

บทที่ 3

มาตรการของต่างประเทศที่ใช้ในการปราบปรามการใช้โพงก๊วน

เมื่อพิจารณาถึงความเป็นไปได้และประสิทธิภาพของการโอนเงินผ่านเครือข่ายการเงินนอกระบบ ไม่ว่าจะเป็นการใช้โพงก๊วนหรือระบบอื่นๆ ปัจจัยสำคัญอยู่ที่ระบบการตรวจสอบการเคลื่อนย้ายเงินเข้าออกนอกประเทศ ณ บริเวณเส้นแบ่งเขตประเทศ (International Boundary) มีความบกพร่องประการหนึ่ง และมาตรการของกฎหมายที่มีอยู่ในแต่ละประเทศไม่ครอบคลุมหรือไม่สามารถเข้าไปควบคุมดูแลธุรกรรมทางการเงินนอกระบบได้อย่างเต็มที่

ดังที่บรรยายมาแล้วในบทก่อนว่า การใช้โพงก๊วนมิได้ทำโดยอาศัยตัวกลางที่เป็นกระดาษตราสารได้เพียงอย่างเดียว แต่อาจใช้ตัวสินค้าแทนโพงก๊วนได้ เช่น รถยนต์ ทองคำ ผ้าไหม ยาเสพติดชนิดและราคาเท่ากัน ฯลฯ ดังนั้น หน่วยงานที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องในการตรวจสอบการขนโพงก๊วน หรือสินค้าผิดกฎหมายอื่นๆผ่านแดนโดยตรง ได้แก่ เจ้าหน้าที่ศุลกากร

ตามปกติ กรณีที่มีการส่งสินค้าข้ามแดน กฎหมายกำหนดให้ผู้ส่งจะต้องแสดงรายงานหรือหลักฐานแสดงที่มาที่ไปของการส่งสินค้าข้ามแดน เช่น ใบประทวนสินค้า (L/C) สัญญาซื้อขาย ใบทะเบียน ในกรณีที่สินค้านั้นจะต้องได้รับการจดทะเบียน เป็นต้น เพื่อให้เจ้าหน้าที่สามารถเข้าทำการตรวจสอบก่อนที่จะอนุญาตให้ขนสินค้านั้นข้ามแดนได้ ถ้าเป็นกรณีการขนเงินตราข้ามแดน กฎหมายของธนาคารแห่งชาตินั้นก็จะกำหนดให้ผู้ส่งเงินตามจำนวนที่กำหนดไว้ในกฎหมาย จะต้องทำการรายงานธุรกรรมทางการเงินแก่ธนาคารแห่งชาติก่อนที่จะนำเงินขนข้ามเขตแดนได้ มาตรการทางกฎหมายของไทยเกี่ยวกับเรื่องนี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ.2485 ซึ่งอยู่ในความควบคุมดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทย กฎหมายนี้กำหนดให้ผู้ที่จะส่งเงินตราออกนอกประเทศ เกินกว่าจำนวนที่กฎหมายกำหนด จะต้องทำเรื่องขออนุญาตต่อธนาคารแห่งประเทศไทย โดยการกรอกแบบรายงานอนุญาตที่เรียกว่าแบบ ธ.ด. รายละเอียดจะได้อธิบายในบทที่ 4

แม้ว่าในองค์กรอาชญากรรมและการค้ายาเสพติดจะยังมีการส่งเงินสดข้ามประเทศระหว่างกันเป็นจำนวนมาก (Bulk Cash Transfer) แต่วิธีนี้มักถูกจับได้โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่บ่อยครั้ง โดยสามารถใช้มาตรการของกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่มีอยู่ ในเรื่องกฎเกณฑ์ของการทำธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงิน ทำให้เจ้าหน้าที่สามารถตรวจสอบข้อมูลของการกระทำความผิดจากสถาบันการเงินได้โดยตรง แต่เมื่อขบวนการหรือองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติดังกล่าวได้ใช้การเงินนอกระบบแบบโพงก๊วนมาใช้ในการขนเงินข้ามประเทศ ยกตัวอย่างเช่นกรณีที่เกิดขึ้นในบริเวณจุดเชื่อมต่อระหว่างอเมริกาเหนือและ

อเมริกาใต้ (Black Money Peso Exchange) เจ้าหน้าที่ที่ย่อมสามารถที่จะตรวจจับการกระทำ ความผิดได้ยากยิ่งขึ้น เพราะไม่ใช่การขนเงินสดหรือการขนสินค้าผิดกฎหมายโดยสภาพ แต่ เป็นการแลกเปลี่ยนโดยสินค้าหรือสิ่งของที่ถือว่ามีราคาเท่ากับราคาของสินค้าที่ต้องชำระเป็น เงินสด ดังที่ได้อธิบายมาแล้วในบทก่อน

ด้วยเหตุนี้ จึงต้องพัฒนากระบวนการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ของธนาคารแห่งชาติ และเจ้าหน้าที่ของศุลกากรให้ทำงานรัดกุมยิ่งขึ้น และจะต้องปรับปรุงกฎหมายโดยการเพิ่ม ประเภทของธุรกรรมที่ต้องทำรายงานขออนุญาตต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนส่งข้ามเขตแดนให้มากขึ้น (More Suspected Activities) และให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ในการตั้งข้อสันนิษฐานที่ว่า เมื่อพบธุรกรรมทางการเงินที่มีรูปแบบที่ผิดปกติกว่าธรรมดา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าธุรกรรม นั้นอาจเป็นธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงิน ตามหลัก Suspicious Money Laundering Typologies) นอกจากนี้ จะต้องพัฒนามาตรการในเรื่องของการให้สถาบันการเงินต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินและรายงานการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้า เพื่อที่เจ้าหน้าที่สามารถ เข้าไปควบคุมสถาบันการเงินในการทำรายงานธุรกรรมทางการเงินของลูกค้าของสถาบันการเงินอย่างตรงไปตรงมา ตามหลัก Know Your Customer Policy และเพื่อป้องกันมิให้มีการ สร้างบัญชีที่เป็นเท็จหรือการปกปิดซ่อนเร้นบัญชีที่แท้จริงของลูกค้า เหมือนกับกรณีที่เกิดขึ้น กับกรณี Jain Hawala ในประเทศอินเดีย

นอกจากนี้ จะต้องมีการพิจารณามาตรการทางอาญาที่อาศัยปัจจัยทางเทคโนโลยีมาใช้ (Technical Surveillance) อย่างเช่น มาตรการล่อให้มีการกระทำความผิด (Entrapment) มาตรการดักฟังข้อมูลแห่งการกระทำความผิด (Wiretapping) หรือการติดตามร่องรอยการ เคลื่อนไหวของทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด (Controlled Delivery) มาใช้กับความ ผิดอาชญากรรมทางการเงิน เพื่อเพิ่มขีดความสามารถของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าตรวจ สอบการกระทำความผิดฐานฟอกเงินและการใช้โพงยักวนให้มากขึ้น ภายใต้นโยบาย Crime Control ที่เน้นความสำคัญของประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก มากกว่า การรักษาไว้ซึ่งหลักนิติธรรม (Due Process) ซึ่งถ้าเจ้าหน้าที่ยังยึดถือกระบวนการคุ้มครอง สิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด ย่อมเป็นอุปสรรคทำให้ไม่สามารถสืบสวน สอบสวนและดำเนินคดีอาชญากรรมเกี่ยวกับการฟอกเงิน และอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ประเภทอื่นๆ อย่างมีประสิทธิภาพได้

ในบทนี้ จึงจะได้พิจารณาแนวทางของกฎหมายในต่างประเทศที่ใช้ในการปราบปราม การฟอกเงิน และวิเคราะห์กฎหมายแห่งกฎหมายที่สามารถนำมาใช้ในการปราบปรามการใช้ โพงยักวนได้ และสถานการณ์การใช้กฎหมายในการปราบปรามการใช้โพงยักวนในปัจจุบัน เพื่อ

นำแนวทางไปพิจารณาเปรียบเทียบและปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายของไทยเท่าที่เห็นว่าเหมาะสม

3.1 อนุสัญญาต่อต้านยาเสพติดและวัตถุมีฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ.1988

United Nations Convention Controlling Drugs and Psychotropic Substances 1988 (Vienna Convention)

อนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านยาเสพติดและวัตถุมีฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ.1988 หรือ อนุสัญญากรุงเวียนนา เป็นกฎหมายแม่แบบของกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินทั้งปวง แม้ว่าจะกำหนดขึ้นมาเพื่อใช้ในการปราบปรามการค้ายาเสพติดโดยเฉพาะก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นลักษณะการลักลอบขนยาเสพติดข้ามประเทศ หรือการวางแนวทางการใช้มาตรการทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อปราบปรามการค้ายาเสพติด แต่สำหรับการปราบปรามความผิดฐานฟอกเงินหรือองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ ได้นำหลักของอนุสัญญาสหประชาชาติฉบับนี้ไปเป็นแนวทางในการออกมาตรการควบคุมการฟอกเงินเป็นส่วนใหญ่ สังเกตได้จากกฎหมายภายในแต่ละประเทศเกี่ยวกับการฟอกเงินต้องมีการอ้างอิงบทบัญญัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาทุกครั้ง หรือแม้แต่กฎหมายใหม่ที่ออกมาเพื่อปราบปรามองค์กรก่อการร้ายข้ามชาติอย่าง USA Anti-Terrorist Act หรือ Patriot Act 2001 ก็ได้ยึดแนวทางการร่างกฎหมายตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ด้วยเหตุนี้ การศึกษาแนวทางของอนุสัญญากรุงเวียนนาจะเป็นประโยชน์ต่อความเข้าใจในมาตรการบังคับของกฎหมายฟอกเงินที่เกิดขึ้นเป็นอย่างดี

อนุสัญญาฉบับนี้เกิดขึ้นเนื่องจากการค้ายาเสพติดถือเป็นอาชญากรรมข้ามชาติร้ายแรง และต้องการมาตรการปราบปรามโดยเร็วและมีประสิทธิภาพที่สุด โดยมาตรการภายใต้อนุสัญญานี้มุ่งไปที่กระบวนการควบคุมการเคลื่อนย้ายยาเสพติด และแหล่งเงินทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้ายาเสพติด และพึงระลึกด้วยว่า การค้ายาเสพติดกระทำในรูปแบบขององค์การอาชญากรรม และมีความเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจและการทุจริตของรัฐบาลบางประเทศ ด้วยเหตุนี้ การกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการค้ายาเสพติดภายใต้อนุสัญญาฉบับนี้จึงเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนจะต้องมีการสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศในการร่วมกันออกมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการบังคับเอาภัยกับกระบวนการค้ายาเสพติดทั้งระบบ

องค์ประกอบของการกระทำความผิดให้เป็นไปตามมาตรา 3 ของอนุสัญญาฯ นี้ โดยมีหลักการว่า แต่ละประเทศสมาชิกจะต้องมีมาตรการที่จำเป็นเพื่อบังคับกับการกระทำโดยเจตนาในการประกอบอาชญากรรมดังต่อไปนี้

- (1) การผลิต จำหน่าย เป็นตัวแทนจำหน่าย ขนส่ง หรือส่งออกยาเสพติดหรือสารออกฤทธิ์ใดๆตามอนุสัญญาฯ นี้กำหนด รวมทั้งการจัดการหรือให้การสนับสนุนทางการเงินแก่การกระทำเช่นนั้นด้วย
- (2) การแปลงสภาพหรือเคลื่อนย้ายทรัพย์สินใดๆ โดยรู้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้จากการผลิตและจำหน่ายยาเสพติด และการเคลื่อนย้ายไปนั้นมีจุดประสงค์ที่จะทำให้ทรัพย์สินนั้นออกไปจากแหล่งเดิมที่เคยอยู่ในระหว่างกระทำความผิด หรือเป็นการโอนให้บุคคลอื่นใดโดยมีลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนบทกฎหมาย
- (3) การโอนกรรมสิทธิในทรัพย์สินใดๆ โดยรู้ว่าเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ไปยังบุคคลอื่น เพื่อประโยชน์ในการทำความผิดตามอนุสัญญาฉบับนี้

สำหรับการพิจารณาเจตนาในการกระทำความผิดตามอนุสัญญาฉบับนี้ สามารถพิจารณาจากปัจจัยแวดล้อมในการกระทำความผิดได้

นอกจากนั้น องค์ประกอบความผิดตามอนุสัญญาฯ นี้อาจพิจารณาจากการประกอบอาชญากรรมรูปแบบอื่น ดังต่อไปนี้

- (1) การมีส่วนร่วมขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ และความเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมข้ามชาติประเภทอื่นๆ
- (2) การใช้กำลังโดยใช้อาวุธ
- (3) การกระทำทารุณกรรมกับผู้เยาว์
- (4) มีการฝึกอบรมการประกอบอาชญากรรมโดยผ่านสถาบันทางกฎหมายหรือสถาบันการศึกษาของรัฐ
- (5) กิจกรรมอื่นๆตามที่ Commission Offence กำหนด

มาตรการบังคับเอากับทรัพย์สินของอนุสัญญาฯ นี้จะมีบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ซึ่งได้แก่การบังคับเอากับยาเสพติด อุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการผลิตและการจำหน่าย และทรัพย์สินที่เป็นผลประโยชน์จากการจำหน่าย ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 วรรค 1^{...}

[•] Article 3 Paragraph 1

[•] Article 3 Paragraph 4

^{..} Article 3 Paragraph 5

มาตรการทางอาญาเพื่อบังคับเอาทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดหรือเป็นผลที่ได้จากการกระทำความผิด มีดังต่อไปนี้

- (1) "Confiscation" ได้แก่ การบังคับเอาทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดอย่างถาวร โดยอาศัยอำนาจศาลหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย
- (2) "Controlled Delivery" ได้แก่ มาตรการพิเศษที่ใช้ในการติดตามยาเสพติด หรือวัตถุ มีฤทธิ์ต่อจิตประสาท หรือวัตถุอื่นที่เกี่ยวข้อง ที่ดำเนินการเคลื่อนย้ายจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งหรือหลายประเทศ ทั้งนี้โดยอาศัยอำนาจและคำสั่งของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามอนุสัญญานี้
- (3) "Freezing and Seizure" "จับ และ ยึดของกลาง" ได้แก่ มาตรการบังคับชั่วคราว เพื่อมิให้มีการโยกย้าย แปลงสภาพ หรือนำออกไปนอกเขตอำนาจศาล ซึ่งทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดตามอนุสัญญานี้

แต่ละรัฐสามารถออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อกำหนดแนวทางการทำรายงานแสดงบัญชีทรัพย์สิน วิธีการ ยึดอายัดทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด และกฎเกณฑ์ที่ใช้ควบคุมการเคลื่อนย้ายเงินทุนที่ได้จากการกระทำความผิดระหว่างประเทศ

และให้ "ทรัพย์สิน" หรือ "Property" ได้แก่ ทรัพย์สิน หรือหลักทรัพย์ทุกชนิด ไม่ว่าจะ มีเจ้าของคนเดียวหรือเจ้าของรวม เป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ เอกสารสำคัญ หรือผลประโยชน์ที่อาจเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือหลักทรัพย์นั้น

ในกรณีที่ทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดถูกแปลงสภาพเป็นทรัพย์สินอย่างอื่น อนุสัญญานี้ให้มีการบังคับเอาทรัพย์สินที่แปลงสภาพได้โดยอนุโลม^{...} และเจ้าหน้าที่สามารถใช้มาตรการ ยึด อายัดทรัพย์สินก่อนการดำเนินคดี เพื่อป้องกันมิให้มีการยกย้ายทรัพย์สินออกนอกเขตอำนาจของศาลก็ได้^{....} และให้รวมเอาเงินรายได้ที่ได้มาจากการกระทำความผิด ค้ายา

... Article 5 Paragraph 1

Article 5 Paragraph 2

... Article 5 Paragraph 5

... Article 5 Paragraph 6(a)

.... Article 5 Paragraph 6(b)

เสพติด การเคลื่อนย้าย หรือแปลงสภาพยาเสพติดและทรัพย์สินที่เกี่ยวข้อง อยู่ในกลุ่มทรัพย์สินที่ต้องถูกบังคับตามอนุสัญญานี้ด้วย.....

และนอกจากนั้นทุกประเทศสมาชิกในอนุสัญญานี้จะต้องสร้างความร่วมมือทางอาญา (Mutual Assistance) โดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องของการปฏิบัติงาน ในเรื่องดังต่อไปนี้.....

- (1) ความร่วมมือในเรื่องการแลกเปลี่ยนพยานหลักฐานในคดี
- (2) ความร่วมมือในเรื่องการแลกเปลี่ยนเอกสารสำคัญระหว่างศาล
- (3) ความร่วมมือในเรื่องการใช้มาตรการยึดอายัด ค้น จับ ฯลฯ
- (4) ความร่วมมือในการตรวจสอบพยานหลักฐานที่อยู่ในเขตอำนาจของตน
- (5) ความร่วมมือในเรื่องข้อมูลทั่วไป
- (6) ความร่วมมือในเรื่องการส่งเอกสารและสำเนาเกี่ยวกับรายงานของสถาบันการเงินหรือบริษัท
- (7) ความร่วมมือในเรื่องอื่นๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อการแสวงหาพยานหลักฐานและการใช้มาตรการบังคับกับทรัพย์สิน

จากการพิจารณาหลักการเบื้องต้นของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1988 ฉบับนี้ เห็นว่ามาตรการที่ใช้บังคับกับความผิดเกี่ยวกับการผลิตและการค้ายาเสพติด เป็นมาตรการที่นำมาใช้ได้จากกระบวนการฟอกเงิน ทั้งนี้เนื่องจากความผิดฐานการค้ายาเสพติดเป็นฐานความผิดหนึ่งในกฎหมายฟอกเงินของทุกประเทศด้วย และการที่จะปราบปรามการค้ายาเสพติดเช่นว่านั้นได้ จะต้องใช้มาตรการบังคับเข้ากับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ทั้งที่เป็นสิ่งของและเงินสดหรือหลักทรัพย์ที่เกี่ยวข้อง มาตรการภายใต้อนุสัญญานี้จึงมุ่งที่ใช้มาตรการทางกฎหมายบังคับเข้ากับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเป็นหลัก

และมาตรการที่จะนำไปใช้ในการฟอกเงิน ก็ได้แก่การติดตามการเคลื่อนไหวของเงินที่ได้จากการกระทำความผิด ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม รวมถึงทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากการแปลงสภาพ การเคลื่อนย้าย หรือการโอนให้บุคคลอื่น แม้ว่าจะมีการแปลงสภาพทรัพย์สินไปที่ครั้งจะโอนทรัพย์สินไปที่ทอด กฎหมายฟอกเงินในปัจจุบันก็สามารถตามบังคับได้ทั้งสิ้น เนื่องจากกฎหมายฟอกเงินของแต่ละประเทศอาศัยแนวทางจากอนุสัญญากรุงเวียนนานี้ในการกำหนดมาตรการบังคับเข้ากับทรัพย์สิน จะต่างกันก็เพียงกฎหมายฟอกเงินได้มีการกำหนดฐานความผิดเพิ่มขึ้นจากเดิมที่มีแต่ความผิดฐานการค้ายาเสพติดเพียงอย่างเดียวนั่นเอง

..... Article 5 Paragraph 6(c)

..... Article 7 Paragraph 1

เมื่อมาพิจารณาถึงการใช้โปยกัวน การใช้โปยกัวนในกรณีใดๆเพื่อการผิดกฎหมาย เช่น ใช้โปยกัวนในการชำระราคายาเสพติด หรือกิจการอื่นที่เกี่ยวข้อง เจ้าหน้าที่สามารถใช้มาตรการภายใต้อนุสัญญานี้ บังคับกับโปยกัวน ประการแรก ในฐานะที่เป็นวัตถุที่เกี่ยวข้องในการกระทำผิดกฎหมาย ประการที่สอง ในฐานะที่เป็นรายได้จากการกระทำความผิดค้ายาเสพติด เมื่อนำโปยกัวนที่ได้จากการชำระราคายาเสพติดไปขึ้นเป็นเงินสด หรือโอนให้ผู้ที่เกี่ยวข้อง เจ้าหน้าที่สามารถติดตามเอาโปยกัวน หรือเงินที่ได้จากการขึ้นโปยกัวน มาเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีได้

3.2 หลักการของคณะกรรมการแห่งบาเซล

Basle Committee on Banking Regulation and Supervisory Practices

มาตรการภายใต้หลักการของคณะกรรมการแห่งบาเซล เป็นมาตรการที่ใช้กับสถาบันการเงินประเภทธนาคาร ในการที่จะให้รายงานการทำธุรกรรมทางการเงิน เพื่อป้องกันการซ่อนเร้นหรือปิดบังบัญชีหรือการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ตามปกติแล้ว ในการฟอกเงิน จะมีการเคลื่อนย้ายเงินระหว่างบัญชีที่อยู่ในหลายประเทศอยู่บ่อยครั้ง และสถาบันการเงินก็จะทำการปกปิดไม่ยอมรายงานความเป็นอยู่ของบัญชีเช่นว่านั้นให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทราบ ด้วยเหตุนี้ จึงมีการประชุมระดับระหว่างประเทศเพื่อหาแนวทางในการจัดการกับแหล่งเงินทุนที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดในสถาบันการเงิน โดยเฉพาะ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด โดยเริ่มจากการประชุมหารือของ Council of Europe เมื่อปี 1980 ได้มีการลงความเห็น ว่า สถาบันการเงินมีส่วนช่วยเหลือมากในการปิดบังซ่อนเร้นข้อมูลของแหล่งเงินทุนที่เกี่ยวกับอาชญากรรม ให้พ้นจากการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ด้วยเหตุนี้จึงเป็นที่มาของ Basle Committee on Banking Regulations and Supervisory Practices โดยคณะกรรมการนี้มีอำนาจแตกต่างจากคณะกรรมการฟอกเงินโดยทั่วไป กล่าวคือ คณะกรรมการนี้มีอำนาจในการใช้มาตรการใดๆ เพื่อจัดระเบียบการดำเนินงานของสถาบันการเงินทั้งหลาย รวมถึงการเข้าไปควบคุมถึงบัญชีของลูกค้าแต่ละคนว่าเกี่ยวข้องกับกิจการที่ผิดกฎหมายหรือไม่

คณะกรรมการยังพบว่า ความไร้เสถียรภาพของสถาบันการเงิน เกิดจากการที่สถาบันการเงินไม่ให้ความสำคัญต่อการประกอบอาชญากรรมทางการเงิน จึงทำให้มีการฉ้อโกง

“...banking system can play highly effective preventive role while the cooperation of the banks also assists in the repression of such criminal acts by a judicial authorities of the police”

ความบกพร่องในเรื่องการเก็บข้อมูลของลูกค้าอยู่บ่อยครั้ง และพบว่าหลายบัญชีของลูกค้าในสถาบันการเงินมีความเกี่ยวข้องกับการประกอบอาชญากรรม ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการมาธิการจึงใช้มาตรการเพื่อให้ผู้บริหารสถาบันการเงินทั้งหลายได้วางแนวทางเกี่ยวกับการจัดระเบียบในสถาบันการเงินให้รัดกุมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ดังนั้น คณะกรรมการแห่งบาเซิลจึงออก Statement of Principles เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติของสถาบันการเงิน โดยมีหลักการเบื้องต้นสามประการ ได้แก่

- (1) การทำธุรกรรมทางการเงินของลูกค้าทุกรายจะต้องได้รับการจัดบันทึก
- (2) ธุรกรรมทางการเงินที่อาจเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดกฎหมายจะต้องถูกห้ามมิให้กระทำ
- (3) ต้องพัฒนาความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศเพื่อแก้ไขปัญหาในเรื่องนี้

มาตรการ Statement of Principles ไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย แต่เป็นแนวทางที่ให้รัฐบาลของแต่ละประเทศไปทำการอนุวัติใช้เป็นมาตรการตรวจสอบสถาบันการเงินภายในประเทศของตัวเอง โดยมาตรการนี้มีอยู่ 5 ข้อ ได้แก่

- I. เนื่องจากสถาบันการเงินมักปกปิดที่มาที่ไปของบัญชีของลูกค้าที่เกี่ยวข้องกับการฟอกเงิน หรือการประกอบอาชญากรรมอื่นๆ ด้วยเหตุนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือเจ้าหน้าที่ผู้บังคับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง สามารถเข้าไปตรวจสอบการจดบันทึกรายงานธุรกรรมทางการเงินของลูกค้าในสถาบันการเงินแต่ละแห่งได้
- II. เพื่อให้รัฐสามารถเข้าตรวจสอบการกระทำผิดของลูกค้ำของสถาบันการเงินได้ สถาบันการเงินจะต้องทำการจดบันทึกข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้าแต่ละรายที่มาเปิดบัญชี และสถาบันการเงินจะต้องไม่ทำธุรกรรมทางการเงินกับลูกค้าที่สถาบันการเงินไม่มีข้อมูลส่วนบุคคล
- III. ถ้าเป็นกรณีที่กฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางการเงินของสองประเทศกำหนดหลักเกณฑ์ในการทำธุรกรรมไม่เหมือนกัน สถาบันการเงินไม่ควรที่จะจัดให้มีบริการธุรกรรมทางการเงินระหว่างประเทศในส่วนที่ไม่เหมือนกันเช่นว่านั้น
- IV. สถาบันการเงินทั้งหลายจะต้องให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ผู้บังคับกฎหมาย ในการออกมาตรการที่ใช้ในสถาบันการเงินเพื่อป้องกันมิให้มีการทำธุรกรรมทางการเงินเกี่ยวกับอาชญากรรมในสถาบันการเงิน เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ลูกค้าสถาบันการเงิน
- V. สถาบันการเงินทั้งหลายจะต้องจัดการฝึกอบรมพนักงานของตนเพื่อให้เข้าในแนวทางของบาเซิล รวมทั้งสถาบันการเงินจะต้องจัดให้มีกรรมการตรวจสอบการดำเนินงานภายใน

ในสถาบันการเงิน (Audit Committee) เพื่อให้แน่ใจว่ามีการดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของ Statement of Principles อย่างแท้จริง

แนวทางของคณะกรรมการแห่งชาติ เป็นที่มาของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการทำรายงานธุรกรรมทางการเงินของสถาบันการเงิน (Suspicious Transaction Report) และหลักการเก็บข้อมูลของลูกค้าของสถาบันการเงิน (Know Your Customer Policy) อันปรากฏอยู่ใน Recommendations หรือแนวทางการปราบปรามการฟอกเงินของ FATF, CFATF, FinCEN ฯลฯ โดยมาตรการเหล่านี้เป็นการปรับปรุงการเก็บข้อมูลของสถาบันการเงินในเรื่องของการเคลื่อนไหวของบัญชีเงินฝาก ว่าที่ที่มาที่ไปอย่างไร และเกี่ยวข้องในการประกอบอาชญากรรมหรือไม่ แต่มาตรการนี้คงจะนำไปใช้กับสถาบันการเงินรูปแบบธนาคารพาณิชย์ ซึ่งเป็นสถาบันการเงินในระบบเท่านั้น แต่การใช้โพรยก๊วนในระบบธนาคารใต้ดิน จะมีการโอนเงินออกนอกประเทศหลายเส้นทาง และแยกฝากในบัญชีของธนาคารหลายแห่งและหลายบัญชี บัญชีละจำนวนไม่มาก เพื่อไม่ให้ต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินแสดงที่ไปที่มาของเงินต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างระบบธนาคารใต้ดิน BMPE เพื่อลักลอบขนเงินที่ได้จากการค้าเสพติดข้ามประเทศ ในภูมิภาคอเมริกาใต้ ซึ่งจะได้อธิบายรายละเอียดในส่วนต่อไปของบทนี้ นี่เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่า มาตรการในการตรวจสอบความถูกต้องในการธุรกรรมของสถาบันการเงินยังหละหลวม และมีการปิดบังซ่อนเร้นความเคลื่อนไหวทางบัญชีของแหล่งเงินที่ได้จากการกระทำผิดกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ มาตรการที่ออกภายใต้แนวทางของบาเซลในเรื่องการจัดระเบียบการทำรายงานธุรกรรมทางการเงินของสถาบันการเงินจะเป็นมาตรการหนึ่งที่เป็นประโยชน์ในการป้องกันการฟอกเงินในสถาบันการเงินได้เป็นอย่างดี

ด้วยเหตุนี้ มาตรการในการตรวจสอบการปฏิบัติงานภายใต้แนวทางของ Basel Committee จะทำให้สถาบันการเงินทั้งหลายต้องวางมาตรการตรวจสอบตัวเองว่า มีธุรกรรมใดๆ น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงิน อย่างเช่น การใช้โพรยก๊วน ผ่านสถาบันการเงินของตนหรือไม่ เมื่อมีธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงินดังกล่าวเกิดขึ้น ให้สถาบันการเงินทำรายงานธุรกรรมที่น่าสงสัยเสนอแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐทราบในทันที นอกจากนั้น แต่ละประเทศจะต้องมีการแก้ไขกฎหมาย เพื่อสร้างมาตรการต่อต้านการใช้โพรยก๊วน โดยผ่านทั้งสถาบันการเงินหน่วยงานบังคับใช้อื่นๆ เช่น อบรมให้พนักงานธนาคารรู้สึกถึงวิธีการดำเนินการของโพรยก๊วนให้มากยิ่งขึ้น แลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างสถาบันการเงินในประเทศและนอกประเทศ รวมถึงการส่งเสริมให้มีการนำมาตรการใหม่ๆ มาใช้กับการดำเนินการจับกุมการกระทำที่มีลักษณะเป็นการใช้โพรยก๊วน ในขณะที่เดียวกันศาลยุติธรรมก็ต้องยอมรับพยานหลักฐานที่เกิดจากมาตรการใหม่ๆ เหล่านั้นอีกด้วย

3.3 อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ.2000

United Nations Convention Against Transnational Organized Crime 2000

เนื่องจากมีองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติจำนวนมากมายที่มีการเคลื่อนย้ายเงินเพื่อสนับสนุนการทำงานระหว่างกัน โดยเส้นทางการเงินนอกระบบ ไม่ว่าจะเป็นการใช้โพยก๊วน การใช้ธนาคารใต้ดิน หรือวิธีการของเงินนอกระบบอื่นๆ ทั้งนี้ เพื่อมิให้ความเคลื่อนไหวทางการเงินก่อให้เกิดร่องรอยแห่งพยานหลักฐานให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถตรวจสอบได้ ด้วยเหตุนี้ อนุสัญญาต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาตินอกจากที่จะกำหนดลักษณะการประกอบอาชญากรรมที่ถือว่าเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติแล้ว ยังกำหนดในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศในการนำมาตรการทางอาญามาใช้ในการบังคับเอากับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด เพื่อให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการติดตามความเคลื่อนไหวของแหล่งเงินทุนที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้

ให้ศัพท์ที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติมีความหมายดังต่อไปนี้

- (1) Organized Criminal Group หมายถึง กลุ่มที่ก่อตั้งขึ้นโดยบุคคลจำนวนตั้งแต่สามคนขึ้นไป ในช่วงเวลาหนึ่ง เพื่อวัตถุประสงค์ในการประกอบอาชญากรรมร้ายแรงภายใต้อนุสัญญานี้ เพื่อให้ได้มา ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งประโยชน์อื่นทางการเงินหรือประโยชน์อื่นใด
- (2) Serious Crime หมายถึง การกระทำความผิดทางอาญาร้ายแรงที่สามารถลงโทษจำคุกบุคคลนั้นตั้งแต่สี่ปีขึ้นไปจนถึงประหารชีวิต
- (3) Structured Group หมายถึง กลุ่มบุคคลที่รวมตัวกันประกอบอาชญากรรมในทันทีทันใด ไม่จำเป็นจะต้องมีการแบ่งหน้าที่ของแต่ละคนอย่างชัดเจน
- (4) Property หรือ ทรัพย์สิน หมายถึง ทรัพย์สินทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็กรรมสิทธิ์เดี่ยวหรือกรรมสิทธิ์รวม ไม่ว่าจะเคลื่อนย้ายได้หรือเคลื่อนย้ายไม่ได้ โอนได้หรือโอนไม่ได้ จับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ และเอกสารทางกฎหมายหรือตราสารอื่นใดที่มีความเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินดังกล่าวนั้น
- (5) Freezing or Seizure หรือการยึดอายัด หมายถึง มาตรการบังคับชั่วคราวกับทรัพย์สิน เพื่อมิให้มีการยกย้าย หรือการนำออกไปด้วยวิธีการใดๆ ให้พ้นเขตอำนาจศาล
- (6) Confiscation หรือ การริบ หมายถึง การที่ศาลสั่งให้ทรัพย์สินที่ได้จากการยึดหรืออายัดนั้น ตกเป็นของแผ่นดิน
- (7) Predicate Offence หมายถึง การกระทำใดๆก็ตามที่จะนำไปสู่การกระทำความผิดที่กำหนดไว้ในฐานความผิดตามอนุสัญญานี้

- (8) Control Delivery หมายถึง มาตรการติดตามสิ่งของผิดกฎหมายหรือสิ่งของที่เกี่ยวข้อง ที่ถูกนำเข้าไปหรือส่งออกนอกประเทศ กระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนคดีและการสาวไปถึงตัวผู้กระทำความผิด

ฐานความผิดตามอนุสัญญานี้

ในมาตรา 6 ของอนุสัญญานี้ แต่ละรัฐจะต้องกำหนดให้มีกฎหมายภายในเพื่อกำหนดมาตรการในการกำหนดฐานความผิดที่กระทำโดยเจตนาดังต่อไปนี้

1. การแปลงสภาพหรือโอนทรัพย์สิน (a(i)) และการปกปิด ซ่อนเร้นที่มาที่แท้จริงของทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด (a(ii))
2. การเคลื่อนย้าย การโอน หรือการใช้ทรัพย์สิน โดยรู้ว่าทรัพย์สินนั้นเกี่ยวกับการกระทำความผิด (b(i)) และการมีส่วนร่วม หรือเป็นสมาชิก หรือสมคบกันกระทำความผิด พยายาม ช่วยเหลือ ให้ความสะดวก หรือให้คำปรึกษาในการกระทำความผิด (b(ii))

ในส่วนที่สองของมาตรานี้กำหนดในเรื่องของแนวทางการตีความบทบัญญัติในอนุสัญญานี้อันได้แก่

1. รัฐสมาชิกหนึ่งอาจปฏิบัติตามความในวรรค 1 โดยการตีความในเรื่องความผิดมูลฐานให้กว้างขวางที่สุด
2. รัฐสมาชิกอาจระบุความผิดมูลฐานเพิ่มเติมหรือบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ โดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 2, 5, 8 และ 23 ทั้งนี้ อาจรวมถึงความผิดมูลฐานในการกระทำที่เป็นองค์การอาชญากรรม
3. เมื่อมีการกระทำความผิดนอกประเทศ แต่ส่งผลให้เกิดการกระทำความผิดในประเทศ รัฐสมาชิกอาจนำหลักของกฎหมายนี้ไปบังคับกับการกระทำความผิดเช่นว่านั้นได้
4. รัฐสมาชิกเมื่อมีปัญหาอาจส่งสำเนากฎหมายของประเทศของตนที่ขัดหรือแย้งกับมาตรานี้ให้ UN Secretary General พิจารณา

และรัฐสมาชิกอาจเลือกที่จะไม่ถือเอาความผิดมูลฐานดังกล่าวมาข้างต้นเป็นความผิดมูลฐานในกฎหมายของตนเมื่อพบว่าขัดแย้งกับหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศนั้น

ประเทศภาคีทั้งหลายจะต้องออกมาตรการทางกฎหมาย สำหรับใช้กับสถาบันการเงินในระบบและนอกระบบเพื่อปราบปรามการฟอกเงิน โดยจะต้องมีมาตรการในเรื่อง การทำรายงาน

ข้อมูลของลูกค้าสถาบันการเงิน การเก็บรักษาข้อมูลของการทำธุรกรรมทางการเงิน และการทำธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงิน รวมไปถึงการประสานความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่ใช้บังคับกฎหมาย และจะต้องมีการติดต่อมีการก่อตั้งหน่วยงาน FIU หรือ Financial Intelligence Unit เพื่อให้บริการข้อมูลเกี่ยวกับการฟอกเงินแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง การเก็บข้อมูลดังกล่าวเป็นประโยชน์แก่หน่วยงาน FIU ในกรณีที่ต้องการค้นหาข้อมูลย้อนหลังเพื่อพิจารณาธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงินหรือธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการใช้โพงก๊วนหรือธนาคารใต้ดิน เนื่องจากธุรกรรมประเภทนี้ไม่สามารถแสวงหาพยานหลักฐานได้จากการกระทำความผิดโดยตรง ข้อมูลจากสถาบันการเงินดังกล่าวสามารถนำมาเป็นพยานหลักฐานแวดล้อมเพื่อศึกษาถึงประวัติการธุรกรรมของบุคคลหรือธุรกิจว่ามีความเกี่ยวข้องกับการใช้โพงก๊วนหรือไม่

และตามมาตรา 10 ของอนุสัญญา ได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบไว้ว่า ผู้ที่ปฏิบัติฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งอนุสัญญานี้ จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา ทางแพ่ง และทางปกครอง ส่วนในมาตรา 12 ได้บัญญัติในเรื่องมาตรการยึดอายัด และริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด โดยอนุสัญญาต้องการให้แต่ละประเทศมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้มาตรการดังต่อไปนี้

- 1 (a) ให้ยึดอายัดหรือริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดที่บัญญัติภายใต้อนุสัญญานี้
(b) อุปกรณ์ หรือเครื่องมืออื่นๆที่ใช้ในการกระทำความผิดตามอนุสัญญานี้
2. รัฐสามารถกำหนดมาตรการที่จำเป็นสำหรับการแสวงหา ติดตาม ยึดและอายัดทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องตามข้อ 1
3. แม้ว่าทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดข้ามต้นจะได้รับการแปลงสภาพไปทั้งหมดหรือบางส่วน เจ้าหน้าที่สามารถใช้มาตรการที่จำเป็นในการบังคับเอาคืนทรัพย์สินนั้น
4. เมื่อพบว่าทรัพย์สินที่มีที่มาถูกต้องตามกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการกระทำความผิด ไม่ว่าจะกรณีใดๆ ให้เจ้าหน้าที่สามารถบังคับเอาคืนทรัพย์สินนั้นได้
5. ให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจบังคับเอาคืนทรัพย์สินที่เป็นรายได้หรือดอกผลจากการกระทำความผิด จากการแปลงสภาพทรัพย์สิน หรือจากแหล่งเงินตามกฎหมายที่อาจเข้าไปเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด
6. ให้ศาลของแต่ละประเทศมีอำนาจสั่งให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องแจ้งรายงานธุรกรรมทางการเงิน หรือยึดพยานหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี โดยสามารถกำหนดมาตรการในส่วนนี้ในกฎหมายว่าด้วยธนาคาร (Bank Secrecy)

7. รัฐสามารถบังคับให้ผู้กระทำความผิด แจ่งที่ไปที่ไปของทรัพย์สิน เพื่อประโยชน์ในการใช้มาตรการบังคับเอากับทรัพย์สิน
8. บทบัญญัติตามมาตรานี้จะต้องไม่ถูกโต้แย้งโดยหลักสุจริตอื่นใดที่อาจนำมาเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามอนุสัญญานี้
9. รัฐสมาชิกสามารถอนุวัติบทบัญญัติมาตรการตามอนุสัญญานี้ไปใช้ในกฎหมายภายในอย่างไม่มีข้อจำกัด

ในมาตรา 13 ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกหนึ่ง สามารถขอความร่วมมือกับอีกรัฐสมาชิกหนึ่ง ในการจับตัวบุคคล หรือบังคับเอากับทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามอนุสัญญานี้ ตามมาตรา 12 วรรค 1 ซึ่งอยู่ในประเทศของรัฐผู้รับคำขอนั้น

มาตรา 14 กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการคืนทรัพย์สินที่ยึดอายัด หรือริบ ให้แก่ผู้กระทำความผิด เมื่อพบว่าทรัพย์สินที่บังคับมานั้นไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ให้รีบคืนทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่ผู้กระทำความผิด พร้อมทั้งชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลนั้นในฐานะเหยื่อของกระบวนการยุติธรรม

ถ้าพบว่ามีบุคคลหลายคนหรือหลายกลุ่มที่ร่วมในขบวนการการใช้โพยก๊วนหรือการขนเงินผ่านธนาคารใต้ดิน ซึ่งอาศัยอยู่ในหลายประเทศ มาตรการตามมาตรา 10 – 14 ดังกล่าวสามารถนำมาใช้กับการบังคับเอากับทรัพย์สินที่ได้เกี่ยวข้องในการกระทำความผิด ทั้งในส่วนของการ ยึดอายัด (Freeze) ทรัพย์สินมิให้มีการเคลื่อนย้ายออกนอกเขตอำนาจศาล และการบังคับเอากับทรัพย์สินหลังจากที่ได้มีการพิจารณาความผิดแล้ว และเจ้าหน้าที่สามารถบังคับเอาทรัพย์สินเช่นว่านั้นได้ไม่ว่าจะได้รับการแปลงสภาพไปที่ทอดก็ตาม ถ้าสามารถสร้างความเกี่ยวพันระหว่างเงินที่ได้จากการกระทำความผิดกับทรัพย์สินที่ได้แปลงสภาพไปแล้วได้ เจ้าหน้าที่ก็สามารถใช้มาตรการบังคับเอาทรัพย์สินได้ และการใช้โพยก๊วน ไม่ว่าจะป็นรูปแบบโพยก๊วนกระตาดหรือ Flying Money หรือ Hawala หรือ การนำไปแลกเป็นธนบัตรที่ขนย้ายได้ง่ายหรือ Denomination Banknotes เหล่านี้ผ่านกระบวนการแปลงสภาพจากเงินที่ได้จากการกระทำความผิดทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้ มาตรการบังคับเอากับทรัพย์สินตามอนุสัญญานี้สามารถบังคับเอากับทรัพย์สินที่ถูกแปลงสภาพเป็นโพยก๊วนหรือจากโพยก๊วนกลับมาเป็นเงินอีกครั้งหนึ่ง แต่สามารถสร้างความเกี่ยวพันระหว่างโพยก๊วนและทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดได้

ในมาตรา 27 ได้วางหลักเกี่ยวกับความร่วมมือในทางอาญาระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้บังคับกฎหมาย ว่าจะต้องร่วมมือกันอย่างใกล้ชิดในกระบวนการปฏิบัติงาน และการวางแผนการทางกฎหมาย ภายใต้กฎเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- 1 (a) ให้นำหน่วยงานใช้วิธีการติดต่อสื่อสารทุกวิถีทาง เพื่อทำให้เกิดความรวดเร็วในการติดต่อสื่อสารและแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินคดีภายใต้อนุสัญญาฉบับนี้
- (b) ให้ประสานความร่วมมือในการสืบสวนการกระทำความผิดตามเกณฑ์ดังต่อไปนี้
 - (i) เพื่อแสวงหาแหล่งที่การกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้น
 - (ii) เพื่อติดตามความเคลื่อนไหวของการกระทำความผิดและการเคลื่อนไหวของทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิด
 - (iii) เพื่อติดตามการเคลื่อนไหวของทรัพย์สินและอุปกรณ์ต่างๆที่จะทำไปใช้ในการกระทำความผิด
- (a) ให้ประสานความร่วมมือในเรื่องการสอบสวนการกระทำความผิด
- (b) แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดในรูปแบบองค์กรอาชญากรรม ไม่ว่าจะเป็นการปกปิดความเคลื่อนไหวของตัวบุคคลและทรัพย์สิน การทำเท็จในเรื่องเอกสารธุรกรรมทางการเงิน และพฤติกรรมอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด
- (c) ให้ประสานกับหน่วยงานทางปกครอง ในเรื่องการวางมาตรการบังคับล่วงหน้าเพื่อป้องกันการกระทำความผิดภายใต้อนุสัญญานี้

และมาตรา 29 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิค และแนวทางในการจัดฝึกอบรมบุคลากรในทุกหน่วยงานที่ใช้บังคับกฎหมาย โดยจะต้องให้ความช่วยเหลือในด้านเทคนิคในเรื่องดังต่อไปนี้

- (a) มาตรการที่ใช้ในการป้องกัน และควบคุมการกระทำความผิดภายใต้อนุสัญญานี้
- (b) ข้อมูลเกี่ยวกับเส้นทางในการกระทำความผิดของบุคคลผู้ต้องสงสัย
- (c) ความเคลื่อนไหวในเรื่องกระบวนการลักลอบขนของข้ามประเทศโดยผิดกฎหมาย (Contraband)
- (d) ข้อมูลเกี่ยวกับรูปแบบการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ไม่ว่าจะกระทำโดยใช้ตราสาร หรือโดยวิธีอื่นก็ตาม เพื่อประโยชน์ในการแสวงหาเบาะแสของการฟอกเงินและของอาชญากรรมทางการเงินอื่นๆ
- (e) ความช่วยเหลือในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐาน
- (f) การใช้มาตรการตรวจสอบในเขตการค้าเสรีหรือท่าเรือปลอดอากร
- (g) ความช่วยเหลือในเรื่องเครื่องมือเครื่องใช้สมัยใหม่แก่เจ้าหน้าที่ เช่น อุปกรณ์ที่ใช้ในกระบวนการ Electronic Surveillance Techniques และในเครือข่ายคอมพิวเตอร์
- (h) การช่วยเหลือในเรื่องข้อมูลเกี่ยวกับการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติในปัจจุบันที่อาศัยปัจจัยทางเทคโนโลยีช่วย
- (i) ความช่วยเหลือในเรื่องมาตรการที่จะใช้คุ้มครองเหยื่ออาชญากรรม

มาตรการตามมาตรา 27 และ 29 ของอนุสัญญาฉบับนี้มีความสำคัญมากในการปราบปรามการใช้โพยก๊วนและเงินนอกระบบอื่นๆทั้งหมด ความเป็นไปได้ในการรวบรวมพยานหลักฐานในการดำเนินคดีการใช้โพยก๊วน ขึ้นอยู่กับประสิทธิภาพของกระบวนการแสวงหาพยานหลักฐานเกี่ยวกับขบวนการใช้โพยก๊วน ถ้าเจ้าหน้าที่ขาดความร่วมมือในเรื่องการประสานงานด้านข้อมูลและการช่วยเหลือในเรื่องเครื่องมือเครื่องไม้เพื่อประโยชน์ในการติดตามการกระทำ ความผิด โอกาสในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานซึ่งสามารถเกี่ยวโยงกับการกระทำความผิดย่อมมีน้อย ความมุ่งหมายของสองมาตรานี้จึงได้แก่ ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา ในส่วนของการรวบรวมพยานหลักฐาน การสืบสวนสอบสวนและการดำเนินคดี โดยอาศัยปัจจัยทางเทคโนโลยี (Technical Surveillance) เข้าช่วย เพื่อทำให้เกิดความรวดเร็วและเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานของเจ้าหน้าที่ในการปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติให้มากขึ้น

และจากแนวทางตามมาตรา 5 ของอนุสัญญา ในส่วนของการกำหนดมาตรการทางอาญามาใช้กับการปราบปรามการใช้โพยก๊วนและเงินนอกระบบอื่นๆ ให้แต่ละประเทศสามารถออกมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการติดตามการกระทำความผิด Controlled Delivery และมาตรการยึดอายัดกับทรัพย์สิน Freezing and Seizure เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้โพยก๊วนยกย้ายทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิด ออกไปนอกเขตอำนาจศาล และในกรณีที่มีการยกย้ายทรัพย์สินออกนอกประเทศแล้ว ก็สามารถใช้มาตรการ Controlled Delivery ในการติดตามเอาทรัพย์สินได้ แต่ก่อนที่จะใช้มาตรการติดตามการกระทำความผิดและการยึดอายัดทรัพย์สิน ต้องผ่านขั้นตอนของความร่วมมือระหว่างเจ้าหน้าที่ในการแสวงหาข้อมูลในการประกอบอาชญากรรมขององค์กรอาชญากรรมหรือบุคคลในขบวนการของโพยก๊วนเสียก่อน และข้อมูลที่ได้มาต้องเพียงพอต่อการไปกำหนดความน่าเชื่อว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำความผิด (Predisposition) เพื่อจะใช้มาตรการติดตามการกระทำความผิดและบังคับเอาทรัพย์สินได้ต่อไป

ในทางปฏิบัติเพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาฯ ในฐานะที่ประเทศไทยได้ลงนามเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาฯนี้ด้วย ประเทศไทยจึงควรมีการบัญญัติ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. ขึ้นโดยกำหนดให้พฤติกรรมในลักษณะการใช้โพยก๊วนเป็นหนึ่งในฐานความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

3.4 มาตรการทางกฎหมายของ Financial Action Task Force on Money Laundering

The Financial Action Task Force on Money Laundering เป็นหน่วยงานเฉพาะกิจระหว่างประเทศเพื่อวิจัยและพัฒนาโยบายและมาตรการเพื่อปราบปรามการฟอกเงิน โดยเฉพาะการแสวงหาต้นตอของการกระทำฟอกเงิน (Illegally Origin) โดยมาตรการที่ออกมาจะมีจุดประสงค์เพื่อที่จะป้องกันรูปแบบอาชญากรรมฟอกเงินที่จะเกิดขึ้นในอนาคต และ FATF ได้ออกมาตรการระหว่างประเทศที่มีชื่อว่า The 40 Recommendations เพื่อให้เป็นนโยบายแบบอย่างให้แต่ละประเทศนำไปปรับใช้กับกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ นโยบายดังกล่าวครอบคลุมไปถึงการพัฒนามาตรการทางอาญา การปรับปรุงกระบวนการยุติธรรม และกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสถาบันการเงิน และยังวางแนวทางเกี่ยวกับการสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม การที่ประเทศใดๆ จะเข้าเป็นประเทศภาคีสมาชิกของ FATF จะต้องให้สัตยาบันยอมรับการบังคับใช้มาตรการตามอนุสัญญา United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substance 1988 (The Vienna Convention) เสียก่อน และประเทศนั้นๆ จะต้องมีการออกกฎหมายตามความจำเป็นเพื่อปราบปรามอาชญากรรมเกี่ยวกับการฟอกเงิน อนึ่ง อนุสัญญากรุงเวียนนาออกมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการปราบปรามยาเสพติด แต่อาชญากรรมทางการเงินส่วนใหญ่มักจะเป็นผลพลอยได้จากการค้ายาเสพติด มาตรการทางอาญาภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาจึงสามารถนำมาใช้ปราบปรามอาชญากรรมทางการเงิน และเป็นที่มาของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการฟอกเงิน เป็นที่น่าสังเกตว่า The 40 Recommendations ได้อาศัยแนวทางการร่างนโยบายทางกฎหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาโดยตลอด

นอกจากนั้น มาตรการภายใต้ The 40 Recommendations ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบของสถาบันการเงิน มิใช่ใช้บังคับเพียงสถาบันการเงินในระบบเท่านั้น แต่รวมไปถึงสถาบันการเงินนอกระบบด้วย (Non-Bank Financial Institution) โดยแม้ว่าสถาบันการเงินนอกระบบเหล่านี้จะไม่อยู่ภายใต้ การควบคุมของกฎหมายภายในของประเทศใดๆ ก็ตาม แต่รัฐบาลของประเทศนั้นจะต้องออกมาตรการทางกฎหมายที่ทำให้สถาบันการเงินนอกระบบเหล่านี้เข้าไปอยู่ในความควบคุมของกฎหมายฟอกเงินเช่นเดียวกับสถาบันการเงินในระบบให้ได้^{...} มาตรการของ The 40 Recommendations ในข้อ 10 ถึง 29 สามารถนำมาใช้ควบคุมสถาบันการเงินทั้งในระบบและนอกระบบ โดยสามารถแบ่งมาตรการออกเป็นหลายส่วนดังต่อไปนี้

^{*} Article 2-3, The 40 Recommendations

^{**} Article 1, The 40 recommendations

^{***} Article 8, The 40 Recommendations

3.4.1 หน้าที่ของสถาบันการเงินในการทำรายงานธุรกรรมทางการเงิน

The 40 Recommendations กำหนดให้รัฐบาลของแต่ละประเทศมีภารกิจที่จะต้องรายงานการทำธุรกรรมที่น่าสงสัย หรือรายงานรูปแบบการประกอบอาชญากรรมที่อาจมีความเกี่ยวข้องกับฟอกเงิน และจำเป็นต้องออกมาตรการทางกฎหมายใดๆ เพื่อป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินนั้น

Recommendation 8-9¹ เป็นมาตรการที่นำมาใช้กับ Bureaux de Change หรือสถานรับแลกเปลี่ยนเงินที่กล่าวมาแล้วในบทแรก โดยในมาตรการนี้มีความต้องการให้เจ้าหน้าที่เข้าไปตรวจสอบการดำเนินงานของสถานรับแลกเปลี่ยนเงิน ว่าเงินที่มีการแลกเปลี่ยนมีเครือข่ายเกี่ยวข้องกับกระบวนการฟอกเงินหรือไม่ และเมื่อเจ้าหน้าที่พบการทำธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นฟอกเงินในสถานรับแลกเปลี่ยนเงิน ให้ทำรายงาน Money Laundering Typologies ต่อ FATF และรัฐบาลอาจออกมาตรการทางกฎหมายบางประการเพื่อป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินในสถานรับแลกเปลี่ยนเงินในเบื้องต้นได้

คำจำกัดความของ Bureaux de Change ภายใต้ 40 Recommendations ได้แก่ สถาบันการเงินที่ทำการซื้อขายปลี๊กและแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ โดยธุรกรรมอาจกระทำเป็นเงินสด เช็ค หรือบัตรเครดิต

40 Recommendations ได้กำหนดให้รัฐบาลของแต่ละประเทศออกมาตรการเพื่อบังคับให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องและสถานรับแลกเปลี่ยนเงิน Bureaux de Change มีการจัดทำรายงานการทำธุรกรรมทางการเงินให้สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินของรัฐ โดยอย่างน้อยที่สุด ต้องมีมาตรการที่บังคับให้ Bureaux de Change จัดการเก็บข้อมูลของลูกค้าแต่ละราย เพื่อนำข้อมูลมาพิจารณาความเหมาะสมระหว่างสถานะทางวิชาชีพและการเงินของลูกค้าและการทำธุรกรรม รวมทั้งสถาบันการเงินดังกล่าวจะต้องออกมาตรการตรวจสอบการบริหารงานภายใน ที่เรียกว่า Fit and Proper Test เพื่อก่อให้เกิดความโปร่งใสในการดำเนินงานภายในองค์กร นอกจากนี้ รัฐบาลของแต่ละประเทศสามารถเข้ามาตรวจสอบความโปร่งใสของการดำเนินงานของ Bureaux de Change ได้โดยตรง โดยถ้า Bureaux de Change มีการดำเนินการที่ไม่โปร่งใส ถูกต้องตามหลักของ Fit and Proper รัฐบาลสามารถสั่งให้ Bureaux de Change หยุดการดำเนินงานได้

¹ Recommendation 4

² Recommendation 8

นอกจากนั้น ภายใต้ Recommendation 8-9 FATF ยังต้องการให้รัฐบาลใช้มาตรการเกี่ยวกับรายงานธุรกรรมทางการเงินภายใต้กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินแก่สถาบันการเงินนอกระบบอย่าง Bureaux de Change ด้วย โดย Bureaux de Change จะต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินที่มูลค่าเกินปริมาณที่กฎหมายกำหนด และธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงินให้แก่สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินของประเทศ เช่นเดียวกับธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินในระบบอื่นๆ ด้วย

3.4.2 นโยบายการเก็บข้อมูลของผู้ทำธุรกรรม (Know Your Customer Policy)

Recommendation 11 ได้กำหนดว่า สถาบันการเงินมีความจำเป็นที่จะต้องเก็บข้อมูลของลูกค้าของสถาบันการเงิน และข้อมูลของนายผู้รับมอบอำนาจในการทำธุรกรรมแทน เพื่อที่เป็นข้อมูลสำคัญในการสืบสวนสอบสวนเมื่อพบว่าธุรกรรมนั้นต้องสงสัยว่าเป็นธุรกรรมที่เกี่ยวกับการกระทำผิดกฎหมายหรือเกี่ยวกับการฟอกเงิน ตามนโยบาย Know Your Customer Policy

มาตรการ Know Your Customer Policy หมายถึงมาตรการที่ใช้เพื่อป้องกันการทำธุรกรรมกับสถาบันการเงินโดยผู้ที่มาปรากฏชื่อ (Anonymous Account) โดยการบังคับให้สถาบันการเงินทำรายงานข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้าสถาบันการเงินทุกครั้งทำธุรกรรมเกี่ยวกับการเปิดบัญชี หรือธุรกรรมที่มีมูลค่าเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด หรือธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงิน และเมื่อข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้าสถาบันการเงินของลูกค้าเปลี่ยนแปลง สถาบันการเงินจะต้องทำการปรับปรุงรายงานข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้าตามที่เปลี่ยนแปลงไป โดยตลอด โดยถ้าลูกค้าไม่ได้ทำรายงานข้อมูลส่วนบุคคลไว้ตั้งแต่แรก หรือข้อมูลของลูกค้าแปรข้อมูลเก่าที่ไม่ได้รับการปรับปรุงเป็นเวลานาน สถาบันการเงินสามารถเรียกให้ลูกค้าทำรายงานเช่นว่านั้นให้แก่สถาบันการเงินได้

เมื่อรายงานข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้าสถาบันการเงินไม่เพียงพอต่อการพิจารณาความถูกต้องของการทำธุรกรรมตามกฎหมาย ให้สถาบันการเงินพิจารณาข้อมูลจากธุรกรรมรายการอื่นๆ ที่ลูกค้าเคยทำกับหน่วยธุรกิจอื่นๆ เมื่อข้อมูลที่ได้รับจากการรายงานข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้า และรายงานธุรกรรมทางการเงินเป็นที่ยืนยันว่าลูกค้ากำลังจะกระทำการฟอกเงิน ให้สถาบันการเงินมีอำนาจตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินในการทำรายงานธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงิน และสามารถยับยั้งการทำธุรกรรมทางการเงินกับลูกค้าในรายการนั้นได้

การรู้จักลูกค้าของตนของสถาบันการเงินนี้ ถือเป็นมาตรการหนึ่งในการดำเนินการต่อการกระทำในลักษณะของการใช้โหยก๊วกันได้ เพราะการรู้จักลูกค้าของตนนั้นจะทำให้สถาบันการเงินทราบถึงพฤติกรรมของลูกค้าของตน และลูกค้าภายนอกที่มีพฤติกรรมน่าสงสัย เพื่อเป็นข้อมูลในการดำเนินการทางด้านกฎหมายต่อไป

3.4.3 ขอบเขตของธุรกรรมทางการเงินตาม Recommendation 14

ความหมายของธุรกรรมทางการเงินของ The 40 Recommendations ไม่ได้หมายความว่าเพียงธุรกรรมทางการเงินที่ทำกับสถาบันการเงินตามปกติ หรือการทำธุรกรรมทางการเงินระหว่างสถาบันการเงินและลูกค้าของสถาบันการเงินเท่านั้น แต่รวมถึงธุรกรรมทางการเงินที่กระทำระหว่างสถาบันการเงินกับสถาบันการเงินด้วยกัน และธุรกรรมทางการเงินที่กระทำระหว่างที่เกี่ยวกับการซื้อขายแลกเปลี่ยนเงินตรา การขนส่งสินค้าระหว่างประเทศ การซื้อขายตราสารเปลี่ยนมือที่ใช้กันในสถาบันการเงิน และธุรกรรมทางการเงินที่กระทำในเครือข่ายสถาบันการเงินนอกระบบอื่นๆด้วย และคำว่าธุรกรรมทางการเงินในที่นี้ให้หมายถึงธุรกรรมเกี่ยวกับการประกันภัย รวมทั้งในเรื่องของดอกเบี้ยและค่าพรีเมียมด้วย

จากจุดนี้ Recommendation 14 จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ให้ตีความลักษณะของธุรกรรมทางการเงินอย่างกว้าง ซึ่งรวมถึงธุรกรรมทางการเงินในระบบและนอกระบบด้วย สังเกตจากการใช้คำว่า transaction and/or shipment especially of currency and equivalent instruments between financial institutions themselves or even to transactions within financial groups ซึ่งหมายถึงกระบวนการเคลื่อนย้ายเงินตราหรือสิ่งของอื่นๆที่ใช้แลกเปลี่ยนได้เยี่ยงเงินตรา ไม่ว่าจะเป็นระหว่างสถาบันการเงินด้วยกันเอง หรือระหว่างสถาบันการเงินนอกระบบอื่นๆ ด้วยเหตุนี้ การเคลื่อนย้ายเงินในระบบธนาคารใต้ดินหรือการใช้โหยก๊ว จึง

Recommendation 14 (a)

In the interpretation of this requirement, special attention is required not only to transactions between financial institutions and their clients, but also to transactions and/or shipments especially of currency and equivalent instruments between financial institutions themselves or even to transactions within financial groups. As the wording of Recommendation 14 suggests that indeed "all" transactions are covered, it must be read to incorporate these interbank transactions.

Recommendation 14 (b)

The word "Transactions" Should be understood to refer to the insurance product itself, the premium payment and the benefits.

น่าจะจัดให้อยู่ในประเภทของการทำธุรกรรมทางการเงินที่ต้องถูกควบคุมตาม Recommendation 14 ด้วย

3.4.4 ขั้นตอนการทำรายงานธุรกรรมทางการเงินภายใต้ FATF

Recommendation 15 กำหนดให้สถาบันการเงินแต่ละแห่งต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงิน เมื่อพบว่าธุรกรรมนั้นมีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการหลีกเลี่ยงภาษี โดยรัฐบาลของแต่ละประเทศจะต้องออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อบังคับให้สถาบันการเงินจะต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินดังกล่าว

มาตรการตาม Recommendation 15 นี้ ก็คือมาตรการที่สถาบันการเงินจะต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินที่มีความน่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงินนั่นเอง เมื่อสถาบันการเงินพบรูปแบบการทำธุรกรรมทางการเงินของลูกค้าที่ผิดปกติ สามารถสันนิษฐานไว้ก่อน (Predisposition) ได้ว่า ธุรกรรมนั้นอาจมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน หรือความผิดตามกฎหมายอาญาในเรื่องอื่นๆ ก็ได้ ด้วยเหตุนี้ การที่แต่ละประเทศออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าตรวจสอบการทำรายงานธุรกรรมทางการเงินของสถาบันการเงินเท่ากับเป็นการตอบสนองนโยบายของ FATF ตาม Recommendation 15 เป็นอย่างดี

ส่วน Recommendation 22 เป็นมาตรการต่อจาก Recommendation 15 กล่าวคือ เมื่อมีการทำธุรกรรมทางการเงินระหว่างประเทศ หรือธุรกรรมที่ต้องมีการเคลื่อนย้ายเงินระหว่างประเทศ หรือธุรกรรมที่มีการเคลื่อนย้ายสินค้ามีค่าข้ามประเทศ รัฐบาลจะต้องมีการ

Recommendation 15

In implementing Recommendation 15, suspicious transactions should be report by financial institutions regardless of whether they are also thought to involve tax matter. Countries should take into account that, in order deter financial institutions from reporting a suspicious transaction, money launderers may seek to state inter alia that their transactions relate to tax matter.

Recommendation 22

(a) To facilitate detection and monitoring of cash transactions, without impeding in any way the freedom of capital movements, members could consider the feasibility of subjecting all cross-border transfers, above a given threshold, to verification, administrative monitoring, declaration or record keeping requirement

บังคับให้มีการทำรายงานธุรกรรมทางการเงินไว้ทุกครั้ง เพื่อตรวจสอบที่มาที่ไปของการเคลื่อนย้ายเงินหรือสินค้ำมีค่าเหล่านั้น

และเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ของศุลกากร พบว่ามีพฤติกรรมการเคลื่อนย้ายสินค้ำมีค่าเข้าหรือออกนอกประเทศอย่างผิดกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็สินค้ำจำพวกอัญมณี ทองคำ หรือสินค้ำมีค่าอื่นๆ เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาถึงความถูกต้องของการเคลื่อนย้ายสินค้ำดังกล่าวนั้น ทั้งในเรื่องของคุณสมบัติของผู้ส่งสินค้ำออก ที่อยู่ของผู้รับสินค้ำปลายทาง รวมถึงตัวสินค้ำที่ส่งนั้น มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานฟอกเงินและความผิดตามกฎหมายอื่นๆหรือไม่ และเมื่อพบความผิดปกติให้เจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการยับยั้งการเคลื่อนย้ายสินค้ำเข้าหรือออกนอกประเทศได้ทันที

Recommendation 22 นี้เป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการนำวัตถุที่ใช้เป็นโพยก๊วน ไม่ว่าจะเป็กระดาษ chip ที่ใช้ในการพนัน หรือสินค้ำที่มีมูลค่าสูง เช่น รถยนต์ ของโบราณ เมื่อเจ้าหน้าที่พบว่า การเคลื่อนย้ายสินค้ำข้ามแดนเช่นนั้นน่าจะเป็นการเคลื่อนย้ายเงินโดยใช้โพยก๊วน ให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจในการเข้าตรวจสอบความถูกต้องของการเคลื่อนย้ายสินค้ำข้ามแดนดังกล่าว นั้น ภายใต้แนวทางตาม Recommendation 22 และเมื่อพบว่า การเคลื่อนย้ายสินค้ำนั้นเป็นการใช้โพยก๊วนเพื่อการเคลื่อนย้ายเงินที่ผิดกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของศุลกากรสามารถจับกุมผู้เคลื่อนย้ายสิ่งของมีค่านั้น และให้รายงานธุรกรรมดังกล่าวให้สำนักงานปราบปรามการฟอกเงินของประเทศ

3.4.5 การนำมาตรการ Controlled Delivery (Recommendation 36) มาใช้

มาตรการติดตามบังคับเอาทับทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดโดยตามร่องรอยแห่งการกระทำความผิด (Controlled Delivery) สามารถนำมาใช้ในการบังคับเอาทับตัวเงินที่เกี่ยวข้อง

Recommendation 22

(b) If a country discovers an unusual international shipment of currency, monetary instruments, precious metals, or gems, etc., it should consider notifying, as appropriate, the Customs Service or other competent authorities of the countries from which the shipment originated and/or to which it is destined, and should co-operate with a view toward establishing the source, destination, and purpose of such shipment and toward the taking of appropriate action.

ข้องกับการกระทำความผิดได้ ตามแนวทางของ FATF โดยถือเป็นวิธีการทางเทคนิคที่พัฒนาขึ้นใช้ในการปราบปรามการฟอกเงิน (Technical Surveillance) และพบว่าหลายประเทศได้นำแนวทางของ Controlled Delivery ไปใช้ในการติดตามการเคลื่อนย้ายเงินที่มีความเกี่ยวข้องกับ การกระทำความผิดฐานฟอกเงิน อย่างไรก็ตาม ไม่มีการห้ามมิให้นำมาตรการ Controlled Delivery มาใช้กับความผิดฐานฟอกเงิน นอกจากนี้เคยใช้มาตรการนี้กับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเท่านั้น และเห็นว่ามาตรการนี้จะ เป็นประโยชน์ต่อการสืบสวนสอบสวนคดีความผิดทาง การเงิน FATF จึงต้องการให้รัฐบาลของแต่ละประเทศได้ใช้มาตรการ Controlled Delivery ใน ความผิดฐานฟอกเงินด้วย โดยให้ถือว่าเป็นข้อยกเว้นจากการปฏิบัติตามกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญาแบบเดิมที่กระบวนการ Controlled Delivery เป็นมาตรการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ เป็นไปตามหลักการของ Due Process นอกจากนี้ FATF ยังให้การสนับสนุน World Customs Organization และ Interpol ในการออกนโยบายที่จะนำมาตรการ Controlled Delivery มาใช้กับการกระทำความผิดฐานฟอกเงินด้วย

จากแนวทางตาม Recommendation 38 สามารถนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไข กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศ เพื่อเปิดช่องให้นำมาตรการ Controlled Delivery มาใช้ในความผิดอาญาพิเศษ ทั้งที่เป็นความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ความ ผิดเกี่ยวกับการค้าอาวุธ คำหญิงและเด็ก ความผิดเกี่ยวกับการผลิตและจำหน่ายสินค้าละเมิด ทรัพย์สินทางปัญญา ความผิดเกี่ยวกับการเงินการธนาคาร และความผิดอื่น ๆ ที่ถือเป็นการ ฟอกเงิน เพราะมาตรการนี้ทำให้เจ้าหน้าที่เข้าถึงทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดได้ เป็นอย่างดี แม้กระทั่งความผิดเกี่ยวกับการลักลอบขนเงินตราออกนอกประเทศโดยผิด กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการขนเงินสดหรือเป็นการใช้โปยกั๊วหรือตราสารทางการเงินอื่นๆ เป็น สื่อกลางในการขนเงินก็ตาม มาตรการ Controlled Delivery ทำให้เจ้าหน้าที่สามารถติดตาม ความเคลื่อนไหวของเงินที่ผิดกฎหมายนี้ได้ตลอดเวลา และสามารถเข้าถึงเงินดังกล่าวได้ในที่ สุด มาตรการนี้จึงน่าที่จะนำมาใช้ในการควบคุมการเคลื่อนย้ายเงินโดยใช้โปยกั๊วได้ดีเช่น เดียวกับที่ใช้มาตรการนี้ควบคุมการเคลื่อนไหวของยาเสพติดในกระบวนการค้ายาเสพติด

จากแนวทางของ FATF ที่ได้อธิบายมาทั้งหมดข้างต้นจะเป็นได้ว่า เป็นแนวทางที่เอื้อ อำนวยต่อการพัฒนาประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมของแต่ละประเทศในการปราบปราม การฟอกเงินทุกรูปแบบ โดยมีลักษณะเป็นมาตรการเชิงรุก และมุ่งไปที่นโยบายในการปราบ ปรามอาชญากรรมแบบ Crime Control มากกว่านโยบายนิติธรรมแบบ Due Process จะเห็น ได้ว่า FATF ได้สนับสนุนในการที่รัฐจะพัฒนานำเอามาตรการใหม่ๆ โดยอาศัยหลักของ Technical Surveillance มาใช้ในการปราบปรามการฟอกเงิน ไม่ว่าจะเป็นการพัฒนามาตรการ Controlled Delivery จากคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดมาใช้ในความผิดอาชญากรรมทางการ เงิน การนำเอามาตรการ Entrapment และ Wiretapping มาใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐาน

ในการดำเนินคดีความผิดทางการเงิน แม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะเป็นการขัดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญและหลักนิติธรรมตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ตาม การใช้หลัก Predisposition มาเป็นข้อสันนิษฐานในการกระทำความผิดของบุคคลใดไว้ล่วงหน้า เพื่อให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจเข้าตรวจสอบการทำธุรกรรมทางการเงินหรือเข้าตรวจค้นสถานประกอบการของบุคคลนั้นได้โดยไม่ต้องพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดอย่างแท้จริงเสียก่อน นโยบาย Know Your Customer Policy ที่ทำให้สถาบันการเงินสามารถเก็บหลักฐานการทำธุรกรรมทางการเงินไว้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดีเกี่ยวกับธุรกรรมทางการเงินแก่เจ้าหน้าที่ รวมทั้งการพัฒนากฎหมายของแต่ละประเทศในเรื่องความร่วมมือทางอาญาเพื่ออำนวยความสะดวกในการค้น จับ และยึดทรัพย์สิน ในกรณีที่มีทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการฟอกเงินอยู่ในหลายประเทศ

3.4.6 FATF Special Recommendation on Terrorist Financing.

นอกจากหน่วยงาน Financial Action Task Force on Money Laundering จะมีมาตรการ 40 Recommendations เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปราบปรามการฟอกเงินแล้ว FATF ยังได้ออกมาตรการอีก 8 ข้อที่เรียกว่า The Special Recommendation on Terrorist Financing เพื่อสนองรับต่อกระแสในการออกกฎหมายเพื่อปราบปรามแหล่งเงินทุนที่ใช้สนับสนุนการก่อการร้ายข้ามชาติ เพื่อเป็นแนวทางในการที่แต่ละประเทศจะนำไปใช้ในการร่างกฎหมายภายในเพื่อการปราบปรามการก่อการร้ายต่อไป มาตรการทั้ง 8 ข้อนี้ได้แก่

- (1) ให้ประเทศสมาชิกให้การรับรองและให้สัตยาบันในอนุสัญญาปราบปรามแหล่งเงินสนับสนุนการก่อการร้ายของสหประชาชาติ 1999 (United Nations International Convention for the Suppressing of Financing of Terrorism) และ United Nations Security Council Resolution 1373

Recommendation 38

(a) Each country shall consider, when possible, establishing an asset forfeiture fund in its respective country into which all or a portion of confiscated property will be deposited for law enforcement, health, education, or other appropriate purposes.

(b) Each country should consider, when possible, taking such measures as may be necessary to enable it to share among or between other countries confiscated property, in particular, when confiscation is directly or indirectly a result of co-ordinated law enforcement actions.

- (2) แต่ละประเทศกำหนดฐานความผิดในการฟอกเงินเพิ่มเติม โดยให้รวมไปถึงการปฏิบัติการก่อการร้าย การตั้งองค์กรก่อการร้าย และการให้การสนับสนุนทางการเงินด้วยวิธีใดๆ
- (3) แต่ละประเทศจะต้องกำหนดมาตรการในการบังคับเอาเก็บเงินและทรัพย์สินที่ใช้ในกระบวนการก่อการร้ายข้ามชาติ โดยอาศัยหลักตาม UN Resolutions ที่เกี่ยวข้องกับ การปราบปรามเงินทุนสนับสนุนการก่อการร้าย ทั้งนี้ ให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจยึดและอายัดทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อการกระทำความผิด ไม่ว่าจะก่อน ขณะ หรือหลังกระทำความผิด
- (4) บังคับให้สถาบันการเงิน จะต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงิน เมื่อสถาบันการเงินพบว่าธุรกรรมทางการเงินที่ทำกับลูกค้าหรือเงินในบัญชีมีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการก่อการร้ายข้ามชาติ
- (5) ให้มีการพัฒนาความร่วมมือระหว่างประเทศ ทั้งในทางแพ่งและทางอาญา เพื่อให้การบังคับมาตรการปราบปรามแหล่งเงินทุนสนับสนุนการก่อการร้ายข้ามชาติสัมฤทธิ์ผล และแต่ละประเทศจะต้องไม่ดำเนินการทำให้ประเทศตนเป็นแหล่งที่ใช้ในการฟอกเงิน (Haven)
- (6) เพื่อปราบปรามธุรกิจเงินนอกระบบที่อาจถือเป็นการฟอกเงิน (Alternative Remittance) รัฐจะต้องออกมาตรการที่จะนำมาใช้กับบุคคล ตัวแทนการเงิน หรือสถาบันการเงิน เพื่อควบคุมความถูกต้องของการทำธุรกรรมทางการเงินประเภทต่างๆ มาตรการนี้ให้ใช้ทั้งสถาบันการเงินในระบบและนอกระบบ นอกจากนี้ FATF ยังกำหนดให้มีการจดทะเบียนผู้ประกอบการสถาบันการเงินในระบบและนอกระบบ ทั้งที่เป็นธนาคารและไม่ใช่ธนาคาร เพื่อให้เข้ามาอยู่ในความควบคุมดูแลของรัฐ
- (7) ในกรณีที่สถาบันการเงินให้บริการธุรกรรมทางการเงินบนอิเล็กทรอนิกส์ (Wire Transfer) สถาบันการเงินจะต้องเก็บรวบรวมข้อมูลในเรื่องของชื่อที่อยู่ เลขที่ในบัญชีของผู้ทำธุรกรรม และรายละเอียดของเงินที่ส่งผ่านเครือข่ายทุกครั้ง ถ้ามีกรณีที่ไม่แจ้งข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ทำธุรกรรมโดยสมบูรณ์ ให้ถือว่าเป็นธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงินต้องทำรายงาน
- (8) รัฐจะต้องออกมาตรการในการเข้าตรวจสอบองค์กรการกุศลหรือองค์กรที่ไม่หวังผลกำไร (Non-Profit Organization) ว่าจะต้องไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับส่วนใดส่วนหนึ่งของกระบวนการก่อการร้ายข้ามชาติ อันได้แก่
 - (i) การเป็นองค์กรก่อการร้ายข้ามชาติเสียเอง
 - (ii) เป็นหน่วยงานที่ให้การสนับสนุนทางการเงินหรืออำนวยความสะดวกในการยกย้ายทรัพย์สินที่ได้จากการก่อการร้ายข้ามชาติ
 - (iii) เป็นแหล่งที่ใช้ในการแปลงสภาพทรัพย์สินเพื่อการฟอกเงินที่ได้จากการก่อการร้ายข้ามชาติ

จากข้อมูลที่ได้จากการวิเคราะห์ในบทแรก เกี่ยวกับความเกี่ยวข้องระหว่างการใช้ โปยก๊วกับการเคลื่อนย้ายเงินตราเพื่อสนับสนุนการดำเนินงานขององค์กรอาชญากรรมหรือ องค์กรก่อการร้ายข้ามชาติ เหตุผลที่ต้องมีการออกแนวทางของ FATF ในเรื่องการเข้าไปควบคุมแหล่งเงินทุนเกี่ยวกับการก่อการร้ายข้ามชาติ เนื่องจากพบว่าองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ หรือองค์กรก่อการร้ายข้ามชาติในปัจจุบันหลายองค์กรได้ใช้กระบวนการของโปยก๊วหรือ ธนาคารใต้ดิน ในการเคลื่อนย้ายเงินระหว่างกัน เพื่อมิให้เกิดร่องรอยของพยานหลักฐานในการ โอนเงิน และการสาวไปถึงที่มาของการฟอกเงิน หรือแหล่งเงินหรือแหล่งที่อยู่ของผู้เป็นหัวหน้า ในองค์กรอาชญากรรมนั้นๆ โดยใน FATF Special Recommendations on Terrorist Financial ได้เน้นความสำคัญไปที่การควบคุมการทำธุรกรรมทางการเงินผ่านสถาบันการเงิน นอกกระบบแบบ Alternative Remittance Money Service และการบริหารเงินภายใต้องค์กรการ กุศลที่ไม่ค้ากำไรหรือเกี่ยวกับศาสนาต่างๆ ซึ่งพบว่าเป็นแหล่งที่มีการโอนเงินข้ามประเทศโดย ใช้โปยก๊วจำนวนมากและอาจถือว่าเป็นกิจการบังหน้าขององค์กรอาชญากรรมหรือองค์กรก่อ การร้ายข้ามชาติก็เป็นได้ รวมทั้งการวางแผนทางให้แต่ละประเทศให้ความสำคัญในเรื่องการ ป้องกันมิให้ประเทศของตนเป็นแหล่งที่ใช้ในการฟอกเงินขององค์กรอาชญากรรมเหล่านั้น

3.4.7 Financial Action Task Force Guide to Terrorist

FATF Guide to Terrorist เป็นแนวทางของ FATF เพิ่มเติมจาก Special Recommendations on Terrorist Financial เพื่อวางแนวทางให้สถาบันการเงินทั้งหลาย ป้องกันตัวเองมิให้เป็นแหล่งของการฟอกเงินหรือแหล่งสนับสนุนทางการเงินในด้านอื่นๆขององค์กร อาชญากรรมข้ามชาติหรือองค์กรก่อการร้ายข้ามชาติ โดยได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการปราบปรามการฟอกเงินในสถาบันการเงินไว้ว่า สถาบันการเงินใดที่รู้หรือเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของผู้ ก่อการร้าย หรืออำนวยความสะดวกในการทำธุรกรรมของผู้ก่อการร้าย ไม่ว่าจะเป็ทรัพย์สินที่ ได้จากการกระทำความผิดโดยเจตนา หรือเป็นทรัพย์สินที่มีที่มาถูกต้องตามกฎหมายแต่นำไป ใช้สนับสนุนกระบวนการก่อการร้ายข้ามชาติ ทั้งนี้ ให้พิจารณาว่า สถาบันการเงินมีความ สัมพันธ์ในการทำธุรกรรมขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติมากน้อยเพียงใด และถ้ามาตรการ ควบคุมของสถาบันการเงินยังไม่มี ความเข้มแข็ง ก็จะทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการเป็นแหล่งที่ใช้ ในการฟอกเงินขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

จากการศึกษาพบว่า แหล่งเงินทุนที่ได้จากการก่อการร้ายข้ามชาติมีอยู่สองแหล่งด้วย กัน ได้แก่

* Guideline Paragraph 3

** Guideline Paragraph 2

ประการแรก เงินสนับสนุนจากรัฐบาลของบางประเทศและองค์กรระหว่างประเทศที่มีฐานสนับสนุนทางการเงินที่ใหญ่พอที่สนับสนุนองค์กรก่อการร้ายข้ามชาติได้ หรือเรียกว่า State-Sponsored Terrorism ยกตัวอย่างเช่น องค์กร Al Queda หรือ Mujahidin ซึ่งเป็นองค์กรก่อการร้ายข้ามชาติที่ได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐบาลของบางประเทศและองค์กรการกุศลทางศาสนาหลายแห่ง

ประการที่ 2 ได้แก่ การแสวงหาเงินจากกิจกรรมที่ผิดกฎหมายต่างๆ อย่างเช่น การกระทำความผิดอาชญากรรมหรือการเรียกค่าไถ่ การเรียกค่าคุ้มครอง หรือกิจกรรมบางประการเพื่อหลบเลี่ยงการเสียภาษี (Revenue Gathering Activities) รวมไปถึงการลักลอบนำของผิดกฎหมายออกนอกประเทศ และการฉ้อโกงในรูปแบบต่างๆ เช่น การฉ้อโกงบัตรเครดิต การเปิดบริษัทบังหน้า องค์กรการกุศลเถื่อน การลักขโมย การค้ายาเสพติด ฯลฯ

เงินที่ใช้สนับสนุนการก่อการร้าย จะมีความแตกต่างจากเงินที่ได้จากการประกอบอาชญากรรมอื่นๆ กล่าวคือ เงินที่ใช้ในการสนับสนุนการก่อการร้ายข้ามชาติ อาจมีที่มาจากแหล่งเงินที่ถูกกฎหมายและผิดกฎหมาย และในส่วนของ การเคลื่อนย้ายได้อาศัยวิธีการโอนเงินผ่านกลุ่มอาชญากรรมการฟอกเงินบางกลุ่ม เช่น พวกชนและค่าเงินเถื่อน พวกลักลอบโอนเงินผ่านบัญชีธนาคารระหว่างประเทศ พวกซื้อขายและเปลี่ยนเงินตรา เช็คเดินทาง เช็คเดินทาง ตัวเงิน พวกฉ้อโกงผ่านบัตรเครดิต การโอนเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ และการใช้โพยก๊วน หรือ Underground Banking โดยเฉพาะอย่างยิ่งนี้มีความสำคัญต่อการเคลื่อนย้ายเงินขององค์กรอาชญากรรมเป็นอย่างมาก

ด้วยเหตุนี้ เงินที่ได้จากการประกอบอาชญากรรม ไม่ว่าจะมาจากการกระทำความผิดโดยตรงหรือโดยอ้อม เป็นปัจจัยสำคัญในการนำมาพิจารณามาตรการปราบปรามการฟอกเงินขององค์กรก่อการร้าย แม้ว่าการฟอกเงินจะเป็นการทำให้เงินที่ได้จากการกระทำผิดกฎหมายแปลงสภาพให้หลุดพ้นจากการบังคับตามกฎหมายได้ แต่จุดมุ่งหมายขององค์กรก่อการร้ายข้ามชาติ ไม่ใช่เพื่อทำให้เงินขององค์กรเพิ่มมากขึ้น แต่จุดมุ่งหมายที่สำคัญคือ การสนับสนุนทางการเงินแก่เครือข่ายขององค์กรอาชญากรรมที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ขนาดขององค์กรที่ใหญ่และมีอิทธิพลที่มากที่สุดเท่าที่จะทำได้

และเมื่อองค์กรอาชญากรรมได้รับเงินสนับสนุนโดยวิธีการบางประการ อย่างเช่น การเรียกรับเงินผ่านองค์กรการกุศลหรือองค์กรศาสนา และการขายสิ่งพิมพ์ขององค์กร เงินที่ได้มาโดยถูกต้องตามกฎหมายนี้อาจทำให้ยากต่อการติดตามและบังคับเอากับทรัพย์สิน โดยเฉพาะเงินที่ได้จากการสนับสนุนจากองค์กรการกุศล หรือเงินที่ได้จากการค้าของผิดกฎหมาย

ไม่ว่าจะเป็นยาเสพติดหรืออาวุขสงคราม ซึ่งเป็นแหล่งเงินทุนที่สำคัญขององค์กรก่อการร้ายข้ามชาติในปัจจุบัน ได้ใช้วิธีการของเงินนอกระบบโพยก๊วนหรือธนาคารใต้ดินในการโอนเงินระหว่างกันเพื่อหลีกเลี่ยงการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ และหลีกเลี่ยงการรายงานธุรกรรมทางการเงินและเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษี (Tax Haven) ด้วยเหตุนี้ Guideline จึงได้กำหนดหน้าที่ที่สำคัญของสถาบันการเงินประการหนึ่ง อันได้แก่ สถาบันการเงินจะต้องทำการตรวจสอบการทำธุรกรรมทางการเงินในสถาบันการเงินของตน ที่น่าสงสัยว่าจะเกี่ยวข้องกับกระบวนการก่อการร้ายข้ามชาติ โดยมีหลักในการพิจารณาธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัยดังต่อไปนี้

ในส่วนที่เกี่ยวกับความเปลี่ยนแปลงในบัญชีสถาบันการเงิน

- (1) การเปิดบัญชีในสถาบันการเงิน โดยที่ไม่มีเงินไปฝากจริง หรืออาจเรียกว่า เปิดบัญชีลอย
- (2) การเปิดบัญชีโดยฝากเงินจำนวนน้อย และต่อมาในวันเดียวกันลูกค้าได้ถอนเงินในบัญชีนั้นออกไปจนหมด
- (3) ในขณะที่เปิดบัญชี ลูกค้าปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลส่วนบุคคลที่เพียงพอแก่สถาบันการเงิน
- (4) การเปิดบัญชีที่มีบุคคลหลายคนมีอำนาจลงนามในการทำธุรกรรม แต่บุคคลเหล่านั้นมิได้มีความสัมพันธ์กันทางส่วนตัวและธุรกิจ
- (5) การเปิดบัญชีหลายบัญชีโดยนิติบุคคลหลายแห่งที่แจ้งที่อยู่ของสถานประกอบการเป็นที่เดียวกัน
- (6) บัญชีที่มีจำนวนของการฝากเงินไม่เหมาะสมกับสถานะทางการเงินของบุคคลนั้น
- (7) บุคคลคนเดียวกันได้เปิดบัญชีที่มีจำนวนเงินฝากจำนวนน้อยกระจายอยู่หลายบัญชี
- (8) บัญชีมีผู้มีชื่อเจ้าของบัญชีมีความเกี่ยวข้องกับองค์กรที่ต้องสงสัยว่าเป็นองค์กรก่อการร้าย
- (9) บัญชีที่มีการเคลื่อนย้ายเงินจำนวนมากจนน่าสงสัยว่าจะเป็นการนำไปสนับสนุนองค์กรอาชญากรรม

ลักษณะการฝากเงินและการถอนเงิน

- (1) การฝากเงินของนิติบุคคลโดยใช้ตราสารทางการเงินหลายแบบในคราวเดียว
- (2) การถอนเงินจากบัญชีของธุรกิจที่มีจำนวนมากกว่าปกติธรรมดา
- (3) การฝากเงินจำนวนมากเข้าบัญชีของนิติบุคคลทำไมมีการดำเนินธุรกิจในรูปแบบอื่น นอกจากการฝากเงินเข้าและถอนเงินออกจากธนาคารเท่านั้น หรือเรียกว่า บริษัทบังหน้า

- (4) การทำธุรกรรมกับสถาบันการเงินโดยใช้ทั้งเงินสดและตราสารการเงินในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามรูปแบบการทำธุรกรรมปกติ
- (5) การทำธุรกรรมทางการเงินหลายครั้งในวันเดียวและในสถาบันการเงินแห่งเดียวกัน แต่พยายามไม่ใช้บริการกับเจ้าหน้าที่ของสถาบันการเงินคนเดียวกัน
- (6) การพยายามฝากเงินให้กระจายไปตามสาขาต่างๆของสถาบันการเงินแห่งเดียวกัน หรือบุคคลหรือนิติบุคคลหลายคนพยายามจะฝากเงินในสถาบันการเงินสาขาเดียว
- (7) การฝากเงินหรือถอนเงินจำนวนที่ต่ำกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดเพียงเล็กน้อย เพื่อหลีกเลี่ยงการรายงานธุรกรรมทางการเงิน
- (8) การทำธุรกรรมทางการเงินที่ไม่มีการนับเงิน หรือแม้ว่ามีการนับ แต่พยายามที่จะทำรายงานธุรกรรมทางการเงินให้มีมูลต่ำกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด
- (9) การฝากหรือถอนเงินโดยใช้ตราสารทางการเงิน โดยตราสารแต่ละใบมีมูลค่าน้อยกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดเพียงเล็กน้อย เพื่อหลีกเลี่ยงการรายงานธุรกรรมทางการเงิน

การทำธุรกรรมทางการเงินผ่านเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์

- (1) การทำธุรกรรมผ่านเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีมูลค่าน้อย เพื่อหลบเลี่ยงการรายงานธุรกรรมทางการเงินและการทำรายงานแสดงข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้า
- (2) การทำธุรกรรมผ่านเครือข่าย ให้กับหรือทำแทนผู้ที่ไม่ปรากฏชื่อว่ามีสิทธิ์ทำธุรกรรมทางการเงินบนเครือข่ายนั้น
- (3) การใช้บัญชีหลายบัญชีของหน่วยงานที่ไม่คำกำไรหรือองค์กรการกุศล ทำการเรียไรเงินฝากในบัญชีเหล่านั้น และต่อมาถอนไปฝากสถาบันการเงินอีกแห่งหนึ่งภายในระยะเวลาสั้นๆ
- (4) การส่งเงินผ่านแหล่งรับซื้อขายแลกเปลี่ยนเงินตรา ไปฝากยังบัญชีที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับลูกค้า หรือส่งไปยังแหล่งที่ต้องสงสัยว่าจะเป็นแหล่งฟอกเงิน

ลักษณะความประพฤติของลูกค้าสถาบันการเงิน

- (1) การระดมทุนสนับสนุนธุรกิจของบุคคลหลายคนที่มีแหล่งที่มาจากสถานประกอบการแห่งเดียวกัน หรือเงินจากธุรกิจของบุคคลหลายคนในประเทศเดียวกัน แต่เป็นธุรกิจที่มีลักษณะการประกอบการที่ใกล้เคียงกัน
- (2) การที่ลูกค้าทำธุรกรรมและแจ้งข้อมูลกับสถาบันการเงินไม่ตรงหรือเหมาะสมกับสภาพการประกอบวิชาชีพของตัวเอง เช่น ผู้ทำเป็นนักเรียน ผู้ว่างงาน หรืออาชีพรับจ้างอิสระ ย่อมไม่เหมาะสมกับการกระทำธุรกรรมแทนหน่วยธุรกิจขนาดใหญ่ เป็นต้น

- (3) จำนวนเงินที่ทำธุรกรรมไม่เหมาะสมกับสภาพวิชาชีพของลูกค้า เช่น เป็นนักเรียน หรือผู้ว่างงาน แล้วทำธุรกรรมทางการเงินจำนวนมาก
- (4) การทำธุรกรรมทางการเงินโดยมูลนิธิหรือองค์กรการกุศล โดยที่ไม่มีความจำเป็นในเชิงเศรษฐกิจ หรือไม่มีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมหรือวัตถุประสงค์ขององค์กรเหล่านั้น
- (5) การฝากเงินไว้ใน Safe Deposit Box โดยผู้ที่ไม่ปรากฏชื่อหรือผู้ไม่มีสิทธิตามกฎหมาย
- (6) การแจ้งข้อมูลของผู้ทำธุรกรรมทางการเงินที่ไม่สมบูรณ์แก่สถาบันการเงิน โดยขาดข้อมูลในเรื่องต่างๆ อย่างเช่น ภูมิลำเนาปัจจุบัน รายละเอียดเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง เอกสารแสดงชื่อสกุลที่แท้จริง เป็นต้น

การทำธุรกรรมทางการเงินที่มีความเกี่ยวข้องกับแหล่งเงินผิดกฎหมาย

- (1) ธุรกรรมทางการเงินเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ ที่กระทำอย่างรวดเร็วผ่านเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ ไปยังสถานที่ที่อยู่ในความสงสัยของรัฐบาลหรือหน่วยงานปราบปรามการฟอกเงินเฉพาะกิจระหว่างประเทศ
- (2) ธุรกรรมเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายเงินตราข้ามประเทศ ที่กระทำอย่างรวดเร็วผ่านเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ ไปยังสถานที่ที่อยู่ในความสงสัยของรัฐบาลหรือหน่วยงานปราบปรามการฟอกเงินเฉพาะกิจระหว่างประเทศ
- (3) การทำธุรกรรมที่มีมูลค่ามากผ่านเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ ไปยังบัญชีของธุรกิจอื่นที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการทำธุรกิจของตนตามความเป็นจริง
- (4) การฝากเงินกระจายไปตามบัญชีของบุคคลหรือธุรกิจขนาดเล็กหลายบัญชี ที่มีลักษณะน่าสงสัยว่าจะเป็นการหลีกเลี่ยงการรายงานธุรกรรมทางการเงิน
- (5) การที่สถาบันการเงินให้บริการแก่ลูกค้าในการโอนเงินไปยังสถานที่บางแห่งที่ต้องสงสัยว่าจะเป็แหล่งที่ใช้ในการฟอกเงิน
- (6) การเปิดบัญชีในสถาบันการเงินที่ต้องสงสัยว่าจะเป็แหล่งที่ใช้ในการฟอกเงิน การส่งเงินไป หรือรับเงินจากหน่วยธุรกิจที่อาจเป็แหล่งที่ใช้ในการฟอกเงิน

จากจุดนี้ มาตรากรทางกฎหมายที่กำหนดโดยแนวทางของ Financial Action Task Force on Money Laundering ทั้งในส่วนของ The Forty Recommendations, The Special Recommendations on Terrorist Financial และรายงาน Money Laundering Typologies ได้แสดงให้เห็นว่า การใช้โพยก๊วน เป็นการให้บริการทางการเงินในรูปแบบ Alternative Remittance Service หรือการให้บริการธุรกรรมทางการเงินนอกระบบที่ต้องสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงิน โดยเรียกหน่วยธุรกิจที่ให้บริการโพยก๊วน หรือธนาคารใต้ดิน หรืออย่างอื่นทำนองเดียวกันนี้ว่า Bureaux de Change โดยหลักการของ FATF ที่สามารถใช้ในการป้องกันการใช้โพยก๊วนได้ ได้แก่ หลัก Know Your Customer อันได้แก่ มาตรการในการเก็บข้อมูลส่วน

บุคคลของผู้ทำธุรกรรมกับสถาบันการเงิน เพื่อให้เกิดหลักฐานในการตรวจสอบความถูกต้องในการทำธุรกรรมกับสถาบันการเงิน และธุรกิจที่ให้บริการธุรกรรมทางการเงินอื่นๆ เพื่อพิจารณาว่าธุรกรรมเช่นว่านั้นมีความเกี่ยวข้องกับการใช้โพยก๊วนเพื่อวัตถุประสงค์ในการฟอกเงินมากน้อยเพียงใด และนอกจากนั้น มาตรการ Controlled Delivery ภายใต้ The Forty Recommendations โดยอาศัยความร่วมมือในเรื่อง Technology Surveillance เป็นมาตรการที่ต่อเนื่องจากอนุสัญญากรุงเวียนนา 1988 และกลายมาเป็นแนวทางที่สำคัญของ FATF ในการปราบปรามการฟอกเงิน และการติดตามการกระทำความผิดและสิ่งของที่อาจเกี่ยวพันกับการกระทำความผิดไม่ว่าการกระทำความผิดจะเกิดขึ้นที่ใดก็ตาม

3.5 กฎหมายปราบปรามการฟอกเงินของออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายเกี่ยวกับการปราบปรามการฟอกเงินที่มีความสมบูรณ์มากที่สุดประเทศหนึ่งในโลก เป็นกฎหมายที่มีมาตรการป้องปรามและปราบปรามการฟอกเงินทุกรูปแบบอย่างครบวงจร และมีหน่วยงานกลางที่ปราบปรามการฟอกเงินที่เข้มแข็ง อันได้แก่ AUSTRAC และมีบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการปราบปรามเงินนอกกระบบดังต่อไปนี้

3.5.1 Customs Act 1901

กฎหมายฉบับนี้ออกมาเพื่อวัตถุประสงค์ให้รัฐมีอำนาจในการยึดรายได้ ที่มีที่มาจาก การซื้อขายยาเสพติด ไม่ว่าจะรายได้นั้นจะเป็นเงินสด เช็ค หรือทรัพย์สินอื่นใด รวมทั้งให้อำนาจศาลในการสั่งปรับได้สูงเท่ากับผลประโยชน์ที่ได้รับจากการซื้อขายยาเสพติด อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ก็ได้กำหนดไว้ชัดเจนถึงความผิดมูลฐานเกี่ยวกับยาเสพติดโดยตรง เพียงแต่กฎหมายนี้มีไว้เพื่อป้องกันและปราบปรามการค้ายาเสพติด โดยมีวัตถุประสงค์ในการให้อำนาจรัฐเพื่อป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินโดยใช้มาตรการบังคับเข้ากับทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด ประโยชน์ของกฎหมายฉบับนี้ในการปราบปรามการใช้โพยก๊วนอาจได้แก่การเข้าไปถึงการโพยก๊วนที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการเคลื่อนย้ายเงินที่ได้จากการค้า ยาเสพติด

3.5.2 Proceed of Crime Act 1987

กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ คือ

- (1) ให้ศาลมีอำนาจในการสั่งยึดทรัพย์สินที่มั่วชหรือเกี่ยวกับการกระทำความผิด
- (2) ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการขออำนาจศาล สั่งให้สถาบันการเงินส่งข้อมูลของบุคคลใดให้แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจเมื่อมีเหตุอันควรสงสัย หรือเชื่อว่าข้อมูลซึ่งอยู่ที่สถาบันการเงินนั้น แสดงว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดหรือกำลังจะกระทำความผิดหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดข้อหาที่รุนแรง (Serious Offense) เช่น การค้ายาเสพติด การฉ้อโกงประชาชน (Organized Fraud) การหลีกเสี่ยงการเสียหาย และการฟอกเงิน หรือแสดงว่าบุคคลนั้นได้รับหรือกำลังจะได้รับผลประโยชน์ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมจากการกระทำความผิด
- (3) ให้สถาบันการเงินต้องทำการเก็บรักษาเอกสารหลักฐานในการทำธุรกรรมทางการเงิน (Financial Transaction Document) ไว้เป็นเวลา 7 ปี
- (4) ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถขอหมายค้นจากศาลได้ หรือให้ขอหมายค้นจากศาลโดยทางโทรศัพท์ได้ ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเร่งด่วน หากเจ้าหน้าที่ตำรวจเชื่อว่าบุคคลใดมีทรัพย์สินซึ่งได้มาจากการกระทำความผิด (Tainted Property) ไว้ครอบครอง
- (5) บทกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำการฟอกเงิน ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา ให้ปรับไม่เกิน 200,000 เหรียญ หรือจำคุกไม่เกิน 20 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ให้ปรับไม่เกิน 600,000 เหรียญ

จะเห็นได้ว่า กฎหมาย Proceed of Crime Act มิได้มีการกำหนดความผิดมูลฐานเกี่ยวกับการฟอกเงินไว้อย่างชัดเจน แต่เป็นการกำหนดถึงการให้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งได้แก่ ศาลยุติธรรม เจ้าหน้าที่ตำรวจ พร้อมทั้งได้กำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล รวมทั้งกำหนดโทษแก่บุคคลที่พยายามยุยง จัดหา ยักยักถ่ายทรัพย์สิน ช่วยผู้กระทำความผิดให้พ้นจากการถูกลงโทษด้วย

อย่างไรก็ดี กฎหมายฉบับนี้ก็ได้มีการยกตัวอย่างของการกระทำความผิดข้อหาขั้นรุนแรง อันได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด การร่วมกันฉ้อโกง ซึ่งทำเป็นขบวนการฟอกเงินและการหลีกเสี่ยงภาษี จึงอาจกล่าวได้ว่า ความผิดมูลฐานของการฟอกเงินตามกฎหมายฉบับนี้ได้แก่ การกระทำความผิดข้อหาที่รุนแรงเคลื่อนกลืนไปกับมาตรการการใช้อำนาจของรัฐในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

กฎหมายฉบับนี้สามารถเข้าไปควบคุมการใช้โพยก๊วนได้เนื่องจากการใช้โพยก๊วนอาจเป็นกระบวนการหนึ่งของการปกปิดซ่อนเร้นแหล่งที่มาของการฟอกเงิน และเป็นกระบวนการเคลื่อนย้ายเงินเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเสี่ยงภาษีโดยตรง และมาตรการบังคับให้สถาบันการเงินเก็บรายงานธุรกรรมทางการเงินไว้อย่างน้อยเจ็ดปีนั้น อาจเป็นประโยชน์ในเรื่องของการเก็บรักษาพยานหลักฐานให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบ แต่อาจครอบคลุมไปไม่ถึงธุรกรรมทางการเงินในแหล่งการเงินนอกระบบ แต่ตามกฎหมายนี้เจ้าหน้าที่สามารถสืบนิษฐานการทำการ

เคลื่อนย้ายเงินผ่านระบบโพงกัวนว่ามีความเกี่ยวข้องกับการประกอบอาชญากรรมอย่างอื่นที่ร้ายแรงตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้ ทำให้เจ้าหน้าที่สามารถสร้างความเกี่ยวโยงและสามารถเข้าไปดำเนินคดีในการโพงกัวนได้

3.5.3 Telecommunication Act 1991

กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการขอหมายศาลเพื่อใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด ทางโทรศัพท์ (Wiretapping) โดยเฉพาะในคดีสำคัญๆ เช่น การค้ายาเสพติด ฆาตกรรม การลักพาตัว การหลบเลี่ยงภาษี Serious Fraud หรือ Serious Revenue เป็นต้น และให้ใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดนี้กับความผิดฐานฟอกเงินด้วย กฎหมายฉบับนี้จึงเป็นกฎหมายนำร่องในการนำมาตรการใหม่ๆ ทางวิธีพิจารณาความอาชญามาใช้ ซึ่งเป็นการเพิ่มอำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ตัดทอนสิทธิบางประการของประชาชนเพื่อประโยชน์ในการปราบปรามอาชญากรรมตามนโยบาย Crime Control ดังที่ได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดภายใต้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม การใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดในการติดตามการกระทำความผิดฐานฟอกเงินและอาชญากรรมทางการเงินอื่นๆ ในออสเตรเลีย เพราะสนับสนุนการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการตรวจสอบหาข้อมูล พร้อมกับรับทราบข้อมูลที่จำเป็นในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน สำหรับการโพงกัวน เนื่องจากการทำธุรกรรมทางการเงินแบบลับและไม่ทิ้งร่องรอยแห่งพยานหลักฐานไว้ การใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดอาจเป็นประโยชน์ในการเผยแพร่และใช้ในการกระทำความผิดออกมา

3.5.4 Financial Transaction Report Act 1988

กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเกี่ยวกับการรายงานธุรกรรมทางการเงินของประเทศออสเตรเลีย มีบัญญัติไว้ใน The Financial Transaction Report Act 1988 (FTR) กฎหมายฉบับนี้มีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาค้าปลีกเลี่ยงภาษีสรรพากรและการปกปิดเงินเพื่อการก่ออาชญากรรมอื่นๆ ซึ่งได้แก่ความผิดเกี่ยวกับสถาบันการเงิน การค้ายาเสพติด การฟอกเงินและองค์กรอาชญากรรม กฎหมายนี้บังคับให้สถาบันการเงินทั้งหลายต้องทำการรายงานธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัย (Suspected Transactions) แก่หน่วยงาน AUSTRAC (Australian Transaction Report and Analysis Centre)

ใน AUSTRAC Guideline No.1 ได้กำหนดเงื่อนไขของการสถาบันการเงินจะต้องรายงานธุรกรรมทางการเงินไว้ดังนี้

- (1) เมื่อตรวจสอบแล้วพบว่าธุรกรรมทางการเงินมีความเกี่ยวข้องกับการหลีกเลี่ยงการเสียภาษีหรือความผิดอื่นๆตามกฎหมายภาษีอากร
- (2) เป็นธุรกรรมทางการเงินที่การกระทำความผิดทางอาญาของกฎหมายในประเทศทั้งเครือจักรภพ
- (3) เป็นธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับความผิดภายใต้ Proceed of Crime Act 1987
- (4) เป็นธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับความผิดภายใต้ Corporations Act 1989

จากกฎเกณฑ์ดังกล่าว สถาบันการเงินจะต้องรายงานธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัยก็ต่อเมื่อลูกค้าของสถาบันการเงินไม่แสดงข้อมูลส่วนตัวในระหว่างทำธุรกรรมทางการเงิน และเป็นหลักว่าสถาบันทางการเงินจะต้องแจ้งให้ลูกค้าทุกรายทราบถึงหน้าที่ในการทำรายงานธุรกรรมทางการเงิน เป้าหมายของมาตรการนี้จะนำไปใช้กับ Cash Dealer เป็นหลัก เพราะพบว่าเป็นสถาบันการเงินที่มีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าวมากที่สุด

ธุรกรรมทางการเงินในความหมายของ AUSTRAC ได้แก่ ธุรกิจใดๆ ที่กระทำระหว่างผู้ค้าเงินกับลูกค้าของผู้ค้าเงิน ทั้งที่เป็นธุรกรรมทางการเงินตามปกติหรือธุรกรรมทางการเงินแบบพิเศษที่ไม่มีกฎหมายใดกำหนดรูปแบบไว้ โดยผู้ค้าเงินมีหน้าที่จะต้องรายงานธุรกรรมที่น่าสงสัยโดยจะต้องรายงานรายการการทำธุรกรรมกับลูกค้าทุกรายแก่รัฐ

ส่วนธุรกรรมที่น่าสงสัยได้แก่ ได้แก่ ธุรกรรมทางการเงินที่มีความน่าเชื่อถือน้อยกว่าธุรกรรมตามปกติ ซึ่งมีสาเหตุมาจากความผิดปกติของผู้ทำธุรกรรม และความผิดปกติของขั้นตอนการทำธุรกรรม พิจารณารวมกับปัจจัยแวดล้อมอื่นๆ อันได้แก่ลักษณะธุรกิจของลูกค้า และความสัมพันธ์กับการประกอบอาชญากรรมอื่นๆ

ด้วยเหตุนี้ AUSTRAC จึงได้ตั้งองค์ประกอบที่จะชี้ว่าธุรกรรมใดๆเป็นธุรกรรมที่น่าสงสัยในเบื้องต้นเป็นข้อๆ ดังต่อไปนี้

“A transaction can be constituted by any business dealing between a cash dealer and a customer. It includes negotiations or discussions which may not result in an actual dealing but does not include mere inquiries”

“The suspicion relates to the transaction considering all circumstances of the transaction. As a general principle, any transaction which causes a cash dealer to have a feeling of apprehension or mistrust about the transaction considering:

- Its unusual nature or circumstances or,
- The person or group of persons with whom they are dealing

- (1) เป็นธุรกรรมทางการเงินที่ไม่มีขั้นตอนตามปกติ
- (2) พิจารณาถึงเบื้องหลังของลูกค้ำมีความน่าสงสัยว่าจะประกอบธุรกิจผิดกฎหมาย
- (3) มีพฤติกรรมการปกปิดตัวจริงหรือชื่อจริงของผู้ทำธุรกรรม อย่างเช่น ใช้ชื่ออื่นในการทำธุรกรรมหลายๆชื่อ มีที่อยู่ไม่เป็นหลักแหล่ง ให้ตัวแทนดำเนินไปเปิดบัญชีหรือเปิดบัญชีล่อยไว้ เป็นต้น
- (4) เมื่อพิจารณาจากธุรกรรมและสถาบันการเงินที่ทำธุรกรรมด้วยเห็นว่า มีความเกี่ยวข้องกับการหลบเลี่ยงการเสียภาษีสรรพากร และการประกอบอาชญากรรมอื่นๆ
- (5) เป็นธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับขบวนการค้ายาเสพติด
- (6) การจับพิรุธในตัวผู้ทำธุรกรรมได้ อย่างเช่น สภาพจิตใจที่ผิดปกติของผู้กระทำความผิด

กฎหมาย Transaction Report Act มิได้ใช้เฉพาะธุรกรรมที่เป็นเงินสดเท่านั้น แต่ยังใช้กับธุรกรรมทางการเงินที่กระทำในรูปแบบ การส่งทาง Telegraphic การซื้อเช็ค ดราฟ หรือเช็คเดินทาง ฯลฯ และกำหนดไว้ว่าเมื่อทำธุรกรรมทางการเงินที่มีมูลค่าตั้งแต่ 10,000 ดอลลาร์ขึ้นไป จะต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินที่เรียกว่า SCT Report (Significant Cash Transaction Report) ให้แก่รัฐ โดนที่สถาบันการเงินในระบบได้มีการทำรายงาน SCT Report อย่างสม่ำเสมออยู่แล้ว แต่พบว่าที่ผ่านมา สถาบันการเงินมิได้รายงานธุรกรรมที่น่าสงสัยลงในรายงานธุรกรรมทางการเงิน SCT Report จึงต้องมีการกำหนดว่าสถาบันการเงินจะต้องบันทึกรายงานธุรกรรมที่น่าสงสัยประกอบมาในรายงาน SCT Report ด้วย

จากหลักการข้างต้น กฎหมาย Financial Transaction Report Act จึงกำหนดให้มีการบันทึกธุรกรรมที่น่าสงสัยเมื่อมีเหตุการณ์ดังต่อไปนี้

- (1) ใช้ชื่อในการเปิดบัญชีเป็นเท็จ
- (2) กระบวนการของธุรกรรมทางการเงินมีความเกี่ยวข้องกับการหลบเลี่ยงการรายงานธุรกรรมและการประกอบอาชญากรรมในรูปแบบอื่นๆ
- (3) มีลักษณะเป็นการฟอกเงินข้ามประเทศและเป็นการหลบเลี่ยงภาษี
- (4) ในการทำธุรกรรมแต่ละครั้งใช้เงินจำนวนมากจนน่าสงสัย และไม่สามารถอธิบายที่มาที่ไปของเงินได้อย่างถูกต้อง
- (5) เป็นธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อโกงประชาชน
- (6) เป็นการลักลอบนำเงินรายได้จากการประกอบธุรกิจออกนอกประเทศ
- (7) เป็นธุรกรรมทางการเงินที่กระทบกระเทือนต่อระบบสถาบันการเงินในประเทศ

นอกจากนั้น AUSTRAC ยังกำหนดให้การเคลื่อนย้ายเงินไปยังประเทศต่อไปนี้ต้องทำรายงานธุรกรรมที่น่าสงสัยด้วย ได้แก่

- (1) ประเทศที่เป็นแหล่งค้ายาเสพติด หรือเป็นเส้นทางผ่านของยาเสพติด ซึ่งได้แก่ ประเทศในตะวันออกกลาง ประเทศในยุโรปตะวันออก เช่น เลบานอน ประเทศในอเมริกากลางและอเมริกาใต้ เช่น โคลอมเบีย ปานามา
- (2) ประเทศที่เป็นแหล่งฟอกเงินเพื่อองค์กรอาชญากรรมและการหลีกเลี่ยงภาษี (Tax Haven) เช่น หมู่เกาะแคริบเบียน บางส่วนในยุโรป เช่น Isle of Man, Channel Island และบางส่วนในแปซิฟิก เช่น Cook Island, Vanuatu

นอกจากนั้น ยังได้กำหนดสิ่งที่จะเป็นหลักในการวินิจฉัยว่าเป็นธุรกรรมการเงินที่ไม่ปกติ (Unusual Transaction) อันได้แก่

- (1) การแลกเปลี่ยนเป็นธนบัตรมูลค่าน้อย แต่แลกจำนวนมาก
- (2) ธุรกรรมการเงินที่กระทำโดยผู้ไม่ปรากฏชื่อ
- (3) การเคลื่อนย้ายเงินจำนวนมากโดยไม่ปรากฏที่มาที่ถูกต้องตามกฎหมาย
- (4) การฝากเงินในบัญชีโดยใช้ตราสารเปลี่ยนมือต่างๆ อย่างบ่อยครั้ง เช่น ใช้เช็คธนาคาร ตัวแลกเงิน bearer bond โดยในแต่ละครั้งจะนำเงินฝากบัญชีน้อยกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด
- (5) การใช้เช็คเดินทางที่มีมูลค่ามาก
- (6) การเปิดบัญชีที่ผิดปกติ เช่น การเปิดบัญชีจำนวนหลายบัญชีมากกว่าที่ควรจะมีในธุรกิจนั้น การเปิดบัญชีโดยใช้ชื่อเจ้าของบัญชีหลายชื่อและบางบัญชีไม่มีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจโดยตรง หรือการปิดบัญชีโดยคนหลายคนในหลายประเทศเพื่อเป็นแหล่งเคลื่อนย้ายเงิน
- (7) การโอนเงินโดยผิดปกติ เช่น การโอนเงินโดยผ่าน Telegraphic จำนวนมากจนน่าสงสัย การโอนเงินไปยังบัญชีชั่วคราวที่ตั้งขึ้น การโอนเงินไปยังลูกค้าผู้ไม่ปรากฏชื่อที่อยู่และลักษณะธุรกิจที่แน่นอน หรือการทำธุรกรรมกับสถาบันการเงินเพื่อประโยชน์ในการโอนเงิน
- (8) การฝากเงินในช่องฝากเงิน Deposit Box ในตอนกลางคืนเป็นจำนวนมาก
- (9) การฟอกเงินที่ได้จากธุรกิจผิดกฎหมายโดยการฝากเข้าไปในบัญชีของธุรกิจอื่นที่ถูกกฎหมาย

ยกตัวอย่างการทำธุรกรรมที่น่าสงสัยได้แก่

- (1) การฝากเงินในบัญชีของกิจการที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมโดยตรง แต่เป็นบัญชีที่สามที่อาจเกี่ยวข้องกับคู่ทำธุรกรรมนั้นอย่างห่างๆ เช่น เป็นบัญชีของธุรกิจของญาติหรือหุ้นส่วนของผู้ทำธุรกรรมเอง
- (2) เมื่อมีลูกค้านาคารผู้ไม่แสดงตนเองอย่างถูกต้อง ฝากเงินในธนาคารโดยใช้ธนบัตรที่มีมูลค่าน้อยจำนวนมาก (\$100 - \$500) หรืออาจเป็นการฝากธนบัตรทำนองเดียวกันนี้แต่มีลักษณะที่ไม่ใช่การทำธุรกรรมทางการเงินในวงการค้าธุรกิจนั้นๆ โดยปกติ
- (3) การใช้ธนบัตรที่มีมูลค่าน้อยซื้อตราสารเปลี่ยนมือประเภทต่างๆจากธนาคาร โดยที่ลูกค้าไม่เปิดเผยตนเอง หรือการทำธุรกรรมไม่เป็นไปตามธรรมดาปกติของธุรกิจการค้าอื่นๆ

จากหลักการที่ใช้พิจารณาการทำธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงินภายใต้ FTR Act จะเห็นได้ว่า กฎหมายออสเตรเลียเน้นการตรวจสอบธุรกรรมทางการเงินที่มีลักษณะเสมือนกระบวนการของธนาคารใต้ดินเป็นพิเศษ โดยเฉพาะในส่วนที่อธิบายถึง Unusual Transactions เหล่านี้มีความใกล้เคียงกับกระบวนการโอนเงินผ่านทาง Bureaux de Change, Denomination Banknotes และในเรื่องของเช็คเดินทางที่มีมูลค่ามาก เหล่านี้มีความใกล้เคียงกับการใช้โพยก๊วนดังที่ได้อธิบายมาในบทก่อนเป็นที่สุด ดังนั้น มาตรการในส่วนนี้จะทำให้สถาบันการเงินหรือตัวแทนซื้อขายเงินตราจะต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินเมื่อพบเห็นพฤติกรรมที่ใกล้เคียงกับการใช้โพยก๊วนเกิดขึ้น

หลักเกณฑ์ในการทำรายงานธุรกรรมทางการเงินภายใต้ FTR Act

เนื่องด้วย The Financial Transaction Report Act Section 7 ได้วางมาตรการให้ผู้ค้าเงิน หรือ Cash Dealer ซึ่งหมายรวมถึง สถาบันการเงินในระบบและสถาบันการเงินนอกระบบที่ทำธุรกรรมค่าเงิน จะต้องทำรายงานธุรกรรมการเงิน เมื่อมูลค่าของธุรกรรมทางการเงินระหว่างประเทศมีมูลค่าตั้งแต่ 10,000 ดอลลาร์ออสเตรเลียขึ้นไป (\$AUD 10,000) โดยสถาบันการเงินต้องส่งรายงานธุรกรรมทางการเงินดังกล่าวไปที่ AUSTRAC เรียกรายงานธุรกรรมทางการเงินว่า Significant Cash Transaction Reports (SCTRs) อนึ่ง รายงานธุรกรรมดังกล่าวมีประโยชน์ต่อการตรวจสอบในเรื่องภาษี และเป็นประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมทางการเงินได้เป็นอย่างดี

FTR Act ได้กำหนดช่วงเวลาของการที่จะต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงิน SCTRs ไว้ดังนี้

เมื่อธุรกรรมการเงินนั้น เป็นธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับเงินตราต่างประเทศ จะต้องทำ รายงานธุรกรรมทางการเงินภายในวันทำธุรกรรม หรือตามที่กำหนดในกฎหมายอื่น

เมื่อธุรกรรมการเงินนั้น เป็นธุรกรรมที่ใช้เงินตราของออสเตรเลีย จะต้องทำรายงาน ธุรกรรมทางการเงินภายใน 15 วัน นับแต่วันทำธุรกรรม

อย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้มาตรการนี้ไปกระทบกระเทือนธุรกรรมหรือการค้าที่กระทำกับ สถาบันการเงินในภาวะปกติ จึงได้มีการกำหนด บทยกเว้นการให้รายงานธุรกรรมทางการเงิน (Exemption Register) โดยจะกำหนดประเภทของธุรกรรมทางการเงินบางประการที่ไม่ต้องทำ ธุรกรรมทางการเงินให้แก่ AUSTRAC ใน FTR Act Section 10-12

ส่วนธุรกรรมทางการเงินที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินตาม FTR Act มี 7 ประเภท ได้แก่

- (1) ธุรกรรมทางการเงินที่กระทำระหว่างสถาบันการเงินในระบบด้วยตนเอง (Section 10(1)(a))
- (2) ธุรกรรมที่กระทำระหว่างสถาบันการเงินในระบบกับสถาบันการเงินนอกระบบที่เป็น ผู้ค้าเงิน (Cash Dealer) (Section 10(1)(b))
- (3) ธุรกรรมเกี่ยวกับการค้าปลีก (Retail) หรือกิจการเกี่ยวกับความบันเทิงหรือการกุศล บางประการ (Section 10(2) ทั้งนี้รวมถึงธุรกรรมที่กระทำกับเครื่องเบิกเงิน อัตโนมัติ (ATM) แต่ไม่รวมถึงธุรกรรมเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าราคาแพง เช่น รถยนต์ เรือ เครื่องบิน หรือ เครื่องจักร
- (4) ธุรกรรมที่เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายตามปกติของธุรกิจ อย่างเช่น การถอนเงินธนาคารเพื่อ จ่ายเงินค่าตอบแทนของบุคลากรหรือค่าจ้างของคนงาน แม้มีจำนวนเกินกว่าเงิน กว่าหมื่นเหรียญก็ได้รับการยกเว้นไม่ต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงิน แต่ธุร กรรมเช่นนั้นต้องมีมูลค่ามากเกินกว่าความเหมาะสมของธุรกิจนั้น
- (5) ธุรกรรมที่สถาบันการเงินกระทำกับหน่วยงานของรัฐบาล (Section 10(4))
- (6) ธุรกรรมอื่นใดที่กำหนดยกเว้นไว้เป็นพิเศษโดยประกาศคณะรัฐมนตรี (Gazette) (Section 10(5))
- (7) ธุรกรรมที่เกี่ยวกับการย้ายเงินในบัญชีของลูกค้าไปที่สถาบันการเงินอีกแห่งหนึ่ง (Section 10(6)) แต่การย้ายบัญชานั้นจะต้องกระทำให้เสร็จสิ้นภายในสามเดือนนับ แต่วันที่ปิดบัญชีเดิม

นอกจากธุรกรรมที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ธุรกรรมอื่นๆทุกประเภทจะต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงิน เมื่อมีมูลค่าของธุรกรรมตั้งแต่ \$AUD 10,000 ขึ้นไป

เนื่องด้วยผู้ค้าเงิน หรือ Cash Dealer ที่อยู่นอกระบบธนาคารพาณิชย์ จะมีความเกี่ยวพันกับธุรกรรมการใช้โพงกัวนมากที่สุดในบรรดาธุรกิจการเงินทั้งหมด เป็นวิชาชีพที่ทำงานเกี่ยวกับการซื้อขายแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศทุกวัน เมื่อไม่มีกฎหมาย FTR Act ฉบับนี้ ผู้ค้าเงินทั้งหลายก็จะหลุดพ้นจากการตรวจสอบ ด้วยเหตุนี้ มาตรการที่ให้ผู้ค้าเงินทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นธุรกิจโพงกัวนหรือไม่ก็ตาม เมื่อทำธุรกรรมเป็นมูลค่าตั้งแต่หมื่นเหรียญออสเตรเลียขึ้นไป ต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินเสนอแก่ AUSTRAC แต่การใช้โพงกัวนไม่ใช่จะทำระหว่างผู้ค้าเงินกับผู้ค้าเงินอย่างเดียว ภายใต้ระบบธนาคารได้ดำเนินการเป็นการทำธุรกรรมโดยใช้โพงกัวนระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ค้าเงิน ซึ่งตาม FTR Act ได้รับการยกเว้นไม่ต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงิน แต่ข้อขัดแย้งตรงนี้อาจไม่ใช่ช่องว่างที่จะเปิดทางให้มีการใช้โพงกัวนระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ค้าเงิน เนื่องจากประเทศออสเตรเลียอาจมีการจัดระเบียบสถาบันการเงินเพื่อป้องกันเงินนอกระบบเป็นอย่างดีก็ได้

ผู้ค้าเงิน (Cash Dealer) ในความหมายของ FTR Act

จากรายงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงิน ไม่ว่าจะเป็นของ FATF FinCEN APG (Asia Pacific Group on Money Laundering) ฯลฯ พบว่า ผู้ค้าเงิน หรือ Cash Dealer เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายเงินเพื่อการประกอบอาชญากรรมและการฟอกเงินจำนวนมาก และ AUSTRAC พบว่า ผู้ค้าเงินดังกล่าวเป็นปัจจัยสนับสนุนการดำเนินงานของอาชญากรรมค้ายาเสพติดกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติภายในออสเตรเลียจำนวนมาก ด้วยเหตุนี้ AUSTRAC จึงกำหนดมาตรการที่เกี่ยวกับการเข้าไปตรวจสอบบัญชีธุรกรรมของผู้ค้าเงินดังกล่าว โดยเรียกมาตรการนี้ว่า Account Signatory Verification of Identity Procedures ภายใต้ FTR Act มาตรการนี้มีขึ้นเพื่อทำการตรวจสอบบัญชีของลูกค้าที่ไม่แสดงตนอย่างถูกต้องหรืออาจเรียกว่าการแสดงบัญชีที่เป็นเท็จ (Fault Account)

ผู้ที่จัดเป็นผู้ค้าเงินภายใต้ FTR Act นี้ได้แก่

- (1) ธนาคารพาณิชย์
- (2) บริษัทประกันภัย
- (3) บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์
- (4) ทรัสต์

- (5) ร้านรับซื้อขายตัวเดินทางหรือรับแลกเปลี่ยนเงินตรา
- (6) ผู้เคลื่อนย้ายเงินในความหมายตามธรรมดา
- (7) ร้านรับซื้อขายเงินตราหรือวัตถุมีค่า (Currency or Bullion Sellers)
- (8) บ่อนการพนัน
- (9) ตัวแทนรับซื้อขายเงินตรา หรือธุรกิจเงินนอกกระบบ (TABs, on course totalisator agency and Bookmaker)

จากจุดนี้จะเห็นได้ว่า ผู้ค้าเงินที่อาจมีความเกี่ยวข้องกับขบวนการของโพยก๊วนได้แก่ ผู้เคลื่อนย้ายเงินในความหมายธรรมดา ร้านรับซื้อขายเงินตราหรือวัตถุมีค่า (Bullion Seller) บ่อนการพนัน และตัวแทนรับซื้อขายเงินตรา ซึ่ง FTR Act กำหนดให้มีการพิจารณาในเรื่องของบัญชีการทำธุรกรรมของธุรกิจการเงินเหล่านี้ เพื่อตรวจสอบความเกี่ยวข้องระหว่างธุรกิจการเงินเหล่านั้นกับขบวนการขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

และบัญชีที่ต้องทำการตรวจสอบภายใต้มาตรการนี้ ได้แก่บัญชีที่ลูกค้าได้กระทำธุรกรรมต่อผู้ค้าเงินในลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) การฝากเงินสดเข้าบัญชี
- (2) การถอนเงินสดจากบัญชี
- (3) การที่ผู้ค้าเงินรับซื้อเช็คหรือตัวแลกเงิน เพื่อเก็บรักษาแทนเจ้าของ หรือฝากไว้ใน Safety Deposit Box ทำนองเดียวกับการกระจายเงินที่ได้จากการกระทำ ความผิดไปฝากไว้ในสถาบันการเงินหลายแห่งในระบบเงินใต้ดิน BMPE ที่ได้อธิบายไปแล้วในบทก่อน

ดังนั้น ผู้ค้าเงินที่จะต้องทำรายงานธุรกรรมตามกฎหมาย FTR Act ก็คือบุคคลหรือหน่วยธุรกิจใดๆที่เกี่ยวข้องกับการค้าเงิน ได้กระทำการเปลี่ยนแปลงเงินในบัญชีธนาคารที่ตนเป็นลูกค้าอยู่ โดยการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวแบ่งเป็นสองแนวทาง ได้แก่ กระทำการเปิดบัญชีใหม่ในธนาคาร และกระทำการเปลี่ยนแปลงจำนวนเงินในบัญชีที่มีอยู่เดิม (A signatory to a new account or any signatory to the existing account)

ตามหลักเกณฑ์ใน AUSTRAC Guideline No.5 Cash Dealer จะต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินเมื่อพบว่าธุรกรรมมีลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นธุรกรรมทางการเงินที่มีลักษณะเป็นการหลีกเลี่ยงหรือพยายามหลีกเลี่ยงภาษี

- (2) เป็นธุรกรรมที่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลที่กำลังถูกดำเนินคดีในชั้นศาลในความผิดตามกฎหมายของเครือจักรภพ
- (3) เป็นธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับความผิดภายใต้กฎหมาย Proceed of Crime Act 1987 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง
- (4) เป็นธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่กระทำความผิดตามกฎหมาย Corporation Act 1989

จะเห็นได้ว่า ผู้ค้าเงินมีหน้าที่ภายใต้กฎหมาย FTR Act ที่จะต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงิน (Significant Transaction Report) เมื่อพบว่าธุรกรรมทางการเงินดังกล่าวทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางบัญชีที่ผิดปกติ อย่างกรณีของ Safe Deposit Box และเมื่อพบว่าธุรกรรมนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดกฎหมายในเรื่องอื่นๆของออสเตรเลีย หรือเกี่ยวข้องกับการเงินผิดกฎหมายอื่นๆ หรือเกี่ยวข้องกับการหลีกเลี่ยงภาษี ผู้ค้าเงินรายใดหลีกเลี่ยงที่จะทำรายงานอาจต้องได้รับโทษ ในส่วนของการใช้โพยก๊วน เป็นธุรกรรมที่มีคุณสมบัติเข้าลักษณะเงื่อนไขของธุรกรรมทางการเงินที่ต้องทำรายงานภายใต้ FTR Act แทบทุกประการ

โดยสรุปแล้ว ผู้ค้าเงิน (Cash Dealer) ที่มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ ต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินส่ง AUSTRAC ภายใต้ FTR Act

- มีการทำธุรกรรมที่ต้องสงสัยว่าเป็นการฟอกเงิน (Suspicious Transactions)
- ทำธุรกรรมทางการเงินระหว่างประเทศที่มีมูลค่ามากกว่าที่กฎหมายกำหนด (Significant Cash Transaction)
- การเคลื่อนย้ายเงินระหว่างประเทศภายใต้ความควบคุมของกฎหมายเฉพาะ (International Funds Transfer Instructions (IFTIs))

การลักลอบนำเงินออกนอกประเทศของ Bullion Seller

Bullion Seller หมายถึง ผู้ประกอบวิชาชีพซื้อขายแลกเปลี่ยนวัตถุมณีมีค่าต่างๆ (A person who carries on a business of selling bullion) อาชีพนี้ถือว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจการเงินที่อาจมีความเกี่ยวข้องกับการเคลื่อนย้ายเงินตราออกนอกประเทศโดยหลีกเลี่ยงการรายงานธุรกรรมทางการเงินและการหลีกเลี่ยงภาษี ซึ่งอาจมีระบบการโอนเงินโดยใช้โพยก๊วนหรือเครือข่ายธนาคารใต้ดินเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ภายใต้ AUSTRAC Guideline No.7 ได้กำหนดลักษณะการประกอบการของ Bullion Seller ที่อาจเป็นธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัยไว้ เพื่อให้ทำให้ธุรกรรมการเงินที่กระทำโดย Bullion Seller เข้ามาอยู่ในความควบคุมของ FTR Act ของออสเตรเลีย

Section 24C ของ FTR Act ได้ให้คำจำกัดความในเรื่อง ประเภทของวัตถุที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ Bullion Seller โดยสามารถจำแนกประเภทของวัตถุมูลค่าได้ดังต่อไปนี้

- (1) ทองคำ
- (2) เงิน
- (3) วัตถุมูลค่าที่เป็นแท่งหรือเหรียญ
- (4) ทองคำบริสุทธิ์
- (5) เหรียญมีค่าที่ไม่รวมไปถึงเหรียญที่ใช้ในการสะสมหรือตราตะกั่ว

คำว่า bullion coin ให้หมายถึงเหรียญ หรือวัตถุมูลค่าใดๆ ที่มีความบริสุทธิ์ไม่ต่ำกว่า .9166

ในออสเตรเลีย สิ่งที่ถูกจัดว่าเป็น Bullion Coin ได้แก่ Krugerrand, Australian Gold Nugget Coin, Kuokaburra Coin, American Eagles, Canadian Maples, TEALs (Chinese Ingot) หรือโพยก๊วนของจีน, หรือวัตถุอื่นใดที่มีมูลค่าในการซื้อขายแลกเปลี่ยนในตลาดเงินตรา

หลักเกณฑ์การรายงานธุรกรรมทางการเงินของ Bullion Seller มีรายละเอียดเช่นเดียวกันกับการรายงานธุรกรรมทางการเงินของธุรกิจรูปแบบอื่นๆ ได้แก่ การทำธุรกรรมที่มีมูลค่าตั้งแต่ 10,000 ดอลลาร์ออสเตรเลียขึ้นไป จะต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินเสนอต่อ AUSTRAC

แม้ว่าธุรกรรมทางการเงินที่กระทำโดย Bullion Seller จะรวมไปถึงการใช้โพยก๊วน ที่ใน FTR Act บัญญัติไว้ว่า TEALs (chinese ingot) ด้วย แต่การใช้โพยก๊วนแบบจีนย่อมทำให้เกิดพยานหลักฐานในการดำเนินคดีกับ Bullion Seller ได้ แต่หลักการของกฎหมาย FTR Act ก็อาจถือเป็นการเน้นความสำคัญไปที่รูปแบบการทำธุรกรรมทางการเงินแบบ Bullion Seller มากกว่า กล่าวคือ ถ้า Bullion Seller มีการกระทำธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัย ไม่ว่าจะในรูปแบบใด แม้ไม่มีพยานหลักฐานที่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เช่นในกรณีการใช้โพยก๊วนแบบจีน เจ้าหน้าที่ของรัฐก็สามารถที่จะดำเนินคดีได้เมื่อปรากฏข้อสงสัย (Probable Cause) ว่า Bullion Seller จะได้กระทำการเคลื่อนย้ายเงินอย่างผิดกฎหมาย

a. gold, b.silver, c.platinum group metal in form of bars or ingots, d.granule of 24 karat, e.bullion coin which does not include collector coins or proof coins

แต่อย่างไรก็ตาม จากการรายงานของออสเตรเลีย มีองค์กรอาชญากรรมของต่างชาติ เข้าไปฟอกเงินในออสเตรเลียจำนวนหนึ่ง อันได้แก่ จีน อิตาลี โคลอมเบีย ญี่ปุ่น เลบานอน และเวียดนาม และรัฐบาลได้คำนึงถึงอันตรายจากการให้บริการการเงินนอกระบบเช่นเดียวกัน เพราะเป็นระบบการเงินที่ใช้ในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเพื่อการเคลื่อนย้ายเงินระหว่างองค์กร และการฟอกเงิน และการสืบสวน สอบสวน แสวงหาพยานหลักฐานในแหล่งเงินนอกระบบ ดังกล่าวทำได้ยากยิ่ง

สถานการณ์ในการฟอกเงินโดยผ่านเครือข่ายเงินนอกระบบนั้น ในระหว่างปี 1996-1999 มีกรณีศึกษาอยู่ 9 คดี ซึ่งเป็นการให้บริการทางการเงินนอกระบบที่เคลื่อนย้ายเงิน จากออสเตรเลียไปยังอเมริกากลาง อเมริกาใต้ ฮองกง เมียนมา นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ ทงก้า และ เวียดนาม จากเก๊าคดีนี้รวมเป็นจำนวนเงินที่ถูกเคลื่อนย้ายผ่านเครือข่ายบริการเงินนอกระบบทั้งสิ้น 41 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย และเงินที่เคลื่อนย้ายเหล่านี้ล้วนเป็นที่เกี่ยวข้องกับ การประกอบอาชญากรรมทั้งสิ้น โดยเฉพาะการค้ายาเสพติดและการเลียงภาษี สำหรับวัตถุประสงค์อื่นของการเคลื่อนย้ายเงินก็เพื่อส่งเงินที่ได้จากการใช้แรงงานในออสเตรเลียไปเลี้ยงครอบครัวที่บ้านเกิด

แนวทางการพัฒนากฎหมายของออสเตรเลียเพื่อควบคุมผู้ค้าเงิน

กฎหมาย Financial Transaction Report Act ได้จำกัดความคำว่า ผู้ค้าเงิน หรือ Cash Dealer ว่า บุคคลใดที่ไม่ใช่สถาบันการเงินที่ทำธุรกิจเกี่ยวกับการสะสม การครอบครอง การแลกเปลี่ยน การรับส่งเงินตรา หรือธุรกรรมเกี่ยวกับการโอนเงินตราแทนบุคคลอื่น

สาระสำคัญของกฎหมายนี้มีอยู่สองประเด็น ได้แก่ คำว่า carries on a business หมายถึงธุรกิจใดๆที่ไม่มีคำจำกัดความกำหนดไว้ในกฎหมาย FTR Act แต่ก็ยังอยู่ในลักษณะที่ ตั้งขึ้นเพื่อการแข่งขันทางธุรกิจและการค้ากำไร

Alternative remittance systems are used by some of organized crime group to move and launder their funds. Detecting and investigating the movement or laundering of funds through these alternative remittance systems is extremely difficult

A person (other than a financial institution) who carries on a business of :

(i) collecting, holding exchanging or remitting currency, or otherwise negotiating currency transfer on behalf of other persons

อีกส่วนหนึ่งได้แก่บทบัญญัติใน Section 3 ของ FTR Act เกี่ยวกับคำว่า Currency หรือ เงินตรา ว่า เงินตราหมายถึงเหรียญหรือธนบัตรของออสเตรเลียหรือของต่างประเทศที่มีไว้เพื่อชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย และ แลกเปลี่ยนหมุนเวียนเพื่อการชำระราคาตามปกติในออสเตรเลียได้

เมื่อใดก็ตามที่มีการส่งเงินข้ามประเทศ มูลค่าของเงิน (value of currency) เท่านั้นที่จะถูกโอน (remitted) ระหว่างประเทศ แต่เงินสดในความหมายของคำว่า currency นั้นยังอยู่ในธนาคาร ไม่เคลื่อนย้ายไปไหน อย่างไรก็ตาม การทำธุรกิจให้บริการโอนเงินนอกระบบ หรือ Carrying on a business ไม่อยู่ภายใต้มาตรานี้ เพราะมิใช่การย้ายเงินตรา หรือ Currency โดยตรง

ด้วยเหตุนี้ ออสเตรเลียจึงออกมาตรการเพิ่มเติม คือ Combat Serious and Organized Crime Bill 2001 เพื่อแก้ไขคำจำกัดความของ Cash Dealer ให้รวมถึง บุคคลที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน ที่ทำธุรกิจเกี่ยวกับ การสะสม การครอบครองแทนบุคคลอื่น ในสิ่งดังต่อไปนี้

- (1) การแลกเปลี่ยนเงินตราจากเงินสกุลหนึ่งเป็นอีกสกุลหนึ่ง หรือการแลกเปลี่ยนเงินตรานั้นเป็นตราสารเปลี่ยนมือตามกฎหมาย
- (2) การส่งเงินตราหรือตราสารเปลี่ยนมือออกไปนอกประเทศหรือนำเข้ามาในประเทศแทนบุคคลอื่น

Currency means the coin and paper money of Australia or of a foreign country that :

- (a) is design as legal tender ; and
- (b) circulates as, and is customarily used and accepted as, a medium of exchange in the country of issue.
- (k) a person (other than a financial institution) who carries on a business of :
 - (i) collecting currency, and holding currency collected , on behalf of other persons; or
 - (ia) exchanging one currency for another, or converting currency into prescribed commercial instruments, on behalf of other persons; or
 - (ib) remitting or transferring currency or prescribed commercial instruments into or out of Australia on behalf of other person s or arranging for such remittance or transfer

จากการแก้ไขกฎหมายเพื่อขยายวามธุรกิจการค้าเงินที่จะต้องเข้ามาอยู่ในระบบ ทำให้ผู้ประกอบการค้าเงินทั้งหลาย (Agents) ต้องทำรายงานข้อมูลของลูกค้า ข้อมูลธุรกรรม และรายงานธุรกรรมที่น่าสงสัย แต่ AUSTRAC ก็ระลึกเสมอว่าเป็นการยากที่จะเก็บข้อมูลของธุรกิจการค้าเงินดังกล่าวได้ทั้งหมด เพราะบางรายอาจแทรกตัวในรูปแบบธุรกิจบังหน้า เช่น บริษัทโฆษณา หรือใช้วิธีในการประกอบธุรกิจที่คนภายนอกจับไม่ได้เลยว่าเป็นสถาบันทางการเงิน

ตั้งแต่ปี 1999 AUSTRAC ได้ตั้งคณะกรรมการตรวจสอบในเรื่องการทำธุรกรรมเกี่ยวกับการค้าเงินที่มีความเสี่ยงสูง (High Risk Cash Dealer) ทั้งนี้ให้รวมไปถึง Alternative Remittance Agent ด้วย กรรมการจึงต้องคอยตรวจสอบให้สถานค้าเงินทั้งหลายจดทะเบียนอย่างถูกต้อง เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและความคุ้มครองได้ง่าย

จะเห็นได้ว่ารูปแบบของมาตรการที่ใช้กับสถาบันการเงินนอกระบบของออสเตรเลียจะมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและฮ่องกงมาก แม้ว่าคณะกรรมการวิชาการร่างกฎหมายกลุ่มประเทศคอมมอนเวลท์ (Commonwealth Secretariat) จะปรารถนาว่า ธุรกิจการเงินนอกระบบไม่ค่อยจะให้ความสนใจกับกฎหมายที่ออกมาใช้ในเรื่องนี้มากนัก แต่ก็เชื่อว่า มาตรการบังคับให้มีการจดทะเบียนจะส่งผลให้สถาบันทางการเงินที่ไม่จดทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมายดำเนินธุรกิจได้ลำบากยิ่งขึ้น

โดยสรุปแล้ว ภายใต้แนวทางของ AUSTRAC ได้มีการบัญญัติขยายความให้ธุรกิจที่เกี่ยวกับการค้าเงินตรา (Cash Dealer) และธุรกิจเกี่ยวกับการค้าวัตถุมีค่า (Bullion Seller) เป็นธุรกิจที่อาจมีความเกี่ยวข้องกับการใช้โพยก๊วนโดยตรง ทั้งนี้เนื่องจากโพยก๊วนจะมีลักษณะเป็นวัตถุที่ใช้เป็นสื่อกลางในการชำระเงินเยี่ยงสิ่งของมีค่า (Bullion) และมีการใช้โพยก๊วนในวงการค้าของผู้ค้าเงิน (Cash Dealer) เป็นจำนวนมาก นอกจากนั้น ธุรกิจให้บริการการเงินนอกระบบ Alternative Remittance Service อาจมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินงานของธนาคารพาณิชย์ที่มีอยู่แล้ว และหน่วยที่รับส่งโพยก๊วนภายใต้ระบบ Underground Banking และธนาคารนอกระบบอื่นๆ และปัญหาที่ประเทศออสเตรเลียพบเกี่ยวกับธุรกิจโพยก๊วนก็คือ ธุรกรรมการใช้โพยก๊วนเป็นธุรกรรมที่มีได้อยู่ในความควบคุมของกฎหมายธนาคาร และยังไม่มีการกฎหมายในเรื่องใดเข้าไปควบคุมดูแลการจดทะเบียนสถาบันการเงินนอกระบบรวมทั้งธุรกิจโพยก๊วนด้วย และพบว่าธุรกิจโพยก๊วนในออสเตรเลียมักทำการฟอกเงินที่ได้จากการค้ายาเสพติด องค์กรอาชญากรรม หรือเพื่อการหลบเลี่ยงการเสียภาษีสรรพากร จึงมีความจำเป็นจะต้องพัฒนามาตรการทางกฎหมายเพื่อเข้าไปควบคุมธุรกิจโพยก๊วนให้ได้

ด้วยเหตุนี้ รัฐบาลออสเตรเลียจึงออกมาตรการเข้ามาควบคุมการทำธุรกรรมทางการเงินประเภทนี้ โดยใช้มาตรการทางกฎหมายในเรื่อง Transaction Report Act เพื่อให้มีการจด

บันทึกรายงานธุรกรรมทางการเงิน ที่เกี่ยวกับการซื้อขายเงินตราและตราสารทางการเงินทุกประเภท และกำหนดฐานความผิดในดาร์ซื้อขายแลกเปลี่ยนเงินตราที่เป็นการหลีกเลี่ยงภาษีหรือเกี่ยวข้องกับการประกอบอาชญากรรม โดยให้ตีความเพื่อพิจารณาฐานความผิดอย่างขว้าง โดยเฉพาะในเรื่องธุรกรรมรูปแบบธนาคารใต้ดิน อันได้แก่โอนเงินไปยังธนาคารในต่างประเทศ จำนวนน้อยแต่บ่อยครั้ง (Safety Deposit Box) โดยใช้เอกสารที่เกี่ยวข้องในทางบัญชีอย่างซ้ำซ้อนหรือใช้เป็นตัวโปกยกัน

3.6 กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการปราบปรามการฟอกเงินของสหรัฐอเมริกา

มาตรการทางกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามเงินนอกระบบ สามารถแบ่งออกเป็นสองกลุ่มใหญ่ๆด้วยกัน กลุ่มแรกได้แก่ กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและมาตรการควบคุมการทำธุรกรรมทางการเงินในสถาบันการเงิน กฎหมายในกลุ่มนี้ได้แก่ Bank Secrecy Act 1970 (BSA), Money Laundering Control Act 1986 (MLCA) กฎหมายในกลุ่มแรกนี้เน้นไปที่การทำรายงานธุรกรรมทางการเงิน และธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัยว่าจะเป็นกรฟอกเงิน เสนอแนวทางให้สถาบันการเงินมีหน้าที่ต้องพึงระวังมิให้ระบบสถาบันการเงินของตนกลายเป็นแหล่งของการฟอกเงินหรือเป็นแหล่งของการโอนเงินนอกระบบโดยใช้โปกยกันหรือโดยวิธีอื่น กฎหมายในกลุ่มที่สอง ได้แก่ มาตรการทางอาญาที่เป็นประโยชน์ต่อการปราบปรามการฟอกเงินและการเงินนอกระบบ อันได้แก่ มาตรการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment or Sting Operation) และมาตรการดักฟังทางเครื่องมือสื่อสาร (Wiretapping) มาตรการทางอาญาทั้งสองนี้เป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ในการแสวงหาพยานหลักฐานในการดำเนินคดีเกี่ยวกับการใช้โปกยกัน ในระบบธนาคารใต้ดินหรือการเงินนอกระบบประเภทอื่นๆ ซึ่งถ้าอาศัยมาตรการทางอาญาที่มีอยู่เดิมอาจไม่ประสบความสำเร็จในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีได้

3.7.1 Bank Secrecy Act 1970 (BSA)

Bank Secrecy Act เป็นกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่ออกมาเพื่อเข้ามาควบคุมการทุจริตในสถาบันการเงิน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความเคลื่อนไหวของเงินที่ใช้ในการทำธุรกรรมทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ เพื่อช่วยให้เจ้าหน้าที่สามารถเข้าไปตรวจสอบและสืบสวนการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา กฎหมายศุลกากร และกฎหมายอื่นๆ

ตามปกติแล้วถือว่าข้อมูลของลูกค้าธนาคารเป็นความลับ ในสมัยเดิม ธนาคารไม่สามารถเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวได้ และการเปิดเผยข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาตถือเป็นความผิด

อาญา ด้วยเหตุนี้ ธนาคารจึงปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับกระทำความผิดของลูกค้า และเมื่อไม่มีการรายงานธุรกรรมทางการเงินต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้ลูกค้าของธนาคารสามารถเคลื่อนย้ายเงินที่ฝากในธนาคารในประเทศ ออกไปฝากยังบัญชีของธนาคารในต่างประเทศได้โดยไม่ต้องกลัวว่าธนาคารจะทำรายงานธุรกรรมทางการเงินให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทราบ ด้วยเหตุนี้ จึงมีการลักลอบขนเงินตราออกนอกประเทศสหรัฐอเมริกาบ่อยครั้งโดยผ่านเครือข่ายของธนาคารพาณิชย์

กฎหมาย Bank Secrecy Act ได้กำหนดมาตรการในการติดตามการฝากเงินผ่านสถาบันการเงิน โดยมีสาระสำคัญดังนี้

- (1) กำหนดให้สถาบันการเงินต้องรู้จักลูกค้าที่มาติดต่อทำธุรกรรมกันหรือผ่านสถาบันการเงิน โดยลูกค้าจะต้องแสดงตนและที่อยู่ที่แท้จริง ไม่อนุญาตให้มีการเปิดบัญชีโดยใช้ชื่อปลอมหรือใช้นามแฝง
- (2) กำหนดให้สถาบันการเงินจัดทำและเก็บรักษาบันทึกข้อมูลทางการเงินไว้เป็นเวลา 5 ปี ซึ่งหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเป็นไปตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนด (31 U.S.C. มาตรา 5318(3))
- (3) กำหนดให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินรวมทั้งบุคคลธรรมดา รายงานข้อมูลทางการเงินประเภทต่างๆ ต่อหน่วยงานของรัฐ ได้แก่
 - กำหนดให้สถาบันการเงินภายในประเทศรายงานธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการจ่ายเงิน การรับเงิน การโอนเงิน หรือการใช้ตราสารทางการเงินเงินอื่น ๆ ตามที่กระทรวงการคลังกำหนด คือเกินกว่า 10,000 เหรียญสหรัฐขึ้นไป (31 U.S.C. มาตรา 5313(a))
 - กำหนดให้บุคคลใดหรือตัวแทนหรือผู้รับฝากเงินรายการนำเงินหรือตราสารทางการเงิน ซึ่งมีจำนวนเกินกว่า 10,000 เหรียญสหรัฐขึ้นไป เข้ามาหรือออกนอกสหรัฐ (31 U.S.C. มาตรา 5316)
 - กำหนดให้บุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกา รายงานธุรกรรมหรือความสัมพันธ์ที่มีต่อสถาบันการเงินในต่างประเทศ ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนด (31 U.S.C. มาตรา 5314(a))
 - กำหนดให้มีการกระจายข้อมูลทางการเงิน โดยให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจในการกระจายข้อมูลรายงานประเภทต่างๆ ให้กับหน่วยอื่นๆ เพื่อใช้ในการสืบสวนดำเนินคดีอาญาและคดีภาษีอากร ข้อมูลที่ได้รับนี้จะต้องเก็บรักษาไว้เป็นความลับ และเปิดเผยให้กับบุคคลที่นำไปใช้ประโยชน์ในทางการเกี่ยวกับการสืบสวนคดี (31 U.S.C. มาตรา 5319)

- กำหนดให้ธนาคารหรือสถาบันการเงิน จัดฝึกอบรมเจ้าหน้าที่เพื่อให้เกิดความเข้าใจในข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดให้ลูกค้าแสดงตน การจัดทำบันทึกรายงานข้อมูลทางการเงิน รวมทั้งการให้ความร่วมมือในการตรวจสอบข้อมูลต่างๆ
- มีบทกำหนดโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายทั้งทางแพ่งและทางอาญา

ความรับผิดทางแพ่ง

กรณีที่สถาบันการเงินภายในประเทศ รวมทั้งหุ้นส่วนผู้จัดการ พนักงาน หรือลูกจ้างของสถาบันการเงินจงใจฝ่าฝืนกฎหมาย หรือระเบียบที่ออกภายใต้กฎหมาย (ยกเว้นในกรณีการฝ่าฝืน 31 U.S.C. มาตรา 5314, 5315) จะถูกปรับมากกว่าจำนวนเงินที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรม (ไม่เกิน 10,000 เหรียญสหรัฐ) หรือปรับ 25,000 เหรียญสหรัฐ (31 U.S.C. มาตรา 5312 (a) (1))

ความรับผิดทางอาญา

ผู้ใดเจตนาฝ่าฝืนกฎหมายหรือระเบียบที่ออกภายใต้กฎหมาย (ยกเว้นกรณี 31 U.S.C. มาตรา 5315) จะถูกปรับไม่เกิน 250,000 เหรียญสหรัฐ หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ (31 U.S.C. มาตรา 5322 (a))

ในกรณีที่จำเลยกระทำความผิดตามกฎหมายนี้ (ยกเว้นกรณี 31 U.S.C. มาตรา 5315) พร้อมกับกระทำความผิดกฎหมายอื่นๆ ของสหรัฐฯด้วย หรือเป็นประเภทหนึ่งของการกระทำความผิดเกี่ยวกับธุรกรรมที่มีจำนวนเกินกว่า 100,000 เหรียญสหรัฐ ภายในระยะเวลา 12 เดือน ผู้กระทำความผิดจะถูกปรับไม่เกิน 500,000 เหรียญสหรัฐ หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ (31 U.S.C. มาตรา 5322(b))

จากเนื้อหาของกฎหมายนี้ สถาบันการเงินมีหน้าที่ที่จะต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินของลูกค้าเสนอแก่รัฐบาล ทั้งในกรณีที่มูลค่าของธุรกรรมทางการเงินมากกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือเมื่อพบเห็นรูปแบบการทำธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงิน แม้ว่ามูลค่าของการทำธุรกรรมทางการเงินจะต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด สถาบันการเงินก็ต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัยให้แก่รัฐบาล กฎหมาย Bank Secrecy act ฉบับนี้เป็นกฎหมายที่สามารถนำเข้ามาแก้ไขปัญหาการหลบเลี่ยงที่จะไม่ทำรายงานธุรกรรมทางการเงินของลูกค้าได้

3.6.2 Money Laundering Control Act 1986 (MLCA)

กฎหมายฉบับนี้ได้มีการประกาศใช้เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 1986 โดยอยู่ภายใต้กฎหมาย Anti-Drug Act 1986 โดยในส่วน H ของ Section 1 เป็นกฎหมายส่วนที่ใช้ในการปราบปรามการฟอกเงินโดยเฉพาะ เรียกว่า Money Laundering Control Act (MLCA) เป็นการกำหนดความผิดมูลฐานในการฟอกเงินเป็นครั้งแรก ในกฎหมายนี้ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงินในลักษณะกว้าง ๆ ของการโอนเงินที่ได้มาจากการประกอบอาชญากรรม โดยผู้กระทำความผิดจะต้องมีเจตนาที่จะปกปิดแหล่งที่มาของหรือเจ้าของเงินหรือการควบคุมเงินหรือหลบเลี่ยงการรายงานการโอนเงิน นอกจากนี้ ยังมุ่งเน้นไปที่เจตนาภายในของผู้กระทำความผิด ดังนั้น ขอบเขตของกฎหมายฉบับนี้จึงบังคับใช้แก่บุคคลทั่วไปและสถาบันการเงินสำหรับการโอนเงินรายได้อันมิชอบด้วยกฎหมาย¹ ความผิดมูลฐานภายใต้ Money Laundering Control Act มีดังต่อไปนี้

(1) ความผิดมูลฐานที่กำหนดใน 18 U.S.C. มาตรา 1961(1) (RICO) ยกเว้นบทที่ 31 เรื่องการไม่รายงานการโอนเงินไปต่างประเทศ ได้แก่

- ความผิดเกี่ยวกับสินบน
- ความผิดเกี่ยวกับการลักขโมยการขนส่งระหว่างมลรัฐ
- ความผิดเกี่ยวกับการแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากเด็ก
- ความผิดเกี่ยวกับการลักขโมยยานพาหนะ
- ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด รวมถึงความผิดเกี่ยวกับการประกอบอาชญากรรมอย่างต่อเนื่อง

(2) ความผิดลักษณะเฉพาะที่กำหนดไว้ใน 18 U.S.C. มาตรา 1958 (1996)

- ความผิดเกี่ยวกับการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ
- ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบขนส่งสินค้าหนีภาษี
- ความผิดเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายสินค้าจากเขตศุลกากร
- ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์
- ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบขนส่งสินค้าเถื่อนทางอากาศ
- ความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนกฎหมายควบคุมการส่งออกการใช้จ่าย
- ความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนกฎหมายควบคุมการส่งออกอาวุธ

¹ วีระพงษ์ บุญญภาส. วารสารกฎหมาย. ปีที่ 20 ฉบับที่ 3. หน้า 72

- ความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนกฎหมายจัดการส่งออก
- ความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจในภาวะฉุกเฉินทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ
- ความผิดเกี่ยวกับการควบคุมการค้ากับชนชาติศัตรู

(3) การฝ่าฝืนกฎหมายประการอื่น ๆ ที่ไม่ได้รับระบุไว้เฉพาะเจาะจง

ความผิดบางประเภทที่ไม่ได้ระบุละเอียดได้ว่าเป็นความผิดมูลฐาน ถ้ามีส่วนเกี่ยวข้องกับ "การนำเข้าที่ฝ่าฝืนกฎหมาย" ภายใต้ 18 U.S.C. มาตรา 545 (1996) เช่นการบริการหรือจำหน่ายสินค้า ปลอมแปลง กฎหมายห้ามนำเข้าสัตว์ การขนส่งระหว่างมลรัฐซึ่งทรัพย์สินที่ถูกลักมา

- (4) นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนดคำจำกัดความของ "การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย" ในมาตรา 1956 (c)(7) ดังนี้ คือ

Specified Unlawful Activities

คำนิยามของ Specified Unlawful Activity ได้แก่

- (a) การกระทำใดหรือกิจกรรมที่ก่อให้เกิดความผิดพลาดตามข้อหาที่กำหนดไว้ในมาตรา 1961(1) ของตอนนี้ เว้นแต่การกระทำนั้นกำหนดไว้ภายใต้พระราชบัญญัติเงินตราและการรายงานการโอนเงินต่างประเทศ
- (b) บังคับใช้แก่การโอนเงินซึ่งเกิดขึ้นทั้งหมดหรือบางส่วนภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ความผิดต่อต่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องการผลิต และการนำเข้าสินค้า การขาย การจำหน่ายสารเสพติดตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมสารเสพติด
- (c) การกระทำใดๆ หรือการกระทำซึ่งก่อให้เกิดการประกอบธุรกิจที่ผิดกฎหมายอย่างต่อเนื่อง ดังคำนิยามของบัญญัติควบคุมสารเสพติด มาตรา 408 หรือ
- (d) การกระทำความผิดข้อหาต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 152 (เกี่ยวเนื่องกับการซ่อนเร้นทรัพย์สิน การอ้างสิทธิเรียกร้องและสาบานตัวเป็นเท็จ การให้สินบน มาตรา 215 (เกี่ยวเนื่องกับการให้ค่าคอมมิชชั่นหรือของขวัญในการขอกู้ยืม) มาตรา 500-503 (เกี่ยวเนื่องกับความผิดฐานปลอมแปลง) มาตรา 511 (เกี่ยวเนื่องกับความมั่นคงของรัฐและความมั่นคงส่วนบุคคล) มาตรา 543 (เกี่ยวเนื่องกับลักลอบนำเข้าสินค้าหนีภาษีเข้าไปในสหรัฐฯ) มาตรา 641 (เกี่ยวเนื่องกับการเงินเพื่อสาธารณประโยชน์ ทรัพย์สิน หรือหลักฐานการรายงาน) มาตรา 656 (เกี่ยวเนื่อง

กับการลักทรัพย์ ยกยอก การกระทำที่ผิดวัตถุประสงค์โดยพนักงานธนาคารหรือ ลูกจ้าง) มาตรา 666 (เกี่ยวเนื่องกับการลักหรือให้สินบนในการเสนอโปรแกรมเพื่อ รับเงินอุดหนุนจากรัฐ) มาตรา 793, 794 หรือ 798 (เกี่ยวเนื่องกับการจารกรรม) มาตรา 875 (เกี่ยวเนื่องกับการคมนาคมภายในรัฐ) มาตรา 1201 (การลักพาตัว) มาตรา 1203 (การจับตัวประกัน) มาตรา 1344 (เกี่ยวเนื่องกับการฉ้อโกงธนาคาร) หรือมาตรา 2113 หรือ 2114 (เกี่ยวเนื่องกับธนาคารและการปล้นทรัพย์หรือลัก ทรัพย์ในการให้บริการสาธารณะ) ของตอนนี้ และมาตรา 38 ของบัญญัติควบคุม การส่งออกอาวุธ (22 U.S.C.2778) มาตรา 2 (เกี่ยวเนื่องกับการลงโทษ ทางอาญา) ตามบัญญัติการบริหารการส่งออก 1945 (50 U.S.C. App. 2401) มาตรา 203 (เกี่ยวเนื่องกับมาตรการบังคับทางอาญา) ตามบัญญัติการใช้มาตรการในภาวะฉุกเฉินทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ หรือมาตรา 3 (เกี่ยวกับการกระทำความผิดใน ทางอาญา) ตามบัญญัติการกำกับชาติที่เป็นศัตรู (50 U.S.C. App.3)

จากแนวทางในการกำหนด Suspected Unlawful Activities หรือ การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายที่กำหนดไว้ จะเห็นได้ว่าการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงินมิใช่ เป็นเพียงการกำหนดฐานความผิดเฉพาะประเภทใหญ่ๆเท่านั้น แต่เป็นการรวมแบบแผนของการ ประกอบอาชญากรรมหลายๆประเภท ที่อาจมีความเกี่ยวข้องกับการฟอกเงิน จนอาจ กลายเป็น ประมวลแบบแผนของการประกอบมิฉฉีพ โดยมีจุดมุ่งหมายก็คือ ต้องการให้ตี ฐานความผิดในเรื่องฟอกเงินอย่างกว้าง ทำให้ฐานความผิดไม่หยุดอยู่เพียงเจ็ดฐานความ ผิดแบบกฎหมายฟอกเงินของประเทศไทย แต่เมื่อมีรูปแบบการประกอบอาชญากรรมการฟอก เงินรูปแบบใหม่ๆเกิดขึ้น สิ่งเหล่านั้นก็จะได้รับการบรรจุลงให้เป็นฐานความผิดฟอกเงินภายใต้ กฎหมาย Money Laundering Control Act ฉบับนี้ ดังนั้น การที่รัฐบาลสหรัฐจะบรรจุรูปแบบ การกระทำฟอกเงินโดยใช้เครือข่ายของระบบธนาคารใต้ดิน Underground Banking หรือการใช้ โปยก๊วนในระบบ Hawala, Chitty Chitty, หรือ Chip ลงไปในกฎหมาย Money Laundering Control Act ในส่วนที่เกี่ยวกับ Suspected Unlawful Activities จึงน่าจะไม่ใช่เรื่องที่ยาก เพราะ เป็นเพียงการเพิ่มเข้าไปเท่านั้น ไม่ต้องไปแก้ไขที่กฎหมายแม่บทโดยตรง ซึ่งเป็นไปตามหลัก การของการแก้ไขกฎหมายตามหลักของกฎหมาย Common Law

ด้วยเหตุนี้ การกระทำที่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดและโทษจึงต้องคำนึงถึงองค์ ประกอบของความผิดตามหลักการของกฎหมาย Common Law ด้วย โดยจะต้องประกอบด้วย การการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย หรือการกระทำที่แสดงออกภายนอกนั้นผิดกฎหมาย (actus

reus) และจะต้องมีส่วนของจิตใจที่ถูกดำเนินได้ ซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบทางจิตใจ (mens rea)²

ยกตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 1956(a)(1) ห้ามการเป็นธุระในการโอนเงินซึ่งเกี่ยวกับรายได้ของการประกอบอาชญากรรม ไม่ว่าจะเจตนาสนับสนุนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายหรือด้วยรู้เห็นเป็นใจว่าการโอนเงินได้ทำไปเพื่อ

- (1) ปกปิดเงินที่มา (ปกปิดตัวบุคคลที่เป็นเจ้าของที่แท้จริง, ควบคุมการเงิน, ที่มาของเงิน ฯลฯ) หรือ
- (2) เพื่อหลีกเลี่ยงการรายงานธุรกรรมเกี่ยวกับการโอนเงิน

วรรคสองของมาตรา 1956 ห้ามการเป็นเครื่องมือในการโอนเงินในทางการค้าต่างประเทศโดยเจตนาหรือเจตจำนงเช่นเดียวกัน

จากตรงนี้เห็นได้ว่า องค์ประกอบของมาตรา 1956 นี้จะแบ่งออกเป็นสองส่วน ได้แก่ ส่วนขององค์ประกอบภายในภายใน อันได้แก่ การที่รู้ว่ากำลังกระทำความผิด (Knowledge) และส่วนขององค์ประกอบภายนอก อันได้แก่ การลงมือกระทำความผิด (Conduct) โดยมาตรา 1956 มีขอบเขตการตีความรูปแบบการกระทำฟอกเงินอย่างกว้างขวาง ครอบคลุมถึงการกระทำในเชิงพาณิชย์ซึ่งเกี่ยวข้องกับรายได้จากการกระทำความผิดโดยไม่จำกัดรูปแบบและประเภท

จากการศึกษาความผิดมูลฐานเกี่ยวกับกฎหมายฟอกเงินของสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่า มีกฎหมายกำหนดความผิดมูลฐาน 3 ฉบับ แต่ Federal Crime and Criminal Procedure นั้น อาจกล่าวได้ว่ามีลักษณะเป็นบทกำหนดโทษซึ่งไม่บ่งชี้ความผิดมูลฐานอย่างชัดเจน แต่ในกฎหมาย Bank Secrecy Act 1970 และกฎหมาย Money Laundering Control Act 1986 เป็นกฎหมายที่ได้กำหนดความผิดมูลฐานของการฟอกเงินไว้ โดยเฉพาะในส่วนจอง Bank Secrecy Act เป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐมีเจตจำนง (Will) เพื่อที่จะสืบทราบแหล่งที่มาของเงินปริมาณและความเคลื่อนไหวของกระแสการเงินที่นำเข้าหรือออกนอกประเทศ โดยความผิดมูลฐานของกฎหมายฉบับนี้ก็คือ กฎหมายเกี่ยวกับความของธนาคารโดยเฉพาะเจาะจง เพื่อเน้นเรื่องหนึ่งเรื่องใด แต่จะกำหนดความผิดมูลฐานในลักษณะกว้างๆ เพื่อให้ครอบคลุมในเรื่องของการโอนเงินที่ได้จากการประกอบอาชญากรรม โดยผู้กระทำนั้นจะต้องมีเจตนาที่จะสนับสนุน

² Richard Card, Criminal Law, 12th Edition (London : Butterworths, 1992), p.49

การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย หรือรู้ว่าการโอนเงินได้กระทำโดยมีเจตนาที่จะปกปิดแหล่งที่มาหรือเจ้าของเงินหรือการควบคุมการเงินหรือหลบเลี่ยงการรายงานการโอนเงินตามที่ได้กล่าวมาแล้ว³

อย่างไรก็ตาม Money Laundering Control Act ได้มุ่งเน้นไปที่เจตนาในใจของผู้กระทำความผิด และตาม 18 U.S.C. มาตรา 1956 (a)(1) จะต้องพิสูจน์ให้ได้มากกว่าเหตุอันควรสงสัย คือ

- (1) เจตนาที่จะสนับสนุนการดำเนินงานของการประกอบอาชญากรรม
- (2) รู้ว่าการโอนนั้นมีเจตนาที่จะปกปิดทั้งหมดหรือบางส่วนของรายได้ซึ่งมีที่มาเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดกฎหมาย
- (3) รู้ว่าการโอนนั้นเจตนาจะปกปิดหรือหลีกเลี่ยงการรายงานการโอนเงินตามกฎหมายของสหรัฐและมลรัฐ⁴

3.6.3 การนำมาตรการการล่อให้กระทำความผิดมาใช้ (Entrapment or Sting Operation)

เนื่องจากการล่อให้กระทำความผิดมีผู้ที่เกี่ยวข้องอยู่สองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งได้แก่ผู้กระทำความผิด อีกฝ่ายหนึ่งได้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ใช้มาตรการนี้ ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือผู้ที่เจ้าหน้าที่ได้มอบหมายให้ช่วยเหลือ โดยหลักการเบื้องต้นของการล่อให้กระทำความผิดได้แก่การที่เจ้าหน้าที่กระทำการใดๆ เพื่อจูงใจให้ผู้กระทำความผิดได้แสดงความผิดออกมา โดยในขณะที่เจ้าหน้าที่หลอกล่อนั้น ผู้กระทำความผิดไม่ได้มีเจตนาจะแสดงความผิดออกมาแต่อย่างใด แม้ว่ามาตรการนี้จะทำให้เจ้าหน้าที่พบการกระทำความผิดโดยไม่ต้องรอเวลาให้ผู้กระทำความผิดแสดงการกระทำความผิดออกมา เป็นมาตรการที่ทุนเวลาและทุนแรงเจ้าหน้าที่ในการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดนั้นๆ แต่ความรวดเร็วในการดำเนินคดีตามนโยบาย Crime Control ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อสังคมอย่างรุนแรง เราจะต้องมองในสองแง่มุม เมื่อเราเชื่อว่าเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดอย่างเต็มที่โดยไม่ต้องพิจารณาว่าสิทธิของผู้กระทำความผิดจะได้รับการกระทบกระเทือนอย่างไร เมื่ออำนาจเจ้าหน้าที่มีมากและใช้ได้อย่างรวดเร็ว ความผิดพลาดในการใช้อำนาจย่อมเกิดขึ้นตามมาเป็นเงาตามตัว การใช้อำนาจโดยไม่ได้ตรวจสอบการทำงานของตนเองอย่างเคร่งครัดอาจทำให้การล่อให้กระทำความผิดเป็นการล่อให้คนบริสุทธิ์ต้องมารับผลจากการใช้อำนาจอย่างเลินเล่อของเจ้าหน้าที่

³ วีระพงษ์ บุญโญภาส, แหล่งเดิม, หน้า 77.

⁴ U.S. Department of Justice, p.8-25.

ที่ได้ และในอีกมุมหนึ่ง มองที่ตัวผู้กระทำความผิด แน่หนอนที่ว่าบุคคลโดยย่อได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายในการที่จะไม่ถูกดำเนินคดีโดยที่ตนไม่มีเจตนาในการกระทำความผิด แต่เมื่อนโยบายทางอาญาสมัยใหม่ส่งเสริมอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการเข้าควบคุมการประกอบอาชญากรรมจนต้องมีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการของประชาชนแล้ว ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะต้องปกป้องตัวเองมิให้ได้รับการปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่เกินกว่าความจำเป็นแห่งความเป็นธรรมตามกฎหมาย ดังนั้น กระบวนการตรวจสอบการทำงานของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับบัญชามาตรการล่อให้กระทำความผิดจึงเป็นสิ่งที่จำเป็น แต่สิทธิเช่นว่านี้ประชาชนก็ไม่มีสิทธิใช้จนเกินขอบเขต กล่าวคือ ถ้าประชาชนใช้สิทธิค้านอำนาจรัฐจนกระทั่งรัฐไม่สามารถเข้ามาควบคุมดูแลสังคมตามปกติได้ ย่อมไม่เกิดผลดีต่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรม

ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิด และความชอบด้วยกฎหมายของการใช้สิทธิเรียกร้องของประชาชนให้ได้รับการปกป้องจากกระบวนการยุติธรรม จึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อวางแนวทางที่เหมาะสมในการบังคับใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิด เพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับการปราบปรามอาชญากรรมในปัจจุบันต่อไป ในส่วนนี้จึงจะได้ศึกษาทฤษฎีทางกฎหมายว่าด้วยการล่อให้กระทำความผิด ผลกระทบที่ได้จากการใช้มาตรการนี้ และการที่จะพัฒนานำมาตรการนี้ไปใช้กับการปราบปรามอาชญากรรมทางการเงิน รวมถึงธุรกิจโพยก๊วน

Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายของการล่อให้กระทำความผิดว่า เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ หรือผู้ที่เจ้าหน้าที่มอบหมาย เพื่อชักชวนให้บุคคลใดกระทำความผิดโดยที่เขาไม่ได้มีเจตนาจะกระทำความผิดนั้นเลย เพื่อจะดำเนินคดีอาญากับผู้นั้น โดยทั่วไปแล้วเจ้าหน้าที่หรือผู้อื่นที่ต้องช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ จะใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดก็ต่อเมื่อได้เบาะแสของการกระทำความผิดของผู้นั้นมาบ้างแล้ว และสันนิษฐานได้ว่าเขากระทำความผิดที่ผิดกฎหมายเช่นนั้นจริง⁵

⁵ Black's Law dictionary with Pronunciation 5th edition (1979)

"Entrapment : The act of officers or agents of the government in inducing a person to commit a crime not contemplated by him, for the purpose of instituting a criminal prosecution against him. According to the generally accepted view, a law enforcement official, or an undercover agent acting in cooperation with such an official, perpetrates an entrapment when, for the purpose of obtaining evidence of crime. He originates the idea of crime and then induces another person to engage in conduct constituting such a crime when the other person is not otherwise disposed to do so."

Lafave ได้อธิบายไว้ว่า การล่อให้กระทำความผิดหมายถึงการที่เจ้าหน้าที่ หรือตัวแทนที่ได้รับมอบหมาย ใต้ริเริ่มความผิดที่จะกระทำความผิดอาญา โดยชักจูงให้บุคคลที่เจ้าหน้าที่สงสัยกระทำความผิดนั้น โดยที่เขามิได้มีเจตนาที่จะกระทำความผิดนั้นมาก่อน เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการกระทำความผิดอาญา การล่อให้กระทำความผิดจึงมีองค์ประกอบสองประการ ประการแรก เจ้าหน้าที่ต้องเป็นผู้ริเริ่มให้มีการกระทำความผิดและชักจูงจำเลยให้กระทำความผิดจนสำเร็จ ประการที่สอง จำเลยต้องไม่มีเจตนาที่จะทำความผิดเช่นนั้นมาก่อน⁶

Rondo V. del Carmen ได้อธิบายเกี่ยวกับการล่อให้กระทำความผิดเพิ่มเติมว่า นอกจากจะเป็นการที่เจ้าหน้าที่ชักจูงให้บุคคลกระทำความผิดเพื่อให้ได้พยานหลักฐานในการดำเนินคดีแล้ว หลักของการล่อให้กระทำความผิดอีกประการหนึ่งได้แก่ การช่วยเหลือให้บุคคลให้มีโอกาสกระทำความผิดด้วย เช่น ตำรวจหญิงปลอมตัวเป็นโสเภณีเดินกลางถนนเพื่อล่อให้ชายผู้ขอร่วมเพศปรากฏให้จับตัว⁷

นักวิชาการบางท่านได้อธิบายเพิ่มเติมว่า การล่อให้กระทำความผิดเป็นมาตรการพิเศษที่เจ้าหน้าที่ตำรวจนำมาใช้ ในลักษณะ การชักชวน (Encouragement) โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นๆที่ได้รับมอบหมาย จะแสดงตัวเป็นเหยื่อ (victim) ที่เต็มใจที่จะรับความเสียหายจากการกระทำความผิด และเปิดโอกาสให้ผู้ต้องสงสัยกระทำความผิดจนสำเร็จโดยง่าย⁸

⁶ Lafave, Wayne R. and Scott Austin.W., Criminal Law (Minn. : West Publishing, 1972) p.379.

⁷ Rondo V. del Carmen, Criminal Procedure Law and Practice, p.166.

"Entrapment is defined as the act of government officers or agents in inducing a person to commit a crime that is not contemplated by the person, for the purpose of instituting a criminal prosecution against him or her. There is a difference, however, between entrapment and merely providing an opportunity for a person to commit a crime."

⁸ Israel, Kamisar, Lafave, Criminal Procedure and the Constitution, p.255.

"...the label "entrapment" is often affixed to police conduct that is not "entrapment" at all, as the courts have defined that term, but "encouragement" – a police technique whereby an officer or law enforcement agent act as a willing victim, intends by his action to encourage the suspect (a "target") to commit a crime, communicates this encouragement to the suspect, and thereby influences the commission of crime."

แนวคิดที่ใช้พิจารณาความเป็นไปได้ของการล่อให้กระทำความผิดแบ่งออกเป็นสองอย่างด้วยกัน แนวทางแรก พิจารณาที่ตัวผู้กระทำความผิด แนวทางที่สอง พิจารณาจากตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะเจตนาภายในของบุคคลทั้งสองฝ่ายนี้มีผลทำให้การล่อให้กระทำความผิดเกิดขึ้นชอบด้วยกฎหมายได้

แนวคิดในการพิจารณาที่ตัวผู้กระทำความผิด (Subjective Test)

การพิจารณาเจตนาภายในของผู้กระทำความผิดในระหว่างที่มีการใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิด มีจุดประสงค์เพื่อที่จะพิจารณาว่าผู้นั้นมีเจตนาจะกระทำความผิดตั้งแต่แรกหรือไม่ จะทำการพิจารณาว่าแม้ว่าเจ้าหน้าที่จะไม่ใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดแก่เขา เขาก็ยังประกอบความผิดดังกล่าวเป็นปกติวิสัยอยู่นั่นเอง หรือ ในบางรายถ้าเจ้าหน้าที่ไม่ชี้ชวนให้กระทำความผิด บุคคลนั้นจะไม่มีทางกระทำความผิดได้เลย ดังนั้น เจตนาภายในของผู้กระทำความผิดมีความสำคัญยิ่งที่จะชี้ชัดว่าการล่อให้กระทำความผิดมีความชอบหรือไม่ เพราะถ้าการล่อให้กระทำความผิดกลายเป็นการล่อให้บุคคลบริสุทธิ์กระทำความผิด การล่อเช่นนั้นก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การล่อให้กระทำความผิดจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นการล่อบุคคลที่มีเจตนาจะกระทำความผิดตั้งแต่แรก (Predisposition) เจตนากระทำความผิดตั้งแต่แรกสามารถพิจารณาได้จากพฤติการณ์บางอย่างของผู้กระทำความผิด ได้แก่ บุคคลนั้นอาจมีการทำธุรกิจผิดกฎหมายก่อนหน้าที่จะทำให้มีการล่อให้กระทำความผิดในความผิดอย่างเดียวกันอยู่แล้ว ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการล่อซื้อยาบ้ากับนาย ก เพราะจากการสืบสวนพบว่า นาย ก ได้ทำธุรกิจค้ายาบ้ามาเป็นเวลานานจนถึงทุกวันนี้ เจ้าหน้าที่จะล่อซื้อเงินเดือนจากพ่อค้ารายหนึ่งเพราะแม้ว่าเขาจะทำร้านทองแต่จากการสืบสวนพบว่ามีธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัยเช่นการใช้โพยก๊วนลักลอบส่งเงินออกนอกประเทศ หรือการที่เจ้าหน้าที่ปลอมตัวเป็นชายผู้ต้องการใช้บริการทางเพศไปล่อหญิงค้าบริการที่อยู่ข้างถนน เพราะเจ้าหน้าที่เห็นเธออยู่ที่นั่นทุกคืนและดูจากบุคลิกลักษณะต้องสงสัยว่าจะเป็นหญิงค้าบริการ เป็นต้น

จากตัวอย่างข้างต้น การที่เจ้าหน้าที่จะพิจารณาใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดหรือไม่นั้น เจ้าหน้าที่จะต้องมีการเก็บข้อมูลของผู้ที่ต้องสงสัยว่าจะกระทำความผิดเช่นนั้นเป็นระยะเวลาหนึ่งก่อน เพื่อให้ได้หลักฐานเพียงพอที่จะสันนิษฐานได้ว่าจำเลยน่าจะมีพฤติการณ์ในการกระทำความผิดเช่นนั้นก่อนหน้าที่จะใช้มาตรการนี้ และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการจับผิดตัวเกิดขึ้น แต่ในทางกลับกัน ถ้าเจ้าหน้าที่ไม่มีการเก็บข้อมูลของผู้กระทำความผิดก่อน โอกาสเสี่ยงที่จะจับคนผิดก็อาจเกิดขึ้น เพราะกลอุบายที่เจ้าหน้าที่ใช้หลอกล่อบุคคลที่เป็นอาชญากรย่อมที่จะใช้หลอกล่อบุคคลในระดับปุถุชนธรรมดาให้กระทำความผิดได้ง่ายกว่า ดังนั้น ถ้าเจ้า

หน้าที่ล่อให้บุคคลที่ไม่มีพฤติกรรมที่จะกระทำความผิดตั้งแต่แรก (Predisposition) เกิดขึ้น การล่อให้กระทำความผิดเช่นนั้นก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แนวทางการพิจารณาเช่นนี้เกิดขึ้นในคำพิพากษาของศาลสหรัฐ ดังจะได้อธิบายในส่วนต่อไป

การพิจารณาพฤติกรรมในการประกอบความผิดของผู้ต้องสงสัยเป็นรายบุคคลเป็นระยะเวลาหนึ่ง เป็นทางตรงที่รู้จักพฤติกรรมของผู้นั้นดีขึ้นและจะชี้ว่าควรจะใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดหรือไม่ แต่ถ้าไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาเป็นรายบุคคลโดยตรง แต่อาจใช้การพิจารณาแบบสุ่ม (random) โดยพิจารณาจากสถานที่ที่น่าจะมีการกระทำผิดกฎหมายเกิดขึ้น เช่น ชายแดนระหว่างประเทศสหรัฐและประเทศโคลอมเบีย ซึ่งสามารถสันนิษฐานได้อย่างหนักแน่นว่าเป็นตลาดค้ายาเสพติดแห่งใหญ่ของโลก เมื่อพบบุคคลใดในตลาดค้ายาเสพติดดังกล่าว แม้เจ้าหน้าที่จะไม่เคยรู้จักมาก่อนแต่ก็สามารถสันนิษฐานได้ว่าเขาน่าจะอยู่ในกลุ่มผู้ค้ายาเสพติดด้วย หรือในการตรวจแอลกอฮอล์ในร่างกายจากบุคคลที่ไปใช้บริการผับ เทค บาร์ หรือสถานบันเทิงอื่นๆ ย่อมสันนิษฐานได้ว่า บุคคลที่ไปสถานที่เช่นนั้นต้องมีการดื่มสุรา หรือมีการเสพยาเสพติดบางอย่าง เช่น ecstasy การสุ่มตรวจบุคคลที่มาใช้บริการจะต้องมีการพบผู้ที่กระทำความผิดกฎหมายอย่างแน่นอน หรือการตรวจสินค้าในห้างสรรพสินค้าที่ประชาชนทั่วไปรู้ว่าเป็นแหล่งขายสินค้าละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ซีดี วีซีดีเถื่อน เจ้าหน้าที่สามารถตรวจสอบผู้ต้องสงสัยโดยวิธีการสุ่มตัวอย่างได้ เพราะผู้ค้าส่วนใหญ่ที่อยู่ในห้างกล่าวต้องเป็นผู้ค้าสินค้าละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาอย่างแน่นอน

จากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่าสถานที่ก็เป็นส่วนหนึ่งที่จะพิจารณาว่าผู้ต้องสงสัยมี Disposition หรือไม่ เมื่อพบบุคคลใดในสถานที่ที่เป็นแหล่งที่มักจะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น บุคคลนั้นก็ต้องสงสัยว่า เป็นผู้มี predisposition ในการกระทำความผิดด้วย แม้ว่าเจ้าหน้าที่จะไม่ได้ตามดูพฤติกรรมมาก่อน ก็อาจสามารถที่จะใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดแก่บุคคลเหล่านั้นได้โดยชอบ

ด้วยเหตุนี้ ในความผิดทางการเงินไม่ว่าจะเป็นการโอนเงินเถื่อนผ่านระบบธนาคารใต้ดิน การเคลื่อนย้ายเงินข้ามประเทศที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงิน ก็สามารถใช้หลักการพิจารณาที่ตัวผู้กระทำความผิดไปใช้ได้เป็นอย่างดี เพราะความผิดทางการเงินจะไม่เห็นการกระทำความผิดได้โดยง่ายเหมือนกับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด การค้าสินค้าผิดกฎหมาย การค้าบริการทางเพศ ฯลฯ ซึ่งตัวบุคคลผู้กระทำความผิดและสถานที่ที่ใช้กระทำความผิด บ่งบอกความผิดกฎหมายในตัวเอง เช่น การค้าของผิดกฎหมายก็ต้องค้ากันในตลาดมืด การค้าบริการก็ต้องกระทำตอนกลางคืน ในสถานบริการ หรือแม้จะอยู่นอกสถานบริการแต่บุคลิกท่าทางของผู้นั้นชี้ชัดว่าเขาน่าจะเป็นผู้ขายบริการ เป็นต้น

แต่ความผิดทางการเงิน มักจะทำในสถานที่ที่ไม่บ่งบอกว่าเป็นแหล่งรวมการกระทำ ความผิดไว้ เช่น ธนาคารพาณิชย์ ร้านแลกเปลี่ยนเงินตรา โรงรับจำนำ ร้านขายของชำในย่าน ชุมชนของคนต่างชาติ เช่น ไซนาทาวน์ ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะการกระทำ ความผิดทางการเงิน สามารถกระทำได้ภายใต้การทำงานของสถาบันการเงินในระบบ อย่างเช่น ธนาคารพาณิชย์ หรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ที่มีบริการรับส่งเงินนอกระบบเพื่อการฟอกเงิน หรืออาจกระทำ ได้โดยผ่านเครือข่ายของการเงินนอกระบบซึ่งสามารถแสวงหาพยานหลักฐานในการทำธุรกรรมได้ ยากลำบาก อย่างเช่น การใช้โพยก๊วนในโรงรับจำนำหรือร้านขายทอง การโอนเงินผ่านบ่อน การพนัน หรือการโอนเงินผ่านเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ รวมไปถึงสถานรับแลกเปลี่ยนซื้อขาย เงินตราต่างประเทศ (Alternative Remittance Service) ธุรกิจเหล่านี้ไม่ได้บ่งบอกความผิด กฎหมายตั้งแต่แรก แต่ได้มีการซ่อนเร้นธุรกิจการเคลื่อนย้ายเงินระหว่างประเทศอย่างผิด กฎหมายภายใต้บริการตามปกติของธุรกิจนั้นด้วย เช่น โรงรับจำนำหรือร้านขายทอง อาจให้ บริการรับส่งเงินข้ามประเทศโดยใช้โพยก๊วน บ่อนการพนันใช้ Chip ที่เป็นเหรียญที่ใช้แทนเงิน ในการเล่นพนันส่งออกนอกประเทศเสมือนเป็นโพยก๊วน และ Alternative Remittance Service ทำหน้าที่ในการรับส่งเงินในรูปแบบการดำเนินการของธนาคารใต้ดิน มีการแปลงเงินเป็นสกุลที่ เคลื่อนย้ายผ่านประเทศได้ง่ายกว่า US Dollar เพื่อหลบเลี่ยงการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ เช่น เงินสกุลเบโซที่เคลื่อนย้ายผ่านทวีปอเมริกาใต้ และเงินสกุลยูโรที่เคลื่อนย้ายได้อย่างเสรีในทวีปยุโรป เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ การที่จะแสวงหาพยานหลักฐานในการดำเนินธุรกิจการเงินนอกระบบจะต้อง มีการสืบสวนหาข้อมูลการกระทำ ความผิดของบุคคลหรือองค์กรผู้ต้องสงสัยเป็นระยะเวลาหนึ่ง เพื่อให้แน่ใจว่า บุคคลหรือองค์กรนั้นได้ทำธุรกิจการเงินนอกระบบอย่างผิดกฎหมายจริง สำหรับการตรวจสอบการกระทำ ความผิดในสถาบันการเงินในระบบ ได้มีการใช้มาตรการทาง กฎหมายเกี่ยวกับธนาคารพาณิชย์และกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราใช้ ควบคุมอยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการล่อให้กระทำ ความผิดมากนัก แต่สถาบันการเงินนอก ระบบยังไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายเกี่ยวกับธนาคารพาณิชย์หรือควบคุมการแลก เปลี่ยนเงินตราที่กล่าวมาข้างต้น จึงอาจต้องใช้มาตรการล่อให้กระทำ ความผิดเพื่อให้เจ้าของ ธุรกิจการเงินนอกระบบ ผู้เดินโพยก๊วน หรือผู้ที่ดำเนินการเพื่อให้มีการเคลื่อนย้ายเงินนอกระบบ แสดงการกระทำ ความผิดออกมา

อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะใช้มาตรการล่อให้กระทำ ความผิดต่อผู้ทำธุรกิจการเงินนอกระบบ นั้น จะต้องมีการพิจารณาในเรื่องของ Disposition ให้ถี่ถ้วน จะต้องมีการสืบสวนหรือแสวงหา พยานหลักฐาน เพื่อให้เพียงพอที่จะสันนิษฐานได้ว่า ธุรกิจการเงินนอกระบบแต่ละแห่งมีพฤติกรรมที่ น่าสงสัยว่าจะมีการเคลื่อนย้ายเงินข้ามประเทศโดยผิดกฎหมาย พฤติกรรมที่น่าสงสัยเช่นว่านั้น จะเป็นตัวชี้วัดว่าหน่วยธุรกิจนั้นมีเจตนาที่จะทำธุรกรรมเงินนอกระบบอย่างผิดกฎหมายตั้งแต่

แรกหรือ Disposition หรือไม่ การที่จะนำมาตรการล่อซื้อไปใช้ในธุรกิจเงินนอกระบบที่ไม่ปรากฏว่ามีประกอบธุรกิจเงินนอกระบบผิดกฎหมายภายใต้ธุรกิจเดิมของตนมาก่อนหรือไม่ ปรากฏ Disposition อาจถือว่าเป็นการล่อให้ผู้บริสุทธิ์กระทำความผิดและทำให้การล่อให้กระทำความผิดไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้

ด้วยเหตุนี้ มาตรการล่อให้กระทำความผิดจะใช้ได้กับผู้ทำธุรกิจเงินนอกระบบ ไม่ว่าจะเป็นการใช้โพยก๊วน, Alternative Remittance Office, Casa de Cambio, Bureaux de Change ฯลฯ ต่อเมื่อมีการพิสูจน์ในเรื่องของ Disposition กับธุรกิจนั้นแล้วเพียงพอที่จะสันนิษฐานได้ว่าเป็นการธุรกรรมเงินนอกระบบที่ผิดกฎหมาย การใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดโดยมิได้มีการพิสูจน์ Disposition ของธุรกิจนั้น อาจเป็นการล่อให้กระทำความผิดที่มีชอบด้วยกฎหมาย

แนวคิดที่พิจารณาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ (Objective Test)

แนวคิดนี้จะพิจารณาพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ในการใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดว่าเป็นการกระทำที่เกินกว่าเหตุหรือไม่ เพราะการล่อให้กระทำความผิดเท่ากับเป็นการที่เจ้าหน้าที่ได้ลงมือกระทำความผิดเสียเอง อย่างเช่น เจ้าหน้าที่ตกลงจะลงทุนวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตยาเสพติดแก่จำเลย และจะมีการแบ่งผลกำไรที่ได้จากการขายยาเสพติดหลังจากการผลิต หรืออาจเป็นการที่เจ้าหน้าที่ได้ยุยงสนับสนุนให้บุคคลใดได้กระทำความผิดสำเร็จขึ้น อย่างเช่น การล่อให้จำเลยขายยาเสพติดหรือสินค้าผิดกฎหมายให้เจ้าหน้าที่ แต่ทั้งสองประการนี้เท่ากับเป็นการที่เจ้าหน้าที่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดดังกล่าวกับจำเลยด้วย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในแนวคิดแรกว่าการที่เจ้าหน้าที่ใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดโดยพิสูจน์ Disposition ของจำเลยไม่ได้ การล่อนั้นก็มีชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าจำเลยไม่มี Disposition ที่จะกระทำความผิดให้สำเร็จ แต่เจ้าหน้าที่ได้ยุยงส่งเสริมให้จำเลยกระทำความผิดสำเร็จ อาจเป็นการล่อให้ผู้ที่ไม่มีความผิดซึ่งมีชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ด้วยเหตุนี้ จะต้องดูกลวิธีที่เจ้าหน้าที่ใช้ในการล่อให้กระทำความผิดแต่ละครั้ง ว่ารุนแรงถึงขนาดที่ทำให้คนที่ไม่เคยมีความคิดในการประกอบอาชญากรรมก่ออาชญากรรมหรือไม่

แนวความคิดตามทฤษฎีนี้จะไม่พิจารณาว่าจำเลยจะมี Disposition หรือไม่สำคัญ แต่จะพิจารณาพฤติกรรมการล่อให้กระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ว่าเป็นการร่วมมือในการกระทำความผิดหรือเป็นการนอกขอบเขตของการล่อให้กระทำความผิดที่ควรจะเป็นหรือไม่ ในบางกรณีการกระทำของเจ้าหน้าที่บางประการศาลก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็นการล่อให้กระทำความผิดที่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างเช่น การที่เจ้าหน้าที่เข้าร่วมมือในการกระทำความผิดกับจำเลยเพื่อหวังประโยชน์ตอบแทน อย่างเช่น การที่เจ้าหน้าที่ร่วมลงทุนวัตถุดิบผลิตยาเสพติดและขอแบ่งผลกำไรจากการขายในภายหลัง หรือการที่เจ้าหน้าที่ใช้กลวิธีในการชี้ชวน อ้อนวอน หรือสร้าง

เงื่อนไขที่กีดกันทำให้จำเลยปฏิเสธไม่ได้ ดังนี้ จะต้องพิจารณาว่ากลวิธีของเจ้าหน้าที่ในการล่อให้กระทำความผิดมีประสิทธิภาพพอที่จะทำให้บุคคลทั่วไป (average person) กระทำความผิดมากกว่าที่จะเป็นการล่อให้บุคคลที่มี Disposition พร้อมทั้งจะกระทำความผิดอยู่แล้ว (ready and willing) กระทำความผิดหรือไม่ หรืออาจเรียกว่าเป็นความเสี่ยง (Substantial Risk) ที่เจ้าหน้าที่จะล่อให้บุคคลบริสุทธิ์ต้องกระทำความผิด

ด้วยเหตุนี้ เราจึงแบ่งการกระทำของเจ้าหน้าที่เพื่อล่อให้จำเลยกระทำความผิดอยู่สองแบบ แบบแรกได้แก่การใช้การหลอกล่อแบบธรรมดา ซึ่งได้แก่ การล่อให้จำเลยขายสินค้าผิดกฎหมายในภาวะปกติ เจ้าหน้าที่จะต้องเสนอซื้อสินค้าดังกล่าวในราคาท้องตลาด ไม่ใช่ในราคาที่สูงกว่าท้องตลาดเพื่อล่อใจจำเลยมากกว่าปกติ เมื่อจำเลยเกิดสงสัยในตัวผู้ซื้อและไม่ไว้วางใจที่จะขายของให้ เจ้าหน้าที่จะต้องไม่ดำเนินการหลอกล่อต่อไป ปลอ่ยโอกาสให้จำเลยได้ขายสินค้าที่ผิดกฎหมายอย่างสมัครใจ การใช้เงื่อนไขที่มากกว่าธรรมดา ที่บังคับจำเลยให้ต้องขายสินค้าดังกล่าวในที่สุด อาจเป็นการล่อให้กระทำความผิดที่มีขอบด้วยกฎหมาย อย่างเช่น จำเลยเป็นผู้ค้าสุรา แต่เจ้าหน้าที่สร้างเงื่อนไขที่จูงใจมากกว่าปกติทำให้จำเลยสรรหายาบ้ามาขายให้ ทั้งที่ธุรกิจของจำเลยไม่เคยขายยาบ้ามาก่อน เช่นนี้ การล่อซื้อที่มีขอบด้วยกฎหมาย

แบบที่สอง ได้แก่ การที่เจ้าหน้าที่ลงมือร่วมกันกระทำความผิดกับจำเลย โดยใช้เรื่องส่วนแบ่งของผลประโยชน์เป็นเงื่อนไขของการหลอกล่อ วิธีกรนี้มีความเสี่ยงต่อการทำให้ผู้บริสุทธิ์กระทำความผิดได้มากกว่าแนวแรก เงื่อนไขที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ตอบแทนแม้แต่บุคคลที่ไม่ใช่อาชญากรได้ฟังก็เกิดความอยากที่จะเข้าร่วมกระทำความผิดด้วย เช่นนี้ การล่อให้กระทำความผิดของเจ้าหน้าที่อาจมีขอบด้วยกฎหมายเพราะใช้เงื่อนไขที่มากกว่าธรรมดาจนอาจทำให้คนบริสุทธิ์ตกเป็นเหยื่อได้ด้วย

การล่อให้กระทำความผิดในแบบที่สองสามารถแบ่งย่อยออกเป็นสองกรณีด้วยกัน

กรณีแรก เป็นการเสนอผลประโยชน์เพื่อล่อให้จำเลยที่มีหรือไม่มี disposition กระทำความผิด อาจเป็นเรื่องของค่าตอบแทนจากการกระทำผิด หรือการเสนอราคาซื้อราคาขายขายที่สูงกว่าธรรมดามากจนเกินไป โดยที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้เข้าไปร่วมในกระบวนการอื่นของการกระทำความผิด เช่น การเข้าไปช่วยเหลือในเรื่องวัตถุดิบในการผลิต การจัดหาอำนวยความสะดวกในเรื่องของการจัดจำหน่าย ฯลฯ แต่ต้องเป็นกรณีที่จำเลยมิได้กระทำความผิดก่อนหรือในขณะที่เจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิด เช่นนี้ ไม่ว่าจำเลยจะมีหรือไม่มี disposition ก็ตาม การล่อให้กระทำความผิดอาจมีขอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่กีดขอบเขตแห่งความเป็นธรรมในการดำเนินคดีอาญา

กรณีที่สองได้แก่ การล่อให้กระทำความผิดโดยที่เจ้าหน้าที่เข้าไปมีส่วนร่วมในเรื่องผลประโยชน์ อาจไม่เป็นการล่อซื้อเลยก็ได้ โดยเฉพาะกรณีที่จำเลยได้มีการกระทำความผิดอยู่แล้วแม้เจ้าหน้าที่ได้เข้าไปช่วยเหลืออำนวยความสะดวกให้กระทำความผิดได้จนสำเร็จ อย่างเช่น การที่เจ้าหน้าที่เข้าไปช่วยเหลือในเรื่องวัตถุประสงค์ในการผลิตยาเสพติด เช่นนี้ จำเลยได้กระทำความผิดอย่างต่อเนื่องก่อนที่เจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดเสียอีก และกรณีนี้ก็ไม่เกิด predisposition เพราะเลขชั้นตอนของเจตนาภายในที่ต้องการจะกระทำความผิดไปแล้ว จึงไม่ใช้การล่อให้กระทำความผิดตั้งแต่แรก จากกรณีดังกล่าว จึงเป็นแนวที่ใช้ในการวินิจฉัยในการล่อให้กระทำความผิดในกรณีนี้ว่า การล่อให้จำเลยที่กระทำความผิดในขณะนั้นอยู่แล้วกระทำความผิดอีก ไม่ว่าจะเป็นการตั้งเงื่อนไขหรือเข้าไปช่วยเหลือจำเลยกระทำความผิด ไม่เป็นการล่อให้กระทำความผิดตั้งแต่แรก

ผลของการใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดในอเมริกา

การพิจารณาบทบาทของเจ้าหน้าที่ในการใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิด และบทบาทของประชาชนในการที่จะให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่และการปกป้องสิทธิของตนเอง เป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง และเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการใช้มาตรการนี้มาก่อนหน้าประเทศอื่นมากกว่าครึ่งศตวรรษ มีแง่คิดทางกฎหมาย ประสิทธิภาพ ปัญหาในการบังคับใช้ และผลตอบรับจากสังคม จากการใช้มาตรการนี้ในการดำเนินคดีอาญาอยู่ตามสมควร ดังนั้น แนวการวินิจฉัยกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงน่าที่จะนำมาพิจารณาปรับใช้กับแนวการทำงานของเจ้าหน้าที่ของไทยได้เป็นอย่างดีตั้งแต่สหรัฐอเมริกาใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยการล่อให้กระทำความผิด ศาลสูงของอเมริกาได้เคยวางแนวทางการในวินิจฉัยประเด็นแห่งคดีในเรื่องนี้อยู่ 5 ครั้งด้วยกัน ได้แก่

1932 : Sorrells v. US 287 US 435

Mr.Sorrells ถูกต้องสงสัยว่าเป็นผู้ค้าเหล้า วิสกี้เถื่อน เจ้าหน้าที่ไปล่อซื้อถึงสองครั้งและผู้ขายก็ได้เหล้าชนิดเดียวกัน ผู้พิพากษาแปดนายเห็นว่าเป็นการใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าหน้าที่มีอำนาจ แต่มีผู้พิพากษาหนึ่งนายที่เห็นว่าเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขต

1958 : Sherman v. US 356 US 369

เจ้าหน้าที่รัฐปลอมตัวเป็นลูกค้าไปล่อซื้อยาเสพติดในร้านของ Mr.Sherman โดยเจ้าหน้าที่ได้ทำการล่อซื้ออยู่หลายรอบ โดยใช้ข้ออ้างว่ายาที่ล่อซื้อในครั้งก่อนใช้ไม่ได้ผล ศาลแบ่ง

ความเห็นออกเป็น 5:4 ว่าเป็นการล่อให้กระทำความผิดโดยชอบ แม้ว่าผู้ต้องหาจะได้แสดงสิ่งของที่ใช้ในการกระทำความผิดออกมาจากการชี้ชวนของเจ้าหน้าที่ก็ตาม

1973 : US v. Russell 411 US 423

เจ้าหน้าที่ของรัฐปลอมตัวเป็นผู้ค้ายาเสพติดในองค์กรอาชญากรรม ได้เสนอต่อ MR.Russell ว่าจะให้วัตถุดิบในการผลิตยาบ้า (Metaphetamine) โดยตกลงเงื่อนไขไว้ว่า

1. จะต้องแบ่งผลผลิตยาบ้าให้ครึ่งหนึ่งจากที่ผลิตได้ทั้งหมด และ
2. ให้เขาสามารถดูสินค้าในโรงงานได้ก่อนรับของ

ผู้พิพากษาลงความเห็นเป็น 5:4 ว่า การล่อให้กระทำความผิดไม่ได้เกิดขึ้นเพราะ MR.Russell ได้กระทำความผิดผลิตยาเสพติดตั้งแต่ก่อนที่เจ้าหน้าที่จะเข้าล่อซื้อแล้ว

1988 : Mathews v. US 485 US 58

Mr.Mathews เป็นลูกจ้างของธุรกิจขนาดเล็กแห่งหนึ่ง ทำการกู้เงินจากทั้งในนามบริษัทและในนามส่วนตัว ในลักษณะที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฉ้อโกง⁹ แต่ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยในคดีนี้ได้แก่ กระบวนการล่อให้กระทำความผิด จะเกิดขึ้นในคดีเช่นนี้ ได้หรือไม่ ผู้พิพากษาแบ่งความเห็นเป็น 5:1:3 ว่าน่าจะนำกระบวนการล่อให้กระทำความผิดไปใช้แสวงหาพยานหลักฐานในคดีนี้ได้

1992 : Jacobson v. US 503 US 540

กระบวนการสอบบัญชีภาษีลูกค้าของร้าน California Book Store พบว่า มีชื่อของ Mr.Jacobson ในบัญชีรายชื่อลูกค้าที่สั่งซื้อหนังสือลามกอนาจาร แต่ได้มีการสั่งซื้อก่อนที่จะมีกฎหมายควบคุมมิให้มีการส่งสื่อลามกอนาจารทางไปรษณีย์ใช้บังคับ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐได้เขียนจดหมายโฆษณาเชิญให้ Mr.Jacobson สั่งซื้อหนังสือลามกอนาจารจากร้านอีกครั้งหนึ่ง และเขาก็สั่งซื้อหนังสือดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง แต่ในขณะที่สั่งซื้อนั้น กฎหมายว่าด้วยการห้ามส่งสื่อลามกทางไปรษณีย์มีผลใช้บังคับแล้ว ผู้พิพากษามีความเห็นเป็น 5:4 ว่าเห็นการล่อให้กระทำความผิดโดยชอบ

⁹ Mr.Mathews granted an SBA loan concurrent with a personal loan from the president of the company he grant the loan to.

จากคดีทั้งหมดนี้ ผู้พิพากษาได้ให้ความเห็นไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการล่อให้กระทำความผิดว่า ถ้ารัฐบาลชี้ชวนให้ประชาชนผู้บริสุทธิ์กระทำความผิดกฎหมาย ไม่ใช่การล่อให้กระทำความผิด ในคดี Jacobson v. US ผู้พิพากษา J. White ได้เขียนหมายเหตุท้ายคำพิพากษา การพยายามชี้ชวนให้บุคคลผู้ไม่เป็นอาชญากรตั้งแต่แรกกระทำความผิด ย่อมไม่ใช่การล่อให้กระทำความผิดที่ชอบด้วยกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น การล่อให้ผู้เยาว์ซื้อยาสูบหรือสุรา ไม่ใช่การล่อซื้อที่ชอบด้วยกฎหมาย

Sherman v. US ได้วางหลักไว้ว่า การล่อให้กระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อ

1. เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐมีส่วนร่วมให้เกิดอาชญากรรม
2. เมื่อสามารถพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยได้ว่า จำเลยได้กระทำความผิดในขณะที่กฎหมายในเรื่องนั้นๆใช้บังคับ

ในคดี Jacobsen v. US สำนักงานอัยการสูงสุดสหรัฐได้วางเกี่ยวกับการทำงานในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดของ FBI ไว้ว่า

“...การล่อให้กระทำความผิดจะเกิดขึ้นไม่ได้ถ้าปราศจาก

- a. เหตุอันสมควรที่ชี้ให้เห็นว่าตัวการกำลังกระทำความผิด กระทำความผิดสำเร็จ หรือพยายามกระทำความผิด หรือ
- b. เหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการเตรียมการเพื่อที่จะกระทำความผิด หรือผู้กระทำความผิดได้เปิดโอกาสหรือชักชวนให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น”¹⁰

ผู้พิพากษา J. white ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า เมื่อเจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการล่อซื้อส่งผิดกฎหมาย (Sting Operation) จะต้องไม่กระทำให้เกิดขอบเขต กล่าวคือ จะต้องไม่ล่อให้ผู้ที่ไม่เคยมีประวัติอาชญากรรมต้องกระทำความผิด

¹⁰ General Guidelines of FBI Undercover Operations (Dec 31, 1980)

...an inducement to commit a crime should not be offered unless

a. There is a reasonable indication, based on information developed through informants or other means, that the subject is engaging, has engaged, or is likely to engage in illegal activity of a similar type, or

b. The opportunity for illegal activity has been structured so that there is reason for believing that the person drawn to engage in the contemplated illegal activity.

ในคดี Sorrells v. US ผู้พิพากษา Hughes ได้ให้ความเห็นไว้ว่า หน้าที่หลักของเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายคือป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ไม่ใช่การเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด เพื่อให้จำเลยถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษ¹¹ แม้ว่าผู้พิพากษา Hughes จะไม่เห็นด้วยกับการล่อให้กระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษานายอื่นๆ ก็เห็นว่า การล่อให้กระทำความผิดในคดี Sorrells v. US ชอบด้วยกฎหมาย และเห็นว่าการล่อให้เจ้าหน้าที่กระทำความผิดมิชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อเป็นการล่อบุคคลผู้บริสุทธิ์

ส่วนการล่อให้ขายยาสูบหรือสุราให้แก่เยาวชน (Sting Operation) รัฐบาลจะจ้างอาสาสมัครหรือเยาวชนที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไปล่อซื้อสุรา ยาสูบ เมื่อผู้ขายปฏิเสธที่จะขาย หรือสอบถามที่อยู่ของผู้ล่อซื้อ การซื้อขายจะล้มเลิกทันที เมื่อการซื้อขายสำเร็จผลเจ้าหน้าที่จะเข้าควบคุมตัวผู้ขายและยึดของกลางไว้ดำเนินคดี จะเห็นได้ว่า การล่อให้กระทำความผิดในรูปแบบของ Sting Operation เป็นการล่อให้ผู้ที่เป็นอาชญากรอยู่แล้ว (unwary criminal) เช่นพ่อค้ายาสูบหรือสุรา ขายของผิดกฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นผู้คำสั่งของดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมายห้ามค้าสุราหรือยาสูบให้แก่ผู้เยาว์อยู่แล้ว ผู้พิพากษาจึงให้ความเห็นว่ามิใช่การล่อให้กระทำความผิด เพราะความผิดได้เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการล่อให้กระทำความผิดแล้ว

นอกจากนั้น ยังมีปัญหาในเรื่องความแตกต่างระหว่าง Unwary Innocent และ Unwary Guilty Unwary Innocent เป็นศัพท์ที่ใช้เรียกการล่อให้ผู้ที่ไม่เคยมีประวัติหรือข้อมูลของการกระทำความผิดมาก่อน แต่ Unwary Guilty เป็นศัพท์ที่ใช้เรียกการที่เจ้าหน้าที่ตัดสินใจใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดเมื่อรัฐมีข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดของอาชญากรเพียงพอแล้ว กล่าวคือ ก่อนที่จะใช้มาตรการนี้ รัฐได้มีการเก็บข้อมูลของอาชญากรเป็นเวลานานพอสมควรก่อนที่จะลงมือล่อให้กระทำความผิด ไม่เหมือนการล่อให้กระทำความผิดในภาวะปกติซึ่งเห็นว่าจะเป็นการล่อตัวอาชญากรมากกว่า แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการ Sting Operation จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อเป็น Unwary Guilty หรือ Unwary Criminal เท่านั้น จะไม่ใช้กับ Unwary Innocent อย่างเด็ดขาด

เมื่อมีการใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิด ศาลสูงของสหรัฐจะต้องพิจารณาว่า ภัยการได้นำสืบโดยปราศจากข้อสงสัยว่าผู้กระทำความผิดได้มีความพยายามที่จะแสดงทรัพย์สินที่ใช้กระทำความผิดก่อนที่เจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการล่อให้กระทำความผิดอยู่แล้ว ในกรณีที่จะ

¹¹ The first duties of the officers of the law are to prevent, not to punish crime. It is not their duty to incite to and create crime for the sole purpose of prosecuting and punishing it.

ใช้มาตรการ Sting Operation กับการค้ายาสูบและสุราให้เยาวชนที่มีอายุต่ำกว่ากฎหมายกำหนด เป็นการยากที่จะพบว่าผู้กระทำผิดได้มีการเตรียมการกระทำคามผิด (Predisposition) มาก่อน แต่ในหลายคดีตรวจสอบแล้วพบว่าผู้กระทำผิดมีประวัติในการกระทำคามผิดเช่นนั้นอยู่หลายครั้ง ดังนั้น เพื่อให้การใช้มาตรการล่อให้กระทำคามผิดเป็นไปโดยถูกต้อง เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาความประพฤติของผู้ต้องสงสัย และจะต้องทำการเก็บประวัติของผู้นั้นจนกระทั่งแน่ใจว่าผู้ันได้ดำเนินกิจการที่ผิดกฎหมายจริง จึงจะดำเนินการจับกุมในลำดับต่อไป แต่ในทางตรงข้าม ถ้าใช้มาตรการล่อให้กระทำคามผิดโดยไม่พิจารณาถึงประวัติของผู้กระทำคามผิด อาจเป็นการเสี่ยงต่อการใช้อำนาจในการล่อให้ผู้บริสุทธิ์กระทำคามผิดได้ และทำให้เป็นการใช้มาตรการล่อให้กระทำคามผิดที่มีขอบด้วยกฎหมาย

3.7.4 การนำมาตรการดักฟังการกระทำคามผิดมาใช้ (Wiretapping)

การดักฟังข้อมูลของผู้อื่นผ่านทางเครื่องมือสื่อสาร ไม่ว่าจะเป็นทางโทรศัพท์ โทรสาร เครื่องข่ายอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ รวมทั้งเครื่องข่ายคอมพิวเตอร์ เพื่อนำข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อื่นไปใช้แสวงหาประโยชน์ส่วนตัวโดยมิชอบ - ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลอย่างมากประการหนึ่ง ทำนองเดียวกับการใช้มาตรการล่อให้กระทำคามผิด ในขณะที่อาชญากรทั้งหลายใช้วิธีการดักฟังข้อมูลเพื่อล่วงรู้ความลับและทำลายฝ่ายตรงข้ามในเชิงธุรกิจ และยังใช้วิธีการนี้เพื่อล่วงรู้ความเคลื่อนไหวของเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่อื่น เพื่อวางแผนหลบเลี่ยงการจับกุม ในจุดนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงควรมีอำนาจในการใช้วิธีการดักฟังข้อมูลของอาชญากรเพื่อแสวงหาเบาะแสจากการกระทำคามผิด ในกรณีที่มีความผิดบางประการโดยเฉพาะอาชญากรรมทางธุรกิจที่สามารถแสวงหาร่องรอยของพยานหลักฐานได้ยากยิ่ง มาตรการดักฟังข้อมูลการกระทำคามผิดจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐในการสร้างความเป็นไปได้ในการแสวงหาร่องรอยการกระทำคามผิดและพยานหลักฐานของอาชญากรรมทางเศรษฐกิจประเภทนั้นๆ

โดยเฉพาะในการใช้โพงก๊วนเพื่อการประกอบอาชญากรรมทางการเงิน ได้อธิบายไปในบทก่อนแล้วว่า การใช้โพงก๊วนทำให้เกิดร่องรอยของพยานหลักฐานในการกระทำคามผิดน้อยมากจนวิธีการทำงานของเจ้าหน้าที่ภายใต้หลักนิติธรรมในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่เพียงพอต่อการแสวงหาพยานหลักฐานให้ครบถ้วนได้ ด้วยเหตุนี้ มาตรการบางอย่างที่อาจขัดต่อหลักนิติธรรมของกฎหมายอาญาอย่างเช่นการล่อให้กระทำคามผิดและการดักฟังข้อมูลของอาชญากรทางเครื่องมือสื่อสารต่างๆ สามารถเสริมสร้างประสิทธิภาพของการทำงานของเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบการกระทำคามผิดทางการเงินได้เป็นอย่างดี มาตรการเหล่านั้นจึงควรที่จะให้เป็นข้อยกเว้นของหลักนิติธรรมในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อเสริมสร้างประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรมตามหลัก Crime Control

ในส่วนนี้จะได้พิจารณาถึงที่มาของการใช้มาตรการดักฟังข้อมูลโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการปราบปรามอาชญากรรมของประเทศที่เป็นผู้นำทางเทคโนโลยีในการปราบปรามอาชญากรรมอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป เพื่อศึกษาถึงแนวคิดในการพัฒนามาตรการดักฟังข้อมูลให้เป็นข้อยกเว้นของหลัก Due Process ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจนสำเร็จ แม้จากการศึกษาพบว่ามาตรการนี้จะได้รับการต่อต้านจากประชาชนในประเทศอยู่บ้าง เนื่องจากความผิดพลาดจากการดักฟังที่ทำให้ผู้บริสุทธิ์บางรายตกเป็นเหยื่อของกระบวนการยุติธรรมจำนวนมาก แต่ก็มีกรณีศึกษาที่การใช้มาตรการดักฟังข้อมูลทำให้ประสบความสำเร็จในการปราบปรามอาชญากรรม และจะนำผลที่ได้จากการศึกษามาตรการนี้ไปใช้ในการพิจารณาแนวการปฏิบัติงานตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาต่อไป

แม้ว่าการดักฟังข้อมูลทางเครื่องมือสื่อสารต่างๆ จะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายทั่วสหรัฐอเมริกา นอกจากนั้น รัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐกว่า 37 มลรัฐได้ออกกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการติดตามข้อมูลทางอุปกรณ์สื่อสาร (Interception of wire and electronic communication) ว่าจะต้องขออนุญาตจากศาลทุกครั้ง แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการดักฟังข้อมูลทางเครื่องมือสื่อสารดังกล่าว แม้จะเป็นไปเพื่อการคุ้มครองสิทธิและข้อมูลส่วนบุคคลเป็นหลัก แต่ก็เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้การดักฟังข้อมูลเพื่อการปราบปรามอาชญากรรมและการจารกรรมข้อมูลเพื่อความมั่นคงของประเทศ

บทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้มาตรการดักฟังข้อมูลอยู่ในกฎหมายของส่วนกลางสองฉบับ ได้แก่ Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968, Title III และ Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) 1978 โดย Title III เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ทั้งของสหรัฐและมลรัฐ ในการใช้มาตรการดักฟังข้อมูลเพื่อการสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมได้ ส่วนกฎหมาย FISA เป็นกฎหมายระดับสหรัฐที่นำไปใช้พัฒนาปฏิบัติการของหน่วยงานปราบปรามอาชญากรรมในส่วนกลาง (Counterintelligence Operations)

Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968, Title III

Title III เป็นผลมาจากการแก้ไขเพิ่มเติมจากกฎหมาย Electronic Communication Piracy Act 1986, Title 18 USC Section 2510-2521 กฎหมายนี้มุ่งหมายที่จะให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ถูกเจ้าหน้าที่ของรัฐตรวจสอบ ไม่ว่าจะโดยการใช้ปากเปล่า เครื่องมือสื่อสารหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ Title III ให้บังคับใช้กับการดักฟังการสื่อสารทางโทรศัพท์ทุกประเภท แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการดักฟังคลื่นวิทยุระหว่างหูฟังโทรศัพท์กับเครื่องแม่ในกรณีที่เป็นโทรศัพท์ไร้สาย อย่างไรก็ตาม กฎหมายนี้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการดักฟังข้อมูลด้วยวิธีต่างๆ

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีอาญาที่ร้ายแรง เช่น ความผิดเกี่ยวกับชีวิต และ Title III ได้กำหนดว่าการที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจในการดักฟังอย่างถูกต้องสามารถนำมาเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีอาญาในชั้นศาลได้ แต่การดักฟังในรูปแบบอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ใน Title III นี้ย่อมไม่สามารถนำมาเป็นหลักฐานในชั้นศาลได้ อย่างเช่น การดักฟังที่ไม่ได้เป็นประโยชน์ในการดำเนินคดีอาญา หรือการดักฟังเพื่อหวังผลในการทำลายทางการเมือง

Title III เป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่แต่ละมลรัฐจะนำไปใช้ในการออกกฎหมายให้อำนาจในการดักฟังของเจ้าหน้าที่ แต่บางมลรัฐสามารถออกกฎหมายให้มีมาตรฐานที่สูงกว่า Title III ก็ได้ อย่างไรก็ตาม 37 มลรัฐได้มีการอนุวัติกฎหมาย Title III ไปออกเป็นกฎหมายในมลรัฐของตนแล้ว โดยที่กฎหมายจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ในการติดตามข้อมูลในการประกอบอาชญากรรม โดยวิธีการดักฟังในอาชญากรรมประเภทที่มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ตัวอย่างเช่นในมลรัฐ New Jersey กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้มาตรการดักฟังในอาชญากรรมประเภทต่างๆ อันได้แก่ การฆาตกรรม การลักพาตัว การพนัน ลักทรัพย์ การติดสินบน การทารุณกรรมทางเพศ การฉ้อโกงในสถาบันการเงิน การก่อการร้าย การวางเพลิง พกย่องเบา ซึ่งทรัพย์ การหลบหนีการจับกุม การปลอมแปลง การค้ายาเสพติด การค้าอาวุธ อาชญากรรมทางการเมือง และ องค์กรอาชญากรรม¹²

ส่วนอุปสรรคในการนำมาตราการดักฟังทางเครื่องมือสื่อสารมาใช้ในการปราบปรามอาชญากรรม นอกจากกระแสต่อต้านจากกลุ่มผู้รณรงค์ในเรื่องสิทธิมนุษยชนแล้ว แต่ละมลรัฐยังมีปัญหาในเรื่องงบประมาณในการจัดหาเครื่องมือเครื่องใช้ในการดักฟัง โดยค่าใช้จ่ายในการติดตั้งเครื่องมือเครื่องใช้ในการดักฟังในแต่ละแห่ง และค่าใช้จ่ายในการบุคลากรที่จะมาทำงานด้านนี้ อาจมีมูลค่าสูงถึงห้าหมื่นเหรียญสหรัฐ

การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจดักฟังทางเครื่องมือสื่อสารเพื่อการปราบปรามอาชญากรรมแต่ละครั้ง จะต้องมีการขออนุญาตจากศาลทุกครั้ง กล่าวคือ จะต้องมีการขออนุญาตศาลก่อนที่จะใช้มาตรการดักฟังทุกครั้ง แต่ก่อนที่ศาลจะออกหมายให้ใช้มาตรการดักฟังนั้น ศาลจะต้องพิจารณาว่า กรณีที่เจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจดักฟังจะต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการ

¹² Wiretaps are limited to crimes specified in Title III and states statutes. In New Jersey, the list includes murder, kidnapping, gambling, robbery, bribery, aggravated assault, wrongful credit practices, terrorist treats, arson, burglary, felony, felony thefts, escape, forgery, narcotics trafficking racketeering, and organized crime.

ประกอบอาชญากรรมจริง (Probable Cause) โดยขั้นตอนในการขออนุญาตจากศาลมีอยู่สามขั้นตอน

ขั้นตอนแรก เจ้าหน้าที่ที่ต้องการจะใช้มาตรการดักฟังจะต้องแสดงพยานหลักฐานต่างๆ เท่าที่มีอยู่เพื่อให้ศาลเห็นว่าคดีดังกล่าวมีเหตุอันควรเชื่อว่ามีกระทำความผิดจริง และเป็นการแจ้งถึงความจำเป็นว่าวิธีการดักฟังทางเครื่องมือสื่อสารเป็นหนทางที่ทำให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการดำเนินคดี

ขั้นตอนที่สอง พนักงานอัยการจะต้องทำการเตรียมสำนวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อยื่นต่อศาลขอใช้อำนาจในการดักฟังทางเครื่องมือสื่อสาร สำนวนดังกล่าวจะมีความน่าเชื่อถือหรือไม่ประการใดนั้น ขึ้นอยู่กับความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานที่ได้จากการสืบสวนสอบสวน (affidavit) สำหรับกรณีที่เป็นความผิดในระดับสหรัฐ สำนวนที่ส่งให้ศาลจะต้องได้รับการตรวจสอบจากอัยการสูงสุดของสหรัฐ รองอัยการสูงสุด ผู้ช่วยอัยการสูงสุดในแผนกคดีอาญา หรือผู้ที่อัยการสูงสุดได้มอบหมาย¹³ ในกรณีที่เป็นความผิดระดับมลรัฐ จะต้องส่งสำนวนคดีให้อธิบดีอัยการประจำมลรัฐ (State Attorney General) หรืออัยการประจำเขต (District Attorney or County Prosecutor)

ขั้นตอนที่สาม พนักงานอัยการจะยื่นสำนวนไปให้ศาลสหรัฐหรือศาลมลรัฐ โดยไม่ผ่านขั้นตอนการร้องคัดค้าน (ex parte : without an adversary hearing) โดยที่เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่มีอำนาจในการยื่นสำนวนเพื่อขอยกฟ้องจากศาลได้โดยตรง

ตามปกติในการพิจารณาเหตุอันควรเชื่อของสำนวนการสอบสวน ศาลจะพิจารณาจากหลักฐานเบื้องต้นได้แก่ ผลจากการดักข้อมูลหมายเลขโทรศัพท์ของผู้ต้องสงสัย (DNR : Dial Number Recorder) เป็นหลัก อย่างไรก็ตาม Title III กำหนดองค์ประกอบของการขอให้ศาลออกหมายให้ใช้มาตรการดักฟังโดยชอบไว้ดังต่อไปนี้

- (a) การขอยกฟ้องจะต้องกระทำผ่านพนักงานอัยการผู้มีอำนาจสูงสุดตามที่กำหนดในกฎหมายนี้

¹³ Attorney General, Deputy Attorney General, Associate Attorney General, Assistant Attorney General, or any Deputy Assistance Attorney General in the Criminal Division designated by the Attorney General.

- (b) ในสำนวนจะต้องปรากฏรายละเอียดแห่งคดีที่ชัดเจนเกี่ยวกับ รายงานการสืบสวนสอบสวนที่ได้ทำไปแล้ว ชื่อและข้อมูลการกระทำความผิดของผู้ต้องสงสัย อุปกรณ์ที่ใช้ในการดักฟัง และขั้นตอนที่ใช้ในการดักฟังอย่างละเอียด
- (c) เจ้าหน้าที่จะต้องพิสูจน์ว่า วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานในการดำเนินคดีวิธีอื่นอาจเป็นอันตรายต่อเจ้าหน้าที่มากกว่าวิธีดักฟังข้อมูลการกระทำความผิด
- (d) เวลาที่คาดว่าจะใช้ในการดักฟังข้อมูลการกระทำความผิด โดยการขออำนาจศาล แต่ครั้งจะใช้ได้เป็นเวลา 30 วัน โดยถ้าจะขยายเวลาในการใช้มาตรการนี้ จะต้องขออนุญาตศาลอีกครั้ง
- (e) จะต้องแสดงพยานหลักฐานอื่นๆเท่าที่มี เพื่อแสดงว่าบุคคลนั้นเป็นบุคคลคนเดียวกันที่เจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการดักฟังข้อมูลการกระทำความผิดด้วย
- (f) เจ้าหน้าที่สามารถขออำนาจจากศาลให้ใช้มาตรการเพิ่มเติมกับผู้ต้องหาจากที่ขอยุติหมายไว้เดิมแล้วก็ได้

ที่ได้อธิบายมาข้างต้นเป็นขั้นตอนการใช้มาตรการดักฟังข้อมูลในการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่โดยชอบ ถ้าเจ้าหน้าที่ใช้มาตรการดักฟังโดยไม่ขออำนาจศาลอาจทำให้การดักฟังดังกล่าวมิชอบด้วยกฎหมาย และพยานหลักฐานที่ได้จากการดักฟังที่มีขบนั้นย่อมจะนำมาดำเนินคดีในชั้นศาลไม่ได้ ส่วนต่อไปได้แก่แนวทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการใช้มาตรการดักฟังข้อมูลการกระทำความผิด โดยจะยกตัวอย่างการทำงานของ Federal Bureau of Investigation (FBI) มาเป็นแนวทางให้เห็นขั้นตอนของการขออนุญาตศาลในการใช้มาตรการนี้

ในส่วนของการทำงานของเจ้าหน้าที่ FBI การที่เจ้าหน้าที่จะทำการขอยุติหมายจากศาลเพื่อใช้มาตรการดักฟังได้นั้น เจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติใน Title III กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ประจำหน่วย FBI ในท้องที่ที่เกิดเหตุจะต้องทำสำนวนการสอบสวนและรายงานเกี่ยวกับพยานหลักฐานยื่นเพื่อหารือกับอัยการประจำเขต เพื่อให้อัยการได้ตรวจสอบและให้ความเป็นเป็นการเบื้องต้น หลังจากนั้นจึงยื่นเรื่องให้หน่วยงาน Department of Justice's Office of Enforcement Operation (OEO) ในส่วนงานกฎหมายอาญา และ FBI Headquarter (FBI HQ) ในส่วนงานของ Legal Counsel Division (LCD) และ Criminal Investigative Division (CID) ซึ่ง CID จะส่งเรื่องให้ Program Manager of the Criminal Program พิจารณาว่าสมควรจะได้ใช้มาตรการดักฟังข้อมูลการกระทำความผิดกับกรณีตามสำนวนนี้หรือไม่ เมื่อได้คำตอบแล้ว เจ้าหน้าที่ของฝ่าย LCD และ OEO จะทำการตรวจสอบอีกครั้งหนึ่ง

เมื่อสำนวนการสอบสวนผ่านขั้นตอนการตรวจสอบของ FBI Headquarter จนครบถ้วนแล้ว ต้องส่งไปให้ผู้ช่วยอัยการสูงสุดสหรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ตรวจสอบและลงนาม จากนั้นสำนักงานอัยการสูงสุดสหรัฐ (US Attorney Office) จะได้จัดทำเอกสารร่างสุดท้าย อันได้แก่ คำ

ร้องขออำนาจศาล และหมายศาล ไปยังศาล เพื่อให้ผู้พิพากษาศาลสหรัฐได้ลงนาม ซึ่งกระบวนการทำคำร้องทั้งหมดนี้อาจใช้เวลานานถึงหนึ่งเดือน

สรุปขั้นตอนของการทำคำร้องขออำนาจศาลในการที่เจ้าหน้าที่ FBI จะใช้มาตรการดักฟังข้อมูลการกระทำความผิด จะต้องผ่านหน่วยงานต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- (1) FBI agent
- (2) FBI field office attorney (principal legal advisor)
- (3) FBI field office management
- (4) Attorney in local US Attorney's Office
- (5) DOJ Office of Enforcement Operations (OEO)
- (6) FBI HQ Legal Counsel Division (LCD)
- (7) FBI HQ Criminal Investigative Division (CID)
- (8) DOJ Deputy Assistant Attorney General (or higher)
- (9) Federal District Court Judge

ในส่วนของอำนาจของศาลในการออกหมาย ไม่ใช่ผู้พิพากษาทุกคนที่มีอำนาจในการออกหมายในการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด ตัวอย่างเช่น ในมลรัฐ New Jersey มีผู้พิพากษาที่มีอำนาจในการออกหมายในเรื่องดังกล่าวอยู่เพียง 8 นายเท่านั้น และมีคำเรียกผู้พิพากษาเหล่านั้นว่า "Wiretap Judge" โดยผู้พิพากษาเหล่านี้จะต้องได้รับการฝึกอบรมเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการดักฟังการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่มาเป็นอย่างดี ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนไม่ให้ถูกละเมิดจากการใช้อำนาจในการดักฟังการกระทำความผิดที่ไม่ถูกต้อง

ดังนั้น ก่อนที่ผู้พิพากษาจะอนุญาตให้ใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด ผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- (1) จะต้องมีความเชื่ออันควรเชื่อ (Probable Cause) ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริง และมีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด
- (2) จะต้องมีความเชื่ออันควรเชื่อว่าการดักฟังทางเครื่องมือสื่อสาร สามารถทำให้รู้พฤติการณ์ของการกระทำความผิดได้ และเป็นประโยชน์ต่อการสืบสวนคดีของเจ้าหน้าที่
- (3) จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าไม่สามารถใช้วิธีการสืบสวนวิธีอื่นได้อีกแล้ว อันเนื่องมาจากใช้แล้วไม่ได้ผลหรือเป็นการเสี่ยงอันตรายเกินไป และเห็นว่าวิธีการดักฟังทางเครื่องมือสื่อสารเป็นวิธีที่ดีที่สุด

- (4) เมื่อมีหลักฐานบางประการที่ทำให้เชื่อได้ว่า ผู้ต้องหาได้ใช้ช่องสัญญาณของการติดต่อสื่อสารดังกล่าวจริง หรือจากการตรวจสอบพบว่าอุปกรณ์สื่อสารนั้นชื่อผู้ต้องหาเป็นเจ้าของ

เมื่อมีกรณีฉุกเฉินที่เจ้าหน้าที่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้อุปกรณ์การกระทำความผิดประกอบการสืบสวนเป็นการด่วน อย่างเช่น กรณีที่การกระทำความผิดก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกาย หรือเป็นการสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศหรือองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ Title III อนุญาตให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดไปก่อนล่วงหน้าได้ แต่เจ้าหน้าที่จะต้องทำเรื่องขออนุญาตจากศาลตามระเบียบภายใน 48 ชั่วโมงนับจากเวลาที่ใช้มาตรการดักฟังดังกล่าว ถ้าไม่มาขอให้ศาลออกหมายภายในเวลาที่กำหนด การดักฟังการกระทำความผิดที่ได้กระทำไปแล้วให้ถือว่าเป็นการฝ่าฝืน Title III

ในมลรัฐ New York ศาลมีวิธีแก้ไขปัญหาการขออนุญาตใช้มาตรการดักฟังโดยฉุกเฉิน โดยศาลจะมีคำสั่งให้ใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดไปก่อน โดยพิจารณาจากการให้การของอัยการเกี่ยวกับสำนวนโดยวาจา แต่อัยการจะต้องทำสำนวนและคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรไปให้ศาลภายใน 24 ชั่วโมงนับแต่เวลาที่ศาลออกคำสั่ง ด้วยเหตุนี้ หมายชั่วคราวของศาลมลรัฐ New York แต่ละครั้งจะมีอายุเพียง 24 ชั่วโมง

หลังจากที่ศาลได้ออกหมายอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดแล้ว เจ้าหน้าที่จะนำหมายไปยื่นแก่บริษัทหรือหน่วยงานผู้ให้บริการอุปกรณ์สื่อสาร (Communication Service Provider) ไม่ว่าจะเป็นองค์การโทรศัพท์ Telegraphic Service หรือ Internet Service Provider ให้จัดอุปกรณ์ที่ใช้ในการดักฟังต่างๆ ให้กับเจ้าหน้าที่เพื่อนำไปใช้จริง โดยในหมายของศาลนั้นจะมีรายละเอียดถึงชื่อผู้ต้องหาที่จะทำการติดตามโดยการดักฟัง และระบุถึงชื่อหน่วยงานที่ให้บริการการสื่อสารที่จะต้องให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ รวมทั้งจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการติดตั้งเครื่องมือดักฟังให้แก่เจ้าหน้าที่ล่วงหน้าด้วย หลักเกณฑ์ในการเลือกผู้ให้บริการอุปกรณ์สื่อสารที่จะมาติดตั้งเครื่องดักฟังดังกล่าว จะพิจารณาจาก หน่วยงานนั้นจะต้องมีเครือข่ายในการให้บริการครอบคลุมตำแหน่งที่อยู่ของผู้ต้องหา

ในกรณีที่ผู้ต้องหามีการเปลี่ยนแปลงที่อยู่หรือหมายเลขโทรศัพท์ หรือแหล่งบ่งชี้อื่นเพื่อหลบหลีกการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่สามารถใช้มาตรการเท่าที่จำเป็น ในการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งในการติดตาม ไม่ว่าจะเป็นหมายเลขโทรศัพท์ IP Address หรือแหล่งบ่งชี้อื่นๆ ไปยังตำแหน่งที่ผู้ต้องหาอาศัยอยู่นอกจากที่กำหนดไว้ในหมายในตอนแรกได้ แต่ทั้งนี้

เจ้าหน้าที่ไม่มีสิทธิในการใช้การดักฟังแบบสุ่ม (Random กล่าวคือ ให้ Communication Service Provider ทำการดักฟังหลายๆแหล่งในเวลาเดียวกันได้

ในการดักฟังข้อมูลการกระทำความผิดแต่ละครั้ง เจ้าหน้าที่สามารถบันทึกเทปเสียงหรือเทปภาพจากสถานที่จริงที่คาดว่าเป็นแหล่งในการกระทำความผิด โดยเจ้าหน้าที่อาจบันทึกภาพและเสียงของเหตุการณ์ไว้ตลอดทั้งหมด แต่ในทางปฏิบัติที่แท้จริงนั้น เจ้าหน้าที่มักจะบันทึกภาพและเสียงเป็นระยะๆ โดยบางจังหวะจะต้องหยุดเทปและกรอกลับ เพื่อตัดภาพและเสียงที่ไม่จำเป็นต่อการสืบสวนสอบสวนออก วิธีการนี้สามารถลดความเสี่ยงต่อการบันทึกเสียงบทสนทนาเชิงนิทานส่วนตัวถึงบุคคลภายนอก (Family Gossip) หรือไปทำการบันทึกในเรื่องอื่นที่ไม่ได้อยู่ในในสำนวนคดีที่ทำคำร้องต่อศาล เมื่อนำเทปเช่นว่านั้นมาเสนอต่อศาล อาจเป็นการที่เจ้าหน้าที่ไปละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้ถูกดักฟังก็ได้ ดังนั้น เมื่อมีการบันทึกภาพและเสียงเสร็จสิ้นแล้ว เจ้าหน้าที่สามารถนำมาตัดต่อเทปส่วนที่ไม่จำเป็นในการดำเนินคดีออกได้ และยังสามารถทำสำเนาเทปดังกล่าวเก็บไว้หลายชุด เพื่อนำส่งให้ศาลและอัยการพิจารณาได้

กฎหมายได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่มีระยะเวลาในการใช้มาตรการดักฟังข้อมูลการกระทำความผิด (Electronic Surveillance) เป็นเวลาไม่เกิน 30 วัน ถ้าเจ้าหน้าที่ที่มีความจำเป็นจะต้องใช้ระยะเวลาในการใช้มาตรการดักฟังเพิ่มเติม จะต้องขออนุญาตต่อศาลเพื่อให้ออกหมายอีกครั้ง และเทปหรือสื่ออื่นๆที่ได้ทำการบันทึกไว้จะสามารถนำมายื่นต่อศาลได้ภายในระยะเวลาไม่เกิน 10 ปี

Title III กำหนดให้ สำนักงานอัยการเขต มลรัฐ หรือ สหรัฐ แล้วแต่กรณี ที่รับผิดชอบสำนวนคำขอให้มีการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด ให้ส่งรายงานการปฏิบัติงานเกี่ยวกับผลการปฏิบัติงานการดักฟังการกระทำความผิด ภายในระยะเวลา 30 วัน นับตั้งแต่วันที่คำสั่งศาลหมดอายุหรือถูกยกเลิก โดยให้ส่งไปที่หน่วยงาน Administrative Office of the United States (AO) และ AO จะรวบรวมรายงานการใช้มาตรการดักฟังที่เกิดขึ้นภายในปีนั้นมาจัดทำเป็นรายงานประจำปี เรียกชื่อรายงานว่า Report on Applications for Order Authorizing or Approving the Interception of Wire, Oral, or Electronic Communications (Wiretap Report) โดยในรายงานจะมีเนื้อหาสาระและสถิติเกี่ยวกับหัวข้อดังต่อไปนี้

- (1) จำนวนครั้งที่ได้รับอนุญาตและไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด
- (2) ระยะเวลาที่ได้มีการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดและสถิติการขอขยายระยะเวลาต่อศาล

- (3) ประเภทของสถานที่ที่ได้ติดตั้งอุปกรณ์ดักฟังการกระทำความผิด เช่น บ้านพัก อาศัย อพาร์ทเมนท์ สถานที่ราชการ สถานที่สาธารณะ ฯลฯ
- (4) ฐานความผิดที่ตรวจสอบได้จากการดักฟังการกระทำความผิด
- (5) สถิติเกี่ยวกับจำนวนบุคคล หน่วยงาน หรือ การติดตามคดีที่ได้กระทำภายในรอบปี
- (6) ค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการปฏิบัติงาน
- (7) จำนวนอุปกรณ์ที่นำมาใช้ เช่น เครื่องอัดเทป ไมโครโฟน และอุปกรณ์ต่อพ่วงอื่นๆ
- (8) จำนวนผู้ต้องหาที่ถูกจับได้จากการดักฟัง และจำนวนผู้ที่ถูกดำเนินคดี
- (9) สถิติเกี่ยวกับคดีในชั้นศาล ว่าลงโทษก็คดี ยกฟ้องก็คดี รอการพิจารณาก็คดี ฯลฯ

การติดตามการกระทำความผิดโดยกฎหมาย Foreign Intelligence Surveillance Act

กฎหมาย Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) 1978 (Title 50 USC Section 1801-1811) เป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ในการใช้มาตรการติดตามการกระทำความผิด ในอาชญากรรมที่มีจุดเกาะเกี่ยวระหว่างประเทศ (Foreign Intelligence) เช่น อาชญากรรมเกี่ยวกับการฟอกเงิน องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ และการก่อการร้ายระหว่างประเทศ กฎหมายนี้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการเข้าถึงการสื่อสารทางโทรคมนาคมหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ ระหว่างบุคคลที่อยู่ในสหรัฐฯ (US Citizen) รวมทั้งชาวต่างประเทศที่อยู่ในสหรัฐฯ (Alien) กับบุคคลที่อยู่นอกสหรัฐฯ

กฎหมาย FISA เป็นกฎหมายที่สร้างความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจทั้งเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานภายในประเทศสหรัฐฯ และเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานนอกประเทศสหรัฐฯ ในการติดตามการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลในสหรัฐฯ กับบุคคลนอกประเทศ เพื่อการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลของหลายประเทศดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม การที่เจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจในการติดตามการกระทำความผิดภายใต้กลไกของกฎหมาย FISA นี้ จะต้องขออนุญาตต่อศาลก่อนทุกครั้ง เหมือนกับการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดภายใต้ Title III ที่กล่าวมาแล้ว

ผู้อำนาจในการอนุญาตให้ใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดภายใต้กฎหมาย FISA ได้แก่ ประธานาธิบดีของสหรัฐฯ โดยใช้อำนาจผ่านอัยการสูงสุด กระบวนการของการขออนุญาตในการใช้มาตรการดักฟังตามกฎหมาย FISA นี้ อาจใช้เวลานานถึง 1 ปี

สำหรับการขออนุญาตใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดในกรณีที่เกิดสงคราม หรือ ประกาศสงคราม กระบวนการขออนุญาตประธานาธิบดีจนถึงส่งเรื่องให้อัยการขอหมายจาก

ศาล จะใช้เวลาประมาณไม่เกิน 15 วัน ผู้พิพากษาที่หนึ่งเป็นองค์คณะในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดตาม FISA เป็น Chief Justice จำนวน 7 นาย และมีวาระในการดำรงตำแหน่ง 7 ปี

ผู้ทำการขออนุญาต ได้แก่เจ้าหน้าที่ในส่วนกลาง (Federal Officer) โดยได้รับการอนุมัติจากอัยการสูงสุด ทำคำขอต่อศาล โดยในคำขอต้องมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- (1) ชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำร้อง
- (2) ลายมือชื่ออัยการสูงสุดลงนามอนุญาต
- (3) จุดประสงค์ของการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด
- (4) หน่วยงานของต่างประเทศที่เจ้าหน้าที่สหรัฐต้องการขอความช่วยเหลือ อำนาจ ความสะดวกในการติดตั้งเครื่องมือการดักฟังการกระทำความผิด เพื่อติดตามบุคคลที่เป็นชาวสหรัฐในเขตอำนาจของประเทศนั้นๆ
- (5) แผนดำเนินงานในการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด โดยจะต้องสอดคล้องต่อการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของรัฐธรรมนูญสหรัฐด้วย
- (6) ลักษณะของข้อมูลที่จะทำการดักฟัง และชนิดของอุปกรณ์ที่จะใช้ในการดักฟัง
- (7) ต้องมีคำรับรองจากผู้ช่วยประธานาธิบดี ผู้อำนวยการฝ่ายความมั่นคงหรือการทหาร ที่ได้รับมอบหมายจากประธานาธิบดีและได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา ซึ่งแจ้งว่า การดักฟังข้อมูลและการสืบสวนสอบสวนคดีในภาวะปกติไม่สามารถทำได้ เมื่อไม่ได้รับความร่วมมือจากหน่วยงานของต่างประเทศ
- (8) ชื่อบุคคลหรือหน่วยงานที่จะถูกใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด
- (9) การแสดงพยานหลักฐานในเบื้องต้นเกี่ยวกับบุคคลและสถานที่ที่จะใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด
- (10) ระยะเวลาในการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด ซึ่งเป็นเวลาไม่เกิน 90 วัน ถ้าต้องการขยายเวลาการใช้มาตรการ จะต้องทำการขออนุญาตศาลอีกครั้งหนึ่ง

องค์ประกอบสำคัญที่ศาลจะต้องพิจารณาในการออกหมายอนุญาตในการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดภายใต้กฎหมาย FISA ได้แก่ เหตุอันควรเชื่อว่ามีกระทำความผิด และสมควรจะใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดติดตามผู้นั้น (Probable Cause) ข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด สถานที่ในการกระทำความผิดในต่างประเทศ ระหว่างหน่วยงานของสหรัฐและหน่วยงานของประเทศนั้นๆ จะต้องถูกต้องตรงกัน และกระบวนการทำคำร้องขอจะต้องชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อศาลอนุญาตแล้ว หน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามที่ระบุไว้ในหมายจะต้องให้ความร่วมมือในการดำเนินงานและติดตั้งอุปกรณ์ในการดักฟังการกระทำความผิดให้เรียบร้อย

เมื่อต้องการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดโดยฉุกเฉิน สามารถดำเนินการยื่นเรื่องต่อศาลได้ภายในเวลา 24 ชั่วโมง เมื่อศาลพิจารณานุญาตให้เจ้าหน้าที่ใช้มาตรการนี้แล้ว แต่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ดำเนินการใดๆภายในระยะเวลาอันสมควร ศาลสามารถเลื่อนหรือยกเลิกการใช้มาตรการนี้ต่อบุคคลที่ระบุในหมายได้ตามความเหมาะสม

ข้อมูลที่ได้จากการดักฟังการกระทำความผิดตามกฎหมาย FISA สามารถนำมาเป็นพยานในชั้นศาลได้เหมือนกับข้อมูลที่ได้จากการดักฟังตาม Title III และพยานหลักฐานดังกล่าวย่อมเป็นที่เปิดเผย เว้นแต่ข้อยกเว้นการสูงสุดสหรัฐ จะได้กำหนดยกเว้นไว้เป็นพิเศษเพื่อมิให้เสียรูปคดี และรัฐจะต้องแจ้งข้อกล่าวหาและประเด็นที่จะฟ้องร้องให้ผู้ที่ถูกดักฟังได้ทราบล่วงหน้า เพื่อให้ผู้นั้นได้มีโอกาสเตรียมการต่อสู้คดีในชั้นศาลต่อไป

ข้อยกเว้นการสูงสุดจะต้องทำรายงานประจำปีเกี่ยวกับสถิติการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดตามกฎหมาย FISA ให้หน่วยงาน Administrative Office of United States Court (AO) ทราบ ในสถิติจะประกอบไปด้วยจำนวนคำร้องที่ได้รับการอนุญาต ที่ไม่ได้รับการอนุญาต และที่ได้รับการแก้ไข โดยตั้งแต่ปี 1979 เป็นต้นมา มีการทำร้องขอให้ใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดตามกฎหมาย FISA นี้จำนวนไม่ต่ำกว่า 500 ครั้งต่อปี

USA Patriot Act 2001

USA Patriot Act 2001 หรือ Anti-Terrorist Financial Act H.R.2975 เป็นกฎหมายปราบปรามแหล่งเงินทุนขององค์กรก่อการร้ายข้ามชาติ ออกเมื่อเดือนตุลาคม 2001 หลังจากเหตุการณ์เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 ที่ผ่านมา จุดมุ่งหมายของกฎหมายนี้ได้แก่ การเพิ่มอำนาจเจ้าหน้าที่ในการติดตามการกระทำความผิดผ่านการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้กระทำความผิด ใช้มาตรการติดตามการกระทำความผิดได้ทั้งในประเทศและนอกประเทศ โดยเริ่มต้นจากการเพิ่มอำนาจของเจ้าหน้าที่ของกระทรวงการคลัง (Department of Treasury) เพื่อปราบปรามการทุจริตในสถาบันการเงินเป็นแห่งแรก โดยให้ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างการเคลื่อนย้ายเงินข้ามประเทศจำนวนมากและการดำเนินงานขององค์กรก่อการร้ายข้ามชาติ ว่ามีความเกี่ยวพันกันมากน้อยเพียงใด กฎหมายนี้ได้มีการกำหนดฐานความผิดเพิ่มเติม บทลงโทษ และกระบวนการพิจารณาความอาญาใหม่ๆ เพื่อให้ทันต่อการปราบปรามการก่อการร้ายระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการภายใต้กฎหมายนี้อาจเป็นการออกนอกขอบเขตของหลักนิติธรรมของกฎหมายอาญาไปพอสมควร แต่กระทรวงยุติธรรมสหรัฐ (Department of Justice) จะเป็นหน่วยงานที่เข้ามากกลั่นกรองการบังคับใช้มาตรการตามกฎหมายนี้ทั้งหมดไม่ให้เกินขอบเขตของความยุติธรรม

ส่วนมาตรการที่ใช้ติดตามกระบวนการกระทำความผิดภายใต้กฎหมายฉบับนี้ คงได้แก่ มาตรการดักฟังการกระทำความผิด (Wiretapping) นั่นเอง ซึ่งอาจติดตามการกระทำความผิด โดยใช้การดักฟังทางโทรศัพท์ การแอบดูการกระทำความผิดทางเครื่องบันทึกภาพ หรือการดักข้อมูลจากการติดต่อสื่อสารทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนอย่างรุนแรง เมื่อพิจารณาจาก Title III ของ The Omnibus Crime and Safe Street Control Act of 1968 กฎหมายนี้ได้เคยห้ามมิให้มีการใช้ มาตรการดักฟังทางเครื่องมือสื่อสารไม่ว่ากรณีใดๆ เว้นแต่ว่า การดักฟังกล่าวจะเป็นประโยชน์ แก่การปราบปรามอาชญากรรมที่ร้ายแรงเท่านั้น และการขอใช้อำนาจการดักฟังการกระทำความผิดเช่นนั้นจะต้องกระทำการขออนุญาตต่อศาลก่อน เนื่องจากศาลจะต้องพิจารณาว่า การใช้มาตรการดักฟังของเจ้าหน้าที่เกินขอบเขต หรือเสี่ยงต่อการดักฟังข้อมูลของผู้บริสุทธิ์หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม แนวทางพิจารณาของศาลในการให้อำนาจตามมาตรการดักฟังการกระทำความผิดขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่นำเสนอว่ามีความเกี่ยวข้องกับบุคคลที่เจ้าหน้าที่จะไปดักฟังหรือไม่ มากกว่าที่จะพิจารณาตามดุลพินิจของศาลเอง

จุดมุ่งหมายของกฎหมาย Patriot Act ฉบับนี้ ได้แก่

- (1) อนุญาตให้ติดตั้งเครื่องดักฟัง (Pen Register) บนเครือข่ายโทรศัพท์ หรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องสงสัย ในขณะที่มีการติดต่อสื่อสารกันอยู่
- (2) อนุญาตให้ศาลทั่วประเทศออกหมายอนุญาตให้มีการดักฟัง และการเข้าตรวจสอบแหล่งเก็บรวบรวมที่ได้จากการติดต่อสื่อสารนั้น เช่น การบันทึกเสียงการติดต่อทางโทรศัพท์ หรือการตรวจสอบ e-mail ที่บันทึกไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์ เป็นต้น
- (3) ให้ถือว่าพยานหลักฐานที่ได้จากการบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ มีคุณสมบัติเทียบเท่ากับแฟ้มข้อมูลที่ได้จากการบันทึก e-mail
- (4) ห้ามเจ้าหน้าที่เข้าไปดักฟังการติดต่อสื่อสารของบุคคลผ่านเครือข่ายการสื่อสารใดๆ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าของหรือผู้ควบคุมเครือข่ายนั้นเสียก่อน
- (5) ให้เพิ่มการก่อการร้ายข้ามชาติและอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ให้เป็นฐานความผิดภายใต้ Title III ด้วย
- (6) ให้มีมาตรการคุ้มครองพยานบุคคลที่อำนวยความสะดวกแก่เจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติตาม Title III
- (7) สร้างความร่วมมือในการปฏิบัติงานระหว่างเจ้าหน้าที่ในประเทศและหน่วยงานสืบสวนสอบสวนของต่างประเทศ
- (8) ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล ผู้เสียหายอาจฟ้องร้องเจ้าหน้าที่จากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้

- (9) ให้ดำเนินคดีกับผู้ที่ไม่ให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้ หรือการทำงานของหน่วยงานของต่างประเทศเพื่อประโยชน์ตามกฎหมายนี้

นอกจากกฎหมาย Patriot Act จะเพิ่มอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดแล้ว ยังเป็นหลักประกันที่คุ้มครองการทำงานของเจ้าหน้าที่ในการใช้มาตรการนี้ อันได้แก่

- (1) ในหมายของศาล จะไม่มีการระบุถึงประเภทของเครื่องมือที่และสถานที่ที่จะใช้ในการดักฟัง เพื่อป้องกันมิให้มีการขัดขวางการทำงานของเจ้าหน้าที่
- (2) เพิ่มจำนวนผู้ที่พิพากษาที่นั่งพิจารณาในการออกหมายให้ดักฟังการกระทำความผิดตามกฎหมาย FISA (Foreign Intelligence Surveillance Act) จาก 7 นาย เป็น 11 นาย
- (3) เมื่อมีเหตุอันจำเป็นยิ่ง ให้เจ้าหน้าที่สามารถรวบรวมข้อมูลจากหน่วยงานสืบสวนสอบสวนในต่างประเทศได้
- (4) มาตรการนี้ใช้ได้กับการดักฟังแบบ Pen Register, Trap & Trace สำหรับ e-mail เช่นเดียวกับการดักฟังโทรศัพท์ตามปกติ
- (5) เจ้าหน้าที่สามารถเข้าถึงข้อมูลของหน่วยธุรกิจหรือหน่วยงานที่อาจเป็นทางผ่านของอาชญากรหรือทรัพย์สินของอาชญากรได้ เช่น โรงแรม ร้านอาหารบริการเช่ารถยนต์ หรือร้านบริการรับฝากของมีค่า เป็นต้น
- (6) รัฐมีอำนาจเข้ามาเป็นผู้แทนในคดี กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐถูกฟ้องขอหาใช้มาตรการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของประชาชน

กฎหมาย Patriot Act ได้เพิ่มอำนาจของเจ้าหน้าที่ของ Department of Treasury ในการตรวจสอบธุรกรรมทางการเงินในสถาบันการเงินทุกแห่งที่มีความเกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายข้ามชาติอย่างน้อยเพียงใด โดยได้เสริมอำนาจการใช้มาตรการที่มีอยู่ในเรื่องดังต่อไปนี้

- (1) อำนาจในการบังคับให้บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ Broker หรือ Dealer รายงานการทำธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัยในสถาบันของตน
- (2) บังคับให้ธุรกิจใดๆที่มีการทำธุรกรรมทางการเงินมากกว่า USD 10,000 ขึ้นไปต้องทำรายงานธุรกรรมทางการเงิน SAR
- (3) ป้องกันมิให้สถาบันการเงินในสหรัฐฯ ทำธุรกรรมกับสถาบันการเงินนอกระบบหรือ Shell Bank

- (4) ป้องกันให้สถาบันการเงินให้บริการทางการเงินอื่นๆ นอกจากบริการตามปกติของสถาบันการเงิน ในอันที่จะอำนวยความสะดวกในการปกปิดการทำธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัย
- (5) ให้สถาบันเงินมีการจดยางานข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้าใหม่ของสถาบันการเงิน พร้อมทั้งให้มีมาตรการกั้นกรองผู้ที่จะเป็นลูกค้าใหม่ของสถาบันการเงินด้วย
- (6) ให้มีการประสานความร่วมมือในเรื่องข้อมูลระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้บังคับบัญชาของสถาบันการเงิน ในเรื่องรูปแบบการทำธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงิน และข้อมูลในเรื่องแหล่งเงินทุนสนับสนุนการก่อการร้ายข้ามชาติ

นอกจากนั้น กฎหมาย Patriot Act ได้เพิ่มฐานความผิดให้การกระทำความผิดฐานฟอกเงินรวมถึงการกระทำความผิดดังต่อไปนี้ด้วย ได้แก่

- (1) การฟอกเงินในสหรัฐ ที่มี ความเกี่ยวข้องกับการประกอบอาชญากรรมนอกประเทศ และการวางแผนเพื่อประกอบอาชญากรรมทางการเมืองในสหรัฐ
- (2) การฟอกเงินผ่านเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Cyber Money Laundering) หรือเพื่อการสนับสนุนองค์กรก่อการร้ายข้ามชาติ
- (3) การเพิ่มโทษสำหรับความผิดฐานเคลื่อนย้ายเงินตราออกนอกประเทศโดยไม่ได้รับอนุญาต
- (4) ให้ศาล Supreme Court มีอำนาจพิจารณาเปรียบเทียบปรับผู้ที่เคลื่อนย้ายเงินออกนอกประเทศมากกว่า USD 300,000 และไม่รายงานต่อหน่วยงานของศุลกากร
- (5) ให้อำนาจเจ้าหน้าที่สหรัฐ ในการดำเนินคดีการฉ้อโกงบัตรเครดิตต่างๆของสหรัฐที่เกิดขึ้นนอกประเทศ
- (6) ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการดำเนินคดีสถานที่ที่มีการวางแผนและเตรียมการกระทำความฟอกเงินได้

ในส่วนของมาตรการบังคับเอาทับทรัพย์สินจากการกระทำความผิด บทบัญญัติในกฎหมาย Patriot Act ได้ปรับปรุงแก้ไขกระบวนการพิจารณาความอาญาหลายประการ เพื่อที่จะให้เจ้าหน้าที่เข้าถึงทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องหรือสนับสนุนการวางแผนการก่อการร้ายข้ามชาติ ทั้งในและนอกประเทศ และให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการบังคับเอาทับทรัพย์สินที่ได้ใช้ หรือได้จากการก่อการร้ายข้ามชาติ ไม่ว่าจะเป็นการก่อการร้ายในประเทศหรือนอกประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดของการใช้มาตรการตรงส่วนนี้ได้แก่ บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญสหรัฐ ในส่วนที่เกี่ยวกับหลัก Due Process, Double Jeopardy และ ex post facto clause หลักที่ว่านี้ได้แก่

- (1) ให้เพิ่มอำนาจเจ้าหน้าที่ของสหรัฐในการติดตามตัวบุคคลและทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายข้ามชาติ ที่ถูกลักลอบนำออกนอกประเทศ หรือใช้หลัก Long Arm Jurisdiction
- (2) ให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจบังคับเกี่ยวกับทรัพย์สินที่อยู่ในสหรัฐ ที่อาจมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามกฎหมายของต่างประเทศ
- (3) ให้เจ้าหน้าที่ของสหรัฐมีอำนาจจัดการกับทรัพย์สินตามคำสั่งบังคับเกี่ยวกับทรัพย์สินของศาลต่างประเทศ
- (4) ให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจเข้าไปยึดอายัดเงินในบัญชีของสถาบันการเงินในสหรัฐ ตามคำร้องขอของสถาบันการเงินในต่างประเทศให้บังคับเกี่ยวกับเงินดังกล่าว
- (5) ให้สถาบันการเงินปฏิเวทที่จะทำธุรกรรมทางการเงินกับหน่วยธุรกิจที่ปรากฏว่ามีผู้ไม่มีตัวตนเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ

นอกจากกฎหมาย Patriot Act จะกำหนดฐานความผิดในการก่อการร้ายระหว่างประเทศและการฟอกเงินที่ได้จากการก่อการร้ายระหว่างประเทศที่เพิ่มขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนอาวุธยุทโธปกรณ์ การให้ที่พักพิงแก่ผู้ก่อการร้าย หรือการกระทำความผิดฟอกเงินที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ก่อการร้าย ไม่ว่าจะเป็นการเปิดธุรกิจบังหน้าหรือการค้าขายเพื่อหาเงินเพื่อไปสนับสนุนการก่อการร้าย หรือการเรียกรับเงินผ่านองค์กรการกุศลต่างๆ ฯลฯ แต่กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดบทลงโทษใหม่ๆ และเพิ่มโทษอย่างไม่จำกัด (Alternative Maximum Penalty) สำหรับการก่อการร้ายชาติ ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนของการสมคบกันกระทำความผิด (Conspiracy) การลักลอบขนเงินที่ผิดกฎหมาย อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้อง รวมไปถึงการฉ้อโกงประชาชนในรูปแบบของการตั้งองค์กรการกุศล

ด้วยเหตุนี้ แนวทางที่สหรัฐอเมริกาใช้ในการปราบปรามเงินนอกระบบโดยการใช้โพงก๊วนและระบบ Underground Banking ที่สำคัญ ได้แก่ การพัฒนามาตรการควบคุมธุรกรรมทางการเงินในสถาบันการเงิน โดยเฉพาะในกฎหมาย Bank Secrecy Act ที่มีวัตถุประสงค์ให้รัฐสามารถเข้าไปควบคุมการทำรายงานธุรกรรมทางการเงิน ทั้งการทำธุรกรรมปกติและธุรกรรมที่ผิดปกติ ทั้งนี้ เป็นการสอดคล้องกับแนวทางของ OECD FATF, FinCEN และอื่นๆ รวมไปถึงการเพิ่มความเคร่งครัดในการทำรายงานธุรกรรมทางการเงิน ทั้งที่เป็นการรายงานธุรกรรมทางการเงินในภาวะปกติตามนโยบาย Know Your Customer Policy และการทำรายงานธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงิน Suspicious Activity Transaction Report หรือ SAR Report ส่วนในการเข้าควบคุมการใช้โพงก๊วนหรือการเงินนอกระบบอื่นๆที่อาจเกี่ยวข้องกับการสนับสนุนกระบวนการก่อการร้ายข้ามชาติหรือองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ สหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมาย USA Patriot ACT 2001 เพื่อให้อำนาจเจ้าหน้าที่อย่างกว้างขวางในการเข้าตรวจสอบการกระทำใดๆที่ถือว่าการฟอกเงิน ไม่ว่าจะเป็นการติดตาม

แหล่งที่อยู่ของเงิน หรือการเคลื่อนย้ายเงินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดข้ามประเทศไม่ว่าจะด้วยวิธีใด นอกจากนั้นยังสนับสนุนให้ใช้มาตรการทางวิธีพิจารณาความอาญาบางประการ ที่อาศัยปัจจัยทางเทคโนโลยีเข้าช่วย (Technical Surveillance) เพื่อประโยชน์ในการแสวงหาเบาะแสเกี่ยวกับรวบรวมพยานหลักฐานในการดำเนินคดีกับผู้ที่ใช้กระบวนการของโพงก๊วนหรือธนาคารใต้ดินเพื่อประโยชน์ในการฟอกเงิน มาตรการดังกล่าวได้แก่ การล่อให้กระทำความผิด (Entrapment and Sting Operation) การติดตามเส้นทางแห่งการกระทำความผิด (Controlled Delivery) หรือการติดตามการกระทำความผิดโดยใช้เครื่องมือสื่อสาร (Wiretapping) รวมไปถึงมาตรการอื่นๆที่รุนแรง เพื่อประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรมทางการเงินที่อาจเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมและองค์กรก่อการร้ายข้ามชาติ โดยเฉพาะใน USA Patriot Act 2001 เป็นกฎหมายที่ออกมารองรับการปราบปรามแหล่งเงินทุนของขบวนการก่อการร้ายข้ามชาติในปัจจุบัน โดยจะเข้าไปควบคุมกระบวนการของธนาคารใต้ดินหรือโพงก๊วน ซึ่งเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการเคลื่อนย้ายเงินทุนขององค์กรก่อการร้ายข้ามชาติอย่างมาก

3.8 มาตรการปราบปรามการฟอกเงินของประเทศอินเดีย

ประเทศอินเดียต้องมีการพัฒนากฎหมายฟอกเงินเนื่องจากปัญหาของการเคลื่อนไหวของเงินผิดกฎหมายจากการค้ายาเสพติด การค้าของเถื่อน รวมทั้งการสนับสนุนทางการเงินแก่รัฐบาลอินเดียในลักษณะที่เป็นการคอร์รัปชัน นอกจากนั้น ที่มาของการฟอกเงินยังมาจากความผิดเกี่ยวกับสถาบันการเงิน (Bank Fraud) การปกปิดเงินที่ได้จากการกระทำความผิดกฎหมายมิได้กระทำเฉพาะภายในองค์กรอาชญากรรมเท่านั้น แต่การปกปิดเงินอาจเกิดจากธุรกรรมที่ทำให้สถาบันการเงินตามปกติก็ได้

เนื่องจากประเทศอินเดียเป็นประเทศกำลังพัฒนา จึงมีการไหลเวียนของเงินสนับสนุนเข้ามาในประเทศอินเดีย และเพื่อป้องกันการไหลเข้ามาของเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิดกฎหมาย ประเทศอินเดียจึงมีมาตรการที่เรียกว่า กฎหมายควบคุมการเคลื่อนย้ายเงินเข้าประเทศเพื่อการสนับสนุนทางการเงิน (FERA) ด้วยเหตุนี้ ผู้ที่จะรับเงินจากต่างประเทศหรือส่งเงินออกนอกประเทศ ไม่ว่าจะกรณีใดๆ จะต้องขออนุญาตกับรัฐบาลอินเดีย เพื่อป้องกันมิให้มีการฟอกเงินเกิดขึ้น

เงินที่น่าสงสัยซึ่งจะต้องทำการตรวจสอบตามกฎหมายนี้ ได้แก่ เงินลงทุนจากต่างชาติ ซึ่งเงินลงทุนเหล่านี้จะส่งเข้ามาทางตลาดเงินมืดหรือตลาดเงินใต้ดิน (Black Money Market) หรือแม้แต่การนำเงินหรือทองคำเข้าประเทศ และมาเปลี่ยนเป็นเงินสกุลรูปี อาจเป็นการเคลื่อน

ย้ายเงินข้ามประเทศโดยผิดกฎหมายได้ โดยเครือข่ายของเงินใต้ดินดังกล่าวนี้ ก็ได้แก่เครือข่ายของ HAWALA นั้นเอง

เงินที่เคลื่อนย้ายเข้าประเทศโดยผ่าน Hawaladar จะถูกนำไปฝากในบัญชีของธนาคารหลายๆแห่งในอินเดีย ทำนองเดียวกันกับ Black Peso Money Exchange ของทวีปอเมริกาใต้

แต่ความมุ่งหมายที่แท้จริงของกฎหมายในเรื่องดังกล่าว นอกจากจะเป็นการป้องกันการฟอกเงินแล้ว ยังเป็นการป้องกันการสมคบกันกระทำความผิด (Conspiracy) ระหว่างสถาบันการเงินและเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลด้วย โดยอินเดียได้รับบทเรียนสำคัญจากคดี Jain Hawala ดังที่ได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 2

ความผิดเกี่ยวกับสถาบันการเงินในอินเดีย มีจุดเริ่มต้นจาก การตัดสินใจของผู้บริหารสถาบันการเงินและเจ้าหน้าที่ในรัฐบาลที่ทำงานเกี่ยวข้องกับสถาบันการเงิน และการฟอกเงินที่กระทำผ่านสถาบันการเงินที่ทุจริตเหล่านี้ จะกระทำผ่าน Hawaladar หรือ Hawala Broker โดยเป็นช่องทางหนึ่งของการเคลื่อนย้ายเงินออกนอกประเทศอย่างผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การโอนเงินโดยผ่าน Hawala มีความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับสถาบันการเงินเท่านั้น แต่ไม่มีกฎหมายในเรื่องใดบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญา แต่ประเทศอินเดียก็ต้องวางมาตรการทางกฎหมายเพื่อที่จะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีการฟอกเงินในเครือข่าย Hawala เช่นเดียวกับการปราบปรามการฟอกเงินโดยวิธีอื่นๆ

สรุปรูปแบบการฟอกเงินของประเทศอินเดีย แบ่งออกได้เป็น ประเภท ได้แก่

(1) Hawala Transactions

Hawala Broker คือสถาบันการเงินนอกระบบ (Alternative Remittance Service) ประเภทหนึ่ง เพื่อใช้เป็นแหล่งในการฟักฟิดบัญชีทรัพย์สิน การหลบเลี่ยงภาษี แสวงหาผลกำไรจากอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราและทองรูปพรรณ และหลบเลี่ยงการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่รัฐ

(2) Non-Residential Indians

Non-Residential Indians หรือพวก NRI เป็นชาวอินเดียที่กำลังจะเดินทางไปต่างประเทศ และรับจ้างเป็นผู้รับขนเงินออกไปนอกประเทศ โดยรัฐอาจไม่สงสัยว่าเป็นพหุคดี

กรรมการโอนเงินที่มีขอบด้วยกฎหมาย เมื่อเงินออกนอกประเทศแล้วก็จะนำไปฝากในบัญชีของพวก NRI ที่อยู่ในธนาคารต่างประเทศ การกระทำของพวก NRI นี้ทำให้มีการลักลอบขนเงินออกไปนอกประเทศอินเดียจำนวนมาก

(3) ของขวัญจากต่างประเทศ

การขนของของขวัญเข้ามาในประเทศอินเดีย เป็นวิธีการหนึ่งในการเคลื่อนย้ายเงินเข้าประเทศอินเดียเช่นเดียวกับการใช้ Hawala แต่แทนที่จะใช้ Hawala ก็จะใช้ของมีค่าเข้ามาในประเทศในรูปของขวัญเข้ามาในอินเดียบางรายการอาจได้รับการยกเว้นภาษีนำเข้า แต่เมื่อเจ้าหน้าที่พบว่ามีการนำเข้าของขวัญจำนวนมากผิดปกติ อาจถือว่าเป็นพฤติกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงินได้

(4) การฟอกเงินในสถาบันการเงินในระบบ

การโอนเงินข้ามประเทศผ่านสถาบันการเงินในระบบ เช่น ธนาคารพาณิชย์ โดยใช้ตราสารเปลี่ยนมือประเภทต่างๆ ได้แก่ Draft, Cashier Cheque, Money Order ฯลฯ ธนาคารบางแห่งอาจรับแลกเช็คหรือตราสารอื่นๆ จากเงินที่ได้จากการกระทำความผิดได้ในทันที วิธีการนี้ทำให้ผู้ที่ต้องการจะฟอกเงินสามารถใช้ตราสารเปลี่ยนมือของธนาคารบางแห่งโอนเงินออกนอกประเทศโดยง่ายดาย

อีกวิธีการหนึ่งได้แก่ การที่ธนาคารรับฝากเงินจำนวนมากๆ โดยไม่มีการตรวจสอบข้อมูลของผู้เป็นลูกค้าให้ชัดเจน ทำให้เกิดบัญชีธนาคารไม่ปรากฏชื่อเจ้าของบัญชี (Anonymous Account) ทำให้กลายเป็นธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงิน

(5) การฟอกเงินในสถาบันการเงินนอกระบบ

ตัวอย่างการฟอกเงินในสถาบันการเงินนอกระบบนอกจาก Hawala Broker ได้แก่ ร้านรับแลกเปลี่ยนเงินตรา (Foreign Currency Exchange House) โดยจะรับเงินจากลูกค้าและโอนผ่านเครือข่ายของธนาคารใต้ดินที่มีอยู่ ทำให้ยากแก่การตรวจสอบและติดตาม เพราะการกระทำเช่นนี้จะไม่ปรากฏเอกสารธุรกรรมทางการเงินให้ตรวจสอบได้เลย

นอกจากนั้น บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ (Securities) ก็เป็นแหล่งเงินนอกระบบอีกแห่งหนึ่งที่ใช้เป็นที่ฟอกเงิน โดยผู้ที่ต้องการจะฟอกเงินจะซื้อใบหุ้น และต่อมา Broker จะนำใบหุ้นนั้นขนออกไปนอกประเทศและนำไปขึ้นเงินยังประเทศปลายทาง

(6) Shell Company

การบริษัทหรือธุรกิจบังหน้าหลายแห่ง และเปิดบัญชีของธุรกิจนั้นหลายบัญชีในธนาคารต่างประเทศ และโอนเงินออกไปฝากในบัญชีของบริษัทหรือกิจการบังหน้าดังกล่าว ทำให้เงินที่ได้จากการประกอบอาชญากรรมกระจายไปในหลายประเทศ ยากแก่การตรวจสอบและติดตาม

(7) Over / Under Invoicing

ในการซื้อขายกันระหว่างประเทศ การชำระเงินจำนวนมากกว่าหรือมากกว่ามูลค่าที่กำหนดไว้ในใบเสร็จ หรือ Invoice อาจเป็นการฟอกเงินได้ทางหนึ่ง เพราะการส่งเงินส่วนเกินไปพร้อมกับการชำระราคาใบ Invoice อาจหลีกเลี่ยงจากการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่สรรพากรได้

มาตรการทางกฎหมายของประเทศอินเดียที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการเคลื่อนย้ายเงินระหว่างประเทศ ได้แก่ The Foreign Exchange Management Act (FEMA) ซึ่งบังคับใช้แทนที่ The Foreign Exchange Regulation Act 1973 โดยฐานความผิดใดที่มีอยู่เดิมใน FERA ให้ถือเป็นความผิดที่มีโทษอาญา และ FEMA ได้กำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินตรามีโทษทางแพ่งด้วย กฎหมาย FEMA จะไม่เหมือนกฎหมายอื่นๆของอินเดียตรงที่ว่ากฎหมายอื่นจะห้ามทำทุกอย่าง ยกเว้นในสิ่งที่กำหนดไว้จึงจะทำได้ แต่ FEMA จะไม่ห้ามในการทำธุรกรรมทุกอย่าง ยกเว้นในสิ่งที่กฎหมายกำหนดไว้เฉพาะจึงจะทำได้ อย่างไรก็ตาม ผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย FERA จะต้องสันนิษฐานเบื้องต้นว่ากระทำความผิด เว้นแต่ผู้นั้นจะสามารถพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตัวเองได้ ในขณะที่กฎหมายอื่นๆ ผู้นั้นจะถูกสันนิษฐานในเบื้องต้นว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีการพิสูจน์ได้ว่าผู้นั้นผิดจริง

กฎหมาย FEMA นี้ใช้บังคับทั่วประเทศอินเดีย รวมทั้งสาขาของธุรกิจที่ดำเนินการโดยชาวอินเดียที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศด้วย ความผิดตามกฎหมายนี้การกระทำของธุรกิจของชาวอินเดียดังกล่าวทั้งที่กระทำในประเทศและต่างประเทศอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายนี้ทั้งหมด

กฎหมาย FEMA ได้กำหนดคำจำกัดความของศัพท์กฎหมายบางคำเป็นภาษาธรรมดา ได้แก่

Authorized Person หรือบุคคลที่จะต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับในกฎหมาย FEMA ได้แก่ ผู้ประกอบธุรกิจรับแลกเปลี่ยนเงินตรา ธนาคารที่ให้บริการรับส่งเงินระหว่างประเทศ และใครก็ตามที่ธุรกิจเกี่ยวกับเงินตราต่างประเทศและหลักทรัพย์ของต่างประเทศ

ธุรกรรมทางการเงินที่อยู่ในความควบคุมของกฎหมายฉบับนี้ ได้แก่ ธุรกรรมใดๆที่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงแก่เงิน ทรัพย์สินและความรับผิดชอบในทรัพย์สิน ทั้งกรณีคนในอินเดีย กระทำต่อทรัพย์สินนอกอินเดีย และคนนอกอินเดียกระทำต่อทรัพย์สินในอินเดีย ทั้งนี้รวมถึง การประกันหนี้ของคนที่อยู่นอกอินเดีย หรือคนที่อยู่ในอินเดียที่เป็นหนี้คนที่อยู่นอกอินเดีย

Currency หรือเงินตราตามกฎหมายนี้มีความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ หมายถึงเงินตามความเป็นจริง และตราสารเปลี่ยนมือแบบต่างๆที่ใช้แทนการชำระเงินทุกชนิดตามที่ธนาคารกลางของอินเดียหรือ Reserve Bank ได้กำหนดไว้

Foreign Exchange หรือการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศหมายถึง การทำธุรกรรมทางการเงินใดๆกับเงินสกุลต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการฝาก การโอน การชำระเงิน ทั้งนี้ รวมไปถึงการโอนเงินโดยใช้ตราสารเปลี่ยนมือรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการส่งจ่ายตราสารของต่างประเทศเป็นเงินอินเดีย หรือเป็นการส่งจ่ายตราสารอินเดียเป็นเงินต่างประเทศ

“Authorized Person” means an authorized dealer, money changer, off-shore banking unit or any other person for the time being authorized to deal in foreign exchange or foreign securities.

“Capital Account Transactions” means a transaction which alters the assets or liabilities including contingent liabilities, outside India of persons resident in India or assets or liabilities in India of person resident outside India, and Includes transactions by way of giving guarantees or surety for any debt, obligation or other liability of (1) a person resident outside India or (2) of a person resident in India and owed to a person resident outside India.

“Currency” includes all currency notes, postal notes, postal orders, money orders, cheques, draft, traveler cheques, letter of credit, bill of exchange and promissory notes, credit cards, or such other similar instruments as may be notified by the Reserve Bank.

“Foreign Exchange” means foreign currency and includes:-

- i. deposit, credits and balances payable in any foreign currency.
- ii. draft, travelers cheques, letter of credit or bill of exchange, expressed or

Repatriate เป็นการกระทำอื่น ๆ นอกจาก import หรือ export กล่าวคือ เป็นการขายเงินตราต่างประเทศให้คนอินเดียตามกฎหมายฉบับนี้เพื่อแปลงเป็นเงินรูปี หรือการยกหนี้ที่เป็นเงินต่างชาติให้แก่คนในอินเดีย โดยนัยว่าเป็นการแปลงเงินต่างชาติให้เป็นเงินรูปีเช่นเดียวกัน

Service หรือการให้บริการทางการเงินในกฎหมายนี้หมายถึง การให้บริการใดๆที่เกี่ยวข้องหรือต้องประสานงานกับสถาบันการเงินต่างๆ ทั้งในระบบและนอกระบบ ไม่ว่าจะเป็นธนาคารพาณิชย์ บริษัทหลักทรัพย์ บริษัทประกันภัย และอื่นๆ แต่ที่น่าสังเกตก็คือว่ากฎหมายนี้ได้กำหนดให้ Chit fund หรือการให้บริการเงินโดยใช้โพลยก๊วน อยู่ในรูปแบบการบริการทางการเงิน ด้วยเหตุนี้ การใช้โพลยก๊วนในการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ จึงอยู่ในความควบคุมดูแลของกฎหมาย FEMA ด้วย

“Transfer” includes sale, purchase, exchange, mortgage, pledge, gift, loan or any other form of transfer right, title, possession or lien.

จะเห็นได้ว่า การโอนภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ให้นำหมายถึง เงิน และการโอนสิทธิและหน้าที่ตามธุรกรรมทางการเงินด้วย

iii. drawn in Indian currency but payable in any foreign currency draft, travelers cheques, letter of credit or bill of exchange drawn by banks, institutions or persons outside India, but payable in Indian currency.

“Repatriate to India” means bringing into India the realized foreign exchange and.

i. the selling of such foreign exchange to an authorized person in India in exchange for rupee, or

ii. the holding of realized amount of discharge of a debtor liability denominated in foreign currency notified by the Reserve Bank

“Service” means service of any description which is made available to potential users and includes the provision of facilities in connection with banking, financing, insurance, medical assistance, legal assistance, chit fund, real estate, transport, processing, supply of electrical or other energy, boarding or lodging or both, entertainment, amusement or the purveying of news or other information, but does not include the rendering of any service free of charge or under a contract of personal service;

กฎเกณฑ์ข้อบังคับที่ใช้ควบคุมการเปลี่ยนแปลงเงินตราต่างประเทศภายใต้ FEMA

นอกเหนือจากหลักทั่วไปและข้อกำหนดยกเว้นของ Reserve Bank บุคคลใดไม่สามารถกระทำการดังต่อไปนี้

- (1) ทำธุรกรรมทางการเงินระหว่างประเทศเพื่อการแลกเปลี่ยนเงินตราหรือหลักทรัพย์ให้แก่บุคคลผู้ไม่มีอำนาจตามกฎหมายนี้
- (2) ทำธุรกรรมเกี่ยวกับการชำระราคาแก่บุคคลใดๆ ที่มีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศไม่ว่ากรณีใดๆ
- (3) ทำธุรกรรมเกี่ยวกับการรับเงินหรือรับตัวแลกเปลี่ยนแทนบุคคลที่มีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ เว้นแต่จะได้กระทำผ่านผู้มีอำนาจตามกฎหมายนี้
- (4) ผู้อาศัยอยู่หรือมีภูมิลำเนาอยู่ในอินเดีย ห้ามทำธุรกรรมเกี่ยวกับการรับชำระเงินจากต่างประเทศ ไม่ว่าจะผ่านผู้มีอำนาจตามกฎหมายนี้หรือไม่ก็ตาม ถ้าไม่ผ่านขั้นตอนของการแลกเปลี่ยนเงินตราที่ถูกต้อง

Except with the general or special permission of the Reserve Bank, no person can :-

- a. deal in or transfer any foreign exchange or foreign security to any person not being an authorized person;
- b. make any payment to or for the credit of any person resident outside India in any manner;
- c. receive otherwise through an authorized person, any payment by order or on behalf of any person resident outside India in any manner;
- d. Where any person in, or resident in India receives any payment by order or on behalf of any person resident outside India through any other person (including an authorized person) without a corresponding inward remittance from any place outside India , then such person shall be deemed to have receive such payment otherwise than through the authorized;
- e. Enter into any financial transaction in India as consideration for or in association with acquisition or creation or transfer of a right to acquire, any asset outside India by any person.

(5) ทำธุรกรรมทางการเงินในอินเดียเพื่อให้ได้มาซึ่งการครอบครองทรัพย์สินและสิทธิในทรัพย์สินนอกประเทศอินเดีย

จากบทข้อบังคับ บุคคลที่อาศัยอยู่ในอินเดียไม่สามารถยึดถือ เป็นเจ้าของ เงินตราต่างประเทศ หรือโอนเงินตราออกไปนอกประเทศอินเดียได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจาก Reserve Bank อย่างไรก็ตาม บุคคลสามารถทำธุรกรรมทางการเงินระหว่างประเทศกับคนที่อยู่ในอินเดียได้ต่อเมื่อธุรกรรมนั้นเป็นธุรกรรมตามปกติ หรือ Current Account Transaction ซึ่งได้แก่ ธุรกรรมที่เกี่ยวกับการค้า การทำธุรกิจ การชำระหนี้เงินกู้ และการเลี้ยงดูครอบครัว บุตร ภรรยา

เมื่อพิจารณาถึงอำนาจของ Reserve Bank ในการกำหนดประเภทของธุรกรรมที่ต้องเข้ามาอยู่ในความควบคุมของ FEMA Act แล้ว พบว่า Reserve Bank สามารถหารือกับรัฐบาลกลางของอินเดียเพื่อกำหนด ประเภทของธุรกรรมการเงินที่จะต้องถูกควบคุม และการกำหนดมูลค่าของของการทำธุรกรรมเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างประเทศบางรายการ แต่อย่างไรก็ตาม Reserve Bank ไม่สามารถเข้าไปควบคุมธุรกรรมทางการเงินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกู้เงินหรือการลงทุนในธุรกิจในภาวะปกติ

Reserve Bank สามารถออกกฎเกณฑ์ข้อบังคับ เพื่อห้าม หรือควบคุมธุรกรรมทางการเงินดังต่อไปนี้

- (1) บุคคลในอินเดียที่ต้องการโอนเงินหรือหลักทรัพย์ไปนอกประเทศอินเดีย
- (2) บุคคลนอกอินเดียที่ต้องการโอนเงินหรือหลักทรัพย์เข้ามาในอินเดีย
- (3) การโอนเงินหรือหลักทรัพย์โดยกิจการหรือสาขาของธุรกิจที่ดำเนินงานโดยบุคคลที่อยู่นอกอินเดีย
- (4) การยืมหรือให้ยืมเงินตราต่างประเทศไม่ว่าจะนำเข้าหรือออกนอกอินเดีย

"Current Account Transaction" means a transaction other than a capital account transaction and includes:-

- i. payment due in connection with foreign trade, other current business, services, and short term banking and credit facilities in the ordinary course of business,
- ii. payments due as interest or loans and as net incomes for investments,
- iii. remittances for living expenses of parents, spouse and children residing abroad,
- iv. expenses in connection with foreign travel, education and medical care of parents, spouse and children;

- (5) การยืมหรือให้ยืมเงินสกุลรูป ไม่ว่าจะนำเข้าหรือออกนอกประเทศอินเดีย
- (6) การทำธุรกรรมเกี่ยวกับการโอนเงินผ่านธนาคารระหว่างบุคคลในอินเดียและบุคคลนอกอินเดีย
- (7) การนำเข้าหรือส่งออกเงินตราหรือธนบัตร
- (8) การที่บุคคลในอินเดียให้เคลื่อนย้ายทรัพย์สินออกนอกอินเดียและให้บุคคลที่อยู่นอกอินเดียเข้าซื้อเป็นเวลาไม่เกินห้าปี
- (9) การที่บุคคลนอกอินเดียเคลื่อนย้ายทรัพย์สินเข้ามาในอินเดียและให้บุคคลในอินเดียเข้าซื้อเป็นเวลาไม่เกินห้าปี
- (10) การรับประกันหนี้ของบุคคลที่มีภูมิลำเนาในอินเดียที่มีต่อบุคคลที่มีภูมิลำเนานอกอินเดีย หรือการรับประกันหนี้ของบุคคลที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกอินเดีย

จากบทบัญญัติข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่า แม้ว่า FEMA Act จะไม่อนุญาตให้บุคคลในอินเดียทำธุรกรรมที่เกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ แต่บุคคลในอินเดีย สามารถรับเงิน หลักทรัพย์ หรือทรัพย์สินที่โอนจากนอกประเทศเข้ามาในอินเดีย รวมทั้งการรับมรดก เท่าที่ Reserve Bank ได้วางขอบเขตเอาไว้ โดยจะมีการควบคุมในเรื่องประเภทของธุรกรรมทางการเงินที่ทำได้ และในเรื่องของมูลค่าสูงสุดของธุรกรรมทางการเงินที่ทำได้

บุคคลผู้มีอำนาจในการทำธุรกรรมเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงิน (Authorized Person)

Reserve Bank จะทำการกำหนดประเภทของบุคคลที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายที่จะทำธุรกรรมเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินตราและหลักทรัพย์ระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็น authorized cash dealer, money changer หรือ off-shore banking unit หรือธุรกิจการเงินอื่นในทำนองเดียวกันนี้ อย่างไรก็ตาม Reserve Bank สามารถเพิกถอนการอนุญาตได้เมื่อพบว่าสถาบันการเงินดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขภายใต้บทบัญญัติของ FEMA Act

ดังนั้น การทำธุรกรรมทางการเงินเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ ไม่ว่าจะกระทำโดยบุคคลใดหรือหน่วยงานใด ภายใต้การบังคับของกฎหมาย FEMA Act ธุรกิจเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินเหล่านั้นจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ Reserve Bank ได้กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด ถ้าธุรกิจแลกเปลี่ยนเงินเหล่านั้นกระทำการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของกฎหมาย FEMA จะต้องได้รับโทษอาญาโดยการปรับ 5,000 รูปีต่อวัน และรวมค่าปรับทั้งหมดอาจมีมูลค่าสูงสุดถึงสองล้านรูปี และถ้าธุรกิจแลกเปลี่ยนเงินที่ไม่ชำระค่าปรับภายใน 90 วันนับตั้งแต่วันที่ที่มีหมายศาลไปถึง จะต้องถูกจำคุก

นอกจากนั้น ทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำฝ่าฝืนบทบัญญัติของ FEMA ดังกล่าว สามารถยึดอายัดได้ทั้งทรัพย์สินที่อยู่ในอินเดียและอยู่นอกอินเดีย ในกรณีที่พบว่าผู้นั้นมีทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดอยู่นอกประเทศ รัฐบาลอินเดียสามารถบังคับให้นำทรัพย์สิน เช่นว่านั้นกลับมาที่อินเดียเพื่อดำเนินการตามกฎหมายได้ ทรัพย์สินดังกล่าวอาจเป็นได้ทั้งเงินสด ตราสารต่างๆ หลักทรัพย์ หรือทรัพย์สินประเภทอื่นที่เป็นผลพลอยได้จากการกระทำความผิด

การรวบรวมพยานหลักฐานภายใต้กฎหมาย FERA

พยานเอกสารที่เกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางการเงินที่เจ้าหน้าที่สามารถบังคับเอามาได้ ได้แก่ เอกสารใดๆ ที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดได้ทำขึ้น โดยมีความเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย FERA และกฎหมายอื่นๆ หรือเอกสารใดๆ ที่ถูกส่งมาจากนอกประเทศอินเดีย และมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามกฎหมายดังกล่าว

แม้ว่าโหยก๊ว (Hawala / Chitty Chitty) จะเป็นธุรกรรมทางการเงินที่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศอินเดีย แต่รัฐบาลอินเดียได้ออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อเข้ามาควบคุมมิให้มีการใช้โหยก๊วเพื่อกิจการที่ผิดกฎหมาย อันได้แก่กฎหมาย Foreign Monetary Exchange Act (FEMA) เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ในการแลกเปลี่ยนเงิน และเข้าไปควบคุมการใช้โหยก๊วในกิจกรรมต่างๆ (Chit Funds) ให้เข้ามาอยู่ในความดูแลของรัฐ และยังมีมาตรการของธนาคารกลางของอินเดีย (Reserve Bank) เพื่อเข้าไปควบคุมธุรกรรมทางการเงินประเภท Authorized Cash Dealer, Money Changer และ Offshore Banking Unit มิให้มีการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการใช้โหยก๊วเพื่อการฟอกเงินเกิดขึ้นในธุรกิจเงินนอกระบบเหล่านั้น

Where any document :-

- a. is produced and furnished by any person or has been seized from the custody or control of any person, in either case, under his act or under any other law; or
- b. has been received from any place outside India (duly authenticated by such authority or person and in such manner as may be prescribed) In the course of investigation of any contravention under this Act alleged to have been committed by any person

3.8 สถานการณ์ปัจจุบันของประเทศอื่นๆ ในการปราบปรามการฟอกเงินและการใช้ โปยก๊วน

3.8.1 กฎหมายปราบปรามการฟอกเงินของอิตาลี

ในประเทศอิตาลี มีกฎหมายแนวทางป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (Anti-Money Laundering Initiative Act No.197 of 1991) ได้วางมาตรการเกี่ยวกับการตรวจสอบธุรกรรมทางการเงินทุกชนิด และมาตรการในการทำรายงานธุรกรรมทางการเงินให้แก่รัฐ โดยกฎหมายนี้ได้ห้ามมิให้มีการเคลื่อนย้ายเงินข้ามประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเงินสดหรือเป็นตราสารทางการเงินใดๆ เกินมูลค่า 20 ล้านลิรา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นการเฉพาะราย โดยจะต้องแสดงข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ทำธุรกรรมด้วย ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวให้นำไปใช้กับการทำธุรกรรมทางการเงินในธนาคารพาณิชย์ ธุรกรรมระหว่างบริษัทข้ามชาติ (Offshore Company) และบ่อนการพนัน (Casino)

อย่างไรก็ตาม จากรายงานของอิตาลีพบว่า คนต่างชาติที่เข้าไปทำงานในอิตาลีได้เครือข่ายของการให้บริการเงินนอกระบบดังกล่าวในการส่งเงินไปประเทศบ้านเกิดของตนด้วย ทั้งที่มาจากยุโรปตะวันออก อาฟริกา และเอเชีย และลักษณะของการเคลื่อนย้ายเงินบางประการยังไม่อยู่ในความควบคุมภายใต้กฎหมายอิตาลี

3.8.2 กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินของประเทศฝรั่งเศส

เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศภาคีสมาชิกของสหภาพยุโรป หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามการฟอกเงินก็จะเป็นหน่วยงานของสหภาพยุโรป ซึ่งได้แก่ FATF และ Interpol จากรายงานของหน่วยงานปราบปรามการฟอกเงินของฝรั่งเศส (Tracfin) มีการตรวจพบเครือข่ายของธนาคารใต้ดินอยู่หลายคดี โดยเฉพาะธุรกรรมทางการเงินนอกระบบที่ฝรั่งเศสทำกับอัลจีเรีย และธุรกรรมบางส่วนที่ทำกับตุรกีและปากีสถาน โดยประเภทของการทำธุรกรรมเงินนอกระบบมีทั้ง Bureaux de Change, Insurance Products และระบบแชร์ลูกโซ่

มาตรการที่รัฐบาลฝรั่งเศสใช้เป็นหลักในการปราบปรามการใช้โปยก๊วนในประเทศก็ได้แก่ Money Laundering Typologies Exercise ของ FATF และรายงาน Underground Banking ของ Interpol

3.8.3 กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินของสหราชอาณาจักร

หน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้แก่ Cabinet Office Performance and Innovation Unit (PIU) และรายงานที่วางแนวทางในการปราบปรามการฟอกเงินก็ได้แก่ Report on Recovering Proceed of Crimes ในรายงานนี้ได้รายงานสถานการณ์การประกอบอาชญากรรมทางการเงินที่เกิดขึ้นในเกาะอังกฤษ และหมุนเวียนเอกสารให้ทุกหน่วยงานได้อ่านเพื่อแสดงความคิดเห็น สำหรับมาตรการควบคุมด้านภาษี จะมีหน่วยงาน National Confiscation Agency เป็นผู้รับผิดชอบ

เครือข่ายของการใช้โพยก๊วนในประเทศอังกฤษยังเป็นธุรกรรมที่ยังไม่อยู่ภายใต้การควบคุมกฎหมายฟอกเงินของอังกฤษ โดยการเคลื่อนย้ายเงินผ่านเครือข่ายของโพยก๊วนส่วนใหญ่จะดำเนินการโดยชุมชนชาวต่างชาติที่ตั้งรกรากอยู่ในอังกฤษ ซึ่งได้แก่ชาวอินเดีย ปากีสถาน และชาวจีน และจากการตรวจสอบพบว่าได้มีการใช้โพยก๊วนในอังกฤษเพื่อการฟอกเงินเป็นสำคัญ และหน่วยงานศุลกากรของอังกฤษ HM Customs Agency พบว่ามีเครือข่ายการใช้โพยก๊วนในการค้ายาเสพติดระหว่างอังกฤษกับเนเธอร์แลนด์ และในอนาคตอันใกล้ International Revenue Service จะออกกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางภาษีเพื่อป้องกันกระบวนการของการใช้โพยก๊วน ซึ่งคาดว่าจะนำแบบอย่างการทำงานของประเทศออสเตรเลียมาใช้

3.8.4 กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินของประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดาได้ออกกฎหมายใหม่เกี่ยวกับเรื่องการปราบปรามการฟอกเงิน ได้แก่ The Proceed of Crime (Money Laundering Act 2000) กฎหมายฉบับนี้บังคับให้สถาบันการเงินทุกแห่งต้องรายงานธุรกรรมที่น่าสงสัย (Suspicious Activities Report) ซึ่งแต่เดิมมีได้บังคับ การรายงานแล้วแต่ความสมัครใจของสถาบันการเงิน และหน่วยงานที่รับรายงานดังกล่าวได้แก่ Financial Transactions and Reports Analysis Center of Canada (FinTRAC)

อาชญากรรมทางการเงินในแคนาดาจะแตกต่างกันระหว่างแคนาดาตะวันตกและแคนาดาตะวันออก โดยแคนาดาตะวันออกจะมีเครือข่ายอาชญากรรมทางการเงินเกี่ยวโยงกับประเทศในยุโรป ส่วนแคนาดาตะวันตกจะมีเครือข่ายเกี่ยวโยงกับประเทศในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก

สำนักงานตำรวจของแคนาดา The Royal Canadian Mounted Police ได้สืบสวนสอบสวนพบบริการเงินนอกระบบและธนาคารใต้ดินในกรุงโตรอนโต โดยพวกละตินอเมริกัน

และพวกแคร์เบียนที่เข้ามาทำงานในแคนาดาจะส่งเงินทางโพยก๊วนกลับไปให้ครอบครัวและญาติมิตรที่ประเทศบ้านเกิด ส่วนในเมืองแวนคูเวอร์ จะพบชาวเวียดนามใช้โพยก๊วนส่งเงินไปประเทศของตน ระบบเครือข่ายการใช้โพยก๊วนในแคนาดามีความเกี่ยวโยงกับเครือข่ายโพยก๊วนในภูมิภาคอื่นๆเป็นอันมาก

ทุกวันนี้ สถานให้บริการเงินนอกระบบยังไม่ถูกกฎหมายบังคับให้มาจดทะเบียนเป็นผู้ประกอบการ แต่ในอนาคต รัฐบาลแคนาดาจะแก้ไขกฎหมายให้สถาบันการเงินนอกระบบต้องจดทะเบียนภายใต้กฎหมาย Proceed of Crime Act โดย FinTRAC จะเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการจดทะเบียน

3.8.5 กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินในฮ่องกง

หน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการปราบปรามการฟอกเงินในฮ่องกง ได้แก่ Joint Financial Intelligence Unit (JFIU) เป็นหน่วยงานที่ประสานงานระหว่างตำรวจฮ่องกงและศุลกากร ในการตรวจสอบธุรกรรมที่น่าสงสัยว่าจะเป็นการฟอกเงินภายใต้กฎหมาย The Organized and Serious Crimes Ordinance (OSCO) 1995

จากรายงานของสำนักงานตำรวจฮ่องกงพบแหล่งให้บริการโพยก๊วนที่มีชื่อเรียกว่า "Unlicensed Remittance Centres : URCs" ในปี 1997 ตำรวจได้สืบสวนสอบสวนสถาบันการเงินนอกระบบ 78 แห่ง และพบว่าสถาบันการเงินเหล่านี้ได้มีการลักลอบนำเงินออกนอกประเทศเป็นจำนวนไม่ต่ำกว่าหนึ่งล้านเหรียญฮ่องกงต่อเดือน โดยเครือข่ายการใช้โพยก๊วนของฮ่องกงจะเกี่ยวโยงกับประเทศต่างๆ เช่น จีน ไต้หวัน และมาเก๊า

นอกจากนี้ยังพบว่า ตำรวจฮ่องกงยังมีมาตรการที่ไม่เคร่งครัดในเรื่องการตรวจสอบข้อมูลของลูกค้าสถาบันการเงินและการบังคับให้สถาบันการเงินทำรายงานธุรกรรมทางการเงินให้แก่รัฐ ด้วยเหตุนี้ ทำให้มีการโอนเงินผ่าน Unlicensed Remittance Centre เพื่อวัตถุประสงค์ในการฟอกเงินจำนวนมาก

เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2000 ฮ่องกงได้ออกกฎหมาย Remittance Agents and Money Changers Law (RA&MC) เป็นมาตรการที่เพิ่มเติมจากการแก้ไขเพิ่มเติม The Organized and Serious Crimes Ordinance 2000 กฎหมายใหม่นี้จำกัดความคำว่า Remittance Agent หรือสถานให้บริการเงินนอกระบบไว้ว่า เป็นบุคคลที่ให้บริการส่งเงินจากฮ่องกง หรือรับเงินที่ส่ง

มายังฮ่องกง ในรูปแบบของธุรกิจ กฎหมายบังคับให้ผู้ให้บริการเงินนอกระบบต้องกระทำการดังต่อไปนี้

- (a) จดทะเบียนผู้ประกอบการกับรัฐบาลฮ่องกง โดยสถานบริการเงินนอกระบบที่มีอยู่แล้วต้องจดทะเบียนภายใน 1 กันยายน 2000 ส่วนสถานบริการเงินนอกระบบที่ตั้งขึ้นใหม่ต้องจดทะเบียนภายใน 1 เดือนนับจากวันที่ก่อตั้ง
- (b) ธุรกิจการเงินใดๆที่มีมูลค่าตั้งแต่ 20,000 เหรียญฮ่องกง จะต้อง
 - (i) จะต้องทำรายงานแสดงข้อมูลผู้ทำธุรกรรม
 - (ii) สถาบันการเงินจะต้องเก็บข้อมูลการทำธุรกรรมของลูกค้า
 - (iii) จะต้องเก็บข้อมูลเช่นว่านั้นติดต่อกันอย่างน้อย 6 ปี

ด้วยเหตุนี้ กฎเกณฑ์ที่ออกโดย JFIU ดังกล่าวมีผลบังคับให้ Remittance Agent ต้องให้ความสำคัญกับการทำรายงานธุรกรรมทางการเงินที่ต้องสงสัย (SAR) ภายใต้การควบคุมดูแลของกฎหมาย OSCO 1995

หน่วยงานที่รับผิดชอบในการจดทะเบียนสถาบันการเงินในขณะนั้นคือ สำนักงานตำรวจฮ่องกง เมื่อวันที่ 31 สิงหาคม 2000 มีแหล่งเงินนอกระบบและสถานรับแลกเปลี่ยนเงินตรา (RA&MC) เข้ามาจดทะเบียนทั้งสิ้นจำนวน 153 ราย และเพิ่มเป็น 385 รายเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2001 นอกจากนั้น ตำรวจฮ่องกงยังใช้มาตรการเข้าตรวจสอบสถาบันการเงินที่จดทะเบียนโดยไม่ต้องมีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า จากการตรวจสอบพบว่ามีสถาบันการเงิน 2 แห่งที่ไม่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมาย

หลังจากที่กฎหมายนี้ใช้บังคับเมื่อ 1 มิถุนายน 2000 มีการแจ้งธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัยทั้งสิ้น 6 ราย แต่รัฐบาลฮ่องกงมีความเชื่อมั่นว่า มาตรการนี้มีประสิทธิภาพในการควบคุมและปราบปรามการฟอกเงินโดยผ่านสถาบันการเงินนอกระบบทั้งหลายเป็นอย่างดี และในวันนี้พบว่าขบวนการฟอกเงินได้ย้ายฐานออกไปบริเวณประเทศใกล้เคียงฮ่องกงแล้ว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย