

วิเคราะห์รูปแบบการไหลของทางอินเทอร์เน็ตระหว่างอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่ออุปกรณ์ อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

ปัจจุบันอินเทอร์เน็ตเข้ามามีบทบาทในการติดต่อสื่อสารในสังคมมากขึ้น และคอมพิวเตอร์ จึงเป็นอุปกรณ์หลักทำให้เกิดการเชื่อมต่อกันของคอมพิวเตอร์ขึ้นมา ในปัจจุบันมีการนำคอมพิวเตอร์เข้ามาใช้งานในหน่วยงานประเภทต่างๆ มากมาย ซึ่งมีผลทำให้การทำงานในองค์กรหรือหน่วยงาน สามารถทำงานได้อย่างเป็นระบบ และสามารถพัฒนาการทำงานได้อย่างต่อเนื่อง ซึ่งการนำคอมพิวเตอร์เข้ามาใช้ในองค์กรหรือหน่วยงานก็เริ่มมีการพัฒนาขึ้นแทนที่จะใช้ ในลักษณะหนึ่งเครื่องต่อหนึ่งคน ก็ให้มีการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ อุปกรณ์ และข้อมูลต่างๆ ร่วมกัน โดยนำคอมพิวเตอร์มาต่อเชื่อมกัน ซึ่งเรียกสิ่งนี้ว่า “ระบบ LAN” ความจริงแล้วระบบ LAN ถูกนำมาใช้เป็นเวลานานแล้ว แต่จะจำกัดการใช้งานอยู่ในเฉพาะกลุ่มคนบางกลุ่มเท่านั้น¹ ซึ่งระบบ LAN จะเป็นที่ยอมรับกันอย่างรวดเร็วหลาย ภายในชั้น ภายในตึก หรือระหว่างตึกที่อยู่ในบริเวณเดียวกัน หรือในสำนักงานทั่วไป ระบบเน็ตเวิร์กระยะใกล้หรือแลน สามารถติดตั้งได้ง่าย ส่งข้อมูล ได้ด้วยความเร็วสูง มีข้อผิดพลาดน้อย และลงทุนน้อยกว่าระบบเน็ตเวิร์กระยะไกล และระยะกลาง ซึ่งต้องลงทุนสูงเนื่องจากเป็นระบบใหญ่ ใช้ติดต่อกันในระดับประเทศ

อินเทอร์เน็ต (Internet) คือ เครือข่ายของคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่ที่เชื่อมโยงเครือข่ายคอมพิวเตอร์ทั่วโลกเข้าด้วยกัน เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ไซเบอร์สเปซ (Cyberspace)² คำเต็มของ

¹ <http://cptd.chandra.ac.th/selfstud/Network/network.html>

² เครื่องคอมพิวเตอร์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต สื่อสารระหว่างกันโดยใช้ Transmission Control Protocol (TCP) และ Internet Protocol (IP) รวมเรียกว่า TCP/IP ข้อมูลที่ส่งจะถูกตัดออกเป็นส่วนๆ เรียก packet แล้วจำหน่ายไปยังผู้รับด้วยการกำหนด IP Address เช่น สมมติเราส่ง e-mail ไปหาใครสักคน e-mail ของเราจะถูกตัดออกเป็น packet ขนาดเล็กๆ หลายๆ อัน ซึ่งแต่ละอันจะจำหน่ายถึงผู้รับเดียวกัน packets พวกนี้ก็จะวิ่งไปพร้อมกับ packets ของคนอื่นๆ ด้วย ทำให้ในสายของข้อมูล packets ของเราอาจจะไม่ได้เรียงติดกัน packets พวกนี้จะวิ่งผ่าน ชุมทาง (gateway) ต่างๆ โดยตัว gateway (อาจเรียก router) จะอ่านที่อยู่ที่กำหนด แล้วจะบอกทิศทางที่ไปของแต่ละ packet ว่าจะวิ่งไปในทิศทางไหน packet ก็จะไปตามทิศทางนั้น เมื่อไปถึง

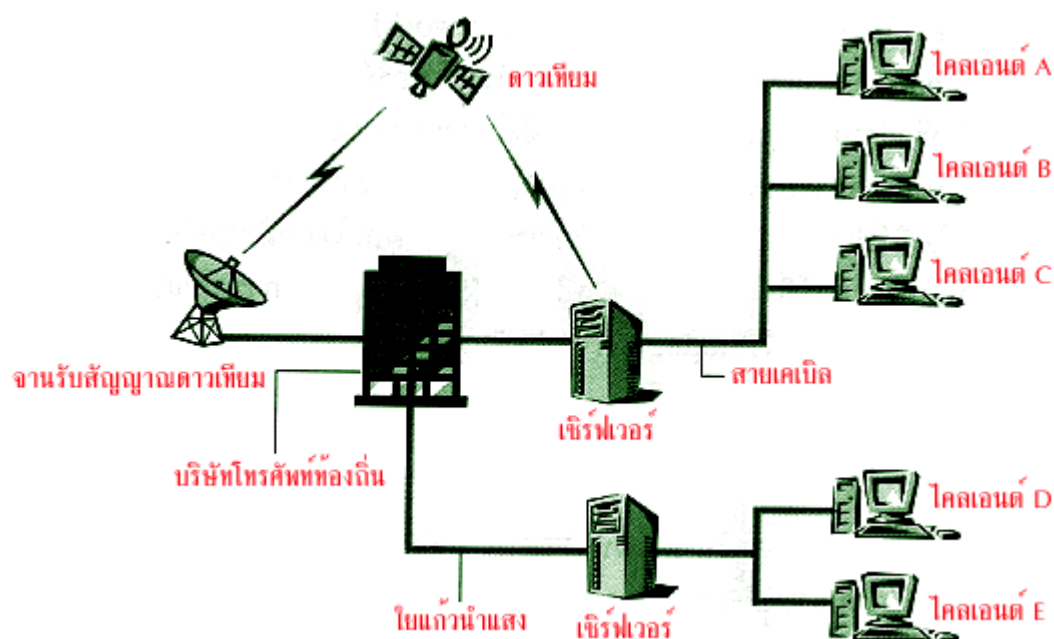
อินเทอร์เน็ต คือ อินเทอร์เน็ตเวิร์กกิง (Internetworking) ต่อมานิยมเรียกสั้นๆ ว่า อินเทอร์เน็ต หรือ เน็ต³ กระบวนการทำงานของเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (เครือข่ายอินเทอร์เน็ต) จำเป็นต้องมีการให้บริการที่เรียกว่า web server คือ เครื่องคอมพิวเตอร์ที่ทำหน้าที่ให้บริการ HTTP (Hyper Text Transfer Protocol) เพื่อให้ผู้ใช้สามารถอ่านข้อมูล ทั้งภาพ และเสียง จากเครื่องบริการ ผ่าน Browser เช่นบริการ <http://www.thaiall.com> หรือ <http://localhost> เป็นต้น เครื่องบริการที่รอรับคำร้องขอจาก web browser ข้อมูลที่จะส่งไปอาจเป็นเว็บเพจ ภาพ หรือ เสียง เป็นต้น สำหรับโปรแกรมที่ทำงานเป็น web server คือ Apache⁴ หรือ Microsoft web server

ในองค์กรหนึ่งๆ อาจมีเซิร์ฟเวอร์(เครื่องบริการ)มากกว่าหนึ่งเครื่องได้ หรือ คอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งอาจติดตั้งให้มีหน้าที่เป็นเซิร์ฟเวอร์ได้เช่นกัน ในบทนี้ผู้เขียนจึงขอแนะนำเสนอภาพการทำงาน of เครือข่ายคอมพิวเตอร์ ดังนี้

gateway ใหม่ก็จะถูกกำหนดเส้นทางให้วิ่งไปยัง gateway ใหม่ที่อยู่ถัดไป จนกว่าจะถึงเครื่องปลายทาง เช่นเราติดต่อกับเครื่องในอเมริกา อาจจะต้องผ่าน gateway ถึง 10 แห่ง เมื่อ packet วิ่งมาถึงปลายทางแล้ว เครื่องปลายทางก็จะเอา packets เหล่านั้นมาเก็บสะสมจนกว่าจะครบ จึงจะต่อกลับคืนให้เป็น e-mail TCP/IP ตัดข้อมูลออกเป็น packet เล็กๆ ส่งไปบนสายส่งข้อมูลทีไปถึงปลายทางถูกจับมารวมกันอีกครั้ง การที่ข้อมูลมีลักษณะเป็น packet ทำให้ในสายสื่อสารสามารถที่จะขนส่งข้อมูลโดยไม่ต้องจอง (occupies) สายไว้สายจึงสามารถใช้ร่วมกันกับข้อมูลที่ส่งจากเครื่องอื่นได้ ต่างจากโทรศัพท์ที่ขณะใช้งาน จะไม่มีใครใช้สายได้ ดังตัวอย่างในรูปข้างล่างนี้ เครื่องคอมพิวเตอร์ A และ C สื่อสารกันด้วย packet สีดำ ซึ่งใช้สายร่วมกับเครื่องคอมพิวเตอร์อื่นๆ ซึ่ง packet ดังกล่าวอาจจะเป็นสัญญาณเสียง (เช่น Internet Phone) ซึ่งเมื่อ packet เดินทางมาถึงก็就会被มารวมกันให้เป็นเสียงของการพูดคุย ไม่เหมือนโทรศัพท์แบบปกติ ที่ขณะใช้งานสาย จะไม่สามารถนำไปทำงานอื่นๆ ได้อีก

³<http://learning.ncsa.uiuc.edu/rattanapian/Rattanapian/Nathakorn/Content/thesis2/internet/internet1/no5.htm>

⁴ เป็นโปรแกรมเว็บเซิร์ฟเวอร์ที่มีความสามารถสูงและเป็นที่นิยมใช้มากที่สุดในปัจจุบันสามารถทำงานได้หลายระบบปฏิบัติการ เช่น ระบบ Unix, Linux, FreeBSD, Windows



ในบทนี้ผู้เขียนประสงค์จะวิเคราะห์ถึงการกระทำความผิดระหว่างเซิร์ฟเวอร์ต่อเซิร์ฟเวอร์ ซึ่งไม่ได้เจาะจงถึงไคลเอนต์ต่อไคลเอนต์

5.1 การตั้งโปรแกรมเพื่อการสั่งซื้อสินค้าโดยอัตโนมัติ และได้ทำการแก้ไขในโปรแกรมให้การสั่งซื้อสินค้าผิดพลาดไปยังเครื่องเป้าหมาย

ปัจจุบันส่วนใหญ่จะนำช่องทางความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีของอินเทอร์เน็ตมาผนวกใช้กับธุรกิจ จึงเกิดเป็น อี-คอมเมิร์ซ ซึ่งนิยามของ “พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” หมายถึง “การดำเนินธุรกิจหรือการซื้อขายสินค้า-บริการทุกรูปแบบ ผ่านคอมพิวเตอร์และระบบโทรคมนาคมที่เป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์” ซึ่งที่เรารู้จักกันดีแล้วก็คือ “เครือข่ายของอินเทอร์เน็ต”⁵

การทำธุรกรรมรูปแบบของการทำอีคอมเมิร์ซ จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 3 ส่วน คือ สถาบัน กระบวนการ ระบบเครือข่าย เมื่อพิจารณารูปแบบการทำอีคอมเมิร์ซในกรณีนี้ มี

⁵ โชค ไพศาล, ฉลาดออม ฉลาดลงทุน ในยุคอินเทอร์เน็ต, (กรุงเทพมหานคร:ซีเอ็ดยูเคชั่น, 2546) น.158.

ลักษณะเป็นแบบบีทูบี หรือ ธุรกิจกับธุรกิจ (B2B=Business to Consumer) คือ การทำอีคอมเมิร์ซแบบการติดต่อค้าขายกัน ระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน อาจเป็นผู้ประกอบการในระดับเดียวกัน หรือต่างระดับกันก็ได้เปรียบเทียบง่าย ๆ เหมือนกับการค้าส่ง ที่มีวงเงินในการซื้อขายกันสูง⁶

เนื่องจากระบบเทคโนโลยีและสารสนเทศเข้ามาบริหารจัดการในด้านการพาณิชย์และติดต่อสื่อสารกันมากขึ้นโดยใช้ระบบอินเทอร์เน็ตเข้ามาเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกเมื่อเทคโนโลยีเหล่านี้มีข้อดี ย่อมต้องมีข้อเสียเป็นผลที่ตามมาเช่นเดียวกับเงาตามตัว เช่น กรณีร้านขายหนังสือทำการสั่งซื้อหนังสือผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งเงื่อนไขการสั่งซื้อคือจำนวนหนังสือ หากจำนวนหนังสือลดน้อยลงเท่ากับจำนวนที่ตั้งไว้ ระบบก็จะทำการสั่งซื้อหนังสือไปยังโรงพิมพ์หนังสือโดยอัตโนมัติ การกระทำความผิดในกรณีดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้เมื่อ พนักงานขายของโรงพิมพ์หนังสือได้สร้างโปรแกรมเพื่อให้มีการแก้ไขข้อมูลจำนวนสต็อกหนังสือในเครื่องปลายทาง (ร้านหนังสือที่ทำการสั่งซื้อหนังสือ) ทำให้ระบบเกิดความผิดพลาดทำการสั่งซื้อหนังสือโดยอัตโนมัติ สิ่งที่คุณกระทำผิดได้ไปคือ ได้ยอดขายเพิ่มมากขึ้น ส่งผลให้ได้รับค่าคอมมิชชั่นมากขึ้นตามไปด้วย⁷

การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตในรูปแบบนี้ได้อาศัยการแก้ไข เปลี่ยนแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งถือว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้คอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเชื่อมต่อทางอินเทอร์เน็ตสั่งซื้อสินค้าผิดพลาดไปยังเครื่องเป้าหมาย การแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นการกระทำต่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยการเพิ่มเติม ดัดทอนข้อมูลทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่แท้จริง หรือกระทำด้วยวิธีการอย่างอื่นเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลที่แท้จริง ส่วนใหญ่การแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ผู้กระทำมักมีวัตถุประสงค์เพื่อการฉ้อโกง เรียกว่า การฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์(Computer Fraud) โดยผู้กระทำจะทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อมูลเพื่อให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินหรือสิ่งอื่นใด⁸ เช่น กรณีพนักงานขายต้องการที่จะเพิ่มยอดขายของตนเอง ได้กระทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง โปรแกรมการ

⁶ โชค ไพศาล, เพิ่งอ้าง, น.165.

⁷ [http:// www.crime-research.org/ news](http://www.crime-research.org/news)

⁸ พรทิพย์ ตันทวนันท์ , "อาชญากรรมเกี่ยวกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548)น.25.

สั่งซื้อของลูกค้าเพื่อให้มีการสั่งซื้อสินค้าจากตนเพิ่มมากขึ้น ซึ่งมีลักษณะการกระทำดังจะกล่าวต่อไป

การแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งหรือโปรแกรม (programming) ผู้กระทำจะต้องมีความรู้ ความชำนาญเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มากพอสมควร ดังนั้นในการค้นหาให้พบการกระทำเช่นนี้จึง เป็นสิ่งที่ยากยิ่ง จึงเป็นแรงจูงใจอย่างสูงสำหรับผู้กระทำผิด เพราะได้รับผลตอบแทนสูงและยากต่อ การจับกุม โดยเครื่องคอมพิวเตอร์จะประมวลผลข้อมูลจากชุดคำสั่งหรือโปรแกรม ซึ่งเป็น ภาษาเครื่อง(Machine Language)เป็นภาษาที่คอมพิวเตอร์เข้าใจ ซึ่งแตกต่างจากภาษาที่มนุษย์ สามารถอ่านและเข้าใจได้ ผู้กระทำจะเขียนโปรแกรมแฝงเข้ามาในเครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อสั่งให้ ช่วยทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่ม ลด หรือ แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อาจถูกแก้ไขได้แบ่งเป็น 3 ชนิด ได้แก่

1.โปรแกรมควบคุมการปฏิบัติงานภายในเครื่องหรือโปรแกรมระบบ (System Operation) ผู้ใช้โดยทั่วไปจะไม่สามารถเข้าไปเกี่ยวข้องกับโปรแกรมชนิดนี้ได้แต่ถ้าบุคคลใดทราบ รหัสการเข้าถึงแฟ้มข้อมูลและมีความรู้เกี่ยวกับการปฏิบัติงานของเรื่องก็สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลง เนื้อหาข้อมูลในแฟ้มข้อมูลได้โดยตรง

2.โปรแกรมอรรถประโยชน์ (Utility Program) โดยมากจะเป็นคำสั่งสำเร็จรูป เพื่อ ประโยชน์สำหรับการใช้งาน เช่น การคัดลอกข้อมูล ผู้กระทำการทุจริตจะทำการแก้ไขคำสั่ง เช่น ไม่ให้คัดลอกข้อมูลบางประเภทที่ไม่ต้องการให้ผู้อื่นทราบ

3.โปรแกรมประยุกต์ (Application Program)เป็นการเขียนโปรแกรมขึ้นมาใช้งาน เฉพาะกิจ โดยมากผู้กระทำการทุจริตจะเป็นผู้เขียนโปรแกรมนั้น โดยมีรูปแบบการกระทำแตกต่างกันหลายรูปแบบ

ความเป็นไปได้ที่ผู้กระทำความผิดจะสามารถกระทำต่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ทั้ง 2 รูปแบบ ในที่นี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงการกระทำต่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในรูปแบบที่ 2 ซึ่ง สอดคล้องกับการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตในรูปแบบนี้ ส่วนในกรณีอื่นนั้นสามารถนำแนวทางการวิเคราะห์ในกรณีดังกล่าวไปใช้ได้เช่นกัน จากการตั้งสมมติฐานว่าโอกาสการหลอกลวงทาง อินเทอร์เน็ตระหว่างอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตกับอุปกรณ์ อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นไปได้หรือไม่อย่างไร ข้อพิจารณาของผู้เขียนพบว่า การตีความว่าอย่างไรเป็นการกระทำของอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์และอย่างไรเป็นการ กระทำของบุคคล เพื่อนำมาวิเคราะห์ต่อไปว่าหากเป็นการกระทำของบุคคลซึ่งกระทำต่ออุปกรณ์ อิเล็กทรอนิกส์การกระทำเช่นนี้ถือว่าเป็นสิ่งที่กฎหมายต่างประเทศรวมทั้งกฎหมายไทยพยายามที่

จะบัญญัติให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดเหล่านี้ โดยตัวผู้กระทำความผิดกฎหมายต่างประเทศถือว่ามีเฉพาะบุคคลเท่านั้น อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ไม่สามารถเป็นผู้กระทำได้เพราะอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ทำตามคำสั่งของบุคคลและสิ่งที่เป็นผู้ถูกกระทำอาจเป็นอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือบุคคลก็ได้ ส่วนมุมมองทางด้านเทคนิคย่อมถือว่าตัวอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่กระทำโดยมีการประมวลผลด้วยอัตโนมัติทำให้มีผลต่อไปยังตัวอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกกระทำนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ ดังนั้นในทางกฎหมายหากอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เป็นตัวกระทำความผิดนั้นไม่สามารถที่จะเริ่มกระทำความผิดได้ เพราะอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ไม่มีชีวิต ไม่มีสมอง อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์มักจะทำงานตามคำสั่งของบุคคล เช่น คอมพิวเตอร์หากไม่มีคำสั่งจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยการเขียนของบุคคล คอมพิวเตอร์ก็ไม่สามารถที่จะประมวลผลได้ ฉะนั้นการประมวลผลของคอมพิวเตอร์ไม่อาจเกิดขึ้นได้หากขาดโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในการสั่งงาน และสิ่งเหล่านี้ไม่ใช่สิ่งที่กฎหมายต่างประเทศได้บัญญัติและตีความเอาไว้กล่าวคือ แนวคิดในกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการหลอกลวงในข้อความคอมพิวเตอร์ เนื่องจาก ส่วนใหญ่การตัดสินใจซึ่งได้บ่งชี้ถึงว่า การหลอกลวงต้องมีอิทธิพลมาจากการตัดสินใจของมนุษย์ ถ้อยแถลงของ Buckley J. ใน คดีที่ชื่อว่า *Re London and Globe Finance Ltd* ศาลอังกฤษได้อธิบายว่า "การหลอกลวง เป็นการจูงใจบุคคลอื่นให้เชื่อว่าสิ่งนั้นเป็นจริง โดยที่ความจริงแล้วสิ่งนั้นเป็นเท็จ" อาจกล่าวได้ว่าการหลอกลวงมีองค์ประกอบสองอย่าง คือ มีการจูงใจบุคคลอื่นนั้นอย่างหนึ่งและผู้หลอกลวงรู้อยู่ในใจว่าสิ่งนั้นเป็นเท็จ แต่มีเจตนาจะให้ผู้ถูกหลอกลวงเชื่อว่าสิ่งนั้นเป็นความจริง ได้ถูกนำมาประยุกต์ใช้กับคดีต่อมา⁹

จากที่กล่าวมาข้างต้น หากถือว่าการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตเป็นการหลอกลวงระหว่างอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์กับอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์แล้วจะไม่สามารถที่จะนำหลักกฎหมายใดๆ มาปรับเข้ากับการกระทำความผิดได้ เพราะทุกสิ่งทุกอย่างเริ่มต้นจากการกระทำของบุคคล เช่น การติดตั้งโปรแกรมเพื่อให้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เหล่านั้นทำงาน ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่ว่า การหลอกลวงระหว่างอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์กับอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ไม่อาจเกิดขึ้นได้เพียงลำพังจะต้องมีคนเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้อง สำหรับการกระทำที่เกิดขึ้นระหว่างอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์กับอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถเกิดขึ้นได้ ฉะนั้นผู้เขียนจึงได้ยกเป็นกรณีศึกษาในบทนี้ ได้แก่ การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตไม่ว่าจะเป็นเรื่องการสั่งซื้อหนังสือผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือการสั่งซื้อขายหุ้นผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้น เป็นการกระทำที่เรียกว่า ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่ง

⁹ Martin Wasik, *Crime and the Computer*, (Oxford: Clarendon press, 1991), p. 105.

ได้อ้างอิงคำนิยาม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 กล่าวคือ การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ หมายถึง ธุรกรรมที่กระทำขึ้นโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมด หรือแต่บางส่วน โดยอาจจะกระทำผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ อาทิ โทรเลข โทรพิมพ์ หรือ โทรสารก็ได้ เช่น การสั่งซื้อหรือขายสินค้าทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต การชำระเงินผ่านทางเครือข่าย การสั่งซื้อผ่านเว็บไซต์ โดยการใช้เลขที่บัตรเครดิตในการชำระราคาสินค้าเหล่านั้น เพื่อไม่ให้เกิดความยุ่งยากในการตีความจึงได้บัญญัติถึงลักษณะการทำงานของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เอาไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ซึ่งผู้เขียนได้ยกมากล่าวไว้เพื่อความชัดเจนในการวิเคราะห์รูปแบบการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตต่อไป

แม้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 7¹⁰ ของกฎหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 จะได้รับรองสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้แล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติมาตรา 13¹¹ ก็ได้กำหนดขึ้นเพื่อสร้างความแน่นอนของผลทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการตั้งโปรแกรมให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานโดยอัตโนมัติในการทำคำเสนอและคำสนอง โดยไม่มีการแทรกแซงของมนุษย์เลย นอกจากมาตรา 13 จะใช้ได้กับการทำคำเสนอและคำสนองที่ สร้าง ส่ง หรือรับทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ยังใช้ได้กับกรณีที่มีการทำแต่เพียงคำเสนอหรือคำสนองอย่างหนึ่งอย่างใดทางอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้นด้วย¹² ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานโดยอัตโนมัติ นั้น เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นได้และเป็นที่ยอมรับในทางกฎหมาย จะเห็นได้จากการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ นอกจากนี้ถ้ากล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก้ไขปัญหาในการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือ โดยปกติแล้วการทำสัญญา ต้องประกอบด้วยบุคคลสองฝ่าย ที่มีคำเสนอ

¹⁰ มาตรา 7 “ห้ามมิให้ปฏิเสธความมีผลผูกพันและการบังคับใช้ทางกฎหมายของข้อความใดเพียงเพราะเหตุที่ข้อความนั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์”

¹¹ มาตรา 13 “คำเสนอหรือคำสนองในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และห้ามมิให้ปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้นได้ทำคำเสนอหรือคำสนองเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์”

¹² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์,ทวีศักดิ์ กอนันตกุล,สุรางคณา แก้วจำนงค์,คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544, (ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ,2544) น.107.

และคำสนองถูกต้องตรงกัน การที่จะแสดงคำเสนอหรือคำสนอนนั้นจำเป็นต้องมีการกระทำ(การ
แสดงออก)เกิดขึ้น ทั้งการแสดงเจตนาในการทำสัญญาขณะนั้น การเขียนสัญญา เป็นต้น หาก
เปรียบเทียบกับกระทำในทางอาญา ซึ่งหมายถึงการเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหว
ร่างกายโดยรู้สำนึก(อยู่ภายใต้การบังคับของจิตใจ) ส่วนการกระทำ¹³ที่จะเป็นความผิดในทาง
อาญานั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้รู้ถึงองค์ประกอบความผิด และกระทำโดยเจตนาถึง
ขั้นลงมือที่จะกระทำความผิดนั้นๆ

นอกจากนี้การที่จะเป็นความผิดอาญารฐานข้อใดข้อหนึ่ง จะต้องเป็นการหลอกลวง
ต่อบุคคล กรณีที่มีมนุษย์ทำการติดตั้งโปรแกรมกับเครื่องที่ให้บริการโดยอัตโนมัติ ทำให้เครื่อง
คอมพิวเตอร์ที่ส่งกับเครื่องคอมพิวเตอร์ที่รับมีการกระทำทางเทคนิคระหว่างกันเกิดขึ้นโดย
อัตโนมัติตามโปรแกรมที่ทำการติดตั้ง ลักษณะการกระทำเช่นนี้เท่ากับมนุษย์ได้ใช้เครื่องมือกระทำ
ต่อเครื่องคอมพิวเตอร์ผู้รับ ถึงแม้ว่าในทางนิติกรรม (การทำคำเสนอและคำสนอง โดยไม่มีการ
แทรกแซงของมนุษย์เลย กฎหมายได้รับรองให้ถือเสมือนว่าเป็นการกระทำของมนุษย์) จะอ้าง
ไม่ได้ก็ตาม สำหรับการกระทำผิดทางอาญานั้นจะถือว่าเป็นการกระทำต่อมนุษย์หรือกระทำต่อ
เครื่องคอมพิวเตอร์สามารถพิจารณาได้จาก การกระทำครั้งสุดท้าย นั่นคือการประมวลผลโดย
อัตโนมัติของเครื่องคอมพิวเตอร์ภายหลังจากนั้นทำให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน การที่โปรแกรมได้ถูกติดตั้ง
เข้าไปในเครื่องคอมพิวเตอร์แล้วปรากฏว่าโปรแกรมหักล้างได้ไปทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลงระบบ
คอมพิวเตอร์ในเครื่องคอมพิวเตอร์เป้าหมายทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์ประมวลผลโดยอัตโนมัติการ
กระทำในลักษณะเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการหลอกลวงด้วยการแก้ไข เปลี่ยนแปลง
ข้อมูลคอมพิวเตอร์ให้ผิดไปจากเดิมจึงเป็นการกระทำผิดต่อเครื่องคอมพิวเตอร์แล้ว มนุษย์ไม่ได้
เป็นผู้ถูกกระทำโดยตรง มนุษย์เป็นเพียงผู้เสียหายเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ามนุษย์เป็นผู้ถูกกระทำ
โดยอ้อม

กรณีที่เจ้าของข้อมูลที่ได้ตั้งโปรแกรมให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานโดยอัตโนมัติ หากเกิด
ความผิดพลาดขึ้นไม่ว่าประการใดๆ เจ้าของข้อมูลที่กระทำการดังกล่าวจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบใน

¹³ ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 671/2539 จำเลยอาสินำบัตรบริการเงินด่วนของผู้เสียหาย
ไปตรวจสอบยอดเงินในบัญชีเงินฝาก แต่กลับนำบัตรไปเบิกถอนเงินจากตู้ เอ.ที.เอ็ม.ของธนาคาร
ไป ถือว่าจำเลยหลอกลอบนำบัตรบริการเงินด่วนของผู้เสียหายไปเพื่อเบิกถอนเงินจากบัญชีเงินฝากใน
ธนาคารของผู้เสียหายจากตู้ เอ.ที.เอ็ม. ของธนาคาร เงินที่เบิกถอนนั้นเป็นของผู้เสียหาย จึงเป็น
ความผิดฐานฉ้อโกงเงินของผู้เสียหาย

การกระทำของเครื่องคอมพิวเตอร์ซึ่งได้ทำงานโดยอัตโนมัติอันเกิดจากการตั้งโปรแกรมของมนุษย์ (เจ้าของข้อมูล) และไม่มีการแทรกแซงของมนุษย์ ฉะนั้นความรับผิดชอบของเจ้าของข้อมูล ผู้เขียนเห็นว่า จะเกิดความรับผิดเมื่อเครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานโดยอัตโนมัติและมีคำสั่งออกไป เช่น สั่งซื้อสินค้า, สั่งขายหุ้น เป็นต้น เพราะถือว่าเป็นการกระทำความผิดในทางอาญาด้วยเช่นกันซึ่งเจ้าของข้อมูลจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ได้ทำงานโดยอัตโนมัติอันเกิดจากการตั้งโปรแกรมของมนุษย์ (เจ้าของข้อมูล) และไม่มีการแทรกแซงของมนุษย์

5.1.1 วิเคราะห์รูปแบบการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตตามหลักกฎหมายความผิดฐานฉ้อโกงของไทย

จากรูปแบบการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตกรณีนี้ผู้เขียนได้นำมาตรา 341 ประมวลกฎหมาย โดยคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ ความเสียหายในทางทรัพย์สินของผู้อื่นที่เกิดจากการหลอกลวง ดังนั้นความผิดฐานฉ้อโกงจึงมุ่งที่จะคุ้มครองทรัพย์สินโดยเฉพาะและความผิดฐานนี้ไม่ได้คุ้มครองความไว้วางใจของผู้อื่น หรือเสรีภาพในการจ่ายโอนทรัพย์สินซึ่งต่างจากกรรโชกและรีดเอาทรัพย์¹⁴ มาวิเคราะห์กับลักษณะของรูปแบบการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตในแต่ละองค์ประกอบความผิดดังนี้

องค์ประกอบความผิดข้อที่หนึ่ง ผู้ใดกระทำการหลอกลวง¹⁵ผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ¹⁶หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง¹⁷ นั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติโดยใช้

¹⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน ,2548) น.128.

¹⁵ การหลอกลวง หมายความว่า ทำให้เข้าใจผิดไปจากความเป็นจริง หรือหลงผิด สำคัญผิดในสาระสำคัญของเรื่อง ที่จะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงได้จะต้องเป็นการหลอกลวงแล้วทำให้ผู้อื่นหลงเชื่อในคำหลอกลวงนั้นด้วย เพ็งอ้วง, น.128.

¹⁶ สาระสำคัญของการแสดงข้อความอันเป็นเท็จมี 3 ประการคือ

1. ลักษณะของข้อความเท็จ ที่ว่าเป็นเท็จนั้น แสดงว่าต้องมีการเปรียบเทียบข้อความ 2 ประการ กล่าวคือ ต้องมีข้อความอันใดอันหนึ่งอยู่แล้วซึ่งเป็นข้อความจริง และเปรียบเทียบกับอีกข้อความหนึ่งซึ่งเป็นข้อความที่กล่าวอ้าง ซึ่งถ้าไม่ตรงกับข้อความจริงก็เรียกว่าเป็นข้อความเท็จ ฉะนั้นจึงถือหลักว่า ที่จะเป็นเท็จได้ต้องเป็นเหตุการณ์ในอดีตหรือปัจจุบันเท่านั้น ถ้าผิดไปจากที่

ถ้อยคำว่า “ผู้ใด” โดยผู้ที่กระทำการหลอกลวงผู้อื่นไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด วิธีการหนึ่งดังกล่าวจะต้องเป็นบุคคลและผู้ที่ยังหลงเชื่อจากการถูกหลอกลวงเกิดขึ้นแต่เฉพาะกับบุคคลเช่นเดียวกัน เนื่องจากบุคคลมีสภาวะการรับรู้ทางจิตใจ ส่วนในกฎหมายเยอรมัน The Penal Code-

เป็นข้อความจริงก็เรียกว่า เป็นข้อความเท็จ ส่วนการกล่าวถึงเหตุการณ์ข้างหน้าที่ยังไม่เกิด จึงไม่มีทางเป็นเท็จได้ แต่อาจเป็นเพียงคำมั่นสัญญา ซึ่งการผิดคำมั่นสัญญาไม่ใช่มูลของความผิดฐานฉ้อโกงแต่อย่างใด

2.วิธีการแสดงข้อความเท็จ ไม่จำกัดวิธีการโดยอาจกระทำโดยวาจา โดยการกระทำ หรืออาจทำโดยลายลักษณ์อักษรก็ได้

3.ประเภทของข้อความเท็จ อาจเป็น ข้อเท็จจริงภายนอก หรือข้อเท็จจริงที่สามารถเห็น ได้ ยิน สัมผัส หรือดมได้ หรือ ข้อเท็จจริงภายใน คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องแก่เจตนาหรือความคิดเห็นของผู้กระทำ เช่น เป็นแผนการ หรือความต้องการ ถ้าขณะแสดงข้อความนั้น ไม่ตรงกับที่ตนมีเจตนา หรือมีความคิดไว้ก็เป็นข้อความเท็จและเข้าข่ายการฉ้อโกงได้ เพิ่งอ้าง น.128-130.

¹⁷ การหลอกลวงด้วยการปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งนั้นข้อความจริงที่ปกปิดต้องเป็นข้อสาระสำคัญ ถ้าไม่เป็นสาระสำคัญที่ควรบอก แม้ปกปิดไว้ไม่บอกก็ไม่เข้าเกณฑ์ความผิดตามข้อนี้ ซึ่ง ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้อธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า ถ้อยคำต่อจากปกปิดข้อความจริงที่ว่า“ซึ่งควรบอกให้แจ้ง” ก็เป็นถ้อยคำที่ไม่ควรบัญญัติไว้เช่นเดียวกับการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ ซึ่งไม่ต้องบัญญัติถึงข้อความนั้นว่าเป็นข้อความที่ผู้กล่าวควรบอกความจริงหรือไม่ เพราะข้อสำคัญอยู่ที่ว่าจะเป็นการแสดงข้อความเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงก็ตาม ถ้าเป็นเหตุให้ได้ทรัพย์ไป ก็ได้ชื่อว่าหลอกลวงเท่าๆกัน กฎหมายของประเทศต่างๆ ส่วนมากบัญญัติแต่เพียงว่าหลอกลวงเอาทรัพย์ไปเท่านั้น โดยให้เป็นเรื่องของการตีความว่าหลอกลวงคืออะไร หรือแม้จะบัญญัติข้อความต่อไปด้วยว่า โดยการแสดงข้อความเท็จ หรือด้วยการปกปิดข้อความจริง ก็ยังไม่พบกฎหมายประเทศไหนที่มีถ้อยคำบัญญัติไว้ชื่อว่า “ซึ่งควรบอกให้แจ้ง” เช่น ประมวลกฎหมายอาญาสวิส มาตรา 148 ใช้คำว่า “par la dissimulation de faits vrais” ถ้อยคำที่บัญญัติขึ้นในมาตรา 341เช่นนี้ มีอยู่ในมาตรา 304 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาเดิม ซึ่งใช้คำว่า “ปกปิดเหตุการณ์อย่างใดที่มันควรบอกให้แจ้ง” ส่วนประกาศลักษณะข้อ ร.ศ.119 อันเป็นกฎหมายเริ่มแรกในเรื่องข้อโกงของไทยไม่มีเรื่องปกปิดข้อความจริง เมื่อมีมาตรา 304 ใช้ถ้อยคำเช่นนั้น มาตรา 341 ก็พลอยใช้ไปด้วย ดู จิตติ ติงศภัทิย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 หัวข้อ 1302 น.843-844.

Strafgesetzbuch (StGB), section 263 บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานฉ้อโกง โดยตามหลักกฎหมายเยอรมันถือว่าการฉ้อโกงจะต้องเป็นการหลอกลวงบุคคล ส่วนคอมพิวเตอร์ไม่สามารถถูกหลอกลวงได้ เพราะมันทำงานไปตามที่ถูกโปรแกรมให้ทำ¹⁸ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันกับหลักกฎหมายฉ้อโกงของไทย แต่สำหรับกรณีศึกษานี้ ในมุมมองทางด้านเทคนิคถือว่าการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นระหว่างอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่ออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเชื่อมต่อทางอินเทอร์เน็ต หากนำมาพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายจะเห็นได้ว่า การสร้างและติดตั้งโปรแกรมในเครื่องเป้าหมายโดยบุคคลเพื่ออาศัยการแก้ไข เปลี่ยนแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งถือว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้คอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเชื่อมต่อทางอินเทอร์เน็ตส่งข้อมูลผิดพลาดไปยังเครื่องเป้าหมาย การแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นการกระทำต่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยการเพิ่มเติม ตัดทอนข้อมูลทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่แท้จริงนั้นทำให้เครื่องทำการประมวลผลและเข้าใจได้ว่าเป็นข้อมูลที่แท้จริง จึงเป็นการหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งอีกหรือไม่ เพราะอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ไม่สามารถหลงเชื่อได้ ดังนั้นการกระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดในข้อที่หนึ่งแต่อย่างใด

องค์ประกอบความผิดข้อที่สอง การหลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งนั้น ต้องเป็นการหลอกลวงต่อผู้อื่นซึ่งเป็นบุคคลหรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งคือ บุคคลเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดนั่นเอง¹⁹ ข้อพิจารณาที่ผู้เขียนได้จากกรณีนี้จะเห็นว่า วัตถุแห่งการกระทำความผิดเป็นอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเชื่อมต่อทางอินเทอร์เน็ตจึงไม่มีสถานะเป็นบุคคล จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดในข้อที่สองนี้

¹⁸ ชาติ ชัยเดชสุริยะ, "การฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์:กฎหมายและมุมมองเปรียบเทียบในประเทศอังกฤษและประเทศอื่นๆ" บทความ. น. 15.

[http:// www.tech.ago.go.th/dec/artical6.doc](http://www.tech.ago.go.th/dec/artical6.doc)

¹⁹ ตามกฎหมายไทยผู้ที่หลงเชื่อจากการหลอกลวงต้องเป็นบุคคลเท่านั้นซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน โดยถือว่า การหลงเชื่อเกิดขึ้นได้แต่เฉพาะกับบุคคลเท่านั้น ไม่รวมถึงอุปกรณ์ต่อรับอัตโนมัติ ดังนั้นหากไม่มีผู้ถูกหลอกลวงก็ไม่เข้ากรณีความผิดฐานฉ้อโกงมาตรา 263 ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ดู ชนันท์ชัย ภัทรสกล, "ความผิดฐานฉ้อโกง: ศึกษากรณีการก่อให้เกิดความเสียหายในทางทรัพย์สิน", (สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548) น. 54.

องค์ประกอบความผิดข้อที่สาม ด้วยเจตนาของการกระทำความผิดทำให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม การได้ไปซึ่งทรัพย์สินจะต้องมีความสัมพันธ์กับการหลอกลวง กล่าวคือ การหลอกลวงเป็นเหตุให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม²⁰ จะเห็นได้ว่า ความผิดฐานฉ้อโกงมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองทรัพย์สิน หรือประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินซึ่งไม่คุ้มครองความไว้วางใจของผู้อื่นหรือเสรีภาพในการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน²¹ ข้อพิจารณาที่ได้จากการวิเคราะห์ในกรณีนี้พบว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดในรูปแบบนี้ได้ไปนั้น เป็นการได้ประโยชน์จากการขายสินค้าเกินเป้าหมายซึ่งประโยชน์ในที่นี้คือเงินจากการค้าคอมมิชชั่นนั่นเอง หากผู้กระทำความผิดไม่ได้ประโยชน์จะเป็นเพียงความผิดฐานพยายามเท่านั้น ในแนวคิดกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการวิเคราะห์ในองค์ประกอบนี้ องค์ประกอบความผิดของการได้ไปซึ่งทรัพย์สินด้วยการหลอกลวงไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในกรณีที่จิตใจของบุคคลไม่ได้ถูกทำให้หลงเชื่อได้ การกระทำความผิดนี้สามารถเกิดขึ้นในที่ซึ่งคอมพิวเตอร์ได้ถูกเข้าไปจากการกระทำของผู้กระทำความผิดหรือจำเลยและนำไปสู่การพิมพ์เช็คออกมาในชื่อของผู้กระทำความผิดหรือจำเลย อย่างไรก็ตาม ผลการทำงานคอมพิวเตอร์ย่อมเกิดจากการควบคุมโดยบุคคล หลังจากนั้นมันดูเหมือนว่า การพิสูจน์ว่ากระทำความผิดสามารถกลับมาอยู่บนพื้นฐานของการหลอกลวงด้วย

²⁰ ความเสียหายในทางทรัพย์สินเป็นสาระสำคัญขององค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฉ้อโกงของไทย ซึ่งความเสียหายในทางทรัพย์สินต้องมีขึ้นและเป็นผลโดยตรงจากการหลอกลวงและมีการโอนทรัพย์สิน ในทางตำราวิชาการของไทยและแนวคำพิพากษาของศาลฎีกามีได้แยกความหมายของการโอนทรัพย์สินและความเสียหายในทางทรัพย์สินออกจากกันอย่างชัดเจนและได้มีการพิจารณาเรื่องความเสียหายในทางทรัพย์สินรวมกันกับการได้ไปซึ่งทรัพย์สินเสมอๆ เพิ่งอ้าง, หน้า 67.

²¹ แนวคิดในทางตำราและแนวคำพิพากษาของศาลส่วนใหญ่จะเห็นได้ว่า ความผิดฐานฉ้อโกงมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองทรัพย์สิน หรือประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินเช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน แต่มีความแตกต่างในเชิงนิติวิธีหรือวิธีคิดทางกฎหมายกล่าวคือการวินิจฉัยความผิดฐานฉ้อโกงของไทย ทรัพย์สินของผู้อื่นที่จะเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิด ผู้กระทำจะต้องได้ไปจากผู้มีกรรมสิทธิ์ (ownership) หรือผู้ที่มีความครอบครอง (possession) เท่านั้น ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงการได้ไปจากผู้ที่มีความควบคุมดูแลทรัพย์สิน (control of property) ด้วย ดูเฉลิมพล ช่อโพธิ์ทอง. “ความผิดฐานลักทรัพย์และฉ้อโกง : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอังกฤษเยอรมันและไทย”, (วิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538). น 165.

บุคคล ถึงแม้จะเป็นการชี้วัดว่าการหลอกลวงนั้นย่อมเกิดจากบุคคลเท่านั้น แต่ยังมีบางกรณีที่คอมพิวเตอร์เป็นผู้ถูกกระทำ และยังเป็นปัญหาในทางกฎหมายของหลายประเทศที่ยังครอบคลุมไม่ถึงจนได้มีการแก้ไขเพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น อย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้เพิ่มเติมความผิดฐานข้อโกงคอมพิวเตอร์ขึ้นมาใน มาตรา 263a เพื่อแก้ไขปัญหามานี้ในเรื่องการหลอกลวงที่เกิดขึ้นกับเครื่องจักร

องค์ประกอบความผิดข้อที่สี่ เจตนาภายใน คือ เจตนาธรรมดาและมูลเหตุจูงใจ”โดยทุจริต” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(1) กล่าวคือ แสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น²² ฉะนั้น หากไม่ครบองค์ประกอบความผิดภายนอกจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิดภายใน จึงไม่เป็นความผิดฐานข้อโกง ตามมาตรา 341 ประมวลกฎหมายอาญา

กรณีนี้ ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญญะภาส²³ และ ดร.จุนวิทย์ ชลิดาพงศ์²⁴ ได้ให้ข้อสังเกตที่สอดคล้องกับความเห็นของผู้เขียนไว้ว่า การตั้งโปรแกรมเพื่อสั่งให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ทำงานแทน การประมวลเท็กซ็ก็เป็นการสั่งให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ทำเช่นกัน จึงน่าจะเป็นการกระทำโดยบุคคล เพราะเครื่องไม่สามารถหลอกเครื่องได้ถ้าไม่มีบุคคลเข้าไปสั่งให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ทำงาน

5.1.2 วิเคราะห์รูปแบบการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายอื่น

5.1.2.1 ความผิดฐานลักทรัพย์ มาตรา 334 ประมวลกฎหมายอาญา

จากการวิเคราะห์การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตในรูปแบบนี้ เป็นการวิเคราะห์การกระทำความผิดระหว่างอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตกับอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตซึ่งในกฎหมายต่างประเทศ เช่นกฎหมายของเยอรมันไม่ได้ตีความการกระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้ เพียงบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงการกระทำต่ออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น การบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ทำ

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2513

²³ ดูภาคผนวก จ บทสัมภาษณ์ ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญญะภาส, เมื่อวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2551

²⁴ ดูภาคผนวก ข บทสัมภาษณ์ ดร.จุนวิทย์ ชลิดาพงศ์, เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551

ให้เห็นว่า การหลอกลวงระหว่างอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์กับอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ไม่อาจเกิดขึ้นได้ การหลอกลวงจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อบุคคลได้สร้างโปรแกรมในคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเพื่อทำการควบคุมให้เครื่องต้นทางหลอกลวงเครื่องปลายทางเท่านั้น ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ท่านได้ให้ความเห็นโดยสรุปเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า “การหลอกลวงระหว่างอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์กับอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ไม่อาจเกิดขึ้นได้ ไม่ว่าอย่างไรก็ตามบุคคลย่อมมีส่วนเกี่ยวข้องโดยการสร้างโปรแกรมควบคุมให้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์กับอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์มีการกระทำระหว่างกัน ประกอบกับแนวทางการลงโทษกฎหมายอาญา คือ การลงโทษบุคคลจะนั้นอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์มิใช่สิ่งที่มีกฎหมายอาญาประสงค์จะลงโทษ”²⁵ ความเห็นเช่นนี้ได้สอดคล้องกับการบัญญัติกฎหมายของประเทศเยอรมัน และผู้เขียนก็มีความเห็นเช่นเดียวกันท่าน ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร

อย่างไรก็ตามการวิเคราะห์ในหัวข้อข้างต้นนั้น วัตถุประสงค์การกระทำความผิด หรือ เรียกอีกอย่างว่า วัตถุประสงค์กระทำต่อ นั้นคือ อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีใช้บุคคลอันเป็นองค์ประกอบความผิดฐานข้อโกง ฉะนั้นการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตในหัวข้อที่ 1 จึงไม่มีความผิดฐานข้อโกงตามมาตรา 341 ประมวลกฎหมายอาญา ผู้เขียนจึงนำหลักกฎหมายความผิดฐานลักทรัพย์มาวิเคราะห์ในลำดับต่อไป

องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบความผิด “เอาไป” ซึ่งการเอาไปที่จะเป็นความผิดสำเร็จในองค์ประกอบความผิดนี้ได้ซึ่งจะต้องพิจารณาตามลำดับดังนี้

1. ทรัพย์ที่ลักจึงต้องมีผู้ครอบครองอยู่

การเอาไปจากผู้ครอบครองทรัพย์ ทรัพย์นั้นจะต้องมีผู้ครอบครอง อยู่ในขณะที่มีการนำหรือพาเคลื่อนที่ไป ซึ่งการครอบครองท่าน ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ เห็นว่าการครอบครองเป็นอันเดียวกับสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1367, 1368, 1369 การครอบครองในความเห็นนี้คือ การยึดทรัพย์โดยเจตนายึดถือเพื่อตน ดังนั้นผู้ที่ครอบครองทรัพย์กับผู้ที่มีสิทธิครอบครองจึงเป็นอย่างเดียวกัน และการครอบครองนี้ไม่จำเป็นต้องครอบครองแทนหรือ

²⁵ ดูภาคผนวก ง บทสัมภาษณ์ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร , วันที่ 8 มกราคม 2551

ครอบครองแทนผู้อื่นก็ได้²⁶ และผู้เขียนก็เห็นด้วยเช่นเดียวกัน จึงสรุปได้ว่า การครอบครอง”ได้ จะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการคือ²⁷

1. ผู้หนึ่งจะต้องมีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นตามความเป็นจริง ได้แก่

1.1 การครอบครองอยู่ทางกายภาพซึ่งเป็นการครอบครองตามความเป็นจริงทางกายภาพ เช่น กระเป๋าเงินติดตัว ปากกาที่เสียบไว้อยู่ ฯลฯ

1.2 การครอบครองตามความเป็นจริงทางสังคมในชีวิตประจำวันซึ่งจะต้องมีการแสดงออกภายนอกที่เพียงพอที่จะถือว่าผู้นั้นครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ เช่น จดหมายในตู้จดหมายของในตู้เก็บของ ฯลฯ²⁸

2. ผู้นั้นจะต้องมีเจตนาที่จะมีอำนาจเหนือทรัพย์สินด้วย หากผู้นั้นไม่มีเจตนาที่จะมีอำนาจเหนือทรัพย์สินแล้ว ก็ยังไม่ถือว่ามีครอบครองทรัพย์สินนั้น เช่น คนเลี้ยงเปิดปล่อยฝูงเป็ดลงหาอาหารในลำคลองก็ถือว่ามีเจตนาครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ด้วย

ในกรณีนี้เป้าหมายคือ ร้านค้าขายหนังสือซึ่งร้านค้าขายหนังสือได้ครอบครองหนังสืออยู่ จึงถือว่าเป็นการครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่น

2. ผู้กระทำความเข้าครอบครองทรัพย์สิน

การเอาไปจากการครอบครองสำเร็จบริบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้ไปซึ่งการครอบครอง การเอาไปนั้นอาจจะสำเร็จได้โดยมิได้แตะต้องตัวทรัพย์สินเลย ฉะนั้น การที่ผู้กระทำแตะต้องหรือขยทรัพย์สิน แต่มิทันได้ครอบครองอย่างแท้จริงจึงมิใช่การเอาไป เช่น การเปลี่ยนนามบัตรที่ห่อของขวัญให้เข้าใจผิดว่าเป็นของอีกคนหนึ่งแม้จะทำให้ทรัพย์สินเคลื่อนที่ ในกรณีนี้ก็ไม่ได้มีการเข้าครอบครองหนังสือซึ่งอยู่ในความครอบครองของร้านขายหนังสือแต่อย่างใด

3. การเข้าครอบครองนั้นเป็นการแย่งการครอบครอง

โดยการกระทำต่อทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการลัก ในลักษณะที่สามารถควบคุมบังคับทิศทางตัวทรัพย์สินนั้นได้แล้วอย่างแท้จริง อีกทั้ง การเข้าถือเอาไปโดยที่ผู้ครอบครองเดิมไม่อนุญาต กรณีที่มีการหลอกลวงเพื่อให้เขาเปิดโอกาสให้เอาไปก็ดี ยอมให้เอาไปเองเพราะกลัวการข่มขู่ก็ดี ไม่ถือว่าเป็นการอนุญาต นอกจากนี้ การแย่งการครอบครอง ต้องเป็นการแย่งไปในลักษณะที่ตัดกรรมสิทธิ์ ได้แก่ เป็นการเอาไปอย่างถาวร การเอาไปจะต้องเอาไปด้วยเจตนาเอาไปเป็นของตน

²⁶ จิตติ ติงศรัทีย, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 17, น.541-542.

²⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 14, น. 34-35.

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3333/2545

ตามแนวของศาลฎีกาไทยและอาจจะรวมถึงในทางตำราด้วย เห็นว่าการเอาไปชั่วคราวนี้ ผู้กระทำยังเคารพในกรรมสิทธิ์ของเจ้าของอยู่²⁹

4. ได้พาทรัพย์สินเคลื่อนที่ไป

การเอาทรัพย์สินนั้นเคลื่อนที่ไปในลักษณะที่จะพาไปได้ และเคลื่อนที่จากที่นั้นทุกๆจุด ไม่ว่าจะพาเคลื่อนที่ไปเพียงเล็กน้อยเท่าใดก็ตามก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว จะเห็นได้ว่าเมื่อยังไม่สามารถแย่งการครอบครองได้ จึงไม่ถือว่าเป็น”การเอาไป”อันเป็นความสำเร็จในองค์ประกอบความผิดนี้ ข้อมูลเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง จึงไม่เป็นการที่ทำให้ทรัพย์สินนั้นเคลื่อนที่ไปในลักษณะที่จะพาไปได้

จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่าการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตในกรณีนี้ผู้กระทำความผิดที่โจมตีเครื่องบริการ(server)ของผู้อื่นโดยการสร้างโปรแกรมคอมพิวเตอร์เข้าไปฝังตัวและทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อมูล ทำให้ผู้กระทำความผิดได้ยอดขายสินค้าที่มากขึ้นซึ่งยอดขายสินค้าเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างและไม่สามารถพาให้เคลื่อนที่ได้ จึงไม่เป็นการเอาไปซึ่งทรัพย์สินแม้ผลสุดท้ายการเพิ่มยอดขายสินค้าจะได้เงินโบนัสไปก็ตาม ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดในข้อนี้

องค์ประกอบความผิด “ทรัพย์สินของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย”

ประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันมิได้บัญญัติคำนิยามเอาไว้ ฉะนั้นจึงต้องไปพิจารณาความหมายตาม มาตรา 137 และมาตรา 138 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหมายถึง วัตถุที่อาจมีราคาและอาจถือเอาได้ตามกฎหมาย วัตถุที่มีรูปร่างจึงหมายถึง สิ่งที่มีรูปร่างในตัวเอง มีความกว้าง ยาว หนา ซึ่งกินที่นับจำนวนได้และไม่ว่าจะเล็กใหญ่กินที่มากน้อยเพียงใด ก็ต้องเรียกว่ามีรูปร่างทั้งสิ้น แม้จะจับต้องด้วยมือเปล่าไม่ได้ หรือไม่อาจมองเห็นได้ด้วยตาเปล่าก็ตาม ดังนั้นเชื้อโรคก็ดี อนุภาคต่างๆในอากาศ เป็นวัตถุที่มีรูปร่างทั้งสิ้น ทรัพย์สินจึงต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างและเคลื่อนที่ได้จึงจะมีการเอาไป

ทรัพย์สินที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย คือทรัพย์สินที่มีบุคคลหลายคนเป็นเจ้าของรวมกันได้นั้น เจ้าของรวมคนหนึ่งจึงอาจลักทรัพย์สินจากเจ้าของรวมคนอื่นๆได้ ดังนั้น ทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของรวมอาจเป็นวัตถุแห่งการลักได้ ถ้ามีการเอาไปจากการครอบครองของเจ้าของรวมคนอื่น

การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตในกรณีนี้ในขณะที่ทำการลักทรัพย์สินนั้น สิ่งที่ได้ไปคือการเพิ่มยอดขายซึ่งการเพิ่มยอดขายจะทำให้ได้เงินโบนัสตอบแทน กรณีเช่นนี้สิ่งที่ได้จากการแย่งการ

²⁹ คณิต ฒ นคร, "ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์", วารสารอัยการ, ปีที่ 4 ฉบับที่ 37 (มกราคม 2524) น.82,83.

ครอบครองขณะกระทำความผิดคือ การเพิ่มยอดขายสินค้าซึ่งไม่ใช่เงินโบนัส อีกทั้งยอดขายเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่างจึงไม่ใช่ทรัพย์สิน ฉะนั้น ยอดขายสินค้ามีสถานะที่ไม่สามารถเอาไปได้ อันจะเข้าองค์ประกอบความผิดของการเอาไปซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของร่วมอยู่ด้วย

องค์ประกอบภายใน

1.เจตนาธรรมดา หมายถึง กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกัน ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำของตนเป็นการ “เอาไป” และรู้ด้วยว่าวัตถุแห่งการกระทำเป็น “ทรัพย์สินของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย”

2.โดยทุจริต หมายถึง เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น เมื่อพิจารณาความหมายแล้ว ไม่น่าจะให้คำนิยามจำกัดเพียงว่าเป็นการแสวงหาประโยชน์เกี่ยวกับค่าในทางเศรษฐกิจของตัวทรัพย์สินเท่านั้น การแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินในลักษณะอื่นๆก็น่าจะได้

สรุปได้ว่า การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตทำให้ได้มาซึ่งยอดขายสินค้าขาดองค์ประกอบความผิดภายนอก จึงไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ มาตรา 334 ประมวลกฎหมายอาญา

5.1.2.2 ความผิดฐานตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550

การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ³⁰

“มาตรา 5 ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบคอมพิวเตอร์³¹ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(1)การเข้าถึงตามมาตรานี้ หมายถึง การเข้าถึงทั้งในระดับกายภาพ เช่น กรณีที่มีการกำหนดรหัสผ่านเพื่อป้องกันมิให้บุคคลอื่นใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ และผู้กระทำความผิดดำเนินการด้วยวิธี

³⁰ พรเพชร วิชิตชลชัย, “คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550,” น.9

³¹ มาตรา 3 “ระบบคอมพิวเตอร์ หมายความว่า อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดและแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ”พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550

ใดวิธีหนึ่งเพื่อให้ได้รหัสผ่านนั้นมาและสามารถใช้เครื่องคอมพิวเตอร์นั้นได้โดยนั่งอยู่หน้าเครื่องคอมพิวเตอร์นั่นเอง และหมายรวมถึง การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ แม้ตัวบุคคลที่เข้าถึงจะอยู่ห่างโดยระยะทางกับเครื่องคอมพิวเตอร์ แต่สามารถเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ตนต้องการได้³² โดยการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นสามารถกระทำได้ทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ ดังนั้นอาจหมายถึง การเข้าถึงฮาร์ดแวร์หรือส่วนประกอบต่างๆของคอมพิวเตอร์ ข้อมูลที่ถูกบันทึกเก็บไว้ในระบบเพื่อใช้ในการส่งหรือโอนถึงอีกบุคคลหนึ่ง

นอกจากนี้”การเข้าถึง” ยังหมายถึง การเข้าถึงโดยผ่านทางเครือข่ายสาธารณะ เช่น อินเทอร์เน็ต อันเป็นการเชื่อมโยงระหว่างเครือข่ายหลายๆเครือข่ายเข้าด้วยกัน และยังหมายถึง การเข้าถึงโดยผ่านระบบเครือข่ายเดียวกันด้วยก็ได้ เช่น ระบบ LAN (Local Area Network) อันเป็นเครือข่ายที่เชื่อมต่อคอมพิวเตอร์ที่ตั้งอยู่ในพื้นที่ใกล้เคียงๆ เข้าด้วยกัน และยังรวมถึง การเข้าถึงโดยการติดต่อสื่อสารแบบไร้สาย (wireless communication)

ดังนั้น กรณีที่ผู้กระทำความผิดได้เข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นด้วยการจัดทำ ไวรัส หรือ โทรจัน ซึ่งเป็นโปรแกรมที่แอบแฝงมากับโปรแกรมที่ให้ทำการดาวน์โหลดฟรี โปรแกรมที่แอบแฝงมานี้จะเข้าทำการควบคุมระบบคอมพิวเตอร์ของเครื่องเป้าหมาย จึงถือเป็นการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่มีมาตรการป้องกันเข้าถึงโดยเฉพาะด้วยโปรแกรมร้าย อันเป็นองค์ประกอบความผิดของมาตรานี้

(2) “โดยมิชอบ” ซึ่งองค์ประกอบความผิดนี้มีให้อยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 269/5 และ มาตรา 269/6 ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์

“การเข้าถึง” ที่จะเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ได้ จะต้องเป็นการเข้าถึงโดยปราศจากสิทธิโดยชอบ (without right) ผู้ทำการเข้าถึงนั้นเป็นบุคคลที่มีสิทธิเข้าถึงไม่ว่าด้วยถือสิทธิตามกฎหมายหรือได้รับอนุญาตจากเจ้าของระบบ เช่น การเข้าถึงเพื่อดูแลระบบของผู้ดูแลเว็บ หากผู้ได้รับอนุญาตให้ทำการเข้าถึงนั้น ได้เข้าถึงระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์เกินกว่าที่ได้รับอนุญาต กรณีเช่นนี้บุคคลดังกล่าวก็ย่อมต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกัน เพราะถือว่าเป็นการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจโดยชอบนั่นเอง ตัวอย่างกฎหมายที่ระบุถึง การเข้าถึงเกินกว่ากรณีที่ได้รับ

³² สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ, “คำอธิบายร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ...”
, (<http://www.nitc.go.th/itlaws/itlaws4/cc.pdf>)

อนุญาตแล้วต้องรับผิดชอบได้แก่ สหรัฐอเมริกา (Computer Fraud and Abuse Act 1986 18 U.S.C. Section 1030(a)(1)-(3))³³

(3) “ระบบคอมพิวเตอร์” ซึ่งได้ให้คำนิยามศัพท์ไว้ในมาตรา 3

ดังนั้นการหลอกลวงด้วยการให้ดาวน์โหลดข้อมูล แล้วข้อมูล(โปรแกรม)นั้นได้แฝงไปด้วยไวรัส หรือโทรจัน ซึ่งผู้กระทำความผิดมีเจตนาชั่วร้ายแต่แรก อีกทั้งเป็นการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยไม่มีอำนาจ หรือ ไม่ได้รับการอนุญาต เป็นการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ

(4) ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ หมายความว่า ระบบคอมพิวเตอร์นั้นมีมาตรการป้องกัน เช่น firewall หรือ จำต้องทำการล็อกอินเข้าสู่ระบบโดยการติดตั้งรหัสผ่าน (username และ password) ซึ่งแสดงให้เห็นว่า เป็นการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคล หากไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ จึงไม่เป็นการหวงกันให้ผู้อื่นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ อันจะเป็นความผิดตามมาตรา

ถึงแม้การกระทำของผู้กระทำจะครอบคลุมองค์ประกอบความผิดในส่วนที่เป็นการกระทำแล้ว ก็ยังต้องการองค์ประกอบความผิดในภาคจิตใจคือ ผู้กระทำต้องมีเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ด้วย การกระทำความผิดโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งมาตรานี้อาจเกิดขึ้นหลายวิธี เช่น การเจาะระบบ (hacking or cracking) หรือ การบุกรุกทางคอมพิวเตอร์ (Computer trespass) ซึ่งการกระทำเช่นนี้เป็นการขัดขวางการใช้ระบบคอมพิวเตอร์

จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า การที่ผู้กระทำความผิดด้วยการให้ดาวน์โหลดข้อมูลที่แฝงไปด้วยไวรัส หรือ โทรจัน ด้วยเจตนาที่เข้าควบคุมระบบคอมพิวเตอร์แล้วทำให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน และมีเจตนาแต่แรกในการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ จึงเป็นการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมีได้มีไว้สำหรับตนแล้ว อันเข้าองค์ประกอบความผิดของมาตรานี้ แม้ว่า ผู้กระทำความผิดยังไม่ได้ไปซึ่งทรัพย์สินอันเป็นผลสุดท้ายของการกระทำความผิดก็ตาม

การเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ

“มาตรา 7 ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

³³ พรเพชร วิชิตชลชัย ,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30 ,น.21-22.

โดยมิชอบ หมายความว่า การเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นการเข้าถึง โดยไม่ได้ ครอบครอง และ การเข้าถึงเกินอำนาจที่ได้ให้ไว้

การพิจารณาตามมาตรานี้เป็นการป้องกันมิให้มีการเข้าถึงข้อมูลที่อยู่ในระบบ คอมพิวเตอร์ และการเข้าถึงข้อมูลนั้นได้มีมาตรการป้องกันเรียบร้อยแล้ว ถึงแม้ว่าไม่ได้เอาไปซึ่ง ข้อมูลที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ก็เป็นความผิดตามมาตรานี้แล้ว ซึ่งการปรับบทกฎหมายต้องดูที่ เจตนาของผู้กระทำว่ามีเจตนาที่ต้องการได้ทราบหรือได้ไปซึ่งข้อมูลเหล่านั้น หรือเพียงแต่เป็นการ เข้าถึงข้อมูลที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์เพื่อการศึกษาเท่านั้น

พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้เฉพาะการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการ เข้าถึงเป็นความผิด หากกรณีข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงแล้ว การเข้าถึง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ก็ไม่เป็นความผิด ทำให้เห็นได้ว่า ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการ เข้าถึง กับข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงย่อมมีความสำคัญแตกต่างกัน กล่าวคือ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงย่อมมีความสำคัญแก่เจ้าของข้อมูล อย่างมากจึงได้กำหนดมาตรการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลของตน เพื่อไม่ให้ผู้ใดสามารถเข้าถึง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของตนได้³⁴

กรณีการหลอกลวงผู้ใช้บริการด้วยการดาวน์โหลดข้อมูลแล้วมีผลให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน ของผู้ใช้บริการ เมื่อผู้กระทำความผิดมีเจตนาสร้างโปรแกรมร้ายแอบแฝงไปกับข้อมูล(โปรแกรม)ที่ ผู้ใช้บริการดาวน์โหลด โดยมีเจตนาเพื่อให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากเครื่องเป้าหมาย ฉะนั้น การสร้าง โปรแกรมแอบแฝงไปกับข้อมูล(โปรแกรม) ที่ทำการดาวน์โหลด ก็เป็นการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ โดยมิชอบตามมาตรา 5 ทันที เพราะ การได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากเครื่องเป้าหมายจะต้องมีการเข้าถึง ระบบคอมพิวเตอร์เสียก่อน ฉะนั้นนอกจากจะมีความผิดในบทบัญญัติมาตรานี้แล้ว จะต้องผิดใน บทบัญญัติมาตรา 5 อีกมาตรานึงด้วย กรณีดังกล่าวภายหลังจากได้เข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ โดยมิชอบและได้เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบแล้ว จึงเป็นความผิดฐานเข้าถึง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ในทันทีที่ได้เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ เมื่อเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์แล้วจะทำ การเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือ กระทำการใดๆ ต่อไปเพื่อให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจึงต้องไปพิจารณาฐาน ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา สิ่งนี้คือเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายฉบับนี้

สรุปได้ว่า การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตในกรณีนี้ถือเป็นความผิดฐานเข้าถึงระบบ คอมพิวเตอร์โดยมิชอบตาม มาตรา 5 และความผิดฐานเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบตาม

³⁴ พรเพชร วิชิตชลชัย, เพิ่งอ้าง.

มาตรา 7 พระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 นอกจากนี้การเข้าไปแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อมูลยังถือเป็นความผิดตามมาตรา 9 การทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ³⁵

“มาตรา 9 ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ตัวอย่างของการกระทำความผิดตามมาตรา 9 ได้แก่ การป้อนโปรแกรมที่มีไวรัสทำลายข้อมูลหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือการป้อน Trojan Horse เข้าไปในระบบเพื่อขโมยรหัสผ่านของผู้ใช้คอมพิวเตอร์สำหรับเพื่อเข้าไปลบ เปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อมูลหรือกระทำการใดๆ อันเป็นการรบกวนข้อมูล เป็นต้น

ความผิดตามมาตรา 9 นี้หมายถึงการกระทำอันเป็นการรบกวนข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ มีองค์ประกอบความผิด คือ

องค์ประกอบความผิดข้อที่หนึ่ง กระทำการอันเป็นการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมโดยมิชอบ องค์ประกอบข้อนี้ใช้ถ้อยคำซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 คือคำว่า “ทำให้เสียหาย” และ “ทำลาย” แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับการปลอมนั้น มาตรา 9 ไม่ได้ยกองค์ประกอบของความผิดฐานปลอมเอกสารมา แต่เขียนองค์ประกอบให้ชัดเจนว่าเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม ซึ่งเป็นคำสามัญที่เข้าใจได้และแน่นอนว่าต้องคงองค์ประกอบความผิดในเรื่อง “โดยมิชอบ” ไว้เสมอ เพราะมีกรณีจำนวนมากที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจและสิทธิที่จะเข้าไปแก้ไขข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้

องค์ประกอบความผิดข้อที่สอง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น ความหมายของ “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” อยู่ในนิยามศัพท์ และจะเป็นความผิดตามมาตรา 9 นี้ต้องเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น

องค์ประกอบความผิดข้อที่สาม เจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ความผิดตามมาตรา 9 มุ่งจะคุ้มครองความถูกต้องของข้อมูล (integrity) ความถูกต้องแท้จริง (authentication) และเสถียรภาพหรือความพร้อมในการใช้งานหรือการใช้ข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่บันทึกเก็บไว้บนสื่อคอมพิวเตอร์ได้อย่างเป็นปกติ

³⁵ เฟื่องอ้าง, น.13-14.

กล่าวโดยสรุป การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตในรูปแบบนี้ได้เข้าไปแก้ไข เปลี่ยนแปลงเพิ่มเติม ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยเป็นมิชอบจึงเป็นความผิดฐานเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบมาตรา 5 ความผิดฐานเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบมาตรา 7 และความผิดฐานแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบมาตรา 9

5.2 การส่งข้อมูลหลอกลวงจากเครื่องที่ถูกควบคุมไปยังเครื่องเป้าหมายเพื่อให้ทำการซื้อหรือขายหุ้นโดยอัตโนมัติ

สำหรับวงการซื้อขายหุ้นออนไลน์ผ่านอินเทอร์เน็ต ก็เริ่มมีการใช้ในตลาดหุ้นของสหรัฐอเมริกา ก่อนเป็นแห่งแรกเช่นกัน และเป็นที่แพร่หลายอย่างรวดเร็ว โดยมีลักษณะเป็นระบบเครือข่ายเชื่อมโยงข้อมูล หรือที่เรียกว่า ECN (Electronic Communication Network) ผ่านเครือข่ายของอินเทอร์เน็ต

ระบบดังกล่าวนี้ จะเป็นศูนย์กลางคล้ายกับตลาดหลักทรัพย์ในการจับคู่ (Matching) คำสั่งซื้อและคำสั่งขายหุ้นของนักลงทุนทั้งสองฝ่าย โดยหากมีหุ้นที่เหลือจากการจับคู่นี้ก็จะถูกส่งไปยังตลาดหลักทรัพย์กลางอีกทอดหนึ่ง ปัจจุบันนี้การซื้อขายผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในอเมริกามีถึงประมาณวันละ 575,000 รายการ คิดเป็น 30% ของปริมาณการซื้อขายโดยรวมทั้งหมด โดยมีบัญชีที่เปิดเพื่อการซื้อขายผ่านอินเทอร์เน็ตนี้แล้วถึง 7.3 ล้านบัญชี และในจำนวนนี้มีถึง 4.4 ล้านบัญชีที่เป็นของนักลงทุนรายย่อยทั่วไป

สาเหตุที่เป็นตัวขับเคลื่อนให้การซื้อขายผ่านอินเทอร์เน็ตได้รับความนิยมอย่างสูงโดยเฉพาะอย่างยิ่งในปี พ.ศ.2541 เป็นต้นมา เกิดจากส่วนต่างของค่าใช้จ่ายในการซื้อขาย หรือค่าคอมมิสชั่น (Commission Fee) ที่ถูกกว่าการซื้อขายหุ้นผ่านเทรดเดอร์ตามระบบปกตินั่นเอง³⁶

กรณีมีการปล่อยข่าวในลักษณะที่เป็นการปั่นหุ้น โดยการส่งข้อมูลหลอกลวงจากเครื่องที่ถูกควบคุมไปยังเครื่องเป้าหมายเพื่อให้ทำการซื้อหรือขายหุ้นโดยอัตโนมัติ กรณีเช่นนี้ผู้ส่งข้อมูลจากระบบคอมพิวเตอร์ หรือ Internet Server เพื่อหลอกลวงระบบคอมพิวเตอร์เป้าหมายให้ทำการสั่งซื้อหรือขายหุ้นโดยอัตโนมัติ ทำให้ผู้กระทำความผิดได้ไปซึ่งทรัพย์สินเป็นผลต่างจากการสั่งซื้อหรือขายหุ้น³⁷

³⁶ โชค ไพศาล , อ่างแล้ว เจริญฤทธิ์ 5 , น. 97-98.

³⁷ <http://www.crime-research.org/news>, อ่างแล้ว เจริญฤทธิ์ 7.

5.2.1 วิเคราะห์รูปแบบการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตตามหลักกฎหมายความผิดฐานฉ้อโกงของไทย

จากรูปแบบการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตกรณีนี้ผู้เขียนได้นำมาตรา 341 ประมวลกฎหมายอาญา มาวิเคราะห์ในแต่ละองค์ประกอบความผิดดังนี้

องค์ประกอบความผิดข้อที่หนึ่ง ผู้ใดกระทำการหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “ผู้ใด” โดยผู้ที่กระทำการหลอกลวงไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด วิธีการหนึ่งดังกล่าวจะต้องเป็นบุคคล และผู้ที่ถูกหลอกลวงจำเป็นต้องเป็นบุคคลเช่นเดียวกัน เนื่องจากบุคคลมีสถานะการรับรู้ทางจิตใจ ข้อพิจารณาที่ผู้เขียนได้จากการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตในกรณีนี้จะเห็นว่า การส่งข่าวในลักษณะที่เป็นการปั่นหุ้น(อันเป็นเท็จ)จะเกิดจากโปรแกรมที่ถูกติดตั้งไว้ในเครื่องให้บริการ (Server) นั้นมีการทำงานอย่างอัตโนมัติและโปรแกรมหักดังกล่าวเกิดจากการสร้างของบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ตาม หากไม่มีการสร้างโปรแกรมโดยบุคคล อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่เรียกว่าเครื่องให้บริการ (Server) ก็จะไม่สามารถทำการหลอกลวงต่อวัตถุแห่งการกระทำความผิดได้ (บุคคลหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์) ผู้เขียนเห็นว่าการหลอกลวงในกรณีนี้เป็นการกระทำโดยบุคคล

องค์ประกอบความผิดข้อที่สอง การหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งนั้น ต้องเป็นการหลอกลวงต่อผู้อื่นซึ่งเป็นบุคคลหรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งคือ บุคคลเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดนั้นเอง สำหรับในต่างประเทศการตัดสินคดีบางกรณีได้เผชิญกับปัญหาที่ถูกประยุกต์ใช้องค์ประกอบความผิดของการหลอกลวงเพื่อนำไปใช้กับการหลอกลวงเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ แนวทางปกติประเพณีในการให้คำจำกัดความของการหลอกลวงในแต่ละประเทศ เช่น ออสเตรเลีย เดนมาร์ก และเยอรมันตะวันตก ประเทศเหล่านี้ต้องการให้การหลอกลวงเกิดขึ้นกับบุคคล ส่วนประมวลกฎหมายอื่นๆ เช่น เบลเยียม และแคนาดา³⁸ สามารถยืดหยุ่นได้อย่างมาก บางคำวินิจฉัยของศาลให้ถือว่าเป็นวัตถุตามกฎหมายกฎหมายในเยอรมันตะวันตกถูกแก้ไขเมื่อปี 1986 กับการจัดใหม่โดยความต้องการที่ให้ “บุคคล” ที่เป็นผู้ถูกหลอกลวงออกไป คล้ายคลึงกับการแก้ไขประมวลกฎหมายของออสเตรียจัดให้ว่าการหลอกลวงต้องถูกแก้ไขเพราะว่าองค์ประกอบของความผิด “มันไม่ครอบคลุมถึงว่าจำเลยหลอกลวง

³⁸ Martin Wasik, *supranote* 9, pp.105

หรือพยายามที่จะหลอกลวงเครื่องจักร ข้อพิจารณาที่ผู้เขียนได้จากกรณีนี้จะเห็นว่า การแสดงข้อมูลการปั่นหุ้นอันเป็นเท็จไปยังเครื่องเป้าหมายทำให้เครื่องเป้าหมายทำการสั่งซื้อสั่งขายหุ้นโดยอัตโนมัติ จึงไม่เป็นการกระทำต่อบุคคล แต่เป็นการกระทำต่ออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเชื่อมต่อทางอินเทอร์เน็ต ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดในข้อนี้

องค์ประกอบความผิดข้อที่สาม ด้วยเจตนาของการกระทำความผิดทำให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม การได้ไปซึ่งทรัพย์สินจะต้องมีความสัมพันธ์กับการหลอกลวง กล่าวคือ การหลอกลวงเป็นเหตุให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม และการได้ไปซึ่งทรัพย์สินต้องเกิดจากการหลงเชื่อของบุคคล อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือเครื่องจักรไม่สามารถที่จะหลงเชื่อได้ แนวคิดของกฎหมายต่างประเทศ Arlidge และ Parry ได้ชี้ให้เห็นว่า มันเป็นข้อเสนอนั้นไม่เป็นเหตุเป็นผลที่ชัดเจนในตัวของมันเอง ในข้อที่ว่าคอมพิวเตอร์สามารถถูกหลอกลวงได้ ผลจากการตัดสินคดี MPCvCharles. ทำให้ทราบว่าเครื่องจักรไม่สามารถถูกหลอกและทำให้หลงเชื่อได้ในข้อเท็จจริงที่ได้กระทำกับมัน และมันไม่ได้ดูเหมือนว่าการยืดหยุ่นภาษาให้เกินกว่าที่จะพูดว่าเครื่องจักรเป็นสิ่งที่สามารถถูกชักนำไปในทางที่ผิดหรือถูกหลอกได้³⁹

โดยสิ่งที่ผู้กระทำความผิดในรูปแบบนี้ได้ไปนั้น เป็นการได้สร้างความเสียหายและได้ประโยชน์จากทรัพย์สิน กล่าวคือ หากกรณีนี้ที่ผู้ประสงค์กระทำความผิดเป็นบุคคลทั่วไปถือว่าเป็นการก่อความเสียหายให้แก่เจ้าของหุ้นที่ทำการซื้อขายนั้น ส่วนกรณีนี้ที่ผู้ประสงค์กระทำความผิดเป็นนายหน้าขายหุ้น ประโยชน์ที่ได้จากการกระทำความผิดกรณีนี้คือ ค่านายหน้าที่ได้รับสำหรับการสั่งซื้อสั่งขายหุ้น

กล่าวโดยสรุปการพิจารณาองค์ประกอบความผิดในข้อนี้ หากผู้ประสงค์ที่จะกระทำความผิดเป็นนายหน้าซื้อขายหุ้น จึงเป็นการได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากการกระทำความผิด อันเข้าองค์ประกอบความผิดในข้อที่สามนี้ ส่วนกรณีนี้ที่ผู้ประสงค์กระทำความผิดเป็นบุคคลทั่วไปนั้นเป็นการก่อความเสียหายแก่เจ้าของหุ้น จึงไม่เป็นการได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากการกระทำความผิด ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดข้อที่สามนี้

องค์ประกอบความผิดข้อที่สี่ เจตนาภายใน คือ เจตนาธรรมดาและมูลเหตุจูงใจโดยทุจริต ฉะนั้น หากครบองค์ประกอบความผิดทั้งสี่ประการจึงเป็นความผิดฐานฉ้อโกง ตามมาตรา 341 ประมวลกฎหมายอาญา หากขาดองค์ประกอบของความผิดในข้อใดข้อหนึ่ง จึงไม่มีความผิดตาม มาตรา 341 ประมวลกฎหมายอาญา

³⁹ Ibid, pp. 106-107

ผู้เขียนเห็นว่า การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตมักเกิดจากการกระทำของบุคคลโดยการติดตั้งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้คอมพิวเตอร์ทำงานตามที่ผู้กระทำความผิดต้องการ ในทางเทคนิคการหลอกลวงระหว่างอุปกรณ์ต่ออุปกรณ์นั้นเกิดขึ้นได้ สำหรับในทางกฎหมายแล้วสิ่งที่กฎหมายต้องการลงโทษคือบุคคล ฉะนั้นการหลอกลวงระหว่างอุปกรณ์ต่ออุปกรณ์ในความผิดรูปแบบนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส⁴⁰ และดร.จตุรวิทย์ ชลิดาพงศ์⁴¹ ได้ให้ความเห็นว่า การตั้งโปรแกรมให้คอมพิวเตอร์ปล่อยข่าวลวง น่าจะเป็นการกระทำโดยบุคคลเพราะบุคคลเป็นผู้ที่ตั้งโปรแกรมให้เครื่องทำตามที่ต้องการ ฉะนั้นจึงขาดองค์ประกอบความผิดในข้อที่สอง(ไม่เป็นการหลอกลวงต่อบุคคล) ไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกงตาม มาตรา 341 ประมวลกฎหมายอาญา

5.2.2 วิเคราะห์รูปแบบการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายอื่น

5.2.2.1 ความผิดฐานลักทรัพย์ มาตรา 334 ประมวลกฎหมายอาญา

จากการวิเคราะห์การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตรูปแบบการส่งข้อมูลหลอกลวงจากเครื่องที่ถูกควบคุมไปยังเครื่องเป้าหมายเพื่อให้ทำการซื้อหรือขายหุ้นโดยอัตโนมัติ ไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกง ตามมาตรา 341 ฉะนั้นผู้เขียนจึงนำความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 ประมวลกฎหมายอาญามาวิเคราะห์ในลำดับต่อไป

องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบความผิด “เอาไป” ทรัพย์นั้นจะต้องมีผู้ครอบครองอยู่ในขณะที่มีการแย่งการครอบครองโดยผู้ครอบครองอาจจะเป็นเจ้าของทรัพย์นั้นหรือเป็นบุคคลอื่นก็ได้⁴² และต้องมี

⁴⁰ ดูภาคผนวก จ บทสัมภาษณ์ ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส, เมื่อวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2551

⁴¹ ดูภาคผนวก ข บทสัมภาษณ์ ดร.จตุรวิทย์ ชลิดาพงศ์ เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551

⁴² การครอบครองมีความหมายอย่างเดียวกับสิทธิครอบครอง เพียงแต่ว่าเมื่อกล่าวในแง่สิทธิ ก็เรียกว่าสิทธิครอบครอง กิริยาที่ผู้ครอบครองกระทำต่อทรัพย์นั้นก็คือครอบครอง การกระทำของผู้ครอบครองเรียกว่าการครอบครอง สิทธิของผู้ครอบครองเรียกว่าสิทธิครอบครอง ดู

การแย่งการครอบครองในลักษณะตัดกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ ในลักษณะที่ทำให้กรรมสิทธิ์ของเจ้าของสูญเสียไป คือจะสูญ มิใช่สูญสิ้นไปทันทีที่ได้ลักหรือเอาทรัพย์สินไป ทั้งนี้ไม่ต้องคำนึงว่าจริงแล้ว เจ้าของทรัพย์สินจะขาดกรรมสิทธิ์หรือไม่ เพราะกรรมสิทธิ์จะขาดก็ต่อเมื่อทรัพย์สินนั้นถูกครอบครองปรับฏตามกำหนดเวลาที่บัญญัติไว้ใน ป.พ.พ.มาตรา 1383⁴³ นอกจากนี้ทรัพย์สินนั้นผู้ครอบครองมิได้ยินยอมให้เอาไป รวมถึงเกิดจากการข่มขู่จนผู้ครอบครองต้องส่งทรัพย์สินให้ด้วยความกลัว กรณีผู้กระทำความผิดได้โจมตีเข้าไปฝั่ง ไทโรจน์ หรือไวรัสในเครื่องให้บริการ(server) ของเครื่องเป้าหมายย่อมมีเจตนาโดยทุจริตที่จะกระทำความผิด ไทโรจน์จะเข้าไปควบคุมการทำงานของเครื่องตามคำสั่งของผู้เขียนโปรแกรม(ในที่นี้อาจเป็นผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่นก็ได้) และทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลงและเพิ่มเติมข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จซึ่งข้อความเหล่านั้นมีลักษณะเป็นการปั่นหุ้กลงไปในเครื่องให้บริการ(server)ทำให้ระบบคอมพิวเตอร์มีการประมวลผลที่ผิดพลาดโดยเข้าใจว่าหากราคาหุ้นลดลงก็จะมีผลการประมวลผลให้มีการสั่งซื้อโดยอัตโนมัติและราคาหุ้นเพิ่มขึ้นก็จะมีผลการประมวลผลให้มีการสั่งขายโดยอัตโนมัติ ในขณะที่กระทำความผิดยังไม่ได้มีการพาทรัพย์สินไป ผลโดยตรงจากการกระทำความผิดเพียงแต่ทำให้มีการสั่งซื้อสั่งขายหุ้นเท่านั้น สิ่งเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินที่สามารถเอาไปได้ถึงแม้ว่าผลสุดท้ายของการได้เงินค่านายหน้าในการซื้อขายหุ้นจะเป็นทรัพย์สินที่สามารถเอาไปได้ก็ตาม โดยผลของการได้เงินค่านายหน้าไม่ได้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลที่เกิดขึ้น จึงไม่เป็นองค์ประกอบความผิดในข้อนี้

องค์ประกอบความผิด “ทรัพย์สินของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย” ทรัพย์สินจึงต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างและเคลื่อนที่ได้จึงจะมีการเอาไป ฉะนั้นในที่นี้วัตถุนี้จะต้องเป็นประเภทสังหาริมทรัพย์ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5423/2541 ดินที่ได้จากการขุดยอมเปลี่ยนสภาพเป็นสังหาริมทรัพย์และผู้เสียหายไม่ได้มอบการครอบครองดินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ให้จำเลยครอบครอง ดินดังกล่าวจึงยังอยู่ในความครอบครองของผู้เสียหาย การที่จำเลยเอาดินดังกล่าวไปขายโดยทุจริต เป็นการแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นความผิดฐานลักทรัพย์

ทรัพย์สินขององค์ประกอบความผิดในข้อนี้ นอกจากนั้นต้องเป็นทรัพย์สินของผู้อื่นและเป็นทรัพย์สินที่มีเจ้าของกรรมสิทธิ์ และต้องไม่ใช่ทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของหรือเจ้าของเขาทิ้งแล้ว ส่วนทรัพย์สินที่ผู้อื่น

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: จีระการพิมพ์) น.42 อ้างจาก จิตติ ติงศภัทิย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, น.542-543 หัวข้อ 1193

⁴³ ดู จิตติ ติงศภัทิย์ บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2151/2529 น.1228

เป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย คือทรัพย์สินที่มีบุคคลหลายคนเป็นเจ้าของรวมกันได้นั้น เจ้าของรวมคนหนึ่งจึงอาจลักทรัพย์จากเจ้าของรวมคนอื่นได้ ดังนั้น ทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของรวมอาจเป็นวัตถุแห่งการลักได้ ถ้ามีการเอาไปจากการครอบครองของเจ้าของรวมคนอื่น การทำให้มีการส่งซื้อส่งขายหุ้นเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง จึงไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินที่จะสามารถเอาไปได้ในความผิดฐานลักทรัพย์ จึงขาดองค์ประกอบความผิดในข้อนี้

องค์ประกอบภายใน

1.เจตนาธรรมดา หมายถึง กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำของตนเป็นการ “เอาไป” และรู้ด้วยว่าวัตถุแห่งการกระทำเป็น “ทรัพย์สินของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย”

2.โดยทุจริต หมายถึง เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น เมื่อพิจารณาความหมายแล้ว ไม่น่าจะให้คำนิยามจำกัดเพียงว่าเป็นการแสวงหาประโยชน์เกี่ยวกับค่าในทางเศรษฐกิจของตัวทรัพย์สินเท่านั้น การแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินในลักษณะอื่นๆก็จะได้

สรุปได้ว่า การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตในรูปแบบนี้ขาดองค์ประกอบความผิดฐานลักทรัพย์ มาตรา 334 ประมวลกฎหมายอาญา

5.2.2.2 ความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550

เมื่อการกระทำความผิดในกรณีดังกล่าวไม่เป็นทั้งความผิดฐานฉ้อโกงและลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ผู้เขียนจึงนำความผิดตามพระราชบัญญัติมาวิเคราะห์ในลำดับต่อไป

การเข้าถึงในที่นี้หมายถึง การเข้าถึงทางกายภาพและ ยังหมายถึง การเข้าถึงโดยผ่านทางเครือข่ายสาธารณะ เช่น อินเทอร์เน็ต อันเป็นการเชื่อมโยงระหว่างเครือข่ายหลายๆเครือข่ายเข้าด้วยกัน และยังหมายถึง การเข้าถึงโดยผ่านระบบเครือข่ายเดียวกันด้วยก็ได้ เช่น ระบบ LAN นอกจากนี้การเข้าถึงจะเครื่องให้บริการ(server)เป้าหมายจะต้องมีมาตรการในการป้องกันการเข้าถึงซึ่งผู้กระทำความผิดได้เข้าถึงโดยไม่มีอำนาจ ดังนั้น การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ในกรณีนี้เป็นการเข้าถึงอันเป็นการเชื่อมโยงระหว่างเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยปกติเครื่องให้บริการ(server) ในการซื้อขายหุ้นมีความปลอดภัยค่อนข้างสูง จึงถือว่าการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยมิชอบ จึงถือว่าเป็นความผิดฐานเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ตามมาตรา 5 ส่วนการโจมตีด้วยโทรจันเข้าไปในเครื่องให้บริการ(server) ทำให้

คอมพิวเตอร์มีการประมวลผล จึงถือว่าเป็นการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ตาม มาตรา 7

การเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์และทำให้เสียหาย แก้ไข เพิ่มเติมข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยไม่มีอำนาจเริ่มตั้งแต่ การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ การเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์และทำการแก้ไข เพิ่มเติมข้อมูลคอมพิวเตอร์ จึงเป็นการกระทำโดยมิชอบ ฉะนั้นการโจมตีด้วยโทรจันทำให้โทรจันทำการแก้ไข เพิ่มเติมข้อมูลคอมพิวเตอร์ เป็นความผิดฐาน การทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ มาตรา 9

กรณีนี้ผู้เขียนสรุปได้ว่า การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ตในรูปแบบนี้ได้เข้าไปแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยเป็นมิชอบจึงเป็นความผิดฐานเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบมาตรา 5 ความผิดฐานเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบมาตรา 7 และความผิดฐานแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบมาตรา 9