

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาในการป้องกัน และปราบปรามการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต

ปัจจุบันการหลอกลวงได้มีการพัฒนารูปแบบและวิธีการที่หลากหลายขึ้น ประกอบกับความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ การพัฒนาเครื่องคอมพิวเตอร์ และระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่สามารถทำให้โลกนี้ไร้พรมแดน มนุษย์สามารถติดต่อสื่อสารระหว่างกันได้ภายในระยะเวลาอันรวดเร็ว จนทำให้กลุ่มอาชญากรได้นำเอาข้อดีของระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตมาเป็นเครื่องมือในการประกอบอาชญากรรมโดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีมากมายหลายรูปแบบ เช่น การหลอกลวงเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจที่บ้าน (Work at Home) การหลอกลวงเกี่ยวกับการประมูลสินค้าออนไลน์ (Online Auctions) การหลอกลวงเกี่ยวกับการให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Access Service) การหลอกลวงเกี่ยวกับการลงทุน (Investment Scam) เป็นต้น ซึ่งส่งผลให้การหลอกลวงในรูปแบบต่าง ๆ สามารถแพร่กระจายไปได้ทั่วโลกอย่างรวดเร็วจนยากที่จะป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเหล่านี้ให้หมดสิ้นไป สำหรับประเทศไทยขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายที่จะบังคับใช้ในการปราบปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ จึงจะต้องใช้กฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไปพลางก่อน ซึ่งเมื่อพิจารณาศึกษาจะพบว่ามีปัญหาในการนำประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้กับการปราบปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตหลายประการ อันจะส่งผลให้การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพ ดังที่ผู้เขียนจะได้นำเสนอในบทนี้ต่อไป

#### 4.1 ปัญหากฎหมายสารบัญญัติในการป้องกันและปราบปรามการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต

กฎหมายสารบัญญัติ คือ กฎหมายที่กำหนดว่าการกระทำและการไม่กระทำอย่างไรเป็นความผิด และจะลงโทษหรือใช้วิธีการอย่างไรแก่การกระทำและการไม่กระทำอันเป็นความผิดนั้น เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288\* บัญญัติว่า การฆ่าผู้อื่นเป็นความผิด และกำหนด

---

\* ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 บัญญัติว่า ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

โทษไว้ว่าผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี หรือมาตรา 341\* บัญญัติว่าการหลอกลวงผู้อื่นเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ว่าผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นต้น

ในขณะที่อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตกำลังแพร่ระบาดอย่างหนัก ทำให้เราต้องย้อนกลับมาดูกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้ว่าประเทศไทยมีกฎหมายใดที่กำหนดว่าการประกอบอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้หรือไม่ ซึ่งจะพบว่าประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่จะใช้บังคับกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายจะต้องปรับการกระทำความผิดดังกล่าวให้เข้ากับฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือความผิดตามพระราชบัญญัติที่มีอยู่ในขณะที่ความผิดเกิดขึ้น ดังนั้นเมื่อการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตเป็นความผิดที่มุ่งกระทำต่อทรัพย์สินของผู้อื่น จึงถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งเมื่อพิจารณาอย่างลึกซึ้งแล้วการได้ไปซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นโดยการใช้กลอุบายหลอกลวง การแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงอันควรบอกแจ้งให้ทราบย่อมเป็นความผิดฐานฉ้อโกง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341- 343 หรืออาจจะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์โดยการใช้กลอุบาย ตามมาตรา 334 แล้วแต่กรณี

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญานั้นบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 เป็นต้นมา เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาตั้งแต่สมัยเทคโนโลยียังไม่เจริญก้าวหน้าเหมือนเช่นทุกวันนี้ พื้นฐานของกฎหมายอาญามุ่งที่จะคุ้มครองทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Corporeal Object) โดยมีได้มุ่งเน้นจะคุ้มครองข้อมูลอันเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง (Incorporeal Object) ซึ่งรวมถึงคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า ประกอบกับประมวลกฎหมายอาญาถูกบัญญัติขึ้นเพื่อใช้ดำเนินการกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสังคม ซึ่งเป็นกฎหมายที่เพิ่งเล็งต่อการกระทำต่าง ๆ เช่น

---

\* ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 บัญญัติว่า ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สามทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

การลักทรัพย์ การกระทำความเสียหายต่อทรัพย์สิน และการกระทำความเสียหายต่อบุคคล กฎหมายจะไม่ได้บัญญัติความผิดเฉพาะในส่วนของเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิดทางอาญา เช่น การใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ในการกระทำความผิด ดังนั้นเมื่อนำเอาประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้กับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีลักษณะของการกระทำความผิดที่เปลี่ยนแปลงไปจากอาชญากรรมรูปแบบเดิม สิ่งที่คุณเขียนจะต้องศึกษาต่อไปคือประมวลกฎหมายอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบันมีสภาพบังคับหรือมีประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตได้อย่างเพียงพอหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ายังมีปัญหาและอุปสรรคในการนำประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้ปราบปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์หลายประการ อันจะส่งผลให้การปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งพอสรุปเป็นประเด็นได้ดังนี้

#### 4.1.1. ปัญหาเรื่องผู้กระทำความผิด

ในฐานความผิดแต่ละฐานตามประมวลกฎหมายอาญานั้นจะต้องมีการกำหนดว่าใครเป็นผู้กระทำความผิด เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 ความผิดฐานฉ้อโกง บัญญัติผู้กระทำความผิดไว้ว่า "ผู้ใด" หมายถึง ผู้กระทำการบอกกล่าวข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงอันควรบอกกล่าวให้แจ้งนั่นเอง ซึ่งถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดโดยตรงย่อมต้องมีความรับผิดทางอาญา แต่สำหรับการประกอบอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตนั้นมีบุคคลที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย เช่น กรณีผู้กระทำความผิดอยู่ต่างประเทศและได้ดำเนินการเปิดเว็บไซต์ โดยมีเซิร์ฟเวอร์อยู่ที่ต่างประเทศ และผู้เสียหายได้เปิดดูเว็บไซต์ดังกล่าวในประเทศไทย ซึ่งการเปิดดูเว็บไซต์ดังกล่าวจะต้องกระทำผ่านผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) กรณีดังกล่าวจะถือว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องมีความรับผิดทางอาญาหรือไม่ เนื่องจากเป็นผู้นำเข้าซึ่งข้อความเท็จอันเป็นการกระทำการหลอกลวงดังกล่าว

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศได้มีคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา วางแนวบรรทัดฐานในเรื่องนี้ไว้ว่า คดีระหว่าง Religious Technology Center กับ Netcom-Online Communication Services, INC ซึ่งเป็นคดีพิพาทกันในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ คดีนี้ศาลได้ตัดสินให้ Netcom ซึ่งเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดต่อการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นแก่ผู้ใช้บริการ Netcom โดยให้เหตุผลว่าความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) เปรียบเสมือนกับเจ้าของทางด่วนหรือคนเก็บเงินหน้าทางด่วน ซึ่งไม่ต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้นบนทางด่วน ซึ่งก่อขึ้นโดยผู้ใช้ทางด่วน ในทำนองเดียวกันระบบ

เครือข่ายอินเทอร์เน็ตเปรียบเสมือนเครื่องมือสื่อสารประเภทอื่น ๆ เช่น โทรศัพท์ ซึ่งโดยทั่วไป องค์การโทรศัพท์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบการกระทำของผู้ใช้บริการ เช่น การกล่าวถ้อยคำหมิ่นประมาทของผู้ใช้โทรศัพท์ เพราะฉะนั้นจึงเป็นการไม่ยุติธรรม หากจะต้องให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องมีความรับผิดชอบดังกล่าวเช่นเดียวกัน

นอกจากนั้นกรณีการหลอกลวงที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยผ่านทางเว็บไซต์ (Web Site) ของบุคคลอื่น เช่น การหลอกลวงเกี่ยวกับการประมูลสินค้าออนไลน์ (Online Auctions) หรือการซื้อขายสินค้าออนไลน์ (General Merchandise) เป็นต้น หรือการหลอกลวงที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำผ่านทางกระดานข่าว เช่น การหลอกลวงเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจที่บ้าน (Work at Home) การหลอกลวงเกี่ยวกับการลงทุน (Investment Scams) ซึ่งผู้หลอกลวงสามารถกระทำการหลอกลวงได้โดยการสมัครเป็นสมาชิกของเว็บไซต์ที่ให้บริการเกี่ยวกับการประมูลสินค้าออนไลน์หรือซื้อขายสินค้าออนไลน์ โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย แล้วนำสินค้าของตนเองไปขายหรือประมูลในเว็บไซต์ดังกล่าว เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นกรณีนี้จะต้องพิจารณาว่าเจ้าของเว็บไซต์หรือผู้ดูแลเว็บไซต์ (Web Master) จะต้องมีควมรับผิดชอบเกี่ยวกับการหลอกลวงนั้นหรือไม่

จากแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา จะพบว่าคดีระหว่าง Cubby, Inc กับ CompuServe, Inc จำเลยเป็นบริษัทผู้ให้บริการคอมพิวเตอร์ออนไลน์ที่ใหญ่ที่สุดแห่งหนึ่งในโลก โดยให้บริการห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ และเวทียอนไลน์ โดยจำเลยทำสัญญาให้ Cameron Communications, Inc จัดการตรวจสอบ สร้าง ตัด เรียบเรียง และควบคุมเนื้อหาของเวทียการหนังสือพิมพ์ตามมาตรฐานงานบรรณาธิการ มาตรฐานทางเทคนิค และรูปแบบที่จำเลยกำหนด ปรากฏว่าได้มีผู้ส่งข้อความหมิ่นประมาท Cubby เข้าไปยังเวทียหนังสือพิมพ์ ศาลตัดสินว่าจำเลยไม่มีโอกาสตรวจสอบเนื้อหาของงานพิมพ์ ก่อนที่จะมีการ Upload ข้อความนั้นไปยังหน่วยความจำในเครื่องคอมพิวเตอร์ ธุรกิจของจำเลยคือห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์เพื่อหาทำไรซึ่งมีงานพิมพ์จำนวนมากอยู่ในห้องสมุด จำเลยมิได้ใช้หรือแทบมิได้ใช้อำนาจควบคุม เช่น บรรณาธิการในเนื้อหาของงานพิมพ์ดังกล่าว ศาลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้กระจายข่าวอิเล็กทรอนิกส์จึงมีมาตรฐานความรับผิดชอบเช่นเดียวกับห้องสมุดสาธารณะ ร้านขายหนังสือและแผงขายหนังสือพิมพ์ ดังนั้นจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบในงานพิมพ์ในคดีนี้ และศาลมิได้พิพากษาความรับผิดชอบของ Cameron Communications, Inc ซึ่งเป็นผู้ควบคุมเวทียการพิมพ์หนังสือพิมพ์ให้จำเลยด้วย

หรือคดี Stratton Oakmont, Inc กับ Prodigy Service Co. จำเลยเป็นบริษัทให้บริการคอมพิวเตอร์ออนไลน์แก่สมาชิกประมาณสองล้านคน สมาชิกดังกล่าวสามารถสื่อสารระหว่างกันได้และมีการใช้กระดานข่าวของจำเลย ซึ่งกระดานข่าวที่ได้รับความนิยมมากคือ Money Talk ซึ่งสมาชิกสามารถส่งข้อความเกี่ยวกับหุ้น การลงทุน และเรื่องราวทางการเงินอื่น ๆ เข้าไปติดไว้ได้ จำเลยจ้างหัวหน้ากระดานข่าวต่าง ๆ รวมทั้ง Money Talk ให้เข้าร่วมในการสนทนา และส่งเสริมการใช้และเพิ่มจำนวนผู้ใช้กระดานข่าว ในเดือนตุลาคมค.ศ. 1994 บุคคลไม่ระบุชื่อได้ส่งข้อความเข้าไปติดไว้ในกระดานข่าวเป็นการหมิ่นประมาท Stratton Oakmont, Inc และประธานของ Stratton Oakmont, Inc ศาลตัดสินว่าจำเลยใช้โปรแกรมตรวจสอบ และมีแนวทางรวมทั้งการจ้างผู้ดำเนินการหรือหัวหน้ากระดานข่าว ทำให้จำเลยมีอำนาจควบคุมกระดานข่าว จำเลยจึงเป็นผู้พิมพ์โฆษณา ซึ่งมีความรับผิดชอบเหมือนกับหนังสือพิมพ์ ศาลได้อธิบายความแตกต่างกับคดี Cubby, Inc กับ CompuServe, Inc ว่าจำเลยแสดงให้เห็นว่าตนควบคุมเนื้อหาในกระดานข่าว และจำเลยดำเนินการควบคุมโดยใช้โปรแกรมตรวจสอบอัตโนมัติ และมีแนวทางให้หัวหน้ากระดานข่าวปฏิบัติตามในการตัดข้อความที่ผิดกฎหมายและไร้สนิยม การควบคุมดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจควบคุมเช่นบรรณาธิการ

จากแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐดังกล่าวจะเห็นได้ว่าความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาอยู่ที่ฐานะของผู้ให้บริการว่าเป็นผู้พิมพ์ผู้โฆษณาชั้นต้น เช่นเดียวกับผู้พิมพ์ผู้โฆษณาหนังสือพิมพ์หรือสถานีวิทยุโทรทัศน์กระจายเสียง หรือผู้พิมพ์ผู้โฆษณาชั้นสอง เช่นเดียวกับร้านขายหนังสือ หรือแผงขายหนังสือพิมพ์ ในคดีแรก CompuServe, Inc ไม่มีอำนาจหรือไม่มีโอกาสควบคุมเนื้อหางานพิมพ์ จึงเป็นเพียงผู้พิมพ์ผู้โฆษณาชั้นสอง ซึ่งต้องรับผิดชอบเมื่อรู้หรือควรได้รู้ข้อความหมิ่นประมาท ส่วนในคดีหลัง Prodigy Service Co. มีอำนาจควบคุมเช่นบรรณาธิการในข้อความบนกระดานข่าว จึงเป็นผู้พิมพ์ผู้โฆษณาชั้นต้น มีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้พิมพ์ผู้โฆษณาของหนังสือพิมพ์<sup>65</sup>

!การสิ้นสุดของสูตรที่ไม่คาดคิด

<sup>65</sup> ศิระ บุญภินนท์, “ความรับผิดทางอาญาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการกระทำผิดทางอาญาของผู้ให้บริการ: ตัวอย่างจากสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” บทบัญญัติ, เล่มที่ 55 ตอน 1 (มีนาคม 2542) : หน้า 73-75.

สำหรับประเทศไทยยังไม่มีบรรทัดฐานในการพิจารณาว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือผู้ดูแลเว็บไซต์ (Web Master) จะมีความรับผิดชอบอย่างไรหรือไม่ สำหรับในความคิดเห็นส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษ โดยโทษตามประมวลกฎหมายอาญานั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่กระทำความผิดนั้น การที่จะลงโทษบุคคลใดได้นั้นผลของการกระทำความผิดต้องเป็นผลโดยตรงจากการที่บุคคลนั้นเป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้นจึงควรจำกัดเพียงต่อผู้กระทำความผิดโดยตรงเท่านั้น น่าจะไม่รวมถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) หรือองค์การโทรศัพท์ หรือเปรียบเทียบได้กับกรณีของสายการบินไทยที่มีผู้นำเฮโรอีนเข้ามา จะให้บริษัทการบินไทยต้องรับผิดชอบด้วยหรือไม่ เมื่อการบินไทยมิได้รู้เรื่องการกระทำความผิด จึงไม่น่าถือว่าเป็นผู้กระทำความผิด เช่นเดียวกับบริษัทผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและองค์การโทรศัพท์ที่ไม่อาจทราบได้ว่าข้อมูลที่นำเข้ามามีเนื้อหาอย่างไร จึงไม่น่าจะถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่จะต้องรับโทษตามกฎหมายอาญา แต่มีความคิดเห็นของนักวิชาการบางท่านเห็นว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นในต่างประเทศ แต่ผู้ดูแลเป็นผู้ดึงภาพเข้ามาโดยผ่านทางบริษัทผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นผู้เปิดประตูให้เข้ามา จึงควรมีความรับผิดชอบด้วย

#### 4.1.2. ปัญหาเกี่ยวกับฐานความผิดตามกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาไทยบัญญัติใช้มานานแล้ว ตั้งแต่ในยุคเทคโนโลยีสมัยเก่า ซึ่งไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ไว้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาที่ 5354/2539 กรณีการจูนโทรศัพท์มือถือ ศาลตัดสินว่าเป็นการแย่งคลื่นสัญญาณโทรศัพท์ ไม่ใช่เป็นการเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไป ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ แต่เป็นความผิดฐานมิและใช้เครื่องวิทยุคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498 ซึ่งเป็นกฎหมายเก่าและมีโทษจำคุก ในขณะที่มีคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 วินิจฉัยว่าการลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งจากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวได้เป็นที่ถกเถียงกันในวงการนิติศาสตร์มากกว่าไฟฟ้าเป็นทรัพย์สินอันเป็นองค์ประกอบความผิดฐานลักทรัพย์หรือไม่ เนื่องจากเมื่อพิจารณาประกอบกับคำว่า “เอาไป” ทรัพย์จึงต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง แต่ไฟฟ้าไม่มีรูปร่าง เหตุใดศาลจึงวินิจฉัยว่ากระทำได้กล่าวเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้ ถ้าเป็นการที่ศาลตีความโดยใช้หลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) ก็ย่อมจะขัดกับหลักกฎหมายอาญาที่ว่าไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้นหลักสำคัญของกฎหมายอาญาคือ หลัก “ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (Nulla poena sine lege : no punishment without law) การใช้เทคโนโลยีทำให้อาชญากรสามารถประกอบอาชญากรรมข้ามจังหวัดหรือข้ามประเทศได้โดยไม่ต้องลี้ภัยจากโต๊ะทำงานที่บ้านของตนเอง สามารถทำผิดได้โดยไม่ต้องไปยังที่เกิดเหตุ และรูปแบบของอาชญากรรมที่เปลี่ยนแปลงไป อาชญากรรมในอดีตเป็นอาชญากรรมที่มุ่งประสงค์ต่อทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Corporeal Object) แต่ในปัจจุบันนี้ได้มีอาชญากรรมอีกประเภทหนึ่งซึ่งมุ่งประสงค์ต่อทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Incorporeal Object) เช่น ข้อมูล ที่เราเรียกว่าอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์อันทำให้องค์ประกอบความผิดเปลี่ยนไปจากอาชญากรรมดั้งเดิม ซึ่งมีปัญหาที่เราจะต้องพิจารณากันว่าหากมีความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์เกิดขึ้น เช่น การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต กฎหมายอาญาที่ใช้บังคับในปัจจุบันจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ครอบคลุมทุกกรณีหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างให้เห็นถึงความเปลี่ยนแปลงขององค์ประกอบแห่งความผิด เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ กฎหมายอาญากำหนดว่าผู้กระทำต้องพรากเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไป ในขณะที่อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ผู้กระทำสามารถทำซ้ำข้อมูลสารสนเทศไปได้โดยไม่ต้องเคลื่อนย้ายหรือพรากเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไป และข้อมูลสารสนเทศก็ไม่ใช่วัตถุที่จับต้องได้ อย่างนี้จะอยู่ในความหมายของคำว่า “เอาไป” และคำว่า “ทรัพย์สิน” ซึ่งเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์หรือไม่ สำหรับในความคิดเห็นของผู้เขียนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวจะไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์

สำหรับการนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้กับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต ผู้เขียนเห็นว่ายังมีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในการกำหนดฐานความผิด ดังนี้

1. เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือการปกปิดข้อความจริงอันควรบอกกล่าวให้แจ้งหรือที่เราเรียกว่าการหลอกลวงนั้น ผู้เขียนเห็นว่ายังมีความไม่แน่นอนในการกำหนดฐานความผิดของกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากความแตกต่างระหว่างความผิดฐานฉ้อโกงกับความผิดฐานลักทรัพย์โดยการใช้กลอุบายที่มีความใกล้เคียงกันมาก การที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำความผิดใดเป็นความผิดฐานลักทรัพย์โดยใช้กลอุบาย การกระทำความผิดใดเป็นความผิดฐานฉ้อโกงนั้น ถึงแม้จะมีแนวความคิดเห็นของท่านศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้วางแนวความคิดในการแยกแยะความผิดดังกล่าวดังนี้

1.1 ถ้าเป็นการใช้อุบายหลอกลวงให้ผู้อื่นส่งการยัดถือเป็นเรื่องลักทรัพย์ โดยใช้อุบาย เพราะข้อเท็จจริงเป็นการหลอกลวงให้ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ แต่ลักทรัพย์เป็นเรื่องแย่งการครอบครอง เพราะฉะนั้นถ้าเราเอาไปเพื่อการยัดหรือเพื่อแย่งการครอบครองโดยสะดวก ก็เป็นความผิดฐานลักทรัพย์โดยใช้อุบาย

1.2 ความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา 341 เป็นเรื่องใช้อุบายหลอกลวงเพื่อให้ผู้อื่นส่งมอบกรรมสิทธิ์หรือเป็นการให้ผู้อื่นส่งมอบการครอบครอง

จากการแบ่งแยกแนวทางดังกล่าวของท่านศาสตราจารย์นิติ ตึงศภัทย์ เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลฎีกาแล้ว พบว่าบางคำพิพากษาก็สอดคล้องกับหลักการที่วางเอาไว้ บางคำพิพากษาก็ไม่สอดคล้อง เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 321/2510 จำเลยได้เรียกเอาเงินและทองมาใส่ถุงย่ามเพื่อเป็นสิริมงคลในการที่จำเลยจะทำพิธีขึ้นบ้านใหม่ของโจทก์ร่วม โจทก์ร่วมจึงได้นอธนบัตรจำนวนหนึ่งกับสร้อยคอทองคำใส่ในกล่องพลาสติกส่งให้จำเลย จำเลยเอาห่อเงินและกล่องบรรจุสายสร้อยดังกล่าวมาใส่ลงในถุงย่ามแล้วลงเรือหนีไป มีนายประสิทธิ์และโจทก์ร่วมเดินตามหลัง ระหว่างเดินกันไปยังบ้านใหม่จำเลยล้วงเอาห่อธนบัตรไปเสียเป็นการลักทรัพย์ เพราะโจทก์ร่วมเจ้าของทรัพย์ยังมิได้สละการครอบครองให้จำเลย เจ้าทรัพย์เพียงแต่ให้จำเลยยัดถือไว้เป็นการชั่วคราว ดังนั้นการที่จำเลยเอาห่อธนบัตรนั้นย่อมมีความผิดฐานลักทรัพย์ จะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงตามฎีกาฉบับนี้เจ้าของทรัพย์มอบเงินและทองให้จำเลยยัดถือไว้เพียงชั่วคราว การที่จำเลยใช้อุบายหลอกลวงและเอาทรัพย์นั้นไป จึงเป็นการได้ไปซึ่งการยัดถือ ย่อมเป็นความผิดฐานลักทรัพย์

หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 259-260/2488 จำเลยหลอกลวงว่าตนสามารถทำธนบัตรฉบับเดียวให้เป็นสองฉบับได้ เจ้าของทรัพย์หลงเชื่อจึงเอาธนบัตรมาให้จำเลยทำพิธี จำเลยเข้าไปในห้องแล้วส่งหีบออกมาใบหนึ่งบอกว่าธนบัตรใส่ไว้ในหีบนั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเจ้าของทรัพย์หลงเชื่อคำกล่าวเท็จหลอกลวงของจำเลยจนปล่อยให้จำเลยทำอะไรแก่ธนบัตรนั้นได้ตามใจชอบ จนกระทั่งจำเลยพาธนบัตรหนีไป เจ้าทรัพย์เพิ่งทราบในภายหลัง พฤติการณ์เหล่านี้สื่อให้เห็นความมกมายของเจ้าทรัพย์อย่างชัดแจ้ง คงไม่ระแวงการทุจริตของจำเลยจึงไม่ได้ควบคุมธนบัตรนั้นอย่างที่ท่านเป็นผู้ยัดถือ สันนิษฐานได้ว่าเจ้าทรัพย์ได้สละการครอบครองธนบัตรให้แก่จำเลยตั้งแต่หลงเชื่ออุบายทุจริตของจำเลยแล้ว การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานฉ้อโกง ไม่ใช่ความผิดฐานลักทรัพย์



คำพิพากษาฎีกาบางเรื่องไม่ได้เป็นไปตามหลักที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เช่น คำพิพากษาฎีกา 554/2509 (ประชุมใหญ่)\* ที่ศาลตัดสินว่าเป็นการฉ้อโกง ทั้ง ๆ ที่การที่ผู้เสียหาย ส่งมอบปิ่นให้กับสืบตำรวจเอก ห เพื่อไปเข้าห้องน้ำ จะเห็นได้ว่าเป็นเพียงการมอบปิ่นให้บุคคลอื่น ยึดถือชั่วคราวเท่านั้น ไม่ได้มีเจตนาจะให้ปิ่นแก่สืบตำรวจเอก ห ยึดถือไว้เพื่อตน การที่จำเลยมา หลอกเอาปิ่นจากสืบตำรวจ ห ไป จึงน่าจะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์โดยการนำใช้กลอุบาย มากกว่าหรือกรณี

คำพิพากษาฎีกาที่ 2581/2529 จำเลยทั้งสองซึ่งรถจักรยานยนต์ซ้อนกันเข้าไปเติมน้ำมันเบนซินที่บ้านของผู้เสียหายจำนวน 5 ลิตร เมื่อเติมน้ำมันเสร็จภริยาผู้เสียหายทวงเงินค่าน้ำมัน จำเลยที่ 2 ก็ล้วงลูกกลม ๆ ออกมาถือไว้คงจะคล้ายกับลูกระเบิดแล้วก็พูดว่าไม่มีเงินมีไอ้นี้เอาไหม แล้วจำเลยทั้งสองซึ่งรถจักรยานยนต์ออกไป ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นการหลอกลวงผู้เสียหายเพื่อที่จะเติมน้ำมันรถโดยไม่ชำระราคาเท่านั้น การที่จำเลยที่ 2 ถือลูกกลม ๆ อยู่ในมือแล้วพูดเช่นนั้นเป็นวิธีการที่จะใช้แสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นความผิดฐานฉ้อโกง หาใช่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 611/2530 จำเลยขับรถยนต์เข้าไปสั่งเติมน้ำมันรถยนต์ที่ปั๊มน้ำมันของผู้เสียหาย เมื่อคนเติมน้ำมันเกือบจะเต็มถึงจำเลยพูดว่าไม่มีเงินเดี๋ยวจะเอามาให้ คนเติมน้ำมันบอกว่าต้องไปบอกผู้เสียหายก่อน แต่จำเลยก็ขับรถออกไป ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ขณะเติมน้ำมันจำเลยไม่ได้ดับเครื่องยนต์รถและฝาปิดถังน้ำมันก็ไม่มีโดยใช้ผ้าอุดแทน แสดงให้เห็นว่าจำเลยได้วางแผนการไว้เพื่อจะไม่ชำระเงินค่าน้ำมัน เมื่อได้น้ำมันแล้วก็หลบหนีไปเป็นอุบายอย่างหนึ่งในการที่จะกระทำการลักทรัพย์สำเร็จ พฤติการณ์แสดงว่าจำเลยมีเจตนาทุจริตมาตั้งแต่ต้นที่จะลักเอาน้ำมันของผู้เสียหาย จึงเป็นความผิดฐาน ลักทรัพย์โดยใช้อุบาย

---

\* คำพิพากษาฎีกาที่ 554/2509 (ประชุมใหญ่) จำเลยกับสืบตำรวจโท ส และสืบตำรวจเอก ห กลับมาจากงานบวชนาคด้วยกัน เมื่อถึงทุ่งนาสืบตำรวจโท ส บอกว่าจะไปถ่ายเพราะปวดท้อง จึงมอบปิ่นให้กับสืบตำรวจเอก ห แล้วสืบตำรวจโท ส ก็เดินไปโดยจำเลยเดินตามไปด้วย สืบตำรวจเอก ห ไปคุยกับพรรคพวก จำเลยได้กลับมาหาสืบตำรวจเอก ห และเอาความเท็จบอกว่าเป็นสืบตำรวจโท ส ให้มาเอาปิ่นจะไปธุระกับสืบตำรวจเอก ห เห็นว่าจำเลยกับสืบตำรวจโท ส เจ้าของปิ่น เป็นเพื่อนกันจึงหลงเชื่อตามคำหลอกลวงของจำเลยและมอบปิ่นให้จำเลยไป ดังนั้นการกระทำของจำเลยอยู่ในลักษณะที่เห็นได้ว่าจำเลยหลอกลวงให้สืบตำรวจเอก ห หลงเชื่อจนได้ปิ่นไปจากสืบตำรวจเอก ห ผู้ถูกหลอกลวง ฉะนั้นการกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานฉ้อโกง

จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาฎีกาที่ 2581/2529 และคำพิพากษาฎีกาที่ 611/2530 มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันมาก คำพิพากษาฎีกาในเรื่องแรกจะว่าจำเลยมีเจตนาที่จะเติมน้ำมัน โดยชำระราคาตั้งแต่ต้นคงไม่ได้ มิฉะนั้นคงไม่ล้วงลูกกลม ๆ ออกมาถือไว้ให้เห็นว่ามีลักษณะ คล้ายลูกระเบิด ส่วนฎีกาฉบับหลังก็เช่นเดียวกันเห็นได้อย่างชัดเจนว่ามีเจตนาที่จะเติมน้ำมันฟรี มาตั้งแต่ต้น ฎีกาฉบับหลังพอที่จะอธิบายได้ว่าเด็กในบิมน้ำมันไม่ได้เป็นผู้ครอบครองน้ำมันเป็น เพียงแต่ผู้ยึดถือน้ำมันแทนเจ้าของ การที่ใช้อุบายหลอกลวงเอาการยึดถือแล้วเอาน้ำมันหลบหนี ไปเป็นการแย่งการครอบครอง โดยหลอกให้ได้มาซึ่งการยึดถือก่อน ในเบื้องต้นจึงเป็น การลักทรัพย์โดยใช้กลอุบาย สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีแรกก็น่าจะเป็นการลักทรัพย์ โดยใช้กลอุบายเช่นเดียวกัน

เมื่อแนวคำพิพากษาในเรื่องนี้ยังไม่แน่ชัด จึงย่อมส่งผลกระทบต่อการวินิจฉัย ความผิดเกี่ยวกับการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตหลายกรณี เช่น การหลอกลวงเกี่ยวกับบัตรเครดิต ที่ผู้หลอกลวงกำหนดให้ผู้ถูกหลอกลวงใส่ข้อมูลเกี่ยวกับบัตรเครดิตเพื่อยืนยันว่าตนเองมีอายุ ครบ 18 ปีบริบูรณ์ เพื่อให้บริการดูภาพลามกอนาจารนั้น หรือกรณีซื้อสินค้าออนไลน์และชำระ ค่าสินค้าด้วยบัตรเครดิต และผู้หลอกลวงนำเอาข้อมูลดังกล่าวไปใช้ชำระค่าสินค้าหรือบริการ ต่าง ๆ จะถือว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์โดยใช้กลอุบายหรือความผิดฐานฉ้อโกง เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่ากรณีที่ผู้หลอกลวงทราบข้อมูลเกี่ยวกับบัตรเครดิตนั้น ผู้ถูกหลอกลวงไม่ได้ส่งมอบข้อมูลดังกล่าวให้ผู้หลอกลวงเพื่อให้ยึดถือเพื่อตนอันเป็นหลักของ การครอบครอง จึงน่าจะถือได้ว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์โดยใช้กลอุบาย หากใช้ความผิด ฐานฉ้อโกงไม่ เมื่อเป็นความผิดฐานลักทรัพย์แล้ว ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยต่อไปคือสิ่งที่ผู้กระทำความ ผิดลักไปเป็นทรัพย์อันจะถือเป็นองค์ประกอบความผิดฐานนี้หรือไม่

2. สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาการตีความกฎหมายอาญาว่าข้อมูลที่ ผู้หลอกลวงนำเอาไปนั้นจะถือว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้หรือไม่ เนื่องจากเมื่อพิจารณา องค์ประกอบของความผิดฐานลักทรัพย์\* ในส่วนของการกระทำความผิด คือ “เอาไป” ซึ่งหมายความว่าทรัพย์เคลื่อนที่ไปจากการครอบครองของผู้อื่น ความผิดฐานลักทรัพย์จึงต้องมีการกระทำเป็นสองประการ คือ “การแย่งการครอบครอง” และ “พาเคลื่อนที่ไป” การกระทำ

---

\* ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 บัญญัติว่า ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่น เป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินหกพันบาท

ที่จะเป็นการแย่งการครอบครองนั้นจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1367 คือมีการยึดถือทรัพย์สินนั้น โดยเจตนายึดถือเพื่อตน ซึ่งผู้ครอบครองไม่จำเป็นจะต้องยึดถือเอง\* ซึ่งทรัพย์สินที่ลักได้จะต้องมีผู้ครอบครองอยู่ และผู้กระทำเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้น โดยการแย่งเอาการครอบครอง คือเข้าถือเอาโดยผู้ครอบครองเดิมไม่อนุญาต เมื่อมีการแย่งการครอบครองดังกล่าวแล้ว การเอาไปยังไม่สำเร็จ เป็นความผิดฐานลักทรัพย์จนกว่าจะได้มีการพาทรัพย์สินที่ผู้กระทำเข้าแย่งครอบครองแล้วนั้นเคลื่อนที่ไป จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบของความผิดในส่วนของกรกระทำ คือ “เอาไป” แต่การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตผู้หลอกลวงไม่ได้มีการพาทรัพย์สินที่ลักได้เคลื่อนที่ไป เพียงแต่เป็นการคัดลอกข้อมูลดังกล่าวเพื่อนำไปใช้เท่านั้น ในความคิดเห็นของผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่อาจนำกฎหมายอาญาความผิดฐานลักทรัพย์มาใช้บังคับได้ เพราะหากศาลจะแปลเอาคำว่า “เอาไป” ให้ครอบคลุมถึงการคัดลอกข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว หลักใหญ่ที่ศาลฎีกาได้วางแนววินิจฉัยฎีกาไว้ตลอดเป็นระยะเวลายาวนานว่าจะต้องมีการ “แย่งการครอบครอง” และ “พาเคลื่อนที่ไป” ก็จะถูกบิดเบือนเสีย ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาให้แก่ความหมายของคำว่า “เอาไป” เป็นอย่างยิ่ง

กรณีที่ต้องศึกษาต่อไปคือวัตถุประสงค์ที่ผู้กระทำความผิดมุ่งหมายกระทำต่อในความผิดฐานนี้ คือ ทรัพย์ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดนิยามคำว่า “ทรัพย์” เอาไว้ จึงต้องถือว่า ประสงค์จะให้เป็นไปตามหลักที่ว่ากฎหมายต่าง ๆ ต้องพึงพาอาศัยกันและกัน และประสงค์จะให้เข้าใจตามที่เข้าใจอยู่ในกฎหมายทั่ว ๆ ไป คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 ได้แก่วัตถุประสงค์มีรูปร่าง และเมื่อพิจารณาประกอบคำว่า “เอาไป” อันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของ

---

\* คำพิพากษาฎีกาที่ 950/2530 (ประชุมใหญ่) จำเลยทั้งสองเป็นลูกจ้างกรมชลประทาน ได้รับคำสั่งให้ควบคุมเครื่องต้นน้ำ โดยกรมชลประทานส่งน้ำมันที่ใช้กับเครื่องต้นน้ำดังกล่าวให้ทุกวันและมีเจ้าหน้าที่ไปควบคุมการปฏิบัติงานและตรวจสอบการใช้น้ำมัน ดังนั้นน้ำมันยังอยู่ในความครอบครองของกรมชลประทาน เมื่อจำเลยทั้งสองเอาน้ำมันไปขายจึงมีความผิดฐานลักทรัพย์ หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 179/2507 จำเลยกับผู้เสียหายโดยสารเรือเมล์ไปด้วยกัน ผู้เสียหายจะไปห้องส้วมฝากกระเป๋าทิ้งให้จำเลยช่วยถือแทน จำเลยลอบเปิดกระเป๋าทิ้งซึ่งผู้เสียหายฝากไว้แล้วเอาสร้อยกับธนบัตรไป ดังนั้นการที่ผู้เสียหายฝากกระเป๋าทิ้งให้จำเลยช่วยดูแลเป็นการชั่วคราว ระยะเวลาที่ผู้เสียหายเข้าห้องส้วมมิได้เจตนาสละการครอบครอง ถือว่าสร้อยกับธนบัตรยังอยู่ในความครอบครองของผู้เสียหาย จำเลยมีความผิดฐานลักทรัพย์

ความผิดฐานลักทรัพย์ ก็ จะเห็นได้ว่าทรัพย์ที่จะเอาไปได้นั้นต้องเป็นทรัพย์ที่สามารถพาเคลื่อนที่ได้ จึงมีบทสรุปว่าทรัพย์ที่จะเอาไปได้นั้นต้องเป็นสิ่งหามทรัพย์ ส่วนอสังหาริมทรัพย์ เป็นทรัพย์ที่ไม่อาจลักกันได้ เว้นแต่จะได้ถูกแบ่งแยกหรือเปลี่ยนแปลงจากสภาพอสังหาริมทรัพย์ มาเป็นสิ่งหามทรัพย์แล้ว

วัตถุที่มีรูปร่าง หมายความว่าสิ่งที่มีรูปร่างโดยตัวของมันเองและที่อาศัยสิ่งอื่นเป็นรูปร่าง เช่น น้ำในภาชนะ อากาศ หรือแก๊สที่บรรจุอยู่ในถัง หรือในท่อที่ปล่อยแก๊สให้ไหลไปด้วย ส่วนพลังงานอย่างอื่น ความร้อน ความเย็น แสง รวมทั้งรูปที่มองเห็นด้วยตา เสียงที่ได้ยินด้วยหู ในตัวของมันเองไม่ใช่สิ่งที่จับต้องได้ จึงไม่เป็นทรัพย์ที่จะลักได้ แต่ตัววัตถุคือสิ่งที่เป็นรูปหรือเกิดเสียง แก๊สที่ร้อน หรือเย็นอันเป็นวัตถุที่ให้ความร้อนความเย็นนั้น เป็นทรัพย์ที่ถือเอาได้ และลักได้ แต่จะมีการเอาไปหรือเพียงแต่ใช้ทรัพย์ของเขาหมดเปลืองสิ้นไป ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างจับต้องไม่ได้ เช่น สิทธิเรียกร้อง ลิขสิทธิ์ เช่น ลอบโดยสารรถไฟ แอบเข้าชมการแสดง ละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า สิทธิในการประดิษฐ์ หรือสิทธิในชื่อการค้า ไม่เป็นสิ่งที่ลักได้ แต่เอกสารที่แสดงสิทธิเหล่านั้น ตัวผ่านประตู ตัวโดยสาร เล่มหนังสือ แผ่นเสียงบทละคร เป็นวัตถุที่มีรูปร่างที่สามารถลักกันได้<sup>67</sup>

ปัญหาจึงเกิดว่าข้อมูลเป็นทรัพย์อันจะเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดตามมาตรา 334 ประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ ปัญหาดังกล่าวยังไม่มีคำพิพากษาของศาลวางแนวบรรทัดฐานไว้ ซึ่งเมื่อวินิจฉัยถึงแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาจะพบว่าส่วนใหญ่ทรัพย์ที่ลักได้จะต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น หากจะมีปัญหาที่แต่เฉพาะแรงไฟฟ้าจะถือเป็นทรัพย์ตามความหมายแห่งมาตรา 334 หรือไม่ ทั้งนี้เพราะความหมายของวัตถุที่มีรูปร่างนั้นเข้าใจปะปนกันอยู่กับวัตถุที่สัมผัสจับต้องได้ ถ้าพิจารณาในแง่ที่ว่าทรัพย์เป็นสิ่งที่สัมผัสได้ทางร่างกายก็เข้าใจได้ว่ากระแสไฟฟ้าเป็นสิ่งที่สัมผัสทางร่างกายได้ แต่ถ้าพิจารณาในแง่ที่ว่ากระแสไฟฟ้ามี่รูปร่างหรือไม่ ก็ยากที่จะเข้าใจได้ว่ากระแสไฟฟ้านั้นมีรูปร่าง เพราะเป็นแค่ไหลไปตามสิ่งที่ เป็นสื่อแต่หาไม่มีรูปร่างตามพหุเช่นแก๊สหรือน้ำมันไม่

<sup>67</sup> จิตติ ดิงศภัททิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (กรุงเทพมหานคร:กรุงสยามพรินติ้งกรุ๊ป, 2532), หน้า 1934-1935.

เพื่อตัดปัญหานี้บางประเทศได้มีบทบัญญัติลงโทษโดยเฉพาะกับการลักกระแสไฟฟ้าขึ้นไว้ตรงโดยตรง\* แต่อย่างไรก็ตามได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 (ที่ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่ากระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์ที่ลักได้\*\* จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าววิเคราะห์ว่าการลักกระแสไฟฟ้ามีความผิดตาม มาตรา 334 ทั้งนี้โดยการขยายความคำว่า ทรัพย์ ตามมาตรา 334 ให้รวมถึงทรัพย์สินด้วย ทั้งนี้ เพราะกระแสไฟฟ้านั้นเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาได้และถือเอาได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 ในกรณีนี้ ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์ ได้บันทึกหมายเหตุท้ายฎีกาว่า

“ในประมวลกฎหมายอาญาก็ใช้สองคำนี้ปะปนกันอยู่เหมือนกัน เริ่มด้วยจั่วหน้า ลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ก็รวมความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินอยู่ด้วย ในมาตรา 338 การขู่เอาประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน เรียกว่า นำความผิดฐานริดเอาทรัพย์ มาตรา 352 วรรคสอง ทรัพย์ตกอยู่ในครอบครองผู้ยกยอกเป็นทรัพย์สินหายๆ เป็นต้น เพื่อพิจารณาโดยจริงจัง เข้าก็เห็นอยู่คำว่า “ทรัพย์” หรือทรัพย์สินนั้น หาได้แยกใช้ต่างกันโดยเคร่งครัดเสมอไปไม่ นอกจากนี้การลักทรัพย์หมายถึงการลักทรัพย์เคลื่อนที่ได้ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียกว่าสังหาริมทรัพย์ คำว่าสังหาริมทรัพย์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็หมายรวมถึงความรวมถึงแรงแห่งธรรมชาติ เช่น แรงไฟฟ้าด้วยนั่นเอง แม้จะถือว่าแรงไฟฟ้าเป็น

---

\* เช่น Larceny Act 1916 s.10 ของอังกฤษ ศาลลงโทษผู้ใช้โทรศัพท์โดยไม่เสียเงินตามกำหนดด้วย หรือประมวลกฎหมายอาญาสวิส มาตรา 146 บัญญัติการเอาพลังงานธรรมชาติของผู้อื่น เช่น แรงไฟฟ้าไป ซึ่งมีอธิบายว่ารวมถึงความร้อน พลังน้ำ แสงสว่างด้วย ถ้าเอาไปโดยทุจริตก็มีโทษสูงขึ้น ประเทศสหรัฐอเมริกา กระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์ที่ลักกันได้ตามพระราชบัญญัติ ทำนองเดียวกับกฎหมายอังกฤษ เพราะถือว่ากระแสไฟฟ้าเป็นสิ่งที่ถือเอาและพาไปได้

\*\* ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสด์ เห็นว่า เป็นการตีความโดยขยายความซึ่งศาลสามารถทำได้

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย เห็นว่า เป็นการใช้หลักกฎหมายใกล้เคียง (analogy)

คณิต ณ นคร เห็นว่า การวินิจฉัยเช่นนี้ย่อมจะเป็นการวินิจฉัยโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) ในทางเป็นโทษ ซึ่งเป็นข้อที่ต้องห้ามตามหลักไม่มีโทษไม่มีกฎหมาย (null poena sine lege) หรือหลักของมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

วัตถุไม่มีรูปร่างแต่ก็มีราคาถือเอาได้และนำพาไปเสียจากเจ้าของได้ ทั้งสามารถวัดปริมาณที่เอาไปได้ด้วย ดังนั้นก็ไม่มีเหตุอะไรที่จะเอาแรงไฟฟ้าของเขาไปโดยเจตนาทุจริตแล้วไม่ผิดฐานลักทรัพย์เหมือนเอาทรัพย์อื่น ๆ ของเขาไป"

กรณีคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว ท่านอาจารย์คณิต ณ นคร มีความเห็นว่าหากฟังว่า ศาลฎีกาเห็นว่ากระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์ ความเห็นนี้ก็มิใช่น่าคิดเช่นเดียวกัน กล่าวคือทรัพย์กับทรัพย์สินมีความหมายไม่ตรงกันเสมอไป ไฟฟ้าเป็นพลังงานจึงไม่ใช่ทรัพย์ แต่เป็นทรัพย์สินพิจารณาเพียงแค่นี้ไฟฟ้าย่อมไม่เป็นวัตถุที่คุ้มครองในความหมายของความผิดฐานลักทรัพย์ และการที่จะกล่าวว่าคำว่าทรัพย์และทรัพย์สินในประมวลกฎหมายอาญาใช้ปะปนกันแล้วลงความเห็นว่า "ไม่มีเหตุอะไรที่จะเอาแรงไฟฟ้าของเขาไปโดยเจตนาทุจริต แล้วไม่ผิดฐานลักทรัพย์เหมือนเอาทรัพย์อื่น ๆ ของเขาไปนั้น เห็นว่าออกจะเป็นการสรุปที่เร็วเกินไป เพราะยังมีข้อพิจารณาอื่น ๆ อีกที่ควรนำมาเป็นเหตุผลในการวินิจฉัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งพิจารณาเรื่องสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง กล่าวคือ ความผิดฐานลักทรัพย์มีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือที่เรียกว่าคุณธรรมทางกฎหมาย คือ กรรมสิทธิ์และการครอบครอง ซึ่งกรรมสิทธิ์นั้นคือสิทธิในทรัพย์ กล่าวคือ สิทธิในสิ่งที่มีรูปร่าง ไฟฟ้าเป็นพลังงานหาใช่ทรัพย์สินไม่ สิทธิในไฟฟ้าจึงไม่ใช่กรรมสิทธิ์ ทั้งการใช้อำนาจเหนือไฟฟ้าหรือการครอบครองไฟฟ้าจะเกิดขึ้นได้อย่างไร การลักกระแสไฟฟ้าไม่เป็นการเอาไปตามกฎหมายเพราะไม่เป็นการทำร้ายกรรมสิทธิ์และการครอบครองไม่อาจจะเป็นความผิดอาญาฐานลักทรัพย์ได้ทั้งสิ้น สำหรับความเห็นของฝ่ายศาลนั้นพิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำทั้งสองกรณีเป็นการกระทำที่ควรลงโทษทางอาญาซึ่งก็เห็นพ้องด้วย ฉะนั้นจึงสมควรจะได้มีการบัญญัติความผิดกรณีทั้งสองลงไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเสียแทนที่จะปล่อยให้มีการฝ่าฝืนหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (nulla poena sine lege) ตามที่เป็นอยู่ เพราะหลักนี้เป็นหลักประกันที่สำคัญที่สุดของกฎหมายอาญา<sup>68</sup> อันเป็นการขัดต่อหลักมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญา เพราะเป็นการนำบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) มาใช้ลงโทษแก่การกระทำซึ่งไม่ควรเป็นความผิดเพราะไม่มีกฎหมายห้าม กล่าวคือเห็นว่ากรณีดังกล่าวมิใช่การตีความโดยการขยายความ แต่เป็นการเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

<sup>68</sup> ศ.ดร.คณิต ณ นคร, รวมบทความทางวิชาการ เรื่อง ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2540), หน้า 192-193.

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่ศาลตัดสินว่าการลัดกระแไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์นั้น เป็นตีความกฎหมายโดยอาศัยหลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เป็นการตีความที่เกินตัวบทกฎหมาย หากกฎหมายต้องการจะให้ทรัพย์หมายความรวมถึงวัตถุที่ไม่มีรูปร่างแล้ว กฎหมายน่าจะบัญญัติคำว่าทรัพย์ทุกมาตรา แต่ปรากฏว่ากฎหมายได้บัญญัติวัตถุที่ผู้กระทำความผิดแต่ละฐานความผิดแตกต่างกัน เช่น มาตรา 334 ความผิดฐานลักทรัพย์ที่กฎหมายบัญญัติว่า “ทรัพย์ของผู้อื่น” มาตรา 341 ฐานฉ้อโกง บัญญัติว่า “ทรัพย์สินของผู้ถูกหลอกลวง” มาตรา 338 ความผิดฐานริดเอาทรัพย์ บัญญัติว่า “ได้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน” จะเห็นได้ว่าผู้บัญญัติกฎหมายคงไม่ได้ต้องการหมายความว่า “ทรัพย์” “ทรัพย์สิน” หรือ “ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน” มีความหมายอย่างเดียวกัน ดังนั้นหากศาลจะตีความว่าข้อมูลเป็นทรัพย์ จึงน่าจะเป็นการตีความที่ขัดกับหลักกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ขัดกับหลักกฎหมายอาญา แต่เราก็ไม่อาจปฏิเสธผลในระบบกฎหมายของการตีความกฎหมายขององค์กรที่มีอำนาจตีความเพื่อบังคับกฎหมายใช้นั้น ซึ่งผลในความเป็นจริงก็คงปฏิเสธการตัดสินดังกล่าวไม่ได้ว่าเกินขอบเขตของถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย ซึ่งขัดกับหลักกฎหมายอันเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลในกฎหมายอาญา และถ้าจะวิเคราะห์คำว่าทรัพย์ตามความผิดฐานลักทรัพย์รวมถึงกระแสไฟฟ้าด้วยแล้ว คงมีความผิดบางฐานที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น การวิ่งราวกระแสไฟฟ้า เนื่องจากมาตรา 336 บัญญัติว่า ผู้ใดลักทรัพย์โดยฉกฉวยเอาซึ่งหน้า ผู้นั้นกระทำความผิดฐานวิ่งราวทรัพย์ จึงเป็นไปไม่ได้ที่จะมีการลักกระแสไฟฟ้าโดยการฉกฉวยเอาซึ่งหน้า ดังนั้นการบัญญัติให้การลัดกระแไฟฟ้าเป็นความผิดพิเศษน่าจะเป็นทางออกที่เหมาะสมที่สุด

3. เมื่อพิจารณาถึงความผิดฐานฉ้อโกง องค์ประกอบความผิดที่สำคัญคือ การหลอกลวงนั้นทำให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน คำว่า “ทรัพย์สิน” หมายความว่ากว้างมากน้อยเพียงใด เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดคำนิยามไว้โดยเฉพาะ ก็ต้องถือว่าต้องมีความหมายที่เข้าใจกันอยู่ในกฎหมายทั่วไป คือ นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ คำว่า “ทรัพย์สิน” ตามมาตรา 138 หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์และวัตถุที่ไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ จะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิที่เป็นทรัพย์สินก็ฉ้อโกงได้ สำหรับคำว่า “ทรัพย์” ตามมาตรา 137 หมายความว่าวัตถุที่มีรูปร่าง แต่อย่างไรก็ดีการกระทำความผิดตามมาตรานี้ไม่รวมถึง “ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน” เช่น สิทธิที่มีกฎหมายรับรอง เช่น ลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 และไม่หมายความรวมถึง “บริการ” เนื่องจากด้วยลักษณะของตัวบริการเองไม่มีราคา จึงไม่อาจถือว่าเป็นทรัพย์สิน

ซึ่งมีการหลอกลวงบางกรณีที่ผู้หลอกลวงได้ไปซึ่งบริการ เช่น การหลอกลวงเกี่ยวกับการให้บริการข้อมูล (Information Service) ที่มีการกำหนดให้ผู้ใช้บริการต้องติดตั้งโปรแกรมก่อน ทำให้ผู้หลอกลวงทราบข้อมูลต่าง ๆ สามารถนำเอาชื่อและรหัสผ่านของผู้ถูกหลอกลวง เพื่อเข้าใช้บริการอินเทอร์เน็ตฟรีได้ กรณีดังกล่าวผู้หลอกลวงไม่ได้ไปซึ่งทรัพย์สินใด ๆ แต่ได้เพียงบริการอินเทอร์เน็ตเท่านั้น ดังนั้นการหลอกลวงดังกล่าวผู้กระทำความผิดจะมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ ซึ่งได้มีคำพิพากษาฎีกาว่าวางแนวไว้ว่า “บริการ” ไม่ใช่ทรัพย์สิน เช่น

คำพิพากษาที่ 1733/2526 จำเลยหลอกลวงผู้เสียหายว่ารถยนต์ของจำเลยขัดข้อง จึงว่าจำเลยรถยนต์ของผู้เสียหายไปส่ง เมื่อส่งเรียบร้อยแล้วจะให้ค่าขนส่ง 1,000 บาท ผู้เสียหายหลงเชื่อได้รับขนส่งไป ดังนี้จำเลยได้รับผลเพียงการขนส่งจากผู้เสียหาย จำเลยไม่ได้ไปซึ่งทรัพย์สินของผู้เสียหาย ส่วนเงินค่าขนส่ง 1,000 บาท ที่จำเลยไม่ได้ชำระให้ผู้เสียหายเป็นทรัพย์สินที่ผู้เสียหายจะเรียกร้องเอาจากจำเลยภายหลัง เมื่อขนส่งให้จำเลยถึงที่ที่ตกลงกันแล้ว กรณีเป็นเรื่องผิดสัญญาทางแพ่งไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกง

คำพิพากษาฎีกาที่ 7264/2543 โจทก์ซึ่งเป็นลูกจ้างขับรถยนต์ของโจทก์ลงจากอาคารจอดรถของจำเลยผู้เป็นนายจ้างแล้วแสดงบัตรจอดรถที่มีตราประทับว่าบริการแผนกจัดเลี้ยง ชั้น 14 ต่อพนักงานรักษาความปลอดภัยซึ่งทำหน้าที่เก็บค่าบริการจอดรถ โจทก์จึงไม่เสียค่าจอดรถแก่จำเลย โดยโจทก์ทราบดีว่าจำเลยมีข้อห้ามมิให้พนักงานนำรถขึ้นไปจอดบนอาคารจอดรถ โจทก์ได้รับผลเพียงการบริการจอดรถ จำเลยหาได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากจำเลยไม่ จึงไม่เป็นความผิดอาญาฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 และมีได้เป็นการจงใจทำให้จำเลยได้รับความเสียหาย

4. กรณีการหลอกลวงเกี่ยวกับการนำข้อมูลบัตรเครดิตของผู้อื่นไปชำระค่าสินค้าหรือบริการจะพบว่ามีปัญหามากในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากการพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce) ทำให้การชำระเงินด้วยบัตรเครดิตไม่จำเป็นต้องใช้ตัวบัตรเครดิตเพียงแต่กรอกรายละเอียดเกี่ยวกับบัตรเครดิตเท่านั้น ประกอบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้กำหนดว่ากรณีใช้บัตรเครดิตเพียงแค่แจ้งหมายเลขบัตรเครดิตด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรให้แก่ผู้ขายสินค้า หากผู้บริโภคทักท้วงว่าไม่ได้ซื้อสินค้าหรือรับบริการหรือได้รับสินค้าไม่ตรงตามที่กำหนดจากผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ธนาคารหรือผู้ให้บริการบัตรเครดิตต้องระงับการเรียกเก็บเงินจากผู้บริโภคก่อน หากธนาคารหรือผู้ให้บริการบัตรเครดิตเรียกเก็บ



เงินไปแล้ว ก็ต้องคืนเงินให้แก่ผู้บริโภครด้วย กรณีนี้จะถือว่าผู้บริโภคหรือผู้ถูกหลอกลวงเป็นผู้เสียหายหรือไม่ เพราะว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการหลอกลวงนั้นเลย และธนาคารหรือผู้ให้บริการบัตรเครดิตจะเป็นผู้เสียหายในคดีนี้ได้หรือไม่ ซึ่งกรณีผู้หลอกลวงนำข้อมูลบัตรเครดิตไปใช้ชำระค่าสินค้าหรือบริการนั้น ทำให้ธนาคารหรือบริษัทผู้ให้บริการบัตรเครดิตต้องชำระเงินค่าสินค้าไปก่อน โดยไม่สามารถเรียกเอากับเจ้าของบัตรเครดิตได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่าธนาคารหรือบริษัทผู้ให้บริการบัตรเครดิตย่อมอยู่ฐานะผู้เสียหายที่จะฟ้องร้องผู้หลอกลวงได้ ในฐานความผิดฐานฉ้อโกงโดยแสดงตนเป็นคนอื่นตามมาตรา 342\* อันเป็นบทหนักของการความผิดฐานฉ้อโกง

5. การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตสามารถกระทำได้หลายทาง ไม่ว่าจะเป็นเป็นการหลอกลวงผ่านทางเว็บไซต์ (web Site) การหลอกลวงผ่านทางกระดานข่าว (Web Board) การหลอกลวงผ่านทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-Mail) การหลอกลวงผ่านทางห้องสนทนา (Chat Room) จึงมีปัญหาว່ว่าผู้กระทำการหลอกลวงดังกล่าวนี้จะมี ความผิดฐานหลอกลวงตามมาตรา 341 หรือมีความผิดฐานหลอกลวงประชาชน ตามมาตรา 343\*\* การหลอกลวงตามมาตรา 343 นี้ คือเป็นความผิดซึ่งได้กระทำต่อประชาชนโดยทั่ว ๆ ไป จึงมีโทษหนักกว่าการฉ้อโกงบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะความผิดตามมาตราดังกล่าวมุ่งลงโทษเจตนาของผู้กระทำผิด

---

\* มาตรา 342 บัญญัติว่า ถ้าในการกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ผู้กระทำ

(1) แสดงตนเป็นคนอื่น หรือ

(2) อาศัยความเบาปัญญาของผู้ถูกหลอกลวงซึ่งเป็นเด็ก หรืออาศัยความอ่อนแอแห่งจิตของผู้ถูกหลอกลวง

ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

\*\* มาตรา 343 บัญญัติว่า ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 341 ได้กระทำด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน หรือด้วยการปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชน ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในวรรคแรก ต้องด้วยลักษณะดังกล่าวในมาตรา 342 อนุมาตราหนึ่งอนุมาตราใดด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท

ที่หมายจะหลอกลวงประชาชนโดยทั่วไป ไม่จำกัดว่าจะเป็นผู้ใด ฉะนั้นหากเป็นการแสดงเจตนาอันเป็นเท็จ ปกปิดความจริงแก่บุคคลคนเดียวก็ไม่ผิดตามมาตรา ๓๔๓ แต่จะผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา ๓๔๑ เท่านั้น

คำว่า “ประชาชน” ซึ่งจะถูกลอกลวงอันเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดฐานนี้ ผู้กระทำจะต้องกระทำด้วยเจตนาแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชนทั่วไป จะถือเอาจำนวนผู้เสียหายที่ถูกลอกลวงมากหรือน้อย และผลเสียหายอันเกิดจากคำหลอกลวงของจำเลยมีมากหรือน้อยเป็นหลักหาได้ไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๘๕/๒๕๐๘, คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๘๖๗/๒๕๒๓, คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๐๙/๒๕๒๙)

คำพิพากษาฎีกาที่ ๗๐๙/๒๕๒๓ ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๔๓ เป็นเรื่องฉ้อโกงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชนหรือด้วยการปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชน คำว่าประชาชนมิได้มีคำจำกัดความไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานหมายถึงบรรดาพลเมืองซึ่งมีความหมายถึงชาวเมืองทั้งหลาย โจทก์ฟ้องว่าจำเลยทั้งหกหลอกลวงโจทก์และประชาชนที่เป็นเจ้าหน้าที่ของจำเลยที่ ๔ ประมาณ ๓๐ คน จึงเป็นการหลอกลวงเฉพาะบุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ของจำเลยที่ ๔ ซึ่งมีจำนวนมากเท่านั้น มิใช่เป็นการหลอกลวงประชาชนโดยทั่วไป ฟ้องดังกล่าวจึงไม่มีมูลความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๔๓

คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๖๓/๒๕๓๑ วินิจฉัยว่าหลอกลวงขายข้อสอบให้นักศึกษามหาวิทยาลัยรามคำแหงอ้างว่าเป็นข้อสอบจริงที่จะออกสอบ ไม่เป็นการหลอกลวงประชาชนทั่วไป ไม่ผิดมาตรา ๓๔๓ แต่ผิดมาตรา ๓๔๑

คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๓๐๗/๒๕๓๕ จำเลยทั้งสองเป็นครูรู้จักหรือเป็นที่รู้จักของบุคคลในหมู่บ้านหรือท้องถิ่นเดียวกันเป็นอย่างดี นับถือศาสนาคริสต์ด้วยกัน ปฏิบัติศาสนกิจที่โบสถ์เดียวกัน ดังนั้นการที่จำเลยทั้งสองโฆษณาต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งรู้จักจำเลยเป็นอย่างดีหาใช่โฆษณาต่อบุคคลทั่วไป โดยไม่จำกัดว่าเป็นบุคคลใดไม่ การโฆษณาของจำเลยทั้งสองยังไม่เป็นการโฆษณาต่อประชาชนอันเป็นความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๔๓

จากแนวคำพิพากษาดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 343 ได้นั้น จะต้องมุ่งลงโทษเจตนาของผู้กระทำความผิดที่มุ่งจะหลอกลวงประชาชนโดยทั่วไป แม้ว่าจะมีบุคคลเพียงคนเดียวที่ถูกหลอกลวงก็ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดฐานหลอกลวงประชาชนตามมาตรา 343 หากผู้กระทำความผิดมุ่งที่จะหลอกลวงบุคคลทีละคน แม้ว่าจะมีผู้ถูกหลอกลวงหลายคน ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ตามมาตรา 341 เท่านั้น ดังนั้น การหลอกลวงที่ผู้กระทำความผิดกระทำผ่านทางกระดานข่าว จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ทางเว็บไซต์ จะถือว่าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 341 หรือ 343 ซึ่งกรณีดังกล่าวยังไม่มีคำพิพากษาดัดสินไว้สำหรับในความคิดเห็นของผู้เขียนเห็นว่า การหลอกลวงผ่านทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ น่าจะเป็นความผิดตามมาตรา 341 เพราะเป็นการหลอกลวงที่มีเจตนาที่จะหลอกลวงบุคคลทีละคน เพียงแต่จำนวนผู้ถูกหลอกลวงมีเป็นจำนวนมากเท่านั้น ส่วนการหลอกลวงผ่านทางเว็บไซต์ ผู้กระทำความผิดน่าจะมีความผิดตามมาตรา 343 คือ ผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะหลอกลวงประชาชนทั่วไป โดยไม่จำกัดจำนวน สำหรับการหลอกลวงผ่านทางกระดานข่าวหรือผ่านทางห้องสนทนา มีปัญหาที่น่าขบคิดว่าผู้กระทำความผิดจะมีความผิดตามมาตรา 341 หรือมาตรา 343 เพราะว่าการหลอกลวงจะถูกหลอกลวงจะเป็นบุคคลที่มีความสนใจเฉพาะกลุ่มตามประเภทที่จำแนกไว้ หากใช้การโฆษณาต่อประชาชนโดยทั่วไป โดยไม่จำกัดว่าเป็นบุคคลใดไม่ (เทียบได้กับคำพิพากษาฎีกาที่ 563/2531, คำพิพากษาฎีกาที่ 3307/2535) ดังนั้น การกระทำของผู้กระทำความผิดผ่านทางกระดานข่าวหรือผ่านทางห้องสนทนาน่าจะมีความผิด ตามมาตรา 341 เท่านั้น

การวินิจฉัยว่าการกระทำความผิดใดเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 341 หรือมาตรา 343 นั้น มีผลต่อการดำเนินคดีอาญา เนื่องจากมาตรา 348 บัญญัติว่าความผิดในหมวดนั้นนอกจากความผิดตามมาตรา 343 เป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งหมายความว่าความผิดฐานฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 มิใช่ความผิดอันยอมความได้ ดังนั้นแม้ผู้เสียหายซึ่งถูกหลอกลวงขอถอนคำร้องทุกข์ ก็ไม่ตัดสิทธิพนักงานอัยการฟ้องคดี (คำพิพากษาฎีกาที่ 2292/2526)

จากปัญหาความสับสนในการวินิจฉัยว่าการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตนั้น ผู้กระทำความผิดจะมีความผิดฐานใดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะต้องมีความรับผิดทางอาญา แต่เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาได้มีการบัญญัติใช้มานานแล้ว โดยมุ่งคุ้มครองเพียงวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้นและการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรของตนเท่านั้น แต่ปัจจุบันนี้ได้มีอาชญากรรมรูปแบบใหม่เกิดขึ้นโดยมุ่งกระทำต่อวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง เช่น ข้อมูล และเป็นการกระทำความผิดที่ไม่มีพรมแดน ทำให้เกิดปัญหาที่จะต้องตีความกฎหมายอาญาว่า

จะครอบคลุมถึงการกระทำความผิดเหล่านั้นหรือไม่ โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีมากมายหลายรูปแบบ ทั้งที่เป็นการหลอกลวงในรูปแบบเดิมหรือการหลอกลวงในรูปแบบใหม่ เช่น การหลอกลวงเกี่ยวกับประมูลสินค้าออนไลน์ (Online Auctions) การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Access Service) การหลอกลวงเกี่ยวกับบัตรเครดิต (Credit Card Loss Protection) การหลอกลวงเกี่ยวกับการให้บริการข้อมูลต่างๆ (Information/Adult Service) เป็นต้น กรณีดังกล่าวยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาเป็นบรรทัดฐาน จึงไม่อาจทราบได้ว่ากรณีดังกล่าวศาลจะถือว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ สำหรับผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาไม่สามารถครอบคลุมถึงการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตได้ทุกประเภท ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น แม้ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวสมควรกำหนดเป็นความผิดและควรลงโทษแก่ผู้กระทำเพื่อให้สังคมอยู่อย่างสงบสุข แต่การที่จะใช้หลักกฎหมายใกล้เคียงอย่าง (Analogy) ที่ความหมายกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษกับผู้กระทำความผิดนั้นเป็นการขัดกับหลักกฎหมายอาญาที่ต้องมีการตีความอย่างเคร่งครัด ซึ่งไม่น่าจะกระทำได้ และยังขัดหลักกฎหมายอาญาว่า “ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” อันเป็นหลักกฎหมายอาญาที่สำคัญอันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย ดังนั้นเพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายในการปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าว อันจะก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกระทำความผิดได้ จึงเห็นควรกำหนดกฎหมายเฉพาะเพื่อปราบปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะต่อไป นอกจากนี้ปัญหาความสับสนและไม่ความชัดเจนเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตว่าจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ ทำให้เกิดปัญหาตามมาคือ เจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานสอบสวน ไม่กล้าที่จะรับแจ้งความร้องทุกข์หรือไม่กล้าสอบสวนดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิดหลบหนีไปและไม่ต้องถูกดำเนินคดีทางอาญาในที่สุด

#### 4.1.3 มาตรการในการลงโทษยังไม่เหมาะสมกับความเสียหายที่ก่อให้เกิดขึ้น

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายโดยเฉพาะในลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต ทำให้การพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องใช้ประมวลกฎหมายอาญาที่มีไปพลางก่อน ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นการกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ตามมาตรา 341 มาตรา 342 มาตรา 343 หรือความผิดฐานลักทรัพย์โดยใช้กลอุบาย ตามมาตรา 334 แล้วแต่กรณี และความผิดในแต่ละมาตราก็ได้กำหนดโทษไว้แตกต่างกัน เช่น ความผิดฐานฉ้อโกง

ประชาชนตามมาตรา 343 ซึ่งเป็นบทหนักของความผิดฐานฉ้อโกง กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสามปีและปรับไม่เกินหกพันบาท จะเห็นได้ว่าโทษที่จะลงกับผู้กระทำความผิดนั้น ไม่ว่าจะรับโทษจำคุกหรือโทษปรับนั้นต่ำมาก ในขณะที่เมื่อเปรียบเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากอาชญากรรมที่คนร้ายก่อขึ้นมา เช่น การหลอกลวงเกี่ยวกับการท่องเที่ยว (Travel Fraud) บริษัท Your Travel and Tours มูลค่าความเสียหาย 84,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือการหลอกลวงเกี่ยวกับทุนการศึกษา (Scholarship Scams) มูลค่าความเสียหาย 1,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ ผู้ถูกหลอกลวง 6,000 คน เป็นต้น

ศาสตราจารย์ H.L.A. Hart ได้ให้ความหมายโทษทางอาญาต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 5 ประการ คือ

1. โทษจะต้องก่อให้เกิดความเจ็บปวด (pain) หรือผลอื่นที่ก่อให้เกิดความไม่พอใจ (unpleasant)
2. โทษต้องใช้เพื่อตอบแทนความผิด
3. โทษต้องลงแก่ผู้กระทำความผิดหรือสงสัยว่าเป็นผู้กระทำผิด
4. โทษจะต้องเป็นวิธีการซึ่งบุคคลอื่นนอกจากผู้กระทำผิดนำมาใช้
5. ผู้กำหนดโทษต้องเป็นเจ้าของงานที่กฎหมายให้อำนาจลงโทษเพื่อตอบแทนการกระทำผิดทางอาญา<sup>69</sup>

ดังนั้นโทษทางอาญาที่จะลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นการตอบแทนการกระทำผิดนั้น เช่น การหลอกลวงเกี่ยวกับทุนการศึกษา (Scholarship Scams) มีมูลค่าความเสียหาย 1,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ ในขณะที่การลงโทษปรับที่เป็นโทษที่บังคับเอาจากทรัพย์สินของจำเลยได้นั้น กฎหมายกำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจในการปรับได้ไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท (ตามมาตรา 343) หรือโทษจำคุก กฎหมายกำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจในการปรับได้ไม่เกินห้าปี จะเห็นได้ว่าสัดส่วนระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับโทษที่จำเลยจะได้รับนั้นไม่เหมาะสมกัน อันจะส่งผลให้อาชญากรรมไม่เกรงกลัวกฎหมาย ผู้เสียหายรู้สึกไม่ได้รับ

<sup>69</sup> ณรงค์ ใจหาญ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคหนึ่ง ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย. พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรนราการพิมพ์, 2534), หน้า 2.

ความเป็นธรรม ซึ่งการลงโทษดังกล่าวไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษแบบทดแทน (Retributive Theory) ที่มุ่งจะลงโทษเพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง (Deterrence) ให้ผู้กระทำความผิดไม่กล้ากระทำความผิด นอกจากนั้นผลประโยชน์หรือเงินจำนวนมากที่ได้จากการกระทำความผิดยังสามารถนำไปก่ออาชญากรรมรูปแบบอื่นหรือสร้างสถานภาพทางสังคมหรืออิทธิพลของตนขึ้นมาอีกด้วย อันทำให้การปราบปราม อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตเป็นไปอย่างยากลำบากด้วย

#### 4.2 ปัญหากฎหมายวิธีสบัญญัติในการป้องกันและปราบปรามการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต

กฎหมายวิธีสบัญญัติ ได้แก่ กฎหมายที่ว่าด้วยวิธีการสอบสวน สืบสวน ฟ้องร้อง พิเคราะห์ และลงโทษผู้กระทำความผิด กล่าวคือ เป็นกระบวนการในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

การจะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้นั้น จะต้องมีกฎหมายกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดและผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษเพียงใดนั้น เป็นการกำหนดไว้ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ สำหรับการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้นั้น ผู้บังคับใช้กฎหมายจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการสืบสวน การสอบสวน การฟ้องร้องคดีต่อศาล การพิเคราะห์คดีของศาล เป็นการกำหนดไว้ในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยการที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้นั้นจะต้องพิจารณาตามกฎหมายทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติด้วย ดังนั้นกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติจึงมีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน สำหรับประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ คงมีแต่กฎหมายวิธีสบัญญัติที่ใช้ทั่วไป ได้แก่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้มาเป็นเวลานานแล้ว โดยผู้เขียนจะศึกษาว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้จะสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์มาลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนพอจะสรุปปัญหาได้ ดังนี้

#### 4.2.1 ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล

การกระทำความผิดอาญาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นความผิดที่เป็นความไร้พรมแดนทางภูมิศาสตร์ (Cyber Space) หรือที่เรียกว่า Cyber Crime และความสามารถในการก่ออาชญากรรมแบบนี้เกิดขึ้นได้รวดเร็วมาก กล่าวคือในช่วง 1 วินาที ผู้กระทำสามารถกระทำความผิดได้จำนวนมาก ซึ่งเขตอำนาจของศาลในการดำเนินคดีตามกฎหมายอาญาของประเทศต่าง ๆ นั้น โดยทั่วไปจะใช้หลักเขตอำนาจเหนือของรัฐ (Jurisdiction of State) ซึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายของประเทศไทยจะพบว่ากฎหมายได้บัญญัติให้ศาลไทยมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี ดังนี้

1. อาศัยหลักเขตอำนาจเหนือตามหลักดินแดน (Territorial Principle) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 6 สิ่งที่กำหนดในการใช้กฎหมาย คือ สถานที่กระทำความผิด การกระทำความผิดเกิดขึ้นในรัฐโดยอ้อมตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐนั้น ๆ ไม่ว่าผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายจะมีสัญชาติใด ด้วยเหตุที่กฎหมายอาญานับบัญญัติขึ้นเพื่อให้เกิดความสงบสุขและความปลอดภัยในพื้นที่ จึงใช้บังคับกับการกระทำความผิดทุกประเภทในราชอาณาจักร

2. อาศัยหลักเขตแดนเหนือตามหลักบุคคล (Nationality Principle) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8 และมาตรา 9 สิ่งที่กำหนดในการใช้กฎหมาย คือ สัญชาติของบุคคล กฎหมายของรัฐโดยอ้อมใช้บังคับและคุ้มครองคนของรัฐนั้น ๆ ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด

3. อาศัยหลักเขตอำนาจตามหลักป้องกัน (Protective Principle) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7(1) และ (2) เป็นหลักที่ถือว่าทุกรัฐจำเป็นต้องใช้อำนาจลงโทษผู้ที่กระทำการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐ แม้ว่าการกระทำความผิดจะเกิดนอกราชอาณาจักร หรือผู้กระทำความผิดจะเป็นบุคคลสัญชาติใดก็ตามศาลไทยก็ยังมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี

4. อาศัยหลักเขตอำนาจเหนือตามหลักสากล (Universal Principle) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7(3) ประเทศใดที่จับกุมตัวผู้กระทำความผิดได้ เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาและลงโทษตามกฎหมายของประเทศนั้น โดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญชาติของผู้กระทำความผิดหรือของผู้เสียหาย และไม่ต้องคำนึงถึงสถานที่ที่เกิดการกระทำความผิดขึ้น

จากหลักกฎหมายดังกล่าวศาลไทยจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาเมื่อมีข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งเข้าเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น สำหรับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะไร้พรมแดนเกี่ยวพันกันได้หลายประเทศ ผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย สถานที่เกิดการกระทำความผิด และสถานที่เกิดผลแห่งการกระทำ ไม่จำเป็นต้องอยู่ในประเทศเดียวกัน ทำให้เกิดปัญหาว่าความผิดนั้นเกิดขึ้นในประเทศใด ศาลของประเทศใดควรมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งในความคิดเห็นของผู้เขียนเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวงที่ได้กระทำผ่านเว็บไซต์หรือกระทำผ่านการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยผู้กระทำความผิดอยู่ต่างประเทศและใช้เครื่องเซิร์ฟเวอร์จากต่างประเทศ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ถูกหลอกลวงได้เปิดอ่านข้อความในประเทศไทย และผู้ถูกหลอกลวงหลงเชื่อจนได้ส่งมอบทรัพย์สินให้กับผู้หลอกลวงไป กรณีดังกล่าวนี้ย่อมน่าจะถือได้ว่าการกระทำความผิดซึ่งผลแห่งการกระทำเกิดในราชอาณาจักร โดยผู้กระทำประสงค์ให้ผลนั้นเกิดในราชอาณาจักร หรือโดยลักษณะแห่งการกระทำผลที่เกิดขึ้นนั้นควรเกิดในราชอาณาจักร หรือย่อมจะเล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดในราชอาณาจักรก็ให้ถือว่าการกระทำความผิดนั้นได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร จึงน่าจะเข้ากรณีตามมาตรา 5\* ที่ศาลไทยมีอำนาจลงโทษผู้หลอกลวงได้

แม้จะเป็นการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรและผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนต่างชาติและมีคนไทยเป็นผู้เสียหาย เมื่อผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ ศาลไทยก็มีอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าว เนื่องจากความผิดฐานฉ้อโกงและความผิดฐานลักทรัพย์เป็นมูลฐานความผิดที่ระบุไว้ในมาตรา 8 นอกจากนั้นการวินิจฉัยว่าศาลใดควรมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตนั้นยังมีปัญหาเนื่องจากยังไม่มีแนวคำพิพากษาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานใด ซึ่งการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตเป็นการประกอบอาชญากรรมที่อาศัยเทคโนโลยี ทำให้ประมวลกฎหมายอาญาไม่สามารถบังคับใช้กับอาชญากรรมดังกล่าวได้ ส่งผลให้กรณีที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรและผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างประเทศ แต่มีผู้เสียหายเป็นคนไทย ศาลไทยไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยคดี เพราะไม่ปรากฏว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตเป็นหนึ่งในความผิดมูลฐานตามมาตรา 8 หรือแม้ศาลไทยจะมีอำนาจในการพิจารณา

---

\* มาตรา 5 กล่าวคือ การกระทำเกิดนอกราชอาณาจักร แต่ผลแห่งการกระทำเกิดในราชอาณาจักร โดยผู้กระทำประสงค์ให้ผลนั้นเกิดในราชอาณาจักรหรือโดยลักษณะแห่งผลแห่งการกระทำผลที่เกิดขึ้นนั้นควรเกิดในราชอาณาจักร หรือย่อมจะเล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดในราชอาณาจักร ให้ถือว่าความผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักร



วินิจฉัยคดี แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นคือจะนำกฎหมายใดมาใช้ในการพิจารณาคดี จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจะพบว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน ซึ่งรัฐเจ้าของดินแดนประสงค์จะลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรไทยหรือลงโทษคนชาติที่กระทำความผิดในต่างประเทศ ดังนั้นจึงต้องใช้ประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่ปัญหาที่ตามมาก็คือว่าเมื่อกรณีที่ผู้กระทำความผิดอยู่ในต่างประเทศ การที่จะพิจารณาคดีเพื่อลงโทษจำเลยต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ การส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือแม้แต่พยานหลักฐานส่วนใหญ่ก็จะอยู่ในต่างประเทศ จึงต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

#### 4.2.2 ปัญหาเรื่องการสืบสวนสอบสวนในคดีอาญา

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นกระบวนการแรกของการดำเนินคดีอาญา คือ การแจ้งความร้องทุกข์ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้กำหนดว่าผู้เสียหายจะต้องแจ้งความร้องทุกข์ที่ใด ดังนั้น ผู้เสียหายสามารถแจ้งความร้องทุกข์ ณ ที่ใด ก็ได้ในราชอาณาจักรไทย แต่ก็อาจจะมีปัญหาตามมาคือ เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจไม่ยอมรับคำร้องทุกข์ เนื่องจากไม่มีพยานหลักฐานที่จะนำมาแสดงให้เห็นถึงการกระทำความผิดดังกล่าว ประกอบกับเจ้าหน้าที่ตำรวจขาดความรู้หรือความเข้าใจเกี่ยวกับเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์

ขั้นตอนต่อมาคือการสอบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 18 บัญญัติว่าพนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนความผิดอาญาซึ่งได้เกิด หรืออ้าง หรือเชื่อว่าได้เกิดภายในเขตอำนาจของตน หรือผู้ต้องหาที่มีที่อยู่ หรือถูกจับภายในเขตอำนาจของตน จึงเกิดปัญหาว่าใครจะเป็นผู้มีอำนาจในการสอบสวน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากผู้ถูกหลอกลวงได้กระทำการเปิดเว็บไซต์ หรือเปิดอ่านจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือเข้าห้องสนทนาออนไลน์ในท้องที่ใด พนักงานสอบสวนในท้องที่นั้นก็สามรถกระทำการสอบสวนได้

เมื่อได้มีการแจ้งความร้องทุกข์แล้ว ก็จะต้องมีการสืบสวนสอบสวนหาตัวผู้กระทำและค้นหาพยานหลักฐานในคดีเพื่อรวบรวมเป็นสำนวนฟ้องร้องคดีต่อศาลต่อไป เนื่องจากการกระทำความผิดโดยผ่านทางระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นการประกอบอาชญากรรมแบบไร้พรมแดน การกระทำความผิดสามารถเกิดขึ้นได้ โดยผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องเห็นหน้ากัน ทำให้ไม่สามารถจะระบุได้ว่าผู้กระทำความผิดนั้นเป็นใคร อยู่ที่ใด

ประกอบกับการกระทำความผิดสามารถกระทำได้อย่างรวดเร็ว การกระทำความผิดสามารถเกิดขึ้นได้ทุกที่ทุกเวลา จึงเป็นการยากที่จะสืบหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ หรือกรณีผู้กระทำความผิดดำเนินการผ่านร้านอินเทอร์เน็ตคาเฟ่ก็จะไม่ทิ้งหลักฐานใด ๆ ไว้ให้ค้นหาหรือสืบหาตัวได้ เพราะว่าร้านดังกล่าวจะไม่มีกำนันที่ไปถึงประวัติผู้เข้าใช้บริการแต่อย่างใด ดังนั้นการสืบสวนสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจจำเป็นต้องอาศัยการติดตามอย่างละเอียดและต่อเนื่อง จึงจะทำให้ทราบว่าจะสถานที่รับและส่งข้อมูลอยู่ที่ใด ส่วนการพิสูจน์ทราบตัวบุคคลผู้ส่งและรับข้อมูลที่แน่นอนเป็นเรื่องที่ยาก เว้นแต่เจ้าพนักงานตำรวจจะพบเห็นการกระทำความผิดซึ่งหน้าหรือเฝ้าติดตามอย่างใกล้ชิด ซึ่งโอกาสการจับกุมก็ยังน้อยมากเพราะการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวมักจะกระทำในสถานที่ปกปิดมิดชิด หรือบางครั้งการสืบหาตัวผู้กระทำความผิด แม้พนักงานตำรวจจะทราบเลขหมายโทรศัพท์ที่โทรเข้าไปยังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ทำให้ทราบสถานที่กระทำความผิด แต่การที่จะยืนยันได้ว่าใครเป็นผู้กระทำความผิดทำได้ยาก เพราะบุคคลนั้นอาจจะปฏิเสธว่าตนไม่ได้เป็นผู้กระทำหรืออาจอ้างว่าหมายเลขโทรศัพท์ของตนถูกบุคคลอื่นเอาไปใช้ นอกจากนั้นการขอเข้าไปหาพยานหลักฐานก็ต้องขอหมายค้น ซึ่งกระบวนการขอหมายค้นต้องใช้เวลาพอสมควร ทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถทำลายหลักฐานได้หมดสิ้น

นอกจากนั้นกรณีที่ผู้กระทำความผิดอยู่นอกประเทศและกระทำเกิดจากนอกประเทศ เช่น การเปิดเว็บไซต์ที่มีเซิร์ฟเวอร์อยู่ที่ต่างประเทศหรือการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จากต่างประเทศมายังผู้ถูกหลอกลวงในประเทศไทย การกระทำดังกล่าวต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศในการค้นหาตัวผู้กระทำความผิด โดยอาศัยพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 มาตรา 9 การให้ความช่วยเหลือแก่ต่างประเทศต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1. การจะให้ความร่วมมือในทางอาญาระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ จะกระทำต่อเมื่อมีสนธิสัญญาก่อตั้งความร่วมมือไว้ ซึ่งหมายความว่าโดยปกติแล้วการที่จะให้ความร่วมมือแก่กันได้จะต้องมีความตกลงระหว่างประเทศเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในกรณีที่ประเทศผู้ร้องขอแสดงให้เห็นเป็นที่พอใจแก่ประเทศไทยว่าจะให้ความร่วมมือแก่ประเทศผู้ถูกร้องขอนั้นได้ แม้ไม่มีความตกลงกับประเทศดังกล่าวในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญาต่อกันมาก่อนก็ตาม

2. และประเทศไทยจะให้ความร่วมมือแก่ต่างประเทศก็ต่อเมื่อการกระทำ ซึ่งเป็นมูลกรณีของความช่วยเหลือทางอาญานั้น เป็นความผิดที่มีโทษฐานใดฐานหนึ่ง ตามกฎหมายไทยหรือเรียกตามหลักสากลว่า Double Criminality เว้นแต่กรณีจะมีสนธิสัญญา กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เช่น สนธิสัญญาระหว่างประเทศไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกาได้ กำหนดให้ประเทศคู่ภาคีอาจให้ความร่วมมือต่อกันได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าการกระทำนั้นต้องเป็น ความผิดต่อกฎหมายของทั้งสองประเทศ ทั้งนี้โดยระบุว่าการให้ความช่วยเหลือให้กระทำ โดยไม่คำนึงว่าการกระทำซึ่งเป็นมูลกรณีของการสืบสวนสอบสวนการฟ้องคดีหรือ การดำเนินการทางอาญาในรัฐผู้ร้องจะต้องห้ามตามกฎหมายของรัฐผู้รับคำร้องขอ โดยประเทศ ผู้ร้องขอจะต้องทำคำร้องขอความช่วยเหลือในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการสืบสวน สอบสวน ฟ้องคดี ทรัพย์สินและดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาได้ไปยังผู้ประสานงานกลาง ซึ่งได้แก่อัยการสูงสุดหรือผู้ได้รับมอบหมาย

เนื่องจากผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่มักอยู่ต่างประเทศ จึงมีปัญหาตามมาอีกว่า เมื่อรู้ตัวผู้กระทำความผิดแล้วและเป็นกรณีที่สามารถลงโทษในราชอาณาจักรได้ จะนำตัว ผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างไร การจะนำตัวผู้กระทำความผิดซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร มาดำเนินคดีในราชอาณาจักรได้ต้องพิจารณาตามหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition) การทำความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนเป็นวิธีการที่สามารถลดปัญหา ความขัดแย้งของการใช้เขตอำนาจรัฐกับผู้กระทำความผิดซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐอื่นได้ ซึ่งส่วนใหญ่การขอให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนจะเป็นการทำความตกลงแบบทวิภาคีใน 2 ลักษณะ คือ การส่งตัวผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นคนสัญชาติเดียวกับรัฐผู้ขอหรือประเทศผู้ขอให้ส่งตัวผู้ร้าย ข้ามแดน และการขอให้รัฐอื่นส่งตัวบุคคลที่กระทำความผิดต่อคนสัญชาติรัฐผู้ขอให้ส่งตัว<sup>71</sup> ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในบางกรณี กล่าวคือในบางรัฐไม่มีนโยบายในการส่งตัวผู้กระทำความผิดที่มีสัญชาติของตนให้ไปถูกดำเนินคดีหรือถูกลงโทษในรัฐอื่น

ปัญหาต่อมาคือการออกหมายค้นพยานหลักฐานจะต้องสามารถระบุได้ว่า จะค้นสิ่งใด อยู่ที่ใด แต่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์บางกรณีไม่อาจจะระบุได้ว่าอยู่ในรูปแบบใด เก็บไว้ที่ใด ประกอบด้วยสิ่งใดบ้าง โดยการสืบหาพยานหลักฐานในการนำผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับ อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์มาลงโทษได้ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นับว่ามีความสำคัญมาก เพราะ

<sup>71</sup> ชัยเกษม นิตศิริ, "ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน," บทบัญญัติ เล่มที่ 52 ตอน 4 (ธันวาคม 2539), หน้า 154-155.

ข้อมูลเป็นสิ่งที่ยืนยันว่าได้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ประกอบอาชญากรรมอย่างไร ข้อมูลนั้นอาจจะเป็นข้อมูลของผู้เสียหายที่ถูกประทุษร้ายไป ข้อมูลจึงเป็นพยานหลักฐานที่จะบอกได้ว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ แต่ข้อมูลเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่างถูกจัดเก็บไว้ในสื่อบันทึกโดยอาศัยการจัดระเบียบของกระแสแม่เหล็กไฟฟ้า เมื่อข้อมูลเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง พนักงานสอบสวนจะอาศัยอำนาจในทางกฎหมายอย่างไรในการตรวจค้นยึดข้อมูลในสื่อบันทึกนั้น เนื่องจากการค้นเพื่อให้ได้ซึ่งตัวบุคคลหรือสิ่งของเท่านั้น ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(18) ให้คำานิยามคำว่า “สิ่งของ” หมายถึง สิ่งสาริมทรัพย์ใดซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีอาญาได้ ให้รวมทั้งจดหมาย โทรเลขและเอกสารอย่างอื่น ซึ่งสิ่งสาริมทรัพย์ หมายความว่า ทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นปัญหาการออกหมายค้นพยานหลักฐานคืออะไร เป็นพยานหลักฐานที่พนักงานจะสามารถค้นได้ กระแสแม่เหล็ก ไฟฟ้าที่ถูกจัดเก็บไว้ในสื่อบันทึกเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่างแต่มีราคาและถือเอาได้ จะอยู่ในความหมายของคำว่า “สิ่งของ” ตามมาตรา 2(18) หรือไม่ เพราะว่าในความเป็นจริงตัวกระแสแม่เหล็กไฟฟ้างดงกล่าวไม่ใช่ข้อมูลที่แท้จริง การจะแสดงข้อมูลให้เห็นได้จะต้องกระทำโดยใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ในการแปรสัญญาณและประมวลผล จึงจะสามารถถ่ายถอดออกมาเป็นข้อมูลได้ ทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนว่าข้อมูลจะเป็นสิ่งสาริมทรัพย์ที่อยู่ในคำจำกัดความของคำว่า “สิ่งของ” ที่จะร้องขอต่อศาลในการออกหมายค้นได้หรือไม่

ปัญหาในการรวบรวมพยานหลักฐานเนื่องจากผู้กระทำความผิดและการกระทำความผิดมักเกิดในต่างประเทศ ดังนั้นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความรับผิดชอบของจำเลยจะอยู่ในต่างประเทศด้วยเช่นกัน ดังนั้นการรวบรวมพยานหลักฐานในการลงโทษจำเลยจะต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งต้องใช้เวลาในการดำเนินการ หากปล่อยให้เน้นเข้าไปบรรดาพยานหลักฐานข้อมูลต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้การเก็บรักษาหรือในความครอบครองของบุคคลที่เกี่ยวข้องอาจจะถูกโยกย้าย ทำลาย สูญหาย ซ่อนเร้น ลบล้างหรือนำไปซุกซ่อนเสียก่อน ทั้งโดยเจตนาและไม่ได้เจตนากระทำต่อพยานหลักฐานดังกล่าว

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ประเภทหนึ่งที่มีลักษณะไร้พรมแดน เป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกันหลายประเทศ ผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย สถานที่เกิดการกระทำความผิดและสถานที่เกิดผลแห่งการกระทำความผิด ไม่จำเป็นต้องอยู่ในประเทศเดียวกัน ก่อให้เกิดปัญหาว่าความผิดเกิดขึ้นในประเทศใด ศาลของประเทศใดควรมีอำนาจพิจารณาคดีดังกล่าว และประเทศใดควรมีอำนาจในการสืบสวนสอบสวนในความผิดที่เกิดขึ้นนั้น เมื่อมีการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดี

ในประเทศใดประเทศหนึ่ง การขอความร่วมมือในทางคดีกับประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง จึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก เช่น การสืบพยานบุคคลและการสอบปากคำบุคคล (Talking the Testimony and Statement of Persons) การจัดหาให้ซึ่งเอกสารบันทึกพยานหลักฐาน (Providing Document Records and Evidence) การส่งเอกสาร (Serving Document) การปฏิบัติตามคำร้องขอให้การค้นและการยึด (Executing Requests for Search and Seizures) การโอนตัวบุคคลที่ถูกกักขังเพื่อการสืบหาพยานบุคคล (Transferring Persons in Custody for Testimonial Purposes) การสืบหาตัวบุคคล (Locating Persons) การเริ่มกระบวนการทางอาญาตามคำร้องขอ (Initiating Proceedings upon Request) และการให้ความช่วยเหลือในการดำเนินการริบทรัพย์สิน (Assisting in Forfeiture Proceedings)<sup>72</sup> เพราะในเรื่องของเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐต่าง ๆ นั้น กฎหมายเดิมอยู่บนแนวความคิดเรื่องพรมแดนทางภูมิศาสตร์ แต่บนระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นเรื่องของการไร้พรมแดน ซึ่งทำให้มีปัญหาในทางกฎหมายเป็นอย่างมาก

#### 4.2.3 ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์

ในคดีอาญาพยานหลักฐานที่จะรับฟังได้ต้องเป็นพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 คือ พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานหลักฐานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกกลวงหรือโดยมิชอบด้วยประการอื่น และให้นำสืบพยานหลักฐานดังกล่าวตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน ซึ่งพอจะจำแนกประเภทของพยานได้ดังนี้

1. พยานวัตถุ หมายถึง วัตถุสิ่งของที่คู่ความนำมาเป็นพยาน ดังนั้นจึงหมายความรวมถึงสังหาริมทรัพย์ เช่น อาคารบ้านเรือน สถานที่อยู่ก็เป็นพยานวัตถุด้วย<sup>73</sup> พยานวัตถุบางอย่างอาจจะอยู่ในรูปของเอกสาร เช่น ภาพถ่าย ภาพวาด ซึ่งสื่อความหมายแสดงว่าสิ่งในภาพคืออะไร มิใช่เป็นการสื่อความหมายในทางภาษา เช่น ภาพถ่ายที่เป็นภาพจำลองวัตถุ

<sup>72</sup> พงศธร บุญอารีย์, กฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับคดีอาญา (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 223-224.

<sup>73</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร:บริษัท เกนโกรว จำกัด, 2542), หน้า 317.

เป็นพยานวัตถุ เพราะเป็นการสื่อความหมายแสดงว่าสิ่งในภาพคืออะไรเท่านั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 2235/2515 และคำพิพากษาฎีกาที่ 147/2518)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดการนำเสนอพยานวัตถุในคดีอาญาไว้ใน มาตรา 241\* และมาตรา 242\*\* กล่าวคือ ในชั้นสืบสวนสอบสวนจะต้องให้คู่ความหรือพยานตรวจดู ดังนั้นในทางปฏิบัติจึงมีการจัดทำบันทึกการของกลางในคดีอาญาให้ผู้ต้องหาและหรือพยานที่เกี่ยวข้องลงชื่อรับรองไว้ บางครั้งก็มีการถ่ายรูปพยานวัตถุของกลางไว้ประกอบด้วย ส่วนในชั้นศาลถ้าคดีมีการไต่สวนมูลฟ้องก็ต้องให้คู่ความดูพยานวัตถุ นั้น และถ้าเป็นพยานที่เบิกความว่าเกี่ยวข้องกับพยานวัตถุ นั้นต้องให้พยานดูวัตถุ นั้นด้วย ในคดีอาญาการเก็บรักษาของกลางต้องเป็นไปตามระเบียบที่กำหนดไว้ และเมื่อมีการแก้หรือทำลายตรา การห่อหรือตีตราใหม่ต้องทำต่อหน้าคู่ความหรือพยานที่เกี่ยวข้องนั้น วิธีปฏิบัติคือให้คู่ความและพยานที่เกี่ยวข้องลงลายมือชื่อไว้ในวัสดุที่ห่อหุ้ม ในชั้นพิจารณาคดีของศาลปกติต้องปฏิบัติเหมือนกันคือต้องนำพยานวัตถุมาศาล เว้นแต่นำมาไม่ได้ให้ศาลไปตรวจจดรายงานยังที่ที่พยานวัตถุ นั้นอยู่ตามเวลาและวิธีซึ่งศาลเห็นสมควรตามลักษณะแห่งพยานวัตถุ แต่ในทางปฏิบัติหากคู่ความรับข้อเท็จจริงกันได้ คู่ความก็อาจไม่จำเป็นต้องนำพยานวัตถุส่งศาล

2. พยานเอกสาร หมายถึง พยานหลักฐานที่เป็นข้อความใด ๆ ที่ศาลอาจตรวจดูได้จากหนังสือ ลายลักษณ์อักษร หรือรูปรอยใด ๆ โดยประการที่ว่ารูปรายนั้นได้เป็นเครื่องหมายใช้แทนคำพูดในภาษาใดภาษาหนึ่ง พยานเอกสารอาจจะบันทึกไว้ในรูปรอยใด ๆ ก็ได้ ไม่จำเป็นต้องบันทึกไว้ในกระดาษ อาจจะเป็นผ้า แผ่นไม้ กระดาษ แผ่นศิลา แผ่นกระจก อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่าถ้าปรากฏเป็นข้อความหรือตัวหนังสือแล้วจะต้องถือว่าเป็นพยานเอกสารเสมอไป ต้องดูวัตถุประสงค์แห่งการอ้างอิงด้วย เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 840/2499 อ้างแผ่นป้ายในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานว่าจำเลยเป็นผู้ทำแผ่นป้ายนั้น โดยไม่ได้คำนึงถึงข้อความในแผ่นป้ายเช่นนี้ถือว่าเป็นการอ้างวัตถุพยาน มิใช่เป็นการอ้างพยานเอกสาร

---

\* มาตรา 241 บัญญัติว่า สิ่งใดใช้เป็นพยานวัตถุต้องนำมาศาล ในกรณีที่นำมาไม่ได้ให้ศาลไปตรวจ จดรายงานยังที่ที่พยานวัตถุ นั้นอยู่ตามเวลาและวิธีซึ่งศาลเห็นสมควรตามลักษณะแห่งพยานวัตถุ

\*\* มาตรา 242 บัญญัติว่า ในระหว่างสอบสวน ไต่สวนมูลฟ้อง หรือพิจารณาสิ่งของซึ่งเป็นพยานวัตถุต้องให้คู่ความหรือพยานตรวจดู ถ้ามีการแก้หรือทำลายตรา การห่อหรือตีตราใหม่ให้ทำต่อหน้าคู่ความหรือพยานที่เกี่ยวข้องนั้น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดการนำเสนอพยานเอกสารในคดีอาญาไว้ใน มาตรา 238 \* มาตรา 239 \*\* และมาตรา 240 \*\*\* ที่กำหนดให้การอ้างส่งพยานเอกสารจะต้องส่งเอกสารต้นฉบับเท่านั้น เนื่องจากถือว่ามีความถูกต้องแท้จริงมากที่สุด ซึ่งผู้อ้างเอกสารจะต้องส่งสำเนาให้คู่ความอีกฝ่ายตรวจสอบด้วย กรณีไม่สามารถหาต้นฉบับเอกสารได้ให้ใช้สำเนาเอกสารที่รับรองว่าถูกต้องได้ และหากเอกสารที่อ้างไม่ได้อยู่ในความครอบครองของผู้อ้าง ก็สามารถขอให้ศาลออกหมายเรียกให้ผู้ยึดถือส่งเอกสารได้

3. พยานบุคคล หมายถึง บุคคลที่มาให้การต่อศาลและเบิกความเล่าเรื่องด้วยวาจา เพื่อที่ศาลจะได้บันทึกถ้อยคำของพยานผู้นั้นไว้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดี พยานบุคคลอาจแยกเป็นพยานบุคคลธรรมดา กับพยานผู้เชี่ยวชาญพิเศษ ปกติแล้วพยานบุคคลธรรมดาทั่วไปเบิกความได้แต่เฉพาะข้อเท็จจริงที่ตนได้รู้ได้เห็นหรือได้ยินมาเท่านั้น จะเบิกความในลักษณะความเห็นไม่ได้ ส่วนผู้เชี่ยวชาญพิเศษในคดีอาญาซึ่งเป็นพยานบุคคลเหมือนกัน แต่มีประสบการณ์หรือมีวิชาความรู้ในสาขาวิชาการต่าง ๆ มาเบิกความแสดงความเห็นตามหลักวิชาได้ นอกจากนี้ยังมีการแบ่งพยานบุคคลออกตามความรู้เห็นของพยาน เป็นประจักษ์พยานกับพยานบอกเล่า ซึ่งทั้งสองคำนี้มีใช้ถ้อยคำที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายลักษณะพยานของไทย แต่เป็นที่เข้าใจว่าประจักษ์พยาน หมายถึง พยานที่รู้เห็นเหตุการณ์ด้วยตนเอง ส่วนพยานบอกเล่า หมายถึง พยานที่รับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลอื่นมาแล้วมาเบิกความในศาล

---

\* มาตรา 238 วรรคแรก บัญญัติว่า ต้นฉบับเอกสารเท่านั้นที่อ้างเป็นพยานได้ ถ้าหาต้นฉบับไม่ได้ สำเนาที่รับรองว่าถูกต้องหรือพยานบุคคลที่รู้ข้อความก็อ้างเป็นพยานได้

\*\* มาตรา 239 บัญญัติว่า เอกสารใดซึ่งคู่ความอ้าง แต่มีได้อยู่ในความยึดถือของเขา ถ้าคู่ความนั้นแจ้งถึงลักษณะและที่อยู่ของเอกสารต่อศาล ให้ศาลหมายเรียกบุคคลผู้ยึดถือนำเอกสารนั้นมาส่งศาล

\*\*\* มาตรา 240 บัญญัติว่า เมื่อมีเอกสารใช้เป็นพยานหลักฐานในชั้นศาล ให้อ่านหรือส่งให้คู่ความตรวจดู ถ้าคู่ความฝ่ายใดต้องการสำเนา ศาลมีอำนาจส่งให้ฝ่ายที่อ้างนั้นส่งสำเนาแก่อีกฝ่ายหนึ่งตามที่เห็นสมควร

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดการนำเสนอพยานผู้ชำนาญการพิเศษในคดีอาญาไว้ในมาตรา 243\* ว่าศาลอาจให้ผู้ชำนาญการพิเศษทำความเห็นเป็นหนังสือได้ โดยต้องมาเบิกความประกอบหนังสือนั้น และต้องส่งความเห็นเป็นหนังสือให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวันด้วย เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 76/2529 ในคดีอาญาผู้ชำนาญการพิเศษทำความเห็นเป็นหนังสือได้ แต่ต้องให้มาเบิกความประกอบหนังสือนั้น แต่ถ้าคู่ความอีกฝ่ายแถลงรับข้อเท็จจริงตามความเห็นเป็นหนังสือของผู้ชำนาญการพิเศษแล้ว ก็รับฟังเป็นพยานได้โดยไม่ต้องมาเบิกความประกอบ

สำหรับกรณีการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อจะลงโทษผู้กระทำความผิดในคดีที่เกี่ยวกับการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตอันเป็นการประกอบอาชญากรรมโดยผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต คงจะหลีกเลี่ยงการรับฟังพยานหลักฐานในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้ ซึ่งการรับฟังพยานหลักฐานที่ศาลไทยจะพิจารณาพิพากษาลงโทษจำเลยได้นั้น จะต้องเป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้ข้างต้น ซึ่งยังไม่มีข้อกำหนดรับรองเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จึงก่อให้เกิดปัญหาว่าพยานหลักฐานที่ได้มาเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะเป็นพยานหลักฐานที่สามารถรับฟังได้หรือไม่ หากรับฟังได้จะมีความน่าเชื่อถือเพียงพอว่าพยานหลักฐานดังกล่าวจะไม่มีเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อมูลก่อนนำเสนอต่อศาล ซึ่งผู้เขียนพอจะสรุปปัญหาในการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ที่ควรจะต้องพิจารณาได้ดังนี้

---

\* มาตรา 243 บัญญัติว่า ผู้ใดโดยอาชีพหรือมิใช่ก็ตาม มีความชำนาญพิเศษในการใด ๆ เช่น ในทางวิทยาศาสตร์ ศิลปะ ฝีมือ พาณิชยกรรม การแพทย์หรือกฎหมายต่างประเทศ และซึ่งความเห็นของเขานั้นอาจมีประโยชน์ในการวินิจฉัยคดี ในการสอบสวน ใต้สวนมูลฟ้อง หรือพิจารณา อาจเป็นพยานในเรื่องต่าง ๆ เป็นต้นว่าตรวจร่างกายหรือจิตของผู้เสียหาย ผู้ต้องหาหรือจำเลยตรวจลายมือ ทำการทดลองหรือ กิจการอย่างอื่น ๆ ศาลจะให้ผู้ชำนาญการพิเศษทำความเห็นเป็นหนังสือก็ได้ แต่ต้องให้มาเบิกความประกอบหนังสือนั้น โดยให้ส่งสำเนาหนังสือดังกล่าวแก่คู่ความทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวันก่อนวันเบิกความ



## 1. การกำหนดประเภทของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จะนำมาใช้เป็นพยานหลักฐาน (Type of Evidence)

พยานหลักฐานส่วนใหญ่ที่ศาลจะต้องรับฟังเพื่อพิจารณาวินิจฉัยลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต คือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้กำหนดถึงประเภทและวิธีการนำสืบของพยานหลักฐานที่มีลักษณะเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ จึงมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานประเภทพยานวัตถุหรือพยานเอกสาร เนื่องจากในบางกรณีพยานวัตถุมีลักษณะใกล้เคียงกับพยานเอกสารมาก เมื่อวิเคราะห์แล้วจะพบว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะได้มาจากการบันทึกข้อมูลซึ่งเป็นข้อความลงในแผ่นดิสก์ ซึ่งเป็นวัตถุชนิดหนึ่ง และเมื่อนำแผ่นดิสก์นั้นเข้าเครื่องคอมพิวเตอร์ปฏิบัติงานก็จะได้ผลลัพธ์หรือพิมพ์ข้อความที่บันทึกนั้นออกมาในรูปภาษาสิ่งพิมพ์ออกมาเรียกว่า Print out สำหรับความคิดเห็นของผู้เขียนเห็นว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งอยู่ในรูปอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของ printout แผ่นดิสก์ หรือสื่อบันทึกในรูปแบบอื่น ๆ เมื่อพิจารณาถึงฐานะ บทบาทตลอดจนคุณค่าของข้อมูลจากสื่อแล้วย่อมเห็นได้ว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับพยานเอกสารมากกว่าพยานวัตถุ เพราะเป็นพยานที่สื่อความหมายให้ทราบถึงเนื้อหาแห่งข้อมูลนั้นอันเป็นคุณสมบัติของพยานเอกสาร แม้พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์จะสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ปัญหาที่ตามมาคือการนำสืบพยานหลักฐานดังกล่าวคู่ความจะต้องอ้างส่งสิ่งใดเป็นพยานหลักฐานต่อศาลบ้าง

นอกจากนี้เนื่องจากพยานหลักฐานมีลักษณะเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การนำสืบฮาร์ดแวร์ ซอฟต์แวร์ หรือผลลัพธ์ที่ได้จากเครื่องคอมพิวเตอร์ ซึ่งการนำสืบพยานหลักฐานดังกล่าวล้วนแต่ต้องการคำอธิบาย และมีใช่เป็นเพียงคำอธิบายของพยานบุคคลผู้รู้เห็นความเป็นมาหรือประจักษ์พยานเท่านั้น แต่จะต้องเป็นคำอธิบายของผู้ชำนาญการพิเศษ ดังเช่น รายงานการตรวจพิสูจน์สารยาเสพติด หรือรายงานการชันสูตรพลิกศพของแพทย์ เป็นต้น ดังนั้นพยานผู้ชำนาญการพิเศษจึงมีบทบาทสำคัญมากในการสืบพยานหลักฐานในคดีเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย

## 2. การกำหนดในเรื่องต้นฉบับเอกสารและสำเนาเอกสารเพื่อให้ใช้กับ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Best Evidence Rule)

เมื่อพิจารณาแล้วว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวเป็นพยานเอกสารที่ศาลสามารถ รับฟังเพื่อลงโทษจำเลยได้แล้ว แต่ปัญหาที่ตามมาคือเมื่อเป็นพยานอิเล็กทรอนิกส์เป็น พยานหลักฐานประเภทพยานเอกสารแล้ว กฎหมายกำหนดว่าการนำพยานเอกสารเข้าสืบนั้น จะต้องนำสืบต้นฉบับและจะต้องส่งต้นฉบับด้วย ปัญหาว่าอะไรเป็นต้นฉบับและอะไรเป็นสำเนา นั้นได้เคยมีปัญหากันมาแล้ว ในกรณีของโทรสารว่าเอกสารที่ได้รับทางโทรสารถือว่าเป็นต้นฉบับ เอกสารอื่นจะอ้างส่งศาลได้หรือไม่ สำหรับการสื่อสารทางด้านอิเล็กทรอนิกส์ก็มีปัญหา เช่นเดียวกัน แต่ปัญหาของการสื่อสารทางด้านอิเล็กทรอนิกส์จะมีมากกว่าในกรณีที่ไม่มี การจัดทำเอกสารขึ้นเลย โดยยังคงเก็บข้อมูลที่ส่งแก่กันไว้ในหน่วยบันทึกความจำหลักของ เครื่องคอมพิวเตอร์จะถือว่าเป็นต้นฉบับ อะไรเป็นสำเนา และถ้าหากถือได้ว่าบันทึกข้อความ ที่จะส่งให้แก่กันลงในหน่วยบันทึกความจำหลักของเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นเอกสารต้นฉบับแล้ว การจัดทำเอกสารขึ้นภายหลังเป็นเพียงการทำสำเนาของเอกสารเท่านั้น ก็จะทำให้เกิดปัญหาตามมาอีก ว่าเมื่อต้องการอ้างอิงเป็นพยานหลักฐานในคดีจะฟังปฏิบัติอย่างไร จะต้องยกหน่วยความจำหลัก ของเครื่องคอมพิวเตอร์ไปแสดงต่อศาลหรือไม่ และถ้าหากต้องปฏิบัติอย่างนั้นจริงก็จะ ตกเถียงกันว่าการแสดงให้เห็นปรากฏบนจอภาพของเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นการทำสำเนาหรือไม่

ปัญหาต่อมาก็คือลักษณะของเอกสารที่พิมพ์ได้จากเครื่องคอมพิวเตอร์หรือ ที่เรียกว่า printout มีความแตกต่างจากเอกสารทั่วไป เพราะว่าสามารถพิมพ์ขึ้นใหม่ได้ โดยอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ และมีลักษณะใกล้เคียงกับการพิมพ์ครั้งแรกมาก จนแยกไม่ออกว่าอะไร คือต้นฉบับและอะไรคือสำเนา หากแม้จะมีการแก้ไขตัดแปลงข้อมูล เช่น ลบข้อความ แทรก ข้อความ เปลี่ยนแปลงข้อความ ก็จะไม่ปรากฏร่องรอยการแก้ไขตัดแปลงตัวเอกสาร ส่งผลให้เกิด ปัญหาเรื่องความน่าเชื่อถือของพยานว่าจะเชื่อถือได้อย่างไรว่าพยานหลักฐานดังกล่าวไม่ได้ มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงก่อนนำมาสู่กระบวนการพิจารณาของศาล

สำหรับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีข้อยกเว้นในกรณี “หาเอกสารต้นฉบับไม่ได้” ให้คู่ความผู้อ้างเอกสารสามารถนำสืบสำเนาเอกสารหรือพยานบุคคลที่รู้ข้อความแทนพยานเอกสารนั้นได้ แต่พยานหลักฐานเอกสารในรูปแบบ printout แผ่นดิสก์ หรือสื่อบันทึกในรูปแบบอื่น ๆ ไม่เข้าข้อยกเว้นตามคำว่า “หาต้นฉบับไม่ได้” แต่เป็นกรณีที่ผู้ซึ่งกฎหมายต้องตีความว่า printout แผ่นดิสก์ หรือสื่อบันทึกในรูปแบบอื่น ๆ เป็นต้นฉบับหรือไม่ ทำให้ข้อยกเว้นดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้กับพยานประเภทนี้ได้

### 3. การกำหนดเรื่องความชัดเจนในการนำสืบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ปัญหาต่อมาคือข้อมูลที่อยู่ในรูปของอิเล็กทรอนิกส์สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้โดยง่าย และในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหากเป็นการกระทำโดยผู้มีความรู้ความชำนาญแล้ว ก็อาจไม่มีร่องรอยการแก้ไขข้อมูลให้ปรากฏแก่สายตาบุคคลทั่วไปหรือศาล จึงอาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ศาลไม่เชื่อพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลที่เป็นอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งจะมีผลเท่ากับว่าไม่มีพยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิด เมื่อไม่สามารถพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิดเพราะไม่มีพยานหลักฐานหรือมีแต่ใช้ไม่ได้ เนื่องจากไม่มีความน่าเชื่อถือ ทำให้บุคคลเหล่านี้พ้นจากข้อกล่าวหาอันเนื่องมาจากไม่มีพยานหลักฐานมาใช้ในการพิสูจน์การกระทำความผิดของบุคคลเหล่านี้ได้

ปัจจุบันนี้ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ใช้บังคับใช้ในการพิจารณาคดีอาญา คงมีเฉพาะในคดีทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ ตามข้อ ข้อ 33 \* ของข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและ

---

\* ข้อกำหนดศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ข้อ 33 และข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ.2542 ข้อ 18 (มีเนื้อความเหมือนกัน) กำหนดหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานว่าศาลอาจรับฟังข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐานในคดีได้ หาก

(1) การบันทึกข้อมูลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือการประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นการกระทำตามปกติในการประกอบกิจการของผู้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ และ

(2) การบันทึกและการประมวลผลข้อมูลเกิดจากการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ปฏิบัติงานตามขั้นตอนการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์อย่างถูกต้อง และแม้หากมีกรณีการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ขัดข้อง ก็ไม่กระทบถึงความถูกต้องของข้อมูลนั้น

การกระทำตามปกติของผู้ใช้ตาม (1) และความถูกต้องของการบันทึกและการประมวลผลข้อมูลตาม (2) ต้องมีคำรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือดำเนินการนั้น

การค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 และคดีล้มละลาย ตามข้อ 18 ข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 เท่านั้น ที่กำหนดให้ศาลสามารถรับฟังข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐานในคดีได้ เมื่อกฎหมายลักษณะพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยยังไม่มีบทบัญญัติกำหนดประเภทข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จะนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานได้ ทำให้มีปัญหาในเรื่องความไม่เท่าเทียมกันของการรับฟังพยานหลักฐานในคดีทั่ว ๆ ไป กับคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และคดีล้มละลาย

นอกจากนั้นประเด็นปัญหาว่าในการนำสืบพยานหลักฐานเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ผู้เสียหายจะต้องนำสืบพยานหลักฐานแค่ไหนถึงจะเพียงพอแก่การรับฟังเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดได้ กรณีตำรวจเข้าไปในเว็บไซต์ที่กระทำผิดกฎหมายแล้วสั่งพิมพ์ข้อความต่าง ๆ ลงในกระดาษ จะถือว่าเป็นพยานหลักฐานหรือไม่และมีความน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด เนื่องจากผู้ใดก็สามารถพิมพ์เอกสารดังกล่าวได้ หรือหากดาวน์โหลดโปรแกรมโฮมเพจเข้าไปในแผ่นดิสก์และนำแผ่นดิสก์มาเป็นพยานได้หรือไม่ เพราะผู้ใดก็สามารถเขียนโปรแกรมได้เช่นกัน หรือต้องนำตัวพยานบุคคลมาเบิกความว่าในวันเวลานั้นได้เข้าไปดูในเว็บไซต์นั้นจริง หรือต้องบันทึกวิดีโอไว้แล้วนำมาประกอบเป็นพยานหลักฐาน ปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับพยานหลักฐานดังกล่าวเกิดจากการที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนกำหนดเกี่ยวกับการนำสืบพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

#### 4.2.4 ปัญหาการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเพื่อให้ศาลลงโทษจำเลย

การที่ศาลจะพิจารณาวินิจฉัยลงโทษผู้กระทำความผิดได้นั้น ศาลจะต้องรับฟังพยานหลักฐานว่ามีข้อเท็จจริงเป็นอย่างไร ซึ่งการรับฟังข้อเท็จจริงเพื่อลงโทษจำเลยนั้น จะต้องรับฟังแค่ไหน เพียงไรนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดไว้ในมาตรา 227\* มาตรานี้แม้จะกล่าวว่าเป็นอำนาจของศาลในการวินิจฉัยซึ่งนำพยานหลักฐานในคดีอาญา

---

\* มาตรา 227 บัญญัติว่า ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งนำพยานหลักฐานทั้งปวงอย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น

เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย

ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 174\* และมาตรา 175\*\* แล้ว จะแสดงให้เห็นถึงหลักกฎหมายพื้นฐานของระบบกล่าวหา คือ ในคดีอาญาโจทก์มีหน้าที่นำสืบก่อนและมีภาระพิสูจน์ความผิดของจำเลย ซึ่งภาระการพิสูจน์ในคดีอาญากฎหมายได้กำหนดว่าให้โจทก์พิสูจน์ให้ศาลเชื่อได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามที่โจทก์ฟ้องจริง โดยปราศจากข้อสงสัยหรือที่กฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นแม่แบบระบบกล่าวหา ใช้คำว่า "proof must be beyond reasonable doubt" หากการนำสืบของโจทก์ยังมีข้อสงสัยประการใดแล้ว ศาลจะยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้เป็นผลดีแก่จำเลย แม้จำเลยจะสืบพยานฝ่ายตนเพียงเล็กน้อย หรือแม้จะไม่นำสืบพยานฝ่ายตนเลยก็ตาม<sup>75</sup> เช่น โจทก์ไม่ได้ตัวผู้เสียหายที่รู้เห็นว่าจำเลยกระทำผิดมาสืบในชั้นศาล คงมีแต่บันทึกคำให้การของพยานในชั้นสอบสวนส่งเป็นพยานเท่านั้น คำให้การในชั้นสอบสวนเป็นพยานบอกเล่าจะรับฟังได้เพียงเป็นพยานประกอบคำเบิกความของพยานในชั้นศาล เมื่อคำเบิกความของพยานโจทก์ในชั้นศาลไม่มีผู้ใดรู้เห็นว่าจำเลยกระทำผิด คงมีแต่บันทึกการจับกุมและคำให้การชั้นสอบสวนของพยาน จึงไม่พอพียงลงโทษจำเลยได้ แม้จำเลยจะมิได้สืบพยาน ก็เป็นภาระหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์ให้เห็นความผิดของจำเลย หาใช่หน้าที่ของจำเลยไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3065/2526)

---

\* มาตรา 174 บัญญัติว่า ก่อนนำพยานเข้าสืบ โจทก์มีอำนาจเปิดคดีเพื่อให้ศาลทราบคดีโจทก์คือแถลงถึงลักษณะของฟ้อง อีกทั้งพยานหลักฐานที่จะนำสืบเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย เสร็จแล้วให้โจทก์นำพยานเข้าสืบ

เมื่อสืบพยานโจทก์เสร็จแล้ว จำเลยมีอำนาจเปิดคดีเพื่อให้ศาลทราบคดีจำเลย โดยแถลงข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งตั้งใจอ้างอิง ทั้งแสดงพยานหลักฐานที่จะนำสืบเสร็จแล้วให้จำเลยนำพยานเข้าสืบ

เมื่อสืบพยานจำเลยเสร็จแล้ว โจทก์และจำเลยมีอำนาจแถลงปิดคดีของตนด้วยปาก หรือหนังสือหรือทั้งสองอย่าง

ในระหว่างพิจารณา ถ้าศาลเห็นว่าไม่จำเป็นต้องสืบพยานหรือทำการอะไรอีกจะสั่งงดพยานหรือการนั้นเสียก็ได้

\*\* มาตรา 175 บัญญัติว่า เมื่อโจทก์สืบพยานเสร็จแล้ว ถ้าเห็นสมควรศาลมีอำนาจเรียกสำนวนการสอบสวนจากพนักงานอัยการมาเพื่อประกอบการวินิจฉัยได้

<sup>75</sup> คณิง ฤาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร:บริษัท โรงพิมพ์เด็อนตุลา จำกัด, 2539), หน้า 257-259.

นอกจากนั้นพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบจะถึงขนาดรับฟังโดยปราศจากความสงสัยว่าจำเลยกระทำผิดจริงหรือไม่ เป็นข้อที่ศาลจะวินิจฉัยด้วยการใช้ “ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง...” ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 227 ฉะนั้นนอกจากโจทก์จะต้องนำพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องประเด็น (relevancy) และฟังรับฟังได้ (admissibility) แล้ว พยานหลักฐานของโจทก์จะต้องเป็นพยานหลักฐานที่มีน้ำหนัก (weight) ให้เชื่อถือได้เช่นกันด้วย เช่น ศาลฎีกากล่าวว่าการวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงแห่งคดี ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงในสำนวนว่าควรจะรับฟังได้เพียงใด มิใช่ว่าเป็นพยานเบิกความอย่างไรแล้วจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงตามคำเบิกความของพยานเสมอไป และไม่มีกฎหมายบทใดบัญญัติห้ามมิให้ศาลรับฟังคำให้การชั้นสอบสวนของพยานเป็นข้อประกอบการพิจารณาของศาล ส่วนจะมีน้ำหนักรับฟังได้เพียงใดหรือไม่ ก็สุดแต่เหตุผลเป็นเรื่อง ๆ ไป (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 49/2528)

โดยหลักกฎหมายตามมาตรา 227 เป็นการกำหนดหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย หรือหลัก in dubio pro reo ซึ่งถือเป็นหลักนิติรัฐหลักหนึ่ง ที่กำหนดกรณีนำสืบพยานหลักฐานเพื่อฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ หากฟังไม่ชัดหรือฟังไม่ได้ว่าจำเลยกระทำความผิดต้องยกข้อสงสัยนั้นให้จำเลย ศาลจะยกฟ้องหรือไม่สามารถลงโทษจำเลยได้ ซึ่งการประกอบอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ผู้กระทำความผิดมีความรู้ความสามารถเชี่ยวชาญทางเทคโนโลยี ประกอบกับพยานหลักฐานในการกระทำความผิดส่วนใหญ่อยู่ที่จำเลยทั้งสิ้น การที่จะให้โจทก์เป็นผู้พิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดอย่างชัดแจ้งเพื่อให้ศาลลงโทษผู้กระทำความผิดคงเป็นไปได้ไม่ได้ ทำให้การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษทางอาญาคงเป็นไปได้ยาก

#### 4.3 ปัญหาเกี่ยวกับองค์การที่บังคับใช้กฎหมาย

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายที่บังคับใช้ขณะนั้นกับการปราบปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร กล่าวคือประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับการปราบปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ จำต้องปรับใช้กับกฎหมายอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบันก่อให้เกิดปัญหาว่ามาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถครอบคลุมถึงการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต ได้ทุกรูปแบบ และไม่สามารถนำกฎหมายที่มีอยู่มาบังคับใช้เพื่อลงโทษจำเลยได้ ซึ่งปัญหาในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์มิได้เกิดจากข้อบกพร่องทางบทบัญญัติกฎหมายเท่านั้น ยังมีปัญหาอันเนื่องมาจากองค์การที่บังคับใช้กฎหมายด้วย

จะเห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากอาชญากรรมธรรมดา เพราะผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีความรู้ความสามารถทางด้านเทคโนโลยีหรือเรียกว่าอาชญากรรมเชิ้ตขาว (White Collar Crime) การกระทำความผิดจะไม่ทิ้งร่องรอยพยานหลักฐานให้ปรากฏแก่สายตาคนทั่วไป เหมือนการฆ่าคนตายหรือทำร้ายร่างกาย ดังนั้นกว่าจะปรากฏหรือรู้ว่ามีกรกระทำความผิดเกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดก็มักจะหลบหนีไปกับทรัพย์สินที่ยักย้ายถ่ายเทมาได้เสียแล้ว รวมทั้งเทคโนโลยีและประสิทธิภาพในการใช้เทคโนโลยีมีการพัฒนาที่รวดเร็วทำให้ยากต่อการเรียนรู้ถึงความเปลี่ยนแปลงของอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ทำให้ในการสืบสวนสอบสวนจึงต้องอาศัยความร่วมมือจากผู้เชี่ยวชาญทางด้านคอมพิวเตอร์มาดำเนินการสืบสวน ซึ่งปัจจุบันเจ้าหน้าที่ผู้มีความชำนาญดังกล่าวไม่เพียงพอต่อการดำเนินคดี ทำให้เกิดปัญหาความล่าช้า ประกอบกับเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการปราบปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ได้แก่ พนักงานตำรวจ อัยการ และศาล ขาดความรู้ความชำนาญที่เพียงพอในการดำเนินคดีกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ซึ่งมีความสลับซับซ้อน ทำให้เจ้าหน้าที่ต้องมีความรู้ความสามารถทางด้านอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะเป็นเหตุให้อาชญากรรมประเภทนี้ถูกมองข้ามไป และขาดการประสานงานกันระหว่างหน่วยงานของรัฐในการให้ข้อมูลรายละเอียดต่าง ๆ เพื่อประกอบการพิสูจน์การกระทำความผิด แต่ในทางปฏิบัติหน่วยงานเหล่านี้ต่างเป็นเอกเทศรับผิดชอบเฉพาะด้านเท่านั้น

สาเหตุที่ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ให้ความสนใจเกี่ยวกับการดำเนินคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ คือ

1. อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยธรรมชาติจะมีความไม่เป็นส่วนตัว จึงไม่กระทบต่อจิตใจและความรู้สึกของประชาชนโดยทั่วไปและถูกมองข้าม
2. อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์มีความแตกต่างกับอาชญากรรมแบบดั้งเดิมที่เจ้าหน้าที่ตำรวจมีความคุ้นเคยและเข้าใจเป็นอย่างดี เช่น การลักทรัพย์ การทำร้ายร่างกาย

3. อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์แตกต่างจากอาชญากรรมรุนแรง (Violent Crime) ที่ก่อให้เกิดอารมณ์ในหมู่ชน ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบมีความจำเป็นจะต้องทุ่มเทในการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมรูปแบบทั่วไป และบุคคลส่วนมากจะมองอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ว่าเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นครั้ง ๆ ไป โดยปราศจากการมองให้ลึกซึ้ง ผลกระทบ ความรุนแรง การแพร่กระจาย และปริมาณความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรก่ออาชญากรรมในแต่ละครั้ง รวมทั้งไม่สามารถประเมินความเสียหายได้อย่างแน่ชัด ทำให้คนทั่วไปไม่รู้ลึกถึงความรุนแรงของอาชญากรรมประเภทนี้

4. อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์มีความเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสมัยใหม่ ซึ่งทำให้บุคคลที่ไม่มีความรู้เกี่ยวกับเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง เกิดความไม่กล้าที่จะเข้าไปดำเนินการสืบสวนสอบสวนเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย