

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการให้และ รับสินบนเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ

การศึกษากฎหมายนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาในเชิงเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของตนกับกฎหมายของประเทศอื่นทั้งที่ใช้ระบบเดียวกันและต่างระบบกัน เพื่อเปรียบเทียบเนื้อหาและนิติวิธีของกฎหมาย และเพื่อนำไปประกอบการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของตนให้มีความเหมาะสมและแก้ปัญหาการทุจริตที่เกิดขึ้น ในบทนี้จึงได้ทำการศึกษาถึงสาระสำคัญของมาตรการทางกฎหมายในการให้และรับสินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ และกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศราชอาณาจักรเดนมาร์ก และประเทศราชอาณาจักรสวีเดน เป็นต้น เพื่อให้เป็นแนวทางและการเสนอแนะในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดความรับผิดชอบในการให้และรับสินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศได้อย่างเหมาะสม

3.1 มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการให้และรับสินบน เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ

มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการให้และรับสินบนเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศตามอนุสัญญาระหว่างประเทศนั้น มีอยู่ 2 อนุสัญญา ดังนี้

3.1.1 อนุสัญญาโออีซีดีเพื่อจัดการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997¹

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้กำหนดคตินิยามและหน้าที่ของรัฐภาคี โดยถือหลักว่าระบบกฎหมายของแต่ละประเทศมีหลักการเป็นของตัวเอง ดังนั้น รัฐภาคีจึงไม่จำเป็นที่จะต้องใช้รูปแบบกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมายให้เหมือนกันทุกรัฐในการอนุวัติการอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้

ดังนั้น หน่วยงานตรวจสอบจึงใช้วิธีการประเมินผลการบังคับใช้กฎหมายของรัฐภาคีที่เกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์ว่ารัฐภาคีได้อนุวัติการอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ครบถ้วนแล้วหรือไม่²

สาระสำคัญของอนุสัญญาโออีซีดีเพื่อจัดการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997 ประกอบด้วย เนื้อหาทางอาญาและเนื้อหาที่ไม่เกี่ยวข้องกับทางอาญา โดยสาระสำคัญของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้มีหลายประการด้วยกัน แต่หลักสำคัญได้แก่ การกำหนดให้การให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของรัฐภาคี ความรับผิดชอบของนิติบุคคลต่อการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศและการยึดทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

อนุสัญญาโออีซีดีเพื่อจัดการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997 ประกอบด้วยมาตราที่สำคัญ คือ มาตรา 1 กำหนดให้รัฐภาคีกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามกฎหมายภายในของตน มาตรา 2 กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดความรับผิดชอบของนิติบุคคลในการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามกฎหมายภายในของตน มาตรา 3 การกำหนดบทลงโทษตามกฎหมายภายใน มาตรา 4 การใช้เขตอำนาจศาลของรัฐภาคี มาตรา 5 การบังคับใช้กฎหมายภายใน และมาตรา 6 ข้อจำกัดเรื่องอายุความตามกฎหมายภายใน เป็นต้น

¹ จาก แนวทางในการอนุวัติการของประเทศไทยต่ออนุสัญญาโออีซีดีเพื่อจัดการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ), โดย อาชวินทร์ ลังกุลจินดา, 2552, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

² From *The OECD Convention on Bribery a commentary* (p. 27), by Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter J. Cullen, 2007, Cambridge UK: Cambridge University Press.

3.1.1.1 หน้าที่ของรัฐภาคี

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้กำหนดหน้าที่ของรัฐภาคีที่จะต้องดำเนินการอนุรักษ์การไว้หลายประการประกอบด้วย รัฐภาคีต้องกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ รัฐภาคีต้องใช้เขตอำนาจตามที่อนุสัญญากำหนด รัฐภาคีต้องบังคับใช้กฎหมายและรัฐภาคีต้องใช้มาตรการส่งเสริมประสิทธิภาพในการปราบปราม นอกจากนี้ยังปรากฏหน้าที่รัฐภาคีตามคำแนะนำของโออีซีดี (ฉบับแก้ไข) ในการกำจัดการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศในส่วนของมาตรการทางภาษีด้วย

อย่างไรก็ตาม หากรัฐภาคีซึ่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติข้างต้นไม่ดำเนินการปฏิบัติ รัฐภาคีดังกล่าวจะถูกตรวจสอบโดยคณะทำงานโออีซีดีเกี่ยวกับการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งมีฐานะเป็นหน่วยงานตรวจสอบตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ โดยคณะทำงานดังกล่าวจะออกเอกสารเพื่อให้ความเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐภาคี

1) หน้าที่ในการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

การปราบปรามการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศจำเป็นต้องอาศัยกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการลงโทษผู้กระทำความผิดควบคู่กับการป้องปรามผู้ที่คิดจะกระทำความผิดดังนั้น รัฐภาคีจึงมีหน้าที่ในการกำหนดฐานความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ โดยแยกศึกษาเป็น 2 ประเด็น คือ ฐานความผิดอาญาและความรับผิดและโทษของบุคคลธรรมดา

(1) ฐานความผิดอาญา

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้กำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องกำหนดฐานความผิดอาญาเพื่อลงโทษบุคคลที่กระทำการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 ข้อที่ 1 แต่อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ก็ได้กำหนดรูปแบบของกฎหมายภายในไว้หรือบังคับให้ต้องนำถ้อยคำในอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของตนโดยเคร่งครัด โดยอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ให้อิสระแก่รัฐภาคีในการเลือกรูปแบบตามหลักกฎหมายของตนและบัญญัติถ้อยคำภายใต้ขอบเขตที่อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้กำหนดไว้ในมาตรา 1 ซึ่งในปัจจุบันรัฐภาคีได้ออกกฎหมายภายในแตกต่างกันหลายรูปแบบโดยมาตรา 1 ข้อที่ 1 กำหนดว่า

“1. รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่จำเป็นในการกำหนดฐานความผิดอาญาตามกฎหมายภายในสำหรับบุคคลที่กระทำโดยเจตนา เสนอ สัญญา หรือให้ เงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่เหมาะสมไม่ว่าทางตรงหรือผ่านสื่อกลางแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ สำหรับเจ้าพนักงานรัฐเองหรือบุคคลที่สาม เพื่อให้เจ้าพนักงานรัฐกระทำการหรือละเว้นกระทำการในหน้าที่เพื่อที่ตนจะได้รับ

หรือยังคงได้รับผลประโยชน์ทางธุรกิจ หรือผลประโยชน์ที่ไม่สมควรอย่างอื่นเกี่ยวกับธุรกิจระหว่างประเทศ”

ดังนั้นองค์ประกอบภายนอกของฐานความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ จึงสามารถแยกออกได้เป็น 6 องค์ประกอบ ดังนี้

- ก. ผู้ให้สินบน
- ข. ผู้รับสินบน
- ค. บุคคลที่สามซึ่งได้รับประโยชน์จากการให้สินบน
- ง. สินบน
- จ. การกระทำซึ่งเป็นความผิด ได้แก่ การเสนอ สัญญาและการให้สินบน
- ฉ. การให้สินบนผ่านตัวกลาง

ทั้งนี้ โดยมีองค์ประกอบภายใน คือ การกระทำโดยเจตนาและเจตนาพิเศษเพื่อผลประโยชน์เกี่ยวกับธุรกิจระหว่างประเทศ

ในการศึกษาองค์ประกอบของฐานความผิดอาญา ผู้เขียนได้ศึกษาขอบเขตโดยพิจารณาทั้งอนุสัญญาและเอกสารอธิบายความรายละเอียดของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ (Official Commentary) ซึ่งคณะทำงานโออีซีดีเกี่ยวกับการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศได้จัดทำขึ้นเพื่อให้รัฐภาคีนำไปใช้ในการอนุวัติการสาระสำคัญของอนุสัญญา โดยได้กล่าวถึงฐานความผิดอาญาไว้ในข้อที่ 3 ถึงข้อที่ 8 ว่า

“ข้อ 3) มาตรา 1 กำหนดมาตรฐานที่รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตาม แต่รัฐภาคีไม่จำเป็นต้องบัญญัติถ้อยคำตามกฎหมายภายในให้เหมือนกับบทบัญญัติตามมาตรา 1 รัฐภาคีหนึ่งอาจใช้วิธีการที่หลากหลายในการปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวโดยมีเงื่อนไขว่าในการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดจะต้องไม่มีเงื่อนไขในการพิสูจน์ความผิดเกินกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 ข้อที่ 1

ข้อ 4) ฐานความผิดอาญาในความหมายของมาตรา 1 ข้อที่ 1 ในส่วนของการได้รับหรือยังคงได้รับผลประโยชน์ทางธุรกิจหรือผลประโยชน์ที่ไม่สมควรประการอื่น หมายถึง ไม่ว่าบริษัทจะเป็นผู้เสนอสัญญาที่ดีที่สุดหรือไม่ หรือบริษัทมีคุณสมบัติที่จะได้รับเลือกเข้าทำสัญญาหรือไม่

ข้อ 5) ผลประโยชน์ที่ไม่สมควรประการอื่น หมายถึง สิ่งที่บริษัทไม่มีสิทธิที่จะได้รับยกตัวอย่างเช่น การอนุญาตเปิดโรงงาน แต่บริษัทไม่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น

ข้อ 6) การกระทำตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ถือว่าเป็นความผิด ไม่ว่าการเสนอหรือการให้กระทำ หรือเงินและผลประโยชน์ถูกให้ในนามของบุคคลที่กระทำหรือในนามของบุคคลธรรมดาอื่นหรือนิติบุคคล

ข้อ 7) การกระทำความผิดไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับ ผลของการกระทำ กระบวนการทางศุลกากร การเรียกร้องจากเจ้าพนักงานรับ หรือการกล่าวอ้างความจำเป็นในการจ่ายเงิน

ข้อ 8) ถ้าผลประโยชน์ที่เจ้าพนักงานรัฐได้รับ ถูกต้องตามกฎหมายหรือกฎหมายกำหนดตามกฎหมายภายในที่เจ้าพนักงานรัฐมีสัญชาติ การกระทำตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ไม่เป็นความผิด

ผู้เขียนจึงขอแยกอธิบายขอบเขตของฐานความผิดอาญาตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ตามองค์ประกอบภายนอกดังนี้

ก. ผู้ให้สินบน

อนุสัญญาโออีซีดีมิได้กำหนดความหมายของผู้ให้สินบนไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นผู้ให้สินบนตามความหมายของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ อย่างไรก็ตามรัฐภาคีที่กฎหมายภายในจำกัดการลงโทษทางอาญาไว้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น โดยนิติบุคคลไม่อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้ยอมรับหลักกฎหมายภายในดังกล่าว แต่ได้กำหนดให้รัฐภาคีดังกล่าวจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายภายในโดยกำหนดให้มีการลงโทษทางแพ่งหรือโทษทางปกครองต่อนิติบุคคลที่กระทำการให้สินบน เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศด้วย

นอกจากนี้ ผู้ให้สินบนตามความหมายของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ยังรวมถึงรัฐวิสาหกิจและบริษัทที่ถูกควบคุมโดยรัฐด้วย ซึ่งต้องพิจารณาตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้น ๆ ด้วย³

ข. ผู้รับสินบน

ผู้รับสินบนตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ต้องมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานรัฐเท่านั้นและต้องเป็นเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ กล่าวคือ ประเทศที่พิจารณาคดีกับประเทศที่เจ้าพนักงานรัฐมีสัญชาติเป็นคนละประเทศกัน

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้นิยามความหมายของเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติไว้ในมาตรา 1 ข้อที่ 4 (a)(b)(c) ไว้ว่า

“a. เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ หมายถึง บุคคลใด ๆ ที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการของรัฐต่างชาติ ไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งหรือการเลือกตั้ง บุคคลใด ๆ ที่มีหน้าที่ทำงาน

³ From *Consultation Paper Review of the OECD Instruments on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions Ten Years after Adoption* (p. 13), by OECD, 2008, France: OECD Publication.

ด้านมหาชนสำหรับรัฐต่างชาติ ประกอบด้วยหน่วยงานราชการหรือบริษัทสาธารณะ หรือเจ้าพนักงาน หรือตัวแทนขององค์กรระหว่างประเทศภาครัฐ

b. รัฐต่างชาติ หมายความว่า การปกครองทุกระดับชั้นตั้งแต่ส่วนกลางจนถึงส่วนท้องถิ่น

c. การกระทำ หรือการละเว้นการกระทำในหน้าที่ รวมถึงการกระทำหรือการละเว้นการกระทำโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ ไม่ว่าจะอยู่ในขอบอำนาจที่เจ้าพนักงานรัฐได้รับมอบหมายหรือไม่ก็ตาม”

นอกจากนี้ยังอธิบายความหมายของเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติเพิ่มเติมตามข้อ 12 ถึงข้อ 18 ดังนี้

“ข้อ 12 หน้าที่ด้านมหาชน รวมถึงกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประโยชน์สาธารณะ ซึ่งได้อำนาจจากรัฐต่างชาติ เช่น หน้าที่เฉพาะกิจที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภคของรัฐต่างชาติ

ข้อ 13 หน่วยงานราชการ ต้องเป็นหน่วยงานที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายภายใน ซึ่งกำหนดให้มีหน้าที่เฉพาะเกี่ยวกับผลประโยชน์สาธารณะ

ข้อ 14 รัฐวิสาหกิจ ต้องเป็นองค์กร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดตามกฎหมาย ซึ่งรัฐบาลหรือหน่วยงานบริหารสามารถมีอิทธิพลเหนือองค์กรนั้น ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ดังเช่นในกรณีที่รัฐบาลหรือหน่วยงานบริหารถือหุ้นส่วนใหญ่ขององค์กรนั้น ควบคุมเสียงส่วนใหญ่ในการลงมติ ผู้ถือหุ้นหรือสามารถแต่งตั้งฝ่ายบริหารหรือคณะกรรมการบริหารขององค์กรดังกล่าวได้

ข้อ 15 เจ้าพนักงานของรัฐวิสาหกิจ สามารถถือว่าเป็นเจ้าพนักงานรัฐ ยกเว้นในกรณีที่รัฐวิสาหกิจดำเนินการทางพาณิชย์ตามธรรมดาในตลาดเท่าเทียมกับเอกชน โดยปราศจากการช่วยเหลือทางการเงินจากรัฐบาล หรือสิทธิพิเศษอย่างอื่น

ข้อ 16 ในบางกรณี อำนาจหน้าที่ของรัฐอาจอยู่ในรูปของบุคคลธรรมดา เช่น เจ้าพนักงานพรรคการเมืองในประเทศที่มีพรรคการเมืองพรรคเดียว เป็นต้น ซึ่งโดยทางการแล้วไม่ถือว่าเป็นหน่วยงานของรัฐ แต่ในความเป็นจริงบุคคลดังกล่าวนี้ทำหน้าที่เสมือนเป็นหน่วยงานของรัฐ ดังนั้นตามหลักกฎหมายภายในของบางประเทศอาจถือว่าบุคคลดังกล่าวมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ

ข้อ 17 องค์กรระหว่างประเทศภาครัฐ รวมถึงองค์กรระหว่างประเทศที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐบาล หรือองค์กรระหว่างประเทศภาครัฐอื่น ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดหรือขอบเขตของอำนาจเป็นอย่างไร ยกตัวอย่างเช่น องค์กรประเภทกลุ่มเศรษฐกิจดังเช่นสหภาพยุโรป เป็นต้น”

ข้อ 18 รัฐต่างชาติ มิได้จำกัดแค่รัฐเท่านั้น แต่ยังรวมถึงดินแดนต่างชาติที่มีการบริหารจัดการหรืออย่างอื่น เช่น ดินแดนอาณานิคมหรือดินแดนที่เสียภาษีแตกต่างหาก เป็นต้น

คำว่า “เจ้าพนักงานรัฐ” ตามความหมายของมาตรา 1 หมายถึง บุคคลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจของรัฐ โดยตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือรัฐต่างชาติและองค์กรระหว่างประเทศ

คำว่า “ต่างชาติ” ตามความหมายของมาตรา 1 มิได้หมายความว่าถึงรัฐที่เป็นภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้เท่านั้น แต่ยังหมายความว่ารวมถึงรัฐและดินแดนอื่น ๆ ที่มีได้เป็นภาคีของอนุสัญญาด้วย ดังนั้นอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงครอบคลุมการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐของทุกประเทศหรือดินแดนอย่างอื่น ซึ่งในปัจจุบันโลกประกอบด้วยประเทศจำนวน 193 ประเทศและดินแดนอิสระอื่น ๆ แต่จำกัดเฉพาะการให้สินบนที่เกิดขึ้นจากผู้ให้สินบนที่มีสัญชาติหรือกระทำในดินแดนของรัฐภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้และเพื่อผลประโยชน์ในธุรกิจระหว่างประเทศเท่านั้น

ทั้งนี้ เจ้าพนักงานของรัฐหรือเจ้าพนักงานขององค์กรระหว่างประเทศซึ่งเป็นผู้รับสินบนตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจ ไม่ว่าจะเป็นทางนิติบัญญัติหรือทางบริหารหรือทางตุลาการ ไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง ดังนั้นหากเจ้าพนักงานรัฐคนนั้นมีหน้าที่เกี่ยวกับงานประจำที่ไม่มีอำนาจตัดสินใจ การให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นความผิดภายในขอบเขตของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม เจ้าพนักงานรัฐตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ไม่รวมถึงการให้สินบนพรรคการเมืองต่างชาติ หรือการให้สินบนเจ้าพนักงานพรรคการเมืองต่างชาติเพื่อให้พรรคการเมืองหรือเจ้าพนักงานพรรคการเมืองใช้อิทธิพลต่อเจ้าพนักงานรัฐ⁴

ก. บุคคลที่สามผู้ได้รับประโยชน์จากการให้สินบน

ผู้ให้สินบนอาจหลีกเลี่ยงการถูกตรวจพบการกระทำความผิด โดยการส่งมอบสินบนแก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ ซึ่งกรณีนี้ก็อยู่ในขอบเขตของการกระทำตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ด้วย ดังนั้น เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการให้สินบนด้วยตัวเอง ผู้ให้สินบนอาจจ่ายสินบนให้แก่บุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติเพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติกระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้งนี้เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติต้องรับรู้ด้วย นอกจากนี้บุคคลที่สามผู้ได้รับประโยชน์จากการให้สินบนไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเจ้าพนักงานรัฐเท่านั้น

⁴ Ibid.

ง. สินบน

สินบน เป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิด ซึ่งผู้ให้สินบนมอบให้แก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ โดยสินบนตามความหมายของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ คือ ผลประโยชน์ทุกรูปแบบที่ไม่ควรได้รับโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตกได้แก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติหรือบุคคลที่สาม ซึ่งการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศอาจทำได้หลายรูปแบบ เช่น การโอนเงินหรือฝากเงินผ่านธนาคาร การให้เงินสดหรือทรัพย์สินอย่างโดยตรง การให้การศึกษาแก่บุตรของเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ การให้โอกาสในการทำธุรกิจ การให้สิทธิเป็นสมาชิกวิไอพีในสถานบันเทิง เป็นต้น

ทั้งนี้ ข้อ 8 ของอนุสัญญานี้ระบุว่า “การให้ผลประโยชน์แก่เจ้าพนักงานรัฐไม่มีความผิด ถ้าการให้ผลประโยชน์นั้นถูกต้องตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎระเบียบหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎระเบียบที่กำหนดไว้ รวมถึงกรณีที่กำหนดโดยคำพิพากษาของศาลด้วย” ดังนั้น กรณีใดที่การให้ผลประโยชน์แก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติไม่มีความผิดจึงต้องพิจารณากฎหมายภายในของประเทศที่เจ้าพนักงานรัฐมีสัญชาติ หากเจ้าพนักงานรัฐมีสิทธิรับผลประโยชน์โดยไม่ผิดกฎหมายภายในของประเทศนั้น ผู้ให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติก็ไม่มี ความผิดด้วย ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ข้อหนึ่ง

จ. การกระทำซึ่งมีความผิด

การเสนอหรือการสัญญา ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาออกอย่างชัดแจ้ง การเสนอและการสัญญาโดยปริยายก็เป็นความผิดตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ โดยอาจพิจารณาได้จากสภาพสังคมและวิธีการปฏิบัติในท้องถิ่นนั้น ๆ และการเสนอหรือการสัญญาไม่จำเป็นต้องได้รับการตอบสนองจากเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติจึงจะถือว่าเป็นความผิด ดังนั้นเมื่อเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติได้รับรู้ถึงการเสนอและการสัญญานั้นก็ถือว่าความผิดสำเร็จแล้ว

การให้ หมายถึง การโอนความครอบครองทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ให้แก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติหรือบุคคลอื่น แม้ว่าเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติจะยังไม่ได้เข้าครอบครองทรัพย์สินก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว อย่างไรก็ตามการให้ผลประโยชน์ภายหลังการกระทำของเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติโดยที่ไม่มีการตกลงกันก่อนไม่อยู่ภายในขอบเขตของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงไม่มีความผิดเพราะการให้ผลประโยชน์ภายหลังการกระทำของเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติไม่อาจมีผลต่อการกระทำหรือละเว้นการกระทำของเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติได้ แม้ว่าเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติจะเป็นผู้เรียกร้องสินบน ซึ่งหากนักลงทุนไม่ทำตามที่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติเรียกร้อง

เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติจะใช้อำนาจตัดสินใจกระทำการในเรื่องใด ๆ แต่นักลงทุนก็ไม่อาจอ้างข้อเท็จจริงนี้เพื่อยกเว้นความรับผิดของตนจากการให้สินบนตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้⁵

ผู้ยุยง ผู้ช่วยเหลือ ผู้ใช้ ผู้พยายามกระทำความผิดและตัวการ มีความผิดตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ด้วย โดยมาตรา 1 ข้อ 2 ได้กำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่บุคคลดังกล่าว ดังต่อไปนี้

“ข้อ 2 รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่จำเป็นกำหนดฐานความผิดอาญาแก่ผู้ยุยง ผู้ช่วยเหลือ หรือผู้ใช้ ในการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ ฐานความผิดอาญาแก่การพยายามกระทำความผิด หรือเป็นตัวการในการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ เช่นเดียวกับการพยายามกระทำความผิด หรือเป็นตัวการในการให้สินบนเจ้าพนักงานของรัฐภาคีนั้น”

การพยายามให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ หมายถึงกรณีที่การให้ สัญญาหรือเสนอว่าจะให้ได้เกิดขึ้นแล้ว แต่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติยังไม่มีโอกาสรับรู้ถึงการกระทำดังกล่าวทั้งนี้ ในกรณีที่การให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ของอนุสัญญา ดังนั้นตัวแทนจึงไม่ใช่ผู้ช่วยเหลือการให้สินบนตามมาตรา 1 ข้อที่ 2

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้มีข้อยกเว้นให้นักลงทุนสามารถจ่ายเงินจำนวนเล็กน้อยเพื่อให้ได้รับความสะดวกแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ (Small Facilitation Payments) ได้ตามข้อ 9 กำหนดว่า “เงินจำนวนเล็กน้อยเพื่อให้ความสะดวก ไม่ถือว่าเป็นการจ่ายเงินเพื่อให้ได้รับหรือยังคงได้รับผลประโยชน์ทางธุรกิจหรือผลประโยชน์อื่นที่ไม่ควรได้ตามมาตรา 1 ของอนุสัญญา ดังนั้นจึงไม่ถือว่าเป็นความผิด...” ดังนั้นการจ่ายเงินจำนวนเล็กน้อยเพื่อให้ความสะดวกแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ จึงเป็นข้อยกเว้นขอบเขตการกระทำความผิดตามมาตรา 1 ของอนุสัญญา ซึ่งการจ่ายเงิสดังกล่าวต้องมีจำนวนไม่เกินกว่าการปฏิบัติที่เป็นที่ยอมรับในสังคม (The Social Norm)⁶ ซึ่งในปัจจุบันบริษัทต่าง ๆ มักมีตำแหน่งพนักงานซึ่งทำงานด้านความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับเจ้าพนักงานรัฐ (Government Relation Affair) ซึ่งในตำแหน่งเช่นนี้นี้นักบริษัทจะมีการจัดงบประมาณเพื่อให้ความสะดวกแก่เจ้าพนักงานรัฐ (Corporate Entertainment) เช่น ซื้อของขวัญให้ในช่วงวันสำคัญ หรือการพาเจ้าพนักงานรัฐไปรับประทานอาหาร เป็นต้น

จ. กรณีการให้สินบนผ่านตัวกลาง

กรณีการให้สินบนผ่านตัวกลาง หมายถึงกรณีที่ผู้ให้สินบนมิได้กระทำการเสนอ การให้ และการสัญญาว่าจะให้สินบนแก่เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติด้วยตนเอง แต่เป็นกรณีที่มีบุคคลที่สาม

⁵ The OECD Convention on Bribery a commentary (p. 112). Op.cit.

⁶ Ibid.

เข้ามาเกี่ยวข้องในการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ให้สินบนและผู้รับสินบน ซึ่งอยู่ภายในขอบเขตของการกระทำตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ด้วย

รูปแบบในการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติผ่านตัวกลางนั้น ตามเอกสารของโออีซีดี ชื่อ OECD Typologies on the Role of Intermediaries in International Business Transactions : Final Report 9 October 2009 ได้แยกประเภทของการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศผ่านตัวกลางออกเป็น 3 ประเภท ซึ่งไม่ผูกพันรัฐภาคีของอนุสัญญานี้ ได้แก่

ก) กรณีการใช้ญาติหรือเพื่อนของเจ้าพนักงาน หรือบุคคลที่สามเป็นตัวกลาง ในกรณีนี้บริษัทข้ามชาติจะทราบถึงตัวเจ้าพนักงานรัฐที่จะได้รับสินบน และมีการตกลงเรื่องจำนวนเงินสินบนและการกระทำของเจ้าพนักงานรัฐเพื่อแลกเปลี่ยนกับสินบน

ข) กรณีการใช้ตัวกลางที่มีได้ให้บริการอย่างแท้จริง บริษัทข้ามชาติจะจ้างบริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจในประเทศกำลังพัฒนา โดยบริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจนี้จะไม่มีการดำเนินการตามที่จ้างอย่างแท้จริง แต่ความสำคัญอยู่ที่บริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจนี้จะถูกควบคุมโดยเจ้าพนักงานรัฐซึ่งเป็นผู้ที่จะได้รับสินบน โดยการจ่ายเงินสินบนระหว่างบริษัทข้ามชาติและบริษัทปรึกษาทางธุรกิจจะถูกปกปิดโดยธุรกรรมการให้บริการที่เป็นเท็จ

ค) กรณีการใช้ตัวกลางที่กระทำการทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีนี้บริษัทข้ามชาติจะใช้บริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจเป็นตัวกลางดังเช่นกรณีที่สอง แต่บริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจจะดำเนินการให้คำปรึกษาทางธุรกิจตามความเป็นจริงด้วย อย่างไรก็ตามบริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจอาจใช้การให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลลับต่าง ๆ

(2) การลงโทษกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา

ในเรื่องการลงโทษกรณีผู้กระทำความผิดประกอบด้วยความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดและโทษของผู้กระทำความผิด

ก. ความรับผิดชอบของบุคคลธรรมดา

รัฐภาคีมีหน้าที่กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลธรรมดาที่กระทำการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ซึ่งกำหนดว่า “รัฐภาคีมีหน้าที่ใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อกำหนดฐานความผิดอาญาตามกฎหมายภายในแก่บุคคลซึ่งเจตนาเสนอ สัญญาหรือให้...”

ดังนั้นรัฐภาคีจึงต้องกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลธรรมดาในทุกกรณี

ข. โทษของบุคคลธรรมดา

ในการพิจารณาโทษของบุคคลธรรมดาต้องพิจารณามาตรฐานขั้นต่ำตามที่อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้กำหนดไว้ตามมาตรา 3 มีสาระสำคัญว่า

“1. การให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติจะถูกกำหนดโทษอย่างได้ผล ได้สัดส่วน และเป็นโทษในลักษณะป้องปราม ความหนักเบาของโทษควรจะเทียบได้กับการปรับใช้การให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐของรัฐนั้น ๆ และในกรณีที่ผู้กระทำเป็นบุคคลธรรมดาควรประกอบด้วยโทษเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพที่เหมาะสมเพื่อการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นไปได้

2. ในกรณีที่ตามระบบกฎหมายของรฐาภิ ความรับผิดชอบทางอาญาไม่ได้บังคับใช้กับนิติบุคคล รฐาภิจะทำให้แน่ใจว่านิติบุคคลจะมีบทลงโทษที่มีโทษทางอาญาซึ่งได้ผล ได้สัดส่วนและเป็นในลักษณะการป้องปราม รวมทั้งโทษทางการเงิน สำหรับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ

3. รฐาภิจะใช้มาตรการที่จำเป็นกับการให้สินบน รายได้จากการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ หรือทรัพย์สินที่มีความสัมพันธ์กับรายได้นั้นอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการยึดและริบทรัพย์สิน หรือการลงโทษทางการเงินที่มีผลในลักษณะเดียวกัน

4. รฐาภิจะพิจารณาการเก็บภาษีเพิ่มเติม หรือมาตรการลงโทษทางบริหาร เมื่อบุคคลถูกลงโทษเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ”

การพิจารณาประสิทธิภาพของโทษจำคุกต้องพิจารณาทั้งระยะเวลาของโทษที่รฐาภิกำหนดตามกฎหมายภายในและผลของการบังคับใช้กฎหมายด้วย ซึ่งระยะเวลาของโทษจำคุกเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานตามกฎหมายภายในของรฐาภินั้นตามมาตรา 3 ได้กำหนดให้นำมาใช้ในการพิจารณากำหนดโทษจำคุกของการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศนั้น โดยเฉลี่ยแล้วการให้สินบนเจ้าพนักงานตามกฎหมายภายในของรฐาภิจะกำหนดโทษจำคุกอยู่ที่ระยะเวลา 3-5 ปี⁷

การพิจารณาประสิทธิภาพของโทษในการป้องปรามนั้น นอกจากโทษตามกฎหมายภายในของรฐาภิแล้ว ยังต้องพิจารณาผลการบังคับใช้กฎหมายของรฐาภิจากปริมาณการสอบสวนและดำเนินคดีของรฐานั้น ๆ ด้วย ซึ่งรฐาภิจำเป็นต้องมีระบบการตรวจสอบการกระทำผิดที่มีประสิทธิภาพด้วย

หลักการได้สัดส่วนของโทษตามมาตรา 3 หมายถึง การได้สัดส่วนระหว่างโทษกับความรุนแรงของการกระทำผิด⁸ หากรฐาภิพิจารณาแล้วเห็นว่าการให้สินบนมีความรุนแรง โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดก็ต้องมีความรุนแรงกว่ากรณีการให้สินบนเพียงจำนวน

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

เล็กน้อย โดยอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้มิได้กำหนดว่ากรณีใดจะเป็นกรณีที่รุนแรงหรือไม่รุนแรง ดังนั้นจึงขึ้นอยู่กับรัฐภาคีจะพิจารณาว่าจะกรณีใดเป็นกรณีที่รุนแรงซึ่งต้องมีโทษหนักขึ้น

นอกจากนี้ข้อ 21 22 และ 23 ยังได้ให้ความหมายของผลประโยชน์ที่ได้จากการให้สินบนและขอบเขตของการริบทรัพย์สินว่า

“ข้อ 21 ผลประโยชน์จากการให้สินบน คือ กำไรหรือผลประโยชน์ในรูปแบบเงินอย่างอื่นที่มีต่อผู้ให้สินบนซึ่งเป็นผลประโยชน์ที่ได้จากธุรกรรม หรือผลประโยชน์ที่ไม่สมควรอย่างอื่นที่ได้รับหรือยังคงได้รับโดยเป็นผลจากการให้สินบน

ข้อ 22 คำว่าการริบทรัพย์ ประกอบด้วยการริบทรัพย์ซึ่งใช้บังคับเอากับทรัพย์สินอย่างถาวรโดยคำสั่งศาลหรือพนักงานเจ้าพนักงาน โดยไม่ตัดสิทธิของผู้เสียหาย

ข้อ 23 มาตรา 3(3) มิได้ห้ามมิให้จำกัดโทษทางการเงินตามความเหมาะสม”

ดังนั้นตามมาตรา 3 ข้อที่ 3 รัฐภาคีจึงมีโอกาเลือกใช้มาตรการยึดและริบทรัพย์สินหรือใช้มาตรการทางการเงินอย่างอื่นที่เทียบเท่ากันก็ได้ โดยการยึดและการริบทรัพย์สินตามความในมาตรา 3(3) มีความหมายแตกต่างกัน ดังนี้

การยึดทรัพย์สิน (Seizure) หมายถึง คำสั่งชั่วคราวในระหว่างพิจารณาคดีเพื่อรักษาสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเชื่อได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ใช้ หรือทรัพย์สินที่ได้จากการให้สินบน เจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ เช่น ห้ามการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ การห้ามโอนเงินในบัญชีธนาคาร หรือการเคลื่อนย้ายทรัพย์สิน⁹ เป็นต้น

การริบทรัพย์สิน (Confiscation) พิจารณาจากเอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ข้อ 22 หมายถึง การบังคับกับเอาทรัพย์สินอย่างถาวรโดยคำสั่งศาลหรือพนักงานเจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นการบังคับเอาทรัพย์สินนั้นตกเป็นของรัฐ เพราะเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางอาญา¹⁰

การยึดทรัพย์สินและการริบทรัพย์สินนั้นตามมาตรา 3 ข้อที่ 3 วางหลักการให้ใช้กับทรัพย์สินสองประเภท คือ ทรัพย์สินที่เป็นสินบนและทรัพย์สินที่เป็นผลประโยชน์จากการให้สินบน ดังนั้น อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงกำหนดให้ยึดและริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดทั้งที่เป็นผลประโยชน์แก่ผู้ให้สินบนและผู้รับสินบน

การจำกัดโทษทางการเงิน หมายความว่า การกำหนดเงื่อนไขในการริบทรัพย์สินซึ่งอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้เปิดช่องให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐภาคี เช่น

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

เรื่องการใช้อายุความ อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้เปิดโอกาสให้รัฐภาคีกำหนดระยะเวลาในการใช้อำนาจริบทรัพย์สินได้ เป็นต้น

มาตรการทางการเงินอื่นที่อาจใช้แทนการยึดทรัพย์สินหรือการริบทรัพย์สิน หมายถึง การปรับเงินผู้กระทำความผิด¹¹

2) หน้าที่ในการใช้เขตอำนาจศาลกับความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

การกำหนดฐานความผิดอาญาตามกฎหมายภายใน อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้วางหลักการไว้สามเรื่อง ประกอบด้วย

(1) การใช้เขตอำนาจศาลตามหลักดินแดน อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้วางหลักการเพื่อให้รัฐภาคีใช้เขตอำนาจศาลต่อการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศไว้ในมาตรา 4 ว่า

ก. “รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่จำเป็นในการกำหนดเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติเมื่อความผิดได้กระทำทั้งหมดหรือบางส่วนในดินแดนของตน

ข. รัฐภาคีที่มีเขตอำนาจศาลในการดำเนินคดีบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐตนสำหรับความผิดที่กระทำลงในด้านอื่น จะใช้มาตรการที่จำเป็นในการกำหนดเขตอำนาจศาลของตนเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติด้วยหลักการเดียวกัน

ค. เมื่อรัฐภาคีมากกว่าหนึ่งรัฐมีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดที่ถูกกล่าวหาตามอนุสัญญาฉบับนี้ รัฐภาคีจะปรึกษาเพื่อหาวิธีที่เหมาะสมในการลงโทษเมื่อได้รับการร้องขอจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ง. รัฐภาคีจะทบทวนเขตอำนาจศาลของตนในปัจจุบัน สำหรับประสิทธิภาพในการกำจัดการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติ ซึ่งรัฐภาคีจะดำเนินการปรับปรุงต่อไป”

มาตรา 4 ข้อที่ 1 กำหนดให้รัฐภาคีใช้เขตอำนาจศาลเมื่อการกระทำทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่ง กระทำลงบนดินแดนของรัฐภาคี ดังนั้นการใช้เขตอำนาจศาลในกรณีนี้จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำผิดด้วยว่ากระทำลงในประเทศใดบ้าง

(2) การใช้เขตอำนาจศาลตามหลักสัญชาติ

การใช้เขตอำนาจศาลตามหลักสัญชาติ หมายถึง การที่รัฐนั้น ๆ สามารถดำเนินการพิจารณาตัดสินในการกระทำของชนชาติ ซึ่งกระทำความผิดลงบนดินแดนของรัฐอื่นได้¹² โดยมาตรา 4 ข้อที่ 2 ได้กำหนดว่า

¹¹ Ibid.

“2. รัฐภาคีที่มีเขตอำนาจศาลในการดำเนินคดีบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐตนสำหรับความผิดที่กระทำลงในต่างประเทศ จะใช้มาตรการที่จำเป็นในการกำหนดเขตอำนาจศาลของตนเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติด้วยหลักการเดียวกัน”

มาตรา 4 ข้อที่ 2 ได้กำหนดให้รัฐภาคีที่มีการใช้เขตอำนาจศาลกรณีที่คนชาติของตนกระทำความผิดอาญาในรัฐอื่นอยู่แล้ว มีความผูกพันต้องลงโทษคนชาติของตนที่กระทำการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศในรัฐอื่นด้วย

นอกจากนี้เอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ข้อที่ 26 ได้ให้ความหมายเพิ่มเติมว่า “หลักสัญชาติจะถูกนำมาใช้ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปและเงื่อนไขในระบบกฎหมายของรัฐภาคี เช่น เงื่อนไขในหลักความผิดสองชาติหรือ Dual Criminality อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขตามหลักความผิดสองชาติจะสำเร็จ เมื่อการกระทำเป็นความผิดอาญาในรัฐที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นด้วย แม้ว่าจะเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายคนละประเภทกัน สำหรับรัฐภาคีที่ใช้หลักสัญชาติกับความผิดอาญาบางฐานเท่านั้น การพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไปของรัฐภาคีให้รวมถึงหลักในการกำหนดความผิดอาญาบางฐานด้วย” ดังนั้นการที่รัฐภาคีจะมีนำหลักสัญชาติมาใช้ในการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศจำเป็นต้องพิจารณาถึงกฎหมายภายในของรัฐภาคีว่ามีการนำหลักสัญชาติมาใช้กับความผิดทางอาญาอยู่ก่อนแล้วหรือไม่

3) หน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้กำหนดหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศไว้สองเรื่อง คือ หลักการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 5 และอายุความตามมาตรา 6

มาตรา 5 กำหนดหลักการให้การสอบสวนและการดำเนินคดีอาญาให้เป็นไปตามหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคี แต่ได้ห้ามมิให้รัฐแทรกแซงกระบวนการสอบสวนและการดำเนินคดีอาญาในเรื่องการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

ดังนั้นรัฐภาคีมีหน้าที่ต้องไม่นำเอาเรื่องผลประโยชน์ของชาติทางเศรษฐกิจ ผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและลักษณะของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องเข้ามาใช้ในการพิจารณาเพื่อเริ่มหรือยุติการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

¹² Ibid.

ผลประโยชน์ของชาติทางเศรษฐกิจ มักเข้ามาเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดอุปสรรคต่อการสอบสวนและการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ โดยเฉพาะรัฐภาคีที่ให้ดุลพินิจแก่พนักงานอัยการในการดำเนินคดีอาญา เช่น ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบริษัทที่ส่งสินค้าออกนอกประเทศรายใหญ่ของประเทศ ซึ่งการลงโทษบริษัทดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวมและเกิดปัญหาการเลิกจ้าง รัฐจึงอาจปกป้องบริษัทดังกล่าวโดยการไม่ดำเนินการสอบสวนหรือนำคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาในชั้นศาล เป็นต้น ดังนั้นเพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรมในตลาดโลกซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงห้ามมิให้นำเรื่องผลประโยชน์ของชาติทางเศรษฐกิจมาใช้เพื่อระงับการสอบสวนและการพิจารณาคดีอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม มาตรา 5 มิได้ห้ามมิให้นำเรื่องความมั่นคงของชาติมาใช้พิจารณาในการเริ่มหรือระงับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดี ซึ่งความมั่นคงของชาติในที่นี้ หมายถึง การป้องกันประเทศด้านการทหาร¹³ เช่น เรื่องความสามารถทางการทหาร หรือยุทธศาสตร์การป้องกันประเทศ ซึ่งจำเป็นที่รัฐต้องปิดเป็นความลับ เป็นต้น

มาตรา 5 มิได้บังคับให้รัฐภาคีต้องดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศอย่างเด็ดขาด แต่ยอมรับการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการที่จะสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้อง หากหลักการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการเป็นหลักทั่วไปในการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีอยู่แล้ว

เนื่องจากการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศเป็นการกระทำความผิดที่มีความซับซ้อนและพยานหลักฐานมักอยู่ในต่างประเทศ โดยทั่วไปแล้วการสอบสวนและการนำคดีขึ้นสู่ศาลจึงมักใช้เวลาอันยาวนานภายหลังการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว¹⁴ ดังนั้นเมื่อความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศมีสถานะเป็นความผิดอาญา จึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยอายุความตามกฎหมายภายในของรัฐภาคี อย่างไรก็ตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ก็ได้ยอมรับหลักการนำกฎหมายเรื่องอายุความมาใช้บังคับกับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งก็ได้กำหนดหลักการในการนำกฎหมายเรื่องอายุความมาใช้บังคับไว้ในมาตรา 6 ว่า “กฎหมายเรื่องอายุความที่นำมาใช้กับการให้สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างชาติจะต้องให้มีระยะเวลาที่เพียงพอสำหรับการสอบสวนและการพิจารณาคดี”

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

3.1.2 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003

สาระสำคัญของอนุสัญญาฯ เท่าที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการให้สินบน มีดังนี้

หมวด 1 บทบัญญัติทั่วไป

ข้อ 2 บทนิยาม ฯ

กำหนดคำนิยามคำต่าง ๆ ที่ใช้ในอนุสัญญา รัฐภาคีอาจกำหนดความหมายของคำที่กว้างกว่าแต่อย่างน้อย ๆ ที่สุดต้องครอบคลุมความหมายที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาโดยมิได้ผูกพันให้รัฐภาคีนำคำนิยามในอนุสัญญาไปรวมไว้ในกฎหมายภายใน แต่กำหนดว่ากฎหมายและมาตรการต่าง ๆ ของรัฐภาคีจะต้องครอบคลุม “เจ้าพนักงานของรัฐ” ตามคำนิยามในข้อนี้โดยรวมทุกระดับตั้งแต่ระดับท้องถิ่นถึงระดับชาติ

1) “เจ้าพนักงานของรัฐ” หมายถึง

(1) บุคคลใด ๆ ซึ่งดำรงตำแหน่งด้านนิติบัญญัติ บริหาร (ตำแหน่งทางบริหารหมายรวมถึงหน่วยงานทางทหารด้วย) ปกครองหรือตุลาการ ของรัฐภาคี ไม่ว่าโดยการแต่งตั้งหรือการเลือกตั้งไม่ว่าถาวรหรือชั่วคราวไม่ว่าได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงระดับอาวุโสของบุคคลนั้น

(2) บุคคลอื่นใดซึ่งปฏิบัติงานที่เกี่ยวกับหน้าที่ราชการ รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่สำหรับหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ หรือให้บริการสาธารณะ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้นและตามที่ใช้อยู่บังคับตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องของรัฐภาคีนั้น

(3) บุคคลอื่นใดซึ่งกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้นกำหนดว่าเป็น “เจ้าพนักงานของรัฐ” อย่างไรก็ตาม เพื่อความมุ่งประสงค์ของมาตรการพิเศษบางประการในหมวด 2 ของอนุสัญญานี้ “เจ้าพนักงานของรัฐ” อาจหมายถึง บุคคลใด ๆ ซึ่งปฏิบัติงานเกี่ยวกับหน้าที่ราชการ หรือให้บริการสาธารณะตามที่ระบุไว้ในกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้นและตามที่ใช้อยู่บังคับตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องของรัฐภาคีนั้น

2) “เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศ” หมายถึง บุคคลใด ๆ ซึ่งดำรงตำแหน่งด้านนิติบัญญัติ บริหาร ปกครอง หรือตุลาการ ของรัฐต่างประเทศ ไม่ว่าโดยการแต่งตั้งหรือเลือกตั้งและบุคคลใด ๆ ซึ่งปฏิบัติงานเกี่ยวกับหน้าที่ราชการให้แก่รัฐต่างประเทศ รวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่สำหรับหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ

3) “เจ้าพนักงานขององค์การภาครัฐระหว่างประเทศ” หมายถึง ข้าราชการพลเรือนระหว่างประเทศ หรือบุคคลใดซึ่งได้รับมอบหมายอำนาจจากองค์การภาครัฐระหว่างประเทศนั้นให้ปฏิบัติหน้าที่ในนามขององค์การระหว่างประเทศดังกล่าว

ข้อ 3 ขอบเขตการใช้บังคับ

อนุสัญญานี้ให้ใช้บังคับการป้องกัน การสืบสวนสอบสวน และการฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับการทุจริต และกับการอาชญากรรม การยึด การริบทรัพย์สิน และการส่งคืนซึ่งทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดที่กำหนดไว้ตามอนุสัญญานี้ โดยความผิดนั้นไม่จำเป็นต้องก่อให้เกิดความเสียหายหรือเป็นภัยแก่ทรัพย์สินของรัฐ เว้นแต่อนุสัญญานี้จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ข้อ 12 ภาคเอกชน

รัฐภาคีต้องดำเนินการอย่างจริงจังดังนี้

ดำเนินการมาตรการในการป้องกันการทุจริตที่เกี่ยวข้องกับภาคเอกชน เพิ่มพูนมาตรฐานทางบัญชีและการสอบบัญชีในภาคเอกชน และในกรณีที่เหมาะสมให้มีการลงโทษทางแพ่งทางปกครอง หรือทางอาญา ที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และเป็นการห้ามปราม ยับยั้ง สำหรับการไม่สามารถปฏิบัติตามมาตรการเช่นว่า ทั้งนี้ โดยเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในของตน

ต้องไม่อนุญาตให้นำค่าใช้จ่ายที่เป็นส่วนของสินบน ซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิดตามที่กำหนดโดยเป็นไปตามข้อ 15 และข้อ 16 ของอนุสัญญานี้และในกรณีที่เหมาะสม ค่าใช้จ่ายอื่นซึ่งเกิดขึ้นเพื่อส่งเสริมให้มีการกระทำทุจริตมาหักลดหย่อนภาษี

หมวด 3 การกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาและการบังคับใช้กฎหมาย

ข้อ 15 การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐ

รัฐภาคีต้องรับเอามาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่น ๆ ที่อาจจำเป็นเพื่อกำหนดให้การกระทำความผิดต่อไปนี้เป็นความผิดทางอาญา เมื่อกระทำโดยเจตนา

การให้คำมั่นสัญญา การเสนอ หรือการให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐ โดยทางตรงหรือทางอ้อมซึ่งประโยชน์ที่มิควรได้ (อาจเป็นผลประโยชน์ที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างไม่ว่าจะเป็นในรูปตัวเงินหรือไม่ใช่ตัวเงิน) สำหรับเจ้าพนักงานผู้นั้นเองหรือสำหรับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอื่นใด เพื่อให้เจ้าพนักงานผู้นั้นกระทำการหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของตน

ข้อ 16 การให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศและเจ้าพนักงานขององค์การภาครัฐระหว่างประเทศ

รัฐภาคีต้องรับเอามาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่น ๆ ที่อาจจำเป็นเพื่อกำหนดให้การกระทำความผิดต่อไปนี้เป็นความผิดทางอาญา เมื่อกระทำโดยเจตนา¹⁵

¹⁵ ประเทศไทยกำลังเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. (เพิ่มบทนิยามคำว่า “เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศ” และ “เจ้าพนักงานขององค์การระหว่างประเทศ” ทั้งบัญญัติคำดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 144 และ 167.

1) รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องรับเอามาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่น ๆ ที่อาจจำเป็นเพื่อกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาเมื่อกระทำโดยเจตนา ซึ่งการให้คำมั่นสัญญา การเสนอหรือการให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศหรือเจ้าพนักงานขององค์การภาคีระหว่างประเทศโดยตรงหรือทางอ้อมซึ่งประโยชน์ที่สมควรได้สำหรับเจ้าพนักงานผู้นั้นเองหรือบุคคลหรือหน่วยขององค์กรอื่นใด เพื่อให้เจ้าพนักงานผู้นั้นกระทำการหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของตน เพื่อให้ได้มาหรือคงไว้ซึ่งประโยชน์ทางธุรกิจหรือประโยชน์อื่นใดที่สมควรได้เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ และ

2) รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องพิจารณารับเอามาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่น ๆ เช่นที่อาจจำเป็นเพื่อกำหนดเป็นความผิดทางอาญาสำหรับการกระทำโดยเจตนาซึ่งการเรียกหรือการรับโดยเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศหรือเจ้าพนักงานขององค์การภาคีระหว่างประเทศโดยตรงหรือทางอ้อมซึ่งประโยชน์ที่สมควรได้สำหรับเจ้าพนักงานผู้นั้นเองหรือบุคคลหรือหน่วยขององค์กรอื่นใด เพื่อให้เจ้าพนักงานผู้นั้นกระทำการหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของตน

ข้อ 27 การมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดและการพยายามกระทำความผิด

1) รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องรับเอามาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่นที่อาจจำเป็นในการกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในของตนสำหรับการมีส่วนร่วมในฐานะใด ๆ เช่น เป็นผู้ร่วมกระทำความผิด เป็นผู้ช่วยเหลือหรือก่อให้เกิดการกระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้

2) รัฐภาคีและรัฐอาจรับเอามาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่นที่อาจจำเป็นในการกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในของตน สำหรับการพยายามกระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้

3) รัฐภาคีแต่ละรัฐอาจรับเอามาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่นที่อาจจำเป็นในการกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในของตน สำหรับการเตรียมการเพื่อกระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้

ข้อ 28 การรู้ข้อเท็จจริง เจตนา และความมุ่งประสงค์ที่เป็นองค์ประกอบของความผิด

การรู้ข้อเท็จจริง เจตนา และความมุ่งประสงค์ที่กำหนดให้เป็นองค์ประกอบของความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้อาจอนุมานจากเหตุการณ์ข้อเท็จจริงที่ปรากฏ

ข้อ 29 ในกรณีที่เหมาะสมรัฐภาคีแต่ละรัฐต้องกำหนดอายุความภายใต้กฎหมายของตนในการเริ่มกระบวนการพิจารณาสำหรับความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้ให้มีระยะเวลาอันและ

กำหนดให้อายุความนั้นนานขึ้นหรือให้อายุความสะดุดหยุดอยู่ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้หลบหนีกระบวนการยุติธรรม

ข้อ 30 การฟ้องคดี การพิจารณาพิพากษา และการลงโทษ

รัฐภาคีต้องดำเนินการอย่างจริงจังดังนี้

ดำเนินการให้การกระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้มีความรับผิดชอบตามกฎหมายที่คำนึงถึงความร้ายแรงของความผิดนั้น

รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องพิจารณากำหนดกระบวนการในกรณีที่เหมาะสมในการถอดถอนพนักงาน หรือเปลี่ยนแปลงหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐที่ถูกกล่าวหาเกี่ยวกับความผิดตามอนุสัญญานี้ โดยเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจภายในขอบเขตเท่าที่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายของตน โดยคำนึงถึงการให้ความเคารพต่อหลักการที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลนั้นเป็นผู้บริสุทธิ์

ในกรณีที่มิมีเหตุผลเพียงพอจากความร้ายแรงของความผิด รัฐภาคีแต่ละรัฐโดยสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายภายในของตน ต้องพิจารณากำหนดกระบวนการในการตัดสินบุคคลซึ่งต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้ โดยคำสั่งของศาลหรือวิธีการอื่นที่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ต่อไปภายในระยะเวลาที่กำหนดโดยกฎหมายภายในของตน

ข้อ 33 การคุ้มครองผู้รายงานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด

รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องพิจารณาบรรจุไว้ในระบบกฎหมายภายในของตนซึ่งมาตรการที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้รายงานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้โดยสุจริตและโดยมิมีเหตุผลสมควรต่อเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจให้พ้นจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

ข้อ 35 ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหาย

รัฐภาคีต้องดำเนินการมาตรการที่อาจจำเป็น โดยเป็นไปตามหลักการของกฎหมายของตนเพื่อประกันว่าหน่วยองค์กรหรือบุคคล (หมายรวมถึงรัฐรวมทั้งนิติบุคคลและบุคคลธรรมดาด้วย) ซึ่งได้รับความเสียหายอันเป็นผลจากการกระทำทุจริตมีสิทธิที่จะดำเนินคดีต่อผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายนั้น ทั้งนี้เพื่อให้ได้รับค่าสินไหมทดแทน

ข้อ 41 ประวัติดการกระทำผิดทางอาญา

รัฐภาคีอาจรับเอามาตรการทางนิติบัญญัติหรือมาตรการอื่นที่อาจจำเป็น ภายใต้เงื่อนไขและเพื่อความมุ่งประสงค์ตามที่เห็นสมควร ในการนำคำพิพากษา (หมายถึงคำพิพากษาลงโทษที่ไม่สามารถอุทธรณ์ได้แล้ว) ครั้งก่อนใด ๆ ในอีกรัฐหนึ่งของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด

มาพิจารณาเพื่อความมุ่งประสงค์ในการใช้ข้อมูลข่าวสารเช่นว่าในการดำเนินคดีอาญาที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่กำหนดตามอนุสัญญานี้

3.1.3 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 (United Nations Convention Against Transnational Organized Crime - UNTOC)

สาระสำคัญของอนุสัญญานี้ กำหนดให้ประเทศสมาชิกรับไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในประเทศของตน ดังนี้¹⁶

3.1.3.1 การกำหนดถ้อยคำและนิยามความหมาย

เพื่อให้การดำเนินการและการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้สามารถดำเนินการได้ในประเทศสมาชิกอย่างมีประสิทธิภาพและมีมาตรฐานเดียวกัน จึงได้มีการกำหนดถ้อยคำ ความหมาย ฯลฯ ที่ต้องใช้ให้ครอบคลุมถึงเกี่ยวกับการกระทำความผิดและสภาพแวดล้อมต่าง ๆ ที่ต้องการให้ครอบคลุมถึงเกี่ยวกับการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ ข้อ 2 เช่น

“กลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร” (Organized Criminal Group) หมายถึงกลุ่มที่มีการจัดโครงสร้างประกอบด้วยบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปซึ่งดำรงอยู่เป็นระยะเวลาหนึ่งและที่มีการประสานการดำเนินงานระหว่างกันโดยมีเป้าหมายในการก่ออาชญากรรมร้ายแรงตั้งแต่หนึ่งฐานความผิดขึ้นไป ตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอย่างอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

“อาชญากรรมร้ายแรง” (Serious Crime) หมายถึงการกระทำที่เป็นความผิดซึ่งสามารถลงโทษโดยการทำให้สูญเสียเสรีภาพขั้นสูงสุดเป็นเวลาอย่างน้อย 4 ปี หรือโดยโทษที่รุนแรงกว่า

“ทรัพย์สินที่ได้จากอาชญากรรม” (Proceeds of Crime) หมายถึงทรัพย์สินใดที่เกิดจากหรือได้รับมาไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมจากการกระทำความผิด

3.1.3.2 การกำหนดให้การกระทำความผิดที่เกี่ยวกับอาชญากรรมข้ามชาติเป็นความผิดทางอาญา

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ จึงได้มีการกำหนดให้การกระทำและการดำเนินกิจกรรมที่ผิดกฎหมายขององค์กรอาชญากรรมที่มีลักษณะข้ามชาติตลอดจนการกระทำที่มีลักษณะเป็นการช่วยเหลือสนับสนุนกิจกรรมขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติให้เป็นความผิด

¹⁶ ชัชชม อรรถกัญญ์ และคมกริช ดุลยพิทักษ์. (ม.ป.ป.). อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ. สืบค้น 4 พฤศจิกายน 2557, จาก

http://www.oja.go.th/service/Lists/service/Attachments/82/oja_symposium_5_G3_room6_3.pdf

ที่มีบทลงโทษในทางอาญาที่ทุกประเทศต้องมี เพื่อสร้างมาตรฐานและควมมีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติ เช่น

ก) “การมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” ตามอนุสัญญาฯ ข้อ 5 สรุปได้ดังนี้
รัฐภาคีต้องมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดให้การกระทำต่อไปนี้เป็นความผิดอาญา
(ก) การตกลงกับบุคคลตั้งแต่หนึ่งคนขึ้นไปเพื่อก่ออาชญากรรมร้ายแรงเพื่อความมุ่งประสงค์ซึ่งเกี่ยวข้องกับกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร

(ข) การเข้าร่วมการกระทำที่เป็นความผิดอาญาของกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรโดยรู้ถึงเป้าหมายของการกระทำที่เป็นความผิดอาญานั้น รวมถึงการกระทำอื่น ๆ โดยรู้ว่าการเข้ามีส่วนร่วมของบุคคลนั้นจะช่วยให้บรรลุเป้าหมายในการกระทำความผิดอาญาที่กล่าวถึงข้างต้น

(ค) การจัดการ การสั่งการ การสนับสนุน การยุยง การอำนวยความสะดวกหรือการให้คำปรึกษาในการก่ออาชญากรรมร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร

ข) “การฉ้อราษฎร์บังหลวง” ตามอนุสัญญาฯ ข้อ 8 มีสาระสำคัญ สรุปได้ว่า

(ก) รัฐภาคีต้องมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดให้การกระทำต่อไปนี้เป็นความผิดอาญา

1. การให้ การเสนอให้ หรือการสัญญาว่าจะให้ ผลประโยชน์ไม่พึงได้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรงหรือโดยอ้อมสำหรับตัวเจ้าหน้าที่เอง หรือบุคคลอื่น เพื่อให้เจ้าหน้าที่นั้นกระทำการหรือละเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่

2. การเรียก หรือการรับผลประโยชน์ที่ไม่พึงได้รับของตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรงหรือโดยอ้อม สำหรับตัวเจ้าหน้าที่เองหรือบุคคลอื่น เพื่อให้เจ้าหน้าที่นั้นกระทำการหรือละเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่

3. การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ หรือข้าราชการพลเรือนระหว่างประเทศตามข้อ 1 และ 2

4. การกระทำความผิดฐานฉ้อราษฎร์บังหลวงในรูปแบบอื่น

5. การมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดดังกล่าวตาม 1 2 3 เป็นความผิดอาญาในฐานะเป็นตัวการร่วมด้วย

(ข) ต้องมีการบัญญัติให้ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายถึง เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลผู้ให้บริการสาธารณะตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในและตามที่ใช้บังคับอยู่ในกฎหมายอาญาของรัฐภาคีซึ่งบุคคลนั้นปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว

3.2 มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการให้และรับสินบน เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศตามกฎหมายต่างประเทศ

มาตรการทางกฎหมายในการให้และรับสินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศในประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์ก็ได้บัญญัติกำหนดโทษไว้แตกต่างกัน บางประเทศก็มีกฎหมายบัญญัติกำหนดโทษการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศอย่างเดียว แต่บางประเทศก็มีกฎหมายบัญญัติกำหนดโทษการให้สินบนรวมทั้งโทษการรับสินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศด้วย ผู้เขียนจึงขอยกประเทศต่อไปนี้ในการศึกษา คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศราชอาณาจักรเดนมาร์ก และประเทศราชอาณาจักรสวีเดน ดังนี้

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่ประสบปัญหาเรื่องการให้สินบนเป็นอย่างมากกล่าวคือ ในช่วงทศวรรษที่ 1970s คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐ (Securities Exchange Commission หรือ SEC) พบว่า บริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์กว่า 400 แห่งมีการจ่ายเงินโดยช่องทางที่ไม่ปกติหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายเป็นจำนวนกว่า 300 ล้านดอลลาร์สหรัฐหรือกระทำการใด ๆ ให้แก่รัฐบาล ข้าราชการ พรรคการเมืองหรือนักการเมืองในต่างประเทศที่บริษัทเหล่านี้เข้าไปดำเนินธุรกิจด้วย เพื่อหวังการเอื้อประโยชน์ อาทิ เพื่อให้ได้งานเพื่ออำนวยความสะดวกในการทำสัญญา เพื่อให้รัฐบาลต่างประเทศเพิกเฉยหรือละเลยการปฏิบัติตามหน้าที่ เป็นต้น และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการกระทำเช่นนั้นอีก ทั้งสร้างความเชื่อมั่นให้แก่การทำธุรกิจของชาวอเมริกันว่า ทำธุรกิจแบบตรงไปตรงมาและมีให้การกระทำที่ไม่เหมาะสมเหล่านี้ มีผลกระทบต่อการกำหนดและการดำเนินนโยบายด้านการต่างประเทศของสหรัฐต่อประเทศต่าง ๆ สภาองเกรสของสหรัฐอเมริกาจึงได้ตราพระราชบัญญัติป้องกันการให้สินบนแก่ข้าราชการต่างประเทศ (Foreign Corruption Practices Act of 1977 หรือ FCPA) ขึ้น¹⁷

หลักการทั่วไป

หลักการทั่วไปของพระราชบัญญัติป้องกันการให้สินบนแก่ข้าราชการต่างประเทศ (FCPA) คือ การกำหนดให้การให้สินบนแก่ข้าราชการต่างประเทศโดยบุคคลใด ๆ ที่อยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและบุคคลต่างด้าวที่มีหลักทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

¹⁷ Lay-person's Guild to the FCPA Statute. (June 2001). *lay-person's Guild to the FCPA Statute*. Retrieved 2009 April 24, from <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa.html>

เพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และเริ่มมีการปรับใช้กับบริษัทต่างชาติที่ดำเนินการจัดกับพระราชบัญญัตินี้ในขณะที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาในปี 1988 (2531) เป็นต้นมา นอกจากนี้ยังบังคับให้บริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการบัญชีตามประมวลกฎหมายแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (United States Code) ข้อ 15 มาตรา 78m ควบคู่ไปกับบทบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการให้สินบนตามประมวลกฎหมายแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันการให้สินบนแก่ข้าราชการต่างประเทศ โดยกำหนดสำหรับผู้ออกตราสารหลักทรัพย์ (For Issuers) ตามข้อ 15 มาตรา 78dd-1, บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติอเมริกาหรือมีถิ่นที่อยู่ในอเมริกาหรือหุ้นส่วน บริษัทที่มีส่วนได้เสียอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา (For Domestic Concerns) ตามข้อ 15 มาตรา 78dd-2 และบุคคลใด ๆ ซึ่งกระทำการให้สินบนภายในประเทศสหรัฐอเมริกา (For Any Person) ตามข้อ 15 มาตรา 78dd-3¹⁸

ทั้งพระราชบัญญัตินี้ยังกำหนดหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายไว้ 2 หน่วยงาน คือ กระทรวงยุติธรรม (Department of Justice) รับผิดชอบต่อผู้ที่ละเมิดบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการให้สินบนและตลาดหลักทรัพย์ (Securities and Exchange Commission หรือ SEC) รับผิดชอบด้านการตรวจสอบบันทึกรายละเอียดเรื่องค่าใช้จ่ายตามบทบัญญัติว่าด้วยการบัญชีเป็นหลัก

3.2.1.1 ขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการให้สินบน

บทบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการให้สินบนของพระราชบัญญัติป้องกันการให้สินบนแก่ข้าราชการต่างประเทศ (Foreign Corruption Practices Act of 1977 หรือ FCPA) ถูกกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (United States Code) ข้อ 15 มาตรา 78dd-1 มาตรา 78dd-2 และมาตรา 78dd-3¹⁹ ซึ่งการศึกษาจะแบ่งเป็น 3 กลุ่ม คือ บุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายการกระทำความผิด และข้อยกเว้นความรับผิด

1) บุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมาย

บุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายนี้แยกเป็น 3 กลุ่ม คือ

(1) ผู้ออกตราสารหลักทรัพย์ (Issuers) รวมถึง เจ้าพนักงาน กรรมการ ลูกจ้าง ตัวแทนผู้ถือหุ้นที่กระทำการในนามของผู้ออกตราสารหลักทรัพย์ ตามมาตรา 78dd-1(a)

(2) ผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศสหรัฐอเมริกา (Domestic Concerns) ตามมาตรา 78dd-2 (a) รวมถึง เจ้าพนักงาน กรรมการ พนักงาน ตัวแทนของบริษัทและผู้ถือหุ้นที่ดำเนินการ

¹⁸ กฎหมายใหม่ (น. 50). เล่มเดิม.

¹⁹ Lay-person's Guild to the FCPA Statute (June 2001). *lay-person's Guild to the FCPA Statute*.

ในนามบริษัท ผู้ออกคำสั่งให้ความช่วยเหลือหรือสมรู้ร่วมคิดกับผู้ละเมิดกฎหมายต่อต้านการให้สินบน

“ผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศสหรัฐอเมริกา” ตามมาตรา 78dd-2 (b) (1) กำหนดให้หมายถึง บุคคลธรรมดาที่เป็นพลเมืองหรือมีสัญชาติอเมริกันหรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ในกรณีของบริษัท หรือหุ้นส่วน สมาคม ผู้ถือหุ้นของบริษัท บริษัทที่มีส่วนได้เสียหรือมีธุรกิจอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา อาทิ บริษัทที่จดทะเบียนหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ บริษัทที่ต้องเสนอรายงานการประกอบการต่อตลาดหลักทรัพย์ (คล้ายบริษัทมหาชน จำกัด) บริษัทที่มีการรับเงินช่วยเหลือจากต่างประเทศเกิน 50% บริษัทที่ถือ American Depositary Receipts (ADRs) (คล้ายตั๋วเงิน) ที่ออกโดยธนาคารของสหรัฐอเมริกา บริษัททรัสต์ที่มีส่วนได้เสียหรือถือหุ้นอยู่ในบริษัทเอกชนต่างชาติที่มีหุ้นอยู่ในสหรัฐอเมริกา องค์กรภายในประเทศ องค์กรบริษัทหลักทรัพย์ร่วมทรัสต์ องค์กรที่ยังมิได้รวมตัวจัดตั้งหรือเจ้าของแต่เพียงผู้เดียวที่มีสถานประกอบการหลักอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของสหรัฐหรือรัฐที่อยู่ในความครอบครองหรือเขตแดนของสหรัฐอเมริกา หรือประเทศที่ปกครองตนเองภายใต้เขตสหรัฐอเมริกา

(3) บุคคลทุกคน (Any Person) นอกจากบุคคลใน (1) และ (2) ตามมาตรา 78dd-3 (a)²⁰ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลทุกคนนั้นจะมีภูมิลำเนาหรือการประกอบธุรกิจในสหรัฐอเมริกา หรือบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลต่างด้าวที่เป็นที่เป็นลูกจ้างหรือตัวแทนของบริษัทสหรัฐอเมริการวมถึงเจ้าพนักงาน กรรมการ ลูกจ้าง ตัวแทน ผู้ถือหุ้นที่กระทำการในนามของบุคคลนั้นซึ่งทำการให้สินบนภายในสหรัฐอเมริกา

“บุคคลทุกคน” ตามมาตรา 78dd-3 (f) (1) กำหนดให้หมายถึง บุคคลธรรมดาหรือบุคคลที่มีสัญชาติอเมริกัน²¹ หรือบริษัท หรือหุ้นส่วน สมาคม ผู้ถือหุ้นของบริษัทฯ ตามที่กล่าวใน (2) ก็ได้

บริษัทแม่ของสหรัฐจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของบริษัทลูกที่จดทะเบียนในต่างประเทศ หากบริษัทลูกกระทำการใด ๆ ที่ผิดต่อกฎหมายป้องกันการให้สินบนตามที่ได้รับมอบหมายหรือมีอำนาจกระทำการทำนองเดียวกันกับคนสัญชาติอเมริกันที่ทำงานหรือกระทำการในนามของบริษัทลูกที่จดทะเบียนในต่างประเทศไปกระทำความผิด บริษัทแม่ของสหรัฐก็จะต้องรับผิดชอบเช่นกัน

²⁰ มีการแก้ไขกฎหมายมาตรา 78dd-3 ใน ค.ศ. 1998.

²¹ As defined in 8 U.S.C. § 1101.

เจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ตรวจตราซึ่งไม่ยอมเอาผิดกับบุคคลที่กระทำความผิดในเมื่อมีการกระทำที่สื่อแสดงว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ซึ่งเจ้าพนักงานสมควรจะรู้จากพยานหลักฐานที่ตรวจพบให้รับผิดด้วย

2) การกระทำความผิด

การกระทำความผิดในทุกมาตราจะมีลักษณะเดียวกัน คือ การให้ เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้ เงินหรือสิ่งของมีค่าใด ๆ หรือให้อำนาจจ่ายเงินหรือให้สิ่งของมีค่าใด ๆ หรือสั่งการชำระเงิน โดยการใช้ระบบไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร หรือระบบการสื่อสารอื่น ๆ เพื่อผลักดันให้มีการกระทำความผิด แก่ข้าราชการต่างประเทศ²² ซึ่งได้แก่ ข้าราชการพนักงานหรือลูกจ้างของรัฐบาลต่างประเทศ หรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศหรือแผนกย่อย ๆ ของหน่วยงานของรัฐบาลต่างประเทศ อาทิ กระทรวง ทบวง กรม หรือองค์กรมหาชนระหว่างประเทศ หรือผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานที่กล่าวมาข้างต้น โดยไม่คำนึงถึงตำแหน่งหรือหน้าที่ พรรคการเมืองหรือนักการเมืองของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นฝ่ายค้านหรือฝ่ายรัฐบาล สำนักงานผู้สมัครนักการเมืองต่างประเทศ รวมถึงการจ่ายเงินให้แก่หรือโดยผ่านบุคคลที่สามซึ่งรู้²³ ทั้งหมดหรือบางส่วนเกี่ยวกับการจ่ายเงินให้แก่ข้าราชการต่างประเทศ และบุคคลอื่น ๆ ตามที่กล่าวมาข้างต้น

การให้ต้องมิวัตถุประสงค์เพื่อจูงใจให้ผู้รับสินบน กระทำการหรือตัดสินใจใด ๆ หรือเพื่อจูงใจให้ข้าราชการต่างประเทศกระทำหรือละเว้นไม่กระทำการตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดหรือจูงใจให้ข้าราชการต่างประเทศกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการในลักษณะ “เอื้อประโยชน์”²⁴ โดยไม่เหมาะสม ซึ่งการใช้อำนาจนั้นจะมีผลกระทบกับหน่วยงาน ทรัพย์สิน ธุรกิจ โดยมีพักต้องคำนึงว่าการกระทำดังกล่าวจะประสบความสำเร็จตามเจตนานั้นหรือไม่

การมีเจตนาทุจริตดังกล่าวยัง รวมถึงการแกล้งทำเป็นไม่รู้ หรือรู้แล้วยังไม่ดำเนินการอีกด้วย²⁵

²² มาตรา 78dd-1(f) (1) (A), 78dd-2 (h) (2) (A) และ 78dd-3 (f) (2) (A).

²³ “รู้” มาตรา 78dd-1 (f) (2), 78dd-2 (h) (3) และ 78dd-3 (f) (2) กำหนดให้รวมถึงการตั้งใจไม่สนใจหรือตั้งใจเพิกเฉยด้วย.

²⁴ “เอื้อประโยชน์” หรือ “การได้รับหรือเอื้ออำนาจธุรกิจ” นั้น มาตรา 78dd-1 (a) (1) และ (2), มาตรา 78dd-2 (a) (1) และ (2), มาตรา 78dd-3 (a) (1) และ (2) กำหนดให้มีความหมายมากกว่าการเป็นแค่ของรางวัลหรือคำมั่นสัญญาและธุรกิจใดที่ได้รับประโยชน์ หรือเอื้ออำนาจผลประโยชน์นี้ไม่จำเป็นจะต้องมีความเกี่ยวข้องกันกับรัฐบาลต่างประเทศ หรือหน่วยงาน บุคคล ที่มีความสำคัญในรัฐบาลต่างประเทศ.

²⁵ ตามมาตรา 78dd-1 (a) (1), มาตรา 78dd-2 (a) (1), มาตรา 78dd-3 (a) (1).

3) ข้อยกเว้นความรับผิด

กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดไว้ 3 ประการเหมือนกันทุกมาตรา คือ

(1) เป็นการจ่ายเพื่ออำนวยความสะดวกหรือเร่งการปฏิบัติงานของข้าราชการสำหรับการทำหน้าที่ประจำของรัฐบาล (Routine Governmental Action)²⁶

“การทำหน้าที่ประจำของรัฐบาล” ตามมาตรา 78dd-1 (f) (3) มาตรา 78dd-2 (h) (4) มาตรา 78dd-3 (f) (4) กำหนดให้หมายถึงการกระทำในลักษณะดังต่อไปนี้ การขอใบอนุญาตหรือเอกสารราชการอื่น ๆ การติดต่อด้านเอกสารใด ๆ กับทางราชการ เช่น การขอวีซ่า การขอใบอนุญาต การขอความคุ้มครองต่าง ๆ การติดต่อขอส่งและรับของจากไปรษณีย์ของรัฐ การขอสาธารณูปโภคต่าง ๆ การติดต่อส่งของและรับพัสดุภัณฑ์ทางอากาศ การขอร้องให้รักษาส่งของที่นำเสียได้ง่าย หรือการขออนุญาตให้ทำการสำรวจตามที่สัญญาหรือตามทางผ่านการค้าสินค้านำเข้าประเทศ การกระทำที่เกี่ยวกับการจ่ายเงินคล้ายคลึงกับที่กล่าวมาข้างต้นนี้ล้วนได้รับการยกเว้นทั้งสิ้น เพราะถือว่าเป็นการอนุญาตให้จ่ายเงินได้อย่างถูกต้อง และถูกกฎหมาย แต่ “การกระทำตามกิจวัตรหน้าที่ของรัฐบาล” นี้ไม่รวมถึงการตัดสินใจของข้าราชการต่างประเทศที่จะเป็นการเกื้อหนุนธุรกิจใหม่หรือจะดำเนินธุรกิจกับบริษัทใดบริษัทหนึ่งต่อไป

(2) เป็นการจ่ายที่กฎหมายหรือข้อบังคับของประเทศผู้รับสินบนระบุให้กระทำได้²⁷ (Written Laws or Regulation) หรือ

(3) เป็นการจ่ายค่าใช้จ่ายที่สุจริตและสมเหตุสมผล (Reasonable and Bona Fide Expenditures) ในเรื่องเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของผู้จ่ายเงินโดยตรง²⁸ เช่น ค่าใช้จ่ายในการเดินทาง ค่าที่พัก ค่าอาหาร แก่ข้าราชการต่างประเทศและบุคคลอื่น ๆ ตามที่กล่าวมาข้างต้นในการเดินทางมาดูงาน ณ โรงงานของผู้ให้สินบน แต่การจ่ายในข้อนี้จะเคร่งครัดมาก เช่น คดี United States v. Metcalf & Eddy, Inc. (D Mass. 1999) ศาลพิพากษาว่าค่าใช้จ่ายที่จำเลยจ่ายเป็นค่าเดินทางมาดูงานแก่ข้าราชการอียิปต์และครอบครัวโดยให้มีตัวเดินทางขึ้นหนึ่งการเบิกเงินสดล่วงหน้านอกจากการจ่ายเงินเบี้ยเลี้ยงปกติ ฯลฯ นั้นเป็นค่าใช้จ่ายที่ไม่สมเหตุสมผล

3.2.1.2 บทกำหนดโทษความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการให้สินบน

ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมีการกำหนดโทษในกรณีละเมิดบทบัญญัติว่าด้วยการบัญชี (มาตรา 78m) ไว้ในมาตรา 78ff (a), (b) และโทษในกรณีละเมิดบทบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการให้สินบน

²⁶ มาตรา 78dd-1(b), มาตรา 78dd-2 (b) และมาตรา 78dd-3 (b).

²⁷ มาตรา 78dd-1 (c) (1), มาตรา 78dd-2 (c) (1) และมาตรา 78dd-3 (c) (1).

²⁸ มาตรา 78dd-1 (c) (2), ตามมาตรา 78dd-2 (c) (2) และมาตรา 78dd-3 (c) (2).

(มาตรา 78dd-1, 78dd-2 และ 78dd-3) ไว้ในมาตรา 78dd-2 (g), 78dd-3 (e) และ 78ff (c) ในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะโทษจากการละเมิดบทบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการให้สินบนซึ่งประกอบด้วย

1) บทกำหนดโทษทางอาญา

สำหรับผู้กระทำความผิดทุกมาตรา กรณีบริษัทฯ จะมีโทษปรับไม่เกิน 2,000,000 ดอลลาร์ กรณีบุคคลธรรมดา เจ้าหน้าที่ กรรมการ ผู้ถือหุ้น พนักงานหรือตัวแทน จะถูกปรับไม่เกิน 100,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือทั้งจำทั้งปรับและอัยการทั่วไปหรือศาลหลักทรัพย์²⁹ อาจนำการกระทำนั้นมาให้ทั้งบริษัทฯ และบุคคลธรรมดา รับโทษปรับทางแพ่งซึ่งปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์

2) บทกำหนดโทษทางแพ่ง

อัยการทั่วไปหรือศาลหลักทรัพย์อาจนำการกระทำเดียวกับที่รับโทษทางอาญามาปรับโทษปรับทางแพ่งสำหรับบริษัทและบุคคลธรรมดา เจ้าหน้าที่ กรรมการ ผู้ถือหุ้น พนักงานและตัวแทนซึ่งปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์

3) โทษรูปแบบอื่น

การสั่งห้ามมิให้เกี่ยวข้องหรือดำเนินการทางธุรกิจใด ๆ กับรัฐบาลกลางอีกเพียงแต่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดกฎหมาย หรืออาจจะถูกสั่งห้ามเกี่ยวข้องกับกิจกรรมใด ๆ ไม่ว่าจะเกี่ยวข้องหรือไม่เกี่ยวกับการจัดซื้อ ห้ามไม่ให้มีสิทธิได้ใบอนุญาตส่งออก สัมผัสหรือสั่งห้ามการทำธุรกิจการค้าหลักทรัพย์ ธุรกิจการลงทุนของเอกชนในต่างประเทศ รวมทั้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือไม่มีสิทธิหักภาษี เป็นต้น

3.2.1.3 การกำหนดอายุความในคดีอาญาเกี่ยวกับการให้สินบน

ความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศมีอายุความ 5 ปี และประมวลกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้มีบทบัญญัติในเรื่องอายุความสะดุดหยุดอยู่ (Tolling) ซึ่งจะสามารถหยุดอายุความไว้เป็นการชั่วคราวในบางกรณี เพื่อเป็นเครื่องมือแก่พนักงานอัยการในการฟ้องดำเนินคดี³⁰ โดยมาตรา 3282 ของ 18 U.S.C. กำหนดว่าไม่ให้มีบทบัญญัติเรื่องอายุความมาใช้ในกรณีของบุคคลที่หลบหนีจากกระบวนการยุติธรรม

²⁹ มาตรา 78dd-1.

³⁰ From “Statutes of Limitations for Federal Criminal Statutes in Fugitive Cases,” by Brian M Pearce, Memorandum to Deputy Attorney General- Chaikasem Nitisiiri.

ตัวอย่างการใช้กฎหมาย

การกระทำความผิดโดยการให้สินบนแก่ข้าราชการต่างประเทศ เพื่อหวังการเอื้อประโยชน์ในการดำเนินธุรกิจของผู้ให้สินบนนั้นเกิดขึ้นตั้งแต่ก่อนมีการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ดังเช่น

ในปี พ.ศ. 2519 เกิดกรณีที่บริษัท Lockheed ซึ่งเป็นบริษัทผลิตเครื่องบินของประเทศสหรัฐอเมริกาได้จ่ายเงินสนับสนุนให้กับนักการเมืองในหลายประเทศทั่วโลก ไม่เว้นแม้กระทั่งประเทศญี่ปุ่นเพื่อให้นายกรัฐมนตรี Tanaka Kakuei ช่วยเหลือบริษัท Lockheed ในการขายเครื่องบินให้แก่บริษัท All Nippon Airways และจากการรับสินบนจำนวน 3 ล้านดอลลาร์ส่งผลให้นายกรัฐมนตรี Tanaka Kakuei ต้องลาออกจากตำแหน่งในเวลาต่อมา³¹ จากกรณีของบริษัท Lockheed ส่งผลให้ประเทศสหรัฐอเมริกาตรากฎหมายว่าด้วยการกระทำทุจริตในต่างประเทศ (Foreign Corruption Practices Act หรือ FCPA) ในเวลาต่อมา

เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวและใช้บังคับแล้วก็มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเรื่อย ๆ และมีการลงโทษผู้กระทำความผิด ดังเช่นกรณี

บริษัท Kellogg Brown & Root LLC (KBR)³² ซึ่งเป็นบริษัทที่ให้บริการด้านการก่อสร้างและวิศวกรรมซึ่งมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่เมือง Houston Texas U.S.A ได้ร่วมกับบริษัทแม่ของบริษัท KBR บริษัท KBR., Inc. และบริษัท Halliburton ซึ่งเป็น Joint-venture กัน จ่ายเงินประมาณ 10 ล้านดอลลาร์ให้กับบริษัทที่ให้คำปรึกษาว่าจะติดต่อบริษัทตัวแทนใดที่จะนำสินบนไปให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลไนจีเรีย และมีการจ่ายเงินประมาณ 132 ล้านดอลลาร์ให้กับบริษัทตัวแทนแรกที่ตั้งใน Gibraltar และจ่ายเงินมากกว่า 50 ล้านดอลลาร์ให้กับบริษัทตัวแทนที่สองที่ตั้งใน Tokyo, Japan เพื่อให้ไปติดต่อดูแลและติดสินบนแก่ผู้บริหารสาขาของบริษัท Nigerian National Petroleum Corporation (NNPC) ซึ่งรัฐบาลเป็นเจ้าของและแก่เจ้าพนักงานของรัฐบาลไนจีเรียซึ่งรัฐบาลเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ของบริษัท NLNG เพื่อช่วยเหลือให้ได้ทำสัญญาก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับโครงการแก๊สธรรมชาติ (LNG) หรือ EPC ใน Bonny Island, Nigeria ซึ่งมีมูลค่ามากกว่า 6,000 ล้านดอลลาร์ และเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2552 บริษัท Kellogg Brown & Root LLC (KBR) ให้การรับสารภาพว่ากระทำความผิดตามกฎหมายต่อต้านการให้สินบนและตกลงจ่ายค่าปรับทางอาญาเป็นเงิน 402 ล้านดอลลาร์และคาดว่าจะประกาศคำพิพากษาประมาณวันที่

³¹ สรุปสาระสำคัญอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 United Nations Convention against Corruption UNCAC ฉบับผู้บริหาร (น.7). เล่มเดิม.

³² Kellogg Brown & Root LLC. Retrieved 2009 April 24, from <http://www.usdoj.gov/opa/pr/2009/February/09-crm-112.html>

6 พฤษภาคม 2552 คดีนี้ถือเป็นคดีที่มีค่าปรับสูงเป็นอันดับที่สองเท่า ที่ FBI ฟ้องมาและคดีนี้เป็นคดีตัวอย่างของการกระทำผิดตามมาตรา 78m, 78dd-1

บริษัท ABB Vet co Gray Inc. U.S. and ABB Vet co Gray UK Ltd.³³ ซึ่งเป็นสาขาของบริษัท ABB Ltd. ประเทศ Swiss จ่ายสินบนจำนวน 1 ล้านดอลลาร์ ให้กับเจ้าพนักงานของบริษัท NAPIMS ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐบาลไนจีเรีย เพื่อให้ผู้รับกระทำการในลักษณะเอื้อประโยชน์แก่ผู้ให้สินบนโดยกระทำการให้รัฐบาลไนจีเรียยอมรับให้ผู้ให้สินบนทำสัญญาในโครงการสำรวจน้ำมันในประเทศไนจีเรียรวมถึงการหาบริษัทต่างชาติมารับช่วงต่อในการขุดเจาะน้ำมันและก๊าซ ซึ่งคาดว่าจะมีกำไรถึง 12 ล้านดอลลาร์ บริษัท ABB Vet co Gray Inc มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่ Houston, Texas U.S.A จึงตกอยู่ภายใต้มาตรา 78dd-2 (Domestic Concerns) ABB Vet co Gray UK Ltd. ตกอยู่ภายใต้มาตรา 78dd-3 เนื่องจากมีการให้สินบนขณะอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม 2547 มีการตกลงจ่ายค่าปรับจำนวน 5.25 ล้านดอลลาร์ สำหรับบริษัท ABB Ltd. ที่ถูกสงสัยว่าจ่ายสินบนทั้งใน Nigeria, Kazakhstan และ Angola ตกลงให้มีระบบควบคุมภายในที่ต้องเสียเงิน 5,915,405.64 ดอลลาร์และจ่ายค่าปรับทางแพ่งจำนวน 10.5 ล้านดอลลาร์ ซึ่งเพียงพอจนไม่ต้องรับโทษปรับทางอาญาอีก

บริษัท In Vision Technologies, Inc.³⁴ สำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่ Newark, California, USA. เป็นบริษัทที่ขายเครื่องตรวจหาวัตถุระเบิดในกระเป๋าผู้โดยสารที่สนามบินทั้งในและต่างประเทศ ถูกตลาดหลักทรัพย์สหรัฐฯ (SEC) กล่าวหาว่าบริษัทฯ ให้ลูกจ้างหรือตัวแทนบริษัทหรือตัวแทนจำหน่ายจ่ายหรือสัญญาว่าจ่ายเงินแก่ข้าราชการต่างประเทศหรือพรรคการเมืองต่างประเทศเพื่อให้บริษัทฯ ได้ทำสัญญากับรัฐบาลต่างประเทศ รวมทั้งประเทศไทยด้วย โดยในส่วนของประเทศไทย บริษัท In Vision จะใช้วิธีให้บริษัทซึ่งเป็นตัวแทนจำหน่ายในประเทศไทยไปเสนอให้เงินซึ่งเกิดจากส่วนต่างของราคาที่ซื้อจากบริษัท In Vision และราคาที่ขายต่อบริษัททำอากาศยานที่อยู่ในการกำกับดูแลของรัฐบาลไทย แก่เจ้าพนักงานที่มีอิทธิพลในบริษัททำอากาศยานไทยและรัฐบาลไทย เพื่อให้บริษัทตัวแทนจำหน่ายได้ทำสัญญากับบริษัททำอากาศยานโดยไม่ต้องมีการประมูลแข่งขันและเป็นผู้จัดซื้อจากบริษัท In Vision มาขายให้บริษัททำอากาศยานในราคาประมาณ 35.8 ล้านดอลลาร์ ในผลการสอบสวนบริษัท In Vision ยอมรับว่ามีความเป็นไปได้ที่ตัวแทนจำหน่ายภาคพื้นเอเชียแปซิฟิกได้ใช้เงินส่วนต่างของราคาเพื่อติดสินบนเจ้าหน้าที่ของประเทศไทยแต่ยังไม่มีการจ่ายเงินสินบนจึงยังไม่พหูลักฐานยืนยันว่าจะ

³³ ABB Vet co Gray, Inc. and ABB Vet co Gray UK Ltd. Retrieved 2009, April 24, from http://www.usdoj.gov/opa/pr/2004/July/04_crm_465.htm

³⁴ In Vision Technologies, Inc. (Monday, December 6 2004). Retrieved 2009 April 21, from http://www.usdoj.gov/opa/pr/2004/December/04_crm_780.htm

จ่ายเงินสินบนให้กับใคร จำนวนเท่าไร ซึ่งการเตรียมการให้สินบนนี้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นความผิดแล้วเนื่องจากบริษัท In Vision รู้เห็นแต่ไม่มีการคัดค้านการจ่ายเงินต่อมาเมื่อวันที่ 6 ธันวาคม 2547 บริษัท In Vision ได้ตกลงชำระค่าปรับกว่า 1.1 ล้านดอลลาร์ในคดีที่ถูกตลาดหลักทรัพย์สหรัฐฯ (SEC) หรือ ก.ล.ต. สหรัฐอเมริกาฟ้อง ทางอาญาจากการละเมิดกฎหมาย FCPA และจ่ายค่ายอมความอีกจำนวน 800,000 ดอลลาร์แก่กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ โดยในข้อตกลงระบุว่าบริษัทฯ จะไม่แสดงออกหรือบอกกล่าวกับสาธารณะชนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมโดยเด็ดขาดว่าเนื้อหาในคำฟ้องของตลาดหลักทรัพย์สหรัฐฯ (SEC) นั้นปราศจากข้อเท็จจริงแปลได้ว่าเนื้อหาในคำฟ้องมีมูลความจริงนั่นเอง สำหรับในประเทศไทยนั้นเมื่อวันที่ 28 สิงหาคม 2555 คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) มีมติเอกฉันท์ 7 เสียงยกฟ้องข้อกล่าวหาการทุจริตจัดซื้อเครื่องตรวจจับวัตถุระเบิดและการก่อสร้างระบบสายพานลำเลียงกระเป๋าสีทีเอ็กซ์ 9000 จำนวน 26 เครื่อง โดยมีผู้ถูกกล่าวหาประกอบด้วย อดีตนายกรัฐมนตรียุติธรรมว่าการกระทรวงคมนาคม ข้าราชการระดับสูงและบริษัทเอกชนหลายกลุ่มรวม 25 คน แต่ ป.ป.ช. เห็นว่าพยานหลักฐานทั้งหมดไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ได้ว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำผิดโดยปราศจากข้อสงสัย จึงมีมติเอกฉันท์ให้ยกคำร้อง โดยยืนยันไม่มีการเมืองกดดันการพิจารณาขณะเดียวกันมีมติให้ไต่สวนต่ออดีตกรรมการทำอากาศยานสุวรรณภูมิอีก 6 คน ซึ่งพบหลักฐานว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกัน³⁵

คดีที่ Gerald Green และ Patricia Green สองผู้บริหารของบริษัท Film Festival Management, Inc. (FFM) ซึ่งเป็นบริษัทผลิตภาพยนตร์ใน Los Angeles, California, United States of America ถูกคณะลูกขุนกลางยื่นฟ้องเมื่อวันที่ 17 มกราคม 2551 ในข้อหาจ่ายสินบนให้แก่ผู้บริหารระดับสูงคนหนึ่งของการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย หรือ ททท. ซึ่งถือเป็นเจ้าพนักงานต่างชาติดังพระราชบัญญัติป้องกันการให้สินบนแก่ข้าราชการต่างประเทศ (FCPA) ในช่วงปี 2545-2550 รวมเป็นเงินประมาณ 900,000 ดอลลาร์ เพื่อแลกกับสัญญาการจัดงานเทศกาลภาพยนตร์นานาชาติ หรือ Bangkok International Film Festival (“BKKIFF”) ที่กรุงเทพมหานคร มูลค่ากว่า 7 ล้านดอลลาร์³⁶ สำหรับวิธีการให้เงินนั้นฮั้วการสหรัฐออกมาเปิดเผยว่า มีการจ่ายเงินผ่านธุรกิจหลายอย่างโดยใช้ชื่อ ที่อยู่และเบอร์โทรศัพท์ปลอม รวมทั้งจ่ายเงินผ่านบัญชีคนกลางหลายบัญชีที่

³⁵ ไทยพับลิก้า. (2555). *ย้อนรอยมหากาพย์ 7 ปี CTX (1): เบาะแสจากสินบนข้ามชาติ ถึงความไม่โปร่งใสการจัดซื้อ*. สืบค้น 4 พฤศจิกายน 2557, จาก <http://thaipublica.org/2012/09/ctx-1>

³⁶ *Film Executive and Spouse indicted for paying bribes to a Thai Tourism Official to obtain Lucrative Film Festival Management Contracts (January 17 2008)*. Retrieved 2009 April 21, from <http://www.usdoj.gov/usao/cac/pressroom/pr2008/003.html>

เปิดในต่างประเทศ ซึ่งมีการจ่ายหลายครั้ง รวมทั้งบัญชีของลูกสาวของผู้บริหารคนดังกล่าวด้วย จาก การตรวจสอบงบประมาณการจัดจ้างในช่วงปี 2546-2548 ใช้งบประมาณการจัดจ้าง 200 ล้านบาท ต่อการจัดงานหนึ่งครั้ง เมื่อเปลี่ยนผู้บริหารใช้งบจัดจ้างเพียง 70 ล้านบาทต่อการจัดงานหนึ่งครั้ง เท่านั้น เมื่อวันที่ 12 สิงหาคม 2553 ศาลแขวงนครแอตแลนติก รัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกาตัดสิน จำคุก Gerald Green วัย 78 ปี Patricia Green วัย 55 ปี สามีกรรยาผู้อำนวยการสร้างภาพยนตร์เป็นเวลา 6 เดือน ต่อด้วยกักบริเวณในบ้านอีก 6 เดือนและจ่ายค่าเสียหาย 250,000 ดอลลาร์ (ประมาณ 8,250,000 บาท) โทษฐานคิดสินบนผู้บริหารการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย หรือ ททท. ผู้พิพากษา ให้เหตุผลตั้งจำคุกเล็กน้อยว่าเพราะ Gerald Green มีปัญหาสุขภาพเป็นโรคถุงลมโป่งพอง³⁷ ส่วนความสืบหน้าคดีแก่ผู้บริหารระดับสูงของการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย หรือ ททท. ขณะนี้อยู่ ระหว่างการดำเนินการของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.)³⁸

กรณีบริษัท Micrus ซึ่งเป็นบริษัทที่ขายเครื่องมือทางการแพทย์ในประเทศสาธารณรัฐ ฝรั่งเศส ตุรกี สเปน และเยอรมนี มีการจ่ายค่าคอมมิชชั่นให้แพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐเพื่อให้มีการสั่งสินค้าของบริษัท Micrus

กรณีบริษัทค้าข้าวของอเมริกาใช้เอกสารในการนำเข้าข้าวเข้าไปในเฮติปลอมเพื่อ หลีกเลี่ยงการจ่ายภาษีโดยคิดสินบนเจ้าพนักงานศุลกากรของเฮติ³⁹

กรณีที่บริษัทแม่ในอเมริกาที่ดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับการค้าผลิตภัณฑ์ทางเกษตรในอเมริกา และประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกคิดสินบนเจ้าพนักงานของรัฐในบริษัทสาขาที่อินโดนีเซียจำนวน 50,000 เหรียญสหรัฐ เพื่อให้ยกเลิกพระราชกฤษฎีกาที่ทำให้มีการศึกษาผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมก่อนที่จะอนุญาตให้ปลูกพืชที่มีการตัดต่อพันธุกรรม เพื่อประหยัดค่าใช้จ่ายในการศึกษาผลกระทบ สิ่งแวดล้อม เป็นต้น

ตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้นและรายงานจากบริษัทกฎหมาย Shearman & Sterling LLP เมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2548 แสดงให้เห็นลักษณะการกระทำผิดตามกฎหมาย FCPA พอสรุปได้ว่ามี คดีต่าง ๆ เกิดขึ้นเกือบทุกประเทศทั่วโลกที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไปทำธุรกิจด้วย บางกรณีเกิดขึ้น

³⁷ กรุงเทพธุรกิจ. (2553, 19 สิงหาคม). *สินบนข้ามชาติ ความโลภไม่จำกัด เมินธรรมาภิบาลม.* สืบค้น 12 พฤศจิกายน 2557, จาก <http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/politics/analysis/20100819/348679/>

³⁸ คม ชัด ลึก. (2557, 23 มิถุนายน). *ป.ป.ช.เล็งแก้ก.ม.เอาผิดเอกชนร่วมคอร์รัปชัน.* สืบค้น 12 พฤศจิกายน 2557, จาก <http://www.oknation.net/blog/print.php?id=924705>

³⁹ จาก “ผู้ให้: ความรับผิดชอบในการคอร์รัปชัน,” โดย นวลน้อย ตรีรัตน์, 2548 (11 พฤษภาคม), *มติชนรายวัน*, 28(9923).

ในหลายประเทศพร้อมกัน ดังเช่นกรณี บริษัทอินวิชั่นเทคโนโลยี ที่เกิดในประเทศไทย จีน และฟิลิปปินส์ เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลากหลาย ทั้งการขายสินค้าและการบริการให้หน่วยงานของรับหรือรัฐวิสาหกิจ การจัดซื้อจัดจ้าง และรูปแบบที่หลากหลายมีตั้งแต่การติดสินบนเจ้าพนักงานรัฐโดยตรง การให้เงินสนับสนุนพรรคการเมือง การให้ความช่วยเหลือในการหาเสียงของนักการเมืองโดยฝ่ายขายฝ่ายการตลาดหรือตัวแทนทางการค้าของบริษัทหรือที่ปรึกษาของบริษัท

3.2.2 ประเทศอังกฤษ

กฎหมายว่าด้วยการติดสินบน 2010 มาตรา 6 การติดสินบนเจ้าพนักงานต่างประเทศ

มาตรา 6 (1) บุคคลผู้ให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศมีความผิด หากเจตนาของผู้ให้สินบน คือต้องการมีอิทธิพลต่อเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศในอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศในฐานะเจ้าพนักงานต่างประเทศ

มาตรา 6 (2) บุคคลผู้ให้สินบนต้องมีเจตนาที่จะได้มาหรือรักษาไว้ซึ่งธุรกิจหรือผลประโยชน์ในการทำธุรกิจ

มาตรา 6 (3) ผู้ให้สินบนเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศ โดย

- 1) ผู้ให้เองโดยตรง หรือบุคคลที่สามให้ เสนอให้ สัญญาว่าจะให้ หรือให้ผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่น ๆ
- 2) ให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศ หรือ
- 3) บุคคลอื่นซึ่งเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศร้องขอหรือซึ่งเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศให้ความยินยอมหรือยอมรับ และ

มาตรา 6 (4) การมีอิทธิพลต่อผู้ให้สินบนในอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศ ซึ่งหมายรวมถึงการละเลยการกระทำหน้าที่นั้น ๆ และการใช้ตำแหน่งของเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศ แม้ว่าจะไม่อยู่ในอำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศก็ตาม

มาตรา 6 (5) “เจ้าพนักงานของรัฐต่างประเทศ” หมายถึงบุคคลใด ๆ ซึ่ง

- 1) ดำรงตำแหน่งใด ๆ ก็ตามในด้านนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ ไม่ว่าจะได้รับการแต่งตั้งหรือเลือกตั้ง ของประเทศหรือดินแดนที่อยู่นอกสหราชอาณาจักร (หรือพื้นที่แบ่งแยกของประเทศหรือพื้นที่นั้น ๆ

- 2) การทำตามหน้าที่

(1) เพื่อหรือในนามของประเทศหรือดินแดนที่อยู่นอกสหราชอาณาจักร (หรือพื้นที่แบ่งแยกของประเทศหรือพื้นที่นั้น ๆ) หรือ

(2) เพื่อหน่วยงานราชการหรือรัฐวิสาหกิจของประเทศหรือดินแดน (หรือพื้นที่แบ่งแยก) นั้น ๆ หรือ

(3) เป็นเจ้าพนักงานหรือผู้แทนขององค์กรสาธารณะระหว่างประเทศ

มาตรา 6 (6) “องค์กรสาธารณะระหว่างประเทศ” หมายถึงองค์กรซึ่งมีสมาชิกเป็นประเทศหรือดินแดน รัฐบาลของประเทศหรือดินแดน องค์กรสาธารณะระหว่างประเทศอื่น ๆ หรือตามที่กำหนดไว้ข้างต้นรวมกัน

มาตรา 11 บทลงโทษ

1) บุคคลใดกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 จะต้องรับโทษ

(1) ในกระบวนการตัดสินลงโทษอย่างรวบรัดจำคุกไม่เกิน 12 เดือนหรือปรับไม่เกินโทษปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) เมื่อมีการฟ้องร้อง จำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

2) ผู้อื่นซึ่งกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1, 2 และ 6 จะต้องรับโทษ

(1) ในกระบวนการตัดสินลงโทษอย่างรวบรัด ให้รับโทษปรับไม่เกินโทษปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้

(2) เมื่อมีการฟ้องร้อง ให้รับโทษปรับ

3.2.3 ประเทศราชอาณาจักรสวีเดน⁴⁰

ตามกฎหมายอาญา บทที่ 17 มาตรา 7⁴¹ ได้อธิบายความรับผิดชอบของผู้ให้สินบนแก่บุคคลที่ระบุไว้ในบทที่ 20 มาตรา 2⁴² เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ บุคคลดังกล่าวคือ รัฐมนตรีของรัฐ

⁴⁰ Provisions of the Law amending the Penal Code.

⁴¹ บทที่ 17 มาตรา 7 บุคคลใดให้ สัญญาหรือเสนอจะให้สินบนหรือผลตอบแทนที่ไม่เหมาะสมแก่ลูกจ้างหรือบุคคลใด ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในบทที่ 20 มาตรา 2 ให้แก่บุคคลนั้นหรือบุคคลอื่น ๆ เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ มีความผิดฐานให้สินบนต้องรับโทษปรับหรือจำคุกอย่างมาก 2 ปี หากเป็นความผิดร้ายแรง ให้ลงโทษจำคุกอย่างน้อย 6 เดือนแต่ไม่เกิน 6 ปี.

⁴² บทที่ 20 มาตรา 2 ลูกจ้างซึ่งรับ ขอมรับสัญญา หรือเรียกร้องสินบน หรือรางวัลอื่น ๆ ที่ไม่เหมาะสมสำหรับตนเองหรือผู้อื่น เป็นการตอบแทนการกระทำตามที่ มีโทษตามความผิดฐานรับสินบนเป็นโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี กรณีนี้ให้นำมาใช้กับลูกจ้างซึ่งกระทำการดังกล่าวข้างต้นก่อนเข้ารับตำแหน่งหรือหลังจากออกจากตำแหน่งด้วย กรณีที่เป็นความผิดร้ายแรง ต้องโทษจำคุกไม่เกิน 6 ปี

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับลูกจ้างมีผลบังคับใช้กับ

1. สมาชิกคณะกรรมการบริหาร เจ้าพนักงานของรัฐ ผู้บริหาร คณะกรรมการ และหน่วยงานซึ่งเป็นของรัฐ เทศบาล องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สมาคมของหน่วยงานท้องถิ่น (...) หรือสำนักงานประกันสังคม

6. รัฐมนตรีของรัฐต่างประเทศ สมาชิกสภานิติบัญญัติของรัฐต่างประเทศหรือสมาชิกของหน่วยงานของรัฐต่างประเทศซึ่งติดต่อประสานงานกับบุคคลซึ่งบัญญัติไว้ในข้อ 1.

ต่างประเทศ สมาชิกสถานนิติบัญญัติของรัฐต่างประเทศหรือสมาชิกของหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ บุคคลซึ่งแม้ว่าจะไม่มีการว่าจ้างหรือได้รับมอบหมายดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ที่กระทำการโดยใช้อำนาจรัฐในต่างประเทศ หรือได้รับแต่งตั้งจากต่างประเทศให้เป็นอนุญาโตตุลาการ สมาชิกหน่วยงานตรวจสอบ หน่วยงานปกครอง หรือสภาผู้แทนขององค์การระหว่างประเทศหรือองค์การนานาชาติซึ่งประเทศสวีเดนเป็นสมาชิกอยู่ และผู้พิพากษา หรือ ข้าราชการของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งประเทศสวีเดนยอมรับเขตอำนาจศาล

และบทที่ 20 มาตรา 2 ยังได้กำหนดความรับผิดชอบสำหรับเจ้าพนักงานที่ระบุไว้ดังกล่าวข้างต้นรับสินบนด้วย

3.2.4 ประเทศราชอาณาจักรเดนมาร์ก⁴³

ตามกฎหมายอาญา มาตรา 122⁴⁴ ได้กำหนดความรับผิดชอบให้สินบนแก่เจ้าพนักงานทั้งเจ้าพนักงานของหน่วยราชการประเทศราชอาณาจักรเดนมาร์กเองและรวมถึงเจ้าพนักงานต่างประเทศ เพื่อกระทำตามที่โดยมิได้ระบุตำแหน่งของเจ้าพนักงานไว้อย่างชัดเจน

และมาตรา 144⁴⁵ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานทั้งเจ้าพนักงานของหน่วยราชการประเทศราชอาณาจักรเดนมาร์กเองและรวมถึงเจ้าพนักงานต่างประเทศที่รับสินบนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

7. บุคคลซึ่งแม้ว่าจะไม่มีการว่าจ้างหรือได้รับมอบหมายดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ที่กระทำการโดยใช้อำนาจรัฐในต่างประเทศ หรือได้รับแต่งตั้งจากต่างประเทศให้เป็นอนุญาโตตุลาการ

8. สมาชิกหน่วยงานตรวจสอบ หน่วยงานปกครอง หรือสภาผู้แทนขององค์การระหว่างประเทศหรือองค์การนานาชาติซึ่งประเทศสวีเดนเป็นสมาชิกอยู่ และ

9. ผู้พิพากษา หรือ ข้าราชการของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งประเทศสวีเดนยอมรับเขตอำนาจศาล

⁴³ Excerpts from Danish Legislation.

⁴⁴ มาตรา 122 บุคคลใดให้, สัญญาว่าจะให้ หรือเสนอให้ของกำนัลหรือผลประโยชน์ใด ๆ ให้แก่บุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่ราชการของหน่วยงานราชการเดนมาร์กหรือระหว่างประเทศ เพื่อจูงใจให้บุคคลนั้นกระทำการหรือไม่กระทำการใดที่เกี่ยวข้องด้วยหน้าที่ของตนเอง ต้องโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 3 ปี.

⁴⁵ มาตรา 144 บุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่ราชการของหน่วยงานราชการเดนมาร์กหรือระหว่างประเทศที่รับ เรียกหรือรับสัญญาว่าจะให้ซึ่งของกำนัลหรือผลประโยชน์ใด ๆ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องโทษจำคุกไม่เกิน 6 ปี หรือหากมีเหตุบรรเทาโทษต้องโทษปรับ.