

บทที่ 4

การลักลอบใช้สัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่กับการบังคับใช้กฎหมาย

เมื่อปรากฏว่ามีการลักลอบใช้สัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่มากขึ้นก่อให้เกิดความเสียหายแต่เจ้าของสัญญาณ หรือบริษัทและผู้เช่าใช้บริการ เป็นเหตุให้มีการฟ้องร้องนำคดีขึ้นสู่ศาล ซึ่งเป็นปัญหาว่าการกระทำดังกล่าวมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ ดังปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 5354/2539 โดยจะวิเคราะห์ในรายละเอียดต่อไปถึงคำวินิจฉัยของศาลฎีกาและการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

4.1 การบังคับใช้กฎหมายตามแนวกฎหมายไทย

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 5354/2539 เป็นกรณีที่จำเลยนำโทรศัพท์มือถือมาปรับจูนและก๊อปปี้คลื่นสัญญาณโทรศัพท์ของผู้เสียหายแล้วใช้รับส่งวิทยุคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นเพียงการแย่งใช้คลื่นสัญญาณโทรศัพท์ของผู้เสียหายโดยไม่มีสิทธิ มิใช่เป็นการเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยทุจริตไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ แม้จำเลยให้การรับสารภาพก็ต้องพิพากษายกฟ้อง

โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498 มาตรา 4, 6, 22, 23 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ธิบของกลางเพื่อให้ไว้ใช้ในราชการกรมไปรษณีย์โทรเลขและให้จำเลยใช้ราคาทรัพย์สินจำนวน 24,733 บาทแก่ผู้เสียหายด้วย

จำเลยให้การรับสารภาพ

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498 มาตรา 6 ประกอบด้วยมาตรา 23 กระทงหนึ่ง และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 อีกกระทงหนึ่ง ให้เรียกกระทงลงโทษฐานทำ มิ และใช้เครื่องวิทยุคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาต ปรับ 10,000 บาท และฐานลักทรัพย์จำคุก 2 ปีและปรับ 10,000 บาท

จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณามีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 กึ่งหนึ่ง คงจำคุก 1 ปีและปรับ 5,000 บาท ไม่ชำระ ค่าปรับให้จัดการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29,30 ริมของกลางเพื่อให้ไว้ใช้ในราชการ กรมไปรษณีย์โทรเลขและให้จำเลยใช้ราคาทรัพย์สินจำนวน 24,733 บาทแก่ผู้เสียหายด้วย

จำเลยอุทธรณ์ขอให้รื้อการลงโทษ

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

จำเลยฎีกาขอให้รื้อการลงโทษ โดยผู้พิพากษาซึ่งลงชื่อในคำพิพากษาศาล อุทธรณ์อนุญาตให้ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า"มีปัญหาวินิจฉัยในประการแรกว่าจำเลยมีความผิดฐาน ลักทรัพย์ตามที่โจทก์ฟ้องหรือไม่ ปัญหานี้แม้คู่ความมิได้ยกขึ้นฎีกาแต่เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลฎีกามีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ตามประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา มาตรา 195 วรรคสอง ประกอบด้วยมาตรา 225 คดีนี้โจทก์บรรยายฟ้อง ว่าระหว่างวันที่ 16 กรกฎาคม 2537 ถึง 28 ตุลาคม 2537 เวลากลางวันและกลางคืน ต่อเนื่องกัน จำเลยได้ทำและมีเครื่องวิทยุคมนาคม โดยการนำโทรศัพท์มือถือยี่ห้อโมบิราซีดี แมน 200 มาทำการปรับจูนโดยใช้เครื่องดีเลอโค้ดหมายเลข 40000 และถือปี่คลื่นสัญญาณ โทรศัพท์หมายเลข 9573336 ซึ่งเป็นคลื่นสัญญาณโทรศัพท์ระบบเซลลูล่า 900 มือถือของ บริษัทแอดวานซ์อินโฟร์เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) ผู้เสียหาย เข้าเครื่องโทรศัพท์มือถือดังกล่าว จนสามารถใช้ส่งและรับวิทยุคมนาคมได้ แล้วจำเลยได้บังอาจลักเอาไปซึ่งสัญญาณโทรศัพท์ หมายเลข 9573336 ของผู้เสียหายคิดค่าเสียหายเป็นเงิน 24,733 บาท โดยทุจริต โดยใช้ โทรศัพท์มือถือดังกล่าวส่งและรับวิทยุคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานผู้ออก ใบอนุญาตนั้น ขอให้ลงโทษฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 จำเลย ให้การรับสารภาพ เห็นว่าที่ฟ้องระบุว่าจำเลยนำโทรศัพท์มือถือมาทำการปรับจูนและถือปี่ คลื่นสัญญาณโทรศัพท์หมายเลข 9573336 ของผู้เสียหายแล้วใช้ทำการรับส่งวิทยุคมนาคม โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตนั้นก็เป็นการรับส่งวิทยุคมนาคม โดยอาศัยคลื่นสัญญาณโทรศัพท์ของผู้เสียหายโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า เป็นการแย่งใช้คลื่นสัญญาณโทรศัพท์ของผู้เสียหายโดยไม่มีสิทธินั่นเอง จึงมิใช่เป็นการเอา ทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยทุจริต การกระทำของจำเลยตามฟ้องจึงไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 แม้จำเลยจะให้การรับสารภาพก็ตาม เมื่อการกระทำของ จำเลยไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ต้องพิพากษายกฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา มาตรา 185 วรรคหนึ่ง ประกอบด้วยมาตรา 215 และมาตรา 225 ที่ศาลล่างทั้งสอง พิพากษาลงโทษจำเลยในความผิดฐานลักทรัพย์นั้นไม่ต้องด้วยความเห็นของศาลฎีกา

ปัญหาต่อไปมีว่าควรรอกการลงโทษจำคุกให้จำเลยหรือไม่ เห็นว่าเมื่อฟังว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์แล้วจำเลยยังคงมีความผิดฐานทำ มี และใช้เครื่องวิทยุคมนาคม โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต ตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498 มาตรา 6, 23 ซึ่งศาลอุทธรณ์พิพากษาลงโทษปรับจำเลย 5,000 บาท เท่านั้นและโจทก์มิได้อุทธรณ์ในลักษณะขอให้เพิ่มเติมโทษจำเลยสูงขึ้น ปัญหาเรื่องควรรอกการลงโทษจำคุกหรือไม่ จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยต่อไป ฎีกาของจำเลยฟังขึ้นบางส่วน"

พิพากษาแก้เป็นว่าให้ยกฟ้องในความผิดฐานลักทรัพย์ นอกจากนี้ก็แก้ไขให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์

หมายเหตุ

1) เป็นการแน่นอนที่โทรศัพท์มือถือของจำเลยก็คดียของผู้เสียหายก็คดีย่อมเป็นทรัพย์หรือทรัพย์สิน แต่สัญญาณโทรศัพท์ที่ไม่ใช่ทรัพย์หรือทรัพย์สิน การนำโทรศัพท์มือถือมาปรับ จูนและถือปี่คลื่นสัญญาณโทรศัพท์แล้วใช้ทำการรับส่งวิทยุคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้เสียหายหรือเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต จึงไม่ใช่เป็นการลักทรัพย์ เพราะเป็นเพียงการทำการรับส่งวิทยุคมนาคมโดยอาศัยคลื่นสัญญาณโทรศัพท์ของผู้เสียหายหรือเป็นการแย่งใช้คลื่นสัญญาณโทรศัพท์ของผู้เสียหายโดยไม่มีสิทธิอย่างศาลฎีกาว่า

2) แม้ในทางอาญาจำเลยจะไม่มีผิด แต่ในทางแพ่งก็ต้องถือว่าจำเลยกระทำต่อสิทธิของผู้เสียหายโดยไม่มีสิทธิ(sans droit) จึงเป็น "โดยผิดกฎหมาย" (unlawfully) ตาม ป.พ.พ.มาตรา มาตรา 420 และเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้เสียหาย คดีนี้โจทก์ฟ้องให้ลงโทษจำเลยตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498 และฐานลักทรัพย์ ศาลฎีกาเห็นว่าไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ ผู้เสียหายมิได้ฟ้องเป็นคดีแพ่งเรียกค่าเสียหายเข้ามาด้วย เป็นตัวอย่างคดีอีกเรื่องหนึ่งที่แสดงว่าแม้เป็นการล่วงละเมิดสิทธิผิดหน้าที่ต่อเอกชนทางแพ่งแต่ในทางอาญานั้นจำเลยไม่มีความผิด"

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับแรกก็ถือเป็นบรรทัดฐานในการวิเคราะห์ว่าการลักลอบใช้สัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ กรณีดังกล่าวสมควรนำมาศึกษาในรายละเอียดดังเหตุผล โดยเฉพาะหากไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์แล้วจะเป็นความผิดอาญาฐานอื่นที่โจทก์มิได้ฟ้องไว้หรือไม่

4.1.1 วิเคราะห์การลักลอบใช้สัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่กับความผิดฐานลักทรัพย์

ประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ความผิดลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หมวด 1 ความผิดฐานลักทรัพย์และวิ่งราวทรัพย์ ได้บัญญัติความไว้ดังนี้

มาตรา 334 "ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีและปรับไม่เกินหกพันบาท"

ความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ฯลฯ" แต่ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติบทนิยามคำว่า "ทรัพย์" ไว้ ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายลักษณะอาญาเดิม มาตรา 6(1) ที่บัญญัติว่า "ทรัพย์นั้นท่านหมายความว่า บรรดาสิ่งของอันบุคคลสามารถมีกรรมสิทธิหรือถืออำนาจเป็นเจ้าของได้ เป็นต้นว่า เงินตรา แลบรรดาสิ่งของอันพึงเคลื่อนที่จากที่ได้ก็ดี และเคลื่อนจากที่มีได้ก็ดีท่านให้นับว่าเป็นทรัพย์อันกล่าวมาในข้อนี้" แต่โดยที่กฎหมายลักษณะอาญา รศ.127 ได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 มาตรา 4 และคดีความผิดเกี่ยวกับการลักกระไฟฟ้าโดยได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 วินิจฉัยไว้ * ได้เกิดขึ้นเมื่อประมวลกฎหมายอาญาได้ใช้บังคับไปแล้ว (คือเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2500) จึงไม่อาจนำเอากฎหมายลักษณะอาญา รศ.127 มาใช้บังคับได้อีก

ปัญหาที่ตามมาก็คือ การลักกระแสไฟฟ้าจะถือว่าเป็นการลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 , 335 หรือไม่ ในเรื่องนี้นักนิติศาสตร์มีความคิดเห็นเป็น 2 ฝ่าย

* ได้มีการนำเอากรณีลักกระแสไฟฟ้าตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 มาวิเคราะห์ว่าทั้งกระแสไฟฟ้าและคลื่นสัญญาณเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง จึงน่าจะอยู่ในความหมายของ "ทรัพย์สิน" เหมือนกัน ดังนั้นการใช้สัญญาณจึงน่าจะปรับได้กับกรณีลักกระแสไฟฟ้า และเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้เช่นเดียวกัน

ความเห็นฝ่ายแรก เมื่อประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทนิยามว่าทรัพย์คืออะไร จึงต้องใช้กฎหมายแพ่งฯ มาวินิจฉัย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1

มาตรา 98 บัญญัติว่า "อันว่าทรัพย์โดยนิตินัยได้แก่วัตถุที่มีรูปร่าง"

มาตรา 99 บัญญัติว่า "ทรัพย์สินนั้นท่านหมายความรวมทั้งทรัพย์ ทั้งวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้"

มาตรา 98 และมาตรา 99 นี้ปัจจุบันตรงกับพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ.2535 มาตรา 137 และมาตรา 138 ซึ่งก็ยังคงใช้ข้อความเดิมอยู่

ถ้าพิจารณาถ้อยคำของตัวบทสองมาตราดังกล่าวอาจทำให้เข้าใจว่าคำว่า "ทรัพย์" และ "ทรัพย์สิน" มีความหมายกว้างและแคบกว่ากัน คือ "ทรัพย์สิน" นั้นรวมถึงทรัพย์ ด้วย แต่คำว่า "ทรัพย์" จำกัดว่าต้องเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างจึงไม่ใช่ ทรัพย์ ถ้าถือตามนี้กระแสไฟฟ้าก็ไม่ใช่ทรัพย์ เพราะมิใช่เป็นวัตถุมีรูปร่าง แต่เป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง คือทรัพย์สิน เมื่อไม่ใช่ทรัพย์ตามมาตรา 98 ก็ย่อมไม่เป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์ เพราะ ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ใช้คำว่า "เอาทรัพย์ผู้อื่นไป" ฉะนั้นกระแสไฟฟ้าจึงไม่ เป็นทรัพย์ที่ลักกันได้ ประกอบทั้งในประมวลกฎหมายอาญาความผิดเกี่ยวกับทรัพย์มีบท บัญญัติที่ใช้ถ้อยคำไม่เหมือนกันในบางมาตรา เช่น มาตรา 334, 336, 337 ถึง 340 ตรี ใช้ คำว่าทรัพย์ แต่มาตรา 338, 341, 346, 347, 352 วรรคสอง, 353 และมาตรา 354 เป็นต้น ใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" โดยความหมายต่างกัน โดยยึดบทนิยามในประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์เป็นหลัก อันเป็นการสนับสนุนว่าการลักกระแสไฟฟ้าไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์

ความเห็นฝ่ายที่สองเห็นว่าทั้งในประมวลกฎหมายอาญาและประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำว่า "ทรัพย์" หรือ "ทรัพย์สิน" มีการใช้ถ้อยคำปะปนและสับสนอยู่ เหมือนกัน โดยมีได้มีการแยกออกเป็นเด็ดขาดดังที่ฝ่ายแรกเข้าใจเช่นคำว่า "อสังหาริมทรัพย์" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 100 และคำว่า "สังหาริมทรัพย์" ตามมาตรา 101 เป็นต้น (ปัจจุบันตรงกับมาตรา 139 และมาตรา 140 ตามพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ.2535) ซึ่งทั้งสอง มาตราดังกล่าวใช้คำว่า "ทรัพย์" ไม่ใช่ "ทรัพย์สิน" โดยที่มาตราทั้งสองได้มีบทนิยามว่าหมายรวม ถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวข้องด้วยทั้ง ๆ ที่สิทธิทั้งหลายไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง แต่ก็อาจเป็น อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ได้ โดยเฉพาะอสังหาริมทรัพย์กฎหมายยังบัญญัติให้รวม

ถึงสิทธิทั้งหลาย กำลังแรงแห่งธรรมชาติอันอาจถือเอาได้ ซึ่งย่อมรวมถึงแรงไฟฟ้านั่นเอง ซึ่งถึงแม้ว่าจะถือว่าการแสไฟฟ้าอันเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างแต่มีราคาถือเอาได้ และอาจนำไปเสียจากเจ้าของได้ ทั้งยังสามารถวัดปริมาณที่เอาไปได้ด้วย ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลที่จะลักกระแสไฟฟ้าของเจ้าของไม่ได้ ถ้าเป็นการเอาไปโดยทุจริต ฉะนั้นคำว่า"ทรัพย์" ย่อมมิได้หมายความว่าต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น

ความเห็นที่แตกต่างกันของนักกฎหมายได้ยุติลงโดยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานแล้วว่า ลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334, 335 ได้แล้วแต่กรณี

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้บันทึกหมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 ไว้ตอนหนึ่งโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในเรื่องลักกระแสไฟฟ้าไว้ว่า เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้วก็มีปัญหาอยู่เหมือนกัน ตามกฎหมายอังกฤษและอเมริกันไม่ถือว่าลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) แต่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์ (Larceny Act 1915) ของอังกฤษ (Archbold, Pleading & Practice ed.32,p.550, 581) ในอเมริกามักจะมีพระราชบัญญัติในเรื่องนี้บัญญัติให้เป็นความผิด แต่แม้จะไม่มีพระราชบัญญัติโดยเฉพาะ ศาลก็ลงโทษฐานลักทรัพย์เหมือนกัน ไม่ถือว่าการมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างเป็นเรื่องสำคัญยิ่งกว่าการที่จะถือเอาได้ แรงไฟฟ้าเช่นเดียวกับแก๊ส เป็นวัตถุ มีค่าแห่งสินค้าที่ซื้อขายกันได้ดังสังหาริมทรัพย์อื่น ซึ่งคนอื่นอาจเข้าถือเอาได้ วัดปริมาณได้จากเครื่องวัด (Corpus Juris , 1924 Vol.36, p.738, Perkins, Criminal Law 1957, p.194, Perkins, Cases& material on Criminal Law , p.110) นอกจากนี้กฎหมายอาญาอินเดียก็ถือว่าลักแรงไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้เช่นเดียวกัน โดยประมวลกฎหมายอาญาของอินเดียถือว่าการลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ แม้ในประมวลกฎหมายอาญาของอินเดียจะวิเคราะห์คำว่า"สังหาริมทรัพย์" (Movable Property) ว่ารวมถึงวัตถุมีรูปร่างทุกชนิด เว้นแต่ที่ดินและสิ่งซึ่งติดกับที่ดิน ฯลฯ จนกว่าจะขาดหลุดออกจากที่ดิน (Mayne , p.p. 607, 609) ส่วนกฎหมายอาญาฝรั่งเศสในเรื่องลักทรัพย์ มาตรา 379 มีความมุ่งหมายให้เข้าใจถึงความสามารถที่จะถือเอาได้(Choses) และศาลก็ตัดสินว่าแรงไฟฟ้าเป็นทรัพย์ที่ลักกันได้เช่นเดียวกับกฎหมายอิตาลีแต่ต่างจากกฎหมายเยอรมัน นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสเห็นว่าการลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดโดยไม่ต้องมีพระราชบัญญัติพิเศษโดยเฉพาะ (Garrand , Droit Penal, ed. 3 t.6 g 2375 , p.p. 109-113) เหตุนี้จึงไม่น่าประหลาดอันใดที่ศาลฎีกาตีความว่าการลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์

โดยสรุปเหตุผลของศาลฎีกาตามคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 "คดีนี้ศาลฎีกาได้ตรวจสำนวนฟังจำเลยแถลงการณ์ด้วยวาจาและประชุมปรึกษาแล้ว ข้อกฎหมายที่จำเลยที่ 1 ฎีกาขึ้นมาว่าตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งออกใช้ชั่วนานี้ไม่มีบทบัญญัติว่าทรัพย์สินใดจะต้องใช้กฎหมายแพ่ง ฯ วินิจฉัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วิเคราะห์ว่าทรัพย์สินได้แก่วัตถุมีรูปร่าง แต่กระแสไฟฟ้าเป็นพลังงานมิใช่วัตถุมีรูปร่าง และไม่อาจหยิบถือเอาไปได้ทั้งไม่อาจคิดเป็นราคาซื้อขายกันได้จึงไม่เป็นทรัพย์สินที่ลักกันได้ ปัญหาข้อนี้ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่มีมติว่า การลักกระแสไฟฟ้าย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 หรือ 335 แล้วแต่กรณี ดังนั้นฎีกาของจำเลยที่ 1 จึงตกไป " โดยมีได้ยกเหตุผลในคำวินิจฉัยแต่ประการใด ซึ่งก็เป็นการชอบด้วยความยุติธรรมและนับว่าเป็นบรรทัดฐานและเป็นแบบอย่างในปัจจุบันและในอนาคตต่อไปว่า การลักกระแสไฟฟ้า การลักแก๊สหรือสิ่งไม่มีรูปร่างอื่น ๆ ที่มีราคาและถือเอาได้ก็อาจเป็นความผิดฐานลักทรัพย์สินได้เช่นกัน

ผู้วิจัยเห็นว่า จะเทียบเคียงการลักกระแสไฟฟ้าให้ชัดเจน ถ้ากระแสไฟฟ้าจากแบตเตอรี่ที่ได้รับการบรรจุจากไฟฟ้ากระแสสลับแปลงเป็นไฟฟ้ากระแสตรง กระแสไฟฟ้าในแบตเตอรี่จะหมดไปเมื่อถูกลัก เช่นเดียวกันเมื่อลักไฟฟ้ากระแสสลับมิเตอร์หรือเครื่องวัดจะกำหนดปริมาณของไฟฟ้าที่ถูกลัก จะเห็นได้ว่ากระแสไฟฟ้านั้นแยงการครอบครองโดยตัดกรรมสิทธิ์ได้ ในคดีนี้พนักงานอัยการโจทก์ได้ฟ้องจำเลยซึ่งได้ปรับจนและก้อปีคดีสิ้นสุดตามโทรศัพท์มือถือให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498 มาตรา 4, 6, 22 และ 23 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ฯลฯ และศาลฎีกาได้พิพากษาให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498 แต่พิพากษายกฟ้องในความผิดฐานลักทรัพย์สิน จึงต้องวิเคราะห์ว่า คดีสิ้นสุดตามโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์สินหรือไม่ ในคดีนี้โจทก์ได้บรรยายฟ้องว่า ระหว่างวันที่ 16 กรกฎาคม 2537 ถึง 28 ตุลาคม 2537 เวลากลางวันและกลางคืนต่อเนื่องกัน จำเลยได้ทำและมีเครื่องวิทยุคมนาคมโดยการนำโทรศัพท์เคลื่อนที่ยี่ห้อโมบิลิตี้ดีแมน 200 มาทำการปรับจนโดยใช้เครื่องดีเลอโค้ดหมายเลข 40000 และก้อปีคดีสิ้นสุดตามโทรศัพท์หมายเลข 9573336 ซึ่งเป็นคดีสิ้นสุดตามโทรศัพท์ระบบเซลลูลาร์ 900 โทรศัพท์เคลื่อนที่ของบริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด(มหาชน) ผู้เสียหายเข้าเครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าวจนสามารถใช้ส่งและรับวิทยุคมนาคมได้ แล้วจำเลยได้บังอาจลักเอาไปซึ่งสัญญาโทรศัพท์หมายเลข 9573336 ของผู้เสียหาย คิดค่าเสียหายเป็นเงิน 24,733 บาท โดยทุจริต โดยใช้เครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าวส่งและรับวิทยุคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตนั้น อัยการโจทก์ขอให้ลงโทษฐานลักทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 จำเลยให้การรับสารภาพ จะเห็นได้ว่าทั้งกระแสไฟฟ้าตามคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 (ประชุมใหญ่) และคดีสิ้นสุดตามโทรศัพท์เคลื่อนที่ต่างก็เป็นวัตถุ

ไม่มีรูปร่างแต่มีราคาและถือเอาได้ เพราะฉะนั้นผลของคำพิพากษาจึงน่าจะต้องเป็นเรื่อง
 ลัทธิพหุเหมือนกัน แต่ในคำพิพากษาฎีกาที่ 5354/2539 วินิจฉัยว่าเห็นว่าที่ฟ้องระบุว่า
 จำเลยนำโทรศัพท์เคลื่อนที่มาทำการปรับจูนและถือปึกสิ้นสัญญาโทรศัพท์หมายเลข
 9573336 ของผู้เสียหายและใช้ทำการรับส่งวิทยุคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงาน
 ผู้ออกใบอนุญาตนั้นก็เป็นการทำการรับส่งวิทยุคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือกล่าวอีก
 นัยหนึ่งว่าเป็นการแย่งใช้คลื่นสัญญาโทรศัพท์ของผู้เสียหายโดยไม่มีสิทธิของตนเอง จึงมิใช่การ
 เอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยทุจริต การกระทำของจำเลยตามฟ้องจึงไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์
 ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 แม้จำเลยจะให้การรับสารภาพก็ตาม เมื่อการกระทำ
 ของจำเลยไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ จึงต้องพิพากษายกฟ้องตามประมวลกฎหมาย
 วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 วรรคหนึ่งประกอบด้วยมาตรา 215 และ 225 จะเห็นได้
 ว่ามีประเด็นที่นำไปสู่การวิเคราะห์ซึ่งได้แก่

(ก) การแย่งใช้คลื่นสัญญาของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิกับการเอาทรัพย์สินของผู้อื่น
 ไปโดยทุจริตซึ่งเป็นการลักทรัพย์นั้นมีความแตกต่างกันอย่างไร คำว่า"แย่ง" หมายความว่า การ
 พრაกไป เอาไปจากการครอบครอง ในหนังสือคำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความ
 ผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง
 โดยศาสตราจารย์สัญญาชัย สัจจวานิช บทที่ 1 ความผิดฐานลักทรัพย์ หน้า 133 อธิบายคำว่า
 "เอาไป"ไว้ว่า "คำว่า "เอาไป" นี้จะใช้กำลังกายของตนขยับเขยื้อนเคลื่อนทรัพย์สินไป เช่น ยกหยิบ
 เหล็กเก็บทรัพย์เคลื่อนที่ไป หรือจะใช้กำลังทางลมหายใจก็ได้ เช่น ลักดูคาแพที่เขาวางไว้
 เข้าไปในโรงเบียร์แล้วให้หลอดดูดจากถ้วยเบียร์ดื่มเข้าไป และการเอาไปนี้ไม่จำเป็นที่จะต้อง
 ใช้ร่างกายแตะต้องทรัพย์สินไปโดยตรง เช่น ลักม้าก็ไม่จำเป็นต้องจูงม้าไปเพียงแต่ใช้วิธีไล่ ก็เรียก
 ได้ว่าเป็นการเอาไปเหมือนกันหรือลักสุนัขโดยการเอาน้ำล่อให้สุนัขตามไปก็ได้ชื่อว่าเอาไป
 ดังนั้นการ กระทำอย่างอื่น ๆ ซึ่งมีพฤติการณ์ที่อาจถือว่าเป็นการเอาไปได้เหมือนกัน เช่นลักของ
 โดยใช้เด็กไร้เดียงสาเป็นผู้หยิบทรัพย์สินนั้นไป หรือลักนกโดยใช้นกต่อล่อไป หรือลักแม่ม้าลูกม้า
 ตามแม่ม้าไปด้วย ย่อมมีความผิดฐานลักลูกม้านั้นด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 774/2459) แม้แต่
 การใช้สายไฟฟ้าต่อจากสายไฟฟ้าของคนอื่น ต่อต่อจากท่อประปาของคนอื่น แล้วกระแส
 ไฟฟ้าหรือน้ำไหลเข้ามาเป็นของตน เหล่านี้ล้วนเป็นการเอาไปทั้งสิ้น"¹⁸ เพราะฉะนั้นการ"แย่ง"

¹⁸ ศาสตราจารย์สัญญาชัย สัจจวานิช, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง. (ชนบุรี : โรงพิมพ์ - มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537) หน้า 133-134.

กับการ "เอาไป" ในทางกฎหมายนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าน่าจะเป็นความหมายเดียวกัน เพราะฉะนั้นประเด็นคงมิได้อยู่ที่ความแตกต่างกันระหว่างการแย่งโดยไม่มีสิทธิกับการเอาไปโดยทุจริต เฉพาะการเอาไปโดยทุจริตได้ครอบคลุุมการแย่งโดยไม่มีสิทธิอยู่แล้ว เพราะฉะนั้นความแตกต่างในการวินิจฉัยของศาลฎีกาจึงควรอยู่ที่ลักษณะของ "กระแสไฟฟ้า" และลักษณะของ "คลื่นสัญญาณ" ซึ่งจะกล่าวต่อไปในข้อ (ข) มากกว่า

(ข) ได้กล่าวถึงความเห็นของนักนิติศาสตร์ในส่วนของกระแสไฟฟ้าในคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 (ประชุมใหญ่) มาแล้ว สำหรับลักษณะของคลื่นสัญญาณนั้น โดยสภาพไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่าและไม่มีรูปร่าง แต่เมื่อพิจารณาตามหลักการใช้งานทางเทคโนโลยีแล้ว จะเห็นว่าในการพูดโทรศัพท์นั้น คลื่นสัญญาณโทรศัพท์จะถูกกำหนดและควบคุมให้มีความถี่ตรงกันเพื่อการรับส่ง แต่ที่สำคัญก็คือคำพูดที่ผู้พูดเปล่งออกมาจากปากเป็นเสียงนั้นจะถูกแปลงเป็นสัญญาณหรือดิจิตอล (digitized and transmitted) แล้วฝากให้เดินทางเกาะไปกับคลื่นสัญญาณโทรศัพท์ ซึ่งมีความถี่ที่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่รับผิดชอบของรัฐ ได้แก่ กรมไปรษณีย์โทรเลข ถือได้ว่าคลื่นสัญญาณโทรศัพท์เป็นทรัพย์สิน แต่เนื่องจากโดยสายตาเปล่าของมนุษย์ไม่สามารถเห็นรูปร่างของคลื่นสัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้เลย แต่ในทางทฤษฎีแล้วคลื่นสัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่ต้องมีรูปร่างและความถี่ของคลื่นที่แน่นอนคงที่จึงสามารถใช้เครื่องมืออุปกรณ์ทางเทคโนโลยีเข้าทำการตรวจสอบ(เพื่อจัดความถี่คลื่นสัญญาณให้ใช้ได้เฉพาะผ่านความถี่ที่กำหนด)ควบคุม(เป็นการตรวจนับหน่วยการใช้เพื่อจัดเก็บค่าบริการตามหน่วยที่ถูกกำหนดตามประเภท, ชนิดและระยะทางของการใช้ มิฉะนั้นผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จะไม่สามารถควบคุมคลื่นสัญญาณโทรศัพท์) แต่ในทางปฏิบัติสามารถควบคุม คือยึดถือเอาได้ และมีราคา เพราะต้องมีการคิดค่าใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ตามหน่วยค่าบริการที่กำหนดจากผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ทุกราย เช่น อัตราค่าโทรศัพท์จากกรุงเทพมหานครไปยังจังหวัดเชียงใหม่ นาทีละ 18 บาท อัตราค่าโทรศัพท์ในเขตพื้นที่เดียวกันอัตรานาทีละ 3 บาท เป็นต้น การควบคุมคลื่นสัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่ก็เพื่อยึดถือเอาในการคิดราคาค่าบริการโดยวิธีทางเทคโนโลยี ดังนั้นหากไม่มีการใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ก็จะไม่มีการนับหน่วยบริการและคลื่นสัญญาณก็จะไม่มีการใช้สอย สำหรับคลื่นสัญญาณโทรศัพท์ที่ถูกกำหนดเฉพาะให้เป็นของเจ้าของโทรศัพท์เคลื่อนที่ ทุกครั้งที่มีการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ เครื่องมืออุปกรณ์ทางเทคโนโลยีก็จะทำหน้าที่ควบคุมการส่งคลื่นสัญญาณ

โทรศัพท์เคลื่อนที่ให้เดินทางไปในอากาศ แม้ว่าไม่สามารถเห็นได้ด้วยตาเปล่าหรือสัมผัสได้ก็ตาม ซึ่งทางเทคโนโลยีแล้วสามารถทำการตรวจสอบและวัดหน่วยได้ตามประเภทที่กำหนด¹⁹

(ค) พิจารณาเรื่องการแย่งการครอบครอง

แต่ถ้าพิจารณาเรื่องการครอบครองคลื่นสัญญาณ²⁰ โทรศัพท์เป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ทุกๆประเทศในโลกต่างๆสามารถเป็นเจ้าของคลื่นวิทยุร่วมกันโดยเท่าเทียมกันและการบริโภคลื่นวิทยุโดยปรับความสัมพันธ์คุณสมบัติของคลื่นวิทยุทางด้านความถี่และระยะทาง เพื่อนำความถี่วิทยุที่ถูกใช้ไปแล้วมาใช้ใหม่ได้อีก โดยมีให้สูญเสียหรือสูญหายไปซึ่งแตกต่างกับทรัพยากรอื่นๆและถ้าพิจารณาจากสัญญาการใช้สัญญาณโทรศัพท์แน่นอนผู้ใช้โทรศัพท์ย่อมเป็นเจ้าของเครื่องโทรศัพท์มือถือ แต่หมายเลขโทรศัพท์ซึ่งเป็นตัวกำหนดสัญญาณ ผู้ใช้จะได้เนื่องสิทธิการใช้เท่านั้น จะเห็นได้จากเมื่อผู้ใช้ไม่ชำระค่าโทรศัพท์เจ้าของสัมปทานจะตัดการใช้บริการทันที เมื่อผู้ใช้โทรศัพท์ยกเลิกการใช้หมายเลขโทรศัพท์ซึ่งเป็นตัวกำหนดของสัญญาณต้องคืนให้กับบริษัทเจ้าของสัมปทาน ถ้าโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือโทรศัพท์มือถือถูกจนหรือถูกก๊อปปี้สัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าวยังสามารถใช้ได้ตลอดวันแต่ขณะที่เครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ถูกลอบกำลังใช้โทรเข้าหรือออก เครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่แท้จริงและใช้ไม่ได้ แต่ถ้าโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ถูกลอบใช้เลิกใช้เมื่อใดเครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่แท้จริงก็ยังใช้ได้ตลอดไป ซึ่งในทางกลับกันก็เช่นเดียวกันถ้าเครื่องโทรศัพท์ที่แท้จริงเริ่มใช้ เครื่องโทรศัพท์ที่ถูกลอบก็ไม่สามารถใช้ได้เช่นเดียวกัน ในฐานะผู้เขียนเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากการเป็นผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ ผู้ใช้ไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์คลื่นสัญญาณโทรศัพท์แต่อย่างใดเป็นเพียงผู้เช่าใช้บริการการใช้คลื่นสัญญาณโทรศัพท์เท่านั้น และเมื่อมีผู้ถูกลอบใช้คลื่นสัญญาณโทรศัพท์ของผู้เช่าใช้บริการดังกล่าวโดยวิธีปรับความสัมพันธ์ของความถี่คลื่น เจ้าของเครื่องผู้เช่าใช้บริการก็ยังสามารถใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าวได้ตลอด จึงไม่ใช่เป็นการแย่งการครอบครอง ซึ่งการเอาไปโดยเด็ดขาดหรือตัดการครอบครองจากเจ้าของเดิม ตามความหมายของการลักทรัพย์จึงเป็นการถูกต้องแล้วตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่

¹⁹ พีรพันธุ์ เปรมภูติ , มาตรการทางกฎหมายในการปราบปรามการลักลอบปรับสัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่, หน้า 30-31.

²⁰ กฤษดา หุ่นโชคชัย ,ความผิดอาญาเกี่ยวกับการลักลอบ"จูน" โทรศัพท์เคลื่อนที่, หน้า 86.

5354/2539 วินิจฉัยว่าการถือปี่สัญญาทรยศและนำไปใช้ซึ่งสัญญาดังกล่าวไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 แต่อย่างใด

4.1.2 วิเคราะห์การแย่งใช้สัญญาทรยศที่เคลื่อนที่กับความผิดฐานฉ้อโกง

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 บัญญัติว่า "ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้งและโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอนหรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

ในเบื้องต้นจะเห็นได้ว่าความผิดฐานฉ้อโกงอันเป็นส่วนหนึ่งของความผิดที่ประทุษร้ายต่อทรัพย์สินมีลักษณะสำคัญประการแรกคือการใช้อุบายหลอกลวงและได้รับทรัพย์สินหรือการให้ผู้อื่นทำ , ถอนหรือทำลายเอกสารสิทธิ ซึ่งจะเห็นได้ว่าแตกต่างกับความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งเป็นลักษณะความผิดหมวดแรกของความผิดที่ประทุษร้ายต่อทรัพย์สินเพราะความผิดฐานลักทรัพย์ผู้กระทำความผิดได้ทรัพย์สินไปโดยเจ้าของเขาไม่อนุญาต แต่ความผิดฐานฉ้อโกงเจ้าของทรัพย์สินอนุญาตหรือเต็มใจให้ แต่ที่ให้ไปก็เพราะโดยผู้กระทำความผิดใช้อุบายหลอกลวงอันเป็นผลให้หลงเชื่อและมอบทรัพย์สินหรือทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ อันเป็นประโยชน์แก่ผู้กระทำความผิดหรือผู้อื่นเนื่องจากการหลงเชื่อนั้น และหลักสำคัญอีกอย่างหนึ่งของความผิดฐานฉ้อโกงคือผู้กระทำความผิดต้องกระทำไปโดยมีเจตนาทุจริต คือทำไปโดยมีความตั้งใจและประสงค์ต่อผลหรืออาจถึงเห็นผลแห่งการกระทำนั้น ประกอบกับแสวงหาผลประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น จึงพอจะแบ่งแยกหลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานฉ้อโกงดังนี้คือ

1. หลอกลวงผู้อื่นด้วยการ
 - ก. แสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือ
 - ข. ปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง
2. โดยการหลอกลวงนั้น
 - ก. ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือ
 - ข. ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ
3. โดยเจตนาทุจริต

องค์ประกอบความผิดข้อ 1 หลอกลวงผู้อื่นด้วยการ

ก. แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือ

ข. ปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง

ความหมายของการหลอกลวง

คำว่า"หลอกลวง" นั้น มีความหมายอย่างเข้าใจโดยทั่วไปคือ ลวงให้หลงผิด สำคัญผิดหรือเข้าใจผิด ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานให้ความหมายคำว่า"หลอก" แปลว่า ทำให้เข้าใจผิด สำคัญผิด ทำให้ตกใจ ,"ลวง" แปลว่า ล่อให้หลง ทำให้หลงผิด

การหลอกลวงผู้อื่นหมายถึงการกระทำให้ผู้อื่นหลงผิด สำคัญผิด หรือเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง *

การหลอกลวงกฎหมายมิได้จำกัดวิธีการ ผู้กระทำอาจใช้วิธีการอย่างใดก็ได้ เช่น โดยทางวาจา, ลายลักษณ์อักษร, กิริยาท่าทางหรือวิธีอื่นใดก็ได้ และผู้กระทำอาจกระทำ ได้โดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้

ทางวาจา ในลักษณะนี้เป็นการกล่าวโทษโดยแสดงออกโดยทางคำพูด เช่น ก บอกภรรยา ข. ว่า ข.วานให้มาเอาเงินจากภรรยา ข. 200 บาท ซึ่งความจริง ข. ไม่ได้วาน ก. เลย ดังนี้เป็นการหลอกลวง

ทางลายลักษณ์อักษรนั่นคือแสดงออกโดยการเขียนหรือพิมพ์เช่นเจ้าพนักงาน ทำฎีกาเบิกเงินเกินกว่าที่ตนจ่ายจริงอันเป็นเท็จยื่นต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายการเงินและเจ้าหน้าที่ฝ่ายการเงินหลงเชื่อก็ให้เบิกตามนั้น ดังนี้การกระทำของเจ้าพนักงานเป็นการหลอกลวง

* แต่การหลอกลวงที่เป็นการกระทำที่สังคมยอมรับไม่เป็นการหลอกลวงตามความหมายของกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1568/2521)

คณิต ฌ นคร.อธิบายวิชากฎหมายอาญาภาคความผิด ,(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 110.

ทางกริยาทำทางหรือวิธีอื่นใดนั้นคือแสดงโดยกริยาทำทางอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ก. ไม่ได้สำเร็จปริญญาแต่ได้สวมเสื้อครุยปริญญาเพื่อไปหลอกหลวงผู้อื่น แม้ ก. จะไม่ได้กล่าวด้วยวาจาว่าตนสำเร็จปริญญาแต่การกระทำของ ก. ด้วยการสวมเสื้อครุยก็เป็นการแสดงอยู่ในตัวว่าตนสำเร็จปริญญา ฉะนั้นถ้าการแสดงกริยาของ ก. นั้นทำไปเพื่อให้ผู้อื่นส่งทรัพย์สินหรือให้เขาทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิและผู้เสียหายหลงเชื่อและทำตามนั้นแล้วก็เป็น การหลอกหลวง

การถือเอาประโยชน์จากความสำคัญผิดของผู้อื่นนั้นไม่เป็นการหลอกหลวง เช่น นาย ก. ไปซื้อถ้วยแก้วธรรมดาหนึ่งโหลตกลงราคากันแล้ว แต่ลูกจ้างไปหยิบถ้วยแก้ว เจียรไนมาให้ นาย ก. รู้ว่าลูกจ้างเข้าใจผิด แต่นาย ก. ก็รับเอาถ้วยแก้วเจียรไนนั้นการกระทำ เช่นนี้ นาย ก. ถือเอาประโยชน์จากความสำคัญผิดของผู้อื่น นาย ก. ไม่ได้หลอกหลวงผู้ขาย แต่ผู้ขายสำคัญผิดไปเอง²¹ เป็นต้น

การหลอกหลวงผู้อื่นจะต้องกระทำก่อนที่จะได้ทรัพย์สินมาจากผู้ถูกหลอกหลวง หรือบุคคลที่สาม ถ้าหากได้ทรัพย์สินมาก่อนแล้วจึงกระทำการหลอกหลวงภายหลังย่อมไม่เป็นการผิดฐานฉ้อโกง

การหลอกหลวงที่จะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 จะต้องเป็นการหลอกหลวงด้วยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งใน 2 ประการดังต่อไปนี้ คือ

ก. ด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหมายความว่า การกล่าวอ้างถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นเท็จ ข้อความที่เกี่ยวกับเหตุการณ์ในอดีตหรือปัจจุบันย่อมพิสูจน์ได้ง่ายว่าเป็นความจริงหรือความเท็จ ส่วนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุการณ์ในอนาคตซึ่งยังไม่เกิดขึ้นโดยปกติย่อมไม่เป็นเท็จ การกล่าวว่าจะทำอะไรในภายหลังจึงเป็นเพียงคำมั่นสัญญาหากไม่ทำตามคำสัญญาก็เป็นเพียงผิดคำมั่นสัญญาในทางแพ่งไม่เป็นการกล่าวเท็จ ไม่เป็นมูลความผิด

²¹ สมศักดิ์ สิงห์พันธ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4 ตอน 1 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ศาสนา, 2515) ,หน้า 422.

ฐานข้อเท็จจริง²²

ข้อความที่กล่าวถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต หรือเหตุการณ์ที่กำลังเกิดขึ้นในปัจจุบันย่อมเป็นเท็จได้

อุทาหรณ์ ก. ยืมรถยนต์ของพี่ชายมาขับขี่ แต่ไปหลอกลวง ข. ว่าเป็นรถยนต์ของตนเอง และขอยืมเงิน 5,000 บาท เพราะมีเหตุจำเป็นต้องใช้เงินด่วน โดยจะนำรถยนต์คันดังกล่าวไปขายในวันหลังและชำระหนี้คืนเงินให้ ข. หลงเชื่อว่า ก. เป็นเจ้าของรถยนต์ จึงให้ ก. ยืมเงินไป ก. มีความผิดฐานข้อเท็จจริง

ข้อความที่กล่าวถึงเหตุการณ์ในอนาคตซึ่งยังไม่เกิดขึ้น ตามแนวคำอธิบายกฎหมายไทยถือว่า "ย่อมไม่ทราบว่าเป็นจริงหรือเท็จ" ถ้าต่อมาไม่กระทำตามก็เป็นเพียงผิด

²² วุฒิชัยธรรมเนติกร, ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 (พระนคร : โรงพิมพ์การศาสนา, 2508) หน้า 182.

* ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า "ถ้าเป็นเหตุการณ์ในอนาคตย่อมจะไม่เป็นจริงหรือเท็จได้ในขณะที่แสดงข้อความซึ่งเหตุการณ์ยังไม่เกิดขึ้น" (จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงทองการพิมพ์, 2513) หน้า 2171.

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า "ข้อความในอนาคตเป็นคำทำนายหรือการแสดงความคิดเห็นในเวลาภายหลัง จึงไม่สามารถที่จะถือว่าเป็นเท็จได้ (หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 2-3 เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515) หน้า 497.

อาจารย์สุปิ่น พูลพัฒน์ อธิบายว่า "การแสดงข้อความซึ่งจะเกิดขึ้นต่อไปในภายหน้าที่คาดคะเนเอาไว้ล่วงหน้า เป็นการกล่าวหรือแสดงถึงเรื่องอนาคตซึ่งจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ นั้นไม่ใช่การแสดงข้อความอันเป็นเท็จ เพราะเมื่อยังไม่เกิดขึ้นก็ย่อมทราบไม่ได้ว่าเท็จหรือจริง จึงเป็นเรื่องการคาดคิดหรือทำนายไว้ล่วงหน้าอันเป็นการแสดงความคิดเห็นเท่านั้น" (สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา (ตอน 5) พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : แสงสุทธิการพิมพ์, 2522) หน้า 171.

คำมั่นสัญญาเท่านั้น หลักดังกล่าวเป็นที่รับรองโดยทั่วไปในประกาศลักษณะข้อ ร.ศ.119 ซึ่งได้บัญญัติว่า“คำกล่าวในการที่ตั้งใจจะทำอะไรในเบื้องหน้านั้นไม่เรียกว่าหลอกลวง แต่เรียกว่าไม่ทำตามปณิญาณ * เช่นขอยืมเงินไปบอกว่าพຽງนี้จะใช้คืนครั้งรุ่งขึ้นเจ้าของเงินไปทวงถามก็ไม่ใช่คืนกลับปฏิเสธว่าไม่ได้ยืมเงินไปเลย เป็นเรื่องผิดคำมั่นไม่ใช่แสดงข้อความอันเป็นเท็จ

อุทาหรณ์เป็นทนายโจทก์ตกลงกับจำเลยยอมถอนฟ้องในวันรุ่งขึ้น โดยจำเลยยอมใช้ค่าเสียหายจำนวนหนึ่งแต่แล้วไม่ถอนฟ้อง เป็นเรื่องผิดสัญญาทางแพ่งไม่ผิดฐานฉ้อโกง (คำพิพากษาฎีกาที่ 167/2477) ข้อความที่กล่าวถึงเหตุการณ์ในอนาคตพอจะอนุมานได้ว่าเป็นการแสดงถึงเหตุการณ์ในปัจจุบันรวมอยู่กับคำมั่นสัญญาในอนาคตด้วยกันก็เป็นการแสดงข้อความเท็จได้

อุทาหรณ์ ก.ซึ่งแต่งงานแล้วไปพูดหลอกลวง น.ส.ไข่ว่าตนโสด รัก น.ส.ไข่มากและขอแต่งงานด้วย พร้อมกับขอให้ น.ส.ไข่มอบเงินให้ตนเพื่อจัดแจงในเรื่องแต่งงาน น.ส.ไข่หลงเชื่อจึงมอบเงินให้ไป นาย ก. รับเงินไปใช้เป็นประโยชน์ส่วนตัวเสีย ดังนี้การเป็นโสดเป็นข้อเท็จจริงในอดีตและปัจจุบัน เมื่อนาย ก. หลอกลวง น.ส.ไข่ จนหลงเชื่อมอบเงินให้ไป นาย ก. มีความผิดฐานฉ้อโกง

ตามคำรากฎหมายอังกฤษก็เช่นเดียวกันกล่าวคือถ้าคำกล่าวนั้นแสดงถึงเหตุการณ์ในอดีตหรือปัจจุบันรวมอยู่ด้วยอันเป็นเท็จก็เป็นผิดได้ เช่นจำเลยสั่งซื้อสินค้าโดยส่ง

อาจารย์สัญญาชัย สัจจวานิช อธิบายว่า" ถ้าเป็นเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องไปถึงอนาคต เหตุการณ์นั้นยังไม่ถึง จะจริงหรือเท็จยังไม่รู้ จึงอาจเป็นเพียงการให้คำมั่นสัญญาเท่านั้น" (สัญญาชัย สัจจวานิช, คำอธิบายกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ พิมพ์ครั้งที่ 3(ธนบุรี : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2515) หน้า 219.

* คำพิพากษาฎีกาที่ 1041/2466 วินิจฉัยไว้ว่าการกระทำโดยใช้อุบายหลอกลวง อันต้องประกอบเอาความเท็จมากล่าวที่จะเข้าหลักเกณฑ์ฐานฉ้อโกงนั้นจะต้องประกอบด้วยการเอาเท็จมากล่าวถึงข้อความใดๆอันพิสูจน์ได้ว่าเป็นความจริงในขณะที่กล่าวข้อความนั้นหรือปกปิดเหตุการณ์อันเป็นหน้าที่ต้องบอกให้แจ้งในขณะที่กระทำผิดนั้น

ธนบัตรครั้งฉบับไปกับคำสั่งซื้อ ย่อมแสดงว่าธนบัตรอีกครั้งหนึ่งจะถูกส่งไปและขณะนั้น จำเลยเป็นผู้ครอบครองธนบัตรที่เหลืออยู่ครั้งหนึ่งถ้าจำเลยไม่มีก็เป็นความผิดฐานฉ้อโกงได้²³

การแสดงข้อความเท็จนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นข้อความทั้งหมดอาจเป็นข้อความเท็จ บางส่วนปะปนอยู่กับข้อความจริงบางส่วนก็ได้

ในเรื่องนี้เปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษ ซึ่งมีหลักทำนองเดียวกันว่าการที่ จำเลยได้ทรัพย์สินไปโดยการแสดงทั้งข้อความจริงและข้อความเท็จ จำเลยจะถูกลงโทษถ้า ความเท็จนั้นเป็นเหตุแห่งการได้ไปซึ่งทรัพย์สิน เช่น ก. ได้เงินจาก ข. โดยแสดงความจริงว่า ก. เป็นทหาร แสดงความจริงว่าจะนำเงินไปใช้ในการลงทุน การหลอกลวงเป็นเหตุให้ ข. ส่ง เงินให้ ก. ถ้า ข. ให้เงินไปเพราะสถานการณ์แสดงเท็จว่า ก. เป็นทหาร เช่นนี้ ก. มีความผิด ฐานฉ้อโกง²⁴

การแสดงข้อความซึ่งผู้กระทำเชื่อว่าเป็นเท็จ แต่บังเอิญข้อความนั้นเป็นความจริง โดยผู้กระทำสำคัญผิดว่าเป็นเท็จ ไม่เป็นการแสดงข้อความเท็จ ไม่ผิดฐานฉ้อโกง เช่น หลอกว่าตนได้รับมรดกตามพินัยกรรม ซึ่งตนไม่รู้ว่ามีส่วนได้เสียเลยเพื่อขอกู้เงินเขา แต่ ปรากฏว่ามีพินัยกรรมฉบับหลังยกเลิกฉบับแรกให้ตนเป็นผู้รับมรดกจริง ๆ ดังนี้ย่อมขาดองค์ ประกอบที่จะเป็นความผิดฐานฉ้อโกง²⁵

ปัญหาในเรื่องการหลอกลวงโดยแสดงข้อความอันเป็นเท็จอันควรพิจารณา คือ ในเรื่องการออกเช็คให้ผู้อื่นโดยตนรู้ว่าจะไม่มีเงินในธนาคารที่จะจ่ายให้ จะถือว่าเป็นการ เอาข้อความเท็จมากล่าวหรือไม่ ในเรื่องนี้นักนิติศาสตร์ส่วนมากเห็นว่าพฤติการณ์เช่นนี้ย่อม เป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จโดยการกล่าวอ้าง กล่าวคือ การเขียนเช็คเป็นการแสดงว่าตน มีเงินในธนาคารที่จะจ่ายให้ได้ ฉะนั้นถ้าความจริงตนไม่มีเงินที่จะจ่ายเช็คก็ย่อมถือว่าเป็นการ

²³ Kenney .Kenny's Outlines of Criminal Law. 18th ed. (Cambridge : At the University Press, 1962) p. 346-347.

²⁴ Smith and Hogan , Criminal Law , 4th ed. (London : Butterworths, 1978) , p.544.

²⁵ สัจชัย สัจจวนิช, คำอธิบายกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : แสงสุทธิการพิมพ์, 2515) หน้า 223-224.

แสดงข้อความอันเป็นเท็จ * เสด็จในกรมฯ ราชบุรี ได้ทรงอธิบายไว้ว่า การที่บุคคลไม่มีเงินในธนาคารแล้วเขียนเช็คให้แทนเงินและรับของมาเป็นความผิดฐานฉ้อ²⁶ และนักนิติศาสตร์บางท่านได้อธิบายไว้ว่าการเขียนเช็คแม้จะเป็นเหตุการณ์ที่จะให้มีการใช้เงินในอนาคต แต่ย่อมแสดงความหมายในปัจจุบันอย่างน้อย 3 ประการ คือ

1. ผู้เขียนเช็คมีเงินฝากอยู่ในธนาคารตามจำนวนที่จะจ่ายได้
2. ผู้เขียนมีอำนาจจ่ายเงินจำนวนนั้นได้ และ
3. เช็คนั้นสมบูรณ์ที่จะจ่ายเงินได้²⁷

ดังนั้นถ้าหากผู้เขียนเช็คไม่มีเงินฝากในธนาคารตามจำนวนนั้นหรือผู้เขียนไม่มีอำนาจสั่งจ่ายเงินนั้น เช่น มีคำสั่งศาลอายัดไว้หรือเช็คนั้นไม่สมบูรณ์ด้วยประการใด ๆ ก็ดี ย่อมนับว่าผู้เขียนเช็คแสดงข้อความอันเป็นเท็จ

ความเห็นดังกล่าวนักนิติศาสตร์บางท่านไม่เห็นพ้องด้วย โดยให้เหตุผลว่าในวงธุรกิจและการค้าเงินย่อมหมุนเวียนมาก ฉะนั้นบางครั้งพอค้างจึงมีการจ่ายเงินโดยทางเช็ค ถึงแม้บางขณะจะไม่มีเงินในธนาคารหรือมีแต่ไม่พอก็ตาม ก็ยังไม่พอจะถือว่าเป็นการหลอกลวง โดยแสดงข้อความอันเป็นเท็จ เพราะเขาอาจจะคิดว่าเขาอาจเบิกเงินเกินบัญชี (overdraw) หรือนำเงินมาฝากเพิ่มให้เพียงพอที่จะจ่ายเงินตามเช็คนั้นได้ภายหลัง

อย่างไรก็ดีในเรื่องนี้เห็นว่าเพียงแต่เขาไม่มีเงินในธนาคารแล้วเขียนเช็คสั่งจ่ายไปนั้น จะถือว่าเป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จทีเดียวยังไม่ถนัด จะต้องดูเจตนาของผู้เขียนเช็คประกอบด้วย กล่าวคือ ถ้าผู้เขียนมีเจตนาที่จะไม่ใช้เงินนั้นมาตั้งแต่เริ่มแรก ในขณะที่เขียนเช็คนั้นก็ย่อมถือว่าเป็นการหลอกลวงโดยแสดงข้อความอันเป็นเท็จ แต่ถ้าผู้เขียนเช็คมี

* คำพิพากษาฎีกาที่ 1014/2505 วินิจฉัยว่าโจทก์จะให้กู้ถ้าจำเลยมีหลักฐานมาประกัน จำเลยก็พูดอวดว่าจำเลยมีเงินที่ฝากธนาคาร แล้วควักเอาเช็คออกมาเซ็นชื่อให้ ความจริงจำเลยไม่มีเงินฝากในธนาคารเลย ทั้งเช็คนั้นก็เช็คของคนอื่นที่ปิดบัญชีแล้ว โจทก์หลงเชื่อในการอวดอ้างแสดงข้อความเท็จจึงให้จำเลยกู้ยืม มิฉะนั้นก็จะไม่จ่ายเงินให้จำเลย ดังนี้เป็นความผิดฐานฉ้อโกง

²⁶ ไล่ต้ออาญา โดยพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์.

²⁷ Kenney, Kenney's Outline of Criminal Law . p.347.

เจตนาสุจริตที่จะให้มีการจ่ายเงินตามเช็คนั้น แต่เผชิญในขณะนั้นไม่ทราบว่าเงินในธนาคารเหลือไม่พอกับจำนวนเงินที่เขียนสั่งจ่ายตามเช็คหรือคิดว่าตนเองอาจหาเงินมาฝากให้ทันได้ ก็ยังไม่น่าจะเข้าองค์ประกอบการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ อันเป็นความผิดฐานฉ้อโกง แต่กรณีดังกล่าวนี้อาจจะเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ.2534 ได้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีบทบัญญัติถึงโทษผู้ออกเช็คโดยเจตนาที่จะไม่ให้มีการใช้เงินตามเช็คนั้น หรือออกเช็คโดยในขณะที่ยังไม่มีเงินในบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินได้หรือถอนเงินออกจากบัญชีจนจำนวนเงินเหลือไม่เพียงพอที่จะใช้เงินตามเช็คนั้นหรือห้ามธนาคารมิให้ใช้เงิน โดยเจตนาทุจริตและถ้าธนาคารปฏิเสธไม่จ่ายเงิน ผู้ออกเช็คก็มีความผิด

ฉะนั้น แม้การเขียนเช็คโดยไม่มีเงินในธนาคารบางกรณีจะไม่เข้าหลักเกณฑ์ฐานฉ้อโกงก็อาจผิดพระราชบัญญัติอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ.2534 ได้ และบางกรณีอาจจะเข้าข่ายทั้งความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ.2534 ก็ได้

การแสดงความคิดเห็น (opinion) คำทำนายหรือการคาดคะเนในอนาคต แม้จะไม่ตรงกับความจริง โดยปกติย่อมไม่เป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ เพราะความคิดเห็น คำทำนายหรือการคาดคะเนล่วงหน้า ไม่ใช่การแสดงยืนยันข้อความหรือข้อเท็จจริงที่แสดงออกไปนั้นแต่อย่างใด เช่น ก. ต้องการจะขายที่ดินและพูดว่าในปีหน้าทางการจะตัดถนนผ่านที่ดินจะมีราคาสูงขึ้นหรือกล่าวว่าแถวบริเวณที่ดินต่อไปจะเจริญ ที่ดินมีแต่ราคาจะสูงขึ้นเรื่อย ๆ เป็นต้น ข้อความ ดังกล่าวเป็นการแสดงความคิดเห็นในเรื่องที่ดินและเป็นการคาดคะเนล่วงหน้าเป็นเรื่องของอนาคตจะเป็นจริงหรือไม่ก็ได้ กรณีเช่นนี้จึงไม่ใช่การแสดงยืนยันข้อความหรือข้อเท็จจริงตามความหมายในมาตรา²⁸

การแสดงความคิดเห็นนั้นอาจเป็นข้อเท็จจริงอยู่ในตัวก็ได้ ถ้าผู้แสดงได้แสดงความเห็นโดยรู้ยู่ว่าความจริงไม่ได้เป็นดังที่ตนแสดง อาจเป็นการแสดงข้อความเท็จได้ เช่น ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ (expert opinion) เป็นต้น²⁹

²⁸ สุปิน พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา(ตอน 5) พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : แสงสุทธิการพิมพ์, 2522) หน้า 170.

²⁹ Perkins. Criminal Law, opcit., p.301.

ข. ด้วยการปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง

การใช้อุบายหลอกลวงนอกจากโดยแสดงข้อความอันเป็นเท็จไม่ว่าจะเป็นทางวาจาลายลักษณ์อักษร กริยาท่าทางหรือวิธีการอื่นใด ยังมีการใช้กลอุบายหลอกลวงอีกชนิดหนึ่ง คือการปกปิดข้อความจริง กล่าวคือผู้กระทำไม่ได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จออกมา แต่เป็นการกระทำในทางปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง ตามบทบัญญัติในเรื่องฉ้อโกงนี้ ถือว่าเป็นการหลอกลวงอีกวิธีหนึ่งที่เข้าหลักเกณฑ์ความผิดฐานฉ้อโกง ทั้งนี้โดยเหตุผลว่าในการสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้น บุคคลมีหน้าที่ต้องสุจริตต่อกันและบางกรณีต้องแจ้งเหตุการณ์ข้อความจริงแก่ผู้ที่มาสัมพันธ์ด้วย เพราะถ้าปล่อยให้ผู้อื่นกระทำไปโดยไม่รู้ความจริง เขาอาจหลงผิดจากการปกปิดข้อความจริงนั้นทำให้เกิดผลเสียหายแก่เขาได้ กฎหมายอาญามีจุดประสงค์จะคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติป้องกันมิให้บุคคลแสวงหาผลประโยชน์จากผู้อื่นโดยมิชอบและเป็นเหตุให้เขาเสียหาย จึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติป้องกันมิให้บุคคลแสวงหาผลประโยชน์จากผู้อื่น โดยมิชอบและเป็นเหตุให้เขาเสียหายและในการคุ้มครองนั้นต้องคุ้มครองป้องกันการกระทำทุกอย่างอันอาจนำมาซึ่งความเดือดร้อนหรือความไม่สงบสุข จะเป็นการแสดงออกหรือปกปิดข้อความจริงก็ตาม นอกจากนี้ถ้าพิจารณาอีกแง่หนึ่งจะเห็นว่า การปกปิดข้อความจริงเพื่อแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นภัยมากกว่าการแสดงข้อความอันเป็นเท็จเสียอีก เพราะในการแสดงออกข้อความอันเป็นเท็จผู้เสียหายยังมีโอกาสที่จะใช้วิจาร์ณญาณดูได้ว่าจะสมควรเชื่อหรือไม่

ในเรื่องนี้เมื่อเทียบดูในทางแพ่งจะเห็นว่า มีหลักคล้าย ๆ กัน กฎหมายแพ่งก็มีวัตถุประสงค์คุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลที่ควรมีควรได้โดยชอบ โดยถือหลักว่าทุกคนต้องแสดงความจริงและสุจริตต่อกัน การแสดงความจริงก็คือการแสดงออกซึ่งข้อความจริงและรวมถึงการ ปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งด้วย ดังจะเห็นจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 124 ซึ่งบัญญัติว่า " การนิ่งก็ถือเป็นการฉ้อฉลอันเป็นเหตุให้นิติกรรมเป็นโมฆียะ ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าหากไม่นิ่งเฉยเสียแล้วนิติกรรมอันนั้นจะไม่เกิดขึ้นเลย" การปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งมีหลักเช่นเดียวกับการแสดงข้อความอันเป็นเท็จคือผู้กระทำการ

คำพิพากษาฎีกาที่ 861/2487 จำเลยเอาบัตรอนุญาตของทหารซึ่งเป็นของผู้อื่นมาซื้อตัวโดยสารรถไฟได้ครึ่งราคา แกล้งปกปิดข้อความจริงที่ตนมิได้เป็นทหาร พนักงานขายตั๋วหลงเชื่อจึงขายตั๋วไปในอัตราครึ่งราคา ผิดฐานฉ้อโกง

ปกปิดนั้นต้องรู้ความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง มีหลักเช่นเดียวกับการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ คือผู้กระทำการปกปิดนั้นต้องรู้ความจริงเป็นอย่างไร ทั้งนี้โดยพิจารณาตามถ้อยคำในตัวบทซึ่งใช้คำว่า "ปกปิด" ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ปกปิดต้องทราบข้อความจริงว่าเป็นอย่างไรแล้วปกปิดไว้โดยเจตนา ดังนั้นถ้าหากผู้กระทำการปกปิดไม่ทราบความจริงเช่น โดยหลงลืมหรือโดยประการใดก็ตาม ก็ไม่ถือว่าผู้กระทำปกปิดใช้อุบายหลอกลวง ปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งอันเป็นการหลอกลวง เข้าองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกง

อุทาหรณ์ ก.วาน ข. ไปรับเงินจากบิดา พาสั่งวานเสร็จ ก.ตาย ข. ไปหาบิดาของ ก. บอกตามที่ ก.สั่งมาทุกอย่าง แต่ข้อความจริงที่ ก.ถึงแก่ความตายเสียก่อนแล้วนั้น ข. ปกปิดไม่บอกให้บิดา ก.ทราบ บิดาของ ก. เชื่อว่า ก. ต้องการเงิน จึงมอบเงินให้ ข. ไป ข. เอาเงินนั้นไปใช้ประโยชน์ของตนโดยทุจริต เช่นนี้ ข. ผิดฐานฉ้อโกง หลอกลวงโดยการปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง ข้อความจริงที่ปกปิดนี้จะต้องเป็นข้อสาระสำคัญ³⁰ กฎหมายจึงใช้ถ้อยคำว่าเป็นข้อความที่ควรบอกให้แจ้ง ถ้าไม่เป็นสาระที่ควรบอกแม้ปกปิดไว้ไม่บอกก็ไม่เข้าเกณฑ์ความผิดตามข้อนี้ได้ เช่น แดงซึ่งเคยเป็นเศรษฐีแต่ยากจนลงกำลังจะล้มละลายไปขอยืมเงินดำ มอบของมีค่าไว้เป็นการจำนำ ดำให้เงินแดงยืมไปโดยแดงปกปิดไม่บอกว่าเดี๋ยวนี้ตนไม่ใช่เศรษฐีและกำลังจะล้มละลาย เช่นนี้ไม่ใช่ข้อความจริงที่ควรต้องบอก เพราะดำยอมให้แดงยืมไปไม่ใช่เพราะหลงเชื่อในฐานะของแดงแต่เพราะมีของมีค่ายึดไว้เป็นจำนำต่างหาก

การปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งนั้น จะถือว่าความจริงใด ผู้กระทำ

³⁰ สัตยชัย สัจจวานิช,คำอธิบายกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย, ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์, หน้า 224.

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทธิ อธิบายว่า "การปกปิดข้อความจริงเป็นการกระทำหรือละเว้นกระทำ ถ้าเป็นการกระทำเพียงแต่นิ่งเสียไม่เปิดเผยจะเป็นการปกปิดก็ต่อเมื่อได้งดเว้นการที่จักต้องทำเพื่อป้องกันผลตามมาตรา 59 วรรคท้าย คือมีหน้าที่ต้องทำเพื่อมิให้เกิดผลเป็นการสำคัญผิด แดงงดเว้นไม่ป้องกันผลนั้น เมื่อกฎหมายใช้คำว่าปกปิดก็ต้องเข้าใจว่าปกปิดเป็นการกระทำ มิใช่ละเว้นไม่กระทำ ถ้อยคำต่อจากปกปิดข้อความจริงที่ว่า "ซึ่งควรบอกให้แจ้ง" ก็เป็นถ้อยคำที่ไม่ควรบัญญัติไว้ เช่นเดียวกับการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ ซึ่งไม่ต้องบัญญัติถึงข้อความนั้นว่าเป็นข้อความที่ผู้กล่าวควรบอกความจริงหรือไม่ เพราะข้อสำคัญอยู่ที่ว่าจะเป็นการแสดงข้อความเท็จหรือปกปิดข้อความจริงก็ตาม ถ้าเป็นเหตุให้ได้ทรัพย์ไปก็ได้ชื่อว่า

ควรบอกให้แจ้ง และถ้าไม่บอกเป็นการหลอกลวงได้ก็ต่อเมื่อข้อเท็จจริงนั้นผู้กระทำมีหน้าที่แจ้งให้ทราบ ซึ่งหน้าที่แจ้งให้ทราบมีอยู่ 4 ประการ คือ

1. หน้าที่ตามกฎหมาย ในกรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ผู้กระทำแจ้งข้อความจริงให้ผู้อื่นทราบ แต่ผู้กระทำปกปิดความจริงเสียทำให้ผู้ถูกหลอกลวงเข้าใจผิด ผู้ปกปิดความจริงได้ไปซึ่งทรัพย์สินฯลฯ ผู้ปกปิดความจริงก็มีความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา

2. หน้าที่ตามสัญญา ในกรณีที่คู่กรณีได้ทำสัญญากันไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าฝ่ายหนึ่งจะต้องแจ้งข้อความจริงให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งไม่แจ้งความจริงดังกล่าวก็เท่ากับฝ่ายนั้นได้หลอกลวงโดยปกปิดความจริง

อุทาหรณ์ ก.ทำสัญญาซื้อม้าจาก ข. เป็นจำนวนมาก โดยมีข้อความตกลงในสัญญาว่า ถ้าม้าตัวใดอ่อนแอ ข. จะเป็นฝ่ายแจ้งความจริงให้ ก. ทราบ เพื่อ ก. จะไม่เลือกม้าตัวนั้น ถ้า ข.ปกปิดความจริง ก.ได้ซื้อม้าตัวนั้นไป ข. มีความผิดฐานฉ้อโกง

3. หน้าที่เกิดจากความสุจริตและความไว้วางใจต่อกันและกัน หน้าที่นี้อาจเกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในด้านต่างๆ เช่นระหว่างนายธนาคารและผู้เคยค้าหรือ

หลอกลวงเท่า ๆ กัน กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ส่วนมากบัญญัติแต่เพียงว่าหลอกลวงเอาทรัพย์สินไปเท่านั้น โดยให้เป็นเรื่องของการตีความว่าหลอกลวงคืออะไร หรือแม้จะบัญญัติข้อความต่อไปด้วยว่าโดยการแสดงข้อความเท็จหรือด้วยการปกปิดข้อความจริง ก็ยังไม่พบกฎหมายประเทศใดที่มีถ้อยคำบัญญัติไว้อีกว่า"ซึ่งควรบอกให้แจ้ง"เช่น ประมวลกฎหมายอาญาประเทศสวิส มาตรา 148 ใช้คำว่า" par la dissimulation de faits vrais" ถ้อยคำที่บัญญัติในมาตรา 341 เช่นนี้มีอยู่ในมาตรา 304 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาเดิม ซึ่งใช้คำว่า "ปกปิดเหตุการณ์อย่างใด ๆ ที่มันควรต้องบอกให้แจ้ง" ส่วนในประกาศลักษณะข้อ ร.ศ.119 อันเป็นกฎหมายเริ่มแรกในเรื่องฉ้อโกงของไทย ไม่มีเรื่องปกปิดข้อความจริง เมื่อมาตรา 304 เดิมใช้คำนี้ มาตรา 341 ก็พลอยใช้ตามด้วย

ตัวอย่างการกระทำที่เป็นการปกปิด (suppression of true facts) เช่น ลบรอยชำรุดในของที่ขายไม่ให้มองเห็น, ลบข้อความบางตอนในจดหมาย(จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3. อ้างแล้ว, หน้า 2188-2190).

ระหว่างพ่อค้าขายส่งและพ่อค้าขายปลีก ซึ่งอาศัยหลักความสุจริตและความไว้วางใจซึ่งกันและกัน ทำให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องแจ้งข้อความจริงให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ ถ้าปิดบังเสียถือว่าหลอกลวง

อุทาหรณ์ โดยอาศัยหลักความสุจริตและความเชื่อถือหรือไว้วางใจระหว่างกันและกัน พ่อค้าขายส่งมีหน้าที่แจ้งความจริงให้พ่อค้าขายปลีกทราบว่า สินค้าที่เขาขายส่งหย่อนคุณสมบัติหรือมีข้อตำหนิบกพร่องใด ถ้าพ่อค้าขายส่งทราบว่าสินค้านั้น ๆ หย่อนคุณภาพเขาต้องบอกให้พ่อค้าขายปลีกทราบ เพื่อพ่อค้าขายปลีกจะได้ตัดสินใจจะซื้อสินค้านั้นหรือไม่ และในราคาเท่าใด ถ้าพ่อค้าขายส่งปกปิดข้อความจริงนี้เสียและขายสินค้านั้นไปในฐานที่สินค้านั้นมีคุณภาพดี พ่อค้าขายส่งมีผิดฐานฉ้อโกง

4. หน้าที่ซึ่งเกิดจากการกระทำก่อนๆ ของตน ซึ่งอาจทำให้บุคคลอื่นสำคัญผิด

อุทาหรณ์ พ่อค้าขายเครื่องประดับบ้านอันเป็นของใหม่ วันหนึ่งได้ซื้อตู้เก่ามาแล้วชำรุดและทาสีใหม่ เวลาจะขายเขาต้องบอกแก่ผู้ซื้อว่าเป็นตู้เก่าแต่ดัดแปลงให้ดูเป็นตู้ใหม่ มิฉะนั้นผู้ซื้อย่อมเข้าใจผิดว่าเป็นตู้ใหม่เช่นเดียวกัน ถ้าตู้ที่เสนอขายมีช่องโหว่อยู่ ผู้ขายเอาระบายไปปิดรอยโหว่แล้วทาสีทับไว้ ถ้าเขาขายตู้ในลักษณะที่ไม่เป็นผู้มีช่องโหว่ เขาก็ปกปิดความจริงที่ควรแจ้งและมีความผิดฐานฉ้อโกง³¹ ซึ่งการปกปิดดังกล่าวหมายถึงการปกปิดข้อเท็จจริงอันเป็นหน้าที่ที่มีอยู่ระหว่างผู้หลอกลวงกับผู้เสียหาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้แก่การปกปิดข้อเท็จจริงซึ่ง ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องได้นั่นเอง

มีข้อควรสังเกตว่า การนิ่งเฉยไม่ใช่เป็นการปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งเสมอไป บางกรณีการนิ่งเป็นการแสดงข้อความจริงโดยปริยาย ดังอุทาหรณ์ มีคนเก็บหมวกได้ ถามเราว่าเป็นหมวกของเราใช่ไหม เพราะหมวกตกอยู่ข้างๆ เรา แล้วเขาวางหมวกไว้ใกล้ๆ เรา เรานิ่งเฉยเสียปล่อยให้เขาเข้าใจผิดว่าเป็นหมวกของเรา การนิ่งของเรา ก็เป็นการแสดงข้อความเท็จโดยปริยายว่าเราเป็นเจ้าของหมวกใบนั้น

ข้อต้องระวังอีกประการหนึ่งคือ การปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งนี้มี

³¹ หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 2-3 เล่ม 2 พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515) หน้า 499.

ลักษณะใกล้เคียงกับความผิดฐานยักยอกทรัพย์สินที่ผู้อื่นส่งมอบให้โดยสำคัญผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 352 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ตกมาอยู่ในความครอบครองของผู้กระทำผิดเพราะผู้อื่นส่งมอบให้โดยสำคัญผิดไปด้วยประการใดๆ หรือเป็นทรัพย์สินหายซึ่งผู้กระทำความผิดเก็บได้ ... "

อุทาหรณ์ ก. ตั้งใจจะส่งทรัพย์สินให้ ข. แต่โดยสำคัญผิดจึงได้ส่งทรัพย์สินให้แก่ ค. โดยคิดว่าเป็น ข. ค. รู้ว่าตนไม่มีสิทธิที่จะได้ทรัพย์สินนั้น แต่เห็น ก. จำคนผิดก็นิ่งเสียแล้วเอาทรัพย์สินนั้นเป็นประโยชน์ส่วนตัว เช่นนี้จะถือว่า ค. ได้ปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือเป็นเรื่องยักยอกทรัพย์สินที่ผู้อื่นส่งมอบให้โดยสำคัญผิด ในเรื่องนี้พอจะวางหลักเป็นข้อพิจารณาความแตกต่างของความผิดทั้งสองอย่างนี้ว่า ถ้าความคิดริเริ่ม (initiative) ในการที่จะให้มีการส่งทรัพย์สินมาจากตัว ผู้กระทำผิดก็เป็นความผิดฐานฉ้อโกง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งถ้าผู้กระทำผิดมีส่วนให้เขาส่งทรัพย์สินโดยปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งก็เป็นความผิดฐานฉ้อโกง แต่ถ้าความคิดริเริ่มในการส่งทรัพย์สินนั้นมาจากตัวเจ้าของทรัพย์สินโดยสิ้นเชิง ผู้กระทำผิดมิได้มีส่วนได้เสียหรือใช้อุบายหลอกลวงประการใด ก็เป็นความผิดฐานยักยอกทรัพย์สินที่ผู้อื่นส่งมอบให้โดยสำคัญผิด ไม่ใช่หลอกลวงโดยปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง เช่นตามอุทาหรณ์ข้างต้น การที่ ค. รับเงินจาก ก. ไปนั้น ค. ไม่ได้ใช้อุบายหลอกลวงประการใด ความคิดริเริ่มในการส่งทรัพย์สินมาจากตัวเจ้าของทรัพย์สินเอง การส่งทรัพย์สินนั้นมิได้เนื่องมาจากการปกปิด ข้อความจริง แต่เนื่องมาจากพลังผลของเจ้าของทรัพย์สินที่ส่งให้ผิด จึงถือว่าเป็นผิดฐานยักยอกทรัพย์สินที่ผู้อื่นส่งมอบให้โดยสำคัญผิด

อนึ่งการหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งนี้ บางกรณีผู้ถูกหลอกลวงอาจไม่หลงเชื่อ เพื่อให้การหลอกลวงสนิทแนบเนียน ผู้หลอกลวงอาจกระทำการหลอกลวงประกอบด้วยเอกสารให้ผู้ถูกหลอกลวงหลงเชื่อง่ายขึ้น โดยมีหลักฐานเอกสารอ้างอิงประกอบ ในกรณีเช่นนี้ผู้หลอกลวงอาจมีความผิดทั้งฐานฉ้อโกงและปลอมเอกสารด้วยในเมื่อผู้ถูกหลอกลวงเชื่อส่งทรัพย์สินให้แก่ผู้หลอกลวงไป

และในบางกรณีการใช้อุบายของผู้หลอกลวงโดยประสังข์จะได้ทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงนั้น การหลอกลวงเป็นเพียงอุบายที่จะเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปได้โดยแนบเนียนและง่ายขึ้นเท่านั้น³² ในกรณีเช่นนี้ผู้หลอกลวงเพื่อเอาทรัพย์สินไปโดยอุบายย่อมมีความผิดฐานลักทรัพย์ไม่ใช่ฉ้อโกง

³² คำพิพากษาฎีกาที่ 848/2507

อุทาหรณ์ จำเลยตั้งใจจะลัดกรดจักรยาน จึงวางวิธีการทำอุบายขอดม้้น้ำจากเจ้าของร้านที่รับฝากรถจักรยาน เมื่อเจ้าของร้านผลอกล็อบหีบเอาบัตรคู่หนึ่งของเจ้าของร้านแล้วเอาบัตรใบหนึ่งไปแขวนไว้ที่รถจักรยาน โดยเอาบัตรเลขอื่นที่แขวนอยู่เดิมออกเสีย และต่อมาก็เอาบัตรคู่กันอีกใบหนึ่งมาขอรับรถจักรยาน เจ้าของร้านไม่มอบให้เพราะเห็นว่าไม่ใช่ผู้ฝากรถ จำเลยก็กล่าวเท็จแสดงว่าเพื่อนให้เอาบัตรมารับรถเพราะเปลี่ยนกันซี่ เจ้าของร้านจึงยอมให้รถไป ดังนี้เป็นการลักทรัพย์โดยใช้อุบาย(แม้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 จะมิได้บัญญัติไว้โดยตรง แต่ถ้าดูในมาตรา 335 อนุมาตรา 5 และ 6 จะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อุบายหลอกลวงในการลักทรัพย์เหมือนกัน มิใช่ว่าไม่มีบัญญัติไว้เลย ฉะนั้นในกรณีที่ใช้อุบายหลอกลวงเพื่อการลักทรัพย์เมื่อไม่เข้าขั้นเป็นความผิดตามมาตรา 335(5) และ (6) แล้วก็ควรปรับมาเป็นความผิดตามมาตรา 334 ได้³³ ไม่ใช่หลอกลวงในความผิดฐานฉ้อโกง จำเลยจึงมีความผิดฐานลักทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1463/2503)

องค์ประกอบข้อ 2

โดยการหลอกลวงนั้น

- ก. ได้ไปซึ่งทรัพย์สินของผู้ถูกลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือ
- ข. ทำให้ผู้ถูกลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ

ตามองค์ประกอบข้อ 2 ผู้ถูกลอกลวงต้องหลงเชื่อตามการหลอกลวงนั้นจึงส่งทรัพย์สินให้ไป หรือทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธินั้นเสีย ซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการถูกลอกลวงนั้น ถ้าการหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความเท็จหรือปกปิดข้อความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้งไม่เกิดผลขึ้นเพราะผู้ถูกลอกลวงไม่หลงเชื่อ ไม่ได้ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ หรือผู้ถูกลอกลวงไม่หลงเชื่อแต่ทำเป็นเชื่อจึงส่งทรัพย์สินให้ไป จะเป็นเพราะความเมตตาสงสารหรือเพื่อจะให้เป็นหลักฐานในการจับกุม หรือผู้ถูกลอกลวงหลงเชื่อ แต่ไม่มี

³³ สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ตอน 5 พิมพ์ครั้งที่ 6, หน้า 25.

* คำพิพากษาฎีกาที่ 901/2476 จำเลยโทรศัพท์หลอกลวงบริษัทเนสเล่ แอนด์โกให้ส่งนมไปโรงพยาบาลศิริราชจำนวนสี่หีบ โดยอ้างชื่อพระยาอารีคุณพรรคเป็นผู้สั่ง และ มอบฉันทะให้นายศิริมารับของที่ท่าช้าง ทางบริษัทได้สอบถามไปได้ความว่าพระยาอารีคุณพรรคมิได้สั่ง จึงให้นายเทียมก็ไปแจ้งความให้ตำรวจไปคอยจับผู้หลอกลวง และให้นายเทียมก็ไป

ทรัพย์สินจะให้หรือให้ทรัพย์สินแล้ว แต่เอาไปไม่ได้ไม่ว่าเพราะเหตุใด เช่นนี้ถือว่าผู้หลอกหลวงนั้นลงมือกระทำความผิดฐานฉ้อโกงแล้วแต่กระทำไปไม่ตลอด เพราะผู้ถูกหลอกหลวงไม่หลงเชื่อหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผล คือไม่ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกหลวง จะมีความผิดฐานพยายามฉ้อโกง ตามความในมาตรา 80, มาตรา 341 เท่านั้น เพราะความผิดฐานฉ้อโกงจะเป็นความผิดสำเร็จต่อเมื่อผู้ถูกหลอกหลวงหลงเชื่อและส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้มา อยู่ในความครอบครองยึดถือของผู้หลอกหลวงหรือผู้ถูกหลอกหลวงทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธินั้นแล้ว

"ทรัพย์สิน" มีความหมายอย่างไร

ก่อนอื่นสมควรให้คำจำกัดความเสียก่อนว่า "ทรัพย์สิน" ในที่นี้มีความหมายอย่างไร เดิมกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้ให้คำวิเคราะห์ศัพท์คำว่าทรัพย์สินไว้ในมาตรา 6 (1) ว่า "ทรัพย์สิน" นั้น ท่านหมายความว่าบรรดาสิ่งของอันบุคคลสามารถมีกรรมสิทธิ์หรือถืออำนาจเป็นเจ้าของได้ เป็นต้นว่าเป็นทรัพย์สินอันกล่าวมาแล้วในข้อนี้" ฉะนั้นความหมายของคำว่า"ทรัพย์สิน"ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ก็ได้แก่สิ่งทีบุคคลสามารถมีกรรมสิทธิ์ หรือถืออำนาจเป็นเจ้าของได้ ในสมัยนั้นนักนิติศาสตร์จึงเห็นว่ากระแสไฟฟ้าก็เป็นทรัพย์สินตามกฎหมายอาญาเพราะเป็นสิ่งที่บุคคลสามารถถือเป็นเจ้าของได้ ส่วนต่าง ๆ ของร่างกายตราบเท่าที่ยังอยู่กับร่างกายย่อมไม่นับว่าเป็นทรัพย์สิน เพราะไม่สามารถถือเป็นเจ้าของได้ แต่ถ้าแยกออกจากร่างกายและบุคคลสามารถถืออำนาจเป็นเจ้าของได้แล้วก็ถือว่าเป็นทรัพย์สินและทรัพย์สินตามกฎหมายอาญามีความหมายรวมทั้งที่เคลื่อนที่ได้และทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้ด้วย

ปัจจุบันในประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้ให้บทนิยามคำว่าทรัพย์สินไว้ จึงต้องเอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 บัญญัติว่า "ทรัพย์สินนั้นท่านหมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สิน ทั้งวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาได้และถือเอาได้" ตามบทบัญญัตินี้ได้กล่าวถึงคำว่าทรัพย์สินจึงต้องหาความหมายของคำว่า

ส่งนมตามที่กำหนด พอไปถึงจำเลยได้ส่งหนังสือปลอมว่าพระยาอารีคุณพรรคให้จำเลยซึ่งอ้างชื่อว่าศิริมารับแทนและจำเลยได้ลงชื่อนายศิริไว้ แล้วขนนมลงไปสองหีบก็ถูกจับกุม ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยได้ใช้ความพยายามด้วยประการต่าง ๆ เนื่องจากเจตนาทุจริต จึงมีความผิดฐานพยายามฉ้อโกง

ทรัพย์เสียก่อน มาตรา 137 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า "อันว่าทรัพย์นั้นได้แก่วัตถุมีรูปร่าง" ถ้าพิจารณาตามมาตรานี้จะเห็นได้ว่าให้ความหมายคำว่าทรัพย์กว้างเกินไป กล่าวคือ ถ้าเป็นวัตถุมีรูปร่างสามารถเห็นได้ จับต้องได้หรือสัมผัสได้ก็ถือว่าเป็นทรัพย์สิน หากถือตามนี้แล้วดวงอาทิตย์ ดวงจันทร์ และดวงดาวต่าง ๆ ต้องถือว่าเป็นทรัพย์ด้วย แต่ตามความหมายของกฎหมายมุ่งหมายเฉพาะกรณีที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ดังนั้นดวงอาทิตย์ ดวงจันทร์และดวงดาวต่าง ๆ ถือว่าไม่สามารถอยู่ภายใต้บังคับใช้ของกฎหมายจึงไม่ใช่ทรัพย์หรือทรัพย์สิน เมื่อเป็นเช่นนี้ความหมายของ คำว่าทรัพย์ต้องนำมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณาประกอบกับมาตรา 137 นี้ด้วย จึงได้ความหมายทรัพย์ได้แก่ วัตถุมีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้

คำว่า"อาจมีราคา"หมายความว่าสิ่งนั้น ๆ มีมูลค่าอยู่ในตัวของมันเอง กล่าวคือ เป็นสิ่งที่พึงประสงค์ของมนุษย์ด้วยความหวังที่จะเป็นประโยชน์แก่ตนได้ แม้ประโยชน์นั้นจะคิดเป็นเงินได้เพียงเล็กน้อยก็ตามก็ได้ชื่อว่าอาจมีราคาได้³⁴ เช่น จดหมายติดต่อกันระหว่างคนรัก ประกาศตั้งชื่อสกุล³⁵ เป็นต้น

ส่วนคำว่า"อาจถือเอาได้"หมายความว่า การที่บุคคลอาจเข้าแสดงกิริยาหวงกันได้ แต่ไม่จำเป็นต้องเข้ายึดถือจับต้องได้จริงจาง เช่น ปลาในโปะแม้ยังไม่เป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของโปะ เพราะเจ้าของโปะยังไม่ได้จับไว้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1006/2475) แต่ถ้าปลาเข้าไปในโปะชั้นในโดยปลาไม่มีทางออกไปได้แล้วเจ้าของโปะก็ย่อมเป็นเจ้าของปลา เรียกได้ว่าเจ้าของโปะอาจถือเอาได้แล้ว เป็นต้น

นอกจากคำว่า"ทรัพย์สิน" จะมีความหมายถึงทรัพย์แล้ว ยังหมายถึงวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ด้วย ดังนั้นวัตถุไม่มีรูปร่างจับต้องไม่ได้ก็ยังเป็นทรัพย์สิน

³⁴ ประมวล สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1. พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520) หน้า 10.

³⁵ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520) หน้า 7.

ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ เช่น กระแสไฟฟ้า³⁶ เป็นต้น และรวมถึงสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งสิทธิ ที่เป็นทรัพย์สินก็ถือได้ แต่อย่างไรก็ดียังไม่รวมถึงสิ่งที่เป็นแต่เพียงประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน แต่ไม่ใช่ทรัพย์สินในตัวเองและไม่รวมถึงสิ่งที่เป็นแต่เพียงประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน แต่ไม่ใช่ทรัพย์สินในตัวเอง และไม่รวมถึงบริการหรือแรงงาน ซึ่งมีมาตรา 344 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเป็นอีกส่วนหนึ่งแล้ว

ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน

มีปัญหาว่าการได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สามจะหมาย ความถึงกรณีได้กรรมสิทธิ์ไปหรือได้รับความครอบครองไป ซึ่งอาจเป็นการมอบการครอบครอง

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 (ที่ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่าการลักกระแสไฟฟ้าเป็น ความผิดฐานลักทรัพย์

Larceny Act 1916 s.32 บัญญัติเฉพาะฉ้อโกงสังหาริมทรัพย์หรือลักทรัพย์ Chattel, money or valuable security กฎหมายฝรั่งเศสมาตรา 405 บัญญัติเฉพาะฉ้อโกงสังหาริมทรัพย์ แต่รวมถึงหนี้ ฯลฯ ด้วย Roussle & Patin no.805 p.541 เห็นว่าฉ้อโกงสังหาริมทรัพย์ไม่ได้ แต่ฉ้อโกงหลอกให้ทำนิติกรรมขายอสังหาริมทรัพย์ได้ด้วย (จิตติ ดิงศรัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และ ภาค 3, อ้างแล้ว, หน้า 2198.

ทรัพย์สินประเภทวัตถุที่ไม่มีรูปร่างที่สำคัญได้แก่ สิทธิทั้งหลายที่ไม่ใช่สิทธิเฉพาะบุคคล สิทธิเฉพาะบุคคลหมายถึง สิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ เกียรติ ชื่อเสียง แต่สิทธิดังกล่าวจะเป็นทรัพย์สินก็ต่อเมื่อกฎหมายรับรองและก่อตั้งขึ้นเช่นกรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน สิทธิเหนือพื้นดิน จำนอง จำน่า สิทธิเรียกร้อง ลิขสิทธิ์ สิทธิเครื่องหมายการค้า (ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2474) ถ้ากฎหมายไม่รับรองก็ไม่ใช่ทรัพย์สิน เช่น สิทธิในชื่อเสียงแห่งธุรกิจ (business goodwill) เป็นต้น (เกษม สุกิจบริหาร, การให้คำมั่นเป็นเท็จกับความผิดฐานฉ้อโกง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526, หน้า 36)

หมายความเฉพาะการได้ไปซึ่งวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น ส่วนการได้ไปซึ่งวัตถุที่ไม่มีรูปร่างแต่อาจมีราคาและถือเอาได้นั้น เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิเรียกร้อง การได้ไปหมายถึง การกระทำให้วัตถุที่ไม่มีรูปร่างเปลี่ยนมือไปโดยวิธีการโอนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

ให้อย่างเดียวหรืออาจมอบทั้งกรรมสิทธิ์และความครอบครองให้ก็ได้

ตามปัญหาดังกล่าวข้างต้น ได้มีนักนิติศาสตร์แสดงความคิดเห็นไว้แตกต่างกันดังนี้

ความเห็นฝ่ายแรกเห็นว่า ได้ไปซึ่งทรัพย์สินน่าจะหมายความถึงลอกเอากรรมสิทธิ์ตามนัยแห่งกฎหมายอังกฤษ (Larceny Act 1916) ซึ่งในกฎหมายอังกฤษความผิดฐานฉ้อ หมายถึง การได้ทรัพย์สินมาโดยอุบายเท็จ ได้ทรัพย์สิน หมายถึง การกระทำในลักษณะได้กรรมสิทธิ์ส่วนการลอกหลวงเอาการครอบครองยังคงเป็นความผิดฐานลักทรัพย์โดยกลอุบาย³⁷ เช่น หลอกหลวงขอเช่ามาไปจี้โดยตั้งใจไม่ถือเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ตามนี้

ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสความผิดฐานฉ้อ โกงตามประมวลกฎหมายฝรั่งเศส มาตรา 405 คือการลอกหลวงให้ส่งมอบทรัพย์สินนั้น ตำรากฎหมายฝรั่งเศสกลับอธิบายว่าต้องได้ทรัพย์สินไปในลักษณะโอนกรรมสิทธิ์ ไม่ใช่แต่เพียงโอนการครอบครอง

ความเห็นฝ่ายหลังเห็นว่าการได้ไปหมายถึงการได้ความครอบครองไป ซึ่งอาจ

³⁷ จิตติ ดิงสภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 2199, ต่อมาในปัจจุบันกฎหมายอังกฤษยอมรับว่าการได้ไปซึ่งสิทธิครอบครองถือว่าเป็นการได้ไปซึ่งทรัพย์สินแล้ว (Theft Act 1968)

หมายความเฉพาะการได้ไปซึ่งวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ส่วนการได้ไปซึ่งวัตถุที่ไม่มีรูปร่างแต่อาจมีราคาและถือเอาได้นั้น เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิเรียกร้อง การได้ไปหมายถึงการกระทำให้วัตถุที่ไม่มีรูปร่างเปลี่ยนมือไปโดยวิธีการโอนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย เห็นว่าคำว่า"ครอบครอง" นี้ไม่ใช่มีความหมายอย่างเดียวกับที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หมายความถึงอำนาจอันแท้จริงที่บุคคลครอบครองทรัพย์สิน ฉะนั้นตามประมวลกฎหมายอาญาจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ได้ และจะมีอยู่เฉพาะเมื่อบุคคลมีอำนาจอันแท้จริงในการครอบครองทรัพย์สินเท่านั้น ดังนั้นการได้ไปซึ่งทรัพย์สินหมายความว่าต้องได้รับมอบหมายการครอบครอง กล่าวคือผู้กระทำต้องมีอำนาจอันแท้จริงเหนือทรัพย์สินนั้นโดยตรง ถ้าเพียงแต่การลอกหลวงเป็นแต่ทำให้ผู้กระทำมีโอกาสจับต้องตัวทรัพย์สินโดยไม่มีความอำนาจอันแท้จริงเหนือทรัพย์สินนั้นยังไม่ถือว่าผู้กระทำ"ได้ไป" ซึ่งทรัพย์สินนั้น (หยุด แสงอุทัย, ประมวลกฎหมายอาญาเรียนโดยตนเอง (ธนบุรี : แสงสุทธิการพิมพ์, 2516) หน้า 481, 482 และ หน้า 519) และสุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ตอน 5, , หน้า 181-183.

เป็นการมอบความครอบครองให้อย่างเดียว หรืออาจมอบทั้งกรรมสิทธิ์และความครอบครองให้ก็ได้ ตามกฎหมายไทยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 304 ความผิดฐานฉ้อโกงได้แก่การหลอกลวงให้ส่งทรัพย์ตามทำนองกฎหมายฝรั่งเศสศาลจึงพิพากษาว่าการกระทำที่หลอกลวงให้ส่งทรัพย์แม้ไม่ถึงกับเป็นลักษณะโอนกรรมสิทธิ์ก็เป็นความผิดฐาน ฉ้อโกงเช่น หลอกผู้ที่รักษาของไว้ว่าเป็นผู้ที่รับคำสั่งให้มาเอาของ (คำพิพากษาฎีกาที่ 63/2455)

การครอบครองมีความหมายอย่างไร

คำว่า "ครอบครอง" นั้นประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทนิยามไว้จึงนำกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ลักษณะ 3 ว่าด้วยการครอบครองประกอบกับมาตรา 1367-1380 มาใช้โดยอนุโลม ดังนั้นการครอบครองอาจได้มาโดยการยึดถือทรัพย์โดยเจตนา ยึดถือเพื่อตนประการหนึ่งและได้มาโดยได้รับโอนการครอบครองอีกประการหนึ่ง

1. การยึดถือโดยเจตนายึดถือเพื่อตน

การยึดถือได้แก่ การเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์ถึงขนาดที่จะใช้อำนาจเอากับทรัพย์นั้นได้ และการเข้าเกี่ยวข้องเป็นการหวงกั้นตัดความเกี่ยวข้องของผู้อื่นพอที่จะใช้อำนาจได้จริงจึงตามควรแก่พฤติการณ์และสภาพแห่งทรัพย์สิน ซึ่งแล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป การยึดถือในที่นี้ไม่จำเป็นต้องหยิบจับไว้ในมือของตนเองเสมอไป เช่น ปลาในโป๊ะ ถ้าปลาเข้าไปในโป๊ะชั้นในโดยลักษณะไม่มีทางออกไปได้แล้ว ก็ถือว่าปลานั้นอยู่ในความยึดถือของเจ้าของโป๊ะแล้ว ส่วนเจตนายึดถือเพื่อตนนั้นเป็นเรื่องจิตใจเป็นข้อเท็จจริงมิใช่ข้อกฎหมาย ต้องพิจารณาว่าผู้ยึดถือมีเจตนาอย่างไร เช่นคนใช้ยึดถือทรัพย์ของนายจ้างอยู่ โดยปกติไม่อาจถือได้ว่ามีเจตนายึดถือเพื่อตน กล่าวคือยึดถือไว้เพื่อนายจ้าง ดังนั้นการครอบครองจึงอยู่กับ

ส่วนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า การครอบครองทางแพ่ง (ของไทย) ไม่ต่างกับการครอบครองทางอาญา (ของไทย) ซึ่งไม่เหมือนกับกฎหมายเยอรมันว่าการครอบครองทางอาญาดูต่างกับ ครอบครองทางแพ่ง โดยการครอบครองทางอาญาหมายถึง อำนาจที่จะจำหน่ายจ่ายทรัพย์นั้นได้ ส่วนการครอบครองทางแพ่งเรียกการยึดถือของคนไว้ว่าผู้ครอบครอง ซึ่งการครอบครองตามกฎหมายไทยไม่เป็นเช่นนั้น (จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 1954)

นายจ้าง ส่วนคนใช้มีแต่ความยึดถือเท่านั้น แต่ถ้าคนใช้ขโมยทรัพย์สินของนายจ้างไป เรียกได้ว่ามีเจตนายึดถือไว้เพื่อตนและถือได้ว่าทรัพย์สินนั้นอยู่ในความครอบครองของคนใช้แล้ว³⁸

2. การรับโอนการครอบครอง

ผู้ครอบครองอาจโอนการครอบครองให้แก่ผู้อื่นได้ เช่น การให้เช่าทรัพย์สิน หรือการเอาทรัพย์สินไปจำนองหรือจำนำ เป็นต้น เมื่อโอนการครอบครองไปการครอบครองก็ตกไปอยู่กับผู้รับโอน การโอนการครอบครองอาจทำได้โดยส่งมอบทรัพย์สินพร้อมด้วยเจตนาโอน (มาตรา 1378) ถ้าทรัพย์สินนั้นอยู่ในความยึดถือของผู้รับโอนหรือผู้แทนแล้ว การโอนการครอบครองย่อมทำเพียงแสดงเจตนาโอน(มาตรา 1379) หรือถ้าทรัพย์สินอยู่ในความยึดถือของผู้โอน การโอนการครอบครองกระทำได้โดยผู้แสดงเจตนายึดถือทรัพย์สินนั้นแทนผู้รับโอน หรือถ้าทรัพย์สินอยู่ในความยึดถือของผู้แทนของผู้โอน การโอนซึ่งการครอบครองทำได้โดยผู้โอนสั่งผู้แทนของตนว่าต่อไปให้ยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้แทนผู้รับโอน(มาตรา 1380)

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายหลังที่ว่า การได้ไปซึ่งทรัพย์สินหมายถึง การได้ความครอบครองไป ซึ่งอาจเป็นการมอบความครอบครองให้อย่างเดียว หรืออาจมอบทั้งกรรมสิทธิ์และความครอบครองให้ก็ได้ และตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 ก็ไม่ได้กำหนดว่าทรัพย์สินที่ผู้กระทำความผิดได้ไปจะต้องเป็นทรัพย์สินของผู้อื่น มีคำพิพากษาศาลฎีกา วินิจฉัยเป็นแนวทางสนับสนุนความเห็นฝ่ายหลัง คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1004/2499 วินิจฉัยว่าจำเลยเอาทรัพย์สินไปจากผู้ครอบครอง โดยบอกว่าเจ้าของทรัพย์สินให้มาเอา ผู้ครอบครองหลงเชื่อว่าเป็นจริงเพราะเห็นจำเลยกับเจ้าของทรัพย์สินมาซื้อของนั้นด้วยกันแล้วฝากไว้ จึงมอบให้จำเลยไปโดยดี กรณีเช่นนี้แม้จะเป็นความผิดทางอาญาก็เป็นเรื่องฉ้อโกง ไม่ใช่ความผิดฐานลักทรัพย์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 977/2520 วินิจฉัยว่าจำเลยมาเอาจักรยานสองล้อที่ผู้เสียหายฝากนายจันทร์ไว้ โดยว่าจะเอาไปให้ผู้เสียหาย แต่จำเลยไม่นำไปคือให้ผู้เสียหาย จำเลยเจตนา

³⁸ มรว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน(กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรสาส์น, 2520) หน้า 406-409.

ทุจริตมาแต่แรกจนได้ทรัพย์สินไปจากนายจันทร์ เป็นความผิดฐานฉ้อโกงไม่ใช่ความผิดฐานลักทรัพย์

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือต่อไปก็คือตามปกติในความผิดฐานฉ้อโกงนั้น ผู้หลอกลวงกับผู้ได้ทรัพย์สินไปจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สามเป็นบุคคลคนเดียวกัน ถ้าเป็นผู้อื่น(บุคคลภายนอกมิใช่ผู้หลอกลวง)ได้ทรัพย์สินไปเช่นนี้ผู้หลอกลวงจะมีความผิดฐานฉ้อโกงหรือไม่

ในเรื่องนี้ตามมาตรา 304 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ใช้คำว่า"ให้ส่งทรัพย์สินแก่ตัวมันเองหรือผู้อื่น" ดังนั้นการส่งทรัพย์สินไม่จำเป็นต้องส่งแก่ผู้ใช้อุบายหลอกลวงเสมอไปจึงจะเป็นผิด จะส่งให้ผู้อื่นซึ่งมิใช่ผู้ใช้อุบายหลอกลวงก็ได้ เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 แล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้จำกัดไว้ว่าผู้ที่ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจะต้องเป็นผู้ที่หลอกลวงเท่านั้น ฉะนั้นผู้ที่ได้ไปซึ่งทรัพย์สินอาจเป็นผู้หลอกลวงนั่นเองหรือผู้อื่น(บุคคลภายนอก) ก็มีความผิดฐานฉ้อโกงทั้งสิ้น ถ้ามีการหลอกลวงให้ผู้นั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินแต่อย่างไรก็ตามการได้ไปซึ่งทรัพย์สินของผู้ซึ่งมิใช่ผู้หลอกลวงนั้น จะต้องปรากฏว่าการได้ไปซึ่งทรัพย์สินกับการหลอกลวงนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกัน หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าบุคคลอื่นได้ไปซึ่งทรัพย์สินก็ต้องสืบเนื่องมาจากการที่บุคคลหนึ่งใช้อุบายหลอกลวงผู้เสียหาย ถ้าหากการหลอกลวงกับการได้ไปซึ่งทรัพย์สินไม่ได้เกี่ยวข้องกันเลย ก็ไม่ถือว่าผู้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินอันนั้นได้ไปจากการหลอกลวงอันเป็นความผิดฐานฉ้อโกง อุทาหรณ์เช่น

ก. หลอกลวง ข.ว่าเพื่อนของตนเป็นผู้มีวิชาอาคม สามารถเสกธนบัตรใบละ 10 บาท เป็นใบละ 100 บาทได้ ถ้าต้องการก็ให้เอาเงินไปมอบให้เพื่อนคนนั้น ข.หลงเชื่อจึงได้นำเงินไปมอบให้เพื่อนของ ก. คนนั้น เพื่อนคนนั้นเมื่อได้รับเงินแล้วก็หนีไป ดังนี้ ก. มีผิดฐานฉ้อโกง เพราะแม้ ข. ผู้เสียหายจะไม่ได้ส่งทรัพย์สิน คือเงินให้ ก. ก็ตาม แต่การส่งทรัพย์สินของ ข. ก็เนื่องมาจากการใช้อุบายหลอกลวงของ ก.

ผลการกระทำที่เป็นความผิดฐานฉ้อโกงได้อีกอย่างหนึ่งนอกจากการได้ไปซึ่งทรัพย์สิน คือการหลอกลวงจนเป็นผลให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอนหรือทำลายเอกสารสิทธิ

ความหมายของ "เอกสารสิทธิ" ปรากฏตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(9) ได้ให้คำนิยามว่า เป็นเอกสารที่เป็นหลักฐานแห่งการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือ ระวังซึ่งสิทธิ เช่น สัญญากู้ยืมเงิน สัญญาเช่า ตั๋วเงิน เป็นต้น

อย่างไรก็ตามเอกสารสิทธินั้นต้องเป็นเอกสารสิทธิที่มีผลสมบูรณ์บังคับกันได้ โดยชอบด้วยกฎหมาย ถ้าเอกสารสิทธิที่ทำขึ้นนั้นไม่สมบูรณ์ เรียกร้องกันไม่ได้ตามกฎหมายแล้ว การให้ทำ ถอนหรือทำลายเอกสารสิทธินั้นก็ไม่มี ความผิดฐานฉ้อโกง เพราะเอกสารนั้น ไม่เป็นเอกสารสิทธิตามกฎหมาย

เรื่องนี้ถ้าพิจารณาเทียบกับกฎหมายอังกฤษแล้ว จะเห็นว่า มีลักษณะคล้ายคลึงกัน เพราะตาม Larceny Act 1916 นั้น ความผิดฐาน false pretences นอกจากจะมีโดยอาการหลอกลวงให้เขาส่งทรัพย์แล้ว ยังได้บัญญัติลงโทษผู้ซึ่งได้ทำการหลอกลวงโดยเจตนา ฉ้อโกงหรือทำความเสียหายแก่ผู้อื่นได้ชักจูงให้เขาทำ ขอมรับ สลักหลัง หรือทำลายหลัก ประกันอันมีค่า จะโดยทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม หรือชักจูงให้เขียนชื่อหรือประทับตราของ ห้างหุ้นส่วน สมาคมลงในกระดาษเปล่า เพื่อจะนำไปใช้เป็นหลักประกันอันมีค่าในภายหลัง³⁹ ตามนี้ จะเห็นว่ากฎหมายอังกฤษมีบทบัญญัติทำนองเดียวกับกฎหมายไทย กล่าวคือ การ หลอกลวงให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอนหรือทำลายเอกสารสิทธิก็เป็นความผิด ฐานฉ้อโกง ตามกฎหมายอังกฤษคำว่าหลักประกันอันมีค่า ซึ่งได้แก่ตั๋วเงิน หลักฐานการ รับเงินหรือจ่ายเงิน ฯลฯ ตามที่กล่าวมานี้ก็มีลักษณะคล้ายคลึงกับคำว่า "เอกสารสิทธิ" เพราะ เป็นเอกสารที่ก่อสิทธิและหนี้สินเช่นเดียวกัน

องค์ประกอบข้อ 3 "โดยเจตนาทุจริต"

ความรับผิดในทางอาญาสำหรับความผิดฐานฉ้อโกงนี้ ผู้กระทำได้ต้องได้รับโทษ เมื่อได้กระทำโดยเจตนา เช่นเดียวกับความผิดฐานอื่นที่ผู้กระทำได้ต้องมีเจตนาตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 59 ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำ โดยเจตนา ..."

³⁹ Halsbury's Laws of England vol.IX (second edition) p. 566 (สุโข สุวรรณศิริ, "ความผิดฐานฉ้อโกง" , หน้า 37).

แต่ความรับผิดชอบทางอาญาฐานฉ้อโกงต่างกับความรับผิดชอบทางอาญาฐานอื่นบางฐาน คือไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยประมาทหรือโดยไม่เจตนา จะเกิดขึ้นได้เฉพาะกรณีกระทำโดยเจตนาเท่านั้น

การกระทำโดยเจตนา ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสองบัญญัติว่า "กระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น" การกระทำโดยเจตนา นั้นผู้กระทำต้องรู้สำนึก รู้สึกผิดชอบชั่วดีในการกระทำของตนในขณะที่กระทำความผิด และต้องกระทำโดยประสงค์ต่อผลของการกระทำหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นว่าจะมีผลอย่างไร การประสงค์ต่อผลของการกระทำนั้นเป็นเจตนาโดยตรง ส่วนการย่อมเล็งเห็นผลเป็นเจตนาโดยอ้อม โดยปกติย่อมไม่อาจทราบได้ชัดว่าผู้กระทำประสงค์อะไร เพราะเจตนาอยู่ในใจ จึงต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ภายนอกประกอบ โดยอาศัยหลัก "กรรมย่อมเป็นเครื่องชี้เจตนา"

ส่วนการเล็งเห็นผลของการกระทำก็พิจารณาว่าบุคคลในฐานะสภาวะเช่นเดียวกับผู้กระทำโดยปกติเล็งเห็นผลของการกระทำหรือไม่ ไม่ได้วินิจฉัยจากบุคคลระดับสามัญทั่วไปที่เรียกว่า วิทยุชน

นอกจากนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 3 ได้บัญญัติวางหลักไว้อีกว่าผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์แห่งการกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิดด้วยจึงจะเป็นการกระทำโดยเจตนา หากผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบแห่งความผิดก็ไม่เป็นการกระทำโดยเจตนา กล่าวคือผู้กระทำผิดจะต้องรู้ว่าข้อความที่ตนแสดงออกเป็นเท็จด้วยจึงจะเป็นความผิดฐานฉ้อโกง หากผู้กระทำเข้าใจโดยสุจริตว่าข้อความที่ตนแสดงออกเป็นเท็จนั้นเป็นความจริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานฉ้อโกง⁴⁰

เจตนาทุจริต

ผู้กระทำความผิดฐานฉ้อโกงนอกจากจะต้องมีเจตนาธรรมดาดังกล่าวแล้ว ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาพิเศษคือเจตนาทุจริตด้วย

⁴⁰ เกษม สุกิจบริหาร, วิทยานิพนธ์ปริญญาโท "การให้คำมั่นเป็นเท็จกับความผิดฐานฉ้อโกง", หน้า 40.

เจตนาทุจริตคืออะไรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(1) บัญญัติว่า "โดยทุจริต" หมายความว่า เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย สำหรับตนเอง หรือผู้อื่น ฉะนั้นคำว่า "ทุจริต" ก็คือการกระทำที่เป็นการแสวงหาประโยชน์อันมีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่น การแสวงหาประโยชน์ได้แก่การหาให้ได้ซึ่งประโยชน์จะเป็นโดยทางใดก็ตาม

คำว่า "ประโยชน์" มีความหมายอย่างไร

สำหรับประโยชน์ในที่นี้ไม่จำเป็นต้องมีลักษณะเป็นทรัพย์สินเท่านั้น ยังรวมถึงประโยชน์โดยทั่วไปที่ไม่เป็นทรัพย์สินด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 863/2513 วินิจฉัยว่า จำเลยสมคบกันหลอกลวงโจทก์ โดยจำเลยนำบุคคลอื่นมาแสดงว่าเป็นเจ้าของทรัพย์ที่จะยื่นขอประกันต่อศาล โดยขอให้โจทก์รับรองหลักทรัพย์ โจทก์หลงเชื่อจึงรับรองหลักทรัพย์นั้นต่อศาลและศาลให้ประกันไปต่อมา จำเลยหลบหนี ดังนี้หนังสือรับรองหลักทรัพย์เป็นเอกสารสิทธิและการที่จำเลยได้ประกันตัวไป ถือว่าได้รับประโยชน์แล้วจึงเป็นการทุจริต จำเลยย่อมมีความผิดฐานฉ้อโกง

เจตนาทุจริตจะต้องเกิดขึ้นเมื่อใด

เจตนาทุจริตเกี่ยวกับการหลอกลวงอันจะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงนั้น จะต้องมิเจตนาทุจริตก่อนหรือในขณะที่กระทำการหลอกลวงจึงจะเป็นความผิดฐานฉ้อโกง ถ้ามีเจตนาทุจริตเกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้ทรัพย์สินไว้ในความครอบครองแล้วอาจผิดฐานลักขโมยได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 592/2505 วินิจฉัยว่า จำเลยนำข้อความอันเป็นเท็จไปกล่าวหลอกลวงโจทก์ให้หลงเชื่อว่าเป็นความจริง ทำให้โจทก์หลงเชื่อคำหลอกลวง จึงมอบเงินให้จำเลยไปเป็นการส่อเจตนาทุจริตมาแต่แรก เป็นความผิดฐานฉ้อโกง หากจำเลยได้ครอบครองเงินของโจทก์มาก่อนแล้วเบียดบังเป็นของตนจนเป็นความผิดฐานลักขโมยไม่

จากหลักเกณฑ์ของการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงที่ได้กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า จะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 ได้ นั้น จะต้องมิ " การหลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้

แข็งและโดยการหลอกลวงนั้นผู้หลอกลวงได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม" เมื่อนำเอาหลักเกณฑ์ในส่วนนี้ไปปรับกับการกระทำของจำเลยแล้ว สามารถวิเคราะห์ได้ว่า การที่จำเลยนำเอาโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งผ่านการปรับจนสัญญาแล้วไปใช้โทรแจ้งผ่านศูนย์ห่มสายเครื่องสลับสายอัตโนมัติ ขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยหรือการสื่อสารแห่งประเทศไทย พฤติการณ์ดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการ"หลอกลวง" ผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งแล้ว เพราะการกระทำของจำเลยขณะใช้โทรศัพท์ทำให้ปรากฏที่ศูนย์อัตโนมัติว่าเคลื่อนสัญญาโทรศัพท์ของจำเลยที่ลักลอบจนหรือถือปี่มานั้นเป็นเคลื่อนสัญญาของผู้เสียหาย ซึ่งเป็นการหลงเชื่อของศูนย์อัตโนมัติขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยหรือการสื่อสารแห่งประเทศไทยแล้วแต่กรณี และจากการหลงเชื่อดังกล่าวทำให้ศูนย์ดังกล่าวส่งสัญญาโทรศัพท์ไปยังเครื่องโทรศัพท์ปลายทางซึ่งสามารถติดต่อกันได้ โดยจำเลยจะได้ประโยชน์จากการติดต่อพูดคุยโดยไม่ต้องชำระค่าบริการ จะเห็นได้ว่าการหลงเชื่อเป็นผลโดยตรงจากการหลอกลวงของจำเลย เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 ใช้คำว่า"โดยการหลอกลวงนั้นผู้หลอกลวงได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม" สิ่งซึ่งถูกกระทำความผิดตามมาตรา 341 มีลักษณะแตกต่างจากในเรื่องลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 เพราะในเรื่องนี้ข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 กฎหมายใช้คำว่า " ทรัพย์สิน" ซึ่งหมายความรวมทั้งทรัพย์สิน ทั้งวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137) แต่ความผิดฐานลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" เท่านั้น ดังนั้นการกระทำต่อวัตถุที่ไม่มีรูปร่างแต่อาจมีราคาได้หรือถือเอาได้จึงเป็นความผิดฐานข้อเท็จจริงและการกระทำของจำเลยตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5354/2539 ได้ทำให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยหรือการสื่อสารแห่งประเทศไทยแล้วแต่กรณีต่อสายสัญญาคัดลอกโทรศัพท์เคลื่อนที่ไปยังโทรศัพท์เคลื่อนที่ปลายทางไม่ว่าจะเป็นภายในหรือภายนอกประเทศและองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยหรือการสื่อสารแห่งประเทศไทยจะต้องคิดค่าใช้จ่ายโทรศัพท์เป็นเงินตามจำนวนของนาทีที่ใช้ ซึ่งโดยปกติแล้วเงินค่าใช้จ่ายโทรศัพท์นี้เป็นเงินหรือทรัพย์สินที่ผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ที่จะต้องเป็นผู้จ่าย โดยเรียกเก็บเป็นรายเดือน แต่เนื่องด้วยวิธีการทุจริตในการปรับจนโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้อื่น ทำให้จำเลยซึ่งเป็นผู้ใช้โทรศัพท์ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายโทรศัพท์แต่เจ้าของโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่แท้จริงซึ่งถูกปรับจนเป็นผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายโทรศัพท์จำนวนนี้แทน ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่าการกระทำของจำเลยครบองค์ประกอบความผิดฐานข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 แต่ที่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5354/2539 ไม่ได้วินิจฉัยไปถึงคงเป็นเพราะพนักงานอัยการ โจทก์ไม่ได้ให้ศาลลงโทษในความผิดฐานข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 ไปด้วย

สรุปกรณีการกระทำของจำเลยตามข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5354/2539 สามารถปรับบทลงโทษจำเลยฐานฉ้อโกงได้ต้องมีเหตุผลดังนี้

(ก) กรณีจำเลยใช้เครื่องโทรศัพท์มือถือที่ลักลอบปรับจูนคลื่นสัญญาณของบุคคลอื่น (โทรศัพท์มือถือปลอมหรือเถื่อน) ไปใช้โทรแจ้งผ่านศูนย์ชุมสายเครื่องสลับสายอัตโนมัติขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย หรือการสื่อสารแห่งประเทศไทยแล้วแต่กรณี ถือว่าเป็นการหลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง

(ข) และด้วยการหลอกลวงดังว่านั้นทำให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย หรือการสื่อสารแห่งประเทศไทยหลงเชื่อส่งสัญญาณคลื่นโทรศัพท์เข้าเครื่องโทรศัพท์มือถือปลายทาง ซึ่งการต่อสายสัญญาณคลื่นโทรศัพท์มือถือไปยังโทรศัพท์มือถือปลายทางไม่ว่าจะเป็นภายในประเทศหรือภายนอกประเทศองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยหรือการสื่อสารแห่งประเทศไทยคิดค่าใช้จ่ายโทรศัพท์เป็นเงินตามจำนวนของนาทีที่ใช้ เงินค่าใช้โทรศัพท์นี้เป็นเงินหรือทรัพย์สินที่ผู้ใช้โทรศัพท์มือถือจะต้องจ่าย

(ค) เมื่อโทรศัพท์เสร็จแล้ว ปกติจำเลยจะต้องจ่ายเงินค่าโทรศัพท์ให้แก่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยหรือการสื่อสารแห่งประเทศไทยตามจำนวนของนาทีที่ใช้คิดเป็นเงินจำนวนหนึ่งอันเป็นหนี้เงินซึ่งจำเลยกระทำการเพื่อไม่ต้องจ่าย ถือว่าเป็นการได้ไปซึ่งทรัพย์สิน (จำนวนเงินที่ไม่ต้องจ่าย) นั้นไป โดยมีเจตนาทุจริตปรับเข้าครบองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341

4.1.3 วิเคราะห์การลักลอบใช้สัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่กับความผิดฐานปลอมเอกสาร

จากการที่ได้กล่าวถึงกรรมวิธีในการปรับจูนโทรศัพท์เคลื่อนที่ในบทที่ 3 มีปัญหาให้พิจารณาว่าการดัดคลื่นสัญญาณแล้วแปลงสัญญาณเป็นรหัสหมายเลข จากนั้นนำเอาข้อมูลรหัสไปแปลงใส่โทรศัพท์เคลื่อนที่อีกเครื่องหนึ่ง จะถือว่าเข้าลักษณะของการกระทำ ความผิดฐานปลอมเอกสารหรือไม่

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 264 บัญญัติว่า "ผู้ใดทำเอกสารปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด เดิม หรือตัดทอนข้อความ หรือแก้ไขด้วยประการใด ๆ ใน

เอกสารที่แท้จริงหรือประทับตราปลอม หรือลงลายมือชื่อปลอมในเอกสาร โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ถ้าได้กระทำเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานปลอมเอกสาร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท"

องค์ประกอบความผิดวรรคแรก

1. ทำเอกสารปลอมขึ้น
 - ก. ทั้งฉบับหรือแต่ส่วนใดส่วนหนึ่ง
 - ข. เต็มหรือตัดทอนข้อความหรือแก้ไขด้วยประการใด ๆ ในเอกสารที่แท้จริง
2. น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน
3. เพื่อให้หลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง
4. โดยเจตนา

คำว่า"ปลอม" นี้ ประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้บทนิยามไว้ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2493 ให้ความหมายว่า ทำเทียมของจริง ไม่แท้ ไม่ใช่ของจริง ตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 6(5) บัญญัติว่า "ผู้ใดทำของเทียมโดยเจตนาให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าเป็นของแท้ ผู้นั้นทำของปลอม" ฉะนั้นเมื่อไม่มีบทนิยามไว้โดยเฉพาะก็น่าจะถือความหมายว่าได้แก่การทำของเทียมเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าเป็นของแท้ แต่ความหมายดังกล่าวนี้จะใช้กับความผิดเกี่ยวกับการปลอมเงินตรา เพราะมีเงินตราซึ่งเป็นของแท้เป็นแบบอย่างให้มีการปลอมขึ้น ส่วนความผิดฐานปลอมเอกสารขึ้นทั้งฉบับหรือแต่บางส่วนนั้นไม่จำเป็นต้องมีเอกสารที่แท้จริงอยู่เลย เมื่อปลอมขึ้นเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริงก็เป็นความผิดแล้ว ฉะนั้นนักนิติศาสตร์บางคนจึงมีความเห็นว่า การใช้คำว่าปลอมเอกสาร คือการทำเทียมเอกสารจึงไม่สู้จะเหมาะสมนัก เพราะเอกสารตามความคิดเห็นทั่ว ๆ ไป ย่อมไม่ใช่สิ่งของอยู่แล้ว ศาสตราจารย์เอคูต์ ได้บรรยายที่มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์เมื่อปี พ.ศ.2477 โดยให้ความหมายคำว่า"ปลอม"ว่าเป็นการแปลงความจริงโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ถ้าไม่มีการแปลงความจริงแล้วจะมีการปลอมเอกสารไม่ได้เลย การแสดงเหตุการณ์ซึ่งเป็นของจริงจะเรียกว่าเป็นการปลอมไม่ได้

นอกจากนี้ความหมายของคำว่า "ปลอม" เป็นการแปลงความจริงในเอกสารย่อมจะเป็นการถูกต้องในข้อที่ว่าเดิมหรือตัดทอนข้อความหรือแก้ไขด้วยประการใดๆ ในเอกสารที่แท้จริง หรือประทับตราปลอมหรือลงลายมือชื่อปลอมในเอกสาร ซึ่งสิ่งเหล่านี้นับว่าเป็นการแปลงความจริงในเอกสารทั้งสิ้น จึงเห็นว่าคำว่า "ปลอม" คือการแปลงความจริงของเอกสาร เป็นความเห็นที่เหมาะสมตามความเป็นจริง

คำว่า "เอกสาร" หมายความว่ากระดาษหรือวัตถุอื่นใด ซึ่งได้ทำให้ปรากฏตามความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพ หรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น ตามความหมายในมาตรา 1(7) สำหรับการทำให้ปรากฏความหมายบนกระดาษนั้นถือว่าเป็นเรื่องธรรมดา ส่วนคำว่า "วัตถุอื่นใด" นั้น อาจจะเป็นแผ่นโลหะทองแดง เงิน ทองคำ ทองเหลือง แผ่นศิลา แผ่นกระดาน บนกำแพง บนต้นไม้ บนผ้าหรือวัตถุ อื่น ๆ อีกริก็ได้

ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายอักษรโรมันและตัวเลขซึ่งเขียนไว้บนซอง ไม้ขน เพื่อแสดงว่าเป็นไม้ของบริษัทใด เป็นเอกสาร

ตัวอักษรและตัวเลขบนหลอดไฟของรัฐบาลนั้นเป็นเอกสาร

ตราของเจ้าพนักงานป่าไม้ที่ประทับลงบนไม้เป็นเอกสาร

เพราะฉะนั้นการจะถือว่าเป็นเอกสารตามมาตรา 1(7) และมาตรา 264 นี้จะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

ก. ต้องเป็นกระดาษหรือวัตถุอื่นใด เช่น แผ่นทองแดง ศิลาจารึก ฝาผนัง กระดาน ต้นไม้ แผ่นโลหะ

ข. ต้องถูกกระทำให้ปรากฏความหมายบนกระดาษหรือวัตถุอื่น ๆ กล่าวคือความหมายที่ปรากฏอยู่นั้นต้องกระทำให้อ่านได้ใจความ ถ้าอ่านไม่ได้ใจความแล้วไม่ถือว่าเป็นเอกสาร แต่อย่างไรก็ตามการเขียนรหัสลับหรือตัวเลขซึ่งแปลความหมายให้เข้าใจได้ หรือรูปภาพที่มีความหมายให้เข้าใจได้ก็นับว่าเป็นเอกสาร

ค. กระดาษหรือวัตถุอื่นที่ปรากฏข้อความนั้นจะต้องใช้เป็นหลักฐานแห่งความหมายได้ ซึ่งอาจจะเป็นการทำขึ้นโดยเจตนาจะให้ เป็นหลักฐานมาแต่เริ่มแรกทำเอกสาร

ตามความหมายนั้น เช่น สัญญากู้ ใบบริเงิน หรือสัญญาอื่น ๆ หรืออาจจะเป็นหลักฐานขึ้นโดยบังเอิญ โดยผู้ทำเอกสารนั้นไม่ได้เจตนาจะให้หลักฐานมาแต่แรก แต่ได้มาเป็นหลักฐานโดยบังเอิญ เช่น ก. อยู่สงขลาได้เขียนจดหมายส่งมายัง ข. ให้จัดซื้อสิ่งของจากบริษัท ค. ที่กรุงเทพฯ ฯ ส่งไปให้ ต่อมา ก. ถูกกล่าวหาว่าไปทำสัญญากู้เงิน ง. ที่กรุงเทพฯ ฯ หรือถูกกล่าวหาว่าฆ่าคนตายที่กรุงเทพฯ ฯ จดหมายของ ก. รวมทั้งตราไปรษณียากรประทับบนซอง ย่อมเป็นหลักฐานใช้อ้างอิงได้ว่าในวันนั้น ก. อยู่ที่สงขลาไม่ได้มากรุงเทพฯ ฯ เป็นต้น⁴¹

จากความหมายของคำว่า "เอกสาร" ตามความหมายทั่วไป นำไปสู่ประเด็นวิเคราะห์ก็คือ ความหมายของคำว่า "เอกสาร" ครอบคลุมไปถึงคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์อย่างไร ซึ่งจะทำให้สามารถพิจารณาต่อไปว่าการกระทำต่อไมโครชิพของโทรศัพท์เคลื่อนที่จะเข้าข่ายของการปลอมเอกสารด้วยหรือไม่ เพื่อให้เข้าใจเรื่องนี้ ขอกล่าวถึงลักษณะของการทำงานของคอมพิวเตอร์เสียก่อน

เนื่องจากในปัจจุบันนี้นักกฎหมายส่วนใหญ่อาจมีความเข้าใจในเรื่องระบบหรือ วิธีการทำงานของคอมพิวเตอร์ไม่มากนัก ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคหรือปัญหาในการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของคำว่า "เอกสาร" อันมีระบบหรือวิธีการทำงานต่าง ๆ ของคอมพิวเตอร์เข้ามาเกี่ยวข้อง การมีความเข้าใจระบบหรือวิธีการของคอมพิวเตอร์เบื้องต้นย่อมนำไปสู่ปัญหาดังกล่าวในการวิเคราะห์และเข้าใจปัญหาได้มากขึ้น และเหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือ การนำระบบวิธีการทำงานของคอมพิวเตอร์ (Computer System) มาอธิบายรายละเอียดเพื่อนำมันเข้าสู่อำนาจในการวิเคราะห์อุปกรณ์ต่าง ๆ ในส่วนของ Computer Software ที่จัดอยู่ในส่วนข้อมูลจะถือว่าเป็น "เอกสาร" หรือไม่⁴²

ก. ความหมายและลักษณะของเครื่องเก็บข้อมูลช่วยในคอมพิวเตอร์ เทปแม่เหล็ก (Magnetic Tape) สื่อบันทึกข้อมูลชนิดหนึ่งเป็นเทปพลาสติกฉาบผิวหน้าด้วยสารซึ่งมีอำนาจเป็นแม่เหล็กได้ใช้เป็นอุปกรณ์บันทึกข้อมูลในหน่วยความจำสำรอง⁴³

⁴¹ สุปิ่น พูลพัฒน์, ประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 302-305.

⁴² รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ, ความหมายทางอาญาของคำว่า "เอกสาร" ที่มีต่อคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์, วารสารกฎหมาย, 14 (มกราคม 2535), : 28-40.

⁴³ ชนะ โสภารักษ์, ศัพท์ไมโครคอมพิวเตอร์ (กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์การพิมพ์, 2531) หน้า 72.

- จานแม่เหล็ก (Magnetic Disk)

แผ่นจานแม่เหล็ก สื่อบันทึกข้อมูลข้อมูลรูปร่างทรงกลมแบน ๆ คล้ายแผ่นจานเสียงผิวหน้าฉาบด้วยสารซึ่งมีอำนาจเป็นแม่เหล็กได้ ใช้เป็นอุปกรณ์บันทึกข้อมูลในหน่วยความจำสำรอง เป็นค่ากลาง ๆ เรียกได้ทั้งงานแผ่นเหล็กชนิดอ่อนและชุดแผ่นจากแม่เหล็กชนิดแข็ง ⁴⁴

- ดรัมแม่เหล็ก (Magnetic Drum)

สื่อบันทึกข้อมูลรูปร่างทรงกระบอกคล้ายลูกกลิ้งผิวด้านฉาบด้วยสารซึ่งมีอำนาจเป็นแม่เหล็กได้ ใช้เป็นอุปกรณ์บันทึกข้อมูลในหน่วยความจำสำรอง ⁴⁵

- บัตรแม่เหล็ก (Magnetic Card)

บัตรทำด้วยพลาสติกชนิดอ่อนฉาบผิวด้วยสารแม่เหล็กใช้เก็บข้อมูลได้ ปกติจะเรียกสั้น ๆ ว่า magcard ⁴⁶

- บัตรเจาะรู (Punched Cards)

บัตรคอมพิวเตอร์ซึ่งเก็บข้อมูลโดยการเจาะรูบนกระดาษ ⁴⁷

- เทปกระดาษเจาะรู (Punched Paper Tape)

แถบกระดาษเป็นแถบกระดาษที่มีความกว้างประมาณครึ่งนิ้วถึงหนึ่งนิ้ว มีความยาวไม่จำกัดแน่นอน ใช้บันทึกข้อมูลที่เป็นรหัสต่าง ๆ โดยการเจาะเป็นรูกระดาษ

- ดิสเก็ตต์หรือจานฟลอปปี (Diskette หรือ Floppy Disk)

แผ่นจากแม่เหล็กขนาดเล็ก แผ่นจานแม่เหล็กใช้กับเครื่องไมโครคอมพิวเตอร์ มีลักษณะบางทำด้วยไมลาร์ ฉาบผิวนอกด้วยแม่เหล็กออกไซด์ บรรจุอยู่ในซองสี่เหลี่ยมจัตุรัส ชื่อเป็นทางการเรียกว่า Floppy Disk ⁴⁸

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน , หน้า 71.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน , หน้า 72.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน , หน้า 71.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน , หน้า 92.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน , หน้า 38.

ข. ระบบการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์

ปัจจัยสำคัญในการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ในการประมวลผลข้อมูลมีอยู่ 3 ประการ ได้แก่

1. ตัวเครื่องหรือฮาร์ดแวร์ (Hardware)
2. โปรแกรมคำสั่ง หรือซอฟต์แวร์ (Software) และ
3. บุคลากรหรือพีเพิลแวร์ (People ware)

1. ตัวเครื่องหรือฮาร์ดแวร์ (Hardware) หมายถึงตัวเครื่องคอมพิวเตอร์ตลอดจนอุปกรณ์อื่นๆที่ต่อเข้ากับเครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อใช้ประมวลผลข้อมูล ตัวเครื่องคอมพิวเตอร์ประกอบด้วยหน่วยใหญ่ๆ 3 หน่วย คือ

- (1) หน่วยรับโปรแกรมและข้อมูล (Input Unit)
- (2) หน่วยประมวลผลกลาง (Central processing Unit หรือ CPU)
- (3) หน่วยแสดงผล (Output Unit)

2. ซอฟต์แวร์ (Software)

ซอฟต์แวร์ (Software) คือโปรแกรมที่เขียนขึ้นเพื่อให้คอมพิวเตอร์ทำงานตามที่ต้องการ ซึ่งโปรแกรมจะช่วยในการแก้ปัญหาจากต้นจนจบ โดยอาศัยแรงงานจากมนุษย์น้อยที่สุดดังนั้นโปรแกรมคำสั่งที่จะให้เครื่องคอมพิวเตอร์รับทราบ จึงต้องมีรายละเอียดปลีกย่อยมาก โปรแกรมดังกล่าวประกอบด้วยคำสั่งที่อยู่ในรูปของรหัสที่ใช้แสดงขั้นตอนอย่างละเอียดและสมบูรณ์ที่จะให้เครื่องประเมินผล เพื่อให้ได้ผลลัพธ์ตามต้องการ โปรแกรมนี้จะถูกเก็บไว้ในหน่วยความจำภายในซีพียู หลังจากนั้นเครื่องจะทำงานด้วยตนเองตามโปรแกรมภายใต้การควบคุมของหน่วยความจำ

ซอฟต์แวร์หรือโปรแกรมจะแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. โปรแกรมประยุกต์ (Application Program หรือ Application Software)
2. โปรแกรมควบคุมระบบ (System Program หรือ System Software)
3. บุคลากรทางคอมพิวเตอร์ (Peopleware) หมายถึงเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ปฏิบัติการอยู่กับเครื่องคอมพิวเตอร์

ค. ความหมายและขั้นตอนของการประมวลผลข้อมูล

การประมวลผลข้อมูล (Processing) คือวิธีการจัดเก็บข้อมูลโดยมีจุดมุ่งหมาย เพื่อให้ได้ผลสรุปอย่างใดอย่างหนึ่งจากการประมวลผล เรียกว่า ข้อมูลสนเทศ (Information) ซึ่งใช้ประโยชน์ในการตัดสินใจต่าง ๆ

ขั้นตอนของการประมวลผลมี 3 ขั้นตอน คือ

1. เตรียมข้อมูลนำเข้า (Input Data) คือการเก็บรวบรวมข้อมูลให้พร้อมที่จะทำการประมวลผลหรือการเปลี่ยนแปลงภาพข้อมูลคือการจัดเตรียมข้อมูลให้อยู่ในรูปที่เหมาะสมพร้อมที่จะประมวลผล
2. การประมวลผล (Processing) ได้แก่วิธีการจัดการเก็บข้อมูลซึ่งอาจเป็นการบวก ลบ คูณ หารหรือการคำนวณเปรียบเทียบใด ๆ ก็ได้ และอาจประกอบด้วย
 - (1) การคำนวณทั่ว ๆ ไป
 - (2) การดึงข้อมูล และ
 - (3) การจัดกลุ่มข้อมูล เป็นต้น
3. การนำเสนอข้อมูล (Output) คือการเอาผลลัพธ์ที่ได้จากการประมวลผลมาแสดงให้ผู้อื่นทราบ อาจแสดงในรูปของตารางหรือรายงานในรูปแบบใดแบบหนึ่ง

วิเคราะห์กฎหมายไทย

ก่อนที่จะพิจารณาปัญหากฎหมายว่าเครื่องเก็บข้อมูลที่ใช้กันโดยทั่วไป เทปแม่เหล็ก (Magnetic Tape) จานแม่เหล็ก (Magnetic Disk) ดรัมแม่เหล็ก (Magnetic Drum) คาร์ตแม่เหล็ก (Magnetic Card) บัตรเจาะรู (Punched Cards) เทปกระดาษเจาะรู (Punched Paper Tape) ว่าเป็นเอกสารหรือไม่ ซึ่งเป็นข้อขัดข้องสืบสนว่าเอกสารว่ามีความหมายถึงอุปกรณ์เครื่องเก็บข้อมูลเหล่านี้หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าอุปกรณ์จำพวกซอฟต์แวร์ (Software) เหล่านี้หรือไม่

สิ่งที่นำมาพิจารณาเทียบเคียงหรือเปรียบเทียบกับอุปกรณ์เครื่องเก็บข้อมูลหรืออีกอย่างหนึ่งว่าอุปกรณ์จำพวกซอฟต์แวร์ (Software) ก็คือเทปบันทึกเสียงซึ่งไม่มีปัญหาข้อขัดข้องในการตีความเกี่ยวกับเอกสาร ในปัจจุบันเครื่องบันทึกเสียงมีทั้งเป็นเส้นลวด

แม่เหล็กหรือ wire-recorder และแถบพลาสติกคือ Tape-recorder เหตุผลที่นำเทปบันทึกเสียง มีลักษณะรูปร่างคล้าย ๆ กับอุปกรณ์เครื่องเก็บข้อมูลหรืออุปกรณ์จำพวกซอฟต์แวร์เหล่านี้จะต้องผ่านเครื่องมือที่เป็นหลัก เสียก่อน เนื่องจากเล็งเห็นประโยชน์จากการบันทึกเสียงดังกล่าว ผู้ที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีความในศาล จึงได้พยายามนำเครื่องบันทึกเสียงและเสียงที่ถูกบันทึกมาใช้เป็นพยานในศาลด้วย เทปบันทึกเสียงจึงเข้ามามีบทบาทในคดีด้วย เมื่อเป็นเช่นนี้จึงมีปัญหาว่าเทปบันทึกเสียงเป็นเอกสารหรือไม่ จะตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายของพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ ในกรณีดังกล่าวนักกฎหมายส่วนมากเห็นว่าเนื่องจากเทปบันทึกเสียงไม่ใช่สัมผัสในลักษณะผสมอักษรเป็นหนังสือหรือรหัสที่เห็นได้ทางตา⁴⁹ กล่าวคือเทปบันทึกเสียงขาดลักษณะลายลักษณ์อักษรและไม่สามารถอ่านได้โดยตรง พิจารณาเพียงเท่านี้เทปบันทึกเสียงจึงมิใช่เอกสาร⁵⁰

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับเอกสารที่เทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องกับมืออยู่ว่าเทปแม่เหล็ก(Magnetic Tape) งานแม่เหล็ก (Magnetic Disk) ครัมแม่เหล็ก (Magnetic Drum) บัตรแม่เหล็ก (Magnetic Card) บัตรเจาะรู (Punched Cards) เทปกระดาษเจาะรู (Punched Paper Tape) ดิสเก็ตต์หรือจานฟลอปปี (Diskette หรือ Floppy disk) เป็นเอกสารหรือไม่ ก่อนที่จะตอบปัญหากฎหมายดังกล่าว จำเป็นต้องทราบเสียก่อนว่าเอกสารมีความหมายอย่างไร ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(7) ดังรายละเอียดที่วิเคราะห์ไว้ นอกจากนี้ยังต้องทราบว่าขั้นตอนการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อนำมาพิจารณาประกอบว่าเข้าความหมายของคำว่า"เอกสาร" หรือไม่ ซึ่งจะต้องครบข้อความที่เป็นสาระสำคัญของเอกสารทั้งหมดทุกข้อ หากขาดข้อใดข้อหนึ่งก็จะทำให้ไม่เป็นเอกสาร สิ่งที่เป็นสาระสำคัญของเอกสาร มี ดังต่อไปนี้

1. กระดาษหรือวัตถุอื่นใด
2. ทำให้ปรากฏ
3. ความหมาย
4. ด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น

⁴⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 1, หน้า 16-84.

⁵⁰ คณิศ ฌ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร : เนติธรรม, 2528) หน้า 61.

5. โดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพ หรือวิธีอื่น
6. เป็นหลักฐานแห่งความหมาย

ความหมายของคำว่าเอกสารดังกล่าวข้างต้น จะพิจารณาถึงระบบการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ว่าเข้าหลักเกณฑ์สิ่งที่เป็นสาระสำคัญของแต่ละข้อหรือไม่ ดังจะวิเคราะห์ปัญหากฎหมายของคำว่าเอกสารดังต่อไปนี้

1. กระดาษหรือวัตถุอื่นใด คือสิ่งที่ใช้สำหรับทำให้ความของถ้อยคำปรากฏขึ้นมา ก็คืออุปกรณ์ซอฟต์แวร์ อันได้แก่ เทปแม่เหล็ก จานแม่เหล็ก ฟิล์มแม่เหล็ก บัตรเจาะรู เทปกระดาษเจาะรู

สิ่งที่ทำให้ปรากฏความหมายขึ้นสำหรับอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ที่ทำขึ้นบนกระดาษ ได้แก่ บัตรเจาะรู เทปกระดาษเจาะรู

ส่วนสิ่งที่ทำให้ปรากฏความหมายขึ้นสำหรับอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ที่ทำขึ้นบนวัตถุอื่นใด ได้แก่ เทปแม่เหล็ก จานแม่เหล็ก ฟิล์มแม่เหล็ก บัตรแม่เหล็ก

2. ทำให้ปรากฏความหมายว่าต้องมีการกระทำของบุคคลให้ปรากฏความหมายขึ้นบนกระดาษหรือวัตถุอื่นดังกล่าวแล้วนั้น การกระทำของบุคคลต้องทำให้ปรากฏขึ้นซึ่งความหมายที่ปรากฏขึ้นนั้นต้องปรากฏขึ้นโดยบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กับเครื่องคอมพิวเตอร์ รายงานคอมพิวเตอร์ ถ้าปรากฏขึ้นเองเช่น เครื่องคอมพิวเตอร์ทำให้ปรากฏขึ้นโดยอัตโนมัติ ไม่ใช่เอกสาร หากมีการแก้ไขให้เครื่องปรากฏจากเครื่องกลไกที่ถูกดัดแปลง เมื่อเครื่องได้แสดงปรากฏแล้วอย่างไร คนไปแก้ไขข้อความที่เครื่องแสดงปรากฏอยู่แล้วก็เป็นการที่บุคคลทำให้ปรากฏ อาจเป็นการทำเอกสารปลอมขึ้นได้

การกระทำของบุคคลให้ปรากฏขึ้นคือการประมวลผลข้อมูลด้วยคอมพิวเตอร์ (electronic data processing)

ปัญหาที่น่าพิจารณาของเครื่องเก็บข้อมูลที่ใช้กันทั่วไป ได้แก่เทปแม่เหล็ก จานแม่เหล็ก ฟิล์มแม่เหล็ก บัตรแม่เหล็ก เหล่านี้เป็นต้น โดยสภาพเมื่อบุคลากรทางคอมพิวเตอร์ได้กระทำการประมวลผลข้อมูลลงไปหรือบันทึกลงไปในอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ ซึ่ง

ข้อมูลยังบรรจุในเทปแม่เหล็กเหล่านั้น ยังไม่ได้ประจักษ์ให้ปรากฏออกมา ทำให้ไม่สามารถอ่านข้อความเหล่านั้นได้ จนกว่าจะมีการเข้าสู่ตัวเครื่องคอมพิวเตอร์หรือที่เรียกว่า ฮาร์ดแวร์ (Hardware) เสียก่อน ซึ่งตัวเครื่องคอมพิวเตอร์จะดำเนินการแสดงผลข้อมูล (Output Unit) จัดเป็นอุปกรณ์รอบนอกเครื่องคอมพิวเตอร์ (Peripheral devices) ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางให้มนุษย์ติดต่อกับเครื่องคอมพิวเตอร์ได้ เช่นรับข้อมูลเพื่อแสดงผลลัพธ์และรายงานต่าง ๆ หรือปรากฏแสดงผลออกทางจอภาพได้ ในกรณีเครื่องเก็บข้อมูล ได้แก่ เทปแม่เหล็ก จานแม่เหล็ก ฟิล์มแม่เหล็ก บัตรแม่เหล็กเหล่านี้เป็นต้นยังซ่อนอยู่นั้นเป็นเอกสารหรือไม่

จากปัญหาดังกล่าวหากพิจารณาถึงเครื่องคอมพิวเตอร์จะสามารถทำงานได้ จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้

1. ฮาร์ดแวร์ (Hardware) หมายถึงส่วนประกอบของตัวเครื่องทั้งหมด
2. ซอฟต์แวร์ (Software) หมายถึงส่วนที่เป็นคำสั่งใช้ในการควบคุมการทำงานของฮาร์ดแวร์ให้ทำการประมวลผลต่าง ๆ ได้ บางทีเรียกว่า "โปรแกรม"
3. บุคลากรทางคอมพิวเตอร์ (Peopleware) หมายถึงเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ปฏิบัติการอยู่กับเครื่องคอมพิวเตอร์

ดังนั้นการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์จะขาดส่วนใดส่วนหนึ่งนั้นไม่ได้ เพราะเครื่องคอมพิวเตอร์จะทำงานไม่ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้อุปกรณ์ซอฟต์แวร์อันได้แก่เทปแม่เหล็ก จานแม่เหล็ก ฟิล์มแม่เหล็ก บัตรเจาะรู เทปกระดาษเจาะรู จึงเป็นอุปกรณ์ที่ประกอบระบบคอมพิวเตอร์ จะต้องมีความสัมพันธ์และทำงานร่วมกัน

ในกรณีนี้ท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงศกัทธิ์ ให้ความเห็นว่า "การทำให้ปรากฏอาจทำแล้วแต่ยังไม่ประจักษ์ออกมา จนกว่าจะมีการกระทำต่อสิ่งที่ยังไม่ประจักษ์ก็ได้ เช่นเขียนหนังสือโดยใช้หมึกวิทยาศาสตร์มองไม่เห็นจนกว่าจะใช้ความร้อน แสง หรือใช้วัตถุเคมี

ทดลองไป เช่นถ่ายรูปไว้ในฟิล์มแม้ยังเป็นรูปกลับหรืออัดลงบนกระดาษยังไม่ได้ล้างก็ถือเป็นการทำให้ปรากฏเป็นเอกสารได้แล้ว เพียงแต่ยังซ่อนอยู่เท่านั้น⁵¹

⁵¹ Manual of German law iii No.149, p.122.

แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าในกรณีความเห็นของท่านศาสตราจารย์จิตติได้อ้างอิงตำรากฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศเยอรมันมาใช้ในการอธิบายถึงการทำให้ปรากฏซึ่งหากทำแล้วแต่ยังไม่ประจักษ์ออกมาจนกว่าจะมีการกระทำต่อสิ่งที่ยังไม่ประจักษ์ก็ได้ก็ถือเป็นการทำให้ปรากฏเป็นเอกสารได้แล้วเพียงแต่ซ่อนอยู่เท่านั้น โดยยกตัวอย่างถึงกรณีเขียนหนังสือด้วยหมึกวิทยาศาสตร์มองไม่เห็นจนกว่าจะใช้ความร้องหรือแสงหรือใช้วัตถุเคมีเทลงไป เช่นถ่ายรูปไว้ในฟิล์มแม้ยังเป็นรูปกลับหรืออัดลงบนกระดาษยังไม่ได้ล้าง แต่ตัวอย่างดังกล่าวยังไม่ได้ระบุชัดเจนถึงระบบการทำงานของคอมพิวเตอร์ซึ่งจะมีอุปกรณ์ส่วนสำคัญอยู่ 2 ส่วนที่มีความสัมพันธ์กันคือระหว่างตัวเครื่องหรือฮาร์ดแวร์(Hardware) และโปรแกรมคำสั่งหรือซอฟต์แวร์ (Software) และมีบุคลากร (Peopleware) เป็นตัวเชื่อมหรือคนกลางในการให้ระบบคอมพิวเตอร์ทำงาน

หากพิจารณาถึงการประมวลผลลงไปหรือบันทึกลงไปในอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ซึ่งข้อมูลยังบรรจุในเทปบันทึกเหล่านั้น ยังไม่ได้ปรากฏให้ประจักษ์ชัดเจนออกมาทำให้ไม่สามารถอ่านข้อความเหล่านั้นได้จนกว่าจะมีการเข้าสู่ตัวเครื่องคอมพิวเตอร์หรือที่เรียกว่าฮาร์ดแวร์ (Hardware) เสียก่อน ซึ่งในกรณีนี้จะแตกต่างกับเทปบันทึกเสียงไม่ใช่สัมผัสในลักษณะผสมอักษรเป็นหนังสือหรือรหัสที่เห็นได้ทางตา กล่าวคือเทปบันทึกเสียงขาดลักษณะลายลักษณ์อักษรและไม่สามารถอ่านได้โดยตรงพิจารณาเพียงเท่านั้น เทปบันทึกเสียงจึงไม่ใช่เอกสารแม้จะเข้าเครื่องเล่นเทปก็ปรากฏออกมาเฉพาะเสียงไม่มีภาพหรือผลลัพธ์ทางคอมพิวเตอร์แต่อย่างใด ในกรณีอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ (Software) เข้าสู่ตัวเครื่องคอมพิวเตอร์ (Hardware) จะมีขั้นตอนการนำข้อมูลออก (Output) เมื่อตอนหนึ่งเมื่อต้องการจะแสดงผลลัพธ์ที่ได้จากการประมวลข้อมูล ก็อาจเรียกเอาผลลัพธ์หรือข่าวสารที่ได้นั้นออกมา โดยมีคำสั่งให้เครื่องนำข้อมูลที่เป็นผลลัพธ์นั้น ออกมาจากหน่วยความจำผ่านหน่วยควบคุมไปยังส่วนการนำข้อมูลออก ซึ่งวิธีการสั่งให้เครื่องแสดงผลลัพธ์นั้นอาจมีวิธีการต่าง ๆ กัน โดยปกติก็คือการกดปุ่มที่ทำหน้าที่สั่งให้เครื่องแสดงผลลัพธ์นั่นเอง เมื่อข้อมูลข่าวสารนั้นถูกส่งมายังส่วนการนำข้อมูลออกแล้ว ส่วนการนำข้อมูลออกก็จะทำการผลิตข้อมูลนั้นออกมาในรูปแบบที่ต้องการ ซึ่งเครื่องมือที่ใช้แสดงผลลัพธ์ในส่วนการนำข้อมูลออกนี้อาจมีหลายชนิดแตกต่างกัน เช่นเป็นเครื่องพิมพ์ออกมาทางกระดาษพิมพ์หรือเป็นเครื่องฉายภาพออกมาทางจอภาพ

ในกรณีเช่นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าอุปกรณ์ซอฟต์แวร์นั้นควรแยกพิจารณาถึง 3 แนวด้วยกัน

แนวทางแรกหากอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ โดยเฉพาะเทปแม่เหล็ก(Magnetic Tape) จานแม่เหล็ก (Magnetic Disk) ทรัมแม่เหล็ก (Magnetic Drum) บัตรแม่เหล็ก (Magnetic Card) บัตรเจาะรู (Punched Cards) เทปกระดาษเจาะรู (Punched Paper Tape) ดิสเก็ตต์หรือ จานฟลอปปี (Diskette หรือ Floppy disk) หากอยู่ตามลำพังในตัวมันเอง กล่าวคือหากนำมา อยู่นอกตัวเครื่องคอมพิวเตอร์หรือฮาร์ดแวร์ (Hardware) จะไม่มีการปรากฏความหมายออกมา ให้เห็นด้วยตา ซึ่งสภาพความเป็นจริงแล้วบุคคลที่ต้องการสื่อสารข้อมูลในอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ จะไม่มีทางล่วงรู้ได้เลยว่าข้อความในอุปกรณ์ซอฟต์แวร์เป็นอย่างไร

แนวทางที่สองหากอุปกรณ์ซึ่งได้แก่เทปแม่เหล็ก(Magnetic Tape)จานแม่เหล็ก (Magnetic Disk) ทรัมแม่เหล็ก (Magnetic Drum) บัตรแม่เหล็ก (Magnetic Card) บัตรเจาะรู (Punched Cards) เทปกระดาษเจาะรู (Punched Paper Tape) ดิสเก็ตต์หรือจานฟลอปปี (Diskette หรือ Floppy disk) ได้นำมาใช้กับตัวเครื่องคอมพิวเตอร์หรือฮาร์ดแวร์ (Hardware) การที่เครื่องคอมพิวเตอร์จะทำงานและสามารถแสดงผลลัพธ์ออกมาให้ปรากฏได้โดยสายตา ของบุคคลที่ต้องการสื่อสารข้อมูลได้ 2 ทางด้วยกันคือ

1. แสดงออกมาทางจอภาพ (Monitor) หรือ
2. พิมพ์ออกมาทางกระดาษพิมพ์โดยใช้เครื่องพิมพ์ (Printer)

หากมีบุคคลไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลในอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ โดยใช้ตัวเครื่อง คอมพิวเตอร์หรือฮาร์ดแวร์เป็นเครื่องนำทางโดยจะยังผลให้สิ่งที่ปรากฏออกมา โดยแสดงออก มาทางจอภาพหรือสิ่งที่พิมพ์ออกมาทางกระดาษพิมพ์โดยใช้เครื่องพิมพ์นั้นผิดพลาดจากความ เป็นจริงไป ซึ่งจะนำสู่ความผิดฐานปลอมเอกสารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 264 หรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องยากยิ่งที่จะชี้ชัดลงว่าอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ดังกล่าวเป็น"เอกสาร"

แนวทางที่สาม เครื่องพิมพ์ออกมาทางกระดาษพิมพ์ ซึ่งถ้าเป็นเอกสารที่ได้มา จากการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ ในกรณีเช่นนี้เนื่องจากเอกสารคอมพิวเตอร์ย่อหมายถึง กระดาษหรือวัตถุอื่นใดที่ปรากฏข้อความประโยค รูป รหัสต่าง ๆ โดยข้อความประโยค หรือรูป รหัสต่าง ๆ นั้น พิมพ์ขึ้นโดยใช้เครื่องพิมพ์ซึ่งรับข้อมูลการพิมพ์มาจากเครื่อง คอมพิวเตอร์ซึ่งผลลัพธ์(Output) จากเครื่องคอมพิวเตอร์เหล่านี้มีหลายรูปแบบ ทั้งในรูปแบบ ของ Printout Magnetic Tape หรือ Diskette และเอกสารจากระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวนี้ แตกต่างจากเอกสารอื่น ๆ กล่าวคือ เป็นเอกสารที่สามารถจะพิมพ์ขึ้นใหม่ได้ โดยที่ได้ผ่านการ

เตรียมร่างต้นฉบับขึ้นโดยอุปกรณ์ทางเครื่องกล ซึ่งในกรณีนี้เปรียบเทียบกับความเห็นของท่าน ศาสตราจารย์จัดติเห็นว่า "สิ่งที่พิมพ์ออกมาจากแม่พิมพ์เป็นเอกสาร แม่พิมพ์ที่เรียงเอาไว้เพื่อใช้พิมพ์เอกสารออกมาก็ยังเป็นเอกสารเช่นเดียวกัน ดวงตรา และรอบตราแม่เป็นวัตถุต่างกัน ก็ยังเป็นเอกสาร ได้ถ้ามีลักษณะเป็นความหมาย เช่น ตราตะกั่วที่ประทับกำกับมาตรวัดไฟฟ้า"⁵²

ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีสิ่งที่พิมพ์ออกมาจากแม่เหล็กพิมพ์ที่เรียงไว้เพื่อใช้พิมพ์เอกสารออกมาก็ยังเป็นเอกสารเช่นเดียวกัน ได้อ้างมาจากหนังสือคำรากฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะเยอรมัน ประเด็นที่ตามมาก็คือว่าหากอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ประเภทดังกล่าวคือ เทปแม่เหล็ก (Magnetic Tape) จานแม่เหล็ก (Magnetic Disk) ทรัมแม่เหล็ก (Magnetic Drum) บัตรแม่เหล็ก (Magnetic Card) บัตรเจาะรู (Punched Cards) เทปกระดาษเจาะรู (Punched Paper Tape) ดิสเก็ตต์หรือจานฟลอปปี (Diskette หรือ Floppy disk) ซึ่งเป็นแม่พิมพ์ซึ่งสามารถพิมพ์ออกมาทางกระดาษพิมพ์โดยใช้เครื่องพิมพ์นั้น หากนำอุปกรณ์จำพวกซอฟต์แวร์ไปเปรียบเทียบกับแม่พิมพ์นั้น โดยคำนึงถึงเป็นต้นฉบับที่เกิดจากการพิมพ์ออกมาทางกระดาษพิมพ์โดยใช้เครื่องพิมพ์ถือว่าเป็นสำเนา จะเห็นว่าลักษณะของอุปกรณ์จำพวกซอฟต์แวร์นั้นเป็นคนละประเภทหรือชนิดเดียวกัน ไม่มีลักษณะของต้นฉบับเหมือนกับตัวอย่างที่ยกมาข้างต้น คือตราตะกั่วที่ประทับกำกับมาตรวัดไฟฟ้า ซึ่งกรณีนี้ทั้งแม่พิมพ์ตราตะกั่วและสิ่งที่เป็นรอยประทับจะมีลักษณะรูปร่างเหมือนกันทุกประการ

แต่อุปกรณ์จำพวกซอฟต์แวร์จะมีผลที่เกิดจากการพิมพ์ออกมาทางกระดาษพิมพ์โดยใช้เครื่องพิมพ์ก็จำเป็นที่จะต้องผ่านตัวเครื่องคอมพิวเตอร์หรือฮาร์ดแวร์และผ่านกระบวนการหรือกลไกในการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์เสียก่อน มีขั้นตอนการประมวลผล (data processing) และในที่สุดจึงได้ผลที่เกิดจากการพิมพ์ออกมาทางกระดาษโดยใช้เครื่องพิมพ์ ซึ่งถ้าอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ดังกล่าวนำคดีขึ้นสู่ศาล ศาลฎีกาจะตัดสินว่าอุปกรณ์ซอฟต์แวร์เป็นเอกสารหรือไม่ เพราะยังคลุมเครือและขัดต่อสภาพวัตถุที่แสดงให้ปรากฏออกมาภายนอกโดยบุคคลไม่สามารถสื่อข้อความได้จากอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ดังกล่าว แต่สามารถสื่อข้อความได้จากการพิมพ์ออกมาทางกระดาษพิมพ์โดยใช้เครื่องพิมพ์

⁵² Manual of German Law 2., No. 149, p.122.

3. ความหมาย คือสิ่งที่ทำให้ปรากฏขึ้นนั้นต้องแสดงความคิดของผู้ทำเอกสารจะเป็นที่เข้าใจหรือไม่ก็ตาม⁵³ เครื่องหมายเป็นรหัสไม่มีใครเข้าใจ ก็แสดงความคิดผู้ทำเอกสารได้⁵⁴ ดังนั้นอุปกรณ์ตลอดจนสื่อในทางคอมพิวเตอร์ต่างๆ เช่นเทปแม่เหล็ก แผ่นจานแม่เหล็ก แม่เหล็ก บัตรรายการ ฯลฯ ที่บันทึกไว้ด้วยข้อมูลที่เป็นรหัสซึ่งเป็นภาษาคอมพิวเตอร์ย่อมถือได้ว่าเป็น"ความหมาย"อย่างหนึ่ง เนื่องจากการที่คอมพิวเตอร์จะทำงานได้จะต้องขึ้นอยู่กับโปรแกรมและที่สำคัญที่สุดคือความสามารถของบุคคลที่เขียนโปรแกรม ถ้าบุคคลที่เขียนโปรแกรมมีความสามารถเท่าใดโปรแกรมที่เป็นผลงานจากบุคคลนั้นจะมีความสามารถมากเท่านั้น จากการทำงานของคอมพิวเตอร์จะสามารถทำงานได้ขึ้นอยู่กับโปรแกรมที่บุคคลเขียนขึ้นนั้นเป็นผลทำให้คอมพิวเตอร์ทำงานได้ไม่มีขีดจำกัดราบเท่าที่บุคคลยังมีความสามารถที่จะพัฒนาโปรแกรมอยู่ การจัดโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นงานหนักของนักเขียนโปรแกรม (Programmer)

4. ด้วยตัวอักษร ตัวเลข หรือแผนแบบอย่างอื่น หมายความว่า อ่านหรือเห็นความหมายได้โดยการสัมผัสทางตา เนื่องจากรหัสไม่มีใครเข้าใจ ก็แสดงความคิดเห็นของผู้ทำเป็นเอกสารได้ ดังนั้นอุปกรณ์ตลอดจนสื่อในทางคอมพิวเตอร์ต่าง ๆ เช่น เทปแม่เหล็ก แผ่นจานแม่เหล็ก แม่เหล็ก บัตรรายการ ฯลฯ บรรจุข้อมูลที่เป็นรหัสซึ่งเป็นภาษาคอมพิวเตอร์ ย่อมถือได้ว่าเป็น"ตัวอักษร"อย่างหนึ่ง ซึ่งมนุษย์ก็มีภาษาประจำชาติหรือประจำเผ่าของตนเอง ถ้าเราต้องการจะติดต่อสื่อสารกับมนุษย์ชาติใด จำเป็นจะต้องเรียนรู้ภาษาของชนชาตินั้นเสียก่อน เครื่องคอมพิวเตอร์ก็เช่นเดียวกัน แต่ละเครื่องอาจจะใช้ภาษาไม่เหมือนกันหรือภายในเครื่องเดียวกันอาจรับรู้ได้หลายภาษา การสั่งให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานจำเป็นจะต้องเขียนโปรแกรม(Programs)ขึ้นตามลำดับงาน โปรแกรมหนึ่ง ๆ ย่อมประกอบไปด้วยชุดของคำสั่ง (Instructions) ชุดหนึ่งที่ต้องการให้คอมพิวเตอร์แก้ปัญหาให้ตามที่ต้องการของงานนั้นสำหรับภาษาที่ใช้ในการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์นั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือ

- (1) ภาษาเครื่อง (Machine Language)
- (2) ภาษาที่ใช้เขียนสั่งเครื่อง (Source language)

⁵³ จิตติ ดิงศภัทย์,คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอนที่ 1, หน้า 1453.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน .หน้า 1654

5. โดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพ หรือวิธีอื่น หมายความว่าจารึกเครื่องหมายให้ปรากฏบนวัตถุด้วยวิธีใดวิธีหนึ่ง สำหรับระบบการดำเนินการของเครื่องคอมพิวเตอร์ การบันทึกเป็นการดำเนินการวิธีหนึ่งที่ใช้เชื่อมโยงวิธีการอื่น ๆ โดยการเขียนข้อมูลนั้น หรือการเขียนข้อมูลขึ้นมาใหม่ ตามปกติแล้วการบันทึกเป็นการรวมกลุ่มของข้อมูลให้เล็กลงโดยการตั้งต้นจากการรวบรวมข้อมูลดิบจากเอกสารแหล่งกำเนิดมาลงไว้ ในแบบฟอร์มบันทึกที่ออกแบบไว้ แล้วนำข้อมูลนั้นเข้าดำเนินการวิธีจนกระทั่งได้ผลลัพธ์เป็นรูปแบบการบันทึกหรือเอกสารต่าง ๆ

6. เป็นหลักฐานแห่งความหมาย หมายความว่าต้องปรากฏคนงานอยู่ชั่วขณะหนึ่งแม้จะไม่นานหรือถาวร ในระบบคอมพิวเตอร์ การบันทึกหลักฐานข้อมูลลงบนเทป (Tape Records) รายงานข้อมูลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน ซึ่งบันทึกไว้เป็นกลุ่มหนึ่งของข่าวสารที่สมบูรณ์ครบถ้วนแล้ว เราเรียกว่า "Records"

ดังนั้นข้อมูลหรือคำสั่งในขณะที่ข้อมูลหรือคำสั่งนั้นกำลังอยู่ในระหว่างส่งผ่านไปมาตามสายโทรศัพท์หรืออยู่ในรูปของสัญญาณไฟฟ้าหรือ แรงกระตุ้นทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นไม่ถือเป็นหลักฐานแห่งความหมายเพราะเป็นการเคลื่อนไหวที่เห็นด้วยตา ไม่เป็นเอกสาร ดังนั้นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น แม้อ้อมาข้อมูลหรือคำสั่งที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแล้วนั้นจะได้บรรจุอยู่ในสื่อหรือวัตถุอันทำให้กลายเป็นเอกสารชนิดหนึ่ง แต่ในขณะที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงก็ได้กระทำต่อสัญญาณไฟฟ้าหรือแรงกระตุ้นทางอิเล็กทรอนิกส์ ในขณะที่ส่งผ่านไปมาตามสายโทรศัพท์หรือวัสดุทางการสื่อสารอื่น ๆ หากใช่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงต่อข้อความที่เป็นรหัสหรือภาษาคอมพิวเตอร์ที่บรรจุอยู่ในวัตถุที่เป็นสื่ออันสามารถปรากฏเป็นหลักฐานไม่ ความผิดฐานปลอมจึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับแก่การกระทำดังกล่าวได้

ดังนั้นความหมายของคำว่า "เอกสาร" ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่อาจครอบคลุมอุปกรณ์จำพวกซอฟต์แวร์ หรืออุปกรณ์เครื่องเก็บข้อมูลช่วยดังกล่าวได้ชัดเจนพอ เพราะอุปกรณ์จำพวกซอฟต์แวร์หรืออุปกรณ์เครื่องเก็บข้อมูลช่วยที่มีลักษณะพิเศษ เฉพาะที่สื่อความหมายปรากฏได้จะต้องใช้กับข้อมูลช่วยที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะที่สื่อความหมายปรากฏได้ จะต้องใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ฮาร์ดแวร์โดยมีบุคลากรทางคอมพิวเตอร์เป็นตัวเชื่อม ดังนั้นการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์จะขาดส่วนใดส่วนหนึ่งไม่ได้และอีกประการหนึ่งที่สำคัญก็คือคำว่า "ปรากฏ" นั้น มีความยากลำบากมากหากตีความถ้อยคำของกฎหมายให้หมายความ

รวมถึงอุปกรณ์จำพวกซอฟต์แวร์หรือเครื่องเก็บข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์เพราะอุปกรณ์จำพวกซอฟต์แวร์หรือเครื่องเก็บข้อมูลในระบบเครื่องเก็บข้อมูลในระบบเครื่องคอมพิวเตอร์มีคุณลักษณะพิเศษบางประการที่แตกต่างไปจากความหมายของคำว่า"เอกสาร"ที่เข้าใจโดยทั่วไปดังที่ได้วิเคราะห์กฎหมายไทยข้างต้นแล้ว ดังนั้นคำว่า"ปรากฏ"ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ข้อหนึ่งของความหมายทางอาญาของคำว่า"เอกสาร" จึงเป็นปัญหาสำคัญสำหรับอุปกรณ์ซอฟต์แวร์หรือคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ที่ไม่สามารถปรากฏความหมายด้วยสายตาเมื่ออยู่โดยลำพังอันมีความเกี่ยวข้องกับการแก้ไขข้อมูลในอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ไปใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ฮาร์ดแวร์เพื่อให้ปรากฏความหมายให้เห็นด้วยสายตา บางครั้งก็ยากต่อการตรวจสอบเพราะระบบคอมพิวเตอร์สะดวกและง่ายต่อการใช้ เพียงแต่ใส่อุปกรณ์ซอฟต์แวร์เข้ากับเครื่องฮาร์ดแวร์และเมื่อปรากฏความหมายบนจอภาพโดยบุคลากรที่รู้จักวิธีการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ก็สามารถทำให้มีการเปลี่ยนแปลงข้อความหรือข้อมูลในอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ที่บันทึกข้อมูลเดิมไว้อยู่แล้วได้ง่ายและหาร่องรอยการแก้ไขได้ยาก

อย่างไรก็ตามแม้ว่าในประเทศไทยยังไม่มีคดีความผิดฐานปลอมเอกสารที่จะนำมาใช้กับการกระทำที่มีต่อคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลต่าง ๆ อันเป็นส่วนหนึ่งของความผิดทางอาญาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เกิดขึ้นก็ตาม แต่ในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาได้เคยมีคดีประเภทดังกล่าวเกิดขึ้นมาแล้วในเขตศาลบางมลรัฐโดยบุคคลที่จะได้ประโยชน์จากการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นทรัพย์สินสิทธิหรือสิ่งของทั้งที่เป็นวัตถุที่มีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างของบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นผู้กระทำจะต้องค้นหาให้พบและใช้รหัสที่ใช้ใส่เข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้เป็นเจ้าของอันแท้จริงรวมทั้งหมายเลขบัญชีของเขาเสียก่อน การใช้รหัสลับที่ใช้ใส่เข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จเพื่อจุดประสงค์แห่งการหลอกลวงหรือการทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใด ๆ นี้อาจถือเป็นการปลอมเอกสารได้ ในปัจจุบันศาลในมลรัฐหลายแห่ง เช่น มลรัฐคาลิฟอร์เนีย มลรัฐนิวยอร์ก วอชิงตัน ดี.ซี. มลรัฐเท็กซัส และมลรัฐเพนซิลวาเนียได้ขยายขอบเขตของกฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่องการกระทำความผิดทางอาญาดังกล่าวเพื่อให้การทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการวางแผน การทำให้สมบูรณ์ หรือการรับรองใดแก่รอยตรา ลายเซ็นชื่อ ข้อเขียนหรือสัญลักษณ์แห่งสิทธิ สิทธิพิเศษหรือบัตรประจำตัวใด ๆ ซึ่งอาจเป็นการหลอกลวงหรือการทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นเป็นความผิดฐานปลอมเอกสาร แม้ว่าศาลอื่น ๆ ทั้งหลายที่ยังคงรักษารูปแบบของกฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่องลายเซ็นชื่อและเอกสารอย่างเคร่งครัดจะไม่

สามารถนำกฎหมายในเรื่องความผิดฐานปลอมเอกสารดังกล่าวใช้บังคับได้⁵⁵

กฎหมายอาญาของมลรัฐคาลิฟอร์เนีย มาตรา 470(ตะวันตก 1970) บัญญัติว่า "ผู้ใด... ปลอมหรือแปลงรอยตรา หรือข้อเขียนด้วยมือของบุคคลอีกคนหนึ่ง..." ผู้ที่มีความผิดฐานปลอมเอกสาร ปัญหาที่น่าสนใจก็คือว่า รหัสที่ใส่เข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์จะถือว่าเป็นรอยตราหรือลายเซ็นได้หรือไม่ ข้อนี้ถ้าพิจารณาแล้วนับเป็นเรื่องที่เป็นไปได้จะเทียบรหัสที่ใส่เข้าไปในเครื่องคอมพิวเตอร์ว่าเป็นลายเซ็นชื่อบนเช็ค (ในตัวของมันเองเป็นรูปแบบตัวเงินทางคอมพิวเตอร์อย่างหนึ่ง ซึ่งใช้ระบบแสดงอักขระโดยทางเครื่องจักรกล OCR) หรือเป็นรอยตรารับรองของเจ้าพนักงานอย่างหนึ่ง ยิ่งไปกว่านั้นในคดีที่ได้เคยเกิดขึ้นมาแล้วซึ่งมีอยู่คดีเดียวได้แก่คดีระหว่างประชาชนกับ เบอร์เคตต์ (People V. Burkett) ศาลสูงได้พิพากษายืนตามศาลล่างว่า รอยตราหรือข้อเขียนด้วยลายมือเป็นคำรวมที่กว้างเพียงพอต่อการรวมความหมายไปถึงสำเนาภาพถ่ายของรอยตราและลายเซ็นชื่อ ซึ่งถอดแบบออกมาเหมือนของจริงที่ได้ทำขึ้นมาใหม่นั้น คดีนี้จำเลยได้กระทำความผิดโดยการใช้สำเนาภาพถ่ายต่าง ๆ ของธนบัตรเหรียญดอลลาร์สหรัฐในร้านแลกเปลี่ยนเงินตราแห่งหนึ่ง⁵⁶

ฉะนั้นอย่างน้อยในเขตศาลดังที่ได้กล่าวมานั้น ได้ถือว่าเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ว่าการใช้รหัสที่ใส่เข้าไปในเครื่องคอมพิวเตอร์หรือสัญลักษณ์แห่งสิทธิหรือสิทธิพิเศษหรือเอกสารประจำตัวที่พิมพ์ออกมาเครื่องจักรกลใด ๆ ที่เป็นของเท็จและได้ถูกนำไปใช้เพื่อที่จะหลอกลวงหรือทำให้เสียหายอาจถือเป็นความผิดฐานปลอมเอกสารได้

5. ความสัมพันธ์หรือความสำคัญของคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ที่มีต่อความหมายทางอาญาของคำว่า"เอกสาร"

⁵⁵ U.S.Department of Justice "Computer Crime : Criminal" National Criminal Information and Statistics Service Law Enforcement Admission. Justice Resource Manual , Washington D.C. ,Government Printing Office , 1979, p.136.

⁵⁶ Ibid., p.137.

จากการวิเคราะห์กฎหมายไทยเรื่องปัญหากฎหมายเกี่ยวกับเอกสารที่เทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องก็คืออุปกรณ์ซอฟต์แวร์หรืออุปกรณ์เครื่องเก็บข้อมูลช่วย ได้แก่ เทปแม่เหล็ก(Magnetic Tape) จานแม่เหล็ก (Magnetic Disk) ทรัมแม่เหล็ก (Magnetic Drum) บัตรแม่เหล็ก (Magnetic Card) บัตรเจาะรู (Punched Cards) เทปกระดาษเจาะรู (Punched Paper Tape) ดิสเก็ตต์หรือจานฟลอปปี (Diskette หรือ Floppy disk) ว่าเป็นเอกสารหรือไม่ วิจัยพบว่า ตามนัยกฎหมายไทยปัจจุบันยังไม่สามารถชี้ชัดได้ว่าคอมพิวเตอร์ ซอฟต์แวร์ อุปกรณ์ซอฟต์แวร์ อุปกรณ์เครื่องช่วยเก็บข้อมูลเป็นเอกสารได้ ดังเหตุผลจากการวิเคราะห์กฎหมายไทยดังกล่าวข้างต้น แต่โดยที่คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ อุปกรณ์เครื่องเก็บข้อมูลดังกล่าวมีส่วนที่สัมพันธ์หรือเกี่ยวพันกับเอกสารถึงกรณีเกี่ยวกับการสื่อความหมายอันเกิดจากเทคโนโลยีดังต่อไปนี้

1. ความหมายทางอาญาของคำว่า"เอกสาร" ในทางตำราเอกสารเกิดจากการสื่อสารความคิดของผู้ทำเอกสารให้ปรากฏความหมายขึ้นก็เป็นเอกสาร เอกสารนั้นต้องเป็นการสื่อแสดงข้อความของบุคคลไม่ว่าจะเป็นข้อเท็จจริง (Fact) หรือเรื่องสมมุติ (Fiction) ต้องแสดงเหตุการณ์(Messages)และอาจแสดงความเห็นของบุคคลผู้เป็นเจ้าของเอกสารนั้นกล่าวคือตัวเครื่องก็เปรียบเสมือนส่วนหนึ่งของสมองคนที่สามารถสั่งให้ส่วนอื่นของสมองทำการคิดให้ได้ผลลัพธ์ออกมาตามข้อมูลที่ได้รับเข้าไปโดยสัมผัสต่างๆของร่างกาย ตัวอย่างเช่นบุคคลหนึ่งมองเห็นหญิงสาวคนหนึ่งแล้วสื่อความคิดลงบนกระดาษหรือวัตถุอื่นใดให้ปรากฏความหมายเป็นลายลักษณ์อักษรว่า"ผู้หญิงคนนี้สวย"ดังนี้ตัวบุคคลนั้นเปรียบได้กับตัวเครื่องคอมพิวเตอร์อันมีนับดาเป็นส่วนของการนำข้อมูลเข้าและข้อมูลที่ได้รับเข้ามาคือรูปลักษณะของหญิงสาวผู้นั้น ซึ่งจะเข้าไปสู่สมองอันมีส่วนหนึ่งทำหน้าที่เป็นซอฟต์แวร์ที่จะสั่งให้ส่วนของการประมวลผลกลางในสมองทำการคิด ซึ่งก็คือทำการประมวลผลข้อมูลนั้นออกมาทางจอภาพหรือกระดาษพิมพ์อันเป็นส่วนของการนำข้อมูลออกหรือผลิตออกมาโดยมีผลลัพธ์ว่า "ผู้หญิงคนนี้สวย"นั่นเอง สำหรับพีเพิลแวร์นั้นไม่จำเป็นต้นมีในมนุษย์เพราะเครื่องคอมพิวเตอร์แตกต่างจากมนุษย์ในแง่ความเป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิตจึงต้องอาศัยมนุษย์เป็นพีเพิลแวร์ช่วยทำให้ตนทำงาน เพราะเป็นสิ่งที่ชีวิตที่อาจทำงานได้เองอยู่แล้ว ดังนั้นคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์จึงเป็นส่วนหนึ่งของการสื่อสารได้

2. คำว่า"ความหมาย" คือสิ่งทำให้ปรากฏขึ้นต้องแสดงความคิดของผู้ทำเอกสารจะเป็นที่เข้าใจได้หรือไม่ก็ตาม เครื่องหมายเป็นรหัสไม่มีใครเข้าใจได้ก็แสดงความคิดเห็นของผู้ทำเอกสารได้ ดังนั้นอุปกรณ์ตลอดจนสื่อในทางคอมพิวเตอร์ต่างๆ เช่น เทปแม่เหล็ก

แผ่นงานแม่เหล็ก บัตรรายการ ฯลฯ ที่บันทึกไว้ด้วยข้อมูลที่เป็นรหัสซึ่งเป็นภาษาคอมพิวเตอร์ ย่อมจัดได้ว่าเป็นการแสดงความคิดของผู้ทำเอกสารได้ ดังนั้นอุปกรณ์ตลอดจนสื่อในทางคอมพิวเตอร์ต่าง ๆ เช่น เทปแม่เหล็ก แผ่นงานแม่เหล็ก บัตรรายการ ฯลฯ ที่บันทึกไว้ด้วยข้อมูลที่เป็นรหัสซึ่งเป็นภาษาคอมพิวเตอร์ย่อมจัดได้ว่าเป็นการแสดงความคิดของผู้ทำเอกสารได้ ดังนั้นอุปกรณ์ตลอดจนสื่อในทางคอมพิวเตอร์ต่าง ๆ เช่น เทปแม่เหล็ก แผ่นงานแม่เหล็ก บัตรรายการ ฯลฯ ที่บันทึกไว้ด้วยข้อมูลที่เป็นรหัสซึ่งเป็นภาษาคอมพิวเตอร์ย่อมจัดได้ว่าเป็น "ความหมาย" อย่างหนึ่ง

3. นอกจากนี้เอกสารที่ทำด้วยมือ กล่าวคือเอกสารที่เกิดขึ้นโดยระบบที่มีใช้ทางอิเล็กทรอนิกส์ หากมีเอกสารเป็นจำนวนมากยากต่อการเก็บรักษาไว้ แต่หากมีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องกับเอกสาร โดยเฉพาะระบบคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์หรืออุปกรณ์ช่วยเก็บข้อมูล ก็โดยเหตุผลเพื่อต้องการความสะดวกรวดเร็วในการค้นหาและที่สำคัญคือเพื่อประหยัดเนื้อที่ในการเก็บเอกสาร บรรดาข้อมูลทางเอกสารในระบบที่ทำขึ้นด้วยมือแล้วจะเห็นได้ว่ามีความกระตือรือร้นกว่า เปลี่ยนรูปได้ง่ายกว่าและสามารถใช้ระบบคอมพิวเตอร์เก็บไว้ในสื่อ (Media) โดยหลายรูปแบบอีกด้วย ทั้งในรูปแบบของเอกสารคอมพิวเตอร์ (Print Out) เทปแม่เหล็ก (Magnetic Tape) แผ่นดิสเก็ตต์(Diskette) เป็นต้น โดยคำนึงถึงความจำเป็นที่จะต้องนำวิทยาการสมัยใหม่มาใช้แทนการเก็บข้อมูลหรือเอกสารในระบบเดิม โดยการแทนที่บันทึกซึ่งอยู่ในเอกสารที่เก็บไว้ภายในระบบคอมพิวเตอร์

4. การพิสูจน์ถึงความถูกต้องแท้จริงแห่งข้อความในเอกสาร ไม่ว่าในคดีแพ่งหรือคดีอาญา จะต้องนำต้นฉบับเอกสารนั้นมาแสดง ซึ่งเป็นไปตามหลัก "The Best Evidence Rule" ซึ่งกรณีดังกล่าวได้บัญญัติรองรับไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 93 ถ้ามีบุคคลใดคนหนึ่ง เดิม หรือตัดทอนข้อความหรือแก้ไขด้วยประการใด ๆ ในเอกสาร ผู้นั้นกระทำความผิดฐานปลอมเอกสาร ตามมาตรา 264 การพิสูจน์ความแท้จริงต่อเอกสารนั้นย่อมสามารถพิสูจน์ร่องรอย ความพิรุณของเอกสารได้โดยง่าย แต่ส่วนกรณีการแก้ไขคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์หรืออุปกรณ์ช่วยเก็บข้อมูลเปลี่ยนแปลงหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หากมีการพิมพ์ข้อความออกมา ซึ่งเราเรียกว่าเอกสารที่เกิดจากระบบคอมพิวเตอร์จะไม่พบข้อมูลที่เป็นร่องรอยหรือความพิรุณแต่อย่างใด ซึ่งจะเป็นช่องทางให้เกิดโอกาสที่เกิดความผิดพลาดหรือปลอมแปลงมิได้มาก อันนำไปสู่ความชัดเจนและความถูกต้องของข้อความ

ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งที่จะบังคับข้อความในเอกสารนั้น ความคลาดเคลื่อนของถ้อยคำ แม้เพียงเล็กน้อยอาจก่อให้เกิดมีผู้นำเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องปลอมแปลงอันนำไปสู่ความเสียหายและอาจเกิดความแตกต่างในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณี

5. เนื่องจากคำว่า "เอกสาร" มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 มาตรา 1 (7) ได้กำหนดบทนิยามไว้และได้มีกฎหมายอาญาเข้ามาคุ้มครองเอกสารดังกล่าว กล่าวคือหากมีการปลอมเอกสารเกิดขึ้น ก็จะมีความผิดฐานปลอมเอกสาร แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนของคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์มีลักษณะสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องกับเอกสาร ในกรณีการสื่อความหมายอันนำไปสู่การแก้ไขข้อมูลคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ ซึ่งจะเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (Computer Crime) แต่ในส่วนของกฎหมายอาญา โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 หรือกฎหมายอื่นซึ่งบัญญัติไว้เป็นพิเศษยังไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองเอาไว้ ซึ่งสมควรมีกฎหมายมารองรับเพื่อคุ้มครองประโยชน์ในด้านนี้เพื่อเป็นการรับมือถึงการกระทำความผิดอาญาประเภทนี้

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับเอกสารที่มีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาให้รวมถึงเทคโนโลยีโดยเฉพาะอุปกรณ์ซอฟต์แวร์หรือเครื่องเก็บข้อมูลก็ทำได้เช่นกัน อันมีความเกี่ยวพันในการวิเคราะห์ความหมายว่าเป็น"เอกสาร" อันนำไปสู่การกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น โดยเฉพาะอุปกรณ์ซอฟต์แวร์หรือเครื่องช่วยเก็บข้อมูลดังกล่าว นั้น โดยมีลักษณะเช่นเดียวกับมาตรา 287 อนุ 1 ความผิดฐานค้าสิ่งลามก ซึ่งก่อนปี 2525 มีเพียงวัตถุที่กระทำความผิดได้แก่"เอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก" เท่านั้น ต่อมาเทคโนโลยีเจริญขึ้นจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม"แถบบันทึกเสียงและแถบบันทึกภาพ"ให้ทันต่อความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในปัจจุบัน

ดังนั้นปัญหาเกี่ยวกับเอกสารที่เทคโนโลยีเกี่ยวข้อง จึงอาจจะสรุปว่า "กระดาษ หรือวัตถุอื่นใดซึ่งได้ทำให้ปรากฏความหมายด้วยอักษร ตัวเลข ผังหรือแผนแบบอย่างอื่น จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพ หรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้นและให้หมายความรวมถึงบันทึกด้วยเครื่องกลหรือเครื่องอิเล็กทรอนิกส์หรือเครื่องคอมพิวเตอร์หรือเครื่องอื่นทำนองเดียวกันบนแผ่นพิมพ์หรือสิ่งที่สามารถส่งออกมาให้อ่านได้โดยสายตา"

แต่อย่างไรก็ตามหากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา โดยให้"หมายความรวมถึงการบันทึกด้วยเครื่องกลหรือเครื่องอิเล็กทรอนิกส์โทรนิคหรือเครื่องคอมพิวเตอร์หรือเครื่องอื่นทำนองเดียวกันบนแผ่นพิมพ์หรือสิ่งที่สามารถส่งออกมาให้อ่านได้โดยสายตา" แม้ว่าจะมีมาตรา 17 บัญญัติว่า"บทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ให้ใช้ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้น ๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น" ซึ่งสามารถนำเอาบทนิยามในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 คำว่า"เอกสาร" ไปใช้แปลความหมายของถ้อยคำในกฎหมายอื่น ๆ ด้วยตามมาตรา 17 แต่ก็ไม่น่าจะเหมาะสมเท่าไรนัก เพราะการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์เป็นเรื่องละเอียด ซับซ้อน ยุ่งยาก มีข้อปลีกย่อยมากมาย หากมีการบังคับใช้กฎหมายเกิดขึ้น บทนิยามของคำว่า"เอกสาร" ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมนำไปใช้โดยผ่านมาตรา 17 ไปสู่การกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ จะมีปัญหายุ่งยากและไม่ได้ผลตามมา ทางออกก็คือควรที่จะบัญญัติกฎหมายพิเศษออกมาเป็นเอกเทศโดยเฉพาะ เพื่อรองรับการกระทำผิดทางคอมพิวเตอร์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตต่อไป

จากการวิเคราะห์ถึงความหมายของคำว่าเอกสารกับซอฟต์แวร์ของคอมพิวเตอร์จะเห็นได้ว่าถึงแม้ว่าจะยังไม่มีแนวคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานหรือมีกฎหมายระบุไว้อย่างชัดเจนว่าสื่อบันทึกข้อมูลในซอฟต์แวร์ของคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งไมโครชิปเป็น"เอกสาร" แต่ในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับไมโครชิป คือกฎหมาย The Semiconductor Chip Protection Act 1984 ซึ่งต่อมาเป็นเหตุให้ประเทศอีก 7 ประเทศซึ่งเป็นประเทศผู้ผลิตชิปที่สำคัญต้องตรากฎหมายออกมาในทำนองเดียวกันด้วย

กฎหมายของต่างประเทศส่วนใหญ่มุ่งคุ้มครองไม่ให้ลอกเลียนโดยไม่ได้รับอนุญาตและไม่ให้จำหน่ายโดยเฉพาะนำเข้าและขายวัตถุที่บรรจุภูมิสภาพที่ถูกลอก แต่ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกามีข้อยกเว้นที่น่าสนใจคือ

1. ขอมให้มีการทำ Reverse Engineering ได้ ซึ่งตามปกติจะทำไม่ได้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยกฎหมาย The Semiconductor Chip Protection Act นี้ขอมให้ทำได้ใน 2 กรณี คือ

- ก. ทำซ้ำได้เพื่อการศึกษาวิเคราะห์และ
- ข. สามารถนำผลการวิเคราะห์ไปใช้ในการสร้าง Mask work ใหม่ได้

2. Innocent Acquisition ผู้ใช้ที่อาจจะใช้ชิพซึ่งละเมิดสิทธิของผู้อื่นไม่ต้องรับผิดชอบในการนำเข้าหรือแจกจ่ายชิพถ้าหากนำไปด้วยความไม่รู้ แต่อาจจะต้องจ่ายค่า Royalty⁵⁷

กรณีซึ่งเป็นที่สนใจกันทั่วไปเกี่ยวกับซอฟต์แวร์ของคอมพิวเตอร์ก็คือการคุ้มครอง Microcode ปัญหาเกี่ยวกับ Microcode เกิดขึ้นเมื่อบริษัท Intel Corp. ได้เป็นโจทก์ยื่นฟ้องบริษัท NEC Corp. ว่าละเมิดสำหรับ Microcode ในชิพ 8088 และ 8086 ของตนคดีนี้ได้มีกระบวนการพิจารณาที่ยืดเยื้อมาเป็นเวลา 6 ปีและมีการคัดค้านและเปลี่ยนตัวผู้พิพากษาด้วย ผลที่สุดเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ 1989 ศาลได้มีคำพิพากษาว่า Microcode เป็นสิ่งที่มีลิขสิทธิ์ได้ แต่อย่างไรก็ตามศาลก็ได้พิพากษาว่า บริษัท NEC Corp. ละเมิดลิขสิทธิ์ของบริษัท Intel Corp. เนื่องจากศาลมีความเห็นว่าชิพของบริษัท NEC Corp มีรูปแบบที่ปรากฏออกมาแตกต่างจากชิพของบริษัท Intel Corp แม้จะมีแหล่งที่มาแหล่งเดียวกัน ซึ่งก็ทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ทั้งในแง่มีความเห็นด้วยและโต้แย้งว่าคำพิพากษาของศาลเช่นนี้จะส่งเสริมให้มีการคัดลอกหรือไม่ ถ้าหากสามารถทำให้ปรากฏออกมาในรูปแบบนี้แตกต่างกันได้ แต่ในทางตรงกันข้ามก็มีผู้เห็นว่าเป็นการเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาโปรแกรมที่มีผลสุดท้ายเหมือนกันได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์⁵⁸

อย่างไรก็ตามนักกฎหมายจำนวนไม่น้อยที่มีความเห็นว่ากฎหมายต้องพัฒนาไปกับความเจริญของสังคมและเทคโนโลยี เพราะฉะนั้นนิยามบางคำของกฎหมายก็สามารถเปลี่ยนแปลงได้ เช่น ความหมายของคำว่า "เอกสาร" ซึ่งโลกเทคโนโลยีได้พัฒนาไปถึงการส่งจดหมายข้อความโดยผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือที่เรียกว่า E-Mail กันแล้ว ดังนั้นถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 264 ในส่วนของกรณ "ปลอม" ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดทำเอกสารปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด เดิมหรือตัดทอนข้อความ หรือแก้ไขด้วยประการใด ๆ ในเอกสารที่แท้จริงหรือประทับตราปลอมหรือลงลายมือชื่อปลอมในเอกสาร ..." ข้อความที่บัญญัติว่า "แก้ไขด้วยประการใด ๆ" เป็นลักษณะของการกระทำที่เปิดกว้างเพื่อให้

⁵⁷ จริฎู ภักดิธนากุลและคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องลิขสิทธิ์ : การคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์และภูมิสถาพของศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา,คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532.

⁵⁸ ราชละเอียดดู The Uncertain Payoff From Intel's Landmark Case , International Business Week, February 28, 1989, p.31.

รับกับพัฒนาการของการกระทำความผิด เมื่อเป็นเช่นนี้การกระทำในส่วนของการปรับปรุงโทรศัพท์เคลื่อนที่โดยใช้ตัวคูณสัญญาณ ซึ่งเป็นเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ประกอบขึ้นเพื่อทำหน้าที่คูณคลื่นหรือตัดคลื่นสัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่ต่าง ๆ ที่อยู่ในอาณาเขตรัศมี 100 -200 เมตร เมื่อคูณคลื่นสัญญาณแล้วก็จะแปลงสัญญาณเป็นรหัส เมื่อทราบรหัสแล้วก็จะทราบว่าโทรศัพท์ที่ถูกคูณหรือตัดคลื่นมีรหัสข้อมูลหมายเลขอะไร จากนั้นก็จะเอาข้อมูลของรหัสไปแปลงใส่โทรศัพท์เคลื่อนที่อีกเครื่องหนึ่ง ขึ้นตอนดังกล่าวน่าจะเป็นการแก้ไขด้วยประการใด ๆ ในเอกสารที่แท้จริงโดยประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน อันสามารถนำไปสู่ความรับผิดชอบพลอมเอกสารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 264 ได้

4.1.4 วิเคราะห์การลักลอบใช้สัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่กับการกระทำความผิดตาม

พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498

ปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารของประเทศไทยมีอยู่ทั้งสิ้น 8 ฉบับ คือ

1. พระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ.2477
2. พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ.2477
3. พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ.2497
4. พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498
5. พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ.2498
6. พระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ.2519
7. พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2520
8. หนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทวิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด

จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารของประเทศไทยทั้ง 8 ฉบับพบว่า การลักลอบปรับปรุงโทรศัพท์เคลื่อนที่ ถือเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498 ก่อนจะวิเคราะห์ถึงการกระทำที่เข้าข่ายความผิดตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จะขอสรุปหลักเกณฑ์โดยย่อของพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498 ดังนี้

มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498

คลื่นแอมพลิจูดความถี่ หมายถึง คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าที่มีความถี่ระหว่าง 10 กิโลเฮิรตซ์ต่อวินาทีและ 3,000,000 แมกกาไซเคิลต่อวินาที

วิทยุคมนาคม หมายความว่า การส่ง หรือการรับเครื่องหมายสัญญาณตัวหนังสือภาพและเสียงหรือการอื่นใด ซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้ด้วยคลื่นแอมตรเซียน

เครื่องวิทยุคมนาคม หมายความว่า เครื่องส่งวิทยุคมนาคม เครื่องรับวิทยุคมนาคม หรือเครื่องรับและส่งวิทยุคมนาคม แต่ไม่รวมถึงตลอดถึงเครื่องรับวิทยุกระจายเสียงและเครื่องรับวิทยุโทรทัศน์

พนักงานวิทยุคมนาคม หมายความว่า ผู้ใช้เครื่องวิทยุคมนาคม

สถานีวิทยุคมนาคม หมายความว่า ที่ส่งวิทยุคมนาคมที่รับวิทยุคมนาคมหรือที่ส่งและรับวิทยุคมนาคม

ทำหามความตลอดถึงการประกอบขึ้น การแปรสภาพหรือการกลับสร้างใหม่ นำเข้า หมายความว่า นำเข้าในราชอาณาจักร

เจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งตามพระราชบัญญัตินี้

รัฐมนตรี หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

เพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือป้องกันราชอาณาจักร รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งเฉพาะกาลให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจยึดไว้ เอาไปใช้ ห้ามการใช้ หรือห้ามการยกย้ายซึ่งเครื่องวิทยุคมนาคมหรือส่วนใด ๆ แห่งเครื่องวิทยุคมนาคมในระหว่างเวลาและภายในเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำสั่งนี้ (มาตรา 14)

ผู้ใดกระทำการรบกวนหรือขัดขวางต่อการวิทยุคมนาคมโดยมิได้เจตนา เจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายมีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นระงับการกระทำนั้นหรือให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงสิ่งที่ใช้ในการกระทำนั้นเสียหรือให้ย้ายสิ่งดังกล่าวนั้นออกไปให้พ้นเขตรบกวนได้ (มาตรา 15)

ห้ามมิให้ผู้ใดส่งหรือจัดให้ส่งข้อความใด ๆ โดยวิทยุคมนาคมอันตนรู้ว่าเป็นเท็จหรือข้อความอื่นใดที่มีได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติหรือประชาชน (มาตรา 16)

ห้ามมิให้ผู้ใดคัดรับไว้ใช้ประโยชน์หรือเปิดเผยโดยมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งข่าววิทยุคมนาคมที่มีได้มุ่งหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ (เช่นคำสั่งของนายกรัฐมนตรีให้

ใช้มาตรการป้องกันการจลาจล)หรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติหรือประชาชน (มาตรา 17)

เพื่อตรวจเครื่องวิทยุคมนาคม ส่วนแห่งเครื่องวิทยุคมนาคม สถานีวิทยุคมนาคม สิ่งทีก่อให้เกิดการรบกวนหรือขัดขวางต่อการวิทยุคมนาคมหรือใบอนุญาตเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายมีอำนาจเข้าไปในอาคารสถานที่หรือยานพาหนะของบุคคลใด ๆ ได้ในเวลาอันสมควร (มาตรา 18)

บทลงโทษผู้ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติ เพื่อเป็นการควบคุมให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ จึงได้มีบทลงโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนดังกรณีต่าง ๆ คือ

1. เมื่อมีคำพิพากษาว่าผู้ใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ศาลจะสั่งริบสิ่งที่ใช้ในการกระทำความผิดนั้น เพื่อให้ไว้ใช้ในราชการกรมไปรษณีย์โทรเลขด้วยก็ได้ (มาตรา 22)

2. ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 6 หรือมาตรา 16 มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือจำคุกไม่เกินห้าปี หรือทั้งปรับทั้งจำ (มาตรา 23)

3. ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนมาตรา 12 หรือ มาตรา 13 ผู้ควบคุมสถานีวิทยุคมนาคมหรือผู้ควบคุมเครื่องวิทยุคมนาคมและผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้น มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาทหรือจำคุกไม่เกินสองปีหรือทั้งปรับทั้งจำ (มาตรา 24)

4. ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 7 มาตรา 8 หรือมาตรา 17 มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาทหรือจำคุกไม่เกินสองปีหรือทั้งปรับทั้งจำ (มาตรา 25)

5. ผู้ใดจงใจกระทำให้เกิดความรบกวนหรือขัดขวางต่อการวิทยุคมนาคมมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินห้าปีหรือทั้งปรับทั้งจำ (มาตรา 26)

การลักลอบปรับจูนโทรศัพท์เคลื่อนที่นั้น จึงเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498 ดังนี้⁵⁹

⁵⁹ กฤษดา พุ่งโชคชัย, ความผิดอาญาเกี่ยวกับการลักลอบ"จูน" โทรศัพท์เคลื่อนที่, วารสารอัยการ, 20 (สิงหาคม 2540) : 77- 89.

1. ความผิดฐานรบกวนหรือขัดขวางต่อการวิเทศมนาคม บัญญัติว่า

"ผู้ใดจงใจกระทำให้เกิดการรบกวนหรือขัดขวางต่อการวิเทศมนาคม มีความผิด ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินห้าปีหรือทั้งจำทั้งปรับ

องค์ประกอบความผิด⁶⁰ มีดังนี้

- ผู้ใด
- จงใจกระทำให้เกิดความรบกวนหรือขัดขวางต่อการวิเทศมนาคม

องค์ประกอบภายใน

- เจตนา

ตามมาตรา

"ผู้ใด" หมายถึง บุคคลใดคนหนึ่งจงใจกระทำให้เกิดความรบกวนหรือขัดขวางต่อการวิเทศมนาคม

"จงใจ" คือการตั้งใจซึ่งเป็นการกระทำโดยความรู้สำนึกในการกระทำและผู้กระทำยังรู้สำนึกถึงความเสียหายที่จะเกิดจากการรบกวนหรือขัดขวางต่อการวิเทศมนาคมด้วย เช่น ก. ใช้วิเทศมนาคมคลื่นความถี่เดียวกันกับ ข. ซึ่งใช้วิเทศมนาคมติดต่อประสานงานในการควบคุมงานก่อสร้างโดยส่งเสียงดังต่าง ๆ รบกวนการใช้วิเทศมนาคมของ ข.

"การรบกวน" คือการกระทำให้เกิดความรำคาญหรือทำให้เกิดความเดือดร้อนต่อการวิเทศมนาคมของผู้อื่น เช่น ส่งเสียงดังต่าง ๆ เปิดเพลงเพื่อรบกวนการประสานงานหรือการติดต่อของผู้อื่น

"การขัดขวาง" คือการกระทำที่ก่อให้เกิดอุปสรรคหรือเกิดการขัดขวางไม่สะดวกต่อการติดต่อวิเทศมนาคม เช่น ใช้เครื่องวิเทศมนาคมที่มีกำลังสูงกว่า ทำให้บุคคลอื่นที่ใช้กำลังน้อยกว่าไม่อาจใช้เครื่องวิเทศมนาคมได้ เป็นต้น

⁶⁰ สุรินทร์ ถั่วทองและวินัย คูวิเชียร, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 3 หน่วยที่ 6-10 ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ (1) (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช , 2531) หน้า 932.

"วิทยุคมนาคม" หมายความว่า การส่งหรือการรับเครื่องหมายสัญญาณด้วยหนังสือ ภาพและเสียงหรือการอื่นใดซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้ด้วยคลื่นแฮตเซียน⁶¹

จะเห็นได้ว่าการลักลอบปรับจูนคลื่นรับส่งซึ่งเป็นคลื่นวิทยุของเจ้าของหมายเลขโทรศัพท์เคลื่อนที่แล้วนำไปใช้แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบยอมเป็นการรบกวนขัดขวางต่อการใช้วิทยุคมนาคม หรือโทรศัพท์เคลื่อนที่ของเจ้าของโทรศัพท์เคลื่อนที่ผู้เช่าหมายเลขแล้วกล่าวคือทำให้เจ้าของเกิดอุปสรรคหรือเกิดการติดขัดไม่สะดวกต่อการวิทยุคมนาคม ต่อเจ้าของผู้เช่าหมายเลขโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่จะโทรออกและเมื่อจะมีการโทรเข้า สิ่งเหล่านี้นอกจากจะเป็นผลร้ายต่อเจ้าของผู้เช่าหมายเลขโทรศัพท์เคลื่อนที่แล้วยังเป็นผลร้ายต่อสังคมและเศรษฐกิจของประเทศด้วย

แต่อย่างไรก็ตามการพิสูจน์ความผิดในข้อหานี้ไม่อาจกระทำได้ง่ายนัก อีกทั้งเทคโนโลยีเปลี่ยนแปลงไปได้เสมอ บางครั้งโทรออกพร้อม ๆ กันได้ และบางครั้งก็อาจรับสายเข้ามาพร้อม ๆ กันด้วย ดังนั้นจึงยากแก่การเอาผิดได้

อนึ่ง ถึงหากว่าศาลมีคำพิพากษาว่าผู้ใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498 แล้ว ศาลจะสั่งริบสิ่งที่ใช้ในการกระทำความผิดนั้น เพื่อให้ไว้ในราชการกรมไปรษณีย์โทรเลขด้วยก็ได้⁶² ซึ่งจะเห็นได้เป็นการริบโดยใช้ดุลพินิจของศาล

2. ความผิดฐานมีหรือใช้เครื่องวิทยุคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาต

พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498 มาตรา 6 บัญญัติว่า "ห้ามมิให้ผู้ใดทำ มี ใช้ นำเข้าหรือนำออกซึ่งเครื่องวิทยุคมนาคมหรือส่วนใด ๆ แห่งเครื่องวิทยุคมนาคมหรือตั้งสถานีวิทยุคมนาคม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้ออกใบอนุญาต"

มาตรา 23 "ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 6 หรือมาตรา 16 มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินห้าปีหรือทั้งจำทั้งปรับ"

⁶¹ มาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. วิทยุคมนาคม พ.ศ.2498.

⁶² มาตรา 22 แห่ง พ.ร.บ. วิทยุคมนาคม พ.ศ.2498.

มาตรา 22" เมื่อมีคำพิพากษาว่าผู้ใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ศาลจะสั่งรับสิ่งที่ใช้ในการกระทำความผิดนั้นเพื่อให้ไว้ในราชอาณาจักรไปรษณีย์โทรเลขด้วยก็ได้"

การที่มีผู้ลักลอบปรับจูนโทรศัพท์เคลื่อนที่และมีการนำเอาโทรศัพท์เคลื่อนที่ไปใช้ประโยชน์โดยเจ้าของผู้เช่าหมายเลขโทรศัพท์ไม่ทราบนั้น ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของผู้เช่าหมายเลขโทรศัพท์ ผู้มีหรือใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ลักลอบการปรับจูนเครื่องนั้น ย่อมมีความผิดตามมาตรา 6 กล่าวคือ

องค์ประกอบของความผิด มีดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

- ผู้ใด
- ทำ มี ใช้ นำเข้า หรือนำออกซึ่งเครื่องวิทยุคมนาคม หรือส่วนใด ๆ แห่งเครื่องวิทยุคมนาคมหรือตั้งสถานีวิทยุคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาต

องค์ประกอบภายใน

- เจตนา

ตามบทบัญญัตินี้

"ผู้ใด" หมายถึง บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้กระทำการดังต่อไปนี้

"ทำ" หมายรวมถึงการประกอบขึ้น การแปรสภาพหรือการกลับสร้าง

ขึ้นใหม่

"การแปรสภาพ"คือการเปลี่ยนแปลงจากอุปกรณ์หรือเครื่องมือสื่อสารประเภทอื่นที่มีใช้เป็นวิทยุคมนาคมให้มีสภาพเป็นเครื่องรับวิทยุคมนาคม เช่น แปรสภาพเครื่องรับวิทยุธรรมดาให้เป็นเครื่องวิทยุคมนาคมระบบหนึ่งเป็นอีกระบบหนึ่ง

"มี"หมายถึงการมีกรรมสิทธิ์ด้วยการแสดงความเป็นเจ้าของหรือมีไว้ในครอบ

ครอง

4.2 การบังคับใช้กฎหมายตามแนวกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่เข้าลักษณะปรับจูนโทรศัพท์เคลื่อนที่ Statutory Law ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดซึ่งครอบคลุมการกระทำความผิดกล่าวไว้ในบทที่ 18 ของ U.S.C.A มาตรา 1029 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับ Fraud and related activity in connection with access devices⁶³ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

⁶³ Section 1029 Fraud and related in connection with access devices :

(a) Whoever

(1) Knowingly and with intent to defraud produces, uses , or traffics in one or more counterfeit access devices :

(2) Knowingly and with intent to defraud traffics in or uses one or more unauthorized access devices during any one-year period , and by such conduct obtains anything of value aggregations \$1,000 or more during that period ;

(3) Knowingly, and with intent to defraud , processes fifteen or more devices which are counterfeit or unauthorized access devices

(4) Knowingly , and with intent to defraud , produces , traffics in , has control or custody of , or possesses device - making equipment ;

(5) Knowingly , and with intent to defraud effects transactions , with 1 or more access devices issued to another person or persons , to receive payment or any other things of value during any 1 year period the aggregate value of which is equal to or greater than \$1,000

(6) Without the authorization of the issuer of the access device , knowingly and with intent to defraud solicits a person for the purpose of

(A) offering an access device ; or

(B) selling information regarding or an application to obtain an access device ;

(7) Knowingly and with intent to defraud uses , produces , traffics in , has control or custody of , or possesses a telecommunications instrument

that has been modified or altered to obtain unauthorized use of telecommunication services ;

(8) Knowingly and with intent to defraud uses , produces , traffics in , has control or custody of , or possesses

(A) a scanning receiver ; or

(B) hardware or software used for altering or modifying telecommunications instruments to obtain unauthorized access to telecommunications services , or

(9) without the authorization of the credit card system member or its agent , knowingly and with intent to defraud causes or arranges for another person to present to the member or its agent , for payment , 1 or more evidences or records of transactions made by an access device ;

shall , if the offense affects interstate or foreign commerce, be punished as provided in subsection (c) of this section

(b)(1) Whoever attempts to commit an offense under subsection (a) of this section shall be punished as provided in subsection (c) of this section

(2) Whoever is a party to a conspiracy of two or more persons to commit an offense under subsection (a) of this section , if any of the parties engages in any conduct in furtherance of such offenses , shall be fined an amount not greater than the amount provided as the maximum fine for such offense under subsection (c) of this section or imprisoned not longer than one-half the period provided as the maximum imprisonment for such offense under subsection (c) of this section , or both.

(c) The punishment for an offense under subsection (a) or (b)(1) of this section is

(1) a fine under this title or twice the value obtained by the offense , whichever is greater, or imprisonment for not more than ten years, or both, in the case of an offense under subsection (a)(2) , (3) , (5) , (6) , (7) , (8) , or (9) of this section which does not occur after a conviction for another offense under either such subsection, or an attempt to commit an offense punishable under this paragraph ;

(2) a fine under this title or twice the value obtained by the offense whichever is greater, or imprisonment for not more than fifteen years or both in the case of an offense under subsection (a)(1), (4), (5), (6), (7), or (8) of this section which does not occur after an conviction for another offense under either such subsection or an attempt to commit an offense punishable under this paragraph ; and

(3) a fine under this title or twice the value obtained by the offense whichever is greater , or imprisonment for not more than twenty years , or both, in the case of an offense under subsection (a) of this section which occurs after a conviction for another offense under such subsection , or an attempt to commit an offense punishable under this paragraph

(d) The United States Secret Service shall, in addition to any other agency having such authority, have the authority to investigate offenses under this section. Such authority of the United States Secret Service shall be exercised in accordance with an agreement which shall be entered into by the Secretary of Treasury and the Attorney General.

(e) As used in this section

(1) the term "access device" means any card, plate, code , account number , electronic serial number, mobile identification number, personal identification number, or other telecommunications service , equipment , or instrument identifier , or other means of account access that can be used, alone or inconjunction with another access device, to obtain money, goods , services or any other thing of value or that can be used to initiate a transfer of funds (other than a transfer originated solely by paper instrument)

(2) the term "counterfeit access device " means any access device that is counterfeit, fictitious, altered, or forged or an identifiable component to an access device or a counterfeit access device ;

(3) the term "unauthorized access device" means any access device that is lost , stolen , expired, revoked, canceled , or obtained with intent to defraud ;

(4) the term "produce" includes design, alter, authenticate , duplicate or assemble.

มาตรา 1029 พฤติการณ์ฉ้อฉลและพฤติการณ์ที่สอดคล้องกันอันเกี่ยวเนื่อง
กับอุปกรณ์สื่อสาร

(ก) ผู้ใด

(1) ประดิษฐ์, ใช้, หรือค้าอุปกรณ์สื่อสารที่ปลอมแปลงขึ้นเครื่องหนึ่ง
หรือมากกว่านั้นโดยมีเจตนาและจงใจที่จะฉ้อโกง

(2) ค้าหรือใช้อุปกรณ์สื่อสารที่มีได้รับอนุญาตในช่วงระยะเวลาใดๆใน
หนึ่งปีและได้รับสิ่งของมีค่าใดๆที่มีมูลค่ารวม 1,000 ดอลลาร์สหรัฐ ฯ หรือมากกว่านั้นใน
ระหว่างช่วงเวลาดังกล่าวจากการกระทำดังกล่าว ;

(3) ทำปลอมอุปกรณ์สื่อสารที่ปลอมแปลงขึ้นหรือมิได้รับอนุญาตเป็น
จำนวน 15 เครื่องหรือมากกว่านั้นโดยมีเจตนาและจงใจที่จะฉ้อโกง

(4) ผลิต, ค้าและเข้าควบคุมหรือดูแลรักษาไว้หรือครอบครองซึ่ง
อุปกรณ์สำหรับประดิษฐ์อุปกรณ์สื่อสารโดยมีเจตนาและจงใจที่จะฉ้อโกง

(5) the term "traffic" means transfer or otherwise dispose of, to another, or
obtain control of with intent to transfer or dispose of ;

(6) the term "device - making equipment" means any equipment, mechanism , or
impression designed or primarily used for making an access device or a counterfeit
access device ; and

(7) the term "credit card system member" means a financial institution or other
entity that is a member of a credit card system, including an entity, whether affiliated
with identical to the credit card issuer , that is the sole member of credit card
system.

(8) the term "scanning receiver" means a device or apparatus that can be used
to intercept a wire or electronic communication in violation of chapter 119

(f) This section does not prohibit any lawfully authorized investigative, protective, or
intelligence activity of law enforcement agency of the United States, a State, or a
political subdivision of a State, or of an intelligence agency of the United States, or
any activity authorize under chapter 224 of this title. For purposes of this subsection,
the term "State" includes a State of the United States, the District of Columbia, and
any commonwealth, territory, or possession of the United States.

(5) ทำให้มีการซื้อขายอุปกรณ์สื่อสารอนุญาตไว้แก่บุคคลอื่นจำนวน 1 เครื่องหรือมากกว่านั้นเป็นผลสำเร็จ ,เข้ารับชำระเงินหรือสิ่งของมีค่าอื่นใดในระหว่างกำหนดเวลา 1 ปี โดยที่ว่ามีมูลค่ารวมเท่ากับหรือมากกว่า 1,000 ดอลลาร์สหรัฐ โดยมีเจตนาและจงใจที่จะฉ้อโกง

(6) ชักจูงบุคคลหนึ่งๆ โดยมีเจตนาและจงใจที่จะฉ้อโกงทั้งๆที่ตนมิได้เป็นผู้มีอำนาจในการอนุญาตให้ใช้อุปกรณ์สื่อสารเพื่อ

(1) อุปกรณ์สื่อสารให้

(2) ขยายข้อมูลเกี่ยวกับหรือวิธีการที่จะให้ได้มาซึ่งอุปกรณ์สื่อสารสักเครื่องหนึ่ง

(6) ใช้, ผลิต, จำ, เข้าควบคุมหรือดูแลรักษาไว้หรือครอบครองซึ่งเครื่องมือโทรคมนาคมซึ่งมีการดัดแปลงหรือแก้ไขเพื่อที่จะนำไปใช้บริการโทรคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยมีเจตนาและจงใจที่จะฉ้อโกง

(7) ใช้, ผลิต, จำ, เข้าควบคุมหรือดูแลรักษาไว้หรือครอบครองโดยมีเจตนาและจงใจที่จะฉ้อโกงซึ่ง

(ก) เครื่องรับสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์ หรือ

(ข) ฮาร์ดแวร์หรือซอฟต์แวร์ที่ใช้สำหรับแก้ไขหรือดัดแปลงเครื่องมือโทรคมนาคมเพื่อนำไปใช้บริการโทรคมนาคมโดยมิได้รับอนุญาตได้...

(ข)(1) บุคคลใดก็ตามที่พยายามกระทำความผิดตามอนุมาตรา (ก) ของมาตรานี้ จะถูกลงโทษดังที่ระบุไว้ในอนุมาตรา(ค) ของมาตรานี้

(1) บุคคลใดก็ตามที่อยู่ในขณะบุคคลจำนวน 2 คนหรือมากกว่านั้นซึ่งสมรู้ร่วมคิดกันกระทำความผิดตามอนุมาตรา (ก) ของมาตรานี้ หากบุคคลใดในขณะดังกล่าวมีส่วนในการส่งเสริมให้เกิดการกระทำความผิดดังกล่าวแล้วก็จะต้องถูกปรับเป็นจำนวนไม่เกินกว่าที่ได้ระบุไว้เป็นค่าปรับขั้นสูงสุดสำหรับความผิดดังกล่าวแล้ว ก็จะต้องถูกปรับเป็นจำนวนไม่เกินกว่าที่ได้ระบุไว้เป็นค่าปรับขั้นสูงสุดสำหรับความผิดดังกล่าวตามอนุมาตรา (ค) ของมาตรานี้ หรือถูกจำคุกเป็นระยะเวลาไม่เกินครึ่งหนึ่งของระยะเวลาที่กำหนดไว้ให้เป็นโทษจำคุกสูงสุดสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าวตามอนุมาตรา (ค) ของมาตรานี้ หรือทั้งจำทั้งปรับ

(ค) บทลงโทษสำหรับความผิดตามอนุมาตรา (ก) หรือ ข(1) ของมาตรานี้

(1) การปรับ ...

.....

(จ) บทนิยามศัพท์ดังที่ใช้ในมาตรานี้

1. คำว่า “อุปกรณ์สื่อสาร” หมายถึง บัตร, แผ่นโลหะ, รหัส, หมายเลขบัญชี, หมายเลขเครื่อง, หมายเลขประจำเครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่, หมายเลขประจำตัวส่วนบุคคล, หรือการบริการ, อุปกรณ์, หรือเครื่องหมายระบุเครื่องมือทางโทรคมนาคมอื่นๆ, หรือวิธีการอื่นใดที่จะสามารถบรรลุถึงบัญชีที่สามารถจะถูกนำมาใช้ได้โดยลำพัง หรือใช้ควบคู่กับอุปกรณ์สื่อสารชนิดอื่นเพื่อให้ได้มาซึ่งเงิน, สินค้า, การบริการหรือสิ่งมีค่าอื่นใดก็ตามหรือที่จะสามารถนำมาใช้เพื่อให้เกิดการโอนเงิน ...ฯลฯ

นอกจากนั้นสหรัฐอเมริกามีการเสนอร่างกฎหมายสองฉบับซึ่งอยู่ระหว่างการพิจารณาของวุฒิสมาชิกสภา (senate) หากผ่านการพิจารณาให้เป็นกฎหมายก็เป็นกลไกสำคัญในการนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้อย่างบังคับเพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของสังคม เช่น บริษัทกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่หรือโทรศัพท์มือถือ และป้องกันปราบปรามลักลอบจูนโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือโทรศัพท์มือถือ คือ

1. The Cellular Telephone Privacy Act ซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดเป็นความผิดอาญา หากพบบุคคลใดใช้เครื่องตรวจจับสัญญาณ (scanner) เพื่อตรวจจับหมายเลขประจำตัวอิเล็กทรอนิกส์ (electronic serial number – ESN) โดยมีเจตนาที่จะนำข้อมูลไปใช้ในการลักลอบจูนโทรศัพท์มือถือ

2. The Wireless Telephone Protection Act มีบทบัญญัติกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาสำหรับการใช้เครื่องตรวจจับสัญญาณ (scanner) เพื่อตรวจหารหัสโทรศัพท์มือถือพร้อมกับมีข้อเสนอแนะให้คณะกรรมการลงโทษสหรัฐ (United States Sentencing Committee) ให้แก้ไขมาตรฐานกำหนดโทษสำหรับความผิดสำหรับการลักลอบจูนโทรศัพท์มือถือ⁶⁴

ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกามาตรา 1029(1) บัญญัติรวมไว้ถึงการประดิษฐ์, ใช้, จำหน่าย, หรือการนำเข้าของอุปกรณ์สื่อสารที่ปลอมแปลง ในที่นี้จะพูดถึงเรื่องการใช้อุปกรณ์สื่อสารที่ปลอมแปลง ซึ่งการใช้ที่เห็นว่ามีเจตนาเพื่อการใช้ในการติดต่อสื่อสาร โดยเทียบเคียงได้กับการกระทำตาม

⁶⁴ Steve Mansfield, “Don’t Send in the Clones,” QST. (November 1997), p.16.

คำพิพากษาฎีกา 5354/2539 และในประเทศสหรัฐอเมริกา⁶⁵ นั้นมีบทบัญญัติ ความผิดไว้โดย เฉพาะผิดกับกฎหมายของประเทศไทยยังไม่ได้มีบทบัญญัติไว้โดยตรงเกี่ยวกับเรื่องการจูนหรือ ก๊อปปี้แล้วนำไปใช้โทรศัพท์ติดต่อ

จากการวิเคราะห์เกี่ยวกับการลักลอบใช้สัญญาณ(ปรับจูน)โทรศัพท์เคลื่อนที่ กับการบังคับใช้กฎหมายได้มีการวิเคราะห์เทียบเคียงระหว่างการลักกระแสไฟฟ้าตาม คำพิพากษาฎีกา 877/2501 (ประชุมใหญ่) กับคำพิพากษาฎีกาที่ 5354/2539 โดยเน้นตรง ความหมายของทรัพย์กับทรัพย์สินซึ่งในเรื่องนี้ยังมีความเห็นไม่สอดคล้องกันทั้งแนววินิจฉัย ของคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 (ประชุมใหญ่) และคำพิพากษาฎีกาที่ 5354/2539 ในประเด็น เกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งเมื่อนำมาเทียบเคียงกับหลักกฎหมายในแต่ละประเทศแล้วจะ เห็นว่ามีความแตกต่างกันอยู่ เพราะในประเด็นที่ว่าคลื่นวิทยุเป็นทรัพย์อันเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือ ไม่นั้น หากพิจารณาเทียบเคียงกับพลังงานไฟฟ้าแล้ว จะพบว่าในทางวิทยาศาสตร์กายภาพนั้น ถือว่าพลัง ไฟฟ้าไม่เป็นที่รูปร่าง เป็นแต่พลังงานเหมือนพลังงานน้ำ พลังงานแดด⁶⁵ และใน กฎหมายเยอรมันและสวิสฯ ถือว่าพลังงานไฟฟ้าไม่ใช่ทรัพย์ เพราะไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง ด้วย เหตุนี้ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันและประมวลกฎหมายอาญาสวิสฯ จึงได้มีบทบัญญัติเอา โทษแก่การลักพลังงานไฟฟ้าและพลังงานอื่นเป็นพิเศษ⁶⁶ อนึ่งนักนิติศาสตร์ต่างประเทศส่วน มากมีความเห็นว่ากระแสไฟฟ้าจะเป็น"ทรัพย์"หรือไม่นั้นยังไม่ชัดเจนนัก แต่เพื่อตัดปัญหาการ ตีความประมวลกฎหมายอาญาอาติบัญญัติให้ลงโทษแก่ผู้ลักกระแสไฟฟ้าด้วย และประมวล กฎหมายอาญาญี่ปุ่นกับแคนาดาซึ่งบัญญัติว่าการลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดพิเศษ โดยได้ ขยายความไปถึงโทรศัพท์ โทรเลขด้วย⁶⁷ สำหรับประเทศฝรั่งเศสแต่เดิมนั้นตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 379 นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสมีความเห็นว่าการลักพลังงานไฟฟ้าเป็นความ ผิดโดยไม่ต้องมีพระราชบัญญัติบัญญัติความผิดเป็นพิเศษเฉพาะ และศาลฝรั่งเศสก็ได้มี คำพิพากษาว่าพลังงานไฟฟ้าเป็นทรัพย์ที่ลักกันได้⁶⁸ แต่ต่อมาในปี ค.ศ.1992 ประมวลกฎหมาย

⁶⁵ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3 พิมพ์ครั้งที่ 6(กรุงเทพมหานคร : โรง พิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523) หน้า 425.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 425-426.

⁶⁷ สมศักดิ์ สิงห์พันธ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521) หน้า 295-296.

⁶⁸ จิตติ ดิงศภัทัย .บันทึกทำคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 ของเนติบัณฑิตยสภา หน้า 992.

อาญาฝรั่งเศส ค.ศ.1992 ได้บัญญัติขึ้นใหม่เป็นเฉพาะว่าการนำเอาพลังงานไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตถือเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ด้วย สำหรับกฎหมายอาญาของอังกฤษนั้นไม่ถือว่าการลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดตาม Common Law แต่เป็นความผิดตาม The Larceny Act 1916 ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา มีพระราชบัญญัติให้เป็นความผิด แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะก็ตาม ศาลก็ลงโทษฐานลักทรัพย์เหมือนกัน ไม่ถือการมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างเป็นสิ่งสำคัญยิ่งกว่าการที่จะถือเอาได้ แรงไฟฟ้าก็เช่นเดียวกับก๊าซเป็นวัตถุที่มีค่าแห่งสินค้าที่ซื้อขายกันได้ดังสังหาริมทรัพย์อื่น ซึ่งคนอื่นอาจเข้าถือเอาได้ วัตถุปริมาณได้ด้วยเครื่องวัด ส่วนกฎหมายอาญาอินเดียนั้นถือว่าการลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์เช่นเดียวกัน แม้ในประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ได้วิเคราะห์ศัพท์คำว่า "สังหาริมทรัพย์" (Movable Property) ว่ารวมทั้งวัตถุที่มีรูปร่างทุกชนิด เว้นแต่ที่ดินและสิ่งติดกับที่ดิน ฯลฯ จนกว่าจะขายหลุดออกจากที่ดิน แนวคิดของนานาประเทศเกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้าถูกนำมาใช้เทียบเคียงกับการแย่งเอาไปซึ่งคลื่นสัญญาณ โทรศัพท์โดยไม่มีสิทธิด้วยซึ่งในเรื่องนี้ผู้วิจัยได้วิเคราะห์ให้เห็นลักษณะของการจูนหรือก๊อปปี้สัญญาณคลื่น โทรศัพท์เคลื่อนที่หรือคลื่นวิทยุเป็นการกระทำเพื่อให้คลื่นสัญญาณตรงกันในโทรศัพท์เคลื่อนที่เครื่องที่นำมาใช้ในการทุจริต ไม่ใช่เป็นการครอบครองเอาคลื่นดังกล่าวไปจากเจ้าของเครื่อง โทรศัพท์เคลื่อนที่จึงไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ สำหรับความผิดฐานฉ้อโกงนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่มีความเห็นพ้องต้องกันว่าพฤติการณ์ของจำเลยในคดีนี้เข้าข่ายกระทำความผิดฐานฉ้อโกงแล้ว แต่ัยการโจทก์มิได้มีคำขอให้ศาลพิพากษาลงโทษในความผิดฐานนี้ เช่นเดียวกันในความผิดฐานปลอมเอกสาร นักนิติศาสตร์ก็ยังคงมีความเห็นแตกต่างกันในส่วนของความหมายเกี่ยวกับ "เอกสาร" โดยฝ่ายหนึ่งยังตีความอย่างเคร่งครัดตามความหมายในประมวลกฎหมายอาญา แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าควรตีความให้สอดคล้องกับพัฒนาการของการกระทำความผิดในปัจจุบัน ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วตามความเจริญของเทคโนโลยี ส่วนความผิดตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498 นั้น ส่วนใหญ่ก็มีความเห็นสอดคล้องกับ คำพิพากษาฎีกาที่ 5354/2539 คือถึงแม้ว่าจะยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะแต่พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498 ก็ยังสามารถบังคับใช้ได้ และในตอนท้ายของบทนี้ผู้วิจัยได้นำเอากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา คือ U.S.C.A บทที่ 18 มาตรา 1029 เรื่อง Fraud and related activity in connection with access devices เพื่อแสดงให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกฎหมายเป็นการเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการจูนโทรศัพท์มือถือหรือการทุจริตเกี่ยวกับการสื่อสารสองทางเป็นความผิด

ปัจจุบันถึงแม้ว่าประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายพิเศษหรือกฎหมายเฉพาะที่จะลงโทษโดยตรงกับการลักลอบใช้สัญญาณ (ปรับจูน) โทรศัพท์เคลื่อนที่ก็ตาม แต่ประมวล

กฎหมายอาญานอกเหนือจากโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 แล้ว ยังมีมาตรการ
คุมครองในส่วนของวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 39 ซึ่ง
ประกอบด้วย (1) กักกัน (2) ห้ามเข้าเขตกำหนด (3) เรียกประกันทัณฑ์บน (4) คุมตัวไว้ใน
สถานพยาบาลและ(5) ห้ามประกอบอาชีพบางอย่างซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่าหลังจากศาลพิพากษา
ลงโทษผู้ซึ่งลักลอบใช้สัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่แล้ว ศาลยังสามารถคุมครองสังคมโดย
พิพากษาให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 คือห้ามประกอบอาชีพบางอย่างแก่ผู้นั้นด้วย