



บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสถาบันการเงินในคดีเศรษฐกิจ

3.1 แนวคิดเรื่องความรับผิดทางอาญาของสถาบันการเงิน

สถาบันการเงินเป็นนิติบุคคลประเภทหนึ่งที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ ดังนั้น แนวคิดเรื่องความรับผิดทางอาญาของสถาบันการเงิน จึงอยู่บนพื้นฐานแนวคิดเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลโดยทั่วไป กล่าวคือ เป็นที่ยอมรับว่านิติบุคคลสามารถมีความรับผิดทางอาญาได้ สถาบันการเงินซึ่งเป็นนิติบุคคลประเภทหนึ่งจึงต้องมีความรับผิดทางอาญาเช่นกัน แต่เนื่องจากสถาบันการเงินมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ ทำให้การออกกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางอาญาของสถาบันการเงินมีลักษณะ เป็นกฎหมายที่กำหนดการกระทำที่เป็นความผิดโดยประสงค์ให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดและต้องรับโทษ กล่าวคือลักษณะของการกระทำไม่ได้เป็นความผิดในตัวเอง แม้ว่าจะไม่เกิดผลเสียหาย แต่การกระทำในลักษณะที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว อาจจะทำให้เกิดความเสียหายต่อสังคมได้ ทั้งนี้จึงเป็นนโยบายของรัฐที่จะกำหนดการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาเพื่อให้เหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม

ในขณะนี้บทบัญญัติกฎหมาย ที่ใช้บังคับแก่สถาบันการเงิน ได้กำหนดความรับผิดของสถาบันการเงินออกเป็น 2 ส่วนคือ

ก) ความผิดต่อการกำกับดูแลและโทษ: กฎหมายจะบัญญัติข้อปฏิบัติให้สถาบันการเงิน กระทำตามที่กำหนดไว้ในเรื่องการบริหาร การประกอบธุรกิจ การดำรงสภาพคล่องของเงินทุนของสถาบันการเงิน ทั้งสามกรณีเป็นเรื่องสำคัญที่รัฐจะต้องเข้ามาควบคุมกำกับดูแล โดยออกบทบัญญัติกฎหมายใช้บังคับอย่างเคร่งครัด จึงได้กำหนดบทลงโทษไว้ เพราะหากมีการฝ่าฝืนจะกระทบถึงความมั่นคงของสถาบันการเงินนั้น ๆ ซึ่งบทบัญญัติความรับผิดชอบในส่วนนี้มีบทลงโทษทางอาญารวมอยู่ด้วย

เพื่อใช้เป็นมาตรการควบคุมให้สถาบันการเงิน ประกอบกิจการโดยชอบธรรมถูกต้อง ตามกฎหมายที่รองรับไว้ แต่มีทำให้ความรับผิดชอบในส่วนนี้เป็นความรับผิดชอบทางอาญา เนื่องจากเป็นข้อปฏิบัติการกระทำที่ไม่เป็นความผิดในตัวเอง นอกจากนี้ยังกำหนด หน้าที่ต้องปฏิบัติตามของสถาบันการเงิน และกรรมการบริหารแยกจากกันทำให้มี การลงโทษได้ ทั้งกรณีสถาบันการเงินไม่ปฏิบัติตามและกรรมการฝ่าฝืนกฎหมาย ตัวอย่าง เช่น

- บริษัทเงินทุนกระทำธุรกิจที่ต้องห้าม หรือธุรกิจที่มีเงื่อนไขโดยมิได้ ขออนุญาต หรือแจ้งต่อธนาคารแห่งประเทศไทย
- บริษัทเงินทุนไม่ดำเนินการประกาศงบดุล และบัญชีกำไรขาดทุน ของบริษัท
- บริษัทเงินทุนฝ่าฝืนคำสั่งของธนาคารแห่งประเทศไทย เกี่ยวกับข้อ กำหนดอัตราส่วนการดำรงเงินกองทุน และข้อกำหนดเกี่ยวกับการชำระคืนเงินกู้ยืม เป็นต้น

ข) ความผิดที่เกิดจากการกระทำโดยทุจริตและอัตราโทษ: นอกจาก ความผิดที่ผู้บริหารของสถาบันการเงิน จะต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้บริหารสถาบัน การเงินที่ปฏิบัติฝ่าฝืนกฎหมายแล้ว ปัญหาส่วนใหญ่จะเกิดเนื่องจากเจตนาทุจริต หรือ ความไม่ซื่อสัตย์ของผู้บริหาร ซึ่งแต่เดิมมาไม่มี กฎหมายบัญญัติความผิดและกำหนด โทษ จากการกระทำความผิดโดยทุจริตของผู้บริหาร ต่อมากฎหมายได้พัฒนา เพื่อ ตอบสนองความต้องการของสังคม และเพื่อคุ้มครองสาธารณชนจึงได้บัญญัติความผิด โดยการกระทำโดยเจตนาทุจริตของผู้บริหาร ให้รับผิดชอบเป็นส่วนตัว ตัวอย่างเช่น

- ผู้บริหารหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน
- ผู้บริหารครอบครองทรัพย์สินของบริษัท หรือของคนอื่นที่รวมอยู่ด้วย แล้วเบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนเอง
- ผู้บริหารเอาไปเสีย ทำให้เสียหาย ทำให้เสื่อมค่า ซึ่งทรัพย์สินที่ ครอบครอง เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชนทั่วไป เป็นต้น

เมื่อพิจารณาแนวความคิดความรับผิดชอบทางอาญา ของสถาบันการเงินในทางบทบัญญัติกฎหมายแล้ว ความมองขยายไปถึงเรื่องความรับผิดชอบของผู้บริหารของสถาบันการเงินด้วยเพราะผู้บริหารเหล่านี้ล้วนแต่เป็นมืออาชีพที่ถูกจ้างมาดำเนินงานจัดการธุรกิจสถาบันการเงิน จึงเป็นการได้เปรียบอาศัยโอกาสจากการเป็นผู้บริหารสถาบันการเงิน แสวงหาประโยชน์อันมิชอบให้แก่ตนเอง แนวโน้มกฎหมายในปัจจุบันจึงมีความคิดเห็นในเรื่องความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัท โดยเมื่อคำนึงความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของบริษัท ซึ่งกระทบถึงความเดือดร้อนของสาธารณชนอย่างกว้างขวาง และมีมูลค่ามหาศาล เปรียบเทียบกับหลักการที่ว่าบุคคลไม่ควรรับผิดชอบทางอาญาแทนบุคคลอื่นแล้ว เห็นว่าหลักการดังกล่าวน่าจะใช้ได้กับบุคคลธรรมดาที่กระทำความผิดเท่านั้นจึงจะเป็นการยุติธรรม ส่วนกรณีนิติบุคคลกระทำความผิด และต้องลงโทษกรรมการบริหารเป็นผลจากการมองความเสียหายเป็นสำคัญ และต้องการหยุดยั้งการกระทำดังกล่าวให้ลดลง จึงจำเป็นอย่างไร้ที่ต้องกลับไปพิจารณาถึงต้นเหตุของการกระทำซึ่งก็คือ บุคคลธรรมดา หรือผู้บริหารนิติบุคคลนั่นเองที่เป็นผู้ตัดสินใจกระทำโดยการแสดงผ่านทางนิติบุคคลโดยกฎหมายได้บัญญัติลักษณะความผิดของผู้บริหาร²³ บริษัทได้เป็น 3 แบบคือ

แบบที่ 1 - กฎหมายจะกำหนดไว้ว่า เมื่อใดที่นิติบุคคลกระทำความผิดบรรดากรรมการ หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นจะต้องรับโทษทันที โดยไม่คำนึงถึงการกระทำเหล่านั้นจะเป็นการกระทำของใครเพราะถือหลักว่านิติบุคคลกระทำความผิดผู้บริหารก็ต้องรับผิดชอบ

แบบที่ 2 - ถ้านิติบุคคลกระทำความผิด ถือว่าผู้บริหารตั้งแต่ประธาน

²³รศ.พิเศษ เสตเสถียร, ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชน, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 1, เมษายน 2536.

กรรมการ กรรมการผู้จัดการ หรือผู้มีส่วนร่วมในการดำเนินงานของบริษัท เป็น
ผู้ร่วมกระทำคามผิดในฐานะ เป็นตัวการโทษก็จะเท่ากัน

แบบที่ 3 - ถ้านิติบุคคลกระทำคามผิด ผู้บริหารจะต้องรับผิดชอบ
เมื่อนิติบุคคลได้รับโทษ

ความรับผิดชอบของผู้บริหารในกรณีนิติบุคคลกระทำคามผิด ก็มีข้อยกเว้น
ไว้ให้เนื่องจากในความเป็นจริงแล้วนิติบุคคลจะมีผู้บริหารหลายคน และบางคนอาจ
ไม่ได้รู้เห็น หรือมีส่วนร่วมในการกระทำผิด กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้ผู้บริหาร
เหล่านั้นพิสูจน์ความบริสุทธิ์ได้ ด้วยเหตุผล 4 ประการคือ

- ก. พิสูจน์ได้ว่าคนไม่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำคามผิดนั้น
- ข. พิสูจน์ได้ว่าคนไม่ได้รู้เห็นยินยอม
- ค. พิสูจน์ว่าคนไม่ได้รู้เห็นเป็นใจในการกระทำผิด หรือได้จัดการ
ตามสมควรเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดคามผิดนั้น
- ง. กำหนดไว้เป็นองค์ประกอบคามผิดว่า จะลงโทษผู้บริหาร
ของบริษัทได้ต่อเมื่อ ผู้บริหารรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำคามผิด หรือมิได้จัดการ
ป้องกัน เพื่อมิให้เกิดคามผิดนั้นขึ้น

จะเห็นว่าการพิสูจน์ดังกล่าว 3 ประการแรก ผู้บริหารจะต้องเป็นผู้ที่
พิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเอง แต่ในประการสุดท้าย รัฐจะต้องเป็นผู้พิสูจน์เอง

3.2 ลักษณะของมาตรการทางกฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบัน

แต่เดิมมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สถาบันการเงิน ที่กระทำ
คามผิดก็คือ การลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น ซึ่งมักไม่ค่อยได้ผล โดย
เฉพาะการดำเนินคดีต่อผู้บริหารของสถาบันการเงิน เพราะผู้บริหารสถาบันการเงิน
ส่วนมากจะเป็นกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกลุ่มบุคคลที่มีผลประโยชน์ทางธุรกิจร่วมกัน

ทำให้ไม่มีการดำเนินคดีอาญากับผู้บริหารที่กระทำทุจริต เช่น ยกยอทรัพย์สินของบริษัท เป็นต้น ในขณะที่เดียวกันผู้ถือหุ้นรายย่อยที่ต้องการดำเนินคดีก็ขาดหลักฐานเพียงพอที่จะดำเนินคดีกับผู้บริหาร ส่วนธนาคารแห่งประเทศไทยก็ได้เป็นผู้เสียหายทางอาญา จึงขาดอำนาจที่จะร้องทุกข์กล่าวโทษ และที่สำคัญในระหว่างการดำเนินพิจารณาคดีที่มีระยะเวลาอันยาวนานพอสมควรนั้น ผู้บริหารของสถาบันการเงิน ก็ยังสามารถดำเนินกิจการบริหารต่อไปได้อีก ทำให้มีการฉวยโอกาสเพื่อให้เกิดผลประโยชน์มากที่สุด จนเกิดความเสียหายแก่ประชาชนทั่วไป หรือเป็นโอกาสที่ผู้บริหารจะปกปิดหลักฐานจนทำให้ตนเองหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ดังนั้น จึงเป็นความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามามีบทบาท ในการควบคุมกำกับดูแลสถาบันการเงินให้ประกอบธุรกิจภายในขอบเขตของกฎหมาย เป็นสำคัญ รวมทั้งกำหนดมาตรการทางกฎหมาย เพื่อใช้บังคับต่อสถาบันการเงินที่กระทำผิด โดยกฎหมายได้กำหนดมาตรการที่ใช้บังคับต่อสถาบันการเงิน เป็น 3 ลักษณะคือ

ก) มาตรการลงโทษทางอาญา: กรณีที่กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้น เป็นความผิดทางอาญาและกำหนดโทษไว้สำหรับความผิดนั้นตามกฎหมายเฉพาะ โดยมีการวางมาตรการลงโทษทั้งนิติบุคคลและผู้บริหารนิติบุคคล เช่น

- ลงโทษนิติบุคคลโดยตรง เพราะเหตุที่กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้
- ลงโทษผู้บริหารด้วยการที่นิติบุคคลกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ
- ลงโทษผู้บริหารรับผิดชอบส่วนตัว ในการกระทำที่นอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท

ส่วนมาตรการลงโทษทางอาญาที่ใช้บังคับก็คือ โทษปรับเป็นหลักซึ่งเป็น มาตรการที่ใช้บังคับได้กับนิติบุคคลได้อย่างเหมาะสมกับสภาพความเป็นจริง และ อาจมีการริบทรัพย์สินของบริษัท หรือนิติบุคคลมาเพื่อชำระแทนค่าปรับได้ ส่วนผู้บริหารซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา โทษที่จะลงแก่ผู้บริหารได้แก่โทษทั้ง 5 ประการ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 คือ ประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต กักขัง

ปรับ ริบทรัพย์สิน ในทางปฏิบัติแล้วมักจะใช้มาตรการลงโทษปรับแก่ผู้บริหารต่างหากจากการปรับนิติบุคคล โดยกฎหมายที่ออกมาใหม่ ๆ ในเรื่องนี้ จะกำหนดอัตราโทษปรับให้สูงขึ้น และเพิ่มโทษจำคุกด้วยในกรณีผู้บริหารรับผิดชอบร่วมกับนิติบุคคล เป็นการขยายขอบเขตการลงโทษทางอาญา ให้สามารถนำมาใช้กับกรณีปัญหาการลงโทษนิติบุคคล กระทำผิดอาญาได้มากขึ้น

ข) มาตรการควบคุมกำกับดูแล: ด้วยเหตุผลเพื่อความมั่นคงในเสถียรภาพของสถาบันการเงิน และความเป็นระเบียบของระบบการเงิน และนโยบายการเงินและเศรษฐกิจของประเทศ ทำให้รัฐบาลต้องเข้ามามีบทบาทในการวางข้อกำหนดกฎหมายเฉพาะของสถาบันการเงินขึ้น เพื่อควบคุมกำกับดูแลสถาบันการเงินต่าง ๆ ไม่ให้กระทำการในทางที่อาจมีความเสี่ยง หรือกระทบถึงประโยชน์สาธารณะชนได้ รัฐบาลจึงได้มอบหมายอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแล การกำหนดนโยบายการควบคุม ตลอดจนการกำหนดกฎเกณฑ์ข้อบังคับต่าง ๆ ให้แก่รัฐมนตรีการคลัง และรัฐมนตรีได้มอบหมายให้ธนาคารแห่งประเทศไทย เป็นเจ้าหน้าที่ดำเนินการควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของสถาบันการเงิน ให้ปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมาย ส่วนขอบเขตในการควบคุมตามที่กฎหมายกำหนดได้แก่

1. กำกับควบคุมการประกอบธุรกิจทางการเงิน เช่น ผู้ที่ประกอบธุรกิจเงินทุนจะต้องมีลักษณะเป็น "บริษัทจำกัด" ที่จดทะเบียนตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง พร้อมทั้งกำหนดประเภทลักษณะธุรกิจเงินทุนไว้เป็น 4 ประเภทคือ กิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์ เพื่อการพัฒนากิจการ เพื่อการจำหน่ายและบริโภค และเพื่อการเคหะต้องมีเงินทุนจดทะเบียนไม่ต่ำกว่า 40 ล้านบาท ซึ่งมีทุนชำระแล้วไม่ต่ำกว่ายี่สิบล้านบาท เป็นต้น

2. กำกับดูแลการดำเนินงานของสถาบันการเงิน โดยกำหนดเงื่อนไขของการดำเนินงาน เช่น ข้อห้ามกระทำการบางอย่างของสถาบันการเงินแต่ละ

ประเภท กำหนดคุณลักษณะของผู้ที่จะเป็นกรรมการ หรือผู้มีอำนาจจัดการสถาบันการเงิน ควบคุมเกี่ยวกับเอกสารและรายงานต่าง ๆ โดยให้อำนาจแก่ธนาคารแห่งประเทศไทย ในเรื่องการตรวจสอบรายงานมีการกำหนดอัตราส่วนของวงเงินและสัดส่วนการให้สินเชื่อ ตลอดจนบทกำหนดโทษสำหรับสถาบันการเงินที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว

3. กำหนดบทเฉพาะกาล ในการควบคุมพฤติกรรมที่ต้องห้ามบางอย่าง แต่ไม่ถึงขนาดที่มีผลเป็นความผิดทางอาญา และต้องรับโทษ เพียงแต่เป็นความร่วมมือในการกระทำที่ป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ซึ่งแล้วแต่ภาวะการณ์ต่าง ๆ จะเปลี่ยนไป โดยเฉพาะเรื่องสำคัญเกี่ยวกับดำรงสภาพคล่องของสถาบันการเงิน ย่อมจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงของการดำรงอยู่ของสถาบันการเงิน

จะเห็นว่ามาตรการในการควบคุมกำกับดูแล จะเน้นในเรื่องของการบริหารงาน การประกอบธุรกิจและเสถียรภาพของสถาบันการเงินเป็นสำคัญ ทำให้มีการบัญญัติกฎหมายให้กระทำการภายในขอบเขตที่ให้ปฏิบัติตาม ซึ่งเมื่อแยกลักษณะของมาตรการที่ควบคุมกำกับดูแล จะแบ่งได้เป็น

มาตรการป้องกัน: เพื่อควบคุมระดับความเสี่ยงของสถาบันการเงิน เช่น ดำรงเงินกองทุนให้เพียงพอ ควบคุมอัตราดอกเบี้ย เป็นต้น จึงเป็นมาตรการที่กฎหมายกำหนดให้สถาบันการเงินต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ถ้าฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษโดยตรง โดยมาตรการลงโทษก็คือลงโทษปรับ เพื่อบังคับควบคุมให้สถาบันการเงินดูแลส่วนที่เกี่ยวกับเสถียรภาพของสถาบันการเงินให้มากที่สุด เพราะหากสถาบันการเงินไม่สามารถดำรงอยู่ได้ย่อมเกิดความเสียหายที่มีมูลค่ามหาศาล จึงเป็นหน้าที่ที่รัฐต้องวางข้อกำหนดเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

มาตรการคุ้มครอง: เพื่อสร้างความมั่นใจในระบบสถาบันการเงิน ทำให้ประชาชนกล้าที่จะลงทุนในธุรกิจทางการเงิน เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์ในการ

ชื่อโดยหลักทรัพย์ การจัดสรรหุ้นแก่ประชาชนทั่วไป เป็นต้น ที่น่าสนใจก็คือ การประกันเงินฝาก วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ ของผู้ฝากเงินรายย่อย มิให้เสียหายจากการที่สถาบันการเงินไม่สามารถชำระคืนเงินฝากได้ ในต่างประเทศ จึงมีการจัดตั้งองค์กรที่รับประกันเงินฝากขึ้นลักษณะของมาตรการคุ้มครองนี้ กฎหมายบัญญัติกำหนดไว้ให้ปฏิบัติตาม ถ้าฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษปรับเช่นเดียวกับมาตรการป้องกัน

มาตรการฟื้นฟูสถาบันการเงินที่มีปัญหา: รัฐจะเข้ามาบริหารเพื่อแก้ปัญหา และดำรงสภาพของสถาบันการเงินนั้นไว้ โดยการเข้ามาจัดสรรการดำเนินการในสถาบันการเงินนั้นให้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ที่ได้รับความเสียหายจากสถาบันการเงิน โดยการเจรจาหาสถาบันการเงินที่มีความมั่นคงอื่นเข้ามาถือหุ้น เพื่อพยุงฐานะและภาพพจน์ของสถาบันการเงินดังกล่าว ให้ดำเนินการต่อไปได้โดยไม่กระทบต่อระบบการเงินโดยรวม

3.3 บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

สถาบันการเงินมีกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติไว้หลายฉบับที่สำคัญได้แก่

3.3.1 พระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505: เหตุผลในการมีกฎหมายควบคุมการธนาคารพาณิชย์คือ

- เพื่อความปลอดภัยของธนาคาร ผู้ฝากเงิน ตลอดจนเพื่อเสถียรภาพทางการเงินทั้งระบบ โดยให้ความคุ้มครองและปลอดภัยแก่ลูกค้าธนาคาร (โดยเฉพาะผู้ฝากเงิน) และเพื่อไม่ให้เกิดความปั่นป่วนหรือวิกฤติการณ์ธนาคาร

- เพื่อประโยชน์ในการควบคุมทางการเงิน โดยให้ปริมาณเงินและระดับราคา มีความแน่นอน

- เพื่อป้องกันการผูกขาด การรวมศูนย์ ตลอดจนการแข่งขันไม่เพียงพอ ทำให้ประชาชนได้รับประโยชน์ได้อย่างทั่วถึงเป็นการส่งเสริมให้ระบบการผลิตต้นทุนต่ำลง เพราะมีธนาคารพาณิชย์เปิดกันมากขึ้น

- เพื่อให้ธนาคารพาณิชย์ให้สินเชื่อในกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม

ด้วยเหตุผลดังกล่าว กฎหมายจึงได้กำหนดมาตรการควบคุมไว้ที่สำคัญ ๆ คือมาตรการให้ความปลอดภัยแก่ผู้ฝากเงินและ เสถียรภาพทางการเงิน²⁴ กับมาตรการควบคุมทางการเงินโดยแยกพิจารณาสรุปแต่ละมาตรการดังนี้

มาตรการให้ความปลอดภัยแก่ผู้ฝากเงิน และเสถียรภาพทางการเงิน จำแนกเป็นมาตรการ 2 ลักษณะคือ:

ก. มาตรการป้องกัน วัตถุประสงค์เพื่อควบคุมระดับความเสี่ยงของธนาคารไว้ไม่ให้ธนาคารล้ม จึงเป็นการกำหนดมาตรการในเรื่องต่าง ๆ คือการดำรงเงินกองทุนให้เพียงพอ การดำรงสินทรัพย์สภาพคล่อง การควบคุมอัตราดอกเบี้ย โดยเฉพาะดอกเบี้ยเงินฝาก การกระจายสินทรัพย์ การจำกัดการประกอบธุรกิจของธนาคาร การควบคุมการเปิดกิจการ การกำกับดูแล และการตรวจสอบธนาคารโดยทั่วไป

ข. มาตรการคุ้มครอง: มีความเกี่ยวข้องกับมาตรการป้องกันอย่างแยกไม่ออก ทั้งนี้เพราะแนวความคิดของมาตรการคุ้มครอง เพื่อสร้างความมั่นใจแก่ระบบธนาคารเป็นสำคัญ ในเรื่องนี้จึงแยกมาตรการคุ้มครองออกเป็น 2 ประการคือ

- ระบบประกันเงินฝาก: ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยแก่ระบบสถาบันการเงิน ทำให้ผู้ฝากเงินมีความมั่นใจในความปลอดภัยของเงินฝากและขณะเดียวกันก็แก้ปัญหาธนาคารล้มเป็นปฏิกิริยาลูกโซ่ได้ อย่างไรก็ตาม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁴ธนบดี สวัสดิ์ศรี, กฎหมายธนาคารพาณิชย์, วารสารนิติศาสตร์ 21, มีนาคม 2534.

ตามปัญหาที่ตามก็คือ ความเสี่ยงภัยซึ่งเกิดขึ้นหรือเพิ่มขึ้นจากผู้เอาประกัน

- ระบบการให้กู้ยืมเงินเป็นแหล่งสุดท้าย: เป็นระบบที่ใช้ส่วนใหญ่ในยุโรป มีลักษณะสำคัญคือ เป็นการแทรกแซงโดยดุลพินิจของรัฐบาล สำหรับประเทศไทยใช้ระบบนี้ มีธนาคารแห่งประเทศไทย โดยกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงินเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือ โดยให้ความช่วยเหลือทางการเงินตามสมควรแก่กรณี สำหรับผู้ฝากเงินหรือผู้ให้กู้ยืมเงินแก่สถาบันการเงินที่ต้องเสียหายเนื่องจากสถาบันการเงินดังกล่าวประสบวิกฤตการณ์ทางการเงินอย่างร้ายแรง

มาตรการควบคุมทางการเงิน คือการดำรงเงินสดสำรองตามกฎหมายด้วยเหตุผล 2 ประการคือ

ก. เพื่อความปลอดภัยของผู้ฝากเงิน เพื่อให้ประชาชนผู้ฝากเงินมีความมั่นใจว่า เมื่อมาเบิกเงินจากธนาคารย่อมมีเงินสดให้ทันที ซึ่งก็คือสภาพคล่องนั่นเอง ในทางปฏิบัติธนาคารมักดำรงเงินสดสำรองในอัตราเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด เพื่อความปลอดภัยเมื่อมีผู้เบิกเงินสดมากกว่าปกติ

ข. เพื่อเป็นเครื่องมือในการควบคุมทางการเงิน ความผันแปรทางเศรษฐกิจ และการเงิน โดยเฉพาะการควบคุมปริมาณเงิน เพราะธนาคารเป็นตัวกลางในการระดมเงินฝากของประชาชน และนำเงินฝากนั้นมาให้สินเชื่อแก่นักลงทุน

จะเห็นว่า กฎหมายการธนาคารพาณิชย์ของประเทศไทยให้ความสำคัญกับมาตรการให้ความปลอดภัยแก่ผู้ฝากเงินเป็นสำคัญ และมีแนวโน้มที่จะป้องกันการผูกขาดของธนาคารพาณิชย์มากขึ้น ทั้งในแง่ป้องกันการผูกขาดของผู้ถือหุ้นใหญ่หรือการผูกขาดของธนาคารใดธนาคารหนึ่ง

3.3.2 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และ

ธุรกิจเครดิต พ.ศ.2522

พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นผลของ การปรับปรุงประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 15 มกราคม 2515 ว่าด้วยการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบ ถึงความปลอดภัย หรือผาสุกแห่งสาธารณชน อันที่จริงหลักการของ กฎหมายฉบับนี้มี มาก่อนประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 แต่ได้กระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ จึงได้มีการ ประมวลและปรับปรุงกฎหมายต่าง ๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในทางเดียวกัน เพื่อ ประโยชน์ในการควบคุมดูแลให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ดียิ่งขึ้น ในการ คุ้มครองประโยชน์ของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ และมาตรการที่รัดกุมขึ้น บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ฯ จะประกอบธุรกิจคล้ายคลึงกับธนาคารพาณิชย์ กฎหมายที่ บัญญัติจึงมีลักษณะ เป็นการกำหนดมาตรการควบคุม ในทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ เพราะ เป็นเรื่องสำคัญในการดำรงอยู่ของเสถียรภาพของสถาบันการเงิน แต่ กฎหมายธนาคารพาณิชย์ได้พัฒนามาอย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีแนวโน้มป้องกันการ ผูกขาดในทางเอาเปรียบทางการค้าแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ส่วนบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ยังไม่ มีมาตรการดังกล่าวรัดกุมเพียงพอให้เกิดการแสวงหาประโยชน์ในบริษัทเงินทุนกันมาก

3.3.3 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535

เป็นการบัญญัติกฎหมายที่กำหนดว่า บริษัทที่จะทำการเสนอขาย หลักทรัพย์เพื่อระดมทุนจากประชาชนจะต้องเป็นบริษัทมหาชนเท่านั้น ประกอบกับ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้วางข้อกำหนดว่า บรรดาบริษัทที่ จดทะเบียนเป็นสมาชิกในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยทั้งหมด ต้องแปรสภาพ เป็นบริษัทมหาชนภายในปี 2537 และบริษัทที่จะเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ใน อนาคต ก็จะต้องเป็นบริษัทมหาชนเท่านั้น เพื่อปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมาย ซึ่งลักษณะของกฎหมายบริษัทมหาชนฉบับนี้มีข้อกำหนดที่จะให้บริษัทปฏิบัติ รวมทั้ง กรรมการ หรือผู้บริหารของบริษัทก็ต้องดูแลให้บริษัทปฏิบัติตามข้อกำหนดอย่าง เคร่งครัดและรอบคอบ หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามจะต้องมีความรับผิดชอบเกิดขึ้น และพระ ราชบัญญัติบริษัทมหาชน 2535 ฉบับนี้ ได้มีหลักการใหม่ทางด้านความรับผิดชอบของกรรม

การบริหารในกรณีที่บริษัททำความผิดรวมอยู่ด้วย ซึ่งแบ่งเป็นความรับผิดทางแพ่งและทางอาญา ดังนี้

- ความรับผิดทางแพ่ง ผู้บริหารจะต้องรับผิดในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนต่อบริษัท หรือผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้วแต่กรณีซึ่งโดยส่วนใหญ่ กฎหมายบัญญัติในส่วนหน้าที่ดำเนินกิจการของบริษัทไว้หลายประการ เช่น ความรับผิดในการดำเนินกิจการ (มาตรา 85) ข้อห้ามมิให้กรรมการไปประกอบกิจการอื่น (มาตรา 86) ความรับผิดร่วมกันของกรรมการ (มาตรา 91, 94)

- ความรับผิดทางอาญา ผู้บริหารจะรับผิดต่อโทษทางอาญาซึ่งได้แก่โทษจำคุกและปรับ ในกรณีที่บริษัทเป็นผู้กระทำความผิดและถูกโทษตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนนี้ สืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ต้องลงโทษในต้นเหตุคือ กรรมการบริษัทคือผู้ที่ตัดสินใจกระทำในนามนิติบุคคลนั่นเอง แต่ความรับผิดดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข เฉพาะกรรมการที่มีส่วนรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิด หรือที่มิได้ดำเนินการตามสมควรเพื่อป้องกันผลเท่านั้น ที่ต้องรับผิดร่วมกับบริษัท โดยไม่ครอบคลุมถือว่ากรรมการทั้งหมดต้องมีความผิดเหมือนกันแต่ก่อน

3.3.4 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 :

ในระยะเวลาไม่กี่ปีที่ผ่านมา ตลาดทุนไทยได้มีการพัฒนาขึ้นจนมีบทบาทสำคัญมากขึ้นตามลำดับ จนทำให้กฎหมายหรือระเบียบวิธีปฏิบัติต่าง ๆ ไม่มีความคล่องตัวมีความซ้ำซ้อนการแบ่งแยกระหว่างตลาดแรกกับตลาดรองไม่ชัดเจน จนในที่สุด พระราชบัญญัติฉบับนี้ออกมาวางรากฐานให้ตลาดทุนไทยมีความเป็นสากลมากขึ้น อีกทั้งพัฒนาตลาดทุนให้ทันกับกระแสความเปลี่ยนแปลงทางธุรกิจ หลักการ²⁵ ใน

²⁵ ธรรมนูญ, คำอธิบายพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535, สำนักพิมพ์ธรรมนูญ, 2536.

พระราชบัญญัตินี้มีประเด็นสำคัญ ๆ ที่ควรพิจารณาได้แก่เรื่อง

- การกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
- ขั้นตอนและการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน
- โอนอำนาจหน้าที่ของตลาดหลักทรัพย์ ให้คณะกรรมการกำกับดูแล

หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ดูแลแทน

- ศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์ (ไอทีซี)
- การกระทำอันไม่เป็นธรรมและหลีกการครอบงำกิจการ
- จัดระบบการกำกับดูแลธุรกิจหลักทรัพย์ทั้งหมด
- จัดตั้งองค์กรที่เกี่ยวข้องเนื่องกับธุรกิจหลักทรัพย์มาดูแลโดยตรง
- เพิ่มมาตรการและขอบเขตอำนาจของคณะกรรมการ และพนักงาน

เจ้าหน้าที่ ในการติดตามและตรวจสอบการกระทำผิดเกี่ยวกับซื้อขายหลักทรัพย์

- มีบทกำหนดโทษให้สอดคล้องกับภาวะความเสียหาย ที่อาจเกิดขึ้นแก่

นักลงทุน

- มีบทเฉพาะกาลเพื่อให้เรื่องต่าง ๆ ตาม กฎหมายเดิมสามารถ

ดำเนินต่อไปได้โดยไม่ขาดสภาพบังคับ

จะเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้สามารถแก้ไขจุดอ่อน หรืออุปสรรคของตลาด
ทุนไทยได้เป็นอย่างดี นักลงทุนได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างมาก เพราะสมัยก่อน
ยากแก่การดำเนินคดี แก่ผู้กระทำผิดเกี่ยวกับการสร้างราคาหลักทรัพย์ในตลาด
หลักทรัพย์ กระทำได้เพียงแขวนป้ายเตือนให้ระวังในการซื้อขายหลักทรัพย์เท่านั้น
แต่พระราชบัญญัติใหม่ หากมีการกระทำผิดจริงโทษรุนแรงมากขึ้นจำคุกหรือปรับกัน
เลยที่เดียว โดยการเอาผิดนั้นได้ตั้งแต่ขั้นตอนของการเสนอข้อมูล การบริหารงาน
การปันหุ้น การเปิดเผยข้อมูล เป็นต้น กล่าวโดยสรุปก็คือ ถ้าทำผิดขั้นตอนใดตั้งแต่
ขั้นตอนการรับหลักทรัพย์ การเสนอขายหลักทรัพย์ จนถึงการซื้อขายหลักทรัพย์ใน
ตลาดหลักทรัพย์ก็จะมีโทษทั้งสิ้น

3.3.5 ร่างกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการปกปิด หรือ เปลี่ยนสภาพทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

ร่างกฎหมายดังกล่าวยังมีได้บังคับไว้ในขณะนี้ แต่การวิจัยนี้นำมาอ้างถึงเพื่อแสดงถึงแนวความคิดในการที่จะพัฒนามาตรการทางกฎหมาย ที่จะแก้ปัญหาอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอาชญากรรมยาเสพติด โดยการกำจัดแหล่งเงินทุนสำคัญของการดำเนินการขององค์กรอาชญากรรมดังกล่าวการฟอกเงิน หากพิจารณามาตรการทางกฎหมายไทยในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานรับของโจร หรือการริบทรัพย์สินที่ได้ใช้ หรือได้มาโดยการกระทำความผิดก็ไม่อาจใช้บังคับได้ เพราะการรับของโจรมุ่งไปยังฐานความผิดโดยเฉพาะเจาะจง ส่วนการริบทรัพย์สินไม่รวมถึงการฟอกเงิน เพราะตัวทรัพย์สินไม่มีให้ริบ หรือทรัพย์สินนั้นได้แปรสภาพไปแล้ว ลักษณะของกฎหมายฟอกเงินจะครอบคลุมถึงการสืบข้อมูลการกระทำผิดประเภทอื่น ๆ ทั้งภาวะเศรษฐกิจ การเมือง อาชญากรรม หรือการฉ้อราษฎร์บังหลวง ไม่เพียงแต่การค้ายาเสพติดเท่านั้น ซึ่งจะเป็นผลดีต่อเศรษฐกิจในระยะยาว ในแง่ของการสร้างความถูกต้องมากขึ้น การสร้างความร่ำรวยแบบผิดกฎหมายจะมีน้อยลง การปิดเบือนต่าง ๆ จะลดน้อยลง ส่งผลให้การใช้และจัดสรรทรัพยากรในระบบเศรษฐกิจในทิศทางที่มีประโยชน์มากขึ้น

แม้ว่าการฟอกเงิน จะสืบสาวไปถึงที่มาของการกระทำผิดกฎหมายได้ยาก แต่ในกรณีที่ฟอกเงินผ่านระบบสถาบันการเงินนั้น ไม่ว่าเงินนั้นจะเปลี่ยนรูปแบบเป็นทรัพย์สิน หรือเพียงแต่โอนผ่านไปยังสถาบันการเงินอื่น ๆ การติดตามตัวเงินว่ามาจากที่ไหน และไปยังที่ไหน หรือเปลี่ยนรูปแบบอย่างไรโดยวิธีใด สามารถทำได้ โดยการติดตามจากเอกสารการฝาก การถอน การโอน หรือวิธีการโอนเงินโดยคำสั่งอื่น ๆ ในที่สุดก็จะทราบได้ว่าตัวเงินไปสิ้นสุดลง ณ ที่ใด หรือเปลี่ยนรูปแบบอย่างไร และการติดตามตัวเงินยังทำให้ทราบถึงตัวบุคคล ผู้เข้ามาเกี่ยวข้องกับตัว เพราะเจ้าของเงินที่แท้จริงต้องการปกปิดความเป็นเจ้าของ และต้นกำเนิดอันเป็นแหล่งที่มาของเงิน แต่ในขณะที่เดียวกันก็ต้องการควบคุมเงินนั้น ดังนั้นในที่สุด เงิน

ก็ต้องหมุนเวียนกลับไปสู่เจ้าของไม่ว่าจะเป็นไปในรูปแบบใดของทรัพย์สิน

3.4 องค์กรที่บังคับใช้กฎหมาย:

จะสังเกตได้ว่าลักษณะของกฎหมายเกี่ยวกับสถาบันการเงินจะมีท่านองเดียวกันคือ วางหลักเกณฑ์ให้สถาบันการเงินเหล่านั้นปฏิบัติตามในส่วนที่เกี่ยวกับการบริหาร การประกอบธุรกิจ และการดำรงเสถียรภาพของสถาบันการเงินเป็นสำคัญ หากฝ่าฝืนมีการกำหนดบทลงโทษในส่วนนี้ด้วย ซึ่งมีใช้เป็นส่วนของบทลงโทษความผิดในทางอาญาโดยตัวเอง ดังนั้นจึงทำให้กฎหมายในเรื่องนี้มีบทลงโทษเป็น 2 ส่วนคือ ในส่วนของการควบคุมกำกับดูแล และส่วนของความผิดทางอาญาที่กระทำเกี่ยวกับสถาบันการเงินนั้น ซึ่งในส่วนของการควบคุมกำกับดูแลนั้นเป็นเรื่องของการที่รัฐนำมาแทรกแซงในการกำหนดบทบาทหน้าที่ของสถาบันการเงินต่าง ๆ ให้ปฏิบัติถูกต้องภายในกรอบของกฎหมายเฉพาะที่รองรับไว้ ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้รัฐต้องกำหนดองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐขึ้น เพื่อตรวจสอบให้สถาบันการเงินมิให้ปฏิบัติฝ่าฝืนกฎหมาย เมื่อเป็นเช่นนี้องค์กรที่บังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับสถาบันการเงินจึงแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ

3.4.1 องค์กรควบคุมกำกับดูแลโดยฝ่ายบริหาร เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตาม กฎหมายเฉพาะที่บัญญัติไว้ได้แก่

- กระทรวงการคลัง โดยรัฐมนตรีกระทรวงการคลัง จะทำหน้าที่ควบคุมดูแลสถาบันการเงินต่าง ๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ โดยการมอบหมายให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นผู้ควบคุมการปฏิบัติของ สถาบันการเงินตามพระราชบัญญัติแต่ละ เรื่องอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีกระทรวงการคลัง เช่น การแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่และออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ ของพนักงานเจ้าหน้าที่ ออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียม กำหนดกิจการอื่นใดให้เป็นธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ หรือธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์และ

เงื่อนไขไว้ด้วยก็ได้ เป็นต้น

- ธนาคารแห่งประเทศไทย เป็นผู้รับมอบหมายจากรัฐมนตรีกระทรวงการคลังให้ตรวจสอบควบคุมสถาบันการเงินให้ปฏิบัติถูกต้องอย่างเคร่งครัด สามารถดำเนินฟองคคีสถาบันการเงินที่กระทำผิดทางเศรษฐกิจได้ มีอำนาจเรียกตรวจสอบรายงานต่าง ๆ จากสถาบันการเงิน โดยมีกฎหมายรองรับและให้อำนาจไว้ รวมทั้งมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติที่กำหนดไว้โดยเฉพาะนั้น เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย จะควบคุมธุรกิจเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ ทำการติดตามและตรวจสอบการกระทำผิดเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ และออกกฎเกณฑ์ในการที่บริษัทเอกชนทั่วไปต้องการเข้าเป็นสมาชิกตลาดหลักทรัพย์ แต่หลังจากมีพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แล้ว อำนาจหน้าที่ของตลาดหลักทรัพย์กระทรวงการคลังได้มอบให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์แทน

- คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เรียกอย่อ ๆ ว่า ก.ล.ต. ซึ่งทำหน้าที่ในการกำกับควบคุมการประกอบธุรกิจและดำเนินงานของสถาบันการเงินต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับธุรกิจหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ โดยมีสำนักงาน ก.ล.ต. เป็นองค์กรอิสระ ไม่ขึ้นกับกระทรวงการคลัง มีหน้าที่วางนโยบายในการส่งเสริมพัฒนาตลอดจนกำกับดูแลในเรื่องหลักทรัพย์ ธุรกิจหลักทรัพย์ องค์กรที่เกี่ยวข้องเนื่องกับธุรกิจหลักทรัพย์ การออกหรือเสนอขาย หลักทรัพย์ต่อประชาชน การเข้าครอบงำกิจการ การป้องกันความไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์

- สำนักหักบัญชี เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยตรงจากพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ 2535 จะเป็นศูนย์กลางในการให้บริการเพื่อประโยชน์ในการชำระราคาและส่งมอบหลักทรัพย์ที่ได้ซื้อขายกัน รวมทั้งมีศูนย์รับ

ฝากหลักทรัพย์ในการให้บริการก่อนและรับฝากหลักทรัพย์ด้วย

3.4.2 องค์การในกระบวนการยุติธรรม: ได้แก่ ตำรวจ อัยการ ศาล พนักงานบังคับคดีหน่วยงานเหล่านี้จะทำหน้าที่ดำเนินคดีเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นเป็นความเสียหายแล้ว โดยการปฏิบัติต่อผู้ที่กระทำผิดและนำมาลงโทษทางอาญา หน่วยงานที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งและประสบปัญหาหลายมากในการดำเนินคดีเกี่ยวกับสถาบันการเงินคือ กองสืบสวนสอบสวนคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนการกระทำผิดอาญาที่เกี่ยวกับภาษีอากร การเงินการธนาคาร และการบัญชี การค้าและการพาณิชย์ การคุ้มครองผู้บริโภคและสิ่งแวดล้อม รวมทั้งการกระทำผิดทางอาญาอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับความผิดดังกล่าวด้วย หลังจากพนักงานสืบสวนสอบสวนทำสำนวนคดี แล้วก็ส่งให้พนักงานอัยการดำเนินคดีในขั้นตอนของการพิจารณาในศาล ซึ่งทางสำนักงานอัยการก็ได้แบ่งส่วนงานให้เหมาะกับปัญหาโดยการแบ่งเป็นอัยการกองคดีเศรษฐกิจ ทำให้อัยการมีความรู้เฉพาะด้านนั้น ๆ มาเป็นผู้ดำเนินคดีได้อย่างยุติธรรมและสะดวกรวดเร็ว ส่วนศาลมิได้แบ่งเป็นกรณีตามประเภทของคดี เพียงแต่ศาลจะพิจารณาคัดสินคดีตามที่อัยการจะกำหนดประเด็นทางกฎหมาย ในแต่ละเรื่องนั้น ๆ ซึ่งอาจจะ เป็นประเด็นทางกฎหมายแพ่งหรืออาญา หรือกฎหมายล้มละลายก็ได้ จะเห็นว่าองค์การในกระบวนการยุติธรรมก็ได้มีการพัฒนาหน่วยงานให้เปลี่ยนแปลงไปตามปัญหาที่เกิดขึ้น ทั้งนี้เพื่อความรวดเร็วและยุติธรรมในการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ดังกล่าว ซึ่งตรงกับหลักการของต่างประเทศในการที่มองว่าอาชญากรรมทางเศรษฐกิจเป็นอาชญากรรมที่ต้องการเจ้าหน้าที่ผู้มีความรู้ความชำนาญ ในเรื่องนั้นโดยตรงมาปฏิบัติโดยเฉพาะ จึงได้แบ่งหน่วยงานให้มีการแยกประเภทของคดีอย่างชัดเจน ทำให้สะดวกในการดำเนินคดีดังเช่น กองสืบสวนสอบสวนคดีอาชญากรรมทาง เศรษฐกิจหรืออัยการกองคดี เศรษฐกิจ เป็นต้น

3.5 การแก้ไขความเสียหายจากความผิดเกี่ยวกับสถาบันการเงิน

โดยทั่ว ๆ ไป การแก้ไขความเสียหาย คือการดำเนินการให้ผู้กระทำ ความผิดชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย เพื่อทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นในทางแพ่ง โดยผู้เสียหายจะต้องดำเนินการฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งเอาเอง ซึ่งในบางครั้งผู้เสียหายก็ไม่สามารถดำเนินการได้ ดังนั้น ในความผิดอาญาบางประเภท คือ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ รัฐโดยพนักงานอัยการก็เข้าช่วยเหลือเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งให้แก่ผู้เสียหายด้วย เช่น ในคดีลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด กรรโชก ฉ้อโกง ยักยอก หรือรับของโจร เป็นต้น ซึ่งเป็นการช่วยเหลือเพิ่มเติมนอกจากการดำเนินคดีอาญาให้แล้ว แต่การแก้ไขความเสียหายในกรณีความผิดทางเศรษฐกิจนี้ โดยที่ความเสียหายเป็นจำนวนเงินสูง และมีประชาชนเป็นผู้เสียหายจำนวนมาก รัฐจึงต้องเข้าช่วยเหลือในด้านอื่น ๆ ด้วย เช่น เข้าดำเนินงานของธนาคาร หรือบริษัทเงินทุนที่กำลังจะล้ม เข้ายึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ที่สงสัยว่าจะกระทำความผิดไว้ก่อน แล้วฟ้องล้มละลายเพื่อเอาทรัพย์สินมาเฉลี่ยชดเชยคืนให้แก่ประชาชนผู้เสียหายต่อไปอีกด้วย

3.5.1 การแก้ไขความเสียหายในความผิดว่าด้วยการเงินการธนาคาร โดยที่ระบบการเงิน การธนาคาร เป็นสิ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจโดยตรง รัฐจึงวางมาตรการในการควบคุมดูแลระบบการเงินของบริษัทธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ เครดิตฟองซิเอร์และระบบธนาคารพาณิชย์อย่างรัดกุม โดยมีหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่ดูแล ตรวจสอบ และเข้าแทรกแซง ได้แก่ กระทรวงการคลัง ธนาคารแห่งประเทศไทย และตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์และพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522

สำหรับการแก้ไขปัญหาบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ และ เครดิตฟองซิเอร์ที่ประสบปัญหานั้นเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2527 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง และผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย ได้ร่วมกันแถลงถึงมาตรการที่กระทรวงการคลัง

จะดำเนินการเพื่อสร้างความเชื่อถือของประชาชนที่มีต่อบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ หลังจากประสบวิกฤตการณ์ที่ประชาชนไม่นำเงินมาฝาก และพากันถอนเงินมาก จนทำให้บริษัทเงินทุนขาดสภาพคล่อง ดังนั้นกระทรวงการคลังและธนาคารแห่งประเทศไทย จึงออกมาตรการเพิ่มเติม คือ บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ที่ต้องการรับความช่วยเหลือจะต้องโอนหุ้นให้กระทรวงการคลังอย่างน้อยร้อยละ 6.5 พร้อมกับให้อำนาจในการลงคะแนนของกรรมการบริหารด้วย เป็นการเปิดโอกาสให้ทางราชการได้เข้ามีส่วนเป็นเจ้าของ เพื่อจะได้สามารถจัดการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ได้ แต่เจ้าของบริษัทเดิมจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อภาระต่าง ๆ ของบริษัทเองด้วย ทางราชการจะเข้าดูแลผลประโยชน์ของประชาชนที่ถือตัวสัญญาเงินฝาก เพื่อให้มีการจ่ายดอกเบี้ยและผลตอบแทนเช่นเดิมเท่านั้น การที่ทางราชการเข้าไปให้ความช่วยเหลือในครั้งนี้ คงใช้เงินไม่มากนัก เพราะการโอนหุ้นไม่จำเป็นต้องใช้เงินซื้อ นอกจากนี้บริษัทต่าง ๆ ก็มีสภาพคล่องดีขึ้น และทรัพย์สินต่าง ๆ ได้โอนมาเป็นของบริษัทมากขึ้น ทางราชการหรือรัฐจะเข้ามีส่วนในการบริหารและควบคุมบริษัทอย่างใกล้ชิดมากขึ้น เมื่อบริษัทสามารถอยู่ได้อย่างมั่นคง รัฐจะขายหุ้นนั้นให้ตามเดิม และทั้งนี้ไม่น่าจะเบียดว่าด้วยการบัญชี และการเงินของรัฐวิสาหกิจมาใช้กับบริษัทเงินทุนและบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้ธนาคารแห่งประเทศไทย ได้ตกลงถึงมาตรการในการกำกับและตรวจสอบบรรดาบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ว่า ได้พยายามใช้วิธีตรวจสอบบัญชีลูกหนี้ของบริษัทซึ่งเป็นสิ่งใช้วัดความสามารถ และประเมินประสิทธิภาพในการบริหารงานของบริษัทแต่ละแห่งได้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ยังได้เร่งรัดจัดการระบบลูกหนี้ให้มีการชำระเงิน ตามปกติวิสัยของการประกอบการธุรกิจสถาบันการเงิน กล่าวคือ เมื่อรู้ว่ารายใดเป็นลูกหนี้ปลอม หรือเป็นลูกหนี้ที่มีผู้บริหารของบริษัทเข้าไปเกี่ยวข้องก็จะเชิญให้มาพบ และชี้แจงให้แก้ไขปัญห ซึ่งส่วนใหญ่ทุกบริษัทก็ให้ความร่วมมือด้วยดี บรรดาลูกหนี้ปลอมส่วนใหญ่จะเป็นบริษัทที่ถูกถอนใบอนุญาตไปแล้ว และทางธนาคารแห่งประเทศไทยได้ดำเนินการตามกฎหมาย โดยการส่งข้อกล่าวหาไปให้เจ้าพนักงานตำรวจดำเนินการตามกฎหมายต่อไป ผลจากการดำเนินการดังกล่าว

ทำให้ยอดเงินฝากเพิ่มขึ้น และสามารถหยุดการไหลของเงินทุนที่โอนหุ้นให้รัฐบาล โดยจะพิจารณาตามความจำเป็นทั้งตามกฎหมาย และการถือหุ้นที่เป็นกรรมสิทธิ์ของทางการ ซึ่งหากมีความจำเป็นแล้ว ธนาคารแห่งประเทศไทยพร้อมจะนำเงินเข้าช่วยเหลือทันที ส่วนบริษัทเงินทุนที่ขาดทุน ธนาคารแห่งประเทศไทยจะไม่ยอมให้มีการปันผล

หลังจากมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ 2522 และ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนหลักทรัพย์ พ.ศ.2522 ตามพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าว พ.ศ.2528 แล้ว ปรากฏว่า ตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยตกลงเพิ่มทุนเสริมสภาพคล่อง และให้ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์แก่บริษัทเงินทุนซึ่งมีปัญหาทางการเงิน และเข้าในโครงการ 4 เมษายน ซึ่งขอความช่วยเหลือแก่ธนาคารแห่งประเทศไทยนั้น ปรากฏว่ามีปัญหาในการปฏิบัติ เพราะหลังจากธนาคารแห่งประเทศไทยเข้าไปดูงานของบริษัทแล้ว บริษัทมีความเสียหายมาก ประกอบกับทางการเองบางครั้งก็ล่าช้า เพราะมีวุ่นวายไปเครื่องครัดหลักฐานต่าง ๆ มีผลให้การดำเนินธุรกิจชะงักงัน บริษัทฯ ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการมาก ผลก็คือฐานะทางการเงินเลวลง ธนาคารแห่งประเทศไทยจึงคิดให้กองทุนเข้าซื้อหนี้เสียออกมาบริหารเอง เมื่อหนี้ลอยตัวแล้ว สถาบันการเงินนั้นก็อยู่ได้ แต่ยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติ เช่นจำนวนเงินที่จะใช้ การประเมินราคาหนี้เหล่านั้น

สำหรับกรณีรัฐเข้าช่วยเหลือควบคุมธนาคารที่มีปัญหาในการบริหารงาน ปรากฏตามคำแถลงของธนาคารแห่งประเทศไทยเมื่อเดือนสิงหาคม 2527 ว่า ธนาคารเอเซียทรีสต์ประสบปัญหาทางการบริหาร และขาดสภาพคล่องทางการเงิน จนกระทั่งกระทรวงการคลังต้องเข้าไปถือหุ้นร้อยละ 51 นั้น กระทรวงการคลังได้พิจารณาหามาตรการในการบริหารให้สามารถดำเนินการต่อไปได้ จนกว่าจะอยู่ในสภาพที่มีกำไร และแก้ไขปัญหาขาดทุนสะสมจนหมดไปแล้วจะได้พิจารณาขายหุ้นให้แก่ธนาคารอื่น เพื่อหารายได้มาชดเชยกับการที่ต้องให้เงินช่วยเหลือธนาคารในระยะการแก้ปัญหา

ผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทยได้แถลงถึงวิธีการแก้ไขปัญหาว່ว่า ได้ให้กระทรวงการคลังเข้าถือหุ้นร้อยละ 51 และอีกร้อยละ 24 ของผู้ถือหุ้นเดิมจะต้องมอบสิทธิในการออกเสียงให้แก่กระทรวงการคลังเป็นเวลา 5 ปีด้วย เพื่อให้การปรับปรุงการบริหารงานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ทางราชการได้กำหนดให้ผู้ถือหุ้นเดิมต้องรับผิดชอบภาระหนี้สิน และหาทางช่วยกันแก้ไขปัญหาเก่าของธนาคารด้วย ในด้านเกี่ยวกับแหล่งที่มาของเงินทุน ซึ่งจะใช้ในการให้ความช่วยเหลือธนาคารเอเซียทรีสต์นั้น มีรายงานข่าวแจ้งว่า สมาคมธนาคารไทยจะร่วมมือกันออกเงินช่วยเหลือประมาณ 1,500 ล้านบาท และธนาคารออมสินจะให้เงินช่วยเหลืออีก 500 ล้านบาท ซึ่งเมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้วธนาคารแห่งประเทศไทยได้ตั้งกรรมการชุดใหม่เข้าบริหารงาน และได้เปลี่ยนชื่อจากธนาคารเอเซียทรีสต์เป็นธนาคารสยามด้วย

ธนาคารอีกแห่งหนึ่ง ซึ่งธนาคารแห่งประเทศไทยเข้าช่วยปรับปรุงกิจการคือ ธนาคารมหานคร ซึ่งธนาคารแห่งประเทศไทยได้แต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของธนาคารแห่งประเทศไทยให้ไปดำรงตำแหน่งกรรมการผู้จัดการใหญ่ และตำแหน่งอื่น ๆ และเตรียมการเพิ่มทุนในปี 2530 อีก 300 ล้านบาท โดยจะเอาเงินจากกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาสถาบันการเงินเข้าถือหุ้นเพื่อช่วยเหลือธนาคารนี้

3.5.2 การชดใช้ความเสียหายในความผิดฐานฉ้อโกงประชาชนและความผิดตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน

การชดใช้ความเสียหายในความผิดทั้งสองอย่างนี้ กฎหมายได้กำหนดไว้ 2 ประการด้วยกันคือ การเรียกทรัพย์สินคืนจากผู้กระทำความผิด และการฟ้องผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดพระราชบัญญัติการกู้ยืมเงิน ที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนให้เป็นบุคคลล้มละลาย

ก) การเรียกทรัพย์สินคืนจากผู้กระทำความผิด ในความผิดฐานฉ้อโกง

ประชาชน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 343 นั้น เมื่อพนักงานอัยการฟ้องคดีอาญา พนักงานอัยการมีอำนาจขอให้ศาลสั่งให้ผู้กระทำผิดคืน หรือใช้ราคาทรัพย์สินที่เสียหาย รวมไปถึงฟ้องคดีอาญาได้โดยไม่ต้องแยกฟ้องเป็นคดีแห่งต่างหาก และไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 43

ส่วนความผิดตามพระราชกำหนด การกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 นั้น เมื่อพนักงานอัยการได้ฟ้องคดีอาญาในความผิดตามพระราชกำหนดนี้แก่ผู้ใดแล้ว ถ้าผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้ให้กู้ยืมเงินร้องขอให้พนักงานอัยการมีอำนาจเรียกคืนเงินคืนให้แก่ผู้เสียหายได้ และจะเรียกผลประโยชน์ตอบแทนที่เป็นสิทธิอันชอบด้วยกฎหมาย เช่น ดอกเบี้ยตามกฎหมายให้แก่ผู้เสียหายด้วยก็ได้

จะเห็นได้ว่า ในความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน พนักงานอัยการมีเพียงสิทธิฟ้องให้ผู้กระทำความผิดคืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินที่ฉ้อโกงไปเท่านั้น แต่ถ้าเป็นความผิดตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน นอกจากเรียกเงินคืนคืนแล้ว ยังเรียกดอกเบี้ยตามกฎหมายได้ด้วย

แต่อย่างไรก็ดี การเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายดังกล่าวข้างต้นนี้ จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการฟ้องคดีอาญาแล้ว หรือทำไปพร้อมกับฟ้องคดีอาญา ซึ่งในบางครั้งก็ไม่ทันต่อเหตุการณ์ เพราะผู้กระทำผิดได้ยกย้ายชุกซ่อน หรือจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินไปเสียก่อนแล้ว ซึ่งจะเป็นเหตุให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการชดเชย เพื่อแก้ไขเหตุขัดข้องดังกล่าวนี้ พระราชกำหนดการกู้ยืมเงินอันเป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 จึงได้ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่สั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้กระทำผิดไว้ก่อนแล้วให้อำนาจพนักงานอัยการฟ้องผู้ต้องหา ในความผิดตามพระราชกำหนดฯ ให้เป็นบุคคลล้มละลายก่อนฟ้องคดีอาญาได้ด้วย

ข) การฟ้องล้มละลาย การฟ้องล้มละลายสำหรับผู้กระทำความผิด

ตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินอันเป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 นั้น อาจจะทำก่อนการฟ้องคดีอาญาก็ได้ คือ แม้ในชั้นผู้กระทำความผิดยังเป็นผู้ต้องหา คือ ยังมีได้ถูกฟ้องต่อศาล ก็อาจมีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ต้องหาไว้ก่อน แล้วจึงฟ้องล้มละลายได้

การยึดหรืออายัดทรัพย์สินก่อนฟ้องมีบัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่งพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินอันเป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 ว่า

"ถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่มีเหตุอันควรเชื่อว่า ผู้กู้ยืมเงินผู้ใดที่เป็นผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดตามมาตรา 4 หรือมาตรา 5 มีหนี้สินล้นพ้นตัวกฎหมายว่าด้วยการล้มละลาย หรือมีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้สิน และเห็นสมควรให้มีการดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นไว้ก่อน เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนผู้ให้กู้ยืมเงิน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่โดยอนุมัติของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจสั่งยึด หรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นไว้ก่อนได้ แต่จะยึดหรืออายัดทรัพย์สินไว้เกินกว่าเก้าสิบวันไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีที่มีการฟ้องต่อศาลตามมาตรา 9 หรือมาตรา 10 ให้คำสั่งยึดหรืออายัดดังกล่าวยังคงมีผลต่อไปจนกว่าศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น

เมื่อได้มีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ใดไว้ตามวรรคหนึ่ง หรือเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่มีเหตุอันควรเชื่อว่า ผู้กู้ยืมเงินที่เป็นผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดตามมาตรา 4 หรือมาตรา 5 มีหนี้สินล้นพ้นตัวตามกฎหมายว่าด้วยการล้มละลาย หรือมีสินทรัพย์ไม่พอชำระหนี้สินแต่ยังไม่สมควรสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ส่งเรื่องให้พนักงานอัยการ เพื่อพิจารณาคำเนินคดีล้มละลายต่อไปตามมาตรา 10

การยึดหรืออายัดทรัพย์สินตามวรรคหนึ่ง ให้นำบทบัญญัติตามประมวลรัษฎากรที่เกี่ยวกับการยึดหรืออายัดทรัพย์สินมาใช้บังคับโดยอนุโลม"

สำหรับการฟ้องคดีล้มละลาย พนักงานอัยการแม้จะมีได้เป็นเจ้าของนี้ก็มีอำนาจฟ้องผู้ต้องหาว่า กระทำความผิดตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 ให้เป็นบุคคลล้มละลายเพื่อเอาทรัพย์สินมาเฉลี่ยชดเชยให้แก่ประชาชนผู้ให้กู้ยืมเงินได้ตามมาตรา 10 ซึ่งบัญญัติว่า

" เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนผู้ให้กู้ยืมเงิน ให้พนักงานอัยการมีอำนาจฟ้องกู้ยืมเงินเป็นผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดตามมาตรา 4 หรือมาตรา 5 เป็นบุคคลล้มละลายได้ เมื่อ

- (1) เป็นผู้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือมีสินทรัพย์ไม่พอชำระหนี้สินได้
- (2) เป็นหนี้ผู้ให้กู้ยืมเงินรายหนึ่งหรือหลายรายเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งแสนบาท และ
- (3) หนี้้นั้นอาจกำหนดจำนวนได้โดยแน่นอน ไม่ว่าหนี้้นั้นจะถึงกำหนดชำระโดยพลันหรือในอนาคตก็ตาม

การฟ้องคดีล้มละลายตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปตามกฎหมายว่าด้วยการล้มละลาย โดยให้ถือว่า พนักงานอัยการมีฐานะและสิทธิหน้าที่เสมือนเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ และให้ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียม ค่าฤชาธรรมเนียม หรือการต้องวางเงินประกันต่าง ๆ ตามกฎหมายดังกล่าว

ในการพิจารณาคดีล้มละลาย ถ้าศาลพิจารณาได้ความจริงตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้เด็ดขาด

ในการพิพากษาคดีล้มละลายตามมาตรา นี้ ให้ศาลมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับส่วนแบ่งทรัพย์สินเจ้าหนี้ ในลำดับ 8 ของมาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายพุทธศักราช 2483 เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย โดยให้คำนึงถึงผลประโยชน์ตอบแทน ที่เจ้าหนี้ผู้ให้กู้ยืมเงินแต่ละรายได้รับมาแล้ว

ก่อนมีการดำเนินคดีล้มละลายประกอบด้วย

3.6 มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศที่มีบทบาทต่อการกำหนดมาตรการทางกฎหมายไทยในปัจจุบัน

3.6.1 มาตรการควบคุมกำกับดูแลบริษัทเงินทุนในต่างประเทศ

ก.) ประเทศสหรัฐอเมริกา:

บริษัทเงินทุนในสหรัฐอเมริกาสามารถแบ่งตามลักษณะของผู้กู้ และวิธีดำเนินงานได้เป็น 3 ประเภท ซึ่งระดับความเสี่ยงของบริษัทเงินทุนแต่ละประเภทจะไม่เท่ากัน ฉะนั้นรัฐบาลจึงต้องวางแนวการควบคุมบริษัทเงินทุนประเภทต่าง ๆ ตามขอบเขตของการดำเนินงานและความเสี่ยงของบริษัทเงินทุนนั้น ๆ การควบคุมการดำเนินงานของบริษัทเงินทุนแต่ละประเภทในแต่ละรัฐจะแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละรัฐว่าจะใช้มาตรการอะไรในการควบคุมบริษัทเงินทุน อย่างไรก็ตามบริษัทเงินทุนที่เห็นว่ามีความเสี่ยงสูง แต่รัฐบาลไม่มีมาตรการควบคุมบริษัทเงินทุนประเภทนี้ จะทำให้มีผลกระทบกระเทือนต่อนโยบายการเงินของประเทศเป็นส่วนรวมได้ ฉะนั้น Federal Reserve จึงออกกฎหมายใช้ควบคุมบริษัทเงินทุนประเภทนี้ในทุก ๆ รัฐเหมือนกันหมด เป็นการช่วยแก้ไขปัญหบางประการแก่รัฐที่ไม่มีกฎหมายลักษณะนี้มาก่อน ดังนี้จึงพิจารณาลักษณะการควบคุมบริษัทเงินทุนแยกตามประเภทของลักษณะการดำเนินงาน 3 ประเภทคือ

1) บริษัทเงินทุนเพื่อการพาณิชย์:

จะประกอบธุรกิจให้กู้ยืมเงินแก่ธุรกิจทั่วไป ซึ่งแยกตามลักษณะของหลักทรัพย์ที่นำมาค้ำประกันเงินกู้ ฉะนั้นการควบคุมบริษัทเงินทุนประเภทนี้ ส่วนใหญ่เป็นไปตามลักษณะทั่วไปของวิธีการกู้ยืมนั้น ๆ ซึ่งในแต่ละรัฐอาจกำหนดมาตรการ

แตกต่างกันไป เช่น ออกกฎหมาย²⁶ Factor's lien ซึ่งระบุถึงสิทธิเรียกร้องของผู้ให้กู้โดยวิธีการกู้แต่ละประเภทว่ามีแค่ไหน นอกจากนี้ยังมีกฎหมาย Uniform Warehouse Receipt Act กำหนดแบบฟอร์มและข้อความต่าง ๆ ตลอดจนสิทธิเรียกร้องของบุคคลที่เกี่ยวข้องในสินค้า หรือใบรับของคลังสินค้า การให้กู้แบบ Stock Loan คือผู้กู้นำเงินไปลงทุนในหลักทรัพย์ โดยมีตัวหลักทรัพย์ที่ผู้กู้ถืออยู่เป็นประกันก็มีกฎหมาย²⁷ The Securities Exchange Act 1934 โดยกำหนดวงเงินสินเชื่อสำหรับการซื้อหลักทรัพย์แต่ละประเภทในตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น

2) บริษัทเงินทุนเพื่อการจัดจำหน่าย:

บริษัทเงินทุนประเภทนี้ลักษณะ และขอบเขตการดำเนินงานจะอิสระปราศจากข้อบังคับมาจากรัฐบาลกลางของอเมริกา มักดำเนินธุรกิจในการให้กู้ยืมผู้บริโภคในการซื้อรถยนต์ ระยะเวลาผ่อนชำระค่อนข้างยาว Federal Reserve จะทำการตรวจลักษณะให้กู้ยืม โดยขอร้องให้บริษัทเงินทุนรายงานข้อมูลเกี่ยวกับการให้กู้ยืมประเภทนี้ เพื่อดูความเสี่ยงในการให้กู้ยืมแต่ละราย จะทำให้ทราบได้ว่าฐานะการเงินของบริษัทมีความมั่นคงเพียงใด นอกจากนี้บริษัทเงินทุนนี้ยังสามารถจัดตั้งสาขาได้โดยไม่ถูกจำกัดขอบเขตจากกฎหมายรัฐหรือประเทศ

3) บริษัทเงินทุนเพื่อการบริโภค:

²⁶Gilber W.Cooke, Charles L.jPrather, Fredereck Eo casa Douglas H Bellemove, Financial Institution, Their Role in the ammerican Economy (New York, Siman. Boardman Puplishing Gorp. 1962) p.185

²⁷Benjamin Haggott Bickhant, Banking System (india) The Time of India Pren Co., 1967) p.70

จะดำเนินการให้สินเชื่อบุคคลทั่วไป (Personal Loan) โดยไม่มีหลักทรัพย์ค้ำประกัน มีวิธีการง่าย สะดวกกว่าการกู้ยืมประเภทอื่น ความเสี่ยงการให้กู้ยืมสูง ดอกเบี้ยสูง แต่ละรัฐจึงออกกฎหมายและข้อกำหนดต่าง ๆ เพื่อควบคุมลักษณะการดำเนินงานของบริษัทเงินทุนนี้ เช่น กำหนดวงเงินสินเชื่อสูงสุด กำหนดอัตราดอกเบี้ยสูงสุด ควบคุมการอนุมัติจัดตั้งสาขาของบริษัทเงินทุนประเภทนี้ และในปี 1969 รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมาย²⁸ "The Consumer Protection Act" หรือ "Truth in lending" ให้เป็น Uniform Code เพื่อบังคับใช้แก่บริษัทเงินทุนนี้ในทุกรัฐ ให้เหมือนกันหมด วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่มาขอกู้จากบริษัทเงินทุน ควบคุมการปล่อยสินเชื่อของบริษัทเงินทุน ข้อกำหนดที่สำคัญของกฎหมาย "The consumer Protection Act" ได้แก่

ก. บริษัทเงินทุนเพื่อการบริโภคจะจัดตั้งได้ ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อน

ข. กำหนดจำนวนเงินทุนขั้นต่ำ เพื่อเป็นหลักประกันฐานการเงินของกิจการ และต้องเปิดเผยอัตราดอกเบี้ยที่แท้จริงในการคิดจากลูกค้าด้วย

ค. ต้องกำหนดสถานที่ทำการของบริษัทให้เป็นหลักแหล่งแน่นอน

ง. ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัททุกปี

ข.) ประเทศฮ่องกง:

บริษัทเงินทุนจัดตั้งขึ้น โดยแรงกระตุ้นของผู้จำหน่ายสินค้าอุปโภคบริโภคถาวร ซึ่งต้องการปรับปรุงการอำนวยความสะดวก ในการให้บริการสินเชื่อแก่ผู้ซื้อ

²⁸Finance Companies And "Trust" Act, Uniform Code.

"Banker Marthly Vol. 86 (April 1969) p.26-31

ธนาคารพาณิชย์หลายแห่งจึงเริ่มตั้งบริษัทเงินทุนของตนขึ้นต่างหาก เพื่อให้สินเชื่อ โดยเฉพาะสินเชื่อเพื่อการเช่าซื้อรถยนต์ ซึ่งทำกำไรสูง และมีอิสระในการดำเนินงาน บริษัทเงินทุนในฮ่องกง แบ่งเป็น 2 ประเภทตามลักษณะการประกอบธุรกิจ ที่ได้รับอนุญาตโดยกฎหมาย คือ

1. บริษัทเงินทุนที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการธนาคาร ส่วนใหญ่จะเป็นบริษัทในเครือ บริษัทเงินทุนประเภทนี้สามารถประกอบธุรกิจฝากเงินจากประชาชนได้ เฉพาะฝากประจำเท่านั้น เพื่อไม่ให้เป็นการแข่งขันกับธนาคารแม่ของตนในการรับฝากเงิน นอกจากนี้เงินทุนในการดำเนินการส่วนใหญ่ จะมาจากเงินฝากของประชาชนและจากทุนของบริษัทแม่คือ ธนาคารพาณิชย์เอง

2. บริษัทเงินทุนที่ไม่ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการธนาคาร ส่วนใหญ่จะตั้งขึ้นโดยเอกชน ไม่สามารถรับฝากเงินจากประชาชนได้ แหล่งเงินทุนของกิจการจึงได้จากการกู้ยืมธนาคารพาณิชย์

เนื่องจากรัฐบาลฮ่องกงมีนโยบาย ส่งเสริมการประกอบธุรกิจเงินทุนอย่างเสรี จึงไม่พยายามมีบทบาทในการควบคุมดูแลการดำเนินงานของธุรกิจประเภทนี้ จะควบคุมเฉพาะการจัดตั้งบริษัทให้ถูกต้อง และมีรายงานต่าง ๆ ตามที่กฎหมายว่าด้วยบริษัทจำกัดกำหนดไว้ แต่ในกรณีบริษัทเงินทุนที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ได้ ต้องดำเนินงานภายใต้ข้อกำหนดธนาคารพาณิชย์ด้วย

ค.) ประเทศสิงคโปร์:

ลักษณะสำคัญของบริษัทเงินทุน คือการให้เช่าซื้อสินค้าชนิดต่าง ๆ แบ่งประเภทของบริษัทเงินทุนออกเป็น

1. บริษัทเงินทุนที่มีธนาคารเกี่ยวข้อง (Bank Related Finance) จะมีฐานะการเงินดี เพราะได้ทุนส่วนใหญ่จากธนาคารแม่และธนาคารพาณิชย์ตั้ง

กล่าวจะ เป็นผู้กำกับหุ้นทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ในบริษัท

2. บริษัทเงินทุนอิสระ (Independent Finance Companies)
จัดตั้งโดยเอกชน ฐานการเงินไม่ค้ำยดี

อย่างไรก็ตาม บริษัททั้ง 2 ประเภทสามารถรับฝากเงินจากประชาชน โดยทั่วไปได้ บริษัทเงินทุนมีการแข่งขันกันมากในด้านการรับฝากเงินจากประชาชน รัฐบาลจึง เห็นว่าควรมีการควบคุมบริษัทโดยการออกกฎหมาย ลักษณะเฉพาะว่า ด้วย "บริษัทเงินทุน"²⁰ (Finance Companies Act) เพื่อควบคุมการจัดตั้ง ของบริษัทเงินทุนที่จะดำเนินธุรกิจเงินทุนได้ต้องรับอนุญาตจาก Monetary Authority ของสิงคโปร์ก่อน ตลอดจนดูแลควบคุมด้านการเงิน ความมั่นคงดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพ สำหรับธุรกิจเพื่อการเข้าซื้อ ให้นำกฎหมายว่าด้วยการเข้าซื้อ มาบังคับกับบริษัทด้วย ด้านการตรวจสอบการดำเนินงาน รัฐมนตรีกระทรวงการคลังของสิงคโปร์ได้ตั้ง "กรมการ" มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบสมุดบัญชี ผลการดำเนินงานของบริษัทเงินทุนทุกปี

เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายไทยแล้วจะเห็นว่า มาตรการควบคุมกำกับดูแลบริษัทเงินทุนของต่างประเทศ จะควบคุมกำกับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรายละเอียดของธุรกิจด้วย เช่น กำหนดแบบฟอร์มของสัญญาต่าง ๆ และแยกพิจารณารายละเอียดเงื่อนไขการปล่อยสินเชื่อเป็นประเภท รวมทั้งมีบทบัญญัติเฉพาะไว้กับการให้สินเชื่อบางประเภทด้วย ส่วนกฎหมายไทยรัฐจะให้ เป็นดุลพินิจของบริษัท

²⁰"Finance Companies Act" Republic of Singapore
Edition of 1970

เงินทุนที่จะวางรูปแบบกฎเกณฑ์ ในการทำธุรกิจของตน ไม่มีบทบัญญัติเฉพาะควบคุมโดยตรง

3.6.2 มาตรการป้องกันการเข้าครอบงำบริษัท

การเทคโอเวอร์ (Take overs) หมายความว่า การเข้าไปครอบงำ อำนาจบริหารของบริษัทเป้าหมาย ซึ่งอาจเกิดขึ้นโดยการทำสัญญาระหว่างผู้ที่จะเข้าทำการครอบงำบริษัทและกรรมการผู้มีอำนาจจัดการของบริษัทเป้าหมาย หรือโดยการซื้อหุ้นจากตลาดหลักทรัพย์

การเทคโอเวอร์ได้เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในสหรัฐอเมริกา มาตั้งแต่ระหว่างปี ค.ศ. 1960-1980 และมีขึ้นในปริมาณเพิ่มขึ้นสูงสุดในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1984-1987 หลังจากนั้นปริมาณของการเทคโอเวอร์ลดลง เนื่องมาจากการที่มลรัฐต่าง ๆ ออกกฎหมายป้องกันการเทคโอเวอร์ (State anti-takeover laws)

3.6.2.1 กฎหมายป้องกันการเข้าครอบงำบริษัท

เนื่องจากผลกระทบของการเทคโอเวอร์ มลรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายป้องกันการเทคโอเวอร์ (State anti-takeover laws) เพื่อคุ้มครองบริษัทต่าง ๆ ในรัฐจากการถูกรับเข้าครอบงำ กฎหมายนี้มีรูปแบบและวิธีการที่แตกต่างกันออกไป เช่น

ก) กฎหมายควบคุมการได้มาซึ่งหุ้น (Control Share Acquisition Laws)

หลักการของกฎหมายควบคุมการได้มาซึ่งหุ้น ในมลรัฐอินเดียนากำหนดไว้ว่า ถ้าหากผู้ซื้อหุ้นได้เป็นเจ้าของหุ้นเกินกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ เช่น 20%, 33.33% หรือ 50% ผู้ซื้อหุ้นจะไม่สามารถรับอนุญาตให้ลงคะแนนเสียงในหุ้นใหม่ที่ได้รับนอกจากผู้ถือหุ้นอื่น (ยกเว้นผู้ถือหุ้นที่มีผลประโยชน์ร่วมและกรรมการบริษัท) จะลง

คะแนนเสียงในที่ประชุมพิเศษ ผู้ถือหุ้นให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นจำนวนดังกล่าวในการออกเสียงลงคะแนน

ข) กฎหมายว่าด้วยการรวมตัวทางธุรกิจ (Business Combination Laws)

ห้ามผู้เข้าซื้อหุ้นเข้าเกี่ยวพันในการดำเนินกิจการในการรวมตัวทางธุรกิจไม่ว่าในรูปแบบใดในช่วงระยะเวลาที่กำหนดไว้ (มลรัฐ New York กำหนดห้าม 5 ปี และมลรัฐเดลาแวร์ 3 ปี) นอกจากได้รับความเห็นชอบจากกรรมการของบริษัทเป้าหมายก่อนที่ผู้ซื้อหุ้นเป็นเจ้าของหุ้นในจำนวนที่เกินกว่าที่บริษัทได้กำหนดไว้

ความหมายของคำว่า "การรวมตัวทางธุรกิจ" ที่ใช้ในมลรัฐต่าง ๆ นี้ มีความหมายครอบคลุมไปถึงการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของบริษัทในทุกรูปแบบ และ/หรือการจัดการทางด้านทรัพย์สิน ซึ่งอาจมีแผนการที่จะนำทรัพย์สินของบริษัทเป้าหมายออกจำหน่ายเมื่อสามารถเข้าไปควบคุมการจัดการในบริษัทนั้นได้

ความแตกต่างในข้อสำคัญของกฎหมายว่าด้วยการรวมตัวทางธุรกิจและกฎหมายควบคุมการได้มาซึ่งหุ้นอยู่ที่กฎหมายว่าด้วยการรวมตัวทางธุรกิจไม่ได้กำหนดเงื่อนไข อัตราส่วนในการได้มาซึ่งหุ้นหรือสิทธิในการลงคะแนนเสียงโดยได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้น แต่กฎหมายว่าด้วยการรวมตัวทางธุรกิจได้จำกัดการเข้าควบคุมการบริหารงานของบริษัทของผู้ถือหุ้นในบริษัทเป้าหมาย ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อห้ามของกฎหมายฉบับนี้ไม่มีผลโดยตรงในการแทรกแซงเข้าไปถึงการเคลื่อนไหวของตลาดหุ้นแต่อย่างใด

ค) พ.ร.บ. รัฐสภาสูงสุด เพนซิลวาเนีย 1310 (Pennsylvania Senate Bill 1310)

กฎหมายป้องกันการเทคโอเวอร์ฉบับล่าสุดที่มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 27

เมษายน ค.ศ. 1990 คือ พ.ร.บ. รัฐสภาสูงเพนซิลวาเนีย 1310 (Pennsylvania Senate bill 1310) พ.ร.บ. ฉบับนี้ได้รับการพิจารณาว่าเป็นกฎหมายป้องกันการเทคโอเวอร์ที่รุนแรงที่สุดของสหรัฐอเมริกา ประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการที่ทำให้ความพยายามทำ hostile takeovers เป็นไปได้ด้วยความลำบากมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ

ประการแรก ได้กำหนดการเข้าควบคุมการได้มาซึ่งหุ้นโดยระบุให้ผู้ที่ได้มาซึ่งหุ้น หรือได้รับมอบฉันทะให้ลงคะแนนเสียงในหุ้นได้อย่างน้อยที่สุดไม่ต่ำกว่า 20% ของหุ้นทั้งหมดของบริษัทต้องขอความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ที่ไม่มีผลประโยชน์ร่วมเพื่อให้ได้รับสิทธิในการออกเสียงลงคะแนน อนึ่ง ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ผู้ถือหุ้นซึ่งถือหุ้นมาได้เพียงไม่เกิน 12 เดือนก่อนการประชุมขอความเห็นชอบ จะไม่มีสิทธิลงคะแนนเสียงเพื่อรับรองสิทธิในการลงคะแนนเสียงแก่ผู้เข้าซื้อหุ้นดังกล่าว

ประการต่อมา คือ การให้อำนาจอย่างกว้างขวางแก่กรรมการของบริษัทในการพิจารณาต่อรองกับผู้ทำการเข้าเทคโอเวอร์ โดยให้กรรมการเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาซึ่งนำหนักถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นของบริษัท รวมทั้งลูกจ้างลูกค้า และผู้ที่เกี่ยวข้องกับบริษัท และให้ทำหน้าที่ตัดสินใจใช้มาตรการต่อต้านอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อทำให้การเสนอเข้าเทคโอเวอร์ตกไป³⁰

ประการสุดท้าย ได้แก่ บทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่ขายหุ้นของบริษัท

³⁰บริษัทสมัยใหม่ในสหรัฐอเมริกามีลักษณะประการหนึ่งคือ ผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกัน (จึงต่างกับโครงสร้างของบริษัทในประเทศไทย ซึ่งปรากฏว่าผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัทก็คือเจ้าของบริษัท และโดยทั่วไปจะเป็นผู้กุมอำนาจบริหารบริษัทด้วย)

ภายในระยะเวลา 18 เดือนของการมีการพยายามเข้าครอบงำบริษัท คั้นผลกำไรทั้งหมดที่ได้รับจากการขายหุ้นให้แก่บริษัท ซึ่งเรียกกันทั่วไปว่า "บทบังคับคืนกำไร" ("disgorgement" provision) บทบัญญัตินี้ใช้บังคับแก่ผู้ถือหุ้นภายนอกทุกรายที่แสดงเข้าควบคุมหุ้นของบริษัทอย่างต่ำตั้งแต่ 20% ขึ้นไป หรือผู้ได้รับมอบฉันทะให้ลงคะแนนเสียงได้อย่างน้อยตั้งแต่ 20% ขึ้นไป โดยไม่คำนึงว่าการพยายามเข้า Takeover นั้นจะสำเร็จหรือไม่

3.6.2.2 มาตรการป้องกันการเข้าครอบงำบริษัท

นอกจากมลรัฐต่าง ๆ ได้ผลักดันกฎหมายป้องกันการเทคโอเวอร์ออกมาแล้ว ผู้บริหารของบริษัทที่ตกเป็นเป้าหมายของการ Takeover ก็ได้แสวงหามาตรการต่าง ๆ มาต่อต้านการถูกเข้าครอบงำกิจการ (Takeover Defense) อย่างเช่น

ก) การผลักดันเปลี่ยนเข้ารับการคัดเลือกเป็นคณะกรรมการ (Staggered Board Elections)

หมายความถึงการตั้งข้อกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่า กรรมการบริษัทถูกแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม โดยมีเพียงกลุ่มเดียวเท่านั้นที่จะผลัดเปลี่ยนกันเข้ารับการคัดเลือกมาดำรงตำแหน่งในแต่ละปี เช่นนี้ทำให้ผู้เข้ามาครอบงำบริษัทต้องประสบกับความลำบากมากขึ้นในการที่จะเข้าควบคุมอำนาจบริหารของบริษัทได้ทันที

ข) การกำหนดอัตราส่วนผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนสูง เพื่อให้ความเห็นชอบ (Supermajority Provision)

คือ การกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท บังคับว่าอัตราส่วนของหุ้นในการให้ความเห็นชอบกับการรวมกันของบริษัท โดยทั่วไปจะให้สูงถึง 80% ผู้จะเข้าครอบงำบริษัท จึงถูกบังคับให้ต้องกว้านซื้อหุ้นในอัตราที่สูงมากจึงจะมีโอกาสที่จะเข้าไปมีอำนาจควบคุมการบริหารงานของบริษัทเป้าหมายที่มีมาตรการป้องกันดังกล่าว

ค) การวางยา (Poison Pills)

ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายในการป้องกันการเทคโอเวอร์บริษัทมหาชนขนาดใหญ่

"การวางยา" (Poison Pills) เป็นยุทธวิธีที่ค่อนข้างสลับซับซ้อนซึ่งมีความมุ่งหมายที่จะทำให้การได้มาซึ่งกิจการของบริษัทเป้าหมายมีค่าใช้จ่ายสูง กล่าวคือ เมื่อมีความจำเป็น บริษัทจะให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทถือหุ้นของบริษัทในราคาซึ่งกรรมการเห็นว่า เพื่อผลประโยชน์ในระยะยาวของบริษัท โดยจะออกใบสำคัญแสดงสิทธิ ซึ่งอยู่ในลักษณะเป็นการปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นของบริษัท สิทธิพิเศษของผู้ถือหุ้นในการถือหุ้นในราคาพิเศษดังกล่าว จะเกิดขึ้นเมื่อมีผู้พยายามเข้าครอบงำกิจการบริษัท เมื่อดำเนินการควบคุมบริษัทเข้ากับบริษัทอื่น ยุทธวิธี Poison Pills นี้ทำให้สิทธิผู้ถือหุ้นถือหุ้นในราคาพิเศษ และมีผลทำให้ราคาหุ้นของผู้เข้าครอบงำบริษัท มีราคาถูกลงเป็น 2 เท่า ของราคาหุ้นที่ผู้ถือหุ้นเดิมสามารถจะซื้อได้ในราคาที่กรรมการบริษัทกำหนดไว้ ยุทธวิธีนี้ทำให้ผู้ที่พยายามทำการเทคโอเวอร์ หรือควบบริษัทอื่น เข้ากับบริษัทเป้าหมายมีความหวาดกลัวต่อการสูญเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากและแน่นอน จึงเป็นวิธีที่ได้ผลต่อการป้องกัน

ในขณะที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายฉบับใดให้ความคุ้มครองบริษัทเป้าหมายในการถูกเข้าครอบงำกิจการโดยตรง เมื่อพิจารณาตาม ป.พ.พ. ว่าด้วยกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท และ พ.ร.บ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บริษัทเป้าหมายอาจวางมาตรการในการป้องกัน การเข้าครอบงำกิจการโดยกำหนดวิธีการต่าง ๆ ไว้ในข้อบังคับของบริษัทได้ดังต่อไปนี้คือ

- ก. ระบุในเรื่องการห้ามโอน
- ข. ระบุต้องให้ได้คะแนนเสียงสูงมาก เพื่อให้มีอำนาจบริหารงานบริษัท
- ค. การกำหนดในข้อบังคับบริษัทให้นำมาตรการการปลดเปลี่ยนเข้ารับการคัดเลือกเป็นคณะกรรมการมาดำรงตำแหน่งในแต่ละปี

จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายป้องกันการเข้าครอบงำกิจ

การโดยตรง ซึ่งขณะนี้อยู่ในขั้นตอนของการพิจารณาว่า ควรจะมีกฎหมายและมาตรการอย่างไร ในการควบคุมการเข้าครอบงำกิจการอย่างไรเนื่องจาก เศรษฐกิจและตลาดทุนของไทยกำลังเจริญเติบโต แต่กฎระเบียบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การส่งเสริม หรือควบคุมความเคลื่อนไหวในการลงทุน อาจมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม เพราะจากสถิติการเคลื่อนไหวของการ Takeover ในตลาด จะลดลง ส่งผลให้การส่งเสริม การลงทุนในตลาดทุนลดลงไปด้วย

3.6.3 มาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน³¹

การฟอกเงินเป็นปัญหาทั้งระดับชาติและระดับระหว่างประเทศจึงได้มีการร่วมมือจัดการประชุมต่าง ๆ ดังนี้

3.6.3.1 มาตรการความร่วมมือเพื่อสกัดกั้นการฟอกเงินระหว่างประเทศ ตั้งแต่ปี 2531 เป็นต้นมา หน่วยงานระหว่างประเทศได้เสนอมาตรการหรือเครื่องมือเพื่อเรียกร้องให้ประเทศต่าง ๆ ดำเนินการป้องกันมิให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินถูกนำไปใช้ในการฟอกเงิน ความตกลงของกลุ่มต่าง ๆ มีหลักการเบื้องต้น ได้แก่

1) EC COUNCIL DIRECTIVE

การป้องกันการใช้ระบบการเงินของยุโรปเพื่อการฟอกเงิน กลุ่มประชาคมยุโรปหรือ EC เห็นควรกำหนดหลักการสำคัญ 2 ประการคือ การกำหนดให้การฟอกเงินเป็นความผิดอาญาโดยได้ให้คำนิยามของการฟอกเงินว่า "หมายความว่า การเปลี่ยนสภาพรายได้ที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม" นอกจากนี้

³¹ ศูนย์บริการข้อมูลและกฎหมาย, การป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน, เอกสารเผยแพร่ลำดับที่ 1, สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, สิงหาคม 2537.

เห็นควรวีให้มีการร่วมมือระหว่างประเทศภาคี EC ในการสืบสวนและฟ้องคดีผู้กระทำการฟอกเงินด้วย รวมทั้งยังเห็นความจำเป็นที่จะต้องให้สถาบันการเงินมีหน้าที่ในการทำให้ลูกค้าต้องแสดงตน (identification) เมื่อเริ่มมีความเกี่ยวข้องกับทางธุรกิจกัน ในกรณีที่ลูกค้ากระทำการในนามของผู้อื่นสถาบันการเงินจะต้องใช้มาตรการที่มีเหตุผลเพื่อให้มีการแสดงตนของผู้ซึ่งถูกอ้างว่าเงินนั้นได้โอนในนามของตน

2) COUNCIL OF EUROPE CONVENTION

อนุสัญญานี้กำหนดให้ประเทศภาคีต้องกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นสำหรับการสืบสวนสอบสวนและริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม และต้องกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นเพื่อให้สถาบันการเงินส่งมอบบันทึกทางการเงินเมื่อมีกรณีสงสัยว่ามีการฟอกเงินเกิดขึ้นนอกจากนี้การมีกฎหมายเกี่ยวกับความลับทางธนาคารไม่ควรนำมาอ้างเป็นเหตุผลในการปฏิเสธการปฏิบัติตามมาตรการต่าง ๆ ดังกล่าว

3) อนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ.1988 (Vienna Convention : United Nations Vienna Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances)

ข้อสัญญาเวียนนาได้ก่อตั้งขึ้น ณ กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม 2531 เพื่อต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติด ซึ่งรวมถึงการฟอกเงินผิดกฎหมายถือเป็นความผิดทางอาญา

(1) กำหนดข้อบังคับให้การฟอกเงินผิดกฎหมายถือเป็นความผิดทางอาญา

(2) สนับสนุนการร่วมมือระดับนานาชาติประเทศ เพื่อให้การสืบสวนเป็นไปโดยสะดวก

- (3) กำหนดให้สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันได้
- (4) กำหนดหลักการที่จะสนับสนุนการร่วมมือในการสืบสวน
- (5) กำหนดให้ประเทศต่าง ๆ ดำเนินการให้การรักษาความลับให้ลูกค้าของธนาคารไม่เป็นอุปสรรคต่อการสืบสวนคดีอาชญากรรม

อนุสัญญาฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 11 ธันวาคม 2533 ปัจจุบันมี 83 ประเทศ

4) ข้อกำหนดแนวทางของบาเซล [Basel Statement of Principles : Statement of Principles of the Basel Committee on Banking Regulations and Supervisory Practices]

ข้อกำหนดแนวทางของบาเซลกำหนดขึ้นเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 2531 ซึ่งได้กำหนดหลักในการต่อต้านการใช้ระบบธนาคารเพื่อฟอกเงินผิดกฎหมายไว้ ดังนี้

- (1) การให้ลูกค้าแสดงตนที่แท้จริง
- (2) การปฏิบัติตามกฎหมาย และกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจทางการเงิน และการปฏิเสธที่จะทำธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการฟอกเงิน
- (3) การให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ผู้รักษากฎหมาย โดยให้ข้อมูลของลูกค้าเท่าที่จะทำได้ ตามกฎเกณฑ์ที่มีอยู่

5) รายงานของ Financial Action Task Force (FATF)

FATF เป็นโครงการความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อต่อต้านการฟอกเงินผ่านทางสถาบันทางการเงินต่าง ๆ FATF เกิดจากการประชุมสุดยอดทางเศรษฐกิจของกลุ่มประเทศอุตสาหกรรม 7 ประเทศ หรือกลุ่ม G7 เมื่อเดือนกรกฎาคม 2532 ที่ประชุมได้มีมติจัดตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจเพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องการฟอกเงินโดยเฉพาะมีชื่อว่า Financial Action Task Force [FATF] ซึ่ง FATF ได้ประกาศรายงานตนอย่างเป็นทางการเมื่อเดือนเมษายน 2533 FATF มีหลัก

การสอดคล้องกับอนุสัญญาสหประชาชาติ

(1) การลงโทษการฟอกเงินผิดกฎหมาย

ประเทศสมาชิกของ FATF มีข้อกำหนดลงโทษการฟอกเงินผิดกฎหมายแตกต่างกันไป บางประเทศที่เอาผิดเฉพาะการกระทำโดยเจตนา บางประเทศเอาผิดกรณีที่ละเลยและไม่เจตนาด้วยทั้งนี้ บทลงโทษมีตั้งแต่การปรับ การจำคุกไม่เกิน 20 ปี และการห้ามไม่ให้ประกอบอาชีพบางประเภท

(2) การยึดและอายัดทรัพย์สิน

ประเทศสมาชิกของ FATF ส่วนใหญ่จะมีมาตรการภายในประเทศเกี่ยวกับการยึด และอายัดทรัพย์สินที่ได้จากการค้ายาเสพติดแต่ก็มีเพียงบางประเทศเท่านั้นที่มีมาตรการครอบคลุมถึงการยึด และอายัดทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการฟอกเงินผิดกฎหมายอีกทั้งกฎหมายภายในประเทศ และสนธิสัญญาความร่วมมือทางกฎหมายก็ไม่ได้ระบุให้สามารถทำการยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่ได้จากการค้ายาเสพติดที่อยู่ในประเทศสมาชิก FATF อื่นได้

(3) กฎหมายเรื่องการเปิดเผยความลับของธนาคาร (Bank Secrecy Laws) และข้อกำหนดเรื่องการรายงาน

(3.1) การแสดงตนของลูกค้า ประเทศสมาชิก FATF ทุกประเทศไม่อนุญาตให้มีการใช้ชื่อที่ปกปิดชื่อจริงของลูกค้า [Anonymous Account] ทั้งยังกำหนดให้ลูกค้าต้องทำการแสดงตนในการฝากเงินด้วย

(3.2) การเก็บประวัติข้อมูลในการทำธุรกิจ ประเทศสมาชิก FATF บางประเทศกำหนดให้ธนาคารต้องทำการเก็บประวัติข้อมูลในการทำธุรกิจไว้ เพื่อจุดประสงค์ในการต่อต้านการฟอกเงินผิดกฎหมายและอาชญากรรมอื่น ๆ เช่น ข้อมูลด้านธุรกิจเงินสดมูลค่าสูง หรือข้อมูลธุรกิจด้านการต่างประเทศ เป็นต้น ข้อมูล

เหล่านี้จะถูกส่งมอบให้ผู้รักษากฎหมายไว้ได้ในกรณีที่มีคำสั่งของศาล

(3.3) การสืบค้นหาธุรกิจที่ต้องสงสัย การสืบค้นหาธุรกิจที่น่าสงสัยในระบบการเงินของประเทศสมาชิก FATF สามารถกระทำได้โดยอาศัยวิธีการให้ธนาคารจัดตั้งระบบการตรวจค้นหาธุรกิจที่น่าสงสัยนั้นต่อเจ้าหน้าที่ผู้รักษากฎหมายได้ โดยไม่มีความรับผิดชอบในข้อหาเปิดเผยความลับของลูกค้า แต่ทั้งนี้ธนาคารของประเทศสมาชิก FATF บางประเทศก็ยังไม่สามารถรายงานธุรกิจดังกล่าวได้เพราะเป็นการขัดต่อกฎหมาย Secrecy Law ในขณะที่บางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา เป็นต้น การไม่รายงานถึงธุรกิจดังกล่าวถือเป็นความผิด

จะเห็นได้ว่าการต่อต้านการฟอกเงินผิดกฎหมายของประเทศต่าง ๆ แม้กระทั่งประเทศสมาชิกของ FATF ก็ยังมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันในหลาย ๆ เรื่องด้วยกัน ซึ่งขณะนี้องค์กรเหล่านี้อยู่ระหว่างหาสมาชิกเพิ่ม และกระตุ้นให้บรรดาสมาชิกหันหน้ามาช่วยกันแก้ปัญหา และสร้างเครื่องมือร่วมกันทางกฎหมายที่มีมาตรฐานเป็นที่ยอมรับได้

3.6.3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฟอกเงินของต่างประเทศ

ก) ประเทศแคนาดา

CRIMINAL CODE

การดำเนินการต่าง ๆ เพื่อแปรสภาพทรัพย์สินที่ได้รับมาจากการประกอบอาชญากรรม โดยมีเจตนาปกปิดเจ้าของที่แท้จริง หรือปกปิดแหล่งที่มาแห่งทรัพย์สินแหล่งนั้น ได้เป็นอุปสรรคอย่างมากกับพนักงานเจ้าหน้าที่ของประเทศแคนาดาในการที่จะสืบสวน ติดตาม บิด อายัด หรือริบทรัพย์สินดังกล่าวจากผู้ครอบครอง หรือผู้กระทำผิด เนื่องจากเหตุผลสำคัญ 2 ประการคือ

1. การแปรสภาพทรัพย์สินต่าง ๆ ยังมิได้เป็นความผิดตามกฎหมาย
2. ขาดการเก็บรักษาหลักฐานของการโอน โยกย้าย เปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิแห่งทรัพย์สินต่าง ๆ ซึ่งจำเป็นต้องใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์

ความผิดในการปกปิดเจ้าของหรือแหล่งที่มาของทรัพย์สิน

ดังนั้น ประเทศแคนาดา จึงได้ปรับปรุงกฎหมายต่าง ๆ ขึ้นใหม่ให้สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการปราบปรามการแปรสภาพทรัพย์สิน โดยมีโครงสร้างสำคัญสองส่วนด้วยกัน

ส่วนที่ 1 เป็นการบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญา ในมาตรา 462.31 ให้การแปลงสภาพทรัพย์สินจากการประกอบอาชญากรรม เป็นความผิดตามกฎหมายต้องระวางโทษ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

"การกระทำต่าง ๆ ต่อไปนี้เป็นความผิดอันได้แก่ เปลี่ยน โอนกรรมสิทธิ์ การครอบครองหรือมอบแก่บุคคลใด ๆ หรือสถานที่ใด ๆ โดยการขนส่ง, ส่งผ่าน, เปลี่ยนแปลง จำหน่าย หรือการกระทำประการอื่น ๆ ไม่ว่าจะกระทำด้วยวิธีการใด ๆ ต่อทรัพย์สินหรือผลประโยชน์แห่งทรัพย์สินนั้นด้วย โดยมีเจตนาเพื่อปกปิดหรือเปลี่ยนแปลงทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์ของทรัพย์สินดังกล่าว โดยรู้ว่าส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์ของทรัพย์สินดังกล่าว โดยรู้ว่าส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของทรัพย์สินหรือผลประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น ได้รับมาจากหรือมีแหล่งที่มาจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม จากผลของ

(ก) การประกอบวิสามัญอาชญากรรม (Enterprise crime offence) อันได้แก่การทำความผิดต่าง ๆ ดังนี้

1. การติดสินบนเจ้าพนักงานในการยุติธรรม
2. การติดสินบนพนักงานเจ้าหน้าที่
3. การทุจริตต่อราชการ
4. การทำความผิดต่อหน้าที่ในราชการ
5. การประพฤติมิชอบในวงราชการ
6. การประพฤติเป็นเจ้าของบ่อนการพนัน

7. การเล่นการพนัน
8. การดำเนินธุรกิจของโสเภณี
9. การจัดหาหญิงมาเพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้อื่น
10. การมาตกรรม
11. การลักทรัพย์
12. การปล้นทรัพย์
13. การเรียกค่าคุ้มครอง
14. การปลอมแปลงเอกสาร
15. การใช้เอกสารปลอม
16. การฉ้อโกง
17. การฉ้อโกงหุ้น
18. การกระทำอันเป็นองค์การที่ดิน
19. การลอบวางเพลิง
20. การปลอมแปลงเงินตรา
21. การใช้เงินตราปลอม
22. การแปรสภาพผลประโยชน์ที่ได้รับมาจากการประกอบอาชญากรรม

(ข) การกระทำความผิดเฉพาะอย่าง ที่กำหนดขึ้นเกี่ยวกับการเสพยาเสพติด (Designated drug offence) รวมถึงการกระทำต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1. การลักลอบค้ายาอันตรายตามกฎหมายอาหารและยา
2. การครอบครองทรัพย์สิน หรือผลกำไรจากทรัพย์สินที่ได้รับมาจากการลักลอบค้ายาอันตราย
3. การแปรสภาพทรัพย์สินที่ได้รับมานั้นทางตรง หรือทางอ้อมจากการลักลอบค้ายาอันตราย
4. การลักลอบค้ายาควบคุมพิเศษตามกฎหมายอาหารและยา
5. การครอบครองทรัพย์สิน หรือผลกำไรจากการลักลอบค้ายาควบคุมพิเศษ
6. การแปรสภาพทรัพย์สินที่ได้รับมาจากการลักลอบค้ายาควบคุมพิเศษ

7. การลักลอบค้ายาเสพติด ตามกฎหมายควบคุมยาเสพติด
8. การลักลอบนำเข้าหรือส่งออกซึ่งยาเสพติด
9. การลักลอบปลูกฝิ่น
10. การครอบครองทรัพย์สิน หรือผลกำไรจากทรัพย์สินที่ได้รับมาจากการลักลอบค้ายาเสพติด, การลักลอบนำเข้าหรือส่งออกซึ่งยาเสพติดหรือ การลักลอบปลูกฝิ่นหรือปลูกกัญชา
11. การแปรสภาพทรัพย์สิน ที่ได้รับมาจากการลักลอบค้ายาเสพติด, การนำเข้าหรือส่งออกยาเสพติด หรือการลักลอบปลูกพืชฝิ่นหรือปลูกกัญชา

ทั้งนี้โดยให้รวมถึงการสมคบกัน หรือการพยายามที่จะกระทำความผิดตามที่กล่าวแล้วข้างต้นด้วย โดยให้สามารถดำเนินคดีได้ทั้งที่เป็นการกระทำความผิดในประเทศและนอกประเทศแคนาดา

ส่วนที่ 2 เป็นการบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมสถาบันการเงินต่าง ๆ เช่น ธนาคาร, สหกรณ์ออมทรัพย์, ทรัสต์ โดยกำหนดให้สถาบันการเงินต่าง ๆ ต้องบันทึกรายละเอียดของผู้ที่ทำการโอนเงินตั้งแต่ 10,000 เหรียญ แคนาดาขึ้นไป โดยบันทึกแหล่งที่มาของเงินนั้น ชื่อบัญชีเงินฝาก, ที่อยู่ของผู้โอน หรือผู้รับโอน วัตถุประสงค์ของการโอน และลายมือชื่อของผู้โอนด้วย โดยให้บันทึกลงในไมโครฟิล์ม หรือ เครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยสถาบันการเงินต้องเก็บข้อมูลไว้อย่างน้อย 5 ปี เพื่อรอการตรวจสอบจากพนักงานเจ้าหน้าที่สรุปประเทศแคนาดาได้บัญญัติให้การแปรสภาพเงิน หรือทรัพย์สินที่ได้รับมาจากการประกอบอาชญากรรม และการลักลอบค้ายาเสพติดเป็นความผิด และได้บัญญัติให้สถาบันทางการเงินต้องบันทึกข้อมูลการโอนเงินตั้งแต่ 10,000 เหรียญ ไว้และเก็บข้อมูลเหล่านั้นไว้ไม่น้อยกว่า 5 ปี เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่เข้าไปตรวจสอบ เพื่อลงนามเป็นหลักฐานการดำเนินคดีในความผิดฐานแปรสภาพเงิน (ฟอกเงิน)

ข) ประเทศออสเตรเลีย

2.1 CUSTOMS ACT 1901

มาตรา 229 A รายได้ที่มาจาก การซื้อขายยาเสพติดให้บีดได้ (รายได้-ให้หมายความรวมถึง เงินสด เช็ค และทรัพย์สินที่ได้มาจากการซื้อขายยาเสพติด เป็นต้น)

มาตรา 243 ให้อำนาจศาลสั่งปรับได้สูงเท่ากับผลประโยชน์ที่ได้รับจากการซื้อขายยาเสพติด

2.2 PROCEEDS OF CRIME ACT 1987

2.2.1 ให้อำนาจศาลสั่งยึดทรัพย์สินที่ใช้ หรือเกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิด

2.2.2 เมื่อมีเหตุอันสมควรสงสัยหรือเชื่อว่ามีข้อมูลของบุคคลใด อยู่ที่สถาบันการเงินว่าบุคคลนั้น

- กำลังหรือกำลังจะกระทำ หรือเกี่ยวข้องกับการทำความผิดที่เป็นข้อหารุนแรง (SERIOUS OFFENSE)

- ได้รับหรือกำลังจะได้รับผลประโยชน์ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม จากการทำความผิด

ตำรวจจะขออำนาจศาลให้สถาบันการเงินส่งข้อมูลเหล่านั้นมาได้
SERIOUS OFFENSE คือการค้ายาเสพติด การฉ้อโกงเป็นขบวนการ (OPOANIZED FRAUD) การฟอกเงินและการเลี่ยงภาษี

2.2.3 กฎหมายได้กำหนดให้สถาบันการเงินต้องเก็บหลักฐานทางการเงิน (FINANCIAL TRANSACTION DOCUMENT) ไว้อย่างน้อย 7 ปี

2.2.4 ตำรวจเชื่อว่าผู้ใดมีทรัพย์สินที่ไม่บริสุทธิ์ (TAINTED PROPERTY) สามารถขอหมายค้นจากศาลได้

- กรณีเร่งด่วน อาจขอหมายโดยทางโทรศัพท์ได้ เช่น เพื่อป้องกันการปกปิดซ่อนเร้นสูญหาย หรือทำลายทรัพย์สิน เป็นต้น

2.2.5 โทษของผู้กระทำการฟอกเงิน

- ปรับไม่เกิน 200,000 เหรียญ หรือจำคุกไม่เกิน 20 ปี หรือ ทั้งปรับทั้งจำ

- ถ้าเป็นนิติบุคคล ปรับไม่เกิน 600,000 เหรียญ

2.2.6 ในกฎหมายนี้มีข้อหาสมคบ พยายามช่วยเหลือ บุกง จัดหา ยักย้ายถ่ายเททรัพย์สิน ช่วยผู้กระทำความผิดให้พ้นจากการถูกลงโทษด้วย

2.3 CASH TRANSACTIONS REPORTS ACT 1988

- นำเงินสดเข้า-ออกออสเตรเลียเกิน 5,000 เหรียญ ต้องแจ้งเจ้าพนักงานศุลกากร

- โอนเงินเกิน 5,000 เหรียญ ต้องแจ้งผู้อำนวยการ CTRA [Cash Transaction Reports Agency] หรือเจ้าพนักงานศุลกากร

- โทษปรับไม่เกิน 5,000 เหรียญ หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือ ทั้งปรับทั้งจำ ถ้าเป็นนิติบุคคลปรับไม่เกิน 25,000 เหรียญ

2.4 TELECOMMUNICATIONS (INTERCEPTION) AMENDMENT ACT 1987

- เพื่อเป็นการป้องกันและกำกัับดูแลตรวจตราโดยเจ้าหน้าที่สามารถขอหมายศาลเพื่อดักฟังโทรศัพท์ได้โดยเฉพาะคดีที่สำคัญ ๆ เช่น มาตรการ ลักพาตัว ยาเสพติด SERIOUS FRAUD หรือ SERIOUS REVENUE

3. ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1 FEDERAL CRIMES AND CRIMINAL PROCEDURE

3.1.1 กระทำหรือพยายามกระทำการ

- สนับสนุน ช่วยเหลือในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเงิน
- ปกปิด ซ่อนเร้น ในการกระทำความผิด
- หลีกเลี่ยงไม่รายงานการโอนเงิน

โทษปรับไม่เกิน 500,000 เหรียญ หรือสองเท่าของมูลค่าของทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องสุดแต่จำนวนไหนจะมากกว่า หรือจำคุกไม่เกิน 20 ปี หรือทั้งปรับทั้งจำ

3.1.2 กระทำหรือพยายามนำเข้าหรือส่งออก MONETARY INSTRUMENT

โทษปรับไม่เกิน 500,000 เหรียญ หรือสองเท่าของมูลค่านั้น สุดแต่จำนวนไหนจะมากกว่า หรือจำคุกไม่เกิน 20 ปี หรือทั้งปรับทั้งจำ

3.1.3 ทั้ง 1 และ 2 ต้องรับผิดทางแพ่งไม่เกินมูลค่าของทรัพย์สินนั้น ๆ หรือไม่เกิน 10,000 เหรียญ

- MONETARY INSTRUMENT ได้แก่ เหรียญหรือเงินตราของสหรัฐอเมริกา หรือของประเทศอื่น เช็คเดินทาง เช็คส่วนตัว เช็คธนาคาร ตัวเงิน เป็นต้น

3.2 BANK SECRECY ACT 1970

ให้อำนาจตรวจสอบแหล่งที่มาของเงินที่ต้องสงสัยในธนาคาร หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษทั้งจำและปรับ โดยกฎหมายระบุให้สถาบันการเงินต้องยื่นรายงานทางการเงินที่ผ่านสถาบันการเงินที่มีจำนวนตั้งแต่ 10,000 เหรียญสหรัฐฯ ขึ้นไป

3.3 MONEY LAUNDERING CONTROL ACT 1986

เป็นกฎหมายควบคุมการฟอกเงินที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

3.6.3.3 สารระสำคัญบางประการที่คล้ายคลึงกันของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฟอกเงินในประเทศต่าง ๆ

จากโครงสร้างกฎหมายฟอกเงินของแต่ละประเทศดังกล่าวข้างต้น สามารถสรุปสาระสำคัญที่คล้ายคลึงกันได้ ดังนี้

- (1) บุคคลหรือนิติบุคคลหรือตัวแทนที่นำเอกสารการเงินเข้า หรือออกนอกประเทศเกินกว่า 10,000 เหรียญจะต้องรายงานให้รัฐบาลทราบ
- (2) สถาบันการเงินภายในประเทศ ต้องรายงานให้รัฐบาลทราบถึงการรับจ่ายเกินกว่า 10,000 เหรียญ
- (3) จำนวนเงินที่กำหนดนี้ อาจมากหรือน้อยกว่านี้ก็ได้
- (4) ประชาชน และผู้อาศัยในประเทศ ตลอดถึงบุคคลที่ประกอบธุรกิจในประเทศ ต้องรายงานกระแสการเงิน หรือความสัมพันธ์ที่มีต่อสถาบันการเงินต่างประเทศ
- (5) ส่งของปลอมที่ผิดกฎหมายทางไปรษณีย์ (รวมทั้งส่งข้อความทางโทรเลขหรือสื่ออื่น ๆ ด้วย) ให้รัฐบาลทราบ
- (6) รัฐบาลสามารถยึดทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิด หรือแสดงแหล่งที่มาไม่ได้
- (7) เมื่อมีกรณีเป็นที่สงสัย รัฐบาลสั่งให้นิติบุคคลนั้นหยุดประกอบธุรกิจชั่วคราวได้
- (8) ห้ามชักย้าย ซ่อนเร้นหรือทำลายทรัพย์สินที่ถูกยึดหรืออายัด รวมทั้งทรัพย์สินของนิติบุคคลที่ถูกสั่งให้หยุดประกอบกิจการด้วย
- (9) มีการกำหนดโทษให้สูง รวมทั้งโทษฐานพยายาม และโทษฐานสมคบด้วย เป็นต้น

ส่วนประเทศในแถบเอเชียที่เป็นศูนย์กลางการเงิน ได้แก่ ญี่ปุ่น ชองกง ก็มีกฎหมายฟอกเงินบังคับใช้อยู่แล้ว ในกลุ่มอาเซียนมีสิงคโปร์เพียงประเทศเดียวที่มีกฎหมายฟอกเงินใช้ควบคุม ขณะที่มาเลเซีย จีน และได้หวัน กำลังจะมีกฎหมายดังกล่าวออกมาในเร็ว ๆ นี้

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ได้เป็นสมาชิกของหน่วยงาน หรือองค์กร

ระหว่างประเทศ หรือทำความตกลงใด ๆ เพื่อต่อต้านการฟอกเงินผิดกฎหมาย รวมทั้งยังไม่มีกฎหมายฟอกเงิน โดยเฉพาะจึงไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาอีกทั้งทางการ และสถาบันการเงินก็ยังไม่มีการในการต่อต้านการฟอกเงิน แต่มีมาตรการเพื่อจุดประสงค์อื่น เช่น เพื่อควบคุมความเสี่ยงของสถาบันการเงินในการทำธุรกิจกับลูกค้าหรือควบคุมปริมาณ เงินภายในประเทศ เป็นต้น ส่วนด้านการเปิดเผยข้อมูลความลับลูกค้า เพื่อให้ความสะดวกแก่การสืบสวนสอบสวนและการดำเนินคดีนั้น แม้จะไม่มีกฎหมาย Secrecy Law โดยเฉพาะ แต่สถาบันการเงินก็มีระเบียบจรรยาบรรณในทางปฏิบัติ ที่จะไม่นำความลับของลูกค้าไปเปิดเผยอย่างใดก็ตาม ประเทศไทยได้พยายามให้ความร่วมมือกับอนุสัญญาสหประชาชาติ ที่กรุงเวียนนา พ.ศ.2531 โดยออกกฎหมายแล้ว ได้แก่ พระราชบัญญัติมากมายในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 และ พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 เป็นต้น

3.6.4 มาตรการคุมประพฤตินิติบุคคล³²

3.6.4.1 ความหมายของการคุมประพฤตินิติบุคคล

การคุมประพฤตินิติบุคคล (Probation for juristic Person or Corporate Probation) หมายถึง การควบคุมนิติบุคคลที่กระทำผิดโดยการรอกการลงโทษแล้วให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลได้กำหนดไว้ เพื่อการควบคุมการดำเนินงานของนิติบุคคลในด้านต่าง ๆ ที่อาจจะทำให้นิติบุคคลเกิดการกระทำผิดได้อีก การคุมประพฤตินิติบุคคลมิใช่การคุมประพฤติว่ามีได้มีความประพฤติเสียหาย

³²ปรีชญา อยู่ประเสริฐ, การคุมประพฤตินิติบุคคล, วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.

ตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด³³ แต่เป็นการที่ศาลให้มาตรการลงโทษโดยกำหนดเงื่อนไขให้นิติบุคคลปฏิบัติเพื่อเป็นเครื่องมือในการควบคุมการกระทำผิดระเบียบของนิติบุคคลอันนำมาซึ่งการกระทำผิดกฎหมายของรัฐเป็นอำนาจของ Federal Court ที่จะควบคุมนิติบุคคลจำเลยและบังคับนิติบุคคลที่จะพัฒนาโครงสร้างภายในเพื่อป้องกันและป้องปรามการกระทำผิด³⁴

ดังนั้นการคุมประพฤตินิติบุคคล หมายถึงการควบคุมการดำเนินงานของนิติบุคคลอันได้แก่ บริษัท ห้างหุ้นส่วนจำกัด ฯลฯ ซึ่งกระทำผิดทางอาญาและศาลพิพากษาว่ามีความผิดโดยกำหนดโทษแล้วรอกการลงโทษไว้หรือรอกการกำหนดโทษแล้วกำหนดเงื่อนไข เพื่อให้นิติบุคคลนั้นปฏิบัติตามภายในระยะเวลาที่กำหนด เช่น การชดเชยค่าเสียหายทางอาญา (Restitution) การกระทำกิจกรรมบริการสังคม (Community Service) หรือคำสั่งให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทน (a remedial order) เงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่เห็นสมควรกำหนดโดยอยู่ภายใต้การติดตามควบคุมและสอดส่องของเจ้าพนักงานเพื่อให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขและมีให้นิติบุคคลที่กระทำความผิดหวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก ถ้านิติบุคคลนั้นไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลได้กำหนดไว้หรือกระทำผิดซ้ำอีก ถ้านิติบุคคลนั้นไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลได้กำหนดไว้หรือกระทำผิดเงื่อนไข ศาลก็จะเพิกถอนการคุมประพฤติโดยการลงโทษที่รอกการลงโทษไว้แทน หรือถ้าปฏิบัติตามเงื่อนไขครบถ้วนก็จะพ้นการลงโทษที่รอกการลงโทษไว้แทน

³³Frank Parkin, "Corporate Crime" Power, Crime, and Mystification, P.72

³⁴Christopher A. Wray, "Corporate Probation Under the New Organization Guidelines" Yale Law Journal Volume 101 June 1992, P. 2017.

หรือถ้าปฏิบัติตามเงื่อนไขครบถ้วนก็จะพ้นการคุมประพฤติไปด้วยดี การคุมประพฤตินี้
 ผลดีในการที่ทำให้พนักงานคุมประพฤติสามารถที่จะเข้าไปติดตามควบคุมดูแล และสอด
 ส่องการดำเนินกิจการของนิติบุคคล ที่กระทำผิดอันจะเป็นการป้องกันมิให้นิติบุคคล
 กระทำผิดซ้ำอีก

3.6.4.2 โครงสร้างทางกฎหมายของการคุมประพฤตินิติบุคคลของต่าง ประเทศ

ในการศึกษาโครงสร้างทางกฎหมาย ของการคุมประพฤตินิติบุคคลของ
 ต่างประเทศในที่นี้จะมีการคุมประพฤตินิติบุคคลของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นที่
 กำหนดการคุมประพฤตินิติบุคคลนั้นมีโครงสร้างทางกฎหมาย ซึ่งนิติบุคคลอาจจะถูก
 กำหนดเงื่อนไขให้คุมความประพฤติ ภายใต The federal Probation Act
 (18 USCS 3651) โดยโทษปรับนิติบุคคลจะถูกรอกการลงโทษไว้ ถ้านิติบุคคลไม่ละ
 เม็ดกฎหมายตลอดระยะเวลาของการคุมประพฤติ ซึ่งเป็นโครงสร้างกฎหมายอัน
 เป็นการรอกการลงโทษโดยมีเงื่อนไขและมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้คือ

ก) Model penal Code ซึ่งแบ่งได้ดังนี้

1.1 General Provision ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปตาม Section 1
 (8) คำว่า "Person" หมายถึง "ผู้กระทำ" ซึ่งรวมถึงบุคคลธรรมดา และในที่ใด
 ที่เกี่ยวข้องกับบริษัทและห้างหุ้นส่วนจำกัด โดยบัญญัติไว้แน่ชัดว่านิติบุคคลได้แก่บริษัท
 หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด จะต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาด้วย

แนวความคิดที่จะให้บริษัทรับผิดชอบสำหรับกฎหมายคอมมอนลอว์บัญญัติไว้ใน
 พระราชบัญญัติ ซึ่งมีพื้นฐานการลงโทษผู้จัดการนิติบุคคลในการกระทำผิดปรากฏอยู่ใน
 Model Penal Code Section 2.07 และพระราชบัญญัติซึ่งคล้ายคลึงกัน Model
 Penal Code บัญญัติว่านิติบุคคลอาจจะถูกพิพากษาว่ากระทำผิดอาชญากรรมถ้า

(a) การกระทำผิดเป็นการฝ่าฝืน หรือกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ในการร่างเพื่อกำหนดความรับผิดชอบของนิติบุคคลที่ปรากฏ และการกระทำซึ่งกระทำโดยผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งหมายถึง ผู้จัดการ (Director) พนักงาน (officer servant) ลูกจ้างคนงาน (employee)

กระทำในนามของบริษัทในขอบเขตของบริษัทหรือตามทาง การที่ว่าจ้างพระราชบัญญัติจะบัญญัติไว้เมื่อความรับผิดชอบโดยสมบูรณ์ ถูกกำหนดสำหรับการกระทำอาชญากรรม วัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายที่จะกำหนดความรับผิดชอบของนิติบุคคลสามารถคาดได้ล่วงหน้า ยกเว้นแต่มีความขัดแย้งนอกจากนี้ยังบัญญัติไว้ว่าในคดีที่ฝ่าฝืน หรืออาชญากรรมที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบุคคลอื่นที่มีอำนาจ ของบริษัทซึ่งกระทำในนามของบริษัทภายในวัตถุประสงค์ของบริษัท หรือในทาง การที่ว่าจ้าง

(b) อาชญากรรมประกอบด้วย การละเว้นการกระทำ การ ตามหน้าที่ที่กำหนดไว้สำหรับบริษัทตามกฎหมาย

(c) การกระทำผิดอาชญากรรมซึ่งได้รับมอบอำนาจ (Authorized) ร้องขอ (Requested), คำสั่ง (Commanded), ได้มอบหมาย (Performed) หรือไม่นำพาต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างเพิกเฉย (recklessly tolerated) โดยคณะกรรมการบริหาร หรือ โดยผู้บริหารระดับสูงซึ่งหมายถึงพนักงานซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบการกระทำที่บริษัทยอมรับ ซึ่งเป็นนโยบายของบริษัท

(ข) Model Federal Criminal Code (18 USC) ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกาซึ่งมีบทบัญญัติว่า

1. 18 USC มาตรา 3551 อำนาจในการทำคำพิพากษา

(a)

(b) นิติบุคคล (Organization) นิติบุคคลกระทำผิดจะถูกพิพากษาตามบทบัญญัติมาตรา 3553 โดย

1. ในรูปของการคุมประพฤติในบทย่อที่ B

2. การปรับตามที่บัญญัติไว้ในบทย่อที่ C

การพิพากษาให้จ่ายค่าปรับอาจจะกำหนดรวมกับการให้คุมประพฤติ 18 USC มาตรา 3551 เป็นบทบัญญัติให้อำนาจศาลในการพิพากษา นิติบุคคลโดยการคุมประพฤติหรือลงโทษปรับได้ และให้ลงโทษปรับร่วมกับการคุมประพฤติ

2. 18 USC มาตรา 3561 ของ The Federal Probation ของพระราชบัญญัติวิธีการคุมประพฤติของรัฐบาลกลางบัญญัติไว้ดังนี้

(a) โดยทั่วไป จำเลยผู้กระทำความผิดอาญาอาจจะถูกพิพากษาให้คุมความประพฤติยกเว้นแต่

(1) ผู้กระทำความผิดใน Class A หรือ B ของความผิดอาญาร้ายแรง (Felony) และจำเลยเป็นบุคคลธรรมดา

(2) ผู้กระทำความผิดสำหรับความผิดที่ไม่สามารถจะคุมประพฤติได้

(3) จำเลยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในเวลาเดียวกันสำหรับฐานความผิดเดียวกัน หรือต่างกัน

(b) อำนาจในการกำหนดเงื่อนไข เพื่อคุมความประพฤติมีดังนี้

(1) สำหรับความผิดอาญาร้ายแรง (Felony) ไม่น้อยกว่า 1 ปี หรือมากกว่า 5 ปี

(2) สำหรับความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ (misdemeanor) ไม่เกิน 3 ปี หรือ/และ

(3) สำหรับการละเมิดกฎหมาย ไม่เกิน 1 ปี

มาตรา 3651 เป็นบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการคุมประพฤติ คือ (The Federal Probation Act.) ซึ่งพระราชบัญญัติของรัฐบาลกลางบัญญัติว่าการพิพากษาว่ากระทำผิดอาญาที่มีโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิตศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาจำเลยที่กระทำผิดต่อรัฐบาลคงพอใจว่าการพิพากษาจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ เช่นเดียวกับที่จำเลยจะทำได้ศาลอาจจะรอการลงโทษแล้วกำหนดเงื่อนไข เพื่อคุมความประพฤติจำเลยไว้ระยะเวลาหนึ่ง และขึ้นกับระยะเวลาและเงื่อนไขที่ศาลเห็นว่าเหมาะสม

ค) การรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษปรับ ตามโครงสร้างประมวลกฎหมายอาญาไทยนั้น เป็นเรื่องของการรอการลงโทษโดยมีเงื่อนไข (Condition Suspend Sentence) โทษที่จะรอการลงโทษได้ต้องเป็นโทษจำคุกเท่านั้น แม้โทษจำคุกเมื่อเปลี่ยนเป็นโทษกักขังแล้วก็รอลงโทษไม่ได้ อย่างไรก็ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาในส่วนของโทษปรับทางอาญา ศาลสามารถรอการลงโทษปรับ และกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมประพฤติว่าจะไม่ฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐตลอดระยะเวลาของการรอการลงโทษ

3.6.4.3 วิธีการและเงื่อนไขการคุมประพฤตินิติบุคคล

การคุมประพฤตินิติบุคคลมีวิธีการ และเงื่อนไขในการคุมประพฤตินิติบุคคลแบ่งได้ดังนี้

1) วิธีการคุมประพฤตินิติบุคคล ได้แก่วิธีการในการคุมประพฤตินิติบุคคล ซึ่งสามารถที่จะแยกได้เป็น 2 กระบวนการใหญ่ ๆ ด้วยกันคือ

ก. กระบวนการสืบเสาะและพินิจ (Presentence Investigation) เป็นกระบวนการคัดเลือกนิติบุคคลเข้าสู่กระบวนการคุมประพฤติ โดยที่จำเลยกระทำความผิดและถูกฟ้องศาล ศาลอาจจะสั่งให้พนักงานคุมประพฤติหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการสืบเสาะรวบรวม พยานหลักฐานต่าง ๆ

เกี่ยวกับนิติบุคคลจำเลย เช่น รวบรวมหลักฐานเกี่ยวกับการจัดตั้ง วัตถุประสงค์ของนิติบุคคล การดำเนินกิจการ และประวัติการกระทำผิดของนิติบุคคลที่ผ่านมา พฤติการณ์แห่งคดี และข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่น่าจะเกี่ยวข้องกับการกระทำผิด ทำรายงานการสืบเสาะและพินิจ (Presentence Investigation Reports) เสนอศาลเพื่อประกอบการพิจารณาทำคำพิพากษาต่อไป

ข. กระบวนการควบคุมและสอดส่อง (Supervision) เป็นกระบวนการภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาแล้ว ซึ่งศาลอาจจะพิพากษาให้ลงโทษและรอกการลงโทษไว้โดยกำหนดเงื่อนไขให้นิติบุคคลปฏิบัติ ซึ่งเงื่อนไขอาจจะกำหนดเพียงข้อเดียวหรือหลายข้อก็ได้ตามความเหมาะสม สำหรับความผิดนั้น ๆ เช่นในคดีที่นิติบุคคลปล่อยน้ำเสียลงทะเลนั้น อาจจะกำหนดเงื่อนไขให้นิติบุคคลกำจัดคราบน้ำมันเป็นต้น กระบวนการควบคุมและสอดส่องนั้น อาจจะประกอบด้วย

1. การรายงานกิจการของนิติบุคคล ซึ่งมีใช้การที่ผู้จัดการหรือผู้แทนนิติบุคคลไปรายงานตัวตามระยะเวลาที่ศาลจะเห็นสมควรกำหนดไว้³⁵ แต่เป็นการรายงานด้านต่าง ๆ ของนิติบุคคล เช่น รายงานด้านการเงินการบัญชีแผนงาน และการกระทำผิดตลอดจนการปฏิบัติตามคำสั่งศาล

2. การให้คำปรึกษาแนะนำ พนักงานคุมประพฤติซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิด้านต่าง ๆ จะทำหน้าที่ควบคุมและสอดส่องโดยเข้าตรวจสอบการดำเนินงานของนิติบุคคลเป็นระยะ ๆ เช่น ตรวจสอบด้านการบัญชี ด้านผลิตภัณฑ์ คำปรึกษา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁵Frank Parkin, "Corporate Crime" Power, Crime, and Mystification, P. 72.

แนะนำด้านต่าง ๆ เช่น ด้านกฎหมาย การบัญชี เพื่อให้นิติบุคคลดำเนินกิจการให้ถูกต้องตามกฎหมาย ตลอดจนเข้าช่วยเหลือในการแก้ไขปรับปรุงโครงสร้างและวินัยของนิติบุคคลอันนำมาซึ่งการกระทำผิดกฎหมาย

2) เงื่อนไขการคุมประพฤตินิติบุคคล คือ ข้อกำหนดต่าง ๆ ซึ่งศาลกำหนดให้ผู้ถูกคุมความประพฤติปฏิบัติตาม ศาลอาจจะกำหนดเพียงข้อเดียวหรือหลายข้อก็ได้ แต่เงื่อนไขของการคุมประพฤติจะต้องไม่มากนักแน่นอนเป็นจริง และเป็นไปในทางบวกมากกว่าทางลบตลอดจนต้องไม่เคลือบคลุมและกำกวม ซึ่งเงื่อนไขของการคุมประพฤตินิติบุคคลก็คล้ายคลึงกับ เงื่อนไขการคุมประพฤติของบุคคลธรรมดา เว้นแต่ข้อกำหนดเงื่อนไขใดซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะตัวของบุคคลธรรมดาเท่านั้น ตัวอย่างเช่น เงื่อนไขที่ห้ามผู้ถูกคุมความประพฤติเสพยาเสพติดให้โทษห้ามเที่ยวเตร่ในเวลากลางคืน เป็นต้น เงื่อนไขการคุมประพฤตินิติบุคคลมีดังนี้

พระราชบัญญัติวิธีดำเนินการคุมประพฤติ ของประเทศสหรัฐอเมริกา (The Federal Probation Act 1988) บัญญัติไว้ใน Model Federal Criminal Procedure Section 3651-3653 และต่อมา Sentencing Reform Act Guideline ได้กำหนดเงื่อนไขซึ่งเป็นเงื่อนไขบังคับ และเงื่อนไขพิเศษไว้โดยกำหนดเป็นเงื่อนไขว่าด้วยการคุมประพฤติไว้หลายข้อด้วยกัน ซึ่งในที่นี้จะขอนำเงื่อนไขที่เหมาะสมและที่ศาลนิยมใช้กับนิติบุคคลมากกล่าวซึ่งมีดังนี้

ก. ให้นิติบุคคลรายงานกิจการของนิติบุคคล ต่อพนักงานคุมประพฤติ เงื่อนไขนี้มีลักษณะคล้ายกับการรายงานตัวของผู้ถูกคุมประพฤติ ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา อันจะทำให้พนักงานคุมประพฤติทราบถึงการดำเนินกิจการของนิติบุคคลในด้านต่าง ๆ เช่น การบัญชี บุคลากร งบดุลของนิติบุคคล การดำเนินกิจการของนิติบุคคล การกระทำความผิดของนิติบุคคลในกรณีที่ไม่กระทำผิดขึ้นอีก เงื่อนไขนี้เป็นเงื่อนไขทั่วไปซึ่งจะทำให้พนักงานคุมประพฤติสามารถที่จะมีอำนาจ เข้าไปติดตามควบคุมนิติบุคคลได้ใกล้ชิดมากขึ้น

ข. ให้นิติบุคคลจำเลย เชื้อฟังกฎหมายท้องถิ่น กฎหมายมลรัฐและกฎหมายสาธารณรัฐ เงื่อนไขนี้เป็นเงื่อนไขทั่วไปที่ให้นิติบุคคลเชื้อฟง และปฏิบัติตามกฎหมายของมลรัฐหรือสาธารณรัฐอันเป็นที่ตั้งหรือที่นิติบุคคลประกอบกิจการอยู่

ค. ศาลตั้งคณะพนักงานคุมประพฤติเพื่อคุมประพฤตินิติบุคคล ศาลจะตั้งคณะพนักงานคุมประพฤติซึ่งประกอบด้วย สมุห์บัญชี นักกฎหมาย นายช่างหรือวิศวกร นักเคมี นักฟิสิกส์ นักวิทยาศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิด้านอื่น ๆ ซึ่งคณะบุคคลผู้ทรงคุณวุฒิด้านต่าง ๆ เหล่านี้ จะคอยควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานและองค์ประกอบอื่น ๆ ซึ่งอาจจะเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของนิติบุคคล โครงการวิจัย กลยุทธ์ต่าง ๆ โครงสร้างในการควบคุมและสั่งการของนิติบุคคล และโครงสร้างหรือองค์ประกอบอื่น ๆ อันเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดครั้งก่อนของนิติบุคคลและเป็นการรับรองว่านิติบุคคลจะไม่ปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งโดยปราศจากการเสี่ยงต่อการเพิกถอนคุมประพฤติและนำคดีสู่ศาลเพื่อพิพากษาใหม่

ง. ให้นิติบุคคลกระทำงานบริการสังคม (Community Service)

การทำงานบริการสังคม เป็นเงื่อนไขหนึ่งของการคุมประพฤติที่ศาลใช้มาก เพราะสามารถใช้ได้เหมาะสมและเห็นเป็นรูปธรรม อีกทั้งยังสามารถควบคุมวัตถุประสงค์ของการลงโทษได้ดีประกอบด้วยรากฐาน 2 ประการ ที่มีประโยชน์สำหรับการควบคุมและสอดส่องจำเลยคือ จำนวนชั่วโมงที่ศาลให้ทำงานบริการสังคม และระยะเวลาที่จำกัดสำหรับการทำงานบริการสังคม ในการกำหนดให้กระทำงานตามคำสั่ง บุคคลธรรมดาจะถูกศาลสั่งให้ทำงานบริการสังคมเป็นจำนวนชั่วโมงที่กำหนดไว้แน่นอน ส่วนในกรณีของบริษัทจะให้ทำงานทำ แต่ก็ไม่ใช่กฎที่ตายตัว ศาลอาจจะเลือกที่จะกำหนดงานเป็นสิ่งสำคัญที่งานนั้นจะต้องเหมาะสมตามคำสั่ง

บทบัญญัติของ The Sentencing Reform Act กระตุ้นการใช้โครงการบริการสังคม และยอมรับว่าการบริการสังคมสามารถบรรลุวัตถุประสงค์

เพื่อป้องกัน (deter) ลงโทษ (Punish) หรือแก้ไขปรับปรุง (Reparation) และในเวลาเดียวกันเป็นประกันว่าผู้กระทำผิดจะได้รับโทษโดยสาธารณะ

ในคดีที่นิติบุคคลบริการสังคมทำงานต่าง ๆ หรือโครงการต้องการเกี่ยวกับเวลาของคณะทำงานของบริษัท เงินทุนหรือทรัพยากรอื่น ๆ ศาลอาจจะตั้งองค์กรของชุมชนเพื่อที่จะร่วมมือและตรวจรายงานบริการนั้น แต่ละองค์กรสามารถที่จะทำให้โครงการนั้นคุ้มกว่า และมีประโยชน์ต่อสาธารณะและกระทำการตามที่ได้รับ การมอบหมาย มีความจำเป็นในการจัดการเงินทุนและทรัพยากร

จ. ให้นิติบุคคลชดเชยค่าเสียหายทางอาญา (Restitution)

การให้ชดเชยค่าเสียหายทางอาญา นั้นเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการคุมประพฤติซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า เป็นเงื่อนไขการคุมประพฤติที่สมบูรณ์ปรากฏแพร่หลายในต่างประเทศ ซึ่งศาลสามารถที่จะสั่งให้บริษัทชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้โดยตรง โดยกำหนดให้จ่ายค่าเสียหายทางอาญา ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการดำเนินคดี (restitution) ทางแพ่งซึ่งผู้เสียหายมักจะแพ้คดี เนื่องจากเป็นการยากที่ผู้เสียหายจะต่อสู้คดีกับนิติบุคคลซึ่งมีความสุขุมรอบคอบกว่า

ฉ. เงื่อนไขการแก้ไข หรือบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น (Reparation) การคุมประพฤติโดยการกำหนดเงื่อนไขให้แก้ไขหรือบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น (Reparation) นั้น เป็นการป้องกันการกระทำผิดโดยเฉพาะเจาะจง (Specific Prevention) ซึ่งบางครั้งอาจจะไม่รู้จักกันเป็นที่แพร่หลายนัก

ซ. ให้นิติบุคคลเสียค่าปรับ (Fine) ศาลอาจจะกำหนดเงื่อนไขให้นิติบุคคลจ่ายค่าปรับโดยเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการคุมประพฤติได้ นอกจากนี้ยังมีเงื่อนไขอื่น ๆ ที่น่าสนใจซึ่งน่าจะนำไปปรับใช้คือ

ผู้ถูกคุมประพฤตินั้นจะต้องจ่ายเงินจำนวน 10 ดอลลาร์ต่อเดือนให้รัฐ ฟลอริดาตามคำสั่งให้คุมประพฤตินั้น เพื่อเป็นส่วนหนึ่งของการใช้จ่ายในการควบคุมและ สอดส่องผู้ถูกคุมความประพฤติในระหว่างที่คุมความประพฤติ ยกเว้นค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ซึ่งได้รับการยกเว้นจากสำนักงานคุมประพฤติและพัฒนาการลงโทษ มลรัฐฟลอริดา ตั้งนั้นในกรณีของนิติบุคคลนั้นน่าจะได้มีการกำหนดว่า ธรรมเนียมในการคุมประพฤตินิติบุคคลนั้นค่าใช้จ่ายจะสูงกว่า การคุมประพฤตินิติบุคคลธรรมดาอีกทั้งยังจะเป็นมาตรการบังคับให้เกิดความเกรงกลัว และปฏิบัติตามข้อกำหนดเงื่อนไขได้มากขึ้น และยังจะเป็นหลักประกันว่าสังคมจะไม่ต้องจ่ายค่าใช้จ่ายในการแก้ไขปรับปรุงนิติบุคคลโดยตรง

จะเห็นได้ว่าโครงสร้างทางกฎหมาย ของการคุมประพฤตินั้นในประเทศสหรัฐอเมริกาโครงสร้างทางกฎหมายของการรอกการลงโทษที่มีเงื่อนไข (The Suspension Execution Condition) เช่นเดียวกับของประเทศไทย โดยการคุมประพฤตินั้นอาจจะอยู่ในรูปแบบของกระบวนการกฎหมายรูปใดรูปหนึ่ง เช่น การระงับฟ้องชั่วคราว การรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ หรือเป็นมาตรการอิสระในตัวเองซึ่งมีโครงสร้างทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง แต่จะเห็นได้ว่า กฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะระบุไว้ชัดเจนว่า นิติบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญากรณีใดบ้าง ซึ่งต่างกับประมวลกฎหมายของไทย ไม่ได้มีบทบัญญัติไว้ชัดเจน และในส่วนของวิธีการและเงื่อนไขเพื่อคุมประพฤตินั้นในสหรัฐอเมริกา ให้อำนาจศาล กำหนดเงื่อนไขคุมประพฤตินั้นเพื่อรอกการลงโทษได้ทั้งโทษจำคุก และโทษปรับ ซึ่งต่างจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ของไทย บัญญัติว่า ".....ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ....." จะเห็นว่ากรณีตามกฎหมายไทยสามารถคุมประพฤตินั้น ในกรณีที่มีโทษจำคุกเท่านั้น ไม่สามารถคุมประพฤตินิติบุคคลที่มีโทษปรับได้ เป็นการบัญญัติไว้อย่างแคบ ๆ ไม่สามารถใช้กับนิติบุคคลได้ ทำให้ประเทศไทยปัจจุบันยังไม่มีมาตรการคุมประพฤตินิติบุคคล เพื่อมาใช้บังคับแก่คดีเศรษฐกิจได้