



ปัญหากฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงของประเทศไทย
: ศึกษากรณีการกระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต

ลักษ์สุดา โพธิ์ทอง

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปีการศึกษา 2565

LEGAL ISSUES RELATED TO OFFENCES OF CHEATING AND FRAUD IN
THAILAND : A CASE STUDY OF CHEATING AND FRAUD THROUGH
ELECTRONIC MEANS OR THE INTERNET

LUCKSUDA POTONG

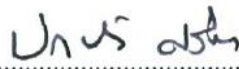
A Thematic Paper Submitted in Partial Fulfillment of the
Requirements for the Degree of Master of Laws
Department of Law, Pridi Bhanomyong Faculty of Law
Dhurakij Pundit University
Academic Year 2022

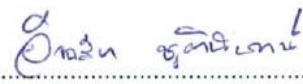


ใบรับรองสารนิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

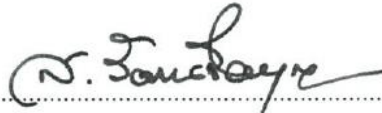
หัวข้อสารนิพนธ์ ปัญหากฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงของประเทศไทย : ศึกษากรณีการกระทำ
ผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต
เสนอโดย ลักษณ์สุตา โพธิ์ทอง
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบสารนิพนธ์แล้ว


..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสินิท)


..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)


..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื้อตาส)
วันที่ ๒๕ เดือน กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๖๖

หัวข้อสารนิพนธ์	ปัญหากฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงของประเทศไทย: ศึกษากรณี การกระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต
ชื่อผู้เขียน	ลักษ์สุดา โพธิ์ทอง
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2565

บทคัดย่อ

การฉ้อโกงเป็นการก่ออาชญากรรมทางด้านทรัพย์สินและเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจประเภทหนึ่ง และด้วยความเจริญทางด้านเทคโนโลยีและการสื่อสารทำให้มีการพัฒนารูปแบบและวิธีการให้มีความซับซ้อนและแยบยลมากขึ้น จากการชักชวนด้วยวาจาหรือ โดยข้อความทั่วไป เป็นการใช่วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการหลอกลวง และวิธีการดังกล่าวทำให้ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อและมีมูลค่าความเสียหายเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก และส่งผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล เศรษฐกิจ ความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของสังคม โดยการฉ้อโกงมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่สำคัญ คือประมวลกฎหมายอาญา ตั้งแต่มาตรา 341 ถึงมาตรา 348 และพระราชกำหนดการกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 ซึ่งโดยวิธีการที่กระทำการฉ้อโกงนั้นอาจเข้าลักษณะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับ ซึ่งเป็นการกระทำความผิดต่อกฎหมายหลายบท แต่ตำรวจ และอัยการมักจะฟ้องคดีไปตามพฤติการณ์ของข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง แต่ถ้านับเฉพาะข้อหาที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงและที่เป็นกระทำการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต ล้วนแต่ถูกแจ้ง ข้อกล่าวหาในข้อหาร่วมกันฉ้อโกงประชาชนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 342 และมาตรา 343 หรือร่วมกันกักเงินอันเป็นการฉ้อโกงตามพระราชกำหนดการกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 มาตรา 4 และศาลมักจะลงโทษตามที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติต่างๆดังกล่าว

แต่พบว่าในประมวลกฎหมายอาญาและในพระราชกำหนดการกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 ฐานความผิดที่บัญญัติไว้ไม่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมมาเป็นเวลานาน โดยเฉพาะฐานความผิดที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยใช่วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น แม้การฉ้อโกงด้วยวิธีการดังกล่าว จะทำให้มีผู้เสียหายหรือมีมูลค่าความเสียหายมากเท่าใด หรือจะมีผู้ร่วมกระทำผิดเป็นอั้งยี่ ซ่องโจรหรือเป็นเครือข่ายอาชญากรรมก็ตาม การดำเนินคดีและการลงโทษก็ยังคงดำเนินการตามที่ประมวลกฎหมายอาญาและตามพระราชกำหนดการกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 กำหนดทำให้ผู้ที่กระทำความผิดฐานฉ้อโกงโดยวิธีการดังกล่าวได้รับโทษเช่นเดียวกับการฉ้อโกงหรือการกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนในกรณีทั่วไป ทั้งที่การฉ้อโกงด้วยวิธีดังกล่าว

สามารถลดความเสี่ยงและทำให้มีมูลค่าความเสียหายสูงกว่า และส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงในด้านต่างๆ มากกว่า ดังนั้น การที่ยังคงใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงที่มีอยู่ ในปัจจุบันสำหรับการฉ้อโกงในกรณีดังกล่าว นอกจากจะไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ของสังคมและการเปลี่ยนแปลงของรูปแบบและวิธีการของการฉ้อโกงแล้ว ยังทำให้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน ไม่เป็นไปตามหลักการ แนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญทางกฎหมายเท่าที่ควร และทำให้อัตราโทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้นไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำ ความผิด เมื่อเทียบกับความร้ายแรงและผลกระทบที่เกิดขึ้น และทำให้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันไม่สามารถป้องกันหรือยับยั้ง การกระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร โดยเฉพาะการฉ้อโกงโดยการ ใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต และไม่สามารถลดการเกิดปัญหาอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้อย่างเป็นรูปธรรม ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา และในพระราชกำหนดการกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 ให้มีฐานความผิดที่ใช้บังคับกับการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะ และควรกำหนดโทษให้สูงกว่าการฉ้อโกงหรือการกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนในกรณีทั่วไป และควรนำเอาจำนวนของผู้เสียหาย และมูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษแก่ผู้ที่กระทำการฉ้อโกงด้วยวิธีการดังกล่าว ด้วย

คำสำคัญ: ฉ้อโกง, กักเงินที่เป็นการฉ้อโกง, ใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต

อ.ดร.วิภา ชลรัตน์

อาจารย์ที่ปรึกษา

Thematic Paper Title	LEGAL ISSUES RELATED TO OFFENCES OF CHEATING AND FRAUD IN THAILAND: A CASE STUDY OF CHEATING AND FRAUD THROUGH ELECTRONIC MEANS OR THE INTERNET
Author	Lucksuda Potong
Thematic Paper Advisor	Associate Professor Achariya Chutinun
Program	Master of Laws
Academic Year	2022

ABSTRACT

Cheating and fraud is a property crime and is also considered a type of economic crime. With technological and communication advancements, there has been a development of complex and subtle methods of deception, from persuasion through speech or general messages to the use of electronic means or the internet to deceive. This has created numerous victims and caused significant damage to personal relationships, the economy, as well as public order and security. The important legal provisions regarding cheating and fraud are found in the Criminal Code, from Section 341 to Section 348, and the Emergency Decree on Borrowings Which Are Regarded as Public Cheating and Fraud, B.E. 2527 (1984). The act of cheating and fraud may constitute various offences under one or different laws which is a single act that violates multiple provisions of the law. However, police and prosecutors often file charges based on the actual circumstances involved. If the charge relates to cheating and fraud committed through electronic means or the internet, it is typically considered an offence of public cheating and fraud under Sections 342 and 343 of the Criminal Code, or the offence of borrowings regarded as cheating and fraud under Section 4 of the Emergency Decree on Borrowings Which Are Regarded as Public Cheating and Fraud, B.E. 2527 (1984). Courts typically impose penalties as specified in the relevant provisions.

However, it has been found that the offences specified in the Criminal Code and the Emergency Decree on Borrowings Which Are Regarded as Public Cheating and Fraud, B.E. 2527 (1984) have not been amended for a long time, particularly with regards to the basis of cheating and fraud committed through electronic means or the internet, which is not specifically mentioned in the law. Therefore, even if the cheating and fraud is committed by

such means, causing considerable victims or damage, or involving a member of a secret society, a criminal association, or a criminal network, the legal proceedings and penalties remain in accordance with the Criminal Code and the Emergency Decree on Borrowings Which Are Regarded as Public Cheating and Fraud, B.E. 2527 (1984) which legislate the penalties the same as any other cheating and fraud practices or borrowings regarded as cheating and fraud although such cheating and fraud committed through electronic means or the internet can often result in greater value of damage and more severe impacts. Therefore, the use of current laws regarding such cheating and fraud does not conform to social situations, changes in the methods and patterns of cheating and fraud, important legal principles and theories, resulting in disproportionate penalties for offenders compared to the severity and impact of the offence. This makes existing laws inefficient in preventing or deterring cheating and fraud, especially through electronic means or the internet, and cannot effectively reduce current economic crimes. Hence, it is necessary to amend the provisions in the Criminal Code and the Emergency Decree on Borrowings Which Are Regarded as Public Cheating and Fraud, B.E. 2527 (1984) to establish specific offences for cheating and fraud through electronic means or the internet, and impose higher penalties than regular cheating and fraud or borrowings regarded as cheating and fraud. The number of victims and the value of damages should also be considered when determining the penalty for offenders who commit cheating and fraud through such methods.

Keywords: Cheating and fraud, Borrowings regarded as cheating and fraud, Electronic means or the internet

Achariya Chutinun

Advisor

กิตติกรรมประกาศ

ในการศึกษาค้นคว้าสารนิพนธ์ฉบับนี้ สามารถสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ก็เนื่องมาจากผู้เขียนได้รับความอนุเคราะห์เป็นอย่างสูงจากรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันทน์ ที่ท่านได้กรุณาเสียสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ ซึ่งท่านได้ให้คำปรึกษาและเสนอแนะแนวทางในการเขียนสารนิพนธ์ รวมทั้งตรวจสอบและแก้ไขข้อบกพร่องของสารนิพนธ์ฉบับนี้อย่างละเอียดอันเป็นผลให้สารนิพนธ์นี้สำเร็จได้ด้วยดี ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท ที่กรุณาเสียเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการสอบสารนิพนธ์ฉบับนี้ และให้คำแนะนำเกี่ยวกับหัวข้อสารนิพนธ์ เนื้อหาประเด็นที่ต้องเพิ่มเติม เพื่อนำไปปรับปรุงให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร. จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ามาเป็นกรรมการสอบสารนิพนธ์ฉบับนี้ ให้คำแนะนำและชี้แนะแหล่งข้อมูลในการทำสารนิพนธ์ฉบับนี้ พร้อมทั้งตรวจสอบความถูกต้องของแหล่งข้อมูลต่างๆอันทำให้ สารนิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาทุกท่าน ที่ได้มีส่วนถ่ายทอดวิชาความรู้ให้กับผู้เขียน จนเป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับการจัดทำสารนิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนบิดามารดา ครอบครัวเพื่อนร่วมงาน เพื่อนๆ ทุกท่านโดยเฉพาะอย่างยิ่ง คุณพีร์ เราเจริญ ที่ให้กำลังใจและสนับสนุนผู้เขียนในการทำสารนิพนธ์จนเสร็จสมบูรณ์ หากสารนิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและเป็นประโยชน์ในทางวิชาการ ผู้เขียนขอเทิดพระคุณคณาจารย์ ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาการและมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตที่ได้ให้โอกาสทางการศึกษาแก่ผู้เขียน มา ณ โอกาสนี้ด้วย หากมีข้อบกพร่องประการใดผู้เขียนขอน้อมรับไว้ด้วยความเคารพแต่ผู้เดียว

ลักษ์สุดา โพธิ์ทอง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
สารบัญ.....	ณ
สารบัญตาราง.....	ญ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมุติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตการศึกษา.....	6
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2. หลักกฎหมาย แนวคิด และทฤษฎีที่สำคัญ.....	8
2.1 ลักษณะและขอบเขตของกฎหมายอาญากับหลักการที่สำคัญทางกฎหมาย.....	8
2.2 แนวคิดในการบัญญัติกฎหมายและการกำหนดความผิด.....	17
2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษและการลงโทษทางอาญา.....	20
2.4 แนวคิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์.....	25
2.5 แนวคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานฉ้อโกง.....	26
2.6 ขอบเขตลักษณะของการฉ้อโกงของประเทศไทย.....	28
3. ความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายของต่างประเทศ.....	32
3.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	32
3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐฟลอริดา.....	38
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานฉ้อโกงทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตตามกฎหมาย ของประเทศไทยกับของต่างประเทศ	44
4.1 วิเคราะห์ขอบเขตของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศไทย.....	44

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.2 วิเคราะห์ปัญหาความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายของประเทศไทย..... กรณีการกระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต	47
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายของประเทศไทยกับ..... ต่างประเทศ	56
4.4 เหตุผลและความจำเป็นในการบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกง..... ทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต	57
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	62
5.1 บทสรุป.....	62
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	66
บรรณานุกรม.....	69
ภาคผนวก.....	73
ก ประมวลกฎหมายอาญา.....	74
ข พระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527.....	77
ค พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550.....	80
ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2561.....	82
ประวัติผู้เขียน.....	84

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการฉ้อโกง.....	43

บทที่ 1 บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายอาญานั้นเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายทำให้มีความแตกต่างจากกฎหมายอื่นๆ โดยการบัญญัติความผิดในฐานต่างๆ จะมีคุณธรรมดังกล่าวเป็นพื้นฐานในทางความคิดเสมอ โดยเอกลักษณ์ของกฎหมายอาญาที่สำคัญ คือหลักที่ว่าผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาถ้าการกระทำขณะนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้ จะมีผลย้อนหลังเพื่อให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำไม่ได้ ถ้อยคำต้องบัญญัติให้ชัดเจนไม่มีความคลุมเครือ และกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด¹ โดยหลักที่กล่าวมาถือเป็นหลักการสากลที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ และในประเทศไทยได้มีการยอมรับหลักประกันในกฎหมายอาญาว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและได้บัญญัติไว้ทั้งในประมวลกฎหมายอาญาและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย²

โดยการบัญญัติความผิด คือการบัญญัติห้ามกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด และบัญญัติ ให้มีหน้าที่ต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ถ้าทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามถือว่าเป็นการกระทำความผิด ส่วนโทษนั้นกำหนดไว้เพราะเป็นบทบังคับของกฎหมายอาญาที่จะมีผลในการบังคับให้จำต้องปฏิบัติตามกฎหมาย และเมื่อใดที่มีการละเมิดก็จะถูกลงโทษตามกฎหมายกำหนดและหลักการสำคัญในการลงโทษคือต้องให้ได้สัดส่วนกับลักษณะของการกระทำความผิด กล่าวคือการพิจารณาบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดควรมีความเหมาะสมกับลักษณะความผิดต้องไม่มากจนโหดร้ายทารุณและต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรมนั้น คือจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย เพื่อป้องกันอาชญากรรม ลดการกระทำความผิดซ้ำ และเป็นการข่มขู่ไม่ให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง และหลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนนี้ต้องเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดด้วย คือลงโทษให้เหมาะสมกับตัวของผู้ที่กระทำความผิดเป็นรายคน ไม่ใช่การลงโทษโดยทัณฑ์รวมกันตามลักษณะของการกระทำความผิดนั้น โดยบุคคลที่ต่างได้ทำผิดเหมือนกันอาจจะถูกกำหนดโทษที่แตกต่างกันได้เพราะแม้ว่าจะเป็นการกระทำความผิดแบบเดียวกัน แต่ก็อาจปรากฏความแตกต่างของผู้กระทำอยู่หลายประเด็น ซึ่งจะนำมาสู่การกำหนดโทษและการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน³ โดยกฎหมายอาญานั้น ยังหมายรวมถึงกฎหมายอื่นๆที่ได้มีการบัญญัติ

¹ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2543) 92-93.

² อัจฉริยา ชูตินันท์, 'หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย' (กรกฎาคม-กันยายน 2564) 3 วารสารสุทธิปริทัศน์, 24.

³ สรุศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท, 'การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ : หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนกรณีคดียาเสพติดให้โทษ' (2560) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 912.

ความผิดและได้กำหนดบทลงโทษเอาไว้ และรวมถึงกฎหมายที่กำหนดวิธีการบังคับการลงโทษไว้ด้วย เพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิด

ปัจจุบันมีการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในการดำเนินกิจกรรมต่างๆในชีวิตประจำวันมากขึ้น และอินเทอร์เน็ตเป็นสื่อที่ทำให้สามารถติดต่อสื่อสารถึงกันได้ทันทีในรูปแบบของมัลติมีเดีย โดยลดข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาและสถานที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูล ทำให้การประกอบธุรกิจและการทำธุรกรรมผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตนั้นมีประสิทธิภาพและได้รับความนิยมมากขึ้น จากผลสำรวจพฤติกรรมผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย Thailand Internet User Behavior 2565 โดยกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม พบว่าลักษณะและแนวโน้มการใช้ระบบอินเทอร์เน็ตของคนไทยเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่อง โดยภาพรวมมีการใช้อินเทอร์เน็ตเฉลี่ยมากขึ้นอยู่ที่ 7 ชั่วโมง 4 นาที⁴

ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยี การสื่อสาร และเครื่องมือทางการเงินทำให้การก่ออาชญากรรมในปัจจุบันมีการพัฒนารูปแบบและวิธีการในการกระทำความผิดให้มีความแตกต่างไปจากเดิม และมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการกระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต จนยากต่อการยับยั้ง ป้องกัน ปราบปรามหรือการจับตัวผู้ที่กระทำความผิดมาลงโทษ โดยผู้ที่กระทำผิดส่วนมากจะเป็นผู้มี ความเชี่ยวชาญหรือมีความชำนาญในวิธีการที่กระทำความผิดนั้น และมีทั้งการกระทำด้วยตนเองหรือกระทำในรูปแบบขององค์กร หรือเครือข่ายอาชญากรรม แต่สิ่งที่คล้ายกันคือล้วนแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือผลประโยชน์โดยมิชอบและเป็นการกระทำความผิดต่อกฎหมาย โดยส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อย ระบบเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ โดยอาชญากรรมเหล่านี้เรียกว่า “อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Crime)” ซึ่งนับวันยิ่งทวีความรุนแรงและสร้างความเสียหายแก่สังคมและระบบเศรษฐกิจของประเทศเป็นอย่างมาก

การฉ้อโกงเป็นการก่ออาชญากรรมทางด้านทรัพย์สินและถือว่าเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจประเภทหนึ่ง ปัจจุบันการฉ้อโกงมีรูปแบบของการกระทำที่มีความหลากหลายและมีการพัฒนาให้มีความซับซ้อนและแยบยลมากขึ้น แต่มีพื้นฐานของความผิดเป็นการกระทำความผิดด้วย วิธีการหลอกลวง เช่น การเล่นแชร์ในรูปแบบต่างๆ การกู้ยืม การขายตรง การจ้างแรงงาน หรือการแอบอ้างว่าเป็นบุคคลหรือหน่วยงานต่างๆ เช่น เจ้าหน้าที่จากกรมสรรพากร เจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่จากกรมสอบสวนคดีพิเศษ (DSI) หรือเจ้าหน้าที่จากสำนักงานป้องกันและปราบปราม การฟอกเงิน เป็นต้น โดยการใช้ช่องทางผ่านอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการหลอกลวง หรือการปลอมหน้าเว็บไซต์ของธนาคารหรือสถาบันการเงิน (Web Phishing) เพื่อหลอกให้ทำธุรกรรมทางการเงิน หรือการใช้แพลตฟอร์มออนไลน์ เช่น Facebook, Line, Youtube หรือ Instagram โพสต์ประกาศโฆษณาเพื่อชักชวนให้ประชาชนทั่วไปมาร่วมลงทุน เช่น การลงทุนในตลาดหุ้นไทย การลงทุนในตลาดแลกเปลี่ยนสกุลเงินต่างประเทศ หรือการลงทุนในตลาดสกุลเงินดิจิทัล เป็นต้น โดยการ

⁴ ‘การสำรวจพฤติกรรมผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย Thailand Internet User Behavior’ (สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, เมษายน - กรกฎาคม 2565) <<https://www.eta.or.th/>> สืบค้นเมื่อ 20 มกราคม 2566.

กระทำการฉ้อโกงด้วยวิธีการผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตนั้นในแต่ละปี จะมีผู้เสียหายจำนวนมากหลงเชื่อและมูลค่าความเสียหายมีจำนวนมากขึ้นเรื่อยๆ อาทิเช่น ในคดีของนายชลวิชา ปานสมุทร พนักงาน Call Center ที่สามารถหลอกลวงผู้เสียหายได้เงิน 7-8 ล้านบาทต่อเดือน หรือในคดีของบริษัท เอนเนอร์จี ดีटकซ์ จำกัด ที่ทำการหลอกลวงประชาชนทั่วไปให้สมัครโดยให้กดถูกใจ กดแบ่งปันและแสดงความคิดเห็นเชิงบวกแก่งานโฆษณาบนระบบ Facebook หรือแชร์ Nice Review ซึ่งมีผู้เสียหายราว 2,600 กว่าราย และมูลค่าความเสียหายกว่า 300 ล้านบาท คดีเปิดเว็บไซต์ www.Forex-3D.com ที่หลอกลวงให้ประชาชนนำเงินไปลงทุนซื้อขายอัตราแลกเปลี่ยนสกุลเงินต่างประเทศโดยเสนออัตราค่าตอบแทนจำนวนมาก ซึ่งมีผู้หลงเชื่อและตกเป็นผู้เสียหาย ราว 9,000 กว่าคน และมีมูลค่าความเสียหายกว่า 2,400 ล้านบาท หรือในคดีบริษัท คอนเซ็ปต์ ซีรีส์ จำกัด ที่หลอกลวงบุคคลทั่วไปให้ลงทุนในการให้บริการเช่าพื้นที่บน Cloud Storage โดยเสนอผลตอบแทนให้แก่ผู้ร่วมลงทุนในอัตราสูง ซึ่งมีผู้หลงเชื่อและตกเป็นผู้เสียหายราว 4,000 กว่าราย และมีมูลค่าความเสียหายกว่า 1,300 ล้านบาท หรือในคดีที่ชักชวนให้ลงทุนเงินดิจิทัลสกุลต่างๆ เช่น วันคอยน์ บิตคอยน์ ริบเบิล คริปโต หรืออีเทอเรียม โดยการโพสต์หรือประกาศโฆษณาการลงทุนผ่านสื่อสังคมออนไลน์ต่างๆซึ่งมีผู้หลงเชื่อและเสียหายจำนวนมาก

การกระทำการฉ้อโกงในประเทศไทยนั้นมีมาตั้งแต่อดีต โดยมีการบัญญัติกฎหมายไว้ตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นต้นมา เรื่อยมาจนในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ กระทั่งมีการยกเลิกและได้ทำการตราประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใน พ.ศ.2500 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันโดยกำหนดให้ความผิดฐานฉ้อโกงบัญญัติอยู่ในภาค 2 ภาคความผิด ลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หมวด 3 ความผิดฐานฉ้อโกง ตั้งแต่มาตรา 341 ถึงมาตรา 348 โดยอัตราโทษหนักที่สุดคือโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือน ถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาทตามมาตรา 343 วรรคสอง กรณีการฉ้อโกงประชาชนด้วยเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 342 และกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่ใช้กับกรณีการกู้ยืมเงินอันเป็นการฉ้อโกง คือพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 โดยมีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ที่แม้ว่าจะไม่ได้ลงโทษผู้ที่กระทำการฉ้อโกงโดยตรง แต่ก็ เป็นกฎหมายที่ถูกนำมาใช้พิจารณาลงโทษแก่ผู้ ที่กระทำความผิดอีกบทหนึ่ง หากมีการฉ้อโกงและได้กระทำการผ่านระบบคอมพิวเตอร์

โดยพฤติการณ์หรือวิธีการที่ได้กระทำการฉ้อโกงนั้นอาจเข้าลักษณะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญาหรือตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 แล้วแต่กรณี และอาจมีความผิดตามกฎหมายฉบับอื่นๆร่วมด้วยเป็นการกระทำความผิดกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท โดยตำรวจและอัยการมักจะฟ้องคดีไปตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องรวมกันไปทั้งหมด แต่ถ้านับเฉพาะข้อหาที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงและถ้าเป็นการกระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต เช่น คดีของนายชลวิชา ปานสมุทร พนักงาน Call Center คดีของบริษัท เอนเนอร์จี ดีटकซ์ จำกัด คดีของการเปิดเว็บไซต์ www.Forex-3D.com หรือคดี ของบริษัท คอนเซ็ปต์ซีรีส์ จำกัด ล้วนแต่ถูกแจ้งข้อกล่าวหาในข้อหา

ร่วมกันฉ้อโกงประชาชน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 342 และมาตรา 343 หรือร่วมกันกู้ยืมเงินอันเป็นการฉ้อโกง ตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 มาตรา 4 รวมถึงร่วมกันนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลอันเป็นเท็จโดยประการที่จะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 (1) และคดีในลักษณะดังกล่าวศาลจะลงโทษตามที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติต่างๆดังกล่าวเท่านั้น

แต่จากการศึกษากฎหมายในความผิดฉ้อโกง พบว่าในประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมมาเป็นเวลานาน โดยเฉพาะฐานความผิดที่ใช้อยู่ในปัจจุบันที่บัญญัติไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2500 แม้ที่ผ่านมาจะมีการแก้ไขในบางบทบัญญัติแต่เป็นการแก้ไขเกี่ยวกับอัตราโทษเป็นหลัก เช่นเดียวกับพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 ที่มีการแก้ไขปรับปรุง แต่ก็ไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมฐานความผิดสำหรับการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน เช่นเดียวกับอัตราโทษของผู้ที่กระทำความผิดก็ยังไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมมานับตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้เป็นต้นมา จึงทำให้บทบัญญัติที่มีอยู่ของกฎหมายทั้งสองฉบับไม่ครอบคลุมถึงการกระทำการฉ้อโกงในรูปแบบใหม่ๆที่ได้พัฒนารูปแบบและวิธีการไปจากเดิม โดยเฉพาะการกระทำการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต ทำให้กฎหมายไม่สามารถยับยั้ง ป้องปราม หรือป้องกันการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงได้ดีเท่าที่ควร ดังจะเห็นได้จากสถิติคดีอาญาจากสำนักงานตำรวจแห่งชาตินับตั้งแต่ปี 2560 เป็นต้นมา ที่พบว่าคดีฉ้อโกงมีจำนวนมากขึ้นเรื่อยๆ⁵ ดังนั้น แม้ว่าการฉ้อโกงหรือการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงด้วยวิธีดังกล่าวจะมีผู้เสียหายหรือมีมูลค่าความเสียหายจำนวนมากเท่าใดก็ตาม การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดและการลงโทษก็ยังคงดำเนินการเช่นเดียวกับการฉ้อโกงในกรณีต่างๆตามประมวลกฎหมายอาญาและตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 หรือบางกรณีอาจนำเอาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาพิจารณาดูด้วย และแม้จะมีผู้ร่วมกระทำความผิดเป็นอั้งยี่ ช่องโจร องค์กรหรือเครือข่ายอาชญากรรมก็ตาม ก็พบว่าไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดให้กรณีดังกล่าวเป็นเหตุฉกรรจ์เพื่อเพิ่มโทษสำหรับผู้กระทำความผิด โดยแนวทางการวินิจฉัยของศาลพิจารณาคดีว่าเป็นการร่วมกันกระทำความผิดในฐานะตัวการร่วมเท่านั้น ทำให้ผู้ที่ฉ้อโกงโดยใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดดังกล่าวได้รับโทษเท่ากับการฉ้อโกงแบบธรรมดาทั่วไปตามมาตรา 341 หรือการฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 แม้จะเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้ แต่ก็มีระวางโทษเพียงจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับเท่านั้น เช่นเดียวกับพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 ที่แม้จะได้มีการแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้สอดคล้องกับความผิดในลักษณะนี้บ้าง และบางกรณีได้มี การนำเอาจำนวนของผู้เสียหายหรือจำนวนของมูลค่าความเสียหายมาพิจารณาดูด้วยก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ระบุเกี่ยวกับการกระทำโดยใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะเช่นกัน แต่เป็นเพียงการขยายความเพื่อให้ครอบคลุมถึงวิธีการดังกล่าวในบางกรณีเท่านั้น และ

⁵ 'สถิติฐานความผิดคดีอาญา (คดี 4 กลุ่ม)' (ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศกลาง สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 2561)

ใช้กับเฉพาะกรณีที่เป็นกรณีกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนตามตัวบทกฎหมายดังกล่าวเท่านั้น และอัตราโทษไม่ได้สูงกว่าโทษในประมวลกฎหมายอาญาเท่าใด

ทั้งนี้ การฉ้อโกงที่กระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตเป็นการพัฒนารูปแบบไปจากวิธีเดิม สามารถทำได้โดยง่าย ทำได้ไว และมีโอกาสทำสำเร็จมากกว่ารูปแบบเดิม สามารถหลอกลวงเหยื่อได้มากขึ้น ทำให้มีมูลค่าความเสียหายสูงขึ้นกว่าเดิมหลายเท่า และส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงทั้งต่อชีวิตและทรัพย์สิน ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ความสงบเรียบร้อย ของประชาชน และระบบเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ ดังนั้น การใช้บทบัญญัติของกฎหมายในความผิดฐานฉ้อโกงในปัจจุบันสำหรับการฉ้อโกงในกรณีดังกล่าว นอกจากจะไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ของสังคม และการเปลี่ยนแปลงของรูปแบบและวิธีการของการฉ้อโกงแล้ว ยังทำให้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่เป็นไปตามหลักการ แนวคิด และทฤษฎีทางกฎหมายเท่าที่ควร ทำให้ผู้ที่กระทำความผิดได้รับอัตราโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิดเท่าที่ควร เมื่อเทียบกับความร้ายแรงและผลกระทบที่เกิดขึ้น และที่สำคัญทำให้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันไม่สามารถป้องกัน ป้องปราม หรือยับยั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะการฉ้อโกงโดยใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต และ ทำให้ไม่สามารถลดการเกิดปัญหาอาชญากรรมทางเศรษฐกิจได้อย่างเป็นรูปธรรมเท่าที่ควร

จากปัญหากรณีดังกล่าว ทำให้เห็นถึงปัญหาที่ยังคงมีอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายในความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศไทย โดยเฉพาะการฉ้อโกงที่ได้กระทำการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต จึงสมควรต้องมีการปรับปรุง แก้ไขและเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญตามหลักกฎหมายในการลงโทษและการกระทำความผิดทางอาญา แนวคิดและวิวัฒนาการของความผิดฐานฉ้อโกง

1.2.2 เพื่อวิเคราะห์บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงของประเทศไทย โดยเฉพาะการฉ้อโกงที่กระทำการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต ซึ่งยังไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดความผิดไว้เป็นการเฉพาะ

1.2.3 เพื่อวิเคราะห์ขอบเขตและมาตรการตามกฎหมายฉ้อโกงของประเทศไทยเทียบเคียงกับของต่างประเทศ

1.2.4 เพื่อศึกษาหาแนวทางการแก้ไขปัญหาของบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการฉ้อโกง ของประเทศไทยให้ครอบคลุมถึงการฉ้อโกงที่กระทำการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต พร้อมทั้งเสนอแนะการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงของประเทศไทย โดยเฉพาะที่ได้กระทำการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตนั้น ยังไม่มีบทบัญญัติใดที่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ถ้าหากได้มีการแก้ไขหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง โดยการเพิ่มบทบัญญัติให้ครอบคลุมถึงการฉ้อโกงที่กระทำการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต และนำเอาจำนวนของผู้เสียหายและมูลค่าของความเสียหายมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้สูงขึ้นนั้น น่าจะส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการฉ้อโกงของประเทศไทยเป็นไปตามหลักการและเกิดความเป็นธรรมทางกฎหมายมากขึ้น และสามารถป้องกัน ป้องปราม หรือยับยั้งการกระทำที่เป็นความผิดได้มากขึ้น

1.4 ขอบเขตการศึกษา

การศึกษานี้มีขอบเขตถึงแนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญในการลงโทษและการกระทำความผิด ทางอาญากฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงของประเทศไทยและต่างประเทศ และวิเคราะห์ถึงปัญหาของบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงของประเทศไทย โดยเฉพาะการฉ้อโกงที่ได้กระทำการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตที่เป็นเหตุให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางกฎหมาย และไม่สามารถป้องกัน ป้องปราม หรือยับยั้งการกระทำที่เป็นความผิดนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเทียบเคียงกับของต่างประเทศ พร้อมทั้งหาข้อเสนอแนะและแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การศึกษานี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative research) ซึ่งใช้วิธีการศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากแหล่งข้อมูลต่างๆ เช่น ประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ ตำราอธิบายกฎหมาย หนังสือ วารสาร บทความวิชาการ วิทยานิพนธ์ งานวิจัยและฐานข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ โดยนำมาวิเคราะห์ด้วยหลักการ แนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมายและหลักเหตุผล เพื่อนำมาสรุปเป็นข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขปัญหาดังกล่าว

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญตามหลักกฎหมายในการลงโทษและการกระทำความผิดทางอาญา แนวคิดและวิวัฒนาการของความผิดฐานฉ้อโกง

1.6.2 ทำให้ทราบถึงบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงของประเทศไทย โดยเฉพาะการฉ้อโกงที่กระทำการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตซึ่งยังไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ

1.6.3 ทำให้ทราบถึงขอบเขตและมาตรการตามกฎหมายฉ้อโกงของประเทศไทยเทียบเคียงกับ ของต่างประเทศ

1.6.4 ทำให้ทราบถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาของบัพัณญัตติกฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงของประเทศ
ไทยเพื่อให้ครอบคลุมถึงการฉ้อโกงที่กระทำการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต พร้อมทั้งเสนอแนะ
การแก้ไขปัญหาดังกล่าว

บทที่ 2

หลักกฎหมาย แนวคิด และทฤษฎีที่สำคัญ

ประเทศไทยมีการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา เรื่อยมาจนสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ กระทั่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันซึ่งใช้มาตั้งแต่ 1 มกราคม 2500 เป็นต้นมา ดังนั้น การศึกษาความผิดฐานฉ้อโกงจึงต้องศึกษาทั้งหลักการ แนวคิด และความเป็นมาต่างๆ เพื่อให้เข้าใจถึงวิวัฒนาการในด้านต่างๆของความผิดฐานฉ้อโกง รวมทั้งศึกษาถึงหลักกฎหมาย แนวคิด และทฤษฎีที่สำคัญอื่นๆประกอบ เช่น คุณธรรมทางกฎหมาย ในความผิดฐานฉ้อโกง แนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานเกี่ยวกับโทษและการกระทำความผิด ลักษณะและขอบเขตของกฎหมายอาญา หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดดังกล่าว ทฤษฎี ของความยุติธรรมและหลักนิติธรรมหรือคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานฉ้อโกง เป็นต้น โดยพิจารณาได้ ดังนี้

2.1 ลักษณะและขอบเขตของกฎหมายอาญากับหลักการที่สำคัญทางกฎหมาย

กฎหมายอาญานั้นมีลักษณะและขอบเขตที่แตกต่างจากกฎหมายประเภทอื่นๆ มีหลักการแนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องที่สำคัญหลายประการ โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขตของกฎหมายอาญา

คุณลักษณะ 4 ประการใหญ่ๆที่เป็นลักษณะเด่นของกฎหมายอาญานั้น คือการกำหนด ว่าอะไรเป็นความผิดอาญา การจัดประเภทความผิด การจัดระดับความผิด และการกำหนดข้อห้ามปฏิบัติ⁶ นอกจากนั้นยังมีพื้นฐานเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในทางความคิดด้วย ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอื่นๆ และลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญาคือคำว่า “อาชญากรรม” โดยอาจเห็นได้จากสิ่งที่เป็นผลจากกฎหมายอาญา โดยสามารถอธิบายลักษณะอันเป็นเอกลักษณ์เพิ่มเติมได้ดังนี้⁷

- 1) ถ้าในขณะที่ได้กระทำกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ให้เป็นความผิดและกำหนดโทษเอาไว้ ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้น
- 2) กฎหมายอาญาจะย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำไม่ได้
- 3) กฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติให้ชัดเจนและไม่มีความคลุมเครือ
- 4) กฎหมายอาญาต้องตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย ต้องตีความตามตัวอักษรหรือตามหลักภาษา

⁶ สกล นิสารัตน์, ‘การกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรม’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545) 8-9.

⁷ คณิต ธิ นคร (เชิงอรรถ 1).

โดยลักษณะอันเป็นเอกลักษณ์ดังกล่าวถือว่าเป็นขอบเขตที่สำคัญของกฎหมายอาญาและทำให้กฎหมายอาญามีความแตกต่างจากกฎหมายอื่นๆอย่างชัดเจน

2.1.1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการรับผิดของกฎหมายอาญา

กฎหมายเป็นสิ่งควบคุมความประพฤติของมนุษย์ในสังคม โดยพัฒนามาจากจารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรม โดยกรณีเหล่านี้เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติจากการปฏิบัติโดยมนุษย์ในสังคม โดยเกิดความรู้สึกจากใจว่าสิ่งใดควรหรือไม่ควรกระทำ ดังนั้น การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางกฎหมายอาญาจึงต้องกำหนดขึ้นจากการกระทำ ที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเองและน่าตำหนิ โดยพิจารณาจากการกระทำ เป็นหลักเบื้องต้นของการกระทำ ว่า การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรม แต่ก็มีหลายกรณีด้วยกันที่ถือว่าเป็นการผิดศีลธรรม ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับแนวคิดทางประวัติศาสตร์ ปรัชญา เศรษฐกิจและการเมือง

การกระทำบางประการแม้ว่าจะถูกต้องตามศีลธรรมหรือไม่ได้เป็นความผิดใน ตัวมันเอง แต่โดยสืบเนื่องมาจากหลายปัจจัย อันได้แก่ เมื่อสังคมเจริญขึ้น หรือการติดต่อสื่อสารที่ทำได้ง่ายขึ้น อาจทำให้เกิดพฤติกรรมที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมได้ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายบางประการมาจัดระเบียบกับความประพฤติและสถานการณ์ต่างๆซึ่งเรียกว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยเหตุผลเทคนิค⁸

2.1.1.2 โครงสร้างของความรับผิดในทางอาญา

โครงสร้างของความรับผิดในทางอาญานั้นอาจแบ่งออกเป็น 3 หัวข้อใหญ่ๆ ดังนี้⁹

ก. ส่วนขององค์ประกอบ

องค์ประกอบ คือ องค์ประกอบภายนอกของความรับผิดในทางอาญา ได้แก่ การกระทำ ความสัมพันธ์ของการกระทำ กับผลของการกระทำ และองค์ประกอบภายในของความรับผิดในทางอาญา ได้แก่ เจตนา ประมาท ไม่เจตนา และไม่ประมาท

ในทางระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) นั้นจะพิจารณาความรับผิดทางอาญาจากส่วนแรก Actus Reus คือ การกระทำ ในสิ่งที่กฎหมายห้ามหรือผิดกฎหมาย และ Reus คือ พิจารณาว่าการกระทำ นั้นผิดกฎหมายหรือไม่ จึงจะเป็นการสมบูรณ์ในการกระทำ ในทางอาญา และในส่วนที่สอง เรียกว่า Mens Rea คือ เป็นส่วนของจิตใจที่บ่งบอกถึงสภาวะของจิตใจว่ามีจิตใจที่ชั่วร้ายหรือไม่ ซึ่งในทุกความผิดต้องมีและเกิดขึ้นพร้อมกับการกระทำ ความผิด โดยในส่วนนี้อาจจะกระทำ ไปโดยเจตนา ประมาทโดยรู้ตัว ประมาทธรรมดา หรือเป็นเพียงการพลั้งเผลอที่ไม่อาจตำหนิได้

โดยอาจอธิบายองค์ประกอบเพิ่มเติมได้ ดังนี้¹⁰

⁸ สุนทรี กลิ่งกระจ่าง, 'ความรับผิดทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดของบิดามารดาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2549) 9.

⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด และภาคโทษ* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2546) 15.

¹⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส, *หลักกฎหมายอาญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2551) 45-46.

1) องค์ประกอบภายนอก

โดยเป็นการพิจารณาองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในแต่ละฐานความผิด ซึ่งมีองค์ประกอบย่อยอีก 4 ส่วน ได้แก่ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ และความสัมพันธ์ระหว่างผลและการกระทำ โดยความสัมพันธ์ระหว่างผลและการกระทำนั้น อาจอธิบายได้ด้วยทฤษฎี ดังนี้

(1) ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม (The theory of adequate causation)

หลักสำคัญของทฤษฎีนี้ คือผู้กระทำต้องรับผิดชอบจากเหตุที่ทำให้เกิดผลนั้นจะหมายเฉพาะเหตุที่ตามประสบการณ์ทั่วไปสามารถทำให้เกิดผลที่ความผิดนั้นต้องการได้ คือ มุ่งเฉพาะเงื่อนไขที่เพียงพอเท่านั้น ไม่ต้องการพิจารณาทุกเหตุ โดยดูเพียงเหตุที่เกิดจากความรู้ความชำนาญที่เกิดผลได้ และต้องเกี่ยวพันอย่างสมเหตุสมผลระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้นนั้น

(2) ทฤษฎีเงื่อนไข (The condition theory)

ทฤษฎีนี้มีหลักการว่า การกระทำในทุกกรณีย่อมถือว่าเป็นเหตุทำให้เกิดผล คือ ถ้าหากไม่มีการกระทำนั้นแล้ว ผลก็จะไม่เกิดขึ้น

2) องค์ประกอบภายใน

เป็นการพิจารณาเกี่ยวกับเจตนาของผู้กระทำ โดยประกอบด้วยเจตนา (เจตนาธรรมดา คือ ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล) และเจตนาพิเศษ (โดยทุจริต)

โดยความหมายของเจตนาในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันของไทยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 59 วรรคสอง¹¹ และวรรคสาม¹² โดยสามารถให้ความหมายของคำว่าเจตนาได้ว่าเป็นการกระทำที่ทำได้โดยรู้สำนึกในการกระทำ และรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

คำว่า “เจตนาประสงค์ต่อผล” คือ ความประสงค์ที่จะให้เกิดผลนั้นขึ้นดังที่ตั้งใจไว้โดยตรง โดยความมุ่งหมายที่จะให้เกิดผลนั้นไม่จำเป็นต้องเฉพาะเจาะจงลงไปว่าหมายต่อผู้ใดเท่านั้น แต่อาจเป็นความมุ่งหมายเป็นการทั่วไปที่จะให้ความผิดเกิดขึ้น ส่วนคำว่า “เจตนาเล็งเห็นผล” จะวิเคราะห์จากจิตใจของผู้ที่กระทำเป็นสำคัญ โดยผลที่คาดเห็นว่าจะเกิดขึ้นหรือ ความเสี่ยงของผลนั้นเพียงพอแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นเสมอ โดยมีทฤษฎี ที่สำคัญ เช่น

ทฤษฎีที่ 1 Wahrscheinlichkeitstheorie โดยถือว่าผู้กระทำได้แลเห็นล่วงหน้าแล้วว่าผลอาจเกิดขึ้นได้และยังขึ้นทำลงไป ถือว่าผู้กระทำมีเจตนาย่อมเล็งเห็นผลแล้ว

ทฤษฎีที่ 2 Einwilligungstheorie โดยถือว่าผู้กระทำได้แลเห็นล่วงหน้าแล้วและกระทำไปโดยเต็มใจรับเอาผลเช่นนั้น คือ เป็นกรณีที่คาดว่าถ้าผลเกิดขึ้นก็ยอมรับผลที่เกิดขึ้นไว้ก่อนแล้ว

¹¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 59 วรรคสอง.

¹² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 59 วรรคสาม.

ทฤษฎีที่ 3 Frivote Gleichgultigkeit โดยถือว่าผู้กระทำไม่จำเป็นต้องเต็มใจรับเอาผลล่วงหน้า แต่ไม่สนใจใยดีต่อผลที่เกิดขึ้น

สำหรับการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้นองค์ประกอบภายในของเจตนา จะต้องปรากฏว่าผู้กระทำได้กระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด โดยนักนิติศาสตร์วางหลักเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ว่า ผู้กระทำเพียงแต่รู้ในหน้าที่เป็นข้อเท็จจริงโดยทั่วๆ ไปเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว โดยขอบเขตของการรู้คือการรู้ในสิ่งที่คาดว่าเป็นไปได้ และการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้น ข้อเท็จจริงที่ว่าอาจเป็นข้อเท็จจริงในทางยืนยันหรือข้อเท็จจริงในทางปฏิเสธก็ได้¹³

ข. เหตุยกเว้นความผิด

เหตุยกเว้นความผิด คือเหตุที่ทำให้ผู้นั้นกระทำการดังกล่าวได้ โดยการจะทราบได้ว่าการกระทำนั้นสามารถกระทำได้หรือไม่ จะต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายรองรับอำนาจให้สามารถทำได้หรือไม่ โดยไม่ใช่เพียงแค่มกฎหมายอาญาเท่านั้น แต่รวมถึงกฎหมายอื่นๆด้วยก็ได้

ค. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

แม้ว่าการกระทำใดที่ครบองค์ประกอบความผิดจะมีได้มีการบัญญัติยกเว้นความผิดเอาไว้ ก็ต้องทำการพิจารณาต่อไปว่าการกระทำนั้นมีความหมายยกเว้นโทษไว้หรือไม่ โดยกฎหมายที่ยกเว้นโทษให้แก่การกระทำต่างๆที่เป็นความผิดมีหลายกรณี เช่น การกระทำความผิดโดยความจำเป็น การกระทำความผิดของเด็ก การกระทำความผิดของคนวิกลจริต การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินในบางความผิดระหว่างสามีภริยา หรือเป็นการพยายามกระทำความผิดลหุโทษ เป็นต้น

จากแนวคิดเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขตของกฎหมายอาญาดังกล่าว การจะวินิจฉัยว่าผู้ใดที่ได้กระทำการในลักษณะของการฉ้อโกงและให้ได้รับผิดในทางอาญานั้น หากเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบของความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้และไม่มีเหตุยกเว้นโทษจะต้องรับผิดในทางอาญารฐานฉ้อโกงเสมอ

2.1.2 ทฤษฎีของความยุติธรรมและหลักนิติธรรม

ทฤษฎีของความยุติธรรมและหลักนิติธรรมเป็นหลักสำคัญที่ต้องบรรจุไว้ในเนื้อหาของกฎหมายของบ้านเมือง เพื่อให้กฎหมายมีความเป็นธรรมและมีลักษณะที่บ่งถึงการเคารพในสิทธิของความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคล โดยทฤษฎีและหลักการดังกล่าวมีรายละเอียดดังนี้

2.1.2.1 ทฤษฎีของความยุติธรรม

นักกฎหมายตระหนักถึงการที่ต้องนำความยุติธรรมมาเป็นส่วนสำคัญของตัวบทกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายเป็นเรื่องที่มีสภาพบังคับใช้เป็นการทั่วไปและมีความผูกพันต่อสังคม ชีวิต ร่างกาย สิทธิ เสรีภาพ ทรัพย์สิน ตลอดจนความสัมพันธ์ของบุคคล ไม่ว่าจะด้านนิติกรรมหรือนิติเหตุ สิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นหน้าที่ที่

¹³ แสง บุญเฉลิมวิภาส, (เชิงอรรถ 10) 54.

สำคัญของกฎหมายทั้งสิ้น โดยหน้าที่ที่สำคัญที่ทำให้เห็นถึงความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องนำเรื่องของความยุติธรรมที่ต้องตามทฤษฎีมาใส่ไว้ในตัวบทกฎหมาย มีดังนี้

ก. หน้าที่ของกฎหมายโดยทั่วไป (General function of law)

การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์ถูกกำหนดรูปแบบโดยการจัดตั้งสถาบันที่ควบคุมให้มนุษย์อาศัยอยู่ร่วมกันที่เรียกว่าความสงบเรียบร้อยในสังคม (Social Order) คือการนำมาซึ่งความร่วมมือในพฤติกรรมของปัจเจกบุคคลและเป็นการแนะนำให้เห็นถึงพฤติกรรมที่ดี และไม่ดี ควรทำหรือไม่ควรทำ และกฎหมายเป็นการเผยแพร่หลักการที่แสดงถึงความหมายชั้นสูงที่สำคัญของสังคม เพราะเป็นเรื่องที่อ้างถึงเทคนิคเฉพาะของสังคมที่ประกอบด้วยความต้องการของสังคมในการกำจัดการกระทำโดยไม่ชอบ ซึ่งทำให้กฎหมายแตกต่างศีลธรรมและศาสนา เช่น ศีลธรรมและศาสนาต่างกำหนดข้อห้ามไม่ให้ฆ่าผู้อื่น แต่การห้ามของกฎหมายมีข้อกำหนดว่าถ้าฆ่าผู้อื่นจะมีบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งโดยชอบด้วยกฎหมายจะดำเนินการต่อการกระทำที่ไม่ชอบนั้น โดยคำสั่งของกฎหมาย ในขณะที่ศีลธรรมกำหนดขอบเขตเพียงข้อห้ามว่าห้ามฆ่าผู้อื่น ดังนั้น การลงโทษโดยกฎหมายนั้นบุคคลเมื่อได้กระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ก็จะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนด แต่การลงโทษโดยศีลธรรมหรือศาสนาเป็นเรื่องของอำนาจเหนือมนุษย์อันเป็นรูปแบบที่เหนือธรรมชาติที่อาจมีผลเหนือการลงโทษโดยกฎหมาย แต่ก็ใช้ได้เฉพาะกลุ่มของผู้ที่เชื่อถือเท่านั้น

ข. หน้าที่ของกฎหมายโดยเฉพาะ (Specific functions of law)

หน้าที่ที่แตกต่างกันทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของสังคมต่างกันอย่างออกไป และโดยเทคนิคของการปฏิบัติหน้าที่ที่ต่างกันอย่างออกไป ในประเทศไทยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับได้ให้ความสำคัญในเรื่องของความยุติธรรมเอาไว้เช่นกัน โดยเฉพาะในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายต่างๆตามอำนาจอธิปไตย อีกทั้งองค์กรและหน่วยงานของรัฐที่ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม คัดค้านความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล ประชาชนชาวไทยทุกคนย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญเสมอกัน และกฎหมายลำดับรองเรื่องต่างๆหากเป็นกฎหมายเพื่อความสงบเรียบร้อยก็ต้องใช้ทฤษฎีกฎหมายบ้านเมือง (Positive law Theory) มาเป็นหลักด้วย และการบังคับใช้กฎหมายจะเป็นเรื่องของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural law theory) รวมทั้งเรื่องของระบบเสรีนิยมมาเป็นหลัก และทั้งหมดของการออกกฎหมายต้องอยู่ภายใต้ทฤษฎีของความยุติธรรม (Theories of Justice)

จากหน้าที่ของกฎหมายที่สำคัญทั้งสองประการ จะเห็นได้ว่าความยุติธรรมเป็นแนวคิดเกี่ยวกับความถูกต้องตามศีลธรรมบนพื้นฐานของจริยธรรม ความสมเหตุสมผล กฎหมาย กฎหมายธรรมชาติ ศาสนา ความเที่ยงธรรมและความเป็นธรรม (fairness) ตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายโดยคำนึงถึงสิทธิที่เป็นเรื่องเฉพาะตัว หาโอนแก่กันได้ไม่ และสิทธิโดยกำเนิดของมนุษยชาติและพลเมืองทั้งหลาย กับสิทธิของปวงชนและเอกชนที่จะต้องมีการความคุ้มครองที่เท่าเทียมกันตามกฎหมาย ซึ่งว่าด้วยสิทธิพลเมืองโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติโดยความยุติธรรม ซึ่งเป็นแนวคิดที่มีการกล่าวถึงในสังคมมานับตั้งแต่ยุคโบราณจนถึงปัจจุบัน ดังปรากฏจากนักคิดในยุคต่างๆหลายคน อาทิเช่น

1) เพลโต (Plato)

โดยเพลโตได้ให้คำนิยาม “ความยุติธรรม (Justice)” ว่าหมายถึงการทำกรรมดีหรือการทำสิ่งที่ถูกต้อง เมื่อปรับหลักนี้เข้ากับปัจเจกบุคคล คำว่าความยุติธรรมของเพลโตจึงหมายถึงการที่แต่ละคนกระทำสิ่งที่ตนเกี่ยวข้องให้เป็นไปอย่างเหมาะสม โดยมองว่าความยุติธรรมเป็นเสมือนองค์รวมของคุณธรรมและถือว่าคุณธรรมสำคัญที่สุดยิ่งกว่าคุณธรรมอื่นใด และโดยทั่วไปแล้วถือว่าคำตอบเกี่ยวกับความยุติธรรมถูกค้นพบได้ด้วยอาศัยปัญญาหรือการไตร่ตรองเชิงปัญญาอย่างลึกซึ้ง และมองว่าความยุติธรรมเป็นความกลมกลืนของปัญญา ความกล้าหาญ และความรู้จักพอประมาณ โดยฝ่ายปกครองผู้ที่ยุติธรรมย่อมไม่ปล่อยให้ส่วนอื่นๆ ของจิตก้าวภายในเรื่องหน้าที่ของกันและกัน คนแต่ละคนต้องทำหน้าที่ทางสังคมของรัฐตามที่เหมาะสมกับธรรมชาติของตน และเห็นว่าความยุติธรรมเป็นคุณสมบัติของบุคคล และจะยุติธรรมหรือไม่นั้นไม่ได้วัดที่การกระทำของเขามีต่อบุคคลอื่น แต่พิจารณาที่จิตหรือวิญญาณภายใน และความยุติธรรมนี้ก็ต้องเกิดจากความกลมกลืนของภาคต่างๆ ของจิตหรือวิญญาณโดยมีภาคเหตุผล เป็นตัวนำ ทั้งนี้ เพลโตเน้นว่ารัฐไม่มีความแตกต่างกับพลเมืองเพราะจุดมุ่งหมายของรัฐก็เพื่อสร้างความเป็นศีลธรรมขึ้นในปัจเจกบุคคล รัฐก็คือปัจเจกบุคคลที่ขยายใหญ่ขึ้น และปัจเจกบุคคลยุติธรรมก็เหมือนรัฐยุติธรรม คุณธรรมของรัฐจึงเหมือนกับคุณธรรมของปัจเจกบุคคลเช่นกัน¹⁴

2) จอห์น รอลส์ (John Rawls)

โดยจอห์น รอลส์ได้เสนอหลักการในเรื่องของความยุติธรรม คือความเป็นธรรม (Justice as Fairness) และกล่าวว่า “ความยุติธรรมคือคุณธรรมข้อแรกของสถาบันทางสังคม” โดยทฤษฎีความยุติธรรมของจอห์น รอลส์ แบ่งเนื้อหาออกเป็นสองส่วนหลักๆ ด้วยกัน คือ¹⁵

(1) จุดมุ่งหมายและขอบเขตของทฤษฎีความยุติธรรม ได้แก่ การพยายามเสนอทฤษฎีที่วางอยู่ตรงกลางอย่างประนีประนอมระหว่างแนวคิดที่มีฐานคิดแตกต่างกันระหว่างแนวคิดเสรีนิยม (Liberalism) ที่ให้ความสำคัญกับปัจเจกบุคคล กับแนวคิดสังคมนิยม (Socialism) ที่ให้ความสำคัญกับสังคมส่วนรวมและเน้นความเสมอภาค และจุดมุ่งหมายที่สองนั้นเพื่อเป็นทางเลือกแทนข้อเสนอจากสำนักประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ส่วนขอบเขตของทฤษฎีความยุติธรรมนั้นจอห์น รอลส์ได้สร้างหลักมูลฐาน (Premise) เกี่ยวกับมนุษย์และสังคมขึ้นเพื่อให้เป็นลักษณะของเงื่อนไขในการสร้างทฤษฎีของตนเอง โดยเชื่อว่าธรรมชาติของมนุษย์นั้นมีเหตุผล (Reason) ติดตัวมา และให้ความสำคัญกับตัวของโครงสร้างทางสังคมว่าจะเป็นตัวสำคัญในการสร้างความยุติธรรมทางสังคมให้เกิดขึ้นมาได้ โดยอาศัยแนวคิดในเรื่องของความยุติธรรมอันประกอบไปด้วยกติกาที่ทุกคนยอมรับและทุกคนรู้ว่าคนอื่นๆ ก็ยอมรับแม้ทุกคนจะมีความปรารถนาที่แตกต่างกัน

¹⁴ สรวินธุ์ วงษ์สะอาด, ‘คุณธรรมในทัศนะของเพลโต’ (พฤษภาคม-สิงหาคม 2562) 2 วารสารรัฐประศาสนศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา, 25-27.

¹⁵ ทวีป มหาสิงห์, ‘การก่อรูป “ทฤษฎีความยุติธรรม” ของจอห์น รอลส์’ (กรกฎาคม-ธันวาคม 2563) 11 วารสารรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์, 2-16.

(2) หลักการของทฤษฎีความยุติธรรม โดยเริ่มต้นจากว่าบุคคลมาอยู่ร่วมกันในจุดตั้งต้นนี้ภายใต้การมีคุณลักษณะที่เหมือนกัน คือ เป็นบุคคลมีเหตุผลและมีเสรีภาพ พวกเขามีโอกาสสามารถคิดและตัดสินใจเองได้ ดังนั้น จึงมีความเท่าเทียมกันในทางจริยธรรมในเชิงของความสามารถในการคิดและการเลือก แต่สังคมที่เป็นธรรมนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีกระบวนการในการเลือกข้อตกลงที่เป็นธรรมผ่านกระบวนการที่บริสุทธิ์ยุติธรรม (Pure Procedural Justice) และนำไปสู่การสร้างกฎเกณฑ์กติกาของสถาบันทางสังคมเสียก่อน

จอร์จ รอลส์ ได้ให้ความสำคัญกับตัวของโครงสร้างทางสังคมว่าจะเป็นตัวสำคัญในการสร้างความยุติธรรมทางสังคมให้เกิดขึ้นได้ โดยสังคมที่มีการจัดระเบียบอย่างดีไม่ใช่เพียงแค่ การออกแบบสิ่งที่ดีให้แก่สมาชิกในสังคมเท่านั้น แต่สังคมจะต้องถูกควบคุมจัดการอย่างมีประสิทธิภาพโดยอาศัยแนวคิดในเรื่องของความยุติธรรม อันประกอบไปด้วยกติกาที่ทุกคนยอมรับและทุกคนรู้ว่าคนอื่น ๆ ก็ยอมรับ แม้ทุกคนจะมีความปรารถนาที่แตกต่างกัน บุคคลเหล่านี้จึงตกลงกันว่าจะใช้หลักการ 2 ข้อในการเป็นกติกากำกับสังคมเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้น ได้แก่

(1) หลักเสรีภาพที่เท่าเทียม คือการให้บุคคลในสังคมมีเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน คือบุคคลแต่ละคนมีสิทธิที่เท่าเทียมกันต่อระบบทั้งหมดที่เหมือนกันในเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และระบบทั้งหมดของเสรีภาพขั้นพื้นฐานนี้จะต้องขยายให้กว้างมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้โดยหลักการนี้กล่าวถึงเสรีภาพขั้นพื้นฐานไว้ 5 ด้าน ได้แก่ เสรีภาพด้านโนธรรมและอิสรภาพทางความคิด อิสรภาพในการรวมตัว อิสรภาพทางการเมืองที่เท่าเทียมกัน เสรีภาพที่จะปกป้องและยึดมั่นในหลักการและอิสรภาพของบุคคล และเสรีภาพภายใต้หลักนิติธรรม

(2) หลักความเท่าเทียม คือเห็นว่าความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจและสังคมจะถูกจำกัดได้ก็ต่อเมื่ออยู่ภายใต้หลักการสองข้อ คือ หลักความแตกต่าง โดยการยอมรับความสามารถที่แตกต่างกันของบุคคลให้มีได้ แต่ผลสุดท้ายแล้วจะเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ที่มากที่สุดของคนที่ย่ำแย่ที่สุด และหลักความเท่าเทียมกันของโอกาส โดยทุกคนควรมีโอกาสอย่างเท่าเทียมในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ซึ่งจะทำให้เกิดโอกาสแห่งความสำเร็จของบุคคลที่มีความสามารถเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน

2.1.2.2 หลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) คือ หลักการปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งเป็นแนวคิดที่มีมานานตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ โดยหลักนิติธรรมเป็นกฎเกณฑ์เพื่อกำหนดว่าบุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ตลอดจนรัฐบาลและสถาบันทุกสถาบันในชาติจำต้องปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐ เมื่อหลักนิติธรรมมีผลบังคับใช้กฎหมายทั้งหมดที่ออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนจะเป็นหลักประกันได้ว่าทุกคนในชาติจะมีความเสมอภาคกัน มีความโปร่งใส และยุติธรรม

ทั้งนี้ หลักนิติธรรมมีแนวคิดที่มีรากฐานมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษ (Common Law) ที่ถือปฏิบัติกันมา และปัจจุบันมีการกำหนดรูปธรรมชัดเจนในความหมายของหลักนิติธรรม โดยนักกฎหมายชื่อ Dicey ได้ให้ความหมายไว้ 3 ประการสำคัญ¹⁶ คือ

1) ต้องไม่มีอำนาจเบ็ดเสร็จ (The absence of arbitrary power) คือ การมีอำนาจสูงสุดหรือการอยู่เหนืออำนาจของกฎหมายโดยปกตินั้นจะกระทำไม่ได้ และการลงโทษบุคคลนั้นจะต้องมีกฎหมายรองรับเท่านั้น โดยเฉพาะการลงโทษตามกฎหมายอาญาจะต้องทำตามบทบัญญัติของกฎหมายและวิธีพิจารณาของศาล

2) ทุกคนต้องเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายเดียวกันและศาลเดียวกัน (Equality before the law) คือ ไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าจะเจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชนทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน เจ้าหน้าที่รัฐต้องไม่มีสิทธิพิเศษของกฎหมายหรือความคุ้มกัน แม้แต่ราชวงศ์ก็ ต้องถูกฟ้องในคดีหรือสัญญาและละเมิดได้ (Crown Proceedings Act 1947)

3) สิทธิของประชาชนไม่ได้อยู่แต่เฉพาะในกฎหมายรัฐธรรมนูญเท่านั้น หรือสิทธิของประชาชนไม่ได้มีแต่เฉพาะในกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ปรากฏอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายของต่างประเทศด้วย หากเกิดความเสียหายขึ้นต้องเยียวยาทันทีให้แก่ผู้ ที่ถูกผลกระทบนี้ ซึ่งสูญเสียอิสรภาพจากการกระทำผิดกฎหมายนั้น

สำหรับในประเทศไทยนั้น ความหมายของหลักนิติธรรมที่ทำให้เข้าใจและตรงกับศัพท์มากที่สุดคือ “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่ไม่อาจฝ่าฝืนหรือขัดแย้งได้” หรือหมายถึง “การบัญญัติกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมจะต้องไม่ฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อหลักนิติธรรม” หากขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ผลคือจะใช้บังคับไม่ได้ เพราะหลักนิติธรรมมีความสำคัญเหนือกฎหมายทั้งปวง โดยคณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติได้แบ่งความหมายของหลักนิติธรรมไว้ 2 ประการสำคัญ ดังนี้¹⁷

ก. หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด

หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆจะต้องไม่ฝ่าฝืน ไม่ขัดหรือแย้งต่อ โดยหลักนี้จะถูกล่วงละเมิดไม่ได้ หากฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมแล้วย่อมไม่มีผลบังคับใช้ มีหลักการที่สำคัญ เช่น

¹⁶ เจตไท ลังการพันธ์ุ, ‘หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ และประเทศไทย : ความหมายและสาระสำคัญ’ (พฤศจิกายน 2558) 2 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, 28-29.

¹⁷ คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรม, หลักนิติธรรม *The Rule of Law ความหมายสาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม* (พี เอส พรินติ้ง แอนด์ ดีไซน์ 2557) 1.

(1) หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาและตุลาการ คือ ผู้พิพากษาและตุลาการต้องมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี เพื่อให้สามารถดำรงตนด้วยความเป็นกลางในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยคดีต่างๆ

(2) กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป คือ กฎหมายต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับโดยเสมอภาคกันไม่สามารถใช้บังคับกับเฉพาะบางคนหรือบางกรณีโดยเฉพาะเจาะจงได้กฎหมายจะต้องเป็นการวางกฎเกณฑ์และกติกาสำหรั้บังคับโดยทั่วไป

(3) กฎหมายต้องมีการประกาศให้ประชาชนทราบ คือ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลำดับชั้นใดจะต้องมีการประกาศใช้เป็นการทั่วไป เพื่อให้ประชาชนรับทราบและสามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

(4) กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ คือ หากในขณะกระทำการใดๆไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา กฎหมายที่ออกมาภายหลังต้อง ไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ และจะกำหนดให้บุคคลต้องรับโทษที่หนักขึ้นกว่าเดิมไม่ได้

(5) ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องมีสิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ตามกระบวนการของกฎหมาย

(6) เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจ ทั้งนี้ เพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

(7) กฎหมายจะยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำที่ยังไม่เกิดขึ้นไม่ได้ และหลักนิติธรรมจึงต้องมีพลวัตพัฒนาให้เท่ากับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น

ข. หลักนิติธรรมโดยทั่วไป

หลักนิติธรรมโดยทั่วไป คือ ลักษณะที่ดีของกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใด หรือเรียกอีกอย่างว่าอุดมคติของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม มีหลักที่สำคัญ เช่น

(1) กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน คือการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรจะต้องใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ชัดเจนและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายนั้น

(2) กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดแย้งกันเอง คือการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรจะต้องใช้ถ้อยคำที่มีความหมายและเนื้อหาสอดคล้องต้องกันทั้งฉบับ

(3) กฎหมายที่ดีต้องมีเหตุผล คือกฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นจะต้องมีเหตุผล และมีความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายฉบับนั้น

(4) กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม คือเป้าหมายของการมีกฎหมายในท้ายที่สุดแล้วคือความเป็นธรรม ซึ่งความเป็นธรรมดังกล่าวย่อมไม่สามารถพิจารณาจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้หากแต่ต้องเป็นความเป็นธรรมของสังคมโดยภาพรวม

(5) กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน

(6) กฎหมายที่ดีต้องทันสมัยและสามารถรองรับต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคมเศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรมที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างเหมาะสม

(7) กฎหมายต้องบัญญัติตามกระบวนการที่กฎหมายได้บัญญัติไว้

(8) กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายต่อบุคคล

(9) กฎหมายต้องมีบทลงโทษที่ได้สัดส่วนกับความผิด

(10) กฎหมายต้องมีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพและส่งเสริมให้รู้และเคารพต่อกฎหมาย

(11) กระบวนการนิติบัญญัติต้องเปิดเผย มีความโปร่งใสและตรวจสอบได้

(12) กระบวนการยุติธรรมต้องให้มีการอุทธรณ์ได้ ทั้งนี้ตามขั้นตอนและกระบวนการที่กฎหมาย บัญญัติไว้

(13) กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้สามารถเข้าถึงได้สะดวก รวดเร็ว ด้วยค่าใช้จ่ายที่มีความเหมาะสม

(14) กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องมีกระบวนการยุติธรรมทางเลือก

(15) นักกฎหมายและเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานรัฐที่ดีต้องมีความเป็นอิสระและความเป็นกลาง

(16) นักกฎหมายและเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่ดีต้องซื่อสัตย์ สุจริต และมีคุณธรรม

จะเห็นได้ว่าหลักความยุติธรรมและหลักนิติธรรมถือเป็นหลักการที่สำคัญที่รัฐจะต้องนำมาบรรจุไว้ในเนื้อหาของกฎหมายของบ้านเมืองด้วยเสมอ เพื่อให้กฎหมายของบ้านเมืองนั้น มีความเป็นธรรมและมีลักษณะที่ป้องกันการเคารพในสิทธิของความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคล

2.2 แนวคิดในการบัญญัติกฎหมายและการกำหนดความผิด

แนวคิดในการบัญญัติกฎหมายและกำหนดความผิดนั้นมีหลักสำคัญ ดังนี้

2.2.1 หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

หลักนี้ถือเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาที่ถือว่าเป็นหลักการสากลที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง โดยเป็นหลักกฎหมายที่พัฒนามาจากหลักนิติรัฐซึ่งเป็นแนวคิดการเมืองที่ต้องการจำกัดอำนาจรัฐ¹⁸ โดยกฎหมายอาญาจะย้อนหลังไปใช้บังคับเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษแก่บุคคลให้หนักยิ่งขึ้นไม่ได้¹⁹ หรืออีกนัยหนึ่ง คือการบังคับใช้กฎหมายอาญาให้เป็นผลร้าย แก่ผู้กระทำได้ก็แต่เฉพาะการกระทำผิดที่เกิดขึ้นหลังจากที่ประกาศใช้กฎหมายนั้นเท่านั้น ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นหลักนิติธรรมสากลที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ โดยจากหลักการดังกล่าว ผู้ที่ใช้กฎหมายจะต้องทำการตีความอย่างเคร่งครัดและหากเป็นที่สงสัยต้องตีความไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่กระทำนั้น โดยประเทศไทยได้มีการยอมรับ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ว่า

¹⁸ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรธ 2).

¹⁹ นิรชา บุญอภัย, ‘ความผิดฐานฉ้อโกง : ศึกษากรณีการฉ้อโกงบริการ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2561) 8.

เป็นสิ่งที่ถูกต้องและได้บัญญัติไว้ทั้งในประมวลกฎหมายอาญาและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หลักประกันในกฎหมายอาญานี้จึงถือว่าเป็น “หลักรัฐธรรมนูญ” ด้วย²⁰ โดยในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคแรก กำหนดให้บุคคลรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2561 ในมาตรา 29 วรรคแรก บัญญัติให้บุคคลไม่ต้องรับโทษในทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่การกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลากะทำความผิดไม่ได้ ทั้งนี้ มีหลักที่สำคัญ 4 ประการ²¹ ดังนี้

2.2.1.1 หลักความชอบด้วยกฎหมาย

โดยบทบัญญัติมาตรา 2 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้คำว่า “บัญญัติ” แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายเกิดจากการบัญญัติ ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีซึ่งเกิดจากการปฏิบัติต่อเนื่องกันมาเป็นเวลานาน เกิดจากการปฏิบัติแต่ไม่ได้เกิดจากการบัญญัติกฎหมายจารีตประเพณีจึงนำมาใช้ในกฎหมายอาญาไม่ได้ ทั้งนี้ หลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา คือกฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติจึงเป็นหลักประกันที่สำคัญและมีความหนักแน่นกว่ากฎหมายอื่น โดยเฉพาะกฎหมายแพ่งเพราะประมวลกฎหมายแพ่งบัญญัติให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายแพ่งได้ และถ้าบทกฎหมายนั้นไม่มีให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

2.2.1.2 หลักความชัดเจนแน่นอน

กฎหมายอาญาเกิดจากการบัญญัติ ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายอาญา จึงต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดตามหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา (nullum crimen sine lege certa) เพราะการลงโทษทางอาญาถือว่าเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้ กับประชาชน จึงต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ โดยหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวม ไม่ชัดเจน หรือที่อาจตีความได้หลายนัย โดยหลักความชัดเจนแน่นอนของ กฎหมายอาญาย่อมเป็นหลักประกันว่ากฎหมายอาญาที่บัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และเป็นเครื่องมือที่ป้องกันไม่ให้ศาลใช้อำนาจตามความรู้สึกในการตัดสินคดี อีกทั้งยังสร้างความรู้สึกลงในทางที่ศาลยุติธรรมมีความเป็นกลาง ดังนั้น คำพิพากษาในคดีอาญาจำต้องตรวจสอบได้โดยกฎหมาย หลักการนี้จึงเป็นข้อเรียกร้องของหลักนิติรัฐในส่วนของกฎหมายอาญาที่มีความสำคัญที่สุดหลักการหนึ่ง และความไม่ชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญาถือว่าเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงอันมีผลกระทบต่อหลักประกันในกฎหมายอาญา

2.2.1.3 หลักการห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล

²⁰ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรธ 2) 25.

²¹ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรธ 2) 26-30.

หลักการนี้ ห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึง หาได้จากการตีความกฎหมาย การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล มีความเกี่ยวข้องกับตีความกฎหมายอาญาอย่างใกล้ชิด คือประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ห้ามใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้วในทางที่เป็นโทษ รวมตลอดถึงห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษทางอาญา หากกรณีใดที่มีกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแล้วก็ต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณเสมอ

2.2.1.4 หลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

จากถ้อยคำในมาตรา 2 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติแสดงให้เห็นว่า ถ้าผู้ใดกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดและขณะนั้นการนั้นไม่เป็นความผิด ย่อมไม่อาจมีกฎหมายย้อนหลังให้การนั้นเป็นความผิดและต้องได้รับโทษทางอาญาได้โดยเด็ดขาด เว้นแต่กรณีนั้นจะเป็นกรณีที่เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ²²

2.2.2 แนวคิดที่ทำให้การบัญญัติกฎหมายอาญาชอบด้วยเหตุผล

แม้รัฐจะเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย แต่ก็เชื่อว่าจะสามารถบัญญัติกฎหมายออกมาบังคับใช้ได้ตามชอบใจได้ หากแต่ต้องคำนึงว่าการนั้นเป็นการชอบด้วยหรือไม่ ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาจึงต้องหาเหตุผลอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อมาสนับสนุนในการออกกฎหมายที่มีการกำหนดลักษณะการกระทำผิดและกำหนดโทษว่าชอบด้วยเหตุและผลแล้ว โดยเรื่องนี้มีแนวคิดแบ่งออก เป็น 2 ทฤษฎีใหญ่ๆ ดังนี้²³

2.2.2.1 ทฤษฎีเด็ดขาด

โดยทฤษฎีนี้ถือว่าการกระทำผิดเป็นเหตุเดียวแห่งการลงโทษ และการลงโทษจึงเป็นการตอบแทนแก่แค้นอันเที่ยงธรรม โดยนักกฎหมายชื่อ Kant ได้ให้ความเห็นว่าการตอบแทนแก่แค้นนั้นจำเป็นต่อกฎหมายที่ชอบด้วยธรรมเนียมประเพณี หรือ Stahl ที่มีความเห็นว่าโทษนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมีเพื่อให้ระเบียบในโลกนี้ซึ่งสร้างโดยพระเจ้ายังคงเป็นอยู่อย่างเดิม หรือกล่าวอีกนัยทฤษฎีเด็ดขาดนี้คือทำอย่างไรก็ได้รับกลับไปเช่นนั้น

2.2.2.2 ทฤษฎีไม่เด็ดขาด

โดยทฤษฎีนี้จะพิจารณาถึงจุดประสงค์ของการลงโทษ โดยมองว่าโทษอาญาควรต้องส่งผลทำให้บุคคลเกรงกลัว เพื่อทำให้มนุษย์มีพฤติกรรมที่ดีขึ้นและเป็นหลักประกันว่าจะไม่เกิดความผิดนั้นขึ้นอีก โดยทฤษฎีนี้ อาจแบ่งได้ 2 ประการ ได้แก่ ทฤษฎีที่ถือว่าการลงโทษเป็นการป้องกันโดยทั่วไป โดยการบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าถ้าได้กระทำความผิดจะมีการลงโทษและได้ลงโทษจริงๆเมื่อมีการกระทำความผิดขึ้น เพื่อให้ทุกคนเกรงกลัวต่อการกระทำความผิดและไม่กล้าที่จะกระทำความผิดอย่างเดียวกันขึ้นอีก และทฤษฎีที่ถือว่าการลงโทษเป็นการป้องกันพิเศษ คือถือว่าเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดนั้นกระทำความผิดซ้ำอีกหรือป้องกันสังคม

²² คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 104.

²³ หยุต แสงอุทัย, 'การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา' (สิงหาคม 2503) 8 ตุลาคม, 931-935.

เพื่อให้สงบสุข มากขึ้น โดยการป้องกันพิเศษนั้นมุ่งเจาะจงลงไปในตัวของผู้ที่กระทำความผิดนั่นเองเลย เพื่อให้ไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีก

จากหลักดังกล่าวที่ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันใดที่มีการบัญญัติว่าเป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้ และโทษนั้นได้บัญญัติไว้ในกฎหมายนั้นด้วย

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษและการลงโทษทางอาญา

กฎหมาย ขอบบังคับ หรือกฎหมายถือเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้บุคคลในสังคมอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข และเป็นระเบียบเรียบร้อย และเมื่อมีการละเมิดสิ่งเหล่านั้นขึ้นผู้ที่ทำการฝ่าฝืนหรือละเมิดจะต้องได้รับการลงโทษ ดังนั้น การลงโทษผู้ที่กระทำความผิดจึงถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในกฎหมายอาญา โดยแนวคิดในการกำหนดโทษในทางกฎหมายอาญานั้นจะเน้นไปในทางการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนกับการกระทำ และมีแนวความคิดที่สำคัญดังนี้²⁴

1) แนวความคิดว่าถ้าผลจากการกระทำใดเกิดขึ้นร้ายแรงมากการลงโทษก็จะหนักขึ้นตามส่วนของผลที่กระทำ และในทางตรงกันข้ามถ้าผลของการกระทำเกิดขึ้นเป็นผลเล็กน้อย การลงโทษก็จะเล็กน้อยลงตามสัดส่วน

2) แนวความคิดที่คำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำ คือ ถ้าผู้ที่มีจิตใจชั่วมากกฎหมายก็จะกำหนดโทษหนักเบาตามส่วนของความชั่วในจิตใจ โดยดูถึงเจตนาร้ายของผู้ที่กระทำความผิดว่า มีมากน้อยเพียงใด แม้ว่าการกระทำความผิดอย่างเดียวกันก็อาจได้รับโทษหนักเบาที่แตกต่างกันตามแต่ผู้กระทำได้มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลร้ายเพียงใดหรือไม่

3) แนวความคิดที่คำนึงถึงภัยอันจะเกิดขึ้น คือ การกระทำไม่ว่าผลของความผิดจะยังไม่เกิดขึ้นหรือเจตนาของผู้กระทำผิดไม่มีเช่นนั้น แต่ผลของการกระทำความผิดอาจเกิดขึ้นได้ ทั้งนี้ มีหลักการ ทฤษฎีพื้นฐาน และแนวคิดในการกำหนดโทษที่สำคัญ ดังนี้

2.3.1 หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนกับลักษณะของการกระทำความผิด²⁵

โดยหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับความผิดนั้นมีทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดและหลักการที่สำคัญนี้อาทิเช่น

2.3.1.1 ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free Will Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการพิจารณาบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดควรมีความเหมาะสมกับลักษณะความผิด (Equal punishment for the same crime) กล่าวคือ ต้องไม่มากจนโหดร้ายทารุณและต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรมนั้น

²⁴ นรินทร์ ไทรพิท, 'การรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากการเพิ่มโทษกับเหตุจรรยาในคดีอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2529) 25-26.

²⁵ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 2) 34-38.

โดยถือวามนุษย์ทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) และมนุษย์ทุกคนมีอิสระในการเลือกทำสิ่งใดๆที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากกว่าเสียประโยชน์สำหรับตน เช่นเดียวกับการประกอบอาชญากรรม ดังนั้น หลักการกำหนดโทษทางอาญาจึงต้องมีการพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนด้วย คือการกำหนดโทษทางอาญาจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย โดยซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) เป็นผู้คิดค้นแนวคิดดังกล่าว เพื่อนำมาใช้เป็นแนวความคิดพื้นฐานทางสาขาอาชญาวิทยาในการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในศตวรรษที่ 8

2.3.1.2 ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarianism Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการออกกฎหมายต้องให้สอดคล้องกับกฎธรรมชาติ โดยต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในรัฐ โดยเชื่อว่ากฎธรรมชาติ 2 อย่าง ที่สำคัญ คือความพึงพอใจ (Pleasure) และความเจ็บปวด (Pain) ซึ่งเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ ดังนั้นก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจกระทำสิ่งใดก็ต้องนำกฎธรรมชาติทั้ง 2 อย่างมาชั่งน้ำหนักก่อนเสมอ ดังนั้น ในการประกอบอาชญากรรมก็เช่นเดียวกัน ก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจกระทำผิดก็ต้องชั่งน้ำหนักโดยใช้กฎธรรมชาติ 2 อย่างดังกล่าวเสมอ และหากชั่งน้ำหนักแล้วผลที่จะได้รับจะทำให้บุคคลนั้นเกิดความพึงพอใจมากกว่า บุคคลนั้นก็เลือกที่จะประกอบอาชญากรรมนั้น ทฤษฎีนี้จึงยึดถือความสุขของคนในสังคมเป็นเกณฑ์พื้นฐานในการตัดสินใจว่าอะไรควรหรือไม่ควร กล่าวคือ ความถูกต้องของการกระทำขึ้นอยู่กับแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความสุขของคนส่วนมาก ดังนั้น หลักการกำหนดโทษทางอาญาจึงต้องมีพิจารณาหลักความได้สัดส่วน คือการกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย โดยเจรีมี เบนธัม (Jeremy Bentham) นักปราชญ์ในศตวรรษที่ 18 เป็นผู้ก่อตั้งทฤษฎีดังกล่าว

2.3.1.3 ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการกำหนดโทษต้องให้มีความเหมาะสมกับความร้ายแรงของอาชญากรรม โดยทฤษฎีนี้มีเป้าหมายสำคัญ คือเพื่อลดกระทำผิดซ้ำหรือลดอาชญากรรมลง และเพื่อให้บุคคลเกรงกลัวและไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่าง โดยมองว่าการลงโทษถือเป็นมาตรการทางอาญาที่จำเป็นเพื่อข่มขู่ยับยั้งการกระทำผิดให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัว ไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่าง และเพื่อป้องกันการกระทำผิดซ้ำอีก จึงอาจกล่าวได้ว่าเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดแล้วจะต้องบัญญัติบทระวางโทษทางอาญาไว้ด้วย โดยการกำหนดโทษทางอาญาควรเป็นไปตามหลักความยุติธรรมได้สัดส่วน (Proportional Justice) คือโทษทางอาญาจะต้องได้สัดส่วน (Proportion) กับความร้ายแรงของความผิดนั้น (Severity of the crime) ดังนั้น ในการกำหนดโทษจึงต้องคำนึงถึงฐานความผิดซึ่งพิจารณาในด้านภาวะวิสัย (Objective) เป็นหลัก โดยทฤษฎีนี้เป็นแนวคิดของซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) และเจรีมี เบนธัม (Jeremy Bentham) ซึ่งคิดค้นขึ้นในศตวรรษที่ 18

2.3.2 หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด

หลักการนี้มีมุมมองว่า บทลงโทษต้องเหมาะสมกับตัวของผู้กระทำผิดเป็นรายๆไป (Individualization of punishment) ไม่ใช่การลงโทษโดยเท่าเทียมกันตามฐานความผิดที่ได้กระทำนั้น (Punishment to fit the criminal) เมื่อผู้ใดกระทำความผิดทางกฎหมายอาญาก็จะต้องมีการลงโทษ บุคคลที่ต่างได้ทำผิดเหมือนกันอาจจะถูกกำหนดโทษที่แตกต่างกันได้เพราะแม้จะเป็น การกระทำผิดแบบเดียวกันแต่ก็ปรากฏความแตกต่างของผู้กระทำอยู่หลายประเด็น ซึ่งจะนำมาสู่การกำหนดโทษและการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดแต่ละคน²⁶โดยแนวคิดเรื่องหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดมีทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดและหลักการนี้ อาทิเช่น

2.3.2.1 ทฤษฎีเจตจำนงประสงค์ (Determinism Theory)

ทฤษฎีนี้เป็นแนวคิดนิยัตินิยมและถูกเปรียบเทียบกับเป็นแนวคิดที่ตรงกันข้ามกับแนวคิดเรื่องเจตจำนงอิสระ (Free Will) โดยแนวความคิดนี้ไม่เห็นด้วยกับบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดโดยมีเกณฑ์เดียวกัน โดยมองว่าบุคคลต่างอยู่ภายใต้สิ่งแวดล้อมที่มีอิทธิพลแตกต่างกัน จึงส่งผลให้ขาดเจตจำนงอิสระในการตัดสินใจที่จะเลือกกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้อย่างเสรีซึ่งอาจนำไปสู่พฤติกรรมที่เบี่ยงเบนหรือจำต้องกระทำโดยความจำเป็นได้ ดังนั้น ความผิดของมนุษย์ที่ขาดเจตจำนงอิสระสังคมนควรเข้ามามีส่วนร่วมรับผิดชอบต่อผู้กระทำความผิดนั้นด้วย

2.3.2.2 ทฤษฎีความชั่ว (nulla poena sine culpa)

ทฤษฎีความชั่วหรือหลักไม่มีโทษโดยไม่มี ความชั่วเป็นหลักที่ถือว่าความชั่วเป็นพื้นฐานในการลงโทษ ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยแม้จะไม่ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้โดยตรง แต่ก็มีหลักการดังกล่าวเป็นพื้นฐานอยู่ จะเห็นได้จากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้กล่าวถึงการไม่รู้ผิด ชอบ และในกฎหมายอาญาที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันที่ได้วางหลักเรื่องนี้เช่นเดียวกัน โดยเรียกว่าความรู้ผิดชอบ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญในความชั่ว เช่น ในมาตรา 73 และมาตรา 74 ที่กำหนดความสามารถทำชั่ว โดยนำอายุขณะที่ได้กระทำความผิดตามกฎหมายมาพิจารณา และมาตรา 65 ซึ่งพิจารณาจากความสมบูรณ์ของจิต โดยกฎหมายจะไม่ลงโทษบุคคลที่วิกลจริตเพราะเป็นผู้ปราศจากความชั่ว ทั้งนี้ หลักไม่มีโทษโดยไม่มี ความชั่วยังรวมถึงการจะลงโทษเกินกว่าความชั่วของบุคคลนั้นไม่ได้ ซึ่งเป็นหลักเดียวกันกับหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล เช่น ในประมวลกฎหมายอาญาที่กล่าวมา จึงอาจสรุปได้ว่า หลักไม่มีโทษโดยไม่มี ความชั่วนั้นมีส่วนอยู่ 2 ประการที่สำคัญ คือ ประการแรกหลักนี้จะไม่ลงโทษบุคคลโดยปราศจากความชั่ว (Schuld) คือจะลงโทษบุคคลที่ขาดความรู้ผิดชอบไม่ได้ และประการที่สองหลักนี้จะลงโทษบุคคลเกินความชั่ว (Schuld) หรือเกินกว่าความรู้ผิดชอบของบุคคลนั้นไม่ได้

²⁶ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท, 'การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ : หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนกรณีศึกษาเสพติดให้โทษ' (2560) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 912.

นอกจากนี้ ปัจจุบันทฤษฎีการลงโทษทางอาญาโดยรัฐอาจแบ่งเป็นอีกสองทฤษฎีใหญ่ๆ คือทฤษฎีทดแทน (Retributive Theory) และทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) ซึ่งมุ่งเน้นที่วิธีการป้องกันไม่ให้เกิดความผิดอาญาขึ้นอีกในอนาคต โดยมีรายละเอียดดังนี้²⁷

1) ทฤษฎีทดแทน (Retributive Theory)

โดยการลงโทษที่ชอบธรรมตามหลักของทฤษฎีทดแทน (Retributive Theory) นั้นจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสามประการ ดังนี้

1.1) การทดแทนความเสียหาย (Vindication)

โดยมองว่าการลงโทษจะต้องทำเพื่อแก้ไขความเสียหายที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดขึ้นหรือทดแทนความรู้สึกของผู้เสียหายที่สูญเสียไปเนื่องจากการกระทำผิด และต้องเป็นการทำให้ผู้เสียหายได้รับความพอใจและรู้สึกว่ายุติธรรมแล้ว โดยการละเอียดเรื่องความพอใจ ของผู้เสียหายที่ประสงค์จะแก้แค้นแก่ผู้ที่กระทำนั้น ดังนั้น การลงโทษโดยรัฐนั้นมีความถูกต้องแล้ว และไม่ใช่น้ำหนักของบุคคลซึ่งเป็นเอกชน

1.2) ความเป็นธรรม (Fairness)

โดยมองว่าการลงโทษต้องทำให้เกิดความเป็นธรรม โดยถ้ามีบุคคลใดกระทำความผิดกฎหมายในครั้งใดเท่ากับเป็นการเอาเปรียบบุคคลอื่นที่เชื่อฟังกฎหมาย ดังนั้น การลงโทษ จึงเป็นการที่ทำให้ประชาชนในสังคมทุกคน ไม่ว่าผู้กระทำหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายตระหนักว่าบุคคลที่ละเมิดกฎหมายจะต้องถูกดำเนินคดี และผู้ที่ได้เปรียบจากการฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องถูกลงโทษ ดังนั้น การลงโทษแก่ผู้ที่กระทำผิดจึงควรมีความรุนแรงเทียบเท่ากับความได้เปรียบที่ผู้ที่กระทำได้รับการฝ่าฝืนกฎหมายนั้น โดยถือว่าผู้กระทำได้จ่ายหนี้อันเกิดจากการทำผิดให้แก่คนทุกคนที่เชื่อฟังกฎหมายซึ่งเป็นสมาชิกในสังคมนั้น และการชดใช้ความได้เปรียบนั้นถือว่าเป็นเรื่องระหว่างผู้ที่กระทำความผิดกับรัฐ ดังนั้น แม้จะได้รับการยกโทษให้แล้วก็ตามแต่ผู้ที่กระทำผิด ก็ยังต้องรับโทษ

1.3) ความได้สัดส่วน (Proportionality of Punishment)

โดยมองว่าจำนวนโทษที่ผู้ที่กระทำความผิดควรจะได้รับจะต้องเท่ากับกับความเสียหายที่เขาได้กระทำลงนั้น แต่อาจมีข้อยกเว้น คือ การลงโทษสูงกว่าความเสียหายที่ผู้ที่กระทำก่อขึ้นนั้นสามารถทำได้ในกรณีของการลงโทษจำคุกตลอดชีวิตแก่ผู้ที่กระทำผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคมเพื่อเป็นการปกป้องสังคมให้ปลอดภัยยิ่งขึ้น ส่วนอีกกรณี คือ การลงโทษ อาจต่ำกว่าสัดส่วนแห่งความผิดได้ในกรณีที่ผู้กระทำผิดไม่มีโอกาสที่จะกระทำผิดนั้นอีก ซึ่งผู้ที่กระทำจะได้รับการลดโทษหรือรอการลงโทษ และให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขการคุมประพฤติ ทั้งนี้ การพิจารณาว่าได้สัดส่วนกับความผิดที่ก่อขึ้นหรือไม่นั้น โทษที่ได้รับจะต้องได้สัดส่วนพอดีทั้งสภาพและความหนักเบาของความผิด โดยพิจารณาได้จากความร้ายแรงทางศีลธรรมของความผิดแต่ละฐาน และพิจารณาจากความน่าตำหนิจากพฤติการณ์ของการกระทำความผิดในแต่ละเรื่อง รวมถึงความร้ายแรงที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดขึ้นโดยเจตนาและประมาทในบางกรณีด้วย โดยความได้สัดส่วนในการลงโทษต้อง

²⁷ ณรงค์ ใจหาญ, *กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2543) 20-37.

พิจารณาจากเหตุทางภาววิสัย ส่วนการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคนพิจารณาจากเหตุอรรถวิสัย²⁸

2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theories)

เป็นทฤษฎีที่มองลักษณะของสังคมมนุษย์และกฎหมายอาญาว่ามีลักษณะ 3 ประการ ดังนี้

2.1) การข่มขู่หรือยับยั้ง (Deterrence)

โดยพื้นฐานมาจากการที่บุคคลจะคิดกระทำการใดเป็นผลมาจากแรงผลักดัน จากสภาพภายนอก ด้วย เมื่อเห็นว่าการทำผิดจะเกิดผลดีมากกว่าที่จะตัดสินใจทำผิด แต่ถ้าเห็นว่าเกิดผลเสียมากกว่าก็จะไม่ทำผิดด้วยเหตุนี้วิธีการป้องกันไม่ให้คนทำผิดจึงต้องกำหนดอัตราโทษ ซึ่งก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ผู้ทำผิดมากกว่าผลดีที่เขาจะได้รับจากการทำผิดนั้น เพื่อให้เขาล้มเลิกความตั้งใจที่จะทำผิด ดังนั้น การทำให้ประชาชนกลัวและไม่กล้าทำผิดอาญานั้นจะต้องบังคับโทษโดยมีลักษณะที่สำคัญ คือ การลงโทษจะต้องแน่นอน (certainty) คือจะต้องลงโทษแก่บุคคลทุกคนที่ฝ่าฝืนกฎหมาย บุคคลใดที่ทำผิดจะต้องถูกฟ้อง การลงโทษตามกฎหมายจะต้องมีความรุนแรง (severity) คือ ความร้ายแรงของโทษที่ลงแก่ผู้ทำผิดจะต้องร้ายแรงพอที่จะยับยั้งความต้องการในการทำผิด การลงโทษต้องทำโดยฉับไว (celerity) คือ กระบวนการพิจารณาและลงโทษจะต้องทำไปโดยรวดเร็ว ไม่รอไว้เป็นเวลานาน และการลงโทษจะต้องทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน (publicity) คือ การลงโทษจะต้องทำให้สาธารณชนได้เห็นหรือรับทราบ เพื่อผลของการข่มขู่โดยทั่วไป ทั้งนี้ สิ่งที่ต้องตระหนักคือการยับยั้งนั้นขึ้นอยู่กับความแน่นอนและฉับไวในการลงโทษต่อผู้ทำผิดทุกคนเข้ามา เป็นปัจจัยด้วย ไม่ใช่เพียงแต่ความรุนแรงของโทษที่กำหนดไว้เท่านั้น

2.2) การแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิด (Reformation and Rehabilitation)

โดยเป็นการมุ่งหมายต่อตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง โดยมีเป้าหมายที่จะใช้การลงโทษเป็นวิธีการเปลี่ยนหรือแก้ไขหรือเยียวยาจิตใจของผู้กระทำให้ลดความรู้สึกต่อต้านกฎหมายและกลับมามีความเห็นดีด้วยการปฏิบัติตามกฎหมาย ตลอดจนสามารถยับยั้งตนเองไม่ให้คิดหรือ ทำการอันเป็นความผิดอีกต่อไป โดยใช้โทษเป็นเครื่องมือทำให้จิตใจของผู้นั้นยอมรับว่าการทำผิดเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องและตัดสินใจเลิกปฏิบัติตามกฎหมาย แทนการกระทำความผิด โดยการลงโทษด้วยวัตถุประสงค์นี้จำเป็นต้องใช้วิธีการที่หลากหลายและมีความเฉพาะบุคคล เนื่องจากสาเหตุที่แต่ละบุคคลกระทำความผิดอาจมีสาเหตุที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับสภาพจิตใจและสภาพแวดล้อมของผู้นั้น จึงจำเป็นต้องอาศัยการบำบัดแก้ไขเฉพาะราย โดยใช้ผู้เชี่ยวชาญทั้งด้านสังคมจิตวิทยา และทัณฑวิทยา โดยแนวคิดนี้มีอิทธิพลอย่างมากในประมวลกฎหมายอาญาของไทยและแนวทางการปฏิบัติกับผู้กระทำความผิด

2.3) การตัดโอกาสไม่ให้ผู้นั้นกระทำความผิด (Incapacitation)

โดยมองว่าการลงโทษจะทำให้บุคคลที่ทำความผิดนั้นไม่สามารถกระทำความผิดได้อีก ดังนั้น จึงมีความมุ่งหมายคล้ายกับการลงโทษเพื่อเป็นการป้องปรามหรือแก้ไขฟื้นฟูตัวผู้ทำ โดยแตกต่างที่แนวคิดนี้ต้องการที่จะ

²⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 26) 913.

ป้องกันการทำผิดซ้ำ โดยการทำให้หมดโอกาสในการทำผิดอีก ได้แก่ การลงโทษประหารชีวิต การเนรเทศ หรือ การจำคุกที่มีกำหนดเวลาจนกว่าจะแน่ใจว่าผู้นั้น ไม่เป็นอันตรายแก่สังคมอีก

ดังนั้น หากต้องบัญญัติกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะสำหรับการกระทำผิดฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต การบัญญัติโทษจึงต้องคำนึงถึงหลักการที่สำคัญดังกล่าว โดยเฉพาะหลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนกับลักษณะของการกระทำความผิด และหลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด

2.4 แนวคิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์

กฎหมายอาญานั้นมีแนวคิดพื้นฐานในการกำหนดบทเพิ่มโทษ โดยมีแนวทางวางหลักการลงโทษ เพื่อเป็นการตอบสนองความรุนแรงของการทำผิด โดยพิจารณาว่าการลงโทษต้องบังคับใช้ให้เหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำลง เพราะบุคคลทุกคนมีเจตจำนงอิสระและคำนึงถึงการป้องกันการกระทำความผิดมากกว่าการลงโทษ โดยการลงโทษมีเป้าหมายเป็นการป้องปรามและหยุดยั้งบุคคลมิให้กระทำความผิด ดังนั้น การลงโทษจึงต้องได้สัดส่วนและเหมาะสมกับความรุนแรงของการกระทำความผิดนั้น

Beccaria ซึ่งเป็นผู้นำของสำนักคลาสสิกได้วางหลักไว้ว่า²⁹ บทบัญญัติอันจะนำมาใช้ปราม การทำผิดนั้น ต้องรุนแรงขึ้นตามขีดที่การกระทำนั้นได้ขัดต่อความสงบของสังคม และจากหลักนี้ จึงได้บัญญัติกฎหมายให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษที่หนักมากขึ้นหากการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบอันเป็นเหตุฉกรรจ์ เพื่อเป็นการลงโทษแก่ผู้ที่ได้กระทำผิดอันเป็นผลมาจากจิตใจอันชั่วร้ายและเพื่อเป็นการป้องกันหรือยับยั้งข่มขู่ไม่ให้ผู้อื่นนำมาเป็นเยี่ยงอย่าง โดยในประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็ได้มีการนำเสนอแนวคิดในการกำหนดเหตุฉกรรจ์อยู่หลายลักษณะ เช่น

แนวคิดที่ 1 ได้แบ่งเหตุฉกรรจ์ออกเป็น 2 ประเภท คือ เหตุฉกรรจ์ที่เป็นจุดหมายของการกระทำความผิด และเหตุที่เกี่ยวข้องต่อเนื่องกับลักษณะของการกระทำความผิด

แนวคิดที่ 2 ได้แบ่งเหตุฉกรรจ์ออกเป็น 4 ประเภท คือ เหตุฉกรรจ์ที่ให้ความสำคัญกับคนที่ถูกระทำ เหตุฉกรรจ์ที่ให้ความสำคัญกับเจตนาพิเศษของผู้ที่กระทำ เหตุฉกรรจ์ที่ให้ความสำคัญกับความรุนแรงหรือวิธีการลงมือทำ และเหตุฉกรรจ์ที่ให้ความสำคัญกับลักษณะพิเศษของเจตนา

แนวคิดที่ 3 ได้แบ่งเหตุฉกรรจ์ไว้ 4 ประเภท คือ เหตุฉกรรจ์ที่สัมพันธ์กับผู้ถูกระทำ เหตุฉกรรจ์ที่สัมพันธ์กับเจตนาของผู้ที่ลงมือทำ เหตุฉกรรจ์ที่สัมพันธ์กับวิธีการลงมือทำ และเหตุฉกรรจ์ที่สัมพันธ์กับมูลเหตุจูงใจ

จะเห็นได้ว่าการบัญญัติเหตุฉกรรจ์โดยอาศัยแนวคิดแบบนี้ เป็นการแสดงว่าแนวคิดการลงโทษหนักขึ้นจากเหตุฉกรรจ์นั้น ยึดถือหลักในการลงโทษอันมีลักษณะเป็นการตอบสนองต่อความร้ายแรงของการ

²⁹ ชยธร วิชาโคตร, 'ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกง' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2552) 7.

ทำความเข้าใจนั้นตามแนวความคิดแบบดั้งเดิม ที่ถือว่าความหนักเบาของการลงโทษจะต้องกำหนดตามความร้ายแรงแห่งอันตรายของผู้ที่กระทำแต่ละคน และอันตรายนี้วัดได้จากขีดความเสียหายอันเกิดจากการกระทำนั้น

ทั้งนี้ การกระทำผิดฉ้อโกงโดยใช้วิธีการผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำ ความผิดโดยตรงนั้นได้สร้างความเสียหายขึ้นอย่างร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อบุคคล เศรษฐกิจและสังคมมากกว่าการฉ้อโกงในกรณีทั่วไป และอาจถือได้ว่าเป็นเหตุกรรจ์ประการหนึ่งของการฉ้อโกง ดังนั้น จึงอาจต้องกำหนดโทษให้หนักเพื่อให้มีความรุนแรงขึ้นตามขีดที่การนั้น ได้กระทบต่อสังคม เพื่อให้บุคคลที่กระทำได้ หลาบจำและป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำซ้ำอีก

2.5 แนวคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานฉ้อโกง

ความผิดฐานฉ้อโกงมีเหตุผลความสำคัญและมีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นการเฉพาะในการบัญญัติไว้ และมีประวัติศาสตร์ความเป็นมาและวิวัฒนาการทางกฎหมายที่สำคัญ ดังนี้

2.5.1 หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิด

การฉ้อโกงถูกจัดอยู่ในหมวดความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยมีมานานตั้งแต่มนุษย์เริ่มรวมกลุ่มกันในสังคมและมีการรับรองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยถูกจัดเป็นความผิดประเภท Mala in se ซึ่งเป็นความผิดอยู่แล้วในตัวเอง โดยการฉ้อโกงพัฒนามาจากการลักขโมยที่ทำแบบง่าย ๆ และไม่มีแบบแผน³⁰

2.5.1.1 เหตุผลและความสำคัญของการบัญญัติความผิด

กฎหมายบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงไว้พอจะแยกวิเคราะห์ถึงเหตุผลได้ 3 ประการดังต่อไปนี้³¹

ก. เหตุผลในทางธรรมชาติ

เมื่อมนุษย์เกิดมา โดยธรรมชาติก็ย่อมต้องดิ้นรนเพื่อแสวงหาทรัพย์สินมาจากหลายๆช่องทางที่ตนจะสามารถทำได้ แต่ปัญหาจะไม่เกิดขึ้นเลยถ้าการได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้นสุจริตหรือชอบธรรม แต่สำหรับบุคคลบางกลุ่มแล้วไม่ได้มีโอกาสที่เอื้ออำนวยให้ที่จะสามารถแสวงหาทรัพย์สินมาโดยทางสุจริตหรือโดยชอบได้ จึงทำการแสวงหาทรัพย์สินโดยวิธีการโกงหรือการหลอกลวง ดังนั้น สังคมจึงได้แสวงหาแนวทางป้องกันการโกงหรือการหลอกลวงนั้น โดยได้สร้างกฎหมายจารีตประเพณีขึ้นและในที่สุดก็ได้นำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ข. เหตุผลในทางประวัติศาสตร์

³⁰ สมบูรณ์ วงศ์พระจันทร์, 'ความผิดฐานฉ้อโกง ตามกฎหมายเยอรมัน-ไทย-ลาว' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547) 4-5.

³¹ชาติรี เสวตรัตน์, 'เปรียบเทียบความผิดฐานขายของโดยหลอกลวงกับความผิดฐานฉ้อโกง' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2527) 12-14.

การอยู่ร่วมกันเป็นสังคมย่อมต้องมีกฎเกณฑ์ ระเบียบ หรือกฎหมายที่ใช้บังคับ เช่นเดียวกับในความผิดฉ้อโกงนั้นได้มีการบัญญัติกฎหมายตั้งแต่เริ่มแรก โดยกฎหมายที่เก่าแก่ที่สุดคือกฎหมายของพระเจ้าฮัมมูราบีที่ได้มีการกำหนดถึงการฉ้อโกงไว้ หรือจะเป็นกฎหมายสิบสองโต๊ะ ของกรุงโรม จนกระทั่งในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นกฎหมายในรูปแบบใดก็จะมีการบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงไว้ด้วยกันทั้งสิ้น จึงถือได้ว่าความผิดฐานฉ้อโกงนี้เป็นความผิดสากลที่มีอยู่ทั่วโลก ซึ่งจะเห็นได้ว่าการฉ้อโกงนั้นได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายมาเป็นเวลานานและต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน โดยได้มีการแก้ไข ปรับปรุง และเปลี่ยนแปลงให้เข้ากับสถานการณ์และสภาพแวดล้อมตลอดมา

ค. เหตุผลในทางการเมือง

เรื่องของการเมืองถือว่ามีผลสำคัญต่อการตรากฎหมายมาบังคับใช้เป็นอย่างมาก เนื่องจากประเทศต่างๆจะต้องมีการผลักดันนโยบายการบริหารประเทศจากฝ่ายการเมืองหรือรัฐบาลเพื่อให้สามารถดำเนินการตามนโยบาย หรือดำเนินการควบคุมสังคมให้เป็นไปตามแนวนโยบายของฝ่ายการเมืองนั้นๆ ทำ

2.5.1.2 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานฉ้อโกง

ตำราเยอรมันกล่าวถึงที่มาและความหมายของคุณธรรมทางกฎหมายว่าเป็นผลผลิต ของทฤษฎีกฎหมายอาญาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยทฤษฎีกฎหมายอาญาในขณะนั้น กล่าวว่าการกฎหมายอาญาตั้งอยู่บนหลักการคุ้มครองสิทธิ สมบัติทั้งหลายทั้งที่เป็นทรัพย์สินสมบัติ และสมบัติในทางความคิดของบุคคลชอบที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา ทั้งนี้ ในความผิดทางอาญาทุกฐานจะมีสิ่งที่กฎหมายมุ่งหมายจะคุ้มครองเป็นส่วนแฝงอยู่ โดยเป็นเรื่องที่อยู่ในความคิดของตำราเยอรมันคือ “Rechtsgut” โดยในภาษาไทยเรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย”³² ซึ่งเป็นสภาวะความคิดที่เป็นนามธรรมอันเป็นพื้นฐานในความผิดอาญา โดยคุณธรรมทางกฎหมายในทางกฎหมายอาญานั้นเป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็น จึงต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญนั้นด้วยกฎหมายอาญา

คุณธรรมทางกฎหมายเป็นนามธรรมที่ไม่สามารถจับต้องได้ แต่เป็นคุณค่าทางความคิดในระเบียบสังคม ซึ่งสัมพันธ์ถึงความมั่นคงและเกียรติภูมิของความเป็นอยู่ในสังคม และความผิดอาญาแต่ละฐานถูกบังคับใช้เพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนั้นแล้วในความผิดฐานฉ้อโกงจะมีคุณธรรมทางกฎหมายคือความเสียหายในทางทรัพย์สินของผู้อื่นที่เกิดจากการหลอกลวง เช่นนี้แล้วฉ้อโกงจึงคุ้มครองทรัพย์สินโดยเฉพาะและไม่ได้คุ้มครองความไว้วางใจของผู้อื่น หรือเสรีภาพในการจ่ายโอนทรัพย์สิน³³

ทั้งนี้ การบัญญัติกฎหมายยังคงแสดงว่ามีการรับเอาคุณธรรมทางกฎหมายเข้าไปโดยอัตโนมัติ โดยไม่ได้พิจารณาว่าผู้บัญญัติกฎหมายจะคำนึงถึงคุณธรรมเช่นว่าหรือไม่ ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษแก่

³² คณิต ฒ นคร, *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2553) 57.

³³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน

การกระทำผิดฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตนั้นก็จำเป็นต้องพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองในความผิดฐานฉ้อโกงนี้ด้วยเช่นกัน

2.5.2 วิวัฒนาการของการฉ้อโกงตามกฎหมายของประเทศไทย

การฉ้อโกงเป็นการกระทำผิดด้วยวิธีการหลอกลวงเป็นลักษณะสำคัญพื้นฐาน และตามประวัติศาสตร์ของประเทศไทยวิวัฒนาการทางกฎหมายของความผิดฐานฉ้อโกงเป็นการฉ้อโกงทรัพย์สินระหว่างราษฎร โดยเป็นเรื่องที่เรียกร้องได้เฉพาะทางแพ่งและไม่ถือว่ามี ความผิดทางอาญา ตามกฎหมายตราสามดวงการรับโทษที่จะเป็นความผิดอาญาได้จะต้องเป็นการฉ้อโกงเกี่ยวกับของหลวงหรือเกี่ยวกับราชการเท่านั้น ถ้าราษฎรฉ้อกันเองถือเป็นความผิดทางแพ่งเท่านั้น โดยกฎหมายตราสามดวงไม่ได้มีการแบ่งแยกลักษณะของอาญาและแพ่งให้ออกจากกันไว้โดยชัดเจน กระทั่งประกาศลักษณะฉ้อ ร.ศ.119 ซึ่งเริ่มต้นการแยกลักษณะกฎหมายอาญาออกจากกฎหมายแพ่งอย่างแท้จริง โดยได้บัญญัติตามแบบอย่างของกฎหมายประเทศอังกฤษ ต่อมาจึงได้บัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งมีลักษณะเป็นประมวลกฎหมาย และเมื่อได้ใช้มาเป็นเวลานาน แนวคิดหรือหลักการในเรื่องการลงโทษได้เปลี่ยนแปลงไป จึงได้มีการยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ในปี พ.ศ.2499 และตราประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันขึ้นและมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2500 เป็นต้นมา โดยความผิดฐานฉ้อโกงได้เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยมีการบัญญัติไว้ในลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน หมวด 3 ความผิดฐานฉ้อโกง ตั้งแต่มาตรา 341 ถึงมาตรา 348 และหลังจากนั้นก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติอีกเลยจนถึงปัจจุบัน³⁴

การฉ้อโกงโดยวิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการทำความผิดเป็นอาชญากรรมที่มีการพัฒนารูปแบบให้มีความแตกต่างไปจากการฉ้อโกงแบบเดิม เพราะความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีและการสื่อสาร ดังนั้น จึงเป็นต้องศึกษาเทียบเคียงกับกฎหมายของประเทศต่างๆ เพื่อแสวงหาแนวทางแก้ไขปัญหาคต่อไป

2.6 ขอบเขตลักษณะของการฉ้อโกงของประเทศไทย

ปัจจุบันประเทศไทยมีการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อโกงอยู่หลายฉบับ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติการเล่นแชร์ พ.ศ.2534 พระราชกำหนดการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 เป็นต้น แต่กฎหมายที่บังคับใช้กับกรณีของการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตที่สำคัญมีอยู่ 2 ฉบับ ดังนี้

2.6.1 ประมวลกฎหมายอาญา

โดยได้บัญญัติให้ความผิดฐานฉ้อโกงอยู่ในภาค 2 ภาคความผิด ลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน หมวด 3 ความผิดฐานฉ้อโกง ตั้งแต่มาตรา 341 ถึงมาตรา 348 โดยมีรายละเอียดดังนี้

³⁴ นิรชา บุญถ้อย, 'ความผิดฐานฉ้อโกง : ศึกษากรณีการฉ้อโกงบริการ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2561) 17.

2.6.1.1 ข้อโกงกรณีทั่วไป

ในมาตรา 341 กำหนดให้ข้อโกงกรณีทั่วไปเป็นการหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และได้ไปซึ่งทรัพย์สิน หรือทำให้ผู้ที่ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ

2.6.1.2 ข้อโกงกรณีเหตุฉกรรจ์

ในมาตรา 342 กำหนดให้เป็นข้อโกงกรณีเหตุฉกรรจ์ ถ้าในการกระทำนั้นได้แสดงตนเป็นคนอื่น หรืออาศัยความเบาปัญญาของผู้ถูกหลอกลวงซึ่งเป็นเด็ก หรือความอ่อนแอแห่งจิตของผู้ถูกหลอกลวง

2.6.1.3 กรณีข้อโกงประชาชน

ในมาตรา 343 กำหนดให้กรณีข้อโกงประชาชนนั้นเป็นการกระทำตามมาตรา 341 โดยการแสดงข้อความอันเป็นการปกปิดความจริงซึ่งเป็นสิ่งที่ควรบอกให้ประชาชนทราบ หรือถ้าเข้าลักษณะในมาตรา 342 โดยผู้ที่กระทำจะต้องได้รับโทษสูงขึ้นไปอีก

2.6.1.4 กรณีข้อโกงแรงงาน

ในมาตรา 345 กำหนดให้การข้อโกงแรงงานเป็นกรณีที่หลอกลวงบุคคลตั้งแต่สิบคนขึ้นไปโดยทุจริตให้ทำงานให้แก่ตนเองหรือให้แก่บุคคลอื่น โดยมีเจตนาไม่ชำระค่าแรงงานหรือค่าจ้างแก่บุคคลที่ถูกจ้างนั้น หรือโดยจะให้ค่าแรงงานต่ำกว่าที่ตกลงกัน

2.6.1.5 กรณีข้อโกงค่าอาหารและโรงแรม

ในมาตรา 345 กำหนดให้การข้อโกงค่าอาหารและโรงแรมเป็นกรณีที่บริโภคอาหารหรือเครื่องดื่ม หรือเข้าอยู่ในโรงแรมโดยรู้อยู่แล้วว่าตนไม่อาจชำระเงินใช้จ่ายดังกล่าวมาได้

2.6.1.6 กรณีหลอกให้ผู้อื่นเสียทรัพย์สิน

ในมาตรา 346 กำหนดให้การหลอกให้ผู้อื่นเสียทรัพย์สินเป็นกรณีที่เอาทรัพย์สินของผู้อื่นมาเป็นของตนหรือของบุคคลอื่น ทำการหลอกลวงบุคคลใดให้จำหน่ายซึ่งทรัพย์สินในทางเสียเปรียบโดยอาศัยเหตุที่ผู้ถูกชักจูงไม่รู้เท่าทันตน ไม่สามารถพิจารณาข้อเท็จจริงได้และไม่เข้าใจตามควรซึ่งสาระสำคัญแห่งการกระทำของตนจนผู้ถูกหลอกจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินนั้น

2.6.1.7 กรณีข้อโกงประกันวินาศภัย

ในมาตรา 347 กำหนดให้การข้อโกงประกันวินาศภัยเป็นกรณีที่แกล้งทำให้เกิดเสียหายแก่ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุที่เอาประกันภัย เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์จากการประกันวินาศภัย โดยกฎหมายบัญญัติให้ความผิดในหมวดนี้ นอกจากตามมาตรา 343 แล้ว ตามมาตราอื่นๆเป็นความผิดที่ไม่ใช่ความผิดอาญาแผ่นดินและยอมความกันได้

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าในประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะ และจากแนววินิจฉัยของศาลในปัจจุบันยังมองว่ากรณีการฉ้อโกงในลักษณะหรือด้วยวิธีการดังกล่าว เป็นการฉ้อโกงตามมาตรา 341

กรณีเป็นการฉ้อโกงทั่วไป หรือตามมาตรา 343 กรณีเป็นการฉ้อโกงประชาชน และหากมีผู้ร่วมกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งคนก็เป็นการร่วมกันกระทำความผิดในฐานะตัวการร่วมเท่านั้น นอกจากนี้ ก็ไม่ได้บัญญัติให้การฉ้อโกงด้วยวิธีการดังกล่าว เป็นลักษณะของเหตุเพิ่มโทษหรือเหตุฉกรรจ์ที่จะต้องได้รับโทษหนักขึ้นกว่าเดิม

2.6.2 พระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527

พระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มีบทบัญญัติสำคัญที่เกี่ยวกับการฉ้อโกง ดังนี้

2.6.2.1 นิยามของการกู้ยืมเงิน

ตามมาตรา 3 วรรคแรก ได้ให้ความหมายของคำว่า “กู้ยืมเงิน” หมายความว่า การรับเงิน ทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์อื่นใด ไม่ว่าในลักษณะของการรับฝาก การกู้ยืม การจำหน่ายบัตรหรือสิ่งอื่นใด รวมถึงการรับเข้าเป็นสมาชิก การรับเข้าร่วมลงทุน การรับเข้าร่วมกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือในลักษณะอื่นใดด้วย โดยจ่ายผลตอบแทน หรือตกลงว่าจะจ่ายผลตอบแทนแก่ผู้ให้กู้ยืมเงินนั้น ไม่ว่าจะเป็นการรับเพื่อตนเองหรือรับในฐานะตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้กู้ยืมเงินหรือของผู้ให้กู้ยืมเงิน หรือในฐานะอื่นใด และไม่ว่าการรับหรือจ่ายเงิน ทรัพย์สิน ผลประโยชน์อื่นใด หรือผลประโยชน์ตอบแทนนั้นจะกระทำด้วยวิธีการใดๆก็ตาม

2.6.2.2 การกู้ยืมเงินอันเป็นการฉ้อโกงประชาชน

ตามมาตรา 4 ได้กำหนดให้ผู้ใดทำการโฆษณาหรือประกาศให้ปรากฏต่อประชาชนหรือกระทำด้วยประการใดๆให้ปรากฏแก่บุคคลตั้งแต่สิบคนขึ้นไป ว่าในการกู้ยืมเงินจะจ่ายหรืออาจจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนให้ตามพฤติการณ์แห่งการกู้ยืมเงินในอัตราที่สูงกว่า อัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่สถาบันการเงินตามกฎหมายจะพึงจ่ายได้ โดยผู้กระทำรู้อยู่แล้วว่าจะนำเงินจากผู้ให้กู้ยืมเงินรายนั้นมาจ่ายหมุนเวียนให้แก่ผู้ให้กู้ยืมเงิน หรือโดยที่รู้อยู่แล้วว่าไม่สามารถทำธุรกิจใดๆโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะให้ผลตอบแทนพอเพียงที่จะนำมาจ่ายในอัตรานั้นได้ รวมทั้ง กรณีที่ผู้ใดที่ไม่มีใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับปัจจัยชำระเงินต่างประเทศตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน ดำเนินการหรือให้พนักงาน ลูกจ้างหรือบุคคลใดดำเนินการโฆษณา ประกาศหรือชักชวนประชาชนให้ลงทุนโดยซื้อหรือขายเงินตราสกุลใดสกุลหนึ่งหรือหลายสกุล หรือเก็งกำไร หรืออาจจะได้รับผลประโยชน์จากการเปลี่ยนแปลงของอัตราแลกเปลี่ยนเงิน ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดฐานกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนด้วย

2.6.2.3 กรณีที่ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน

ในมาตรา 5 ได้กำหนดให้ผู้ใดในการกู้ยืมเงินหรือจะกู้ยืมเงินได้มีการโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปหรือแพร่ข่าวด้วยวิธีอื่นใด หรือได้กู้ยืมเงินจากผู้ให้กู้ยืมเงินเกินสิบคนซึ่งมีจำนวนเงินกู้ยืมรวมกันตั้งแต่ห้าล้านบาทขึ้นไป และผู้นั้นจ่ายหรือโฆษณาว่าจะจ่ายผลตอบแทนให้สูงกว่าอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่สถาบันการเงินตามกฎหมายจะพึงจ่ายได้ ผู้นั้นต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดฐานกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 4

2.6.2.4 ระวางโทษของการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน

ในมาตรา 12 ได้กำหนดให้บุคคลใดที่ได้กระทำความผิดตามมาตรา 4 หรือมาตรา 5 ตามพระราชกำหนดนี้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

จากบทบัญญัติ จะเห็นได้ว่าพระราชกำหนดดังกล่าวไม่ได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกง โดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะเช่นกัน เป็นเพียงการขยายความเพื่อให้ครอบคลุมถึงวิธีการดังกล่าวบ้างเท่านั้น และบทบัญญัติใช้ได้กับเฉพาะกรณีที่มีลักษณะเป็นการกั๊ยืมเงิน ที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนตามพระราชกำหนดดังกล่าวเท่านั้น แต่ไม่ได้ครอบคลุมถึงการฉ้อโกงในกรณีอื่นๆ ด้วย และอัตราโทษที่กำหนดไว้ก็ไม่ได้สูงกว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามากเท่าใด

บทที่ 3

ความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายของต่างประเทศ

ในประเทศต่างๆที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงไว้และอาจมีองค์ประกอบของความผิดที่เหมือนและแตกต่างกันออกไป แต่ส่วนมากจะมีจุดหมายเดียวกัน คือเพื่อป้องกัน และปราบปรามผู้ที่กระทำความผิด โดยมีระบบกฎหมายที่สำคัญที่เป็นพื้นฐานทุกประเทศต่างๆ อยู่สองระบบที่สำคัญ ได้แก่ ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ดังนั้น การศึกษาถึงปัญหาของบทบัญญัติกฎหมายต่างๆที่เกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศไทย นอกจากจะต้องศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญแล้ว ยังต้องศึกษาถึงแนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงของต่างประเทศด้วย เพื่อทำการเทียบเคียงและค้นหาวิธีการหรือแนวทางการแก้ไขปัญหาของประเทศไทย พร้อมทั้งเสนอแนะการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

3.1 ประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีใช้กฎหมายระบบ Civil Law หรือเรียกอีกอย่างว่าระบบกฎหมาย ที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยระบบนี้มีหลักการสำคัญว่าหากไม่มีกฎหมายบัญญัติและกำหนดโทษไว้ การกระทำที่นอกเหนือจากที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ก็จะเป็นความผิด โดยแนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี สรุปพอสังเขปได้ดังนี้

3.1.1 แนวคิดและวิวัฒนาการของความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายของประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีแต่เดิมไม่ได้บัญญัติความผิดฐานฉ้อโกงเอาไว้ โดยบัญญัติไว้แต่เพียงความผิดฐานลักทรัพย์เท่านั้น แต่ต่อมาได้มีการบัญญัติความผิดฐานฉ้อโกงในลักษณะที่เป็นอยู่ในปัจจุบันในประมวลกฎหมายอาญาสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1871 และต่อมาตามประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ.1998 โดยคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานฉ้อโกงนี้ คือทรัพย์สิน ซึ่งหมายถึงสมบัติทั้งหลายทั้งปวงที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจการจำหน่าย จ่าย โอนของบุคคล แต่ไม่รวมถึงความไว้วางใจของผู้อื่นและไม่ใช่เสรีภาพในการจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สิน³⁵ โดยทรัพย์ทุกอย่างจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แม้จะเป็นทรัพย์สินของขโมย และบุคคลที่ได้ทรัพย์สินมาจากความผิดฐานฉ้อโกงด้วย แม้กรณีที่ไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานฉ้อโกง แต่ถ้าได้สิทธิใด ๆ มาโดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จที่เกิดจากกิจการอันฝ่าฝืนศีลธรรม อันดี บุคคลนั้นก็มีความผิดฐานฉ้อโกง

3.1.2 องค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายของประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี

³⁵ คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545) 267.

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1998 (The German Penal Code of 1998) หมวด 12 ความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงและยกยอก ตั้งแต่มาตรา 263-265a รวมทั้งสิ้น 6 มาตรา ซึ่งสามารถแบ่งลักษณะออก เป็นสองประการสำคัญ คือ การฉ้อโกงในลักษณะทั่วไปและการฉ้อโกงเฉพาะกรณี โดยการฉ้อโกงในลักษณะทั่วไป ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 263 และการฉ้อโกงเฉพาะกรณีมีบัญญัติไว้ทั้งสิ้น 5 มาตรา ได้แก่ มาตรา 263a มาตรา 264 มาตรา 264a มาตรา 265 และมาตรา 265a³⁶ โดยสาระสำคัญในเรื่องความผิดฐานฉ้อโกงและการฉ้อฉลตามกฎหมายดังกล่าว สรุปได้ดังนี้

ในมาตรา 263 (1) ได้บัญญัติถึงความผิดฐานฉ้อโกงไว้ว่า ผู้ใดโดยเจตนาพิเศษเพื่อให้ได้ มาซึ่งประโยชน์ในทางทรัพย์สินอันมิชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือบุคคลที่สาม ทำให้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นเสียหายโดยการหลอกลวงผู้อื่นด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือเปลี่ยนแปลง แก้อ้อ หรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าห้าปี³⁷

โดยความผิดฐานฉ้อโกงของสหพันธ์ประเทศสาธารณรัฐเยอรมนีตามมาตรา 263 (1) นั้น เป็นความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน และคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานฉ้อโกงนี้คือทรัพย์สินส่วนองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฉ้อโกง คือการหลอกลวง การหลงเชื่อ การโอนทรัพย์สิน และความเสียหายในทางทรัพย์สิน ซึ่งจะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ที่เชื่อมโยงกันระหว่างองค์ประกอบทั้ง 4 ประการ กล่าวคือ การหลอกลวงต้องเป็นเหตุให้เกิดการหลงเชื่อ และการหลงเชื่อทำให้เกิดการโอนทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวง และผลจากการโอนทรัพย์สินนั้นก่อให้เกิดความเสียหายในทางทรัพย์สินแก่ผู้ถูกหลอกลวงขึ้น ส่วนองค์ประกอบภายในของความผิดฐานฉ้อโกงนี้ประกอบไปด้วยเจตนาธรรมดา และเจตนาพิเศษที่ผู้กระทำผิดจะได้ทรัพย์สินเพิ่มขึ้น ซึ่งการได้ทรัพย์สินเพิ่มขึ้นนั้นต้องเป็นไปโดยการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยแยกอาจพิจารณาได้ดังนี้

3.1.2.1 องค์ประกอบภายนอก

ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถแบ่งองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฉ้อโกงออกเป็น 4 ประการ ดังนี้³⁸

ก. การหลอกลวง (Täuschung)

ความผิดฐานฉ้อโกง หมายถึง การทำให้เข้าใจผิดไปจากข้อเท็จจริง เนื้อหาของการหลอกลวง โดยมีได้เฉพาะแต่ข้อเท็จจริงเท่านั้น ซึ่งหมายถึงเหตุการณ์หรือสภาวะการณ์ในปัจจุบันหรืออดีตที่พิสูจน์ได้ และ

³⁶ ภาวิณี นครพัฒน์, 'ความผิดฐานฉ้อโกงบริการ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560) 72.

³⁷ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, 'ความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา 263 วรรคแรก ของประมวลกฎหมายเยอรมัน' (กันยายน-ธันวาคม 2548) 3 ตุลาคม, 192.

³⁸ เฟ็งอ่าง 193.

ข้อเท็จจริงดังกล่าวนอกจากจะเป็นข้อเท็จจริงภายนอก เช่น แหล่งที่มาของทรัพย์สิน ความสามารถในการชำระหนี้ของลูกค้านี้ ยังรวมถึงข้อเท็จจริงภายในด้วย เช่น ความเชื่อ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยในเชิงคุณค่า การแสดงความคิดเห็น ข้อเท็จจริงในอนาคต ไม่ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงตามความหมายของมาตรา 263

โดยจุดแบ่งระหว่างการแสดงความคิดเห็นหรือการวินิจฉัยในเชิงคุณค่ากับข้อเท็จจริงนั้นพิจารณาได้ คือการแสดงความคิดเห็นต้องพิจารณาจากเนื้อหาในทางภาวะวิสัย รวมทั้งเนื้อหาของข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ การมีหรือขาดไปซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวจะนำไปสู่ความเข้าใจที่ถูกต้องหรือไม่ ต้องพิจารณาการกระทำที่เป็นการหลอกลวง ดังนี้

(1) การแสดงข้อความอันเป็นเท็จ (Vorspiegeln einer falschen Tatsache)

คือ การแสดงข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งแก่บุคคลอื่นว่ามีข้อเท็จจริงดังกล่าว ซึ่งในความเป็นจริงนั้นไม่มีข้อเท็จจริงดังกล่าวเกิดขึ้น โดยรูปแบบของการแสดงข้อความอันเป็นเท็จอาจเป็นไปในลักษณะของการยืนยันว่ามีข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งอยู่ หรือการยืนยันว่าไม่มีข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งอยู่ ซึ่งการยืนยันดังกล่าวนั้นตรงข้ามกับความเป็นจริง โดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จอาจกระทำด้วยการเขียน ด้วยวาจา ด้วยการบอกข้อเท็จจริงที่ขัดต่อความจริง หรือโดยวิธีการอื่นๆที่ถึงขนาดว่าเป็นการหลอกลวง และข้อความที่กล่าวนั้นจะต้องเป็นข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้นในอดีตหรือกำลังเกิดขึ้นในปัจจุบันอันหนึ่งอันใด หรือเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องเกิดขึ้น อย่างแน่นอน หากเป็นข้อความที่พูดถึงอนาคต โดยทั่วไปไม่ถือว่าเป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ ส่วนการให้คำมั่นสัญญาว่าจะกระทำการหรือไม่กระทำการดังที่ให้คำมั่นหรือที่เรียกว่าการให้คำมั่นอันเป็นเท็จ จะถือว่าเป็นการหลอกลวงอันจะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงหรือไม่นั้นตามกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้คำว่าหลอกลวง บิดเบือน หรือปกปิดข้อความจริงประกอบกับ ตำราทางกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันและคำพิพากษาของศาลสูงที่ถือว่าความคิดที่อยู่ในใจก็เป็นข้อเท็จจริง ดังนั้น การหลอกลวงโดยการแสดงข้อเท็จจริงภายใน อันเป็นเท็จ เช่น ยืมเงินผู้ใดโดยเจตนาจะไม่ใช้คืนมาแต่แรก ถือว่าเป็นการได้ทรัพย์สินมาโดยมีเจตนาในขณะนั้นไม่ตรงตามการกระทำที่เขาจะกระทำในอนาคตจึงเป็นความผิดฐานฉ้อโกง

(2) การเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความจริง (Entstellung wahrer Tatsachen)

คือ การที่ลักษณะโดยรวมของข้อเท็จจริงดังกล่าวถูกเปลี่ยนแปลงไปโดย มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการไขว้เขวหรือถูกแต่งเติมหรือถูกตัดออกในส่วนรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญ

(3) การปกปิดข้อความจริง (Ein Unterdrücken wahrer Tatsachen)

การปกปิดข้อความจริง คือการกระทำที่เป็นการทำให้บุคคลอื่นไม่ทราบถึง ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง การกระทำที่เป็นการปฏิบัติเพื่อซ่อนเร้นข้อเท็จจริงไม่ให้คู่กรณีรู้ เช่น การกลบเกลื่อนร่องรอยตำหนิของทรัพย์สิน หรือการกระทำโดยการนิ่งในกรณีที่มีหน้าที่ตามกฎหมายให้ต้องพูด แต่กรณีที่ไม่มีความหมายกำหนดไว้ไม่ถือว่าเป็นการหลอกลวง ส่วนหน้าที่ในทางศีลธรรมนั้นไม่มีกฎหมายใดกำหนดว่าการปกปิดข้อความจริงจะต้องกระทำโดยศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถือว่าการเจียบเป็นการปกปิดข้อความจริง โดยเฉพาะ

อย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซึ่งเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของความไว้วางใจซึ่งกันและกันของคู่สัญญา ทั้งนี้ การปกปิดข้อความจริงอาจกระทำโดยเปิดเผย หรือโดยปริยาย หรือโดยงดเว้นการกระทำโดยมีรายละเอียดดังนี้

(3.1) การหลอกลวงโดยการกระทำ คือการทำให้ความคิดเห็นของบุคคลอื่นต้องเปลี่ยนไปโดยรู้สำนึก แต่ในกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นการหลอกลวงแล้ว ถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบภายนอกของการหลอกลวง

(3.2) การหลอกลวงโดยการงดเว้น โดยตามความเห็นของฝ่ายข้างมาก เห็นว่าการฉ้อโกงตามมาตรา 263 อาจเกิดขึ้นจากการงดเว้นได้ โดยการกระทำใดโดยผู้กระทำมีหน้าที่ให้ข้อเท็จจริงนั้นอาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้กระทำอยู่ในฐานะเป็นผู้รับประกันตามพฤติการณ์หรือตามกฎหมาย และเห็นว่าฐานะของการเป็นผู้รับประกันในส่วนของความผิดฐานฉ้อโกงอาจเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ที่ไว้วางใจกันเป็นพิเศษ ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากสัญญาหรือหลักของความซื่อสัตย์และไว้วางใจ ส่วนการงดเว้นการกระทำใดที่จะถือว่าเป็นการหลอกลวงนั้นเป็นเรื่องที่จะต้องตีความเป็นกรณีๆ ไป โดยขึ้นอยู่กับทัศนคติโดยทั่วไปของคู่กรณี หรือสังคมโดยส่วนรวมที่จะเห็นว่าการงดเว้นการกระทำดังกล่าวเป็นการหลอกลวงหรือไม่ ส่วนเรื่องหน้าที่ทางศีลธรรมและการฉ้อโกงโดยการงดเว้นที่มีลักษณะคล้ายกัน คือมีการปกปิดข้อความจริงเหมือนกัน แต่การฉ้อโกงโดยการงดเว้นเป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการให้อีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบ ส่วนหน้าที่ในทางศีลธรรมนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ผู้มีหน้าที่ในทางศีลธรรมให้ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง

ข. การหลงเชื่อ (Irrtum)

การหลงเชื่อต้องเป็นผลมาจากการหลอกลวง ซึ่งการหลงเชื่อนั้นจะต้องเป็นการขัดแย้งกันระหว่างสิ่งที่ผู้ถูกหลอกลวงคิดและความเป็นจริง ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าถ้าได้มีการตรวจสอบอย่างเพียงพอแล้วจะได้รู้ถึงความไม่ถูกต้องหรือไม่ การมีส่วนผิดของผู้ถูกหลอกลวงนั้น มีผลแต่เพียงทำให้ความน่าตำหนิการกระทำลดลง แต่ประเด็นดังกล่าวเป็นเรื่องที่จะต้องนำมาพิจารณาในส่วนที่ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ การหลงเชื่อนั้นไม่เพียงแต่เกิดจากการที่ผู้กระทำผิดได้ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงเข้าใจผิด แต่รวมถึงการที่ผู้กระทำผิดได้ตอกย้ำความเข้าใจผิดของผู้ถูก หลอกลวงที่มีอยู่แต่เดิมแล้วให้มีความหนักแน่นมากยิ่งขึ้น หรือขัดขวาง หรือทำให้ยุ่งยากยิ่งขึ้นซึ่ง การที่จะแก้ความเข้าใจผิด แต่การไม่รู้ข้อเท็จจริงหรือการคิดแต่เพียงว่าทุกอย่างเป็นไปตามระเบียบทุกอย่างไม่มีปัญหา ไม่ถือว่าเป็นการทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหลงเชื่อ

ค. การโอนทรัพย์สิน (Vermögensverfügung)

ในมาตรา 263 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ใช้คำว่า “หลอกลวงให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น” ในขณะที่ผู้ถูกหลอกลวงและผู้ทำการโอนทรัพย์สินต้องเป็นบุคคลคนเดียวกัน แต่ผู้ทำการโอนทรัพย์สินและผู้ได้รับความเสียหาย ไม่จำเป็นต้องเป็นคนเดียวกัน เพราะการโอน

ทรัพย์สินของผู้ถูกลอกลงนั้นอาจทำให้ทรัพย์สินของตนหรือบุคคลอื่นลดลงก็ได้ หมายความว่าผู้ถูกลอกลงต้องอยู่ในฐานะที่จะจำหน่ายทรัพย์สินของผู้เสียทรัพย์สินไป

ทั้งนี้ การหลงเชื่อของผู้ถูกลอกลงต้องเป็นผลโดยตรงให้มีการโอนทรัพย์สินให้เกิดขึ้น ถ้าการลอกลงเป็นแต่เพียงผลที่ทำให้ผู้ถูกลอกลงมีโอกาสที่จะทำให้ทรัพย์สินของผู้ถูกลอกลงลดลงด้วยการกระทำอันอื่นของตนไม่ถึงว่าการหลงเชื่อของผู้ถูกลอกลงนั้น เป็นผลโดยตรงที่จะให้มีการโอนทรัพย์สินเกิดขึ้น เช่น การที่บุคคลใดได้เอกสารที่มีการลงลายมือชื่อไว้แล้วมาโดยไม่ชอบ โดยเอกสารดังกล่าวยังไม่มีการกรอกรายละเอียดใดๆลงไว้และได้เติมข้อความโดยรู้ว่าจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ลงลายมือชื่อไว้ในเอกสารนั้น แต่อย่างไรก็ตาม ผลโดยตรงที่ทำให้ทรัพย์สินของผู้ถูกลอกลงลดลงนี้อาจเกิดขึ้นจากหลายๆการกระทำ ในด้านของผู้เสียหายอันส่งผลไปสู่การทำให้ทรัพย์สินของผู้ถูกลอกลงลดลงก็ได้ เช่น พนักงานสินเชื่อที่ถูกลูกค้าหลอกได้เสนอความเห็นให้อนุมัติเงินกู้โดยกรรมการที่มีอำนาจในการออกเงินกู้ ซึ่งการลดลงของทรัพย์สินต้องเป็นผลโดยตรงจากการโอนทรัพย์สินนั้น การลดลงของทรัพย์สินจะต้องไม่นำไปรวมกับเรื่องการทำทรัพย์สินเสียหาย เนื่องจากการทำให้ทรัพย์สินเสียหายเป็นเรื่องของการค้นหาความเสียหายในทางทรัพย์สิน ไม่ได้มีการเพิ่มขึ้นของทรัพย์สิน

โดยการที่ผู้ถูกลอกลงได้ทำการโอนสิทธิเรียกร้องต่างๆ ไม่ว่าจะโดยรู้ตัวหรือโดยไม่รู้ตัวนั้น ในกรณีที่สิทธิเรียกร้องดังกล่าวถ้าผู้ถูกลอกลงไม่ทราบถึงการมีอยู่ของสิทธิเรียกร้องดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นข้อสาระสำคัญ ยกเว้นกรณีของการฉ้อโกงทรัพย์สินเท่านั้นที่จะต้องมีการรู้สำนึกของการโอนทรัพย์สิน ด้วยเหตุนี้จึงถือว่ามีการโอนทรัพย์สินแล้ว ทั้งนี้ การที่จะถือว่า การลอกลงได้นำไปสู่การโอนทรัพย์สินนั้นเพียงแค่การมีส่วนทำให้ผู้ถูกลอกลงที่ทำการโอนทรัพย์สินนั้นหลงเชื่อหรือไม่เปลี่ยนแปลงความหลงเชื่อดังกล่าวก็เพียงพอแล้ว โดยไม่จำเป็นว่า การทำให้ผู้ถูกลอกลงหลงเชื่อนั้นต้องเป็นเหตุๆเดียวอันนำไปสู่การโอนทรัพย์สิน

โดยสาระสำคัญขององค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือความเสียหายต่อทรัพย์สินโดยความเสียหายดังกล่าวดูที่ความเสียหายเปรียบที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายในความแตกต่างของราคาทรัพย์สินภายหลังการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงและราคาทรัพย์สินที่จะมีถ้าหากไม่มี การกระทำความผิดฐานฉ้อโกง โดยความเสียหายในทางทรัพย์สินนั้นต้องเกิดขึ้นโดยตรงจากการโอน³⁹ ถ้าการกระทำของผู้ลอกลงเป็นเพียงการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกลอกลงสามารถทำการ อันเป็นการเสียหายได้ ความผิดฐานฉ้อโกงเกิดขึ้นไม่ได้ เพราะปราศจากความสัมพันธ์ภายในขององค์ประกอบภายนอก

ทั้งนี้ องค์ประกอบภายนอกที่สำคัญอีกประการของความผิดฐานฉ้อโกง คือต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล กล่าวคือ ต้องมีการกระทำอันเป็นการลอกลงและเกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อคู่กรณี ฝ่ายที่ถูกลอกลงได้ทำการอันเป็นการจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินที่เป็นของตนหรือของผู้อื่น ทั้งนี้ การได้ทรัพย์สินใดๆมาโดยการลอกลงจากประโยชน์ที่เกิดจากกิจการอันฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีและนำไปใช้ในกิจการอันฝ่าฝืนกฎหมายและขัดต่อความสงบ

³⁹ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 35) 160.

เรียบริ้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น กฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเห็นว่าการได้มาโดยการหลอกลวงซึ่งสิทธิที่เกิดแต่กิจการอันฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานฉ้อโกง แต่ถ้าหลอกลวง เอาทรัพย์สินจากประโยชน์ที่เกิดจากกิจการอันไม่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีแล้วนำเอาไปใช้ในกิจการอันฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีแล้วจะถือว่าเป็นความผิดฐานฉ้อโกงได้

4) ความเสียหายในทางทรัพย์สิน (Vermögensschaden)

การกระทำความผิดฐานฉ้อโกงอาจเกิดขึ้นในระหว่างที่ทำการพิจารณาคดีก็ได้ ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเสนอพยานหลักฐานอันเป็นการหลอกลวงผู้พิพากษาและทำให้ผู้พิพากษามีคำพิพากษาออกมาอย่างผิดๆและเป็นที่เสียประโยชน์ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเคยลงมติที่จะถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นความผิดฐานฉ้อโกง แต่ในที่สุดก็ไม่ตัดสินว่าเป็นความผิดฐานฉ้อโกง โดยแนวทางที่จะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงสำเร็จได้ก็ต่อเมื่อเกิดความเสียหายในทางทรัพย์สินที่เป็นของผู้อื่นเท่านั้น⁴⁰

3.1.2.2 องค์ประกอบภายใน

ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีองค์ประกอบภายในของความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา 263 แบ่งออกเป็น 2 ประการ ได้แก่

ก. เจตนาธรรมดา

ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาที่จะโกงและเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิดและความเสียหายต่อทรัพย์สิน

ข. เจตนาพิเศษ

สาระสำคัญทางด้านจิตใจที่ก่อให้เกิดการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงและมีส่วนก่อให้เกิดความผิดฐานนี้คือสาเหตุหรือมูลเหตุจูงใจ หรือที่เรียกว่าเจตนาพิเศษนั่นเอง ซึ่งหมายความว่า “เพื่อแสวงหากำไรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นในทางทรัพย์สิน” โดย “กำไร” หมายถึง มูลค่าที่เพิ่มขึ้นในทรัพย์สิน กำไรดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อบุคคลนั้นได้มาโดยไม่มียุติ

ทั้งนี้ สังเกตว่ากรณีที่ผู้กระทำความผิดได้ใช้กลอุบายเพื่อเปิดโอกาสให้ตนสามารถเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานฉ้อโกง เพราะการได้ทรัพย์สินไปนั้นไม่ได้เกิดจากการที่เจ้าของทรัพย์สินเต็มใจโอนให้จากการถูกหลอกลวงของผู้ที่กระทำความผิด ซึ่งเป็นการทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานลักทรัพย์ ไม่ใช่ฉ้อโกง ซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมายคือตัวทรัพย์สิน

3.1.3 เหตุผลกรรจ์ในความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

เหตุผลกรรจ์ในความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 263 (3) โดยมีบทลงโทษหนักขึ้นกว่าการฉ้อโกงตามปกติโดยต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 10 ปี โดยอาจสรุปได้ดังนี้

1) ตามมาตรา 263 (3) 1 กรณีกระทำการเป็นอาชีพหรือเป็นสมาชิกของกลุ่มมิฉฉาชีพร่วมกันปลอมแปลงเอกสารหรือฉ้อโกงอันเป็นการกระทำอย่างต่อเนื่อง

⁴⁰ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 271.

2) ตามมาตรา 263 (3) 2 กรณีการกระทำเป็นเหตุให้เสียหายแก่ทรัพย์สินเป็นจำนวนมากหรือกระทำการฉ้อโกงอย่างต่อเนื่องเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของคนจำนวนมาก

3) ตามมาตรา 263 (3) 3 กรณีการกระทำเป็นเหตุให้เสียหายแก่บุคคลอื่นที่มีความจำเป็นในทางการเงิน

4) ตามมาตรา 263 (3) 4 กรณีการกระทำการเป็นเจ้าพนักงานใช้อำนาจฉ้อฉลหรือทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่

5) ตามมาตรา 263 (3) 5 กรณีการกระทำแก่งัดให้เกิดการเอาประกันหลังจากได้ทำให้เกิดการวางเพลิงจนทำให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งของมีค่าทั้งหมดหรือบางส่วนโดยการวางเพลิงนั้นเป็นเหตุให้เรืออัปปางลง

นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นอีก เช่น ตามมาตรา 263 (5) คือ เมื่อเป็นสมาชิกของคณะบุคคลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการเกี่ยวกับความผิดตามมาตรา 264 ถึงมาตรา 265 และได้กระทำความผิดฉ้อโกง ต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และในกรณีที่ไม่มีรายได้ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี รวมถึงในกรณีอื่น ได้แก่ ความผิดฐานฉ้อโกงโดยคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 263a คือ การนำข้อมูลในคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นมาใช้โดยมิได้รับอนุญาตเพื่อให้ตนหรือบุคคลภายนอกได้รับประโยชน์ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับ หรือความผิดฐานฉ้อโกงการลงทุนตามมาตรา 264a คือ การนำเสนอข้อมูลที่เป็นเท็จในการออกหลักทรัพย์ในการลงทุนหรือการให้ข้อมูลเท็จเพื่อปิดบังเป็นการตัดสินใจในการลงทุนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ หรือการความผิดฐานฉ้อโกงประกันภัยตามมาตรา 265 ซึ่งบัญญัติว่าการทำลายหรือทำให้ไร้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่ตนหรือบุคคลที่สามได้เอาประกันภัยไว้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับในอัตราที่ไม่น้อยกว่าการฉ้อโกงทั่วไป⁴¹

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงไว้ค่อนข้างครอบคลุมในหลายๆ กรณีของความผิดฐานฉ้อโกง รวมทั้งมีการนำเอาจำนวนของความเสียหายและจำนวนของผู้เสียหายมาเป็นส่วนหนึ่งในการกำหนดโทษเพิ่มขึ้นอีกด้วย

3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐฟลอริดา

ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมาย Common Law แต่แนวคิดตามกฎหมายอาญานั้นมีความสลับซับซ้อนพอสมควร เนื่องจากได้รับอิทธิพลการตีความกฎหมายตามแนวคิดระบบกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษและได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจจากยุโรป⁴² เมื่อผสมกับ

⁴¹ ภาวิณี นครพัฒน์ (เชิงอรธ 36) 74-75.
⁴² ศิลพล กุศลศิลป์วุฒิ, 'ความรับผิดชอบ : เปรียบเทียบไทยกับสหรัฐอเมริกา' ใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (บรรณาธิการ) ยีนหยัดบนหลักนิติธรรม (คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557) 162-163.

โครงสร้างระบอบการปกครองแบบสหรัฐ (Federalism) ที่มีรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐจึงทำให้ระบบและโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญามีความแตกต่างกันไปทั้งระหว่างมลรัฐด้วยกันและระหว่างมลรัฐกับศาลของรัฐบาลกลาง เนื่องจากแต่ละรัฐมีเสรีภาพในการบัญญัติกฎหมายอาญาเป็นของตน แต่รัฐส่วนใหญ่ยอมรับเอาตัวแบบของกฎหมายที่เรียกว่า ประมวลกฎหมายอาญาต้นแบบ (Model Penal Code) ซึ่งร่างขึ้นระหว่างปี ค.ศ.1950 ถึง ค.ศ.1970 โดยบางรัฐรับเอามาใช้ทั้งหมดแต่บางรัฐก็รับเอาเพียงบางส่วนเท่านั้น โดยกฎหมายอาญาต้นแบบ (Model Penal Code) นั้นไม่ได้บัญญัติความผิดฐานฉ้อโกงในลักษณะของ False Pretense ไว้ แต่เป็นการบัญญัติความผิดในลักษณะที่เป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินและความผิดที่เกี่ยวข้องกับการได้ ทรัพย์สิน โดยการหลอกลวง (Theft and Related Offenses by Deception) ซึ่งในกฎหมายอาญาต้นแบบ (Model Penal Code) ได้บัญญัติความผิดฐานการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินด้วยการหลอกลวง (Theft by Deception) ไว้ในมาตรา 223.3 โดยจะมีความหมายกว้างกว่า ซึ่งรวมถึงการลักทรัพย์ โดยใช้กลอุบายอยู่ด้วย ทั้งนี้ แนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศสหรัฐอเมริกา สรุปพอสังเขปได้ดังนี้

3.2.1 วิวัฒนาการและกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นใช้คำว่า “Theft” ในความหมายอย่างกว้างกว่าความผิดฐานลักทรัพย์จากความเข้าใจทั่วไป โดยคำว่า “Theft” มีการกระทำทั้งสิ้นสามรูปแบบ ได้แก่ การลักทรัพย์ (Larceny) การยักยอกทรัพย์ (Embezzlement) และ การฉ้อโกง (False Pretense) โดยความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทั้งสามรูปแบบดังกล่าวฐานความผิดที่มีความคล้ายคลึงกัน คือ การลักทรัพย์โดยใช้กลอุบาย (Larceny by Trick) ก็กับการฉ้อโกง (Fraud or False Pretenses) ซึ่งเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันโดยเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินด้วยการหลอกลวง (Theft by Deception) แต่ที่แตกต่างกัน คือ การฉ้อโกงผู้กระทำความผิดได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่ในขณะที่การลักทรัพย์โดยใช้กลอุบายผู้กระทำความผิดได้แค่การครอบครองในทรัพย์สิน

ทั้งนี้ การกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าไม่ใช่การกระทำความผิดเหมือนกรณีต่างๆไปอย่างการลักทรัพย์ วิ่งราวทรัพย์ หรือการปล้นทรัพย์ โดยอาชญากรรมทางเศรษฐกิจเกิดขึ้นครั้งแรกโดยมีรูปแบบการกระทำความผิดอยู่ในการประกอบธุรกิจประเภทลูกโซ่หรือการประกอบธุรกิจแบบพีระมิดซึ่งเป็นการดำเนินธุรกิจในรูปแบบของการฉ้อโกงประชาชนโดยเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนและระบบเศรษฐกิจของประเทศในวงกว้างและยากต่อการป้องกันและปราบปราม จึงมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ คือพระราชบัญญัติการเพิ่มบทลงโทษอาชญากรรมคอปกขาว ค.ศ. 2002 (White-Collar Crime Penalty Enhancement Act of 2002) โดยบัญญัติขึ้น เพื่อแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของรัฐบาลกลาง โดยสาระสำคัญ คือ การเพิ่มบทลงโทษทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการสมรู้ร่วมคิดการฉ้อโกง และการเพิ่มบทลงโทษสำหรับผู้สมคบคิดที่จะกระทำความผิดต่อสหรัฐอเมริกาหรือการฉ้อโกง และการหลอกลวงทางไปรษณีย์และการโอนเงิน โดยหากมีการกระทำความผิดจะกำหนดบทลงโทษสูงถึง 500,000 ดอลลาร์ และโทษจำคุก 5 ปี สำหรับการกระทำโดยประมาท

และรู้เท่าทัน และหากมีการละเมิดพระราชบัญญัตินี้โดยเจตนา จะต้องถูกเปรียบเทียบสูงถึง 1,000,000 ดอลลาร์ และถูกจำคุกสิบปี⁴³

นอกจากกฎหมายดังกล่าว ก็ได้มีการบัญญัติกฎหมาย United States Code ที่ใช้บังคับกับเรื่องของการฉ้อโกงประชาชนไว้ โดยเป็นกฎหมายกลางของประเทศสหรัฐอเมริกาชื่อว่า Federal Law โดยใน U.S. Code Title 18 Part 1 Chapter 47 กำหนดว่าหากมีการฉ้อโกงซึ่งเป็นการหลอกลวง ไม่ว่าจะกระทำโดยเจตนาหรือการบิดเบือนความจริงที่ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือผู้อื่น รัฐบาลกลางจะดำเนินการเพื่อลงโทษการฉ้อโกงตามประเภทต่างๆที่ระบุไว้ โดยการฉ้อโกงในแต่ละประเภทจะมีบทลงโทษเฉพาะที่เกี่ยวข้อง เช่น การฉ้อโกงโดยใช้วิธีการทางจดหมาย (Mail Fraud) และการฉ้อโกงการโอนเงิน โดยกำหนดให้อาชญากรรมที่ใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E - Mail) หรือเทคโนโลยีการสื่อสาร รวมถึงอินเทอร์เน็ตเป็นส่วนหนึ่งของการฉ้อโกงประชาชน⁴⁴ และในบทบัญญัติของ U.S. Code Title 18 เรื่องอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาส่วนที่ 1 ตอนที่ 63. มาตรา 1341 ได้บัญญัติเรื่องการฉ้อโกงและการหลอกลวงอื่นๆไว้ โดยการกระทำความผิดฐานการหลอกลวงและการฉ้อโกงตามมาตรานี้ได้กำหนดให้ผู้ใดวางแผน หรือตั้งใจที่จะวางแผน หรือใช้กลอุบายในการฉ้อโกงเพื่อให้ได้มาซึ่งเงินหรือทรัพย์สินโดยใช้วิธีการหลอกลวง หรือสัญญาว่าจะขาย จำหน่าย ให้กู้ยืมเงิน แลกเปลี่ยน แลกจ่าย หรือจัดหาด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือวิธีการอื่นใด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการหลอกลวง หรือพยายามที่จะหลอกลวงผ่านทางจดหมาย หรือการรับฝากจดหมายที่ได้รับอนุญาต ไม่ว่าจะเรื่องใดก็ตามนั้น จะต้องถูกปรับหรือถูกจำคุกไม่เกิน 20 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากเกิดการฝ่าฝืนเกี่ยวกับหรือเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ใดๆที่ได้รับอนุญาตการขนส่ง การรับส่ง การโอน หรือการเบิกจ่ายที่เกี่ยวข้องกับเหตุฉุกเฉิน หรือส่งผลกระทบต่อสถาบันการเงินบุคคลดังกล่าวจะถูก ปรับไม่เกิน 1,000,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกิน 30 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ⁴⁵ โดยการกระทำความผิดตามมาตรา 1341 นี้ถูกอ้างถึงในพระราชบัญญัติการเพิ่มบทลงโทษอาชญากรรมคอปกขาว ค.ศ.2002 มาตรา 3 บัญญัติว่า หากมีการหลอกลวงหรือการฉ้อโกงตามมาตรา 1341 ให้เพิ่มบทลงโทษจาก 5 ปี เป็น 10 ปี⁴⁶

3.2.2 ความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายของแต่ละรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา

⁴³ ฉินันท์ อิศรางกร ณ อยุธยา, 'อาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสม : ศึกษากรณีการฉ้อโกงประชาชน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2562) 97.

⁴⁴ Mark Theoharis 'Fraud: Laws and Penalties Laws on Federal Fraud' (Criminal Defense Lawyer, March 21, 2023) <<https://www.criminaldefenselawyer.com/crime-penalties/federal/federal-fraud.htm>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

⁴⁵ Cornell Law School, '18 U.S. Code § 1341- Frauds and swindles' (Legal Information Institute, March 21, 2023) <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1341>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

⁴⁶ ฉินันท์ อิศรางกร ณ อยุธยา (เชิงอรธ 43) 100.

ในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ละรัฐนั้นมีเสรีภาพในการบัญญัติกฎหมายอาญาเป็นของตนเอง โดยการยอมรับเอาตัวแบบของกฎหมายอาญาต้นแบบ (Model Penal Code) มาปรับใช้ ดังนั้น ความผิดฐานฉ้อโกงจะต้องพิจารณากฎหมายในระดับมลรัฐด้วย โดยมลรัฐที่น่าสนใจมีดังนี้

3.2.2.1 มลรัฐแคลิฟอร์เนีย

มลรัฐแคลิฟอร์เนียมีกฎหมายที่ชื่อว่าประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย และมีการบัญญัติกฎหมายเรื่องธุรกิจแบบลูกโซ่ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยเป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้มีการวางแผน การเตรียม ก่อตั้ง เสนอ การประกอบธุรกิจหรือดำเนินการใดๆลักษณะที่เป็นลูกโซ่หรือแบบพีระมิด โดยมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้มีการบัญญัติความผิดฐานฉ้อโกงกรณีทั่วไปอยู่ในมาตรา 532 แห่งประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code 1872) และได้มีการบัญญัตินิยามคำว่า “Theft” ไว้เช่นเดียวกันในมาตรา 484 ว่า “Theft” เป็นทั้งการได้ทรัพย์สินไปโดยมิชอบอันเป็นการลักทรัพย์ การได้ทรัพย์สินไปโดยฉ้อฉลต่อความไว้วางใจคือการยักยอกทรัพย์ การได้ทรัพย์สินไปโดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือการใช้กลอุบายเพื่อให้ได้ทรัพย์สิน โดยมาตรานี้เป็นเพียงการรวบรวมความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์มารวมไว้ที่เดียวกัน และไม่ได้บัญญัติความผิดขึ้นใหม่หรือขยายฐานความผิดไปจากเดิม

โดยในประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code 1872) ลักษณะ 13 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หมวด 8 การแสดงตนเป็นบุคคลอื่นและการฉ้อโกง ตั้งแต่มาตรา 528 จนถึง มาตรา 538 โดยความผิดฐานฉ้อโกงได้บัญญัติไว้ตามมาตรา 532 ซึ่งกำหนดความผิดฐานฉ้อโกงเพื่อให้ได้รับเงิน แรงงาน ทรัพย์สิน หรือการบริการ ไว้ว่าผู้ใดแสดงความจริงเพื่อหลอกลวงให้ได้เงิน แรงงานหรือทรัพย์สิน ไม่ว่าจะทรัพย์มีหรือไม่มีรูปร่าง หรือการแสดงผลงานทางการเงินที่เป็นความจริงเพื่อให้ได้รับการอนุมัติเครดิต และการหลอกลวงนั้นทำให้ได้เงินหรือทรัพย์สิน หรือได้รับแรงงานหรือบริการของผู้อื่น ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับความผิดฐานลักทรัพย์ (Larceny) โดยอาจแยกองค์ประกอบของความผิดฐานนี้ได้ดังนี้

- 1) ผู้กระทำความผิดได้มีการแสดงความจริงไม่ว่าจะโดยพฤติกรรมหรือวิธีการใดๆ
- 2) การแสดงความจริงนั้น ต้องกระทำโดยมีเจตนาที่จะหลอกลวงเจ้าของทรัพย์สิน
- 3) ผู้ถูกหลอกลวงหลงเชื่อและได้ส่งมอบทรัพย์สินให้

ทั้งนี้ โทษของการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ ในมาตรา 532 บัญญัติว่าจะต้องระวางโทษเช่นเดียวกับความผิดลักทรัพย์ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 484 ซึ่งลักษณะของการกำหนดโทษจะเป็นไปตามความเสียหายของมูลค่าทรัพย์สิน หากมีความเสียหายมากก็จะได้รับโทษหนัก (Grand Theft) ซึ่งเรียกว่าเป็นความผิดร้ายแรง (Felony) หากความเสียหายน้อยจะเป็นโทษสถานเบา (Petty Theft) ซึ่งมีลักษณะเป็นความผิดลหุโทษ (Misdemeanor) รับโทษเบาที่สุด ซึ่งในบทบัญญัติมาตรา 487 ได้กำหนดลักษณะของการกระทำที่จะเป็นความผิด Grand Theft อันได้แก่ มูลค่าของทรัพย์สินหรือบริการที่ได้ไปโดยการหลอกลวงนั้นมีมูลค่าเกินกว่า 950 ดอลลาร์ และโทษที่จะได้รับตามมาตรา 489 ซึ่งบัญญัติให้ระวางโทษจำคุกในเรือนจำมลรัฐไม่เกิน 1 ปี หรือเรือนจำของสหรัฐ ส่วนโทษ Petty Theft คือ โทษอื่นที่ไม่ใช่ความผิดร้ายแรง ตามมาตรา 490

ที่บัญญัติให้ระวางโทษปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกในเรือนจำของมลรัฐไม่เกิน 6 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากมูลค่าของทรัพย์สินหรือบริการที่ได้รับโดยมิชอบนั้นไม่เกิน 50 ดอลลาร์ จะเป็นความผิดโทษ โดยจะมีโทษปรับไม่เกิน 250 ดอลลาร์ โดยมูลค่าของทรัพย์สินหรือบริการนั้นให้ประมาณมูลค่าที่เกิดขึ้นในวันที่ได้กระทำความผิดดังกล่าว⁴⁷ เป็นสำคัญ

3.2.2.2 มลรัฐฟลอริดา

มลรัฐฟลอริดามีกฎหมายที่บัญญัติถึงเรื่องธุรกิจแบบพรีมิดไว้ ในพระราชบัญญัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Florida's Deceptive and Unfair Trade Practices Act) โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 849.901 เรื่อง ธุรกิจแบบพรีมิด และมาตรา 817.034 เรื่องการฉ้อโกง โดยเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อโกงมีนัยบทลงโทษที่มีการบัญญัติโทษไว้ในมาตรา 817.034 บัญญัติให้บุคคลใดก็ตามที่มีส่วนร่วมในโครงการที่จะฉ้อโกงและได้รับทรัพย์สินมีความผิดในการฉ้อโกง ต้องระวางโทษ โดยมีการแยกการลงโทษออกเป็นระดับตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ทำการฉ้อโกง อาทิเช่น หากจำนวนของทรัพย์สินที่ได้รับมีมูลค่ารวมของ 50,000 ดอลลาร์หรือมากกว่า ผู้ฝ่าฝืนมีความผิดในความผิดทางอาญาในระดับแรก แต่หากจำนวนของทรัพย์สินที่ได้รับมีมูลค่ารวม 20,000 ดอลลาร์หรือมากกว่า แต่น้อยกว่า 50,000 ดอลลาร์ ผู้ฝ่าฝืนมีความผิดและมีโทษจำคุก โดยกำหนดให้จำคุกในเรือนจำของมลรัฐ และโทษปรับ รวมถึงการยึดหรืออายัดทรัพย์สิน และอาจมีการเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบธุรกิจด้วย⁴⁸

จากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานการฉ้อโกงของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐฟลอริดาแล้ว แม้จะไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ แต่จะเห็นได้ว่าหลักการที่สำคัญคือการนำเอามูลค่าของทรัพย์สินหรือบริการที่ได้ไปโดยการฉ้อโกงมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษแก่ ผู้ที่กระทำผิดให้สูงขึ้น ซึ่งถือว่าเป็นการป้องปรามและป้องกันเพื่อไม่ให้กระทำผิดอีกทางหนึ่ง

เมื่อศึกษาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานการฉ้อโกงของต่างประเทศทั้งในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) อย่างประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) อย่างประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐฟลอริดาแล้ว จะเห็นได้ว่า แม้ทั้งสองประเทศจะมีบทบัญญัติที่แตกต่างกัน แต่ในบทบัญญัติก็ได้คำนึงถึงหลักการที่สำคัญ ทั้งการฉ้อโกงที่ได้กระทำผ่านทางคอมพิวเตอร์ รวมทั้งการนำเอามูลค่าของทรัพย์สินหรือบริการที่ได้ไปโดยการหลอกลวงและจำนวนของผู้ที่ได้รับ ความเสียหายจากการฉ้อโกงมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้สูงขึ้น ดังนั้น จึงสามารถนำไปวิเคราะห์

⁴⁷ Justia US Law, '2017 California code, Penal code' (Retrieved, March 21, 2023) <<https://law.justia.com/codes/california/2017/code-pen/>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

⁴⁸ Find Law' Staff, 'Florida Statutes Title XLVI. Crimes § 817.034. Florida Communications Fraud Act' (FindLaw, January 01, 2019) <<https://www.findlaw.com/state/florida-law/florida-pyramid-and-ponzi-scheme-laws.html>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

เทียบเคียงกับกฎหมายของประเทศไทยเพื่อค้นหาวิธีการหรือแนวทางการแก้ไขปัญหาของบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อโกงของประเทศไทยได้

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการฉ้อโกง

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย/ ฟลอริดา	ไทย
- ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ	- ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือ อินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ	- ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือ อินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ
- มีการนำเอามูลค่าของทรัพย์สินที่ได้ไปจากการฉ้อโกงมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้สูงขึ้น โดยกรณีการกระทำเป็นเหตุให้เสียหายแก่ทรัพย์สินเป็นจำนวนมาก ถือเป็นเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฉ้อโกง และมีบทลงโทษหนักขึ้นกว่าการฉ้อโกงตามปกติ	- มีการนำเอามูลค่าของทรัพย์สินที่ได้ไปจากการฉ้อโกงมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้สูงขึ้น โดยแยกการลงโทษออกเป็นระดับตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ทำการฉ้อโกง หรือ กำหนดโทษไปตามความเสียหายของมูลค่าทรัพย์สิน หากมีความเสียหายมากก็จะได้รับโทษหนัก ขึ้น	- ไม่มีการนำเอามูลค่าของทรัพย์สินที่ได้ไปจากการฉ้อโกงมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้สูงขึ้น
- มีการนำเอาจำนวนของ ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการฉ้อโกงมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้สูงขึ้น โดยกรณีการกระทำการฉ้อโกงอย่างต่อเนื่องเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของคนจำนวนมากถือเป็นเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฉ้อโกง และมีบทลงโทษหนักขึ้นกว่าการฉ้อโกงตามปกติ	- ไม่มีการนำเอาจำนวนของผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการฉ้อโกงมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้สูงขึ้น	- ไม่มีการนำเอาจำนวนของผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการฉ้อโกงมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้สูงขึ้น

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานฉ้อโกงทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต ตามกฎหมายของประเทศไทยกับของต่างประเทศ

การฉ้อโกงเป็นการก่ออาชญากรรมทางด้านทรัพย์สินและถือว่าเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจประเภทหนึ่ง และปัจจุบันมีรูปแบบการกระทำที่พัฒนาให้มีความซับซ้อนมากขึ้นโดยเฉพาะการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต แต่กฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงที่ใช้ในปัจจุบันนั้นไม่ได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยวิธีการดังกล่าวเอาไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งที่กรณีดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีลักษณะและวิธีการที่แตกต่างจากการฉ้อโกงโดยทั่วไป และมีผลต่อทั้งจำนวนของผู้เสียหาย มูลค่าของ ความเสียหาย และผลกระทบที่เกิดขึ้นกับทั้งตัวบุคคล สังคม และเศรษฐกิจที่มีจำนวนมากและร้ายแรงกว่าการฉ้อโกงโดยทั่วไป โดยในบทนี้จะได้ทำการวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว พร้อมทั้งเปรียบเทียบกับหลักกฎหมาย แนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญต่าง ๆ และเทียบเคียงกับกฎหมายของต่างประเทศเพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป ดังนี้

4.1 วิเคราะห์ขอบเขตของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศไทย

ปัจจุบันประเทศไทยมีการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อโกงอยู่หลายฉบับทั้งประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติการเล่นแชร์ พ.ศ. 2534 พระราชกำหนดการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 เป็นต้น แต่กฎหมายที่บังคับใช้กับกรณีของการฉ้อโกงโดยวิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดที่สำคัญมีอยู่ 2 ฉบับ ได้แก่

4.1.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ในประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความผิดฐานฉ้อโกงไว้ในภาค 2 ภาคความผิด ลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน หมวด 3 ความผิดฐานฉ้อโกง ตั้งแต่มาตรา 341 ถึงมาตรา 348 โดยในมาตรา 341 เป็นกรณีการฉ้อโกงทั่วไป คือ การกระทำโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงนั้น ทำให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคล ที่สามทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ และในมาตรา 342 ซึ่งเป็นกรณีเหตุฉ้อโกงของการฉ้อโกงทั่วไป ได้แก่ การฉ้อโกงโดยการแสดงตนเป็นคนอื่น การฉ้อโกงโดยอาศัยความเบาปัญญา ของผู้ถูกหลอกลวงซึ่งเป็นเด็กหรือโดยการอาศัยความอ่อนแอแห่งจิตของผู้ถูกหลอกลวง โดยกำหนดให้มีอัตราโทษที่มากกว่าการฉ้อโกงในกรณีทั่วไป ส่วนในมาตรา 343 เป็นกรณีการฉ้อโกงประชาชน โดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชนหรือด้วยการปกปิดความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชน

โดยหลักการของความผิดฐานนี้คำว่า “ประชาชน” ไม่ได้ถือเอาจำนวนมากน้อยของผู้ที่ได้รับความเสียหายเป็นสำคัญ แต่ถือเอาเจตนาแสดงข้อความอันเป็นเท็จปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชนเป็นสำคัญ คือกระทำโดยเจตนาแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชนทั่วไป นอกจากนี้ ในมาตรา 344 เป็นกรณีการฉ้อโกงแรงงาน ในมาตรา 345 เป็นกรณีการฉ้อโกงค่าอาหาร ในมาตรา 346 เป็นกรณีการชักจูงเพื่อเอาเปรียบผู้อื่น ในมาตรา 347 เป็นกรณีการฉ้อโกงการประกันวินาศภัย และในมาตรา 348 ซึ่งเป็นกรณีที่กำหนดให้ความผิดนอกจากความผิดตามมาตรา 343 นั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ กล่าวคือ กรณีตามมาตรา 343 การฉ้อโกงประชาชนเท่านั้นที่เป็นความผิดอาญาแผ่นดินซึ่งยอมความไม่ได้

จากบทบัญญัติตั้งแต่มาตรา 341 ถึงมาตรา 348 ในประมวลกฎหมายอาญา จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติเกี่ยวกับฐานความผิดในการฉ้อโกงไว้หลายกรณี แต่ยังไม่ได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ ไม่ได้บัญญัติให้การฉ้อโกงด้วยวิธีการดังกล่าวเป็นลักษณะของเหตุเพิ่มโทษหรือเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำความผิดจะต้องได้รับโทษที่สูงขึ้นกว่าเดิมแต่อย่างใด

4.1.2 พระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527

พระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มีมาตราที่สำคัญที่ใช้สำหรับการฉ้อโกง ได้แก่ มาตรา 3 วรรคแรก โดยกำหนดให้การ “กู้ยืมเงิน” หมายความว่า รับเงินทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์อื่นใด ไม่ว่าในลักษณะของการรับฝาก การกู้ยืม การจำหน่ายบัตรหรือสิ่งอื่นใด การรับเข้าเป็นสมาชิก การรับเข้าร่วมลงทุน การรับเข้าร่วมกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือในลักษณะอื่นใด โดยผู้กู้ยืมเงินหรือบุคคลอื่นจ่ายผลประโยชน์ตอบแทน หรือที่ตกลงว่าจะจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ให้กู้ยืมเงิน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการรับเพื่อตนเองหรือรับในฐานะตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้กู้ยืมเงินหรือของผู้ให้กู้ยืมเงินหรือในฐานะอื่นใด และไม่ว่าการรับหรือจ่ายเงิน ทรัพย์สิน ผลประโยชน์อื่นใด หรือผลประโยชน์ตอบแทนนั้น จะกระทำด้วยวิธีการใดๆ และในมาตรา 4 ที่กำหนดให้ผู้ใดที่ทำการโฆษณาหรือประกาศให้ปรากฏต่อประชาชนหรือกระทำด้วยประการใดๆ ให้ปรากฏแก่บุคคลตั้งแต่สิบคนขึ้นไปว่าในการกู้ยืมเงินนั้น ตนหรือบุคคลใดจะจ่ายหรืออาจจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนให้ตามพฤติการณ์แห่งการกู้ยืมเงินในอัตราที่สูงกว่าอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินจะพึงจ่ายได้ โดยที่ตนรู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าตนหรือบุคคลนั้นจะนำเงินจากผู้ให้กู้ยืมเงินรายนั้นหรือรายอื่นมาจ่ายหมุนเวียนให้แก่ผู้ให้กู้ยืมเงิน หรือโดยที่ตนรู้หรือ ควรรู้อยู่แล้วว่าตนหรือบุคคลนั้นไม่สามารถประกอบกิจการใดๆ โดยชอบด้วยกฎหมายที่จะให้ผลประโยชน์ตอบแทนที่พอเพียงที่จะนำมาจ่ายในอัตรานั้นได้ และในการนั้นเป็นเหตุให้ตนหรือบุคคลใดได้กู้ยืมเงินไป ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน และวรรคสองของมาตรา 4 ยังกำหนดให้กรณีและผู้ใดไม่มีใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับปัจจัยชำระเงินต่างประเทศตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน แต่ดำเนินการหรือให้พนักงาน ลูกจ้าง หรือบุคคลใดดำเนินการโฆษณาประกาศหรือชักชวนประชาชนให้ลงทุนโดยการกระทำซื้อหรือขายเงินตราสกุลใดสกุลหนึ่งหรือหลายสกุล หรือ

เก็งกำไรหรืออาจจะได้รับผลประโยชน์จากการเปลี่ยนแปลงของอัตราแลกเปลี่ยนเงิน ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดฐานกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนด้วย

นอกจากนี้ ในมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดฉบับดังกล่าว ยังกำหนดให้ผู้ใดในการกู้ยืมเงินหรือจะกู้ยืมเงิน ได้กระทำการ

- (1) มีการโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไป หรือโดยการแพร่ข่าวด้วยวิธีอื่นใด หรือ
- (2) ดำเนินกิจการกู้ยืมเงินเป็นปกติธุระ หรือ
- (3) จัดให้มีผู้รับเงินในการกู้ยืมเงินในแหล่งต่าง ๆ หรือ
- (4) จัดให้มีบุคคลตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปชักชวนบุคคลต่าง ๆ เพื่อให้มีการให้กู้ยืมเงิน หรือ
- (5) ได้กู้ยืมเงินจากผู้ให้กู้ยืมเงินเกินสิบคนซึ่งมีจำนวนเงินกู้ยืมรวมกันตั้งแต่ห้าล้านบาทขึ้นไป อันมิใช่การกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน และผู้นั้นได้กระทำการ

(ก) จำย หรือโฆษณา ประกาศ แพร่ข่าว หรือตกลงว่าจะจ่ายผลประโยชน์ตอบแทน ให้แก่ผู้ให้กู้ยืมเงินในอัตราที่สูงกว่าอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินจะพึงจ่ายได้ หรือ

(ข) ไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 7 (1) (2) หรือ (3) หรือกิจการของผู้นั้นตามที่ผู้นั้นได้ให้ข้อเท็จจริงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 7 ไม่ปรากฏหลักฐานพอที่จะเชื่อได้ว่า เป็นกิจการที่ให้ผลประโยชน์ตอบแทนพอเพียงที่จะนำมาจ่ายให้แก่ผู้ให้กู้ยืมเงินทั้งหลาย

กำหนดให้ผู้นั้นต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดฐานกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา

4 เว้นแต่ผู้นั้นจะสามารถพิสูจน์ได้ว่ากิจการของตนหรือของบุคคลที่ตนอ้างถึงนั้นเป็นกิจการที่ให้ผลประโยชน์ตอบแทนพอเพียงที่จะนำมาจ่ายตามที่ตนได้กล่าวอ้าง หรือหากกิจการดังกล่าวไม่อาจให้ผลประโยชน์ตอบแทนพอเพียง ผู้นั้นก็จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า กรณีดังกล่าวได้เกิดขึ้นเนื่องจากสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจที่ผิดปกติอันไม่อาจคาดหมายได้หรือมีเหตุอันสมควรอย่างอื่น โดยการกระทำความผิดตามมาตรา 4 หรือมาตรา 5 ดังกล่าวนั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ไม่ได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะเช่นกัน แต่เป็นเพียงการขยาย ความเพื่อให้กฎหมายครอบคลุมถึงวิธีการดังกล่าวในบางกรณีเท่านั้น โดยบทบัญญัติดังกล่าวใช้ ได้กับเฉพาะกรณีที่มีลักษณะเป็นการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนตามพระราชกำหนดเท่านั้น ไม่ได้ครอบคลุมถึงการฉ้อโกงในกรณีอื่นๆด้วย แม้จะได้กระทำโดยใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตก็ตาม รวมถึงไม่ได้บัญญัติให้การฉ้อโกงด้วยวิธีการ

ดังกล่าวเป็นลักษณะของเหตุเพิ่มโทษหรือเหตุลดโทษที่ผู้กระทำความผิดและผู้ที่มีส่วนกระทำความผิดจะต้องได้รับโทษที่สูงขึ้นกว่าเดิมเช่นกัน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าขอบเขตของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศไทย โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญาและพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 และที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้น ยังไม่ได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยใช้วิธี การผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ หรืออินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะ และยังไม่มียกเว้นโทษที่กำหนดให้นำเอาจำนวนของผู้เสียหายและมูลค่าของความเสียหายมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้สูงขึ้น และจากแนวโน้มวิจัยของศาลในปัจจุบันกรณีการฉ้อโกงด้วยวิธีการดังกล่าวศาลจะนำมาวินิจฉัย เป็นการฉ้อโกงกรณีทั่วไปตามมาตรา 341 หรือเป็นการฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือเป็นการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 4 หรือมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 ทั้งนี้ แล้วแต่ข้อเท็จจริง ในแต่ละกรณี และหากมีผู้ร่วมกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งคนก็จะวินิจฉัยให้เป็นการร่วมกันกระทำความผิดในฐานะตัวการร่วมหรือกรณีอาจเป็นผู้สนับสนุนเท่านั้น

4.2 วิเคราะห์ปัญหาความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายของประเทศไทย กรณีการกระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต

ความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยี การสื่อสาร และเครื่องมือทางการเงินในปัจจุบัน ทำให้การก่ออาชญากรรมในปัจจุบันมีการพัฒนารูปแบบของการกระทำความผิดให้มีความ แตกต่างไปจากเดิม มีความซับซ้อนและแยบยลมากขึ้น จนทำให้ยากต่อการยับยั้ง ป้องกัน ปราบปรามหรือการนำตัวผู้ที่กระทำมาลงโทษ และผู้ที่กระทำผิดส่วนมากมักจะมีความรู้ความชำนาญในวิธีการที่ได้กระทำนั้นเป็นอย่างดี และมีทั้งการกระทำด้วยตนเองหรือกระทำในรูปแบบของอั้งยี่ ซ่องโจร องค์กรหรือเครือข่ายอาชญากรรม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์จากผู้อื่นโดยมิชอบ การกระทำผิดดังกล่าวส่งผลกระทบต่อบุคคล ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ระบบเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ และการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวนับวันยิ่งทวีความรุนแรงและสร้างความเสียหายแก่สังคมและประเทศชาติมากขึ้นเรื่อยๆ

การฉ้อโกงเป็นการก่ออาชญากรรมทางด้านทรัพย์สินและเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจประเภทหนึ่ง และปัจจุบันได้มีรูปแบบของการกระทำที่หลากหลายและพัฒนาให้มีความซับซ้อนและแยบยลมากขึ้นเรื่อยๆ แต่ก็ยังคงมีพื้นฐานเป็นการกระทำความผิดด้วยวิธีการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือ ประโยชน์จากผู้อื่นโดยมิชอบเช่นเดิม โดยจากการเล่นแชร์ในรูปแบบต่างๆหรือการกู้ยืมเงิน พัฒนามาสู่วิธีการขายตรง การจ้างแรงงาน การท่องเที่ยว หรือการแอบอ้างว่าเป็นบุคคลจากหน่วยงานต่าง ๆ เช่น เจ้าหน้าที่จากกรมสรรพากร เจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่จากกรมสอบสวนคดีพิเศษ (DSI) เจ้าหน้าที่จากสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน หรือจากคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด เป็นต้น และพัฒนาจากการหลอกลวงด้วยตนเองหรือโดยผู้ร่วมกระทำการกลุ่มเล็กๆสู่การกระทำในลักษณะของอั้งยี่ ซ่องโจร องค์กร

หรือเครือข่ายอาชญากรรมที่มีขนาดใหญ่มากขึ้น และพัฒนาจากวิธีการชักชวนด้วยวาจาหรือโดยข้อความทั่วไป เป็นการใช่วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการหลอกลวงแทน เช่น ด้วยวิธีการจัดตั้งระบบอุปกรณ์โทรศัพท์และระบบคอมพิวเตอร์ในรูปสำนักงานเครือข่ายโทรศัพท์ (Call Center) และใช้การสื่อสารทางเสียงผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ตที่เรียกว่าระบบ Voice Over Internet Protocol (VOIP) และสุมหมายเลขโทรศัพท์ของผู้ที่ปรากฏข้อมูลอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ แล้วโทรศัพท์หรือส่งข้อความทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ติดต่อไปยังบุคคลนั้นเพื่อทำการหลอกลวง หรือโดยวิธีการปลอมหน้าเว็บไซต์ของธนาคารหรือสถาบันการเงิน (Web Phishing) ขึ้นมา และหลอกลวงให้บุคคลเข้าไปทำธุรกรรมทางการเงิน หรือด้วยวิธีการใช้แพลตฟอร์มออนไลน์ต่างๆ เช่น Facebook, Line, Youtube หรือ Instagram โพสต์ประกาศโฆษณาเพื่อชักชวนให้ประชาชนทั่วไปมาร่วมลงทุน เช่นการลงทุนในตลาดหุ้น การลงทุนในตลาดแลกเปลี่ยนสกุลเงินต่างประเทศ หรือการลงทุนในตลาดสกุลเงินดิจิทัล อย่างวันคอยน์ บิตคอยน์ รีปเปิล คริปโต หรืออีเทอเรียม เป็นต้น โดยการกระทำการฉ้อโกงโดยใช่วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตดังกล่าวนี้ในแต่ละครั้งมักจะมีคนที่หลงเชื่อและตกเป็นเหยื่อจำนวนมาก และมักจะมีมูลค่าของความเสียหายเป็นจำนวนมากเช่นกัน ดังที่ได้ปรากฏเป็นข่าวในปัจจุบัน อาทิเช่น

คดีของนายชลวิชา ปานสมุทร พนักงาน Call Center ที่ร่วมกันกับพวกใช้แผนหลอกลวง เป็นพนักงานขนส่งของบริษัท Fedex อ้างเรื่องพัสดุผิดกฎหมายและหลอกล่อมตัวเป็นเจ้าของหน้าที่ตำรวจเพื่อหลอกลวงให้เหยื่อโอนเงินมาให้ ซึ่งกรณีดังกล่าวสามารถหลอกลวงผู้เสียหายได้เงิน 7-8 ล้านบาทต่อเดือน โดยกรณีใหญ่ๆที่หลอกลวงได้ เช่น กรณีหลอกลวงนักลงทุนหุ้นได้เงิน ไปประมาณ 41 ล้านบาท และกรณีหลอกลวงหมอได้เงินไปถึง 101 ล้านบาท หรือคดีของบริษัท เอนเนอร์จี ดีดักชั่น จำกัด ที่หลอกลวงด้วยการประกาศรับจ้างให้ทำงานโดยมีหน้าที่กดไลค์กดแชร์สินค้าและแสดงความคิดเห็นเชิงบวกแก่งานโฆษณาบนระบบ Facebook หรือแชร์ Nice Review ผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ต โดยเรียกเก็บเงินค่าประกันการทำงานก่อนเข้าทำงานและมีการโฆษณาเผยแพร่ผ่านเว็บไซต์ของบริษัทว่าจะให้ค่าจ้างในอัตราที่เพิ่มขึ้นหากผู้สมัครจ่ายค่าประกันการทำงานในอัตราที่สูงขึ้นเพื่อเป็นการจูงใจให้เข้ามาสมัครและยอมจ่ายเงินค่าประกันในอัตราที่สูง โดยผู้สมัครจะได้รับค่าจ้างเป็นรายวัน โดยระบบจะจ่ายเงินภายใน 7 วันทำการ แต่ต่อมาได้มีการจ่ายเงินล่าช้า และมีการเพิ่มวันในการจ่ายเงินขึ้นเรื่อยๆ จนมีผู้เสียหายหลายรายทำการยกเลิก สัญญาและขอคืนเงินประกันการทำงาน แต่บริษัทไม่ยอมคืนให้และได้ทำการปิดบริษัทหลบหนีไป โดยกรณีนี้มีผู้เสียหายราว 2,600 กว่าราย และมูลค่าความเสียหายกว่า 300 ล้านบาท

หรือคดีที่นายอภิรักษ์ โกภฏธิ กับพวกที่ร่วมกันเปิดเว็บไซต์ www.Forex-3D.com เชิญชวนให้ประชาชนนำเงินไปลงทุนซื้อขายอัตราแลกเปลี่ยนสกุลเงินต่างประเทศ และเสนออัตราค่าตอบแทนเป็นจำนวนมาก โดยมีระบบ “ดาวนโหลด” คือถ้าสมาชิกคนใดไปหาสมาชิกใหม่มาลงทุนเพิ่มได้ก็จะได้เงินส่วนแบ่งเพิ่มเป็นพิเศษ ทั้งนี้ ในช่วงแรกได้มีการปันผลจริง แต่ต่อมาได้มีการจ่ายเงินล่าช้า และไม่สามารถขอเงินต้นคืนได้อีกเลย และเมื่อถูกจับได้ว่าเป็นการหลอกลวงคล้ายรูปแบบของ แชร์ลูกโซ่ จึงได้มีการถอนเงินออกไปจากบัญชี

ธนาคาร จากหลักพันล้านจนเหลือติดบัญชีไว้ แค่ 3 ล้านบาท และได้หลบหนีออกไปต่างประเทศ กระทั่งเมื่อกลับมาในประเทศไทยและถูกจับกุมในที่สุด ซึ่งกรณีดังกล่าวมีผู้หลงเชื่อและตกเป็นผู้เสียหายราว 9,000 กว่าราย และมีมูลค่าความเสียหายกว่า 2,400 ล้านบาท หรือในคดีบริษัท คอนเซ็ปต์ซีรีส์ จำกัด ที่มีการหลอกลวงประชาชนให้เข้าร่วมลงทุนในการให้บริการเช่าพื้นที่บน Cloud Storage โดยเสนอผลตอบแทนให้แก่ผู้ร่วมลงทุนในอัตราสูงจนมีผู้หลงเชื่อและได้นำเงินไปร่วมลงทุนจำนวนมาก และต่อมาบริษัทไม่มาสารพัดจ่ายผลตอบแทนได้ โดยมีผู้หลงเชื่อและตกเป็นผู้เสียหายราว 4,000 กว่าราย และมีมูลค่าความเสียหายกว่า 1,300 ล้านบาท

จากคดีตัวอย่างดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำการฉ้อโกงในรูปแบบหรือวิธีการใหม่ที่พัฒนาไปตามความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยี การสื่อสารและเครื่องมือต่างๆทางด้านการเงินในปัจจุบัน โดยหลอกลวงด้วยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิด และด้วยรูปแบบหรือวิธีการดังกล่าวทำให้มีความน่าเชื่อถือมากขึ้น แต่ประการสำคัญ คือแต่ละกรณีมีมูลค่าความเสียหายเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากถึงหลักร้อยล้านหรือพันล้านบาท และมีคนที่ตกเป็นผู้เสียหายจำนวนนับร้อยหรือนับพันคน สิ่งที่ตามมาคือความเสียหายที่เกิดขึ้น ในหลาย ๆ ด้าน ทั้งในด้านทรัพย์สินที่เกิดขึ้นกับผู้ตกเป็นเหยื่อโดยตรง ผู้ที่เหยื่อชักชวนมาร่วมลงทุน ธนาคาร สถาบันการเงินหรือบุคคลซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่เหยื่อหรือบุคคลที่เหยื่อชักชวนได้ไป กุ๊ยืมเงินเพื่อนำมาลงทุน และความเสียหายทางด้านทรัพย์สินดังกล่าวยังส่งผลกระทบต่อเนื่องไปถึงความเสียหายทางด้านเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศอีกด้วย โดยทำให้เม็ดเงินที่ควรจะหมุนเวียนอยู่ในระบบเศรษฐกิจของประเทศลดลงไป ประชาชนเกิดความกลัวที่จะตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมและขาดความไว้วางใจซึ่งกันและกัน หวาดระแวงที่จะจับจ่ายใช้สอย ทำให้นักลงทุนขาดความเชื่อมั่นและย้ายแหล่งฐานการลงทุนไปยังประเทศอื่นๆแทน นอกจากนี้ ยังส่งผลให้มีปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างคนในครอบครัว ญาติพี่น้อง หรือกลุ่มของเพื่อนมากขึ้น และในหลาย ๆ กรณีผู้ที่ตกเป็นเหยื่อและผู้ที่เกี่ยวข้องมาร่วมลงทุนด้วย ต้องถูกดำเนินคดีไปด้วย หรือในหลายๆกรณีได้ก่อให้เกิดอาชญากรรมอื่นๆตามมาและส่งผลกระทบต่อเนื่องไปถึงความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวมด้วย เมื่อผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายเล็กน้อยที่แก้ปัญหากับการกระทำความผิดกฎหมายต่อไปอีกทอดหนึ่ง

จากข้อมูลพบว่า ประเทศไทยมีการกระทำการฉ้อโกงมาตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน โดยจะเห็นได้จากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อโกงที่มีการบัญญัติไว้ตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นต้นมา โดยปรากฏในพระอัยการอาญาหลวงและในพระอัยการลักษณะโจร และเรื่อยมาจนในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายตราสามดวง ในกฎหมายลักษณะฉ้อ ร.ศ. 119 และในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กระทั่งต่อมาได้มีการยกเลิกกฎหมายดังกล่าวและได้มีการตราประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันขึ้น และให้มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 โดยกำหนดให้ความผิดฐานฉ้อโกงได้บัญญัติอยู่ในภาค 2 ภาคความผิด ลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน หมวด 3 ความผิดฐานฉ้อโกง ตั้งแต่มาตรา 341 ถึงมาตรา 348 โดยมาตรา 341 เป็นกรณีการฉ้อโกงทั่วไป มาตรา 342 เป็นกรณีเหตุฉ้อโกงของการฉ้อโกงทั่วไป โดยการแสดงตน

เป็นคนอื่น โดยการอาศัยความเบาปัญญาของผู้ถูกหลอกลวงซึ่งเป็นเด็กหรือโดยการอาศัยความอ่อนแอแห่งจิตของผู้ถูกหลอกลวง ส่วนมาตรา 343 เป็นกรณีการฉ้อโกงประชาชนโดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน หรือด้วยการปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชน และโทษ จะสูงขึ้นกรณีถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวต้องด้วยลักษณะในมาตรา 342 อนุมาตราหนึ่งอนุมาตราใด ส่วนในมาตรา 344 เป็นกรณีการฉ้อโกงแรงงาน มาตรา 345 เป็นกรณีการฉ้อโกงค่าอาหาร มาตรา 346 เป็นกรณีการชักจูงเพื่อเอาเปรียบผู้อื่น และในมาตรา 347 เป็นกรณีการฉ้อโกงการประกันวินาศภัย ส่วนในมาตรา 348 เป็นการกำหนดให้ความผิดนอกจากความผิดตามมาตรา 343 นั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ ทั้งนี้ อัตราโทษสำหรับการฉ้อโกงตามประมวลกฎหมาย อาญาโทษหนักที่สุด คือระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาทตามมาตรา 343 วรรคสอง กรณีการฉ้อโกงประชาชนด้วยเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 342 อย่างไรก็ดีอย่างหนึ่ง

นอกจากประมวลกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายที่ใช้ประกอบการพิจารณาการกระทำผิดฐานฉ้อโกงร่วมกับประมวลกฎหมายอาญามากที่สุด คือพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 โดยพระราชกำหนดฉบับดังกล่าวจะมุ่งเน้นเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยวิธีการ กู้ยืมเงินเป็นหลัก โดยได้กำหนดให้การกู้ยืมมีความหมายที่กว้างขึ้นกว่าการกู้ยืมในกรณีทั่วไป กล่าวคือ “การกู้ยืม” หมายรวมถึงการรับเข้าเป็นสมาชิก การรับเข้าร่วมลงทุน การรับเข้าร่วมกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือในลักษณะอื่นใด โดยผู้กู้ยืมเงินหรือบุคคลอื่นจะจ่ายผลประโยชน์ตอบแทน หรือตกลงว่าจะจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ให้กู้ยืมเงินนั้น และกำหนดวิธีการกระทำของความผิด คือโดยพฤติการณ์ที่โฆษณาหรือประกาศให้ปรากฏต่อประชาชนตั้งแต่ 10 คนขึ้นไป ว่าในการกู้ยืมเงินตนหรือบุคคลใดจะจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนให้อัตราที่สูงกว่าอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่สถาบันการเงินจะพึงจ่ายได้ โดยที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าตนหรือบุคคลนั้นไม่สามารถประกอบกิจการใดๆโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะให้ผลประโยชน์ตอบแทนพอเพียงที่จะนำมาจ่าย ในอัตรานั้นได้ หรือ กรณีดำเนินการโฆษณา ประกาศ หรือชักชวนประชาชนให้ลงทุนโดยการซื้อหรือขายเงินตราสกุลใดสกุลหนึ่งหรือหลายสกุล หรือเก็งกำไร หรืออาจจะได้รับผลประโยชน์จากการเปลี่ยนแปลงของอัตราแลกเปลี่ยนเงินโดยไม่มีใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว รวมถึงกรณีที่บุคคลที่กระทำการกู้ยืมเงินหรือจะกู้ยืมเงินมีการโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไป หรือโดยการแพร่ข่าวด้วยวิธีอื่นใด ๆ หรือจัดให้มีบุคคลตั้งแต่ 5 คนขึ้นไปชักชวนบุคคลต่างๆเพื่อให้มีการให้กู้ยืมเงิน หรือได้กู้ยืมเงินจากผู้ให้กู้ยืมเงินเกิน 10 คน ซึ่งมีจำนวนเงินกู้ยืมรวมกันตั้งแต่ 5 ล้านบาทขึ้นไป อันมิใช่การกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน และผู้นั้นจ่ายหรือโฆษณา ประกาศ แพร่ข่าวหรือตกลงว่าจะจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่ผู้ให้กู้ยืมเงินในอัตราที่สูงกว่าอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่สถาบันการเงินจะพึงจ่ายได้

นอกจากนี้ ยังมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติมอีกฉบับหนึ่ง ซึ่งในมาตรา 14 (1) ได้กำหนดให้ผู้ใดกระทำการโดยทุจริตหรือโดยหลอกลวง นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ บิดเบือนหรือปลอม ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนหรือ

ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน อันมิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาต้องระวางโทษตามที่กำหนด และให้ความผิดตามกฎหมายนี้เป็นความผิดอันยอมความได้ ทั้งนี้ แม้ว่าในพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวจะไม่ได้ลงโทษผู้ที่กระทำความผิดในฐานะผู้ที่กระทำการฉ้อโกงโดยตรงก็ตาม แต่ก็เป็นกฎหมายที่มักจะถูกนำมาใช้พิจารณาลงโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิดอีกบทหนึ่ง หากมีการฉ้อโกงและได้กระทำการผ่านระบบคอมพิวเตอร์

การกระทำการฉ้อโกง โดยพฤติการณ์หรือด้วยวิธีการที่ได้กระทำลงไปนั้นอาจเข้าลักษณะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญาหรือตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 และอาจเข้าลักษณะของความผิดตามกฎหมายฉบับอื่น ๆ ร่วมด้วย โดยเป็นการกระทำการกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี แต่พบว่าโดยทั่วไปเจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าพนักงานอัยการจะฟ้องคดีไปตามพฤติการณ์ ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องรวมกันไปทั้งหมด แต่ถ้านับเฉพาะข้อหาที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงและเป็นการที่ได้กระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต อย่างเช่น คดีของนายชลวิชา ปานสมุทร พนักงาน Call Center คดีของบริษัท เอนเนอร์จี ดีटकซ์ จำกัด คดี Forex-3D ของ นายอภิรักษ์ โกภฏิก กับพวก หรือคดีของบริษัท คอนเซ็ปต์ซีรีส์ จำกัด ล้วนแต่ถูกเจ้าพนักงานแจ้งข้อกล่าวหาในข้อหาพร้อมกันฉ้อโกงประชาชนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 342 และมาตรา 343 หรือร่วมกันกู้ยืมเงินอันเป็นการฉ้อโกงตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 มาตรา 4 และร่วมกันนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลอันเป็นเท็จโดยประการที่จะเกิดความเสียหายแก่ประชาชนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (1)

และคดีในลักษณะดังกล่าวเมื่อเข้าสู่ชั้นกระบวนการพิจารณาและพิพากษาของศาลแล้วศาลมักจะลงโทษตามที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติต่าง ๆ ดังกล่าว เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 831/2559⁴⁹ จำเลยทั้งสี่กับพวกจัดตั้งระบบอุปกรณ์โทรศัพท์และระบบคอมพิวเตอร์ในรูปสำนักงานเครือข่ายโทรศัพท์ขึ้นและใช้การสื่อสารทางเสียงผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ตด้วยวิธีการสุ่มหมายเลขแล้วโทรศัพท์ติดต่อไปยังประชาชนทั่วไป และแจ้งแก่ผู้ที่ได้รับการติดต่อด้วยข้อความอันเป็นเท็จต่างๆในลักษณะอ้างตนเองเป็นเจ้าหน้าที่ของธนาคารพาณิชย์และเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หลอกลวง ว่าผู้นั้นเป็นหนี้บัตรเครดิตหรือมียอดการใช้เงินในบัญชีสูงผิดปกติให้ไปตรวจดูยอดเงินในบัญชี หรือให้ไปดำเนินการเปลี่ยนแปลงรหัสข้อมูลเกี่ยวกับบัญชีธนาคารที่ใช้บริการหรือให้ไปดำเนินการใส่รหัสผ่าน และจำเลยทั้งสี่กับพวกได้นำรหัสข้อมูลที่ได้จากการหลอกลวงไปเบิกถอนเงิน กรณีมีลักษณะเป็นการหลอกลวงทั่วไป มิได้มุ่งหมายเจาะจงหลอกลวงคนใดคนหนึ่งเป็นพิเศษ แต่ขึ้น อยู่กับว่าจะสุ่มได้หมายเลขโทรศัพท์ของประชาชนคนใดเพื่อทำการหลอกลวง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยทั้งสี่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 343 วรรคสอง ประกอบมาตรา 342(1) มาตรา 269/5 และมาตรา 269/7 เป็นกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบทให้ลงโทษ บทหนัก หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 831/2559

8687/2563⁵⁰ จำเลยทั้งสองร่วมกันแสดงข้อความอันเป็นเท็จจริง ข้อมูลภาพถ่ายและข้อความโฆษณาขายเสื้อผ้าใน Facebook Shop by pimmada ซึ่งความจริงแล้วจำเลยทั้งสองไม่มีเจตนาจะขายสินค้าตามที่ได้ลงโฆษณาไว้ตั้งแต่แรก และการลงโฆษณาดังกล่าวเป็นเพียงกลอุบายหลอกลวงให้ประชาชนหลงเชื่อติดต่อซื้อสินค้าแล้วส่งเงินค่าสินค้าให้แก่ จำเลยทั้งสอง จากนั้นจะร่วมกันเอาเงินไปเป็นประโยชน์ของจำเลยทั้งสองโดยทุจริต โดยไม่มีสินค้าส่งให้แก่ผู้สั่งซื้อแต่อย่างใด ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองมีความผิดฐานฉ้อโกง ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83 มาตรา 341 และมาตรา 343 และมีความผิดฐานร่วมกันนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลอันเป็นเท็จโดยประการที่จะเกิดความเสียหายแก่ประชาชนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (1) เป็นต้น

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศไทยโดยเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่ใช้บังคับ พบว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงไม่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมมาเป็นเวลานานโดยเฉพาะเกี่ยวกับฐานความผิดที่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งฐานความผิดที่ใช้อยู่ในปัจจุบันบัญญัติไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2500 เป็นต้นมา แม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาบ้างแต่เป็นการแก้ไขเกี่ยวกับอัตราโทษเป็นหลัก โดยล่าสุดมีการแก้ไขปรับปรุงในปี พ.ศ. 2560 โดยได้แก้ไขเฉพาะอัตราโทษปรับเท่านั้น เช่นเดียวกับพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 ซึ่งเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่ใช้บังคับกับการกระทำความผิดในลักษณะของการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน และใช้กับกรณีการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในบางกรณี แม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดในปี พ.ศ. 2545 แต่ก็เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อกำหนดความผิดสำหรับผู้ที่ไม่มีใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับปัจจัยชำระเงินต่างประเทศตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินเท่านั้น โดยพระราชกำหนดฉบับดังกล่าวไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมฐานความผิดสำหรับการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน โดยเฉพาะการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด และโทษสำหรับผู้กระทำความผิดนั้นไม่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมมานานนับตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้เป็นต้นมา โดยอัตราโทษที่มีอยู่นั้นไม่ได้สูงกว่าที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามากเท่าใด

การที่ประมวลกฎหมายอาญาในภาค 2 ลักษณะ 12 หมวด 3 เกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกง และพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 ไม่ได้รับการแก้ไขปรับปรุงหรือเพิ่มเติมมาเป็นเวลานาน โดยเฉพาะเกี่ยวกับการกำหนดฐานความผิดที่ได้บัญญัติไว้ กล่าวคือไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงหรือการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนโดยวิธีการกระทำความผิดผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้บทบัญญัติที่มีอยู่ของกฎหมายทั้งสองฉบับไม่ครอบคลุมถึงการกระทำในหลายลักษณะซึ่งเกิดขึ้นพร้อมกับการฉ้อโกงในรูปแบบใหม่ ๆ โดยเฉพาะการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิด ซึ่งได้มีการพัฒนารูปแบบและวิธีการไปจากวิธีการเดิมมาเป็นรูปแบบหรือวิธีการใหม่ๆที่แตกต่างออกไป โดยการฉ้อโกงด้วยรูปแบบหรือวิธีการดังกล่าวสามารถทำได้

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8687/2563

โดยง่าย ทำได้ไว ทำได้โดยตลอดเวลา และมีโอกาสในการหลอกลวงได้สำเร็จมากกว่าการหลอกลวงในรูปแบบหรือวิธีการเดิม สามารถหลอกลวงให้มีผู้ที่ตกเป็นเหยื่อได้จำนวนมากขึ้น และทำให้มีมูลค่าความเสียหายจากการกระทำผิดมากขึ้นกว่าเดิมหลายเท่า โดยบางกรณีมีมูลค่าความเสียหายนับร้อยล้านหรือพันล้านบาท และเมื่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่ได้รับการแก้ไขปรับปรุงหรือเพิ่มเติมให้ทันกับความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว นอกจากจะทำให้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่เหมาะสมกับการนำมาปรับใช้กับการกระทำความผิดหรือการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงในรูปแบบหรือวิธีการใหม่ๆดังกล่าวแล้ว ยังทำให้กฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถยับยั้ง ป้องปราม หรือป้องกันการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงได้ดีเท่าที่ควรดังจะเห็นได้จากสถิติของคดีอาญาจากสำนักงานตำรวจแห่งชาตินับตั้งแต่ปี 2560 เป็นต้นมา ที่พบว่าคดีในความผิดฐานฉ้อโกงมีจำนวนมากขึ้นเรื่อยๆและมีแนวโน้มในการเพิ่มจำนวนคดีมากขึ้นทุกปี เนื่องจากผู้ที่กระทำความผิดไม่รู้สึกเกรงกลัวต่อโทษที่จะได้รับ หรืออีกนัยหนึ่งคือบทลงโทษของกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันไม่ได้ทำให้ผู้ที่กระทำความผิดตระหนักหรือเกรงกลัวต่อบทลงโทษที่ตนจะได้รับมากเท่าที่ควร เมื่อเทียบกับทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิด จะได้รับจากการกระทำผิดที่มีจำนวนมากว่าการฉ้อโกงในรูปแบบหรือวิธีการเดิม ประกอบกับปัจจุบันได้มีปัจจัยที่เอื้อต่อการกระทำความผิดมากขึ้น ทั้งความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยี การสื่อสาร และเครื่องมือทางการเงินที่ทำให้การหลอกลวงสามารถทำได้โดยง่าย สะดวก และหลอกลวงบุคคลได้จำนวนมากขึ้น ดังคดีตัวอย่างที่ได้กล่าวมาในข้างต้น

เมื่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่ได้รับการแก้ไขปรับปรุงหรือเพิ่มเติม โดยเฉพาะ การไม่ได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงหรือการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น แม้ว่าการฉ้อโกงหรือการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงด้วยวิธีการหรือรูปแบบดังกล่าวจะมีผู้ตกเป็นเหยื่อหรือเป็นผู้เสียหาย หรือจะมีมูลค่าของความเสียหายจำนวนมากเท่าใดก็ตาม การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด แนวทางการพิจารณาคดีหรือวินิจฉัยคดี และการลงโทษของศาล ยังคงดำเนินคดี พิจารณาคดี วินิจฉัยและลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดเช่นเดียวกันกับการฉ้อโกงในกรณีต่างๆตามประมวลกฎหมายอาญาหรือตามพระราชกำหนดการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 หรือ ในบางกรณีอาจนำเอาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาพิจารณาประกอบด้วยเท่านั้น นอกจากนี้ การฉ้อโกงหรือการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดนั้น แม้จะมีผู้ร่วมกันกระทำความผิดเป็นอั้งยี่ ซ่องโจร องค์กรหรือเครือข่ายอาชญากรรมที่มีขนาดใหญ่เท่าใดก็ตาม เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ลักษณะ 12 หมวด 3 เกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกง หรือพิจารณาตามพระราชกำหนดการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 พบว่าไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดให้กรณีดังกล่าวเป็นเหตุฉกรรจ์เพื่อเพิ่มโทษสำหรับผู้กระทำความผิดและผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิด และแนวทางการวินิจฉัยของศาลจะพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าว เป็นการร่วมกันกระทำความผิดในฐานะตัวการร่วมหรือกรณีเป็นผู้สนับสนุนเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 831/2559 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8687/2563 ทั้งที่การฉ้อโกง

ด้วยวิธีการดังกล่าวที่ได้กระทำในรูปแบบของอั้งยี่ ซ่องโจร องค์กรหรือเครือข่ายอาชญากรรมที่มีผลกระทบเกิดขึ้นกับทั้งบุคคล สังคม และเศรษฐกิจที่ร้ายแรงกว่าการฉ้อโกงโดยวิธีการทั่วไป โดยในประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษหรือเหตุฉกรรจ์แก่ผู้ที่กระทำความผิด ฐานฉ้อโกงไว้ในบางกรณีเท่านั้น เช่น การแสดงตนเป็นคนอื่นและการอาศัยความเบาปัญญา หรือความอ่อนแอแห่งจิตของผู้ถูกหลอกลวงในมาตรา 342 หรือการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ ต่อประชาชนหรือการปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชนในมาตรา 343 แต่ในคำว่า “ประชาชน” ในมาตรานี้ก็ไม่ได้ถือเอาจำนวนมากน้อยของผู้ที่ได้รับความเสียหายเป็นสำคัญหรือในมาตรา 344 ที่แม้จะกำหนดจำนวนของผู้ที่ถูกหลอกลวงตั้งแต่ 10 คนขึ้นไป แต่ก็มีอัตราโทษเท่ากับกาฉ้อโกงธรรมดาตามมาตรา 341 และใช้กับเฉพาะกรณีของการฉ้อโกงแรงงานเท่านั้น โดยไม่สามารถนำไปใช้กับการฉ้อโกงในกรณีอื่นๆได้ นอกจากนี้ ในประมวลกฎหมายอาญาพบว่าไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้มีการนำเอาจำนวนของผู้เสียหายและมูลค่าของทรัพย์สินหรือความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงมาพิจารณาประกอบเพื่อกำหนดให้ เป็นเหตุฉกรรจ์หรือเหตุเพิ่มโทษเพื่อเพิ่มโทษให้แก่ผู้ที่กระทำความผิดหรือผู้ที่ร่วมกระทำความผิดให้มีอัตราโทษที่สูงขึ้นกว่าเดิม จึงทำให้ผู้ที่กระทำความผิดและผู้ที่เกี่ยวข้องกระทำความผิดฐานฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดดังกล่าวได้รับโทษเช่นเดียวกับการฉ้อโกงแบบธรรมดาทั่วไปตามมาตรา 341 และเป็นความผิดที่ยอมความได้หรือเช่นเดียวกับการฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 ซึ่งแม้จะเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้ แต่ก็มีอัตราโทษเพียงจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับเท่านั้น หรือได้รับโทษเช่นเดียวกับพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 ที่แม้จะได้มีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับการกระทำความผิด ในลักษณะดังกล่าว และบางกรณีได้มีการนำเอาจำนวนของผู้เสียหายหรือจำนวนของมูลค่าความเสียหายมาพิจารณาดูด้วยก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ระบุเกี่ยวกับการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดไว้โดยตรงหรือไว้เป็นการเฉพาะ แต่เป็นเพียงการขยายความเพื่อให้ครอบคลุมถึงวิธีการดังกล่าวในบางกรณีเท่านั้น และใช้ได้กับเฉพาะกรณีที่มีลักษณะเป็นการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนตามพระราชกำหนดดังกล่าวเท่านั้น ไม่ได้ครอบคลุมถึงการฉ้อโกงในกรณีอื่น ๆ และแม้ว่าการกระทำการกู้ยืมเงินอันเป็นการฉ้อโกงประชาชนนั้นจะได้ใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดก็ตาม ก็ได้รับโทษเช่นเดียวกับกรณีการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนโดยทั่วไป โดยอัตราโทษที่กำหนดไว้คือจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท ซึ่งเป็นอัตราโทษที่ไม่ได้สูงไปกว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามากเท่าใด

กรณีปัญหากฎหมายดังกล่าว หากพิจารณาตามแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษและการลงโทษทางอาญาที่มองว่า โทษถือเป็นเครื่องมือในการข่มขู่เพื่อไม่ให้บุคคลในสังคมกระทำการละเมิดต่อกฎหมาย โดยแนวคิดในการกำหนดโทษในทางกฎหมายอาญานั้นจะมุ่งเน้นไปในทางการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดเป็นหลัก โดยมีแนวความคิดที่สำคัญว่า ถ้าผลของการกระทำเกิดขึ้นร้ายแรงมาก การลงโทษก็

จะต้องหนักขึ้นตามส่วนของผลที่ได้กระทำนั้น และในทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free Will Theory) มองว่าการพิจารณาบทลงโทษสำหรับผู้ที่กระทำความผิดควรมีความเหมาะสมกับลักษณะความผิดด้วย และต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรมนั้น และในทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarianism Theory) มองว่าการกำหนดโทษทางอาญาจะต้องพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนด้วย คือต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้น เช่นเดียวกับทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) ที่มองว่าการกำหนดโทษต้องให้มีความเหมาะสมกับความร้ายแรงของอาชญากรรม เพื่อลดอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดซ้ำ และเพื่อข่มขู่ไม่ให้ประชาชนเอาเป็นเยี่ยงอย่าง และในทฤษฎีทดแทน (Retributive Theory) มองว่าการลงโทษที่ชอบธรรมจะต้องทำเพื่อแก้ไขความเสียหายที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดขึ้นและจะต้องเป็นการทำให้ผู้เสียหายรู้สึกพอใจและคิดว่าเป็นการกระทำที่ยุติธรรมแล้ว และการลงโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิดควรมีความรุนแรงเทียบเท่ากับความได้เปรียบที่ผู้กระทำได้รับการฝ่าฝืนกฎหมายนั้น และจำนวนโทษที่ ผู้ที่กระทำความผิดควรจะได้รับจะต้องเท่ากับกับความเสียหายที่เขาได้กระทำลงนั้นด้วย นอกจากนี้ในแนวคิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์ มองว่ากฎหมายที่จะพึงนำมาใช้เพื่อป้องกันการกระทำความผิดนั้นจะต้องรุนแรงขึ้นตามขีดที่การนั้นได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม และผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นหากการกระทำนั้นเข้าลักษณะของเหตุฉกรรจ์ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลงโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิดอันเนื่องมาจากจิตใจอันชั่วร้ายและเพื่อเป็นการป้องกันหรือยับยั้งข่มขู่ไม่ให้ผู้อื่นนำมาเป็นเยี่ยงอย่าง ประกอบกับแนวคิดเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายและการกำหนดความผิดอาญา ที่มองว่าบุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงนั้นต้องได้บัญญัติไว้ในกฎหมายด้วย

ทั้งนี้ การฉ้อโกงโดยใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิด มีการพัฒนารูปแบบและวิธีการไปจากวิธีการฉ้อโกงแบบเดิมมาเป็นรูปแบบใหม่ที่แตกต่างออกไป และการฉ้อโกงด้วยวิธีการดังกล่าวสามารถทำได้โดยง่าย ทำได้ไว ทำได้ตลอดเวลา และมีโอกาสหลอกลวงสำเร็จมากกว่าการหลอกลวงในวิธีการเดิม และประการสำคัญ คือสามารถหลอกลวงให้ มีผู้ที่ตกเป็นเหยื่อได้จำนวนมากขึ้น ซึ่งในหลายๆกรณีมีผู้เสียหายจำนวนมากนับร้อยนับพันคน และสามารถทำให้มีมูลค่าความเสียหายจากการกระทำความผิดสูงขึ้นไปกว่าเดิมหลายเท่า ในหลาย ๆ กรณี มีมูลค่าความเสียหายนับร้อยล้านหรือพันล้านบาท และส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงในหลาย ๆ ด้าน ทั้งกระทบต่อชีวิตและทรัพย์สิน กระทบต่อความสัมพันธ์ในครอบครัวหรือกลุ่มเพื่อน กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศเป็นอย่างมาก ซึ่งแตกต่างจากการฉ้อโกงในกรณีต่าง ๆ ที่มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาหรือการกักเงินอันเป็นการฉ้อโกงประชาชนตามที่มีการบัญญัติไว้ในพระราชกำหนดการกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 ดังนั้น การใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิด ฐานฉ้อโกงที่มีอยู่ในปัจจุบันในประมวลกฎหมายอาญาและในพระราชกำหนดการกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 สำหรับการฉ้อโกงในกรณีดังกล่าว จึงไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ของสังคมในปัจจุบัน และไม่สอดคล้อง

กับการเปลี่ยนแปลงหรือการพัฒนา รูปแบบและวิธีการของการฉ้อโกง ทำให้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่เป็นไปตามหลักการ แนวคิด และทฤษฎีทางกฎหมายเท่าที่ควร และทำให้โทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้นไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดเมื่อเทียบกับความร้ายแรงและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดดังกล่าว นอกจากนี้ ยังไม่เป็นธรรมต่อผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายที่อาจรู้สึกได้ว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมตามกฎหมายเท่าที่ควรจากการลงโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิด และที่สำคัญทำให้กฎหมายเกี่ยวกับการฉ้อโกงที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันไม่สามารถป้องกัน ป้องปรามหรือยับยั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร โดยเฉพาะการกระทำการฉ้อโกงโดยใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต และทำให้ไม่สามารถลดการเกิดปัญหาอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้อย่างเป็นรูปธรรมเท่าที่ควร

4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายของประเทศไทยกับต่างประเทศ

เมื่อเทียบเคียงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อโกงของประเทศไทยกับของต่างประเทศจะเห็นได้ว่า ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1998 (The German Penal Code of 1998) แม้จะไม่ได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดไว้เป็นการเฉพาะ แต่ในประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1998 ได้บัญญัติโดยการนำเอาหลักการ แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายต่างๆที่สำคัญมาปรับเข้ากับบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวด้วย ดังเช่น แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษและการลงโทษทางอาญาตามทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarianism Theory) ตามทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) ตามทฤษฎีทดแทน (Retributive Theory) และตามแนวคิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฉ้อโกง อย่างเช่น ในกรณีการกระทำการเป็นอาชีพหรือเป็นสมาชิกของกลุ่มมิฉฉาชีพร้อมกันปลอมแปลงเอกสารหรือฉ้อโกงอันเป็นการกระทำอย่างต่อเนื่อง หรือกรณีการกระทำที่เป็นเหตุให้เสียหายแก่ทรัพย์สินเป็นจำนวนมากหรือกระทำการฉ้อโกงอย่างต่อเนื่องเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของคนจำนวนมากหรือกรณีการนำเสนอข้อมูลที่เป็นเท็จในการออกหลักทรัพย์ในการลงทุนหรือการให้ข้อมูลเท็จเพื่อบิดเบือนการตัดสินใจในการลงทุน เป็นต้น ซึ่งเหตุฉกรรจ์ดังกล่าวส่วนมากมักจะเป็นลักษณะ พฤติการณ์หรือวิธีการที่เกิดขึ้นจากการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดในปัจจุบันด้วย

หรือในประเทศสหรัฐอเมริกาที่แม้จะไม่ได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดไว้เป็นการเฉพาะเช่นกัน แต่ในกฎหมาย United States Code ที่ใช้บังคับกับเรื่องของการฉ้อโกงประชาชนซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่ชื่อว่า Federal Law ใน U.S. Code ใน Title 18 Part 1 Chapter 47 ได้กำหนดให้การฉ้อโกงในแต่ละประเภทมีบทลงโทษไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งในบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติถึงการฉ้อโกงโดยใช้วิธีการทางจดหมาย (Mail Fraud)

และการฉ้อโกงการโอนเงิน โดยกำหนดให้อาชญากรรมที่ใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-Mail) หรือเทคโนโลยีการสื่อสาร รวมถึงอินเทอร์เน็ตเป็นส่วนหนึ่งของการฉ้อโกงประชาชนด้วย และกำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้น ส่วนในระดับมลรัฐก็ได้นำเอาหลักการ แนวคิด และทฤษฎีทางกฎหมายที่สำคัญต่างๆมาปรับใช้ในกฎหมายด้วยเช่นกัน เช่น ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียในประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code 1872) ที่ได้กำหนดโทษของการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงไว้ในมาตรา 532 และลักษณะของการกำหนดโทษจะต้องเป็นไปตามความเสียหายของมูลค่าทรัพย์สิน หากมีความเสียหายมากก็จะได้รับโทษหนัก และหากความเสียหายน้อยก็จะเป็นโทษสถานเบา หรือในมลรัฐฟลอริดาซึ่งในพระราชบัญญัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Florida's Deceptive and Unfair Trade Practices Act) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงไว้ในมาตรา 817.034 กำหนดให้บุคคลใดก็ตามที่มีส่วนร่วมในโครงการที่จะฉ้อโกงและได้รับทรัพย์สินถือว่ามีความผิดในการฉ้อโกงและต้องระวางโทษทุกคน และมีการแยกการลงโทษออกเป็นระดับตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ทำการฉ้อโกงได้ เป็นต้น

4.4 เหตุผลและความจำเป็นในการบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต

เมื่อพิจารณาจากแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษและการลงโทษทางอาญาและแนวคิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์ โดยเฉพาะหลักความได้สัดส่วนและทฤษฎีการข่มขู่ แนวคิดเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายและการกำหนดความผิดอาญา ประกอบกับการเทียบเคียงจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อโกงของต่างประเทศทั้งในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและในประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและในมลรัฐฟลอริดาแล้ว จึงสมควรต้องมีการบัญญัติฐานความผิดเพิ่มขึ้นสำหรับการฉ้อโกงหรือการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดไว้เป็นการเฉพาะ โดยแยกพิจารณาถึง เหตุผลและความจำเป็นได้ดังนี้

4.4.1 การบัญญัติฐานความผิดสำหรับการฉ้อโกงหรือการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดไว้เป็นการเฉพาะ

เนื่องจากการกระทำการฉ้อโกงหรือการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดนั้นได้มีการพัฒนารูปแบบและวิธีการไปจากวิธีการฉ้อโกงรูปแบบเดิมๆมาเป็นรูปแบบหรือวิธีการใหม่ๆที่แตกต่างออกไป โดยอาศัยความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยี การสื่อสารและรูปแบบใหม่ๆของสกุลเงินเป็นเครื่องมือที่สำคัญ ทำให้การฉ้อโกงด้วยรูปแบบหรือวิธีการดังกล่าวสามารถทำได้ง่าย ทำได้ไว ทำได้ตลอดเวลา มีความน่าเชื่อถือมากขึ้น และมีโอกาสในการหลอกลวงเหยื่อสำเร็จได้มากกว่า สามารถหลอกลวงให้มีผู้ที่ตกเป็นเหยื่อได้จำนวนมากขึ้น และทำให้มีมูลค่าความเสียหายจากการหลอกลวงนั้นมากขึ้นกว่าเดิมหลายเท่า โดยหลายๆกรณีมีผู้เสียหายหลายพันคนและมีมูลค่าความเสียหายนับร้อยล้านหรือพันล้านบาท ดังนั้น หากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อโกงที่ใช้บังคับอยู่ไม่ได้รับการแก้ไขปรับปรุงหรือเพิ่มเติมให้ทันกับความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว โดยการบัญญัติ ฐานความผิดสำหรับ

การฉ้อโกงหรือการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว นอกจากจะทำให้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่เหมาะสมกับการนำมาปรับใช้กับการกระทำการฉ้อโกงหรือการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนในรูปแบบหรือวิธีการดังกล่าวแล้ว ยังทำให้กฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงที่ใช้บังคับอยู่ไม่สามารถยับยั้ง ป้องปราม หรือป้องกันการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงได้ดีเท่าที่ควร โดยเฉพาะการฉ้อโกงหรือการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิด ดังนั้น จึงอาจจำเป็นต้องมีการบัญญัติฐานความผิดสำหรับการฉ้อโกงและการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดไว้เป็นการเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญาหมวด 3 และในพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527

4.4.2 การเพิ่มโทษจากมูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด

เนื่องจากการกระทำการฉ้อโกงหรือการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดนั้นได้อาศัยความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยี การสื่อสารและรูปแบบใหม่ๆ ของสกุลเงินเป็นเครื่องมือที่สำคัญ ในการกระทำความผิด ทำให้การฉ้อโกงด้วยรูปแบบหรือวิธีการดังกล่าวมีความน่าเชื่อถือมากขึ้น และที่สำคัญคือสามารถหลอกลวงและทำให้มีมูลค่าความเสียหายจากการหลอกลวงนั้นมากขึ้น กว่าการฉ้อโกงแบบเดิมหลายเท่า โดยหลายๆกรณีมีมูลค่าความเสียหายนับร้อยล้านหรือพันล้านบาท ดังเช่นในคดีของนายชลวิชา ปานสมุทร พนักงาน Call Center ซึ่งสามารถหลอกลวงผู้เสียหายได้เงินกว่า 7-8 ล้านบาทต่อเดือนและหลอกลวงหมอได้เงินไปถึง 101 ล้านบาท คดีของบริษัท เอนเนอร์จี ดีटकซ์ จำกัด ซึ่งมีมูลค่าความเสียหายกว่า 300 ล้านบาท คดี Forex-3D ซึ่งมีมูลค่าความเสียหายกว่า 2,400 ล้านบาท หรือในคดีของบริษัท คอนเซ็ปต์ซีรีส์ จำกัด ที่มีมูลค่าความเสียหายกว่า 1,300 ล้านบาท เป็นต้น ซึ่งมูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดที่มีจำนวนมากดังกล่าว นอกจากจะสร้างความเสียหายให้กับผู้ที่ตกเป็นเหยื่อแล้ว ยังได้สร้างความเสียหายขึ้น อย่างร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศมากกว่าการฉ้อโกงโดยการใช้รูปแบบหรือวิธีการแบบอื่นๆ ดังนั้น เพื่อให้การลงโทษแก่ผู้ที่กระทำการฉ้อโกงโดยการใช้รูปแบบหรือวิธีการดังกล่าวเป็นไปตามหลักการ แนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญเกี่ยวกับการกำหนดโทษ และการลงโทษทางอาญา โดยเฉพาะหลักความได้สัดส่วนกับการกระทำ และแนวคิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์ และเพื่อให้อัตราโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับนั้นได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดมากขึ้น เมื่อเทียบกับความเสียหายและผลกระทบที่เกิดจากการกระทำความผิดดังกล่าว เพื่อให้เกิดการปราบปรามและเพื่อป้องกันหรือป้องปรามไม่ให้เกิดการกระทำความผิดนั้นอีกโดยเทียบเคียงแนวคิดดังกล่าวกับกฎหมายของต่างประเทศ และเพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับการฉ้อโกงที่บังคับใช้ในปัจจุบันสามารถป้องกัน ป้องปราม หรือยับยั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นโดยเฉพาะการกระทำการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดให้มีการเพิ่มโทษแก่ผู้ที่กระทำการฉ้อโกงด้วยวิธีการดังกล่าวโดยพิจารณาจากมูลค่า

ของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดด้วย ทั้งในประมวลกฎหมายอาญาหมวด 3 และในพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527

4.4.3 การเพิ่มโทษในกรณีมีผู้เสียหายจำนวนมากจากการกระทำผิด

เช่นเดียวกับเหตุผลและความจำเป็นในการเพิ่มโทษจากมูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดฐานฉ้อโกงหรือการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิด โดยเหตุผลที่สำคัญอีกประการ คือสามารถหลอกลวงและทำให้มีผู้หลงเชื่อและตกเป็นเหยื่อได้จำนวนมากกว่าการฉ้อโกงแบบเดิมหลายเท่า โดยหลายๆกรณีมีผู้ที่ตกเป็นผู้เสียหายจำนวนมาก ดังเช่น ในคดีของบริษัท เอนเนอร์จี ดีดักชั่น จำกัด ที่มีผู้หลงเชื่อและตกเป็นผู้เสียหายราว 2,600 กว่าราย คดี Forex-3D.com ที่มีผู้หลงเชื่อและตกเป็นผู้เสียหายราว 9,000 กว่าราย หรือในคดีบริษัท คอนเซ็ปต์ซีรีส์ จำกัด ที่มีผู้หลงเชื่อและตกเป็นผู้เสียหายราว 4,000 กว่าราย เป็นต้น ซึ่งการที่มีผู้หลงเชื่อและตกเป็นผู้เสียหายจำนวนมากดังกล่าวทำให้มูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดมีจำนวนมากขึ้นตามไปด้วย และนอกจากจะสร้างความเสียหายให้กับผู้ที่ตกเป็นผู้เสียหายแล้ว ยังได้สร้างความเสียหายขึ้นอย่างร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศมากกว่าการฉ้อโกงโดยการใช้รูปแบบหรือวิธีการแบบอื่นๆด้วยเช่นกัน ดังนั้น เพื่อให้การลงโทษ แก่ผู้ที่กระทำการฉ้อโกงโดยการใช้รูปแบบหรือวิธีการดังกล่าวเป็นไปตามหลักการ แนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญเกี่ยวกับการกำหนดโทษและการลงโทษทางอาญา โดยเฉพาะหลักความได้สัดส่วนกับการกระทำ และแนวคิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์ และเพื่อให้อัตราโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับนั้นได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดมากขึ้น เมื่อเทียบกับความเสียหายและผลกระทบที่เกิดจากการกระทำความผิดดังกล่าว เพื่อให้เกิดการหลาบจำและเพื่อป้องกันหรือป้องปรามมิให้บุคคลกระทำความผิดนั้นอีกโดยเทียบเคียงแนวคิดดังกล่าวกับกฎหมายของต่างประเทศ และเพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับการฉ้อโกงที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันสามารถป้องกัน ป้องปราม หรือยับยั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นโดยเฉพาะการกระทำการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดให้มีการเพิ่มโทษแก่ผู้ที่กระทำการฉ้อโกงด้วยวิธีการดังกล่าวโดยพิจารณาจากจำนวนของผู้เสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดด้วย ทั้งในประมวลกฎหมายอาญาหมวด 3 และในพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527

4.4.4 การกำหนดให้การฉ้อโกงหรือการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

ด้วยเหตุผลและความจำเป็นในการเพิ่มบทบัญญัติใหม่ในประมวลกฎหมายอาญาเพื่อเป็นการเพิ่มฐานความผิดที่ใช้บังคับกับการกระทำการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้โดยตรง เพื่อให้สามารถปรับใช้ได้กับการฉ้อโกงทุกประเภทในหมวด 3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดให้ผู้ที่กระทำความผิดฐานฉ้อโกงทุกประเภทในหมวด 3 ต้องได้รับโทษสูงขึ้นถ้าได้กระทำการฉ้อโกงนั้นโดยใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต เนื่องจากกรณีดังกล่าวสามารถหลอกลวงให้มีผู้เสียหายได้เป็น

จำนวนมาก และทำให้มูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดมีจำนวนมากกว่า และได้สร้างความเสียหายขึ้นอย่างร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อบุคคล เศรษฐกิจ และสังคมมากกว่าการฉ้อโกงประเภทต่างๆในหมวด 3 และเพื่อให้การลงโทษเป็นไปตามหลักการ แนวคิด และทฤษฎีที่สำคัญเกี่ยวกับการ กำหนดโทษและการลงโทษทางอาญา โดยเฉพาะหลักความได้สัดส่วนกับการกระทำ และแนวคิด ที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์ โดยการบัญญัติดังกล่าวจะทำให้อัตราโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับนั้นได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดมากขึ้นเมื่อเทียบกับความร้ายแรงและผลกระทบที่เกิดจากการกระทำความผิดดังกล่าว เพื่อให้เกิดการหลาบจำ และเพื่อป้องกันหรือป้องปรามไม่ให้เกิดการกระทำผิดนั้นอีก โดยเทียบเคียงแนวคิดดังกล่าวกับกฎหมายของต่างประเทศ ทั้งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐฟลอริดา ดังนั้น นอกจากการนำเอามูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นและจำนวนของผู้เสียหายมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษแก่ผู้ที่กระทำการฉ้อโกงด้วยวิธีการดังกล่าวด้วยแล้ว จึงควรต้องกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาให้การกระทำการฉ้อโกงในหมวด 3 ด้วยวิธีการดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแผ่นดินที่ยอมความไม่ได้ด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้ การกำหนดให้เป็นเหตุเพิ่มโทษหรือเป็นความผิดอาญาแผ่นดินเอาไว้ดังกล่าว เพื่อให้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อโกงของประเทศไทยสอดคล้องกับสถานการณ์ของสังคมและการพัฒนารูปแบบและวิธีการของการฉ้อโกงที่เปลี่ยนแปลงไป เพื่อให้กฎหมายเป็นไปตามหลักการ แนวคิด และทฤษฎีทางกฎหมายต่างๆ ทำให้อัตราโทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้นได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด เมื่อเทียบกับความร้ายแรงและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดดังกล่าว ทำให้ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายรู้สึกได้ว่าได้รับความเป็นธรรมจากกฎหมายจากการลงโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิด และประการสำคัญ คือทำให้กฎหมายเกี่ยวกับการฉ้อโกงที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันสามารถป้องกัน ป้องปรามหรือยับยั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยเฉพาะการกระทำความผิดโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต และสามารถลดการเกิดปัญหาอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น

โดยในการบัญญัติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นถือว่าสอดคล้องกับหลักการที่สำคัญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และในพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ด้วย โดยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในหมวดที่ 6 แนวนโยบายแห่งรัฐได้กำหนดแนวทางเกี่ยวกับการยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ไว้ในมาตรา 77 โดยกำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมาย ได้อย่างถูกต้อง และรัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงทุกรอบระยะเวลาที่

กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่างๆที่เปลี่ยนแปลงไป⁵¹

ส่วนพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562 ที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย การตรวจสอบความจำเป็นใน การตรากฎหมาย และการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายเพื่อประกอบการจัดทำร่างกฎหมาย เพื่อให้การตรากฎหมาย เป็นไปโดยละเอียดรอบคอบ ไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น และเพื่อพัฒนากฎหมายให้ทันสมัย และสอดคล้องกับบริบทที่เปลี่ยนแปลงไปโดยกำหนดให้หน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อ การดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน⁵² และหน่วยงานของรัฐต้อง ตรวจสอบและพิจารณาจัดทำร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่สำคัญ เช่น สอดคล้องและไม่ขัดหรือ ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ สอดคล้องและไม่ขัดหรือแย้งกับยุทธศาสตร์ชาติและแผนการปฏิรูปประเทศสอดคล้องกับ หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับ สภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ เพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และ กำหนดให้การกำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำความผิดใดให้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่สำคัญ คือการกระทำนั้น ต้องกระทบต่อความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบ ต่อส่วนรวม และเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้ กฎหมายอย่างได้ผลและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้⁵³

ดังนั้น หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงของประเทศไทยเพื่อให้ ครอบคลุมถึงการฉ้อโกงที่ได้กระทำการโดยใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต หรือการ กำหนดให้นำเอาจำนวนของผู้เสียหายและมูลค่าของความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดในฐานฉ้อโกง มาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษสำหรับผู้ที่ทำให้สูงขึ้นนั้น จึงสอดคล้องและเป็นไปตามแนวนโยบายแห่งรัฐ ตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และหลักการตามพระราชบัญญัติ หลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและ การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

⁵¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77.

⁵² พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562 มาตรา 5.

⁵³ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562 มาตรา 21.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การฉ้อโกงเป็นการก่ออาชญากรรมทางด้านทรัพย์สินและเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจประเภทหนึ่ง และด้วยความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยี การสื่อสารและเครื่องมือทางการเงินในปัจจุบัน ทำให้การฉ้อโกงมีการพัฒนารูปแบบและวิธีการให้มีความซับซ้อนและแยบยลมากขึ้นเรื่อย ๆ จากการทำด้วยตนเองหรือกลุ่มเล็กๆสู่การทำในลักษณะของอั้งยี่ ซ่องโจร องค์กรหรือเครือข่ายอาชญากรรม และจากการชักชวนด้วยวาจาหรือโดยข้อความทั่วไป เป็นการใช่วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการหลอกลวงแทน เช่น การจัดตั้งในรูปสำนักงานเครือข่ายโทรศัพท์ (Call Center) การสื่อสารผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ตที่เรียกว่าระบบ Voice Over Internet Protocol (VOIP) การปลอมหน้าเว็บไซต์ของธนาคารหรือสถาบันการเงิน (Web Phishing) หรือการใช้แพลตฟอร์มออนไลน์ต่างๆ เช่น Facebook, Line, Youtube หรือ Instagram โดยการฉ้อโกงด้วยวิธีการดังกล่าวทำให้มีจำนวนผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจำนวนนับร้อยหรือนับพันคน และทำให้มีมูลค่าความเสียหายเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก บางกรณีเป็นจำนวนหลักร้อยล้านหรือพันล้านบาท และได้สร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นในหลายๆด้าน ทั้งด้านทรัพย์สิน ด้านเศรษฐกิจ ด้านความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล และส่งผลกระทบต่อถึงความสงบเรียบร้อยของสังคม

ทั้งนี้ การฉ้อโกงซึ่งเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญานั้นมีหลักกฎหมาย แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องที่สำคัญหลายประการ อาทิเช่น

1) แนวคิดเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขตของกฎหมายอาญา

โดยมองว่าเอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา คือผู้ที่กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาถ้าหาก การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะที่ได้กระทำว่าเป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้กฎหมายอาญาย่อมหลังให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำไม่ได้ ถ้อยคำในกฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนและปราศจากความคลุมเครือ และกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด

2) แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษและการลงโทษทางอาญา

โดยแนวคิดนี้จะมุ่งเน้นไปในการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนกับการกระทำ กล่าวคือถ้าผลของการกระทำเกิดขึ้นร้ายแรงมาก การลงโทษก็จะหนักขึ้นตามส่วนของผลที่กระทำ และถ้าผลของการกระทำเกิดขึ้นเป็นผลเล็กน้อย การลงโทษก็จะเล็กน้อยลงตามสัดส่วน และถ้าผู้ที่กระทำมีจิตใจชั่วมาก กฎหมายก็จะกำหนดโทษหนักเบาตามส่วนของความชั่วในจิตใจ โดยดูถึงเจตนาร้ายของผู้ที่กระทำความผิดว่ามีมากน้อยเพียงใด โดยมีทฤษฎีที่สำคัญที่สนับสนุนแนวคิดนี้ เช่น

2.1) ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free Will Theory) มองว่าบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดควรมีความเหมาะสมกับลักษณะความผิด คือต้องไม่มากจนโหดร้ายทารุณและต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรมนั้น

2.2) ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) มองว่าการลงโทษถือเป็นมาตรการทางอาญาเพื่อข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่าง และเพื่อป้องกัน การกระทำความผิดซ้ำอีก ดังนั้น การกำหนดโทษทางอาญาจึงควรเป็นไปตามหลักความยุติธรรม และได้สัดส่วน (Proportional Justice) คือจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิดนั้น

3) แนวคิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์

กฎหมายอาญานั้นมีแนวคิดพื้นฐานในการกำหนดบทเพิ่มโทษ โดยได้ยึดถือหลักของการลงโทษที่มีลักษณะเป็นการตอบแทนความร้ายแรงของการกระทำความผิด ดังนั้น ความหนักเบาของการลงโทษจึงต้องได้สัดส่วนกับความรุนแรงของอาชญากรรมและต้องกำหนดให้เหมาะสม กับลักษณะของความผิดนั้น และมองว่ากฎหมายที่จะพืงนำมาใช้เพื่อป้องกันการกระทำความผิดนั้นจะต้องรุนแรงขึ้นตามขีดที่การนั้นได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

ในต่างประเทศก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงไว้เช่นกัน โดยอาจจะมีองค์ประกอบของความผิดที่เหมือนและแตกต่างกันไป ตัวอย่างเช่น

1) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

1.1) กฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้บัญญัติความผิดฐานฉ้อโกงเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1998 (The German Penal Code of 1998) ตั้งแต่มาตรา 263-265a โดยมีองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฉ้อโกงแบ่งออกเป็น 4 ประการที่สำคัญ คือการหลอกลวง (Täuschung) การหลงเชื่อ (Irrtum) การโอนทรัพย์สิน (Vermögensverfügung) และความเสียหายในทางทรัพย์สิน (Vermögensschaden) และองค์ประกอบภายในที่สำคัญมี 2 ประการ ได้แก่ เจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษ

1.2) เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีบัญญัติไว้ในมาตรา 263 (3) และให้มีบทลงโทษหนักขึ้นกว่าการฉ้อโกงตามปกติ โดยต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี โดยเหตุฉกรรจ์ เช่น กรณีกระทำการเป็นอาชีพหรือเป็นสมาชิกของกลุ่มมิฉฉาชีพ ร่วมกันปลอมแปลงเอกสาร กรณีการฉ้อโกงอันเป็นการกระทำอย่างต่อเนื่อง กรณีการกระทำเป็นเหตุให้เสียหายแก่ทรัพย์สินเป็นจำนวนมาก หรือกรณีกระทำการฉ้อโกงอย่างต่อเนื่องเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของคนจำนวนมาก เป็นต้น

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

2.1) กฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการฉ้อโกงประชาชนไว้ในกฎหมายกลางของประเทศชื่อว่า Federal Law โดยใน U.S. Code Title 18 Part 1 Chapter 47 กำหนดว่าหากมีการฉ้อโกงซึ่งเป็นการหลอกลวง ไม่ว่าจะกระทำโดยเจตนาหรือการบิดเบือนความจริงที่ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น รัฐบาลกลางจะดำเนินการเพื่อลงโทษการฉ้อโกงตามประเภทต่างๆที่ระบุไว้ โดยการฉ้อโกงในแต่ละประเภทจะมีบทลงโทษเฉพาะที่เกี่ยวข้องเอาไว้

2.2) ความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น

2.2.1) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้มีการบัญญัติความผิดฐานฉ้อโกงไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code 1872) ในมาตรา 532 โดยในลักษณะของการกำหนดโทษจะเป็นไปตามความเสียหายของมูลค่าทรัพย์สิน หากมีความเสียหายมากจะได้รับโทษหนักและหากเสียหายน้อยก็จะเป็นโทษสถานเบา

2.2.2) มลรัฐฟลอริดา ได้มีการบัญญัติเรื่องการฉ้อโกงไว้ในพระราชบัญญัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Florida's Deceptive and Unfair Trade Practices Act) มาตรา 817.034 โดยกำหนดให้บุคคลใดที่มีส่วนร่วมในโครงการที่จะฉ้อโกงและได้รับทรัพย์สินมีความผิดในการฉ้อโกงและต้องระวางโทษ และมีการแยกการลงโทษออกเป็นระดับตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ทำการฉ้อโกง

สำหรับประเทศไทยการกระทำการฉ้อโกงนั้นมีมาตั้งแต่อดีต กระทั่งมีการตราประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันขึ้นใน พ.ศ. 2500 โดยกำหนดให้ความผิดฐานฉ้อโกงบัญญัติอยู่ในภาค 2 ภาคความผิด ลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หมวด 3 ความผิดฐานฉ้อโกง ตั้งแต่มาตรา 341 ถึงมาตรา 348 โดยมีอัตราโทษหนักที่สุดคือระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาทตามมาตรา 343 วรรคสอง กรณีการฉ้อโกงประชาชนด้วยเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 342 และกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่ใช้กับกรณีการกู้ยืมเงินอันเป็นการฉ้อโกงประชาชนคือพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 โดยมีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท นอกจากนี้ ยังมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่แม้ว่าจะไม่ได้ลงโทษผู้ที่กระทำการฉ้อโกงโดยตรง แต่ก็เป็นกฎหมายที่ถูกนำมาใช้พิจารณาโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิดอีกบทหนึ่ง หากมีการฉ้อโกงและได้กระทำการผ่านระบบคอมพิวเตอร์

การกระทำการฉ้อโกงนั้น โดยพฤติการณ์หรือวิธีการที่ได้กระทำอาจเข้าลักษณะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 หรือเป็นการกระทำความผิดเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท แล้วแต่ข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีแต่โดยทั่วไปตำรวจและอัยการมักจะฟ้องคดีไปตามพฤติการณ์ของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องรวมกันไปทั้งหมด แต่ถ้านับเฉพาะข้อหาที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงและถ้าเป็นการที่ได้กระทำการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต เช่น คดีของนายชลวิชา ปานสมุทร พนักงาน Call Center คดีของบริษัท เอนเนอร์จี ดีดักชั่น จำกัด คดีของนายอภิรักษ์ โภภูติ กับพวกกรณี Forex-3D หรือคดีของบริษัท คอนเซ็ปต์ซีรีส์ จำกัด ล้วนแต่ถูกแจ้งในข้อหาร่วมกันฉ้อโกงประชาชนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 342 และมาตรา 343 หรือร่วมกันกู้ยืมเงินอันเป็นการฉ้อโกงตาม

พระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 มาตรา 4 รวมถึงร่วมกันนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลอันเป็นเท็จโดยประการที่จะเกิดความเสียหายแก่ประชาชนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (1) และคดีในลักษณะดังกล่าวศาลจะลงโทษตามที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติต่างๆดังที่ได้กล่าวมาเท่านั้น

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกง พบว่าในประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมมาเป็นเวลานาน โดยเฉพาะเกี่ยวกับฐานความผิดที่ได้บัญญัติไว้ เช่นเดียวกับในพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 แม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมแต่ก็ไม่ได้มีการเพิ่มฐานความผิดสำหรับการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนโดยเฉพาะการฉ้อโกงโดยใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิด และโทษสำหรับผู้ที่กระทำความผิดก็ไม่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมมาตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้พระราชกำหนดดังกล่าวเป็นต้นมา การที่ไม่ได้รับการแก้ไขปรับปรุงหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติมาเป็นเวลานาน โดยเฉพาะเกี่ยวกับการกำหนดฐานความผิดที่ได้บัญญัติไว้ ทำให้บทบัญญัติที่มีอยู่ในปัจจุบัน ของกฎหมายทั้งสองฉบับไม่ครอบคลุมถึงการกระทำการฉ้อโกงในรูปแบบใหม่ๆซึ่งได้พัฒนารูปแบบและวิธีการไปจากเดิม โดยเฉพาะการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต และทำให้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่สามารถยับยั้ง ป้องปรามหรือป้องกันการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงได้ดีเท่าที่ควร ดังจะเห็นได้จากสถิติคดีอาญาจากสำนักงานตำรวจแห่งชาตินับตั้งแต่ปี 2560 เป็นต้นมา ที่พบว่าคดีในความผิดฐานฉ้อโกงมีจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ ดังนั้นแม้ว่าการฉ้อโกงหรือ การกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนด้วยวิธีการหรือรูปแบบดังกล่าวจะมีผู้ที่ตกเป็นผู้เสียหายหรือจะมีมูลค่าของความเสียหายทางทรัพย์สินจำนวนมากเท่าใด หรือแม้ว่าจะมีผู้ร่วมกระทำผิดเป็นอั้งยี่ ช่องโจร องค์กรหรือเครือข่ายอาชญากรรมก็ตาม การดำเนินคดีกับผู้ที่กระทำความผิด การพิจารณา การวินิจฉัยคดีและการลงโทษโดยศาลยังคงดำเนินการเช่นเดียวกับการฉ้อโกงใน กรณีต่างๆตามประมวลกฎหมายอาญาและตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 หรือในบางกรณีอาจนำเอาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาพิจารณาประกอบด้วยเท่านั้น โดยไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดให้กรณีดังกล่าวเป็นเหตุฉุกเฉินเพื่อเพิ่มโทษสำหรับผู้ที่กระทำผิด และแนวทางการวินิจฉัยของศาล พิจารณาว่าเป็นการร่วมกันกระทำความผิดในฐานะตัวการร่วมหรือผู้สนับสนุนเท่านั้น ทำให้ผู้ที่กระทำความผิดฐานฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตดังกล่าว ได้รับโทษเท่ากับการฉ้อโกงแบบธรรมดาทั่วไปตาม มาตรา 341 หรือเท่ากับการฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่แม้จะเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้ แต่ก็มีอัตราโทษเพียงจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับเท่านั้น เช่นเดียวกับพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 ที่แม้จะได้รับการแก้ไขปรับปรุงโดยบทบัญญัติเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าว และบางกรณีได้มีการนำเอาจำนวนของผู้เสียหายหรือจำนวนของมูลค่าความเสียหายมาพิจารณาด้วยก็ตาม แต่ไม่ได้รับบุเกี่ยวกับการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้เป็น

การเฉพาะเช่นกัน แต่เป็นเพียงการขยายความเพื่อให้ครอบคลุมถึงวิธีการดังกล่าวในบางกรณี และใช้ได้กับเฉพาะกรณีที่มีลักษณะเป็นการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนตามพระราชกำหนดดังกล่าวเท่านั้น และอัตราโทษที่กำหนดไว้ไม่ได้สูงกว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

ทั้งนี้ การฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตซึ่งมีการพัฒนารูปแบบและวิธีการไปจากเดิมมาเป็นรูปแบบใหม่ที่แตกต่างออกไป สามารถทำได้โดยง่าย ทำได้ไว และมีโอกาสในการหลอกลวงสำเร็จมากกว่าวิธีการเดิม สามารถหลอกลวงผู้ที่ตกเป็นเหยื่อได้จำนวนมากขึ้นและทำให้มีมูลค่าความเสียหายจากการกระทำผิดมากขึ้นกว่าเดิมหลายเท่า และได้ส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงในหลายๆด้าน ทั้งต่อชีวิตและทรัพย์สิน ต่อความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และต่อระบบเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ ซึ่งแตกต่างจากการฉ้อโกงกรณีต่างๆที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา หรือในพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 ดังนั้น การใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงที่มีอยู่ในปัจจุบันทั้งสองฉบับสำหรับการฉ้อโกงในกรณีดังกล่าว นอกจากจะไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ของสังคมและการเปลี่ยนแปลงของรูปแบบและวิธีการของการกระทำการฉ้อโกงแล้ว ยังทำให้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่เป็นไปตามหลักการ แนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญทางกฎหมายเท่าที่ควร และทำให้โทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้นไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดเมื่อเทียบกับความร้ายแรงและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดดังกล่าว และทำให้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันไม่สามารถป้องกัน ป้องปรามหรือยับยั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร โดยเฉพาะการฉ้อโกงโดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต และทำให้ไม่สามารถลดการเกิดปัญหาอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้อย่างเป็นรูปธรรมเท่าที่ควร

5.2 ข้อเสนอแนะ

การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ จากการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงของประเทศไทย โดยเฉพาะที่ใช้บังคับกับการฉ้อโกงที่ได้กระทำการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต เทียบกับหลักการ แนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญเกี่ยวกับการกำหนดโทษและการลงโทษทางอาญา และแนวคิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์ รวมทั้งหลักการที่สำคัญต่างๆ พร้อมทั้ง เทียบเคียงกับกฎหมายที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงในต่างประเทศ ทั้งของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐฟลอริดา โดยพิจารณาตามหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในหมวดที่ 6 มาตรา 77 ว่าด้วยแนวนโยบายแห่งรัฐที่ได้กำหนดแนวทางเกี่ยวกับการยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน และตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 5 และมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ผู้ศึกษาค้นคว้าจึงมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยเสนอการแก้ไขปัญหาดังนี้

5.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมและเพิ่มบทบัญญัติใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา

1) การเพิ่มบทบัญญัติใหม่เป็นมาตรา 347/1 และให้มีรายละเอียดของบทบัญญัติ ดังนี้

“มาตรา 347/1 ความผิดในหมวดนี้ ถ้าได้กระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตต้อง
ระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นหนึ่งในสาม

การกระทำความผิดในวรรคแรก ถ้ากระทำต่อบุคคลตั้งแต่หนึ่งร้อยคนขึ้นไปแต่ไม่เกินหนึ่งพันคน
หรือมีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไปแต่ไม่เกินหนึ่งพันล้านบาท ต้องระวางโทษหนักกว่าที่
บัญญัติไว้ในมาตรานั้นกึ่งหนึ่ง

การกระทำความผิดในวรรคแรก ถ้ากระทำต่อบุคคลตั้งแต่หนึ่งพันคนขึ้นไป หรือมีมูลค่าความ
เสียหายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นหนึ่งเท่า”

2) การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 348 และให้มีรายละเอียดของบทบัญญัติ ดังนี้

“มาตรา 348 นอกจากความผิดตามมาตรา 343 และมาตรา 347/1 เป็นความผิดอันยอมความไม่ได้”

ทั้งนี้ เหตุผลในการเพิ่มบทบัญญัติใหม่และการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเดิมในประมวลกฎหมาย
อาญาดังกล่าว เพื่อเป็นการเพิ่มฐานความผิดที่ใช้บังคับกับการกระทำการฉ้อโกงโดยใช้วิธีการผ่านทาง
อิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตโดยตรง เพื่อให้สามารถปรับใช้ได้กับการฉ้อโกงทุกประเภทในหมวด 3 โดย
กำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานฉ้อโกงทุกประเภทในหมวด 3 ต้องได้รับโทษสูงขึ้นถ้าได้กระทำการฉ้อโกงนั้นโดยใช้
วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต และกำหนดให้การกระทำการฉ้อโกงด้วยวิธีการดังกล่าวเป็น
ความผิดอาญาแผ่นดินที่ยอมความไม่ได้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวสามารถหลอกลวงให้มีผู้เสียหายได้เป็นจำนวน
มาก และทำให้มูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดมีจำนวนมากกว่า และได้สร้างความเสียหายขึ้น
อย่างร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อบุคคล เศรษฐกิจ และสังคมมากกว่าการฉ้อโกงประเภทต่าง ๆ ในหมวด 3
และเพื่อให้การลงโทษเป็นไปตามหลักการ แนวคิด และทฤษฎีที่สำคัญเกี่ยวกับการกำหนดโทษ และการลงโทษ
ทางอาญา โดยเฉพาะหลักความได้สัดส่วนกับการกระทำ และแนวคิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์
โดยการบัญญัติดังกล่าวทำให้อัตราโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับนั้นได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดมากขึ้น
เมื่อเทียบกับความร้ายแรงและผลกระทบที่เกิดจากการกระทำความผิดดังกล่าว เพื่อให้เกิดการหลาบจำ และ
เพื่อป้องกันหรือป้องปรามไม่ให้บุคคลกระทำความผิดนั้นโดยเทียบเคียงแนวคิดดังกล่าวกับกฎหมายของ
ต่างประเทศ ทั้งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐ
ฟลอริดา รวมทั้งเป็นการนำเอาจำนวนของผู้เสียหายและมูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นมาพิจารณาเพื่อ
กำหนดโทษแก่ผู้ที่กระทำการฉ้อโกงด้วยวิธีการดังกล่าวด้วย

5.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชกำหนดการกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527

โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติวรรคสอง วรรคสามและวรรคสี่ในมาตรา 12 และให้มีราย ละเอียดของ
บทบัญญัติ ดังนี้

“มาตรา 12

ความในวรรคแรก ถ้าได้กระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้หนึ่งในสาม

การกระทำความผิดในวรรคสอง ถ้ากระทำต่อบุคคลตั้งแต่หนึ่งร้อยคนขึ้นไปแต่ไม่เกินหนึ่งพันคน หรือมีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไปแต่ไม่เกินหนึ่งพันล้านบาท ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในวรรคแรกกึ่งหนึ่ง

การกระทำความผิดในวรรคสอง ถ้ากระทำต่อบุคคลตั้งแต่หนึ่งพันคนขึ้นไป หรือมีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในวรรคแรกหนึ่งเท่า”

ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 12 ดังกล่าว มีเหตุผลเช่นเดียวกับการเพิ่มบทบัญญัติใหม่และการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเดิมในประมวลกฎหมายอาญา คือเพื่อเป็นการเพิ่มฐานความผิดที่แยกออกมาสำหรับใช้บังคับกับการกระทำการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน โดยการใช้วิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตไว้โดยตรง เพื่อให้สามารถปรับใช้ได้กับการกระทำการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนทั้งในกรณีตามมาตรา 4 และตามมาตรา 5 โดยกำหนดให้ผู้ที่กระทำความผิดฐานกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนทั้งสองกรณีต้องได้รับโทษสูงขึ้นถ้าได้กระทำการนั้นโดยวิธีการผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต และเพื่อให้การลงโทษเป็นไปตามหลักการ แนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญเกี่ยวกับการกำหนดโทษและการลงโทษ ทางอาญา โดยเฉพาะหลักความได้สัดส่วนกับการกระทำและแนวคิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์ โดยการบัญญัติดังกล่าวจะทำให้อัตราโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับนั้นได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดมากขึ้นเมื่อเทียบกับความร้ายแรงและผลกระทบที่เกิดจากการกระทำความผิดดังกล่าว รวมทั้งเป็นการนำเอาจำนวนของผู้เสียหายและมูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษแก่ผู้ที่กระทำการฉ้อโกงด้วย

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กุลธิดา อาธิเจริญสุข, 'การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับพิชชิง' (ธันวาคม 2560) 6 วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์.
- เขตไท ลังการ์พินธุ์, 'หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ และประเทศไทย : ความหมายและสาระสำคัญ' (พฤศจิกายน 2558) 2 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร.
- คณพล จันทน์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561).
- คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรม, *หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมายสาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม* (พี เอส พรีนติ้ง แอนด์ ดีไซน์ 2557).
- คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545).
- _____, *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2553).
- _____, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).
- ชยธร วิชาโคตร, 'ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกง' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2552).
- ชาตรี เสวตรรัตน์, 'เปรียบเทียบความผิดฐานขายของโดยหลอกลวงกับความผิดฐานฉ้อโกง' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2527).
- ณิชนันทน์ อิศรางกร ณ อยุธยา, 'อาชญากรรมทางเศรษฐกิจและการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสม : ศึกษากรณีการฉ้อโกงประชาชน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2562).
- ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, *ประวัติศาสตร์กฎหมาย* (มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2542).
- ทวีป มหาสิงห์, 'การก่อรูป "ทฤษฎีความยุติธรรม" ของจอห์น 롤ล์ส' (กรกฎาคม-ธันวาคม 2563) 11 วารสารรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด และภาคลหุโทษ* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2546).
- ณรงค์ ใจหาญ, *กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2543).
- นรินทร์ ไทรพิง, 'การรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากการเพิ่มโทษกับเหตุการณ์ในคดีอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2529).
- นिरชา บุญอภัย, 'ความผิดฐานฉ้อโกง : ศึกษากรณีการฉ้อโกงบริการ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2561).
- ประธาน วัฒนวาณิชย์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาญาวิทยา* (สำนักพิมพ์ประกายพรึก 2546).

บรรณานุกรม (ต่อ)

- ภาวิณี นครพัฒน์, 'ความผิดฐานฉ้อโกงบริการ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560).
- ศิลาพล กุศลศิลป์วุฒิ, 'ความรับผิดอาญา : เปรียบเทียบไทยกับสหรัฐอเมริกา' ใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (บรรณาธิการ) ยื่นหยัดบนหลักนิติธรรม (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557).
- สกล นิสารัตน์, 'การกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรม' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545).
- สมบูรณ์ วงศ์พระจันทร์, 'ความผิดฐานฉ้อโกง ตามกฎหมายเยอรมัน-ไทย-ลาว' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547).
- สุนทรี กลิ้งกระจ่าง, 'ความรับผิดทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดของบิดามารดา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2549).
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท, 'การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ : หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนกรณีคดียาเสพติดให้โทษ' (2560) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559).
- สุรสิทธิ์ แสงวีโรจน์พัฒน์, 'ความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา 263 วรรคแรก ของประมวลกฎหมายเยอรมัน' (กันยายน-ธันวาคม 2548) 3 ดุลพาห.
- แสงว บัญเฉลิมวิภาส, *หลักกฎหมายอาญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2551).
- สรวิชัย วงษ์สอาด, 'คุณธรรมในทัศนะของเพลโต' (พฤษภาคม-สิงหาคม 2562) 2 วารสารรัฐประศาสนศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา.
- 'สถิติฐานความผิดคดีอาญา (คดี 4 กลุ่ม)' (ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศกลาง สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 2561) <[https:// www.crimespolice.com/portal/ข้อมูลสถิติคดี2/](https://www.crimespolice.com/portal/ข้อมูลสถิติคดี2/)> สืบค้นเมื่อ 17 มีนาคม 2566.
- 'การสำรวจพฤติกรรมผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย Thailand Internet User Behavior' (สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, เมษายน - กรกฎาคม 2565) <<https://www.eta.or.th/>> สืบค้นเมื่อ 20 มกราคม 2566.

บรรณานุกรม (ต่อ)

หยุด แสงอุทัย, ‘การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา’ (สิงหาคม 2503) 8 ดุลพาห.
อัจฉริยา ชูตินันท์, ‘หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย’
(กรกฎาคม-กันยายน 2564) 3 วารสารสุทธิปริทัศน์.

ภาษาต่างประเทศ

Cornell Law School, ‘18 U.S. Code § 1341- Frauds and swindles’ (Legal Information Institute, March 21, 2023) <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1341>>
Retrieved on March 20, 2023.

Find Law’Staff, ‘Florida Statutes Title XLVI. Crimes § 817.034.Florida Communications Fraud Act’ (FindLaw, January 01,2019) <<https://codes.findlaw.com/fl/title-xlvi-crimes/fl-st-sect-817-034.html>> Retrieved on March 20, 2023.

Find Law’s Team, ‘Florida Pyramid and Ponzi Scheme Laws’ (FindLaw, February 27, 2018) <<https://www.findlaw.com/state/florida-law/florida-pyramid-and-ponzi-scheme-laws.html>> Retrieved on March 20, 2023.

Mark Theoharis ‘Fraud: Laws and Penalties Laws on Federal Fraud’ (Criminal Defense Lawyer, June 3, 2022) <<https://www.criminaldefenselawyer.com/crime-penalties/federal/federal-fraud.htm>> Retrieved on March 20, 2023.

Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Hart and Publishing 2009)

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก
ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา

- มาตรา 2 บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับโทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง

- มาตรา 59 บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวัง เช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

การกระทำ ให้หมายรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย

- มาตรา 341 ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือ บุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

- มาตรา 342 ถ้าในการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงผู้กระทำ

(1) แสดงตนเป็นคนอื่น หรือ

(2) อาศัยความเบาปัญญาของผู้ถูกหลอกลวงซึ่งเป็นเด็ก หรืออาศัยความอ่อนแอแห่งจิต ของผู้ถูกหลอกลวง

ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

- มาตรา 343 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 341 ได้กระทำด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน หรือด้วยการปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชน ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในวรรคแรก ต้องด้วยลักษณะดังกล่าวในมาตรา 342 อนุมาตรา หนึ่งอนุมาตราใดด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท

- มาตรา 344 ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงบุคคลตั้งแต่สิบคนขึ้นไปให้ประกอบการงานอย่างใดๆ ให้แก่ ตนหรือให้แก่บุคคลที่สาม โดยจะไม่ใช้ค่าแรงงานหรือค่าจ้าง แก่บุคคลเหล่านั้น หรือโดยจะใช้ค่าแรงงานหรือ ค่าจ้างแก่บุคคลเหล่านั้นต่ำกว่าที่ตกลงกัน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

- มาตรา 345 ผู้ใดสั่งซื้อและบริโภคอาหารหรือเครื่องดื่ม หรือเข้าอยู่ในโรงแรมโดยรู้ว่าตนไม่สามารถชำระเงินค่าอาหาร ค่าเครื่องดื่ม หรือค่าอยู่ในโรงแรมนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือ ปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

- มาตรา 346 ผู้ใดเพื่อเอาทรัพย์สินของผู้อื่นเป็นของตนหรือของบุคคลที่สาม ชักจูง ผู้หนึ่งผู้ใด ให้ จำหน่ายโดยเสียเปรียบซึ่งทรัพย์สิน โดยอาศัยเหตุที่ผู้ถูกชักจูงมีจิตอ่อนแอหรือเป็นเด็กเบาปัญญา และไม่สามารถเข้าใจตามควรซึ่งสาระสำคัญแห่งการกระทำของตน จนผู้ถูกชักจูงจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินนั้น ต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

- มาตรา 347 ผู้ใดเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์จากการประกันวินาศภัยแก่งลังทำให้เกิด เสียหายแก่ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุที่เอาประกันภัย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

- มาตรา 348 ความผิดในหมวดนี้ นอกจากความผิดตามมาตรา 343 เป็นความผิดอันยอมความได้

ภาคผนวก ข

พระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527

พระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527

- มาตรา 3 ในพระราชกำหนดนี้

“กู้ยืมเงิน” หมายความว่า รับเงิน ทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์อื่นใด ไม่ว่าในลักษณะของการรับฝาก การกู้ยืม การจำหน่ายบัตรหรือสิ่งอื่นใด การรับเข้าเป็นสมาชิก การรับเข้าร่วมลงทุนการรับเข้าร่วมกระทำ การอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือในลักษณะอื่นใด โดยผู้กู้ยืมเงินหรือบุคคลอื่นจ่ายผลประโยชน์ตอบแทน หรือตกลงว่าจะจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ให้กู้ยืมเงิน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการรับเพื่อตนเองหรือรับในฐานะตัวแทน หรือลูกจ้างของผู้กู้ยืมเงินหรือของผู้ให้กู้ยืมเงิน หรือในฐานะอื่นใด และไม่ว่าการรับหรือจ่ายเงิน ทรัพย์สิน ผลประโยชน์อื่นใด หรือผลประโยชน์ตอบแทนนั้น จะกระทำด้วยวิธีการใดๆ...

- มาตรา 4 ผู้ใดทำการโฆษณาหรือประกาศให้ปรากฏต่อประชาชนหรือกระทำด้วยประการใดๆ ให้ปรากฏแก่บุคคลตั้งแต่สิบคนขึ้นไป ในการกู้ยืมเงินตนหรือบุคคลใดจะจ่ายหรืออาจจ่ายผลประโยชน์ตอบแทน ให้ตามพฤติการณ์แห่งการกู้ยืมเงินในอัตราที่สูงกว่าอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วย ดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินจะพึงจ่ายได้ โดยที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่า ตนหรือบุคคลนั้นจะนำเงินจาก ผู้ให้กู้ยืมเงินรายนั้นหรือรายอื่น มาจ่ายหมุนเวียนให้แก่ผู้ให้กู้ยืมเงิน หรือโดยที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าตนหรือ บุคคลนั้นไม่สามารถประกอบกิจการใดๆโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะให้ผลประโยชน์ตอบแทนพอเพียงที่จะ นำมาจ่ายในอัตรานั้นได้ และในการนั้นเป็นเหตุให้ตนหรือบุคคลใดได้กู้ยืมเงินไป ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกู้ยืม เงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน

ผู้ใดที่ไม่มีใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับปัจจัยชำระเงินต่างประเทศตามกฎหมายว่าด้วยการ ควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน ดำเนินการหรือให้พนักงาน ลูกจ้าง หรือบุคคลใดดำเนินการโฆษณา ประกาศหรือ ชักชวนประชาชนให้ลงทุนโดย

(1) ชื่อหรือขายเงินตราสกุลใดสกุลหนึ่งหรือหลายสกุล หรือ

(2) เก็งกำไรหรืออาจจะได้รับผลประโยชน์จากการเปลี่ยนแปลงของอัตราแลกเปลี่ยนเงิน ให้ถือว่าผู้นั้น

กระทำความผิดฐานกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนด้วย

- มาตรา 5 ผู้ใดกระทำการดังต่อไปนี้

(1) ในการกู้ยืมเงินหรือจะกู้ยืมเงิน

(ก) มีการโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไป หรือโดยการแพร่ข่าวด้วยวิธีอื่นใดหรือ

(ข) ดำเนินกิจการกู้ยืมเงินเป็นปกติธุระ หรือ

(ค) จัดให้มีผู้รับเงินในการกู้ยืมเงินในแหล่งต่างๆ หรือ

(ง) จัดให้มีบุคคลตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปชักชวนบุคคลต่างๆเพื่อให้มีการให้กู้ยืมเงิน หรือ

(จ) ได้กู้ยืมเงินจากผู้ให้กู้ยืมเงินเกินสิบคนซึ่งมีจำนวนเงินกู้ยืมรวมกันตั้งแต่ห้าล้านบาทขึ้นไป อันมิใช่

การกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน และ

(2) ผู้นั้น

(ก) จ่าย หรือโฆษณา ประกาศ แพร่ข่าว หรือตกลงว่าจะจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่ผู้ให้กู้ยืมเงิน ในอัตราที่สูงกว่าอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน จะพึงจ่ายได้หรือ

(ข) ไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 7 (1) (2) หรือ (3) หรือกิจการของผู้นั้น ตามที่ผู้ันได้ให้ข้อเท็จจริงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 7 ไม่ปรากฏหลักฐานพอที่จะ เชื่อได้ว่า เป็น กิจการที่ให้ผลประโยชน์ตอบแทนพอเพียงที่จะนำมาจ่ายให้แก่ผู้ให้กู้ยืมเงินทั้งหลาย

ผู้ันต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดฐานกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน ตามมาตรา 4 ทั้งนี้ เว้นแต่ผู้ันจะสามารถพิสูจน์ได้ว่ากิจการของตนหรือของบุคคลที่ตนอ้างถึงนั้น เป็นกิจการที่ให้ผล ประโยชน์ตอบแทนพอเพียงที่จะนำมาจ่ายตามที่ตนได้กล่าวอ้าง หรือหากกิจการดังกล่าวไม่อาจให้ผลประโยชน์ ตอบแทนพอเพียง ก็จะต้องพิสูจน์ได้ว่ากรณีดังกล่าวได้เกิดขึ้นเนื่องจากสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจที่ผิดปกติอัน ไม่อาจคาดหมายได้หรือมีเหตุอันสมควรอย่างอื่น

- มาตรา 12 ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 4 หรือมาตรา 5 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลา ที่ยังฝ่าฝืนอยู่

ภาคผนวก ค

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550

- มาตรา 11 ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท

ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นอันมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้รับสามารถบอกเลิกหรือแจ้งความประสงค์เพื่อปฏิเสธการตอบรับได้โดยง่าย ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท

ให้รัฐมนตรีออกประกาศกำหนดลักษณะและวิธีการส่ง รวมทั้งลักษณะและปริมาณของข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งไม่เป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้รับและลักษณะอันเป็นการบอกเลิกหรือแจ้งความประสงค์เพื่อปฏิเสธการตอบรับได้โดยง่าย

ภาคผนวก ง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2561

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2561

- มาตรา 29 บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุด แสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

การควบคุมหรือคุมขังผู้ต้องหาหรือจำเลยให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้มีการหลบหนี ในคดีอาญา จะบังคับให้บุคคลให้การเป็นพยานต่อตนเองมิได้...

- มาตรา 77 รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายทั้งหมด ความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่างๆได้โดยสะดวก และสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบ ที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการ วิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อ กฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับ ฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบท ต่างๆที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล ลักษณ์สุดา โพธิ์ทอง

ประวัติการศึกษา

- พ.ศ. 2558 - รัฐประศาสนศาสตรบัณฑิต โรงเรียนนายร้อยตำรวจ
- พ.ศ. 2562 - นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
- พ.ศ. 2565 - เนติบัณฑิต สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

ประสบการณ์ทำงาน

- เจ้าหน้าที่คดีพิเศษชำนาญการ กองคดีธุรกิจการเงินนอกระบบ
กรมสอบสวนคดีพิเศษ