

แนวคิดในเรื่องทรัพย์สินหายในต่างประเทศ

งานบทนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงแนวคิด รวมทั้งบทบัญญัติทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทรัพย์สินหายที่มีอยู่ในต่างประเทศ โดยจะทำการศึกษาดังโครงสร้างความคิดอาญา รวมทั้งวิวัฒนาการทางกฎหมายในเรื่องทรัพย์สินหายทั้งของประเทศที่ใช้กฎหมายซีวิลลอว์ และคอมมอนลอว์ ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

3.1 แนวคิดในเรื่องทรัพย์สินหายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์นี้มีที่มาจากจารีตประเพณี ซึ่งได้วิวัฒนาการเจริญเติบโตและผูกพันขึ้นมาตามแนวทางในทางประวัติศาสตร์ ประกอบกับการยึดถือหลัก precedent ซึ่งถือกันว่าเมื่อมีคดีเกิดขึ้นและศาลได้วินิจฉัยไปแล้ว คดีพิพากษาของศาลนั้นย่อมถือเป็นบรรทัดฐานของศาลในเวลาต่อมาสำหรับคดีที่มีประเด็นเดียวกัน หลักกฎหมายในระบบนี้จึงเกิดจากการพิจารณาเรื่องเฉพาะเรื่องมาสู่หลักเกณฑ์ทั่วไพบที่ยึดถือเป็นกฎหมายในที่สุด¹ จึงมีผลให้นักกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นนักปฏิบัติเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งโดยปกติแล้วไม่นิยมวางทฤษฎี² แม้กระนั้นก็ตาม การพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาระบบกฎหมายนี้ก็สามารรถพิจารณาให้เป็นระบบเดียวกันได้ ดังนี้

¹หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 6-7.

การพิจารณาจากเรื่องเฉพาะเรื่องมาสู่หลักเกณฑ์ทั่วไพบนี้เรียกว่า induction ซึ่งเป็นวิธีเฉพาะของระบบกฎหมายนี้ ในขณะที่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้นจะใช้วิธี deduction คือ พิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายซึ่งเป็นหลักทั่วไปมาจับรับกับคดีเฉพาะเรื่องเป็นเรื่อง ๆ ไป

²คณิต ๓ นคร, "โครงสร้างความคิดอาญา และข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2529); 207.²

3.1.1 การพิจารณาความรับผิดทางอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ตามแนวคิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นี้ ความผิดอาญาประกอบด้วยส่วน
สาระสำคัญ 2 ส่วน ดังนี้

(1) *actus reus* เป็นส่วนขององค์ประกอบภายนอกของความผิดทาง
อาญา หมายถึงการกระทำอันเป็นการละเมิดในสิ่งที่กฎหมายห้าม หรือเป็นการกระทำในสิ่งที่ผิด
กฎหมาย

(2) *mens rea* เป็นส่วนขององค์ประกอบภายในของความผิดทางอาญา
ซึ่งพิจารณาเอาจากสภาวะจิตใจของผู้กระทำ สืบเนื่องมาจากแนวคิดหลักที่ว่าบุคคลผู้กระทำ
ความผิดมีเจตจำนงอิสระ (*liberty of will*)³ ในการที่จะตัดสินใจเลือกกระทำหรือไม่
กระทำ ความผิดอาญาฐานนั้นก็ได้ ฉะนั้นเมื่อผู้กระทำใช้เจตจำนงอิสระของตนเลือกกระทำ ความ
ผิดซึ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่นก็เท่ากับเป็นเรื่องที่ตักหนิเขาได้ เขาจึงต้องรับผิดชอบใน
การกระทำที่เขาเลือกกระทำนั้น ๆ ด้วย อนึ่ง *mens rea* จะต้องมีอยู่ก่อนหรือในขณะที่ได้
กระทำการอันเป็นผิดกฎหมายนั้น ๆ หรืออย่างน้อยที่สุดจะต้องเกิดขึ้นพร้อมกันกับการกระทำอัน
เป็น *actus reus* ดังกล่าว⁴

สาระสำคัญอันเป็นส่วนประกอบทั้ง 2 นี้จะต้องมีอยู่ด้วยกันในความผิดอาญา
ทุกฐานความผิดบุคคลผู้กระทำนั้นจึงจะต้องรับผิด⁵ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักที่ว่า *actus non facit
reum nisi mens sit rea* (An act does not make a man guilty of a crime,

³Jerome Hall, General Principle of Criminal Law, 2d ed.
(London : The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1960), p.82.

⁴Rollin M. Perkins, Criminal law, 2d ed. (New York :
The Foundation Press Inc., 1969), p.834.

⁵"The *actus reus* is essential to crime but is not sufficient
for this purpose without the necessary *mens rea* just as *mens rea* is
essential to crime but is insufficient without the necessary *actus
reus*." see *Ibid.*, p.742.

unless his mind be also guilty) คือการกระทำจะไม่ก่อให้เกิดเป็นความผิดเว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นมีเจตนากระทำความคิด

3.1.2 ความเป็นมาของความคิดอาชญาฐานลักทรัพย์ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ความคิดฐานลักทรัพย์ตามระบบกฎหมายนี้จัดเป็นความคิดคอมมอนลอว์โดยแท้เกี่ยวกับทรัพย์ที่เก่าแก่ที่สุดความคิดหนึ่ง แม้ปัจจุบันจะมีการเรียบเรียงหลักคอมมอนลอว์โดยแท้เหล่านี้ออกมาเป็นลายลักษณ์อักษร มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ใหม่ ๆ โดยฝ่ายนิติบัญญัติเข้าป็นความคิดฐานนี้ และในบางประเทศถึงกับรวบเอาความคิดฐานลักทรัพย์เข้าป็นรวมกับความคิดเกี่ยวกับทรัพย์อื่น ๆ เช่น ความคิดฐานยักยอก ฐานฉ้อโกง ออกมาเป็นความคิดที่กระทำต่อทรัพย์กว้าง ๆ ความคิดเดียว โดยมีได้มีการแบ่งแยกเป็นความคิดเฉพาะฐานความคิดเช่นเดิม และเนื่องจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นระบบกฎหมายที่แรกเริ่มมีขึ้นในประเทศอังกฤษ ประกอบกับลักษณะอนุรักษนิยมของชนชาวอังกฤษเองซึ่งไม่นิยมความเปลี่ยนแปลงที่รีบร้อน จึงทำให้ระบบกฎหมายนี้มีพื้นฐานผูกพันอยู่กับประวัติความเป็นมาแต่ดั้งเดิมของอังกฤษอย่างแน่นแฟ้นด้วยเหตุนี้การจะศึกษาและทำความเข้าใจระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้อย่างถ่องแท้จึงต้องเข้าใจพื้นฐานพัฒนาการทางประวัติศาสตร์อันยาวนานของประเทศอังกฤษควบคู่ไปด้วย⁶

ในปัจจุบันการกระทำอันเป็นความคิดอาชญาฐานลักทรัพย์ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นี้มีปรากฏให้เห็นเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ใน The Theft Act ของประเทศอังกฤษ หรือใน Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ซึ่งในบทบัญญัติกฎหมายที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรเหล่านี้ ล้วนแล้วแต่ประกอบไปด้วยกฎหมายที่วิวัฒนาการมาจากแหล่งที่มาของกฎหมายสำคัญ ๆ 2 แหล่งด้วยกัน คือ

(ก) ตามหลักคอมมอนลอว์โดยแท้ และ

(ข) ตามหลักพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติในภายหลัง

⁶ สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ (กรุงเทพมหานคร: บริษัทประยูรวงศ์ จำกัด, 2531), หน้า.1

ดังนั้นในการพิจารณาเพื่อทำความเข้าใจวิวัฒนาการของความผิดฐาน
ลักทรัพย์จะแยกพิจารณาตามแหล่งที่มาทั้งสองดังกล่าวข้างต้นตามลำดับ

(ก) วิวัฒนาการของความผิดฐานลักทรัพย์ตามหลักคอมมอนลอว์โดยแท้
ประเทศอังกฤษในยุคแรกถูกปกครองโดยพวก Anglo-Saxon ซึ่ง
ประกอบด้วยหลายชนเผ่าที่ใช้ภาษาแตกต่างกันมาอยู่รวมกันเป็นชุมชน ทำให้ผู้ปกครองในยุคนั้น
จำต้องปล่อยให้แต่ละชนเผ่าปกครองตนเองโดยองค์การปกครองท้องถิ่นที่ชักกฎหมายจารีต
ประเพณี (customary law) เฉพาะท้องถิ่นของตนมาบังคับ⁷ ถึงกระนั้นก็ตามคนในแต่ละท้องถิ่น
ก็สามารถเข้าใจตรงกันในการกระทำอันเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ทั้งนี้เพราะความผิดฐาน
ลักทรัพย์เป็นความผิดในตัวเอง (mala in se)⁸ มีพื้นฐานมาจากสามัญสำนึกหรือความรู้สึก
ผิดชอบชั่วดีที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลานาน เพื่อการอยู่ร่วมกันของคนใน
ทุกชุมชนอย่างสุขสงบ ความผิดฐานลักทรัพย์จึงเป็นเรื่องที่ทุกสังคมยอมรับว่าเป็นการกระทำที่
ต้องห้ามและขัดต่อความรู้สึกทางศีลธรรมของคนในสังคม

หลักกฎหมายจารีตประเพณีในยุคแรกนี้เน้นห้ามบุรุษในสังคมต้องรับ
ผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นมาจากความชั่วร้ายอันเนื่องมาจากการกระทำที่เห็นได้อย่างชัดแจ้ง ซึ่งเขา
ได้กระทำต่อมนุษย์ร่วมสังคมเดียวกัน⁹ การพิจารณาความรับผิดทางอาญาจะดูเฉพาะผลที่เกิดขึ้น
ภายนอกเรียกว่า objective criminal liability ซึ่งเป็นแนวคิดพื้นฐานในการพิจารณา
ความผิดฐานลักทรัพย์ที่เกิดขึ้นในยุคนี้ด้วย สภาพสังคมในยุคนี้ยังมิได้มีการแยกความผิดทาง
อาญาและทางแพ่งออกจากกัน ความเสียหายที่เกิดขึ้นถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของผู้เสียหายหรือ

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

⁸ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร:
โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 12.

⁹ Sir F. Pollock and F.W. Maitland, The History of English
Law : before the time of Edward I, 2nd ed., 2 vols. (Cambridge:
Cambridge University Press, 1952), 2:470.

ญาติของผู้นั้นจะจัดการเอาแก่ผู้กระทำผิดหรือญาติของผู้กระทำผิดนั้นกันเอาเอง ทั้งนี้เนื่องมาจากองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่อำนวยความสะดวกยังมีประสิทธิภาพมากนัก ขาดมาตรการที่จะติดตามหาตัวผู้กระทำผิดที่แท้จริงมาลงโทษ แม้เมื่อรู้ว่าผู้ใดเป็นผู้กระทำผิดก็ยังไม่มีความต้องการที่จะบังคับให้ผู้นั้นแสดงตนออกมาเพื่อรับโทษ จึงเอื้ออำนวยให้คนในชุมชนนั้น ๆ ต้องช่วยตนเอง (self-help)¹⁰ โดยทั้งสองฝ่ายจะทำความตกลงกันเอาเอง ครั้นเวลาผ่านไปนานเข้าองค์กรของรัฐซึ่งเคยอ่อนแอก็เริ่มมีประสิทธิภาพมากขึ้นเป็นที่ยอมรับในสังคมทั่วไป จึงได้เข้ามามีบทบาทในการไกล่เกลี่ยในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงจะใช้ทรัพย์สินทดแทนความผิดที่ได้ก่อความเสียหายขึ้น และในกรณีนี้นอกจากฝ่ายที่ก่อความเสียหายจะต้องชดเชยทรัพย์สินให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ยังต้องเสียค่าใช้จ่ายให้แก่องค์กรของรัฐที่ได้เข้ามาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยนี้ด้วยซึ่งจะพัฒนาไปเป็นค่าปรับในเวลาต่อมา

ต่อมาได้เกิดหลัก *furtum manifestum* ขึ้นโดยอาศัยแนวคิด objective criminal liability เป็นพื้นฐาน ประกอบกับสภาพแวดล้อมทั่วไปของสังคมดังที่กล่าวมาได้เป็นปัจจัยในการกำหนดเนื้อหาสาระของหลัก *furtum manifestum*¹¹ ซึ่งเป็นที่เข้าใจว่ามีอยู่ในท้องถิ่นเวลานั้นว่าต้องประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 2 ประการคือ

1. ผู้กระทำผิดต้องก้าวล่วงเข้าไปยังแดนต้องห้ามที่มีผู้อื่นยึดถือครอบครองอยู่ และ
2. ผู้กระทำผิดกระทำการอันเป็นการลักทรัพย์ของผู้อื่นไปในดินแดนที่ห้ามข้างต้นซึ่งตนได้ก้าวล่วงเข้าไปและถูกผู้อื่นจับได้ในขณะกำลังกระทำการในดินแดนต้องห้ามดังกล่าว

หลัก *furtum manifestum* ซึ่งผู้กระทำผิดต้องก้าวล่วงเข้าไปกระทำการลักทรัพย์ในดินแดนต้องห้ามที่มีผู้อื่นยึดถือครอบครองอยู่เช่นนี้ ได้วิวัฒนาการมาเป็นรากฐานที่สำคัญของการกระทำอันเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ในปัจจุบันที่จะต้องเป็นการเอาทรัพย์สิน

¹⁰Ibid., 2:496-497.

¹¹George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, 2nd ed. (Boston:Little, Brown and Company Limited, 1978), p. 79-80.

นั้นไปจากความครอบครอง หรือทำร้ายความครอบครองของบุคคลอื่นในเวลาต่อมา¹²

การพิจารณาความผิดอาญาฐานลักทรัพย์ตามหลักคอมมอนลอว์โดยแท้
ในยุคแรก ก็ยังคงสืบทอดมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีในสมัยแองโกล-แซกซอน คือ หลัก
furtum manifestum เป็นสำคัญ กล่าวคือ พิจารณาตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น¹³ ถ้าข้อเท็จจริง
ปรากฏว่าผู้กระทำถูกจับได้ในขณะกำลังกระทำความผิดฐานลักทรัพย์โดยก้าวล่วงเข้ามาใน
ดินแดนที่คนหวงห้ามเอาไว้เช่นนี้ ผู้ที่เสียหายซึ่งยึดครองดินแดนที่หวงห้ามอยู่มีสิทธิตอบโต้
ผู้กระทำการเช่นนี้ถึงตายได้โดยไม่ต้องนำผู้กระทำผิดดังกล่าวมาฟ้องร้องหรือผ่านกระบวนการ
พิจารณาในทางศาลแต่อย่างใด เพราะได้ความแน่ชัดแล้วว่าเป็นผู้กระทำผิดจริงตามหลัก
furtum manifestum นั้นเอง และถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ต้องสงสัยไม่ได้ถูกจับในขณะ
กระทำ แต่ถูกจับได้พร้อมกับทรัพย์ที่ถูกลักเอาไว้ในครอบครอง เพียงเท่านั้นยังไม่อาจบอกได้
ว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำผิดจริง จึงต้องนำตัวผู้ต้องสงสัยดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในชั้นศาล
เพื่อสืบหาความจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งผู้กระทำจะต้องรับโทษแตกต่างกันไปตามลักษณะคุณค่าและสภาพ
ทรัพย์ที่ถูกลักเอาไว้ การพิจารณาความรับผิดชอบนี้ยังคงดูเฉพาะส่วนที่เป็นภาวะวิสัย
(objective) มุ่งคำนึงถึงความเสียหายและการชดเชยเป็นสำคัญ¹⁴ ซึ่งต่อมาในคริสต์
ศตวรรษที่ 13 แนวคิดเกี่ยวกับการแก้แค้นทดแทนและการช่วยตนเองที่มีอยู่ในสมัยแองโกล-

¹²William F. Walsh, Outlines of the History of English and American Law (New York:New York University Press, 1926), p.377.

¹³Sir F. Pollock and F.W. Maitland, The History of English Law: before the time of Edward I, 2:495.

¹⁴"แม้ว่าการพิจารณาความผิดในสมัยนั้นจะดูส่วนที่เป็นภาวะวิสัย (objective) เป็นสำคัญ แต่ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีการลงโทษคนที่เป็นเด็กหรือคนวิกลจริต เพราะฉะนั้นความคิดที่ว่ากฎหมายอาญาในระยะแรกลงโทษบุคคลโดยไม่มีคำนึงถึงจิตใจเลยจึงไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น... เพียงแต่ไม่ได้มุ่งประเด็็นเจตนาเท่านั้น" อู แสง บุญเฉลิมวิภาส, "ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 28-29.

แขกชนเริ่มหมดความสำคัญลงไป และหมดไปอย่างเด็ดขาดเมื่อมีการประกาศพระราชบัญญัติ Magna Carta (1215) ซึ่งได้บัญญัติห้ามการลงโทษโดยไม่มี การผ่านกระบวนการพิจารณาทางศาล ยุติธรรมเสียก่อน

ครั้นเมื่อศาสนาได้เข้ามามีบทบาทในสังคม แนวคิดเกี่ยวกับการเน้นในเรื่องสภาวะจิตใจที่ชั่วร้ายเป็นที่รู้จักกันดีในคริสต์ทั้งหลายของศาสนานี้ในเวลาต่อมา จากอิทธิพลของศาสนาทำให้การพิจารณาความผิดอาชญาฐานลักทรัพย์ เปลี่ยนจุดพิจารณาทางภาวะวิสัย จากเดิมมาเป็นการเน้นในเรื่องของจิตใจให้เห็นชัดขึ้น ข้อสันนิษฐานในกฎหมายบางบทก็พุ่งเล็งถึงความประสงค์ร้ายของจิตใจประกอบกับลักษณะภายนอกที่น่าจะเกิดอันตรายมากกว่าการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายกันจริง ๆ เสียอีก ดังเช่นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลนั้นเป็นโจรถ้าเพียงแต่เขาเดินอยู่ในป่าโดยไม่ให้รู้มาที่เสียง หรือไม่เปิดไฟถือตะเกียงมาด้วย เป็นต้น¹⁵ เพราะพุ่งเล็งความประสงค์ร้ายในจิตใจของผู้ที่ไม่ยอมเดินบนถนนประกอบกับลักษณะภายนอกที่น่าจะเกิดอันตรายแก่ผู้คนที่ทำการค้าและสัญจรไปมาซึ่งถ้าคนที่เดินในป่า เช่นนี้ไม่อาจพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองได้ ก็ต้องรับผิดฐานเป็นโจรทั้งที่ตนยังไม่ได้กระทำการอื่นอีกที่จะก่อความเสียหายให้เลย นอกจากนี้อิทธิพลของศาสนายังส่งผลโดยตรงต่อหลักความรับผิดชอบกฎหมายทั่วไปในเวลานั้นว่า มนุษย์ต้องรับผิดชอบการกระทำของตนอันเนื่องมาจากจิตใจที่ชั่วร้ายก่อให้เกิดบาปทั้งในทางศาสนาและในทางบ้านเมืองจึงต้องลงโทษ ดังภาษิตกฎหมายที่ว่า *reum non facit nisi mens rea* ซึ่งจะกลายเป็นหลักการวิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญาในเวลานั้นมาจนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้ว่าจะต้องวิเคราะห์จากองค์ประกอบ 2 ส่วนด้วยกันคือ ส่วนที่เป็นการกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอกที่ผิดกฎหมายที่เรียกว่า *actus reus* และส่วนของภายในจิตใจที่ชั่วร้ายมุ่งก่อให้เกิดการกระทำของผู้กระทำหรือ *mens rea* ซึ่งแม้ในสมัยนั้นจะมุ่งเน้นประเด็นในส่วนภายในจิตใจของผู้กระทำดังกล่าวข้างต้น แต่ก็ค่อย ๆ ผ่อนคลายไปเมื่อสภาพของสังคมพัฒนาแยกตัวออกจากอิทธิพลของศาสนานี้ในเวลาต่อมาได้สำเร็จ

¹⁵Sir James Fitzjames Stephen, A History of the Criminal Law of England, 3 vols, (London:Macmilan and Co., 1883), 3:129.

ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 15 ในสมัยพระเจ้า Edward IV ศาล
ในสมัยนั้นได้ตัดสินว่าวางหลักให้การเอาทรัพย์สินไปโดยมิชอบจะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้หรือ
ไม่ขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้กระทำนั้น ๆ¹⁶ ว่ามุ่งที่จะเอาทรัพย์สินไปเป็นของตนโดยเห็นขาดถาวร
หรือไม่ ดังนั้นการเอาทรัพย์สินไปชั่วคราวจึงไม่เคยปรากฏเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ในระบบ
คอมมอนลอว์นี้เลย

ต่อมาเมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไป ความเจริญในด้านการประดิษฐ์
และหัตถกรรมได้ก่อให้เกิดการขยายตัวทางด้านการค้าและธุรกิจมากยิ่งขึ้น การเปลี่ยนรูปแบบ
การผลิตจากสังคมเกษตรกรรมเดิมที่คนต้องผูกพันอยู่กับที่ดินในระบบพิวตัล มาเป็นสังคม
อุตสาหกรรมและการค้าที่ไม่จำเป็นต้องผูกพันอยู่กับที่ดินกันอีกต่อไป ทำให้ระบบการปกครองในลักษณะ
การถือครองที่ดินระบบพิวตัลต้องเสื่อมสลายลงในที่สุด การเกิดชนชั้นกลางอันเนื่องมาจากการ
สะสมทรัพย์สินที่ได้จากการเดินทางไปทำการค้าต่างเมืองทำให้เกิดความต้องการที่จะได้รับความ
คุ้มครองทางด้านทรัพย์สินมีมากตามไปด้วย ดังนั้นวัตถุประสงค์ของความผิดอาญาฐานลักทรัพย์
เริ่มเปลี่ยนจากความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองตัวทรัพย์สินและผู้ที่เป็นเจ้าของหรือผู้ที่ยึดถือครอบครอง
ทรัพย์สินนั้นเป็นสำคัญ¹⁷ จากหลักกฎหมายเดิมที่ศาลคอมมอนลอว์ได้วางเป็นบรรทัดฐานไว้ คือ
การกระทำอันจะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำก้าวล่วงเข้าไปในความยึดถือ
ครอบครองของผู้อื่นซึ่งเป็นแดนต้องห้ามแล้วกระทำการเอาทรัพย์สินที่อยู่ในแดนต้องห้ามดังกล่าวไป
จากความครอบครองของผู้อื่นนั้นหรือเป็นการเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปจากความครอบครองของผู้อื่น
โดยเจตนาลักตัดแยกเอาทรัพย์สินไปจากเจ้าของโดยมิชอบศาลคอมมอนลอว์ก็ได้ขยายแนวคิดเกี่ยว
กับ "การเอาไปจากความครอบครองของผู้อื่นโดยมิชอบ" ให้ครอบคลุมสถานการณ์ 3 ประการ
ดังต่อไปนี้ คือ

¹⁶William F. Walsh, Outlines of the History of English and American Law, p.377.

¹⁷เราจะเห็นวิวัฒนาการของการเปลี่ยนแปลงจุดมุ่งหมาย เช่นว่านี้ได้อย่างชัดเจน
ในภายหลังเมื่อมีการบัญญัติให้การกระทำในลักษณะยกยอกและฉ้อโกงซึ่งแต่เดิมตามหลัก
คอมมอนลอว์ไม่เคยเป็นความผิดอาญามาก่อนกลับต้องเป็นความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติ

1. กรณีผู้รับมอบทรัพย์สินที่ได้รับมอบหมายโดยแท้จริง และชอบด้วยกฎหมายจากเจ้าของทรัพย์สินและเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าวแต่จะให้ครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้ชั่วคราว (bailee) เช่น ผู้รับฝากทรัพย์สิน นายคลังสินค้า หรือผู้ขนส่ง เป็นต้น ถ้าเจ้าของทรัพย์สินได้มอบหมายให้ไปโดยปกติต้องถือว่าทรัพย์สินนั้นอยู่ในความครอบครองของผู้รับมอบทรัพย์สิน (bailee) จึงไม่อาจกระทำการเอาทรัพย์สินนั้นไปจากความครอบครองของผู้อื่นโดยมิชอบอันจะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้ เพราะไม่มีแผนต้องห้ามที่ผู้รับมอบทรัพย์สิน เช่นว่านี้จะก้าวล่วงไปได้ แม้ว่าผู้รับมอบทรัพย์สินจะกระทำการเอาทรัพย์สินนั้นไปก็ไม่อาจเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้ ประกอบกับประเทศอังกฤษกำลังเจริญทางด้านการค้า การขนส่งสินค้าในระหว่างต่างเมืองที่วิวัฒนาการเป็นจำนวนมาก ศาลคอมมอนลอว์จึงเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องให้หลักประกันทรัพย์สินแก่พ่อค้าผู้มอบหมายทรัพย์สิน จึงได้ขยายหลักการเอาทรัพย์สินไปจากความครอบครองของผู้อื่นโดยมิชอบให้ครอบคลุมถึงกรณีผู้รับมอบทรัพย์สินดังกล่าวเอาทรัพย์สินซึ่งบรรจุอยู่ในหีบห่อที่ตนได้รับมอบหมายนั้นไป โดยเปิดทำลายหีบห่อทรัพย์สินนั้นเสียก่อน (bailee of property breaking bale)¹⁸ ดังนั้นถ้าไม่มีการเปิดทำลายหีบห่อทรัพย์สินดังกล่าวแม้ว่า bailee จะได้กระทำการเอาทรัพย์สินนั้นไปก็ไม่ถือว่าเป็นการเอาไปจากความครอบครองของเจ้าของทรัพย์สิน จึงไม่อาจเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ที่เรียกว่า larceny by bailee ได้

2. ศาลคอมมอนลอว์ได้สร้างหลักการครอบครองตามกฎหมาย (constructive possession) ขึ้นมาเพื่อเป็นการขยายขอบเขตของการเอาทรัพย์สินไปจากความครอบครองของผู้อื่นโดยมิชอบในกรณีบุคคลบางประเภทที่แม้จะไม่มีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นตามความเป็นจริง (physical control) แต่ศาลคอมมอนลอว์ก็ยังคงยอมรับให้บุคคลประเภทนี้ยังคงมีความครอบครองเหนือทรัพย์สินนั้นอยู่ตามกฎหมายในขณะที่ผู้ที่ยึดถือมีอำนาจเหนือทรัพย์สินตามความเป็นจริงกฎหมายคอมมอนลอว์กลับถือว่าบุคคลนี้มิได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นเป็นแต่เพียงผู้ยึดถือทรัพย์สิน (custody) เท่านั้น ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

¹⁸William F. Walsh, Outlines of the History of English and American Law, p.378.

(1) กรณีนายจ้างมอบทรัพย์สินให้แก่ลูกจ้างไปจัดการแทนตน ถือว่าการครอบครองตามกฎหมายยังคงอยู่ที่นายจ้าง แม้ว่านายจ้างจะไม่มีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นอยู่ตามความเป็นจริง ถ้าลูกจ้างผู้นั้นเอาทรัพย์สินของนายจ้างไปก็ต้องถือว่ามี การกระทำความผิดเป็นการแย่งเอาไปโดยมิชอบจากการครอบครองตามกฎหมายของนายจ้างแล้ว¹⁹ เกิดเป็นกรณี larceny by servant แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าลูกจ้างจะไม่มีอำนาจเหนือทรัพย์สินตามความเป็นจริงขึ้นต่อผู้่อานาจครอบครองตามกฎหมายของนายจ้างได้ แต่หากยกขึ้นยันกับบุคคลอื่นถือได้ว่าลูกจ้างมีการครอบครองทรัพย์สินนั้นได้²⁰

¹⁹กรณีลูกจ้างลักทรัพย์สินของนายจ้างนี้ตามหลักคอมมอนลอว์เดิมไม่เคยถือว่าทำกันไว้ เพราะลูกจ้างอ้างหลัก possessorial immunity ขึ้นมาว่าตนเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินอยู่ตามความเป็นจริงจึงไม่อาจเป็นผู้ก้าวล่วงเข้าไปทำร้ายการครอบครองของตนเองได้ จึงไม่ต้องรับผิด แต่วิวัฒนาการเกี่ยวกับการครอบครองของนายจ้างและลูกจ้างในทางคอมมอนลอว์เริ่มจะค่อย ๆ คลี่คลายไปเป็นขั้นตอนอย่างต่อเนื่อง เริ่มจากลูกจ้างจะผิดฐานลักทรัพย์สินของนายจ้างได้ต้องเป็นกรณีที่ลูกจ้างลักทรัพย์สินของนายจ้างในบริเวณเขตอำนาจที่นายจ้างปกครองอยู่ เช่น ในบ้านหรือที่ทำงานของนายจ้าง ต่อมาศาลก็ขยายไปถึงกรณีลูกจ้างซึ่งแต่เดิมเป็นลูกจ้างในบ้านให้ครอบคลุมไปถึงลูกจ้างในสำนักงานประกอบธุรกิจ หรือธนาคาร เป็นต้น และยังได้ขยายออกไปถึงกรณีที่ลูกจ้างได้รับมอบหมายให้ออกไปประกอบกิจการแทนนายจ้างตามคำสั่งของนายจ้างนอกสถานที่ดังกล่าวด้วย กรณีเหล่านี้ศาลคอมมอนลอว์ถือว่าลูกจ้างมีเพียงความยึดถือ (custody) ในขณะที่นายจ้างมีความครอบครองตามกฎหมาย ดู Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Handbook of Criminal Law (St. Paul, Minn.:West Publishing Co., 1972), p.619.

²⁰J.C. Smith and Brain Hogen, Criminal Law, 6th ed. (London:Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1988), p.676.

(2) กรณีที่เจ้าของทรัพย์สินที่ทรัพย์สินตกหายหรือวางลืมทิ้งไว้ (lost property or mislaid property) แม้ว่าเจ้าของทรัพย์สินจะไม่มีอำนาจปกครองเหนือทรัพย์สินอย่างแท้จริงแล้วก็ตาม แต่ศาลคอมมอนลอว์ก็ยังถือว่าเจ้าของทรัพย์สินยังคงมีการครอบครองตามกฎหมายอยู่ ดังนั้นหากผู้ใดไปพบทรัพย์สินดังกล่าวและเก็บเอาทรัพย์สิน เช่นว่านั้นไปขโมยถือเสมือนว่าเป็นการเอาไปโดยมิชอบจากการครอบครองของเจ้าของทรัพย์สิน ขโมยถือว่าทำผิด larceny by finder แล้ว

(3) กรณีที่เจ้าของทรัพย์สินส่งมอบทรัพย์สินของตนให้กับผู้อื่นเพื่อการใดการหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงซึ่งตนเองก็ยังคงอยู่ ณ ที่นั้นด้วย เช่น เจ้าของนาฬิกามอบนาฬิกาให้แก่เจ้าของร้านนาฬิกาเพื่อประเมินราคาเป็นต้น กรณีนี้ยังคงถือว่าเจ้าของนาฬิกายังมีการครอบครองตามกฎหมายอยู่

3. กรณีที่ผู้ครอบครองส่งมอบการยึดถือครอบครองของตนไปให้บุคคลอื่นโดยถูกหลอกลวง (a possessor of property is induced by lies of give up his possession)²¹ ซึ่งต่อไปจะพัฒนาไปเป็นความผิดฐานลักทรัพย์โดยใช้อกลบายของอังกฤษ (larceny by trick)

การขยายหลักความผิดอาชญาฐานลักทรัพย์ของศาลคอมมอนลอว์ดังกล่าวข้างต้นกินระยะเวลาในวิวัฒนาการแต่ละขั้นตอน ครั้นถึงตอนกลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมาเราจะพบว่าศาลคอมมอนลอว์ไม่พยายามที่จะขยายขอบเขตของความรับผิดฐานลักทรัพย์ออกไปอีก และดูเหมือนจะหยุดนิ่งอยู่กับที่ ไม่มีการเคลื่อนไหวใด ๆ อันจะเป็นการสร้างความผิดอาญาตามหลักคอมมอนลอว์ขึ้นมาอีก แม้แต่นักวิชาการของอังกฤษในสมัยนั้นก็ยังคงยอมรับว่าเป็นยุคที่การสร้างความผิดอาญาตามหลักคอมมอนลอว์โดยแท้จบสิ้นลงแล้ว²² ที่เป็นเช่นนี้

²¹Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Handbook of Criminal Law, p. 627.

²²"About the middle of nineteenth century the process of creating new crimes almost came to a standstill in England, and the foremost English criminal law commentator of the time predicted that the era of new common law crimes was over." see Ibid., p.59.

เข้าใจว่าเนื่องจากสาเหตุสำคัญ 2 ประการด้วยกัน²³ กล่าวคือ

1. ความรู้สึกภายในศาลคอมมอนลอว์เองซึ่งมาจากสาเหตุสำคัญ 2 ประการคือ

(1) ความรู้สึกว่าความคิดอาญาตามคอมมอนลอว์ที่ซึ่กันอยู่ในขณะนั้นราว ๆ ช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18 ออกจะเข้มงวดรุนแรงเกินไปกล่าวคือ ความคิดอาญาแทบทุกความคิดผู้กระทำจะต้องรับโทษถึงประหารชีวิตแทบทั้งสิ้น กรณีความคิดฐานลักทรัพย์นี้ก็เช่นกันผู้กระทำอาจต้องถูกประหารชีวิตถ้าปรากฏว่าทรัพย์ที่ลักไปนั้นมีค่ามากกว่า 12 pence ซึ่งจัดเป็นมูลค่าที่น้อยมากในสมัยนั้น ความรู้สึกคัดค้านต่อโทษที่รุนแรงดังกล่าวไม่เพียงแต่จะเป็นสาเหตุทำให้ศาลคอมมอนลอว์ลังเลที่จะขยายขอบเขตของความคิดฐานลักทรัพย์เท่านั้น แต่ยังเป็นเหตุให้ศาลคอมมอนลอว์พยายามคิดหาข้อจำกัดความผิดจากข้อเท็จจริงที่มีอยู่ ก่อให้เกิดข้อยกเว้นที่ไม่ต้องรับผิดตามมาอีกมากมายด้วย เช่น ข้อยกเว้นเกี่ยวกับทรัพย์ที่อาจลักกันได้ ศาลคอมมอนลอว์จะมีข้อยกเว้นมากมายเพื่อไม่ต้องการให้ข้อองค์ประกอบอันเป็นความคิดเป็นต้น²⁴

(2) การเปลี่ยนแนวคิดของศาลคอมมอนลอว์เอง กล่าวคือ อิทธิพลของแนวคิดในเรื่อง natural law ซึ่งแต่เดิมศาลเคยใช้เป็นเครื่องมือวางโครงสร้างและอธิบายเพื่อสร้างอำนาจให้แก่ฝ่ายอาณาจักรมาโดยตลอดนั้นได้กลับกลายมาเป็นข้อจำกัดของศาลคอมมอนลอว์ที่จะต้องไปหาความหมายอันแท้จริงถูกต้องจากการตีความจารีตประเพณีที่มีมาแต่เดิม

2. การที่รัฐสภาของอังกฤษเริ่มมีอำนาจมากขึ้นสืบเนื่องมาจากศาสนจักรอ่อนกำลังลง อำนาจปกครองของฝ่ายอาณาจักรเองก็ไม่สงบ ในราวคริสต์ศตวรรษที่ 15 เกิดการจลาจลระยะสั้น ๆ ติดต่อกันหลายครั้งในอังกฤษ มีการแก่งแย่งชิงอำนาจกันภายในราชวงศ์อังกฤษและในบรรดาขุนนาง เจ้านายฝ่ายในทั้งหลายมีผลทำให้อำนาจของขุนนางอ่อนแอ

²³Ibid., p.621.

²⁴Sir F. Pollock and F.W. Maitland, The History of English Law: before the time of Edward I, 2:498-499 and Sir James Fitzjames Stephen, A History of the Criminal Law of England, 3:142-145.

ลงไปตามลำดับ จึงเป็นช่องทางให้รัฐสภาที่เป็นองค์กรกลางในขณะนั้น โดยมีฐานะอำนาจอยู่ที่
 ชั้นกลางเป็นส่วนใหญ่ค่อย ๆ มีอำนาจเข้มแข็งขึ้นเรื่อย ๆ ความเข้มแข็งของรัฐสภาอังกฤษ
 นี้ส่งผลให้เกิดการพยายามที่จะดึงอำนาจในการออกกฎหมายซึ่งเป็นอำนาจของศาลคอมมอนลอว์
 เดิม ๆ ให้มาเป็นอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาเองด้วย ดังนั้นเมื่อศาลคอมมอนลอว์ปฏิเสธที่จะขยาย
 หลักความผิดอาชญาฐานลักทรัพย์ให้ครอบคลุมกรณีใดก็เกิดเป็นช่องว่างที่รัฐสภาจะเข้ามาบัญญัติ
 กฎหมายออกมาใช้เพื่อให้ครอบคลุมช่องว่างดังกล่าว จึงเกิดเป็นความผิดอาญาใหม่ตามพระราช
 บัญญัติที่รัฐสภาออกให้ เช่น ความผิดฐานยักยอกและความผิดฐานฉ้อโกง เป็นต้น

(ข) วิวัฒนาการของความผิดฐานลักทรัพย์ตามหลักพระราชบัญญัติที่ออก
 โดยรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติในภายหลัง

นับตั้งแต่ตอนกลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมาที่ศาลคอมมอนลอว์
 ไม่ยอมสร้างหลักความผิดอาชญาฐานลักทรัพย์ขยายเพิ่มออกไปจากเดิมที่ตนเคยวางหลักเป็น
 บรรทัดฐานไว้ก่อน อันเนื่องมาจากความรู้สึกไม่เห็นด้วยในโทษประหารชีวิตซึ่งมีอยู่ในความผิด
 อาชญาฐานลักทรัพย์ เป็นเหตุให้ศาลคอมมอนลอว์พิจารณาใช้ความผิดอาชญาฐานลักทรัพย์ตามหลัก
 คอมมอนลอว์เดิมอย่างจำกัดความกล่าวคือ พยายามลิดหาข้อจำกัดความรับผิดฐานนี้ด้วยการ
 สร้างข้อยกเว้นความรับผิดอาชญาออกมามากมาย ส่งผลให้เกิดช่องว่างซึ่งเป็นข้อบกพร่องที่ไม่
 อาจอำนวยความสะดวกขึ้นมาให้เกิดขึ้นได้ในบางกรณี เป็นเหตุให้ฝ่ายนิติบัญญัติจำต้องเข้าแทรกแซง
 ด้วยการออกพระราชบัญญัติมาเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องตามหลักคอมมอนลอว์เดิม²⁵ พระราชบัญญัติที่
 ฝ่ายนิติบัญญัติออกมาเพื่อแก้ไขข้อบกพร่อง เช่นว่านี้มีอยู่ด้วยกันหลายฉบับเป็นจำนวนมากซึ่งเราพอ
 จะจัดหมวดหมู่แยกพิจารณาได้ดังนี้

1. สภาพของทรัพย์ที่อาจลักกันได้

(1) อสังหาริมทรัพย์บางประเภท ตามหลักคอมมอนลอว์

โดยที่นั่นทรัพย์ที่จะ เป็นกรรมของการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์จะต้องเป็นทรัพย์ที่อาจพาเอา

²⁵Sir James Fitzjames Stephen, A History of the Criminal
 Law of England, 3:141.

มาได้ จึงต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ที่พาเคลื่อนที่ไปได้ ด้วยเหตุนี้ทรัพย์ที่ติดตรึงอยู่กับที่ดินไม่อาจพาเคลื่อนที่ไปได้จึงไม่อาจเป็นทรัพย์ที่ล็อกกันได้ตามหลักคอมมอนลอว์โดยแท้ เช่นสิ่งปลูกสร้าง สินแร่ที่มีอยู่ในดิน ต้นไม้ที่ปลูกอยู่บนดิน เหล่านี้เป็นต้น²⁶ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องบัญญัติกฎหมายมาเพื่อให้ครอบคลุมกรณีของทรัพย์ข้างต้นให้เป็นวัตถุที่อาจถูกลักเอาไปได้เมื่อมีการแยกตัดขาดออกจากที่ดิน

(2) สัตว์บางชนิด ตามหลักคอมมอนลอว์โดยแท้ นั้นสัตว์ที่จะเป็นกรรมของการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ได้ จะต้องเป็นสัตว์ที่มีเจ้าของหรือผู้ยึดถือครอบครองสัตว์นั้นอยู่ ไม่ว่าสัตว์ที่มีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งยังไม่ได้จับมาฝึกหรือเลี้ยงให้เชื่องแล้ว ประกอบกับต้องเป็นสัตว์ที่มีค่า กล่าวคือ เลี้ยงไว้ใช้เป็นอาหาร หรือเลี้ยงไว้ใช้งานอย่างอื่นได้ จึงจะเป็นทรัพย์ที่อาจถูกลักได้ อันเป็นการกระทำตามหลักคอมมอนลอว์เดิม ด้วยเหตุนี้สุนัขและแมวที่เลี้ยงไว้ดูเล่นในบ้านจึงไม่อาจเป็นทรัพย์ที่ล็อกกันได้เพราะไม่ได้เลี้ยงสุนัขหรือแมวดังกล่าวไว้เป็นอาหาร หรือไว้ใช้งานอย่างใด ด้วยเหตุนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องออกกฎหมายมาให้ครอบคลุมกรณีนี้ไว้ด้วย

(3) ทรัพย์ที่ไร้แทนสิทธิเรียกร้องบางประการ เช่น พันธบัตร ใบหุ้น พันัยกรรม เป็นต้น ตามหลักคอมมอนลอว์โดยแท้แต่เดิมนั้นถือว่าสิทธิเรียกร้องอันเป็นนามธรรมต่าง ๆ แม้จะเป็นสิ่งที่มีค่าแต่ก็ไม่อาจลักเอาไปกันได้ ในขณะที่วัตถุที่ไร้แทนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวโดยตัวของมันเองไม่มีค่าแต่อย่างใด จึงไม่อาจล็อกกันได้ด้วย ฝ่ายนิติบัญญัติจึงบัญญัติกฎหมายออกมาให้ถือว่าวัตถุที่ไร้แสดงสิทธิเรียกร้องต่าง ๆ นั้นมีค่าเท่ากับสิทธิเรียกร้องอันเป็นนามธรรมที่แฝงอยู่ จึงเป็นทรัพย์ที่อาจล็อกกันได้ด้วย²⁷

2. การที่ศาลคอมมอนลอว์สร้างหลัก larceny by bailee
กล่าวคือผู้รับมอบทรัพย์ (bailee) ที่ได้รับมอบหมายโดยแท้จริงและชอบด้วยกฎหมายจากเจ้าของทรัพย์ และเจ้าของทรัพย์ตั้งใจแต่จะให้ครอบครองทรัพย์นั้นไว้ชั่วคราว เช่นผู้ขนส่ง ผู้รับ

²⁶หลวงประเสริฐมนูกิจ, กฎหมายของประเทศอังกฤษ-แซกซอน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร; โรงพิมพ์เพชรรัตน์, 2495), หน้า 157.

²⁷เรื่องเดียวกัน, หน้า 187.

ฝากทรัพย์เป็นต้น จะกระทำคามผิดฐานลักทรัพย์ต่อทรัพย์ที่เจ้าทรัพย์มอบหมายให้อยู่กับตนได้ก็ ต่อเมื่อผู้รับมอบทรัพย์ได้ เปิดทำลายหีบห่อทรัพย์ที่ได้มอบหมายให้เสียก่อน จึงทำให้กรณีที่ไม่มีการเปิดทำลายหีบห่อทรัพย์ดังกล่าวแม้จะมีการเอาทรัพย์ทั้งหีบห่อไป ก็ไม่ถือว่าผู้กระทำได้กระทำคามผิดฐานลักทรัพย์โดยทําร้ายความครอบครองแต่อย่างใด ฝ่ายนิติบัญญัติเล็งเห็นถึงข้อบกพร่องเช่นว่านี้จึงได้วางหลักกฎหมายให้ครอบคลุมทุกกรณีที่ผู้รับมอบทรัพย์เอาทรัพย์ไปโดยไม่จำเป็นต้องเปิดทำลายหีบห่อก่อน

3. กรณีนายจ้างและลูกจ้าง ศาลคอมมอนลอว์ได้สร้างการครอบครองตามกฎหมายให้นายจ้าง ในขณะที่ลูกจ้างแม้จะได้ครอบครองทรัพย์นั้นอยู่ก็จริง ก็มีเพียงแต่ความยึดถือเท่านั้น ดังนั้นถ้าลูกจ้างเอาทรัพย์ของนายจ้างที่ได้มอบให้ตนยึดถือไว้ไป ลูกจ้างก็ทำผิดฐานลักทรัพย์ของนายจ้าง หลักของศาลคอมมอนลอว์ดังกล่าวจึงไม่ครอบคลุมกรณีที่ลูกจ้างใน การทำงานเพื่อกิจการของนายจ้างได้ออกไปติดต่อรูกรักนอกสถานที่ประกอบกิจการของนายจ้าง โดยได้รับความยินยอมของนายจ้างแล้วได้รับทรัพย์สินจากบุคคลที่ 3 หรือบุคคลภายนอกมอบหมาย ทรัพย์มาให้แก่นายจ้างกรณีเช่นนี้ก็ให้ถือว่าลูกจ้างได้รับมอบการครอบครองจากผู้มอบทรัพย์ให้ไว้ ด้วย ถ้าลูกจ้างเอาทรัพย์เช่นว่านั้นไปเองโดยไม่ส่งมอบให้นายจ้าง ไม่ถือว่าลูกจ้างได้กระทำผิดฐานลักทรัพย์ไปจากความครอบครองของนายจ้าง และไม่เป็นการผิดอาชญาฐานใดด้วย จึงทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกกฎหมายมาคุ้มครองกรณีนี้ ให้ถือว่าลูกจ้างได้กระทำคามผิดฐาน ยักยอก (embezzlement) ในเวลาต่อมา

เนื่องจากรัฐสภาได้บัญญัติพระราชบัญญัติออกมาหลายฉบับด้วยกัน พระราชบัญญัติบางฉบับก็เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดจากศาลคอมมอนลอว์ ไม่อาจใช้หลัก คอมมอนลอว์เดิมอย่างยืดหยุ่น พระราชบัญญัติบางฉบับก็เป็นการสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ให้ศาล คอมมอนลอว์จะต้องบังคับใช้ด้วยการตีความตามพระราชบัญญัติอย่างเคร่งครัด ครั้นพอนานวันเข้า พระราชบัญญัติที่รัฐสภาออกมามากมายเหล่านี้ นอกจากจะออกมาเสริมแต่งขยายหลักที่มีอยู่ใน พระราชบัญญัติซึ่งกันและกันแล้ว ยังมีพระราชบัญญัติที่ออกมายกเลิกแก้ไขข้อความในพระราช บัญญัติฉบับที่ออกมาก่อนด้วย ส่งผลให้ความผิดอาญาโดยเฉพาะความผิดอาญาเกี่ยวกับทรัพย์ทั้ง หลายมีรายละเอียดแตกย่อยออกมามากมาย การทำความเข้าใจและนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริง ได้อย่างถูกต้องจึงกลายเป็นเรื่องยุ่งยากซับซ้อนมากขึ้น ประกอบกับความต้องการให้กฎหมาย

ทั้งหลายรวมอยู่กันที่เดียวกัน เพื่อสะดวกในการอ้างอิง นามารับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เป็นแบบอย่างเดียวกัน โดยเฉพาะในดินแดนที่อยู่ภายใต้อำนาจอังกฤษซึ่งอยู่ห่างไกลจากอังกฤษออกไปมาก ๆ เช่นนี้ ส่งผลให้เกิดการรวบรวมหลักกฎหมายไม่ว่าจะเป็นหลักคอมมอนลอว์โดยแท้ที่ศาลคอมมอนลอว์เป็นผู้วางหลักไว้ หรือหลักกฎหมายที่ฝ่ายรัฐสภาบัญญัติขึ้นในภายหลังที่วางอยู่นานเวลานั้นทั้งหมด มาทำให้ง่ายและเป็นลายลักษณ์อักษรรวบรวมเอาไว้ในที่เดียวกัน โดยแบ่งออกเป็นเรื่อง ๆ ดังเช่นที่ปรากฏว่าได้มีการรวบรวมเอาหลักกฎหมายในส่วนที่เป็นความคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทั้งหมดมาทำให้เป็นลายลักษณ์อักษรของอังกฤษ ได้แก่ The Larceny Act 1916 เป็นต้น ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมาความคิดฐานลักทรัพย์และความคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินอื่น ๆ ก็ได้รับการรวบรวมเอาไว้ในพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน และปรากฏมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในพระราชบัญญัติความคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่สำคัญ ๆ หลายครั้งด้วยกัน เช่นในปี 1916 ได้ปรับปรุงแก้ไข The Larceny Act 1861 ครั้งสำคัญ เกิดเป็น The Larceny Act 1916 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติฉบับแรกที่ทำให้คำอธิบายทั้งหลายเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ของนักนิติศาสตร์ซึ่งเคยหยิบยกมาอธิบายในตำรากฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้ค่อย ๆ ปรับปรุงเสริมแต่งให้เหมาะสมปรากฏให้เห็นเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นครั้งแรก²⁸

คำนิยามของความคิดฐานลักทรัพย์ที่ปรากฏอยู่ใน The Larceny Act 1916 ฉบับนี้ได้กลายมาเป็นหลักในการวิเคราะห์ความรับผิดชอบฐานลักทรัพย์ของประเทศทั้งหลายที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นี้มาโดยตลอด แม้ว่าจะมีความแตกต่างในรายละเอียดไปบ้างแต่โดยหลักการที่สำคัญแล้วก็ยังคงเป็นหลักเดียวกันกับที่ได้ว่าไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ กล่าวคือ การกระทำอันจะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ต้องประกอบไปด้วย

1. ส่วน actus reus คือ การกระทำอันเป็นการแย่งเอาทรัพย์สินที่ตนมิได้เป็นเจ้าของไปจากความครอบครองของผู้อื่น ซึ่งประกอบไปด้วย 3 ส่วนสำคัญด้วยกัน²⁹ ดังนี้คือ

²⁸George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.5.

²⁹Ibid., pp.5-6.

(1) การเข้ายึดถือแย่งเอาทรัพย์สินของเขาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (trespassory taking) ซึ่งต้องถึงขนาดเป็นการก่อการยึดถือครอบครองของผู้กระทำความผิดด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้กระทำความผิดไม่ต้องเข้าไปยึดถือแย่งความครอบครองเอาไปจากผู้เป็นเจ้าของที่แท้จริงก็ได้ เพราะผู้ครอบครองและเจ้าของทรัพย์สินอาจเป็นคนละคนกัน และยิ่งไปกว่านั้น การลักทรัพย์โดยเข้าแย่งการยึดถือครอบครองทรัพย์สินจากผู้ที่ไม่มียุติธรรม ๗ ตามกฎหมายในทรัพย์สินนั้นก็ถือว่าเป็น trespassory taking ด้วย ดังเช่น ผู้ที่ลักเอาทรัพย์สินมาจากขมยอีก³⁰ แม้ว่าผู้ที่ยึดทรัพย์สินนั้นมาในตอนแรกจะไม่มีสิทธิใด ๆ ที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย แต่ก็จัดว่าเป็นผู้ที่อยู่ในฐานะดีกว่าผู้กระทำ เพราะในขณะที่กระทำการแย่งเอาทรัพย์สินไปจากเจ้าของหรือผู้ยึดถือครอบครองเดิมแล้ว เขาได้ก่อการยึดถือครอบครองของตนขึ้นมาด้วย ดังนั้นการที่ผู้กระทำความผิดลักเอาทรัพย์สินที่เขาได้ขมยมา เช่นนี้ไปจากเขาจึงเป็นการยึดถือแย่งเอาทรัพย์สินไปจากเขาโดยมิชอบแล้ว

(2) การพาเอาทรัพย์สินเคลื่อนที่ไปจากจุดเดิม (asportation) เป็นองค์ประกอบที่สำคัญและจำเป็นต้องมีใน ส่วน actus reus ของความผิดฐานลักทรัพย์ ระยะทางที่ทรัพย์สินเคลื่อนที่ไปไกลเพียงใดไม่สำคัญ อนึ่ง ในปัจจุบัน ส่วนประกอบที่เคยเป็นสาระสำคัญคือ การพาเอาทรัพย์สินเคลื่อนที่ไปจากจุดเดิมได้ลดความสำคัญลงไปมาก ยังคงมีหลงเหลืออยู่ในบางประเทศเท่านั้น ส่วนใหญ่มีแนวคิดว่าไม่จำเป็นต้องมีการพาทรัพย์สินเคลื่อนที่อีกต่อไป ดังเช่น ใน Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกาในมาตรา

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁰Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, handbook of Criminal Law, p.637.

223.2 และใน The Theft Act 1968 ของอังกฤษในมาตรา 3 เป็นต้น³¹

(3) ต้องเป็นการกระทำที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของเจ้าของ หรือ ผู้ยึดถือครอบครองทรัพย์สินนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำเช่นนั้นโดยตัวของมันเองเป็น ปฏิบัติที่ต่อสิทธิของเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้น (inherently hostile conduct)³²

³¹Section 223.2 Theft by Unlawful Taking or Disposition

"(1) Movable Property. A person is guilty of theft if he takes, or exercises unlawful control over, movable property of another with purpose to deprive him thereof..." see The American Law Institute, The American Law Institute:Model Penal Code, 1962, p.167.

The Theft Act. see 3 : Appropriates.

"(1) Any assumption by a person of the rights of an owner amounts to an appropriation, and this includes, where he has come by the property (innocently or not) without stealing it, any later assumption of a right to it by keeping or dealing with it as owner..." see Edward Griew, The Theft Acts 1968 and 1978, 3 rd ed (London:Sweet& Maxwell, 1978), p. 175.

³²David Crystal-Kirk, "Appropriation under section 3 of the theft Act-inherently hostile conduct," Journal of the Association of Law Teachers 19,95 (1985): 96.

ด้วยเหตุนี้ ถ้าการเริ่มต้นแห่งการยึดถือทรัพย์สินเกิดขึ้นโดยความตั้งใจหรือเป็นไปตามเจตนารมณ์ของเจ้าของทรัพย์สินนั้นแล้ว การกระทำเช่นนั้นก็มิใช่เป็นการลักทรัพย์ ดังภาษิตละตินที่ว่า "Furtum non est ubi initium habet detentionis per dominum rei" ดู พระอินทปรีชา (เหยียน เลขะวณิช), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 3 (พระนคร; โรงพิมพ์ที่ระลึกพิมพ์รตชนากร, 2471), หน้า 1459.

2. ส่วน mens rea หรือ เจตนาลักทรัพย์ ต้องเป็นเจตนาที่จะแย่งเอาทรัพย์ไปจากความครอบครองของผู้ที่ยึดถือครอบครองทรัพย์นั้นอยู่โดยเด็ดขาด³³ ประกอบกับโดยทุจริต หรือโดยปราศจากสิทธิใด ๆ ตามกฎหมายที่จะอ้างได้ว่าสุจริต เจตนาลักทรัพย์เช่นนี้ต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยในระหว่างที่ผู้กระทำได้กระทำการ actus reus นั้น ซึ่งเจตนาลักทรัพย์นี้ ไม่จำเป็นต้องมีอยู่ก่อนหรือต้องมีผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินเพิ่มขึ้นมาจากการกระทำของเขาแต่อย่างใด เช่น ผู้กระทำอาจจะกระทำการเอาทรัพย์ของผู้อื่นไปทำลายเพียงเพื่อต้องการแก้แค้นเจ้าของทรัพย์โดยที่ไม่ได้รับประโยชน์เป็นทรัพย์สินเพิ่มขึ้นแต่อย่างใดเลย³⁴ ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่ผู้กระทำได้ทำลายทรัพย์ ณ ที่นั้นทันที อันเป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ และในส่วนของเจตนาอันเป็นความผิดฐานลักทรัพย์นั้นผู้กระทำจะต้องมีเจตนาที่จะลักเอาทรัพย์นั้นไปโดยทุจริตในขณะทำการเอาทรัพย์ไปแม้จะเอาไปเพื่อทำลายทิ้งเสียในเวลาต่อมาก็ตาม ความประสงค์ที่จะทำลายทรัพย์นั้นในภายหลังก็ไม่ทำให้การกระทำลักทรัพย์ในตอนแรกของผู้กระทำไม่成为ลักทรัพย์ไปได้ ซึ่งแตกต่างจากความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ที่ผู้กระทำมีเจตนาต้องการแต่จะทำลายทรัพย์นั้นเท่านั้น³⁵

³³เจตนาเอาทรัพย์นั้นไป ในประเทศส่วนใหญ่ที่ชำระบทกฎหมายคอมมอนลอว์นี้ก็เดินตามหลักเดียวกันกับประเทศแม่แบบ คือ อังกฤษ ซึ่งจะต้องเป็นเจตนาเอาทรัพย์นั้นไปโดยเด็ดขาด เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาในขณะที่บางประเทศ เช่น อินเดีย เจตนาเอาทรัพย์ไปเพียงแค่ชั่วคราวก็เพียงพอที่จะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์แล้วเพราะถือว่าได้ก่อความเสียหายให้แก่ผู้ครอบครองทรัพย์ เช่นว่านั่นแล้ว ดู Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Handbook of Criminal Law, p.637.

³⁴Ibid, p.637.

J.C. Smith, The Law of Theft, 4th ed. (London: Butterworths), p.58.

³⁵จัดติ ดิงศักดิ์ย์, ประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 2585-2586.

การวิเคราะห์ความผิดฐานลักทรัพย์ตามแนวคิดในการวินิจฉัยความผิดทางอาญาตามระบบคอมมอนลอว์ ต้องวิเคราะห์ในส่วนที่เป็น actus reus ก่อน เมื่อได้ความครบถ้วนแล้วจึงมาพิจารณาในส่วนของ mens rea ต่อไปตามลำดับ

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการใช้ The Larceny Act 1916 ไปได้พอสมควรนักกฎหมายและนักนิติศาสตร์ในยุคนั้นก็พบว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้รวบรวมเอาความผิดทั้งหลายเกี่ยวกับทรัพย์มาไว้ในพระราชบัญญัติโดยไม่ได้จัดให้ถูกต้องตามหลักเหตุผล ทำให้ปรากฏความผิดในลักษณะปลีกย่อยซ้ำซ้อนกันอยู่ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ที่บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับนี้มีลักษณะแยกช่อย่อย ๆ เป็นความผิดเฉพาะหลายความผิด ซึ่งขึ้นกับข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป ทั้งที่มีหลักเป็นความผิดฐานลักทรัพย์เดียวกัน ทำให้การบังคับใช้กฎหมายเกิดอุปสรรคขัดข้องตลอดมา³⁶ ประกอบกับแนวคิดใหม่ของนักนิติศาสตร์ในสมัยนั้นเห็นพ้องต้องกันว่าความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานยักยอกและความผิดฐานฉ้อโกงเหล่านี้ มีต้นตอจากแหล่งเดียวกัน กล่าวคือ ล้วนแล้วแต่เป็นความผิดเกี่ยวกับการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นโดยมิชอบทั้งสิ้นเพียงแต่วิธีการเพื่อให้ได้ทรัพย์มาเท่านั้นที่แตกต่างกันไป การบัญญัติแยกออกเป็นฐานความผิดแตกต่างกันเช่นนี้ไม่มีความจำเป็นที่ยังก่อให้เกิดข้อขัดข้องในทางปฏิบัติเมื่อต้องนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงอีกด้วย จึงควรที่จะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เช่นว่านี้เสียหมดโดยรวมเอาความผิดแต่ละฐานความผิดข้างต้นเข้ามาเป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในฐานเดียวกันเพียงฐานเดียวเท่านั้น แนวความคิดเช่นนี้มีอิทธิพลทำให้เกิดการปรับปรุงพระราชบัญญัติข้างต้น ดังที่ออกมาเป็น The Theft Act 1968³⁷ ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อยโดย The Theft Act 1978 แต่หลักสำคัญ ๆ ในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในปัจจุบันก็ยังคงอยู่ใน The Theft

³⁶Edward Griew, The Theft Act 1968 and 1978, 3rd ed. (London : Sweet & Maxwell Ltd., 1976), p.1.

³⁷George P. Fletcher, "The Metamorphosis of Larceny," Harvard Law Review 89, 469 (1976): 472-474.

Act 1968 ฉบับนี้³⁸ อย่างไรก็ตามแนวคิดใหม่ที่มีลักษณะใกล้เคียงกับ The Theft Act 1968 นี้
 ดูจะเป็นแนวคิดเฉพาะระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในประเทศอังกฤษเท่านั้น ในขณะที่ระบบกฎหมาย
 คอมมอนลอว์ในประเทศอื่นยังไม่มีแนวโน้มที่จะบัญญัติรวมเอาความคิดทั้งหลายเกี่ยวกับ
 ทรัพย์ที่ต่างกัน เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานยักยอก หรือความผิดฐานฉ้อโกง
 เหล่านี้เข้ามาเป็นความผิดเดียวกันเลย³⁹

³⁸J.C. Smith, The Law of Theft, p.1-2.

³⁹ดังเช่นในรัฐส่วนใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยังคงมีลักษณะของความผิด
 ฐานลักทรัพย์ ฐานยักยอก และฐานฉ้อโกงเอาไว้ ไม่ได้รวมเป็นความผิดเดียวกัน แม้ว่าใน
 Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกาจะได้รวมเอาความผิดทั้งสามข้างต้นไว้ในมาตรา
 223 เช่นกันก็ตาม ดู Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Handbook of
 Criminal Law, p.675-678 และ George P. Fletcher, Rethinking
 Criminal Law, p.15.

ประเทศอินเดียซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ก็แยกความผิดทั้งสามนี้ออกจากกัน

ดู Reginald A. Nelson, The Indian Penal Code, 6th ed., edited by B.R.
 Verma and E.S. Subrahmanyan, 3 vols. (Allahabad:Law Book Co.
 Publishers, 1970), 3:2061-2062.

3.1.3 แนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินหายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

กรณีการเข้ายึดถือครอบครองทรัพย์สินหายจะเป็นความผิดอาชญาฐานลักทรัพย์ที่เรียกว่า Larceny by finder ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่าสามารถปรับเข้ากับองค์ประกอบความผิดตามที่บัญญัติไว้ใน The Theft Act 1968 มาตรา 1⁴⁰ หรือไม่ ซึ่งถ้าพิจารณาเป็นลำดับตามแนวคิดความรับผิดอาญาจะเป็นดังนี้

1. actus reus ของความผิดฐานลักทรัพย์ คือ การแย่งทรัพย์ที่ตนมิได้เป็นเจ้าของไป ในกรณีทรัพย์สินหายนี้หากพิจารณาตามองค์ประกอบตาม มาตรา 1 แล้วจะพบว่า การที่ผู้กระทำให้พบทรัพย์สินหายแล้วเก็บเอาทรัพย์นั้นมา ไม่อาจถือเป็นการแย่งทรัพย์ของผู้อื่นไป เนื่องจากทรัพย์สินหาย หมายถึง ทรัพย์ซึ่งหลุดไปจากเจ้าของแล้วโดยไม่สมัครใจ โดยความพลั้งเผลอ จึงเป็นทรัพย์ที่มีได้อยู่ในความครอบครองของผู้ใด การที่ผู้กระทำให้เข้าไปเก็บเอามาไว้ในความครอบครอง ย่อมไม่เป็นการแย่งเอาไป ศาลคอมมอนลอว์จึงได้สร้างหลักความครอบครองตามกฎหมาย (constructive possession) ขึ้นมาเพื่อใช้ในกรณีนี้ โดยถือว่า แม้ว่าเจ้าของทรัพย์สินหายจะไม่มีครอบครองตามความเป็นจริงแล้วก็ตาม แต่ก็ยัง

⁴⁰ประเทศอังกฤษไม่มีบทบัญญัติเฉพาะที่ใช้กับกรณีเข้ายึดถือครอบครองทรัพย์สินหาย โดยเฉพาะ ดังนั้นการพิจารณาความรับผิดทางอาญาจึงต้องพิจารณาว่าครอบครองประกอบความผิดฐานลักทรัพย์ตาม มาตรา 1 ของ The Theft Act 1968 หรือไม่ ต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับทรัพย์สินหายไว้ตาม มาตรา 223.5 ของ Model Penal Code เรียกว่า ความผิดฐานลักทรัพย์สูญหาย (Theft of Property Lost) ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้ "A person who comes into control of property of another that he knows to have been lost...as to the nature or amount of the property or the identity of the recipient is guilty of theft is, with purpose to deprive the owner thereof, he fails to take reasonable measures to restore the property to person entitled to have it" ดู The American Law Institute, The American Law Institute:Model Penal Code (Proposed Official Draft), 1962, p.170.

ถือว่าเจ้าของยังคงมี "การครอบครองตามกฎหมาย" ในทรัพย์สินนั้นอยู่ ดังนั้น หากผู้ที่พบทรัพย์สินนั้น เข้าเก็บเอามายึดถือไว้ ย่อมถือเป็นการเอาทรัพย์สินนั้นไปจากความครอบครองของเจ้าของแล้ว⁴¹ ซึ่งกรณีทรัพย์สินสูญหายนี้ การกระทำต่าง ๆ อันถือเป็นส่วน actus reus ของความผิดฐานลักทรัพย์จะต้องประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 3 ส่วนด้วยกันคือ

(1) ผู้กระทำจะต้องเข้าไปยึดถือครอบครองทรัพย์สินสูญหายของผู้อื่นซึ่งตนบังเอิญไปพบเข้า และโดยลักษณะของทรัพย์สินสูญหายแล้ว ทรัพย์ที่จะหายไต้นั้นย่อมจำกัดเฉพาะทรัพย์ที่มีรูปร่างและเป็นทรัพย์ที่เคลื่อนที่ได้เท่านั้น ดังนั้น ทรัพย์ที่เคลื่อนที่ไม่ได้ เช่น ที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ย่อมไม่อาจเป็นทรัพย์สินสูญหายได้

(2) เมื่อผู้พบทรัพย์ได้เก็บทรัพย์สินนั้นมายึดถือครอบครองแล้ว ผู้กระทำจะต้องนำพาทรัพย์สินนั้นเคลื่อนที่ออกไป ดังนั้นหากผู้พบทรัพย์สูญหายแต่ไม่เข้ายึดถือครอบครองทรัพย์สินนั้น หรือเพียงหยิบทรัพย์สินนั้นขึ้นมาดูแล้วก็วางกลับไปที่เดิม ย่อมไม่เป็นการเอาไปซึ่งทรัพย์สินสูญหาย

(3) การเอาทรัพย์สินสูญหายเช่นว่านี้จะต้องเป็นการกระทำที่ขัดต่อเจตนาธรรมของเจ้าของหรือผู้ยึดถือครอบครองทรัพย์สินนั้น ในที่นี้หมายถึงต้องเป็นทรัพย์ที่เจ้าของหรือผู้ยึดถือครอบครองยังคงหวงแหนความเป็นเจ้าของอยู่ เจ้าของยังมิได้มีเจตนาสละความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้น

2. mens rea ของความผิดฐานลักทรัพย์ ประกอบไปด้วย

(1) เจตนาเอาไป ผู้พบทรัพย์จะต้องมีเจตนาที่จะเอาทรัพย์สินสูญหายนั้นไปโดยเด็ดขาด ดังนั้นถ้าผู้กระทำเจตนาแต่เพียงที่จะเอาทรัพย์สินนั้นไปเพียงชั่วคราวแล้วจะนำกลับมาคืน ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดฐานลักทรัพย์ เพราะขาดเจตนาเอาไป

(2) เจตนาทุจริต เมื่อได้ความว่าผู้กระทำมีเจตนาเอาไปโดยเด็ดขาดจึงค่อยมาพิจารณาโดยทุจริตในส่วนนี้ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเฉพาะรายที่แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำปราศจากสิทธิใด ๆ ตามกฎหมายที่จะอ้างได้

⁴¹Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Criminal Law, 2nd ed. (St. Paul, Minn:West Publishing Co., 1986), p.711.

ในกรณีทรัพย์สินหายนี้ ตามทฤษฎีทางกฎหมายคอมมอนลอว์ว่าด้วยความผิดฐานลักทรัพย์ในการล่วงละเมิดต่อการครอบครองของผู้อื่นนั้นจะต้องพิจารณาถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำในขณะที่พบทรัพย์ เช่นว่านั้น คือ ผู้กระทำจะมีความผิดฐานลักทรัพย์ก็ต่อเมื่อเขามีเจตนาที่จะกระทำความผิดโดยเอาทรัพย์นั้นมาเป็นของตนเอง ซึ่งเจตนาเช่นนี้เขาจะต้องมีอยู่ในขณะที่พบทรัพย์ และในขณะที่เข้ายึดถือครอบครองทรัพย์สินหายนั้น และในขณะที่เขารู้ตัวเจ้าของหรือมีหนทางที่จะสืบหาตัวเจ้าของได้หรือมีเหตุผลอันควรเชื่อว่าเขาสามารถติดตามหาเจ้าของได้⁴² ดังนั้นหากว่าในขณะที่พบทรัพย์ อย่างหนึ่งอย่างใดขาดไป ผู้พบทรัพย์อาจไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ อาทิเช่น ถ้าในขณะที่พบทรัพย์สินหาย ผู้พบทรัพย์ไม่รู้ตัวเจ้าของ และไม่มีความหนทางที่จะสืบหาเจ้าของได้ หากเพียงเขามีเจตนาเอาทรัพย์มาเป็นของตน แต่ไม่รู้ตัวเจ้าของ เขาก็ไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ แม้ว่าในภายหลังเขาจะค้นพบเจ้าของและไม่ยอมมอบทรัพย์สินนั้นไปคืนก็ยังไม่มีความผิด⁴³ หรือในกรณีที่ผู้พบทรัพย์รู้ตัวเจ้าของ และถ้าเขาเอาทรัพย์สินนั้นมายึดถือครอบครองโดยสุจริต ตั้งใจจะนำไปคืนเจ้าของ หรือจะโฆษณาประกาศหาเจ้าของ เขาย่อม

⁴²Francis J. Ludes and Harold J. Gilbert, Corpus Juris Secundum Vol.52A, 3rd reprint (St. Paul, Minn:West Publishing Co., 1987), p.476. and Phillip E. Johnson, Criminal Law:case, materials and Text on the substantive criminal law in its procedural context, (St. Paul, Minn:West Publishing Co., 1975), p.825.

⁴³กฎหมายบางรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเอาผิดกับผู้พบทรัพย์สินหายซึ่งมิได้ใช้ความพยายามอย่างเพียงพอ และพอสมควรในการค้นหาเจ้าของและคืนทรัพย์นั้นให้แก่เจ้าของ เช่น มาตรา 485 ของ California Penal Code, มาตรา 223.5 ของ Model Penal Code เป็นต้น ดู Sanford H. Kadish, Criminal Law and its process:Case and Materials, 3rd ed. (Canada:Little, Brown & Co. Ltd, 1975), p.691.

ไม่มีความคิด แม้ว่าในภายหลังเขาเกิดมีเจตนาที่จะเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนเองก็ตาม⁴⁴

อย่างไรก็ตาม ในการเข้ายึดถือครอบครองทรัพย์สินหายนี้ ยังมีบทกเว้นความรับผิดตาม The Theft Act 1968 มาตรา 2(1)(C) ที่มีให้ถือว่าผู้กระทำเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยทุจริต ถ้าปรากฏว่าผู้กระทำได้เอาทรัพย์สินไปโดยเชื่อว่าบุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่อาจค้นหาทรัพย์สินนั้นพบแม้จะได้อาศัยวิธีการที่เหมาะสมแล้วก็ตาม กรณีเช่นนี้แม้การที่ผู้กระทำพบทรัพย์สินและได้เก็บเอาทรัพย์สินไปจะครบองค์ประกอบทางการกระทำ (actus reus) แล้วก็ตาม แต่เขากระทำโดยสุจริต เพราะเขาเชื่อว่าเจ้าของไม่อาจหาทรัพย์สินนั้นพบ แม้ว่าผู้พบทรัพย์สินเสียหายจะรู้ว่าใครคือเจ้าของทรัพย์สินนั้น แต่การที่จะส่งคืนได้ต้องอาศัยวิธีการที่ยากลำบากเกินสมควร เช่นนาย ก. สิมปูหรีนบ้านของนาย ข. แล้วนั่งเครื่องบินกลับบ้านซึ่งอยู่อีกประเทศหนึ่ง นาย ข. พบหรีนนั้นและเอามาสูบ แม้นาย ข. จะเชื่อว่า นาย ก. คงจะไม่ยินยอมมาให้เขาสูบ แต่กรณีเช่นนี้ต้องถือว่า นาย ข. ไม่ทุจริต⁴⁵ ดังนั้นในการพิจารณาว่าควรวินิจฉัยวิธีการอย่างไรจึงจะเหมาะสมนั้น จะต้องพิจารณาจากหลายปัจจัย เช่น พิจารณาจากธรรมชาติแห่งทรัพย์สินนั้น พิจารณาจากมูลค่าของทรัพย์สิน และโอกาสที่จะตามหาตัวเจ้าของประกอบเพื่อตัดสินใจว่าควรพยายามค้นหาต่อไปหรือไม่ ผลของข้อยกเว้นนี้ส่งผลให้ผู้เอาทรัพย์สินไปไม่มีความผิดลักทรัพย์

⁴⁴ ในกรณีที่ผู้พบทรัพย์สินสุจริตในตอนแรก แต่ในภายหลังกลับทุจริตคิดจะเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนเองนี้ กฎหมายอังกฤษถือว่าแม้จะไม่มีความคิดในตอนแรก แต่การที่มีเจตนาทุจริตในภายหลัง ผู้กระทำย่อมมีความคิดได้ในภายหลังที่มีเจตนาทุจริต ดังบัญญัติในมาตรา 3 แห่ง The Theft Act 1968 ซึ่งเป็นบทขยายความ คำว่า การเอาไป (appropriation) ในมาตรา 1 ให้หมายความรวมถึง กรณีที่บุคคลได้รับทรัพย์สินมา (ไม่ว่าจะสุจริตหรือไม่ก็ตาม) โดยที่ได้ขโมยมา และต่อมาผู้นั้นกลับยึดถือเอาซึ่งสิทธิในทรัพย์สินนั้นในเวลาต่อมาโดยการเก็บรักษาไว้หรือปฏิบัติต่อทรัพย์สินนั้นอย่างเจ้าของ กรณีนี้การครอบครองทรัพย์สินหายในตอนแรกโดยสุจริตจึงไม่มีความผิด จนกว่าจะมีเจตนาทุจริตในภายหลัง ดู Edward Griew, The Theft Act 1968 and 1978, p.29.

ถ้าเขาเก็บรักษาหรือจำหน่ายทรัพย์สินนั้นไปโดยเชื่อว่าไม่มีหนทางที่จะหาตัวเจ้าของพบโดยที่เขาได้พยายามใช้วิธีการที่เหมาะสมแล้ว⁴⁶ อย่างไรก็ตามหากโอกาสที่จะติดตามพบเจ้าของยังมีอยู่ เขาจะต้องดูแลทรัพย์สินนั้นไว้ แต่หากความเป็นไปได้ที่จะพบเจ้าของมีน้อยมาก เขาจะต้องชั่งน้ำหนักดูความยากง่ายและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ว่าเหมาะสมที่จะตามหาเจ้าของต่อหรือไม่ หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้ใช้วิธีการที่เหมาะสมแล้ว ก็ยังหาเจ้าของไม่พบก็ไม่ควรคาดหวังให้ผู้กระทำต้องค้นหาเจ้าของต่อไป⁴⁷

การที่จะพิจารณาว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินสูญหาย (lost property) นั้นมีหลักดังนี้คือ⁴⁸

1. ทรัพย์สินสูญหาย หมายถึง ทรัพย์สินซึ่งเจ้าของไม่ได้เจตนาให้การครอบครองหลุดไปจากเขา และการครอบครองหลุดไปโดยเขาไม่รู้ว่าไปตกอยู่กับใครที่ใด ทรัพย์สินใดจะเป็นทรัพย์สินสูญหายก็ต่อเมื่อเจ้าของไม่รู้ และไม่อาจรู้ได้ว่าทรัพย์สินนั้นตกอยู่ที่ใด และต้องเป็นกรณีที่ทรัพย์สินนั้นหลุดไปจากเจ้าของโดยไม่สมัครใจ
2. ทรัพย์สินที่วางลืมไว้ คือ ทรัพย์สินที่เจ้าของได้วางลงโดยสมัครใจ และตั้งใจ ณ สถานที่ซึ่งเขาสามารถกลับไปนำมาได้ แต่ต่อมาเขากลับลืมว่าวางทรัพย์สินนั้นไว้ที่ใด
3. ทรัพย์สินที่ถูกละทิ้ง หมายถึง ทรัพย์สินที่เจ้าของตั้งใจที่จะสละซึ่งสิทธิในทรัพย์สินนั้นโดยเด็ดขาด และไม่ได้มุ่งที่จะสละให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ และเจ้าของตั้งใจที่จะไม่เรียกร้องทรัพย์สินนั้นกลับคืนอีกต่อไป จึงกลายเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ ผู้ใดเข้ายึดถือครอบครองย่อมได้ไปซึ่งความเป็นเจ้าของโดยไม่มีคามผิดทางอาญาใด ๆ

⁴⁶แต่กรณีนี้แม้ผู้กระทำจะไม่มีคามผิดในตอนแรกเนื่องจากได้ทรัพย์สินมาโดยสุจริต แต่หากในภายหลังเขาทุจริตเบียดบังเอาทรัพย์สินเป็นของตนเอง เขาย่อมมีความผิดได้ในภายหลัง ดู Ibid., pp.59-60.

⁴⁷Jacques Parry, Parry on Offences Against Property, 1st ed. (London:Waterlow Publishers, 1989), p.88.

⁴⁸Willis A. Estrich, American Jurisprudence Vol1, 2nd ed. (Jurisprudence Publisher, inc., 1992), p.3-4.

กรณีทรัพย์สินหาย และทรัพย์สินที่วางลืมไว้ ศาลคอมมอนลอว์มักจะพิจารณาว่า เจ้าของทรัพย์สินหาย และเจ้าของทรัพย์สินที่วางลืมไว้ ยังคงมีการครอบครองตามกฎหมายอยู่ แม้ว่าจะไม่มีการครอบครองตามความเป็นจริงแล้วก็ตาม ดังนั้นผู้ใดพบและเอาทรัพย์สินนั้นไป ถือเสมือนว่าเป็นการเอาไปโดยมิชอบจากการครอบครองของเจ้าของ⁴⁹

การพิจารณาว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินหาย ศาลจะพิจารณาจากสถานที่ที่ทรัพย์สินถูกพบ, มูลค่าของทรัพย์สิน, ลักษณะและคุณภาพของทรัพย์สินนั้น เช่น สิ่งของที่พบอยู่ในกองขยะสาธารณะ มักจะถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกละทิ้งแล้ว ในขณะที่สิ่งของที่ถูกพบในภัตตาคาร ร้านค้าสาธารณะมักจะถือว่าเป็นทรัพย์สินหาย สิ่งของที่มีค่ามาก ๆ มักจะถือว่าเป็นทรัพย์สินหายยิ่งกว่าเป็นทรัพย์สินที่ถูกละทิ้ง

3.2 แนวคิดในเรื่องทรัพย์สินหายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นระบบกฎหมายที่มีอยู่ในภาคพื้นยุโรปเป็นส่วนใหญ่ นักนิติศาสตร์ระบบนี้โดยมากเป็นนักทฤษฎีมองกฎหมายว่าเป็นศาสตร์ และพยายามศึกษาค้นคว้ากฎหมายกันอย่างเป็นศาสตร์ด้วยการวางหลักหรือทฤษฎีเพื่อให้ความคิดในทางกฎหมายเป็นระบบระเบียบ นักนิติศาสตร์ภาคพื้นยุโรปโดยเฉพาะนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันนั้นพบว่า ความผิดอาญาทุกฐานมีข้อสาระสำคัญอันเป็นหลักพื้นฐานที่เหมือนกันและประกอบกันขึ้นเป็นโครงสร้างของความผิดอาญา (Verbrechensaufbau)⁵⁰

3.2.1 โครงสร้างความผิดอาญา (Verbrechensaufbau) ตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์

(1) องค์ประกอบความผิด (Tatbestandsmassigkeit) หมายถึง ข้อเท็จจริงทั้งหลายซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด เพื่อประสงค์จะคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่แฝงอยู่ในความผิดอาญาฐานนั้น ๆ จากการล่วงละเมิด ซึ่งประกอบไปด้วยองค์ประกอบ

⁴⁹Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Criminal Law, p.711.

⁵⁰คณิต ณ นคร, "โครงสร้างความผิดอาญา และข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2529):206.

ภายนอกและองค์ประกอบภายในดังนี้:-

(1.1) องค์ประกอบภายนอก (objective element)

หมายถึงการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิด⁵¹ เพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่แฝงอยู่ในความผิดอาชญาฐานนั้น ๆ⁵²

(1.2) องค์ประกอบภายใน (subjective element) ใน

ความผิดอาญาโดยทั่วไป ได้แก่ เจตนา หรือประมาท และในความคิดบางฐานต้องประกอบด้วยองค์ประกอบภายในอื่น ๆ อีก เช่น มูลเหตุชักจูงใจโดยทุจริต เป็นต้น

⁵¹อนึ่งในความคิดอาญาบางฐานกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไว้ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการกระทำความคิดโดยตรง แต่อยู่นอกโครงสร้างของความคิดอาญา ฉะนั้นการลงโทษผู้กระทำได้หรือไม่จึงอยู่กับการมีอยู่หรือไม่ของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย แต่ต้องรู้เท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความคิด เช่น คำว่า "ในการปฏิบัติการตามหน้าที่" ใน มาตรา 138 ผู้กระทำมีความผิดฐานต่อผู้ขัดขวางเจ้าพนักงาน แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ว่าเจ้าพนักงานนั้นปฏิบัติการตามหน้าที่

⁵²K. Neumann, "Criminal Law," in Manual of German Law, 1st ed., edited by Ernest J. Cohn (London: Her Majesty's Stationery Office, 1952), p.77.

"...ในบทบัญญัติความคิดทางอาญาฐานต่าง ๆ มีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นส่วนที่แฝงอยู่ สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองที่เป็นส่วนที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติความคิดฐานต่าง ๆ นี้ ไม่ใช่สิ่งที่มีรูปร่าง หรือวัตถุ หรือบุคคล แต่เป็นสภาพที่พึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการประกันจากการล่วงละเมิดซึ่งเป็นเรื่องทางความคิด สิ่งนี้ในทางตำราในเยอรมันเรียกว่า Rechtsgut ซึ่งผู้เขียนเรียกเป็นภาษาไทยว่า "คุณธรรมทางกฎหมาย"... " จู คณิต ณ นคร, "คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา," วารสารอัยการ ปีที่ 3 ฉบับที่ 25 (มกราคม 2523) 55.

เจตนา (Vorsatz)⁵³ ประกอบด้วย

(ก) ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความคิด การรู้ที่ผู้กระทำเพียงแต่รู้ข้อเท็จจริงโดยทั่วไปก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้ในรายละเอียดที่ เฉพาะเจาะจงลงไป อนึ่ง การรู้ ข้อเท็จจริงนี้ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวมาก่อนหรือ อย่างน้อยที่สุดในขณะที่กระทำความคิดนั้น

(ข) ส่วนต้องการ คือ ความมุ่งหมายที่จะให้เกิดความ ผิดขึ้น ซึ่งอาจจะ เป็นความมุ่งหมายโดย เฉพาะเจาะจงหรือความมุ่งหมายโดยทั่วไปไม่เจาะจงก็ ได้ ได้แก่ ประสงค์ต่อผล หรือยอมเสี่ยงเห็นผลของการกระทำนั้นเอง

(2) ความผิด (Rechtswidrigkeit) เป็นการกระทำที่กฎหมายเห็น ควรลงโทษ ดังนั้นเมื่อได้ความว่า การกระทำทั้งหลายของบุคคลนั้นครบองค์ประกอบความคิดใน ทางรูปแบบแล้ว ก็ต้องพิจารณาลำดับต่อไปว่า การกระทำที่บุคคลได้กระทำไปจนครบองค์ ประกอบข้างต้นนั้นเป็นสิ่งที่กฎหมายเห็นว่าไม่สมควรเกี่ยวกับการกระทำหรือไม่ หรือกล่าวอีก นัยหนึ่ง โครงสร้างในส่วนของความคิดนี้เป็นการพิจารณาความไม่ถูกต้องของการกระทำ ซึ่งจัด เป็นส่วนประกอบในทางเนื้อหาส่วนหนึ่ง⁵⁴ ฉะนั้นถ้ามีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำเช่นนั้น ได้เพราะมีกฎหมายให้อำนาจไว้ หรือมีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นประเพณีปฏิบัติกันมานาน เช่นนี้ การกระทำของผู้กระทำก็จะไม่เป็นความผิด และไม่ต้องไปพิจารณาในลำดับที่ 3 ของโครง สร้างความผิดอาญา คือ ความชั่ว อีกต่อไป

(3) ความชั่ว (Schuld) จัดเป็นส่วนประกอบในทางเนื้อหาอีกส่วนหนึ่ง ในโครงสร้างความผิดอาญา⁵⁵ กล่าวคือ เมื่อได้ความว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบองค์ ประกอบและเป็นการกระทำที่กฎหมายเห็นว่าไม่สมควร ซึ่งเป็นความผิดแล้ว ผู้กระทำจะต้อง ได้รับโทษหรือไม่ก็อยู่ที่กฎหมายเห็นว่าตัวของผู้กระทำนั้นสมควรถูกดำเนินโทษหรือไม่ เพราะการ

⁵³K. Neumann, "Criminal Law." in Manual of German Law, p.74.

⁵⁴คณิศ ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคความคิด, หน้า 8.

⁵⁵เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ลงโทษนั้นเป็นการลงโทษผู้กระทำอันเนื่องมาจากความไม่ถูกต้องในการตัดสินใจของผู้กระทำ จึงต้องคำนึงถึงความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำอันเนื่องมาจากความไม่ถูกต้องในการตัดสินใจของผู้กระทำ จึงต้องคำนึงถึงความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำเป็นเกณฑ์ โดยจะพิจารณาเอาจากอายุ และสภาวะจิตใจภายในของผู้กระทำนั้น ๆ ประกอบกับสภาพความรู้ข้อผิดถูกอันเนื่องมาจาก พฤติการณ์ภายนอกด้วย เช่น สาคัญผิดไปว่ามีอำนาจทำได้เพราะมีเหตุอันควร ทำให้ตนเชื่อว่าการกระทำของตนนั้นไม่เป็นความผิดอาญา เป็นต้น

อนึ่ง ในการพิจารณาความผิดอาญาทุกฐานตามโครงสร้างความผิดอาญาแบบซีวิลลอว์ นี้ จำต้องลำดับความคิดในการพิจารณาก่อนหลัง เรียงตามโครงสร้างความผิดอาญาข้างต้น การที่จะไปพิจารณาในส่วนของความชั่วได้ต้องได้ความว่าการกระทำนั้นได้ผ่านขั้นตอนการพิจารณาตามลำดับความคิดในโครงสร้างความผิดอาญาข้างต้นนี้ จะทำให้การวินิจฉัยความผิดอาญา แน่นอนชัดเจน เป็นระบบกระชับขึ้น⁵⁶

ทรัพย์สินหายในกฎหมายอาญา มีความเกี่ยวข้องกับความผิดอาญาตามกฎหมายระบบซีวิลลอว์อยู่ 2 ฐานความคิด นั่นคือ ความผิดฐานลักทรัพย์ และความผิดฐานยักยอก ซึ่งจะได้ทำการศึกษาความผิดทั้ง 2 ฐานนี้ เป็นลำดับต่อไป

3.2.2 ความผิดฐานลักทรัพย์พิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

(1) องค์ประกอบความผิดฐานลักทรัพย์ เพื่อให้ได้ความเข้าใจที่ถูกต้องว่าการกระทำของบุคคลใดจะครบองค์ประกอบความผิดฐานนี้จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติ เป็นความผิดฐานลักทรัพย์นี้ประกอบคุณธรรมทางกฎหมาย หรือสิ่งที่ความผิดอาญาฐานลักทรัพย์มุ่งประสงค์จะคุ้มครองด้วย

สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองในความผิดฐานลักทรัพย์คือ กรรมสิทธิ์ และการครอบครอง⁵⁷

⁵⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

⁵⁷หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 429.

การครอบครอง หมายถึง การครอบครองตามความเป็นจริงที่กฎหมายให้ผลอย่าง
 สิทธิ⁵⁹ ประกอบด้วย ผู้ครอบครองต้องมีอำนาจปกครองเหนือทรัพย์สินนั้นตามความเป็นจริง โดย
 ชัดแจ้งหรือโดยปริยาย⁶⁰ อำนาจปกครองเหนือทรัพย์สินนี้ ต้องถึงขนาดที่จะตัดกันอำนาจของ
 ผู้อื่นมิให้เข้ามาเกี่ยวข้องกับรบกวนต่อทรัพย์สินนั้นได้ตามสมควร ซึ่งคนทั่วไปยอมรับรู้ในอำนาจเช่น
 ว่านี้ตามความเป็นจริงโดยพิจารณาจากจารีตประเพณี ลักษณะของทรัพย์สินหรือวิธีที่เจ้าของหรือผู้
 ครอบครองขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับ อันการมีอำนาจเหนือทรัพย์สินในลักษณะหวงกันและ
 สามารถจัดการตัดกันอำนาจของผู้อื่นมิให้มาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของตน
 ซึ่งเป็นที่ยอมรับของคนทั่วไปไม่จำเป็นต้องได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้ยึดถือครอบครองทรัพย์สินนั้น
 ไม่จำเป็นต้องกระทำการหวงกันหรือแสดงอำนาจที่ตนมีเหนือทรัพย์สินนั้นด้วยตนเอง อาจให้ผู้อื่นกระทำ
 การดังกล่าวแทนตนก็ย่อมได้⁶¹ โดยผู้ที่มีอำนาจปกครองเหนือทรัพย์สินเช่นนั้นจะต้องมีเจตจำนงที่จะ
 ปกครองเหนือทรัพย์สินนั้นด้วย เจตจำนงในที่นี้จะเป็นเจตจำนงที่จะปกครองทรัพย์สินโดยทั่วไป ไม่จำ
 กัดเฉพาะเจาะจงทรัพย์สินนั้นสิ่งนี้เป็นราย ๆ ไปก็ได้

(1.1) องค์ประกอบภายนอกของความผิดลักทรัพย์ คือ การกระทำ
 อันเป็นการเอาทรัพย์สินของผู้อื่น หรือทรัพย์สินที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปจากความครอบครอง
 ของผู้ที่ยึดถือครอบครองทรัพย์สินนั้นในลักษณะที่ร้ายทั้งกรรมสิทธิ์และการครอบครอง ในขณะที่
 กั้นการกระทำอันเป็นการเอาไปของผู้กระทำจะต้องเป็นการก่อการครอบครองขึ้นมาใหม่ในทรัพย์สิน

⁵⁹ไพจิตร บุญพันธุ์, "สิทธิครอบครอง," วารสารนิติศาสตร์ เล่มที่ 4

ตอนที่ 1 (มิถุนายน 2515): 8.

⁶⁰"ผู้ครอบครองไม่จำเป็นจะต้องยึดถือทรัพย์สินไว้ว่ามีของตน หรือจะต้องควบคุมทรัพย์สินให้อยู่ในสายตาลตลอดเวลา" ดู วาณิช ชุตินวงศ์, "ครอบครอง," วารสารกฎหมาย ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 (เมษายน 2524) : 80-81.

⁶¹ปรีชา พานิชวงศ์, "การครอบครอง," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 4-6.

ที่ถูกระงับด้วย⁶²

(1.2) องค์ประกอบภายในความผิดฐานลักทรัพย์ ประกอบไปด้วย

(1) โศยเจตนา คือ ผู้กระทำต้องรู้ว่าทรัพย์สินนั้นไม่ใช
ของตน หรือตนไม่เข้าเจ้าของทรัพย์สินแต่ผู้เดียว และรู้ด้วยว่าเป็นทรัพย์สินที่อยู่ในความดูแลยึดถือ
ครอบครองของบุคคลอื่นอยู่ เมื่อรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว ผู้กระทำก็ยังคงการที่จะเอาทรัพย์สิน
ไปจากความดูแลยึดถือครอบครองของผู้เสียหาย

(2) มูลเหตุจูงใจโดยทุจริต⁶³ คือการแสวงหา
ประโยชน์สำหรับตัวผู้กระทำนั้นหรือผู้อื่น ในลักษณะเป็นการใช้กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินทางบว
กหนึ่ง ประโยชน์ในที่นี้หมายถึงเฉพาะแต่ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินเท่านั้น อย่างไรก็ตาม
การใช้กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินทางบวอาจกระทำได้โดยการทำลายทรัพย์สินนั้น เช่น กินอาหาร
หรือตีมีเครื่องมือ ก็คือ เป็นการกระทำโดยทุจริตแล้วเช่นกัน⁶⁴

⁶²The act of "taking away" consists in seizure and acquisition of custody. Whether these conditions have or have not been fulfilled i.e. whether or not the offence of theft has been committed, depends on the merits of each case. see K. Neumann, "Criminal Law," in Manual of German Law, p. 108.

⁶³"He must also have the specific intent of appropriating the article unlawfully. To appropriate means to add something to one's own assets with the intention of possessing it indefinitely and using it as one's own or consuming, selling or pawning it,..." see K. Neumann, "Criminal Law," in Manual of German Law, p. 108.

⁶⁴คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 138.

จะเน้นการกระทำอันจะเป็นการครอบงำประกอบของความผิดฐานลักทรัพย์ตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์นี้ คือ การเอาทรัพย์ซึ่งไม่ใช่ของตนแต่ผู้เดียวไปจากความยึดถือครอบครองทรัพย์นั้นของบุคคลอื่นโดยเจตนาและมีมูลเหตุชักจูงใจโดยทุจริต ในลักษณะทำร้ายกรรมสิทธิ์และแย่งเอาการครอบครอง⁶⁵ ด้วยเหตุนี้การเอาทรัพย์ไปโดยเจ้าของหรือผู้

⁶⁵ดังจะเห็นได้จากตัวบทกฎหมายของประเทศทั้งหลายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์นี้ เช่น

The Italian Penal Code, Article 624 : Theft.

"Whoever takes possession of the movable property of another, by taking it away from the person who holds it, for the purpose of deriving benefit from it for himself or for others, shall be punished..." see The Italian Penal Code, trans. Edward M. Wise, The American Series of Foreign Penal Codes, no. 23 (London : Sweet & Maxwell Ltd., 1978), p. 212.

The Greek Penal Code, Article 372 : Theft

"1. One who takes from another's possession movable property which wholly or partially does not belong to him, with intent unlawfully to appropriate such property shall be punished..." see The Greek Penal Code, trans. Nicholas B. Lolis, The American Series of Foreign Penal Codes, no. 18 (London: Sweet & Maxwell Ltd., 1973), p. 172.

The German Penal Code of 1871, Sec. 242 : Petty Larceny

"1. Anybody who deprives another of a movable thing not belonging to him, with the intent of unlawfully converting it, shall be punished by..." see The German Penal Code of 1871, trans. Gerhard O.W. Mueller and Thomas Buergenthal, The American Series of Foreign Penal Codes (London : Sweet & Maxwell Limited, 1961), p. 125.

ครอบครองยินยอม ไม่เป็นการกระทำ "เอาไป" เพราะไม่ได้เป็นการแย่งหรือทำร้าย การครอบครองของผู้มีอำนาจแต่อย่างใด ถือเป็น การกระทำไม่ครบองค์ประกอบ⁶⁶ ในทางอง เดียวกันกับกรณีการเก็บได้ทรัพย์สินหายแล้วเก็บเอาไว้นั้น ถ้าพิจารณาตามลำดับโครงสร้าง ความผิดอาญาตามระบบกฎหมายซีวิลลีวี่นี้แล้ว จะพบว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐาน ลักทรัพย์คือกรรมสิทธิ์ และการครอบครอง ซึ่งกรณีทรัพย์สินหายนั้นต้อง เป็นกรณีที่ทรัพย์นั้นได้ หลุดไปจากการครอบครองของเจ้าของทรัพย์นั้นแล้ว แม้กรรมสิทธิ์จะยังคงอยู่กับเจ้าของทรัพย์ ก็ตาม ดังนั้นหากผู้ที่พบทรัพย์สินหายแล้วเก็บเอาไปย่อมไม่มีการทำร้ายการครอบครองของเจ้า ของทรัพย์แต่อย่างใด ถึงแม้จะได้ทำร้ายกรรมสิทธิ์ก็ตาม การเอาทรัพย์ไปเช่นนี้ย่อมไม่อาจเป็น ความผิดฐานลักทรัพย์ได้ เนื่องจากการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์นั้นจะต้องได้ความว่าทำร้าย ต่อกรรมสิทธิ์และการครอบครองในขณะเดียวกันทั้ง 2 ประการด้วย ถ้าเพียงแต่ทำร้าย กรรมสิทธิ์หรือการครอบครองแต่เพียงอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ถือว่าเป็นการทำร้ายคุณธรรมทาง กฎหมายของความผิดฐานลักทรัพย์ดังกล่าว

เจตนาทุจริตก็เป็นองค์ประกอบภายในที่สำคัญส่วนหนึ่งจำเป็นต้องมีความผิดอาญา ฐานลักทรัพย์นี้ดังนั้นถ้าการกระทำใดได้ความตามองค์ประกอบภายนอกแล้ว แต่เป็นการกระทำ ที่ผู้กระทำขาดเจตนาทุจริต เช่นนี้ก็ไม่ได้ถือว่าผู้กระทำกระทำผิดฐานลักทรัพย์ เช่น นักโทษแหกคุกที่ กำลังหนีนั้นไม่ได้กระทำผิดฐานขโมยเสื้อผ้าของคุกที่เขาสวมอยู่⁶⁷ กรณีนี้ต้องถือว่านักโทษ แหกคุกได้กระทำการเอาเสื้อผ้าคุกเช่นว่านั้นไปโดยเจตนาทั่วไประหว่างแต่ขาดเจตนาทุจริต เพราะเขาไม่ได้เอาเสื้อผ้าที่เขาใส่ติดตัวออกมาด้วยใบแสวงหาประโยชน์ในลักษณะอันเป็นการ ใช้อำนาจความเป็นเจ้าของแต่อย่างใดมีแต่จะรีบทำลายเสื้อผ้าคุกนี้เสียด้วยซ้ำไป กรณีนี้ต้องถือ ว่านักโทษแหกคุกผู้นี้ขาดเจตนาทุจริต จึงไม่ผิดฐานลักทรัพย์

⁶⁶กมลชัย รัตนสกาวงษ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 59.

⁶⁷K. Neumann, "Criminal Law," in Manual of German Law, p.79.

(2) ความผิด หนึ่ง ในการพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบความผิดฐานลักทรัพย์ ถ้าข้อเท็จจริงได้ความครบถ้วนตามองค์ประกอบภายนอกประกอบกับองค์ประกอบภายในแล้ว กล่าวคือผู้กระทำได้กระทำการเอาทรัพย์ของผู้อื่นไปจากความครอบครองของผู้ที่ยึดถือครอบครองทรัพย์นั้นไว้ในลักษณะที่ร้ายทั้งกรรมสิทธิ์และการครอบครองโดยเจตนา และโดยทุจริตแล้วก็ตาม แต่ผู้กระทำอาจไม่ต้องรับผิดถ้าพิจารณาในส่วนของความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาแล้วได้ความว่ามีเหตุที่ผู้กระทำจะทำได้ เช่น มีจารีตประเพณีในชนบทบางแห่ง การยืมเรือเขาไปเพื่อใช้ข้ามปากน้ำไม่มีใคร่ว่ากัน การเอาเรือเขาไปใช้ข้ามปากในชนบทแห่งนั้นย่อมไม่เป็นการเอาไปโดยจารีตประเพณีเขาอนุญาตกันเอาไว้ หรือนิยมปลูกพืชผักสวนครัว เช่น พริก ตะไคร้ มะกรูด เป็นแนวแทนรั้วบ้าน คนที่เดินผ่านรั้วบ้านลักษณะนี้ก็อาจจะเด็ดเอาพืชผักสวนครัวดังกล่าวไปใช้ได้ โดยมีจารีตประเพณีท้องถิ่นอนุญาตให้ทำการเอาไปในลักษณะนี้ได้ ไม่มีใคร่ว่ากล่าวเอาโทษแก่กัน เป็นต้น⁶⁸

(3) ความชั่ว แม้จะได้ความว่าการกระทำของบุคคลนั้นได้ความครบถ้วนในส่วนที่เป็นองค์ประกอบ และไม่มีเหตุที่กีดกันการกระทำนั้นไม่สมควรถูกตักโทษ จึงทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดฐานลักทรัพย์นี้แล้วก็ตาม แต่ผู้กระทำก็อาจจะไม่ต้องรับโทษได้เมื่อพิจารณาในส่วนของความชั่วแล้วได้ความว่ามีเหตุที่กีดกันผู้กระทำไม่สมควรที่จะถูกตักโทษ เช่น กรณีที่ผู้กระทำเอาทรัพย์ของผู้อื่นไปโดยถือวิสาสะ อาศัยความผูกพันที่ตนมีอยู่กับเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์ ทำให้ผู้กระทำสำคัญคิดว่า เจ้าของหรือผู้ครอบครองคงยินยอมหรืออนุญาตให้ตนเอาทรัพย์ไปได้ กรณีนี้ต้องถือว่าการกระทำของผู้กระทำครบองค์ประกอบความผิดฐานลักทรัพย์และไม่มีเหตุยกเว้นความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนที่ 1 และที่ 2 ดังกล่าวข้างต้นแล้ว กล่าวคือเป็นการกระทำการเอาทรัพย์ของผู้อื่นไปในลักษณะที่ร้ายกรรมสิทธิ์และการครอบครองโดยทุจริต และโดยเจตนาโดยถือว่าในส่วนรู้ข้อเท็จจริงผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ถึงขนาดว่าข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานลักทรัพย์นี้เป็นความผิดด้วย ดังนั้นการที่ผู้กระทำเอาทรัพย์ไปโดยถือวิสาสะจึงเป็นเรื่องที่ผู้กระทำได้กระทำโดยมีเจตนาแล้ว แต่ผู้กระทำไม่จา

⁶⁸ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "ความผิดฐานลักทรัพย์," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2529) หน้า. 36.

ต้องรับโทษในการกระทำผิดของตนเพราะถือว่าการสำคัญผิดเช่นนี้เป็นเหตุให้ผู้กระทำไม่สมควร ถูกดำเนินอันเนื่องมาจากผู้กระทำขาดความซื่อ จึงไม่ต้องรับโทษนั่นเอง

3.2.3 ความผิดฐานยกยอกพิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญา
ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

(1) องค์ประกอบความผิดฐานยกยอก เมื่อทำให้ได้รับความ
เข้าใจที่ถูกต้องว่าการกระทำของบุคคลใดจะครบองค์ประกอบความผิดฐานนี้จะต้องพิจารณาข้อ
เท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดอาญาฐานยกยอกนี้ประกอบคุณธรรมทางกฎหมาย หรือสิ่งที่
ความผิดอาญาฐานยกยอกมุ่งประสงค์จะคุ้มครองด้วย

คุณธรรมทางกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์
จะคุ้มครองในความผิดฐานยกยอก คือ กรรมสิทธิ์อย่างเดียวกัน⁶⁹

(1.1) องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐาน
ยกยอก คือ การกระทำการเบียดบังเอาทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ของผู้อื่นมาเป็นของตน และเป็นการ
กระทำที่ปราศจากการทำร้ายการครอบครอง เพราะในขณะที่ทำการเบียดบังนั้นทรัพย์สินนั้นอยู่
ในความครอบครองของผู้กระทำอยู่แล้ว⁷⁰ ซึ่งผู้กระทำจะได้รับการครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมาย
หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่สำคัญ ความสำคัญอยู่ที่ว่าจะต้องได้ครอบครองอยู่ในขณะยกยอก⁷¹

⁶⁹ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 131.

"ความผิดฐานลักทรัพย์แตกต่างจากความผิดฐานยกยอกในข้อที่ว่า ความผิด
ฐานลักทรัพย์เป็นการทำร้ายการครอบครอง ส่วนความผิดฐานยกยอกไม่มีการทำร้าย
การครอบครอง เพราะในความผิดฐานยกยอกผู้กระทำครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่แล้ว" ดู เรื่อง
เดียวกัน, หน้า 138.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 131.

K. Neumann, "Criminal Law," in Manual of German Law, p.111.

⁷¹ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 535.

(1.2) องค์ประกอบภายในของความผิดฐาน

ยกยอก ประกอบด้วย

(1) โดยเจตนา คือ ผู้กระทำต้องรู้ว่า ทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของผู้กระทำนั้นไม่ใช่อะไรของตน หรือตนไม่ใช่อะไรเจ้าของทรัพย์สินนั้นแต่ผู้เดียว และผู้กระทำก็ยังต้องการ เบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนหรือของบุคคลที่สาม

(2) มูลเหตุจูงใจโดยทุจริต คือ การแสวงหาประโยชน์ที่มีควรรู้ได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตัวผู้กระทำนั้นเองหรือผู้อื่น ในลักษณะเป็นการใช้กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินให้เกิดประโยชน์⁷²

ฉะนั้นการกระทำอันจะเป็นการครอบงำองค์ประกอบของความผิดฐานยกยอกนี้ คือ การเบียดบัง⁷³ โดยมีชอบซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นซึ่งอยู่ในความครอบครองของผู้กระทำมาเป็นของตนหรือของบุคคลที่สามโดยเจตนาและมีมูลเหตุจูงใจโดยทุจริต ในลักษณะที่ร้ายกรรมสิทธิ์เพียง

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷²คดีต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 138

⁷³การเบียดบัง หมายถึง การแสดงความเป็นเจ้าของเหนือทรัพย์สินนั้น และต้องมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดในทางภาวะวิสัย หรือ การแสดงกิริยาออกมาภายนอกแสดงว่าตนเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น เช่น การเข้าให้หมตใบ โฉนดจำหน่าย ขาย เสนอขาย ช้อนเงิน บัญชีเลขกรรมสิทธิ์ของเจ้าของเดิม ดู เรื่องเดียวกัน, หน้า 132 และ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 537.

อย่างเดี่ยว⁷⁴ งานกรณีทรัพย์สินหายนั้นเป็นทรัพย์สินที่การครอบครองได้หลุดไปจากเจ้าของทรัพย์สินแล้ว ดังนั้นถ้าผู้ใดพบทรัพย์สินนั้นแล้วเบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นไว้เป็นของตนเอง ต่อเนื่องมาภายหลังจากเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้น เขาย่อมมีความผิดฐานลักยอกตามมาตรา 246 ของ The German Penal Code⁷⁵ ด้วยเหตุนี้ถ้าพิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญาของระบบกฎหมายซีวิลลอว์นี้แล้วการเอาไปซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นอันเป็นทรัพย์สินหายย่อมไม่มีทางที่จะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้ เนื่องจากไม่มีการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายในส่วนของ การครอบครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการเอาทรัพย์สินหายของผู้อื่นนั้นไม่มีการทำร้ายการครอบครองของผู้อื่นแต่อย่างใดจึงไม่ถือเป็นการทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานลักทรัพย์ซึ่งต้องมี 2 ประการ คือ กรรมสิทธิ์และการครอบครอง

⁷⁴ดังจะเห็นได้จากตัวบทกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์นี้ เช่น

The German Penal Code of 1871, Sec. 246 : Embezzlement.

"1. Anybody who unlawfully converts a movable thing not belonging to him, which is in his possession or custody, shall be punished for embezzlement..." see The German Penal Code of 1871, trans. Gerhard O.W. Mueller and Thomas Buergethal, The American Series of Foreign Penal Codes, no. 4 (London : Sweet & Maxwell Limited, 1961), p. 127

The Italian Penal Code, Sec 646 : Misappropriation.

"Whoever, in order to procure a wrongful benefit for himself or others, appropriates another's money or movable property of which he is, for any reason whatever, in possession, shall be punished..." see The Italian Penal Code, trans, Edward M. Wise, The American Series of Foreign Penal Codes, no.23 (London : Sweet & Maxwell Ltd., 1978), p.220.

⁷⁵K. Neumann, "Criminal Law," in Manual of German Law, p.111.

เจตนาทุจริตเป็นองค์ประกอบภายในที่สำคัญส่วนหนึ่งจะต้องมีความผิดอาญาฐาน
 ยักยอก ดังนั้นถ้าการกระทำใดได้รับความครบตามองค์ประกอบภายนอกแล้ว แต่เป็นการกระทำที่
 ผู้กระทำขาดเจตนาทุจริตก็ไม่ถือว่าผู้กระทำกระทำผิดฐานยักยอก

(2) ความผิด หนึ่ง ในการพิจารณาในส่วนขององค์

ประกอบความผิดฐานยักยอก ถ้าข้อเท็จจริงได้รับความครบถ้วนตามองค์ประกอบภายนอกกับองค์
 ประกอบภายในแล้ว กล่าวคือ ผู้กระทำได้เบียดบังเอาทรัพย์สินของผู้อื่น ซึ่งอยู่ในความครอบครอง
 ของผู้กระทำมาเป็นของตน หรือของบุคคลที่สามโดยเจตนา และโดยทุจริตแล้วก็ตาม แต่ผู้
 กระทำก็อาจจะไม่ต้องรับผิดถ้าพิจารณาในส่วนของความชั่วตามโครงสร้างความคิดอาญาแล้วได้
 ความว่า มีเหตุที่ผู้กระทำจะทำเช่นนั้นได้ เช่น ถ้ากฎหมายแพ่งให้อำนาจผู้กระทำให้ใช้ทรัพย์สิน
 นั้นได้ เช่น ในกรณีรับฝากเงิน กฎหมายบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้รับฝากเงินที่จะเอาเงิน ซึ่งผู้อื่นมา
 ฝากไว้ออกใช้ได้ เป็นแต่จะต้องคืนเงินให้แก่ผู้ฝากเงินให้ครบจำนวนผู้กระทำที่มีอำนาจเอาเงิน
 นั้นออกใช้ได้ การกระทำเช่นนี้ แม้จะครบองค์ประกอบความผิดฐานยักยอกแล้วผู้กระทำก็ไม่ต้อง
 รับผิด เพราะมีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้⁷⁶

(3) ความชั่ว แม้จะได้รับความว่าการกระทำของบุคคลนั้น

ได้รับความครบถ้วนในส่วนที่เป็นองค์ประกอบ และไม่มีเหตุที่ทําให้การกระทำนั้นไม่สมควรถูกตำหนิ
 จึงทําให้ผู้กระทำต้องรับผิดฐานยักยอกแล้วก็ตาม แต่ผู้กระทำก็อาจจะไม่ต้องรับโทษได้เมื่อพิ
 จารณาในส่วนของความชั่วแล้วได้ความว่ามีเหตุที่ทําให้ผู้กระทำไม่สมควรถูกตำหนิ เช่น กรณีที่มี
 ผู้แทนทรัพย์สินมาฝากไว้กับผู้กระทำ ผู้กระทำกลับนำทรัพย์สินนั้นออกใช้สอยโดยถือวิสาสะ อาศัยความ
 ผูกพันที่ตนมีอยู่กับเจ้าของทรัพย์สินนั้น ทําให้ผู้กระทำสำคัญผิดไปว่า เจ้าของทรัพย์สินคงยินยอมให้
 ทรัพย์สินออกใช้ได้ กรณีต้องถือว่าการกระทำของผู้กระทำครบองค์ประกอบความผิดฐานยักยอกและ
 ไม่มีเหตุยกเว้นความผิดตามโครงสร้างความคิดอาญาในส่วนที่ 1 และที่ 2 ดังกล่าวข้างต้นแล้ว
 แต่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรับโทษในการกระทำผิดของตนเพราะถือว่าการสำคัญผิดเช่นนี้เป็นเหตุให้ผู้
 กระทำไม่สมควรถูกตำหนิอันเนื่องมาจากผู้กระทำขาดความชั่ว จึงไม่ต้องรับโทษ

⁷⁶หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 536.

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบความผิดฐานลักทรัพย์กับความผิดฐานลักขโมย ตามระบบ ซวีวิลลอว์แล้วจะพบว่ามีความใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง แต่แตกต่างกันตรงที่คุณสมบัติทางกฎหมาย คือ ความผิดฐานลักทรัพย์คุ้มครองทั้งกรรมสิทธิ์และการครอบครอง ส่วนความผิดฐานลักขโมยคุ้มครอง เพียงกรรมสิทธิ์อย่างเดียว และกรณีความผิดฐานลักทรัพย์จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อได้มีการพาทรัพย์ ไป (taking away) ส่วนกรณีความผิดฐานลักขโมยนั้นผู้กระทำความผิดหรือละเว้นการกระทำโดยเปิดเผยอันแสดงให้ประจักษ์ชัดถึงเจตนาของเขาที่จะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์ราวกับว่าเขาเป็นเจ้าของ ของทรัพย์ก็เพียงพอแล้ว แม้กรณีเพียงเพิกเฉยโดยเจตนาไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมายก็เพียงพอที่จะเป็นความผิดแล้ว เช่น กรณีพบทรัพย์สูญหายแล้วเพิกเฉยไม่แจ้งการพบแก่เจ้าหน้าที่ หรือรู้ตัว เจ้าของทรัพย์ แต่ไม่ส่งคืนสิ่งนั้นแก่เจ้าของ⁷⁷

3.2.4 แนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สูญหายในระบบกฎหมายสวีดิช

คำว่า ทรัพย์สูญหาย (Become missing) ในระบบกฎหมายสวีดิช หมายถึง ทรัพย์ซึ่งเจ้าของได้สูญเสียการครอบครองโดยตรง (direct possession) ไปโดยไม่สมัคร หรือโดยขัดต่อเจตนารมณ์ของเขา และทรัพย์นั้นไม่อยู่ในอำนาจของผู้ใดโดย แท้จริง⁷⁸ ดังนั้น กรณีที่เจ้าของทรัพย์ได้สูญเสียการครอบครองไปโดยไม่สมัคร หรือ โดยเจตนาของเขา ย่อมไม่ถือเป็นกรณีทรัพย์สูญหาย เช่นกรณีเจ้าของสละการครอบครอง หรือ เจ้าของมีเจตนาที่จะโอนทรัพย์นั้นให้บุคคลอื่น ทรัพย์ดังกล่าวไม่เป็นทรัพย์สูญหาย

สำหรับคำว่า การครอบครองที่ใช้ในกฎหมายอาญากรณีเรื่องทรัพย์สูญหายนั้นหมายถึงการครอบครองในทางกายภาพ (physical possession) นั่นคือ ไม่มีความ จำเป็นที่จะต้องเป็นผู้ครอบครองตามกฎหมายเหมือนอย่างที่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมัน การครอบครองยังคงมีอยู่ตราบเท่าที่เจ้าของทรัพย์ยังมุ่งหมายที่จะครอบครอง

⁷⁷K. Neumann, "Criminal Law," in Manual of German Law, p.111.

⁷⁸E.J.Cohn, "The Law of Things," in Manual of German Law, 2 nd ed (London : Her Majesty's Stationery Office, 1968),p.183.

และอยู่ในสถานะที่จะเข้าควบคุมทรัพย์สินนั้นได้⁷⁹ ดังนั้นกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหล่นหาย แต่หากทรัพย์สินดังกล่าวยังอยู่ในภาวะที่เจ้าของยังติดตามเอาคืนได้ ก็ยังไม่เข้าทรัพย์สินสูญหายที่ไม่มีผู้ครอบครอง⁸⁰ เช่นสถานที่ที่ทรัพย์สินหล่นหาย กับสถานที่ที่เจ้าของอยู่นั้นอยู่ห่างกันไม่มาก ถือว่ายังอยู่ในภาวะที่เจ้าของยังติดตามเอาคืนได้ ถือว่าการครอบครองยังคงอยู่กับเจ้าของทรัพย์สิน ไม่เป็นทรัพย์สินสูญหาย

ฉะนั้นถ้าของตกหายโดยลักษณะที่ผู้ครอบครองยังติดตามหาคืนได้อยู่ จึงยังไม่เป็นทรัพย์สินสูญหาย เพราะยังถือไม่ได้ว่าขาดการยึดถือโดยแท้จริง (custody) เหตุที่ทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตามใครเป็นขาดยึดถือต้องพิจารณา ดูว่าเจ้าของทรัพย์สินยังคงมีอำนาจปกครองทรัพย์สินตามความเป็นจริงอยู่พร้อมทั้งมีความตั้งใจที่จะยึดถือทรัพย์สินนั้นหรือไม่⁸¹ การพิจารณาการยึดถือทรัพย์สินของบุคคลพิจารณาจากกิริยาที่หวงกันทรัพย์สินนั้น ซึ่งแล้วแต่พฤติการณ์ที่บุคคลทั่วไปในสังคมนั้น ๆ จะยอมรับ

⁷⁹K. Neumann, "Criminal Law," in Manual of German Law, p.108.

⁸⁰Ibid, p.108.

The German Civil Code, Sec 856:

"Possession is lost by reason of the fact that the possessor relinquishes or otherwise loses actual power over the thing.

Possession is not lost when the exercise of the power is prevented by some cause which is temporary in its nature" See Chung Hui Wang, The German Civil Code, (London : Stevens And Sons,Ltd., 1907),p.191.

⁸¹สำหรับเจตนาที่จะยึดถือทรัพย์สินนั้นอาจจะเป็นเพียงเจตนาโดยทั่ว ๆ ไป (general intent) ที่จะครอบครองทรัพย์สินก็เพียงพอแล้วไม่จำเป็นต้องมีเจตนาครอบครองในทรัพย์สินเฉพาะเจาะจงลงไปก็ได้ เช่น เจ้าของบ้านย่อมมีการครอบครองเหนือทุกสิ่งทุกอย่างที่อยู่ในบ้านรวมทั้งจดหมายที่อยู่ในตู้รับจดหมายหน้าบ้านด้วย ดู E.J. Cohn, "The Law of Thing," in Manual of German Law, p.173.

อำนาจหวงกันของผู้ครอบครอง ซึ่งผู้ครอบครองไม่จำเป็นต้องจับต้องทรัพย์สินไว้เสมอ เพียงแต่สามารถควบคุมทรัพย์สินนั้นได้ ก็ถือว่ามีกรณียึดถือครอบครองทรัพย์สินนั้นแล้ว⁸²

ทรัพย์สินหาย ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงต้องเป็นทรัพย์สินซึ่งการครอบครองได้หลุดไปจากเจ้าของทรัพย์สินในลักษณะที่ไม่มีผู้ใดครอบครอง ไม่ตกอยู่ในอำนาจของผู้ใด ทรัพย์สินที่เจ้าของทรัพย์สินไปขออนุญาตว่าไม่เข้าทรัพย์สินหาย ทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่ในความครอบครองของบุคคลที่นำทรัพย์สินนั้นไปขออนุญาต เพราะเป็นกรณีที่ผู้ให้นำทรัพย์สินไปไว้ ณ จุดใดจุดหนึ่งโดยเจตนา จึงไม่เป็นทรัพย์สินหาย เช่นเดียวกับสิ่งของที่วางลืมไว้ในยานสาธารณะก็คงต้องถือกันเบื้องต้นว่าไม่เข้าทรัพย์สินหายเช่นเดียวกัน เพราะเป็นกรณีที่ผู้ครอบครองได้วางทรัพย์สินนั้นไว้โดยตั้งใจ ณ จุดนั้น จึงถือว่าอยู่ในภาวะที่เจ้าของติดตามเอาคืนได้ ดังนั้นสิ่งของใดจะเป็นทรัพย์สินหายจะต้องเป็นกรณีสูญหายไปจริง ๆ จึงจะถือว่าเจ้าของทรัพย์สินขาดการยึดถือครอบครอง เนื่องจากทรัพย์สินหายต้องไม่ตกอยู่ในอำนาจของผู้ใด ดังนั้นสิ่งของที่ตกหายในสถานที่สาธารณะที่มีผู้ควบคุมดูแลย่อมไม่เข้าทรัพย์สินหายเพราะตกอยู่ในการครอบครองของเจ้าของสถานที่ซึ่งเป็นผู้ควบคุมดูแลสถานที่นั้น เช่น กรณีของตกหายบริเวณชานชาลาของสถานีรถไฟย่อมตกอยู่ในการครอบครองของการรถไฟ สัตว์เลี้ยงที่หลงทางก็ยังคงถือว่ายังอยู่ในความครอบครองของเจ้าของ (ซึ่งอาจเป็นวัตถุแห่งการกระทำในความคิดฐานลักทรัพย์ได้) ตราบเท่าที่เจ้าของอยู่ในฐานะที่จะเข้าควบคุมสัตว์เหล่านั้นได้ เช่นตราบเท่าที่สัตว์เหล่านั้นยังสามารถกลับมาหาเจ้าของได้⁸³

กรณีทรัพย์สินหายนั้น หากผู้ที่พบทรัพย์ดังกล่าวแล้วเก็บเอาทรัพย์สินนั้นไปโดยทุจริต เมื่อพิจารณาการกระทำกรณีนี้ตามโครงสร้างความคิดอาญาประกอบกับคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานลักทรัพย์แล้วจะพบว่า กรณีเก็บเอาทรัพย์สินหายไปโดยทุจริตเช่นนี้ไม่อาจเป็นความคิดฐานลักทรัพย์ได้ เนื่องจากทรัพย์สินหายเป็นกรณีทรัพย์สินนั้นไม่อยู่ในความครอบครองของผู้ใด ดังนั้นการเอาไปซึ่งทรัพย์ที่ปราศจากการครอบครองเช่นนี้ ย่อมไม่มีการทำร้ายคุณธรรม

⁸²K. Neumann, "Criminal Law," in Manual of German Law, p.108.

⁸³Ibid, p.108.

ทางกฎหมายในความคิดฐานลักทรัพย์ในส่วนของ "การครอบครอง" การเอาไปซึ่งทรัพย์สินหาย จึงมิได้มีการเอาไปซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นจากการครอบครองของผู้นั้นอันจะเป็นความคิดฐานลักทรัพย์ได้ การเก็บเอาทรัพย์สินหายไปโดยทุจริตมีการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายเฉพาะในส่วน ของกรรมสิทธิ์เท่านั้น ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานยกยอก ดังนั้นกรณีทรัพย์สิน หายถ้าผู้พบทรัพย์กระทำการเบียดบังทรัพย์นั้นต่อเนื่องกันมาภายหลังจากเข้าครอบครองทรัพย์นั้น เขาย่อมมีความคิดฐานยกยอกทรัพย์ ตาม มาตรา 246 The German Penal Code ดังได้ กล่าวมาแล้วข้างต้น⁸⁴

⁸⁴Ibid, p.111.

ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันไม่ได้บัญญัติกรณีความผิดอาญาเกี่ยวกับทรัพย์สิน หายไว้โดยเฉพาะจึงต้องปรับใช้มาตรา 246 ความคิดฐานยกยอกธรรมดากับกรณีทรัพย์สินหาย ในขณะที่กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบ ซีวิลลอว์บัญญัติความผิดอาญากรณีทรัพย์สินหายไว้โดย เฉพาะดังจะเห็นได้จาก

The Italian Penal Code, Article 647 : Appropriation of Lost Property

"...(1) anyone who, having found money or property lost by another, appropriates it, without observing the rules prescribed by the civil law with respect to acquisition of the ownership of found property..." see The Italian Penal Code, trans. Edward M. Wise, The American Series of Foreign Penal Codes, no 23 (London : Sweet & Maxwell Ltd., 1978), p.221.

The Greek Penal Code, Article 376 : Failure to Report the Finding of Lost Property.

"One who finds lost property and fails to report such a finding within fourteen days to a public authority or to the public or the owner shall be punished..." see The Greek Penal Code, trans. Nicholas B. Lolis, The American Series of Foreign Penal Code, no.18 (London : Sweet & Maxwell Ltd., 1973), p.174.