

ปัญหาความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลฐานให้สินบนตามมาตรา 176 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561

PROBLEMS ON CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS FOR BRIBERY UNDER SECTION 176 OF THE ORGANIC ACT ON ANTI-CORRUPTION B.E. 2561 (2018)

วรธรรมณ จันทร์สำอางค์*

Wasamon Jansomang *

วันที่รับบทความ 6 กรกฎาคม 2566

วันที่แก้ไขบทความ 16 สิงหาคม 2566

วันที่ตอบรับบทความ 17 สิงหาคม 2566

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักสืบสวนสอบสวนปฏิบัติการ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานนายกรัฐมนตรี.

* Master of Laws, Thammasat University, Investigator Practitioner Level Office of the Consumer Protection Board Office of the Prime Minister.

* e-mail: num_was.ss@hotmail.com

บทคัดย่อ

ประเทศไทยได้ลงนามและให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ซึ่งได้วางกรอบให้รัฐภาคีกำหนดความรับผิดของนิติบุคคลที่มีส่วนร่วมในการให้สินบนให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายภายใน โดยไม่กระทบต่อความรับผิดทางอาญาของบุคคลธรรมดา ซึ่งได้กระทำความผิด และมีมาตรการการลงโทษที่มีประสิทธิผล ได้สัดส่วน และมีผลเป็นการยับยั้งการกระทำความผิด ต่อมาประเทศไทยได้มีการกำหนดความรับผิดฐานให้สินบนไว้ในมาตรา 176 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 โดยบทความนี้มุ่งศึกษาแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับนิติบุคคล แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดและโทษทางอาญากับทางปกครองของนิติบุคคล และแนวทางการกำหนดความผิดของนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการให้สินบนของประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส ภายใต้กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 เพื่อวิเคราะห์ความเหมาะสมของการกำหนดความรับผิดทางอาญาฐานให้สินบนของนิติบุคคลตามมาตรา 176 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยประสบปัญหาการกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลฐานให้สินบนตามมาตรา 176 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการให้สินบน พ.ศ. 2561 ทั้งปัญหาประสิทธิภาพของโทษ ข้อจำกัดการกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลตามหลัก Identification Doctrine ทำให้บุคคลธรรมดาหลุดพ้นความรับผิดได้ ปัญหาการกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลจากการให้สินบนของผู้แทนของนิติบุคคล ลูกจ้าง ตัวแทน บริษัทในเครือ หรือบุคคลใด ซึ่งกระทำการเพื่อหรือในนามของนิติบุคคล ความเหมาะสมของความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลจากการไม่มีมาตรการควบคุมภายในที่เหมาะสม และขาดมาตรการป้องกันการให้สินบนของนิติบุคคล และได้เสนอแนะการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยกำหนดโทษของนิติบุคคลแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดา พร้อมทั้งกำหนดความรับผิดและโทษของกรรมการ หรือผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลไว้ในมาตรา 176 วรรคสอง แปรรูปความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลเป็นความผิดทางปกครองให้เหมาะสมและได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด และให้นิติบุคคลต้องรับโทษทางปกครองจากการไม่มีมาตรการควบคุมภายในที่เหมาะสม เพื่อเพิ่มกลไกสำหรับป้องกันการให้สินบนในลักษณะมาตรการเชิงรุก

คำสำคัญ: ความรับผิดทางอาญา, นิติบุคคล, ให้สินบน

Abstract

Thailand has signed and ratified the United Nations Convention Against Corruption (UNCAC) that requires states parties to establish the liability of legal persons for participating in bribery under internal law, without prejudice to criminal liability of natural persons who have committed the offense. Legal persons are held to effective, proportionate, and dissuasive sanctions. Subsequently, Thailand regulated bribery in Section 176 of the Organic Act on Anti-Corruption, B.E. 2561 (2018; The Act). This article aims to study appropriateness of establishing liability of legal persons for participating in bribery following the Act within the framework of the UNCAC was discern basic principles of legal entities, criminal liability legislation and

penalties for legal persons, administrative liability law and penalties, and comparative legislative offenses by legal persons in the United Kingdom and France under UNCAC.

Results were that Thailand is currently confronted with problems in Section 176 of the Act, included penalty efficiency; limited legislation on criminal liability of legal persons under the identification doctrine; prejudicing criminal liability of natural persons; establishing liability of legal persons from executives, representatives, agents, employees, associated companies, or other persons acting for the benefit, or on behalf, of that legal person; appropriateness of criminal liability of legal persons from an absence of appropriate internal control measures for preventing bribery; and lack of measures to prevent bribery of legal persons. These findings suggest that criminal liability problems for legal persons through bribery in Section 176 of the Act should be resolved as follows: criminal penalties of legal entities shall be apart from legal entity representatives along with determining criminal liability and penalty for directors, managers, or any person responsible for the operation of a legal person in section 176, paragraph two, privatizing criminal liability of legal entities to administrative liability and penalties instead to measures appropriate and proportional to the offence, and establishing administrative liability of legal persons from an absence of appropriate internal control measures to prevent bribery through proactive measures.

Keywords: Criminal Liability, Legal person, Bribery

1. บทนำ

การทุจริตคอร์รัปชันเป็นการกระทำความผิดที่ปรากฏขึ้นอยู่ทั่วไปตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ไม่ว่าประเทศ พัฒนาแล้ว ประเทศกำลังพัฒนาหรือประเทศด้อยการพัฒนาต่างประสบปัญหาเช่นเดียวกัน ดังที่ปรากฏตาม รายงานผลสำรวจดัชนีชี้วัดภาพลักษณ์คอร์รัปชันขององค์กรความโปร่งใสนานาชาติ (Corruption Perceptions Index: CPI)¹ สำหรับดัชนีความโปร่งใสของประเทศไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2555 ถึง พ.ศ. 2565 จะพบว่า ประเทศไทยมีระดับความโปร่งใสอยู่ระหว่างช่วงคะแนน 35 ถึง 38 เท่านั้น และผลการประเมินดัชนีความโปร่งใส ประจำปี พ.ศ. 2565 คะแนนเต็ม 100 คะแนน ประเทศไทยได้คะแนน 36 คะแนน เป็นลำดับที่ 101 จาก 180 ประเทศทั่วโลกมีทิศทางคะแนนความโปร่งใสดีขึ้นกว่าปี พ.ศ. 2564 เพียงเล็กน้อย เมื่อพิจารณาประกอบกับดัชนีชี้สภาวะธรรมาภิบาล (Worldwide Governance Indicators: WGI)² ของประเทศไทยตั้งแต่ปี พ.ศ. 2554 ถึง พ.ศ. 2561 มิติคุณภาพของกฎระเบียบและนิติการควบคุมการคอร์รัปชันของประเทศไทย มีแนวโน้มที่ลดลงสะท้อนให้เห็นว่า ประเทศไทยประสบปัญหาประสิทธิภาพในการควบคุมการทุจริต

การให้สินบนเป็นรูปแบบของการคอร์รัปชันประเภทหนึ่ง ซึ่งก่อมูลค่าความเสียหายสูง และกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม และความไว้วางใจของรัฐ ซึ่งประเทศไทยกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้ให้สินบนไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 และการให้สินบนเจ้าพนักงานในการยุติธรรม ตามมาตรา 167 ซึ่งปรากฏเพียง

¹ องค์กรความโปร่งใสนานาชาติ, “ดัชนีชี้วัดภาพลักษณ์คอร์รัปชัน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 2566, จาก

<https://www.transparency.org/en/cpi>

² The World Bank Group, “Worldwide Governance Indicator,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 2566, จาก databank.worldbank.org/source/worldwide-governance-indicators

เจ้าหน้าที่ของรัฐไทยเท่านั้น เมื่อสังคมไร้พรมแดนรูปแบบการให้สินบนจึงเกิดขึ้นระหว่างประเทศมากขึ้น มีกรณีปัญหาเกี่ยวกับการให้สินบนของนิติบุคคลมูลค่ามหาศาลเกิดขึ้นหลายกรณี ข้อมูลจาก World Economic Forum พบว่า ความรุนแรงของคดีสินบนข้ามชาติทั่วโลกคิดเป็นเงินของความเสียหายอยู่ที่ 2.6 ล้านล้านเหรียญสหรัฐคิดเป็น 5% ของผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (Gross Domestic Products : GDP) ของโลก³

ประเทศไทยได้มีการกำหนดความรับผิดฐานให้สินบนไว้ในมาตรา 176 แห่งพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 อันเป็นการพัฒนากฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (The United Nations Convention against Corruption, 2003: UNCAC)⁴ แต่อย่างไรก็ตามจากดัชนีข้อมูลเกี่ยวกับการต่อต้านการทุจริตที่กล่าวมาข้างต้น พบว่า ประเทศไทยยังไม่อาจป้องกันและปราบปรามครอบคลุมถึงการให้สินบนที่ดำเนินการโดยภาคเอกชนอย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้ง ไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศไทย และหลักการสำคัญของกฎหมายอาญาอยู่หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาประสิทธิภาพของโทษที่จะลงโทษนิติบุคคล ข้อจำกัดการกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลตามหลัก Identification Doctrine ทำให้บุคคลธรรมดาหลุดพ้นความรับผิดได้ ปัญหาการกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลจากการให้สินบนของผู้แทนของนิติบุคคล ลูกจ้าง ตัวแทน บริษัทในเครือ หรือบุคคลใดซึ่งกระทำการเพื่อหรือในนามของนิติบุคคล ความเหมาะสมของความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลจากการไม่มีมาตรการควบคุมภายในที่เหมาะสม และขาดมาตรการป้องกันการให้สินบนของนิติบุคคล

2. แนวคิดความรับผิดของนิติบุคคลฐานให้สินบนตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003

โดยทั่วไปกฎหมายอาญาจะมุ่งเน้นความผิดของบุคคลธรรมดา⁵ แต่ด้วยปัญหว่านิติบุคคลเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการให้สินบน จึงมีความจำเป็นในการกำหนดให้รัฐภาคีสมาชิกต้องสร้างหลักประกันกำหนดความรับผิดของนิติบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการให้สินบนด้วย ปรากฏในข้อ 26 แห่งอนุสัญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 โดยความรับผิดของนิติบุคคลต้องมีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และสามารถยับยั้งการกระทำความผิดได้ ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางแพ่ง ความรับผิดทางอาญา หรือความรับผิดทางปกครอง ประกอบด้วยกรอบการกำหนดความรับผิดของนิติบุคคล 3 เงื่อนไข ดังนี้

2.1 การกำหนดความรับผิดของนิติบุคคลที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคี

กฎหมายระหว่างประเทศมีความยืดหยุ่นให้นานาประเทศดำเนินการศึกษาวิเคราะห์มาตรการที่สามารถนำมาใช้บังคับกับรัฐของตน เพื่อป้องกันการให้สินบนได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงไม่กำหนดไว้ชัดเจนว่าควรกำหนดเป็นมาตรการทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางปกครอง แต่ให้พิจารณากำหนดความรับผิดให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายภายในประเทศของแต่ละรัฐ

³ OECD, “Business Integrity,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 2566, จาก www.oecd.org/mena/competitiveness/business-integrity/

⁴ United Nations Convention Against Corruption, “Signature and Ratification Status,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 2566, จาก <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>

⁵ Cecily Rose, Michael Kubiciel, and Oliver Landwehr, The United Nations Convention against Corruption: A Commentary, (Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2019), น. 277.

ทฤษฎีสำคัญที่ใช้ในการอธิบายสภาพของนิติบุคคล มี 2 ทฤษฎี ได้แก่ (1) ทฤษฎี Fiction Theory อธิบายว่า นิติบุคคลไม่มีตัวตนที่แท้จริง เกิดขึ้นจากการที่กฎหมายสมมุติขึ้นมา เพื่อให้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ไม่อาจกระทำการหรือแสดงเจตนาได้ ส่งผลให้นิติบุคคลไม่อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้⁶ สอดคล้องกับแนวคิดของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ญ นกร ซึ่งท่านอธิบายว่า บุคคลที่มีความรู้ผิดชอบชั่วดี (Discernment) อาจถูกดำเนินคดีเท่านั้นที่จะมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ เมื่อนิติบุคคลไม่มีความรู้ผิดชอบชั่วดีได้ ย่อมไม่อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ กฎหมายรับรองให้นิติบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายเท่านั้น⁷ (2) ทฤษฎี Realistic Theory อธิบายว่า นิติบุคคลมีตัวตนแท้จริงตามธรรมชาติแตกต่างหากจากบุคคลธรรมดาที่เป็นบุคลากรภายในนิติบุคคล โดยมีผู้แทนนิติบุคคล (Representative) เปรียบเสมือนเป็นอวัยวะของนิติบุคคล นิติบุคคลจึงสามารถแสดงเจตนาผ่านทางผู้แทนนิติบุคคลและถือเอาการกระทำของผู้แทนนิติบุคคลเป็นการกระทำของนิติบุคคลเองได้ และสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาได้⁸

โดยทั่วไปแล้วการกำหนดความรับผิดชอบของนิติบุคคลมีที่มาจาก 3 ทฤษฎี⁹ ได้แก่

2.1.1 ทฤษฎี Identification หรือ Alter Ego นิติบุคคลมีความรับผิดชอบในการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่อาวุโส (Senior Officer) ในฐานะที่เป็นมันสมองของบริษัทเท่านั้น มีที่มาจากกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ โดยหากบุคคลธรรมดาที่เป็นลูกจ้างตามคุณสมบัติที่กำหนดให้นิติบุคคลต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำนั้นด้วย แนวความคิดนี้มีอิทธิพลต่อการกำหนดความรับผิดชอบของนิติบุคคลในหลายประเทศ เช่น ประเทศแคนาดา ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศอเมริกา นอกจากนี้ยังมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายแพ่งในการกำหนดความรับผิดชอบของนิติบุคคลของประเทศฝรั่งเศสอีกด้วย ต่อมาได้ถูกพัฒนาโดยศาลว่า บุคลากรสำคัญบางคนกระทำความผิดแทนบริษัท จึงเกิดแนวคิดของ Vicarious Liability ขึ้น ซึ่งขยายขอบเขตนอกเหนือจากความรับผิดชอบของนิติบุคคลจากการกระทำของลูกจ้างที่กระทำในฐานะมันสมองแล้ว ยังต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างในฐานะที่เป็นมือของนิติบุคคลด้วยโดยในประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศสวีเดน ได้กำหนดขอบเขตเพียงผู้จัดการส่วนในประเทศเดนมาร์ก และประเทศเบลเยียม ได้กำหนดให้ต้องรับผิดชอบในกรณีนิติบุคคลได้รับประโยชน์จากการกระทำของลูกจ้าง¹⁰

2.1.2 ทฤษฎี Proactive Fault นิติบุคคลมีความรับผิดชอบจากการกำหนดมาตรการป้องกัน ซึ่งมุ่งหมายให้นิติบุคคลมีกรอบการดำเนินการเพื่อการบังคับควบคุมการดำเนินกิจการในอนาคตอย่างปลอดภัย โดยไม่คำนึงถึงการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นจริงโดยพนักงาน¹¹

2.1.3 ทฤษฎี Faulty Corporate Organization นิติบุคคลมีความรับผิดชอบจากความน่าดำเนินในขั้นตอนการดำเนินงานกลไกและวัฒนธรรมของนิติบุคคล โดยไม่ได้นำความรับผิดชอบของบุคคลธรรมดาที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของนิติบุคคล เป็นแนวคิดความรับผิดชอบในส่วนของนิติบุคคลโดยแท้ ตัวอย่างประเทศที่น่าทฤษฎีนี้ไปใช้ เช่น ประเทศอเมริกา และประเทศเนเธอร์แลนด์¹² โดยแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในการกำกับดูแล (Respondent Superior) เป็นแกนหลักของทฤษฎีนี้ กล่าวคือ ความบกพร่องขององค์กรนำไปสู่การกระทำ

⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไปว่าด้วยบุคคลธรรมดาและหลักทั่วไปว่าด้วยนิติบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), น. 205.

⁷ คณิต ญ นกร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 125.

⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 7 - 8.

⁹ Cecily Rose, Michael Kubiciel, and Oliver Landwehr, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 278.

¹⁰ เฟิงอ้าง, น. 279.

¹¹ เฟิงอ้าง.

¹² เฟิงอ้าง.

ความผิด มาตรฐานของนิติบุคคลไม่ได้ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมของผู้จัดการอีกต่อไป แต่ขึ้นอยู่กับตัวบ่งชี้ต่าง ๆ เช่น ขนาดของนิติบุคคล ส่วนแบ่งการตลาด กิจกรรมทางเศรษฐกิจ และรูปแบบองค์กร โดยทฤษฎีนี้เปลี่ยนจุดเน้นของความรับผิดชอบนิติบุคคลจากพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของบุคคลชั้นนำสู่ความบกพร่องของนิติบุคคลเป็นอิสระจากความผิดของบุคคลธรรมดา ทั้งนี้ คำจำกัดความที่ชัดเจนว่าลักษณะใดที่เป็นข้อผิดพลาดของนิติบุคคลจะเป็นปัญหาอย่างมากของตุลาการและฝ่ายนิติบัญญัติ¹³

2.2 ความรับผิดชอบของนิติบุคคลอาจเป็นความรับผิดทางอาญา ทางแพ่งหรือทางปกครอง

กฎหมายแพ่งเป็นกฎหมายเอกชนมุ่งให้ความเท่าเทียมกันระหว่างเอกชน หากพบว่ามีกรณีละเมิดกฎหมายเอกชนก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้หนึ่งผู้ใดจะต้องมีการชดเชยความเสียหาย เช่น ชดเชยค่าสินไหมทดแทน ส่วนกฎหมายอาญาและกฎหมายปกครองต่างเป็นกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกัน มิได้มุ่งสร้างความเท่าเทียมระหว่างเอกชนหรือชดเชยความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด แต่มุ่งรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมจากอำนาจรัฐที่ประชาชนต่างสละสิทธิของตนให้รัฐปกครองดูแล

บางประเทศยอมรับให้มีการกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล เช่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเบลเยียม ประเทศแคนาดา ประเทศชิลี ประเทศจีน ประเทศเดนมาร์ก ประเทศสเปน ประเทศสวีเดน ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิสราเอล ประเทศเม็กซิโก ประเทศอังกฤษ และประเทศอเมริกา แต่ในบางประเทศกำหนดให้นิติบุคคลมีความรับผิดอย่างอื่นที่ไม่ใช่ความผิดอาญา เช่น ประเทศบราซิล ประเทศโคลัมเบีย ประเทศอิตาลี ประเทศโปแลนด์ ประเทศสวีเดน และประเทศตุรกี โดยมีความผิดทางปกครองที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับนิติบุคคล เช่น ค่าปรับทางปกครอง เพิกถอนการจดทะเบียนหรือใบอนุญาต การตัดสิทธิชั่วคราวหรือถาวรในการเข้ามามีส่วนในการจัดซื้อจัดจ้าง หรือจากการดำเนินกิจกรรมทางการค้าอื่น ๆ หรือมีคำตัดสินให้เลิกกิจการ¹⁴ การกำหนดความผิดของนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการให้สินบน ซึ่งมีใช้การกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่เป็นกรณีที่รัฐเป็นผู้เสียหาย จึงต้องพิจารณาความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดในลักษณะความรับผิดทางอาญา หรือความรับผิดทางปกครอง

2.2.1 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดทางอาญา (The Fundamental Principles)

สำหรับการให้สินบนถูกกำหนดเป็นความรับผิดทางอาญา จะต้องตกอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดทางอาญา (The Fundamental Principles) ก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) และกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due Process) เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอาญา โดยศาสตราจารย์ Gabriel Hallevy อธิบายว่า ประกอบด้วยหลักการพื้นฐาน 4 ประการ ได้แก่¹⁵

2.2.1.1 หลักความชอบด้วยกฎหมาย (The Principle of Legality) ก่อให้เกิดหลักสากลประการสำคัญของกฎหมายอาญา คือ Nullum crimen nulla poena sine lege หรือหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย (No Crime Nor Punishment Without Law)¹⁶ เป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานประการหนึ่งของหลัก

¹³ เฟ็งอ้าง, น. 279 - 280.

¹⁴ เฟ็งอ้าง, น. 280 - 281.

¹⁵ Gabriel Hallevy, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, (Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012), น.3 - 5.

¹⁶ Glanville Williams, *Criminal Law: The General Part*, 2d edn (Stevens & Sons, 1961), น.575 - 608. and Jerome Hall, *General Principles of Criminal Law*, 2d edn (Bobbs-Merrill, 1960), น.27 - 69.

นิติธรรม ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม 1987 ข้อ 8¹⁷ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 11(2) ประเทศไทยได้รับรองหลักดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 7 มีเนื้อความเช่นเดียวกับมาตรา 2 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง เพื่อให้บุคคลทราบว่าการกระทำใดหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิด จึงจะเกิดความเป็นธรรมในการปฏิเสธไม่ให้ประชาชนอ้างความไม่รู้กฎหมายเป็นข้อแก้ตัวตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 ได้ นอกจากนี้ ยังทำให้การบังคับใช้โทษทางอาญามีหลักเกณฑ์¹⁸ โทษอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนและเกิดจากการบัญญัติตามกฎหมายเท่านั้น เมื่อบุคคลกระทำความผิดต้องมีการกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจน โดยการกำหนดโทษของศาลต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมายนั้นด้วย¹⁹

2.2.1.2 หลักความน่าตำหนิ (The Principle of Culpability) บุคคลจะมีความรับผิดชอบทางอาญาต้องมีความชั่วร้าย (Shuld) ในทางกฎหมายอาญาด้วย คือ การตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนงตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะนั้นด้วย หากผู้กระทำความผิดอยู่ในวิสัยที่สามารถแยกแยะความผิดถูกของการกระทำนั้นได้ เจตจำนงในการกระทำของผู้นั้นย่อมไม่ควรถูกตำหนิและอาจไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาได้ ดังนั้น เมื่อนิติบุคคลไม่อาจรู้ผิดชอบชั่วดีได้ ย่อมไม่อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นพิเศษ²⁰

2.2.1.3 หลักการกระทำ (The Principle of Conduct) หากไม่มีการกระทำตามความคิดที่ชั่วร้ายย่อมไม่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมได้²¹ โดยการกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหว (Active) หรือไม่กระทำในสิ่งที่ควรกระทำ (Passive) โดยรู้สำนึก (Will Movement)²² แต่หากเป็นกรณีเคลื่อนไหวร่างกายโดยไม่รู้สำนึกถือไม่ได้ว่าบุคคลนั้นมีการกระทำความผิดทางอาญา นอกจากผู้กระทำความผิดจะต้องอยู่ในสภาวะที่สามารถควบคุมบังคับจิตใจของตนได้แล้ว ต้องปรากฏการกระทำเชิงบวก (Positive Act) ด้วยการเคลื่อนไหวร่างกาย หรือการกระทำเชิงลบ (Negative Act)²³ ด้วยการไม่ดำเนินการ อันมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้จึงสามารถแบ่งประเภทหน้าที่ที่ต้องกระทำการ (Positive Duty) ออกได้เป็น 3 ประเภท²⁴ ได้แก่ (1) หน้าที่รายงานการกระทำความผิด (Duty of Report)²⁵ เป็นการกำหนดหน้าที่ให้บุคคลต้องรายงานหรือแจ้งข้อมูลบางอย่างมีทั้งการกำหนดเป็นความรับผิดชอบทางวินัย การฝ่าฝืนข้อบังคับและความรับผิดชอบทางอาญา เช่น ประชาชนทั่วไปมีหน้าที่ในการให้ข้อเท็จจริงต่อศาลในฐานะพยานและต้องปฏิบัติตามหมายเรียกของศาล²⁶

¹⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), น. 71.

¹⁸ วาทิน หนูเกื้อ, “มาตรการเสริมในทางอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น. 23 - 25.

¹⁹ จิตติ ดิงศรัทีย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), น.1014 - 1015.

²⁰ คณิต ณ นคร, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.293 - 294.

²¹ จิตติ ดิงศรัทีย, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.111.

²² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น.49.

²³ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น. 172.

²⁴ Andrew Ashworth, “Positive Duties, Regulation and The Criminal Sanction,” 133 Law Quarterly Review 606, น.606 - 607 (October 2017).

²⁵ Andrew Ashworth, เฟิ่งอ้าว, น. 620 - 626.

²⁶ Juries Act 1974 Section 20.

การไม่ให้ข้อมูลต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 15(1)(b) The Eggs and Chicks Regulations 2008²⁷ ผู้มีวิชาชีพ (Professionals) มีหน้าที่ต้องแจ้งเหตุสงสัยเกี่ยวกับการฟอกเงิน (Money Laundering)²⁸ และผู้มีวิชาชีพแพทย์หรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการทางสุขภาพมีหน้าที่ต้องแจ้งเกี่ยวกับการทารุณกรรมเด็ก (Child Abuse) ตามมาตรา 11 แห่ง The Children Act 2004²⁹ การกำหนดความรับผิดทางอาญาในกรณีไม่รายงานหรือแจ้งข้อมูล มักมีการกำหนดอัตราโทษจำคุกสูงสุดไม่เกินห้าปี³⁰ (2) หน้าที่ปกป้อง (Duty of Protect)³¹ เป็นการกำหนดหน้าที่ให้ต้องขัดขวางทางกายภาพเพื่อปกป้องจากอันตราย โดยมุ่งกำหนดหน้าที่ดังกล่าวให้กับบุคคลธรรมดา เช่น ในคดี R v Brown (1841) หากมีสถานการณ์ฉุกเฉินบุคคลมีหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือและในคดีนี้มีการลงโทษความผิดจากการไม่ปกป้องเด็กหรือสมาชิกในครอบครัวที่อ่อนแอ ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกสูงสุดถึงสิบปี³² (3) หน้าที่ป้องกันการกระทำความผิด (Duty of Prevent) เป็นการป้องกันหรือใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) โดยทั่วไปเป็นหน้าที่ของสถาบันต่าง ๆ ที่มีภารกิจในการป้องกันประชาชน โดยไม่มีวิธีการพิเศษในการบังคับหน้าที่ดังกล่าวแต่อย่างใด แต่จะตรวจสอบจากแนวทางการปฏิบัติ³³ โดยต้องกำหนดแผนการดำเนินงานด้วยความระมัดระวัง (Duty of Care Plan)³⁴ ต่อมาประเทศอังกฤษได้นำแนวความคิดการกำหนดหน้าที่ป้องกันการกระทำความผิดมาใช้ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาขององค์กรธุรกิจ (Commercial Organisations) ที่ไม่สามารถป้องกันการให้สินบน (Failure to Prevent Bribery) ของลูกจ้าง (Employee) ตัวแทน (Agent) หรือบริษัทในเครือ (Subsidiary)³⁵ โดยไม่มีการกำหนดอัตราโทษปรับสูงสุดไว้³⁶ และมีการนำแนวทางการกำหนดความรับผิดดังกล่าวไปกำหนดความรับผิดที่ไม่ป้องกันการอำนวยความสะดวกในการหลีกเลี่ยงภาษี (Failure to Prevent Facilitation Of Tax Evasion)³⁷ ทั้งนี้ การกำหนดความรับผิดทางอาญาจากการฝ่าฝืนหน้าที่อื่นจึงต้องกระทำการต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นและมีความเหมาะสมเพียงพอเท่านั้น การกำหนดความรับผิดทางอาญาที่เกิดจากการไม่กระทำการต้องมีความแน่ชัดไม่มีลักษณะเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่กว้างเกินไป และไม่ควรมีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเด็ดขาด³⁸ เพื่อดำรงไว้ซึ่งหลักประกันของผู้ต้องหาและจำเลยว่าจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) และการกำหนดโทษให้กับผู้กระทำความผิดต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด (Principle of Proportionality)³⁹

²⁷ Law Commission Consultation Paper No195, Criminal Liability in Regulatory Contexts, 2010, น. 82.

²⁸ Proceeds of Crime Act 2002 Section 330 - 331.

²⁹ HM Government, "Working Together to Safeguard Children 2017," สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2566, จาก https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachdata/file/942454/Working_together_to_safeguard_children_inter_agency_guidangu.pdf

³⁰ Andrew Ashworth, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น. 607.

³¹ Andrew Ashworth, *เพ็งอ่วง*, น. 627 - 629.

³² Crime and Victims Act 2004 Section 5.

³³ Andrew Ashworth, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น. 607.

³⁴ Morgane Ferrari, "Compliance Law in the French Context: New Horizons For Legislative Policy," 1 *International Comparative Jurisprudence* 2019, 72, น.76 (2019).

³⁵ Bribery Act Section 7.

³⁶ Andrew Ashworth, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น. 607.

³⁷ Criminal Finances Act 2017 Section 45 - 46.

³⁸ Andrew Ashworth, *Positive Obligations in Criminal Law*, (Oxford: Hart Publishing Ltd., 2013), น.40. and Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, (New York: Oxford University Press, 2008), น.154.

³⁹ Andrew Ashworth, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น. 615 - 616.

2.2.1.4 หลักความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง (Personal Liability) เป็นหลักที่สำคัญมิอาจละเมิดได้ บุคคลจะมีความรับผิดชอบทางอาญาจากการกระทำหรือการมีส่วนร่วมในการกระทำอันเป็นความผิดทางอาญาเท่านั้น จึงไม่อาจเกิดขึ้นจากสถานะ (Status) หรือการกระทำของบุคคลอื่นได้ (Act of Others หรือ Secondary Liability) แตกต่างจากแนวความคิดในการกระทำผิดกฎหมายแพ่งที่อาจมีความผิดจากการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) แม้ไม่มีเจตนาให้มีการกระทำผิดทางแพ่งเกิดขึ้นก็ตาม หลักความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง ประกอบด้วยหลักการ 4 ประการ ได้แก่ (1) หลักการมีส่วนร่วมในการกระทำผิด (The Principle of Partial Participation) (2) หลักการกระทำผิดโดยตรง (The Principle of Direct Participation) (3) หลักการกระทำผิดโดยอ้อม (The Principle of Indirect Participation) และ (4) หลักการกำหนดความผิดโดยกฎหมาย (The Principle of Legal Participation) เช่น นิติบุคคล (Legal Entities) หรือบริษัท (Corporations)⁴⁰

2.2.2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางปกครอง

ลักษณะทั่วไปของโทษทางปกครองเป็นมาตรการลงโทษเนื่องจากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งทางปกครอง โดยความผิดที่จะกำหนดให้มีโทษทางปกครองส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่มีการละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายที่บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำเพื่อประโยชน์แห่งการ จัดทำบริการสาธารณะ โดยไม่มีลักษณะเป็นความชั่วร้ายหรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาและกำหนดโทษทางปกครอง เพื่อประโยชน์ในการบริการ สาธารณะซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง⁴¹

การลงโทษทางอาญาและการลงโทษทางปกครองล้วนเกิดจากการกระทำผิดที่ฝ่าฝืนกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับ เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำผิดและปราบปรามการกระทำผิดเช่นเดียวกัน แต่มีข้อแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญอยู่ 3 ประการ ดังนี้

(1) การกระทำผิด : ความผิดทางอาญาจะมีลักษณะเป็นสิ่งที่ชั่วร้าย ละเมิดคุณธรรมของกฎหมาย ในส่วนของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล หรือมีการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนความผิดทางปกครองจะไม่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล ไม่มีความชั่วร้ายตามธรรมชาติ⁴² ย่อมทำให้การลงโทษมีความแตกต่างกันด้วย สอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำ ความผิดประเภทนั้น ๆ

(2) ผู้มีอำนาจลงโทษ : การลงโทษทางอาญายู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาขององค์กรตุลาการ แต่การลงโทษทางปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาขององค์กรฝ่ายปกครองเองด้วยการออกคำสั่งทางปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล⁴³ กฎหมายไทยหลายฉบับได้บัญญัติให้การลงโทษทางปกครองเป็นอำนาจขององค์กรที่มีความเชี่ยวชาญ

⁴⁰ Gabriel Hallevy, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น. 18. อ้างถึงใน

นเรศธวัช สุว้างแจ้ง, “ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล : ศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 30.

⁴¹ อรรถสิทธิ์ กันมล, “ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 15.

⁴² องค์อาสน์ เจริญสุข, “เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 39.

⁴³ ศุภวัฒน์ สิงห์สูงษ์, “เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา,” ในการบรรยายหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ 6, จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา: น. 138.

เฉพาะด้าน เช่น คณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์⁴⁴ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์⁴⁵ คณะกรรมการกำกับและการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์⁴⁶ และคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ⁴⁷

(3) รูปแบบการลงโทษ : โทษทางปกครองมักมีระดับความรุนแรงกระทบสิทธิต่อทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ถูกลงโทษได้มากกว่าโทษทางอาญา⁴⁸ รูปแบบของโทษทางอาญามีลักษณะเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำผิด เช่น การประหารชีวิต การจำคุก แต่โทษทางปกครองที่ใช้กับความผิดทางปกครองที่ไม่มีลักษณะร้ายแรง จึงต้องไม่เป็นมาตรการที่จำกัดเสรีภาพของบุคคล⁴⁹ เช่น การปิดกิจการ การระงับหรือเพิกถอนใบอนุญาต การปรับทางปกครอง การลดระยะเวลาการอนุญาตและการหักคะแนนใบขับขี่ โดยโทษทางปกครองอาจถูกนำมาเพิ่มหรือแทนที่โทษทางอาญาได้⁵⁰

ระบบกฎหมายไทยยังไม่มี การให้คำนิยามความผิดทางปกครองไว้อย่างชัดเจน ส่วนใหญ่กำหนดความรับผิดทางอาญาและความผิดทางปกครองควบคู่กัน ปรากฏบทกำหนดโทษทางปกครองในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติคลังสินค้า ไซโล และห้องเย็น พ.ศ. 2558 และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ส่วนพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ. 2556 และพระราชบัญญัติการอุดมศึกษา พ.ศ. 2562 ได้กำหนดโทษทางอาญาให้กับนิติบุคคลไว้เป็นการเฉพาะ

2.3 ความรับผิดของนิติบุคคลไม่กระทบต่อความรับผิดทางอาญาของบุคคลธรรมดา

ความรับผิดของนิติบุคคลต้องไม่ทำให้บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนในการทุจริตนั้น หลุดพ้นจากกระบวนการทางอาญา หลักการนี้ได้รับการยอมรับในอนุสัญญาต่อต้านการทุจริตอื่น ๆ ด้วย เช่น ข้อ 18 (3) แห่ง the Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption ข้อ 2 และข้อ 3 แห่ง OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions⁵¹

2.4 มาตรการลงโทษมีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วนและยับยั้งการกระทำความผิด

ความรับผิดของนิติบุคคลจะต้องมีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และยับยั้งการกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ก็ตาม อันเป็นหลักเกณฑ์ที่ผู้ร่างกฎหมายต้องนำมาใช้ในการกำหนดบทลงโทษให้นิติบุคคลต้องรับผิดไม่ว่าจะเป็นโทษทางอาญาหรือโทษอื่น ๆ กล่าวคือ มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และสามารถป้องปรามการกระทำความผิดได้⁵² โดยเรียกร้องให้นำหลักเกณฑ์เหล่านี้กำหนดไว้ในกฎหมาย และต้องไม่จำกัดหรือ

⁴⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544.

⁴⁵ พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546. และพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรม ในตลาดทุน พ.ศ. 2550.

⁴⁶ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551.

⁴⁷ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551.

⁴⁸ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 44*, น. 148.

⁴⁹ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, “บันทึก เรื่อง เกณฑ์การพิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา,” น. 14.

⁵⁰ เกวลี มโนภินเวศ, “ปัญหาความสับสนในการลงโทษทางปกครองและการลงโทษทางอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 4 - 5.

⁵¹ Cecily Rose, Michael Kubiciel, and Oliver Landwehr, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 281.

⁵² *เพ็งอ้าว*.

ละเมิดความเป็นอิสระของตุลาการหรือดุลยพินิจในการพิจารณาคดี เพื่อให้เชื่อมั่นว่านิติบุคคลได้รับการลงโทษที่เหมาะสม⁵³

The Oxford English Dictionary ได้ให้ความหมายของคำว่า “ยับยั้ง (dissuade)” หมายถึง ชักชวนไม่ให้ดำเนินการใด ๆ ดังนั้น ดูเหมือนคำว่า “มีประสิทธิภาพ (effective)” และคำว่า “ยับยั้งการกระทำความผิด (dissuasive)” จะมีความหมายเดียวกัน⁵⁴ สำหรับลักษณะของการได้สัดส่วน (Proportionality) มี 3 ประการดังต่อไปนี้

ประการแรก เกี่ยวข้องกับความรุนแรงของการลงโทษในแง่ที่ว่า ควรพิจารณาจากความร้ายแรงของอาชญากรรมตามหลักพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษทางอาญา

ประการที่สอง ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (the Court of Justice of the European Union: CJEU) ได้สร้างหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาอาชญากรรมระหว่างประเทศ ในคดี SA Buitoni v Fonds d’orientation et de regulation des marches agricoles (1979) ว่า “การลงโทษต้องไม่ถูกทำให้ไม่ได้สัดส่วนกับความรุนแรงของการละเมิดกฎหมาย” และ “การลงโทษต้องเหมาะสมและไม่เกินจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์การลงโทษ”⁵⁵

ประการที่สาม กรณีไม่ได้กำหนดบทลงโทษใดไว้เป็นพิเศษ อนุสัญญามุ่งเน้นว่าควรมีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้แน่ใจว่าโทษที่ลงนั้นสะท้อนถึงระดับความรุนแรงของการกระทำความผิด ไม่เพียงแต่พิจารณาคุณค่า เช่น การเอาเปรียบเกินควรแต่ยังต้องพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ด้วย เช่น ความอาวุโสของผู้ที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่เกิดขึ้น และระดับความไว้วางใจของเจ้าหน้าที่⁵⁶

ส่วนหลักมีประสิทธิภาพ (Effective) ดูเหมือนจะกำหนดลักษณะขั้นตอนการดำเนินการลงโทษให้เชื่อมโยงกับระเบียบวินัยยุคหลัง เนื่องจากการสืบสวนและดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับการคอร์รัปชันมักยุ่งยากและใช้ระยะเวลายาวนาน

รัฐต่างมีเสรีภาพในการกำหนดประเภทของการลงโทษเหมาะสมในการนำมาลงโทษนิติบุคคลได้อย่างกว้างขวาง⁵⁷ โดยโทษที่นิยมใช้ลงโทษมากที่สุดคือ โทษปรับ⁵⁸ บางประเทศนำไปใช้ในการลงโทษทางอาญา เช่น ประเทศฝรั่งเศส⁵⁹ และประเทศอเมริกา⁶⁰ แต่บางประเทศไม่นำไปใช้ในการลงโทษทางอาญา เช่น ประเทศ

⁵³ United Nations Office on Drugs and Crime, “Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption,” สืบค้นเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2566, จาก www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/legislative-guide.html, น. 113.

⁵⁴ Mark Pieth, Lucinda Low and Nicola Bonucci (eds), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, (Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2007), น. 229 - 230.

⁵⁵ Case 122/78 SA Buitoni v Fonds d’orientation et de regulation des marches agricoles (1979) ECR 677.

⁵⁶ United Nations Office on Drugs and Crime, “Technical Guide to the United Nations Convention Against Corruption,” สืบค้นเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2566, จาก https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Technical_Guide/09-84395_Ebook.pdf, น.83.

⁵⁷ Cecily Rose, Michael Kubiciel, and Oliver Landwehr, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 282.

⁵⁸ United Nations Office on Drugs and Crime, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 53*, น. 113.

⁵⁹ Country Review Report of France, น.41. อ้างถึงใน Cecily Rose, Michael Kubiciel, and Oliver Landwehr, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 282.

⁶⁰ Country Review Report of the United States, น. 41. อ้างถึงใน Cecily Rose, Michael Kubiciel, and Oliver Landwehr, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 282.

บราซิล⁶¹ และประเทศอิตาลี⁶² และในบางประเทศใช้ทั้งกับการลงโทษทางอาญาและไม่ใช้การลงโทษทางอาญาด้วย เช่น ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ นอกจากนี้ยังมีโทษอื่น ๆ ด้วย เช่น การขาดคุณสมบัติในการเข้าทำสัญญากับรัฐเป็นการชั่วคราวหรือถาวร ยกเว้นหรือยุติการช่วยเหลือทางการเงิน ทรัพย์สิน ยึดทรัพย์สิน และการชดใช้เงินที่ได้รับ⁶³ รัฐภาคีสมาชิกสามารถนำโทษอื่นที่มีโทษทางการเงินมาใช้บังคับได้ เช่น การเพิกถอนข้อได้เปรียบบางอย่างการระงับสิทธิบางอย่าง ห้ามดำเนินกิจกรรมบางอย่าง การเผยแพร่คำพิพากษา การแต่งตั้งผู้จัดการดูแลการกำหนดให้จัดทำแนวปฏิบัติที่มีประสิทธิภาพภายในองค์กร⁶⁴

3. ความรับผิดชอบของนิติบุคคลที่ให้สินบนของต่างประเทศ

3.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีวิวัฒนาการในแนวคิดการกำหนดความรับผิดชอบของนิติบุคคลเป็นระยะเวลายาวนานปรากฏทั้งกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายลายลักษณ์อักษร มีแนวคำพิพากษาของศาลกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล โดยนำหลักความรับผิดชอบทางแพ่ง Organic Theory ซึ่งมีหลักว่า การกระทำและเจตนาของบุคคลที่เป็นองค์การของนิติบุคคลเท่านั้นจึงจะถือเป็นการกระทำและเจตนาของนิติบุคคล ได้แก่ กรรมการผู้จัดการซึ่งกระทำภายในขอบอำนาจ มาใช้ในคดีอาญาด้วยโดยเรียกว่า หลัก Alter Ego Doctrine⁶⁵ ในส่วนของกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรากฏทั้งความรับผิดชอบของนิติบุคคลทั่วไปตามพระราชบัญญัติการตีความกฎหมาย ค.ศ. 1889 (Interpretation Act 1889) โดยมีการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลเป็นการทั่วไปไว้ในมาตรา 2(1) บัญญัติให้ ถ้อยคำว่า “บุคคล” ตามกฎหมายต่าง ๆ มีความหมายรวมถึงนิติบุคคล (Body Corporate) ด้วย เว้นแต่จะขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น แต่นำมาใช้เฉพาะกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น⁶⁶ และกำหนดความรับผิดชอบของนิติบุคคลฐานให้สินบนไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสินบน ค.ศ. 2010 (Bribery Act 2010) มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2011 และได้ชื่อว่าเป็นกฎหมายต่อต้านการให้สินบนที่มีความเข้มงวดที่สุด⁶⁷ หากบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลหรือห้างหุ้นส่วน (A Person Associated) ที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ หรือประกอบธุรกิจทั้งหมดหรือแต่บางส่วนประเทศอังกฤษให้สินบนแก่บุคคลอื่น ให้สินบน องค์การธุรกิจดังกล่าวมีความผิดและมีโทษปรับไม่มีขั้นสูงกำหนดไว้ เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าตนกำหนดมาตรการป้องกันการให้สินบนไว้อย่างเพียงพอแล้ว (Adequate Procedures) สามารถแบ่งพิจารณาได้ ดังนี้

⁶¹ Cecily Rose, Michael Kubiciel, and Oliver Landwehr, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 282.

⁶² Country Review Report of Italy, น.41. อ้างถึงใน Cecily Rose, Michael Kubiciel, and Oliver Landwehr, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 282.

⁶³ United Nations Office on Drugs and Crime, “the United Nation Convention against Corruption: A Resource Guide on State Measures for Strengthening Corporate Integrity” (2013), น. 16 - 26. อ้างถึงใน Cecily Rose, Michael Kubiciel, and Oliver Landwehr, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 283.

⁶⁴ United Nations Office on Drugs and Crime, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 53*, น. 113.

⁶⁵ Samer Korkor & Margaret Ryznar, “Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: A Comparative Analysis of Scope and Sentencing,” 76 *Missouri Law Review* 415, น. 434 (2011).

⁶⁶ กษมา พรหมทัต, “ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลในความผิดฐานให้สินบน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 23 - 24.

⁶⁷ Shaul Brazil and John Binns, “England and Wales” in *The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review* (Law Business Research Ltd., 2017), น. 94.

(1) องค์กรธุรกิจที่เกี่ยวข้อง (Relevant Commercial Organization): ต้องก่อตั้งภายใต้กฎหมายของประเทศอังกฤษ หรือมีการประกอบธุรกิจทั้งหมดหรือบางส่วนของบริษัทในประเทศอังกฤษ มีลักษณะเป็นการลงโทษนิติบุคคลโดยอาศัยทั้งหลักบุคคลและหลักดินแดน

(2) บุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์กรธุรกิจ (Associated Person) : แม้องค์กรธุรกิจไม่มีมาตรการป้องกันการให้สินบนที่เหมาะสม แต่การให้สินบนดังกล่าวกระทำโดยบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรธุรกิจนั้น ๆ ย่อมไม่อาจทำให้องค์กรธุรกิจมีความรับผิดทางอาญาได้ เมื่อพิจารณาในนาม “บุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์กรธุรกิจ” ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสินบน ค.ศ. 2010⁶⁸ พบว่ามีความหมายกว้างไม่ชัดเจน ประกอบกับไม่มีคำแนะนำแนวทางในการพิจารณาว่า ผู้ดำเนินการให้บริการหรือกระทำในนามบริษัท อาจรวมถึงหุ้นส่วนกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ผู้จัดจำหน่ายและที่ปรึกษาของบริษัท⁶⁹ โดยมาตรา 8 (5) กำหนดบทสันนิษฐานว่า การให้บริการลูกจ้างขององค์กรธุรกิจ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลที่ให้บริการในนามขององค์กรธุรกิจ เว้นแต่จะปรากฏเป็นอย่างอื่น⁷⁰

(3) มาตรการป้องกันอย่างเพียงพอ (Adequate Procedures) : เมื่อบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรธุรกิจมีเจตนาให้สินบนเพื่อประโยชน์ขององค์กรธุรกิจนั้น โดยไม่คำนึงว่าบุคคลธรรมดาผู้เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลนั้น จะถูกฟ้องคดีหรือไม่ก็ตาม มีลักษณะเป็นการกำหนดความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) กล่าวคือ ไม่ต้องพิสูจน์เจตนาที่ต้องการให้สินบนของนิติบุคคล ทั้งนี้ องค์กรธุรกิจสามารถพิสูจน์เหตุยกเว้นความรับผิดได้ว่า มีมาตรการป้องกันที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการให้สินบนของบุคคลดังกล่าวแล้ว⁷¹ แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยสินบน ค.ศ. 2010 ตามมาตรา 7 (2) ไม่ได้กำหนดนิยาม “มาตรการที่เหมาะสม” ไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดให้อำนาจอรัฐมนตรี (The Secretary of State) เป็นผู้กำหนดแนวทางปฏิบัติที่สามารถป้องกันการให้สินบนขององค์กรทางธุรกิจ⁷² อันเป็นเพียงคำแนะนำให้กับองค์กรธุรกิจเท่านั้น ไม่อาจบังคับใช้เป็นการทั่วไปได้ เพราะความแตกต่างของการประกอบธุรกิจแต่ละราย องค์กรธุรกิจจึงมีภาระการพิสูจน์ว่า มีกระบวนการเพียงพอในการป้องกันการให้สินบนหรือไม่ การกำหนดความรับผิดและภาระการพิสูจน์ให้องค์กรธุรกิจเป็นการส่งเสริมให้องค์กรธุรกิจให้ความสำคัญกับการตรวจสอบประสิทธิภาพของการป้องกันการให้สินบนและพัฒนาศักยภาพในการควบคุมการกระทำผิดเกี่ยวกับการให้สินบนในภาคเอกชน⁷³ เมื่อกลุ่มภาพันซ์ ค.ศ. 2019 Sweett Group plc (SG) เป็นนิติบุคคลรายแรกที่มีการตั้งข้อหาว่า ไม่มีมาตรการป้องกันการให้สินบนตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสินบน ค.ศ. 2010⁷⁴ แม้ประเทศอังกฤษจะยอมรับให้นิติบุคคลสามารถรับโทษทางปกครองได้ ทั้งโทษปรับ และโทษอื่นที่ไม่ใช่ทางการเงินก็ตาม แต่สำหรับความรับผิดทางอาญานิติบุคคลที่กระทำการให้สินบนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสินบน ค.ศ. 2010 มาตรา 7 นั้น มีการกำหนดโทษไว้อย่าง

⁶⁸ Bribery Act 2010 Section 8.

⁶⁹ Shaul Brazil and John Binns, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น. 97.

⁷⁰ ธาริดา เลี้ยงหทัยธรรม, “ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล : ศึกษากรณีการกำหนดมาตรการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของนิติบุคคลให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), น. 50.

⁷¹ Shaul Brazil and John Binns, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น.97.

⁷² Ministry of Justice, “Bribery Act 2010: Guidance to help commercial organisations prevent bribery,” สืบค้นเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2566, จาก

assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/832011/bribery-act-2010-guidance.pdf, น.20 - 30.

⁷³ ธาริดา เลี้ยงหทัยธรรม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 70*, น.54.

⁷⁴ “A Bitter Sweett tale: The first SFO prosecution under Section 7 of the UK Bribery Act 2010,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2566, จาก www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3a761f6d-54a6-4f49-b2c2-7594ec397ce5

ชัดเจนในมาตรา 11 (3) ต้องระวางโทษปรับอย่างไม่มีจำกัดอัตราโทษไว้⁷⁵ โดยไม่มีการนำโทษอื่นที่ไม่ใช่ทางการเงินมาใช้แก่กรณีนี้

3.2 ประเทศฝรั่งเศส

ก่อนมีการบังคับใช้กฎหมายชาเปง 2 ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส ไม่มีการกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลเกี่ยวข้องกับการให้สินบนเป็นการเฉพาะ มีเพียงการกำหนดความรับผิดและโทษให้บุคคลธรรมดา เช่น การให้สินบนในภาคเอกชนตามมาตรา 445-1 และมาตรา 445-2 และกำหนดความรับผิดเกี่ยวกับสินบนในภาครัฐทั้งกรณีรับสินบน (Passive Bribery) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (National Public Official) ตามมาตรา 432-11 เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศหรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศตามมาตรา 435-1 หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการตามมาตรา 435-7⁷⁶ และความรับผิดของผู้ให้สินบน (Active Bribery) แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ (Public Officials) ตามมาตรา 433-1 การให้สินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศหรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศตามมาตรา 435-3⁷⁷ และความผิดของผู้ให้สินบนคนกลางและคนกลางเรียกรับสินบน (Trafficking in Influence) ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 433-1 ประกอบมาตรา 433-2⁷⁸ ต่อมาได้รับอิทธิพลจากประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ยอมรับว่า นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดทางอาญาได้ตามหลัก Identification Doctrine ได้ จึงมีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1993 เพื่อแก้ไขปัญหาความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลและความเสมอภาคในการลงโทษทางอาญาที่กระทบต่อสาธารณสุขสิ่งแวดล้อม สังคมและเศรษฐกิจ⁷⁹ ให้นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดทางอาญาเป็นการทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 121-2⁸⁰ บัญญัติให้ “นิติบุคคลอื่นยกเว้นรัฐ พึงรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำผิดที่องค์กรหรือผู้แทนนิติบุคคล กระทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคล ทั้งนี้ ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 121-4 ถึงมาตรา 121-7⁸¹ ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสมีการกำหนดโทษทางอาญาของนิติบุคคลตามระดับความร้ายแรงของการทำความผิดทางอาญาไว้ต่างหากจากโทษของบุคคลธรรมดา สำหรับความรับผิดทางอาญาฐานให้สินบนของนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มีโทษปรับนิติบุคคลสูงสุดไม่เกินห้าเท่าของอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการกระทำของบุคคลธรรมดา ตามมาตรา 131-38 และหากมีการทำความผิดซ้ำ ศาลลงโทษปรับสูงสุดไม่เกินสิบเท่าของอัตราโทษปรับที่กำหนดไว้สำหรับบุคคลธรรมดา และโทษอื่น ๆ ตามมาตรา 131-39 มาตรา 131-40 มาตรา 131-41 มาตรา 131-42 และมาตรา 131-43 ได้

กฎหมายว่าด้วยความโปร่งใสการต่อต้านการทุจริตคอร์รัปชันและการปรับปรุงการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (La loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernization

⁷⁵ Bribery Act 2010 Section 11 (3).

⁷⁶ The Anti-Corruption Act No. 2007-1598 of 13 November 2007.

⁷⁷ The Anti-Corruption Act No. 2007-1598 of 13 November 2007.

⁷⁸ “Anti-corruption Regulation Survey of 41 countries 2017-2018,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2566, จาก [https://www.jonesday.com/-/media/files/publications/2018/04/anti-corruption-regulation-survey-of-41-countries/files/anticorruption-regulation-survey-of-41-c.pdf](https://www.jonesday.com/-/media/files/publications/2018/04/anti-corruption-regulation-survey-of-41-countries/files/anticorruption-regulation-survey-of-41-countries-2/fileattachment/jones-day-anticorruption-regulation-survey-of-41-c.pdf), น. 43 – 44.

⁷⁹ ศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “รายงานวิจัยฉบับ สมบูรณ์ “การศึกษาเปรียบเทียบความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลและผู้แทนนิติบุคคลของประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ ในประชาคมอาเซียน,” น. 23.

⁸⁰ French Penal Code Article 121-2.

⁸¹ เดิมมีถ้อยคำว่า “และเฉพาะกรณีที่มีรัฐบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารบัญญัติให้ต้องรับผิด” มีลักษณะเป็นความรับผิดเฉพาะกรณี ต่อมาเมื่อปี ค.ศ. 2004 ได้ตัดถ้อยคำดังกล่าวออก จึงมีลักษณะเป็นความรับผิดทั่วไป

de la vie économique)⁸² ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2016 หรือที่เรียกว่า “กฎหมายซาเปง ฉบับที่ 2 (Sapin II)” ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 2016⁸³ มีวัตถุประสงค์เพื่อยกระดับความโปร่งใสและการต่อต้านการทุจริตของประเทศ ได้มีการกำหนดโทษทางอาญาแก่นิติบุคคลที่ให้สินบนข้าราชการฝรั่งเศสหรือต่างชาติโทษปรับไม่เกิน 5 ล้านยูโร หรือไม่เกิน 10 เท่าของผลประโยชน์ที่ได้รับ เมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2559 ศาลอุทธรณ์ของฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาที่ 13/09208⁸⁴ ลงโทษนิติบุคคล 2 รายในความผิดฐานให้สินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ ปรับตั้งแต่สามแสนยูโร แต่ไม่เกินเจ็ดแสนห้าหมื่นยูโร ส่วนบุคคลธรรมดา 2 รายในความผิดฐานช่วยเหลือหรือสนับสนุนการให้สินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ ได้รับโทษปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นห้าพันยูโรแต่ไม่เกินเจ็ดหมื่นห้าพันยูโร โดยไม่มีการลงโทษจำคุกเพราะโทษปรับเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการปราบปรามการทุจริต⁸⁵ นอกจากนี้ กฎหมายซาเปง ฉบับที่ 2 ยังได้กำหนดความรับผิดของนิติบุคคลไว้เป็นการเฉพาะสำหรับบริษัทและผู้จัดการที่มีพนักงานมากกว่า 500 คน ซึ่งมีผลประกอบการมากกว่า 100 ล้านยูโร รวมถึงบริษัททุกทั้งในประเทศและต่างประเทศที่สำนักงานใหญ่อยู่ในประเทศฝรั่งเศสนั้น จะถูกเพิ่มบทลงโทษทางอาญาจากการทุจริต เพื่อให้สอดคล้องกับรูปแบบของนานาชาติ ได้แก่ แนวทางปฏิบัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 131-39-2 ให้นิติบุคคลต้องรับโทษตามแนวทางที่กำหนดไว้เป็นระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี โดยหน่วยงานต่อต้านการทุจริตต้องรายงานการดำเนินงานของนิติบุคคลต่อพนักงานอัยการอย่างน้อยหนึ่งครั้งต่อปีและแจ้งปัญหาที่เกิดขึ้นจากแนวทางที่กำหนดไว้ด้วย⁸⁶ โดยหน่วยงานต่อต้านการทุจริตสามารถให้คำแนะนำหรือแจ้งเตือนแก่นิติบุคคล หรือนำเสนอต่อคณะกรรมการกำหนดโทษ (Sanctions Committee)⁸⁷ ซึ่งประกอบด้วยกรรมการ 6 ท่าน ได้แก่ ผู้แทนศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 ท่าน ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ จำนวน 2 ท่าน และเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน จำนวน 2 ท่าน⁸⁸ เพื่อพิจารณาลงโทษบริษัทดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นการออกคำสั่งเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติหรือลงโทษทางการเงินได้สูงสุดถึงหนึ่งล้านยูโร และสามารถแจ้งข้อมูลอันอาจมีการกระทำความผิดอาญาไปยังพนักงานอัยการให้ดำเนินการตรวจสอบตามอำนาจหน้าที่ต่อไป⁸⁹

4. วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดความรับผิดให้สินบนของนิติบุคคลในประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า มาตรา 176 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มีข้อจำกัดอันนำมาสู่ปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายหลายประการ ได้แก่

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับคำจำกัดความของนิติบุคคล มาตรา 176 วรรคสาม มีความหมายกว้างไม่ได้ยกเว้นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนที่มีได้มุ่งจัดตั้งเพื่อแสวงหากำไรจากการประกอบธุรกิจ แตกต่างจากบทบัญญัติแห่ง

⁸² Law No.2016-1691.

⁸³ อภิญา แก้วกำเนิด, “การตรากฎหมายจัดตั้ง “หน่วยงานต่อต้านการทุจริตแห่งชาติ” ของประเทศฝรั่งเศส (L’Agence française anticorruption),” ใน *ทันข่าวสาร สว. ... เก็บสาระรวมเล่ม (เล่ม 9)*, น. 131.

⁸⁴ CA Paris, 26 February 2016, No.13/09208.

⁸⁵ T Markus Funk and Andrew Boutros, *From Baksheesh to Bribery under standing the global fight against corruption and graft*, (Oxford University Press), น.163.

⁸⁶ French Anti-Corruption Agency, “Annual Report 2017,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2566, จาก www.agence-francaise-anti-corruption.gouv.fr/files/files/AFA_rapportAnnuel2017GB.pdf

⁸⁷ Morgane Ferrari, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น.73.

⁸⁸ French Anti-Corruption Agency, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 86*.

⁸⁹ Morgane Ferrari, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น.73.

พระราชบัญญัติว่าด้วยสินบน ค.ศ. 2010 ของประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส กำหนดความรับผิดทางอาญาเฉพาะนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเท่านั้น ไม่รวมถึงรัฐ หากนิติบุคคลไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนทุกประเภทใด มุ่งหมายเพียงให้บรรลุการดำเนินการของตน โดยไม่คำนึงถึงวิธีการดำเนินการต้องชอบด้วยกฎหมาย ขาดธรรมาภิบาลที่ดี ให้สินบนเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ขององค์กรตนแล้ว ย่อมสะท้อนถึงความน่าเชื่อถือของนิติบุคคลนั้น และจำต้องมีความผิดทางอาญาในการให้สินบนดังกล่าวเช่นกัน ความรับผิดฐานให้สินบนของนิติบุคคลจึงควรครอบคลุมทั้งนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

กรณีของรัฐเกิดขึ้นมาจากองค์ประกอบของประชาชน ดินแดน และเอกราชก่อนมีการพัฒนาความรับผิดทางอาญาขึ้น และการลงโทษปรับแก่รัฐไทยไม่ทำให้เกิดผลกระทบต่อสถานภาพทางการเงินของรัฐไทย จึงไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับทางอาญาได้ ด้วยข้อแตกต่างของสถานภาพของรัฐตามกฎหมายฝรั่งเศสที่รัฐมีสถานะเป็นนิติบุคคล แต่ประเทศไทยไม่ยอมรับให้รัฐมีสถานะเป็นนิติบุคคล จึงไม่รวมถึงรัฐอยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องระบุยกเว้นไว้เป็นการเฉพาะอีก

4.2 ปัญหาการกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล

4.2.1 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 176 วรรคหนึ่ง ไม่มีการกำหนดความรับผิดของผู้แทนนิติบุคคลไว้เป็นการเฉพาะแยกต่างหากจากนิติบุคคล ตามการพิจารณาความรับผิดของนิติบุคคลตามกฎหมาย Identification จากการให้สินบนของผู้แทนนิติบุคคล ผู้บริหารหรือผู้แทนระดับสูงที่ควบคุมนิติบุคคล ทำหน้าที่เปรียบเสมือนเป็นมันสมองของนิติบุคคล จึงสะท้อนจิตวิญญาณและเจตจำนงโดยแท้ของนิติบุคคลมีลักษณะเป็นการกระทำความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล โดยตรงจากการกระทำของตนเองตามแนวคำพิพากษาฎีกาของประเทศไทยนั้น สามารถนำมากำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลตามมาตรา 176 วรรคหนึ่งได้ แต่ด้วยข้อจำกัดของทฤษฎีดังกล่าว ทำให้ผู้แทนของนิติบุคคลหลุดพ้นจากความรับผิดได้ จึงไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ข้อ 26 ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีกำหนดความรับผิดของนิติบุคคลให้ไม่ส่งผลกระทบต่อความรับผิดทางอาญาของบุคคลธรรมดาจึงต้องมีการเพิ่มความรับผิดทางอาญาของผู้ลงมือกระทำการให้สินบนไว้แยกต่างหากจากการให้สินบนของนิติบุคคล ประกอบกับไม่มีกฎหมายกำหนดโทษที่จะลงแก่นิติบุคคลไว้เป็นการเฉพาะ นิติบุคคลย่อมไม่ควรต้องรับโทษตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง เนื่องจากไม่สอดคล้องกับหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย การลงโทษนิติบุคคลในอัตราโทษปรับเดียวกับบุคคลธรรมดาที่อาจได้รับโทษจำคุกเพิ่มเติมได้นั้น ทำให้การลงโทษนิติบุคคลไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร จำเป็นต้องมีการกำหนดระวางโทษสำหรับนิติบุคคลไว้เป็นการเฉพาะแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดา

4.2.2 การกำหนดจากการกำหนดความรับผิดโดยเด็ดขาดตามมาตรา 172 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 โดยสิทธิและเสรีภาพของนิติบุคคลไม่เหมาะสมกับหลักความรับผิดทางอาญาในการกระทำของตนเอง เนื่องจากบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมีหลากหลายความสัมพันธ์และบางกรณีมีลักษณะความสัมพันธ์ที่ห่างไกลมาก ทำให้นิติบุคคลไม่อาจสอดส่องและควบคุมการดำเนินการต่าง ๆ ได้อย่างแท้จริง สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) กรณีลูกจ้าง หรือตัวแทน ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่ทำหน้าที่จัดการงานทั่วไปของนิติบุคคลตามที่ได้รับมอบหมายและอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของนิติบุคคล⁹⁰ มีอำนาจกระทำการในนามหรือเพื่อบุคคลมีผลผูกพันนิติบุคคล ในลักษณะเปรียบเสมือนอวัยวะนิติบุคคล ตามหลักความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น

⁹⁰ ศุภณีย์ชัยและให้คำปรึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 79*, น. 28.

ไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำของนิติบุคคลเองขัดต่อหลักความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของตนเอง⁹¹ แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลจากการไม่กระทำการของนิติบุคคลเอง ซึ่งมีหน้าที่ป้องกันไม่ให้มีการให้สินบนเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลนั้น จะมีความสอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของตนเองความสัมพันธ์นี้นิติบุคคลสามารถเล็งเห็นถึงความเสี่ยงในการกระทำความผิดสูงจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังในการมอบหมายหรือสั่งการนั้น แต่ในกรณีลูกจ้างหรือตัวแทนให้สินบนเจ้าหน้าที่เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลนอกจากทางการที่จ้างหรือได้รับมอบหมายนั้น นิติบุคคลตระหนักและระมัดระวังป้องกันการกระทำการทั่วไปได้ยาก

(2) กรณีบริษัทในเครือหรือบุคคลซึ่งไม่มีอำนาจในการนั้น เพิ่มขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาให้แก่นิติบุคคลยิ่งกว่าการตีความตามแนวคำพิพากษาของศาล ความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลกับบริษัทในเครือและบุคคลซึ่งไม่มีอำนาจในการนั้น ห่วงไกลจนอาจทำให้นิติบุคคลไม่อาจสอดส่องและควบคุมการดำเนินการได้อย่างแท้จริง ไม่เหมาะสมที่จะกำหนดให้นิติบุคคลมีหน้าที่ป้องกันไม่ให้มีการให้สินบนเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคล ประกอบกับไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของนิติบุคคลเอง

หากพิจารณาจากถ้อยคำตามมาตรา 176 วรรคท้าย “...ผู้แทนของนิติบุคคล ลูกจ้าง ตัวแทน บริษัทในเครือ หรือบุคคลใด... ไม่ว่าจะมีหน้าที่และอำนาจในการนั้นหรือไม่ก็ตาม” แสดงให้เห็นว่าฐานะของผู้ลงมือให้สินบนไม่ใช่องค์ประกอบที่สำคัญของการกระทำความผิดตามมาตรา 176 องค์ประกอบที่สำคัญ คือ การกระทำเพื่อหรือในนามของนิติบุคคลเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงการกระทำหรือองค์ประกอบภายในของนิติบุคคล มีลักษณะเป็นการกำหนดความรับผิดโดยเด็ดขาด ไม่สะท้อนถึงความชั่วร้ายภายในจิตใจหรือการกระทำของนิติบุคคล ยังไม่มีความเหมาะสมและจำเป็นเพียงพอในการนำมากำหนดความรับผิดชอบทางอาญาได้

4.3 ปัญหาการกำหนดความรับผิดของนิติบุคคลจากการไม่มีมาตรการควบคุมภายในที่เหมาะสม มีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเด็ดขาด ให้นิติบุคคลต้องรับผิดจากการกระทำของบุคคลอื่นนั้น ขัดต่อหลักการดำเนินคดีอาญาที่ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ เมื่อพิจารณาหลักความได้สัดส่วนระหว่างสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ถูกกระทบกระเทือนกับประโยชน์ที่ได้รับจากการแสวงหาพยานหลักฐาน พบว่า สิทธิของนิติบุคคลอันพึงได้รับความคุ้มครองจากการกำหนด คือ หลักความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของตนเอง แต่ความรับผิดของนิติบุคคลตามมาตรา 176 วรรคสอง ยังคงต้องมีการพิสูจน์ความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลก่อนจึงไม่อาจแก้ไขปัญหาคำพิพากษาที่ยกมาในการค้นหาพยานหลักฐานในความรับผิดฐานให้สินบนได้ ไม่ได้สัดส่วนกับสิทธิเสรีภาพที่นิติบุคคลพึงมีตามหลักนิติธรรม ประกอบกับไม่พบแนวทางการปฏิบัติหรือหลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการป้องกันการให้สินบนที่เหมาะสมไว้อย่างชัดเจนแน่นอน ทำให้เกิดความคลุมเครือว่า การกระทำใดของนิติบุคคลบ้างที่ต้องรับผิดชอบทางอาญา ไม่สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย

4.4 ปัญหาไม่มีกลไกสำหรับป้องกันการให้สินบน : การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลในลักษณะของความรับผิดตามมาตรา 176 วรรคสอง ไม่ครอบคลุมกรณีที่ยังไม่สามารถสืบสวนพบการให้สินบน เกิดเป็นปัญหาข้อจำกัดในป้องกันหรือลดความเสี่ยงได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากนิติบุคคลจะมีความรับผิดชอบเมื่อมีการให้สินบนเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ไม่อาจป้องกันปัญหาการให้สินบนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4.5 ปัญหาการกำหนดโทษเพื่อปราบปรามการให้สินบน : การให้สินบนเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจประการหนึ่ง ผู้กระทำมุ่งได้รับประโยชน์ ซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นผลประโยชน์ทางด้านทรัพย์สินเป็นสำคัญ แต่ในมาตรา 176 วรรคหนึ่ง “...ระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” กำหนดระวางโทษจำคุกและโทษปรับแบบตายตัวจากความร้ายแรงของการกระทำความผิดเช่นเดียวกับความรับผิดทางอาญารฐานอื่น ๆ ไม่คำนึงถึงมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดแต่อย่างใด หากพิจารณาผลประโยชน์ที่

⁹¹ Jonathan Herring, *Criminal Law*, (Palgrave Macmillan Law Masters Press, 2004), น. 124.

ได้รับจากการกระทำความผิดคุ้มค่ากับค่าปรับที่ต้องชำระจากการกระทำความผิดดังกล่าว ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลไม่เกรงกลัวโทษปรับแบบตายตัว ย่อมไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อปราบปรามการให้สินบนได้ นอกจากนี้ มีการกำหนดโทษปรับตามจำนวนเท่าของผลประโยชน์ที่ได้รับจากการให้สินบนแก่นิติบุคคลในมาตรา 176 วรรคสอง ว่า “...ระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งเท่า แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ” นอกจากพิจารณากำหนดโทษปรับตามความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ยังกำหนดโทษปรับจากประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิดอันสะท้อนถึงมูลเหตุจูงใจในความโลภว่าผู้กระทำความผิดมุ่งประสงค์ต่อผลประโยชน์ทางทรัพย์สินมากน้อยเพียงใดด้วย จึงเป็นการกำหนดโทษโดยพิจารณาจากทั้งการกระทำและตัวผู้กระทำความผิดการกำหนดโทษปรับทางอาญาในลักษณะนี้จะบรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องปรามการกระทำความผิดของนิติบุคคลได้อย่างแท้จริง แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏว่ามีการนำโทษประการอื่นที่ส่งผลกระทบต่อการดำเนินงานของนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับ

5. ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนพิจารณาปัญหาการกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลฐานให้สินบนตาม มาตรา 176 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการให้สินบน พ.ศ. 2561 แล้ว มีข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังต่อไปนี้

5.1 ความรับผิดและโทษทางอาญาของนิติบุคคลตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง

(1) นิติบุคคลสามารถกระทำความผิดฐานให้สินบนตามมาตรา 176 วรรคหนึ่งได้ โดยตีความคำว่า “ผู้ใด” รวมถึงนิติบุคคลตามนำแนวคำพิพากษาและนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ยอมรับว่านิติบุคคลอาจมีความรับผิดทางอาญาได้ ในลักษณะเป็นความรับผิดจากการกระทำของตนเอง ในกรณีการให้สินบนที่กระทำผ่านผู้บริหารหรือผู้แทนระดับสูงที่ควบคุมนิติบุคคล ทำหน้าที่เปรียบเสมือนเป็นมันสมองของนิติบุคคล ลักษณะเป็นการพิสูจน์ถึงการกระทำและเจตนาที่แท้จริงของนิติบุคคลนั่นเอง ตามหลัก Identification Doctrine

(2) ไม่ควรนำระวางโทษในมาตรา 176 วรรคหนึ่ง ซึ่งมีระวางโทษจำคุกมุ่งหมายให้ใช้กับบุคคลธรรมดา มาใช้กับนิติบุคคล ควรกำหนดโทษทางอาญาแก่นิติบุคคลเป็นการเฉพาะแตกต่างหากจากบุคคลธรรมดา เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพของนิติบุคคลอันจะทำให้เกิดประสิทธิผลและสามารถยับยั้งการกระทำความผิดของนิติบุคคลได้

5.2 ความรับผิดและโทษทางอาญาของนิติบุคคล ตามมาตรา 176 วรรคสอง

(1) การกำหนดความรับผิดทางอาญาฐานให้สินบนไม่ควรกำหนดจากการกระทำของบุคคลธรรมดาเพียงเพราะเป็นการให้ประโยชน์แก่นิติบุคคลนั้น และไม่ควรนำการไม่มีมาตรการควบคุมภายในที่เหมาะสมเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดนั้น มาใช้ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลหรือผลกการการพิสูจน์ในคดีอาญาให้แก่นิติบุคคล

(2) การกำหนดโทษปรับตามจำนวนเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับตามมาตรา 176 วรรคสอง ให้แก่นิติบุคคลเป็นการเฉพาะแตกต่างหากจากบุคคลธรรมดานั้น มีระวางโทษที่เหมาะสม และมีอัตราโทษปรับได้สัดส่วนกับการให้สินบนของนิติบุคคล แต่ต้องมีการเพิ่มความรับผิดฐานให้สินบนแก่กรรมการหรือผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลเป็นการเฉพาะแตกต่างหากจากนิติบุคคลเพื่อจัดข้อจำกัดของหลัก Identification Doctrine

5.3 แนวทางการกำหนดความรับผิดจากบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลนั้น ควรยกเลิกมาตรา 176 วรรคสี่ เนื่องจากการกำหนดความรับผิดทางอาญาฐานให้สินบนไม่ควรกำหนดจากลูกจ้าง ตัวแทน บริษัท

ในเครือ บุคคลซึ่งไม่มีอำนาจในการนั้น หรือการกระทำเพื่อหรือในนามของนิติบุคคลเท่านั้น แต่สามารถแปรรูปเป็นความรับผิดชอบทางปกครองได้

5.4 เพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ส่วนโทษทางปกครอง แยกต่างหากจากความรับผิดและโทษทางอาญา โดยกำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเฉพาะด้านเพื่อทำหน้าที่กำหนดแนวทางป้องกันการให้สินบนของนิติบุคคลและมีอำนาจลงโทษทางปกครองแก่นิติบุคคลที่ไม่มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการให้สินบน เป็นมาตรการเชิงรุกป้องกันการให้สินบน โดยไม่จำเป็นต้องมีการกระทำความผิดให้สินบนเกิดขึ้นก่อนแต่อย่างใดในลักษณะทำนองเดียวกับคณะกรรมการกำหนดโทษ (Sanctions Committee) ของประเทศฝรั่งเศส

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- เกษมา พรหมทัต. “ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลในความผิดฐานให้สินบน.” *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2552.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไปว่าด้วยบุคคลธรรมดาและหลักทั่วไปว่าด้วยนิติบุคคล*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550.
- เกวลี โมโนนิเวศ. “ปัญหาความสัมพันธ์ในการลงโทษทางปกครองและการลงโทษทางอาญา.” *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2551.
- คณิต ณ นคร. *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.
- จิตติ ติงศัททีย. *กฎหมายอาญา ภาค 1*. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.
- ธาริดา เลี้ยงหทัยธรรม. “ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล : ศึกษากรณีการกำหนดมาตรการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของนิติบุคคลให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ.” *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 2557.
- นรเศรษฐ์ สว่างแจ้ง. “ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล : ศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทย.” *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2556.
- บวรศักดิ์ อวรรณโณ. *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ*. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.
- วาทีน หนูเกื้อ, “มาตรการเสริมในทางอาญา.” *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2539.
- ศุภวัฒน์ สิงห์สุวษ์. “เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา.” ในการบรรยายหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ 6. จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- ศุณย์วิทย์และให้คำปรึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ‘รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ “การศึกษาเปรียบเทียบความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลและผู้แทนนิติบุคคลของประเทศ ไทยกับประเทศต่าง ๆ ในประชาคมอาเซียน”’.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. *ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2553.

องค์กรความโปร่งใสนานาชาติ. “ดัชนีชี้วัดภาพลักษณ์คอร์รัปชัน.” <https://www.transparency.org/en/cpi>, 16 มิถุนายน 2566.

องค์อาสน์ เจริญสุข. “เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครอง.” วิทยานิพนธ์ มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

อรรถสิทธิ์ กันมล. “ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

ภาษาต่างประเทศ

Andrew Ashworth. “Positive Duties, Regulation and The Criminal Sanction.” 133 Law Quarterly Review 606. (October 2017): pp.606 - 607.

Andrew Ashworth. Positive Obligations in Criminal Law. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2013.

Cecily Rose, Michael Kubiciel, and Oliver Landwehr. The United Nations Convention against Corruption: A Commentary. Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2019.

Douglas Husak. Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 2008.

French Anti-Corruption Agency. “Annual Report 2017.” www.agence-francaise-anti-corruption.gouv.fr/files/files/AFA_rapportAnnuel2017GB.pdf, 24 June 2023.

Gabriel Hallevy. A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law. (Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012.

Glanville Williams. Criminal Law: The General Part. 2d edn. Stevens & Sons, 1961.

Jerome Hall. General Principles of Criminal Law. 2d edn. Bobbs-Merrill, 1960.

Jonathan Herring. Criminal Law. Palgrave Macmillan Law Masters Press, 2004.

Mark Pieth. Lucinda Low and Nicola Bonucci (eds). The OECD Convention on Bribery: A Commentary. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2007.

Ministry of Justice. “Bribery Act 2010: Guidance to help commercial organisations prevent bribery.” assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/832011/bribery-act-2010-guidance.pdf, 24 June 2023.

Morgane Ferrari. “Compliance Law in the French Context: New Horizons For Legislative Policy.” 1 International Comparative Jurisprudence 2019. 72. (2019): p.76.

OECD. “Business Integrity.” www.oecd.org/mena/competitiveness/business-integrity/, 16 June 2023.

Samer Korkor & Margaret Ryznar. “Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: A Comparative Analysis of Scope and Sentencing.” 76 Missouri Law Review 415. (2011): p.434.

Shaul Brazil and John Binns. “England and Wales” in The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review. Law Business Research Ltd., 2017.

T Markus Funk and Andrew Boutros. From Baksheesh to Bribery under standing the global fight against corruption and graft. Oxford University Press.

The World Bank Group. “Worldwide Governance Indicator.” databank.worldbank.org/source/worldwide-governance-indicators, 16 June 2023.

United Nations Convention Against Corruption. “Signature and Ratification Status.”

<https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>, 16 June 2023.

United Nations Office on Drugs and Crime. “Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption.”

www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/legislative-guide.html, 22 June 2023.

United Nations Office on Drugs and Crime. “Technical Guide to the United Nations Convention Against Corruption.”

[https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Technical Guide /09-84395_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Technical_Guide/09-84395_Ebook.pdf), 22 June 2023.