

การกำหนดความผิดอาญาฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติ
ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ



นางสาววิศรา สุรเดช

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2556

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR) are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

CRIMINALIZATION OF BRIBERY TO FOREIGN PUBLIC OFFICIALS IN INTERNATIONAL
BUSINESS

Miss Warisara Suradet



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2013

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การกำหนดความผิดอาญาฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐ
ของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

โดย

นางสาววิศรา สุระเดช

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ดร.คณพล จันทน์หอม

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ดร.ชัชพล ไชยพร)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ดร.คณพล จันทน์หอม)

.....กรรมการ

(ดร.โชติกา วิทยาวรากุล)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ดร.วิลาวัรรณ มังคละธนะกุล)

วริศรา สุระเดช : การกำหนดความผิดอาญาฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ. (CRIMINALIZATION OF BRIBERY TO FOREIGN PUBLIC OFFICIALS IN INTERNATIONAL BUSINESS) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ดร.คณพล จันทน์หอม, 325 หน้า.

การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาตินในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นปัญหาอาชญากรรมข้ามชาติที่สร้างความเสียหายอย่างกว้างขวางแก่สังคมนานาชาติ โดยที่ประเทศต่างๆ ไม่สามารถใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ปราบปรามได้อย่างเหมาะสม ประเทศต่างๆ จึงได้ตระหนักถึงความสำคัญของการร่วมกันต่อต้านพฤติกรรมการทุจริตรูปแบบใหม่นั้นในระดับนานาชาติ และนำมาสู่แนวคิดการบัญญัติให้การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศความผิดอาญา ซึ่งสำหรับกรณีประเทศไทย การเติบโตของภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในปัจจุบันได้เพิ่มช่องทางและโอกาสที่ผู้ประกอบการไทยจะแสวงหาประโยชน์โดยจ่ายสินบนให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ แต่กฎหมายอาญาที่มีอยู่กลับมีขอบเขตบังคับใช้ได้แก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยเท่านั้น จึงเป็นกรณีที่ประเทศไทยไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายป้องกันและปราบปรามการกระทำทุจริตดังกล่าวได้เลยไม่ว่าในทางใด ตามหลัก “ไม่มี ความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย”

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงจำเป็นต้องศึกษาแนวคิดการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา โดยการเปรียบเทียบและวิเคราะห์กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการให้สินบนข้ามชาติและได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย ได้แก่ อนุสัญญาต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจของ OECD กับของสหประชาชาติ ตลอดจนกฎหมายของต่างประเทศที่มีจุดเด่นน่าสนใจเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์ เพื่อให้ได้มาซึ่งแนวทางการบัญญัติความผิดดังกล่าวที่สอดคล้องเหมาะสมระบบกฎหมายไทยในประเด็นต่างๆ ได้แก่ รูปแบบการบัญญัติความผิด ประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิด บทลงโทษทางอาญา และเขตอำนาจลงโทษของศาล ทั้งนี้ ความผิดฐานใหม่นั้นต้องมีเนื้อหาสอดคล้องตามแนวทางที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในระดับนานาชาติ

จากผลการศึกษาพบว่าประเทศไทยควรออกกฎหมายและบัญญัติความผิดอาญาสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาตินในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ รวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ประเทศไทยมีมาตรการทางกฎหมายอาญาที่เด็ดขาดและเหมาะสมสำหรับการป้องกันและปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่กำลังเป็นปัญหาความกังวลระดับนานาชาติได้อย่างเหมาะสม

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2556

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

5486032034 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: CRIMINALIZATION / FOREIGN BRIBERY / FOREIGN PUBLIC OFFICIALS / INTERNATIONAL BUSINESS / INTERNATIONAL BRIBERY

WARISARA SURADET: CRIMINALIZATION OF BRIBERY TO FOREIGN PUBLIC OFFICIALS IN INTERNATIONAL BUSINESS. ADVISOR: KANAPHON CHANHOM, Ph.D., 325 pp.

Bribery to foreign public officials in an international business is a transnational corruption that widely causes damages to nations, including their economic security and competitive markets, but cannot be properly prosecuted and punished by an old-fashioned anti-bribery law. Due to this problem, concept of criminalizing foreign bribery was raised in an international stage for combatting that specific crime. As for Thailand, since the growth of international commerce is continuing, Thai businessmen have more opportunities to compete in foreign markets, and hence the increasing opportunity to international bribing. However, the existing anti-bribery provisions in the Penal Code, Section 144 and Section 167, are only limited to bribing domestic officials, so Thai authorities cannot prosecute such crimes committed by Thais according to the proverb “*nullum crimen, nulla poena, sine lege.*”

In this regard, a study on the concept of criminalization of bribery to foreign public officials in an international business is required. This research is to compare and analyze conventions related to the issue in terms of international standard, those are the OECD Convention on Combatting Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions 1997 and the United Nations Convention against Corruption 2003, domestic laws of the United States, the United Kingdoms, and Singapore as local prohibitions and usages in order to provide guidelines for establishing a new offense in Thai law.

As the result, Thailand should enact a statute as well as penalizing a foreign bribery practically in the light of universal concept in order to establish offense which is appropriate to the international-level crime.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2013

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี เพราะได้รับความอนุเคราะห์อย่างสูงจากอาจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก โดยท่านได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งในการให้คำปรึกษาและคำแนะนำอันเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์นี้มาตั้งแต่ต้น อีกทั้งท่านยังช่วยตรวจสอบแก้ไขความบกพร่องของวิทยานิพนธ์ด้วยความเอาใจใส่จนกระทั่งสำเร็จสมบูรณ์ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงสำหรับความเมตตาที่มีให้แก่ผู้เขียนมาโดยตลอด

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร ที่ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมถึงอาจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล และอาจารย์ ดร.วิลาวรรณ มังคละธนะกุล ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยทุกท่านให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาและแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จสมบูรณ์ด้วยองค์ความรู้ที่หลากหลาย นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์มัทยา จิตติรัตน์ ที่ชี้แนะและให้แนะนำสำคัญต่างๆ ที่ผู้เขียนได้นำมาปรับใช้พัฒนาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ความสำเร็จด้านการศึกษาในชีวิตของผู้เขียนมีอาจเกิดขึ้นได้หากปราศจากกำลังใจและการสนับสนุนจากครอบครัว ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และพี่ชายของผู้เขียนสำหรับโอกาสทางการศึกษา และการสนับสนุนปัจจัยต่างๆ ที่อำนวยความสะดวกให้ผู้เขียนสำเร็จลุล่วงได้อย่างราบรื่น อีกทั้งเป็นแรงบันดาลใจที่ทำให้ผู้เขียนหมั่นพากเพียรศึกษาตลอดมา

ผู้เขียนขอขอบคุณพี่ น้อง และเพื่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กลุ่มเพื่อนชั้น 5 แห่งห้องพักหลักสูตรนิติศาสตร์บัณฑิต ทั้งที่สำเร็จการศึกษาไปแล้ว และที่กำลังมุ่งมั่นเพื่อสำเร็จการศึกษาในอนาคต สำหรับทุกกำลังใจ คำปรึกษา ความช่วยเหลือ ความปรารถนาดี รอยยิ้ม และมิตรภาพตลอดระยะเวลาที่ได้ร่วมเดินบนเส้นทางสู่ความสำเร็จในวิชาชีพกฎหมายเดียวกันนี้

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่วงการนิติศาสตร์ไทยและผู้สนใจไม่มากนักน้อย หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอรับไว้แต่เพียงผู้เดียวและขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฅ
สารบัญรูปภาพ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.4 สมมติฐานในการศึกษา.....	8
1.5 วิธีการศึกษา.....	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
1.7 นิยามศัพท์.....	9
1.8 คำย่อ.....	10
1.9 วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง.....	11
1.10 โครงสร้างของวิทยานิพนธ์.....	14
บทที่ 2 แนวคิดทั่วไปของสินบน ความผิดฐานให้สินบน และความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนตาม กฎหมายไทย.....	17
2.1 ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับ “สินบน” และ “ความผิดเกี่ยวกับสินบน”.....	18
2.1.1 แนวคิดทั่วไปของสินบน.....	18
2.1.2 แนวคิดทั่วไปของความผิดเกี่ยวกับสินบน.....	19
2.1.2.1 องค์ประกอบทั่วไปของความผิดเกี่ยวกับสินบน.....	20
2.1.2.2 ลักษณะทั่วไปของความผิดเกี่ยวกับสินบน.....	24
2.1.2.3 การจำแนกประเภทของความผิดเกี่ยวกับสินบน.....	25
2.2 ความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนในกฎหมายไทย.....	28
2.2.1 พัฒนาการของความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายไทย.....	29

2.2.1.1 แนวคิดและความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายตราสามดวง.....	29
2.2.1.2 ความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127.....	39
2.2.2 ความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนตามประมวลกฎหมายอาญา	46
2.2.2.1 องค์ประกอบของความผิดฐานให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญา.....	48
2.2.2.2 บทลงโทษสำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐในประมวลกฎหมายอาญา	58
2.2.2.3 เขตอำนาจศาลลงโทษของศาลเกี่ยวกับความผิดฐานให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญา	59
2.3 สรุป	63
บทที่ 3 พัฒนาการและแนวคิดของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติ ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ และความตื่นตัวที่เกิดขึ้นในประเทศไทย	65
3.1 พัฒนาการและแนวคิดของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ.....	66
3.1.1 ลักษณะและขอบเขตทางกฎหมายของการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ.....	67
3.1.2 สาเหตุและผลกระทบของการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ	70
3.1.2.1 สาเหตุของการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ.....	70
3.1.2.2 ผลกระทบของการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ	76
3.1.3 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ.....	79
3.1.3.1 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจ	79
3.1.3.2 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจ	80
3.1.4 แนวคิดและพัฒนาการของการป้องกันและปราบปรามการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ.....	81
3.1.4.1 พัฒนาการของแนวคิดการกำหนดให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดทางอาญา	81

3.1.4.2 แนวคิดความรับผิดชอบของประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจต่อการป้องกันและ ปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ	89
3.2 ความตื่นตัวของประเทศไทยต่อแนวความคิดเรื่องการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติใน การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ.....	92
3.2.1 สถานการณ์และความจำเป็นของประเทศไทยในการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน รัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญา	92
3.2.1.1 การเจริญเติบโตในภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของไทย	93
3.2.1.2 ภาพลักษณ์ของประเทศไทยเกี่ยวกับการต่อต้านการกระทำทุจริต	97
3.2.2 ปัญหาการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติใน การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ	100
3.2.2.1 ปัญหาการไม่มีกฎหมายกำหนดความผิดและโทษ	100
3.2.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจลงโทษของศาล	102
3.2.3 ความพยายามของประเทศไทยในการกำหนดความผิดฐานให้สินบนต่างประเทศในประมวล กฎหมายอาญาที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน	103
3.3 สรุป	109
บทที่ 4 การกำหนดให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่าง ประเทศเป็นความผิดทางอาญาตามความตกลงระหว่างประเทศ.....	111
4.1 แนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจ ระหว่างประเทศตามอนุสัญญาของ OECD	112
4.1.1 แนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด	113
4.1.2 แนวทางเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญา	119
4.1.3 แนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษ.....	120
4.1.4 ข้อวิจารณ์เกี่ยวกับอนุสัญญาของ OECD	120
4.2 แนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจ ระหว่างประเทศตามอนุสัญญา UNCAC	125
4.2.1 องค์ประกอบความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ	125
4.2.2 แนวทางเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญา	130
4.2.3 แนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษ.....	133
4.2.4 ข้อวิจารณ์เกี่ยวกับอนุสัญญา UNCAC	134

4.3	เปรียบเทียบมาตรฐานแนวทางการกำหนดความผิดอาญาฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของ ต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC ...	136
4.3.1	การเปรียบเทียบแนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด	137
4.3.2	การเปรียบเทียบแนวทางการกำหนดบทลงโทษทางอาญา.....	139
4.3.3	การเปรียบเทียบแนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษ.....	141
4.3.4	การเปรียบเทียบข้อวิจารณ์เกี่ยวกับอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC	141
4.4	สรุป	144
บทที่ 5	แนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติ ในการประกอบ ธุรกิจระหว่างประเทศในต่างประเทศ.....	147
5.1	สหรัฐอเมริกา.....	148
5.1.1	ความผิดอาญาฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างของชาติในการประกอบธุรกิจระหว่าง ประเทศตามกฎหมาย FCPA.....	149
5.1.1.1	บทบัญญัติความผิด.....	150
5.1.1.2	บทลงโทษทางอาญา.....	158
5.1.2	ข้อวิจารณ์และตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมาย FCPA.....	161
5.2	สหราชอาณาจักร.....	167
5.2.1	ความผิดอาญาฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างของชาติในการประกอบธุรกิจระหว่าง ประเทศตามกฎหมาย UKBA.....	168
5.2.1.1	บทบัญญัติความผิด.....	168
5.2.1.2	บทลงโทษทางอาญา.....	174
5.2.2	ข้อวิจารณ์และตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมาย UKBA	177
5.3	ประเทศสิงคโปร์.....	181
5.3.1	ความผิดอาญาที่อาจใช้บังคับแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบ ธุรกิจระหว่างประเทศตามกฎหมาย PCA	182
5.3.1.1	บทบัญญัติความผิด.....	183
5.3.1.2	บทลงโทษทางอาญา.....	189
5.3.2	ข้อวิจารณ์และตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมาย PCA.....	191
5.4	สรุป	193
บทที่ 6	การเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติใน การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศสากลกับบทบัญญัติความผิด ในกฎหมายต่างประเทศ	196

6.1 ประเด็นรูปแบบการบัญญัติฐานความผิด.....	197
6.2 ประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด	200
6.2.1 ประเด็นบุคคลผู้กระทำความผิด	200
6.2.2 ประเด็นการกระทำอันเป็นการให้สินบน	202
6.2.2.1 ประเด็นลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบน	202
6.2.2.2 ประเด็นขอบเขตของ “สินบน”	204
6.2.3 ประเด็นบุคคลผู้รับสินบน	206
6.2.4 ประเด็นเจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษ: โดยทุจริต	209
6.2.5 ประเด็นเจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรัฐ	213
6.2.6 ประเด็นเจตนาพิเศษ: เพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ	214
6.2.7 ประเด็นการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวก	216
6.2.8 ประเด็นเกี่ยวกับข้อต่อสู้ตามกฎหมาย	218
6.3 ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญา.....	221
6.3.1 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา.....	221
6.3.2 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล	222
6.3.3 ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดโทษริบทรัพย์	223
6.4 ประเด็นการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาล	225
6.4.1 กรณีการกระทำความผิดในดินแดนของรัฐ.....	226
6.4.2 กรณีการกระทำความผิดนอกดินแดนของรัฐ.....	226
6.5 สรุป	228
บทที่ 7 การวิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่ เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของ กฎหมายต่างประเทศมาใช้ในกฎหมายอาญาไทย.....	231
7.1 ประเด็นรูปแบบการบัญญัติฐานความผิด.....	232
7.1.1 การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นฐานความผิดเฉพาะ	233
7.1.2 การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นกฎหมายเฉพาะ	235

7.2 ประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด	236
7.2.1 ประเด็นบุคคลผู้กระทำความผิด	237
7.2.2 ประเด็นการกระทำอันเป็นการให้สินบน	240
7.2.2.1 ประเด็นลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบน	241
7.2.2.2 ประเด็นขอบเขตของ “สินบน”	246
7.2.3 ประเด็นบุคคลผู้รับสินบน	247
7.2.4 ประเด็นเจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษ: โดยทุจริต	256
7.2.5 ประเด็นเจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรัฐ	261
7.2.6 ประเด็นเจตนาพิเศษ: เพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ	265
7.2.7 ประเด็นการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวก	269
7.2.8 ประเด็นเกี่ยวกับข้อต่อสู้ตามกฎหมาย	270
7.3 ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญา.....	274
7.3.1 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา.....	274
7.3.2 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล	276
7.3.3 ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดโทษริบทรัพย์	281
7.4 ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาล.....	283
7.4.1 กรณีการกระทำความผิดในดินแดนของรัฐ.....	283
7.4.2 กรณีการกระทำความผิดนอกดินแดนของรัฐ.....	284
7.5 สรุป	290
บทที่ 8 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	293
8.1 บทสรุป.....	293
8.1.1 แนวคิดและความสำคัญของการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในระดับสากลและในต่างประเทศ.....	293
8.1.2 ความจำเป็นในการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของประเทศไทย.....	294
8.1.3 สรุปแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาเป็นสากลและสอดคล้องกับระบบกฎหมายไทย	295
8.2 ข้อเสนอแนะ.....	306

รายการอ้างอิง	314
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	325



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สารบัญตาราง

	หน้า
ตาราง 1 สถิติมูลค่าการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศขาออก (FDI Outflow) ปี ค.ศ. 2549 - 2554 (หน่วย: ล้านดอลลาร์สหรัฐ).....	94
ตาราง 2 สถิติดัชนีภาพลักษณ์คอร์ปชั่นของประเทศไทยปี พ.ศ. 2544-2555.....	98



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สารบัญรูปภาพ

	หน้า
รูป 1 สถิติการลงทุนโดยตรงระหว่างไทยกับอาเซียน ปี พ.ศ. 2548-2554 (หน่วย: พันล้านบาท).....	96
รูป 2 สถิติการลงทุนโดยตรงระหว่างไทยกับ CLMV ปี พ.ศ. 2548-2554 (หน่วย: พันล้านบาท).....	96



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้เจริญก้าวหน้าอย่างก้าวกระโดดจนกลายเป็นกิจกรรมขับเคลื่อนเศรษฐกิจสำคัญ อันนำมาซึ่งความมั่งคั่งและการกระจายความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีไปยังประเทศต่างๆ ทั่วโลก¹ แต่ในขณะเดียวกันความเจริญก้าวหน้านี้เองส่งผลให้การให้สินบนแบบดั้งเดิมมีรูปแบบซับซ้อนขึ้นด้วย² กล่าวคือ เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจจากประเทศหนึ่งไปประกอบกิจการในตลาดต่างประเทศ ผู้ประกอบธุรกิจนั้นอาจจำเป็นต้องเข้าติดต่อกับหน่วยงานของรัฐต่างชาติเพื่อทำธุรกิจโดยตรง เช่น การทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ หรือการประมูลสัญญาสัมปทานต่างๆ ฯลฯ³ หรือเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมหรือควบคุมประกอบธุรกิจของต่างประเทศนั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เช่น การจัดตั้งบริษัท การขออนุญาตหรือขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจ การเสียภาษี การนำเข้าหรือส่งออกสินค้า ฯลฯ⁴ ผู้ประกอบธุรกิจจึงอาจให้สินบนแก่ผู้ใช้อำนาจของรัฐต่างประเทศเพื่อให้ตนได้สิทธิทำสัญญาธุรกิจกับภาครัฐ หรือเพื่อได้รับการอำนวยความสะดวกต่างๆ นานาอันเป็นการเอาเปรียบผู้ประกอบการรายอื่น การให้สินบนซึ่งเป็นการจูงใจเจ้าพนักงานตามกฎหมายภายในของรัฐอยู่แต่เดิม จึงพัฒนารูปแบบเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะเฉพาะ มีจุดเกาะเกี่ยวในเชิงระหว่างประเทศ และมักเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางธุรกิจจำนวนมาก⁵ อาชญากรรมรูปแบบใหม่นี้รู้จักกันอย่างแพร่หลายในปัจจุบันว่า “การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ”

เมื่อการให้สินบนรูปแบบใหม่มีความเกี่ยวข้องกับตลาดการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยสภาพ อาชญากรรมดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมอย่างกว้างขวางยิ่งกว่าการให้สินบนแบบดั้งเดิม กล่าวคือ นอกจากการให้สินบนจะขัดต่อหลักศีลธรรมและความรู้สึกผิดชอบชั่วดี และถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาเพราะเป็นการใช้ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเข้าแทรกแซงการใช้อำนาจรัฐแล้ว⁶ การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศยังก่อให้เกิดความเสียหายทาง

¹ Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, and John A. Spanogle Jr., *International Business Transactions*, 2nd ed. (MN: WEST, 2001), pp. 3-9.

² Kimberry Ann Elliott, "Corruption as an International Policy – Problem: Overview and Recommendation," in *Corruption and the Global Economy*, ed. Kimberry Ann Elliott (MA: Institute for International Economics, 1997), p. 189.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Peter Johnstone and George Brown, "International Controls of Corruption: Recent Responses from the USA and the UK," *Journal of Financial Crime* 11, 3 (2004): 217-248.

เศรษฐกิจและสังคมของประเทศที่เกี่ยวข้องทั้งหลายในวงกว้าง⁷ ตลอดจนทำให้ประสิทธิภาพการแข่งขันในตลาดการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศลดลงด้วย ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของระบบตลาดและเสถียรภาพของการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยส่วนรวม ยกตัวอย่างเช่น เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจต่างต่างจ่ายสินบนให้แก่เจ้าพนักงานของประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจ เพื่อปิดเบือนกลไกจัดสรรทรัพยากรและการจ่ายเงินงบประมาณของประเทศนั้น การจ่ายสินบนดังกล่าวย่อมนำมาสู่การถ่ายโอนทรัพย์สินของรัฐไปเป็นประโยชน์ส่วนบุคคลโดยมิชอบ การจัดสรรทรัพยากรที่ล้มเหลวอาจนำไปสู่การสร้างสาธารณูปโภคหรือการจัดซื้อสินค้าและบริการที่มีคุณภาพต่ำกว่าที่ควรจะเป็น ไม่คุ้มค่ากับเงินงบประมาณที่รัฐจะต้องเสียไป เกิดความล่าช้าทางเทคโนโลยี รวมถึงเป็นสาเหตุและปัจจัยของวัฒนธรรมการทุจริตในระบบงานภาครัฐ⁸ ในขณะเดียวกันก็ทำให้ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจเสียชื่อเสียงและมีภาพลักษณ์ที่ไม่ดีในสายตาของนานาชาติ เพราะขาดความรับผิดชอบต่อการป้องกันและปราบปรามการกระทำทุจริตโดยผู้ประกอบการชาติตนในต่างประเทศ กระทบกระเทือนต่อความเชื่อมั่นที่สาธารณะมีอยู่ต่อระบบเศรษฐกิจแบบตลาด และเป็นผลเสียต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในระยะยาว หรือหากมีการเปิดเผยว่าได้จ่ายสินบนให้แก่ผู้มีชื่อเสียงหรือมีฐานะทางสังคมของต่างชาติก็อาจนำไปสู่การสูญเสียความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศได้ด้วยเช่นกัน⁹

เมื่อพิจารณาในเชิงเครื่องมือป้องกันและปราบปรามการให้สินบนที่เกิดขึ้นในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศพบว่า แนวคิดการบัญญัติกฎหมายเพื่อต่อต้านการให้สินบนในต่างประเทศเพิ่งเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมาเอง ประเทศส่วนใหญ่จึงยังไม่มีมาตรการทางอาญาที่เหมาะสมในการจัดการแก่ผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ประเทศทั้งหลายจึงได้แต่อาศัยบทบัญญัติในเรื่องสินบนที่มีอยู่เดิมมาตีความบังคับใช้เท่าที่จะกระทำได้นั้น¹⁰ อีกทั้งเนื่องจากการให้สินบนรูปแบบใหม่มีองค์ประกอบในเชิงระหว่างประเทศโดยสภาพ บางกรณีประเทศจึงอาจไม่สามารถจับกุมดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นได้ด้วยข้อจำกัดด้านเขตอำนาจการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะกรณีผู้กระทำความผิดไม่ได้เดินทางกลับมายังประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจหรือไม่ได้เดินทางเข้าไปยังประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจเลย¹¹ ส่วนประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจก็อาจไม่สามารถบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายใดๆ แก่ผู้กระทำความผิดที่ปรากฏตัวและประกอบธุรกิจตามปกติอยู่ในดินแดนของตนได้ เพราะการกระทำทุจริตเช่นนั้นนั้นในต่างประเทศไม่ถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา¹² จึงเห็นได้ว่าการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นหนทางที่บุคคลจะได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางธุรกิจมหาศาล แต่มี

⁷ วิทยากร เชียงกุล, แนวทางปราบคอร์รัปชันอย่างได้ผล: เปรียบเทียบไทยกับประเทศอื่น (กรุงเทพฯ: สายธาร, 2549), หน้า 29-35.

⁸ Peter Binning *et al.*, "Fraud and the Criminal Law," in International Commercial Fraud (London: Sweet & Maxwell, 2002), p. 182.

⁹ House of Representative, 95th Congress 1st Session, Report No. 95-640. และ Susan Rose-Ackerman, "The Political Economy of Corruption," in Corruption and the Global Economy, ed. Kimberry Ann Elliott (MA: Institute for International Economics, 1997), p. 43.

¹⁰ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 265.

¹¹ เรื่องเดียวกัน.

¹² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์, 2549), หน้า 16-19.

โอกาสถูกจับกุมดำเนินคดีตามกฎหมายต่ำ ผู้ประกอบธุรกิจจึงยังคงมีแรงจูงใจสูงที่จะใช้วิธีการทุจริตดังกล่าวกอบโกยผลประโยชน์ โดยไม่คำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่ผู้อื่นหรือสังคมในระยะยาว¹³ ด้วยเหตุข้อนี้ จึงทำให้ต้องพิจารณากำหนดมาตรการทางกฎหมายที่สำหรับใช้ป้องกันและปราบปรามการกระทำทุจริตข้ามชาติดังกล่าวอย่างเหมาะสม อันจะก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยรวม และจึงนำมาสู่การเกิดแนวคิดการบัญญัติความผิดอาญาเพื่อต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศจากทางฝ่ายผู้ให้สินบน (Active Bribery) โดยความรับผิดชอบของประเทศผู้ส่งออกประกอบธุรกิจดังนี้¹⁴

แนวคิดการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อต่อต้านการกระทำทุจริตในต่างประเทศเกิดขึ้นครั้งแรก สหรัฐอเมริกาจากการเปิดเผยข้อมูลการจ่ายเงินอันน่าสงสัยหรือผิดกฎหมายของบริษัทข้ามชาติอเมริกันกว่า 400 แห่งในต่างประเทศรวมเป็นเงินมูลค่ากว่า 300 ล้านดอลลาร์สหรัฐ สภาคองเกรสแห่งสหรัฐอเมริกาจึงบัญญัติกฎหมายต่อต้านการกระทำทุจริตในต่างประเทศฉบับแรก ชื่อว่า “The Foreign Corrupt Practices Act” (กฎหมาย FCPA) ในปี ค.ศ. 1977 (พ.ศ. 2520)¹⁵ กำหนดความผิดและบทลงโทษสำหรับการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เพื่อตอบโต้การกระทำอันคุกคามความมั่นคงของชาติและบั่นทอนความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ ต่อมาเมื่อแนวคิดการต่อต้านอาชญากรรมการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศถูกยกระดับขึ้นเป็นปัญหาความกังวลระดับนานาชาติ แนวคิดของกฎหมาย FCPA นี้ยังได้เป็นต้นแบบของพันธกรณีการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา (Criminalization) ในเนื้อหากฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ ซึ่งอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการเผยแพร่แนวคิด รวมถึงผลักดันให้หลายประเทศทั่วโลกบัญญัติให้การให้สินบนรูปแบบใหม่เป็นความผิดอาญาในปัจจุบันมี 2 ฉบับ ได้แก่

1) อนุสัญญาแห่งองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการรณรงค์ต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานของต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ (The OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions 1997)¹⁶ มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะ โดยกำหนดพันธกรณีสำคัญให้รัฐภาคีต้องบัญญัติให้การกระทำทุจริตดังกล่าวเป็นความผิดอาญาตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ มีรัฐภาคีส่วนใหญ่เป็นประเทศพัฒนาแล้วที่เป็นสมาชิกขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organiz[ati]on for Economic Co-operation and Development หรือ “OECD”) แต่ก็ยังเปิด

¹³ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminaliz[ati]on of Bribery in Asia and the Pacific* (Paris: ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific OECD Publishing, 2011), pp. 17-18.

¹⁴ Binning, P. *et al.*, “Fraud and the Criminal Law,” in *International Commercial Fraud*, p. 182.

¹⁵ House of Representative, 95th Congress 1st Session, Report No. 95-640.

¹⁶ The OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions 1997, Article 1.

โอกาสให้ประเทศอื่นๆ เข้าผูกพันตนเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาได้¹⁷ ทั้งนี้ ประเทศไทยเองกำลังอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาความเหมาะสมของการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ด้วยเช่นกัน¹⁸

2) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003¹⁹ (United Nations Convention against Corruption 2003) มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตหลายรูปแบบโดยวิธีการที่หลากหลาย ซึ่งหนึ่งในพันธกรณีสำคัญได้แก่การบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญา ปัจจุบันอนุสัญญาฉบับนี้มีภาคีสมาชิกจำนวน 167 ประเทศจากทั่วโลก²⁰ ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกลำดับที่ 149 อย่างสมบูรณ์เมื่อวันที่ 30 มีนาคม พ.ศ. 2554²¹ อีกทั้งเคยพยายามแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวในช่วงปี พ.ศ. 2550 แต่ก็ยังมีได้ตราออกบังคับเป็นกฎหมายแต่อย่างไร²²

กฎหมายระหว่างประเทศสองฉบับนี้เป็นหลักฐานยืนยันชัดเจนแล้วว่า การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมิใช่ปัญหาอาชญากรรมภายในรัฐในความรับผิดชอบของประเทศใดประเทศหนึ่งอีกต่อไป แต่เป็นปัญหาอาชญากรรมที่นานาชาติตระหนักถึงความสำคัญและจำเป็นที่ต้องร่วมกันแก้ไข เพื่อสร้างบรรยากาศการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศให้เกิดความสุจริตและมีการแข่งขันกันอย่างมีประสิทธิภาพ²³ เห็นได้จากที่หลายประเทศได้บัญญัติให้การให้สินบนรูปแบบใหม่เป็นความผิดอาญาแยกออกจากความผิดฐานให้สินบนเดิมอย่างชัดเจน เช่น การแก้ไขเพิ่มเติม FCPA ให้เป็นไปตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาของ OECD เมื่อปี ค.ศ. 1998 (พ.ศ. 2541) ของสหรัฐอเมริกา การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติไว้ในกฎหมายสินบนฉบับใหม่ของสหราชอาณาจักร ชื่อว่า “UK Bribery Act” เมื่อปี ค.ศ. 2010 (พ.ศ. 2553) เป็นต้น หรือการที่หลายประเทศ รวมถึงประเทศไทยตระหนักถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายใหม่เพื่อสร้างกติกาของสังคมการประกอบธุรกิจข้ามชาติที่เป็นมาตรฐานเดียวกันทั่วโลก

ปัจจุบันการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของกลุ่มประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มีพัฒนาการเติบโตขึ้นตามกระแสการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่ขยายตัวเพิ่มขึ้นทั่วโลก เห็นได้จากข้อมูลสถิติมูลค่าการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ (Foreign Direct Investment: FDI) รวบรวมโดยการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (United Nations Conferences on Trade and Development หรือ “UNCTAD”) ที่แสดงให้เห็นว่า ภายหลังจากที่เกิดวิกฤตเศรษฐกิจเมื่อปี พ.ศ. 2551 (ค.ศ. 2008) กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

¹⁷ Indira Carr, *International Trade Law*, 4th ed. (NY: Routledge-Cavendish, 2010), p. 679.

¹⁸ ศูนย์บริการข้อมูลเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, “ไทยกับ OECD” [ออนไลน์] วันที่ 1 พฤษภาคม 2555. แหล่งที่มา: <http://www.mfa.go.th/business/th/customize/16523-ไทยกับ-OECD.html>

¹⁹ United Nations Convention against Corruption 2003, Article 16.

²⁰ ข้อมูลจาก United Nations Office on Drugs and Crime, “United Nations Convention against Corruption Signature and Ratification Status as of 29 November 2013,” [Online] Accessed: 19 August 2012. Available from: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>

²¹ คมชัดลึกลงออนไลน์, “ป.ช.เตรียมเป็นรัฐภาคีต่อต้านการทุจริต” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 25 เมษายน 2554. แหล่งที่มา: http://www.komchadluek.net/detail/20110425/95770/ป.ช.เตรียมเป็นรัฐภาคีต่อต้านการทุจริต.html#_UgcqN5JHko0

²² เรื่องเดียวกัน.

²³ Binning, P. et al., “Fraud and the Criminal Law,” in *International Commercial Fraud*, p. 182.

มีการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจเพิ่มขึ้นร้อยละ 46.14 ภายในระยะเวลาอันสั้น* และในปี พ.ศ. 2554 กลุ่มประเทศนี้มีมูลค่าการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศรวมสูงถึง 59,890 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ส่งผลให้ภาคการประกอบธุรกิจต่างประเทศของไทยเติบโตขึ้นอย่างก้าวกระโดดเช่นเดียวกัน เห็นได้จากข้อมูลสถิติมูลค่าการส่งออกการลงทุนทางตรงของไทยในต่างประเทศที่มีมูลค่าเพียง 989 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ในปี พ.ศ. 2548 แต่เพิ่มมูลค่าสูงขึ้นเป็น 10,634 ล้านดอลลาร์สหรัฐในปี พ.ศ. 2554²⁴ จึงนับว่ามีขนาดการส่งออกการลงทุนทางตรงไปยังต่างประเทศสูงที่สุดเป็นอันดับ 3 ในภูมิภาครองจากประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซีย²⁵ ข้อมูลข้างต้นนี้ได้แสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจไทยมีศักยภาพในการผลิตและความสามารถแข่งขันประกอบธุรกิจในตลาดต่างประเทศเพิ่มขึ้นมากในปัจจุบัน แตกต่างจากการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจแบบพอยังชีพของสังคมไทยในอดีต²⁶

อย่างไรก็ดี ในขณะที่ผู้ประกอบการไทยเพิ่มขีดความสามารถในการผลิตและการแข่งขันในตลาดต่างประเทศโดยการสนับสนุนจากภาครัฐ ประเทศไทยก็ต้องรับความเสี่ยงที่จะเกิดกระทำทุจริตในต่างประเทศมากขึ้นด้วย เพราะโอกาสการประกอบธุรกิจที่เพิ่มขึ้นนั้นกลับขยายช่องทางให้ผู้ประกอบการโดยไม่สุจริตสามารถจ่ายสินบนเพื่อแสวงหาผลประโยชน์โดยทุจริตได้มากขึ้นตามสัดส่วนเช่นกัน²⁷ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อพบปัญหาความผิดฐานการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167²⁸ มีขอบเขตบังคับใช้ได้แก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยเท่านั้น²⁹ จึงเป็นกรณีที่ประเทศไทยไม่มีเครื่องมือทางกฎหมายที่จะใช้ลงโทษ

* ในปี ค.ศ. 2006 (พ.ศ. 2539) กระแสเงินลงทุนโดยตรงในต่างประเทศ (FDI Outflow) ของภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ มีมูลค่าสูงมากถึง 59,605 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แต่วิกฤตเศรษฐกิจโลก ต่อมาวิกฤตเศรษฐกิจปี พ.ศ. 2540 ส่งผลให้มูลค่าการลงทุนในต่างประเทศของทั้งภูมิภาคลดลงเหลือ 32,255 ล้านดอลลาร์สหรัฐ จากนั้นมูลค่าการลงทุนในต่างประเทศของภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้จึงค่อยฟื้นตัวขึ้นมาตามลำดับ จนกระทั่งมีมูลค่ารวม 59,890 ล้านดอลลาร์สหรัฐในปี ค.ศ. 2011 (พ.ศ. 2554) ทั้งนี้ ในปีเดียวกันสถิติมูลค่าการลงทุนโดยตรงในต่างประเทศทั่วโลกมีมูลค่ารวม 1,577.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐ สามารถดูเพิ่มเติมได้ใน UNCTAD, *World Investment Report 2012* (Switzerland: United Nations Publication, 2011), pp. 169-172.

²⁴ นันทพร พงศ์พัฒนานนท์ และชิตชนก อันโนนจารย์, "Focused and Quick (FAQ) ISSUE 70: การลงทุนโดยตรงในต่างประเทศของไทย: อุปสรรคที่รอการแก้ไข" [ออนไลน์] วันที่ 18 มิถุนายน 2555. แหล่งที่มา: http://www.bot.or.th/Thai/EconomicConditions/Publication/FAQ_documents/FAQ_70.pdf

²⁵ UNCTAD, *World Investment Report 2012*, p. 170.

²⁶ ศุภรัตน์ เลิศพาณิชย์กุล, "หน่วยที่ 2 เศรษฐกิจไทยสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น (พ.ศ. 2325-2398)," ใน *เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐกิจไทย หน่วยที่ 1-7*, คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงชุดวิชาเศรษฐกิจไทย, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 9 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2554), หน้า 62.

²⁷ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, p. 31.

²⁸ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 144 บัญญัติว่า

“ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัด หรือสมาชิกสภาเทศบาล เพื่อจงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

และมาตรา 167 บัญญัติว่า

“ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวน เพื่อจงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท”

²⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 2* ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (นนทบุรี: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 38-43.

ผู้ประกอบการธุรกิจไทยกระทำการทุจริตนั้นได้เลย ตามหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย”³⁰ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2³¹

จากเหตุผลต่างๆ ที่กล่าวไปข้างต้น ด้วยเหตุที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกของประชาคมโลกที่มีบทบาทเป็นประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจและกำลังต้องเผชิญกับปัญหาการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีแนวโน้มเพิ่มขึ้น อีกทั้งยังมีหน้าที่ต้องบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวตามพันธกรณีที่ผูกพันอยู่ต่ออนุสัญญาระหว่างประเทศ³² ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาที่มีเนื้อหาเป็นสากล เพื่อสร้างมาตรการทางกฎหมายสำหรับควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจไทยในต่างประเทศ และเพื่อส่งเสริมการต่อต้านการกระทำทุจริตข้ามชาติที่เป็นปัญหาความกังวลใจในเวทีเศรษฐกิจโลก จึงเป็นที่มาและความสำคัญของการศึกษาและจัดทำวิทยานิพนธ์เรื่องการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศฉบับนี้

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาแนวคิดทั่วไปของสินบน ความผิดฐานให้สินบน ตลอดจนพัฒนาการของแนวคิดและเนื้อหาของความผิดฐานให้สินบนในกฎหมายไทย
- 2) เพื่อศึกษาพัฒนาการของแนวคิดการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญา ตลอดจนความจำเป็นที่ประเทศไทยต้องบัญญัติความผิดอาญาฐานใหม่ดังกล่าวในปัจจุบัน
- 3) เพื่อศึกษาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่เป็นมาตรฐานในทางระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายของต่างประเทศที่มีบัญญัติความผิดฐานดังกล่าว ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์
- 4) เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศ และค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในระบบกฎหมายไทยที่มีเนื้อหาสอดคล้องตามแนวทางที่นานาชาติยอมรับ

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีขอบเขตการศึกษาจำกัดเฉพาะการค้นหาแนวทางการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ (Active Foreign Bribery in Public Sector) ที่เกิดขึ้นในการ

³⁰ เรื่องเดียวกัน.

³¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

³² คมชัดลึกออนไลน์, “ป.ช.เตรียมเป็นรัฐภาคีต่อต้านการทุจริต” [ออนไลน์].

ประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาในกฎหมายไทยเท่านั้น โดยกำหนดประเด็นการนำเสนอแนวทางการบัญญัติความผิดดังกล่าว 4 ประเด็น ได้แก่ (1) รูปแบบการบัญญัติความผิด (2) ประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด (3) การกำหนดโทษทางอาญา และ (4) เขตอำนาจลงโทษของศาล วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่ศึกษาไปถึงประเด็นอื่นที่มีใช้การบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติ เช่น ประเด็นสภาพบังคับทางกฎหมายอื่นที่มีใช้โทษทางอาญา ประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาเป็นต้น หรือการบัญญัติความผิดอาญาสำหรับการกระทำอื่นที่มีใช้การให้สินบนข้างต้น เช่น ความผิดสำหรับเจ้าพนักงานฝ่ายผู้รับสินบน (Passive Foreign Bribery in Public Sector) ความผิดสำหรับองค์กรธุรกิจที่ละเลยไม่จัดการหรือดำเนินการป้องกันมิให้เกิดการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ (Failure of Commercial Organizations to Prevent Bribery) หรือความผิดที่เป็นสินบนในภาคเอกชน (Bribery in Private Sector) เป็นต้น

ในการศึกษานี้ใช้ต้นแบบจากแนวทางการบัญญัติความผิดจากกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศที่ไม่ขัดหรือแย้งกับแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศ มาพัฒนา แก้ไขเพิ่มเติม หรือปรับปรุงกฎหมายไทยที่มีอยู่เดิม เพื่อให้ได้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยและเป็นสากล โดยกรอบแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดในกฎหมายระหว่างประเทศ จะพิจารณาจากเนื้อหาของอนุสัญญาที่มีบทบาทสำคัญในการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในปัจจุบันจำนวน 2 ฉบับ ได้แก่

1) อนุสัญญาแห่งองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการรณรงค์ต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานของต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997 (The OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions 1997) ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “อนุสัญญาของ OECD” และ

2) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption 2003) ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “อนุสัญญา UNCAC”

ในส่วนกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนเลือกพิจารณาเนื้อหากฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ หรือความผิดอาญาอื่นที่อาจใช้บังคับแก่อาชญากรรมดังกล่าวได้ โดยเลือกจากประเทศที่มีจุดเด่นน่าสนใจเกี่ยวกับการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ หรือมีชื่อเสียงด้านการต่อต้านการกระทำทุจริต จำนวน 3 ประเทศ ได้แก่

1) กฎหมายต่อต้านการกระทำทุจริตในต่างประเทศ ค.ศ. 1977 (The Foreign Corrupt Practices Act 1977) ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “กฎหมาย FCPA” ของสหรัฐอเมริกา ในฐานะที่เป็นประเทศต้นกำเนิดแนวคิดการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

2) พระราชบัญญัติสินบน ค.ศ. 2010 (The UK Bribery Act 2010) ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “กฎหมาย UKBA” ของสหราชอาณาจักร* เพราะเป็นกฎหมายต่อต้านการให้สินบนที่ได้รับการ

* สหราชอาณาจักรมีชื่ออย่างเป็นทางการว่า “สหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ” (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) เป็นชื่อเรียกรัฐเอกราชนอกชายฝั่งตะวันตกเฉียงเหนือของภาคพื้นทวีปยุโรปประกอบไปด้วย

ยอมรับอย่างแพร่หลายว่ามีเนื้อหาสมัยใหม่ และบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศไว้ในมาตรา 6 โดยเฉพาะ อนึ่ง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะเนื้อหากฎหมายที่มีผลใช้บังคับในดินแดนประเทศอังกฤษและเวลส์เท่านั้น และ

3) พระราชบัญญัติป้องกันการทุจริต ค.ศ. 1960 (The Prevention of Corruption Act 1960) ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “กฎหมาย PCA” ของประเทศสิงคโปร์ ในฐานะที่เป็นประเทศที่มีชื่อเสียงด้านการต่อต้านการกระทำทุจริตในระดับโลก มีภาพลักษณ์ด้านความโปร่งใสดีมากในสายตาของนานาชาติ อีกทั้งยังเป็นประเทศเพื่อนบ้านของไทยที่เป็นภาคีอนุสัญญา UNCAC แต่ไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาของ OECD เช่นเดียวกับประเทศไทย

1.4 สมมติฐานในการศึกษา

บทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาไม่สามารถบังคับใช้แก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ อันเป็นปัญหาความกังวลระดับนานาชาติได้ ส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพและความมั่นคงในระบบการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ทำลายชื่อเสียงและภาพลักษณ์ที่ดีของผู้ประกอบธุรกิจไทยในสายตาของนานาชาติ และยังเป็นอุปสรรคต่อการส่งเสริมและการพัฒนาการส่งออกการประกอบธุรกิจของไทยในระยะยาว ประเทศไทยจึงต้องบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาอย่างสอดคล้องกับระบบกฎหมายภายในและมีเนื้อหาเป็นสากล เพื่อสร้างมาตรการทางกฎหมายสำหรับป้องกันและปราบปรามการให้สินบนรูปแบบดังกล่าวให้ได้ผลอย่างจริงจังและสอดคล้องกับบริบททางเศรษฐกิจของประเทศ

1.5 วิธีการศึกษา

เป็นการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลทั้งเอกสารภาษาไทยและต่างประเทศ จากตำราวิชาการ หนังสือ วารสาร สิ่งตีพิมพ์ บทความ วิทยานิพนธ์ คำพิพากษา ความเห็นของนักวิชาการ รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ ข้อมูลทางสถิติและเอกสาร ตลอดจนฐานข้อมูลจากเว็บไซต์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยรวบรวมข้อมูลให้เป็นระบบเพื่อนำมาใช้ในการศึกษาวิเคราะห์ หาข้อสรุปและข้อเสนอแนะที่สมบูรณ์ที่สุด

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1) เข้าใจแนวคิดทั่วไปของสินบนและความผิดเกี่ยวกับสินบน ตลอดจนขอบเขตเนื้อหาความผิดฐานให้สินบนในกฎหมายไทย

ดินแดนอันเป็นของประเทศเดิม 4 ประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษและเวลส์ (England and Wales) ประเทศสกอตแลนด์ (Scotland) และประเทศไอร์แลนด์เหนือ (Northern Ireland) อ้างอิงจาก สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 4.

2) เข้าใจพัฒนาการและแนวคิดของการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาที่เกิดขึ้นในระดับนานาชาติ รวมถึงความจำเป็นที่ประเทศไทยต้องบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวในปัจจุบัน

3) ทำให้ทราบแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่บัญญัติไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงแนวทางการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศที่อาจบังคับใช้แก่อาชญากรรมใหม่ดังกล่าว

4) ได้แนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยและมีเนื้อหาเป็นสากล

1.7 นิยามศัพท์

การศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคำศัพท์ต่างๆ ที่จำเป็นต้องเข้าใจตรงกัน ดังนี้

1) “ความผิดฐานให้สินบน” (Active Bribery) หมายถึง ความผิดอาญาที่รัฐบัญญัติไว้สำหรับการกระทำใดๆ ของฝ่ายผู้ให้สินบน ไม่ว่าจะเป็นการเสนอ การให้ การสัญญาว่าจะให้สินบนแก่ฝ่ายผู้รับสินบน หรือการกระทำอื่นใดในทำนองเดียวกัน

2) “ความผิดฐานรับสินบน” (Passive Bribery) หมายถึง ความผิดอาญาที่รัฐบัญญัติไว้สำหรับการกระทำใดๆ ของฝ่ายผู้รับสินบน ไม่ว่าจะเป็นการเรียกร้องเอาสินบนเอง การรับ การยอมรับ หรือตกลงว่าจะรับสินบนตามที่ถูกเสนอจากฝ่ายผู้ให้สินบน หรือการกระทำอื่นใดในทำนองเดียวกัน

3) “สินบนแบบดั้งเดิม” (Domestic Bribery) หมายถึง การกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนอันมีบุคคลฝ่ายผู้รับสินบนเป็นเจ้าพนักงานของรัฐผู้บัญญัติความผิดนั้นเอง โดยรัฐบัญญัติความผิดนี้เพื่อคุ้มครองหรือควบคุมให้เจ้าพนักงานรัฐปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้องชอบธรรม

4) “สินบนในต่างประเทศ” (Foreign Bribery หรือ International Bribery) หมายถึง การกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนที่มีจุดเกาะเกี่ยวในเชิงระหว่างประเทศ มีผู้รับสินบนเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายต่างประเทศหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ สินบนนี้พัฒนารูปแบบขึ้นอย่างชัดเจนตามความเจริญก้าวหน้าของภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

5) “ความผิดเกี่ยวกับสินบนในภาครัฐ” (Bribery in Public Sector) หมายถึง การกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนอันมีบุคคลฝ่ายผู้รับสินบนเป็นเจ้าพนักงานหรือผู้ใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย

6) “ความผิดเกี่ยวกับสินบนในภาคเอกชน” (Bribery in Private Sector) หมายถึง การกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนอันมีบุคคลฝ่ายผู้รับสินบนเป็นบุคคลที่มีอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรืออิทธิพลในภาคส่วนเอกชน ซึ่งมีใช้การใช้อำนาจตามกฎหมาย

7) “ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจ” (Home Country) ได้แก่ ประเทศอันเป็นฐานของนักธุรกิจที่ออกไปประกอบธุรกิจในต่างประเทศ และมักมีความเชื่อมโยงกับนักธุรกิจดังกล่าวทางใดทางหนึ่ง เช่น เป็นประเทศผู้ให้สัญชาติแก่ผู้ประกอบธุรกิจข้ามชาติ หรือองค์กรธุรกิจข้ามชาติได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศนั้น เป็นต้น เมื่อนักธุรกิจไทยออกไปประกอบธุรกิจในต่างประเทศ ประเทศไทยมีฐานะเป็นประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจ

8) “ประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจ” (Host Country) ได้แก่ ประเทศที่ผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติเข้าไปประกอบธุรกิจอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมหรือการส่งเสริมการประกอบธุรกิจของประเทศนั้น

9) “บริษัทหลัก” (Parent Company) ได้แก่ บริษัทที่ก่อตั้งและประกอบธุรกิจเป็นหลักแหล่งอยู่ในประเทศหนึ่ง และขยายกิจการออกไปประกอบธุรกิจในต่างประเทศ โดยบริษัทหลักนี้อาจมีความเชื่อมโยงหรือมีอำนาจควบคุมเชิงบริหารเหนือหน่วยธุรกิจในต่างประเทศของตนมากน้อยแตกต่างกัน

1.8 คำย่อ

ในการศึกษาและจัดทำวิทยานิพนธ์ได้มีการใช้ชื่อย่อต่างๆ ดังต่อไปนี้

1) “FCPA” คือ กฎหมายต่อต้านการกระทำทุจริตในต่างประเทศ ปี ค.ศ. 1977 (Foreign Corrupt Practices Act 1977) ของสหรัฐอเมริกา

2) “UKBA” คือ พระราชบัญญัติสินบน ค.ศ. 2010 (The UK Bribery Act 2010) ของสหราชอาณาจักร

3) “PCA” คือ กฎหมายต่อต้านการกระทำทุจริต ปี ค.ศ. 1960 (The Prevention of Corruption Act 1960) ของประเทศสิงคโปร์

4) “U.S.C” คือ ประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา (The United States Code)

5) “POCA” คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินซึ่งได้มาจากอาชญากรรม ปี ค.ศ. 2002 (Proceeds of Crime Act 2002) ของสหราชอาณาจักร

6) “CDTOSC” คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำทุจริต การค้ายาเสพติด และอาชญากรรมร้ายแรงอื่น (มาตรการริบทรัพย์สิน) ปี ค.ศ. 1999 (The Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crime (Confiscation of Benefit) Act 1999) ของประเทศสิงคโปร์

7) “UNCAC” คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption 2003)

8) “OECD” คือ องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development)

9) “ADB” คือ ธนาคารเพื่อการพัฒนาเอเชีย (Asian Development Bank)

10) “DOJ” คือ กระทรวงยุติธรรมแห่งสหรัฐอเมริกา (Department of Justice)

11) “SEC” คือ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (Securities and Exchange Commission)

12) “SFO” คือ สำนักงานสืบสวนคดีทุจริตร้ายแรง (Serious Fraud Office) ของสหราชอาณาจักร

13) “CPBI” คือ สำนักสอบสวนการกระทำทุจริตแห่งประเทศสิงคโปร์ (Corrupt Practices Investigation Bureau)

14) “UNCTAD” คือ การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (United Nations Conference on Trade and Development)

1.9 วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

จากศึกษาค้นคว้าข้อมูลต่างๆ ผู้เขียนพบวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จำนวน 6 เรื่อง เรียงลำดับวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จากน้อยไปหามาก ดังนี้

ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส และคณะ³³ ได้ศึกษาเรื่อง “การศึกษาพันธกรณีและความพร้อมของไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003” มีการนำเสนอความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญา UNCAC ในภาพรวม รวมถึงแนวทางการอนุวัติการกฎหมายไทยตามพันธกรณีต่างๆ ของอนุสัญญาให้ครบถ้วนสมบูรณ์ วรรณกรรมฉบับนี้จึงศึกษาประเด็นการบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหนึ่งในพันธกรณีต่างๆ ที่กำหนดอยู่ในอนุสัญญา UNCAC เท่านั้น มิได้กำหนดประเด็นศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในเชิงลึกและลงรายละเอียดเหมือนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สืบเนื่องจากงานวรรณกรรมข้างต้น ญัตติธรรมา ศรีหล่มสัก³⁴ ได้ศึกษาเรื่อง “การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสินบนในภาคเอกชนตามอนุสัญญาองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต พ.ศ. 2003” เป็นการศึกษาแนวทางการบัญญัติกฎหมายไทยตามกรอบอนุสัญญา UNCAC ข้างต้น แต่กำหนดประเด็นศึกษาเฉพาะการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในภาคเอกชน (Bribery in Private Sector) อย่างชัดเจนและเฉพาะเจาะจงขึ้นเท่านั้น จึงเป็นคนละประเด็นกับการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งมุ่งค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นสินบนในภาครัฐ (Bribery in Public Sector) อย่างชัดเจน

นอกจากนั้น กษมา พรหมทัต³⁵ ได้ศึกษาเรื่อง “ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลในความผิดฐานให้สินบน” มีการนำเสนอแนวทางทางการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญาให้สามารถบังคับใช้แก่การกระทำความผิดโดยนิติบุคคลได้อย่างมีประสิทธิภาพภายใต้กรอบแนวทางของอนุสัญญา UNCAC ตามสภาพปัญหาว่าการสินบนแก่เจ้า

³³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และคณะ, รายงานวิจัย “การศึกษาพันธกรณีและความพร้อมของไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003” (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, 2551), หน้า 1-467.

³⁴ ญัตติธรรมา ศรีหล่มสัก, “การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสินบนในภาคเอกชนตามอนุสัญญาองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต พ.ศ. 2003” (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 1-250.

³⁵ กษมา พรหมทัต, “ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลในความผิดฐานให้สินบน” (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 1-88.

พนักงานรัฐในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 ที่เกิดขึ้นอย่างรุนแรงในปัจจุบัน มักมี “นิติบุคคล” เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดทั้งสิ้น วรรณกรรมฉบับนี้จึงกำหนดประเด็นศึกษา โดยให้ความสำคัญแก่การป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิม (Domestic Bribery) โดยนิติบุคคลอย่างเหมาะสม และกล่าวถึงประเด็นการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศบางส่วนเพื่อสนับสนุนการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาตามประเด็นดังกล่าวเท่านั้น มิใช่การศึกษาเพื่อบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับสินบนในต่างประเทศ (Foreign Bribery) โดยตรง

สำหรับวรรณกรรมที่กำหนดประเด็นศึกษาใกล้เคียงหรือเกี่ยวข้องกับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ พบว่า มัณฑนา ยาวิลละ³⁶ ได้ศึกษาเรื่อง “มาตรการป้องกันและปราบปรามการจ่ายและรับสินบนโดยการควบคุมพฤติกรรมภาคเอกชนของประเทศไทย: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายติดสินบนของสหราชอาณาจักร (Bribery Act 2010)” มีการนำเสนอแนวทางการกำหนดความรับผิดอาญาสำหรับองค์กรธุรกิจที่ละเลยไม่จัดให้มีมาตรการป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนภายในองค์กรที่มีประสิทธิภาพอย่างเพียงพอตามแนวทางของพระราชบัญญัติสินบนของสหราชอาณาจักร ปี ค.ศ. 2010 เพื่อแก้ปัญหาการไม่มีกฎหมายควบคุมประพฤติกกรรมของเอกชนเกี่ยวกับการให้หรือการรับสินบนและสร้างบรรทัดฐานจริยธรรมทางธุรกิจเพื่อต่อต้านการกระทำทุจริตเกี่ยวกับสินบน วรรณกรรมฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไทยโดยให้ความสำคัญแก่การสร้างมาตรการควบคุมพฤติกรรมของภาคเอกชนโดยใช้ระบบการควบคุมภายในองค์กรตามแบบกฎหมายสหราชอาณาจักรเพียงประเทศเดียวเท่านั้น แตกต่างจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ซึ่งมุ่งศึกษาแนวทางการบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยใช้ต้นแบบกฎหมายภายในของต่างประเทศอีก 3 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์ ซึ่งอยู่ภายใต้กรอบแนวทางอนุสัญญาระหว่างประเทศอีกชั้นหนึ่งด้วย

ตามแนวทางเดียวกัน Yingphan Unhavaithaya³⁷ ได้ศึกษาเรื่อง “UK’s bribery act of 2010: should Thailand uses these legal principles to reform the bribery law in the commercial sector?” มีการนำเสนอแนวทางว่า ประเทศไทยควรรับเอาแนวทางการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนในทางพาณิชย์ตามแนวทางของพระราชบัญญัติสินบนของสหราชอาณาจักร ปี ค.ศ. 2010 มาพัฒนากฎหมายไทย โดยให้ความสำคัญแก่ประเด็นการบัญญัติความผิดอาญาสำหรับองค์กรธุรกิจที่ละเลยไม่กำหนดมาตรการป้องกันการกระทำทุจริตภายในองค์กรอย่างเพียงพอตามแนวทางกฎหมายของสหราชอาณาจักรเพียงฉบับเดียวเช่นเดียวกับวรรณกรรมของมัณฑนา ยาวิลละ

³⁶ มัณฑนา ยาวิลละ, “มาตรการป้องกันและปราบปรามการจ่ายและรับสินบนโดยการควบคุมพฤติกรรมภาคเอกชนของประเทศไทย: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายติดสินบนของสหราชอาณาจักร (Bribery Act 2010)” (เอกัตศึกษาระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 1-105.

³⁷ Yingphan Unhavaithaya, “UK’s Bribery Act of 2010 : Should Thailand Uses These Legal Principles to Reform the Bribery Law in the Commercial Sector?” (Master Proposal, Faculty of Law, Chulalongkorn’s University, 2011), pp. 1-90.

ข้างต้น วรรณกรรมฉบับนี้จึงมีประเด็นการศึกษาจึงแตกต่างจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนในลักษณะเดียวกัน

สำหรับวรรณกรรมที่กำหนดประเด็นการศึกษาใกล้เคียงกับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมากที่สุด พบว่า อาชวินทร์ ลังกุลจินดา³⁸ ได้ศึกษาเรื่อง “แนวทางการอนุวัติการอนุสัญญาของประเทศไทยต่ออนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ” มีการนำเสนอแนวทางการอนุวัติการกฎหมายไทยตามอนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997* ในหลายประเด็น เช่น ประเด็นการกำหนดความผิดอาญาและการบังคับใช้กฎหมาย การฟอกเงิน การกำหนดมาตรการทางบัญชีของนิติบุคคล มาตรการทางภาษีเงิน การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายระหว่างประเทศ การส่งผู้ร้ายข้ามแดน และหน่วยงานที่ควรมีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย ขั้นตอนและกระบวนการเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาของ OECD และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตลอดจนภาพรวมการอนุวัติการกฎหมายภายในของประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญา เป็นต้น เพื่อสนับสนุนให้ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาของ OECD โดยตรง ในทำนองเดียวกับที่งานวิจัยของศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส และคณะ ดำเนินการศึกษาเพื่อสนับสนุนให้ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญา UNCAC อย่างสมบูรณ์ตามที่กล่าวไปข้างต้น อย่างไรก็ตาม วรรณกรรมนี้ยังคงจำกัดขอบเขตการศึกษาไว้ตามกรอบพันธกรณีของอนุสัญญาของ OECD เพียงฉบับเดียวเท่านั้น ในขณะที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้กำหนดประเด็นศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติให้การให้สินบนรูปแบบใหม่เป็นความผิดอาญาไทยโดยคำนึงถึงบริบททางเศรษฐกิจ สังคม และกฎหมายไทยที่มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องมาตั้งแต่อดีต อีกทั้งดำเนินการศึกษา เปรียบเทียบ และวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติความผิดในเชิงลึกจากต้นแบบกฎหมายต่างประเทศ 3 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์ ภายใต้กรอบกฎหมายระหว่างประเทศฉบับสำคัญที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องอีก 2 ฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC โดยไม่ผูกพันว่าประเทศไทยควรต้องเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาของ OECD ในอนาคตหรือไม่

จากการศึกษาค้นคว้าวรรณกรรมต่างๆ ข้างต้น ผู้เขียนได้ข้อสรุปว่าปัญหาการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับสินบนในปัจจุบันได้พัฒนารูปแบบและทวีรุนแรงขึ้นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาการให้สินบนโดยองค์กรธุรกิจเอกชนที่เกิดขึ้นในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เป็นเหตุให้รัฐจำเป็นต้องสร้างมาตรการทางกฎหมายสำหรับป้องกันและปราบปรามการกระทำทุจริตรูปแบบใหม่ดังกล่าวอย่างเหมาะสม และแม้งานวรรณกรรมหลายฉบับนำเสนอให้ประเทศไทยเร่งบัญญัติกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามพันธกรณีอนุสัญญา UNCAC ซึ่งรวมถึงการบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ หรือเสนอให้

³⁸ อาชวินทร์ ลังกุลจินดา, "แนวทางการอนุวัติการอนุสัญญาของประเทศไทยต่ออนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ" (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 1-180.

* ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเรียกว่า “อนุสัญญาแห่งองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา ว่าด้วยการรณรงค์ต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานของต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997”

ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญาของ OECD เพื่อการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยตรง แต่ผู้เขียนไม่พบวรรณกรรมที่นำเสนอแนวทางการบัญญัติความผิดฐานใหม่ดังกล่าวในเชิงลึก โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศจากทั้งบทบัญญัติเนื้อหาและข้อวิจารณ์ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ได้แนวทางการบัญญัติกฎหมายอย่างละเอียดยิ่งกว่าแนวทางอย่างกว้างที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองฉบับ ผู้เขียนจึงสนใจศึกษาประเด็นดังกล่าวเพื่อเป็นแนวทางการบัญญัติความผิดอาญาฐานใหม่ของไทยต่อไป

1.10 โครงสร้างของวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนได้นำเสนอการศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยและมีเนื้อหาเป็นสากลตามลำดับดังนี้

เนื่องจากการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมีลักษณะพื้นฐานเป็นการให้สินบน (Active Bribery) รูปแบบหนึ่ง การศึกษาเพื่อบัญญัติความผิดฐานใหม่ดังกล่าวจึงต้องพิจารณาแนวคิดของสินบนและความผิดเกี่ยวกับสินบนทั่วไปที่มีอยู่ดั้งเดิมด้วย ในบทที่ 2 จึงจะศึกษาแนวคิดทั่วไปของ “สินบน” และ “ความผิดเกี่ยวกับสินบน” อันเป็นรูปแบบพื้นฐานก่อนพัฒนารูปแบบก้าวหน้าขึ้นเป็นการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ และศึกษาพัฒนาการของความผิดฐานให้สินบนที่มีอยู่ในกฎหมายไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ตั้งแต่แนวคิดของสินบนในกฎหมายตราสามดวงกับในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 สืบเนื่องมาจนถึงความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 ที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน จากการศึกษาพบว่า “สินบน” เป็นการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์อันผิดศีลธรรมและขัดต่อความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของมนุษย์มาตั้งแต่อดีตกาล แต่รัฐส่วนใหญ่จะพิจารณาว่าการให้หรือรับสินบนเป็นความผิดตามกฎหมายก็ต่อเมื่อการดังกล่าวกระทำเพื่อแทรกแซงการใช้อำนาจรัฐเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมจึงมีขอบเขตจำกัดเฉพาะที่เป็นการให้สินบนในภาครัฐเท่านั้น ในทำนองเดียวกับกรณีประเทศไทย ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 ซึ่งรับสืบทอดแนวคิดการบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนมาจากกฎหมายเดิม มีขอบเขตบังคับใช้ได้เฉพาะการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยเท่านั้น

เมื่อความเจริญก้าวหน้าของการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นทั่วโลกเป็นปัจจัยส่งเสริมให้การให้สินบนพัฒนารูปแบบซับซ้อนขึ้น เกิดเป็นการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศต่างๆ รวมถึงสังคมการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในวงกว้าง โดยที่ประเทศทั้งหลายไม่อาจบังคับใช้กฎหมายภายในที่มีอยู่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศจึงมิใช่ปัญหาอาชญากรรมภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งอีกต่อไป และนำมาสู่แนวคิดการบัญญัติความผิดอาญาเพื่อต่อต้านอาชญากรรมรูปแบบดังกล่าวอย่างเหมาะสม ในบทที่ 3 จึงมุ่งศึกษาพัฒนาการและแนวคิดของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นและได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในระดับนานาชาติ รวมถึงศึกษาความตื่นตัวของประเทศไทยต่อ

แนวคิดการบัญญัติความผิดอาญาดังกล่าวที่ผ่านมา เพื่อแสดงให้เห็นว่าในขณะที่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศถูกยกระดับขึ้นเป็นปัญหาความกังวลระดับนานาชาติ ผู้ประกอบธุรกิจไทยที่ได้จ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศกลับไม่มีความรับผิดชอบใดๆ ภายใต้กฎหมายอาญาไทย ประเทศไทยจำเป็นต้องเร่งสร้างมาตรการทางกฎหมายสำหรับบังคับใช้แก่อาชญากรรมดังกล่าวอย่างเหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการให้สินบนใหม่นั้นมีแนวโน้มเพิ่มจำนวนขึ้นอย่างต่อเนื่องตามการเติบโตของภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

ในบทที่ 4 จะศึกษาเนื้อหาของอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการเผยแพร่แนวคิด ตลอดจนมีอิทธิพลต่อการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในเพื่อบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในหลายประเทศทั่วโลก จำนวน 2 ฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC โดยผู้เขียนได้ศึกษาแนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิด บทลงโทษทางอาญา และเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดของรัฐภาคี รวมถึงข้อวิจารณ์อื่นๆ ที่น่าสนใจ จากนั้นจึงเปรียบเทียบแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำของอนุสัญญาทั้งสองฉบับนั้น เพื่อแสดงให้เห็นความสอดคล้องของแนวคิดดังกล่าวในระดับระหว่างประเทศ รวมถึงเพื่อสรุปแนวทางการบัญญัติความผิดอาญาดังกล่าวนั้น

ภายใต้แนวคิดการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในระดับนานาชาติข้างต้น ประเทศต่างๆ ทั่วโลกได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาเพื่อการต่อต้านการทุจริตดังกล่าวฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับ และได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในเพื่อบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะ หรือกล่าวอ้างถึงบทบัญญัติความผิดอาญาที่มีขอบเขตใช้บังคับแก่การให้สินบนดังกล่าวได้ บทที่ 5 จึงจะกล่าวถึงแนวทางเนื้อหาความผิดของต่างประเทศที่มีจุดเด่นน่าสนใจเกี่ยวกับการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ หรือมีชื่อเสียงด้านการต่อต้านการกระทำทุจริตในระดับโลกจำนวน 3 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์ โดยไม่จำกัดว่าประเทศดังกล่าวได้เข้าร่วมเป็นประเทศภาคีอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC หรือไม่ ทั้งนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาเนื้อหากฎหมายต่างประเทศเหล่านี้ในประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด บทลงโทษทางอาญา เขตอำนาจลงโทษของศาล ตลอดจนข้อวิจารณ์หรือตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติที่น่าสนใจเช่นเดียวกัน เพื่อแสดงให้เห็นแนวทางการบัญญัติกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่อาจใช้เป็นต้นแบบการบัญญัติความผิดลักษณะเดียวกันในกฎหมายไทยต่อไป

เนื่องจากการค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาทันสมัย สอดคล้องกับแนวคิดการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติจำเป็นต้องคำนึงถึงกรอบแนวทางการบัญญัติความผิดอย่างกว้างที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ และแนวทางการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศที่มีเนื้อหาในรายละเอียด ในบทที่ 6 ผู้เขียนจึงจะวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายของประเทศต่างๆ ในประเด็นต่างๆ ตามที่กล่าวมาในบทที่ 5 เพื่อเลือกเฉพาะแนวทางการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศที่น่าสนใจและสอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดของอนุสัญญาระหว่างประเทศตามที่กล่าวมาในบทที่ 4

เสียก่อน เพื่อนำไปสู่การค้นหาแนวทางการบัญญัติเนื้อหากฎหมายที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทยต่อไป

จากนั้นในบทที่ 7 ผู้เขียนจะวิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของกฎหมายต่างประเทศมาใช้ แก้ไขเพิ่มเติม หรือพัฒนาเนื้อหาความผิดของไทยในประเด็นต่างๆ ได้แก่ รูปแบบการบัญญัติความผิด ประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิด บทลงโทษทางอาญา และเขตอำนาจลงโทษของศาล ทั้งนี้ องค์ประกอบของความผิดฐานใหม่อาจพัฒนาขึ้นจากต้นแบบกฎหมายต่างประเทศทั้งหมดหรือบางส่วน หรืออาจปรับปรุงจากองค์ประกอบของความผิดฐานให้สินบนที่มีอยู่เดิมก็ได้ แต่เนื้อหาความผิดดังกล่าวต้องทันสมัยสอดคล้องตามแนวคิดการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในระดับนานาชาติ ซึ่งรวมถึงการบัญญัติความผิดเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ต่ออนุสัญญา UNCAC ด้วย

ในบทสุดท้าย บทที่ 8 จะได้สรุปภาพรวมและผลการศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของไทยทั้งหมดที่กล่าวไปข้างต้น จากนั้นจึงนำเสนอตัวอย่างการบัญญัติความผิดอาญาดังกล่าว รวมถึงบทบัญญัติอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนข้อเสนอแนะที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ที่ได้รับมาจากการศึกษาการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศข้างต้น

บทที่ 2

แนวคิดทั่วไปของสินบน ความผิดฐานให้สินบน และความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนตามกฎหมายไทย

เมื่อสังคมโลกก้าวเข้าสู่ยุคโลกาภิวัตน์ เทคโนโลยีการสื่อสารและการคมนาคมที่ก้าวหน้าขึ้น และการมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิของเอกชน หรือส่งเสริมการประกอบธุรกิจจากต่างประเทศที่ชัดเจน เป็นปัจจัยที่ดึงดูดให้ผู้ประกอบธุรกิจจากประเทศหนึ่งขยายตลาดการค้าและการลงทุนของตนออกไปยังต่างประเทศเพิ่มขึ้นกว่าในอดีต เมื่อการประกอบธุรกิจของภาคเอกชนมีได้จำกัดอยู่ในอาณาเขตดินแดนของรัฐใดรัฐหนึ่งอีกต่อไป การให้สินบนเพื่อแลกเปลี่ยนผลประโยชน์กับผู้ใช้อำนาจรัฐจึงพัฒนารูปแบบซับซ้อนตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่พัฒนาก้าวหน้าดังกล่าวด้วย เกิดเป็นอาชญากรรมข้ามชาติที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งรู้จักกันอย่างแพร่หลายว่า “การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ” อาชญากรรมการทุจริตที่มีจุดเกาะเกี่ยวในเชิงระหว่างประเทศนี้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่นานาประเทศในวงกว้าง แต่ประเทศทั้งหลายกลับไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายภายในที่มีอยู่เดิมป้องกันและปราบปรามได้อย่างเหมาะสม

อย่างไรก็ดี แม้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศจะเป็นอาชญากรรมที่เพิ่งเป็นปัญหาเด่นชัดในช่วงไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมา แต่การให้สินบนข้ามชาติดังกล่าวก็ยังคงมีรูปแบบพื้นฐานเหมือนการให้สินบนแบบดั้งเดิมซึ่งประเทศต่างๆ ได้บัญญัติให้เป็นความผิดอาญาอยู่แล้ว การศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศจึงจำเป็นต้องเข้าใจพื้นฐานและแนวคิดทั่วไปของ “สินบน” ที่มีอยู่ในสังคมมนุษย์ และ “ความผิดเกี่ยวกับสินบน” ในกฎหมายของประเทศทั่วโลก เพื่อเข้าใจรูปแบบพื้นฐานของการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เข้าใจปัญหาการบังคับใช้กฎหมายแก่อาชญากรรมดังกล่าว ตลอดจนเข้าใจแนวคิดการต่อต้านอาชญากรรมนั้นโดยการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาต่อไป

ฉะนั้น ในบทนี้จึงมุ่งศึกษาแนวคิดและรูปแบบทั่วไปของ “สินบน” ที่มีอยู่ในสังคมมนุษย์ และ “ความผิดเกี่ยวกับสินบน” ในกฎหมายของประเทศต่างๆ ว่าเป็นอย่างไร ตลอดจนศึกษาพัฒนาการและแนวคิดของ “สินบน” และ “ความผิดเกี่ยวกับสินบน” ในประเทศไทยว่าเป็นอย่างไร มีขอบเขตเพียงใด สอดคล้องกับแนวคิดทั่วไปของสินบนและความผิดเกี่ยวกับสินบนในสังคมมนุษย์ข้างต้นได้หรือไม่

จากประเด็นการศึกษาข้างต้น ในบทนี้จึงจะกล่าวถึงแนวคิดทั่วไปและความเข้าใจเบื้องต้นของ “สินบน” และ “ความผิดเกี่ยวกับสินบน” ในประเด็นองค์ประกอบความผิด ลักษณะของความผิด และการจำแนกรูปแบบความผิดในหัวข้อที่ 2.1 และจะกล่าวถึงพัฒนาการและแนวคิดของ “สินบน” และ “ความผิดฐานให้สินบน” ในกฎหมายไทย ซึ่งมีขอบเขตสอดคล้องกับแนวคิดของประเทศต่างๆ ข้างต้นในหัวข้อที่ 2.2 ตามลำดับดังนี้

2.1 ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับ “สินบน” และ “ความผิดเกี่ยวกับสินบน”

มนุษย์รู้จักการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างบุคคลโดยใช้ “สินบน” มาตั้งแต่อดีตกาล ในปัจจุบันสังคมส่วนใหญ่จึงเข้าใจและมีสำนึกตรงกันว่า การให้หรือรับสินบนเป็นการกระทำที่น่าละอาย ผิดศีลธรรม และขัดต่อความรู้สึกผิดชอบชั่วดีอย่างชัดเจน แต่แม้การแลกเปลี่ยนผลประโยชน์โดยใช้สินบนจะมีแนวคิดพื้นฐานทางศีลธรรมเช่นนั้น รัฐส่วนใหญ่กลับบัญญัติความผิดอาญาสำหรับการให้หรือรับสินบนที่เกี่ยวกับการบิดเบือนหรือแทรกแซงการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายภายในเท่านั้น ความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายส่วนใหญ่จึงมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์แห่งกฎหมายและอำนาจรัฐอย่างชัดเจนและเฉพาะเจาะจง

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงความหมายทั่วไปของ “สินบน” ในหัวข้อที่ 2.1.1 และความเข้าใจทั่วไปของ “ความผิดเกี่ยวกับสินบน” ในเรื่ององค์ประกอบความผิดทั่วไป ลักษณะความผิด และแนวทางการจำแนกประเภทความผิดเกี่ยวกับสินบนเบื้องต้นในหัวข้อที่ 2.1.2 ดังนี้

2.1.1 แนวคิดทั่วไปของสินบน

การให้หรือรับสินบนเป็นการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์โดยมิชอบระหว่างบุคคลรูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นและมีอยู่ในสังคมมนุษย์ตั้งแต่อดีตสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน¹ โดยมีการค้นพบหลักฐานทางโบราณคดีที่สามารถยืนยันได้ว่า ในช่วงราว 1,500 ปีก่อนคริสตกาล มนุษย์รู้จักการให้หรือรับสินบนในลักษณะที่เป็นการให้ของกำนัลเพื่อเปลี่ยนแปลงคำตัดสินชี้ขาดของผู้มีอำนาจแล้ว² ในปัจจุบันการให้หรือรับสินบนเกี่ยวกับผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐยังคงเป็นอาชญากรรมที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายตลอดถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาในกฎหมายของประเทศต่างๆ ทั่วโลก

คำว่า “สินบน” เกิดจากการประสมกันระหว่างคำว่า “สิน” ซึ่งหมายถึง เงิน หรือทรัพย์สิน และมักใช้คู่กับคำว่า “ทรัพย์สิน” เรียกว่า “ทรัพย์สิน” หรือ “สินทรัพย์”³ กับคำว่า “บน” หรือ “บนบาน” ซึ่งหมายถึง การขอร้องสิ่งศักดิ์สิทธิ์ให้ช่วยโดยให้คำมั่นว่าจะให้สิ่งตอบแทนหรือทำตามที่ได้สัญญาไว้เมื่อเป็นผลสำเร็จ⁴ อย่างไรก็ตาม พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายของคำว่า “สินบน” ไว้โดยเฉพาะด้วยใน 2 นัยยะ⁵ ดังนี้

1) คำว่า “สินบน” ในความหมายทั่วไปหมายถึง ทรัพย์สินหรือสิ่งของที่ให้เป็นเครื่องบูชาหรือตอบแทนผู้ที่ช่วยให้สำเร็จตามประสงค์

¹ Naumihal Singh, *The World of Bribery and Corruption* (New Delhi: Mittal, c1998), p. 3.

² Ibid, pp. 3-9.

³ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556) (ราชบัณฑิตยสถานจัดพิมพ์เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554), หน้า 1233.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 649.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1233.

2) คำว่า “สินบน” ในทางกฎหมายหมายถึง ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่ให้แก่บุคคลเพื่อจูงใจให้ผู้นั้นกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ หรืออาจหมายถึงเงินตราที่จ่ายให้แก่ผู้นำจับ

ในภาษาอังกฤษ สินบนคือ “Bribe” เป็นคำศัพท์ในภาษาอังกฤษยุคกลาง มีที่มาจากคำว่า “Bribe” ในภาษาฝรั่งเศสโบราณหมายถึง “ชิ้นส่วนเล็กๆ เศษชิ้นส่วนที่ให้แก่คนจรจัดหรือขอทาน”^{*} ในปัจจุบันคำว่า “Bribe” หมายถึง ราคา ของตอบแทน ของขวัญ หรือความช่วยเหลือที่ได้มอบให้ หรือสัญญาว่าจะให้ โดยมุ่งหวังที่จะบิดเบือนการตัดสินใจหรือมีอิทธิพลเหนือการกระทำของผู้มีตำแหน่งหน้าที่อันเป็นที่ไว้วางใจต่อสาธารณะ⁶ ส่วนคำว่า “Bribery” หมายถึง สินบนที่มีความหมายในบริบทกฎหมายหรือความผิดเกี่ยวกับสินบน แต่คนทั่วไปอาจกล่าวถึงการให้หรือรับสินบนปะปนหรือทดแทนคำว่า “การทุจริตคอร์รัปชัน” (Corruption)^{**} อยู่เสมอ เพราะการให้หรือรับสินบนเป็นรูปแบบสำคัญการทุจริตคอร์รัปชัน แม้ในความเป็นจริงการทุจริตคอร์รัปชันมีความหมายครอบคลุมถึงการกระทำทุจริตรูปแบบอื่นๆ ที่มีใช้การให้หรือรับสินบนด้วย⁷

นอกจากนี้ “สินบน” ยังมีชื่อเรียกแตกต่างกันในภาษาอื่นๆ เช่น ประเทศแอฟริกาตะวันตกเรียกสินบนว่า “Dash” ประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า “Pot au vin” ประเทศอิตาลีเรียกว่า “La bustrella” สหรัฐอเมริกาเรียกว่า “Grease” หรือ “Graft” ประเทศนิวซีแลนด์เรียกว่า “On the Take” หรือในบางกรณีสหราชอาณาจักรอาจกล่าวถึงสินบนในสำนวนว่า “Sleaze” เป็นต้น⁸

จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้ “สินบน” จะมีชื่อเรียกแตกต่างกันอย่างหลากหลาย แต่คนในสังคมก็เข้าใจตรงกันว่าการให้หรือรับสินบนเป็นการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์อันผิดศีลธรรมที่มีอยู่ในสังคมมนุษย์มาอย่างยาวนาน ซึ่งรัฐส่วนใหญ่จะพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นพฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์ของสังคม และบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญาเฉพาะที่เกี่ยวกับการทำลายความบริสุทธิ์ยุติธรรมแห่งการใช้อำนาจรัฐ เพื่อสร้างสงบเรียบร้อยและความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมเท่านั้น

2.1.2 แนวคิดทั่วไปของความผิดเกี่ยวกับสินบน

เมื่อการให้หรือรับสินบนเพื่อแทรกแซงการใช้อำนาจรัฐเป็นพฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์ที่เกิดขึ้นในสังคมมนุษย์อย่างทั่วไป ประเทศทั้งหลายจึงได้บัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดสำหรับการ

^{*} ในภาษาฝรั่งเศสโบราณ คำว่า “bribe” คือ “bit, piece hunk, lump, chunk” หมายถึง เศษชิ้นส่วน ส่วนคำว่า “bribeor” คือ “vagrant” หรือ “beggar” หมายถึง คนจรจัด คนร่อนเร่ หรือคนขอทาน อ้างอิงจาก Alan Hindley, Frederick W. Langley, and Brian J. Levy, *Old French-English Dictionary* (NY: Cambridge University Press, 2006), p. 92.

⁶ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, ed. Bryan A. Garner, 8th ed. (MN: Thomson/West Group, 2004), p. 203.

^{**} คำว่า “Corruption” มีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า “Corruptus” หมายถึง การทำให้เสียหายหรือแตกหัก (to Break) ซึ่งเป็นความหมายที่มุ่งถึงผลเสียหายที่สังคมได้รับจากการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น การให้หรือรับสินบน เป็นต้น อ้างอิงจาก Colin Nicholls *et al.*, *Corruption and Misuse of Public Office* (NY: Oxford University Press, 2006), p. 1.

⁷ Ibid.

⁸ Peter Johnstone and George Brown, “International Controls of Corruption: Recent Responses from the USA and the UK,” *Journal of Financial Crime* 11, 3 (2004): 217-248.

กระทำได้กล่าวไว้คล้ายคลึงกันทั้งหมด เห็นได้จากที่ความผิดเกี่ยวกับสินบนของประเทศทั้งหลายมีหลักเกณฑ์สาระสำคัญอย่างเดียวกัน แต่อาจมีรายละเอียดบางส่วนแตกต่างกันไปตามแนวคิด สภาพเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศเท่านั้น พิจารณาแนวคิดทั่วไปขององค์ประกอบความผิด ลักษณะของความผิด และแนวทางการจำแนกประเภทความผิดเกี่ยวกับสินบนได้ดังนี้

2.1.2.1 องค์ประกอบทั่วไปของความผิดเกี่ยวกับสินบน

ประเทศส่วนใหญ่บัญญัติให้การกระทำเกี่ยวกับสินบนเป็นความผิดอาญา เพื่อควบคุมหรือคุ้มครองมิให้การใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายถูกแทรกแซงหรือบิดเบือนโดยมิชอบเท่านั้น ความผิดเกี่ยวกับการให้หรือรับสินบนที่มีอยู่ในกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่จึงมีองค์ประกอบความผิดสำคัญ 3 ส่วน ได้แก่ (1) บุคคลผู้เกี่ยวข้องในการกระทำความผิด (2) การกระทำอันเป็นการให้สินบน และ (3) องค์ประกอบส่วนจิตใจ พิจารณาตามลำดับดังนี้

1) บุคคลผู้เกี่ยวข้องในการกระทำความผิด

ผู้เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนมี 2 ฝ่ายคือ “ผู้ให้สินบน” (Briber หรือ Giver) กับ “ผู้รับสินบน” (Bribee หรือ Receiver) แต่บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายหรือไม่ อย่างไร ต้องพิจารณาตามที่กฎหมายของแต่ละประเทศกำหนดความรับผิดของบุคคลแต่ละฝ่ายไว้ ทั้งนี้ บุคคลฝ่ายผู้ให้สินบนอาจเป็นผู้ใดก็ได้ ไม่จำเป็นต้องมีสถานะหรือคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นพิเศษ แต่บุคคลฝ่ายผู้รับสินบนต้องมีสถานะเป็น “เจ้าพนักงาน” ตามกฎหมายเท่านั้น

สำหรับกรณีบุคคลผู้รับสินบน สถานะเจ้าพนักงานจะมีขอบเขตเพียงใดย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศกำหนดไว้ กล่าวคือ บางประเทศอาจกำหนดขอบเขตสถานะความเป็นเจ้าพนักงานอย่างกว้าง โดยพิจารณาตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ (Functional Approach) เช่น ประเทศเยอรมนี สหรัฐอเมริกา ฯลฯ⁹ บางประเทศกำหนดให้สถานะเจ้าพนักงานเกิดขึ้นเมื่อมีการแต่งตั้งตามกฎหมาย หรือกำหนดรายการตำแหน่งหน้าที่ที่เป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายอย่างเฉพาะเจาะจง (List Approach) เช่น ประเทศมาเลเซีย ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศปากีสถาน ฯลฯ¹⁰ หรือบางประเทศอาจไม่กำหนดนิยามของเจ้าพนักงานไว้ในกฎหมายเลยก็ได้ เช่น ประเทศภูฏาน หรือประเทศเกาหลีใต้ ฯลฯ¹¹ บางประเทศอาจกำหนดให้เจ้าพนักงานหมายความรวมถึงผู้ใช้อำนาจในองค์กรสาธารณะหรือรัฐวิสาหกิจตามกฎหมาย เช่น ประเทศไทย ฯลฯ¹² หรือกำหนดให้มีขอบเขตรวมถึงเจ้าพนักงานตามกฎหมายต่างประเทศด้วย เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ ฯลฯ

⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 65.

¹⁰ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific* (Paris: ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific OECD Publishing, 2011), p. 25.

¹¹ Ibid, p. 27.

¹² Ibid, pp. 25-27.

การแบ่งแยก “ตำแหน่ง” หรือ “อำนาจหน้าที่” ของเจ้าพนักงานหรือการบัญญัติกฎหมายระบุถึงเจ้าพนักงานบางตำแหน่งไว้อย่างเฉพาะเจาะจงมีผลต่อการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนในบางประเทศ กล่าวคือ บางประเทศอาจบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนสำหรับเจ้าพนักงานบางตำแหน่งโดยเฉพาะเจาะจง (Specific Bribery) เช่น เจ้าพนักงานที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติหรือตุลาการ คณะรัฐมนตรี หรือนายอำเภอ ฯลฯ แยกออกจากความผิดเกี่ยวกับสินบนทั่วไป (General Bribery) เช่น ประมวลกฎหมายอาญาไทยมีบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามมาตรา 144 และความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานในการยุติธรรมตามมาตรา 167 ฯลฯ¹³

2) การกระทำอันเป็นการให้หรือรับสินบน

2.1) ส่วนการกระทำอันเป็นการให้หรือรับสินบน

ประเทศต่างๆ อาจบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำอันเป็นการให้หรือรับสินบนหลายลักษณะแตกต่างกัน ซึ่งขอบเขตของลักษณะการกระทำดังกล่าวมีผลต่อการกำหนดขอบเขตของฐานความผิด รวมถึงความรับผิดของบุคคลอย่างสำคัญ¹⁴ ยกตัวอย่างการกระทำของฝ่ายผู้ให้สินบน เช่น การให้ (Giving) การจัดหาให้ (Providing) การเสนอ (Offering) การสัญญาว่าจะให้ (Promising) หรือการกระทำอื่นในทำนองเดียวกัน เป็นต้น ส่วนการกระทำของฝ่ายผู้รับสินบน เช่น การรับ (Receiving) การเรียกเอา (Soliciting) การตกลงรับ (Accepting) การร้องขอ (Asking) หรือการกระทำอื่นในทำนองเดียวกัน เป็นต้น¹⁵

บางประเทศอาจบัญญัติให้การกระทำทุกลักษณะข้างต้นเป็นความผิดอาญาอย่างชัดแจ้ง เช่น ประเทศอังกฤษ ฯลฯ¹⁶ แต่บางประเทศอาจมิได้บัญญัติถึงการกระทำบางลักษณะไว้ในกฎหมาย แต่ศาลจะตีความและบังคับใช้กฎหมายให้ครอบคลุมถึงการกระทำอื่นในทางปฏิบัติ เช่น ประเทศคีร์กีซสถาน ฯลฯ¹⁷ หรือบางประเทศอาจบัญญัติถึงการกระทำอันเป็นการให้สินบนต่างๆ โดยให้น้ำหนักแก่การกระทำแต่ละลักษณะเท่ากันหรือแตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายอาจกำหนดให้ “การเสนอ” และ “การสัญญาว่าจะให้” สินบนมีผลเป็นการกระทำผิดสำเร็จเหมือนกับ “การให้” สินบน แม้ยังมิได้มีการส่งมอบสินบนหรือฝ่ายผู้รับสินบนยังมิได้ตอบตกลงว่าจะรับสินบนนั้น เช่น ประเทศไทย ฯลฯ¹⁸ ในขณะที่บางประเทศอาจกำหนดให้ “การเสนอ” และ “การสัญญาว่าจะให้” เป็นเพียงการพยายามให้สินบน หรือกำหนดให้การกระทำของฝ่ายผู้ให้สินบนทุกรูปแบบเป็นเพียงการ

¹³ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 144 และมาตรา 167

¹⁴ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, p. 22.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ The UK Bribery Act 2010, Section 1 และ Section 2

¹⁷ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, pp. 25-27.

¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 144 และมาตรา 149

สนับสนุนการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานผู้รับสินบนเท่านั้น เช่น ประเทศคาสัคสถาน ประเทศเนปาล ฯลฯ¹⁹

ยิ่งไปกว่านั้น บางประเทศอาจบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้โดยคำนึงถึงวิธีการให้สินบนซึ่งผู้กระทำความผิดมักใช้ปกปิดการกระทำความผิดด้วย ประเทศที่บัญญัติกฎหมายถึงการให้สินบนโดยผ่านคนกลาง (Intermediary) เช่น สหราชอาณาจักร ฯลฯ²⁰ หรือที่บัญญัติถึงการให้สินบนจูงใจเจ้าพนักงานโดยมีบุคคลที่สาม (Third Party) เข้ารับประโยชน์แทน เช่น ประเทศจีน ประเทศเวียดนาม ฯลฯ²¹ หรือบางประเทศอาจบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำบางอย่างของบุคคลภายนอกเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด แต่มีใช้ทั้งผู้ให้หรือผู้รับสินบนด้วย เช่น ประเทศไทยมีบทบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำเป็นคนกลางเรียกรับเอาสินบน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 143 ฯลฯ²²

2.2) ส่วนขอบเขตของ “สินบน”

“สินบน” ได้แก่ สิ่งใดๆ ที่ฝ่ายผู้ให้สินบนใช้จูงใจฝ่ายผู้รับสินบน ประเทศต่างๆ อาจกำหนดให้ “สินบน” ครอบคลุมถึงเงิน ทรัพย์สิน ประโยชน์ต่างๆ ทั้งที่เป็นตัวเงิน (Pecuniary Advantages) หรือไม่เป็นตัวเงิน (Non-pecuniary Advantages) ไม่ว่าจะจับต้องได้หรือไม่ก็ตาม โดยประเทศต่างๆ อาจใช้ถ้อยบัญญัติในกฎหมายแตกต่างกัน เช่น “ประโยชน์” “Benefits” “Kickbacks” “Property” “Service Charges” “Valuable Thing” “Something” “Payment or Promise” “Anything of Value” “Valuable” หรือ “Money, Property or Other Material Interests” เป็นต้น²³

“มูลค่า” หรือ “ขนาด” ของสินบนอาจมีผลต่อการกำหนดความรับผิดของบุคคลทางกฎหมาย เช่น บางประเทศอาจถือว่าการให้หรือเรียกรับเอาเงิน ของขวัญ หรือของกำนัลมูลค่าเล็กน้อยถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางธุรกิจ และจึงไม่เป็นความผิดกฎหมาย เช่น สหรัฐอเมริกา ฯลฯ บางประเทศไม่บัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนมูลค่าต่ำบางกรณีโดยมีแนวคิดที่ว่า รัฐไม่สามารถห้ามการจ่ายเงินหรือให้ของขวัญเล็กๆ น้อยๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมได้ทั้งหมด²⁴ เช่น ประเทศคาสัคสถาน กำหนดให้เจ้าพนักงานสามารถรับของขวัญมูลค่าน้อยเพื่อตอบแทนสำหรับการกระทำหรือการงดเว้นไม่กระทำที่ได้กระทำสำเร็จไปแล้ว เป็นต้น²⁵ หรือบางประเทศอาจกำหนดเงื่อนไขการใช้ข้อสันนิษฐาน

¹⁹ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific, pp. 25-27.

²⁰ The UK Bribery Act 2010, Section 6

²¹ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific, pp. 24-25.

²² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 143

²³ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific, p. 28.

²⁴ George Moody-Stuart, Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries (Oxford: World View Publishing, 1977), pp. 58-60.

²⁵ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific, p. 29.

ทางกฎหมาย หรือการกำหนดหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในชั้นศาลตามมูลค่าของสินบน เช่น กฎหมายประเทศบังคลาเทศกำหนดข้อสันนิษฐานว่า การที่บุคคลให้เงินหรือผลประโยชน์แก่เจ้าพนักงานรัฐเป็นการกระทำเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานนั้น แต่ศาลจะไม่ใช้ข้อสันนิษฐานนี้หากเงินหรือทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าน้อยมากจนไม่น่าจะนำไปสู่การทุจริตได้²⁶ หรือกฎหมายของประเทศอินโดนีเซีย กำหนดให้เจ้าพนักงานรัฐผู้ถูกกล่าวหาว่าเรียกรับสินบนมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานให้ศาลเชื่อว่าตนมิได้เรียกรับเอาสินบน เว้นแต่หากทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าน้อยกว่าจำนวนที่กฎหมายกำหนด กฎหมายกำหนดให้โจทก์จะมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ความผิดของเจ้าพนักงานรัฐนั้นแทน เป็นต้น²⁷

อนึ่ง นอกจากการกำหนดหลักเกณฑ์การบังคับใช้กฎหมายตาม “มูลค่า” สินบนที่กล่าวไปข้างต้น กฎหมายบางประเทศอาจกำหนดเงื่อนไขอื่นสำหรับใช้ข้อต่อสู้ตามกฎหมายเพื่อยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษด้วย เช่น ผู้รับสินบนเป็นเจ้าพนักงานรัฐระดับล่าง การกระทำความผิดครั้งแรก การไม่ปรากฏว่าผู้กระทำความผิดตกลงให้หรือรับสินบนกันมาก่อน การจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำหรือไม่กระทำการอันชอบด้วยกฎหมาย การกำหนดมูลค่าขั้นต่ำหรือผลเสียหายอันเป็นเงื่อนไขความผิด เป็นต้น²⁸

3) องค์ประกอบส่วนจิตใจ

ประเทศส่วนใหญ่กำหนดความผิดสำหรับการให้หรือรับสินบนที่บุคคลได้กระทำโดยมีเจตนาธรรมดา แต่ไม่ชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าวรวมถึงการกระทำความผิดโดยเจตนาโดยอ้อมเห็นผล (หรืออาจเรียกว่า “เจตนาโดยอ้อม” (Dolus Eventualis))^{*} การกระทำความผิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Recklessness) หรือการกระทำโดยมีเจตนาแบบการจงใจเพิกเฉยไม่รับรู้ (Willful Blindness) หรือไม่ เว้นแต่บางประเทศจะได้บัญญัติกฎหมายไว้โดยเฉพาะ เช่น กฎหมายของสหรัฐอเมริกาบัญญัติความผิดสำหรับการจ่ายเงินให้แก่คนกลางโดยรู้ว่าเงินนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนอาจถูกนำไปจ่ายให้เป็นสินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐในต่างประเทศอีกทอดหนึ่ง เป็นต้น²⁹

นอกจากเจตนาธรรมดา การให้สินบนต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษเพื่อจูงใจให้ฝ่ายผู้รับสินบนกระทำการ หรือไม่กระทำการใดๆ โดยอาศัยอำนาจหรือตำแหน่งหน้าที่ของผู้รับสินบนนั้นด้วย บางประเทศอาจกำหนดความผิดสำหรับการจูงใจให้เจ้าพนักงานรัฐกระทำการอันมิชอบด้วย

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

^{*} ตามหลักกฎหมายของประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นต้นแบบกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ “เจตนา” ในการกระทำความผิดประกอบไปด้วย “ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” กับ “ส่วนต้องการการเกิดขึ้นของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” และมี “เจตนาโดยอ้อม” (Dolus Eventualis) เป็นส่วนต้องการระดับต่ำสุดของการกระทำโดยเจตนา โดยบุคคลผู้กระทำการต้องการการเกิดขึ้นของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดในระดับที่เล็งเห็นได้จากการกระทำนั้น ทั้งนี้ ในกฎหมายไทยเทียบได้กับ “เจตนาโดยอ้อมเห็นผล” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 อ้างอิงจาก คณิศ ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 189-195.

²⁹ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific, p. 30.

หน้าที่เท่านั้น เช่น ประเทศไทย ฯลฯ³⁰ บางประเทศอาจบัญญัติความผิดสำหรับการจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการเกี่ยวกับหน้าที่ รวมถึงการใช้โอกาสในตำแหน่งหน้าที่หรืออิทธิพลของตนกระทำการนอกหน้าที่ เช่น ประเทศออสเตรเลีย และฮ่องกงซึ่งมีกฎหมายบัญญัติความผิดสำหรับการปลุกปั่นให้เจ้าพนักงานอื่นกระทำการใดๆ หรือจัดการให้บริษัทเอกชนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นต้น³¹

ยิ่งไปกว่านั้น บางประเทศอาจกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับสินบนต้องกระทำโดยมีเจตนาพิเศษ “โดยทุจริต” (Corrupt) ด้วย แต่เนื่องจากมูลเหตุจูงใจในการกระทำนี้จึงแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ และความหมายและขอบเขตของเจตนาโดยทุจริตนี้จึงแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ และอาจต้องอาศัยการตีความบังคับใช้กฎหมายของศาลอีกชั้นหนึ่งด้วย ในปัจจุบันประเทศต่างๆ มีแนวโน้มที่จะบัญญัติความผิดฐานให้สินบนขึ้นใหม่ หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสินบนเดิมโดยหลีกเลี่ยงการบัญญัติเจตนาโดยทุจริตไว้ในองค์ประกอบความผิด เพื่อให้บทบัญญัติความผิดมีขอบเขตชัดเจน เช่น ความผิดเกี่ยวกับสินบนตามกฎหมายเดิมของสหราชอาณาจักรเป็นความผิดที่ต้องกระทำโดยมีเจตนาทุจริต แต่กฎหมายนี้ได้กำหนดนิยามของเจตนาโดยทุจริตนั้นอย่างชัดเจนจึงเกิดปัญหาในการตีความบังคับใช้กฎหมายอย่างมาก ต่อมาเมื่อสหราชอาณาจักรร่างกฎหมายสินบนฉบับใหม่ ชื่อว่า “The UK Bribery Act” เมื่อปี ค.ศ. 2010 (พ.ศ. 2553) จึงมีการตัดองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ออกไป เพื่อแก้ปัญหาคความไม่ชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย เป็นต้น³²

2.1.2.2 ลักษณะทั่วไปของความผิดเกี่ยวกับสินบน

ความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายของประเทศทั่วโลกมีลักษณะทั่วไปอันเป็นสาระสำคัญดังนี้

1) การให้หรือรับ “สินบน” เป็นการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ที่คนในสังคมต่างรู้ได้ โดยตนเองว่าน่าตำหนิ น่าละอาย ขัดต่อศีลธรรมและความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของมนุษย์ และเป็นอาชญากรรมที่เป็นความผิดในตัวเอง (*Mala in se*) ฉะนั้นประเทศต่างๆ ทั่วโลกจึงถือว่าความผิดเกี่ยวกับสินบนเป็นอาชญากรรมที่เกี่ยวกับความรู้สึกผิดชอบชั่วดี (Crimes of Conscience)³³ เห็นได้จากที่ประเทศต่างๆ บัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนโดยมีสาระสำคัญอย่างเดียวกัน³⁴

2) การกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนที่เกิดขึ้นมักไม่ปรากฏแก่สาธารณชนเป็นการทั่วไป ผู้รู้เห็นในการกระทำความผิดต่างกลัวถูกจับกุมดำเนินคดีตามกฎหมาย ทั้งผู้ให้และผู้รับสินบนจึงมักกระทำความผิดอย่างปกปิดซ่อนเร้น หรือร่วมกันปิดบังการกระทำทุจริตไว้ เจ้าพนักงานผู้บังคับ

³⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 144 และมาตรา 167.

³¹ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, pp. 27-28.

³² Peter Binning *et al.*, “Fraud and the Criminal Law,” in *International Commercial Fraud* (London: Sweet & Maxwell, 2002), p. 184.

³³ Johnstone, P. and G. Brown, “International Controls of Corruption: Recent Responses from the USA and the UK”, *Journal of Financial Crime* 11, 3 (2004): 217-248.

³⁴ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, pp. 11-19.

ใช้กฎหมายจึงต้องประสบความสำเร็จในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อจับกุมดำเนินคดีผู้กระทำความผิดเหล่านั้น เป็นปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐเป็นอย่างยิ่ง³⁵ แตกต่างจากความผิดฐานอื่นที่มีผู้เสียหาย (Victim) ซึ่งผู้เสียหายเหล่านั้นนำข้อเท็จจริงในการกระทำความผิดไปแจ้งแก่เจ้าพนักงานตำรวจ โดยมุ่งหวังให้มีการจับกุมดำเนินคดีตามกฎหมายต่อไป³⁶

3) เนื่องจากบุคคลฝ่ายผู้ให้สินบนมักมีฐานะทางเศรษฐกิจดี และบุคคลฝ่ายผู้รับสินบนก็มักจะเป็นผู้มีอำนาจหรือมีตำแหน่งหน้าที่การงานอันเป็นที่ไว้วางใจของสาธารณะ ความผิดเกี่ยวกับสินบนที่เกิดขึ้นจึงเป็นอาชญากรรมคอเชิ้ตขาว (White Collar Crime) รูปแบบหนึ่ง³⁷ นอกจากนี้ ความผิดเกี่ยวกับสินบนยังได้ทำลายความไว้วางใจที่สาธารณะมีต่อผู้มีอำนาจหน้าที่ เพราะเป็นการที่บุคคลฝ่ายผู้ให้สินบนใช้เงินหรือผลประโยชน์ใดๆ แลกเปลี่ยนกับการกระทำโดยใช้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือโอกาสของฝ่ายผู้รับสินบนอย่างไม่เป็นธรรมต่อบุคคลอื่นซึ่งอยู่ภายใต้กติกาอย่างเดียวกัน³⁸

4) การให้หรือรับสินบนเป็นอาชญากรรมที่ไม่ใช้ความรุนแรงโดยสภาพ ประชาชนทั่วไปไม่รู้สึกรู้ว่าได้รับผลกระทบหรือถูกคุกคามต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ หรือทรัพย์สินจากอย่างชัดเจนเหมือนอาชญากรรมความผิดทั่วไป (Street Crimes) เช่น ความผิดฐานฆ่ามนุษย์ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานชิงทรัพย์ ฯลฯ บางกรณีการให้หรือรับสินบนกลับก่อให้เกิดความเสียหายต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมในวงกว้างกว่า โดยไม่ถูกต้องด้านจากผู้คนในสังคม³⁹

2.1.2.3 การจำแนกประเภทของความผิดเกี่ยวกับสินบน

ความผิดเกี่ยวกับสินบนต่างๆ ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันสามารถจำแนกประเภททั่วไปได้ 3 แนวทาง ได้แก่ ความผิดฐานให้สินบน (Active Bribery) กับความผิดฐานรับสินบน (Passive Bribery) ความผิดเกี่ยวกับสินบนในภาครัฐ (Bribery in Public Sector) กับความผิดเกี่ยวกับสินบนในภาคเอกชน (Bribery in Private Sector) และความผิดเกี่ยวกับสินบนแบบดั้งเดิม (Domestic Bribery) กับความผิดเกี่ยวกับสินบนต่างประเทศ (Foreign Bribery) พิจารณา ดังนี้⁴⁰

³⁵ Singh, N., *The World of Bribery and Corruption*, p. 12.

³⁶ Koh Teck Hin, "Corruption Control in Singapore," (The 13th International Training Course on the Criminal Justice Response to Corruption Visiting Experts' Papers), p. 124.

³⁷ ผงจิตต์ อธิคมน์นทะ, *สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2526), หน้า. และ Susan Rose-Ackerman, "The Political Economy of Corruption," in *Corruption and the Global Economy*, Kimberley Ann Elliott, Ed. (MA: Institute for International Economics, 1997), p. 52.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, pp. 17-18.

1) ความผิดฐานให้สินบน (Active Bribery) กับความผิดฐานรับสินบน (Passive Bribery)

การจำแนกประเภทความผิดเกี่ยวกับสินบนนี้พิจารณาตามเกณฑ์บุคคลผู้กระทำความผิด การกระทำความผิดโดยบุคคลฝ่ายผู้ให้สินบนเรียกว่า “ความผิดฐานให้สินบน” (Active Bribery) ส่วนการกระทำความผิดของฝ่ายผู้รับสินบนเรียกว่า “ความผิดฐานรับสินบน” (Passive Bribery)⁴¹

ในทางกฎหมาย รัฐมักบัญญัติให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนของบุคคลทั้งสองฝ่ายเป็นความผิดอาญา แต่จะกำหนดบทลงโทษสำหรับการรับสินบนไว้รุนแรงกว่า ตามแนวคิดที่ว่าบุคคลผู้มีสถานะเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการอย่างถูกต้องชอบธรรมเพื่อประโยชน์ของรัฐ เมื่อเจ้าพนักงานดังกล่าวอาศัยตำแหน่งอำนาจหน้าที่หรือโอกาสที่ตนมีอยู่มากระทำความผิด ก็สมควรต้องได้รับโทษที่รุนแรงกว่ากรณีบุคคลทั่วไปกระทำความผิด⁴²

ยกตัวอย่างกรณีประเทศไทย ประมวลกฎหมายอาญากำหนดระวางโทษสำหรับความผิดฐานเจ้าพนักงานเรียกรับเอาสินบนให้จำคุกตั้งแต่ 5-20 ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่ 2,000-40,000 บาทหรือประหารชีวิต⁴³ ส่วนความผิดของบุคคลผู้ให้สินบนมีกำหนดระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับเท่านั้น⁴⁴ ในทำนองเดียวกันกฎหมายกำหนดโทษสำหรับกรณีเจ้าพนักงานยกยกทรัพย์สินไว้รุนแรงกว่าโทษสำหรับความผิดฐานยกยกทรัพย์สินทั่วไป⁴⁵ หรือที่กำหนดโทษสำหรับความผิดฐานเจ้าพนักงานปลอมเอกสารไว้รุนแรงกว่าความผิดฐานปลอมเอกสารโดยบุคคลทั่วไป เป็นต้น⁴⁶

2) ความผิดเกี่ยวกับสินบนในภาครัฐ (Bribery in Public Sector) กับความผิดเกี่ยวกับสินบนในภาคเอกชน (Bribery in Private Sector)

การจำแนกประเภทความผิดเกี่ยวกับสินบนตามแนวทางนี้พิจารณาตามที่มาของอำนาจหรือตำแหน่งหน้าที่ของผู้รับสินบน กล่าวคือ “ความผิดเกี่ยวกับสินบนในภาครัฐ” (Bribery in Public Sector) ได้แก่ การให้หรือรับสินบนเกี่ยวกับบุคคลผู้มีอำนาจหรือตำแหน่งหน้าที่ตามกฎหมายเพื่อจูงใจให้มีการกระทำหรือไม่กระทำการโดยอาศัยอำนาจ โอกาส ตำแหน่งหน้าที่ตามกฎหมาย⁴⁷ ส่วน “ความผิดเกี่ยวกับสินบนในภาคเอกชน” (Bribery in Private Sector) ได้แก่ การให้หรือรับสินบนเกี่ยวกับผู้มีอำนาจ โอกาส หรือตำแหน่งหน้าที่ในภาคเอกชน เช่น นักธุรกิจอาจจ่ายสินบนให้แก่

⁴¹ Ibid, pp. 21-22.

⁴² จิตติ ดิงศรัทธี, *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1*, หน้า 59-60.

⁴³ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 149

⁴⁴ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 144

⁴⁵ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 147 และมาตรา 352

⁴⁶ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 161 และมาตรา 264

⁴⁷ Daniel P. Ashe, “The Lengthening Anti-Bribery Lasso of the United States: The Recent Extraterritorial Application of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act,” *Fordham Law Review* 73 (May, 2005): 2879-2945.

ผู้บริหารของอีกบริษัท เพื่อจูงใจให้มีการเจรจาทำนิติกรรมอันมีลักษณะเป็นการเอาเปรียบคู่แข่งทางธุรกิจ เป็นต้น⁴⁸

ตามแนวทางนี้ ประเทศส่วนใหญ่จึงมีกฎหมายบัญญัติความผิดสำหรับการให้หรือรับสินบนในภาครัฐ แต่ไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดสำหรับการให้หรือรับสินบนในภาคเอกชน เพราะเห็นว่าเป็นปัญหาระหว่างเอกชนด้วยกันเท่านั้น มิใช่การแทรกแซงหรือบิดเบือนการปฏิบัติหน้าที่ราชการของผู้ใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น สหราชอาณาจักรมีกฎหมายบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่บุคคลอื่น (Offences of Bribing Another Person) (มาตรา 1) และความผิดเกี่ยวกับการเรียกรับเอาสินบน (Offences Relating to Being Bribed) (มาตรา 2) โดยสองมาตรานี้ครอบคลุมการกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน เป็นต้น⁴⁹

3) ความผิดเกี่ยวกับสินบนแบบดั้งเดิม (Domestic Bribery) * กับความผิดเกี่ยวกับสินบนต่างประเทศ (Foreign Bribery)

การจำแนกประเภทความผิดนี้พิจารณาตามสภาพของอาชญากรรมรูปแบบใหม่ที่แตกต่างจากสินบนแบบดั้งเดิมอย่างน้อย 3 ประการ ได้แก่ สถานที่กระทำความผิด บุคคลผู้เกี่ยวข้อง และผลประโยชน์หรือความเสียหายที่ประเทศต่างๆ ได้รับ⁵⁰ “ความผิดเกี่ยวกับสินบนแบบดั้งเดิม” (Domestic Bribery) ได้แก่ การให้หรือรับสินบนที่เกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามกฎหมายของประเทศนั้นๆ และเป็นปัญหาอาชญากรรมภายในประเทศ ส่วน “ความผิดเกี่ยวกับสินบนในต่างประเทศ” (Foreign Bribery) ได้แก่ การให้หรือรับสินบนเกี่ยวกับเจ้าพนักงานตามกฎหมายต่างประเทศ มีโอกาสเกิดขึ้นในต่างประเทศโดยสภาพ มักเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมหาศาล ตลอดจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศต่างๆ อย่างกว้างขวาง

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ The UK Bribery Act 2010, Section 1 บัญญัติว่า

“A person (“P”) is guilty of an offence if either of the following cases applies. ... where — (a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, ...”

และ Section 2 บัญญัติว่า

“A person (“R”) is guilty of an offence if any of the following cases applies. ...where R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage intending that, in consequence, a relevant function or activity should be performed improperly (whether by R or another person).”

* ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนแบบ “Domestic Bribery” เป็นภาษาไทยว่า “สินบนแบบดั้งเดิม” แทนที่จะเรียกว่า “ความผิดเกี่ยวกับสินบนภายใน” ตามความหมายโดยตรงของคำว่า “Domestic” โดยตรง เพราะ (1) ผู้เขียนเห็นว่าลักษณะของความผิดเกี่ยวกับสินบนแบบ “Domestic Bribery” เกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงานรัฐของรัฐผู้บัญญัติกฎหมายที่ประเทศต่างๆ บัญญัติให้เป็นความผิดอาญามาตั้งแต่เดิม ก่อนเกิดแนวคิดความผิดฐานให้สินบนต่างประเทศเหมือนในปัจจุบัน และ (2) ผู้เขียนต้องการหลีกเลี่ยงมิให้เกิดความสับสนในการกล่าวถึง “ความผิดเกี่ยวกับสินบนภายในประเทศ” ที่เป็นการจำแนกประเภทของความผิดตามหัวข้อนี้ กับ “ความผิดเกี่ยวกับสินบน” ที่เกิดขึ้น “ภายใน” ดินแดนของรัฐซึ่งเป็นการกล่าวถึงสถานที่เกิดการกระทำความผิดเป็นสำคัญ

⁵⁰ Mark J. Murphy, “International Bribery: An Example of an Unfair Trade Practice?,” *Brooklyn Journal of International Law* 21 (1995): 398.

ผู้กระทำความผิดกรณีนี้มีก้าอ้ายช่องทางและโอกาสในการกระทำความผิดจากการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่เจริญก้าวหน้าขึ้นในปัจจุบัน⁵¹

ประเทศส่วนใหญ่มีกฎหมายบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนแบบดั้งเดิม แต่ไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดสำหรับการให้หรือรับสินบนต่างประเทศ⁵² เนื่องจากแนวคิดของความผิดเกี่ยวกับสินบนแบบดั้งเดิมเกิดขึ้นและมีอยู่ในสังคมมนุษย์มานานแล้ว⁵³ แต่แนวคิดของความผิดฐานให้สินบนต่างประเทศเพิ่งปรากฏอย่างชัดเจน ณ สหรัฐอเมริกาในช่วงศตวรรษที่ 1970 เท่านั้น⁵⁴ ปัจจุบันประเทศต่างๆ ได้เริ่มแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในเพื่อบัญญัติความผิดฐานให้สินบนดังกล่าวมากขึ้น เช่น กฎหมาย “The Foreign Corrupt Practices Act” ของสหรัฐอเมริกา⁵⁵ กฎหมาย “The UK Bribery Act 2010” ของสหราชอาณาจักร⁵⁶ หรือกฎหมายอาญาของประเทศจีนฉบับปัจจุบันที่บัญญัติความผิดฐานเสนอให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของต่างประเทศและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ (Crime of Offering Bribes to Officials of Foreign Countries and International Public Organizations) ไว้ในมาตรา 164 เป็นต้น⁵⁷

จากการพิจารณาในหัวข้อที่ 2.1 สรุปได้ว่า การให้หรือรับ “สินบน” เป็นการกระทำอันผิดศีลธรรมและเป็นพฤติกรรมที่สังคมส่วนใหญ่ไม่พึงปรารถนา ความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายของประเทศต่างๆ ทั่วโลกจึงบัญญัติเนื้อหาสาระสำคัญทั่วไปเหมือนกันทั้งหมด เว้นแต่รายละเอียดบางส่วนที่อาจแตกต่างกันไปตามแต่สภาพเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของแต่ละท้องถิ่น ตามแนวทางนี้ ประเทศไทยเองก็มีกฎหมายบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามแนวคิดทั่วไปของ “สินบน” และ “ความผิดเกี่ยวกับสินบน” ข้างต้นด้วยเช่นกัน ฉะนั้น ผู้เขียนจะพิจารณาเนื้อหาความผิดฐานให้สินบนที่มีอยู่ในกฎหมายไทยที่ถูกยกกร่างขึ้นมาบังคับใช้อย่างเหมาะสมตามสภาพเศรษฐกิจสังคมไทยในอดีตในส่วนต่อไป

2.2 ความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนในกฎหมายไทย

สังคมไทยมีแนวคิดว่าการให้หรือรับสินบนเพื่อจูงใจผู้ใช้อำนาจรัฐเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรม และเป็นอาชญากรรมที่ถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญามาตั้งแต่อดีตเช่นเดียวกับกฎหมาย

⁵¹ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, p. 31.

⁵² Ibid.

⁵³ Singh, N., *The World of Bribery and Corruption*, pp. 3-9.

⁵⁴ Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon and John A. Spanogle Jr., *International Business Transactions*, 2nd ed. (MN: Thomson/West Group, 2001), pp. 504-506.

⁵⁵ Department of Justice, "Foreign Corrupt Practices Act Provisions," [Online]. Available from: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa>

⁵⁶ Ministry of Justice, "Explanatory Notes relate to the Bribery Act 2010 (c. 23)," [Online]. Available from: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/notes>

⁵⁷ Daniel Chow, "The Interplay between China's Anti-Bribery Laws and the Foreign Corrupt Practices Act," *Ohio State Law Journal* 5, 73 (2012): 1034-1035.

ของประเทศอื่นทั่วโลก เห็นได้จากขอบเขตของบทบัญญัติความผิดตามแนวคิดเกี่ยวกับสินบนแบบดั้งเดิมในกฎหมายไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ทั้งในกฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. 127 สืบเนื่องมาจนถึงประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งล้วนแต่มีเนื้อหาสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศแต่ละยุคสมัย กฎหมายที่กำหนดให้สินบนเป็นความผิดก็มุ่งให้มีผลบังคับใช้เพื่อ “คุ้มครอง” หรือ “ควบคุม” การปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าพนักงานรัฐให้เป็นไปอย่างถูกต้องชอบธรรมเท่านั้น ปัญหาการให้สินบนแก่ผู้ใช้อำนาจรัฐของต่างชาติยังไม่เกิดขึ้นอย่างชัดเจน และยังไม่เป็นปัญหาที่ต่างประเทศหรือนานาชาติให้ความสำคัญ จึงยังไม่มีแนวคิดการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในระดับระหว่างประเทศเกิดขึ้นเหมือนในปัจจุบัน

ในส่วนนี้จะพิจารณาถึงพัฒนาการของความผิดเกี่ยวกับสินบนแบบดั้งเดิมที่มีอยู่ในระบบกฎหมายไทย ตลอดจนถึงปัจจัยทางสภาพเศรษฐกิจสังคมที่ส่งผลต่อสภาพของอาชญากรรมความผิดในสมัยนั้นก่อนมีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาในหัวข้อที่ 2.2.1 จากนั้นจึงพิจารณาเนื้อหาความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งได้รับสืบทอดแนวคิดสินบนแบบดั้งเดิมมาจากกฎหมายไทยในอดีตในหัวข้อที่ 2.2.2 เพื่อนำไปสู่การพิจารณาปัญหาความขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศต่อไป

2.2.1 พัฒนาการของความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายไทย

ก่อนที่ประมวลกฎหมายอาญาดั้งเดิมปัจจุบันมีผลบังคับใช้ แนวคิดเรื่อง “สินบน” และ “ความผิดเกี่ยวกับสินบน” ปรากฏอยู่ในเนื้อหาของกฎหมายของไทยอยู่แล้วตั้งแต่ก่อนกรุงรัตนโกสินทร์เป็นราชธานี ตามหลักฐานทางประวัติศาสตร์ กฎหมายเก่าของไทยที่เป็นลายลักษณ์อักษรสำคัญ ได้แก่ “กฎหมายตราสามดวง” แสดงให้เห็นว่า “สินบน” ในสังคมไทยเดิมเป็นแนวคิดที่ปะปนและได้รับอิทธิพลทางศาสนาและศีลธรรม ตลอดจนแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจสูงสุดของพระมหากษัตริย์ ต่อมาประเทศไทยได้รับอิทธิพลของกฎหมายตะวันตกจนมีการร่างกฎหมายอาญาแบบสมัยใหม่ ชื่อว่า “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” ขึ้นบังคับใช้ เพื่อปรับปรุงกฎหมายให้เหมาะสมแก่ยุคสมัยและเพื่อขอยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตแก่ชาติตะวันตก ก็ยังคงบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนไว้ตามแนวคิดเดิมนั้น แต่มีการจัดระบบระเบียบมากขึ้น ในส่วนนี้จะพิจารณาเนื้อหากฎหมายเกี่ยวกับสินบนก่อนมีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา ตลอดจนสภาพเศรษฐกิจและสังคมของไทยในช่วงที่มีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ได้แก่ ช่วงที่มีการบังคับใช้กฎหมายตราสามดวงในหัวข้อที่ 2.2.1.1 และช่วงที่มีการบังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นช่วงที่ไทยได้รับอิทธิพลและปฏิรูประบบกฎหมายตามแบบประเทศตะวันตกเป็นครั้งแรกในหัวข้อที่ 2.2.1.2

2.2.1.1 แนวคิดและความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายฉบับสำคัญอันเกิดจากการที่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกฯ โปรดเกล้าฯ ให้รวบรวมและชำระบรรดากฎหมายเก่าที่รับสืบทอดมาจาก

สมัยกรุงศรีอยุธยาตอนปลายเสียใหม่ เพราะกฎหมายเดิมเหล่านั้นมีเนื้อหาผิดเพี้ยนไม่เป็นธรรม กระจัดกระจายไม่เป็นระบบระเบียบ และบางส่วนก็ได้สูญหายหรือถูกทำลายไปเมื่อครั้งเสียกรุงศรีอยุธยาครั้งที่ 2⁵⁸ ปัจจุบันกฎหมายตราสามดวงได้รับการยกย่องว่าเป็นกฎหมายที่มีโครงสร้างและองค์ประกอบที่สมบูรณ์ที่สุดฉบับหนึ่งของโลก เพราะประกอบไปด้วยกฎหมายย่อยรวมทั้งสิ้น 27 ฉบับ* มีขอบเขตเนื้อหาครอบคลุมหลักการปกครองและการบริหารราชการแผ่นดิน รวมถึงข้อกำหนดหรือข้อปฏิบัติต่างๆ ตามระเบียบแห่งความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรกับรัฐ และระหว่างราษฎรด้วยกันเอง⁵⁹ แสดงให้เห็นถึงความเจริญทางนิติศาสตร์ของไทยในสมัยก่อน ตลอดจนสะท้อนสภาพสังคมวัฒนธรรม ความเชื่อและขนบธรรมเนียมประเพณีต่างๆ ของไทยในยุคสมัยดังกล่าวได้อย่างชัดเจน⁶⁰

กฎหมายตราสามดวงบัญญัติแนวคิดเรื่องสินบนไว้ในเนื้อหากฎหมายหลายส่วน ซึ่งกฎหมายแต่ละส่วนบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนเกี่ยวเรื่องนั้นๆ ไว้โดยเฉพาะ เช่น สินบนในหลักอินทภาษ ซึ่งเป็นหลักกรรมชั้นสูงเกี่ยวกับการตัดสินคดีความของผู้พิพากษา หรือสินบนในบทบัญญัติว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล ฯลฯ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าแนวคิดเรื่องสินบนในกฎหมายตราสามดวงยังปะปนอยู่กับหลักศีลธรรม ความเชื่อทางศาสนา และการละเมิดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อย่างชัดเจน

1) แนวคิดเกี่ยวกับสินบนในหลักอินทภาษ

หลักอินทภาษเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายตราสามดวงซึ่งเชื่อกันว่าเป็นหลักกรรมคำสอนของพระอินทร์ว่าด้วยการดำรงตนและการตัดสินคดีของผู้พิพากษาตุลาการตามความเชื่อของลัทธิพราหมณ์ มีหลักการสำคัญว่า ผู้พิพากษาตุลาการพึงตัดสินชี้ขาดคดีด้วยความเป็นกลางปราศจากอคติธรรมทั้ง 4 อันได้แก่ ฉันทาคติ โทษาคติ ภัยาคติ และโมหคติ**

การตัดสินคดีความโดยเห็นแก่อำมีสินจ้างสินบนเรียกว่าเป็น “ฉันทาคติ” อย่างเป็นทางการตัดสินคดีความโดยปราศจากฉันทาคติ หมายถึง ผู้พิพากษาตุลาการต้องตัดสินคดีความด้วยใจเป็นกลางตั้งตราอยู่ที่เที่ยงตรง ตัดสินคดีความไปอย่างถูกต้องตามหลักพระธรรมศาสตร์และพระราชศาสตร์ ไม่เอนเอียงไปเข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งด้วยความโลภและเห็นแก่สินจ้างหรือสินบน

⁵⁸ กฤษฏา บุญสมิต, "เนื้อหาของกฎหมายตราสามดวง," ใน กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 1, (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2550), หน้า 8.

* โครงสร้างของกฎหมายตราสามดวง ประกอบไปด้วยกฎหมายต่างๆ รวม 27 ฉบับ ได้แก่ 1. พระทำนูน 2. พระธรรมสาตร 3. หลักอินทภาษ 4. วิวาทดำตี 5. พระไอยการลักษณะรับฟ้อง 6. พระไอยการกฐินี่ 7. มรดก 8. พระอายุการลักษณะอุจร 9. ลักษณะตระลาการ 10. พระไอยการลักษณะผู้/เมีย 11. พระไอยการลักษณะภยาน 12. พระไอยการลักษณะโจร 1, 2 13. พระไอยการลักษณะ ลูกเมีย/ผู้คน ท่าน บานผแนก 14. พระไอยการทาส 15. พระไอยการกระบดศึก 1, 2 16. กฎพระสงฆ์ 1, 2 17. พระราชบัญญัติ 18. นาทหารหัวเมือง 19. ลักษณะพิสูทน้ำ/ลุยเพลิง 20. กฎมณเฑียรบาล 1, 2 21. ตำแหน่งนาพลเรือน 22. พระอายุการอาญาหลวง 1, 2 23. พระอายุการเบต เสจร 24. กฎ 36 ข้อ 25. พระราชกำหนดเก่า 1, 2, 3, 4 และ 5 26. พระราชกำหนดใหม่ 1, 2, 3, 4 และ 5 และ 27. พระไอยการพรม คักดี อ้างอิงจาก เรื่องเดียวกัน, หน้า 13-22.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน.

** อคติธรรม 4 คือ เหตุอันทำให้เกิดความลำเอียง ไม่เที่ยงธรรม 4 ประการ ได้แก่ (1) ฉันทาคติ คือความลำเอียงเพราะความรัก ความชอบ ความเห็นแก่อำมีสินบน (2) โทษาคติ คือความลำเอียงเพราะโกรธ (3) ภัยาคติ คือความลำเอียงเพราะกลัว และ (4) โมหคติ คือความลำเอียงเพราะหลง อ้างอิงจาก เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

แม้ว่าคู่ความฝ่ายหนึ่งจะเป็นบิดามารดาหรือญาติของตนก็ตาม ทั้งนี้ การตัดสินคดีโดยมีฉันทาคติถือเป็นเรื่องผิดบาปตามความคิดและเชื่อทางจิตวิญญาณที่ได้รับอิทธิพลมาจากลัทธิพราหมณ์⁶¹ ตามที่ปรากฏในเนื้อความดังนี้

“...แลซึ่งว่าให้ผู้พิพากษาปราศจากฉันทาคตินั้น คือทำจิตให้นิราศขาดจากโลก อย่าได้เหนแก่ลาภโลกามิศสิ้นจ้างสินบน อย่าได้เข้าด้วยฝ่ายโจทฝ่ายจำเลย เหตุจะได้วิญญาณพิศุและอะวิญาณะพิศุ ให้กระทำจิตให้เปนจัตุรงค์เที่ยงแท้เปนท่ามกลาง ดังตราชอุ้นยกขึ้นอย่าได้กตขี้ฝ่ายโจทยกยอฝ่ายจำเลย ยกข้างฝ่ายโจท กตขี้ฝ่ายจำเลยให้ฝ่ายแพ่งแก่กันลงด้วยอำนาจของตนถึงมาทว่าผู้ต้องคดีนั้นจะเปนฝ่ายพันธุเปนต้นว่าบิดามารดาตนก็ดี อย่าพึงเข้าด้วยสามาฉันทาคติอันสมควรจะถึงไป จงทำจิตให้ตั้งอยู่ในอุเบกขาญาณ จึงได้ชื่อว่าเป็นองคตุลาการ มีอาการอันเสมอด้วยตราช ให้พิจารณาไต่ไปตามธรรมสาตราชตราชอันโบราณบัณฑิตยชาติ แลกระษัตร์แต่ปางก่อนบัญญัติไว้อย่าให้พลั้งพลาด แลผู้พิพากษากระลาการไต่ไปโดยคลองธรรมดังกล่าวมานี้ ได้ชื่อว่าปราศจากฉันทาคติคืออะคติเปนปถม ๑”

และ

“...อันว่าบุคคลอันไปตามฉันทาคตินั้น คือพิจารณาความถึงซึ่งอำนาจแห่งโลกเหนแก่ลาภโลกามิศยินดีในสินจ้างสินบน เข้าด้วยฝ่ายโจทฝ่ายจำเลยเปนเหตุจะได้ซึ่งวิญาณกะทรพยและอะวิญาณกะทรพย ถ้าผู้ต้องคดีฝ่ายใดบนบานให้ทรพยแก่ตนแล้ว ถึงคดีนั้นจะแพ่งก็ไม่ละอายแก่บาป เป็อนหน้าเสียจากจากสุจริตธรรม กตขี้ผู้ที่ไม่บนนั้น กลับเอาคดีอันชนะนะเปนแพ่งเอาแพ่งชนะนะ มิได้ไปตามธรรมสาตราชตราช ดังนี้ชื่อว่าไปตามฉันทาคติ...”⁶²

แนวคิดเกี่ยวกับสินบนในหลักกคติธรรมดังกล่าวยังมีบัญญัติไว้ในส่วนประกาศพระราชปรารภในลักษณะตราการด้วย เนื้อความดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าแนวคิดเรื่องสินบนผูกพันอยู่กับวิถีชีวิตของคนไทย ความเชื่อทางศาสนาในเรื่องเกี่ยวกับบาปบุญ อบายภูมิและการเวียนว่ายตายเกิดอย่างชัดเจน ตามที่ปรากฏเนื้อความดังนี้

“...อธิบายว่าเมื่อคู่ความทั้งสองข้างมาถึงแล้ว อย่าให้พิจารณาบังคับบ้านชาข้อคดีโดยริศทยาอาสัจ ให้มีเมตตาแก่คู่ความทั้งสองข้างด้วยจิตอันเสมอ ให้เอาคดีนั้นเปนกิจทุระกังวลแห่งตน ถ้ากระลาการผู้ใดให้กำลังแก่คู่ความผู้เท็จ กินสินจ้างหมีได้บังคับบ้านชาโดยพระธรรมสาตรา อันว่ากระลาการผู้นั้นครั้นกระทำกาลกิริยาตายแล้ว ก็จะไปใหม่อยู่ในอบายภูมิ ทนทุกขเวทนาอยู่จริงการ เปนเปรตมีเหล็กมือใหญ่เท่าใบจอบมีเปลวไฟลุกรุ่งเรื่องควักเอาธุริระมั่งสะแห่งตนบริโภคเปนภัษาหาร ครึ่งพันจากอบายภูมิแล้ว มาบังเกิดเปนมมนุษย์ปาปะภาวะเศคนั้นจะตามสนอง มีองค์ไวยวะวิกลทุพพลภาพ มีปากเหมนเปนต้น นับด้วยชาติเปันอันมาก”⁶³

จะเห็นได้ว่า สังคมไทยเดิมมีแนวคิดที่ “สินบน” เป็นเรื่องที่ผูกพันอยู่กับความคิดทางศีลธรรมและความเชื่อทางศาสนา เป็นการกระทำผิดศีลธรรมที่คนในสังคมพึงหลีกเลี่ยงด้วยความ

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 201.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 203. และ ศศิกานต์ คงศักดิ์, "หลักอินทภาษา: คำสอนตราการไทยสมัยโบราณ," ใน นิติปรัชญาไทย, วินัย พงศ์ศรีเพียร และวีรวัลย์ งานสันติกุล, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: สามลดา, 2549), หน้า 36.

⁶³ ราชบัณฑิตยสถาน, กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2550), หน้า 472.

ละอายต่อบาปดังที่กฎหมายตราสามดวงมีเนื้อหาที่สะท้อนความเชื่อว่า หากผู้พิพากษาตุลาการตัดสินคดีความโดยเห็นแก่อำิสสินจ้างสินบน เมื่อตายไปแล้วก็ต้องลงไปเกิดเป็นเปรตและต้องทนทุกข์เวทนาอยู่ในอบายภูมิ และหากกลับมาเกิดเป็นมนุษย์ก็จะทุกข์พลภาพอวัยวะไม่สมบูรณ์ หรือมีปากเหม็น เป็นต้น⁶⁴

2) ความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงมีแนวคิดในการกำหนดให้การให้หรือรับสินบนที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดพระราชโองการของพระมหากษัตริย์ การใช้อำนาจปกครองของขุนนางข้าราชการหรือการอำนวยความสะดวกแก่ราษฎรเป็นความผิดอาญาแผ่นดินอย่างชัดเจน แต่ความผิดเกี่ยวกับสินบนตามกฎหมายตราสามดวงบัญญัติไว้อย่างกระจัดกระจายในพระอัยการลักษณะต่างๆ ที่เกี่ยวกับลักษณะหรือสถานการณ์ของการให้หรือรับสินบนนั้นๆ ยกตัวอย่างบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนในพระอัยการลักษณะต่างๆ ดังนี้

2.1) ความผิดเกี่ยวกับสินบนตามพระอัยการลักษณาอาญาหลวง*

พระอัยการลักษณาอาญาหลวง เป็นกฎหมายส่วนที่บัญญัติความผิดอาญาแผ่นดินลักษณะต่างๆ โดยเฉพาะความผิดอาญาหลวงที่เป็นการทรยศต่อพระราชโองการ หรืองานราชการแผ่นดิน⁶⁵ กับความผิดอาญาที่เกิดจากการที่ราษฎรกดขี่ต่อตนเองตามวิถีชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรในสมัยนั้น เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในพระราชอาณาจักร⁶⁶ ยกตัวอย่างดังนี้

- ความผิดและโทษสำหรับขุนนางข้าราชการที่บังคับบัญชากิจราชการโดยเห็นแก่อำิสสินจ้าง⁶⁷ มีเนื้อความว่า

๑๕ มาตราหนึ่ง อรรถมหาเสนาแลเสนาบดีมนตรีมุขทั้งปวงบังคับบัญชากิจราชการอันใดอันหนึ่ง ถ้าต้องด้วยพระราชกำหนดกฎหมาย จึงให้กระทำตามบังคับบัญชา ถ้าบังคับบัญชาผิดพระราชกฤษฎีกาแลพระราชบัญญัติ ท่านมิให้กระทำตาม ถ้าผู้ใดเห็นแก่สินจ้างสินบนมิได้ทัดทาน กระทำตามบังคับบัญชาผิดจากขนบทำเนียม ถ้าเกิดความมาพิจารณาเปนลัจ ให้ลงโทษแก่ผู้มิทัดทาน ๖ สถาน

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน.

* เนื้อหาของพระอัยการลักษณาอาญาหลวงอาจแบ่งได้ 2 ส่วนได้แก่ ส่วนที่ 1 ว่าด้วยความผิดอันของขุนนางหรือราษฎรที่กระทำละเมิดต่อคำสั่งของพระมหากษัตริย์ การกระทำผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ การเบียดบังลักพระราชทรัพย์หรือเงินของหลวง หรือการกระทำความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ การปฏิบัติหน้าที่ราชการทั้งในฝ่ายทหารและพลเรือนโดยมิชอบหรือโดยทุจริต ฯลฯ และส่วนที่ 2 ว่าด้วยกฎหมายลักษณาอาญาราษฎร ซึ่งกำหนดความผิดอาญาแผ่นดินที่ราษฎรหมกหมองกันเอง เช่น เจ้าหนี้ยับกุมคุมขังลูกหนี้ที่ไม่ชำระหนี้ไว้โดยพลการ ความผิดเกี่ยวกับการทำลายทรัพย์สิน เช่น การเข้าไปทำลายให้พืชผลหรือบ้านเรือนของผู้อื่นเสียหาย เป็นต้น อ้างอิงจาก กฤษฎีกา บุลยสมิต, "เนื้อหาของกฎหมายตราสามดวง," ใน *กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 1*, หน้า 20-21.

⁶⁵ วินัย พงศ์ศรีเพียร, "ความสำคัญของ 'กฎหมายตราสามดวง: แนวนั่งสังคมไทย'," ใน *กฎหมายตราสามดวง: แนวนั่งสังคมไทย ผลงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ลำดับที่ 1 สถานภาพการศึกษากฎหมายตราสามดวง*, (กรุงเทพฯ: เพื่อฟ้า, 2547), หน้า 13-14.

⁶⁶ คุณพล จันทน์หอม, "กระบวนการร่างกฎหมายลักษณาอาญา ร.ศ. 127," *วารสารกฎหมาย* 3, 23 (เมษายน 2548): 171-212.

⁶⁷ ราชบัณฑิตยสถาน, *กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 2* (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2550), หน้า 386.

สถานที่หนึ่งคือ	ให้พันคอริบเรื่อน	๑	} ๖
	ให้ทวนด้วยลวดหนัง ๕๐ ที	๑	
	ให้รับราชบาต แล้วเอาตัวลงหย้าข้าง	๑	
	ให้ใหม่จตุรคุณ	๑	
	ให้ใหม่ทวีคุณ	๑	
	ให้ใหม่ลาหนึ่ง	๑	

หรือ

- ความผิดและโทษสำหรับผู้รับพระราชโองการของพระเจ้าอยู่หัว ให้ไปตามจับผู้ร้าย แต่ผู้นั้นรับเอาสินบนแล้วปล่อยผู้ร้ายหนีไป มีเนื้อความว่า⁶⁸

๔๘ มาตราหนึ่ง พระเจ้าอยู่หัวท่านใช้ให้ไปตามผู้ร้ายแลรับผู้ร้าย ผู้ไปนั้นเอาสินจ้างสินบนเงินทองของผู้ร้ายเปนนาประโยชน์แลปล่อยผู้ร้ายเสีย พิจารณาเป็นลี้ให้เอาสินจ้างสินบนนั้น แขนวคอประจานแล้ว ใหลงโทษ ๖ สถานที่ให้เอาสินจ้าง } เข้าพระคลังหลวง

2.2) ความผิดเกี่ยวกับสินบนตามลักษณะตระลาการ

ลักษณะตระลาการเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหากำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการพิจารณาคดีในศาล⁶⁹ และมีกำหนดความผิดและโทษสำหรับการให้หรือรับสินบนเกี่ยวกับการพิจารณาคดีด้วยยกตัวอย่างดังนี้

- ความผิดและโทษสำหรับคู่ความที่ผู้ให้สินบนแก่ผู้พิพากษาและผู้พิพากษาที่รับเอาสินบนในการพิจารณาคดี น่าสังเกตว่ากฎหมายกำหนดความผิดและโทษของทั้งผู้ให้และผู้รับสินบนปะปนอยู่ในมาตราเดียวกันเห็นได้จากเนื้อความที่ว่า⁷⁰

“๙๐ มาตราหนึ่ง คู่ความให้สินจ้างแก่ผู้พิจารณากระลาการ ๆ เอามาถวายแก่ผู้เป็นเจ้าแต่ใน ๓ วัน ใช้ ท่านว่าใหลงโทษแก่ผู้ให้สินจ้าง ส่วนสินจ้างนั้นให้ ๆ แก่ผู้เอามาถวาย ถ้าพ้นสามวันแล้ว ผู้รับสินจ้างเอาสินจ้างมาถวาย ใหลงโทษแก่ผู้รับสินจ้างโดยขนาด ถ้าในสามวันผู้ให้สินจ้างมาว่าใช้ ให้ใหม่มันผู้ให้สินจ้างทวีคุณ ถ้าพ้นสามวันผู้ให้สินจ้างมาว่าใช้ อย่าให้มีโทษแก่มันเลย ใหลงโทษแก่ผู้รับสินจ้างแลใหม่ทวีคุณ”

เป็นต้น

2.3) แนวคิดเกี่ยวกับสินบนในวิธีพิจารณาคดีในชั้นศาล

กฎหมายตราสามดวงกำหนดให้การให้หรือรับสินบนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลมีผลต่อการแพ้ชนะในคดีของคุณคู่ความตามกฎหมายวิธีพิจารณา ยกตัวอย่างบทบัญญัติในพระไอยการลักษณะรับฟ้อง ซึ่งมีเนื้อหาที่กำหนดคุณสมบัติของผู้มีความสามารถในการฟ้อง

⁶⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 1, หน้า 396.

⁶⁹ กฤษฎา บุญยสมิต, "เนื้อหาของกฎหมายตราสามดวง," ใน กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 1, หน้า 16.

⁷⁰ ราชบัณฑิตยสถาน, กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 1, หน้า 491.

คดีต่อศาล หรือฟ้องร้องดำเนินคดีแทนผู้เสียหายหรือผู้ถูกกล่าวหา รวมถึงกำหนดเหตุลักษณะตัดสำนวน ลักษณะตัดพยาน ลักษณะประวิงความต่างๆ ดังนี้⁷¹

- ลักษณะตัดสำนวนในกรณีที่พบหลักฐานว่าคู่ความให้สินบนแก่ผู้พิพากษาตุลาการให้ตัดสินคดีเข้าข้างตน⁷² มีเนื้อความว่า

๓ มาตราหนึ่ง ผู้มีอิทธิพลเป็นความกันในสภาุกระลาการ } โจท
จำเลย } กิติทำหนังสือบนออก

ผู้พิพากษา }
ผู้พิจารณา } ให้ } ฎีกาผู้พิพากษาผู้พิจารณากระลาการก็
กระลาการ } อฎีกาผู้พิพากษา } ดี

ให้ญาติพี่น้องพวกพ้องไปบนบาลผู้พิจารณากระลาการให้ช่วยเนื้อความของมัน ได้ส่วนเป็นสัก ให้เอาข้างผู้มีได้บนเป็นจริง ให้เอาข้างผู้บนเองแลให้ไปบนนั้นเป็นแพ ถ้าตัวความมิได้ใช้ให้บน แลญาติพี่น้องพวกพ้องกลัวเนื้อความจะแพ หากไปบนเองตัวความมิได้รู้ ให้เอาตัวผู้บนมาปรับ ใหมตามรูปความและคดีซึ่งมันมิได้บนนั้นให้เร่งบังคับปรับไปจนแล้ว

หรือ

- ลักษณะตัดพยานในกรณีมีหลักฐานว่าคู่ความให้สินบนแก่พยาน ในการพิจารณาคดีและความโทษของพยานที่รับสินบน⁷³ มีเนื้อความว่า

๒ มาตราหนึ่ง กระลาการคัดข้อประเด็นให้คู่ความนำกระลาการไปเผชิญโดยอ้างแลกระลาการ ยังมีได้เผชิญ มันคู่ความ } โจท
จำเลย } กิติหลักหนีลักลอบไปสู่หาเจรจาชักซ่อมยอมแปลง

บนบานพยาน ของมันผู้อ้างเองให้รับกิติ แลฝ่ายผู้มีได้อ้างรู้ว่าผู้ใดจะเป็นพยานฝ่ายข้างหนึ่ง แล้วไปสู่หาชักซ่อมยอมแปลงบนบานพยานข้างผู้อ้างมิให้รับก่อนกระลาการมิได้เผชิญ จับ ได้มาบอกแก่กระลาการกิติ ต่อหน้าสภาุกระลาการกิติ สืบสวนเป็นสัจจริงให้เอาคดีมันผิด

ชักซ่อมยอมแปลงบนบานพยานเป็นแพแก่สำนวนถ้า } โจท
จำเลย } ให้ญาติพี่น้องผู้คนลูกเมีย

เอาหนังสือบนให้ทรัพย์สิ่งของไปชักซ่อมบนบานพยาน ให้พยานหลบหนีให้ภบตัวกิติ ให้ พยานรับโดยอ้างกิติหมิให้รับกิติ ทำกลอุบายว่าฝ่ายข้างหนึ่งให้บนบานชักซ่อมยอมแปลง พยาน พิจารณาเป็นสัก ให้เอาผู้ใช้ให้บนผู้ทำกลอุบายเป็นแพแก่สำนวน ส่วนพยานผู้รับสิน จ้างสินบนนั้น ถ้าเนื้อความเป็นแต่ปะฉิมโทษ ให้ปรับไหมพยานลาหนึ่ง ตามบันดาคักดีถ้าเป็น ความมะหันตะโทษ ให้ปรับไหมพยานหนึ่งทวีคูณเป็นพิในหลวงโดยพระราชกฤษฎีกา

เป็นต้น

มีข้อสังเกตว่ากฎหมายตราสามดวงมิได้กำหนดบทนิยามของ “สินบน” ไว้ในส่วนใด เพราะคนไทยสมัยก่อนน่าจะใช้คำว่า “สินบน” อย่างแพร่หลายทั่วไป จึงสามารถเข้าใจได้ตรงกันอยู่ แล้ว เห็นได้จากที่ราชบัณฑิตยสถานกำหนดให้คำว่า “สินบน” เป็นคำโบราณ หมายถึง “ทรัพย์หรือ

⁷¹ กฤษฎา บุญยสมิต, "เนื้อหาของกฎหมายตราสามดวง," ใน กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 1, หน้า 15.

⁷² ราชบัณฑิตยสถาน, กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 1, หน้า 288.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 290.

สิ่งของที่จะให้เป็นเครื่องบูชาหรือตอบแทนผู้ที่ช่วยให้สำเร็จตามประสงค์”⁷⁴ ซึ่งเมื่อพิจารณาความหมายของแต่ละคำที่ประสมกันดังกล่าว คำว่า “สิน” หมายถึงเงินหรือทรัพย์สิน⁷⁵ กับคำว่า “บน” หมายถึงการขอร้องให้ช่วยโดยให้คำมั่นว่าจะให้สิ่งตอบแทนหรือทำตามที่ได้สัญญาไว้เมื่อเป็นผลสำเร็จ⁷⁶ ในทำนองเดียวกับที่สังคมไทยเชื่อว่า มนุษย์สามารถติดต่อหรือวิงวอนร้องขอต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ซึ่งอาจเป็นพระพุทธรูปหรือภูตผีปีศาจที่มีอำนาจให้คุ้มครอง ปกป้อง หรือดลบันดาลสิ่งต่างๆ ให้สำเร็จตามปรารถนาได้ ในลักษณะว่าตนจะนำเอาสิ่งหนึ่งสิ่งใดมาถวายตอบแทนหากสิ่งศักดิ์สิทธิ์นั้นดลบันดาลให้ตามที่ตนร้องขอ⁷⁷

3) สภาพสังคมและเศรษฐกิจไทยในช่วงเวลาที่มีการบังคับใช้กฎหมายตราสามดวง

ดวง

แนวคิดเกี่ยวกับ “สินบน” และ “ความผิดเกี่ยวกับสินบน” ในกฎหมายตราสามดวง เป็นเพียงส่วนหนึ่งของหลักฐานที่สะท้อนให้เห็นแนวคิดเกี่ยวกับสินบนที่เกิดขึ้นและมีอยู่ในสังคมไทยสมัยก่อนเท่านั้น การพิจารณาแนวคิดของสินบนในสังคมไทยให้รอบคอบมากขึ้นจำเป็นต้องพิจารณาปัจจัยทางเศรษฐกิจสังคมอื่นๆ ที่มีผลต่อความคิดหรือความเชื่อเกี่ยวกับสินบนของคนไทยในช่วงเวลาดังกล่าวด้วยดังนี้

ในด้านสังคมและการปกครอง เนื่องจากพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกฯ มีพระราชประสงค์ที่จะสถาปนากรุงเทพมหานครฯ ขึ้นใหม่ให้เหมือนอย่างกรุงศรีอยุธยาที่เคยเจริญรุ่งเรืองในอดีต กรุงรัตนโกสินทร์จึงได้รับการสถาปนาขึ้นโดยใช้รูปแบบการจัดระเบียบโครงสร้างการปกครองตามแบบสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนปลาย กล่าวคือ กรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์ทรงเป็นสมมติเทพ และทรงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดินทั้งในด้านการเมือง สังคมและวัฒนธรรม รวมถึงการใช้ “ระบบไพร่”^{*} และการจัดลำดับชนชั้นโดยใช้ “ศักดินา”⁷⁸ เพื่อประโยชน์ในการควบคุมหรือรวบรวมกำลังพลไปทำสงครามที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องในช่วงเวลาดังกล่าว⁷⁹ ด้วยเหตุนี้คนในสังคมถูกแบ่งแยกออกเป็น 2 กลุ่มหลัก ได้แก่ “ขุนนาง” หรือบุคคลที่มีศักดินาตั้งแต่ 400 ขึ้นไป กับ “ไพร่” หรือราษฎรชายที่มีอายุตั้งแต่ 20 ปีถึง 60 ปีซึ่งเป็นพลเมืองส่วนใหญ่ของประเทศ⁸⁰ มีกฎหมายกำหนดให้ไพร่ทุกคนต้องสังกัดมูลนายและต้องถูก

⁷⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, หน้า 1233.

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 649.

⁷⁷ อคิน รพีพัฒน์, “ระบบอุปถัมภ์และโครงสร้างชนชั้นสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น,” ใน ระบบอุปถัมภ์, อมรา พงศาพิชญ์ และปริษา คูวินทร์พันธุ์, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 154-156.

^{*} การจัดโครงสร้างสังคมตามระบบไพร่นี้อาจเรียกว่าเป็น “ระบบอุปถัมภ์อย่างเป็นทางการ” แต่ในความเป็นจริง สังคมไทยยังมี “ระบบอุปถัมภ์อย่างไม่เป็นทางการ” อันเกิดจากการขยายตัวของการค้าระหว่างประเทศที่เติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว ความสัมพันธ์อย่างไม่เป็นทางการนี้ยึดถือเอาความสัมพันธ์ส่วนตัวและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ มีการใช้อิทธิพลส่วนตัวเข้ามาบิดเบือนการใช้อำนาจหน้าที่รับผิดชอบ อ้างอิงจาก เรื่องเดียวกัน, หน้า 160-164.

⁷⁸ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 115.

⁷⁹ อคิน รพีพัฒน์, “ระบบอุปถัมภ์และโครงสร้างชนชั้นสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น,” ใน ระบบอุปถัมภ์, หน้า 140-141.

⁸⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 81.

เกณฑ์แรงงานให้แก่รัฐ หรือต้องทำงานรับใช้มูลนายอยู่ตลอดเวลา⁸¹ ส่วนมูลนายเองก็อยู่ในความอุปการะของพระเจ้าแผ่นดินหรือมูลนายที่มีศักดิ์สูงกว่าอีกชั้นหนึ่ง⁸² โดยคนไทยเชื่อว่าผู้ที่เกิดมาสูงศักดิ์มีบุญวาสนามากกว่าผู้น้อย ผู้น้อยจึงต้องยอมรับสถานะของตนและอยู่ภายใต้อำนาจบารมีของผู้ใหญ่แต่โดยดี⁸³ การจัดโครงสร้างสังคมที่กล่าวไปข้างต้นนั้นก่อให้เกิดความสัมพันธ์แบบ “ระบบอุปถัมภ์” ระหว่าง “ผู้อุปถัมภ์” (Patron) ได้แก่ พระมหากษัตริย์หรือขุนนางที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า กับ “ผู้รับอุปถัมภ์” (Client) ได้แก่ โพรหรือขุนนางที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า ผู้อุปถัมภ์และผู้รับอุปถัมภ์มีความสัมพันธ์ในลักษณะพึ่งพาและต่างตอบแทนกัน กล่าวคือ ผู้อุปถัมภ์จะให้ความคุ้มครอง สนับสนุนหรือช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในสังกัดความปกครองหรือขออาศัยพึ่งพาอำนาจบารมีของตน แลกเปลี่ยนกับการที่ผู้รับอุปถัมภ์จะให้ทรัพย์สิน ของกำนัล หรือให้การปรนนิบัติแก่ผู้อุปถัมภ์ตามความประสงค์⁸⁴

สืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน ความสัมพันธ์แบบพึ่งพาอาศัยนี้ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของค่านิยม วิถีชีวิต และวัฒนธรรมของสังคมไทย สังคมไทยจึงมักสอนลูกหลานให้รู้จักความสูงต่ำของระดับชนชั้นฐานะ รู้จักการเคารพเชื่อฟังและเกรงใจผู้มีอาวุโสกว่าเสมอ มิเช่นนั้นจะถูกตำหนิ ถูกประณาม หรือถูกต่อต้านทางสังคมอย่างรุนแรงและทันที^{85*} เช่นเดียวกับค่านิยมเรื่อง “บุญคุณ” ที่ถือว่า เมื่อมีบุคคลใดปฏิบัติดีต่อตนก็ต้องตอบแทนบุญคุณบุคคลดังกล่าวโดยการปฏิบัติดีตอบแทนกลับไปด้วย ส่วนผู้ที่ไม่รู้จักตอบแทนบุญคุณจะถูกมองว่าเป็นคนที่ไม่ควรคบค้าสมาคมด้วย และหาความเจริญก้าวหน้าในชีวิตไม่ได้⁸⁶ จึงอาจกล่าวได้ว่า ในด้านสังคม ค่านิยม วิถีประชา และวัฒนธรรมของสังคมไทยที่ฝังรากลึกลงในสังคมทำให้คนไทยสามารถยอมรับ “การให้สินบน” ในลักษณะที่เป็น การให้ของขวัญของกำนัลแก่ผู้มีอำนาจหรือมีศักดิ์สูงกว่าเพื่อขออาศัยอำนาจบารมีหรืออิทธิพลของผู้นั้น โดยคาดหวังว่าตนจะได้รับประโยชน์ตอบแทนในเรื่องต่างๆ ไปได้ ส่วนกฎหมายตราสามดวงจะกำหนดความผิดสำหรับการให้สินบนที่เป็นเรื่องร้ายแรงหรือเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมเท่านั้น ได้แก่ การทรยศอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานราชการแผ่นดิน การทรยศต่อพระราชโองการของพระมหากษัตริย์ หรือการทำให้ความบริสุทธิ์ยุติธรรมในการตัดสินคดีของศาลเสื่อมเสียไป แนวคิดของสินบนและความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายตราสามดวงจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครอง

⁸¹ เรื่องเดียวกัน.

⁸² เรื่องเดียวกัน.

⁸³ อคิน รพีพัฒน์, "ระบบอุปถัมภ์และโครงสร้างชนชั้นสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น," ใน ระบบอุปถัมภ์, หน้า 153.

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 156.

⁸⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 154.

* สุภาชิต คำพิงเหย สำนวน และคำสอนในปัจจุบันสามารถสะท้อนให้เห็นวัฒนธรรมการเคารพอาวุโสของสังคมหรือผู้มียศถาบรรดาศักดิ์สูงกว่า ตลอดจนสภาพสังคม วิถีชีวิต ทศนคติความเชื่อ และขนบธรรมเนียมประเพณีของคนไทยในสมัยก่อนได้เป็นอย่างดี เช่น “เข้าเจ้า เข้านาย” คำว่า “เข้าเจ้า” คือการเข้าไปเฝ้าผู้ที่มีศักดิ์เป็น “เจ้า” และคำว่า “เข้านาย” คือ การเข้าหาผู้ที่เป็นนาย ฉะนั้นสำนวนดังกล่าวจึงหมายถึง การเข้าหาผู้สูงศักดิ์หรือมีอำนาจใหญ่โต ซึ่งอาจกระทำเพื่อให้ตนได้รับความก้าวหน้าในอาชีพการงาน “ฟ้าเคื่องสั้นหลัง” หมายถึง เคารพกรรมหรือโทษทัณฑ์ร้ายแรงที่เกิดจากอำนาจเบื้องบนหรือผู้ปกครอง “แมวพึ่งพระ” หมายถึงการเข้าไปอยู่ในความคุ้มครองของผู้ใหญ่ การพึ่งอำนาจวาสนาหรือบารมีผู้ใหญ่ เพื่อให้ได้รับความคุ้มครอง หรือได้รับความช่วยเหลือ “ร่มโพธิ์ร่มไทร” หมายถึง บุคคลที่ปกป้องหรือเป็นที่พึ่งพาอาศัยของผู้อื่น มักใช้เมื่อผู้น้อยพูดกับผู้ใหญ่ และ “ลูกขุนพลอยพยัก” หมายถึง ผู้ที่คอยเห็นด้วยหรือเห็นดีเห็นงามกับผู้ใหญ่หรือผู้มีอำนาจในลักษณะที่เป็นการประจบสอพลอ ไม่คำนึงว่าจะเป็นสิ่งที่มีผิดหรือถูก เป็นต้น อ้างอิงจาก กรองแก้ว ฉายสภาวะธรรม, สารานุกรม ภาษิต คำพิงเหย และสำนวนไทย (กรุงเทพฯ: ดันธรรม, ม.ป.ป.), หน้า 41, 409, 429-430, 465 และ 494.

⁸⁶ อคิน รพีพัฒน์, "ระบบอุปถัมภ์และโครงสร้างชนชั้นสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น," ใน ระบบอุปถัมภ์, หน้า 154.

ความศักดิ์สิทธิ์แห่งอำนาจของรัฐเท่านั้น อันรูปแบบความผิดตามแนวคิด “สินบนแบบดั้งเดิม” ที่มีอยู่ในสังคมอื่นๆ ทั่วโลกที่กล่าวมาในหัวข้อที่ 2.1

เมื่อพิจารณาในด้านเศรษฐกิจ สังคมไทยในช่วงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นมีการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจแบบเลี้ยงตนเอง (Self-sufficient Economy) หรือที่เรียกว่า “พอยังชีพ” เช่นเดียวกับในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนปลาย⁸⁷ การเกษตรกรรมมีขนาดเล็ก ใช้เทคโนโลยีต่ำ ใช้แรงงานในครัวเรือนเป็นหลัก และได้ผลผลิตขึ้นอยู่กับธรรมชาติ⁸⁸ และยังไม่มีการผลิตเพื่อการพาณิชย์เกิดขึ้นอย่างชัดเจน⁸⁹ การค้าขายระหว่างประเทศยังมีการดำเนินการและควบคุมผูกขาดโดยรัฐ กล่าวคือ การส่งสินค้าออกไปขายในต่างประเทศโดยการแต่งสำเภาหลวงออกไปค้าขายนอกราชอาณาจักรในนามของพระมหากษัตริย์⁹⁰ มีสินค้าส่งออกหลัก ได้แก่ บรรดาของป่าหรือทรัพยากรหายากในท้องถิ่นที่รัฐได้รับมาจากไพร่ส่วยแทนการเกณฑ์แรงงาน⁹¹ เช่น พริกไทย ไม้ฝาง นอแรด เขากวาง ครั้ง น้ำตาล ดีบุก ฯลฯ⁹² หรือเมื่อเรือสำเภาสินค้าของต่างชาติเข้ามาค้าขายในราชอาณาจักรก็ต้องถูกผูกขาดการค้าผ่านระบบพระคลังสินค้าแต่เพียงหน่วยงานเดียว*

ต่อมาเมื่อประเทศสยามได้ทำสนธิสัญญาเบาว์ริงกับประเทศอังกฤษในปี พ.ศ. 2398 และสนธิสัญญาอื่นๆ ที่มีเนื้อหาลักษณะเดียวกันกับอีกหลายชาติ** ส่งผลให้ประเทศสยามต้องเปลี่ยน

⁸⁷ ศุภรัตน์ เลิศพาณิชย์กุล, “หน่วยที่ 2 เศรษฐกิจไทยสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น (พ.ศ. 2325-2398)” ใน เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐกิจไทย หน่วยที่ 1-7, คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงชุดวิชาเศรษฐกิจไทย, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 9 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2554), หน้า 62.

⁸⁸ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 27.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1-3.

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 115.

⁹¹ เรื่องเดียวกัน.

⁹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 31.

* พระคลังสินค้า คือ องค์กรที่จัดตั้งขึ้นในสมัยสมเด็จพระเจ้าปราสาททอง เพื่อทำหน้าที่ควบคุมการค้าขายกับต่างประเทศในสมัยกรุงศรีอยุธยาสืบเนื่องมาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น พระคลังสินค้ามีอำนาจหน้าที่หลายประการ เช่น หน้าที่รวบรวมส่วนและบรรณาการเพื่อเป็นสินค้าส่งออก หน้าที่ควบคุมดูแลการซื้อขายสินค้าต้องห้าม หน้าที่ตรวจตราดูแลเรือสินค้าของต่างชาติที่เข้ามาค้าขายในต่างประเทศ เป็นต้น อ้างอิงจาก ศุภรัตน์ เลิศพาณิชย์กุล, “หน่วยที่ 2 เศรษฐกิจไทยสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น (พ.ศ. 2325-2398),” ใน เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐกิจไทย หน่วยที่ 1-7, หน้า 62, 98-99.

** สรุปลสาระสำคัญของสนธิสัญญาเบาว์ริงได้ดังนี้ (1) กำหนดให้คนในบังคับของอังกฤษอยู่ภายใต้กฎหมายอังกฤษ (2) กำหนดให้คนในบังคับของอังกฤษได้สิทธิทำการค้าขายอย่างเสรีในทุกเมืองท่า สิทธิอาศัยอยู่ในกรุงเทพฯ อย่างถาวร สิทธิซื้อหรือเช่าทรัพย์สินได้ในบริเวณรอบกรุงเทพฯ ตลอดจนสามารถเดินทางภายในราชอาณาจักรได้อย่างเสรี (3) ยกเลิกภาษีปากเรือ และกำหนดอัตราภาษีสินค้าเข้าและสินค้าออก (4) กำหนดให้พ่อค้าชาวอังกฤษสามารถซื้อขายกับคนไทยได้โดยเสรี (5) กำหนดให้รัฐบาลสยามสงวนไว้ซึ่งสิทธิในการส่งออกเกลือ ข้าว และปลาออกนอกประเทศในกรณีที่ดินค้าเหล่านี้จะขาดแคลน และ (6) กำหนดให้อังกฤษเป็นชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง อ้างอิงจาก เจมส์ ซี อินแกรม, การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจในประเทศไทย 1850-1970, ชูศรี มณีพุกษ์ และเฉลิมพนธ์ เอี่ยมภมลา, ผู้แปล (สมุทรปราการ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2552), หน้า 49.

นอกจากประเทศอังกฤษ สยามได้ทำสนธิสัญญาที่มีเนื้อหาหลักลักษณะเดียวกันกับอีกหลายชาติ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา (พ.ศ. 2399) ประเทศฝรั่งเศส (พ.ศ. 2399) ประเทศเดนมาร์ก (พ.ศ. 2401) ประเทศโปรตุเกส (พ.ศ. 2402) ประเทศเนเธอร์แลนด์ (พ.ศ. 2403) ประเทศเยอรมนี (พ.ศ. 2405) ประเทศสวีเดน (พ.ศ. 2411) ประเทศนอร์เวย์ (พ.ศ. 2411) ประเทศเบลเยียม (พ.ศ. 2411) ประเทศอิตาลี (พ.ศ. 2411) ประเทศออสเตรีย-ฮังการี (พ.ศ. 2412) ประเทศสเปน (พ.ศ. 2413) ประเทศญี่ปุ่น (พ.ศ. 2441) และประเทศรัสเซีย (พ.ศ. 2442) อ้างอิงจาก เรื่องเดียวกัน.

มาใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเงินตรา (Money Economy)⁹³ มีการประกอบกิจการเชิงพาณิชย์เพิ่มขึ้น และต้องเปลี่ยนแปลงรูปแบบการใช้ที่ดินในภาคกลางมาทำนาปลูก “ข้าว” เพื่อการส่งออกมากขึ้นจนกลายเป็นสินค้าส่งออกอันดับ 1 แทน “ของป่า”⁹⁴ แต่แม้สนธิสัญญาเบาว์ริงทำให้เกิดสภาพการค้าขายกับต่างประเทศอย่างเสรีโดยไม่ผ่านระบบพระคลังสินค้า⁹⁵ คนไทยส่วนใหญ่ก็ยังไม่มียุทธศาสตร์ และเงินทุนมากพอที่จะทำการค้ากับต่างชาติทั้งในและนอกราชอาณาจักร⁹⁶ เพราะการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจดังกล่าวเกิดขึ้นเฉพาะในเขตเมืองหลวงและพื้นที่ภาคกลางบริเวณลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยาเพียงส่วนเดียว ประชาชนในภูมิภาคอื่นๆ ยังคงทำการเกษตรแบบพออยู่พอกิน⁹⁷ ด้วยเหตุนี้ นายทุนตะวันตกผู้มีอำนาจควบคุมกิจการเรือเดินทะเลส่วนใหญ่ และนายทุนชาวจีนซึ่งมีอำนาจควบคุมตลาดการซื้อขายสินค้าภายในประเทศอยู่แต่เดิมและสามารถทำการค้ากับชาวจีนด้วยตนเองได้ดีกว่าคนชาติอื่น⁹⁸ จึงมีบทบาทหลักในการดำเนินการค้าการพาณิชย์กับต่างชาติมากกว่าคนไทยในช่วงเวลาดังกล่าว

นอกจากนี้ เวทีการค้าระหว่างประเทศทั่วโลกในช่วงเวลาดังกล่าวกำลังได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของ “ลัทธิพาณิชย์นิยม” จากโลกตะวันตกอย่างมาก* พ่อค้าทั้งหลายจึงต่างมุ่งทำการพาณิชย์ในต่างแดน เพื่อสร้างความเข้มแข็งและความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจของ “ชาติ” มิใช่ “ตัวบุคคล” สภาพการแข่งขันในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศจึงยังมีใช้การแข่งขันระหว่างนักธุรกิจเอกชนเพื่อมุ่งหวังประโยชน์ส่วนบุคคล เงื่อนไขการเกิดการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศยังคงแตกต่างจากสภาพในปัจจุบัน

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าแม้สภาพเศรษฐกิจและสังคมในช่วงเวลานี้ยังไม่มีปัจจัยส่งเสริมให้เกิดปัญหาการจ่ายสินบนข้ามชาติ แต่สังคมไทยรู้จักสร้างความพึงพอใจให้แก่ต่างชาติเพื่อให้ตนได้รับประโยชน์ทางการค้าขายในต่างประเทศมาก่อนมีการบังคับใช้กฎหมายตราสามดวงเสียอีก ดังที่ปรากฏหลักฐานทางประวัติศาสตร์ว่า สมัยกรุงสุโขทัยเป็นราชธานี ในช่วงประมาณปี พ.ศ. 1835 พระ

⁹³ กาญจนา ละอองศรี, "หน่วยที่ 3 เศรษฐกิจไทยหลังสนธิสัญญาเบาว์ริงในช่วง พ.ศ. 2398-2453," ใน เอกสารการสอนชุดวิชา เศรษฐกิจไทย หน่วยที่ 1-7, คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงชุดวิชาเศรษฐกิจไทย, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 9 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2554), หน้า 140-141.

⁹⁴ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย, หน้า 1-3.

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

⁹⁶ กาญจนา ละอองศรี, "หน่วยที่ 3 เศรษฐกิจไทยหลังสนธิสัญญาเบาว์ริงในช่วง พ.ศ. 2398-2453," ใน เอกสารการสอนชุดวิชา เศรษฐกิจไทย หน่วยที่ 1-7, หน้า 140-141.

⁹⁷ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย, หน้า 1-3.

⁹⁸ กาญจนา ละอองศรี, "หน่วยที่ 3 เศรษฐกิจไทยหลังสนธิสัญญาเบาว์ริงในช่วง พ.ศ. 2398-2453," ใน เอกสารการสอนชุดวิชา เศรษฐกิจไทย หน่วยที่ 1-7, หน้า 159-160.

* ลัทธิพาณิชย์นิยม (Mercantilism) เกิดขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 15 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรป กำลังขยายตัวทางการค้าและการพาณิชย์ในต่างประเทศ ตลอดจนมีการแข่งขันกันล่าอาณานิคมเพื่อแสวงหา แอ่งชิงและใช้ทรัพยากรของประเทศอาณานิคมของตน เพื่อสร้างความมั่งคั่งและความเข้มแข็งแก่ประเทศชาติ ลัทธิพาณิชย์นิยมเชื่อว่า ประเทศชาติจะมีความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจเมื่อมีการส่งออกสินค้าไปยังต่างประเทศมากกว่านำสินค้าเข้ามาในประเทศ เพราะการค้าเกินดุลนี้ย่อมทำให้มีทองคำหรือเงินตราไหลเข้าประเทศ เพิ่มการจ้างงานในประเทศ เพิ่มการผลิต และทำให้ประชาชนมีความเป็นอยู่ดีขึ้นในที่สุด ทั้งนี้ ลัทธิพาณิชย์นิยมมีแนวคิดที่ว่ารัฐต้องเข้าแทรกแซงการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจต่างๆ ของรัฐ เช่น การค้าระหว่างประเทศ การใช้มาตรการส่งเสริมการส่งออกสินค้า การจำกัดการนำเข้าสินค้า หรือกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจอื่นๆ เพื่อให้เอกชนปฏิบัติตาม เป็นต้น เพื่อบรรลุเป้าหมายในการสร้างความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจและความเข้มแข็งของประเทศชาติ อ้างอิงจาก เจ. เอฟ. ฮัตเจสสัน, ลัทธิเศรษฐกิจ, ทวี ตะเวทีกุล, ผู้เรียบเรียง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519), หน้า 1-26.

เจ้าแผ่นดินของอาณาจักรสุโขทัยได้ทำการค้าขายในระบบบรรณาการกับจีนแผ่นดินใหญ่ โดยทรงยอมส่งเครื่องบรรณาการที่เรียกว่า “จันกั้ง” หรือ “จิ้มก้อง” เพื่อแสดงความเคารพอ่อนน้อมแก่พระจักรพรรดิ เพราะจักรพรรดิจีนจะยอมทำการค้ากับดินแดนที่ยอมสวามิภักดิ์ต่อตนเท่านั้น⁹⁹ การปฏิบัติดังกล่าวนี้ได้กลายเป็นธรรมเนียมการให้ของกำนัลเพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจการค้ายุคสมัยต่อมา¹⁰⁰

จึงเห็นได้ว่า การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของคนไทยในช่วงที่มีการบังคับใช้กฎหมายตราสามดวงยังไม่มีปัจจัยส่งเสริมให้เกิดปัญหาการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเหมือนในปัจจุบัน คนไทยส่วนใหญ่ยังไม่มีเทคโนโลยีและเงินทุนมากพอที่จะทำการพาณิชย์ทั้งภายในประเทศและในต่างประเทศ อีกทั้งสภาพการค้าขายระหว่างประเทศยังอยู่ภายใต้อิทธิพลของลัทธิพาณิชย์นิยมพอค้าพาณิชย์ทั้งหลายจึงมุ่งแข่งขันกันค้าขายเพื่อสร้างความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจของชาติเท่านั้น แม้คนไทยจะรู้จักการสร้างความพึงพอใจให้แก่คู่ค้าต่างชาติเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจมาตั้งแต่สมัยสุโขทัยแล้วก็ตาม

กฎหมายตราสามดวงถูกบังคับใช้อย่างต่อเนื่องมาจนกระทั่งในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ความเปลี่ยนแปลงทางสภาพเศรษฐกิจและสังคมและความต้องการปลดปล่อยสิทธิสภาพนอกอาณาเขตได้ผลักดันให้ประเทศสยามต้องปฏิรูประบบกฎหมายให้ทันสมัยตามแบบตะวันตก จึงได้นำไปสู่การยกร่างประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย ชื่อว่า “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” เพื่อบังคับใช้แทนกฎหมายตราสามดวงซึ่งต่างชาติมองว่าล้าสมัยและป่าเถื่อน ในส่วนถัดไปผู้เขียนจะพิจารณาเนื้อหากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐไว้อย่างเป็นระบบระเบียบ เหมาะสมตามสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปในช่วงเวลาดังกล่าว

2.2.1.2 ความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ประเทศสยามได้ปฏิรูประบบกฎหมายของไทยให้เป็นระบบกฎหมายสมัยใหม่ตามแบบประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป หรือที่เรียกว่า “ซีวิลลอว์” (Civil Law) โดยยกเลิกกฎหมายตราสามดวง และประกาศบังคับใช้ประมวลกฎหมายแบบรัฐสมัยใหม่ฉบับแรกของไทย ชื่อว่า “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127”¹⁰¹ เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมและจัดระบบระเบียบกฎหมายของบ้านเมืองให้ทันสมัย รวมถึงใช้เป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหาการเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่เป็นปัญหาสำคัญในช่วงเวลานั้น* ทั้งนี้ ในการยกร่าง

⁹⁹ ศุภรัตน์ เลิศพาณิชย์กุล, “หน่วยที่ 2 เศรษฐกิจไทยสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น (พ.ศ. 2325-2398),” ใน เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐกิจไทย หน่วยที่ 1-7, หน้า 133-134.

¹⁰⁰ สุจิตต์ วงษ์เทศ, “แก๊บน, จิ้มก้อง, คอรัรัปชั่น วัฒนธรรมราชาการไทย,” มติชนรายวัน, (15 ธันวาคม 2554).

¹⁰¹ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548), หน้า 33-34.

* ในด้านปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ในอดีตประเทศสยามจำต้องทำสนธิสัญญากับต่างชาติร่วม 13 ฉบับ โดยมีข้อตกลงหนึ่งที่กำหนดยกเว้นมิให้คนต่างชาติและคนในบังคับของต่างชาติต้องอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายของสยามที่ถูกมองว่าเป็นกฎหมายที่ล้าสมัยและป่าเถื่อน ส่งผลให้สยามต้องสูญเสียอธิปไตยทางการศาล และทำให้การปกครองบ้านเมืองมีความขัดข้องและไม่เป็นเอกภาพอย่างยิ่งในช่วงเวลานั้น ในช่วงนั้น พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระราชดำริว่าควรจัดทำประมวลกฎหมายที่ทันสมัย

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ให้สามารถบังคับใช้ได้เหมาะสมแก่สภาพเศรษฐกิจและสังคมไทยในช่วงเวลานั้น ผู้ร่างกฎหมายได้บรรจุแนวคิดทางกฎหมายที่ทันสมัยเทียบเท่ากับของกฎหมายของอารยประเทศในโลกตะวันตก ผสมผสานกับกฎหมายไทยที่ดีที่มีอยู่แต่เดิม¹⁰² กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จึงได้รับการยกย่องว่ามีแนวคิดทันสมัยและสมบูรณ์อย่างยิ่งเมื่อเทียบกับกฎหมายอาญาของชาติอื่นที่ใช้บังคับอยู่ในช่วงเวลาเดียวกัน¹⁰³

ส่วนประเด็นเรื่องสินบน กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 บัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนไว้แตกต่างจากความผิดในกฎหมายฉบับเดิมอย่างชัดเจน เห็นได้จากที่กฎหมายฉบับใหม่บัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนที่มีรูปแบบทั่วไป สามารถปรับใช้แก่การให้สินบนในสถานการณ์ต่างๆ ได้อย่างหลากหลาย ไม่กระจัดกระจายอยู่ในบทบัญญัติหลายเรื่อง นอกจากนี้ กฎหมายฉบับใหม่ยังได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนแยกออกจากหลักศีลธรรม ความเชื่อทางศาสนา และความเชื่อทางจิตวิญญาณอย่างชัดเจน พิจารณาเนื้อหาความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ดังนี้

1) องค์ประกอบความผิดฐานให้สินบนในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 บัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนไว้ใน ภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด ส่วนที่ 2 ว่าด้วยความผิดอันเกี่ยวด้วยการปกครองบ้านเมือง * มาตรา 125 และ

ทัดเทียมได้กับกฎหมายของประเทศตะวันตกเหล่านั้นย่อมเป็นหนทางที่สามารถนำไปสู่การเจรจาขอแก้ปัญหาลิทธิสภาพนอกอาณาเขตดังกล่าวได้ เหมือนดังตัวอย่างที่ประเทศญี่ปุ่นได้ทำสำเร็จมาแล้ว โปรดดู แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 137.

¹⁰² คนพล จันทน์หอม, "เหตุใดหลักการในกฎหมายลักษณะอาญา รศ. 127 จึงทันสมัยข้ามศตวรรษ," ใน *กฎหมายลักษณะอาญา รศ. 127*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553) (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จัดพิมพ์ฉลองพระมหากรุณาธิคุณพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เนื่องในวาระคล้ายวันสวรรคต เป็นปีที่ 100 23 ตุลาคม พุทธศักราช 2553), หน้า 1-31.

¹⁰³ แสง บุญเฉลิมวิภาส, "คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา โดย ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย หนังสือที่ทรงคุณค่า," ใน *หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127*, หน้า 13-15.

* ความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มี 4 ลักษณะ ได้แก่

1) ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน ตามมาตรา 125 และมาตรา 126

2) ความผิดสำหรับการรับจ้างไปให้สินบนแก่เจ้าพนักงานตามมาตรา 124 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ได้รับหรือยอมให้เขาสัญญาว่าจะให้ลาสิกขา เพราะเหตุที่มันได้นำสินบนไปให้แก่เจ้าพนักงานก็ดี หรือเพราะเหตุที่มันได้ให้เจ้าพนักงานทำการที่ไม่ควรทำ หรือไม่ทำการที่ควรทำก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี แลปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโสດหนึ่ง”

3) ความผิดฐานเจ้าพนักงานเรียกรับสินบน ตามมาตรา 138 ซึ่งบัญญัติว่า

“เจ้าพนักงานคนใด เรียก หรือรับ หรือยอมจะรับว่าจะให้สินบนเป็นอาญาประโยชน์แก่ตัวมันเองก็ดี ให้ผู้อื่นก็ดี เพื่อที่มันจะกระทำหรือละเว้นไม่กระทำอย่างใดใดในหน้าที่ ถ้าหากว่าการที่กระทำหรือละเว้นไม่กระทำเพราะเห็นแก่สินบนนั้น ไม่ผิดระเบียบการในหน้าที่ ท่านว่าความผิดของมันต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือถึงสองเท่าราคาสินบน

ถ้าแลการที่มันกระทำ หรือละเว้นไม่กระทำเพราะเห็นแก่สินบนนั้นนอกเหนือเหลือเกินมิชอบด้วยอำนาจแลหน้าที่ของมันไซ้ ท่านว่ามันต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือตั้งแต่หนึ่งถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่ห้าร้อยบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท หรือถึงสองเท่าราคาสินบน แต่ถ้ามันยังมีทันได้กระทำที่ไม่ควรหรือมิทันเว้นการที่ไม่ควรเว้น ท่านให้ลดโทษตามที่ว่ามันเสียกึ่งหนึ่ง”

และความผิดฐานเจ้าพนักงานในการยุติธรรมเรียกรับสินบน มาตรา 139 บัญญัติว่า

มาตรา 126 ซึ่งทั้งสองมาตรานี้อาจจำแนกเป็นความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานทั่วไป (General Bribery) ตามมาตรา 125 วรรคหนึ่ง¹⁰⁴ กับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานฝ่ายตุลาการตาม มาตรา 125 วรรคสอง¹⁰⁵ ส่วนมาตรา 126 กำหนดบทลงโทษแก่การกระทำความผิดมาตรา 125 ทั้ง สองกรณีดังกล่าวเท่านั้น

(ก) องค์ประกอบภายนอก

1) ผู้กระทำความผิด ได้แก่ “ผู้ใด”

2) การกระทำอันเป็นการให้สินบน

2.1) กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 125 บัญญัติถึงการ “ขอให้” และ “สัญญาว่าจะให้” สินบน ฉะนั้น เพียงแต่บุคคลขอให้สินบนหรือสัญญาจะให้สินบนแก่ เจ้าพนักงานโดยที่เจ้าพนักงานไม่ได้ตอบตกลงรับหรือยอมจะรับสินบนก็เป็นความผิดฐานให้สินบน สำเร็จแล้ว แต่หากเจ้าพนักงานได้รับหรือยอมจะรับสินบนแล้ว ผู้ให้สินบนจะมีความผิดและต้องรับ โทษตามมาตรา 126¹⁰⁶

2.2) กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กำหนดหลักเกณฑ์ของ “การให้ สินบน” ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 6(9) ว่าหมายถึง การที่บุคคลเอาทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่มีใช้เป็นของ ที่ต้องให้ตามกฎหมายเอาไปให้แก่เจ้าพนักงาน เพื่อเจ้าพนักงานกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่าง หนึ่งอย่างใดในหน้าที่”¹⁰⁷ นอกจากนี้ พจนานุกรมกฎหมายที่ใช้อยู่ในช่วงเวลานั้นยังกำหนดให้คำว่า

“เจ้าพนักงานคนใด ท่านใช้ให้มีหน้าที่ทำการฝ่ายตุลาการ ถ้าแลมันเรียก หรือรับ หรือยอมจะรับสินบนเป็นอาญาประโยชน์แก่ ตัวมันเองก็ดี ให้ผู้อื่นก็ดี เพื่อจะให้ความวินิจฉัย คำสั่ง หรือคำพิพากษาของมันในหน้าที่นั้น มันแปรไปอย่างใดใดไซ้ ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สองปีจนถึงตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองร้อยบาทจนถึงหมื่นบาท หรือถึงสองเท่าราคาสินบนนั้น” และ

4) ความผิดสำหรับการแสดงตนเป็นคนสนิทชิดชอบกับเจ้าพนักงานแล้วเรียกรับสินบน ตามมาตรา 123 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดแสดงตนว่าเป็นคนสนิทชิดชอบกับเจ้าพนักงาน แลมันรับ หรือยอมให้เขาสัญญาว่าจะให้ลากสักการแก่ตัวมันเองก็ดี แก่ ผู้อื่นก็ดี เพื่อที่มันจะไปวิงวอนว่ากล่าวให้เจ้าพนักงานให้คุณหรือให้โทษแก่ผู้ใดก็ดี และจะให้แลมิให้เจ้าพนักงานทำการในหน้าที่อย่างใดใดก็ ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าสองปี แลปรับไม่เกินกว่าพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”

¹⁰⁴ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, มาตรา 125 บัญญัติว่า

“ผู้ใดขอให้สินบน หรือสัญญาว่าจะให้สินบนแก่เจ้าพนักงานโดยเจตนา จะจงใจเจ้าพนักงานให้กระทำ หรือละเว้นไม่กระทำ การอย่างใดใดตามหน้าที่ ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าหนึ่งปี แลให้ปรับไม่เกินกว่าพันบาทหรือเป็นเงินสองเท่า ราคาสินบนนั้นด้วยอีกโสดหนึ่ง

ถ้าแลความผิดที่ว่ามานี้ เป็นการขอให้สินบนแก่เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ฝ่ายตุลาการ โดยประสงค์จะกระทำให้ความ วินิจฉัยคำสั่ง หรือคำพิพากษาของเจ้าพนักงานผู้นั้นมันแปรไปประการใดไซ้ ท่านว่าให้ลงอาญาจำคุกมันผู้ขอให้สินบนนั้นตั้งแต่หกเดือน ขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท หรือเป็นเงินสองเท่าราคาสินบนนั้นด้วยอีกโสดหนึ่ง”

¹⁰⁵ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, มาตรา 126 บัญญัติว่า

“ความผิดฐานขอให้สินบนหรือสัญญาว่าจะให้สินบนตามที่ว่ามาในมาตรา 125 นั้น ถ้าแลเจ้าพนักงานคนใดยอมจะรับสินบนก็ ดี หรือรับสินบนนั้นก็ดี ท่านว่าโทษของมันผู้ให้แลผู้รับเสมอกัน ให้ลงอาญาทั้งผู้ให้แลผู้รับสินบน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 138 หรือ มาตรา 139 นั้น”

¹⁰⁶ หุยกต์ แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, หน้า 266-267.

¹⁰⁷ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 6(9) บัญญัติว่า “บุคคลเอาทรัพย์สินหรือประโยชน์อย่างใด ๆ อันมิใช่เป็นของที่ต้อง ให้ตามกฎหมายไปให้แก่เจ้าพนักงาน เพื่อให้เจ้าพนักงานกระทำ หรือละเว้นไม่กระทำกรอย่างหนึ่งอย่างใดในหน้าที่ เช่นนี้ ท่านให้ถือว่า เป็นการให้สินบน”

“สินบน” หมายถึงเงินที่บนบานสัญญาให้เป็นรางวัลแก่ผู้นำจับผู้กระทำความผิดในคดีข้อหาบางประเภทได้ด้วยเช่นกัน เช่น คดีภาษีอากร เป็นต้น¹⁰⁸

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า การให้สินจ้างตอบแทนแก่ผู้อื่นโดยทั่วไปมิใช่สิ่งผิดกฎหมาย และชอบด้วยกฎหมายสัญญา แต่การให้สินจ้างเพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานให้กระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่และเสื่อมเสียต่องานราชการแผ่นดินย่อมขัดต่อรัฐประศาสน์บาย รัฐจึงบัญญัติความผิดอาญาห้ามมิให้มีการกระทำความผิดดังกล่าว และได้นำคำว่า “สินบน” ซึ่งเป็นคำทั่วไปมาใช้ในทางกฎหมาย โดยกำหนดบทนิยามไว้อย่างชัดเจนตามที่กล่าวไปข้างต้น¹⁰⁹

3) บุคคลผู้รับสินบน

บุคคลผู้รับสินบน ได้แก่ “เจ้าพนักงาน” สำหรับกรณีความผิดตามมาตรา 125 วรรคหนึ่ง หรือ “เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ฝ่ายตุลาการ” ตามมาตรา 125 วรรคสอง

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ของ “เจ้าพนักงาน” ไว้อย่างชัดเจน แต่ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายไว้ว่า เจ้าพนักงานตามกฎหมายลักษณะอาญานี้ น่าจะหมายถึง “ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้ปฏิบัติราชการเป็นประจำหรือครั้งคราวตลอดเวลาที่ปฏิบัติราชการนั้นไม่ว่าจะได้รับผลประโยชน์จากทางราชการหรือไม่”¹¹⁰ บุคคลที่จะมีสถานะเป็น “เจ้าพนักงาน” ตามกฎหมายนี้จึงต้องได้รับแต่งตั้งโดยกฎหมาย หรือโดยผู้มีอำนาจแต่งตั้งให้ผู้อื่นเป็นเจ้าพนักงาน รวมถึงต้องเป็นการแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารงานราชการแผ่นดินเท่านั้น¹¹¹

ในทางปฏิบัติ ศาลฎีกายังได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมอื่นไว้ในคำพิพากษาหลายคดี เช่น เจ้าพนักงานต้องเป็นบุคคลได้รับแต่งตั้งโดยทางการของประเทศไทยให้ปฏิบัติราชการไทยเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 700/2490)¹¹² ต้องได้รับเงินเดือนจากงบประมาณของแผ่นดิน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1516/2492)¹¹³ และต้องมีสังกัดในหน่วยราชการ ทบวง กรม หรือต้องมีกฎหมายกำหนดให้เป็นเจ้าพนักงาน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 637/2493)¹¹⁴ เป็นต้น

(ข) องค์ประกอบภายใน

4) เจตนาธรรมดา

5) เจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจเจ้าพนักงาน

กรณีมาตรา 125 วรรคหนึ่ง เจตนาพิเศษเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานให้กระทำหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างใดตามหน้าที่ หากผู้กระทำมีเจตนาให้เจ้าพนักงานกระทำการหรือไม่กระทำการอัน

¹⁰⁸ ขุนสมาน หิตะคดี (โป๊ โปรรุคปต์), *พจนานุกรมกฎหมาย* (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2549), หน้า 375.

¹⁰⁹ พระอินทปรีชา (เหยียน เลขะวณิช), *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1* (พระนคร: โสภณพิพรรฒธนากร, 2468), หน้า 37-38.

¹¹⁰ หยุด แสงอุทัย, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127*, หน้า 50.

¹¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 253-254.

¹¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 700/2490

¹¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1516/2492

¹¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 637/2493

อยู่นอกหน้าที่ของเจ้าพนักงาน ผู้นั้นไม่ผิดมีความตามมาตรา¹¹⁵ ส่วนกรณีมาตรา 125 วรรคสอง ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาเพื่อให้คำวินิจฉัย คำสั่งหรือคำพิพากษาของเจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ ฝ่ายตุลาการนั้นเปลี่ยนแปลงไปด้วย

2) บทลงโทษของความผิดฐานให้สินบนในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

บุคคลผู้กระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ต้องรับโทษตามกฎหมายตามเงื่อนไขต่อไปนี้

1) กรณีมาตรา 125 วรรคหนึ่ง

1.1) กรณีเจ้าพนักงานยังมีได้ยอมจะรับหรือรับสินบน กฎหมายกำหนด ระยะเวลาโทษจำคุกไม่เกินกว่า 1 ปี และปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือปรับเป็นเงิน 2 เท่าของราคาสินบน ด้วย (มาตรา 125 วรรคหนึ่ง)

1.2) กรณีเจ้าพนักงานได้ตกลงยอมจะรับหรือรับสินบนแล้วและเป็นการจงใจให้เจ้าพนักงานรัฐกระทำหรือไม่กระทำการอันไม่ผิดระเบียบการในหน้าที่ กฎหมายกำหนดให้ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเช่นเดียวกับโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับเจ้าพนักงานตามมาตรา 138 ซึ่งได้แก่ จำคุกไม่เกิน 10 ปีและปรับไม่เกิน 5,000 บาทหรือถึง 2 เท่าราคาสินบน (มาตรา 126)¹¹⁶

1.3) กรณีเจ้าพนักงานได้ตกลงยอมจะรับหรือรับสินบนแล้วและเป็นการจงใจให้เจ้าพนักงานกระทำหรือไม่กระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิด ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับเจ้าพนักงานตามมาตรา 138 (มาตรา 126) ซึ่งได้แก่จำคุกตลอดชีวิตหรือตั้งแต่ 1 - 20 ปี และปรับตั้งแต่ 500 - 10,000 บาทหรือถึง 2 เท่า ราคาสินบน แต่ถ้าเจ้าพนักงานยังมีได้กระทำการหรือไม่กระทำการตามที่ถูกจูงใจนั้น กฎหมายให้ลด โทษลงกึ่งหนึ่ง (มาตรา 138)¹¹⁷

2) กรณีมาตรา 125 วรรคสอง

2.1) กรณีเจ้าพนักงานยังมีได้ยอมจะรับหรือรับสินบน กฎหมายกำหนด ระยะเวลาโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 3 ปีและปรับตั้งแต่ 1,000 - 2,000 หรือเป็นเงิน 2 เท่าราคาสินบน นั้นด้วย (มาตรา 125 วรรคสอง)

2.2) กรณีเจ้าพนักงานได้ตกลงยอมจะรับหรือรับสินบนแล้ว และเป็นการจงใจให้เจ้าพนักงานรัฐกระทำหรือไม่กระทำการอันไม่ผิดระเบียบการในหน้าที่ของเจ้าพนักงาน กฎหมาย กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเช่นเดียวกับโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับเจ้าพนักงาน

¹¹⁵ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, หน้า 266-267.

¹¹⁶ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, มาตรา 126 บัญญัติว่า

“ความผิดฐานขอให้สินบนหรือสัญญาว่าจะให้สินบนตามที่ว่ามาในมาตรา 125 นั้น ถ้าแลเจ้าพนักงานคนใดยอมจะรับสินบนก็ดี หรือรับสินบนนั้นก็ดี ท่านว่าโทษของมันผู้ให้และผู้รับเสมอกัน ให้ลงอาญาทั้งผู้ให้และผู้รับสินบน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 138 หรือ มาตรา 139 นั้น”

¹¹⁷ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, มาตรา 138

ตามมาตรา 139 (มาตรา 126) ได้แก่ ระวังโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีถึงตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่ 200 - 10,000 บาท หรือถึง 2 เท่าราคาสินบน (มาตรา 139)¹¹⁸

จึงเห็นได้ว่า ความผิดฐานให้สินบนตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังมีขอบเขตเนื้อหาเป็นสินบนแบบดั้งเดิมเช่นเดียวกับกฎหมายตราสามดวง แต่ด้วยการรับเอาแนวคิดและนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์มาจัดทำประมวลกฎหมายของไทยเอง การบัญญัติให้การกระทำเกี่ยวกับสินบนเป็นความผิดอาญาในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จึงบัญญัติไว้อย่างเป็นระบบระเบียบมากขึ้น แยกออกจากหลักศีลธรรมหรือความเชื่อทางศาสนาหรือทางจิตวิญญาณ อีกทั้งเปิดโอกาสให้มีการศึกษาและทำคำอธิบายกฎหมายในทางวิชาการได้อย่างแพร่หลายลักษณะเดียวกับการศึกษาเนื้อหาประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน

3) สภาพสังคมและเศรษฐกิจไทยในช่วงเวลาที่มีการบังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ในระยะแรกที่มีการบังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ประเทศสยามยังคงมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และกำลังมีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องตามอิทธิพลที่ได้รับจากชาติตะวันตก¹¹⁹ ซึ่งแม้ในช่วงเวลานั้นสยามได้เปิดประเทศทางเศรษฐกิจมาระยะหนึ่งแล้ว แต่ก็ยังคงไม่มีการเติบโตทางเศรษฐกิจตามแนวคิดแบบทุนนิยมเท่าใดนัก การทำเกษตรกรรมเชิงพาณิชย์ยังคงกระจุกตัวอยู่ในบริเวณพื้นที่ภาคกลางของประเทศเช่นเดิม¹²⁰ ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวก็ยิ่งทรงส่งเสริมให้คนไทยดำรงชีพอย่างพอใจในสิ่งที่ตนเองมีอยู่ตามแนวทางของศาสนาพุทธ และทรงไม่สนับสนุนให้ประชาชนมีความรู้ในวิชาเศรษฐศาสตร์ตามแบบประเทศตะวันตกเพราะเชื่อว่า แนวคิดปัจเจกชนนิยม (Individualism) ระบบตลาดและกลไกราคา การแข่งขันทางการค้าแบบทุนนิยม ฯลฯ อันเป็นเนื้อหาในศาสตร์ดังกล่าวจะก่อให้เกิดการต่อสู้ระหว่างชนชั้น ระบบทุนนิยมจึงไม่ใช่แนวทางที่เหมาะสมที่สุดในการสร้างความเจริญแก่ประเทศชาติ¹²¹ ถึงขนาดที่ในเวลาต่อมาได้มีการออกกฎหมายห้ามสอนวิชาลัทธิเศรษฐกิจในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว¹²²

¹¹⁸ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, มาตรา 139

¹¹⁹ ขุนจรยราวีเศษ (บุญเที่ยง บุญนิศย์) และทองหล่อ บุญนิศย์, หลักกฎหมายลักษณะอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (ธนบุรี: โรงพิมพ์ดำรงธรรม, 2478), หน้า 9.

¹²⁰ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย, หน้า 1-3.

¹²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

¹²² พระราชบัญญัติเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2470 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 44 วันที่ 5 กันยายน 2470), มาตรา 4 บัญญัติว่า

“ให้ยกเลิกบทบัญญัติเดิมแห่งมาตรา 104 ในกฎหมายลักษณะอาญาเสีย และให้ใช้บทบัญญัตินี้แทนบทบัญญัตินั้นสืบไป

1) ผู้ใดกระทำการอย่างใดใดก็ตาม สนับสนุนอุปถัมภ์หรือให้การเมืองแก่เศรษฐกิจ ด้วยวาจาถ้อยคำลักษณะอักษรเอกสารตีพิมพ์ทุกด้วยอุบายใดก็ตามด้วยเจตนา ฤๅคำนวณว่าจะให้เกิดผลอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ คือ

(ก) เพื่อจะให้บังเกิดความเกลียดชัง ฤๅดูหมิ่นสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ฤๅรัฐบาล ฤๅราชการแผ่นดินก็ดี

(ข) เพื่อจะให้เกิดการเปลี่ยนแปลงรัฐบาล ฤๅพระราชกำหนดกฎหมาย ด้วยใช้กำลังบังคับ ฤๅกระทำร้ายก็ดี

ต่อมาประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในปี พ.ศ. 2475 รัฐบาลสยามสนับสนุนให้ประชาชนทั่วไปสามารถทำธุรกิจได้อย่างเสรีมากขึ้น¹²³ แต่ด้วยสังคมไทยมีพื้นฐานเป็นสังคมศักดินาและนิยมเจ้าขุนมูลนาย กลุ่มนายทุนต่างชาติและขุนนางไทยที่มีฐานะร่ำรวยอยู่แต่เดิมจึงยังเป็นผู้กุมอำนาจและกำกับการผลิตเหมือนในช่วงก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง¹²⁴ รัฐบาลสยามยังไม่มีนโยบายดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติ หรือส่งเสริมให้คนไทยออกไปประกอบธุรกิจในต่างประเทศอย่างชัดเจน^{125*} อีกทั้งคนไทยเองก็ยังไม่มีความสามารถออกไปประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดต่างประเทศ จึงเห็นได้ว่า ในช่วงเวลาดังกล่าวคนไทยแทบจะไม่มีโอกาสง่ายสินบนให้แก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเลย^{126**} ปัญหาการให้สินบนในต่างประเทศยังไม่รุนแรงหรือปรากฏเด่นชัดในระดับ

(ค) เพื่อให้เกิดความไม่พอใจและกระด้างกระเดื่องในหมู่คนทั้งหลายถึงอาจเกิดเหตุร้ายขึ้นในแผ่นดินของท่านก็ดี

(ง) เพื่อจะกวนให้เกิดขึ้นซึ่งเกลียดชังระวางคนต่างชั้นกันดี

(จ) เพื่อยุยงให้คนทั้งหลายกระทำการล่วงละเมิดพระราชกำหนดกฎหมายก็ดี

ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าสิบปี และให้ปรับไม่เกินกว่าห้าพันบาทด้วยอีกโสทรหนึ่ง 2) ...”

บทบัญญัติความผิดนี้ได้ถูกยกเลิกไปโดยการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ในเวลาต่อมา อ้างอิงจาก ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, "เศรษฐศาสตร์การเมืองจากอดีตสู่อนาคต," บทปาฐกถาพิเศษ การเสวนาวิชาการ “หนึ่งทศวรรษเศรษฐศาสตร์การเมืองและการบริหารจัดการ: จากวันนั้นถึงวันนี้ สู่วันก้าวในอนาคต” จัดโดยคณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา ณ หอประชุมหอศิลปะและวัฒนธรรมภาคตะวันออก มหาวิทยาลัยบูรพา จัดหวัดชลบุรี (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่). เผยแพร่ใน วิจารณ์ พานิช, "เศรษฐศาสตร์การเมือง" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2557. แหล่งที่มา: <http://www.gotoknow.org/posts/507076> และ รังสรรค์ ณะพรพันธุ์, "จาก 2492-2552," เอกสารประกอบปาฐกถาเนื่องในโอกาสคณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีอายุครบ 60 ปี ณ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ 14 มิถุนายน 2552 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่). รังสรรค์ ณะพรพันธุ์, "จาก 2492-2552," เอกสารประกอบปาฐกถาเนื่องในโอกาสคณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีอายุครบ 60 ปี ณ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, วันที่ 14 มิถุนายน 2552. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

¹²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6-7.

¹²⁴ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย*, หน้า 4-5.

¹²⁵ พอฟันท์ อูยานนท์, "หน่วยที่ 5 เศรษฐกิจไทยในช่วง พ.ศ. 2475-2488," ใน *เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐกิจไทย หน่วยที่ 1-7*, คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงชุดวิชาเศรษฐกิจไทย, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 9 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2554), หน้า 274.

* กฎหมายส่งเสริมการลงทุนในภาคเอกชนและต่างชาติฉบับแรกชื่อว่า “พระราชบัญญัติส่งเสริมอุตสาหกรรม พ.ศ.2497” เพื่อจูงใจให้เอกชนและต่างชาติเข้ามาลงทุนในไทยโดยได้รับสิทธิประโยชน์จากภาครัฐอย่างเป็นทางการ

** การค้าการลงทุนระหว่างประเทศทั่วโลกเริ่มมีพัฒนาการขึ้นในช่วงหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง (พ.ศ. 2488) ส่วนประเทศต่างๆ เริ่มมีการส่งเสริมการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศมากขึ้นภายหลังจากการที่สงครามเย็นสิ้นสุดลง (พ.ศ. 2534) ซึ่งตรงกับช่วงที่รัฐบาลไทยเริ่มหันมาพัฒนาประเทศตามแนวความคิดทุนนิยมสมัยใหม่อย่างเต็มที่ โดยได้รับการสนับสนุนจากสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสมัยคณะรัฐบาลทหารของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ มีการประกาศแผนพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศฉบับแรก เพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและสาธารณูปโภคต่างๆ เช่น ถนน สะพาน เขื่อน ฯลฯ อันจะอำนวยความสะดวกและเตรียมความพร้อมรับการลงทุนจากต่างประเทศ มีการบังคับใช้กฎหมายส่งเสริมการลงทุนในภาคเอกชนและต่างชาติฉบับแรกชื่อว่า “พระราชบัญญัติส่งเสริมอุตสาหกรรม พ.ศ.2497” และเปิดโอกาสให้มีการสอนวิชาเศรษฐศาสตร์ได้อย่างเสรี เพื่อให้ประชาชนทั่วไปมีความรู้เรื่องทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ตามแนวคิดแบบ นักเศรษฐศาสตร์ได้เพิ่มบทบาทในการเป็นที่ปรึกษาและการวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจของรัฐบาล อ้างอิงจาก ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย*, หน้า 5-7. และ ธารทอง ทองสวัสดิ์, "หน่วยที่ 6 เศรษฐกิจไทยในช่วง พ.ศ. 2488-2504," ใน *เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐกิจไทย หน่วยที่ 1-7*, คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงชุดวิชาเศรษฐกิจไทย, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 9 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2554), หน้า 326.

นานาชาติ ประเทศสยามจึงยังไม่ได้รับแรงผลักดันจากสังคมระหว่างประเทศให้บัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศด้วย*

จากที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 2.2.1 ในช่วงก่อนที่ประเทศไทย จะบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน กฎหมายไทยบัญญัติให้การกระทำเกี่ยวกับสินบนแบบดั้งเดิมเป็นความผิดอาญาอยู่แล้ว เช่นเดียวกับสังคมอื่นๆ ทั่วโลก แต่ความผิดเกี่ยวกับสินบนในกฎหมายตราสามดวงยังเป็นแนวคิดที่ปะปนอยู่กับหลักศีลธรรมและความเชื่อทางศาสนา มีการบัญญัติไว้อย่างกระจัดกระจาย ตลอดจนต้องเกี่ยวข้องกับกรกระทำผิดต่อหน้าที่ราชการของขุนนางหรือข้าราชการ การละเมิดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ และการทำให้เสื่อมเสียความบริสุทธิ์ยุติธรรมในสังคมเท่านั้น ต่อมากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 บัญญัติความผิดฐานให้สินบนไว้อย่างเป็นระบบระเบียบตามแนวทางการจัดทำประมวลกฎหมายแบบชาติตะวันตก มีการแบ่งแยกหลักศีลธรรมและความเชื่อทางศาสนาออกจากเนื้อหาทางกฎหมาย แต่ก็ยังคงเป็นฐานความผิดที่มีเจตนารมณ์คุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าพนักงานรัฐเช่นเดิม เนื้อหาความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมตามกฎหมายเหล่านี้สามารถบังคับใช้ได้เหมาะสมแก่ประเทศไทยในช่วงเวลาดังกล่าวแล้ว ปัจจัยทางเศรษฐกิจและสังคมไทยในขณะนั้นยังไม่ส่งเสริมให้คนไทยออกไปประกอบธุรกิจในต่างประเทศ ปัญหาการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศยังไม่เกิดขึ้นเด่นชัดทั้งในระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากที่มีการบังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาเป็นเวลากว่าครึ่งศตวรรษ ประเทศไทยได้ยกร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ เพื่อชำระเนื้อหาของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เดิมที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมไว้อย่างกระจัดกระจายให้รวมเป็นกฎหมายฉบับเดียว ตลอดจนแก้ไขปรับปรุงเนื้อหากฎหมายอาญาให้เหมาะสมแก่พฤติกรรมของบ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัย แนวนิยมของนานาประเทศ และหลักการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตย¹²⁷ หลักการและความคิดทางกฎหมายต่างๆ ที่มีอยู่ในกฎหมายเดิมจึงถูกส่งทอดมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ด้วย ซึ่งจะพิจารณารายละเอียดในหัวข้อถัดไป

2.2.2 ความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนตามประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญามีผลบังคับใช้ในฐานะประธานแห่งกฎหมายอาญาสารบัญญัติของประเทศไทยมาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 จนถึงปัจจุบัน^{128**} และได้บัญญัติความผิดฐานให้

* กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2451 ส่วนประมวลกฎหมายอาญาที่ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2500 สืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน แต่แนวคิดการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนในต่างประเทศเกิดขึ้นอย่างชัดเจนในสหรัฐอเมริกาเมื่อปี พ.ศ. 2520 (ค.ศ. 1977) เท่านั้น

¹²⁷ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499.

¹²⁸ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499.

** ประเทศสยามเปลี่ยนชื่อเป็น “ประเทศไทย” เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2482 ในสมัยรัฐบาลของจอมพล ป. พิบูลสงคราม อ้างอิงจาก คอลัมน์สุวรรณภูมิสังคมวัฒนธรรม, "24 มิถุนายน 2482 เปลี่ยนชื่อประเทศจาก ประเทศสยาม เป็น ประเทศไทย เพราะอะไร?" [ออนไลน์] วันที่ 22 มิถุนายน พ.ศ. 2550. แหล่งที่มา: <http://www.oknation.net/blog/dinsor/2007/06/22/entry-2>

สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐโดยรับสืบทอดแนวคิดและหลักการของความผิดฐานให้สินบนมาจากกฎหมายฉบับเดิมด้วย เห็นได้จากข้อพิจารณา 3 ประการดังนี้

ประการแรก พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ระบุไว้ว่าประมวลกฎหมายอาญาถูกตราขึ้นเพื่อรวบรวมและจัดระเบียบกฎหมายลักษณะอาญาเดิมที่มีการแก้ไขจนมีเนื้อหากระจัดกระจาย รวมถึงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิมให้สอดคล้องกับกาลสมัยบ้านเมือง ธรรมเนียมของนานาประเทศ ตลอดจนหลักการหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น* บทบัญญัติกฎหมายส่วนใหญ่จึงยังคงหลักการและสาระสำคัญอย่างเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เห็นได้จากที่เนื้อหาความผิดฐานให้สินบนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 ยังคงมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 125 และมาตรา 126 เพียงแต่ประมวลกฎหมายอาญาจัดรูปแบบการบัญญัติเนื้อหาความผิดใหม่ ยกเลิกบทนิยามของ “สินบน” และขยายขอบเขตความผิดไปถึงการให้สินบนแก่สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัด และสมาชิกสภาเทศบาล สำหรับความผิดตามมาตรา 144 และพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี และพนักงานสอบสวน สำหรับความผิดตามมาตรา 167¹²⁹

ประการที่สอง ตำราหรือหนังสือคำอธิบายกฎหมายที่ใช้ศึกษาวิชานิติศาสตร์ของนักวิชาการหรือผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายหลายท่าน เช่น ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์¹³⁰ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. เกียรติขจร วิชนะสวัสดิ์¹³¹ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ¹³² และผู้ทรงคุณวุฒิท่านอื่นๆ ยังได้ยกตัวอย่าง หรืออ้างอิงคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินไว้ก่อนปี พ.ศ. 2500 และคำพิพากษาฎีกาในช่วงที่เพิ่งมีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาใหม่ๆ ซึ่งน่าจะยังได้รับอิทธิพลจากแนวทางการบังคับใช้กฎหมาย ฉบับเดิมอยู่ โดยเฉพาะในประเด็นขอบเขตของ “เจ้าพนักงาน” และขอบเขตของ “สินบน” ซึ่งประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน

ยกตัวอย่างคำพิพากษาเก่าที่ยังคงถูกอ้างถึงหรือใช้อธิบายหลักกฎหมายในปัจจุบัน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 700/2490¹³³ ที่อธิบายว่า “เจ้าพนักงาน” หมายถึง เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยเท่านั้น คำพิพากษาฎีกาที่ 238-244/2489¹³⁴ ที่อธิบายว่า ททรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่ใช้จูงใจเจ้าพนักงานหมายถึง สิ่งใดๆ ก็ตามที่จะเป็นประโยชน์หรือเป็นคุณแก่ฝ่ายผู้รับสินบน โดยไม่จำกัดว่า

* หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ระบุว่า

“หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ประกาศใช้มานานแล้ว และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายแห่งกระจัดกระจายกันอยู่ จึงเป็นการสมควรที่จะได้ชำระสะสาง และนำเข้าสู่เป็นประมวลกฎหมายอาญาเสียในฉบับเดียวกัน อนึ่ง ปรากฏว่าหลักการบางอย่างและวิธีการลงโทษบางอย่างควรจะได้ปรับปรุงให้สมกับกาลสมัยและแนวนิยมของนานาประเทศ ในสมัยปัจจุบันหลักเดิมบางประการจึงล้าสมัย สมควรจะได้ปรับปรุงเสียให้สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย”

¹²⁹ หยุต แสงอุทัย, “บทบัญญัติใหม่ ในประมวลกฎหมายอาญา,” *ตุลพาท* 7, 4 (กรกฎาคม 2500): 450-467.

¹³⁰ จิตติ ติงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1*, หน้า 65-120 และ 189-192.

¹³¹ เกียรติขจร วิชนะสวัสดิ์, *ถาม-ตอบ ประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด ความผิดเกี่ยวกับการปกครองและความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม (มาตรา 136 ถึงมาตรา 205)*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์, 2546), หน้า 86-88.

¹³² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 50-51 และ 64-65.

¹³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 700/2490

¹³⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 238-244/2489

ต้องเป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สิน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 115/2489¹³⁵ ที่อธิบายว่า การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานผู้ไม่มีอำนาจหน้าที่นั้น ผู้ให้สินบนไม่มีความผิด และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1142/2482¹³⁶ อธิบายว่า เจ้าพนักงานผู้รับสินบนนั้นก็ไม่มีความผิดเช่นกัน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2003-2005/2500¹³⁷ ที่อธิบายว่า “เจ้าอาวาส” ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2484 เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาตามกฎหมายเฉพาะ หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 948/2510¹³⁸ ที่อธิบายว่า บรรดาข้าราชการตามกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานคร พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ศาลยุติธรรมก็เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น

ประการสุดท้าย ในช่วงเวลาที่มีการยกประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2500 ประเทศไทยยังไม่พบปัญหาอาชญากรรม หรือเห็นความสำคัญจำเป็นของการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติเป็นความผิดอาญา เนื่องจากภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยนักธุรกิจไทยยังไม่ก้าวหน้ามาก และในระดับนานาชาติเองก็ยังไม่เกิดกระแสต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเหมือนในปัจจุบัน*

การพิจารณาเนื้อหาความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐในประมวลกฎหมายอาญานี้จะพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับองค์ประกอบของความผิดในหัวข้อที่ 2.2.2.1 พิจารณาบทลงโทษทางอาญาในหัวข้อที่ 2.2.2.2 และพิจารณาเขตอำนาจลงโทษของศาลไทยเหนือการกระทำความผิดดังกล่าวในหัวข้อที่ 2.2.2.3 ตามลำดับดังนี้

2.2.2.1 องค์ประกอบของความผิดฐานให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐไว้ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 2 ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง มาตรา 144 สำหรับกรณีการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ราชการทั่วไป และลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม และมาตรา 167 สำหรับกรณีการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานที่มีตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมดังที่บัญญัติเนื้อความไว้ดังนี้

¹³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 115/2489

¹³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1142/2482

¹³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2003-2005/2500

¹³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 948/2510

* แนวคิดการต่อต้านการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเพิ่งเกิดขึ้นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกาในช่วงปี พ.ศ. 2520 (ค.ศ. 1977) และโปรดดูบทที่ 3

** ความผิดเกี่ยวกับสินบนตามประมวลกฎหมายอาญามีหลายฐาน ครอบคลุมการกระทำของบุคคลหลายฝ่าย ดังนี้

- 1) ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐ ได้แก่
 - 1.1) ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐทั่วไป ตามมาตรา 144 และ
 - 1.2) ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานในการยุติธรรม ตามมาตรา 167
- 2) ความผิดฐานเจ้าพนักงานรัฐเรียกรับสินบน ได้แก่
 - 2.1) ความผิดฐานเจ้าพนักงานรัฐทั่วไปเรียกรับสินบน ตามมาตรา 149 และ
 - 2.2) ความผิดฐานเจ้าพนักงานในการยุติธรรมเรียกรับสินบน ตามมาตรา 201
- 3) ความผิดฐานบุคคลกระทำเป็นคนกลางเรียกรับสินบน ตามมาตรา 143

ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานทั่วไป มาตรา 144 บัญญัติว่า¹³⁹

“ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงานสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัดหรือสมาชิกสภาเทศบาล เพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานในการยุติธรรม มาตรา 167 บัญญัติว่า¹⁴⁰

“ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวน เพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท”

บทบัญญัติทั้งสองมาตราข้างต้นมีองค์ประกอบความผิดอันเป็นสาระสำคัญอย่างเดียวกัน แต่แตกต่างกันที่อำนาจหน้าที่ของผู้รับสินบนเท่านั้น จึงสามารถพิจารณาองค์ประกอบความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญาได้ดังนี้

(ก) องค์ประกอบภายนอก

1) ผู้กระทำความผิด

ผู้กระทำความผิด ได้แก่ “ผู้ใด”

คำว่า “ผู้ใด” หมายถึง บุคคลผู้ให้สินบน (Bribe Payer) ซึ่งอาจเป็นบุคคลใดก็ได้ ไม่ต้องมีคุณสมบัติหรือสถานะอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย และเป็นถ้อยบัญญัติเดียวกับที่ใช้ในความผิดอาญาฐานอื่นๆ อย่างแพร่หลาย¹⁴¹ ในทางปฏิบัติของศาลยอมรับว่า “ผู้ใด” อาจเป็น “บุคคลธรรมดา” หรือ “นิติบุคคล” ก็ได้ แม้ประมวลกฎหมายอาญาจะไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดของนิติบุคคลไว้อย่างชัดเจนและไม่มีบทกำหนดโทษสำหรับนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะ¹⁴²

ปัญหาความไม่ชัดเจนของความรับผิดอาญาของนิติบุคคลสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญาเกิดขึ้นจากแนวคิดและวัตถุประสงค์ในการยกเว้นประมวลกฎหมายอาญาในอดีตซึ่งระบุว่า ประมวลกฎหมายอาญามีได้ถูกยกเว้นขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่การกระทำความผิดโดย “นิติบุคคล” กล่าวคือ ในช่วงเวลาที่มีการยกเว้นประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใหม่ ประเทศไทยได้ยอมรับว่า

4) ความผิดฐานเจ้าพนักงานการกระทำหรือไม่กระทำอย่างไร โดยเห็นแก่สินบนที่ตนได้เรียกรับไว้ก่อนที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นเจ้าพนักงาน ได้แก่

4.1) ความผิดกรณีที่บุคคลได้รับแต่งตั้งเป็นเจ้าพนักงานทั่วไป ตามมาตรา 150 และ

4.2) ความผิดกรณีที่บุคคลได้รับแต่งตั้งเป็นเจ้าพนักงานในการยุติธรรม ตามมาตรา 202

¹³⁹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 144

¹⁴⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 167

¹⁴¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 119-120.

¹⁴² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ความรับผิดอาญาของนิติบุคคล (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า

นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาได้อย่างชัดเจนแล้ว* แต่ประเทศไทยต้องการบัญญัติกฎหมายอาญาสำหรับบังคับใช้แก่นิติบุคคลโดยเฉพาะตามแนวทางกฎหมายต่างประเทศ¹⁴³ หลักความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลจึงถูกแยกออกไปบัญญัติเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งชื่อว่า “พระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคม และมูลนิธิ พ.ศ. 2499” ส่วนประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบันจึงได้ถูกยกวางขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาเพียงอย่างเดียว¹⁴⁴

ในทางปฏิบัติ ศาลฎีกาไทยวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานในหลายคดีว่า นิติบุคคลอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับความผิดที่กระทำโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญาได้ โดยตีความคำว่า “ผู้ใด” ครอบคลุมถึง “นิติบุคคล” ด้วย เท่าที่สภาพของการกระทำความผิดจะเปิดช่อง¹⁴⁵ นิติบุคคลสามารถกระทำความผิดอาญาได้โดยการแสดงเจตนาของผู้แทนนิติบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กันตามหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70¹⁴⁶ ผู้แทนนิติบุคคลต้องแสดงเจตนาในอำนาจหน้าที่ และในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล อีกทั้งผู้แทนนิติบุคคลต้องกระทำเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลด้วย¹⁴⁷ ซึ่งตามแนวทางนี้ ศาลจะพิพากษาลงโทษเฉพาะเท่าที่ตามสภาพของโทษจะบังคับแก่นิติบุคคลได้เท่านั้น¹⁴⁸ (คำพิพากษาฎีกาที่ 787-788/2506 (ประชุมใหญ่)¹⁴⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 480/2524¹⁵⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 3488/2528¹⁵¹ และคำพิพากษาฎีกาที่ 3446/2537¹⁵²)

2) การกระทำอันเป็นการให้สินบน

การกระทำอันเป็นการให้สินบนแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วนคือ ส่วนการกระทำอันเป็นการให้สินบน กับส่วนขอบเขตของ “สินบน” ดังนี้

* กฎหมายหลายฉบับในสมัยนั้นกำหนดความผิดและโทษสำหรับนิติบุคคลไว้อย่างชัดเจน เช่น การที่ “พระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนและบริษัท ร.ศ. 130” กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ “ส่วนที่ 11 ความผิดอันเกี่ยวแก่ห้างหุ้นส่วน บริษัท สมาคม และมูลนิธิ” ไว้โดยเฉพาะ และการตราพระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคม และมูลนิธิ พ.ศ. 2499 เป็นต้น

¹⁴³ เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย: พระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคม และมูลนิธิ พ.ศ. 2499 (73 ร.จ. 172 ฉบับพิเศษ ตอนที่ 95, 15 พ.ย. 2499) อ้างถึงใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ความรับผิดอาญาของนิติบุคคล, หน้า 62-63.

¹⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61-64.

¹⁴⁵ บัญญัติ สุชีวะ, “ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล,” บทบัญญัติ 33, 1 (2519): 6.

¹⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 70 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดตามคำสั่งของเจ้านักงาน แม้คำสั่งนั้นจะมีขอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่จะรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่ง ซึ่งมีขอบด้วยกฎหมาย”

** ตามแนวคำวินิจฉัยของศาล “ผู้จัดการ” (ฎีกาที่ 185/2487) “กรรมการบริษัท” (ฎีกาที่ 482/2479, 1669/2506, 59/2507 และ 1620/2508) และ “หุ้นส่วนผู้จัดการ” (ฎีกาที่ 787-788/2506) เป็นผู้แทนนิติบุคคลที่จะถือเอาการกระทำและเจตนามาเป็นของนิติบุคคลเพื่อลงโทษนิติบุคคลทางอาญา

¹⁴⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ความรับผิดอาญาของนิติบุคคล, หน้า 79.

¹⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67-68.

¹⁴⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 787-788/2506 (ประชุมใหญ่)

¹⁵⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 480/2524

¹⁵¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 3488/2528

¹⁵² คำพิพากษาฎีกาที่ 3446/2537

2.1) ลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบน

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติถึงการกระทำอันเป็นการให้สินบนไว้ 3 ลักษณะ ได้แก่ (1) การให้ (2) การขอให้ และ (3) การรับว่าจะให้สินบน การกระทำความผิดฐานให้สินบนจึงอาจเกิดขึ้นและสำเร็จลงอย่างสมบูรณ์ได้โดยไม่คำนึงว่า เจ้าพนักงานผู้รับสินบนได้รับหรือตกลงว่าจะรับสินบนแล้วหรือไม่ ส่วนเจ้าพนักงานจะมีความผิดฐานเรียกรับสินบนหรือไม่ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ความผิดของฝ่ายผู้รับสินบนในมาตรา 149 และมาตรา 201 แล้วแต่กรณี อีกส่วนหนึ่ง*

2.2) ขอบเขตของ “สินบน”

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติถึงสิ่งที่คุณกระทำผิดใช้การจูงใจเจ้าพนักงานว่า “ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด”¹⁵³

“ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด” มีขอบเขตครอบคลุมถึง สิ่งใดๆ ก็ตามที่จะเป็นประโยชน์หรือเป็นคุณแก่ฝ่ายผู้รับสินบน โดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สิน¹⁵⁴ เช่น การให้ผ้าตัดชุดจำนวนหนึ่ง (คำพิพากษาฎีกาที่ 238-244/2489)¹⁵⁵ หรือการขายของให้ในราคาต่ำกว่าความเป็นจริงมาก (คำพิพากษาฎีกาที่ 410/2524)¹⁵⁶ เป็นต้น**

อนึ่ง ขอบเขตของ “สินบน” ในประมวลกฎหมายอาญานี้มีข้อน่าสังเกต 2 ประการ ประการแรกประมวลกฎหมายอาญาลับปัจจุบันไม่มีบทนิยามของ “สินบน” เหมือนที่กำหนดไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 6(9) ตามที่กล่าวไปแล้วว่า “สินบน” เป็นคำที่กฎหมายกำหนดบทนิยามขึ้นเพื่อบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินจ้างที่ขัดต่อรัฐประศาสนโยบาย เพราะเป็นการจูงใจให้เจ้าพนักงานให้กระทำการเสื่อมเสียต่องานราชการ¹⁵⁷ แต่เมื่อองค์ประกอบความผิดฐานให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญามีเนื้อหาที่บ่งบอกถึงสภาพของการให้สินบนใน

* แตกต่างจากความผิดฐานให้สินบนตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งความรับผิดของผู้ให้สินบนขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าเจ้าพนักงานดังกล่าวรับสินบนหรือไม่ ทั้งยังพิจารณาถึงตำแหน่งหน้าที่ของเจ้าพนักงานดังกล่าวด้วย ฉะนั้น ความผิดฐานให้และรับสินบนในประมวลกฎหมายอาญาจึงแยกจากกันเป็นเอกเทศ ผู้ให้สินบนจะไม่มี ความผิดฐานสนับสนุนการรับสินบนอีก (คำพิพากษาฎีกาที่ 435/2520) และเป็นเช่นเดียวกันในทางกลับกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 435/2520)

ทั้งนี้ ความผิดฐานให้หรือรับสินบนเป็นความผิดที่จะเกิดขึ้นได้ก็แต่การร่วมมือของบุคคลอื่นโดยสภาพ (Necessary Particulator) เพราะการกระทำความผิดจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำของบุคคลอื่นร่วมอยู่ด้วยเสมอ ซึ่งหากกฎหมายประสงค์ที่จะลงโทษผู้ที่มีส่วนนั้น กฎหมายก็จะบัญญัติโทษไว้โดยเฉพาะด้วย เช่นนี้เมื่อความผิดฐานเจ้าพนักงานรับสินบนตามมาตรา 149 และมาตรา 201 จะเกิดเป็นความผิดขึ้นได้ต้องมีการกระทำของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งคือบุคคลฝ่ายผู้ให้สินบนร่วมอยู่ด้วยเสมอ ซึ่งกฎหมายกำหนดความผิดสำหรับการกระทำของฝ่ายผู้ให้สินบนดังกล่าวไว้เป็นความผิดฐานให้สินบนตามมาตรา 144 และมาตรา 167 อ้างอิงจาก จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 191. และจิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 461-463.

¹⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 229.

¹⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 183.

¹⁵⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 238-244/2489

¹⁵⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 410/2524

** ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายเพิ่มเติมไว้ว่า “ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด” ในความผิดเกี่ยวกับสินบนนี้อาจเป็นเงิน ทรัพย์สินมีค่า หรือประโยชน์ในหน้าที่การงาน การยกบุตรสาวให้แต่งงาน การส่งเสียบุตรหลานเข้าศึกษา การขนะการประมูล หรือการให้สิทธิพิเศษต่างๆ เช่นการเข้าใช้บริการฟรีหรือสิทธิการเข้าชงกีฬา ฯลฯ แต่ไม่รวมถึงการให้ตามอัยยาศัยหรือตามมารยาทในสังคม เช่น การจัดงานเลี้ยงรับรองตามอัยยาศัย หรืออื่นๆ ก็ได้ อ้างอิงจาก จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 191; *ibid.*

¹⁵⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.1.2

ทำนองเดียวกับบทนิยามของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อยู่แล้ว จึงไม่น่าจะต้องกำหนด บทบัญญัตินิยามของ “สินบน” ไว้อีกซ้ำซ้อนอีก อีกประการหนึ่ง คำว่า “สินบน” ในบริบทของความผิด นี้มีความหมายแตกต่างจากคำว่า “สินบน” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ซึ่งถูกใช้อ้างอิงใน ภาษาไทยทั่วไป เพราะสินบนตามความเข้าใจทั่วไปดังกล่าวหมายความรวมถึงการจูงใจให้ผู้นั้นกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าจะการนั้นชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ด้วย¹⁵⁸ ในขณะที่การ ให้สินบนอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญานี้ได้แก่ การจูงใจให้กระทำการอันไม่ชอบด้วย หน้าที่เท่านั้น

3) บุคคลผู้รับสินบน

ผู้รับสินบนต้องมีสถานะเป็น “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญา หรือ ตามที่กฎหมายอื่นกำหนดไว้โดยเฉพาะ¹⁵⁹ ซึ่งอาจจำแนกได้ดังนี้

(1) มาตรา 144 กำหนดความผิดสำหรับการให้สินบนแก่ “เจ้าพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัดหรือสมาชิกสภาเทศบาล” และ

(2) มาตรา 167 กำหนดความผิดสำหรับการให้สินบนแก่ “เจ้าพนักงานใน ตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวน”

ส่วนการให้สินบนแก่ผู้อื่นนอกจากนั้นไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย ส่วนข้อพิจารณา อื่นๆ เกี่ยวกับ “เจ้าพนักงาน” ในกฎหมายไทยอาจสรุปได้ดังนี้

3.1) ในทางกฎหมาย สถานะ “เจ้าพนักงาน” ถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อประโยชน์ในการ ดำเนินกิจการของรัฐเอง กล่าวคือ บุคคลที่เป็น “เจ้าพนักงาน” ตามกฎหมายถือเป็นผู้ที่สามารถใช้ อำนาจรัฐได้ และมีหน้าที่ใช้อำนาจรัฐในตำแหน่งหน้าที่ของตนดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริตให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐและประชาชนส่วนรวม และเป็นทีไว้วางใจแก่ราษฎร ฉะนั้น เพื่อให้ เจ้าพนักงานซึ่งเปรียบเสมือนกลไกการดำเนินกิจการของรัฐปฏิบัติหน้าที่ของตนอย่างถูกต้องชอบ ธรรม รัฐจึงต้องกำหนดความผิดอาญาขึ้นมาเพื่อคุ้มครองและควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดย ราบรื่น แบ่งแยกได้เป็น 2 กลุ่ม¹⁶⁰ ดังนี้

กลุ่มที่ 1 ความผิดอาญาที่มุ่งคุ้มครองมิให้บุคคลอื่นมาล่วงละเมิดต่อการ ปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานรัฐ ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 2 ความผิดเกี่ยวกับการ ปกครอง หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงาน มาตรา 136 ถึงมาตรา 146 และลักษณะ 3 ความผิด เกี่ยวกับการยุติธรรม หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม มาตรา 167 ถึงมาตรา 199 ซึ่ง ในประเด็นเกี่ยวกับสินบน ความผิดกลุ่มนี้มีบัญญัติความผิดสำหรับบุคคลที่ให้สินบน รวมถึงความผิด สำหรับบุคคลผู้กระทำให้เป็นคนกลางเรียกรับเอาสินบน และ

กลุ่มที่ 2 ความผิดอาญาที่มุ่งควบคุมมิให้เจ้าพนักงานรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยมิ ชอบ ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 2 ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ มาตรา 147 ถึงมาตรา 166 และลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการ

¹⁵⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, หน้า 1233.

¹⁵⁹ จิตติ ดิงศักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 119-120.

¹⁶⁰ เรื่องเดียวกัน.

ยุติธรรม หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม มาตรา 200 ถึงมาตรา 205 ซึ่งในประเด็นเกี่ยวกับสินบน ความผิดกลุ่มนี้มีบัญญัติความผิดสำหรับเจ้าพนักงานที่เรียกรับเอาสินบน

จึงเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติใช้คำว่า “เจ้าพนักงาน” ไว้ทั่วไป ในความผิดอาญาหลายฐาน ในบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจลงโทษของศาล มาตรา 9¹⁶¹ รวมถึงสถานะเจ้าพนักงานยังถูกบัญญัติเป็นเหตุที่ทำให้บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้นหรือเบาลงเนื่องจากฐานะของบุคคลด้วย เช่น การฆ่าเจ้าพนักงานโดยเจตนา ตามมาตรา 289(2)¹⁶² หรือการแสดงความเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริตในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่ ตามมาตรา 329(2)¹⁶³ เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายฉบับอื่นยังปรากฏว่ามีการบัญญัติให้บุคคลบางตำแหน่งเป็น “เจ้าพนักงาน” ส่งผลให้บุคคลเช่นว่านั้นได้รับความคุ้มครองหรือถูกควบคุมตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญานี้ด้วย แต่แม้จะเป็นเช่นนั้น ประมวลกฎหมายอาญากลับมิได้กำหนดบทนิยามของคำว่า “เจ้าพนักงาน” ไว้ เพื่อเปิดช่องให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถตีความได้เหมาะสมและยืดหยุ่นตามบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลง¹⁶⁴ และเพราะประมวลกฎหมายอาญามีบทบาทในการกำหนดความผิดและโทษสำหรับการกระทำความผิดไม่พึงประสงค์ของสังคมเท่านั้น มิใช่กฎหมายอันเป็นที่แห่งอำนาจของเจ้าพนักงานนั้นๆ¹⁶⁵ จึงไม่จำเป็นต้องมีบทนิยามของ “เจ้าพนักงาน” ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอีก¹⁶⁶

3.2) ในทางวิชาการและทางปฏิบัติของศาล “เจ้าพนักงาน” ได้แก่ บุคคลซึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็น “เจ้าพนักงาน” และให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการแผ่นดิน โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของผู้นั้น ไม่พิจารณาว่าจะมีตำแหน่งหน้าที่ประจำหรือชั่วคราว หรือได้รับประโยชน์ตอบแทนจากรัฐหรือไม่ รวมถึงกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้มีฐานะเป็นเจ้าพนักงานด้วย¹⁶⁷ สอดคล้องกับที่พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานกำหนดให้คำว่า “เจ้าพนักงาน” หมายถึง “บุคคลซึ่งได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายหรือแต่งตั้งโดยผู้มีอำนาจตามกฎหมายให้ปฏิบัติราชการหรือใช้อำนาจรัฐ”¹⁶⁸

จึงอาจกล่าวได้ว่า “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญาจำเป็นต้องได้รับแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงานด้วย โดยอาจเป็นกรณีมีกฎหมายกำหนดสถานะให้เป็นเจ้าพนักงาน

¹⁶¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 9 บัญญัติว่า

“เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 147 ถึงมาตรา 166 และมาตรา 200 ถึงมาตรา 205 นอกพระราชอาณาจักรจะต้องรับโทษในราชอาณาจักร”

¹⁶² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 289(2) บัญญัติว่า

“ผู้ใด... (2) ฆ่าเจ้าพนักงานซึ่งกระทำตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่จะกระทำ หรือได้กระทำตามหน้าที่... ต้องระวางโทษประหารชีวิต”

¹⁶³ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 329(2) บัญญัติว่า

“ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต... (2) ในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่... ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”

¹⁶⁴ รุ่งรัตน์ ทับทิมทอง, “ความเป็นเจ้าพนักงานในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ” (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 12.

¹⁶⁵ เรื่องเดียวกัน.

¹⁶⁶ เรื่องเดียวกัน.

¹⁶⁷ จิตติ ดิงศักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 65-91.

¹⁶⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, หน้า 336.

โดยเฉพาะ หรือการแต่งตั้งให้บุคคลเป็นเจ้าของพนักงานตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดก็ได้ ดังนี้

3.2.1) กรณีเจ้าพนักงานโดยกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ

กรณีเจ้าพนักงานโดยกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ได้แก่ กรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้บุคคลมีสถานะเป็น “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น กรณีพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 35 กำหนดให้ภิกษุซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในการปกครองคณะสงฆ์และไวยาวัจกรเป็นเจ้าพนักงานตามความในประมวลกฎหมายอาญา หรือพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 26 กำหนดให้ ผู้พิพากษาสมทบเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการตามประมวลกฎหมายอาญา¹⁶⁹ เป็นต้น

3.2.2) กรณีเจ้าพนักงานโดยการแต่งตั้งตามกฎหมาย

กรณีเจ้าพนักงานโดยการแต่งตั้งตามกฎหมาย ได้แก่ กรณีที่บุคคลได้รับแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงานอย่างถูกต้องตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด และเป็นการแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการแผ่นดินในตำแหน่งหน้าที่ต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายเฉพาะ¹⁷⁰ การแต่งตั้งบุคคลให้เป็นเจ้าพนักงานโดยไม่มีอำนาจหรือไม่ถูกต้องตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไม่ทำให้บุคคลมีฐานะเป็นเจ้าพนักงาน เช่น กรณีที่เจ้าพนักงานเรียกให้บุคคลอื่นมาช่วยราชการโดยที่ตนไม่มีกฎหมายมอบอำนาจให้สามารถแต่งตั้งเจ้าพนักงานได้ ผู้ที่มาช่วยราชการนั้นไม่มีฐานะเป็น “เจ้าพนักงาน” เป็นต้น¹⁷¹

3.3) เจ้าพนักงานจะได้รับความคุ้มครองหรือถูกควบคุมตามกฎหมาย เมื่ออยู่ในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ราชการแผ่นดินตามอำนาจหน้าที่เท่านั้น หากเจ้าพนักงานกระทำนอกอำนาจหน้าที่ หรือเข้าไปช่วยงานเป็นการส่วนตัว หรือเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานใช้อำนาจหน้าที่ตามอำเภอใจ ฯลฯ บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองหรือถูกควบคุมตามกฎหมายในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงาน¹⁷² ทั้งนี้ บุคคลจะกระทำความผิดฐานให้สินบนเจ้าพนักงานหรือไม่ ต้องพิจารณาสภาพของ

* ในระยะแรกที่มีการประกาศบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา ศาลฎีกาไทยตีความว่า บุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ราชการแผ่นดินมีสถานะเป็น “เจ้าพนักงาน” และอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องมีการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงาน ดังเช่นที่ศาลฎีกาเคยพิพากษาลงโทษจำเลยที่ฆาตกรซึ่งได้ช่วยกำนันผู้ใหญ่บ้านจับผู้ร้ายในความผิดฐานฆ่าเจ้าพนักงานตามมาตรา 289(2) โดยให้เหตุผลว่า “เพราะผู้ตายได้กระทำการในหน้าที่เจ้าพนักงานตามกฎหมาย” (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 265/2467) ทั้งนี้ ในขณะนั้น ประมวลกฎหมายอาญายังมิได้กำหนดเหตุฉกรรจ์สำหรับการฆ่า “ผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงานในการที่เจ้าพนักงานนั้นกระทำตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่บุคคลนั้นจะช่วยหรือได้ช่วยเจ้าพนักงาน” ไว้โดยเฉพาะตามมาตรา 289(3) ต่อมาศาลฎีกาวางหลักเพิ่มเติมว่าบุคคลผู้มีสถานะเป็น “เจ้าพนักงาน” ต้องได้รับแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงานและปฏิบัติหน้าที่ราชการตามกฎหมายด้วย อ้างอิงจาก จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 65.

¹⁶⁹ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553, มาตรา 26 บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาสมทบเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการตามประมวลกฎหมายอาญา”

¹⁷⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 83-91.

¹⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 65.

¹⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 109-119.

อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงาน และบุคคลนั้นได้ให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้สินบนเพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการ ไม่กระทำการหรือประวิงการอันมิชอบด้วยหน้าที่นั้นๆ และแม้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานอาจใช้ดุลพินิจ หากเจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจตามอำนาจหน้าที่ของตนโดยมิชอบก็ถือเป็นการอันมิชอบด้วยหน้าที่ด้วยเช่นกัน¹⁷³

กฎหมายอาญามีได้กำหนดขอบเขตของ “งานราชการ” ไว้อย่างชัดเจนจึงมีปัญหว่า “หน้าที่ราชการ” นั้นมีขอบเขตเพียงใด ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน คำว่า “ราชการ” หมายถึง “การงานของรัฐบาลหรือของพระเจ้าแผ่นดิน”¹⁷⁴ สอดคล้องกับที่ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายว่า “งานราชการ” ได้แก่ กิจการต่างๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือประชาชน ส่วนหน้าที่ราชการต่างๆ ก็สามารถพิจารณาได้จากกิจการที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรม¹⁷⁵ และศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายไว้ว่า งานราชการแผ่นดินต้องมีขอบเขตกำหนดตามกฎหมาย โดยอาจเป็นกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายเฉพาะ¹⁷⁶ งานราชการทั่วไปต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ตามสภาพของหน่วยงานราชการที่มีอำนาจตามกฎหมาย¹⁷⁷ ส่วนงานราชการตามกฎหมายเฉพาะต้องพิจารณาจากกิจการบางอย่างที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ นอกเหนือไปจากงานราชการทั่วไป เช่น เจ้าพนักงานที่มีหน้าที่เก็บรักษาเงินหลวง ถือเป็นหน้าที่ราชการทั่วไป แต่หากกฎหมายต้องการให้เจ้าพนักงานมีหน้าที่เรียกเก็บเงินจากประชาชนด้วย ย่อมต้องมีกฎหมายกำหนดมอบอำนาจให้เจ้าพนักงานมีหน้าที่ดังกล่าวไว้โดยเฉพาะด้วย¹⁷⁸

3.4) “เจ้าพนักงาน” เป็นสถานะเฉพาะตัวของผู้ที่ได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายเท่านั้น จึงไม่รวมถึงผู้เข้าช่วยเจ้าพนักงานโดยมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือโดยถูกเจ้าพนักงานเรียกให้ช่วยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(3) บุคคลผู้ถูกเรียกเข้ามาให้ช่วยปฏิบัติราชการตามที่กฎหมายกำหนด¹⁷⁹ หรือลูกจ้างของรัฐซึ่งมีความสัมพันธ์กับรัฐตามสัญญาจ้างแรงงาน¹⁸⁰ แต่บุคคลเหล่านี้อาจมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานด้วยได้หากได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายอย่างเฉพาะเจาะจง เช่น กรณีรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ลูกจ้างเป็นเจ้าพนักงานตามที่มีกฎหมายให้อำนาจ หรือนายอำเภอแต่งตั้งให้ปลัดอำเภอออกบัตรประชาชนแทน (คำพิพากษาฎีกาที่ 310/2530)¹⁸¹ เป็นต้น

3.5) “เจ้าพนักงาน” ได้แก่ ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ราชการตามกฎหมายโดยไม่แบ่งแยกว่าเป็นเจ้าพนักงานในฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ ไม่จำกัดว่าจะเป็นข้าราชการประจำ

¹⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 190-191.

¹⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 994.

¹⁷⁵ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, หน้า 50.

¹⁷⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 83.

¹⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

¹⁷⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 89.

¹⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 78.

¹⁸⁰ เรื่องเดียวกัน.

¹⁸¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 310/2530

ข้าราชการการเมือง เช่น รัฐมนตรี ฯลฯ หรือข้าราชการตุลาการ เช่น ผู้พิพากษา เป็นต้น ดังเช่นที่ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 9 กำหนดให้ เจ้าพนักงานไทยที่กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายไทย โดยไม่แบ่งแยกฝ่าย ตำแหน่ง หรืออำนาจหน้าที่ใดๆ¹⁸² แต่ไม่รวมถึง ตำแหน่งหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เช่น สมาชิกรัฐสภาซึ่งได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กับสมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาจังหวัด สมาชิกสภาเทศบาล พนักงานอัยการ หรือพนักงานสอบสวน เพราะกฎหมายบัญญัติตำแหน่งหน้าที่เหล่านี้ไว้แยกออกจากคำว่า “เจ้าพนักงาน” ดังที่ปรากฏใน เนื้อหาความผิดมาตรา 143 มาตรา 144 มาตรา 146 และมาตรา 149 เป็นต้น*

3.6) ในประมวลกฎหมายอาญา “เจ้าพนักงาน” หมายถึง เจ้าพนักงานที่ได้รับ แต่งตั้งโดยทางการของรัฐไทยให้ปฏิบัติราชการไทย โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของผู้ได้รับแต่งตั้ง โดยมี เหตุผลต่างๆ ต่อไปนี้

3.6.1) เมื่อพิจารณาแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐ “รัฐสมัยใหม่” (Modern State) ต้องมีองค์ประกอบ 4 ประการ ได้แก่ ดินแดน ประชากร รัฐบาล และอำนาจอธิปไตย¹⁸³ “อำนาจอธิปไตย” (Sovereignty) เป็นอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดในการปกครองรัฐซึ่งแสดงออกผ่านทาง รัฐธรรมนูญ¹⁸⁴ รัฐที่มีอำนาจอธิปไตยแสดงออกถึงการเป็นรัฐอิสระที่มีความเท่าเทียมกับรัฐอื่นๆ ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁸⁵ ทั้งนี้ ตามทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) อำนาจอธิปไตยอาจแบ่งแยกได้ 3 ส่วน ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ¹⁸⁶ และอำนาจอธิปไตยนี้เองเป็นที่มาของบรรดากฎหมายของรัฐ¹⁸⁷ เช่น กฎหมายอันเป็นฐานแห่ง สถานะและอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงาน และกฎหมายอาญาซึ่งควบคุมหรือคุ้มครองให้การปฏิบัติ หน้าที่ราชการเป็นไปอย่างถูกต้องชอบธรรมภายในกรอบของกฎหมาย^{188**} ฉะนั้น แม้กฎหมายจะมีได้ บัญญัติระบุไว้ว่าเป็นเจ้าพนักงานไทยอย่างชัดแจ้ง แต่ “เจ้าพนักงาน” ในประมวลกฎหมายอาญาก็ ต้องหมายถึงเจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยเท่านั้น ไม่รวมถึงเจ้าพนักงานตามกฎหมายของรัฐอื่น***

¹⁸² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 9

* ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัยเคย อธิบายไว้ว่า เนื่องจาก “เจ้าพนักงาน” ตามกฎหมายต้องได้รับแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ ราชการซึ่งมีความหมายถึงหน้าที่เกี่ยวกับบริหารราชการแผ่นดินเท่านั้น จึงน่าจะเกิดว่า “เจ้าพนักงาน” มีขอบเขตจำกัดเพียงตำแหน่ง หน้าที่ทางฝ่ายบริหารเท่านั้น ไม่รวมถึงผู้ที่มีตำแหน่งในทางนิติบัญญัติหรือตุลาการ ดังนั้น หากกฎหมายจะบัญญัติให้ครอบคลุมถึงบุคคลที่ มีตำแหน่งเหล่านั้นจึงต้องบัญญัติระบุไว้โดยเฉพาะเหมือนในมาตรา 144 นี้ด้วย เป็นต้น อ้างอิงจาก หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมาย ลักษณะอาญา ร.ศ. 127, หน้า 253-254.

¹⁸³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 183-201.

¹⁸⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 81.

¹⁸⁵ เรื่องเดียวกัน.

¹⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 98.

¹⁸⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 292-293.

¹⁸⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 81.

** ปรัชญาอันเป็นหัวใจของกฎหมายมหาชน คือ “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ซึ่งหมายความว่า การกระทำขององค์กรฝ่าย ปกครองที่แสดงออกโดยเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีกฎหมายให้อำนาจให้กระทำได้ อ้างอิงจาก นันทวัฒน์ บร มานันท์, กฎหมายปกครอง, หน้า 293.

*** ในประมวลกฎหมายอาญามีเพียงบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลตามมาตรา 9 เท่านั้นที่ ระบุถึง “เจ้าพนักงานไทย” แต่ไม่มีบัญญัติลักษณะนี้ไว้ในส่วนอื่นอีก แต่ก็เข้าใจได้ว่า “เจ้าพนักงาน” ในส่วนอื่นเหล่านั้นหมายถึงเจ้า พนักงานของรัฐไทยเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9

3.6.2) ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงานไว้เพื่อ “คุ้มครอง” และ “ควบคุม” ความบริสุทธิ์ยุติธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าพนักงาน ซึ่งหน้าที่ราชการดังกล่าวต้องมีกฎหมายไทยกำหนดไว้โดยทั่วไปหรือโดยเฉพาะ ความผิดฐานให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 นั้นจึงย่อมถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองมิให้การปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าพนักงานไทยเท่านั้น¹⁸⁹ หากกฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองแก่ “เจ้าพนักงาน” หรือบุคคลที่ใช้อำนาจของรัฐอื่น ก็ต้องบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เช่น กรณีความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือประทุษร้ายต่อราชาธิบดี ราชาินี ราชมารดา รัชทายาทหรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศซึ่งมีสัมพันธไมตรี ตามมาตรา 130 หรือความผิดเกี่ยวกับการปลอมหรือการแปลงเงินตราของรัฐบาลต่างประเทศตามมาตรา 247 เป็นต้น¹⁹⁰ และ

3.6.3) ประเทศไทยยกเว้นและตราประมวลกฎหมายอาญาออกใช้เมื่อปี พ.ศ. 2500 ก่อนเกิดแนวคิดต่อต้านการให้สินบนในต่างประเทศ (Foreign Bribery) ขึ้นในสหรัฐอเมริกาอย่างเด่นชัดเมื่อปี พ.ศ. 2520 (ค.ศ. 1977) ซึ่งในขณะนั้นคนไทยยังไม่สามารถออกไปประกอบธุรกิจแข่งขันในต่างประเทศได้มากเหมือนในปัจจุบัน จึงเป็นเหตุผลอีกประการหนึ่งที่สนับสนุนว่า ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานในประมวลกฎหมายอาญาเป็นไปตามแนวคิดการให้สินบนแบบดั้งเดิม และ “เจ้าพนักงาน” ในประมวลกฎหมายอาญาหมายถึงเฉพาะเจ้าพนักงานไทย

ด้วยข้อจำกัดขอบเขตของเจ้าพนักงานนี้ ประเทศไทยจึงไม่สามารถบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 หรือมาตรา 167 ลงโทษการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศได้¹⁹¹ ตามหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2¹⁹² ดังเช่นที่ศาลฎีกาไทยเคยวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 700/2490 ว่า ทหารขององค์การสหประชาชาติที่อยู่ในประเทศไทยไม่ใช่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 700/2490)¹⁹³

(ข) องค์ประกอบภายใน

4) เจตนาธรรมดา

เจตนาธรรมดา หมายถึง “เจตนา” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 กล่าวคือ ผู้ให้สินบนต้องมีการกระทำโดยรู้สำนึก มีเจตนาประสงค์ต่อผล และต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย นอกจากนี้ ในกรณีที่การกระทำความผิดฐานให้สินบนเกิดขึ้นโดยเจตนาของผู้กระทำความผิดโดยสมบูรณ์ เช่น เพราะถูกขู่เข็ญหรือถูกบังคับให้กระทำ กฎหมายก็อนุญาตให้ผู้กระทำความผิดอ้าง “เหตุจำเป็น” เพื่อยกเว้นโทษหรือลดโทษได้ตามหลักทั่วไป¹⁹⁴

¹⁸⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1*, หน้า 59.

¹⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 64.

¹⁹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 189-190.

¹⁹² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 2

¹⁹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 700/2490

¹⁹⁴ ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556),

5) เจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจเจ้าพนักงาน

เจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจให้กระทำ ไม่กระทำ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่

กรณีนี้ผู้ให้สินบนต้องรู้ว่าเจ้าพนักงานมีอำนาจหน้าที่ราชการใด และตนให้สินบนไปโดยประสงค์ให้เจ้าพนักงานดังกล่าวกระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำการอันมิชอบด้วยอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานนั้น เช่น พลตำรวจมีหน้าที่ควบคุมมิให้ใครเข้ามาเสียมสอนผู้ต้องขัง หากผู้ใดไปให้เงินพลตำรวจเพื่อนำค่าเสียมสอนไปให้แก่ผู้ต้องขัง ผู้นั้นย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 เพราะเป็นการให้สินบนให้เจ้าพนักงานปฏิบัติการอันมิชอบด้วยหน้าที่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 248/2485)¹⁹⁵ เป็นต้น

ส่วนการให้เงินหรือประโยชน์อย่างใดเพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ ถือเป็นกรกระทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่การปฏิบัติการหน้าที่ราชการ ที่อาจเรียกว่า “ค่าหยอดน้ำมัน” ก็ไม่มีความผิดฐานนี้ เช่น การให้เงินเพื่อให้เจ้าพนักงานตำรวจช่วยไปเบิกความเป็นพยานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล เพราะการเบิกความต่อศาลไม่ใช่งานราชการของตำรวจ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1674/2520)^{196*} หรือการให้เงินตำรวจเพื่อให้ไปจับผู้ร้ายตามหน้าที่¹⁹⁷ เป็นต้น แต่เจ้าพนักงานผู้รับสินบนจะมีความผิดตามกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาไปอีกส่วนหนึ่ง**

2.2.2.2 บทลงโทษสำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐในประมวลกฎหมายอาญา

- 1) กรณีมาตรา 144 การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่ทั่วไป สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัดหรือสมาชิกสภาเทศบาล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
- 2) กรณีการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี และปรับไม่เกิน 14,000 บาท เท่านั้น***

¹⁹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 248/2485

¹⁹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1674/2520

* ปัญหาว่าการอันมิชอบด้วยหน้าที่คืออย่างไรต้องพิจารณาก่อนว่า เจ้าพนักงานผู้รับสินบนเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอย่างใดและผู้ให้สินบนประสงค์ให้เจ้าพนักงานกระทำการอย่างใดประกอบกัน เช่น ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่าการให้สินบนเพื่อให้เจ้าพนักงานตำรวจไปเบิกความเท็จในศาลจึงไม่มีความผิดตามมาตรา 144 เพราะการเบิกความให้ตรงตามความจริงมิใช่การกระทำในหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1262/2547)

¹⁹⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 190-191.

** ตามที่กล่าวไปแล้วว่า ความผิดฐานให้หรือรับสินบนจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีความร่วมมือของบุคคลอื่นโดยสภาพ และกฎหมายประสงค์ที่จะลงโทษผู้ให้สินบนที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานอย่างจำกัด เฉพาะการจูงใจให้เจ้าพนักงานให้กระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่เท่านั้น ในขณะที่เจ้าพนักงานผู้รับสินบนต้องมีความผิดทางอาญาได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าได้รับสินบนมาเพื่อปฏิบัติการอันมิชอบด้วยหน้าที่หรือไม่ อ้างอิงจาก จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 461-463.

*** เมื่อเปรียบเทียบกับความผิดฐานเจ้าพนักงานเรียกรับสินบนตามมาตรา 149 หรือมาตรา 201 กฎหมายไทยลงโทษเจ้าพนักงานที่ฝ่ายรับหรือเรียกรับเอาสินบนหนักกว่าอย่างมาก อันเนื่องมาจากที่ขณะคดีดั้งเดิมว่า การที่เจ้าพนักงานเป็นบุคคลที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย เจ้าพนักงานมีหน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการอย่างสุจริตด้วย ฉะนั้น เมื่อเจ้าพนักงานดังกล่าวเรียกรับเอาสินบนจึงเป็น

ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดบทลงโทษสำหรับการให้สินบนตามมาตรา 167 ไว้รุนแรงกว่า การให้สินบนตามมาตรา 144 เพราะมีแนวคิดว่าการให้สินบนเช่นนั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคม โดยรวมร้ายแรงกว่ากรณีอื่น¹⁹⁸

นอกจากนี้ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษริบทรัพย์สินตามที่ประมวลกฎหมาย อาญากำหนดไว้ในหลักทั่วไป ศาลต้องมีคำสั่งให้ริบบรรดาทรัพย์สินที่บุคคลทำหรือมีไว้เป็นความผิด ตามกฎหมายทั้งหมดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 32¹⁹⁹ มีดุลพินิจสั่งริบทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้ ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินที่บุคคลได้รับมาโดยการกระทำความผิด ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33²⁰⁰ ตลอดจนมีอำนาจริบทรัพย์สินทั้งหมดซึ่งบุคคลได้ให้เป็น “สินบน” อันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 143 มาตรา 144 มาตรา 149 มาตรา 150 มาตรา 167 มาตรา 201 หรือมาตรา 202 แม้โดยสภาพของทรัพย์สินที่ได้ให้เป็นสินบนดังกล่าวจะได้ ใช้ในการกระทำความผิดอยู่แล้วตามมาตรา 34(1)²⁰¹ แต่ไม่สามารถติดตามไปริบทรัพย์สินใหม่ที่ได้อัน มาแทนทรัพย์สินซึ่งอาจถูกริบและถูกจำหน่าย จ่าย โอน ไปแล้วได้

2.2.2.3 เขตอำนาจศาลลงโทษของศาลเกี่ยวกับความผิดฐานให้สินบนใน ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติหลักทั่วไปว่าด้วยเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือ การกระทำความผิดฐานต่างๆ ณ ที่ใดๆ ซึ่งบังคับใช้แก่การกระทำความผิดฐานให้สินบนตามมาตรา 144 และมาตรา 167 ด้วยตามหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

ทั้งการละเมิดต่อความเชื่อมั่นของสาธารณะ (Breach of Trust) โดยใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ (Abuse of Power) ด้วยในขณะเดียวกัน อ้างอิงจาก ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, p. 43.

¹⁹⁸ รุ่งรัตน์ ทับทิมทอง, "ความเป็นเจ้าพนักงานในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ," หน้า 40.

¹⁹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 32 บัญญัติว่า

“ทรัพย์สินใดที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่า ผู้ใดทำหรือมีไว้เป็นความผิด ให้ริบเสียทั้งสิ้น ไม่ว่าเป็นของผู้กระทำความผิด และมีผู้ถูก ลงโทษตามคำพิพากษาหรือไม่”

²⁰⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 33 บัญญัติว่า

“ในการริบทรัพย์สิน นอกจากศาลจะมีอำนาจริบตามกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ริบทรัพย์สิน ดังต่อไปนี้ด้วย คือ

(1) ทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้ใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือ

(2) ทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้มาโดยได้กระทำความผิด

เว้นแต่ทรัพย์สินเหล่านี้เป็นทรัพย์สินของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิด”

²⁰¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 34 บัญญัติว่า

“บรรดาทรัพย์สิน

(1) ซึ่งได้ให้ตามความใน มาตรา 143 มาตรา 144 มาตรา 149 มาตรา 150 มาตรา 167 มาตรา 201 หรือ มาตรา 202 หรือ

(2) ซึ่งได้ให้เพื่อจูงใจบุคคลให้กระทำความผิดหรือเพื่อเป็นรางวัลในการที่บุคคลได้กระทำความผิด

ให้ริบเสียทั้งสิ้น เว้นแต่ทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิด”

1) กรณีการกระทำความผิดในราชอาณาจักร

ศาลไทยมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 ในราชอาณาจักรตามหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

1.1) ศาลไทยมีเขตอำนาจลงโทษแก่การกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐในราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคหนึ่ง²⁰² รวมถึงการให้สินบนที่เกิดขึ้นในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง²⁰³

1.2) ศาลไทยมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐที่มีการกระทำส่วนหนึ่งส่วนใดเกิดขึ้นในราชอาณาจักร หรือผลของการกระทำเกิดขึ้นในราชอาณาจักร โดยผู้กระทำความผิดประสงค์ให้ผลนั้นเกิดในราชอาณาจักร หรือโดยลักษณะแห่งการกระทำ ผลที่เกิดขึ้นควรเกิดในราชอาณาจักร หรือย่อมจะเล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดในราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 5 วรรคหนึ่ง²⁰⁴ รวมตลอดถึงการพยายามกระทำความผิดดังกล่าวนอกราชอาณาจักร หากการกระทำนั้นจะได้กระทำตลอดไปจนถึงขั้นความผิดสำเร็จ ผลจะเกิดขึ้นในราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 5 วรรคสอง²⁰⁵

1.3) ศาลไทยมีเขตลงโทษบุคคลผู้กระทำเป็นตัวการ ผู้สนับสนุน หรือผู้ใช้ให้กระทำความผิดฐานให้สินบนดังกล่าวนอกราชอาณาจักรได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 6²⁰⁶

2) กรณีการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร

ประมวลกฎหมายอาญากำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดนอกดินแดนไว้ในมาตรา 7 ถึงมาตรา 9 แต่ศาลไทยกลับไม่มีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 นอกราชอาณาจักรด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

²⁰² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดในราชอาณาจักร ต้องรับโทษตามกฎหมาย”

²⁰³ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า

“การกระทำความผิดในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ให้ถือว่ากระทำความผิดในราชอาณาจักร”

²⁰⁴ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 5 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“ความผิดใดที่การกระทำแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดได้กระทำในราชอาณาจักรก็ดี ผลแห่งการกระทำเกิดในราชอาณาจักรโดยผู้กระทำประสงค์ให้ผลนั้นเกิดในราชอาณาจักร หรือโดยลักษณะแห่งการกระทำ ผลที่เกิดขึ้นควรเกิดในราชอาณาจักรหรือย่อมจะเล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดในราชอาณาจักรก็ดี ให้ถือว่าความผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักร”

²⁰⁵ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 5 วรรคสอง บัญญัติว่า

“ในกรณีการเตรียมการ หรือพยายามกระทำความผิดซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แม้การกระทำนั้นจะได้กระทำนอกราชอาณาจักร ถ้าหากการกระทำนั้นจะได้กระทำตลอดไปจนถึงขั้นความผิดสำเร็จ ผลจะเกิดขึ้นในราชอาณาจักร ให้ถือว่า การเตรียมการหรือพยายามกระทำความผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักร”

²⁰⁶ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 6 บัญญัติว่า

“ความผิดใดที่ได้กระทำในราชอาณาจักรหรือที่ประมวลกฎหมายนี้ถือว่าได้กระทำในราชอาณาจักร แม้การกระทำของผู้เป็นตัวการด้วยกัน ของผู้สนับสนุน หรือของผู้ใช้ให้กระทำความผิดนั้นจะได้กระทำนอกราชอาณาจักร ก็ให้ถือว่าตัวการ ผู้สนับสนุน หรือผู้ใช้ให้กระทำได้กระทำในราชอาณาจักร”

2.1) กรณีมาตรา 7 ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 ไม่ใช่ฐานความผิดที่ศาลไทยจะมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยหลักอำนาจลงโทษสากล (Universal Jurisdiction) หรือหลักการป้องกัน (Preventive Jurisdiction) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7 ซึ่งศาลมีอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดบางฐานที่ระบุไว้ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญชาติของผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหาย หรือสถานที่ที่การกระทำความผิดเกิดขึ้น²⁰⁷

2.2) กรณีมาตรา 8 ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 ไม่เป็นความผิดที่ศาลไทยจะมีอำนาจลงโทษได้เมื่อมีการร้องขอและมีผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายเป็นคนไทย โดยอาศัยหลักสัญชาติ (Nationality Jurisdiction) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8²⁰⁸ และ

²⁰⁷ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 7 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดดังระบุไว้ต่อไปน้นอกราชอาณาจักรจะต้องรับโทษในราชอาณาจักร คือ

(1) ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 107 ถึงมาตรา 129

(1/1) ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 135/1 มาตรา 135/2 มาตรา 135/3 และมาตรา 135/4

(2) ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและแปลง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 240 ถึงมาตรา 249 มาตรา 254 มาตรา 256 มาตรา 257

และมาตรา 266(3) และ (4)

(2 ทวิ) ความผิดเกี่ยวกับเพศตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 282 และมาตรา 283

(3) ความผิดฐานชิงทรัพย์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 339 และความผิดฐานปล้นทรัพย์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 340 ซึ่งได้กระทำในทะเลหลวง”

²⁰⁸ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 8 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร และ

(ก) ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนไทย และรัฐบาลแห่งประเทศที่ความผิดได้เกิดขึ้นหรือผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ หรือ

(ข) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และรัฐบาลไทยหรือคนไทยเป็นผู้เสียหาย และผู้เสียหายร้องขอให้ลงโทษ

ถ้าความผิดนั้นเป็นความผิดดังระบุไว้ต่อไปนี้จะต้องรับโทษภายในราชอาณาจักรคือ

(1) ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 217 มาตรา 218 มาตรา 221 ถึงมาตรา 223 ทั้งนี้เว้นแต่กรณีเกี่ยวกับมาตรา 220 วรรคแรก และมาตรา 224 มาตรา 226 มาตรา 228 ถึงมาตรา 232 มาตรา 237 และมาตรา 233 ถึงมาตรา 236 ทั้งนี้เฉพาะเมื่อเป็นกรณีต้องระวางโทษตามมาตรา 238

(2) ความผิดเกี่ยวกับเอกสาร ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 264 มาตรา 265 มาตรา 266(1) และ (2) มาตรา 268 ทั้งนี้เว้นแต่กรณีเกี่ยวกับมาตรา 267 และมาตรา 269

(2/1) ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 269/1 ถึงมาตรา 269/7

(2/2) ความผิดเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 269/8 ถึงมาตรา 269/15

(3) ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 280 และมาตรา 285 ทั้งนี้เฉพาะที่เกี่ยวกับมาตรา 276

(4) ความผิดเกี่ยวกับชีวิต ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 288 ถึงมาตรา 290

(5) ความผิดเกี่ยวกับร่างกาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 295 ถึงมาตรา 298

(6) ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนเจ็บหรือคนชรา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 306 ถึงมาตรา 308

(7) ความผิดต่อเสรีภาพ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 309 มาตรา 310 มาตรา 312 ถึงมาตรา 315 และมาตรา 317 ถึงมาตรา

320

(8) ความผิดฐานลักทรัพย์และวิ่งราวทรัพย์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336

(9) ความผิดฐานกรงขอกทรัพย์ ริดเอาทรัพย์ ชิงทรัพย์ และปล้นทรัพย์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 337 ถึงมาตรา 340

(10) ความผิดฐานฉ้อโกง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 341 ถึงมาตรา 344 มาตรา 346 และมาตรา 347

(11) ความผิดฐานยักยอก ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 352 ถึงมาตรา 354

(12) ความผิดฐานรับของโจร ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 357

(13) ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 358 ถึงมาตรา 360”

2.3) กรณีมาตรา 9 เขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เจ้าพนักงานไทยกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 9²⁰⁹ ซึ่งไม่นำมาปรับใช้แก่ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามมาตรา 144 และมาตรา 167 ที่บุคคลทั่วไปกระทำต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม มิใช่กรณีเจ้าพนักงานกระทำความผิดในต่างประเทศ

3) การคำนึงถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 หรือมาตรา 167 เป็นการให้สินบนแบบดั้งเดิมของประเทศไทย แต่เป็นการให้สินบนในต่างประเทศ (Foreign Bribery) ตามกฎหมายของประเทศอื่น การคำนึงถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในกรณีนี้จึงได้แก่ การที่ศาลต่างประเทศได้พิพากษาลงโทษบุคคลในความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศตามกฎหมายของประเทศนั้นๆ ในกรณีเช่นนี้ ศาลไทยจะมีเขตอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวซ้ำอีกหรือไม่ เพียงใด เป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

3.1) กรณีการกระทำความผิดตามมาตรา 144 หรือมาตรา 167 ในราชอาณาจักรหรือที่ถือว่ากระทำลงในราชอาณาจักรไทย และผู้กระทำความผิดได้รับโทษสำหรับการกระทำอันเดียวกันในต่างประเทศมาแล้ว ศาลไทยมีเขตอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวได้อีกเสมอ เว้นแต่ผู้กระทำความผิดนั้นได้ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลต่างประเทศโดยรัฐบาลไทยร้องขอ และศาลต่างประเทศนั้นได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้กระทำความผิด หรือให้ลงโทษผู้กระทำความผิดและมีการบังคับโทษจนครบถ้วนแล้วตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 11²¹⁰

3.2) แต่กรณีการกระทำความผิดตามมาตรา 144 หรือมาตรา 167 นอกราชอาณาจักร เมื่อศาลไทยไม่มีเขตอำนาจลงโทษบุคคลผู้ให้สินบนตามมาตรา 144 หรือมาตรา 167 โดยอาศัยอำนาจแห่งมาตรา 7(2) และ (3) มาตรา 8 และมาตรา 9 แล้วดังที่กล่าวไปข้างต้น ศาลไทยจึงไม่มีเขตอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวซ้ำได้อีก เพราะไม่ครบเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 10²¹¹

²⁰⁹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 9

²¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 11 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดในราชอาณาจักร หรือกระทำความผิดที่ประมวลกฎหมายนี้ถือว่าได้กระทำในราชอาณาจักร ถ้าผู้นั้นได้รับโทษสำหรับการกระทำนั้นตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศมาแล้วทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดในราชอาณาจักร หรือกระทำความผิด ที่ประมวลกฎหมายนี้ถือว่าได้กระทำในราชอาณาจักรได้ถูกฟ้องต่อศาลในต่างประเทศโดยรัฐบาลไทยร้องขอ ห้ามมิให้ลงโทษผู้นั้นในราชอาณาจักรเพราะการกระทำนั้นอีก ถ้า

(1) ได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้นหรือ

(2) ศาลในต่างประเทศพิพากษาให้ลงโทษ และผู้นั้นได้พ้นโทษแล้ว”

²¹¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 10 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำการนอกราชอาณาจักรซึ่งเป็นความผิดตามมาตราต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในมาตรา 7 (2) และ (3) มาตรา 8 และ มาตรา 9 ห้ามมิให้ลงโทษผู้นั้นในราชอาณาจักรเพราะการกระทำนั้นอีกถ้า

(1) ได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้น หรือ

(2) ศาลในต่างประเทศพิพากษาให้ลงโทษ และผู้นั้นได้พ้นโทษแล้วถ้าผู้ต้องคำพิพากษาได้รับโทษสำหรับการกระทำนั้น

จากการพิจารณาหัวข้อที่ 2.2 เห็นได้ว่า ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 สืบทอดแนวความคิดและสาระสำคัญของ เนื้อหาของความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมมาจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งอาจใช้บังคับ ได้แก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยเท่านั้นเช่นเดิม รัฐบาลไทยจึงไม่มีเครื่องมือทาง กฎหมายใดๆ ที่จะบังคับใช้แก่การให้สินบนแก่บุคคลอื่นซึ่งมิใช่เจ้าพนักงานรัฐไทยได้เลย โดยเฉพาะ การให้สินบนที่เกิดขึ้นในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่ต้องเกี่ยวข้องกับ “เจ้าพนักงานของรัฐ ต่างชาติ” หรือ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” หรือหากต่อมาประเทศไทยได้แก้ไข เพิ่มเติมให้ความผิดตามมาตรา 144 หรือมาตรา 167 สามารถบังคับใช้แก่การให้สินบนดังกล่าวแล้ว ข้อจำกัดเกี่ยวกับบทลงโทษทางอาญา และเขตอำนาจลงโทษของศาลที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ก็อาจทำให้รัฐบาลไทยไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายอาญาป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าว ได้อย่างเหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติขึ้นสำหรับบังคับใช้แก่ กรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลโดยเฉพาะ และศาลไทยไม่มีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิด นอกอาชญากรรมอย่างกว้างขวาง ในขณะที่การให้สินบนรูปแบบใหม่มักเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลและ มักเกิดขึ้นในต่างประเทศอยู่เสมอ ซึ่งจะกล่าวถึงปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้ในบท ต่อไป

2.3 สรุป

สังคมมนุษย์รู้จักการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์หรือความพึงพอใจกับการใช้อำนาจหน้าที่ของ ผู้ใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบที่เรียกว่า “สินบน” มาตั้งแต่อดีต โดยที่สังคมส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่าสินบน เป็นสิ่งที่น่าละอาย ขัดต่อหลักศีลธรรมอันดีและความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของมนุษย์ แต่รัฐส่วนใหญ่จะ บัญญัติให้เป็นความผิดอาญาเฉพาะการให้สินบนที่เป็นการแทรกแซงหรือบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐ เท่านั้น ความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมของประเทศต่างๆ จึงมักมีองค์ประกอบความผิดอันเป็น สาระสำคัญอย่างเดียวกัน แต่อาจแตกต่างกันไปในส่วนรายละเอียด กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่บุคคล หนึ่งให้สินบนแก่อีกบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นผู้มีตำแหน่งหน้าที่ตามกฎหมายได้แก่ “เจ้าพนักงานรัฐ” โดยมี เจตนาที่จะจูงใจผู้รับสินบนนั้นให้กระทำการอย่างใดโดยอาศัยอำนาจหน้าที่โดยมิชอบ

เมื่อพิจารณาลักษณะทั่วไป ความผิดเกี่ยวกับสินบนเป็นความผิดในตัวเอง (*Mala in se*) เป็น อาชญากรรมที่เกี่ยวกับความรู้สึกผิดชอบชั่วดี ที่มักเกิดขึ้นอย่างปกปิดซ่อนเร้นไม่เปิดเผยต่อสาธารณะ นอกจากนั้น เนื่องจากผู้กระทำความผิดฐานนี้มักเป็นบุคคลที่มีฐานะทางเศรษฐกิจและสังคม หรือมี ตำแหน่งหน้าที่การงานที่ดี ความผิดเกี่ยวกับสินบนจึงเป็นอาชญากรรม คอเซ็ดขาว ทำลายความไว้ เนื้อเชื่อใจที่สาธารณะมีต่อผู้มีอำนาจหน้าที่ และก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจและสังคม โดยรวมอย่างกว้างขวาง โดยที่ประชาชนทั่วไปไม่รู้สึกรังเกียจหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นใน ขณะนั้นด้วย โดยในปัจจุบันการกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนอาจจำแนกได้หลายลักษณะได้แก่ (ก) ความผิดฐานให้สินบนกับความผิดฐานรับสินบน (ข) ความผิดเกี่ยวกับสินบนในภาครัฐกับความผิด

ตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศมาแล้วแต่ยังไม่พ้นโทษ ศาลจะลงโทษน้อยกว่า ที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิด นั้นเพียงใดก็ได้หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว”

เกี่ยวกับสินบนในภาคเอกชน และ (ค) ความผิดเกี่ยวกับสินบนแบบดั้งเดิมกับความผิดเกี่ยวกับสินบนต่างประเทศ

สำหรับประเทศไทย สังคมไทยรู้จักแนวคิดเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ที่เรียกว่า “สินบน” ดังกล่าวมาตั้งแต่อดีตเช่นเดียวกับสังคมอื่นๆ ทั่วโลก เห็นได้จากที่เนื้อหาของ “กฎหมายตราสามดวง” ซึ่งรวบรวมและชำระมาจากกฎหมายไทยในสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีมีกำหนดให้สินบนเป็นทั้งความผิดที่มีโทษตามกฎหมายปะปนอยู่กับความเชื่อเรื่องศีลธรรมและบาปกรรมในทางศาสนาอย่างชัดเจน ต่อมาเมื่อสังคมไทยปฏิรูประบบกฎหมายตามแนวคิดของประเทศตะวันตกเป็นครั้งแรก ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐใน “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” ก็ยังคงบัญญัติไว้อย่างสอดคล้องกับแนวคิดสินบนแบบดั้งเดิม แต่มีการบัญญัติให้เป็นเป็นระบบระเบียบมากขึ้นและแยกออกจากความคิดทางศาสนา ส่วนในปัจจุบัน ประเทศไทยมีบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 โดยรับสืบทอดแนวคิดของความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมมาจากกฎหมายลักษณะอาญาเดิมอย่างชัดเจน และจึงสามารถบังคับใช้ได้แก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐไทยเท่านั้นดังที่พิจารณาอย่างละเอียดในเนื้อหาของบทนี้ อนึ่ง น่าสังเกตว่ากฎหมายสินบนไทยทั้งสามฉบับข้างต้นบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองให้มีการใช้อำนาจรัฐอย่างถูกต้องชอบธรรมเท่านั้น สภาพเศรษฐกิจและสังคมไทยในช่วงเวลาดังกล่าวที่ผ่านมายังไม่มีปัจจัยที่ส่งเสริมให้เกิดการให้สินบนรูปแบบอื่นนอกจากการให้สินบนแบบดั้งเดิม ความผิดฐานให้สินบนเหล่านี้จึงสามารถบังคับใช้แก่อาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสังคมในช่วงเวลาเหล่านั้นได้อย่างเหมาะสม

จะเห็นได้ว่า ความผิดฐานให้สินบนกฎหมายไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมีลักษณะเป็นความผิดเกี่ยวกับสินบนแบบดั้งเดิม เพราะมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองให้เจ้าพนักงานของรัฐสามารถปฏิบัติหน้าที่ราชการของตนได้อย่างถูกต้องชอบธรรมเท่านั้น แต่เมื่อสภาพการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไป ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทำให้ผู้ประกอบการสามารถออกไปทำธุรกิจในด้านใดก็ได้สะดวกขึ้น และอาชญากรรมความผิดฐานให้สินบนเองก็ได้พัฒนารูปแบบเข้าไปแทรกซึมอยู่ในภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศดังกล่าวด้วย จนในที่สุดปัญหาการจ่ายสินบนในภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้กลายเป็นปัญหารุนแรงที่นานาชาติเห็นว่าจำเป็นต้องร่วมมือกันแก้ไขมากกว่าที่จะเป็นเพียงปัญหาอาชญากรรมภายในประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น ประเทศไทยเองก็เป็นหนึ่งในประเทศที่มีแนวโน้มว่าจะมีการจ่ายสินบนในภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเกิดมากขึ้นตามสถานการณ์การเจริญเติบโตของภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยที่ประเทศไทยไม่อาจบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่แก่อาชญากรรมรูปแบบใหม่ดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม ด้วยเหตุนี้ ในบทต่อไปจึงจะพิจารณาแนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ทั้งความหมายและขอบเขตของการกระทำความผิด สาเหตุและแรงจูงใจ ผลกระทบ ตลอดจนพัฒนาการของแนวคิดการบัญญัติความผิดฐานนั้น และต่อมาจึงพิจารณาความจำเป็นที่ประเทศไทยต้องมีบัญญัติความผิดอาญาฐานใหม่ ทั้งสถานการณ์การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของไทย และข้อขัดข้องอันเนื่องมาจากเนื้อหากฎหมายปัจจุบัน

บทที่ 3

พัฒนาการและแนวคิดของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติ ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ และความตื่นตัวที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

ปัจจุบันภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของไทยกำลังมีการเจริญเติบโตขึ้นอย่างต่อเนื่อง จนมีแนวโน้มที่นักธุรกิจไทยอาจเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเพิ่มขึ้น และการกระทำทุจริตข้ามชาตินั้นจะนำมาซึ่งความเสียหายแก่ประเทศชาติ และสังคมการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยส่วนรวมในวงกว้าง แต่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติความผิดไว้สำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยตามที่รับสืบทอดมาจากกฎหมายเดิมนั้น จึงเป็นกรณีที่ประเทศไทยไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายลงโทษการจ่ายสินบนโดยผู้ประกอบธุรกิจไทยในต่างประเทศได้เลยไม่ว่าในทางใด หรือหากต่อไปมีการบัญญัติความผิดฐานใหม่ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ก็อาจบังคับไม่สามารถใช้กฎหมายดังกล่าวได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ อันเนื่องมาจากข้อจำกัดของเนื้อหากฎหมายบางประการ เช่น บทลงโทษทางอาญาหรือเขตอำนาจลงโทษของศาล เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการบัญญัติให้การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาตามแนวทางที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ เพื่อสร้างเครื่องมือควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจไทยในต่างประเทศอย่างเหมาะสมกับบริบททางเศรษฐกิจสังคม และสภาพอาชญากรรมที่ก้าวหน้าขึ้นไป

การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมีลักษณะพื้นฐานเหมือนการให้สินบนแบบดั้งเดิมที่เป็นปัญหาอาชญากรรมภายในรัฐ และถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาในกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่อยู่แล้ว แต่ด้วยสภาพของการประกอบธุรกิจข้ามชาติที่พัฒนาก้าวหน้าขึ้น การให้สินบนแบบดั้งเดิมจึงเปลี่ยนแปลงรูปแบบใหม่ มีลักษณะซับซ้อน มีจุดเกาะเกี่ยวในเชิงระหว่างประเทศและมักเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์จำนวนมาก ตลอดจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศต่างๆ อย่างกว้างขวาง โดยที่ประเทศเหล่านั้นไม่อาจบังคับใช้กฎหมายปราบปรามการให้สินบนนั้นได้อย่างเหมาะสม ในที่สุดข้อขัดข้องนี้จึงนำมาสู่การพัฒนาแนวคิดต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา (Criminalization) ที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในระดับนานาชาติ และมีการบรรจุความตกลงระหว่างประเทศตามแนวคิดดังกล่าวหลายฉบับ ซึ่งล้วนแต่มีอิทธิพลต่อการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในหลายประเทศทั่วโลก*

* อนุสัญญาที่มีเนื้อหาต่อต้านการให้สินบนในต่างประเทศสำคัญมี 2 ฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC ซึ่งจะพิจารณาต่อไปในบทที่ 4 อ้างอิงจาก ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific* (Paris: ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific OECD Publishing, 2011), pp. 31-32. และ George Moody-Stuart, *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries* (Oxford: World View Publishing, 1977), p. 11.

ฉะนั้นประเด็นสำคัญอันเป็นคำถามของบทที่ 3 นี้จึงได้แก่ แนวคิดการกำหนดให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาเกิดขึ้นและมีพัฒนาการอย่างไรในระดับนานาชาติ และกฎหมายอาญาไทยในปัจจุบันมีความบกพร่องหรือขาดแคลนไม่สามารถบังคับใช้แก่การจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้อย่างไร และประเทศไทยได้พยายามแก้ไขปัญหาคriminality ขาดแคลนกฎหมายดังกล่าว โดยการบัญญัติกฎหมายอาญาใหม่เพิ่มเติมแล้วหรือไม่ อย่างไร

ในบทนี้จะได้พิจารณาถึงพัฒนาการและแนวความคิดของการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ รวมถึงแนวคิดในการบัญญัติให้การกระทำความผิดอาญาในระดับกฎหมายระหว่างประเทศในหัวข้อที่ 3.1 จากนั้นจึงพิจารณาถึงความตื่นตัวของประเทศไทยเกี่ยวกับปัญหาการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ทั้งในส่วนสถานการณ์การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่ก้าวหน้าขึ้นอย่างมาก ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายอาญา ตลอดจนความพยายามของประเทศไทยในการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศดังกล่าวในหัวข้อที่ 3.2

3.1 พัฒนาการและแนวคิดของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นอาชญากรรมที่มีพัฒนารูปแบบขึ้นตามสภาพของการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งด้วยจุดเกาะเกี่ยวในเชิงระหว่างประเทศตามสภาพของการกระทำทุจริตนั้น การให้สินบนรูปแบบใหม่จึงก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนสังคมการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยรวมในวงกว้าง อีกทั้งยังเป็นเหตุให้เกิดข้อขัดข้องที่ประเทศต่างๆ ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม ความร้ายแรงของปัญหาการทุจริตข้ามชาตินี้จึงนำไปสู่การเกิดแนวคิดการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา โดยมีแนวคิดที่ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจควรมีบทบาทและมีความรับผิดชอบในการปราบปรามอาชญากรรมนั้น เพื่อร่วมกันสร้างบรรยากาศการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่โปร่งใส และประสิทธิภาพการแข่งขัน

หัวข้อนี้จะพิจารณาขอบเขต ความหมาย และลักษณะของการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในหัวข้อที่ 3.1.1 พิจารณาสาเหตุและผลกระทบของการทุจริตข้ามชาติดังกล่าวในหัวข้อที่ 3.1.2 พิจารณาปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่เกิดจากสภาพของการกระทำการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในหัวข้อที่ 3.1.3 จากนั้นจึงพิจารณาแนวคิดและพัฒนาการของการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในหัวข้อที่ 3.1.4 เพื่อให้เข้าใจสภาพทั่วไปของการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ สภาพปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย ตลอดจนแนวทางการแก้ไขปัญหอาชญากรรมที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมนานาชาติ

3.1.1 ลักษณะและขอบเขตทางกฎหมายของการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นการกระทำทุจริตที่มีลักษณะพื้นฐานเป็นการให้สินบน (Active Bribery) แก่ผู้มีอำนาจรัฐ (Bribery in Public Sector) เช่นเดียวกับการให้สินบนแบบดั้งเดิม (Domestic Bribery)¹ แต่ด้วยสภาพของการกระทำทุจริตที่เกิดขึ้นในประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ การให้สินบนรูปแบบใหม่นั้นจึงมีองค์ประกอบบางส่วนเปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บุคคลผู้รับสินบนต้องได้แก่ เจ้าพนักงานที่มีฐานแห่งอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายต่างประเทศ² จึงจำแนกองค์ประกอบของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้ดังนี้

(ก) องค์ประกอบภายนอก

- 1) บุคคลผู้ให้สินบน
- 2) การกระทำอันเป็นการให้สินบน
- 3) บุคคลผู้รับสินบน ได้แก่ เจ้าพนักงานตามกฎหมายต่างประเทศ หรือกฎหมายอื่นที่มีใช้กฎหมายภายใน

(ข) องค์ประกอบภายใน

- 4) เจตนาธรรมดา
- 5) เจตนาพิเศษเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานให้กระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ
- 6) เจตนาพิเศษเพื่อมุ่งหวังประโยชน์บางอย่างเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

จะเห็นได้ว่า องค์ประกอบความผิดของการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศข้อ 1) 2) 4) และ 5) เป็นองค์ประกอบอย่างเดียวกันกับการให้สินบนแบบดั้งเดิม ส่วนกรณีองค์ประกอบข้อ 3) เป็นความแตกต่างสำคัญระหว่างความผิดฐานให้สินบนดั้งเดิมกับความผิดฐานให้สินบนรูปแบบใหม่ กล่าวคือ ผู้รับสินบนในความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิม ได้แก่ เจ้าพนักงานตามกฎหมายภายใน ส่วนผู้รับสินบนในความผิดฐานให้สินบนรูปแบบใหม่ ได้แก่ เจ้าพนักงานตามกฎหมายอื่น ส่วนกรณีองค์ประกอบข้อ 6) ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติได้กำหนดองค์ประกอบส่วนเจตนาพิเศษเพิ่มเติมว่าต้องมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะนอกเหนือไปจากเจตนาพิเศษเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานด้วย ซึ่งองค์ประกอบความผิดส่วนนี้แสดงให้เห็นขอบเขตจำกัดของความผิดฐานใหม่และสะท้อนถึงสาเหตุที่มาของแนวคิดการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาได้เป็นอย่างดี ในขณะที่ความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมไม่มีกำหนดเจตนาพิเศษเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเช่นนั้น การให้สินบนแบบดั้งเดิมจึงเป็นการ

¹ Mark J. Murphy, "International Bribery: An Example of an Unfair Trade Practice?," *Brooklyn Journal of International Law* 21(1995): 386-424.

² โปรดดูหัวข้อที่ 2.1.2.3

จงใจเจ้าพนักงานรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ใดๆ ก็ได้ เช่น ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานไทยตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 เป็นต้น³

การให้สินบนรูปแบบใหม่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างมาก จึงมีข้อพิจารณาที่น่าสนใจเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศและความผิดฐานให้สินบนรูปแบบใหม่นั้น ดังนี้

1) เมื่อพิจารณาสภาพการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในปัจจุบัน* นักธุรกิจจากประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจ (Home Country) สามารถเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจ (Host Country) ได้หลายวิธี ขึ้นอยู่กับกลยุทธ์การลงทุนของแต่ละบริษัท เช่น การเข้าไปตั้งสำนักงานหรือสาขา (Branch) เพื่อประกอบธุรกิจในต่างประเทศนั้นโดยตรง โดยไม่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายท้องถิ่น กรณีนี้บริษัทหลักในประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจจึงเป็นผู้ดำเนินกิจการในประเทศนั้นเองโดยตรง⁴ หรืออีกกรณีหนึ่งผู้ประกอบธุรกิจจากประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจอาจเข้าไปประกอบกิจการในต่างประเทศ โดยอาศัยการดำเนินการของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศนั้น โดยบริษัทในท้องถิ่นยังมีความสัมพันธ์เชิงควบคุมบริหาร (Managerial Control)** กับบริษัทหลักในต่างประเทศในฐานะที่เป็นบริษัทสาขา (Subsidiaries) หรือบริษัทในเครือ (Affiliates) หรือรูปแบบอื่นๆ

³ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2

* การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ (International Business) หมายถึง การประกอบธุรกิจอย่างใด ๆ เช่น การซื้อขายสินค้าและบริการ การให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และการลงทุน ฯลฯ ที่มีองค์ประกอบในทางระหว่างประเทศ (International Elements) อ้างอิงจาก John H. Willes and John A. Willes, *International Business Law: Environments and Transactions* (Singapore: McGraw-Hill Education, 2005), p. 2.

⁴ พินิต ธีรภาพวงศ์, *ภาษีบรรษัทข้ามชาติ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 14-15.

** การพิจารณาว่าบริษัทหลักที่ประกอบกิจการอยู่ในประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจมีอำนาจบริหารเชิงจัดการเชิงควบคุม (Managerial Control) เหนือการดำเนินกิจการของบริษัทในต่างประเทศเพียงใดอาจสันนิษฐานได้จากลักษณะหรือสภาพการประกอบธุรกิจต่างๆ ในทางข้อเท็จจริง ซึ่งสะท้อนให้เห็นระดับความสัมพันธ์และความใกล้ชิดระหว่างบริษัทต่างๆ ในกลุ่มบริษัทข้ามชาติ (Multinational Enterprise) ได้ในระดับหนึ่ง ตัวอย่างเช่น (1) ขนาดของกลุ่มบริษัทข้ามชาติ บริษัทที่อยู่ในกลุ่มบริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ที่มีการประกอบกิจการในหลายประเทศน่าจะมีอำนาจบริหารจัดการตนเองน้อยกว่าบริษัทในกลุ่มขนาดเล็กกว่า (2) ตลาดเป้าหมายของบริษัท บริษัทที่ผลิตสินค้าตามเกณฑ์มาตรฐานระดับกลางเพื่อขายสินค้าในตลาดหลายประเทศอาจสันนิษฐานว่ามีอำนาจบริหารจัดการตนเองน้อยกว่าบริษัทที่ผลิตสินค้าเพื่อขายในตลาดภายในประเทศอย่างเฉพาะเจาะจงเป็นหลัก (3) การดำเนินการร่วมกันระหว่างบริษัทในกลุ่ม กลุ่มบริษัทที่มีการแลกเปลี่ยนปัจจัยการผลิตหรือสินค้ากันภายในกลุ่ม เพื่อประกอบธุรกิจร่วมกันในลักษณะแบ่งหน้าที่กันทำ (Divisionalization) อาจสันนิษฐานว่ามีอำนาจบริหารจัดการตนเองน้อยกว่าบริษัทที่ผลิตสินค้าคล้ายกัน เพื่อแข่งขันกันเอง (4) ผู้ถือหุ้นบริษัทสาขาที่มีบริษัทหลักเข้าถือหุ้นจำนวนมากอาจสันนิษฐานว่ามีอำนาจบริหารจัดการตนเองน้อยกว่าบริษัทสาขาที่มีผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นนักลงทุนในท้องถิ่น (5) กลยุทธ์สร้างการเติบโตของบริษัท บริษัทที่ประกอบกิจการโดยมุ่งเน้นสร้างการเติบโตและขยายกิจการอาจสันนิษฐานว่ามีอำนาจบริหารจัดการตนเองมากกว่าบริษัทอื่น (6) สัญชาติและวัฒนธรรมทางธุรกิจที่อาจสันนิษฐานระดับความสัมพันธ์ในกลุ่มบริษัทได้ เช่น บริษัทอเมริกันมีแนวโน้มจัดโครงสร้างกลุ่มบริษัทข้ามชาติแบบรวมศูนย์อำนาจมากกว่าบริษัทสัญชาติอื่น เป็นต้น (7) อายุของกลุ่มบริษัทข้ามชาติ กลุ่มบริษัทที่ก่อตั้งมาเป็นเวลานานแล้วก็มีโครงสร้างแบบรวมศูนย์อำนาจมากกว่ากลุ่มบริษัทข้ามชาติในปัจจุบัน (8) รูปแบบการเข้าสู่ตลาดของประเทศรับการลงทุน การเข้าไปประกอบธุรกิจในต่างประเทศโดยจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทใหม่ก็มีโครงสร้างการบริหารจัดการแบบรวมศูนย์อำนาจมากกว่าการประกอบธุรกิจผ่านบริษัทที่ประกอบกิจการอยู่ในท้องถิ่นนั้นอยู่แล้ว (9) ประเภทอุตสาหกรรม กลุ่มอุตสาหกรรมบางประเภท เช่น อุตสาหกรรมน้ำมันและปิโตรเลียม ฯลฯ มักจัดโครงสร้างการบริหารจัดการแบบรวมศูนย์อำนาจมากกว่ากลุ่มอุตสาหกรรมอื่น (10) ความแข็งแกร่งของบริษัท บริษัทที่มีความสามารถในการแข่งขันในตลาดต่ำอาจถูกสันนิษฐานว่ามีอำนาจบริหารจัดการตนเองน้อยกว่าบริษัทที่มีความสามารถในการแข่งขันสูง หรือ (11) รูปแบบการจัดการองค์กร บริษัทที่บริหารจัดการองค์กรอย่างเหมาะสมตามสภาพตลาดในประเทศอาจสันนิษฐานว่ามีอำนาจบริหารจัดการตนเองสูงกว่าบริษัทที่จัดการ

สืบเนื่องจากรูปแบบการเข้าสู่ตลาดการประกอบธุรกิจในต่างประเทศข้างต้น การประกอบธุรกิจข้ามชาติอาจเกิดขึ้นโดย (1) นิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายภายใน หรือ (2) นิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งมีสถานะและตัวตนแยกออกจากนิติบุคคลตามกรณีแรกก็ได้ ตามข้อพิจารณา⁵ หากประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจได้กำหนดความผิดทางอาญาสำหรับการให้สินบนในต่างประเทศแล้ว และมีการให้สินบนในประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจเกิดขึ้นโดยบุคคลตาม (1) หรือบุคคลตาม (2) โดยการมีคำสั่ง ควบคุม สนับสนุนหรือรู้เห็นเป็นใจของบุคคลตาม (1) อย่างชัดเจน บุคคลตาม (1) นั้นก็ย่อมมีความผิดและต้องรับโทษตามกฎหมายของประเทศผู้ประกอบธุรกิจด้วย⁵

2) การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของรัฐตั้งแต่สองแห่งขึ้นไป การให้สินบนที่เกิดขึ้นในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศจึงอาจเป็นความผิดแตกต่างกันตามกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้อง⁶ ได้แก่

2.1) กรณีประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจ (Host Country) การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของตนโดยผู้ประกอบธุรกิจต่างด้าวย่อมเป็นความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิม (Domestic Bribery)

2.2) กรณีประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจ (Home Country) การที่ผู้ประกอบธุรกิจของตนไปให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของของรัฐอื่นย่อมเป็นความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศ (Foreign Bribery)

2.3) กรณีการให้สินบนดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศที่สาม การให้สินบนดังกล่าวถือเป็นความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศ (Foreign Bribery) เช่นเดียวกัน การบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนนั้นย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายของประเทศที่สามกำหนดไว้

3) การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอาจเป็นช่องทางให้เกิดการกระทำทุจริตได้ทุกระดับ ตั้งแต่การทุจริตขนาดใหญ่ระดับประเทศไปจนถึงการกระทำทุจริตเล็กๆ น้อยๆ ในท้องถิ่น กรณีแรก การทุจริตขนาดใหญ่ (Grand Corruption) มักเกี่ยวข้องกับผู้นำประเทศ รัฐมนตรี เจ้าพนักงานรัฐระดับสูง หรือผู้มีตำแหน่งหน้าที่ที่สามารถใช้อิทธิพลหรืออำนาจในการตัดสินใจ เช่น การทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในการประกอบธุรกิจข้ามชาติโดยตรง การทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ การทำสัญญาก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่ การให้บริการให้คำปรึกษา การจัดสรรให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือสัมปทาน เป็นต้น⁷ อีกกรณีหนึ่ง การทุจริตเล็กๆ น้อยๆ (Petty Corruption) มักเกิดขึ้นในขั้นตอนการปฏิบัติตามกฎหมายหรือระเบียบราชการต่างๆ ในหน้าที่ราชการประจำวัน เช่น การขออนุญาตหรือการขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจ เป็นต้น * อนึ่ง ปัจจุบันยังพบหลักฐานอีกว่า การ

บริหารตามหน้าที่รับผิดชอบหรือประเภทสินค้า หรือกลุ่มบริษัทข้ามชาติที่จัดการองค์กรเป็นรูปแบบเดียวกันทั้ง เป็นต้น โปรดดู Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & the Law*, 2nd ed. (NY: Oxford University Press, 2007), p. 51.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ จอร์จ มูดี สจ๊วต, ทุจริตกับการคอร์รัปชัน การคอร์รัปชันระดับสูงในการพัฒนาภูมิภาคโลกที่สาม, สุทธาสินี พาณิชชานนท์, ผู้แปล (กรุงเทพฯ: คบไฟ, 2539), หน้า 13.

ให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอาจเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมข้ามชาติรูปแบบอื่นอีก เช่น การฟอกเงิน หรือองค์กรอาชญากรรม เป็นต้น⁸

3.1.2 สาเหตุและผลกระทบของการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะเฉพาะ และมีองค์ประกอบเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการประกอบธุรกิจข้ามชาติ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งเสริมให้เกิดปัญหาการให้สินบนข้ามชาติอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อการประกอบอาชญากรรมนั้นมีแรงจูงใจเกี่ยวกับผลประโยชน์จากการประกอบธุรกิจจำนวนมาก แต่มีความเสี่ยงในการถูกจับกุมดำเนินคดีน้อยมาก ยิ่งไปกว่านั้น ด้วยจุดเกาะเกี่ยวระหว่างประเทศในการประกอบธุรกิจนั่นเอง การให้สินบนในภาคส่วนดังกล่าวนี้จึงก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศที่เกี่ยวข้องและตลาดการประกอบธุรกิจระหว่างชาติโดยรวม

ในส่วนนี้จึงจะพิจารณาสาเหตุที่ผู้ประกอบการตัดสินใจเลือกจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในหัวข้อที่ 3.1.2.1 และพิจารณาผลกระทบเสียหายต่างๆ ที่เกิดจากการให้สินบนลักษณะดังกล่าวทั้งในด้านของประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจ ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจและตลาดการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยรวมในหัวข้อที่ 3.1.2.2

3.1.2.1 สาเหตุของการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี นักธุรกิจข้ามชาติที่เข้าประกอบธุรกิจในตลาดภายในของประเทศหนึ่งต้องแข่งขันประกอบธุรกิจกับบริษัทในท้องถิ่นหรือบริษัทต่างชาติในตลาดเดียวกัน โดยอาจมีเป้าหมายที่จะทำกำไรในการประกอบธุรกิจให้ได้สูงสุด (Profit Maximization)^{*} ดังนั้น เมื่อเอกชนถูกจูงใจด้วยผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับ และต้องเผชิญความเสี่ยงที่ตนเองอาจไม่ได้รับผลกำไร เช่นนั้นหากตนไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดได้ และภายใต้สภาพตลาดการประกอบธุรกิจที่ปลอดจริยธรรม (Amoral Market) นี้ เอกชนจึงอาจแสวงหาช่องทางหรือวิธีการต่างๆ เพื่อให้ตนได้เปรียบในการแข่งขันดังกล่าว ซึ่งรวมถึงการให้สินบนเพื่อเอาเปรียบคู่แข่งทางธุรกิจ

⁸ Bruce Zagaris, *International White Collar Crime* (NY: Cambridge University Press, 2010), p. 96.

^{*} ในทางเศรษฐศาสตร์ บริษัทเอกชนจัดว่าเป็น “หน่วยธุรกิจ” (Business or Firms) ที่มีบทบาทในการผลิตสินค้าและบริการ ออกจำหน่ายให้แก่หน่วยครัวเรือนในตลาด โดยทั่วไปหน่วยธุรกิจย่อมตัดสินใจเลือกวิธีการผลิตที่ใช้ต้นทุนต่ำที่สุด เพื่อนำไปสู่การแสวงหากำไรสูงสุด (Profit Maximization) แต่ในทางปฏิบัติ หน่วยธุรกิจอาจมิได้ประกอบธุรกิจเพื่อแสวงหากำไรสูงสุดเพียงอย่างเดียว แต่มีเป้าหมายอย่างอื่นด้วย เช่น การทำยอดขาย หรือการเป็นผู้นำตลาดในสินค้าชนิดหนึ่งๆ เป็นต้น อ้างอิงจาก สมลักษณ์ สันติโรจนกุล, *หลักเศรษฐศาสตร์*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2555), หน้า 6. และ วิทยากร เขียงกุล และพรภิรมณ์ เอี่ยมธรรม, *อธิบายศัพท์เศรษฐศาสตร์สมัยใหม่* (กรุงเทพฯ: สายธาร, 2547), หน้า 209.

ในตลาดเดียวกัน⁹ จึงอาจจำแนกปัจจัยต่างๆ ที่มีผลต่อการเกิดการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้ดังนี้

1) มูลเหตุชักจูงใจ

เมื่อภาครัฐเป็นทั้งผู้บังคับใช้กฎหมายและผู้ผูกขาดข้อมูลข่าวสารซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการแข่งขันทางธุรกิจระหว่างเอกชน ภาครัฐจึงมีอำนาจที่จะจัดสรรผลประโยชน์ (Benefit) และต้นทุน (Cost) ให้แก่นักธุรกิจรายใดๆ ในตลาดได้ และเมื่อนักธุรกิจเอกชนมักประกอบธุรกิจโดยมุ่งหวังให้เกิดผลกำไรสูงสุด โดยใช้ต้นทุนต่ำสุด เอกชนจึงเกิดมีแรงจูงใจที่จะจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐ (Incentive of Bribe) เพื่อให้ได้รับประโยชน์หรือเพื่อหลีกเลี่ยงต้นทุนเหล่านั้น¹⁰ พิจารณาดังนี้

1.1) การให้สินบนเพื่อให้ได้รับประโยชน์ในการประกอบธุรกิจจากรัฐ (to Obtain Benefits from the Host State)

ในการประกอบธุรกิจที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับฝ่ายรัฐ ไม่ว่าจะในฐานะที่รัฐเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายหรือเป็นคู่สัญญา รัฐมักเป็นฝ่ายที่มีอำนาจเด็ดขาดในการจัดสรรผลประโยชน์ให้แก่เอกชน เช่น เป็นผู้ออกใบอนุญาตหรือให้อนุมัติโครงการ เป็นผู้ให้อนุญาตสิทธิสัมปทาน หรือเป็นผู้จัดการประมูลสัญญา หรือเป็นผู้ผูกขาดข้อมูลข่าวสารอันเป็นประโยชน์ต่อการแข่งขัน อันมีผลต่อความสำเร็จในการได้เข้าทำสัญญาหรือขนาดของผลกำไรที่เอกชนจะได้รับ ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งจึงอาจมีแรงจูงใจที่จะจ่ายสินบนเพื่อให้ตนได้รับประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งเกี่ยวกับธุรกิจจากรัฐ¹¹ ยกตัวอย่างดังนี้

(1) ในกรณีภาครัฐเป็นผู้ซื้อสินค้าหรือบริการ หรือจะเข้าเป็นคู่สัญญาการดำเนินการลงทุนโดยตรง เอกชนอาจจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐเพื่อให้ตนถูกรวมอยู่ในรายการผู้เข้าร่วมประมูลที่มีคุณสมบัติครบถ้วน เพื่อให้รัฐกำหนดคุณสมบัติเฉพาะ อันมีผลจำกัดให้ตนเป็นผู้มีสิทธิเข้าร่วมประมูลเพียงรายเดียว เพื่อให้ตนชนะการประมูลสัญญา เพื่อให้ได้สัญญามูลค่าสูงเกินจริง หรือเพื่อให้มีการกำหนดเงื่อนไขหรือกำหนดคุณภาพสินค้าหรือบริการอย่างไม่ละเอียดถี่ถ้วน อันเป็นช่องทางให้ตนแสวงหากำไรจากการปฏิบัติการตามสัญญา¹²

(2) ในกรณีที่ภาครัฐเป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการราคาต่ำกว่าท้องตลาด เอกชนอาจจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐเพื่อให้ตนสามารถเข้าถึงสินค้าหรือบริการนั้น¹³

(3) ในกรณีที่ภาครัฐเป็นผู้ควบคุมปริมาณการอนุมัติปล่อยสินเชื่อ และกำหนดอัตราดอกเบี้ย เอกชนอาจจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐเพื่อให้ตนได้รับอนุมัติสินเชื่ออันโดยมีกำหนดอัตราดอกเบี้ยต่ำ¹⁴

⁹ เอก ตังทรัพย์วัฒนา, โลกาวัดน์ บริษัทข้ามชาติ บริษัทภิบาล และความรับผิดชอบต่อสังคมของบริษัท (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 80.

¹⁰ Susan Rose-Ackerman, "The Political Economy of Corruption," in *Corruption and the Global Economy*, Kimberley Ann Elliott, Ed. (MA: Institute for International Economics, 1997), p. 31.

¹¹ Ibid, pp. 34-36.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

(4) ในกรณีที่ภาครัฐจำกัดจำนวนสิทธิ จำกัดมูลค่าเงินอุดหนุนหรือผลประโยชน์แก่ภาคธุรกิจ ซึ่งไม่เพียงพอต่อความต้องการตามจำนวนผู้มีสิทธิได้รับเงินอุดหนุนหรือผลประโยชน์ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนนั้นทั้งหมด หรือกรณีที่ภาครัฐมีดุลพินิจพิจารณาให้ประโยชน์แก่บุคคลใดโดยเฉพาะ เอกชนอาจจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐเพื่อให้ตนเป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินอุดหนุนหรือผลประโยชน์ดังกล่าว¹⁵

(5) ในฐานะที่ภาครัฐเป็นผู้ผูกขาดและครอบครองข้อมูลข่าวสาร อันจะทำให้เอกชนรายหนึ่งได้เปรียบทางธุรกิจมากกว่าคู่แข่ง เอกชนอาจจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐเพื่อให้ตนได้รับข้อมูลข่าวสารนั้น หรือเพื่อให้ตนได้รับข้อมูลข่าวสารก่อนคู่แข่ง¹⁶ เป็นต้น

1.2) การให้สินบนเพื่อหลีกเลี่ยงต้นทุนในการประกอบธุรกิจจากรัฐ (to Avoid Costs from the Host State)

ต้นทุนการประกอบธุรกิจอาจเกิดขึ้นจากกฎระเบียบที่ซับซ้อน ขั้นตอนการปฏิบัติการตามกฎหมายที่ยืดเยื้อยาวนาน การจัดเก็บภาษี หรือการบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐ ซึ่งต้นทุนเหล่านี้ล้วนส่งผลกระทบต่อความสามารถในการแข่งขันในตลาดของเอกชนแต่ละราย ผู้ประกอบธุรกิจจึงอาจจ่ายสินบนเพื่อหลีกเลี่ยงต้นทุนในการประกอบธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่ง¹⁷ ยกตัวอย่างดังนี้

(1) เอกชนอาจจ่ายสินบนเพื่อให้เจ้าพนักงานรัฐตีความและบังคับใช้ระเบียบกฎหมายหรือใช้ดุลพินิจในทางที่เป็นคุณแก่ตน หรือเพื่อหลีกเลี่ยงระเบียบกฎหมายทั้งหมดหรือบางส่วน¹⁸

(2) เอกชนอาจจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานสรรพากร เพื่อให้ตนได้รับการประเมินมูลค่าภาษีที่ต้องจ่ายต่ำกว่ามูลค่าจริง โดยตกลงแบ่งส่วนต่างภาษีบางส่วนให้เป็นประโยชน์แก่เจ้าพนักงานรัฐ¹⁹

(3) เอกชนอาจจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานศุลกากรเพื่อลดหรือหลีกเลี่ยงการจัดเก็บภาษีและค่าธรรมเนียมการนำเข้าหรือส่งออกสินค้า หรือเพื่อให้ตนได้รับใบอนุญาตนำเข้าหรือส่งออกสินค้า²⁰

(4) ในกรณีที่เอกชนประกอบธุรกิจผิดกฎหมาย เอกชนอาจจ่ายสินบนแก่ตำรวจ พนักงานอัยการหรือศาล เพื่อให้เพิกเฉยต่อการบังคับใช้กฎหมาย หรือเพื่อผูกขาดการประกอบธุรกิจผิดกฎหมายดังกล่าวไว้²¹

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

(5) เอกชนอาจจ่ายสินบนเพื่อหลีกเลี่ยงหรือลดขั้นตอนการปฏิบัติการตามกฎหมายต่างๆ เช่น การขออนุญาตเปิดบริการโทรศัพท์ การทำหนังสือเดินทางหรือใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ ฯลฯ หรือเพื่อเร่งรัดให้เจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่รวดเร็วขึ้น²²

ตามทฤษฎีการเลือก (Choice Theory) ในทางอาชญาวิทยา²³ อาชญากรรมจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใด (Incidence of Crime) ย่อมขึ้นอยู่กับขนาดของผลประโยชน์จูงใจที่ผู้กระทำความผิดคาดว่าจะได้รับ (Expected Benefit) กับ ขนาดของความเสี่ยงที่ผู้กระทำความผิดจะถูกจับกุมดำเนินคดีตามกฎหมายและขนาดและความรุนแรงของโทษที่คาดว่าจะได้รับเมื่อถูกจับกุมดำเนินคดี (Expected Cost)²⁴ อัตราการเกิดของการจ่ายสินบน (Incidence of Bribe) จึงเกิดจากการที่นักธุรกิจซึ่งนำหน้าระหว่างผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการประกอบธุรกิจกับต้นทุนในการกระทำความผิด²⁵ ซึ่งได้แก่ ขนาดของสินบนที่ต้องจ่ายกับโอกาสที่ตนจะถูกจับกุมดำเนินคดีและความรุนแรงของโทษตามกฎหมาย จากนั้นนักธุรกิจจะตัดสินใจเลือกจ่ายสินบนเมื่อคาดว่าจะได้รับประโยชน์มากกว่าต้นทุนที่คาดหวัง ซึ่งอาจต้องพิจารณาประกอบกับปัจจัยส่วนตัวอื่นของผู้กระทำความผิดด้วย เช่น จริยธรรมและความเกรงกลัวต่อกฎหมายของผู้ให้สินบน เป็นต้น²⁶ อนึ่ง แม้บางประเทศมีกฎหมายกำหนดความผิดและโทษอาญาสำหรับการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้แล้ว แต่นักธุรกิจบางรายอาจเสี่ยงกระทำความผิดเพื่อผลประโยชน์จำนวนมาก เพราะเห็นว่าประโยชน์ที่ตนจะได้รับนั้นคุ้มค่ากับความเสี่ยงที่ตนอาจต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย²⁷

การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอาจเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์จำนวนมาก โดยเฉพาะกรณีที่เป็นการทุจริตระดับสูง (Grand Corruption) แต่กลับมีโอกาสดูถูกจับกุมดำเนินคดีต่ำ เพราะทั้งผู้ให้และผู้รับสินบนมักร่วมกันปกปิดการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น²⁸ อีกทั้งการให้สินบนดังกล่าวยังคงเกี่ยวกับเขตอำนาจของรัฐตั้งแต่สองประเทศขึ้นไป ส่งผลให้ประเทศเกี่ยวข้องมีข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายด้วย กล่าวคือ บางกรณีประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจที่เกิดการกระทำความผิดไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนข้ามชาตินั้นได้ เพราะผู้กระทำความผิดไม่ปรากฏตัวอยู่ในดินแดน²⁹ ส่วนประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจก็อาจไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้เช่นกัน เพราะการให้สินบนในต่างประเทศนั้นไม่ถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายใน ด้วยเหตุที่การให้สินบนข้ามชาติดังกล่าวเพิ่งเป็นปัญหาเด่นชัดในช่วงไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมา กฎหมายของประเทศต่างๆ จึงยังมีขอบเขตจำกัด

²² Ibid.

²³ สุดสวณ สุธีสร, *อาชญาวิทยา*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 62-63.

²⁴ Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach," in *Economics of Criminal Law*, eds. Steven D. Levitt and Thomas J. Miles (MA: Edward Elgar, 2008), pp. 1-54.

²⁵ Rose-Ackerman, S., "The Political Economy of Corruption," in *Corruption and the Global Economy*, p. 40.

²⁶ Ibid.

²⁷ Moody-Stuart, G., *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*, p. 35.

²⁸ Naumihal Singh, *The World of Bribery and Corruption* (New Delhi: Mittal, c1998), p. 12.

²⁹ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, หน้า 265-266.

เฉพาะที่เป็นการให้สินบนแบบดั้งเดิมเท่านั้น³⁰ แม้ในปัจจุบันจะมีความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการต่อต้านการให้สินบนข้ามชาติหลายฉบับแล้ว แต่ก็ยังคงต้องอาศัยความร่วมมือของประเทศต่างๆ ในการเข้าผูกพันตน การอนุวัติการกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นรูปธรรมต่อไป ซึ่งการดำเนินการให้สมบูรณ์อาจต้องใช้ระยะเวลายาวนาน³¹ จึงไม่อาจประเมินได้ว่ามาตรการตามกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้มีประสิทธิภาพหรือไม่ในปัจจุบัน³²

2) ทางเลือกอื่นของผู้กระทำความผิด

การตัดสินบนจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับทางเลือกต่างๆ (Choices) ที่เอกชนรายนั้นมีอยู่ด้วย³³ เพราะเอกชนอาจมีทางเลือกอื่นที่จะได้รับประโยชน์ที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน ได้ประโยชน์อื่นที่อาจทดแทนได้ ได้ประโยชน์มากกว่า หรือเสียต้นทุนน้อยกว่าการจ่ายสินบนได้ กล่าวคือ เอกชนอาจเลือกวิธีการข่มขู่คู่แข่งทางธุรกิจแทนการจ่ายสินบน หรือเลือกปฏิบัติตามวิธีการที่ถูกกฎหมายโดยยอมเสียต้นทุนในการประกอบกิจการเพิ่มขึ้นเล็กน้อย เช่น การย้ายสถานประกอบการไปยังประเทศอื่นที่จะทำให้ได้เปรียบทางธุรกิจ การลงทุนใช้เทคโนโลยีที่ทันสมัยมากขึ้น เป็นต้น³⁴

3) ขนาดของสินบน

ขนาดของสินบน (Size) ได้แก่ มูลค่าสินบนที่เอกชนจ่ายแก่เจ้าพนักงานเพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ทางธุรกิจ ขนาดของสินบนย่อมขึ้นอยู่กับความสำคัญของประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับหรือต้นทุนที่คาดว่าจะหลีกเลี่ยงได้จากการจ่ายสินบนนั้น โดยขนาดของสินบนมากขึ้นตามมูลค่าของประโยชน์ที่เอกชนคาดว่าจะได้รับ หรืออาจคำนวณตามมูลค่าของผลประโยชน์นั้น เช่น มูลค่าสินบนในสัญญาโครงการก่อสร้างสาธารณูปโภคหรือสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติกำหนดไว้เป็นสัดส่วนร้อยละ 5-20 หรือมากกว่าในกรณีสัญญามูลค่าหลายพันล้าน เป็นต้น³⁵

นอกจากนี้ ขนาดของสินบนเพิ่มมากขึ้นตามระดับของตำแหน่งหรืออำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานด้วย เพราะเจ้าพนักงานระดับสูงมักมีอำนาจ ตูลพินิจ และอิทธิพลสามารถให้คุณหรือโทษแก่บุคคลอื่นได้ ซึ่งอาจใช้ต่อรองเพื่อเรียกเอาสินบนจากเอกชนได้ เช่น การทำให้ขั้นตอนการเบิกจ่ายงบประมาณล่าช้าลง การกำหนดกฎระเบียบที่เข้มงวด หรือบังคับใช้กฎระเบียบย้อนหลัง การริเริ่มโครงการของรัฐที่อาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชน หรือต้องใช้งบประมาณมากหรือ

³⁰ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, p. 39.

³¹ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, หน้า 39.

³² Fedrik Galtung, "Criteria for Sustainable Corruption Control," in *Corruption and Development*, ed. Mark Robinson (London: Frank Cass, c1998), pp. 118-120.

³³ Rose-Ackerman, S., "The Political Economy of Corruption," in *Corruption and the Global Economy*, pp. 40-41.

³⁴ Ibid.

³⁵ Moody-Stuart, G., *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*, pp. 11-14, 26.

เทคโนโลยีขั้นสูง หรือการจัดสรรสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น³⁶ อำนาจต่อรองนี้ต้องพิจารณาประกอบกับระยะเวลาที่เจ้าพนักงานจะดำรงอยู่ในตำแหน่งและมีอำนาจเช่นนั้นด้วย กล่าวคือ หากเจ้าพนักงานเสี่ยงต้องถูกโยกย้ายหรือถูกปลดออกจากตำแหน่งภายในระยะเวลาอันสั้น เจ้าพนักงานนั้นก็มีความโน้มใ้ใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ของตนแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบมากกว่า³⁷

ในมุมมองของภาคธุรกิจ สินบนที่เอกชนจ่ายให้แก่เจ้าพนักงานถือเป็น “ต้นทุน” ในการผลิตสินค้าและบริการ ซึ่งหากเอกชนต้องจ่ายต้นทุนในการประกอบธุรกิจจำนวนมาก ประชาชนหรือ “ผู้บริโภค” นั้นเองที่จะต้องแบกรับภาระต้นทุนที่เพิ่มขึ้นนั้นในหลายรูปแบบ เช่น การต้องบริโภคสินค้าราคาแพงขึ้นแต่คุณภาพเท่าเดิม หรือราคาเท่าเดิมแต่คุณภาพด้อยลง การต้องรับความเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายจากการบริโภคสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐาน หรือต้นทุนทางสังคมที่เป็นมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม หรือความไม่เป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมที่เกิดขึ้นจากการหลีกเลี่ยงกฎระเบียบของรัฐบางประการ เป็นต้น³⁸

4) ปัจจัยอื่นๆ

ปัจจัยอื่นๆ ที่ส่งเสริมให้เกิดสภาวะที่เหมาะสมและเป็นช่องทางในการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เช่น (1) *ขนาดและโครงสร้างของรัฐ* รัฐขนาดใหญ่ที่มีโครงสร้างการปกครองซับซ้อนมีโอกาสเกิดการทุจริตโดยการให้สินบนสูงกว่ารัฐขนาดเล็กที่มีโครงสร้างการปกครองไม่ซับซ้อน (2) *ประเภทกิจกรรมหรืออุตสาหกรรม* การซื้อขายสินค้าและบริการหรือการลงทุนในอุตสาหกรรมบางประเภทมักเกิดปัญหาการให้สินบนมากเป็นพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอุตสาหกรรมที่ใช้เทคโนโลยีระดับสูงหรือมีลักษณะผูกขาดได้ (3) *ประสิทธิภาพการแข่งขันในตลาด* ตลาดที่มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพมักจะมีโอกาสเกิดการจ่ายสินบนต่ำ (4) *พัฒนาการทางเศรษฐกิจและการเมืองของรัฐและวัฒนธรรมการทุจริตคอร์รัปชันในประเทศ* (5) *ความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจของรัฐและอัตราเงินเดือนของเจ้าพนักงาน* และ (6) *ทัศนคติของสังคมที่มีต่อสถาบันการปกครองประเทศ* เป็นต้น³⁹

³⁶ Rose-Ackerman, S., "The Political Economy of Corruption," in *Corruption and the Global Economy*, pp. 36-38.

³⁷ Moody-Stuart, G., *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*, pp. 11-14.

³⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 3.1.2.2

* กลุ่มสินค้าหรือบริการที่มีโอกาสเกิดการทุจริตมากที่สุดอันดับที่ 1 ได้แก่ สินค้าประเภทอาวุธยุทโธปกรณ์ทางการทหาร เพราะเป็นสินค้าที่มีมูลค่าสูง ใช้เทคโนโลยีและมีความจำเป็นสูงมาก มีผู้ขายน้อยราย มีผู้เชี่ยวชาญหรือมีความรู้เกี่ยวกับสินค้าน้อย จึงไม่ค่อยมีผู้ตั้งคำถามหรือข้อสงสัยเกี่ยวกับการจัดซื้อสินค้าเหล่านี้ อันดับ 2 ได้แก่ สินค้าที่จำเป็นต้องใช้ในอุตสาหกรรมหนักและอุตสาหกรรมเกษตร เพราะเป็นสินค้าที่จำเป็นต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง อันดับ 3 ได้แก่ สัญญาจ้างในโครงการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคต่างๆ เช่น ทางด่วน เขื่อน สะพาน สนามบิน หรือโรงพยาบาล เป็นต้น อันดับ 4 ได้แก่ สินค้าประเภทที่มีผู้จำหน่ายน้อยรายหรือที่ต้องซื้อผ่านบริษัทตัวแทน และสินค้าที่มีกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ เช่น ยาหรือเวชภัณฑ์ ตำราหรือหนังสือเรียน เป็นต้น อันดับ 5 ได้แก่ สัญญาจ้างปรึกษาอ้างอิงจาก Moody-Stuart, G., *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*, pp. 14-16.

³⁹ Kimberly Ann Elliott, ed., "Corruption as an International Policy - Problem: Overview and Recommendation," in *Corruption and the Global Economy* (MA: Institute for International Economics, 1997), pp. 181-185.

3.1.2.2 ผลกระทบของการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐเป็นการบิดเบือนอำนาจการตัดสินใจของเจ้าพนักงานโดยตรง⁴⁰ แต่เมื่อการให้สินบนดังกล่าวเกิดขึ้นในการประกอบธุรกิจข้ามชาติ การให้สินบนดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความเสียหายแก่การพัฒนาเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม การเมือง ระบบกลไกตลาด ความมั่นคงและความสัมพันธ์อันดีของประเทศต่างๆ ในวงกว้าง ทั้งประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจ (Host Country) ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจ (Home Country) ตลอดจนสภาพแวดล้อมในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยส่วนรวมด้วย^{41*}

1) ความเสียหายต่อประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจ

ประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจคือประเทศที่เจ้าพนักงานของตนถูกจูงใจจากผู้ประกอบธุรกิจต่างด้าว ซึ่งการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานเป็นการละเมิดการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานรัฐ และความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายโดยตรง บั่นทอนการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนก่อให้เกิดความเสียหายอื่นๆ อีกหลายประการ

(1) การให้สินบนเป็นการบิดเบือนการตัดสินใจของบุคคลในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานรัฐ และนำไปสู่การจัดสรรทรัพยากรในตลาดอย่างไม่มีประสิทธิภาพ บริษัทเอกชนที่เสนอขายสินค้าหรือบริการคุณภาพดีที่สุดในราคาต่ำที่สุด อาจถูกแย่งสิทธิการเข้าทำสัญญากับภาครัฐไปโดยบริษัทที่จ่ายสินบนมากที่สุดหรือที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเจ้าพนักงานระดับสูงมากที่สุดแทน⁴² การจ่ายสินบนยังนำไปสู่การทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง หรือโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ สิ้นเปลือง หรือซับซ้อนเกินความจำเป็น หรือโครงการที่ไม่ได้จัดทำขึ้นตามความต้องการของประชาชนอย่างแท้จริง เพื่อสร้างช่องทางการทุจริต⁴³

ด้วยผลของการจัดสรรทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพนี้ บริษัทเอกชนจึงต้องจัดสรรเงินทุนที่ใช้สำหรับการปฏิบัติตามสัญญาของรัฐบางส่วนไปจ่ายเป็นสินบนให้แก่เจ้าพนักงานและค่านอกรวมไว้ในต้นทุนการประกอบธุรกิจ ส่งผลให้เงินทุนส่วนที่ใช้ปฏิบัติตามสัญญาของรัฐลดลง หรือจำเป็นต้องปรับลดคุณภาพสินค้าหรือบริการ หรือวัสดุที่ใช้ในการก่อสร้างลง⁴⁴ ความ

⁴⁰ Moody-Stuart, G., *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*, pp. 42-43.

⁴¹ Peter Binning *et al.*, "Fraud and the Criminal Law," in *International Commercial Fraud* (London: Sweet & Maxwell, 2002), p. 182.

* อย่างไรก็ตาม ประเทศหนึ่งๆ จะได้รับความเสียหายเพียงโดยอ้อมขึ้นอยู่กับ (1) ระดับของแรงจูงใจทางเศรษฐกิจที่ถูกบั่นทอนจากนโยบายรัฐบาล (2) ระดับของแรงจูงใจทางเศรษฐกิจและปัจจัยทางสังคมที่ถูกบั่นทอนโดยการทุจริตคอร์รัปชัน และ (3) อัตราการแพร่กระจายของการคอร์รัปชันและความสามารถในการควบคุมการทุจริตคอร์รัปชันของรัฐบาลของประเทศดังกล่าวด้วยเช่นกัน อ้างอิงจาก Elliott, K. A., "Corruption as an International Policy – Problem: Overview and Recommendation," in *Corruption and the Global Economy*, p. 186.

⁴² Rose-Ackerman, S., "The Political Economy of Corruption," in *Corruption and the Global Economy*, pp. 42-43.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Moody-Stuart, G., *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*, pp. 11-13.

มั่งคั่งของรัฐส่วนหนึ่งถูกเปลี่ยนมือไปเป็นของส่วนบุคคลอย่างไม่เป็นธรรม รัฐได้รับสินค้าหรือบริการหรืองานก่อสร้างที่ด้อยคุณภาพ มีอายุการใช้งานสั้นกว่าปกติ ไม่คุ้มค่าเงินงบประมาณของรัฐที่จ่ายไป และในที่สุดย่อมส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพและความปลอดภัยของประชาชนผู้รับบริการจากรัฐด้วย⁴⁵ ตัวอย่างเช่น หากบริษัทที่เป็นคู่สัญญาก่อสร้างทางหลวงต้องจ่ายเงินสินบนให้แก่เจ้าพนักงานรัฐไปร้อยละ 5 ของมูลค่าโครงการก่อสร้างหลายพันล้านบาท บริษัทดังกล่าวย่อมถือว่า สินบนที่จ่ายไปดังกล่าวเป็นต้นทุนส่วนหนึ่งของโครงการก่อสร้างด้วย การที่บริษัทนั้นจะดำเนินโครงการเพื่อให้ตนได้รับผลกำไรตามที่คาดหวังไว้ย่อมต้องปรับลดต้นทุนการดำเนินโครงการลงบางส่วน เช่น การเลือกใช้วัสดุก่อสร้างที่ราคาถูกและมีคุณภาพด้อยลงซึ่งอาจทำให้งานก่อสร้างไม่ได้มาตรฐานสมราคาของรัฐจ่าย หรือปรับลดการจ้างบุคลากรหรือแรงงานลงทำให้งานก่อสร้างดำเนินไปอย่างล่าช้า ฯลฯ ประชาชนได้รับผลกระทบจากการใช้ถนนที่ไม่ปลอดภัย หรือเสื่อมสภาพง่าย หรือยังไม่ได้ใช้ถนนเพราะการก่อสร้างล่าช้าที่สุดในที่สุด เป็นต้น⁴⁶

(2) กรณีเอกชนจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐเพื่อหลีกเลี่ยง หรือให้ละเลย หรือเพิกเฉยต่อการปฏิบัติตามกฎระเบียบซึ่งมีไว้เพื่อกำหนดมาตรฐานความปลอดภัย เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือเพื่อควบคุมคุณภาพของสินค้า บริการ หรืองานก่อสร้าง รัฐย่อมไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือการรักษาสภาพแวดล้อมได้อย่างมีประสิทธิภาพ บุคคลผู้บริโภคสินค้าหรือบริการอาจต้องบริโภคสินค้าอันตราย ลูกจ้างโรงงานต้องเสี่ยงทำงานอย่างไม่ปลอดภัย หรือโรงงานอาจปล่อยน้ำเสียหรือควันพิษกระทบต่อสภาพแวดล้อมของชุมชนโดยรอบ⁴⁷ ตัวอย่างเช่น หากโรงงานผลิตสินค้าจ่ายสินบนให้แก่เจ้าพนักงานรัฐ เพื่อให้ได้รับการรับรองการตรวจคุณภาพการบำบัดมลพิษก่อนปล่อยอากาศหรือน้ำกลับสู่สิ่งแวดล้อมโดยรัฐ ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วโรงงานดังกล่าวไม่ได้จัดการบำบัดอากาศหรือน้ำให้สะอาดตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่นนี้ย่อมทำให้กฎหมายที่กำหนดระเบียบเกี่ยวกับการจัดการสิ่งแวดล้อมไม่สามารถบังคับใช้ได้มีประสิทธิภาพ ประชาชนในชุมชนใกล้เคียงและสังคมโดยรวมต้องรับมลพิษทางอากาศหรือทางน้ำที่ปล่อยออกมาจากโรงงานดังกล่าว เป็นต้น⁴⁸

(3) การให้สินบนบั่นทอนระดับศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคม และก่อให้เกิดวัฒนธรรมการทุจริตขึ้นในระบบราชการ เจ้าพนักงานรัฐอาจจงใจปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าหรือบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดมากกว่าปกติ เพื่อหาโอกาสเรียกเอาสินบนจากนักธุรกิจเอกชน⁴⁹ การให้สินบนที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งก็ย่อมทำให้ระดับมาตรฐานศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมตกต่ำลง เพราะประชาชนไม่เห็นว่าการให้สินบนเป็นสิ่งที่ผิด แต่เป็นเรื่องปกติธรรมดาที่เกิดขึ้นอยู่เสมอเท่านั้น

⁴⁵ Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2011* (n.p.: Ernst & Young, 2011), p. 2.

⁴⁶ Moody-Stuart, G., *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*, pp. 11-13.

⁴⁷ Rose-Ackerman, S., "The Political Economy of Corruption," in *Corruption and the Global Economy*, p. 43.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

เช่น เด็กและเยาวชนอาจยอมรับว่าตนสามารถยอมรับการทุจริตได้หากว่าตนได้รับประโยชน์ด้วย เป็นต้น⁵⁰

(4) จากการศึกษาข้างพบอีกว่า การทุจริตคอร์รัปชันส่งผลกระทบต่อประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจอีกหลายประการ เช่น กระทบกระเทือนต่อมาตรฐานการศึกษาของเด็กและเยาวชน การจัดทำบริการสาธารณสุข⁵¹ กระทบกระเทือนเสถียรภาพและความชอบธรรมของรัฐบาล ตลอดจนสถาบันการปกครองในระบอบประชาธิปไตย⁵² เป็นต้น

2) ความเสียหายต่อประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจ

ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจเกี่ยวข้องในการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เพราะมีความเชื่อมโยงกับผู้จ่ายสินบนนั้นผ่านทาง “สัญชาติ” รวมถึงเป็นประเทศที่ได้รับผลประโยชน์หรือผลกำไรจากการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เพราะผู้ประกอบธุรกิจโดยไม่สุจริตนั้นได้นำพาความมั่งคั่งเข้าสู่ประเทศ อย่างไรก็ตาม จากประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นต้นกำเนิดแนวคิดการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ การให้สินบนดังกล่าวอาจเป็นผลดีทางเศรษฐกิจในระยะสั้นและฉาบฉวยเท่านั้น แต่ก่อให้เกิดความเสียหายอื่นๆ ระยะยาวหลายประการ⁵³ เช่น ทำลายชื่อเสียงและภาพลักษณ์ที่ดีของประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจในสายตาของนานาชาติ ทำลายความเชื่อมั่นที่สาธารณะและภาคธุรกิจมีต่อระบบการแข่งขันอย่างเสรี รวมถึงอาจทำลายความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงว่าเจ้าพนักงานระดับสูงหรือบุคคลระดับผู้ปกครองรัฐต่างชาติเกี่ยวข้องในการกระทำทุจริต⁵⁴ ฉะนั้น ด้วยเหตุที่อัตราการเกิดการจ่ายสินบนต่างประเทศมีความสัมพันธ์กับปริมาณการส่งออกการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ การส่งเสริมการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศจึงเป็นเสมือนการเพิ่มโอกาสและช่องทางให้นักธุรกิจออกไปกระทำทุจริตดังกล่าวมากขึ้น ซึ่งในที่สุดย่อมส่งผลเสียหายย้อนกลับมายังประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจในระยะยาวตามที่กล่าวไปข้างต้น⁵⁵

3) ความเสียหายต่อความมั่นคงของระบบตลาดและเสถียรภาพในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นการบิดเบือนกลไกตลาดการประกอบธุรกิจโดยส่วนรวม และก่อให้เกิดการแข่งขันในตลาดอย่างไม่เป็นธรรม กล่าวคือ เอกชนอาจหันมาแข่งขันให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐมากกว่าแข่งขันกันเสนอ

⁵⁰ ผาสุก พงษ์ไพจิตร, "ภาพการวิจัยเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชันในสังคมไทย: วิธีการ ตัวชี้ผลกระทบ และข้อคิดสู่การแก้ไข," ใน เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่องความคิดเห็นการจัดทำแผนยุทธศาสตร์ป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, (ม.ป.ท.: คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, 2543), หน้า 13.

⁵¹ Elliott, K. A., "Corruption as an International Policy – Problem: Overview and Recommendation," in *Corruption and the Global Economy*, p. 192.

⁵² Rose-Ackerman, S., "The Political Economy of Corruption," in *Corruption and the Global Economy*, p. 44.

⁵³ โปรดดูหัวข้อที่ 3.1.4

⁵⁴ Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon and John A. Spanogle Jr., *International Business Transactions*, 2nd ed. (MN: Thomson/West Group, 2001), pp. 504-506.

⁵⁵ House of Representative, 95th Congress 1st Session, Report No. 95-640.

ขายสินค้าและบริการคุณภาพดี เพราะการให้สินบนจำนวนหนึ่งมีต้นทุนน้อยกว่าการลงทุนวิจัยและพัฒนาคุณภาพสินค้าของตนที่อาจต้องใช้เงินจำนวนมาก ใช้เวลานาน และไม่แน่นอนว่าตนจะสามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้

นอกจากนั้น การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศยังทำให้จริยธรรมในภาคการประกอบธุรกิจเสื่อมถอย ตลอดจนก่อให้เกิดวัฒนธรรมการทุจริตฝังรากลึกในตลาด กล่าวคือ เมื่อมีการจ่ายสินบนโดยเอกชนรายหนึ่งเกิดขึ้น นักธุรกิจรายอื่นในตลาดย่อมต้องจ่ายสินบนเพื่อให้ตนต้องเสียเปรียบในการแข่งขัน ถูกกีดกันออกจากตลาด ถูกช่วงชิงชัยชนะในการประมูลสัญญา หรือได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมโดยอ้างเหตุผลต่างๆ เช่น ข้ออ้างด้านราคา ข้อพิจารณาทางภูมิศาสตร์ หรือความพอใจส่วนบุคคล ฯลฯ⁵⁶ ด้วยสภาพตลาดเช่นนี้เอง นักธุรกิจที่สุจริตจึงต้องยอมลดมาตรฐานจริยธรรมและยอมจ่ายสินบนเพื่อลดความเสี่ยงที่ตนจะถูกเอาเปรียบในการแข่งขันโดยใช้วิธีนอกกติกา⁵⁷ หรือกระทั่งการเปลี่ยนทัศนคติไปเลยว่า การให้สินบนเป็นธรรมเนียมปฏิบัติธรรมดาในการประกอบธุรกิจ และสามารถจ่ายสินบนได้โดยไม่สำนึกว่าสินบนเป็นสิ่งที่น่าละอายอีกต่อไป เป็นต้น⁵⁸

3.1.3 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเกิดขึ้นอย่างซับซ้อนและคาบเกี่ยวระหว่างเขตอำนาจของรัฐตั้งแต่สองแห่งขึ้นไป⁵⁹ ประเทศส่วนใหญ่ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของตนตามแนวคิดแบบดั้งเดิมนั้น จึงต้องประสบปัญหาการขาดแคลนกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับใช้บังคับและลงโทษการให้สินบนรูปแบบใหม่ ในส่วนนี้จึงจะได้พิจารณาปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของประเทศต่างๆ ก่อนมีการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนรูปแบบใหม่ โดยจะกล่าวถึงปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจในหัวข้อที่ 3.1.3.1 และของประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจในหัวข้อที่ 3.1.3.2

3.1.3.1 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจ

ประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจมักเป็นประเทศที่มีการประกอบธุรกิจเกิดขึ้น มีฐานะเป็นผู้ตราและบังคับใช้กฎหมายและกฎเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการส่งเสริมหรือควบคุมประกอบธุรกิจภายในประเทศ⁶⁰ อีกทั้งยังเป็นประเทศที่ได้รับความเสียหายจากการที่เจ้าพนักงานของตนเรียกรับ

⁵⁶ Moody-Stuart, G., *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*, p. 43.

⁵⁷ Folsom, R. H., M. W. Gordon, and J. A. S. Jr., *International Business Transactions*, pp. 528-529.

⁵⁸ Ibid, pp. 504-506.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Muchlinski, P. T., *Multinational Enterprises & the Law*, p. 51. และ ลาวัญย์ ถนัดศิลป์กุล, "หน่วยที่ 9 กฎหมายที่ควบคุมการลงทุนระหว่างประเทศของประเทศที่รับการลงทุน," ใน *ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน่วยที่ 8-15, คณะกรรมการผลิตและบริหารชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน, บรรณาธิการ (นนทบุรุษ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553), หน้า 52-71.*

สินบน⁶¹ การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานโดยผู้ประกอบธุรกิจต่างด้าวเป็นความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิม ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอยู่แล้ว⁶² ประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจสามารถบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนข้ามชาติได้ โดยเฉพาะเมื่อการกระทำความผิดเกิดในดินแดน และผู้กระทำความผิดปรากฏตัวในดินแดน⁶³

อย่างไรก็ดี การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดที่มีลักษณะความเป็นระหว่างประเทศโดยสภาพ⁶⁴ ผู้กระทำความผิดจึงอาจไม่ปรากฏตัวอยู่ในดินแดนของประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจ เพราะได้เดินทางไปยังประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจ หรือได้หลบหนีออกไปยังต่างประเทศแล้ว หรืออาจลงมือกระทำความผิดโดยที่ตนมิได้เดินทางเข้าไปในประเทศดังกล่าวเสียก็ได้ เป็นต้น เช่นนี้แม้ธุรกิจมีความผิดตามกฎหมาย แต่ประเทศรับการประกอบธุรกิจไม่สามารถติดตามเข้าไปบังคับใช้กฎหมายในดินแดนของรัฐอื่นได้ อันเนื่องมาจากข้อจำกัดด้านเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐ⁶⁵

3.1.3.2 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจ

ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจมักเป็นประเทศที่ส่งเสริมให้ประชาชนไปประกอบธุรกิจในต่างประเทศ⁶⁶ มีความเชื่อมโยงในกับผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวผ่านทางสัญชาติของผู้ประกอบธุรกิจ⁶⁷ และได้รับความเสียหายจากการที่นักธุรกิจสัญชาติตนไปจ่ายสินบนในต่างประเทศ⁶⁸ แต่เนื่องจากการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมิใช่การให้สินบนเจ้าพนักงานของรัฐตน การจ่ายสินบนดังกล่าวจึงอาจอยู่นอกขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายภายใน ซึ่งมีเจตนารมณ์คุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามกฎหมายภายในเท่านั้น จึงเป็นกรณีที่ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายของตนลงโทษการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้เลย ตามหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย”⁶⁹ แม้ผู้กระทำความผิดจะปรากฏตัวอยู่ในเขตอำนาจการบังคับใช้กฎหมายของตน หรือเป็นนักธุรกิจที่มีชื่อเสียง เป็นที่รู้จักในสังคม ตลอดจนมีที่อยู่ หรือสถานประกอบกิจการที่สามารถพบตัวได้แน่นอนในประเทศก็ตาม

⁶¹ โปรดดูหัวข้อที่ 3.1.2.2 (ก)

⁶² ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, p. 31.

⁶³ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, หน้า 251.

⁶⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 3.1.1

⁶⁵ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, หน้า 265.

⁶⁶ ลาวินัย ถนัดศิลปกุล, “หน่วยที่ 8 แนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ,” ใน *ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน่วยที่ 8-15*, คณะกรรมการผลิตและบริหารชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน, บรรณาธิการ (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา, 2553), หน้า 37-39.

⁶⁷ Muchlinski, P. T., *Multinational Enterprises & the Law*, p. 51.

⁶⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 3.1.2.2 (ข)

⁶⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์, 2549), หน้า 16-19.

จึงเห็นได้ว่า การให้สินบนให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศก่อให้เกิดผลกระทบเสียหายต่อทั้งประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจ ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจ รวมถึงสังคมการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นวงกว้าง แต่กลับไม่มีประเทศใดสามารถบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่แก่อาชญากรรมดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม ด้วยเหตุนี้ สหรัฐอเมริกาจึงได้ริเริ่มบัญญัติให้การให้สินบนในต่างประเทศเป็นความผิดอาญาเพื่อต่อต้านการทุจริตข้ามชาติ ดังกล่าวจากทางฝ่ายผู้ให้สินบน⁷⁰ ซึ่งต่อมาได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติว่า ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจต้องมีความรับผิดชอบในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศด้วย⁷¹ ซึ่งจะพิจารณาในส่วนหัวข้อถัดไป

3.1.4 แนวคิดและพัฒนาการของการป้องกันและปราบปรามการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

แนวคิดการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาอย่างเฉพาะเจาะจงเพิ่งเกิดขึ้นอย่างเด่นชัดในระดับนานาชาติในช่วงไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมาเท่านั้น จากที่การให้สินบนเป็นปัญหาความกังวลต่อระดับศีลธรรมในภาคธุรกิจอันเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของรัฐ ปัญหาดังกล่าวได้รับการยกระดับขึ้นเป็นแนวคิดความรับผิดชอบของประเทศผู้ประกอบธุรกิจต่อการปราบปรามสินบนข้ามชาติ ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในระดับนานาชาติในปัจจุบัน

ในส่วนนี้จึงจะพิจารณาพัฒนาการอันเป็นต้นกำเนิดของแนวคิดการป้องกันและปราบปรามการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกาจนกระทั่งกลายมาเป็นประเด็นการต่อต้านการทุจริตในภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่นานาชาติต้องร่วมมือกันบัญญัติความผิดอาญาเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในหัวข้อที่ 3.1.4.1 และพิจารณาแนวคิดที่สนับสนุนให้ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจต้องมีส่วนร่วมรับผิดชอบในการจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในหัวข้อที่ 3.1.4.2

3.1.4.1 พัฒนาการของแนวคิดการกำหนดให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดทางอาญา

เมื่อภาคธุรกิจเอกชนได้เริ่มขยายการประกอบธุรกิจออกไปแข่งขันในตลาดต่างประเทศภายหลังจากที่สงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง* เพราะมีปัจจัยส่งเสริมหลายประการที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าว เช่น การมีเทคโนโลยีสื่อสารไร้พรมแดนและเทคโนโลยีสารสนเทศ

⁷⁰ House of Representative, 95th Congress 1st Session, Report No. 95-640.

⁷¹ Ibid.

* บริษัทหนึ่งๆ จะขยายกิจการออกไปประกอบธุรกิจในต่างประเทศรักษาความสามารถแข่งขันในตลาด โดยเข้าไปเพื่อแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติ (Natural Resources Seeking) แสวงหาตลาดใหม่ (Market Seeking) แสวงหาประสิทธิภาพ (Efficiency Seeking) หรือแสวงหาประโยชน์เชิงยุทธศาสตร์ (Strategic Asset Seeking) อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างก็ได้ อ้างอิงจาก Folsom, R. H., M. W. Gordon, and J. A. S. Jr., *International Business Transactions*, pp. 31-32.

(Information Technology หรือ “IT”) ที่ทำให้บุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางสามารถติดต่อสื่อสารกันได้โดยลักษณะฉับพลันทันที (Real Time)⁷² การคมนาคมที่ก้าวหน้า ซึ่งช่วยอำนวยความสะดวกให้บุคคลสามารถเดินทางหรือขนส่งสินค้าไปยังที่ต่างๆ ได้ และการมีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองและรับรองสิทธิของบุคคล รวมถึงกฎหมายส่งเสริมหรือควบคุมการประกอบธุรกิจข้ามพรมแดน ทั้งระดับกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ทำให้บุคคลมั่นใจได้ว่า “สิทธิ” ในทรัพย์สินของตนจะได้รับการคุ้มครอง หรือว่าตนจะได้รับสิทธิประโยชน์ในการประกอบธุรกิจ ณ ประเทศต่างๆ อย่างแน่นอน เป็นต้น ด้วยเหตุปัจจัยเหล่านี้ นักธุรกิจเอกชนตัดสินใจขยายตลาดการประกอบธุรกิจออกไปยังต่างแดนได้อย่างมั่นใจมากยิ่งขึ้นกว่าในอดีต และเป็นผลให้การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศทั่วโลกมีพัฒนาการอย่างรวดเร็วในช่วงปี พ.ศ. 2503-2513 (ค.ศ. 1960-1970)* จำนวนผู้ประกอบการธุรกิจข้ามชาติจึงเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องจนกระทั่งในปัจจุบัน บริษัทข้ามชาติเอกชนบางกลุ่มประกอบธุรกิจประสบความสำเร็จจนมีขนาดเศรษฐกิจใหญ่กว่ารัฐชาติและมีบทบาทสำคัญในระบบเศรษฐกิจโลก⁷³

อย่างไรก็ดี ความก้าวหน้าของภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพและรูปแบบอาชญากรรมแบบดั้งเดิมที่มีอยู่ในสังคมมนุษย์ด้วย “การให้สินบน” ซึ่งเดิมเป็นอาชญากรรมอันละเมิดต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าพนักงานรัฐตามกฎหมายภายใน ได้พัฒนาเป็นอาชญากรรมอันละเมิดต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าพนักงานรัฐตามกฎหมายต่างประเทศ มีรูปแบบซับซ้อน และมีจุดเกาะเกี่ยวในเชิงระหว่างประเทศ⁷⁴ ด้วยองค์ประกอบข้ามชาตินี้เองที่ทำให้การให้สินบนรูปแบบใหม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นวงกว้าง แต่ประเทศต่างๆ กลับไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายภายในที่มีอยู่ เพื่อปราบปรามการอาชญากรรมรูปแบบใหม่ดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม⁷⁵

จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้การขยายตัวของการประกอบธุรกิจข้ามชาติจะเป็นผลดีต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจโลก แต่การเพิ่มขึ้นจำนวนของผู้ประกอบธุรกิจข้ามชาติ ตลอดจนการเพิ่มโอกาสและช่องทางในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศนั้น ก็ได้ขยายโอกาสและช่องทางที่จะเกิดการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศด้วย ปัญหาการจ่ายสินบนข้ามชาติร้ายแรงมากขึ้นตามมาเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อผู้ประกอบการมีแรงจูงใจสูงจากผลประโยชน์จำนวนมหาศาลที่คาดว่าจะได้รับ แต่มีโอกาสถูกจับกุมดำเนินคดีและลงโทษตามกฎหมายน้อย⁷⁶ ทั้งนี้ เมื่อความเสียหายจากปัญหาสินบนข้ามชาติดังกล่าวรุนแรงขึ้น และปัญหาการขาดแคลนกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับใช้ต่อต้านการให้สินบนปรากฏขึ้นเด่นชัด จึงเกิดแนวคิดการต่อต้านการให้สินบนในการ

⁷² เอก ตั้งทรัพย์วัฒนา, *โลกาภิวัตน์ บริษัทข้ามชาติ บริษัทภิบาล และความรับผิดชอบต่อสังคมของบริษัท*, หน้า 15-17.

* การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศจึงเกิดได้เฉพาะในการลงทุนทางตรงเท่านั้น (Foreign Direct Investment: FDI) ไม่ใช่กรณีการลงทุนระหว่างประเทศทางอ้อม (Portfolio Investment) เพราะการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานอาจเกิดขึ้นได้ในสภาพการประกอบธุรกิจโดยตรงในต่างประเทศที่มีการเข้าไปผลิตสินค้าหรือบริการในต่างประเทศเกิดขึ้นจริงเท่านั้น แตกต่างจากการการลงทุนระหว่างประเทศทางอ้อมซึ่งเป็นเพียงการระดมเงินทุนเพื่อไปใช้ในการลงทุนทางตรงอีกทอดหนึ่งเท่านั้น อ้างอิงจาก Folsom, R. H., M. W. Gordon, and J. A. S. Jr., *International Business Transactions*, p. 5.

⁷³ เอก ตั้งทรัพย์วัฒนา, *โลกาภิวัตน์ บริษัทข้ามชาติ บริษัทภิบาล และความรับผิดชอบต่อสังคมของบริษัท*, หน้า 2.

⁷⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 3.1.1

⁷⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 3.1.2 และหัวข้อที่ 3.1.3

⁷⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 3.1.2.1

ประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายอยู่ในปัจจุบัน

แนวคิดการบัญญัติกฎหมายห้ามการจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเกิดขึ้นครั้งแรก ณ สหรัฐอเมริกา ในช่วงกลางทศวรรษที่ 1970⁷⁷ สืบเนื่องจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงว่ามีบริษัทข้ามชาติสัญชาติอเมริกันกว่า 400 แห่งจ่ายเงินที่มีลักษณะน่าสงสัยให้แก่เจ้าพนักงาน นักการเมืองและพรรคการเมืองในต่างประเทศเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจรวมมูลค่ากว่า 300 ล้านดอลลาร์สหรัฐ⁷⁸ โดยการจ่ายเงินสินบนเกิดขึ้นหลายระดับ ตั้งแต่การจ่ายค่า “หยอดน้ำมัน” เพื่ออำนวยความสะดวก หรือเร่งรัดการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ ไปจนถึงการจ่ายเงินเพื่อแย่งชิงผลประโยชน์ทางธุรกิจในอุตสาหกรรมหลายประเภท โดยเฉพาะในกลุ่มอุตสาหกรรมยาและสุขภาพ อุตสาหกรรมผลิตและจำหน่ายน้ำมันและก๊าซ อุตสาหกรรมผลิตภัณฑ์อาหาร อุตสาหกรรมอากาศยาน สายการบินและการขนส่งทางอากาศ และอุตสาหกรรมเคมี⁷⁹

ในบรรดาข้อเท็จจริงทั้งหมดที่ถูกเปิดเผย ข้อมูลการจ่ายเงินที่น่าสงสัยว่าอาจเป็นการกระทำทุจริตหรือผิดกฎหมายของบริษัทผลิตและจำหน่ายอากาศยานล็อกฮีด (Lockheed) ก่อให้เกิดกระแสวิพากษ์วิจารณ์และต่อต้านการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมากที่สุด⁸⁰ โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่า บริษัทล็อกฮีดได้จ่ายเงินให้แก่เจ้าพนักงานระดับสูงของต่างประเทศหลายแห่ง ได้แก่ เยอรมนี ฮอลแลนด์ อินโดนีเซีย อิตาลี ญี่ปุ่น และซาอุดีอาระเบีย รวมเป็นเงินกว่า 25 ล้านดอลลาร์สหรัฐ รวมถึงการจ่ายเงินให้แก่นายทานากะ คาคุเออิ (Tanaka Kakuei) นายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่นในขณะนั้น จำนวน 1.6 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และเจ้าชายเบอร์นาร์ด แห่งประเทศเนเธอร์แลนด์ จำนวน 1.1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหาย ความอับอาย และทำลายความเชื่อมั่นที่ประชาชนมีต่อบุคคลระดับผู้นำประเทศอย่างมาก⁸¹ ขณะที่บริษัทล็อกฮีดอ้างว่า การจ่ายเงินนั้นเป็นส่วนสำคัญของการประกอบธุรกิจในหลายประเทศ และจำเป็นต้องกระทำเพื่อแข่งขันกับบริษัทคู่แข่งในตลาด⁸²

การเปิดเผยข้อมูลการจ่ายเงินที่น่าสงสัยข้างต้นก่อให้เกิดกระแสการต่อต้านและประณามการประกอบธุรกิจอย่างไรจริยธรรมของบริษัทสัญชาติอเมริกันเป็นอย่างมาก⁸³ สภาคองเกรสแห่งสหรัฐอเมริกายืนยันว่า การจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมอย่างกว้างขวาง เป็นภัยคุกคามต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ทำลายความเชื่อมั่นของสาธารณะมีต่อการประกอบธุรกิจภายใต้กลไกการแข่งขันอย่างเสรี ตลอดจนทำลายภาพลักษณ์ที่ดีของสหรัฐอเมริกาในสายตาของนานาชาติ⁸⁴ ในที่สุดก็ได้นำไปสู่การออก

⁷⁷ Folsom, R. H., M. W. Gordon, and J. A. S. Jr., *International Business Transactions*, pp. 506-506.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ House of Representative, 95th Congress 1st Session, Report No. 95-640.

⁸⁰ Folsom, R. H., M. W. Gordon, and J. A. S. Jr., *International Business Transactions*, pp. 504-506.

⁸¹ Ibid. และ Singh, N., *The World of Bribery and Corruption*, pp. 169-174.

⁸² Singh, N., *The World of Bribery and Corruption*, p. 170.

⁸³ Folsom, R. H., M. W. Gordon, and J. A. S. Jr., *International Business Transactions*, pp. 504-506.

⁸⁴ House of Representative, 95th Congress 1st Session, Report No. 95-640.

กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการกระทำทุจริตในต่างประเทศฉบับใหม่ในปี พ.ศ. 2520 (ค.ศ.1977) ชื่อว่า “The Foreign Corrupt Practices Act 1977” (FCPA)⁸⁵ กำหนดให้บุคคลสัญชาติอเมริกันที่จ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติเพื่อประโยชน์เกี่ยวกับธุรกิจของตนต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย เพื่อบรรลุดังกล่าวในการต่อต้านการทุจริต และเพื่อยืนยันนโยบายการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาในสถานการณ์นั้น^{86*} จึงเห็นได้ว่า กฎหมาย FCPA มิได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยมุ่งสร้างควมมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจโดยตรง⁸⁷ แต่เพื่อตอบสนองประเด็นทางจริยธรรมที่เกิดขึ้นภายในประเทศ และประสงค์ให้เกิดผลบังคับใช้ในต่างประเทศ⁸⁸ ตามที่เชื่อว่า การให้สินบนจูงใจให้เจ้าพนักงานเป็นการกระทำอันผิดต่ออำนาจหน้าที่ราชการและศีลธรรมที่ดี⁸⁹ โดยมีได้พิจารณาว่าการให้ทรัพย์สินแก่เจ้าพนักงานนั้นอาจเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่สามารถยอมรับได้ในต่างประเทศ หรือมีคุณค่าตามมาตรฐานทางวัฒนธรรมต่างชาติ⁹⁰ จึงมีข้อวิจารณ์ประการหนึ่งว่า การบังคับใช้กฎหมาย FCPA อาจรุกร้าหรือแทรกแซงเขตอำนาจของรัฐต่างประเทศในการกำหนดกฎระเบียบภายในตามค่านิยมท้องถิ่น หรือวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจของต่างประเทศนั้น^{91**}

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid.

* นอกจากนี้ ประธานาธิบดี Gerald Ford ยังได้ประกาศเจตนารมณ์ในการตั้งคณะกรรมการชุดปฏิบัติการเพื่อการบัญญัติกฎหมายต่อต้านสินบนข้ามชาติว่า “the views of the broadest base of interest and individuals are to be solicited. ...The purpose of this task force is not to punish American corporations but to ensure that the United States has a clear policy” อ้างถึงใน Wayne Albert Hamra, "Curbing International Bribery and Corruption in Thailand: Prospects for Reform in Light of the OECD Convention" (Doctoral Dissertation, School of Business, Golden Gate University, 2002), p. 20.

⁸⁷ Marie M. Dalton, "Efficiency v. Morality: The Codification of Cultural Norms in the Foreign Corrupt Practices Act," *NYU Journal of Law & Business* (Spring 2006): 584-639.

⁸⁸ Emily Willborn, "Extraterritorial Enforcement and Prosecutorial Discretion in the FCPA: A Call for International Prosecutorial Factors," *Minnesota Journal of International Law* 22(Summer 2013): 422-423.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Dalton, M. M., "Efficiency v. Morality: The Codification of Cultural Norms in the Foreign Corrupt Practices Act," *NYU Journal of Law & Business* (Spring 2006): 584-585.

** สหรัฐอเมริกามีบัญญัติกฎหมายภายในของตนให้มีเขตอำนาจบังคับใช้แก่การกระทำความผิดนอกดินแดนเสมอ เช่น การบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้ในดินแดนที่สหรัฐอเมริกามีเขตอำนาจทางนิติบัญญัติคล้ายรัฐ (State-like Legislative Jurisdiction) หรือบังคับใช้แก่การกระทำความผิดบางลักษณะที่ภายในเขตอำนาจของดินแดนหรืออาณาเขตทางทะเลพิเศษของสหรัฐอเมริกา (Special Maritime and Territorial Jurisdiction) ซึ่งขยายเขตอำนาจศาลไปถึงการกระทำความผิดฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ (ก) การเดินอากาศ (ข) การศุลกากร (ค) ยานอวกาศของสหรัฐอเมริกาที่กำลังเดินทาง (ง) เรือดำน้ำไร้สัญชาติซึ่งหลบหนีขณะอยู่ในทะเลหลวง (จ) สิ่งอำนวยความสะดวกของรัฐบาลกลางของประเทศและที่พำนักของลูกจ้างของสหรัฐอเมริกาที่อยู่ในต่างประเทศ (ฉ) สมาชิกของกองกำลังติดอาวุธของสหรัฐอเมริกาที่อยู่ในต่างประเทศ รวมถึงบุคคลอื่นที่ร่วมสมทบในกองกำลังดังกล่าว และ (ช) ลูกจ้างของสหรัฐอเมริกาที่กระทำความผิดฐานค้ามนุษย์หรือความผิดเกี่ยวกับเพศในต่างประเทศ ซึ่งรวมถึงบุคลากรทางการทหารของสหรัฐอเมริกา หรือบุคคลอื่นที่ร่วมกระทำความผิดดังกล่าวในต่างประเทศ เป็นต้น ทั้งนี้ สหรัฐอเมริกาจะกำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายโดยอาศัยความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริงหรืออ้างถึงสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ผู้กระทำความผิดมีสัญชาติอเมริกัน ความผิดนั้นเป็นอาชญากรรมร้ายแรงอย่างสาหัส ฯลฯ โดยไม่คำนึงถึงเขตอำนาจของรัฐอื่นอีก ฉะนั้น ศาลสหรัฐอเมริกาจึงมีเขตอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้เสมอ หากผู้นั้นหลบหนีเข้ามา หรือถูกนำตัวมาเพื่อรับโทษ หรือถูกพบตัวอยู่ในสหรัฐอเมริกา ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยังมีเขตอำนาจลงโทษผู้สมคบในการกระทำความผิดอาญา (Conspiracy) ในต่างประเทศด้วย แม้ผู้นั้นไม่เคยเดินทางเข้ามาในสหรัฐอเมริกาในความเป็นจริงเลยก็ตาม อ้างอิงจาก Charles Doyle, "Extraterritorial Application of American Criminal Law," [Online] Accessed: 15 February 2012. Available from: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/94-166.pdf>

เมื่อย้อนกลับไปพิจารณาถึงกรณีที่สภาองเกรสต้องเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายสำหรับป้องกันและปราบปรามการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด สภาองเกรสพิจารณาแนวทางการบัญญัติกฎหมายจากทางเลือกที่ถูกนำเสนอในการพิจารณาของสภา 2 แนวทาง ได้แก่

1) การอนุญาตให้เอกชนสามารถจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้ ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องมีการเปิดเผยข้อมูลการจ่ายเงินทั้งหมดที่เกิดขึ้น มิฉะนั้นอาจมีความผิดอาญาสำหรับการไม่เปิดเผยข้อมูลที่ถูกต้องนั้น

2) การกำหนดให้การจ่ายสินบนในต่างประเทศเป็นความผิดและกำหนดโทษอาญาอย่างเด็ดขาด (Criminalization)

จากทางเลือกทั้งสองนี้ สภาองเกรสเลือกกำหนดให้การจ่ายสินบนข้ามชาติเป็นความผิดตามกฎหมายตามแนวทาง 2) ตามความคิดพื้นฐานว่า “สินบน” เป็นการกระทำที่น่าตำหนิและไม่พึงประสงค์ของสังคม⁹² และเชื่อว่าการใช้มาตรการทางอาญาที่เด็ดขาดจะนำไปสู่การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นผลดีต่อเศรษฐกิจและสังคมมากกว่าอีกวิธีการ ยิ่งไปกว่านั้น สหรัฐอเมริกายังเชื่อว่า แนวทางต่อต้านการให้สินบนโดยการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญานี้จะนำไปสู่การสร้างตลาดที่มีการแข่งขันอย่างโปร่งใสอย่างแท้จริงได้ในที่สุดหากได้รับความร่วมมือจากนานาประเทศทั่วโลก* สหรัฐอเมริกาจึงคาดหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ประเทศทั้งหลายจะเห็นด้วยกับแนวคิดของกฎหมาย FCPA และบัญญัติกฎหมายภายในที่มีเนื้อลักษณะเดียวกัน รวมถึงร่วมกันบรรลุลความตกลงระหว่างประเทศที่จำเป็น อันจะนำไปสู่การสร้างสภาพตลาดที่มีการแข่งขันกันอย่างโปร่งใส⁹³

ภายหลังจากที่มีการประกาศบังคับใช้ FCPA ซึ่งมีผลจำกัดพฤติกรรมของบริษัทสัญชาติอเมริกันที่ประกอบธุรกิจในต่างประเทศ บรรดาประเทศผู้ส่งออกการค้าลงทุนมิได้บัญญัติกฎหมายภายในลักษณะเดียวกับ FCPA มาบังคับใช้แก่นักธุรกิจของตนตามที่สหรัฐอเมริกาคาดหวัง⁹⁴ ประกอบกับเนื้อหาของ FCPA เองก็ยังไม่สามารถบังคับใช้ได้โดยมีขอบเขตชัดเจน นักธุรกิจอเมริกันจึงต้องตกอยู่ในภาวะลังเล ไม่กล้าดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจบางอย่างที่อาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมาย ภาคธุรกิจระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกาจึงสูญเสียความสามารถในการแข่งขันในตลาด

⁹² House of Representative, 95th Congress 1st Session, Report No. 95-640.

* เหตุผลสำคัญที่สภาองเกรสเลือกใช้วิธีการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามี 3 ประการ ได้แก่ (1) การบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาน่าจะสามารถยับยั้งอาชญากรรมได้อย่างเด็ดขาดมากกว่าอีกวิธีการหนึ่ง กล่าวคือ หากการให้สินบนทำให้ตนได้รับผลประโยชน์ในการประกอบธุรกิจจำนวนมาก บุคคลก็จะคงมีแรงจูงใจในการกระทำความผิดสูงมากเมื่อเทียบกับแต่ผลกระทบจากการเปิดเผยข้อมูลการจ่ายเงินผิดกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น แม้มีการเปิดเผยข้อมูลการจ่ายเงินผิดกฎหมายแล้ว ต่างประเทศนั้นจะบังคับใช้กฎหมายอาญาแก่การจ่ายสินบน (Domestic Bribery) นั้นหรือไม่ ย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในของต่างประเทศ (2) การบัญญัติความผิดอาญาสร้างภาระแก่ภาคธุรกิจน้อย เพราะระบบการเปิดเผยข้อมูลกำหนดให้บริษัทต่างๆ ต้องรายงานการจ่ายเงินที่เกิดขึ้นทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นการจ่ายเงินที่ถูกหรือผิดกฎหมาย แต่การบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาจะก่อให้เกิดต้นทุนแก่ผู้ประกอบการโดยไม่สุจริต ที่ต้องคอยปิดปิดการกระทำความผิดของตน เท่านั้น และ (3) ภายใต้อุปสรรคการบังคับใช้กฎหมายทั้งสองกรณี รัฐมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลยจนปราศจากความสงสัยอันควรเช่นเดียวกัน จึงไม่มีประเด็นพิจารณาว่ากรณีใดที่รัฐรับภาระการบังคับใช้กฎหมายมากกว่ากัน อ้างอิงจาก ibid.

⁹³ Folsom, R. H., M. W. Gordon, and J. A. S. Jr., *International Business Transactions*, p. 534.

⁹⁴ Ibid, pp. 504-506.

และได้รับความเสียหายในเชิงธุรกิจอย่างมหาศาล โดยเฉพาะเมื่อต้องแข่งขันกับนักธุรกิจจากประเทศที่ไม่มีกฎหมายลงโทษการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจ* หรือประเทศที่กำหนดให้ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับสินบนเป็นรายจ่ายทางธุรกิจที่สามารถใช้หักลดหย่อนภาษีได้⁹⁵ เช่น ประเทศออสเตรเลีย (กฎหมายเก่า) ออสเตรเลีย เบลเยียม ฝรั่งเศส เยอรมนี ลักเซมเบิร์ก เนเธอร์แลนด์ โปรตุเกส นิวซีแลนด์ และ สวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น⁹⁶ จนถึงกับมีนักวิชาการคาดการณ์ว่า บริษัทอเมริกันถูกบริษัทสัญชาติอื่นจ่ายสินบนช่วงชิงชัยชนะในการประมูลสัญญาไปกว่าร้อยละ 80 ของการประมูลสัญญาทั้งหมดที่ได้เข้าร่วม⁹⁷

อย่างไรก็ดี แม้ความเสียหายในภาคธุรกิจระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกาจะให้ FCPA ถูกต่อต้านและถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่สามารถบังคับใช้ได้กับทางปฏิบัติ แต่สหรัฐอเมริกาก็ยืนยันที่จะบังคับใช้ FCPA ต่อไป พร้อมกับใช้วิธีการต่างๆ ผลักดันให้ต่างประเทศรับเอาแนวคิดตาม FCPA ไปปฏิบัติ หรือบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน ตัวอย่างเช่น การเปิดเผยข้อมูลการจ่ายเงินที่น่าสงสัยอย่างต่อเนื่อง การกำหนดให้การต่อต้านสินบนข้ามชาติเป็นประเด็นและเงื่อนไขสำคัญในการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศ หรือกำหนดเป็นคุณสมบัติสำหรับการขออนุมัติเงินกู้จากธนาคารเพื่อการนำเข้าและส่งออก (Import-export Bank) หรือการขอความช่วยเหลือเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจจากกระทรวงพาณิชย์แห่งสหรัฐอเมริกา เป็นต้น⁹⁸

ต่อมาในปี พ.ศ. 2531 (ค.ศ. 1988) สหรัฐอเมริกาได้เริ่มดำเนินการเจรจาต่อรองกับองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development) (“OECD”)⁹⁹ ในฐานะที่เป็นกลุ่มประเทศคู่ค้าสำคัญ เพื่อผลักดันให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการต่อต้านสินบนข้ามชาติอย่างจริงจังตามแนวคิดแบบ

* กระทรวงการพาณิชย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ประมาณการว่า บริษัทอเมริกันได้รับความเสียหายในภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมูลค่าประมาณ 11 ล้านล้านเหรียญสหรัฐในช่วงปี ค.ศ. 1994-1996 ซึ่งน่าจะเป็นมูลค่าที่ต่ำกว่าความสูญเสียที่เกิดขึ้นจริง อ้างอิงจาก Elliott, K. A., "Corruption as an International Policy – Problem: Overview and Recommendation," in *Corruption and the Global Economy*, p. 200.

⁹⁵ Folsom, R. H., M. W. Gordon, and J. A. S. Jr., *International Business Transactions*, pp. 507-508.

⁹⁶ Nathan M. Jensen, "Are Bribes Tax Deductible," [Online] Accessed: 23 May 2013. Available from: <http://pages.wustledu/nathanjensen/articles/4701>

⁹⁷ Hamra, W. A., "Curbing International Bribery and Corruption in Thailand: Prospects for Reform in Light of the OECD Convention," p. 42.

⁹⁸ Ibid. และ Folsom, R. H., M. W. Gordon, and J. A. S. Jr., *International Business Transactions*, p. 531.

⁹⁹ องค์การแห่งความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Cooperation and Development หรือ “OECD”) เกิดขึ้นโดยการลงนามอนุสัญญากรุงปารีสเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1960 เพื่อส่งเสริมความร่วมมือในด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิก การพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การวิจัยและการพัฒนาบุคลากร และการช่วยเหลือพัฒนาประเทศกำลังพัฒนาโดยใช้หรือดำเนินมาตรการต่างๆ เช่น การดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจอันจะนำไปสู่การพัฒนาและสร้างเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ การลดหรือยกเลิกอุปสรรคทางการค้า การบริการ และการเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างประเทศ เป็นต้น ประกอบไปด้วยประเทศสมาชิกจำนวน 24 ประเทศ ได้แก่ เยอรมนีตะวันตก ออสเตรเลีย เบลเยียม เดนมาร์ก สเปน ฝรั่งเศส กรีซ ไอร์แลนด์ ไอร์แลนด์ อิตาลี ลักเซมเบิร์ก นอร์เวย์ เนเธอร์แลนด์ โปรตุเกส อังกฤษ สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ ตุรกี สหรัฐอเมริกาและแคนาดา ญี่ปุ่น ฟินแลนด์ ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ อ้างอิงจาก สมชาย ภคภาสน์วิวัฒน์, "หน่วยที่ 11 กฎหมายระหว่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ," ใน *เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ หน่วยที่ 9-15, คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 10 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2552), หน้า 892-895.*

เดียวกับ FCPA¹⁰⁰ จนในที่สุดเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม พ.ศ. 2520 (ค.ศ. 1997) กลุ่มประเทศ OECD ได้บรรลุความตกลงระหว่างประเทศฉบับหนึ่ง ชื่อว่า “อนุสัญญาแห่งองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา ว่าด้วยการต่อต้านการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานต่างชาติในการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ” (The OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Officials in International Business Transaction 1997 หรือ “อนุสัญญาของ OECD”) มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการให้สินบนข้ามชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาโดยตรง และกำหนดพันธกรณีหลักให้รัฐภาคีต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในเพื่อบัญญัติความผิดฐานใหม่ตามมาตรฐานที่อนุสัญญากำหนด¹⁰¹ ส่งผลให้บรรดาประเทศสมาชิก OECD ทั้งหมด ซึ่งล้วนแต่เป็นประเทศพัฒนาแล้วที่มีส่วนแบ่งการค้าการลงทุนข้ามชาติส่วนใหญ่ของโลกต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาของตนเพื่อควบคุมพฤติกรรมนักธุรกิจของตนที่ประกอบธุรกิจในต่างประเทศ¹⁰² และในปี พ.ศ. 2557 (ค.ศ. 2014) อนุสัญญาของ OECD มีประเทศต่างๆ เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกภายหลังรวมทั้งหมด 40 ประเทศ¹⁰³ รวมส่วนแบ่งในเศรษฐกิจประมาณร้อยละ 80 ของมูลค่าการส่งออกสินค้าและบริการทั่วโลก และร้อยละ 90 ของมูลค่าของการส่งออกการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศทั่วโลก (FDI Outflow)¹⁰⁴

ยิ่งไปกว่านั้น ปัจจุบันนานาชาติเห็นความสำคัญของปัญหาการทุจริตโดยไม่ถือว่าเป็นปัญหาภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งอีกต่อไป ความกังวลระดับนานาชาตินี้จึงนำไปสู่การบรรลุความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการต่อต้านการทุจริตอีกหลายฉบับ ทั้งในระดับภูมิภาคและระดับโลก อนุสัญญาแต่ละฉบับมีวัตถุประสงค์ในการสร้างเครื่องมือทางนิติบัญญัติระดับกฎหมายระหว่างประเทศตามแนวทางเดียวกับอนุสัญญาของ OECD ข้างต้น เพื่อรับมือกับปัญหาการทุจริตข้ามชาติที่แพร่กระจายอยู่ในระบบการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ¹⁰⁵ ได้แก่

- 1) อนุสัญญาองค์การนาานาชาติอเมริกันว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 1996 (Organization of American States Inter-American Convention Against Corruption 1996) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 6 มีนาคม พ.ศ. 2540 (ค.ศ. 1997)
- 2) อนุสัญญาของคณะมนตรีแห่งทวีปยุโรปว่าด้วยกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการทุจริต ค.ศ. 1999 (Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption 1999) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2545 (ค.ศ. 2002)

¹⁰⁰ Department of Justice, “Foreign Corrupt Practices Act Provisions” [Online] Accessed: 28 July 2013. Available from: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa>

¹⁰¹ The OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions 1997 (The OECD Anti-bribery convention), Article 1 The Offence of Bribery of Foreign Public Officials

¹⁰² Moody-Stuart, G., *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*, pp. 70-72.

¹⁰³ OECD, “Anti-bribery Convention - OECD Anti-Bribery Convention: Entry into Force of Convention,” [Online] Accessed: 1 February 2014. Available from: www.oecd.org/daf/anti-briberyconvention/oecdanti-briberyconventionenterintoforceoftheconvention.htm

¹⁰⁴ OECD Working Group on Bribery, *Annual Report 2011* (France: OECD Publishing, 2012), p. 7.

¹⁰⁵ Indira Carr, *International Trade Law*, 4th Ed. (NY: Routledge-Cavendish, 2010), p. 75.

3) อนุสัญญาสหภาพแอฟริกันว่าด้วยการป้องกันและการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (African Union Convention on Preventing and Combating Corruption 2003) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม พ.ศ. 2549 (ค.ศ. 2006)

4) อนุสัญญาที่ถูยก่อร่างขึ้นตาม Article K.3(2)(c) แห่งสนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพยุโรปว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของประชาคมสหภาพยุโรปหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสมาชิกแห่งสหภาพยุโรป ค.ศ. 1999 (พ.ศ. 2542) (Treaty on European Union on the Fight against Corruption involving Officials of the European Union Communities or Officials of Member States of European Union 1999) ซึ่งยังอยู่ในระหว่างขั้นตอนการอนุวัติการ

5) พิธีสารแห่งประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้เพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2001 (พ.ศ. 2544) (Southern African Development Protocol against Corruption 2001) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003)¹⁰⁶ และ

6) พิธีสารแห่งประชาคมเศรษฐกิจแอฟริกาตะวันตกว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2001 (พ.ศ. 2544) (Economic Community of West African States Protocol on the Fight against Corruption 2001) ซึ่งยังไม่มีผลใช้บังคับในปัจจุบัน ตามที่เงื่อนไขที่กำหนดว่าพิธีสารจะมีผลบังคับใช้เมื่อประเทศที่เข้าร่วมลงนามในพิธีสารอนุวัติการกฎหมายภายในแล้วอย่างน้อย 9 ประเทศ¹⁰⁷

นอกจากความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการต่อต้านการให้สินบนข้ามชาติเหล่านี้ ประเทศต่างๆ ได้ดำเนินการป้องกันและปราบปรามปัญหาการให้สินบนข้ามชาติในภาคธุรกิจระหว่างประเทศโดยใช้มาตรการทางอาญาร่วมกับมาตรการอื่นทั้งในภาครัฐ ภาคธุรกิจเอกชน และองค์การของเอกชนที่ไม่แสวงหากำไรก็ต่างได้ตระหนักถึงปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันและเห็นความสำคัญในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น เพื่อนำไปสู่การประสานจริยธรรมทางธุรกิจทั่วโลก และสร้างตลาดการแข่งขันทางการค้าการลงทุนที่โปร่งใสในอนาคต¹⁰⁸ จึงอาจกล่าวได้ว่า ประเด็นการต่อต้านให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมีแนวโน้มเข้มงวดมากขึ้นอีกในอนาคต โดยแนวคิดการต่อต้านการให้สินบนดังกล่าวนี้ได้เริ่มส่งผ่านจากกลุ่มประเทศผู้นำด้านการประกอบธุรกิจ

¹⁰⁶ Southern African Development Community, "Documents & Publications: Protocol against Corruption (2001)," [Online] Accessed: 2 February 2014. Available from: <http://www.sadc.int/documents-publications/show/>

¹⁰⁷ Transparency International, "Global Priorities: Conventions - Economic Community of West African States (ECOWAS): Protocol on the Fight against Corruption," [Online] Accessed: 2 February 2014. Available from: http://archive.transparency.org/global_priorities/international_conventions/conventions_instruments/ecowas_protocol

¹⁰⁸ Philip L. Bruner and Jr. Patrick J. O'Connor, "§ 21:12 Trends toward Harmonization of International Construction Law - Harmonization of Ethical Business Practices: The Foreign Corrupt Practices Act and International Anti-bribery Initiatives," [Online] Updated: December 2012. Available from: www.westlaw.com

ข้ามชาติดั้งเดิม ไปยังกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่กำลังมีบทบาทในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เพิ่มขึ้นในปัจจุบัน¹⁰⁹

3.1.4.2 แนวคิดความรับผิดชอบของประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจต่อการป้องกันและปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

ปัญหาสินบนที่เกิดขึ้นในอดีตเป็นปัญหาภายในของประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นดินแดนที่เกิดการกระทำความผิดขึ้นเท่านั้น¹¹⁰ แต่ด้วยรูปแบบซับซ้อนของสินบนที่เกิดขึ้นตามสภาพของการประกอบธุรกิจข้ามชาติ จึงเกิดข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายปราบปรามอาชญากรรมตามแนวคิดเดิม ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจจึงจำเป็นต้องบัญญัติความผิดอาญาเพื่อปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศดังกล่าว เพื่อร่วมรับผิดชอบต่อการทุจริตข้ามชาติที่กระทำโดยผู้ประกอบธุรกิจจากประเทศตน โดยมีเหตุผลสนับสนุนดังนี้

1) เนื่องจากสังคมส่วนใหญ่ยอมรับและเข้าใจตรงกันว่า การให้หรือรับสินบนเป็นทั้งสิ่งที่น่าตำหนิตัวเดียว ผิดกฎหมาย และมีใช้ส่วนหนึ่งของจารีตประเพณี อีกทั้งปรากฏในคำสอนทางศาสนาและสำนักความคิดต่างๆ มาตั้งแต่โบราณกาลว่าสินบนเป็นสิ่งที่ผิดศีลธรรม¹¹¹ เช่นเนื้อหาของกฎหมายตราสามดวงที่กล่าวว่าการกระทำโดยเห็นแก่สินบนสินจ้างเป็นบาปกรรม เป็นต้น¹¹² ประเทศต่างๆ จึงควรร่วมมือกันปราบปรามพฤติกรรมน่ารังเกียจของสังคมนี้ โดยไม่แบ่งแยกว่าการให้หรือรับสินบนดังกล่าวเกิดขึ้น ณ ที่ใด ลักษณะใด กล่าวคือ เมื่อสังคมหนึ่งยอมรับว่าสินบนเป็นอาชญากรรมแล้ว การจำแนกประเภทของความผิดเกี่ยวกับสินบนเป็น “การให้สินบนแบบดั้งเดิม” (Domestic Bribery) กับ “สินบนต่างประเทศ” (Foreign Bribery) จึงไม่ควรเป็นเหตุให้รัฐต้องแบ่งแยกวิธีปฏิบัติต่ออาชญากรรมทั้งสองประเภทดังกล่าวให้แตกต่างกัน เพราะการให้สินบนทั้งสองนี้มีสาระสำคัญส่วนใหญ่เหมือนกันทุกประการ เว้นแต่องค์ประกอบ 3 ประการนี้ ได้แก่

- 1.1) สถานที่เกิดการกระทำ
- 1.2) บุคคลที่เกี่ยวข้อง และ
- 1.3) ประโยชน์หรือความเสียหายที่เกิดขึ้น

ฉะนั้น ประเทศต่างๆ จึงไม่ควรแบ่งแยกว่า การจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของตนเท่านั้นที่เป็นความผิดตามกฎหมาย แต่การจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติ

¹⁰⁹ Wendy L. Wysong, "Under-criminalization of Foreign Bribery in Asia Pacific," [Online] Updated: 6 December 2012. Available from: <http://www.corporatecomplianceinsights.com/under-Criminalization-of-foreign-bribery-in-asia-pacific>

¹¹⁰ Moody-Stuart, G., *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*, pp. 53-56.

¹¹¹ Daniel P. Ashe, "The Lengthening Anti-Bribery Lasso of the United States: The Recent Extraterritorial Application of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act," *Fordham Law Review* 73(May, 2005): 2898-2945.

¹¹² โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.1.1

* การกระทำอันเป็นความผิดฐานให้สินบนต่างประเทศ (Foreign Bribery) ของประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ เป็นการกระทำอันเดียวกับที่เป็นความผิดฐานสินบนแบบดั้งเดิม (Domestic Bribery) ตามกฎหมายของประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจ อ้างอิงจาก Ashe, D. P., "The Lengthening Anti-Bribery Lasso of the United States: The Recent Extraterritorial Application of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act", *Fordham Law Review* 73(May, 2005): 2898-2945.

สามารถกระทำได้ ทั้งๆ ที่ทั้งสองกรณีดังกล่าวก็เป็นการติด “สินบน” ซึ่งเป็นสิ่งที่น่าตำหนิอย่างเดียวกัน ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีแนวคิดว่าเป็นความจริงการจ่ายสินบนต่างประเทศควรถูกกำหนดให้เป็นความผิดที่รุนแรงกว่าด้วย เพราะถือว่าเป็นความผิดที่ก่อให้เกิดเสียหายต่อชื่อเสียงของประเทศชาติอีกด้วย¹¹³

2) การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมโดยรวมอย่างกว้างขวาง ซึ่งความเสียหายดังกล่าวอาจร้ายแรงเสียยิ่งกว่าการให้สินบนแบบดั้งเดิมด้วย กล่าวคือ นอกจากประเทศผู้นำเข้าการประกอบธุรกิจจะได้รับความเสียหายจากการทุจริตภายในประเทศของตนโดยตรงแล้ว ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจของนักธุรกิจเองก็ได้รับผลกระทบอย่างมากเช่นเดียวกัน เช่น กระทบต่อการส่งเสริมประกอบธุรกิจข้ามชาติในระยะยาว ทำลายภาพลักษณ์ที่ดีของประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจในสายตาของนานาชาติ ทำลายความเชื่อมั่นที่สาธารณชนและภาคธุรกิจมีต่อระบบการแข่งขันอย่างเสรี ตลอดจนอาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นต้น¹¹⁴

ด้วยเหตุนี้ เมื่อประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจต่างๆ ต้องแบกรับ “ความเสี่ยง” ว่าตนจะได้รับความเสียหายจากการให้สินบนโดยนักธุรกิจจากประเทศตน โดยตนอาจไม่มีเครื่องมือทางกฎหมายใดสำหรับใช้ควบคุมพฤติกรรมกรรมการทุจริตของผู้ประกอบธุรกิจของตนในต่างประเทศได้เลย¹¹⁵ ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจจึงจำเป็นต้องสร้างเครื่องมือทางกฎหมายให้เหมาะสมตามสภาพการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาตินั้นด้วย

3) ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจมักส่งเสริมผู้ประกอบการที่มีศักยภาพในการผลิตสูงสามารถส่งออกการค้าการลงทุนออกไปยังต่างประเทศได้ เนื่องจากมูลค่าการผลิตสินค้าหรือบริการและการส่งออกการลงทุนย่อมแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการทางเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีของประเทศชาติได้ อีกทั้งรัฐยังได้รับประโยชน์จากการจัดเก็บภาษีได้เพิ่มขึ้นหากนักธุรกิจของประเทศตนมีรายได้หรือผลกำไรเพิ่มขึ้น¹¹⁶ หรือในกรณีที่บริษัทคู่แข่งไม่สามารถจ่ายสินบนต่างประเทศได้เพราะอาจมีความผิดตามกฎหมายของประเทศของตน ประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายเช่นนั้น ย่อมได้รับประโยชน์จากการใช้สินบนช่วงชิงความได้เปรียบทางธุรกิจอย่างมากด้วยเช่นกัน¹¹⁷

ในขณะที่ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจได้รับประโยชน์จากการที่ผู้ประกอบธุรกิจในรัฐของตนประสบความสำเร็จในการประกอบธุรกิจในต่างแดน แต่ในประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจกลับได้รับความเสียหายอย่างมากเนื่องจากการที่นักธุรกิจต่างชาติจ่ายสินบน ดังนั้น

¹¹³ Willes, J. H. and J. A. Willes, *International Business Law: Environments and Transactions*, pp. 4-10.

¹¹⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 3.1.2.2

¹¹⁵ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, p. 31.

¹¹⁶ Willes, J. H. and J. A. Willes, *International Business Law: Environments and Transactions*, pp. 4-10.

¹¹⁷ Ashe, D. P., "The Lengthening Anti-Bribery Lasso of the United States: The Recent Extraterritorial Application of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act", *Fordham Law Review* 73(May, 2005): 2898-2945.

จึงควรผลักดันให้ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจต้องเข้ามามีส่วนรับผิดชอบเพื่อป้องกันและปราบปรามการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจข้ามชาติโดยนักธุรกิจของตนด้วย*

4) ด้วยสภาพของการประกอบธุรกิจในต่างประเทศซึ่งเป็นเหตุให้การจ่ายสินบนต้องคาบเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐตั้งแต่ 2 แห่งขึ้นไป ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจย่อมเป็นสถานที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดสำคัญรองลงมาจากดินแดนที่การกระทำความผิดเกิด ด้วยเหตุที่เป็นถิ่นที่อยู่ของผู้กระทำความผิด เป็นสถานที่กระทำความผิดหรือมีพยานหลักฐาน เป็นประเทศที่ได้รับประโยชน์จากการจ่ายสินบน ฯลฯ การป้องกันและปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยอาศัยการบังคับใช้กฎหมายภายในดินแดนของประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจโดยตรง ย่อมมีประสิทธิภาพมากกว่าให้ภาครัฐของอีกประเทศหนึ่งต้องใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน

5) การทุจริตเป็นการแสวงหาประโยชน์ส่วนบุคคลที่ก่อให้เกิดต้นทุนแก่สังคมอย่างมาก (Free Rider) ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจของนักลงทุนจึงจำเป็นต้องกำหนดให้การจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมายอย่างชัดเจน มิเช่นนั้นแล้ว ตราบิตที่บุคคลที่เกี่ยวข้องยังไม่ถูกกำหนดความผิดตามกฎหมายทั้งหมด บุคคลเหล่านั้นจะยังคงยืนยันที่จะจ่ายสินบนเพื่อรักษาผลประโยชน์ทางธุรกิจของตนไว้ และคงจะไม่ยอมเสี่ยงเสียประโยชน์อย่างเด็ดขาดต่อไป¹¹⁸

จากที่กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่า การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะพื้นฐานเหมือนกับความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมที่พิจารณาไปในบทที่ 2 แต่ด้วยสภาพของการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่การให้สินบนนั้นแทรกซึมอยู่ได้ส่งผลให้การให้สินบนรูปแบบใหม่ดังกล่าวแตกต่างจากการให้สินบนแบบดั้งเดิมอย่างสำคัญในองค์ประกอบบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง องค์ประกอบความผิดส่วนบุคคล ผู้รับสินบน ซึ่งทำให้อาชญากรรมนี้ไม่อยู่ในขอบเขตของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐแบบดั้งเดิมที่มีอยู่ในกฎหมายอาญาของประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจ จึงเป็นข้อจำกัดทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ทำให้อาชญากรรมมีโอกาสถูกจับกุมดำเนินคดีในการกระทำความผิดในต่างประเทศน้อย ในขณะที่แนวโน้มการกระทำความผิดย่อมเพิ่มขึ้นตามผลประโยชน์ทางธุรกิจระหว่างประเทศจำนวนมากมีโอกาสที่จะได้รับตามมาจากการกระทำความผิดดังกล่าว

เมื่อสหรัฐอเมริกาได้ริเริ่มและผลักดันให้แนวคิดการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อต่อต้านการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นปัญหาความกังวล

* ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจอาจเพิกเฉยต่อการให้สินบนในต่างประเทศโดยอ้างว่า ตนไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมของบริษัทที่ประกอบกิจการในต่างประเทศ หรือตนไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการให้สินบนนั้น ส่วนผู้ให้สินบนเองก็อาจอ้างถึงความจำเป็นที่จะต้องจ่ายสินบนตามธรรมเนียมปฏิบัติ สภาพแวดล้อม หรือระบอบราชการในท้องถิ่น เช่นนี้จึงเป็นการผลการระการป้องกันและปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศให้แก่ประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจทั้งหมด อ้างอิงจาก Murphy, M. J., "International Bribery: An Example of an Unfair Trade Practice?", *Brooklyn Journal of International Law* 21(1995): 386-424.

¹¹⁸ Ashe, D. P., "The Lengthening Anti-Bribery Lasso of the United States: The Recent Extraterritorial Application of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act", *Fordham Law Review* 73(May, 2005): 2989-2945.

ระดับนานาชาติในช่วงไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมา ประเทศไทยในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของประชาคมโลกที่กำลังมีการเจริญเติบโตด้านการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างต่อเนื่อง รวมถึงมีความเสี่ยงที่ผู้ประกอบการธุรกิจไทยจะกระทำการทุจริตดังกล่าวเพิ่มขึ้น กลับยังไม่มีเครื่องมือทางกฎหมายใดที่จะบังคับใช้แก่อาชญากรรมดังกล่าวได้เลย ปัญหาความขาดแคลนกฎหมายนี้จึงนำไปสู่ความตื่นตัวของประเทศไทยต่อปัญหาการกระทำทุจริตในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ และการบัญญัติกฎหมายเพื่อต่อต้านอาชญากรรมดังกล่าวในปัจจุบัน ซึ่งจะพิจารณาในหัวข้อต่อไป

3.2 ความตื่นตัวของประเทศไทยต่อแนวความคิดเรื่องการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และ มาตรา 167 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน มีขอบเขตบังคับใช้อย่างจำกัดเฉพาะที่การให้สินบนแบบดั้งเดิมเท่านั้น แต่สถานการณ์การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของนักลงทุนไทยในปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไป นักธุรกิจไทยสามารถประกอบธุรกิจแข่งขันในต่างประเทศได้มากขึ้นอย่างก้าวกระโดด รวมถึงมีแนวโน้มว่านักธุรกิจไทยอาจให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติเพิ่มขึ้น แต่ประเทศไทยไม่มีเครื่องมือทางกฎหมายที่จะลงโทษการให้สินบนรูปแบบใหม่นี้ได้เลยไม่ว่าในทางใด เพราะอาชญากรรมดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน

ในส่วนนี้จึงจะได้กล่าวถึงสถานการณ์การประกอบธุรกิจของไทยในต่างประเทศที่มีพัฒนาการขึ้นอย่างมากจนส่งผลให้ประเทศไทยจำเป็นต้องบัญญัติความผิดอาญาฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเพื่อใช้สำหรับควบคุมพฤติกรรมของนักธุรกิจไทยในต่างประเทศในหัวข้อที่ 3.2.1 จากนั้นจึงกล่าวถึงปัญหาและข้อบกพร่องของกฎหมายไทยเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศภายใต้บทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่ในหัวข้อที่ 3.2.2 และพิจารณาถึงความพยายามของประเทศไทยในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเพื่อขยายขอบเขตการบังคับใช้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานตามมาตรา 144 ตามพันธกรณีของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ตลอดจนวิเคราะห์ผลทางกฎหมายที่น่าจะเกิดขึ้นหากมีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว เพื่อใช้เป็นแนวทางประกอบการศึกษาวิเคราะห์ในส่วนต่อไปในหัวข้อที่ 3.2.3

3.2.1 สถานการณ์และความจำเป็นของประเทศไทยในการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญา

การเจริญเติบโตในภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของไทยในปัจจุบันก่อให้เกิดสถานการณ์และความจำเป็นที่ประเทศไทยต้องบัญญัติความผิดอาญาฐานใหม่ ได้แก่ ความผิดสำหรับการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เพราะพัฒนาการในภาคการประกอบธุรกิจข้ามชาติดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจไทยสามารถออกไปประกอบธุรกิจในต่างแดน และจ่ายสินบนได้โดย

ปราศจากความรับผิดชอบตามกฎหมาย ในส่วนนี้จึงจะได้พิจารณาการเจริญเติบโตในภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของไทยซึ่งชี้ให้เห็นว่า ผู้ประกอบธุรกิจไทยมีการส่งออกการประกอบธุรกิจไปยังต่างประเทศเพิ่มมากขึ้นอย่างก้าวกระโดด ภายใต้ปัจจัยหลายประการที่สนับสนุนให้มีการส่งออกการประกอบธุรกิจดังกล่าวทั้งในระดับรัฐและระดับระหว่างประเทศในหัวข้อที่ 3.2.1.1 และจึงกล่าวถึงภาพลักษณ์ของประเทศไทยเกี่ยวกับการต่อต้านการกระทำทุจริตคอร์รัปชันการสำรวจหรือการวิจัยต่างๆ ที่ยังคงไม่น่าพึงพอใจในปัจจุบันในหัวข้อที่ 3.2.1.2

3.2.1.1 การเจริญเติบโตในภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของไทย

ภายหลังจากช่วงวิกฤตเศรษฐกิจในปี พ.ศ. 2540 สถานการณ์การประกอบธุรกิจในต่างประเทศของไทยเปลี่ยนแปลงไปจากอดีต นักธุรกิจสัญชาติไทยมีเงินทุนและโอกาสที่ไปประกอบธุรกิจในต่างประเทศเพิ่มขึ้นในทุกภาคส่วนอุตสาหกรรมและประเภทของธุรกิจแต่เนื่องจากสภาวะเศรษฐกิจไทยฟื้นตัวจากวิกฤตเศรษฐกิจข้างต้นในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา บริษัทข้ามชาติสัญชาติไทยจึงยังมีพัฒนาการค่อนข้างสั้นเมื่อเทียบกับบริษัทข้ามชาติต่างประเทศ และจึงมีลักษณะเป็นกลุ่มบริษัทข้ามชาติขนาดเล็กที่มีวงเงินลงทุนไม่เกิน 100 ล้านดอลลาร์ และมักขยายธุรกิจออกไปยังต่างประเทศเพื่อแสวงหาตลาดใหม่เป็นหลัก^{119*} และใช้กลยุทธ์การเข้าสู่ตลาดต่างประเทศโดยการจัดตั้งบริษัทสาขาในต่างประเทศร่วมกับการสร้างเครือข่ายบริษัทที่ประกอบธุรกิจอยู่ต่างอุตสาหกรรมกัน แต่ถือหุ้นไขว้กันเองภายในกลุ่ม และการสร้างเครือข่ายกับรัฐบาลในต่างประเทศ¹²⁰

ในปัจจุบัน สถานการณ์การลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศมีการเปลี่ยนแปลงขยายตัวขึ้นอย่างเด่นชัดในช่วงปี พ.ศ. 2549-2554 เห็นได้จากสถิติมูลค่าการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศขาออก (FDI Outflow) ในช่วงปี พ.ศ. 2549-2554 (ค.ศ. 2006-2011) ดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹¹⁹ ภริดา ปานะนนท์และวีระยุทธ กาญจน์ชูฉัตร, "ตบเท้าทุนไทยไปนอก," ใน การต่อสู้ของทุนไทย เล่ม 2, ผาสุก พงษ์ไพจิตร, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: มติชน, 2549), หน้า 308-326.

* ประเทศไทยเพิ่งมีการวัดมูลค่าการลงทุนจากต่างประเทศ (Inflow Investment) อย่างชัดเจนเมื่อปี พ.ศ. 2513 (เทียบเป็นปี ค.ศ. 1970) นักลงทุนไทยส่วนใหญ่เพิ่งขยายการลงทุนไปยังต่างประเทศ (Outflow Investment) ในประมาณปี พ.ศ. 2530 - 2540 เท่านั้น แต่พัฒนาการดังกล่าวยังต้องหยุดชะงักลงเพราะเกิดวิกฤตเศรษฐกิจเศรษฐกิจปี พ.ศ. 2540 อ้างอิงจาก เรื่องเดียวกัน, หน้า 293-295.

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน.

ตาราง 1 สถิติมูลค่าการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศขาออก (FDI Outflow) ปี ค.ศ. 2549-2554 (หน่วย: ล้านเหรียญสหรัฐ)*

ปี พ.ศ.	2549	2550	2551	2552	2553	2554
ทั่วโลก	1,415,094	2,198,025	1,969,336	1,175,108	1,451,365	1,694,396
ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้	28,604	59,605	32,255	32,997	44,171	59,890
บรูไน	17	- 7	16	9	6	10
กัมพูชา	8	1	20	19	21	24
อินโดนีเซีย	2,726	4,675	5,900	2,249	2,664	7,771
ลาว	39	1	- 75	1	ประมาณ 6	ประมาณ 7
มาเลเซีย	6,021	11,314	14,965	7,784	13,329	15,258
พม่า	-	-	-	-	-	-
ฟิลิปปินส์	103	3,536	259	359	616	9
สิงคโปร์	18,637	36,897	6,812	17,704	21,215	25,227
ไทย	968	3,003	4,057	4,172	5,415	10,634
ติมอร์ตะวันออก	-	-	-	-	-	-
เวียดนาม	85	184	300	700	900	950

ที่มา: ข้อมูลจาก UNCTAD¹²¹

จากข้อมูลสถิติแสดงให้เห็นว่า ในขณะที่มูลค่ารวมการลงทุนโดยตรงในประเทศขาออก (FDI Outflow) ทั่วโลก และของภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เพิ่มขึ้น การลงทุนทางตรงของไทยในต่างประเทศก็เติบโตขึ้นรวดเร็วและก้าวกระโดดด้วย เห็นได้จากที่ประเทศไทยมีมูลค่าการลงทุนทางตรงในต่างประเทศเพียง 968 ล้านเหรียญสหรัฐในปี พ.ศ. 2549 แต่มูลค่าดังกล่าวได้ขยายตัวเพิ่มขึ้นจนสูงถึง 10,634 ล้านเหรียญสหรัฐภายในระยะเวลาเพียง 5 ปีต่อมา อันเป็นผลจากนโยบายของธนาคารแห่งประเทศไทยที่เปิดโอกาสและอนุญาตให้นักธุรกิจไทยสามารถออกไปลงทุนในต่างประเทศได้มากขึ้น¹²² โดยมีการคาดการณ์ว่า มูลค่าตามสถิตินี้จะขยายตัวเพิ่มขึ้นได้อีกในอนาคตหรือหากเศรษฐกิจโลกถดถอยลง มูลค่าการลงทุนทางตรงในต่างประเทศนี้ย่อมอาจลดลงบางส่วนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สถิติมูลค่าการลงทุนทางตรงตามตารางนี้ย่อมเพียงพอที่จะยืนยันได้ว่า นักลงทุน

* มูลค่าการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศขาออกเป็นค่าบวก (+) หมายถึง มีการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศสูงกว่าการลดการลงทุน ส่วนกรณีเป็นค่าลบ (-) หมายถึง ในช่วงเวลานั้นมีการเพิ่มการลงทุนต่ำกว่าการลดการลงทุน

¹²¹ UNCTAD, *World Investment Report 2012*, (Switzerland: United Nations Publication, 2011), pp. 169-172.

¹²² นันทพร พงศ์พัฒนานนท์ และชิตชนก อันโนนจารย์, "Focused and Quick (FAQ) ISSUE 70: การลงทุนโดยตรงในต่างประเทศของไทย: อุปสรรคที่รอกการแก้ไข" [ออนไลน์] วันที่ 18 มิถุนายน 2555. แหล่งที่มา: http://www.bot.or.th/Thai/EconomicConditions/Publication/FAQ_documents/FAQ_70.pdf

ไทยได้เพิ่มขีดความสามารถในการผลิตสินค้าและบริการจนสามารถแข่งขันในตลาดต่างประเทศได้แล้ว นักลงทุนไทยที่ขยายกิจการไปลงทุนโดยตรงในต่างประเทศมีจำนวนและมูลค่าเพิ่มขึ้น จัดว่าเป็นประเทศที่มีมูลค่าการส่งออกการลงทุนทางตรงสูงมากที่สุดในอันดับ 3 ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ รองจากประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซีย¹²³

นอกจากนี้ การประกอบธุรกิจไทยยังได้รับอานิสงส์จากปัจจัยส่งเสริมอื่นที่ช่วยสร้างบรรยากาศการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอีกหลายประการ เช่น การมีความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน หรือนโยบายส่งเสริมของภาครัฐและภาคการธนาคารภายในประเทศ เป็นต้น พิจารณาได้ดังนี้

1) ความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) จะช่วยคุ้มครองและให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนไทยที่ไปประกอบธุรกิจในดินแดนของประเทศคู่ภาคี ปัจจุบันประเทศไทยได้ทำความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนกับประเทศต่างๆ ไร่รวม 39 ฉบับ (นับถึงปี พ.ศ. 2554) นักลงทุนไทยจึงมั่นใจได้ว่าตนจะได้รับความคุ้มครองและไม่ถูกเวนคืนทรัพย์สินโดยไม่ชอบธรรม ได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง หรือได้รับสิทธิประโยชน์หรือสิทธิพิเศษอื่นเพิ่มเติมภายใต้เงื่อนไขที่รัฐทั้งสองตกลงกันได้¹²⁴

2) การเปิดเสรีการลงทุนเพื่อบรรลุเป้าหมายการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community) ผลักดันให้ประเทศต่างๆ ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ รวมถึงประเทศไทย บรรลุความตกลงและลงนามร่วมกันในความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement หรือ ACIA) เพื่อส่งเสริมให้เกิดการลงทุนเสรีในระดับภูมิภาคในปี พ.ศ. 2552¹²⁵ ซึ่งมีการคาดว่า ความตกลงฉบับนี้จะส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจไทยขยายกิจการไปยังประเทศเพื่อนบ้าน เช่น พม่า ลาว และกัมพูชาเพิ่มมากขึ้น¹²⁶

3) นโยบายส่งเสริมการลงทุนทางตรงในต่างประเทศของธนาคารแห่งประเทศไทย ที่อนุญาตให้นักลงทุนไทยสามารถขยายกิจการลงทุนในต่างประเทศได้อย่างเสรีมากขึ้น ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา ซึ่งเมื่อประกอบกับปัจจัยส่งเสริมการลงทุนอื่นๆ แล้ว การลงทุนทางตรงของไทยในต่างประเทศเพิ่มสูงขึ้นมากกว่ามูลค่าที่ต่างชาติเข้ามาลงทุนภายในประเทศเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2554¹²⁷ อีกทั้งนักลงทุนไทยยังขยายการลงทุนทางตรงออกไปยังกลุ่มประเทศใน

¹²³ กองบก.ฐานเศรษฐกิจ คอลัมน์การเงิน, "ทุนไทยแห่ลงทุนนอก 5 เดือนทะลัก 5 พันล.", ฐานเศรษฐกิจ, (29 กรกฎาคม - 1 สิงหาคม 2555).

¹²⁴ กระทรวงการต่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, รวมความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ไทยทำกับต่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, 2554), หน้า คำนำ.

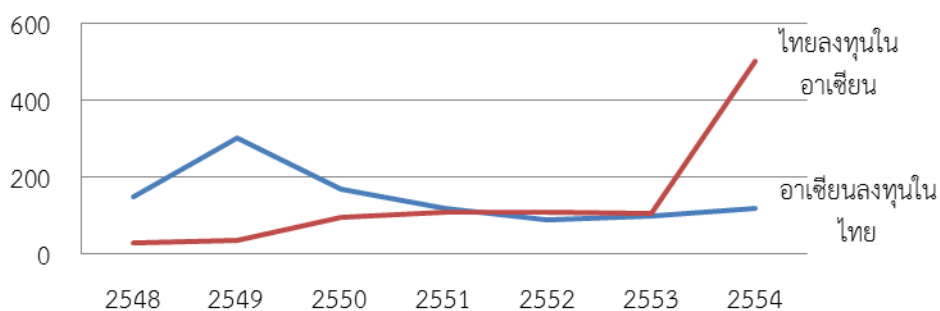
¹²⁵ ธาเรศรา ไตรนรพงศ์, "การเปิดเสรีภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA)," วารสารการค้าโลก 8, 2 (เมษายน - มิถุนายน 2553): 8-9.

¹²⁶ สันติ ชัยศรีสวัสดิ์สุข, "AEC-การเปิดเสรีด้านการลงทุน," ไทยโพสต์, (20 สิงหาคม 2555 และ 27 สิงหาคม 2555).

¹²⁷ นันทพร พงศ์พัฒนานนท์ และชิตชนก อันโนนจารย์, "Focused and Quick (FAQ) ISSUE 70: การลงทุนโดยตรงในต่างประเทศของไทย: อุปสรรคที่รอการแก้ไข" [ออนไลน์].

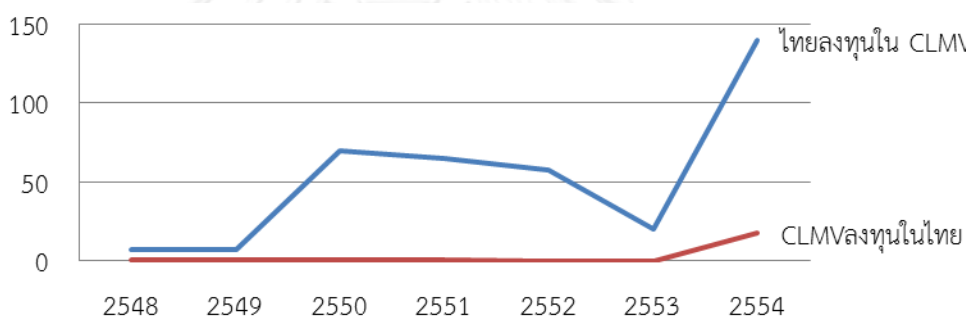
ภูมิภาคเดียวกันสูงขึ้นอย่างเห็นได้ชัด โดยเฉพาะการเข้าไปลงทุนในกลุ่มประเทศ CLMV¹²⁸ จะเห็นได้จากข้อมูลสถิติดังนี้

รูป 1 สถิติการลงทุนโดยตรงระหว่างไทยกับอาเซียน ปี พ.ศ. 2548-2554 (หน่วย: พันล้านบาท)



ที่มา: จำนวนจากข้อมูลของธนาคารแห่งประเทศไทย

รูป 2 สถิติการลงทุนโดยตรงระหว่างไทยกับ CLMV ปี พ.ศ. 2548-2554 (หน่วย: พันล้านบาท)



ที่มา: จำนวนจากข้อมูลของธนาคารแห่งประเทศไทย

จากรูปที่ 1 ในขณะที่มูลค่าการลงทุนโดยตรงของกลุ่มประเทศอาเซียนที่เข้ามาลงทุนในไทยลดลงอย่างต่อเนื่องมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2549 เป็นต้นมา และฟื้นตัวขึ้นเล็กน้อยในช่วงปี พ.ศ. 2552-2554 ตามทิศทางเศรษฐกิจภูมิภาคเอเชียแปซิฟิกที่ค่อยๆ ฟื้นตัวขึ้นจากวิกฤตเศรษฐกิจโลกที่เกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2551-2552¹²⁹ ตามสถิตินี้ ประเทศไทยมีสถิติมูลค่าการลงทุนในกลุ่มประเทศอาเซียนค่อนข้างคงที่ประมาณ 1-1.1 แสนล้านบาทในช่วง พ.ศ. 2550-2553 และมีมูลค่าการลงทุนโดยตรงในอาเซียนสูงอย่างเด่นชัดและสูงที่สุดที่ประมาณ 5 แสนล้านบาทในปี พ.ศ. 2554 ส่วนรูปที่ 2 แสดงให้เห็นว่า มูลค่าการลงทุนโดยตรงของไทยในกลุ่มประเทศกัมพูชา ลาว พม่า และเวียดนามสูงขึ้นอย่าง

¹²⁸ กลุ่มประเทศ CLMV ได้แก่ ประเทศกัมพูชา (Cambodia) ประเทศลาว (Laos) ประเทศพม่า (Myanmar) และประเทศเวียดนาม (Vietnam)

¹²⁹ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, "สรุปสาระสำคัญของรายงานการค้าและการลงทุนในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก ปี 2554 ขององค์การสหประชาชาติ (UNESCAP)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 ตุลาคม 2554. แหล่งที่มา: www.nesdb.go.th/Portals/0/news/article/data_0157201011.pdf

มากและสอดคล้องกับสถิติการลงทุนโดยตรงในอาเซียนตามรูป 1 ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สถิติในช่วงปี พ.ศ. 2553-2554

ข้อมูลสถิติและปัจจัยส่งเสริมการประกอบธุรกิจต่างประเทศข้างต้นบ่งชี้ว่า นักธุรกิจไทยกำลังมีบทบาทในฐานะผู้ส่งออกสินค้า บริการ และการลงทุนโดยตรงไปยังต่างประเทศเพิ่มมากขึ้น การขยายตัวของ การประกอบธุรกิจดังกล่าวนี้ย่อมส่งผลให้นักธุรกิจไทยมีโอกาสและช่องทางการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจดังกล่าวเพิ่มขึ้นด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าการส่งเสริมให้คนไทยส่งออกการประกอบธุรกิจไปยังต่างประเทศเป็นเสมือนการขยายโอกาสและช่องทางให้คนไทยสามารถกระทำทุจริตในต่างประเทศด้วย トラบที่ยังไม่มีกฎหมายควบคุมพฤติกรรมในการประกอบธุรกิจที่เพียงพอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเครื่องมือทางกฎหมายอาญาสำหรับใช้ป้องกันและปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติได้อย่างเด็ดขาด

3.2.1.2 ภาพลักษณ์ของประเทศไทยเกี่ยวกับการต่อต้านการกระทำทุจริต

การจ่ายสินบนเป็นปัญหาที่แพร่กระจายอยู่ในภาคการประกอบธุรกิจอย่างรุนแรง สะท้อนให้เห็นได้จากผลสำรวจหรือการเก็บข้อมูลต่างๆ ที่มุ่งประเมินสถานการณ์ของการทุจริตที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทยหรือการประกอบธุรกิจในประเทศไทยหลายฉบับ ยกตัวอย่างการประเมินหรือผลการสำรวจที่สะท้อนภาพลักษณ์ที่นานาชาติหรือนักธุรกิจมีต่อการกระทำทุจริตที่เกิดขึ้นในประเทศไทยหรือในภาคธุรกิจไทย 3 กรณี ได้แก่ ดัชนีภาพลักษณ์คอร์รัปชันโดยองค์การเพื่อความโปร่งใสระหว่างประเทศ (Transparency International) ผลสำรวจอาชญากรรมทางเศรษฐกิจของประเทศไทยโดยบริษัทไพร์ซวอเตอร์เฮาส์ คูเปอร์ส (Pricewaterhouse Coopers)^{*} และผลการศึกษาด้านการทุจริตในประเทศไทยในมุมมองของนักธุรกิจโดยนักวิชาการ พิจารณาดังนี้

1) ดัชนีภาพลักษณ์คอร์รัปชัน (Corruption Perceptions Index: CPI)

จากการจัดทำดัชนีภาพลักษณ์คอร์รัปชันซึ่งจัดทำโดยองค์การเพื่อความโปร่งใสระหว่างประเทศเพื่อวัดระดับความโปร่งใสในระบบงานรัฐของประเทศทั่วโลก^{**} พบสถิติดัชนีภาพลักษณ์คอร์รัปชันของประเทศไทยย้อนหลังไปจนถึงปี พ.ศ. 2544 สรุปได้ตามตารางที่ 2 ดังนี้

^{*} บริษัทไพร์ซวอเตอร์เฮาส์ คูเปอร์ส (PricewaterhouseCoopers หรือ “PwC”) เป็นบริษัทผู้ให้บริการตรวจสอบบัญชีและให้คำปรึกษาทางภาษีและการประกอบธุรกิจ ที่มีเครือข่ายอยู่ในประเทศต่างๆ กว่า 158 ประเทศทั่วโลก มีประสบการณ์การทำงานยาวนาน มีชื่อเสียง และได้รับการยอมรับและความไว้วางใจจากภาคธุรกิจต่างๆ อย่างมากในปัจจุบัน อนึ่ง บริษัทไพร์ซวอเตอร์เฮาส์ คูเปอร์ส (ประเทศไทย) เป็นหนึ่งเครือข่ายบริษัทที่มีประสบการณ์และเชี่ยวชาญในการให้บริการแก่ผู้ประกอบการและผู้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยมาเป็นเวลากว่า 50 ปี และมีพนักงานมากกว่า 1,350 คน อ้างอิงจาก "PwC เผยผลสำรวจ Thailand Economic Crime Survey" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 29 สิงหาคม 2556. แหล่งที่มา: <http://www.pwc.com/th/en/press-room/press-release/2012/new-release-19-nov-2012-th.jhtml>

^{**} การจัดทำดัชนีภาพลักษณ์ความโปร่งใสประเมินภาพลักษณ์ความโปร่งใสในภาครัฐของประเทศต่างๆ โดยการประเมินและให้คะแนนความโปร่งใสจาก 0-100 คะแนน ประเทศที่ได้คะแนนสูงหมายความว่า ภาครัฐของประเทศนั้นได้รับความเชื่อมั่นว่ามีความโปร่งใสสูง ประเทศที่ได้คะแนนต่ำหมายความว่า ภาครัฐของประเทศนั้นมีความเสี่ยงการทุจริตสูง

ตาราง 2 สถิติดัชนีภาพลักษณ์คอร์รัปชันของประเทศไทยปี พ.ศ. 2544 - 2555

ปี พ.ศ.	อันดับ ที่	คะแนนประเมินดัชนีภาพลักษณ์ คอร์รัปชัน (คะแนนเต็ม 100 คะแนน)	จำนวนประเทศ/ดินแดนที่เข้าร่วม การประเมินดัชนีภาพลักษณ์ คอร์รัปชันทั้งหมด
2544	61	32	91
2545	64	32	102
2546	70	33	133
2547	64	36	146
2548	59	38	159
2549	63	36	163
2550	84	33	180
2551	80	35	180
2552	84	34	180
2553	78	35	178
2554	80	34	183
2555	88	37	176

ข้อมูลจากเว็บไซต์ขององค์การเพื่อความโปร่งใสระหว่างประเทศ
อ้างอิงจาก: <http://www.transparency.org/research/cpi/>

จากตารางที่ 2 ในปี พ.ศ. 2555 (ค.ศ. 2012) ประเทศไทยได้คะแนนประเมินดัชนีภาพลักษณ์คอร์รัปชัน 37 คะแนน จากคะแนนเต็ม 100 คะแนน จัดอยู่ในอันดับที่ 88 ร่วมกับประเทศมาลาวี ประเทศโมร็อกโก ประเทศซูดาน ประเทศสวาซิแลนด์และประเทศแซมเบีย จากประเทศหรือดินแดนที่ถูกจัดอันดับทั้งหมดจำนวน 176 ประเทศ/ดินแดน¹³⁰ ซึ่งเห็นได้ว่า นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544-2554 ประเทศไทยได้รับคะแนนประเมินภาพลักษณ์ความโปร่งใสระดับนานาชาติอยู่ในช่วงระหว่าง 32-38 คะแนน คิดเป็นคะแนนเฉลี่ยประมาณ 34.58 คะแนน ในช่วงระยะเวลา 12 ปี และเป็นคะแนนที่ค่อนข้างต่ำเมื่อเทียบกับคะแนนเต็มจำนวน 100 คะแนนข้างต้น จึงอาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบันประเทศไทยมีภาพลักษณ์ความโปร่งใสในภาครัฐที่ไม่ค่อยดีในสายตาของนานาชาติ และยังไม่มีการพัฒนาที่ดีขึ้นในช่วงกว่าทศวรรษที่ผ่านมา ยิ่งไปกว่านั้น สถิติดังกล่าวในช่วง 3 ปีล่าสุดยังแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มที่ประเทศไทยจะมีภาพลักษณ์ความโปร่งใสที่แย่ลงอีกด้วย อันสะท้อนให้เห็นได้ในแง่มุมหนึ่งว่า สถานการณ์การทุจริตที่เกิดขึ้นในสังคมไทยกำลังรุนแรงมากขึ้นในปัจจุบัน

¹³⁰ Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2012* (n.p.: Ernst & Young, 2012).

2) ผลสำรวจอาชญากรรมทางเศรษฐกิจของประเทศไทยโดยบริษัทไฟร์ชวอเตอร์ เฮาส์คูเปอร์ส์*

ผลสำรวจอาชญากรรมทางเศรษฐกิจของประเทศไทย (Thailand Economic Crime Survey) โดยบริษัทไฟร์ชวอเตอร์เฮาส์ คูเปอร์ส์ชี้ให้เห็นว่า การให้สินบนและการทุจริตคอร์รัปชัน (Bribery and Corruption) เป็น 1 ใน 3 รูปแบบอาชญากรรมที่พบมากที่สุดในประเทศไทย และมีแนวโน้มซับซ้อนและจะเพิ่มจำนวนมากขึ้นในอีก 3-5 ปีข้างหน้า¹³¹ โดยที่ภาครัฐและภาคธุรกิจไทยยังไม่ตื่นตัวต่อการสร้างมาตรการกฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่ขยายตัวขึ้นเท่าที่ควร ตามผลสำรวจนี้ ประเทศไทยจำเป็นต้องตื่นตัวและสร้างมาตรการทางกฎหมายสำหรับต่อต้านการทุจริต สร้างความน่าเชื่อถือในภาคธุรกิจไทย และเตรียมความพร้อมสำหรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนอย่างจริงจัง¹³²

(3) ผลการศึกษาสถานการณ์ด้านการทุจริตในประเทศไทยในมุมมองของนักธุรกิจโดยนักวิชาการไทย

จากผลการศึกษาด้านสภาพแวดล้อมทางธุรกิจและทัศนคติของผู้ประกอบการต่อการให้บริการของภาครัฐ โดย เสาวนีย์ ไทยรุ่งโรจน์ และคณะ ในรายงานการวิจัยคอร์รัปชันในประเทศไทยชี้ให้เห็นว่า ในปัจจุบันผู้ประกอบการธุรกิจไทยใช้จ่ายเงินพิเศษ หรือ “สินบน” ให้แก่หน่วยงานต่างๆ ของรัฐเพิ่มมากขึ้นเมื่อเทียบกับในช่วงเวลาครึ่งทศวรรษที่ผ่านมา โดยผู้ประกอบการธุรกิจร้อยละ 69 ยอมรับว่า การจ่ายเงินพิเศษดังกล่าวเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่ทำกันจนเป็นธรรมเนียมปฏิบัติในภาคธุรกิจ¹³³ และผู้ประกอบการธุรกิจร้อยละ 55 รู้ล่วงหน้าว่าตนควรต้องจ่ายเงินพิเศษนี้ให้แก่ใคร จำนวนเท่าใด เพื่อให้ได้ผลตอบแทนตามที่ตนคาดหวัง โดยไม่ต้องมีการเรียกร้องหรือร้องขอจากเจ้าพนักงานเสียก่อน¹³⁴ อีกทั้งยังพบว่า ผู้ประกอบการธุรกิจส่วนใหญ่จะได้รับการอำนวยความสะดวกตามที่ตกลงกันไว้อย่างแน่นอนเมื่อมีการจ่ายเงินพิเศษไปแล้ว¹³⁵ ผลการศึกษานี้สะท้อนให้เห็นในแง่มุมมองหนึ่งว่า ผู้ประกอบการธุรกิจไทยมีทัศนคติว่าการให้จ่ายเงินพิเศษเพื่อให้ตนได้รับการอำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่เกิดขึ้นในการประกอบธุรกิจเท่านั้น¹³⁶ จึงมีแนวโน้มที่นักธุรกิจไทยในต่างประเทศอาจพร้อมที่จะจ่ายสินบนเพื่อให้ได้รับการอำนวยความสะดวกในการ

* ผลสำรวจอาชญากรรมทางเศรษฐกิจของประเทศไทย (Thailand Economic Crime Survey) เป็นส่วนหนึ่งของผลสำรวจอาชญากรรมทางเศรษฐกิจทั่วโลกประจำปี (PwC's Global Economic Crime Survey) ครั้งที่ 6 ปี พ.ศ. 2554 เป็นการสำรวจและเก็บข้อมูลจากบรรดาผู้ประกอบการและผู้ประกอบอุตสาหกรรมชั้นนำจากประเทศต่างๆ ทั่วโลกจำนวน 3,877 ราย (ผู้ประกอบการธุรกิจไทยจำนวน 79 ราย) โดยใช้วิธีการตอบแบบสอบถามออนไลน์ในช่วงเดือนกรกฎาคม - พฤศจิกายน พ.ศ. 2554 อ้างอิงจาก "PwC เผยผลสำรวจ Thailand Economic Crime Survey" [ออนไลน์].

¹³¹ PricewaterhouseCoopers FAS Ltd., "Thailand Economic Crime Survey 2011", [Online] Accessed: 2 February 2014. Available from: www.pwc.com/th

¹³² Ibid.

¹³³ เสาวนีย์ ไทยรุ่งโรจน์ และธนวรรณ พลวิชัย, "สถานการณ์ด้านการทุจริตในประเทศไทยในมุมมองของนักธุรกิจ," *วารสารวิชาการ ป.ป.ช.* 3, 1 (มกราคม 2553): 62-85.

¹³⁴ เรื่องเดียวกัน.

¹³⁵ เรื่องเดียวกัน.

¹³⁶ เรื่องเดียวกัน.

ประกอบธุรกิจเจ้าพนักงานของประเทศดังกล่าว โดยไม่รู้สึกรู้ว่าเป็นการกระทำที่ผิด น่าละอาย หรือควรหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติด้วยเช่นกัน

ในขณะที่ภาคธุรกิจไทยกำลังเพิ่มขีดความสามารถในการส่งออกการประกอบธุรกิจไปแข่งขันในตลาดต่างประเทศ ความก้าวหน้าในภาคการประกอบธุรกิจในต่างประเทศยังกลับก่อให้เกิดข้อกังวลว่านักธุรกิจไทยอาจใช้สินบนเพื่อให้ตนได้รับประโยชน์จากการประกอบธุรกิจดังกล่าวด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อผลการสำรวจต่างๆ สะท้อนให้เห็นได้ในระดับหนึ่งว่า การทุจริตเกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในสังคมไทยมีแนวโน้มเป็นปัญหาร้ายแรงและซับซ้อนขึ้นอีกในอนาคต โดยเฉพาะเมื่อมีการสำรวจพบว่า การจ่ายสินบนเป็นหนึ่งในรูปแบบการทุจริตที่พบมากที่สุด และนักธุรกิจไทยยอมรับให้ “การจ่ายสินบน” เป็น “การจ่ายเงินพิเศษ” ตามปกติธรรมดา ที่จะทำให้อุตสาหกรรมดำเนินไปอย่างราบรื่นเท่านั้น มิใช่อาชญากรรมที่เอกชนพึงตระหนักว่าเป็นความผิดและมีโทษตามกฎหมายอาญา ประเทศไทยในฐานะที่มีบทบาทเป็นประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจไปยังต่างประเทศ จึงต้องร่วมรับผิดชอบในบังคับใช้กฎหมายปราบปรามการให้สินบนการจ่ายสินบนโดยนักธุรกิจไทยในต่างประเทศด้วย ในส่วนถัดไปจะพิจารณาว่า ภายใต้ประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ในปัจจุบัน กระบวนการยุติธรรมไทยจะสามารถจับกุมดำเนินคดีและลงโทษคนไทยที่ให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้หรือไม่ อย่างไร

3.2.2 ปัญหาการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญาได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองหรือควบคุมให้การปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าพนักงานตามกฎหมายไทยให้เป็นไปโดยถูกต้องชอบธรรมเท่านั้นตามที่พิจารณาไปในบทที่ 2 ความผิดฐานให้สินบนตามประมวลกฎหมายอาญาจึงไม่สามารถใช้บังคับแก่ปัญหาการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้ ในหัวข้อนี้จึงจะพิจารณาปัญหาการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาแก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายในหัวข้อที่ 3.2.2.1 และปัญหาสืบเนื่องเกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจลงโทษของศาลในหัวข้อที่ 3.2.2.2 ดังนี้

3.2.2.1 ปัญหาการไม่มีกฎหมายกำหนดความผิดและโทษ

แม้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นอาชญากรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมอย่างกว้างขวาง แต่ประเทศส่วนใหญ่ยังไม่มีกฎหมายอาญาที่บัญญัติความผิดและโทษสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าวอย่างแพร่หลาย มีแต่เพียงบทบัญญัติความผิดและโทษสำหรับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐของตนหรือที่เรียกว่า “การให้สินบน

แบบดั้งเดิม” (Domestic Bribery) เท่านั้น¹³⁷ ประเทศต่างๆ ในฐานะผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจจึงไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายอาญาแก่อาชญากรรมดังกล่าวได้ แม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นอย่างชัดเจนและมีตัวผู้กระทำความผิดอยู่ในประเทศของตน¹³⁸ ตามหลัก “*ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย*” (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*)¹³⁹

หลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” เป็นหนึ่งในหลักสำคัญของหลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) ที่จำกัดขอบเขตและสร้างความชอบธรรมในการบังคับใช้กฎหมายอาญาของรัฐ เสมือนเป็นการ “เตือน” ให้บุคคลทราบถึงการกระทำที่กฎหมายห้ามกับ “บทลงโทษ” หรือผลร้ายที่ตนจะได้รับก่อนที่จะมีการตัดสินใจเลือกที่จะกระทำความผิดนั้น¹⁴⁰ ตามหลักการนี้ หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงยังมีบทบาทเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนในสังคมสมัยใหม่ คุ้มครองมิให้บุคคลในสังคมต้องถูกบังคับใช้กฎหมายอาญาอย่างไม่ถูกต้องชอบธรรม ไม่แน่นอน หรือตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้บังคับใช้กฎหมาย¹⁴¹ เมื่อพิจารณาหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญากับปัญหาการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในระดับนานาชาติ ประเทศส่วนใหญ่ไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศ เป็นเหตุให้ประเทศเหล่านั้นไม่อาจใช้กฎหมายอาญาลงโทษผู้จ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้เลย ไม่ว่าในทางใด จึงอาจกล่าวได้ว่าปัญหาการไม่มีกฎหมายอาญาเป็นปัญหาสำคัญที่ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจทั้งหลายกำลังเผชิญอยู่ในปัจจุบัน ก่อนจะนำมาสู่การกำเนิดแนวคิดการบัญญัติให้การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาที่เป็นกระแสอยู่ในปัจจุบัน¹⁴²

กรณีประเทศไทย กฎหมายอาญาไทยบัญญัติหลักความชอบด้วยกฎหมายไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39¹⁴³ กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2¹⁴⁴ และบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐไว้ในมาตรา 144 และมาตรา 167 ซึ่งมีขอบเขตใช้บังคับแก่กรณีที่เป็นการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยเท่านั้นดังที่พิจารณาไปแล้วในหัวข้อที่ 2.2.2.1 หรือหากศาลจะตีความให้ “เจ้าพนักงาน” ตามบทบัญญัติดังกล่าว

¹³⁷ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, p. 39.

¹³⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 3.1.3 (ข)

¹³⁹ Gabriel Hallevy, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law* (Germany: Springer, 2010), pp. 8-10.

¹⁴⁰ Ibid, pp. 3-5, 67-68.

¹⁴¹ Ibid, p. 10.

¹⁴² โปรดดูหัวข้อที่ 3.1.4

¹⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 39 บัญญัติว่า

“บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด

ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”

¹⁴⁴ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

หมายความรวมถึงเจ้าพนักงานอื่นๆ ที่มีใช้เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยเพื่อบังคับใช้กฎหมายอาญาการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้ก็ย่อมขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญาที่ห้ามมิให้ตีความกฎหมายอาญาอย่างขยายเป็นโทษแก่บุคคลด้วย เนื่องจากอาจเป็นการขยายขอบเขตของกฎหมายอาญาไปบังคับใช้แก่การกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดในขณะนั้น¹⁴⁵

ด้วยเหตุนี้ เมื่อผู้ประกอบธุรกิจไทยจ่ายสินบนให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ประเทศไทยจึงไม่สามารถจับกุมดำเนินคดีและลงโทษผู้จ่ายสินบนดังกล่าวได้เลย เพราะการกระทำดังกล่าวยังไม่ถูกบัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษทางอาญา ยิ่งไปกว่านั้น ประเทศไทยจึงไม่สามารถใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาอื่นๆ ที่จำเป็นต้องมีฐานความผิดอาญากำหนดไว้ก่อนได้อีก เช่น การพิจารณาเรื่องเขตอำนาจลงโทษของศาล การส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นต้น*

3.2.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจลงโทษของศาล

ในเบื้องต้น เนื่องจากการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไม่มีกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในระบบกฎหมายไทย ศาลไทยจึงไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายแก่อาชญากรรมดังกล่าวได้เลยในปัจจุบัน ไม่ว่าในกรณีใด ตามหลัก “ไม่มี ความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง¹⁴⁶ ตามที่พิจารณาไปในหัวข้อที่ 3.2.2.1¹⁴⁷

อย่างไรก็ดี หากสมมติว่าประเทศไทยได้บัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดตามกฎหมายแล้ว จึงมีปัญหาคือต้องพิจารณาต่อไปว่า ศาลไทยมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดดังกล่าวเพียงใดภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจลงโทษของศาลตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 ถึง มาตรา 11 ที่กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 หรือไม่ อย่างไร พิจารณาได้ดังนี้

1) กรณีการกระทำความผิดในราชอาณาจักร หรือที่ถือว่าเกิดขึ้นในราชอาณาจักร ศาลไทยย่อมมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวได้โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 6 แล้วแต่กรณี¹⁴⁸

2) กรณีการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร ศาลไทยย่อมไม่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวได้เลย ไม่ว่าจะโดยอาศัยหลักเขตอำนาจศาลตามมาตรา 7 มาตรา 8 หรือมาตรา 9¹⁴⁹

¹⁴⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 19-22.

* ยกตัวอย่างเช่น กรณีความตกลงความร่วมมือส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศมักกำหนดข้อยกเว้นว่า รัฐที่ได้รับการร้องขออาจเพิกเฉยต่อการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้เมื่อการกระทำความผิดของจำเลยไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายของรัฐผู้รับการร้องขอ เป็นต้น ฉะนั้น หากการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไม่เป็นความผิดตามกฎหมายประเทศไทยย่อมไม่สามารถดำเนินการตามความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวได้เลย

¹⁴⁶ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 2 วรรคหนึ่ง

¹⁴⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 3.2.2.1

¹⁴⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.3(ก)

3) กรณีผู้กระทำความผิดดังกล่าวถูกฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลในต่างประเทศมาก่อนแล้ว ศาลไทยอาจคำนึงถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเฉพาะกรณีการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 11 แต่ไม่มีกรณีที่ต้องคำนึงถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศสำหรับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 10¹⁵⁰

ตามข้อจำกัดของกฎหมายข้างต้นนี้ หากประเทศไทยได้บัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดตามกฎหมายในอนาคตแล้ว ศาลไทยยังคงมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรได้เท่านั้น ทั้งๆ ที่การจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมีโอกาสเกิดขึ้นในต่างประเทศสูงมากโดยสภาพการที่ศาลไทยจะไม่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศนอกราชอาณาจักรจึงเป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาพร้อมด้วยนอกเหนือไปจากปัญหาการไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดในข้อ 3.2.2.2 (1)

3.2.3 ความพยายามของประเทศไทยในการกำหนดความผิดฐานให้สินบนต่างประเทศในประมวลกฎหมายอาญาที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน

ประมวลกฎหมายอาญาไม่เคยปรากฏการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามมาตรา 144 หรือมาตรา 167 เลยนับตั้งแต่ที่มีการประกาศบังคับเมื่อปี พ.ศ. 2500 เพราะรัฐให้ความสำคัญแก่การป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนจากฝ่ายเจ้าพนักงานผู้รับสินบน (Passive Bribery) เท่านั้น* แต่เมื่อประเทศต่างๆ ทั่วโลกให้ความสำคัญกับการต่อต้านการให้สินบนข้ามชาติมากขึ้น และประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption 2003 หรือ “UNCAC”) ลำดับที่ 149 อย่างสมบูรณ์มาตั้งแต่วันที่ 30 มีนาคม พ.ศ.

¹⁴⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.3(ข)

¹⁵⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.3(ค)

* มีเหตุผลดังนี้:

1) เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ศาลไทยมีอำนาจลงโทษเจ้าพนักงานในความผิดฐานเรียกรับสินบนตามมาตรา 149 นอกราชอาณาจักรได้ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 9 แต่ไม่มีเขตอำนาจศาลลงโทษการกระทำความผิดของฝ่ายผู้ให้สินบน ตามมาตรา 144

2) กฎหมายกำหนดระวางโทษสำหรับการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานผู้รับสินบนไว้สูงกว่าโทษของผู้ให้สินบนมาก ตัวอย่างเช่น เมื่อเกิดกรกระทำความผิดขึ้น ผู้ให้สินบนอาจต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ในขณะที่เจ้าพนักงานผู้รับสินบนอาจต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่ 5-20 ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือปรับตั้งแต่ 2,000-40,000 บาท หรือประหารชีวิต และ

3) ประมวลกฎหมายฉบับปัจจุบันเคยแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในส่วนความผิดเกี่ยวกับสินบนเพียงครั้งเดียวตาม “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2502” เพื่อกำหนดโทษในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการซึ่งรวมถึงความผิดฐานเจ้าพนักงานเรียกรับสินบนให้สูงขึ้น และกำหนดโทษขั้นต่ำไว้ด้วย แต่ไม่เคยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน

2554 ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีในการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาตามมาตรา 16(1) แห่งอนุสัญญา¹⁵¹

ในการปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว คณะรัฐมนตรีเห็นชอบให้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. (แก้ไขเพิ่มเติมความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม และอายุความการฟ้องคดีบางประเภท) โดยกระทรวงยุติธรรม ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตรวจพิจารณาแล้ว (เรื่องเสร็จที่ 488/2551) เข้าบรรจุในระเบียบวาระการประชุมของรัฐสภา เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในส่วนความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมและอายุความการฟ้องคดีบางประเภท ให้ครอบคลุมการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานอื่นที่มีใช้เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยตามพันธกรณีที่ประเทศไทยมีต่ออนุสัญญาดังกล่าว มีสาระสำคัญดังนี้

1) กำหนดนิยามของคำว่า “เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ” และ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” เป็นมาตรา 1(16) และมาตรา 1(17) ตามลำดับ¹⁵² และเพิ่มเติมถ้อยคำดังกล่าวนี้ในฐานความผิดเดิมหลายฐาน ได้แก่ ความผิดตามมาตรา 143 มาตรา 144 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 8 แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ)¹⁵³ และมาตรา 146¹⁵⁴ มาตรา 149 มาตรา 150 และมาตรา 151 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 10 แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ)¹⁵⁵ รวมถึงแก้ไขเพิ่มเติม

¹⁵¹ “ป.ช.เตรียมเป็นรัฐภาคีต่อต้านการทุจริต,” *คมชัดลึกออนไลน์* [ออนไลน์] วันที่ 25 เมษายน 2554 เข้าถึงได้จาก: http://www.komchadluek.net/detail/20110425/95770/ป.ช.เตรียมเป็นรัฐภาคีต่อต้านการทุจริต.html#_UgcqN5JHKO0

¹⁵² ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. (แก้ไขเพิ่มเติมความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม และอายุความการฟ้องคดีบางประเภท) โดยกระทรวงยุติธรรม ซึ่งเป็นร่างที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว (เรื่องเสร็จที่ 488/2551) (ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ.), มาตรา 3 บัญญัติว่า

“ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (16) และ (17) ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

“(16) ‘เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ’ หมายความว่า ผู้ปฏิบัติงานราชการของรัฐบาลต่างประเทศ ไม่ว่าจะมิตำแหน่งประจำหรือชั่วคราว และได้รับเงินเดือนหรือค่าตอบแทนอื่นหรือไม่ก็ตาม

(17) ‘เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ’ หมายความว่า ผู้ปฏิบัติงานในองค์การระหว่างประเทศ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากองค์การระหว่างประเทศให้ปฏิบัติงานในนามขององค์การระหว่างประเทศนั้น ”

¹⁵³ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ., มาตรา 8 บัญญัติว่า

“ให้ยกเลิกความในมาตรา 143 และมาตรา 144 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 143 ผู้ใดเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่น เป็นการตอบแทนในการที่จะจงใจหรือได้จงใจเจ้าพนักงานสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาท้องถิ่น เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ หรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ โดยวิธีอันทุจริตหรือผิดกฎหมายหรือโดยอิทธิพลของตนให้กระทำการหรือไม่กระทำการในหน้าที่อันเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่บุคคลใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 144 ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาท้องถิ่น เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ หรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ เพื่อจงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการหรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ”

¹⁵⁴ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ., มาตรา 9 บัญญัติว่า

“ให้ยกเลิกความในมาตรา 146 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 146 ผู้ใดไม่มีสิทธิที่จะสวมเครื่องแบบหรือประดับเครื่องหมายของเจ้าพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ หรือสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือไม่มีสิทธิให้ยศ ตำแหน่ง เครื่องราชอิสริยาภรณ์ หรือสิ่งที่มีหมายถึงเครื่องราชอิสริยาภรณ์ กระทำการเช่นนั้นเพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนมีสิทธิ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ”

¹⁵⁵ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ., มาตรา 10 บัญญัติว่า

โทษปรับสำหรับความผิดบางฐานให้สูงขึ้นตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย เช่น การแก้ไขให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามมาตรา 144 ซึ่งเดิมต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท เป็นโทษปรับไม่เกิน 100,000 บาท เป็นต้น

2) กำหนดให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 143 มาตรา 144 และมาตรา 150 นอกராชาอาณาจักร ต้องรับโทษในราชอาณาจักรตามมาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายอาญา¹⁵⁶ ส่งผลให้ศาลไทยมีอำนาจลงโทษผู้จ่ายสินบนนอกราชอาณาจักรได้ตามหลักอำนาจลงโทษสากลและหลักป้องกัน

3) กำหนดอายุความฟ้องคดีใหม่สำหรับการกระทำความผิดบางกรณี กำหนดให้อายุความฟ้องคดีสิ้นสุดหยุดลงในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีในการกระทำความผิดบางกรณี และกำหนดอายุความล่วงเลยการลงโทษใหม่สำหรับการกระทำความผิดบางกรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 มาตรา 95/1 มาตรา 95/2 และมาตรา 98 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 7 แห่งร่างพระราชบัญญัติ)¹⁵⁷

“ให้ยกเลิกความในมาตรา 149 มาตรา 150 และมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2502 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 149 ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐสมาชิกสภาท้องถิ่น เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ หรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิตและปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือประหารชีวิต”

มาตรา 150 ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงาน เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งโดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งตนได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

มาตรา 151 ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงาน มีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการหรือรักษาทรัพย์สิน ใช้อำนาจในตำแหน่งโดยทุจริต อันเป็นการเสียหายแก่รัฐหรือเจ้าของทรัพย์สินนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท”

¹⁵⁶ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ., มาตรา 4 บัญญัติว่า

“ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (1/2) ของมาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

“(1/2) ความผิดเกี่ยวกับการปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 143 มาตรา 144 มาตรา 149 และมาตรา 150”

¹⁵⁷ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ., มาตรา 5 บัญญัติว่า

“ให้ยกเลิกความในมาตรา 95 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 95 ภายใต้บังคับมาตรา 95/1 ในคดีอาญา ถ้ามิได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลภายในกำหนดดังต่อไปนี้ นับแต่วันกระทำความผิด เป็นอันขาดอายุความ

(1) ยี่สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกยี่สิบปี

(2) สิบห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่ถึงยี่สิบปี

(3) สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งปีถึงเจ็ดปี

(4) ห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งเดือนถึงหนึ่งปี

(5) หนึ่งปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนลงมาหรือต้องระวางโทษอย่างอื่น

ภายใต้บังคับมาตรา 95/2 ถ้าได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลแล้ว ผู้กระทำความผิดหลบหนีหรือวิกลจริต และศาลสั่งงดการพิจารณาไว้จนเกินกำหนดดังกล่าวแล้วนับแต่วันที่หลบหนีหรือวันที่ศาลสั่งงดการพิจารณา ก็ให้ถือว่าเป็นอันขาดอายุความเช่นเดียวกัน”

มาตรา 6 บัญญัติว่า

“ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 95/1 และมาตรา 95/2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้แสดงให้เห็นถึงความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาไทย เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการป้องกันและปราบปรามการให้สินบนข้ามชาติจากฝ่ายผู้ให้สินบนตามพันธกรณีที่มีอยู่ตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2552 กระทรวงยุติธรรมได้เสนอต่อคณะรัฐมนตรีขอให้มีมติถอนร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ออกจากระเบียบวาระการประชุมสภาผู้แทนราษฎร เพื่อปรับปรุงแก้ไขเนื้อหาให้เหมาะสมยิ่งขึ้น เนื่องจากคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบในหลักการของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอายุความอีกฉบับหนึ่งเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ. 2556¹⁵⁸ ซึ่งมีเนื้อหาสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลแล้ว¹⁵⁹ ฉะนั้น แม้ในช่วงปี พ.ศ. 2551-2552 ประเทศไทยจะมีความตื่นตัวต่อแนวความคิดการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ และมีความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมความผิดอาญาฐานให้สินบนรูปแบบใหม่ในกฎหมายไทยแล้ว แต่ความพยายามดังกล่าวยังคงไม่ประสบผลสำเร็จในปัจจุบัน

จากการศึกษาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ความตื่นตัวและความพยายามของประเทศไทยในการอนุวัติการกฎหมายต่ออนุสัญญา UNCAC ประสบความสำเร็จทั้งในเชิงกระบวนการและในเชิงเนื้อหา เห็นได้ชัดจากการที่ร่างกฎหมายดังกล่าวต้องถูกถอนออกจากระเบียบวาระการพิจารณาผ่านร่างกฎหมายของรัฐสภา เพราะมีเนื้อหาในส่วนอายุความซ้ำซ้อนกับร่างกฎหมายฉบับใหม่ที่จะออกมาในภายหลัง เป็นเหตุให้ประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศตกไปด้วยโดยปริยายตั้งแต่ปี พ.ศ. 2552 จึงไม่มีประเด็นดังกล่าวอยู่ในวาระการพิจารณาของรัฐสภาอีกต่อไป ทั้งนี้ ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏการนำเสนอร่างกฎหมายฉบับใหม่เพื่อบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศอีก และไม่อาจทราบได้ว่าจะมีการหยิบยกประเด็นการบัญญัติความผิดนี้ขึ้นพิจารณาเพื่อผลักดันให้ตราเป็นกฎหมายอีกเมื่อใด

“มาตรา 95/1 ในความผิดตามมาตรา 147 มาตรา 148 มาตรา 149 มาตรา ๑๕๐ มาตรา 151 มาตรา 152 มาตรา 153 มาตรา 154 มาตรา 155 มาตรา 156 มาตรา 157 มาตรา 158 มาตรา 159 มาตรา 160 มาตรา 161 มาตรา 162 มาตรา 201 และมาตรา 202 ถ้ามิได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลภายในกำหนดสามสิบปีนับแต่วันกระทำความผิด เป็นอันขาดอายุความ

มาตรา 95/2 ในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องหาหรือถูกฟ้องว่ากระทำความผิดดังต่อไปนี้ ถ้าผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีจากการควบคุม หรือหลบหนีหลังจากได้รับการปล่อยชั่วคราว หรือหลบหนีหลังจากที่พนักงานอัยการมีความเห็นควรสั่งฟ้องหรือมีคำสั่งฟ้อง หรือหลบหนีระหว่างการพิจารณาของศาล ให้อายุความตามมาตรา 95 หรือมาตรา 95/1 สะดุดหยุดลง

(1) ในความผิดซึ่งต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกยี่สิบปี

(2) ในความผิดตามมาตรา 143 มาตรา 144 มาตรา 149 มาตรา 150 มาตรา 167 มาตรา 201 และมาตรา 202”

และมาตรา 7 บัญญัติว่า

“ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคสองของมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

“กำหนดเวลาล่วงเลยการลงโทษตามวรรคหนึ่ง สำหรับความผิดตามมาตรา 143 มาตรา 144 มาตรา 147 มาตรา 148 มาตรา 149 มาตรา 150 มาตรา 151 มาตรา 152 มาตรา 153 มาตรา 154 มาตรา 155 มาตรา 156 มาตรา 157 มาตรา 158 มาตรา 159 มาตรา 160 มาตรา 161 มาตรา 162 มาตรา 167 มาตรา 201 และมาตรา 202 ให้มีกำหนดเวลาสามสิบปี”

¹⁵⁸ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. (แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอายุความ)

¹⁵⁹ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0503/16382 และที่ นร 0503/ว(ล)16382 เรื่อง ขอลถอนร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. (แก้ไขเพิ่มเติมความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม และอายุความการฟ้องคดีบางประเภท) ลงวันที่ 14 กันยายน พ.ศ. 2552

ในด้านเนื้อหา การแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศตามแนวทางของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ อาจทำให้ประเทศไทยมีบทบัญญัติความผิดที่มีเนื้อหาบางประเด็นขัดต่อหลักวิชาการ รวมถึงไม่สอดคล้องตามแนวทางที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ¹⁶⁰ ดังจะเห็นได้จากข้อพิจารณาต่างๆ เหล่านี้

1) การแก้ไขให้การให้สินบนแก่ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” หรือ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” เป็นความผิดอาญา รวมไปถึงการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 ไม่สอดคล้องเหมาะสมตามแนวทางที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะการให้สินบนในต่างประเทศมีแนวคิดการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแตกต่างจากความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิม กล่าวคือ ความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าพนักงานตามกฎหมายภายใน แต่ความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศมุ่งคุ้มครองไปถึงการความมั่นคงของระบบเศรษฐกิจและเสถียรภาพในการประกอบธุรกิจข้ามชาติอันเป็นผลประโยชน์ของนานาชาติโดยรวมด้วย

2) สืบเนื่องจากเหตุผลประการแรก การแก้ไขความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศรวมไว้ในบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 ตามวิธีการของร่างพระราชบัญญัติทำให้องค์ประกอบของความผิดของการให้สินบนใหม่ดังกล่าวไม่สอดคล้องหรือไม่ครบถ้วนตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่ยอมรับกันในระดับนานาชาติ เช่น การไม่มีองค์ประกอบส่วนเจตนาพิเศษเพื่อให้ได้รับหรือรักษาประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ฉะนั้น การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์ใดๆ เช่น เพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล หรือเพื่อหลบหนีจากการถูกจับกุมดำเนินคดีหรือการบังคับโทษทางอาญาในต่างประเทศ หรืออื่นๆ ฯลฯ จึงเป็นความผิดตามมาตรา 144 (ใหม่) ด้วยทั้งสิ้น ความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศใหม่นี้จึงไม่มีขอบเขตจำกัดตามแนวคิดที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ

ทั้งนี้ การบัญญัติความผิดอาญาที่ไม่สอดคล้องตามแนวทางการบัญญัติกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติอาจถูกพิจารณาว่าพยายามแทรกแซงกิจการภายในของรัฐต่างประเทศ เป็นการบัญญัติกฎหมายภายในเกินความจำเป็นและไม่คุ้มค่ากับต้นทุนที่รัฐต้องเสียไปในการดำเนินคดีอาญา เพราะเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐน้อยมาก โดยเฉพาะเมื่อเวทีระดับโลกยอมรับการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเท่านั้น การบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำนอกกรอบกฎหมายระหว่างประเทศนั้นย่อมอาจเป็นการสร้างภาระให้แก่กระบวนการยุติธรรมของไทยโดยไม่จำเป็น เพราะรัฐที่เกิดการให้สินบนขึ้นย่อมมีอำนาจอย่างสมบูรณ์ในการลงโทษการให้สินบนเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่มีประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอยู่แล้ว

3) การเพิ่มเติมความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศรวมไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอาจทำให้ความผิดฐานใหม่ไม่สามารถบังคับใช้ได้เหมาะสมตามสภาพอาชญากรรม โดยเฉพาะเมื่อการให้สินบนรูปแบบใหม่นั้นมักมี “นิติบุคคล” เกี่ยวข้อง และความผิดส่วนใหญ่เกิดขึ้น

¹⁶⁰ โปรดดูบทที่ 4

ในต่างประเทศ แต่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น ทั้งยังมีข้อจำกัดด้านเขตอำนาจลงโทษของศาลนอกราชอาณาจักร¹⁶¹ ตัวอย่างเช่น ศาลไม่สามารถลงโทษนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดได้อย่างเหมาะสมตามบทระวางโทษในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และไม่มีเขตอำนาจลงโทษคนไทยหรือนิติบุคคลไทยซึ่งกระทำความผิดในต่างประเทศได้ เป็นต้น

4) การแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศตามแนวทางของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ไม่ส่งเสริมหลักนิติวิธีของกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) กล่าวคือ โดยทั่วไปศาลในระบบซีวิลลอว์จะต้องพิพากษาคดีตามบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรและไม่ผูกพันตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาคดีก่อน เพราะถือเป็นเพียงตัวอย่างของการบังคับใช้กฎหมายเท่านั้น¹⁶² เมื่อความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศที่แก้ไขเพิ่มเติมขึ้นใหม่ยังไม่เป็นรูปแบบที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าใช้บังคับแก่นิติบุคคลได้หรือไม่ ศาลจึงมักตีความกฎหมายเพื่อลงโทษนิติบุคคลโดยอ้างถึงคำพิพากษากฎีกาที่ 787-788/2506 (ประชุมใหญ่) ซึ่งวางหลักว่า นิติบุคคลอาจมีความรับผิดตามความผิดในประมวลกฎหมายอาญาและอาจริบโทษทางอาญาตามลักษณะแห่งโทษที่เปิดช่องให้ลงแก่นิติบุคคลได้เท่านั้น¹⁶³ ทั้งๆ ที่ศาลไทยไม่ผูกพันที่จะต้องพิพากษาคดีดังกล่าวเหมือนกับคำพิพากษาข้างต้น

5) การกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษความผิดฐานให้สินบนตามมาตรา 144 (ใหม่) ได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7 อาจส่งผลให้ศาลไทยมีเขตอำนาจลงโทษทั้งความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมและการให้สินบนในต่างประเทศอย่างกว้างขวางเกินไป ซึ่งอาจขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ แม้การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศจะเป็นความผิดที่นานาชาติตระหนักถึงปัญหาและความสำคัญในการร่วมมือกันแก้ไข แต่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศยังไม่จำเป็นต้องเป็นอาชญากรรมที่มีความรุนแรง หรือมีผลกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชาติในระดับเดียวกับการกระทำความผิดต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 ได้แก่ การก่อกบฏ การก่อการร้าย การปลอมแปลงเงินตรา การค้ามนุษย์ และโจรสลัด¹⁶⁴ ยิ่งไปกว่านั้นยังอาจทำให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดฐานให้สินบนใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประเทศชาติน้อยมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่บุคคลต่างชาติให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในต่างประเทศ เช่นนี้การกำหนดให้ศาลไทยมีเขตอำนาจพิจารณาโทษการกระทำความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมและการให้สินบนในต่างประเทศตามหลักอำนาจลงโทษสากล และหลักป้องกันนี้จึงไม่น่าจะก่อให้เกิดความเหมาะสม

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นนี้ แม้ภายหลังจากที่มีการถอนร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ออกจากระเบียบวาระการประชุมของรัฐสภาไปแล้วและยังไม่ปรากฏว่ามีการเสนอร่างกฎหมายฉบับใหม่เพื่อบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศเป็น

¹⁶¹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 19-21.

¹⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 22-23.

¹⁶³ คำพิพากษากฎีกาที่ 787-788/2506 (ประชุมใหญ่)

¹⁶⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.3

กฎหมายไทยอีกในปัจจุบัน แต่หากในอนาคตมีการหิบบกแนวทางและเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เฉพาะส่วนความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศขึ้นเสนอเพื่อตราเป็นกฎหมาย ย่อมส่งผลให้เนื้อหาของความผิดฐานให้สินบนต่างประเทศของไทยไม่สอดคล้องตามแนวความคิดการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาที่นานาชาติดียอมรับ มีขอบเขตการบังคับใช้ที่ขัดต่อหลักทฤษฎีทางกฎหมาย และไม่ส่งเสริมหลักนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์

จากหัวข้อ 3.2 เห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาไทยปัจจุบันไม่สามารถบังคับใช้แก่การจ่ายสินบนที่เกิดขึ้นในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้เลย สวนทางกับโอกาสและช่องทางการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจข้ามชาติของนักลงทุนไทยที่เพิ่มขึ้นตามสัดส่วนของมูลค่าและปริมาณการประกอบธุรกิจในต่างประเทศที่เติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว การส่งเสริมการส่งออกการประกอบธุรกิจไทยไปยังต่างประเทศโดยปราศจากกฎหมายอาญาควบคุมพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่เหมาะสมเด็ดขาด และชัดเจน ย่อมทำให้ประเทศไทยต้องแบกรับความเสี่ยงที่นักธุรกิจไทยจะจ่ายสินบนในต่างประเทศมากขึ้น เป็นเหตุให้ประเทศไทยจำเป็นต้องสร้างเครื่องมือทางกฎหมายที่เด็ดขาดที่จะใช้ควบคุมการประกอบธุรกิจข้ามชาติของผู้ประกอบธุรกิจไทยนั้น อันจะช่วยเสริมสร้างความสามารถในการแข่งขันของภาคธุรกิจในระยะยาว

3.3 สรุป

ความเจริญก้าวหน้าของการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศปัจจุบันทำให้การให้สินบนแบบดั้งเดิมพัฒนารูปแบบเฉพาะขึ้นเป็นอาชญากรรมที่ซับซ้อน มีจุดเกาะเกี่ยวในเชิงระหว่างประเทศ และมักเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางธุรกิจมูลค่ามหาศาล และก่อให้เกิดความเสียหายรุนแรงแก่สังคมในวงกว้าง เรียกว่า “การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ” อย่างไรก็ตาม การให้สินบนรูปแบบใหม่ดังกล่าวยังคงมีลักษณะพื้นฐานเช่นเดียวกับการให้สินบนแบบดั้งเดิมที่เป็นปัญหาอาชญากรรมภายในรัฐ และถูกบัญญัติให้เป็นความผิดในกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่อยู่แล้ว เพียงแต่มองค้ประกอบบางประการแตกต่างไปตามสภาพการประกอบธุรกิจข้ามชาติ เช่น บุคคลผู้รับสินบนต้องเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายอื่นที่มีใช้กฎหมายภายใน หรือการมีเจตนาพิเศษ เพื่อให้ได้รับหรือรักษาประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างเฉพาะเจาะจง เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ด้วยความซับซ้อนและองค์ประกอบในเชิงระหว่างประเทศตามสภาพของการให้สินบนรูปแบบใหม่นี้เอง ประเทศต่างๆ จึงไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายภายในขอบเขตที่มีอยู่ปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้อย่างเหมาะสม ประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจไม่สามารถติดตามไปบังคับใช้กฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดที่อยู่นอกดินแดนได้ ส่วนประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจอาจไม่สามารถดำเนินมาตรการต่างๆ เพื่อปราบปรามการให้สินบนนั้นได้เลยตามหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” เพราะการกระทำนั้นไม่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดตามกฎหมาย ผู้ประกอบธุรกิจข้ามชาติจึงมีแรงจูงใจในการจ่ายสินบนสูงมาก เพราะมีประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับมหาศาล แต่มีโอกาสถูกจับกุมดำเนินและรับโทษตามกฎหมายน้อย

มาก ปัญหาการขาดแคลนกฎหมายนี้เองจึงนำไปสู่การเกิดแนวคิดการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาตามแนวคิดที่ว่า ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจต้องรับผิดชอบในการปราบปรามการให้สินบนดังกล่าว เพื่อสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจและเสถียรภาพของตลาดการแข่งขันการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอันเป็นประโยชน์ร่วมกันของนานาชาติในระยะยาว

แนวคิดการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาเกิดขึ้นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกาจากที่เป็นความกังวลว่า การให้สินบนในต่างประเทศของผู้ประกอบธุรกิจอเมริกันเป็นปัญหาทางศีลธรรมที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติในระยะยาว จึงมีการตรากฎหมายต่อต้านการกระทำทุจริตในต่างประเทศฉบับแรกชื่อว่า “Foreign Corrupt Practice Act” ในปี พ.ศ. 2520 (ค.ศ. 1977) เพื่อกำหนดความผิดทางอาญาสำหรับการให้สินบนในต่างประเทศโดยตรงโดยผู้ประกอบธุรกิจอเมริกันโดยตรง ต่อมาแนวคิดนี้ได้ถูกยกระดับขึ้นเป็นปัญหาความกังวลระดับนานาชาติ โดยการบรรลุความตกลงระหว่างประเทศฉบับสำคัญได้แก่ อนุสัญญาแห่งองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการต่อต้านการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานต่างชาติในการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ หรือ “อนุสัญญาของ OECD” รวมถึงอนุสัญญาอื่นที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการต่อต้านการให้สินบนในต่างประเทศโดยความรับผิดชอบของประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจอีกหลายฉบับ เพื่อกำหนดความรับผิดชอบให้ประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจบังคับใช้กฎหมายปราบปรามอาชญากรรมการให้สินบนโดยไม่แบ่งแยกรูปแบบเฉพาะของสินบน เพื่อสร้างมาตรการปราบปรามการให้สินบนรูปแบบใหม่อย่างรอบด้าน และเพื่อแสดงความรับผิดชอบในฐานะที่ประเทศของตนเองเป็นผู้สนับสนุนการส่งออกการประกอบธุรกิจต่อการกระทำทุจริตในต่างประเทศ

สำหรับประเทศไทย การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศของไทยในปัจจุบันมีพัฒนาการขึ้นจากอดีตอย่างมาก ปัจจัยต่างๆ ได้ส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจไทยสามารถออกไปประกอบกิจการในต่างแดนได้มากขึ้นอย่างต่อเนื่อง และยังคงมีแนวโน้มขยายตัวเพิ่มขึ้นอีกในอนาคต ส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจไทยนั้นมีโอกาสจ่ายสินบนให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเพิ่มขึ้นด้วยเช่นกัน แต่ประเทศไทยไม่อาจบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศดังกล่าวได้ไม่ว่าในทางใด เพราะการให้สินบนรูปแบบใหม่ไม่เป็นอยู่ในขอบเขตของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 ยิ่งไปกว่านั้น แม้ประเทศไทยเคยพยายามแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศรวมไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว แต่ไม่ประสบความสำเร็จตราเป็นกฎหมาย หลักการในร่างกฎหมายดังกล่าวก็ไม่สอดคล้องเหมาะสมตามแนวคิดการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในระดับนานาชาติ

บทที่ 4

การกำหนดให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดทางอาญาตามความตกลงระหว่างประเทศ

แนวคิดการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเกิดขึ้นเป็นครั้งแรก ณ สหรัฐอเมริกา ในลักษณะปัญหาภายในรัฐเกี่ยวกับความเสื่อมของจริยธรรมในการประกอบธุรกิจกับภัยคุกคามต่อความมั่นคงในความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ แต่ต่อมาประเทศต่างๆ ได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหา และความจำเป็นในการสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศ นำไปสู่การบรรลุความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามที่พิจารณาไปในบทที่ 3 ทั้งนี้ กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยวิธีการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา (Criminalization) ที่มีอิทธิพลต่อการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ทั่วโลกอย่างสำคัญในปัจจุบันมี 2 ฉบับ¹ ได้แก่

1) อนุสัญญาแห่งองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา ว่าด้วยการรณรงค์ต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานของต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997 (The OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions 1997) ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “อนุสัญญาของ OECD” และ

2) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption 2003) ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “อนุสัญญา UNCAC”

การศึกษาแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดอาญาฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาทั้งสองฉบับข้างต้นมีความสำคัญ และมีคุณค่าต่อการค้นหาแนวทางการบัญญัติกฎหมายไทยอย่างมาก เพราะนอกจากจะเป็นการแสดงให้เห็นถึงแนวทางการบัญญัติความผิดที่นานาชาติยอมรับอย่างแพร่หลายแล้ว การที่ประเทศไทยมีเนื้อหาความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่สอดคล้องกับแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำดังกล่าวยังช่วยส่งเสริมให้กฎหมายไทยมีเนื้อหาเป็นที่ยอมรับของประเทศต่างๆ ได้มากขึ้น²

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาด้านการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศไทยผูกพันอยู่ต่ออนุสัญญาระหว่างประเทศ ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญา UNCAC แล้วเมื่อวันที่ 30 มีนาคม พ.ศ. 2554³ และจึงมีพันธกรณีต้องบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจ

¹ Peter Binning *et al.*, “Fraud and the Criminal Law,” in *International Commercial Fraud* (London: Sweet & Maxwell, 2002), p. 182.

² *Ibid.*

³ “ป.ช.เตรียมเป็นรัฐภาคีต่อต้านการทุจริต,” *คมชัดลึกออนไลน์* [ออนไลน์] วันที่ 25 เมษายน 2554 เข้าถึงได้จาก <http://www.komchadluek.net/detail/20110425/95770/ป.ช.เตรียมเป็นรัฐภาคีต่อต้านการทุจริต.html#.UgqcqN5JHKo0>

ระหว่างประเทศดังที่พิจารณาไปในบทที่ 3⁴ การบัญญัติความผิดอาญาตามกรอบแนวทางของอนุสัญญา UNCAC จึงเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวไปในขณะเดียวกัน อีกกรณีหนึ่ง แม้ประเทศไทยจะยังมิได้เข้าร่วมเป็นประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญาของ OECD เพื่อการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยตรง แต่การบัญญัติความผิดอาญาตามแนวทางของอนุสัญญาฉบับนี้จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการกำหนดแนวทางเนื้อหากฎหมายที่เป็นสากล ตลอดจนการเตรียมความพร้อมและอำนวยความสะดวกต่อการผลักดันให้ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาของ OECD ต่อไปด้วย หากภาครัฐมีนโยบายเช่นนั้นในอนาคต⁵

ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้น ประเด็นสำคัญอันเป็นคำถามของบทที่ 4 นี้จึงเป็นปัญหาว่าแนวทางอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา UNCAC และอนุสัญญาของ OECD มีเนื้อหาอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นองค์ประกอบความผิด บทลงโทษทางอาญา และเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

ในบทนี้จะเป็นการพิจารณาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาของ OECD ในประเด็นองค์ประกอบของความผิด บทลงโทษทางอาญา และเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิด ตลอดจนข้อวิจารณ์เกี่ยวกับอนุสัญญาเหล่านั้นในหัวข้อที่ 4.1 พิจารณาเนื้อหาของอนุสัญญา UNCAC ในขอบเขตเช่นเดียวกันในหัวข้อที่ 4.2 จากนั้นจึงนำแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาสองฉบับข้างต้นมาพิจารณาเปรียบเทียบกันในหัวข้อที่ 4.3 เพื่อแสดงให้เห็นแนวความคิดในการต่อต้านการจ่ายสินบนในต่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในระดับนานาชาติมีแนวทางสอดคล้องกันเป็นส่วนใหญ่ อันจะเป็นประโยชน์สำหรับการวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวเป็นกฎหมายไทยต่อไป

4.1 แนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามอนุสัญญาของ OECD

อนุสัญญาของ OECD เป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะ⁶ ตามแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมาย FCPA ของสหรัฐอเมริกา⁷ ในฐานะเป็นเครื่องมือระดับกฎหมายระหว่างประเทศที่จะ

⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 3.2.3

⁵ กรุงเทพธุรกิจออนไลน์, "‘ปานเทพ’ ชี้อนุสัญญาของ OECD สร้างความเชื่อมั่นให้นักลงทุน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 19 มกราคม 2555. แหล่งที่มา: <http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/politics/politics/20120119/430836ปานเทพชี้อนุสัญญาOECDสร้างความเชื่อมั่นให้นักลงทุน.html>

⁶ Indira Carr, *International Trade Law*, 4th ed. (NY: Routledge-Cavendish, 2010), p. 679.

⁷ Ibid, p. 678.

ใช้ตอบโต้ปัญหาการให้สินบนรูปแบบใหม่ที่กำลังคุกคามความมั่นคงเศรษฐกิจและเสถียรภาพของระบบตลาดอย่างร้ายแรง ในยุคสมัยที่การประกอบธุรกิจข้ามชาติเจริญก้าวหน้าอย่างยิ่ง⁸

อนึ่ง เมื่อปี พ.ศ. 2557 อนุสัญญาของ OECD ประกอบด้วยภาคีสมาชิกจำนวน 40 ประเทศ ส่วนใหญ่เป็นประเทศพัฒนาแล้วจากแถบทวีปยุโรปที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดี* และมีบทบาทในการส่งออกสินค้าและบริการรวมทั้งการลงทุนข้ามชาติสูง คิดเป็นสัดส่วนมูลค่าการค้าการลงทุนประมาณร้อยละ 80-90 ของมูลค่าการค้าการลงทุนรวมทั่วโลก⁹ ในขณะที่แม้ประเทศไทยยังมิได้เข้าร่วมผูกพันตนเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาของ OECD ดังกล่าว แต่ในปัจจุบันนักวิชาการเสนอแนวคิดและพยายามผลักดันให้ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญานี้ด้วย ซึ่งต้องติดตามผลและพิจารณาความเหมาะสมของประเทศไทยในการเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญานี้ต่อไปในอนาคต¹⁰

การพิจารณาแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาของ OECD จะพิจารณาแนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิดในหัวข้อที่ 4.1.1 บทลงโทษอาญาในหัวข้อที่ 4.1.2 และเขตอำนาจลงโทษของศาลในหัวข้อที่ 4.1.3 ตามลำดับดังนี้

4.1.1 แนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด

อนุสัญญาของ OECD กำหนดพันธกรณีในการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ในมาตรา 1 ว่าด้วยความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ (Article 1 - The Offence of Bribery of Foreign Public Officials)^{11*} พิจารณาแบ่งแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังต่อไปนี้

⁸ OECD, *Information Sheet on the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (n.p.: n.d.), pp. 1-2.

* ประกอบด้วยประเทศต่างๆ ที่เป็นสมาชิกขององค์การ OECD อยู่แล้วทั้งหมดจำนวน 34 ประเทศ และประเทศอื่นๆ ที่เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในภายหลัง ประเทศที่เป็นสมาชิกองค์การ OECD ได้แก่ ออสเตรเลีย ออสเตรีย เบลเยียม แคนาดา ชิลี สาธารณรัฐเช็ก เดนมาร์ก เอสโตเนีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ ฮังการี ไอซ์แลนด์ ไอร์แลนด์ อิสราเอล อิตาลี ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี ลักซ์เซมเบิร์ก เม็กซิโก เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ โปแลนด์ โปรตุเกส สาธารณรัฐสโลวาเกีย สโลวีเนีย สเปน สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ ตุรกี สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา ส่วนประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การ OECD แต่ได้เข้าร่วมลงนามเป็นภาคีสมาชิกอีก 6 ประเทศ ได้แก่ อาร์เจนตินา บราซิล บัลแกเรีย แอฟริกาใต้ รัสเซีย และโคลัมเบีย ซึ่งเพิ่งเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกล่าสุดเมื่อปี ค.ศ. 2013 (พ.ศ. 2556) อ้างอิงจาก OECD, "Anti-bribery Convention – OECD Anti-bribery Convention: Entry into Force of Convention" [Online] Accessed: 1 February 2014. Available from: www.oecd.org/daf/antibriberyconvention/oecdanti-briberyconventionenterintoforceoftheconvention.htm

⁹ OECD Working Group on Bribery, *Annual Report 2011* (France: OECD Publishing, 2012), p. 7.

¹⁰ กรุงเทพมหานครออนไลน์, "ปานเทพ' ใช้อุสัญญาของ OECD สร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุน" [ออนไลน์].

¹¹ The OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions 1997 (The OECD Anti-bribery Convention), Article 1 The Offence of Bribery of Foreign Public Officials บัญญัติว่า

"1. Each Party shall take such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence under its law for any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the

(ก) องค์ประกอบภายนอก

1) ผู้กระทำความผิด

อนุสัญญาของ OECD มาตรา 1(1) บัญญัติใช้คำว่า “Any Person” หมายถึง “บุคคลใดๆ” ในความหมายอย่างกว้าง แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 2 ว่าด้วยความรับผิดชอบของนิติบุคคล (Article 2 - Responsibility of Legal Persons)¹² ที่กำหนดว่า ในกรณีที่นิติบุคคลอาจมีความรับผิดทางอาญาได้ตามระบบกฎหมายภายใน รัฐภาคีต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นและสอดคล้องกับระบบกฎหมายภายในนั้น เพื่อก่อตั้งความรับผิดสำหรับนิติบุคคลที่ให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติด้วย ฉะนั้น ผู้กระทำความผิดในกรณีนี้หมายถึงทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลอย่างชัดเจน

ยิ่งไปกว่านั้น อนุสัญญาของ OECD มาตรา 1(2) ยังกำหนดให้ รัฐภาคีบัญญัติมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นสำหรับก่อก่อตั้งความรับผิดทางอาญาสำหรับบุคคลที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย ไม่ว่าจะเป็นการยุยง (Incitement) การช่วยเหลือสนับสนุน (Aiding and Abetting) หรือการมอบอำนาจ (Authori[z]ation) ให้มีการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ อีกทั้งรัฐภาคี

official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business.

2. Each Party shall take any measures necessary to establish that complicity in, including incitement, aiding and abetting, or authori[z]ation of an act of bribery of a foreign public official shall be a criminal offence. Attempt and conspiracy to bribe a foreign public official shall be criminal offences to the same extent as attempt and conspiracy to bribe a public official of that Party.

3. The offences set out in paragraphs 1 and 2 above are hereinafter referred to as “bribery of a foreign public official”.

4. For the purpose of this Convention:

(a) “foreign public official” means any person holding a legislative, administrative or judicial office of a foreign country, whether appointed or elected; any person exercising a public function for a foreign country, including for a public agency or public enterprise; and any official or agent of a public international organi[z]ation

(b) “foreign country” includes all levels and subdivisions of government, from national to local

(c) “act or refrain from acting in relation to the performance of official duties” includes any use of the public official’s position, whether or not within the official’s authori[z]ed competence.”

* นอกจากข้อกำหนดเกี่ยวกับแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด บทลงโทษ และเขตอำนาจลงโทษของศาลในมาตรานี้ อนุสัญญาของ OECD ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องหรือพันธกรณีอื่นๆ ไว้อีก ได้แก่ มาตรา 5 ว่าด้วยการบังคับใช้กฎหมาย (Article 5 - Enforcement) มาตรา 6 ว่าด้วยอายุความ (Article 6 - Statute of Limitations) มาตรา 7 ว่าด้วยการฟอกเงิน (Article 7 - Money Laundering) มาตรา 8 ว่าด้วยการจัดทำบัญชี (Article 8 - Accounting) ส่วนบทบัญญัติมาตรา 9-11 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้ความร่วมมือระหว่างประเทศ ได้แก่ มาตรา 9 ว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายระหว่างประเทศ (Article 9 - Mutual Legal Assistance) มาตรา 10 ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Article 10 - Extradition) และมาตรา 11 ว่าด้วยผู้มีอำนาจรับผิดชอบ (Article 11 - Responsible Authorities) และบทบัญญัติมาตรา 12-17 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อกำหนดของอนุสัญญาอื่นๆ ได้แก่ บทบัญญัติมาตรา 12 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยมาตรการตรวจสอบติดตามการปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญา (Article 12 - Monitoring and Follow-up) มาตรา 13 ว่าด้วยการลงนามและความยินยอม (Article 13 - Signature and Accession) มาตรา 14 ว่าด้วยการอนุวัติการ (Article 14 - Ratification and Depositary) มาตรา 15 ว่าด้วยการมีผลใช้บังคับ (Article 15 - Entry into Force) มาตรา 16 ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติม (Article 16 - Amendment) และมาตรา 17 ว่าด้วยการเพิกถอน (Article 17 - Withdrawal)

¹² The OECD Anti-bribery Convention, Article 2 Responsibility of Legal Persons บัญญัติว่า

“Each Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its legal principles, to establish the liability of legal persons for the bribery of a foreign public official.”

ต้องกำหนดให้การพยายามกระทำความผิด (Attempt) และการสมคบกันกระทำความผิด (Conspiracy) ในการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติเป็นความผิดอาญาในระดับเดียวกับการพยายามกระทำความผิดและการสมคบกันกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐดังกล่าวด้วย

2) การกระทำอันเป็นการให้สินบน

องค์ประกอบความผิดส่วนการกระทำอันเป็นการให้สินบนอาจแยกพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบนกับขอบเขตของสินบน ดังนี้

2.1) ลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบน

อนุสัญญาของ OECD มาตรา 1(1) กำหนดให้การกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติครอบคลุมการกระทำของฝ่ายให้สินบน 3 ลักษณะ ได้แก่ การเสนอ (to Offer) การสัญญา (to Promise) และการให้ (to Give) สินบนแก่ฝ่ายผู้รับสินบน โดยอาจเป็นการให้สินบนแก่ฝ่ายผู้รับสินบนโดยตรง (Directly) หรือโดยผ่านคนกลาง (Intermediary) ก็ได้ เช่น ตัวแทน นายหน้าซื้อขาย ฯลฯ¹³

2.2) ขอบเขตของสินบน

อนุสัญญาของ OECD มาตรา 1(1) บัญญัติถึงสิ่งที่ให้กันเป็นสินบนโดยใช้คำว่า “Any Undue Pecuniary or Other Advantage” หมายถึง “ผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่เหมาะสม” ในความหมายอย่างกว้าง สินบนตามอนุสัญญาของ OECD จึงหมายความรวมถึง เงิน หรือทรัพย์สิน หรือประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าจะจับต้องได้หรือไม่ และอาจคำนวณเป็นเงินได้หรือไม่ เช่น การให้เข้าร่วมเป็นสมาชิกในสโมสรพิเศษ การสัญญาว่าจะให้ทุนการศึกษาแก่บุตรธิดา หรือการทำให้ได้รับความนิยมนจากสาธารณะ เป็นต้น

3) บุคคลผู้รับสินบน

อนุสัญญาของ OECD มาตรา 1(1) บัญญัติว่า การกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติตามมาตรานี้ อาจเป็นการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ เพื่อประโยชน์ของเจ้าพนักงานนั่นเอง หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สาม เช่น เพื่อน หรือเครือญาติของเจ้าพนักงาน ฯลฯ ก็ได้¹⁴

นอกจากนั้น อนุสัญญาของ OECD มาตรา 1(4)(a)¹⁵ กำหนดนิยามของ “Foreign Public Official” หรือ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” ว่าให้มีขอบเขตครอบคลุมถึงบุคคล 3 กลุ่ม

¹³ Carr, I., *International Trade Law*, p. 678.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ The OECD Anti-bribery Convention, Article 1(4)(a).

ดังต่อไปนี้ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลดังกล่าวจะถูกพิจารณาว่าเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายภายในของรัฐต่างประเทศหรือไม่¹⁶

3.1) ผู้มีอำนาจรัฐในทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการของรัฐต่างประเทศ (Foreign Country) ไม่ว่าจะโดยได้รับแต่งตั้งหรือโดยได้รับเลือกตั้ง

3.2) ผู้ปฏิบัติภารกิจอันเป็นสาธารณะ (Public Function) ของรัฐต่างประเทศ หน่วยงานของรัฐ (Public Agency) หรือรัฐวิสาหกิจ (Public Enterprise) ซึ่งในส่วนี้ อนุสัญญาของ OECD มาตรา 1(4)(b)¹⁷ กำหนดให้ “ต่างประเทศ” (Foreign Country) หมายความรวมถึงหน่วยงานย่อยของรัฐบาลต่างประเทศทั้งหมด ทุกระดับ ตั้งแต่ระดับชาติไปจนถึงระดับท้องถิ่น

3.3) ผู้เป็นเจ้าพนักงานหรือตัวแทนใดๆ ขององค์การมหาชนระหว่างประเทศ (Public International Organization)¹⁸

(ข) องค์ประกอบภายใน

4) เจตนาธรรมดา

ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติต้องกระทำโดยเจตนา เห็นได้จากมาตรา 1(1) บัญญัติคำว่า “Intentionally [to act]” ไว้ในองค์ประกอบของความผิดอย่างชัดแจ้ง แต่ไม่ชัดเจนว่าการกระทำความผิดโดยเจตนาครอบคลุมถึงการกระทำความผิดโดยมีเจตนาแบบจงใจไม่รู้ (Willful Blindness) ต่อการให้สินบนโดยบุคคลที่สาม หรือการไม่หลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่จะเกิดการกระทำความผิดในอนาคต เมื่อตนรู้ถึงความเสี่ยงหรือเห็นว่ามีพฤติการณ์น่าสงสัยว่าจะมีการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นในอนาคตด้วยหรือไม่¹⁹

5) เจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจเจ้าพนักงาน

อนุสัญญาของ OECD มาตรา 1(1) กำหนดให้ การกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติต้องกระทำเพื่อให้เจ้าพนักงานนั้นกระทำ หรือละเว้นไม่กระทำการใดๆ อันเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ (Act or Refrain from Acting in Relation to the Performance of Official Duties) ซึ่งอนุสัญญาของ OECD มาตรา 1(4)(c)²⁰ บัญญัติขยายความให้หมายความรวมถึง การใช้ตำแหน่งหน้าที่ของเจ้าพนักงานรัฐลักษณะใดๆ ไม่ว่าจะอยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานหรือไม่ด้วย

¹⁶ Carr, I., *International Trade Law*, p. 678.

¹⁷ The OECD Anti-bribery Convention, Article 1(4)(b).

¹⁸ Commentary of the OECD Convention, 17 บัญญัติว่า

“‘Public international organi[z]ation’ includes any international organi[z]ation formed by states, governments, or other public international organi[z]ations, whatever the form of organi[z]ation and scope of competence, including, for example, a regional economic integration organi[z]ation such as the European Communities.”

¹⁹ Bruce Zagaris, *International White Collar Crime* (NY: Cambridge University Press, 2010), p. 117.

²⁰ The OECD Anti-bribery Convention, Article 1(4)(c)

6) เจตนาพิเศษ: เพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

อนุสัญญาของ OECD มาตรา 1(1) กำหนดว่า การกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติต้องเป็นการให้สินบนเพื่อให้ได้รับ (Obtain) หรือรักษา สงวน หรือผูกขาด (Retain) ธุรกิจ (Business) หรือผลประโยชน์ที่ไม่เหมาะสมอื่นในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ (Improper Advantage in the Conduct of the Business) เท่านั้น ตัวอย่างเช่น การจ่ายสินบนเพื่อให้ตนได้รับประโยชน์เกี่ยวกับการประมูล หรือการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ โดยไม่คำนึงว่าผู้ให้สินบนรายนั้นจะเป็นผู้เข้าร่วมประมูลที่เสนอราคาดีที่สุดในหรือเหมาะสมจะได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจมากที่สุดหรือไม่ การได้ใบอนุญาตหรือการได้รับอนุญาตต่างๆ ที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจภายในประเทศ การได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าทางภาษีและศุลกากร ตลอดจนการดำเนินกระบวนการทางศาลหรือทางนิติบัญญัติที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจด้วย²¹

อนึ่ง อนุสัญญาของ OECD กำหนดแบ่งแยกประเภทการให้สินบนเป็น 2 ลักษณะ คือ การให้สินบนอันเป็นความผิดตามกฎหมายตามอนุสัญญาของ OECD มาตรา 1(1) กับการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ และคำอธิบายอนุสัญญาของ OECD (Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions) ข้อ 9²² อธิบายว่า “การจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกจำนวนเล็กน้อย” (Small Facilitation Payment) ไม่ถือว่าเป็นการจ่ายเงินเพื่อให้ได้รับหรือรักษา สงวน หรือผูกขาดธุรกิจหรือผลประโยชน์ที่ไม่เหมาะสมอื่นในความหมายของบทบัญญัติมาตรา 1 ข้างต้น จึงไม่มีความผิดตามกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่า อนุสัญญาของ OECD เปิดช่องให้รัฐบัญญัติกฎหมายอนุญาตให้มีการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกจำนวนเล็กน้อยในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นขององค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจได้ แต่มีข้อสังเกตว่า อนุสัญญาดังกล่าวกลับมิได้กำหนดเกณฑ์การจำแนกการจ่ายเงินทั้งสองประเภทดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน²³ นอกเหนือไปจากการพิจารณา “มูลค่า” ของสินบนประกอบกับ “สิ่งที่คาดว่าจะได้รับตอบแทน”²⁴

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบัน OECD การจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกจำนวนน้อยก็สามารถสร้างความเสียหายต่อการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน และกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายได้เช่นกัน ฉะนั้น คำแนะนำของคณะที่ปรึกษาเพื่อการดำเนินการต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานของ

²¹ OECD, *Information Sheet on the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, p. 3.

²² Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 9 กำหนดว่า

“Small ‘facilitation’ payments do not constitute payments made “to obtain or retain business or other improper advantage” within the meaning of paragraph 1 and, accordingly, are also not an offence. Such payments, which, in some countries, are made to induce public officials to perform their functions, such as issuing licenses or permits, are generally illegal in the foreign country concerned. Other countries can and should address this corrosive phenomenon by such means as support for program[s] of good governance. However, criminalization by other countries does not seem a practical or effective complementary action.”

²³ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, (Paris: ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific OECD Publishing, 2011), p. 34.

²⁴ Carr, I., *International Trade Law*, pp. 678-679.

ต่างประเทศในรัฐธรรมนูญทางธุรกิจระหว่างประเทศ (Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions) ฉบับลงวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2552) ข้อ VI²⁵ จึงแนะนำว่า ประเทศภาคีสมาชิกควรจัดให้มีการทบทวนนโยบายและมาตรการเกี่ยวกับการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกจำนวนน้อยนี้เป็นระยะๆ เพื่อจัดการจัดให้มีการตอบโต้การการจ่ายเงินดังกล่าว และเพื่อส่งเสริมให้บริษัทจัดทำมาตรการควบคุมภายในองค์กรสำหรับห้ามหรือตัดแรงจูงใจในการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกอย่างมีประสิทธิภาพ โดยยอมรับว่าการกระทำดังกล่าวผิดกฎหมายภายในของต่างประเทศ และกำหนดให้บริษัทต้องบันทึกการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกไว้ในหนังสือและบันทึกรายงานทางการเงินของบริษัทอย่างถูกต้องทุกรายการด้วย

7) ข้อต่อสู้ตามกฎหมาย

นอกจากแนวทางการบัญญัติความผิดในเนื้อหาของอนุสัญญาของ OECD คำอธิบายอนุสัญญาของ OECD ข้อ 7 กำหนดแนวทางไว้ว่า ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติอาจเกิดขึ้นและสำเร็จลงได้โดยไม่คำนึงถึงมูลค่าของประโยชน์ที่ได้รับ (Value of the Advantage)²⁶ ผลที่เกิดขึ้น (Results) จารีตประเพณีท้องถิ่น (Perceptions of Local Custom) จริยธรรมของเจ้าพนักงานในท้องถิ่น (Tolerance of such Payments by Local Authorities) หรือความจำเป็นที่ต้องมีการจ่ายสินบน (Necessity of the Payment)²⁷

นอกจากนั้น คำอธิบายอนุสัญญาของ OECD ข้อ 8 กำหนดว่า การกระทำอันเป็นการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติตาม มาตรา 1(1) จะไม่เป็นความผิด หากการให้ผลประโยชน์แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาตินั้นมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือคำพิพากษาอันเป็นหลักกฎหมายของต่างประเทศอนุญาตหรือกำหนดให้สามารถกระทำได้²⁸ โดยไม่มีเนื้อหาส่วนใดกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อต่อสู้สำหรับความผิดฐานนี้ไว้โดยเฉพาะอีก

²⁵ Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (26 November 2009), VI บัญญัติว่า

“RECOMMENDS, in view of the corrosive effect of small facilitation payments, particularly on sustainable economic development and the rule of law that Member countries should:

i) undertake to periodically review their policies and approach on small facilitation payments in order to effectively combat the phenomenon

ii) encourage companies to prohibit or discourage the use of small facilitation payments in internal company controls, ethics and compliance program[s] or measures, recogni[z]ing that such payments are generally illegal in the countries where they are made, and must in all cases be accurately accounted for in such companies' books and financial records”

²⁶ Zagaris, B., *International White Collar Crime*, p. 116.

²⁷ Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 7 กำหนดว่า

“ It is also an offence irrespective of, inter alia, the value of the advantage, its results, perceptions of local custom, the tolerance of such payments by local authorities, or the alleged necessity of the payment in order to obtain or retain business or other improper advantage.”

²⁸ Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 8 กำหนดว่า

4.1.2 แนวทางเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญา

ในการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ อนุสัญญาของ OECD กำหนดแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำอันก่อให้เกิดความรับผิดชอบดังกล่าวไว้ในมาตรา 3 ว่าด้วยบทลงโทษ (Article 3 - Sanctions)²⁹ ไว้ดังนี้

ตามอนุสัญญาของ OECD มาตรา 3(1) รัฐภาคีต้องกำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติที่มีประสิทธิภาพ (Effective) ได้สัดส่วน (Proportionate) และมีผลในเชิงยับยั้งอาชญากรรม (Dissuasive) โดยต้องเป็นโทษที่เทียบเท่าได้กับโทษสำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐนั่นเอง นอกจากนี้ สำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา รัฐภาคีต้องกำหนดโทษจำคุกเสรีภาพที่เพียงพอที่จะเป็นเงื่อนไขในการใช้ความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างชาติและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ตามอนุสัญญาของ OECD มาตรา 3(2) กำหนดว่า ในกรณีที่นิติบุคคลไม่สามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ภายใต้ระบบกฎหมายของรัฐ รัฐภาคีต้องกำหนดให้นิติบุคคลได้รับโทษอื่นที่มีโทษทางอาญา (Non-criminal Sanctions) ที่มีประสิทธิภาพ (Effective) ได้สัดส่วน (Proportionate) และมีผลในเชิงยับยั้ง (Dissuasive) ซึ่งรวมถึงโทษทางการเงิน (Monetary Sanction) สำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติดังกล่าวด้วย

ตามอนุสัญญาของ OECD มาตรา 3(3) รัฐภาคีต้องกำหนดมาตรการที่จำเป็นที่จะทำให้รัฐสามารถยึด (Seizure) หรือริบ (Confiscation) สินบน (Bribe) และสิ่งที่ได้รับจากการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ (Proceeds of the Bribery of a Foreign Public Official) หรือทรัพย์สินอื่นที่มีมูลค่าเทียบเท่ากันได้ หรือกำหนดโทษทางการเงินที่มีประสิทธิภาพเทียบเท่ากัน เช่น กำไร (Profits) หรือผลประโยชน์อื่นที่ได้รับมาจากบุคคลหรือบริษัทที่กระทำความผิดเป็นต้น³⁰

“It is not an offence, however, if the advantage was permitted or required by the written law or regulation of the foreign public official’s country, including case law.”

²⁹ The OECD Anti-bribery Convention, Article 3 Sanctions บัญญัติว่า

“1. The bribery of a foreign public official shall be punishable by effective, proportionate and dissuasive criminal penalties. The range of penalties shall be comparable to that applicable to the bribery of the Party’s own public officials and shall, in the case of natural persons, include deprivation of liberty sufficient to enable effective mutual legal assistance and extradition.

2. In the event that, under the legal system of a Party, criminal responsibility is not applicable to legal persons, that Party shall ensure that legal persons shall be subject to effective, proportionate and dissuasive non-criminal sanctions, including monetary sanctions, for bribery of foreign public officials.

3. Each Party shall take such measures as may be necessary to provide that the bribe and the proceeds of the bribery of a foreign public official, or property the value of which corresponds to that of such proceeds, are subject to seizure and confiscation or that monetary sanctions of comparable effect are applicable.

4. Each Party shall consider the imposition of additional civil or administrative sanctions upon a person subject to sanctions for the bribery of a foreign public official.”

³⁰ Zagaris, B., *International White Collar Crime*, p. 117.

ตามอนุสัญญาของ OECD มาตรา 3(4) รัฐภาคีต้องกำหนดโทษทางแพ่งหรือโทษทางปกครองเพิ่มเติมสำหรับบุคคลที่มีความรับผิดชอบสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาตินี้ด้วย

4.1.3 แนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษ

อนุสัญญาของ OECD มาตรา 4 ว่าด้วยเขตอำนาจรัฐ (Article 4 - Jurisdiction)³¹ กำหนดแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติกฎหมายภายในก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิด ณ ที่ใดๆ ดังนี้

1) กรณีการกระทำความผิดในดินแดนของรัฐ รัฐภาคีต้องกำหนดมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นเพื่อก่อตั้งเขตอำนาจของรัฐเหนือการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ เมื่อการกระทำความผิดดังกล่าวได้กระทำลงบนดินแดนของรัฐนั้นทั้งหมด หรือบางส่วน ตามอนุสัญญาของ OECD มาตรา 4(1)

2) กรณีการกระทำความผิดนอกดินแดนของรัฐ ในกรณีที่รัฐภาคีมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดตามกฎหมายโดยบุคคลสัญชาติ (Nationals) ของตนในต่างประเทศ รัฐภาคีดังกล่าวต้องกำหนดมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นเพื่อก่อตั้งเขตอำนาจของรัฐในการลงโทษการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติโดยอาศัยหลักการเดียวกันด้วย ตามอนุสัญญาของ OECD มาตรา 4(2) ส่วนในกรณีที่รัฐที่มีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดตามอนุสัญญาลบับนี้มากกว่าหนึ่งรัฐ อนุสัญญาของ OECD มาตรา 4(3) กำหนดว่า เมื่อมีการร้องขอโดยรัฐใดรัฐหนึ่ง รัฐภาคีที่เกี่ยวข้องต้องปรึกษากันเพื่อกำหนดเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดที่เหมาะสมมากที่สุด

3) อนุสัญญาของ OECD มาตรา 4(4) กำหนดว่า รัฐภาคีต้องทบทวนประสิทธิภาพของเขตอำนาจรัฐของตนในการตอบโต้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ และหากพบว่าเขตอำนาจดังกล่าวของตนไม่มีประสิทธิภาพ รัฐภาคีดังกล่าวต้องดำเนินการแก้ไข

4.1.4 ข้อวิจารณ์เกี่ยวกับอนุสัญญาของ OECD

อนุสัญญาของ OECD ได้รับการยอมรับว่าเป็นอนุสัญญาต่อต้านการทุจริตสมัยใหม่เพียงฉบับเดียวที่กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำทุจริตของฝ่ายผู้ให้สินบน (Supply Side

³¹ The OECD Anti-bribery Convention, Article 4 Jurisdiction บัญญัติว่า

“1. Each Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the bribery of a foreign public official when the offence is committed in whole or in part in its territory.

2. Each Party which has jurisdiction to prosecute its nationals for offences committed abroad shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction to do so in respect of the bribery of a foreign public official, according to the same principles.

3. When more than one Party has jurisdiction over an alleged offence described in this Convention, the Parties involved shall, at the request of one of them, consult with a view to determining the most appropriate jurisdiction for prosecution.

4. Each Party shall review whether its current basis for jurisdiction is effective in the fight against the bribery of foreign public officials and, if it is not, shall take remedial steps.”

of Bribery) หรือที่เรียกว่าเป็น “ความผิดฐานให้สินบน” (Active Bribery) ไว้โดยเฉพาะ³² ตามแนวคิด การต่อต้านการกระทำทุจริตข้ามชาติที่ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมาย FCPA ของสหรัฐอเมริกา³³ และที่เป็นเหตุให้มีประเทศต่างๆ ที่มีใช่สมาชิก OECD ให้ความสนใจเข้าร่วมผูกพันตนเป็นภาคีสมาชิกเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องในปัจจุบัน³⁴

แม้อนุสัญญาของ OECD มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำทุจริตที่แพร่กระจายอยู่ในสังคมการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยตรง อันจะนำไปสู่การสร้างสภาพตลาดที่มีการแข่งขันกันประกอบธุรกิจที่มีประสิทธิภาพ แต่อันุสัญญาของ OECD ก็ถูกมองว่าเป็นการพยายามบรรเทาและแก้ไขผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมาย FCPA ซึ่งก่อให้เกิดผลบั่นทอนความสามารถในการแข่งขันของบริษัทอเมริกัน เป็นเหตุให้สหรัฐอเมริกาต้องสูญเสียผลประโยชน์ในการประกอบธุรกิจจำนวนมาก กล่าวคือ ภายหลังจากที่สหรัฐอเมริกาล้มเหลวในการพยายามเป็น “ผู้นำ” ในการต่อต้านการกระทำทุจริตในต่างประเทศในช่วงแรก* และยังไม่สามารถจูงใจให้องค์การสหประชาชาติ (United Nations) เห็นพ้องตามแนวคิดดังกล่าวของตนในช่วง ปี พ.ศ. 2518-2524 (ค.ศ. 1975-1981) ได้ อันเนื่องมาจากข้อโต้แย้งว่าประเทศทั้งหลายมีพื้นฐานการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมแตกต่างกันอย่างมาก³⁵ สหรัฐอเมริกาก็หันมาโน้มน้ำหนักกลุ่มประเทศ OECD ซึ่งมีบทบาทสูงในเวทีการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศระดับโลก และมีความแตกต่างทางพื้นฐานทางเศรษฐกิจน้อยกว่าแทน³⁶ อนึ่ง น่าสนใจว่า สหรัฐอเมริกาได้ใช้วิธีการต่างๆ ทั้งการเจรจาทางการทูตทั่วไป และการข่มขู่ว่าจะมีการเปิดเผยรายชื่อบริษัทผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ของประเทศสมาชิก OECD ที่กระทำทุจริตในต่างประเทศ เพื่อผลักดันให้กลุ่มประเทศนี้ยอมรับแนวคิดการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจ ซึ่งในที่สุดได้มีการบรรลุความตกลงระหว่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญาของ OECD ฉบับนี้³⁷

ในด้านการผลักดันให้ประเทศต่างๆ ที่เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกปฏิบัติตามพันธกรณี อนุสัญญาของ OECD ประสบความสำเร็จในการสร้างกลไกติดตามและช่วยเหลือให้ประเทศภาคีสมาชิก ปฏิบัติการและอนุวัติการกฎหมายตามอนุสัญญา³⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การจัดตั้งคณะทำงาน (Working Group on Bribery in International Business Transaction) เพื่อช่วยเหลือประเทศสมาชิกให้ปฏิบัติตามและอนุวัติการอนุสัญญาของ OECD ให้สำเร็จ และการประชุมเพื่อทบทวนการมีส่วนร่วม

³² Abhay M. Nadipuram, "Is the OECD the Answer? It's Only Part of the Solution," *Journal of Corporation Law* 38(Spring 2013): 636-638.

³³ Zagaris, B., *International White Collar Crime*, pp. 117-118.

³⁴ *Ibid.*, p. 118.

* โปรดดูหัวข้อที่ 3.1.4 และอ้างอิงจาก Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon and John A. Spanogle Jr., *International Business Transactions*, 2nd ed. (MN: Thomson/West Group, 2001), pp. 504-506.

³⁵ Zagaris, B., *International White Collar Crime*, p. 115.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, "Values and Interests: International Legalization in the Fight against Corruption," *Journal of Legal Study* 31(2002): 164-166. Cited in Elizabeth K. Spahn, "Implementing Global Anti-Bribery Norms: From the Foreign Corrupt Practices Act to the OECD Anti-Bribery Convention to the UN Convention against Corruption," *Indiana International & Comparative Law Review* 23(2013): 6.

³⁸ Nadipuram, A. M., "Is the OECD the Answer? It's Only Part of the Solution," *Journal of Corporation Law* 38(Spring 2013): 642-643.

และการปฏิบัติตามอนุสัญญาต่างๆ ไตรมาส³⁹ โดยผลการตรวจสอบของคณะทำงานดังกล่าวจะถูกตีพิมพ์เผยแพร่แก่สาธารณะ ทำให้การปฏิบัติตามอนุสัญญาของ OECD อาจตรวจสอบได้ รวมถึงเป็นการจูงใจให้ประเทศภาคีสมาชิกเร่งอนุวัติการกฎหมายภายในอย่างรวดเร็วและสมบูรณ์ เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ประเทศตนต้องเสียชื่อเสียงในสายตาของนานาชาติ⁴⁰

อย่างไรก็ดี การผลักดันหรือโน้มน้าวให้ประเทศต่างๆ เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาและอนุวัติการกฎหมายเป็นคุณละกรณีกับการผลักดันให้ประเทศต่างๆ บังคับใช้กฎหมายโดยสิ้นเชิง⁴¹ กล่าวคือ แม้ประเทศภาคีอนุสัญญาของ OECD จะมีกฎหมายภายในบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างครบถ้วนแล้ว แต่สถิติการบังคับใช้กฎหมายของประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญาของ OECD ยกเว้นประเทศรัสเซียและประเทศไอซ์แลนด์ จำนวน 37 ประเทศ มีการจัดอันดับประเทศที่มีระดับการบังคับใช้กฎหมายแตกต่างกันเป็น 4 กลุ่ม⁴² ได้แก่

(1) กลุ่มประเทศที่มีการบังคับใช้กฎหมาย (Active Enforcement) จำนวน 7 ประเทศ ซึ่งมีส่วนแบ่งในการส่งออกสินค้ารวมร้อยละ 28 ของมูลค่ารวมทั่วโลก ได้แก่ เดนมาร์ก เยอรมนี อิตาลี นอร์เวย์ สวิตเซอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา

(2) กลุ่มประเทศที่มีการบังคับใช้กฎหมายระดับปานกลาง (Moderate Enforcement) จำนวน 12 ประเทศ ซึ่งมีส่วนแบ่งในการส่งออกสินค้าโลกรวมร้อยละ 25 ได้แก่ อาร์เจนตินา ออสเตรเลีย ออสเตรีย เบลเยียม แคนาดา ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ เนเธอร์แลนด์ สเปน และสวีเดน

(3) กลุ่มประเทศที่มีการบังคับใช้กฎหมายระดับน้อย (Little Enforcement) จำนวน 10 ประเทศ ซึ่งมีส่วนแบ่งในการส่งออกสินค้าโลกรวมร้อยละ 6 ได้แก่ บราซิล บัลแกเรีย ชิลี ฮังการี ลักเซมเบิร์ก เม็กซิโก โปรตุเกส สาธารณรัฐสโลวาเกีย สโลวีเนีย และตุรกี และ

(4) กลุ่มประเทศที่ไม่มีการบังคับใช้กฎหมาย (No Enforcement) จำนวน 8 ประเทศ ซึ่งมีส่วนแบ่งในการส่งออกสินค้าโลกรวมร้อยละ 4 ได้แก่ สาธารณรัฐเช็ก เอสโตเนีย กรีซ ไอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ โปแลนด์ และแอฟริกาใต้^{43*}

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Spahn, E. K., "Implementing Global Anti-Bribery Norms: From the Foreign Corrupt Practices Act to the OECD Anti-Bribery Convention to the UN Convention against Corruption", *Indiana International & Comparative Law Review* 23(2013): 11-13.

⁴² Fritz Heimann and Gillian Dell, *Exporting Corruption? Country Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention: Progress Report 2012*, ed. 2nd (Germany: Transparency International, 2012), p. 4.

* จากสถิติการบังคับใช้กฎหมายสินบนต่างประเทศ (Foreign Bribery) โดยองค์การ TRACE ประจำปี พ.ศ. 2555 (ค.ศ. 2012) ซึ่งสรุปข้อมูลการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านสินบนระหว่างประเทศตามฐานข้อมูลการสอบสวนคดีการทุจริตข้ามชาติออนไลน์ของ TRACE พบว่า นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2520-2555 สหรัฐอเมริกามีจำนวนบังคับใช้กฎหมายร้อยละ 64.5 ของจำนวนการบังคับใช้กฎหมายทั้งหมด สหราชอาณาจักรมีการบังคับใช้กฎหมายอันดับรองลงมาเป็นสัดส่วนร้อยละ 8.1 ประเทศเดนมาร์กร้อยละ 3.4 เยอรมนีร้อยละ 3.2 และเกาหลีใต้ร้อยละ 2.4 ส่วนประเทศเนเธอร์แลนด์ ฝรั่งเศส ออสเตรเลีย แคนาดา สวีเดน นอร์เวย์ ญี่ปุ่น อิตาลี มีการบังคับใช้กฎหมายอยู่ในสัดส่วนประมาณร้อยละ 1.1-1.7 ของการบังคับใช้กฎหมายทั้งหมด ในขณะที่ธนาคารโลก ออสเตรีย สวิตเซอร์แลนด์ โรมานี ฟินแลนด์ สเปน ฮังการี บัลแกเรีย เบลเยียม อาร์เจนตินา องค์การสหประชาชาติ สโลวาเกีย นิวซีแลนด์ ลักเซมเบิร์ก และอื่นๆ แต่ละประเทศ/ภาคส่วนมีการบังคับใช้กฎหมายน้อยกว่าร้อยละ 1 ของการบังคับใช้กฎหมายแต่ทั้งหมด

จึงเห็นได้ว่า นอกจากสหรัฐอเมริกาที่มีการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างเข้มข้นต่อเนื่อง⁴⁴ กับประเทศในกลุ่ม (1) อื่นๆ ที่มีการบังคับใช้กฎหมายบางส่วนแล้ว ประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญาของ OECD อื่นๆ อีก 18 ประเทศยังมีการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศน้อยมากหรือไม่มีการบังคับใช้กฎหมายเลย⁴⁵ หากการบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของบรรดาประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญาของ OECD ไม่มีพัฒนาการที่ดีขึ้นต่อไปก็อาจเป็นการสัญญาณเตือนว่าอนุสัญญาของ OECD กำลังจะสูญเสียความสามารถในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในอนาคต⁴⁶ OECD จึงต้องกระตุ้นให้ประเทศภาคีสมาชิกบังคับใช้กฎหมายอย่างเข้มข้นมากขึ้น⁴⁷ เช่นเดียวกับที่องค์การเพื่อความโปร่งใสระหว่างประเทศแนะนำให้ OECD เร่งผลักดันและสนับสนุนให้ประเทศที่มีเศรษฐกิจขนาดใหญ่ที่ยังไม่เป็นภาคีสมาชิกของ OECD เช่น ประเทศจีน อินเดีย อินโดนีเซีย และซาอุดีอาระเบีย เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกด้วย เพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการให้สินบนในต่างประเทศนี้ต่อไปด้วย⁴⁸

ในด้านเนื้อหา นักวิชาการบางส่วนเห็นว่า อนุสัญญาของ OECD ยังมีเนื้อหาที่บกพร่องหรือไม่ชัดเจนอย่างน้อย 3 ประเด็น⁴⁹ ประเด็นแรก การขาดแนวทางการกำหนดความรับผิดของกรณีกการกระทำผิดโดยนิติบุคคลที่ชัดเจน กล่าวคือ แม้อนุสัญญาคาดหวังว่ารัฐภาคีจะบัญญัติกฎหมายและกำหนดความรับผิดสำหรับนิติบุคคลที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ แต่ระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์เองก็ยังมีข้อยุติที่ชัดเจนในประเด็นการก่อตั้งความผิด (Fault) ของนิติบุคคล⁵⁰ ประการที่สอง ขอบเขตที่ชัดเจนของการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวก (Facilitation Payment) อันเนื่องมาจากที่คำอธิบายอนุสัญญาของ OECD อนุญาตให้มีการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกจำนวนน้อยดังกล่าวได้ โดยมีได้กำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกของการจ่ายเงินนั้นไว้อย่างชัดเจน⁵¹ ประการสุดท้าย ประเด็นปัญหาว่าบัญญัติมาตรา 5 มีขอบเขตครอบคลุมถึงผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของชาติ (National Security) หรือไม่ ตามเหตุที่สหราชอาณาจักรจำเป็นต้องยุติการสอบสวนข้อเท็จจริงการทุจริตสัญญาค้าอาวุธอัล-ยามามาห์ (Al-

โปรดดู TRACE, "Global Enforcement Report 2012," [Online] Accessed: 17 September 2013. Available from: http://www.traceinternational.org/data/public/GER_2012_Final-147966-1.pdf

⁴⁴ Nadipuram, A. M., "Is the OECD the Answer? It's Only Part of the Solution", *Journal of Corporation Law* 38(Spring 2013): 368.

⁴⁵ Heimann, F. and G. Dell, *Exporting Corruption? Country Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention: Progress Report 2012*, p. 4.

⁴⁶ Misty Robinson, "Global Approach to Anti-Bribery and Corruption, An Overview: Much Done, But A Lot to Do..." *Thurgood Marshall Law Review* 37(Spring 2012): 303.

⁴⁷ Spahn, E. K., "Implementing Global Anti-Bribery Norms: From the Foreign Corrupt Practices Act to the OECD Anti-Bribery Convention to the UN Convention against Corruption", *Indiana International & Comparative Law Review* 23(2013): 20.

⁴⁸ Heimann, F. and G. Dell, *Exporting Corruption? Country Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention: Progress Report 2012*, pp. 7-8.

⁴⁹ Carr, I., *International Trade Law*, p. 682.

⁵⁰ *Ibid*, p. 679.

⁵¹ *Ibid*, p. 682.

Yamamah) ระหว่างบริษัท บีเออี ซิสเต็ม (BAE System) กับประเทศซาอุดีอาระเบีย โดยถือว่าการป้องกันตนเอง (Self-preservation) เป็นความจำเป็น (Necessity) ที่ประเทศต่างๆ กระทำได้ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่แล้ว ด้วยเหตุนี้ OECD จึงอาจต้องทบทวนขอบเขตของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวเสียใหม่⁵² เพราะในปัจจุบันมีการตีความ “ความจำเป็น” ในบริบทนี้ให้ครอบคลุมถึงประโยชน์ด้านต่างๆ ของรัฐอย่างหลากหลาย เช่น ความมั่นคงของชาติในเชิงระบบนิเวศน์ เป็นต้น⁵³

อีกประการหนึ่ง แม้อนุสัญญาของ OECD มีเป้าหมายในการสร้างสภาพการแข่งขันในตลาดการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ⁵⁴ แต่นักวิชาการบางส่วนกลับมีความเห็นว่า อนุสัญญาของ OECD เองก็ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันขึ้นระหว่างบริษัทจากกลุ่มประเทศที่มีกฎหมายซึ่งอนุวัติการตามอนุสัญญาของ OECD กับบริษัทที่มีได้มาจากกลุ่มประเทศเหล่านั้น เพราะบริษัทกลุ่มประเทศแรกมีต้นทุนและมีความเสี่ยงสูงกว่า และจึงล้มเลิกที่จะเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศมีการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจอย่างแพร่หลาย เพราะตนอาจต้องตกเป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายของประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจเองด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากกฎหมายกำหนดขอบเขตและเงื่อนไขในการก่อตั้งความรับผิดตามกฎหมายไว้อย่างไม่ชัดเจนเพียงพอ⁵⁵ ในขณะที่บริษัทจากอีกกลุ่มหนึ่งอาจจ่ายสินบนได้ โดยไม่ต้องแบกรับความเสี่ยงหรือต้นทุนที่ตนอาจถูกจับกุมดำเนินคดีในข้อหาจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเพิ่มขึ้นอีก⁵⁶

จึงอาจกล่าวได้ว่า อนุสัญญาของ OECD เป็นเพียงส่วนหนึ่งในการบรรลุเป้าหมายในการสร้างสภาพตลาดที่มีการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพและโปร่งใสเท่านั้น⁵⁷ แต่การป้องกันและปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจของอนุสัญญาของ OECD จะประสบผลสำเร็จได้เมื่อประเทศต่างๆ ทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่มีเศรษฐกิจขนาดใหญ่และกุมอำนาจในระบบเศรษฐกิจโลก ร่วมมือกันบังคับใช้กฎหมายภายในของตนแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติอย่างเข้มงวด⁵⁸ ซึ่งหากประเทศต่างๆ เหล่านี้บัญญัติให้การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญา แต่ไม่มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง กฎหมายดังกล่าวคงเป็นเพียงเครื่องมือในการปฏิเสธความรับผิดชอบหรือเบี่ยงเบนความสนใจของสาธารณชนออกจากปัญหาการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเท่านั้น

⁵² Ibid, pp. 680-681.

⁵³ *Gabikova-Nagyomros* ICJ Report 1997 (25 September 2007) อ้างถึงใน *ibid*.

⁵⁴ Nadipuram, A. M., "Is the OECD the Answer? It's Only Part of the Solution", *Journal of Corporation Law* 38(Spring 2013): 636-638.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

4.2 แนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามอนุสัญญา UNCAC

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption 2003) หรือ “อนุสัญญา UNCAC” เป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อการต่อต้านการทุจริตที่มีขอบเขตนี้ออกกว้างขวาง ครอบคลุมการกำหนดแนวทางสำหรับการบัญญัติความผิดหลายฐาน และมาตรการทางกฎหมายต่างๆ ที่จะช่วยเสริมสร้างให้กฎหมายต่อต้านการทุจริตของประเทศต่างๆ มีประสิทธิภาพสูงขึ้น การสนับสนุนให้ประเทศต่างๆ สร้างความร่วมมือและความช่วยเหลือในการบังคับใช้กฎหมายในระดับระหว่างประเทศ และการส่งเสริมหลักจริยธรรม ความโปร่งใส และการบริหารจัดการที่ดีในการปฏิบัติงานและทรัพย์สินของรัฐ*

ทั้งนี้ ในปี พ.ศ. 2557 (ค.ศ. 2014) อนุสัญญา UNCAC มีประเทศภาคีสมาชิกจำนวน 170 ประเทศจากทั่วโลก⁵⁹ ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นประเทศภาคีสมาชิกลำดับที่ 149 อย่างสมบูรณ์มาตั้งแต่วันที่ 30 มีนาคม พ.ศ. 2554⁶⁰ และเคยพยายามแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเพื่อบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่ “เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ” และ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” มาแล้วในช่วงปี พ.ศ. 2552 แต่ไม่ประสบความสำเร็จตามที่กล่าวมาในหัวข้อที่ 3.2.3⁶¹ ประเทศไทยจึงยังคงมีพันธกรณีในการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างชาติตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำของอนุสัญญา UNCAC อยู่ในปัจจุบัน

การพิจารณาแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา UNCAC นี้ จะกล่าวถึงแนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิดในหัวข้อที่ 4.1.1 แนวทางเกี่ยวกับบทลงโทษอาญาของความผิดฐานดังกล่าวในหัวข้อที่ 4.1.2 และแนวทางเกี่ยวกับการก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลในหัวข้อที่ 4.1.3 ตามลำดับ

4.2.1 องค์ประกอบความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ

การบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นหนึ่งในพันธกรณีสำคัญที่อนุสัญญา UNCAC กำหนดแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศเกี่ยวกับการบัญญัติความผิดอาญาไว้อย่างชัดเจน⁶² ในส่วนที่ 3 การบัญญัติให้เป็นความผิด

* The United Nations Convention against Corruption 2003 (UNCAC), Article 1 Statement of Purpose บัญญัติว่า “The purposes of this Convention are: (a) To promote and strengthen measures to prevent and combat corruption more efficiently and effectively (b) To promote, facilitate and support international cooperation and technical assistance in the prevention of and fight against corruption, including in asset recovery (c) To promote integrity, accountability and proper management of public affairs and public property.”

⁵⁹ United Nations Office on Drugs and Crime, “United Nations Convention against Corruption” [Online] Accessed: 2 February 2014. Available from: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>

⁶⁰ คมชติลิกออนไลน์, “ป.ช.เตรียมเป็นรัฐภาคีต่อต้านการทุจริต” [ออนไลน์].

⁶¹ โปรดดูหัวข้อที่ 3.2.3

⁶² Zagaris, B., *International White Collar Crime*, p. 129.

อาญาและการบังคับใช้กฎหมาย (Chapter III Criminalization and Law Enforcement) มาตรา 16(1) ว่าด้วยความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ (Article 16 - Bribery of Foreign Public Officials and Officials of Public International Organizations)⁶³ พิจารณาแบ่งแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

(ก) องค์ประกอบภายนอก

1) ผู้กระทำความผิด

อนุสัญญา UNCAC มาตรา 16(1) กำหนดให้รัฐภาคีต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อก่อตั้งความผิดทางอาญาสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ โดยไม่ปรากฏอภัยบัญญัติที่ระบุถึงผู้กระทำความผิดไว้อย่างชัดเจน

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 26 ว่าด้วยความรับผิดของนิติบุคคล (Liability of Legal Persons)⁶⁴ ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นและสอดคล้องกับระบบกฎหมายของรัฐเพื่อก่อตั้งความรับผิดสำหรับ “นิติบุคคล” ซึ่งกระทำความผิดใดๆ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ด้วยแล้ว จึงชัดเจนว่าอนุสัญญา UNCAC กำหนดให้ความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศดังกล่าวต้องอาจบังคับใช้แก่ผู้กระทำความผิดเป็น “บุคคลธรรมดา” และ “นิติบุคคล”

สำหรับกรณีบุคคลผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด อนุสัญญา UNCAC มาตรา 27 ว่าด้วยการมีส่วนร่วมและการพยายามกระทำความผิด (Article 27 - Participation and Attempt)⁶⁵

⁶³ UNCAC, Article 16(1) Bribery of Foreign Public Officials and Officials of Public International Organizations บัญญัติว่า

“1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the promise, offering or giving to a foreign public official or an official of a public international organization, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties, in order to obtain or retain business or other undue advantage in relation to the conduct of international business. ...”

⁶⁴ UNCAC, Article 26 Liability of Legal Persons บัญญัติว่า

“1. Each State Party shall adopt such measures as may be necessary, consistent with its legal principles, to establish the liability of legal persons for participation in the offences established in accordance with this Convention.

2. Subject to the legal principles of the State Party, the liability of legal persons may be criminal, civil or administrative.

3. Such liability shall be without prejudice to the criminal liability of the natural persons who have committed the offences. ...”

⁶⁵ UNCAC, Article 27 Participation and Attempt บัญญัติว่า

“1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, in accordance with its domestic law, participation in any capacity such as an accomplice, assistant or instigator in an offence established in accordance with this Convention.

2. Each State Party may adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, in accordance with its domestic law, any attempt to commit an offence established in accordance with this Convention.

กำหนดว่า รัฐภาคีต้องบัญญัติกฎหมายเท่าที่จำเป็นเพื่อก่อตั้งความผิดทางอาญาอย่างสอดคล้องกับระบบกฎหมายภายใน สำหรับบุคคลผู้เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดทั้งหลาย เช่น ผู้สมคบ (Accomplice) ผู้ช่วยหรือสนับสนุน (Assistant) หรือผู้ใช้ (Instigator) การพยายามกระทำความผิด (Attempt) และการเตรียมที่จะกระทำความผิดฐานใดๆ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ ซึ่งหมายถึงความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศตามมาตรา 16(1) นี้ด้วย

2) การกระทำอันเป็นการให้สินบน

องค์ประกอบความผิดส่วนการกระทำอันเป็นการให้สินบนอาจแยกพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบนกับขอบเขตของสินบน ดังนี้

2.1) ลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบน

อนุสัญญา UNCAC กำหนดให้การกระทำความผิดฐานให้สินบนครอบคลุมการกระทำของฝ่ายให้สินบนอย่างน้อย 3 ลักษณะ ได้แก่ การเสนอ (Offering) ซึ่งหมายถึง การเสนอให้สินบนที่ฝ่ายผู้รับสินบนยังมีได้ตกลงที่จะรับเอาสินบน⁶⁶ การสัญญา (Promise) ซึ่งหมายถึง การตกลงกันระหว่างผู้ให้กับผู้รับสินบน⁶⁷ และการให้ (Giving) สินบนแก่ฝ่ายผู้รับสินบน ทั้งนี้ รัฐต้องไม่กำหนดให้การเสนอหรือการสัญญาว่าจะให้สินบนมิใช่เป็นเพียงการพยายามกระทำความผิดให้สินบนเท่านั้น⁶⁸

อีกประการหนึ่ง การกระทำอันเป็นการให้สินบนตามอนุสัญญา UNCAC นี้ อาจเป็นการให้สินบนโดยตรง (Directly) หรือทางอ้อม (Indirectly) ก็ได้ ซึ่งการให้สินบนทางอ้อมน่าจะครอบคลุมการให้สินบนโดยวิธีการใดๆ ที่ผู้รับสินบนมิได้รับเอาสินบนจากผู้ให้สินบนโดยตรง เช่น การให้สินบนโดยผ่านคนกลาง หรือการให้สินบนโดยให้ผู้อื่นเป็นรับประโยชน์จูงใจแทนเจ้าพนักงานนั้น เช่น เพื่อ ญาติ พรรคการเมือง เป็นต้น⁶⁹

2.2) ขอบเขตของสินบน

“สินบน” (Bribe) ตามอนุสัญญา UNCAC ใช้คำว่า “ประโยชน์ที่ไม่เหมาะสม” (Undue Advantage) จึงมีความหมายอย่างกว้าง โดยไม่คำนึงว่าประโยชน์ที่ไม่เหมาะสมนั้นเป็นตัวเงินหรือไม่ หรือจับต้องได้หรือไม่⁷⁰

3. Each State Party may adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, in accordance with its domestic law, the preparation for an offence established in accordance with this Convention.”

⁶⁶ UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption* (NY: United Nations Publication, 2006), p. 83.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

3) บุคคลผู้รับสินบน

อนุสัญญา UNCAC มาตรา 16(1) บัญญัติว่า การกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” หรือ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” ในส่วนนี้ อนุสัญญา UNCAC มาตรา 2(b)⁷¹ กำหนดแนวทางว่า “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” (Foreign Public Official) มีขอบเขตครอบคลุมถึงบุคคล 2 กลุ่มดังต่อไปนี้ โดยไม่คำนึงถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะเจ้าพนักงานตามกฎหมายต่างประเทศ⁷²

3.1) บุคคลใดๆ ผู้มีอำนาจรัฐในทางนิติบัญญัติ บริหาร ซึ่งหมายความรวมถึงอำนาจทางการเมืองการทหาร⁷³ ปกครอง หรือตุลาการของต่างประเทศ ซึ่งอาจเป็นประเทศใดๆ ก็ได้ที่มีใช้ประเทศที่เป็นรัฐภาคีผู้บัญญัติความผิดอาญา⁷⁴ ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะเป็นเจ้าพนักงานรัฐโดยการแต่งตั้งหรือการเลือกตั้ง และครอบคลุมหน่วยงานย่อยของรัฐบาลต่างประเทศทั้งหมด ทุกระดับ ตั้งแต่ระดับชาติไปจนถึงระดับท้องถิ่น⁷⁵

3.2) บุคคลใดๆ ผู้ปฏิบัติภารกิจอันเป็นสาธารณะ (Public Function) เพื่อรัฐต่างประเทศ รวมถึงหน่วยงานของรัฐ (Public Agency) และรัฐวิสาหกิจ (Public Enterprise)

อีกประการหนึ่ง อนุสัญญา UNCAC มาตรา 2(c)⁷⁶ กำหนดนิยามของ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” (Official of a Public International Organization) ต้องหมายถึงข้าราชการพลเรือนระหว่างประเทศ (International Civil Servant) หรือบุคคลผู้ได้รับมอบอำนาจจากองค์การระหว่างประเทศให้กระทำการในนามขององค์การระหว่างประเทศดังกล่าว

ทั้งนี้ การให้สินบนนี้อาจเป็นกระทำเพื่อประโยชน์ของเจ้าพนักงานผู้ถูกจูงใจเอง หรือเพื่อประโยชน์ของอีกบุคคลหรือตัวตนหนึ่งก็ได้ (... , for the official himself or herself or another person or entity, ...)

⁷¹ UNCAC, Article 2(b) บัญญัติว่า

““Foreign public official” shall mean any person holding a legislative, executive, administrative or judicial office of a foreign country, whether appointed or elected and any person exercising a public function for a foreign country, including for a public agency or public enterprise.”

⁷² UNODC, Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption, p. 85.

⁷³ Ibid, p. 11.

⁷⁴ Ibid, p. 85.

⁷⁵ Ibid, p. 11.

⁷⁶ UNCAC, Article 2(c) บัญญัติว่า

“... (c) “Official of a public international organization” shall mean an international civil servant or any person who is authorized by such an organization to act on behalf of that organization ...”

(ข) องค์ประกอบภายใน

4) เจตนาธรรมดา

อนุสัญญา UNCAC กำหนดให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ และเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศต้องกระทำโดยเจตนา (...committed intentionally...) ⁷⁷ โดยไม่บัญญัติถึงเจตนาชั่วร้ายรูปแบบอื่นใดในการกระทำความผิดไว้อีก ⁷⁸

อนึ่ง ในการพิจารณาเจตนาของบุคคลในการกระทำความผิดฐานนี้ อนุสัญญา UNCAC มาตรา 28 ว่าด้วยการรู้ เจตนา และวัตถุประสงค์อันเป็นองค์ประกอบความผิด (Article 28 - Knowledge, Intent and Purpose as Elements of an Offence) ⁷⁹ กำหนดว่า การรู้ (Knowledge) เจตนา (Intent) หรือวัตถุประสงค์ (Purpose) อันเป็นองค์ประกอบความผิดฐานใดๆ ตามอนุสัญญานี้ต้องวินิจฉัยตามพฤติการณ์ข้อเท็จจริงทางภาววิสัย

5) เจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจเจ้าพนักงาน

อนุสัญญา UNCAC มาตรา 16(1) บัญญัติให้ การกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศตามมาตรานี้ต้องกระทำเพื่อให้เจ้าพนักงานนั้นกระทำหรือละเว้นไม่กระทำการในอำนาจหน้าที่ (...in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties...)

6) เจตนาพิเศษ: เพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

อนุสัญญา UNCAC มาตรา 16(1) กำหนดว่า การกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศต้องกระทำเพื่อให้ได้รับ (Obtain) หรือรักษา สงวน หรือผูกขาด (Retain) ธุรกิจ (Business) หรือประโยชน์อื่นที่ไม่เหมาะสมเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ (...other undue advantage in relation to the conduct of international business...)

คำว่า “ธุรกิจระหว่างประเทศ” (International Business) ตามแนวทางของอนุสัญญา UNCAC นี้ครอบคลุมถึงความช่วยเหลือจากนานาชาติ (International Aid) ด้วย ⁸⁰

7) ข้อต่อสู้ตามกฎหมาย

อนุสัญญา UNCAC ไม่มีกำหนดแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับข้อต่อสู้สำหรับการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่าง

⁷⁷ UNCAC, Article 16

⁷⁸ Thomas R. Snider and Won Kidane, "Combating Corruption through International Law in Africa: A Comparative Analysis," *Cornell International Law Journal* 40(Fall 2007): 720.

⁷⁹ UNCAC, Article 28 Knowledge, Intent and Purpose บัญญัติว่า

"Knowledge, intent or purpose required as an element of an offence established in accordance with this Convention may be inferred from objective factual circumstances."

⁸⁰ UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption*, p. 86.

ประเทศไว้โดยเฉพาะ มีแต่ที่อนุสัญญา UNCAC มาตรา 30 ว่าด้วยการฟ้องคดี การดำเนินคดี การลงโทษ (Article 30 - Prosecution, Adjudication and Sanctions) ข้อ 9⁸¹ วางหลักว่า บทบัญญัติต่างๆ ในอนุสัญญานี้ไม่กระทบกระเทือนต่อข้อต่อสู้คดีที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของรัฐภาคีเท่านั้น จึงเป็นกรณีที่อนุสัญญา UNCAC เปิดช่องให้รัฐภาคียอมรับข้อต่อสู้ (Defenses) ที่มีอยู่ในกฎหมายอาญาเพื่อยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือบรรเทาโทษได้เช่นเดียวกับการกระทำความผิดฐานอื่น⁸²

4.2.2 แนวทางเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญา

อนุสัญญา UNCAC มิได้กำหนดแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการกำหนดบทลงโทษของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศไว้โดยตรง แต่กำหนดแนวทางทั่วไปสำหรับการกำหนดความรับผิดและบทลงโทษตามกฎหมายที่รัฐภาคีอาจปรับใช้แก่ความผิดฐานต่างๆ ได้ดังนี้

กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา รัฐภาคีต้องกำหนดความรับผิดและโทษทางอาญาสำหรับบุคคลธรรมดาที่กระทำความผิดฐานใดๆ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้เสมอตามอนุสัญญา UNCAC มาตรา 26(3)⁸³ ส่วนกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล รัฐภาคีต้องบัญญัติมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นและสอดคล้องกับระบบกฎหมายภายใน เพื่อกำหนดให้นิติบุคคลมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำความผิดฐานใดๆ เช่นเดียวกัน แต่อาจเป็นความรับผิดทางอาญา ทางแพ่ง หรือทางปกครองก็ได้ แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนต่อความรับผิดทางอาญาของบุคคลธรรมดาข้างต้น

นอกจากนี้ รัฐภาคีอาจกำหนดบทลงโทษทางอาญาหรือโทษอื่นซึ่งรวมถึงโทษทางการเงิน (Monetary Sanctions) ที่มีประสิทธิภาพ (Effective) ได้สัดส่วน (Proportionate) และมีผลในเชิงยับยั้ง (Dissuasive) ด้วย แต่ในการพิจารณากำหนดบทลงโทษ อนุสัญญา UNCAC มาตรา 30(1)⁸⁴ กำหนดให้รัฐภาคีสามารถกำหนดบทลงโทษต่างๆ ที่เหมาะสมอย่างไรก็ได้โดยคำนึงถึงความรุนแรงของความผิดนั้น (Gravity of that Offence)⁸⁵ แต่ก็มีได้กำหนดว่าความรุนแรงของความผิดต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ใด เพราะอาจเป็นความรุนแรงตามสภาพของการกระทำ หรือตามผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดก็ได้ รัฐภาคีจึงต้องตีความและบังคับใช้กฎหมายภายในโดยตนเอง⁸⁶

⁸¹ UNCAC, Article 30 Prosecution, Adjudication and Sanctions บัญญัติว่า

“... 9. Nothing contained in this Convention shall affect the principle that the description of the offences established in accordance with this Convention and of the applicable legal defen[s]es or other legal principles controlling the lawfulness of conduct is reserved to the domestic law of a State Party and that such offences shall be prosecuted and punished in accordance with that law. ...”

⁸² UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption*, pp. 12-13.

⁸³ UNCAC, Article 26

⁸⁴ UNCAC, Article 30 Prosecution, Adjudication and Sanctions บัญญัติว่า

“1. Each State Party shall make the commission of an offence established in accordance with this Convention liable to sanctions that take into account the gravity of that offence.”

⁸⁵ UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption*, p. 13.

⁸⁶ Carr, I., *International Trade Law*, p. 691.

ในการกำหนดมาตรการริบทรัพย์ อนุสัญญา UNCAC มาตรา 31 ว่าด้วยการอายัด การยึด และการริบทรัพย์สิน (Article 31 - Freezing, Seizure and Confiscation)⁸⁷ กำหนดแนวทางว่า รัฐภาคีต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นในขอบเขตกว้างขวางที่สุดและสอดคล้องกับระบบกฎหมายภายในของรัฐ เพื่อกำหนดให้มีการบังคับใช้มาตรการริบทรัพย์ (Confiscation) แก่สิ่งต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนด ตลอดจนกำหนดมาตรการในการระบุตัวตน (Identification) การติดตาม (Tracing) การอายัด (Freezing) หรือการยึด (Seizure) แก่สิ่งดังกล่าวเพื่อนำไปสู่การบังคับใช้มาตรการริบทรัพย์ด้วย

อนุสัญญา UNCAC กำหนดให้มาตรการริบทรัพย์ข้างต้นอาจบังคับใช้เพื่อริบทรัพย์ (1) สิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิด (Proceeds of Crime) ฐานใดๆ ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ หรือทรัพย์สิน (Property) ที่มีมูลค่าเทียบเท่ากับสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิดนั้น (2) ทรัพย์สิน อุปกรณ์ หรือสิ่งอื่นที่ได้ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิด ในกรณีที่สิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำ

⁸⁷ UNCAC, Article 31 Freezing, Seizure and Confiscation บัญญัติว่า

“1. Each State Party shall take, to the greatest extent possible within its domestic legal system, such measures as may be necessary to enable confiscation of:

(a) Proceeds of crime derived from offences established in accordance with this Convention or property the value of which corresponds to that of such proceeds;

(b) Property, equipment or other instrumentalities used in or destined for use in offences established in accordance with this Convention.

2. Each State Party shall take such measures as may be necessary to enable the identification, tracing, freezing or seizure of any item referred to in paragraph 1 of this article for the purpose of eventual confiscation.

3. Each State Party shall adopt, in accordance with its domestic law, such legislative and other measures as may be necessary to regulate the administration by the competent authorities of frozen, seized or confiscated property covered in paragraphs 1 and 2 of this article.

4. If such proceeds of crime have been transformed or converted, in part or in full, into other property, such property shall be liable to the measures referred to in this article instead of the proceeds.

5. If such proceeds of crime have been intermingled with property acquired from legitimate sources, such property shall, without prejudice to any powers relating to freezing or seizure, be liable to confiscation up to the assessed value of the intermingled proceeds.

6. Income or other benefits derived from such proceeds of crime, from property into which such proceeds of crime have been transformed or converted or from property with which such proceeds of crime have been intermingled shall also be liable to the measures referred to in this article, in the same manner and to the same extent as proceeds of crime.

7. For the purpose of this article and article 55 of this Convention, each State Party shall empower its courts or other competent authorities to order that bank, financial or commercial records be made available or seized. A State Party shall not decline to act under the provisions of this paragraph on the ground of bank secrecy.

8. States Parties may consider the possibility of requiring that an offender demonstrate the lawful origin of such alleged proceeds of crime or other property liable to confiscation, to the extent that such a requirement is consistent with the fundamental principles of their domestic law and with the nature of judicial and other proceedings.

9. The provisions of this article shall not be so construed as to prejudice the rights of bona fide third parties.

10. Nothing contained in this article shall affect the principle that the measures to which it refers shall be defined and implemented in accordance with and subject to the provisions of the domestic law of a State Party.”

ความผิดได้ถูกทำให้เปลี่ยนแปลง (Transformed) หรือดัดแปลง (Converted) ไปเป็นทรัพย์สินใหม่ทั้งหมดหรือบางส่วน อนุสัญญา UNCAC มาตรา 31(4) กำหนดให้ทรัพย์สินใหม่นั้นต้องตกอยู่ในขอบเขตการบังคับใช้มาตรการริบทรัพย์สินที่กล่าวไปข้างต้นด้วย แต่หากเป็นกรณีสิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิดถูกนำไปประกอบรวม (Intermingled) กับทรัพย์สินที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย อนุสัญญา UNCAC มาตรา 31(5) กำหนดให้ทรัพย์สินใหม่ดังกล่าวก็ต้องตกอยู่ในบังคับของมาตรการริบทรัพย์สินตามมูลค่าของสิ่งนำไปรวมดังกล่าวด้วย โดยไม่กระทบกระเทือนต่ออำนาจในการอายัดหรือการยึดทรัพย์สิน อีกทั้งยังกำหนดให้ “เงินได้” (Income) หรือ “ประโยชน์อย่างอื่น” (Other Benefits) ที่ได้รับมาจากสิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิด ทรัพย์สินเปลี่ยนแปลงหรือดัดแปลงมาจากสิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินที่ประกอบรวมอยู่กับสิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิดข้างต้นต้องตกอยู่ในขอบเขตการบังคับใช้มาตรการริบทรัพย์สินเช่นเดียวกันด้วย ทั้งนี้ ข้อกำหนดแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับมาตรการริบทรัพย์สินเหล่านี้ไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริต

อนึ่ง อนุสัญญา UNCAC มาตรา 2 (d)-(g)⁸⁸ กำหนดนิยามของถ้อยบัญญัติที่เกี่ยวข้องเพื่อประโยชน์ของการบัญญัติแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายในส่วนนี้ด้วย ได้แก่

1) “ทรัพย์สิน” (Property) หมายถึง สินทรัพย์ใดๆ ไม่ว่ามีตัวตนหรือไม่มีตัวตน เคลื่อนย้ายได้หรือเคลื่อนย้ายไม่ได้ จับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ และรวมถึงเอกสารทางกฎหมาย หรือเอกสารแสดงสิทธิหรือประโยชน์ของสินทรัพย์เช่นนี้ด้วย

2) “สิ่งที่ได้รับจากการกระทำความผิด” (Proceeds of Crime) หมายถึง ทรัพย์สินใดๆ ที่เกิดขึ้นจากหรือได้รับมาโดยการกระทำความผิด ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม

3) “การอายัด” หรือ “การยึด” (“Freezing” or “Seizure”) หมายถึง การห้ามเปลี่ยนมือ แปรแปลง จำหน่าย หรือเคลื่อนย้ายซึ่งทรัพย์สินชั่วคราว หรือกำหนดอำนาจปกครองหรือควบคุมทรัพย์สิน โดยอาศัยคำสั่งที่ออกโดยศาลหรือผู้มีอำนาจอื่น และ

4) “การริบทรัพย์สิน” (Confiscation) หมายถึง การทำให้สูญเสียทรัพย์สินอย่างถาวรโดยคำสั่งของศาลหรือผู้มีอำนาจอื่น

⁸⁸ UNCAC, Article 2 บัญญัติว่า

“... (d) “Property” shall mean assets of every kind, whether corporeal or incorporeal, movable or immovable, tangible or intangible, and legal documents or instruments evidencing title to or interest in such assets

(e) “Proceeds of crime” shall mean any property derived from or obtained, directly or indirectly, through the commission of an offence

(f) “Freezing” or “seizure” shall mean temporarily prohibiting the transfer, conversion, disposition or movement of property or temporarily assuming custody or control of property on the basis of an order issued by a court or other competent authority

(g) “Confiscation”, which includes forfeiture where applicable, shall mean the permanent deprivation of property by order of a court or other competent authority; ...”

4.2.3 แนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษ

กรณีการกระทำความผิดในดินแดน อนุสัญญา UNCAC มาตรา 42(1) กำหนดว่า รัฐภาคีต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นเพื่อก่อตั้งเขตอำนาจรัฐเหนือการกระทำความผิดใดๆ รวมถึงความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศตาม มาตรา 16(1) ด้วย เมื่อความผิดดังกล่าวนี้ได้กระทำลงบนดินแดนของรัฐ หรือในเรือที่แสดงธงของรัฐ ภาคีหรืออากาศยานที่จดทะเบียนตามกฎหมายของรัฐภาคี

กรณีการกระทำความผิดนอกดินแดน อนุสัญญา UNCAC มาตรา 42(2) กำหนดแนวทางทั่วไปว่า รัฐภาคีอาจพิจารณากำหนดเขตอำนาจรัฐเหนือการกระทำความผิดดังกล่าวด้วย เมื่อเป็นความผิด อย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้

- 1) ความผิดที่กระทำต่อบุคคลสัญชาติ (Nationals) ของรัฐภาคี หรือ
- 2) ความผิดที่กระทำโดยบุคคลสัญชาติดังกล่าวหรือบุคคลไร้สัญชาติที่มีที่อยู่อาศัย ตามปกติอยู่ในดินแดนของรัฐ หรือ
- 3) ความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงินตามอนุสัญญากำหนดแนวทางไว้ในมาตรา 23 ว่า ด้วยความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน (Article 23 - Laundering of Proceeds of Crime) หรือ
- 4) ความผิดที่กระทำต่อรัฐภาคี

ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงหลักความเท่าเทียมกันทางอธิปไตยของรัฐ บูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ และ ต้องไม่รบกวนกิจการภายในของรัฐอื่นตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา UNCAC มาตรา 4 ว่าด้วยการ คุ้มครองอำนาจอธิปไตยของรัฐ (Protection of Sovereignty)⁸⁹

เมื่อพิจารณาถึงเขตอำนาจลงโทษเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน ของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศอย่างเฉพาะเจาะจง รัฐภาคีจึงน่าจะ ต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้มีเขตอำนาจครอบคลุมถึง การกระทำความผิดฐานดังกล่าวโดยบุคคลสัญชาติ และบุคคลไร้สัญชาติที่ปกติอาศัยอยู่ในดินแดนของรัฐ โดยอนุสัญญา UNCAC มาตรา 42(6) กำหนดว่า ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจรัฐของอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ กระทบกระเทือนต่อการใช้เขตอำนาจตามกฎหมายอาญาใดๆ อย่างสอดคล้องกับระบบกฎหมายภายใน ของรัฐภาคี

⁸⁹ UNCAC, Article 4 Protection of Sovereignty บัญญัติว่า

“1. States Parties shall carry out their obligations under this Convention in a manner consistent with the principles of sovereign equality and territorial integrity of States and that of non-intervention in the domestic affairs of other States.

2. Nothing in this Convention shall entitle a State Party to undertake in the territory of another State the exercise of jurisdiction and performance of functions that are reserved exclusively for the authorities of that other State by its domestic law.”

4.2.4 ข้อวิจารณ์เกี่ยวกับอนุสัญญา UNCAC

ในด้านเนื้อหาภาพรวม อนุสัญญา UNCAC เป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีขอบเขตเนื้อหา กว้างขวางมาก⁹⁰ ครอบคลุมทั้งด้านการกำหนดฐานความผิดอาญา (Criminalization) ไม่ว่าเป็นการ กระทำทุจริตในภาครัฐหรือภาคเอกชน การกำหนดมาตรการเรียกคืนทรัพย์สิน (Asset Recovery)⁹¹ การสร้างความร่วมมือ การให้ความช่วยเหลือทางเทคนิค และการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารระหว่าง ประเทศ และการกำหนดมาตรการเชิงป้องกันต่างๆ (Preventive Measures) รวมทั้งสิ้น 8 หมวด 71 มาตรา⁹² มีการจำแนกพันธกรณีที่บังคับให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติ และที่รัฐภาคีอาจพิจารณาปฏิบัติตาม ความเหมาะสม⁹³ แต่แม้อนุสัญญา UNCAC จะมีเนื้อหาที่ยืดหยุ่นและซับซ้อน แต่อนุสัญญาดังกล่าวก็สรุป ภาพรวมของกฎหมายต่อต้านการทุจริตที่ประเทศต่างๆ ต้องบัญญัติให้เป็นกฎหมายภายในได้เป็นอย่างดี⁹⁴

อย่างไรก็ดี นักวิชาการบางส่วนให้ความเห็นว่าเนื้อหาของอนุสัญญา UNCAC ยังมีความ บกพร่องไม่สมบูรณ์ในบางประเด็น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นเขตอำนาจรัฐ (Jurisdiction) ตาม มาตรา 42 ยังมีข้อจำกัดที่อาจทำให้รัฐไม่สามารถบังคับใช้แก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่าง ประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁹⁵ กล่าวคือ เมื่อการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดที่มี องค์ประกอบ “ความเป็นระหว่างประเทศ” อยู่โดยสภาพ ทำให้รัฐต่างๆ จำเป็นต้องบังคับใช้เขตอำนาจ การพิจารณาพิพากษาคดีนอกดินแดน⁹⁶ นักวิชาการจึงเสนอว่า บทบัญญัติมาตรา 42 ควรกำหนดให้รัฐ มีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดนอกดินแดนตามหลักป้องกัน (Preventive Jurisdiction) ด้วย ซึ่งยอมขยายให้รัฐสามารถบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการ ประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยที่การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวยังคง เชื่อมโยงกับผลประโยชน์แห่งรัฐ เพื่อป้องกันผลของการกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นต่อ รัฐ และผลดังกล่าวได้คุ้มครองผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐดังกล่าว⁹⁷ อีกประการหนึ่ง นักวิชาการบางส่วนเห็นว่า แม้อนุสัญญา UNCAC จะกำหนดให้รัฐมีเขตอำนาจบังคับใช้กฎหมายเหนือ การกระทำความผิดนอกดินแดนอย่างกว้างขวาง แต่ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายเหล่านั้นยังมี ข้อจำกัดตามที่อนุสัญญา UNCAC มาตรา 4 กำหนดว่า รัฐภาคีต้องไม่บังคับใช้เขตอำนาจรัฐนอก ดินแดนในดินแดนของรัฐอื่นในกรณีที่กฎหมายภายในของรัฐอื่นนั้นกำหนดดวงเขตอำนาจดังกล่าวไว้

⁹⁰ Carr, I., *International Trade Law*, p. 682.. 682.

⁹¹ UNCAC, Article 51-58.

⁹² Carr, I., *International Trade Law*, p. 682.

⁹³ Zagaris, B., *International White Collar Crime*, p. 129.

⁹⁴ Eric C. Chaffee, "The Role of the Foreign Corrupt Practices Act and Other Transnational Anti-Corruption Laws in Preventing or Lessening Future Financial Crime," *Ohio State Law Journal* (2012) (Symposium: The FCPA at Thirty-Five and Its Impact on Global Business): 1295.

⁹⁵ Evan P. Lestelle, "The Foreign Corrupt Practice Act, International Norms of Foreign Public Bribery, and Extraterritorial Jurisdiction," *Tulane Law Review* 83(December 2008): 538-541.

⁹⁶ โปรดดูบทที่ 3.

⁹⁷ Lestelle, E. P., "The Foreign Corrupt Practice Act, International Norms of Foreign Public Bribery, and Extraterritorial Jurisdiction," *Tulane Law Review* 83(December 2008).

ให้สำหรับรัฐอื่นเท่านั้น⁹⁸ ดังนั้น นักวิชาการกลุ่มนี้จึงเสนอให้ยกเลิกหรือแก้ไขบทบัญญัติข้อจำกัดเขตอำนาจนอกดินแดนของรัฐตามมาตรา 4 ด้วย⁹⁹

เมื่อพิจารณาเฉพาะแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ นอกจากองค์ประกอบในภาพรวมของการบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวตามมาตรา 16 และมาตราอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องแล้ว¹⁰⁰ อนุสัญญา UNCAC กำหนดรายละเอียดหรือแนวทางสำหรับการบัญญัติกฎหมายภายในไว้น้อยมาก กล่าวคือ แม้จะมีการพิจารณาคำอธิบายหรือแนวทางในเอกสารแนบทางนิติบัญญัติสำหรับการปฏิบัติตามอนุสัญญา UNCAC ชื่อว่า “Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption” ที่ออกมาเพื่อช่วยเหลือประเทศต่างๆ ในการปฏิบัติตามอนุสัญญาด้วยแล้วก็ตาม¹⁰¹

มีข้อสังเกตว่า นอกจากพันธกรณีในการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศตามอนุสัญญา UNCAC มาตรา 16(1) แล้ว¹⁰² บทบัญญัติมาตรา 16(2) ยังได้กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีพิจารณาบัญญัติความผิดสำหรับเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศฝ่ายผู้รับสินบนที่เรียกรับเอาสินบนเพื่อกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการในอำนาจหน้าที่ของตน (Demand Side of Bribery)¹⁰³ เช่นเดียวกับที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับอื่นๆ เช่น อนุสัญญาองค์การนาซาตืออเมริกันว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 1996 (Organization of American States Inter-American Convention against Corruption 1996) เป็นต้น¹⁰⁴ แต่ไม่ปรากฏในเนื้อหาของอนุสัญญาของ OECD เพราะ OECD จะพิจารณาว่าการลงโทษเจ้าพนักงานรัฐผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายเป็นหน้าที่ของรัฐผู้บัญญัติกฎหมายอันเป็นฐานแห่งอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานดังกล่าวเอง¹⁰⁵ ยิ่งไป

⁹⁸ UNCAC, Article 4(2) บัญญัติว่า

“Nothing in this Convention shall entitle a State Party to undertake in the territory of another State the exercise of jurisdiction and performance of functions that are reserved exclusively for the authorities of that other State by its domestic law.”

⁹⁹ Lestelle, E. P., “The Foreign Corrupt Practice Act, International Norms of Foreign Public Bribery, and Extraterritorial Jurisdiction”, *Tulane Law Review* 83(December 2008): 538-541.

¹⁰⁰ UNCAC, Article 16

¹⁰¹ UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption*, pp. 81, 85-87.

¹⁰² UNCAC, Article 16(2) บัญญัติว่า

“Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the solicitation or acceptance by a foreign public official or an official of a public international organization, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties.”

¹⁰³ Chaffee, E. C., “The Role of the Foreign Corrupt Practices Act and Other Transnational Anti-Corruption Laws in Preventing or Lessening Future Financial Crime”, *Ohio State Law Journal* (2012) (Symposium: The FCPA at Thirty-Five and Its Impact on Global Business): 1295-1298.

¹⁰⁴ Zagaris, B., *International White Collar Crime*, p. 130.

¹⁰⁵ *Ibid*, p. 118.

กว่านั้น อนุสัญญา UNCAC เป็นอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและปราบปรามการกระทำทุจริตสำคัญที่ได้รับการตอบรับจากนานาชาติอย่างแพร่หลาย โดยข้อมูล ณ วันที่ 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2556 พบว่าประเทศต่างๆ เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญา UNCAC จำนวน 167 ประเทศ¹⁰⁶ ประกอบไปด้วยทั้งกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาแล้ว¹⁰⁷ ซึ่งรวมถึงประเทศที่มีเศรษฐกิจขนาดใหญ่อย่างจีนและอินเดีย ฯลฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศจีนที่ถูกจับตามองว่ามีการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการทุจริตเข้มข้นมากที่สุดประเทศหนึ่งในปัจจุบัน เห็นได้จากการที่มีการกำหนดใช้ระวางโทษให้ประหารชีวิตสำหรับความผิดฐานกระทำทุจริตเสียทีเดียว¹⁰⁸

ปัจจุบันอนุสัญญา UNCAC นี้มีบทบาทและมีอิทธิพลต่อการประสานเนื้อหากฎหมายต่อต้านการทุจริตของประเทศทั่วโลกให้สอดคล้องและได้มาตรฐานใกล้เคียงกันมากขึ้น¹⁰⁹ ความท้าทายสำคัญของอนุสัญญา UNCAC คือการขาดกลไกช่วยเหลือและทบทวนการปฏิบัติ และอนุวัติการอนุสัญญาที่มีประสิทธิภาพ¹¹⁰ ซึ่งเป็นจุดอ่อนสำคัญที่นักวิชาการทั้งหลายต่างเห็นพ้องว่ามีผลต่อความสำเร็จของอนุสัญญา¹¹¹

4.3 เปรียบเทียบมาตรฐานแนวทางการกำหนดความผิดอาญารัฐให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC

อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่บทบาทสำคัญในการต่อต้านการกระทำทุจริตโดยการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในปัจจุบัน แนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC ที่พิจารณาไปในหัวข้อที่ 4.1 และ 4.2 ข้างต้นจึงสะท้อนให้เห็นแนวความคิดการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนรูปแบบใหม่ดังกล่าวที่นานาชาติสามารถยอมรับได้เป็นอย่างดี ฉะนั้น ในส่วนนี้จะเป็นการเปรียบเทียบแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการบัญญัติให้การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาของอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC ข้างต้น โดยจะเปรียบเทียบประเด็นการกำหนดองค์ประกอบความผิดในหัวข้อที่ 4.3.1 ประเด็นการกำหนดบทลงโทษทางอาญาในหัวข้อที่ 4.3.2 ประเด็นการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลในหัวข้อที่ 4.3.3 และประเด็นข้อวิจารณ์ที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ในหัวข้อที่ 4.3.4 ตามลำดับ

¹⁰⁶ UNODC, "United Nations Convention against Corruption," [Online] Accessed: 14 September 2013. Available from: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/cac/signatories.html>.

¹⁰⁷ Carr, I., *International Trade Law*, p. 676.

¹⁰⁸ Spahn, E. K., "Implementing Global Anti-Bribery Norms: From the Foreign Corrupt Practices Act to the OECD Anti-Bribery Convention to the UN Convention against Corruption", *Indiana International & Comparative Law Review* 23(2013): 11-12.

¹⁰⁹ Carr, I., *International Trade Law*, p. 676.

¹¹⁰ Zagaris, B., *International White Collar Crime*, p. 133.

¹¹¹ *Ibid*, pp. 118, 133.

4.3.1 การเปรียบเทียบแนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด

พิจารณาเปรียบเทียบประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดของอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC ดังนี้

1) ประเด็นผู้กระทำความผิด

อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ ต้องอาจใช้บังคับได้ทั้งกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล อีกทั้งรัฐภาคีต้องกำหนดความรับผิดสำหรับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด เช่น ผู้สนับสนุน และผู้ใช้ในการกระทำความผิดด้วย แต่ในการกำหนดความรับผิดสำหรับการพยายามกระทำความผิดและการสมคบกันเพื่อกระทำความผิด อนุสัญญาของ OECD กำหนดแนวทางให้รัฐคำนึงถึงแนวทางที่รัฐบัญญัติความรับผิดสำหรับการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐเอง ในขณะที่อนุสัญญา UNCAC กำหนดให้รัฐภาคีบัญญัติความรับผิดสำหรับการพยายามกระทำความผิด การร่วมกระทำความผิด และการเตรียมการกระทำความผิดโดยมิต้องคำนึงถึงกฎหมายภายใน¹¹²

2) ประเด็นการกระทำอันเป็นการให้สินบน

ในส่วนลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบน อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดให้รัฐภาคีต้องบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนการกระทำให้ครอบคลุมการกระทำอย่างน้อย 3 ลักษณะ ได้แก่ การเสนอ การให้ และการสัญญาว่าจะให้สินบนแก่ฝ่ายผู้รับสินบน โดยไม่คำนึงว่าเป็นการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำต่อฝ่ายผู้รับสินบนโดยตรงหรือไม่ ซึ่งในส่วนนี้ อนุสัญญาของ OECD บัญญัติถึงการให้สินบนโดยผ่านคนกลางอันเป็นวิธีการให้สินบนแบบเดียวกับที่อนุสัญญา UNCAC บัญญัติองค์ประกอบความผิดให้ครอบคลุมถึงการให้สินบนโดยทางอ้อม¹¹³

ในส่วนขอบเขตของสินบน อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC บัญญัติให้รัฐภาคีต้องกำหนดขอบเขตของสิ่งที่อาจให้แก่กันเป็น “สินบน” ในความหมายอย่างกว้างเช่นเดียวกัน ซึ่งแม้อนุสัญญาของ OECD จะองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้โดยแบ่งแยกระหว่างประโยชน์ที่ไม่เหมาะสมที่มีลักษณะเป็นตัวเงินกับประโยชน์อื่น แต่ในขอบเขตของประโยชน์ที่ไม่เหมาะสมอื่นดังกล่าวก็เทียบเท่าได้กับ “ประโยชน์ที่ไม่เหมาะสม” ที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญา UNCAC แล้ว¹¹⁴

3) ประเด็นบุคคลผู้รับสินบน

อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันว่า บุคคลฝ่ายผู้รับสินบนอาจเป็นเจ้าพนักงานผู้ถูกจ้างใจเองหรือเป็นบุคคลที่สามที่เป็นผู้รับประโยชน์แทนเจ้า

¹¹² โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(1) และ 4.2.1(1)

¹¹³ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(2)(2.1) และ 4.2.1(2)(2.1)

¹¹⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(2)(2.2) และ 4.2.1(2)(2.2)

พนักงานนั้นก็ได้ ซึ่งในส่วนนี้ อนุสัญญาทั้งสองฉบับกำหนดขอบเขตของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” ตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ (Functional Approach) ของรัฐ ซึ่งรวมถึงการปฏิบัติหน้าที่เพื่อองค์การสาธารณะหรือรัฐวิสาหกิจด้วย โดยไม่คำนึงว่าบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าพนักงานของรัฐโดยการแต่งตั้งหรือการเลือกตั้ง ไม่ว่าจะเป็เจ้าพนักงานในฝ่ายใด ในระดับหรือภาคส่วนใด ได้รับเงินค่าตอบแทนหรือไม่ และไม่ว่าถูกพิจารณาว่าเป็นเจ้าพนักงานรัฐตามกฎหมายต่างประเทศหรือไม่¹¹⁵ ทั้งนี้ แม้อนุสัญญาของ OECD มิได้บัญญัติถึงบุคคลผู้รับสินบนที่เป็น “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” ไว้ในองค์ประกอบความผิดอย่างชัดแจ้งเหมือนอนุสัญญา UNCAC แต่ก็ได้บัญญัติรวมไว้ในขอบเขตของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” แล้ว¹¹⁶

4) ประเด็นเจตนาธรรมดา

อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดแนวทางว่า รัฐภาคีต้องกำหนดให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศเป็นความผิดที่ต้องกระทำโดยเจตนา (Intent Crime) เช่นเดียวกัน¹¹⁷ แต่อนุสัญญา UNCAC กำหนดแนวทางเพิ่มเติมว่า การวินิจฉัยถึงการรู้ เจตนา และวัตถุประสงค์ในการกระทำความผิดอาญาต้องพิจารณาตามพฤติการณ์ประกอบข้อเท็จจริงในทางภาววิสัย และไม่มีอนุสัญญาฉบับใดกำหนดขอบเขตของการกระทำโดยเจตนาไว้อย่างชัดเจนว่ารวมถึงการกระทำความผิดโดยมีเจตนารูปแบบอื่นหรือไม่ เช่น การจงใจไม่รับรู้ หรือการเพิกเฉยต่อการกระทำความผิดโดยบุคคลที่สาม เป็นต้น¹¹⁸

5) ประเด็นเจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรัฐ

อนุสัญญาของ OECD กำหนดว่า การกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำหรือละเว้นไม่กระทำการอันเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ หรือใช้ตำแหน่งหน้าที่ที่เจ้าพนักงานนั้นมีอยู่ในลักษณะใดๆ ไม่ว่าเป็นการในอำนาจหน้าที่หรือไม่ด้วย แตกต่างจากที่อนุสัญญา UNCAC กำหนดไว้เพียงว่าต้องเป็นการให้สินบนเพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานฝ่ายผู้รับสินบนกระทำหรือละเว้นไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการให้อำนาจหน้าที่เท่านั้น¹¹⁹

6) ประเด็นเจตนาพิเศษ: เพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

อนุสัญญา UNCAC บัญญัติให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนามุ่งหวังผลเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับแนวทางของอนุสัญญาของ OECD ด้วย แต่อนุสัญญา UNCAC กำหนดให้องค์ประกอบความผิดส่วนนี้หมายความรวมถึงการได้รับหรือรักษา สงวน หรือผูกขาดความช่วยเหลือจากนานาชาติด้วย¹²⁰

¹¹⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(3) และ 4.2.1(3)

¹¹⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(3)

¹¹⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(4) และ 4.2.1(4)

¹¹⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 4.2.1(4)

¹¹⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(5) และ 4.2.1(5)

¹²⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(6) และ 4.2.1(6)

ยิ่งไปกว่านั้น ในขณะที่อนุสัญญา UNCAC มิได้เปิดช่องให้รัฐภาคีอาจบัญญัติกฎหมายอนุญาตให้มีการจ่ายเงินได้ในบางกรณี แตกต่างจากที่คำอธิบายอนุสัญญาของ OECD แบ่งแยกการจ่ายเงินออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ การจ่ายเงินบนอันเป็นความผิดตามกฎหมายกับการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกจำนวนเล็กน้อยที่อาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ถือว่าเป็นการจ่ายเงินโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับหรือเพื่อรักษา สงวน หรือผูกขาดธุรกิจหรือประโยชน์ที่ไม่เหมาะสมอื่นในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ในประเด็นนี้ ปัจจุบัน OECD จะคำนึงถึงผลเสียหายต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนมากขึ้น จึงได้แนะนำให้รัฐภาคีแต่ละแห่งทบทวนกฎหมายภายในของตนเพื่อห้ามมิให้มีการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกดังกล่าวแล้ว แต่เนื้อหาของอนุสัญญาของ OECD ก็ยังคงมิได้ห้ามมิให้รัฐบัญญัติกฎหมายอนุญาตให้มีการจ่ายเงินค่าดังกล่าวอย่างเด็ดขาดอยู่นั่นเอง¹²¹

7) ประเด็นข้อต่อสู้ตามกฎหมาย

นอกจากอนุสัญญาของ OECD จะได้บัญญัติว่า ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติอาจเกิดขึ้นและสำเร็จลงได้โดยไม่คำนึงถึงมูลค่าของประโยชน์ที่ได้รับ ผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจารีตประเพณีท้องถิ่น จริยธรรมของเจ้าพนักงานในท้องถิ่น หรือความจำเป็นที่ต้องมีการจ่ายเงินบนแล้ว อนุสัญญาของ OECD ยังกำหนดแนวทางบัญญัติข้อต่อสู้กรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือคำพิพากษาของศาลอันมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศนั้นอนุญาตให้กระทำได้¹²² แตกต่างจากกรณีอนุสัญญา UNCAC ซึ่งเพียงแต่เปิดช่องให้รัฐภาคีอนุญาตให้ผู้กระทำความผิดยกข้อต่อสู้ที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของรัฐมาเพื่อยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือบรรเทาโทษได้เช่นเดียวกับการกระทำความผิดอาญาฐานอื่นเท่านั้น¹²³

4.3.2 การเปรียบเทียบแนวทางการกำหนดบทลงโทษทางอาญา

อนุสัญญาของ OECD บัญญัติเนื้อหากฎหมายไว้แตกต่างจากอนุสัญญา UNCAC ค่อนข้างชัดเจน เพราะอนุสัญญาของ OECD เป็นอนุสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะ เนื้อหาของอนุสัญญาในส่วนนี้บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดความรับผิดและโทษสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าวอย่างเฉพาะเจาะจงด้วย¹²⁴ ในทางกลับกัน อนุสัญญา UNCAC เป็นอนุสัญญาที่มีขอบเขตนี้ออกกว้างขวาง ครอบคลุมการบัญญัติให้การกระทำทุจริตหลายรูปแบบเป็นความผิดอาญา รวมถึงความผิดให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ และเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ บทบัญญัติอนุสัญญา UNCAC ในประเด็นนี้จึงบัญญัติไว้

¹²¹ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(6)

¹²² โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(7)

¹²³ โปรดดูหัวข้อที่ 4.2.1(7)

¹²⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.2

ในขอบเขตอย่างกว้างและสามารถนำไปใช้ในความผิดฐานต่างๆ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาได้อย่างหลากหลาย¹²⁵ พิจารณาเปรียบเทียบแนวทางในอนุสัญญาทั้งสองฉบับดังนี้

อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดว่า รัฐภาคีต้องก่อตั้งความรับผิดและบทลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศอย่างสอดคล้องกับระบบกฎหมายภายในของรัฐ¹²⁶ โดยที่อนุสัญญาของ OECD กำหนดแนวทางเพิ่มเติมให้รัฐภาคีต้องกำหนดบทลงโทษทางอาญาที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้ง ที่สามารถเทียบเท่าได้กับโทษสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐภาคีเองด้วย และในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา รัฐภาคีต้องกำหนดโทษจำคุกเสรีภาพที่เพียงพอสำหรับใช้เป็นเงื่อนไขการร้องขอความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างชาติและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน¹²⁷

ส่วนกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดว่า รัฐภาคีต้องก่อตั้งความรับผิดทางอาญาสำหรับนิติบุคคลแยกออกจากบุคคลธรรมดาอย่างชัดเจน หรือในกรณีที่นิติบุคคลไม่สามารถมีความรับผิดทางอาญาได้ตามระบบกฎหมายภายใน รัฐภาคีต้องก่อตั้งความรับผิดตามกฎหมายอื่น เช่น ความรับผิดทางแพ่งหรือความรับผิดทางปกครอง และกำหนดบทลงโทษอื่นที่มีโทษทางอาญา ซึ่งรวมถึงโทษทางการเงินที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้งแทนความรับผิดและโทษทางอาญาดังกล่าวด้วย¹²⁸ ยิ่งไปกว่านั้น อนุสัญญา UNCAC วางแนวทางเพิ่มเติมให้รัฐภาคีพิจารณากำหนดโทษตามความรุนแรงของการกระทำความผิด แต่ไม่ได้กำหนดแนวทางว่าความรุนแรงของการกระทำความผิดดังกล่าวต้องพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์ใด¹²⁹

ในเรื่องการกำหนดมาตรการริบทรัพย์ อนุสัญญาของ OECD กำหนดเพียงว่า รัฐภาคีต้องกำหนดมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นในการที่รัฐจะสามารถยึดและริบสิ่งที่ให้แก่กันเป็นสินบนและสิ่งที่ได้รับจากการกระทำความผิดฐานนี้ เช่น กำไร (Profits) หรือผลประโยชน์อื่นที่ได้รับมาจากบุคคลหรือบริษัทที่กระทำความผิด เป็นต้น หรือทรัพย์สินอื่นที่มีมูลค่าเทียบเท่ากัน หรือกำหนดโทษทางการเงินที่มีประสิทธิภาพเทียบเท่ากัน¹³⁰ ในขณะที่อนุสัญญา UNCAC กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับแนวทางการกำหนดมาตรการริบทรัพย์มากกว่า กล่าวคือ ภายใต้อาณัติของกฎหมายภายใน รัฐต้องกำหนดมาตรการริบทรัพย์เพื่อริบบรรดาสิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิดฐานใดๆ ที่ก่อตั้งขึ้นในอนุสัญญาฉบับนี้ หรือทรัพย์สินที่มีมูลค่าเทียบเท่าสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิดดังกล่าว ตลอดจนทรัพย์สิน อุปกรณ์ หรือสิ่งอื่นที่ได้ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดเหล่านั้น โดยไม่คำนึงว่าสิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิดดังกล่าวจะถูกเปลี่ยนแปลง ดัดแปลง หรือถูกนำไปประกอบรวมกับทรัพย์สินอื่นที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อีกทั้งมาตรการดังกล่าวต้องอาจริบเงินได้หรือประโยชน์อย่างอื่นอันได้มาจาก

¹²⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 4.2.2

¹²⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.2 และ 4.2.2

¹²⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.2

¹²⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.2 และ 4.2.2

¹²⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 4.2.2

¹³⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.2

การกระทำความผิด หรือสิ่งทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้น โดยไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริต¹³¹

4.3.3 การเปรียบเทียบแนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษ

อนุสัญญาของ OECD กำหนดให้รัฐภาคีก่อตั้งเขตอำนาจของรัฐเหนือการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ เมื่อการกระทำความผิดดังกล่าวได้กระทำลงบนดินแดนของรัฐทั้งหมด หรือบางส่วน ในขณะที่อนุสัญญา UNCAC กำหนดให้รัฐก่อตั้งเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดบนดินแดนของรัฐอย่างกว้างขวางยิ่งกว่า โดยกำหนดให้รัฐก่อตั้งเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดในเรื่องที่แสดงธงของรัฐภาคี หรืออากาศยานที่จดทะเบียนตามกฎหมายของรัฐภาคีด้วย¹³²

ส่วนกรณีการกระทำความผิดนอกดินแดน ในกรณีที่รัฐภาคีมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดตามกฎหมายโดยบุคคลสัญชาตินอกดินแดนของรัฐ อนุสัญญาของ OECD วางแนวทางให้รัฐภาคีดังกล่าวต้องก่อตั้งเขตอำนาจของรัฐในการลงโทษการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติโดยอาศัยหลักการเดียวกันด้วย โดยมีการต้องทบทวนกฎหมายเรื่องเขตอำนาจดังกล่าวอยู่เสมอ เพื่อให้มีการตอบโต้อาชญากรรมดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ¹³³ แตกต่างจากแนวทางของอนุสัญญา UNCAC ที่มีได้กำหนดให้รัฐภาคีก่อตั้งเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศอย่างเฉพาะเจาะจง แต่กำหนดแนวทางทั่วไปสำหรับการกำหนดเขตอำนาจนอกดินแดนซึ่งอาจปรับใช้ความผิดฐานต่างๆ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ได้ตามความเหมาะสม ดังนั้น รัฐภาคีจึงอาจกำหนดเขตอำนาจเหนือการให้สินบนนอกดินแดนโดยบุคคลสัญชาติตามแนวทางเดียวกับอนุสัญญาของ OECD รวมถึงการกระทำความผิดโดยบุคคลไร้สัญชาติที่มีที่อยู่อาศัยตามปกติอยู่ในดินแดนของรัฐด้วย¹³⁴

4.3.4 การเปรียบเทียบข้อวิจารณ์เกี่ยวกับอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC

อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายว่ามีบทบาทสำคัญในการต่อต้านการกระทำทุจริตในต่างประเทศในปัจจุบัน¹³⁵ โดยอนุสัญญาทั้งสองฉบับมีบทบาทสำคัญในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ให้ครอบคลุมความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ นอกเหนือไปจากความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐแบบดั้งเดิมที่มีอยู่ในกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่มาตั้งแต่อดีต¹³⁶

¹³¹ โปรดดูหัวข้อที่ 4.2.2

¹³² โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.3 และ 4.2.3

¹³³ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.3

¹³⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 4.2.3

¹³⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.4 และ 4.2.4

¹³⁶ Robinson, M., "Global Approach to Anti-Bribery and Corruption, An Overview: Much Done, But A Lot to Do...", *Thurgood Marshall Law Review* 37(Spring 2012): 303.

ในด้านเนื้อหา อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC บรรจุแนวคิดอันเป็นแนวทาง และมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศไว้อย่างเดียวกัน เนื่องจากเดิมอนุสัญญาของ OECD ซึ่งบัญญัติขึ้นในปี พ.ศ. 2540 ได้รับเอาแนวความคิดการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมาจากกฎหมายว่าด้วยการต่อต้านการกระทำทุจริตในต่างประเทศ (FCPA) ของสหรัฐอเมริกา¹³⁷ และต่อมาในปี พ.ศ. 2546 อนุสัญญา UNCAC ได้รับเอาแนวคิดของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวมาบรรจุเป็นหนึ่งในพันธกรณีสำคัญของอนุสัญญาเช่นเดียวกัน¹³⁸ ด้วยเหตุนี้ เนื้อหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในประเด็นต่างๆ จึงคล้ายคลึงกันและสอดคล้องกันดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น แม้อนุสัญญา UNCAC จะบัญญัติเนื้อหาไว้ในขอบเขตที่กว้างขวางหรือกว้างขวางกว่าอนุสัญญาของ OECD ในบางประเด็นก็ตาม เห็นได้ชัดจากการที่อนุสัญญา UNCAC กำหนดแนวทางสำหรับการบัญญัติความผิดฐานเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศเรียกรับเอาสินบนไว้ในมาตราเดียวกันด้วย ในขณะที่อนุสัญญาของ OECD มุ่งใช้มาตรการต่อต้านการกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนในต่างประเทศจากทางฝ่ายผู้ให้สินบน (Supply Side of Bribery) เท่านั้น และพิจารณาว่าการบังคับใช้กฎหมายอาญาแก่เจ้าพนักงานผู้รับสินบนเป็นความรับผิดชอบของประเทศของเจ้าพนักงานอย่างชัดเจน¹³⁹

ยิ่งไปกว่านั้น แม้อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC จะได้กำหนดแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนรูปแบบใหม่ไว้ครอบคลุมเนื้อหาสำคัญที่จะเป็นแนวทางให้รัฐภาคีบัญญัติกฎหมายภายในได้แล้ว แต่เนื้อหาของอนุสัญญาทั้งสองฉบับยังมีข้อบกพร่องอยู่บางประการ เช่น อนุสัญญาของ OECD มิได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการแบ่งแยกการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกจำนวนเล็กน้อยออกจากการจ่ายสินบนอันเป็นความผิดตามกฎหมายอย่างชัดเจน ความชัดเจนของบทบัญญัติมาตรา 5 ว่าครอบคลุมถึงการคำนึงถึงผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของชาติหรือไม่ ส่วนอนุสัญญา UNCAC ควรเพิ่มเติมเขตอำนาจลงโทษของรัฐตามหลักป้องกันไว้ในบทบัญญัติมาตรา 42 รวมถึงยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองอำนาจอธิปไตยของรัฐตามมาตรา 4 เพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายอาญาแก่การกระทำทุจริตในขอบเขตที่กว้างมากที่สุด

พิจารณาในด้านประเทศภาคีสมาชิก แม้อนุสัญญาของ OECD มีประเทศต่างๆ เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกน้อยกว่าของอนุสัญญา UNCAC มาก กล่าวคือ อนุสัญญาของ OECD มีประเทศภาคีสมาชิกจำนวน 39 ประเทศและอนุสัญญา UNCAC มีประเทศภาคีสมาชิกจำนวน 167 ประเทศ¹⁴⁰ แต่บรรดาประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาของ OECD ส่วนใหญ่เป็นประเทศพัฒนาแล้ว มีฐานะทางเศรษฐกิจดี และมีส่วนแบ่งในกิจกรรมทางเศรษฐกิจกว่าร้อยละ 80-90 ของการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศทั่วโลก¹⁴¹ ในขณะที่ประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญา UNCAC ประกอบประเทศภาคีสมาชิกที่มี

¹³⁷ Carr, I., *International Trade Law*, p. 678.

¹³⁸ Zagaris, B., *International White Collar Crime*, p. 130.

¹³⁹ *Ibid*, p. 118.

¹⁴⁰ UNODC, "United Nations Convention against Corruption."

¹⁴¹ Lestelle, E. P., "The Foreign Corrupt Practice Act, International Norms of Foreign Public Bribery, and Extraterritorial Jurisdiction", *Tulane Law Review* 83(December 2008): 542-546.

พื้นฐานทางเศรษฐกิจแตกต่างกันหลากหลายมากกว่า ได้แก่ บรรดาประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาแล้วจากทั่วทุกภูมิภาคทั่วโลก รวมถึงกลุ่มประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญาของ OECD และประเทศที่มีเศรษฐกิจขนาดใหญ่ที่มีได้เข้าร่วมในอนุสัญญาของ OECD ในปัจจุบัน เช่น จีน อินเดีย เป็นต้น¹⁴² ด้วยเหตุนี้ เมื่ออนุสัญญา UNCAC รับเอาแนวคิดการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมาจากอนุสัญญาของ OECD นักวิชาการบางส่วนจึงเห็นว่า อนุสัญญาทั้งสองฉบับเป็นตัวแทนของกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดกฎเกณฑ์ของมาตรฐานทางคุณค่าและจริยธรรมในการประกอบธุรกิจของกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว ซึ่งบังคับให้ประเทศกำลังพัฒนาต้องปฏิบัติตาม¹⁴³

สืบเนื่องจากการพิจารณาข้างต้น เนื่องจากอนุสัญญา UNCAC ประกอบไปด้วยประเทศต่างๆ เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกจำนวนมาก อนุสัญญาฉบับดังกล่าวจึงถูกคาดหวังว่าจะมีบทบาทสำคัญในการประสานมาตรฐานของกฎหมายต่อต้านการทุจริตของประเทศต่างๆ ทั่วโลกให้มีเนื้อหาที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันมากขึ้นตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติกฎหมายต่อต้านการกระทำทุจริตที่อนุสัญญาฉบับดังกล่าวกำหนดขอบเขตเนื้อหาไว้อย่างกว้างขวางมาก¹⁴⁴ แต่อนุสัญญา UNCAC ขาดกลไกการติดตามการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาที่มีประสิทธิภาพ อันเป็นจุดอ่อนสำคัญที่ทำให้การบังคับตามอนุสัญญาไม่อาจประสบความสำเร็จ¹⁴⁵ ในทางกลับกัน อนุสัญญาของ OECD ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างชัดเจน¹⁴⁶ รวมถึงมีกลไกการตรวจสอบและติดตามการอนุวัติการกฎหมายภายในของบรรดาประเทศภาคีสมาชิกที่มีประสิทธิภาพที่สามารถผลักดันให้มีการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติได้อย่างรวดเร็ว¹⁴⁷ แต่ในทางปฏิบัติกลับไม่สามารถผลักดันให้ประเทศต่างๆ บังคับใช้กฎหมายภายในอย่างเพียงพอและจริงจัง เว้นแต่กรณีสหรัฐอเมริกาเพียงประเทศเดียวที่มุ่งมั่นเป็นผู้นำด้านแนวคิดการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา ตลอดจนถึงบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการกระทำทุจริตในต่างประเทศอยู่แล้วแต่เดิม

จากการเปรียบเทียบเนื้อหาของอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC ในหัวข้อที่ 4.3 นี้จะเห็นว่า อนุสัญญาทั้งสองฉบับกำหนดแนวทางมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาไว้อย่างสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันเป็นส่วนใหญ่ เว้นแต่ที่จะแตกต่างกันในรายละเอียดบางประเด็นเท่านั้น โดยน่าสังเกตว่า อนุสัญญา UNCAC ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่เกิดขึ้นภายหลังอนุสัญญาของ OECD ได้พัฒนาและขยายแนวคิดเพิ่มเติมและกว้างขวางกว่าอนุสัญญาของ OECD เป็นส่วนใหญ่ ในขณะที่อนุสัญญาของ

¹⁴² Spahn, E. K., "Implementing Global Anti-Bribery Norms: From the Foreign Corrupt Practices Act to the OECD Anti-Bribery Convention to the UN Convention against Corruption", *Indiana International & Comparative Law Review* 23(2013): 11-12.

¹⁴³ Lestelle, E. P., "The Foreign Corrupt Practice Act, International Norms of Foreign Public Bribery, and Extraterritorial Jurisdiction", *Tulane Law Review* 83(December 2008): 542-546.

¹⁴⁴ Carr, I., *International Trade Law*, p. 682.

¹⁴⁵ Zagaris, B., *International White Collar Crime*, p. 113.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 118.

¹⁴⁷ Nadipuram, A. M., "Is the OECD the Answer? It's Only Part of the Solution", *Journal of Corporation Law* 38(Spring 2013): 642-643.

OECD จะกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาไว้ละเอียดมากกว่า เพราะอนุสัญญาของ OECD มีเนื้อหาเฉพาะเจาะจงในเรื่องดังกล่าวโดยตรง แต่อนุสัญญา UNCAC มีเนื้อหากว้างขวาง ครอบคลุมการกำหนดให้การกระทำทุจริตหลากหลายรูปแบบเป็นความผิดอาญา จึงมีได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ อย่างชัดเจนเหมือนอนุสัญญาของ OECD

4.4 สรุป

สืบเนื่องจากการที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกตระหนักถึงสภาพปัญหาการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ และเห็นความจำเป็นในการสร้างมาตรการทางกฎหมายอาญาสำหรับป้องกันและปราบปรามการกระทำทุจริตรูปแบบใหม่นั้นอย่างเหมาะสม ประเทศทั้งหลายจึงร่วมมือกันบรรลุความตกลงระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศหลายฉบับ ทั้งในระดับภูมิภาคและในระดับโลก ในปัจจุบัน กฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายว่ามีบทบาทสำคัญในการเผยแพร่แนวคิด อีกทั้งมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ มี 2 ฉบับ ได้แก่ (1) อนุสัญญาแห่งองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา ว่าด้วยการรณรงค์ต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานของต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997 หรือ “อนุสัญญาของ OECD” มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยตรง กับ (2) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 หรือ “อนุสัญญา UNCAC” ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการต่อต้านการกระทำทุจริตหลากหลายรูปแบบ รวมถึงการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ทั้งนี้ การบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเหล่านี้ย่อมทำให้กฎหมายไทยมีเนื้อหาทันสมัย สอดคล้องตามแนวคิดที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ อีกทั้งยังเป็นการบัญญัติความผิดอาญาตามพันธกรณีที่ประเทศไทยผูกพันอยู่ต่ออนุสัญญา UNCAC ด้วยในขณะเดียวกัน

ในภาพรวม อนุสัญญาของ OECD กำหนดพันธกรณีและแนวทางสำหรับการบัญญัติความผิดไว้ในมาตรา 1 ว่าด้วยความผิดฐานฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ ส่วนอนุสัญญา UNCAC กำหนดพันธกรณีแนวทางการบัญญัติความผิดลักษณะเดียวกันไว้ในมาตรา 16 ว่าด้วยความผิดฐานสินบนเกี่ยวกับเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ อนุสัญญาทั้งสองฉบับนี้กำหนดแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการบัญญัติความผิดอาญาไว้อย่างสอดคล้องและคล้ายคลึงกัน เพียงแต่อาจใช้ถ้อยบัญญัติที่แตกต่างกัน และอนุสัญญา UNCAC บรรจุแนวคิดที่ทันสมัยหรือมีขอบเขตกว้างขวางกว่าอนุสัญญาของ OECD ในบางประเด็น สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

1) ในประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดอาญา อนุสัญญาทั้งสองฉบับกำหนดให้รัฐภาคีสมาชิกต้องบัญญัติความผิดอาญาสำหรับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่กระทำการให้สินบน เพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดๆ โดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่หรืออิทธิพลในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานนั้น เพื่อให้ได้รับ หรือรักษา สงวน หรือผูกขาดประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยความผิดฐานให้สินบนนั้นต้อง

ครอบคลุมการกระทำอย่างน้อย 3 ลักษณะ ได้แก่ การเสนอ การให้ และการสัญญาว่าจะให้สินบน โดยไม่จำกัดว่าต้องให้แก่ผู้รับสินบนโดยตรง โดยผ่านคนกลาง หรือโดยมีบุคคลที่สามเข้ารับประโยชน์แทน เจ้าพนักงาน วัตถุที่เป็น “สินบน” ต้องพิจารณาในขอบเขตอย่างกว้าง และสถานะความเป็นเจ้าพนักงานผู้รับสินบนต้องพิจารณาตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ อย่างไรก็ตาม เฉพาะอนุสัญญาของ OECD เท่านั้นที่มีประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวก และเปิดช่องให้รัฐอาจบัญญัติข้อต่อสู้อำนาจการจ่ายสินบนที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศกำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานได้ ในขณะที่อนุสัญญา UNCAC เพียงแต่เปิดช่องให้ใช้ข้อต่อสู้อำนาจที่มีอยู่ในกฎหมายอาญาเดิมได้เท่านั้น และขยายขอบเขตของความผิดฐานนี้ให้ครอบคลุมถึงการได้รับความช่วยเหลือระหว่างประเทศด้วย

2) ด้านการกำหนดบทลงโทษทางอาญา อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC ยอมรับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาอย่างสอดคล้องตามระบบกฎหมายภายใน กล่าวคือ รัฐภาคีอาจกำหนดโทษทางอาญาสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลได้เมื่อระบบกฎหมายของรัฐยอมรับให้นิติบุคคลอาจมีความรับผิดทางอาญาได้เท่านั้น ซึ่งรัฐต้องกำหนดบทลงโทษสำหรับนิติบุคคลไว้ โดยเฉพาะแยกออกจากโทษสำหรับบุคคลธรรมดาด้วย นอกจากนี้ รัฐภาคีอาจกำหนดใช้สถานโทษและระวางโทษที่สอดคล้องตามแนวทางการกำหนดโทษในระบบกฎหมาย แต่มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นโทษที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้งอาชญากรรม ตลอดจนอาจเทียบเท่าได้กับโทษที่รัฐกำหนดไว้สำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามกฎหมายภายใน ในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา อนุสัญญาของ OECD กำหนดไว้โดยเฉพาะให้รัฐภาคีใช้โทษจำคุกเสรีภาพที่เพียงพอสำหรับเป็นเงื่อนไขในการขอความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างประเทศและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย ส่วนกรณีโทษริบทรัพย์ รัฐภาคีต้องกำหนดโทษริบทรัพย์เพื่อริบสินบนและสิ่งที่ได้รับจากการกระทำความผิดฐานนี้หรือทรัพย์สินอื่นที่มีมูลค่าเทียบเท่ากันเท่านั้น ส่วนอนุสัญญา UNCAC รัฐภาคีต้องกำหนดให้มาตรการริบทรัพย์ที่สามารถใช้ริบบรรดาสิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินที่ถูกเปลี่ยนแปลง ตัดแปลง หรือนำไปประกอบรวมกับทรัพย์สินอื่นแล้ว ตลอดจนเงินรายได้หรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้มาจากการกระทำความผิดด้วย

3) เมื่อรัฐภาคีได้บัญญัติความผิดและโทษสำหรับการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศแล้ว อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดแนวทางให้รัฐภาคีต้องบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลตามแนวทางที่กำหนด โดยอนุสัญญาทั้งสองฉบับกำหนดให้ศาลของรัฐมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดในดินแดนตามหลักดินแดน ซึ่งอนุสัญญา UNCAC บัญญัติให้รวมถึงการกระทำความผิดในเรือธงหรืออากาศยานที่จดทะเบียนตามกฎหมายของรัฐ และการกระทำความผิดนอกดินแดนโดยบุคคลมีสัญชาติของรัฐตามหลักสัญชาติ ซึ่งอนุสัญญา UNCAC ให้รวมถึง บุคคลไร้สัญชาติที่มีที่อยู่อาศัยตามปกติในดินแดนของรัฐด้วย

แม้ในปัจจุบันอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC ต่างได้รับการยกย่องว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญและมีอิทธิพลต่อการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในของหลายประเทศ แต่อนุสัญญาทั้งสองฉบับก็ยังมีข้อบกพร่องในเนื้อหาบางประการที่อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เช่น ประเด็นความชัดเจนของพิจารณาการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ออกจากการจ่ายเงินอันเป็นความผิดตามกฎหมาย และประเด็นขอบเขตของ

บทบัญญัติอนุสัญญาของ OECD มาตรา 5 ว่า รัฐอาจพิจารณาบังคับใช้กฎหมายโดยคำนึงถึงประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐได้หรือไม่ หรือประเด็นการขยายเขตอำนาจรัฐเหนือการกระทำความผิดนอกดินแดนในมาตรา 42 สำหรับกรณีอนุสัญญา UNCAC เป็นต้น

อีกประการหนึ่ง เนื่องจากอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC ต่างมีประเทศภาคีสมาชิกที่เป็นประเทศพัฒนาแล้วจากโลกตะวันตกซึ่งมีพื้นฐานทางเศรษฐกิจดี และมีบทบาทสูงในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ นักวิชาการบางส่วนจึงพิจารณาว่าอนุสัญญาทั้งสองฉบับนี้เป็นตัวแทนของกฎเกณฑ์มาตรฐานทางคุณค่าและจริยธรรมในการประกอบธุรกิจของกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วที่กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาจำเป็นต้องยึดถือปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตาม อนุสัญญา UNCAC ถูกคาดหวังว่าจะเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่จะประสานระดับมาตรฐานของกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ให้มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันมากขึ้น เพราะมีภาคีสมาชิกจำนวนมากจากภูมิภาคต่างๆ ทั่วโลก แต่อนุสัญญา UNCAC กลับขาดกลไกติดตามการปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาที่มีเข้มแข็ง ในขณะที่แม่อนุสัญญาของ OECD จะมีกลไกดังกล่าวที่มีประสิทธิภาพ สามารถผลักดันให้ประเทศภาคีสมาชิกอนุวัติการกฎหมายภายในได้อย่างครบถ้วน แต่ไม่อาจบังคับให้ประเทศเหล่านั้นบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติได้อย่างจริงจัง

จึงอาจกล่าวได้ว่า อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC สามารถสะท้อนแนวความคิดการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่นานาชาติยอมรับอยู่ในปัจจุบันได้อย่างชัดเจน ซึ่งประเทศทั้งหลายอาจรับเอาแนวความคิดในอนุสัญญาเหล่านั้นไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในและบังคับใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติต่อไป อย่างไรก็ตาม ภายใต้หลักอำนาจอธิปไตยอันเด็ดขาด ประเทศต่างๆ ย่อมรับเอาแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำดังกล่าวไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของตนได้ตามที่พิจารณาว่าเหมาะสม แนวทางและขอบเขตของมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของแต่ละประเทศจึงแตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้ในบทต่อไปจึงจะพิจารณาเนื้อหากฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ ที่บัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ หรือความผิดอาญฐานอื่นที่มีขอบเขตอาจบังคับใช้แก่อาชญากรรมดังกล่าวได้ เพื่อใช้เป็นต้นแบบสำหรับการค้นหาแนวทางการบัญญัติเนื้อหาความผิดลักษณะเดียวกันในกฎหมายไทยต่อไป

บทที่ 5

แนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติ ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในต่างประเทศ

เมื่อนานาชาติตระหนักถึงสภาพปัญหาและความสำคัญของการร่วมมือกันปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ และจึงนำไปสู่การร่วมมือกันบรรลุความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการต่อต้านการให้สินบนรูปแบบใหม่ดังกล่าวหลายฉบับ ซึ่งในปัจจุบันอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC เป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับสำคัญที่มีบทบาทในการเผยแพร่แนวคิดต่อต้านการให้สินบนรูปแบบใหม่นั้น กำหนดพันธกรณีให้บรรดาประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกต้องบัญญัติความผิดฐานใหม่ ตลอดจนผลักดันให้ประเทศเหล่านั้นออกนิติการกฎหมายภายในตามกรอบแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดตามที่พิจารณามาแล้วในบทที่ 3 และ 4

อย่างไรก็ดี กรอบแนวทางที่อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดไว้เป็นเพียงแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำอย่างกว้างที่ประเทศต่างๆ ต้องพิจารณาปรับปรุงให้เหมาะสมกับระบบกฎหมายของประเทศตนอีกชั้นหนึ่งด้วยเท่านั้น กล่าวคือ รัฐอาจบัญญัติกฎหมายภายในอย่างหลากหลายตราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับแนวทางการบัญญัติเนื้อหา และอาจบัญญัติไว้ในระดับมาตรฐานเทียบเท่าหรือสูงกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศก็ได้ ฉะนั้น การศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้อย่างลึกซึ้งขึ้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาแนวทางการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศด้วย ผู้เขียนจึงได้หยิบยกกฎหมายของประเทศที่มีบทบาทในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศสูง และมีจุดเด่นน่าสนใจเกี่ยวกับการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ หรือมีชื่อเสียงด้านการต่อต้านการกระทำทุจริตตีมากในระดับโลกจำนวน 3 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์มาอธิบายและวิเคราะห์เปรียบเทียบด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

* จากดัชนีภาพลักษณ์คอร์รัปชัน (Corruption Perceptions Index) ประจำปี ค.ศ. 2012 ซึ่งจัดทำโดยองค์การเพื่อความโปร่งใสระหว่างประเทศ (Transparency International) เพื่อวัดระดับภาพลักษณ์ความโปร่งใสในระบบงานรัฐโดยรวมของประเทศต่างๆ รวม 176 ประเทศทั่วโลก โดยการให้คะแนนจาก 0-100 คะแนน (ประเทศที่ได้คะแนนสูงหมายความว่าภาครัฐของประเทศดังกล่าวได้รับความเชื่อมั่นว่ามีความโปร่งใสสูง) พบว่า ประเทศสิงคโปร์ ได้อันดับที่ 5 (87 คะแนน) รองจากประเทศเดนมาร์ก ฟินแลนด์ นิวซีแลนด์ซึ่งอยู่ในอันดับที่ 1 ร่วมกัน (90 คะแนน) และประเทศสวีเดน อันดับที่ 4 (88 คะแนน) ในขณะที่สหราชอาณาจักรได้อันดับที่ 17 (74 คะแนน) เท่ากับประเทศญี่ปุ่น และสหรัฐอเมริกาได้อันดับที่ 19 (73 คะแนน) ส่วนประเทศไทยอยู่ในอันดับที่ 88 (37 คะแนน) อ้างอิงจาก Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2012* (n.p.: Ernst & Young, 2012), pp. 1-2.

นอกจากนั้น ในปี 2011 องค์การเพื่อความโปร่งใสระหว่างประเทศได้จัดทำดัชนีผู้จ่ายสินบน (Bribe Payers Index) เพื่อสำรวจทัศนคติกลุ่มผู้บริหารระดับสูงเกี่ยวกับแนวโน้มที่บริษัทจากประเทศที่มีขนาดเศรษฐกิจใหญ่ 28 ประเทศจะจ่ายสินบนในต่างประเทศ (Foreign Bribery) โดยการให้คะแนนจาก 0-10 คะแนน ประเทศที่ได้คะแนนสูงหมายความว่านักลงทุนมีแนวโน้มจะจ่ายสินบนในต่างประเทศต่ำ มีความโปร่งใสในการประกอบธุรกิจสูง ทั้งนี้ จากการสำรวจพบว่า สหราชอาณาจักรและประเทศสิงคโปร์ได้อันดับที่ 8 เท่ากัน (8.3 คะแนน) และสหรัฐอเมริกาได้อันดับที่ 10 (8.1 คะแนน) อ้างอิงจาก Transparency International, *Bribe Payers Index 2011* (n.p.: Ernst & Young, 2012), p. 2.

1) สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศต้นกำเนิดแนวคิดการบัญญัติความผิดอาญาฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2520 (ค.ศ. 1977) มีกฎหมายบัญญัติความผิดฐานให้สินบนต่างประเทศ ชื่อว่า “The Foreign Corrupt Practices Act” (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “FCPA”) ซึ่งมีอิทธิพลต่อเนื้อหาของอนุสัญญาของ OECD ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3

2) สหราชอาณาจักร ได้ประกาศและบังคับใช้กฎหมายสินบนฉบับใหม่ล่าสุดชื่อว่า “The UK Bribery Act” (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “UKBA”) ในปี ค.ศ. 2010 และมีผลใช้บังคับเมื่อปี พ.ศ. 2554 (ค.ศ. 2011) แทนกฎหมายสินบนเดิมทั้งหมดที่มีข้อบกพร่องหลายประการ กฎหมาย UKBA ฉบับนี้บรรจุแนวคิดการต่อต้านสินบนสมัยใหม่ตามแนวทางของอนุสัญญาของ OECD อย่างชัดเจน

3) ประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศที่มีชื่อเสียงและภาพลักษณ์เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชันระดับดีมากจนได้รับการยอมรับจากทั่วโลก อีกทั้งมีมูลค่าส่งออกการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศอันดับ 1 ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ประเทศสิงคโปร์บังคับใช้กฎหมายชื่อว่า “The Prevention of Corruption Act” (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “PCA”) มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2503 (ค.ศ. 1960)

ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้นนี้ ประเด็นอันเป็นคำถามของบทที่ 5 จึงได้แก่ กฎหมายของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์บัญญัติเนื้อหาความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ หรือความผิดอาญาฐานอื่นที่อาจใช้บังคับแก่การให้สินบนรูปแบบใหม่ดังกล่าวไว้อย่างไร ในประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิด บทลงโทษทางอาญา เขตอำนาจลงโทษของศาล ตลอดจนข้อวิจารณ์หรือตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายแต่ละฉบับนั้นในทางปฏิบัติ

ฉะนั้น ในบทนี้จึงจะอธิบายเนื้อหาความผิดอาญาที่อาญาใช้บังคับแก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ตลอดจนตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาในหัวข้อที่ 5.1 และจึงพิจารณาเนื้อหาความผิดดังกล่าวในขอบเขตอย่างเดียวกันตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรและของประเทศสิงคโปร์ในหัวข้อที่ 5.2 และ 5.3 ตามลำดับ เพื่อใช้เป็นต้นแบบสำหรับวิเคราะห์เปรียบเทียบต่อไป

5.1 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศต้นกำเนิดแนวคิดการต่อต้านการจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ สืบเนื่องจากที่มีการเปิดเผยข้อมูลการจ่ายเงินที่นำส่งเสียหรือผิดกฎหมายเพื่อเอาหรือรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ทางธุรกิจของบริษัทสัญชาติอเมริกันในต่างประเทศรวมมูลค่ากว่า 300 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ที่ก่อให้เกิดกระแสวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับประเด็นศีลธรรมในการประกอบธุรกิจและความกังวลว่าการจ่ายเงินมิชอบที่เกิดขึ้นจะกระทบกระเทือนความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ ต่อมาในปี ค.ศ. 1977 สภาองเกรสแห่งสหรัฐจึงผ่านกฎหมายชื่อ

ว่า “Foreign Corrupt Practices Act”^{*} กำหนดให้การจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาระดับสหรัฐ (Federal Criminal Offence) และบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ส่วนที่ 15 การพาณิชย์และการค้า¹ ภายใต้อำนาจและความรับผิดชอบของกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice: DOJ) ร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (Securities and Exchange Commission: SEC) เพื่อต่อต้านอาชญากรรมที่เกิดขึ้นและเรียกความเชื่อมั่นของประชาชนที่มีต่อคุณภาพของระบบธุรกิจอเมริกันกลับคืนมา²

กฎหมาย FCPA เป็นกฎหมายต่อต้านการกระทำที่ทุจริตในต่างประเทศซึ่งกำหนดมาตรการทางกฎหมายสำหรับป้องกันและปราบปรามการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศสำคัญไว้ 2 มาตรการ ได้แก่

(1) มาตรการต่อต้านการจ่ายสินบน (Anti-bribery Provision) กำหนดความผิดและโทษสำหรับการจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานต่างชาติเพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจ กับ

(2) มาตรการตรวจสอบทางบัญชี (Accounting Provision) กำหนดหน้าที่เฉพาะสำหรับบริษัทผู้ถือหุ้นซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์อเมริกาให้มีหน้าที่เก็บรักษาสมุดหรือบันทึกและจัดระบบควบคุมภายใน (Internal Control) เกี่ยวกับการทำธุรกรรมทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็ นธุรกรรมที่อาจละเมิดต่อ FCPA หรือไม่ก็ตาม

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาบทบัญญัติส่วนมาตรการต่อต้านการให้สินบนเพื่อให้เป็นต้นแบบสำหรับการบัญญัติความผิดฐานเดียวกันเป็นกฎหมายไทยเท่านั้น ฉะนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจะพิจารณาเนื้อหาของกฎหมาย FCPA เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ รวมถึงบทลงโทษทางอาญาในหัวข้อที่ 5.1.1 และจากนั้นจึงพิจารณาข้อวิจารณ์และตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวที่น่าสนใจในหัวข้อที่ 5.1.2

5.1.1 ความผิดอาญาฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างของชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามกฎหมาย FCPA

กฎหมาย FCPA บัญญัติความผิดและบทลงโทษสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ดังนี้

^{*} นับตั้งแต่การประกาศบังคับใช้กฎหมาย FCPA ในปี ค.ศ. 1977 สภาองเกรสได้แก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหากฎหมาย FCPA จำนวน 2 ครั้ง การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1988 เพื่อผ่อนคลายความเข้มงวดของกฎหมายให้เหมาะสมแก่สภาพการประกอบธุรกิจมากขึ้น โดยกำหนดให้ความผิดสำหรับการให้สินบนโดยบุคคลที่สามจะเกิดขึ้นได้เมื่อผู้ให้สินบน “รู้” ว่าเงินหรือประโยชน์ดังกล่าวจะถูกส่งต่อไปให้เป็นสินบนแก่เจ้าพนักงานต่อไป ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ. 1998 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญาของ OECD อ้างอิงจาก Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon and John A. Spanogle Jr., *International Business Transactions*, 2nd ed. (MN: WEST, 2001), p. 507.

¹ United State Code (U.S.C), Title 15 Commerce and Trade.

² Department of Justice, “Foreign Corrupt Practices Act Provisions” [Online] Accessed: 11 September 2013. Available from: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa>

5.1.1.1 บทบัญญัติความผิด

(ก) องค์ประกอบภายนอก

1) ผู้กระทำความผิด³

มาตรการต่อต้านการจ่ายสินบนกำหนดความผิดอาญาสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้เป็น 3 มาตรา แต่ละมาตรามีเนื้อหาคล้ายกัน ใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิดเฉพาะกลุ่มที่กฎหมายกำหนด⁴ ได้แก่ (1) บริษัทผู้ออกหุ้นจดทะเบียนตามกฎหมาย (Issuer) ตามมาตรา 78dd-1 (2) บุคคลผู้มีความเชื่อมโยงอยู่กับสหรัฐอเมริกา (Domestic Concern) ตามมาตรา 78dd-2 และ (3) บุคคลอื่นนอกเหนือไปจากสองกรณีแรกตามมาตรา 78dd-3 พิจารณาดังนี้

1.1) ผู้กระทำความผิดกลุ่ม “Issuer” ได้แก่ นิติบุคคลผู้ออกหุ้นจดทะเบียนและได้จดทะเบียนอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา หรือที่มีหน้าที่เสนอรายงานแก่ SEC ตามที่กฎหมายกำหนด โดยไม่คำนึงว่าความผิดดังกล่าวจะเกิดขึ้นในหรือนอกดินแดนของสหรัฐอเมริกา⁵

1.2) ผู้กระทำความผิดกลุ่ม “Domestic Concern” ได้แก่ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลใดๆ ที่มีความเชื่อมโยงอย่างใดอย่างหนึ่งกับสหรัฐอเมริกา และมีใช้กรณีตามมาตรา 78dd-1 ข้างต้น โดยไม่คำนึงว่าความผิดดังกล่าวจะเกิดขึ้นในหรือนอกดินแดนของสหรัฐอเมริกา⁶ ทั้งนี้ “Domestic Concern” หมายถึง บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติอเมริกันหรือที่อาศัยอยู่ในสหรัฐอเมริกา หรือนิติบุคคลซึ่งอาจเป็นบริษัท ห้างหุ้นส่วน สมาคม บริษัทร่วมทุน (Joint-stock Company) ธุรกิจทรัสต์ (Business Trust) องค์กรไม่จดทะเบียน หรือกิจการส่วนตัวที่มีสถานประกอบกิจการหลักตั้งอยู่ในสหรัฐอเมริกา หรือที่มีการจัดการภายใต้กฎหมายของมลรัฐของสหรัฐอเมริกา ดินแดนอาณาเขต ดินแดนในความครอบครองหรือในเครือจักรภพของสหรัฐอเมริกา⁷

1.3) ผู้กระทำความผิดกลุ่มสุดท้ายตามมาตรา 78dd-3 ได้แก่ บุคคลใดๆ (Person) ที่มีใช้ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 78dd-1 และมาตรา 78dd-2 ข้างต้น และกระทำ

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ FCPA, §78dd-1(a) บัญญัติว่า “It shall be unlawful for any issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title or which is required to file reports under section 78o(d) of this title...”

⁶ FCPA, §78dd-2(a) บัญญัติว่า

“It shall be unlawful for any domestic concern, other than an issuer which is subject to section 78dd-1 of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such issuer or any stockholder thereof acting on behalf of such domestic concern, to [acting]...”

⁷ FCPA, §78dd-2(h)(1) บัญญัติว่า

“The term “domestic concern” means — (A) any individual who is a citizen, national, or resident of the United States and (B) any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship which has its principal place of business in the United States, or which is organized under the laws of a State of the United States or a territory, possession, or commonwealth of the United States.”

ความผิดในขณะอยู่ในสหรัฐอเมริกา⁸ ผู้กระทำความผิดกลุ่มนี้จึงอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลใดๆ ที่ไม่ได้ถือสัญชาติอเมริกัน หรือมีการจัดการอยู่ภายใต้กฎหมายของต่างประเทศ⁹

นอกจากกรณีที่พิจารณาไปข้างต้น กฎหมาย FCPA กำหนดให้ผู้กระทำความผิดแต่ละกลุ่มข้างต้นมีขอบเขตรวมถึงบรรดาพนักงาน (Officer) ผู้จัดการ (Director) ลูกจ้าง (Employee) หรือตัวแทน (Agent) ของผู้กระทำความผิด ตลอดจนผู้ถือหุ้น (Stockholder) ที่กระทำการในนามของผู้กระทำความผิดเหล่านั้น จึงมีข้อสังเกตว่า ผู้กระทำความผิดกลุ่ม “Issuer” หรือ “Domestic Concern” อาจมีความรับผิดสำหรับการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศสำหรับการกระทำโดยบุคคลเหล่านั้นในต่างประเทศได้ แม้การจ่ายสินบนดังกล่าวจะใช้เงินในบัญชีธนาคารต่างประเทศ หรือผู้จ่ายสินบนจะมีใช้ “Issuer” หรือ “Domestic Concern” ตามที่พิจารณาไปข้างต้นก็ตาม

2) การกระทำความผิดอันเป็นการให้สินบน

2.1) ลักษณะของการกระทำ

กฎหมาย FCPA บัญญัติถึงการกระทำของฝ่ายผู้ให้สินบนไว้หลายรูปแบบ ทั้งที่เป็นการให้สินบนเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติโดยตรง หรือเป็นการให้เงินหรือทรัพย์สินแก่บุคคลที่สามโดยรู้ว่าบุคคลดังกล่าวจะนำเงินหรือทรัพย์สินเหล่านั้นทั้งหมดหรือบางส่วนไปให้เป็นสินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติอีกทอดหนึ่งในอนาคต แยกพิจารณาแต่ละกรณีดังนี้

2.1.1) การกระทำความผิดฐานให้สินบนเพื่อจูงใจในเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติโดยตรง

กฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-1(a) มาตรา 78dd-2(a) และ มาตรา 78dd-3(a) บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันให้การกระทำของฝ่ายผู้ให้สินบนครอบคลุมการกระทำ 4 ลักษณะดังต่อไปนี้¹⁰ ซึ่งมีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าต้องใช้วิธีการส่งจดหมายหรือวิธีการอื่นใดหรือเครื่องมือทางการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐด้วย ได้แก่

- (1) การเสนอ (Offer)
- (2) การจ่าย (Payment) หรือการให้
- (3) การสัญญาว่าจะให้ (Promise to Pay) และ

⁸ FCPA, §78dd-3

⁹ FCPA, §78dd-3(f)(1) บัญญัติว่า

(1) The term “person,” when referring to an offender, means any natural person other than a. national of the United States (as defined in 8 U.S.C. § 1101) or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the law of a foreign nation or a political subdivision thereof.

¹⁰ FCPA, §78dd-1(a), §78dd-2(a) และ §78dd-3(a) บัญญัติว่า

“...to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce [เฉพาะกรณีมาตรา78dd-3(a) บัญญัติด้วยว่า “or to do any other act”] in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of [Bribe] to [Recipient]...”

(4) การมีคำสั่งหรือการมอบอำนาจให้ผู้อื่นจ่าย (Authorization of the Payment)

อย่างไรก็ดี บุคคลอาจมีความผิดตามกฎหมาย FCPA ได้ แม้มิได้ใช้วิธีการส่งจดหมายหรือวิธีการอื่นใดหรือเครื่องมือทางการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐใน 2 กรณีดังนี้

1) กรณีการกระทำความผิดตามมาตรา 78dd-3¹¹ และ
2) กรณีเขตอำนาจศาลทางเลือก (Alternative Jurisdiction) ตามมาตรา 78dd-1(g)(1) และมาตรา 78dd-2(i)(1) ซึ่งบัญญัติไว้เป็นพิเศษว่า ในกรณีที่อยู่กระทำความผิดกลุ่ม “Issuer” หรือ “Domestic Concern” มีลักษณะเป็น “United States Person” ตามที่กฎหมายกำหนด และเป็นการกระทำความผิดในต่างประเทศ¹²

ทั้งนี้ กฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-1(g)(2) และมาตรา 78dd-2(i)(2) กำหนดว่า “United States Person” หมายถึง บุคคลสัญชาติอเมริกัน หรือตัวตนทางธุรกิจที่มีการจัดการภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาหรือมลรัฐหรือดินแดนอื่นๆ ของสหรัฐอเมริกา¹³

¹¹ Daniel P. Ashe, “The Lengthening Anti-bribery Lasso of the United State: The Recent Extraterritorial Application of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act,” *Fordham Law Review* 73 (May, 2005): 2898-2945.

¹² FCPA, §78dd-1(g)(1) บัญญัติว่า

“It shall also be unlawful for any issuer organized under the laws of the United States, or a State, territory, possession, or commonwealth of the United States or a political subdivision thereof and which has a class of securities registered pursuant to section 12 of this title or which is required to file reports under section 15(d) of this title, or for any United States person that is an officer, director, employee, or agent of such issuer or a stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to corruptly do any act outside the United States in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to any of the persons or entities set forth in paragraphs (1), (2), and (3) of this subsection (a) of this section for the purposes set forth therein, irrespective of whether such issuer or such officer, director, employee, agent, or stockholder makes use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce in furtherance of such offer, gift, payment, promise, or authorization.”

และ §78dd-2 (i)(1) บัญญัติว่า

“It shall also be unlawful for any United States person to corruptly do any act outside the United States in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to any of the persons or entities set forth in paragraphs (1), (2), and (3) of subsection (a), for the purposes set forth therein, irrespective of whether such United States person makes use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce in furtherance of such offer, gift, payment, promise, or authorization. ...”

¹³ FCPA, §78dd-1(g)(2) และ §78dd-2 (i)(2) บัญญัติว่า

“As used in this subsection, the term “United States person” means a national of the United States (as defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. § 1101)) or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the laws of the United States or any State, territory, possession, or commonwealth of the United States, or any political subdivision thereof.”

2.1.2) กรณีการให้เงินหรือสิ่งมีมูลค่าแก่บุคคลที่สามโดยรู้ว่าเงินหรือสิ่งมีมูลค่านั้นจะถูกนำไปจ่ายเป็นสินบนให้แก่ฝ่ายผู้รับสินบน

กฎหมาย FCPA กำหนดความรับผิดอาญาสำหรับบุคคลที่ให้เงินหรือให้ทรัพย์สินแก่บุคคลที่สาม โดยที่ตนรู้ว่าบุคคลดังกล่าวจะนำเงินหรือทรัพย์สินนั้น ทั้งหมดหรือบางส่วน ไปจ่ายเป็นสินบนให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติอีกทอดหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม เรียกว่า “การจ่ายสินบนโดยบุคคลที่สาม” (Third Party Payment)¹⁴ โดยบุคคลที่สามอาจเป็นหุ้นส่วนในกิจการร่วมค้าหรือตัวแทนของตนก็ได้¹⁵

การบัญญัติความรับผิดอาญาสำหรับการจ่ายสินบนโดยบุคคลที่สามข้างต้นนี้ส่งผลให้บริษัทธุรกิจการค้าต่างๆ ต้องประกอบธุรกิจโดยใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่ง รวมถึงต้องใช้มาตรการป้องกันทั้งหมดที่จำเป็นเพื่อตรวจสอบความสามารถและชื่อเสียงขององค์กรต่างๆ ที่ตนจะร่วมทำธุรกิจด้วย เช่น ตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับองค์กร ประวัติการประกอบธุรกิจ ประวัติอาชญากรรม ชื่อเสียงขององค์กร ธนาคารในท้องถิ่น กลุ่มลูกค้า หรือกลุ่มธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้อง ฯลฯ การใช้มาตรการตรวจสอบเหล่านี้ย่อมช่วยให้สามารถประเมินความเสี่ยงหรือค้นหาสัญญาณอันตราย (Red Flags) ที่บ่งชี้ว่าองค์กรที่ตนจะทำธุรกิจด้วยนั้นมีแนวโน้มกระทำความผิดตามกฎหมาย FCPA ในอนาคตหรือไม่ ซึ่งย่อมเป็นประโยชน์ในการหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่ตนอาจต้องมีความรับผิดอาญาจากการให้สินบนโดยบุคคลที่สามส่วนนี้

2.2) สินบน

กฎหมาย FCPA บัญญัติถึงสินบนว่าได้แก่ เงิน (Money) ของขวัญ (Gift) ตลอดจนสิ่งที่มีคุณค่าอื่นใด (Anything of Value)¹⁶ วัตถุที่เป็น “สินบน” นี้จึงมีขอบเขตกว้างขวางครอบคลุมทั้งประโยชน์ที่เป็นเงิน หรือสิ่งมีคุณค่าอย่างอื่นที่มีใช้ตัวเงิน¹⁷

¹⁴ FCPA, §78dd-1(a)(3), §78dd-2(a)(3) และ §78dd-3(a)(3) บัญญัติข้อความไว้อย่างเดียวกันว่า

“[giving a bribe] to... (3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of - ...”

¹⁵ FCPA, §78dd-2(h)(3) บัญญัติว่า

“(A) A person’s state of mind is “knowing” with respect to conduct, a circumstance, or a result if—(i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur or (ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur.

(B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.”

* ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ต่างๆ อาจสะท้อนให้เห็นโอกาสการกระทำความผิดได้ เช่น รูปแบบการจ่ายเงินหรือการจัดการการเงินที่ผิดปกติ ประวัติการกระทำทุจริต การไม่รับรองว่าจะไม่กระทำทุจริตในอนาคต การบันทึกรายการค่าใช้จ่ายหรือการจัดทำบัญชีอย่างไม่โปร่งใส การขาดคุณสมบัติหรือทรัพยากรที่จะใช้ปฏิบัติตามสัญญาอย่างชัดเจน หรือการแนะนำหรือการบอกต่อโดยเจ้าพนักงานว่าบริษัทใดเป็นคู่สัญญาสำคัญของรัฐบาล เป็นต้น อ้างอิงจาก Department of Justice, “Foreign Corrupt Practices Act Provisions.”

¹⁶ FCPA, §78dd-1(a), §78dd-2(a) และ §78dd-3(a) บัญญัติว่า

“It shall be unlawful for any [briber], to ...offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to —[Recipient]”

3) บุคคลผู้รับสินบน

กฎหมาย FCPA บัญญัติถึงบุคคลผู้รับสินบนได้ดังนี้

3.1) กฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-1(a)(1) มาตรา 78dd-2(a)(1) และ มาตรา 78dd-3(a)(1) กำหนดความผิดสำหรับการให้สินบนแก่ “เจ้าพนักงานต่างชาติ” (Foreign Official) ซึ่งมีกำหนดนิยามไว้ในมาตรา 78dd-1(f)(1) มาตรา 78dd-2(h)(2) และมาตรา 78dd-3(f)(2)¹⁸ ว่าหมายถึง เจ้าพนักงานหรือลูกจ้างของรัฐบาลต่างชาติ หรือของภาคส่วน องค์กร หรือหน่วยงานย่อยของรัฐบาลดังกล่าว รวมถึงขององค์การระหว่างประเทศ (Public International Organization)¹⁹ หรือผู้ที่กระทำในนามขององค์กรเหล่านั้น อาทิ เจ้าหน้าที่ขององค์การสหประชาชาติ เป็นต้น²⁰ โดยไม่คำนึงถึงระดับหรือตำแหน่งของเจ้าพนักงานดังกล่าว เพราะความผิดฐานนี้บัญญัติขึ้นโดยมุ่งถึงวัตถุประสงค์ในการจ่ายสินบนมากกว่าอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้รับสินบน²¹

3.2) กฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-1(a)(2), มาตรา 78dd-2(a)(2) และ มาตรา 78dd-3(a)(2) บัญญัติให้การจ่ายสินบนให้แก่พรรคการเมืองของต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองดังกล่าว และผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งเพื่อดำรงตำแหน่งทางการเมืองของต่างประเทศแยกออกจากการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานหรือลูกจ้างของรัฐบาลต่างชาติหรือขององค์การระหว่างประเทศอย่างชัดเจน²²

(ข) องค์ประกอบภายใน

4) เจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษ: โดยทุจริต

บุคคลที่กระทำการอันจะเป็นความผิดตามกฎหมาย FCPA ต้องกระทำโดยมีเจตนา “Corrupt” ซึ่งเป็นคำที่แสดงออกถึงเจตนาชั่วร้าย และความตั้งใจที่จะชักจูงหรือจูงใจเจ้าพนักงาน

¹⁷ Bruce Zagaris, *International White Collar Crime* (NY: Cambridge University Press, 2010), p. 99.

¹⁸ FCPA, §78dd-1(f)(1)(A), §78dd-2(h)(2)(A) และ §78dd-3(f)(2)(A) บัญญัติว่า

“The term “foreign official” means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, [or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization. ...”

¹⁹ FCPA, §78dd-1(f)(1)(B), §78dd-2(h)(2)(B) และ §78dd-3(f)(2)(B) บัญญัติว่า

“For purposes of subparagraph (A), the term “public international organization” means – (i) an organization that is designated by Executive Order pursuant to section 1 of the International Organizations Immunities Act (22 U.S.C. § 288) or (ii) any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register.”

²⁰ Ashe, D. P., “The Lengthening Anti-Bribery Lasso of the United States: The Recent Extraterritorial Application of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act”, *Fordham Law Review* 73(May, 2005): 2989-2945.

²¹ Ibid.

²² FCPA, §78dd-1(a)(2), §78dd-2(a)(2) และ §78dd-3(a)(2) บัญญัติว่า

“...for any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of – ...”

ผู้รับสินบนไปในทางที่ผิด ทั้งนี้ คำว่า "...[acting] corruptly..." หมายถึงกระทำโดยใช้สินบน หรือ "[to do] by bribes"²³

สำหรับกรณีการให้สินบนโดยบุคคลที่สาม กฎหมายกำหนดองค์ประกอบส่วนเจตนาไว้เพียงว่า บุคคลต้อง “รู้” ว่าบุคคลที่ตนให้เงินหรือทรัพย์สินไปจะนำเงินหรือทรัพย์สินทั้งหมดหรือบางส่วนไปให้เป็นสินบนแก่เจ้าพนักงานโดยตรงหรือโดยทางอ้อม ในส่วนนี้ กฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-1(f)(2) มาตรา 78dd-2(h)(3) และมาตรา 78dd-3(f)(3) กำหนดว่า การ “รู้” (Knowing) ถึงการกระทำของตน หรือสถานการณ์ที่มีอยู่ หรือผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้น ได้แก่ กรณีที่บุคคลตระหนักรู้ว่าเขากำลังกระทำเช่นนั้น หรือรู้ว่าสถานการณ์เช่นนั้น หรือรู้ว่าผลลัพธ์นั้นจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน ซึ่งรวมถึงเชื่อว่ามีสถานการณ์เช่นนั้น หรือเชื่อว่าผลลัพธ์เช่นนั้นจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนด้วย ดังนั้นเจตนาภายในส่วนการ “รู้” นี้จึงหมายความรวมถึง “การไม่เอาใจใส่” หรือ “การจงใจเพิกเฉย” (Conscious Disregard) ต่อการกระทำที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตด้วย²⁴

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การ “รู้” ถึงสถานการณ์บางอย่างเป็นองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมาย บุคคลย่อมรู้ถึงสถานการณ์เช่นนั้นเมื่อบุคคลตระหนักถึงความเป็นไปได้สูงที่จะมีสถานการณ์เช่นนั้น เว้นแต่ในความเป็นจริงบุคคลดังกล่าวเชื่อว่าไม่มีสถานการณ์เช่นนั้น²⁵

5) เจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรัฐ

กฎหมาย FCPA บัญญัติห้ามมิให้มีการจ่ายเงินสินบนมีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้²⁶

- 5.1) เพื่อใช้อิทธิพลเหนือการกระทำหรือการตัดสินใจใดๆ ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานต่างชาติ
- 5.2) เพื่อจูงใจเจ้าพนักงานดังกล่าวให้กระทำหรือละเว้นไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าพนักงานนั้น
- 5.3) เพื่อให้ได้รับประโยชน์ที่มิควรได้ หรือ
- 5.4) เพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานต่างชาติใช้อิทธิพลต่อการกระทำหรือการตัดสินใจใดๆ อย่างไม่เหมาะสม

²³ Naumihal Singh, *The World of Bribery and Corruption* (New Delhi: Mittal, c1998), p. 176.

²⁴ Department of Justice, "Foreign Corrupt Practices Act Provisions."

²⁵ FCPA, §78dd-1(f)(2), §78dd-2(h)(3) และ §78dd-3(f)(3) บัญญัติว่า

“(A) A person’s state of mind is “knowing” with respect to conduct, a circumstance, or a result if --
 (i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur or
 (ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur.

(B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.”

²⁶ Department of Justice, "Foreign Corrupt Practices Act Provisions."

6) เจตนาพิเศษ: เพื่อประโยชน์ทางธุรกิจ (Business Purpose Test)

กฎหมาย FCPA บัญญัติถึงการให้สินบนเพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดจัดหาหรือรักษา สงวน หรือผูกขาดธุรกิจสำหรับบุคคลใดๆ (Obtain/Retain For) หรือเพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดได้รับหรือรักษา สงวน หรือผูกขาดธุรกิจสำหรับบุคคลใดๆ (Obtain/Retain With) หรือเพื่อชี้แนะ แนะนำ จัดการ หรือมีคำสั่ง (Direct) ธุรกิจให้แก่บุคคลอื่นด้วย และในทางปฏิบัติกระทรวงยุติธรรมแห่งสหรัฐอเมริกาตีความองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ในขอบเขตอย่างกว้าง ครอบคลุมการได้รับประโยชน์ทางธุรกิจมากกว่าเพียงการได้เข้าทำสัญญาหรือต่ออายุสัญญาทางธุรกิจ ทั้งยังไม่จำกัดว่าต้องเป็นกรณีที่นักลงทุนอเมริกันเข้าทำธุรกิจกับรัฐบาลต่างประเทศเท่านั้นด้วย²⁷

อย่างไรก็ดี การใช้จ่ายเงินเกี่ยวกับประกอบธุรกิจบางกรณีอาจไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย FCPA ก็ได้ เพราะถือเป็นเพียงการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวก (Facilitation Payment) หรือที่เรียกว่า “ค่าหยอดน้ำมัน” (Grease) เท่านั้น การจ่ายเงินที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้นี้ต้องกระทำเพื่ออำนวยความสะดวก หรือเร่งการปฏิบัติหน้าที่ประจำของเจ้าพนักงาน ที่ไม่ใช่การใช้ดุลพินิจอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

6.1) การได้รับอนุญาต ใบอนุญาตหรือเอกสารราชการอื่นเพื่อรับรองว่าบุคคลมีคุณสมบัติในการประกอบธุรกิจในต่างประเทศ

6.2) การดำเนินขั้นตอนทางเอกสารราชการ เช่น การออกวีซ่าหรือใบอนุญาตคำสั่งทำงาน

6.3) การจัดให้มีตำรวจคุ้มกัน บริการรับหรือส่งไปรษณีย์ หรือการจัดตารางการตรวจสอบเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา หรือการตรวจสอบที่เกี่ยวข้องกับการเคลื่อนย้ายสินค้าข้ามประเทศ

6.4) การจัดให้มีบริการโทรศัพท์ การจ่ายกระแสไฟฟ้าและน้ำประปา การจัดเก็บสินค้า หรือการจัดการสินค้าที่อาจเน่าเสียได้

6.5) การดำเนินการอื่นที่คล้ายกันกับที่กล่าวมาข้างต้น

ในส่วนนี้ คำว่า “การปฏิบัติหน้าที่ราชการประจำ” (Routine Governmental Action) ไม่รวมถึงการตัดสินใจของเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ เพื่อทำสัญญาใหม่หรือเพื่อดำเนินธุรกิจต่อไปกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง²⁸

²⁷ Ibid.

²⁸ FCPA, §78dd-2(h)(4) บัญญัติว่า

“(A) The term “routine governmental action” means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in —

(i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country

(ii) processing governmental papers, such as visas and work orders

(iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country

(iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration or

7) ข้อต่อสู้ตามกฎหมาย

กฎหมาย FCPA มีกำหนดข้อต่อสู้ตามกฎหมาย 2 ประการที่จำเลยอาจยกอ้างขึ้นในการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้นได้²⁹ ได้แก่

7.1) ข้อต่อสู้สำหรับการจ่ายสินบนในกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศกำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐตนได้ กับ

7.2) ข้อต่อสู้สำหรับการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริต (Reasonable and Bona Fide Expenditures Defense) เช่น กรณีค่าใช้จ่ายในการเดินทางและค่าที่พักอาศัยที่เกิดขึ้นโดยหรือในนามของเจ้าพนักงานต่างประเทศ และเกี่ยวข้องโดยตรงกับการตรวจสอบหรือการอธิบายสินค้า หรือบริการ หรือเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาที่มีอยู่ต่อหน่วยงานของรัฐ ยกตัวอย่างกรณีที่อาจพิจารณาว่าเป็นการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริต เช่น การจ่ายค่าเดินทางหรือค่าที่พักอาศัยสำหรับพาเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติมายังสหรัฐอเมริกา เพื่อนำมาตรวจสอบโรงงาน และการจัดการต่างๆ ของโรงงานนั้นก่อนอนุมัติให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีฐานะเป็น "Issuer" สร้างโรงงานในต่างประเทศ³⁰ การจ่ายค่าเดินทางให้แก่เจ้าพนักงานต่างชาติ ซึ่งเดินทางมาเข้าร่วมตรวจสอบสถานที่ทำงาน การสาธิตผลิตภัณฑ์ และประชุมธุรกิจสำคัญระหว่างบริษัทอเมริกันกับรัฐบาลสิงคโปร์³¹ หรือการให้ของขวัญที่เครื่องหมายสัญลักษณ์ของบริษัท หรือตัวอย่างผลิตภัณฑ์เล็กๆ น้อยๆ เพื่อแสดงภาพลักษณ์ที่ดี (Good Will) หรือน้ำใจแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ³² การใช้เงินโดยสุจริตยังหมายความรวมถึง การเบิกค่าใช้จ่ายคืนให้สำหรับความบันเทิง³³ แต่ไม่รวมถึงการ

(v) actions of a similar nature.

(B) The term "routine governmental action" does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decision-making process to encourage a decision to award new business to or continue business with a particular party."

²⁹ FCPA, §78dd-1(c) และ §78dd-2(c) Affirmative defenses บัญญัติว่า

"It shall be an affirmative defense to actions under subsection (a) or (i) of this section that —

(1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country or

(2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and bona fide expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to —

(A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services or

(B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof."

³⁰ Arthur F. Mathews, "Defending SEC and DOJ FCPA Investigations and Conducting Related Corporate Internal Investigations: The Triton Energy/Indonesia SEC Consent Decree Settlements," *Northwestern Journal of International Law & Business* 18, 2 (1997): 317-318.

³¹ Robert C. Blume and Taylor J. McConkie, "Navigating the Foreign Corrupt Practice Act : The Increasing Cost of Overseas Bribery," *Colorado Lawyer* 36(2007): 94.

³² Amy Deen Westbrook, "Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation: The Unruly Expansion of the Foreign Corrupt Practices Act," *Georgia Law Review* 45(2011): 542.

³³ Mathews, A. F., "Defending SEC and DOJ FCPA Investigations and Conducting Related Corporate Internal Investigations: The Triton Energy/Indonesia SEC Consent Decree Settlements," *Northwestern Journal of International Law & Business* 18, 2 (1997): 317-318.

ให้ของกำนัลส่วนตัวที่อ้างว่าเป็นค่าใช้จ่ายในทางธุรกิจ³⁴ โดยจำเลยต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการจ่ายเงินดังกล่าวขาดเจตนาทุจริต และ "เกี่ยวข้องโดยตรง" กับวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น³⁵

ในทางปฏิบัติ ข้อต่อสู้นี้ไม่มีขอบเขตชัดเจนแน่นอน เพราะศาลไม่เคยวางหลักบรรทัดฐานเกี่ยวกับการวินิจฉัยข้อต่อสู้ไว้ในคดีใด มีแต่ความเห็นของ DOJ เรียกว่า “DOJ Opinion Procedure Release” ตอบข้อสงสัยของผู้ประกอบธุรกิจอเมริกันตามที่มีการร้องขอตามแต่ละกรณีที่เกิดขึ้นเท่านั้น อีกทั้งความเห็นของ DOJ ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย และมีจำนวนน้อยในปัจจุบัน³⁶ โดยทั่วไป DOJ กำหนดแนวทางสำหรับการพิจารณาว่า การจ่ายเงินที่ปรากฏข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้เข้าลักษณะเป็นการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริต³⁷ ได้แก่

- (1) เมื่อการจ่ายเงินนั้นอาจหรือต้องกระทำได้ตามกฎหมายต่างประเทศ
- (2) เมื่อเป็นการจ่ายเงินให้แก่ผู้ให้บริการ (Service Provider) โดยตรง มิใช่จ่ายให้แก่เจ้าพนักงานผู้รับบริการ หรือ
- (3) เมื่อบริษัทมิได้ทำธุรกิจอยู่กับต่อหน่วยงานรัฐต้นสังกัดของเจ้าพนักงานในปัจจุบัน หรือที่รอดำเนินการอยู่³⁸

กรณี DOJ เคยมีความเห็นไว้ เช่น การบริษัทสำรวจและผลิตผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียมใช้จ่ายเงินจำนวน 250,000 เหรียญสหรัฐ เพื่อจัดฝึกอบรม (Training Course) ลูกจ้างของรัฐบาลต่างประเทศ ตามที่บริษัทนั้นได้ขึ้นตามที่กฎหมายต่างประเทศกำหนด³⁹ หรือการที่องค์กรไม่แสวงหากำไรจ่ายค่าเดินทางให้นักข่าวจีนซึ่งเป็นลูกจ้างของรัฐวิสาหกิจ เพื่อให้เข้ามาทำข่าวเกี่ยวกับองค์กรในประเทศจีน เป็นข้อต่อสู้สำหรับการจ่ายเงินค่าส่งเสริมการขาย⁴⁰ เป็นต้น

5.1.1.2 บทลงโทษทางอาญา

กฎหมาย FCPA กำหนดบทลงโทษสำหรับการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ดังนี้

³⁴ Heidi L. Hansberry, "In spite of Its Good Intentions, the Dodd – Frank Act Has Created an FCPA Monster," *Journal of Criminal Law and Criminology* 102(2012): 218.

³⁵ Margaret Ryznar and Samer Korkor, "Anti-bribery Legislation in the United States and United Kingdom: A Comparative Analysis of Scope and Sentencing," *Missouri Law Review* (2010): 433.

³⁶ Westbrook, A. D., "Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation: The Unruly Expansion of the Foreign Corrupt Practices Act", *Georgia Law Review* 45(2011): 542-543.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Mathews, A. F., "Defending SEC and DOJ FCPA Investigations and Conducting Related Corporate Internal Investigations: The Triton Energy/Indonesia SEC Consent Decree Settlements", *Northwestern Journal of International Law & Business* 18, 2 (1997): 317-318.

⁴⁰ Westbrook, A. D., "Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation: The Unruly Expansion of the Foreign Corrupt Practices Act", *Georgia Law Review* 45(2011): 544.

1) กรณีการกระทำความผิดตามมาตรา 78dd-1 มีกำหนดบทลงโทษในมาตรา 78ff ดังนี้

1.1) กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 2,000,000 เหรียญสหรัฐ (มาตรา 78ff(c)(1)(A)) และอาจต้องระวางโทษปรับทางแพ่งไม่เกินกว่า 10,000 เหรียญสหรัฐ หากถูกฟ้องร้องดำเนินคดีโดยคณะกรรมการของ SEC (มาตรา 78ff(c)(1)(B))

1.2) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 100,000 เหรียญสหรัฐ หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 78ff(c)(2)(A)) และอาจต้องระวางโทษปรับทางแพ่งอีกไม่เกินกว่า 10,000 เหรียญสหรัฐ หากถูกฟ้องร้องคดีแพ่งคณะกรรมการของ SEC เช่นเดียวกัน (มาตรา 78ff(c)(2)(B))⁴¹

2) กรณีการกระทำความผิดตาม มาตรา 78dd-2(a) หรือ (i) มีกำหนดบทลงโทษไว้ในมาตรา 78dd-2(g) ดังนี้

2.1) กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ต้องระวางโทษปรับเป็นเงินสูงถึง 2,000,000 เหรียญสหรัฐ (มาตรา 78dd-2(g)(1)(A)) และอาจต้องระวางโทษปรับทางแพ่งอีกไม่เกินกว่า 10,000 เหรียญสหรัฐ หากถูกฟ้องร้องคดีแพ่งโดยอัยการสูงสุด (มาตรา 78dd-2(g)(1)(B))

2.2) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา ต้องระวางโทษปรับสูงถึง 1,000,000 เหรียญสหรัฐหรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 78dd-2(g)(2)(A)) และอาจต้องระวางโทษปรับทางแพ่งอีกไม่เกินกว่า 10,000 เหรียญสหรัฐ หากถูกฟ้องร้องคดีแพ่งโดยอัยการสูงสุดเช่นเดียวกัน (มาตรา 78dd-2(g)(2)(B))⁴²

⁴¹ FCPA, § 78ff(c) Penalties บัญญัติว่า

“Violations by issuers, officers, directors, stockholders, employees, or agents of issuers

(1) (A) Any issuer that violates subsection (a) or (g) of section 78dd-1 of this title shall be fined not more than \$2,000,000.

(B) Any issuer that violates subsection (a) or (g) of section 78dd-1 of this title shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Commission.

(2) (A) Any officer, director, employee, or agent of an issuer, or stockholder acting on behalf of such issuer, who willfully violates subsection (a) or (g) of section 78dd-1 of this title shall be fined not more than \$100,000, or imprisoned not more than 5 years, or both.

(B) Any officer, director, employee, or agent of an issuer, or stockholder acting on behalf of such issuer, who violates subsection (a) or (g) of section 78dd-1 of this title shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Commission.

(3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of an issuer, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such issuer.”

⁴² FCPA, §78dd-2(g) Penalties บัญญัติว่า

“(1) (A) Any domestic concern that is not a natural person and that violates subsection (a) or (i) of this section shall be fined not more than \$2,000,000.

(B) Any domestic concern that is not a natural person and that violates subsection (a) or (i) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.

(2) (A) Any natural person that is an officer, director, employee, or agent of a domestic concern, or stockholder acting on behalf of such domestic concern, who willfully violates subsection (a) or (i) of this section shall be fined not more than \$100,000 or imprisoned not more than 5 years, or both.

3) กรณีการกระทำความผิดตามมาตรา 78dd-3(a) มีบทลงโทษไว้ในมาตรา 78dd-3(e) ดังนี้

3.1) กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 2,000,000 เหรียญสหรัฐ (มาตรา 78dd-3(e)(1)(A)) และอาจต้องระวางโทษปรับทางแพ่งอีกไม่เกินกว่า 10,000 เหรียญสหรัฐ หากถูกฟ้องร้องคดีแพ่งโดยอัยการสูงสุด (มาตรา 78dd-3(e)(1)(B))

3.2) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 100,000 เหรียญสหรัฐ หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 78dd-3(e)(2)(A)) และอาจต้องระวางโทษปรับทางแพ่งอีกไม่เกินกว่า 10,000 เหรียญสหรัฐ หากถูกฟ้องร้องคดีแพ่งโดยอัยการสูงสุดด้วยเช่นกัน (มาตรา 78dd-3(e)(2)(B))⁴³

ค่าปรับที่ผู้กระทำความผิดต้องจ่ายจริงอาจเพิ่มมากขึ้นได้อีกตามกฎหมายโทษปรับทางเลือก (Alternative Fines Act) และโทษปรับสำหรับบุคคลธรรมดาต้องไม่ถูกชำระให้โดยนายจ้างหรือตัวการของบุคคลนั้น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม⁴⁴

4) กรณีโทษริบทรัพย์สิน การบังคับใช้โทษริบทรัพย์สินทางอาญา (Criminal Forfeiture)^{*} สำหรับการกระทำความผิดตามกฎหมาย FCPA^{**} ต้องบังคับตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้

(B) Any natural person that is an officer, director, employee, or agent of a domestic concern, or stockholder acting on behalf of such domestic concern, who violates subsection (a) or (i) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.

(3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of a domestic concern, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such domestic concern.”

⁴³ FCPA, 78dd-3 (e) Penalties บัญญัติว่า

“(1) (A) Any juridical person that violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$2,000,000.

(B) Any juridical person that violates subsection (a) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.

(2) (A) Any natural person who willfully violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$100,000 or imprisoned not more than 5 years, or both.

(B) Any natural person who violates subsection (a) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.

(3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of a person, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such person.”

⁴⁴ Department of Justice, "Foreign Corrupt Practices Act Provisions."

^{*} ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจำแนกมาตรการริบทรัพย์สิน (Confiscation) ออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ (1) มาตรการริบทรัพย์สินทางแพ่ง (Civil Forfeiture) มีแนวคิดในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อ “ตัวทรัพย์สิน” (in rem) ซึ่งมีความผิดตามกฎหมาย การริบทรัพย์สินไม่ผูกพันกับการกระทำความผิดอาญาของบุคคล (Non-conviction Base) ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินมีฐานะเป็นบุคคลภายนอกและอาจร้องสอดเข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นเพื่อให้ศาลริบทรัพย์สิน โดยพิสูจน์ว่าเป็นทรัพย์สินของบุคคลที่สามผู้สุจริตได้ กับ (2) มาตรการริบทรัพย์สินทางอาญา (Criminal Forfeiture) มีแนวคิดในการริบทรัพย์สินเพื่อลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิด (in personam) การริบทรัพย์สินกรณีนี้จึงเป็นไปตามการพิพากษาลงโทษบุคคลของศาล แต่ไม่จำกัดว่าต้องเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นโดยตรง อ้างอิงจาก Heather J. Garretson, "Federal Criminal Forfeiture: A Royal Pain in the Asset," *Review of Law and Social Justice* 18, 1 (2008): 47-48.

^{**} มาตรการริบทรัพย์สินทางอาญา (Criminal Forfeiture) ตามมาตรา 982 ให้อำนาจศาลริบทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานฟอกเงินตามมาตรา 1956 (18 U.S.C., Section 1956) ได้ ซึ่งการกระทำความผิดฐานกระทำทุจริตในต่างประเทศตามกฎหมาย FCPA นี้ถูกกำหนดให้เป็นหนึ่งในความผิดที่เกี่ยวกับการฟอกเงินดังกล่าวด้วย (18 U.S.C., Section 1956 (c)(7)(D))

ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ส่วนที่ 18 มาตรา 982 ว่าด้วยการริบทรัพย์สินทางอาญา (18 U.S.C., Section 982 Criminal Forfeiture)⁴⁵ ซึ่งกำหนดให้ศาลมีอำนาจริบทรัพย์สินทั้งหมดของจำเลยที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาทั้งหมดดังต่อไปนี้

4.1) สิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิด (Proceeds of Crime) หรือทรัพย์สินของจำเลย (Property) ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทั้งหลาย ได้แก่ ทรัพย์สินที่ได้รับมาจากการกระทำความผิด ทรัพย์สินที่ได้ใช้ในการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินที่อำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด⁴⁶ ไม่ว่าจะเป็นสิ่งหาทรัพย์หรือสิ่งหาทรัพย์ ไม่ว่าจับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ โดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินนั้นถูกนำไปประกอบรวมกับทรัพย์สินอื่นที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วหรือไม่

4.2) ทรัพย์สินอย่างอื่นแทนทรัพย์สินดังกล่าว (Substitute Property) ตามข้อบังคับกลางว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา ข้อบังคับที่ 32.2 (Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 32.2)⁴⁷ เว้นแต่ทรัพย์สินดังกล่าวถูกจำหน่าย จ่าย หรือโอนไปยังบุคคลภายนอกผู้ซื้อทรัพย์สินไปโดยสุจริตแล้ว⁴⁸

4.3) ในกรณีที่ศาลไม่สามารถริบทรัพย์สินดังกล่าวข้างต้นได้ด้วยเหตุใดๆ แล้ว ศาลอาจมีคำสั่งให้จำเลยจ่ายเงินตามมูลทรัพย์สินที่ไม่อาจริบแทนก็ได้ (Money Judgment)⁴⁹

กรณีการริบทรัพย์สินเกี่ยวกับกฎหมาย FCPA สิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิด (Proceeds) มีขอบเขตบังคับใช้ถึง “สินบน” ที่ใช้ในการจ่ายเงินที่ไม่เหมาะสม (Improper Payment) ที่ส่งผ่านจำเลยในฐานะที่เป็นคนกลางด้วย⁵⁰

5.1.2 ข้อวิจารณ์และตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมาย FCPA

กฎหมาย FCPA เป็นกฎหมายต่อต้านการกระทำทุจริตในต่างประเทศฉบับแรกที่กำลังเกิดขึ้นจากการตระหนักถึงปัญหาการจ่ายสินบนที่แพร่กระจายอย่างรุนแรงอยู่ในภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดมาตรการปราบปรามการทุจริตข้ามชาติดังกล่าวโดยใช้วิธีการบัญญัติให้

⁴⁵ 18 U.S.C. 982 Criminal Forfeiture บัญญัติว่า

“(a) (1) The court, in imposing sentence on a person convicted of an offense in violation of section 1956, 1957, or 1960 of this title, shall order that the person forfeit to the United States any property, real or personal, involved in such offense, or any property traceable to such property. ...”

⁴⁶ Garretson, H. J., "Federal Criminal Forfeiture: A Royal Pain in the Asset", *Review of Law and Social Justice* 18, 1 (2008): 49.

⁴⁷ Jean B. Weld, "Forfeiture Laws and Procedures in the United States of America, Resource Material Series No. 83," [Online] Accessed: 10 November 2013. Available from: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No83/No83_06VE_Weld1.pdf

⁴⁸ Garretson, H. J., "Federal Criminal Forfeiture: A Royal Pain in the Asset", *Review of Law and Social Justice* 18, 1 (2008): 71.

⁴⁹ Weld, J. B., "Forfeiture Laws and Procedures in the United States of America, Resource Material Series No. 83."

⁵⁰ "Foreign Corrupt Practice Act Resource Center," [Online] Accessed: 4 November 2013. Available from: http://jenner.com/resource_centers/update/682

เป็นความผิดอาญาในความรับผิดชอบของประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจ ดังนั้น เมื่อพิจารณาว่าการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจ และตลาดการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่เชื่อมโยงกันไปทั่วโลก⁵¹ กฎหมาย FCPA นี้จึงเป็นต้นแบบเครื่องมือสำคัญที่ช่วยอุดช่องว่าง ตลอดจนเสริมสร้างประสิทธิภาพของการปราบปรามการทุจริตที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลาย เพื่อสร้างสภาพตลาดที่โปร่งใสอันเป็นประโยชน์ส่วนรวมของประเทศทั้งหลาย จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมาย FCPA เป็นจุดเริ่มต้นของการสร้างความรับผิดชอบในสังคมการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศสำคัญและน่าท้าทายอย่างยิ่ง⁵²

อย่างไรก็ดี เนื่องจากโดยสภาพของการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ กฎหมาย FCPA จึงเป็นกฎหมายที่ต้องมีเนื้อหาที่บังคับใช้ได้แก่การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในและดินแดนสหรัฐอเมริกา

เมื่อพิจารณาเนื้อหาพบว่า กฎหมาย FCPA มีบทบัญญัติต่างๆ ที่มุ่งถึงการบังคับใช้แก่การกระทำความผิด ณ ที่ใดๆ อย่างกว้างขวาง กล่าวคือ นอกจากบทบัญญัติกฎหมาย FCPA จะกำหนดให้สหรัฐอเมริกามีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศแล้ว ในทางปฏิบัติหน่วยงานผู้มิอำนาจบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ได้แก่ กระทรวงยุติธรรมแห่งสหรัฐอเมริกา (DOJ) และสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (SEC) ก็มีนโยบายที่จะบังคับใช้กฎหมาย FCPA อย่างกว้างขวางจนอาจบังคับใช้กฎหมายแก่ผู้กระทำความผิดที่มีความเกี่ยวข้องหรือความเชื่อมโยงกับสหรัฐอเมริกาน้อยมากหรือไม่ชอบเขตในการบังคับใช้กฎหมายแก่บุคคลเหล่านั้นอย่างชัดเจนด้วยในบางกรณี อาทิ กรณีที่บุคคลต่างชาติดำเนินการในให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในดินแดนในเขตอำนาจของรัฐต่างประเทศ เป็นต้น⁵³ ในปัจจุบันประเด็นเกี่ยวกับเขตอำนาจการบังคับใช้กฎหมายนอกดินแดน (Extraterritorial Jurisdiction) ของกฎหมาย FCPA ก่อให้เกิดข้อวิจารณ์เกี่ยวกับการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของประเทศอื่น และการพยายามเข้าไปมีอิทธิพลต่อกิจการภายในของต่างชาติอย่างไม่เหมาะสม เพราะสหรัฐอเมริกาบังคับใช้กฎหมายแก่การกระทำความผิดเหล่านั้นโดยที่ตนมีประโยชน์เกี่ยวข้องในคติน้อยมาก

ตามที่กล่าวมาข้างต้น ตัวอย่างที่ปรากฏการตีความและบังคับใช้กฎหมายในขอบเขตกว้างขวางอย่างยิ่งได้แก่ กรณีการกระทำความผิดตามมาตรา 78dd-3 ซึ่งกำหนดความผิดสำหรับบุคคลใดๆ ที่กระทำความผิดในขณะที่ตนอยู่ในสหรัฐอเมริกา⁵⁴ กล่าวคือ บทบัญญัติมาตรา 78dd-3 ควรมีผลบังคับใช้แก่บุคคลต่างชาติเมื่อ (1) การกระทำที่เกิดขึ้นเกินเลยกว่าการเตรียมเพื่อกระทำความผิดแล้ว (2) การกระทำดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของการกระทำความผิด และ (3) เป็นการกระทำที่น่าจะก่อให้เกิดการละเมิดต่อกฎหมายโดยตรงเท่านั้น⁵⁵ แต่การบังคับใช้กฎหมายมาตรานี้ในทาง

⁵¹ โปรดดูบทที่ 3.

⁵² Ashe, D. P., "The Lengthening Anti-Bribery Lasso of the United States: The Recent Extraterritorial Application of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act", *Fordham Law Review* 73(May, 2005): 2917-2919.

⁵³ Ibid, p. 2920.

⁵⁴ FCPA, §78dd-3.

⁵⁵ Ashe, D. P., "The Lengthening Anti-Bribery Lasso of the United States: The Recent Extraterritorial Application of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act", *Fordham Law Review* 73(May, 2005): 2927.

ปฏิบัติอาจไม่ปรากฏเงื่อนไขเหล่านี้ครบถ้วน⁵⁶ ยกตัวอย่างคดีที่มีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว 2 คดี ดังนี้

คดีแรกที่มีการบังคับใช้กฎหมายแก่บริษัทต่างชาติที่ช่วยเหลือสนับสนุนในการกระทำความผิดกฎหมาย FCPA โดยบริษัทอเมริกัน ได้แก่ คดี United States and SEC v. KPMG Siddharta Siddharta & Harsono (คดี KPMG-SSH)^{*} ซึ่งแบ่งแยกคดีเป็น 2 ส่วนตามเขตอำนาจหน้าที่ในการฟ้องคดีของ SEC สำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็น “Issuer” กับ DOJ สำหรับกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ใช่ “Issuer”⁵⁷ กล่าวคือ ในคดีส่วนแรก SEC เป็นโจทก์ฟ้องร้อง นายซันนี่ ฮาร์โซโน เป็นจำเลยต่อศาล โดยกล่าวหาว่าจำเลยกระทำความผิดตามกฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-1(a) และฟ้องร้องบุคคลดังกล่าวเป็นจำเลยร่วมกับบริษัท KPMG-SSH ในข้อหาช่วยเหลือและสนับสนุนให้บริษัท BH (ซึ่งมีฐานะเป็น “Issuer”) กระทำความผิดทบัญญัติว่าด้วยมาตรการทางบัญชีตามกฎหมาย FCPA ตลอดจนฟ้องว่าบริษัท BH เพิกเฉยละเลยไม่กำหนดและใช้มาตรการควบคุมภายในองค์กรที่มีประสิทธิภาพตามที่กฎหมายกำหนด⁵⁸ ตามคดีนี้ แม้การกระทำความผิดตาม มาตรา 78dd-1(a) ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการใช้ “วิธีการส่งจดหมายหรือวิธีการอื่นใดหรือ

⁵⁶ Ibid, p. 2920.

^{*} คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า บริษัท พีที อีสท์แมน คริสเตียนเซน (PT Eastman Christensen หรือ PTEC) บริษัทลูกสัญชาติอินโดนีเซียของบริษัทเบเกอร์ ฮิวส์ (Baker Hughes หรือ BH) บริษัทสัญชาติอเมริกัน ประกอบกิจการอยู่ในสหรัฐอเมริกา ได้รับการแจ้งการประเมินภาษีจากเจ้าพนักงานประเมินภาษีสัญชาติอินโดนีเซียจำนวน 3.2 ล้านเหรียญสหรัฐ บริษัท PTEC จึงแต่งตั้งให้บริษัท เคพีเอ็มจี ลิดดาตา ลิดดาตาแอนด์ฮาร์โซโน (KPMG Siddharta Siddharta & Harsono หรือ KPMG-SSH) เป็นตัวแทนไปแสดงตัวต่อเจ้าพนักงานประเมินภาษีโดยที่เชื่อว่าการประเมินภาษิดังกล่าวไม่ถูกต้องและบริษัท PTEC มีสิทธิได้รับการคืนเงินภาษี บริษัท KPMG-SSH จึงได้เข้าติดต่อบุคคลที่ปรึกษาของเจ้าพนักงานประเมินภาษินั้นเพื่อปรึกษาปัญหาเกี่ยวกับการประเมินภาษิดังกล่าว แต่กลับถูกเรียกเงินจำนวน 200,000 เหรียญสหรัฐเพื่อแลกเปลี่ยนกับการประเมินภาษีที่ต่ำกว่า ด้วยเหตุนี้ บริษัท KPMG-SSH จึงเข้าปรึกษาต่อผู้จัดการด้านภาษีของบริษัท BH ประจำภูมิภาคเอเชียแปซิฟิกเกี่ยวกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น และได้รับคำแนะนำว่า (1) ห้ามมิให้มีการจ่ายสินบนตามที่ถูกร้อง และ (2) ให้ดำเนินการคัดค้านการประเมินภาษีตามขั้นตอนของกฎหมาย

ต่อมาเมื่อเจ้าพนักงานประเมินภาษีได้เรียกร้องเอาเงินสินบนลดลงเหลือ 75,000 เหรียญสหรัฐ นายซันนี่ ฮาร์โซโน (Sonny Harsono) สัญชาติอินโดนีเซีย หัวหน้าอาวุโสของบริษัท KPMG-SSH จึงวางแผนว่า หากบริษัท BH เห็นพ้องด้วย บริษัท KPMG-SSH จะจ่ายสินบนให้แก่เจ้าพนักงานดังกล่าวตามคำร้องขอ และทำใบเสนอราคาเรียกเก็บราคาค่าให้บริการปรึกษาเกี่ยวกับการจัดทำบัญชีเท็จเพื่อปกปิดการจ่ายสินบน ด้วยเหตุนี้ ผู้จัดการด้านภาษีของบริษัท BH จึงส่งเรื่องไปปรึกษาแก่รองประธานและผู้จัดการของบริษัท BH (Vice President and Controller) และที่ปรึกษาการปฏิบัติตามกฎหมาย FCPA ประจำบริษัท (FCPA Compliance Advisor) ณ สหรัฐอเมริกา รวมถึงได้นำเรื่องเข้าหารือกับที่ประชุมสามัญ (General Council) และหัวหน้างานฝ่ายการเงิน (Chief Financial Officer) ของบริษัทได้ข้อสรุปว่า การจ่ายเงินตามแผนน่าจะละเมิดต่อกฎหมาย FCPA และจึงแนะนำให้บริษัท KPMG-SSH ทำหนังสือรับรองว่าจะไม่มีการจ่ายเงินเช่นนั้น ในขณะที่ที่ประชุมสามัญระบุว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นผิดกฎหมาย FCPA อย่างชัดเจน และจึงสั่งห้ามมิให้หัวหน้างานฝ่ายการเงินและผู้ควบคุมของบริษัทจ่ายสินบนตามแผนการของนายซันนี่ ฮาร์โซโน

อย่างไรก็ดี หัวหน้างานฝ่ายการเงินและผู้ควบคุมของบริษัทเพิกเฉยต่อมติคำสั่งของที่ประชุมสามัญ และจึงสั่งบริษัท KPMG-SSH จ่ายสินบนให้แก่เจ้าพนักงานประเมินภาษีในที่สุด ส่งผลให้บริษัท PTEC ได้รับการประเมินภาษีลดลงเหลือประมาณ 270,000 เหรียญสหรัฐ และเมื่อประชุมสามัญทราบเรื่อง ที่ประชุมสามัญได้พยายามดำเนินการเพื่อแก้ไขการจ่ายสินบนโดยเร็ว เช่น ห้ามมิให้มีการจ่ายเงินต่อไป แจ้งเรื่องแก่ทั้ง DOJ และ SEC เปิดผนึกข้อเท็จจริงให้ผู้ตรวจสอบบัญชีของตนทราบและดำเนินการแก้ไขการทำบัญชีให้ถูกต้อง อนุมัติการลาออกของพนักงานบริษัทที่มีส่วนรับผิดชอบ รวมถึงดำเนินการจ่ายเงินภาษีให้แก่รัฐบาลของประเทศอินโดนีเซียตามมูลค่าภาษีที่เชื่อว่าถูกต้องคือ 2.1 ล้านเหรียญสหรัฐ จึงเป็นมูลให้ DOJ และ SEC ฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายปี ค.ศ. 2001 อ้างอิงจาก U.S. and S.E.C. v. KPMG Siddharta Siddharta & Harsono, and Sonny Harsono, No. 4:01-cv-03105 (S.D. Tex. 2001) อ้างถึงใน ibid, pp. 2920-2925.

⁵⁷ Ibid, p. 2922.

⁵⁸ Ibid.

เครื่องมือทางการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ” เพื่อติดต่อเป็นตัวแทนโดยตรงระหว่างบริษัท KPMG-SSH ในประเทศอินโดนีเซียกับบริษัท BH ในสหรัฐอเมริกา โดยบริษัท BH ประสงค์ให้บริษัท KPMG-SSH จ่ายเงินผิดกฎหมายเช่นว่าด้วยจึงจะครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย แต่ในคำฟ้องโจทก์กลับระบุเพียงว่า นายซันนี่ ฮาร์โซโนและบริษัท KPMG-SSH ใช้วิธีการติดต่อดังกล่าวโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมเท่านั้น⁵⁹ สำหรับคดีอีกส่วนหนึ่ง DOJ ฟ้องร้องนายซันนี่ ฮาร์โซโน และบริษัท KPMG-SSH ต่อศาลในข้อหากระทำความผิดตามกฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-3 ซึ่งโดยหลักย่อมบังคับใช้ได้แก่การกระทำทุจริต ในขณะที่ตนอยู่ในสหรัฐอเมริกาเท่านั้น⁶⁰ แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้กลับไม่ปรากฏว่ามี การกระทำใดๆ ของจำเลยหรือลูกจ้างของจำเลยในดินแดนสหรัฐอเมริกา แม้จะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ว่า “การกระทำ” หมายความรวมถึงการใดๆ ที่กระทำลงลง เว้นแต่เพียงการ “คิด” จะจ่ายสินบน โดยไม่มีการจ่ายสินบนนั้นเกิดขึ้นจริง⁶¹

จากข้อเท็จจริงข้างต้นเห็นได้ว่า สหรัฐอเมริกาอาจพยายามปรับใช้หลักทฤษฎีของกฎหมายตัวแทนเพื่อบังคับใช้กฎหมาย FCPA แก่บริษัทต่างชาติในลักษณะว่า บริษัท BH ในสหรัฐอเมริกาเป็นตัวแทนของนายซันนี่ ฮาร์โซโน และบริษัท KPMG-SSH ในต่างประเทศ และบริษัท BH นี้เองที่เป็นผู้ที่ ใช้วิธีการส่งจดหมายหรือวิธีการอื่นใดหรือเครื่องมือทางการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐโดยการโทรศัพท์ และส่งอีเมลติดต่อไปยังรองประธานบริษัทและผู้ควบคุมในมลรัฐเท็กซัส (Texas) ยิ่งไปกว่านั้น DOJ อาจพยายามบังคับใช้กฎหมาย FCPA แก่บริษัทต่างชาติในต่างประเทศโดยอ้างถึงผลกระทบที่ สหรัฐอเมริกาจะได้รับ (Effect-based Rationale) ด้วย ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายลักษณะนี้เกินเลยไปจากหลักเขตอำนาจรัฐที่อนุสัญญาของ OECD กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำไว้ให้รัฐต่างๆ ใช้เขตอำนาจตามหลักดินแดนและหลักบุคคลเท่านั้น⁶²

อีกกรณีหนึ่ง คดี *United States v. ABB Vetco Gray, Inc* (คดี ABB Vetco)* SEC เป็น โจทก์ฟ้องบริษัท Vetco UK ซึ่งเป็นบริษัทลูกต่างชาติของบริษัทต่างชาติสำหรับการกระทำความผิดตามกฎหมาย FCPA ในต่างประเทศ มิใช่การฟ้องบริษัทที่มีฐานะเป็น “Issuer” หรือบริษัทลูกสัญชาติอเมริกันด้วย ซึ่งน่าสังเกตว่าในฟ้องโจทก์มิได้ระบุข้อเท็จจริงว่าบริษัท Vetco UK กระทำอันการใดๆ จะนำไปสู่การให้สินบนไว้ด้วย แต่กลับสันนิษฐานไปเสียว่าบริษัท Vetco US บริษัทลูกสัญชาติ

⁵⁹ Ibid, p. 2923.

⁶⁰ Ibid, pp. 2923-2924.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid, pp. 2924-2925.

* ในคดีนี้ บริษัทน้ำมัน ก๊าซและปิโตรเคมี 2 แห่ง ได้แก่ บริษัทเวทโค เกรย์ สหราชอาณาจักร จำกัด (Vetco Gray UK Ltd.) หรือ “บริษัท Vetco UK” ซึ่งตั้งอยู่ในประเทศสกอตแลนด์ กับบริษัทเวทโค เกรย์ จำกัด (Vetco Gray Inc.) หรือ “บริษัท Vetco US” ซึ่งตั้งอยู่ในมลรัฐเท็กซัส สหรัฐอเมริกา เป็นบริษัทลูกของบริษัทเอบีบี จำกัด (ABB Ltd.) หรือ “บริษัท ABB” บริษัทผู้ประกอบกิจการก่อสร้างและเทคโนโลยีต่างชาติ ตั้งอยู่ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ อีกทั้งยังถูกจัดไว้ใน American Depository Shares จึงมีฐานะเป็น “Issuer” ตามกฎหมาย FCPA ด้วย จากนั้นในช่วงปลายปี พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003) บริษัท Vetco US และบริษัท Vetco UK ถูกฟ้องร้องเป็นจำเลย ต่อศาลในข้อหาตามกฎหมาย FCPA ว่า บริษัทต่างชาติทั้งสองกระทำการจ่ายเงินนำส่งอัยจำนวนมากกว่า 1.1 ล้านเหรียญสหรัฐให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐโดยมีความเชื่อมโยงบางอย่างอยู่กับโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ในประเทศไนจีเรีย ประเทศแองโกลา และประเทศคาซัคสถาน อ้างอิงจาก *U.S. v. ABB Vetco Gray, Inc.*, No. CR H-04-279 (S.D. Tex. 2004). อ้างถึงใน *ibid*, pp. 2925-2927.

อเมริกันในกลุ่มบริษัทเดียวกันเป็นตัวแทนของบริษัท Vetco UK กระทบความผิดตามกฎหมาย FCPA⁶³

ยิ่งไปกว่านั้น ฟ้องโจทก์ในคดีนี้มิได้บรรยายกล่าวหาว่า บริษัท ABB บริษัทต้นสังกัดของบริษัท Vetco US และบริษัท Vetco UK ได้สั่งการ (Authorized) หรือรู้ถึงการกระทำผิดกฎหมายของบริษัทในเครือของตน แตกต่างจากที่ SEC เคยยืนยันไว้ในอดีตว่าจะฟ้องร้องดำเนินคดีแก่บริษัทต้นสังกัดที่รู้หรือละเลยต่อการกระทำผิดเช่นว่าเท่านั้น แต่ในคดีนี้ บริษัท ABB ถูกฟ้องร้องว่า กระทบความผิดตามกฎหมาย FCPA ในข้อหากระทำละเมิดต่อบทบัญญัติเรื่องการทำบันทึกและการเก็บรักษาข้อมูล (Books and Records Provisions) และข้อหาละเลยไม่จัดทำและใช้ระบบการควบคุมภายในองค์กรที่มีประสิทธิภาพตามที่กฎหมายกำหนด⁶⁴ จึงเห็นได้ว่า SEC ไม่เพียงแต่ปรับใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) สำหรับการกระทำผิดโดยบริษัทลูกต่างชาติเพื่อลงโทษบริษัทอเมริกันที่อยู่ในสหรัฐอเมริกาเท่านั้น แต่ยังบังคับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวเพื่อเอาผิดแก่บริษัทต้นสังกัดต่างชาติที่อยู่ในต่างประเทศด้วย⁶⁵

ตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมาย FCPA ทั้งสองคดีข้างต้นแสดงให้เห็นว่า นอกจากกฎหมาย FCPA จะมีขอบเขตเนื้อหากว้างขวางอยู่แล้ว องค์กรผู้มิอำนาจบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวยังมีนโยบายบังคับใช้กฎหมาย FCPA กว้างขวางยิ่งกว่าด้วย โดยมีการปรับใช้หลักทฤษฎีกฎหมายเรื่องอื่นๆ เพื่อสร้างสภาพคล่อง และขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแก่บริษัทต่างชาติที่ประกอบกิจการและจ่ายสินบนในต่างประเทศด้วย แม้บริษัทเหล่านั้นจะมีความเกี่ยวข้องหรือความเชื่อมโยงอยู่กับสหรัฐอเมริกาน้อยมากก็ตาม⁶⁶

การบังคับใช้กฎหมายอย่างเข้มข้นลักษณะนี้ย่อมก่อให้เกิดบรรยากาศการคุกคามระหว่างประเทศ และเกิดข้อวิจารณ์หรือข้อสงสัยเกี่ยวกับผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดเช่นนั้น⁶⁷ เป็นเหตุให้นักวิชาการฝ่ายที่คัดค้านกฎหมาย FCPA ยืนยันว่า การบังคับใช้กฎหมาย FCPA อย่างเคร่งครัดข้างต้นเปรียบเสมือนว่าสหรัฐอเมริกากำลังพยายามเข้าควบคุมกิจการภายในของรัฐผู้รับการประกอบธุรกิจอยู่นั้นเอง⁶⁸ ยิ่งไปกว่านั้น การบังคับใช้กฎหมาย FCPA นอกดินแดนของสหรัฐอเมริกาอย่างกว้างขวางและเข้มงวดยังทำให้เกิดข้อวิจารณ์ในแง่มุมมองเชิงวัฒนธรรมว่า กฎหมาย FCPA เป็นเครื่องมือในการบังคับและเผยแพร่ลัทธิจักรวรรดินิยมทางเศรษฐกิจและสังคมของสหรัฐอเมริกา เพราะเป็นการบังคับให้บริษัทต่างๆ ต้องประกอบธุรกิจตามมาตรฐานทางศีลธรรมอย่างเดียวกับประเทศในโลกตะวันตก ซึ่งเมื่อพิจารณาในระดับโลก การบังคับใช้กฎหมายลักษณะดังกล่าวย่อมไม่เป็นการคำนึงความหลากหลายทางวัฒนธรรมในยุคสมัยปัจจุบัน เพราะการให้สิ่งตอบแทนที่มีคุณค่าเชิงสังคมในวัฒนธรรมหนึ่ง อาจถูกพิจารณาว่าเป็น “สินบน” ผิดกฎหมายในอีกวัฒนธรรมหนึ่งก็ได้⁶⁹

⁶³ Ibid, p. 2926.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid, pp. 2927-2930.

⁶⁷ Ibid, p. 2927.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid, pp. 2928-2929.

แต่ในอีกแง่หนึ่ง หากพิจารณาว่าตราบิตที่บริษัทต่างชาติยังไม่เกรงกลัวต่อการบังคับใช้กฎหมายลงโทษการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ บริษัทเหล่านั้นย่อมน่าจะคงกระทำทุจริตในการประกอบธุรกิจของตนต่อไป เพราะผลประโยชน์จูงใจจำนวนมาก ดังนั้น หากสหรัฐอเมริกาประสงค์ที่จะผลักดันให้กฎหมายต่อต้านการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศบรรลุเป้าหมาย สหรัฐอเมริกาก็จำเป็นต้องบังคับใช้กฎหมาย FCPA อย่างเข้มงวดและกว้างขวางดังกรณีศึกษาข้างต้น ทั้งนี้ นักวิชาการฝ่ายสนับสนุนกฎหมาย FCPA มักให้เหตุผลสนับสนุนว่า กฎหมาย FCPA เป็นกฎหมายที่เคารพต่ออำนาจอธิปไตยของต่างประเทศ เพราะกฎหมาย FCPA มิได้บัญญัติความผิดครอบคลุมไปถึงการกระทำความผิดฐานเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติที่เรียกรับเอาสินบนด้วย ทั้งยังกำหนดข้อต่อสัญญาเว้นโทษให้สำหรับการจ่ายสินบนที่มีกฎหมายต่างประเทศกำหนดหรืออนุญาตให้กระทำได้⁷⁰

ข้อวิจารณ์ต่างๆ รวมถึงแนวทางตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมาย FCPA ข้างต้นแสดงให้เห็นว่า แม้กฎหมาย FCPA เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหามุ่งบังคับใช้แก่อาชญากรรมที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ แต่ในทางปฏิบัติหน่วยงานผู้มีหน้าที่รับผิดชอบก็ยังได้พยายามขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายอย่างกว้างขวางมาก เป็นเหตุให้กฎหมาย FCPA ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นกฎหมายที่พยายามเข้าแทรกแซงกิจการภายในของรัฐต่างชาติอย่างไม่เหมาะสม และถูกมองว่าเป็นการเผยแพร่ลัทธิจักรวรรดินิยมทางเศรษฐกิจและสังคมรูปแบบหนึ่งของสหรัฐอเมริกา จึงเป็นตัวอย่างและข้อพึงพิจารณาในการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของไทยได้ว่า ประเทศไทยควรกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดที่ชัดเจนและมีขอบเขตจำกัดเฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงอยู่กับผลประโยชน์ของประเทศไทยอย่างชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ศาลไทยมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดกว้างขวางเกินไป จนอาจลงโทษการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของไทยน้อยมาก อาทิ การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานต่างชาติโดยบุคคลต่างด้าวในต่างประเทศ มิเช่นนั้นแล้วย่อมอาจถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าคุกคามกิจการภายในของรัฐอื่นเหมือนอย่างกฎหมาย FCPA

จากการพิจารณาหัวข้อที่ 5.1 เห็นได้ว่า กฎหมาย FCPA ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อบังคับใช้แก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยตรง มีบทบัญญัติห้ามการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยบุคคลที่มีความเชื่อมโยงกับสหรัฐอเมริกาตามที่กฎหมายกำหนดอย่างกว้างขวาง และยังขยายขอบเขตการให้สินบนเพื่อจูงใจ พรรคการเมือง เจ้าหน้าที่ของของพรรคการเมือง รวมถึงผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งของพรรคการเมืองต่างประเทศ ตลอดจนการให้สินบนโดยบุคคลที่สามด้วย อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมาย FCPA ได้ชื่อว่าเป็นต้นแบบของกฎหมายต่อต้านการให้สินบนรูปแบบใหม่ที่สำคัญและมีบทบาทในการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างยิ่งในปัจจุบัน แต่กฎหมาย FCPA ถูกบังคับใช้ในทางปฏิบัติในขอบเขตอย่างกว้างเกินขอบเขตเนื้อหาที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย และบังคับใช้ถึงกรณีให้การให้สินบนนั้นมีความเชื่อมโยงกับสหรัฐอเมริกาน้อยมากด้วย จนเป็นเหตุให้กฎหมายฉบับนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นกฎหมายที่คุกคาม

⁷⁰ Ibid, p. 2928.

และพยายามเข้าแทรกแซงกิจการภายในของรัฐต่างชาติอย่างไม่เหมาะสม และถูกมองว่าเป็นการเผยแพร่ลัทธิจักรวรรดินิยมทางเศรษฐกิจและสังคมรูปแบบหนึ่งของสหรัฐอเมริกา

5.2 สหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรมีกฎหมายสินบนฉบับทันสมัย ชื่อว่า “The UK Bribery Act” (UKBA) เพิ่งมีผลบังคับใช้อย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2554 (ค.ศ. 2011)⁷¹ ความผิดเกี่ยวกับสินบนหลายฐาน ครอบคลุมการให้และรับสินบนทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน การให้สินบนในต่างประเทศ ตลอดจนการละเลยไม่ใช้มาตรการป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนภายในองค์กรธุรกิจ อันเป็นการปฏิรูปกฎหมายสินบนของสหราชอาณาจักรที่มีพัฒนาการยาวนานในทางประวัติศาสตร์เสียทั้งหมด^{72*} อาจจำแนกความผิดเกี่ยวกับสินบนตามกฎหมาย UKBA ได้ 4 ฐาน ดังนี้

⁷¹ Cecily Rose, "The UK Bribery Act 2010 and Accompanying Guidance: Belated Implementation of the OECD Anti-Bribery Convention," *International & Comparative Law Quarterly* 61, 2 (April 2012): 485-499.

* การให้สินบนเป็นความผิดร้ายแรงในกฎหมายของสหราชอาณาจักรมาตั้งแต่อดีต ทั้งในกฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายบัญญัติ⁷² ในกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law Offence) ความผิดฐานให้สินบนหรือ “Bribery” เป็นความผิดบังคับใช้ควบคู่ไปกับความผิดฐานใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐโดยมิชอบ (Misconduct in a Public Office) ซึ่งบังคับใช้สำหรับเจ้าพนักงานของ สหราชอาณาจักรที่ใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งของตนโดยทุจริตเห็นแก่สินบน ส่วนความผิดฐานให้สินบนตามกฎหมายบัญญัติของรัฐสภา (Statutory Offences) ถูกบัญญัติไว้อย่างในพระราชบัญญัติ 3 ฉบับที่ถูกตราออกมาตามสภาพและความจำเป็นของสังคมในแต่ละช่วงเวลา ได้แก่

1) พระราชบัญญัติการกระทำทุจริตขององค์กรของรัฐ ปี ค.ศ. 1889 (พ.ศ. 2432) (Public Bodies Corrupt Practices Act 1889) กำหนดความผิดเกี่ยวกับสินบนในภาครัฐ อันเป็นผลมาจากการปฏิบัติมิชอบเกี่ยวกับการพัฒนาสินทรัพย์ของเจ้าพนักงานรัฐในกรุงลอนดอนและในท้องถิ่น

2) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริต ปี ค.ศ. 1906 (พ.ศ. 2449) (Prevention of Corruption Act 1906) ใช้บังคับแก่การให้สินบนสำหรับตัวแทน (Agent) ไม่ว่าในภาครัฐหรือในภาคเอกชน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจการหรือธุรกิจส่วนตัว และ

3) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริต ปี ค.ศ. 1916 (พ.ศ. 2459) (Prevention of Corruption Act 1916) บัญญัติขึ้นเพื่อตอบโต้เรื่องอื้อฉาวเกี่ยวกับการทุจริตในการทำสัญญากับสำนักงานฝ่ายสงคราม (War Office) ของรัฐบาลอังกฤษ กฎหมายฉบับนี้จึงกำหนดเพิ่มโทษสูงสุดสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับสินบนในการทำสัญญากับรัฐหรือองค์กรของรัฐ อีกทั้งกำหนดบทสันนิษฐานการกระทำทุจริต (Presumption of Corruption)

ความผิดฐานให้สินบนตามกฎหมายบัญญัติทั้ง 3 ฉบับนี้ล้วนแต่มีหลักการพื้นฐานอย่างเดียวกันว่า การกระทำทุจริตโดยการให้สินบนจะเกิดขึ้นบนพื้นฐานของการที่ “ตัวแทน” (Agent) กระทำทรยศต่อความจงรักภักดีที่ตนต้องมีต่อ “ตัวการ” (Principle) ด้วย และประเทศต่างๆ ในเครือจักรภพได้รับเอาหลักการและแนวคิดนี้ไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งในปัจจุบันกฎหมาย UKBA ได้บัญญัติความผิดโดยเปลี่ยนแปลงแนวคิดและหลักการนี้ทั้งหมดแล้ว ทั้งนี้ ในอดีตสหราชอาณาจักรเคยอนุมัติการพระราชบัญญัติต่อต้านการก่อการร้าย อาชญากรรม และความมั่นคง ปี ค.ศ. 2001 (พ.ศ. 2544) (The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001) เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติตามพันธกรณีที่ตนมีอยู่ต่ออนุสัญญาของ OECD โดยกำหนดให้เพิ่มเติมองค์ประกอบความเป็นระหว่างประเทศ (Foreign Element) ลงในหมายสินบนทั้งในกฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายสามฉบับข้างต้น เพื่อให้ความผิดฐานให้สินบนที่มีอยู่เดิมสามารถบังคับใช้ถึงการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับดังกล่าวมีเนื้อหาซับซ้อนและไม่ชัดเจน จึงนำมาสู่การนำเสนอร่างพระราชบัญญัติสินบน ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2553) (Bribery Bill 2009) ซึ่งต่อมาได้ถูกตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติสินบนหรือ “Bribery Act” ในปี ค.ศ. 2010 (พ.ศ. 2554) อ้างอิงจาก Peter Binning *et al.*, “Fraud and the Criminal Law,” in *International Commercial Fraud* (London: Sweet & Maxwell, 2002), p. 184, 187-191.

** นอกจากความผิดเกี่ยวกับสินบนเหล่านี้ กฎหมาย UKBA ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมหรือแก้ไขปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องไว้ด้วย เช่น การกำหนดให้การฟ้องร้องดำเนินคดีในความผิดเกี่ยวกับสินบนตามพระราชบัญญัติอาจกระทำได้โดยความยินยอมของผู้อำนวยการหน่วยงานที่มีอำนาจฟ้องคดีแทนความยินยอมของอัยการสูงสุด การกำหนดระวางโทษจำคุกสูงสุด 10 ปีสำหรับความผิดทุกฐาน เว้นแต่ความผิดเกี่ยวกับองค์กรธุรกิจซึ่งกำหนดโทษปรับอย่างไม่ม้อตราสูงสุด การกำหนดเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิด

- (1) ความผิดฐานให้สินบนแก่บุคคลใดๆ (Offences of Bribing Another Person) (มาตรา 1)
- (2) ความผิดเกี่ยวกับการรับสินบน (Offences Relating to Being Bribed) (มาตรา 2)
- (3) ความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ (Bribery of Foreign Public Officials) (มาตรา 6) และ
- (4) ความผิดฐานองค์กรธุรกิจละเว้นไม่ดำเนินการเพื่อการป้องกันการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับสินบน (Failure of Commercial Organi[z]ations to Prevent Bribery) (มาตรา 7)

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะพิจารณาเนื้อหาของกฎหมาย UKBA เฉพาะที่เกี่ยวกับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามมาตรา 6 ซึ่งมีเนื้อหาสอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศอย่างชัดเจน กับบทบัญญัติอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องเท่านั้น โดยจะพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดและบทลงโทษทางอาญาในหัวข้อที่ 5.2.1 และพิจารณาข้อวิจารณ์และตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายที่น่าสนใจในหัวข้อที่ 5.2.2

5.2.1 ความผิดอาญาฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามกฎหมาย UKBA

กฎหมาย UKBA บัญญัติความผิดและบทลงโทษสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ดังนี้

5.2.1.1 บทบัญญัติความผิด

(ก) องค์ประกอบภายนอก

1) ผู้กระทำความผิด

กฎหมาย UKBA กำหนดให้ประธานแห่งการกระทำความผิดเป็น “P” (Person) หมายถึง “บุคคลใดๆ” ไม่ว่าจะบุคคลธรรมดา (Natural Person) หรือนิติบุคคล (Legal Person/Juristic Person) แต่ศาลมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดเหล่านี้ได้เสมอ ภายใต้เงื่อนไขสำหรับกรณีการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรและกรณีการกระทำความผิดโดยนิติบุคคลดังนี้

1.1) กรณีการกระทำความผิดนอกสหราชอาณาจักรตามมาตรา 12

กฎหมาย UKBA มาตรา 12⁷³ กำหนดว่า กรณีการกระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้แม้เพียงบางส่วนในสหราชอาณาจักร ให้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดในสหราชอาณาจักรทั้งหมด (มาตรา 12(1))

นอกจากนี้ กรณีที่การกระทำความผิดทั้งหมดเกิดขึ้นในต่างประเทศ ศาลจะมีเขตอำนาจพิจารณาลงโทษได้เฉพาะผู้กระทำความผิดที่มี “ความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสหราชอาณาจักร” ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น⁷⁴ โดยมาตรา 12(4) กำหนดขอบเขตของผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับ สหราชอาณาจักร (Close Connection with the UK) ไว้อย่างกว้างขวางมาก ครอบคลุมบุคคลทั้งหลายเหล่านี้

(1) บุคคลสัญชาติบริติชรูปแบบต่างๆ เช่น สัญชาติบริติช (British Citizen) สัญชาติของบริติชของดินแดนอาณานิคมโพ้นทะเลต่างๆ* หรือบุคคลผู้ที่ได้สัญชาติตามกฎหมายสัญชาติบริติช ปี ค.ศ. 1981 (British Nationality Act 1981)

⁷³ UKBA, Section 12 Offences under this Act: Territorial Application บัญญัติว่า

“(1) An offence is committed under section 1, 2 or 6 in England and Wales, Scotland or Northern Ireland if any act or omission which forms part of the offence takes place in that part of the United Kingdom.

(2) Subsection (3) applies if — (a) no act or omission which forms part of an offence under section 1, 2 or 6 takes place in the United Kingdom, (b) a person’s acts or omissions done or made outside the United Kingdom would form part of such an offence if done or made in the United Kingdom, and (c) that person has a close connection with the United Kingdom.

(3) In such a case — (a) the acts or omissions form part of the offence referred to in subsection (2)(a), and (b) proceedings for the offence may be taken at any place in the United Kingdom.

(4) For the purposes of subsection (2)(c) a person has a close connection with the United Kingdom if, and only if, the person was one of the following at the time the acts or omissions concerned were done or made — (a) a British citizen, (b) a British overseas territories citizen, (c) a British National (Overseas), (d) a British Overseas citizen, (e) a person who under the British Nationality Act 1981 was a British subject, (f) a British protected person within the meaning of that Act, (g) an individual ordinarily resident in the United Kingdom, (h) a body incorporated under the law of any part of the United Kingdom, (i) a Scottish partnership. ...”

⁷⁴ ก่อนที่จะมีการบังคับใช้กฎหมาย UKBA ฉบับนี้ ศาลจะมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติได้เฉพาะเมื่อมีข้อเท็จจริงว่า การกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นในดินแดนที่อยู่ในเขตอำนาจลงโทษของศาลเท่านั้น เป็นเหตุให้พนักงานอัยการประสบปัญหาและความยากลำบากในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อนักธุรกิจอังกฤษที่จ่ายสินบนให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาตินอกสหราชอาณาจักรอย่างมาก อ้างอิงจาก Binning, P. *et al.*, "Fraud and the Criminal Law," in *International Commercial Fraud*, p. 193.

* ความรุ่งเรืองของสหราชอาณาจักรในประวัติศาสตร์ยุคอาณานิคมเป็นที่มาของการมีสัญชาติบริติชหลายรูปแบบ เพื่อใช้เรียกพลเมืองของดินแดนต่างๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ ตัวอย่างเช่น สัญชาติบริติช (British Citizen) ใช้เรียกพลเมืองที่มีสัญชาติของประเทศใดประเทศหนึ่งในสหราชอาณาจักร (United Kingdom) ได้แก่ ประเทศอังกฤษและเวลส์ ประเทศสกอตแลนด์ และประเทศไอร์แลนด์เหนือ สัญชาติบริติชโพ้นทะเล (British Overseas Citizen) ใช้เรียกพลเมืองที่มีสัญชาติของดินแดนใดดินแดนที่เป็นอาณานิคมโพ้นทะเลของสหราชอาณาจักร (British Overseas Territories) ได้แก่ เบอร์มิวดา หมู่เกาะเคย์แมน หมู่เกาะเติร์กและไคคอส ยิบรอลตาร์ หมู่เกาะบริติชเวอร์จิน อาโวกาโรและเคเคเรีย แองกวิลลา เซนต์เฮเลนา ทรินแทนตาคุนฮา เกาะแอสเซนชัน มอนท์เซอร์ราท บริติชอินเดียนโอเชียนเทร์ริทอรี เกาะเซาท์จอร์เจียและหมู่เกาะเซาท์แซนด์วิช หมู่เกาะฟอล์คแลนด์ บริติชแอนตาร์คติกเทร์ริทอรี และหมู่เกาะพิตแคร์น เป็นต้น อ้างอิงจาก UK Border Agency, "British Overseas Territories Citizen," [Online] Accessed: 19 June 2012. Available from: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/britishcitizenship/othernationality/britishoverseasterritories/>

- (2) บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะที่เป็น “British Protected Person”
- (3) บุคคลที่มีที่อยู่อาศัยตามปกติอยู่ในสหราชอาณาจักร
- (4) กรณีนิติบุคคล ได้แก่ องค์กรที่จดทะเบียนตามกฎหมายใดๆ ของสหราชอาณาจักรและห้างหุ้นส่วนแบบสกอตแลนด์

1.2) กรณีการกระทำความผิดโดยนิติบุคคล

ในระบบคอมมอนลอว์ นิติบุคคลจะกระทำความผิดได้ก็ต่อเมื่อมีบุคคลธรรมดาเป็นผู้ลงมือกระทำ ตัดสินใจ หรือแสดงเจตนาแทนเสมอ กฎหมาย UKBA มาตรา 14⁷⁵ จึงบัญญัติให้ “บุคคลธรรมดา” ต้องมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำความผิดโดยนิติบุคคลตามกฎหมายนี้ด้วย เมื่อพิสูจน์ได้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวมีบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นพนักงานระดับสูงของนิติบุคคลนั้น หรือบุคคลอื่นที่อ้างว่ากระทำการในอำนาจหน้าที่ ให้ความยินยอม (Consent) หรือช่วยเหลือรู้เห็นเป็นใจ (Connivance) ในการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ ทั้งนี้ “พนักงานระดับสูง” (Senior Officer) ได้แก่ ผู้บริหาร (Director) ผู้จัดการ (Manager) เลขาธิการ (Secretary) หรือพนักงานตำแหน่งอื่นที่มีลักษณะเดียวกันของบริษัท หรือบุคคลที่เป็นหุ้นส่วนในกรณีที่นิติบุคคลเป็นห้างหุ้นส่วนแบบสกอตแลนด์ (มาตรา 14(4))

2) การกระทำอันเป็นการให้สินบน

2.1) ลักษณะของการกระทำ

กฎหมาย UKBA มาตรา 6 บัญญัติถึงการกระทำของฝ่ายผู้ให้สินบน 3 ลักษณะดังต่อไปนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อผู้รับสินบนโดยตรงหรือโดยผ่านคนกลาง⁷⁶

⁷⁵ UKBA, Section 14 Offences under Sections 1, 2 and 6 by Bodies Corporate etc. บัญญัติว่า

“(1) This section applies if an offence under section 1, 2 or 6 is committed by a body corporate or a Scottish partnership.

(2) If the offence is proved to have been committed with the consent or connivance of — (a) a senior officer of the body corporate or Scottish partnership, or (b) a person purporting to act in such a capacity, the senior officer or person (as well as the body corporate or partnership) is guilty of the offence and liable to be proceeded against and punished accordingly.

(3) But subsection (2) does not apply, in the case of an offence which is committed under section 1, 2 or 6 by virtue of section 12(2) to (4), to a senior officer or person purporting to act in such a capacity unless the senior officer or person has a close connection with the United Kingdom (within the meaning given by section 12(4)).

(4) In this section —

“director”, in relation to a body corporate whose affairs are managed by its members, means a member of the body corporate,

“senior officer” means — (a) in relation to a body corporate, a director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate, and (b) in relation to a Scottish partnership, a partner in the partnership.”

⁷⁶ UKBA, Section 6(3) บัญญัติว่า

“P bribes F if, and only if — (a) directly or through a third party, P offers, promises or gives any financial or other advantage — (i) to F, or (ii) to another person at F’s request or with F’s assent or acquiescence, and (b) F is

- (1) การ “เสนอ” (Offer)
- (2) การ “สัญญา” (Promise)
- (3) การ “ให้” (Give)

เมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 14 ว่าด้วยเงื่อนไขสำหรับกรณีการกระทำความผิดโดยนิติบุคคลแล้ว ลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบนนี้ย่อมครอบคลุมถึง “การยินยอม” (Consent) และ “การรู้เห็นเป็นใจ” (Connivance) โดยพนักงานระดับสูงของนิติบุคคลด้วย

2.2) สินบน

กฎหมาย UKBA มาตรา 6 บัญญัติถึงสินบนโดยใช้คำว่า “ประโยชน์ทางการเงินหรือประโยชน์อย่างอื่น” (Financial or Other Advantage)⁷⁷ ฉะนั้น “สินบน” ตามกฎหมายของ UKBA จึงมีความหมายอย่างกว้าง ครอบคลุมประโยชน์ใดๆ ที่บุคคลอาจให้แก่กันโดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นประโยชน์ที่เป็นตัวเงินเท่านั้น

3) บุคคลผู้รับสินบน

กฎหมาย UKBA มาตรา 6(3) กำหนดว่า การกระทำความผิดตามมาตรานี้อาจเป็นการให้สินบนแก่ “เจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศ” (Foreign Official หรือ “F”) โดยตรง หรือ บุคคลที่สามารถตามคำร้องขอ (Request) หรือโดยความยินยอม (Assent) หรือโดยความช่วยเหลือ (Acquiescence) ของเจ้าพนักงานดังกล่าวก็ได้ (มาตรา 6(3)(a)) ภายใต้เงื่อนไขว่าเจ้าพนักงานรัฐฝ่ายรับการจูงใจนั้นต้องไม่ได้รับอนุญาตโดยชัดแจ้งจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศตนให้รับสินบน⁷⁸

กฎหมาย UKBA กำหนดบทนิยามที่เกี่ยวข้องไว้ดังนี้

3.1) “เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศ” หมายถึง บุคคลที่เป็นเจ้าพนักงานของประเทศหรือดินแดนอื่นๆ ที่มีใช้สหราชอาณาจักร โดยไม่แบ่งแยกว่าเป็นเจ้าพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่ในฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ ไม่คำนึงว่าบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าพนักงานโดยการแต่งตั้งหรือการเลือกตั้ง หรือเป็นบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่เพื่อหรือในนามของประเทศหรือดินแดนดังกล่าว องค์กรของรัฐ (Public Agency) รัฐวิสาหกิจ (Public Enterprise) ของประเทศหรือดินแดนดังกล่าว และรวมถึงบุคคลที่ทำงานให้องค์การระหว่างประเทศ (มาตรา 6(5))⁷⁹

neither permitted nor required by the written law applicable to F to be influenced in F’s capacity as a foreign public official by the offer, promise or gift.”

⁷⁷ UKBA, Section 6(3).

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ UKBA, Section 6(5) บัญญัติว่า

“‘Foreign public official’ means an individual who —

(a) holds a legislative, administrative or judicial position of any kind, whether appointed or elected, of a country or territory outside the United Kingdom (or any subdivision of such a country or territory),

3.2) “องค์การระหว่างประเทศ” หมายถึงองค์การซึ่งมีสมาชิกเป็นประเทศหรือดินแดน รัฐบาลผู้ปกครองประเทศหรือดินแดน หรือองค์การระหว่างประเทศอื่นอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง (มาตรา 6(6))⁸⁰

(ข) องค์ประกอบภายใน

4) เจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษ: โดยทุจริต

กฎหมาย UKBA มาตรา 6 กำหนดให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศต้องกระทำโดยเจตนา โดยมีได้บัญญัติว่าต้องมีเจตนาทุจริต (Corrupt) เหมือนในกฎหมายสินบนฉบับเก่าด้วย พิจารณาได้ดังนี้

ในกฎหมายสหราชอาณาจักร คำว่า “โดยทุจริต” (Corruptly) เป็นองค์ประกอบความผิดส่วนจิตใจที่บัญญัติอยู่ในความผิดเกี่ยวกับ “การกระทำทุจริตคอร์รัปชัน” (Corruption) หลายฐาน รวมถึงความผิดเกี่ยวกับสินบนอยู่เสมอ เพราะความผิดเหล่านี้มีพื้นฐานจากความสัมพันธ์ระหว่างตัวการ (Principle) และตัวแทน (Agent)⁸¹ แต่ในทางปฏิบัติศาลกลับไม่เคยอธิบายขอบเขตและความหมายของถ้อยคำดังกล่าวไว้โดยตรง* เป็นเหตุให้ศาลในอดีตต้องประสบปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของ “การกระทำโดยทุจริต” อย่างมาก เพราะไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนในบริบทกฎหมาย ไม่มีแนวบรรทัดฐานคำพิพากษา และศาลจึงต้องตีความบังคับใช้กฎหมายตามข้อเท็จจริงแต่ละคดีที่เกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้ เมื่อต่อมาได้มีการร่างกฎหมาย UKBA ฉบับปัจจุบัน จึงมีการปรับปรุงเนื้อหาความผิดเสียใหม่ โดยไม่บัญญัติเจตนาทุจริตไว้ในองค์ประกอบความผิดอีก⁸²

(b) exercises a public function — (i) for or on behalf of a country or territory outside the United Kingdom (or any subdivision of such a country or territory), or (ii) for any public agency or public enterprise of that country or territory (or subdivision), or

(c) is an official or agent of a public international organization.”

และ OECD Convention, Article 1.4(a) โปรดดูบทที่ 4

⁸⁰ UKBA, Section 6(6) บัญญัติว่า

“‘Public international organization’ means an organization whose members are any of the following —

- (a) countries or territories,
- (b) governments of countries or territories,
- (c) other public international organizations,
- (d) a mixture of any of the above.”

และ Commentary of the OECD Convention, 17 โปรดดูบทที่ 4

⁸¹ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific* (Paris: ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific OECD Publishing, 2011), p. 30.

* ในช่วงปี ค.ศ. 1979 (พ.ศ. 2522) ศาลอุทธรณ์ของอังกฤษ (Court of Appeal) เคยพิพากษาเป็นบรรทัดฐานในคดี *R. v. Wellburn & Ors* ว่า คำว่า “โดยทุจริต” (Corruptly) เป็นคำกริยาวิเศษณ์ที่มีความหมายตามธรรมดาในภาษาอังกฤษ และเป็นคนละความหมายกับการกระทำโดยไม่สุจริต (Dishonestly) การกระทำทุจริตจึงหมายถึง การจงใจกระทำการที่กฎหมายห้าม เพราะสิ่งนั้นจะเป็นการทุจริตหรือก่อให้เกิดความเสียหาย ต่อมาในช่วงปี ค.ศ. 1999 (พ.ศ. 2542) ศาลได้พิพากษาในคดี *R. v. Harvey* ว่า การกระทำโดยทุจริตอาจแปลความได้ว่าหมายถึง การจงใจเสนอเงินหรือความพึงใจอย่างอื่นโดยมุ่งหวังว่าข้อเสนออันนั้นมีอิทธิพลต่อจิตใจของผู้รับข้อเสนอเพื่อจูงใจให้ผู้นั้นเข้าร่วมในการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์โดยทุจริต จึงแสดงให้เห็นว่า แม้ศาลจะพยายามพิพากษาว่าหลักการกฎหมายกำหนดนิยามของการกระทำโดยทุจริตดังกล่าวแล้ว แต่ก็ยังไม่ปรากฏว่าศาลได้อธิบายความหมายของการกระทำโดยทุจริตโดยตรง อ้างใน Binning, P. et al., “Fraud and the Criminal Law,” in *International Commercial Fraud*, pp. 184-185.

⁸² Ibid.

มีข้อสังเกตว่า แม้การกระทำโดยทุจริตไม่มีขอบเขตและความหมายชัดเจนในทางกฎหมาย แต่ในพจนานุกรมภาษาอังกฤษ คำว่า “Corruption” เป็นรูปคำนามของคำกริยาวิเศษณ์ “Corruptly” กลับมีความหมายที่สะท้อนถึงแนวคิดเกี่ยวกับการใช้ตำแหน่งและการละเมิดต่อหน้าที่ (Breach of Duty) ของเจ้าพนักงานรัฐอย่างชัดเจน นอกจากนี้ การให้หรือรับสินบน (Bribery) ยังเป็นรูปแบบการกระทำทุจริตสำคัญที่อาจกล่าวถึงหรือใช้แทนการทุจริตคอร์รัปชันข้างต้นเลยก็ได้⁸³

5) เจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจเจ้าพนักงาน⁸⁴

การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศจะเป็นความผิดตามกฎหมาย UKBA นี้ ต้องกระทำโดยมีเจตนาที่จะจูงใจ (Influence) เจ้าพนักงานผู้รับสินบนให้ปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามอำนาจหน้าที่ หรือจูงใจให้เจ้าพนักงานนั้นใช้อิทธิพลที่ตนมีอยู่ในฐานะเช่นนั้น แม้การกระทำดังกล่าวจะไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้นั้นก็ตาม⁸⁵

6) เจตนาพิเศษ: เพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ⁸⁶

การให้สินบนเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศจะเป็นความผิดตามกฎหมาย UKBA ต้องกระทำโดยมีเจตนาเพื่อให้ได้รับ (Obtain) หรือรักษา สงวน หรือผูกขาด (Retain) ธุรกิจ (Business) หรือผลประโยชน์จากการประกอบธุรกิจ (An Advantage in the Conduct of Business) ในส่วนนี้กฎหมาย UKBA มาตรา 6(8) กำหนดให้ “ธุรกิจ” หมายความรวมถึง “การค้าขาย” (Trade) หรือ “วิชาชีพ” (Profession) ด้วย⁸⁷

7) ข้อต่อสู้ตามกฎหมาย

กฎหมาย UKBA กำหนดข้อต่อสู้ตามกฎหมายไว้เพียงประการเดียวในมาตรา 6(3)(b) ได้แก่ ข้อต่อสู้สำหรับการจ่ายสินบนในกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศ กำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐตน⁸⁸ โดยมาตรา 6(7) บัญญัติขอบเขตของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ปรับใช้แก่เจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศไว้ดังนี้⁸⁹

⁸³ A. S. Hornby and Sally Wehmeier, eds., *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, 6th ed. (NY: Oxford University Press, 2000), p. 281.

⁸⁴ UKBA, Section 6(1) บัญญัติว่า

“A person (“P”) who bribes a foreign public official (“F”) is guilty of an offence if P’s intention is to influence F in F’s capacity as a foreign public official.”

⁸⁵ UKBA, Section 6(4) บัญญัติว่า

“(4) References in this section to influencing F in F’s capacity as a foreign public official mean influencing F in the performance of F’s functions as such an official, which includes — (a) any omission to exercise those functions, and (b) any use of F’s position as such an official, even if not within F’s authority.”

⁸⁶ UKBA, Section 6(2) บัญญัติว่า

“... P must also intend to obtain or retain — (a) business, or (b) an advantage in the conduct of business. ...”

⁸⁷ UKBA, Section 6(8) บัญญัติว่า

“For the purposes of this section, a trade or profession is a business.”

⁸⁸ UKBA, Section 6(3)(b) บัญญัติว่า

7.1) ในกรณีที่การปฏิบัติหน้าที่ตามอำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศต้องเป็นไปตามกฎหมายของดินแดนส่วนใดในสหราชอาณาจักร ได้แก่ กฎหมายของดินแดนส่วนนั้น

7.2) นอกจากกรณีแรก หากผู้รับสินบนเป็นเจ้าพนักงานดังกล่าวเป็นเจ้าพนักงานหรือตัวแทนขององค์การระหว่างประเทศ ได้แก่ กฎเกณฑ์ลายลักษณ์อักษรที่ใช้บังคับแก่องค์การระหว่างประเทศนั้น

7.3) ในกรณีที่มิใช่กรณีตามข้อ 1 และ 2 ได้แก่ กฎหมายของประเทศหรือดินแดนที่เกี่ยวข้องกับการเป็นเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศนั้นเท่าที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ที่มีผลบังคับใช้ในประเทศหรือดินแดนนั้น รวมถึงคำตัดสินของศาลใดๆ ซึ่งมีผลใช้บังคับและมีบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร⁹⁰

5.2.1.2 บทลงโทษทางอาญา

กฎหมาย UKBA มาตรา 11 กำหนดระวางโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศไว้ดังนี้⁹¹

1) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา ต้องถูกพิพากษาลงโทษจำคุกและปรับพิจารณาดังนี้ (มาตรา 11(1))

“(b) F is neither permitted nor required by the written law applicable to F to be influenced in F’s capacity as a foreign public official by the offer, promise or gift.”

⁸⁹ UKBA, Section 6(7) บัญญัติว่า

“ For the purposes of subsection (3)(b), the written law applicable to F is —

(a) where the performance of the functions of F which P intends to influence would be subject to the law of any part of the United Kingdom, the law of that part of the United Kingdom,

(b) where paragraph (a) does not apply and F is an official or agent of a public international organi[z]ation, the applicable written rules of that organi[z]ation,

(c) where paragraphs (a) and (b) do not apply, the law of the country or territory in relation to which F is a foreign public official so far as that law is contained in —

(i) any written constitution, or provision made by or under legislation, applicable to the country or territory concerned, or

(ii) any judicial decision which is so applicable and is evidenced in published written sources.”

⁹⁰ Ministry of Justice, “Explanatory Notes relate to the Bribery Act 2010 (c. 23).”

⁹¹ UKBA, Section 11 Penalties บัญญัติว่า

“(1) An individual guilty of an offence under section 1, 2 or 6 is liable — (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months, or to a fine not exceeding the statutory maximum, or to both, (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years, or to a fine, or to both.

(2) Any other person guilty of an offence under section 1, 2 or 6 is liable — (a) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum, (b) on conviction on indictment, to a fine.

(3) A person guilty of an offence under section 7 is liable on conviction on indictment to a fine.

(4) The reference in subsection (1)(a) to 12 months is to be read — (a) in its application to England and Wales in relation to an offence committed before the commencement of section 154(1) of the Criminal Justice Act 2003, and (b) in its application to Northern Ireland, as a reference to 6 months.”

1.1) คดีที่ใช้การฟ้องร้องดำเนินคดีแบบรวบรัด (Summary)* ศาลอาจกำหนดอัตราโทษจำคุกได้ไม่เกิน 12 เดือน หรือปรับไม่เกินอัตราสูงสุดที่กฎหมายกำหนด ซึ่งปัจจุบันกฎหมายกำหนดไว้ที่ 5,000 ปอนด์สเตอร์ลิง สำหรับกรณีโทษปรับในประเทศอังกฤษและเวลส์ หรือไอร์แลนด์เหนือ หรือทั้งจำทั้งปรับ⁹²

1.2) คดีที่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีความผิดร้ายแรง (Indictment) ผู้กระทำความผิดอาจถูกพิพากษาลงโทษจำคุกสูงถึง 10 ปี หรือโทษปรับอย่างไม่มีการกำหนดอัตราสูงสุด หรือทั้งจำทั้งปรับ

2) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ต้องระวางโทษปรับสถานเดียว ไม่ว่าจะเป็นเป็นการดำเนินคดีแบบคดีความผิดร้ายแรงหรือแบบรวบรัด แต่กรณีคดีที่ใช้การดำเนินคดีแบบรวบรัด ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับถึงอัตราสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนดเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ส่วนกรณีคดีร้ายแรงที่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีความผิดร้ายแรง ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับอย่างไม่มีการกำหนดอัตราสูงสุด (มาตรา 11(2))

3) การริบทรัพย์สินเกี่ยวกับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามกฎหมาย UKBA ต้องบังคับตามพระราชบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินซึ่งได้มาจากอาชญากรรม ปี ค.ศ. 2002 (พ.ศ. 2545) (Proceeds of Crime Act 2002) (หรือกฎหมาย POCA) สรุปหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

3.1) มาตรการริบทรัพย์สิน (Confiscation Order) ตามกฎหมาย POCA มาตรา 6 สามารถบังคับใช้ได้เมื่อศาลได้พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามกฎหมายแล้วเท่านั้น⁹³ โทษริบทรัพย์สินตามกฎหมายนี้มีสภาพบังคับให้จำเลยต้องจ่ายเงินจำนวนหนึ่ง ตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกศาลสั่งให้ริบตามกฎหมาย⁹⁴ และมีการแบ่งแยกหลักเกณฑ์การริบทรัพย์สินตามแนวคิดการมีวิถีชีวิตแบบอาชญากร (Criminal Lifestyle) ด้วย**

* ระบบกระบวนการยุติธรรมของสหราชอาณาจักรจำแนกประเภทการดำเนินคดีในศาลออกเป็น 2 แบบ ได้แก่ (1) การพิจารณาคดีความผิดร้ายแรง (Indictment) ใช้แก่คดีที่ต้องพิจารณาในศาลคราวน์คอร์ท (Crown Court) ซึ่งจะได้รับการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงโดยคณะลูกขุน (2) การพิจารณาคดีแบบรวบรัด (Summary) ใช้แก่คดีที่มีโทษน้อย และได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลมาจิสเตรทคอร์ท (Magistrates' Court) อ้างอิงจาก ณรงค์ ไชยหาญ และคณะ, การกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา (นันทบุรี: สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม, 2551), หน้า 65.

⁹² Ministry of Justice, "Explanatory Notes relate to the Bribery Act 2010 (c. 23)."

⁹³ "Explanatory Notes - the Proceeds of Crime Act 2002 (C.29) Royal Assent on 24 July 2002," [Online] Accessed: 2 November 2013. Available from: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/notes>. Article 22

⁹⁴ POCA, Section 6 Making of Order บัญญัติว่า

"... (4) The court must proceed as follows — (a) it must decide whether the defendant has a criminal lifestyle; (b) if it decides that he has a criminal lifestyle it must decide whether he has benefited from his general criminal conduct; (c) if it decides that he does not have a criminal lifestyle it must decide whether he has benefited from his particular criminal conduct.

(5) If the court decides under subsection (4)(b) or (c) that the defendant has benefited from the conduct referred to it must — (a) decide the recoverable amount, and (b) make an order (a confiscation order) requiring him to pay that amount. ..."

** สรุปสาระสำคัญของกฎหมาย POCA มาตรา 75 ว่าด้วยหลักเกณฑ์การพิจารณาคriminal lifestyle แบบอาชญากรได้ว่า ศาลอาจพิจารณาว่าจำเลยเป็นผู้มีวิถีชีวิตแบบอาชญากรได้เมื่อปรากฏพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้

3.2) ในกรณีที่ศาลพิจารณาว่าจำเลยเป็นบุคคลผู้มีวิถีชีวิตแบบอาชญากร และจำเลยได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดอาญาตามปกติ (General Criminal Conduct) กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจริบทรัพย์สินของจำเลยที่ไม่สามารถอธิบายหรือชี้แจงที่มาอันชอบด้วยกฎหมายของทรัพย์สินนั้นได้ทั้งหมด โดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินดังกล่าวเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดตามข้อหาที่ถูกพิพากษาว่ามีความผิดในปัจจุบันหรือไม่* ฉะนั้น จำนวนเงินที่ศาลจะระบุไว้ในคำสั่งริบทรัพย์สินนี้จึงคำนวณจากมูลค่ารวมของทรัพย์สินทั้งหมดที่จำเลยมีอยู่ที่ไม่สามารถอธิบายที่มาอันชอบด้วยกฎหมายได้ตามที่กล่าวไปข้างต้น หักลบออกจากภาระหน้าที่หรือความรับผิดชอบที่ได้รับผิดไปก่อน และรวมกับมูลค่าของขวัญสกปรก (Tainted Gift) ที่ได้รับ⁹⁵ แต่ไม่รวมถึงทรัพย์สินที่เคยถูกริบมาครั้งหนึ่งแล้ว⁹⁶

3.3) การริบทรัพย์สินในกรณีที่ศาลพิจารณาว่าจำเลยมิใช่บุคคลผู้มีวิถีชีวิตแบบอาชญากร และจำเลยได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดอาญาครั้งใดครั้งหนึ่งอย่างเฉพาะเจาะจง (Particular Criminal Conduct) กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจริบเฉพาะทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามข้อหาที่ถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิดเท่านั้น จำนวนเงินที่กำหนดไว้ในคำสั่งมาตรการริบทรัพย์สินนี้จึงเป็นผลรวมของมูลค่าของทรัพย์สินที่ได้รับมาจากการกระทำความผิดตามข้อหาที่ถูกพิพากษาเท่านั้น⁹⁷

1) จำเลยถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งหรือหลายฐานตามตารางที่ 2 ท้ายกฎหมาย POCA (มาตรา 75(2)(a)) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นความผิดเกี่ยวกับการค้าขายเสพติด ความผิดต่อบุคคล หรืออื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนด

2) จำเลยถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดหลายฐานรวมกันเป็นชุดของการดำเนินกิจกรรมอันเป็นความผิดอาญา (มาตรา 75(2)(b)) ในส่วนนี้ “ชุดของการดำเนินกิจกรรมอันเป็นความผิดอาญา” (A Course of Criminal Activity) หมายถึง จำเลยถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิดตั้งแต่ 3 ฐานขึ้นไปและจำเลยได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดแต่ละฐานเหล่านั้นเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 5,000 ปอนด์สเตอร์ลิง หรือถูกศาลพิพากษาว่าได้กระทำความผิดอย่างน้อยจำนวน 2 ฐานภายในช่วงระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และจำเลยได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดดังกล่าวจำนวนไม่น้อยกว่า 5,000 ปอนด์สเตอร์ลิง (มาตรา 75(3)) หรือ

3) จำเลยถูกพิพากษาว่าได้กระทำความผิดฐานใดๆ ภายในช่วงระยะเวลาอย่างน้อย 6 เดือน และจำเลยได้รับประโยชน์จำนวนไม่น้อยกว่า 5,000 ปอนด์สเตอร์ลิงจากการกระทำความผิดดังกล่าวและ/หรือความผิดอื่นที่ศาลนำมาพิจารณาในโอกาสเดียวกัน (มาตรา 75(2)(c))

ตามเงื่อนไขนี้ การกระทำความผิดตามกฎหมาย UKBA มาตรา 6 มิใช่ความผิดตามที่กำหนดไว้ในขอบเขตของกรณี (1) แต่อาจเป็นบุคคลผู้มีวิถีชีวิตแบบอาชญากรได้ตามกรณีข้อ (2) หรือ (3) แล้วแต่กรณี

* กฎหมายมีแนวคิดว่า บุคคลผู้มีวิถีชีวิตแบบอาชญากรดำรงชีพอยู่โดยการประกอบอาชญากรรมตามปกติ กฎหมายจึงสันนิษฐานไว้ก่อนว่าทรัพย์สินที่จำเลยมีอยู่เป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดทั้งหมด เว้นแต่จำเลยจะสามารถอธิบายหรือชี้แจงที่มาอันชอบด้วยกฎหมายของทรัพย์สินแต่ละอย่างได้ อ้างอิงจาก "Explanatory Notes - the Proceeds of Crime Act 2002 (C.29) Royal Assent on 24 July 2002." Article 23

⁹⁵ Ibid. Article 24

⁹⁶ POCA, Section 8 Defendant's Benefit บัญญัติว่า

"... (5) If the conduct concerned is general criminal conduct the court must deduct the aggregate of the following amounts — (a) the amount ordered to be paid under each confiscation order previously made against the defendant; (b) the amount ordered to be paid under each confiscation order previously made against him under any of the provisions listed in subsection (7). ..."

⁹⁷ "Explanatory Notes - the Proceeds of Crime Act 2002 (C.29) Royal Assent on 24 July 2002.", Article 24

5.2.2 ข้อวิจารณ์และตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมาย UKBA

UKBA เป็นกฎหมายสินบนที่มีเนื้อหาทันสมัย มีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนฐานต่างๆ บัญญัติไว้อย่างหลากหลาย รวมถึงมีบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศสอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดดังกล่าวตามอนุสัญญาของ OECD อย่างชัดเจน โดยมุ่งบังคับใช้แก่การกระทำความผิดในต่างประเทศเช่นเดียวกับกฎหมาย FCPA ของสหรัฐอเมริกา แต่น่าสนใจว่า หากพิจารณาขอบเขตเนื้อหาของกฎหมาย UKBA อย่างถี่ถ้วนแล้ว กฎหมาย UKBA กลับมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างขวางยิ่งกว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกาเสียอีก⁹⁸ ยกตัวอย่างข้อวิจารณ์และแนวทางการบังคับใช้กฎหมาย UKBA ในประเด็นที่น่าสนใจดังนี้

ในด้านเนื้อหา นักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่า กฎหมาย UKBA เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาบัญญัติขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแก่การกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศที่กระทำลงในต่างประเทศอย่างกว้างขวางมาก⁹⁹ เห็นได้จากการที่แม้กฎหมาย UKBA จะกำหนดให้ศาลอังกฤษจะมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดในต่างประเทศเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็น “บุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสหราชอาณาจักร” (Closely Connected Person) เท่านั้น (มาตรา 12(4)) แต่หากพิจารณาขอบเขตของการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสหราชอาณาจักรแล้วกลับมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างขวางมาก ครอบคลุมไปถึงบุคคลที่อาจมิได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสหราชอาณาจักรในความเป็นจริงด้วย¹⁰⁰ เช่น บุคคลสัญชาติอังกฤษที่ถูกเนรเทศออกนอกสหราชอาณาจักรในระยะยาวและไม่สามารถเดินทางกลับเข้าไปยังประเทศของตนได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย จึงต้องใช้ชีวิตและทำงานอยู่ในต่างประเทศ หรือบุคคลหลายสัญชาติซึ่งหนึ่งในนั้นคือสัญชาติบริติช ฯลฯ¹⁰¹ บุคคลเหล่านี้ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมาย UKBA ด้วยแม้ว่าจะมิได้ทำงานให้แก่บริษัทของสหราชอาณาจักร ไม่เคยเดินทางเข้าไปยังสหราชอาณาจักร หรือกระทั่งไม่รู้ว่าการจ่ายสินบนหรือการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกซึ่งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติธรรมดาในท้องถิ่นต่างประเทศที่ตนอาศัยอยู่จะทำให้ตนมีความรับผิดตามกฎหมาย UKBA¹⁰²

ประการต่อมา เนื้อหาของความผิดตามกฎหมาย UKBA มาตรา 6 บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดความผิดอาญาสำหรับการให้สินบนแก่บุคคลหนึ่งโดยมุ่งหวังที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการกระทำของบุคคลนั้นหรือของอีกบุคคลหนึ่ง¹⁰³ องค์ประกอบสำคัญที่ก่อให้เกิดความรับผิดอาญาในข้อหานี้มิใช่การกระทำอันเป็นการให้ของขวัญ แต่เป็น “เจตนา” ของผู้ให้ของขวัญที่แอบแฝงอยู่ในการกระทำ

⁹⁸ George Rosenberg, "New UK Bribery Act 2010 - Draconian in Theory but Is It Enforceable in Practice?," *Construction Law International* 5, 3 (August, 2010): 20.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1 (ก)(1)(1.1)

¹⁰¹ Rosenberg, G., "New UK Bribery Act 2010 - Draconian in Theory but Is It Enforceable in Practice?," *Construction Law International* 5, 3 (August, 2010): 22.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid, p. 21.

นั้น¹⁰⁴ การให้ของขวัญแก่บุคคลในโอกาสต่างๆ จึงอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมาย UKBA ได้ トラบเท่าที่ผู้ให้ของขวัญดังกล่าวมีเจตนากระทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนดครบถ้วน¹⁰⁵ เช่น การให้เงินบริจาคแก่พรรคการเมืองต้นสังกัดของรัฐมนตรีคนหนึ่งอาจจะพิจารณาว่าเป็นการให้สินบนตามกฎหมาย UKBA ได้ หากโจทก์สามารถนำสืบพิสูจน์เจตนาจงใจเจ้าพนักงานในการให้เงินบริจาค่นั้นได้ เป็นต้น¹⁰⁶

เนื่องจากกฎหมาย UKBA มาตรา 6(3)(b) วางหลักไว้ว่า การให้สินบนเพื่อจงใจเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศจะเป็นความผิดตามกฎหมายนี้ก็ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้อยู่แก่เจ้าพนักงานดังกล่าวอนุญาต หรือกำหนดให้มีการจงใจการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานดังกล่าวโดยการเสนอ การให้ หรือการสัญญาว่าจะให้ของขวัญได้¹⁰⁷ ฉะนั้น แม้กฎหมาย UKBA มิได้บัญญัติถึงประเด็นการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกไว้ แต่ผู้ประกอบธุรกิจอังกฤษก็ต้องระมัดระวังการจ่ายเงินหรือให้ของขวัญแก่เจ้าพนักงานที่ไม่ได้รับอนุญาตโดยกฎหมายของประเทศที่ตนเข้าไปประกอบธุรกิจอยู่เสมอ¹⁰⁸ โดยเฉพาะหากประเทศดังกล่าวใช้ระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งจำเป็นต้องแบ่งแยกให้ชัดเจนว่ากฎหมายใดบ้างที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือแม้บางกรณีมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้อย่างหนึ่งแล้ว ยังอาจมีหลักกฎหมายจากบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลบังคับใช้อยู่ด้วย เป็นต้น¹⁰⁹ ในที่สุด เมื่อการพิสูจน์ความผิดของจำเลยจำเป็นต้องพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายของต่างประเทศด้วย ศาลจึงต้องพิจารณาถึงกฎหมายของทั้งประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจกับประเทศผู้นำเข้าการประกอบธุรกิจฝ่ายเจ้าพนักงานในคดี ซึ่งมักก่อให้เกิดความสับสนอยู่เสมอ¹¹⁰

เมื่อพิจารณาในด้านการบังคับใช้กฎหมาย แม้กฎหมาย UKBA จะเพิ่มมีผลบังคับใช้ในระยะเวลาไม่นานมานี้จึงทำให้ไม่มีตัวอย่างคดีเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย UKBA ที่น่าพิจารณาอย่างชัดเจน แต่มีตัวอย่างการบังคับกฎหมายแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศตามกฎหมายต่อต้านการทุจริตฉบับเดิม* ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมายต่อต้านการก่อการร้าย อาชญากรรม และความมั่นคง ค.ศ. 2001 (Anti-terrorism, Crime, and Security Act 2001) เพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญาของ OECD เป็นครั้งแรก ได้แก่ กรณีศึกษาเกี่ยวกับการสอบสวนข้อเท็จจริงคดีทุจริตสัญญาค้าอาวุธอัล-ยามามาห์ (Al-Yamamah Arm Deal)** ในช่วงปี พ.ศ. 2547-2549 (ค.ศ. 2004-2006)

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ UKBA, มาตรา 6(3)(b)

¹⁰⁸ Rosenberg, G., "New UK Bribery Act 2010 - Draconian in Theory but Is It Enforceable in Practice?", *Construction Law International* 5, 3 (August, 2010): 21-24.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

* ได้แก่ พระราชบัญญัติการกระทำทุจริตขององค์กรของรัฐ ปี ค.ศ. พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริต ปี ค.ศ. 1906 และปี ค.ศ. 1916

** สัญญาค้าอาวุธอัล-ยามามาห์ (Al-Yamamah Arm Deal) เป็นชื่อเรียกรวมการค้าอาวุธระหว่างสหราชอาณาจักรกับประเทศซาอุดีอาระเบียที่เกิดขึ้นตั้งแต่ช่วงประมาณปี ค.ศ. 1980 (พ.ศ. 2523) และถูกกล่าวหาว่าเป็นการค้าอาวุธครั้งใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับการให้สินบนแก่บุคคลในราชวงศ์และเจ้าพนักงานระดับสูงของประเทศซาอุดีอาระเบีย สรุปข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการสอบสวนการทุจริตสัญญาค้าอาวุธอัล-ยามามาห์ ได้ดังนี้

แสดงให้เห็นว่า ปัจจัยเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติและระหว่างประเทศมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศของสหราชอาณาจักรอย่างชัดเจน ภายหลังจากที่ถูกข่มขู่ว่าจะมีภัยอันตรายเกิดขึ้นต่อวิถีชีวิตและความเป็นอยู่ของพลเมืองอังกฤษที่อาศัยอยู่ในสหราชอาณาจักร หากไม่ยุติการสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการค้าอาวุธระหว่างบริษัทบีเออี ซิสเต็ม (BAE System) กับรัฐบาลของประเทศซาอุดีอาระเบีย แต่ไม่ว่าการสอบสวนข้อเท็จจริงดังกล่าวจะยุติลงเพื่อประโยชน์ด้านความมั่นคงตามที่อ้างถึงจริงหรือโดยเหตุที่สหราชอาณาจักรกลัวที่จะต้องสูญเสียผลประโยชน์จากการค้าอาวุธก็ตาม¹¹¹ การยุติการสอบสวนดังกล่าวเป็นการส่งสัญญาณให้แก่นานาชาติและบรรดาบุคคลในขอบเขตบังคับใช้กฎหมาย UKBA ทราบว่า สหราชอาณาจักรยังไม่พร้อมที่จะบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการทุจริตอย่างจริงจัง ซึ่งอาจส่งเสียงที่จะต้องสูญเสียผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจสูง¹¹² เป็นเหตุให้สหราชอาณาจักรถูกลดความเชื่อถือลงในสายตาของนานาชาติโดยเฉพาะอย่างยิ่ง OECD ว่าการที่สหราชอาณาจักรมิได้มุ่งมั่นบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศอย่างจริงจังนี้ละเมิดต่อพันธกรณีอนุสัญญาของ OECD

ในช่วงประมาณเดือนตุลาคม พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) สถานีโทรทัศน์บีบีซี (BBC) ได้นำเสนอข้อเท็จจริงและเผยแพร่ข้อมูลเชิงลึกเกี่ยวกับการจ่ายเงินผิดกฎหมายเกี่ยวกับการค้าอาวุธอัล-ยามามาห์ โดยสัมภาษณ์บุคคลภายในที่เคยเกี่ยวข้องในการกระทำทุจริตในอดีตได้ข้อมูลว่า บริษัทบีเออี ซิสเต็ม (BAE System) จ่ายสินบนให้แก่เจ้าชายเตอกี บิน นาสเซอร์ (Prince Turki bin Nasser) โดยผ่านบริษัทบังหน่าชื่อ บริษัทโรเบิร์ต ลี อินเทอร์เน็ต เนชั่นแนล จำกัด (Robert Lee International Ltd.) และต่อมาในเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2550 (ค.ศ. 2007) รายการโทรทัศน์เกี่ยวกับการสืบสวนค้นหาความจริงของสถานีโทรทัศน์บีบีซีนำเสนอข้อเท็จจริงอีกครั้งว่า บริษัทบีเออี ซิสเต็มจ่ายเงินหลายร้อยล้านปอนด์ให้แก่เจ้าชายบันดาร์ บิน สุลต่าน (Prince Bandar bin Sultan) อดีตทูตของประเทศซาอุดีอาระเบียประจำสหรัฐอเมริกา บริษัทบีเออี ซิสเต็มยังคงปฏิเสธไม่แถลงรายละเอียดเกี่ยวกับการจ่ายเงินที่นาส่งสัยนั้นในภูมิภาคตะวันออกกลาง สำนักงานสืบสวนคดีทุจริตร้ายแรง (Serious Fraud Office: SFO) จึงเริ่มสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการให้สินบนในการทำสัญญาค้าอาวุธดังกล่าวตามบทบัญญัติส่วนที่ 12 แห่งพระราชบัญญัติต่อต้านการก่อการร้าย อาชญากรรมและความมั่นคง ค.ศ. 2001 (พ.ศ. 2544) (Part 12, The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001) ในช่วงปลายปี พ.ศ. 2548 (ค.ศ. 2005)

ในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2549 (ค.ศ. 2006) บริษัทบีเออี ซิสเต็มได้เริ่มเจรจาทำสัญญาขายเครื่องบินรบยุโรปไฟเตอร์ไทฟูน (Eurofighter Typhoon) มูลค่าหลายล้านปอนด์กับประเทศซาอุดีอาระเบียอีกครั้งโดยยังไม่ทราบผลการเจรจาซื้อขาย ต่อมาวันที่ 1 ธันวาคมของปีเดียวกัน หนังสือพิมพ์ไฟแนนเชียล ไทม์ นำเสนอข่าวว่า รัฐบาลซาอุดีอาระเบียยื่นเงื่อนไขให้ SFO ยุติการสอบสวนข้อเท็จจริงคดีสัญญาค้าอาวุธอัล-ยามามาห์ภายใน 10 วัน มิเช่นนั้นรัฐบาลซาอุดีอาระเบียจะหันไปเจรจาค้าอาวุธกับประเทศฝรั่งเศสแทน ส่วนนายโรเบิร์ต แวนดิล (Robert Wandle) ผู้อำนวยการของ SFO ในขณะนั้นได้รับคำเตือนจากเจ้าพนักงานทูตของประเทศซาอุดีอาระเบียโดยตรงว่า หาก SFO ไม่ยุติการสอบสวน รัฐบาลซาอุดีอาระเบียจะยุติความร่วมมือการต่อต้านการก่อการร้ายระหว่างประเทศอันแสดงนัยยะอย่างชัดเจนว่า วิถีชีวิตของพลเมืองที่อาศัยอยู่ในสหราชอาณาจักรจะต้องเสี่ยงต่อภัยก่อการร้ายจากต่างชาติอย่างแน่นอน ผู้อำนวยการของ SFO จึงมีหนังสือไปยังอัยการสูงสุดเพื่อขอยุติการสอบสวนคดีการทุจริตสัญญาค้าอาวุธอัล-ยามามาห์ เพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงและความเสียหายต่อความมั่นคงของชาติและความมั่นคงระหว่างประเทศของสหราชอาณาจักร และจะก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อวิถีชีวิตความเป็นอยู่ของพลเมืองสหราชอาณาจักร รวมถึงบุคลากรของรัฐ ซึ่งต่อมาอัยการสูงสุดได้แถลงถึงการตัดสินใจดังกล่าวในรัฐสภาว่า ผู้อำนวยการของ SFO ได้ตัดสินใจยุติการสอบสวนโดยคำนึงถึงความปลอดภัยและความมั่นคงภายในประเทศและระหว่างประเทศของชาติ ซึ่งจำเป็นต้องรักษาสัมดุลระหว่างการดำรงไว้ซึ่งกฎหมายแห่งกฎหมาย (Rule of Law) และประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่กว้างขวางกว่า มิใช่ประโยชน์ทางการพาณิชย์หรือทางเศรษฐกิจของชาติแต่อย่างใด อีกทั้งยังได้ให้สัมภาษณ์เพิ่มเติมในหนังสือพิมพ์ว่า อุปสรรคในการสืบสวนสอบสวนและการดำเนินคดีดังกล่าวที่แท้จริงเกิดขึ้นจากการที่ผู้มีอำนาจระดับสูงในต่างประเทศซึ่งไม่อาจละเลยได้ ซึ่งน่าจะสื่อถึงบุคคลในราชวงศ์ของประเทศซาอุดีอาระเบีย อ้างอิงจาก Peter Alldridge, "The U.K. Bribery Act: 'The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA', " : 1192-1199," *Ohio State Law Journal* 73(2012): 1192-1199.

¹¹¹ Rosenberg, G., "New UK Bribery Act 2010 - Draconian in Theory but Is It Enforceable in Practice?", *Construction Law International* 5, 3 (August, 2010): 21.

¹¹² Sope Williams, "Current Developments: III. The BAE/Saudi Al-Yamamah Contracts: Implications in Law and Public Procurement," *International and Comparative Law Quarterly* 57(2008): 200-2909.

มาตรา 5 หรือไม่¹¹³ ในขณะที่อนุสัญญาของ OECD เองก็ต้องกลับมาทบทวนขอบเขตของมาตราดังกล่าวว่าครอบคลุมประเด็นเรื่องความมั่นคงของชาติหรือไม่ด้วยเช่นกัน¹¹⁴ ทั้งนี้ นักวิชาการบางส่วนเห็นว่าสหราชอาณาจักรถูกกดดันให้ยุติการสอบสวนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพราะเกี่ยวข้องกับบุคคลผู้มีอำนาจทางการเมืองสูงมากของต่างประเทศ ฉะนั้น หากข้อเท็จจริงที่ถูกสอบสวนเกี่ยวข้องกับบุคคลหรือสถาบันที่มีอำนาจหรือความสำคัญทางการเมืองน้อยกว่านี้ สหราชอาณาจักรย่อมดำเนินการบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศอย่างเต็มที่ยิ่งกว่านี้¹¹⁵

ข้อวิจารณ์และแนวทางตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมาย UKBA แสดงให้เห็นว่า กฎหมาย UKBA ยังมีข้อตำหนิหรือข้อวิจารณ์เกี่ยวกับเนื้อหาและขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายอยู่หลายประการ ซึ่งสามารถใช้เป็นข้อพิจารณาในการบัญญัติความผิดฐานเดียวกันไว้ในระบบกฎหมายไทยได้เป็นอย่างดี กล่าวคือ ประเทศไทยควรระมัดระวังในการบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรมิให้มีขอบเขตกว้างขวางเกินไปจนอาจทำให้กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้แก่การกระทำความผิดที่แทบจะไม่มีเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับประเทศไทยเลย รวมถึงข้อระมัดระวังเกี่ยวกับการบัญญัติเนื้อหากฎหมายต่างๆ เช่น ความสำคัญขององค์ประกอบความผิดส่วนเจตนา หรือข้อต่อผู้กระทำความผิดให้สินบนที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศกำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานได้ เป็นต้น นอกจากนี้ ตัวอย่างเหตุการณ์การสอบสวนข้อเท็จจริงคดีทุจริตสัญญาค้าอาวุธอัล-ยามามาห์ก็แสดงให้เห็นว่า การบังคับใช้กฎหมายแก่การกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศบางกรณีอาจเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของชาติและมีการแทรกแซงโดยอิทธิพลทางการเมืองระหว่างประเทศได้ การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศนี้ต้องคำนึงถึงสภาพของการกระทำความผิดและตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายประกอบการพิจารณาด้วย เพื่อนำไปสู่การบัญญัติและบังคับใช้กฎหมายอย่างรอบคอบ จริงจัง มิให้ประเทศไทยถูกลดความเชื่อถือเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในสายตาของนานาชาติต่อไป

จากการพิจารณาเนื้อหาและการบังคับใช้กฎหมาย UKBA ในหัวข้อที่ 5.2 เห็นได้ว่า แม้กฎหมาย UKBA มีบทบัญญัติที่มีเนื้อหาแบบสมัยใหม่ ที่กำหนดความผิดสำหรับการเสนอ ให้ หรือสัญญาว่าจะให้สินบนเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศในขอบเขตอย่างกว้างขวาง เพื่อให้ได้รับ หรือรักษา สงวน หรือผูกขาดการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามแนวทางของอนุสัญญาของ OECD อย่างชัดเจน แต่กฎหมาย UKBA ก็ยังได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับขอบเขตและความชัดเจนด้านเนื้อหา โดยเฉพาะประเด็นขอบเขตของเขตอำนาจลงโทษของศาลที่กว้างขวางมากเกินไป ความสำคัญขององค์ประกอบความผิดส่วนเจตนา ความชัดเจนขององค์ประกอบความผิดส่วนเจ้าพนักงานรัฐผู้ถูกจูงใจกับข้อต่อผู้ตามกฎหมายสำหรับกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศกำหนดหรืออนุญาตให้มีการให้สินบนจูงใจเจ้า

¹¹³ Rosenberg, G., "New UK Bribery Act 2010 - Draconian in Theory but Is It Enforceable in Practice?", *Construction Law International* 5, 3 (August, 2010): 21.

¹¹⁴ Williams, S., "Current Developments: III. The BAE/Saudi Al-Yamamah Contracts: Implications in Law and Public Procurement", *International and Comparative Law Quarterly* 57(2008).

¹¹⁵ Rosenberg, G., "New UK Bribery Act 2010 - Draconian in Theory but Is It Enforceable in Practice?", *Construction Law International* 5, 3 (August, 2010): 20-21.

พนักงานรัฐได้ เป็นต้น ตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ เนื่องจากในอดีต สหราชอาณาจักรได้แสดงให้เห็นว่าชาติเห็นว่าคุณค่าสำคัญแก่ประโยชน์ด้านความมั่นคงของชาติ ยิ่งกว่าการปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีอยู่ต่ออนุสัญญาของ OECD จนเป็นเหตุให้ในช่วงเวลานั้น สหราชอาณาจักรถูกลดความเชื่อถือลง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความจริงจังในการบังคับใช้กฎหมายแก่ การให้สินบนข้ามชาติที่เป็นปัญหาอยู่ในปัจจุบัน

5.3 ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เพียงประเทศเดียวที่ได้รับการยอมรับจากนานาชาติอย่างแพร่หลายว่ามีการกระทำทุจริตในระดับต่ำมากเมื่อเทียบกับประเทศอื่นๆ ทั่วโลก¹¹⁶ เห็นได้จากผลการสำรวจเก็บข้อมูลและการจัดอันดับประเทศเกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชัน ทั้งในระดับภูมิภาคและระดับโลก ที่แสดงให้เห็นอย่างต่อเนื่องว่า ประเทศสิงคโปร์สามารถจัดการ ปัญหาการทุจริตที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันเป็นผลมาจากเจตจำนงทางการเมืองในการ ต่อต้านการทุจริตที่หนักแน่น การมีกฎหมายต่อต้านการทุจริต ตลอดจนการมีหน่วยงานบังคับใช้ กฎหมายที่มีประสิทธิภาพสูง*

ประเทศสิงคโปร์มีกฎหมายกำหนดความผิดและโทษทางอาญาสำหรับการกระทำทุจริตบังคับ ใช้อยู่หลายฉบับ** แต่การบังคับใช้กฎหมายอาญาแก่การให้สินบนในต่างประเทศอยู่ในขอบเขตของ กฎหมายต่อต้านการกระทำทุจริตชื่อว่า “Prevention of Corruption Act 1960” หรือ “กฎหมาย PCA” ซึ่งตราขึ้นเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2503 (ค.ศ. 1960) ในปัจจุบันกฎหมาย PCA เป็น เครื่องมือสำคัญในการดำเนินมาตรการป้องกันและปราบปรามการทุจริตให้มีประสิทธิภาพ*** เพราะ

¹¹⁶ Corrupt Practices Investigation Bureau, "International: International and Regional Corruption-related Surveys & Rankings," [Online] Accessed: 8 September 2013. Available from: http://app.cpib.gov.sg/cpib_new/user/default.aspx?pgID=146

* ตัวอย่างการสำรวจและการจัดอันดับเกี่ยวกับการทุจริตในระดับนานาชาติต่างๆ เช่น การสำรวจและจัดอันดับดัชนี ภาพลักษณ์คอร์รัปชันขององค์กรเพื่อความโปร่งใสนานาชาติ (Transparent International) ซึ่งมีฐานอยู่ ณ กรุงเบอร์ลิน กับ การสำรวจ เอเชียอินเทลลิเจนซ์ (Asian Intelligence Newsletter) ของบริษัทที่ปรึกษาความเสี่ยงการเมืองและเศรษฐกิจ (Political & Economic Risk Consultancy หรือ PERC) ของฮ่องกง เป็นต้น ส่วนการสำรวจข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำทุจริตอาจกระทำโดยพิจารณาปัจจัยด้าน การใช้หลักการบริหารจัดการที่ดีและความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ เช่น การสำรวจในรายงานเกี่ยวกับการบริหารจัดการ (Governance Matters) ซึ่งตีพิมพ์โดยธนาคารโลก (World Bank Institute) ซึ่งมีฐานที่ตั้งอยู่ ณ กรุงนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา รายงานการสำรวจความสามารถในการแข่งขันทางการค้าโลก (Global Competitiveness Report) ซึ่งตีพิมพ์โดยการประชุมเวทีเศรษฐกิจโลก (World Economic Forum) และรายงานประจำปีเกี่ยวกับความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจโลก (World Competitiveness Yearbook) ตีพิมพ์โดยสถาบันการจัดการนานาชาติ (International Institute for Management Development) ณ ประเทศ สวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น อ้างอิงจาก ibid.

** เช่น (1) ประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code) ซึ่งกำหนดความผิดเกี่ยวกับการรับสินบนซึ่งมุ่งใช้บังคับแก่เจ้าพนักงานของ รัฐบาลสิงคโปร์ (Public Servant) เท่านั้น (2) พระราชบัญญัติศุลกากร (Custom Act) ซึ่งกำหนดความผิดเกี่ยวกับการให้หรือรับสินบนที่ เกี่ยวกับเจ้าพนักงานศุลกากรไว้โดยเฉพาะ และ (3) กฎหมายป้องกันการทุจริต (Prevention of Corruption Act) เป็นต้น อ้างอิงจาก จาก ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific, p. 454.

*** ในช่วงเวลาที่สิงคโปร์เป็นดินแดนอาณานิคมของประเทศอังกฤษ สิงคโปร์เป็นดินแดนที่มีการทุจริตสูงมากถึงขนาดที่อาจ กล่าวได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งในวิถีชีวิต เจ้าพนักงานผู้รับสินบนได้รับผลตอบแทนจากการกระทำทุจริตสูง แต่มีความเสี่ยงที่จะถูกจับกุม

บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการกระทำทุจริตไว้อย่างกว้างขวางครอบคลุมทั้งการให้หรือรับสินบนโดยไม่แบ่งแยกว่าเป็นการให้สินบนในภาครัฐหรือภาคเอกชน กฎหมายฉบับนี้จึงอาจบังคับใช้แก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้ด้วย¹¹⁷ พิจารณาประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดและบทลงโทษทางอาญาในหัวข้อที่ 5.3.1 และพิจารณาข้อวิจารณ์และตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายที่น่าสนใจในหัวข้อที่ 5.3.2

5.3.1 ความผิดอาญาที่อาจใช้บังคับแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามกฎหมาย PCA

PCA เป็นกฎหมายต่อต้านการทุจริตฉบับสำคัญของประเทศสิงคโปร์ที่ถูกตราขึ้นและบังคับใช้มาอย่างยาวนาน มีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาหลายครั้งเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของกฎหมาย (แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดปี พ.ศ. 2555) ในบรรดาความผิดเกี่ยวกับสินบนหลายฐานในกฎหมาย PCA* เมื่อเกิดกรณีการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอยู่ในขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมาย PCA มาตรา 6(b) ซึ่งกำหนดความผิดสำหรับการเสนอ ให้ และสัญญาว่าจะให้สินบนแก่ตัวแทน (Agent) เพื่อชักจูงให้ตัวแทนกระทำหรือไม่กระทำการใดหรือเพื่อตอบแทนสำหรับการกระทำอย่างใด ๆ ของตัวแทนที่เกี่ยวกับกิจการหรือธุรกิจของตัวการโดยปรับใช้ว่า “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” ถือเป็นตัวแทนของหน่วยงานรัฐต้นสังกัดของเจ้าพนักงานนั้นได้ด้วย** แม้ประเทศสิงคโปร์จะไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติไว้โดยตรงก็ตาม¹¹⁸

ดำเนินคดีตามกฎหมายต่ำ หรือหากเจ้าพนักงานดังกล่าวจะถูกจับกุมดำเนินคดีตามกฎหมายแล้วแต่ก็ไม่ได้รับโทษรุนแรง อย่างไรก็ตาม ประเทศสิงคโปร์ได้รับเอกราชจากประเทศอังกฤษแล้ว รัฐบาลสิงคโปร์โดยการนำของนายลี กวน ยิว นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น ได้ให้ความสำคัญแก่การแก้ปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันอย่างมาก โดยกำหนดเสาหลัก 4 ประการเพื่อการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชัน หรือที่เรียกว่า “4As” ประกอบไปด้วย (1) กฎหมายต่อต้านการทุจริตคอร์รัปชันที่มีประสิทธิภาพ (Effective Anti-Corruption Acts) (2) องค์กรต่อต้านการทุจริตคอร์รัปชันที่มีประสิทธิภาพ (Effective Anti-Corruption Agency) (3) การใช้บังคับกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ (Effective Adjudication) และ (4) การบริหารจัดการของรัฐบาลที่มีประสิทธิภาพ (Efficient Government Administration) จึงนำไปสู่การบัญญัติกฎหมายต่อต้านการทุจริตใหม่ที่สามารถตัดโอกาสและแรงจูงใจในการกระทำทุจริต กำหนดให้มีการบังคับใช้มาตรการกฎหมายต่างๆ รวมถึงกำหนดบทลงโทษทางอาญาที่รุนแรงและมีประสิทธิภาพ ซึ่งได้แก่ กฎหมายต่อต้านการทุจริตชื่อว่า “Prevention of Corruption Act 1960” ในปี ค.ศ. 1960 (พ.ศ. 2503) ฉบับนี้ อ้างอิงจาก Jon S.T. Quah, "Combating Corruption in Singapore: What Can Be Learned?," *Journal of Contingencies and Crisis Management* 9, 1 (March 2001): 29-35.

¹¹⁷ Wilson Ang, "Anti-corruption Regulation in Singapore," [Online] Updated: April 2013. Available from: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/77687/anti-corruption-regulation-in-singapore>

* เช่น บทลงโทษสำหรับการกระทำทุจริต (มาตรา 5) (Punishment for Corruption) บทลงโทษสำหรับการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ทุจริตกับตัวแทน (มาตรา 6) (Punishment for Corrupt Transactions with Agents) ความผิดเกี่ยวกับการถอนการประกวดราคาโดยทุจริต (มาตรา 10) (Corruptly Procuring Withdrawal of Tenders) ความผิดฐานให้สินบนแก่สมาชิกแห่งรัฐสภา (มาตรา 11) (Bribery of Member of Parliament) และความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่องค์กรสาธารณะ (มาตรา 12) (Bribery of Member of Public Body) เป็นต้น

** ความผิดเกี่ยวกับการกระทำทุจริตของตัวแทนตามกฎหมาย PCA มาตรา 6 อาจจำแนกเป็นความผิดได้ 3 ฐาน ได้แก่ (1) กรณีมาตรา 6(a) ตัวแทนโดยยอมรับหรือเอา หรือตกลงจะรับ หรือพยายามเอาสินบนจากบุคคลอื่นใดเพื่อจูงใจหรือตอบแทนแก่การกระทำหรือไม่กระทำของตนเกี่ยวกับกิจการของตัวการ (2) กรณีมาตรา 6(b) ดังที่พิจารณาไปข้างต้น และ (3) กรณีมาตรา 6(c) ความผิดเกี่ยวกับ

พิจารณาเนื้อหาของบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่ตัวแทนเพื่อจูงใจให้ตัวแทนนั้นกระทำการทุจริตต่อตัวการตามกฎหมาย PCA มาตรา 6(b) ในประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดและโทษทางอาญาดังนี้

5.3.1.1 บทบัญญัติความผิด

(ก) องค์ประกอบภายนอก

1) ผู้กระทำความผิด

กฎหมาย PCA มาตรา 6(b)¹¹⁹ กำหนดให้ประธานในการกระทำความผิด ได้แก่ “บุคคลใดๆ” (Any Person) ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการตีความกฎหมาย (The Interpretation Act) กำหนดให้ “บุคคล” (Person) ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายใดๆ หมายความรวมถึง บริษัทหรือตัวตนทางกฎหมายด้วย ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนตามกฎหมายหรือไม่¹²⁰ อีกทั้งศาลแห่งประเทศสิงคโปร์เองก็ยังคงเคยพิพากษาวางหลักว่า นิติบุคคลอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดโดยลูกจ้างหรือตัวแทนได้¹²¹ ภายใต้เงื่อนไขว่าบุคคลซึ่งกระทำความผิดนั้นเป็นศูนย์รวมอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคล และการกระทำของบุคคลดังกล่าวอยู่ภายในขอบเขตของอำนาจหน้าที่ของบุคคลดังกล่าว¹²²

ภายใต้เขตอำนาจพิจารณาคดีตามหลักดินแดน ศาลแห่งประเทศสิงคโปร์มีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดตามกฎหมาย PCA มาตรา 6(b) เสมอ ไม่ว่าผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล แต่กรณีการกระทำความผิดในต่างประเทศ กฎหมาย PCA มาตรา 37 กำหนดเพียงให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดโดยพลเมืองของประเทศสิงคโปร์ (Citizens of Singapore) ซึ่งเป็นได้แต่เฉพาะ “บุคคลธรรมดา” เท่านั้น ไม่รวมถึงนิติบุคคล¹²³ โดยถือเสมือนว่า

การให้หรือการใช้ใบเสร็จรับเงิน บัญชีหรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของตัวการ และซึ่งมีบันทึกรายการทางการเงินปลอม ไม่ถูกต้องหรือบกพร่องในส่วนใดๆ เพื่อหลอกลวงตัวการ

¹¹⁸ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, p. 458.

¹¹⁹ PCA มาตรา 6(b) Punishment for Corrupt Transactions with Agents บัญญัติว่า

“If — ... (b) any person corruptly gives or agrees to give or offers any gratification to any agent as an inducement or reward for doing or forbearing to do, or for having done or forborne to do any act in relation to his principal’s affairs or business, or for showing or forbearing to show favour or disfavour to any person in relation to his principal’s affairs or business; or (c) ...”

¹²⁰ Interpretation Act 1965 (Chapter 1)(Revised 2002), Section 2 Interpretation of Certain Words and Expressions บัญญัติว่า

“... “person” and “party” include any company or association or body of persons, corporate or unincorporate; ...”

¹²¹ *Tom Reck Security Services Pte Ltd v. PP* [2001] 2 SLR 70. อ้างถึงใน Ang, W., “Anti-corruption Regulation in Singapore.”

¹²² Ibid.

¹²³ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*, p. 460.

การกระทำความผิดนอกดินแดนเป็นการกระทำความผิดในดินแดน¹²⁴ อีกทั้งยังไม่ชัดเจนว่าบทบัญญัติดังกล่าวอาจใช้บังคับแก่บุคคลที่มีที่อยู่อาศัยในประเทศสิงคโปร์แต่กระทำความผิดในต่างประเทศได้ด้วยหรือไม่¹²⁵ ทั้งนี้ บุคคลธรรมดาที่เป็นกรรมการบริษัท (Director) หรือพนักงาน (Officer) ย่อมไม่มีความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) หากบุคคลนั้นมีได้ต้องรับโดยส่วนตัวหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดโดยตรง¹²⁶

2) การกระทำความผิดอันเป็นการให้สินบน

2.1) ลักษณะของการกระทำ

กฎหมาย PCA มาตรา 6(b) บัญญัติให้การกระทำความผิดของฝ่ายผู้ให้สินบนครอบคลุมการกระทำไว้เพียง 3 ลักษณะ ได้แก่

- (1) การ “ให้” (Give)
- (2) การ “ตกลงว่าจะให้” (Agree to Give) และ
- (3) การ “เสนอ” (Offer)

แต่เมื่อพิจารณานิยามของ “ความพึงพอใจ” (Gratification) ตามมาตรา 2 (e) จะเห็นได้ว่า การกระทำของฝ่ายให้สินบนดังกล่าวครอบคลุมถึงการ “สัญญาว่าจะให้” (Promise) ด้วย

2.2) สินบน

“ความพึงพอใจ” (Gratification) อันเป็นสินบนตามกฎหมาย PCA มีกำหนดบทนิยามไว้ในมาตรา 2 ให้หมายความรวมถึงสิ่งต่างๆ ดังต่อไปนี้¹²⁷

¹²⁴ PCA, Section 37 Liability of Citizens of Singapore for Offences Committed Outside Singapore บัญญัติว่า

“... (1) The provisions of this Act have effect, in relation to citizens of Singapore, outside as well as within Singapore and where an offence under this Act is committed by a citizen of Singapore in any place outside Singapore, he may be dealt with in respect of that offence as if it had been committed within Singapore.

(2) Any proceedings against any person under this section which would be a bar to subsequent proceedings against that person for the same offence, if the offence had been committed in Singapore, shall be a bar to further proceedings against him, under any written law for the time being in force relating to the extradition of persons, in respect of the same offence outside Singapore.”

¹²⁵ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific, p. 459.

¹²⁶ PCA, Section 37

¹²⁷ PCA, Section 2 Interpretation บัญญัติว่า

“... ‘gratification’ includes —

(a) money or any gift, loan, fee, reward, commission, valuable security or other property or interest in of any description, whether movable or immovable

(b) any office, employment or contract

(c) any payment, release, discharge or liquidation of any loan, obligation or other liability whatsoever, whether in whole or in part

(d) any other service, favour or advantage of any description whatsoever, including protection from any penalty or disability incurred or apprehended or from any action or proceedings of a disciplinary or penal

(1) เงินหรือของขวัญใดๆ เงินกู้ ค่าธรรมเนียม ค่าคอมมิชชั่น หลักประกันหรือทรัพย์สินอื่นที่มีมูลค่า หรือดอกผลของทรัพย์สินเหล่านี้ ไม่ว่าจะเป็ทรัพย์สินบนที่อาจเคลื่อนที่ได้หรือไม่ (มาตรา 2(a))

(2) ตำแหน่ง การจ้างงาน หรือสัญญาใดๆ (มาตรา 2(b))

(3) การชำระ การปลด การยกเลิก หรือการชำระบัญชีสินเชื่อนี้สินหรือความรับผิดชอบใดไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน (มาตรา 2(c))

(4) การบริการ สนับสนุน หรือผลประโยชน์แก่สิ่งใดๆ ที่กล่าวมา รวมถึงการปกป้องคุ้มครองจากการบังคับโทษทางอาญาใดๆ การทำให้ขาดความสามารถ (Disability) การถูกจับกุม หรือจากการดำเนินกระบวนการทางวินัยหรือทางอาญา ไม่ว่าจะกระบวนการดังกล่าวจะเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ก็ตาม รวมถึงการใช้หรือไม่ใช้สิทธิตามกฎหมาย หรือการปฏิบัติหรือละเว้นไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของรัฐ (มาตรา 2(d)) และ

(5) การเสนอ (Offer) การผูกมัดตนเอง (Undertaking) หรือสัญญา (Promise) จะให้ความพึงพอใจใดๆ ที่ระบุในข้อ (1) (2) (3) และ (4) ด้วย (มาตรา 2(e))

อนึ่ง มีข้อพิจารณาว่า “ความพึงพอใจ” นี้หมายความว่ารวมถึง “ความพึงพอใจในเชิงชู้สาว” (Sexual Gratification) หรือการใช้การมีเพศสัมพันธ์เป็นสินบนเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรัฐหรือไม่¹²⁸ ในคดีที่สำนักสอบสวนการกระทำทุจริตแห่งประเทศไทย (Corrupt Practices Investigation Bureau หรือ “CPBI”)* สอบสวนและดำเนินการฟ้องร้องนาย อึ้ง บุน เกย์ (Ng Boon Gay) อดีตผู้อำนวยการสำนักสืบสวนสอบสวนคดียาเสพติดกลาง (Central Narcotics Bureau) เป็นจำเลยต่อศาลในช่วงปลายปี พ.ศ. 2554 ถึงต้นปี พ.ศ. 2555 ตามที่ถูกกล่าวหาว่ามีความสัมพันธ์เชิงชู้สาวกับผู้บริหารหญิงของบริษัทเอกชนเพื่อแลกเปลี่ยนกับการสนับสนุนบริษัทที่หญิงเหล่านั้นทำงานอยู่ตามที่ถูกกล่าวหา¹²⁹ ในคดีนี้ศาลตัดสินว่า แม้กฎหมายสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการได้รับความพึงพอใจจากการมีความสัมพันธ์เชิงชู้สาวกับหญิงโดยรู้ว่าหญิงดังกล่าวกำลังทำธุรกิจกับรัฐบาลสิงคโปร์เป็นการกระทำโดยทุจริต แต่จำเลยก็สามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้นได้ว่า ความสัมพันธ์เชิงชู้สาวนั้นเกิดจากความสัมพันธ์ใกล้ชิดและความพึงพอใจระหว่างจำเลยกับหญิงนั่นเอง ศาลจึงพิพากษาว่าจำเลยไม่มีเจตนาทุจริตตามกฎหมาย¹³⁰

nature, whether or not already instituted, and including the exercise or the forbearance from the exercise of any right or any official power or duty and

(e) any offer, undertaking or promise of any gratification within the meaning of paragraphs (a), (b), (c) and (d) ...”

¹²⁸ Ang, W., "Anti-corruption Regulation in Singapore."

* สำนักสอบสวนการกระทำทุจริต (Corrupt Practices Investigation Bureau หรือ “CPBI”) เป็นองค์กรอิสระภาครัฐของประเทศสิงคโปร์ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเพื่อดำเนินการสอบสวนและต่อต้านการกระทำทุจริตที่เกิดขึ้นในภาครัฐและเอกชน อ้างอิงจาก Corrupt Practices Investigation Bureau, "About Us - Introduction," [Online] Accessed: 1 February 2014. Available from: http://app.cpib.gov.sg/cpib_new/user/default.aspx?pgID=61

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid.

3) บุคคลผู้รับสินบน

กฎหมาย PCA ไม่มีบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ แต่มีบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่ “ตัวแทน” เพื่อจูงใจให้กระทำทุจริตต่อกิจการหรือธุรกิจของตัวการ ซึ่งในขอบเขตขององค์ประกอบความผิดส่วนผู้รับสินบนดังกล่าวอาจปรับใช้แก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้

กฎหมาย PCA มาตรา 2 บัญญัตินิยามของ “ตัวแทน” (Agent)¹³¹ ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญในความผิดตามมาตรา 6(b) ไว้ว่าหมายถึง บุคคลใดๆ ผู้ถูกจ้าง (Employ) หรือผู้ที่ทำงานเพื่อบุคคลอื่น ซึ่งหมายความรวมถึง ผู้จัดการทรัสต์ (Trustee) ผู้บริหารจัดการ (Administrator) ผู้จัดการมรดก (Executor) ตลอดจนบุคคลผู้ทำงานให้แก่รัฐบาลหรือผู้ทำงานภายใต้ต่องค์การสาธารณะ (Public Body)* หรือบริษัท (Corporate) ใดๆ อีกทั้งเพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมาย PCA มาตรา 8 ให้รวมถึงผู้รับเหมาช่วง (Subcontractor) และบุคคลที่ถูกจ้างหรือทำงานเพื่อผู้รับเหมาช่วงดังกล่าวด้วย

จากบทนิยามข้างต้นจึงพิจารณาได้ว่า “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของรัฐต่างประเทศเป็น “ตัวแทน” (Agent) ของภาครัฐของต่างประเทศซึ่งเป็น “ตัวการ” (Principal) เพราะเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติเป็นบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่เพื่อภาครัฐของต่างประเทศ ส่วน “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” ก็เป็นตัวแทนขององค์การระหว่างประเทศต้นสังกัดในทำนองเดียวกัน ดังนั้น การให้สินบนเพื่อจูงใจการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ หรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศจึงอาจเปรียบได้กับการให้สินบนเพื่อจูงใจให้ตัวแทนปฏิบัติหน้าที่และความไว้นั้นเชื่อใจที่มีอยู่ต่อตัวการคือ หน่วยงานภาครัฐของต่างประเทศ ด้วย

บทบัญญัติดังกล่าวอาจใช้บังคับแก่การให้สินบนตามเงื่อนไขที่ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนเป็นพื้นฐานได้ โดยไม่แบ่งแยกว่าต้องใช้บังคับแก่การให้สินบนในภาครัฐหรือภาคเอกชน หรือต้องเป็นการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของสิงคโปร์หรือเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติเท่านั้น¹³² แตกต่างไปจากบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่ง

¹³¹ PCA, Section 2 Interpretation บัญญัติว่า

“In this Act, unless the context otherwise requires — ‘agent’ means any person employed by or acting for another, and includes a trustee, administrator and executor, and a person serving the Government or under any corporation or public body, and for the purposes of section 8 includes a subcontractor and any person employed by or acting for such subcontractor...”

*ในมาตราเดียวกันนี้ยังกำหนดนิยามของ “องค์กรสาธารณะ” (Public Body) ว่าหมายถึง บริษัท คณะกรรมการบริหารสภา คณะกรรมการ หรือตัวอื่นที่มีอำนาจจะทำการภายใต้และเพื่อวัตถุประสงค์ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดๆ เกี่ยวกับการสาธารณสุขหรือกิจการที่เกี่ยวข้อง หรือสิ่งสาธารณูปโภค หรือเพื่อจัดการเงินที่ได้จัดเก็บมาหรือที่ได้มาโดยอัตราค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการตามอำนาจแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรใดๆ ตามเนื้อความที่บัญญัติว่า “... ‘public body’ means any corporation, board, council, commissioners or other body which has power to act under and for the purposes of any written law relating to public health or to undertakings or public utility or otherwise to administer money levied or raised by rates or charges in pursuance of any written law...”

¹³² โปรดดูหัวข้อที่ 2.1.2.3

บังคับใช้เฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับ “ข้าราชการ” (Public Servant) อันหมายถึงข้าราชการของประเทศสิงคโปร์เท่านั้น¹³³

(ข) องค์ประกอบภายใน

4) เจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษ: โดยทุจริต

ความผิดฐานให้สินบนแก่ตัวแทนตามกฎหมาย PCA มาตรา 6(b) เป็นความผิดที่ต้องกระทำโดยมีเจตนาทุจริตตามที่กฎหมายบัญญัติว่า “Any person **corruptly** [acting]...” องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนา “Corruptly” จึงเป็นคำสำคัญที่กำหนดขอบเขตของความผิดฐานนี้ ซึ่งมีนัยความหมายในเชิงที่เป็นการใช้สินบนเพื่อชักจูงให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างไม่สุจริต ไม่ซื่อสัตย์ หรือกระทำใดๆ เกี่ยวกับหน้าที่การทำงานโดยมิชอบ

แม้การมีเจตนาทุจริต (Corrupt) จะบ่งบอกถึงการมีเจตนาชั่วร้าย (Evil) ในการกระทำความผิด แต่ในปี พ.ศ. 2538 (ค.ศ. 1995) ศาลแห่งประเทศสิงคโปร์ได้พิพากษาวางหลักการพิจารณาถึงความมีอยู่ของเจตนาทุจริตในการกระทำความผิดของจำเลย ที่เรียกว่าหลัก “Twin Touchstones’ Test” ในคดี *Chan Wing Seng v. Public Prosecutor*¹³⁴ สรุปได้ว่า ในการพิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำความผิดโดยมีเจตนาทุจริต โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเชื่อข้อเท็จจริง 2 ประการโดยปราศจากความสงสัย กล่าวคือ ในส่วนแรก โจทก์ต้องพิสูจน์ในทางภาวะวิสัยตามมาตรฐานของวิญญูชนว่า การแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ที่ถูกกล่าวหา มีองค์ประกอบ “ความทุจริต” อยู่ และโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยรู้ตัวว่าตนเองกำลังกระทำการแลกเปลี่ยนที่เป็นการทุจริตนั้นทั้งนี้ ศาลอาจพิจารณาพฤติการณ์ต่างๆ ประกอบกัน เพื่อพิสูจน์เจตนาของจำเลยก็ได้ เช่น พิจารณาถึงการละเมิดกฎหมายที่เกิดขึ้น ความอยุติธรรมที่เกิดขึ้น ความมีอยู่ของการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ที่ถูกปกปิดเป็นความลับ และความสัมพันธ์ของบุคคลที่แลกเปลี่ยนผลประโยชน์กัน เป็นต้น¹³⁵

5) เจตนาพิเศษ: เพื่อชักจูงหรือเพื่อตอบแทนแก่ตัวแทนสำหรับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง

การให้สินบนแก่ตัวแทนจะเป็นความผิดตามกฎหมาย PCA มาตรา 6(b) เมื่อปรากฏว่าการให้สินบนดังกล่าวโดยมีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้

5.1) เพื่อจูงใจ (Inducement) เจ้าพนักงานสำหรับการกระทำ การละเว้นไม่กระทำ การแสดงออกหรือไม่แสดงออกซึ่งการสนับสนุนหรือไม่สนับสนุน ที่ยังมีได้กระทำลง หรือ

5.2) เพื่อตอบแทน (Reward) ให้แก่เจ้าพนักงานสำหรับการกระทำ การละเว้นไม่กระทำ การแสดงออกหรือไม่แสดงออกซึ่งการสนับสนุนหรือไม่สนับสนุนที่ได้กระทำไปแล้ว

¹³³ Wiyong, W. L., "Under-criminaliz[ation] of Foreign Bribery in Asia Pacific."

¹³⁴ *Chan Wing Seng v. Public Prosecutor* [1997] 2 SLR 426 High Court, Singapore. อ้างถึงใน Hamidul Haq, "Corruption Law in Singapore and Abroad," Breakfast Talk: The French Chamber of Commerce in Singapore, 2 July 2010 (Unpublished).

¹³⁵ Tan Ken Hwee, "Prosecution for Corruption Offences in Singapore," [Online] Accessed: 2 June 2013. Available from: <http://www.gov.mu/portal/sites/iapmauritius/Tan.pdf>

บุคคลต้องกระทำการต่างๆ ข้างต้นโดยมีเหตุให้เชื่อหรือน่าเชื่อว่า เจ้าพนักงานมีอำนาจ มีสิทธิ หรือมีโอกาสที่จะกระทำการเช่นนั้น และการเหล่านั้นต้องเกี่ยวข้องกับกิจการหรือธุรกิจของหน่วยงานรัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศซึ่งเป็นตัวการ แล้วแต่กรณี โดยไม่คำนึงว่า เจ้าพนักงานดังกล่าวจะมีอำนาจ มีสิทธิ หรือมีโอกาสที่จะกระทำเช่นนั้นจริงหรือไม่ หรือการเหล่านั้นเกี่ยวข้องกับกิจการหรือธุรกิจของตัวการจริงหรือไม่¹³⁶

เมื่อปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 6(b) นี้แก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ คำว่า “กิจการหรือธุรกิจของตัวการ” ย่อมได้แก่การปฏิบัติการใดๆ ตามอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติตามตำแหน่งหน้าที่ ฉะนั้น การให้สินบนเพื่อจูงใจหรือตอบแทนสำหรับการกระทำหรือไม่กระทำใดๆ หรือการสนับสนุนหรือไม่สนับสนุนบุคคลใดๆ ของเจ้าพนักงานดังกล่าวจึงหมายถึงการจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำ หรือละเว้นไม่กระทำการอย่างใดตามอำนาจหน้าที่ รวมถึงการใช้อำนาจ ใช้สิทธิ หรือโอกาสของเจ้าพนักงานนั้นสนับสนุนหรือไม่สนับสนุนบุคคลใดๆ เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานนั้นด้วย แม้ว่าในความเป็นจริงเจ้าพนักงานนั้นจะไม่มีสิทธิ ไม่มีอำนาจ หรือไม่มีโอกาสที่จะกระทำเช่นนั้นก็ตาม

6) เจตนาเพื่อให้ได้ประโยชน์อย่างใดเกี่ยวกับธุรกิจ

เนื่องจากกฎหมาย PCA มิได้บัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ บทบัญญัติมาตรา 6(b) จึงไม่มีองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาพิเศษเกี่ยวกับการได้รับประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี กฎหมาย PCA เป็นหนึ่งในสี่เสาหลักของยุทธศาสตร์ต่อต้านคอร์รัปชันดังที่กำเนิดขึ้นจากเจตจำนงทางการเมืองในการปฏิรูประบบกฎหมายเมืองและการปกครองให้ปราศจากการกระทำทุจริตอย่างเด็ดขาด จึงมีข้อสังเกตว่า ความผิดเกี่ยวกับการทุจริตตามกฎหมาย PCA บัญญัติเพื่อบังคับใช้แก่การกระทำทุจริตต่างๆ โดยไม่มีข้อยกเว้นสำหรับบุคคลหรือสถานการณ์ใดๆ และไม่แบ่งแยกกว่าเป็นการทุจริตระดับสูง (High Level Corruption) หรือเป็นเพียงการทุจริตระดับเล็กๆ น้อยๆ (Petty Corruption) ที่เป็น “การจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวก” (Facilitation Payment) ที่กฎหมายของประเทศอื่นอาจอนุญาตให้กระทำได้¹³⁷ กฎหมาย PCA ไม่มีบทบัญญัติ

¹³⁶ PCA, Section 9 Acceptor of Gratification to be Guilty notwithstanding That Purpose Not Carried Out, etc. บัญญัติว่า

“... (2) Where, in any proceedings against any person for any offence under section 6(b), it is proved that he corruptly gave, agreed to give or offered any gratification to any agent as an inducement or reward for doing or forbearing to do any act or for showing or forbearing to show any favour or disfavour to any person having reason to believe or suspect that the agent had the power, right or opportunity to do so, show or forbear and that the act, favour or disfavour was in relation to his principal’s affairs or business, he shall be guilty of an offence under that section notwithstanding that the agent had no power, right or opportunity or that the act, favour or disfavour was not in relation to his principal’s affairs or business.”

¹³⁷ Ang, W., “Anti-corruption Regulation in Singapore.”

ยกเว้นความผิดหรือโทษให้แก่การจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกใดๆ ปรากฏอยู่ในเนื้อหาของกฎหมาย¹³⁸

7) ข้อต่อสู้ตามกฎหมาย

กฎหมาย PCA มีบทบัญญัติที่เน้นย้ำถึงการป้องกันและปราบปรามการกระทำทุจริต โดยไม่มีข้อยกเว้นบัญญัติไว้ในมาตรา 23 ว่า ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่กล่าวอ้างว่าการให้สินบนที่เกิดขึ้นเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ จารีตประเพณีในทางวิชาชีพหรือในทางการค้า (Customary Practices) หรือเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องกระทำ¹³⁹ ยกตัวอย่างเช่น ธรรมเนียมการให้ “ซองแดง” เพื่อแสดงความปรารถนาดีต่อกันในช่วงเทศกาลตรุษจีนย่อมไม่อาจยกกล่าวอ้างในการพิจารณาคดีสินบนได้ เพราะถือเป็นการอ้างถึงธรรมเนียมปฏิบัติและโอกาสในงานเทศกาลบ้านเมืองเพื่อปกปิดการกระทำความผิดของตนได้ในปัจจุบัน เป็นต้น¹⁴⁰

5.3.1.2 บทลงโทษทางอาญา

กฎหมายกำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดตามกฎหมาย PCA มาตรา 6(b) ไว้ดังนี้

1) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา 6 ต้องระวางจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ* ในส่วนนี้มีข้อสังเกตว่า แม้กฎหมาย PCA อาจบังคับใช้แก่บุคคลใดๆ ทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล แต่กลับไม่มีกำหนดระวางโทษอาญาสำหรับกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น นิติบุคคลผู้ซึ่งกระทำความผิดตามกฎหมาย PCA จึงต้องรับโทษตามระวางโทษอย่างเดียวกับกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา¹⁴¹

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ PCA, Section 23 Evidence of Custom Inadmissible บัญญัติว่า

“In any civil or criminal proceeding under this Act evidence shall not be admissible to show that any such gratification as is mentioned in this Act is customary in any profession, trade, vocation or calling.”

¹⁴⁰ Koh Teck Hin, “Corruption Control in Singapore,” The 13th International Training Course on the Criminal Justice Response to Corruption Visiting Experts’ Papers, Resource Material Series No.83, p. 124.

* มีข้อสังเกตว่า แม้กฎหมาย PCA มาตรา 7 กำหนดเหตุฉกรรจ์ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 5 และมาตรา 6 ต้องรับโทษรุนแรงขึ้นว่า หากการกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าวมีสาระสำคัญเป็นสัญญาหรือข้อเสนอสำหรับการทำสัญญากับรัฐบาลสิงคโปร์หรือหน่วยงานของรัฐบาลนั้น หรือองค์การสาธารณะ หรือผู้รับเหมาช่วงซึ่งปฏิบัติงานตามสัญญาดังกล่าว ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกเป็นระยะเวลาไม่เกิน 7 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่เหตุฉกรรจ์ในกรณีนี้ไม่ได้ใช้บังคับแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่นักธุรกิจสิงคโปร์ไปจ่ายสินบนเพื่อให้ได้เข้าทำสัญญากับภาครัฐของต่างประเทศมากกว่า

¹⁴¹ PCA, Section 6 Punishment for Corrupt Transactions With Agents บัญญัติว่า

“... he shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine not exceeding \$100,000 or to imprisonment for a term not exceeding 5 years or to both..”

2) กรณีโทษริบทรัพย์สิน¹⁴² การบังคับโทษริบทรัพย์สินทางอาญาในความผิดตามกฎหมาย PCA ต้องบังคับตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำทุจริต การค้ายาเสพติด และอาชญากรรมร้ายแรงอื่น (มาตรการริบทรัพย์สิน) ปี ค.ศ. 1999 (พ.ศ. 2543) (The Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crime (Confiscation of Benefit) Act 1999) (กฎหมาย CDTOSC) ซึ่งกำหนดให้การกระทำความผิดฐานให้สินบนตามกฎหมาย PCA มาตรา 6(b) เป็น “ความผิดร้ายแรง” (Serious Offence) ในขอบเขตของการบังคับใช้โทษริบทรัพย์สินตามกฎหมายนี้ด้วย¹⁴³ สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

ในเบื้องต้น โทษริบทรัพย์สินตามกฎหมาย CDTOSC อาจใช้ได้ภายหลังจากที่ศาลได้พิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดร้ายแรงตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น¹⁴⁴ โทษริบทรัพย์สินนี้มีสภาพบังคับให้จำเลยต้องจ่ายเงินจำนวนหนึ่งซึ่งคำนวณตามมูลค่ารวมของทรัพย์สินที่ถูกริบได้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

ในการลงโทษริบทรัพย์สิน ศาลจะประเมินและกำหนดจำนวนเงินในคำสั่งริบทรัพย์สินจากผลรวมของมูลค่าทรัพย์สิน (Property) ไม่ว่าจะเป็น เงิน หรือทรัพย์สินอื่นใด ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่อาจเคลื่อนย้ายได้หรือเคลื่อนย้ายไม่ได้ หรือสิ่งที่เป็นการกระทำ สิ่งที่ต้องจับต้องไม่ได้ หรือสิ่งที่เป็นนามธรรม¹⁴⁵ หรือประโยชน์ (Interest) ซึ่งรวมถึงสิทธิ (Right) ในตัวทรัพย์สิน¹⁴⁶ ตลอดจนรายได้อันเกิดจากทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่จำเลยมีอยู่อย่างไม่ได้สัดส่วนกับแหล่งที่มาของทรัพย์สินหรือรายได้ของตนที่ไม่สามารถชี้แจงที่มาอย่างชัดเจนจนเป็นที่พอใจแก่ศาล^{147*}

¹⁴² Penal Code, Article 53 บัญญัติไว้ว่า

“The punishments to which offenders are liable under the provisions of this Code are —
(a) death; (b) imprisonment; (c) forfeiture of property; (d) fine; (e) caning.”

¹⁴³ The Penal Code, Second Schedule - Serious Offences, No. 169.

¹⁴⁴ The Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crime (Confiscation of Benefit) Act 1999 (CDTOSC), Section 5 Confiscation Orders for Benefits Derived from Criminal Conduct บัญญัติไว้ว่า

“(1) Subject to section 27, where a defendant is convicted of one or more serious offences, the court shall, on the application of the Public Prosecutor, make a confiscation order against the defendant in respect of benefits derived by him from criminal conduct if the court is satisfied that such benefits have been so derived.

(2) If the court is satisfied that benefits have been derived by the defendant from criminal conduct, the court shall, at any time after sentencing or otherwise dealing with him in respect of the offence or, as the case may be, any of the offences concerned, determine in accordance with section 10 the amount to be recovered in his case by virtue of this section. ...”

¹⁴⁵ CDTOSC, Section 2 Interpretation บัญญัติไว้ว่า

“... ‘property’ means money and all other property, movable or immovable, including things in action and other intangible or incorporeal property; ...”

¹⁴⁶ CDTOSC, Section 2 บัญญัติไว้ว่า

“... ‘interest’, in relation to property, includes any right; ...”

¹⁴⁷ CDTOSC, Section 8 Assessing Benefits Derived From Criminal Conduct บัญญัติไว้ว่า

“(1) Without prejudice to section 28, for the purposes of this Act —

(a) the benefits derived by any person from criminal conduct, shall be any property or interest therein (including income accruing from such property or interest) held by the person at any time, whether before or after 13th September 1999, being property or interest therein disproportionate to his known sources of income, and the holding of which cannot be explained to the satisfaction of the court; and

5.3.2 ข้อวิจารณ์และตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมาย PCA

แม้กฎหมาย PCA มาตรา 6 จะมีขอบเขตบังคับใช้ถึงการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้โดยตีความว่า “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” มีฐานะเป็น “ตัวแทน” ของหน่วยงานรัฐต่างประเทศต้นสังกัดของเจ้าพนักงานดังกล่าวซึ่งมีฐานะเป็น “ตัวการ” ได้ในทางทฤษฎีตั้งที่พิจารณาไปข้างต้น แต่มีข้อสังเกตว่าการตีความให้บังคับใช้กฎหมายตัวแทนให้ครอบคลุมถึง “เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ” ลักษณะนี้อาจทำให้ทบัญญัติความผิดอาญาขาดความชัดเจนและมีปัญหาในการบังคับใช้ตามมาหลายประการ เช่น ปัญหาว่าขอบเขตของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติมีเพียงใด หรือผู้กระทำความผิดอาจยกข้อต่อสู้ได้อย่างใดตามกฎหมายได้หรือไม่ อย่างไร เป็นต้น¹⁴⁸

ยิ่งไปกว่านั้น แม้กฎหมายของประเทศสิงคโปร์จะยืนยันว่า กฎหมาย PCA ของตนเป็นกฎหมายที่มีขอบเขตใช้บังคับแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้¹⁴⁹ แต่ในทางปฏิบัติ ศาลแห่งประเทศสิงคโปร์กลับยังไม่เคยมีคำพิพากษายืนยันหลักวิชาการข้างต้น จึงไม่มีคดีตัวอย่างกรณีศึกษาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายนี้อยู่เลย¹⁵⁰ การไม่บัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ จึงทำให้ความสำคัญของปัญหาการทุจริตและการบังคับใช้กฎหมายแก่อาชญากรรมดังกล่าวเบาบางลง หน่วยงานภาครัฐไม่กระตือรือร้นที่จะบังคับใช้กฎหมาย ส่วนบรรดาบริษัทเอกชนก็จ่ายสินบนในต่างประเทศโดยไม่เกรงกลัวความผิดอาญา แต่แม้ไม่มีตัวอย่างการบังคับใช้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในต่างประเทศโดยตรง แต่กลับปรากฏข้อเท็จจริงในคดีอื่นที่แสดงให้เห็นว่า มีบริษัทสัญชาติสิงคโปร์เกี่ยวข้องพัวพันกับการกระทำทุจริตเช่นนั้นในฐานะผู้ให้สินบนด้วย¹⁵¹ ยกตัวอย่างดังนี้

ตัวอย่างคดีแรกเป็นการฟ้องร้องคดีแพ่งที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา บริษัทแอปเปิล จำกัด (Apple Inc.) บริษัทผู้ผลิตสินค้าเกี่ยวกับเทคโนโลยีฟ้องร้องคดีต่อศาลกล่าวหาว่า นายพอล ดีไวน์ (Paul Devine) อดีตผู้จัดการฝ่ายขายรับสินบนจากบริษัทผู้จัดจำหน่ายในเอเชียหลายบริษัท ซึ่งรวมถึงบริษัท เจแอลเจ โฮลดิ้งส์ (JLJ Holdings) บริษัทสัญชาติสิงคโปร์ด้วย เพื่อแลกเปลี่ยนกับการเปิดเผยความลับทางการค้าเกี่ยวกับข้อมูลและราคาการผลิตภัณฑ์อันจะช่วยให้บริษัทผู้ให้สินบนเหล่านั้นได้ทำสัญญากับบริษัทแอปเปิลในอนาคต ด้วยเหตุนี้ ในปี พ.ศ. 2553 สำนักสอบสวนการกระทำทุจริต

(b) the value of the benefits derived by him from criminal conduct, shall be the aggregate of the values of the properties and interests therein referred to in paragraph (a). ...”

* เมื่อศาลได้มีคำสั่งให้ริบทรัพย์สินตามกฎหมาย CDTOSC แล้ว กฎหมายดังกล่าวมาตรา 14 กำหนดให้คำสั่งริบทรัพย์มีผลเสมือนหนึ่งว่าจำเลยต้องโทษปรับ (Fine) ตามกฎหมาย และกำหนดให้มีการนำทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ. 2010 (พ.ศ. 2554) มาตรา 319 ว่าด้วยทบัญญัติเกี่ยวกับโทษปรับ (Criminal Procedure Code, Section 319 - Provisions as to Sentence of Fine) มาบังคับใช้

¹⁴⁸ Ang, W., "Anti-corruption Regulation in Singapore."

¹⁴⁹ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific, pp. 458-460.

¹⁵⁰ Wysong, W. L., "Under-criminalization of Foreign Bribery in Asia Pacific."

¹⁵¹ Ang, W., "Anti-corruption Regulation in Singapore."

ของประเทศสิงคโปร์จึงสอบสวนข้อเท็จจริงการให้สินบนดังกล่าวจากพนักงานของบริษัทเจแอลเจ โฮลดิ้งส์ จนได้ข้อสรุปว่า ไม่ปรากฏคำสั่งภายในให้มีการจ่ายเงินสินบนตามที่เป็นประเด็นฟ้องร้องในคดีของบริษัทแอปเปิลข้างต้น แต่ประธานกรรมการบริษัทก็ยังลาออกจากตำแหน่งโดยความสมัครใจ เพื่อแสดงความรับผิดชอบต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น¹⁵² นอกจากนี้ แม้การสอบสวนจะยุติไปตามข้อเท็จจริงข้างต้น แต่การที่บริษัทเจแอลเจ โฮลดิ้งส์ ถูก CPBI สอบสวนข้อหากระทำทุจริตในต่างประเทศยังส่งผลให้ราคาหุ้นของบริษัทตกต่ำลงเหลือหุ้นละ 12 เซนต์เมื่อปี พ.ศ. 2555 จากเดิมที่มีราคาหุ้นละ 23 เซนต์¹⁵³

อีกกรณีหนึ่ง ในปี พ.ศ. 2555 บริษัทสิงคโปร์ เทคโนโลยี คีเนติกส์ (Singapore Technologies Kinetics) สัญชาติสิงคโปร์ได้เข้าไปมีส่วนพัวพันกับการกระทำทุจริตของนายสุดิปตา โกช (Sudipta Ghosh) อดีตประธานคณะกรรมการโรงงานสรรพาวุธของประเทศอินเดีย (India's Ordnance Factory Board) ในต่างประเทศ ซึ่งในการพิจารณาคดี ณ ศาลแห่งกรุงเดลี ประเทศอินเดียนั้น บริษัทสิงคโปร์ เทคโนโลยี คีเนติกส์ได้ยื่นคำร้องในชั้นศาลไว้หลายฉบับ และในที่สุดก็ได้ยอมรับว่าตนถูกขึ้นบัญชีดำ ห้ามมิให้เข้าไปประกอบธุรกิจในต่างประเทศเป็นระยะเวลา 10 ปี¹⁵⁴ ด้วยเหตุที่มีข้อมูลว่าตนพัวพันในการกระทำทุจริตหลายครั้ง

ข้อวิจารณ์และแนวทางตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมาย PCA นี้จึงเป็นข้อพิจารณาสำหรับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในกฎหมายไทยได้ว่า ประเทศไทยควรบัญญัติความผิดอาญาให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้เป็นฐานความผิดเฉพาะ เพราะจะทำให้รัฐสามารถกำหนดขอบเขตขององค์ประกอบความผิด รวมถึงบัญญัติกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องได้เฉพาะเจาะจงและชัดเจน เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายมากกว่า เป็นการข่มขู่ให้เอกชนเกรงกลัวความผิดอาญา รวมถึงเตือนว่าการกระทำอย่างใด ๆ เป็นความผิดอาญาได้อย่างชัดเจนมากกว่า นอกจากนี้ยังเห็นได้ว่า แม้ประเทศสิงคโปร์มีชื่อเสียงด้านความโปร่งใสและการต่อต้านการทุจริตในระดับนานาชาติอย่างต่อเนื่องยาวนาน แต่การที่นักธุรกิจสิงคโปร์เข้าไปมีส่วนพัวพันในการกระทำทุจริตที่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในต่างประเทศย่อมสะท้อนว่า ขนาดประเทศที่มีชื่อเสียงด้านการต่อต้านการทุจริตในระดับที่ดีมากยังต้องแบกรับความเสี่ยงที่นักธุรกิจของตนจะกระทำทุจริตในต่างประเทศ ประเทศไทยซึ่งมีภาพลักษณ์ด้านความโปร่งใสและการทุจริตไม่ดี ตลอดจนไม่มีเครื่องมือทางกฎหมายใดๆ ที่จะใช้บังคับแก่อาชญากรรมดังกล่าว จึงยังจำเป็นต้องเสริมสร้างเครื่องมือทางกฎหมายภายในเพื่อใช้ลงโทษบุคคลที่กระทำทุจริตในต่างประเทศด้วย

จากการพิจารณาเนื้อหาและการบังคับใช้กฎหมาย PCA ในหัวข้อที่ 5.3 เห็นได้ว่า แม้ประเทศสิงคโปร์จะเป็นหนึ่งในกลุ่มประเทศที่นานาชาติยอมรับว่ามีการทุจริตเกิดขึ้นน้อยมากในปัจจุบัน แต่ขอบเขตเนื้อหาของบทบัญญัติความผิดตามกฎหมาย PCA ดังกล่าวกลับยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายสำหรับบังคับใช้แก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจ

¹⁵² Joy Tan and Koh Swee Yen, "Singapore," in *The International Investigation Review*, ed. Nicolas Bourtin (London: Gideon Robertson, 2011), pp. 133-134.

¹⁵³ Ang, W., "Anti-corruption Regulation in Singapore."

¹⁵⁴ Ibid.

ระหว่างประเทศโดยตรง มีแต่เพียงบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่ตัวแทนตามมาตรา 6(b) ซึ่งอาจปรับใช้แก่การให้สินบนใหม่ดังกล่าวได้เท่านั้น ประเทศสิงคโปร์ยังไม่เคยปรากฏการบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ แต่ปรากฏข้อเท็จจริงจากการบังคับใช้กฎหมายในต่างประเทศว่า บริษัทสัญชาติสิงคโปร์ก็อาจใช้การจ่ายสินบนเพื่อให้ตนได้ประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศด้วยเท่านั้น

5.4 สรุป

ภายใต้แนวคิดการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อต่อต้านการกระทำทุจริตข้ามชาติในระดับนานาชาติ ซึ่งมีกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับกำหนดกรอบแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญา หลายประเทศทั่วโลกจึงได้เข้าร่วมเป็นภาคีและอนุวัติการกฎหมายภายในเพื่อบัญญัติฐานความผิดอาญาตามเกณฑ์มาตรฐานที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเหล่านั้น หรือบางประเทศอาจอ้างว่าบทบัญญัติความผิดบางฐานที่ตนมีอยู่สามารถใช้บังคับแก่อาชญากรรมดังกล่าวได้อยู่แล้ว แต่แม้กฎหมายระหว่างประเทศจะได้กำหนดกรอบแนวทางการบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวไว้แล้ว ประเทศต่างๆ ยังสามารถพิจารณาบัญญัติกฎหมายภายในอย่างไรก็ได้ตามความเหมาะสมกับระบบกฎหมายของประเทศตน ในบทนี้จึงมุ่งพิจารณาเนื้อหากฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ที่มีจุดเด่นน่าสนใจเกี่ยวกับการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ หรือมีชื่อเสียงด้านการปราบปรามการกระทำทุจริตในระดับโลกจำนวน 3 ประเทศ ได้แก่ (1) สหรัฐอเมริกา เพราะเป็นประเทศต้นที่เกิดแนวคิดการบัญญัติความผิดอาญาเพื่อต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างชัดเจนเป็นประเทศแรกในปี ค.ศ. 1977 (พ.ศ. 2520) มีกฎหมายชื่อว่า “The Foreign Corrupt Practices Act 1977” (“กฎหมาย FCPA”) ทั้งฉบับ (2) สหราชอาณาจักร เพราะมีกฎหมายสินบนใหม่ที่มีเนื้อหาทันสมัยตามแนวทางของอนุสัญญาของ OECD ชื่อว่า “The UK Bribery Act 2010” (พ.ศ. 2554) (“กฎหมาย UKBA”) บัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนในต่างประเทศไว้ในมาตรา 6 และ (3) ประเทศสิงคโปร์ เพราะเป็นประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่ได้รับการยอมรับว่ามีการจัดการปัญหาการกระทำทุจริตดีมากในระดับโลก แม้ประเทศสิงคโปร์ไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะ แต่อาจบังคับใช้ได้โดยขอบเขตของกฎหมายป้องกันการทุจริตชื่อว่า “Prevention of Corruption Act 1960” (พ.ศ. 2503) (“กฎหมาย PCA”) มาตรา 6(b) ว่าด้วยการให้สินบนแก่ตัวแทนเพื่อให้กระทำความผิดแก่กิจการหรือธุรกิจของตัวการ สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

สำหรับกรณีซึ่งบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ โดยเฉพาะ กฎหมายทั้งสองฉบับบัญญัติความผิดสำหรับการเสนอ การให้ และการสัญญาว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติให้กระทำหรือไม่กระทำการในหน้าที่หรือใช้อิทธิพลใดๆ โดยมีขอบ อันจะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับ หรือรักษา สงวน หรือผูกขาดประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ และบัญญัติข้อต่อสำหรับกรณีมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศกำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานผู้รับสินบนได้ไว้ในทำนอง

เดียวกัน แต่กฎหมาย FCPA ยังได้บัญญัติ (1) ความผิดสำหรับการให้สินบนแก่พรรคการเมืองต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมือง ตลอดจนผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งของพรรคการเมืองนั้นในต่างประเทศ และ (2) ความผิดฐานให้สินบนโดยมีเจตนาแบบจงใจไม่รับรู้ (3) อนุญาตการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกสำหรับการจูงใจให้เจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่ราชการประจำ และ (4) ข้อต่อผู้สำหรับการจ่ายเงินโดยสุจริตและสมเหตุสมผล แตกต่างจากกฎหมาย UKBA ที่บัญญัติถึงการให้สินบนโดยมีบุคคลที่สามเข้ารับประโยชน์แทนเจ้าพนักงานอย่างชัดเจน นอกจากนี้ ทั้งสองฉบับยังกำหนดบทลงโทษทางอาญาหลักสำหรับการกระทำความผิดโดยบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลแยกจากกันอย่างชัดเจน โดยกำหนดระวางโทษจำคุกและโทษปรับสำหรับบุคคลธรรมดา กำหนดโทษปรับเพียงสถานเดียวสำหรับนิติบุคคล เพียงแต่กฎหมาย UKBA ได้กำหนดเงื่อนไขบางประการสำหรับกรณีการกระทำความผิดนอกดินแดนและการกระทำความผิดโดยนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะด้วยเท่านั้น ส่วนการบังคับใช้โทษริบทรัพย์สินทางอาญาต้องบังคับตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยการริบทรัพย์สินโดยเฉพาะอีกส่วนหนึ่งด้วยเช่นกัน

ตามแนวทางนี้ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นกฎหมายที่อาจมีขอบเขตการบังคับใช้กว้างขวางมากเกินไป ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย FCPA ในทางปฏิบัติขยายเพิ่มขึ้นกว่าเนื้อหามาก เห็นได้จากที่มีการบังคับใช้กฎหมายเพื่อลงโทษบริษัทต่างชาติที่จ่ายสินบนให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในต่างประเทศ เป็นเหตุให้กฎหมายฉบับนี้ถูกมองว่าคุกคามและพยายามเข้าแทรกแซงกิจการภายในของรัฐต่างชาติอย่างไม่เหมาะสม ตลอดจนเป็นการเผยแพร่ลัทธิจักรวรรดินิยมทางเศรษฐกิจและสังคมรูปแบบหนึ่งของสหรัฐอเมริกา ในขณะที่กฎหมาย UKBA บัญญัติขอบเขตของบุคคลผู้กระทำความผิดไว้อย่างกว้างขวาง ครอบคลุมบุคคลผู้มีสัญชาติบริติชรูปแบบต่างๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับสหราชอาณาจักรในทางประวัติศาสตร์ทั้งหมด โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นมีความเกี่ยวข้องกับสหราชอาณาจักรในความเป็นจริงหรือไม่ รวมถึงประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตที่ชัดเจนของบุคคลผู้รับสินบนที่อาจไม่ครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจรัฐบางกรณีหรือขอบเขตของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น ตัวอย่างการสอบสวนคดีสัญญาค้าอาวุธอัล-ยามามาห์ที่ต้องยุติลงด้วยเหตุผลด้านความมั่นคงของชาติและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของพลเมืองยังทำให้ สหราชอาณาจักรถูกลดระดับความน่าเชื่อถือลงในสายตาของนานาชาติ เพราะไม่บังคับใช้กฎหมายต่อต้านการกระทำทุจริตนั้นอย่างจริงจัง ข้อวิจารณ์และตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA นี้เป็นข้อควรพิจารณาว่า ประเทศไทยควรบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างระมัดระวัง มิให้ความผิดนั้นมีขอบเขตกว้างขวางเกินไปครอบคลุมการจ่ายสินบนที่แทบจะไม่มีเชื่อมโยง หรือกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร

อีกกรณีหนึ่ง ประเทศสิงคโปร์ไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ แต่พิจารณาว่าการจ่ายสินบนดังกล่าวอยู่ในขอบเขตของความผิดฐานให้สินบนแก่ตัวแทนให้กระทำทุจริตต่อกิจการหรือธุรกิจของตัวการตามกฎหมาย PCA มาตรา 6(b) โดยพิจารณาว่า “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” กับ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” เป็นตัวแทนของภาครัฐต่างประเทศหรือขององค์การระหว่าง

ประเทศ แล้วแต่กรณี เพื่อจูงใจให้ตัวแทนนั้นกระทำการ หรือไม่กระทำการ หรือแสดงหรือไม่แสดง การสนับสนุนหรือการไม่สนับสนุนบุคคลอื่นใดเกี่ยวกับกิจการหรือธุรกิจของตัวการ โดยกฎหมาย PCA ไม่อนุญาตให้มีการยกเหตุเทศกาลบ้านเมืองใดๆ ขึ้นอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบตามกฎหมายได้เลย ทั้งนี้ แม้กฎหมาย PCA มีขอบเขตบังคับใช้แก่การกระทำความผิดโดยนิติบุคคลด้วย แต่กลับมิได้กำหนดโทษสำหรับนิติบุคคลไว้อย่างเหมาะสม ส่วนการบังคับใช้โทษริบทรัพย์สินต้องบังคับตามที่กฎหมายว่าด้วยการริบทรัพย์สินกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเช่นเดียวกัน

ด้วยเหตุที่ประเทศสิงคโปร์ไม่มีบทบัญญัติความผิดอาญาสำหรับใช้บังคับแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยตรง การนำความผิดอาญารัฐานให้สินบนแก่ตัวแทนตามกฎหมาย PCA มาปรับใช้แก่อาชญากรรมดังกล่าวจึงมีปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตที่ชัดเจนขององค์ประกอบความผิด รวมถึงบทบัญญัติความผิดที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น ปัญหาขอบเขตของเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ หรือข้อต่อสู้ตามที่จำเลยอาจใช้ปฏิเสธความรับผิดชอบตามกฎหมาย เป็นต้น ตัวอย่างข้อเท็จจริงที่ศึกษาข้างต้นแสดงให้เห็นอีกว่า ประเทศสิงคโปร์ที่มีชื่อเสียงด้านความโปร่งใสและการต่อต้านการทุจริตในระดับนานาชาติอย่างต่อเนื่องยาวนานยังไม่เคยบังคับใช้กฎหมาย PCA แก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ แต่ปรากฏข้อเท็จจริงการดำเนินคดีในศาลต่างประเทศว่า นักธุรกิจสิงคโปร์เข้าไปมีส่วนพัวพันในการให้สินบนดังกล่าวอย่างชัดเจน การบัญญัติความผิดอาญาเพื่อสร้างเครื่องมือทางกฎหมายสำหรับต่อต้านการกระทำทุจริตในต่างประเทศจึงมีความสำคัญและจำเป็นในปัจจุบัน เพราะแม้แต่ประเทศที่มีชื่อเสียงด้านการต่อต้านการทุจริตในระดับดีมากก็ยังคงต้องแบกรับความเสี่ยงที่นักธุรกิจของตนจะกระทำทุจริตในต่างประเทศเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ ทั่วโลก

ในการศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยและมีเนื้อหาเป็นสากล ประเทศไทยต้องเปรียบเทียบและวิเคราะห์ต้นแบบบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศ และภายใต้กรอบแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศก่อนนำมาปรับบัญญัติให้สอดคล้องเหมาะสมกับระบบกฎหมายไทยต่อไป ฉะนั้น ในบทต่อไปผู้เขียนจะวิเคราะห์เปรียบเทียบต้นแบบกฎหมายภายในของต่างประเทศเหล่านี้กับแนวทางการบัญญัติฐานความผิดฐานตามที่พิจารณาไปในบทที่ 4 เพื่อใช้เป็นข้อมูลสำหรับการวิเคราะห์เพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดที่เหมาะสมกับประเทศไทยต่อไป

บทที่ 6

การเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของ ต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศสากลกับบทบัญญัติความผิด ในกฎหมายต่างประเทศ

การศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นกฎหมายไทย ผู้เขียนศึกษาเปรียบเทียบ และวิเคราะห์ต้นแบบกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายต่างประเทศ โดยมีได้นำไปสู่ข้อสรุปว่าประเทศไทยควรเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งเพิ่มเติมอีกหรือไม่ อย่างไร และมีใช้เพื่อค้นหาแนวทางการอนุวัติการกฎหมายภายในตามอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้นำเสนอแนวทางการบัญญัติให้การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาไทยที่มีเนื้อหาเป็นสากล ด้วยเหตุที่ประเทศไทยกำลังประสบปัญหาการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมากขึ้นในปัจจุบัน แต่กลับไม่มีกฎหมายสำหรับใช้ป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม โดยมีพื้นฐานความคิดว่าประเทศไทยเป็นรัฐอธิปไตย จึงมีอำนาจนิติบัญญัติสามารถบัญญัติให้การให้สินบนเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาได้อย่างสมบูรณ์ โดยมีได้ผูกพันว่าต้องกระทำเพื่ออนุวัติการตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น กล่าวคือ แม้ประเทศไทยมิได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะ ก็มีได้เป็นข้อจำกัดมิให้มีการบัญญัติความผิดอาญาฐานดังกล่าวแต่อย่างใด เพียงแต่การบัญญัติความผิดโดยคำนึงถึงแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว ย่อมทำให้บทบัญญัติความผิดของประเทศไทยมีเนื้อหาตามแนวทางที่นานาชาติดยอมรับได้เป็นอย่างดี

สืบเนื่องจากหลักการข้างต้น ผู้เขียนจึงศึกษา เปรียบเทียบ และวิเคราะห์เพื่อบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยคำนึงถึงแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่นานาชาติดยอมรับ และให้ความสำคัญแก่การวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศด้วย เพื่อให้ได้เนื้อหากฎหมายที่อาจนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายไทยได้ที่มีรายละเอียดชัดเจนยิ่งขึ้น เนื่องจากแนวทางการบัญญัติความผิดในอนุสัญญาระหว่างประเทศเป็นเพียงแนวทางขั้นต่ำอย่างกว้างที่ประเทศต่างๆ ต้องรับเอาแนวทางไปบัญญัติให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายภายในของตนอีกชั้นหนึ่งเท่านั้น ไม่มีผลบังคับใช้แก่ผู้กระทำความผิดโดยตรง ประเทศต่างๆ จึงอาจบัญญัติกฎหมายเรื่องนี้ไว้แตกต่างกัน ซึ่งประเทศไทยอาจรับเอาแนวทางเนื้อหากฎหมายของต่างประเทศที่เฉพาะเจาะจง น่าสนใจ และมีผลบังคับใช้ในทางปฏิบัติมาปรับปรุงหรือพัฒนาให้สอดคล้องเหมาะสมได้ด้วย ฉะนั้น ผู้เขียนจำเป็นต้องมีการวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศเหล่านั้นกับแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเสียก่อน เพื่อเลือกต้นแบบแนว

ทางการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติไว้อย่างสอดคล้องตามแนวทาง ตลอดจนมีเนื้อหาเทียบเท่าหรือสูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดนานาชาติยอมรับ มาใช้เป็นต้นแบบวิเคราะห์เพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดอาญาที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทยต่อไป

อย่างไรก็ดี แม้การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นอำนาจเด็ดขาดของรัฐ ไม่เกี่ยวกับว่าประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่ แต่เมื่อปัจจุบันประเทศไทยมีพันธกรณีในการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศตามอนุสัญญา UNCAC อยู่แล้ว อีกทั้งการผลักดันให้ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาของ OECD อาจเป็นหนทางหนึ่งในการดำเนินมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่น่าสนใจ แต่การบัญญัติความผิดฐานใหม่ดังกล่าวไว้ในระบบกฎหมายไทยย่อมต้องมีการศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิด บทลงโทษทางอาญา การกำหนดเขตอำนาจศาล และความเหมาะสมของรูปแบบในการบัญญัติความผิดในที่สุดด้วย ฉะนั้น การศึกษาเพื่อบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศนี้ย่อมเป็นประโยชน์หากประเทศไทยมีความพร้อมที่จะเข้าร่วมผูกพันตนเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาของ OECD ในอนาคตด้วย

ด้วยเหตุนี้ ประเด็นการพิจารณาในส่วนนี้จึงเป็นการวิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบและเนื้อหาของบทบัญญัติความผิดอาญาฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของประเทศต่างๆ กับแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อพิจารณาว่าบทบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศเหล่านั้นมีเนื้อหาสอดคล้องกับแนวทางสากลที่นานาชาติยอมรับหรือไม่ อย่างไร

ในบทนี้จึงจะเปรียบเทียบแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของอนุสัญญาของ OECD กับอนุสัญญา UNCAC ตามที่กล่าวไปในบทที่ 4 กับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมาย FCPA กฎหมาย UKBA และกฎหมาย PCA ตามที่กล่าวไปในบทที่ 5 ในประเด็นรูปแบบการบัญญัติฐานความผิดในหัวข้อที่ 6.1 ประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดในหัวข้อที่ 6.2 ประเด็นบทลงโทษทางอาญาในหัวข้อที่ 6.3 และประเด็นการกำหนดเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในหัวข้อที่ 6.4 ดังนี้

6.1 ประเด็นรูปแบบการบัญญัติฐานความผิด

ประเทศต่างๆ บัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ในรูปแบบที่แตกต่างกัน โดยบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะทั้งฉบับ หรือบัญญัติไว้เป็นหนึ่งมาตราแยกออกจากความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิม หรืออาจไม่มีบทบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวโดยเฉพาะ แต่ปรับใช้ความผิดฐานให้สินบนทั่วไปที่มีขอบเขตสามารถบังคับใช้ถึงการให้สินบนใหม่นี้ก็ได้ ฉะนั้น ในส่วนนี้จะวิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบในการบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวที่

บัญญัติไว้ในกฎหมายของต่างประเทศเพื่อแสดงให้เห็นว่า ประเทศต่างๆ ใช้วิธีการบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวเป็นกฎหมายภายในอย่างไร พิจารณาดังนี้

ในกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC มิได้กำหนดแนวทางให้รัฐต้องบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ในรูปแบบใดอย่างเฉพาะเจาะจง จึงเป็นปัญหาที่รัฐต่างๆ ต้องพิจารณาบัญญัติตามความเหมาะสมกับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ

ในกฎหมายต่างประเทศ สหรัฐอเมริกากับสหราชอาณาจักรเท่านั้นที่มีบทบัญญัติความผิดอาญาสำหรับการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะ โดยสหรัฐอเมริกาบัญญัติไว้ในกฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-1 มาตรา 78dd-2 และมาตรา 78dd-3 ส่วนสหราชอาณาจักรบัญญัติไว้ในกฎหมาย UKBA มาตรา 6 แตกต่างจากประเทศสิงคโปร์ที่ไม่มีบทบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนรูปแบบใหม่โดยตรง แต่อาจปรับใช้ได้ ในขอบเขตของความผิดฐานให้สินบนแก่ตัวแทนตามกฎหมาย PCA มาตรา 6(b) ประเด็นนี้จึงสามารถจำแนกรูปแบบการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาของประเทศต่างๆ ดังกล่าวได้ 2 แนวทาง ดังนี้

(1) กรณีไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะ แต่ปรับใช้กฎหมายแก่อาชญากรรมดังกล่าวในขอบเขตของความผิดอาญาฐานอื่นที่มีลักษณะทั่วไปตามแนวทางของกฎหมาย PCA

(2) กรณีกฎหมายบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะตามแนวทางของกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA

ตามแนวทาง (1) เนื่องจากกฎหมายมิได้บัญญัติความผิดอาญาสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ การกำหนดบทนิยามหรือขอบเขตขององค์ประกอบความผิด โทษทางอาญา หรือเขตอำนาจศาลที่เกี่ยวข้องจึงมิได้บัญญัติขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่อาชญากรรมข้ามชาติดังกล่าวอย่างเหมาะสมด้วย ซึ่งจะเห็นได้จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบเนื้อหากฎหมายในประเด็นอื่นๆ ถัดไปว่า แม้บทบัญญัติกฎหมาย PCA จะสามารถบังคับใช้แก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้ แต่ก็มักจะมีปัญหาด้านความชัดเจนของเนื้อหา บทนิยาม หรือการบังคับใช้กฎหมาย เช่น ขอบเขตความชัดเจนของบุคคลผู้รับสินบนซึ่งต้องมีสถานะเป็น “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” หรือ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ”¹ ขอบเขตที่ชัดเจนของฐานความผิดในส่วนเจตนาพิเศษ “เพื่อจูงใจเจ้าพนักงาน”² และ “เพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ”³ ซึ่งย่อมมีผลต่อความสอดคล้องตามแนวทางการบัญญัติความผิดที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ ความชัดเจนของข้อต่อสู้ตามกฎหมาย⁴ รวมถึงประเด็น

¹ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.3

² โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.5

³ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.6

⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.8

การกำหนดความรับผิดและบทลงโทษทางอาญาสำหรับนิติบุคคล เพื่อบัญญัติกฎหมายที่อาจบังคับใช้ได้แก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้อย่างเหมาะสม⁵ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาว่า การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะเฉพาะ และมีพัฒนาการของแนวความคิดในการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาอย่างเฉพาะเจาะจงแล้ว⁶ การไม่มีบทบัญญัติความผิดโดยเฉพาะเจาะจงทำให้ประเทศสิงคโปร์ไม่มีกฎหมายที่อาจใช้บังคับแก่อาชญากรรมรูปแบบพิเศษดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม ผู้เขียนจึงเห็นว่าการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายไทยจึงจำเป็นต้องบัญญัติให้เป็นกฎหมายเฉพาะ แยกออกจากความผิดอาญารฐานให้สินบนทั่วไปอื่นๆ

ส่วนแนวทาง (2) สืบเนื่องจากแนวทางแรกข้างต้น แม้อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC จะมีได้กำหนดรูปแบบการบัญญัติฐานความผิดดังกล่าวไว้ แต่การบัญญัติให้เป็นฐานความผิดเฉพาะย่อมส่งผลดีต่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างมาก ดังที่กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA สามารถกำหนดขอบเขตเนื้อหากฎหมายสำหรับบังคับใช้แก่อาชญากรรมใหม่ดังกล่าวได้อย่างชัดเจน ทั้งในประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิด โทษทางอาญา หรือเขตอำนาจลงโทษของศาล หรือในกรณีที่รัฐอาจต้องแก้ไขเพิ่มเติม หรือพัฒนากฎหมายสำหรับอาชญากรรมดังกล่าวโดยเฉพาะในอนาคต การบัญญัติฐานความผิดเฉพาะก็ทำให้รัฐสามารถแก้ไขเพิ่มเติม หรือพัฒนากฎหมายดังกล่าวได้โดยสะดวกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น ในมุมมองของการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาระหว่างประเทศ การบัญญัติฐานความผิดเฉพาะแยกออกจากความผิดฐานให้สินบนทั่วไป ย่อมแสดงให้เห็นว่า ประเทศดังกล่าวได้ปฏิบัติพันธกรณีในการบัญญัติความผิดครบถ้วนแล้วด้วยเช่นกัน

ข้อสังเกตประการหนึ่ง ในบรรดากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ที่ทำการศึกษากฎหมาย PCA ของประเทศสิงคโปร์เป็นกฎหมายฉบับแรกสุดที่บัญญัติขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2503 (ค.ศ. 1960) ก่อนเกิดแนวคิดการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ณ สหรัฐอเมริกาเสียอีก เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของประเทศที่มีบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศสองกรณีข้างต้น กฎหมาย FCPA ของสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2520 (ค.ศ. 1977) เพื่อต่อต้านการกระทำทุจริตในต่างประเทศโดยเฉพาะ เนื้อหากฎหมายทั้งฉบับจึงเกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศดังกล่าวทั้งสิ้น แตกต่างจากกฎหมาย UKBA ซึ่งเพิ่งตราขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2553 (ค.ศ. 2010) เพื่อปรับปรุงกฎหมายสินบนของสหราชอาณาจักรและเพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญาของ OECD ฉะนั้น ในเนื้อหากฎหมายสินบนดังกล่าวจึงประกอบไปด้วยบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสินบนหลายฐาน และมีบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นหนึ่งมาตราโดยเฉพาะ แยกออกจากความผิดฐานให้สินบนโดยทั่วไป และมีเนื้อหาสอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาของ OECD อย่างชัดเจน

⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 6.3.2

⁶ โปรดดูบทที่ 3

6.2 ประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด

การวิเคราะห์เปรียบเทียบองค์ประกอบของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในส่วนนี้จะแบ่งแยกการวิเคราะห์เปรียบเทียบประเด็นต่างๆ รวม 8 ประเด็น ได้แก่ ประเด็นบุคคลผู้กระทำความผิดในหัวข้อที่ 6.2.1 ประเด็นการกระทำอันเป็นการให้สินบนในหัวข้อที่ 6.2.2 ประเด็นผู้รับสินบนในหัวข้อที่ 6.2.3 ประเด็นเจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษโดยทุจริตในหัวข้อที่ 6.2.4 ประเด็นเจตนาพิเศษเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในหัวข้อที่ 6.2.5 ประเด็นเจตนาพิเศษเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจในหัวข้อที่ 6.2.6 ประเด็นการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกในหัวข้อที่ 6.2.7* และประเด็นข้อต่อสู้ตามกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.8 ตามลำดับดังนี้

6.2.1 ประเด็นบุคคลผู้กระทำความผิด**

จากแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC สรุปได้ว่า ในกรณีที่ระบบกฎหมายภายในของรัฐยอมรับให้บุคคลสมมติตามกฎหมายอาจมีความรับผิดทางอาญาได้ รัฐต้องบัญญัติให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมีขอบเขตบังคับใช้ถึงกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา (Natural Person) และนิติบุคคล (Legal Person) อย่างสอดคล้องกับระบบกฎหมายภายใน⁷

ในประเด็นนี้ ระบบกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ยอมรับให้นิติบุคคลอาจมีความรับผิดตามกฎหมายอาญาได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา และได้บัญญัติให้ความผิดอาญาที่บังคับใช้แก่กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลได้เช่นเดียวกันทั้งหมด แต่อาจแบ่งแยกแนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนประธานในความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้ 2 แนวทาง ดังนี้

(1) การบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำความผิดโดยกำหนดคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนตามแนวทางที่กฎหมาย FCPA บัญญัติถึงบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดเป็นผู้กระทำความผิดกลุ่ม “Issuer” และ “Domestic Concern” ในมาตรา 78dd-

* ในบทก่อนหน้า ประเด็นการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกมีกล่าวถึงในเนื้อหาของอนุสัญญาของ OECD และในกฎหมาย FCPA เท่านั้น ประเด็นการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกจึงไม่ถูกแบ่งแยกเป็นหัวข้อเฉพาะอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ในส่วนนี้เป็นการวิเคราะห์เปรียบเทียบเนื้อหากฎหมายต่างประเทศ เพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติกฎหมายไทยที่เหมาะสมต่อไปในส่วบทที่ 7 ฉะนั้น ในบทนี้จึงต้องแบ่งแยกหัวข้อสำหรับเปรียบเทียบประเด็นการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ด้วย เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการค้นหาแนวทางการบัญญัติกฎหมายยิ่งขึ้น

** เนื่องจากประเด็นผู้กระทำความผิดกับความรับผิดและโทษตามกฎหมายมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันอย่างยิ่ง การวิเคราะห์องค์ประกอบความผิดส่วนประธานในหัวข้อที่ 6.2.1 นี้จึงจะวิเคราะห์เฉพาะขอบเขตของถ้อยบัญญัติที่ระบุถึงบุคคลผู้กระทำความผิดเท่านั้น ส่วนประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลผู้กระทำความผิดจะวิเคราะห์รวมไว้ในหัวข้อที่ 6.3 ว่าด้วยบทลงโทษทางอาญาอีกส่วนหนึ่ง

⁷ โปรดดูหัวข้อ 4.1.1(1), 4.2.1(1) และ 4.3.1(1)

1 และมาตรา 78dd-2 ตามลำดับ โดยผู้กระทำความผิดแต่ละกลุ่มนี้สามารถเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล

(2) การบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำความผิดในขอบเขตอย่างกว้างตามแนวทางที่กฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-3 กฎหมาย UKBA และกฎหมาย PCA ซึ่งล้วนแต่เป็นถ้อยบัญญัติที่บัญญัติถึง “บุคคลใดๆ” ในความหมายอย่างกว้าง ไม่จำกัดว่าเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล

ตามแนวทาง (1) กฎหมาย FCPA บัญญัติความผิดแยกออกเป็น 3 มาตราตามกลุ่มผู้กระทำความผิด โดยผู้กระทำความผิดแต่ละกลุ่มอาจเป็น “บุคคลธรรมดา” หรือ “นิติบุคคล” ก็ได้ กล่าวคือกรณีผู้กระทำความผิดกลุ่ม “Issuer” ตามมาตรา 78dd-1 บัญญัติถึงกรณีผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคลโดยเฉพาะ ได้แก่ บริษัทผู้ออกหุ้นจดทะเบียนตามกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกาและบริษัทผู้มีหน้าที่ยื่นรายงานต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งสหรัฐอเมริกา (SEC) และกำหนดให้บทบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้ถึงบุคคลธรรมดาที่เป็นพนักงาน ผู้จัดการ ลูกจ้าง หรือตัวแทนของผู้กระทำความผิด ผู้ถือหุ้นซึ่งกระทำการในนามของผู้กระทำความผิดที่เป็น Issuer ดังกล่าวได้ด้วย ส่วนกรณีตามมาตรา 78dd-2 บัญญัติถึงผู้กระทำความผิดกลุ่ม “Domestic Concern” ได้แก่ บรรดาผู้มีความเชื่อมโยงอยู่กับสหรัฐอเมริกาตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เช่น บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่อาศัยในสหรัฐอเมริกา หรือเป็นนิติบุคคลที่มีการจัดตั้งหรือจัดการนิติบุคคลหรือองค์กรธุรกิจอยู่ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ฯลฯ⁸

จึงเห็นได้ว่า กฎหมาย FCPA บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนประธานโดยระบุคุณสมบัติของบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ไว้อย่างเฉพาะเจาะจงสอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำของอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว การบัญญัติกฎหมายลักษณะนี้ทำให้รัฐสามารถแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานรัฐผู้รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายได้โดยสะดวก แต่รัฐต้องบัญญัติเนื้อหากฎหมายสำหรับผู้กระทำความผิดทุกกลุ่มให้ครบถ้วนด้วยกฎหมาย FCPA จึงมีเนื้อหาค่อนข้างยาวและซ้ำซ้อนกันหลายส่วน อาจไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติความผิดอาญาไทย

ตามแนวทาง (2) กฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-3 บัญญัติถึงผู้กระทำความผิดในขณะที่อยู่ในดินแดนของสหรัฐอเมริกา⁹ กฎหมาย UKBA บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนประธานไว้ว่า “P” (Person) ซึ่งหมายถึง “บุคคล” โดยไม่แบ่งแยกว่าเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลอย่างชัดเจน¹⁰ แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับการที่กฎหมายทั้งสองฉบับนี้บัญญัติบทลงโทษสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลแยกออกจากของบุคคลธรรมดาแล้ว จึงสามารถเข้าใจได้อย่างชัดเจนว่าความผิดตามกฎหมาย FCPA และ UKBA นี้สามารถบังคับใช้ได้ทั้งกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลได้อย่างชัดเจน ส่วนกฎหมาย PCA บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนประธานไว้ว่า “Any

⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.1(1)

⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.1(1)

¹⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1(1)

Person” ซึ่งหมายถึง “บุคคลใดๆ” ตามแนวทางข้างต้นนี้เช่นกัน และมีกฎหมายอีกฉบับบัญญัติไว้ อย่างชัดเจนว่า “บุคคล” ในบริบทของกฎหมายดังกล่าวมีความหมายครอบคลุมถึงทั้งบุคคลธรรมดา และนิติบุคคลด้วย แม้ความผิดในกฎหมาย PCA ดังกล่าวมิได้บัญญัติโทษทางอาญาสำหรับกรณีที่ ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลไว้เหมือนสองกรณีข้างต้น¹¹

การบัญญัติองค์ประกอบความผิดตามแนวทาง (2) นี้ทำให้รัฐสามารถบัญญัติกฎหมายได้ อย่างกระชับ และมีขอบเขตครอบคลุมผู้กระทำความผิดทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลตาม แนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว แต่หากไม่มีการบัญญัติ บทลงโทษทางอาญาสำหรับนิติบุคคลไว้อย่างชัดเจนเหมือนอย่างกฎหมาย FCPA หรือกฎหมาย UKBA หรือกฎหมายมิได้กำหนดบทนิยามของ “บุคคล” ให้ครอบคลุมถึงนิติบุคคลอย่างชัดเจนตาม แนวทางของกฎหมาย PCA ย่อมอาจเกิดปัญหาความชัดเจนในการตีความและบังคับใช้กฎหมายแก่ นิติบุคคลในทางปฏิบัติได้

นอกจากนั้น สำหรับกรณีกฎหมาย FCPA ยังได้บัญญัติให้บรรดาบุคคลที่เกี่ยวข้องกับ ผู้กระทำความผิด ได้แก่ พนักงาน (Officer) ผู้จัดการ (Director) ลูกจ้าง (Employee) หรือตัวแทน (Agent) ของผู้กระทำความผิดแต่ละกลุ่มข้างต้นต้องบังคับใช้กฎหมาย FCPA ด้วย หรือในทางกลับกัน การกระทำความผิดของบรรดาพนักงาน ผู้จัดการ ลูกจ้าง หรือตัวแทนดังกล่าวก็สามารถก่อตั้งความ รับผิดแก่ผู้กระทำความผิดแต่ละกลุ่มดังกล่าวด้วยเช่นกัน จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมาย FCPA ในส่วนนี้ ได้บัญญัติเนื้อหาไว้อย่างเข้มข้นยิ่งกว่าแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่าง ประเทศเสียอีก¹²

สำหรับประเด็นนี้ ประเทศไทยควรบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนประธานของความผิด ฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามแนวทางใดและ ในขอบเขตเพียงใดจะทำการวิเคราะห์ความเหมาะสมต่อไปในหัวข้อที่ 7.2.1

6.2.2 ประเด็นการกระทำอันเป็นการให้สินบน

การกระทำอันเป็นการให้สินบนแบ่งแยกการวิเคราะห์เปรียบเทียบเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วน การกระทำอันเป็นการให้สินบน กับขอบเขตของสินบน ดังนี้

6.2.2.1 ประเด็นลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบน

อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดว่า รัฐภาคีต้องบัญญัติให้ ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศครอบคลุม การกระทำของฝ่ายให้สินบนอย่างน้อย 3 ลักษณะ ได้แก่ การเสนอ (Offer) การให้ (Give) และการ สัญญาว่าจะให้ (Promise to Give) หรือคำอื่นที่มีความหมายอย่างเดียวกัน ตามแนวทางนี้ การ กระทำความผิดฐานให้สินบนใหม่จึงอาจเกิดขึ้นและสำเร็จลงอย่างสมบูรณ์ได้ โดยไม่คำนึงว่าฝ่ายผู้รับ

¹¹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1(1)

¹² FCPA, §78dd-1(a) และ (g), §78dd-2(a) และ (i) และ §78dd-3(a)

สินบนจะตกลงยอมรับสินบน หรือมีการส่งมอบสินบนให้แก่บุคคลดังกล่าวแล้วในความเป็นจริงหรือไม่ การเสนอหรือการสัญญาว่าจะให้สินบนต้องไม่เป็นเพียงการพยายามกระทำความผิดฐานให้สินบน และการกระทำความผิดฐานให้สินบนต้องไม่ถือว่าเป็นเพียงสนับสนุนในการกระทำความผิดฐานเจ้าพนักงานรับสินบน¹³

ในกฎหมายต่างประเทศ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA บัญญัติให้การกระทำอันเป็นการให้สินบนครอบคลุมการกระทำอันเป็นการให้สินบน 3 ลักษณะอย่างชัดเจน ได้แก่ (1) การเสนอ (Offer) (2) การจ่าย (Payment) หรือการให้ (Give) และ (3) การสัญญาว่าจะจ่าย/ให้ (Promise to Pay/Give) สินบนแก่ฝ่ายผู้รับสินบนไว้อย่างครบถ้วนแล้ว¹⁴ ส่วนกรณีกฎหมาย PCA บัญญัติถึงการให้ (Give) การตกลงที่จะให้ (Agree to Give) และการเสนอจะให้ (Offer) สินบน โดยมิได้บัญญัติถึงการสัญญาว่าจะให้สินบนไว้อย่างชัดเจน แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับบทนิยามของ “ความพึงพอใจ” (Gratification) ตามมาตรา 2(e) แล้วเห็นได้ว่า การกระทำอันเป็นการให้สินบน หมายรวมถึงการเข้าผูกมัดตนเอง (Undertaking) หรือการสัญญา (Promise) ที่จะให้สินบนด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมาย PCA กำหนดลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบนครบถ้วนตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วเช่นกัน¹⁵

ข้อพิจารณาเฉพาะสำหรับกรณีสหรัฐอเมริกา แม้กฎหมาย FCPA จะบัญญัติถึงลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบนไว้อย่างครบถ้วนตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศข้างต้น แต่กฎหมาย FCPA ดังกล่าวกำหนดว่า การกระทำเหล่านั้นต้องกระทำโดยใช้วิธีการส่งจดหมายหรือวิธีการอื่นใดหรือเครื่องมือทางการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐด้วย เว้นแต่จะเป็นการกระทำของบุคคลใดๆ ที่มีสัญชาติอเมริกัน หรือตัวตนทางธุรกิจใดๆ ที่มีการจัดการภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Person) กระทำความผิดตามกฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-3 นอกดินแดนของสหรัฐอเมริกา¹⁶ แต่ก็เห็นได้จากกรณีศึกษาการบังคับใช้กฎหมาย FCPA ในทางปฏิบัติแล้วว่า หน่วยงานผู้รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมาย FCPA กลับมิได้บังคับใช้กฎหมายตามองค์ประกอบความผิดข้อนี้อย่างเคร่งครัดแต่อย่างใด¹⁷ ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมาย FCPA กำหนดให้ “การมอบอำนาจ” หรือ “การมีคำสั่ง” ให้มีการจ่ายสินบน (Authorization) อีกลักษณะหนึ่งนอกจากการเสนอ การให้ และการสัญญาว่าจะให้สินบนอย่างชัดเจนด้วย ตามแนวทางนี้ บุคคลผู้เพียงแต่มอบอำนาจหรือมีคำสั่งให้บุคคลอื่นไปให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติจึงอาจมีความผิดตามกฎหมาย FCPA ได้อย่างสมบูรณ์เทียบเท่ากับผู้เสนอ ให้หรือสัญญาว่าจะให้สินบนโดยตรง จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมาย FCPA บัญญัติเนื้อหากฎหมายในส่วนนี้ไว้สูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ¹⁸ และจึงเป็นประเด็นต้องวิเคราะห์ต่อไปว่า ประเทศไทยจำเป็นต้องบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ตามต้นแบบกฎหมาย FCPA หรือไม่ อย่างไร

¹³ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(2)(2.1), 4.2.1(2)(2.1) และ 4.3.1(2)(2.1)

¹⁴ กรณีกฎหมาย FCPA โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.1(2)(2.1) และกรณีกฎหมาย UKBA โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1(2)(2.1)

¹⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1(2)(2.1)

¹⁶ เรื่องเดียวกัน.

¹⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.2 ในคดี United States and SEC v. KPMG Siddharta Siddharta & Harsono

¹⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.1(2)(2.1)(2.1.1)

จึงเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศบัญญัติต้องประกอบความผิดส่วนการกระทำ อันเป็นการให้สินบนไว้ครบถ้วนตามแนวทางที่อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดเป็นมาตรฐานขั้นต่ำไว้แล้ว และผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยควรบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมีเนื้อหาครอบคลุมการเสนอ การให้ และการสัญญาว่าจะให้สินบนดังกล่าวอย่างชัดเจนด้วย ประเทศไทยควรจะบัญญัติต้องประกอบความผิดส่วนนี้ไว้อย่างไร เพียงใด จะพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.2.2.1

อีกประการหนึ่ง นอกจากลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบน 3 ลักษณะข้างต้นแล้ว อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC จึงบัญญัติให้การกระทำอันเป็นการให้สินบนครอบคลุมถึงการให้สินบนโดยใช้วิธีการอื่นที่มีใช้การให้สินบนแก่ผู้รับสินบนโดยตรงด้วย โดยอนุสัญญาของ OECD บัญญัติถึงการให้สินบนโดยผ่านคนกลาง (Intermediary) ส่วนอนุสัญญา UNCAC บัญญัติถึงการให้สินบนโดยทางอ้อม (Indirectly) เพื่อให้คนกลางนั้นเป็นผู้ให้สินบนแก่ฝ่ายผู้รับสินบนอีกทอดหนึ่ง¹⁹

ในกฎหมายต่างประเทศ กฎหมาย UKBA บัญญัติถึงการให้สินบนโดยตรงแก่เจ้าพนักงาน หรือโดยผ่านบุคคลที่สามอย่างชัดเจน สอดคล้องตามแนวทางของอนุสัญญาของ OECD มากที่สุด²⁰ ส่วนกฎหมาย FCPA บัญญัติถึงการให้สินบนโดยทางอ้อมเฉพาะในมาตรา 78dd-1(a)(3) มาตรา 78dd-2(a)(3) และมาตรา 78dd-3(a)(3) เท่านั้น หรือมีเช่นนั้น การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติโดยผ่านคนกลางอาจถูกพิจารณาว่าเป็นการมอบอำนาจหรือมีคำสั่งให้ผู้อื่นจ่ายสินบน (Authorization) หรือเป็นการให้สินบนโดยตัวแทน (Agent) หรือลูกจ้าง (Employee) ของตนได้ด้วย²¹ ในขณะที่เนื้อหากฎหมาย PCA ไม่ปรากฏการบัญญัติเนื้อหากฎหมายลักษณะนี้ในส่วนใด

สำหรับประเด็นนี้ เมื่อคำนึงถึงข้อเท็จจริงว่าการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะปกปิดไม่เปิดเผย ผู้กระทำความผิดมักใช้วิธีการที่สลับซับซ้อนต่างๆ นานาเพื่อปกปิดการกระทำความผิด หรือหลีกเลี่ยงการถูกจับกุมดำเนินคดีตามกฎหมาย²² ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยจึงควรบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่สามารถบังคับใช้แก่การให้สินบนโดยผ่านคนกลางหรือโดยทางอ้อมอย่างชัดเจน มีประสิทธิภาพ และเหมาะสมตามสภาพอาชญากรรม ซึ่งประเทศไทยจะบัญญัติต้องประกอบความผิดส่วนนี้ไว้อย่างไรจะพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.2.2.1 เช่นกัน

6.2.2.2 ประเด็นขอบเขตของ “สินบน”

อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดว่า รัฐภาคีต้องพิจารณาขอบเขตของวัตถุที่ให้แก่นักเป็น “สินบน” ในขอบเขตความหมายอย่างกว้าง ครอบคลุมประโยชน์ใดๆ

¹⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(2)(2.1), 4.2.1(2)(2.1) และ 4.3.1(2)(2.1)

²⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1(2)(2.1)

²¹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.1(2)(2.1)

²² โปรดดูบทที่ 3

ที่ผู้กระทำความผิดให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติอย่างไม่เหมาะสม (Undue) ทั้งหมด ไม่ว่าจะเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดที่มีมูลค่า หรือมีคุณค่าต่อฝ่ายผู้รับสินบน ไม่ว่าจะสิ่งนั้นอาจจับต้องได้หรือไม่ หรืออาจคำนวณเป็นราคาเงินได้หรือไม่²³

สำหรับประเด็นนี้ กฎหมายของประเทศต่างๆ บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนที่ระบุถึง “สินบน” ไว้ในขอบเขตอย่างกว้างเหมือนกันทั้งหมด แต่อาจจำแนกแนวทางการบัญญัติถึงสินบนในองค์ประกอบความผิดของประเทศต้นแบบการศึกษาได้ 2 แนวทาง ดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายบัญญัติถึงสินบนในขอบเขตอย่างกว้าง โดยอาจมีการแบ่งแยกประเภทของสินบนเล็กน้อย แต่ไม่มีกฎหมายบัญญัติบทนิยามหรือให้ตัวอย่างของสิ่งที่เป็นสินบนดังกล่าวไว้อีก ดังที่กฎหมาย FCPA บัญญัติถึง “เงิน ของขวัญ หรือสิ่งที่มีมูลค่าอื่นใด” และที่กฎหมาย UKBA บัญญัติถึง “ประโยชน์ทางการเงินหรือประโยชน์อย่างอื่น”

(2) กฎหมายบัญญัติถึงสินบนในขอบเขตอย่างกว้าง และมีกฎหมายบัญญัติบทนิยามหรือตัวอย่างของสินบนดังกล่าวไว้ด้วย ตามแนวทางของกฎหมาย PCA ซึ่งบัญญัติถึง “ความพึงพอใจ” ไว้ในองค์ประกอบความผิดมาตราหนึ่ง และบัญญัติบทนิยามของความพึงพอใจดังกล่าวไว้ในอีกมาตราหนึ่ง

ตามแนวทาง (1) กฎหมาย UKBA บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้อย่างสอดคล้องกับแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศข้างต้นมากที่สุด โดยบัญญัติใช้ถ้อยคำที่สั้น กระชับ และมีความหมายกว้างขวางว่า “ประโยชน์ทางการเงินหรือประโยชน์อย่างอื่น” (Financial or Other Advantage)²⁴ ในขณะที่กฎหมาย FCPA บัญญัติใช้สินบนในความหมายอย่างกว้าง ครอบคลุมสิ่งที่เป็นเงิน (Money) ของขวัญ (Gift) หรือสิ่งที่มีมูลค่าอื่นใด (Anything of Value)²⁵ ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า แม้กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA มิได้บัญญัติให้สินบนต้องเป็นสิ่งที่ “ไม่เหมาะสม” (Undue) อย่างชัดเจน แต่สินบนที่ใช้เพื่อจูงใจเจ้าพนักงานย่อมเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมโดยสภาพอยู่แล้ว จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายของทั้งสองประเทศดังกล่าวบัญญัติขอบเขตของสินบนไว้อย่างครบถ้วนตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้แล้วเช่นกัน

ด้วยเหตุนี้แนวทาง (1) นี้เป็นการบัญญัติกฎหมายที่กระชับ และในขณะเดียวกันก็เปิดช่องให้ผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นผู้ตีความและบังคับใช้กฎหมายตามข้อเท็จจริงแต่ละกรณีๆ ไปได้อย่างกว้างขวาง แต่ในขณะเดียวกัน การตีความบังคับใช้กฎหมายเป็นอวัสัยที่ขึ้นอยู่กับ การตีความและบังคับใช้กฎหมายของผู้ใช้กฎหมาย การบัญญัติถึงสินบนตามแนวทางนี้จึงไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน และหากผู้บังคับใช้กฎหมายตีความขอบเขตของสิ่งที่ให้แก่กันเป็นสินบนในขอบเขตจำกัดย่อมอาจทำให้ขอบเขตของ “สินบน” ตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศข้างต้นบิดเบือน หรือจำกัดไปจากขอบเขตที่ควรจะเป็นก็ได้ อาทิ หากศาลสูงพิจารณาว่าการให้ประโยชน์บางอย่างไม่ใช่สินบน ศาลที่ตัดสินคดีในเวลาต่อมาก็อาจวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นดังกล่าวในลักษณะเดียวกัน โดยถือว่า

²³ โปรดดูหัวข้อ 4.1.1(2)(2.2), 4.2.1(2)(2.2) และ 4.3.1(2)(2.2)

²⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1(2)(2.2)

²⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.1(2)(2.2)

คำพิพากษาของศาลสูงในคดีก่อนเป็นตัวอย่งการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ และไม่มีหลักเกณฑ์การวินิจฉัยอื่นนอกจากนี้แล้ว เป็นต้น

ส่วนแนวทาง (2) กฎหมาย PCA บัญญัติใช้คำว่า “ความพึงพอใจ” (Gratification) เป็นสินบนในองค์ประกอบความผิด และกำหนดบทนิยามของถ้อยคำเป็นรายการความพอใจในรูปแบบต่างๆ อย่างชัดเจน ได้แก่ (1) ความพึงพอใจเกี่ยวกับเงินหรือสิ่งมีค่าใดๆ ไม่ว่าจะเคลื่อนย้ายได้หรือเคลื่อนย้ายไม่ได้ (2) ความพึงพอใจเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ การจ้างงาน หรือการทำสัญญา (3) ความพึงพอใจเกี่ยวกับการชำระหนี้สิน และความรับผิดชอบทางหนี้ (4) ความพึงพอใจเกี่ยวกับการได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่า การได้รับสิทธิพิเศษหรือความคุ้มครองและ (5) ความพึงพอใจเกี่ยวกับการเสนอหรือสัญญาว่าจะให้สิ่งต่างๆ ที่กล่าวไปข้างต้น²⁶

ในปัจจุบัน ศาลแห่งประเทศสิงคโปร์พิพากษาว่า การให้ความพึงพอใจในเชิงชู้สาวซึ่งเกิดขึ้นโดยความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างบุคคลสองฝ่าย ไม่ถือว่าเป็นการให้ความพึงพอใจตามกฎหมาย PCA แต่การนั้นไม่น่าจะเป็นสิ่งที่เหมาะสม เพราะบุคคลฝ่ายหนึ่งจะรู้ว่าบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งกำลังเจรจาธุรกิจกับภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับอำนาจในตำแหน่งหน้าที่ของตนในขณะนั้น และการให้ความพึงพอใจนั้นอาจส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจของตนในฐานะผู้ใช้อำนาจรัฐ²⁷ ยิ่งไปกว่านั้น ในทางปฏิบัติขอบเขตของสินบนตามกฎหมาย PCA ไม่น่าจะบังคับใช้แก่การจูงใจที่ “ไม่เหมาะสม” ต่างๆ ได้ตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศทั้งหมด หรือขอบเขตของความพึงพอใจดังกล่าวอาจกำหนดไว้อย่างครอบคลุมสิ่งที่ให้แก่กันเป็นสินบนได้อย่างครบถ้วนทุกกรณี เพราะอาจมีช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้นความบกพร่องของผู้บัญญัติกฎหมาย หรือจากการไม่คาดคิดว่าสิ่งใดอาจให้แก่กันเป็นสินบนได้ในช่วงเวลานั้น แต่แนวทางการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวสามารถกำหนดขอบเขตของสิ่งต่างๆ ที่อาจให้แก่กันเป็นสินบนได้อย่างชัดเจนมากกว่าแนวทางแรก²⁸

จึงเห็นได้ว่า กฎหมายประเทศต่างๆ บัญญัติถึง “สินบน” อันเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดส่วนการกระทำนี้ไว้แตกต่างกัน ประเทศไทยจะบัญญัติกฎหมายส่วนนี้ไว้ในแนวทางใดเป็นปัญหาต้องพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.2.2.2

6.2.3 ประเด็นบุคคลผู้รับสินบน

อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดว่า รัฐภาคีต้องบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ ตลอดจนการให้สินบนจูงใจเจ้าพนักงานเหล่านั้นโดยมีบุคคลที่สามเป็นผู้รับประโยชน์แทนด้วย

ในกฎหมายต่างประเทศ สหรัฐอเมริกากับสหราชอาณาจักรเท่านั้นที่มีกฎหมายบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดย

²⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1(2)(2.2)

²⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.2

²⁸ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, สมยศ เชื้อไทย, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 128-129.

กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ได้บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ครอบคลุมถึงทั้ง “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” และ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” แล้ว ส่วนประเทศสิงคโปร์ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะเช่นนั้น แต่สามารถปรับใช้ในขอบเขตของความผิดฐานให้สินบนแก่ “ตัวแทน” เพื่อจูงใจให้ตัวแทนกระทำความผิดต่อกิจการหรือธุรกิจของตัวการตามกฎหมาย PCA มาตรา 6(b) จึงอาจกล่าวได้ว่า ประเทศสิงคโปร์ก็มีบทบัญญัติความผิดอาญาที่อาจบังคับใช้แก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงกรณีการจูงใจเจ้าพนักงานดังกล่าวโดยการให้สินบนแก่บุคคลที่สาม กฎหมาย UKBA เพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่บัญญัติความผิดสำหรับการจูงใจเจ้าพนักงานดังกล่าวโดยให้สินบนแก่บุคคลอื่น (Another Person) ตามการร้องขอ โดยความช่วยเหลือ หรือการรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานผู้ถูกจูงใจดังกล่าว²⁹ ในทำนองเดียวกันกับที่กฎหมาย PCA ของประเทศสิงคโปร์บัญญัติไว้ว่า การใช้สินบนจูงใจตัวแทนซึ่งเป็นเจ้าพนักงาน อาจเป็นการให้สินบนแก่บุคคลผู้ถูกจูงใจดังกล่าวนั่นเองหรือบุคคลอื่นใด (Any Other Person)³⁰ ส่วนกฎหมาย FCPA บัญญัติไว้เฉพาะการให้สินบนแก่บุคคลตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ได้แก่ (1) “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” ซึ่งหมายความรวมถึงเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ หรือ (2) “พรรคการเมืองของต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองดังกล่าว และผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งในนามของพรรคการเมืองดังกล่าวเพื่อดำรงตำแหน่งทางการเมืองของต่างประเทศ” หรือ (3) การให้เงินหรือทรัพย์สินแก่บุคคลที่สามที่ได้ไปกระทำความผิด FCPA อีกทอดหนึ่ง ซึ่งในกลุ่มสุดท้ายนี้เท่านั้นที่กฎหมายบัญญัติถึงการกระทำความผิดโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม (Indirectly) อย่างชัดเจน

สำหรับประเด็นเกณฑ์การพิจารณาสถานะ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดให้ รัฐต้องพิจารณาสถานะความเป็น “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” ของบุคคลผู้รับสินบนตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ โดยไม่จำกัดอยู่ภายใต้กรอบการพิจารณาสถานะความเป็นเจ้าพนักงานรัฐตามกฎหมายภายใน ด้วยเหตุนี้ เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดในอนุสัญญาระหว่างประเทศจึงมีขอบเขตครอบคลุมบุคคล 3 กลุ่ม ได้แก่ (1) บุคคลผู้มีตำแหน่งหน้าที่ที่มีอำนาจรัฐฝ่ายใดๆ ไม่ว่าจะโดยได้รับแต่งตั้งหรือเลือกตั้ง ไม่ว่าจะระดับชาติหรือระดับท้องถิ่น มีตำแหน่งหน้าที่ประจำหรือชั่วคราว ไม่คำนึงถึงลำดับอาวุโส หรือการได้รับค่าตอบแทน (2) บุคคลผู้ปฏิบัติงานหรือหน้าที่ราชการของรัฐต่างประเทศ (Public Function) ขององค์กรของรัฐต่างประเทศ (Public Agency) ของรัฐวิสาหกิจต่างประเทศ (Public Enterprise) หรือองค์กรรัฐที่แปรรูปเป็นเอกชนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายต่างประเทศ และ (3) บุคคลผู้ที่กฎหมายต่างประเทศกำหนดให้มีสถานะเป็นเจ้าพนักงาน

สำหรับกฎหมายต่างประเทศ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ใช้แนวทางการพิจารณาสถานะความเป็นเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ และแบ่งแยกออกจากเกณฑ์การพิจารณาสถานะความเป็นเจ้าพนักงานรัฐตามกฎหมายภายในของประเทศตนสอดคล้องกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว กล่าวคือ กฎหมาย FCPA บัญญัติถึงเจ้าพนักงานหรือลูกจ้างของรัฐบาลต่างประเทศ ไม่ว่าจะอยู่ในภาคส่วน องค์กร หรือหน่วยงานใด เจ้าพนักงานหรือลูกจ้าง

²⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1(2)(2.1)

³⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1(2)(2.1)

ขององค์การระหว่างประเทศ ตลอดจนผู้ที่กระทำการในอำนาจรัฐเพื่อหรือในนามของรัฐบาล ภาค ส่วน องค์กร หน่วยงาน หรือองค์การระหว่างประเทศ โดยไม่พิจารณาระดับหรือตำแหน่งของเจ้าพนักงาน³¹ ในทำนองเดียวกับที่กฎหมาย UKBA บัญญัติถึง บุคคลผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ ไม่ว่าโดยได้รับแต่งตั้งหรือได้รับเลือกตั้งของประเทศหรือดินแดนอื่นๆ ที่มีใช้สหราชอาณาจักร และรวมตลอดถึงบรรดาบุคคลผู้ปฏิบัติหน้าที่ของรัฐเพื่อหรือในนามของประเทศหรือดินแดนอื่นๆ ที่มีใช้สหราชอาณาจักร หรือรัฐวิสาหกิจของต่างประเทศ หรือองค์กรของต่างประเทศ³² อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า แม้กฎหมาย FCPA บัญญัติถึงบุคคลผู้รับสินบนที่เป็น “ลูกจ้าง” ของรัฐต่างประเทศไว้โดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาว่าลูกจ้างเป็นผู้ซึ่งปฏิบัติงานเพื่อรัฐต่างประเทศด้วยแล้ว จึงน่าจะอยู่ในขอบเขตของเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ด้วย แม้ลูกจ้างดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับรัฐตามสัญญาจ้างแรงงานก็ตาม

กรณีประเทศสิงคโปร์ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” หรือบุคคลผู้ปฏิบัติหน้าที่ราชการเพื่อประโยชน์ของรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐต่างๆ ย่อมถูกพิจารณาว่าเป็น “ตัวแทน” ของรัฐบาลหรือหน่วยงานต้นสังกัดที่ตนปฏิบัติงานซึ่งเป็น “ตัวการ” ได้ตามบทนิยามของ “ตัวแทน” ในกฎหมาย PCA มาตรา 2³³ แต่การไม่มีนิยามของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” และ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” อย่างเฉพาะเจาะจงนี้ส่งผลให้ความผิดฐานให้สินบนแก่ตัวแทนตามกฎหมาย PCA มีขอบเขตไม่ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาว่า “ตัวแทน” ในกฎหมายนี้หมายความว่ารวมถึงบุคคลที่ไม่ได้ถูกจ้างโดยหรือมิได้กระทำการเพื่อบุคคลอื่น เช่น บุคคลระดับผู้นำของต่างประเทศ หัวหน้ารัฐบาลต่างประเทศ ผู้พิพากษาในต่างประเทศ สมาชิกรัฐสภาของต่างประเทศ ฯลฯ ด้วยหรือไม่ ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมาย PCA มิได้มีเนื้อหากฎหมายที่สอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่พิจารณาไปข้างต้น

สำหรับประเด็นหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” แม้อนุสัญญาระหว่างประเทศจะกำหนดให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมีขอบเขตครอบคลุมถึงการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศด้วย แต่อนุสัญญาทั้งสองฉบับบัญญัติกฎหมายในประเด็นนี้ไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ อนุสัญญาของ OECD บัญญัติให้ เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศอยู่ในความหมายของเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ ส่วนอนุสัญญา UNCAC บัญญัติถึงเจ้าพนักงานทั้งสองกรณีดังกล่าวแยกออกจากกัน³⁴

ในกรณีนี้ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA บัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศอยู่ในขอบเขตของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศด้วย ตามบทนิยามของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” ที่บัญญัติไว้อย่างกว้างขวาง โดยกฎหมาย FCPA บัญญัติถึงบุคคลผู้รับสินบนที่เป็นเจ้าพนักงานหรือลูกจ้างของ

³¹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.1(3)

³² โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1(3)

³³ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1(3)

³⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(3), 4.2.1(3) และ 4.3.1(3)

องค์การระหว่างประเทศ และบุคคลผู้กระทำการในอำนาจเพื่อหรือในนามองค์การระหว่างประเทศ ในทำนองเดียวกับที่กฎหมาย UKBA บัญญัติถึงบุคคลผู้ปฏิบัติงานในองค์การระหว่างประเทศ โดยพิจารณาตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่เช่นกัน ส่วนกรณีกฎหมาย PCA ของประเทศสิงคโปร์ บุคคลใดๆ ผู้ปฏิบัติการเพื่อองค์การระหว่างประเทศย่อมถูกพิจารณาว่าเป็น “ตัวแทน” ขององค์การระหว่างประเทศดังกล่าวซึ่งมีฐานะเป็น “ตัวการ” ตามที่พิจารณาไปแล้วข้างต้น

อนึ่ง นอกจากการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบนให้ครอบคลุมถึงเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ หรือบุคคลที่สามที่เป็นผู้รับประโยชน์แทนเจ้าพนักงานซึ่งถูกจูงใจดังกล่าวแล้ว กฎหมาย FCPA ยังได้บัญญัติถึงการให้สินบนแก่พรรคการเมืองของต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองดังกล่าว และบุคคลผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งเพื่อดำรงตำแหน่งทางการเมืองของรัฐต่างประเทศในมาตรา 78dd-1(a)(2) มาตรา 78dd-2(a)(2) และมาตรา 78dd-3(a)(2) ด้วย³⁵ จึงเห็นได้ว่า กฎหมาย FCPA บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบนนี้ไว้อย่างเข้มงวดกว่าแนวทางที่อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดไว้

จากการพิจารณาแนวทางการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศข้างต้นนี้ เห็นได้ว่า กฎหมาย UKBA บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้สอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศมากที่สุด ส่วนกฎหมาย FCPA ซึ่งบัญญัติถึงการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศไว้เช่นเดียวกัน และยังได้บัญญัติถึงการให้สินบนแก่พรรคการเมืองในต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองดังกล่าว ตลอดจนผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งในต่างประเทศไว้เกินเลยกว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศด้วย แต่ กลับมิได้บัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงการให้สินบนเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สามอย่างชัดเจน ส่วนกรณีกฎหมาย PCA แม้บทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่ตัวแทนจะมีขอบเขตกว้างขวางสามารถบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศได้ แต่แนวทางการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างสอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศเหมือนอย่างกฎหมายของประเทศอื่นๆ ทั้งนี้ ประเทศไทยจะบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบนอย่างไรจะพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.2.3

6.2.4 ประเด็นเจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษ: โดยทุจริต

อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดว่า รัฐภาคีต้องกำหนดให้การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาที่กระทำโดยเจตนา (Intent Crime) เป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่สุด³⁶ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดอาญาที่ใช้บังคับแก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของประเทศต่างๆ ล้วนแต่ต้องกระทำโดยเจตนาทั้งสิ้น แม้กฎหมายเหล่านั้นจะมีได้บัญญัติถึงการกระทำโดยมี “เจตนา” ในองค์ประกอบความผิดอย่างชัดเจนก็ตาม

³⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.1(3)

³⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(4)(4.1), 4.2.1(4)(4.1) และ 4.3.1(4)

ในประเด็นนี้ มีข้อพิจารณาที่น่าสนใจประการหนึ่งว่า กฎหมาย PCA บัญญัติแนวทางการพิจารณาเจตนาของผู้กระทำความผิดเพิ่มเติมให้บุคคลอาจมีความรับผิดตามกฎหมาย PCA ได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ให้สินบนดังกล่าวรู้ถึงขอบเขตอำนาจหน้าที่ของบุคคลผู้ถูกจูงใจที่ถูกต้องหรือไม่ กล่าวคือ เพียงแต่ฝ่ายโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่า ผู้กระทำความผิดได้จ่ายสินบนให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศโดยเชื่อหรือน่าเชื่อได้ว่าเจ้าพนักงานผู้รับสินบนดังกล่าวมีอำนาจ มีสิทธิ หรือมีโอกาสที่จะกระทำตามที่ตนจูงใจ แม้ว่าในความเป็นจริงเจ้าพนักงานดังกล่าวจะไม่มีอำนาจ ไม่มีสิทธิ หรือไม่มีโอกาสที่จะกระทำตามที่ตนจูงใจนั้นก็ตาม³⁷ ในส่วนนี้เห็นได้ว่า กฎหมายบัญญัติแนวทางการวินิจฉัยเจตนาของผู้กระทำความผิดในบริบทที่ผ่อนคลาย ภาระการพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิดของฝ่ายโจทก์มากขึ้น เพราะโจทก์เพียงแต่พิสูจน์ว่ามีเหตุให้จำเลยเชื่อว่าเจ้าพนักงานผู้รับสินบนมีอำนาจ มีสิทธิ หรือมีโอกาสกระทำการตามที่ตนจูงใจก็เพียงพอที่จะก่อตั้งเจตนาตามกฎหมาย PCA ได้แล้ว โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลย “รู้” ถึงขอบเขตอำนาจหน้าที่หรือความรับผิดชอบที่ถูกต้องตามกฎหมายของเจ้าพนักงานต่างประเทศด้วย ซึ่งหากพิจารณาหลักเจตนาในกฎหมายอาญา การที่บุคคลไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดนั้น ย่อมถือว่าบุคคลนั้นมีเจตนาในการกระทำความผิดไม่ได้

อีกประการหนึ่ง นอกจากเจตนาธรรมดาในการกระทำความผิดแล้ว บางประเทศยังอาจบัญญัติกฎหมายให้การกระทำความผิดฐานให้สินบนนั้นต้องกระทำโดยมีเจตนาพิเศษโดยทุจริต (Corrupt Intent) ด้วย จึงสามารถจำแนกแนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาของประเทศต่างๆ นี้ได้ 2 แนวทาง ดังนี้

(1) บุคคลผู้กระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศต้องมีเจตนาทุจริตในการกระทำความผิดด้วย อันเป็นแนวทางที่บัญญัติใช้อยู่ในกฎหมาย FCPA และกฎหมาย PCA รวมถึงกฎหมายต่อต้านการทุจริตฉบับเก่าทั้งหลายของสหราชอาณาจักร

(2) บุคคลผู้กระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศกระทำความผิดโดยมีเจตนาธรรมดาเท่านั้น อันเป็นแนวทางที่บัญญัติใช้อยู่ในกฎหมาย UKBA

ตามแนวทาง (1) ในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยตามกฎหมาย FCPA และกฎหมาย PCA ฝ่ายโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยมี “เจตนาทุจริต” ในการกระทำความผิดฐานให้สินบนเพิ่มเติมจากเจตนาธรรมดา เจตนาพิเศษเพื่อจูงเจ้าพนักงานรัฐ และเจตนาพิเศษเพื่อให้ได้รับหรือรักษา สวอน ผูกขาดผลประโยชน์ทางธุรกิจตามที่กฎหมายกำหนดด้วยเสียก่อน ศาลจึงจะสามารถพิพากษาลงโทษจำเลยได้ ส่งผลให้โจทก์ต้องแบกรับภาระการพิสูจน์ความผิดของจำเลยมากขึ้น อีกทั้งยังอาจก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายได้ในกรณีที่ระบบกฎหมายของรัฐไม่มีข้อสรุปเกี่ยวกับความหมายของ “เจตนาทุจริต” ที่ชัดเจน และจึงต้องอาศัยการตีความและบังคับใช้กฎหมายของศาลตามแต่ข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีประกอบกัน ซึ่งย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการตีความและบังคับใช้ในทาง

³⁷ เรื่องเดียวกัน.

ปฏิบัติอย่างมาก³⁸ เพราะศาลจะสามารถลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดอาญาได้ก็ต่อเมื่อได้รับฟังพยานหลักฐานโดยปราศจากข้อสงสัยอันควรแล้วเท่านั้น แต่โจทก์ซึ่งมีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์การกระทำความผิดของจำเลยดังกล่าวกลับไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนใดๆ อันจะช่วยพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดโดยมีเจตนาทุจริตเลย เห็นได้จากตัวอย่างที่สหราชอาณาจักรเคยประสบปัญหาการไม่มีบทนิยามขอบเขตของเจตนาทุจริตที่ชัดเจนตามกฎหมายต่อต้านการกระทำทุจริตฉบับเดิม ก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของกฎหมายสินบนทั้งหมดใหม่เป็นกฎหมาย UKBA ในปี ค.ศ. 2010

อย่างไรก็ดี กฎหมายของสหรัฐอเมริกาและของประเทศสิงคโปร์มีแนวทางการวินิจฉัยเจตนาทุจริตที่ค่อนข้างแน่นอนกว่าของสหราชอาณาจักรข้างต้น กล่าวคือ การกระทำโดยมีเจตนาทุจริตตามกฎหมาย FCPA หมายความว่ากระทำการใดๆ โดยใช้วิธีการติดสินบนผู้อื่น ซึ่งหมายถึง “[to act] by bribe” ด้วย³⁹ ส่วนเจตนาทุจริตตามกฎหมาย PCA หมายความว่ากระทำการโดยไม่สุจริตหรือไม่ซื่อสัตย์เกี่ยวกับกิจการงานหรือธุรกิจส่วนตัว ศาลจะพิเคราะห์ทั้งในทางภาววิสัยและอติวิสัยว่า การแลกเปลี่ยนผลประโยชน์มีองค์ประกอบความทุจริตอยู่ด้วยโดยสภาพ และผู้กระทำความผิดรู้อัตนเองกำลังกระทำการอันเป็นการทุจริตนั้นตามพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ เช่น พิจารณาว่ามีการกระทำละเมิดต่อกฎเกณฑ์หรือกฎหมายเกิดขึ้นหรือไม่ มีความอยู่ดีธรรมเกิดขึ้นหรือไม่ การแลกเปลี่ยนผลประโยชน์เกิดขึ้นอย่างปกปิดไม่เปิดเผยหรือไม่ประกอบกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้แลกเปลี่ยนผลประโยชน์ที่ผ่านมา เป็นต้น⁴⁰

ตามแนวทาง (2) เมื่อกฎหมายมิได้บัญญัติ “เจตนาทุจริต” ไว้ในองค์ประกอบความผิด โจทก์จึงมีภาระการพิสูจน์องค์ประกอบความผิดของจำเลยน้อยกว่าแนวทางแรก และศาลสามารถพิพากษาลงโทษจำเลยในความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้โดยไม่ต้องรับฟังว่าจำเลยมีเจตนาทุจริตในการกระทำหรือไม่ โจทก์จึงมีภาระการพิสูจน์ความผิดของฝ่ายจำเลยลดลง และทำให้ความผิดฐานให้สินบนดังกล่าวมีสภาพเป็นภาววิสัยมากขึ้น เพราะศาลไม่ต้องพิจารณาเจตนาภายในจิตใจของจำเลยเหมือนอย่างกรณีแรก ซึ่งย่อมส่งผลให้ความผิดฐานนี้มีขอบเขตชัดเจนขึ้น

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาความสำคัญของการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาโดยทุจริตไว้ในกฎหมาย FCPA องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาโดยทุจริต (Corrupt Intent) มีส่วนสำคัญในการช่วยจำกัดขอบเขตของการกระทำอันเป็นความผิดตามกฎหมายอย่างชัดเจน อันเนื่องมาจากการที่กฎหมาย FCPA บัญญัติก่อดังความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยไม่กำหนดนิยามขอบเขตของ “ทรัพย์สินมีค่า” (Things of Value) หรือกำหนดข้อยกเว้นสำหรับการให้สินบนที่มีมูลค่าราคาไม่เกินจำนวนขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดไว้เลย⁴¹ การกระทำทุจริตในต่างประเทศตามกฎหมาย FCPA จึงอาจเกิดขึ้นและสำเร็จลงได้โดยไม่มีข้อจำกัดในส่วนขอบเขตของสิ่งที่ให้แก่กันเป็นสินบนเลย ฉะนั้น นอกจากการพิจารณามูลค่าราคาของสินบนตามปกติแล้ว ศาลจึงต้องอาศัยการพิจารณามูลค่าของทรัพย์สินที่

³⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1(4)(4.1)

³⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.1(4)(4.1)

⁴⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1(4)(4.1)

⁴¹ โปรดดูการวิเคราะห์ประเด็นประเด็นขอบเขตของสินบนในหัวข้อที่ 6.2.2.2

จำเลยให้คุณค่าหรือกำหนดมูลค่ากำหนดไว้ภายในจิตใจ (Subjective Value) ด้วยว่า ทรัพย์สินดังกล่าวอาจมีผลเป็นการจูงใจ หรือมีผลทำให้จิตใจของฝ่ายผู้รับสินบนเอนเอียงมาให้ความช่วยเหลือฝ่ายผู้ให้สินบนหรือไม่ ซึ่งในส่วนนี้นั้นเองที่กฎหมายต้องบัญญัติให้ปรากฏเป็นองค์ประกอบส่วน “เจตนาทุจริต” ของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติตามกฎหมาย FCPA⁴²

ในขณะเดียวกัน การกำหนดองค์ประกอบความผิดส่วน “เจตนาโดยทุจริต” (Corrupt Intent) ไว้ในองค์ประกอบความผิดก็เป็นการแนวทางหนึ่งซึ่งรัฐอาจใช้หลีกเลี่ยงการบัญญัติกฎหมายอาญาเกินความจำเป็น (Over-criminalization) ที่มีประสิทธิภาพมากกว่าการจำกัดขอบเขตของการกระทำความผิดรูปแบบอื่น⁴³ เช่น การจำกัดกลุ่มบุคคลผู้กระทำความผิด ซึ่งอาจทำให้ความผิดอาญาไม่มีขอบเขตกว้างขวางเพียงพอที่จะบังคับใช้แก่การกระทำความผิดโดยบุคคลที่หลากหลาย⁴⁴ หรือการจำกัดผลอันตรายของการกระทำความผิด เช่น การจำกัดจำนวนเงินขั้นต่ำที่อาจให้แก่บุคคลผู้รับของขวัญ ซึ่งในความเป็นจริงการให้สินบนมูลค่าน้อยก็อาจมีผลจูงใจเจ้าพนักงานผู้รับสินบนได้ด้วยเช่นกัน⁴⁵ เป็นต้น

นอกจากประเด็นข้างต้น กฎหมายของบางประเทศอาจบัญญัติกฎหมายเพื่อต่อต้านการรับผิดสำหรับการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติโดยมีเจตนาในลักษณะที่เป็น การจงใจไม่รู้ (Willful Blindness) หรือการรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดการกระทำความผิดโดยบุคคลที่สามในอนาคต แต่ไม่ได้ดำเนินการป้องกันหรือหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่จะมีการกระทำความผิด⁴⁶ ในกรณีนี้ กฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-1(a)(3) มาตรา 78dd-2(a)(3) และมาตรา 78dd-3(a)(3) กำหนดความรับผิดสำหรับบุคคลซึ่งไม่มีเจตนาจ่ายสินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยตรง แต่บุคคลดังกล่าวได้ให้เงินหรือทรัพย์สินแก่บุคคลอื่นโดย “รู้” ว่าบุคคลผู้รับทรัพย์สินนั้นจะนำเงินหรือทรัพย์สินดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วนไปให้สินบนอันเป็นความผิดตามกฎหมาย FCPA อีกทอดหนึ่งไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม การ “รู้” ตามกฎหมาย FCPA มีขอบเขตกว้างขวางรวมถึงการเชื่อ การไม่เอาใจใส่ และการจงใจเพิกเฉยต่อข้อเท็จจริง สถานการณ์ หรือผลลัพธ์ที่เป็นอยู่หรือจะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย⁴⁷

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบขององค์ประกอบความผิดส่วนเจตนา นี้ เห็นได้ว่า กฎหมายต่างประเทศล้วนบัญญัติให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดที่กระทำโดยเจตนาตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว แต่กฎหมายของบางประเทศอาจกำหนดให้บุคคลผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวต้องมีเจตนาทุจริตในการกระทำด้วย หรือบางประเทศอาจบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำความผิดโดยเจตนาในรูปแบบอื่นๆ ในขอบเขตที่กว้างขวางกว่าที่อนุสัญญาระหว่างประเทศ

⁴² Elizabeth S. Shingler, "The Foreign Corrupt Practices Act: A New Approach to the Reasonable and Bona Fide Expenditure Defense," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 7(Spring 2013): 537.

⁴³ Sarah N. Welling, "Reviving the Federal Crime of Gratuities," *Arizona Law Review* 55(Summer 2013): 446-447.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(4)(4.1), 4.2.1(4)(4.1) และ 4.3.1(4)

⁴⁷ โปรดดูเรื่องเดียวกัน.

กำหนดไว้ข้างต้น ส่วนประเทศไทยจะบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้อย่างไรจะพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.2.4

6.2.5 ประเด็นเจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรัฐ

อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดว่า ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศต้องมีขอบเขตบังคับใช้ครอบคลุมการจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำหรือละเว้นไม่กระทำการใดๆ ในตำแหน่งหน้าที่ ไม่ว่าจะการนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่ รวมถึงการจูงใจให้เจ้าพนักงานใช้อิทธิพลที่ตนมีอยู่ในตำแหน่งหน้าที่ในลักษณะใดๆ ไม่ว่าจะการใช้อิทธิพลนั้นอยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายหรือไม่⁴⁸

ในต่างประเทศ กฎหมาย UKBA เป็นกฎหมายที่บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้อย่างสอดคล้องและตามอนุสัญญาระหว่างประเทศข้างต้นมากที่สุด โดยบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้ให้ครอบคลุมถึงการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติเพื่อโน้มน้าว ชักจูง หรือมีอิทธิพล (Influence) ต่อการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำการใดๆ ตามความสามารถ (Capacity) ตามตำแหน่งและอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงาน หรือการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำการใดๆ อันไม่อยู่ในขอบเขตความสามารถตามตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าวด้วย⁴⁹ ส่วนกฎหมาย FCPA บัญญัติวัตถุประสงค์ในการจูงใจเจ้าพนักงานผู้รับสินบนในกรณีต่างๆ รวม 4 รายการ ได้แก่ (1) เพื่อใช้อิทธิพลเหนือการกระทำหรือการตัดสินใจใดๆ ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานต่างชาติ (2) เพื่อจูงใจเจ้าพนักงานให้กระทำหรือละเว้นไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ตามกฎหมาย (3) เพื่อให้ได้รับประโยชน์อันไม่เหมาะสม หรือ (4) เพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานต่างชาติใช้อิทธิพลอย่างไม่เหมาะสมต่อการกระทำหรือการตัดสินใจใดๆ ของรัฐบาลต่างประเทศหรือหน่วยงานย่อยของรัฐบาลเท่านั้น ซึ่งเนื้อหาของกฎหมาย FCPA นี้ก็สอดคล้องตามอนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวด้วยเช่นกัน⁵⁰ จึงเห็นได้ว่า บทบัญญัติองค์ประกอบความผิดของกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA บัญญัติไว้อย่างสอดคล้องกับแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศข้างต้นแล้ว แม้ตามแนวทางการบัญญัติเจตนาจูงใจเจ้าพนักงานรัฐตามกฎหมาย FCPA จะบัญญัติไว้อย่างเฉพาะเจาะจงและลงรายละเอียดมากกว่า แต่ก็เห็นได้อย่างชัดเจนว่า กฎหมาย UKBA บัญญัติรูปแบบเนื้อหาไว้ใกล้เคียงกับแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่ากฎหมาย FCPA

สำหรับกรณีประเทศสิงคโปร์ กฎหมาย PCA บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาในการจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติไว้ค่อนข้างแตกต่างออกไป ครอบคลุมทั้งการให้สินบนเพื่อเป็นการจูงใจ (Inducement) ให้ผู้รับสินบนกระทำการใดๆ อย่างหนึ่งในอนาคต และการให้สินบนเพื่อเป็นรางวัลตอบแทน (Reward) สำหรับการกระทำที่ผู้รับสินบนได้กระทำเสร็จสิ้นไปแล้วในอดีต ตลอดจนการให้สินบนเพื่อให้ผู้รับสินบนแสดงออกหรือไม่แสดงออกซึ่งการสนับสนุนหรือไม่สนับสนุนใดๆ แก่

⁴⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(4)(4.3), 4.2.1(4)(4.3) และ 4.3.1(5)

⁴⁹ โปรดดูเรื่องเดียวกัน.

⁵⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1(4)(4.2)

บุคคลอื่นอันเป็นการใช้อิทธิพลของผู้รับสินบนในรูปแบบหนึ่งที่ไม่เหมาะสมด้วย⁵¹ จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมาย PCA บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้เกินเลยไปกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในอนุสัญญาระหว่างประเทศในส่วนประเด็นการให้สินบนเป็นรางวัลตอบแทนสำหรับการกระทำใดๆ ที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต ส่วนประเด็นเกี่ยวกับการจูงใจให้มีการใช้อิทธิพลในตำแหน่งหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานก็ยังไม่ น่าจะมีขอบเขตกว้างขวางเทียบได้กับแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ เพราะการกระทำเกี่ยวกับการใช้อิทธิพลในตำแหน่งหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานผู้ใช้ อำนาจรัฐน่าจะยังมีการกระทำรูปแบบอื่นที่มีใช้การสนับสนุนหรือไม่สนับสนุนบุคคลอื่นด้วย

อนึ่ง เจตนาจูงใจเจ้าพนักงานเป็นองค์ประกอบความผิดอันเป็นสาระสำคัญของการกระทำ ความผิดฐานให้สินบนในกฎหมายของทุกประเทศอยู่แล้ว เพียงแต่กฎหมายของประเทศต่างๆ จะ กำหนดองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้ในขอบเขตเพียงใด อย่างไรก็ตามนี้ ประเทศไทย จะรับเอาแนวคิดของกฎหมายต่างประเทศเหล่านี้ไปใช้บัญญัติ หรือแก้ไขเพิ่มเติมองค์ประกอบ ความผิดส่วนเจตนาจูงใจเจ้าพนักงานรัฐอย่างไรจะพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.2.5

6.2.6 ประเด็นเจตนาพิเศษ: เพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

สำหรับกรณีกฎหมายบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจไว้ใน ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ อนุสัญญา ของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติ องค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้สรุปได้ว่า รัฐภาคีต้องกำหนดความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้า พนักงานของรัฐต่างชาติที่บุคคลลงมือกระทำความผิดเพื่อให้ได้รับ (Obtain) หรือรักษาไว้ (Retain) ซึ่งธุรกิจ หรือประโยชน์อื่นใดในทางการประกอบธุรกิจเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้น อนุสัญญา UNCAC กำหนดให้ การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศครอบคลุมถึงการให้หรือการได้รับความช่วยเหลือจาก นานาชาติ (International Aid) อีกด้วย⁵²

ในเบื้องต้น จากการพิจารณาภาพรวมของบทบัญญัติความผิดที่อาจบังคับใช้แก่การให้สินบน แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เห็นได้ว่า องค์ประกอบความผิด ส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจจะมีอยู่ในกฎหมายของประเทศที่บัญญัติความผิดฐานให้สินบน รูปแบบใหม่ดังกล่าวไว้โดยเฉพาะเท่านั้น ได้แก่ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ส่วนกรณี กฎหมาย PCA ของประเทศสิงคโปร์ซึ่งบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่าง ประเทศดังกล่าวในขอบเขตของความผิดฐานให้สินบนแก่ตัวแทนตามกฎหมาย PCA ไม่มีบัญญัติ องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจไว้อย่างชัดเจน จึงสามารถแบ่งแยกวิเคราะห์ กรณีต่างๆ ได้ดังนี้

ในส่วนนี้ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อ ประโยชน์ทางธุรกิจไว้อย่างสอดคล้องตามแนวทางที่อนุสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองฉบับข้างต้นไว้ ในส่วนเกี่ยวกับธุรกิจอย่างชัดเจน กล่าวคือ กฎหมาย FCPA กำหนดว่า ในการกระทำความผิดตาม

⁵¹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1(4)(4.2)

⁵² โปรดดูหัวข้อ 4.1.1(4)(4.3), 4.2.1(4)(4.3) และ 4.3.1(6)

กฎหมาย FCPA ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาจงใจให้เจ้าพนักงานช่วยให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าว จัดหาหรือรักษา สงวน หรือผูกขาดธุรกิจสำหรับบุคคลใดๆ ด้วย ซึ่งศาลตีความและบังคับใช้ องค์กรประกอบความผิดตามกฎหมายส่วนนี้ในความหมายอย่างกว้างยิ่งกว่าการเข้าทำสัญญาหรือต่อ สัญญากับภาครัฐ และไม่จำกัดว่าต้องเป็นกรณีที่นักธุรกิจอเมริกันเข้าทำธุรกิจกับภาครัฐของ ต่างประเทศเท่านั้น⁵³ เช่นเดียวกับที่กฎหมาย UKBA กำหนดให้การกระทำความผิดฐานให้สินบนใน ต่างประเทศต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับ (Obtain) หรือเพื่อรักษา สงวน หรือผูกขาด (Retain) ธุรกิจหรือประโยชน์ในการประกอบธุรกิจ โดยบัญญัติกฎหมายอธิบายไว้อย่างชัดเจนว่า “ธุรกิจ” หมายรวมถึง “การค้าขาย” (Trade) หรือ “วิชาชีพ” (Profession) ด้วย⁵⁴ แต่กลับไม่มีกฎหมาย ฉบับใดบัญญัติถึงการได้รับ หรือการรักษา สงวน หรือผูกขาด “ความช่วยเหลือจากนานาชาติ” ตาม แนวทางที่อนุสัญญา UNCAC กำหนดไว้โดยเฉพาะเลย

ยิ่งไปกว่านั้น นอกจากเจตนาเพื่อให้ได้รับหรือเพื่อรักษา สงวน หรือผูกขาดการประกอบ ธุรกิจที่กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA บัญญัติไว้เหมือนกันแล้ว กฎหมาย FCPA ได้บัญญัติถึง การให้สินบนเพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดสามารถจัดหา หรือรักษา สงวน ผูกขาดธุรกิจสำหรับบุคคล อื่น (Obtain/Retain Business for Any Person) กับเพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดขึ้นนำหรือควบคุม (Direct Business to Any Person) ธุรกิจให้แก่ผู้อื่นเกินกว่าแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ

สำหรับกรณีกฎหมายมิได้บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจไว้ ในความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ความผิดฐานให้สินบนแก่ตัวแทนตามกฎหมาย PCA จึงมีขอบเขตบังคับใช้แก่การให้สินบนแก่บุคคล ใดๆ โดยไม่จำกัดว่าต้องการเป็นการให้สินบนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับ หรือเพื่อรักษา สงวน หรือผูกขาดธุรกิจหรือผลประโยชน์ในการประกอบธุรกิจเหมือนอย่างกรณีข้างต้นด้วยเท่านั้น และจึง อาจบังคับใช้แก่การให้สินบนโดยมีวัตถุประสงค์อื่นใด เช่น ประโยชน์ในการได้รับความช่วยเหลือจาก นานาชาติตามขอบเขตที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา UNCAC หรือเพื่อประโยชน์ในการหลีกเลี่ยงมิให้ตน ถูกจับกุมดำเนินคดีอาญาหรือการปิดเบี่ยงการดำเนินคดีอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรมในศาลที่ไม่เกี่ยวข้องกับ การประกอบธุรกิจ เป็นต้น

องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจเป็นองค์ประกอบความผิดที่สามารถ สะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาการของการบัญญัติความผิดอาญาได้เป็นอย่างดี แต่ในขณะเดียวกัน กฎหมาย PCA ซึ่งจะมีได้บัญญัติเนื้อหาความผิดตามแนวทางที่อนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว แต่กลับมี ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายที่กว้างขวางกว่าแนวทางในอนุสัญญาระหว่างประเทศเสียอีก⁵⁵ เมื่อ พิจารณาว่า แนวคิดการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานของ องค์กรระหว่างประเทศเกิดขึ้นจากการตระหนักถึงผลกระทบและความเสียหายจากการให้สินบนต่อ ประเทศต่างๆ ตลาดการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างกว้างขวางที่เชื่อมโยงกันเป็นระบบ เศรษฐกิจโลก การบัญญัติความผิดอาญาสำหรับการให้สินบนเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่มีใช้เพื่อประโยชน์

⁵³ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.1(4)(4.3)

⁵⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1(4)(4.3)

⁵⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1(4)(4.3)

ในการประกอบธุรกิจในต่างประเทศยังไม่มีพัฒนาการแนวความคิดที่ชัดเจนอาจยังไม่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ

เมื่อองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจเป็นองค์ประกอบสำคัญที่ทำให้กฎหมายอาญามีเนื้อหาสอดคล้องกับแนวคิดการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในระดับนานาชาติ และความผิดฐานดังกล่าวมีความจำเพาะ ตลอดจนมีขอบเขตบังคับใช้ไม่ครอบคลุมถึงการให้สินบนเพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ ในต่างประเทศยังไม่มีพัฒนาการแนวความคิดที่ชัดเจนด้วย ตามประเด็นนี้ ประเทศไทยจะบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศนี้อย่างไรจะพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.2.6

6.2.7 ประเด็นการจ่ายเงินค่าอำนาจความสะดวก

เนื่องจากกฎหมายของประเทศต่างๆ ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการจ่ายเงินค่าอำนาจความสะดวกไว้อย่างชัดเจนทุกประเทศ การพิจารณาเนื้อหาความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของประเทศต่างๆ ในส่วนบทที่แล้วจึงเพียงแต่พิจารณาเนื้อหาการจ่ายเงินค่าอำนาจความสะดวกเท่าที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของบางประเทศรวมไว้กับองค์ประกอบความผิดส่วนอื่นในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นขององค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายในส่วนนี้จำเป็นต้องพิจารณาเป็นประเด็นการจ่ายเงินค่าอำนาจความสะดวกเป็นประเด็นหนึ่งโดยเฉพาะ เพื่อให้สามารถทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบได้อย่างชัดเจนด้วยในหัวข้อนี้

ในปัจจุบัน แม้อนุสัญญาของ OECD มีแนวโน้มไม่อนุญาตให้มีการจ่ายเงินค่าอำนาจความสะดวกจำนวนเล็กน้อยเช่นเดียวกับแนวทางของอนุสัญญา UNCAC⁵⁶ แต่กฎหมายของบางประเทศยังมีบทบัญญัติกฎหมายอนุญาตให้มีการจ่ายเงินค่าอำนาจความสะดวกที่ชอบด้วยกฎหมายได้อยู่เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกหรือความคล่องตัวตามสภาพของการประกอบธุรกิจ จึงอาจจำแนกแนวทางการบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ได้ 2 แนวทาง ได้แก่

(1) การบัญญัติกฎหมายเปิดช่องให้บุคคลสามารถจ่ายเงินค่าอำนาจความสะดวกได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แม้การจ่ายเงินค่าอำนาจความสะดวกก็เข้าลักษณะเป็นการจ่ายสินบนแบบหนึ่งโดยสภาพ แนวทางนี้เป็นแนวทางของกฎหมาย FCPA และแนวทางเดิมของอนุสัญญาของ OECD

(2) กรณีกฎหมายไม่อนุญาตให้มีการจ่ายสินบนทุกกรณีโดยไม่แบ่งแยกว่าเป็นการจ่ายเงินค่าอำนาจความสะดวกหรือไม่ แนวทางนี้เป็นแนวทางที่ใช้อยู่ในกฎหมาย UKBA กฎหมาย PCA อนุสัญญา UNCAC ตลอดจนแนวทางปัจจุบันของอนุสัญญาของ OECD

พิจารณาแนวทาง (1) กฎหมาย FCPA บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า บุคคลสามารถจ่ายเงินให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติเพื่ออำนวยความสะดวกหรือจูงใจให้เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติปฏิบัติหน้าที่ราชการประจำ (Routine Governmental Action) ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจของเจ้า

⁵⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1(4)(4.3), 4.2.1(4)(4.3) และ 4.3.1(6)

พนักงานรวดเร็วขึ้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย⁵⁷ ในลักษณะที่เป็นการกระทำทุจริตระดับเล็กๆ น้อยๆ (Petty Corruption) เท่านั้น^{58*} จึงกล่าวได้ว่าบทบัญญัติเรื่องการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกตามกฎหมาย FCPA บัญญัติไว้อย่างสอดคล้องตามแนวทางเดิมของอนุสัญญาของ OECD ซึ่งพิจารณาการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกโดยคำนึงถึง “มูลค่า” ของสินบนกับ “วัตถุประสงค์” ในการจ่ายสินบนแล้ว แต่กฎหมาย FCPA ดังกล่าวก็ยังคงไม่สอดคล้องตามแนวทางของอนุสัญญา UNCAC ที่ไม่เปิดช่องให้รัฐอาจบัญญัติกฎหมายอนุญาตให้การจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกได้โดยอยู่นั้นเอง

ส่วนแนวทาง (2) กฎหมาย UKBA และกฎหมาย PCA ไม่บัญญัติกฎหมายเปิดช่องให้มีการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกได้โดยชอบด้วยกฎหมาย บุคคลผู้จ่ายเงินสินบนจำนวนเล็กน้อยให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ เพื่ออำนวยความสะดวกหรือจูงใจให้เจ้าพนักงานดังกล่าวปฏิบัติกรในอำนาจหน้าที่รวดเร็วขึ้นทุกกรณี จึงมีความผิดตามกฎหมายเช่นเดียวกับการให้สินบนขนาดใหญ่ (Grand Corruption)⁵⁹ โดยไม่คำนึงถึงมูลค่าของสินบนหรือวัตถุประสงค์ของการจ่ายสินบนเลย⁶⁰ อนึ่ง น่าสังเกตว่า กฎหมาย UKBA เพิ่งถูกตราขึ้นในปี พ.ศ. 2553 (ค.ศ. 2010) บัญญัติกฎหมายไม่เปิดช่องให้มีการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกตามแนวทางที่กำหนดไว้ในคำแนะนำของอนุสัญญาของ OECD ที่เพิ่งออกมาในปี พ.ศ. 2552 (ค.ศ. 2009)⁶¹ แนวทางของกฎหมาย UKBA จึงน่าจะเป็นต้นแบบของการบัญญัติกฎหมายต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามแนวทางใหม่ของอนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวได้เป็นอย่างดี ในขณะที่กฎหมาย PCA ของประเทศสิงคโปร์มิได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับใดๆ ทั้งสิ้น แต่รัฐบาลแห่งประเทศสิงคโปร์ได้บัญญัติกฎหมายไว้อย่างเข้มข้นตามเจตจำนงทางการเมืองที่มุ่งมั่นต่อต้านการกระทำทุจริตทุกรูปแบบมาตั้งแต่ดั้งเดิม⁶²

การจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกอาจมีผลต่อการอำนวยความสะดวกรวดเร็วและการสร้างสภาพคล่องในการประกอบธุรกิจ แต่ในขณะเดียวกันการจ่ายดังกล่าวก็เป็นการจ่ายสินบนเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรูปแบบหนึ่งโดยสภาพ ในปัจจุบันนานาชาติต่างยอมรับแล้วว่า มีผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนในระยะยาว ฉะนั้น ประเทศไทยจะบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยเปิดช่องให้มีการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศหรือไม่ อย่างไร จะพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.2.7

⁵⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.1(4)(4.3)

⁵⁸ โปรดดูบทที่ 2

* การกระทำทุจริตระดับเล็กๆ น้อยๆ (Petty Corruption) ที่มักเกี่ยวข้องกับบุคคลที่เป็นเจ้าพนักงานระดับล่างเพื่ออำนวยความสะดวกหรือจูงใจในการปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานดังกล่าว จึงมักใช้สินบนมูลค่าน้อยเท่านั้น

⁵⁹ โปรดดูบทที่ 2

⁶⁰ กรณีกฎหมาย UKBA โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1(4)(4.3) และกรณีกฎหมาย PCA โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1(4)(4.3)

⁶¹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1(4)(4.3)

⁶² โปรดดูหัวข้อที่ 5.3

6.2.8 ประเด็นเกี่ยวกับข้อต่อสู้ตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาความสมบูรณ์การกระทำความผิด อนุสัญญาของ OECD กำหนดว่า ความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอาจเกิดขึ้นและสำเร็จลงอย่างสมบูรณ์ได้ โดยไม่คำนึงถึงมูลค่าของประโยชน์ที่ได้รับ ผลลัพธ์ที่เกิดขึ้น จารัตประเพณีท้องถิ่น จริยธรรมของเจ้าพนักงานในท้องถิ่น หรือความจำเป็นที่ต้องมีการจ่ายสินบน⁶³ เมื่อพิจารณาภาพรวมของกฎหมายประเทศต่างๆ เห็นได้ว่า ในบรรดากฎหมายต่างประเทศทั้งหมด กฎหมาย PCA เพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่บัญญัติกฎหมายยืนยันสมบูรณ์ของการกระทำความผิดในทำนองดังกล่าวอย่างชัดเจน โดยห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานเกี่ยวกับประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในโอกาสเทศกาลบ้านเมือง เพื่อปฏิเสธว่าไม่มีการกระทำความผิดตามกฎหมาย⁶⁴

สำหรับประเด็นข้อต่อสู้เฉพาะสำหรับการกระทำความผิดฐานนี้ อนุสัญญาของ OECD กำหนดแนวทางไว้ว่า รัฐภาคีอาจบัญญัติให้มีข้อต่อสู้สำหรับความผิดฐานดังกล่าวเฉพาะกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศอนุญาตให้มีการให้สินบนเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐดังกล่าวได้เท่านั้น ในขณะที่อนุสัญญา UNCAC มิได้บัญญัติแนวทางเกี่ยวกับข้อต่อสู้สำหรับการกระทำความผิดฐานดังกล่าวไว้อย่างเฉพาะเจาะจง ส่วนในกฎหมายต่างประเทศ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA บัญญัติข้อต่อสู้สำหรับความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ตามแนวทางเดียวกับอนุสัญญาของ OECD อย่างชัดเจน โดยกฎหมาย FCPA บัญญัติข้อต่อสู้สำหรับกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของชาติอนุญาตให้มีการจ่ายสินบนเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ⁶⁵ เช่นเดียวกับที่กฎหมาย UKBA บัญญัติให้การไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่แก่เจ้าพนักงานอนุญาตหรือกำหนดให้เจ้าพนักงานสามารถรับข้อเสนอสัญญา หรือของขวัญสำหรับการจูงใจการปฏิบัติหน้าที่ได้ เป็นเงื่อนไขหนึ่งของการกระทำความผิดฐานดังกล่าวตามกฎหมายด้วย⁶⁶ กฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้อาจเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายลายลักษณ์อักษรใดๆ ที่ผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติของรัฐ หรือคำพิพากษาของศาลที่มีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้⁶⁷

กรณีประเทศสิงคโปร์ เนื่องจากความผิดฐานให้สินบนที่อาจปรับใช้แก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศกฎหมาย PCA ต้องอาศัยฐานแห่งความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทน และจึงสามารถอ้างถึงข้อต่อสู้ว่าด้วยความยินยอมของตัวการต่อการกระทำของตัวแทนได้⁶⁸ ดังนั้นหากพิจารณาว่า “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” หรือ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” ซึ่งมีฐานะเป็นตัวแทนของ “ภาครัฐต่างประเทศ” หรือของ “องค์การระหว่างประเทศ” แล้วแต่กรณีแล้ว ความยินยอมของตัวการในบริบทนี้จึงได้แก่กรณีที่ภาครัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศอนุญาตให้เจ้าพนักงานเหล่านั้นรับเอาสินบนเป็นการจูงใจในการปฏิบัติหน้าที่ใน

⁶³ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.1 และ 4.2.1

⁶⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1(4)(4.3)

⁶⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.1(4)(4.3)

⁶⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1(4)(4.3)

⁶⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1(4)(4.3)

⁶⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1(4)(4.3)

ทำนองเดียวกับแนวทางของอนุสัญญาของ OECD ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมของตัวการในที่นี่ น่าจะเทียบได้กับการที่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติซึ่งมีฐานะเป็น “ตัวแทน” ได้รับอนุญาตจากภาครัฐ หรือกฎหมายของรัฐตนให้สามารถรับสินบนเพื่อจูงใจการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ ซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ข้างต้น แต่การปรับใช้ข้อต่อสู้ดังกล่าวในกฎหมาย PCA น่าจะมีขอบเขตกว้างขวางกว่า เพราะความยินยอมของตัวการอาจเป็นความยินยอม ปลายลักษณะอักษรหรือไม่ก็ได้ แต่กฎหมาย UKBA กำหนดขอบเขตไว้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายที่ อนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐได้ต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

ในประเด็นนี้ แม้อนุสัญญาของ OECD กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA บัญญัติข้อต่อสู้ ตามแนวทางดังกล่าวไว้ในทำนองเดียวกัน เพื่อเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยคำนึงถึงความหลากหลาย ของกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ กับความเป็นไปได้ว่าอาจมีกฎหมายของบางประเทศอนุญาต ให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานหรือผู้ใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของประเทศตนได้ แต่ผู้เขียนก็เห็นว่าแม้ ประเทศต่างๆ มิได้บัญญัติข้อต่อสู้ตามกฎหมายกรณีนี้ไว้ก็ไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อการบังคับใช้ กฎหมายแต่อย่างใด เพราะปัจจุบันประเทศต่างๆ ล้วนกำหนดความผิดและโทษทางอาญาสำหรับเจ้า พนักงานหรือผู้ใช้อำนาจรัฐของประเทศตนที่เรียกรับเอาสินบนทั้งสิ้น ข้อต่อสู้จึงน่าจะไม่มีที่ใช้ในทาง ปฏิบัติ ยิ่งไปกว่านั้น ตามแนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับสินบนในบทที่ 2 ความผิดฐานให้ สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐแบบดั้งเดิม (Domestic Bribery) มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองความถูกต้อง ชอบธรรมของการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน ส่วนความผิดฐานสินบนต่างประเทศ (Foreign Bribery) มุ่งคุ้มครองเสถียรภาพและความมั่นคงของระบบตลาดกับการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ของนานาประเทศ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า การที่ประเทศหนึ่งจะบัญญัติกฎหมายอาญาคุ้มครอง การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานรัฐของตนหรือไม่หรือให้ความคุ้มครองในขอบเขตเพียงใดเป็นคนละ เรื่องกับการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองระบบตลาดและการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ฉะนั้น เมื่อประเทศต่างๆ จำเป็นต้องร่วมมือกันบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเพื่อประโยชน์ของระบบตลาดโดยรวมแล้ว การบัญญัติกฎหมาย ดังกล่าวก็ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงการให้ความคุ้มครองการใช้อำนาจรัฐอันเป็นเรื่องภายในของ ต่างประเทศอีก

อีกประการหนึ่ง กฎหมาย FCPA ยังได้บัญญัติข้อต่อสู้ที่ใช้สำหรับความผิดฐานให้สินบนตาม กฎหมายดังกล่าวไว้โดยเฉพาะอีกประการหนึ่งคือ ข้อต่อสู้ตามกฎหมายสำหรับการจ่ายเงินให้แก่เจ้า พนักงานของรัฐต่างชาติที่กระทำโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริต (Reasonable and Bona Fide Expenditures Defense) พิจารณาดังนี้

โดยทั่วไป การบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจ ระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานทั่วไป (Standard-based Approach)^{*} สำหรับแบ่งแยกการกระทำอันต้องห้ามตามกฎหมายออกจากการกระทำที่ไม่เป็น

^{*} การบัญญัติกฎหมายแบบ “การกำหนดเกณฑ์มาตรฐาน” (Standard-based Approach) คือ การกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไป สำหรับผู้ปฏิบัติตามกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมาย โดยไม่ระบุถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ในลักษณะที่เป็น “หลัก ทั่วไป” ส่วนการบัญญัติกฎหมายแบบ “การกำหนดกฎเกณฑ์” (Rule-based Approach) คือ การกำหนดหลักเกณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่ง ที่ ใช้บังคับสำหรับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง อาจเทียบได้ว่าเป็น “ข้อยกเว้น” ของหลักทั่วไปในกรณีแรก อ้างอิงจาก

ความผิดกฎหมายของบุคคลโดยมิได้ระบุถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความผิดตามกฎหมายจึงต้องอาศัยการพิจารณาองค์ประกอบความผิดเพียงส่วนเดียว ไม่มีหลักเกณฑ์อื่นสำหรับช่วยแบ่งแยกการกระทำดังกล่าวอีก* เป็นเหตุให้ทั้งผู้ปฏิบัติตามกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมายไม่สามารถแบ่งแยก “การกระทำที่เป็นความผิดกฎหมาย” ออกจาก “ค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขาย” (Promotional Expenditure) ได้อย่างชัดเจน และนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่มีประสิทธิภาพ** จากปัญหานี้ สหรัฐอเมริกาจึงพัฒนาข้อต่อสู้สำหรับการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริตไว้โดยเฉพาะ เพื่อเพิ่มเกณฑ์การพิจารณาแบ่งแยกการกระทำอันเป็นความผิดที่ชัดเจนและเฉพาะเจาะจงมากขึ้น (Rule-based Approach) แม้การกระทำดังกล่าวมิใช่การให้สินบนโดยสภาพเพราะขาดเจตนาทุจริต⁶⁹ ยกตัวอย่างเช่นการให้เงินเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการเดินทางหรือค่าที่พักอาศัยแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในระหว่างการอธิบายหรือตรวจสอบสินค้าหรือบริการ หรือการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างตนกับหน่วยงานภาครัฐต่างประเทศ เป็นต้น⁷⁰

ข้อต่อสู้เรื่องการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริตช่วยให้ขอบเขตของการกระทำความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศชัดเจนยิ่งขึ้น จึงช่วยลดความลังเลในการดำเนินธุรกิจ และก่อให้เกิดการปฏิบัติตามกฎหมายมากขึ้น เพราะนักธุรกิจเอกชนสามารถประเมินและวางแผนการใช้จ่ายเงินในการประกอบธุรกิจ ตลอดจนหลีกเลี่ยงการกระทำความผิดกฎหมายได้ง่ายขึ้น เสียเวลาและค่าใช้จ่ายสำหรับการขอรับคำปรึกษากฎหมายจากนักกฎหมายเกี่ยวกับประเด็นนี้ลดลง⁷¹ ด้วยเหตุนี้หน่วยงานผู้บังคับใช้กฎหมายจึงใช้จ่ายงบประมาณสำหรับต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศนั้นลดลงด้วยเช่นกัน⁷²

อย่างไรก็ดี แม้การกำหนดข้อต่อสู้สำหรับการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริตตามแนวทางของกฎหมาย FCPA จะเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย แต่ปัจจุบันนักวิชาการเห็นว่าแนวทางการวินิจฉัยขอบเขตของข้อต่อสู้ดังกล่าวยังไม่เพียงพอ และเสนอให้สร้างหลักเกณฑ์หรือ

Shingler, E. S., "The Foreign Corrupt Practices Act: A New Approach to the Reasonable and Bona Fide Expenditure Defense", *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 7(Spring 2013): 537-562.

* การจับกุมดำเนินคดีในข้อหาความผิดตามกฎหมาย FCPA ส่วนใหญ่มักยุติลงโดยใช้วิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาล เช่น การทำข้อตกลงระงับการดำเนินคดี (Deferred Agreement) หรือข้อตกลงไม่ฟ้องคดี (Non-prosecution Agreement) ระหว่างพนักงานอัยการกับผู้กระทำความผิด ศาลแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งตามปกติมีบทบาทในการสร้างหลักบรรทัดฐานการบังคับใช้กฎหมายโดยการทำคำพิพากษาจึงแทบจะไม่มีโอกาสได้สร้างบรรทัดฐานการบังคับใช้กฎหมาย FCPA ที่จะเป็นประโยชน์สำหรับการบังคับใช้กฎหมายในอนาคตได้เลย การตีความและบังคับใช้กฎหมาย FCPA จึงมีบรรทัดฐานคำพิพากษาเป็นหลักที่แน่นอน การตีความและการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจึงอาจขึ้นอยู่กับความคิดเห็นของนักกฎหมายหรือผู้ประกอบการแต่ละกลุ่มซึ่งอาจแตกต่างกันเท่านั้น อ้างอิงจาก *ibid.*

** ค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขาย (Promotional Expenditure) คือ บรรดาค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบการต้องจ่ายเพื่อสร้างความเชื่อมั่นหรือจูงใจลูกค้ารายสำคัญของตน เพื่อเอาชนะคู่แข่งในการประกอบธุรกิจ เมื่อมีนักธุรกิจแข่งขันกันประกอบธุรกิจในตลาดมากขึ้น จำนวนค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขายจะเพิ่มขึ้นด้วย ในทางกลับกัน หากกฎหมาย FCPA ไม่มีหลักเกณฑ์พิจารณาขอบเขตของการกระทำอันเป็นความผิดที่ชัดเจน ค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขายที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวจึงมีแนวโน้มหรือเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามกฎหมาย FCPA เพิ่มมากขึ้นเช่นกัน อ้างอิงจาก *ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

แนวทางดังกล่าวนั้นเพิ่มเติมด้วย เพราะเห็นว่าการใช้จ่ายเงินสำหรับเป็นค่าของขวัญ การเดินทาง ที่พักอาศัย และความบันเทิงสำหรับเจ้าพนักงานต่างประเทศเป็นเรื่องที่ปฏิบัติกันโดยทั่วไปของบรรดาบริษัทข้ามชาติในปัจจุบัน เป็นประเด็นเกี่ยวกับกฎหมาย FCPA ที่บริษัทข้ามชาติทั้งหลายต้องพิจารณาอยู่เสมอ⁷³

สำหรับประเด็นนี้ ประเทศไทยจะบัญญัติข้อต่อสู้อำนาจสำหรับบังคับใช้แก่ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างไร เพียงใด จะพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.2.8

6.3 ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญา

จากการพิจารณาแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC ในประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญา แยกพิจารณาเป็นประเด็นกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาในหัวข้อที่ 6.3.1 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลในหัวข้อที่ 6.3.2 และพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติโทษริบทรัพย์ในหัวข้อที่ 6.3.3 ดังนี้

6.3.1 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา

ในกฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศต้องก่อตั้งความรับผิดทางอาญาสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาทุกกรณี โดยต้องกำหนดบทลงโทษที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้งอาชญากรรมในระดับที่สามารถเทียบเท่าได้กับโทษที่รัฐนั้นกำหนดไว้สำหรับการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของตน นอกจากนี้ อนุสัญญาของ OECD ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่า รัฐต้องกำหนดใช้โทษจำคุกเสรีภาพที่เพียงพอสำหรับใช้เป็นเงื่อนไขสำหรับการขอใช้ความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างประเทศและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย⁷⁴

ในต่างประเทศ กฎหมายของทั้งสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์ต่างบัญญัติรับผิดและโทษทางอาญาสำหรับบุคคลธรรมดาที่จ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจน โดยกฎหมายของประเทศต่างๆ บัญญัติใช้สถานโทษหลักสำหรับบังคับใช้แก่บุคคลธรรมดาไว้เหมือนกันคือ (1) โทษจำคุกเสรีภาพ ได้แก่ “โทษจำคุก” กับ (2) โทษทางทรัพย์สิน ได้แก่ “โทษปรับ” แต่ประเทศต่างๆ จะกำหนดอัตราระวางโทษดังกล่าวไว้เพียงใดย่อมแตกต่างกันไปตามความเหมาะสม กล่าวคือ กฎหมาย FCPA กำหนดอัตราระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับไม่เกิน

⁷³ Amy Deen Westbrook, “Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation: The Unruly Expansion of the Foreign Corrupt Practices Act,” *Georgia Law Review* 45 (2011): 543.

⁷⁴ โปรดดูหัวข้อ 4.1.2, 4.2.2 และ 4.3.2

100,000 เหรียญสหรัฐหรือทั้งจำทั้งปรับ⁷⁵ ส่วนกฎหมาย UKBA ในกรณีที่เป็นการฟ้องร้องดำเนินคดีโทษไม่รุนแรง (Summary) กฎหมายกำหนดระยะเวลาโทษจำคุกไม่เกิน 12 เดือนหรือปรับไม่เกิน 5,000 ปอนด์สเตอร์ลิง หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือในกรณีที่เป็นการฟ้องร้องดำเนินคดีโทษรุนแรง (Indictment) กฎหมายกำหนดระยะเวลาโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 10 ปี หรือปรับอย่างไม่มีกำหนดอัตราสูงสุดตามกฎหมาย หรือทั้งจำทั้งปรับ⁷⁶ และกรณีกฎหมาย PCA กำหนดระยะเวลาโทษจำคุกไม่เกินกว่า 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 ดอลลาร์สหรัฐหรือทั้งจำทั้งปรับ⁷⁷

สำหรับประเด็นการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับบุคคลธรรมดาในประเทศไทยจะกำหนดโทษอาญาสำหรับบุคคลธรรมดาผู้กระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศให้เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทยอย่างไร เพียงใดจะพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.3.1

6.3.2 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล

ในกฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดแนวทางไว้ว่า เมื่อระบบกฎหมายของรัฐยอมรับให้นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดทางอาญาได้ รัฐก็ต้องก่อตั้งความรับผิดและกำหนดโทษทางอาญาสำหรับนิติบุคคลที่กระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศแยกออกจากความรับผิดและโทษที่กำหนดไว้สำหรับบุคคลธรรมดาด้วย โดยต้องกำหนดบทลงโทษที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายภายใน มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้งอาชญากรรม ตลอดจนสามารถเทียบเท่าได้กับโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐตน⁷⁸

ในต่างประเทศ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA บัญญัติโทษอาญาสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลแยกออกจากโทษสำหรับบุคคลธรรมดาอย่างชัดเจน ส่วน “บุคคล” ที่ใช้อยู่ในกฎหมาย PCA ก็มีความหมายรวมถึงนิติบุคคลด้วยตามนิยามที่กำหนดไว้โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการตีความกฎหมายแห่งประเทศสิงคโปร์ แต่ไม่ได้กำหนดโทษอาญาสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลไว้ ฉะนั้น ในบรรดากฎหมายเหล่านี้จึงมีเพียงกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA เท่านั้นที่กำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลไว้อย่างสอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ ส่วนการไม่กำหนดโทษสำหรับนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะตามกฎหมาย PCA ย่อมส่งผลให้รัฐไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายแก่นิติบุคคลได้อย่างมีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้งอาชญากรรม⁷⁹ ทั้งนี้ ที่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมักมีนิติบุคคลเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดด้วยเสมอ⁸⁰ ทั้งนี้ สหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรกำหนดสถานโทษและอัตราระยะเวลาโทษสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติ

⁷⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.2

⁷⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.2

⁷⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.2

⁷⁸ โปรดดูหัวข้อ 4.1.2, 4.2.2 และ 4.3.2

⁷⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1(1)

⁸⁰ โปรดดูบทที่ 3

บุคคลอย่างสอดคล้องกับระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA กำหนดใช้ “โทษปรับ” เป็นหลักเพียงสถานเดียว โดยกฎหมาย FCPA กำหนดระวางโทษปรับไม่เกิน 2,000,000 เหรียญสหรัฐเพียงสถานเดียว⁸¹ ส่วนกฎหมาย UKBA ในกรณีการฟ้องร้องดำเนินคดีโทษไม่รุนแรง (Summary) กำหนดโทษปรับอัตราสูงสุดตามกฎหมาย หรือกรณีการฟ้องร้องดำเนินคดีโทษรุนแรง (Indictment) กฎหมายกำหนดอัตราโทษให้ปรับอย่างไม่มีกำหนดอัตราสูงสุดตามกฎหมาย⁸²

อีกประการหนึ่ง สืบเนื่องมาจากการยอมรับให้นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ ข้างต้น “นิติบุคคล” หรือบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นไม่สามารถมีการกระทำและเจตนากระทำ ความผิดอาญาได้โดยสภาพเหมือนอย่างบุคคลธรรมดา แต่อาจมีการกระทำและเจตนาครอบงำประกอบความผิดอาญาได้โดยอาศัยการกระทำและการตัดสินใจของบุคคลธรรมดาด้วยเสมอ ระบบกฎหมายของบางประเทศจึงอาจบัญญัติให้บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้แสดงเจตนาแทนนิติบุคคล ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาเมื่อนิติบุคคลกระทำความผิดด้วย ยกตัวอย่างเช่น สหราชอาณาจักรยอมรับว่า นิติบุคคลอาจเป็นผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญาได้โดยมีบุคคลธรรมดาเป็นผู้แสดงออก ซึ่งการกระทำและการตัดสินใจด้วยเสมอ กฎหมาย UKBA จึงบัญญัติให้บุคคลธรรมดาผู้เป็น “พนักงานระดับสูง” (Senior Officer) ของนิติบุคคลต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาด้วย เมื่อโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าพนักงานระดับสูงนั้นได้ยินยอม (Consent) หรือช่วยเหลือรู้เห็นเป็นใจ (Connivance) ทั้งนี้ พนักงานระดับสูงตามกฎหมาย UKBA ได้แก่ บรรดาผู้บริหาร (Director) ผู้จัดการ (Manager) เลขาธิการ (Secretary) หรือพนักงานตำแหน่งอื่นที่มีลักษณะเดียวกันของบริษัท และบุคคลผู้เป็นส่วนในของกรณีข้างต้นแบบสกอตแลนด์⁸³

เนื่องจากการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมักมีนิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวข้องด้วยเสมอ⁸⁴ การบัญญัติกฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมนั้นจึงจำเป็นต้องกำหนดโทษทางอาญาสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล และบุคคลธรรมดาซึ่งอยู่ในฐานะเป็นผู้แสดงเจตนาแทนนิติบุคคลในทางความเป็นจริงด้วย เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของกฎหมายอาญาดังกล่าวด้วย ประเทศไทยจะกำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับนิติบุคคลซึ่งกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ รวมถึงบุคคลธรรมดาผู้แสดงเจตนาแทนนิติบุคคลดังกล่าวอย่างไร เพียงใด จะพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.3.2

6.3.3 ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดโทษริบทรัพย์

ในกฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดแนวทางการกำหนดโทษริบทรัพย์สินสำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ สรุปได้ว่า รัฐภาคีต้องกำหนดมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นที่จะทำให้รัฐ

⁸¹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.2

⁸² โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.2

⁸³ โปรดดูเรื่องเดียวกัน.

⁸⁴ โปรดดูบทที่ 3

สามารถยึดและริบบรรดาทรัพย์สินที่ได้ให้แก่กันเป็นสินบนหรือที่ได้รับจากการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินอื่นที่มีมูลค่าเทียบเท่ากัน ตลอดจนทรัพย์สิน อุปกรณ์ หรือสิ่งอื่นที่ได้ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดเหล่านั้น โดยไม่คำนึงว่าสิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิดดังกล่าวจะถูกเปลี่ยนแปลง ดัดแปลง หรือถูกนำไปประกอบรวมกับทรัพย์สินที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือทรัพย์สินใหม่ที่ได้รับมาจากทรัพย์สินข้างต้นด้วย หรือรัฐภาคีอาจกำหนดโทษทางการเงินที่มีประสิทธิภาพเทียบเท่ากันก็ได้ โดยไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริต⁸⁵

สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์ต่างมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการบังคับใช้มาตรการลงโทษริบทรัพย์สินโดยเฉพาะ สามารถบังคับใช้ได้แก่ความผิดฐานต่างๆ ได้อย่างทั่วไป กล่าวคือ การกระทำทุจริตในต่างประเทศตามกฎหมาย FCPA ต้องบังคับใช้มาตรการลงโทษริบทรัพย์สินตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ส่วนที่ 18 มาตรา 982 ว่าด้วยการริบทรัพย์สินทางอาญา⁸⁶ การกระทำความผิดตามกฎหมาย UKBA ต้องบังคับตามหลักเกณฑ์ของการมีคำสั่งมาตรการริบทรัพย์สิน (Confiscation Order) ตามกฎหมาย POCA⁸⁷ ส่วนการกระทำความผิดตามกฎหมาย PCA ต้องบังคับริบทรัพย์สินตามที่หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย CDTOSC⁸⁸ อนึ่ง มาตรการลงโทษริบทรัพย์สินของแต่ละประเทศเหล่านี้สามารถจำแนกได้เป็น 2 ระบบ ได้แก่

(1) การริบทรัพย์สินแบบเฉพาะเจาะจงตัวทรัพย์สิน (Property-based Confiscation/Forfeiture) ตามแนวทางใช้ในสหรัฐอเมริกา⁸⁹ และ

(2) การริบทรัพย์สินตามมูลค่าทรัพย์สิน (Value-based Confiscation/Forfeiture) ตามแนวทางที่ใช้ในสหราชอาณาจักรและประเทศสิงคโปร์⁹⁰

ตามแนวทาง (1) เป็นระบบการริบทรัพย์สินแบบดั้งเดิมและมีผลบังคับต่อตัวทรัพย์สินของบุคคลอย่างเฉพาะเจาะจง มาตรการริบทรัพย์สินทางอาญาของสหรัฐอเมริกาคำหนดหลักเกณฑ์ให้รัฐสามารถติดตามไปริบบรรดาทรัพย์สินของจำเลยที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงอยู่กับการกระทำความผิดกฎหมายได้ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินมีไว้เป็นความผิด ทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดหรือที่ได้รับมาจากการกระทำความผิด ทรัพย์สินที่อำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด โดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินนั้นได้ถูกนำไปรวมกับทรัพย์สินที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วหรือไม่ หรือในกรณีที่ศาลไม่สามารถริบตัวทรัพย์สินดังกล่าวได้ ศาลอาจมีคำสั่งให้ริบทรัพย์สินอื่นแทนทรัพย์สินข้างต้น หรือมีคำสั่งให้จำเลยชำระเงินจำนวนหนึ่ง (Money Judgment) ซึ่งคำนวณตามมูลค่าของทรัพย์สินซึ่งไม่อาจถูกริบได้นั้นแทนก็ได้ ทั้งนี้ น่าสนใจว่า การริบทรัพย์สินเกี่ยวกับการกระทำความผิด

⁸⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.2

⁸⁶ 18 U.S.C. 982 Criminal Forfeiture

⁸⁷ Proceeds of Crime Act 2002

⁸⁸ The Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crime (Confiscation of Benefit) Act 1999

⁸⁹ นราวรรณ พรมจรรย์, "การริบทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด" (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 13-14.

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14-15.

ตามกฎหมาย FCPA มีขอบเขตบังคับใช้ถึงการริบ “สินบน” ที่ส่งผ่านจำเลยในฐานะที่เป็นคนกลางด้วย⁹¹

ตามแนวทาง (2) เป็นระบบการริบทรัพย์สินที่รัฐมิได้ติดตามไปริบตัวทรัพย์สินชิ้นใดชิ้นหนึ่งอย่างเฉพาะเจาะจง แต่มีสภาพบังคับให้จำเลยต้องจ่ายเงินจำนวนหนึ่งให้แก่รัฐซึ่งคำนวณจากมูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกศาลสั่งริบ โดยกฎหมาย POCA ของสหราชอาณาจักรกำหนดหลักเกณฑ์การริบทรัพย์สินโดยคำนึงถึงการมีวิถีชีวิตแบบอาชญากรของจำเลยเพื่อนำไปสู่การบังคับริบทรัพย์สินที่เหมาะสมต่อไป กล่าวคือ หากศาลวินิจฉัยว่าจำเลยเป็นบุคคลผู้มีวิถีชีวิตแบบอาชญากร กฎหมายจำสันนิษฐานว่า บรรดาทรัพย์สินที่จำเลยมีอยู่ทั้งหมดเป็นสิ่งที่จำเลยได้รับมาจากการประกอบอาชญากรรมตามปกติในการดำรงชีวิต ศาลอาจริบได้ทั้งหมด เว้นแต่จำเลยจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้รับมาโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนั้นศาลมีอำนาจริบได้เฉพาะทรัพย์สินที่ได้รับมาจากการกระทำความผิดในข้อหาที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลเท่านั้น⁹² ส่วนการริบทรัพย์สินตามกฎหมาย CDTOC ศาลอาจมีคำสั่งริบทรัพย์สิน รวมถึงสิทธิในทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดตามที่ศาลพิจารณาได้ความว่าจำเลยได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยการกระทำความผิดกฎหมาย หรือที่จำเลยมีอยู่โดยไม่ได้สัดส่วนกับแหล่งที่ของรายได้อันชอบด้วยกฎหมายของจำเลย เมื่อศาลกำหนดจำนวนเงินที่จำเลยต้องชำระตามมูลค่าของทรัพย์สินซึ่งถูกริบดังกล่าวแล้ว คำสั่งริบทรัพย์สินนั้นมีผลเสมือนว่าจำเลยต้องโทษปรับตามกฎหมาย⁹³

จากการพิจารณาแนวทางทั้งสองข้างต้น เห็นได้ว่า ประเทศต่างๆ อาจใช้ระบบการลงโทษริบทรัพย์สิน หรือมีหลักเกณฑ์เงื่อนไขการใช้มาตรการริบทรัพย์สินแตกต่างกัน แต่โทษริบทรัพย์สินของแต่ละประเทศเหล่านี้ก็เป็นโทษอาญาชนิดหนึ่ง ซึ่งใช้ประกอบกับโทษหลัก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด รวมถึงเพื่อตัดแรงจูงใจในการกระทำความผิด มิให้ผู้กระทำความผิดได้รับประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรมเช่นเดียวกันทั้งสิ้น ประเทศไทยจะบัญญัติหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการบังคับใช้โทษริบทรัพย์สินสำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะหรือไม่ อย่างไร จะพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.3.3

6.4 ประเด็นการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาล

การวิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศแยกพิจารณาเป็น 2 กรณีได้แก่ กรณีการกระทำความผิดในและนอกดินแดนของรัฐในหัวข้อที่ 6.4.1 กับหัวข้อที่ 6.4.2 ตามลำดับดังนี้

⁹¹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.2

⁹² โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.2

⁹³ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.2

6.4.1 กรณีการกระทำความผิดในดินแดนของรัฐ

ในกฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดแนวทางไว้ว่า รัฐต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดที่กระทำลงบนดินแดนของรัฐตามหลักดินแดน (Territorial Jurisdiction) และอนุสัญญา UNCAC ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า รัฐต้องก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวในเรือหรืออากาศยานของรัฐนั้นตามหลักดินแดนลอย (Floating Territorial Jurisdiction) ด้วย⁹⁴

ในกฎหมายต่างประเทศเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ มีเนื้อหากฎหมายที่ก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดฐานใดๆ ในดินแดนของรัฐตนแล้วทุกประเทศ กฎหมาย FCPA ของสหรัฐอเมริกาบัญญัติความผิดสำหรับผู้กระทำความผิดกลุ่ม “Issuer” กับ “Domestic Concern” ตามมาตรา 78dd-1 และ 78dd-2 โดยไม่พิจารณาว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นในหรือนอกดินแดนของรัฐ ส่วนการกระทำความผิดตามมาตรา 78dd-3 ก็บัญญัติถึงการกระทำความผิดที่บุคคลต่างด้าวกระทำลงขณะอยู่ในดินแดนของสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะ⁹⁵ กฎหมาย UKBA ก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่การกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐ⁹⁶ ในขณะที่กรณีประเทศสิงคโปร์ กฎหมาย PCA สามารถบังคับใช้แก่การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐตามหลักทั่วไป⁹⁷ จึงอาจกล่าวได้ว่า ประเทศต่างๆ ได้บัญญัติกฎหมายเพื่อก่อตั้งเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดตามหลักดินแดนอย่างสอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว⁹⁸

ตามประเด็นนี้ ประเทศไทยต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศหรือไม่ อย่างไร จะพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.4.1

6.4.2 กรณีการกระทำความผิดนอกดินแดนของรัฐ

ในกฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC กำหนดแนวทางไว้ว่า รัฐต้องบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดนอกดินแดนโดยบุคคลของรัฐตามหลักสัญชาติ (Nationality Jurisdiction) ด้วย นอกจากนี้ อนุสัญญา UNCAC ดังกล่าวกำหนดเพิ่มเติมว่าอาจรวมถึงการกระทำความผิดนอกดินแดนโดยบุคคลไร้สัญชาติที่มีที่อยู่อาศัยตามปกติในดินแดนของรัฐ โดยคำนึงถึงความเท่าเทียมกันทางอธิปไตย บุรณภาพแห่งดินแดน และการไม่รบกวนกิจการภายในของรัฐอื่นด้วย⁹⁹

⁹⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.3, 4.2.3 และ 4.3.3

⁹⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1.1

⁹⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1

⁹⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1

⁹⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1

⁹⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.3, 4.2.3 และ 4.3.3

กรณีกฎหมายต่างประเทศ ทุกประเทศมีบทบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศนอกดินแดนตามหลักสัญชาติ แต่กฎหมายแต่ละประเทศมีเนื้อหาแตกต่างกัน กล่าวคือ กรณีสหรัฐอเมริกา กฎหมาย FCPA บัญญัติความผิดสำหรับผู้กระทำความผิดกลุ่ม “Issuer” กับ “Domestic Concern” ตามมาตรา 78dd-1 และ 78dd-2 โดยไม่พิจารณาว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นในหรือนอกดินแดนของรัฐ การกระทำความผิดโดยผู้กระทำความผิดทั้งสองกลุ่มนี้นอกดินแดนจึงก่อให้เกิดความรับผิดตามกฎหมาย FCPA ด้วย ยิ่งไปกว่านั้น แม้บทบัญญัติมาตรา 78dd-3 จะกำหนดความผิดสำหรับบุคคลซึ่งกระทำความผิดขณะอยู่ในดินแดนของสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะ แต่ในทางปฏิบัติกลับมีการบังคับใช้บทบัญญัติมาตรานี้แก่การกระทำความผิดนอกดินแดนโดยบุคคลต่างชาติด้วย นอกจากนี้ กฎหมาย FCPA ยังได้บัญญัติความผิดสำหรับการกระทำความผิดโดยผู้จัดการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือตัวแทนของบุคคลซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย FCPA ทั้งสามกลุ่มข้างต้นโดยไม่คำนึงถึงสถานที่เกิดการกระทำความผิดด้วยเช่นกัน

กรณีสหราชอาณาจักร แม้กฎหมาย UKBA กำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดนอกดินแดนเฉพาะที่เป็นการกระทำความผิดโดยบุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสหราชอาณาจักร (Close Connection with the UK)¹⁰⁰ แต่การมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสหราชอาณาจักรดังกล่าวกลับมีขอบเขตกว้างขวางอย่างมากจนกฎหมาย UKBA อาจมีผลบังคับใช้แก่การกระทำความผิดโดยบุคคลผู้ซึ่งแทบจะไม่มีความสัมพันธ์กับสหราชอาณาจักรในทางความเป็นจริงเลยก็ได้¹⁰¹ จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมาย UKBA ได้กำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกดินแดนสอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว แต่การบัญญัติเขตอำนาจลงโทษของศาลไว้อย่างกว้างขวางเกินไปนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมในทางปฏิบัติในสายตาของนานาชาติ

ส่วนกรณีประเทศสิงคโปร์ กฎหมาย PCA มาตรา 37 กำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดตามกฎหมายเฉพาะที่เป็นการกระทำความผิดโดย “พลเมือง” (Citizen) ซึ่งมีขอบเขตจำกัดเฉพาะบุคคลธรรมดาที่ถือสัญชาติของประเทศสิงคโปร์ตามหลักสัญชาติ (Nationality Principle) เท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดโดยนิติบุคคลในต่างประเทศ จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมาย PCA บัญญัติเขตอำนาจลงโทษของศาลไว้ไม่สอดคล้องตามแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะไม่สามารถบังคับใช้ถึงกรณีนิติบุคคลกระทำการให้สินบนในต่างประเทศได้¹⁰²

กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA เป็นกฎหมายที่ก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกดินแดนของรัฐตามหลักสัญชาติที่กว้างขวางมาก จนอาจบังคับใช้ไปถึงกรณีการกระทำความผิดนอกดินแดนโดยบุคคลผู้ซึ่งแทบจะไม่มีสัมพันธ์หรือความเชื่อมโยงใดๆ กับประเทศนั้นเลยก็ได้ อันเป็นเหตุให้กฎหมายทั้งสองฉบับถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่ามีขอบเขตใช้บังคับแก่อาชญากรรมซึ่งมีความเชื่อมโยงกับผลประโยชน์ของชาติน้อยเกินไปด้วย ในขณะที่กฎหมาย PCA กลับมีขอบเขตบังคับใช้แคบ ไม่เหมาะสมสำหรับบังคับใช้แก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

¹⁰⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.1.1

¹⁰¹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.2.2

¹⁰² โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1.1

เพราะศาลไม่มีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกดินแดนโดยนิติบุคคลได้ ทั้งๆ ที่อาชญากรรมดังกล่าวมักมีนิติบุคคลเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด และมักเกิดขึ้นในต่างประเทศเสมอ

เมื่อพิจารณาแนวทางการบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกดินแดนตามหลักสัญชาติ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA มีบทบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดโดยบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลแล้ว โดยในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษเหนือการกระทำความผิดโดยบุคคลผู้ถือสัญชาติของรัฐเป็นหลัก ส่วนกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดโดยนิติบุคคลที่มีความเชื่อมโยงบางประการกับรัฐ เช่น นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนภายใต้กฎหมายของรัฐ หรือนิติบุคคลที่มีสถานประกอบกิจการหลักอยู่ในดินแดนของรัฐ เป็นต้น ซึ่งกฎหมาย FCPA ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะถึงบริษัทซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงานคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกา ตลอดจนบุคคลธรรมดาซึ่งมีฐานะเป็นผู้จัดการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือตัวแทนของผู้กระทำความผิดกลุ่มต่างๆ ภายใต้กฎหมาย FCPA

สำหรับประเด็นนี้ ประเทศไทยต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศหรือไม่ อย่างไร จะพิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 7.4.2

6.5 สรุป

ในการวิเคราะห์เพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยและมีเนื้อหาสอดคล้องตามแนวคิดและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวในระดับระหว่างประเทศของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ประเทศไทยจำเป็นต้องพิจารณาแนวทางกฎหมายต่างประเทศที่อาจใช้เป็นต้นแบบสำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไทยที่มีอยู่เดิมหรือบัญญัติเนื้อหากฎหมายใหม่บางส่วน ในส่วนนี้จึงเป็นการเปรียบเทียบและวิเคราะห์เนื้อหาความผิดของประเทศต่างๆ ตามที่พิจารณาไว้ในบทที่ 5 ด้วยกันเอง ตลอดจนพิจารณาความสอดคล้องกับแนวทางการบัญญัติความผิดดังกล่าวที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศตามที่กล่าวมาในบทที่ 4 ในประเด็นต่างๆ ได้แก่ (1) ประเด็นรูปแบบการบัญญัติความผิด (2) ประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด (3) ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญา และ (4) ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาล ก่อนที่จะนำไปสู่การวิเคราะห์เพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติกฎหมายไทยอย่างเหมาะสมต่อไป

ในประเด็นแรก การบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะตามแนวทางของกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ทำให้สามารถบัญญัติเนื้อหากฎหมายในประเด็นต่างๆ ได้สอดคล้องตามแนวทางหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศได้มากกว่าการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนที่มีลักษณะทั่วไปตามกฎหมาย PCA แต่ประเทศไทยควรใช้วิธีบัญญัติให้เป็นกฎหมายเฉพาะทั้งฉบับตามแนวทางของ

กฎหมาย FCPA หรือเพียงแค่บัญญัติให้เป็นฐานความผิดในมาตราหนึ่งโดยเฉพาะตามแนวทางของกฎหมาย UKBA ย่อมต้องวิเคราะห์ความเหมาะสมในการบัญญัติกฎหมายไทยต่อไป

เมื่อพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA บัญญัติเนื้อหาความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้อย่างสอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาาระหว่างประเทศมากกว่ากฎหมาย PCA แต่เนื่องจากกฎหมาย UKBA เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่ตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาของ OECD กฎหมาย UKBA มาตรา 6 จึงมีโครงสร้างบทบัญญัติและเนื้อหาที่ทันสมัยและครบถ้วนตามมาตรฐานแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่า เช่น การที่กฎหมาย UKBA บัญญัติถึงการให้สินบนจูงใจเจ้าพนักงานโดยมีบุคคลที่สามเป็นผู้รับประโยชน์แทนไว้ในองค์ประกอบความผิดอย่างชัดเจน เป็นต้น ในขณะที่กฎหมาย FCPA มักมีบทบัญญัติบางประการที่บัญญัติไว้แปลกแยกหรือเกินเลยกว่าแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การบัญญัติถึงประธานในการกระทำความผิด โดยกำหนดคุณสมบัติ การบัญญัติถึงการกระทำอันเป็นการให้สินบนโดยการมีคำสั่งหรือการมอบอำนาจให้จ่ายสินบน การบัญญัติเจตนาพิเศษโดยทุจริตไว้ในองค์ประกอบความผิดซึ่งมีบัญญัติเช่นเดียวกันในเนื้อหาของกฎหมาย PCA การกำหนดความผิดสำหรับการให้สินบนโดยเจตนาแบบจงใจไม่รับรู้ความเสี่ยงที่จะเกิดการกระทำความผิดขึ้นอนาคต การกำหนดข้อต่อผู้สำหรับการใช้จ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริต หรือการบัญญัติกฎหมายอนุญาตให้มีการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกซึ่งขัดแย้งกับแนวคิดต่อต้านการให้สินบนเล็กๆ น้อยๆ เป็นต้น

ในทางกลับกัน เนื่องจากกฎหมาย PCA มิได้บัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ กฎหมาย PCA จึงมีเนื้อหาความผิดไม่สอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดไว้กฎหมายระหว่างประเทศมากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นขอบเขตของเจ้าพนักงานผู้รับสินบน ประเด็นขอบเขตของเจตนาพิเศษเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานนั้น และการขาดเจตนาพิเศษเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม กฎหมาย PCA มีแนวทางการบัญญัติเนื้อหาของกฎหมายบางประเด็นที่อาจนำมาพัฒนาเนื้อหาของกฎหมายไทยได้ เช่น แนวทางการบัญญัติขอบเขตของ “สินบน” โดยยกตัวอย่างสิ่งที่เป็นสินบนไว้อย่างหลากหลาย ซึ่งย่อมช่วยให้ศาลสามารถวินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีหลักเกณฑ์ยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ไม่มีกฎหมายฉบับใดบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนเกี่ยวกับความช่วยเหลือระหว่างประเทศตามแนวทางที่อนุสัญญา UNCAC กำหนดไว้ แต่การให้สินบนเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวอาจปรับใช้ในขอบเขตของกฎหมาย PCA ที่มีเนื้อหาทั่วไปกว่ากฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA

ในส่วนการกำหนดบทลงโทษทางอาญา ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา กฎหมายของประเทศกำหนดบทลงโทษสำหรับบุคคลธรรมดาไว้อย่างสอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำของอนุสัญญาาระหว่างประเทศ รวมถึงระบบกฎหมายภายใน ทุกประเทศกำหนดใช้โทษจำคุกกับโทษปรับเป็นหลัก และกำหนดอัตราโทษที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้งอาชญากรรมอย่างเหมาะสม ส่วนกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ระบบกฎหมายของประเทศยอมรับให้นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดและรับโทษทางอาญาได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา แต่มีกฎหมาย PCA ฉบับเดียวเท่านั้นที่มีได้กำหนดบทโทษสำหรับนิติบุคคลแยกออกจากของบุคคล

ธรรมดา ในขณะที่กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA กำหนดใช้โทษปรับเป็นหลัก และกำหนดอัตราโทษที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้งอาชญากรรมความผิดแล้ว ตลอดจนกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้แสดงเจตนาแทนนิติบุคคลเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายไว้ด้วย สำหรับประเด็นเกี่ยวกับโทษริบทรัพย์สิน สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์อาจบังคับใช้โทษริบทรัพย์สินได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการริบทรัพย์สินอีกฉบับหนึ่ง ซึ่งต่างมีเนื้อหาทันสมัย สอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศทั้งหมดแล้ว แต่มีเฉพาะมาตรการริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่ใช้ระบบการริบทรัพย์สินอย่างเฉพาะเจาะจงเหมือนกฎหมายไทย

ในประเด็นสุดท้าย ประเทศต่างๆ กำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดฐานการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในดินแดนของตนอย่างสอดคล้องกับระบบกฎหมายภายใน รวมถึงอนุสัญญาระหว่างประเทศเช่นเดียวกับที่ประเทศต่างๆ กำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดดังกล่าวนอกดินแดนโดยบุคคลสัญชาติ เว้นแต่กฎหมาย PCA เพียงฉบับเดียวที่กำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษพลเมืองสิงคโปร์ที่กระทำความผิดนอกดินแดน แต่ไม่มีเขตอำนาจเหนือนิติบุคคลที่กระทำความผิดลักษณะเดียวกัน นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า กฎหมาย FCPA กำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลรวมไว้ในขอบเขตขององค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำความผิดเสียทีเดียว แตกต่างจากกฎหมาย UKBA และกฎหมาย PCA ที่บัญญัติกฎหมายดังกล่าวไว้ในบทมาตราเฉพาะแยกออกจากบทบัญญัติความผิด

จากการเปรียบเทียบและวิเคราะห์เนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศกับของอนุสัญญาระหว่างประเทศข้างต้น เห็นได้ว่า กฎหมาย FCPA กฎหมาย UKBA และกฎหมาย PCA บัญญัติเนื้อหาความผิดฐานการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ หรือความผิดอาญาฐานอื่นที่อาจใช้บังคับแก่อาชญากรรมดังกล่าวไว้เหมือนหรือแตกต่างกัน ซึ่งกฎหมายเหล่านั้นมีเนื้อหาทั้งที่สอดคล้องหรือไม่สอดคล้องกับแนวทาง หรือบัญญัติไว้เทียบเท่าหรือเข้มงวดกว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ ฉะนั้น ส่วนต่อไปจะเลือกเอาเฉพาะแนวทางการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศที่สอดคล้อง หรือเข้มข้นกว่าอนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวนี้ไปวิเคราะห์เพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดลักษณะเดียวกันไว้ในกฎหมายไทย

บทที่ 7

การวิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่ เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของ กฎหมายต่างประเทศมาใช้ในกฎหมายอาญาไทย

เมื่อประเทศต่างๆ ทั่วโลกได้เริ่มแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในของตนเพื่อบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดในกฎหมายภายในของตน เพื่อตอบโต้และรับมือกับอาชญากรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติและนานาชาติมากขึ้น ประเทศไทยในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของประชาคมโลกที่กำลังมีการเจริญเติบโตในภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศจึงจำเป็นต้องบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญา เพื่อสร้างเครื่องมือทางกฎหมายที่เด็ดขาดสำหรับควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจไทยในต่างประเทศ ตลอดจนเพื่อป้องกันและปราบปรามพฤติกรรมที่กำลังคุกคามความมั่นคงของระบบตลาดและเสถียรภาพในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอันเป็นผลประโยชน์ของนานาชาติ

การบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาของประเทศไทยต้องกระทำโดยคำนึงถึงความสอดคล้องเหมาะสมกับระบบกฎหมายไทยที่มีอยู่เดิมในภาพรวม กล่าวคือ เมื่อความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศใหม่มีองค์ประกอบความผิดพื้นฐานในส่วนการให้สินบน (Active Bribery) เช่นเดียวกับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 การวิเคราะห์ความเหมาะสมของแนวทางการบัญญัติองค์ประกอบส่วนพื้นฐานนั้นของความผิดฐานใหม่ก็ควรคำนึงถึงแนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิดที่มีอยู่แล้วด้วย* การกำหนดระวางโทษตามกฎหมายหรือเขตอำนาจลงโทษของศาลสำหรับความผิดฐานดังกล่าวก็ควรคำนึงถึงความสอดคล้องกับหลักการที่มีอยู่แล้วในระบบกฎหมายไทย นอกจากนี้ การวิเคราะห์รูปแบบที่เหมาะสมสำหรับการบัญญัติความผิดฐานใหม่ก็ต้องคำนึงถึงความสอดคล้องเป็นระบบดังกล่าวด้วยเช่นกัน

นอกจากนั้น เนื่องจากความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นแนวคิดที่นานาชาติพยายามสร้างเครื่องมือทางกฎหมายอาญาให้ประเทศ

* เมื่อเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐแบบดั้งเดิมในประมวลกฎหมายอาญากับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่จะบัญญัติขึ้นใหม่แล้ว องค์ประกอบความผิดพื้นฐานของความผิดฐานให้สินบนมี 4 ประการ คือ (1) องค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำความผิด (2) องค์ประกอบความผิดส่วนการกระทำอันเป็นการให้สินบน (3) องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาธรรมดา และ (4) องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาจงใจเจ้าพนักงาน ส่วนองค์ประกอบความอันเป็นความแตกต่างสำคัญระหว่างความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวมี 3 ประการ คือ (1) องค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบนกับ (2) องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ นอกจากนี้ก็มีประเด็นที่เกี่ยวข้องอื่นที่พิจารณาเพิ่มในการบัญญัติความผิดฐานใหม่ดังกล่าว เช่น การจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวก และการกำหนดข้อต่อผู้ตามกฎหมาย เป็นต้น

ต่างๆ ร่วมกันต่อต้านอาชญากรรม อีกทั้งมีแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในของหลายประเทศอย่างแพร่หลาย ประเทศไทยจึงควรบัญญัติเนื้อหาความผิดฐานให้สินบนใหม่ดังกล่าวที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุสัญญา UNCAC ซึ่งประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นประเทศภาคีสมาชิกอย่างสมบูรณ์แล้วเมื่อวันที่ 1 มีนาคม พ.ศ. 2554 และยังมีพันธกรณีที่จะต้องบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศตามมาตรา 16 ให้ครบถ้วนสมบูรณ์¹ และแม้ประเทศไทยจะยังมีได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาของ OECD และไม่มีพันธกรณีต้องบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตาม แต่อนุสัญญาของ OECD มีวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะ และมีบทบาทสำคัญในการบัญญัติ หรือแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติของกลุ่มประเทศผู้นำการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศสำคัญของโลก² การบัญญัติความผิดฐานนี้อย่างสอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับนี้จึงส่งเสริมให้กฎหมายไทยมีเนื้อหาเป็นสากลมากขึ้น หรือในกรณีที่ประเทศไทยจะเข้าร่วมผูกพันตนเป็นสมาชิกอนุสัญญาของ OECD ในอนาคตก็สามารถอนุวัติการกฎหมายภายในได้โดยสะดวก

ด้วยเหตุนี้ ประเด็นการศึกษาสำคัญในบทนี้จึงมุ่งเน้นกรณีที่ประเทศไทยจะรับเอาแนวทางการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศมาใช้ แก้ไขเพิ่มเติม หรือพัฒนาบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายภายใน และแนวทางของอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC อย่างไร เพื่อให้ประเทศไทยความผิดอาญาที่มีเนื้อหาเป็นสากล และในขณะเดียวกันก็เป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศไทยผูกพันอยู่ตามอนุสัญญา UNCAC

การวิเคราะห์ความเหมาะสมของการรับเอาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของต่างประเทศมาใช้ แก้ไขเพิ่มเติม หรือพัฒนาบทบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวในกฎหมายไทยโดยแบ่งแยกหัวข้อการพิจารณาออกเป็น 4 ประเด็นหลัก ได้แก่ ประเด็นรูปแบบการบัญญัติฐานความผิดในหัวข้อที่ 7.1 ประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดอาญาในหัวข้อที่ 7.2 ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาในหัวข้อที่ 7.3 และประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลในหัวข้อที่ 7.4 ตามลำดับดังนี้

7.1 ประเด็นรูปแบบการบัญญัติฐานความผิด

อนุสัญญาระหว่างประเทศมิได้กำหนดรูปแบบการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะเจาะจง การวิเคราะห์รูปแบบที่เหมาะสมสำหรับการบัญญัติความผิดอาญาดังกล่าวจึงพิจารณาตามความสอดคล้องของ

¹ โปรดดูหัวข้อที่ 2.3.2 และหัวข้อที่ 4.2

² โปรดดูหัวข้อที่ 4.1

แนวความคิดพื้นฐานของบทบัญญัติความผิด กับความสอดคล้องกับเนื้อหาและระบบกฎหมายไทย เป็นหลัก³

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศในหัวข้อที่ 6.1 พบว่า สหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรบัญญัติความผิดอาญาสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติไว้เป็นฐานความผิดเฉพาะเหมือนกัน แต่ใช้รูปแบบการบัญญัติกฎหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ สหรัฐอเมริกาบัญญัติกฎหมาย FCPA เป็นกฎหมายสำหรับบังคับใช้แก่การกระทำทุจริตในต่างประเทศทั้งฉบับ ส่วนสหราชอาณาจักรเพียงแต่บัญญัติความผิดสำหรับอาชญากรรมดังกล่าวเป็น มาตราหนึ่งโดยเฉพาะ แยกออกจากความผิดฐานให้สินบนทั่วไปซึ่งบัญญัติไว้ในอีกมาตราหนึ่งเท่านั้น⁴

ในส่วนนี้จึงมีปัญหาคือต้องพิจารณาว่า ประเทศไทยควรบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในรูปแบบใดเมื่อคำนึงถึงแนวทางการ บัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็น ความผิดอาญาไทยที่จะวิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อที่ 7.2 ถึงหัวข้อที่ 7.4 โดยพิจารณาว่า เหตุใดประเทศไทยควรบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เป็นกฎหมายเฉพาะ แยกออกจากความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐไทยแบบดั้งเดิมที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 ตามแนวทางเดียวกับกฎหมาย FCPA และ กฎหมาย UKBA ในหัวข้อที่ 7.1.1 และพิจารณาต่อไปว่า เหตุใดประเทศไทยยังไม่ควรบัญญัติความผิด ฐานดังกล่าวรวมไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ควรบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะอีกฉบับหนึ่งตาม แนวทางของกฎหมาย FCPA ในหัวข้อที่ 7.1.2

7.1.1 การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบ ธุรกิจระหว่างประเทศเป็นฐานความผิดเฉพาะ

เมื่อคำนึงถึงความแตกต่างของการให้สินบนแบบดั้งเดิม (Active Domestic Bribery) กับ การให้สินบนในต่างประเทศ (Active Foreign Bribery) ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐแบบ ดั้งเดิม อาทิ ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 หรือมาตรา 167 เป็นความผิดอาญาที่มี แนวความคิดพื้นฐานแตกต่างจากความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบ ธุรกิจระหว่างประเทศซึ่งเป็นความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศรูปแบบใหม่ กล่าวคือ ความผิดฐาน ให้สินบนแบบดั้งเดิมมักเป็นความผิดตามกฎหมายของสังคมต่างๆ มาตั้งแต่อดีตกาล⁵ และมี วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองความบริสุทธิ์แห่งการใช้อำนาจรัฐของผู้ปกครองสังคมนั้นๆ ส่วนความผิด ฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดใหม่ที่ เพิ่งมีพัฒนาการขึ้นตามความก้าวหน้าของการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในยุคสมัยปัจจุบัน และมี วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองความมั่นคงของระบบตลาดและเสถียรภาพของการประกอบธุรกิจ ระหว่างประเทศโดยรวมของนานาชาติ ยิ่งกว่าการคุ้มครองประโยชน์ของประเทศใดประเทศหนึ่ง

³ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.1

⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 6.1

⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 2.1

โดยเฉพาะ ดังนั้น ประเทศไทยก็ไม่ควรบัญญัติรวมไว้เป็นฐานความผิดเดียวกัน เพราะบัญญัติความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวมีเจตนารมณ์ในการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแตกต่างกัน

จากการพิจารณากรอบเนื้อหากฎหมาย PCA มาตรา 6(b) ในกรณีที่บังคับแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ พบว่า การไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวไว้โดยเฉพาะทำให้การกระทำอันเป็นความผิดขาดขอบเขตชัดเจนหลายประเด็น เช่น ความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับฐานะและอำนาจหน้าที่ของ “เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ” หรือ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” ขอบเขตของการจูงใจเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจหรือปัญหาขอบเขตเกี่ยวกับข้อต่อสู้ตามกฎหมาย เป็นต้น⁶ ในขณะที่การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นฐานความผิดเฉพาะตามแนวทางของกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ทำให้รัฐสามารถบัญญัติขอบเขตของฐานความผิดได้อย่างเหมาะสม ชัดเจน เฉพาะเจาะจงมากกว่า และสามารถบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนต่างๆ ให้สอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศได้สะดวกกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งขอบเขตของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” และ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” เจตนาพิเศษเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ หรือการกำหนดข้อต่อสู้ตามกฎหมายสำหรับความผิดฐานดังกล่าวโดยเฉพาะ เป็นต้น⁷

อีกประการหนึ่ง ข้อวิจารณ์และตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมาย PCA ข้างต้นยังแสดงให้เห็นว่าการไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ โดยเฉพาะอาจทำให้รัฐไม่เห็นความสำคัญแก่การบังคับใช้กฎหมายแก่อาชญากรรมที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ เห็นได้จากการที่ประเทศสิงคโปร์มีกฎหมายอาญาที่มีขอบเขตกว้างขวาง และสามารถบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวแก่การให้สินบนรูปแบบต่างๆ ได้อย่างหลากหลาย รวมถึงการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ แต่กลับไม่ปรากฏตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมาย PCA มาตรา 6(b) แก่การให้สินบนดังกล่าวในทางปฏิบัติเลย⁸ ทั้งๆ ที่ประเทศสิงคโปร์มีชื่อเสียงอย่างมากด้านการปราบปรามการกระทำทุจริตเป็นที่ยอมรับในระดับโลก⁹

ยิ่งไปกว่านั้น การพิจารณาแนวทางและผลลัพธ์ของการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศไว้ในระบบกฎหมายไทยตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. (แก้ไขเพิ่มเติมความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม และอายุความการฟ้องคดีบางประเภท) ซึ่งเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศรวมไว้ในบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144¹⁰ ยังพบว่า แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ทำให้ประเทศไทยมีบทบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนรูปแบบใหม่ไม่สอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศตามหัวข้อที่ 7.2¹¹ บทบัญญัติ

⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.2 และหัวข้อที่ 6.2.3

⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.1 และหัวข้อที่ 6.1

⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.2

⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3

¹⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 3.2.3

¹¹ โปรดดูหัวข้อที่ 7.2

ความผิดขาดบทลงโทษที่เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ตลอดจนขาดมาตรการลงโทษริบทรัพย์สินที่มีประสิทธิภาพตามที่พิจารณาไปในหัวข้อที่ 7.3¹² ประเทศไทยจึงไม่ควรแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศรวมไว้ในความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 เพราะจะทำให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมีเนื้อหาไม่สอดคล้องหรือไม่ครบถ้วนตามแนวคิดการบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวในระดับระหว่างประเทศ

จากเหตุผลต่างๆ ข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นฐานความผิดเฉพาะ แยกต่างหากจากความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 เพื่อให้ประเทศไทยมีบทบัญญัติความผิดอาญาดังกล่าวที่มีขอบเขตบังคับใช้ชัดเจน สอดคล้องตามแนวคิดพื้นฐานของการบัญญัติให้การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เป็นความผิดอาญาด้วย ทั้งนี้ การบัญญัติฐานความผิดเฉพาะยังส่งผลดีต่อการแสดงให้นานาชาติเห็นว่า ประเทศไทยมีนโยบายการป้องกันและปราบปรามการกระทำทุจริตในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ รวมถึงว่าประเทศไทยได้ปฏิบัติตามพันธกรณีที่ถูกพันตามอนุสัญญา UNCAC มาตรา 16 ที่ถูกต้องครบถ้วนแล้วด้วยเช่นกัน

7.1.2 การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นกฎหมายเฉพาะ

นอกจากประเทศไทยควรบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดเฉพาะ แยกออกจากความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 เพราะความแตกต่างในแนวคิดพื้นฐานของฐานความผิดตามที่กล่าวไปข้างต้นแล้ว ในส่วนนี้จะพิจารณาต่อว่า ประเทศไทยควรบัญญัติฐานความผิดใหม่ดังกล่าวรวมไว้ในประมวลกฎหมายอาญาด้วยหรือไม่ โดยคำนึงถึงความสอดคล้องในการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาเกี่ยวกับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่จะกล่าวต่อไปในหัวข้อที่ 7.3 และหัวข้อที่ 7.4 รวมไว้ในประมวลกฎหมายอาญาดังต่อไปนี้

ประการแรก เมื่อพิจารณาประเด็นความเหมาะสมในการกำหนดบทลงโทษทางอาญาซึ่งจะวิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อที่ 7.3 สรุปได้ว่า ประเทศไทยต้องบัญญัติบทลงโทษทางอาญาสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดที่เป็น “นิติบุคคล” ไว้โดยเฉพาะ แยกส่วนจากโทษสำหรับ “บุคคลธรรมดา” แล้วหากประเทศไทยบัญญัติความผิดฐานใหม่ดังกล่าวรวมไว้ในประมวลกฎหมายก็ย่อมไม่สอดคล้องกับรูปแบบและเนื้อหาที่มีอยู่เดิมทั้งหมด เพราะไม่มีความผิดฐานใดในประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติโทษสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะ¹³

¹² โปรดดูหัวข้อที่ 7.3

¹³ โปรดดูหัวข้อที่ 7.3.2

ประการที่สอง เมื่อพิจารณาประเด็นความเหมาะสมของการบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในหัวข้อที่ 7.4 สรุปได้ว่า ประเทศไทยควรบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรโดยบุคคลของรัฐตามหลักสัญชาติสำหรับความผิดดังกล่าวไว้โดยเฉพาะด้วย หากประเทศไทยบัญญัติความผิดฐานนั้นรวมไว้ในประมวลกฎหมายอาญาประเทศไทยย่อมต้องบัญญัติเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดฐานดังกล่าวไว้เพียงฐานเดียวไว้เป็นข้อยกเว้นของมาตรา 8 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปด้วย หรือมิเช่นนั้น หากแก้ไขข้อจำกัดของมาตรา 8 ก็อาจกระทบกระเทือนต่อการบังคับใช้กฎหมายนี้ในความผิดฐานอื่นๆ ในประมวลกฎหมายอาญาทั้งหมด¹⁴

ประการสุดท้าย นอกจากความสอดคล้องด้านเนื้อหาและรูปแบบการบัญญัติกฎหมาย การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นอาชญากรรมที่มีรูปแบบเฉพาะนี้จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายให้เหมาะสมตามสภาพของอาชญากรรมดังกล่าวในหลายประเด็นเป็นพิเศษ การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ในกฎหมายไทยจึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติเนื้อหากฎหมายในประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อใช้ประกอบกับบทบัญญัติความผิดฐานใหม่นั้นด้วยอีกหลายส่วน เช่น การกำหนดบทนิยามของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” หรือ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ”¹⁵ และการบัญญัติข้อต่อผู้เฉพาะสำหรับความผิดฐานใหม่¹⁶ เป็นต้น การบัญญัติความผิดเฉพาะสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศทั้งฉบับจึงน่าจะทำให้บัญญัติกฎหมายได้สะดวกขึ้น อีกทั้งรวมรวบหมวดหมู่บทบัญญัติกฎหมายเฉพาะได้เป็นระบบระเบียบมากกว่า

ฉะนั้น เมื่อคำนึงถึงความสอดคล้องของรูปแบบการกำหนดโทษอาญาและเนื้อหาการบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาล ตลอดจนเนื้อหากฎหมายอื่นๆ ที่บัญญัติใช้สำหรับความผิดฐานดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงในหลายประเด็น ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยไม่ควรบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศรวมไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ควรตราให้เป็นกฎหมายเฉพาะตามแนวทางเดียวกับกฎหมาย FCPA เพื่อมิให้การเพิ่มเติมความผิดฐานใหม่กระทบกระเทือนต่อหลักกฎหมายที่มีอยู่เดิมในประมวลกฎหมายอาญา หรือทำให้เนื้อหาในกฎหมายนั้นเกิดความแปลกแยก แตกต่าง ไม่สอดคล้องเป็นระบบเดียวกัน

7.2 ประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด

การวิเคราะห์ความเหมาะสมของการรับเอาแนวทางการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศมาใช้แก้ไขเพิ่มเติม หรือพัฒนาบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในส่วนนี้จะพิจารณาเรียงลำดับองค์ประกอบความผิด ตลอดจนประเด็นที่เกี่ยวข้องเช่นเดียวกับการวิเคราะห์เปรียบเทียบในหัวข้อที่ 6.2 ได้แก่ ประเด็นบุคคล

¹⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 7.4.2

¹⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 7.2.3

¹⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 7.2.8

ผู้กระทำความผิดในหัวข้อที่ 7.2.1 ประเด็นการกระทำอันเป็นการให้สินบนในหัวข้อที่ 7.2.2 ประเด็นบุคคลผู้รับสินบนในหัวข้อที่ 7.2.3 ประเด็นเจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษ: โดยทุจริต ในหัวข้อที่ 7.2.4 ประเด็นเจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรัฐในหัวข้อที่ 7.2.5 ประเด็นเจตนาพิเศษ: เพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในหัวข้อที่ 7.2.6 ประเด็นการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกในหัวข้อที่ 7.2.7 และประเด็นเกี่ยวกับข้อต่อสู้ตามกฎหมายในหัวข้อที่ 7.2.8 ดังนี้

7.2.1 ประเด็นบุคคลผู้กระทำความผิด

สืบเนื่องจากการพิจารณาในหัวข้อที่ 6.2.1 ประเด็นบุคคลผู้กระทำความผิดจึงแบ่งแยกการพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็น ได้แก่ (1) การวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้กระทำความผิด กับ (2) การวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติกฎหมายให้บังคับใช้แก่การกระทำของบุคคลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องตามแนวทางของกฎหมาย FCPA

(1) การวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้กระทำความผิด

ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้กระทำความผิดให้ครอบคลุมและสามารถบังคับใช้แก่กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็น “บุคคลธรรมดา” และ “นิติบุคคล” ได้¹⁷ ซึ่งจากการวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.1 พบว่า กฎหมายต่างประเทศบัญญัติกฎหมายในประเด็นนี้ไว้ 2 รูปแบบคือ การบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้กระทำความผิดโดยระบุคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-1 และมาตรา 78dd-2 กรณีหนึ่ง กับการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนประธานในความหมายอย่างกว้าง อาจหมายถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ตามแนวทางของกฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-3 กฎหมาย UKBA หรือกฎหมาย PCA อีกกรณีหนึ่ง¹⁸

เมื่อพิจารณาแนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้กระทำความผิดในกฎหมายไทย ระบบกฎหมายไทยยอมรับว่านิติบุคคลสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาอย่างชัดเจน โดยการบัญญัติความผิดอาญาที่ใช้บังคับแก่นิติบุคคลดังกล่าวอาจจำแนกได้ 3 แนวทาง ได้แก่

(1) กฎหมายบัญญัติให้นิติบุคคลมีความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาอย่างชัดแจ้ง เช่น พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 247 ซึ่งบัญญัติว่า “บริษัทใดฝ่าฝืน...” เป็นต้น*

¹⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.1(1)

¹⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.1

* กฎหมายฉบับอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติกำหนดความผิดทางหุ้นส่วนจดทะเบียนทางหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคมและมูลนิธิ พ.ศ. 2499 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เป็นต้น อ้างอิงจาก สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา, ดิเรก ควรสมาคม, ผู้รวบรวม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), หน้า 103.

(2) กฎหมายบัญญัติระบุคุณสมบัติหรือฐานะของผู้กระทำความผิด ซึ่งผู้มีคุณสมบัติดังกล่าวอาจเป็นนิติบุคคลก็ได้ เช่น พระราชบัญญัติเหมืองแร่ พ.ศ. 2461 กำหนดความผิดสำหรับ “ผู้ถือประทานบัตร” พระราชบัญญัติการขนส่ง พ.ศ. 2497 บัญญัติความผิดสำหรับ “ผู้รับใบอนุญาตการขนส่งสาธารณะ” หรือพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 บัญญัติความผิดสำหรับ “นายจ้าง” เป็นต้น หรือกลุ่มความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ มาตรา 147 ถึงมาตรา 166 และกลุ่มความผิดต่อหน้าที่ในการยุติธรรม มาตรา 200 ถึงมาตรา 205 ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งกำหนดว่า ผู้กระทำความผิดต้องเป็นมีฐานะเป็น “เจ้าพนักงาน” ตามกฎหมาย เป็นต้น¹⁹

(3) กฎหมายบัญญัติถึงผู้กระทำความผิดว่า “ผู้ใด” หรือ “บุคคลใด” ในความหมายอย่างกว้าง โดยศาลไทยตีความและบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวให้รวมถึงการกระทำความผิดโดยนิติบุคคลด้วยในทางปฏิบัติ* เช่น ความผิดทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งรวมถึงความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานตามมาตรา 144 และความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานในการยุติธรรมตามมาตรา 167²⁰ หรือความผิดอาญาตามกฎหมายพิเศษอื่นๆ

แม้แนวทาง (1) หรือ (2) จะสามารถใช้บัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมนิติบุคคลได้เช่นเดียวกัน แต่ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดที่อาจกระทำโดย “บุคคลธรรมดา” และ/หรือ “นิติบุคคล” ก็ได้ โดยไม่จำกัดว่าผู้กระทำความผิดนั้นต้องมีสถานะหรือคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือต้องเป็นนิติบุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งตามกฎหมายแพ่งโดยเฉพาะ ส่วนการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำความผิดตามแนวทาง (3) เป็นการบัญญัติถึงผู้กระทำความผิดในความหมายอย่างกว้าง ครอบคลุมทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลและเป็นแนวทางเดียวกับที่ใช้ในความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167

ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมาย FPCA กำหนดขอบเขตนิยามของบุคคลผู้กระทำความผิดแต่ละกลุ่มไว้ในลักษณะกำหนดเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดของศาลไปในตัวแล้ว จึงไม่ต้องบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลไว้โดยเฉพาะอีก กล่าวคือ กรณีมาตรา 78dd-1 และมาตรา 78dd-2 ศาลมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดโดย “Issuer” หรือ “Domestic Concern” ที่มีความเชื่อมโยงกับสหรัฐอเมริกาตามที่กฎหมายกำหนด ณ ที่สถานที่ใดๆ ส่วนกรณีตามมาตรา 78dd-3 ศาลมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดในดินแดนสหรัฐอเมริกาโดยบุคคลต่างชาติ²¹ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ศาลสหรัฐอเมริกามีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดตามกฎหมาย FCPA ในดินแดนโดยบุคคลใดๆ ในทำนองเดียวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลตามหลักดินแดน และ

¹⁹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 159.

* ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “ผู้ใด” ในบริบทของกฎหมายอาญามีความหมายรวมถึง “นิติบุคคล” ด้วย โดยถือว่าการกระทำของผู้แทนนิติบุคคลในอำนาจหน้าที่และภายในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลเป็นการกระทำและเจตนาของนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักในการพิพากษาลงโทษนิติบุคคลในความผิดอาญาฐานต่างๆ เช่น ความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้า (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 787-788/2506 (ประชุมใหญ่)) ความผิดฐานปลอมเอกสาร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1699/2506) หรือความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 343 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1612-1613/2518) เป็นต้น อ้างอิงจาก สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา, หน้า 105.

²⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.1(ก)

²¹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1(1) และหัวข้อที่ 6.4.2

มีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกดินแดนโดยบุคคลบางกลุ่มที่มีความเชื่อมโยงกับสหรัฐอเมริกาตามที่กฎหมายกำหนดในทำนองเดียวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลตามหลักสัญชาติ ฉะนั้น เมื่อระบบกฎหมายไทยมีบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลไว้ โดยเฉพาะแล้ว²² ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยไม่จำเป็นต้องบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำความผิดตามแนวทางเดียวกับกฎหมาย FCPA

เมื่อแนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิดนี้ในประมวลกฎหมายอาญาสอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ในระบบกฎหมายไทยควรบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำความผิดว่า “ผู้ใด” เช่นเดียวกับความผิดฐานให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญาด้วยเช่นกัน

(2) การวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติกฎหมายให้บังคับใช้แก่การกระทำของบุคคลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องตามแนวทางของกฎหมาย FCPA

สืบเนื่องจากการวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.1 ซึ่งแสดงให้เห็นว่า กฎหมาย FCPA ยังมีบทบัญญัติกำหนดให้ความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามกฎหมายนั่นเองบังคับใช้แก่การกระทำความผิดของพนักงาน (Officer) ผู้จัดการ (Director) ลูกจ้าง (Employee) หรือตัวแทน (Agent) ของผู้กระทำความผิดแต่ละกลุ่มด้วย²³ จึงมีปัญหว่าประเทศไทยควรบัญญัติกฎหมายกำหนดความรับผิดของบุคคลเหล่านี้ตามแนวทางของกฎหมาย FCPA หรือไม่ พิจารณาดังต่อไปนี้

ในระบบกฎหมายไทย ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ถูกบัญญัติให้เป็นประธานในองค์ประกอบความผิดกับ “พนักงาน” “ผู้จัดการ” และ “ลูกจ้าง” เป็นความสัมพันธ์บนฐานแห่งสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575²⁴ เพียงแต่พนักงาน ผู้จัดการ ลูกจ้างเป็นชื่อเรียกตามฐานะความสัมพันธ์หรือตำแหน่งหน้าที่ในองค์กรเท่านั้น ส่วนความสัมพันธ์กับตัวแทนก็เป็นไปตามสัญญาตัวแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797²⁵

ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามกฎหมายแพ่งข้างต้นอาจเชื่อมโยงให้บุคคลหนึ่งมีความรับผิดเพื่อละเมิดของอีกบุคคลหนึ่งได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิดที่มุ่งเยียวยาผู้ได้รับความ

²² โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.3

²³ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.1

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 575 บัญญัติว่า

“อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าลูกจ้างตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้”

²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 797 บัญญัติว่า

“อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลหนึ่งเรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดั่งนั้น

อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยแต่งตั้งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้”

เสียหาย²⁶ กล่าวคือ ในบางกรณีที่ผู้กระทำละเมิดโดยตนเองอาจไม่สามารถที่จะใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายได้ กฎหมายได้สร้างหลักประกันว่าผู้เสียหายจะมีโอกาสได้รับการเยียวยาทางแพ่งได้ โดยกำหนดให้ผู้มีความสัมพันธ์ทางแพ่งบางประการกับผู้กระทำละเมิดดังกล่าวต้องร่วมกันรับผิดชอบผู้เสียหาย หรือรับผิดชอบแทนกัน²⁷ ซึ่งตามหลักการดังกล่าวนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงกำหนดให้ “นายจ้าง” ที่อาจต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของ “ลูกจ้าง” หรือให้ “ตัวการ” ต้องมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของ “ตัวแทน” ของตนได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 425²⁸ และมาตรา 427²⁹ แล้วแต่กรณี³⁰

อย่างไรก็ดี หลักความรับผิดชอบทางแพ่งมีหลักการสำคัญแตกต่างจากความรับผิดในกฎหมายอาญา กล่าวคือ บุคคลจะต้องมีความรับผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นบัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้เท่านั้นตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2³¹ และศาลจะพิพากษาว่าบุคคลมีความผิดและลงโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีการพิสูจน์ความผิดของบุคคลนั้นจนปราศจากข้อสงสัยอันควรแล้วตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227³² ยิ่งไปกว่านั้น ความสัมพันธ์ทางแพ่งระหว่างบุคคลที่กล่าวไปข้างต้นก็ได้ใกล้ชิดกันมากถึงขนาดที่กฎหมายจะกำหนดให้บุคคลหนึ่งมีความรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำของอีกบุคคลหนึ่งได้ การกำหนดให้บุคคลต้องมีความรับผิดทางอาญาสำหรับการที่ตนมิได้กระทำ หรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดนั้นจึงขัดต่อหลักความรับผิดทางอาญาข้างต้น ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยไม่ควรกำหนดให้บทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้แก่การกระทำความผิดของพนักงาน ผู้จัดการ ลูกจ้าง หรือตัวแทนของผู้กระทำความผิดหลักตามแนวทางของกฎหมาย FCPA

7.2.2 ประเด็นการกระทำอันเป็นการให้สินบน

การวิเคราะห์ความเหมาะสมของการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนการกระทำอันเป็นการให้สินบนนี้จะแบ่งแยกการพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบนในหัวข้อที่ 7.1.1.2.1 กับส่วนขอบเขตของสินบนในหัวข้อที่ 7.1.1.2.2 ตามลำดับ

²⁶ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 171-173.

²⁷ เรื่องเดียวกัน.

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 425 บัญญัติว่า

“นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น”

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 427 บัญญัติว่า

“บทบัญญัติในมาตราทั้งสองก่อนนั้นซึ่งหมายถึงมาตรา 425 ที่กำหนดให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดโดยลูกจ้าง] ท่านให้ใช้บังคับแก่ตัวการและตัวแทนด้วย โดยอนุโลม”

³⁰ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้, หน้า 173-192.

³¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 2

³² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 227 บัญญัติว่า

“ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชั่งพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น

เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยก”

7.2.2.1 ประเด็นลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบน

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องบัญญัติให้การกระทำอันเป็นการให้สินบนครอบคลุมการกระทำอย่างน้อย 3 ลักษณะ ได้แก่ การเสนอ (Offering) การให้ (Giving) และการสัญญา (Promising)ว่าจะให้สินบน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำอันเป็นการให้สินบนแก่ฝ่ายผู้รับสินบนโดยตรงหรือโดยทางอ้อมผ่านคนกลาง³³

จากการเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.2.1 พบว่า การบัญญัติต้องประกอบความผิดส่วนนี้ในกฎหมายไทยมีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณารวม 3 ประเด็น ประเด็นแรกจะวิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมในการบัญญัติต้องประกอบความผิดส่วนนี้ให้ครอบคลุมการกระทำอันเป็นการให้สินบน 3 ลักษณะข้างต้น จากนั้นประเด็นต่อมาจึงวิเคราะห์ว่า ประเทศไทยควรบัญญัติถึงลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบนอื่นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ 3 กรณีดังกล่าวตามแนวทางของกฎหมาย FCPA หรือไม่ และประเด็นสุดท้ายจึงวิเคราะห์ความเหมาะสมของการบัญญัติต้องประกอบความผิดส่วนนี้ให้ครอบคลุมถึงการให้สินบนโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ

(1) การวิเคราะห์ความเหมาะสมของการบัญญัติลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบนตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ

จากการเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.2 เห็นได้ว่ากฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ได้บัญญัติระบุดังกล่าวเป็นการให้สินบน ได้แก่ การเสนอ การให้ และการสัญญาว่าจะให้สินบนแต่ละลักษณะไว้ในตัวบทกฎหมายอย่างชัดเจน แตกต่างจากแนวทางของกฎหมาย PCA ซึ่งต้องมีการตีความการกระทำอันเป็นการให้สินบนร่วมกับนิยามของสินบน เพื่อให้มีความหมายรวมถึงการสัญญาว่าจะให้สินบนด้วย³⁴ เมื่อกฎหมายอาญาต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อเป็นหลักประกันมิให้รัฐบังคับใช้อำนาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามความอำเภอใจ³⁵ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรบัญญัติต้องประกอบความผิดส่วนนี้ให้ปรากฏการกระทำอันเป็นการให้สินบนทั้ง 3 ลักษณะครบถ้วนเหมือนกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA เพื่อมิต้องมีการตีความประกอบกับบทบัญญัติส่วนอื่นเพื่อบังคับใช้กฎหมายเหมือนกฎหมาย PCA

ในกฎหมายไทย ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 บัญญัติถึงลักษณะของการกระทำอันเป็นการให้สินบน 3 ลักษณะ ได้แก่ “การให้” “การขอให้” และ “การรับว่าจะให้” สินบนเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรัฐ³⁶ จึง

³³ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.1(2)

³⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.2

³⁵ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 82-83.

³⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.1(ก)(2)(2.1)

เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำเหล่านี้กับแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา ระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศได้ ดังนี้

(1) คำว่า “ให้” เป็นคำกริยา หมายถึง การมอบ สละ หรืออนุญาต* ซึ่งเมื่อ พิจารณาถึงกริยาการให้ในความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐจึงหมายความว่า การมอบสินบน ให้ตกเป็นประโยชน์แก่ผู้รับสินบน และผู้รับสินบนได้รับเอาสินบนนั้นไปแล้ว จึงอาจเปรียบเทียบได้ว่า มีความหมายเดียวกับ “Give” ในภาษาอังกฤษ**

(2) คำว่า “ขอ” เป็นคำกริยา มีความหมายในทำนองว่าเป็นการพูดหรือ วิจารณ์ให้เขาให้สิ่งที่ต้องการ*** มีความหมายเดียวกับ “Offer” ในภาษาอังกฤษ† ดังนั้น “ขอให้” ใน ความผิดฐานให้สินบนนี้จึงหมายถึง การเสนอสินบนให้แก่ฝ่ายผู้รับสินบนเพื่อให้ผู้รับสินบนดังกล่าวรับ เอาสินบนนั้นไป หรือการวิจารณ์ให้ผู้รับสินบนยอมรับหรือรับเอาสินบนไปจากตนก็ได้เช่นกัน

(3) คำว่า “รับ” เป็นคำกริยา ในบริบทนี้น่าจะหมายถึง การให้คำตอบที่ไม่ ปฏิเสธ เช่น ตอบรับ รับเชิญ หรือมีความหมายในทำนองที่เป็นการ “รับคำ” ซึ่งหมายถึง “ให้สัญญา ไม่ปฏิเสธ ตอบตกลง เช่น ลูกจ้างรับค่านายจ้าง” จึงมีความหมายเดียวกับคำ “Promise” ใน ภาษาอังกฤษ†† ดังนั้น คำว่า “รับว่าจะให้” ในความผิดฐานให้สินบนจึงหมายถึงการสัญญาว่าจะให้ สินบน

จึงเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 บัญญัติลักษณะ ของการกระทำอันเป็นการให้สินบนไว้อย่างชัดเจนและครบถ้วนเช่นเดียวกับแนวทางของกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ซึ่งสอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิด ดังกล่าวในอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว ดังนั้น เมื่อองค์ประกอบความผิดส่วนนี้มีใช้ความแตกต่าง สำคัญระหว่างความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมกับความผิดฐานให้สินบนใหม่ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยสามารถบัญญัติองค์ประกอบของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติใน การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศส่วนนี้ว่า “...ให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้...” ตามแนวทางเดียวกัน ในความผิดฐานให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญาได้ด้วยเช่นกัน

* “ให้,” ใน ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556) (ราชบัณฑิตยสถานจัดพิมพ์เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554), หน้า 1358.

** “Give” หมายถึง “ให้ มอบให้ เอาให้ แจก ยกให้ ส่ง ยื่น โอน ฯลฯ” อ้างอิงจาก วิทย์ เทียงบูรณธรรม, พจนานุกรมอังกฤษ-ไทย ฉบับห้องสมุด (ม.ป.ท.: ม.ป.ป.), หน้า 440.

*** “ขอ,” ใน ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, หน้า 177.

† “Offer” หมายถึง “เสนอ กล่าวว่าจะยกให้ มอบ ถวาย ให้ เสนอราคา” อ้างอิงจาก วิทย์ เทียงบูรณธรรม, พจนานุกรม อังกฤษ-ไทย ฉบับห้องสมุด, หน้า 747. และคำว่า “เสนอ” เป็นคำกริยา หมายถึง การยื่นเรื่องราว ความเห็น ญัตติ เป็นต้น เพื่อให้ทราบ ให้พิจารณา หรือให้สั่งการ หรือหมายถึง แสดงให้เห็น ฉะนั้น การเสนอในบริบทของความผิดให้สินบนนี้จึงน่าจะหมายถึง การที่ผู้ให้สินบน แสดงให้ฝ่ายผู้รับสินบนรู้ว่าตนประสงค์จะให้สินบนเพื่อให้ผู้นั้นตกลงรับเอาสินบนดังกล่าว ในความหมายเดียวกับการ “ขอให้” สินบน ตามที่พิจารณาไปข้างต้น อ้างอิงจาก “เสนอ,” ใน ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, หน้า 1253-1254.

†† คำว่า “Promise” หมายถึง “สัญญา ให้คำมั่นสัญญา” อ้างอิงจาก วิทย์ เทียงบูรณธรรม, พจนานุกรมอังกฤษ-ไทย ฉบับ ห้องสมุด, หน้า 865. ส่วนคำว่า “สัญญา” เป็นคำกริยา หมายถึง ให้คำมั่น รับปาก หรือทำความตกลงกัน ฉะนั้น การสัญญาว่าจะให้สินบน จึงน่าจะหมายถึง การที่ฝ่ายผู้ให้สินบนรับปากหรือได้ตกลงกับฝ่ายผู้รับสินบนว่าตนจะให้สินบนในอนาคต ในความหมายเดียวกับการ “รับ ว่าจะให้” สินบนตามที่พิจารณาไปข้างต้น อ้างอิงจาก “สัญญา” ใน ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, หน้า 1202-1203.

(2) การวิเคราะห์ความเหมาะสมของการบัญญัติให้การมีคำสั่งหรือการมอบอำนาจให้มีการจ่ายสินบนเป็นการกระทำอันเป็นการให้สินบนอีกลักษณะหนึ่งตามแนวทางของกฎหมาย FCPA

จากการเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.2.1 พบว่ากฎหมาย FCPA ได้บัญญัติให้ “การมอบอำนาจหรือมีคำสั่ง” (Authorization of Payment)^{*} เป็นการกระทำอันเป็นการให้สินบนอีกลักษณะหนึ่งเทียบเท่ากับการเสนอ การให้ หรือการสัญญาว่าจะให้สินบนด้วย บุคคลจึงอาจเป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย FCPA ได้เพียงการมีคำสั่งหรือมอบอำนาจให้ผู้อื่นไปจ่ายสินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเท่านั้น แนวทางการบัญญัติกฎหมาย FCPA ส่วนนี้จึงเป็นเนื้อหากฎหมายที่เกินเลยกว่าแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศ จึงมีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า ประเทศไทยจำเป็นต้องบัญญัติการมอบอำนาจหรือการมีคำสั่งดังกล่าวนี้ไว้ตามแนวทางของกฎหมาย FCPA หรือไม่ อย่างไร ดังนี้³⁷

ในระบบกฎหมายไทย โดยทั่วไปเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า บุคคลหนึ่งมอบอำนาจหรือมีคำสั่งให้อีกบุคคลหนึ่งไปกระทำความผิด บุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดอาญานั้นย่อมมีความรับผิดตามกฎหมายในฐานะที่เป็น “ตัวการ” “ผู้ใช้” หรือ “ผู้สนับสนุน” ในการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 มาตรา 84 หรือมาตรา 86 แล้วแต่กรณี ยกตัวอย่าง ดังนี้

(1) ในการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุคคลผู้มอบอำนาจหรือมีคำสั่งให้อีกบุคคลหนึ่งกระทำความผิดนั้นได้ร่วมกระทำความผิดกับผู้รับคำสั่งหรือรับอำนาจ ในลักษณะที่เป็นการแบ่งงานกันทำ ผู้มอบและผู้รับมอบอำนาจ หรือผู้มีคำสั่งและผู้รับคำสั่ง แล้วแต่กรณี เป็น “ตัวการ” ร่วมกันกระทำความผิด และต้องรับโทษสำหรับการกระทำความผิดฐานดังกล่าวเท่ากันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83³⁸

(2) หากบุคคลผู้มอบอำนาจหรือมีคำสั่งให้อีกบุคคลหนึ่งกระทำความผิดได้ก่อให้เกิดผู้รับคำสั่งหรือรับอำนาจกระทำความผิดโดยใช้วิธีการใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้างวานหรือยุยงส่งเสริมหรือด้วยวิธีอื่นใดแล้ว ผู้มอบอำนาจหรือมีคำสั่งดังกล่าวเป็น “ผู้ใช้” ในการกระทำความผิด มีความผิดและต้องรับโทษตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 กล่าวคือ ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ ถ้าความผิดมิได้กระทำลงไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ยังไม่ได้กระทำหรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียง 1 ใน 3 ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเท่านั้น³⁹ หรือ

* คำว่า “Authorization” หมายถึง “การมอบอำนาจ การแต่งตั้ง การมอบหมาย” อ้างอิงจาก วิทย เทียงบูรณธรรม, พจนานุกรมอังกฤษ-ไทย ฉบับห้องสมุด, หน้า 59.

³⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.2.1

³⁸ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 83 บัญญัติว่า

“ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

³⁹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 84 บัญญัติว่า

(3) หากผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอยู่แล้ว เพียงแต่การมีคำสั่งหรือการมอบอำนาจดังกล่าวเป็นการสนับสนุนหรืออำนวยความสะดวกก่อนหรือขณะการกระทำความผิดเท่านั้น กรณีนี้ ผู้มีคำสั่งหรือมอบอำนาจนั้นเป็น “ผู้สนับสนุน” ในการกระทำความผิด มีความรับผิดและต้องรับโทษเพียง 2 ใน 3 ส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86⁴⁰

ฉะนั้น กรณีบุคคลหนึ่งมีคำสั่งหรือมอบอำนาจให้ไปกระทำความผิดตามกฎหมาย FCPA จึงสามารถก่อตั้งความรับผิดสำหรับบุคคลดังกล่าวได้อยู่แล้วตามบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยตัวการและผู้สนับสนุนได้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 มาตรา 84 หรือมาตรา 86 อยู่แล้ว แล้วแต่กรณี ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยไม่จำเป็นต้องบัญญัติ “การมีคำสั่งหรือการมอบอำนาจ” ให้ผู้อื่นกระทำความผิดไว้ในองค์ประกอบความผิดส่วนนี้อีกตามแนวทางเดียวกับกฎหมาย FCPA

อย่างไรก็ดี การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแรงต่อสังคมอย่างกว้างขวาง และมีโอกาสถูกจับกุมดำเนินคดีสำเร็จน้อย อีกทั้งเป็นอาชญากรรมที่มักกระทำลงโดยนิติบุคคล มีสายบังคับบัญชาในองค์กร และมีบุคคลเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดจำนวนมาก การบัญญัติกฎหมายให้สามารถใช้บังคับไปถึงผู้บงการการกระทำความผิดที่มีคำสั่งหรือมอบอำนาจและลงโทษบุคคลดังกล่าวอย่างเต็มที่เทียบเท่ากับผู้ลงมือกระทำความผิดตามแนวทางของกฎหมาย FCPA จึงเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายควบคุมพฤติกรรมประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจในภาคเอกชนได้เป็นอย่างดี ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรบัญญัติกฎหมายเพิ่มโทษสำหรับบุคคลผู้มีคำสั่งหรือมอบอำนาจให้มีการกระทำความผิดฐานดังกล่าวเพิ่มเติมด้วย โดยกำหนดให้ “ผู้ใช้” ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ แม้ผู้ถูกใช้จะยังมีได้ลงมือกระทำความผิดก็ตาม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴⁰ ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ไม่ว่าจะด้วยการใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้างวานหรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ให้กระทำความผิด

ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ ถ้าความผิดมิได้กระทำลงไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ยังไม่ได้กระทำหรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

⁴⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 86 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น”

(3) การวิเคราะห์ความเหมาะสมในการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนการกระทำอันเป็นการให้สินบนให้ครอบคลุมถึงการให้สินบนแก่ฝ่ายผู้รับสินบนโดยตรง หรือโดยทางอ้อมผ่านคนกลาง

จากการเปรียบเทียบแนวการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.2.1 พบว่า มีกฎหมาย UKBA เพียงฉบับเท่านั้นที่บัญญัติถึงการให้สินบนโดยตรงหรือโดยผ่านบุคคลที่อย่างชัดเจน ในขณะที่กฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-1(a)(3) มาตรา 78dd-2(a)(3) และมาตรา 78dd-3(a)(3) บัญญัติถึงการให้สินบนโดยตรงกับการให้สินบนโดยทางอ้อม ซึ่งน่าจะมีความหมายเดียวกับการให้สินบนโดยผ่านคนกลางตามเนื้อหาของกฎหมาย UKBA ข้างต้น⁴¹

ในระบบกฎหมายไทย กรณีการให้สินบนแก่ฝ่ายผู้รับสินบนโดยตรง หรือการให้สินบนโดยใช้คนกลางเป็นผู้ส่งสินบนไปยังผู้รับสินบนอีกทอดหนึ่ง อาจพิจารณาความรับผิดของบุคคลผู้เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดดังกล่าวได้ดังนี้

(1) ในกรณีที่คนกลางผู้ส่งผ่านสินบนไม่รู้ว่าตนกำลังมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดของผู้ให้สินบน ผู้ให้สินบนนั้นเป็น “ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม” * และต้องมีความรับผิดตามกฎหมายในฐานะที่เป็นผู้กระทำความผิดตามปกติ ส่วนคนกลางนั้นเป็นตกเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด (Innocent Agent) เท่านั้น ไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายเพราะขาดเจตนา⁴²

(2) แต่หากคนกลางผู้ส่งผ่านสินบนรู้ตัวว่าตนมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด คนกลางนั้นก็ต้องมีความรับผิดตามกฎหมายด้วย ซึ่งจะต้องรับผิดในฐานะที่เป็นตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดก็ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 มาตรา 84 และมาตรา 86 แล้วแต่กรณี**

⁴¹ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.2.1

* ในทางวิชาการ “ผู้กระทำความผิด” กฎหมายอาญาในหลักเกณฑ์หนึ่งตามลักษณะของการกระทำความผิดออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) ผู้กระทำความผิดโดยตรง หมายถึงบุคคลผู้กระทำความผิดฐานหนึ่งฐานใดตามที่กฎหมายกำหนด โดยกระทำการต่างๆ ครอบงำองค์ประกอบความผิดภายนอกและภายในโดยตนเองทั้งหมด (2) ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม หมายถึงบุคคลผู้กระทำความผิดโดยใช้บุคคลอื่นเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดแทนตน (Innocent Agent) ตามเจตจำนงของตนซึ่งอยู่เบื้องหลัง โดยต้องเป็นการใช้เสมือนหนึ่งว่า บุคคลนั้นเป็นเครื่องจักรหรือสัตว์ชนิดหนึ่งเท่านั้น บุคคลผู้ถูกใช้ให้กระทำความผิดไม่มีความรับผิดตามกฎหมายเพราะขาดเจตนา อ้างอิงจาก คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 164-169.

⁴² เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินท์ติ้ง, 2551), หน้า 652.

** ความแตกต่างระหว่างการกระทำความผิดโดยทางอ้อมซึ่งบุคคลภายนอกผู้เป็นคนกลางในการกระทำความผิดไม่มีความผิดตามกฎหมายกับกรณีเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดฐานให้สินบนคือ การมี “เจตนา” ที่จะสนับสนุนหรือให้ความสะดวกก่อนหรือขณะมีการกระทำความผิด กล่าวคือ กรณีการกระทำความผิดโดยทางอ้อม บุคคลผู้ให้สินบนได้ใช้บุคคลภายนอกเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดของตนเท่านั้น คนกลางที่มีบทบาทในการส่งผ่านสินบนไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดหรือสนับสนุนหรืออำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด ตามแนวทางนี้ บุคคลผู้ให้สินบนมีความรับผิดตามกฎหมายในฐานะที่เป็นผู้กระทำความผิดโดยอ้อมเพียงคนเดียว ส่วนคนกลางไม่มีความรับผิดตามกฎหมาย อีกกรณีหนึ่ง การเป็นผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86 ผู้สนับสนุนต้องมีเจตนาที่จะช่วยเหลือหรืออำนวยความสะดวกแก่การกระทำความผิดของบุคคลผู้ให้สินบนด้วย ในกรณีนี้ ผู้ให้สินบนเป็นผู้กระทำความผิดโดยตรง ส่วนบุคคลภายนอกที่เป็นคนกลางเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด อ้างอิงจาก เรื่องเดียวกัน.

ตามแนวทางนี้ แม้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นการให้สินบนแก่ฝ่ายผู้รับสินบนโดยตรง หรือการให้สินบนโดยใช้คนกลางเป็นผู้ส่งสินบนไปยังผู้รับสินบนอีกทอดหนึ่ง ซึ่งมีหลักเกณฑ์เงื่อนไข สำหรับการก่อตั้งความรับผิดสำหรับบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดแต่ละกรณีได้ทั้งหมดแล้ว แต่การปรับใช้กฎหมายอาญาแก่ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อมหรือโดยผ่านคนกลางที่กล่าวไปข้างต้นเป็นการปรับใช้กฎหมายตามทฤษฎีทางวิชาการเท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายอย่างชัดแจ้งในองค์ประกอบความผิด การไม่บัญญัติกฎหมายไว้อย่างชัดเจนดังกล่าวจึงอาจส่งผลกระทบต่อ สิทธิเสรีภาพของประชาชนทั่วไปที่ไม่ทราบว่าการห้ามการจ่ายสินบนโดยใช้วิธีการดังกล่าวด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรบัญญัติถึงการให้สินบนโดยผ่านคนกลางไว้ให้ปรากฏชัดแจ้งในองค์ประกอบของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ตามแนวทางของกฎหมาย UKBA ซึ่งสอดคล้องตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย เพื่อให้กฎหมายสามารถเข้าใจขอบเขตของความผิดฐานนี้ตรงกัน เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ในทางหนึ่ง⁴³ เกิดความสะดวกต่อการตีความและบังคับใช้กฎหมาย⁴⁴ ตลอดจนเป็นการแสดงให้เห็นความครบถ้วนของการบัญญัติกฎหมายตามพันธกรณีที่ประเทศไทยผูกพันอยู่ต่ออนุสัญญา UNCAC อย่างชัดเจน

7.2.2.2 ประเด็นขอบเขตของ “สินบน”

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องพิจารณาขอบเขตของสินบนในความผิดฐานให้สินบนดังกล่าวในขอบเขตอย่างกว้าง ครอบคลุมสินบนที่มีลักษณะเป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน ไม่ว่าจะจับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ ที่ให้เพื่อจูงใจเจ้าพนักงานฝ่ายผู้รับสินบนอย่างไม่เหมาะสมทั้งหมด⁴⁵

จากการเปรียบเทียบแนวการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.2.2 กฎหมาย FCPA กฎหมาย UKBA และกฎหมาย PCA ล้วนต่างบัญญัติถึง “สินบน” ในความหมายอย่างกว้างทั้งหมด แต่กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA มีได้บัญญัติกฎหมายอธิบายหรือยกตัวอย่างของสิ่งที่อาจให้แก่กันเป็นสินบนหลายประการเหมือนอย่างกฎหมาย PCA เท่านั้น แม้แนวทางการบัญญัติถึงสินบนตามกฎหมาย PCA จะไม่กระชับเหมือนกฎหมาย FCPA หรือกฎหมาย UKBA แต่การบัญญัติกฎหมาย แจกแจงรายการของสิ่งที่อาจให้แก่กันเป็นสินบนตามกฎหมาย PCA ก็ทำให้ผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะศาลมีแนวทางการพิจารณาวินิจฉัยปัญหากฎหมายในประเด็นนี้อย่างเป็นรูปธรรมมากกว่ากฎหมายฉบับอื่น⁴⁶

ในกฎหมายไทย ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 บัญญัติถึงสิ่งที่ผู้กระทำความผิดใช้จูงใจเจ้าพนักงานรัฐไทยในความหมายอย่างกว้างว่า “ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด” โดยไม่มีบทบัญญัติอธิบายหรือขยายความ

⁴³ คณิต ธิ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 155.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน

⁴⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.1(2)

⁴⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.2.2

อื่นอีกเช่นเดียวกับแนวทางของกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ข้างต้นอยู่แล้ว ซึ่งตามขอบเขตนี้ ศาลไทยจึงวินิจฉัยถึงสิ่งที่ให้แก่กันเป็นสินบนได้อย่างกว้างขวาง ไม่จำกัดว่าต้องเป็นเงิน หรือทรัพย์สิน หรือประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น⁴⁷ ขอบเขตของ “สินบน” ในประมวลกฎหมายอาญาจึงสอดคล้องตามแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ฉะนั้น เมื่อองค์ประกอบความผิดส่วนนี้มีไขความแตกต่างสำคัญระหว่างความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมกับความผิดฐานให้สินบนใหม่ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรบัญญัติถึงสินบนในความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศใหม่ตามแนวเดียวกับความผิดฐานให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญาด้วย

อย่างไรก็ดี การบัญญัติถึง “ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด” ในขอบเขตอย่างกว้างทำให้ผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลไม่มีหลักเกณฑ์หรือแนวทางสำหรับการวินิจฉัยประเด็นว่าสิ่งใดเป็นสินบนอย่างเป็นรูปธรรม ขอบเขตที่แท้จริงของสินบนนี้จึงขึ้นอยู่กับกรณีความบังคับใช้กฎหมายและการวินิจฉัยของศาลในทางปฏิบัติเพียงอย่างเดียว ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรนำข้อดีของกฎหมาย PCA มาปรับใช้ เพื่อสร้างหลักเกณฑ์ แนวทาง หรือแสดงตัวอย่างของสินบน ที่ช่วยให้ศาลสามารถวินิจฉัยปัญหาของสินบนที่มีขอบเขตอย่างกว้างนี้โดยสะดวกและเป็นรูปธรรมมากขึ้น เช่น การบัญญัติกฎหมายอธิบายหรือขยายความให้ “ประโยชน์อื่นใด” ในส่วนนี้หมายความรวมถึงการให้ตำแหน่งหน้าที่การงาน การจ้างงานหรือการทำสัญญาใดๆ การชำระหนี้หรือการปลดปล่อยจากความรับผิดหรือความรับผิดชอบ การบังคับใช้กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใดๆ ในทางที่เป็นคุณแก่บุคคล เป็นต้น⁴⁸

7.2.3 ประเด็นบุคคลผู้รับสินบน

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่ฝ่ายผู้รับสินบนเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ (Foreign Public Official) หรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ (Public International Official) ไม่ว่าจะเป็นการให้สินบนเป็นประโยชน์แก่เจ้าพนักงานนั้นโดยตรง หรือมีบุคคลที่สามารถรับประโยชน์จากสินบนนั้นแทน ทั้งนี้ ประเทศไทยต้องพิจารณาขอบเขตของเจ้าพนักงานผู้รับสินบนทั้งสองกรณีนั้นตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ โดยไม่ถูกจำกัดตามหลักเกณฑ์การพิจารณาขอบเขตของเจ้าพนักงานตามกฎหมายภายใน⁴⁹

เนื่องจากองค์ประกอบความผิดส่วนนี้เป็นความแตกต่างอย่างสำคัญระหว่างความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมที่มีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา กับความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่จะบัญญัติขึ้นใหม่⁵⁰ ประเทศไทยจึงต้องพัฒนาองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ขึ้นใหม่ทั้งหมด ขอบเขตของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” และ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” ในความผิดฐานใหม่นั้นไม่อาจใช้ตาม “เจ้าพนักงาน” ในกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันได้ เพราะเจ้าพนักงานในบริบทนี้ไม่มีกำหนดนิยามที่ชัดเจนในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ให้ความสำคัญ

⁴⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.1(ก)(2)(2.2)

⁴⁸ PCA, Section 2

⁴⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.3(3)

⁵⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.1(ก)(3)

แก่การแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงาน ตลอดจนการระบุหรือแบ่งแยกตำแหน่งอำนาจฝ่ายหรือหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้รับสินบนด้วย⁵¹

การค้นหาแนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบนนี้จึงมีปัญหาคือต้องวิเคราะห์พร้อม 4 ประเด็นคือ ประเด็น (1) จะวิเคราะห์ขอบเขตของการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบนว่าครอบคลุมถึงการให้สินบนแก่ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” รวมถึงการจูงใจเจ้าพนักงานดังกล่าวโดยให้สินบนแก่ “บุคคลที่สาม” ต่อมาในประเด็น (2) และ (3) จึงวิเคราะห์นิยามขอบเขตของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” กับ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” ตามลำดับ จากนั้นประเด็น (4) จึงวิเคราะห์ความเหมาะสมของการบัญญัติขอบเขตขององค์ประกอบความผิดส่วนนี้เกินเลยกว่าแนวทางของอนุสัญญาระหว่างประเทศข้างต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่กฎหมาย FCPA บัญญัติถึงการให้สินบนแก่พรรคการเมืองของต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองดังกล่าว รวมถึงผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งในนามของพรรคการเมืองนั้น

(1) การวิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดขอบเขตขององค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบนตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดที่กำหนดในอนุสัญญาระหว่างประเทศ

จากการเปรียบเทียบแนวการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.3 พบว่า ในกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA องค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบนความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศบัญญัติไว้ครอบคลุมถึง “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” และ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” อย่างชัดเจนตามแนวทางที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ แตกต่างจากกรณีกฎหมาย PCA ซึ่งมีได้บัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ แต่มีความผิดฐานให้สินบนแก่ “ตัวแทน” ซึ่งสามารถปรับใช้แก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานทั้งสองกรณีดังกล่าวได้ ในฐานะที่เจ้าพนักงานดังกล่าวเป็นตัวแทนของหน่วยงานรัฐต่างประเทศ หรือขององค์การระหว่างประเทศ แล้วแต่กรณีเท่านั้น⁵²

* เนื่องจากหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะความเป็น “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่มีหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายบัญญัติอย่างชัดเจนแน่นอน และมีขอบเขตจำกัดกว่าเกณฑ์การพิจารณาสถานะความเป็นเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดในอนุสัญญาระหว่างประเทศอย่างมาก กล่าวคือ ประการแรก เกณฑ์การพิจารณาสถานะความเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายไทยถูกพัฒนาขึ้นในทางปฏิบัติของศาลและในทางตำรา แต่ไม่มีกำหนดขอบเขตนิยามที่ชัดเจนในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งเกณฑ์การพิจารณาความเป็นเจ้าพนักงานดังกล่าวยังมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายด้วยเสมอ แตกต่างจากแนวทางของอนุสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดให้พิจารณาสถานะความเป็นเจ้าพนักงานจากการปฏิบัติหน้าที่ ยิ่งไปกว่านั้น เฉพาะคำว่า “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญายังมีความหมายถึงเจ้าพนักงานที่ใช้อำนาจรัฐในฝ่ายบริหารเท่านั้น ไม่รวมถึงบุคคลผู้ใช้อำนาจในฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการ ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 จะบัญญัติถึงตำแหน่งหน้าที่ที่กล่าวมานั้นไว้โดยเฉพาะเจาะจง แตกต่างจากแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดให้การพิจารณาความเป็นเจ้าพนักงานโดยไม่คำนึงถึงการแบ่งแยกฝ่ายหรืออำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงาน

⁵¹ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.1(ก)3) และหัวข้อที่ 3.2.2.1

⁵² โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.3

ประเทศไทยไม่เคยมีบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ แต่สภาพปัญหาอาชญากรรมที่ซับซ้อนและก่อความเสียหายมากขึ้นทำให้ประเทศไทยจำเป็นต้องบัญญัติความผิดดังกล่าวสำหรับใช้ปราบปรามอาชญากรรมใหม่ที่เกิดขึ้น⁵³ ประเทศไทยควรบัญญัติให้เป็นฐานความผิดเฉพาะตามแนวทางของกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ซึ่งสอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศข้างต้น และไม่ควรมบัญญัติหรือแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานดังกล่าวรวมไว้ในความผิดฐานให้สินบนทั่วไปเหมือนอย่างกฎหมาย PCA เพราะจะทำให้องค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบนไม่มีขอบเขตชัดเจน ไม่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเพียงพอ⁵⁴ ไม่สอดคล้องกับแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ ตลอดจนไม่อาจเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญา UNCAC อย่างชัดเจนด้วย⁵⁵

ส่วนการบัญญัติความผิดสำหรับการจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศโดยให้สินบนนั้นตกเป็นประโยชน์แก่บุคคลที่สาม พบว่า มีกฎหมาย UKBA เพียงฉบับเดียวที่บัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนโดยวิธีการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมว่า การให้สินบนเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สามต้องเป็นการกระทำตามคำร้องขอ (Request) หรือโดยความยินยอม (Assent) หรือความช่วยเหลือ (Acquiescence) ของเจ้าพนักงานผู้ถูกจูงใจด้วย⁵⁶ ซึ่งในกฎหมายไทย แม้บทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 จะมีได้บัญญัติกฎหมายระบุงถึงการจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐโดยให้สินบนแก่บุคคลที่สามไว้ แต่ศาลไทยตีความและบังคับใช้กฎหมายนี้แก่กรณีการจูงใจเจ้าพนักงานรัฐโดยให้สินบนตกเป็นประโยชน์แก่บุคคลที่สามด้วยในทางปฏิบัติ อาทิ การให้การศึกษแก่บุตรของเจ้าพนักงาน เป็นต้น⁵⁷ จึงแสดงให้เห็นว่า การบังคับใช้กฎหมายความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมถึงการจูงใจเจ้าพนักงานโดยให้สินบนตกเป็นประโยชน์ของบุคคลที่สามเกิดขึ้นจากการตีความและการบังคับใช้กฎหมายของศาลเท่านั้น มิใช่การบังคับใช้กฎหมายอย่างแน่นอนตามกรอบเนื้อหาที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

เมื่อการให้สินบนเป็นอาชญากรรมความผิดที่เกิดขึ้นอย่างปกปิดไม่เปิดเผยโดยสภาพ เพราะบุคคลที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดมักร่วมมือกันใช้วิธีการต่างๆ ปกปิดการกระทำความผิด เพื่อปิดบังการกระทำความผิดของตนอยู่เสมอ อาทิ การตกลงกันให้ผู้ให้สินบนให้ประโยชน์แก่บุคคลที่สามตามความยินยอมของเจ้าพนักงานผู้รับสินบน เป็นต้น⁵⁸ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรบัญญัติถึงการจูงใจเจ้าพนักงานโดยให้สินบนแก่บุคคลที่สามนั้นไว้อย่างชัดเจนในองค์ประกอบของ

⁵³ โปรดดูหัวข้อที่ 3.2

⁵⁴ Wendy L. Wyson, "Under-criminali[z]ation of Foreign Bribery in Asia Pacific" [Online] Updated: 6 December 2012. Available from: [http://www.corporatecomplianceinsights.com/under-criminali\[z\]ation-of-foreign-bribery-in-asia-pacific](http://www.corporatecomplianceinsights.com/under-criminali[z]ation-of-foreign-bribery-in-asia-pacific)

⁵⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 4.1.3(3)

⁵⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.3

⁵⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.1(ก)(2)(2.2) และ (3)

⁵⁸ โปรดดูบทที่ 3

ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศด้วย เพื่อให้การกระทำอันเป็นความผิดอาญามีขอบเขตชัดเจนมากยิ่งขึ้น และเพื่อให้ศาลสามารถวินิจฉัยปัญหาการกระทำความผิดฐานให้สินบนที่มักใช้วิธีการที่สลับซับซ้อนเหล่านี้ได้สะดวกขึ้น

อนึ่ง การให้สินบนเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานเป็นการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างผู้ให้สินบนกับผู้รับสินบน เจ้าพนักงานผู้ถูกจูงใจจึงจำเป็นต้องได้รับความพึงพอใจบางประการจากสินบนด้วยโดยสภาพ ไม่ว่าจะเป็นการได้รับประโยชน์จากสินบนเองโดยตรง หรือบุคคลอื่นได้รับประโยชน์จากสินบนนั้น แทนตนก็ตาม เพราะหากเป็นการให้สินบนแก่บุคคลภายนอกอื่นที่เจ้าพนักงานไม่ได้รับรู้ ไม่ยินยอม หรือร้องขอไว้ การให้สินบนดังกล่าวย่อมไม่อาจสร้างความพึงพอใจให้แก่เจ้าพนักงาน และเจ้าพนักงานดังกล่าวก็คงไม่ถูกจูงใจจากการที่บุคคลที่สามนั้นได้ประโยชน์นั้นได้⁵⁹ ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยไม่จำเป็นต้องบัญญัติถึงความเชื่อมโยงระหว่างเจ้าพนักงานผู้ถูกจูงใจกับบุคคลที่สามที่รับประโยชน์แทนเจ้าพนักงานไว้อีกเหมือนในกฎหมาย UKBA เพราะสภาพของการกระทำความผิดโดยวิธีการดังกล่าวต้องได้รับความพึงพอใจของเจ้าพนักงานผู้รับสินบนอยู่แล้ว

(2) การวิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดขอบเขตของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ”

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” (Foreign Public Official) ซึ่งพิจารณาตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ โดยขอบเขตของเจ้าพนักงานนั้นต้องไม่ถูกจำกัดตามเกณฑ์การพิจารณาสถานะความเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายภายในของรัฐ⁶⁰

จากการเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.3 พบว่า นอกจากกฎหมาย PCA ซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA บัญญัติขอบเขตของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” ฝ่ายรับสินบนโดยพิจารณาตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่สอดคล้องตามแนวทางของอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว และกฎหมายดังกล่าวยังกำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติอาจเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐ หรือปฏิบัติการจอันเป็นการสาธารณะของรัฐต่างประเทศ หน่วยงานย่อยของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจในต่างประเทศ โดยไม่คำนึงถึงการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงาน การได้รับค่าตอบแทน หรือการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ ฝ่าย ระดับ หรือภาคส่วนเลย เพราะปัจจัยเหล่านี้มิใช่สาระสำคัญของของการกระทำความผิดฐานให้สินบน⁶¹

เมื่อพิจารณาความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไทยเพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญา UNCAC ในอดีต พบว่า ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. (แก้ไขเพิ่มเติมความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม และอายุความการฟ้องคดีบางประเภท) ได้กำหนดบทนิยามของคำว่า “เจ้าพนักงานของรัฐบาล

⁵⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 2.1

⁶⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.1(3)

⁶¹ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.3

ต่างประเทศ*” เพิ่มเติมลงในประมวลกฎหมายอาญาด้วยว่าหมายถึง “ผู้ปฏิบัติงานราชการของรัฐบาลต่างประเทศ ไม่ว่าจะมียาตำแหน่งประจำหรือชั่วคราว และได้รับเงินเดือนหรือค่าตอบแทนอื่นหรือไม่ก็ตาม”⁶² จึงเป็นกรณีที่ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้รัฐพิจารณาสถานะของบุคคลผู้เป็นเจ้าของพนักงานของรัฐต่างชาติตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ โดยไม่จำกัดว่าบุคคลดังกล่าวต้องได้รับแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายต่างประเทศเหมือนเจ้าพนักงานทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญา ไม่คำนึงถึงสถานะหรือช่วงระยะเวลาในการดำรงตำแหน่ง หรือการได้รับค่าตอบแทนสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ จึงอาจกล่าวได้ว่าบทนิยามของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” ตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีเนื้อหาสอดคล้องตามแนวทางที่อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดไว้แล้ว

อย่างไรก็ดี จากบทนิยามข้างต้น คำว่า “ราชการ” หมายถึง การงานของรัฐบาลหรือของพระเจ้าแผ่นดิน⁶³ ส่วนคำว่า “รัฐบาล” หมายถึง องค์การปกครองประเทศ หรือคณะบุคคลที่ใช้อำนาจบริหารในการปกครองประเทศ⁶⁴ นอกจากนั้น คำว่า “รัฐบาล” ในทางกฎหมายปกครอง ยังหมายถึง องค์การที่ถูกก่อตั้งขึ้นมาเพื่อบริหารกิจการงานราชการแผ่นดินของรัฐ ประกอบไปด้วยคณะบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจบริหารเพื่อดำเนินการปกครองประเทศ⁶⁵ อันเป็นการเน้นย้ำถึงการใช้อำนาจทางฝ่ายบริหารเพียงส่วนเดียว บทนิยามดังกล่าวจึงอาจทำให้เข้าใจได้ว่า เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติไม่รวมถึงบุคคลผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ ผู้ปฏิบัติงานของรัฐวิสาหกิจ ผู้มีอำนาจในกลุ่มสภาวิชาชีพ หรือหน่วยงานเอกชนแต่มีอำนาจรัฐอื่น โดยเฉพาะเมื่อแนวทางการตีความและบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับ “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญามีขอบเขตจำกัดเฉพาะผู้มีตำแหน่งหน้าที่และใช้อำนาจรัฐฝ่ายบริหารเท่านั้น ส่วนกรณีบุคคลผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในฝ่ายอื่นจะถูกบัญญัติระบุไว้โดยเฉพาะเจาะจงอีกส่วนหนึ่ง ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรกำหนดขอบเขตนิยามของคำว่า “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้ชัดเจนว่าครอบคลุมถึงการให้สินบนแก่ผู้ปฏิบัติงานของรัฐใดๆ โดยไม่แบ่งแยกฝ่าย หน่วยงาน ภาค ส่วนใดๆ รวมถึงผู้ปฏิบัติงานของรัฐวิสาหกิจ ผู้มีอำนาจในกลุ่มสภาวิชาชีพ หรือหน่วยงานเอกชนซึ่งมีอำนาจรัฐอื่นตามกฎหมาย โดยระมัดระวังไม่ใช้ถ้อยคำที่อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิด เป็นเหตุให้นิยามของถ้อยบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่กว้างขวางเพียงพอตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

เมื่อพิจารณาแนวทางการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศ เห็นได้ว่า กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA กำหนดนิยามของคำว่า “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” ไว้ตามแนวทางเดียวกัน โดยบัญญัติถึงบุคคลผู้มีตำแหน่งเป็น “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” โดยตรงในส่วนแรก และบัญญัติถึงผู้ปฏิบัติหน้าที่ให้แก่ภาครัฐของต่างประเทศ องค์การของรัฐต่างประเทศ รัฐวิสาหกิจของต่างประเทศในส่วนหลัง โดยไม่คำนึงถึงการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงานตามที่ได้พิจารณาเปรียบเทียบไปในหัวข้อที่ 6.2.3 ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรบัญญัติให้ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” หมายถึง

* คำว่า “เจ้าพนักงานของรัฐบาลต่างประเทศ” ตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญานี้มีความมุ่งหมายอย่างเดียวกับที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้คำว่า “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ”

⁶² ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. (แก้ไขเพิ่มเติมความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม และอายุความการฟ้องคดีบางประเภท), มาตรา 3.

⁶³ “ราชการ,” ใน ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, หน้า 994.

⁶⁴ “รัฐบาล,” ใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 987.

⁶⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 60-62.

(1) ผู้เป็นเจ้าของพนักงานของรัฐต่างประเทศ ไม่ว่าจะมียานาจทางนิติบัญญัติ อำนาจการบริหาร หรืออำนาจทางตุลาการ และ (2) ผู้ปฏิบัติงานเพื่อหรือในนามของต่างประเทศ องค์การของรัฐต่างประเทศ รัฐวิสาหกิจของต่างประเทศ ไม่ว่าจะมียานาจประจำหรือชั่วคราว และได้รับเงินเดือนหรือค่าตอบแทนอื่นหรือไม่

(3) การวิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดขอบเขตของ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ”

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่ครอบคลุมถึงการให้สินบนแก่ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” ซึ่งพิจารณาตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ ซึ่งในต่างประเทศ กฎหมาย FCPA บัญญัติถึง เจ้าพนักงานหรือลูกจ้างขององค์การระหว่างประเทศหรือผู้ที่กระทำในนามขององค์การเหล่านั้น ส่วนกฎหมาย UKBA บัญญัติถึงบุคคลผู้ทำงานให้องค์การระหว่างประเทศซึ่งได้แก่ บรรดาองค์การที่มีสมาชิกเป็นประเทศหรือดินแดน รัฐบาลผู้ปกครองประเทศหรือดินแดน หรือองค์การระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ “องค์การระหว่างประเทศ” (Public International Organization) คือ บุคคลประเภทหนึ่งที่แยกเป็นเอกเทศจากรัฐ เกิดขึ้นจากการรวมตัวกันอย่างถาวร โดยความสมัครใจของหลายรัฐ มีวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายอันชอบด้วยกฎหมาย และมีกฎข้อบังคับและองค์กรปฏิบัติงานร่วมกัน⁶⁶ องค์การระหว่างประเทศมีขอบข่ายแห่งอำนาจหน้าที่แตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ทั่วไปหรือวัตถุประสงค์เฉพาะตามที่กำหนดไว้ในตราสารจัดตั้ง^{*} องค์การระหว่างประเทศจึงมีอำนาจทั้งหมดเท่าที่จำเป็นสำหรับปฏิบัติการให้บรรลุตามเป้าหมายนั้น แม้ในบางกรณีมิได้กำหนดอำนาจนั้นไว้ในตราสารจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศดังกล่าวด้วยก็ตาม⁶⁷

ส่วน “เจ้าพนักงานองค์การระหว่างประเทศ” (International Organization Official) คือ บุคลากรในสังกัดของสำนักงานเลขาธิการขององค์การระหว่างประเทศ^{**} ผู้มีหน้าที่ปฏิบัติการกิจต่างๆ

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 663-671.

^{*} แม้องค์การระหว่างประเทศย่อมมีขอบข่ายแห่งอำนาจหน้าที่ขององค์การแตกต่างกันไปตามจุดมุ่งหมายขององค์การระหว่างประเทศที่แตกต่างกัน แต่โดยทั่วไป องค์การระหว่างประเทศจะทำหน้าที่ในการประสานงานระหว่างรัฐต่างๆ เช่น การพิจารณาหาข้อสรุปหรือข้อมติในปัญหาต่างๆ ในระหว่างประเทศสมาชิก การสนับสนุนความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการแบ่งปันข้อมูลข่าวสาร ตลอดจนการศึกษาวิจัยด้านต่างๆ การประสานงานระหว่างรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน การสนับสนุนให้มีการยอมรับให้มีการทำความตกลงระหว่างประเทศ การให้ความช่วยเหลือทางการเงินและเทคโนโลยีให้แก่ประเทศต่างๆ รวมถึงการระงับข้อพิพาทต่างๆ เป็นต้น อ้างอิงจาก เรื่องเดียวกัน, หน้า 671-673.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน.

^{**} โดยทั่วไป องค์การระหว่างประเทศมีโครงสร้างประกอบไปด้วยองค์กรภายในสำคัญอย่างน้อย 3 องค์กร คือ (1) สมัชชา ซึ่งประกอบไปด้วยผู้แทนของรัฐสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศทั้งหมด มีบทบาทในการอภิปราย ถกเถียง และหาข้อสรุปร่วมกัน (2) คณะมนตรี ซึ่งประกอบไปด้วยผู้แทนของรัฐสมาชิกจำนวนจำกัด มีหน้าที่ทางบริหาร และ (3) สำนักงานเลขาธิการ มีหน้าที่หลายประการตามที่ตราสารจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศกำหนด เช่น การประสานงานระหว่างองค์กรต่างๆ ในองค์การระหว่างประเทศ การจัดการประชุมต่างๆ การเตรียมงานด้านเทคนิคหรือทางวิชาการ การปฏิบัติงานให้เกิดประสิทธิภาพตามข้อมติขององค์กร หรือในบางกรณีอาจมีอำนาจเสนอความคิดเห็นในการประชุมถกเถียงปัญหาต่างๆ ได้ เป็นต้น อ้างอิงจาก ชุมพร ปัจจุสานนท์, "หน่วยที่ 9 กฎหมายว่าด้วย

ให้บรรลุตามจุดมุ่งหมายที่องค์การระหว่างประเทศกำหนดเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของรัฐสมาชิก⁶⁸ เช่น เลขาธิการองค์การระหว่างประเทศ ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เจ้าพนักงานขององค์การสหประชาชาติ⁶⁹ เป็นต้น ทั้งนี้ เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศนี้มีสถานะอย่างไร ย่อมขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ที่ตราสารจัดตั้ง ระเบียบหรือข้อบังคับขององค์การระหว่างประเทศที่ตนสังกัดนั้นๆ ซึ่งอาจเป็นสถานะโดยการแต่งตั้งภายใต้ระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีการแต่งตั้งที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน หรือมีสถานะในลักษณะเป็นสัญญาจ้างภายใต้ระเบียบข้อบังคับขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ ก็ได้*

จากการพิจารณานี้จึงแสดงให้เห็นว่า สาระสำคัญของสถานะ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” อยู่ที่การปฏิบัติภารกิจขององค์การระหว่างประเทศให้สำเร็จลุล่วงตามเป้าหมายมิใช่การแต่งตั้ง หรือการเข้าทำสัญญาจ้างแรงงานกับองค์การระหว่างประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรกำหนดบทนิยามขององค์ประกอบความผิดส่วนที่เป็น “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” โดยพิจารณาตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ตามแนวทางดังกล่าวด้วยเช่นกัน

ในกฎหมายไทย กฎหมายอาญาไทยไม่เคยบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศมาก่อน แต่ปรากฏความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติและเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศเพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญา UNCAC ตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. (แก้ไขเพิ่มเติมความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม และอายุความการฟ้องคดีบางประเภท) ซึ่งกำหนดบทนิยามของคำว่า “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” ว่าหมายถึง “ผู้ปฏิบัติงานในองค์การระหว่างประเทศ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากองค์การระหว่างประเทศให้ปฏิบัติงานในนามขององค์การระหว่างประเทศนั้น”⁷⁰

จึงเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดขอบเขตของเจ้าพนักงานดังกล่าวตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ สอดคล้องตามแนวคิดและสาระสำคัญของถ้อยบัญญัติในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนแนวทางสำหรับการบัญญัติความผิดในอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยอาจใช้ต้นแบบการกำหนดบทนิยามของ “เจ้าพนักงานขององค์การ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

องค์การระหว่างประเทศ," ใน, เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ หน่วยที่ 9-15, บรรณานุกรม, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2552), หน้า 676, 681-682.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 718.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 721-722.

* เจ้าพนักงานองค์การระหว่างประเทศอาจจำแนกได้ 2 ระดับ ได้แก่

(1) เจ้าพนักงานองค์การระหว่างประเทศระดับสูง เป็นเจ้าพนักงานองค์การระหว่างประเทศที่อาจได้รับแต่งตั้งได้ตามระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีการแต่งตั้งที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน

(2) เจ้าพนักงานองค์การระหว่างประเทศระดับทั่วไป เป็นเจ้าพนักงานองค์การระหว่างประเทศที่ได้รับการแต่งตั้งจากเลขาธิการ โดยสำนักงานเลขาธิการจะจัดหาบุคลากรที่ได้รับการแต่งตั้งโดยใช้วิธีการสอบแข่งขันหรือการคัดเลือกตามข้อกำหนดเงื่อนไขและขั้นตอนที่กำหนดไว้ สถานภาพของเจ้าพนักงานองค์การระหว่างประเทศระดับนี้จะแตกต่างกันไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในตราสารจัดตั้งและกฎข้อบังคับขององค์การระหว่างประเทศแต่ละองค์การ โดยอาจเป็นสถานภาพตามตามที่กำหนดไว้ในระเบียบข้อบังคับขององค์การหรือตามสัญญาก็ได้ อ้างอิงจาก เรื่องเดียวกัน, หน้า 718-721.

⁷⁰ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. (แก้ไขเพิ่มเติมความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม และอายุความการฟ้องคดีบางประเภท), มาตรา 3. และโปรตุเกสหัวข้อที่ 3.2.3

ระหว่างประเทศ” นี้เป็นต้นแบบกำหนดขอบเขตของเจ้าพนักงานดังกล่าวในความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้

อีกปัญหาหนึ่ง เนื่องจากรูปแบบการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ในกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศอาจจำแนกได้เป็น 2 แนวทาง ได้แก่

(1) การบัญญัติให้ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” รวมอยู่ในขอบเขตของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” เป็นแนวทางที่ใช้อยู่ในอนุสัญญาของ OECD กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA กับ

(2) การบัญญัติถึง “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” และ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” แยกออกจากกันอย่างชัดเจน เป็นแนวทางที่ใช้อยู่ในอนุสัญญา UNCAC และในร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ของประเทศไทยในอดีต

จึงมีปัญหาพิจารณาอีกประการหนึ่งว่า ประเทศไทยควรบัญญัติถึงเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศนี้ไว้ในรูปแบบใดด้วย⁷¹

ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ว่าประเทศไทยจะบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ในรูปแบบใด ก็ให้ผลทางกฎหมายไม่แตกต่างกัน แต่เมื่อ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” กับ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” เป็นสถานะของบุคคลที่แตกต่างกันทั้งแนวคิดและฐานแห่งอำนาจหน้าที่ชัดเจน⁷² ประเทศไทยจึงควรบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบนโดยระบุถึงเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติกับเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศแยกออกจากกันเป็นเอกเทศตามแนวทางเดียวกับอนุสัญญา UNCAC ลักษณะเดียวกับที่เคยปรากฏในร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาที่กล่าวไปข้างต้น

(4) การวิเคราะห์ความเหมาะสมในการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบนให้ครอบคลุมถึงการให้สินบนแก่พรรคการเมืองต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองและผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งนามพรรคการเมืองต่างประเทศตามแนวทางของกฎหมาย FCPA

จากการเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.3 พบว่า นอกจากการบัญญัติกฎหมายตามแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ กฎหมาย FCPA ยังได้บัญญัติถึงการให้สินบนเพื่อจูงใจ “พรรคการเมืองต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองดังกล่าว รวมถึงผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งนามพรรคการเมืองต่างประเทศนั้น” ด้วย จึงมีปัญหาต้องพิจารณาว่า ประเทศไทยจำเป็นต้องบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีขอบเขตบังคับใช้ถึงกรณีเช่นนั้นด้วยหรือไม่ อย่างไร พิจารณาแนวคิดเกี่ยวกับพรรคการเมือง เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองดังกล่าว รวมถึงผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งของพรรคการเมืองดังนี้

⁷¹ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.3

⁷² โปรดดูการวิเคราะห์ขอบเขตของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” และ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” ในประเด็นถัดไป

ในทางกฎหมายมหาชน “พรรคการเมือง” (Political Party) คือ คณะบุคคลที่รวมตัวกันโดยมีความคิดเห็นหรือหลักการทางเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมที่เห็นพ้องต้องกันหรือคล้ายคลึงกัน มีการกำหนดประเด็นปัญหาและนโยบายของบ้านเมืองร่วมกัน ตลอดจนมุ่งหวังที่จะให้กลุ่มของตนได้เป็นรัฐบาลอำนาจการปกครองประเทศตามความคิดหรืออุดมการณ์ทางการเมืองของพรรคของกลุ่มตน⁷³ ทั้งนี้ การรวมตัวกันเป็นพรรคการเมืองต้องมีลักษณะเป็นการถาวร มีการจัดระบบการบริหารภายในพรรค กำหนดตำแหน่งและแบ่งแยกฝ่ายหรืออำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบต่างๆ เช่น หัวหน้าพรรค รองหัวหน้าพรรค คณะกรรมการกลาง เป็นต้น⁷⁴

ปัจจุบัน พรรคการเมืองได้รับการยอมรับว่าเป็นสถาบันทางสังคมที่คู่กับระบบการเมืองสมัยใหม่ เป็นกลไกสำคัญที่ทำหน้าที่ขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการทางการเมืองอันจะทำให้การปกครองบ้านเมืองดำเนินไปด้วยดี พรรคการเมืองมีบทบาทหน้าที่สำคัญคือ⁷⁵

(1) หน้าที่สรรหาบุคคลที่เหมาะสมเข้าสมัครรับเลือกตั้ง และดำเนินการสนับสนุนต่างๆ เพื่อให้สมาชิกพรรคของตนได้เข้าไปดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกรัฐสภาให้มากที่สุดตามความมุ่งหวังที่จะได้จัดตั้งหรือร่วมจัดตั้งรัฐบาล

(2) ในกรณีที่พรรคการเมืองชนะการเลือกตั้งหรือได้เสียงข้างมาก พรรคการเมืองนั้นมีหน้าที่จัดตั้งรัฐบาล แต่หากพรรคการเมืองดังกล่าวได้รับเลือกตั้งเป็นเสียงข้างน้อยหรือไม่ชนะการเลือกตั้ง พรรคการเมืองนั้นก็จะมีบทบาทหน้าที่ในฐานะฝ่ายค้าน

(3) หน้าที่ปลูกฝังความรู้และสำนึกทางการเมืองแก่ประชาชน

(4) หน้าที่ประสานประโยชน์ของกลุ่มผลประโยชน์และกลุ่มอิทธิพลต่างๆ

จึงจะเห็นได้ว่า แนวคิดของ “พรรคการเมือง” คือ การรวมกลุ่มกันของบุคคลที่มีความคิดเห็นทางการเมืองที่สอดคล้องต้องตรงกัน และมีจุดมุ่งหมายในการจัดตั้งรัฐบาลซึ่งจะบริหารประเทศตามแนวความคิดของพรรค “เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมือง” ก็มีบทบาทในการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองตามที่มีการแบ่งแยกหน้าที่ความรับผิดชอบภายในพรรค ส่วน “ผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งในนามพรรคการเมือง” ก็เป็นสมาชิกของพรรคการเมืองที่ได้รับคัดเลือกเป็นตัวแทนของพรรคลงสมัครรับเลือกตั้งเพื่อเป็นสมาชิกรัฐสภาเท่านั้น

เมื่อการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นการให้สินบนในภาครัฐ (Active Bribery in Public Sector)⁷⁶ บุคคลผู้ถูกจูงใจโดยสินบนดังกล่าวจึงต้องเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐด้วย แต่พรรคการเมือง เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองและผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งในนามพรรคการเมืองนั้นมีใช่ “ผู้ใช้อำนาจรัฐ” ตามกฎหมาย แต่เป็นสมาคมที่จัดตั้งขึ้นโดยมุ่งหวังที่จะได้เป็นรัฐบาลตามที่กล่าวไปข้างต้นเท่านั้น การให้สินบนแก่พรรคการเมืองต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองดังกล่าว รวมถึงผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งในนามพรรคการเมืองนี้จึงไม่น่าจะอยู่ในขอบเขตของการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

⁷³ พรชัย เลื่อนฉวี, กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2547), หน้า 162.

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 164-167.

⁷⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 3.1

อย่างไรก็ดี สภาพของการให้สินบนแก่พรรคการเมือง เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองและผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งในนามพรรคการเมืองข้างต้นอาจเป็นการจูงใจบุคคลก่อนที่จะเข้าดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าพนักงานรัฐ หรืออิทธิพลต่อบุคคลเช่นนั้น ซึ่งหากพรรคการเมืองดังกล่าวชนะการเลือกตั้งหรือบุคคลได้รับเลือกตั้งให้เป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายแล้ว พรรคการเมือง เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมือง ผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งย่อมอาจกระทำการหรือไม่กระทำการตามที่รับการจูงใจไว้ก่อนหน้าเสียก็ได้ จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการให้สินบนแก่บุคคลกลุ่มนี้มีผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการของ “เจ้าพนักงาน” ในอนาคตด้วย ตามปัญหานี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากกฎหมายประสงค์จะห้ามการให้สินบนบุคคลกลุ่มนี้ก็ควรบัญญัติเป็นความผิดอาญาในกฎหมายฉบับอื่น แยกออกจากการให้สินบนเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เช่น กฎหมายอาญาทั่วไป กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้ง หรือกฎหมายเกี่ยวกับพรรคการเมือง เป็นต้น

7.2.4 ประเด็นเจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษ: โดยทุจริต

การวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาจะแบ่งแยกประเด็นการพิจารณาออกเป็น 3 ประเด็น ประเด็นแรกจะวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดที่กระทำโดยเจตนา (Intent Crime) จากนั้นประเด็นที่สองจึงวิเคราะห์ความเหมาะสมของการบัญญัติเจตนาพิเศษ “โดยทุจริต” ไว้เป็นองค์ประกอบของความผิดตามแนวทางของกฎหมาย FCPA ด้วย และประเด็นสุดท้ายจึงพิจารณาว่า ประเทศไทยควรบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่กระทำโดยเจตนาแบบจงใจไม่รู้ (Willful Blindness) ตามแนวทางของกฎหมาย FCPA ด้วยหรือไม่ ดังนี้

(1) การวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดที่กระทำโดยเจตนา

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องบัญญัติให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่จะบัญญัติขึ้นใหม่เป็นความผิดที่ต้องกระทำโดยเจตนาอย่างสอดคล้องกับระบบกฎหมายภายใน⁷⁷

จากการเปรียบเทียบแนวการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.4 พบว่า กฎหมาย FCPA กฎหมาย UKBA และกฎหมาย PCA บัญญัติให้ความผิดอาญาสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดที่กระทำโดยเจตนาธรรมดาสอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้วทั้งหมด หลักเกณฑ์ว่าด้วยเจตนาธรรมดาในการกระทำความผิดอาญาตามกฎหมายแต่ละฉบับดังกล่าวย่อมเป็นไปตามระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ⁷⁸

⁷⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.1(4)

⁷⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.4

ในระบบกฎหมายไทย กฎหมายอาญาบัญญัติหลักเกณฑ์ทั่วไปของ “เจตนาธรรมดา” ในการกระทำความผิดอาญาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ฉะนั้น การบัญญัติฐานความผิดอาญาที่กระทำโดยเจตนาในระบบกฎหมายไทยจึงไม่ต้องบัญญัติถึงเจตนาธรรมดานี้ไว้ในองค์ประกอบความผิดแต่ละฐานอีก⁷⁹ ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา 59 ต้องใช้บังคับแก่ความผิดอาญาในกฎหมายเฉพาะอื่นๆ ด้วยตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 17⁸⁰

ฉะนั้น การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในระบบกฎหมายไทยจึงไม่ต้องบัญญัติเจตนาธรรมดาไว้ในองค์ประกอบความผิด เพราะสามารถปรับใช้บทบัญญัติทั่วไปของเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ได้อย่างสอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดในอนุสัญญาระหว่างประเทศครบถ้วนอยู่แล้ว ไม่ว่าบัญญัติความผิดดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่

(2) การวิเคราะห์ความเหมาะสมของการบัญญัติเจตนา “โดยทุจริต” ไว้ในความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

จากการเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติเจตนาในความผิดฐานดังกล่าวในหัวข้อที่ 6.2.4 พบว่า กฎหมาย FCPA และกฎหมาย PCA ได้บัญญัติ “เจตนาทุจริต” (Corrupt Intent) เป็นองค์ประกอบความผิดส่วนจิตใจอีกประการหนึ่งนอกจากเจตนาธรรมดาด้วย โดยมีแนวคิดที่ “เจตนาทุจริต” นี้ช่วยทำให้ขอบเขตของกระทำอันเป็นความผิดกฎหมายชัดเจนขึ้น เพราะเจตนาพิเศษดังกล่าวช่วยทำให้ศาลวินิจฉัยภาวะทางจิตใจของผู้กระทำความผิดประกอบการกระทำภายนอกได้ชัดเจนขึ้น จึงมีปัญหาต้องพิจารณาว่า ประเทศไทยต้องบัญญัติความผิดฐานให้สินบนใหม่ดังกล่าวเป็นความผิดที่ต้องกระทำโดยทุจริตตามแนวทางกฎหมาย FCPA และกฎหมาย PCA หรือไม่⁸¹

ในกฎหมายไทย ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(1) กำหนดนิยามของเจตนาพิเศษ “โดยทุจริต” ว่าหมายถึง “เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” อันแสดงมูลเหตุชักจูงใจในการกระทำความผิดอื่น นอกจากเจตนาธรรมดาตามมาตรา 59⁸² เจตนาพิเศษโดยทุจริตนี้ถูกบัญญัติเป็นองค์ประกอบของความผิดอาญาหลายฐานในประมวลกฎหมายอาญา*

⁷⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (นนทบุรี: เนติบัณฑิตยสภา, 2555), หน้า 195.

⁸⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 17 บัญญัติว่า

“บทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ให้ใช้ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้นๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

⁸¹ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.4

⁸² จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1, หน้า 263-264.

* เช่น ความผิดฐานอื่นๆ ในประมวลกฎหมายอาญาที่มีบัญญัติเจตนาพิเศษ “โดยทุจริต” ไว้ในองค์ประกอบความผิด ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานไม่ปฏิบัติหน้าที่ได้รับมอบหมายจากรัฐบาลให้กระทำการของรัฐบาลต่างประเทศโดยทุจริตตามมาตรา 126 ความผิดฐานเจ้าพนักงานยกยอกทรัพย์ตามมาตรา 147 ความผิดฐานเจ้าพนักงานใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยทุจริตกระทำให้เสียหายแก่รัฐ เทศบาล สุขาภิบาลหรือเจ้าของทรัพย์สินตามมาตรา 151 ความผิดฐานเจ้าพนักงานกระทำโดยทุจริตเรียกเก็บหรือละเว้นไม่เรียกเก็บภาษีตามมาตรา 154 ความผิดฐานเจ้าพนักงานกำหนดราคาทรัพย์สินหรือสินค้าโดยทุจริตตามมาตรา 155 ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามมาตรา 157 ความผิดฐานกระทำโดยทุจริตให้เหรียญกระษาปณ์มีน้ำหนักลดลงตามมาตรา 242 ความผิดฐานอ้างเอกสารซึ่งรับรองโดยบุคคลผู้ประกอบการงานในวิชาชีพ กฎหมาย บัญชีหรือวิชาชีพอื่นใดโดยทุจริตตามมาตรา 269 วรรคสอง ความผิดฐานกระทำการโดยทุจริตรับไว้ จำหน่าย เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปซึ่งบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี

แต่ไม่เคยปรากฏในองค์ประกอบของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐเลย ไม่ว่าจะเป็บบทความผิดในกฎหมายตราสามดวง ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 156 และมาตรา 126 หรือในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 หรือมาตรา 167 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันปัจจุบัน⁸³

เมื่อพิจารณาว่าแนวคิดพื้นฐานของสินบนในภาครัฐ (Bribery in Public Sector) คือ การแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างบุคคลหนึ่งกับผู้มีอำนาจรัฐด้วยการให้ความพึงพอใจเพื่อจูงใจผู้มีอำนาจรัฐดังกล่าวเท่านั้น การบัญญัติให้การให้สินบนแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานรัฐดังกล่าวจึงมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันมิให้การปฏิบัติหน้าที่อันถูกต้องของผู้มีอำนาจรัฐนั้นถูกบิดเบือนมิใช่เพื่อป้องกันมิให้บุคคลแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะสำหรับตนเองหรือผู้อื่น เห็นได้จากการที่กฎหมายบัญญัติความผิดฐานให้สินบนรวมไว้ในหมวดความผิดต่อเจ้าพนักงานหรือหมวดความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม ซึ่งเป็นหมวดความผิดที่มีเจตนารมณ์คุ้มครองความบริสุทธิ์สะอาดแห่งอำนาจรัฐหรือความบริสุทธิ์สะอาดแห่งตำแหน่งหน้าที่ของเจ้าพนักงานรัฐจากการกระทำลักษณะต่างๆ⁸⁴

เมื่อกฎหมายอาญาไทยกำหนดให้ เจตนา “โดยทุจริต” หมายถึง “การแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” อย่างชัดเจน แต่เจตนารมณ์สำคัญของการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนคือการคุ้มครองมิให้การใช้อำนาจที่บุคคลหนึ่งมีอยู่ถูกบิดเบือนเพราะการจูงใจเท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในกฎหมายไทยจึงไม่ควรบัญญัติเจตนาพิเศษ “โดยทุจริต” ไว้เป็นองค์ประกอบความผิดอีก เพราะการคุ้มครองการแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมายมิใช่เจตนารมณ์สำคัญที่กฎหมายต้องบัญญัติให้การให้สินบนเป็นความผิดอาญา

(3) การวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเจตนาแบบจงใจไม่รู้ (Willful Blindness)

จากการเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.5 พบว่า นอกจากการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่กระทำโดยเจตนาทั่วไปแล้ว กฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-1(a)(3) มาตรา 78dd-2(a)(3) และมาตรา 78dd-3(a)(3) ยังได้บัญญัติความผิดสำหรับการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่บุคคลอื่นโดย “รู้” หรือ “ควรรู้” ว่า ผู้รับทรัพย์สินไปจากตนจะนำทรัพย์สินดังกล่าวไปทั้งหมดหรือบางส่วน ไปกระทำ

ตามมาตรา 312 ตี ความผิดฐานกระทำโดยทุจริต ชื่อ จำหน่าย หรือรับเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งถูกพรากไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยปราศจากเหตุอันสมควรตามมาตรา 317 วรรคสอง ความผิดฐานกระทำโดยทุจริต ชื่อ จำหน่าย หรือรับเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งถูกพรากไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปตามมาตรา 318 วรรคสอง ความผิดฐานกระทำโดยทุจริต ชื่อ จำหน่าย หรือรับผู้เยาว์อายุว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีซึ่งถูกพรากไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วยตามมาตรา 319 วรรคสอง ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 รวมถึงความผิดฐานฉ้อโกงทรัพย์สินตามมาตรา 336 ความผิดฐานชิงทรัพย์ตามมาตรา 339 และความผิดฐานปล้นทรัพย์ตามมาตรา 340 ความผิดฐานฉ้อโกงทรัพย์สินตามมาตรา 341 ความผิดฐานฉ้อโกงแรงงานตามมาตรา 334 ความผิดฐานยักยอกทรัพย์สินตามมาตรา 352 ความผิดฐานผู้ได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินยักยอกทรัพย์สินตามมาตรา 353 เป็นต้น

⁸³ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.1.2

⁸⁴ คณิต ผน นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 49.

ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยตรง หรือโดยทางอ้อม (Third Party Payment) อันเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนาแบบจงใจไม่รับรู้ต่อผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นในอนาคต จึงมีปัญหาต้องพิจารณาว่า ประเทศไทยควรรับแนวทางการบัญญัติความผิดตามกฎหมาย FCPA นี้มาใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของกฎหมายต่อต้านการทุจริตหรือไม่อย่างไร พิจารณาดังนี้

ในระบบคอมมอนลอว์ แนวคิดขององค์ประกอบความผิดส่วนจิตใจแบบ “การจงใจไม่รับรู้” (Willful Blindness) แตกต่างจากการกระทำความผิดโดยเจตนาตามกรณีปกติ* และถูกพัฒนาขึ้นจากการที่ศาลต้องบังคับใช้กฎหมายต่อบุคคลผู้อ้างว่าตนไม่มีเจตนา (Knowledge) แต่ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า ผู้นั้นจงใจเพิกเฉยหรือทำให้ตนเองไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น⁸⁵ ตามปัญหานี้ ศาลในระบบคอมมอนลอว์จึงพิพากษาลงโทษบุคคลผู้ปล่อยปละละเลยต่อการกระทำความผิดกฎหมายที่เกิดขึ้นดังกล่าวโดยวินิจฉัยว่า การจงใจทำให้ตนเองไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นก็เป็นสถานะทางจิตใจที่เป็นความผิดเท่ากับการมีเจตนาในการกระทำความผิด ศาลจึงสามารถพิพากษาลงโทษจำเลยได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเจตนาในการกระทำความผิดตามกรณีปกติอีก เพราะถือว่าจำเลยมี “เจตนาโดยปริยาย” (Constructive Knowledge) ในการกระทำความผิด**

จึงอาจกล่าวได้ว่า การจงใจไม่รับรู้เป็นรูปแบบของเจตนาที่ถูกพัฒนาขึ้นในระบบคอมมอนลอว์โดยเฉพาะ และมีใช้รูปแบบของ “เจตนา” ในระบบซีวิลลอว์*** และในระบบกฎหมาย

* ระบบคอมมอนลอว์ยอมรับว่า องค์ประกอบส่วนจิตใจชั่วร้าย (*Mens Rea*) ที่อาจก่อตั้งความรับผิดทางอาญาสำหรับบุคคลได้ มี 2 กรณีเท่านั้น คือ การกระทำความผิดโดยเจตนา (Knowledge) กับ การกระทำความผิดโดยความเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Recklessness) เท่านั้น ส่วนแนวคิดเรื่องการกระทำโดยประมาท (Negligence) ไม่ชัดเจนว่าอาจก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้หรือไม่ อ้างอิงจาก โทมัส วิลล์มิ่ง, *กฎหมายอาญาขั้นสูง* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), หน้า 17-22.

⁸⁵ Jeremy Adler, "See No Evil: How the Supreme Court's Decision in *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.* Further Muddled the Intent Element of Induced Infringement," *Northwestern Journal of Technology & Intellectual Property* 11, 559 (August, 2013): 26-28.

** แม้แนวคิดของหลักกฎหมายเรื่อง “การจงใจไม่รับรู้” ถูกพัฒนาขึ้นในระบบคอมมอนลอว์ แต่ในทางปฏิบัติของศาลของสหรัฐอเมริกายังไม่มีการบังคับใช้ในแนวทางเดียวกันอย่างเป็นเอกภาพ ซึ่งอาจจำแนกได้ 3 แนวทาง คือ (1) การจงใจไม่รับรู้เป็นเพียงพยานแวดล้อมกรณีอย่างหนึ่งซึ่งนำไปสู่การวินิจฉัยว่า จำเลยมีได้ขาดเจตนาในการกระทำความผิดจริง จำเลยเพียงแต่แสร้งว่าไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดเท่านั้น (2) การจงใจไม่รับรู้เป็นรูปแบบของสถานะทางจิตใจในการกระทำความผิดอย่างหนึ่งที่มีความผิดเบาบางกว่าการกระทำโดยเจตนา และ (3) การจงใจไม่รับรู้เป็นรูปแบบของสถานะทางจิตใจในการกระทำความผิดอย่างหนึ่งที่มีความผิดเทียบเท่ากับการกระทำความผิดโดยเจตนา โดยมีแนวคิดว่าการจงใจปล่อยปละละเลยให้เกิดการกระทำความผิดกฎหมายขึ้นก็ถือว่ามีความผิดเท่ากับบุคคลผู้เจตนากระทำความผิดโดยตรง (Equal Culpability) อ้างอิงจาก *Ibid*.

*** แม้ประเทศไทยจะใช้ระบบซีวิลลอว์ซึ่งมีต้นแบบเป็นกฎหมายของประเทศเยอรมนี แต่ประเทศไทยก็ได้รับเอาหลักกฎหมายต่างๆ ตามต้นแบบนั้นมาทั้งหมด หลักกฎหมายไทยในปัจจุบันจึงยังขาดความสมบูรณ์ทางทฤษฎีอยู่มาก แนวคิดทฤษฎีเรื่ององค์ประกอบส่วนจิตใจในการกระทำความผิดอาญาของประเทศเยอรมันซึ่งเป็นประเทศต้นแบบของระบบซีวิลลอว์ จำแนกรูปแบบองค์ประกอบความผิดส่วนจิตใจได้เป็น 2 รูปแบบ คือ “เจตนา” (*Vorsatz*) กับ “ความประมาท” พิจารณาเฉพาะขอบเขตขององค์ประกอบความผิดส่วนจิตใจที่เป็น “เจตนา” (*Vorsatz*) ซึ่งอาจจำแนกออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

1) “เจตนาประสงค์ต่อผล” (*dolus directus*) อาจจำแนกได้เป็น เจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง (*unmittelbarer Vorsatz*) คือ กรณีที่ผู้กระทำความผิดประสงค์ต่อผลแห่งการกระทำ รู้สำนึกและยอมมีความตั้งใจในการกระทำ รวมถึงมีเป้าหมายที่ต้องการให้บรรลุผล กับเจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อม (*mittelbarer Vorsatz*) คือ กรณีที่ผู้กระทำความผิดเจตนากระทำอย่างหนึ่ง แต่การกระทำให้เกิดผลตามเจตนาอันยอมจำเป็นต้องเกิดผลข้างเคียงอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เจตนาในผลข้างเคียงนั้นคือเจตนาโดยอ้อม

ไทยก็มีรูปแบบของเจตนาในการกระทำความผิดอาญา 2 ลักษณะเท่านั้น คือ (1) เจตนาประสงค์ต่อผล กับ (2) เจตนาย่อมเล็งเห็นผล ตามที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง เท่านั้น^{86*} โดยศาลไทยย่อมไม่อาจตีความขยายขอบเขตของเจตนาในประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว ให้ครอบคลุมถึงเจตนาแบบจงใจไม่รับรู้ดังกล่าว อันยอมเป็นผลร้ายต่อจำเลยได้ตามหลักกฎหมายอาญาต้องตีความอย่างเคร่งครัด⁸⁷

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับรูปแบบของการกระทำโดยเจตนาในกฎหมายไทย การกระทำโดยเจตนาแบบจงใจไม่รู้นี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับการกระทำโดย “งดเว้น” โดยเจตนาเล็งเห็นผล ซึ่งมีผลทางกฎหมายเทียบเท่ากับการกระทำโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสองและวรรคท้าย⁸⁸ เพราะทั้งสองกรณีต่างเป็นการที่บุคคลหนึ่งเฉยไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งและการนิ่งเฉยนั้นก่อให้เกิดผลอันเป็นความผิดตามกฎหมายเหมือนกัน แต่การกระทำโดยงดเว้นมีหลักเกณฑ์แน่นอนในกฎหมายไทย คือ (1) บุคคลต้องไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก และ (2) บุคคลนั้นต้องมี “หน้าที่” ต้องกระทำ เพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้นขึ้น โดยหน้าที่ดังกล่าวอาจเป็นหน้าที่ตามกฎหมายบัญญัติ หน้าที่อันเกิดจากยอมรับโดยเจาะจง หน้าที่อันเกิดจากการกระทำก่อนๆ ของตน หรือหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์เป็นพิเศษเฉพาะเรื่องก็ได้⁸⁹ ในขณะที่การกระทำโดยเจตนาแบบจงใจไม่รับรู้ไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดว่าผู้กระทำต้องมีหน้าที่เพื่อป้องกันผลที่เกิดขึ้นหรือไม่ตามที่กล่าวไปข้างต้น ฉะนั้น บุคคลจึงอาจมีความผิดรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดโดยจงใจไม่รับรู้ได้แม้ไม่มีหน้าที่ป้องกันผล จึงอาจกล่าวได้ว่า การกระทำโดยงดเว้นโดยเจตนาเล็งเห็นผลในกฎหมาย

2) “เจตนาเล็งเห็นผล” (dolus eventualis) คือ กรณีที่ผู้กระทำความผิดคาดหวังว่าผลของการกระทำของตนที่เป็นความผิดอาญาอาจเกิดขึ้นได้ โดยต้องพิจารณาตามอรรถวิสัยของผู้กระทำว่า ผู้กระทำเล็งเห็นผลที่จะเกิดการกระทำอันเป็นความผิดอาญาได้ล่วงหน้าหรือไม่ ภายใต้ข้อเท็จจริงในสถานการณ์นั้นๆ ทั้งนี้ ในทางทฤษฎี เจตนาเล็งเห็นผลยังอาจจำแนกออกเป็น 3 แนวทางตามหลักทฤษฎีพื้นฐานแนวคิดต่างๆ ได้แก่ ทฤษฎีความน่าจะเป็นไปได้ ทฤษฎีความยินยอม และทฤษฎีความไม่สนใจต่อผลที่จะเกิดขึ้น

อ้างอิงจาก คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 195 และ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, สัมมนากฎหมายอาญา (ชั้นปริญญาโท) (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 29-36.

* ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาเมื่อได้กระทำความผิดโดยเจตนาเท่านั้น เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะกระทำความผิดโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งให้บุคคลต้องรับผิดแม้มิได้กระทำโดยเจตนา (มาตรา 59 วรรคหนึ่ง) ซึ่งการกระทำความผิดเจตนาคือ บุคคลกระทำความผิดโดยรู้สำนึกว่าตนกำลังทำสิ่งใดอยู่และในขณะที่เดียวกันก็มีเจตนาต่อผลของการกระทำความผิดรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ การกระทำความผิดโดยเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเจตนาย่อมเล็งเห็นผล (มาตรา 59 วรรคสอง) ดังนี้

1) การกระทำความผิดโดยเจตนาประสงค์ต่อผล คือ การกระทำความผิดโดยรู้สำนึกและมุ่งหมายให้เกิดผลขึ้น เมื่อผลเกิดขึ้นตามความประสงค์แล้วก็เป็นความผิดสำเร็จ หรือสำหรับกรณีความผิดที่ไม่ต้องมีผลปรากฏ ความผิดก็สำเร็จได้แม้ไม่มีผลปรากฏ และ

2) การกระทำความผิดโดยเจตนาย่อมเล็งเห็นผล คือ การกระทำความผิดโดยรู้สำนึกและเล็งเห็นได้ว่าผลตามความประสงค์ของตนจะเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอนเท่าที่จิตใจของบุคคลในฐานะเช่นนั้นจะเล็งเห็นได้⁸⁶

อ้างอิงจาก เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 159, 172.

⁸⁷ หฤดี แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, สมยศ เชื้อไทย, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 124-125.

⁸⁸ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 59 วรรคสอง บัญญัติว่า

“การกระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น”

และมาตรา 59 วรรคท้าย บัญญัติว่า

“การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

⁸⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 105-108.

ไทยกับการกระทำโดยเจตนาแบบจงใจไม่รับรู้ในระบบคอมมอนลอว์มีหลักเกณฑ์แตกต่างกัน และหากผู้กระทำความผิดหนึ่งเฉยไม่กระทำการอันก่อให้เกิดผลอันใดอันหนึ่งตามหลักเกณฑ์ของ “การกระทำโดยดเว้น” แล้ว การกระทำดังกล่าวก็สามารถปรับใช้หลักทั่วไปของการกระทำโดยเจตนาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ได้ โดยไม่ต้องบัญญัติไว้ในฐานความผิดโดยเฉพาะอีก

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาสภาพของการกระทำอันก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาของการกระทำความผิดฐานให้สินบนโดยบุคคลที่สามนี้ เห็นได้ว่า ในขณะที่บุคคลให้เงินหรือทรัพย์สินแก่อีกบุคคลหนึ่งยังไม่มีกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้น บุคคลผู้ให้เงินหรือทรัพย์สินเพียงแต่เห็นสัญญาณเตือนถึง “โอกาส” หรือ “ความเป็นไปได้” ที่ผู้รับเงินหรือทรัพย์สินไปจากตนอาจกระทำความผิดกฎหมายในอนาคตเท่านั้น การ “รู้” หรือ “ควรรู้” ถึงโอกาสเกิดการกระทำความผิดดังกล่าวยังไม่ใช่ระดับที่จะเป็น “เจตนา” อันก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาตามมาตรา 59 ที่กล่าวไปข้างต้น⁹⁰ และไม่ถึงขนาดเป็นการ “ก่อ” ให้ผู้อื่นกระทำความผิดอาญาตามหลักเกณฑ์ของการเป็น “ผู้ใช้” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 ด้วย* แต่อาจเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดโดยบุคคลผู้รับทรัพย์สินไปจากตนก่อนการกระทำความผิดได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86⁹¹

ฉะนั้น แม้การบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำความผิดโดยจงใจไม่รับรู้ตามแนวทางของกฎหมาย FCPA จะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เพราะทำให้ภาคเอกชนต้องประกอบธุรกิจโดยระมัดระวังมากขึ้น เพื่อให้ทันต่อเสี่ยงที่จะมีความรับผิดทางอาญากฎหมายนี้⁹² แต่เจตนาแบบจงใจไม่รับรู้มิใช่รูปแบบเจตนาที่มีอยู่ในระบบซีวิลลอว์ รวมถึงในระบบกฎหมายไทย ประเทศไทยจึงไม่ควรบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาตามแนวทางของกฎหมาย FCPA เพราะขัดต่อหลักการของระบบกฎหมายไทย

7.2.5 ประเด็นเจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรัฐ

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีขอบเขตบังคับใช้ครอบคลุมทั้งการให้สินบนเพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ ไม่ว่าจะการดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กับเพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานใช้อิทธิพลอันเนื่องมาจากตำแหน่งหน้าที่ในลักษณะใดๆ ไม่ว่าจะอยู่ในอำนาจหน้าที่หรือไม่⁹³

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 159.

* ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 “ผู้ใช้” ต้องเป็นบุคคลที่มีเจตนาและได้กระทำการก่อให้เกิดผู้อื่นมีเจตนาในการกระทำความผิด และจึงไปลงมือกระทำความผิด ในส่วนนี้ การที่บุคคลเพียงแต่รู้ว่าผู้รับทรัพย์สินไปจากตนมีโอกาสไปกระทำความผิดในอนาคต ยังไม่ใช่การก่อให้เกิดผู้อื่นมีเจตนากระทำความผิด ผู้ให้ทรัพย์สินนั้นจึงยังไม่เข้าเงื่อนไขของการเป็นผู้ใช้

⁹¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 86

⁹² โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.5

⁹³ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.1(5)

ในระบบกฎหมายไทย ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาจงใจเจ้าพนักงานรัฐไว้อย่างมีขอบเขตจำกัดเฉพาะการให้สินบนเพื่อจงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำใดอันมิชอบด้วยหน้าที่เท่านั้น⁹⁴ จึงไม่สามารถใช้บัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพได้ ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรบัญญัติให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศให้ครอบคลุมถึงการจงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการในหน้าที่ หรือใช้อิทธิพลในตำแหน่งหน้าที่ด้วย โดยมีเหตุผลสนับสนุนดังนี้

(1) เมื่อพิจารณาว่า การให้สินบนคือ การแลกเปลี่ยนผลประโยชน์อันขัดต่อศีลธรรมของสังคม เป็นพฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์ซึ่งถูกบัญญัติให้เป็นความผิดและมีโทษทางอาญาอย่างสาหัสแล้ว การบัญญัติให้การให้สินบนเป็นความผิดอาญาจึงไม่ควรจำกัดหรือแบ่งแยกว่ารัฐจะลงโทษเฉพาะการทุจริตระดับสูง (Grand Corruption) แต่ไม่ลงโทษสินบนที่เป็นการทุจริตเล็กๆ น้อยๆ (Petty Corruption) เพราะทั้งสองกรณีต่างก็เป็นการแทรกแซงความบริสุทธิ์ยุติธรรมในการใช้อำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานรัฐได้เช่นเดียวกันทั้งสิ้น

(2) ในปัจจุบันนานาชาติยอมรับอย่างแพร่หลายว่า การกระทำทุจริตในระดับเล็กๆ น้อยๆ ที่ไม่เกี่ยวกับการจงใจการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานรัฐก็สามารถก่อความเสียหายแก่การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมอย่างยั่งยืนได้ไม่แตกต่างไปจากการทุจริตขนาดใหญ่ ยิ่งไปกว่านั้น ปัจจุบันต้องยอมรับว่า บุคคลผู้เป็นเจ้าพนักงานระดับสูงมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อการกระทำและการตัดสินใจของเจ้าพนักงานระดับต่ำกว่าหรือบุคคลอื่นใดได้ด้วย การจงใจให้เจ้าพนักงานใช้อิทธิพลที่ตนมีอยู่ในลักษณะใดๆ แม้ไม่ใช่การใช้อำนาจหน้าที่แต่ก็เป็นการแสวงหาประโยชน์จากฐานะความเป็นเจ้าพนักงาน และสร้างความเสียหายแก่สังคมได้เช่นกัน

(3) สืบเนื่องมาจากแนวคิดพื้นฐานของการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิม (Domestic Bribery) กับของความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศ (Foreign Bribery) ที่แตกต่างกัน ในขณะที่ความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น รัฐดังกล่าวจึงอาจบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมเฉพาะที่เป็นการจงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่เพียงประการเดียว ในขณะที่ความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศมีเจตนารมณ์คุ้มครองการรักษาเสถียรภาพและความมั่นคงของระบบตลาดอันเป็นประโยชน์ส่วนรวมของนานาชาติ การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศจึงไม่ควรแบ่งแยกประเภทของการจงใจดังกล่าวด้วย เพราะไม่ว่าจะเป็นการให้สินบนรูปแบบใดก็ก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองได้⁹⁵

ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาจงใจเจ้าพนักงานรัฐตามที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาไม่อาจนำไปใช้บัญญัติเป็นองค์ประกอบความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้ เพราะไม่ครอบคลุมถึง (1) การให้สินบนเพื่อจงใจให้เจ้าพนักงานรัฐปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ กับ (2) การให้สินบนเพื่อจงใจให้เจ้า

⁹⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.1(ข)5)

⁹⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 3.1

พนักงานรัฐใช้อิทธิพลอันเนื่องมาจากอำนาจหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็นการในหน้าที่หรือไม่ ประเทศไทยควรแก้ไขขอบเขตขององค์ประกอบความผิดส่วนนี้ให้สามารถบังคับใช้แก่การให้สินบนเพื่อการจูงใจดังกล่าวให้สอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำในอนุสัญญาระหว่างประเทศด้วย

ฉะนั้น ในส่วนนี้จึงจะวิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำแนวทางการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้ในกฎหมายไทย 2 ประเด็น ประเด็นแรก ประเทศไทยจะสามารถขยายขอบเขตขององค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาจูงใจเจ้าพนักงานรัฐตามมาตรา 144 และมาตรา 167 เพื่อบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างไร ก็อีกประเด็นหนึ่ง ประเทศไทยควรเพิ่มเติมประเด็นการจูงใจให้เจ้าพนักงานใช้อิทธิพลในตำแหน่งหน้าที่ของตนไว้ในองค์ประกอบความผิดฐานนี้อย่างไร

(1) การวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติถึงการให้สินบนเพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำหรือไม่กระทำอันเกี่ยวกับหน้าที่

องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาจูงใจเจ้าพนักงานรัฐในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 มีขอบเขตบังคับใช้อย่างจำกัด ไม่ครอบคลุมการจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการอื่นที่ไม่ใช่การอันมิชอบด้วยกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ว่า “การอันมิชอบด้วยกฎหมาย” ไว้อย่างชัดเจน ฉะนั้น การแก้ไขข้อจำกัดขององค์ประกอบความผิดส่วนนี้จึงกระทำได้โดยเปลี่ยนแปลงถ้อยบัญญัติดังกล่าวให้มีขอบเขตกว้างขวางมากขึ้น⁹⁶

จากการเปรียบเทียบแนวการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.5 พบว่า กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA บัญญัติองค์ประกอบความผิดประเด็นนี้ไว้อย่างสอดคล้องตามแนวทางของอนุสัญญาระหว่างประเทศในประเด็นนี้แล้ว โดยกฎหมาย FCPA บัญญัติถึงการจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการหรือตัดสินใจใดๆ ในอำนาจหน้าที่ของตน การให้สินบนเพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำหรือละเว้นไม่กระทำการอันละเมิดต่ออำนาจหน้าที่ตามอันชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนการให้สินบนเพื่อรักษาประโยชน์อันไม่เหมาะสมใดๆ ส่วนกฎหมาย ในขณะที่กฎหมาย UKBA บัญญัติถึงการให้สินบนเพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติกระทำการ หรือละเว้นไม่กระทำการใดๆ ในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานนั้นไว้เช่นเดียวกัน แต่กฎหมาย UKBA บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้อย่างเป็นเอกภาพ และครอบคลุมกว้างขวาง มีรูปแบบคล้ายแนวทางการบัญญัติกฎหมายไทยมากกว่า แตกต่างจากกฎหมาย FCPA ซึ่งแม้จะบัญญัติกฎหมายไว้อย่างมีการจำแนกรายละเอียด แต่มีการจำแนกการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ย่อยเป็นหลายรายการ⁹⁷ ผู้เขียนจึงเห็นว่า องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาจูงใจเจ้าพนักงานรัฐส่วนนี้ว่า “...เพื่อจูงใจ [ผู้รับสินบน] ให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำใดๆ เกี่ยวกับหน้าที่...” ซึ่งครอบคลุมทั้งการจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการหรือไม่กระทำการอันชอบด้วยหน้าที่และมีขอบด้วยหน้าที่

อีกประการหนึ่ง เนื่องจากกฎหมายไทยบัญญัติถึงการจูงใจให้เจ้าพนักงาน “กระทำ ไม่กระทำ หรือประวิงการกระทำ” ด้วย แต่ไม่มีกฎหมายต่างประเทศหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ

⁹⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.1(ข)6)

⁹⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.5

ฉบับใดบัญญัติถึง “การประวิง” การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวไว้เลย จึงมีปัญหาต้องพิจารณาว่า ประเทศไทยควรบัญญัติถึงการจงใจให้เจ้าพนักงานประวิงการปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยเช่นเดิมหรือไม่ ดังนี้

โดยทั่วไป “ประวิง” คือ การหน่วงไว้ให้เนิ่นช้าหรือถ่วงเวลา⁹⁸ การจงใจให้เจ้าพนักงานถ่วงเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ไว้ให้เนิ่นนานออกไป การประวิงการปฏิบัติหน้าที่อันมิชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงานรัฐจึงได้แก่ กรณีเจ้าพนักงานรัฐจงใจหน่วงการปฏิบัติการหรือการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนให้เนิ่นช้าออกไปกว่าการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ ซึ่งหากกระทำโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรก็ย่อมเป็นการกระทำปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายรูปแบบหนึ่งด้วย*

แม้การประวิงการปฏิบัติหน้าที่จะอยู่ในขอบเขตของการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยสภาพ แต่การบัญญัติถึงการ “ประวิง” การปฏิบัติหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนย่อมเป็นผลดีต่อการบังคับใช้กฎหมาย เพราะนักกฎหมายสามารถเข้าใจได้อย่างชัดเจนตรงกันว่า การจงใจให้เจ้าพนักงานหน่วงปฏิบัติหน้าที่ให้ล่าช้าออกไปจากการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติก็อาจเป็นความผิดอาญาได้ ส่งผลให้ขอบเขตของความผิดชัดเจนและยืดหยุ่นขึ้น ฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรนำแนวทางการบัญญัติถึงการจงใจให้เจ้าพนักงานประวิงการปฏิบัติหน้าที่ในประมวลกฎหมายอาญาเดิมมาบัญญัติเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานใหม่ด้วย

(2) การวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติถึงการให้สินบนเพื่อจงใจให้เจ้าพนักงานใช้อิทธิพลอันเนื่องมาจากตำแหน่งหน้าที่ในลักษณะใดๆ ไม่ว่าจะอยู่ในอำนาจหน้าที่หรือไม่

จากการเปรียบเทียบแนวการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศในหัวข้อที่ 6.2.5 พบว่า กฎหมาย FCPA บัญญัติถึงการให้สินบนเพื่อจงใจให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้อิทธิพลของตนต่อการกระทำหรือการ

⁹⁸ “ประวิง,” ใน ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, หน้า 712.

* สิทธิการได้รับการพิจารณาอย่างรวดเร็วเป็นหนึ่งในสิทธิพื้นฐานที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่เอกชนที่เข้าติดต่อมีปฏิสัมพันธ์กับฝ่ายปกครอง ตามแนวคิดว่าการพิจารณาที่ล่าช้าเกินไปอาจทำให้ประโยชน์ของเอกชนเสียหายได้ การพิจารณาทางปกครองจึงต้องดำเนินการโดยรวดเร็วตามความเหมาะสมของกรณี

ในระบบกฎหมายไทย “ความรวดเร็วในการปฏิบัติราชการทางปกครอง” เป็นหนึ่งในหลักการอันเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของการยกร่างและตรากฎหมายเพื่อนำหลักการบริหารราชการแผ่นดินที่นำมาใช้ปฏิรูประบบราชการ และจึงนำไปสู่การตรากฎหมายปกครองที่สำคัญหลายฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติความรับผิดเพื่อละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ การปฏิบัติงานล่าช้าเป็นหนึ่งในพฤติกรรมของเจ้าพนักงานที่เป็นการทุจริต หรือการส่อไปในทางทุจริต หรือการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และอาจร้องเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) หรือสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ (ป.ป.ท.) ได้ อีกทั้งยังเป็นมูลคดีซึ่งอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรด้วย ความล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ราชการนี้ หากมีกฎหมายกำหนดระยะเวลาการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานไว้ โดยเฉพาะ หากพินกำหนดนั้นก็ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า หรือหากไม่มีกำหนดระยะเวลาดังกล่าวไว้ ต้องพิจารณาว่าการดำเนินการดังกล่าวตามปกติใช้ระยะเวลาเท่าใด และเมื่อพ้นระยะเวลานั้นจึงถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินควร อ้างอิงจาก ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2556), หน้า 171-172., ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ ศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์, 2540), หน้า 269. และ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, หน้า 522.

ตัดสินใจของรัฐบาลของเจ้าพนักงานดังกล่าว หรืออาจปรับใช้ในขอบเขตของการให้สินบนเพื่อรักษาผลประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมายได้อีกประการหนึ่งด้วย ส่วนกฎหมาย UKBA บัญญัติให้การจงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานนั้นมีขอบเขตครอบคลุมถึง การจงใจให้เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติใช้อิทธิพลในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานดังกล่าวในลักษณะใดๆ ไม่ว่าจะอยู่ในอำนาจหน้าที่หรือไม่⁹⁹ จึงเห็นได้ว่ากฎหมาย UKBA ได้บัญญัติถึงการจงใจให้เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติใช้อิทธิพลในลักษณะใดๆ อย่างกว้างขวาง ครอบคลุมเนื้อหาต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย FCPA อย่างกระชับมากกว่า

บทบัญญัติความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 ไม่สามารถใช้บังคับแก่การจงใจให้เจ้าพนักงานรัฐใช้อิทธิพลในลักษณะใดๆ ได้¹⁰⁰ จึงไม่เพียงพอบังคับใช้แก่การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามแนวคิดปัจจุบัน ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาจงใจเจ้าพนักงานรัฐตามแนวทางของกฎหมาย UKBA โดยบัญญัติไว้ในองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ว่า “...หรือให้ใช้อิทธิพลอันเนื่องมาจากตำแหน่งหน้าที่ในลักษณะใดๆ ไม่ว่าจะอยู่ในอำนาจหน้าที่หรือไม่” เป็นต้น

7.2.6 ประเด็นเจตนาพิเศษ: เพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติที่มีองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศด้วย¹⁰¹ แต่ระบบกฎหมายไทยไม่เคยปรากฏการจำกัดวัตถุประสงค์ของการให้สินบนเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมาก่อน ไม่ว่าในแนวคิดในกฎหมายตามสามดวงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 หรือประมวลกฎหมายอาญาบับปัจจุบัน¹⁰² นอกจากนั้น แม้ที่ผ่านมามาประเทศไทยเคยความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาให้มีขอบเขตครอบคลุมความผิดฐานสินบนต่างประเทศเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญา UNCAC มาแล้วครั้งหนึ่งก็ไม่ปรากฏว่ามีการเพิ่มเติมองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจเช่นกัน¹⁰³

การวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ต้องพิจารณาจากต้นแบบแนวทางกฎหมายต่างประเทศทั้งหมด โดยในตอนนี้จะแบ่งแยกการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ประเด็นคือ ประเด็น (1) วิเคราะห์ความเหมาะสมในการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาจงใจเจ้าพนักงานรัฐอย่างสอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ ประเด็น (2) เนื่องจากกฎหมาย FCPA บัญญัติถึงเจตนาในการให้สินบนเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจให้มีขอบเขตรวมถึง การให้สินบนเพื่อให้บุคคลภายนอกได้รับประโยชน์ทางธุรกิจ กับเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้เข้าซื้อหรือควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้อื่นด้วย จึงมีปัญหาคือต้องพิจารณาว่า

⁹⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.5

¹⁰⁰ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.1(ข)(6)

¹⁰¹ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.1(6)

¹⁰² โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.1 และหัวข้อที่ 2.2.2

¹⁰³ โปรดดูหัวข้อที่ 3.2.3

ประเทศไทยจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายตามแนวทางของกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวหรือไม่อย่างไร และประเด็น (3) จึงวิเคราะห์ขอบเขตของ “ธุรกิจ” ในองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ เพื่อพิจารณาว่าประเทศไทยจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายระบุให้หมายความรวมถึง “การค้าขาย” หรือ “วิชาชีพ” ตามกฎหมาย UKBA หรือไม่ อย่างไร ดังนี้

(1) การวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

จากการเปรียบเทียบแนวการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.6 พบว่า กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA เท่านั้นที่บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนดังกล่าวไว้อย่างสอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁰⁴ กฎหมาย FCPA บัญญัติองค์ประกอบความผิดว่า “เพื่อให้ [ผู้กระทำความผิด] ได้รับ หรือรักษา สงวน หรือผูกขาดธุรกิจกับบุคคลใดๆ” (Obtain/Retain... with) และกฎหมาย UKBA ซึ่งถือว่าได้บัญญัติเนื้อหาสอดคล้องกับเนื้อหาของอนุสัญญาระหว่างประเทศมากกว่า บัญญัติว่า “เพื่อให้ได้รับ (Obtain) หรือเพื่อรักษา สงวน หรือผูกขาด (Retain) ธุรกิจหรือประโยชน์ในการประกอบธุรกิจ”¹⁰⁵ จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่า กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้อย่างสอดคล้องตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว แม้อาจใช้ถ้อยคำแตกต่างกัน¹⁰⁶ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยอาจปรับแนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ของต่างประเทศมาปรับบัญญัติเป็นองค์ประกอบของความผิดในกฎหมายไทย เช่น การบัญญัติว่า “เพื่อให้ได้รับ รักษา สงวน ผูกขาด ประโยชน์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ” เป็นต้น

เนื่องจากประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญา UNCAC แล้ว* ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีต้องบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามแนวทางที่อนุสัญญานั้นกำหนดไว้โดยเฉพาะด้วยคือ การขยายขอบเขตของฐานความผิดถึงการให้สินบนเพื่อให้ได้รับ รักษา สงวน หรือผูกขาด “ความช่วยเหลือระหว่างประเทศ” (International Aid)** ซึ่งปัจจุบันมีการศึกษาวิจัยที่บ่งชี้ว่าการได้รับความช่วยเหลือระหว่าง

¹⁰⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.6

¹⁰⁵ โปรดดูเรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.6

* อนุสัญญา UNCAC ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีแนวคิดใหม่กว่าอนุสัญญาของ OECD ได้ให้ความสำคัญแก่การต่อต้านการกระทำทุจริตเกี่ยวกับความช่วยเหลือระหว่างประเทศ ได้บรรจุแนวคิดการบัญญัติกฎหมายเพื่อต่อต้านการให้สินบนเกี่ยวกับความช่วยเหลือระหว่างประเทศไว้หลายส่วน เช่น การบัญญัติขยายขอบเขตของธุรกิจในความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศนี้ หรือการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการยกยอกความช่วยเหลือระหว่างประเทศไปเป็นประโยชน์ส่วนตนตามมาตรา 17 (Article 17 - Embezzlement, Misappropriation or Other Diversion of Property by a Public Official) เป็นต้น อ้างอิงจาก Bruce W. Bean, "Hyperbole, Hypocrisy, and Hubris in the Aid-corruption Dialogue," *Georgetown Journal of International Law* 41(Summer 2010): 802.

** “ความช่วยเหลือระหว่างประเทศ” (International Aid) หมายถึง ความช่วยเหลือใดๆ ที่ให้แก่อีกประเทศหนึ่งซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นประเทศด้อยพัฒนา (Underdeveloped Country) ตามความจำเป็น ความช่วยเหลือจากต่างประเทศอาจเป็นความช่วยเหลือที่ได้มาจากอีกประเทศหนึ่งตามความสัมพันธ์สองฝ่าย (Bilateral) หรือจากหลายประเทศตามความสัมพันธ์หลายฝ่าย (Multilateral) และรูปแบบของการให้ความช่วยเหลือดังกล่าวอาจเป็นการให้เงินทุน (Capital) ในลักษณะเป็นเงินให้เปล่า หรือการให้เงินกู้ระยะยาวที่มี

ประเทศมีความสัมพันธ์และเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันภายในประเทศอย่างชัดเจน* การบัญญัติให้การให้สินบนเพื่อประโยชน์เกี่ยวกับการได้รับความช่วยเหลือระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นความผิดอาญาจึงช่วยเพิ่มขอบเขตและความเข้มแข็งการบังคับใช้กฎหมายอาญาต่อต้านการกระทำทุจริตตามสภาพของปัญหา ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีขอบเขตครอบคลุมถึงการให้สินบนเพื่อให้ได้รับ รักษา สงวน หรือผูกขาดความช่วยเหลือระหว่างประเทศตามแนวทางของอนุสัญญา UNCAC เพื่อการบัญญัติกฎหมายตามพันธกรณีของอนุสัญญาดังกล่าวอย่างครบถ้วนและเพื่อขยายขอบเขตของกฎหมายต่อต้านการทุจริตให้ครอบคลุมรอบด้านมากขึ้น

(2) การวิเคราะห์ความเหมาะสมของการบัญญัติถึงการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐเพื่อช่วยให้ตนสามารถอำนวยความสะดวกทางธุรกิจให้แก่บุคคลภายนอกตามแนวทางของกฎหมาย FCPA

จากการเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.6 พบว่า กฎหมาย FCPA ยังได้บัญญัติให้องค์ประกอบความผิดส่วนนี้ให้ครอบคลุมถึงการให้สินบน “เพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดสามารถจัดหา หรือรักษา สงวน ผูกขาดธุรกิจสำหรับบุคคลอื่น” (Obtain/Retain Business

ดอกเบี้ยต่ำและไม่มีหลักประกัน หรือการให้สิ่งของ การให้ความช่วยเหลือทางเทคนิค หรืออื่นๆ ก็ได้ ในปัจจุบัน ความช่วยเหลือระหว่างประเทศอาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

1) ความช่วยเหลือเพื่อการพัฒนา (Development Aid) เป็นความช่วยเหลือที่ต่างประเทศมอบให้แก่รัฐบาลต่างประเทศโดยตรง โดยส่วนใหญ่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาด้านเศรษฐกิจในระยะยาว

2) ความช่วยเหลือเพื่อมนุษยธรรม (Humanitarian Aid) เป็นความช่วยเหลือที่ต่างประเทศหรือองค์กรเอกชนไม่แสวงหากำไรของ (Non-government Organization) มอบให้เหยื่อหรือผู้ประสบภัยโดยตรงในกรณีเกิดเหตุฉุกเฉิน อาทิ เหตุภัยพิบัติธรรมชาติ เป็นต้น หรือ

3) ความช่วยเหลือเพื่อการกุศล (Charitable Aid) เป็นความช่วยเหลือจัดให้ผ่านรัฐบาลในท้องถิ่นหรือโดยผู้ให้ความช่วยเหลือเองโดยตรง มีวัตถุประสงค์ทั่วไป เช่น เพื่อการสาธารณสุข เพื่อการศึกษา เป็นต้น โดยมีได้มุ่งถึงการพัฒนาเศรษฐกิจระยะยาวโดยตรง

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะความช่วยเหลือระหว่างประเทศจะมีรูปแบบและวัตถุประสงค์อย่างไร แต่การให้ความช่วยเหลือระหว่างประเทศดังกล่าวก็มุ่งหวังให้เกิดผลลัพธ์ที่ดีขึ้นในประเทศผู้รับการช่วยเหลือทั้งสิ้น เช่น การพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศผู้รับความช่วยเหลือในระยะยาว ซึ่งเมื่อประเทศหนึ่งมีการเติบโตทางเศรษฐกิจดีขึ้น ประชากรในประเทศนั้นก็จะมีรายได้เพิ่มขึ้น มีระดับคุณภาพชีวิตดีขึ้น เป็นต้น แต่ในขณะเดียวกัน การให้ความช่วยเหลือระหว่างประเทศข้างต้นอาจมีวัตถุประสงค์แอบแฝงเพื่อขยายตลาดการประกอบธุรกิจของประเทศผู้ให้ความช่วยเหลือหรือเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมืองหรือทางการทูต ตัวอย่างเช่น การให้ความช่วยเหลือระหว่างประเทศในช่วงสงครามเย็น มีขึ้นเพื่อยืนยันหรือรับประกันว่า ประเทศผู้รับความช่วยเหลือจะไม่หันไปฝักใฝ่แนวความคิดแบบเสรีนิยมหรือสังคมนิยม เป็นต้น อ้างอิงจาก *ibid*, pp. 787-788. และ Takeshi Mootooka, "International Aid" Center for S.E. Asian Studies, Kyoto University, 1966), pp. 37-38.

* จากการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างความช่วยเหลือระหว่างประเทศกับการกระทำทุจริตพบว่า เมื่อประเทศหนึ่งได้รับความช่วยเหลือระหว่างประเทศอยู่เสมอ ประเทศดังกล่าวนั้นก็เกิดภาวะที่เรียกว่า “ภาวะพึ่งพาความช่วยเหลือ” (Aid Dependency) และนำมาซึ่งการเกิดปัญหาการกระทำทุจริตภายในประเทศเพิ่มขึ้นด้วย กล่าวคือ เมื่อประเทศหนึ่งได้รับเงินช่วยเหลือจากต่างประเทศโดยปราศจากภาระผูกพัน หรือการตรวจสอบการบริหารจัดการการใช้จ่ายเงินนั้นอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ความช่วยเหลือระหว่างประเทศที่ได้รับมาดังกล่าวย่อมเป็นแรงจูงใจให้รัฐบาลหรือผู้ใช้อำนาจรัฐที่ไม่สุจริตของประเทศดังกล่าวยกย่าย ถ้าย โอน ทรัพย์สินไปเป็นประโยชน์ส่วนบุคคลโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้โดยง่าย รัฐบาลที่ไม่สุจริตอาจทำทุกวิถีทางเพื่อให้ประเทศตนได้รับความช่วยเหลือจากต่างประเทศมากที่สุด ตลอดจนเพื่อให้ตนหรือพรรคพวกอยู่ในตำแหน่งหน้าที่อันสะดวกต่อการกระทำทุจริตให้นานที่สุดด้วย อ้างอิงจาก *ibid*.

for Any Person) กับ “เพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดสามารถขึ้นหรือควบคุมธุรกิจให้แก่ผู้อื่น” (Direct Business to Any Person) ด้วย¹⁰⁷ จึงมีปัญหาต้องพิจารณาว่าประเทศไทยจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายตามแนวทางของกฎหมาย FCPA ดังกล่าวนี้อหรือไม่ อย่างไร ดังนี้

ตามกฎหมาย FCPA เห็นได้ว่า การให้สินบนเพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดสามารถจัดหา หรือรักษา สงวน ผูกขาดธุรกิจสำหรับบุคคลอื่น และเพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดสามารถขึ้นหรือควบคุมธุรกิจให้แก่ผู้อื่นนั้น มิใช่การให้สินบนอันทำให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศสำหรับตนเองโดยตรง แต่ต้องอาศัยการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้ให้สินบนเพื่อจัดหา หรือรักษา สงวน ผูกขาดธุรกิจสำหรับบุคคลอื่น หรือเพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดขึ้นหรือควบคุมธุรกิจให้แก่ผู้อื่นอีกส่วนหนึ่ง ซึ่งไม่แน่นอนว่าผู้กระทำความผิดจะกระทำการดังกล่าวนี้ต่อไปในที่สุดหรือไม่ ผู้เขียนจึงเห็นว่า แนวทางของกฎหมาย FCPA นี้เป็นการบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนที่มีความสัมพันธ์ห่างไกลจากการได้รับ รักษา สงวน หรือผูกขาดผลประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมากเกินไป ประเทศไทยจึงไม่ควรบัญญัติต้องคุ้มครองความผิดส่วนนี้ตามแนวทางของกฎหมาย FCPA มิเช่นนั้นกฎหมายดังกล่าวอาจขาดความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำกับการได้รับประโยชน์ของบุคคลที่สามมากเกินไป ทำให้ขอบเขตของการกระทำอันเป็นความผิดไม่ชัดเจน และก่อให้เกิดความไม่มั่นใจในการดำเนินธุรกิจและเป็นอุปสรรคในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในที่สุด

(3) การวิเคราะห์ขอบเขตของ “ธุรกิจ” ในองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

จากการเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.6 พบว่า กฎหมาย UKBA ได้บัญญัติกฎหมายอธิบายขอบเขตของ “ธุรกิจ” ว่าหมายความรวมถึง “การค้าขาย” (Trade) หรือ “วิชาชีพ” (Profession) โดยเฉพาะเจาะจง¹⁰⁸ จึงมีปัญหาต้องพิจารณาว่า ประเทศไทยจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายอธิบายขอบเขตของถ้อยบัญญัติดังกล่าวตามแนวทางของกฎหมาย UKBA หรือไม่ ดังนี้

ในความเข้าใจทั่วไป “ธุรกิจ” หมายถึง การงานประจำเกี่ยวกับอาชีพค้าขาย หรือกิจการอย่างอื่นที่สำคัญและไม่ใช่อาราชการ หรือที่ในทางกฎหมายหมายถึงการประกอบกิจการใดๆ เพื่อมุ่งการค้าหากำไร¹⁰⁹ ฉะนั้น “การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ” (International Business) จึงได้แก่ บรรดาการประกอบกิจการเพื่อมุ่งการค้าหากำไรและมีการดำเนินกิจการข้ามประเทศ ไม่ว่าจะเป็นด้านเกษตรกรรม อุตสาหกรรม หัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอย่างอื่นที่เป็นการค้าหากำไร เช่น การค้าขายหรือการนำเข้าส่งออกสินค้า การลงทุนทางตรงในต่างประเทศ หรือการทำ

¹⁰⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.6

¹⁰⁸ โปรดดูเรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁹ “ธุรกิจ,” ใน ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, หน้า 601.

ธุรกรรมรูปแบบอื่นๆ เช่น การขอใบอนุญาต การทำธุรกิจแฟรนไชส์ การทำสัญญาบริหารจัดการในต่างประเทศ เป็นต้น¹¹⁰

ตามความเข้าใจทั่วไปนี้ คำว่า “การค้าขาย” อันได้แก่ การซื้อขายสินค้าหรือบริการ หรือการทำมาหากินในทางซื้อขาย¹¹¹ กับ “วิชาชีพ” อันได้แก่ งานบริการต่างๆ รวมถึงการงานที่ต้องใช้วิชาไปใช้ในการประกอบอาชีพ เช่น วิชาชีพแพทย์ ช่างไม้ ช่างยนต์ เป็นต้น¹¹² ทั้ง “การค้าขาย” และ “วิชาชีพ” จึงอยู่ในขอบเขตของ “ธุรกิจ” ตามความหมายทั่วไปอยู่แล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยไม่จำเป็นต้องบัญญัตินิยามของ “ธุรกิจ” ให้รวมถึงการค้าขายหรือวิชาชีพ เพื่อขยายความองค์ประกอบความผิดนี้เหมือนกฎหมาย UKBA ข้างต้นอีก¹¹³

7.2.7 ประเด็นการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวก

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยไม่ควรบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยอนุญาตให้มีการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวก (Facilitation Payment หรือ Grease) เพราะการจ่ายดังกล่าวเป็นการให้สินบนรูปแบบหนึ่งโดยสภาพ และก่อให้เกิดความเสียหายแก่การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศที่เกี่ยวข้องไม่น้อยไปกว่าการทุจริตรูปแบบอื่น อีกทั้งการอนุญาตให้มีการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกยังทำให้กฎหมายต่อต้านการทุจริตไม่สามารถใช้ปราบปรามการให้สินบนได้อย่างเด็ดขาด อาจก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย หรือเป็นช่องว่างให้มีผู้ฉวยโอกาสกระทำความผิดได้โดยง่าย¹¹⁴

สืบเนื่องจากการพิจารณาแนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาจงใจเจ้าพนักงานรัฐในหัวข้อที่ 7.2.5 หากประเทศไทยแก้ไขเพิ่มเติมขอบเขตขององค์ประกอบความผิดดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงการให้สินบนจงใจเจ้าพนักงานรัฐให้กระทำการหรือไม่กระทำการอันเกี่ยวกับหน้าที่ใดๆ หรือให้ใช้อิทธิพลอันเนื่องมาจากตำแหน่งหน้าที่ใดๆ ไม่ว่าจะเกี่ยวกับหน้าที่ของตนหรือไม่แล้ว¹¹⁵ และไม่มีกฎหมายบัญญัติอนุญาตการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกไว้ในส่วนใดเหมือนกฎหมาย FCPA อีก กฎหมายอาญาไทยก็จะมีขอบเขตใช้บังคับครอบคลุมการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นการทุจริตขนาดใหญ่ (Grand Corruption) หรือการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกที่เป็นการให้สินบนเล็กๆ น้อยๆ (Petty Corruption) ทั้งหมด¹¹⁶ จึงอาจกล่าวได้ว่า หากประเทศไทยบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาจงใจเจ้าพนักงานรัฐตาม

¹¹⁰ อิศรา เอ. รอนโคเนน ไมเคิล อาร์. ซินโคตา, และไมเคิล เอช. มอเพ็พเพท, ธุรกิจระหว่างประเทศ, ลักคณา วรศิลป์ชัย, ผู้แปล (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 5.

¹¹¹ “ค้า,” ใน ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, หน้า 243.

¹¹² “วิชาชีพ,” ใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 1073.

¹¹³ “ธุรกิจ,” ใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 601.

¹¹⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.1(5)

¹¹⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.7

¹¹⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 2.1.2.3

แนวทางที่วิเคราะห์ไปในหัวข้อที่ 7.2.5 ก็เป็นกรณีในประเทศไทยไม่บัญญัติกฎหมายเปิดช่องให้มีการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกอย่างสอดคล้องตามแนวทางของอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว

7.2.8 ประเด็นเกี่ยวกับข้อต่อสู้ตามกฎหมาย

จากการเปรียบเทียบประเด็นข้อต่อสู้ตามกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.8 พบว่า อนุสัญญาของ OECD กำหนดแนวทางของการบัญญัติข้อต่อสู้สำหรับกรณีการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศกำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานได้ แตกต่างจากแนวทางของอนุสัญญา UNCAC ซึ่งเพียงเปิดช่องให้อาจใช้ข้อต่อสู้ที่มีอยู่ในระบบกฎหมายอาญาได้เท่านั้น นอกจากนี้ยังพบว่า กฎหมาย FCPA บัญญัติข้อต่อสู้สำหรับการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริตไว้แตกต่างไปจากแนวทางของอนุสัญญาระหว่างประเทศข้างต้นด้วย¹¹⁷ ในส่วนนี้จึงมีปัญหาคือต้องวิเคราะห์ว่า ประเทศไทยควรบัญญัติข้อต่อสู้ตามกฎหมายสำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามแนวทางใดหรือไม่ อย่างไร

แต่เนื่องจากอนุสัญญา UNCAC มีกำหนดแนวทางหรือเงื่อนไขการบัญญัติข้อต่อสู้สำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ เพียงแต่เปิดช่องให้มีการใช้ข้อต่อสู้ที่มีอยู่ในกฎหมายอาญาได้อย่างสอดคล้องตามระบบกฎหมายได้เท่านั้น ความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่บัญญัติขึ้นใหม่จึงสามารถปรับใช้กับข้อต่อสู้ทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญาได้อยู่แล้ว ซึ่งก็สอดคล้องตามแนวทางของอนุสัญญา UNCAC ข้างต้น^{*} จึงไม่มีปัญหาคือต้องวิเคราะห์ความเหมาะสมเกี่ยวข้องของการบัญญัติข้อต่อสู้ตามกฎหมายเกี่ยวกับอนุสัญญา UNCAC อีก

ในส่วนนี้จึงอาจแบ่งแยกการวิเคราะห์ความเหมาะสมของบัญญัติข้อต่อสู้สำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้เป็น 2 ประเด็นคือ ประเด็น (1) การบัญญัติข้อต่อสู้สำหรับการให้สินบนที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศกำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานผู้รับสินบนได้ตามแนวทางของอนุสัญญาของ OECD กับ ประเด็น (2) ข้อต่อสู้เรื่องการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริตตามแนวทางที่กฎหมาย FCPA บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ดังนี้

¹¹⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.8

^{*} บทบัญญัติข้อต่อสู้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป ลักษณะ 1 บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป หมวดที่ 4 ความรับผิดในทางอาญา เป็นข้อต่อสู้ที่อาจใช้บังคับในความผิดอาญาดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่บัญญัติขึ้นใหม่ในกฎหมายไทยด้วย ยกตัวอย่างดังนี้ (1) กรณีข้อต่อสู้ที่เป็นการยกเว้นความผิด เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 68) หรือ ความยินยอม สำหรับความผิดที่ไม่อาจกระทำได้โดยมีความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นต้น (2) กรณีข้อต่อสู้ที่เป็นการยกเว้นโทษ เช่น การกระทำความผิดโดยจำเป็น (มาตรา 67) การกระทำความผิดโดยไม่รู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ (มาตรา 65 วรรคหนึ่ง) เป็นต้น หรือ (3) กรณีข้อต่อสู้ที่เป็นการลดหย่อนโทษ เช่น การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (มาตรา 62) การกระทำความผิดโดยรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือสามารถบังคับตนเองได้บ้าง (มาตรา 65 วรรคสอง) หรือ กรณีมีเหตุบรรเทาโทษ (มาตรา 78) เป็นต้น

(1) ข้อต่อผู้สำหรับการจ่ายสินบนโดยมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศกำหนด หรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานผู้รับสินบนได้ตามแนวทางของอนุสัญญาของ OECD

จากการเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.8 พบว่า กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA กำหนดข้อต่อผู้เฉพาะสำหรับกรณีการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศดังกล่าวกำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานรัฐของตนเช่นนั้นได้ในลักษณะเดียวกัน เพียงแต่กฎหมาย FCPA บัญญัติไว้เป็นข้อต่อผู้ประการหนึ่งในกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ส่วนกฎหมาย UKBA บัญญัติข้อต่อผู้ดังกล่าวรวมไว้ในองค์ประกอบความผิดโดยตรง ตลอดจนกำหนดขอบเขตของ “กฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศ” ไว้โดยเฉพาะด้วย¹¹⁸

แนวความคิดของการบัญญัติข้อต่อผู้กรณีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศบัญญัติอนุญาตให้มีการให้สินบนเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรัฐคือการบัญญัติกฎหมายโดยคำนึงถึงเนื้อหาของกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ที่อาจบัญญัติไว้แตกต่างกัน เพราะประเทศส่วนใหญ่จะบัญญัติให้การให้สินบนจูงใจเจ้าพนักงานรัฐของตนเป็นความผิดอาญา (Domestic Bribery) แล้ว แต่ก็คงมีโอกาสที่บางประเทศอาจบัญญัติกฎหมายอนุญาตการจูงใจเจ้าพนักงานหรือผู้ใช้อำนาจรัฐของตนในบางกรณีอยู่ด้วยก็ได้

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติถึง “กฎหมายลายลักษณ์อักษร” อย่างชัดเจนตามแนวทางของอนุสัญญาของ OECD อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เพราะการกล่าวอ้างข้อต่อผู้จำเป็นต้องมีการนำสืบพยานหลักฐานเป็นเนื้อหาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศเพื่อยกเว้นโทษด้วย แต่เมื่อพิจารณาว่าประเทศต่างๆ ทั่วโลกมีระบบกฎหมายภายในของตนเองแตกต่างกัน มีการจัดลำดับศักดิ์กฎหมายแตกต่างกัน จึงไม่ชัดเจนว่า “กฎหมายลายลักษณ์อักษร” ตามข้อต่อผู้นี้หมายถึงกฎหมายในลำดับศักดิ์ใด หรือหมายถึงคำพิพากษาของศาลที่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย หรือกฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดจากการปฏิบัติกันมานานแล้ว และใช้บังคับอย่างแพร่หลายในท้องถิ่นหรือไม่ กรณีประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ที่บังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรควบคู่กับกฎหมายจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาก็ไม่ชัดเจนว่าจะถือกฎหมายใดเป็นหลัก หรือแม้แต่ระหว่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วยกันเองก็อาจมีผลบังคับใช้แก่ปัจเจกชนแตกต่างกัน เช่นประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นเพียงกฎหมายต้นแบบที่ มลรัฐต่างๆ อาจรับเอาแนวทางไปบัญญัติเป็นกฎหมายมลรัฐอีกทอดหนึ่งเท่านั้น มิใช่กฎหมายที่มีผลบังคับใช้แก่ปัจเจกชนโดยตรง เป็นต้น ฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรบัญญัติข้อต่อผู้ไว้โดยใช้คำว่า “กฎหมายต่างประเทศ” เพียงอย่างเดียว ไม่ต้องระบุว่า เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามแนวทางของอนุสัญญาของ OECD เพื่อเป็นการคำนึงถึงความหลากหลายของโครงสร้างระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ และเปิดช่องให้ศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานเกี่ยวกับเนื้อหาของสาระของกฎหมายต่างประเทศได้อย่างกว้างขวางตามความเป็นจริง

¹¹⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.8

เมื่อการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญาและความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมของต่างประเทศโดยสภาพ การบัญญัติให้อาชญากรรมดังกล่าวเป็นความผิดอาญาในกฎหมายไทยจึงควรต้องคำนึงถึงโอกาสที่ประเทศต่างๆ จะมีกฎหมายอาญาแตกต่างกันนั้นด้วย ซึ่งหากกฎหมายดังกล่าวไม่คุ้มครองการจูงใจเจ้าพนักงานหรือผู้ใช้อำนาจรัฐของตน การให้สินบนดังกล่าวก็ไม่ควรอยู่ในขอบเขตบังคับใช้ในความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรบัญญัติข้อต่อสู้อุกรณ์มี “กฎหมายต่างประเทศอนุญาตให้มีการให้สินบนเพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรัฐ” เพื่อคำนึงถึงความหลากหลายของกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ตามแนวทางของกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ข้างต้น

(2) ข้อต่อสู้อุกรณ์การจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริตตามแนวทางของกฎหมาย FCPA

จากการเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.8 พบว่า กฎหมาย FCPA บัญญัติข้อต่อสู้อุกรณ์การจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริตไว้นอกเหนือไปจากข้อต่อสู้อุกรณ์ตามแนวทางของอนุสัญญาของ OECD¹¹⁹ จึงมีปัญหาคือต้องพิจารณาว่า ประเทศไทยจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายก่อตั้งข้อต่อสู้อุกรณ์เรื่องการจ่ายเงินโดยสุจริตและโดยสมเหตุสมผลไว้ในระบบกฎหมายไทยด้วยหรือไม่ พิจารณาดังนี้

ในการบัญญัติกฎหมาย FCPA ข้อต่อสู้อุกรณ์สำหรับการจ่ายเงินอย่างสมเหตุสมผลและโดยสุจริตเกิดขึ้นจากปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนของบทบัญญัติความผิดตามกฎหมาย ที่ทั้งผู้ปฏิบัติตามกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมายยังไม่สามารถแบ่งแยก “การกระทำที่เป็นความผิดกฎหมาย” ออกจาก “ค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขาย” (Promotional Expenditure) อันชอบด้วยกฎหมายได้อย่างชัดเจนแน่นอน* การใช้จ่ายเงินในการแข่งขันกันประกอบธุรกิจตามปกติของภาคธุรกิจเอกชนจึงเสี่ยงที่จะต้องมีความรับผิดทางอาญา และเกิดความลังเลในการประกอบธุรกิจ ยิ่งไปกว่านั้น นักธุรกิจเอกชนอาจเข้าใจผิดว่าการกระทำบางอย่างถูกหรือผิดกฎหมายไปเสียก็ได้¹²⁰

การบัญญัติข้อต่อสู้อุกรณ์สำหรับกรณีการจ่ายเงินอย่างสมเหตุสมผลและโดยสุจริตตามแนวคิดของกฎหมาย FCPA เป็นผลดีต่อการส่งเสริมการปฏิบัติและการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ สรุปลักษณะสำคัญข้อต่อสู้อุกรณ์ดังกล่าวได้อย่างน้อย 2 ประการ ดังนี้

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน.

* ค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขาย (Promotional Expenditure) คือ บรรดาค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบการกิจการจะต้องจ่ายเพื่อสร้างความเชื่อมั่นหรือจูงใจลูกค้ารายสำคัญของตน เพื่อเอาชนะคู่แข่งในการประกอบธุรกิจ เมื่อนักธุรกิจแข่งขันกันประกอบธุรกิจในตลาดมากขึ้น จำนวนค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขายจะเพิ่มขึ้นด้วย กรณีที่กฎหมาย FCPA ไม่มีหลักเกณฑ์พิจารณาขอบเขตของการกระทำอันเป็นความผิดที่ชัดเจน ค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขายที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวจึงมีแนวโน้มหรือเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามกฎหมาย FCPA เพิ่มขึ้นเช่นกัน อ้างอิงจาก Shingler, E. S., "The Foreign Corrupt Practices Act: A New Approach to the Reasonable and Bona Fide Expenditure Defense", *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 7(Spring 2013): 537-562.

¹²⁰ Ibid.

(1) การบัญญัติข้อต่อสู่สำหรับการจ่ายเงินอย่างสมเหตุสมผลและโดยสุจริตช่วยให้ทั้งผู้บังคับใช้กฎหมายและผู้ปฏิบัติตามกฎหมายสามารถจำแนกการกระทำอันเป็นความผิดออกจากการกระทำอันชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมาย FCPA ได้อย่างชัดเจนมากขึ้น¹²¹ เพราะการบัญญัติถึงการอันสามารถกระทำได้โดยถูกกฎหมายอย่างชัดเจนเป็นการสร้างหลักเกณฑ์แบ่งแยกขอบเขตของการกระทำอันผิดกฎหมายเพิ่มขึ้นด้วย¹²² โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่มีการจับกุมดำเนินคดีในข้อหาความผิดตามกฎหมาย FCPA ของสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่มีกฤษฎีกลงโดยใช้วิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาล ศาลแห่งสหรัฐอเมริกาจึงแทบจะไม่มีโอกาสได้สร้างบรรทัดฐานการบังคับใช้กฎหมาย FCPA ที่จะเป็นประโยชน์สำหรับการบังคับใช้กฎหมายในอนาคตได้เลย การตีความและบังคับใช้กฎหมาย FCPA จึงขาดบรรทัดฐานคำพิพากษาเป็นหลักที่แน่นอน การตีความและการบังคับใช้กฎหมายต้องขึ้นอยู่กับความคิดเห็นของนักกฎหมายหรือผู้ประกอบการแต่ละกลุ่มซึ่งอาจแตกต่างกัน*

(2) สืบเนื่องจาก (1) ข้างต้น การมีหลักเกณฑ์สำหรับจำแนกการกระทำอันเป็นความผิดกฎหมายเพิ่มขึ้นทำให้ผู้ประกอบการสามารถรู้ ประเมินและวางแผนการใช้จ่ายเงินในการประกอบธุรกิจ รวมถึงหลีกเลี่ยงการกระทำอันอาจเป็นความผิดตามกฎหมายได้ดีขึ้น ส่งผลให้ผู้ประกอบการสามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้ง่ายขึ้น และเสียค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการปรึกษาปัญหากฎหมายว่าการกระทำลักษณะใดที่ “เป็น” หรือ “ไม่เป็น” ความผิดตามกฎหมายลดลง และจึงส่งผลให้รัฐเสียงบประมาณในการบังคับใช้กฎหมายในส่วนนี้น้อยลงด้วยเช่นกัน จึงอาจกล่าวได้ว่า การบัญญัติข้อต่อสู่สำหรับการจ่ายเงินอย่างสมเหตุสมผลและโดยสุจริตทำให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายเพิ่มขึ้น ลดต้นทุนในการประกอบธุรกิจของภาคเอกชน และลดต้นทุนในการบังคับใช้กฎหมายของภาครัฐ

เมื่อการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริตตามกฎหมาย FCPA มิใช่การให้สินบนโดยสภาพ รัฐจึงไม่อาจจับกุมดำเนินคดีการจ่ายเงินตามข้อต่อสู่ดังกล่าวตามกฎหมายได้อยู่แล้ว แต่การบัญญัติข้อต่อสู่นี้ไว้อย่างชัดเจนมีประโยชน์อย่างยิ่งต่อการแบ่งแยกให้ขอบเขตที่ชัดเจนของการกระทำอันผิดกฎหมายกับการกระทำอันชอบด้วยกฎหมาย และนำไปสู่การส่งเสริมการปฏิบัติตามกฎหมายของภาคธุรกิจเอกชน ลดต้นทุนในการประกอบธุรกิจและการบังคับใช้กฎหมายของภาครัฐ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรบัญญัติข้อต่อสู่สำหรับกรณีการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดย

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid.

* การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐาน (Standard-based Approach) สำหรับการจำแนกการกระทำอันเป็นความผิดตามกฎหมายจากเพียงด้านเดียวเท่านั้น กล่าวคือ การใดมีลักษณะครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายกำหนด การนั้นก็มีความผิดตามกฎหมาย แต่ไม่ระบุถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง จึงไม่ชัดเจนว่าการกระทำอย่างใดที่ถูกกฎหมาย การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้เพียงอย่างเดียวจึงไม่มีหลักเกณฑ์การพิจารณา “การกระทำอันเป็นความผิด” ที่ชัดเจนเพียงพอ นักธุรกิจเอกชนไม่อาจทราบได้อย่างแน่นอนว่าการใช้จ่ายเงินตามปกติในการประกอบธุรกิจของตนลักษณะใดบ้างที่จะผิดหรือไม่ผิดกฎหมาย FCPA การกำหนดข้อต่อสู่สำหรับการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริตจึงเป็นการเพิ่มหลักเกณฑ์การจำแนกการกระทำอันเป็นความผิดชัดเจนและเฉพาะเจาะจงมากขึ้น (Rule-based Approach) จากหลักเกณฑ์ทั่วไปข้างต้น อ้างอิงจาก ibid.

สุจริตไว้โดยเฉพาะสำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบความผิดระหว่างประเทศที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ด้วยตามแนวคิดของกฎหมาย FCPA

อีกประการหนึ่ง ผู้เขียนเสนอว่าประเทศไทยควรบัญญัติหลักเกณฑ์ หรือแนวทางการพิจารณาขอบเขตของข้อต่อสู้ข้างต้นนี้ไว้ด้วย เพราะจากข้อพิจารณากฎหมาย FCPA ประเด็นนี้พบว่าในปัจจุบันนักวิชาการกฎหมาย FCPA เองยังเสนอให้มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์แนวทางดังกล่าวด้วย เพราะการจ่ายเงินตามข้อต่อสู้นี้เกี่ยวข้องกับ การดำเนินธุรกิจตามธรรมดาของบริษัทข้ามชาติทั้งสิ้น¹²³ โดยผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นการลดปัญหาความไม่ชัดเจนของกฎหมาย และเพิ่มความคล่องตัวในการประกอบธุรกิจ เนื่องจากผู้ประกอบการไม่ต้องส่งข้อสงสัยไปหาคำตอบจากภาครัฐว่า การจ่ายเงินของตนเข้ากรณีข้อยกเว้นเป็นการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริตหรือไม่เสียก่อนที่จะมีการดำเนินการอื่นๆ ต่อไปเหมือนอย่างกรณีกฎหมาย FCPA ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวอาจใช้เวลานาน

7.3 ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา

การวิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดโทษทางอาญาในส่วนนี้จะแยกพิจารณาออกเป็น 3 ประเด็นหลักคือ กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาในหัวข้อที่ 7.3.1 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลในหัวข้อที่ 7.3.2 และประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดโทษริบทรัพย์สินในหัวข้อที่ 7.3.3

7.3.1 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องกำหนดความรับผิดและโทษทางอาญาสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายภายในที่มีประสิทธิภาพ (Effective) ได้สัดส่วน (Proportionate) และมีผลใช้เชิงยับยั้งอาชญากรรม (Dissuasive) ซึ่งเทียบเท่าได้กับโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับเจ้าพนักงานของรัฐของตน รวมถึงต้องกำหนดโทษจำคุกเสรีภาพสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาที่เพียงพอสำหรับการใช้เป็นเงื่อนไขแห่งการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือการขอความร่วมมือเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในต่างประเทศด้วย¹²⁴

จากการเปรียบเทียบแนวการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.3.1 พบว่า กฎหมาย FCPA กฎหมาย UKBA และกฎหมาย PCA กำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ลักษณะเดียวกันคือ ทุกประเทศกำหนดใช้โทษทางอาญา 2 สถานเป็นหลัก ได้แก่ (1) โทษจำคุก (Imprisonment) ในฐานะที่เป็นโทษจำคุกเสรีภาพที่ต้องกำหนดไว้สำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาตามแนวทางของอนุสัญญาของ OECD แล้ว กับ (2) โทษปรับ (Fine) ทั้งนี้ หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการบังคับใช้โทษเหล่านี้ย่อมเป็นไปตามระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ¹²⁵

¹²³ โปรดดูหัวข้อที่ 6.2.8

¹²⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.2

¹²⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 6.3.1

ในระบบกฎหมายไทย กฎหมายอาญาจะกำหนดสถานโทษสำหรับบุคคลธรรมดาซึ่งกระทำความผิดอาญาฐานต่างๆ รวมถึงความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 โดยใช้ “โทษจำคุก” และ “โทษปรับ” เป็นหลัก¹²⁶ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยต้องกำหนดบทลงโทษทางอาญาหลักสำหรับ “บุคคลธรรมดา” ผู้กระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามแนวทางปกติดังกล่าวด้วย เช่นอาจบัญญัติให้บุคคล “ต้องระวางโทษจำคุก” เป็นช่วงระยะเวลาหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด หรือ “ปรับ” ตามอัตราที่กฎหมายกำหนด “หรือทั้งจำทั้งปรับ” เป็นต้น

การกำหนดอัตราโทษสำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยบุคคลธรรมดามีข้อควรคำนึงถึงดังนี้

(1) แม้ประเทศไทยต้องกำหนดบทลงโทษที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้งอาชญากรรมความผิดตามแนวทางของอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC แต่การกำหนดอัตราโทษสำหรับความผิดฐานใหม่ดังกล่าวต้องคำนึงถึงอัตราระวางโทษอาญาของความผิดฐานอื่นเทียบเคียงประกอบกัน เพื่อมิให้เกิดความไม่เหมาะสม หรือความลักลั่นว่าความผิดฐานใดควรกำหนดโทษรุนแรงมากน้อยกว่ากัน

(2) ตามอนุสัญญาของ OECD รัฐภาคีต้องกำหนดบทลงโทษสำหรับความผิดฐานให้สินบนใหม่ที่อาจเทียบได้กับโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมด้วย¹²⁷ ประเทศไทยจึงควรกำหนดอัตรา “โทษจำคุก” ที่เทียบเท่าหรือสูงกว่าอัตราโทษจำคุก “ไม่ต่ำกว่า 5 ปี” ซึ่งเป็นอัตราโทษที่เทียบเท่ากับโทษของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐในประมวลกฎหมายอาญา ส่วนกรณีโทษปรับ ประเทศไทยควรกำหนดอัตราโทษปรับอย่างเหมาะสมตามสภาพเศรษฐกิจสังคมในปัจจุบัน เพื่อให้โทษปรับมีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้งอาชญากรรมความผิดอย่างแท้จริง¹²⁸

(3) สำหรับการกำหนดโทษจำคุกเสรีภาพซึ่งอนุสัญญาของ OECD กำหนดว่า รัฐภาคีต้องกำหนดโทษจำคุกเสรีภาพที่เพียงพอต่อการใช้เป็นเงื่อนไขสำหรับการขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือความร่วมมืออื่นๆ เกี่ยวกับคดีอาญาระหว่างประเทศ ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือการให้ความร่วมมือทางคดีอาญาบัญญัติไว้ในกฎหมาย 3 ฉบับ ดังนี้

(3.1) กรณีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 มาตรา 7 กำหนดเงื่อนไขการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้ประการหนึ่งว่า ความผิดที่อาจขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต้องมีกำหนดโทษจำคุกขั้นสูงสุดไม่ต่ำกว่า 1 ปีขึ้นไป โดยไม่คำนึงว่าโทษในกฎหมาย

¹²⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.2

¹²⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.2

¹²⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.2

ของประเทศที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนต้องเท่ากัน หรือมีชื่อเรียกฐานความผิดเหมือนกัน¹²⁹ เว้นแต่มีความตกลงระหว่างประเทศกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹³⁰

(3.2) กรณีการให้ความช่วยเหลือในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการสืบสวนสอบสวน ฟ้องคดี ริบทรัพย์สิน และการดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 9(2) กำหนดเพียงว่า การกระทำซึ่งเป็นมูลกรณีของความช่วยเหลือนั้นเป็นความผิดที่มีโทษฐานใดฐานหนึ่งตามกฎหมายไทยเท่านั้น โดยไม่กำหนดอัตราโทษจำคุกอันเป็นเงื่อนไขของการร้องขอความช่วยเหลือดังกล่าวไว้อีก กฎหมายฉบับนี้จึงไม่มีกำหนดเงื่อนไขอัตราโทษจำคุกสำหรับความผิดอันเป็นเงื่อนไขในการแลกเปลี่ยนความช่วยเหลือเกี่ยวกับคดีอาญาไว้เลย

(3.3) กรณีการโอนตัวนักโทษ พระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา พ.ศ. 2517 มาตรา 25(3) กำหนดเงื่อนไขสำหรับการดำเนินการโอนตัวนักโทษไว้ประการหนึ่งว่า โทษจำคุกที่นักโทษจะรับโทษต่อต้องไม่น้อยกว่า 1 ปีจึงจะสามารถโอนตัวนักโทษได้

ฉะนั้น ประเทศไทยจึงต้องกำหนดอัตราโทษจำกัดเสรีภาพหรือ “โทษจำคุก” สำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศให้มีอัตราโทษขั้นสูงสุดไม่ต่ำกว่า 1 ปี เพื่อประโยชน์ในการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน หรือโอนตัวนักโทษในอนาคตตามเงื่อนไขกฎหมายภายในของไทยด้วยจึงจะสอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ

7.3.2 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล

ระบบกฎหมายไทยยอมรับว่า นิติบุคคลมีความรับผิดชอบและต้องรับโทษทางอาญาได้เหมือนบุคคลธรรมดา แม้นิติบุคคลไม่สามารถมี “การกระทำ” หรือ “เจตนา” ได้เองโดยสภาพ* เพียงแต่อาจมีเงื่อนไขการก่อตั้งความรับผิดชอบประการ และอาจบังคับโทษทางอาญาได้เท่าที่สภาพของนิติบุคคล

¹²⁹ พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551, มาตรา 7 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“ความผิดที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต้องเป็นความผิดอาญาซึ่งกฎหมายของประเทศผู้ร้องขอและกฎหมายไทยกำหนดให้เป็นความผิดอาญาซึ่งมีโทษประหารชีวิตหรือมีโทษจำคุกหรือโทษจำกัดเสรีภาพในรูปแบบอื่นตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีความผิดที่ได้กำหนดไว้ในหมวดเดียวกัน หรือเรียกชื่อความผิดเป็นอย่างเดียวกันของทั้งสองประเทศหรือไม่ก็ตาม”

¹³⁰ สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร และพรชัย ดำเนินวิวัฒน์, กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2555), หน้า 76-78.

* ฝ่ายที่เห็นว่านิติบุคคลสามารถมีความรับผิดชอบอาญาได้โดยถือว่า นิติบุคคลอาจมีการกระทำและการแสดงเจตนาได้โดยผ่านบุคคลธรรมดาซึ่งกระทำการแทนนิติบุคคลตามความสัมพันธ์ระหว่าง “นิติบุคคล” กับ “ผู้แทนนิติบุคคล” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นว่านิติบุคคลไม่อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ เพราะสภาพของนิติบุคคลไม่สามารถมี “การกระทำ” และ “เจตนา” อันเป็นองค์ประกอบความผิดอาญาได้การยอมรับให้นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาได้จึงขัดต่อหลักความรับผิดชอบอาญาอย่างชัดเจน อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันกฎหมายไทยยังจึงไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปในการก่อตั้งความรับผิดชอบของนิติบุคคลบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้ง การบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาแก่การกระทำความผิดโดยนิติบุคคลไทยจึงเกิดจากการตีความและบังคับใช้กฎหมายของศาลเป็นหลัก ทั้งๆ ที่ตามหลักนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์ คำพิพากษาของศาลมิใช่กฎหมายที่ผูกพันให้ศาลอื่นต้องวินิจฉัยตาม แต่เป็นตัวอย่างของการบังคับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ หรือหากจะพิจารณาว่าเป็นตัวอย่างของการบังคับใช้กฎหมาย แต่ก็มีใช้การวินิจฉัยความรับผิดชอบของนิติบุคคลในกรณีความผิดฐานให้สินบนโดยตรงเช่นกัน โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.1(ก)(1)

จะเปิดช่องไว้ได้เท่านั้น* แม้ระบบกฎหมายไทยมิได้บัญญัติหลักเกณฑ์การก่อดังความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลไว้ชัดเจน แต่ศาลไทยพิจารณาว่านิติบุคคลสามารถมีการกระทำและเจตนาในการกระทำความผิดอาญาได้โดยการแสดงเจตนาของ “ผู้แทนนิติบุคคล” ตามกฎหมายแพ่ง¹³¹ ภายใต้เงื่อนไขว่าผู้แทนนิติบุคคลนั้นต้องแสดงเจตนาภายในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล และในขอบแห่งอำนาจหน้าที่ของตน ตลอดจนต้องเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลนั้นด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 787-788/2506 (ประชุมใหญ่) ซึ่งวินิจฉัยความรับผิดของนิติบุคคลกรณีความผิดฐานปลอมและเลียนเครื่องหมายการค้า)¹³²

เมื่อความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลในกฎหมายไทยมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการแสดงเจตนาของผู้แทนนิติบุคคลอย่างมาก ในส่วนนี้จึงต้องแบ่งแยกการวิเคราะห์แนวทางการกำหนดโทษอาญาเกี่ยวกับนิติบุคคลเป็น 2 ส่วนคือ (1) การวิเคราะห์แนวทางการกำหนดบทลงโทษสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็น “นิติบุคคล” กับ (2) การวิเคราะห์แนวทางการกำหนดบทลงโทษสำหรับบุคคลธรรมดาที่มีฐานะเป็น “ผู้แทนนิติบุคคล” ดังนี้

(1) การวิเคราะห์แนวทางการกำหนดความรับผิดและโทษทางอาญาสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อระบบกฎหมายไทยยอมรับให้นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดทางอาญาได้ ประเทศไทยต้องกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่เป็น “นิติบุคคล” ไว้โดยเฉพาะ แยกออกจากโทษของบุคคลธรรมดา โดยรัฐต้องกำหนดบทลงโทษที่มีประสิทธิภาพ (Effective) ได้สัดส่วน (Proportionate) และมีผลใช้เชิงยับยั้งอาชญากรรม (Dissuasive)¹³³

จากการเปรียบเทียบแนวการบัญญัติบทลงโทษทางอาญาในหัวข้อที่ 6.3.2 พบว่า แม้กฎหมายของต่างประเทศประเทศทุกแห่งที่ใช้เป็นต้นแบบการศึกษาจะยอมรับให้นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดและต้องรับโทษอาญาได้เหมือนกันทั้งหมด แต่มีเฉพาะกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA เท่านั้นที่กำหนดบทลงโทษสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็น “นิติบุคคล” แยกจากโทษของบุคคลธรรมดาอย่างชัดเจน โดยกำหนดใช้ “โทษปรับ” (Fine) เป็นหลักเพียงสถานเดียว¹³⁴

ในระบบกฎหมายไทย นอกจากประมวลกฎหมายอาญาแล้ว¹³⁵ ประเทศไทยมีกฎหมายที่กำหนดโทษอาญาสำหรับนิติบุคคลโดยเฉพาะอีกหลายฉบับซึ่งกำหนดใช้ “โทษปรับ” เพื่อลงโทษนิติ

* มีข้อสังเกตว่า ประเทศไทยยอมรับให้นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดตามกฎหมายอาญามาได้ตั้งแต่ช่วงเวลาที่มีการบังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แล้ว โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.1(ก)(1)

¹³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 บัญญัติว่า

“นิติบุคคลต้องมีผู้แทนคนหนึ่งหรือหลายคน ทั้งนี้ตามที่กฎหมายข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้งจะได้อำนาจไว้ ความประสงค์ของนิติบุคคลย่อมแสดงออกโดยผู้แทนของนิติบุคคล”

¹³² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา, หน้า 102.

¹³³ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.2

¹³⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 6.3.2

¹³⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.2

บุคคลเป็นหลักเช่นเดียวกับกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA* ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยต้องกำหนดใช้โทษปรับเป็นหลักสำหรับนิติบุคคลที่กระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

ส่วนการกำหนดอัตราโทษสำหรับการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยนิติบุคคล มีข้อควรคำนึงถึงดังนี้

(1) ประเทศไทยต้องกำหนดบทลงโทษปรับสำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้งอาชญากรรม โดยคำนึงถึงอัตราโทษในความผิดฐานอื่น เพื่อมิให้เกิดความไม่เหมาะสม หรือความลักลั่นย้อนแย้งว่าความผิดฐานใดควรกำหนดโทษรุนแรงมากน้อยกว่ากัน

(2) ตามแนวทางของอนุสัญญาของ OECD ประเทศไทยต้องกำหนดบทลงโทษอาญาสำหรับการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศซึ่งอาจเทียบได้กับโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับเจ้าพนักงานของรัฐของประเทศนั้นเองด้วย เมื่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 มิได้กำหนดบทลงโทษสำหรับกรณีนิติบุคคลที่กระทำความผิดไว้โดยเฉพาะ แนวทางการกำหนดอัตราระวางโทษในความผิดฐานดังกล่าวไม่ควรถูกนำมาใช้เปรียบเทียบในการกำหนดโทษแก่นิติบุคคลในกรณีนี้เหมือนอย่างกรณีบุคคลธรรมดาที่กล่าวไปแล้วในประเด็นที่ 7.3.1¹³⁶

(2) การวิเคราะห์แนวทางการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้แทนนิติบุคคล

การกระทำความผิดของนิติบุคคลมีความสัมพันธ์กับการแสดงเจตนาของผู้แทนนิติบุคคลอย่างมากดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น แต่โดยทั่วไป เมื่อกฎหมายลงโทษนิติบุคคลในฐานะที่เป็นผู้กระทำความผิดแล้ว กฎหมายจะไม่อาจลงโทษบุคคลธรรมดาที่เป็นผู้บริหารนิติบุคคลว่าเป็นผู้กระทำความผิดได้อีก ส่งผลให้การปราบปรามการกระทำทุจริตโดยนิติบุคคลจึงไม่เด็ดขาด ไม่เพียงพอ และไม่มีประสิทธิภาพ เพราะกฎหมายไม่สามารถบังคับใช้ไปถึงผู้บงการ ดำเนินงานและรับประโยชน์จากการกระทำความผิดที่แท้จริงได้¹³⁷ แนวคิดการกำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับบรรดาผู้บริหารนิติบุคคลจึงเกิดขึ้นเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมาย^{**} กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่านิติบุคคล

* ตัวอย่างบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะ เช่น (1) พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 247 บัญญัติว่า “บริษัทใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม...ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสามพันบาทตลอดเวลายังมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง” (2) พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 191 บัญญัติว่า “บริษัทใดไม่ปฏิบัติตาม... ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท (3) พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 มาตรา 51 บัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาต [หมายถึง ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานประเภทที่ 3] ผู้ใดไม่ปฏิบัติตาม... ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท” หรือ (4) พระราชบัญญัติกำหนดความผิดทางหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคมและมูลนิธิ พ.ศ. 2499 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน หรือห้างหุ้นส่วนจำกัดใดใช้ชื่อโดยไม่มีถ้อยคำตามที่กฎหมายกำหนดต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท และปรับอีกไม่เกินวันละห้าสิบบาท จนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง” เป็นต้น

¹³⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 7.1.2.1

¹³⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา, หน้า 114.

** “ผู้บริหารนิติบุคคล” (Executive of Juristic Person) ไม่ใช่ถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมาย แต่เป็นคำที่มีความหมายเชื่อมโยงและเป็นนัยยะอย่างเดียวกับผู้แทนนิติบุคคลและผู้ทำการแทนนิติบุคคลตามที่กำหนดไว้ในตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70

กระทำความผิดอาญา กฎหมายของประเทศต่างๆ มักกำหนดให้ผู้บริหารนิติบุคคลมีความรับผิดชอบด้วย ทั้งนี้ จากการเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.3.2 กฎหมาย FCPA กำหนดให้บุคคลธรรมดาที่เป็นพนักงาน (Officer) ผู้จัดการ (Director) ลูกจ้าง (Employee) หรือตัวแทน (Agent) ของนิติบุคคลที่กระทำความผิดต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายด้วย ไม่ว่าจะมีความผิดตามมาตรา 78dd-1 มาตรา 78dd-2 หรือมาตรา 78dd-3 ส่วนกฎหมาย UKBA กำหนดว่าเมื่อนิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ บุคคลธรรมดาซึ่งมีฐานะเป็น “พนักงานระดับสูง” หรือบุคคลผู้กระทำในอำนาจหน้าที่ของตนของนิติบุคคลนั้นต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายด้วยเมื่อได้ยินยอม (Consent) หรือช่วยเหลือรู้เห็นเป็นใจ (Connivance) ในการกระทำความผิดของนิติบุคคลดังกล่าวด้วย ในขณะที่กฎหมาย PCA ไม่มีบัญญัติประเด็นนี้ไว้ในเนื้อหา¹³⁸

ในกฎหมายไทย ด้วยเหตุที่การแสดงเจตนาของผู้แทนนิติบุคคลมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการกระทำความผิดของนิติบุคคล กฎหมายจึงมักกำหนดให้ “ผู้แทนนิติบุคคล” อาจมีความรับผิดชอบและต้องรับโทษทางอาญาได้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน หรือมีเช่นนั้นหากศาลวินิจฉัยให้นิติบุคคลมีความรับผิดชอบทางอาญาแล้ว ศาลก็มักพิพากษาลงโทษผู้แทนนิติบุคคลในฐานะที่เป็น “ตัวการ” ร่วมกระทำความผิดกับนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 ด้วยเสมอ* ในกรณีหลังนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง เพราะการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาฐานส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างมาก รัฐจึงควรบัญญัติความรับผิดชอบของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดโดยนิติบุคคลไว้อย่างชัดเจนและเฉพาะเจาะจง เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนมากกว่าการเปิดช่องให้ศาลปรับใช้บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วย “ตัวการ” เพื่อลงโทษผู้บริหารนิติบุคคลนั้น ยิ่งไปกว่านั้น ปัจจุบันมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555** วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เป็นกฎหมายที่ขัดแย้งต่อหลักสิทธิในกระบวนการ

และมาตรา 76 ในส่วนนี้ “ผู้บริหารนิติบุคคล” หมายถึง บุคคลผู้มีอำนาจกระทำการผูกพันนิติบุคคลตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งจะหมายถึงบุคคลที่มีสถานะโดยอ้อมพิจารณาตามรูปแบบของกิจการนิติบุคคลนั้นๆ เช่น กรณี “บริษัท” หมายถึง กรรมการบริษัท (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1144) หรือกรณี “ห้างหุ้นส่วนจำกัด” หมายถึง หุ้นส่วนผู้จัดการ เป็นต้น นอกจากนั้นยังอาจหมายถึงบุคคลผู้มีตำแหน่งหน้าที่ระดับบริหาร หรือมีอำนาจตัดสินใจในระดับหนึ่ง เพื่อให้การทำงานในความควบคุมของตนดำเนินต่อไปได้ เช่น ผู้จัดการฝ่ายขาย หัวหน้าแผนก เป็นต้น อ้างอิงจาก เรื่องเดียวกัน, หน้า 116.

¹³⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 6.3.2

* ศาลบังคับใช้กฎหมายอาญาแก่ผู้บริหารนิติบุคคลได้โดยอาศัยกฎหมายอาญาหลักทั่วไป โดยพิจารณาว่า ในการกระทำและการแสดงเจตนาของผู้แทนนิติบุคคล ผู้แทนนิติบุคคลนั้นมีฐานะเป็นนิติบุคคลเอง และฐานะส่วนตัวด้วย ศาลจึงอาจวินิจฉัยให้บุคคลทั้งสองกรณีนั้นเป็นตัวการร่วมกันในการกระทำความผิดอาญาได้ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 59/2507 คำพิพากษาฎีกาที่ 63/2517 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1965/2531) อ้างอิงจาก สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา, หน้า 120.

** สรุปสาระสำคัญของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ได้ดังนี้

สืบเนื่องจากคดีที่พนักงานอัยการยื่นฟ้องบริษัทเอเซีย เจมส์ จำกัด จำเลยที่ 1 และนายพิธาน เขียวหัดธ์พงษ์ จำเลยที่ 2 ต่อศาลจังหวัดบุรีรัมย์ ในฐานความผิดต่อพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 และศาลชั้นต้นได้พิพากษาว่าจำเลยทั้งสองมีความผิดตามกฎหมาย จำเลยที่ 1 ลงโทษปรับ 500,000 บาท จำเลยที่ 2 ลงโทษจำคุก 5 ปี ต่อมาศาลอุทธรณ์พิพากษายืน ในปัจจุบันคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา ต่อมาจำเลยที่ 2 ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกา ได้แย้งว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 ที่บัญญัติวางหลักว่า ในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคล ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง มาตรา 40(5) ประกอบมาตรา 30 โดยให้เหตุผลว่า ตนซึ่ง

ยุติธรรมที่บัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 อย่างชัดเจน¹³⁹ เพราะบทบัญญัติมาตราดังกล่าวกำหนดข้อสันนิษฐานให้บรรดากรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลต้องรับโทษทางอาญาด้วย เมื่อคดีนั้นมีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล โดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของบุคคลนั้นเสียก่อน เว้นแต่มีการพิสูจน์ว่าตนไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดของนิติบุคคล (Presumption of Guilty)¹⁴⁰ ดังนั้น แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะยังมีได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติทำนองเดียวกันในพระราชบัญญัติฉบับอื่นๆ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอีกหรือไม่ แต่ประเทศไทยก็ควรหลีกเลี่ยงการบัญญัติข้อสันนิษฐานตามกฎหมายลักษณะนี้ในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้บริหารนิติบุคคลด้วยในความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดปัญหากฎหมายชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญต่อไปในอนาคต¹⁴¹

จึงอาจสรุปได้ว่า นอกจากการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศให้สามารถบังคับใช้แก่การกระทำความผิดโดยนิติบุคคลแล้ว ประเทศไทยควรบัญญัติก่อตั้งความรับผิดชอบสำหรับผู้บริหารนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลดังกล่าวด้วย และควรหลีกเลี่ยงการบัญญัติกฎหมายสันนิษฐานให้ผู้แทนนิติบุคคลต้องรับผิดชอบไว้ก่อนโดยยังไม่มีมีการพิสูจน์ความผิดของบุคคล เพราะแนวทางดังกล่าวอาจขัดแย้งกับหลักสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ

เป็นจำเลยในคดีอาญาไม่ได้รับความคุ้มครองตามหลักสากลที่ว่า “ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์” รวมถึงการไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าวอย่างเสมอภาคกับจำเลยที่ 1

ศาลฎีกาวินิจฉัยโดยเสียงข้างมากกว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 เฉพาะส่วนมาตรา 45 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 54 วรรคสอง โดยให้เหตุผลว่าบทบัญญัตินี้ขัดต่อหลักพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมสากลซึ่งต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ซึ่งน่าจะพิสูจน์ว่ามีความผิด (Presumption of Innocent) ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง ซึ่งมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right) อีกทั้งยังเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ที่ช่วยประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศและระดับระหว่างประเทศ อ้างอิงจาก คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 เรื่อง พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง มาตรา 40(5) ประกอบมาตรา 30 หรือไม่ (เรื่องพิจารณาที่ 33/2553) วันที่ 28 มีนาคม 2555 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 97ก วันที่ 10 ตุลาคม 2555)

¹³⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 39 บัญญัติว่า

“บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด

ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”

¹⁴⁰ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น”

¹⁴¹ ณรงค์เดช สุโรษิต, “หมายเหตุท้ายคดีรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 เรื่อง พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่” [ออนไลน์] วันที่ 23 เมษายน พ.ศ. 2555. แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1713>

7.3.3 ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดโทษริบทรัพย์สิน

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยควรกำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษริบทรัพย์สินที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลใช้เชิงยับยั้งอาชญากรรม เพื่อให้รัฐสามารถริบบรรดาทรัพย์สินที่ได้ให้แก่กันเป็นสินบน หรือทรัพย์สินที่ได้รับมาจากการกระทำความผิด รวมถึงทรัพย์สินอุปกรณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้หรือจะได้ในทางการกระทำความผิด โดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินดังกล่าวจะถูกเปลี่ยนแปลง ดัดแปลง หรือถูกนำไปประกอบรวมกับทรัพย์สินที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วหรือไม่ หรือเป็นทรัพย์สินใหม่ที่ได้รับมาแทนทรัพย์สินอันอาจริบข้างต้น หรือมีเช่นนั้นต้องกำหนดบทลงโทษทางการเงินที่มีประสิทธิภาพเทียบเท่ากัน โดยไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริต¹⁴²

จากการเปรียบเทียบแนวการบัญญัติกฎหมายในหัวข้อที่ 6.3.3 พบว่า มีกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเพียงประเทศเดียวเท่านั้นที่กำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษริบทรัพย์สิน ในระบบการริบเฉพาะเจาะจงตัวทรัพย์สิน (Property-based Approach) เช่นเดียวกับประเทศไทย แต่มาตรการริบทรัพย์สินของสหรัฐอเมริกาสามารถใช้บังคับไปติดตามทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดได้กว้างขวางกว่าการริบทรัพย์สินตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญา เพราะการริบทรัพย์สินตามกฎหมายไทยไม่อาจบังคับหรือติดตามไปริบทรัพย์สินในกรณีต่างๆ ได้ดังนี้

(1) กรณีการติดตามไปริบบรรดาทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่ได้รับมาจากการกระทำความผิด ที่ได้ใช้ในการกระทำความผิด หรือที่ได้อำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด โดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินดังกล่าวได้ถูกนำไปประกอบรวมไว้กับทรัพย์สินที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วหรือไม่

(2) กรณีที่การริบทรัพย์สินอื่นที่ได้มาแทนทรัพย์สินที่อาจริบได้ตามกฎหมายข้างต้น (Substitute Property) และ

(3) ในกรณีที่รัฐไม่อาจริบทรัพย์สินได้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดๆ ศาลแห่งสหรัฐอเมริกาอาจมีคำสั่งให้จำเลยจ่ายเงิน (Money Judgment) ตามมูลทรัพย์สินที่ไม่อาจริบได้ดังกล่าวแทนได้เช่นกัน

จึงเห็นได้ว่า กฎหมายริบทรัพย์สินของสหรัฐอเมริกามีขอบเขตบังคับใช้อย่างกว้างขวางและมีประสิทธิภาพ ตลอดสอดคล้องตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำในการกำหนดโทษริบทรัพย์สินเกี่ยวกับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศด้วย แตกต่างจากโทษริบทรัพย์สินในกฎหมายไทยที่ยังมีข้อบกพร่องหลายประการ ซึ่งหากกฎหมายมิได้กำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษริบทรัพย์สินสำหรับความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ มาตรการลงโทษริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญานี้ย่อมมีผลใช้บังคับแก่ความผิดฐานดังกล่าวด้วย และความบกพร่องของมาตรการริบทรัพย์สินนั้นย่อมบั่นทอนประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย

¹⁴² โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.2

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์การบังคับใช้โทษริบทรัพย์สินของไทยมิได้มีอยู่แต่เพียงหลักเกณฑ์ทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น ประเทศไทยยังมีบทบัญญัติมาตรการลงโทษริบทรัพย์สินทางอาญาตามกฎหมายเฉพาะซึ่งมีขอบเขตบังคับใช้อย่างกว้างขวางกว่าหลักเกณฑ์ทั่วไป ได้แก่ มาตรการลงโทษริบทรัพย์สินทางอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตาม “พระราชบัญญัติมาตรการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534”

มาตรการลงโทษริบทรัพย์สินทางอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดกำหนดหลักเกณฑ์การริบทรัพย์สินที่ให้อำนาจรัฐสามารถติดตามไปริบบรรดาเงินหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดทั้งหมด ไม่ว่าจะทรัพย์สินดังกล่าวถูกซื้อขาย หรือถูกกระทำไม่ว่าด้วยประการใดๆ ให้เปลี่ยนสภาพไปจากเดิมไปกี่ครั้ง และไม่ว่าเงินหรือทรัพย์สินนั้นจะอยู่ในความครอบครองของผู้อื่น ถูกโอนไปเป็นหรือปรากฏตามหลักฐานทางทะเบียนว่าเป็นของผู้อื่นก็ตาม¹⁴³ เว้นแต่เงินหรือทรัพย์สินดังกล่าวนั้นจะเป็นของบุคคลภายนอกซึ่งสามารถแสดงให้ศาลเห็นว่า (1) ตนเป็นเจ้าของที่แท้จริง และทรัพย์สินนั้นไม่ได้เกี่ยวเนื่องการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือ (2) ตนเป็นผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์ และได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน หรือได้มาตามสมควรในทางศีลธรรมอันดีหรือในทางกุศลสาธารณะ เท่านั้น¹⁴⁴

โทษริบทรัพย์สินในประมวลกฎหมายอาญายังมีข้อบกพร่องหลายประการ ไม่สามารถใช้บังคับในความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพตามแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษริบทรัพย์สินอันไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ การริบทรัพย์สินเกี่ยวกับความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่บัญญัติขึ้นใหม่ก็ต้องบังคับตามหลักเกณฑ์การริบทรัพย์สินอันบกพร่องเช่นว่าด้วยเช่นกัน ฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรบัญญัติหลักเกณฑ์การลงโทษริบทรัพย์สำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะเจาะจง โดยในเบื้องต้นอาจใช้ต้นแบบแนวทางการบัญญัติกฎหมายจากหลักเกณฑ์การลงโทษริบทรัพย์สำหรับคดียาเสพติด เพื่อกำหนดบทลงโทษริบทรัพย์สินที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้งป้องกันอาชญากรรม

¹⁴³ พระราชบัญญัติมาตรการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 3 บัญญัติว่า

“... “ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด” หมายความว่า เงินหรือทรัพย์สินที่ได้รับมาเนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด และให้หมายความรวมถึงเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาโดยการใช้เงินหรือทรัพย์สินดังกล่าวซื้อหรือกระทำไม่ว่าด้วยประการใดๆ ให้เงินหรือทรัพย์สินนั้นเปลี่ยนสภาพไปจากเดิม ไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนสภาพกี่ครั้ง และไม่ว่าเงินหรือทรัพย์สินนั้นจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่น โอนไปเป็นของบุคคลอื่น หรือปรากฏตามหลักฐานทางทะเบียนว่าเป็นของบุคคลอื่นก็ตาม...”

¹⁴⁴ พระราชบัญญัติมาตรการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 29 บัญญัติว่า

“บรรดาทรัพย์สินซึ่งพนักงานอัยการได้ยื่นร้องต่อศาลตามมาตรา 27 วรรคหนึ่งนั้น ให้ศาลไต่สวน หากคดีมีมูลว่าเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ให้ศาลสั่งริบทรัพย์สินนั้น เว้นแต่บุคคลซึ่งอ้างว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ยื่นคำร้องขอคืนก่อนคดีถึงที่สุดและแสดงให้ศาลเห็นว่า

(1) ตนเป็นเจ้าของที่แท้จริง และทรัพย์สินนั้นไม่ได้เกี่ยวเนื่องการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือ

(2) ตนเป็นผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์ และได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน หรือได้มาตามสมควรในทางศีลธรรมอันดีหรือในทางกุศลสาธารณะ ...”

7.4 ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาล

การวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติกฎหมายก่อดังเขตอำนาจลงโทษของศาลในส่วนนี้จึงจะแยกพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็น คือ กรณีการกระทำความผิดในดินแดนของรัฐในหัวข้อที่ 7.4.1 และกรณีการกระทำความผิดนอกดินแดนของรัฐในหัวข้อที่ 7.4.2 ดังนี้

7.4.1 กรณีการกระทำความผิดในดินแดนของรัฐ

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องบัญญัติกฎหมายก่อดังเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดฐานใหม่ดังกล่าวที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐตามหลักดินแดน (Territorial Jurisdiction)¹⁴⁵ นอกจากนี้ อนุสัญญา UNCAC กำหนดให้รัฐภาคีต้องก่อดังเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดในเรื่องซึ่งแสดงธงของรัฐ และอากาศยานซึ่งจดทะเบียนตามกฎหมายของรัฐด้วย

โดยทั่วไป ศาลของประเทศต่างๆ ย่อมมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดตามกฎหมายที่เกิดขึ้นในดินแดนอธิปไตยของรัฐอย่างสมบูรณ์ตามหลักดินแดนภายใต้หลักเกณฑ์ในระบบกฎหมายภายใน ดังที่เห็นตัวอย่างได้จากการเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศในหัวข้อที่ 6.4.1 ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ศาลของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์มีเขตอำนาจลงโทษการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในดินแดนสอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว¹⁴⁶

กรณีประเทศไทย เมื่อประเทศไทยบัญญัติให้การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดและมีโทษตามกฎหมายอาญาแล้ว โดยทั่วไปศาลไทยย่อมมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทย หรือที่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดในราชอาณาจักรไทยตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 ถึงมาตรา 6 ได้เช่นเดียวกับการกระทำความผิดอาญารฐานอื่นๆ¹⁴⁷ สรุปได้ดังนี้

(1) กรณีบุคคลกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในราชอาณาจักร และผลของการกระทำเกิดขึ้นในราชอาณาจักร ผู้กระทำความผิดดังกล่าวต้องรับโทษตามกฎหมายไทย ศาลไทยจึงมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคหนึ่ง¹⁴⁸

(2) กรณีบุคคลกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดในราชอาณาจักร หรือผลของการกระทำเกิดในราชอาณาจักรโดยผู้กระทำประสงค์ให้ผลนั้นเกิดในราชอาณาจักร หรือโดยลักษณะแห่งการกระทำผลที่เกิดขึ้นควรเกิดในราชอาณาจักร หรือย่อมจะเล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดในราชอาณาจักร ถือว่า

¹⁴⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.3.

¹⁴⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 6.4.1

¹⁴⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.3

¹⁴⁸ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 4 วรรคหนึ่ง

เป็นการกระทำความผิดในราชอาณาจักร ศาลไทยจึงมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 5 วรรคหนึ่ง¹⁴⁹ ส่วนการพยายามกระทำความผิดฐานให้สินบนดังกล่าวนอกราชอาณาจักร ซึ่งหากได้มีการกระทำไปตลอดจนถึงขั้นเป็นความผิดสำเร็จ ผลจะเกิดขึ้นในราชอาณาจักร ประมวลกฎหมายอาญา ถือว่าเป็นการกระทำความผิดในราชอาณาจักร ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษตามกฎหมาย ศาลไทยจึงมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวได้เช่นกันตามมาตรา 5 วรรคสอง¹⁵⁰

(3) กรณีบุคคลกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ให้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดในราชอาณาจักร ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษตามกฎหมาย ศาลไทยจึงมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง¹⁵¹

(4) กรณีบุคคลกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในราชอาณาจักร หรือที่กฎหมายถือว่าเป็นการกระทำความผิดในราชอาณาจักร หากการกระทำของบุคคลผู้เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนกระทำลงในต่างประเทศ ถือว่าเป็นการกระทำนอกราชอาณาจักรดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดในราชอาณาจักร ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษตามกฎหมาย ศาลไทยมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 6 เช่นกัน¹⁵²

จึงชัดเจนว่า กฎหมายไทยกำหนดหลักทั่วไปว่าด้วยเขตอำนาจการลงโทษการกระทำความผิดในราชอาณาจักรไว้อย่างกว้างขวางสอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศข้างต้นแล้ว ประเทศไทยจึงไม่ต้องบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดฐานดังกล่าวในราชอาณาจักรไว้โดยเฉพาะ หรือต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจลงโทษของศาลตามหลักดินแดนนี้อีก

7.4.2 กรณีการกระทำความผิดนอกดินแดนของรัฐ

จากหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจรัฐลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดนอกดินแดนที่กระทำลงโทษบุคคลของตนตาม “หลักสัญชาติ” (Nationality Principle)¹⁵³

จากการเปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติกฎหมายกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลในหัวข้อที่ 6.4.2 พบว่า กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA เท่านั้นที่กำหนดให้ศาลของตนมีเขตอำนาจ

¹⁴⁹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 5 วรรคหนึ่ง

¹⁵⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 5 วรรคสอง

¹⁵¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 4 วรรคสอง

¹⁵² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 6

¹⁵³ โปรดดูหัวข้อที่ 4.3.3

ลงโทษการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ หรือความผิดฐานอื่นที่อาจบังคับใช้แก่อาชญากรรมดังกล่าวตามหลักสัญชาติอาจสอดคล้องกับแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว โดยกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดโดย “บุคคลธรรมดา” ผู้ถือสัญชาติ (National) ของประเทศตน กับ “นิติบุคคล” ที่จดทะเบียนตามกฎหมายของรัฐ¹⁵⁴ และจากข้อวิจารณ์และตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายของทั้งสองประเทศยังแสดงให้เห็นว่า ประเด็นการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดนอกดินแดนนี้มีผลต่อขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายอย่างมาก ซึ่งหากมีการบัญญัติเขตอำนาจลงโทษนี้ไว้กว้างขวางเกินไปก็ก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนในต่างประเทศที่แทบจะไม่มีเกี่ยวข้องข้องกับผลประโยชน์ของรัฐเลย¹⁵⁵

ฉะนั้น ในส่วนนี้จึงมีประเด็นต้องพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรตามหลักสัญชาติรวม 3 ประเด็น ได้แก่ (1) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา (2) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล และ (3) ข้อระมัดระวังเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาล

(1) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา

ประมวลกฎหมายอาญากำหนดหลักทั่วไปของเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรตามหลักสัญชาติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8(1)¹⁵⁶ แต่เขตอำนาจลงโทษดังกล่าวมีขอบเขตการบังคับใช้อย่างจำกัด ไม่สามารถบังคับใช้ในแก่ความผิดอื่นที่มีได้ระบุไว้ในมาตรา 8(1)-(13) รวมถึงต้องอยู่ในเงื่อนไขการร้องขอให้ศาลไทยลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวโดยรัฐบาลของประเทศที่การกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือโดยผู้เสียหายด้วย หากประเทศไทยบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศนั้นเป็นกฎหมายพิเศษนอกประมวลกฎหมายอาญา การเพิ่มเติมความผิดฐานใหม่ดังกล่าวเป็นมาตรา 8(14) จึงแปลกแยก ไม่เหมาะสม เพราะแตกต่างฐานความผิดในมาตรา (1) ถึง (13) ซึ่งความผิดในประมวลกฎหมายอาญาทั้งหมด นอกจากนั้น การมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดโดยมีเงื่อนไขการร้องขอยังอาจเป็นช่องว่างให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นจากการถูกจับกุมดำเนินคดีตามกฎหมายไทยได้ด้วย เช่น กรณีรัฐบาลต่างประเทศไม่ดำเนินการร้องขอให้มีการลงโทษ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า บทบัญญัติเขตอำนาจลงโทษตามมาตรา 8 นี้ไม่อาจนำมาใช้บังคับแก่ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้อย่างเหมาะสม ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศนอกราชอาณาจักรไว้โดยเฉพาะ

นอกจากหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญาข้างต้น ประเทศไทยยังมีกฎหมายฉบับอื่นที่กำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลตามหลักสัญชาติสำหรับความผิดฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะ และไม่

¹⁵⁴ โปรดดูหัวข้อที่ 6.4.2

¹⁵⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.2 และหัวข้อที่ 5.2.2

¹⁵⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.3

มีกำหนดเงื่อนไขการร้องขอให้มีการลงโทษโดยผู้เสียหายด้วย ได้แก่ (1) พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 5¹⁵⁷ กับ (2) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 6¹⁵⁸ กฎหมายทั้งสองมาตรานี้บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกันว่า ศาลไทยจะมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า (1) ผู้กระทำความผิดหรือผู้ร่วมกระทำความผิดคนใดคนหนึ่งเป็นคนไทยหรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย หรือ (2) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และได้กระทำโดยประสงค์ให้ความผิดเกิดขึ้นในราชอาณาจักรหรือรัฐบาลไทยเป็นผู้เสียหาย หรือ (3) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าวและการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐที่การกระทำเกิดขึ้นในเขตอำนาจของรัฐนั้น หากผู้นั้นได้ปรากฏตัวอยู่ในราชอาณาจักร และมีได้มีการส่งตัวผู้นั้นออกไปตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน อีกทั้งยังกำหนดให้นำหลักเกณฑ์การคำนึงถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม จึงวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติในแต่ละส่วนได้ดังนี้

(1) การกำหนดเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดตามแนวทาง (1) เป็นการกำหนดเขตอำนาจลงโทษตามหลักสัญชาติที่มีเนื้อหาแบบกับที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8 (ก) แต่ไม่มีเงื่อนไขการร้องขอให้มีการลงโทษอันเป็นข้อจำกัดประการหนึ่งของเขตอำนาจลงโทษหลักทั่วไปที่กล่าวมาในหัวข้อที่ 3.2.2.2¹⁵⁹

(2) สำหรับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษตามแนวทาง (2) ในส่วนแรกที่บัญญัติว่า “ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และได้กระทำโดยประสงค์ให้ความผิดเกิดขึ้นในราชอาณาจักร...” เป็นการกำหนดเขตอำนาจลงโทษแบบเดียวกับที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 5¹⁶⁰ ซึ่งหากกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะก็อาจปรับใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 5 ดังกล่าวได้โดยอาศัย

¹⁵⁷ พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534, มาตรา 5 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด แม้จะกระทำนอกราชอาณาจักรผู้นั้นจะต้องรับโทษในราชอาณาจักร ถ้าปรากฏว่า

(1) ผู้กระทำความผิดหรือผู้ร่วมกระทำความผิดคนใดคนหนึ่งเป็นคนไทยหรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย หรือ

(2) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และได้กระทำโดยประสงค์ให้ความผิดเกิดขึ้นในราชอาณาจักรหรือรัฐบาลไทยเป็นผู้เสียหาย หรือ

(3) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าวและการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐที่การกระทำเกิดขึ้นในเขตอำนาจของรัฐนั้น หากผู้นั้นได้ปรากฏตัวอยู่ในราชอาณาจักร และมีได้มีการส่งตัวผู้นั้นออกไปตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ทั้งนี้ ให้นำมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม”

¹⁵⁸ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542, มาตรา 6 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดฐานฟอกเงิน แม้จะกระทำนอกราชอาณาจักรผู้นั้นจะต้องรับโทษในราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ถ้าปรากฏว่า

(1) ผู้กระทำความผิดหรือผู้ร่วมกระทำความผิดคนใดคนหนึ่งเป็นคนไทยหรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย

(2) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และได้กระทำโดยประสงค์ให้ความผิดเกิดขึ้นในราชอาณาจักร หรือรัฐบาลไทยเป็นผู้เสียหาย หรือ

(3) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐที่การกระทำเกิดขึ้นในเขตอำนาจของรัฐนั้น หากผู้นั้นได้ปรากฏตัวอยู่ในราชอาณาจักรและมีได้มีการส่งตัวผู้นั้นออกไปตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ทั้งนี้ ให้นำมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม”

¹⁵⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 3.2.2.2

¹⁶⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 5 โปรดดูหัวข้อที่ 2.2.2.3

บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 17¹⁶¹ อีกส่วนหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติว่า “ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และ...รัฐบาลไทยเป็นผู้เสียหาย” มีเนื้อหาในการทำงานเดียวกับที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8(ข) โดยไม่มีเงื่อนไขการร้องให้มีการลงโทษอันเป็นข้อจำกัดของเขตอำนาจลงโทษหลักทั่วไป¹⁶²

(3) การกำหนดเขตอำนาจลงโทษตามแนวทาง (3) เป็นการกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรโดยบุคคลต่างด้าว ในกรณีที่ผู้นั้นเข้ามาปรากฏตัวในราชอาณาจักร โดยมีได้มีการส่งผู้ร้ายนั้นข้ามแดนกลับไปดำเนินคดีตามกฎหมายของประเทศที่การกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้น

(4) สำหรับส่วนที่บัญญัติว่า “ให้นำหลักเกณฑ์การคำนึงถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม” พิจารณาได้ว่า แม้กฎหมายมิได้บัญญัติข้อความนี้ไว้โดยเฉพาะ กฎหมายดังกล่าวก็อาจนำบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 10 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการคำนึงถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาบังคับใช้ได้โดยอนุโลมด้วยได้อยู่แล้ว โดยอาศัยอำนาจของโดยอาศัยบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 17¹⁶³

จากการพิจารณาข้างต้น ประเทศไทยมีต้นแบบกฎหมายที่บัญญัติเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกดินแดนตามหลักสัญชาติสอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศอยู่แล้ว แนวทางการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวนี้จึงอาจใช้เป็นต้นแบบสำหรับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษสำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ได้ด้วย โดยตัดทอนเนื้อหาบางประการตามที่พิจารณาข้างต้น

(2) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล

สืบเนื่องจากการวิเคราะห์ในข้อ (1) เห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8 กำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรโดย “คนไทย” หรือที่มีคนไทยเป็นผู้เสียหายอย่างชัดเจน¹⁶⁴ แต่ไม่ชัดเจนว่าถ้อยบัญญัติดังกล่าวหมายความรวมถึง “นิติบุคคล” ของไทยหรือไม่ ทั้งๆ ที่ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมักเกิดขึ้นโดยมีนิติบุคคลเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดด้วยเสมอ และศาลไทยต้องมีประเด็นต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับเขตอำนาจลงโทษนิติบุคคลไทยที่กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรอย่างแน่นอน อีกทั้งยังเห็นได้ว่า ข้อพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตของเขตอำนาจศาลที่กล่าวมานี้เป็นอย่างไรเดียวกับที่กฎหมาย PCA กำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือ “พลเมือง” ที่กระทำความผิดนอก

¹⁶¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 17 บัญญัติว่า

“บทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้ใช้ ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้นๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

¹⁶² โปรดดูหัวข้อที่ 3.2.2.2

¹⁶³ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 17

¹⁶⁴ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 8

ดินแดนเพียงอย่างเดียว ซึ่งพลเมืองในส่วนนี้ถูกตีความว่าหมายถึง “บุคคลธรรมดา” เท่านั้น ส่งผลให้ศาลแห่งประเทศสิงคโปร์ไม่มีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดโดยนิติบุคคลในต่างประเทศ¹⁶⁵ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรตามหลักสัญชาติสำหรับความผิดฐานใหม่นี้ จำเป็นต้องบัญญัติหลักเกณฑ์สำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็น “นิติบุคคลไทย” ไว้โดยเฉพาะ เพื่อป้องกันปัญหาการตีความบังคับใช้กฎหมายอย่างจำกัดลักษณะเดียวกับปัญหาของกฎหมาย PCA

(3) ข้อระมัดระวังเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาล

เนื่องจากการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นอาชญากรรมข้ามชาติโดยสภาพ การบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนดังกล่าวจึงต้องมุ่งบังคับใช้แก่การกระทำทุจริตที่เกิดขึ้นนอกดินแดนอยู่แล้ว แต่หากบัญญัติขอบเขตความผิดไว้กว้างขวางเกินไปก็อาจถูกมองว่าเป็นการแทรกแซงหรือคุกคามกิจการภายในของรัฐต่างประเทศอย่างไม่เหมาะสม ตามข้อวิจารณ์และตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรที่กล่าวไปในหัวข้อที่ 5.1.2 และ 5.2.2¹⁶⁶ อย่างไรก็ตาม กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ถูกวิจารณ์ว่ามีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างขวางโดยสาเหตุที่แตกต่างกัน ซึ่งข้อระมัดระวังดังกล่าวอาจใช้วิเคราะห์ประกอบการค้นหาแนวทางการบัญญัติกฎหมายไทยที่ดีได้ดังนี้

(1) กฎหมาย FCPA เป็นกฎหมายที่มีขอบเขตบังคับใช้ที่กว้างขวางอยู่แล้ว เห็นได้จากที่กฎหมายฉบับนี้บัญญัติเนื้อหากฎหมายไว้อย่างกว้างขวางในหลายประเด็น เช่น การบัญญัติให้กฎหมาย FCPA มีผลบังคับใช้แก่การกระทำของพนักงาน ผู้จัดการ ลูกจ้าง หรือตัวแทนของประธานในการกระทำความผิดแต่ละกลุ่ม¹⁶⁷ หรือการบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยมีเจตนาแบบจงใจไม่รู้¹⁶⁸ เป็นต้น แต่การบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐในทางปฏิบัติยังได้ขยายขอบเขตของกฎหมาย FCPA ให้กว้างขวางขึ้นด้วยดังที่ปรากฏเป็นตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายหลายกรณี เช่น ในคดี KPMG-SSH มีการฟ้องร้องดำเนินคดีความผิดมาตรา 78dd-1 โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้กระทำความผิดจ่ายสินบนโดยใช้ “วิธีการส่งจดหมายหรือวิธีการอื่นใดหรือเครื่องมือทางการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ” อันเป็นองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย อีกทั้งยังมีการฟ้องร้องดำเนินคดีความผิดมาตรา 78dd-3 แก่บุคคลต่างชาติที่กระทำความผิดในต่างประเทศ โดยไม่ปรากฏว่าบุคคลต่างชาติดังกล่าวกระทำการอย่างใดในดินแดนของสหรัฐอเมริกาอย่างชัดเจน ทั้งนี้ ที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดความผิดสำหรับการให้สินบนที่เกิดขึ้นในดินแดนของสหรัฐอเมริกาเท่านั้น¹⁶⁹ หรือในกรณีคดี ABB Vetco ที่ปรากฏการบังคับใช้ความผิดตามมาตรา 78dd-3 แก่การกระทำ

¹⁶⁵ โปรดดูหัวข้อที่ 5.3.2 และหัวข้อที่ 6.4.2

¹⁶⁶ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.2 และ 5.2.2

¹⁶⁷ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1(4) และหัวข้อที่ 6.2.4

¹⁶⁸ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.1(1) และหัวข้อที่ 6.2.1

¹⁶⁹ โปรดดูหัวข้อที่ 5.1.2

ความผิดในต่างประเทศโดยบริษัทต่างชาติ เพื่อลงโทษบริษัทต้นสังกัดของบริษัทที่กระทำความผิดดังกล่าวที่ประกอบกิจการอยู่ในสหรัฐอเมริกา เป็นต้น¹⁷⁰

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาแนวทางการบังคับใช้กฎหมายอาญาแก่ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวภายใต้ระบบกฎหมายไทย บุคคลจักต้องรับผิดชอบทางอาญาเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเท่านั้น และศาลไทยไม่อาจตีความกฎหมายอาญาอย่างขยายเพื่อเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดได้ตามหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2¹⁷¹ รัฐย่อมไม่อาจบังคับใช้กฎหมายแก่การกระทำตามข้อเท็จจริงในคดี KPMG-SSH และคดี ABB Vetco ได้ เพราะไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย หรือเป็นการตีความกฎหมายขยายเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งขัดต่อหลักนิติวิธีในระบบกฎหมายไทย ขัดต่อประมวลกฎหมายอาญา ตลอดจนขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39¹⁷² นอกจากนี้ การวิเคราะห์แนวทางการบัญญัติเนื้อความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของไทยในหัวข้อที่ 7.2 ก็มีข้อเสนอให้ประเทศไทยบัญญัติให้กฎหมายมีผลบังคับใช้แก่การกระทำของพนักงาน ผู้จัดการ ลูกจ้าง หรือตัวแทนของผู้กระทำความผิดตามแนวทางของกฎหมาย FCPA ด้วย เนื้อหาความผิดฐานนี้ของไทยจึงมีขอบเขตจำกัดกว่ากฎหมาย FCPA อย่างชัดเจน การกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลไทยตามแนวทางที่วิเคราะห์ไปข้างต้นจึงไม่น่าจะทำให้ความผิดอาญาของไทยนี้มีขอบเขตบังคับใช้กว้างขวางเกินไปจนก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมเหมือนอย่างกฎหมาย FCPA ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายตามนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์

(2) กฎหมาย UKBA มีขอบเขตการบังคับใช้กว้างขวางมาก เพราะกฎหมายกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกดินแดนโดยบุคคลผู้มี “ความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสหราชอาณาจักร” โดยกำหนดขอบเขตของบุคคลกลุ่มนี้ว่า ได้แก่ บรรดามีสัญชาติบริติชรูปแบบต่างๆ ของประเทศทั่วโลกที่มีความสัมพันธ์กับสหราชอาณาจักรในทางประวัติศาสตร์ ผลของการกำหนดเขตอำนาจลงโทษนี้ทำให้กฎหมาย UKBA อาจบังคับใช้แก่การให้สินบนที่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของสหราชอาณาจักรน้อยมาก แต่กระนั้นก็ดี รูปแบบการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลนี้คงไม่เกิดขึ้นในกฎหมายไทยอย่างแน่นอน เพราะความแตกต่างทางประวัติศาสตร์ทั้งสองประเทศ กล่าวคือ สัญชาติบริติชรูปแบบต่างๆ เกิดขึ้นและเป็นผลสืบเนื่องมาจากความเจริญรุ่งเรืองของประเทศอังกฤษในยุคล่าอาณานิคม ที่ได้เข้าปกครองประเทศอาณานิคมต่างๆ หลายแห่งทั่วโลก ส่วนประเทศไทยไม่มีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์เหมือนสหราชอาณาจักร และมีสัญชาติไทยเพียงรูปแบบเดียวตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508¹⁷³ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2 และ 3) พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

¹⁷⁰ โปรดดูเรื่องเดียวกัน.

¹⁷¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 2

¹⁷² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 39

¹⁷³ ชุมพร ปัจจุสานนท์, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล: สัญชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), หน้า

และพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2555¹⁷⁴ การบัญญัติกฎหมายกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลไทยตามหลักสัญชาตินี้จึงไม่ต้องพิจารณาข้อระมัดระวังเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลตามแนวทางเดียวกับกฎหมาย UKBA ฉะนั้น แม้กฎหมายไทยจะบัญญัติให้ศาลมีเขตอำนาจลงโทษบุคคล “สัญชาติไทย” ลักษณะเดียวกัน ก็ไม่น่าจะก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายแก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่เชื่อมโยงกับผลประโยชน์ของรัฐน้อยมากดังเช่นกรณีกฎหมาย UKBA

7.5 สรุป

สืบเนื่องจากการเปรียบเทียบและวิเคราะห์เนื้อหาของกฎหมายของประเทศต่างๆ รวมถึงกรอบเนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศในบทที่ 6 ในบทนี้เป็นการวิเคราะห์เพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทย มีเนื้อหาเป็นสากลซึ่งรวมถึงการบัญญัติกฎหมายเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศไทยผูกพันอยู่ต่ออนุสัญญา UNCAC ในประเด็นต่างๆ ได้แก่ (1) ประเด็นรูปแบบการบัญญัติความผิด (2) ประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด (3) ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญา และ (4) ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลเช่นเดียวกับบทที่ 6 สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

ในภาพรวม ประเทศไทยควรบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นฐานความผิดเฉพาะ เพื่อให้สามารถบัญญัติเนื้อหาต่างๆ เกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดได้อย่างสอดคล้องกับแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศทุกประเด็น โดยไม่ควรบัญญัติรวมไว้ในมาตราเดียวกับความผิดฐานให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 หรือมาตรา 167 เพราะความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวมีแนวคิดพื้นฐานและเจตนารมณ์แตกต่างกัน นอกจากนี้ ประเทศไทยยังไม่ควรบัญญัติความผิดฐานใหม่ดังกล่าวรวมไว้ในประมวลกฎหมายอาญาด้วย เนื่องจากหลักการบางประการที่ต้องบัญญัติไว้สำหรับความผิดฐานใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รูปแบบการกำหนดบทลงโทษ หรือการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาล ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์เดิมที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายใหม่นั้นอาจทำให้โครงสร้างของกฎหมายดังกล่าวเสียไป

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด กรณีที่องค์ประกอบความผิดบางส่วนที่มิใช่ความแตกต่างสำคัญระหว่างความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมกับความผิดฐานให้สินบนในต่างประเทศ ประเทศไทยอาจนำเอาแนวทางการบัญญัติองค์ประกอบของความผิดฐานให้สินบนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 มาบัญญัติในความผิดฐานให้สินบนใหม่ทั้งหมด หรือแก้ไขปรับปรุงเนื้อหาบางส่วนให้สอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ ได้แก่

¹⁷⁴ (1) พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508, (2) พระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535, (3) พระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2535, (4) พระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 และ (5) พระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2555

1) องค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำความผิดว่า “ผู้ใด” ที่มีขอบเขตกว้างขวางครอบคลุมบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล

2) องค์ประกอบความผิดส่วนการกระทำอันเป็นการให้สินบน ทั้งในส่วนลักษณะของการกระทำที่บัญญัติว่า “ให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้” แต่ต้องบัญญัติระบุงถึงการให้สินบนผ่านคนกลางด้วย เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการตีความและบังคับใช้กฎหมาย และไม่จำต้องบัญญัติถึง “การมีคำสั่งหรือการมอบอำนาจให้จ่ายสินบน” ตามแนวทางของกฎหมาย FCPA ส่วนขอบเขตของ “สินบน” ที่ใช้ถ้อยคำบัญญัติว่า “ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด” โดยอาจรับเอาแนวทางการบัญญัติกฎหมาย PCA มาใช้สร้างหลักเกณฑ์หรือแนวทางการพิจารณาขอบเขตของสินบนได้ เพื่อให้ศาลไทยมีแนวทางการวินิจฉัยปัญหาว่าสิ่งใดเป็นสินบนหรือไม่ได้อย่างชัดเจนมากขึ้น

3) องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาธรรมดา ซึ่งไม่จำเป็นต้องบัญญัติรวมไว้ในองค์ประกอบความผิด เพราะอยู่ภายใต้บังคับของหลักทั่วไปว่าด้วยเจตนาในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 อยู่แล้ว ทั้งนี้ ประเทศไทยไม่จำเป็นต้องบัญญัติเจตนาพิเศษ “โดยทุจริต” ตามแนวทางของกฎหมาย FCPA หรือกฎหมาย PCA อีก เพราะมิใช่ประโยชน์ที่กฎหมายอาญามุ่งให้ความคุ้มครอง รวมถึงต้องไม่บัญญัติความผิดสำหรับการกระทำความผิดโดยเจตนาแบบจงใจไม่รู้ เพราะมิใช่รูปแบบเจตนาที่มีอยู่ในระบบกฎหมายไทย

4) องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาจงใจเจ้าพนักงานรัฐ แต่ต้องแก้ไขถ้อยคำบัญญัติบางส่วนเพื่อขยายขอบเขตให้ครอบคลุมถึงการจงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการเกี่ยวกับหน้าที่ หรือการใช้อิทธิพลในตำแหน่งหน้าที่

ส่วนองค์ประกอบความผิดหรือบทบัญญัติอื่นๆ ที่ประเทศไทยจำเป็นต้องพัฒนาขึ้นใหม่เพื่อบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศมีดังนี้

1) องค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบน ประเทศไทยต้องบัญญัติใช้และกำหนดนิยามของคำว่า “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” และ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” ใหม่โดยพิจารณาตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ รวมถึงต้องบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนจงใจเจ้าพนักงานเหล่านี้โดยมีบุคคลที่สามเข้ารับผลประโยชน์แทน แต่ไม่จำเป็นต้องบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่พรรคการเมืองต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองดังกล่าว รวมถึงผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งนามพรรคการเมืองต่างประเทศตามแนวทางของกฎหมาย FCPA

2) องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาพิเศษเพื่อเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้ด้วย เพื่อจำกัดขอบเขตของการกระทำอันเป็นความผิดให้สอดคล้องตามแนวคิดการต่อต้านการให้สินบนที่ยอมรับอย่างแพร่หลายในระดับระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ประเทศไทยยังต้องบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนเกี่ยวกับการได้รับความช่วยเหลือระหว่างประเทศด้วย เพื่อเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ผูกพันอยู่กับอนุสัญญา UNCAC แต่ไม่ถึงขนาดต้องบัญญัติกฎหมายขยายองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ให้รวมถึงการให้สินบนเพื่อช่วยให้ผู้ให้สินบนนั้นสามารถจัดหา หรือรักษา สงวน ผูกขาดธุรกิจสำหรับบุคคลอื่น หรือขึ้นนำหรือควบคุมธุรกิจให้แก่ผู้อื่นตามแนวทางของกฎหมาย FCPA อีก เพราะอาจทำให้ขอบเขตของการกระทำอันเป็นความผิดกว้างขวางมาก จนกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากเกินไป

3) ประเทศไทยต้องไม่บัญญัติกฎหมายเปิดช่องให้มีการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกตามแนวคิดในปัจจุบันที่ว่า การกระทำทุจริตเล็กๆ น้อยๆ ก็ก่อให้เกิดความเสียหายแก่การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมได้เช่นเดียวกับการทุจริตขนาดใหญ่

4) ประเทศไทยควรบัญญัติข้อต่อผู้สำหรับการจ่ายสินบนที่มีกฎหมายต่างประเทศกำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานของรัฐนั้นได้ เพื่อเป็นการคำนึงถึงความหลากหลายทางกฎหมายในท้องถิ่นแต่ละแห่ง รวมถึงควรบัญญัติข้อต่อผู้สำหรับกรณีการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริตตามแนวทางที่กฎหมาย FCPA ด้วย เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมาย

ในส่วนการกำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดข้างต้น ประเทศไทยต้องโทษสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลแยกออกจากกัน กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา ประเทศไทยต้องกำหนด “โทษจำคุก” กับ “โทษปรับ” เป็นโทษหลัก ส่วนนิติบุคคลต้องกำหนด “โทษปรับ” เพียงสถานเดียว และควรกำหนดความรับผิดและโทษสำหรับบุคคลธรรมดาผู้แสดงเจตนาแทนนิติบุคคลไว้อย่างชัดเจนโดยคำนึงถึงหลักการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดโดยนิติบุคคลนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดปัญหากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในอนาคต ทั้งนี้ ประเทศไทยต้องพิจารณากำหนดบทโทษที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงการยับยั้งอาชญากรรม ตลอดจนคำนึงถึงอัตราโทษของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 และความผิดฐานอื่นในกฎหมายไทย การกำหนดอัตราโทษจำคุกต้องคำนึงถึงเงื่อนไขอัตราโทษจำกัดเสรีภาพที่ใช้ในการร้องขอความร่วมมือเกี่ยวกับคดีอาญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ส่วนการกำหนดอัตราโทษปรับต้องคำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจสังคมในปัจจุบันด้วย นอกจากนี้ ประเทศไทยควรกำหนดมาตรการริบทรัพย์สินทางอาญาสำหรับความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะ เพราะหลักเกณฑ์การริบทรัพย์สินทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญามีขอบเขตบังคับใช้อย่างจำกัด ไม่สอดคล้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาล ประเทศไทยไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดในราชอาณาจักรไว้ โดยเฉพาะอีก เพราะศาลไทยมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดใดๆ ในราชอาณาจักร หรือที่ถือว่ากระทำในราชอาณาจักรอย่างครบถ้วนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 ถึงมาตรา 6 แล้ว แต่ในทางกลับกัน ประเทศไทยต้องบัญญัติกฎหมายกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรโดยผู้ประกอบธุรกิจไทยด้วย เพื่อให้ศาลไทยมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่างเต็มที่ ไม่ถูกจำกัดโดยเงื่อนไขฐานความผิดหรือการร้องขอให้มีการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8

บทที่ 8

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

8.1 บทสรุป

ในส่วนนี้จะสรุปประเด็นเกี่ยวกับแนวคิดและความสำคัญของการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในระดับสากลและในต่างประเทศในหัวข้อที่ 8.1.1 จากนั้นจึงกล่าวถึงความจำเป็นในการบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวของประเทศไทยในหัวข้อที่ 8.1.2 และจึงสรุปแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาเป็นสากลและสอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยในหัวข้อที่ 8.1.3 ดังนี้

8.1.1 แนวคิดและความสำคัญของการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในระดับสากลและในต่างประเทศ

เมื่อภาคส่วนการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศทั่วโลกเจริญก้าวหน้าขึ้นในปัจจุบัน การให้สินบนที่มีอยู่ในสังคมมนุษย์และเป็นปัญหาอาชญากรรมภายในประเทศมาตั้งแต่อดีตกาลจึงได้พัฒนารูปแบบใหม่ขึ้นตามปัจจัยความก้าวหน้านั้นด้วย จากเดิมที่อาชญากรรมการให้สินบนเป็นเพียงการใช้ผลประโยชน์ปิดเป็นการใช้อำนาจอย่างถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมายของเจ้าพนักงานในรัฐหนึ่งๆ ผู้ประกอบธุรกิจข้ามชาติที่ประกอบธุรกิจโดยไม่สุจริตจึงได้จ่ายสินบนแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าพนักงานรัฐในต่างประเทศ เพื่อให้ตนได้รับหรือรักษาผลประโยชน์ในการประกอบธุรกิจข้ามชาติของตนโดยมิชอบ เกิดเป็นอาชญากรรมรูปแบบเฉพาะที่สร้างความเสียหายแก่ประเทศที่เกี่ยวข้อง รวมถึงสังคมการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยส่วนรวมอย่างกว้างขวาง แต่ประเทศต่างๆ ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่เดิมได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะประเทศผู้รับการประกอบธุรกิจไม่อาจติดตามไปบังคับใช้กฎหมายอาญาแก่ผู้ให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของตนที่อยู่นอกดินแดนของตนได้ เพราะข้อจำกัดเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐ ส่วนประเทศผู้ส่งออกการประกอบธุรกิจอาจไม่สามารถจับกุมดำเนินคดีผู้ประกอบธุรกิจที่จ่ายสินบนในต่างประเทศได้ เพราะการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดและมีโทษทางอาญาในในระบบกฎหมายของตน

ตามปัญหานี้ แนวคิดการบัญญัติความผิดอาญาเพื่อต่อต้านอาชญากรรมการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศจึงเกิดขึ้น เพื่อให้ประเทศต่างๆ สร้างเครื่องมือทางกฎหมายอาญาที่เด็ดขาดสำหรับการต่อต้านการกระทำทุจริตในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยส่วนรวม ในฐานะที่เป็นสมาชิกของประชาคมโลก ในช่วงแรก แนวคิดการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อต่อต้านการให้สินบนในต่างประเทศเป็นเพียงปัญหาความกังวลระดับภายในประเทศของสหรัฐอเมริกา แต่แนวคิดดังกล่าวได้ถูกยกระดับขึ้นเป็นปัญหาความกังวลระดับนานาชาติ และนำไปสู่การบรรลุความตกลงความร่วมมือระหว่างประเทศที่มี

เนื่อหากำหนดให้ประเทศต่างๆ บัญญัติความผิดอาญาเพื่อต่อต้านอาชญากรรมรูปแบบใหม่ดังกล่าวหลายฉบับในช่วงเวลาไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมา

ในปัจจุบัน กฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายว่ามีบทบาทสำคัญในการเผยแพร่แนวคิด รวมถึงผลักดันให้ประเทศต่างๆ บัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อต่อต้านอาชญากรรม การให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศรูปแบบใหม่ดังกล่าวมี 2 ฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC และประเทศต่างๆ ทั่วโลก นำโดยกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วที่มีบทบาท ในภาคการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศสูง จึงได้เริ่มบัญญัติฐานความผิดอาญาเพื่อร่วมต่อต้าน อาชญากรรมอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมส่วนรวมตามแนวทางและมาตรฐานอย่างเดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำรงไว้ซึ่งความมั่นคงของระบบตลาดและเสถียรภาพในการประกอบธุรกิจ ระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น สหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกฎหมายต่อต้านการกระทำทุจริตใน ต่างประเทศไว้โดยเฉพาะ ชื่อว่า “The Foreign Corrupt Practice Act” ในปี ค.ศ. 1977 (พ.ศ. 2520) สหราชอาณาจักรมีบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการ ประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ในมาตรา 6 แห่งกฎหมาย “The UK Bribery Act” ปี ค.ศ. 2010 (พ.ศ. 2554) เป็นต้น หรือบางประเทศอาจมีกฎหมายภายในที่อาจบังคับใช้แก่อาชญากรรมความผิด ดังกล่าวได้อยู่แล้วแต่เดิม เช่น กรณีที่ประเทศสิงคโปร์มีบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่ตัวแทนที่ อาจปรับใช้แก่อาชญากรรมดังกล่าวได้ในกฎหมายต่อต้านการทุจริต ชื่อว่า “The Prevention of Corruption Act” ค.ศ. 1960 (พ.ศ. 2503) เป็นต้น

8.1.2 ความจำเป็นในการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติใน การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของประเทศไทย

ในปัจจุบันประเทศไทยกำลังมีพัฒนาการด้านการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอย่าง ต่อเนื่อง ผู้ประกอบธุรกิจไทยสามารถขยายการประกอบธุรกิจออกไปแข่งขันในตลาดต่างประเทศได้ เพิ่มขึ้นโดยได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐมากกว่าสังคมไทยในอดีตซึ่งมีการดำเนินกิจกรรมทาง เศรษฐกิจแบบพอเพียง ไม่เน้นกิจกรรมเชิงพาณิชย์ และไม่ได้รับการส่งเสริมจากรัฐบาลให้ส่งออกการ ประกอบธุรกิจไปยังต่างประเทศ แต่ความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและโอกาสการประกอบธุรกิจใน ต่างประเทศที่เปิดกว้างขึ้นกลับทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่สุจริตมีช่องทางการจ่ายสินบนเพื่อแสวงหา ประโยชน์ในการประกอบธุรกิจในต่างประเทศได้มากขึ้น โดยปราศจากความรับผิดชอบทางอาญา บทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 มี ขอบเขตบังคับใช้ได้แก่การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลไทยเท่านั้น จึงเห็นได้ว่า ในขณะที่ ประเทศไทยต้องแบกรับความเสี่ยงและโอกาสการเกิดการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่าง ประเทศโดยผู้ประกอบธุรกิจไทยมากขึ้น ประเทศไทยกลับยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายใดๆ ที่จะใช้ ป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติ รวมถึงสังคมการ ประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่ เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ในระบบกฎหมายไทย เพื่อให้มี

เครื่องมือทางกฎหมายที่เด็ดขาดสำหรับปราบปรามการให้สินบนรูปแบบใหม่ดังกล่าวอันเป็นปัญหาความกังวลระดับนานาชาติในปัจจุบัน

8.1.3 สรุปแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาเป็นสากลและสอดคล้องกับระบบกฎหมายไทย

จากการศึกษาแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่กำหนดอยู่ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ ตลอดจนแนวทางการบัญญัติฐานความผิดเฉพาะดังกล่าวหรือความผิดที่อาจใช้บังคับแก่อาชญากรรมดังกล่าวของต่างประเทศ และจึงวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติฐานความผิดอาญาลักษณะเดียวกันไว้เป็นกฎหมายไทย ภายใต้เงื่อนไขว่าความผิดฐานใหม่นั้นต้องมีเนื้อหาเป็นสากลและสอดคล้องกับแนวทางการบัญญัติกฎหมายและระบบกฎหมายไทยที่มีอยู่เดิม รวมถึงต้องเป็นปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศไทยผูกพันอยู่กับอนุสัญญา UNCAC ด้วยในขณะเดียวกัน จึงสรุปผลการวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้ 4 ประเด็น ได้แก่ (1) รูปแบบการบัญญัติฐานความผิด (2) แนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด (3) แนวทางเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญา และ (4) แนวทางเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาล ดังนี้

1) รูปแบบของการบัญญัติฐานความผิด

ในด้านรูปแบบการบัญญัติฐานความผิดอาญา ไม่มีอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับกำหนดแนวทางรูปแบบการบัญญัติความผิดฐานใหม่ดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ แต่ละประเทศจึงสามารถบัญญัติความผิดฐานนั้นในรูปแบบที่พิจารณาว่าเหมาะสมกับระบบกฎหมายภายในได้ทั้งหมด ตัวอย่างเช่น สหรัฐอเมริกาบัญญัติกฎหมายเฉพาะสำหรับอาชญากรรมการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศทั้งฉบับคือ กฎหมาย FCPA ส่วนสหราชอาณาจักรได้ปฏิรูปกฎหมายสินบนที่มีอยู่หลายฉบับในขณะนั้นให้มีเนื้อหาเป็นทั่วไป ทันสมัย ได้บัญญัติความผิดฐานใหม่ดังกล่าวเป็นมาตราหนึ่งในกฎหมาย UKBA โดยเฉพาะ แยกจากความผิดฐานให้สินบนทั่วไปอื่น ในขณะที่ประเทศสิงคโปร์ไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดอาญาสำหรับอาชญากรรมดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ แต่อาจปรับใช้บทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่ตัวแทนตามกฎหมาย PCA ได้เท่านั้น ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวแก่อาชญากรรมการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไม่มีขอบเขตชัดเจนแน่นอนเหมือนกฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ซึ่งบัญญัติฐานความผิดเฉพาะ

เมื่อพิจารณาว่าความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาที่มีแนวคิดพื้นฐานแตกต่างจากความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาตั้งแต่อดีต อีกทั้งความผิดฐานใหม่มิ้องค์ประกอบความผิดหลายส่วนแตกต่างจากกฎหมายเดิมด้วย ประเทศไทยจึงควรบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่

เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นฐานความผิดเฉพาะ แยกจากความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167

นอกจากนั้น การบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศทำให้ประเทศไทยต้องบัญญัติกฎหมายหลายส่วนไม่สอดคล้องกับแนวทางหรือหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่น การกำหนดโทษเฉพาะสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล หรือการกำหนดเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดตามหลักสัญชาติสำหรับความผิดฐานใหม่ดังกล่าวโดยเฉพาะ เป็นต้น ประเทศไทยจึงไม่ควรบัญญัติความผิดฐานให้สินบนใหม่ดังกล่าว รวมถึงบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องรวมไว้ในประมวลกฎหมายอาญาด้วย เพราะย่อมทำให้นื้อหากกฎหมายอาญาดูแปลกประหลาด ไม่สอดคล้องเป็นระบบเดียวกัน และอาจกระทบกระเทือนต่อหลักกฎหมายต่างๆ ในประมวลกฎหมายอาญานั้นได้หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาในประมวลกฎหมายอาญาโดยไม่ระมัดระวัง หรือมีการศึกษาผลกระทบให้เสียก่อน

2) แนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด

ประเทศไทยควรบัญญัติองค์ประกอบของความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ รวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.1) องค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำความผิด อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดแนวทางว่า ผู้กระทำความผิดในความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศต้องบัญญัติไว้ให้ครอบคลุมทั้งกรณีที่เป็น “บุคคลธรรมดา” และ “นิติบุคคล” หากระบบกฎหมายของรัฐยอมรับให้นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดทางอาญาได้ ส่วนในต่างประเทศระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์ยอมรับให้นิติบุคคลอาจมีความรับผิดทางอาญาได้ทั้งหมด กฎหมาย FCPA กฎหมาย UKBA และกฎหมาย PCA จึงบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้ครอบคลุมทั้งกรณีผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลแล้วทั้งหมด

เมื่อพิจารณาว่า ประมวลกฎหมายบัญญัติถึงผู้กระทำความผิดฐานให้สินบนว่า “ผู้ใด” ซึ่งอาจหมายถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้อยู่แล้ว ประเทศไทยจึงอาจบัญญัติถึงผู้กระทำความผิดในความผิดฐานใหม่โดยใช้คำว่า “ผู้ใด” ในความหมายอย่างกว้างไว้เช่นเดิมด้วย ตามแนวทางนี้ แม้การบังคับใช้กฎหมายอาญาแก่นิติบุคคลสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญาไทยจะไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนนอกจากแนวการบังคับใช้กฎหมายของศาล แต่ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยควรบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ว่า “ผู้ใด” ไว้ตามแนวทางเดิม และจึงกำหนดโทษอาญาไว้สำหรับนิติบุคคลที่กระทำความผิดไว้โดยเฉพาะ อันจะช่วยสนับสนุนให้เกิดความชัดเจนในการตีความและบังคับใช้กฎหมายในประเด็นนี้ชัดเจนขึ้น ตามแนวทางเดียวกับที่ใช้ในกฎหมาย UKBA

2.2) องค์ประกอบความผิดส่วนการกระทำอันเป็นการให้สินบน อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดแนวทางว่า ความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศต้องมีขอบเขตบังคับใช้ครอบคลุมการกระทำอันเป็นการให้สินบนอย่างน้อย 3 ลักษณะ ได้แก่ การเสนอ การให้ และการ

สัญญาว่าจะให้สินบนแก่ฝ่ายผู้รับสินบน ไม่ว่าจะเป็นการให้สินบนโดยตรงหรือ “โดยผ่านคนกลาง” สำหรับกรณีอนุสัญญาของ OECD หรือ “โดยทางอ้อม” สำหรับกรณีอนุสัญญาของ OECD ทั้งนี้กฎหมายต้องบัญญัติถึง “สินบน” ในขอบเขตความหมายอย่างกว้างขวาง ครอบคลุมถึงการให้เงินหรือประโยชน์อันไม่เหมาะสมอย่างใดๆ ก็ได้ทั้งหมด โดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นเงินหรือทรัพย์สินอันมีรูปร่างเท่านั้นด้วย

จากการเปรียบเทียบพบว่า ในบรรดากฎหมายต่างประเทศที่ใช้เปรียบเทียบ มีกฎหมาย UKBA เพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่บัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้อย่างครอบคลุมตามแนวทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างชัดเจนและครอบคลุมที่สุด โดยบัญญัติถึงการกระทำอันเป็นการให้สินบนทั้งสามลักษณะและวิธีการให้สินบนโดยตรงและโดยผ่านคนกลางไว้อย่างชัดเจน ตลอดจนบัญญัติถึงสิ่งที่อาจเป็นสินบนไว้ในขอบเขตอย่างกว้างขวาง นอกจากนี้ กฎหมาย FCPA เพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่บัญญัติให้ “การมีคำสั่งหรือการมอบอำนาจให้มีการกระทำความผิด” เป็นการกระทำอันการให้สินบนอีกลักษณะหนึ่งนอกเหนือจากที่กำหนดไว้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย และกฎหมาย PCA เป็นกฎหมายเพียงฉบับเดียวที่บัญญัติถึงสิ่งต่างๆ ที่อาจให้เป็นสินบนไว้อย่างละเอียด และมีแนวทางหรือตัวอย่างของสินบนที่เป็นรูปธรรมมากกว่าแนวการบัญญัติถึงสินบนในขอบเขตอย่างกว้างของกฎหมายประเทศอื่นทั้งหมด

ในกฎหมายไทย องค์ประกอบความผิดส่วนการกระทำอันเป็นการให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบัญญัติว่า “ให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้” ครอบคลุมถึงการกระทำทั้งสามลักษณะตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศข้างต้นอยู่แล้ว การบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ในความผิดฐานใหม่จึงอาจใช้แนวทางการบัญญัติกฎหมายเดิมได้ แต่ควรต้องบัญญัติเพิ่มเติมวิธีการให้สินบนโดยผ่านคนกลางไว้ให้ชัดเจนขึ้นด้วยแม้การกระทำความผิดโดยวิธีการดังกล่าวจะอยู่ในขอบเขตของการกระทำความผิดโดยทางอ้อมในระบบกฎหมายไทยอยู่แล้วก็ตาม แต่ไม่จำเป็นต้องบัญญัติถึงการมอบอำนาจหรือการมีคำสั่งให้มีการจ่ายสินบนเหมือนแนวทางของกฎหมาย FCPA เพราะหากเกิดการข้อเท็จจริงกรณีดังกล่าวขึ้นก็สามารถปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 มาตรา 84 หรือมาตรา 86 แล้วแต่กรณี ได้อยู่แล้ว เพียงแต่ควรบัญญัติกฎหมายกำหนดให้บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดต้องรับโทษเสมือนตัวการด้วยเท่านั้น นอกจากนี้ ประเทศไทยยังอาจบัญญัติถึงสินบนว่า “ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด” ตามแนวทางเดียวกับที่ใช้ในประมวลกฎหมายอาญาได้ เพราะถ้อยบัญญัตินั้นมีขอบเขตกว้างขวางเพียงพอตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดในอนุสัญญาระหว่างประเทศข้างต้น เพียงแต่อาจนำข้อดีของแนวทางการบัญญัติกฎหมาย PCA มาสร้างหลักเกณฑ์หรือแนวทางตัวอย่างของกรณีที่อาจเป็นสินบน เพื่อให้ศาลมีแนวทางการวินิจฉัยปัญหาตามองค์ประกอบความผิดนี้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้นด้วย

2.3) องค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบน อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดแนวทางว่า บุคคลผู้รับสินบนในความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศต้องครอบคลุมถึงทั้ง “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” และ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” รวมถึงการให้สินบนจงใจเจ้าพนักงานเหล่านั้นโดยมีบุคคลที่สามเป็นผู้รับประโยชน์จากสินบนแทนเจ้าพนักงานด้วย

ทั้งนี้ การพิจารณาว่าบุคคลใดมีฐานะเป็นเจ้าของพนักงานข้างต้นหรือไม่ ต้องพิจารณาตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ที่สำคัญ

ตามแนวทางนี้ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ซึ่งมีบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้นที่บัญญัติถึงการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานทั้งสองกรณีดังกล่าวอย่างชัดเจน และกำหนดนิยามของเจ้าพนักงานดังกล่าวตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ไว้ด้วย ในขณะที่การปรับใช้ความผิดฐานให้สินบนแก่ตัวแทนตามกฎหมาย PCA โดยพิจารณาว่า เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติเป็นตัวแทนของหน่วยงานภาครัฐต่างประเทศ หรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศเป็นตัวแทนของมิใช่การใช้การบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนในต่างประเทศดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ทำให้ขอบเขตของความผิดตามกฎหมาย PCA ไม่ชัดเจน แต่มีกฎหมาย UKBA เพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่บัญญัติการให้สินบนโดยมีบุคคลที่สามเป็นผู้รับประโยชน์จากสินบนแทนเจ้าพนักงานที่ถูกจูงใจไว้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ ในส่วนนี้กฎหมาย FCPA ยังได้บัญญัติถึงการให้สินบนแก่พรรคการเมืองต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองดังกล่าว รวมถึงผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งในนามของพรรคการเมืองนั้นไว้นอกเหนือจากมาตรฐานขั้นต่ำที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ด้วย

เนื่องจากองค์ประกอบความผิดส่วนนี้ก่อให้เกิดความแตกต่างระหว่างความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมกับความผิดฐานให้สินบนรูปแบบใหม่ ประเทศไทยจึงไม่อาจนำเอาแนวทางในกฎหมายเดิมมาบัญญัติใช้ แต่ต้องพัฒนาเนื้อหาขึ้นใหม่ตามแนวทางกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ ประเทศไทยควรบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบนให้ครอบคลุมถึง “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” และ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” โดยตรง และบัญญัติบทนิยามของเจ้าพนักงานทั้งสองกรณีดังกล่าวซึ่งพิจารณาตามเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ด้วย นอกจากนี้ กฎหมายไทยควรบัญญัติถึงการให้สินบนจูงใจเจ้าพนักงานโดยมีบุคคลที่สามรับประโยชน์จากสินบนแทนตามแนวทางของกฎหมาย UKBA ด้วย แต่ประเทศไทยไม่ต้องบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่พรรคการเมืองต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองดังกล่าว รวมถึงผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งในนามของพรรคการเมืองตามแนวทางของกฎหมาย FCPA ด้วย เพราะผู้รับสินบนกรณีดังกล่าวมิใช่ผู้ใช้อำนาจรัฐตามแนวความคิดการให้สินบนในภาครัฐโดยตรง

2.4) องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษ: โดยทุจริต อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดแนวทางว่า รัฐต้องบัญญัติให้ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศใหม่เป็นความผิดที่กระทำโดยเจตนา ตามแนวทางนี้ ความผิดฐานให้สินบนต่างๆ ในกฎหมาย FCPA กฎหมาย UKBA และกฎหมาย PCA เป็นความผิดซึ่งต้องกระทำโดยเจตนาทั้งหมด แต่กฎหมาย FCPA และกฎหมาย PCA ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมให้ผู้กระทำความผิดนั้นต้องมีเจตนา “โดยทุจริต” ด้วย ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมาย FCPA ยังได้บัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่กระทำโดยมีเจตนาแบบจงใจไม่รับรู้ นอกเหนือจากแนวทางที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ทั้งนี้ การบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำโดยจงใจไม่รู้นี้ส่งผลให้ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอาญาเพื่อต่อต้านการกระทำทุจริตในต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาเพิ่มขึ้นอย่างมาก เพราะทำให้ภาคธุรกิจเอกชนต้องเพิ่ม

ความระมัดระวังในการประกอบธุรกิจของตน โดยหมั่นตรวจสอบประวัติและความสามารถของผู้ที่จะประกอบธุรกิจของตนอยู่เสมอ เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ตนต้องรับผิดตามกฎหมาย FCPA เพราะการที่ตนได้รู้หรือควรรู้ถึงโอกาสที่จะเกิดอาชญากรรมเช่นนั้นในอนาคต

ตามแนวทางนี้ ประเทศอาจบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดที่ต้องกระทำโดยเจตนาได้โดยไม่ต้องบัญญัติถึง การกระทำ “โดยเจตนา” ไว้ในองค์ประกอบความผิดอีก เพราะกฎหมายไทยมีบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยเจตนาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 อยู่แล้ว อีกทั้งไม่ต้องบัญญัติเจตนาพิเศษ “โดยทุจริต” ในการกระทำความผิดฐานให้สินบนเพิ่มเติมตามแนวทางของกฎหมาย FCPA และกฎหมาย PCA อีก เพราะ “โดยทุจริต” ในบริบทของกฎหมายอาญาไทยคือการแสวงหาประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น มิใช่สิ่งที่กฎหมายคุ้มครองในการบัญญัติให้การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐเป็นความผิดตามกฎหมาย นอกจากนี้ ประเทศไทยไม่ควรบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำโดยจงใจไม่รับรู้ เพราะรูปแบบของเจตนาดังกล่าวเป็นแนวคิดที่พัฒนาขึ้นในระบบคอมมอนลอว์ มิใช่เจตนาตามแบบระบบซีวิลลอว์ และที่มีอยู่ในระบบกฎหมายไทย

2.5) องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาพิเศษ: เพื่อจูงใจเจ้าพนักงานรัฐ อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดแนวทางว่า การกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศต้องสามารถบังคับใช้ครอบคลุมการจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำ หรือไม่กระทำการในตำแหน่งหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็นการอันชอบด้วยหน้าที่หรือไม่ รวมถึงการให้เจ้าพนักงานใช้อิทธิพลที่มีอยู่ในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบใดๆ ด้วย ในส่วนนี้ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA บัญญัติต้ององค์ประกอบความผิดส่วนนี้ไว้ครอบคลุมการจูงใจต่างๆ ตามแนวทางที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศข้างต้นแล้ว ในขณะที่กฎหมาย PCA บัญญัติกฎหมายไว้ในแนวทางที่แตกต่างออกไป แต่ไม่ครอบคลุมถึงการให้สินบนเพื่อการจูงใจต่างๆ ตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำในกฎหมายระหว่างประเทศข้างต้นทั้งหมด

บทบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาจูงใจเจ้าพนักงานรัฐที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้อย่างจำกัด สามารถบังคับใช้ได้เฉพาะการให้สินบนเพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานรัฐกระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่เท่านั้น ดังนั้น ในส่วนนี้ประเทศไทยจึงควรบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยแก้ไของค์ประกอบความผิดส่วนนี้ให้ครอบคลุมการให้สินบนเพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ รวมถึงเพิ่มเติมส่วนการจูงใจเพื่อให้เจ้าพนักงานใช้อิทธิพลอันเนื่องมาจากตำแหน่งอำนาจหน้าที่ของตนด้วย จึงจะเป็นการบัญญัติกฎหมายอย่างสอดคล้องตามแนวทางที่กำหนดในกฎหมายระหว่างประเทศข้างต้น

2.6) องค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาพิเศษ: เพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดแนวทางว่า ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศต้องมีองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศด้วย โดยผู้กระทำความผิดต้องได้ให้สินบนโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้ได้รับ หรือ รักษา สงวน หรือผูกขาดธุรกิจหรือประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

นอกจากนั้น อนุสัญญา UNCAC ยังบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ธุรกิจในส่วนนี้หมายความรวมถึง “ความช่วยเหลือระหว่างประเทศ” ด้วย

ตามแนวทางนี้ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ซึ่งมีบัญญัติความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้นที่บัญญัติถึงเจตนาเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจอย่างชัดแจ้ง โดยกฎหมายแต่ละฉบับนี้บัญญัติถึงการให้สินบนเพื่อให้ได้รับ หรือรักษา สงวน หรือผูกขาดธุรกิจหรือประโยชน์การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามแนวทางเดียวกัน แต่ไม่มีกฎหมายฉบับใดบัญญัติถึงการให้สินบนเกี่ยวกับความช่วยเหลือระหว่างประเทศตามแนวทางที่อนุสัญญา UNCAC กำหนดไว้เลย แตกต่างจากกฎหมาย PCA ซึ่งไม่มีข้อจำกัดดังกล่าวและจึงมีขอบเขตการบังคับใช้อย่างกว้างขวางมาก ครอบคลุมการให้สินบนทุกวัตถุประสงค์ อันเป็นเนื้อหากฎหมายที่เกินกว่าแนวทางการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อต่อต้านอาชญากรรมการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่ยอมรับในระดับนานาชาติในปัจจุบัน นอกจากนี้ กฎหมาย FCPA ยังบัญญัติต้องคุ้มครองความผิดนี้ไว้ครอบคลุมถึงการให้สินบนเพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดสามารถจัดหา หรือรักษา สงวน ผูกขาดธุรกิจสำหรับบุคคลอื่น หรือเพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดซึ้นหรือควบคุมธุรกิจให้แก่ผู้อื่น ไว้เกินกว่าที่กำหนดไว้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

ในการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาเป็นสากล ประเทศไทยต้องบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวที่มีองค์ประกอบความผิดส่วนเจตนาเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามแนวทางในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ข้างต้น ยิ่งไปกว่านั้น ประเทศไทยต้องบัญญัติถึงการให้สินบนเพื่อให้ได้รับ รักษา สงวน หรือผูกขาดความช่วยเหลือระหว่างประเทศตามแนวทางที่อนุสัญญา UNCAC กำหนดไว้ด้วย เพื่อเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศไทยผูกพันอยู่ต่ออนุสัญญาดังกล่าวอย่างครบถ้วนด้วย แต่ประเทศไทยไม่ต้องบัญญัติถึงการให้สินบนเพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดสามารถจัดหา หรือรักษา สงวน ผูกขาดธุรกิจสำหรับบุคคลอื่น หรือเพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดซึ้นหรือควบคุมธุรกิจให้แก่ผู้อื่นตามแนวทางของกฎหมาย FCPA เพิ่มเติมอีก เพราะวัตถุประสงค์การกระทำดังกล่าวห่างไกลจากส่วนการกระทำส่วนอาชญากรรมอันเป็นการให้สินบนมากเกินไป

2.7) ประเด็นเกี่ยวกับการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวก แนวทางของอนุสัญญาระหว่างประเทศโน้มเอียงไปในทิศทางต่อต้านอาชญากรรมการให้สินบนทุกรูปแบบ โดยไม่แบ่งแยกประเภทของสินบนอีกต่อไป เพราะเห็นว่าแม้การจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกจะเป็นการทุจริตเล็กๆ น้อยๆ แต่ก็อาจสร้างความเสียหายแก่การพัฒนาระบบเศรษฐกิจได้ไม่ต่างไปกับการให้สินบนขนาดใหญ่ แต่ในปัจจุบันกฎหมาย FCPA ของสหรัฐอเมริกายังมีบัญญัติอนุญาตการจ่ายเงินค่าอำนวยความสะดวกเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติประจำวันของเจ้าพนักงานรัฐอยู่เช่นเดิม

หากประเทศไทยบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างตามแนวทางการบัญญัติต้องคุ้มครองความผิดส่วนเจตนาจงใจเจ้าพนักงานรัฐตามที่กล่าวไปข้างต้น บทบัญญัติความผิดนี้ก็สามารถบังคับใช้แก่การให้สินบนทุกกรณีโดยไม่จำแนก

ประเภทของสินบนแล้ว ทั้งนี้ ประเทศไทยต้องไม่บัญญัติกฎหมายอนุญาตให้มีการจ่ายเงินค่าอำนาจความสะดวกได้โดยไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไว้ในส่วนอื่นอีก

2.8) การบัญญัติข้อต่อสู่ตามกฎหมายสำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะ อนุสัญญาของ OECD กำหนดว่า รัฐอาจบัญญัติข้อต่อสู่ตามกฎหมายสำหรับกรณีการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศดังกล่าวกำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานของตนได้ ส่วนอนุสัญญา UNCAC มิได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับการบัญญัติข้อต่อสู่สำหรับการกระทำความผิดฐานนี้ไว้แต่อย่างใด เพียงแต่เปิดช่องให้มีการปรับใช้ข้อต่อสู่ที่มีอยู่ในกฎหมายอาญาได้ เช่นเดียวกับความผิดฐานอื่นๆ ได้เท่านั้น

ในประเด็นนี้ กฎหมาย FCPA และกฎหมาย UKBA ได้บัญญัติข้อต่อสู่สำหรับกรณีการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศดังกล่าวกำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานของตนได้ ตามแนวทางที่อนุสัญญาของ OECD เปิดช่องไว้อย่างชัดเจน และบัญญัติไว้ตามแนวทางเดียวกันทั้งหมด ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมาย FCPA ยังได้บัญญัติข้อต่อสู่เฉพาะสำหรับการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและสุจริตไว้นอกเหนือไปจากแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศด้วย แม้การจ่ายดังกล่าวจะมีใช้สินบนโดยสภาพก็ตาม

โดยทั่วไป เมื่อประเทศไทยได้บัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ในระบบกฎหมายแล้ว จำเลยผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวย่อมสามารถปรับใช้ข้อต่อสู่ที่มีอยู่ในกฎหมายอาญาหลักทั่วไปได้ตามแนวทางที่อนุสัญญา UNCAC เปิดช่องไว้แล้ว นอกจากนี้ เนื่องจากความผิดฐานให้สินบนรูปแบบใหม่มีจุดเกาะเกี่ยวระหว่างประเทศโดยสภาพ และต้องอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายของรัฐตั้งแต่หนึ่งแห่งขึ้นไปเสมอ ประเทศไทยควรบัญญัติกฎหมายกำหนดข้อต่อสู่สำหรับกรณีการให้สินบนที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศกำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานของตนโดยใช้สินบนได้ไว้ด้วย เพื่อคำนึงถึงความหลากหลายของกฎหมายประเทศต่างๆ ทั่วโลก อีกประการหนึ่ง ข้อต่อสู่การจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและสุจริตไว้ตามแนวทางของกฎหมาย FCPA มีประโยชน์ในการช่วยสร้างหลักเกณฑ์สำหรับการจำแนกการกระทำความผิดกับการกระทำอันชอบด้วยกฎหมายที่ชัดเจนขึ้น ซึ่งย่อมนำไปสู่การปฏิบัติตามกฎหมายมากขึ้น ลดต้นทุนการประกอบธุรกิจ รวมถึงลดการใช้จ่ายงบประมาณในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐ ฉะนั้น ประเทศไทยจึงควรบัญญัติข้อต่อสู่สำหรับกรณีการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริตไว้ตามแนวทางเดียวกับกฎหมาย FCPA ด้วย แม้ข้อต่อสู่กรณีดังกล่าวอยู่นอกเหนือจากแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดไว้ก็ตาม

3) แนวทางเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา

ประเทศไทยควรกำหนดโทษสำหรับความผิดฐานใหม่ดังกล่าวตามแนวทางดังนี้

3.1) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดแนวทางว่า รัฐต้องกำหนดโทษทางอาญาสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดาอย่างสอดคล้องกับ

ระบบกฎหมายภายใน โดยต้องกำหนดบทลงโทษที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วนและมีผลในเชิงการยับยั้งอาชญากรรมความผิด เทียบเท่าได้กับโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดฐานให้สินบนเดิมของรัฐ ทั้งนี้รัฐต้องกำหนดโทษจำกัดเสรีภาพแก่บุคคลธรรมดาที่เพียงพอสำหรับใช้เป็นเงื่อนไขในการร้องขอความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างชาติและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย ซึ่งตามแนวทางนี้และภายใต้ระบบกฎหมายภายในของต่างประเทศ กฎหมาย FCPA กฎหมาย UKBA และกฎหมาย PCA บัญญัติโทษทางอาญาสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา โดยกำหนดใช้ “โทษจำคุก” และ “โทษปรับ” แนวทางเดียวกันทั้งหมด

ประเทศไทยจึงควรบัญญัติโทษสำหรับบุคคลธรรมดาที่กระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยกำหนดใช้ “โทษจำคุก” และ “โทษปรับ” เป็นโทษหลักอย่างสอดคล้องกับโทษที่กำหนดไว้ในความผิดฐานอื่นๆ รวมถึงความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐในประมวลกฎหมายอาญาได้ด้วย ส่วนการกำหนดอัตราโทษที่เหมาะสมต้องคำนึงถึงโทษอาญาที่กำหนดไว้สำหรับความผิดฐานอื่นเทียบเคียงประกอบกัน เพื่อมิให้เกิดความไม่เหมาะสม หรือความลึกลับว่าความผิดฐานใดควรกำหนดโทษรุนแรงมากกว่ากันด้วย โดยประเทศไทยควรกำหนดอัตราโทษจำคุกไว้ไม่ต่ำกว่า 5 ปี เพื่อให้เป็นโทษที่อาจเทียบเท่าได้กับโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา และกำหนดอัตราโทษปรับให้เหมาะสมตามสภาพเศรษฐกิจสังคมในปัจจุบันด้วย เพื่อให้โทษทั้งสองกรณีดังกล่าวเป็นโทษที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้งอาชญากรรมตามที่อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดไว้ข้างต้น ส่วนการกำหนดโทษจำกัดเสรีภาพที่เพียงพอสำหรับใช้เป็นเงื่อนไขในการร้องขอความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างชาติและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในระบบกฎหมายไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา พ.ศ. 2517 แต่มีกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่กำหนดเงื่อนไขว่า ความผิดที่จะมีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต้องมีกำหนดโทษจำคุกสูงสุดไม่ต่ำกว่า 1 ปีขึ้นไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

3.2) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดแนวทางว่า ในกรณีที่ระบบกฎหมายของรัฐยอมรับให้นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาได้แล้ว รัฐก็ต้องกำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะ แยกออกจากที่กำหนดไว้สำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาตามที่กล่าวไปข้างต้น ทั้งนี้ รัฐต้องกำหนดโทษที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงการยับยั้งอาชญากรรม รวมถึงสอดคล้องกับระบบกฎหมายของรัฐด้วย หรือมีเช่นนั้น หากระบบกฎหมายของรัฐไม่ยอมรับว่านิติบุคคลสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ รัฐก็ต้องกำหนดโทษตามกฎหมายอื่นที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงการยับยั้งอาชญากรรม แทนโทษทางอาญาดังกล่าวด้วย

แม้ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์จะยอมรับให้บุคคลตามกฎหมายสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ทั้งหมด และบัญญัติหรือมีความผิดอาญาที่สามารถใช้บังคับได้ทั้งกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล แต่มีเฉพาะกฎหมาย

FCPA และกฎหมาย UKBA เท่านั้นที่กำหนดโทษทางอาญาสำหรับนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะแยกออกจากของบุคคลธรรมดา และกำหนดใช้ “โทษปรับ” เป็นโทษหลักเพียงสถานเดียวเท่านั้น นอกจากนี้กฎหมายทั้งสองฉบับนั้นยังกำหนดโทษสำหรับบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้บริหารนิติบุคคลด้วย กล่าวคือกฎหมาย FCPA กำหนดให้บุคคลธรรมดาที่เป็นพนักงาน (Officer) ผู้จัดการ (Director) ลูกจ้าง (Employee) หรือตัวแทน (Agent) ของนิติบุคคลที่กระทำความผิด ไม่ว่าจะมีความผิดตามมาตรา 78dd-1 มาตรา 78dd-2 หรือมาตรา 78dd-3 ต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายด้วย ส่วนกฎหมาย UKBA กำหนดว่า เมื่อนิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ “พนักงานระดับสูง” ของนิติบุคคลนั้นหรือบุคคลผู้กระทำในอำนาจหน้าที่ของตนต้องรับผิดชอบตามกฎหมายด้วย หากฝ่ายโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่า บุคคลดังกล่าวได้ยินยอม (Consent) หรือให้ความช่วยเหลือรู้เห็นเป็นใจ (Connivance) ในการกระทำความผิดของนิติบุคคล

ระบบกฎหมายไทยยอมรับให้นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดชอบและต้องรับโทษตามกฎหมายอาญาได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์ความรับผิดอาญาสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลโดยเฉพาะ ตามแนวทางนี้ ประเทศไทยจึงควรกำหนดโทษอาญาสำหรับนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะตามแนวทางที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ข้างต้น โดยกำหนดใช้ “โทษปรับ” เป็นโทษหลักตามแนวทางเดียวกับที่ประเทศไทยกำหนดโทษสำหรับนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะในกฎหมายพิเศษฉบับอื่นๆ ทั้งนี้ ประเทศไทยต้องกำหนดโทษที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลในเชิงยับยั้งอาชญากรรมโดยคำนึงถึงอัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดอาญาฐานอื่นด้วย เพื่อมิให้เกิดความไม่เหมาะสม หรือความลักลั่นย้อนแย้งว่าความผิดฐานใดควรกำหนดโทษรุนแรงมากน้อยกว่ากัน

นอกจากนั้น เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาของนิติบุคคลในระบบกฎหมายไทยมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการแสดงเจตนาของผู้แทนนิติบุคคลอย่างมาก และเมื่อนิติบุคคลต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ศาลไทยก็มักพิพากษาลงโทษผู้แทนนิติบุคคลด้วยเสมอ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการกระทำความผิด ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรกำหนดโทษสำหรับกรณีผู้บริหารนิติบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดนั้นด้วยอย่างชัดเจน เพราะเป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างมาก ยิ่งไปกว่านั้น ประเทศไทยควรหลีกเลี่ยงไม่กำหนดให้ผู้บริหารนิติบุคคลต้องมีความรับผิดชอบตามข้อสันนิษฐานกฎหมายโดยยังไม่มี การพิสูจน์ความผิดเสียก่อน มิเช่นนั้นก็อาจเป็นการบัญญัติกฎหมายขัดหรือแย้งต่อหลักสิทธิของจำเลยในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555

3.3) กรณีการกำหนดโทษริบทรัพย์สิน อนุสัญญาของ OECD กำหนดเพียงว่า รัฐต้องกำหนดมาตรการริบทรัพย์ที่สามารถริบบรรดาสินบนและสิ่งที่ได้รับจากการกระทำความผิดฐานดังกล่าวนี้ หรือทรัพย์สินอื่นที่มีมูลค่าเทียบเท่ากันเท่านั้น ในขณะที่อนุสัญญา UNCAC กำหนดแนวทางส่วนนี้ไว้อย่างละเอียดมากกว่าว่า มาตรการริบทรัพย์สินต้องสามารถริบบรรดาสิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิด หรือทรัพย์ที่ถูกเปลี่ยนแปลงหรือดัดแปลงหรือนำไปประกอบรวมกับสิ่งดังกล่าว รวมถึงเงินได้ หรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้มาจากการกระทำความผิดหรือสิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิด

หรือทรัพย์สินที่ดัดแปลง เปลี่ยนแปลง หรือประกอบรวมกับสิ่งที่ได้รับมาจากการกระทำความผิดดังกล่าวด้วย

ภายใต้ระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ กฎหมายของประเทศต่างๆ มีกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการลงโทษทรัพย์สินทางอาญาไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับโทษทรัพย์สินโดยเฉพาะ กล่าวคือ การริบทรัพย์สินเกี่ยวกับความผิดตามกฎหมาย FCPA ต้องบังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยการริบทรัพย์สินทางอาญาในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 952 ส่วนกรณีตามกฎหมาย UKBA ต้องบังคับตามพระราชบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินซึ่งได้มาจากอาชญากรรม ปี ค.ศ. 2002 และกรณีตามกฎหมาย PCA ต้องบังคับตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำทุจริต การค้ายาเสพติด และอาชญากรรมร้ายแรงอื่น (มาตรการริบทรัพย์สิน) ปี ค.ศ. 1999 ในส่วนนี้มีกฎหมายการริบทรัพย์สินตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่ใช้ระบบการริบทรัพย์สินแบบริบเฉพาะเจาะจงตัวทรัพย์สินเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่กฎหมายดังกล่าวให้อำนาจรัฐสามารถติดตามไปริบทรัพย์สินเกี่ยวกับการกระทำความผิดทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่ได้รับมาจากการกระทำความผิด ที่ได้ใช้ในการกระทำความผิด หรือที่ได้อำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด โดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินดังกล่าวได้ถูกนำไปประกอบรวมไว้กับทรัพย์สินที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วหรือไม่ หรือริบทรัพย์สินอื่นที่ได้มาแทนทรัพย์สินที่อาจริบได้ตามกฎหมายข้างต้น หรือในกรณีที่รัฐไม่อาจริบทรัพย์สินได้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดๆ ศาลแห่งสหรัฐอเมริกาอาจมีคำสั่งให้จำเลยจ่ายเงิน (Money Judgment) ตามมูลทรัพย์สินที่ไม่อาจริบได้ดังกล่าวแทนได้เช่นกัน

เนื่องจากหลักเกณฑ์การลงโทษทรัพย์สินทั่วไปที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งอาจต้องปรับใช้แก่ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่บัญญัติขึ้นใหม่ยังมีข้อบกพร่อง ไม่อาจใช้ริบทรัพย์สินเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาได้อย่างมีประสิทธิภาพตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ ประเทศไทยจึงควรกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการบังคับโทษทรัพย์สินสำหรับการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยเฉพาะด้วย ซึ่งนอกจากต้นแบบแนวทางการกำหนดโทษทรัพย์สินของกฎหมาย FCPA ข้างต้น ประเทศไทยอาจบัญญัติกฎหมายส่วนนี้ตามแนวทางเดียวกับมาตรการริบทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติมาตรการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 ก็ได้

4) แนวทางเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจลงโทษของศาล

ประเทศไทยควรบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจที่เกิดขึ้น ณ ที่ใดๆ ตามแนวทางดังนี้

4.1) กรณีการกระทำความผิดในดินแดนของรัฐ อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดแนวทางว่า รัฐต้องบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในดินแดนของรัฐ ทั้งนี้ อนุสัญญา

UNCAC บัญญัติให้รวมถึงการกระทำความผิดในเรื่องที่แสดงธงของรัฐหรืออากาศยานที่จดทะเบียนตามกฎหมายของรัฐนั้นด้วยตามหลักดินแดนลอย

โดยหลัก ศาลของรัฐย่อมมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดในดินแดนของรัฐภายใต้ระบบกฎหมายของรัฐ ดังนั้น ศาลของสหรัฐอเมริกา ศาลของสหราชอาณาจักร และศาลของประเทศสิงคโปร์ย่อมมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดตามกฎหมาย FCPA กฎหมาย UKBA หรือกฎหมาย PCA แล้วแต่กรณี ตามที่กฎหมายของแต่ละประเทศนั้นบัญญัติไว้

ประเทศไทยมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำความผิดตามหลักดินแดนกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 ถึงมาตรา 6 ซึ่งครอบคลุมกรณีการกระทำความผิดทั้งหมด และที่กฎหมายถือว่าเป็นการกระทำความผิดในราชอาณาจักรทั้งที่มีส่วนคาบเกี่ยวกับราชอาณาจักรบางส่วน และกรณีการกระทำความผิดในเรื่องไทยหรืออากาศยานไทยที่อยู่นอกราชอาณาจักรด้วย จึงเห็นได้ว่า บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยเขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดนข้างต้นมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างครอบคลุมครบถ้วนตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศข้างต้นแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายในประเด็นนี้อีก

4.2) กรณีการกระทำความผิดนอกดินแดนของรัฐ อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดแนวทางว่า รัฐต้องบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่กระทำนอกดินแดนโดยบุคคลของรัฐตามหลักสัญชาติ

ในต่างประเทศ กฎหมาย FCPA กฎหมาย UKBA และกฎหมาย PCA สามารถบังคับใช้แก่การกระทำความผิดตามกฎหมายนั้นนอกดินแดนของรัฐตามหลักสัญชาติได้ทั้งหมด กล่าวคือ กฎหมาย FCPA มาตรา 78dd-1 และมาตรา 78dd-2 บังคับใช้แก่บุคคลกลุ่มที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะกระทำความผิดในหรือนอกดินแดนของรัฐ กฎหมาย UKBA กำหนดเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดนอกดินแดนโดยบุคคลซึ่งมีความเชื่อมโยงบางประการกับ สหราชอาณาจักรตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนกฎหมาย PCA กำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดนอกดินแดนโดย “คนชาติ” ซึ่งไม่ชัดเจนว่ารวมถึงกรณีการกระทำความผิดดังกล่าวโดยนิติบุคคลด้วยหรือไม่

เนื่องจากหลักทั่วไปของบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจตามหลักสัญชาติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8 มีขอบเขตบังคับใช้อย่างจำกัด เพราะมีเงื่อนไข “การร้องขอ” และ “ฐานความผิด” จึงไม่เพียงพอสำหรับใช้บังคับแก่ความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศตามแนวทางที่อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดข้างต้น ประเทศไทยจึงควรบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรสำหรับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ ซึ่งอาจใช้ต้นแบบการบัญญัติเนื้อหากฎหมายจากบทบัญญัติเขตอำนาจรัฐที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดไว้เหมือนกันว่า ศาลไทยมีเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดตามกฎหมายดังกล่าวนอกราชอาณาจักรได้ หากในการกระทำความผิดนั้น (1) ผู้กระทำความผิดหรือผู้ร่วมกระทำความผิดคนใดคนหนึ่งเป็นคนไทยหรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย

หรือ (2) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และได้กระทำโดยประสงค์ให้ความผิดเกิดขึ้นในราชอาณาจักรหรือรัฐบาลไทยเป็นผู้เสียหาย หรือ (3) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าวและการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐที่การกระทำเกิดขึ้นในเขตอำนาจของรัฐนั้น หากผู้นั้นได้ปรากฏตัวอยู่ในราชอาณาจักร และมีได้มีการส่งตัวผู้นั้นออกไปตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ตลอดจนกำหนดให้นำหลักเกณฑ์การคำนึงถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลมด้วย

8.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาเป็นสากล และสอดคล้องกับระบบกฎหมายไทย มีข้อเสนอแนะต่างๆ ดังนี้

1) ประเทศไทยควรบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไว้ในระบบกฎหมายไทยโดยใช้แนวทางรูปแบบการบัญญัติฐานความผิด องค์ประกอบความผิด บทลงโทษทางอาญา และเขตอำนาจลงโทษของศาล ตามที่ได้วิเคราะห์ค้นหาแนวทางการบัญญัติให้เป็นกฎหมายไทยในบทที่ 7 โดยประเทศไทยควรบัญญัติกฎหมายก่อตั้งความผิดสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นฐานความผิดเฉพาะแยกออกจากบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมเพื่อการบัญญัติเนื้อหาความผิดที่ชัดเจน เฉพาะเจาะจง และสอดคล้องกับแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ อีกทั้งต้องไม่บัญญัติกฎหมายใหม่นี้รวมไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เพื่อมิให้โครงสร้างของประมวลกฎหมายอาญาเสียไป เพื่อความสะดวกในการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมและการจัดหมวดหมู่กฎหมายเรื่องเดียวกัน ตลอดจนเพื่อให้หลักการต่างๆ ในประมวลกฎหมายอาญามีเนื้อหาสอดคล้องกันทั้งฉบับ

ในการบัญญัติเนื้อหาความผิด ผู้เขียนขอเสนอแนะตัวอย่างแนวทางการบัญญัติเนื้อหาความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ รวมถึงบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังนี้

1.1) ตัวอย่างแนวทางการบัญญัติองค์ประกอบความผิด ดังนี้

“ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยผ่านคนกลาง แก่

(1) เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ หรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ เพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานนั้น กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำใดๆ เกี่ยวกับหน้าที่ หรือใช้อิทธิพลอันเนื่องมาจากตำแหน่งหน้าที่ในลักษณะใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการในหน้าที่หรือไม่

(2) บุคคลที่สาม เพื่อการจูงใจเจ้าพนักงานตาม (1)

เพื่อให้ได้รับ รักษา สงวน หรือผูกขาดประโยชน์ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศหรือความช่วยเหลือระหว่างประเทศ ผู้นั้นต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

(ก) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาให้ระวางจำคุก ปี หรือปรับ บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

(ข) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลให้ระวางโทษปรับ บาท

ในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล หากปรากฏว่ากรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นได้ให้ความยินยอม ให้ความช่วยเหลือ หรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดด้วย กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลดังกล่าวต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในความผิดฐานนี้ด้วย”

1.2) ตัวอย่างแนวทางการบัญญัติกฎหมายกำหนดบทนิยามถ้อยบัญญัติที่เกี่ยวข้องต่างๆ ดังนี้

1.2.1) นิยามของ “เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ” บัญญัติว่า

“เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ หมายถึง

(1) ผู้เป็นเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศ ไม่ว่าจะมามีอำนาจทางนิติบัญญัติ อำนาจทางบริหาร หรืออำนาจตุลาการ

(2) ผู้ปฏิบัติงานเพื่อหรือในนามของต่างประเทศ องค์การของรัฐต่างประเทศ รัฐวิสาหกิจของต่างประเทศ ไม่ว่าจะมิตำแหน่งประจำหรือชั่วคราว และได้รับเงินเดือนหรือค่าตอบแทนอื่นหรือไม่”

1.2.2) นิยามของ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” บัญญัติว่า

“เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ หมายถึงผู้ปฏิบัติงานในองค์การระหว่างประเทศ หรือซึ่งได้รับมอบหมายจากองค์การระหว่างประเทศให้ปฏิบัติงานในนามขององค์การระหว่างประเทศนั้น”

1.3) ตัวอย่างแนวทางการบัญญัติข้อต่อสู้ตามกฎหมาย

1.3.1) กรณีข้อต่อสู้สำหรับการให้สินบนโดยมีกฎหมายต่างประเทศกำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานได้โดยชอบด้วยกฎหมาย บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดตามกฎหมายนี้* โดยมีกฎหมายต่างประเทศกำหนดหรืออนุญาตให้มีการจูงใจเจ้าพนักงานของตนได้ ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

* หมายถึง พระราชบัญญัติที่กำหนดความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

1.3.2) กรณีข้อต่อสู้สำหรับการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริต
บัญญัติว่า

“การเสนอ ให้ หรือสัญญาว่าจะให้เงินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศซึ่งกระทำโดยสุจริตและสมเหตุสมผล ไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย”

นอกจากนี้ รัฐควรออกบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ หรือตรากฎหมายลำดับรองกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการพิจารณา หรืออธิบายขอบเขตของการจ่ายเงินโดยสมเหตุสมผลและโดยสุจริตตามข้อต่อสู้ในแนบท้ายพระราชบัญญัตินี้ด้วย

1.4) ตัวอย่างแนวทางการบัญญัติกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร ดังนี้

“ผู้ใดกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้* แม้กระทำนอกราชอาณาจักรผู้นั้นจะต้องรับโทษในราชอาณาจักร ถ้าปรากฏว่า

(1) ผู้กระทำความผิดหรือผู้ร่วมกระทำความผิดคนใดคนหนึ่งเป็นคนไทย หรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย หรือเป็นนิติบุคคลไทย** หรือ

(2) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าวและรัฐบาลไทยเป็นผู้เสียหาย หรือ

(3) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าวและการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐที่การกระทำเกิดขึ้นในเขตอำนาจของรัฐนั้น หากผู้นั้นได้ปรากฏตัวอยู่ในราชอาณาจักร และมีได้มีการส่งตัวผู้นั้นออกไปตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน”

2) จากการศึกษาทำให้พบว่า สภาพของการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น อาจเป็นคดีความผิดที่มีความเสียหายเป็นจำนวนมาก มีลักษณะซับซ้อน หรือมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติที่สำคัญ หรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรม หรือมีผู้ทรงอิทธิพลที่มีความสำคัญเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน หรืออาจมีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือระบบเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ จำเป็นต้องใช้การสืบสวนหรือรวบรวมหลักฐานเป็นพิเศษเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรมีการออกกฎหมายว่าด้วยการกำหนดคดีพิเศษเพิ่มเติมตามกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. เพื่อกำหนดให้คดีความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศนี้เป็น “คดีพิเศษ” ในอำนาจของกรมสอบสวนคดีพิเศษ (Department of Special Investigation) ตามที่พระราชบัญญัติการสอบสวนคดี

* หมายถึง พระราชบัญญัติที่กำหนดความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

** เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มิได้กำหนดขอบเขตการศึกษาถึง การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลไทยที่แน่นอน การเสนอแนะแนวทางการบัญญัติกฎหมายส่วนนี้จึงเพียงแต่เสนอว่า กฎหมายไทยควรกำหนดเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรโดยระบุถึงนิติบุคคลได้โดยชัดแจ้งด้วย

พิเศษ พ.ศ. 2547 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 มาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1)¹

ทั้งนี้ การออกกฎกระทรวงดังกล่าวอาจกระทำโดยมิต้องมีการตราให้เป็นกฎหมาย แต่โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง² และมาตรา 10 วรรคหนึ่ง (1) ซึ่งกำหนดให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติมีอำนาจออกกฎกระทรวงและระเบียบ เพื่อปฏิบัติการตามกฎหมายได้ โดยคำแนะนำของคณะกรรมการคดีพิเศษ (กพค.) เพื่อให้คดีการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศดังกล่าวมีการสืบสวนและสอบสวนโดยเจ้าพนักงานผู้มีความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษ และมีกฎหมายกำหนดอำนาจสืบสวนและสอบสวนคดีที่มีลักษณะดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ นอกจากอำนาจการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาทั่วไปตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย

3) จากการศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยพัฒนาจากเนื้อหาขององค์ประกอบความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมที่มีอยู่ในระบบกฎหมายไทย พบว่า เนื้อหาความผิดฐานให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 ในปัจจุบันยังมีเนื้อหาไม่ทันสมัย ขอบเขตบังคับใช้อย่างจำกัดและมีช่องว่างของกฎหมายในหลายประเด็น ยกตัวอย่างดังนี้

- การไม่บัญญัติถึงการให้สินบนโดยผ่านคนกลางหรือการให้สินบนโดยมีบุคคลที่สามเป็นผู้รับประโยชน์แทนเจ้าพนักงานอย่างชัดเจน ทั้งๆ ที่ในความเป็นจริงแล้ว การให้สินบนเป็นอาชญากรรมที่มักเกิดขึ้นอย่างไม่เปิดเผยโดยสภาพ ผู้ให้และผู้รับสินบนมักร่วมมือกันปกปิดการ

¹ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551, มาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติว่า

“คดีพิเศษที่จำต้องดำเนินการสืบสวนและสอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่คดีความผิดทางอาญาดังต่อไปนี้

(1) คดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ และที่กำหนดในกฎกระทรวงโดยการเสนอแนะของ กพค. โดยคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายดังกล่าว จะต้องมิลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(ก) คดีความผิดทางอาญาที่มีความซับซ้อน จำเป็นต้องใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานเป็นพิเศษ

(ข) คดีความผิดทางอาญาที่มีหรืออาจมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือระบบเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ

(ค) คดีความผิดทางอาญาที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติที่สำคัญ หรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรม

(ง) คดีความผิดทางอาญาที่มีผู้ทรงอิทธิพลที่สำคัญเป็นตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน

(จ) คดีความผิดทางอาญาที่มีพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ซึ่งมิใช่พนักงานสอบสวนคดีพิเศษหรือเจ้าหน้าที่คดีพิเศษเป็นผู้ต้องสงสัย เมื่อมีพยานหลักฐานตามสมควรว่าน่าจะได้กระทำความผิดอาญา หรือเป็นผู้กล่าวหาหรือผู้ต้องหา...”

² พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547, มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงและระเบียบ เพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้”

และมาตรา 10 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติว่า

“ให้ กพค. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) เสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงกำหนดคดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) ...”

กระทำความผิดเพื่อมิให้ตนถูกจับกุมดำเนินคดีตามกฎหมาย ซึ่งอาจใช้วิธีการใดๆ เช่น การให้สินบนผ่านคนกลาง หรือการให้สินบนจูงใจเจ้าพนักงานโดยให้ประโยชน์แก่บุคคลที่สามก็ได้ เป็นต้น

- การบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนบุคคลผู้รับสินบนโดยให้ความสำคัญแก่การแบ่งแยกตำแหน่งต่างๆ ซึ่งบางตำแหน่งไม่มีใช้ในปัจจุบันแล้ว เช่น “ผู้ว่าคดี” ใน มาตรา 167 เป็นต้น ในขณะที่การบัญญัติความผิดสำหรับอาชญากรรมการให้สินบนควรให้ความสำคัญแก่เจตนาจูงใจผู้ใช้อำนาจรัฐเพื่อมิให้มีการแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้องชอบธรรมหรือมีการใช้ตำแหน่งหน้าที่ที่ตนมีอยู่โดยมิชอบมากกว่า

- การบัญญัติความผิดเฉพาะการจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำ ไม่กระทำ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบเท่านั้น ไม่รวมถึงการจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำการในอำนาจหน้าที่ หรือการจูงใจให้เจ้าพนักงานใช้อิทธิพลในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานนั้น ไม่ว่าจะเป็นการอันเกี่ยวกับหน้าที่หรือไม่ เป็นเหตุให้ยังคงมีช่องว่างของกฎหมายที่เปิดช่องให้บุคคลสามารถกระทำทุจริตเล็กๆ น้อยๆ (Petty Corruption) ได้อยู่ ซึ่งในปัจจุบันประเทศต่างๆ ต่างยอมรับกันอย่างแพร่หลายแล้วว่า การกระทำทุจริตระดับเล็กๆ น้อยๆ ก็ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมอย่างยั่งยืน

- การไม่มีบทบัญญัติโทษสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดเป็น “นิติบุคคล” อย่างเหมาะสม ส่งผลให้กฎหมายอาญาไม่อาจใช้ป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ เป็นต้น

จึงเห็นได้ว่า แม้บทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญาจะมีพื้นฐานเป็นอาชญากรรมการทุจริตลักษณะเดียวกับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ แต่เนื้อหาของบทบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแบบดั้งเดิมดังกล่าวยังมีเนื้อหาไม่ทันสมัย ไม่อาจใช้ปราบปรามอาชญากรรมการให้สินบนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้เขียนขอเสนอแนะว่า ประเทศไทยควรศึกษาเพื่อปรับปรุงเนื้อหาความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และมาตรา 167 เสียใหม่ เพื่อสร้างเครื่องมือทางกฎหมายอาญาที่มีเนื้อหาทันสมัย เต็มขนาด และมีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการกระทำทุจริตเทียบเท่าและสอดคล้องกับความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่ได้ศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทั้งในประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติองค์ประกอบความผิด การกำหนดบทลงโทษทางอาญา ตลอดจนเขตอำนาจลงโทษของศาล และด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเสนอให้การศึกษาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานให้สินบนในประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวโดยการศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์แนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง รวมถึงกฎหมายของต่างประเทศที่มีจุดเด่นน่าสนใจ อันเป็นแนวทางและวิธีการศึกษาเกี่ยวกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

4) ประเทศไทยควรมีการศึกษาเพื่อปรับปรุงเนื้อหาบทกฎหมายหลักทั่วไปต่างๆ ที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการใช้กฎหมายอาญาป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดต่างๆ ได้มากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องใดไว้โดยเฉพาะ หลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างๆ ในประมวลกฎหมายอาญาย่อมมีผล

บังคับใช้ในฐานะที่เป็นหลักทั่วไป แต่จากการศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้ สิบบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ พบว่า หลักเกณฑ์หลาย ประการในประมวลกฎหมายดังกล่าวไม่อาจบังคับใช้ป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมความผิด ต่างๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ยกตัวอย่างดังนี้

- หลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยการลงโทษริบทรัพย์สินทางอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 32 ถึงมาตรา 34 ยังมีขอบเขตการบังคับใช้อย่างจำกัด รัฐไม่สามารถติดตามไปริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ ส่งผลให้มาตรการลงโทษริบทรัพย์สินนั้นไม่อาจตัดแรงจูงใจ ในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดได้อย่างแท้จริง ผู้กระทำความผิดยังคงมีช่องทางได้รับ ประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรมอยู่นั่นเอง ด้วยเหตุนี้ การบัญญัติความผิดฐานให้สิบบนในการ ประกอบธุรกิจระหว่างประเทศขึ้นใหม่จึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ของโทษริบทรัพย์สินไว้ โดยเฉพาะ เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ใช้หลักว่าด้วยการริบทรัพย์สินหลักทั่วไปดังกล่าว อีกทั้งหากประเทศไทย ต้องบัญญัติฐานความผิดอื่นใดเพิ่มเติม ประเทศไทยก็ต้องบัญญัติหลักเกณฑ์การริบทรัพย์สินเฉพาะ สำหรับความผิดใหม่นั้นๆ ด้วยเช่นกัน ผู้เขียนจึงเสนอแนะว่า ประเทศไทยควรมีการศึกษาเพื่อ ปรับปรุงหลักเกณฑ์ว่าด้วยการลงโทษริบทรัพย์สินในประมวลกฎหมายอาญานั้นให้สามารถตัด แรงจูงใจในการกระทำความผิดได้อย่างแท้จริงด้วย โดยศึกษา เปรียบเทียบ และวิเคราะห์แนวทางของ กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนต้นแบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่มีจุดเด่นน่าสนใจ และพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโทษริบทรัพย์สินที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทย มีเนื้อหาทันสมัย และมีประสิทธิภาพสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาได้

- หลักเกณฑ์ว่าด้วยเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกดินแดนของศาลตาม หลักสัญชาติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8 ยังมีขอบเขตการบังคับใช้จำกัด ไม่สามารถปรับใช้ แก่การกระทำความผิดฐานอื่นๆ ที่มีได้กำหนดไว้ในอนุมาตรา (1) ถึง (13) ได้อีก ก็จะสามารถใช้ได้ ภายใต้งบเงื่อนไขการร้องขอโดยรัฐบาลของประเทศซึ่งการกระทำความผิดเหล่านั้นเกิดขึ้นหรือโดย ผู้เสียหายในการกระทำความผิดนั้นเท่านั้น อาจเป็นเหตุศาลไทยไม่มีเขตอำนาจลงโทษการกระทำ ความผิดดังกล่าวได้ เพราะไม่ครบเงื่อนไข 2 ประการดังกล่าว ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะว่า ประเทศไทย ควรศึกษาเพื่อปรับปรุงบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจลงโทษการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรตาม หลักบุคคล เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอาญา มิให้ผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย ไทยมีช่องว่างที่จะหลุดพ้นออกจากเขตอำนาจลงโทษของศาลไทย โดยศึกษา เปรียบเทียบ และ วิเคราะห์แนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนต้นแบบกฎหมายของประเทศ ต่างๆ ที่มีจุดเด่นน่าสนใจ และพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการก่อตั้งเขตอำนาจลงโทษของศาลเหนือ การกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรโดยผู้กระทำความผิดไทยที่มีเนื้อหาทันสมัย สามารถปรับใช้ใน ความผิดฐานต่างๆ ได้อย่างทั่วไป และไม่เปิดช่องให้ผู้กระทำความผิดอาจหลุดพ้นจากการบังคับใช้ กฎหมายอาญา

5) เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะประเด็นการบัญญัติความผิด และโทษทางอาญาสำหรับการให้สิบบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเท่านั้น แต่การใช้ กฎหมายอาญาเพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตอย่างกว้างขวาง หลากหลาย และครอบคลุมรอบ

ด้าน จำเป็นต้องบังคับใช้มาตรการทางอาญาอื่นๆ มิใช่การให้สินบนในภาครัฐในต่างประเทศ (Foreign Active Bribery in Public Sector) ตามขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วย ฉะนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะว่า ประเทศไทยควรมีการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการบัญญัติให้การกระทำอื่นๆ เกี่ยวกับการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญา ตลอดจนการกำหนดมาตรการอื่นที่มีโทษอาญาสำหรับอาชญากรรมใหม่ดังกล่าวด้วย เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและความเด็ดขาดในการบังคับใช้กฎหมายอาญาป้องกันและปราบปรามการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างแนวทางการบัญญัติความผิดอาญาหรือมาตรการอื่นๆ ที่มีในกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายต่างประเทศ เช่น การบัญญัติความผิดอาญาสำหรับองค์กรธุรกิจซึ่งละเลยไม่กำหนดหรือจัดให้มีมาตรการภายในองค์กร เพื่อป้องกันมิให้บุคคลผู้เกี่ยวข้องกับองค์กรไปกระทำทุจริตระหว่างประเทศ และสนับสนุนให้ภาคธุรกิจเอกชนสร้างมาตรการตรวจสอบและป้องกันการกระทำทุจริตภายในองค์กรของตนเองตามกฎหมาย UKBA มาตรา 7 แนวคิดการบัญญัติความผิดสำหรับเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติหรือเจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศที่เรียกรับเอาสินบน (Passive Bribery) ตามอนุสัญญา UNCAC มาตรา 16(2) เป็นต้น

จากการศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ผู้เขียนได้รับองค์ความรู้ใหม่หลายประการ ได้แก่

1) ทำให้ทราบว่า ความก้าวหน้าของสังคมมนุษย์ในด้านต่างๆ เป็นปัจจัยที่ทำให้รูปแบบของอาชญากรรมแบบดั้งเดิมมีพัฒนาการขึ้น และอาจก่อความเสียหายแก่คุณค่าต่างๆ ของสังคมได้อย่างหลากหลายขึ้น เห็นได้จากที่ผู้เขียนได้ศึกษาว่าการให้หรือรับสินบนเป็นสิ่งที่ขัดหรือแย้งต่อคุณค่าทางศีลธรรม รวมถึงความรู้สึกรับผิดชอบชั่วดีของมนุษย์โดยพื้นฐาน แต่รัฐได้เลือกบัญญัติให้สินบนดังกล่าวเป็นความผิดอาญาเฉพาะที่เป็นการละเมิดความศักดิ์สิทธิ์แห่งอำนาจรัฐเท่านั้น และในปัจจุบันรัฐยังจำเป็นต้องขยายขอบเขตการบัญญัติความผิดอาญาให้ครอบคลุมความมั่นคงทางเศรษฐกิจและเสถียรภาพของระบบตลาดในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอันเป็นคุณค่าทางเศรษฐศาสตร์อีกประการหนึ่งด้วย

2) ทำให้เห็นว่า ความเป็นศาสตร์ของกฎหมายอาญาที่มุ่งกำหนดกฎเกณฑ์ความประพฤติของบุคคลเพื่อสร้างความเป็นธรรมและความสงบเรียบร้อยในสังคม จำเป็นต้องมีพัฒนาการสอดคล้องตามความเปลี่ยนแปลงของสังคมในแต่ละยุคสมัยด้วย เห็นได้จากที่แนวคิดของ “สินบน” และขอบเขตของ “ความผิดเกี่ยวกับสินบน” ของสังคมในอดีตยังเป็นเพียงปัญหาทางศีลธรรมและการละเมิดต่ออำนาจของรัฐหนึ่งๆ เท่านั้น แต่เมื่อการให้สินบนได้พัฒนารูปแบบซับซ้อนขึ้นและมีองค์ประกอบระหว่างประเทศ กฎหมายอาญาจึงจำเป็นต้องพัฒนาหลักเกณฑ์ที่จะใช้ควบคุมพฤติกรรมรูปแบบใหม่ดังกล่าวให้เหมาะสมด้วย เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายอาญาในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมต่อไป

3) แสดงให้เห็นว่า บทบาทของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมในปัจจุบันให้ความสำคัญและคำนึงถึงการรักษาประโยชน์ส่วนรวมในระดับนานาชาติเพิ่มมากขึ้น เห็นได้จากที่แนวคิดการบัญญัติความผิดฐานให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศนี้ คือการที่รัฐสร้าง

มาตรการทางกฎหมายเพื่อลงโทษผู้กระทำทุจริตที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมโดยรวมอย่างกว้างขวาง แม้บุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่นำรายได้ให้ประเทศ หรือการทุจริตดังกล่าวมิได้กระทำเพื่อแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามกฎหมายภายใน

4) ทำให้เห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศหรือความร่วมมือในระดับนานาชาติ มีบทบาทจัดการและส่งเสริมให้ทำให้ประเทศต่างๆ จัดการปัญหาอาชญากรรมตามแนวทางและมาตรฐานเดียวกันมากขึ้นในปัจจุบัน เห็นได้จากการอนุสัญญาของ OECD และอนุสัญญา UNCAC เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการเผยแพร่แนวคิดต่อต้านการให้สินบนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ และผลักดันให้หลายประเทศทั่วโลกแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในตามแนวทางและมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้เป็นมาตรฐาน นอกจากนี้ ด้วยบทบาทนี้เองที่ได้ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศมิใช่เรื่องห่างไกลตัวบุคคลอีกต่อไป เพราะกฎเกณฑ์และมาตรฐานต่างๆ ที่นานาชาติได้ร่วมกันตกลงกันให้เป็นกฎหมายระหว่างรัฐนั้นจะย้อนกลับมาบังคับแก่บุคคลในรัฐต่างๆ นั้นเองในที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเกี่ยวกับการจัดการอาชญากรรมการเป็นปัญหาาร่วมกันในระดับนานาชาติ เช่น ปัญหาการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่ได้ศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นต้น

ที่กล่าวมา 4 ประการข้างต้นเป็นองค์ความรู้ใหม่ที่ผู้เขียนได้รับจากการทำวิทยานิพนธ์

รายการอ้างอิง

- PwC เผยผลสำรวจ Thailand Economic Crime Survey [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.pwc.com/th/en/press-room/press-release/2012/new-release-19-nov-2012-th.jhtml> [เข้าถึงเมื่อ 29 สิงหาคม 2556]
- Explanatory Notes - the Proceeds of Crime Act 2002 (C.29) Royal Assent on 24 July 2002 [Online]. Available from: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/notes> [2 November 2013.]
- Foreign Corrupt Practice Act Resource Center [Online]. Available from: http://jenner.com/resource_centers/update/682 [4 November 2013.]
- Abbott, Kenneth W., and Duncan Snidal. Values and Interests: International Legalization in the Fight against Corruption. Journal of Legal Study 31 (2002).
- ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific. The Criminaliz[ati]on of Bribery in Asia and the Pacific. Paris: ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific OECD Publishing, 2011.
- Adler, Jeremy. See No Evil: How the Supreme Court’s Decision in Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A. Further Muddled the Intent Element of Induced Infringement. Northwestern Journal of Technology & Intellectual Property 11, 559 (August, 2013).
- Alldrige, Peter. The U.K. Bribery Act: “The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA”, ”: 1192-1199. Ohio State Law Journal 73 (2012).
- Ang, Wilson. Anti-corruption Regulation in Singapore [Online]. Available from: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/77687/anti-corruption-regulation-in-singapore> [April 2013]
- Ashe, Daniel P. The Lengthening Anti-Bribery Lasso of the United States: The Recent Extraterritorial Application of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Fordham Law Review 73 (May, 2005).
- Bean, Bruce W. Hyperbole, Hypocrisy, and Hubris in the Aid-corruption Dialogue. Georgetown Journal of International Law 41 (Summer 2010).
- Becker, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. In Edited by Levitt, S. D. and Miles, T. J., Economics of Criminal Law. MA: Edward Elgar, 2008.
- Binning, Peter, David McClusky, Elizabeth Robertson, and John Wood. Fraud and the Criminal Law. In International Commercial Fraud. London: Sweet & Maxwell, 2002.
- Black, Henry Campbell. Black’s Law Dictionary. 8th ed. MN: Thomson/West Group, 2004.

- Blume, Robert C., and Taylor J. McConkie. Navigating the Foreign Corrupt Practice Act : The Increasing Cost of Overseas Bribery. Colorado Lawyer 36 (2007).
- Bruner, Philip L., and Jr. Patrick J. O'Connor. § 21:12 Trends toward Harmonization of International Construction Law - Harmonization of Ethical Business Practices: The Foreign Corrupt Practices Act and International Anti-bribery Initiatives [Online]. Available from: www.westlaw.com [December 2012]
- Carr, Indira. International Trade Law. 4th ed. NY: Routledge-Cavendish, 2010.
- Chaffee, Eric C. The Role of the Foreign Corrupt Practices Act and Other Transnational Anti-Corruption Laws in Preventing or Lessening Future Financial Crime. Ohio State Law Journal (2012).
- Chow, Daniel. The Interplay between China's Anti-Bribery Laws and the Foreign Corrupt Practices Act. Ohio State Law Journal 5, 73 (2012).
- Corrupt Practices Investigation Bureau. About Us - Introduction [Online]. Available from: http://app.cpib.gov.sg/cpib_new/user/default.aspx?pgID=61 [1 February 2014.]
- . International: International and Regional Corruption-related Surveys & Rankings [Online]. Available from: http://app.cpib.gov.sg/cpib_new/user/default.aspx?pgID=146 [8 September 2013.]
- Dalton, Marie M. Efficiency v. Morality: The Codification of Cultural Norms in the Foreign Corrupt Practices Act. NYU Journal of Law & Business (Spring 2006).
- Department of Justice. Foreign Corrupt Practices Act Provisions [Online]. Available from: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa>
- Doyle, Charles. Extraterritorial Application of American Criminal Law [Online]. Available from: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/94-166.pdf> [15 February 2012.]
- Elliott, Kimberrly Ann. Corruption as an International Policy – Problem: Overview and Recommendation. In Edited by Elliott, K. A., Corruption and the Global Economy. MA: Institute for International Economics, 1997.
- Folsom, Ralph H., Michael Wallace Gordon, and John A. Spanogle Jr. International Business Transactions. 2nd ed. MN: WEST, 2001.
- Galtung, Fedrik. Criteria for Sustainable Corruption Control. In Edited by Robinson, M., Corruption and Development. London: Frank Cass, c1998.
- Garretson, Heather J. Federal Criminal Forfeiture: A Royal Pain in the Asset. Review of Law and Social Justice 18, 1 (2008).
- Hallevy, Gabriel. A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law. Germany: Springer, 2010.

- Hamra, Wayne Albert. *Curbing International Bribery and Corruption in Thailand: Prospects for Reform in Light of the OECD Convention*. Doctoral Dissertation, School of Business Golden Gate University. 2002.
- Hansberry, Heidi L. In spite of Its Good Intentions, the Dodd – Frank Act Has Created an FCPA Monster. *Journal of Criminal Law and Criminology* 102 (2012).
- Haq, Hamidul. "Corruption Law in Singapore and Abroad." In *Breakfast Talk: The French Chamber of Commerce in Singapore*.
- Heimann, Fritz, and Gillian Dell. *Exporting Corruption? Country Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention: Progress Report 2012*. Germany: Transparency International, 2012.
- Hin, Koh Teck. "Corruption Control in Singapore." The 13th International Training Course on the Criminal Justice Response to Corruption Visiting Experts' Papers.
- Hindley, Alan, Frederick W. Langley, and Brian J. Levy. *Old French-English Dictionary*. NY: Cambridge University Press, 2006.
- Hornby, A. S., and Sally Wehmeier, eds. *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*. 6th ed. NY: Oxford University Press, 2000.
- House of Representative. 95th Congress 1st Session.
- Hwee, Tan Ken. *Prosecution for Corruption Offences in Singapore* [Online]. Available from: <http://www.gov.mu/portal/sites/iapmauritiu/Tan.pdf> [2 June 2013.]
- Jensen, Nathan M. *Are Bribes Tax Deductible* [Online]. Available from: <http://pages.wustl.edu/nathanjensen/articles/4701> [23 May 2013.]
- Johnstone, Peter, and George Brown. International Controls of Corruption: Recent Responses from the USA and the UK. *Journal of Financial Crime* 11, 3 (2004).
- Lestelle, Evan P. The Foreign Corrupt Practice Act, International Norms of Foreign Public Bribery, and Extraterritorial Jurisdiction. *Tulane Law Review* 83 (December 2008).
- Mathews, Arthur F. Defending SEC and DOJ FCPA Investigations and Conducting Related Corporate Internal Investigations: The Triton Energy/Indonesia SEC Consent Decree Settlements. *Northwestern Journal of International Law & Business* 18, 2 (1997).
- Ministry of Justice. *Explanatory Notes relate to the Bribery Act 2010 (c. 23)* [Online]. 2011. Available from: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/notes>
- . *Explanatory Notes relate to the Bribery Act 2010 (c. 23)* [Online]. Available from: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/notes>
- Moody-Stuart, George. *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*. Oxford: World View Publishing, 1977.
- Mootooka, Takeshi. *International Aid*. Center for S.E. Asian Studies Kyoto University. 1966.

- Muchlinski, Peter T. Multinational Enterprises & the Law. 2nd ed. NY: Oxford University Press, 2007.
- Murphy, Mark J. International Bribery: An Example of an Unfair Trade Practice? Brooklyn Journal of International Law 21 (1995).
- Nadipuram, Abhay M. Is the OECD the Answer? It's Only Part of the Solution. Journal of Corporation Law 38 (Spring 2013).
- Nicholls, Colin, Tim Daniel, Martin Polaine, and John Hatchard. Corruption and Misuse of Public Office NY: Oxford University Press, 2006.
- OECD. Anti-bribery Convention - OECD Anti-Bribery Convention: Entry into Force of Convention [Online]. Available from: www.oecd.org/daf/anti-briberyconvention/oecdanti-briberyconventionenterintoforceoftheconvention.htm [1 February 2014.]
- . Information Sheet on the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. n.p.: n.d.
- OECD Working Group on Bribery. Annual Report 2011. France: OECD Publishing, 2012.
- PricewaterhouseCoopers FAS Ltd. Thailand Economic Crime Survey 2011 [Online]. Available from: www.pwc.com/th [2 February 2014.]
- Quah, Jon S.T. Combating Corruption in Singapore: What Can Be Learned? Journal of Contingencies and Crisis Management 9, 1 (March 2001).
- Robinson, Misty. Global Approach to Anti-Bribery and Corruption, An Overview: Much Done, But A Lot to Do... Thurgood Marshall Law Review 37 (Spring 2012).
- Rose-Ackerman, Susan. The Political Economy of Corruption. In Edited by Elliott, K. A., Corruption and the Global Economy. MA: Institute for International Economics, 1997.
- Rose, Cecily. The UK Bribery Act 2010 and Accompanying Guidance: Belated Implementation of the OECD Anti-Bribery Convention. International & Comparative Law Quarterly 61, 2 (April 2012).
- Rosenberg, George. New UK Bribery Act 2010 - Draconian in Theory but Is It Enforceable in Practice? Construction Law International 5, 3 (August, 2010).
- Ryznar, Margaret, and Samer Korkor. Anti-bribery Legislation in the United States and United Kingdom: A Comparative Analysis of Scope and Sentencing. Missouri Law Review (2010).
- Shingler, Elizabeth S. The Foreign Corrupt Practices Act: A New Approach to the Reasonable and Bona Fide Expenditure Defense. Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law 7 (Spring 2013).
- Singh, Naumihal. The World of Bribery and Corruption. New Delhi: Mittal, c1998.

- Snider, Thomas R., and Won Kidane. Combating Corruption through International Law in Africa: A Comparative Analysis. Cornell International Law Journal 40 (Fall 2007).
- Southern African Development Community. Documents & Publications: Protocol against Corruption (2001) [Online]. Available from: <http://www.sadc.int/documents-publications/show/> [2 February 2014.]
- Spahn, Elizabeth K. Implementing Global Anti-Bribery Norms: From the Foreign Corrupt Practices Act to the OECD Anti-Bribery Convention to the UN Convention against Corruption. Indiana International & Comparative Law Review 23 (2013).
- Tan, Joy, and Koh Swee Yen. Singapore. In Edited by Bourtin, N., The International Investigation Review. London: Gideon Robertson, 2011.
- TRACE. Global Enforcement Report 2012 [Online]. Available from: http://www.traceinternational.org/data/public/GER_2012_Final-147966-1.pdf [17 September 2013.]
- Transparency International. Corruption Perceptions Index 2011. n.p.: Ernst & Young, 2011.
- . Corruption Perceptions Index 2012. n.p.: Ernst & Young, 2012.
- . Global Priorities: Conventions - Economic Community of West African States (ECOWAS): Protocol on the Fight against Corruption [Online]. Available from: http://archive.transparency.org/global_priorities/international_conventions/conventions_instruments/ecowas_protocol [2 February 2014.]
- UK Border Agency. British Overseas Territories Citizen [Online]. Available from: http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/britishcitizenship/othernationality/britishoverseas_territories/ [19 June 2012.]
- UNCTAD. World Investment Report 2012. Switzerland: United Nations Publication, 2011.
- United Nations Office on Drugs and Crime. United Nations Convention against Corruption Signature and Ratification Status as of 29 November 2013 [Online]. Available from: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html> [19 August 2012.]
- UNODC. Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption. NY: United Nations Publication, 2006.
- . United Nations Convention against Corruption [Online]. Available from: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/cac/signatories.html>. [14 September 2013.]
- Weld, Jean B. Forfeiture Laws and Procedures in the United States of America, Resource Material Series No. 83 [Online]. Available from:

- http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No83/No83_06VE_Weld1.pdf [10 November 2013.]
- Welling, Sarah N. Reviving the Federal Crime of Gratuities. *Arizona Law Review* 55 (Summer 2013).
- Westbrook, Amy Deen. Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation: The Unruly Expansion of the Foreign Corrupt Practices Act. *Georgia Law Review* 45 (2011).
- Willborn, Emily. Extraterritorial Enforcement and Prosecutorial Discretion in the FCPA: A Call for International Prosecutorial Factors. *Minnesota Journal of International Law* 22 (Summer 2013).
- Willes, John H., and John A. Willes. *International Business Law: Environments and Transactions*. Singapore: McGraw-Hill Education, 2005.
- Williams, Sope. Current Developments: III. The BAE/Saudi Al-Yamamah Contracts: Implications in Law and Public Procurement. *International and Comparative Law Quarterly* 57 (2008).
- Wysong, Wendy L. *Under-criminalization of Foreign Bribery in Asia Pacific* [Online]. Available from: <http://www.corporatecomplianceinsights.com/under-criminalization-of-foreign-bribery-in-asia-pacific> [6 December 2012]
- Yingphan Unhavaithaya. UK's Bribery Act of 2010 : Should Thailand Uses These Legal Principles to Reform the Bribery Law in the Commercial Sector? Master Proposal, Faculty of Law Chulalongkorn's University. 2011.
- Zagaris, Bruce. *International White Collar Crime*. NY: Cambridge University Press, 2010.
- กมลชัย รัตนสกววงศ์. *สัมมนากฎหมายอาญา (ชั้นปริญญาโท)*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.
- กรองแก้ว ฉายสภาวะธรรม. *สารานุกรม ภาษี ค่าพึงเพย และสำนวนไทย*. กรุงเทพฯ: ต้นธรรม, ม.ป.ป.
- กระทรวงการต่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. *รวมความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ไทยทำกับต่างประเทศ*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, 2554.
- กรุงเทพธุรกิจออนไลน์. *'ปานเทพ' ชื่นอุสัญญาของ OECD สร้างความเชื่อมั่นให้นักลงทุน* [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/politics/politics/20120119/430836ปานเทพชื่นอุสัญญาOECDสร้างความเชื่อมั่นให้นักลงทุน.html> [เข้าถึงเมื่อ 19 มกราคม 2555]
- กฤษฎา บุญยสมิต. เนื้อหาของกฎหมายตราสามดวง. ใน *กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2550.
- กษมา พรหมทัต. ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลในความผิดฐานให้สินบน. *วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโท*. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552.

กองบก.ฐานเศรษฐกิจ คอลัมน์การเงิน. "ทุนไทยแหล่งทุนนอก 5 เดือนทะลัก 5 พันล." ฐานเศรษฐกิจ, 29 กรกฎาคม - 1 สิงหาคม 2555.

กาญจนา ละอองศรี. หน่วยที่ 3 เศรษฐกิจไทยหลังสนธิสัญญาเบาว์ริงในช่วง พ.ศ. 2398-2453. ใน คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงชุดวิชาเศรษฐกิจไทย (บรรณาธิการ), เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐกิจไทย หน่วยที่ 1-7. พิมพ์ครั้งที่ 9. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2554.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.
เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: จีระรัชการพิมพ์, 2549.

———. ถาม-ตอบ ประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด ความผิดเกี่ยวกับการปกครองและความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม (มาตรา 136 ถึงมาตรา 205). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: จีระรัชการพิมพ์, 2546.
โกเมศ ขวัญเมือง. กฎหมายอาญาชั้นสูง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550.

ขุนจรยาวิเศษ (บุญเที่ยง บุญยนิิตย์) และทองหล่อ บุญยนิิตย์. หลักกฎหมายลักษณะอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. ธนบุรี: โรงพิมพ์ดำรงธรรม, 2478.

ขุนสมาหาร หิตะคดี (ไป๋ โปรคุปต์). พจนานุกรมกฎหมาย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549.

คณพล จันทน์หอม. กระบวนการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. วารสารกฎหมาย 3, 23 (เมษายน 2548).

———. เหตุใดหลักการในกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 จึงทันสมัยข้ามศตวรรษ. ใน กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553. (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จัดพิมพ์ฉลองพระมหากรุณาธิคุณพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เนื่องในวาระคล้ายวันสวรรคต เป็นปีที่ 100 23 ตุลาคม พุทธศักราช 2553).

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.

คมชัดลึกออนไลน์. ป.ป.ช.เตรียมเป็นรัฐภาคีต่อต้านการทุจริต [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.komchadluek.net/detail/20110425/95770/ป.ป.ช.เตรียมเป็นรัฐภาคีต่อต้านการทุจริต.html#UgcqN5JHKo0> [เข้าถึงเมื่อ 25 เมษายน 2554]

คอลัมน์สุวรรณภูมิสังคมวัฒนธรรม. 24 มิถุนายน 2482 เปลี่ยนชื่อประเทศจาก ประเทศสยาม เป็นประเทศไทย เพราะอะไร? [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.oknation.net/blog/dinsor/2007/06/22/entry-2> [วันที่ 22 มิถุนายน พ.ศ. 2550]

จอร์จ มูตี สจ๊วต. ธุรกิจกับการคอร์รัปชัน การคอร์รัปชันระดับสูงในการพัฒนาภูมิภาคโลกที่สาม. แปลโดย สุทธาสินี พาณิชชานนท์. กรุงเทพฯ: คบไฟ, 2539.

จิตติ ติงศภักดิ์. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2548.

———. กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. นนทบุรี: เนติบัณฑิตยสภา, 2555.

———. กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. นนทบุรี: เนติบัณฑิตยสภา, 2548.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.

เจ. เอฟ. ฮัตเจสสัน. ลัทธิเศรษฐกิจ. เรียบเรียงโดย ทวี ตะเวทิกุล. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519.

- เจมส์ ซี อินแกรม. การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจในประเทศไทย 1850-1970. แปลโดย ชูศรี มณี
พฤษ์ และเฉลิมพจน์ เอี่ยมกมลลา. สมุทรปราการ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และ
มนุษยศาสตร์, 2552.
- ฉัตรทิพย์ นาถสุภา. ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2551.
- . "เศรษฐกิจศาสตร์การเมืองจากอดีตสู่อนาคต." In บทปาฐกถาพิเศษ การเสวนาวิชาการ “หนึ่ง
ทศวรรษเศรษฐกิจศาสตร์การเมืองและการบริหารจัดการ: จากวันนั้นถึงวันนี้ สู่อย่างก้าวในอนาคต” จัด
โดยคณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา ณ หอประชุมหอศิลปและวัฒนธรรมภาค
ตะวันออก มหาวิทยาลัยบูรพา จังหวัดชลบุรี, วันที่ 23 มิถุนายน พ.ศ.2555.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์, 2540.
- ชาญชัย แสงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ:
วิญญูชน, 2556.
- ชุมพร ปัจจุสานนท์. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล: สัญชาติ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ:
วิญญูชน, 2549.
- . หน่วยที่ 9 กฎหมายว่าด้วยองค์การระหว่างประเทศ. ใน 9-15, เ. ห. (บรรณาธิการ), พิมพ์
ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2552.
- ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. การกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา. นนทบุรี:
สถาบันวิจัยและพัฒนาการบูรณาการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม, 2551.
- ณรงค์เดช สุโรษิต. หมายเหตุท้ายคดีรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 เรื่อง
พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ [ออนไลน์].
แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1713> [วันที่ 23 เมษายน พ.ศ.
2555]
- ณัฐธรรดา ศรีหล่มสัก. การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสินบนในภาคเอกชนตามอนุสัญญาองค์การ
สหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต พ.ศ. 2003. วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2554.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ:
วิญญูชน, 2556.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: วิญญูชน,
2554.
- ธนะพรพันธุ์, รั้งสรรค. "จาก 2492-2552." In เอกสารประกอบปาฐกถาเนื่องในโอกาสคณะ
เศรษฐกิจศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีอายุครบ 60 ปี ณ คณะเศรษฐกิจศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ธารทอง ทองสวัสดิ์. หน่วยที่ 6 เศรษฐกิจไทยในช่วง พ.ศ. 2488-2504. In คณะกรรมการกลุ่ม
ปรับปรุงชุดวิชาเศรษฐกิจไทย (บรรณาธิการ), เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐกิจไทย หน่วยที่ 1-7.
พิมพ์ครั้งที่ 9. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2554.

- ธารีธา ไตรนรพงศ์. การเปิดเสรีภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA). วารสารการค้าโลก 8, 2 (เมษายน - มิถุนายน 2553).
- นรารวรรณ พรหมจรรย์. การริบทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด. วิทยานิพนธ์ มหาวิทยาลัยศิลปากร, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2554.
- นันทพร พงศ์พัฒนานนท์ และชิตชนก อันโนนจารย์. Focused and Quick (FAQ) ISSUE 70: การลงทุนโดยตรงในต่างประเทศของไทย: อุปสรรคที่รอการแก้ไข [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.bot.or.th/Thai/EconomicConditions/Publication/FAQ_documents/FAQ_70.pdf [วันที่ 18 มิถุนายน 2555]
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- บัญญัติ สุชีวะ. ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล. บทบัญญัติ 33, 1 (2519).
- ผจงจิตต์ อธิคมั่นทะ. สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2526.
- ผาสุก พงษ์ไพจิตร. ภาพการวิจัยเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชันในสังคมไทย: วิธีการ ตัวชี้ ผลกระทบ และข้อคิดสู่การแก้ไข. ใน เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง การจัดทำแผนยุทธศาสตร์ป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. ม.ป.ท.: คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, 2543.
- พนิต อธิภาวงศ์. ภาษีบริษัทข้ามชาติ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.
- พรชัย เลื่อนฉวี. กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2547.
- พระอินทปริษา (เหยียน เลขะวณิช). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1. พระนคร: โสภณพิพรรฒธนากร, 2468.
- พอพันธ์ อูยานนท์. หน่วยที่ 5 เศรษฐกิจไทยในช่วง พ.ศ. 2475-2488. ใน คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงชุดวิชาเศรษฐกิจไทย (บรรณาธิการ), เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐกิจไทย หน่วยที่ 1-7. พิมพ์ครั้งที่ 9. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2554.
- ภวิดา ปานะนนท์และวีระยุทธ กาญจน์ชูฉัตร. ตบเท้าทุนไทยไปนอก. ใน ผาสุก พงษ์ไพจิตร (บรรณาธิการ), การต่อสู้ของทุนไทย เล่ม 2. กรุงเทพฯ: มติชน, 2549.
- มณฑนา ยาวิลละ. มาตรการป้องกันและปราบปรามการจ่ายและรับสินบนโดยการควบคุมพฤติกรรมภาคเอกชนของประเทศไทย: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายติดสินบนของสหราชอาณาจักร (Bribery Act 2010). เอกศศึกษาาระดับปริญญาโทมหาวิทยาลัยศิลปากร, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2554.
- ไมเคิล อาร์. ซินโคตา, อิคคา เอ. รอนโคเนน, และไมเคิล เอช. มอเฟเพ็ท. ธุรกิจระหว่างประเทศ. แปลโดย ลักคณา วรศิลป์ชัย. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.
- ราชบัณฑิตยสถาน. กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 1. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2550.
- . กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 2. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2550.

- . พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556.
(ราชบัณฑิตยสถานจัดพิมพ์เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554).
- รุ่งรัตน์ ทับทิมทอง. ความเป็นเจ้าพนักงานในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ. วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2529.
- ลาวัลย์ ถนัดศิลปกุล. หน่วยที่ 8 แนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ. ใน คณะกรรมการผลิตและบริหารชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน (บรรณาธิการ), ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน่วยที่ 8-15. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553.
- . หน่วยที่ 9 กฎหมายที่ควบคุมการลงทุนระหว่างประเทศของประเทศที่รับการลงทุน. ใน คณะกรรมการผลิตและบริหารชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน (บรรณาธิการ), ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน่วยที่ 8-15. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553.
- วิจารณ์ พานิช. เศรษฐศาสตร์การเมือง [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.gotoknow.org/posts/507076> [เข้าถึงเมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2557]
- วิทย์ เทียงบุญธรรม. พจนานุกรมอังกฤษ-ไทย ฉบับห้องสมุด. ม.ป.ท.: ม.ป.ป.
- วิทยากร เชียงกุล. แนวทางปราบคอร์รัปชันอย่างได้ผล: เปรียบเทียบไทยกับประเทศอื่น. กรุงเทพฯ: สายธาร, 2549.
- วิทยากร เชียงกุล และพรภิรมณ์ เอี่ยมธรรม. อธิบายศัพท์เศรษฐศาสตร์สมัยใหม่. กรุงเทพฯ: สายธาร, 2547.
- วินัย พงศ์ศรีเพียร. ความสำคัญของ ‘กฎหมายตราสามดวง: แวนส่องสังคมไทย’. ใน กฎหมายตราสามดวง: แวนส่องสังคมไทย ผลงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ลำดับที่ 1 สถานภาพการศึกษากฎหมายตราสามดวง. กรุงเทพฯ: เพื่อฟ้า, 2547.
- ศันันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2555.
- ศศิกานต์ คงศักดิ์. หลักอินทภาษ: คำสอนตระลาการไทยสมัยโบราณ. ใน วินัย พงศ์ศรีเพียร และวีรวัลย์ งานสันติกุล (บรรณาธิการ), นิติปรัชญาไทย. กรุงเทพฯ: สามลดา, 2549.
- ศุภรัตน์ เลิศพาณิชย์กุล. หน่วยที่ 2 เศรษฐกิจไทยสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น (พ.ศ. 2325-2398). ใน คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงชุดวิชาเศรษฐกิจไทย (บรรณาธิการ), เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐกิจไทย หน่วยที่ 1-7. พิมพ์ครั้งที่ 9. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2554.
- ศูนย์บริการข้อมูลเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. ไทยกับ OECD [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.mfa.go.th/business/th/customize/16523-ไทยกับ-OECD.html> [วันที่ 1 พฤษภาคม 2555]
- สมชาย ภคภาสน์วิวัฒน์. หน่วยที่ 11 กฎหมายระหว่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ. ใน คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ (บรรณาธิการ), เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศและองค์การระหว่าง

- ประเทศ หน่วยที่ 9-15. พิมพ์ครั้งที่ 10. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2552.
- สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร และพรชัย ต่านวิวัฒน์. กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- สมลักษณ์ สันติโรจนกุล. หลักเศรษฐศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2555.
- สันติ ชัยศรีสวัสดิ์สุข. "AEC-การเปิดเสรีด้านการลงทุน." ไทยโพสต์, 20 สิงหาคม 2555 และ 27 สิงหาคม 2555.
- สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. สรุปสาระสำคัญของรายงานการค้าและการลงทุนในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก ปี 2554 ขององค์การสหประชาชาติ (UNESCAP) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: www.nesdb.go.th/Portals/0/news/article/data_0157201011.pdf [เข้าถึงเมื่อ 20 ตุลาคม 2554]
- สุจิตต์ วงษ์เทศ. "แก้บน, จั้มก้อง, คอร์รัปชั่น วัฒนธรรมราชการไทย." มติชนรายวัน, 15 ธันวาคม 2554.
- สุดสงวน สุธีสร. อาชญาวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- สุนัย มโนมัยอุดม. ระบบกฎหมายอังกฤษ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วิวัฒน์กุล. ความรับผิดอาญาของนิติบุคคล. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- . ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. รวบรวมโดย ดิเรก ควรสมาคม กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547.
- เสาวนีย์ ไทยรุ่งโรจน์ และธนวรรณ พลวิชัย. สถานการณ์ด้านการทุจริตในประเทศไทยในมุมมองของนักธุรกิจ. วารสารวิชาการ ป.ป.ช. 3, 1 (มกราคม 2553).
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และคณะ. รายงานวิจัย “การศึกษาพันธกรณีและความพร้อมของไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003”. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, 2551.
- หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. สมยศ เชื้อไทย, บรรณาธิการ. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- . คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548.
- . บทบัญญัติใหม่ๆ ในประมวลกฎหมายอาญา. ตุลพาท 7, 4 (กรกฎาคม 2500).
- อดิน รพีพัฒน์. ระบบอุปถัมภ์และโครงสร้างชนชั้นสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น. ใน ควินทร์พันธุ์, อ. พ. และ (บรรณาธิการ), ระบบอุปถัมภ์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- อาชวินทร์ ลังกุลจินดา. แนวทางการอนุวัติการอนุสัญญาของประเทศไทยต่ออนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัด การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2553.
- เอก ตังทรัพย์วัฒนา. โลกาภิวัตน์ บรรษัทข้ามชาติ บรรษัทภิบาล และความรับผิดชอบต่อสังคมของ บริษัท. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาววริศรา สุรเดช เกิดเมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2532 สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 1) จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปี พ.ศ. 2554 สอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ สภานายความแห่งประเทศไทย รุ่นที่ 35 สอบไล่ได้ใน การสอบความรู้ชั้นเนติบัณฑิตจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 64 รวมถึงได้เข้าศึกษาในชั้นปริญญาโทมหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปีเดียวกัน



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY