

บทที่ 3

ความสัมพันธ์ของปัจจัยในการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

จากบทที่ 2 ได้กล่าวถึงปัญหาสำคัญในการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะในส่วนของผู้ประกอบการเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยไม่ว่าจะเป็นการจัดสรรที่ดินหรือบ้านจัดสรร คือปัญหาในการที่ผู้ประกอบการไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อได้ ซึ่งนับว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อเป็นอย่างมาก ดังนั้นจึงน่าจะมีการศึกษาถึงความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ ทั้งนี้ในส่วนของการรับผิดชอบทางแพ่งตามสัญญาซื้อขายผู้เขียนจะไม่กล่าวถึง เพราะอยู่นอกเหนือจากขอบเขตของวิทยานิพนธ์ โดยจะกล่าวเฉพาะในส่วนของการรับผิดชอบทางอาญาโดยเฉพาะในความสัมพันธ์ของปัจจัย แบ่งเรื่อง ที่ศึกษาออกเป็น 3 ส่วน

1. ปัญหาในด้านเนื้อหาและประสิทธิผลในการบังคับใช้กฎหมายอาญาฐานฉ้อโกง
2. ปัญหาในด้านเนื้อหาของกฎหมายอาญาในฐานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง
3. ปัญหาทางปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายอาญา

3.1 ปัญหาและประสิทธิผลในการบังคับใช้กฎหมายอาญาฐานฉ้อโกงกับการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

การที่ผู้ประกอบการไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อได้นั้นเมื่อมีการร้องเรียนไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง มักจะร้องเรียนในตนเองว่า "ผู้ประกอบการมีเจตนาหลอกลวงทุจริตฉ้อโกงผู้ซื้อ" ดังนั้นควรจะต้องศึกษาว่าพฤติกรรมดังกล่าวของผู้ประกอบการมีความผิดฐานฉ้อโกงหรือไม่ โดยจากคำพิพากษาของศาลส่วนใหญ่ หากกรณีฟ้องร้องผู้ประกอบการในความผิดฐานฉ้อโกงแล้วศาลมักจะยกฟ้อง เนื่องจากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริตมาตั้งแต่แรก เช่นนี้จึงจะขอกกล่าวถึงองค์ประกอบของความผิดฐานฉ้อโกงตาม มาตรา 341 ดังนี้

มาตรา 341 "ผู้ใดโดยทุจริตหลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงตั้งว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกหรือบุคคลที่สามหรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ฆ่า ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ์ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษ ..."

ซึ่งคำอธิบายเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงได้มีผู้อธิบายไว้อย่างกว้างขวางแล้ว ดังนั้นสิ่งที่ผู้เขียนเห็นว่า เป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้อง และยังไม่เป็นข้อยุติสำหรับความผิดฐานฉ้อโกงในการมีความรับผิดชอบของผู้ประกอบการในธุรกิจนี้ คือ การที่ผู้ประกอบการให้คำมั่นว่าจะทำการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายและต่อมาไม่ดำเนินการตามนั้นเป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จและผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริตหรือไม่

3.1.1 คำมั่นว่าจะดำเนินการอย่างใด ๆ และไม่ดำเนินการตามนั้นหรือคำมั่นอันเป็นเท็จเป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ อันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฉ้อโกงหรือไม่ ในเรื่องนี้ยังมีความเห็นของนักนิติศาสตร์แยกออกเป็น 2 ฝ่าย คือ

1) การให้คำมั่นอันเป็นเท็จไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกง

โดยกล่าวว่าข้อความเท็จหมายถึง "ข้อความที่เป็นเหตุการณ์ข้อเท็จจริงที่ไม่ตรงกับความจริงในขณะที่แสดงข้อความนั้น ซึ่งจะต้องเป็นเหตุการณ์ข้อเท็จจริงในอดีตหรือปัจจุบัน หากเป็นเหตุการณ์ในอนาคตย่อมไม่เป็นจริงหรือเท็จได้ในขณะที่แสดงข้อความที่เหตุการณ์ยังไม่เกิดขึ้น ¹ ดังนั้นการแสดงความเห็น ความหวังหรือการกล่าวถึงเหตุการณ์ในอนาคตตามปกติ

¹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ตอน 2 และภาค 3

(กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, 2526) หน้า 2745-2765

บุศดี แผงอุทัย , กฎหมายอาญามาตรา 2-3 พิมพ์ครั้งที่ 7 บานบุรจรัม (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538) หน้า 306

ยังไม่เป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือจริงได้ เพราะความเห็น ความหวังหรือเหตุการณ์ในอนาคตเป็นสิ่งไม่แน่นอน ²

ดังนั้นฝ่ายนี้จึงเห็นว่าการตกลงจะก่อสร้างบ้านหรือจัดสรรที่ดินให้แก่ผู้ซื้อนั้นเป็นเรื่องของการยืนยันข้อเท็จจริงในอนาคต เป็นแต่เพียงคำมั่นที่จะทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในอนาคตและในที่สุดก็ทำไม่ได้ ไม่ใช่การแสดงความอันเป็นเท็จ โดยคำพิพากษาที่ตัดสินว่าคำมั่นอันเป็นเท็จไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกง เช่น คำพิพากษาศึกษาที่ 1187/2500, ที่ 917/2504, ที่ 707/2516

2) การให้คำมั่นอันเป็นเท็จเป็นความผิดฐานฉ้อโกง

โดยเห็นว่าการแสดงคำมั่นสัญญาว่าจะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในอนาคตนั้น ถ้าเป็นการแสดงข้อความในปัจจุบันอยู่ด้วยและไม่เป็นความจริงตามที่แสดง คือแน่แก่ใจว่าเหตุการณ์จะไม่เป็นเช่นนั้นถือเป็นการแสดงข้อความเท็จได้ ดังนั้นสภาพจิตใจในขณะที่ผู้กล่าวแสดงข้อความออกมา มีอยู่อย่างใดก็เป็นข้อเท็จจริงในเหตุการณ์ปัจจุบันอย่างหนึ่ง ³ แนวคำพิพากษาที่ตัดสินในทานองนี้ เช่น คำพิพากษาศึกษาที่ 952/2463 , ที่ 1053/2464 , ที่ 725/2476 , ที่ 102/2485 , ที่ 299/2490 , ที่ 1064/2491, ที่ 736/2504, ที่ 1554/2511, ที่ 2147/2517 โดยสรุปคือการทำคำมั่นโดยแสดงอยู่ในตัวว่าเป็นอุบายหลอกเอาทรัพย์สินมาแต่แรกถือได้ว่ามีเจตนาทุจริตคิดหลอกลวงแล้ว

ผู้เขียนมีความเห็นว่าถ้อยคำตามมาตรา 341 ในส่วนของ"ข้อความอันเป็นเท็จ" นั้น น่าจะพิจารณาแต่เพียงว่าเป็นข้อความในอดีตหรือปัจจุบันเท่านั้น จึงจะเป็นจริงหรือเท็จได้ หากเป็นเรื่องที่แน่แก่ใจแล้วว่าไม่สามารถทำได้ แม้เป็นเรื่องของเหตุการณ์ในอนาคตก็น่าจะเป็นการ

² จิตติ ดิงส์ทีย์ , คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ตอน 2 และภาค 3 หน้า 2747

³ สมพร พรหมพิลาจ , รวมคดีฉ้อโกง (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2537) หน้า 13

แสดงข้อความอันเป็นเท็จได้ ดังนั้นในการศึกษาหากข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าในขณะที่ผู้ประกอบการตกลง จะทำการก่อสร้างบ้านหรือจัดสรรที่ดินและสัญญาว่าจะโอนให้ในภายหน้านั้น หากผู้ประกอบการนั้น แก้อใจอยู่แล้วว่าไม่สามารถทำได้ เช่นนี้ข้อความที่ตกลงนั้นก็น่าจะเป็นการแสดงข้อความเท็จได้ โดย หากจะพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายน่าจะมุ่งในประเด็นคำว่า "เท็จ" ซึ่งคำว่าเท็จก็คือไม่จริง ซึ่งหากผู้กล่าวรู้อยู่แล้วว่าข้อความนั้น ไม่ว่าจะ เป็นข้อความที่เป็นอดีตหรือปัจจุบันหรืออนาคตจะไม่ สามารถเป็นจริงได้ เช่นนี้น่าจะถือว่าเป็น "เท็จ" โดยไม่ต้องพิจารณาว่าข้อความนั้นเป็นเรื่องของ อนาคตหรือไม่ ทั้งนี้ในเรื่องของคำอื่นอันเป็นเท็จจะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงหรือไม่ ก็คงต้องขึ้นอยู่กับ การตีความของแต่ละคนว่าจะมีความคิดเห็นเป็นเช่นไรซึ่งยังไม่เป็นข้อยุติในขณะนี้

ในส่วนขององค์ประกอบภายนอกของความผิดในส่วนการกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ที่ยุติแล้วและไม่เป็นปัญหาในเนื้อหาของกฎหมาย อาจกล่าวได้โดยสรุปดังนี้

1) หลอกลวงผู้อื่น คือ ทำให้ผู้อื่นหลงเชื่อผิดไปจากความจริงหรือทำให้เข้าใจผิด ดังนั้นหากการหลอกลวงนั้นเป็นเพียงเหตุทำให้เขาหลงไม่ถึงกับเชื่อ ก็อาจเป็นเพียงกลฉ้อฉลตาม กฎหมายแพ่ง แม้ได้ทรัพย์สินไปจากเขาก็ไม่อาจถึงกับเป็นความผิดอาญาฐานฉ้อโกง⁴ โดยการ หลอกลวงในความผิดฐานฉ้อโกงกำหนดไว้ 2 ประการคือ

ก. การแสดงความอันเป็นเท็จ คือข้อความที่แสดงเป็นเหตุการฉ้อเท็จจริงที่ไม่ ตรงกับความจริงในขณะที่แสดงข้อความนั้น⁵ โดยการแสดงความอันเป็นเท็จไม่จำกัดว่าต้อง แสดงโดยวิธีใด อาจเป็นการกระทำด้วยวาจา เอกสาร กิริยาหรือด้วยวิธีการอื่นใดได้ทั้งสิ้น ข้อ สำคัญการแสดงนั้นจะต้องเป็นเท็จให้ผู้อื่นได้รับทราบได้ ซึ่งการแสดงข้อความอันเป็นเท็จนั้นบาง

⁴ เรื่องเดียวกัน , หน้า 12

⁵ จิตติ ดิงศัพท์ , คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3

กรณีอาจไม่เป็นเท็จทั้งหมด คือเท็จบ้างจริงบ้าง ถ้าทำให้เขาเกิดความเชื่อผิดไปจากความจริงก็เป็นการแสดงเท็จอันเป็นการหลอกลวงในความผิดฐานฉ้อโกงได้⁶ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1041/2466 ,ที่ 582/2476 ,ที่ 1196/2473 ,ที่ 1041/2466 ,ที่ 1153/2511,ที่ 1187/2500, ที่ 1473/2508,ที่ 207/2512)

ข. ปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หมายความว่าในการทำนิติกรรมอย่างใด ๆ ถ้าคนมีหน้าที่ต้องแจ้งความจริงที่เขาควรจะรู้เพื่อแสดงเจตนาทำนิติกรรมกับตนเองอย่างบริสุทธิ์ใจ แต่ตนกลับปกปิดความจริงนั้นเสียเพื่อให้เขาหลงเชื่อ เป็นอย่างอื่นทำให้เขาแสดงเจตนาผิดไปจากที่ควรจะเป็นนำได้แจ้งความจริงแก่เขา⁷ ซึ่งหน้าที่แจ้งให้ทราบ เช่นหน้าที่ตามกฎหมาย หน้าที่ตามสัญญาที่เกิดจากความสุจริตไว้วางใจต่อกันและหน้าที่ซึ่งเกิดจากการกระทำก่อน ๆ ของตน การปกปิดก็คือการกระทำหรืองดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลตาม มาตรา 59 วรรคท้าย⁸ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2501/2527,ที่ 557,2502,ที่ 1385/2522)

2) โดยการหลอกลวงตั้งว่านั้น

ก. ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน เนื่องจากความผิดฐานฉ้อโกง เป็นความผิดสำเร็จต่อเมื่อมีผลเกิดขึ้นและผลประการหนึ่ง คือ "ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน" โดยทรัพย์สินนี้อาจเป็นของผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สามก็ได้ ทั้งนี้การหลอกลวงนั้นผู้หลอกลวงจะได้ประโยชน์ตอบแทนหรือไม่สำคัญ⁹ และแม้จะมีการชำระราคาตอบแทนโดยสมควรถือเป็นฉ้อโกง¹⁰ (คำพิพากษาฎีกาที่ 861/2487,ที่ 2922/2524,

⁶ สมพร พรหมพิตาธร ,รวมคดีฉ้อโกง ,หน้า 13

⁷ เรื่องเดียวกัน ,หน้า 14

⁸ หยุต แสงอุทัย ,กฎหมายอาญา ภาค 2-3 ,หน้า 308-309

⁹ เรื่องเดียวกัน ,หน้า 309

¹⁰ จิตต์ ดึงศัพท์ ,คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3

ที่ 1733/2516, ที่ 16/2510, ที่ 554/2509, ที่ 973/2520, ที่ 207/2512)

ข. ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ท้า ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ

คำว่า "เอกสารสิทธิ" ตามมาตรา 1(3) คือ "เอกสารที่เป็นหลักฐานแห่งการก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ" ซึ่งการหลอกลวงนั้นได้ทำให้ผู้ถูกหลอกหรือบุคคลที่สาม ท้า ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ (คำพิพากษาฎีกาที่ 982/2506 , ที่ 1538/2506 , ที่ 1107/2509, ที่ 1021/2493, ที่ 863/2513, ที่ 42/2510, ที่ 296/2478, ที่ 948/2518)

ดังนั้นในความเห็นของผู้เขียน การกระทำของผู้ประกอบการดังกล่าวจึงถือว่าครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฉ้อโกงแล้ว กล่าวคือเป็นการหลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ ดังนั้นสิ่งที่จะศึกษาต่อไปก็คือประเด็นปัญหาในส่วนขององค์ประกอบภายใน ในส่วนของเจตนาพิเศษคือ "โดยทุจริต" ซึ่งเป็นปัญหาในการตีความอย่างมาก

3.1.2 ผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริตหรือไม่

"เจตนาทุจริต" เป็นองค์ประกอบภายในของความผิดฐานฉ้อโกงในส่วนของเจตนาพิเศษ ทั้งนี้ในส่วนของเจตนาธรรมาคาตามมาตรา 59 คือ ผู้กระทำมีเจตนาหลอกลวงรวมทั้งรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด กล่าวคือรู้ว่าข้อความที่แสดงนั้นเป็นความเท็จไม่จริง เป็นปัญหา

โดยทุจริตตามความหมายใน มาตรา 1(1) คือ "เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น" โดยประโยชน์นี้ไม่จำเป็นต้องมีลักษณะ เป็นทรัพย์สินเท่านั้น ยังรวมถึงประโยชน์โดยทั่วไปที่ไม่เป็นทรัพย์สินด้วย ¹¹ แต่สำหรับประโยชน์ตามความหมายของ

¹¹ เกษม สุกิจบริหาร , "คำมั่นอันเป็นเท็จกับความผิดฐานฉ้อโกง" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526) หน้า 47

มาตรา 341 นี้ หากไม่ใช่หลอกลวงเพื่อได้ไปซึ่งทรัพย์สินแล้ว ประโยชน์อื่นที่ได้รับก็เฉพาะแต่ประโยชน์ที่ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สามทำ ถอนหรือทำลายเอกสารสิทธิ์เท่านั้น ถ้าเป็นการแสวงหาประโยชน์อย่างอื่นนอกจากที่ระบุไว้จะไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกง¹² (คำพิพากษาฎีกาที่ 1667/2506, ที่ 1153/2511, ที่ 863/2513)

เจตนาทุจริตเกี่ยวกับการหลอกลวงที่จะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงนี้จะต้องมีเจตนาทุจริตมาก่อนที่จะทำการหลอกลวง หรือในขณะที่ทำการหลอกลวงนั้น คือมีเจตนาทุจริตก่อนได้ทรัพย์สินไป ถ้าเจตนาทุจริตเกิดขึ้นหลังจากได้ทรัพย์สินไว้ในความครอบครองแล้วไม่เป็นการผิดฐานฉ้อโกง¹³ โดยอาจเป็นความผิดฐานยกยอกได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 592/2505)

ซึ่งหากจะตีความคำว่า "เจตนาทุจริต" ต้องเป็นเจตนาทุจริตที่มีมาแต่แรก ในการฉ้อโกง การที่จะถือว่าผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริต ต้องปรากฏว่าผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริตก่อนที่จะได้รับเงินจากผู้ซื้อหรือก่อนทำสัญญาซื้อขาย ซึ่งผู้เขียนน่าจะเห็นด้วยกับการยึดติดกับคำว่า "เจตนาทุจริตแต่แรก" ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้วจะส่งผลประโยชน์ของการตรากฎหมายอาญาด้านฉ้อโกง เนื่องจากความผิดฐานฉ้อโกงเป็นความผิดซึ่งประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ โดยที่รัฐเห็นว่าได้มีผู้ทุจริตเข้ามาหาเลี้ยงชีพด้วยการเบียดเบียนผู้อื่น โดยอาศัยความฉลาดแกมโกงและเล่ห์กลต่าง ๆ หลอกลวงผู้สุจริตให้ได้รับความเดือดร้อนและเสียหาย อันเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมและมีผลกระทบต่อ เศรษฐกิจและสังคม¹⁴

ฉะนั้นเจตนาที่ชั่วร้ายของบุคคล เพื่อที่จะหลอกลวงผู้อื่นให้ได้รับความเสียหาย ไม่ว่าจะเกิดขึ้นเมื่อใดก็ตามแต่เป็นเจตนาชั่วร้ายทั้งสิ้น ซึ่งยังผลให้ผู้ถูกหลอกลวงได้รับความเสียหาย

¹² สุบิน พูลพัฒน์ .คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา .พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพ : นิติบรรณการ .2522) หน้า 185

¹³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 185

¹⁴ เกษม สุกิจบริหาร .คำมั่นอันเป็นเท็จกับความผิดฐานฉ้อโกง . หน้า 97

เช่นนี้ไม่น่าจะขัดติดกับคำว่า "เจตนาทุจริตต้องมีมาแต่แรก" แม้ว่าจะมีความเห็นของนักนิติศาสตร์หลายท่านเห็นว่าหากเป็นกรณีที่เจตนาทุจริตเกิดขึ้นภายหลังจากได้รับทรัพย์สินไปแล้วนั้น ผู้กระทำอาจถูกลงโทษในความผิดฐานยักยอกทรัพย์ได้ ซึ่งหากจะนำมาใช้กับการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์แล้วไม่สามารถนำมาใช้ได้ เพราะในเรื่องนี้ทรัพย์สินที่ผู้หลอกลวงได้ไปก็คือ เงินที่ผู้ซื้อชำระราคาให้แก่ผู้ขายหรือผู้ประกอบการนั่นเอง เมื่อเป็นเรื่องการส่งเงินเพื่อชำระราคา จึงเป็นการชำระราคาล่วงหน้า เงินนั้นจึงตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับเงิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 ทำให้ผู้รับเงินหรือผู้ประกอบการไม่อาจมีความผิดฐานยักยอกเงินที่ผู้ซื้อชำระราคาให้ได้เลย เพราะกรรมสิทธิ์และการครอบครองในเงินนั้นเป็นผู้ประกอบการ ซึ่งผู้ประกอบการสามารถที่จะนำเงินดังกล่าวไปจำหน่ายโอนอย่างไรก็ได้ และผู้ประกอบการก็ไม่อาจถูกลงโทษฐานลักทรัพย์ได้เช่นกัน เพราะผู้ประกอบการได้รับเงินนั้นจากความยินยอมของผู้ซื้อหรือผู้เสียหาย แม้จะนำไปเพราะถูกหลอกลวงก็ตาม (คำพิพากษาฎีกาที่ 233/2504, ที่ 235/2516, ที่ 285/2508, ที่ 2840/2525)

ดังนั้นปัญหาเกี่ยวกับเจตนาทุจริต หากเกิดขึ้นในภายหลังจากทำสัญญาซื้อขายหรือหลังจากมีการชำระเงินงวดต่าง ๆ ผู้เขียนมีความเห็นว่าผู้ประกอบการมีความผิดฐานฉ้อโกงได้ โดยหากจะวิเคราะห์ในส่วนขององค์ประกอบภายนอกกว่าการฉ้อจะเป็นการหลอกลวงโดยแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือเป็นการปกปิดข้อความจริงนั้นย่อมแล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป เช่น หากกรณีผู้ซื้อนำเงินมาก่อนชำระแก่ผู้ประกอบการ ในระหว่างนั้นผู้ประกอบการมีเจตนาไม่ปฏิบัติตามสัญญาแน่นอน แต่ยังคงเพิกเฉยและรับเงินเรื่อยมาโดยมีเจตนาหลอกลวงผู้ซื้อว่าจะปฏิบัติตามสัญญาทั้งๆ ที่แท้จริงจะไม่ปฏิบัติตามสัญญา เช่นนี้ น่าจะเป็นการหลอกลวงผู้ซื้อโดยการปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง เนื่องจากเป็นหน้าที่ตามสัญญาซึ่งผู้ขายจะต้องบอกกล่าวแต่หนึ่งเสีย แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ซื้อได้สอบถามถึงการปฏิบัติตามสัญญา โดยผู้ขายรู้อยู่แล้วว่าตนจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาแต่กลับบอกกล่าวกับผู้ซื้อว่ากำลังดำเนินการอยู่ เช่นนี้ น่าจะเป็นการหลอกลวงโดยแสดงข้อความอันเป็นเท็จ ดังนั้นกรณีจะเป็นการหลอกลวงโดยวิธีใดจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป (ผู้เขียนได้อธิบายถึงองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฉ้อโกงไว้แล้วในหน้าที่ 32-34)

เช่นนี้เพียงแต่พิสูจน์ได้ว่าผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริต แม้เจตนา นั้นจะเกิดขึ้นเมื่อใดก็น่าจะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงได้ เพราะลัทธินี้เพียงแต่พิสูจน์ถึงเจตนาในใจผู้กระทำก็ยากพอ

สมควรแล้ว ยังจะให้พิสูจน์ถึงว่าต้องสุจริต, สุจริตเมื่อใด น่าจะเป็นการระงับผู้เสียหายมากเกินไป เพราะอำนาจในการฟ้องในการทำสัญญาเป็นที่ทราบกันว่าผู้เสียหายไม่มีอำนาจฟ้องเลย ซึ่งหากต้องเป็นเรื่องเจตนาทุจริตมาแต่แรกแล้ว เมื่อไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาทุจริตแต่แรก และเจตนาทุจริตแอบแฝง ย่อมจะทำให้ผู้ที่ทุจริตทั้งหลายได้รับประโยชน์จากการตีความกฎหมาย เช่นนี้ต่อไป และผู้ซื้อหรือประชาชนก็เป็นผู้เสียหายเรื่อยไปเช่นกัน เพราะไม่ว่าจะมีเจตนาทุจริต เมื่อใดประโยชน์ที่เขาได้ไปก็คือเงินของผู้เสียหายนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตามย่อมต้องแล้วแต่การใช้ดุลพินิจในการตีความของผู้ใช้กฎหมายว่าจะไปในลักษณะใด

หากการกระทำผิดตามมาตรา 341 เป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน แล้วก็จะทำให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษหนักขึ้น โดยมีความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 343

มาตรา 343 "ถ้าการกระทำผิดตามมาตรา 341 ได้กระทำด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชนหรือด้วยการปกปิดความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชนผู้กระทำต้องระวางโทษ ..."

ผู้กระทำต้องมีเจตนากระทำการหลอกลวง โดยแสดงข้อความเท็จหรือปกปิดข้อความจริงแก่ประชาชน ถ้าหลอกลวงบุคคลคนเดียวไม่ผิดตามมาตรา 341 นี้ คำว่า "ประชาชน" หมายถึง บุคคลทั่วไป โดยการแสดงเท็จต่อประชาชนไม่ถือจำนวนผู้เสียหายมากหรือน้อยคน แต่ถือเจตนาแสดงเท็จต่อประชาชนเป็นสำคัญ เมื่อเจตนาแสดงข้อความเท็จต่อประชาชนแล้ว คนที่ทราบข้อความเท็จมีกี่คน ทราบกันทั่วหรือยังไม่สำคัญ ถ้ามีผู้ใดในบรรดาประชาชนทราบหลงเชื่อจนได้ทรัพย์สินไป แม้แต่ได้ไปจากบุคคลคนเดียวก็เป็นความผิดตามมาตรา 341¹⁵ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 122/2506, ที่ 2645/2527, ที่ 285/2508, ที่ 1690/2509, ที่ 1051/2510, ที่ 709/2523, ที่ 1867/2523, ที่ 3660/2527, ที่ 609/2529, ที่ 340/2512, ที่ 1929/2514)

¹⁵ จิตติ ดิงแก้วพิชัย .คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญากฎภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 2807

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการนำความผิดฐานฉ้อโกงมาใช้คู่เหมือนจะไม่สามารถนำมาใช้ได้
 อย่างมีประสิทธิภาพ ยังมีปัญหาในการตีความในส่วนของ "เจตนาทุจริต" ทำให้ผู้ประกอบการไม่
 อาจถูกลงโทษในความผิดอาญาฐานฉ้อโกงหรือฉ้อโกงประชาชนได้

3.2 ปัญหาและประสิทธิผลในการบังคับใช้กฎหมายอาญาลักษณะอื่น ๆ กับผู้ประกอบการธุรกิจ อสังหาริมทรัพย์

หากการกระทำของผู้ประกอบการเป็นความผิดฐานฉ้อโกงแล้วในการพิจารณาถึงโทษ
 ทางอาญาในมาตราอื่น ๆ ก็ดูไม่ใคร่จะสำคัญนัก แต่หากผู้ประกอบการไม่มีความผิดฐานฉ้อโกงแล้ว
 ก็คงจะต้องกลับมาพิจารณาถึงโทษทางอาญาลักษณะอื่น ๆ ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะความผิดที่นำ
 จะนำมาใช้กับการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

3.2.1 ความผิดฐานขายของโดยหลอกลวง

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 271 บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานขายของโดยหลอกลวง
 ไว้ดังนี้

มาตรา 271 " ผู้ใดขายของโดยหลอกลวงด้วยประการใด ๆ ให้ผู้ซื้อหลงเชื่อใน
 แหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือปริมาณแห่งของนั้นอันเป็นเท็จ ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด
 ฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษ..."

ประเด็นปัญหาที่ต้องวิเคราะห์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีศึกษา คือ การตีความคำว่า
 "ของ" ในมาตรานี้มีขอบเขตแค่ไหนเพียงไร ซึ่งยังคงมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายด้วยกัน

1) มีความเห็นว่าคำว่า "ของ" มีความหมายเฉพาะอสังหาริมทรัพย์ เพราะเป็นกรณี
 ที่กฎหมายเลือกใช้ต่างจากในบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ ซึ่งระบุว่าทรัพย์หรือทรัพย์สิน จึงน่าจะหมายถึง

ความถึงอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง 16

2) อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าคำว่า "ของ" น่าจะหมายความรวมไปถึงอสังหาริมทรัพย์และสิทธิทั้งหลายบนอสังหาริมทรัพย์ด้วย¹⁷ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1174/2487, 1227/2481, 38/2492)

ดังนั้นหากจะนำความผิดตามมาตรา 271 มาใช้กับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ได้ ก็ต้องตีความคำว่า "ของ" ให้หมายความรวมถึง "อสังหาริมทรัพย์" ด้วยมิเช่นนั้นก็คงไม่สามารถนำมาใช้ได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะนำความผิดตามมาตรา 271 มาใช้กับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ เพราะคำว่า "ของ"

16 เรื่องเดียวกัน , หน้า 1737

"คำว่า "ของ" ... ไม่หมายความไปถึงอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งแต่คงหมายความถึงสิ่งที่บุคคลซื้อขายกันนอกจากอสังหาริมทรัพย์ โดยไม่จำกัดถึงกับเป็นสินค้าที่ขายกันในการค้า... ของในมาตรานี้หมายความถึงอสังหาริมทรัพย์... ทั้งยังหมายความรวมไปถึงสิทธิเรียกร้องและลิขสิทธิ์..."

หยุด แสงอุทัย , กฎหมายอาญาภาค 2-3 , หน้า 162

"คำว่า "ของ" แสดงว่าต้องเป็นสิ่งหาทรัพย์"

17 วีระพงษ์ บุญไพศาล , "การขายของโดยหลอกลวงกับความผิดฐานฉ้อโกง"

วารสารกฎหมาย , 11, 2 (2530) หน้า 5

"คำว่า ของนี้น่าจะหมายความรวมไปถึงอสังหาริมทรัพย์และสิทธิทั้งหลายบนอสังหาริมทรัพย์ ... หากจำกัดเฉพาะอสังหาริมทรัพย์แล้วจะกลายเป็นว่าผู้ที่หลอกลวงขายอสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกงก็จะไม่สามารถผิดตามมาตรา 271 ได้เลย ... และกลายเป็นช่องทางให้มีผู้กระทำความผิดในส่วนนี้ได้โดยไม่ต้องเกรงกลัวต่อกฎหมายบ้านเมือง..."

โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายน่าจะหมายความถึงของซึ่งเป็นสิ่งหาวิญญู โดยพิจารณาจากการจัดหมวดหมู่ของความผิด ซึ่งไม่ได้นำไปบัญญัติไว้ในหมวดของความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เช่นเดียวกับความผิดฐานฉ้อโกง การแยกความผิดฐานขายของโดยหลอกลวงออกจากหมวดความผิดฐานฉ้อโกง เพราะเห็นว่าความผิดฐานขายของโดยหลอกลวงน่าจะเป็นบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับการค้า ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานฉ้อโกง โดยให้ความสำคัญและคุ้มครองผู้ซื้อสินค้า เพราะการหลอกลวงขายสินค้าให้ผู้ซื้อหลงเชื่อ นั้น มิใช่แต่จะก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายเฉพาะผู้ถูกกระทำเท่านั้น แต่ยังก่อให้เกิดความปั่นป่วนทางเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งถือเป็นความผิดต่อแผ่นดินและการหลอกลวงตามมาตรา 271 ยังมีความหมายกว้างกว่าการหลอกลวงตามมาตรา 341¹⁸ หากจะตีความให้รวมไปถึงสิ่งหาวิญญู เพราะเหตุที่หากจำกัดเฉพาะสิ่งหาวิญญูแล้วจะทำให้ผู้หลอกลวงขายสิ่งหาวิญญูในกรณีที่ไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกงแล้วไม่สามารถที่จะเอาผิดได้ย่อมไม่น่าจะถูกต้อง เพราะการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความอย่างเคร่งครัด จะขยายความได้เฉพาะในส่วนที่เป็นคุณเท่านั้น หากเป็นการตีความขยายความเพื่อลงโทษแล้วไม่น่าจะทำได้เป็นการไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญา

ดังนั้นเมื่อคำว่า "ของ" ตามมาตรานี้ไม่น่าจะรวมถึงสิ่งหาวิญญู องค์ประกอบโดยละเอียดของความผิดฐานนี้ผู้เขียนจึงจะไม่นำมากล่าวในวิทยานิพนธ์นี้

3.2.2 ความผิดฐานฉ้อทรัพย์สิน

เป็นความผิดที่กระทำการครอบครองทรัพย์สินและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยเป็นการเอาไปซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย

¹⁸ ชาตรี เสวตรรัตน์, เปรียบเทียบความผิดฐานขายของโดยหลอกลวงกับความผิดฐานฉ้อโกง (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527) หน้า 132

ในการฉีกงานทรัพย์ที่ผู้ประกอบการได้ไปก็คือ "เงิน" โดยอาจเป็นเงินดาวน์ที่ผู้ซื้อผ่อนชำระหรือเงินจอง ดังนั้นผู้ประกอบการจะมีความผิดฐานลักทรัพย์ได้ก็ต่อเมื่อเงินนั้นยังเป็นการมสิทธิ์และอยู่ในความครอบครองของผู้ซื้อ และผู้ประกอบการไปเบียดบังเอามา กล่าวคือเป็นการได้มาโดยเจ้าของเงินนั้นไม่ยินยอม เป็นการทําร้ายการครอบครองและทําร้ายกรรมสิทธิ์¹⁹ หากพิจารณาจะเห็นได้ว่าเงินที่ผู้ประกอบการได้มานั้นเป็นการได้มาโดยเกิดจากสัญญาซื้อขาย ซึ่งผู้ซื้อชำระหนี้ให้แก่ผู้ขาย เงินดังกล่าวจึงตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ขาย ผู้ขาย(ผู้ประกอบการ)จึงเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในเงินนั้นและเป็นการได้โดยความยินยอมของผู้ซื้อหรือผู้เสียหาย ดังนั้นผู้ขายสามารถนำเงินของตนไปทำอะไรก็ได้ ฉะนั้นจึงไม่อาจนำความผิดฐานลักทรัพย์มาใช้ในการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ได้

3.2.3 ความผิดฐานยักยอกทรัพย์

คือการเบียดบังเอาทรัพย์ของผู้อื่นหรือซึ่งผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยที่ตนครอบครองอยู่เป็นของตนหรือบุคคลที่สาม ดังนั้นกรณีผู้ประกอบการจะมีความผิดฐานยักยอกได้ ก็ต่อเมื่อกรรมสิทธิ์ในเงินนั้นต้องเป็นของเจ้าของเงินหรือของผู้ซื้อ และผู้ประกอบการเบียดบังเอาเงินนั้นไปหลังจากตนได้ครอบครองเงินนั้นแล้ว²⁰ ซึ่งในการนี้ปัญหาผู้ประกอบการมีกรรมสิทธิ์ในเงินดังกล่าวจึงไม่อาจลงโทษฐานยักยอกทรัพย์ได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบอื่นอีก เหตุผลดังกล่าวมาแล้วในความผิดฐานลักทรัพย์

ฉะนั้นไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานขายของโดยหลอกลวง , ความผิดฐานลักทรัพย์, ความผิดฐานยักยอกทรัพย์ ยังไม่อาจนำมาใช้บังคับกับผู้ประกอบการที่มีเจตนาทุจริตในภายหลังหรือมีเจตนาแอบแฝงได้เช่นกัน

¹⁹ คณิต ๒ นคร, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2532) หน้า 135-136

²⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 131-133

3.3. ปัญหาทางปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายอาญา

เมื่อมีการร้องเรียนไปยังหน่วยงานที่รับผิดชอบ ไม่ว่าจะ เป็นสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคหรือกองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจ จะมีการดำเนินการไปตามขั้นตอนหรือวิธีปฏิบัติต่าง ๆ โดยสรุป คือ

3.3.1 วิธีปฏิบัติของพนักงานสอบสวนหรือคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค

เมื่อพนักงานสอบสวนหรือคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้รับเรื่องร้องเรียนมา จะพิจารณาว่าเรื่องที่ร้องเรียนนั้นเป็นเรื่องทางแพ่งหรือทางอาญา หากเป็นเรื่องทางแพ่งจะส่งเรื่องไปยังสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อดำเนินการเรียกร้องค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภค โดยอาศัยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค แต่หากพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค โดยผู้ประกอบการอาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญากล่าวคือ มีพฤติกรรมที่แสดงว่ามีเจตนาหลอกลวงก็จะเป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวน เมื่อมีการร้องเรียนว่าผู้ประกอบการทุจริตหลอกลวงผู้ซื้อ พนักงานสอบสวนจะพิจารณาในเบื้องต้นว่า พฤติกรรมของผู้ประกอบการมีดังกล่าวดรบองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกงหรือไม่ โดยสาระสำคัญของพิจารณาคือ "ผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริตหลอกลวงผู้เสียหายหรือไม่" องค์ประกอบภายในของความผิดฐานฉ้อโกงคือ "เจตนาทุจริต" ซึ่งเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง ทั้งนี้อย่างไรจะถือว่าเป็นเจตนาทุจริตก็ขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยของพนักงานสอบสวน ทั้งนี้พนักงานสอบสวนจะพิจารณาจากพฤติกรรมของผู้ประกอบการนั้น เช่น เป็นเจ้าของที่ดินที่นำมาประกอบธุรกิจนั้นหรือไม่ , หลังจากตกลงทำสัญญาซื้อขายแล้วผู้ประกอบการได้ดำเนินการก่อสร้างไปบ้างแค่ไหนเพียงไร , มีการทำงานเป็นเวลานานเพียงใด , สำนักงานของโครงการปิดหรือไม่หรือมีพฤติกรรมอื่น ๆ ที่แสดงว่าหลบหนีหรือไม่ โดยเห็นว่าหากผู้ประกอบการมีการดำเนินการก่อสร้างไปแล้วประกอบกับในการโฆษณาขายบ้านหรือที่ดินนั้นได้มีการจัดทำโบรชัวร์ต่าง ๆ , มีการยื่นป้ายโฆษณาตามถนนหรือสื่อหนังสือพิมพ์ต่าง ๆ และการประกอบธุรกิจประเภทนี้

ผู้ประกอบการส่วนใหญ่มักจะเป็นนิติบุคคล จะต้องมีการจดทะเบียนจัดตั้งมีเงินทุนจดทะเบียน ฯลฯ ซึ่งล้วนแล้วแต่ต้องใช้ค่าใช้จ่ายสูง ดังนั้นพฤติการณ์เช่นนี้ น่าจะเห็นได้ว่าผู้ประกอบการมิได้มีเจตนาฉ้อโกงมาแต่ต้นอันจะถือ เป็นความผิดฐานฉ้อโกงได้²¹ การไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้นั้นอาจ เป็นการล้มเหลวในการดำเนินธุรกิจจริงๆ เป็นเรื่องผิดสัญญาทางแพ่งไม่ใช่เรื่องทุจริตฉ้อโกงหรือฉ้อโกงประชาชน แต่หากมีพฤติการณ์ว่าไม่มีใบอนุญาตจัดสรร , ที่ดินที่นำมาจัดสรรไม่ใช่กรรมสิทธิ์ของบริษัทและเมื่อรับเงินของผู้ซื้อไปแล้วไม่เคยมีการก่อสร้างหรือดำเนินการอะไรเลยหรือทิ้งงานเป็นเวลานานหรือมีการหลบหนีไปแล้ว เช่นนี้พนักงานสอบสวนอาจเห็นว่าเป็นเรื่องฉ้อโกงได้ และสรุปสำนวนไปยังพนักงานอัยการ เพื่อดำเนินคดีฐานฉ้อโกงหรือฉ้อโกงประชาชน หรือฐานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การโฆษณาเกินจริงตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ฯลฯ ซึ่งในความผิดกรณีอื่น ๆ นอกจากตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป

3.3.2 **พนักงานอัยการ** เมื่อได้รับสำนวนจากพนักงานสอบสวนแล้วและพนักงานอัยการเห็นชอบด้วยก็จะสั่งฟ้องผู้ประกอบการรายนั้น ซึ่งก็เป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการที่จะต้องพิสูจน์ชั้นศาลให้ได้ว่าผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริตฉ้อโกงผู้ซื้อ และเจตนาทุจริตนี้ก็ยิ่งมุ่งพิสูจน์ให้เห็นว่าต้องเป็นเจตนาทุจริตมาแต่ต้น อันเป็นเรื่องขั้นตอนในการสืบพยาน

3.3.3 **ผู้พิพากษา** คำพิพากษาส่วนใหญ่ที่ฟ้องร้องกล่าวหาว่าผู้ประกอบการมีความผิดฐานฉ้อโกงนั้น ส่วนใหญ่ศาลจะพิพากษายกฟ้อง โดยให้เหตุผลว่า "อัยการโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์เจตนาของผู้ประกอบการให้ศาลเห็นได้ว่ามีเจตนาทุจริต" (คำพิพากษาศาลชั้นต้นคดีหมายเลขแดงที่ 1098/2539) เมื่อไม่มีพฤติการณ์อันใดชี้ให้เห็นถึงเจตนาทุจริต ดังนั้นจึงไม่ใช่เรื่องความผิดฐานฉ้อโกงเป็นแต่เพียงผิดสัญญาทางแพ่ง และเมื่อไม่ใช่เรื่องความผิดทางอาญา ดังนั้นการขอชำระค่าทรัพย์สินคืนจึงเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายต้องไปดำเนินการเอง

²¹ ศูนย์บริการตรวจสอบข้อมูลธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ . "ที่มา วัตถุประสงค์ ผลการดำเนินการของศูนย์" ,บันทึกข้อความ 18 กันยายน 2538 (เอกสารแนบคดีพิมพ์เผยแพร่)

จากแนวทางการปฏิบัติจะเห็นได้ว่าการใช้ดุลพินิจของพนักงานสอบสวนนั้นจะพิจารณาถึงพฤติกรรมการของผู้ประกอบการ เช่น การเป็นเจ้าของที่ดินที่นำมาประกอบธุรกิจ มีการก่อสร้างไปบ้างแล้ว ฯลฯ และคำว่า "ทุจริต" ในประมวลกฎหมายอาญาเองก็ไม่ได้ชี้ลงไว้ว่าต้องเป็น "เจตนาทุจริตครั้งแรก" แต่เรื่องนี้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านตีความคำว่าทุจริตหลอกลวงว่าต้องเป็นเจตนาทุจริตครั้งแรกหรือมีมาแต่ต้นเท่านั้น ฉะนั้นเมื่อพนักงานสอบสวนเห็นว่าผู้ประกอบการมีพฤติการณ์สื่อให้เห็นว่ามีเจตนาทุจริตมาแต่ต้นก็จะส่งฟ้องผู้ประกอบการรายนั้นในความผิดฐานฉ้อโกง ซึ่งไม่มีมาตรฐานหรือแบบอย่างที่ชัดเจนแน่นอน เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเป็นรายคดีไปและขึ้นอยู่กับดุลพินิจของพนักงานสอบสวน การพิจารณาว่าเมื่อผู้ประกอบการมีการดำเนินการไปบ้างแล้วและยังเป็นเจ้าของที่ดินที่นำมาประกอบการ ฯลฯ ถือว่าผู้ประกอบการดังกล่าวสุจริตนั้นยังไม่จำเป็นต้อง เพราะการที่บุคคลใดจะแสวงหาประโยชน์จากบุคคลอื่นย่อมเป็นธรรมชาติอยู่เองที่ต้องทำให้ผู้อื่นหลงเชื่อ ก็คือต้องสร้างภาพให้เป็นที่น่าเชื่อถือน่าดึงดูดใจต้องมีการลงทุนบ้าง ทั้งนี้เพราะผลประโยชน์ที่จะได้รับในภายหน้ามีมากมายมากกว่าเงินลงทุน ดังปรากฏจากสถิติคดีประเภทความผิดฉ้อโกงประชาชน (หมู่บ้านจัดสรร) และมูลค่าความเสียหาย ²²

สถิติคดีประเภทความผิดฉ้อโกงประชาชน(หมู่บ้านจัดสรร)

ปี พ.ศ.2536	จำนวน 1 ราย	มูลค่าความเสียหาย	1,710,800 บาท
		(ผู้ต้องหาหลบหนี)	
ปี พ.ศ.2537	จำนวน 8 ราย	มูลค่าความเสียหาย	63,579,219 บาท
		(ส่วนใหญ่ผู้ต้องหาหลบหนี)	

ในขั้นตอนของการสืบพยานในชั้นศาลเองก็เป็นเรื่องที่ยุ่งยาก เพราะการจะพิสูจน์ถึงเจตนาที่อยู่ภายในใจของใครย่อมเป็นการยากพอสมควร และการที่จะดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจฐานฉ้อโกงจึงเป็นเรื่องยากที่จะนำเสนอสืบแสดงต่อศาลได้ว่าขณะที่ทำการโฆษณาให้ประชาชนเข้าไปหา

²² กองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจ กรมตำรวจ

สัญญาจะซื้อจะขายหรือเช่าซื้อนั้น ผู้ประกอบธุรกิจมีเจตนาอย่างไร การที่จะยึดหลักเมื่อโจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดแล้วโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้นั้น (เช่นกรณีนี้จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยมีเจตนาทุจริต) ซึ่งในความเป็นจริงก็น่าจะเป็นการยุติธรรมดี แต่หากพิจารณาจากอำนาจการต่อรองของผู้กรณีตั้งแต่ขั้นตอนของการเจรจาต่อรองทำสัญญา , การไม่มีอำนาจต่อรองเจรจาในการทำสัญญา โดยผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องเซ็นชื่อเพียงอย่างเดียว ฯลฯ จะเท่ากับเป็นการคุ้มครองจำเลย ผู้ที่มีอำนาจในการต่อรองมากกว่า มีฐานะทางสังคมและเศรษฐกิจที่ได้เปรียบกว่าโจทก์หรือผู้เสียหายหรือไม่ โดยหากจะถือหลักให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่พิสูจน์เจตนาของตนให้ได้ว่าตนสุจริต โดยยึดหลักให้เป็นการคุ้มครองผู้เสียหาย มากกว่าที่จะยึดหลักคุ้มครองจำเลยหรือผู้ประกอบการ น่าจะเป็นการสมควรหรือไม่ เพราะผลจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจได้ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจแก่ประชาชนและประเทศชาติอย่างร้ายแรง

เป็นที่ทราบกันดีว่าประมวลกฎหมายอาญาด้านฉ้อโกงนั้นยังไม่มีการแก้ไขมานานแล้ว ซึ่งในสมัยก่อนรูปแบบการซื้อขายหรือวิถีทางการดำเนินชีวิตยังไม่สลับซับซ้อนวุ่นวายมาก การแข่งขันทางธุรกิจมีน้อย แต่ปัจจุบันมีการแข่งขันกันมากขึ้นและรูปแบบการดำเนินการนับวันยิ่งใช้กลยุทธ์ที่แยบยลและหาช่องโหว่ของกฎหมายเพื่อเอารัดเอาเปรียบผู้อื่น และการที่นักนิติศาสตร์ตีความคำว่า "เจตนาทุจริต" ต้องเป็นเจตนาทุจริตที่มีมาแต่ต้นนั้นยังเป็นการเหมาะสมหรือไม่ เช่นนี้หากในภายหลังจากทำสัญญาซื้อขายผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริตหลอกลวงผู้ซื้อ เท่ากับว่าผู้ประกอบการไม่มีความผิดฐานฉ้อโกงได้ และอาจไม่มีความผิดทางอาญาด้านอื่นที่นำมาใช้บังคับได้เลย เป็นแต่เพียงต้องรับผิดชอบในทางแพ่งในกรณีผิดสัญญาเท่านั้น โดยหากพิจารณาว่าผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องเรียกเงินคืนได้เพราะเหตุผู้ประกอบการเป็นฝ่ายผิดสัญญาก็ไม่ผิดแต่ความมุ่งหมายของกฎหมายแพ่งนั้นเป็นเรื่องของการชดเชยไม่ชดเชยเพื่อลงโทษ ดังนั้นหากคนมีเจตนาฉ้อโกงและเป็นผู้มีทรัพย์สินที่จะบังคับคดีเอาชำระหนี้แก่ผู้เสียหายได้ เขาก็อาจไม่ได้รับประโยชน์เสมอไปจากการโกงแบบนี้ แต่อย่างน้อยเขาก็ไม่มีทางเสีย เพราะเขาอาจไม่ถูกฟ้องทางแพ่งหรือหากถูกฟ้องก็ไม่แน่ว่าจะเป็นฝ่ายแพคดีเสมอไป แต่หากเป็นผู้ที่มีเจตนาโกงและไม่มีการทรัพย์สินที่จะบังคับคดีได้

เช่นนี้เท่ากับว่าเขาได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เขาได้ไป²³ แต่ผู้เขียนเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นผู้มีทรัพย์สินเหลืออยู่หรือไม่ เขาก็ได้รับประโยชน์อยู่ เพราะเงินหรือทรัพย์สินที่เขาได้รับไปนั้นเขาสามารถนำไปใช้ประโยชน์อย่างอื่นได้ โดยเขาไม่ต้องนำเงินนั้นไปทำการก่อสร้างตามสัญญาเลย ซึ่งการใช้ประโยชน์นั้นอาจเป็นการนำไปใช้ในการลงทุนในธุรกิจอื่น ๆ และเงินที่เขาได้ไปนั้นเขาไม่ต้องเสียดอกเบี้ยให้แก่ผู้ใดเลย เพราะเงินนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเขาแล้ว (ซึ่งหากเป็นกรณีที่ต้องไปกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินเขาอาจจะต้องเสียดอกเบี้ยถึงร้อยละ 18 ต่อปี) และยังไม่มีการกำหนดเวลาชำระคืนด้วย เพราะในสัญญาจะซื้อจะขายส่วนใหญ่นั้นแล้วมักจะไม่ได้มีการระบุกำหนดเวลาที่ผู้ขายจะต้องส่งมอบบ้านหรือที่ดินที่ซื้อขายไว้แน่นอนชัดเจน เป็นแต่เพียงสัญญาว่าจะโอนกรรมสิทธิ์ให้กันเท่านั้นเท่านั้น เมื่อคิดสัญญาก็เป็นหน้าที่ของผู้เสียหายที่จะฟ้องร้องเรียกเงินที่ตนชำระไปคืน ซึ่งไม่ว่าจะชนะหรือไม่ ต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงและระยะเวลาในการดำเนินคดีอาจใช้เวลาจนถึง 3 ปีหรือมากกว่านั้นก็ได้ หากผู้เสียหายต้องเป็นผู้ไปฟ้องร้องคดีเองแล้ว ผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้ที่สูญเสียเงินไป จะมีเงินอะไรที่จะไปว่าจ้างทนายเพื่อดำเนินคดีกับผู้ประกอบการและหากจะให้ สคบ. เป็นผู้ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย หรือเรียกเงินคืนให้แก่ผู้เสียหายต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการและมีเงื่อนไขต่าง ๆ ซึ่งต้องใช้เวลาอันพอสมควร หรือกรณีอาจกลายเป็นว่าผู้เสียหายกลับเป็นฝ่ายคิดสัญญาด้วย เช่นกรณีในระหว่างผ่อนชำระเงินค่างวดและรอให้ผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์ให้ หากผู้ซื้อเห็นว่าผู้ขายไม่อาจจะดำเนินการตามสัญญาได้เลยจึงหยุดผ่อนชำระเงิน ซึ่งในสัญญาจะซื้อจะขายมักจะระบุไว้ว่าหากผู้ซื้อผิดนัดไม่ชำระเงินสองงวดติดกันหรือกรณีอื่น ๆ ถือว่าผู้ซื้อเป็นฝ่ายคิดสัญญา เมื่อเป็นเช่นนั้นผู้เสียหายจึงไม่อาจฟ้องร้องกล่าวหาว่าผู้ประกอบการเป็นฝ่ายคิดสัญญา เพราะตนเองกลับเป็นฝ่ายที่คิดสัญญาก่อนประกอบกับเมื่อฟ้องร้องและชนะคดีแล้ว ก็ไม่แน่นอนว่าผู้ประกอบการนั้นจะมีทรัพย์สินที่สามารถนำมาชำระหนี้ได้หรือไม่และยิ่งไปกว่านั้นส่วนมากผู้ประกอบการก็มักจะหลบหนีไปเลย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้วอาจทำให้ผู้ที่ทุจริตและไม่ถูกลงโทษไม่เกรงกลัวกฎหมาย ยิ่งทำให้ผู้ที่มิอาจการต่อรองน้อยอยู่แล้วกลับเป็นฝ่ายที่ต้องถูกโกง เรื่อยไปโดยวิธีของไหวทางกฎหมาย การตีความกฎหมาย

²³ เกษม สุกิจบริหาร . คำมั่นอันเป็นเท็จกับความผิดฐานฉ้อโกง. หน้า 80 (อ้างถึง CHAPLIN V. U.S.)

ดังนั้นกฎหมายอาญาที่มีอยู่จึงไม่สามารถบรรเทาความเดือดร้อนให้แก่เขาได้เลย ซึ่งคงจะต้องมีการแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสม เพื่อคุ้มครองประโยชน์แก่ผู้เสียหายที่มักจะเป็นบุคคลส่วน ใหญ่ของประเทศ ผู้ซึ่งไม่มีอำนาจการต่อรองอะไรเลยในสังคม

โดยที่การดำเนินธุรกิจในปัจจุบันนี้สภาพการแข่งขันมีมาก ต่างฝ่ายต่างใช้กลยุทธ์ต่าง ๆ เพื่อให้ตนชนะและได้รับผลประโยชน์มากที่สุด โดยเป็นอันตรายแก่ตนน้อยที่สุดหรือตนเสียหายน้อยที่สุด ซึ่งหากเป็นการใช้วิธีการที่ไม่เอารัดเอาเปรียบผู้อื่นก็ไม่มีเหตุผลอะไรที่กฎหมายจะเข้าไปแทรกแซง แต่หากไม่ใช่เช่นนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสาธารณะชนที่สุจริต กฎหมายก็ควรที่จะเข้าไปมีบทบาท ซึ่งโทษทางอาญาคูจะเป็นสิ่งที่สามารถข่มขู่ให้บุคคลเกรงกลัวที่จะทำผิดได้ การมีกฎหมายโดยเฉพาะ โทษทางอาญาไม่ได้ทำให้ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์หรือธุรกิจอื่น ๆ ต้องเลวลง แต่กลับเป็นการทำให้มันคงขึ้น มีเพื่อสนับสนุนการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ มีใช้เพื่อมุ่งลงโทษเท่านั้น ซึ่งน่าจะทำให้ มีประโยชน์ต่อธุรกิจประเภทนี้มาก เพื่อเป็นหลักประกันให้ผู้ซื้อมีความเชื่อมั่นว่าผู้ขายหรือผู้ประกอบการ จะไม่ทุจริตและตนจะได้ทรัพย์สินคืนแน่นอนหากผู้ขายหรือผู้ประกอบการไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินที่ซื้อขายได้ ทำให้ธุรกิจยังเจริญก้าวหน้าขึ้นด้วย

อย่างไรก็ตามการใช้มาตรการทางอาญาอย่างเดียวก็ไม่อาจบรรเทาความเสียหาย ให้แก่ผู้ที่เสียหายได้อย่างแท้จริง เพราะความมุ่งหมายในการฟ้องคดีของผู้เสียหายนั้น มีใช้เพียง แค่ฟ้องร้องเพื่อให้ผู้ประกอบการต้องถูกจำคุกเท่านั้น แต่สิ่งที่เขามุ่งหวังอีกประการหนึ่งก็คือ เขา จะได้รับเงินที่ต้องสูญเสียไปกลับคืนมาพร้อมทั้งค่าเสียหายและค่าชดเชยอย่างอื่น ๆ ที่จะพึงได้ด้วย ทั้งนี้เพราะมาตรการทางอาญาเป็นการใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการข่มขู่หรือยับยั้งเท่านั้น ดังนั้นจึง ควรจะต้องมีมาตรการด้านอื่น ๆ ที่จะช่วยเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย เพื่อเสริมกับ มาตรการทางอาญาคด้วย เพื่อทำให้การใช้โทษทางอาญาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นซึ่งจะได้ กล่าวในบทต่อไป

3.4 ความผิดฐานฉ้อโกงในประเทศไทย

จากการศึกษาในส่วนของความผิดฐานฉ้อโกงของไทยพบว่าพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการ ไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อได้นั้น หากผู้ประกอบการไม่มีเจตนาทุจริต

มาแต่เริ่มแรก ก็ ตั้งแต่ก่อนทำสัญญาแล้ว ไม่ว่าจะลงโทษในความผิดฐานฉ้อโกงได้ หากเป็นเช่นนั้นแล้ว เท่ากับว่าภายหลังจากทำสัญญาหากผู้ประกอบการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยเจตนาทุจริต และผู้เสียหายไม่อาจพิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาแอบแฝงที่มีอยู่ กล่าวคือไม่อาจพิสูจน์ได้ว่ามีเจตนาทุจริตแต่แรก เท่ากับว่าผู้ประกอบการไม่อาจมีความรับผิดทางอาญา เป็นแต่เรื่องผิดคำมั่นสัญญานทางแพ่งเท่านั้น

หากพิจารณาความผิดฐานฉ้อโกงในกฎหมายต่างประเทศในเบื้องต้น เช่น ประเทศกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส , เยอรมัน เป็นบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ ทำให้การตีความความผิดฐานฉ้อโกงเกี่ยวกับข้อหาที่ศึกษาสามารถนำมาใช้บังคับได้พอสมควร ทั้งนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงความผิดฐานฉ้อโกงของบางประเทศพอสังเขปดังนี้

3.4.1 ความผิดฐานฉ้อโกงตาม Theft Act

Theft Act 1968 ได้บัญญัติความผิดฐานฉ้อโกงไว้ในมาตรา 15

"การได้ทรัพย์สินโดยการหลอกลวง

(1) ผู้ใดโดยทุจริตใช้อุบายหลอกลวงอย่างใด ๆ เพื่อให้ได้ทรัพย์สินของผู้อื่น โดยมีเจตนาที่จะแย่งเอาทรัพย์สินนั้นไปจากผู้อื่นอย่างถาวร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี

(2) เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้บุคคลที่ถือว่าได้ไปซึ่งทรัพย์สินใด ถ้าบุคคลนั้นได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ การครอบครอง หรือการควบคุมทรัพย์สินนั้นและ"การได้ไป"นั้นให้หมายความรวมถึงการได้ไปเพื่อผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นได้ไปหรือได้ความยึดถือเอาไว้

(3) มาตรา 6 มาใช้โดยอนุโลมตามวัตถุประสงค์ของมาตรานี้, ตามความจำเป็นและความเหมาะสมเท่าที่อนุโลมใช้กับมาตรา 1

(4) โดยความประสงค์ของมาตรานี้ "การหลอกลวง" หมายความว่า การหลอกลวงโดยคำพูดหรือการกระทำ(ซึ่งได้กระทำไม่ว่าจะโดยพิจารณาอย่างรอบคอบหรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง) แก่ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย และให้หมายความถึงการใส่คำฉ้อฉลเป็นเท็จของ

ผู้หลอกลวงหรือของผู้อื่นด้วย" 24

จากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นมีผู้อธิบายถึงองค์ประกอบของความผิดฐานฉ้อโกงไว้

ดังนี้ 25

องค์ประกอบภายนอก (Actus reus) แบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ

- 1) หลอกลวง (Deception)
- 2) ไปได้ซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่น (obtains property belonging to another)

24 Theft Act 1968 "Section 15 Obtaining property by deception,

(1) A person who by any deception dishonestly obtains property belonging to another, with the intention of permanently depriving the other of it, shall on conviction on indictment be liable.

(2) For purpose of this section a person is to be treated as obtaining property if he obtains ownership, possession or control of it, and "obtain" includes obtaining for another or enable another to obtain or to retain.

(3) Section 6 above shall apply for purpose of this section on, with the necessary adaptations of the reference to appropriation, as to applies for purpose of Section 1.

(4) For purpose of this Section "deception" means any deception (whether deliberate or reckless) by word or conduct as to fact or as to law, including a deception as to the present intention of the person using the deception or any other person."

25 เจลิมพล ช่อโพธิ์ทอง, "ความผิดฐานฉ้อโกงและฉ้อโกง : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย อังกฤษ เยอรมันและไทย" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 54, 61, 62

องค์ประกอบภายใน

- 1) จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (deliberate or reckless)
- 2) เจตนาทุจริต (dishonestly)
- 3) เจตนาเอาทรัพย์สินของผู้อื่นโดยถาวร(intention of permanently)

"การหลอกลวง" ตาม Theft Act ใช้คำว่า "deception" แทนคำว่า "false pretence หรือ "fraudulent misrepresentation" ใน Larceny Act 1916 มาตรา 32 ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายกว้างกว่าเดิม โดยในมาตรา 15(4) ของ Theft Act ให้ความหมายของการหลอกลวงไว้หมายความว่า "การหลอกลวงที่เกี่ยวกับเจตนาในปัจจุบันของผู้หลอกลวง" ดังนั้นเมื่อบุคคลใดแสดงว่าตนตั้งใจจะทาสั่งใดในขณะที่เป็นความจริงแล้วในขณะที่นั้นมิได้เจตนาให้เป็นไปตามนั้น แม้จะเป็นเพียงความคาดหวัง หรือความเห็นก็ถือเป็น "การหลอกลวง" ²⁶ ซึ่งก็คือหลักในเรื่อง "การไว้คำมั่นอันเป็นเท็จ" นั้นเอง

เกี่ยวกับเจตนาหลอกลวงจะต้องเป็นการหลอกลวงก่อนที่จะได้ทรัพย์สินหรืออย่างน้อยหากไม่ได้เกิดก่อนก็ต้องไม่ใช้หลอกลวงภายหลังจากได้ทรัพย์สินมาแล้ว การได้ทรัพย์สินนั้นอาจเป็นเพียงการได้มาซึ่งโอกาสที่จะได้ทรัพย์สิน ²⁷

ส่วนการได้ไปซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่น หมายความว่า การได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ การครอบครอง หรือการควบคุมดูแลทรัพย์สินและยังหมายความรวมถึงการได้ไปซึ่งทรัพย์สินเพื่อผู้อื่นหรือเพื่อทำให้ผู้อื่นได้ไปซึ่งทรัพย์สินหรือเพื่อทำให้ผู้อื่นได้ยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้

"เจตนาทุจริต" มีความหมายตรงตามตัวอักษรคือ ใจมาตราฐานความเข้าใจของบุคคล

²⁶ Jacques parry , "Parry on Offences against property" .
(England : Real Estate Law, 1989) , p.122.

²⁷ Ibid . , p.131

ธรรมคาซึ่งเห็นว่าสิ่งนั้นเป็นกรณีไม่สุจริต²⁸ โดยตามมาตรา 15(3) ให้นำมาตรา 6 และ 1 มาใช้โดยอนุโลม

ถ้อยคำที่เป็นการชักชวน ,ให้ความเห็นหรือคำพูดของผู้ขาย เช่น เป็นการก่อสร้างที่ดีที่สุด ซึ่งมีเพื่อชักชวนให้เชื่อเช่นนั้น โดยหลักแล้วจะไม่เป็นการฉ้อโกง แม้ว่าภายหลังข้อความนั้นจะเป็นเท็จ เช่นเดียวกับการที่ผู้สมัครรับเลือกตั้งสัญญาไว้ก่อนได้รับเลือกตั้งว่าจะหาอย่างไร หากภายหลังไม่ทำตามย่อมไม่ผิดฐานฉ้อโกง²⁹ อย่างไรก็ตามหากถ้อยคำที่แสดงความคิดเห็นอื่นเป็นเท็จนั้นเป็นของ 1) บุคคลซึ่งอยู่ในฐานะที่น่าเชื่อถือหรือมีความรู้เรื่องนั้น ,2) เป็นผู้เชี่ยวชาญที่คอยให้คำแนะนำ หรือ 3) บุคคลซึ่งความจริงแล้วไม่ได้มีความเห็นเช่นนั้น เช่นเป็นการแสดงความคิดเห็นหากเป็นความเท็จย่อมมีความผิดฐานฉ้อโกงได้ เนื่องจากในอังกฤษให้ความสำคัญกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เป็นพิเศษ โดยจะมีองค์กรหรือบุคคลทำหน้าที่ตรวจสอบให้คำแนะนำแก่บุคคลทั่วไป เช่น real estate broker เป็นผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นหากเขาให้คำแนะนำแก่ลูกค้าโดยไม่พิจารณาให้รอบคอบหรือให้ความเห็นไปทั้ง ๆ ที่เจตนาจริง ๆ ไม่ใช่เช่นนั้น เช่นนี้เขาอาจถูกลงโทษในความผิดฐานฉ้อโกงได้³⁰ โดยเป็นการนำเอาความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ

ในสหรัฐอเมริกายังมีการบัญญัติกฎหมายเป็นพิเศษเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกง เช่น The Federal Odometer statute โดยเป็นกฎหมายที่ใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงเครื่องวัดระยะทาง(odometer) ทั้งนี้ได้มีคดีเกี่ยวกับการขายรถเก่าของโรงงานในเมือง Bronx รัฐนิวยอร์ก ซึ่งศาลได้พิพากษาลงโทษ 15 บริษัทและผู้เกี่ยวข้องอีก 36 คน ในความผิดฐานฉ้อโกงภายใต้บังคับของ The mail fraud statute และ The Federal Odometer statute

²⁸ Ibid .. p.85

²⁹ Vulcan Metals Co V. Simmon Mfg.Co. 1918.

³⁰ Frank Gibson ,James Karp ,Ellict Klayman, "Real Estate Law" 3rd ed.(Chicago : Real Estate Education ,1992) p.278

การบังคับใช้กฎหมายเป็นพิเศษเนื่องจากเห็นว่า การกระทำผิด เช่นนี้ เป็นลักษณะของอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ โดยผู้กระทำผิดเป็นบุคคลที่ดำเนินธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมายและใช้สุจริตใจนั้น เป็นเครื่องมือเพื่อปิดบังการกระทำผิด (white collar crime) นับว่าเป็นอันตรายต่อสังคมเป็นอย่างมาก ³¹

อาจกล่าวได้ว่าความผิดฐานฉ้อโกงตาม Theft Act หากนำมาพิจารณาในปณิกภาพที่วิจัยพบว่า การที่ผู้ประกอบการให้คำมั่นว่าจะก่อสร้างบ้านหรือจัดสรรที่ดินให้แก่ผู้ซื้อแล้วเสร็จ แต่ในขณะที่ให้คำมั่นนั้นมิได้มีเจตนาที่จะกระทำตามคำมั่น (ถ้าวันนั้นเป็นเท็จ) ย่อมมีความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา 15 Theft Act ได้

3.4.2 ความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายเยอรมัน

ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานฉ้อโกงไว้ใน มาตรา 268

"การฉ้อโกงเล็กน้อย

1) บุคคลใดเพื่อความหวังมิโดยมิชอบสำหรับตนเองหรือบุคคลที่สามทำที่บุคคลอื่นได้รับความเสียหายมีค่าเป็นเงินทอง โดยการหลอกลวง บิดเบือน หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งทำให้เกิดความเข้าใจผิด มีความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกและให้กำหนดโทษปรับในจำนวนเงินที่เขาต้องสูญเสียสิทธิทางแพ่งด้วย"³²

³¹ Nancy M.Kirschner, "Criminal Consumer Fraud : Must the Goal of Deterrence and Compensation Be Mutually Exclusive ?" American Journal Criminal Law , 7, 355 (1979).

³² The German Penal Code of 1871

Section 263 "Petty Fraud

I. Anybody who, for the purpose of unlawfully enriching himself or a third person ,cause pecuniary damages to another by procuring or interposing an error through deception or distortion or suppression of the true facts, shall be punished for fraud by imprisonment, in addition to which a fine may be imposed as well as loss of civil rights.

จากบทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกงได้ดังนี้ ³³

องค์ประกอบภายนอก

- 1) การหลอกลวง บิดเบือน หรือปกปิดข้อความจริง
- 2) ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงเชื่อ, เข้าใจผิด
- 3) บุคคลอื่นได้รับความเสียหายมีค่าเป็นเงินทอง
- 4) เพื่อความมั่งมีโดยมิชอบสำหรับตนเองหรือบุคคลที่สาม

องค์ประกอบภายใน

- 1) เจตนาที่จะหลอกลวง บิดเบือนหรือปกปิดความจริง
- 2) เจตนาทุจริตแสวงหากำไรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อประโยชน์แก่ตนเองหรือบุคคลที่สาม

เกี่ยวกับปัญหาที่วิจัยในกรณีผู้ประกอบการตกลงจะก่อสร้างบ้าน หรือจัดสรรที่ดิน แต่จริง ๆ แล้วมิได้มีเจตนาเช่นนั้น หากพิจารณาตามกฎหมายอาญาฐานฉ้อโกงของเยอรมันถือว่าเป็นการหลอกลวงให้ผู้ซื้อหลงเชื่อว่าจะมีการก่อสร้างบ้านและได้ชำระเงินให้แก่ผู้ประกอบการไป แต่

³³ คณิต ๗ นคร ,อาจารย์พิเศษคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,4 มีนาคม 2541

"การแยกองค์ประกอบของความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันและของไทยจะแยกองค์ประกอบเหมือนกัน (ดูคณิต ๗ นคร ,คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด)

เฉลิมพล ช่อโพธิ์ทอง ,ความผิดฐานลักทรัพย์และฉ้อโกง : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอังกฤษ เยอรมันและไทย"

จริง ๆ มิได้มีเจตนาที่จะสร้างเลย เช่นนี้ย่อมเป็นความผิดฐานฉ้อโกง และหากแม้ว่าในขณะที่ทำสัญญาซื้อขายผู้ประกอบการจะมีเจตนาที่จะก่อสร้างบ้านก็จริง แต่หากภายหลังจากได้รับเงินมาบ้างแล้วต่อมามีเจตนาที่จะไม่ดำเนินการก่อสร้าง แต่ก็ยังหลอกลวงผู้ซื้อว่าจะทำการก่อสร้าง และรับเงินจากผู้ซื้อเรื่อยมาโดยไม่แจ้งเจตนาที่แท้จริงให้ทราบ เช่นนี้ถือว่าผู้ประกอบการมีความผิดฐานฉ้อโกง กล่าวถึงมีการหลอกลวง และผลจากการหลอกลวงนั้นทำให้ได้รับประโยชน์เพิ่มพูนขึ้น ซึ่งก็คือเงินที่ผู้ซื้อผ่อนชำระ³⁴ จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่คำนึงว่าจะต้องทุจริตตั้งแต่ค้นหาสัญญา เพียงแต่มีเจตนาทุจริตหลอกลวงก่อนที่จะได้ทรัพย์สินไปเท่านั้น

3.4.3 ความผิดฐานฉ้อโกงความประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

กฎหมายตรา 313-1 ได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงไว้

"การฉ้อโกง ได้แก่ การกระทำให้ไม่ว่าโดยการใช้ชื่อปลอม หรือคุณสมบัติที่ไม่ถูกต้อง หรือโดยบิดเบือนข้อเท็จจริงหรือโดยใช้วิธีการใด ๆ อันทุจริต เพื่อให้บุคคลหรือนิติบุคคลเข้าใจผิด เพื่อให้ได้ประโยชน์แก่ตนเองหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินของบุคคลใด การบริการหรือเพื่อให้มีการก่อหนี้หรือปลดหนี้

ความผิดฐานฉ้อโกงต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับตั้งแต่ 2,500,000 ฟรังก์"³⁵

³⁴ ดร.กมลชัย รัตนสวางศ์ ,อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,

วันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2541

จิรนา อุนมานราชอน ,อาจารย์พิเศษโครงการยุโรปศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,

วันที่ 2 มีนาคม 2541

³⁵ Nouveau Code Penal 1994 ,Article 313-1

ความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายฝรั่งเศส คือการใช้วิธีการใด ๆ อันทุจริต เช่น การใช้ชื่อปลอม, คุณสมบัติไม่ถูกต้องหรือโดยบิดเบือนข้อเท็จจริง เพื่อให้บุคคลหรือนิติบุคคลเข้าใจผิด เพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์แก่ตนเองหรือบุคคลที่สาม หรือได้ไปซึ่งทรัพย์สินของบุคคลใด การบริการ หรือเพื่อให้บริการปลอมนี้ หรือก่อหนี้ โดยมีความหมายกว้างกว่าความผิดฐานฉ้อโกงเดิม ซึ่งเป็นลักษณะของการหลอกลวงให้ส่งทรัพย์สินโดยหมายความเฉพาะสังหาริมทรัพย์³⁶ ฉะนั้นสิ่งที่ผู้หลอกลวงได้ ไปจึงไม่จำกัดอยู่เฉพาะทรัพย์สินของผู้ถูกหลอกลวง แต่อาจเป็นประโยชน์อื่นใด ฯลฯ

3.4.4 ความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น

ได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงไว้ในมาตรา 354

"ฉ้อโกง

(1) บุคคลใดโดยการหลอกลวงได้มาซึ่งทรัพย์สินของบุคคลอื่นจะต้องถูกลงโทษจำคุก 10 ปี หรือมากกว่านั้น

³⁵ Article 313-1 "L'escroquerie est le fait, soit par L'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualite, soit par L'abus d'une qualite vraie une , soit par L'emploi de man oeuvres frauduleuses , de tromper une personne physique ou morale et de la determiner ainsi, a son prejudice ou an prejudice d'un tiers, a remettre des fonds, des valeurs ou an bien quelconque , a fournir un service ou a consentir un acte operent obligation ou decharge

L'escroquerie est punie de cign ans d'emprisonment et de 2,500,000 F. d'amende"

³⁶ The French Penal Code 1960 Article 405.

(2) กรณีนี้ผู้นอมนำมาใช้กับบุคคลซึ่งหลงกลางเพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์อันมิชอบทางเศรษฐกิจสำหรับตนเองหรือบุคคลที่สาม " 37

3.4.5 ความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอินเดีย

ได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงไว้ใน มาตรา 415

"มาตรา 415 ผู้ใดหลงกลางผู้อื่นโดยเจตนาฉ้อโกงหรือโดยทุจริต ทำให้เขาหลงเชื่อส่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลใด หรือทำให้เขายอมรับบุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือหลงกลางผู้อื่นโดยเจตนาจนเขากระทำการหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ซึ่งเขาจะไม่กระทำหรือไม่ละเว้นกระทำถ้าเขาไม่ถูกหลงกลางและการกระทำหรือละเว้นกระทำนั้น ทำให้หรืออาจทำให้เกิดความเสียหายหรือบาดเจ็บแก่ร่างกาย จิตใจ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินเช่นนี้เรียกว่า "ฉ้อโกง" 38 ความผิดฐานฉ้อโกง

37 The Penal Code of Japan 1961

Article 354 Fraud

(1) A Person who by fraud obtains any property of another shall be punished by imprisonment for ten years or less

(2) The same shall apply to a person who by fraud wrongfully acquires or enable a third person to acquire any economic benefit "

38 The Penal Code of India 1860

Section 415 "Whoever ,by deceiving any person ,

fraudulently or dishonestly induces the person so deceived to deliver any property to any person ,or to consent that any person shall retain any property ,or intentionally induces the person so deceived to do or omit to do anything which he would not do or omit if he were not so deceived, and which act or omission causes or is likely to cause damage or harm to that person in body ,mind ,reputation or property, is said to "cheat"

3.4.6 ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวีเดน

มาตรา 1 "บุคคลใดโดยการหลอกลวง ถ่วงวางบุคคลอื่นไว้กระทำการหรืองดเว้น
กระทำการใด ๆ ซึ่งทำให้ผู้กระทำผิดได้ประโยชน์และผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลอื่น ซึ่งเป็นตัวแทน
เสียประโยชน์จะต้องถูกลงโทษฐานฉ้อโกง มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี"³⁹

จะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส, เยอรมัน, ญี่ปุ่น, อินเดีย,
สวีเดน กล่าวโดยสรุปจะเป็นการขัดขวางความผิดฐานฉ้อโกงในลักษณะใกล้เคียงกัน คือ เป็นการ
หลอกลวงผู้อื่นเพื่อให้ได้ประโยชน์สำหรับตนเองหรือบุคคลอื่น โดยอาจกล่าวโดยสรุปถึงความผิด
ฐานฉ้อโกงของอังกฤษ, เยอรมัน, ฝรั่งเศส ได้ดังนี้

³⁹ The Penal Code of Sweden as amended 1972

Section 1 "A person, who by deception induces someone
to do or not to do something which involves gain for the offender
and loss for the dupe or someone he represent, shall be sentenced for
fraud to imprisonment for at most two years.

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กฎหมาย	องค์ประกอบภายนอก	องค์ประกอบภายใน	สิ่งที่ได้รับ
Theft Act	1. หลอกหลวง 2. ผู้ถูกหลอกหลงเชื่อ	1. เจตนา 2. เจตนาทุจริต	ได้ไปซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่น
German Penal Code	1. หลอกหลวง บิดเบือน หรือปกปิดข้อความจริง 2. ทำให้ผู้ถูกหลอกเข้าใจผิด 3. ผู้ถูกหลอกได้รับความเสียหาย	1. เจตนา 2. เจตนาทุจริต	เพื่อความหวังมิโดยมิชอบสำหรับตนเองหรือบุคคลที่สาม
Nouveau Penal Code	1. ใช้ชื่อปลอม 2. คุณสมบัติไม่ถูกต้อง 3. บิดเบือนข้อเท็จจริง 4. วิธีการใด ๆ อันทุจริต	1. เจตนา 2. เจตนาทุจริต	1. เพื่อให้บุคคลหรือนิติบุคคลเข้าใจผิด 2. ให้ได้ประโยชน์แก่ตนเองหรือบุคคลที่สาม 3. ได้ไปซึ่งทรัพย์สินของบุคคลใด 4. การบริการหรือให้บริการก่อนนี้ หรือปลดหนี้

หากพิจารณาองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกง ไม่ว่าจะ เป็น Theft Act ,German Penal Code ,Nouveau Penal Code แล้ว เกี่ยวกับประเด็นที่วิจัยพบว่าเจตนาทุจริตหรือเจตนาหลอกลวง กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าจะต้องเกิดก่อนที่จะมีการหาสัญญาซื้อขายกัน เพียงแต่เป็นการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์สำหรับตนเองหรือบุคคลอื่นก็เพียงพอแล้ว

อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่าการกำหนดองค์ประกอบภายนอกที่แตกต่างกันดังกล่าวอาจมีผลต่อองค์ประกอบภายในเกี่ยวกับเจตนาได้ เช่น ตาม Theft Act กำหนดว่าจะต้องเป็น "การหลอกลวง" แต่ใน German Penal Code กำหนดไว้กว้างกว่าโดยรวมถึงการบิดเบือนข้อเท็จจริงและใน Nouveau Penal Code กำหนดไว้ถึงขนาดว่า "ใช้วิธีการใด ๆ อันทุจริต" ได้ ทำให้การตีความเจตนาในไม่จำกัดอยู่เพียงแต่ต้องเป็น "เจตนาหลอกลวง" เท่านั้น แต่อาจเป็นการบิดเบือนหรือใช้วิธีต่าง ๆ อันทุจริต ดังนั้นหากเป็นการกระทำโดยทุจริตก็สามารถลงโทษในความผิดฐานฉ้อโกงได้

ฉะนั้นเกี่ยวกับเรื่อง "เจตนาทุจริต" หรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับการตีความของผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งการที่นักกฎหมายมีแต่หลงอยู่ว่าการผิดสัญญาไม่เป็นฉ้อโกงตามความเห็นแก่ ๆ ไม่ยอมพัฒนาการค้นคว้าหรือแสวงหาข้อเท็จจริงให้ชัดเจนว่าการผิดสัญญาต้องหาพยานอย่างไรจึงจะเป็นฉ้อโกงได้ 40 " ทำให้ผู้กระทำความผิดใช้การกระทำทางแพ่งเป็นเกราะบังหน้า โดยใช้แผนการฉ้อโกงที่แยบยล เช่น วิธีการซื้อขาย เพื่อหลอกลวงทั้ง ๆ ที่เจตนาจะโกงโดยไม่ปฏิบัติตามสัญญา ทำให้ไม่ทันต่อการโกงของกันร้าย ประกอบกับยังไม่มีกฎหมายโดยเฉพาะที่จะนำมาใช้เพื่อปราบปรามการกระทำเช่นนี้ หากจะอาศัยความผิดฐานฉ้อโกงที่มีอยู่แล้วคงต้องพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยอยู่บนหลักที่ว่า "การหลอกลวงโดยกล่าวถึงเหตุการณ์ในอนาคตหรือเกี่ยวกับคำสัญญาเป็นความผิดฐานฉ้อโกง" ซึ่งหากเข้าใจหลักกฎหมายนี้แล้วการพิสูจน์เรื่องจริงอันเป็นเรื่องแผนการภายในของผู้หลอกลวงจึงไม่เป็นการยากเลย เพราะจะเหมือนกับ การพิสูจน์ข้อเท็จจริงในเรื่องอื่นๆ ทั่วๆ

40 ราชฎ (จิตติ) เจริญจำ , บันทึกของท้ายคำชี้ขาดความเห็นแย้งเบื้องต้นในวโรกาสลดธง
ศิริราชสมบัติครบ 50 ปี, 2540 หน้า 137-143

บาย ซึ่งยากแค้นเหมือนกัน ความสำคัญอยู่ที่จะต้องรู้ว่าผู้กระทำการมีจิตใจหลอกลวงตรงจุดใด ⁴¹

อย่างไรก็ตามการจะนำประมวลกฎหมายอาญาฐานฉ้อโกงมาใช้กับการประกอบธุรกิจ อสังหาริมทรัพย์ได้ก็เร็วไม่นั้นคงจะต้องขึ้นอยู่กับการศึกษาความกฎหมายของแต่ละบุคคลนั่นเอง ซึ่งไม่ อาจกล่าวได้ว่าฝ่ายใดถูกหรือผิด เพราะเป็นการใช้ดุลพินิจของแต่ละคน และการที่จะกดขี่หนักที่ เป็นเสมือนบรรทัดฐานในการตีความเรื่องเจตนาทุจริตแต่แรกนี้ คงเป็นการยากลำบากพอสมควร ดังนั้นจึงน่าจะพิจารณาการทางกฎหมายอื่นๆ ที่อาจนำมาใช้ควบคุมการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴¹ เรื่องเดียวกัน