

ภาค ๑

ภาคทั่วไป

คดีอาญาในฐานะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ มีสถิติคดีเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากในปัจจุบัน และด้วยวิวัฒนาการของเทคโนโลยีและการสื่อสารที่มีความทันสมัย ทำให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น มีการใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ดังนั้นการวินิจฉัยสิ่งคดีรวมทั้งการสืบพยานของพนักงานอัยการจึงต้องเปลี่ยนแปลงไปตามวิวัฒนาการของการกระทำความผิด พนักงานอัยการจำเป็นต้องมีความรอบรู้ทั้งในเรื่องวิวัฒนาการของกฎหมายวิวัฒนาการของเทคโนโลยีและต้องเข้าใจรูปแบบของการกระทำอย่างชัดเจน จึงจะสามารถปราบปรามอาชญากรรมได้อย่างสัมฤทธิ์ผล

กฎหมายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์มีวิวัฒนาการมายาวนาน ตั้งแต่กฎหมายพระไอยการลักษณะอาญา กฎหมายลักษณะอาญาจนมาถึงประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน คณะทำงานฯ จึงนำข้อเขียนที่ได้รวบรวมไว้เพื่อให้พนักงานอัยการได้ศึกษาถึงแนวความคิดและที่มาของกฎหมายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เท่าที่จะค้นคว้าได้ดังนี้

ส่วนที่ ๑ ความผิดฐานลักทรัพย์

๑.๑ วิวัฒนาการความผิดฐานลักทรัพย์ตามกฎหมายไทย^๑

แนวความคิดของความผิดฐานลักทรัพย์ก่อนมีการใช้ประมวลกฎหมายอาญานั้น หมายถึงช่วงก่อนที่ประเทศไทยจะมีการบัญญัติกฎหมายออกมาเป็นรูปแบบของประมวลกฎหมาย และแนวความคิดของความผิดฐานลักทรัพย์ก่อนใช้ประมวลกฎหมายนี้จะขอกกล่าวถึงความผิดฐานลักทรัพย์ตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่เก่าแก่มากที่สุดของไทยที่พอจะสืบหาร่องรอยทางประวัติศาสตร์ได้ เนื่องจากกฎหมายที่เก่าแก่กว่ากฎหมายตราสามดวงได้สูญหายและถูกทำลายไปเสียส่วนมาก จนยากที่จะนำมาใช้ในการศึกษาทำความเข้าใจถึงแนวความคิดของความผิดฐานนี้ได้^๒

ความผิดฐานลักทรัพย์เท่าที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย ๒ เล่ม คือ พระไอยการลักษณะอาญาหลวง และพระไอยการลักษณะโจร ซึ่งประกาศใช้ราว พ.ศ.๑๙๐๓ ซึ่งเป็นเวลาหลังจากมีพระไอยการลักษณะหลวงแล้ว ๘ ปี เนื่องจากพระไอยการลักษณะอาญาหลวง ไม่ใช่เรื่องของการโจรกรรมประทุษร้ายต่อทรัพย์โดยตรง เนื่องจากมีบทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับใช้กับความผิดฐานลักทรัพย์ในสมัยนั้นได้เพียง ๑๒ มาตรา เท่านั้น ซึ่งทำให้ไม่สามารถใช้ปราบปรามโจรผู้ร้ายได้อย่างจริงจัง^๓ พระไอยการลักษณะโจรจึงเป็นเสมือนบทบัญญัติที่เข้าไปเสริมเพื่อให้กฎหมายในสมัยนั้นมีประสิทธิภาพในการอำนวยความยุติธรรมได้ดียิ่งขึ้น

^๑ ศิริภัทร ธรรมเขต, “ความผิดฐานลักทรัพย์ : ศึกษากรณีมีการลักทรัพย์ไม่มีรูปร่าง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๕๐. หน้า ๔-๕๙

^๒ อุไรวรรณ อุดมวัฒนกุล, ความผิดฐานลักทรัพย์ ศึกษากรณีเอายานพาหนะของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบ; วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.๒๕๓๑, หน้า ๒๔.

^๓ หลวงสุทิวาหนฤพุมิ, ประวัติศาสตร์กฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ ๗ (พระนคร:โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๑๗), หน้า ๔๑๒.

พระไอยการลักษณะโจรเมื่อได้มีการคัดลอกต่อๆ มา คำว่า “พระไอยการ” ก็หายไป เรียกว่า กฎหมายลักษณะโจร ซึ่งคำว่า “โจร” ในกฎหมายลักษณะนี้มีความหมายกว้างกว่าที่เข้าใจกันตามธรรมดา เพราะตามธรรมดาเข้าใจกันว่า “โจร” หมายถึง ขโมย แต่ในลักษณะโจรนี้ คำว่า “โจร” หมายถึง ผู้ร้าย^๔

ผู้กระทำตามกฎหมายลักษณะโจรมี ๒ ประเภท คือ

๑) องค์โจร หมายถึง การกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นผู้กระทำผิดเอง ได้แก่ผู้กระทำผิดเอง หรือผู้ใช้หรือสั่งสอนผู้อื่นให้ลัก ผู้กระทำผิดทั้ง ๓ ประเภทดังกล่าว จะได้รับโทษเต็มตามจำนวนที่กฎหมายบัญญัติไว้

๒) สมโจร หมายถึง ผู้กระทำผิดที่มีลักษณะเป็นการช่วยเหลือ หรืออุดหนุนผู้กระทำผิดด้วย ประการต่างๆ เช่น ผู้ให้ที่อยู่ หรือผู้ที่เป็นเพื่อน ผู้สมรู้ความคิด ผู้ป้องกัน กำบัง และผู้อยู่ในสมด้วยโจร ซึ่งผู้กระทำผิดทั้ง ๕ ประการนี้ กฎหมายบัญญัติให้มีโทษถึงโทษโจรหรือกึ่งหนึ่งของโทษที่บัญญัติความผิดขององค์โจร

อนึ่งโจรทั้ง ๘ ประเภท คือ องค์โจร ๓ และสมโจรทั้ง ๕ ถ้าเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญา ก็คือ ตัวการทั้ง ๓ ชนิดและผู้สนับสนุนนั่นเอง มีข้อสังเกตว่าผู้เป็นสมโจรในกฎหมายลักษณะโจร ถ้าเป็นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ และประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ศาลต้องวินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนแล้วหรือยัง ถ้ายังไม่เป็นจะมีความผิดฐานใดหรือไม่ เพราะถือว่าเป็นผู้สนับสนุนซ้อนผู้สนับสนุน^๕

ส่วนการกระทำอันเป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะโจร หรือนิยามการกระทำอันเป็นมูลวิบาท เรียกว่า “โจรกรรม” จะต้องปรากฏว่ามีองค์ประกอบ ๒ ส่วน คือ

- ๑) การเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไป
- ๒) โภยฉัตรพร้อมด้วยอะวาทารหรือมีเจตนาจงใจลัก^๖

มีข้อสังเกตว่า ความผิดทั้งหมดที่กระทำต่อทรัพย์สินจะต้องอยู่ภายใต้บทนิยามทั่วไปเกี่ยวกับ “โจรกรรม” ด้วยและวัตถุที่ถูกกระทำในความผิดฐานนี้ได้ต้องเป็นทรัพย์สินเท่านั้น เพราะในสมัยนั้นยังไม่มี ความเข้าใจในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินหรือทรัพย์สินเช่นสมัยนี้

การบัญญัติความผิดในสมัยก่อนจะบัญญัติเป็นรายละเอียดต่างๆ ของวิธีการทุจริตผิดกฎหมายทั้งหมดเท่าที่ได้เกิดขึ้นในเวลานั้น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความพยายามของคนในยุคสมัยนั้นที่พยายามจะบัญญัติการกระทำผิดในลักษณะต่างๆ ให้มากที่สุด และที่คาดว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย ซึ่งไม่ใช่เรื่องง่ายในการที่หยั่งรู้จิตใจอันแท้จริงของผู้กระทำผิด ทำให้บทบัญญัติในส่วนนี้ค่อนข้างเป็นภาวะวิสัยอยู่มากด้วยการจำกัดข้อเท็จจริง และพฤติการณ์แวดล้อมโดยละเอียดมาเป็นเหตุให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม กฎหมายลักษณะโจรส่วนมากเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดในเรื่องทรัพย์สิน แต่ก็ยังมีบางส่วนเป็นเรื่องของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ฐานทำเงินปลอม ฐานทำให้เพลิงไหม้

^๔ พระยานิติไพบาล, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๑๙), หน้า ๑๑.

^๕ หลวงสุทธิวาทนฤพุมิ, ประวัติศาสตร์กฎหมาย, หน้า ๔๑๓ - ๔๑๔.

^๖ อุไรวรรณ อุดมวัฒน์กุล, เรื่องเดิม, หน้า ๗๗.

และฐานสูปผีนเถื่อนแทรกอยู่เป็นส่วนน้อย^๗ ซึ่งเห็นได้ว่า ความผิดฐานลักทรัพย์เป็นมูลฐานให้กับความผิดเกี่ยวกับทรัพย์อื่นๆ เช่น ปล้น ตีชิง ฉกฉวย ล้วงลัก ซึ่งมีลักษณะร้ายแรงกว่าความผิดฐานลักทรัพย์โดยทั่วไป ส่วนความผิดฐานที่มีลักษณะเป็นการลักทรัพย์โดยใช้อุบายไม่พบว่ามีกรบัญญัติเป็นความผิดในสมัยนั้น

ส่วนแนวความคิดของความผิดฐานลักทรัพย์หลังมีการใช้ประมวลกฎหมายอาญาแล้ว เริ่มประกาศใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ (พ.ศ.๒๔๕๒) จนถึงประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน

๑.๒ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗^๘

ความสำคัญของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ นั้น นอกจากจะเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทยแล้ว การประกาศใช้ประมวลกฎหมายดังกล่าว ยังเป็นเงื่อนไขประการสำคัญประการหนึ่ง ในการที่ประเทศไทยจะขอยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่จำต้องยอมตกลงให้แก่ประเทศมหาอำนาจในสมัยนั้นอีกด้วย และเป็นที่น่าทึ่งกันว่าในการจัดทำกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ นี้ ได้มีนักกฎหมายชาวต่างประเทศหลายท่านเข้ามามีส่วนร่วมสำคัญในการยกร่างจนสำเร็จและประกาศใช้เป็นกฎหมาย

ความผิดฐานลักทรัพย์ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ โดยหลักแล้วมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะโจรในความผิดฐานโจรกรรมตามกฎหมายตราสามดวง โดยนำมาปรับปรุงใหม่เพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้น เช่น คำว่า “ทจริต” และคำว่า “ทรัพย์”

ความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ บัญญัติอยู่ในส่วนที่ ๙ ว่าด้วยความผิดที่ประทุษร้ายแก่ทรัพย์ในหมวดที่ ๑ มาตรา ๒๘๘ ความว่า “ผู้ใดบังอาจเอาทรัพย์ของผู้อื่นไปโดยการทจริต ทรัพย์นั้นจะเป็นของผู้หนึ่งผู้ใดทั้งนั้นก็ตาม หรือผู้หนึ่งผู้ใดเป็นเจ้าของนั้นแม้แต่ส่วนหนึ่งก็ตาม ถ้าแลมันบังอาจเอาไปโดยเจ้าของเขามีได้อนุญาตไซ้ ท่านว่ามันคือ โจรลักทรัพย์มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าสามปี และให้ปรับไม่เกินกว่าห้าร้อยบาทอีกโสดหนึ่ง”

หลักการและเจตนารมณ์ของความผิดฐานลักทรัพย์ ตามกฎหมายลักษณะอาญานี้ คือ เป็นความผิดที่เป็นการประทุษร้ายต่ออำนาจในทรัพย์สมบัติของบุคคลชนิดหนึ่งที่เป็นการแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายและทำให้ผู้อื่นเดือดร้อน จึงบัญญัติเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาเพื่อป้องกันความผิดมิให้เกิดขึ้นหรือลงโทษผู้ทจริตให้เช็ดหลาบ และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ให้เว้นจากการเบียดเบียนกัน^๙

หลักเกณฑ์ของความผิดฐานลักทรัพย์ประกอบด้วย

- ๑) เอาทรัพย์ไป
- ๒) ทรัพย์ของผู้อื่นหรือผู้อื่นมีส่วนเป็นเจ้าของ
- ๓) เจ้าของมิอนุญาต
- ๔) โดยเจตนาทจริต

^๗ กัาธร กำประเสริฐ, ประวัติศาสตร์กฎหมาย : LA ๔๐๓, หน้า ๖๘.

^๘ ศิริภัทร ธรรมเขต, อ้างแล้ว, หน้า ๓๐ - ๕๕.

^๙ หลวงอินทรีปรีชา (เหยียน เลขะวณิช), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา แผนกโจรกรรม, ประทุษร้ายต่อทรัพย์ (พระนคร : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนาการ, ๒๔๖๐), หน้า ๒.

จากหลักเกณฑ์ของความผิดฐานลักทรัพย์ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ นั้น จะขอล่าแยกประเภทเป็นองค์ประกอบภายใน และองค์ประกอบภายนอกของฐานความผิดดังกล่าว ดังต่อไปนี้

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานลักทรัพย์ คือ การบังอาจเอาไปซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยโดยที่เจ้าของทรัพย์ไม่อนุญาต ดังนั้นทรัพย์ที่จะเป็นกรรมของการกระทำในความผิดฐานลักทรัพย์นี้ได้ ต้องเป็นทรัพย์ที่มีเจ้าของและอยู่ในความยึดถือครอบครองของบุคคลอื่น จึงเป็นการประทุษร้ายต่อการครอบครอง การครอบครองตามความหมายที่ใช้ในที่นี้ หมายถึง การที่บุคคลมีอำนาจอันแท้จริงเหนือทรัพย์นั้น กล่าวคือ อยู่ในฐานะอันแท้จริงที่กระทำต่อทรัพย์ได้ตามใจชอบ เช่น อยู่ในฐานะที่จะเก็บไว้ จะขว้างทิ้งหรือทำลายทรัพย์นั้นได้ตามใจชอบและการที่มีอำนาจแท้จริงเหนือทรัพย์นั้น ไม่ได้หมายความว่าผู้ครอบครองจะต้องทราบรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์นั้น ตัวอย่างเช่น บุคคลที่ทำของตกซึ่งทราบเป็นเลาๆ ว่า ทรัพย์ตกที่ไหนและกำลังหาอยู่ ย่อมมีอำนาจครอบครองเหนือทรัพย์นั้น เพราะว่าเขาอยู่ในฐานะที่จะป้องกันมิให้บุคคลอื่นเอาทรัพย์นั้นไปและการครอบครองนั้นนอกจากจะมีอำนาจอันแท้จริงเหนือทรัพย์แล้ว ยังต้องมีเจตนาจะครอบครองด้วย แต่เจตนาครอบครองนี้อาจเป็นเจตนาครอบครองทั่วๆ ไปก็ได้^{๑๐} มาตรา ๒๘๘ เป็นแม่บทกำหนดความผิดฐานลักทรัพย์ทั่วไป และต้องนำไปใช้ในมาตราอื่นที่บัญญัติถึงการลักทรัพย์ด้วย เช่น มาตรา ๒๘๙ โดยบทบัญญัติมาตรา ๒๘๙ บัญญัติไว้ว่า “ลักษณะโทษฐานลักทรัพย์ที่เข้ามาในมาตรา ๒๘๘ นั้น ท่านให้ใช้ตลอดถึงเหตุเหล่านี้ คือ

(๑) ผู้ที่มีหุ้นส่วนด้วยกันบังอาจเอาทรัพย์อย่างใดใดอันเป็นสมบัติของการเข้าหุ้นส่วนนั้นไปเสียจากผู้ที่มีหุ้นส่วนด้วยกัน หรือไปจากผู้อื่นโดยมันเจตนาทุจริตประการหนึ่ง

(๒) ผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์อย่างใดใดด้วยกันกับคนอื่น บังอาจเอาทรัพย์นั้นไปเสียจากผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์ร่วมกับมัน หรือเอาไปเสียจากผู้อื่นที่รักษาทรัพย์นั้น โดยมันเจตนาทุจริตประการหนึ่ง”^{๑๑} ซึ่งบทบัญญัติมาตรา ๒๘๙ นี้ ได้ยืนยันหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๘๘ ให้ปรากฏชัดเจนขึ้น ซึ่งโดยปกติแล้วถ้าทรัพย์ที่ถูกกระทำเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้กระทำแต่เพียงผู้เดียว ทรัพย์นั้นก็ไม้อาจเป็นกรรมของการกระทำของความผิดดังกล่าวนี้ได้ แต่ก็มีบางกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในทำนองเป็นข้อยกเว้นหลักข้างต้นไว้ กล่าวคือ แม้ผู้กระทำจะเป็นเจ้าของทรัพย์นั้นเองแต่เป็นทรัพย์ที่อยู่ในความยึดถือครอบครองของบุคคลอื่น เช่น ทรัพย์ที่ถูกยึดหรืออายัดไว้ตามกฎหมาย หรือทรัพย์ที่ได้มอบไว้เป็นจำนำอยู่ในความยึดถือครอบครองของผู้รับจำนำเช่นนี้ ถ้ามีการเอาไปโดยผู้ที่มีอำนาจยึดถือครอบครองทรัพย์เช่นว่านี้ไม่ได้อนุญาต ก็ถือเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้ดังที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ มาตรา ๒๙๐ ที่บัญญัติไว้ว่า “ทรัพย์อย่างใดใด อันต้องยึดหรือต้องอายัดไว้ตามกฎหมาย ถ้าแลผู้ใดจะเป็นเจ้าของทรัพย์นั้นก็ตามหรือไม่ใช่เจ้าของก็ตาม บังอาจเอาทรัพย์นั้นไปเสียโดยเจตนาทุจริตไซ้ ท่านว่ามันมีความผิดฐานลักทรัพย์” และมาตรา ๒๙๑ ที่บัญญัติไว้ว่า “ทรัพย์อย่างใดใดที่มอบไว้เป็นจำนำอยู่ในมือผู้อื่น แลผู้รับจำนำมิได้อนุญาตให้เอาไป ถ้าแลผู้ใดจะเป็นเจ้าของทรัพย์นั้นก็ตาม หรือไม่ใช่เจ้าของทรัพย์ก็ตาม บังอาจเอาทรัพย์นั้นไปเสียโดยเจตนาทุจริตไซ้ ท่านว่ามันมีความผิดฐานลักทรัพย์” ซึ่งจัดว่าเป็นหลักใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในกฎหมายเก่า^{๑๒}

^{๑๐} หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗, พิมพ์ครั้งที่ ๖ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๘), หน้า ๔๑๘.

^{๑๑} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๔๒๘ - ๔๓๑.

^{๑๒} รัชชชัย วัฒนกิจจะ, ความผิดฐานลักทรัพย์ : การเอาไปซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หมายเลขบัตรเครดิต หมายเลขเงิน, การศึกษาอิสระนิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๘, หน้า ๗๑.

คำว่า “ทรัพย์สิน” ในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ มีบัญญัติไว้ในมาตรา ๖ (๑๐) หมายถึง สิ่งของอันบุคคลสามารถมีกรรมสิทธิ์หรือถืออำนาจเป็นเจ้าของได้ จึงไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นสิ่งที่ มีรูปร่าง อะไรที่บุคคลสามารถมีกรรมสิทธิ์หรือถืออำนาจเป็นเจ้าของ ได้ก็ถือว่าเป็น “ทรัพย์สิน” ดังนั้นการลัก ทรัพย์ไฟฟ้าจึงเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ นี้ได้^{๑๓} และทรัพย์สินที่ เป็นกรรมของการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ ต้องเป็นทรัพย์สิน ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย นอกจากนี้ความผิดฐานลักทรัพย์ยังขยายไปถึงกรณีผู้ที่เป็นหุ้นส่วน ด้วยกันบ้างอาจเอาทรัพย์สินอย่างใดๆ อันเป็นสมบัติของการเข้าหุ้นส่วนนั้นไปเสียจากผู้ที่เป็นหุ้นส่วนด้วยกัน หรือเอาไปจากผู้อื่นโดยทุจริต หรือผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินอย่างใดๆ ด้วยกันกับคนอื่น บ้างอาจเอาทรัพย์สินนั้นไป เสียจากผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินร่วมกันนั้น หรือเอาไปเสียจากผู้อื่นที่รักษาทรัพย์สินนั้น โดยทุจริตด้วย

อนึ่งการเอาไปในความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ ต้องปรากฏว่า ผู้กระทำความผิดได้เอาทรัพย์สินเคลื่อนที่ไปโดยเจ้าของทรัพย์สินไม่ได้อนุญาต และต้องเป็นการเอาไป ในลักษณะตัดอำนาจแห่งความยึดถือในตัวทรัพย์สินไปโดยเด็ดขาดด้วย

องค์ประกอบสำคัญของความผิดอีกประการหนึ่ง คือ องค์ประกอบภายในของความผิดฐานลัก ทรัพย์นี้ ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพาเอาทรัพย์สินนั้นไปจริงและต้องประกอบด้วยมูลเหตุชักจูงใจที่ต้องเอาไป ด้วยเจตนาทุจริต ดังปรากฏนิยามตามมาตรา ๖ (๓) ของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ หมายถึง การแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น เจตนาเป็นองค์ประกอบสำคัญของ ความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งถือว่าต้องเกิดหรือมีอยู่ขณะที่ผู้กระทำความผิดเอาทรัพย์สินไป โดยเจ้าของไม่อนุญาต แต่ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเอาทรัพย์สินไปโดยถือวิสาสะฉนั้นเพื่อนบ้านหรือคิดว่าตนมีอำนาจหยิบไปได้ ยังไม่ถือว่าเป็น ความผิดฐานลักทรัพย์ จะเป็นเพียงแต่การล่วงเกินทรัพย์สินโดยเจ้าของไม่อนุญาต ซึ่งเกิดจากความเข้าใจโดย สุจริตของผู้กระทำ หรือด้วยเหตุที่ถ้าผู้กระทำตั้งใจจะเอาทรัพย์สินไปใช้เป็นการชั่วคราว ไม่ได้ต้องการเอาไปโดย เด็ดขาดแล้วก็ยังไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ได้ จะเป็นเพียงแต่การล่วงเกินเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปใช้โดยไม่ได้ รับอนุญาตจากเจ้าของเท่านั้น

จากความหมายของคำว่า ทุจริต ตามมาตรา ๖ (๓) นี้ ต้องเป็นการเอาทรัพย์สินไปเพื่อถือ เป็น ของตน ซึ่งการอธิบายคำว่า “ทุจริต” เช่นนี้ ก็เนื่องมาจากว่าสมัยนั้นอิทธิพลแนวความคิดในระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์ของอังกฤษ ที่มีอยู่ในบรรดานักกฎหมายชั้นนำในสมัยนั้นซึ่งสำเร็จการศึกษามาจากประเทศ อังกฤษเป็นส่วนใหญ่ กล่าวคือ แนวคิดในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษมีสมมติฐานเบื้องต้นว่า “บุคคลที่ก่อไปด้วยสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ย่อมจะกระทำการสิ่งใดลงไปโดยเจตนาธรรมดาหรือโดยตั้งใจที่จะ กระทำ จึงต้องรับผิดชอบในผลธรรมดาอันเกิดจากการกระทำของตน ดังนั้นจากสมมติฐานเบื้องต้นเช่นนี้ทำให้ คำว่า “เจตนา” ที่ปรากฏในกฎหมายของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีความหมายเฉพาะเจตนาพิเศษ แตกต่างไป จากเจตนาโดยทั่วไปที่เข้าใจกัน และด้วยอิทธิพลของแนวความคิดในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ทำให้ศาลฎีกาในสมัยนั้นเห็นว่า เจตนาทุจริตมีความหมายเดียวกันกับเจตนาลักทรัพย์ กล่าวคือ เป็นการเอา ทรัพย์สินของผู้อื่นเพื่อถือเอาเป็นของตนโดยมิชอบนั่นเอง อิทธิพลของแนวความคิดดังกล่าวเพิ่งจะมีปรากฏใน

^{๑๓} หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑๐ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๗), หน้า ๑๔๑.

สมัยที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ นี้เอง ซึ่งไม่เคยปรากฏในกฎหมายสมัยก่อนหน้านี้อยู่และยังคงมีสืบทอดต่อกันมา แม้เมื่อได้ใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันแล้วก็ตาม^{๑๔}

มีข้อสังเกตว่า เหตุการณ์ของความผิดฐานลักทรัพย์ในลักษณะใช้อุบายประกอบมีบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ มาตรา ๒๙๔ วรรคท้ายว่า “ถ้าแลมันผู้กระทำผิดนั้นได้โดยอาการหรือโดยกลอุบายอย่างหนึ่งอย่างใดเช่นว่ามาในมาตรา ๒๙๓ นั้นด้วยไซ้ร้ ท่านว่ามันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงห้าปี และให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง” หมายความว่า ถ้าผู้ใดลักทรัพย์ด้วยลักษณะพิเศษอย่างหนึ่งอย่างใด ดังกล่าวมาในมาตรา ๒๙๓ เพิ่มขึ้นอีกด้วย มาตรานี้ถือว่าผู้นั้นต้องรับผิดตามมาตรา ๒๙๔ วรรคท้ายซึ่งมีโทษหนักขึ้น

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ (พ.ศ.๒๔๕๒ หรือ ค.ศ.๑๙๐๙) ได้ออกใช้บังคับในขณะที่ความผิดฐานลักทรัพย์โดยใช้อุบาย (Larceny by Trick) ของอังกฤษได้มีอยู่อย่างแพร่หลาย ซึ่งเกิดในปี ค.ศ.๑๗๗๙ มีคดี Pear's เป็นคดีแรก และมาตรา ๒๘๘ ในกฎหมายลักษณะอาญาตรงกับมาตรา ๓๓๔ ในประมวลกฎหมายอาญา ส่วนในมาตรา ๒๙๓, ๒๙๔ ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ ตรงกับมาตรา ๓๓๕ ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติถึงการลักทรัพย์ที่ประกอบด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้มีโทษหนักขึ้น

๑.๓ ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งนำมาใช้แทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ นับแต่วันที่ ๑ มกราคม พ.ศ.๒๕๐๐ เป็นต้นมาบัญญัติความผิดฐานลักทรัพย์ไว้ใน มาตรา ๓๓๔ บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้น กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีและปรับไม่เกินหกพันบาท”

ความผิดฐานลักทรัพย์มีองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้

- ๑) ผู้ใด (ผู้กระทำ)
- ๒) เอาทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไป (ผู้ถูกกระทำและการกระทำ)
- ๓) โดยทุจริต (องค์ประกอบภายใน)

การกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ต้องกระทำโดยมีมูลเหตุชก้จูงใจโดยทุจริตตามมาตรา ๑ (๑) ประมวลกฎหมายอาญา หมายถึง เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น

จะเห็นได้ว่า โดยหลักใหญ่ๆ แล้ว ความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามีลักษณะเช่นเดียวกับความผิดฐานลักทรัพย์ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗

มีข้อสังเกตว่า ในประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัตินิยามของคำว่า “ทรัพย์” เอาไว้จึงต้องอาศัยความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่ง (ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายที่ว่า “กฎหมายต่างลักษณะกันไม่เกี่ยวข้องกัน” กล่าวคือ ถ้ากฎหมายที่บัญญัติในภายหลังมีความประสงค์ที่จะให้กฎหมายที่บัญญัติไว้ก่อนเข้ามาเกี่ยวข้อง เพื่อให้มีหลักเกณฑ์อันเดียวกันสำหรับกฎหมายทั้งสองฉบับนั้นก็อาจทำได้^{๑๕}) มาตรา ๑๓๗, ๑๓๘ ได้บัญญัติไว้มีใจความว่า “ทรัพย์” หมายถึง วัตถุที่มีรูปร่างและมีราคาและถือเอาได้ จึงทำให้คำว่า “ทรัพย์”

^{๑๔} รัชชชัย รัมนะกัจจะ, เรื่องเดิม, หน้า ๗๒ - ๗๓.

^{๑๕} หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า ๑๔๑.

ตามประมวลกฎหมายอาญา มีความหมายแคบกว่าความหมายของทรัพย์ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ และมีผลทำให้การลักกระแสรูปไม่อาจเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้ตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน แต่ในทางปฏิบัติของศาลฎีกากลับไม่เป็นเช่นนั้น เพราะมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๗๗/๒๕๐๑ (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า การลักกระแสรูปไม่อาจเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ และได้มีความเห็นของนักวิชาการบางท่านเห็นว่า มาตรา ๓๓๔ มีเจตนาที่จะคลุมไปถึงการลักกระแสรูปด้วย เพราะกระแสรูปสามารถควบคุมได้ ถือเอาได้ มีการแย่งการครอบครองได้ วัดปริมาณค่านวนค่าออกมาได้ จึงเป็นวัตถุแห่งการเอาไปได้^{๑๖}

นอกจากนี้ตามมาตรา ๓๓๔, ๓๓๕ ไม่ปรากฏคำว่า “โดยใช้อุบายอย่างหนึ่งอย่างใด” ดังที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ มาตรา ๒๙๔

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานลักทรัพย์ คือ กรรมสิทธิ์และการครอบครอง^{๑๗}

๑.๓.๑ องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การเอาไปจากการครอบครองของผู้อื่นโดยไม่ได้ รับอนุญาตหรือยินยอม

ความหมายของการ “เอาไป” ซึ่งการเอาไป หมายถึง การพาทรัพย์เคลื่อนที่ไปจากการครอบครองของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือผู้ครอบครองทรัพย์^{๑๘} ในลักษณะเป็นการทำร้ายกรรมสิทธิ์และการครอบครองของผู้อื่น และในขณะเดียวกันผู้กระทำก็ได้ก่อการครอบครองขึ้นมาใหม่

คำว่า “เอาไป” ตามมาตรา ๓๓๔ นั้นเป็นถ้อยคำในกฎหมายมีข้อพิจารณาถึง ๓ ประการ กล่าวคือ

๑) การเอาไปในที่นี้ หมายถึง การแย่งการครอบครอง กล่าวคือ ทรัพย์นั้นต้องอยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่น ถ้าการครอบครองในทรัพย์นั้นอยู่ที่ผู้กระทำอย่างมากที่สุดก็เป็นไปได้แค่ความผิดฐานยักยอก ถ้าทรัพย์นั้นไม่มีผู้ครอบครอง เช่นทรัพย์สินหาย เป็นทรัพย์ที่มีกรรมสิทธิ์แต่หลุดไปจากความครอบครองของเจ้าของโดยบังเอิญ ถ้ามีการเอาทรัพย์ดังกล่าวไปโดยทุจริตก็อาจเป็นความผิดฐานยักยอกตามมาตรา ๓๕๒ วรรคสองได้

๒) ต้องมีการพาเอาทรัพย์เคลื่อนที่ไป ซึ่งการพาเอาทรัพย์เคลื่อนที่ไป แม้ทรัพย์จะเคลื่อนที่ไปแล้วอาจจะไม่เป็นความผิดสำเร็จ หากการเคลื่อนที่เป็นแต่เพียงการแยกทรัพย์ออกจากสิ่งที่ยึดอยู่ไม่ว่าจะโดยธรรมชาติหรือมนุษย์เป็นผู้กระทำขึ้น เป็นความผิดฐานพยายามลักทรัพย์

๓) ต้องเป็นการเอาไปเลย คือ เป็นการเอาไปในขณะที่ตัดกรรมสิทธิ์ถ้าเป็นการเอาไปเพียงชั่วคราว เช่น ดึงปืนมาจากผู้อื่นกล่าวว่าเขาจะใช้ปืนดังกล่าวทำร้ายแล้วโยนทิ้ง หรือแอบเอารถผู้อื่นไปกินข้าวต้มเมื่อกินเสร็จแล้วจะนำรถมาส่งคืน เช่นนี้อาจไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ และยังเป็นความผิดฐานเอาเอกสารของผู้อื่นไปตามมาตรา ๑๘๘ ถ้าสิ่งที่ลักเป็นเอกสาร เช่น บัตร เอ.ที.เอ็ม. เช่น

^{๑๖} ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “ความผิดฐานลักทรัพย์,” วารสารนิติศาสตร์ ๑๖, ๒ (มิถุนายน ๒๕๒๙) : ๕๐.

^{๑๗} สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๓๔ - ๓๖๖ และมาตรา ๒๗๐ - ๓๗๕, พิมพ์ครั้งที่ ๔ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๘), หน้า ๓๒.

^{๑๘} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๓.

คำพิพากษาฎีกาที่ ๙/๒๕๔๓ ที่ว่าการที่จำเลยลักบัตร เอ.ที.เอ็ม. ของผู้เสียหายแล้วไปถอนเงินของผู้เสียหาย โดยผ่านเครื่องฝากถอนเงินเป็นความผิดฐานลักบัตร เอ.ที.เอ็ม. และลักเงินผู้เสียหายต่างกรรม และยังเป็น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๘๘ ต้องลงโทษตามมาตรา ๑๘๘ ซึ่งเป็นบทหนัก

๑.๓.๒ การลักทรัพย์ต้องเป็นการแย่งการครอบครอง

การที่ทรัพย์ที่ถูกลักนั้นจะต้องอยู่ในความครอบครองของผู้อื่น ถ้าทรัพย์ที่ลักอยู่ในความ ครอบครองของผู้กระทำ ถ้ามีการเบียดบังเอาทรัพย์นั้นไปก็เป็นความผิดฐานยักยอกทรัพย์ตามมาตรา ๓๕๒ ถ้า ทรัพย์สินนั้นได้ขาดจากการครอบครองไปจากเจ้าของซึ่งเรียกว่า ทรัพย์สินหาย หากมีการเอาทรัพย์นั้นไปก็อาจ เป็นความผิดฐานยักยอกตามมาตรา ๓๕๒ วรรคสองดังกล่าวมาแล้ว

ซึ่งการครอบครองทรัพย์นั้น มีลักษณะและขอบเขตเพียงใดนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญา ไม่ได้บัญญัติความหมายของการครอบครองไว้ จึงทำให้มีความเห็นที่ยังมีข้อโต้แย้งว่าการครอบครองทรัพย์ ในทางกฎหมายอาญาและการครอบครองทรัพย์ในทางกฎหมายแพ่งจะมีความเห็นเหมือนหรือต่างกันอย่างไร ซึ่งในเรื่องนี้มีผู้ให้ความเห็นที่ต้องกันเป็น ๒ ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายที่ ๑ เห็นว่า การครอบครองนี้เป็นอันเดียวกับสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา ๑๓๖๗, ๑๓๖๘ และมาตรา ๑๓๖๙^{๑๙}

มาตรา ๑๓๖๗ วางหลักไว้ว่าการยึดทรัพย์โดยเจตนายึดถือเพื่อตน บุคคลอาจครอบครอง ทรัพย์โดยผู้อื่นยึดถือไว้ให้ผู้ครอบครอง ย่อมมีสิทธิครอบครองผู้มีสิทธิครอบครองก็เป็นผู้ครอบครอง ดังเห็นได้ จากมาตรา ๑๓๖๘ และมาตรา ๑๓๘๐ วางหลักไว้ว่าบุคคลอาจได้มาซึ่งสิทธิครอบครองโดยผู้อื่นยึดถือ ทรัพย์สินไว้ให้ ถ้าผู้ใดครอบครองทรัพย์สินอยู่และแสดงเจตนาว่าต่อไปจะยึดถือแทนผู้อื่นก็เป็นการโอน ครอบครอง มิใช่โอนแต่สิทธิครอบครอง การที่บุคคลหนึ่งยึดถือทรัพย์สินแทนบุคคลอีกบุคคลหนึ่ง มาตรา ๑๓๖๘ ใช้คำว่า ได้สิทธิครอบครอง มาตรา ๑๓๘๐ ใช้คำว่า โอนการครอบครอง สิทธิครอบครองกับการ ครอบครองก็เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพียงแต่ว่าเมื่อกล่าวในแง่สิทธิ ก็เรียกว่า สิทธิครอบครอง กิริยาที่ ผู้ครอบครองกระทำต่อทรัพย์นั้น คือ ครอบครอง การกระทำของผู้ครอบครองเรียกว่า การครอบครอง สิทธิของผู้ครอบครอง เรียกว่า สิทธิครอบครอง หากใช้การครอบครองทางแพ่งต่างจากการครอบครองทางอาญา แต่ประการใดไม่

ฝ่ายที่ ๒ เห็นว่า^{๒๐} คำว่า “ครอบครอง” ไม่ได้มีความหมายเช่นเดียวกับ “สิทธิครอบครอง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๖๗ ถึงมาตรา ๑๓๖๘ แต่เป็นศัพท์เฉพาะของประมวล กฎหมายอาญา จะเห็นได้จากความผิดฐานยักยอกในมาตรา ๓๕๒ หมายถึง การปกครองทรัพย์นั้น ตามความ เป็นจริง โดยผู้ปกครองมีเจตจำนงที่จะปกครองทรัพย์สินนั้นด้วย ดังนั้นครอบครองตามประมวลกฎหมาย อาญาจะต้องปรากฏว่า (๑) บุคคลนั้นได้ใช้อำนาจปกครองทรัพย์อยู่ตามความเป็นจริง (๒) บุคคลนั้นต้องมี เจตจำนงที่จะครอบครองทรัพย์นั้นด้วย^{๒๑} ซึ่งเหตุที่มีความแตกต่างของการครอบครองในทางแพ่งและทาง อาญานั้นเพราะวัตถุประสงค์ของกฎหมายแพ่งมุ่งคุ้มครองรับรองกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองในทรัพย์สินของ

^{๑๙} จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค ๒ ตอน ๒ และภาค ๓, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๓๒), หน้า ๒๔๔๗ – ๒๔๔๙.

^{๒๐} หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค ๒ – ๓, พิมพ์ครั้งที่ ๗ (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , ๒๕๓๘), หน้า ๔๕๙.

^{๒๑} ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, เรื่องเดิม, หน้า ๕๐.

บุคคล ทำให้ลักษณะการครอบครองตามกฎหมายแพ่งมีระดับเจตนาในการยึดถือมากกว่าในทางอาญา โดยจะต้องมีเจตนาในการยึดถือเพื่อตน ส่วนกฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ของกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองมิให้มีการประทุษร้ายต่อการครอบครองของบุคคล ไม่ว่าผู้นั้นจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือไม่ก็ตาม ทำให้ระดับเจตนาการยึดถือที่น้อยลงกว่าในทางแพ่ง กล่าวคือ ในทางแพ่งนั้นต้องมีเจตนายึดถือทรัพย์สินเพื่อตนตามมาตรา ๑๓๖๗ ส่วนในทางอาญาการครอบครองมีเพียงการยึดถือทรัพย์สิน ก็ถือว่าผู้นั้นมีการครอบครองแล้วหาจำต้องมีเจตนายึดถือเพื่อตนทุกกรณีแต่อย่างใดไม่ ลักษณะแห่งการครอบครองในทางแพ่งและทางอาญา จึงต่างกัน^{๒๒} ดังนั้น ระดับของการปกครองทรัพย์สินในทางอาญาจึงมุ่งคุ้มครองมิให้มีการประทุษร้ายต่อการครอบครองของบุคคลอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ซึ่งต่างจากเรื่องการคุ้มครอง “สิทธิ” ในทางแพ่งโดยตรงของบุคคลเจตจำนงที่จะปกครองทรัพย์สินนั้น ผู้ปกครองไม่จำเป็นต้องเข้าจับยึดถือตัวทรัพย์สินนั้นไว้กับมือแต่อย่างใด ดังนั้นกระแสไฟฟ้าที่อยู่ในสายไฟฟ้าก็ถือว่ามี การครอบครองได้ และมีการเอาไปจากการครอบครองได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินอื่นๆ และนอกจากนี้พลังงานในรูปแบบอื่นที่สามารถเก็บรักษาไว้ในอุปกรณ์หรือในสายสัญญาณต่างๆ ก็ถือว่ามี การครอบครองได้เช่นเดียวกัน^{๒๓}

ซึ่ง การครอบครองนั้นเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๖๗ คือ มีการยึดถือทรัพย์สินนั้นโดยเจตนายึดถือเพื่อตน แต่อย่างไรก็ตามการยึดถือทรัพย์สินดังกล่าวไม่จำเป็นต้องยึดถือเอาเอง ดังนั้นถ้าหากมีผู้อื่นเป็นผู้ยึดถือไว้ให้ การครอบครองก็ยังคงอยู่กับผู้นั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๖๘ ตัวอย่างเช่น นายจ้างจะเข้าห้องน้ำให้ลูกจ้างช่วยถือกระเป่าแทนการยึดถือกระเป่าของลูกจ้างดังกล่าวเป็นการยึดถือไว้แทนนายจ้าง เพราะฉะนั้นการครอบครองทรัพย์สินนั้นผู้ครอบครองหรือเจ้าของทรัพย์สินไม่จำเป็นต้องยึดถือทรัพย์สินไว้ในมือของตนหรือจะต้องควบคุมทรัพย์สินในอยู่ในสายตาดตลอดเวลา^{๒๔} ดังนั้น การครอบครองในทรัพย์สินดังกล่าวยังอยู่ที่นายจ้าง ถ้าลูกจ้างเอากระเป่าดังกล่าวไปย้อมเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ มิใช่ยกยอก ดังนั้น ความครอบครองอยู่ที่ใครจึงเป็นประเด็นสำคัญที่จะนำมาวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานลักทรัพย์หรือไม่

มีข้อพิจารณาว่า คำว่า “แย่งการครอบครอง” นั้นถ้าเป็นการได้ไปซึ่งการครอบครองโดยผู้ครอบครองเต็มใจมอบให้ แม้ทรัพย์สินนั้นจะไม่ได้เป็นของผู้ที่มอบให้ก็ตาม การกระทำนั้น ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๗๖/๒๕๒๒ ที่ว่า การที่มารดาของจำเลยซึ่งเป็นผู้ครอบครองบานประตูได้อนุญาตให้จำเลยนำบานประตูดังกล่าวไปติดตั้งที่บ้านหลังใหม่ของจำเลย แม้บานประตูดังกล่าวนั้นจะเป็นของผู้เสียหาย แต่เมื่อจำเลยเอาไปโดยความยินยอมอนุญาตของมารดาซึ่งเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สิน จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการเอาทรัพย์สินไปจากการครอบครองของผู้อื่น อันเป็นองค์ประกอบความผิดฐานลักทรัพย์การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์

โดยเหตุที่การยึดถือทรัพย์สินอาจเป็นการยึดถือแทนผู้อื่น ความครอบครองจึงมิได้อยู่ที่ผู้ยึดถือตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๖๘ ดังนั้นถ้าผู้ยึดถือเอาทรัพย์สินนั้นไปย้อมมี

^{๒๒} ทรรศนีย์ มีทองคำ, แนวคิดเรื่องการครอบครองในทางอาญาและทางแพ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทย, วิทยานพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๘, หน้า ๑๓๔.

^{๒๓} สุนเดติ คงเทพ, ความผิดฐานลักทรัพย์ : ศึกษาการเอาไปซึ่งพลังงาน, วิทยานพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๓, หน้า ๑๓ - ๑๔.

^{๒๔} วานิช ชุตินวงศ์, “ครอบครอง,” วารสารกฎหมาย ๖, ๑ (เมษายน ๒๕๒๔), หน้า ๘๐ - ๘๑.

ความผิดฐานลักทรัพย์ไม่ใช่ยกยก เช่น กรณีลูกจ้างคนใช้ คนงาน เสมียน พนักงานยึดถือทรัพย์ของนายจ้าง เป็นต้น^{๒๕}

ตัวอย่างคำพิพากษากรณีที่ยังไม่ได้ครอบครองเพียงยึดถือแทน ดังเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ ๙๕๐/๒๕๓๐ (ประชุมใหญ่) ที่ว่า การที่จำเลยทั้งสองเป็นลูกจ้างกรมชลประทานได้รับคำสั่งให้ควบคุมเครื่องต้นน้ำ โดยกรมชลประทานส่งน้ำมันที่ใช้กับเครื่องต้นน้ำดังกล่าวให้ทุกวันและมีเจ้าหน้าที่ไปควบคุมการปฏิบัติงานและตรวจสอบการใช้ น้ำมัน ดังนั้นน้ำมันยังอยู่ในความครอบครองของกรมชลประทาน เมื่อจำเลยทั้งสองเอาน้ำมันไปขาย จึงมีความผิดฐานลักทรัพย์

คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๖๗/๒๕๓๕ ที่ว่า พนักงานธนาคารลัทธิบัตร เอ.ที.เอ็ม. ของธนาคารนายจ้าง ๑ ใบ ขณะที่จัดรหัสของบัตรให้เข้าคู่กัน วันต่อมา นำบัตรนั้นไปเข้าเครื่องจ่ายเงินอัตโนมัติของนายจ้างแล้วเบิกเงินออกไป ทรัพย์ที่ลักเป็นคนละประเภทเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ๒ กระทั่งเจ้าหน้าที่ของธนาคารผู้เสียหายมีหน้าที่รับฝากเงินและจ่ายเงินให้แก่ลูกค้าที่มาใช้บริการแทนผู้เสียหาย จำเลยจึงเป็นผู้ยึดถือบัตรแทนเท่านั้น (ฎีกานี้มีข้อสังเกตที่ว่าเป็นความผิดต่างกรรมต่างวาระ กรณีที่ ๑ เป็นบัตร เอ.ที.เอ็ม. และ กรณีที่ ๒ เป็นการลักเงิน ที่เป็นการลักเงินก็เพราะยังไม่ได้ครอบครองเงินการที่เอาเงินไปนั้นได้เกิดเจตนาทุจริตก่อนที่จะได้เข้าครอบครองเงินของนายจ้างซึ่งเป็นธนาคาร)

คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๒๐๘/๒๕๔๓ ที่ว่า เหยียดูข่ายปณที่ตกลงไปในช่องคินเหยียดู เนื่องจากไม่สามารถโทรศัพท์ติดต่อไปยังสายปลายทางได้นั้น ยังเป็นของผู้ใช้โทรศัพท์สาธารณะอยู่การที่นาย พ. นำก้อนกระดาษไปอุดไว้ในช่องคินเหยียดูในตำแหน่งที่อยู่เหนือฝาเปิดขึ้นไป เป็นเพียงการขัดขวางไม่ให้เหยียดูข่ายปณตกลงไปถึงมือผู้ใช้โทรศัพท์สาธารณะที่รออยู่ โดยเหยียดูข่ายปณดังกล่าวยังคงติดค้างอยู่ในเครื่องโทรศัพท์สาธารณะในลักษณะที่ง่ายแก่การมาล้วงเอาไปในภายหลัง ฉะนั้นขณะที่เหยียดูข่ายปณตกลงไปค้างอยู่บนก้อนกระดาษในช่องคินเหยียดู ความผิดฐานลักทรัพย์ยังไม่สำเร็จ เพราะนาย พ. ยังไม่ได้เอาเหยียดูข่ายปณนั้นไป ความครอบครองยังอยู่กับเจ้าของเหยียดูข่ายปณที่รอรับเหยียดูข่ายปณนั้นอยู่ และการที่เจ้าของเหยียดูข่ายปณออกจากตู้โทรศัพท์สาธารณะไม่ได้หมายความว่า มีเจตนาสละทิ้งเหยียดูข่ายปณที่ติดค้าง เพราะการสละกรรมสิทธิ์จะต้องกระทำด้วยความสมัครใจ มิใช่อยู่ในลักษณะที่ขัดขวางการได้ทรัพย์คืน

การที่เจ้าของให้ผู้ใดช่วยดูแลทรัพย์ชั่วคราวไม่เป็นการส่งมอบการครอบครองไม่เป็นการฝากทรัพย์ เช่น วนให้เฝ้าบ้านโดยไม่ได้มอบกุญแจห้องเก็บทรัพย์

ตัวอย่างคำพิพากษากรณีที่ยึดว่ามอบการครอบครอง ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๖๒๙/๒๕๓๘ ที่ว่าการที่ผู้เสียหายส่งธนบัตรฉบับละ ๑๐๐ บาท ให้แก่จำเลยเพื่อชำระหนี้ค่าโดยสารเป็นเงิน ๕ บาท ถือว่าผู้เสียหายส่งมอบการครอบครองดังกล่าวให้แก่จำเลย การที่จำเลยไม่ทอนเงินให้ทันทีหรือไม่มีเจตนาจะทอนเงินให้ โดยจำเลยเอาเงินส่วนที่เหลือจำนวน ๙๕ บาท เป็นประโยชน์ของตนโดยทุจริตก็ไม่ใช่ความผิดฐานลักทรัพย์ เพราะเจตนาทุจริตเกิดขึ้นภายหลังที่ธนบัตรอยู่ในความครอบครองของจำเลยแล้ว (ตามฎีกาฉบับนี้เห็นว่า การส่งธนบัตรเพื่อชำระหนี้เป็นการโอนการครอบครองแล้ว เพราะผู้ที่ชำระหนี้ต้องการเงินทอนในจำนวนที่ขาดอยู่เท่านั้น เงินที่ส่งมอบให้เป็นการส่งมอบไปเลยเท่ากับเป็นการโอนการครอบครองนั่นเอง มีข้อนำคิดว่า การชำระหนี้ด้วยเงินจะถือได้หรือไม่ว่ามีใช้โอนแต่เพียงการครอบครองเท่านั้น แต่เป็นการ

^{๒๕} หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์, “กฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๘ – ๓๖๖,” ใน รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่งสมัยที่ ๕๐ เล่มที่ ๙ (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมกฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๐), หน้า ๘๙ – ๙๑.

โอนกรรมสิทธิ์ในเงินนั้นไปเลย เพียงแต่จำเลยมีหน้าที่จะต้องทอนเงินให้ผู้เสียหายเท่านั้น ถ้าเป็นเช่นนี้ย่อมไม่
เป็นความผิดฐานยักยอกอีกด้วย)

คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๙๘/๒๕๔๘ ที่ว่า การที่ พ. มอปรดจกรยานยนต์ให้จำเลยยืมไปเพื่อให้ไป
หารถยนต์มาลากจูงรถยนต์ของจำเลย เป็นการส่งมอบการครอบครองรถให้แก่จำเลยไม่ใช่เพียงแต่ให้การ
ยืมถือ^{๒๖}

กรณีเรื่องนายจ้างและลูกจ้างนั้น ท่านศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภักดิ์ ได้กล่าวไว้ว่า กรณีที่ผู้อื่น
ส่งทรัพย์สินแก่ลูกจ้างเพื่อส่งมอบแก่นายจ้าง แม้จะเป็นเงินตราซึ่งอาจใช้เงินตราอื่นแทนกันได้ กรรมสิทธิ์ก็ตกเป็น
ของนายจ้าง เพราะลูกจ้างรับไว้แทนนายจ้าง แต่ปัญหาว่าลูกจ้างหรือนายจ้างเป็นผู้ครอบครองเงินหรือทรัพย์สินที่
ส่งมอบนั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง การที่ลูกจ้างเก็บเงินจากลูกหนี้ของนายจ้างเอาเงินที่เก็บได้เป็นของตนเสียก่อนส่ง
มอบให้นายจ้าง ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าเป็นยักยอก และในเรื่องนี้ไม่มีข้อโต้แย้ง เพราะเงินที่ได้อยู่ในความ
ครอบครองของลูกจ้างจนกว่าจะได้มอบแก่นายจ้างแล้ว การส่งมอบอาจแสดงให้เห็นปรากฏโดยพฤติการณ์ เช่น
ลูกจ้างได้นำสิ่งที่ได้รับไว้จากบุคคลภายนอกนั้นวางหรือใส่ในที่ทำไว้เพื่อใส่ของนั้นเป็นต้น เช่น วางลงบนโต๊ะหรือ
ใส่ตู้ลิ้นชักของนายจ้างหรือรับของใส่รถที่นายจ้างจัดให้บรรทุกของเหล่านั้น แล้วของที่อยู่บรรทุกอยู่ในรถของ
นายจ้างเหล่านี้ เห็นได้ว่าอยู่ในความครอบครองของนายจ้าง

ส่วนกรณีที่นายจ้างใช้ลูกจ้างเอาเช็คไปขึ้นเงิน ท่านศาสตราจารย์จิตติกล่าวไว้ว่า
ตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายอเมริกันถือว่า ลูกจ้างเอาเช็คไปเสียเป็นลักทรัพย์ แต่ถ้าขึ้นเงินได้แล้ว
จึงทุจริตเอาเงินนั้นไปเป็นยักยอก ซึ่งตามกฎหมายไทยนั้นคงจะต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป

ในกรณีอื่นๆ เช่น การรับประทานอาหารในบ้าน การใช้มิด ใช้ส้อมซึ่งอยู่ในมือผู้รับประทาน
ถ้าผู้รับประทานเอาไปเช่นนี้ถือว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ไม่ใช่ยักยอก หรือกรณีแขกที่อาศัยอยู่ในโรงแรมก็
มิใช่ผู้ครอบครองเครื่องใช้ในห้องพักอาศัย แต่กรณีผู้เช่าบ้านเป็นผู้ครอบครองสิ่งต่างๆ ในบ้านเช่ามิใช่ผู้ให้เช่า
เป็นผู้ครอบครอง หรือกรณีเป็นผู้รับจำนำ ผู้เช่าซื้อ ผู้ยืม หรือผู้รับฝากทรัพย์สิน ย่อมเป็นผู้ครอบครอง เท่าที่กล่าว
มาเป็นเพียงข้อสังเกตว่าการลักทรัพย์นั้นต้องมีการแย่งการครอบครอง ถ้าการครอบครองอยู่ที่ผู้กระทำไม่มีทาง
ที่จะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ หรือถ้าไม่มีการแย่งการครอบครอง กล่าวคือ การครอบครองนั้นมาจากผู้ที่
ครอบครองคนเดิมส่งมอบให้ ก็ไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์เช่นเดียวกัน และในกรณีที่ทรัพย์สินหลุดไปจากการ
ครอบครองของผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์โดยไม่ตั้งใจ ในกรณีเช่นนี้เรียกว่าทรัพย์สินหาย ถ้ามีการเอาทรัพย์สิน
ดังกล่าวไปโดยทุจริตก็ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ เพราะมิได้มีการแย่งการครอบครองไปจากผู้หนึ่งผู้ใด^{๒๗}

การเอาไปจึงเริ่มตั้งแต่การครอบครองเดิมถูกระงับและจะสำเร็จก็ต่อเมื่อการ
ครอบครองเดิมหมดไปด้วยการครอบครองใหม่เข้ามาแทนที่ หรือผู้กระทำมีอำนาจอันแท้จริงเหนือทรัพย์สินนั้น
โดยพิจารณาจากจารีตประเพณีในท้องถิ่นลักษณะของทรัพย์สิน ความสามารถที่จะขัดขวางไม่ให้ผู้อื่นเข้ามา
เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน ระยะทางห่างไกลระหว่างผู้ครอบครองเดิมกับทรัพย์สิน เป็นต้น

ดังนั้น การเอาไปอาจสำเร็จได้โดยผู้กระทำไม่ได้แตะตัวทรัพย์สินเลยก็ได้ เช่น ใช้วิธีล่อให้ไปด้วย
หรือต้อนสัตว์ไป หรืออาจต่อท่อก๊าซ หรือท่อน้ำแล้วเอาก๊าซหรือน้ำไป หรืออาจกระทำโดยทางอ้อมก็ได้ เช่น
บอกผู้ซื้อว่าสินค้าดังกล่าวเป็นของตนจะขายให้ถูกๆ แต่ให้ขนไปเอง ซึ่งความจริงสินค้านั้นเป็นของผู้อื่น หรือ

^{๒๖} หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๙๑ - ๙๕.

^{๒๗} หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๙๖ - ๙๗.

เจ้าของทรัพย์สินวางร่มไว้แล้วไปธุระ ถ้าสมมติว่ากรณีดังกล่าว ก เห็นเป็นโอกาสจึงแก้งทำเป็นเจ้าของ แล้วบอกให้ ข ช่วยหยิบร่มไปไว้ที่รถของ ก เช่นนี้ถือว่า ก ได้เอาร่มของผู้อื่นไปโดยเป็นผู้กระทำผิดโดยทางอ้อม คือ ก ใช้ ข เป็นเครื่องมือกระทำการ “เอาไป” แทน ก นั่นเอง^{๒๘}

๑.๓.๓ การเอาไปต้องมีการทำให้ทรัพย์สินเคลื่อนที่

จะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์จะต้องมีการเอาไป การเอาไปต้องทำให้ทรัพย์สินเคลื่อนที่จึงจะเป็นความผิดสำเร็จ การเคลื่อนที่นั้นแม้เป็นการเคลื่อนที่แต่เพียงเล็กน้อยโดยเคลื่อนที่ทุกจุด ก็เป็นความผิดสำเร็จ มีข้อสังเกตว่าบางกรณีทรัพย์ได้เคลื่อนที่ทุกจุด แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นพยายามเนื่องจากมีหลักอยู่ว่าแม้ทรัพย์ได้เคลื่อนที่แล้วก็ตาม ถ้าผู้เอาไปยังไม่มียุทธศาสตร์หรือทรัพย์สินนั้นๆ เพราะยังอยู่ในขั้นตอนของกระบวนการแยกทรัพย์ออกจากสิ่งที่มีติดอยู่ ยังไม่มีการเอาไปสำเร็จ จึงเป็นความผิดชั้นพยายาม ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๗๓/๒๕๒๗ จำเลยมีเจตนาลักสร้อยคอซึ่งบุตรของผู้เสียหายสวมอยู่ พอใช้กรรไกรตัดสร้อยนั้นขาดตกลงยังพื้นดิน ยังมีได้ยึดถือเอาสร้อย ก็มีคนบอกให้ผู้เสียหายรู้และเก็บเอาสร้อยไว้เสียก่อน จะถือว่าจำเลยเอาสร้อยนั้นไปยังไม่ได้ จำเลยย่อมมีความผิดฐานพยายามลักทรัพย์เท่านั้น การตัดสร้อยก็เพื่อต้องการที่จะแยกเอาทรัพย์ออกจากสิ่งที่มีติดอยู่ คือ ที่คอของมนุษย์ เพื่อจะทำให้มีอำนาจเหนือสร้อยแล้วจึงพาสร้อยนั้นไปได้ เมื่อตัดสร้อยขาดตกลงสู่พื้นแต่ยังไม่มีการเข้าไปขยับทรัพย์อีกครั้งหนึ่ง การกระทำของจำเลยจึงเป็นเพียงแค่นั้นพยายาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๐๘๖/๒๕๔๖ ที่ว่าการที่จำเลยกับพวกอีกหนึ่งคน ร่วมกันลักหม้อแปลงไฟฟ้าของผู้เสียหาย โดยขึ้นไปบนเสาไฟฟ้าแล้วเลื่อยตัดสายลวดสลิงที่ยึดหม้อแปลงไฟฟ้าและใช้เชือกผูกผล็กลงมาจากคานบนเสาไฟฟ้า เมื่อหม้อแปลงไฟฟ้าเคลื่อนที่จากจุดที่ตั้งเดิมและถูกเคลื่อนมาอยู่บนพื้นดิน ถือว่าเป็นการเอาไปซึ่งทรัพย์คือ หม้อแปลงไฟฟ้า อันเป็นความผิดฐานลักทรัพย์สำเร็จแล้ว แม้จำเลยกับพวกยังไม่ทันยกหม้อแปลงไฟฟ้าขึ้นรถยนต์กระบะของจำเลย เพราะหม้อแปลงไฟฟ้ามีน้ำหนักมาก กรณีนี้ก็ทำให้เป็นเพียงพยายามลักทรัพย์ไม่^{๒๙}

สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การเอาไปในความผิดฐานลักทรัพย์ไม่ได้พิจารณาจากการทำให้ทรัพย์สินนั้นเคลื่อนที่เพียงประการเดียวเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาควบคู่กับคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานลักทรัพย์ด้วย ดังนั้น การเอาไปในความผิดฐานลักทรัพย์ หมายถึง การเอาทรัพย์ไปจากความครอบครองของผู้อื่นในลักษณะที่เป็นการทำร้ายกรรมสิทธิ์และการครอบครอง

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดดังกล่าวนี้ไม่ตรงกับแนววินิจฉัยของศาลฎีกา กล่าวคือ ศาลฎีกาถือว่าจะมีการเอาไปต่อเมื่อมีการพาเอาทรัพย์สินนั้นเคลื่อนที่ไปจากจุดเดิมทั้งหมด แม้จะยังไม่ได้การครอบครองไปอย่างเด็ดขาด เช่น การพารถเคลื่อนที่แล้วแต่ยังไม่ได้ติดเครื่อง ศาลฎีกาถือว่าเป็นลักทรัพย์สำเร็จแล้วตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๐๓/๒๕๑๐ ซึ่งถ้าถือตามแนวความคิดว่า การเอาไปจะสำเร็จต่อเมื่อผู้กระทำได้มีการครอบครองทรัพย์อย่างแท้จริง และกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานลักทรัพย์แล้ว ถือว่าผู้กระทำมีความผิดเพียงแค่นั้นพยายามลักทรัพย์เท่านั้น เพราะว่ายังไม่มียุทธศาสตร์อันแท้จริงเหนือทรัพย์สิน^{๓๐}

^{๒๘} หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค ๒ - ๓, หน้า ๔๒๙.

^{๒๙} หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์, “กฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๘ - ๓๖๖,” ใน รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่งสมัยที่ ๕๐ เล่มที่ ๑๐ (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมกฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๐), หน้า ๑๘๕ - ๑๘๖.

^{๓๐} จิตติ ตังศภัทย์, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๕๕๐ - ๒๕๕๔.

๑.๓.๔ การลักทรัพย์นั้นต้องเป็นการเอาไปในลักษณะตัดกรรมสิทธิ์

การเอาไปในความผิดฐานลักทรัพย์นั้นต้องเป็นการเอาไปในลักษณะตัดกรรมสิทธิ์ หากเป็นเพียงการเอาไปชั่วคราวบางครั้งศาลฎีกาวินิจฉัยเพียงว่าไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ เพราะขาดเจตนาทุจริต คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๓๓๓/๒๕๕๕ การที่พนักงานของผู้เสียหายนำเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้เสียหายไปเก็บไว้ที่ท้ายกระโปรงรถยนต์ของผู้เสียหายคันที่ให้จำเลยนำไปใช้ในการทำงานนอกสถานที่ โดยจำเลยไม่ทราบมาก่อน ผู้เสียหายมิได้ผลการครอบครองเครื่องคอมพิวเตอร์ยังอยู่ในความยึดถือของผู้เสียหายและจำเลยควรรู้ว่าผู้เสียหายจะต้องติดตามเอาคืน การที่จำเลยยอมให้ ณ นำเครื่องคอมพิวเตอร์ไปจากการครอบครองของผู้เสียหายเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น จึงเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ตามฎีกานี้มีข้อนาคิดว่าการเอาทรัพย์ไปใช้เพียงชั่วคราว มิได้เอาไปเลยเป็นความผิดฐานลักทรัพย์หรือไม่ เพราะแนวฎีกาในระยะหลังวินิจฉัยว่า ประโยชน์ที่ได้ไปนั้นต้องเป็นลักษณะตัดกรรมสิทธิ์

ซึ่งการทำร้ายกรรมสิทธิ์นั้น หมายถึง การเอาไปในลักษณะที่เป็นการตัดกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์ตลอดไป ไม่เพียงแต่เอาไปชั่วคราว แต่ไม่ได้หมายความว่าเป็นการลักเอากรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์ไป เพราะกรรมสิทธิ์ลักกันไม่ได้ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ก็ยังคงอยู่ที่เจ้าของทรัพย์ และจะขาดกรรมสิทธิ์จริงก็ต่อเมื่อครบกำหนดระยะเวลาได้กรรมสิทธิ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๘๒

การครอบครอง หมายถึง การมีอำนาจเหนือทรัพย์ตามความเป็นจริง และผู้นั้นมีเจตจำนงที่จะมีอำนาจเหนือทรัพย์นั้น แม้ผู้นั้นจะไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ก็ตาม

ดังนั้น การที่จะถือว่ามี “การครอบครอง” ได้จะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ ๒ ประการ คือ

๑) ผู้นั้นจะต้องมีอำนาจเหนือทรัพย์นั้นตามความเป็นจริง ได้แก่

(๑) การครอบครองอยู่ทางกายภาพซึ่งเป็นการครอบครองตามความเป็นจริงทางกาย เช่น กระเป๋าเงินติดตัว ปากกาที่เสียบไว้อยู่ นาฬิกาข้อมือ ฯลฯ

(๒) การครอบครองตามความเป็นจริงทางสังคมในชีวิตประจำวัน ซึ่งจะต้องมีการแสดงออกที่เพียงพอที่จะถือว่าผู้นั้นครอบครองทรัพย์นั้นอยู่ เช่น จดหมายในตู้จดหมายบ้านที่ปิดไว้

๒) นอกจากนั้นผู้นั้นจะต้องมีเจตนาที่จะมีอำนาจเหนือทรัพย์ด้วย หากผู้นั้นไม่มีเจตจำนงที่จะมีอำนาจเหนือทรัพย์แล้ว ก็ยังไม่มีครอบครองทรัพย์นั้น เช่น นกพิราบที่เลี้ยงไว้ แม้จะปล่อยให้บินออกกำลังกายก็ยังถือว่ามีเจตจำนงครอบครองทรัพย์นั้นอยู่ ปล่อยให้ฝูงเป็ดลงหาอาหารในลำคลองก็ถือว่ามีเจตนาครอบครองทรัพย์นั้นอยู่ด้วย

๑.๓.๕ ความหมายของคำว่า “ทรัพย์”

ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้นิยามคำว่า “ทรัพย์” ไว้เลย จึงต้องนำความหมายของคำว่า “ทรัพย์” ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๗ มาใช้ซึ่งทำให้สิ่งที่จะเป็นทรัพย์ได้จะต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น

ดังนั้น ทรัพย์ที่จะเป็นกรรมของการกระทำในความผิดฐานลักทรัพย์ได้จะต้องมีลักษณะสำคัญ คือ

๑) ต้องเป็นวัตถุ

ซึ่งหมายความว่า เป็นสิ่งของต่างๆ เช่น โต๊ะ เก้าอี้ แหวน นาฬิกา ฯลฯ สิ่งบางสิ่ง เช่น อวัยวะของมนุษย์ ไม่ใช่วัตถุ ดังนั้น โดยปกติร่างกายของมนุษย์ไม่ใช่วัตถุและเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือการซื้อขายได้ แต่ส่วนต่างๆ ของร่างกาย ถ้าหลุดจากร่างกายแล้ว ก็อาจถือว่าเป็น “วัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ” ได้หากเข้าองค์ประกอบอื่นๆ คือ มีกรรมสิทธิ์ และมีการครอบครองได้ เช่น ผมที่จะเอาไปทำวิก เลือดที่ถ่ายเอาไว้แล้ว ก็อาจเป็นทรัพย์สินที่ลักได้

๒) ต้องมีรูปร่าง

ทรัพย์สินนอกจากเป็นวัตถุแล้วต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างด้วย หากไม่มีรูปร่างก็ไม่ใช่ทรัพย์สิน ซึ่งศาลฎีกาของไทยก็เริ่มวินิจฉัยยอมรับว่า ทรัพย์สินที่เป็นการกรรมของการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์สินต้องเป็นวัตถุมีรูปร่าง หากไม่ใช่วัตถุมีรูปร่างแล้วก็ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์สิน^{๓๑}

การพิจารณาว่าวัตถุมีรูปร่างมีความหมายแค่นั้นเพียงไรนั้นต้องเป็นไปตามวิทยาศาสตร์ทางกายภาพ (Physical Science) ซึ่งมีหลักเกณฑ์ทางวิชาการที่แน่นอน กล่าวคือ รูปร่างของวัตถุอาจพิจารณาได้ ๒ นัยด้วยกัน คือ

(๑) วัตถุที่สามารถมองเห็นรูปร่างได้ด้วยตาเปล่า สัมผัสได้ด้วยประสาทตามปกติและนำมาซึ่งดวงวัดได้ ได้แก่ วัตถุที่คงรูปอยู่ในภาวะที่เป็นของแข็งหรือของเหลว ซึ่งมีรูปร่างเป็นไปตามภาชนะหรือสิ่งที่รองรับ สำหรับก๊าซที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่าและไม่อาจจับต้องได้และไม่คงรูปแน่นอนในสภาพปกติก็ตาม แต่อาจมีรูปร่างที่แน่นอนได้หากบรรจุอยู่ในภาชนะ

(๒) ในทางวิทยาศาสตร์กายภาพสามารถที่ใช้เครื่องมือในทางวิทยาศาสตร์หารูปร่าง (ขนาด) และน้ำหนักของวัตถุได้ถึงขั้นที่เป็นโมเลกุลหรืออะตอม ซึ่งเป็นส่วนย่อยที่สุดที่ยังมีคุณสมบัติเหมือนวัตถุเดิมหรือธาตุเดิมอยู่ ฉะนั้นรูปร่างของวัตถุจึงอาจพิจารณาตรวจสอบได้ด้วยเครื่องมือทางวิทยาศาสตร์^{๓๒}

สิ่งต่อไปนี้โดยหลักแล้วไม่ใช่ “วัตถุมีรูปร่าง”

(๑) พลังงานความร้อน ความเย็น แสง เสียง พลังงานนิวเคลียร์ ไม่ใช่สิ่งที่มีรูปร่าง จึงไม่เป็นทรัพย์สินที่จะลักกันได้ แต่สิ่งที่ก่อให้เกิดพลังงานต่างๆ หรือ แสง เสียง เป็นวัตถุมุ่งหมายกระทำต่อได้ ซึ่งตัววัตถุคือ สิ่งที่เป็นรูปหรือเกิดเสียง ก๊าซที่ร้อนหรือเย็นอันเป็นวัตถุที่ให้ความร้อนหรือความเย็นนั้น เป็นทรัพย์สินที่ถือเอาได้ เพราะฉะนั้นก็สามารถลักได้^{๓๓}

ดังนั้น สภาพการรวมตัวของวัตถุมีรูปร่าง หรือทรัพย์สิน จึงไม่ใช่สิ่งสำคัญ ไม่ว่าจะ เป็นของเหลวของแข็ง ไอต่างๆ ก็ได้

(๒) ส่วนเรื่องของกระแสไฟฟ้านั้น โดยที่กระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าหากมีการนำกระแสไฟฟ้าไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือโดยไม่ผ่านเครื่องวัดการใช้กระแสไฟฟ้าแล้วผู้ที่นำกระแสไฟฟ้าไปใช้ จะต้องมีความผิดฐานทางอาญฐานลักทรัพย์สินหรือไม่

^{๓๑} จิตติ ติงศภัทย์, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๖ - ๓๗.

^{๓๒} สมศักดิ์ สิงห์พันธ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาเล่ม ๔ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๒๑), หน้า ๒๔๗ - ๒๔๘.

^{๓๓} จิตติ ติงศภัทย์, เรื่องเดิม, หน้า ๒๔๗๗.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๗๗/๒๕๐๑ (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า การลักกระแไฟฟ้าย่อมเป็น ความผิดฐานลักทรัพย์ ตามนัยคำพิพากษานี้แสดงว่าศาลฎีกาเห็นว่า กระแสไฟฟ้าเป็นวัตถุมีรูปร่าง (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๙๘ เดิม) เพราะในฎีกาคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ก็เขียน ไว้ว่า

“...ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิเคราะห์ว่าทรัพย์ได้แก่วัตถุอันรูปร่าง แต่กระแสไฟฟ้าเป็นพลังงานมิใช่วัตถุมีรูปร่างและไม่อาจหยิบเอาไปได้ (ทั้งนี้อาจคิดราคาซื้อขายกันได้) จึงไม่ เป็นทรัพย์ที่ลักกันได้...”

แต่อย่างไรก็ตาม มีผู้โต้แย้งคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวโดยเห็นว่า ไฟฟ้าเป็นพลังงานมิใช่ ทรัพย์ ซึ่งหากไฟฟ้าเป็นพลังงานแล้วก็ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการถูกระงับได้ตามมาตรา ๓๓๔ ได้^{๓๔}

ดังนั้น ปัญหาว่า “กระแสไฟฟ้า” จะเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือไม่นั้น ทำให้ผลการวินิจฉัยเรื่อง ลักทรัพย์ แตกต่างออกไปด้วย กล่าวคือ

(๑) หากพิจารณาว่า “กระแสไฟฟ้า” เป็นพลังงานก็ไม่ใช่วัตถุที่จะถูกลักได้ตามมาตรา ๓๓๔

(๒) แต่ถ้าพิจารณาว่าเป็นวัตถุมีรูปร่าง ก็ลักได้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๗๗/๒๕๐๑ (ประชุมใหญ่) ดังกล่าว

ในบางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมัน เห็นว่า “กระแสไฟฟ้า” เป็นพลังงาน จึงมีกฎหมาย ออกมาเป็นพิเศษลงโทษฐานเอาพลังงานของผู้อื่นไปใช้โดยไม่มีสิทธิ นอกจากประเทศเยอรมันก็มีประเทศ อังกฤษ สเปน สวีเดน สวิสฯ ซึ่งบัญญัติในทำนองเดียวกัน

ส่วนในประเทศฝรั่งเศสแต่เดิมนั้น ศาลสูงแห่งประเทศฝรั่งเศสก็เคยตัดสินว่าการเอา กระแสไฟฟ้าของผู้อื่นไปใช้เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้ แต่ในปัจจุบันได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย อาญาฝรั่งเศสฉบับใหม่ ค.ศ.๑๙๙๒ ว่าการเอาพลังงานไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต ให้ถือว่าเป็นความผิดฐาน ลักทรัพย์เช่นเดียวกัน^{๓๕}

วัตถุบางสิ่งมีรูปร่างสามารถสัมผัสได้ จับต้องได้ มองเห็นเป็นรูปร่างได้ เช่น ร่างกายมนุษย์ แต่กฎหมายไม่ถือว่าเป็นทรัพย์ แม้แต่ส่วนที่ขาดหลุดจากร่างกาย หรือศพของมนุษย์ก็ไม่เป็นทรัพย์เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ตัดผมออกจากศีรษะเอาไป ตัดเนื้อคนหนึ่งไปปะให้อีกคนหนึ่งควักดวงตาคนหนึ่งไปใส่ให้อีกคน หนึ่ง หรือถ่ายโลหิตจากคนหนึ่งไปยังอีกคนหนึ่ง การกระทำเหล่านี้แม้เป็นการทำร้ายร่างกาย แต่ก็ไม่ใช่การลัก ทรัพย์ นอกจากจะได้ความว่าส่วนของร่างกายที่ขาดหลุดออกไปแล้วนั้นมีผู้ถือเอาแล้ว จึงเป็นทรัพย์ที่ลักได้ เช่น โลหิตที่เก็บไว้ใช้ในทางการแพทย์ที่มีการซื้อขายกันได้ ถ้าหากจะมีการหวงห้ามซื้อขายกัน เช่น ดวงตาที่เก็บไว้ ใช้ในสถานพยาบาล ก็ถือเป็นทรัพย์ที่ลักกันได้ อย่างไรก็ตาม ถ้าเจ้าของแสดงเจตนาถือเอาทรัพย์ก็อาจทำได้ตั้งแต่ ขณะที่ขาดหลุดจากร่างกาย

สำหรับในเรื่องศพมนุษย์นั้น แม้จะไม่ใช่มรดกของผู้ตายแต่ก็เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ที่จะ จัดการทำศพและศพจะกลายเป็นทรัพย์เมื่อมีผู้ถือเอา เช่น ศพที่ได้อุทิศให้สถานพยาบาลไม่ใช่ศพที่ตั้งทำ พิธีกรรมอยู่ในบ้านก่อนที่จะมีการเผาหรือฝัง ไม่ถือว่าเป็นศพที่มีผู้ถือเอา แต่ของที่ศพอาจเป็นทรัพย์ที่มีเจ้าของ

^{๓๔} สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, เรื่องเดิม, หน้า ๓๘.

^{๓๕} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๖ - ๓๘.

หากมีผู้หวงแหนเป็นเจ้าของมิได้สละ เช่น เงินที่ใส่ปากศพไว้ให้สัปเหร่อ หรือของที่ใส่ในฮวงซุ้ย ไม่ใช่ของที่สละกรรมสิทธิ์ และกระทั่งเรื่องโลงบรรจุศพเป็นสิ่งที่ต้องซื้อหามา จึงเป็นทรัพย์สินจนกว่าจะสละสิทธิ์เสีย เช่น โลงของวัดที่ใช้แล้วใช้อีกเป็นทรัพย์สินที่ไม่ได้ทิ้ง แต่โลงที่บรรจุฝังเป็นการถาวร มิใช่เก็บหรือฝังไว้ชั่วคราวเพื่อขุดเผา นั้นไม่มีเจ้าของถือกรรมสิทธิ์ ในเรื่องนี้กฎหมายประเทศอังกฤษและอเมริกันถือว่าโลงที่ใส่ศพฝัง ฝัง และของอื่นที่ฝังไว้กับศพ ผู้ที่ขุดเอาไปมีความผิดฐานลักทรัพย์ เพราะถือว่าสิทธิในของเหล่านี้จะตกอยู่กับผู้จัดการมรดกหรือผู้ทำศพ^{๓๖}

ส่วนเรื่องทรัพย์สินในสิ่งที่ไม่มรูปร่าง เช่น ลิขสิทธิ์สิทธิในเครื่องหมายการค้า เป็นต้น ไม่ถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ เพราะถึงแม้ว่าจะมีกฎหมายบัญญัติก่อตั้งรัฐถึงกรรมสิทธิ์เหล่านี้ไว้ ก็ไม่ทำให้ทรัพย์สินในสิ่งที่ไม่มรูปร่างที่ว่านี้กลายเป็นกรรมสิทธิ์ไปได้ เพราะทรัพย์สินประเภทนี้อาจจะจับหรือสิ้นไปโดยกาลเวลาได้ ในขณะที่ทรัพย์สินประเภทกรรมสิทธิ์ไม่เป็นเช่นนั้น กรรมสิทธิ์มีลักษณะถาวรไม่อาจสูญสิ้นหมดไปได้ตราบใดที่วัตถุแห่งสิทธิ คือ ทรัพย์สินหรือสิ่งที่มีรูปร่างนั้นไม่ได้สูญสลายไปจนสิ้นกรรมสิทธิ์ก็ยังคงมีอยู่ในทรัพย์สินเช่นว่านั้นตลอดไป แม้จะมีการโอนผ่านมือกันไปหลายครั้งโดยนิติกรรมหรืออำนาจของกฎหมายประการใด ก็ไม่อาจทำให้อำนาจของกรรมสิทธิ์หมดไปได้ เพียงแต่มีการเปลี่ยนผู้ใช้อำนาจกรรมสิทธิ์เท่านั้น^{๓๗}

๑.๓.๖ ทรัพย์สินต้องมีเจ้าของ

วัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ นอกจากจะเป็นทรัพย์สินแล้ว ยังต้องเป็นทรัพย์สินที่ต้องมีเจ้าของด้วย หากเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของแล้วก็ไม่อาจมีความผิดฐานลักทรัพย์ได้ เนื่องจากการทำร้ายกรรมสิทธิ์ของผู้ใด^{๓๘} การที่จะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้นั้นจะต้องปรากฏว่า ทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้อื่น หรือผู้อื่นเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์รวมอยู่ด้วย นับเป็นองค์ประกอบสำคัญอีกประการหนึ่งในความผิดฐานนี้ ดังนั้นผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เอาทรัพย์สินของตนเอง ซึ่งอยู่ในความครอบครองของผู้อื่นไปไม่มีทางที่จะมีความผิดฐานลักทรัพย์ได้ เช่น เจ้าของเอาแหวนเพชรไปจำหน่ายไว้กับโรงรับจำนำแม้เจ้าของจะเอาทรัพย์สินกลับคืนมาในภายหลังการกระทำนั้น ก็ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์จะเป็นได้เพียงความผิดฐานโกงเจ้าหนี้

ดังนั้น ทรัพย์สินมีเจ้าของ ซึ่งมีผู้ได้ไปจากเจ้าของโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เช่น ทรัพย์สินที่มีผู้ลักไปเป็นทรัพย์สินที่มีเจ้าของแน่นอน เพราะเจ้าของเดิมยังไม่ขาดกรรมสิทธิ์ แต่ก็ถือว่าลักไปจากขโมยได้อีกชั้นหนึ่ง ขโมยดีกว่าขมาย ผู้ครอบครองมีสิทธิดีกว่าผู้อื่นที่มีเจ้าของกรรมสิทธิ์ เจ้าของรวมคนหนึ่งฟ้องคดีที่ผู้อื่นลักทรัพย์ได้ ผู้ครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นฟ้องคดีลักทรัพย์นั้นได้

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าทรัพย์สินที่จะลักได้นั้นต้องเป็นทรัพย์สินที่มีเจ้าของ ถ้าเจ้าของได้สละกรรมสิทธิ์แล้ว ทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๑๙ บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าของสังหาริมทรัพย์เลิกครอบครองทรัพย์สินด้วยเจตนาสละกรรมสิทธิ์ไซ้ร้ ท่านว่าสังหาริมทรัพย์นั้นไม่มีเจ้าของ”

สมมติว่า ก. มีปากกาอยู่ด้ามหนึ่ง ก. ขว้างทิ้งลงในถังขยะเช่นนี้ย่อมจะถือได้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ ถ้ามีใครมาเอาไปก็ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ สมมติว่าด้ามายึดถือเอาเป็นของตนเช่นนี้

^{๓๖} จิตติ ดิงศรัทธี, เรื่องเดิม, หน้า ๒๔๗๘.

^{๓๗} ม.ร.ว. เสณี ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรสาสน์, ๒๕๒๐), หน้า ๑๖๖ - ๑๖๗.

^{๓๘} สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, เรื่องเดิม, หน้า ๔๐.

คำก็ย่อมเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๑๘ ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลอาจได้มา ซึ่งกรรมสิทธิ์แห่งสังหาริมทรัพย์อันไม่มีเจ้าของโดยเข้าถือเอา เว้นแต่การเข้าถือเอานั้นต้องห้ามตามกฎหมายหรือฝ่าฝืนสิทธิของบุคคลอื่นที่จะเข้าถือเอาสังหาริมทรัพย์นั้น” ดังนั้น คำย่อมได้กรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครอง ถ้ามีแดงมาเอาปากกาตัวนั้นไปจากคำอีกทีหนึ่ง แดงย่อมมีความผิดฐานลักทรัพย์

ทรัพย์ที่ถูกลักจะต้องเป็นทรัพย์ที่มีเจ้าของ ก็คงจะหลีกเลี่ยงที่จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณาไม่ได้ เช่น เรื่องอุปรณ์ หรือเรื่องส่วนควบ เป็นต้น ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๙๓/๒๕๐๗ ที่ว่าโจทก์ฟ้องห้างหุ้นส่วนจำกัด จำเลยที่ ๑ กับจำเลยที่ ๒ เป็นผู้จัดการ ในข้อหาฉ้อโกงโดยหลอกลวงโจทก์ให้ทำหนังสือสัญญาเช่าซื้อตัวรถยนต์จากจำเลยที่ ๑ โจทก์หลงเชื่อลงนามสัญญาเช่าซื้อและได้ต่อตัวรถคันนั้นขึ้น ต่อมาจำเลยที่ ๑ ที่ ๒ ร่วมกันลักทรัพย์ดังกล่าว ซึ่งโจทก์เป็นเจ้าของตัวรถรถศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้อง โจทก์ฎีกาขอให้ลงโทษจำเลยที่ ๒ ฐานลักทรัพย์ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กรณีเป็นเรื่องเอาสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่นหลายคนมารวมกันเข้าเป็นรถยนต์ชนิดมีตัวถังเป็นส่วนควบ เมื่อตัวรถยนต์ของผู้ให้เช่าซื้ออาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์ประธานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๑๖ ผู้ให้เช่าซื้อเป็นเจ้าของตัวรถยนต์จึงเป็นเจ้าของทรัพย์ที่รวมเข้ากันแต่เพียงผู้เดียว โจทก์หาใช่เป็นเจ้าของรวมด้วยไม่ เมื่อผู้ให้เช่าซื้อเอารถยนต์นั้นไป จึงหาใช่เป็นการเอาทรัพย์ที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปไม่ ดังนั้นสิ่งที่นำมาประกอบเมื่อเป็นอุปรณ์ย่อมเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์ประธาน จึงไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์^{๓๙๔}

๑.๓.๗ ทรัพย์ต้องเป็นสังหาริมทรัพย์

ทรัพย์ หมายถึง วัตถุมีรูปร่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๗ เมื่อพิจารณาประกอบคำว่า “เอาไป” ก็จะได้เห็นว่า ทรัพย์ที่จะเอาไปได้นั้นต้องเป็นทรัพย์ที่สามารถพาเคลื่อนที่ได้ จึงมีบทสรุปว่าทรัพย์ที่จะเอาไปได้นั้นต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ ส่วนอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์ที่ไม่อาจลักกันได้ เว้นแต่จะได้ถูกแบ่งแยกหรือเปลี่ยนแปลงจากสภาพอสังหาริมทรัพย์มาเป็นสังหาริมทรัพย์แล้ว เช่น มีการขุดดินมาจากพื้นดิน โคนต้นไม้ล้มลงแล้วเอาต้นไม้ขึ้นไปอีกทีหนึ่ง หรือเรือฝ่าเรือนเสร็จเรียบร้อยแล้วแฉะเอาฝ่าเรือนไป เช่นนี้ก็ย่อมเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้ เพราะเมื่อแยกอสังหาริมทรัพย์ออกมาแล้วอสังหาริมทรัพย์นั้น กลายเป็นสังหาริมทรัพย์ซึ่งสามารถเอาไปได้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๔๒๒/๒๕๔๑ ที่ว่าการที่จำเลยเป็นผู้เช่าที่ดินของโจทก์ร่วมและผู้เสียหาย ก็เพียงแต่ทำให้จำเลยเป็นผู้ครอบครองที่ดินดังกล่าวในสภาพอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น เมื่อที่ดินถูกขุด ดินที่ได้ย่อมเปลี่ยนสภาพเป็นสังหาริมทรัพย์ โจทก์ร่วมกับผู้เสียหายไม่ได้มอบการครอบครองที่ดินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ให้จำเลยครอบครองที่ดินดังกล่าวจึงยังอยู่ในความครอบครองของโจทก์ร่วมและผู้เสียหาย การที่จำเลยเอาดินดังกล่าวไปขายอันเป็นการแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ดังนั้นการที่มีการขุดหน้าดินของผู้อื่นไปขายย่อมมีความผิดฐานลักทรัพย์ ส่วนทรัพย์นอกพาณิชย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๓ ลักได้หรือไม่ขึ้น เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าทรัพย์นอกพาณิชย์ แยกออกเป็น ๒ ชนิด คือ ทรัพย์ที่ไม่อาจถือเอาได้ เช่น ดวงอาทิตย์ ในกรณีเช่นนี้ทรัพย์เหล่านี้ก็ลักไม่ได้อยู่แล้วโดยสภาพกับทรัพย์อีกประเภทหนึ่ง คือ ทรัพย์ที่ไม่อาจโอนได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ปิ่นเถื่อน ฟันเถื่อน เป็นต้น ทรัพย์นอกพาณิชย์ชนิดนี้มีผู้ครอบครองได้จึงลักได้ ส่วนการครอบครองผิดกฎหมายนั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ทั้งนี้เพราะความผิดฐานลักทรัพย์มีความประสงค์

^{๓๙๔} หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์, เรื่องเดิม, หน้า ๑๙๑.

ที่จะลงโทษแก่ผู้ประทุษร้ายต่อสิทธิครอบครองในทรัพย์สินของผู้อื่นเป็นสำคัญ โดยมีเงื่อนไขประกอบด้วยว่า ทรัพย์สินนั้นต้องมีชื่อของผู้เอาไป

ที่เป็นปัญหา ก็คือ การเอาไปนั้นต้องมีการทำให้ทรัพย์สินเคลื่อนที่ ซึ่งโดยปกติก็เป็นที่เข้าใจว่า ทรัพย์สินที่ถูกลักได้นั้น น่าจะเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง เพราะฉะนั้นพลังงานต่างๆ และวัตถุไม่มีรูปร่างแต่อาจมีราคา และถือเอาได้นั้นจะเป็นวัตถุที่ลักกันได้หรือไม่นั้นจะขอพิจารณาและกล่าวถึงในบทวิเคราะห์ต่อไป

เป็นข้อที่น่าสังเกตว่าบทบัญญัติในมาตรา ๒๘๙ มาตรา ๒๙๐ และมาตรา ๒๙๑ แห่งกฎหมายอาญา ร.ศ.๑๒๗ ซึ่งเป็นความผิดในหมวดที่ ๑ ของความผิดฐานลักทรัพย์สินนั้นไม่นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันแต่อย่างใด เพียงแค่เหลือความผิดฐานลักทรัพย์สินตามมาตรา ๒๘๘ และความผิดฐานลักทรัพย์สินเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา ๒๙๓ ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันเท่านั้น

๑.๓.๘ องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานลักทรัพย์สิน คือ

๑) เจตนา หมายถึง ผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้อื่นและรู้ด้วยว่าทรัพย์สินนั้นอยู่ในความครอบครองของผู้อื่น และผู้กระทำความผิดต้องการพาเอาทรัพย์สินนั้นไปโดยถาวร ดังนั้นการเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปชั่วคราว โดยเข้าใจว่าเจ้าของได้อนุญาตให้เอาไปได้หรือสำคัญผิดในข้อเท็จจริงจึงไม่ถือว่าเป็นเจตนาเอาทรัพย์สินไปถาวร เช่น เอารถยนต์ของผู้อื่นไปใช้โดยไม่ชอบ แต่ถ้าเอารถยนต์ของผู้อื่นไปขับโดยที่เจ้าของไม่ได้อนุญาต แล้วทิ้งรถไปเสียโดยมีพฤติการณ์ที่รถนั้นอาจสูญหายได้เช่นนี้ ถือว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์สินได้ เพราะย่อมเห็นผลได้ว่าการเอาทรัพย์สินไปนั้นอาจจะเป็นการเอาทรัพย์สินไปเลยโดยถาวร

๒) มูลเหตุชักจูงใจโดยทุจริต หมายถึง เป็นการแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

โดยทุจริต เป็นเจตนาภายใน คือ การแสวงหาผลประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่นตามบทวิเคราะห์ศัพท์ในมาตรา ๑ (๑) จึงมีปัญหาว່ว่าประโยชน์ในที่นี้จะต้องเป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สินหรือไม่ ซึ่งตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา มีทั้งที่ชี้ให้เห็นว่าไม่จำเป็นต้องเป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สิน แต่อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาส่วนใหญ่ก็จะพิจารณาไปในทางที่ว่าจะต้องเป็นเอาทรัพย์สินนั้นไปในลักษณะตัดกรรมสิทธิ์หรือเอาไปเลย และการแสวงหาประโยชน์นั้นต้องเป็นการแสวงหาประโยชน์ในตัวทรัพย์สินด้วย ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ในคุณค่าทางเศรษฐกิจ ซึ่งหมายถึงประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน อันอาจคำนวณประโยชน์เช่นนี้ออกมาเป็นเงินทองได้ เช่น เอาของผู้อื่นไปขาย เป็นต้น หรือประโยชน์ในตัวทรัพย์สินตามที่บุคคลนั้นๆ ต้องการ ซึ่งอาจจะหมายถึงประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินหรือไม่ เป็นทรัพย์สินก็ได้ เช่น เอารูปของผู้อื่นไปเก็บไว้ดู แต่อย่างไรก็ตามข้อสำคัญ คือ ต้องเป็นการแสวงหาประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในตัวทรัพย์สินในขณะที่เอาทรัพย์สินไป

การเอาไปในลักษณะที่ไม่เป็นการตัดกรรมสิทธิ์ บางทีศาลฎีกาก็ใช้คำรวมๆ ว่าขาดเจตนาทุจริต ถ้ามองในแง่ของเจตนาทุจริตความจริงแล้วก็เป็นการใช้ประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัว เพราะได้รับประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สิน ซึ่งเป็นประโยชน์ที่ตนมีควรได้ ซึ่งในเรื่องลักทรัพย์สินนั้นจะเห็นได้ว่าต้องประกอบด้วยเจตนาสองประการ คือ มีเจตนาที่จะเอาไปและการเอาไปนั้นโดยเจตนาทุจริตอีกประการหนึ่ง ถ้าพิจารณากันเช่นนี้แล้วก็คงจะเอาไปและการเอาไปนั้นโดยเจตนาทุจริตอีกประการหนึ่ง ถ้าพิจารณากันเช่นนี้

แล้วก็คงปฏิเสธไม่ได้ว่าการที่เอาทรัพย์สินไปใช้ไม่มีเจตนาเอาไปและการได้ใช้ทรัพย์สินนั้นก็เป็นประโยชน์อย่างหนึ่ง ต้องถือว่ามีเจตนาทุจริตแล้ว ไม่ว่าจะได้รับประโยชน์แต่เพียงชั่วคราวหรือประโยชน์อย่างถาวร แต่เมื่อมีการเอาไปที่จะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ต้องเป็นการเอาไปในลักษณะตัดกรรมสิทธิ์ เช่นนี้ก็ย่อมไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ ๗๘๘๐/๒๕๔๗ ที่ว่าหลังจากจำเลยทั้งสองร่วมกันทำร้ายผู้เสียหาย ๒ และที่ ๓ แล้วจำเลยทั้งสองได้หลบหนีไป โดยจำเลยที่ ๒ ขับรถจักรยานยนต์ของผู้เสียหายที่ ๔ ไปด้วย หลังเกิดเหตุ ๒ วัน พบรถจักรยานยนต์ของผู้เสียหายที่ ๔ จอดรถอยู่ที่ป้อมตำรวจ หากจำเลยทั้งสองมีเจตนาจะเอา รถจักรยานยนต์ของผู้เสียหายที่ ๔ ไปโดยทุจริตก็สามารถทำได้ แต่จำเลยที่ ๒ กลับจอดรถไว้ที่ป้อมตำรวจ แสดงว่า จำเลยที่ ๒ มีเจตนาใช้รถจักรยานยนต์ของผู้เสียหายที่ ๔ เป็นยานพาหนะหลบหนีเท่านั้น หาได้มีเจตนาเอาไปโดยทุจริตไม่ จำเลยทั้งสองจึงไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์รถจักรยานยนต์ของผู้เสียหายที่ ๔

เรื่องที่เป็นปัญหาอีกประการหนึ่งว่า มีเจตนาทุจริตหรือไม่ ก็คือ การบังคับชำระหนี้ ซึ่งโดยหลักแล้วการบังคับชำระหนี้ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ถ้าหากจำเลยไม่ชำระหนี้ก็ต้องมีการฟ้องร้องบังคับคดี เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิหรือมีอำนาจโดยพลการในการที่จะบังคับหนี้อย่างไรก็ตามถ้าเจ้าหนี้เข้าใจว่าตนเองมีอำนาจ เจ้าหนี้ก็ย่อมจะอ้างความสำคัญผิดขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ แต่ถ้าพิจารณาตามแนวของศาลฎีกา ศาลฎีกาจะพิจารณาไปในทางว่าขาดเจตนาทุจริต อย่างไรก็ตาม การบังคับชำระหนี้จะต้องเป็นการบังคับชำระในสัดส่วนที่ว่าจะใกล้เคียงกับหนี้ที่ต้องชำระ ถ้าบังคับชำระหนี้เกินกว่าส่วนที่ตนจะพึงได้ก็ย่อมเป็นการแสวงหาผลประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ดังเช่น คำพิพากษาที่ ๒๐๔๑/๒๕๑๕ ที่ว่าการที่ น. ค้างชำระค่าเช่าจำเลยอยู่ ๒๙,๔๐๐ บาท จำเลยเคยทวง น. ก็ยังไม่ชำระให้ จำเลยขอให้ผู้ใหญ่บ้านไปยึดทรัพย์ของ น. ให้ผู้ใหญ่บ้านก็ไม่ยอมไป วันเกิดเหตุจำเลยกับพวกไปถามหา น. ที่บ้านคนเฝ้าบ้านบอกว่าจำเลยไม่อยู่ จำเลยตรวจค้นในเรือนไม่พบ จำเลยกับพวกจึงเอากระป๋องของ น. กับเกวียนของ ม. ซึ่งจำเลยเข้าใจว่าเป็นของ น. ไป รวมราคา ๗,๕๐๐ บาท ดังนี้เห็นว่าการเอาทรัพย์สินของ น. และ ม. ไปเพื่อใช้หักหนี้และทรัพย์สินนั้นก็ไม่เกินจำนวนหนี้ แม้การกระทำเช่นนี้จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบเพื่อบังคับชำระหนี้ แต่จำเลยไม่ได้มีเจตนาร้ายหรือประสงค์ที่จะเอาทรัพย์สินของ น. ไปเพื่อแสวงหาผลประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ถือว่าจำเลยไม่มีเจตนาทุจริต ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์

คำพิพากษาที่ ๒๐๐/๒๕๔๔ ที่ว่า จำเลยขายรถยนต์และเครื่องนวดข้าวให้โจทก์ โจทก์ชำระเงินแล้วบางส่วนและยังค้างชำระส่วนที่เหลือ หลังจากนั้น ๗ เดือนเศษ จำเลยกับพวกไปหาโจทก์ที่บ้านแต่ไม่พบ แต่ได้บอกภริยาบุตรและน้องชายโจทก์ว่าจะเอารถยนต์และเครื่องนวดข้าวไปแล้วได้ยึดรถยนต์และเครื่องนวดข้าวกลับไปเก็บไว้ที่บ้านจำเลย เพราะโจทก์ยังชำระเงินส่วนที่เหลือไม่ครบ ดังนี้การกระทำของจำเลยเป็นการใช้บังคับตามสิทธิของเจ้าหนี้โดยพลการ มิได้ดำเนินการฟ้องร้องบังคับคดีให้ถูกต้องตามกฎหมายเป็นการกระทำโดยเจตนาให้โจทก์ลูกหนี้ใช้คาร์ถยนต์และเครื่องนวดข้าวที่ค้างชำระเท่านั้น หาได้มีเจตนาทุจริตไม่^{๔๐}

๑.๓.๙ ลักษณะของการกระทำ

ความผิดฐานลักทรัพย์เป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล แต่เป็นความผิดสำเร็จทันทีที่มีการกระทำ จึงมีข้อที่ต้องพิจารณาว่าการเอาไปสำเร็จบริบูรณ์เมื่อไร เพราะจะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำความผิดสำเร็จหรือเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด

^{๔๐} หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์, รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่งสมัยที่ ๕๐ เล่มที่ ๑๐, หน้า ๑๙๗ - ๒๐๐.

การกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ถือว่าการเอาไปเริ่มขึ้นเมื่อคุณธรรมทางกฎหมาย คือ กรรมสิทธิ์และการครอบครองเดิมถูกรบกวนและเป็นความผิดสำเร็จเมื่อการครอบครองเดิมหมดไป และผู้กระทำเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นแทนที่ กล่าวคือ เมื่อผู้กระทำได้ไปซึ่งการครอบครองทรัพย์สินนั้น โดยมีอำนาจอันแท้จริงเหนือทรัพย์สินนั้น ทั้งนี้ต้องพิจารณาจากลักษณะของทรัพย์ จารีตประเพณี เพื่อพิจารณาว่ามีการเอาไปสมบูรณ์หรือยัง

อย่างไรก็ตาม แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกายังเห็นว่า “การเอาไป” สมบูรณ์แล้วเมื่อผู้กระทำเอาทรัพย์สินนั้นเคลื่อนที่ไปในลักษณะที่จะพาเอาไป ไม่ว่าจะพาเคลื่อนที่เอาไปมากน้อยเพียงใดก็ตาม

ดังนั้น การเอาไปจึงเริ่มตั้งแต่ “การครอบครองเดิม” ถูกรบกวนหรือเป็นอันตรายจากการถูกแย่งการครอบครอง ซึ่งถือว่าเป็นการเริ่มลงมือกระทำความผิดตามมาตรา ๘๐ ประมวลกฎหมายอาญาและสำเร็จบริบูรณ์เมื่อเกิดมี “การครอบครองใหม่” ขึ้นมา คือ ทรัพย์สินนั้นเปลี่ยนการครอบครองจากผู้ครอบครองมาอยู่ภายใต้อำนาจของผู้ครอบครองใหม่ แม้จะเป็นระยะเวลาสั้นเพียงใดก็ตาม เช่น ลักทรัพย์แล้ว เจ้าของตามมาเอาคืนได้ทันที ก็ถือว่าลักทรัพย์สำเร็จแล้ว ทำให้การวินิจฉัยว่าการเอาไปบริบูรณ์หรือไม่นี้ จึงเป็นปัญหาเรื่องความผิดสำเร็จ หรือเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๐^{๔๑}

ส่วนที่ ๒ ความผิดฐานฉ้อโกง

๒.๑ ความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายอาญาของไทยสมัยโบราณ

การกระทำความผิดด้วยวิธีการหลอกลวง เป็นลักษณะสำคัญพื้นฐานของความผิดฐานฉ้อโกง ความผิดฐานฉ้อโกงเป็นความผิดที่มีลักษณะผูกพันกับความสัมพันธ์ทางแพ่งของเอกชน วิวัฒนาการทางกฎหมายของความผิดฐานฉ้อโกงตามประวัติศาสตร์ของไทย การฉ้อโกงทรัพย์สินระหว่างราษฎร เป็นเรื่องที่เรียกร้องได้เฉพาะทางแพ่ง ไม่ถือว่ามีความรับผิดทางอาญา ตามกฎหมายตราสามดวงการรับโทษที่จะเป็นความผิดอาญาจะต้องเป็นการฉ้อเกี่ยวกับของหลวงหรือเกี่ยวกับราชการ ถ้าราษฎรฉ้อกันเองถือเป็นความผิดทางแพ่งเท่านั้น กฎหมายตราสามดวงไม่ได้แบ่งแยกลักษณะทางแพ่งและทางอาญาออกจากกันอย่างชัดเจน การยึดทรัพย์ผู้แพคดีคนที่แพ้ความแต่ไม่ใช้เงินตามคำตัดสิน จะต้องถูกจับมาใส่ตารางเพื่อเร่งเอาเงินซึ่งเป็นความอาญาไป จนกระทั่งประกาศลักษณะฉ้อ ร.ศ. ๑๑๙ ซึ่งถือเป็นเริ่มต้นของการแยกลักษณะกฎหมายอาญาออกจากกฎหมายแพ่งอย่างแท้จริง โดยได้บัญญัติตามแบบอย่างของกฎหมายอังกฤษ ต่อมาจึงได้บัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ซึ่งมีลักษณะเป็นประมวลกฎหมายและปี พ.ศ. ๒๕๐๐ ประเทศไทยได้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาขึ้น สำหรับหมวดความผิดฐานฉ้อโกง บัญญัติไว้ใน มาตรา ๓๔๑ ถึงมาตรา ๓๔๘ ซึ่งจนถึงปัจจุบันนี้ยังมิได้มีการแก้ไขข้อความในความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญาอีกเลย ดังนั้น เพื่อที่จะมีความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงและการกระทำอันเป็นเหตุฉ้อโกง ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันและวิวัฒนาการต่างๆ ผู้เขียนจึงขอลำดับพัฒนาการของกฎหมายเป็นลำดับดังนี้

๒.๑.๑ สมัยสุโขทัย

เท่าที่ปรากฏหลักฐานเกี่ยวกับกฎหมายในสมัยนี้ คือ ศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ซึ่งก็ไม่ปรากฏแน่ชัดว่ามีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงแต่ประการใด อีกทั้งเมื่อตรวจสอบศิลาจารึก

^{๔๑} สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, เรื่องเดิม, หน้า ๔๒ - ๔๓.

กฎหมายอาญาสมัยสุโขทัยและกฎหมายพระเจ้ามังรายหรือมังรายราชศาสตร์ ซึ่งอยู่ในสมัยเดียวกันก็ไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกง คงมีเฉพาะบทบัญญัติเกี่ยวกับลักทรัพย์หรือยักยอกทรัพย์เท่านั้น^{๔๒} แสดงให้เห็นว่าในสมัยนี้ความซับซ้อนของฐานความผิดต่างๆ ยังไม่ชัดเจนนัก

๒.๑.๒ สมัยกรุงศรีอยุธยา

ความผิดฐานฉ้อโกงในสมัยกรุงศรีอยุธยา^{๔๓} ได้เริ่มตรารึขึ้นในรัชสมัยของพระรามาธิบดีที่ ๑ หรือพระเจ้าอู่ทอง โดยได้บัญญัติไว้ในกฎหมายเรื่อง “ฉ้อ” โดยปรากฏในกฎหมายต่างๆ อาทิเช่น พระไอยการหลวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ พระไอยการลักษณะโจร เป็นต้น โดยการบัญญัติกฎหมายในสมัยนี้ได้บัญญัติปะปนกับความผิดฐานต่างๆ ทั้งในทางแพ่งและทางอาญา มีได้บัญญัติแยกกฎหมายอาญาออกจากกฎหมายแพ่งอย่างในปัจจุบันนี้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ในสมัยนี้แนวความคิดในความผิดฐานฉ้อโกงเริ่มเข้ามีส่วนในการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย เพื่อให้เท่าทันกับพัฒนาการทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

๒.๑.๓ สมัยกรุงรัตนโกสินทร์

ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์นี้ได้เริ่มมีการปรับปรุงแก้ไขและรวบรวมกฎหมายต่างๆ ให้เป็นหมวดหมู่เดียวกัน ซึ่งจากการศึกษาในสมัยนี้พอจะแยกพิจารณาความเป็นมาของกฎหมายได้เป็นลำดับ ดังนี้

(๑) กฎหมายตราสามดวง

ในสมัยรัชกาลพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก (รัชกาลที่ ๑) ได้ทรงแต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่ง ทำหน้าที่ชำระสะสางและรวบรวมกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งกระจัดกระจายอยู่ให้เข้าเป็นหมวดหมู่เดียวกันเมื่อ พ.ศ. ๒๓๓๗ เรียกว่า กฎหมายตราสามดวง ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยได้บัญญัติถึงความผิดที่ใช้คำว่า “ฉ้อ” อยู่หลายบท และกระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายลักษณะต่างๆ โดยตามกฎหมายสองเล่ม เช่น พระไอยการอาญาหลวง พระไอยการลักษณะโจร เป็นต้น

โดยพระไอยการลักษณะโจรซึ่งประกาศใช้เมื่อ พ.ศ. ๑๙๐๓ ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่อง “ฉ้อ” ไว้ในบทที่ ๑๑๒ บัญญัติไว้ว่า “ข้าวของทองเงินเขาดกเขาหล่นผู้ใดเก็บได้และผู้อื่นมิใช่ของตนมาว่าเป็นของตนตกหายก็ดี ผิงไว้ก็ดี มาอธิบายเอาทรัพย์สินนั้นไป อยู่มาเจ้าของแค้นออกมาว่าก็ดี ท่านรู้ด้วยประการใดๆ ก็ดี เมื่อพิจารณาเป็นสัตย์ว่ามีใช่ทรัพย์สินข้าวของตนและตนเอาเท้จุมสาวาทว่า ดังนั้น ท่านว่า คือ คนร้ายฉ้อเอาทรัพย์สิน ท่านให้ลงโทษในระหว่างอำพรางเอาทรัพย์สินท่านและให้เอาทรัพย์สินนั้นตั้งไหมทวิคุณ ทำเป็น ๓ ส่วน และให้เป็นของหลวงส่วนหนึ่ง ให้เจ้าของส่วนหนึ่งและให้แก่ผู้ได้อีกส่วนหนึ่ง” ซึ่งในสมัยเดิมความหมายของคำว่า ฉ้อกว้างกว่าปัจจุบัน กล่าวคือ การกระทำใดที่มีลักษณะเป็นการฉ้อหรือเบียดบัง ก็ดูจะเข้าเป็นฉ้อทั้งสิ้น นอกจากนี้ยังมีความหมายรวมทั้งฉ้อโกงและยักยอกของหลวงด้วย เช่น ตามพระไอยการอาญาหลวง บท ๓๘ ซึ่งบทบัญญัติลงโทษเจ้าพนักงานผู้ประมัตจ่ายเงินข้าวของหลวงไปน้อยแต่ลงบัญชีว่าจ่ายมากแล้วเอามาเป็นอาณาประโยชน์แก่ตนหรือบังส่วนสาอากรที่เก็บได้

^{๔๒} หลวงสุทธีวาทนฤพุมิ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๑๖), หน้า ๑๙๐-๔๐๘.

^{๔๓} ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, ประวัติศาสตร์กฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๒), หน้า ๘๑.

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า ตามพระไอยการอาญาหลวง บท ๖๙ บัญญัติว่า “ผู้ได้น้อยบงอวิญญานกะทรัพย์และสวัญญานกะทรัพย์ของพระเจ้าอยู่หัวก็ดี กระทำทุจริตผิดในพระราชอาญา และให้จลาจลในแผ่นดินท่านก็ดี และมีผู้ได้รู้เห็นเป็นใจรับสินจ้างสินบนมิได้ เอมาม่ากล่าวพิทพูนพระเจ้าอยู่หัวท่านรู้ด้วยประการใด ให้มีโทษ ๓ สถาน สถานหนึ่ง คือ อาทให้ฆ่าเสีย สถานหนึ่งคือมีทยาให้บริวารชบาทแล้วเอาตัวลงหญ้าช้าง สถานหนึ่ง คือ อวสานให้ทวนแล้วให้ไหม” และพระไอยการอาญาหลวง บท ๓๘ ได้บัญญัติลงโทษเจ้าพนักงานผู้ประตจ่ายเงินของหลวงไปน้อย แต่ลงบัญชีว่าจ่ายมากแล้วเอาเป็นอาณาประโยชน์แก่ตน หรือบงส่วยสาอากรที่เก็บได้

ซึ่งตามกฎหมายสองเล่มทั้งพระไอยการอาญาหลวงและพระไอยการลักษณะโจร ความผิดฐานนี้จะฟ้องในทางอาญาได้เฉพาะข้อของหลวงเท่านั้น ถ้าราษฎรฉ้อกันเองนั้นเป็นเรื่องทางแพ่ง^{๔๔} ซึ่งมีบทบังคับปรับไหม หากผู้แพ้มไม่ใช้เงินตามคำพิพากษาจะถูกจับตัวมาใส่ตารางเร่งชำระเงินได้ ซึ่งก็นับว่าเป็นโทษทางอาญาหลาย ๆ^{๔๕}

(๒) กฎหมายลักษณะฉ้อ

ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ ๕) ได้ออกพระราชบัญญัติเพิ่มเติมลักษณะกัณฑ์ยืมสิน รัตนโกสินทร์ศก ๑๑๐ เข้าในกฎหมายเก่า เพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ที่สุจริตมิต้องได้รับความเดือดร้อนจากการฟ้องคดีของเจ้าหนี้ โดยอนุญาตให้ลูกหนี้ล้มละลายได้ การจำเริญจึงเป็นอันเลิกไป ทั้งนี้ คงเนื่องจากมีความมุ่งหมายจะส่งเสริมการค้าและเห็นว่าการจำเริญเป็นโทษป่าเถื่อน แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นก็ทำให้มีผู้ทุจริตคิดฉ้อกันมากขึ้นเพราะถือว่าเมื่อฉ้อเข้ามาได้โทษก็เพียงต้องให้ของเขาคืนเท่านั้นไม่ต้องถูกจำเริญเช่นแต่ก่อนแต่ประการใด เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงได้ประกาศลักษณะฉ้อ ร.ศ.๑๑๙ ขึ้น โดยผู้ร่างได้แนวทางมาจากกฎหมายอังกฤษ โดยวางแนวแบ่งแยกความผิดทางอาญาและความผิดทางแพ่งออกจากกัน กล่าวคือ เมื่อได้ลงโทษผู้ฉ้อในทางอาญาตามประกาศฉบับใหม่นี้ แต่ในขณะที่เดียวกันผู้เสียหายอาจเรียกค่าชดใช้ในส่วนที่ตนเสียไปในทางแพ่งได้อีกมิใช่ให้ผู้เสียหายรับเงินส่วนแบ่งจากเงินปรับไหมเข้าหลวงเช่นแต่ก่อน ที่เป็นดังนี้เพราะในสมัยนั้นความคิดเห็นในด้านกฎหมายของไทยได้เริ่มเจริญขึ้นมาก

ตามประกาศฉบับนี้ได้วางหลักไว้ว่า ผู้ใดหลอกลวงเอาเงินหรือของจากผู้อื่นโดยจงใจที่จะฉ้อ มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่เท่าหรือทั้งจำทั้งปรับและได้อธิบายคำว่า หลอกลวง คือ การกระทำโดยวาทจกดี หนังสือก็ดี หรือโดยกิริยากดี ให้เขาเข้าใจว่าการอย่างหนึ่งอย่างใดได้เป็นไปหรือเกิดขึ้น หรือมีอยู่ ผิดจากความเป็นจริง แต่การหลอกลวงในการที่ตั้งใจว่า จะทำอะไรในเบื้องต้นนั้นไม่เรียกว่า หลอกลวง แต่เรียกว่า ไม่ทำตามปฏิญญา นอกจากนี้ยังได้อธิบายคำว่า “เอาไป” ว่าจะเป็นการเอาไปเองหรือหลอกให้เขาไปให้ผู้อื่น และมีเจตนาที่จะไม่ให้เจ้าของได้คืนไปเลย

ตามหลักดังกล่าวจึงแยกองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อ ตามประกาศลักษณะฉ้อ ร.ศ.๑๑๙ ได้ว่า ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ๓ ประการคือ

- ๑) ต้องใช้วาจาหรือหนังสือ หรือกิริยาหลอกลวง
- ๒) ต้องได้เงินหรือของมาจากผู้อื่นโดยการหลอกลวง

^{๔๔} คำพิพากษากรรมการฎีกาที่ ๑๕๒/ร.ศ.๑๑๙ และคำพิพากษากรรมการฎีกาที่ ๒๐๔/ร.ศ.๑๑๙ วินิจฉัยว่าคดีที่ราษฎรทำการฉ้อโกงกันนั้นเป็นความแพ่ง หาใช่เป็นความอาญาไม่.

^{๔๕} พระเจ้าบรมวงศ์กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระราชบัญญัติในปัตยุบัน (เล่ม ๒) (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กองลหุโทษ, ร.ศ. ๑๒๑), หน้า ๖๙๘.

๓) ต้องมีเจตนาที่จะฉ้อ^{๔๖}

โดยความผิดฐานฉ้อมีการบัญญัติไว้ในหลายมาตรา อาทิเช่น

มาตรา ๒ บัญญัติว่า การหลอกลวงโดยไม่ตั้งใจจะทำอะไรในเบื้องหน้า ไม่เป็นการหลอกลวง (มาตรา ๒)

มาตรา ๔ บัญญัติลงโทษผู้ที่เอาที่ดินโรงเรือนซึ่งพึงเคลื่อนที่ไม่ได้ไปหลอกขาย หลอกแลก หรือหลอกให้เป็นประกัน เช่น จำนำ หรือขายฝาก โดยรู้ว่าที่ดินโรงเรือนนั้นมีชื่อของตนและมีความประสงค์จะฉ้อเอาผลประโยชน์จากการนั้น ซึ่งต้องมีโทษจำคุกไม่เกิน ๓ ปี หรือปรับไม่เกินสี่คูณ หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๕ บัญญัติลงโทษผู้ที่เอาที่ดินโรงเรือนซึ่งพึงเคลื่อนที่ไม่ได้ของตนซึ่งได้ให้ประกัน เช่น จำนำ หรือขายฝากอีกครั้งหนึ่งแล้ว ไปหลอกขาย หลอกแลก หรือหลอกให้เป็นประกัน เช่น จำนำ หรือขายฝากอีกครั้งหนึ่ง โดยปกปิดการที่ตนได้เอาทรัพย์สินนั้นไปประกันไว้ครั้งหนึ่งแล้ว และผู้กระทำความประสงค์จะฉ้อเอาผลประโยชน์จากการนั้น ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน ๒ ปี หรือปรับไม่เกินสี่คูณ หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๖ แห่งประกาศนี้ได้บัญญัติถึงการฟ้องคดีเกี่ยวกับเรื่องฉ้อว่า ผู้ที่ถูกฉ้อมีอำนาจฟ้องเรียกทรัพย์สินที่เสียไปในทางแพ่งได้ด้วย แต่จะต้องฟ้องครั้งเดียว กล่าวคือ ฟ้องอาญาอย่างเดียว หรือฟ้องแพ่งอย่างเดียว หรือจะฟ้องทั้งแพ่งและอาญารวมกันก็ได้ โดยผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องครั้งเดียว แต่ถ้าอัยการเป็นผู้ฟ้องคดี ผู้ที่ถูกฉ้อจะฟ้องทางแพ่ง รวมสำนวนกับอัยการ หรือจะฟ้องเป็นคดีอีกต่างหากของตนก็ได้ การฟ้องดังกล่าวข้างต้นไม่ว่าจะเป็นทางแพ่งหรืออาญา ต้องฟ้องภายใน ๖ เดือน นับแต่วันที่ได้รับทราบความตามที่กล่าวมานี้

จะเห็นได้ว่า ประกาศลักษณะฉ้อได้แสดงความก้าวหน้าในทางกฎหมายของไทยเป็นอันมาก ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ ประกาศลักษณะฉ้อมีได้มีบทบัญญัติยกเลิกกฎหมายที่ใช้อยู่เดิมเกี่ยวกับเรื่องฉ้อ ฉะนั้น ประกาศฉบับนี้จึงไม่มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายเก่า เว้นแต่เมื่อการกระทำใดเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในประกาศลักษณะฉ้อ ก็ใช้ประกาศฉบับนี้บังคับประกาศลักษณะฉ้อ ร.ศ. ๑๑๙ ได้ใช้มาจนถึง ร.ศ. ๑๒๗ จึงได้มีประกาศใช้กฎหมายลักษณะทางอาญาขึ้นใช้บังคับ โดยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ได้บัญญัติยกเลิกกฎหมายเก่าอันมีผลทำให้กฎหมายเรื่องฉ้อเดิมและประกาศลักษณะฉ้อ ร.ศ. ๑๑๙ ถูกยกเลิกไปด้วย

(๓) กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ นับว่าเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทย เพราะได้รวบรวมตัวบทกฎหมายประเภทเดียวกันมารวมไว้ด้วยกันอันทำให้สะดวกแก่การค้นคว้าและการใช้กฎหมาย กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ นับได้ว่าเป็นกฎหมายที่ทันสมัยยิ่งในขณะนั้น เพราะได้นำแนวความคิดตามหลักกฎหมายต่างประเทศมาเป็นหลักในการร่างและพิจารณาตัดแปลงให้เหมาะสมกับสถานการณ์สภาพแวดล้อมของไทย

^{๔๖} พระเจ้าบรมวงศ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๖๔๘.

โดยความผิดฐานฉ้อโกงได้มีการบัญญัติไว้ในหมวดที่ ๔ ตั้งแต่มาตรา ๓๐๔ ถึงมาตรา ๓๑๓ โดยมีหลักอยู่ในมาตรา ๓๐๔ ซึ่งบัญญัติขึ้นตามแนวความคิดของฝรั่งเศสในเรื่องฉ้อโกงมีความว่า

“ผู้ใดหลอกลวงด้วยประการใดๆ อันต้องประกอบด้วย การเอาความเท็จมากล่าว หรือแก้งปกปิดเหตุการณ์ใดๆ ที่มันควรต้องแจ้งนั้น โดยมันมีเจตนาทุจริตคิดหลอกลวงให้ผู้หนึ่งผู้ใดส่งทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่ตัวมัน หรือแก่ผู้อื่นก็ดี หรือให้เขาทำหนังสือสำคัญอย่างใดๆ ก็ดี ท่านว่ามันผู้หลอกลวง เช่นว่ามานี้กระทำการฉ้อโกง มีการฉ้อโกง มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่า ๓ ปี และให้ปรับไม่เกินกว่า ๒,๐๐๐ บาท อีกโสดหนึ่ง”

ส่วนเหตุกรรจ์ในความผิดฐานฉ้อโกง ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๐๖ มีความว่า

“ถ้าผู้ใดกระทำการฉ้อโกง โดยอุบายอย่างหนึ่งอย่างใด เช่นว่าต่อไปในมาตรานี้ คือ

(๑) ปลอมตัวเป็นคนอื่นก็ดี

(๒) แก้งแสดงตนว่าเป็นคนใช้วิทายาาคมได้ก็ดี

(๓) แก้งปกปิดความที่ได้เอาทรัพย์สินอย่างใดใด ของตนไปขาย หรือวางเป็นประกัน หรือจำนำอีกหนหนึ่งก็ดี

(๔) เอาทรัพย์สินอย่างใดใด ซึ่งมันไม่มีอำนาจที่จะจับจ่ายได้นั้นไปขายหรือวางเป็นประกันหรือจำนำ จำหน่ายเสียก็ดี

(๕) เอาเปรียบแก่คนอายุน้อยซึ่งยังอ่อนแก่ความรู้ หรือเอาเปรียบแก่คนที่วิกลจริต ก็ดี

ท่านว่า มันผู้มีความผิดที่ว่าในมาตรานี้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือน ขึ้นไปจนถึงห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงห้าพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”

ตามมาตรา ๓๐๔ นี้จะเห็นได้ว่า ความผิดฐานฉ้อโกงมีหลักเกณฑ์คล้ายกันกับประกาศลักษณะฉ้อเดิม แต่ได้ขยายความไปถึงการหลอกลวงให้ผู้ถูกหลอกลวงทำ ถอน หรือทำลายหนังสือสำคัญด้วย นอกจากนี้ยังบัญญัติถึงการซื้อขายโดยหลอกลวง (มาตรา ๓๐๕, ๓๑๐) การเอาเปรียบคนอ่อนอายุ ซึ่งขัดสนวิกลจริต หรือลุ่มหลงด้วยประการใดๆ (มาตรา ๓๐๗) การยกย่ายทรัพย์สินเพื่อมิให้เจ้าหน้าที่ได้รับชำระหนี้ (มาตรา ๓๐๘, ๓๐๙) โกงในการเล่นการพนันที่เล่นกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา ๓๑๑) การโกงบริษัทประกันหรือผู้ใดที่ได้รับประกันสิ่งของไว้ (มาตรา ๓๑๒) ความผิดอาญาฐานฉ้อโกงเป็นความผิดต่อส่วนตัว (มาตรา ๓๑๓) ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่า การพัฒนากฎหมายไทยในส่วนความผิดฐานฉ้อโกง เริ่มมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น เพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ในปัจจุบัน

๒.๒ ประมวลกฎหมายอาญา^{๔๗}

เมื่อนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๔๑ มาเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ในมาตรา ๓๐๔ แล้ว จะเห็นได้ว่า มีข้อความทำนองเดียวกันแต่มีการเปลี่ยนข้อความไปบ้างเนื่องจากข้อความในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ค่อนข้างล้าสมัยและไม่คลุมความผิดบางอย่างที่เกิดขึ้นใหม่ เพื่อให้กฎหมายอาญารัดกุมและชัดเจนยิ่งขึ้น ความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา

^{๔๗} สมบูรณ์ วงศ์พระจันทร์, ความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายเยอรมัน - ไทย - ลาว, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๗. หน้า ๑๗ - ๑๘.

อยู่ในหมวดที่ ๓ มาตรา ๓๔๑ จึงบัญญัติว่า “ผู้ใดโดยทุจริตหลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวง หรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สามทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

เดิมกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ใช้คำว่า “ให้ผู้หนึ่งผู้ใดส่งทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใด ให้แก่ตัวมันหรือแก่ผู้อื่น” อันเป็นหลักในกฎหมายฝรั่งเศส^{๔๘} ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขเป็นใช้คำว่า “ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม” ปรากฏตามความในมาตรา ๓๔๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพราะจะเห็นได้ว่าถ้ามีการหลอกให้ส่งทรัพย์สินก็จะเป็นความผิดทันที แต่ได้มีการชี้แจงในที่ประชุมอนุกรรมการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาว่า ที่เปลี่ยนไปใช้คำว่า “ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน” เพื่อให้มีความหมายกว้างขึ้น เนื่องจากเกรงว่าถ้ามีการฉ้อโกงของเขาไปแล้วเอาความเท็จมากล่าวบอกเจ้าของว่าทำหายแล้ว หรือลูกฉีกเล่นเสียแล้วเจ้าของทรัพย์สินนั้นอาจให้ทรัพย์สินนั้นไปโดยหลงเชื่อการหลอกลวงด้วยความเท็จนั้น เช่น บอกว่าช่างแกะไม่เอาแล้ว เช่นนี้ไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกง เพราะฉะนั้น ถ้าบัญญัติกฎหมายโดยใช้คำว่า “ส่งทรัพย์สิน” จะไม่เป็นฉ้อโกงเพราะการหลอกลวงไม่มีผลให้มีการส่งทรัพย์สิน แต่ถ้าใช้คำว่า “ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน” ก็เป็นฉ้อโกงได้ เพราะการหลอกลวงเป็นผลให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินแล้ว ดังนั้น ที่ประชุมจึงลงมติให้ใช้คำว่า “ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน”

ความผิดฐานฉ้อโกงเป็นความผิดที่ประทุษร้ายต่อทรัพย์สิน ซึ่งมีลักษณะสำคัญคือการใช้อุบายหลอกลวง และการหลอกลวงนั้นผู้กระทำได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สามหรือโดยการหลอกลวงนั้นทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ความผิดฐานฉ้อโกงเป็นการกระทำต่อผู้เสียหาย ซึ่งได้ให้ความยินยอมในการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินของเขาไปยังผู้หลอกลวง แต่ถือว่าการให้ความยินยอมนี้เป็นไปด้วยกลฉ้อฉล คือ ไม่ได้เกิดจากความสมัครใจอย่างแท้จริงของเจ้าของ^{๔๙}

หลักสำคัญอีกประการหนึ่งของความผิดฐานฉ้อโกง คือ ผู้กระทำต้องกระทำโดยมีเจตนาทุจริต หมายถึง กระทำไปโดยความตั้งใจและประสงค์ต่อผลหรืออาจเล็งเห็นผลต่อการกระทำ ประกอบกับการแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นผลให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานฉ้อโกงมีอย่างเดียว คือ ความเสียหายในทางทรัพย์สินของผู้อื่น เพราะฉะนั้นความผิดฐานฉ้อโกงจึงมุ่งประสงค์จะคุ้มครองทรัพย์สินโดยเฉพาะเท่านั้น^{๕๐} ไม่ได้คุ้มครองความไว้วางใจของบุคคลอื่น หรือเสรีภาพในการจ่ายโอนทรัพย์สิน

ในปัจจุบันยังได้มีกฎหมายที่ขยายแนวความคิดเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกงออกไปอีก โดยในปี พ.ศ.๒๕๒๗ ได้มีการตราพระราชกำหนด การกู้ยืมเงินอันเป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.๒๕๒๗ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.๒๕๓๔ ขึ้น นับว่าเป็นก้าวใหม่ของการบัญญัติกฎหมายในความผิดฐานฉ้อโกงที่เพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ พระราชกำหนดดังกล่าวได้ขยายแนวความคิดในการลงโทษผู้ที่หลอกลวง

^{๔๘} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, รวมหมายเหตุคำพิพากษาศาลฎีกากฎหมายอาญาของศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์, ฉบับพิมพ์ครั้งที่ ๓, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๗), หน้า ๒๙๓.

^{๔๙} George Fletcher, Rethinking Criminal Law, (Boston Toronto: Little, Brown and Company, ๑๙๗๘), p”๔.

^{๕๐} สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๕), หน้า ๑๑๘.