

วิเคราะห์ปัญหาในการกำหนดมาตรการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพในประเทศไทย

การมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพมากเกินไปอาจทำให้เกิดการประกอบอาชญากรรมโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพมากขึ้น องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเองก็ได้อาศัยการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพนี้สร้างโอกาสในการประกอบอาชญากรรมได้มากมาย ซึ่งการใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือเป็นวิธีการหนึ่งที่องค์กรอาชญากรรมเหล่านี้มักจะกระทำกันและก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมาก ด้วยลักษณะของการกระทำความผิดรูปแบบนี้การใช้มาตรการทางอาญาในเชิงรุกโดยการเน้นการลงโทษเพียงอย่างเดียวไม่ได้ผลเพียงพอ เนื่องจากอาชญากรรมทางเศรษฐกิจนั้นต่างจากอาชญากรรมทั่วไป กล่าวคือ ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการประกอบอาชญากรรมทั่วไปนั้นเทียบไม่ได้กับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่มีผลตอบแทนจำนวนมหาศาล ทำให้ผู้กระทำความผิดพร้อมที่จะเสี่ยงต่อการถูกลงโทษเพื่อแลกกับผลประโยชน์ดังกล่าว ดังนั้นการนำมาตรการเชิงรับหรือเชิงป้องกันมาใช้กับองค์กรอาชญากรรมจึงเป็นทางออกที่ดี และประเทศต่างๆ กำลังหันมาให้ความสำคัญกับมาตรการเชิงป้องกันนี้กันมากขึ้น โดยมาตรการเชิงป้องกันนี้จะเน้นไปที่การจัดการกับแหล่งเงินทุนที่ใช้หล่อเลี้ยงธุรกิจผิดกฎหมายขององค์กร และการตัดโอกาสในการประกอบอาชญากรรมขององค์กรอาชญากรรม ซึ่งจะทำให้จำนวนและประสิทธิภาพในการประกอบอาชญากรรมขององค์กรอาชญากรรมลดลง การนำมาตรการเชิงป้องกันนี้ไปใช้ร่วมกับมาตรการเชิงรุกจึงเป็นวิธีที่ดีและน่าจะใช้ได้ผลในการป้องกันปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ด้วยเหตุนี้อนุสัญญาต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติจึงได้กำหนดทั้งมาตรการเชิงรุกและมาตรการเชิงป้องกันเพื่อให้ประเทศภาคีได้นำไปใช้เป็นแม่แบบในการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อต่อสู้กับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติขึ้นเป็นแนวทางเดียวกัน

มาตรการห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารของนิติบุคคลตามข้อ 31 (2) (d) (ii) ของอนุสัญญาฯ ก็เป็นหนึ่งในมาตรการเชิงป้องกันที่คณะกรรมการยกร่างอนุสัญญาฯ คาดหมายว่าสามารถป้องกันการประกอบอาชญากรรมโดยอาศัยบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนเป็นเครื่องมือขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่การนำมาตรการนี้รวมทั้งบทบัญญัติอื่นๆ ของอนุสัญญาฯ มาใช้ในประเทศไทยก็มีอุปสรรคและปัญหาบางประการ อันเนื่องมาจากความแตกต่างกันของระบบกฎหมายแต่ละประเทศที่มักจะบัญญัติขึ้นมาให้เหมาะสมกับสภาพสังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรมของประเทศตนเท่านั้น อีกทั้งอนุสัญญาต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินี้ก็ได้มีการยกเว้นขึ้นมาจากกลุ่มบุคคลเพียงกลุ่มเดียวคือ คณะกรรมการพิเศษ ซึ่งเป็นตัวแทนที่มาจากชาติต่างๆ ที่ได้รับการคัดเลือกเข้ามาร่วมกันร่างอนุสัญญาฯ นี้ขึ้น ทั้งนี้บทบัญญัติในอนุสัญญาฯ ส่วนใหญ่ก็จะนำมาจากกฎหมายหรือมาตรการภายในของประเทศต่างๆ ที่น่าสนใจและ

คาดว่าจะมีประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามองค์กรอาชญากรรมของประเทศต่างๆมารวมไว้ด้วยกัน ทำให้มาตรการบางมาตรการอาจเหมาะสมที่จะใช้ในประเทศหนึ่งแต่อาจไม่เหมาะสมกับอีกประเทศหนึ่งก็ได้ ดังนั้นการที่ประเทศไทยจะรับเอาอนุสัญญาฯมาใช้ในประเทศไทยก็จะต้องมีการอนุวัติการกฎหมายภายในให้มีเนื้อหาเป็นไปตามอนุสัญญาฯ แต่ทั้งนี้ก็ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติต่างๆให้เหมาะสมกับสภาพสังคมของประเทศไทย เพื่อให้เกิดกฎหมายป้องกันปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งในการนำมาตรการต่างๆมาบังคับใช้ในประเทศไทยมีปัญหาที่ต้องพิจารณาในเรื่องต่อไปนี้

#### 4.1 รัฐธรรมนูญกับปัญหาในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

ปัญหาสำคัญในการนำมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯมาใช้ในประเทศไทยที่ต้องพิจารณาเป็นลำดับแรกได้แก่ ปัญหาเรื่องสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง เพราะการนำมาตรการนี้มาบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดจะส่งผลให้เสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลผู้นั้นถูกจำกัด ซึ่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพถือเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สำคัญประการของมนุษย์ และรัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติรับรองการมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนไว้อย่างชัดเจนกล่าวคือ สิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมย่อมได้รับความคุ้มครองโดยบุคคลใดจะบังคับให้ผู้อื่นประกอบอาชีพที่เขาไม่ประสงค์จะทำหรือขัดขวางมิให้ประกอบอาชีพที่เขาประสงค์จะทำไม่ได้ อย่างไรก็ตามการที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไม่ได้หมายความว่า การใช้สิทธิดังกล่าวสามารถทำได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดขอบเขตของการใช้ตลอดจนเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้เช่นกัน

ตามบทบัญญัติมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญ การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะกระทำมิได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นโดยทั่วไปแล้วบุคคลจะมีสิทธิเลือกที่จะทำงานหรือประกอบอาชีพใดก็ได้ตามที่เขาต้องการ แต่หากงานหรืออาชีพที่บุคคลผู้นั้นกระทำการเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือขัดต่อศีลธรรมอันดี การใช้เสรีภาพของบุคคลผู้นั้นย่อมไม่สามารถทำได้ ซึ่งไม่จำเป็นว่าเฉพาะแต่อาชีพที่ผิดกฎหมายโดยตรง เช่น มื้อปิ่น ขโมย โสเภณี พ้อคำยาเสพติด ฯลฯ เท่านั้นที่ไม่สามารถทำได้ การประกอบอาชีพสุจริตที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นก็ไม่สามารถทำได้เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น พนักงานธนาคารซึ่งเป็นอาชีพที่สุจริตแต่กลับอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพนั้นยักยอกเงินของธนาคารไปเป็นของตน หรือนักธุรกิจที่ประกอบธุรกิจถูกกฎหมายแต่ได้ฉ้อโกงเงินของบุคคลอื่นโดยอาศัยธุรกิจที่ถูกกฎหมายเป็นเครื่องบังหน้า หรือข้าราชการที่

เรียกรับสินบนเพื่อกระทำหรืองดเว้นกระทำการตามหน้าที่ เหล่านี้เป็นต้น ซึ่งหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพจะต้องพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 29วรรคแรกและมาตรา 50 วรรคสองประกอบกัน โดยมาตรา 29 กำหนดว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ ดังนั้นประเด็นที่จะต้องพิจารณาเพื่อมิให้การบัญญัติมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญจึงประกอบไปด้วย

#### 4.1.1 บทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ บทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐในการจำกัดหรือลดทอนเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

ของบุคคล ได้แก่ รัฐธรรมนูญมาตรา 50 วรรคสอง โดยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมจะกระทำได้อต่อเมื่ออาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขโลก การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขัดขวางไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยสาเหตุอื่นนอกเหนือจากนี้ไม่สามารถทำได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามข้อ 31 ของอนุสัญญาฯแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันมิให้องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติสามารถประกอบอาชญากรรมโดยอาศัยห้างหุ้นส่วนบริษัทเป็นเครื่องมือ ซึ่งอาชญากรรมลักษณะนี้หากปล่อยทิ้งไว้จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมาก โดยเฉพาะต่อเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ มาตรการดังกล่าวจึงถือเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ รวมถึงการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทำให้มาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลนี้สามารถนำมาใช้ในประเทศไทยได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

#### 4.1.2 หลักความจำเป็น

ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น รัฐธรรมนูญเรียกร้องให้ “กระทำได้ที่จำเป็น” ทำให้มาตรการที่รัฐตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ หลักความจำเป็นนี้เรียกร้องให้รัฐเปรียบเทียบมาตรการต่างๆที่บัญญัติลงไว้ในกฎหมายซึ่งเป็นมาตรการที่เหมาะสมในอันที่จะดำเนินการให้เกิดผลได้ตามที่รัฐต้องการ กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการ

รัฐจะต้องเลือกเอามาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากรัฐเลือกเอามาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงมาบัญญัติเป็นกฎหมายทั้งๆที่อาจเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าได้แล้ว ย่อมถือว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อหลักความจำเป็น และขัดต่อรัฐธรรมนูญ<sup>1</sup> อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงความจำเป็นในการนำมาตราการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯมาใช้ในประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรการดังกล่าวเป็นสามารถใช้องกันและบรรเทาความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะในการต่อสู้กับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้น ลำพังแต่เพียงการใช้มาตรการเชิงรุกหรือเน้นการลงโทษอาญาอย่างเดียวจะไม่ได้ผลเท่าที่ควร การนำมาตราการเชิงป้องกันหรือเชิงรับมาใช้ร่วมกันจึงเป็นทางออกที่ดีในการป้องกันปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลนี้ก็เป็นหนึ่งในมาตรการเชิงรับที่มีประสิทธิภาพด้วยการตัดโอกาสในการประกอบอาชญากรรมขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่ใช้ห้างหุ้นส่วนบริษัทต่างๆเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด อันเป็นการสร้างอุปสรรคและความยากลำบากในการประกอบอาชญากรรมแก่องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้มาก มาตรการนี้จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะนำมาใช้ป้องกันการคุกคามจากองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งหากไม่มีการกำหนดมาตรการนี้ขึ้นมาอาจส่งผลให้ภายในหน่วยงานหรือองค์กรต่างๆภายในประเทศเต็มไปด้วยสมาชิกหรือเครือข่ายขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ อันจะส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ นอกจากนี้มาตรการนี้ยังกระทบเพียงแต่เสรีภาพในการประกอบอาชีพเพียงอย่างเดียวเท่านั้น มิได้กระทบเสรีภาพประการอื่นของบุคคล มาตรการดังกล่าวจึงไม่เป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป ตลอดจนมีเนื้อหาที่เหมาะสมและไม่รุนแรงเกินกว่าเหตุที่จะนำไปใช้ต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

#### 4.1.3 การคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพ

ในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นรัฐไม่อาจตรากฎหมายให้กระทบกระเทือนแก่นหรือสารัตถะของสิทธิและเสรีภาพได้ กฎหมายใดที่ตราขึ้นกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิ กฎหมายนั้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับมิได้ ปัญหาที่จะต้องพิจารณาก็คือ การคุ้มครองสารัตถะสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นการคุ้มครองโดยเด็ดขาดหรือไม่ และอย่างไรเรียกว่ากระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งการพิจารณาว่ากฎหมายที่ตราขึ้นนั้นจะมีผลทำให้สารัตถะของสิทธิได้รับความกระทบกระเทือนหรือไม่ จึงต้อง

<sup>1</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย,”วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2543), หน้า 189.

คู่มือที่จริงเป็นเรื่องๆไป เมื่อได้ชี้แจงน้ำหนักของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนแล้ว จึงตอบได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสาร์ตละแห่งสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ถึงแม้ว่ารัฐจะตรากฎหมายอันมีผลกระทบกระเทือนแก่นของสิทธิก็ตาม แต่ถ้าการกระทบกระเทือนแก่นของสิทธินั้นเป็นไปด้วยความพอสมควรแก่เหตุอยู่และกฎหมายนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการรักษาผลประโยชน์สาธารณะ ย่อมไม่อาจถือได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ<sup>2</sup> สำหรับมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลนั้นดังที่กล่าวมาแล้วว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายที่กระทบกระเทือนต่อการใช้เสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล แต่มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่มีความจำเป็นต่อการป้องกันสังคมจากองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ อีกทั้งเนื้อหาของมาตรการก็ไม่รุนแรงเกินกว่าเหตุ มีความสมเหตุสมผล เพราะการจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการของบุคคลที่คาดว่าจะเป็นภัยต่อสังคมในอนาคตเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องทำเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคนส่วนใหญ่ในสังคม ซึ่งสิทธิส่วนบุคคลควรมีน้ำหนักเหนือกรณีความผิดเล็กน้อยเท่านั้น แต่ในความผิดอุกฉกรรจ์ หรือคดีความผิดที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจ ความมั่นคงของประเทศ ศีลธรรมความปลอดภัยในชีวิตทรัพย์สินของประชาชนโดยรวมแล้ว ผลประโยชน์ของชาติย่อมอยู่เหนือสิทธิส่วนบุคคล

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แล้ว จะเห็นได้ว่ามาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลของอนุสัญญาฯ มีเนื้อหาไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ ทำให้การรับเอามาตรการดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทยสามารถทำได้ในเบื้องต้น อย่างไรก็ตามประเด็นต่อมาที่ต้องพิจารณาหลังจากสรุปได้แล้วว่า มาตรการดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญได้แก่ การที่มาตรการห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารนิติบุคคลนี้เป็นมาตรการทางอาญาที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมุ่งที่จะป้องกันสังคมจากอาชญากรรม ดังนั้นในการบัญญัติมาตรการนี้ขึ้นเป็นกฎหมายจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวังเพราะการให้ความเคารพและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเป็นพื้นฐานสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติธรรม ซึ่งหมายถึงการปกครองโดยกฎหมายหรือการปกครองที่มีกฎหมายเป็นใหญ่ รัฐซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นกันจึงมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมาย และมีภารกิจที่จะต้องให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือโดยบุคคลหรือองค์กรของรัฐเอง อย่างไรก็ตามด้วยเหตุที่ในการดำเนินภารกิจเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมอาจมีความจำเป็นที่จะต้องใช้

<sup>2</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า199.

มาตรการที่กระทบต่อสิทธิของหลายฝ่าย การที่จะบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายเหล่านั้นจึงต้องกระทำอย่างเหมาะสมและได้สัดส่วนระหว่างการควบคุมอาชญากรรม กับหลักนิติธรรม<sup>3</sup>

#### ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Theory)

ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมเน้นการส่งเสริมประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม โดยมุ่งควบคุม ระวัง และปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก ตามทฤษฎีนี้หลักปฏิบัติก็คือ คดีอาญาทั้งหลายที่เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรม จะต้องเป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดอย่างรวดเร็ว โดยไม่มีการหยุดชะงักหรือชักช้า แต่ก็ต้องมีการถ่วงดุลตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ขั้นตอนต่างๆ เริ่มตั้งแต่การสอบสวนก่อนมีการจับกุม สอบสวนหลังจับกุมแล้ว เตรียมคดีเพื่อฟ้องต่อศาล การพิจารณาคดีรวมถึงการลงโทษผู้กระทำความผิด และการปลดปล่อยในขั้นสุดท้าย ทุกขั้นตอนต้องรวดเร็ว ความมุ่งหวังก็คือ ถ้าเจ้าพนักงานทำงานอย่างรวดเร็ว ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษตามลักษณะของความผิดที่กระทำจะทำให้เป็นการข่มขู่ให้บุคคลไม่กล้ากระทำความผิดด้วย ขณะเดียวกันผู้บริสุทธิ์ก็จะหลุดพ้นจากกระบวนการดังกล่าวอย่างรวดเร็ว ดังนั้นตามทฤษฎีนี้เจ้าพนักงานของรัฐจะมีอำนาจสูง ในบางประเทศจะยึดหลักให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยกระทำความผิดไว้ก่อน สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยจะมีอยู่เพียงที่กฎหมายให้เท่านั้น ซึ่งประเทศที่ยึดถือทฤษฎีนี้มักจะเป็นประเทศที่มีการประกอบอาชญากรรมสูง ส่วนมากจะอยู่ในลักษณะของประเทศที่กำลังพัฒนา รวมไปถึงประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งบางเมืองเป็นแหล่งอาชญากรรม ข้อดีของทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมคือ หยุดยั้งอาชญากรรมได้รวดเร็ว แต่ในขณะเดียวกันก็มีข้อเสียที่ว่า การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยมีน้อย บุคคลอาจจะตกเป็นเหยื่อของกระบวนการยุติธรรมได้ง่าย

ทฤษฎีนี้เชื่อว่าการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถจะควบคุมและปราบปรามอาชญากรรม หรือจับกุมอาชญากรรมมาลงโทษตามกฎหมายได้นั้น ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม และเสรีภาพของประชาชนผู้สุจริตถูกคุกคามจากภัยอาชญากรรม ดังนั้นกระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องมีสถิติการจับกุมผู้กระทำความผิดสูง และผู้ที่ถูกจับกุมได้นั้น จะต้องเป็นผู้ที่กระทำผิดจริง การดำเนินการตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมจะต้องมีความรวดเร็วและเด็ดขาด

#### ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process Theory)

ทฤษฎีนี้ตรงข้ามกับการควบคุมอาชญากรรม โดยเน้นหนักไปที่การคุ้มครองสิทธิบางอย่างของประชาชนมากกว่าการพยายามป้องกันอาชญากรรม ตามทฤษฎีนี้กฎหมายที่ออกมาจะ

<sup>3</sup> ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, ยุทธศาสตร์การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย, หน้า

จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่ชอบไม่ได้ และกระบวนการยุติธรรมจะต้องดำเนินไปโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น และจะต้องอิงกฎหมายเป็นหลักทุกขั้นตอน กล่าวคือ ทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมจะต้องชอบด้วยกฎหมาย มาตรการในการดำเนินการการพบการกระทำ ความผิดจนถึงขั้นปลดปล่อย การลงโทษจะต้องเป็นขั้นตอนที่โปร่งใส และถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติ ทฤษฎีนี้คัดค้านการได้มาซึ่งพยานหลักฐานอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การทำร้ายร่างกายเพื่อให้รับสารภาพ การดักฟังทางโทรศัพท์ การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยจะมีมากกว่าทฤษฎี การควบคุมอาชญากรรม หากไม่สามารถพิสูจน์ความผิดของจำเลยด้วยวิธีที่ชอบด้วยกฎหมายได้ก็จะยกประโยชน์ให้จำเลย ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่ระบบกฎหมายทุกประเทศต้องการให้มี แต่ในทางปฏิบัติแล้วยากที่จะเกิดขึ้นได้

ทั้งสองทฤษฎีที่กล่าวมาต่างมีทั้งข้อดีและข้อเสีย โดยที่การใช้ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม มากเกินไป โดยเน้นความรวดเร็ว อาจทำให้เกิดข้อผิดพลาดได้ โดยประชาชนผู้บริสุทธิ์อาจตกเป็นเหยื่อของกระบวนการยุติธรรมได้ง่าย เช่น กรณีแพะรับบาป เช่น ในกรณีเซอร์แอน ดันแคน ขณะที่ถ้าเน้นที่กระบวนการนิติธรรมมากเกินไปก็จะทำให้การควบคุมอาชญากรรมไม่มีประสิทธิภาพที่เพียงพอ เพราะถ้าไม่มีพยานหลักฐานที่ชัดเจน ก็ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดได้ และบางครั้งก็เป็นการยากที่จะได้พยานหลักฐานมา อีกทั้งวิธีการที่ทำให้ได้พยานหลักฐานมาโดยมิชอบก็ใช้ไม่ได้ ทำให้ไม่สามารถป้องกันอาชญากรรมได้ จำนวนอาชญากรรมจะเพิ่มสูงขึ้น การเน้นหนักทางด้านนโยบายกระบวนการยุติธรรมมากเกินไป ทำให้รัฐต้องแลกด้วยความปลอดภัยของสังคม การคุ้มครองผู้บริสุทธิ์ที่ต้องสงสัยว่าเป็นอาชญากรเพียงรายเดียว อาจทำให้คนในสังคมอีกหลายรายต้องเดือดร้อนในภายหลัง

ดังนั้นในการร่างบทบัญญัติมาตรการห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารนิติบุคคล ผู้ร่างจำเป็นต้องคำนึงถึงผลดีผลเสียโดยพิจารณาทฤษฎีข้างต้นทั้งสองทฤษฎีประกอบกัน และนำข้อดีของแต่ละทฤษฎีมารวมกันเพื่อให้เกิดมาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมและในขณะเดียวกันก็เป็นมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมายทุกประการ

#### 4.2 ปัญหาในการอนุวัติการมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคล

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในการทำความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นระดับทวิภาคีหรือพหุภาคีก็ตาม ประเทศภาคีของความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวจะมีพันธกรณีในการอนุวัติการกฎหมายภายในของประเทศตนให้มีเนื้อหาสอดคล้องหรือเป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศนั้น อนุสัญญาต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติก็เป็นความตกลงระหว่างประเทศฉบับหนึ่ง โดยเป็นความตกลงในระดับพหุภาคีที่มีประเทศที่เข้าร่วมในการทำความตกลงมากกว่า 2 ประเทศ เนื้อหาของอนุสัญญาฯ ประกอบไปด้วยมาตรการทางกฎหมายต่างๆ ในการป้อง

กันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ โดยมาตรการต่างๆในอนุสัญญาฯนี้มีทั้งมาตรการที่มีสภาพบังคับ กล่าวคือ หากประเทศใดลงนามให้สัตยาบันเป็นภาคีของอนุสัญญาฯโดยสมบูรณ์ ประเทศนั้นมีพันธกรณีที่จะต้องบัญญัติมาตรการที่มีสภาพบังคับนั้นไว้ในกฎหมายภายในของประเทศตน และมาตรการที่ไม่มีสภาพบังคับ คือ เป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีสามารถเลือกได้ว่า จะรับเอามาตรการดังกล่าวมาใช้เป็นกฎหมายภายในของประเทศตนหรือไม่ก็ได้ โดยไม่มีการบังคับแต่อย่างใด

การห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามข้อ 31 นี้เป็นหนึ่งในมาตรการทางเลือก ที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันมิให้องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติใช้ประโยชน์จากห้างหุ้นส่วนบริษัทต่างๆโดยมิชอบ โดยมีลักษณะเป็นการชี้แนะแนวทางให้ประเทศต่างๆนำไปใช้เป็นแม่แบบเท่านั้น ไม่ได้มีข้อผูกพันที่จะต้องนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในแต่อย่างใด ดังนั้นประเทศภาคีของอนุสัญญาฯจึงมีสิทธิเลือกที่จะรับเอามาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามข้อ 31 นี้ไปใช้ในประเทศตนหรือไม่ก็ได้ โดยหากเห็นว่ามาตรการดังกล่าวมีความจำเป็นและเหมาะสมกับสภาพสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมของประเทศตนก็อาจนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน แต่หากเห็นว่ามาตรการดังกล่าวไม่มีความจำเป็นต่อประเทศตนก็อาจไม่รับมาใช้เลยก็ได้

#### 4.3 ความจำเป็นของมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคล

เนื่องจากในปัจจุบันรูปแบบหนึ่งของอาชญากรรมที่องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ มักจะกระทำคือ การใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ไม่ว่าจะด้วยการตั้งบริษัทขึ้นมาเอง โดยมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจถูกกฎหมาย แต่แท้ที่จริงแล้วธุรกิจถูกกฎหมายเป็นเพียงแค่ฉากบังหน้าที่ใช้ปกปิดซ่อนเร้นกิจกรรมผิดกฎหมายขององค์กรที่อยู่เบื้องหลัง และใช้เป็นแหล่งฟอกเงินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรมให้กลายเป็นเงินสะอาด หรือด้วยการเข้าแทรกแซงห้างหุ้นส่วนบริษัทที่ถูกกฎหมายต่างๆ โดยส่งสมาชิกขององค์กรแฝงตัวเข้าไปทำงานอยู่ภายในองค์กรเหล่านั้นเพื่อเสาะหาโอกาสในการกระทำความผิด หรือใช้เงินซื้อตัวบุคคลในระดับผู้บริหารขององค์กรเข้ามาเป็นพวกเพื่อให้ร่วมมือหรืออำนวยความสะดวกในการประกอบอาชญากรรมขององค์กร ซึ่งไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมรูปแบบใดก็ล้วนสร้างความเสียหายต่อเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศอย่างมาก ทำให้ในแต่ละปีรัฐต้องสูญเสียมูลค่าไปหลายพันล้านบาท อย่างไรก็ตามในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมในลักษณะนี้ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายหรือมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับความผิดลักษณะนี้โดยเฉพาะ ยังคงต้องใช้ประมวลกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือหลัก ซึ่งก็ไม่ได้ผลเท่าที่ควรเนื่องจากองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะพิเศษ จำเป็นต้องมีกฎหมายหรือมาตรการที่จะใช้สำหรับป้องกันปราบปรามอาชญากรรมรูปแบบดังกล่าวโดยเฉพาะ ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญานั้นไม่ค่อยเหมาะสมที่จะนำมาใช้ใน



การแก้ไขปัญหอาชญากรรมข้ามชาติ เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาถูกจัดทำขึ้นมาเป็นเวลานาน ซึ่งในขณะที่ทำการยกร่างประมวลกฎหมายอาญานั้นยังไม่มีประเด็นปัญหาในเรื่ององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเกิดขึ้น บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาจึงไม่มีมาตรการที่จะใช้บังคับกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติโดยเฉพาะ ทำให้ในบางครั้งหากต้องนำไปใช้กับอาชญากรรมรูปแบบใหม่ๆที่มีความทันสมัยแล้วเจ้าพนักงานไม่สามารถปรับบทกฎหมายที่จะนำมาใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นได้ถูกต้อง ทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้นจนเปิดโอกาสให้อาชญากรรมข้ามชาติสามารถดำเนินกิจกรรมผิดกฎหมายได้อย่างสะดวกเนื่องจากไม่มีกฎหมายควบคุมกิจกรรมดังกล่าวโดยเฉพาะ อีกทั้งผู้ที่ทำการยกร่างประมวลกฎหมายอาญาได้มุ่งที่จะให้ใช้บังคับกับอาชญากรรมที่กระทำโดยปัจเจกบุคคลเป็นหลัก ไม่เหมาะที่จะนำมาใช้กับอาชญากรรมในรูปแบบขององค์กร ดังนั้นการที่จะแก้ไขปัญหอาชญากรรมข้ามชาติโดยใช้ประมวลกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือหลักจึงไม่ใช่วิธีที่ดี และไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างแท้จริง

นอกจากนี้ในการป้องกันปราบปรามปัญหาองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้น การมุ่งแต่จะใช้มาตรการเชิงรุกหรือเน้นการลงโทษอาญาเพียงอย่างเดียวจะไม่ใช่วิธีที่ถูกต้องในการแก้ปัญหาเสียแล้ว การลงโทษเพื่อให้ผู้กระทำผิดเกิดความเจ็บปวดไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก และแก้ไขปรับปรุงตัวให้ดีขึ้นอาจจะใช้ได้ผลกับอาชญากรรมธรรมดาทั่วไป แต่สำหรับอาชญากรรมข้ามชาตินั้นต่างกัน เนื่องจากผลประโยชน์ที่ได้จากธุรกิจผิดกฎหมายขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้นมีมูลค่าสูงกว่าอาชญากรรมทั่วไปชนิดที่เทียบกันไม่ได้ ทำให้อาชญากรรมข้ามชาติเหล่านี้ยอมที่จะเสี่ยงต่อการถูกจับกุมหรือดำเนินคดีเพื่อแลกกับผลประโยชน์ดังกล่าว และถึงแม้จะถูกจับกุมและถูกลงโทษแล้วก็ตาม แต่เมื่อพ้นโทษก็มักจะหวนกลับไปกระทำความผิดในรูปแบบเดิมซ้ำอีก ดังนั้นในปัจจุบันจึงมีการนำมาตรการเชิงรับหรือเชิงป้องกันมาใช้ร่วมกับการลงโทษในการต่อสู้กับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ โดยมาตรการป้องกันนี้เน้นไปที่การจัดการกับแหล่งเงินทุนขององค์กรอาชญากรรม และการตัดโอกาสในการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมซึ่งจะทำให้ประสิทธิภาพในการประกอบอาชญากรรมขององค์กรลดลง

ในการป้องกันอาชญากรรมที่ใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือสร้างโอกาสในการกระทำความผิดก็เช่นเดียวกันกล่าวคือ ลำพังการมุ่งที่จะลงโทษผู้กระทำผิดเพียงอย่างเดียวไม่น่าจะทำให้ปัญหาดังกล่าวบรรเทาลงแต่อย่างใดเพราะถึงแม้สมาชิกขององค์กรคนใดคนหนึ่งจะถูกจับหรือดำเนินคดี แต่ก็จะมีสมาชิกคนอื่นที่มีความสามารถทัดเทียมกันขึ้นมาแทนที่ หรือเมื่อบุคคลที่ถูกจับหรือดำเนินคดีพ้นโทษออกมาก็สามารถหวนกลับมากระทำความผิดลักษณะเดิมซ้ำได้อีก จึงควรที่จะนำมาตรการเชิงรับมาใช้ร่วมกับการลงโทษสำหรับอาชญากรรมประเภทนี้ ทั้งนี้อนุสัญญาฯก็ได้กำหนดมาตรการที่จะใช้สำหรับป้องกันปัญหาการใช้นิติบุคคลโดยมิชอบไว้โดยเฉพาะซึ่งก็คือมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลนั่นเอง โดยมาตรการนี้ถือเป็นทางออกที่ดีในการป้องกันการให้ประโยชน์นิติบุคคลโดยมิชอบโดยมาตรการนี้มุ่งที่จะตัดโอกาสในการประกอบ

อาชญากรรมขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ทำให้บุคคลที่มีประวัติเคยกระทำความผิดตามที่อนุสัญญากำหนดไว้ถูกสันนิษฐานว่าเป็นบุคคลที่เป็นอันตรายต่อสังคม และไม่ควรให้บุคคลเหล่านี้เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการบริหารงานภายในห้างหุ้นส่วนบริษัทต่างๆ เพราะบุคคลเหล่านี้ส่วนใหญ่มักจะจะเป็นอาชญากรมืออาชีพที่มีความรู้ความชำนาญในการประกอบอาชญากรรมสูง หากปล่อยให้เข้าไปบริหารห้างหุ้นส่วนบริษัทต่างๆ มีโอกาสสูงที่บุคคลดังกล่าวจะใช้นิติบุคคลเหล่านั้นสร้างโอกาสในการประกอบอาชญากรรม ซึ่งการป้องกันที่ดีที่สุดคือ การตัดโอกาสในการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับนิติบุคคลต่างๆ ของบุคคลเหล่านี้ ดังนั้นถึงแม้ว่ามาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญานี้จะเป็นเพียงมาตรการทางเลือก ไม่บังคับให้ประเทศภาคีต้องนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของตนก็ตาม แต่การบัญญัติมาตรการนี้ไว้ในกฎหมายภายในจะก่อให้เกิดประโยชน์อย่างยิ่ง โดยสามารถช่วยลดความเสียหายที่เกิดจากการใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือในการประกอบอาชญากรรมลงได้ในระดับหนึ่ง และทำให้เศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศมีเสถียรภาพมากยิ่งขึ้น

#### 4.4 ปัญหารูปแบบของการบัญญัติกฎหมาย

ในการอนุวัติการกฎหมายภายในให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศโดยทั่วไปสามารถกระทำได้สองวิธี ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในที่มีอยู่แล้ว และการยกร่างกฎหมายขึ้นมาใหม่ทั้งฉบับ เช่นเดียวกับการนำมาตราการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯ มาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยที่สามารถกระทำได้ทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา และการยกร่างกฎหมายต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติขึ้นมาใหม่ทั้งฉบับ ดังนั้นปัญหาที่จะต้องพิจารณาก็คือ จะนำมาตราการตามข้อ 31 นี้ไปบัญญัติไว้ในกฎหมายส่วนใดจึงจะเหมาะสมที่สุด

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญานั้น เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เป็นหลักทั่วไป สามารถนำไปใช้กับกฎหมายพิเศษอื่นๆ ได้เลย อีกทั้งยังมีประเด็นอื่นและบทบัญญัติอื่นๆ ที่รอการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่อีกหลายเรื่องด้วยกัน การนำมาตราการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯ มาบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายอาญาจึงเป็นวิธีที่สะดวกเพราะจะได้แก้ไขเพิ่มเติมไปพร้อมกับประเด็นและบทบัญญัติอื่นในคราวเดียวกันเลย โดยทำการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 50 เนื่องจากการห้ามประกอบอาชีพนั้นเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติการห้ามประกอบอาชีพไว้เป็นหลักทั่วไป หากต้องการให้มีการขยายขอบเขตของการห้ามประกอบอาชีพให้กว้างออกไปก็ต้องมีแก้ไขที่หลักการปฏิบัติซึ่งเป็นหลักทั่วไป แต่ข้อเสียของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญานั้นได้แก่ หากบัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปอาจไม่เกิดประสิทธิภาพเพียงพอในการปราบปรามอาชญากรรม เนื่องจาก

ปัญหาอาชญากรรมข้ามชาตินั้นเป็นปัญหาใหญ่ที่มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศชาติอย่างมาก ซึ่งสมควรที่จะมีกฎหมายเฉพาะที่จะใช้ป้องกันปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติมากกว่า ยิ่งไปกว่านั้นมาตรการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติไม่ได้มีเพียงแต่การห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามข้อ 31 เท่านั้น ยังมีมาตรการทางกฎหมายอื่นๆอีกหลายมาตรการที่จะต้องนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของประเทศไทย ซึ่งหากเรานำมาตรการเหล่านั้นมาบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายอาญาทั้งหมด ก็จะส่งผลให้มาตรการในการป้องกันปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติถูกบัญญัติไว้อย่างกระจัดกระจายกันอยู่ตามหมวดต่างๆของประมวลกฎหมายอาญาทั้งที่ควรจะบัญญัติไว้รวมอยู่ด้วยกันเป็นหมวดหมู่มากกว่า ก่อให้เกิดอุปสรรคแก่หน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายในการนำมาตราการเหล่านี้มาใช้ปฏิบัติ จนอาจส่งผลให้มาตรการต่างๆของอนุสัญญาฯไม่สามารถใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาจึงไม่ใช่ทางออกที่ดีสำหรับประเทศไทย

ทั้งนี้ปัญหาองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินี้เป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากอาชญากรรมธรรมดาทั่วไปไม่ว่าจะเป็นวิธีการในการกระทำความผิดที่มีการนำเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้ในการประกอบอาชญากรรม ตลอดจนในด้านความรู้ความชำนาญในการประกอบอาชญากรรมที่สูงกว่าอาชญากรทั่วไป และความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการประกอบอาชญากรรมที่รุนแรงกว่าอาชญากรรมทั่วไปมาก ดังนั้นการที่จะป้องกันและยับยั้งการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติจำเป็นต้องมีกฎหมายที่จะใช้บังคับกับอาชญากรรมประเภทนี้โดยเฉพาะ โดยเป็นกฎหมายที่มีมาตรการทางกฎหมายที่ทันสมัย สามารถก้าวทันอาชญากรรมที่กระทำโดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติทั้งหลาย ซึ่งอนุสัญญาต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเป็นกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการต่อสู้กับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติโดยเฉพาะ ดังนั้นหากประเทศไทยจะรับเอามาตรการต่างๆตามอนุสัญญาฯนี้มาใช้ในประเทศไทยจึงควรที่จะยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติขึ้นมาใหม่ทั้งฉบับเลย อันได้แก่ “ร่างพระราชบัญญัติต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ...” ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยสามารถรับเอามาตรการต่างๆของอนุสัญญาฯมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในได้อย่างเต็มที่ ทำให้กฎหมายมีความสอดคล้องกัน และมีความเป็นสากลเนื่องจากประเทศภาคีของอนุสัญญาฯทุกประเทศก็จะต้องทำการอนุวัติการกฎหมายภายในของประเทศตนให้เป็นไปตามอนุสัญญาฯเช่นเดียวกัน ซึ่งจะทำให้ประเทศต่างๆทั่วโลกมีมาตรการป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

สำหรับมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามข้อ 31 ของอนุสัญญาฯก็จะนำมาบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของร่างพระราชบัญญัติต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินี้เลย โดยอาจทำการแยกหมวดหมู่ของมาตรการเช่นเดียวกับการจัดหมวดหมู่ของอนุสัญญาฯ ซึ่งจะทำให้มาตรการดังกล่าวถูกบัญญัติไว้ในหมวดเรื่องมาตรการป้องกันนั่นเอง

#### 4.5 ปัญหาในการบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมาย

เนื่องจากอนุสัญญาต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นกฎหมายของต่างประเทศ โดยการที่องค์การสหประชาชาติได้จัดทำอนุสัญญานี้ขึ้นมา ก็เพื่อประสงค์ที่จะให้เป็นกฎหมายแม่แบบเพื่อให้ประเทศต่างๆ ในโลกรับเอามาตรการต่างๆ ในอนุสัญญาไปใช้ เพื่อให้เป็นแนวปฏิบัติเดียวกันทั่วโลกในการต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ อย่างไรก็ตาม การที่จะรับเอามาตรการใดมาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการของอนุสัญญานี้มาใช้นั้น ประเทศต่างๆ จำเป็นจะต้องมีการประยุกต์มาตรการดังกล่าวให้เข้ากับสภาพสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมของประเทศตน ทั้งนี้ เพราะบทบัญญัติของอนุสัญญาถูกจัดทำขึ้นโดยกลุ่มบุคคลบางกลุ่มเท่านั้น โดยนำมาตรการทางกฎหมายของประเทศภาคีบางประเทศที่ได้รับการคัดสรรว่าเหมาะสมที่จะนำมาใช้ป้องกันปราบปรามองค์การอาชญากรรมข้ามชาติมาเป็นตัวอย่างในการร่างอนุสัญญา ทำให้บางกรณีมาตรการตามอนุสัญญาอาจเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในประเทศหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันอาจไม่เหมาะสมที่จะนำไปใช้ในอีกประเทศหนึ่งก็ได้ ดังนั้นการที่จะนำมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารของนิติบุคคลมาใช้ จะต้องศึกษาถึงความเป็นไปได้ และความเหมาะสมกับสภาพสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมของประเทศไทย โดยอาจจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติบางส่วนเพื่อให้เกิดมาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพสูงสุดในการป้องกันอาชญากรรมที่กระทำโดยองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาในการบัญญัติมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลขึ้นในประเทศไทยประกอบไปด้วยเรื่องต่างๆ ดังต่อไปนี้

##### 4.5.1 อาชีพที่กฎหมายประสงค์จำกัด

บทบัญญัติข้อ 31 (2) (d) (ii) ของอนุสัญญาต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ เป็นการห้ามบุคคลที่ถูกตัดสินว่าได้กระทำความผิดตามอนุสัญญามีให้กระทำการเป็น “ผู้บริหาร” (director) ของนิติบุคคล ซึ่งนิติบุคคลในที่นี้หมายถึง บริษัท และห้างหุ้นส่วน ในภาคเอกชนเท่านั้น เพราะมาตรการป้องกันตามข้อ 31 มุ่งที่จะป้องกันมิให้องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเข้ามายุ่งเกี่ยวกับธุรกิจและตลาดการค้าที่ถูกกฎหมายเป็นหลัก ดังนั้นคำว่าผู้บริหารในความหมายของอนุสัญญาจึงหมายถึง ผู้บริหารของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนซึ่งโดยปกติแล้วผู้บริหารจะมีหลายระดับทั้งผู้บริหารระดับสูง อาทิ ประธานบริษัท รองประธานบริษัท กรรมการผู้จัดการ ประธานกรรมการ กรรมการบริหาร ประธานบริหาร ผู้จัดการใหญ่ ฯลฯ ผู้บริหารระดับกลาง อาทิ ผู้จัดการฝ่าย หัวหน้าฝ่าย ฯลฯ และผู้บริหารระดับต้น ได้แก่ หัวหน้างาน หัวหน้าแผนก เป็นต้น ซึ่งตำแหน่งผู้บริหารระดับต่างๆ ที่กล่าวมา ล้วนแต่มีบทบาทภายในบริษัทสูง อาทิ วางแผนการดำเนินงาน สั่งการ

จัดการ ควบคุมการดำเนินการ ลงนามผูกพันบริษัท เป็นต้น สรุปลก็คือผู้บริหารสามารถกำหนดทิศทางการดำเนินการของบริษัทได้ และด้วยอำนาจที่มากนี้ทำให้บุคคลในระดับผู้บริหารสามารถใช้อำนาจที่ตนมีในทางไม่ชอบได้ง่าย โดยอาจวางแผนหรือสั่งการใดๆเพื่อเป็นการเอื้อประโยชน์แก่ตนเองและพวกพ้อง ซึ่งความผิดส่วนใหญ่ที่มักจะพบในบุคคลระดับผู้บริหารได้แก่ การยกยอก หนีอโง การฟอกเงิน การปั่นหุ้น ฯลฯ

นอกจากนี้คำว่าผู้บริหารควรที่จะครอบคลุมถึงตำแหน่งที่ปรึกษาต่างๆด้วยไม่ว่าจะเป็น ที่ปรึกษาประธานบริษัท ที่ปรึกษาอาวุโสของบริษัท ฯลฯ ทั้งนี้เพราะถึงแม้บุคคลในตำแหน่งที่ปรึกษาจะไม่มีอำนาจบริหารโดยตรงแต่ก็มีบทบาทในบริษัทสูง สามารถจูงใจผู้บริหารระดับสูงให้ปฏิบัติตามคำแนะนำของตนได้เพราะผู้ที่จะเป็นที่ปรึกษาได้จะต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ความสามารถสูง ตลอดจนมีประสบการณ์และมีชื่อเสียง ทำให้บางกรณีที่ปรึกษาอาจอาศัยประโยชน์จากจุดนี้สร้างโอกาสในการกระทำผิดกฎหมายเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัว โดยใช้วิธีการที่ฉลาดแยบยล ยกแก่การตรวจพบ เช่น กรณีของนายราเกษ สักเสนา ซึ่งดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาส่วนตัวของนายเกริกเกียรติ ชาลีจันทร์ กรรมการผู้จัดการธนาคารกรุงเทพพาณิชย์การ (BBC) และได้ร่วมกันยกยอกเงินของบริษัทไปหลายร้อยล้านบาท และเป็นต้นเหตุทำให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยเข้าสู่ภาวะวิกฤตสืบต่อมาจนถึงทุกวันนี้ ดังนั้นจึงน่าจะกำหนดตำแหน่งที่ปรึกษาไว้ในความหมายของคำว่าผู้บริหารด้วย

การห้ามประกอบอาชีพตามข้อ 31 ของอนุสัญญาฯนี้มีเนื้อหาใกล้เคียงกับการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 50 ของประเทศไทยมาก แต่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 50 มิได้มุ่งประสงค์จำกัดอาชีพหรือวิชาชีพใดโดยตรง เพียงแต่เป็นอาชีพที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญจากการศึกษาอบรมพิเศษ และเป็นอาชีพที่อาจมีช่องทางในการประกอบอาชญากรรมได้เท่านั้น ด้วยเหตุนี้โดยทั่วไปตามมาตรา 50 จึงหมายถึงอาชีพทุกอาชีพ ซึ่งการที่ไม่ได้กำหนดอาชีพที่ห้ามไว้ตายตัวมีข้อดีคือ ยังคงมีอาชีพบางอย่างซึ่งไม่มีกฎหมายใดๆควบคุม หรืออาชีพที่อาจจะมีขึ้นได้ในอนาคต ซึ่งไม่อาจคาดการณ์ล่วงหน้าได้ การมิได้จำกัดอาชีพหนึ่งอาชีพใดโดยเฉพาะจึงเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายเพื่อที่จะป้องกันการกระทำผิดโดยอาศัยอาชีพหรือวิชาชีพใหม่ๆที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต

การที่อนุสัญญาฯกำหนดห้ามเฉพาะอาชีพผู้บริหารของนิติบุคคลนั้นดูจะแคบเกินไป เพราะในอนาคตองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติอาจคิดค้นรูปแบบวิธีการประกอบอาชญากรรมที่อาศัยอาชีพอื่นนอกจากผู้บริหารเป็นเครื่องมือขึ้นมาได้อีก ซึ่งอาจสร้างความเสียหายเทียบเท่ากับการอาศัยตำแหน่งผู้บริหารเป็นเครื่องมือหรืออาจรุนแรงกว่าก็ได้ ดังนั้นเพื่อเป็นการเตรียมพร้อมที่จะรับมืออาชญากรรมรูปแบบใหม่ๆที่จะเกิดขึ้นในอนาคต จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมมาตรการห้ามประกอบอาชีพตามอนุสัญญาฯมิให้จำกัดอยู่เพียงแก่อาชีพผู้บริหารของนิติบุคคลเท่านั้น ควรยึดประมวล

กฎหมายอาญาเป็นต้นแบบโดยกำหนดให้มาตรการดังกล่าวครอบคลุมถึงอาชีพทุกอาชีพที่อาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดโดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

#### 4.5.2 การเช็ดบุคคลอื่นขึ้นกระทำการแทน

เนื่องจากมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯ ข้อ 31 (2) (d) (ii) มีเนื้อหาใกล้เคียงกับการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 เป็นอย่างมาก แต่เมื่อลองพิจารณาแล้วกลับพบว่าในอดีตที่ผ่านมาวิธีการเพื่อความปลอดภัยตาม มาตรา 50 นี้ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติ้น้อยมาก ดังนั้นหากประเทศไทยจะประสงค์ที่จะนำมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลที่มีเนื้อหาใกล้เคียงกันมาใช้เป็นกฎหมายภายใน ก็จำเป็นที่จะต้องศึกษาสาเหตุที่ทำให้มาตรการตาม มาตรา 50 ไม่เป็นที่แพร่หลายด้วย ซึ่งสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้การห้ามประกอบอาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติ้น้อย ได้แก่ การที่ มาตรา 50 มิได้กำหนดให้การห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพบางอย่างครอบคลุมไปถึงกรณีที่บุคคลผู้ถูกศาลสั่งห้ามประกอบอาชีพมอบหมายให้บุคคลอื่นประกอบอาชีพดังกล่าวแทนโดยตนเองเป็นผู้ควบคุมออกคำสั่ง หากไม่กำหนดก็เท่ากับว่ากฎหมายมีช่องว่าง สภาพบังคับไม่มีผล ผลที่ตามมาคือ ประชาชนไม่เคารพกฎหมาย ซึ่งอนุสัญญาฯ ก็มีได้มีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้มาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้ซึ่งขาดคุณสมบัติที่จะกระทำการเป็นผู้บริหารทำการเช็ดบุคคลอื่นขึ้นกระทำการแทนไว้เช่นกัน ทำให้บุคคลที่ถูกศาลตัดสินคดีที่จะกระทำการเป็นผู้บริหารนิติบุคคลอาจหลีกเลี่ยงคำสั่งศาล โดยการเช็ดบุคคลอื่นขึ้นมาปฏิบัติหน้าที่ผู้บริหารแทนตน โดยตนเองเป็นผู้บงการอยู่เบื้องหลัง

การแก้ปัญหาในประเด็นนี้เราอาจนำเอาบทบัญญัติบางส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการตัดสิทธิของผู้บริหารบริษัท หรือ CDDA ของกลุ่มประเทศสหราชอาณาจักรมาพิจารณาประกอบเพื่อเป็นแบบอย่าง เนื่องจากตามกฎหมาย CDDA นั้น ผลของคำสั่งศาลที่ห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารนั้นครอบคลุมห้ามไปถึงกรณีที่ผู้ที่ถูกศาลสั่งห้ามทำการเช็ดบุคคลอื่นขึ้นเป็นตัวแทนของตนในการบริหารจัดการบริษัท โดยตนเป็นผู้บงการสั่งงานอยู่เบื้องหลังด้วย ซึ่งสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายในเรื่องของการที่ผู้กระทำความผิดหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล โดยการเช็ดบุคคลอื่นขึ้นทำหน้าที่แทนตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้กฎหมายมีความศักดิ์สิทธิ์และประชาชนเคารพกฎหมายมากขึ้น

การที่มาตรการห้ามประกอบอาชีพหรือกระทำการเป็นผู้บริหารของนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯ จะมีความศักดิ์สิทธิ์และใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น เงื่อนไขในการกำหนดให้มาตรการดังกล่าวขยายขอบเขตครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้ถูกบังคับใช้มาตรการทำการเช็ดบุคคลอื่นขึ้นเป็นตัวแทนในการปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ผู้บริหารแทนตนนั้นถือเป็นเงื่อนไขสำคัญ ทั้งนี้ เพราะลักษณะโดยธรรมชาติขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้นมักจะประกอบไปด้วยสมาชิกของ

องค์กรเป็นจำนวนมาก ดังนั้นหากสมาชิกคนใดคนหนึ่งขององค์กรถูกบังคับใช้มาตรการตามข้อ 31 (2) (d) (ii) ของอนุสัญญาฯ โดยขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้บริหารนิติบุคคลแล้ว จึงมีโอกาและความเป็นไปได้สูงที่บุคคลดังกล่าวหรือทางองค์กรจะทำการส่งสมาชิกคนอื่นเข้ามาปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ผู้บริหารแทน ดังนั้นเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาดังกล่าวขึ้น มาตรการห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารนิติบุคคลของอนุสัญญาฯ จึงควรที่จะขยายขอบเขตครอบคลุมไปถึงกรณีที่บุคคลที่ตกเป็นผู้ขาดคุณสมบัติ กระทำการเชิบุคคลอื่นขึ้นทำหน้าที่แทนตนในตำแหน่งผู้บริหารนิติบุคคลด้วย

ดังนั้นในการกำหนดมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลนี้ขึ้นในประเทศไทยควรกำหนดห้ามมิให้ผู้ซึ่งขาดคุณสมบัติในการเป็นผู้บริหารนิติบุคคลทำการมอบหมายให้ผู้อื่นปฏิบัติหน้าที่แทน รวมไปถึงห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นผู้บริหารนิติบุคคลแทนบุคคลที่ถูกศาลสั่งว่าเป็นผู้ขาดคุณสมบัติโดยมีบุคคลผู้นั้นเป็นผู้ให้คำสั่งอยู่เบื้องหลัง เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายมิให้อาชญากรสามารถหลีกเลี่ยงคำสั่งศาลได้ อันจะทำให้มาตรการตามข้อ 31 (2) (d) (ii) ของอนุสัญญาฯ มีความศักดิ์สิทธิ์มากขึ้น

#### 4.5.3 ขอบเขตของคำว่านิติบุคคล

คำว่านิติบุคคล (legal person) ในความหมายของอนุสัญญาฯ นั้นหมายถึง นิติบุคคลเอกชนเท่านั้น อันได้แก่ บริษัทมหาชนจำกัด บริษัทจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญ ฯลฯ ทั้งนี้เพราะอนุสัญญาฯ มุ่งที่จะป้องกันมิให้องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติยุ่งเกี่ยวกับหน่วยงานภาครัฐกิจเป็นหลัก แต่ในความเป็นจริงแล้วองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติมิได้ทำการแทรกแซงเฉพาะแต่นิติบุคคลเอกชนเท่านั้น นิติบุคคลของรัฐก็ตกเป็นเครื่องมือขององค์กรอาชญากรรมเหล่านี้ไม่น้อย โดยองค์กรอาชญากรรมมักจะทำการซื้อตัวเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐมาเป็นพวก โดยเสนอผลประโยชน์ตอบแทนจำนวนมาก ซึ่งเป็นบ่อเกิดของปัญหาการทุจริตและประพฤตินิยมชอบในวงราชการ เจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านี้มีทั้ง ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ นักการเมือง ตลอดจนนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่ โดยบุคคลเหล่านี้สามารถอาศัยตำแหน่งหน้าที่การงานของตนกระทำการหรือฉ้อโกงกระทำการใดๆ ที่เอื้อประโยชน์ต่อธุรกิจผิดกฎหมายขององค์กรอาชญากรรมได้ง่าย ซึ่งความเสี่ยงจากการอาศัยนิติบุคคลของรัฐเป็นเครื่องมือนี้รุนแรงพอๆ กับการใช้นิติบุคคลเอกชน

ดังนั้นหากนำมาตรการตามข้อ 31 ของอนุสัญญาฯ มาบัญญัติไว้ในกฎหมายไทย ควรที่จะกำหนดขอบเขตความหมายของคำว่านิติบุคคลให้ครอบคลุมถึงนิติบุคคลของรัฐด้วย ไม่ว่าจะเป็น กระทรวง ทบวง กรม รัฐวิสาหกิจ ตลอดจนหน่วยงานราชการอื่นๆ เพื่อป้องกันมิให้องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติใช้หน่วยงานของรัฐเป็นเครื่องมือในการประกอบอาชญากรรมได้

ทั้งนี้ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะมีกฎหมายที่สามารถถล่มกรงคุณสมบัติของผู้ที่

ประสงค์จะทำงานในหน่วยงานของรัฐบางหน่วยงานอยู่แล้ว อันได้แก่ พระราชบัญญัติกำหนดคุณสมบัติของข้าราชการในหน่วยงานต่างๆ ที่มักจะกำหนดเงื่อนไขไว้ว่า บุคคลที่จะเข้ามาทำงานในหน่วยงานนั้นจะต้องไม่เคยต้องคำพิพากษาลงโทษถึงที่สุดให้จำคุกมาก่อน แต่กฎหมายดังกล่าวก็เป็นกฎหมายเฉพาะสำหรับหน่วยงานราชการบางหน่วยงานเท่านั้นครองเท่านั้น กฎหมายดังกล่าวจึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ป้องกันปราบปรามอาชญากรรมโดยตรง

#### 4.5.4 บุคคลที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งศาล

เมื่อพิจารณาเนื้อหาบทบัญญัติข้อ 31 (2) (d) (ii) แล้ว บุคคลที่อาจถูกบังคับใช้มาตรการนี้ได้แก่ ผู้ที่ถูกศาลตัดสินว่าได้กระทำความผิดตามที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้ ดังนั้นเมื่อศาลมีคำสั่งตัดสิทธิในการเป็นผู้บริหารของนิติบุคคล บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ที่จะต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งศาลดังกล่าว โดยต้องไม่ทำงานในตำแหน่งผู้บริหารของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนใดๆ ตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนดห้าม แต่เพื่อให้มาตรการนี้บรรลุผลสูงสุดในการป้องกันอาชญากรรมที่เกิดจากการใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือ ควรที่จะกำหนดให้นิติบุคคลต่างๆ มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งศาลด้วย กล่าวคือ ห้ามมิให้นิติบุคคลต่างๆ รับหรือจ้างบุคคลที่ถูกศาลสั่งว่าเป็นผู้ขาดคุณสมบัติดังกล่าวเข้ามาทำงานในตำแหน่งผู้บริหารภายในองค์กรของตน เนื่องจากในบางกรณีนายจ้างอาจเห็นว่าบุคคลที่ถูกศาลสั่งห้ามนั้นเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถ บริหารงานเก่ง ก็อาจไม่คำนึงถึงประวัติของบุคคลผู้นั้นและทำการจ้างบุคคลดังกล่าวเข้ามาทำงานก็ได้ ซึ่งส่วนใหญ่ในวงการธุรกิจมักจะไม่นสนใจเรื่องเหล่านี้มากนัก จึงควรที่จะกำหนดให้ห้างหุ้นส่วนบริษัทต่างๆ ต้องเชื่อฟังคำสั่งศาลด้วย เพื่อมิให้มาตรการตามข้อ 31 มีช่องว่างทางกฎหมายให้เหล่าอาชญากรข้ามชาติทำการหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้นคำสั่งห้ามของศาลตามมาตรานี้จึงเป็นการบังคับทั้งบุคคลธรรมดาผู้ที่ถูกบังคับใช้มาตรการนี้โดยตรง และนิติบุคคลต่างๆ ที่ถึงแม้จะไม่ได้ถูกบังคับใช้มาตรการนี้โดยตรงแต่ก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม และควรที่จะกำหนดโทษสำหรับบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่ฝ่าฝืนคำสั่งศาลนี้ไว้ด้วย

#### 4.5.5 การกำหนดระยะเวลาของการตัดสิทธิ

อนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนไว้สำหรับการสั่งห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารของนิติบุคคล หากแต่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ว่าเป็นไปตามระยะเวลาตามสมควร ซึ่งสาเหตุที่อนุสัญญาฯ บัญญัติไว้เช่นนี้ เนื่องจากประสงค์ที่จะให้ประเทศภาคีต่างๆ ที่จะนำมาตราการห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารนี้ไปใช้เป็นกฎหมายภายในกำหนดระยะเวลาในการห้ามขึ้นเอง ตามที่เห็นว่าเหมาะสม ทั้งนี้เพราะแต่ละประเทศมีระบบกฎหมาย ตลอดจนจนสภาพสังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน การที่อนุสัญญาฯ จะกำหนดให้ทุกประเทศภาคีใช้กำหนดระยะเวลาในการห้ามเหมือนกันทุกประเทศคงเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม และอาจเกิดปัญหาอื่นๆ ตามมาภายหลังได้

ดังนั้นหากประเทศไทยจะรับเอามาตรการตามข้อ 31 (2) (d) (ii) มาใช้เป็นกฎหมาย



ภายใน ก็จะต้องทำการกำหนดระยะเวลาในการห้ามขึ้นเองเช่นเดียวกัน ซึ่งในการกำหนดระยะเวลาในการห้ามนี้อาจนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 มาเทียบเคียง เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาและกลไกทางกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน โดยตามประมวลกฎหมายอาญา ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดระยะเวลาของการห้ามดังกล่าวได้ตามที่เห็นสมควร แต่การห้ามดังกล่าวก็มีข้อจำกัดคือ ต้องกำหนดระยะเวลาในการห้ามไม่ให้เกิน 5 ปี นับแต่วันที่ผู้กระทำความผิดพ้นโทษ ดังนั้นไม่ว่าบุคคลที่ถูกบังคับใช้มาตรการจะมีสภาพอันตรายและมีโอกาสที่จะประกอบอาชญากรรมโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพอีกในอนาคตมากเท่าไร ศาลก็มีอำนาจสั่งจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลผู้นั้น ได้สูงสุดเพียง 5 ปี

ปัญหาของระยะเวลาในการห้ามประกอบอาชีพนี้ขึ้นอยู่กับสภาพอันตรายหรือความเสียหายอันมีต่อสาธารณชน ซึ่งยากที่จะชี้ชัดถึงระดับอันตรายดังกล่าวได้ เนื่องจากไม่มีเครื่องมือวัดที่แน่นอน ดังนั้นระยะเวลาในการห้ามจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ได้มาระหว่างดำเนินคดี กล่าวคือ ต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อสาธารณชน สภาพความผิดและพฤติการณ์แห่งคดี มูลเหตุในการทำความผิด เหตุผลส่วนตัวของผู้กระทำความผิด ตลอดจนลักษณะของผู้กระทำความผิดอันได้แก่ บุคลิกลักษณะ ประวัติส่วนตัว ภูมิหลังของจำเลย เพื่อป้องกันสังคมจากการทำความผิดของบุคคลอันอาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต<sup>4</sup> แต่เมื่อพิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสาธารณชนจากการใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือในการทำความผิดแล้ว จะเห็นได้ว่ารุนแรงกว่าการทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพทั่วไปมาก โดยเฉพาะการสร้างความกระทบกระเทือนต่อระบบเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ ด้วยเหตุนี้เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 แล้ว จะเห็นว่ากำหนดระยะเวลาขึ้นสูงสุดไม่เกิน 5 ปีตามมาตรา 50 นั้นน้อยเกินไปที่จะนำมาใช้ป้องกันปัญหาการใช้นิติบุคคลโดยมิชอบขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ ควรมีระยะเวลาในการห้ามที่นานกว่า 5 ปี ซึ่งในประเด็นเรื่องระยะเวลาการห้ามนี้เราอาจนำเอาระยะเวลาในการห้ามหรือตัดสิทธิตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการตัดสิทธิของผู้บริหารบริษัท หรือ CDDA ของกลุ่มประเทศสหราชอาณาจักรมาพิจารณาประกอบ โดยระยะเวลาในการห้ามปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้บริหารบริษัทตาม กฎหมาย CDDA นั้นมีระยะเวลาขั้นต่ำคือ อย่างน้อย 2 ปี และสูงสุดคือ 15 ปี ซึ่งมีระยะเวลาในการห้ามขึ้นสูงสุดมากกว่าการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 ที่ห้ามได้ไม่เกิน 5 ปี

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงระยะเวลาที่เหมาะสมสำหรับการป้องกันการใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือโดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้น ควรมีระยะเวลาที่นานพอสมควร ทั้งนี้เพราะความเสียหายที่เกิดจากการใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือประกอบอาชญากรรมโดยอาศัยตำแหน่ง

<sup>4</sup> สุนัย จันทร์ตรี, “การห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50,” หน้า 182.

ผู้บริหารเป็นตัวเชื่อมที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศอย่างมาก เป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่สร้างความเสียหายมากกว่าอาชญากรรมธรรมดาทั่วไปหลายเท่าตัว ดังนั้นมาตรการต่างๆที่จะนำมาใช้บังคับกับอาชญากรรมประเภทนี้ ควรที่จะต้องมีความเข้มงวดมากกว่ามาตรการที่ใช้บังคับกับอาชญากรรมทั่วไปตามไปด้วย ดังนั้นประเด็นปัญหาเรื่องระยะเวลาการตัดสิทธิที่จะกระทำการเป็นผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯนี้ ก็ควรพิจารณากำหนดระยะเวลาที่มากกว่าการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 50 ที่ใช้กับการกระทำผิดกฎหมายอาญาทั่วไปที่มีกำหนดระยะเวลาชั้นในการห้ามสูงสุดไม่เกิน 5 ปี ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวจะน้อยเกินไปสำหรับอาชญากรรมที่กระทำโดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ และไม่อาจจะก่อให้เกิดความเกรงกลัวกฎหมายแก่บรรดาสมาชิกขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติตลอดจนผู้บริหารนิติบุคคลทั่วไปที่คิดจะกระทำความผิดโดยใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือเท่าที่ควร ดังนั้นควรนำระยะเวลาตาม กฎหมาย CDDA มาพิจารณาประกอบ ซึ่งมีระยะเวลาชั้นสูงสุดในการตัดสิทธิการเป็นผู้บริหาร 15 ปี ซึ่งจะเป็นระยะเวลาที่นานพอสมควร เหมาะสมที่จะนำมาใช้ป้องกันอาชญากรรมการใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือกระทำความผิดที่กระทำโดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินี้ แต่สำหรับกำหนดระยะเวลาในการตัดสิทธิขั้นต่ำ 2 ปีนั้นจะน้อยเกินไปสำหรับกรณีดังกล่าว เห็นควรที่จะกำหนดระยะเวลาขั้นต่ำไว้ 5 ปี

ดังนั้นในการกำหนดระยะเวลาในการห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารของนิติบุคคลนี้ไว้เป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยจึงควรกำหนดทั้งระยะเวลาขั้นต่ำและขั้นสูงสุด โดยระยะเวลาในการห้ามขั้นต่ำสุดควรไม่น้อยกว่า 5 ปี ในขณะที่ระยะเวลาชั้นสูงสุดไม่ควรจะต่ำกว่า 15 ปี ซึ่งจะทำให้มาตรการป้องกันตามข้อ 31 ของอนุสัญญาฯมีความศักดิ์สิทธิ์มากขึ้น

#### 4.5.6 หน่วยงานที่มีอำนาจออกคำสั่งห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคล

บทบัญญัติข้อ 31 (2) (d) (ii) กำหนดให้การสั่งตัดสิทธิที่จะกระทำการเป็นผู้บริหารนิติบุคคลสามารถทำได้โดยอาศัยคำสั่งศาล หรือโดยวิธีการอื่นที่เหมาะสม ซึ่งวิธีการอื่นดังกล่าวอาจเป็นการสั่งโดยอาศัยอำนาจของฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารในรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง หรืออาจใช้วิธีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาต่างหากนอกเหนือจากในส่วนของกฎหมายอาญาเพื่อกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งผู้บริหารของนิติบุคคลว่าต้องไม่เคยเป็นผู้ที่ถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดตามที่อนุสัญญาฯกำหนดอันเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว หน่วยงานที่มีอำนาจออกคำสั่งห้ามประกอบอาชีพหรือกระทำการเป็นผู้บริหารนิติบุคคลได้แก่ ศาลและหน่วยงานฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหาร ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจออกกฎหมายกำหนดคุณสมบัติไม่ถือว่าเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจออกคำสั่งห้ามโดยตรง เพราะคำสั่งห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารนิติบุคคลนี้เป็นคำสั่งห้ามเฉพาะตัวบุคคล ซึ่งเป็นลักษณะของคำสั่งศาลและคำสั่งทางปกครอง โดยที่การออกกฎหมายกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็นผู้บริหารนิติบุคคลถือว่าเป็นการ

ออกกฎหมายที่มุ่งบังคับใช้เป็นการทั่วไปไม่จำกัดใช้เฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่ง จึงต้องถือว่าผู้ที่สามารถออกคำสั่งห้ามตามข้อ 31 (2) (d) (ii) นี้ได้คงมีแค่ศาลและฝ่ายปกครองเท่านั้น ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกรห้ามประกอบอาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญาจะเห็นได้ว่าผู้ที่มีอำนาจออกคำสั่งให้นำวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามมาตรา 50 มาบังคับใช้ได้แก่ ศาลเท่านั้น โดยสั่งไว้ในคำพิพากษาต่อจากการพิพากษาลงโทษหลักหรือโทษประจาน

การให้อำนาจหน่วยงานอื่นนอกเหนือจากศาลในการออกคำสั่งถือเป็นวิธีการที่ดี เนื่องจากหากอาศัยแต่ศาลโดยลำพังอาจสอดคล้องดูแลผู้กระทำผิดได้ไม่ทั่วถึง ควรที่จะให้หน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องช่วยรับผิดชอบในการป้องกันการใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือกระทำความผิดโดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติด้วย เพราะการที่จะต่อสู้กับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องอาศัยความร่วมมือและประสานงานกันระหว่างหน่วยงานต่างๆภายในประเทศ ดังนั้นในการบัญญัติมาตรการป้องกันนี้ในประเทศไทยควรที่จะยึดตามบทบัญญัติของอนุสัญญาฯคือ กำหนดให้หน่วยงานราชการอื่นที่เกี่ยวข้องสามารถออกคำสั่งห้ามผู้ที่กระทำผิดตามอนุสัญญาฯมิให้กระทำการเป็นผู้บริหารของนิติบุคคลได้เช่นเดียวกับศาล เพื่อคอยสนับสนุนซึ่งกันและกันตลอดจนร่วมมือกันอุดช่องว่างของกฎหมายที่อาจเปิดโอกาสให้องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติกระทำความผิดได้

สำหรับศาลที่มีอำนาจออกคำสั่งห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารนิติบุคคลนั้นนอกจากศาลที่ได้มีคำพิพากษาว่าบุคคลผู้อาจถูกบังคับใช้มาตรการนี้ได้กระทำความผิดตามอนุสัญญาฯต่อด้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติแล้ว ศาลอื่นๆที่มีเขตอำนาจเหนือคดีอื่นก็อาจมีอำนาจในการออกคำสั่งตัดสิทธิดังกล่าวได้ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นศาลเดียวกับศาลที่ได้ตัดสินว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดตามอนุสัญญาฯเสมอไป ในขณะที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งห้ามดังกล่าวได้นั้นควรจะเป็นหน่วยงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลงานด้านความสงบเรียบร้อยรวมถึงเศรษฐกิจของประเทศ รวมไปถึงหน่วยงานที่ควบคุมดูแลงานเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนบริษัทอยู่ โดยหน่วยงานฝ่ายปกครองเหล่านี้อาจได้แก่ กระทรวงยุติธรรม กระทรวงมหาดไทย กระทรวงพาณิชย์ที่ควบคุมดูแลงานด้านห้างหุ้นส่วนบริษัท หรืออาจจะเป็นหน่วยงานอื่นนอกเหนือจากนี้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องก็ได้ ทั้งนี้ในการกำหนดหน่วยงานที่มีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าวได้นั้นจะต้องกำหนดบทบัญญัติและวิธีการอย่างเหมาะสม เพื่อป้องกันมิให้เกิดการลักลั่นหรือขัดแย้งกันระหว่างการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการกับฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง เพราะการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ จะต้องเป็นอิสระจากกัน แต่ในขณะเดียวกันจะต้องช่วยกันและดูแลซึ่งกันและกัน ดังนั้นการกำหนดองค์กรที่จะมีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าวจึงต้องพิจารณาด้วยความละเอียดรอบคอบอย่างยิ่ง

#### 4.5.7 ผู้ที่มีอำนาจขอให้มีการนำมาตรการมาใช้

การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยห้ามประกอบอาชีพบางอย่างตามประมวล

กฎหมายอาญามาตรา 50 มาบังคับใช้นั้นสามารถทำได้สองกรณีคือ กรณีที่มีผู้ร้องขอ และกรณีที่ศาลเห็นสมควร ซึ่งในการนำมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯมาใช้ก็ควรยึดตามกลไกของการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือสามารถนำมาใช้บังคับได้ทั้งในกรณีที่ศาลเห็นสมควรเอง และกรณีที่มีผู้ร้องขอ โดยผู้ที่ร้องขอนี้ อาจเป็นพนักงานอัยการผู้ฟ้องคดี หรือผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของบุคคลดังกล่าว โดยอาจขอรวมมาทำคำฟ้อง หรือจะร้องขอหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาว่าบุคคลดังกล่าวมีความผิดตามอนุสัญญาฯก็ได้

#### 4.5.8 การกำหนดฐานความผิดในการบังคับใช้มาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้

บริหารนิติบุคคล

ประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดฐานความผิดที่จะทำให้บุคคลจะต้องถูกบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยห้ามประกอบอาชีพบางอย่างไว้เป็นการเฉพาะ หากแต่บัญญัติไว้กว้างๆ ว่า “...ถ้าศาลเห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ และเห็นว่าหากผู้นั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไป อาจกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก...” กล่าวคือ ความผิดที่บุคคลที่จะถูกบังคับใช้มาตรการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างนี้ได้กระทำจะเป็นความผิดฐานใดก็ได้ โดยมีเงื่อนไขแค่ว่าการกระทำผิดดังกล่าวนั้นจะต้องกระทำโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพเท่านั้น ขณะที่มาตรการตามอนุสัญญาฯได้กำหนดฐานความผิดที่จะนำไปสู่การตัดสิทธิการเป็นผู้บริหารนิติบุคคลไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ มาตรการนี้จะใช้กับบุคคลที่ถูกศาลตัดสินว่าได้กระทำความผิดตามที่อนุสัญญาฯได้กำหนดไว้เท่านั้น ความผิดดังกล่าวได้แก่ ความผิดฐานเข้าร่วมกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ความผิดฐานฟอกเงิน ความผิดฐานคอร์รัปชัน ความผิดฐานขัดขวางความยุติธรรม และอาชญากรรมร้ายแรง ซึ่งเฉพาะบุคคลที่ถูกศาลตัดสินว่าได้กระทำความผิด 5 ประเภทนี้เท่านั้นที่อาจถูกตัดสิทธิการเป็นผู้บริหารนิติบุคคล ผู้ที่กระทำความผิดอื่นนอกเหนือจากความผิดเหล่านี้จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาฯนี้

ในการบัญญัติมาตรการนี้ในประเทศไทยควรนำบทบัญญัติตามอนุสัญญาฯมาพิจารณาร่วมกับการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ การกำหนดฐานความผิดตามที่อนุสัญญาฯกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขที่ได้อยู่แล้ว เพราะอาชญากรรมทั้ง 5 ประเภทที่อนุสัญญาฯกำหนดไว้นั้นล้วนแต่เป็นอาชญากรรมหลักขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่สร้างความเสียหายรุนแรงแก่ประเทศต่างๆมานาน และการที่อนุสัญญาฯกำหนดให้ความผิดอุกฉกรรจ์เป็นหนึ่งในความผิดตามอนุสัญญาฯนี้ก็ถือว่าเป็นการครอบคลุมการกระทำความผิดได้หลายฐาน

ด้วยกัน เนื่องจากอาชญากรรมร้ายแรงหรือ serious crime นั้นได้แก่ ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ปีขึ้นไป ดังนั้นการกระทำผิดอาญาโดยองค์การอาชญากรรมข้ามชาติฐานใดก็ตามที่มีโทษจำคุกขั้นต่ำ 4 ปีขึ้นไปก็จะอยู่ในขอบเขตความหมายของความผิดอุกฉกรรจ์ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาฯนี้ ความผิดทั้ง 5 ประเภทที่อนุสัญญาฯกำหนดไว้จึงกว้างพอที่จะครอบคลุมถึงการประกอบอาชญากรรมรูปแบบใหม่ๆ โดยองค์การอาชญากรรมข้ามชาติที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต และเป็นการสร้างความสะดวกแก่ศาลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการนำมาตราการนี้ไปใช้ เพราะมีขอบเขตและเงื่อนไขในการบังคับใช้ที่ชัดเจน ไม่เป็นภาระในการใช้ดุลพินิจของศาลมากเกินไป ทั้งนี้สาเหตุหนึ่งที่วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 50 ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติน้อยก็เนื่องมาจากไม่ได้กำหนดโทษขั้นต่ำและฐานความผิดที่ชัดเจนที่อาจถูกห้ามประกอบอาชีพได้ ซึ่งก่อให้เกิดความไม่ชัดเจน และไม่มีหลักเกณฑ์ที่จะนำไปปฏิบัติที่แน่นอน อันไม่ใช่ลักษณะที่ดีของกฎหมาย นอกจากนี้ยังเป็นการให้ดุลพินิจแก่ศาลมากเกินไปซึ่งทำให้ออกจากคดีจะขึ้นสู่ศาลน้อยแล้ว ยังไม่ยุติธรรมเท่าที่ควรด้วย เป็นเหตุให้มาตรการห้ามประกอบอาชีพนี้ไม่ถูกนำมาใช้มากเท่าที่ควรทั้งๆที่เป็นแนวทางในการป้องกันอาชญากรรมที่ดีวิธีการหนึ่ง

#### 4.5.9 การวินิจฉัยสภาพอันตรายของผู้กระทำความผิด

สภาพอันตรายหมายถึง ความเป็นอันตรายต่อสังคมอันเกิดจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพของบุคคลนั้น ซึ่งหมายถึงการพิจารณาถึงผลกระทบหรือความเสียหายอันจะเกิดขึ้นต่อสาธารณชน หรือสังคมส่วนรวมต่อไปในอนาคต โดยพิจารณาได้จากลักษณะและความร้ายแรงของพฤติกรรมทางอาญาที่ผ่านมา และที่คาดหวังกว่าจะเกิดขึ้นต่อไป หรือการมีพฤติกรรมทางอาญาหลายครั้ง รวมไปถึงการพิจารณาถึง องค์ประกอบทางด้านจิตใจ ประวัติและข้อมูลในอดีตของผู้กระทำความผิด ซึ่งการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดเงื่อนไขในเรื่องของการวินิจฉัยสภาพอันตรายของผู้กระทำความผิดไว้ ว่านอกจากบุคคลดังกล่าวจะต้องกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพแล้ว ศาลยังต้องเห็นว่าหากปล่อยให้บุคคลดังกล่าวประกอบอาชีพนั้นต่อไป มีโอกาสที่จะกระทำความผิดซ้ำอีก อันเป็นการวินิจฉัยถึงสภาพอันตรายของผู้กระทำความผิด โดยเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างการทำผิดซ้ำอีก อันเป็นการวินิจฉัยถึงสภาพอันตรายของบุคคลนั้นจะปรับปรุงแก้ไขให้ดีขึ้นได้ หากศาลเห็นว่าบุคคลดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดซ้ำ โดยไม่สามารถปรับปรุงแก้ไขตนเองได้ศาลก็จะนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยนี้มาใช้เพื่อป้องกันสังคม ขณะที่การห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารตามข้อ 31 ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในเรื่องของสภาพอันตรายหรือโอกาสที่จะกระทำความผิดซ้ำในอนาคตไว้ โดยมอบอำนาจเสรีแก่ศาลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ในการตัดสินใจว่าบุคคลใดสมควรที่จะถูกตัด

<sup>5</sup> สุนัย จันทร์ตรี, เรื่องเดียวกัน, หน้า 186

สิทธิในการเป็นผู้บริหารนิติบุคคล ดังนั้นในการออกคำสั่งห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารศาลอาจจะไม่คำนึงถึงสภาพอันตรายของบุคคลที่กระทำผิดว่าเขามีโอกาสมากน้อยแค่ไหนที่จะกระทำผิดซ้ำอีกในอนาคตก็ได้หากมีเหตุผลอื่นที่สมควรตัดสิทธิบุคคลผู้นั้น

เรื่องการวินิจฉัยถึงสภาพอันตรายนี้ควรที่จะยึดตามอนุสัญญาฯ เพราะการที่บุคคลใดถูกตัดสินว่ามีความผิดตามอนุสัญญาฯ ก็เป็นเรื่องยืนยันถึงสภาพอันตรายของบุคคลผู้นั้นอยู่แล้ว เนื่องจากความผิดตามอนุสัญญาฯ ล้วนแต่เป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่สร้างความเสียหายมหาศาล ซึ่งผู้ที่ประกอบอาชญากรรมเหล่านั้นได้ย่อมต้องเป็นอาชญากรโดยอาชีพไม่ใช่พวกมือสมัครเล่นอย่างแน่นอน บุคคลดังกล่าวจึงเป็นผู้ที่เป็นภัยต่อสังคมโดยปริยายอยู่แล้ว ไม่จำเป็นที่จะต้องวิเคราะห์สภาพอันตรายของบุคคลผู้นั้นอีก

#### 4.5.10 ความผิดและความเกี่ยวข้องกับอาชีพ

เงื่อนไขสำคัญอีกประการหนึ่งของการห้ามประกอบอาชีพตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 คือ ต้องเป็นการกระทำความผิดในทางอาชีพ โดยได้กำหนดสภาพความผิดและความเกี่ยวข้องกับอาชีพไว้ว่า ต้องเป็นการกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสหรือเนื่องจากการประกอบอาชีพ ซึ่งหมายถึงความผิดนั้นอาจเกิดจากหน้าที่ในอาชีพนั้นโดยตรง หรือไม่ได้เกิดจากหน้าที่ในอาชีพนั้นโดยตรงก็ได้ ซึ่งหากความผิดดังกล่าวมิได้เกิดขึ้นในการประกอบอาชีพหรือเนื่องจากการประกอบอาชีพ แม้ว่าจะเป็นความผิดฐานใดก็ตามก็ไม่อาจถูกบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยนี้ได้ ในทางกลับกันหากเป็นความผิดที่กระทำในการประกอบอาชีพหรือเนื่องจากการประกอบอาชีพ ไม่ว่าจะมีความผิดฐานใดก็อาจถูกบังคับใช้มาตรการนี้ได้ทั้งสิ้น ขณะที่อนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในเรื่องความเกี่ยวข้องกับอาชีพนี้ไว้ กล่าวคือ อนุสัญญาฯ กำหนดเพียงแค่ว่าให้เป็นความผิดตามอนุสัญญาฯ กำหนดไว้เท่านั้น คือความผิดตามข้อ 3 ได้แก่ การเข้าร่วมกับองค์กรอาชญากรรม ความผิดฐานฟอกเงิน ความผิดฐานคอร์รัปชัน ความผิดฐานขัดขวางกระบวนการยุติธรรม และความผิดอุกฉกรรจ์เท่านั้น โดยไม่ได้กำหนดว่าความผิดเหล่านี้จะต้องกระทำโดยอาศัยโอกาสในการประกอบอาชีพหรือเนื่องจากการประกอบอาชีพแต่อย่างใด ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ แล้ว การที่จะนำมาตราการห้ามประกอบอาชีพมาใช้กับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ เพียงแค่ผู้กระทำผิดได้ทำผิดตามอนุสัญญาฯ กำหนดไว้เท่านั้นก็น่าจะเพียงพอที่จะนำมาตราการนี้มาใช้บังคับ ไม่จำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขความเกี่ยวข้องกับอาชีพอีก เพราะอาชญากรรมที่อนุสัญญาฯ ได้กำหนดไว้ล้วนแต่เป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงสร้างความเสียหายมากทั้งนั้น ซึ่งอาชญากรรมเหล่านี้ไม่จำเป็นที่จะต้องกระทำโดยผ่านทางารประกอบอาชีพเสมอไป

#### 4.5.11 การกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนคำสั่งศาล

การห้ามประกอบอาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นมาตรการที่มีสภาพบังคับ การฝ่าฝืนคำสั่งศาลมาตรา 50 นี้จะส่งผลให้ผู้ฝ่าฝืนอาจถูกลงโทษจำคุกหรือปรับตาม มาตรา 196 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนคำสั่งห้ามของศาลซึ่งได้สั่งไว้ในคำพิพากษามาตรา 50 ต้อง ระวังโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” ขณะที่มาตรการ ห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารของนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯ นั้นไม่ได้กำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืน คำสั่งศาลไว้

อย่างไรก็ตาม หากต้องการให้มาตรการป้องกันตามข้อ 31 นี้มีความศักดิ์สิทธิ์ และใช้ป้องกันอาชญากรรมจากองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ จำเป็นจะต้อง กำหนดโทษสำหรับการฝ่าฝืนคำสั่งศาลตามมาตรานี้ขึ้นมา ซึ่งโทษดังกล่าวต้องเป็นโทษทางอาญา อันได้แก่ โทษจำคุก หรือโทษปรับ แต่เมื่อพิจารณาโทษของการฝ่าฝืนคำสั่งศาลที่ประมวลกฎหมาย อาญามาตรา 196 กำหนดไว้ ก็จะเป็นโทษที่เบาเกินไปสำหรับที่จะนำมาใช้บังคับกับองค์กรอาชญา กรรมข้ามชาติ และอาจทำให้มาตรการนี้เสื่อมความศักดิ์สิทธิ์ไม่เป็นที่หว่นเกรงของเหล่าอาชญากร ทั้งหลาย โดยผู้อาจถูกลงโทษตามบทกำหนดโทษนี้ได้นั้นได้แก่ ผู้ที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง ศาลอันประกอบไปด้วย บุคคลที่ถูกศาลสั่งห้ามโดยตรง รวมทั้งนิติบุคคลที่ฝ่าฝืนคำสั่งศาลด้วยการ จ้างบุคคลที่ถูกศาลสั่งห้ามเข้ามาทำงานในองค์กรของตน ซึ่งจะทำให้บรรดาบริษัทต่างๆ ไม่กล้าที่จะ จ้างบุคคลที่ถูกศาลสั่งห้ามเข้ามาทำงาน เนื่องจากที่ผ่านมานิติบุคคลที่เป็นนายจ้างโดยเฉพาะนิติ บุคคลในต่างประเทศมักไม่ค่อยคำนึงถึงประวัติอาชญากรรมของผู้ที่จะเข้ามาทำงานในองค์กรของ ตนหากว่าบุคคลผู้นั้นเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถสูง ทำให้บุคคลที่กระทำความผิดโดยอาศัย โอกาสจากการประกอบอาชีพได้รับโอกาสที่จะกลับเข้าไปกระทำความผิดได้อีก การกำหนดให้นิติ บุคคลที่เป็นนายจ้างต้องรับโทษหากฝ่าฝืนคำสั่งศาลจึงเป็นการบีบบังคับนิติบุคคลต่างๆทางอ้อมมิ ใ้รับบุคคลที่เป็นสมาชิกขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเข้าทำงาน ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะมีความ รู้ความสามารถมาเพียงใดก็ตาม ทั้งนี้การกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนคำสั่งห้ามของศาลนั้นควร กำหนดทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งควรกำหนดโทษให้มีอัตราสูงเข้าไว้โดยอาจกำหนดโทษจำ คุกขั้นต่ำ 3 ถึง 5 ปีขึ้นไป ขณะที่โทษปรับควรใกล้เคียงกับผลประโยชน์ที่ได้รับจากการประกอบ อาชญากรรม กล่าวคือ อัตราโทษปรับควรยึดหยุ่นเพื่อให้ได้สัดส่วนกับผลประโยชน์ที่ได้รับจาก การประกอบอาชญากรรมเพราะหากอัตราโทษต่ำเกินไป ก็จะทำให้อาชญากรทางเศรษฐกิจไม่เกรง กลัวเมื่อเทียบกับผลประโยชน์ที่ได้รับเป็นมูลค่ามหาศาล ดังนั้นการกำหนดอัตราโทษปรับให้ได้สัดส่วน กับผลประโยชน์ที่ได้รับโดยไม่จำกัดจำนวนค่าปรับโดยปล่อยให้เป็นที่ของศาลในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดเงินค่าปรับย่อมทำให้มีผลเป็นการยับยั้งการประกอบอาชญากรรมประเภทนี้ ได้ดีอีกทางหนึ่ง

#### 4.5.12 การเพิกถอนคำสั่งห้ามประกอบอาชีพ

การห้ามประกอบอาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 50 สามารถเพิกถอนหรืองดใช้เป็นการชั่วคราวได้ โดยประมวลกฎหมายอาญามาตรา 16 กำหนดให้ศาลสั่งเพิกถอนหรืองดใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่ผู้ถูกบังคับใช้ไว้เป็นการชั่วคราวได้ หากพฤติการณ์ที่เกี่ยวกับการใช้บังคับนั้นเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมแม้ยังไม่ครบกำหนดเวลาซึ่งย่อมาหมายความว่า ผู้ถูกห้ามได้ดำรงตนเป็นพลเมืองดี และไม่มีพฤติการณ์ที่จะกระทำความผิดในการประกอบอาชีพนั้นๆต่อไปอีก แต่มาตรการตัดสิทธิการประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลของอนุสัญญาฯ ไม่มีเงื่อนไขในการเพิกถอนคำสั่งศาลบัญญัติไว้ ซึ่งการนำมาตรการป้องกันนี้มาใช้กับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้นไม่จำเป็นต้องมีเงื่อนไขเรื่องการเพิกถอนคำสั่งศาลดังกล่าว เนื่องจากบุคคลเหล่านั้นจะเป็นอันตรายต่อสังคมอย่างยิ่งหากปล่อยให้ทำงานเป็นผู้บริหารนิติบุคคล อีกทั้งการที่ศาลมีคำสั่งตัดสิทธิของบุคคลผู้ใด ศาลก็จะกำหนดระยะเวลาในการห้ามตามที่ศาลเห็นสมควรอยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องเปิดช่องให้มีการเพิกถอนคำสั่งศาลดังกล่าวได้ เพราะอาจจะกลายเป็นจุดอ่อนของมาตรการนี้จนทำให้ด้อยประสิทธิภาพในการป้องกันอาชญากรรมข้ามชาติลงไปและถึงแม้ว่าศาลจะมีคำสั่งตัดสิทธิเป็นการถาวรก็ยิ่งเป็นเครื่องแสดงว่าบุคคลดังกล่าวมีสภาพอันตรายอย่างยิ่งต่อสาธารณชนจนต้องจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพของบุคคลผู้นั้นตลอดไป จึงไม่ควรอย่างยิ่งที่จะเพิกถอนคำสั่งศาลนั้น อีกทั้งบุคคลนั้นจะถูกห้ามประกอบอาชีพเฉพาะอาชีพที่ศาลสั่งห้ามไว้เท่านั้น บุคคลดังกล่าวยังสามารถประกอบอาชีพสุจริตอาชีพอื่นได้อีก ซึ่งไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกินสมควรหากคำนึงถึงความปลอดภัยของสังคมส่วนรวมแล้ว

เมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขต่างๆข้างต้นแล้วในการร่างบทบัญญัติมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลขึ้นในประเทศไทยอาจมีใจความดังต่อไปนี้ “ในกรณีที่ศาลหรือหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องเห็นว่าบุคคลที่ถูกตัดสินว่าได้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินี้มีโอกาที่จะกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพขึ้นในอนาคต ศาลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องนั้นมียานาจออกคำสั่งห้ามมิให้บุคคลผู้นั้นประกอบอาชีพที่เห็นว่าอาจสร้างโอกาสในการกระทำความผิดนั้น ภายในกำหนดระยะเวลาขั้นต่ำห้าปีขึ้นไป แต่ไม่ให้เกินสิบห้าปี

คำสั่งห้ามตามวรรคหนึ่งให้ครอบคลุมถึงกรณีที่บุคคลผู้ถูกศาลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสั่งห้ามมอบหมายให้ผู้อื่นกระทำการแทนตนในการประกอบอาชีพดังกล่าว

ผู้ใดฝ่าฝืนคำสั่งตามวรรคแรกและวรรคสองมีโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าห้าปีหรือปรับตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร หรือทั้งจำทั้งปรับ ”



#### 4.5.13 กลไกทางกฎหมายในการบังคับใช้มาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหาร

##### นิติบุคคล

การนำมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯ มาบังคับใช้สามารถอาศัยกลไกทางกฎหมายได้สามวิธีด้วยกันได้แก่ การห้ามโดยคำสั่งศาล การห้ามโดยคำสั่งทางปกครอง และการห้ามโดยผลของกฎหมาย โดยที่การใช้คำสั่งศาลและคำสั่งทางปกครองมีลักษณะเหมือนกัน กล่าวคือ ต่างใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด โดยเฉพาะหรือใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ทั้งคำสั่งศาลและคำสั่งทางปกครองต่างมุ่งใช้บังคับกับบุคคลเป็นการเฉพาะรายโดยจะกำหนดตัวผู้ที่จะถูกบังคับใช้มาตรการไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้จะเห็นได้จากการที่คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลนั้นจะมีบังคับเฉพาะกับบุคคลที่เป็นคู่ความในคดีดังกล่าวเท่านั้น มิได้มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอกแต่อย่างใด หรือคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่งอาจกระทบต่อสิทธิของบุคคลคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะเท่านั้น หากได้มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั่วไป คำสั่งศาลหรือคำสั่งทางปกครองที่ห้ามกระทำการเป็นผู้บริหารนิติบุคคลจึงเป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการห้ามเฉพาะราย คือระบุตัวผู้ที่จะถูกบังคับใช้มาตรการตามอนุสัญญาฯ นี้ไว้อย่างชัดเจนตายตัว

สำหรับกลไกของกฎหมายในการบังคับใช้มาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯ วิธีสุดท้ายหรือการห้ามโดยผลของกฎหมายนั้นเป็นการห้ามที่มุ่งใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่ระบุตัวบุคคล โดยใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่จำกัดจำนวนและกับบุคคลไม่จำกัดจำนวน กล่าวคือ เป็นการห้ามโดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้างๆ ไม่ระบุเฉพาะว่าจะให้ใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ อันเป็นลักษณะของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป โดยหากเราจะใช้กลไกทางกฎหมายวิธีนี้ในการนำมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯ มาบังคับใช้อาจกระทำได้โดยบัญญัติกฎหมายขึ้นมาอีกฉบับเพื่อกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งผู้บริหารของนิติบุคคลโดยเฉพาะ แยกออกมาต่างหากจากในส่วนของกฎหมายอาญา มีลักษณะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ารับข้าราชการบางประเภท โดยในการบัญญัติกฎหมายในส่วนนี้อาจบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหุ้นส่วนบริษัทในส่วนของเรื่องกรรมการบริษัท หรืออาจบัญญัติเป็นกฎหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ เช่น ประกาศ กฎ ระเบียบ ฯลฯ

อย่างไรก็ตามในการป้องกันปัญหาการใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือประกอบอาชญากรรมโดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินั้นประเทศไทยควรเลือกมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะมากกว่ามาตรการที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป เพราะปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศชาติโดยตรง ซึ่งมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับปัญหานี้ควรจะเป็นมาตรการเร่งด่วนที่สะดวกในการนำมาใช้ และสามารถนำมาใช้บังคับได้โดยตรงต่อผู้กระทำความผิดโดยเฉพาะ เพราะหากนำมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะ

เป็นการทั่วไปมาใช้บังคับกับอาชญากรรมประเภทนี้อาจก่อให้เกิดความล่าช้า ไม่ทันการ จนอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมหาศาลตามมา ดังนั้นในการบังคับใช้มาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลจึงควรเลือกใช้กลไกในการห้าม โดยอาศัยคำสั่งศาลและคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการห้ามเฉพาะบุคคล โดยการห้ามโดยเฉพาะเจาะจงนี้มีผลดีคือ สามารถบังคับใช้ได้ทันทีหากทราบตัวผู้กระทำความผิด ทำให้สามารถป้องกันปัญหาที่เกิดจากการกระทำของเหล่าองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้ทันที ในขณะทีกลไกการห้ามโดยผลของกฎหมายนั้นจะไม่เหมาะสมกับการนำมาใช้ป้องกันอาชญากรรมโดยเฉพาะอาชญากรรมข้ามชาติ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวมีความยุ่งยากในการบังคับใช้ ไม่สะดวกต่อการที่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายจะนำมาใช้ อีกทั้งยังก่อให้เกิดความล่าช้าไม่ทันการ

#### 4.6 ปัญหาในการกำหนดมาตรการเสริม

การที่มาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามข้อ 31 (2) (d) (ii) จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์อันได้แก่ การลดจำนวนของอาชญากรรมที่อาศัยนิติบุคคลเป็นเครื่องมือได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น จำเป็นต้องอาศัยมาตรการตามวรรค 2 (d) (i), (iii) และ (iv) คอยช่วยเสริม โดยมาตรการเหล่านี้จะช่วยศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจออกคำสั่งห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลสามารถใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งได้ง่ายขึ้น เพราะประวัติของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่มีส่วนพัวพันเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมนั้นเป็นข้อมูลสำคัญที่ศาลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะยกขึ้นมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจ หากบุคคลที่อาจถูกบังคับใช้มาตรการเป็นผู้ที่มีประวัติไม่สุจริตหรือเคยกระทำความผิดมาหลายคดี ศาลก็จะทำการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลผู้นั้นได้โดยไม่ต้องลังเล อีกทั้งระยะเวลาของการห้ามประกอบอาชีพก็ขึ้นอยู่กับข้อมูลดังกล่าวด้วยเช่นกัน โดยหากเป็นผู้มีประวัติไม่โปร่งใสศาลก็จะกำหนดระยะเวลาในการห้ามให้นานกว่าปกติ ข้อมูลดังกล่าวจึงทำให้ศาลสามารถสั่งได้อย่างถูกต้องและยุติธรรมต่อทุกฝ่าย นอกจากนี้การจัดทำประวัติของผู้ที่ถูกศาลสั่งห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลก็เป็นเรื่องจำเป็น เพราะหากไม่มีการจัดทำประวัติให้สาธารณชนสามารถตรวจสอบได้ก็จะทำให้คำสั่งศาลไม่มีความศักดิ์สิทธิ์เท่าที่ควร เพราะประชาชนส่วนใหญ่ไม่สามารถทราบได้ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลอันตรายที่ถูกศาลสั่งให้เป็นผู้ขาดคุณสมบัติในการประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลหากไม่ไปเปิดคำพิพากษาของศาลดู ทำให้บุคคลผู้นั้นอาจฝ่าฝืนคำสั่งศาลแอบไปทำงานเป็นผู้บริหารนิติบุคคลอีกได้โดยง่าย การจัดทำบันทึกประวัติของบุคคลเหล่านี้จึงเป็นหัวใจสำคัญที่จะทำให้มาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลนี้บรรลุผลสำเร็จในการป้องกันอาชญากรรม และสุดท้ายมาตรการแลกเปลี่ยนข้อมูลของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลรวมถึงข้อมูลประวัติของผู้ที่ถูกศาลสั่งห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลระหว่างประเทศภาคีก็เป็นฟันเฟืองสำคัญอีกประการที่จะทำ

ให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศในการป้องกันการใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือกระทำความผิด โดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ โดยการแลกเปลี่ยนข้อมูลเหล่านี้จะทำให้ประเทศต่างๆทราบข้อมูลและความเป็นไปขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ทำให้สามารถเตรียมหนทางป้องกันการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้ทันเวลา และทำให้ทราบข้อมูลของบุคคลที่เป็นอันตรายต่อวงการธุรกิจเพื่อป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงคำสั่งศาลโดยเดินทางไปทำงานเป็นผู้บริหารของนิติบุคคลในประเทศอื่นได้ มาตรการแลกเปลี่ยนข้อมูลเหล่านี้เปรียบเสมือนการสร้างเครือข่ายคอยดักอาชญากรรมข้ามชาติทั้งหลาย ทั้งนี้ความร่วมมือระหว่างประเทศถือเป็นหัวใจสำคัญที่จะทำให้การป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามในการบัญญัติมาตรการเสริมเหล่านี้เป็นกฎหมายภายในอาจต้องพบกับปัญหาบางประการดังต่อไปนี้

#### 4.6.1 ปัญหาในการจัดทำทะเบียนประวัติ

ปัญหาสำคัญประการหนึ่งในการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยการห้าม

ประกอบอาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 50 ที่มีเนื้อหาคล้ายคลึงกับมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯนี้ได้แก่ ปัญหาในเรื่องของระบบข้อมูลและการเก็บประวัติ กล่าวคือ โดยปกติแล้วกองทะเบียนประวัติและอาชญากรรมจะเก็บเฉพาะประวัติของผู้ต้องโทษตามคำพิพากษา โดยไม่มีการเก็บทะเบียนประวัติของผู้ที่ถูกบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย ทำให้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามมาตรา 50 นี้ไม่เป็นที่แพร่หลายและไม่ถูกนำไปใช้ในทางปฏิบัติมากนัก ดังนั้นหากประเทศไทยจะนำมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในจึงจำเป็นต้องศึกษาปัญหาในเรื่องของการจัดทำข้อมูลทะเบียนประวัตินี้เช่นกัน ทั้งนี้เพราะการที่มาตรการป้องกันตามข้อ 31 (2) (d) (ii) นี้จะใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น ระบบข้อมูลและทะเบียนประวัติเป็นส่วนประกอบสำคัญที่จะทำให้มาตรการดังกล่าวสามารถบรรลุผลสำเร็จในการนำมาใช้ในทางปฏิบัติ

ปัญหาสำคัญในการจัดทำประวัติบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลในประเทศไทยได้แก่ การจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ควบคุมดูแล จัดเก็บ และตรวจสอบข้อมูลเหล่านี้ ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับการจัดทำประวัติของผู้ที่ถูกบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญาแล้วพบว่าองค์วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่มีหน้าที่ดูแลงานด้านวิธีการเพื่อความปลอดภัยโดยเฉพาะก็มีได้มีการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาดูแลเรื่องการจัดทำทะเบียนประวัติของบุคคลที่ศาลได้สั่งบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแต่อย่างใด ดังนั้นปัญหาที่ว่าหน่วยงานใดสมควรที่จะเป็นผู้รับผิดชอบงานในส่วนนี้จึงเป็นปัญหาสำคัญที่จะต้องรีบพิจารณาหาทางออกหากประสงค์จะนำมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลมาใช้ในประเทศไทย

ในประเด็นปัญหานี้เราอาจนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการตัดสิทธิของผู้บริหาร บริษัท (Company Director's Disqualification Act 1986 หรือ CDDA) ของกลุ่มประเทศสหราชอาณาจักรมาพิจารณาประกอบ เนื่องจากกฎหมาย CDDA มีเนื้อหาใกล้เคียงกับมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาอย่างมาก และที่สำคัญกฎหมาย CDDA มีบทบัญญัติที่น่าสนใจเกี่ยวกับประเด็นปัญหาในเรื่องหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบดูแลจัดทำทะเบียนประวัติของผู้ถูกศาลสั่งว่าขาดคุณสมบัติที่จะปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้บริหาร โดยตามกฎหมาย CDDA นั้นหลังจากที่ศาลมีคำสั่งตัดสิทธิบุคคลใดจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้บริหารบริษัทแล้ว ศาลจะทำการรายงานคำสั่งตัดสิทธิดังกล่าวไปยัง นายทะเบียนบริษัท (Registrar of Companies) หลังจากนั้นข้อมูลดังกล่าวจะถูกจัดทำเป็นทะเบียนผู้บริหารที่ขาดคุณสมบัติ (Register of Disqualified Directors) เพื่อเปิดให้สาธารณชนสามารถทำการตรวจสอบได้โดยละเอียด โดยชื่อของบุคคลดังกล่าวจะถูกลบออกจากทะเบียนเมื่อครบกำหนดห้าม

การนำกลไกในการจัดทำทะเบียนประวัติตามกฎหมาย CDDA นี้มาปรับใช้ในประเทศไทยจะเป็นทางเลือกที่น่าสนใจ โดยเมื่อเปรียบเทียบกับหน่วยงานราชการที่มีอยู่แล้ว หน่วยงานที่จะมีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดทำตลอดจนเก็บรวบรวมข้อมูลทะเบียนประวัติของบุคคลและนิติบุคคลต่างๆรวมทั้งบุคคลที่ขาดคุณสมบัติที่จะปฏิบัติหน้าที่ผู้บริหารนิติบุคคลตามคำสั่งศาลนั้นได้แก่ สำนักงานทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัท ในสังกัดของกระทรวงพาณิชย์ ซึ่งถือเป็นทางออกที่ดีเนื่องจากเป็นหน่วยงานดังกล่าวมีหน้าที่รับผิดชอบงานด้านทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทโดยตรงอยู่แล้ว โดยทางสำนักทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทอาจจะจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาใหม่โดยเฉพาะเพื่อรับผิดชอบการจัดทำและเก็บรวบรวมข้อมูลทะเบียนประวัติดังกล่าว โดยอาจตั้งเป็นกองทะเบียนประวัติอาชญากรรมขึ้น

นอกจากกฎหมาย CDDA แล้วในการจัดทำทะเบียนประวัติบุคคลและนิติบุคคลตามข้อ 31 ของอนุสัญญาฯนี้ เราอาจนำมาตรการในเรื่องการคุมประพฤตินิติบุคคลมาพิจารณาประกอบด้วยอีกเรื่องหนึ่ง กล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกาหน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการคุมประพฤตินิติบุคคลนั้นได้แก่ หน่วยงานคุมประพฤติ U.S.P.O. (United States Probation Office) โดยภายในหน่วยงานจะเป็นรูปแบบผสมระหว่างหน่วยงานของศาล หน่วยงานอิสระของรัฐ กลุ่มช่วยเหลือเอกชนที่รับค่าใช้จ่ายจากรัฐ และอาสาสมัครคุมประพฤติ ซึ่งนอกจากพนักงานคุมประพฤติอาชีพแล้ว ศาลอาจตั้งพนักงานคุมประพฤติขึ้นจากบุคคลหลายๆอาชีพ เช่น นักบัญชี วิศวกร นักวิทยาศาสตร์ นักกฎหมาย ฯลฯ หรือผู้ทรงคุณวุฒิด้านอื่นๆ เพื่อควบคุมการดำเนินกิจการ

ของนิติบุคคลเป็นรายคดีไปก็ได้<sup>6</sup> หน้าที่หลักของหน่วยงานเหล่านี้คือการ จะคอยสอดส่องดูแล ตรวจสอบการดำเนินงานของนิติบุคคลที่ถูกศาลสั่งคุมประพฤติมิให้กระทำผิดกฎหมายซ้ำขึ้นอีก โดยจะคอยรายงานผลไปยังศาล

การนำมาตราการคุมประพฤตินิติบุคคลของประเทศสหรัฐอเมริกามาประยุกต์ใช้ในการจัดทำและเก็บรวบรวมข้อมูลดังกล่าวสามารถทำได้ โดยมอบหมายให้กรมคุมประพฤติเป็นผู้รับผิดชอบ ซึ่งกรมคุมประพฤติจะต้องจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาใหม่เพื่อรับหน้าที่ดูแลการจัดทำและการเก็บรวบรวมข้อมูลของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ โดยอาจตั้งเป็นกองคุมประพฤตินิติบุคคลขึ้นเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณามาตรการทั้งสองวิธีข้างต้นดูแล้ว เห็นว่าประเทศไทยควรนำทั้งสองมาตรการมาใช้ร่วมกัน กล่าวคือ หลังจากที่ศาลมีคำสั่งห้ามบุคคลผู้ใดกระทำการเป็นผู้บริหารนิติบุคคลแล้ว ให้ศาลส่งคำสั่งดังกล่าวไปยังสำนักงานทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทเพื่อส่งต่อไปยังกองทะเบียนประวัติอาชญากรรมเพื่อจัดทำทะเบียนประวัติของบุคคลดังกล่าวไว้ให้ประชาชนทั่วไปสามารถตรวจสอบได้ นอกจากนี้ยังต้องส่งคำสั่งดังกล่าวไปยังกองคุมประพฤตินิติบุคคลและผู้บริหารนิติบุคคลเพื่อให้คอยติดตามพฤติการณ์และคอยตรวจสอบความประพฤติของบุคคลที่ถูกศาลสั่งตัดสิทธิที่จะปฏิบัติหน้าที่ผู้บริหารนิติบุคคลรวมทั้งความประพฤติของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่มีส่วนพัวพันกับองค์การอาชญากรรมข้ามชาติที่ถูกขึ้นทะเบียนประวัติอาชญากรรมไว้

นอกจากสองหน่วยงานดังกล่าวข้างต้นแล้วข้อมูลทะเบียนประวัติที่จัดทำขึ้นควรจะถูกรายงานไปยังคณะกรรมการและคณะทำงานศูนย์ป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมพิเศษและอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งเป็นหน่วยงานในสังกัดของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ด้วยอีกแห่งหนึ่ง เนื่องจากเป็นหน่วยงานเฉพาะที่มีหน้าที่ดูแลปัญหาองค์การอาชญากรรมข้ามชาติอยู่ในขณะนี้จึงควรที่จะรับทราบถึงข้อมูลดังกล่าวไว้ด้วย อันเป็นการประสานความร่วมมือกันระหว่างหน่วยงานราชการต่างๆ ในประเทศ

#### 4.6.2 ปัญหาในการแลกเปลี่ยนข้อมูลประวัติระหว่างประเทศภาคี

การแลกเปลี่ยนข้อมูลขององค์การอาชญากรรมข้ามชาติระหว่างประเทศเป็นกุญแจสำคัญที่จะทำให้การป้องกันปราบปรามองค์การอาชญากรรมข้ามชาติมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยที่ผ่านมาสาเหตุที่ทำให้ปริมาณของอาชญากรรมข้ามชาติเพิ่มมากขึ้นมาจากการที่ประเทศต่างๆ ใช้มาตรการทางกฎหมายในลักษณะต่างคนต่างทำ ไม่มีการประสานงานกัน ไม่มีการส่งผ่านข้อมูล

<sup>6</sup> ปรัชญา อยู่ประเสริฐ, “การคุมประพฤตินิติบุคคล : ศึกษาเฉพาะกรณีห้างหุ้นส่วนจดทะเบียนและบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตบัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 133.

ระหว่างหน่วยงาน ไม่มีความร่วมมือกัน ทำให้เกิดช่องโหว่ให้องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติยังคง ลอยนวลประกอบอาชญากรรมได้อยู่ ปัญหาของการแลกเปลี่ยนข้อมูลประวัติบุคคลระหว่าง ประเทศภาคีประการแรกได้แก่ การที่แต่ละประเทศมักจะคำนึงถึงอธิปไตยและความมั่นคงภายใน ของตนเป็นหลัก เกรงว่าหากเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวออกไปจะเป็นการเปิดเผยความลับของชาติ ซึ่ง เป็นการบั่นทอนอำนาจอธิปไตยของประเทศตน ทำให้มักไม่ค่อยมีการแลกเปลี่ยนข้อมูล ความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ซึ่งกันและกัน ซึ่งหากจะมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารกันส่วน ใหญ่ก็จะควรมีความตกลงระหว่างประเทศผู้ขอกับประเทศที่ถูกร้องขอในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ อัน เป็นไปตามหลักต่างตอบแทน หากไม่มีความตกลงระหว่างประเทศก็มักจะไม่ได้ได้รับความร่วมมือใน การแลกเปลี่ยนข้อมูลดังกล่าว ประการที่สองได้แก่ ขาดหน่วยงานที่จะรับผิดชอบหน้าที่ในส่วนนี้ โดยเฉพาะ ซึ่งหน่วยงานที่รับผิดชอบอยู่ในปัจจุบันอาจไม่มีความรู้ความชำนาญในปัญหาองค์กร อาชญากรรมข้ามชาติเท่าที่ควร ทำให้ไม่ค่อยคำนึงถึงความสำคัญของการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร กับต่างประเทศ ประการสุดท้ายบุคลากรของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันปราบปราม อาชญากรรมข้ามชาติที่มีความรู้ความสามารถทางด้านภาษาและคอมพิวเตอร์ยังมีอยู่เป็นจำนวน จำกัด ทำให้การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารกับหน่วยงานราชการของต่างประเทศเป็นไปอย่างล่าช้า และอาจมีความบิดเบือนของข้อมูลเกิดขึ้นได้

ทางแก้ของปัญหาเหล่านี้คือ การรณรงค์ให้มีการทำความตกลงระหว่างประเทศใน ระดับต่างๆในเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูลเหล่านี้ ซึ่งอนุสัญญาต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติก็ อยู่ในข่ายของความตกลงระหว่างประเทศนี้ด้วย และทำการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมารับผิดชอบหน้าที่ ในส่วนนี้โดยเฉพาะ โดยอาจรวมอยู่กับหน่วยงานกองทะเบียนประวัติอาชญากรรมของสำนัก ทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัท หรือในกองคุมประพฤตินิติบุคคลของกรมคุมประพฤติซึ่งกล่าวมา แล้วก็ได้ โดยอาจจัดตั้งขึ้นมาเป็นฝ่ายต่างประเทศและคอยดูแลเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูลทะเบียน ประวัติระหว่างประเทศภาคีโดยเฉพาะ นอกจากนี้ควรส่งเสริมความร่วมมือระหว่างหน่วยงาน เฉพาะที่ตั้งขึ้นมาใหม่กับกระทรวงการต่างประเทศซึ่งเป็นด่านแรกในการรับคำขอจากประเทศ ต่างๆ เพื่อให้การดำเนินการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างประเทศภาคีเป็นไปอย่างสะดวกรวดเร็ว

#### 4.7. ปัญหาการนำมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลมาใช้ในทางปฏิบัติ

ในอดีตที่ผ่านมาตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา วิธีการเพื่อความปลอด ภัยการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างถูกนำมาใช้น้อยมากทั้งที่มาตรการนี้สามารถนำมาใช้เสริมเพื่อ ป้องกันอาชญากรรมและรักษาความสงบเรียบร้อยได้เป็นอย่างดี ดังจะเห็นได้จากสถิติคดีที่เกี่ยวกับ การห้ามประกอบอาชีพที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาน้อยมาก ซึ่งเหตุที่บทบัญญัติมาตรา 50 มี การนำมาบังคับใช้ในทางปฏิบัติได้น้อยนั้น อาจเกิดจากความไม่ชัดเจนของเนื้อหาและบทบัญญัติของ

กฎหมายนั่นเอง เช่นคำว่า “อาชีพ” หรือ “วิชาชีพ” หรือคำว่า “อาศัยโอกาส” หรือ “เนื่องจาก” การประกอบอาชีพ และปัญหาทางด้านการพิจารณาถึงสภาพอันตรายต่อสังคมของผู้กระทำความผิดซึ่งจะต้องมีผลกระทบต่อสาธารณชนและสภาพอันตรายในตัวผู้กระทำความผิดซึ่งไม่มีเครื่องวัดที่แน่นอน ต้องอาศัยการประเมินบุคลิกลักษณะ พฤติกรรมทางอาญา และวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์เข้ามาเกี่ยวข้อง อันเป็นเหตุให้มาตรการนี้ไม่ถูกนำมาใช้มากเท่าที่ควร<sup>7</sup> แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติเรื่องการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลของอนุสัญญาฯแล้วจะเห็นได้ว่ามีข้อแตกต่างกับมาตรการห้ามประกอบอาชีพตามประมวลกฎหมายอาญาที่จะทำให้มาตรการตามอนุสัญญาฯนี้เป็นที่แพร่หลายมากกว่าอยู่พอสมควรกล่าวคือ การที่อนุสัญญาฯกำหนดฐานความผิดที่อาจถูกบังคับใช้มาตรการนี้ไว้อย่างชัดเจนทำให้ศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับใช้มาตรการนี้สามารถกำหนดขอบเขตที่แน่นอนในการนำมาตราการใช้ โดยไม่สร้างเงื่อนไขหรือภาระในการใช้ดุลพินิจที่กว้างเกินไปแก่ศาลเหมือนในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 50 ขณะที่ในเรื่องของสภาพอันตรายนั้นก็ไม่น่าจะสร้างความยุ่งยากต่อการตัดสินใจ เนื่องจากการที่บุคคลใดถูกศาลตัดสินว่าได้กระทำความผิดตามที่อนุสัญญาฯกำหนดไว้นั้น แสดงว่าบุคคลผู้นั้นย่อมเป็นผู้ที่มีสภาพอันตราย และเป็นภัยต่อสาธารณชน เพราะอาชญากรรมที่ถูกกำหนดว่าเป็นความผิดโดยอนุสัญญาฯนั้นล้วนแต่เป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่สร้างความเสียหายแก่ประเทศชาติอย่างมาก ดังนั้นการที่ศาลจะนำมาตราการห้ามประกอบอาชีพตามอนุสัญญาฯมาบังคับใช้กับบุคคลดังกล่าวจึงไม่น่าที่จะมีอุปสรรคต่อการใช้ดุลพินิจของศาลมากนัก มาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯจึงน่าจะเป็นที่ยอมรับและถูกนำไปใช้โดยหน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายอย่างแพร่หลายมากกว่าวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา

#### 4.8. ปัญหาเกี่ยวกับหน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย

ปัญหาสุดท้ายที่จะต้องพิจารณาในการบัญญัติมาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลไว้ในกฎหมายภายในของประเทศไทยได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับหน่วยงานที่จะมาทำหน้าที่บังคับใช้มาตรการดังกล่าว รวมทั้งมาตรการอื่นของอนุสัญญาฯด้วย ทั้งนี้เพราะการที่จะบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพจำเป็นจะต้องมีหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายที่มีความสามารถในระดับมืออาชีพและมีแรงบันดาลใจสูง ไม่เช่นนั้นถึงแม้เราจะมีกฎหมายที่ดี มีประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม แต่หากผู้ที่จะนำกฎหมายไปใช้ไม่มีความรู้ความสามารถดีพอ กฎหมายนั้นก็ไม้อาจแสดงศักยภาพที่แท้จริงออกมาได้อย่างเต็มที่ ดังนั้นหากหน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายในการต่อสู้กับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติของประเทศไทยไม่มี

<sup>7</sup> สุนัย จันทรตรี, เรื่องเดียวกัน, หน้า 175.

ความรู้ความสามารถเพียงพอ ก็จะส่งผลให้มาตรการตามอนุสัญญาที่ใช้ได้ผลในประเทศอื่นหลายประเทศ อาจจะใช้ไม่ได้ผลในประเทศไทยหรือไม่มีประสิทธิภาพเท่ากับประเทศอื่น ทั้งๆที่เป็นมาตรการอย่างเดียวกัน ด้วยเหตุนี้รัฐควรจะพิจารณาถึงความสามารถของหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย และจะต้องพยายามเพิ่มขีดความสามารถนี้ให้ได้มาตรฐานที่เหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นด้วย โดยปัญหาที่พบบ่อยในหน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายได้แก่

#### 4.8.1 ความไม่มีประสิทธิภาพของบุคลากร

ปัญหาดังกล่าวประกอบไปด้วย

1. การที่บุคคลในกระบวนการยุติธรรมส่วนใหญ่ยังวนเวียนปฏิบัติอยู่กับการปฏิบัติงานตามบรรทัดฐานและระเบียบปฏิบัติที่มีอยู่เดิม ในขณะที่สังคมมีความสลับซับซ้อนและมีการพัฒนามากขึ้น ทำให้กระบวนการยุติธรรมเกิดปัญหาไม่สามารถจัดการกับปัญหาอาชญากรรมใหม่ๆที่มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น องค์ความรู้จากสถาบันการศึกษาและหน่วยงานทางวิชาการในหน่วยงานที่มีอยู่ก็ไม่ได้มีความเข้มแข็งและศักยภาพเพียงพอในการพัฒนาองค์ความรู้ด้านกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมและหากมีการนำเอามาตรการใหม่ๆที่ทันสมัยมาใช้กระบวนการยุติธรรมก็ยังมีปัญหาเกี่ยวกับศักยภาพของบุคลากรและองค์กรที่เกี่ยวข้องในการนำเอามาตรการเหล่านั้นมาใช้ในความเป็นจริงอีกด้วย

2. หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะตำรวจซึ่งเป็นหน่วยงานเบื้องต้นที่รับผิดชอบดำเนินการสืบสวนจับกุมอาชญากรรมข้ามชาติขาดบุคลากรและงบประมาณ เนื่องจากถูกจำกัดการเพิ่มบุคลากรตามนโยบายมาตรการจำกัดกำลังพลภาครัฐ ประกอบกับประเทศไทยประสบปัญหาทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรง ทำให้รัฐบาลไม่สามารถสนับสนุนคนและเงิน ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการทำงาน ในขณะที่กลุ่มคนร้ายมีทรัพยากรมหาศาลที่เป็นผลจากการประกอบอาชญากรรมและสามารถนำเงินเหล่านั้นมาใช้ในการต่อต้านการสืบสวนจับกุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ทั้งโดยอาศัยเทคโนโลยีที่ทันสมัยกว่าของทางราชการ หรือโดยการใช้เงินนั้นติดสินบนอำนวยความสะดวก

3. การดำเนินการสืบสวนปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติ จำเป็นต้องได้รับความร่วมมือระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจส่วนใหญ่มีความรู้ความสามารถด้านภาษาอังกฤษต่ำมาก ทำให้ขาดความสนใจที่จะคิดขยายผลการสืบสวน หรือแม้ว่าสนใจแต่ก็ติดขัดในเรื่องที่ต้องขอความร่วมมือผ่านมายังกองการต่างประเทศของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ทำให้เสียเวลาไม่ทันต่อการแก้ไขปัญหา ในส่วนของเจ้าหน้าที่ตำรวจกองการต่างประเทศ โดยเฉพาะฝ่ายองค์การตำรวจสากลซึ่งมีหน้าที่โดยตรงในการติดต่อประสานงานกับองค์การตำรวจสากล และเป็นฝ่ายอำนวยความสะดวกของกรมตำรวจในเรื่องการดำเนินการในเรื่องส่งผู้ร้ายข้ามแดน และการให้หรือขอความร่วมมือในทางอาญาระหว่างประเทศ ปัจจุบันก็ยังขาดบุคลากรที่มีความสามารถในการเขียนและพูด



ภาษาต่างประเทศอย่างแท้จริง ทำให้การดำเนินการติดต่อประสานงานระหว่างประเทศล่าช้า เพราะต้องเสียเวลาในการแปลและตรวจทานข้อความที่แปลจากผู้บังคับบัญชา ไม่สามารถปฏิบัติงานเป็นเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบเฉพาะได้ทันที

4.เจ้าหน้าที่ตำรวจและหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรม ขาดความรู้ความสามารถในการสืบสวนปราบปรามอาชญากรรมที่เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ เช่น อาชญากรรมคอมพิวเตอร์

5.การแก้ไขปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงรูปแบบแผนยุทธศาสตร์ และใช้เทคโนโลยีในการกระทำผิดใหม่ๆ ทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องพัฒนาบุคลากรให้ทันสมัย แต่ก็ไม่สามารถดำเนินการได้เนื่องจากค่าตอบแทนที่รัฐจ่ายให้แก่ข้าราชการตำรวจต่ำมากเมื่อเทียบกับภาคเอกชน ทำให้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถทางการเงินการธนาคารและคอมพิวเตอร์ไม่ต้องการมาสมัครเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจ นอกจากนี้การที่เจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทุกระดับมีเงินเดือนต่ำไม่สามารถดำรงเกียรติในทางสังคมหรือมีอนาคตที่ดีสำหรับบุตรธิดาและครอบครัวได้ ทำให้มีโอกาสดกเป็นเครื่องมือของเหล่าอาชญากรที่สามารถใช้เงินติดสินบนได้โดยง่าย

6.การขาดเงินทุนสนับสนุนจากรัฐบาล ซึ่งโดยทั่วไปมักจะให้เงินสนับสนุนการสร้างระบบการพิจารณาคดีอาญามากกว่าการป้องกันอาชญากรรม การให้เงินสนับสนุนนั้นเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อประยุกต์เทคนิคการป้องกันอาชญากรรมต่างๆ ให้เข้ากับอาชญากรรมที่มีความร่วมสมัยมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติ หรืออาชญากรรมอื่น

#### 4.8.2 ความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐ

ในการที่จะป้องกันปัญหาองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น ความร่วมมือระหว่างหน่วยงานต่างๆภายในประเทศเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง แต่เนื่องจากโครงสร้างกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยยังมีลักษณะกระจัดกระจายกันอยู่ โดยสังกัดอยู่ในหลายหน่วยงานของรัฐทำให้เกิดปัญหาความซ้ำซ้อนของงาน และทำให้ความร่วมมือระหว่างหน่วยงานมักเกิดปัญหาขึ้นเสมอ โดยปัญหาดังกล่าวประกอบไปด้วย

1.กรณีที่หน่วยงานหนึ่งต้องการความช่วยเหลือจากอีกหน่วยงานหนึ่ง ซึ่งเป็นหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายเหมือนกัน ก็ไม่ได้มีการแบ่งปันข้อมูลกันอย่างเต็มที่เพราะกลัวว่าหน่วยงานที่ขอข้อมูลมาจะทำงานสำเร็จและได้รับความเชื่อถือไป นอกจากนี้การปราศจากข้อมูลพื้นฐานและความล้มเหลวในการเผยแพร่ข้อมูลที่ได้มา ก็เป็นปัญหาอีกประการหนึ่ง

2.การประสานงานในระหว่างหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมและหน่วยงานที่

เกี่ยวข้อง จะเกิดขึ้นเฉพาะเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นเท่านั้น ไม่มีความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องซึ่งบางครั้งอาจเกิดความล่าช้าในการประสานงานกันจนทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดได้อย่างสัมฤทธิ์ผล

3. การที่เน้นผลสำเร็จเฉพาะของหน่วยงานของตน โดยไม่มองถึงผลสำเร็จของกระบวนการยุติธรรมโดยรวมและการที่ไม่มีกระบวนการที่จะร่วมคิดร่วมทำงานอย่างจริงจัง ทำให้ขาดการร่วมมือประสานงานกัน แต่กลับทำงานซ้ำซ้อนในเชิงสร้างอาณาจักรแห่งอำนาจของแต่ละองค์กรเสียมากกว่า

#### 4.8.3 ความร่วมมือกับหน่วยงานต่างประเทศ

กรณีนี้มักจะเกิดขึ้นจากสาเหตุที่สำคัญหลายประการ ได้แก่

1. ปัญหาทัศนคติของเจ้าหน้าที่ที่มีต่อการให้ความร่วมมือหรือความช่วยเหลือกับนานาชาติในการปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งปัญหานี้อาจจะมีสาเหตุพื้นฐานมาจากการที่แต่ละประเทศมีระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน การขาดความรู้ความชำนาญในเรื่องมาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ การขาดระบบข้อมูลทางอาญาหรือประวัติอาชญากรรมที่ดี ความแตกต่างทางด้านภาษาและเทคโนโลยี

2. ปัญหาการขาดมาตรการและกลไกภายในประเทศที่เอื้ออำนวยต่อการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติอันมีเหตุที่สำคัญคือ การไม่มีกฎหมายภายในที่เป็นกลไกในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ เช่น กฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน กฎหมายว่าด้วยการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา กฎหมายเกี่ยวกับการฟอกเงิน

3. ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กล่าวคือ ที่มาของความร่วมมือระหว่างประเทศที่สำคัญก็คือ ความผูกพันกันในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ร้องขอและประเทศที่รับคำร้องขอซึ่งก็คือ ความผูกพันระหว่างประเทศทั้งในระดับทวิภาคีและพหุภาคี และหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติระหว่างกัน ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่จะก่อความผูกพันทั้งในระดับทวิภาคีและพหุภาคีรวมทั้งความเต็มใจที่จะผูกพันกันตามหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติระหว่างกัน<sup>8</sup>

<sup>8</sup> ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, ยุทธศาสตร์การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย, หน้า 29.

<sup>9</sup> ชาลยูเชวาน์ ไชยานุกิจ, “การดำเนินการระหว่างประเทศในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ,” วารสารกฎหมาย (ปีที่ 20 ฉบับที่ 1, 2543), หน้า 227.

#### 4.8.4 บทบาทหน้าที่ของศาลในการบังคับใช้มาตรการห้ามประกอบอาชีพ

องค์ประกอบสำคัญอีกประการที่จะทำให้มาตรการห้ามประกอบอาชีพผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาฯบรรลุผลสำเร็จได้แก่ ศาล เพราะศาลเป็นผู้มีอำนาจที่จะสั่งใช้มาตรการดังกล่าวกับผู้กระทำความผิด ดังนั้นการใช้ดุลพินิจของศาลจึงเป็นประเด็นสำคัญที่จะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง แต่จากอดีตที่ผ่านมาปรากฏว่าศาลได้นำมาตรการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างมาใช้้น้อยมาก สาเหตุมาจากบุคลากรในฝ่ายศาลมักมีทัศนคติแบบอนุรักษนิยม ต้องการความรอบคอบและไม่ประสงค์ให้การเปลี่ยนแปลงกระทบต่อความยุติธรรม อีกประการหนึ่งอาจเป็นเพราะปรัชญาทางกฎหมายโดยเกรงว่าจะเป็นการลงโทษซ้ำซ้อน หรือรุนแรงเกินกว่าการกระทำความผิดก็ได้ ทำให้การพัฒนาในเรื่องการห้ามประกอบอาชีพ มิได้ดำเนินไปตามเจตนารมณ์ของการร่างกฎหมายในส่วนนี้เท่าที่ควร ปัญหาที่แท้จริงของเรื่องนี้ น่าจะอยู่ที่การพิสูจน์สภาพอันตรายต่อสังคม เนื่องจากขาดข้อมูลบางประการจากเจ้าพนักงานสอบสวนหรือในทางการบรรยายถึงพฤติการณ์พิเศษในคำฟ้อง และการนำสืบพยานหลักฐานต่างๆถึงพฤติการณ์การกระทำความผิดของจำเลย และผลกระทบอันเกิดขึ้นต่อสาธารณชน ทำให้ศาลไม่อาจพิจารณาถึงสภาพของจำเลยได้ แนวทางแก้ไขคือ ศาลต้องใช้ดุลพินิจชี้แจงน้ำหนักเปรียบเทียบระหว่างผลกระทบอันเกิดขึ้นต่อสังคมจากการกระทำความผิดในการประกอบอาชีพนั้นๆ รวมทั้งประวัติการกระทำความผิดของจำเลยที่เคยมีพฤติการณ์กระทำความผิดในลักษณะนี้มาก่อน และความน่าสงสัยว่าจำเลยนี้จะเป็นผู้กระทำความผิดต่อไปกับสัดส่วนความสำคัญของสิทธิเสรีภาพ สิทธิส่วนบุคคลควรมีน้ำหนักเหนือกรณีความผิดเล็กน้อยเท่านั้น แต่ในความผิดอุกฉกรรจ์ หรือคดีความผิดที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจ ความมั่นคงของประเทศ ศีลธรรมความปลอดภัยในชีวิตทรัพย์สินของประชาชน โดยส่วนรวมแล้ว ผลประโยชน์ของชาติย่อมอยู่เหนือสิทธิส่วนบุคคล

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย