



บทที่ 3

อนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997

อนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997 (OECD Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions 1997) เป็นสนธิสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการปราบปรามการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศเพียงฉบับเดียว จัดทำขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development ,OECD) โดยประเทศสมาชิกของโออีซีดีทั้งหมดได้เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ นอกจากนี้รัฐภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ยังประกอบด้วยประเทศที่มีได้เป็นสมาชิกของโออีซีดีอีกหลายประเทศ

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้กำหนดทั้งหน้าที่และสิทธิแก่รัฐภาคีของอนุสัญญา ซึ่งรัฐภาคีมีความผูกพันที่ต้องนำไปอนุวัติการเป็นกฎหมายภายใน อย่างไรก็ตามในการศึกษาสิทธิและหน้าที่ของรัฐภาคี ซึ่งเป็นกลไกในการปราบปรามการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ จำเป็นต้องทราบถึงแนวคิดในการจัดทำอนุสัญญาและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ว่ากลไกตามอนุสัญญามุ่งที่จะบังคับใช้กับกรณีใดบ้าง

นอกจากนี้ รัฐภาคียังต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของโออีซีดี (ฉบับแก้ไข) ในเรื่องการทำจัดให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997 ในส่วนของมาตรการทางภาษีอีกด้วย

ดังนั้น การศึกษาสาระสำคัญของอนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997 จึงแยกพิจารณาออกเป็น 7 เรื่อง

- แนวคิดในการจัดทำอนุสัญญา
- วัตถุประสงค์ของอนุสัญญา
- สิทธิและหน้าที่ของรัฐภาคี
- กระบวนการอื่นตามอนุสัญญา
- หน่วยงานตรวจสอบการบังคับใช้อนุสัญญา
- สภาพการบังคับใช้อนุสัญญา
- คำแนะนำของโออีซีดี(ฉบับแก้ไข)ในส่วนของหน้าที่ของรัฐภาคีในการใช้มาตรการทางภาษี

3.1 แนวคิดในการจัดทำอนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997

อนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997 เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดจากแนวคิดที่ต้องการให้ประเทศที่พัฒนาแล้วลงโทษบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในประเทศของตนทั้งตามหลักสัญชาติและหลักถิ่นที่อยู่ ที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการลงทุนข้ามชาติ ในกรณีที่บุคคลหรือนิติบุคคลดังกล่าวให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐของประเทศกำลังพัฒนาเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจของตน¹

แนวคิดในการจัดทำอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายลักษณะการทุจริตในต่างประเทศ ค.ศ.1977 (Foreign Corruption Practice Act 1977) ซึ่งเป็นกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาและนโยบายในเรื่องการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศของโออีซีดีก่อนปี ค.ศ.1997

ในช่วงเวลาก่อนปี ค.ศ.1977 การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายในการค้าระหว่างประเทศ โดยผู้กระทำความผิดจะเป็นนักลงทุนจากประเทศพัฒนาแล้ว ซึ่งช่วงเวลานั้นการกระทำลักษณะนี้จะไม่เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในของประเทศที่นักลงทุนมีสัญชาติ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่นักลงทุนมีสัญชาติไทยให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐของประเทศ ก. ความผิดฐานให้สินบนเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย มาตรา 144 นั้น องค์ประกอบภายนอกในส่วนของเจ้าหน้าที่รัฐนั้น ไม่รวมถึงเจ้าหน้าที่รัฐของประเทศอื่นด้วย ทำให้การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐของประเทศ ก.ไม่ เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายไทย เป็นต้น ในทางตรงกันข้ามแม้ว่าประเทศที่เจ้าหน้าที่รัฐมีสัญชาติจะได้รับความเสียหายและมีเขตอำนาจศาลในการลงโทษผู้ให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐของตน แต่เนื่องจากการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศจะมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติ กล่าวคือ ผู้ให้สินบนมิได้อยู่ภายในดินแดนของประเทศที่ได้รับความเสียหาย ทำให้ไม่สามารถจับกุมตัวผู้ให้สินบนมาดำเนินคดีได้ ดังนั้น นักลงทุนจากประเทศที่พัฒนาแล้วจึงอาศัยช่องว่างใน ส่วนนี้กระทำความผิดโดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายภายในของประเทศที่ได้รับความเสียหายกัน อย่างไม่แพร่หลาย

¹ Theodore H. Moran, "How Multinational Investors Evade Developed Country Laws," Center for global development Working Paper Number 79 (กุมภาพันธ์ 2549): 2

เมื่อกฎหมายลักษณะการทุจริตในต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา มีผลบังคับใช้ใน ปี ค.ศ.1977 ทำให้สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่มีการกำหนดความผิดทางอาญาในเรื่องนี้ โดยมีสาระสำคัญ คือ ห้ามมิให้บุคคลหรือนิติบุคคลที่มีสัญชาติสหรัฐอเมริกาจ่ายเงินที่เกี่ยวข้องกับการคอร์รัปชันแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ โดยผู้ที่กระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้อาจได้รับโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี

อย่างไรก็ตามกฎหมายลักษณะการทุจริตในต่างประเทศไม่สามารถบังคับใช้กับนักลงทุนของประเทศอื่นได้ จึงทำให้นักลงทุนของสหรัฐอเมริกาที่ประกอบธุรกิจระหว่างประเทศสูญเสียผลประโยชน์อย่างมากเพราะไม่สามารถแข่งขันทางธุรกิจกับนักลงทุนจากประเทศอื่น ซึ่งให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติได้ เช่น ในปี ค.ศ.1976 ลำดับของประเทศที่ประกอบธุรกิจก่อสร้างระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกาอยู่ที่ลำดับ 1 แต่ในปี ค.ศ.1977 ลำดับลดลงมาอยู่ที่ 15 เป็นต้น²

เนื่องจากการสูญเสียผลประโยชน์ให้แก่ประเทศคู่แข่ง เช่น อังกฤษ หรือฝรั่งเศส เป็นต้น ทำให้รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาเริ่มกระบวนการเพื่อพิจารณาแก้กฎหมายฉบับนี้ในปี ค.ศ.1988 โดยเพิ่มข้อยกเว้นในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ คือ กรณีที่การจ่ายเงินให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐซึ่งไม่ผิดกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ กรณีการจ่ายเงินเพื่อการสนับสนุนหรือการสาทิตหรือการอธิบายผลิตภัณฑ์และบริการ กรณีการจ่ายเงินเพื่อยกเลิกหรือปฏิบัติตามสัญญาที่ทำกับรัฐบาลต่างชาติและกรณีการจ่ายเงินเพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติปฏิบัติตามหน้าที่ประจำของตน (routine governmental action) ซึ่งไม่เกี่ยวกับการใช้ดุลยพินิจอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้เอกชนประกอบธุรกิจ นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกายังได้เสนอให้โออีซีดีริเริ่มจัดทำอนุสัญญาเพื่อปราบปรามการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างนักลงทุนในธุรกิจระหว่างประเทศ

หากพิจารณาถึงบทบาทของโออีซีดีในเรื่องนี้แล้ว นับตั้งแต่ปี ค.ศ.1976 โออีซีดีเริ่มเห็นความสำคัญของปัญหาการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศด้วยการออก "คู่มือสำหรับบริษัทข้ามชาติ" หลังจากนั้นในปี ค.ศ.1989 โออีซีดีได้ตั้ง "คณะทำงานเพื่อศึกษาการจ่ายเงินที่ผิดกฎหมายของบริษัทข้ามชาติ" ซึ่งได้ดำเนินการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกโออีซีดีเพื่อศึกษาแนวทางในการใช้มาตรการทางกฎหมายในการจัดการกับปัญหาการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ โดยในระยะแรกประเทศสมาชิกโออีซีดีได้ให้ความร่วมมือในการกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในระดับต่ำเพราะแม้ว่าการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องห้ามตามกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกอยู่แล้ว แต่นักการเมืองในประเทศสมาชิกโออีซีดีกลับไม่เห็นความ

² Jason M. Freeman, "The razor's edge in cafta's bribery provision: Is the u.s. really concerned about eliminating corruption?," *Southwestern Law School* (2549): 3

จำเป็นที่จะต้องจัดการกับบริษัทข้ามชาติของตนซึ่งให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ นอกจากนี้ประเทศสมาชิกโออีซีดีหลายประเทศยังอนุญาตให้บริษัทข้ามชาติของตนนำรายจ่ายที่เกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติมาใช้หักลดหย่อนภาษีเงินได้นิติบุคคลภายในประเทศอีกด้วย

ในปี ค.ศ.1994 โออีซีดีได้ออกคำแนะนำแก่ประเทศสมาชิกโออีซีดี โดยมีสาระสำคัญให้ประเทศสมาชิกจัดการกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อธุรกิจระหว่างประเทศ แม้ว่าคำแนะนำนี้จะไม่มีผลผูกพันแก่ประเทศสมาชิกโออีซีดี แต่ก็เป็นการแสดงเจตนารมณ์ให้ภาครัฐและภาคเอกชนในประเทศสมาชิกโออีซีดีเห็นว่าการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติเป็นการกระทำที่ผิดวัตถุประสงค์ของโออีซีดี ต่อมาในปี ค.ศ.1997 โออีซีดีได้มีการแก้ไขคำแนะนำดังกล่าว (the 1997 Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery in International Business Transactions) โดยมีสาระสำคัญห้ามมิให้นำรายจ่ายที่เกี่ยวข้องกับการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศมาใช้ลดหย่อนภาษีเงินได้ตามกฎหมายภาษีของประเทศสมาชิกโออีซีดี

อย่างไรก็ตามในระหว่างเดือนมิถุนายนถึงเดือนสิงหาคม ค.ศ.1997 ร่างของอนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศฉบับแรกก็ได้รับการจัดทำขึ้นโดยประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี สหรัฐอเมริกาและเลขาธิการโออีซีดี ต่อมาประเทศสมาชิกโออีซีดีจึงได้ลงนามในอนุสัญญาฉบับนี้ในวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ.1997 ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้เริ่มมีผลใช้บังคับต่อรัฐภาคีในวันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 ซึ่งเป็นเวลา 60 วันหลังจากประเทศแคนาดาในฐานะประเทศที่มีสัดส่วนการส่งออกอยู่ในสิบอันดับแรกของโลกได้ส่งเอกสารการให้สัตยาบัน³ตามมาตรา 15 ของอนุสัญญาฉบับนี้

นอกจากอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้แล้ว อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ยังเป็นสนธิสัญญาอีกฉบับหนึ่งที่กล่าวถึงการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ แต่อนุสัญญาสหประชาชาติฉบับนี้มีได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ แต่ครอบคลุมถึงการคอร์รัปชันทุกประเภททั้งภาครัฐและภาคเอกชนประกอบกับมีสภาพการบังคับใช้น้อย ดังนั้น ในการศึกษามาตรการปราบปรามการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศนั้น อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงมีคุณค่ามากกว่าอนุสัญญาสหประชาชาติดังกล่าว นอกจากนี้ยังมีกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามคอร์รัปชันอีก 3 ฉบับ คือ อนุสัญญาอินเตอร์อเมริกันเพื่อต่อต้านการคอร์รัปชัน (The Inter-American Convention against Corruption) อนุสัญญาสหภาพยุโรปในเรื่องกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการคอร์รัปชัน (The Criminal Law

³ Juscelino F. Colares, "The Evolving Domestic and International Law against foreign corruption: some new and old dilemmas facing the international lawyer," *J.D., Cornell Law School* (2003): 19.

Convention on Corruption) และอนุสัญญาสหภาพแอฟริกาเพื่อป้องกันและกำจัดการคอร์รัปชัน (The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption) ซึ่งอนุสัญญาเหล่านี้มีใช้อนุสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศแต่อย่างใด

3.2 วัตถุประสงค์ของอนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997

วัตถุประสงค์ของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ คือ การลงโทษผู้ให้สินบนที่มีศักยภาพสูงในธุรกิจระหว่างประเทศ เพราะหากผู้แข่งขันรายใหญ่ในธุรกิจระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐแล้ว การคอร์รัปชันของเจ้าหน้าที่รัฐก็ยากที่จะเกิดขึ้นได้ ดังนั้น อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงมีส่วนสำคัญในการส่งเสริมนโยบายการค้าเสรี ซึ่งเป็นนโยบายสำคัญประการหนึ่งของโออีซีดี

ภายหลังการล่มสลายของอดีตสหภาพโซเวียตและการเปิดตลาดทางการค้าของประเทศยุโรปตะวันออก การให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐได้กลายเป็นอุปสรรคสำคัญของการค้าเสรีในรูปแบบที่มีไขอุปสรรคทางภาษี โดยธนาคารโลกได้ประเมินว่าในแต่ละปีมีการจ่ายเงินสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐประมาณ 10,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ⁵

จากวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ ทำให้การให้สินบนตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงต้องเป็นการให้สินบนข้ามชาติและเป็นการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติเท่านั้น โดยโออีซีดีเห็นว่า การให้สินบนที่ผู้กระทำความผิดและเจ้าหน้าที่รัฐมีสัญชาติเดียวกันเป็นปัญหาการคอร์รัปชันภายในของรัฐนั้นๆ ซึ่งโออีซีดีจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องด้วย

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงมุ่งหมายที่จะลงโทษผู้ให้สินบน ทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล⁶ แต่จำกัดเฉพาะการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้นโดยไม่รวมถึงการให้สินบนในภาคเอกชนและมีได้กำหนดให้ลงโทษเจ้าหน้าที่รัฐผู้รับสินบนด้วยเพราะผู้ร่างอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ต้องการให้เกิดปัญหาเรื่องความทับซ้อนของเขตอำนาจศาลระหว่างรัฐภาคี⁷

⁴ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 23.

⁵ OECD, *OECD Working Group on Bribery Annual Report 2007* (France: OECD publication, 2550). หน้า 15.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

⁷ Indira Carr, "Strategic Improvements in the fight against corruption in international business transaction," *Journal of Business Law* (2549): 5.

3.3 สิทธิและหน้าที่ของรัฐภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐภาคี โดยถือหลักว่าระบบกฎหมายของแต่ละประเทศมีหลักการเป็นของตัวเอง ดังนั้น รัฐภาคีจึงไม่จำเป็นที่จะต้องใช้รูปแบบกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมายให้เหมือนกันทุกรัฐในการอนุวัติการอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ ดังนั้น หน่วยงานตรวจสอบจึงใช้วิธีการประเมินผลการบังคับใช้กฎหมายของรัฐภาคีที่เกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์ว่ารัฐภาคีได้อนุวัติการอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ครบถ้วนแล้วหรือไม่⁸

สาระสำคัญของอนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997 ประกอบด้วย เนื้อหาทางอาญา และเนื้อหาที่ไม่เกี่ยวข้องกับทางอาญา โดยสาระสำคัญของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้มีหลายประการด้วยกัน แต่หลักสำคัญได้แก่ การกำหนดให้การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของรัฐภาคี ความรับผิดของนิติบุคคลต่อการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศและการยึดทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

อนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997 ประกอบด้วย 17 มาตรา ดังนี้

- มาตรา 1 กำหนดให้รัฐภาคีกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามกฎหมายภายในของตน
- มาตรา 2 กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดความรับผิดของนิติบุคคลในการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามกฎหมายภายในของตน
- มาตรา 3 การกำหนดบทลงโทษตามกฎหมายภายใน
- มาตรา 4 การใช้เขตอำนาจศาลของรัฐภาคี
- มาตรา 5 การบังคับใช้กฎหมายภายใน
- มาตรา 6 ข้อจำกัดเรื่องอายุความตามกฎหมายภายใน
- มาตรา 7 มาตรการเกี่ยวกับการฟอกเงิน

⁸ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 27.

มาตรา 8 มาตรการทางบัญชี

มาตรา 9 การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย

มาตรา 10 การส่งผู้ร้ายข้ามแดน

มาตรา 11 หน่วยงานภายในของรัฐภาคีที่มีหน้าที่ตามอนุสัญญา

มาตรา 12 กลไกการตรวจสอบการบังคับใช้อนุสัญญา

มาตรา 13 การเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา

มาตรา 14 การให้สัตยาบัน

มาตรา 15 การบังคับใช้อนุสัญญา

มาตรา 16 การแก้ไขอนุสัญญา

มาตรา 17 การออกจากภาคีของอนุสัญญา

จากการศึกษาอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้และเอกสารอธิบายความอนุสัญญา (Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Officials in International Business Transactions) ซึ่งจัดทำขึ้นโดยโออีซีดี ผู้เขียนจึงจัดกลุ่มเนื้อหาสาระสำคัญของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ เพื่อศึกษาแนวทางการอนุวัติการอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ตามกฎหมายไทย แยกออกเป็น

- หน้าที่ในการกำหนดความผิดอาญา
- หน้าที่ในการใช้เขตอำนาจศาล
- หน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย
- หน้าที่ในการใช้มาตรการส่งเสริมประสิทธิภาพในการปราบปราม
- สิทธิในการใช้กระบวนการส่งเสริมประสิทธิภาพในการปราบปราม

3.3.1 ตารางแสดงสิทธิและหน้าที่ของรัฐภาคี

ตารางแสดงสิทธิและหน้าที่ของรัฐภาคีด้านล่างจะแสดงให้เห็นถึงสิทธิที่รัฐภาคีตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้รับจากการเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาและแสดงให้เห็นถึงหน้าที่ของรัฐภาคีในการอนุวัติการอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้

ตารางแสดงสิทธิและหน้าที่ของรัฐภาคี

| สิทธิของรัฐภาคี | | | หน้าที่ของรัฐภาคี | | |
|---|--------------------------------|--|--|--|---|
| สาระสำคัญ | บทบัญญัติของอนุสัญญา | สาระสำคัญในเอกสารอธิบายความอนุสัญญา (Commentaries) | สาระสำคัญ | บทบัญญัติของอนุสัญญา | สาระสำคัญในเอกสารอธิบายความอนุสัญญา (Commentaries) |
| <p>1. สิทธิในการใช้กระบวนการส่งเสริมประสิทธิภาพในการปราบปราม</p> <p>(ก) สิทธิการขอให้รัฐภาคีอื่นให้การช่วยเหลือทางกฎหมาย</p> <p>(ข) สิทธิการขอให้รัฐภาคีอื่นส่งผู้ร้ายข้ามแดน</p> | <p>มาตรา 9</p> <p>มาตรา 10</p> | <p>ข้อที่ 30 – 32</p> <p>ข้อที่ 33</p> | <p>1. หน้าที่กำหนดความผิดอาญา</p> <p>2. หน้าที่ในการใช้เขตอำนาจศาล</p> <p>3. หน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย</p> <p>4. หน้าที่ในการใช้มาตรการส่งเสริมประสิทธิภาพในการปราบปราม</p> <p>(ก) มาตรการปราบปรามการฟอกเงิน</p> <p>(ข) มาตรการกำหนดหน้าที่ด้านบัญชีแก่นิติบุคคล</p> <p>5. หน้าที่ในการใช้มาตรการทางภาษีตามคำแนะนำไออีซีดี</p> | <p>มาตรา 1, 2, 3</p> <p>มาตรา 4</p> <p>มาตรา 5, 6</p> <p>มาตรา 7</p> <p>มาตรา 8</p> <p>-</p> | <p>ข้อที่ 3 – 24</p> <p>ข้อที่ 25 – 26</p> <p>ข้อที่ 27</p> <p>ข้อที่ 28</p> <p>ข้อที่ 29</p> <p>ข้อที่ 4</p> |

3.3.2 หน้าที่ของรัฐภาคี

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้กำหนดหน้าที่ของรัฐภาคีที่จะต้องดำเนินการอนุวัติการไว้หลายประการ ประกอบด้วย รัฐภาคีต้องกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ รัฐภาคีต้องใช้เขตอำนาจตามที่อนุสัญญากำหนด รัฐภาคีต้องบังคับใช้กฎหมายและรัฐภาคีต้องใช้มาตรการส่งเสริมประสิทธิภาพในการปราบปราม นอกจากนี้ยังปรากฏหน้าที่รัฐภาคีตามคำแนะนำของโออีซีดี (ฉบับแก้ไข) ในการกำจัดการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศในส่วนของมาตรการทางภาษีอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม หากรัฐภาคีซึ่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติข้างต้นไม่ดำเนินการปฏิบัติ รัฐภาคีดังกล่าวจะถูกตรวจสอบโดยคณะทำงานโออีซีดีเกี่ยวกับการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งมีฐานะเป็นหน่วยงานตรวจสอบตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ โดยคณะทำงาน ดังกล่าวจะออกเอกสารเพื่อให้ความเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐภาคี

3.3.2.1 หน้าที่ในการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

การปราบปรามการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศจำเป็นต้องอาศัยกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการลงโทษผู้กระทำความผิดควบคู่กับการป้องปรามผู้ที่คิดจะกระทำความผิด ดังนั้น รัฐภาคีจึงมีหน้าที่ในการกำหนดฐานความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ความรับผิดและโทษของผู้ให้สินบนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลนั้น อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้วางหลักการไว้แตกต่างกัน ดังนั้นผู้เขียนจึงแยกศึกษาในประเด็นดังต่อไปนี้

- ฐานความผิดอาญา
- ความรับผิดและโทษของบุคคลธรรมดา
- ความรับผิดและโทษของนิติบุคคล

3.3.2.1.1 ฐานความผิดอาญา

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้กำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องกำหนดฐานความผิดอาญาเพื่อลงโทษบุคคลที่กระทำการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 ข้อที่ 1 แต่อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ก็ได้กำหนดรูปแบบของกฎหมายภายในไว้หรือบังคับให้ต้องนำถ้อยคำในอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของตนโดยเคร่งครัด โดยอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ให้อิสระแก่รัฐภาคี

ในการเลือกรูปแบบตามหลักกฎหมายของตนและบัญญัติถ้อยคำภายใต้ขอบเขตที่อนุสัญญาไออีซีตีฉบับนี้กำหนดไว้ในมาตรา 1 ซึ่งในปัจจุบันรัฐภาคีได้ออกกฎหมายภายในแตกต่างกันหลายรูปแบบซึ่งผู้เขียนจะศึกษาต่อไปเพื่อเสนอรูปแบบที่เหมาะสมกับประเทศไทย โดยมาตรา 1 ข้อที่ 1 กำหนดว่า

“1. รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่จำเป็นในการกำหนดฐานความผิดอาญาตามกฎหมายภายในสำหรับบุคคลที่กระทำโดยเจตนา เสนอ สัญญา หรือให้ เงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่เหมาะสมไม่ว่าทางตรงหรือผ่านสื่อกลางแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ สำหรับเจ้าหน้าที่รัฐเองหรือบุคคลที่สาม เพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในหน้าที่เพื่อที่ตนจะได้รับหรือยังคงได้รับผลประโยชน์ทางธุรกิจ หรือผลประโยชน์ที่ไม่สมควรอย่างอื่นเกี่ยวกับธุรกิจระหว่างประเทศ”

ดังนั้น องค์ประกอบภายนอกของฐานความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ของอนุสัญญาไออีซีตีฉบับนี้ จึงสามารถแยกออกได้เป็น 6 องค์ประกอบ ดังนี้

- ผู้ให้สินบน
- ผู้รับสินบน
- บุคคลที่สามซึ่งได้รับประโยชน์จากการให้สินบน
- การกระทำซึ่งเป็นความผิด ได้แก่ การเสนอ สัญญาและการให้สินบน
- สินบน
- การให้สินบนผ่านตัวกลาง

ทั้งนี้ โดยมีองค์ประกอบภายใน คือ การกระทำโดยเจตนาและเจตนาพิเศษเพื่อผลประโยชน์เกี่ยวกับธุรกิจระหว่างประเทศ

ในการศึกษาองค์ประกอบของฐานความผิดอาญา ผู้เขียนได้ศึกษาขอบเขตโดยพิจารณาทั้งอนุสัญญาและเอกสารอธิบายความรายละเอียดของอนุสัญญาไออีซีตีฉบับนี้ (Official Commentary) ซึ่งคณะทำงานไออีซีตีเกี่ยวกับการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศได้จัดทำขึ้นเพื่อให้รัฐภาคีนำไปใช้ในการอนุวัติการสาระสำคัญของอนุสัญญา โดยได้กล่าวถึงฐานความผิดอาญาไว้ในข้อที่ 3 ถึงข้อที่ 8 ว่า

“ข้อ 3) มาตรา 1 กำหนดมาตรฐานที่รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตาม แต่รัฐภาคีไม่จำเป็นต้องบัญญัติถ้อยคำตามกฎหมายภายในให้เหมือนกับบทบัญญัติตามมาตรา 1 รัฐภาคีหนึ่งอาจใช้วิธีการที่

หลากหลายในการปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวโดยมีเงื่อนไขว่าในการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดจะต้องไม่มีเงื่อนไขในการพิสูจน์ความผิดเกินกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 ข้อที่ 1

ข้อ 4) ฐานความผิดอาญาในความหมายของมาตรา 1 ข้อที่ 1 ในส่วนของการได้รับหรือยังคงได้รับผลประโยชน์ทางธุรกิจหรือผลประโยชน์ที่ไม่สมควรประการอื่น หมายถึง ไม่ว่าบริษัทจะเป็นผู้เสนอสัญญาที่ดีที่สุดหรือไม่ หรือบริษัทมีคุณสมบัติที่จะได้รับเลือกเข้าทำสัญญาหรือไม่

ข้อ 5) ผลประโยชน์ที่ไม่สมควรประการอื่น หมายถึง สิ่งที่บริษัทไม่มีสิทธิที่จะได้รับ ยกตัวอย่างเช่น การอนุญาตเปิดโรงงาน แต่บริษัทไม่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น

ข้อ 6) การกระทำตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ถือว่าเป็นความผิด ไม่ว่าจะการเสนอ หรือการให้กระทำ หรือเงินและผลประโยชน์ถูกให้ในนามของบุคคลที่กระทำหรือในนามของบุคคลธรรมดาอื่นหรือนิติบุคคล

ข้อ 7) การกระทำความผิดไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับ ผลของการกระทำ กระบวนการทางศุลกากร การเรียกร้องจากเจ้าหน้าที่รัฐ หรือการกล่าวอ้างความจำเป็นในการจ่ายเงิน

ข้อ 8) ถ้าผลประโยชน์ที่เจ้าหน้าที่รัฐได้รับ ถูกต้องตามกฎหมายหรือกฎหมายกำหนดตามกฎหมายภายในที่เจ้าหน้าที่รัฐมีสัญชาติ การกระทำตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ไม่เป็นความผิด

ดังนั้น ผู้เขียนจึงแยกอธิบายขอบเขตของฐานความผิดอาญาตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ตามองค์ประกอบภายนอกดังที่กล่าวมาแล้ว

ก. ผู้ให้สินบน

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้มีได้กำหนดความหมายของผู้ให้สินบนไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น ผู้ให้สินบนตามความหมายของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น ครั้งแรกกฎหมายลักษณะการทุจริตในต่างประเทศ ค.ศ.1977 เคยจำกัดผู้กระทำผิดไว้ว่า ต้องเป็นบุคคลสัญชาติอเมริกา หรือบุคคลที่มีภูมิลำเนาในสหรัฐอเมริกา หรือนิติบุคคลสัญชาติอเมริกา หรือบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ของอเมริกา ต่อมาเมื่อประเทศสหรัฐอเมริกาได้เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงได้มีการยกเลิกข้อจำกัดดังกล่าวเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญา เป็นต้น⁹

⁹ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 55

อย่างไรก็ตาม รัฐภาคีที่กฎหมายภายในจำกัดการลงโทษทางอาญาไว้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น โดยนิติบุคคลไม่อาจมีความรับผิดทางอาญาได้ อนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้ได้ยอมรับหลักกฎหมายภายในดังกล่าว แต่ได้กำหนดให้รัฐภาคีดังกล่าวจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายภายในโดยกำหนดให้มีการลงโทษทางแพ่งหรือโทษทางปกครองต่อนิติบุคคลที่กระทำการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศด้วย

นอกจากนี้ ผู้ให้สินบนตามความหมายของอนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้ ยังรวมถึงรัฐวิสาหกิจและบริษัทที่ถูกควบคุมโดยรัฐด้วย ซึ่งต้องพิจารณาตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้นๆ ด้วย¹⁰

ข. ผู้รับสินบน

ผู้รับสินบนตามอนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้ต้องมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้นและต้องเป็นเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ กล่าวคือ ประเทศที่พิจารณาคดีกับประเทศที่เจ้าหน้าที่รัฐมีสัญชาติเป็นคนละประเทศกัน

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

“a. เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ หมายถึง บุคคลใดๆ ที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการของรัฐต่างชาติ ไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งหรือการเลือกตั้ง บุคคลใดๆ ที่มีหน้าที่ทำงานด้านมหาชนสำหรับรัฐต่างชาติ ประกอบด้วย หน่วยงานราชการหรือบริษัทสาธารณะ หรือ เจ้าหน้าที่หรือตัวแทนขององค์การระหว่างประเทศภาครัฐ

b. รัฐต่างชาติ หมายความว่า การปกครองทุกระดับชั้น ตั้งแต่ส่วนกลางจนถึงส่วนท้องถิ่น

c. การกระทำ หรือการละเว้นการกระทำในหน้าที่ รวมถึงการกระทำหรือการละเว้นการกระทำโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ ไม่ว่าจะอยู่ในขอบอำนาจที่เจ้าหน้าที่รัฐได้รับมอบหมายหรือไม่ก็ตาม”

นอกจากนี้เอกสารอธิบายความของอนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้ ยังได้อธิบายความหมายของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติเพิ่มเติมตามข้อ 12 ถึง ข้อ 19 ดังนี้

“ข้อ 12) หน้าที่ด้านมหาชน รวมถึง กิจกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง กับผลประโยชน์สาธารณะซึ่งได้อำนาจจากรัฐต่างชาติ เช่น หน้าที่เฉพาะกิจที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภคของรัฐต่างชาติ

¹⁰ OECD, Consultation Paper Review of the OECD Instruments on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions Ten Years after Adoption (France: OCED Publication, 2551). หน้า 13

ข้อ 13) หน่วยงานราชการ ต้องเป็นหน่วยงานที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายภายใน ซึ่งกำหนดให้มีหน้าที่เฉพาะเกี่ยวกับผลประโยชน์สาธารณะ

ข้อ 14) รัฐวิสาหกิจ ต้องเป็นองค์กร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดตามกฎหมาย ซึ่งรัฐบาลหรือหน่วยงานบริหารสามารถมีอิทธิพลเหนือองค์กรนั้น ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ดังเช่นในกรณีที่รัฐบาลหรือหน่วยงานบริหารถือหุ้นส่วนใหญ่ขององค์กรนั้น ควบคุมเสียงส่วนใหญ่ในการลงมติผู้ถือหุ้น หรือสามารถแต่งตั้งฝ่ายบริหารหรือคณะกรรมการบริหารขององค์กรดังกล่าวได้

ข้อ 15) เจ้าหน้าที่ของรัฐวิสาหกิจ สามารถถือได้ว่าเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ ยกเว้น ในกรณีที่รัฐวิสาหกิจดำเนินการทางพาณิชย์ตามธรรมดาในตลาดเท่าเทียมกับเอกชน โดยปราศจากการช่วยเหลือทางการเงินจากรัฐบาล หรือสิทธิพิเศษอย่างอื่น

ข้อ 16) ในบางกรณี อำนาจหน้าที่ของรัฐอาจอยู่ในรูปของบุคคลธรรมดา เช่น เจ้าหน้าที่พรรคการเมืองในประเทศที่มีพรรคการเมืองพรรคเดียว เป็นต้น ซึ่งโดยทางการแล้วไม่ถือว่าเป็นหน่วยงานของรัฐ แต่ในความเป็นจริงบุคคลดังกล่าวนี้ทำหน้าที่เสมือนเป็นหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น ตามหลักกฎหมายภายในของบางประเทศ อาจถือได้ว่าบุคคลดังกล่าวมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ

ข้อ 17) องค์กรระหว่างประเทศภาครัฐ รวมถึง องค์กรระหว่างประเทศที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ รัฐบาล หรือองค์กรระหว่างประเทศภาครัฐอื่น ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดหรือขอบเขตของอำนาจเป็นอย่างไร ยกตัวอย่างเช่น องค์กรประเภทกลุ่มเศรษฐกิจดังเช่นสหภาพยุโรป เป็นต้น

ข้อ 18) รัฐต่างชาติ มิได้จำกัดแค่รัฐเท่านั้น แต่ยังรวมถึงดินแดนต่างชาติที่มีการบริหารจัดการหรืออย่างอื่น เช่น ดินแดนอาณานิคมหรือดินแดนที่เสียภาษีแยกต่างหาก เป็นต้น

ข้อ 19) การให้สินบนที่ถูกพิจารณาตามมาตรา 1 ข้อที่ 4(c) คือ กรณีที่บริษัทหนึ่งให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่อาวุโสของรัฐบาล เพื่อให้เจ้าหน้าที่คนนี้กระทำนอกอำนาจหน้าที่เพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐอีกคนหนึ่ง ซึ่งอยู่ในสถานที่ทำงานเดียวกันช่วยให้บริษัทได้รับเลือกเข้าทำสัญญากับรัฐ”

คำว่า “เจ้าหน้าที่รัฐ” ตามความหมายของมาตรา 1 หมายถึง บุคคลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจของรัฐ โดยตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ รัฐต่างชาติและองค์กรระหว่างประเทศ

การพิจารณาว่าผู้รับสินบนมีฐานะเป็นเจ้าของหน้าที่รัฐหรือไม่ ต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคี¹¹ ดังนั้น การพิจารณาว่าบุคคลผู้ได้รับสินบนจะเป็นเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้หรือไม่ จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่า บุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของหน้าที่รัฐฝ่ายบริหาร หรือเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายนิติบัญญัติ หรือเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายตุลาการตามกฎหมายภายในหรือไม่ หากไม่สามารถแยกได้ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของหน้าที่รัฐฝ่ายใดก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าการทำงานของบุคคลดังกล่าวเป็นการทำงานให้กับรัฐหรือไม่ โดยที่การทำงานดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายภายในของรัฐภาคีบัญญัติรับรองไว้ และการทำงานให้กับรัฐนั้นต้องเป็นการทำงานเพื่อประโยชน์สาธารณะและได้รับมอบหมายจากรัฐด้วย

นอกจากนี้ การพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นเจ้าของหน้าที่ขององค์กรระหว่างประเทศหรือไม่ ก็ใช้หลักการเดียวกันข้างต้นเพราะถือว่าองค์กรระหว่างประเทศก็ใช้อำนาจซึ่งประเทศสมาชิกมอบให้ตามสนธิสัญญาก่อตั้งองค์กรระหว่างประเทศนั้นๆ¹²

คำว่า "ต่างชาติ" ตามความหมายของมาตรา 1 มิได้หมายความถึงรัฐที่เป็นภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้เท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงรัฐและดินแดนอื่นๆ ที่มีได้เป็นภาคีของอนุสัญญาด้วย¹³ ดังนั้น อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงครอบคลุมการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐของประเทศหรือดินแดนอย่างอื่น ซึ่งในปัจจุบันโลกประกอบด้วยประเทศจำนวน 193 ประเทศและดินแดนอิสระอื่นๆ แต่จำกัดเฉพาะการให้สินบนที่เกิดขึ้นจากผู้ให้สินบนที่มีสัญชาติหรือกระทำในดินแดนของรัฐภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้และเพื่อผลประโยชน์ในธุรกิจระหว่างประเทศเท่านั้น

ตามเอกสารอธิบายความรายละเอียดของอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ข้อ 18 รัฐต่างชาติ ได้แก่ รัฐ (State) ดินแดนต่างชาติ (Organized foreign area) ดินแดนอาณานิคม (autonomous territory) และดินแดนที่เสียภาษีแยกต่างหาก (Separate customs territory)

¹¹ OECD, Consultation Paper Review of the OECD Instruments on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions Ten Years after Adoption (France: OECD Publication, 2551). หน้า 9.

* "Public function" includes any activity in the public interest, delegated by a foreign country, such as the performance of a task delegated by it in connection with public procurement.

¹² Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, The OECD Convention on Bribery a commentary (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 59.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

รัฐ ต้องประกอบด้วย ประชากร ดินแดน รัฐบาล และอำนาจอธิปไตย ส่วนดินแดนต่างชาติ หมายถึง ดินแดนที่ประกอบด้วย ประชากร ดินแดน และรัฐบาล แต่การใช้อำนาจอธิปไตยของดินแดนต่างชาติยังมีข้อจำกัด เช่น ดินแดนของสหราชอาณาจักร ได้แก่ เกาะแมน (Man) เกาะเจอร์ซี (Jersey) และเกาะกวนเซ่ (Guernsey) แม้ว่าเกาะเหล่านี้มิได้เป็นส่วนหนึ่งของอังกฤษ แต่เกาะเหล่านี้นับถือพระราชินีอังกฤษเป็นกษัตริย์ของตน นอกจากนี้เกาะเหล่านี้ยังได้มอบอำนาจให้อังกฤษตัดสินใจในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการป้องกันประเทศ ดังนั้น เกาะเหล่านี้จึงยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นรัฐเพราะอำนาจอธิปไตยยังไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐของเกาะเหล่านี้ก็ถือว่าเป็นความผิดตามขอบเขตของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ด้วยเช่นกัน

ดินแดนอาณานิคมตามอนุสัญญาฉบับโออีซีดีนี้ ยกตัวอย่างเช่น เกาะบริติชเวอร์จิน เกาะเบอร์มิวด้า และเกาะฟอล์คแลนด์ ซึ่งเป็นอาณานิคมของสหราชอาณาจักร เป็นต้น ดังนั้น แม้ว่าคนสัญชาติอังกฤษจะให้สินบนเจ้าหน้าที่ของเกาะเหล่านี้ ก็ถือว่าเป็นความผิดเรื่องการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศภายในขอบเขตของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ด้วย

ดินแดนที่เสียภาษีแยกต่างหาก หมายถึง ดินแดนที่มีการจัดเก็บภาษีแยกต่างหากจากส่วนอื่นของรัฐนั้น เช่น คลังสินค้าที่ไม่เสียภาษี บริเวณที่ไม่เสียภาษีในสนามบิน เป็นต้น ดังนั้น เจ้าหน้าที่ศุลกากรในดินแดนเหล่านี้จึงถือว่าเป็น เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ด้วยเช่นกัน¹⁴

นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่รัฐตามความหมายของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ยังครอบคลุมเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานราชการตั้งแต่ส่วนกลางจนกระทั่งหน่วยงานราชการส่วนท้องถิ่นด้วย

คำว่า หน่วยงานราชการ นั้นในเอกสารอธิบายความรายละเอียดของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ (Official Commentary) ได้ให้ความหมายไว้ว่า คือ หน่วยงานที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายมหาชนเพื่อทำหน้าที่โดยเฉพาะเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ

คำว่า รัฐวิสาหกิจ นั้นในเอกสารอธิบายความรายละเอียดของอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ได้ให้ความหมายไว้ว่า คือ องค์กรที่รัฐบาลมีอำนาจในการควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม เช่น รัฐบาลถือหุ้นใหญ่ รัฐบาลควบคุมเสียงส่วนใหญ่ในการประชุมผู้ถือหุ้น รัฐบาลมีอำนาจแต่งตั้งผู้บริหาร เป็นต้น

¹⁴ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 74.

ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรระหว่างประเทศซึ่งเป็นผู้รับสินบนตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจ ไม่ว่าจะผ่านทางนิติบัญญัติหรือทางบริหารหรือทางตุลาการ ไม่ว่าจะทางใดทางหนึ่ง ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่รัฐคนนั้นมีหน้าที่เกี่ยวกับงานประจำที่ไม่มีอำนาจตัดสินใจ เช่น เจ้าหน้าที่ทำความสะอาด เจ้าหน้าที่เกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์ เจ้าหน้าที่งานซ่อมบำรุง หรือเลขานุการ เป็นต้น การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นความผิดภายในขอบเขตของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้¹⁵ ในทางตรงข้ามหากเจ้าหน้าที่รัฐผู้นั้นมีอำนาจตัดสินใจ แม้ว่าจะเป็นลูกจ้างชั่วคราวก็ถือว่าอยู่ภายในขอบเขตของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ เช่น ผู้เชี่ยวชาญที่จ้างมาเพื่อโครงการต่างๆ โดยเฉพาะ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่รัฐตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ไม่รวมถึงการให้สินบนพรรคการเมืองต่างชาติ หรือการให้สินบนเจ้าหน้าที่พรรคการเมืองต่างชาติเพื่อให้พรรคการเมือง หรือเจ้าหน้าที่พรรคการเมืองใช้อิทธิพลต่อเจ้าหน้าที่รัฐ¹⁶

ค. บุคคลที่สามผู้ได้รับประโยชน์จากการให้สินบน

ผู้ให้สินบนอาจหลีกเลี่ยงการถูกตรวจพบการกระทำความผิด โดยการส่งมอบสินบนแก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ ซึ่งกรณีนี้ก็อยู่ในขอบเขตของการกระทำตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ด้วย ดังนั้น เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการให้สินบนด้วยตัวเอง ผู้ให้สินบนอาจจ่ายสินบนให้แก่บุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติเพื่อจูงใจให้เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติกระทำความหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติต้องรับรู้ด้วย เช่น การให้ทุนการศึกษาแก่นุตรของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ การให้สิ่งของแก่ภรรยาของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ หรือการบริจาคเงินให้แก่พรรคการเมืองซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติเข้าเป็นสมาชิก เป็นต้น

นอกจากนี้ บุคคลที่สามผู้ได้รับประโยชน์จากการให้สินบนไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น คดี Shering-Plough Corporation ในปี ค.ศ. 2004 ซึ่งเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยศาลสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยว่า NGO สามารถเป็นบุคคลที่สามที่ได้รับผลประโยชน์จากการให้สินบนได้ โดยในคดีนี้ประธานของมูลนิธิ Chudow Castle ซึ่งเป็นผู้อำนวยการสำนักงานสุขภาพของรัฐในขณะเดียวกัน และมีหน้าที่รับผิดชอบในการตัดสินใจใน

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 76.

¹⁶ OECD, Consultation Paper Review of the OECD Instruments on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions Ten Years after Adoption (France: OCED Publication, 2551). หน้า 10

การซื้อเวชภัณฑ์ให้กับรัฐ ต่อมาบริษัทสัญชาติโปแลนด์ซึ่งเป็นบริษัทลูกของบริษัท Schering-Plough สัญชาติสหรัฐอเมริกาได้จ่ายเงินให้แก่มูลนิธิ Chudow Castle ประมาณ 75,000 ดอลลาร์สหรัฐ ศาลของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการบริจาคเงินดังกล่าวถือว่าเป็นการให้สินบนตาม FCPA แล้วเพราะมีวัตถุประสงค์เพื่อจูงใจในการที่เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับการซื้อเวชภัณฑ์ เป็นต้น

ในทางตรงกันข้าม หากบุคคลที่สามผู้ได้รับประโยชน์ คือ รัฐ จะถือได้ว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่รัฐแต่อย่างใด จึงไม่ถือว่าการกระทำความดังกล่าวเป็นการให้สินบนตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้¹⁷

ง. สินบน

สินบน เป็นวัตถุประสงค์การกระทำความผิด ซึ่งผู้ให้สินบนมอบให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ โดยสินบนตามความหมายของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ คือ ผลประโยชน์ทุกรูปแบบที่ไม่ควรได้รับโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตกให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติหรือบุคคลที่สาม ซึ่งการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศอาจทำได้หลายรูปแบบ เช่น การโอนเงินหรือฝากเงินผ่านธนาคาร การให้เงินสดหรือทรัพย์สินอย่างอื่นโดยตรง การให้การศึกษาแก่บุตรของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ การให้โอกาสในการทำธุรกิจ การให้สิทธิเป็นสมาชิกวิไอพีในสถานบันเทิง หรือการให้ข้อมูลสำคัญบางอย่างที่เป็นประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ เป็นต้น

ทั้งนี้ ตามเอกสารอธิบายความรายละเอียดของอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ข้อ 8 ระบุว่า “การให้ผลประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่รัฐไม่เป็นความผิด ถ้าการให้ผลประโยชน์นั้นถูกต้องตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎระเบียบ หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎระเบียบได้กำหนดไว้ รวมถึงกรณีที่กำหนดโดยคำพิพากษาของศาลด้วย” ดังนั้น กรณีใดที่การให้ผลประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติไม่เป็นความผิดจึงต้องพิจารณากฎหมายภายในของประเทศที่เจ้าหน้าที่รัฐมีสัญชาติ หากเจ้าหน้าที่รัฐมีสิทธิรับผลประโยชน์โดยไม่ผิดกฎหมายภายในของประเทศนั้น ผู้ให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติก็ไม่มีความผิดด้วย ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ข้อหนึ่ง

จ. การกระทำซึ่งเป็นความผิด (การให้ การสัญญาหรือการเสนอว่าจะให้)

¹⁷ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter J. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 98

ลักษณะของการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ ประกอบด้วยการกระทำ 3 อย่าง คือ การให้ การสัญญาว่าจะให้ หรือการเสนอว่าจะให้ เมื่อผู้กระทำผิดลงมือกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้แล้ว

การเสนอหรือการสัญญา ผู้กระทำผิดไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาออกอย่างชัดแจ้ง¹⁸ การเสนอและการสัญญาโดยปริยายก็เป็นความผิดตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ โดยอาจพิจารณาได้จากสภาพสังคมและวิถีการปฏิบัติในท้องถิ่นนั้นๆ และการเสนอหรือการสัญญาไม่จำเป็นต้องได้รับการตอบสนองจากเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติจึงถือว่าเป็นความผิด ดังนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติได้รับรู้ถึงการเสนอและการสัญญานั้น ความผิดสำเร็จตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ก็เกิดขึ้นแล้ว

การให้ หมายถึง การโอนความครอบครองทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติหรือบุคคลอื่น เช่น การโอนเงินผ่านธนาคาร หรือการเปิดโอกาสให้บุตรของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติลงทะเบียนในสถานศึกษา เป็นต้น แต่แม้ว่าเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติจะยังไม่ได้เข้าครอบครองทรัพย์สิน ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว เช่น ความผิดเกิดขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องให้เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติต้องไปถอนเงินจากธนาคาร หรือบุตรของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติลงทะเบียนในสถานศึกษาแต่อย่างใด เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การให้ผลประโยชน์ภายหลังการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติโดยที่ไม่มี การตกลงกันก่อนไม่อยู่ภายในขอบเขตของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงไม่เป็นความผิดเพราะการให้ผลประโยชน์ภายหลังการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ ไม่อาจมีผลต่อการกระทำหรือละเว้นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติได้

แม้ว่าเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติจะเป็นผู้เรียกร้องสินบน ซึ่งหากนักลงทุนไม่ทำตามที่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติเรียกร้อง เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติก็จะไม่ตัดสินใจเลือกนักลงทุนเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐบาล ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการที่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติจะใช้อำนาจตัดสินใจกระทำการในเรื่องใดๆ แต่นักลงทุนก็ไม่อาจอ้างข้อเท็จจริงนี้เพื่อยกเว้นความรับผิดของตนจากการให้สินบนตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้¹⁹

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 109

¹⁹ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 112

ผู้ยุยง ผู้ช่วยเหลือ ผู้ใช้ ผู้พยายามกระทำความผิดและตัวการ มีความผิดตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ด้วย โดยมาตรา 1 ข้อ 2 ได้กำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่บุคคลดังกล่าว ดังต่อไปนี้

“ข้อ 2 รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่จำเป็นกำหนดฐานความผิดอาญาแก่ผู้ยุยง ผู้ช่วยเหลือ หรือผู้ใช้ ในการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ ฐานความผิดอาญาแก่การพยายามกระทำความผิดหรือเป็นตัวการในการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ เช่นเดียวกับการพยายามกระทำความผิดหรือเป็นตัวการในการให้สินบนเจ้าพนักงานของรัฐภาคีนั้น”

การพยายามให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ หมายถึง กรณีที่การให้ สัญญาหรือเสนอว่าจะให้ได้เกิดขึ้นแล้ว แต่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติยังไม่มีโอกาสรับรู้ถึงการกระทำดังกล่าว เช่น ผู้ให้สินบนส่งจดหมายซึ่งมีสาระสำคัญในการเสนอสินบนให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ แต่ลูกจ้างของผู้ให้สินบนลืมส่งจดหมายให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ หรือธนาคารอาจตัดสินใจไม่โอนเงินให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติตามคำสั่งของผู้ให้สินบนเพราะเงินในบัญชีมีไม่เพียงพอ หรือการส่งอีเมลซึ่งเสนอสินบน แต่อาจจะบรูชชื่ออีเมลของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติผิดพลาด เป็นต้น อย่างไรก็ตาม โทษที่จะลงแก่การพยายามให้สินบนนั้น รัฐภาคีอาจกำหนดให้น้อยกว่าโทษที่จะลงแก่การให้สินบนซึ่งเป็นความผิดสำเร็จก็ได้เพราะอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ไม่ได้ระบุไว้โดยเฉพาะ²⁰ ทั้งนี้ในกรณีที่การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐกระทำโดยตัวแทนถือว่าทั้งผู้ให้สินบนที่แท้จริงและตัวแทนเป็นผู้กระทำการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ของอนุสัญญา ดังนั้น ตัวแทนจึงไม่ใช่ผู้ช่วยเหลือการให้สินบนตามมาตรา 1 ข้อที่ 2

การให้ การเสนอหรือการสัญญาว่าจะให้ซึ่งเป็นความผิดตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ต้องมีลักษณะร่วมกันที่สำคัญ คือ เพื่อแสวงหาผลประโยชน์จากอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ ตามเอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ข้อ 19 ได้ขยายขอบเขตไปอีกว่า การให้สินบนที่ถูกพิจารณาตามมาตรา 1 ข้อที่ 4(c) คือ กรณีที่บริษัทหนึ่งให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่อาวุโสของรัฐบาล เพื่อให้เจ้าหน้าที่คนนี้กระทำนอกอำนาจหน้าที่เพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐอีกคนหนึ่ง ซึ่งอยู่ในสถานที่ทำงานเดียวกันช่วยให้บริษัทได้รับเลือกเข้าทำสัญญากับรัฐ ดังนั้น ในกรณีที่สินบนไม่ได้ถูกจ่ายเพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติกระทำการใดๆ ในอำนาจของตน แต่เพื่อชักจูงการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติอีกคนหนึ่งซึ่งมีอำนาจในการตัดสินใจและมีหน้าที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติที่ได้รับสินบน ก็เป็นความผิดตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ด้วย

²⁰ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, The OECD Convention on Bribery a commentary (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 114

นอกจากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติตามอนุสัญญาไออีซีตีฉบับนี้จะต้องกระทำเพื่อแสวงหาผลประโยชน์จากอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ผลประโยชน์ดังกล่าวจะต้องเกี่ยวข้องกับธุรกิจระหว่างประเทศซึ่งตามมาตรา 1 ของอนุสัญญาไออีซีตีฉบับนี้จำกัดว่า “เพื่อให้ได้รับหรือยังคงได้รับผลประโยชน์ทางธุรกิจ หรือผลประโยชน์ที่ไม่สมควรประการอื่นเกี่ยวกับธุรกิจระหว่างประเทศ” และตามเอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ข้อ 5 ระบุว่า “ผลประโยชน์ที่ไม่สมควรประการอื่น หมายถึงสิ่งซึ่งบริษัทยังไม่มีสิทธิที่จะได้รับ” เช่น การอนุญาตเปิดโรงงานต่างๆ ที่ยังไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย หรือการไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรฐานสิ่งแวดล้อม หรือการงดเว้นภาษี เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาไออีซีตีฉบับนี้มีข้อยกเว้นให้นักลงทุนสามารถจ่ายเงินจำนวนเล็กน้อยเพื่อให้ได้รับความสะดวกแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ (Small Facilitation payments) ได้ตามเอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ข้อ 9 กำหนดว่า²¹ “เงินจำนวนเล็กน้อยเพื่อความสะดวก ไม่ถือว่าเป็นการจ่ายเงินเพื่อให้ได้รับหรือยังคงได้รับผลประโยชน์ทางธุรกิจหรือผลประโยชน์อื่นที่ไม่ควรได้ตามมาตรา 1 ของอนุสัญญา ดังนั้น จึงไม่ถือว่าเป็นความผิด ในกรณีที่มีการจ่ายเงินเพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐกระทำการในหน้าที่ เช่น การออกไปอนุญาต หรืออนุญาต หากเป็นกรณีที่ขัดกับกฎหมายภายในของรัฐภาคีหนึ่ง รัฐภาคีอื่นๆ ควรยอมรับหลักการดังกล่าว เช่น การสนับสนุนการนำหลักทรัพย์มาภิบาลมาใช้ เป็นต้น แต่รัฐภาคีอื่นไม่จำเป็นต้องถือว่าเป็นการกระทำความผิดตามอนุสัญญาฉบับนี้”

ดังนั้น การจ่ายเงินจำนวนเล็กน้อยเพื่อความสะดวกแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติจึงเป็นข้อยกเว้นขอบเขตการกระทำความผิดตามมาตรา 1 ของอนุสัญญา ซึ่งการจ่ายดังกล่าวต้องมีจำนวนไม่เกินกว่าการปฏิบัติที่เป็นที่ยอมรับในสังคม (The social norm)²² ซึ่งในปัจจุบันบริษัทต่างๆ มักมีตำแหน่งพนักงานซึ่งทำงานด้านความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับเจ้าหน้าที่รัฐ (Government Relation Affair) ซึ่งในตำแหน่งเช่นว่านี้บริษัทจะมีการจัดงบประมาณเพื่อความสะดวกแก่เจ้าหน้าที่รัฐ (Corporate Entertainment) เช่น การซื้อของขวัญให้ในช่วงวันสำคัญ หรือการพาเจ้าหน้าที่รัฐไปรับประทานอาหาร เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาและแคนาดาก็ได้อนุญาตให้บริษัทจ่ายเงินเหล่านี้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติได้ แต่ก็ได้จำกัดจำนวนเงินประเภทนี้เอาไว้

²² Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 139

จ. กรณีการให้สินบนผ่านตัวกลาง

กรณีการให้สินบนผ่านตัวกลาง หมายถึง กรณีที่ผู้ให้สินบนมิได้กระทำการเสนอ การให้ และการสัญญาว่าจะให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติด้วยตนเอง แต่เป็นกรณีที่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องในการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ให้สินบนและผู้รับสินบน ซึ่งอยู่ภายในขอบเขตของการกระทำตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ด้วย

ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลมักประกอบธุรกิจโดยใช้ตัวแทน บริษัทที่ปรึกษา ตัวแทนจำหน่าย หรือจัดตั้งบริษัทลูกขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจในต่างประเทศ ดังนั้น การให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศจึงมักมิได้เป็นการให้สินบนจากผู้กระทำผิดแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติโดยตรง แต่ผู้กระทำความผิดใช้ตัวแทนหรือบริษัทที่ปรึกษาหรือบริษัทลูกในต่างประเทศเป็นตัวกลางในการติดต่อสื่อสารกับเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ²³

รูปแบบในการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติผ่านตัวกลางนั้น ตามเอกสารของโออีซีดี ชื่อ OECD Typologies on the role of intermediaries in international business transactions :Final report 9 October 2009 ได้แยกประเภทของการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศผ่านตัวกลาง ออกเป็น 3 ประเภท²⁴ ซึ่งไม่ผูกพันรัฐภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ ได้แก่

- การใช้ญาติหรือเพื่อนของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือบุคคลที่สามเป็นตัวกลาง
- การใช้ตัวกลางที่มีได้ให้บริการอย่างแท้จริง
- การใช้ตัวกลางที่กระทำการทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีการใช้ญาติหรือเพื่อนของเจ้าพนักงาน หรือบุคคลที่สามเป็นตัวกลาง ในกรณีนี้บริษัทข้ามชาติจะทราบถึงตัวเจ้าหน้าที่รัฐที่จะได้รับสินบน นอกจากนี้บริษัทข้ามชาติและเจ้าหน้าที่รัฐจะตกลงกันในเรื่องจำนวนเงินสินบนและการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อแลกเปลี่ยนกับสินบน โดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่หรืออิทธิพลเพื่อให้บริษัทข้ามชาติได้รับสัญญาจากรัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนา อย่างไรก็ตามบริษัทข้ามชาติจะไม่ส่งมอบสินบนให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐโดยตรง แต่จะจ่ายเงินสินบนผ่านบัญชีธนาคารของบุคคลที่สาม ซึ่งทำหน้าที่เป็นตัวกลาง โดยการจ่ายเงินสินบนนี้จะถูก

²³ OECD, Consultation Paper Review of the OECD Instruments on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions Ten Years after Adoption (France: OCED Publication, 2551). หน้า 7

²⁴ OECD, Typologies on the role of intermediaries in international business transactions :Final report (France: OECD Publication, 2552). หน้า 7

ปกปิดโดยการแสดงรายการซื้อขายสินค้าหรือการให้บริการที่เป็นเท็จ อย่างไรก็ตามบุคคลที่สามในกรณีนี้ มักมีฐานะเป็นญาติหรือเพื่อนของเจ้าหน้าที่รัฐ

กรณีการใช้ตัวกลางที่มีได้ให้บริการอย่างแท้จริง ในกรณีนี้บริษัทข้ามชาติจะจ้างบริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจในประเทศกำลังพัฒนา อย่างไรก็ตามบริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจนี้จะไม่มีการดำเนินการตามที่จ้างอย่างแท้จริง แต่ความสำคัญอยู่ที่บริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจนี้จะถูกควบคุมโดยเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งเป็นผู้ที่จะได้รับสินบน โดยการจ่ายเงินสินบนระหว่างบริษัทข้ามชาติและบริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจจะถูกปกปิดโดยธุรกรรมการให้บริการที่เป็นเท็จ

กรณีการใช้ตัวกลางที่กระทำทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีนี้บริษัทข้ามชาติจะใช้บริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจเป็นตัวกลางดังเช่นกรณีที่สอง แต่บริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจจะดำเนินการให้คำปรึกษาทางธุรกิจตามความเป็นจริงด้วย อย่างไรก็ตามบริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจอาจใช้การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลลับต่างๆ

นอกจากนี้ บริษัทข้ามชาติอาจใช้บริษัทลูก (subsidiaries :หมายถึง บริษัทอีกแห่งหนึ่งที่บริษัทข้ามชาติมีอำนาจควบคุมการประกอบกิจการ)ของบริษัทข้ามชาติเอง เพื่อทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศก็ได้ โดยการใช้บริษัทลูกนี้สามารถแยกออกได้เป็น 3 รูปแบบ²⁵ ได้แก่

- (1) การใช้บริษัทลูกเพื่อติดต่อกับตัวกลางอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้ติดต่อกับเจ้าหน้าที่รัฐ
- (2) การใช้บริษัทลูกเพื่อติดต่อกับเจ้าหน้าที่รัฐ
- (3) การใช้บริษัทลูกเป็นช่องทางในการจ่ายเงินสินบน

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีบริษัทลูกอาจกระทำการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐเอง โดยปราศจากการสั่งการหรือรู้เห็นยินยอมของบริษัทแม่ก็ได้

สำหรับประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของบริษัทข้ามชาติอันเนื่องจากการกระทำของบริษัทลูกนั้น บริษัทข้ามชาติจะต้องรับผิดชอบการกระทำของบริษัทลูกหากบริษัทลูกในต่างประเทศให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ แต่เฉพาะในกรณีที่บริษัทลูกในต่างประเทศมีความใกล้ชิดกับบริษัทข้ามชาติจนถึงขนาดที่ถือได้ว่าเป็นคนกลางในการกระทำความผิด กล่าวคือ การประกอบธุรกิจของบริษัทลูกขาดความเป็นอิสระจนดำเนินกิจการเสมือนกับเป็นสาขาของบริษัทข้ามชาติ โดยที่การบริหารจัดการบริษัทลูกขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของบริษัทข้ามชาติ²⁶ เช่น ในสหรัฐอเมริกา ถือหลัก

²⁵ OECD, Typologies on the role of intermediaries in international business transactions :Final report (France: OECD Publication, 2552). หน้า 10

²⁶ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, The OECD Convention on Bribery a commentary (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 130

ว่าหากบริษัทแม่ ซึ่งเป็นบริษัทในตลาดหลักทรัพย์ควบคุมหุ้นสามัญของบริษัทลูกมากกว่า 50 % ถือว่าบริษัทแม่มีความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะการทุจริตในต่างประเทศ ค.ศ.1977 จากการกระทำของบริษัทลูกด้วย เป็นต้น

ดังนั้น การใช้ตัวกลางในการให้สินบนของบริษัทข้ามชาติก่อให้เกิดรูปแบบการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศที่มีความซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งก่อให้เกิดประเด็นทางกฎหมายที่บริษัทข้ามชาติมักยกขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อหลบหลีกจากการถูกลงโทษ เช่น บริษัทข้ามชาติมักกล่าวอ้างว่า บริษัทไม่รู้จักเห็นในการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งกระทำโดยตัวกลาง เป็นต้น อย่างไรก็ตามการพิสูจน์ข้อเท็จจริงสามารถทำได้โดยพิจารณาสัดส่วนระหว่างเงินที่บริษัทข้ามชาติจ่ายให้แก่ตัวกลางประกอบกับผลงานที่ตัวกลางกระทำให้แก่บริษัทข้ามชาติ ยกตัวอย่างเช่น คดี TSKJ Case บริษัทข้ามชาติจ่ายเงินให้แก่ที่ปรึกษาทางธุรกิจเป็นจำนวนถึง 132 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ในช่วงเวลา 7 ปี เพื่อการวิเคราะห์ตลาดและการให้คำปรึกษาทางธุรกิจ ซึ่งเป็นจำนวนที่สูงเกินกว่าการประกอบธุรกิจโดยทั่วไป จึงถือได้ว่าบริษัทข้ามชาติรู้เห็นในการให้สินบนของที่ปรึกษา เป็นต้น คณะทำงานโออีซีดีฯ ยังเห็นว่า บริษัทข้ามชาติต้องพิจารณาค่าใช้จ่ายของที่ปรึกษาเรียกเก็บด้วยว่ามีความเกี่ยวข้องกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติหรือไม่ หากบริษัทข้ามชาติจ่ายเงินจำนวนมากให้แก่ที่ปรึกษาโดยมิได้ตรวจสอบรายละเอียดในการดำเนินงานของที่ปรึกษาก็ถือได้ว่าบริษัทข้ามชาติรู้เห็นในการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติด้วย²⁷ ยกตัวอย่างเช่น คดี Oil for food Case บริษัทข้ามชาติจ่ายเงิน 7 ล้านดอลลาร์สหรัฐให้แก่ที่ปรึกษาในประเทศอิรัก โดยมิได้สอบถามรายละเอียดเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายของที่ปรึกษา จึงถือได้ว่าบริษัทข้ามชาติรู้เห็นถึงการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐของที่ปรึกษาด้วย แม้ว่าบริษัทข้ามชาติจะอ้างว่าในสัญญาระหว่างบริษัทข้ามชาติกับที่ปรึกษาจะมีข้อกำหนดห้ามกระทำการคอร์รัปชันด้วยก็ตาม

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการตัดสินคดีโดยศาลตามกฎหมายลักษณะการทุจริตในต่างประเทศ ค.ศ.1977 ซึ่งบริษัทข้ามชาติเพิกเฉยไม่ดำเนินการใดๆ ทั้งที่ทราบถึงการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติที่กระทำโดยบริษัทลูกของตน เช่น ในปี ค.ศ.1998 บริษัท Western Atlas Corporation มีบริษัทลูกในประเทศอินเดียชื่อว่า Western Geophysical บริษัทลูกดังกล่าวได้ว่าจ้างตัวแทนในประเทศอินเดียเพื่อให้ดำเนินการให้บริษัทฯ ได้รับใบอนุญาตขนส่งสินค้าทางทะเล โดยตัวแทนได้รับเงิน 15,000 ดอลลาร์ ซึ่งเงินจำนวนนี้บริษัทแม่ในสหรัฐอเมริกาได้อนุมัติการจ่ายเงินโดยไม่มีการตรวจสอบ ในกรณีเช่นนี้ตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายลักษณะการทุจริตในต่างประเทศ ค.ศ.1977 เพราะบริษัทแม่จ่ายเงินโดยไม่มี

²⁷ OECD, *Typologies on the role of intermediaries in international business transactions :Final report* (France: OECD Publication, 2552). หน้า 12

มาตรการตรวจสอบว่าเป็นเงินดังกล่าวถูกนำไปจ่ายเพื่อให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติหรือไม่²⁸ หรือ ในปี ค.ศ.2005 คดี Titan Corporation โดยบริษัท Titan Corporation ได้จัดตั้งบริษัท Titan Wireless ขึ้นในประเทศเบนิน (Benin) เพื่อประกอบกิจการด้านโทรคมนาคมและในปี ค.ศ.1999 บริษัท Titan ได้ว่าจ้างที่ปรึกษาของประธานาธิบดีเป็นตัวแทนของตน ซึ่งตัวแทนดังกล่าวได้รับเงินจำนวน 3,500,000 ดอลลาร์สหรัฐในระหว่างปี ค.ศ.1999-2001 แม้ข้อเท็จจริงจะไม่ชัดเจนว่าการจ่ายเงินจำนวนนี้จะได้รับความเห็นชอบจากบริษัทแม่หรือบริษัทลูก แต่เนื่องจากทั้งสองบริษัทต่างก็ไม่ได้ตรวจสอบประวัติและประสบการณ์ในการทำงานของตัวแทนของตนเองเลย ในทางตรงกันข้ามกลับยินยอมจ่ายเงินค่าจ้างที่ปรึกษาจำนวนมากโดยไม่ตรวจสอบถึงผลการทำงานของตัวแทนดังกล่าว ดังนั้น จึงถือได้ว่าบริษัทกระทำผิดกฎหมายลักษณะการทุจริตในต่างประเทศ ค.ศ.1977 หรือ ในปี ค.ศ.2000 มีกรณีของบริษัท IBM ซึ่งมีบริษัทลูกตั้งอยู่ที่ประเทศอาร์เจนตินาชื่อบริษัท IBM-Argentina ต่อมาบริษัทลูกได้รับสัญญาจากธนาคารกลางของประเทศอาร์เจนตินาในการติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ โดยบริษัทลูกได้ว่าจ้างบริษัทท้องถิ่นของอาร์เจนตินาดำเนินการอีกต่อหนึ่งโดยจ่ายเงินจำนวน 22,000,000 ดอลลาร์สหรัฐและในจำนวนนี้ 4,500,000 ดอลลาร์สหรัฐถูกตรวจสอบพบว่าได้จ่ายให้กับเจ้าหน้าที่ของธนาคารกลางของประเทศอาร์เจนตินา โดยผู้บริหารของบริษัทลูกสร้างเอกสารทางบัญชีเท็จเพื่อปิดบังไม่ให้บริษัทแม่ทราบถึงการจ่ายเงินจำนวนดังกล่าว แต่ต่อมาเมื่อบริษัทแม่ทราบก็ทำการไล่ผู้บริหารบริษัทลูกที่เกี่ยวข้องออกจากบริษัททันทีและหยุดการกระทำที่ผิดกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าบริษัท IBM ในสหรัฐอเมริกาเจตนาหรือรับรู้ถึงการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐของบริษัทลูก ดังนั้น บริษัทแม่จึงไม่มีความผิดตามกฎหมายลักษณะการทุจริตในต่างประเทศ ค.ศ.1977

ประเทศแคนาดาในปี ค.ศ.1991-1999 เกิดคดี Acres – Lesotho บริษัทสัญชาติแคนาดาซึ่งประกอบธุรกิจก่อสร้างชื่อ Acres International Limited ได้จ่ายเงินจำนวน 500,000 ดอลลาร์สหรัฐ เข้าบัญชีธนาคารที่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งเป็นบัญชีของตัวแทนของบริษัทดังกล่าวในประเทศเลโซโท ซึ่งจากการตรวจสอบพบว่ามากกว่าครึ่งของเงินจำนวนนี้ได้ถูกโอนไปยังบัญชีของผู้บริหารโครงการ Lesotho Highland Water Projects (LHWP) ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เพื่อแลกกับการที่บริษัทดังกล่าวได้รับสิทธิในการสร้างเขื่อนตามโครงการนี้ ทำให้ต่อมาบริษัทดังกล่าวถูกศาลสั่งปรับเงินจำนวน 2,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ²⁹

²⁸ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, The OECD Convention on Bribery a commentary (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 123

²⁹ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, The OECD Convention on Bribery a commentary (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 127

ในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศอาจจำเป็นต้องมีขั้นตอนการเจรจาหรือเตรียมการก่อนที่นักลงทุนจะเริ่มประกอบธุรกิจในต่างประเทศ เช่น การวิเคราะห์ตลาด การเจรจาทำสัญญากับลูกค้า เป็นต้น ขั้นตอนนี้โดยปกติจะมีได้กระทำโดยบริษัทข้ามชาติ แต่จะกระทำโดยตัวแทนตัวแทนจำหน่ายหรือบริษัทที่ปรึกษา มักจะมีได้เป็นส่วนหนึ่งของบริษัทข้ามชาติ กล่าวคือ เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลแยกต่างหากจากบริษัทข้ามชาติ ซึ่งไม่มีผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบภายในของบริษัทข้ามชาติ ดังนั้น บริษัทข้ามชาติจึงจำเป็นต้องควบคุมการกระทำของตัวแทน ตัวแทนจำหน่ายหรือบริษัทที่ปรึกษาโดยวิธีการระบุไว้เป็นเงื่อนไขในสัญญาตัวแทนหรือที่ปรึกษา โดยกำหนดให้มีกฎเกณฑ์การปฏิบัติของตัวแทนหรือบุคคลที่ตัวแทนว่าจ้างเพื่อป้องกันการกระทำที่อาจเข้าข่ายการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ รวมถึงต้องมีมาตรการตรวจสอบการดำเนินงานของตัวแทน ตัวแทนจำหน่ายหรือบริษัทที่ปรึกษาด้วย

3.3.2.1.2 การลงโทษกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา

ในเรื่องการลงโทษผู้กระทำความผิด ประกอบด้วย ความรับผิดของผู้กระทำความผิดและโทษของผู้กระทำความผิด โดยความรับผิดของผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ ประกอบด้วย ความรับผิดทางอาญา ความรับผิดทางปกครองและความรับผิดทางแพ่ง ซึ่งมีความแตกต่างกันตามประเภทของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลอาจมีความรับผิดแตกต่างกัน เมื่อผู้กระทำความผิดมีความรับผิดอันเนื่องมาจากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ผู้กระทำความผิดจึงต้องรับโทษ ซึ่งโทษจะมีความแตกต่างกันตามประเภทของความรับผิด เช่น โทษจำคุก โทษปรับ หรือโทษที่ถูกห้ามกระทำการบางอย่าง เป็นต้น

ดังนั้น ในเรื่องการลงโทษกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา ผู้เขียนจึงแยกออกเป็นสองเรื่อง คือ

- ความรับผิดของบุคคลธรรมดา
- โทษของบุคคลธรรมดา

ก. ความรับผิดของบุคคลธรรมดา

รัฐภาคีมีหน้าที่กำหนดความรับผิดทางอาญาแก่บุคคลธรรมดาที่กระทำการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามมาตรา 1 ข้อที่ 1 ซึ่งกำหนดว่า

“รัฐภาคีมีหน้าที่ใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อกำหนดฐานความผิดอาญาตามกฎหมายภายในแก่บุคคล ซึ่งเจตนา เสนอ สัญญาหรือให้.....”

ดังนั้น รัฐภาคีจึงต้องกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่บุคคลธรรมดาในทุกกรณี

ข. โทษของบุคคลธรรมดา

การกำหนดบทลงโทษเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของอนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้ โดยมีความสำคัญในการป้องปรามการกระทำความผิด เนื่องจากบุคคลธรรมดามีความรับผิดทางอาญาตามที่อนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้กำหนดไว้ ดังนั้น โทษที่ลงแก่บุคคลธรรมดาจึงต้องเป็นโทษทางอาญา ได้แก่ โทษจำคุก โทษปรับและโทษริบทรัพย์สิน

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาโทษของบุคคลธรรมดาต้องพิจารณามาตรฐานขั้นต่ำตามที่อนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้ได้กำหนดไว้ตามมาตรา 3 มีสาระสำคัญว่า

“1. การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติจะถูกกำหนดโทษอย่างได้ผล ได้สัดส่วน และเป็นโทษในลักษณะป้องปราม ความหนักเบาของโทษควรจะได้เปรียบได้กับการปรับใช้การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐของรัฐนั้นๆ และในกรณีที่ผู้กระทำเป็นบุคคลธรรมดาควรประกอบด้วยโทษเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพที่เหมาะสมเพื่อให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นไปได้

2. ในกรณีที่ตามระบบกฎหมายของรัฐภาคี ความรับผิดทางอาญามีได้บังคับใช้กับนิติบุคคล รัฐภาคีจะทำให้แน่ใจว่านิติบุคคลจะมีบทลงโทษที่มีโทษทางอาญาซึ่งได้ผล ได้สัดส่วนและเป็นในลักษณะการป้องปราม รวมทั้งโทษทางการเงิน สำหรับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ

3. รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่จำเป็นกับการให้ สินบน รายได้จากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ หรือทรัพย์สินที่มีความสัมพันธ์กับรายได้นั้นอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการยึดและริบทรัพย์สิน หรือการลงโทษทางการเงินที่มีผลในลักษณะเดียวกัน

4. รัฐภาคีจะพิจารณาการเก็บภาษีเพิ่มเติม หรือมาตรการลงโทษทางบริหาร เมื่อบุคคลถูกลงโทษเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ”

มาตรฐานการลงโทษขั้นต่ำของโทษตามที่อนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้กำหนดไว้ คือ โทษตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้นต้องถูกกำหนดโทษอย่างได้ผล ได้สัดส่วน และเป็นโทษในลักษณะป้องปราม (effective ,proportionate and dissuasive) ซึ่งใช้กับทั้งกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล

ตามมาตรา 3 ข้อที่ 1 กำหนดหลักทั่วไปว่า โทษต้องถูกกำหนดอย่างได้ผล ได้สัดส่วน และเป็นโทษในลักษณะป้องปราม นอกจากนี้ยังได้กำหนดลักษณะเฉพาะของโทษอีกสองเรื่อง คือ

- การกำหนดโทษสูงต่ำของความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ ต้องคำนึงถึงความผิดฐานให้สินบนเจ้าพนักงานตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีที่มีอยู่
- ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา โทษที่จะใช้กับผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นโทษจำคุกเสรีภาพเพื่อที่จะสามารถใช้มาตรการช่วยเหลือทางกฎหมายระหว่างรัฐและมาตรการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

การกำหนดโทษสูงต่ำของความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ ต้องคำนึงถึงความผิดฐานให้สินบนเจ้าพนักงานตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีที่มีอยู่ ยกตัวอย่างเช่น ประเทศสโลวาเกียกำหนดโทษสำหรับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศไว้สูงสุดเป็นจำคุก 2 ปี แต่สำหรับการให้สินบนเจ้าพนักงาน (ของประเทศสโลวาเกียเอง) ประเทศสโลวาเกียได้กำหนดโทษจำคุกไว้สูงสุดเป็นจำคุก 3 ปี ในกรณีเช่นนี้คณะทำงานตามอนุสัญญาฯ ถือว่าไม่เป็นไปตามสาระสำคัญของอนุสัญญาและเรียกร้องให้ประเทศสโลวาเกียปฏิบัติตามอนุสัญญาไออีซีตีฉบับนี้

โทษที่จะใช้เพื่อให้สามารถใช้มาตรการช่วยเหลือทางกฎหมายระหว่างรัฐและมาตรการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต้องเป็นโทษจำคุกและต้องใช้โทษจำคุกขั้นต่ำตามเกณฑ์ที่กฎหมายภายในเกี่ยวกับมาตรการช่วยเหลือทางกฎหมายระหว่างรัฐและมาตรการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐภาคี รวมถึงสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกำหนดไว้ ยกตัวอย่างเช่น การส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นตามอนุสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนของยุโรปโดยทั่วไปแล้วความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต้องมีโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป เป็นต้น

ส่วนโทษปรับแก่บุคคลธรรมดา ต้องเป็นโทษปรับ ที่ได้ผล ได้สัดส่วนและป้องปราม ซึ่งโดยทั่วไปแล้วโทษปรับที่ใช้กับนิติบุคคลจะอยู่ระหว่าง 1 - 2 ล้านยูโร อย่างไรก็ตามโทษปรับในกรณีบุคคลธรรมดามีจำนวนน้อยกว่าโทษปรับในกรณีนิติบุคคล เนื่องจากบุคคลธรรมดามีความสามารถทางการเงินต่ำกว่านิติบุคคล

การพิจารณาประสิทธิภาพของโทษจำคุกต้องพิจารณาทั้งระยะเวลาของโทษที่รัฐภาคีกำหนดตามกฎหมายภายในและผลของการบังคับใช้กฎหมายด้วย ซึ่งระยะเวลาของโทษจำคุกเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงานตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้นตามมาตรา 3 ได้กำหนดให้นำมาใช้ในการพิจารณากำหนดโทษจำคุกของการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่าง

ประเทศนั้น โดยเฉลี่ยแล้ว การให้สินบนเจ้าพนักงานตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีจะกำหนดโทษจำคุกอยู่ที่ระยะเวลา 3 – 5 ปี³⁰

การพิจารณาประสิทธิภาพของโทษในการป้องปรามนั้น นอกจากโทษตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีแล้ว ยังต้องพิจารณาผลการบังคับใช้กฎหมายของรัฐภาคีจากปริมาณการสอบสวนและดำเนินคดีของรัฐนั้นๆ ด้วย ซึ่งรัฐภาคีจำเป็นต้องมีระบบการตรวจสอบการกระทำ ความผิดที่มีประสิทธิภาพด้วย เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา การตรวจสอบกระทำโดยกระทรวง ยุติธรรมและตลาดหลักทรัพย์ ดังนั้น จึงทำให้โอกาสที่บริษัทซึ่งให้สินบนจะถูกพบว่ากระทำ ความผิดจึงมีสูงมากด้วย บริษัทในสหรัฐอเมริกาจึงต้องออกระเบียบข้อบังคับภายในเพื่อป้องกันการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศให้เข้มงวดมากขึ้น ซึ่งแสดงให้เห็นถึง ประสิทธิภาพของการป้องปรามการกระทำผิดตามกฎหมายลักษณะการทุจริตในต่างประเทศ ค.ศ.1977 ของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

หลักการได้สัดส่วนของโทษตามมาตรา 3 หมายถึง การได้สัดส่วนระหว่างโทษกับความ รุนแรงของการกระทำผิด³¹ หากรัฐภาคีพิจารณาแล้วเห็นว่ากรให้สินบนมีความรุนแรง โทษ ที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดก็ต้องมีความรุนแรงกว่ากรณีการให้สินบนเพียงจำนวนเล็กน้อย บางรัฐ ภาคีได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติซึ่งมีความรุนแรงแยกต่างหาก จากการให้สินบนในกรณีธรรมดา โดยอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้มีได้กำหนดว่ากรณีใดจะเป็นกรณี ที่รุนแรงหรือไม่รุนแรง ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับรัฐภาคีจะพิจารณาว่าจะกรณีใดเป็นกรณีที่รุนแรงซึ่งต้องมี โทษหนักขึ้น เช่น กรณีที่เป็นกรให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายตุลาการ หรือเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายการเมือง อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำความผิดที่มีความรุนแรงกว่ากรให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายอื่น เป็นต้น

โทษริบทรัพย์สิน เป็นโทษทางอาญาอย่างหนึ่งและถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญในด้านการ ป้องปรามและการลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจ ระหว่างประเทศเพราะการริบทรัพย์สินตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้มุ่งหมายไปทั้งสินบนและ ผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับจากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่าง

³⁰Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 232

³¹Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 244

ประเทศ เพื่อให้ผู้ให้สินบนทราบว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รับผลประโยชน์จากการให้สินบนเลย³² อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้กล่าวถึงการให้มาตรการยึดและริบทรัพย์สินไว้โดยเฉพาะในมาตรา 3 ข้อที่ 3 ว่า “รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่จำเป็นให้ สินบน รายได้จากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ หรือทรัพย์สินที่มีความสัมพันธ์กับรายได้นั้นอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการยึดและการริบทรัพย์สิน หรือการลงโทษทางการเงินที่มีผลในลักษณะเดียวกัน”

นอกจากนี้ตามเอกสารอธิบายรายละเอียดของอนุสัญญา (Official Commentary) ข้อ 21 22 และ 23 ยังได้ให้ความหมายของผลประโยชน์ที่ได้จากการให้สินบนและขอบเขตของการริบทรัพย์สิน ว่า

“ข้อ 21 ผลประโยชน์จากการให้สินบน คือ กำไรหรือผลประโยชน์ในรูปแบบเงินอย่างอื่นที่มีต่อผู้ให้สินบนซึ่งเป็นผลประโยชน์ที่ได้จากธุรกรรม หรือผลประโยชน์ที่ไม่สมควรอย่างอื่นที่ได้รับหรือยังคงได้รับโดยเป็นผลจากการให้สินบน

ข้อ 22 คำว่า การริบทรัพย์สิน ประกอบด้วย การริบทรัพย์สินซึ่งใช้บังคับเข้ากับทรัพย์สินอย่างถาวรโดยคำสั่งศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยไม่ตัดสิทธิของผู้เสียหาย

ข้อ 23 มาตรา 3(3) มิได้ห้ามมิให้จำกัดโทษทางการเงินตามความเหมาะสม”

ดังนั้น ตามมาตรา 3 ข้อที่ 3 รัฐภาคีจึงมีโอกาสเลือกใช้มาตรการยึดและริบทรัพย์สิน หรือใช้มาตรการทางการเงินอย่างอื่นที่เทียบเท่ากันก็ได้ โดยการยึดและการริบทรัพย์สินตามความในมาตรา 3(3) มีความหมายแตกต่างกัน ดังนี้

การยึดทรัพย์สิน (Seizure) หมายถึง คำสั่งชั่วคราวในระหว่างพิจารณาคดีเพื่อรักษาสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเชื่อได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ใช้ หรือทรัพย์สินที่ได้จากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ เช่น ห้ามการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ การห้ามโอนเงินในบัญชีธนาคาร หรือการเคลื่อนย้ายทรัพย์สิน³³ เป็นต้น

การริบทรัพย์สิน (Confiscation) พิจารณาจากเอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ข้อ 22 หมายถึง การบังคับกับเข้ากับทรัพย์สินอย่างถาวรโดยคำสั่งศาล

³² OECD, Consultation Paper Review of the OECD Instruments on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions Ten Years after Adoption (France: OECD Publication, 2551). หน้า 14

³³ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, The OECD Convention on Bribery a commentary (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 256

หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นการบังคับเอาทรัพย์สินนั้นตกเป็นของรัฐ เพราะเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวพันกับการกระทำความผิดทางอาญา³⁴

การยึดทรัพย์สินและการริบทรัพย์สินนั้นตามมาตรา 3 ข้อที่ 3 วางหลักการให้ใช้กับทรัพย์สินสองประเภท คือ ทรัพย์สินที่เป็นสินบนและทรัพย์สินที่เป็นผลประโยชน์จากการให้สินบน ดังนั้น อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงกำหนดให้ยึดและริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดทั้งที่เป็นผลประโยชน์แก่ผู้ให้สินบนและผู้รับสินบน

ผลประโยชน์จากการให้สินบนที่ผู้ให้สินบนได้รับนั้น ตามเอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ข้อ 21 คือ กำไรหรือผลประโยชน์ในรูปแบบเงินอย่างอื่นที่มีต่อผู้ให้สินบนซึ่งเป็นผลจากธุรกรรม หรือผลประโยชน์ที่ไม่สมควรอย่างอื่นที่ได้รับหรือยังคงได้รับซึ่งเป็นผลจากการให้สินบน

ในปัจจุบันผลประโยชน์ที่ได้จากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศมักเป็นผลประโยชน์ที่ได้จากการได้เข้าทำสัญญากับรัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาเกี่ยวกับโครงการก่อสร้างสาธารณูปโภค ซึ่งผลประโยชน์ดังกล่าวมักอยู่ในรูปแบบกำไรจากการทำธุรกิจ ดังนั้น การยึดทรัพย์สินและการริบทรัพย์สินจึงกระทำได้เฉพาะกำไรในส่วนนี้เท่านั้นเพราะสัญญาทางธุรกิจเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการได้รับสินค้าและบริการแลกกับค่าตอบแทน เมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญาชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจยึดและริบเงินที่ผู้กระทำความผิดใช้ลงทุนจัดหาสินค้าและบริการได้ ในทางตรงกันข้ามหากเป็นสัญญาซื้อขายยาเสพติด นอกจากผลกำไรที่ผู้ค้ายาเสพติดได้รับแล้ว เงินที่ใช้ซื้อขายยาเสพติดและตัวยาเสพติดล้วนเป็นทรัพย์สินที่ยึดหรือริบได้ตามกฎหมายเพราะสัญญาซื้อขายยาเสพติดมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย อย่างไรก็ตามการพิจารณาว่าผลประโยชน์ส่วนใดชอบและส่วนใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย จำต้องได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบและยุติธรรม

ยกตัวอย่างเช่น คดีที่เกิดขึ้นในประเทศนอร์เวย์เกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ผู้พิพากษาของศาลประเทศนอร์เวย์ให้ความเห็นว่า กรณีที่สัญญาซึ่งเกิดจากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ไม่ต้องห้ามโดยกฎหมาย การพิจารณาผลกำไรที่ได้รับจากสัญญานั้นเป็นการยากที่จะระบุได้ว่าส่วนใดเป็นผลประโยชน์ที่ได้รับจากการให้สินบน³⁵

³⁴ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, The OECD Convention on Bribery a commentary (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 257

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 260

การจำกัดโทษทางการเงินตามเอกสารอธิบายความอนุสัญญาไออีซีตีฉบับนี้ (Official Commentary) ข้อที่ 23 หมายความว่า การกำหนดเงื่อนไขในการริบทรัพย์สิน ซึ่งอนุสัญญาไออีซีตีฉบับนี้ได้เปิดช่องให้ไปตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐภาคี เช่น เรื่องการใช้อายุความอนุสัญญาไออีซีตีฉบับนี้เปิดโอกาสให้รัฐภาคีกำหนดระยะเวลาในการใช้อำนาจริบทรัพย์สินได้เป็นต้น

มาตรการทางการเงินอื่นที่อาจใช้แทนการยึดทรัพย์สินหรือการริบทรัพย์สิน หมายถึง การปรับเงินผู้กระทำความผิด³⁶ เช่น สหรัฐอเมริกาปรับผู้กระทำความผิดเป็นจำนวนสองเท่าของผลกำไร หรือความเสียหายของผู้เสียหายจากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติแทนมาตรการยึดและริบทรัพย์สิน เป็นต้น

3.3.2.1.3 การลงโทษกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล

เนื่องจากบริษัทข้ามชาติมีบทบาทสำคัญในธุรกิจระหว่างประเทศและการประกอบธุรกิจของบริษัทข้ามชาติในประเทศกำลังพัฒนามักเกี่ยวข้องกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐ³⁷ ดังนั้น การกำหนดบทลงโทษนิติบุคคลที่กระทำความผิดจึงเป็นสิ่งจำเป็นในการกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งคณะผู้ร่างอนุสัญญาฉบับนี้ได้เห็นความสำคัญของหลักการนี้ตั้งแต่ในขั้นเริ่มต้นร่างอนุสัญญา³⁸ อย่างไรก็ตามในบางประเทศนิติบุคคลไม่อาจมีความรับผิดทางอาญาได้ตามหลักกฎหมายภายใน ดังนั้น ความรับผิดทางปกครองและความรับผิดทางแพ่งจึงถูกนำมาใช้ในการลงโทษนิติบุคคล โดยโทษของนิติบุคคลจะแตกต่างกันตามประเภทของความรับผิด ซึ่งผู้เขียนได้แยกสาระสำคัญดังต่อไปนี้

- ความรับผิดทางอาญา
- ความรับผิดทางปกครองและความรับผิดทางแพ่ง
- โทษของนิติบุคคล

(ก) ความรับผิดของนิติบุคคล

³⁶ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, The OECD Convention on Bribery a commentary (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 265

³⁷ Eric Engle, "Extraterritorial Corporate Criminal Liability: A Remedy for Human rights violation," Saint John's Journal of Legal Commentary (Spring 2006): 1.

³⁸ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, The OECD Convention on Bribery a commentary. หน้า175.

ในกรณีที่ถือว่านิติบุคคลเป็นผู้กระทำการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ รัฐภาคีจำเป็นต้องกำหนดความรับผิดแก่นิติบุคคลเพื่อที่จะใช้ในการกำหนดโทษแก่นิติบุคคลต่อไป

แม้ว่าอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้กล่าวถึงนิติบุคคลทั้งในมาตรา 2 และมาตรา 3 แต่ก็ได้กำหนดความหมายของนิติบุคคลเอาไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น การพิจารณาความหมายของนิติบุคคลตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงต้องพิจารณาจากกฎหมายภายในของรัฐภาคีแต่ละรัฐ เช่น ตามกฎหมายภายในของประเทศกรีซ วางหลักไว้ว่า กองทุนและสมาคมไม่ถือว่าเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายต่อต้านการคอร์รัปชัน³⁹ หรือ รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีก็มีโครงสร้างที่แตกต่างกัน เป็นต้น

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้กำหนดหลักเรื่องความรับผิดของนิติบุคคลไว้ใน มาตรา 2 ว่า

“รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่จำเป็นที่สุดคล้องกับหลักกฎหมายภายในของตนเพื่อกำหนดความรับผิดของนิติบุคคลสำหรับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ”

ดังนั้น อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงมิได้บังคับให้รัฐภาคีต้องกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่นิติบุคคลเท่านั้น

นอกจากนี้ หากพิจารณาตามเอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ข้อที่ 20 ได้ให้รายละเอียดเพิ่มเติมไว้ว่า

“ในกรณีที่ตามระบบกฎหมายภายในของรัฐภาคี นิติบุคคลไม่อาจมีความรับผิดทางอาญาได้ รัฐภาคีไม่จำเป็นต้องกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่นิติบุคคล”

ดังนั้น รัฐภาคีมีหน้าที่กำหนดความรับผิดทางอาญาแก่นิติบุคคลในการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้นๆ ทำให้ความรับผิดของนิติบุคคลจึงสามารถแยกได้เป็นสองกรณี คือ ความรับผิดทางอาญา (ในกรณีที่นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดทางอาญาได้ตามหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคี) และความรับผิดทางแพ่งหรือความรับผิดทางปกครอง (ในกรณีที่นิติบุคคลไม่สามารถมีความรับผิดทางอาญาได้ตามหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคี)

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากนิติบุคคลต้องแสดงเจตนาผ่านบุคคลธรรมดา การพิจารณาความรับผิดของนิติบุคคลจำเป็นต้องแยกความผิดของผู้กระทำที่กระทำเพื่อผลประโยชน์ของตนเองออก

³⁹ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 185.

จากความผิดของผู้กระทำที่กระทำเพื่อผลประโยชน์ของบริษัท เนื่องจากอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ มิได้กำหนดหลักการเรื่องมาตรฐานความรับผิดชอบของนิติบุคคลไว้ ทำให้เมื่อพิจารณากฎหมายภายในของรัฐภาคี พบว่า รัฐภาคีเห็นต่างกันเป็นสองพวก คือ รัฐภาคีบางรัฐกำหนดเงื่อนไขความรับผิดชอบของนิติบุคคลว่าการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาตินั้นต้องเกี่ยวข้องกับธุรกิจของนิติบุคคล และรัฐภาคีอีกพวกกำหนดให้นิติบุคคลรับผิดชอบเมื่อผลประโยชน์จากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาตินั้น ตกได้แก่นิติบุคคล นอกจากนี้บางรัฐภาคียังมีเงื่อนไขเพิ่มเติมเพื่อจำกัดความรับผิดชอบของนิติบุคคล ว่าพนักงานของบริษัทต้องกระทำภายในขอบเขตของหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายอีกด้วย

(1) ความรับผิดทางอาญา

แม้ว่าตามมาตรา 2 จะมีได้กล่าวถึงการกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่นิติบุคคลไว้ โดยเฉพาะ แต่หากพิจารณาจากเอกสารอธิบายความของอนุสัญญา ข้อที่ 20 ซึ่งกำหนดว่า

“ในกรณีก็ตามระบบกฎหมายภายในของรัฐภาคี นิติบุคคลไม่อาจมีความรับผิดทางอาญาได้ รัฐภาคีไม่จำเป็นต้องกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่นิติบุคคล”

จากสาระสำคัญข้างต้นประกอบกับรายงานการบังคับใช้อนุสัญญา ซึ่งจัดทำโดยคณะทำงานโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งมีฐานะเป็นหน่วยงานตรวจสอบการบังคับใช้ตามอนุสัญญาฉบับนี้ พบว่า รัฐภาคีมีหน้าที่ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่นิติบุคคล ยกเว้นตามหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้น นิติบุคคลไม่อาจมีความรับผิดทางอาญาได้ รัฐภาคีมีหน้าที่กำหนดความรับผิดทางแพ่งหรือความรับผิดทางปกครองแก่นิติบุคคลที่กระทำการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

(2) ความรับผิดทางปกครองและความรับผิดทางแพ่ง

แม้ว่าตามมาตรา 2 และเอกสารอธิบายความของอนุสัญญาฉบับนี้ ข้อที่ 20 ซึ่งเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับมาตรา 2 จะมีได้กล่าวถึงความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางปกครองไว้ แต่ตามมาตรา 3 ข้อที่ 2 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษ กำหนดว่า

“ข้อที่ 2 ในกรณีที่ตามระบบกฎหมายของรัฐภาคี ความรับผิดทางอาญามีได้บังคับใช้กับนิติบุคคล รัฐภาคีจะทำให้แน่ใจว่านิติบุคคลจะมีบทลงโทษที่มีโทษทางอาญาซึ่งได้ผล ได้สัดส่วนและเป็นในลักษณะการป้องปราม รวมทั้งโทษทางการเงิน สำหรับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ”

ดังนั้น เมื่อตามหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคีนิติบุคคลไม่สามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ รัฐภาคีจึงจำเป็นต้องพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งหรือความรับผิดชอบทางปกครองเพื่อกำหนดบทลงโทษแก่นิติบุคคลที่ให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

(ข) โทษของนิติบุคคล

การลงโทษบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลนั้น อนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้กำหนดมาตรฐานไว้ในมาตรา 3 ข้อที่ 1 ว่า

“1. การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติจะถูกกำหนดโทษอย่างได้ผล ได้สัดส่วน และเป็นโทษในลักษณะป้องปราม ความหนักเบาของโทษควรจะเทียบได้กับการปรับใช้การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐของรัฐนั้นๆ และในกรณีที่ผู้กระทำเป็นบุคคลธรรมดาควรประกอบด้วยโทษเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพที่เหมาะสมเพื่อให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นไปได้

ดังนั้น อนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้กำหนดมาตรฐานการลงโทษทางอาญาต่อบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลโดยมีหลักการเดียวกัน คือ มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วนกับการกระทำผิดและเป็นโทษในลักษณะป้องปรามดังที่กล่าวมาแล้ว

หากนิติบุคคลสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ตามหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคีนิติบุคคลนั้นก็ควรรับโทษทางอาญา ซึ่งโทษที่สามารถนำมาใช้กับนิติบุคคลได้นั้น ได้แก่ โทษปรับและโทษริบทรัพย์สิน

แต่ในกรณีที่ตามระบบกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้น นิติบุคคลไม่สามารถรับผิดชอบทางอาญาได้ อนุสัญญาก็เปิดช่องให้รัฐภาคีกำหนดความรับผิดชอบอย่างอื่นแก่นิติบุคคลได้แก่ความรับผิดชอบทางแพ่งและความรับผิดชอบทางปกครอง ซึ่งตามเอกสารอธิบายความรายละเอียดของอนุสัญญาฉบับนี้ ข้อที่ 24 ได้ให้ตัวอย่างของโทษทางแพ่งและโทษทางปกครองไว้ว่า

“ข้อที่ 24 ในระหว่างโทษทางแพ่งและโทษทางปกครองอย่างอื่น นอกจากโทษปรับซึ่งจะถูกกำหนดแก่นิติบุคคลซึ่งให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ คือ การยกเว้นการได้รับสิทธิประโยชน์สาธารณะหรือการได้รับความช่วยเหลือ การถูกพิจารณาว่าขาดคุณสมบัติในการจัดจ้างก่อสร้างสาธารณูปโภคหรือกิจกรรมทางพาณิชย์อื่นๆ การถูกตรวจสอบโดยกระบวนการยุติธรรม”

ดังนั้น โทษทางปกครองและทางแพ่ง ได้แก่ โทษปรับ การยกเว้นการมีสิทธิได้รับผลประโยชน์หรือความช่วยเหลือจากรัฐ การเพิกถอนจากการมีส่วนร่วมกิจกรรมสาธารณะหรือกิจกรรมทางพาณิชย์ และการให้ศาลสั่งมาตรการควบคุมกิจการหรือสั่งเลิกกิจการ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของนิติบุคคลยังคงมีความแตกต่างกันตามระบบกฎหมายภายในของรัฐภาคี แม้ว่าอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จะบังคับใช้มาเป็นเวลานานกว่า 10 ปีแล้วก็ตาม ซึ่งในปัจจุบันมีรัฐภาคีเพียง 24 รัฐ จากทั้งหมด 38 รัฐเท่านั้นที่นิติบุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ในขณะที่รัฐภาคีที่เหลือกำลังอยู่ระหว่างการศึกษากำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่นิติบุคคล

3.3.2.2 หน้าที่ในการใช้เขตอำนาจศาลกับความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐสามารถใช้เขตอำนาจของตนได้ทราบเท่าที่ตนมีอำนาจอธิปไตย คือ บุคคลทุกคนและทรัพย์สินทุกอย่างที่อยู่ภายในดินแดนของตน และคนชาติของตนไม่ว่าจะอยู่ในประเทศใด⁴⁰

ในการที่รัฐภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จะกำหนดความรับผิดชอบอาญาแก่บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล โดยการกำหนดฐานความผิดอาญาตามกฎหมายภายใน อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้วางหลักการไว้สามเรื่อง ประกอบด้วย

- การใช้เขตอำนาจศาลตามหลักดินแดน
- การใช้เขตอำนาจศาลตามหลักสัญชาติ
- การแก้ปัญหาการใช้อำนาจศาลทับซ้อนกันระหว่างรัฐภาคี

3.3.2.2.1 การใช้เขตอำนาจศาลตามหลักดินแดน

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้วางหลักการเพื่อให้รัฐภาคีใช้เขตอำนาจศาลต่อการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศไว้ในมาตรา 4 ว่า

1. “รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่จำเป็นในการกำหนดเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติเมื่อความผิดได้กระทำทั้งหมดหรือบางส่วนในดินแดนของตน
2. รัฐภาคีที่มีเขตอำนาจศาลในการดำเนินคดีบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐตนสำหรับความผิดที่กระทำลงในต่างแดน จะใช้มาตรการที่จำเป็นในการกำหนดเขตอำนาจศาลของตนเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติด้วยหลักการเดียวกัน

⁴⁰Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, The OECD Convention on Bribery a commentary (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 269

3. เมื่อรัฐภาคีมากกว่าหนึ่งรัฐมีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดที่ถูกล่ามตามอนุสัญญาฉบับนี้ รัฐภาคีจะปรึกษาเพื่อหาวิธีที่เหมาะสมในการลงโทษเมื่อได้รับการร้องขอจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
4. รัฐภาคีจะทบทวนเขตอำนาจศาลของตนในปัจจุบัน สำหรับประสิทธิภาพในการกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ ซึ่งรัฐภาคีจะดำเนินการปรับปรุงต่อไป"

ดังนั้น หลักในการใช้เขตอำนาจศาลของรัฐภาคีตามที่ปรากฏในอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ จึงมีอยู่สองประการด้วยกัน คือ หลักดินแดนและหลักสัญชาติ โดยหลักดินแดนถือว่าเป็นหลักทั่วไปที่รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องกำหนดเขตอำนาจศาล ส่วนหลักสัญชาติรัฐภาคีมีความผูกพันต้องกำหนดเขตอำนาจศาลเมื่อรัฐภาคีนั้นๆ ยอมรับหลักนี้ในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาอื่นต่อบุคคลสัญชาติตนอยู่ก่อนแล้ว

มาตรา 4 ข้อที่ 1 กำหนดให้รัฐภาคีใช้เขตอำนาจศาลต่อการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ ในกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งการกระทำดังกล่าวทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่ง กระทำลงในดินแดนของรัฐภาคี ดังนั้นการใช้เขตอำนาจศาลในกรณีนี้จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำผิดด้วยว่ากระทำลงในประเทศใดบ้าง

นอกจากนี้ตามเอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ ข้อที่ 25 ได้ให้คำอธิบายในการปรับใช้มาตรานี้โดยรัฐภาคีว่า

"หลักดินแดนสำหรับการใช้เขตอำนาจศาลควรถูกต้องความอย่างกว้าง ดังนั้น เงื่อนไขด้านการกระทำที่มีนัยสำคัญต่อการให้สินบนจึงไม่ควรถูกนำมาใช้"

การให้สินบน ประกอบด้วย การให้ การเสนอ การสัญญา และการกระทำความผิดของคณกลางในการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ ซึ่งอาจใช้วิธีการต่างได้หลายรูปแบบ เช่น การใช้โทรศัพท์ การใช้แฟกซ์ หรือการส่งอีเมล เป็นต้น⁴¹ นอกจากนี้ยังรวมถึงการกระทำโดยปริยาย เช่น การยอมรับสินบน การนำเงินมาฝากเข้าธนาคาร หรือการโอนเงินผ่านธนาคารท้องถิ่นของรัฐภาคีนั้น เป็นต้น ดังนั้น หากการกระทำข้างต้นเกิดขึ้นภายในรัฐภาคีแล้ว รัฐภาคีย่อมมีหน้าที่ต้องลงโทษผู้กระทำความผิด

⁴¹ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter J. Cullen, *The OECD Convention on Bribery: a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 277

3.3.2.2 การใช้เขตอำนาจศาลตามหลักสัญชาติ

การใช้เขตอำนาจศาลตามหลักสัญชาติ หมายถึง การที่รัฐนั้นๆ สามารถดำเนินการพิจารณาคดีในการกระทำของคนชาติ ซึ่งกระทำความผิดลงในดินแดนของรัฐอื่นได้⁴² โดยมาตรา 4 ข้อที่ 2 ได้กำหนดว่า

“2. รัฐภาคีที่มีเขตอำนาจศาลในการดำเนินคดีบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐตนสำหรับความผิดที่กระทำลงในต่างแดน จะใช้มาตรการที่จำเป็นในการกำหนดเขตอำนาจศาลของตนเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติด้วยหลักการเดียวกัน”

มาตรา 4 ข้อที่ 2 ได้กำหนดให้ รัฐภาคีที่มีการใช้เขตอำนาจศาลกรณีที่คนชาติของตนกระทำความผิดอาญาในรัฐอื่นอยู่แล้ว มีความผูกพันต้องลงโทษคนชาติของตนที่กระทำการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศในรัฐอื่นด้วย

นอกจากนี้เอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ (Official commentary) ข้อที่ 26 ได้ให้ความหมายเพิ่มเติมว่า

“หลักสัญชาติจะถูกนำมาใช้ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปและเงื่อนไขในระบบกฎหมายของรัฐภาคี เช่น เงื่อนไขในหลักความผิดสองชาติหรือ *Dual Criminality* อย่างไรก็ตามเงื่อนไขตามหลักความผิดสองชาติจะสำเร็จ เมื่อการกระทำเป็นความผิดอาญาในรัฐที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นด้วย แม้ว่าจะเป็นการผิดอาญาตามกฎหมายคนละประเภทกัน สำหรับรัฐภาคีที่ใช้หลักสัญชาติกับความผิดอาญาบางฐานเท่านั้น การพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไปของรัฐภาคีให้รวมถึงหลักในการกำหนดความผิดอาญาบางฐานด้วย ”

ดังนั้น การที่รัฐภาคีจะมีความผูกพันในการนำหลักสัญชาติมาใช้กับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ จำต้องพิจารณาถึงกฎหมายภายในของรัฐภาคีว่า มีการนำหลักสัญชาติมาใช้กับความผิดทางอาญาอยู่ก่อนแล้วหรือไม่

กรณีที่เป็นการกระทำของบริษัท หากพนักงานบริษัทที่มีอำนาจในการตัดสินใจซึ่งผูกพันบริษัทตามระเบียบข้อบังคับของบริษัทกระทำการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในรัฐอื่น และพนักงานผู้นั้นมีสัญชาติเดียวกับบริษัท รัฐภาคีซึ่งบริษัทและพนักงานดังกล่าวมีสัญชาติย่อมมีเขตอำนาจศาลในการลงโทษการกระทำในรัฐอื่นนั้นตามหลักสัญชาติ แต่หากพนักงานบริษัทมีสัญชาติอื่นและกระทำลงไปในประเทศอื่น รัฐภาคีส่วนใหญ่ก็มีการใช้หลักสัญชาติในการลงโทษบริษัทด้วยเช่นกัน

⁴²เรื่องเดียวกัน, หน้า 280

3.3.2.2.3 การแก้ปัญหาการใช้อำนาจศาลทับซ้อนกันระหว่างรัฐภาคี

ในกรณีที่รัฐภาคีมากกว่าหนึ่งรัฐมีเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำความผิดตามมาตรา 1 ของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ มาตรา 4 ข้อที่ 3 กำหนดหลักการว่า เมื่อมีรัฐใดรัฐหนึ่งร้องขอให้รัฐภาคีที่มีเขตอำนาจศาลทับซ้อนกันทำการปรึกษาหารือกันเพื่อกำหนดให้รัฐใดรัฐหนึ่งเป็นรัฐที่ทำการดำเนินคดี แต่ทั้งนี้อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้มีได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการหารัฐที่เหมาะสมในการดำเนินคดีแต่อย่างใด

นอกจากนี้ มาตรา 4 ข้อที่ 4 กำหนดให้รัฐภาคีที่ทบทวนระบบกฎหมายของตนในการกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ หากมีช่องว่างทางกฎหมาย รัฐภาคีก็จำเป็นต้องมีการปรับปรุงกฎหมายภายในของตนต่อไป

3.3.2.3 หน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้กำหนดหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศไว้สองเรื่อง คือ หลักการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 5 และอายุความตามมาตรา 6

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้วางหลักการบังคับใช้กฎหมายไว้ใน มาตรา 5 ว่า

“การสอบสวนและการดำเนินคดีเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติจะขึ้นอยู่กับ การนำไปปรับใช้และหลักการของแต่ละรัฐ อย่างไรก็ตาม การสอบสวนและการดำเนินคดีจะไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลในเรื่องผลประโยชน์ของชาติทางเศรษฐกิจ ผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือลักษณะของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่เกี่ยวข้อง”

มาตรา 5 กำหนดหลักการให้การสอบสวนและการดำเนินคดีอาญาให้เป็นไปตามหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคี แต่ได้ห้ามมิให้รัฐแทรกแซงกระบวนการสอบสวนและการดำเนินคดีอาญาในเรื่องการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

ดังนั้น รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องไม่นำเอาเรื่องผลประโยชน์ของชาติทางเศรษฐกิจ ผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและลักษณะของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องเข้ามาใช้ในการพิจารณาเพื่อเริ่มหรือยุติการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีเกี่ยวกับเรื่องการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

ผลประโยชน์ของชาติทางเศรษฐกิจ มักเข้ามาเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดอุปสรรคต่อการสอบสวนและการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

โดยเฉพาะรัฐภาคีที่ให้ดุลยพินิจแก่พนักงานอัยการในการดำเนินคดีอาญา เช่น ในกรณีที่ผู้กระทำ ความผิดเป็นบริษัทที่ส่งสินค้าออกนอกประเทศรายใหญ่ของประเทศ⁴³ ซึ่งการลงโทษบริษัท ดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวมและเกิดปัญหาการเลิกจ้าง รัฐจึงอาจ ปกป้องบริษัทดังกล่าวโดยการไม่ดำเนินการสอบสวนหรือนำคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาในชั้น ศาล เป็นต้น ดังนั้น เพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรมในตลาดโลกซึ่งเป็น วัตถุประสงค์ของอนุสัญญา อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงห้ามมิให้นำเรื่องผลประโยชน์ของชาติทาง เศรษฐกิจมาใช้เพื่อระงับการสอบสวนและการพิจารณาคดีอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐ ต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

ด้านผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เนื่องจากการสอบสวนและการพิจารณาคดี เกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศในรัฐหนึ่ง มักจะเกิดผล กระทบต่ออีกรัฐหนึ่งด้วย⁴⁴ เช่น การพิจารณาคดีที่บริษัทข้ามชาติของรัฐหนึ่งถูกดำเนินคดีว่าให้ สินบนเจ้าหน้าที่รัฐอีกรัฐหนึ่ง หากเจ้าหน้าที่รัฐอีกรัฐหนึ่งเป็นบุคคลระดับสูงในรัฐบาล ย่อมส่งผล กระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างสองรัฐอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เป็นต้น ดังนั้นการสอบสวนและการ ดำเนินกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศจึงมี โอกาสมากที่จะก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามอนุสัญญาโออีซีดี ฉบับนี้ก็วางหลักให้รัฐภาคีต้องดำเนินการสอบสวนและการพิจารณาคดีแม้ว่าต้องส่งผลกระทบต่อ ความสัมพันธ์กับอีกรัฐหนึ่งก็ตาม

กรณีที่มีการระงับตัวบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐ ต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศนั้น อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ห้ามมิให้นำการระงับตัวตนมาใช้ในการ พิจารณาเพื่อเริ่มหรือระงับการสอบสวนและการพิจารณาคดี โดยการใช้คำว่า การระงับตัวบุคคล ธรรมดาและนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นการใช้คำที่มีความหมายกว้างขึ้นกว่าที่ระบุไว้ในเอกสาร คำแนะนำของโออีซีดีที่แก้ไขแล้วเกี่ยวกับการกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจ ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997 ซึ่งใช้คำว่า "การระงับตัวผู้เสียหาย"⁴⁵ เพราะการระงับตัวผู้เสียหายที่ เกิดจากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติทำได้ยาก เนื่องจากผู้เสียหายอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลที่เป็นคู่แข่งกับผู้กระทำความผิดทุกคน หรืออาจเป็นหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น

⁴³Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 317

⁴⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 318

⁴⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 320

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงห้ามนำการระบุด่วนบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาในการเริ่มหรือระงับการสอบสวนและการดำเนินการพิจารณาคดี

อย่างไรก็ตาม มาตรา 5 มิได้ห้ามมิให้นำเรื่องความมั่นคงของชาติมาใช้พิจารณาในการเริ่มหรือระงับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดี ซึ่งความมั่นคงของชาติในที่นี้ หมายถึง การป้องกันประเทศด้านการทหาร⁴⁶ เช่น เรื่องความสามารถทางการทหาร หรือยุทธศาสตร์การป้องกันประเทศ ซึ่งจำเป็นที่รัฐต้องปิดเป็นความลับ เป็นต้น

นอกจากนี้เอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ข้อที่ 27 ยังได้อธิบายให้เห็นถึงขอบเขตของมาตรา 5 อีกว่า

“มาตรา 5 คุ้มครองหลักการใช้ดุลยพินิจของพนักงานอัยการ แต่เพื่อปกป้องความเป็นอิสระของการดำเนินคดีอาญา การใช้ดุลยพินิจต้องใช้ภายใต้ความเป็นมืออาชีพและไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองที่ไม่สมควร มาตรา 5 ยังต้องพิจารณาจากย่อหน้าที่ 6 ของภาคผนวกในคำแนะนำที่มีการแก้ไขแล้วของโออีซีดีเรื่องการจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งมีสาระสำคัญว่า การร้องทุกข์เรื่องการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศควรถูกสอบสวนอย่างจริงจังโดยหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีความสามารถซึ่งรัฐบาลควรจัดหาทรัพยากรบุคคลดังกล่าวเพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินคดีเกี่ยวกับการให้สินบน ประเทศสมาชิกของโออีซีดีควรยอมรับคำแนะนำฉบับนี้ รวมถึงการตรวจสอบและการแก้ไข ”

มาตรา 5 มิได้บังคับให้รัฐภาคีต้องดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศอย่างเด็ดขาด แต่ยอมรับการใช้ดุลยพินิจของพนักงานอัยการที่จะสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้อง หากหลักการใช้ดุลยพินิจของพนักงานอัยการเป็นหลักทั่วไปในการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีอยู่แล้ว

เนื่องจากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศเป็นการกระทำ ความผิดที่มีความซับซ้อนและพยานหลักฐานมักอยู่ในต่างประเทศ โดยทั่วไปแล้วการสอบสวนและการนำคดีขึ้นสู่ศาลจึงมักใช้เวลานานภายหลังจากการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว⁴⁷ ดังนั้นเมื่อความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศมีสถานะเป็นความผิดอาญา จึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยอายุความตามกฎหมายภายในของรัฐภาคี อย่างไรก็ตาม

⁴⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 322

⁴⁷Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 348

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ก็ได้ออมรับหลักการนำกฎหมายเรื่องอายุความมาใช้บังคับกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งก็ได้กำหนดหลักการในการนำกฎหมายเรื่องอายุความมาใช้บังคับไว้ในมาตรา 6 ว่า

“กฎหมายเรื่องอายุความที่นำมาใช้กับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติจะต้องให้มีระยะเวลาที่เพียงพอสำหรับการสอบสวนและการพิจารณาคดี”

วัตถุประสงค์ของมาตรานี้จึงมิใช่การคุ้มครองผู้กระทำความผิด แต่เพื่อต้องการให้การสอบสวนและการพิจารณาคดีมีประสิทธิภาพ ซึ่งมาตรานี้มิได้ห้ามมิให้รัฐภาคีนำกฎหมายว่าด้วยอายุความมาใช้กับความผิดฐานนี้ แต่ต้องการให้รัฐภาคีกำหนดอายุความที่เหมาะสมและมีระยะเวลาเพียงพอแก่การสอบสวนและการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตามมาตรานี้มิได้กำหนดโดยเฉพาะว่าอายุที่เพียงพอมีระยะเวลายาวเท่าใด ดังนั้น การนำไปปรับใช้จำเป็นต้องมีการเปรียบเทียบกฎหมายภายในของรัฐภาคีเพื่อหาอายุความที่เหมาะสม

ในปัจจุบัน รัฐภาคีส่วนใหญ่ใช้กฎหมายว่าด้วยอายุความกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ⁴⁸ แต่ระยะเวลาของอายุความนั้นยังคงแตกต่างกันตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ โดยเฉลี่ยจะมีอายุความเป็นเวลา 5 ปี⁴⁹

3.3.2.4 หน้าที่ในการใช้มาตรการส่งเสริมประสิทธิภาพในการปราบปราม.

มาตรการส่งเสริมประสิทธิภาพในการปราบปรามการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามที่อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้กำหนดไว้ ประกอบด้วยสองมาตรการ คือ มาตรการปราบปรามการฟอกเงินที่เกี่ยวข้องกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศและมาตรการกำหนดหน้าที่ด้านบัญชีแก่นิติบุคคล

มาตรการปราบปรามการฟอกเงินจะช่วยส่งเสริมประสิทธิภาพในการปราบปรามการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศในกรณีที่เงินสินบนถูกนำไปจ่ายในประเทศที่สาม ซึ่งมีไซประเทศที่เจ้าหน้าที่รัฐมีสัญชาติและมีไซประเทศที่ผู้ให้สินบนมีสัญชาติ

มาตรการกำหนดหน้าที่ด้านบัญชีแก่นิติบุคคลจะช่วยให้การตรวจสอบและสืบสวนการกระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานสามารถกระทำได้ง่ายยิ่งขึ้น

⁴⁸Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 337

⁴⁹เรื่องเดียวกัน, หน้า 350

3.3.2.4.1 มาตรการปราบปรามการฟอกเงินที่เกี่ยวกับการให้สินบน เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

ในกรณีที่การให้สินบนมีจำนวนเงินสินบนที่สูงมักมีการนำเงินไปไว้นอกประเทศซึ่งผู้ให้สินบนและผู้รับสินบนมีสัญชาติและเงินจำนวนดังกล่าวจะถูกเปลี่ยนแปลงเป็นเงินหรือผลประโยชน์ในรูปแบบอื่นเพื่อนำกลับเข้าไปในประเทศที่ผู้รับสินบนมีสัญชาติ ทำให้ประเทศที่เจ้าหน้าที่รัฐมีสัญชาติ ซึ่งดำเนินคดีตามความผิดฐานเจ้าพนักงานเรียกรับสินบนและฐานให้สินบนเจ้าพนักงาน และประเทศที่ผู้ให้สินบนมีสัญชาติ ซึ่งดำเนินคดีตามความผิดฐานให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ไม่สามารถรับสินบนและดำเนินการตามกฎหมายฟอกเงินของตนได้เช่นกันเพราะเงินหรือผลประโยชน์ที่ถูกเปลี่ยนแปลงไปมิได้อยู่ในประเทศของตน

การนำเงินที่เกี่ยวข้องกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศไปไว้นอกประเทศอาจทำได้หลายรูปแบบ เช่น เจ้าหน้าที่บริหารระดับสูงของบริษัทแม่ไปเปิดบัญชีของธนาคารต่างชาติในชื่อของบริษัทต่างชาติอีกบริษัทหนึ่งซึ่งควบคุมโดยเจ้าหน้าที่บริหารของบริษัทแม่ หลังจากนั้นบริษัทแม่ก็จะมีการจ่ายเงินเข้าบัญชีดังกล่าวโดยมีการทำสัญญาบริการกันเพื่อปิดบังที่มาของเงิน⁵⁰ เป็นต้น

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้กำหนดความผูกพันของรัฐภาคีในการใช้กฎหมายเกี่ยวกับการฟอกเงินไว้ในมาตรา 7 ว่า

“รัฐภาคีซึ่งกำหนดให้การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐเป็นความผิดอาญาที่อยู่ในบังคับของกฎหมายเกี่ยวกับการฟอกเงินจะต้องกำหนดเงื่อนไขในลักษณะเดียวกันสำหรับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติโดยไม่คำนึงถึงว่าการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติจะเกิดขึ้นที่ใด”

นอกจากนี้เอกสารอธิบายความอนุสัญญา (Official Commentary) ข้อที่ 28 ได้บรรยายหลักการเพิ่มเติมไว้ว่า

“ตามมาตรา 7 คำว่า การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐ มีความหมายอย่างกว้าง เพื่อว่า การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติจะถูกกำหนดให้เป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายฟอกเงินเช่นเดียวกับในกรณีที่รัฐภาคีกำหนดให้ความผิดฐานการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐเรียกรับสินบนเป็นความผิดมูลฐาน ในกรณีที่รัฐภาคีกำหนดให้เฉพาะความผิดฐานเจ้าหน้าที่รัฐเรียกรับสินบนเป็น

⁵⁰ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 359

ความผิดมูลฐานตามกฎหมายฟอกเงิน มาตรการนี้กำหนดให้การฟอกเงินบนเป็นความผิดตามกฎหมายฟอกเงินด้วย”

ดังนั้น รัฐภาคีจะผูกพันในการใช้กฎหมายว่าด้วยการฟอกเงินต่อเงินสินบนหรือเงินที่เป็นผลประโยชน์จากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐภาคีว่าได้กำหนดให้ใช้กฎหมายว่าด้วยการฟอกเงินกับความผิดว่าด้วยการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐของตนหรือไม่ หากรัฐภาคีมิได้กำหนดให้ความผิดฐานการให้สินบนเจ้าพนักงานเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายฟอกเงินแล้ว รัฐภาคีก็ไม่ต้องผูกพันที่จะต้องกำหนดให้ความผิดฐานให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายฟอกเงินด้วย อย่างไรก็ตามหากรัฐภาคีกำหนดให้ความผิดฐานเจ้าพนักงานเรียกรับสินบนเป็นความผิดมูลฐานแล้ว การฟอกเงินสินบนจากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศต้องเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายฟอกเงินของรัฐภาคีด้วย

นอกจากนี้ หากพิจารณาตามมาตรา 3 ข้อ 3 ซึ่งกำหนดว่า

“3. รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่จำเป็นกับการให้ สินบน รายได้จากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ หรือทรัพย์สินที่มีความสัมพันธ์กับรายได้นั้นอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการยึดและริบ หรือการลงโทษทางการเงินที่มีผลในลักษณะเดียวกัน”

ดังนั้น คณะทำงานไออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหน่วยงานตรวจสอบตามอนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้จึงเรียกร้องให้รัฐภาคีกำหนดให้การฟอกผลประโยชน์ที่ได้รับจากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศโดยผู้ให้สินบนเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายฟอกเงินด้วย

3.3.2.4.2 มาตรการกำหนดหน้าที่ด้านการบัญชีแก่นิติบุคคล

การปราบปรามการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศจำเป็นต้องใช้มาตรฐานการจัดทำบัญชีและการตรวจสอบภายในบริษัทเข้ามาเป็นเครื่องมือสนับสนุนเพราะหน่วยงานของรัฐจำเป็นต้องใช้ข้อมูลทางบัญชีในการสืบสวนการกระทำความผิด ดังนั้น อนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้จึงวางหลักการเกี่ยวกับมาตรการทางบัญชีไว้ในมาตรา 8 เพื่อให้รัฐภาคีนำไปใช้กำหนดตามกฎหมายภายในของตนว่า

1. “เพื่อการกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติอย่างมีประสิทธิภาพ รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่จำเป็นภายในกรอบของกฎหมายภายในของตนและกฎโดยพิจารณาปรับปรุงเกี่ยวกับเอกสารและบันทึก การเปิดเผยหลักฐานทางการเงิน การบัญชี มาตรฐานการตรวจสอบบัญชี การ

ห้ามการทำบัญชีที่ไม่เป็นทางการ การดำเนินธุรกิจที่ไม่เป็นทางการหรือไม่เหมาะสม การบันทึกค่าใช้จ่ายที่ไม่เกิดขึ้นจริง การเข้ารับผิดที่ไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ การใช้เอกสารปลอมที่เกิดขึ้นโดยบริษัทที่อยู่ภายใต้กฎหมายภายในดังกล่าวของรัฐภาคี ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ หรือซ่อนเร้นการให้สินบน

2. รัฐภาคีจะกำหนดโทษทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครองที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วนและเป็นในลักษณะป้องปราม สำหรับการละเลยและการปลอมแปลงเกี่ยวกับ เอกสาร บันทึกบัญชี หลักฐานทางการเงินของบริษัทของตน"

อนุสัญญาวางหลักให้รัฐภาคีห้ามมิให้มีการทำบัญชีที่ไม่เป็นทางการ การดำเนินธุรกิจที่ไม่เป็นทางการหรือไม่เหมาะสม การบันทึกค่าใช้จ่ายที่ไม่เกิดขึ้นจริง การเข้ารับผิดที่ไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ และการใช้เอกสารปลอม ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศหรือการปิดกั้นการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศนั้น

แม้ว่าอนุสัญญามีได้ระบุนรายละเอียดของมาตรการทางบัญชี ซึ่งรัฐภาคีมีหน้าที่ต้องนำไปใช้ในกฎหมายภายในของตนไว้ แต่รัฐภาคีก็ได้กำหนดมาตรการทางบัญชีโดยอาศัยหลักการของคำแนะนำของไออีซีดีฉบับแก้ไข ปี ค.ศ. 1997 ในเรื่องการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐในธุรกิจระหว่างประเทศ (The Revised Recommendation of the OECD Council on Combating Bribery in International Business Transactions) มาพิจารณาประกอบด้วย⁵¹ ซึ่งคำแนะนำฉบับนี้ได้แยกสาระสำคัญของมาตรการทางบัญชีออกเป็น 3 ส่วน คือ

- (1) การใช้รูปแบบการจัดทำบัญชีที่เหมาะสม
- (2) การควบคุมภายในบริษัท
- (3) การใช้ผู้ตรวจสอบทางบัญชีอิสระภายนอกบริษัท

การใช้รูปแบบการจัดทำบัญชีที่เหมาะสม หมายถึง การบันทึกและการลงบัญชี การเปิดเผยสถานะทางการเงินและการปฏิบัติตามมาตรฐานการบัญชีสากล

การควบคุมภายในบริษัท ประกอบด้วย การควบคุมทางบัญชีและการควบคุมทั่วไป โดยการควบคุมทางบัญชี หมายถึง ระบบการจัดทำเอกสาร การบันทึกทางบัญชีและการควบคุมการทำธุรกรรมทางการเงิน เช่น การจ่ายเงินแก่บุคคลภายนอกต้องทำโดยพนักงานของบริษัทตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป เป็นต้น ส่วนการควบคุมทั่วไป หมายถึง การประกาศนโยบายของบริษัทและระเบียบ

⁵¹Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 381.

ข้อบังคับในการทำงาน⁵² การออกรายงานประจำปีเกี่ยวกับการควบคุมภายในบริษัท และการจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบภายในบริษัท

อย่างไรก็ตาม บริษัทจำเป็นต้องใช้ผู้ตรวจสอบทางบัญชีอิสระด้วย ซึ่งผู้ตรวจสอบทางบัญชีอิสระภายนอกบริษัทต้องทำงานร่วมกับหน่วยงานตรวจสอบภายในบริษัทและหน่วยงานของรัฐภาคี เพื่อสืบสวนหาข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิด ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศสวีเดน ผู้ตรวจสอบทางบัญชีอิสระมีหน้าที่รายงานข้อมูลที่น่าสงสัยแก่คณะกรรมการบริหารของบริษัทและหลังจากนั้นสองสัปดาห์ผู้ตรวจสอบทางบัญชีอิสระก็มีหน้าที่รายงานข้อมูลไปยังพนักงานอัยการด้วย เป็นต้น

นอกจากการนำมาตรการทางบัญชีมาใช้โดยกฎหมายภายในของรัฐภาคีแล้ว มาตรฐานนี้ยังกำหนดให้รัฐภาคีต้องมีการลงโทษผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายในเรื่องมาตรการทางบัญชีด้วย อย่างไรก็ตามมาตรานี้ไม่ได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องลงโทษทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลดังเช่นมาตรา 3 ดังนั้น การลงโทษตามมาตรานี้จึงขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐภาคีว่าต้องการลงโทษทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลหรือไม่⁵³

3.3.3 สิทธิของรัฐภาคีในการใช้กระบวนการส่งเสริมประสิทธิภาพในการปราบปราม

กระบวนการส่งเสริมประสิทธิภาพในการปราบปราม หมายถึง กระบวนการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายระหว่างรัฐภาคีและกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งถือว่ามีส่วนส่งเสริมประสิทธิภาพในการสืบสวน การสอบสวนและการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ โดยตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้ให้สิทธิแก่รัฐภาคีที่จะเรียกร้องให้รัฐภาคีอื่นให้ความช่วยเหลือแก่ตนได้

3.3.3.1 สิทธิการขอให้รัฐภาคีอื่นให้การช่วยเหลือทางกฎหมาย

การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย คือ กระบวนการซึ่งรัฐภาคีที่ถูกร้องขอได้รับคำขอให้ทำการรวบรวมพยานหลักฐานในคดีอาญาซึ่งกำลังดำเนินการสอบสวนหรือดำเนินการพิจารณาคดีอยู่ในรัฐที่ร้องขอ เช่น การสอบถามพยาน การส่งหลักฐาน หรือการอายัดทรัพย์สิน เป็นต้น⁵⁴ ซึ่ง

⁵² Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 387.

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 400.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 410.

โดยทั่วไปแล้ว การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายระหว่างรัฐและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน มักจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ต้องเป็นการกระทำซึ่งเป็นความผิดทั้งในรัฐที่ร้องขอและรัฐที่ถูกร้องขอตามหลักความผิดสองชาติ (Dual criminality)⁵⁵

การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย เป็นเครื่องมือที่สำคัญในการปราบปรามการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ เนื่องจากการกระทำผิดลักษณะนี้เป็นการกระทำ ความผิดข้ามชาติ ซึ่งยากที่จะตรวจพบพยานหลักฐาน โดยเป็นการทำในลักษณะเป็นการกระทำลง ในหลายรัฐและผลมิได้เกิดขึ้นในรัฐที่มีการพิจารณาคดี ทำให้การแสวงหาพยานหลักฐาน การยึด หรืออายัดทรัพย์สิน จำเป็นต้องได้รับความร่วมมือระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง⁵⁶ ดังนั้น อนุสัญญาโออีซีดี ฉบับนี้จึงระบุถึงการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในมาตรา 9 ว่า

1. "รัฐภาคีจะให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่รัฐภาคีอื่นอย่างเตรียมพร้อมและมีประสิทธิภาพ ด้วยความเป็นไปได้มากที่สุดตามกฎหมายภายในของตน สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องและการบริหารจัดการ เพื่อวัตถุประสงค์ในเรื่องการสอบสวนและการพิจารณาคดีทางอาญาซึ่งกระทำ โดยรัฐภาคีเกี่ยวกับความผิดตามอนุสัญญาฉบับนี้ และสำหรับกระบวนการทางอื่นตาม อนุสัญญาฉบับนี้ที่กระทำโดยรัฐภาคีต่อนิติบุคคล รัฐภาคีที่ถูกเรียกร้องจะแจ้งให้รัฐที่เรียก ร้องทราบโดยไม่ชักช้าซึ่งข้อมูลอื่นหรือเอกสารที่สนับสนุนการร้องขอความช่วยเหลือ และสถานะ หรือผลของการเรียกร้องความช่วยเหลือ
2. รัฐภาคีซึ่งมีเงื่อนไขการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายบนพื้นฐานของความมีอยู่ของหลัก Dual Criminality จะถือว่าเงื่อนไขดังกล่าวครบถ้วนสมบูรณ์ ในกรณีที่เป็นความผิดที่ขอให้มีการ ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งอยู่ภายในขอบเขตของอนุสัญญาฉบับนี้
3. รัฐภาคีจะไม่ปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดทางอาญาภายใน ขอบเขตของอนุสัญญาฉบับนี้โดยอาศัยข้ออ้างเรื่องความลับของธนาการ"

อย่างไรก็ตามมาตรานี้วางหลักการในเรื่องการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายเฉพาะ ระหว่างรัฐภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ ดังนั้น หากเป็นกรณีที่รัฐภาคีร้องขอความช่วยเหลือ จากรัฐอื่นที่ไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ จึงไม่มีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามมาตรานี้⁵⁷

⁵⁵Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 418.

⁵⁶ OECD, *OECD Working Group on Bribery Annual Report 2007* (France: OECD Publication, 2550). หน้า 17.

⁵⁷Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary*. หน้า430

มาตรา 9 ข้อที่ 1 กำหนดให้รัฐภาคีต้องใช้ความเป็นไปได้มากที่สุดตามกฎหมายภายใน และสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องในเรื่องการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่รัฐภาคีที่ร้องขอ นอกจากนี้ยังวางหลักการให้รัฐภาคีสามารถเรียกร้องกันได้โดยตรงในเรื่องการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย นอกจากนี้มาตรานี้ยังสนับสนุนหลักการในมาตรา 2 กล่าวคือ นอกจากการให้ความช่วยเหลือกันทางอาญาแล้ว หากผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลซึ่งไม่อาจรับโทษทางอาญาตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้น รัฐภาคีที่ถูกร้องขอก็มีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายเพื่อการดำเนินการในรูปแบบอื่น เช่น การดำเนินการทางปกครอง หรือทางแพ่งด้วย

มาตรา 9 ข้อที่ 2 กล่าวยอมรับเงื่อนไขในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายเรื่องการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายภายในทั้งของรัฐที่ร้องขอและรัฐที่ถูกร้องขอหรือหลักความผิดสองชาติ (dual criminality) โดยยอมรับเงื่อนไขในเรื่องนี้ตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีแต่รัฐภาคีต้องถือว่าการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้เป็นความผิดทั้งตามกฎหมายภายในของรัฐที่ถูกร้องขอและรัฐภาคีที่ร้องขอ

มาตรา 9 ข้อที่ 3 ห้ามมิให้รัฐภาคีปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายเพราะเหตุผลในเรื่องข้อมูลอันเป็นความลับของธนาคาร อย่างไรก็ตามคณะทำงานโออีซีดีตามอนุสัญญาฉบับนี้ยอมรับหลักกฎหมายของรัฐภาคีที่ว่า การเปิดเผยความลับของธนาคารจำเป็นต้องได้รับคำสั่งจากศาล ซึ่งรัฐภาคีจำเป็นต้องกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนให้ศาลพิจารณา รวมถึงมาตรการระงับการถ่ายเทเงินในบัญชีระหว่างการพิจารณาด้วย⁵⁸

นอกจากนี้เอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ยังได้ระบุรายละเอียดไว้ในข้อ 31 และ ข้อ 32 ว่า

ข้อ 31 “ภายใต้ย่อหน้าที่ 1 ของมาตรา 9 รัฐภาคีควรอำนวยความสะดวก หรือสนับสนุนให้บุคคลรวมถึงนักโทษซึ่งยินยอมไปช่วยเหลือแก่การสอบสวนหรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาลของรัฐภาคีอื่น รัฐภาคีควรส่งนักโทษแก่รัฐภาคีที่ร้องขอเป็นการชั่วคราวและนับระยะเวลาการจำคุกในรัฐที่ร้องขอต่อเนื่องจากระยะเวลาที่จำคุกในรัฐที่ถูกร้องขอ รัฐภาคีที่ใช้กระบวนการนี้ควรควบคุมตัวบุคคลดังกล่าวในเรือนจำและส่งกลับโดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน”

ข้อ 32 “ย่อหน้าที่ 2 ของมาตรา 9 กล่าวถึงเงื่อนไขในเรื่องการกระทำที่เป็นความผิดทั้งในรัฐที่ร้องขอและรัฐที่ถูกร้องขอ กฎหมายภายในของรัฐภาคีที่มีความแตกต่างกันในเรื่องกฎหมายห้ามการให้สินบนเจ้าหน้าที่ กับกฎหมายห้ามการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติโดยตรงควรที่จะได้รับความ

⁵⁸Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 431

ร่วมมือในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างเต็มที่ หากเป็นกรณีที่อยู่ภายในขอบเขตของอนุสัญญาฉบับนี้”

ดังนั้น เอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ ข้อที่ 31 ได้ขยายขอบเขตของการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายให้รวมถึงการส่งตัวนักโทษที่ยินยอมจะไปให้ข้อมูลไปยังรัฐภาคีอื่นโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย

3.3.3.2 สิทธิการขอให้รัฐภาคีอื่นส่งผู้ร้ายข้ามแดน

การส่งผู้ร้ายข้ามแดน หมายถึง การส่งตัวบุคคลตามคำร้องขอของรัฐที่ร้องขอ ซึ่งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา หรือเป็นผู้ต้องโทษตามคำพิพากษาศาลจากการกระทำความผิดในเขตอำนาจศาลของรัฐที่ร้องขอเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีหรือให้บุคคลดังกล่าวรับโทษตามคำพิพากษา⁵⁹ โดยทั่วไปแล้ว การส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐจะดำเนินการตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐนั้นประกอบกับหลักกฎหมายภายในเรื่อง การส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐนั้นๆ ซึ่งหากไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกัน รัฐก็ไม่มี ความผูกพันที่จะต้องส่งตัวผู้กระทำความผิดให้รัฐอื่น แต่รัฐก็อาจสมัครใจส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามหลักกฎหมายภายในของตนโดยไม่จำเป็นต้องมีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ได้ โดยอาศัยหลักต่างตอบแทนระหว่างรัฐ

สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐอาจประกอบด้วยเงื่อนไขหลายประการ เช่น หลักกฎหมายที่ว่าความผิดที่จะสามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้จะต้องเป็นการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญาทั้งตามกฎหมายภายในของรัฐที่ร้องขอและรัฐที่ถูกร้องขอ (Dual Criminality) หรือการพิจารณาคดีของบุคคลที่ถูกส่งผู้ร้ายข้ามแดนต้องเป็นความผิดที่รัฐผู้ร้องขอใช้เป็นฐานในการอ้าง เพื่อส่งผู้ร้ายข้ามแดนเท่านั้น รัฐผู้ร้องขอจะพิจารณาการกระทำความผิดอื่นของบุคคลดังกล่าวไม่ได้ (The speciality principle) หรือการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะต้องเป็นความผิดอาญาที่กำหนดในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนเท่านั้น หรือความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต้องมีโทษจำคุกอย่างน้อยตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน นอกจากนี้ประเทศในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ส่วนมากจะห้ามมิให้ใช้กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับคนชาติของตน⁶⁰ เป็นต้น

การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดที่มีการกระทำในหลายรัฐ ผู้กระทำความผิดจึงอาจมีได้อยู่ในเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ดำเนินการสอบสวนและ

⁵⁹ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 411

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 421

พิจารณาคดี เช่น การใช้คนกลางซึ่งเป็นคนท้องถิ่นในการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ เป็นต้น อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้วางหลักการในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งเกี่ยวข้องกับทำให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศไว้ในมาตรา 10 ว่า

1. "การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติจะถูกรวมอยู่ในความผิดทางอาญาที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐภาคีและอนุสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐภาคี
2. ถ้ารัฐภาคีที่มีเงื่อนไขการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีอยู่ ได้รับการร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากรัฐภาคีอื่นที่ไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกัน รัฐภาคีนั้นจะพิจารณาอนุสัญญาฉบับนี้เป็นหลักกฎหมายสำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวข้องกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ
3. รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อให้แน่ใจว่า ถ้ารัฐภาคีสามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งเป็นคนชาติของตน หรือรัฐภาคีสามารถลงโทษคนชาติของตนสำหรับความผิดฐานการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ รัฐภาคีที่ปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติเพียงเพราะบุคคลนั้นเป็นคนชาติของตน รัฐภาคีจะต้องส่งคดีให้แก่หน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาโทษดำเนินการพิจารณาคดี
4. การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายภายในและสนธิสัญญาที่บังคับใช้และระบบบริหารของรัฐภาคี ในกรณีที่รัฐภาคีกำหนดเงื่อนไขการส่งผู้ร้ายข้ามแดนบนพื้นฐานของหลักการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญาของรัฐที่ร้องขอและรัฐที่ถูกร้องขอ (dual criminality) เงื่อนไขดังกล่าวจะครบถ้วน ถ้าความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นอยู่ภายในขอบเขตของมาตรา 1"

มาตรา 10 ข้อที่ 1 วางหลักการในกรณีที่หลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐและกฎหมายภายในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะสามารถทำได้เมื่อเป็นความผิดอาญาที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาและกฎหมายภายในเรื่องส่งผู้ร้ายข้ามแดนเท่านั้น โดยมาตรา 10 ข้อที่ 1 ได้กำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐภาคีและตามกฎหมายภายในของรัฐภาคี

นอกจากนี้ มาตรา 10 ข้อที่ 2 วางหลักการในกรณีที่ตามหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคีที่ถูกร้องขอจำเป็นที่จะต้อง มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐจึงจะดำเนินการกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ แต่รัฐภาคีที่ร้องขอมิได้มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับรัฐภาคีที่ถูกร้องขอ

มาตรานี้จึงกำหนดให้ถือว่าอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้เป็นสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐภาคีทั้งสอง⁶¹

มาตรา 10 ข้อที่ 3 วางหลักการในกรณีก็ตามหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคีห้ามมิให้ส่งคนชาติตามกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่รัฐอื่น มาตรานี้ได้เปิดช่องให้รัฐภาคีดังกล่าวไม่จำเป็นต้องส่งคนชาติของตนตามกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน แต่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาการกระทำผิดที่คนชาติของตนกระทำภายในรัฐของตน

มาตรา 10 ข้อที่ 4 วางหลักการในกรณีก็ตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐและตามกฎหมายภายในของรัฐ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นการกระทำที่เป็นความผิดทั้งตามกฎหมายภายในของรัฐที่ร้องขอและรัฐที่ถูกร้องขอ (dual criminality) หากความผิดดังกล่าวเป็นความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามขอบเขตของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ถือว่าเงื่อนไขดังกล่าวครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว

3.4 กระบวนการอื่นตามอนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ยังประกอบด้วยส่วนที่มีได้เกี่ยวข้องกับปราบปรามการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ แต่เป็นกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการมีผลผูกพันรัฐภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้โดยตรง ได้แก่ การกำหนดหน่วยงานภายในเพื่อการติดต่อสื่อสารระหว่างรัฐภาคี การลงนามและการเข้าร่วมเป็นภาคี การให้สัตยาบัน การมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญา การแก้ไขสาระสำคัญของอนุสัญญาและการถอนตัวจากการเป็นภาคีของอนุสัญญา

3.4.1 การมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญา

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้วางเงื่อนไขเกี่ยวกับการมีผลใช้บังคับของอนุสัญญาไว้ในมาตรา 15 ว่า

“1. อนุสัญญานี้จะมีผลบังคับใช้เมื่อครบ 60 วันหลังจากประเทศที่มีปริมาณการส่งออกมากที่สุดห้าในสิบประเทศและประเทศเหล่านี้มีมูลค่าการส่งออกหกสิบเปอร์เซ็นต์จากทั้งหมดสิบประเทศ ได้ส่งเอกสารแสดงการยอมรับ การอนุมัติ หรือการให้สัตยาบัน ในกรณีที่เป็นกรเข้า

⁶¹Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 432

ร่วมภาคีหลังจากอนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้แล้ว อนุสัญญาจะมีผลบังคับต่อรัฐที่เข้าร่วมหลังจากที่รัฐดังกล่าวส่งเอกสารแล้ว 60 วัน

2. ในกรณีที่หลังจากวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.1998 อนุสัญญาฉบับนี้ยังไม่มีผลบังคับตามมาตรา 15(1) รัฐที่ลงนามซึ่งได้ส่งเอกสารการยอมรับ การอนุมัติ หรือการให้สัตยาบันจะประกาศเจตนารมณ์โดยเขียนส่งไปยังผู้เก็บรักษาอนุสัญญาถึงความพร้อมที่จะยอมรับการบังคับใช้ อนุสัญญาฉบับนี้ตามย่อหน้านี้ อนุสัญญาฉบับจะมีผลบังคับใช้ต่อรัฐที่ลงนามนั้นหลังจาก 60 วัน ซึ่งมีรัฐที่แสดงความพร้อมดังกล่าว 2 รัฐ หลังจากนั้นหากมีรัฐซึ่งลงนามส่งเอกสารแสดงความพร้อม อนุสัญญาฉบับนี้จะมีผลบังคับต่อรัฐนั้นเมื่อพ้น 60 วันหลังจากส่งเอกสารดังกล่าว"

มาตรา 15 ข้อที่ 1 แสดงให้เห็นว่าผู้ร่างอนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้ได้ให้ความสำคัญกับการเข้าร่วมเป็นภาคีของประเทศพัฒนาแล้วที่มีมูลค่าการส่งออกสูง โดยกำหนดให้อนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้เมื่อประเทศที่มีมูลค่าการส่งออกสูงห้าอันดับแรกของโลกและมีมูลค่าการส่งออกรวมมากกว่าหกสิบเปอร์เซ็นต์ได้ส่งสัตยาบันสาร

มาตรา 15 ข้อที่ 2 เป็นมาตรการรองรับกรณีที่อนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้ไม่อาจบังคับใช้ได้ทันตามมาตรา 15 ข้อที่ 1 อย่างไรก็ตามมาตรา 15 ข้อที่ 2 ไม่เคยถูกนำมาใช้แต่อย่างใด

3.4.2 การเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญา

อนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้วางหลักการเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาแยกเป็นสองส่วน คือ การลงและการภาคยานุวัติกับการให้สัตยาบันและการกำหนดผู้เก็บรักษาอนุสัญญา

โดยทั่วไป ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กรณีความตกลงจะมีผลใช้บังคับเมื่อมีการให้สัตยาบัน ต้องมีการลงนามก่อน ต่อจากนั้นรัฐจะต้องจัดทำสัตยาบันสาร (Instrument of Ratification) แล้วนำมาแลกเปลี่ยนกัน อย่างไรก็ตามในปัจจุบันมีทางปฏิบัติที่สามารถลดพิธีในการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสารระหว่างกัน โดยการมีข้อกำหนดให้ความตกลงมีผลเมื่อมีการแจ้งซึ่งกันและกันว่า แต่ละฝ่ายได้ปฏิบัติตามขั้นตอนตามกฎหมายภายในเพื่อการมีผลใช้บังคับครบถ้วนแล้ว ดังนั้น วันที่มีการแจ้งก็จะเป็นวันที่ความตกลงมีผลใช้บังคับ⁶²

⁶² กระทรวงการต่างประเทศ, การทำสนธิสัญญา [ออนไลน์], 6 เมษายน 2553 . แหล่งที่มา <http://www.mfa.go.th/treaty/handbook/index.html>

3.4.2.1 การลงนามและการภาคยานุวัติ

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อรัฐให้ความยินยอมที่จะผูกพัน (Consent to be bound) ตามข้อผูกพันที่กำหนดในความตกลงก็จะมี การลงนาม หรือการลงนามและให้สัตยาบันแล้วแต่กรณี ทั้งนี้บุคคลที่จะเป็นผู้ลงนามในสนธิสัญญาจะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐบาลของตน⁶³

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้กำหนดหลักการในเรื่องการลงนามและการภาคยานุวัติของอนุสัญญาไว้ในมาตรา 13 ว่า

"1. จนกว่าอนุสัญญานี้จะมีผลบังคับใช้ อนุสัญญาฉบับนี้จะเปิดให้สมาชิกโออีซีดี หรือประเทศที่มีได้เป็นสมาชิกโออีซีดีแต่ถูกเชิญเข้ามีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ในคณะทำงานเกี่ยวกับการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศเข้าลงนาม

2. เมื่ออนุสัญญาฉบับนี้มีผลใช้บังคับ อนุสัญญาฉบับนี้จะเปิดให้รัฐซึ่งเป็นสมาชิกโออีซีดีหรือรัฐซึ่งเข้าร่วมอย่างเต็มที่ในคณะทำงานเกี่ยวกับการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศเข้าร่วมเป็นภาคีในกรณีนี้อนุสัญญาจะมีผลบังคับใช้กับรัฐที่เข้าร่วมเมื่อครบ 60 วันภายหลังจากส่งเอกสารแสดงเจตนาการเข้าร่วมเป็นภาคีแล้ว"

มาตรา 3 ข้อที่ 1 กล่าวถึงการที่รัฐจะเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ โดยเป็นการลงนามในช่วงเวลาก่อนที่อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จะมีผลบังคับใช้ ซึ่งแยกรัฐที่จะเข้าร่วมเป็น 2 ประเภท คือ ประเทศสมาชิกโออีซีดีและประเทศที่มีได้เป็นสมาชิกโออีซีดี โดยประเทศสมาชิกโออีซีดีสามารถเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ได้โดยไม่มีเงื่อนไข ในขณะที่ประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกโออีซีดีจะต้องเป็นประเทศที่ถูกเชิญเข้ามามีส่วนร่วมทำงานในคณะทำงานโออีซีดีเรื่องการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศก่อนจึงจะสามารถเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้

มาตรา 3 ข้อที่ 2 กล่าวถึงการที่รัฐจะเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ในภายหลังจากที่อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้มีผลใช้บังคับแล้ว ซึ่งมีเงื่อนไขการเข้าร่วมเป็นภาคีเช่นเดียวกับมาตรา 3 ข้อที่ 1 ซึ่งอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จะมีผลใช้บังคับกับรัฐที่เข้าร่วมเป็นภาคีเมื่อพ้นกำหนด 60 วันภายหลังจากการส่งเอกสารแสดงการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้แล้ว

⁶³ กระทรวงการต่างประเทศ, การทำสนธิสัญญา [ออนไลน์], 6 เมษายน 2553 . แหล่งที่มา <http://www.mfa.go.th/treaty/handbook/index.html>

ดังนั้น เห็นได้ว่าแม้อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จะจัดทำขึ้นโดยโออีซีดี แต่อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ก็มีความเป็นอิสระจากโออีซีดี เพราะประเทศที่มีได้เป็นสมาชิกโออีซีดีก็สามารถเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้

เมื่อประเทศที่มีได้เป็นสมาชิกของโออีซีดีต้องการจะเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ รัฐดังกล่าวจำเป็นต้องเข้ามีส่วนร่วมในคณะทำงานโออีซีดีเรื่องการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศก่อน ซึ่งการเข้าร่วมนั้นคณะทำงานฯ ได้วางหลักการให้ประเทศที่ต้องการเข้าร่วมต้องผ่านการประเมินจากคณะทำงานฯ ก่อน หลังจากนั้นคณะทำงานฯ จะส่งความเห็นไปยังคณะกรรมการโออีซีดีเพื่อพิจารณาว่าจะเชิญประเทศนั้นๆ เข้าร่วมในคณะทำงานฯ หรือไม่

ในการประเมินนั้น รัฐที่ต้องการเข้าร่วมเป็นภาคีจะต้องส่งรายงานโดยตอบปัญหาในประเด็นต่างๆ ตามที่คณะทำงานฯ กำหนดไว้⁶⁴ ดังต่อไปนี้

- อธิบายนโยบายของประเทศในการกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐของตนและเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ
- อธิบายแผนงานและยุทธศาสตร์ในการกำจัดการคอร์รัปชัน
- ประเทศมีนโยบายที่จะเข้าร่วมเป็นภาคีของสนธิสัญญาหรือองค์การระหว่างประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องกับการคอร์รัปชันหรือไม่
- หากนโยบายในการกำจัดการคอร์รัปชันของประเทศได้รับการศึกษาภายในประเทศ หรือในระหว่างประเทศก่อนหน้าที่จะแสดงความต้องการเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ภายในเวลา 3 ปี ประเทศที่ต้องการเข้าร่วมจะต้องส่งผลการศึกษาให้แก่คณะทำงานฯ ด้วย
- กฎหมายภายในมีการกำหนดความผิดอาญาและลงโทษการกระทำต่อไปนี้ หรือไม่
 - ก) การให้และรับสินบนของเจ้าหน้าที่รัฐของตน
 - ข) การให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ
 - ค) การใช้อิทธิพลต่อเจ้าหน้าที่รัฐ
 - ง) การให้สินบนแก่พรรคการเมืองหรือผู้ลงสมัครรับเลือกตั้ง

⁶⁴OECD, "Questionnaire to countries seeking participation in the working group on bribery in international business transactions and accession to the OECD convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions" (France: OECD Publication). หน้า 3

จ) การให้สินบนในภาคเอกชน

- กฎหมายภายในได้กำหนดการลงโทษสำหรับการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐและเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติที่มีใช้โทษทางอาญาหรือไม่ อย่างไร เช่น การลงโทษทางปกครอง หรือการลงโทษทางแพ่ง เป็นต้น
- กฎหมายภายในมีการกำหนดความรับผิดทางอาญา ทางปกครองและทางแพ่งแก่นิติบุคคลสำหรับการให้และรับสินบนเจ้าหน้าที่รัฐ หรือเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติหรือไม่
- ในกรณีที่กฎหมายภายในปัจจุบันกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ ให้ชี้แจงนโยบายของประเทศในอนาคตเกี่ยวกับความผิดลักษณะนี้
- อธิบายหลักในการใช้เขตอำนาจศาลเหนือการกระทำความผิดอาญาตามหลักกฎหมายภายใน และอธิบายการใช้หลักดังกล่าวต่อการกระทำทุจริต รวมถึงอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาเกี่ยวกับการหาหรือการโอนคดีไปยังประเทศอื่น
- อธิบายกระบวนการสืบสวน การสอบสวนและการดำเนินคดีเกี่ยวกับการกระทำผิดเกี่ยวกับการให้สินบนและอธิบายโครงสร้างองค์กรตำรวจ อัยการและศาลที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวน การดำเนินคดีและการพิจารณาคดี
- อธิบายว่ากฎหมายภายในได้ห้ามมิให้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลนำรายจ่ายที่เกี่ยวกับการให้สินบนมาใช้ในการคำนวณภาษีเงินได้หรือไม่
- อธิบายมาตรฐานทางบัญชี ในการกำหนดให้มีการลงบัญชีที่เหมาะสมและการห้ามมิให้มีการลงรายการนอกบัญชี
- อธิบายกฎหมายภายในและระเบียบเกี่ยวกับ

ก) ข้อกำหนดในการใช้การตรวจสอบทางบัญชีภายนอกบริษัท (External Audit)

ข) มาตรฐานการตรวจสอบทางบัญชี (Auditing Standard)

ค) วิธีการตรวจสอบทางบัญชีเกี่ยวกับการกระทำตามกฎหมายในเรื่องนี้

ง) หลักความเป็นอิสระของผู้ตรวจสอบบัญชี

จ) หน้าที่ของผู้ตรวจสอบทางบัญชีในการรายงานหรือการเปิดเผยพฤติกรรมที่น่าสงสัย

ฉ) มาตรการลงโทษผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดทางบัญชี

ข)มาตรการควบคุมภายในบริษัท

- อธิบายกระบวนการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สามารถทำได้ในกรณีการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐและเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ รวมถึงอธิบายถึงกฎหมายภายในสนธิสัญญาหรือระเบียบที่เกี่ยวข้อง
- ความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐและเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติเป็นความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ตามกฎหมายภายในของตนหรือไม่ และประเทศเป็นภาคีของอนุสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนฉบับใดบ้าง รวมถึงให้อธิบายถึงเงื่อนไขของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย
- กฎหมายภายในของรัฐมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการฟอกเงินหรือไม่ การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐเป็นความผิดมูลฐานของกฎหมายฟอกเงินหรือไม่ มีหน่วยงานที่ตรวจสอบธุรกรรมทางการเงินที่น่าสงสัยหรือไม่
- ให้แจ้งถึงสัดส่วนในการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวกับสินค้าและบริการของประเทศ
- ให้แจ้งถึงปริมาณเงินลงทุนไหลเข้าและออกภายในประเทศ 5 ปีหลังสุด
- ให้แจ้งข้อมูลทางการค้าและเงินทุน(FDI) ของรัฐเทียบกับภูมิภาคและประเทศใกล้เคียง

ทั้งนี้ประเด็นข้างต้นเกี่ยวข้องกับสาระสำคัญของอนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997 คำแนะนำโออีซีดีฉบับแก้ไขเกี่ยวกับการกำจัดการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997 และคำแนะนำโออีซีดีนำเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยง่อนภาษีของการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติ ซึ่งเป็นเครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศในการกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติของโออีซีดีที่มีอยู่ โดยหลักในการประเมินจากคำถามทั้งหมดคณะทำงานฯ จะใช้สองหลัก คือ หลักเจตนาและความสามารถ กับหลักผลประโยชน์ร่วมกัน

ในปัจจุบัน ประเทศสมาชิกโออีซีดีทั้งหมดได้เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ รวมถึงประเทศที่มีได้เป็นสมาชิกโออีซีดี ได้แก่ อาร์เจนตินา บัลแกเรีย บราซิล ชิลี สโลวาเกีย สโลวีเนีย เอสโตเนีย แอฟริกาใต้ และอิสราเอล⁶⁵

ตามเอกสารอธิบายความของอนุสัญญาฉบับนี้ได้อธิบายสาระสำคัญของมาตรา 13 เพิ่มเติมในข้อที่ 37 อีกว่า

⁶⁵Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 483

“37. อนุสัญญาเปิดสำหรับประเทศที่มีได้เป็นสมาชิกโออีซีดี ซึ่งเข้าร่วมอย่างเต็มที่ในคณะทำงานโออีซีดีเกี่ยวกับการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศ การเข้าร่วมอย่างเต็มที่โดยประเทศที่มีได้เป็นสมาชิกโออีซีดีในคณะทำงานฯ หมายถึง การสนับสนุนและการเข้าร่วมประชุมภายใต้ระเบียบที่กำหนด ดังนั้น เงื่อนไขการเข้าร่วมอย่างเต็มที่จะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อประเทศที่ต้องการเข้าร่วมในการกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ คณะกรรมการโออีซีดีเรียกร้องให้ประเทศที่มีได้เป็นสมาชิกโออีซีดียอมรับคำแนะนำโออีซีดีฉบับแก้ไข ปี ค.ศ.1997 และปฏิบัติตามแนวนโยบายอื่นของคณะทำงานฯ ด้วย ระเบียบเกี่ยวกับการเข้าร่วมคณะทำงานฯของประเทศที่มีได้เป็นสมาชิกโออีซีดีสามารถพบได้ในมติของคณะกรรมการเกี่ยวกับการเข้าร่วมของประเทศที่มีใช้สมาชิกในคณะทำงานย่อยขององค์กร C(96)64/REV1/FINAL ในเรื่องการยอมรับคำแนะนำของโออีซีดีฉบับแก้ไขเกี่ยวกับการกำจัดการให้สินบน ประเทศที่เข้าร่วมคณะทำงานฯอย่างเต็มที่ต้องยอมรับคำแนะนำเรื่องการห้ามนำสินบนที่ให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติมาใช้หักลดหย่อนภาษี ค.ศ.1996 C(96)27/FINAL ด้วย”

3.4.2.2 การให้สัตยาบันและผู้เก็บรักษาอนุสัญญา

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้วางหลักเพื่อให้รัฐดำเนินการให้สัตยาบันอนุสัญญาและกำหนดผู้เก็บรักษาอนุสัญญาไว้ในมาตรา 14 ว่า

- “1. อนุสัญญาฉบับนี้อยู่ภายใต้การยอมรับ การอนุมัติ หรือการให้สัตยาบันโดยรัฐที่ลงนาม ตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ ที่เกี่ยวข้อง
2. สัตยาบันสารจะต้องส่งไปให้เลขาธิการโออีซีดี ซึ่งทำหน้าที่ผู้เก็บรักษาอนุสัญญาตามอนุสัญญาฉบับนี้”

มาตรานี้วางหลักการโดยยอมรับขั้นตอนตามหลักกฎหมายภายในของรัฐภาคีและกำหนดให้รัฐภาคีต้องส่งสัตยาบันสารไปยังเลขาธิการโออีซีดีเพื่อแสดงการมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญา นอกจากนี้รัฐภาคีสามารถระบุประเด็นเกี่ยวกับการนำอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ไปใช้บังคับกับกฎหมายภายในของตน ซึ่งเป็นประเด็นที่ยังมีความเห็นไม่ตรงกันระหว่างรัฐภาคีได้ในสัตยาบันสาร แต่ทั้งนี้ อนุสัญญาห้ามมิให้รัฐภาคีตั้งข้อสงวน เช่น การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย หรือการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นต้น

3.4.3 การแก้ไขอนุสัญญา

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้เปิดโอกาสให้รัฐภาคีสามารถเสนอแก้ไขสาระสำคัญของอนุสัญญาได้ โดยกำหนดเงื่อนไขไว้โดยเฉพาะ ซึ่งอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้กำหนดหลักการไว้ในมาตรา 16 ว่า

“รัฐภาคีอาจเสนอให้การแก้ไขอนุสัญญาฉบับนี้ได้ ข้อเสนอในการแก้ไขอนุสัญญาต้องถูกส่งให้ผู้เก็บรักษาอนุสัญญาเพื่อแจ้งให้รัฐภาคีอื่นทราบล่วงหน้า 60 วัน ก่อนการประชุมหารือเพื่อแก้ไขอนุสัญญาฉบับนี้ การแก้ไขอนุสัญญาจะทำได้เมื่อรัฐภาคีทุกรัฐให้ความยินยอม หรือการกระทำอย่างอื่นของรัฐภาคีที่แสดงให้เห็นถึงการยินยอม อนุสัญญาที่แก้ไขจะมีผลบังคับใช้เมื่อพ้น 60 วันหลังจากรัฐภาคีทุกรัฐส่งเอกสารการให้สัตยาบัน การยอมรับหรือการอนุมัติ หรือกรณีอื่นที่ระบุไว้ในการแก้ไขอนุสัญญาฉบับนี้”

อย่างไรก็ตามการแก้ไขอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จะสามารถทำได้ต่อเมื่อรัฐภาคีทุกรัฐได้ยินยอมให้มีการแก้ไข โดยความยินยอมตามมาตรานี้ ไม่จำเป็นต้องใช้การลงคะแนนอย่างเป็นทางการจากรัฐภาคีทุกรัฐในการประชุม แต่หากไม่มีรัฐภาคีคัดค้านในการประชุมเพื่อแก้ไขอนุสัญญาฉบับนี้ก็ถือว่ารัฐภาคีทุกรัฐได้ให้ความยินยอมตามมาตรานี้แล้ว⁶⁶

ดังนั้น หากมีการแก้ไขอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้แล้ว รัฐภาคีทุกรัฐก่อนมีการแก้ไขอนุสัญญาก็จะเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับที่แก้ไขแล้วด้วยในทุกกรณี

3.4.4 การถอนตัวจากการเป็นภาคีของอนุสัญญา

รัฐภาคีสามารถถอนตัวจากการร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้ อย่างไรก็ตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้วางหลักการว่า แม้รัฐภาคีจะถอนตัวจากการเป็นภาคีของอนุสัญญาตามหลักการในอนุสัญญากฎระเบียบว่าด้วยสนธิสัญญา มาตรา 54 และมาตรา 56 แต่รัฐภาคีก็ยังคงมีความผูกพันบางอย่างภายหลังจากการออกจากการร่วมเป็นภาคีแล้ว โดยกำหนดไว้ในมาตรา 17 ว่า

“รัฐภาคีจะถอนตัวจากการเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ได้โดยการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังผู้รักษาอนุสัญญา การถอนตัวเช่นนี้นั้นจะมีผลหลังจากวันที่ผู้รักษาอนุสัญญาได้รับการแจ้งเป็นเวลา 1 ปี ภายหลังจากการถอนตัว ความร่วมมือต่างๆ ทั้งด้านความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือ

⁶⁶ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, *The OECD Convention on Bribery a commentary* (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 498

การส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีอยู่ก่อนวันที่การถอนตัวจากการเป็นภาคีจะมีผลบังคับ จะได้รับความร่วมมือจากรัฐที่ถอนตัวต่อไป”

มาตรานี้กำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีที่ถอนตัวจากการเป็นภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ ยังคงต้องให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามมาตรา 9 และมาตรา 10 เฉพาะในกรณีที่มีความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นได้ถูกร้องขอมาก่อนที่การถอนตัวจากการเป็นภาคีของรัฐนั้นๆ จะมีผลบังคับตามมาตรา 11 เท่านั้น

3.4.5 การกำหนดหน่วยงานในการติดต่อระหว่างรัฐภาคี

การกำหนดหน่วยงานในการติดต่อระหว่างรัฐภาคีนั้นใช้เพื่อประโยชน์ในการประสานงานกิจกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ระหว่างรัฐภาคี โดยเฉพาะการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งมาตรา 11 ในอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้กำหนดไว้ว่า

“เพื่อวัตถุประสงค์ตามมาตรา 4 ข้อที่ 3 มาตรา 9 และมาตรา 10 รัฐภาคีแต่ละรัฐจะแจ้งแก่เลขาธิการโออีซีดีถึงหน่วยงานของรัฐภาคีซึ่งรับผิดชอบในการทำหรือรับคำร้องในฐานะเป็นช่องทางในการติดต่อเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศของรัฐภาคี เว้นแต่โดยความตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐภาคี”

ดังนั้นมาตรา 11 จึงได้วางหลักให้รัฐภาคีแจ้งให้เลขาธิการของโออีซีดีทราบถึงหน่วยงานภายในรัฐของตน ซึ่งรับผิดชอบหน้าที่เกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ โดยส่วนใหญ่รัฐภาคีจะทำการติดต่อผ่านกระทรวงยุติธรรมหรือสำนักงานอัยการ

3.5 หน่วยงานตรวจสอบตามอนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997

อนุสัญญาฉบับนี้ได้วางหลักการให้รัฐภาคีร่วมมือกันในการจัดรูปแบบการตรวจสอบการบังคับใช้อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ไว้ในมาตรา 12 ว่า

“รัฐภาคีจะร่วมมือกันจัดรูปแบบการตรวจสอบการบังคับใช้อนุสัญญาฉบับนี้และสนับสนุนการบังคับใช้อนุสัญญาฉบับนี้อย่างสมบูรณ์ เว้นแต่รัฐภาคีทุกรัฐมีมติเอกฉันท์ให้ทำโดยคณะทำงานของโออีซีดีเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐในธุรกิจระหว่างประเทศ (The OECD Working Group on Bribery in international Business Transactions) และตามเงื่อนไขที่เกี่ยวข้อง คณะทำงาน หรือภายในขอบเขตของกรอบการทำงานและเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องของหน่วยงานย่อย

ของคณะทำงาน และรัฐภาคีจะรับภาระของค่าใช้จ่ายในโครงการของคณะทำงานดังกล่าวที่เป็นไปตามกฎระเบียบ”

ในปัจจุบันหน่วยงานตรวจสอบ คือ คณะทำงานโออีซีดีเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐในธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นคณะทำงานของโออีซีดีที่ศึกษาการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐในธุรกิจระหว่างประเทศอยู่ก่อนที่จะมีการจัดทำอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ คณะทำงานนี้ก่อตั้งขึ้นครั้งแรกโดยคณะกรรมการโออีซีดีด้านการลงทุน ในปี ค.ศ. 1994 ต่อมาเมื่อมีการใช้บังคับอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ รัฐภาคีจึงตกลงกันให้คณะทำงานฯ นี้ทำหน้าที่ตรวจสอบการบังคับใช้อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ด้วย ซึ่งคณะทำงานฯ ประกอบด้วยตัวแทนของรัฐภาคีจำนวน 37 รัฐ ซึ่งมาจากหน่วยงานด้านยุติธรรม การค้า การเงิน เศรษฐกิจและการต่างประเทศของรัฐภาคี โดยคณะทำงานฯ มีการประชุมที่กรุงปารีส ประมาณ 4 ถึง 5 ครั้งต่อปี⁶⁷

นอกจากนี้ เอกสารอธิบายความอนุสัญญาฉบับนี้ (Official Commentary) ข้อที่ 34 ยังให้รายละเอียดสาระสำคัญของรูปแบบการตรวจสอบการบังคับใช้ของอนุสัญญาตามมาตรา 12 โดยให้ความสำคัญกับ

1. กระบวนการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร
2. ระบบการประเมินตนเอง ซึ่งรายงานประเด็นปัญหาแก่คณะทำงาน
3. ระบบการประเมินร่วมกัน ซึ่งคณะทำงานจะพิจารณาตามรายงาน
4. ระเบียบการเปิดเผยข้อมูลแก่สาธารณะ
5. พิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการให้สินบนซึ่งเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ

ทั้งนี้กระบวนการตรวจสอบการบังคับใช้อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้แบ่งออกได้เป็น 4 ขั้นตอน ดังนี้

1. Tour de table
2. Phase 1 monitoring
3. Phase 1 plus monitoring

⁶⁷ OECD, OECD Working Group on Bribery Annual Report 2007 (France: OECD Publication, 2550). หน้า 11.

4. Phase 2 monitoring

Tour de table คือ ขั้นตอนการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างรัฐภาคีซึ่งเกิดขึ้นในการประชุมของคณะทำงานฯ ทุกครั้ง โดยรัฐภาคีจะแจ้งให้รัฐภาคีอื่นทราบว่า ประเทศของตนได้ดำเนินการอย่างไรในการบังคับใช้อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ ซึ่งมีสาระสำคัญที่การออกกฎหมายหรือการแก้ไขกฎหมายภายในของรัฐภาคี โดยรัฐภาคีจะรายงานการสืบสวน การสอบสวน และการพิจารณาคดีล่าสุดของตนต่อที่ประชุมของคณะทำงานแต่ละครั้งด้วย เพื่อให้รัฐภาคีแลกเปลี่ยนประสบการณ์และวิธีการปฏิบัติต่อกัน นอกจากนี้ยังเปิดโอกาสให้รัฐภาคีแลกเปลี่ยนคำถามในประเด็นต่างๆ ต่อกัน⁶⁸

Phase 1 monitoring คือ ขั้นตอนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประเมินกฎหมายภายในของรัฐภาคีว่าเป็นไปตามมาตรฐานที่อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้กำหนดไว้หรือไม่ โดยในขั้นตอนนี้ใช้ทั้งหลักการประเมินตนเองของรัฐและหลักการประเมินร่วมกันโดยคณะทำงานฯ รัฐภาคีจะส่งรายละเอียดเกี่ยวกับกฎหมายภายในของตนให้กับคณะทำงานฯ และชี้แจงประเด็นต่างๆ ที่คณะทำงานต้องการทราบ⁶⁹

Phase 1 Plus monitoring คือ ขั้นตอนที่เพิ่มเติมขึ้นมา เนื่องจากผลการประเมินของ Phase 1 รัฐภาคีหลายรัฐยังไม่ได้ออกกฎหมายให้เป็นไปตามมาตรฐานของอนุสัญญา ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการประเมินกฎหมายภายในที่รัฐภาคีออกหรือแก้ไข ภายหลังจาก Phase 1

Phase 2 monitoring คือ ขั้นตอนที่ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาการบังคับใช้กฎหมายภายในของรัฐภาคีที่ออกตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ โดยในขั้นตอนนี้ใช้ทั้งหลักการประเมินตนเองของรัฐและหลักการประเมินร่วมกันโดยคณะทำงานเช่นเดียวกับ Phase 1

ในปัจจุบันคณะทำงานฯ ได้จัดทำรายงานออกมาแล้วทั้งสิ้น 3 ฉบับ ประกอบด้วย รายงานขั้นที่ 1 (Phase 1 Country Reports) รายงานขั้นที่ 2 (Phase 2 Country Reports) และรายงานภายหลังขั้นที่สอง (Mid-Term Study of Phase 2 Reports)

3.6 สภาพการบังคับใช้อนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐ ต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997

⁶⁸ OECD, *OECD Working Group on Bribery Annual Report 2007* (France: OECD Publication, 2550). หน้า 25.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

แม้ว่าอนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศถูกจัดทำขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและพัฒนา หรือโออีซีดี ตั้งแต่ปี ค.ศ.1997 นับถึงปัจจุบันก็เป็นเวลากว่า 10 ปีแล้วก็ตาม แต่การศึกษาถึงคุณค่าของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ในการกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ จำเป็นต้องพิจารณาถึงความแพร่หลายของอนุสัญญาในสังคมโลก หมายถึง จำนวนรัฐภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้และบทบาทของรัฐภาคีต่างๆ ในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ

ในปัจจุบันมีประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้แล้วทั้งสิ้น จำนวน 38 ประเทศ นอกจากนี้ประเทศรัสเซีย จีน และอินโดนีเซีย ยังได้เริ่มเข้ามาร่วมมือบทบาทสำคัญในการประชุมของคณะกรรมการของโออีซีดีเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐในธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งในอนาคตประเทศเหล่านี้จึงอาจเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ด้วย⁷⁰

ตารางแสดงสถานะการอนุวัติการอนุสัญญาโออีซีดีเพื่อกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997⁷¹

| ประเทศ | การส่งเอกสารเกี่ยวกับการอนุวัติการ หรือการยอมรับ | อนุสัญญามีผลบังคับใช้ | กฎหมายภายในที่อนุวัติการอนุสัญญาฯ มีผลบังคับใช้ |
|---------------------|--|-----------------------------|---|
| 1. ประเทศอาเจนติน่า | วันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2001 | วันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 2001 | วันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ.1999 |
| 2. ประเทศออสเตรเลีย | วันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ. 1999 | วันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1999 | วันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1999 |
| 3. ประเทศออสเตรเลีย | วันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ.1999 | วันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ.1999 | วันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1998 |
| 4. ประเทศเบลเยียม | วันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ.1999 | วันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 1999 | วันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1999 |

⁷⁰ OECD, OECD Working Group on Bribery Annual Report 2007 (France: OECD Publication, 2550). หน้า 14

⁷¹ Mark Pieth, Lucinda A. Low, and Peter j. Cullen, The OECD Convention on Bribery a commentary (Cambridge UK: Cambridge University Press, 2550). หน้า 17

| ประเทศ | การส่งเอกสาร เกี่ยวกับการอนุวัติ การ หรือการ ยอมรับ | อนุสัญญามีผล บังคับใช้ | กฎหมายภายในที่ อนุวัติการ อนุสัญญาฯ มีผล บังคับใช้ |
|---------------------|--|----------------------------------|---|
| 5. ประเทศบราซิล | วันที่ 24 สิงหาคม ค.ศ. 2000 | วันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 2000 | วันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 2002 |
| 6. ประเทศบัลแกเรีย | วันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ.1998 | วันที่ 20กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 | วันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1999 |
| 7. ประเทศแคนาดา | วันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1998 | วันที่ 15กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 | วันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 |
| 8. ประเทศชิลี | วันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 2001 | วันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2001 | วันที่ 8 ตุลาคม ค.ศ. 2002 |
| 9. สาธารณรัฐเช็ก | วันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 2000 | วันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 2000 | วันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 1999 |
| 10. ประเทศเดนมาร์ก | วันที่ 5 กันยายน ค.ศ. 2000 | วันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.2000 | วันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 2000 |
| 11.ประเทศเอสโตเนีย | วันที่ 23พฤศจิกายน ค.ศ.2004 | วันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 2005 | วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2004 |
| 12. ประเทศฟินแลนด์ | วันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1998 | วันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 | วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1999 |
| 13. ประเทศฝรั่งเศส | วันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2000 | วันที่ 29 กันยายน ค.ศ. 1999 | วันที่ 29 กันยายน ค.ศ. 2000 |
| 14. ประเทศเยอรมัน | วันที่ 10พฤษภาคม นค.ศ.1998 | วันที่ 15กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 | วันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 |
| 15. ประเทศกรีซ | วันที่ 5 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 | วันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 1999 | วันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 1998 |
| 16. ประเทศฮังการี | วันที่ 4 ธันวาคม ค.ศ. 1998 | วันที่ 15กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 | วันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1999 |
| 17.ประเทศไอซ์แลนด์ | วันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ. 1998 | วันที่ 15กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 | วันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1998 |
| 18. ประเทศไอร์แลนด์ | วันที่ 22 กันยายน | วันที่21พฤศจิกายน | วันที่ 26พฤศจิกายน |

| ประเทศ | การส่งเอกสาร เกี่ยวกับการอนุวัติ การ หรือการ ยอมรับ | อนุสัญญาที่มีผล บังคับใช้ | กฎหมายภายในที่ อนุวัติการ อนุสัญญาฯ มีผล บังคับใช้ |
|---------------------------|--|-----------------------------------|---|
| 19. ประเทศอิตาลี | ค.ศ.2003 วันที่ 15 ธันวาคม | ค.ศ.2003 วันที่ 13กุมภาพันธ์ | ค.ศ.2001 วันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ. |
| 20. ประเทศญี่ปุ่น | ค.ศ. 2000 วันที่ 13 ตุลาคม | ค.ศ.2001 วันที่ 15กุมภาพันธ์ | 2000 วันที่ 15กุมภาพันธ์ |
| 21. ประเทศเกาหลีใต้ | ค.ศ.1998 วันที่ 4 มกราคม ค.ศ. | ค.ศ.1999 วันที่ 5 มีนาคม ค.ศ. | ค.ศ.1999 วันที่ 15 กุมภาพันธ์ |
| 22.ประเทศลักเซมเบิร์ก | 1999 วันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. | 1999 วันที่ 20พฤษภาคม | ค.ศ.1999 วันที่ 11 กุมภาพันธ์ |
| 23.ประเทศเม็กซิโก | 2001 วันที่ 27พฤษภาคม | ค.ศ2001 วันที่ 26กรกฎาคม | ค.ศ.2001 วันที่ 18 พฤษภาคม |
| 24.ประเทศ เนเธอร์แลนด์ | ค.ศ.1999 วันที่ 12 มกราคม | ค.ศ.1999 วันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. | ค.ศ.1999 วันที่ 1 กุมภาพันธ์ |
| 25.ประเทศนิวซีแลนด์ | ค.ศ.2001 วันที่ 25 มิถุนายน | 2001 วันที่ 24 สิงหาคม ค.ศ. | ค.ศ.2001 วันที่ 3 พฤษภาคม |
| 26.ประเทศนอร์เวย์ | ค.ศ.2001 วันที่ 18 ธันวาคม | 2001 วันที่ 16กุมภาพันธ์ | ค.ศ.2001 วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. |
| 27. ประเทศโปแลนด์ | ค.ศ.1998 วันที่ 8 กันยายน ค.ศ. | ค.ศ.1999 วันที่ 7 พฤศจิกายน | 1999 วันที่ 4 กุมภาพันธ์ |
| 28. ประเทศโปรตุเกส | 2000 วันที่ 23พฤศจิกายน | ค.ศ.2000 วันที่ 22 มกราคม ค.ศ. | ค.ศ.2001 วันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. |
| 29.สาธารณรัฐสโลวาเกีย | ค.ศ.2000 วันที่ 24 กันยายน | 2001 วันที่23พฤศจิกายน | 2001 วันที่ 1 พฤศจิกายน |
| 30.ประเทศสโลวีเนีย | ค.ศ.1999 วันที่ 24 กันยายน | ค.ศ.1999 วันที่23พฤศจิกายน | ค.ศ.1999 วันที่ 1 พฤศจิกายน |
| 31. ประเทศสเปน | ค.ศ.1999 วันที่ 6 กันยายน ค.ศ. | ค.ศ.1999 วันที่ 5พฤศจิกายน | ค.ศ.1999 วันที่ 23 มกราคม ค.ศ. |
| | 2001 วันที่ 4 มกราคม ค.ศ. | ค.ศ.2001 วันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. | 1999 วันที่ 2 กุมภาพันธ์ |
| | 2000 | 2000 | ค.ศ.2000 |

| ประเทศ | การส่งเอกสาร เกี่ยวกับการอนุวัติ การ หรือการ ยอมรับ | อนุสัญญาที่มีผล บังคับใช้ | กฎหมายภายในที่ อนุวัติการ อนุสัญญา มีผล บังคับใช้ |
|-----------------------------|--|----------------------------------|--|
| 32. ประเทศสวีเดน | วันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1999 | วันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1000 | วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1999 |
| 33. สวิสเซอร์แลนด์ | วันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ.2000 | วันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ.2000 | วันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ.2000 |
| 34. ประเทศตุรกี | วันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ.2000 | วันที่ 24 กันยายน ค.ศ.2000 | วันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 2003 |
| 35. ประเทศ สหราชอาณาจักร | วันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ.1998 | วันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 | วันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2002 |
| 36. ประเทศ สหรัฐอเมริกา | วันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ. 1998 | วันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 | วันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 |
| 37. ประเทศแอฟริกาใต้ | วันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ.2007 | วันที่ 16 สิงหาคม ค.ศ. 2007 | วันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 2004 |
| 38. ประเทศอิสราเอล | วันที่ 11 มีนาคม ค.ศ.2009 | วันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ.2009 | วันที่ 21 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 |

ดังนั้นเห็นได้ว่า อนุสัญญาไออีซีดีฉบับนี้มีรัฐภาคีเป็นประเทศจากทุกทวีปทั่วโลก ประกอบด้วย ทวีปยุโรป มีจำนวน 26 ประเทศ ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเบลเยียม ประเทศบัลแกเรีย ประเทศสาธารณรัฐเช็ก ประเทศเดนมาร์ก ประเทศเอสโตเนีย ประเทศฟินแลนด์ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ประเทศกรีซ ประเทศฮังการี ประเทศไอซ์แลนด์ ประเทศไอร์แลนด์ ประเทศอิตาลี ประเทศลักเซมเบิร์ก ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศนอร์เวย์ ประเทศโปแลนด์ ประเทศโปรตุเกส ประเทศสาธารณรัฐสโลวัก ประเทศสโลวีเนีย ประเทศสเปน ประเทศสวีเดน ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ประเทศตุรกีและประเทศสหราชอาณาจักร

ทวีปอเมริกาเหนือ มีจำนวน 2 ประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดา

ทวีปอเมริกาใต้ มีจำนวน 4 ประเทศ ได้แก่ ประเทศอาร์เจนติน่า ประเทศบราซิล ประเทศชิลีและประเทศเม็กซิโก

ทวีปเอเชีย มีจำนวน 3 ประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเกาหลีใต้และประเทศอิสราเอล

ทวีปออสเตรเลีย มีจำนวน 2 ประเทศ ได้แก่ ประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์
ทวีปแอฟริกา มีจำนวน 1 ประเทศ ได้แก่ ประเทศแอฟริกาใต้

นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงบทบาทของภูมิภาคของอนุสัญญาไออีซีตีฉบับนี้จากตาราง
แสดงกระแสเงินลงทุนไหลออกของโลก (FDI Outflow) จะพบว่าภูมิภาคของอนุสัญญาไออีซีตีฉบับ
นี้ต่างเป็นประเทศที่มีบทบาทสำคัญต่อสถานะของเงินลงทุนข้ามประเทศของโลก

ตารางแสดงสถานะกระแสเงินลงทุนไหลออกของโลก ปี ค.ศ.2007 – 2008⁷²

(หลักพันล้านดอลลาร์สหรัฐ)

| ทวีป/ประเทศ | กระแสเงินลงทุนไหลออก | | |
|---|----------------------|--------|------------------|
| | 2007 | 2008 | อัตราเจริญเติบโต |
| โลก | 2063.4 | 1868.9 | -9.4 |
| ประเทศพัฒนาแล้ว | 1743.4 | 1536.4 | -11.9 |
| ทวีปยุโรป | 1270.7 | 990.4 | -22.1 |
| สหรัฐอเมริกา | 313.8 | 298.6 | -4.8 |
| ญี่ปุ่น | 73.5 | 127.4 | 73.2 |
| ประเทศกำลังพัฒนา | 268.8 | 274.1 | 2.0 |
| ทวีปแอฟริกา | 5.3 | - | - |
| กลุ่มประเทศลาติน อเมริกาและคาริเบียน | 52.1 | 36.1 | -30.7 |
| ทวีปเอเชียและโอเชียเนีย | 211.4 | 239.6 | 13.4 |
| กลุ่มประเทศเอเชีย ตะวันออก | 44.8 | - | - |
| กลุ่มประเทศเอเชียใต้ เอเชียตะวันออกและ เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ | 166.5 | 185.2 | 11.2 |

⁷² United Nations Conference on Trade and Development, *World investment prospects survey 2009-2011* (Switzerland: UNCTAD, 2551). หน้า 22.

เนื่องจากการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศนั้น เกิดจากการลงทุนของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในลักษณะการลงทุนระหว่างประเทศในรูปแบบการลงทุนทางตรง (Foreign Direct Investment) ซึ่งจากตารางข้างต้นแสดงให้เห็นว่า กระแสเงินลงทุนส่วนใหญ่มาจากทวีปยุโรป ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกของโออีซีดีและได้เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมีสัดส่วนของกระแสเงินลงทุนไหลออกสูงเช่นกัน ต่างก็เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ด้วย ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้มีคุณค่าอย่างมากในฐานะเครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศในการกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

แม้ว่าในปี ค.ศ. 2003 องค์การสหประชาชาติได้จัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการทุจริตขึ้น (United Nation Convention against Corruption 2003) โดยอนุสัญญามีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตหลายด้านทั้งภาครัฐและภาคเอกชน รวมถึงการกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติรวมอยู่ด้วย แต่รัฐภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ก็ยังคงยึดถือและปฏิบัติตามอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ รวมถึงการเปิดรับรัฐภาคีใหม่เพิ่มเติม ได้แก่ ประเทศไอร์แลนด์ ประเทศแอฟริกาใต้ ประเทศเอสโตเนียแลประเทศอิสราเอล นอกจากนี้ตามรายงานของคณะทำงานของโออีซีดีเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.2007 ระบุว่าหลังจากอนุสัญญาฉบับนี้ใช้บังคับได้มีการสอบสวนในเรื่องการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติจำนวนกว่า 150 คดี ซึ่งมีบริษัทรวมถึงบุคคลธรรมดาถูกลงโทษจากการกระทำความผิดในเรื่องนี้จำนวนกว่า 60 บริษัท⁷³ ดังนั้นอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้จึงมีความสำคัญในฐานะเครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญในการกำจัดการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศ

3.7 คำแนะนำของโออีซีดี(ฉบับแก้ไข)ในเรื่องการกำจัดการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997 ในส่วนของหน้าที่ของรัฐภาคีในการใช้มาตรการทางภาษีในการปราบปรามการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศ

หลักการห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดนำรายจ่ายเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติในธุรกิจระหว่างประเทศมาใช้คำนวณภาษีเงินได้โดยนำรายจ่ายดังกล่าวมาหักออกจากกำไรสุทธิมิได้ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ แต่ปรากฏในคำแนะนำของโออีซีดีฉบับแก้ไขในเรื่องเกี่ยวกับการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997 (Revised Recommendation of the

⁷³ OECD, *OECD Working Group on Bribery Annual Report 2007* (France: OECD Publication, 2550). หน้า 10

OECD Council on Combating Bribery in International Business Transactions ค.ศ.1997) ซึ่งเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่มีอยู่ก่อนอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้และรัฐภาคีทั้งหมดของอนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้ตกลงยอมรับที่จะปฏิบัติตามคำแนะนำฉบับนี้ในการห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดนำรายจ่ายเกี่ยวกับการให้สินบนมาใช้ในการคำนวณภาษีเงินได้⁷⁴

อนุสัญญาโออีซีดีฉบับนี้ได้กล่าวถึงคำแนะนำของโออีซีดีฉบับแก้ไขในส่วนของบทนำและตามเอกสารอธิบายความของอนุสัญญาฉบับนี้ในข้อที่ 29 ซึ่งกล่าวว่า

“มาตรา 8 เกี่ยวข้องกับส่วนที่ 5 ของคำแนะนำของโออีซีดีฉบับแก้ไขปี ค.ศ.1997 ซึ่งรัฐภาคีทุกรัฐยอมรับที่จะปฏิบัติตามอยู่ภายในขอบเขตการตรวจสอบโดยคณะทำงานโออีซีดีเกี่ยวกับการให้สินบนในธุรกิจระหว่างประเทศ”

คำแนะนำของโออีซีดีฉบับแก้ไขในเรื่องเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐในธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ.1997 วางหลักการในเรื่องนี้ไว้ในหลักทั่วไป ข้อ 2(2) และ ข้อ 4 ว่า

“ ข้อ 2 แนะนำว่า ให้รัฐภาคีพิจารณาเรื่องต่อไปนี้อย่างถี่ถ้วนและใช้ขั้นตอนทั้งที่เป็นรูปธรรมและนามธรรมตามเขตอำนาจศาลและหลักกฎหมายภายในของตน เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ต่อไปนี”

2.) กฎหมายภาษีอากร ข้อบังคับและขั้นตอนปฏิบัติ เพื่อไม่ให้มีการสนับสนุนการให้สินบนทางอ้อม ตามหลักการในข้อ 4

“ข้อ 4 เร่งรีบให้มีการบังคับตามคำแนะนำปี ค.ศ. 1996 ที่ว่า ประเทศสมาชิกของโออีซีดีที่มีได้ห้ามมิให้นำสินบนที่ให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติมาลดหย่อนภาษี ควรทบทวนเพื่อห้ามมิให้นำมาใช้ลดหย่อนภาษี โดยมาตรการนี้อาจจะสนับสนุนโดยการกำหนดให้การให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย”

ดังนั้น การห้ามมิให้นำสินบนที่ให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติมาคำนวณภาษี หมายถึงการห้ามมิให้มีการนำรายจ่ายเกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างชาติมาใช้ในการคำนวณภาษีเงินได้ ยกตัวอย่างเช่น ในการคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากรของประเทศไทยนั้น เงินได้สุทธิ จะเท่ากับกำไรสุทธิหักออกด้วยรายจ่าย นิติบุคคลจึงไม่สามารถนำรายจ่ายประเภทนี้มาใช้เพื่อหักจากกำไรสุทธิเพื่อคำนวณเงินได้สุทธิ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามวิธีการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อห้ามการนำรายจ่ายเกี่ยวกับการให้สินบนมาใช้ในการคำนวณภาษีมีรูปแบบที่แตกต่างกันตามแต่กฎหมายภายในของรัฐภาคี เช่น บางรัฐใช้

⁷⁴ United States Department of State Bureau of Economic and Business Affairs, Battling international Bribery (USA: US Department of State Bureau of Economic and Business Affairs, 2547). หน้า 31

รูปแบบการกำหนดลักษณะของรายจ่ายที่สามารถใช้ในการลดหย่อนภาษีได้โดยเฉพาะ แต่บางรัฐกำหนดรายจ่ายที่ห้ามมิให้นำมาลดหย่อนภาษี เป็นต้น