

## บทที่ 4

### วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายความรับผิดชอบทางอาญา ของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าประเทศไทยยังมีได้ตรากฎหมายเพื่อกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือเป็นการเฉพาะแต่อย่างใด ทั้งนี้ หากเกิดกรณีที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้เผยแพร่การจัดอันดับในตราสารหนี้ของบริษัทซึ่งปรากฏว่าผู้ลงทุนหลงเชื่อและได้ตัดสินใจในการซื้อตราสารหนี้ตามข้อมูลจากบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือแล้วเกิดความเสียหายขึ้น จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายของประเทศไทยอย่างไรซึ่งจะได้วิเคราะห์พอเป็นสังเขป กล่าวคือ

#### 4.1 ปัญหากรณีที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือเผยแพร่การจัดอันดับซึ่งสร้างความเสียหายแก่ผู้ถูกจัดอันดับ

โดยที่การจัดอันดับความน่าเชื่อถือมี 2 ประเภท มีการจัดอันดับเมื่อมีการร้องขอ หรือเมื่อมีการว่าจ้างให้ทำการจัดอันดับจากผู้ออกตราสาร และการจัดอันดับโดยมิได้ร้องขอหรือกรณีที่มิได้มีการว่าจ้างจากผู้ออกตราสาร ทั้งนี้การจัดอันดับในรูปแบบแรกจะเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อการระดมทุนของลูกหนี้หรือผู้ออกตราสาร ขณะที่ในรูปแบบหลังเพื่อประกอบการตัดสินใจของเจ้าหนี้หรือผู้ถือตราสารเป็นสำคัญ

อนึ่ง การมีจัดอันดับความน่าเชื่อถือทำให้ประเทศไทยเป็นที่รับรู้ และยอมรับในหมู่นักลงทุนทั่วโลก ซึ่งเป็นการขยายฐานการกู้เงินทั้งยังสามารถนำมาเป็นข้อมูลอ้างอิง หรือเป็นมาตรฐานเพื่อใช้ในการพิจารณาระดับเครดิตของภาคเอกชนที่ยังไม่มีการมีจัดอันดับความน่าเชื่อถือ แต่มีความจำเป็นต้องกู้เงินจากตลาดเงินทุนต่างประเทศ

หากพิจารณานิยามของการจัดอันดับข้างต้น จะเห็นได้ว่ารูปแบบการจัดอันดับของ Moody's จะเป็นไปได้ทั้งสองแบบ ขณะที่การจัดอันดับของ S&P โดยมากจะดำเนินการก็ต่อเมื่อมีการร้องขอ

อย่างไรก็ดี การจัดอันดับความน่าเชื่อถือของบริษัทจัดอันดับบางแห่งสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับการว่าจ้างให้กระทำการขึ้นอยู่กับความเห็นชอบและพิจารณาของบริษัทจัดอันดับเป็นสำคัญ โดยมากเมื่อบริษัทหรือประเทศนั้นๆ อยู่ในภาวะการณ์สำคัญๆ ที่มีความเป็นไปได้

ว่าอาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือเพิ่มความเสี่ยงกับนักลงทุน บริษัทจัดอันดับจึงเข้ามาทำการปรับลดอันดับความน่าเชื่อถือ เพื่อเป็นสัญญาณในด้านลบที่ส่งไปถึงนักลงทุนทั่วไป

ในช่วงก่อนเกิดวิกฤตเศรษฐกิจปี 2540 Moody's Investors Service ได้ลดอันดับความน่าเชื่อถือทางการเงินในระยะสั้นของประเทศไทยที่เรียกว่า Short-term Sovereign Ceiling Rating จากระดับ Prime - 1 ลงเป็น Prime -2 โดยให้เหตุผลว่าเป็นเพราะระบบเศรษฐกิจประเทศไทยพึ่งพิงเงินกู้ระยะสั้นจากต่างประเทศมากเกินไป อีกทั้งต้นทุนยืมเงินมีอัตราดอกเบี้ยสูงจำนวนมาก และระบบอัตราแลกเปลี่ยนมีลักษณะตายตัวมากเกินไป นอกจากนี้ การชะลอตัวทางเศรษฐกิจและภาวะซบเซาของการส่งออกยังช่วยเปิดเผยให้เห็นถึงความเสี่ยงบางประการของธุรกิจการเงินในประเทศไทยอีกด้วย<sup>1</sup>

การลดอันดับความน่าเชื่อถือทางการเงินของประเทศไทยครั้งนี้ทำให้ต้องปรับลดอันดับความน่าเชื่อถือของเงินฝากระยะสั้นของธนาคารพาณิชย์ไทย 3 แห่ง อันได้แก่ ธนาคารกรุงเทพ ธนาคารกสิกรไทย และธนาคารไทยพาณิชย์ จากระดับ P-1 ลงมาเป็น P-2 ด้วย เพราะสถาบันการเงินเอกชนมีอันดับความน่าเชื่อถือสูงกว่ารัฐบาลได้

การลดอันดับความน่าเชื่อถือทางการเงินครั้งนี้เป็นผลจากการประเมินสมรรถนะของระบบเศรษฐกิจประเทศไทยในการจัดการปัญหาวิกฤตการณ์ทางการเงิน สมรรถภาพที่ถูกประเมินว่าตกต่ำลงแสดงถึงภาวะความเสี่ยงในการลงทุนในการให้เงินกู้แก่บริษัทธุรกิจในประเทศไทยและการฝากเงินกับสถาบันการเงินในประเทศไทยมีมากขึ้น

โดย Moody's Investors Service จะปรับลดอันดับความน่าเชื่อถือทางการเงินของประเทศไทยมาก่อนหน้านี้แล้วในเดือนพฤษภาคม 2539 Moody's เตือนว่าประเทศไทยอาจเผชิญวิกฤตการณ์ทางการเงินได้ง่ายขึ้น เนื่องจากการเพิ่มขึ้นของหนี้ต่างประเทศระยะสั้น คำเตือนของ Moody's ก่อให้เกิดความเดือดร้อนใจแก่ธนาคารแห่งประเทศไทยและสมาคมธนาคารไทยอย่างมาก สถาบันทั้งสองชี้แจงผู้แทน Moody's ว่า สถานะทางการเงินของประเทศไทยมิได้เลวร้ายดังผลการวิเคราะห์ของ Moody's ในปลายเดือนสิงหาคม 2539 หนังสือพิมพ์ The Nation ฉบับ August 28, 1996 รายงานข่าวว่า Moody's อาจยับยั้งการปรับลดอันดับความน่าเชื่อถือทางการเงินของประเทศไทย หลังจากรับฟังคำชี้แจงของธนาคารแห่งประเทศไทยและสมาคมธนาคารไทย แต่แล้ว

<sup>1</sup> กัมพล พรพัฒน์ไพศาลกุล และธนพร ดวงเด่น. (2015). “เจาะลึกอันดับความน่าเชื่อถือของประเทศและความท้าทายข้างหน้า”. *FOCUSED AND QUICK (FAQ) Issue 97*. หน้า 1-2.

เมื่อเวลาล่วงผ่านไปไม่ถึงสัปดาห์ ปฏิบัติการปรับลดอันดับความน่าเชื่อถือทางการเงินของประเทศไทย ก็เกิดขึ้นเมื่อต้นเดือนกันยายนนั่นเอง<sup>2</sup>

ธนาคารแห่งประเทศไทยพยายามตอบโต้ว่าภาระหนี้ต่างประเทศระยะสั้นนั้นไม่น่าต้องกังวลมากนัก ส่วนหนึ่งเป็นเพราะสถิติหนี้ระยะสั้นนั้นสูงกว่าความเป็นจริง การจัดสรรเงินกู้แก่ผู้ประกอบการในประเทศไทยผ่าน BIBFs แม้จะเป็นสินเชื่อบริหารระยะยาวเพื่อการส่งออก การผลิต และการลงทุน แต่ถูกบันทึกเป็นหนี้ระยะสั้นที่มีการต่ออายุต่อเนื่องไปเรื่อยๆ หากปรับลดหนี้ระยะสั้นส่วนนี้ หนี้ต่างประเทศระยะสั้นในปี 2538 เหลือเพียง 22.8 พันล้านดอลลาร์ มีไซ้ 41.1 พันล้านดอลลาร์ดังที่ปรากฏ

ด้วยเหตุที่ Moody's คำนวณหนี้ต่างประเทศระยะสั้น โดยมิได้ปรับลดส่วนที่ผ่าน BIBFs นี้เอง ผลการวิเคราะห์จึงปรากฏว่า หนี้ต่างประเทศระยะสั้นในปี 2538 มีมากกว่าเงินสำรองระหว่างประเทศ (41.1 พันล้านดอลลาร์ เทียบกับ 37.0 พันล้านดอลลาร์) ความข้อนี้มิ้นัยว่า หากมีการเคลื่อนย้ายหนี้ระยะสั้นออกจากประเทศไทยหมดในทันที เงินสำรองระหว่างประเทศก็มิพอที่จะส่งคืน

นอกจากการตอบโต้ว่า หนี้ต่างประเทศระยะสั้นของประเทศไทยมิได้มีมากกว่าสถิติที่ปรากฏแล้ว ธนาคารแห่งประเทศไทยยังตอบโต้อีกด้วยว่าการแห่ถอนเงินออกจากประเทศไทยพร้อมๆ กันนั้นเป็นเรื่องที่ยากจะเป็นไปได้ ในประการสำคัญระบบเศรษฐกิจประเทศไทยยังมีพื้นฐานอันแข็งแกร่ง การเติบโตทางเศรษฐกิจยังอยู่ในระดับที่น่าพอใจ อัตราเงินเฟ้อไม่สูงมาก อัตราการออมยังอยู่ในระดับสูง แม้จะมีปัญหาการขาดดุลบัญชีเดินสะพัด แต่ก็มีเงินสำรองระหว่างประเทศจำนวนมากซึ่งยังมีได้รวมถึงเงินตราต่างประเทศที่ถือโดยธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินอื่นๆ<sup>3</sup>

การที่บริษัทจัดอันดับความเชื่อถืออย่าง Moody's หรือ S&P มักจะเผยแพร่การจัดอันดับความน่าเชื่อถือทางเศรษฐกิจผ่านเว็บไซต์ของตนเองและมีสื่อมวลชนของประเทศไทยนำเอาข้อความดังกล่าวเผยแพร่ต่อไปอีกนั้น จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการแสดงความคิดเห็นทางวิชาการ (Academic Opinion) และการที่หนังสือพิมพ์นำเอาความเห็นดังกล่าวไปเผยแพร่ต่อไปอีกจะถือว่าเป็นสิทธิของสื่อมวลชนได้หรือไม่ตามรัฐธรรมนูญฉบับปี 2560 มาตรา 35 ความว่า

<sup>2</sup> Positioning. (2551). *ปรับลดแนวโน้มอันดับความน่าเชื่อถือ...ตอกย้ำภาวะเสี่ยงของเศรษฐกิจไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://positioningmag.com/45133>. [2561, 29 ตุลาคม].

<sup>3</sup> Forbesthailand. (2560.) *การจัดทำ Credit Rating ของประเทศไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://forbesthailand.com/commentaries-detail.php?did=2068>. [2561, 29 ตุลาคม].

“บุคคลซึ่งประกอบวิชาชีพสื่อมวลชนย่อมมีเสรีภาพในการเสนอข่าวสาร หรือการแสดงความคิดเห็นตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพการส่งปิดกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นเพื่อลิดรอนเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ การให้นำข่าวสารหรือข้อความใดๆ ที่ผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชนจัดทำขึ้นไปให้เจ้าหน้าที่ตรวจก่อนนำไปโฆษณาในหนังสือพิมพ์หรือสื่อใดๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะกระทำในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทย”

ปัญหาที่ถือการที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือดังเช่น Moody's และ S&P ได้จัดอันดับความเชื่อถือโดยอาศัยข้อมูลทางเศรษฐกิจของประเทศไทย และการวิเคราะห์ของตนเองแล้วตีพิมพ์เผยแพร่ผลการวิเคราะห์ของตนเองไม่ว่าโดยผ่านสื่อใดๆ ในกรณีดังกล่าวมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้แสดงความเห็นทางวิชาการตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2560 หรือเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 ซึ่งระบุถึงการกระทำ ความผิด ฐานหมิ่นประมาทไว้ว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 2,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” การหมิ่นประมาทที่จะเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญานั้น จะต้องมีการกระทำที่สำคัญ คือ “ใส่ความ” ความหมายที่ได้บัญญัติไว้โดยพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายไว้ว่า พุดหาเหตุ หรือ กล่าวหาเรื่องร้ายให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย ตามความหมายที่ชาวบ้านธรรมดาเข้าใจกันก็คือการใส่ความแก่กัน ว่าใส่ร้าย หรือแสดงข้อความที่ไม่เป็นความจริง แต่ข้อเท็จจริงตามกฎหมายข้อความที่กล่าวแก่บุคคลอื่นนั้นแม้ที่กล่าวออกไปนั้นเป็นความจริงก็ผิดกฎหมายมีโทษได้ การ“ใส่ความ” ในกฎหมายนั้นมิได้จำกัดแต่ว่าเอาเรื่องไม่จริงไปแต่งความใส่ร้ายเขา แต่มุ่งการเอาข้อความไปว่ากล่าวเขาต้องเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงว่าเป็นข้อความแน่นอนเป็นเหตุให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียงด้วยประการต่างๆ

กรณีตัวอย่างคำพิพากษาของศาลประเทศไทยที่ใกล้เคียงกับกรณีศึกษา คือคดีที่นายอานดี ฮอลล์ ซึ่งเป็นนักวิจัยและนักสิทธิมนุษยชนที่ทำงานประเด็นสิทธิแรงงานข้ามชาติ เผยแพร่รายงานบนเว็บไซต์ finnwatch โดยคดีนี้ โจทก์คือบริษัท เนเชอรัลฟรุต ฟ้องจำเลยคืออานดีฮอลล์ โดยกล่าวหาว่านายอานดี ฮอลล์ นำผลงานวิจัยที่ได้จากการสัมภาษณ์คนงานของบริษัทเนเชอรัล ฟรุต เผยแพร่ต่อสาธารณะ โดยมีสื่อมวลชนและประชาชนร่วมรับฟังการอภิปรายงานวิจัย และสื่อมวลชนนำผลการวิจัยไปตีพิมพ์และเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต โดยกล่าวหาว่าบริษัทคุกคามสิทธิมนุษยชนและสิทธิแรงงาน เช่น จ้างแรงงานเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี จ้างแรงงานด้วยค่าจ้างที่ต่ำกว่ากฎหมายกำหนด นอกจากนี้ยังไม่มียวันหยุดและโบนัสให้ตามที่กฎหมายกำหนด และมีแรงงานจากประเทศพม่าให้สัมภาษณ์ว่า ทางบริษัทยึดหนังสือเดินทางของพวกเขาซึ่งไม่เป็นความจริง การที่

จำเลยนำข้อความอันเป็นเท็จดังกล่าวไปเผยแพร่ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง จากประชาชนในประเทศและต่างประเทศที่ได้รับทราบหรือพบเห็นในเอกสารหรือในระบบคอมพิวเตอร์ โจทก์จึงฟ้องในข้อหาหมิ่นประมาททางอาญาและข้อหากระทำความผิดพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550<sup>4</sup> คำพิพากษาของศาลตัดสินว่า องค์กรฟิรน์วอทซ์ว่าจ้างจำเลยทำงานวิจัย เนื่องจากต้องการทราบว่า ภายในโรงงานของโจทก์มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ เมื่อได้รับทราบข้อมูลว่า โจทก์ปฏิบัติต่อแรงงานโดยไม่ถูกต้อง การนำข้อมูลออกเผยแพร่ ส่งไปให้หน่วยงานที่มีหน้าที่ตรวจสอบและจัดแถลงข่าว จึงเป็นสิ่งที่ประ โยชน์ต่อสาธารณะและเป็นสิ่งที่ประชาชนทั่วไปรวมทั้งผู้เกี่ยวข้องมีสิทธิกระทำเพื่อเปิดเผยข้อเท็จจริงอันจะนำไปสู่การแก้ปัญหาในอนาคตได้ การกระทำขององค์กรฟิรน์วอทซ์ จึงถือว่าเป็นการแสดงความคิดเห็นหรือข้อความ โดยสุจริต เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตน หรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม และยังเป็นการติชมด้วยความเป็นธรรมซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 (1) (3) จึงไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท<sup>5</sup> ซึ่งคดีดังกล่าวถึงที่สุดแล้ว

ทั้งนี้ เมื่อมาวิเคราะห์การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการจัดอันดับความเชื่อถือของสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือแล้ว ย่อมถือเป็นกรณีของการแสดงความคิดเห็นทางวิชาการเนื่องจากเป็นการวิเคราะห์ข้อมูลทางเศรษฐกิจของประเทศจึงไม่เข้าข่ายของการหมิ่นประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326

แต่ทั้งนี้ การวิเคราะห์ข้อมูลของสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือแล้วตีพิมพ์เผยแพร่ผลการวิเคราะห์ของตนเอง ไม่ว่าจะโดยผ่านสื่อใดๆจะต้องกระทำโดยสุจริต ปฏิบัติตามหลักบรรษัทภิบาล ยึดหลักความถูกต้องในการปฏิบัติหน้าที่ ความยุติธรรม ความโปร่งใส ตลอดจนความรับผิดชอบต่อสังคมโดยรวม ซึ่งตามทฤษฎีการกำหนดความผิดทางอาญานั้น การกำหนดหน้าที่ วัตถุประสงค์ ขอบเขตอำนาจ รวมทั้งบทลงโทษของสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือที่ชัดเจน เป็นเรื่องที่สำคัญมากในการพิจารณาว่าการกระทำใดของสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้ามีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน หากสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้กระทำใดๆซึ่งมีกฎหมายรับรองให้กระทำได้นั้น สถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือก็ย่อมได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย

<sup>4</sup> iLaw. (2560). *อานดี ฮอลล์ : คดีเผยแพร่รายงานบนเว็บไซต์ Finnwatch*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://freedom.ilaw.or.th/case/469#detail>. [2561, 1 ธันวาคม].

<sup>5</sup> คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ คดีหมายเลขดำที่ 1675/2560, คดีหมายเลขแดงที่ 591/2561.

หากพิจารณาเปรียบเทียบกรณีดังกล่าวกับประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่าความผิดฐานหมิ่นประมาท มีเจตนาธรรมเพื่อคุ้มครองเกียรติยศ และชื่อเสียงของประชาชน สามารถจำแนกลักษณะของการกระทำออกเป็น 2 ประเภท คือ การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการเขียน และการหมิ่นประมาทโดยวาจา ซึ่งความผิดฐานหมิ่นประมาททั้งสองลักษณะนี้ นอกจากจะแตกต่างกันในส่วนขององค์ประกอบความผิด โดยเฉพาะในเรื่องวิธีที่ใช้ในการใส่ความแล้ว ลักษณะความผิดก็ยังมีแตกต่างกันด้วย กล่าวคือ ความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการเขียนนั้นมีความผิดทั้งในทางแพ่งและในทางอาญา แต่ความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยวาจาจะมีความผิดเฉพาะในทางแพ่งเท่านั้น เหตุเพราะความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการเขียนเป็นการใส่ความโดยวิธีการเขียนหรือพิมพ์รูปภาพซึ่งมีวัตถุที่อยู่ถาวร ส่วนความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยวาจานั้นเนื่องจากวาจาหรือถ้อยคำมีลักษณะที่ไม่คงทนถาวร จึงมีความร้ายแรงน้อยกว่าความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการเขียน

ทั้งนี้ องค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาท โดยการเขียน ประกอบด้วย<sup>6</sup>

1) ใส่ความด้วยข้อความซึ่งทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง

แต่เดิมข้อความที่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาททางอาญาตามกฎหมายจารีตประเพณีต้องเป็นข้อความที่ก่อให้เกิดความไม่สงบในสังคม อย่างไรก็ตาม ภายใต้นี้กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่มิได้คำนึงว่าข้อความที่เผยแพร่จะต้องก่อให้เกิดความไม่สงบอันจะส่งผลกระทบต่อประชาชนในสังคม หากข้อความที่เผยแพร่ทำให้ผู้ถูกใส่ความเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกเกลียดชัง ถูกดูหมิ่นเหยียดหยาม ถูกเหยียดหยาม หรือสูญเสียความไว้วางใจหรือความน่าเชื่อถือจากสังคม หรือทำให้เสียหายในทางธุรกิจ อาชีพ หรือวิชาชีพ หรือช่วยให้เกิดความโกรธแค้น ก็เป็นข้อความที่หมิ่นประมาททางอาญาแล้ว

อนึ่ง ข้อความที่ถือเป็นการหมิ่นประมาททางอาญามีหลายประเภท เช่น การกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดในคดีอาญา การกล่าวหาว่าฐานะการเงินไม่น่าเชื่อถือการกล่าวหาว่าเป็นโรคที่น่ารังเกียจ การกล่าวหาว่าเป็นผู้ไม่เหมาะสมกับวิชาชีพ เป็นต้น

2) ข้อความอันเป็นความเท็จ

ในระบบกฎหมายจารีตประเพณีมิได้กำหนดให้ข้อความอันเป็นเท็จเป็นองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาททางอาญา แต่ในปัจจุบันกฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ได้บัญญัติให้ความเท็จเป็นองค์ประกอบความผิด หากผู้กระทำนำสืบได้ว่าข้อความที่เผยแพร่เป็นความจริงสามารถยกความจริงนี้เป็นข้อต่อสู้ให้ไม่ต้องรับผิดได้

<sup>6</sup> Lawyers Cooperative Publishing (1995). "Libel and Slander" *American Jurisprudence*, (Vol. 33). pp. 291- 298.

### 3) มีการเผยแพร่ข้อความ

การเผยแพร่ข้อความที่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทในทางแพ่ง หมายถึง การเผยแพร่ข้อความที่เป็นการหมิ่นประมาทโดยการเขียนหรือโดยวาจาต่อบุคคลที่สาม แต่การเผยแพร่ข้อความที่เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในความผิดฐานหมิ่นประมาททางอาญา เป็นการเผยแพร่ต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด ซึ่งรวมถึงบุคคลซึ่งถูกหมิ่นประมาทเอง โดยเฉพาะเมื่อทำโดยมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบสุขในสังคม

### 4) ข้อความนั้นต้องสามารถเข้าใจได้ว่ากล่าวถึงผู้เสียหาย

ข้อความที่เป็นการหมิ่นประมาทนั้นต้องสามารถเข้าใจได้ว่ากล่าวถึงบุคคลใดโดยไม่จำเป็นต้องระบุชื่อผู้ถูกใส่ความ เพียงแค่ผู้ที่ทราบข้อความสามารถเข้าใจได้ว่าหมายถึงใครก็ถือว่าเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทแล้ว

### 5) กระทำโดยมีเจตนาชั่วร้าย

เจตนาชั่วร้าย หมายถึง เจตนาเผยแพร่ข้อความซึ่งทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงโดยรู้ว่าเป็นความเท็จ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงไม่รู้ว่าข้อความเป็นความเท็จ โดยผู้เผยแพร่ข้อความไม่ต้องการความเกลียดชังเป็นมูลเหตุจงใจหรือไม่มีเจตนามุ่งจะทำลายชื่อเสียงอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ที่เป็นการเผยแพร่ข้อความที่ทำให้บุคคลธรรมดาเสื่อมเสียชื่อเสียงในเรื่องส่วนตัวโดยชัดแจ้ง ผู้เผยแพร่ข้อความต้องรับโทษทางอาญาแม้มิได้มีเจตนาชั่วร้าย

ดังในคดี *Jefferson County School District v. Moody's Investor, Inc.*<sup>7</sup> ซึ่ง Moody's Investor ได้ถูกโจทก์ในคดีนี้ฟ้องความผิดฐานหมิ่นประมาท เนื่องจำเลยได้ตีพิมพ์บทความแสดงความเห็นเกี่ยวกับฐานะทางการเงินของโจทก์และแสดงความเห็นว่าตราสารหนี้ที่โจทก์ออกมีสถานะที่ไม่น่าที่จะลงทุน อันเป็นการที่จำเลยในคดีนี้ได้จัดลำดับความน่าเชื่อถือโดยมิได้ร้องขอ และทำให้โจทก์ต้องถูกกำหนดให้เพิ่มอัตราดอกเบี้ยในตราสารหนี้เพิ่มขึ้น ศาลในคดีนี้พิพากษาว่าจำเลยได้แสดงความเห็นโดยสุจริตและมีเจตนาเผยแพร่ข้อความทำให้โจทก์เสื่อมเสีย

ในปี ค.ศ. 2005 คดี *in re Enron Corporation Securities, Derivative & ERISA Litigation* ในคดีนี้นักลงทุนที่ได้เข้าซื้อหลักทรัพย์ของ Enron ก่อนหน้าที่ Enron จะล้มละลายได้ฟ้องร้อง NRSRO หลายแห่งเป็นจำเลยในข้อหาการละเลยการแสดงความสำคัญซึ่งควรที่จะต้องแจ้งให้นักลงทุนทราบและการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมแก่นักลงทุนในการที่จะลดอันดับความน่าเชื่อถือของ Enron ก่อนหน้าที่ Enron จะล้มละลาย เนื่องจาก NRSRO ได้ จัดอันดับความน่าเชื่อถือของหลักทรัพย์ของ Enron ไว้ในอันดับ AAA ซึ่งอันดับความน่าเชื่อถือดังกล่าวได้

<sup>7</sup> Partnoy, Frank. (2006). "How and Why Credit Rating Agencies Are Not Like Other Gatekeepers". *Legal Studies Research Paper Series*. University of San Diego Law School, Research Paper, No. 07-46. p. 18.

ประกาศออกมาเพียงไม่กี่วันก่อนหน้าที่ทาง Enron จะประกาศว่าบริษัทล้มละลายและ NRSRO แต่ละแห่งไม่ได้มีการปรับลดอันดับความน่าเชื่อถือของตราสารของ Enron ก่อนหน้าที่บริษัทจะประกาศล้มละลายแต่อย่างใด แต่มาปรับลดอันดับความน่าเชื่อถือลงจาก AAA เป็นระดับที่ไม่สามารถลงทุนได้ (Junk) ภายหลังจากที่บริษัทได้ล้มละลายแล้ว คดีนี้ศาลได้ยกฟ้องทุกกรณี โดยให้เหตุผลว่าการจัดอันดับความน่าเชื่อถือของจำเลยนั้นเป็นการแสดงความคิดเห็นที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญสหรัฐฉบับที่ 1 (First Amendment) และโจทก์นั้นไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าจำเลยได้กระทำไปโดยมีเจตนามุ่งร้ายก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์แต่อย่างใด จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท และไม่มีความผิดฐานละเมิด

จะเห็นได้ว่าแม้การกระทำของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจะเป็นการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ก็จริงแต่ก็เป็นการแสดงความเห็นในทางวิชาการโดยสุจริต ซึ่งการให้ข้อมูลเป็นกลไกสำคัญในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารในระบบตลาดเสรี เพื่อจะทำให้ประชาชนได้รับข้อมูลข่าวสารที่สมบูรณ์ สามารถ วิเคราะห์ เข้าใจและตัดสินใจบนพื้นฐานของข้อมูลได้อย่างมีประสิทธิภาพและถูกต้อง การปิดกั้นการใช้เสรีภาพดังกล่าวจึงไม่อาจจะกระทำได้ ดังนั้น จะถือไม่ได้ว่าเป็นการละเมิด รวมไปถึงหนังสือพิมพ์และสื่อมวลชนอื่นที่ได้นำมาเผยแพร่ บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจึงไม่มีความผิดฐานละเมิด ตามมาตรา 420 ต่อบริษัทที่ถูกจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

อีกทั้งการที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือวิเคราะห์ของตนเอง แล้วเผยแพร่ผลการวิเคราะห์ของตนซึ่งเป็นการเห็นทางวิชาการ ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริง จึงไม่เป็นการละเมิดโดยกล่าวหรือไขข่าวหลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริง ตาม 423

ในส่วนของความรับผิดทางอาญาตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ อาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ การนำเข้าสู่ข้อมูลหลอกลวง ตาม 14 (1) และการนำเข้าสู่ข้อมูลเท็จ ตามมาตรา 14 (2)

1. การนำเข้าสู่ข้อมูลที่หลอกลวงเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 14 (1) กล่าวคือเป็นการนำเข้าสู่ข้อมูลที่บิดเบือนต่อความเป็นจริง หรือปลอมทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือเป็นข้อมูลที่เท็จ โดยมีลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน โดยมีองค์ประกอบภายในที่สำคัญสำหรับความผิดในอนุมาตรานี้คือ ทำโดยทุจริต หมายถึง เพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น หรือ โดยหลอกลวง คือรู้ว่าเป็นข้อมูลที่ไม่ตรงกับ

<sup>8</sup> Jonathan S. Sack and Stephen M. Juris (2007). "Rating Agencies: Civil Liability Past and Future". *New York Law Journal*, 238(88). p. 3.



ความเป็นจริงแต่เพื่อหลอกลวงประชาชน โดยทั่วไป อีกทั้งการนำเข้าสู่ข้อมูลปลอมนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นการใส่ความให้ผู้อื่นเสียหาย เพียงแต่เป็นข้อมูลที่หลอกลวงอาจทำให้ประชาชนเสียหายได้ก็เป็นความผิดฐานนี้แล้ว หากวิเคราะห์การที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้กระทำการจัดอันดับความน่าเชื่อถือโดยนำข้อมูลที่ชอบ ถูกต้องหรือเชื่อว่าถูกต้องมาวิเคราะห์ตามหลักวิชาการในประเมินสถานะของกิจการ แล้วจึงนำไปเผยแพร่การต่อสาธารณชน โดยนำเข้าสู่คอมพิวเตอร์ แม้จะทำให้บริษัทที่ถูกจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้รับความเสียหาย ก็หาใช่เป็นการนำเข้าสู่ข้อมูลที่ปลอมหรือบิดเบือนต่อความเป็นจริงไม่ จึงจะถือว่าบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือกระทำโดยทุจริตไม่ได้ เพราะบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือไม่ได้มีเจตนาทุจริต ดังนั้นบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจึงไม่มีความผิดฐานนำเข้าสู่ข้อมูลปลอมสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 14 (1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

2. การนำเข้าสู่ข้อมูลเท็จสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 14 (2) โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อการรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน ความผิดตามมาตรานี้มีองค์ประกอบภายในที่สำคัญคือ เจตนา ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่าเป็นความเท็จ เช่น ข้อมูลที่นำมาจัดอันดับความน่าเชื่อถือเกี่ยวกับความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ข้อมูลเกี่ยว สภาวะเงินเฟ้อที่ผิดจากความเป็นจริง เป็นต้น หากวิเคราะห์การที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้กระทำการจัดอันดับความน่าเชื่อถือโดยนำข้อมูลที่เป็นความจริงและน่าเชื่อถือมาจัดอันดับความน่าเชื่อถือ แล้วจึงนำไปเผยแพร่การต่อสาธารณชน แม้จะทำให้บริษัทที่ถูกจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้รับความเสียหาย แต่จะถือว่าบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือเจตนาเข้าสู่ข้อมูลเท็จสู่ระบบคอมพิวเตอร์ได้ไม่ เพราะบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือมิได้มีเจตนาในการกระทำความผิดตามมาตรานี้ ดังนั้นบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจึงไม่มีความผิดฐานนำเข้าสู่ข้อมูลเท็จสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 14 (2) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

#### 4.2 ปัญหาความรับผิดทางกฎหมายในกรณีที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือรู้ความลับหรือได้มาซึ่งข้อมูลที่เป็นเท็จ แล้วนำไปเปิดเผยจนทำให้ผู้ถูกจัดอันดับได้รับความเสียหาย

บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้ล่วงรู้ข้อมูลของลูกค้าที่ว่าข้างเกี่ยวกับฐานะทางการเงินหรือโครงการของบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แล้วนำเอาความลับดังกล่าวมาเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก ดังเช่นคดีตัวอย่างในประเทศไทยที่ใกล้เคียงกับกรณีศึกษา ในคดีที่บริษัทเ็นนอร์รี่ เอิร์ธ (EARTH) ได้ยื่นฟ้องสถาบันการเงินแห่งหนึ่งซึ่งได้นำข้อมูลความลับของบริษัท

ไปเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก จนเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง เนื่องจากไม่สามารถโอนเงินไปหมุนเวียนตามแผนธุรกิจที่ประเทศจีนได้และถูกอายัดบัญชีเงินฝากที่มีอยู่กับสถาบันการเงินดังกล่าว เพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นกู้ เจ้าหนี้ตัวแถมเงิน (บีอี) และเจ้าหนี้อื่นของบริษัท บริษัทจึงใช้สิทธิ์ฟ้องร้องดำเนินคดีเรียกค่าเสียหายจากสถาบันการเงินดังกล่าว 6 หมื่นล้านบาท ตามคดีหมายเลขคดีที่ พ.1552/2560 เรื่อง ละเมิดเรียกค่าเสียหาย ในส่วนคดีอาญา บริษัทอาจดำเนินการใช้สิทธิอันชอบธรรมฟ้องฐานเปิดเผยความลับซึ่งเกิดความเสียหายแก่บริษัท<sup>9</sup> ซึ่งคดีนี้ บริษัท เอ็นเนอร์ยี่ เอิร์ธ ได้ถอนฟ้องไปเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2560 เนื่องจากตกลงกับสถาบันการเงินได้ จะเห็นได้ว่าในคดีนี้ผู้กระทำความผิดเป็นสถาบันการเงิน ซึ่งการดำเนินงานของสถาบันการเงินมีกฎหมายธนาคารพาณิชย์และกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้องกำกับดูแลโดยเฉพาะ จึงมีบทลงโทษกำหนดไว้อย่างชัดเจน ต่างกับสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือซึ่งไม่ได้มีกฎหมายควบคุมการกระทำความผิดของสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นหากสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือเป็นผู้กระทำความผิดในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือนำเอาความลับของบริษัทที่ถูกจัดอันดับไปเปิดเผย จนทำให้ผู้ถูกจัดอันดับได้รับความเสียหาย จึงต้องนำพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้ ซึ่งการนำพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้นั้น ไม่เหมาะสมแก่การนำมาบังคับใช้กับการกระทำความผิดของสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือในหลายๆด้าน เช่น สภาพของความคิด ลักษณะการกระทำความผิด รวมถึงการกำหนดอัตราโทษ เป็นต้น

กรณีที่สถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือนำเอาความลับดังกล่าวมาเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก หากพิจารณาประมวลกฎหมายอาญามาตรา 323 “ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เกษัตริ์ คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น แล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” จะเห็นได้ว่า การที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้รับจ้างเพื่อดำเนินการจัดอันดับความน่าเชื่อถือของตราสารซึ่งออกโดยบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ย่อมอยู่ในฐานะที่ทราบถึงข้อมูลต่างๆเกี่ยวกับบริษัทนั้น รวมไปถึงสิ่งที่เรียกว่าความลับทางธุรกิจทางการค้า เช่น การที่บริษัทฯมีแผนการที่จะซื้อกิจการของอีกบริษัทหนึ่งหรือต้องการควบรวมกิจการ รวมทั้งแผนทางธุรกิจต่างๆ เป็นต้น ซึ่งเป็นข้อมูลซึ่งมิใช่

<sup>9</sup> โปสตัดูเคย์. (2560). *EARTH ใช้สิทธิ์ฟ้องแบงก์เจ้าหนี้รายหนึ่งฐานนำความลับบริษัทเปิดเผย*. (ออนไลน์).

เข้าถึงได้จาก: <https://www.posttoday.com/finance/stock/507823>. [2562, 25 มกราคม].

กำหนดให้เปิดตามกฎหมาย<sup>10</sup> ได้แก่ งบการเงินรายไตรมาสที่ผ่านการสอบทานจากผู้สอบบัญชี รายงานประจำปี ซึ่งมีข้อมูลขึ้นต่อกันตามที่กำหนด และบริษัทต้องส่งให้ผู้ถือหุ้นพร้อมการส่งหนังสือ นัดประชุมสามัญประจำปี และส่งสำเนาให้สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และ ตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) เป็นต้น ดังนั้น ข้อมูลดังกล่าวจึงถือว่าเป็นความลับของบริษัทฯ เนื่องจาก เป็นข้อเท็จจริง หรือวิธีการที่ไม่ประจักษ์แก่คนทั่วไปและเป็นสิ่งที่เจ้าของข้อมูลประสงค์จะปกปิด เพื่อกิจการส่วนตัวของเจ้าของความลับนั้น<sup>11</sup> ทั้งนี้ การที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือเปิดเผย ความลับดังกล่าวเพื่อให้แก่บริษัทคู่แข่งซึ่งเป็นลูกค้าของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ ย่อมอาจจะ เกิดความเสียหายแก่บริษัทซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลนั้นได้ แต่เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 กำหนดผู้เปิดเผยข้อมูลที่จะต้องมีความรับผิดชอบไว้แต่เพียงแพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการ ประกอบอาชีพนั้น

ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวมิได้ครอบคลุมถึงบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือไว้แต่อย่างใด สถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือจึงไม่มีความผิดฐานเปิดเผยความลับตาม มาตรา 323 แห่งประมวล กฎหมายอาญา จึงอาจถือเป็นช่องว่างของกฎหมายที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้เปิดเผย ความลับเกี่ยวกับสถานะทางการเงินของบริษัทผู้ว่าจ้างได้ จึงควรมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ต่อไป

แต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 241 ความว่า “ห้ามมิให้บุคคลใดวิเคราะห์หรือคาดการณ์ฐานะทางการเงินผลการดำเนินงาน ราคาซื้อขายหลักทรัพย์ หรือข้อมูลอื่นใดที่เกี่ยวกับบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ โดยนำข้อมูลที่รู้ว่าเป็น เท็จ หรือไม่ครบถ้วนอันอาจก่อให้เกิดความสำคัญผิดในสาระสำคัญมาใช้ในการวิเคราะห์หรือ คาดการณ์ หรือละเลยที่จะพิจารณาความถูกต้องของข้อมูลดังกล่าว หรือโดยบิดเบือนข้อมูลที่ใช้ใน การวิเคราะห์ หรือคาดการณ์ และได้เปิดเผยหรือให้ความเห็นเกี่ยวกับการวิเคราะห์หรือคาดการณ์ นั้นต่อประชาชนโดยประการที่น่าจะมีผลกระทบต่อราคาหลักทรัพย์หรือต่อการตัดสินใจลงทุนใน หลักทรัพย์ กล่าวคือ การซื้อขายหลักทรัพย์จำเป็นต้องอาศัยข้อมูลในการวิเคราะห์ว่าหลักทรัพย์แต่ ละตัวมีสถานะเป็นอย่างไร มิใช่เป็นการซื้อขายโดยอาศัยความรู้สึก ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติบริษัท โบรก เเกอร์ต่างๆจะมีนักวิเคราะห์หลักทรัพย์ทำหน้าที่วิเคราะห์หลักทรัพย์ต่างๆเพื่อให้บริการแก่นักลงทุน ที่เป็นลูกค้าของบริษัท

<sup>10</sup> พ.ร.บ. หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ. มาตรา 56 และมาตรา 199.

<sup>11</sup> จิตติ ดิงศักดิ์. (2539). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 2156-2157.

การที่มาตรา 241 ใช้คำว่า “บุคคลใด..” ย่อมหมายถึงบุคคลใดก็ได้ซึ่งอาจเป็นนักวิเคราะห์หลักทรัพย์ นักลงทุนหรือบุคคลทั่วไปรวมไปถึงบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือซึ่งได้วิเคราะห์หรือคาดการณ์ ฐานะทางการเงิน ผลการดำเนินงาน ราคาซื้อขายหลักทรัพย์ หรือข้อมูลอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับบริษัทที่ออกหลักทรัพย์โดยอาศัยหลักวิชา แต่หากนำข้อมูลที่เป็นเท็จ หรือไม่ครบถ้วนอันอาจก่อให้เกิดความสำคัญผิดในสาระสำคัญมาใช้ในการวิเคราะห์หรือคาดการณ์ หรือละเอียดที่จะพิจารณาความถูกต้องของข้อมูลดังกล่าว หรือโดยบิดเบือนข้อมูลที่ใช้ในการวิเคราะห์ หรือคาดการณ์ และได้เปิดเผยหรือให้ความเห็นเกี่ยวกับการวิเคราะห์หรือคาดการณ์นั้นต่อประชาชน กล่าวคือ การที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือนำเอาข้อมูลที่เป็นตัวเลขทางบัญชีที่เป็นเท็จไปเปิดเผยเพื่อแสดงให้เห็นว่ามีบริษัทที่ถูกจัดอันดับมีกำไรในรอบปีที่ผ่านมาที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือเห็นว่าเป็นตัวเลขที่ตกแต่งทางบัญชีมา ซึ่งความจริงบริษัทมีผลการดำเนินงานขาดทุนแต่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือซึ่งนำเอาข้อมูลที่เป็นเท็จหรือไม่ครบถ้วนมาเปิดเผยในประการที่น่าจะมีผลกระทบต่อราคาหลักทรัพย์หรือต่อการตัดสินใจลงทุนในหลักทรัพย์ ดังนั้น บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือย่อมมีความผิดทางอาญาตามมาตรา 241 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ดังกล่าวข้างต้น โดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าแสนบาท

แต่อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่าอัตราโทษดังกล่าว เมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ถือเป็นโทษที่น้อยมากเนื่องจากความผิดกรณีดังกล่าวเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีได้บัญญัติไว้เป็นความรับผิดชอบของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ โดยเฉพาะ ซึ่งหากเปรียบเทียบโทษในการกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันที่บังคับใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังเช่นคดีในประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดีที่รัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกาฟ้องร้อง S&P ในข้อหาให้เครดิตเรตติ้งหรืออันดับความน่าเชื่อถือตราสารหนี้และสถาบันการเงินต่างๆ ในสหรัฐอเมริกาสูงเกินจริง จนก่อให้เกิดภาวะวิกฤติหนี้เสียจัดอันดับความน่าเชื่อถือที่สูงเกินจริง เพื่อที่จะได้รับค่าธรรมเนียมมากยิ่งขึ้นจากผู้ออกจำหน่ายตราสาร และ S&P ไม่ได้ปรับลดอันดับความน่าเชื่อถือของตราสาร CDO (collateralized debt obligations) ทั้งที่ S&P รู้ว่าตราสารดังกล่าวได้รับการค้ำประกันจากหลักทรัพย์ที่ด้อยคุณภาพลงแล้วยังมีการตั้งข้อสังเกตอีกด้วยว่า Moody's อาจจะได้รับเงินจากบางบริษัท เพื่อแลกกับการให้เครดิตสูงๆแก่บริษัทเหล่านั้น<sup>12</sup> ซึ่งกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดความรับผิดชอบของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดบทลงโทษในเรื่องค่าปรับและ / หรือจำคุกสูงสุด 20 ปี สำหรับการแก้ไข ทำลาย

<sup>12</sup> Voicetv. (2556). *เจาะคดีสหรัฐฯ ฟ้อง S&P จุดจบของบริษัทเครดิตเรตติ้ง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.voicetv.co.th/read/62416>. [2561, 21 ตุลาคม].

ปกปิด ปลอมแปลงเอกสารหรือวัตถุที่จับต้องได้โดยมีเจตนาที่จะขัดขวางหรือมีอิทธิพลต่อการสอบสวนทางกฎหมาย ในส่วนนี้ยังกำหนดบทลงโทษของค่าปรับและ / หรือการจำคุกสูงสุด 10 ปี สำหรับนักบัญชีผู้ใดก็ตามที่รู้ดีและจงใจฝ่าฝืนข้อกำหนดในการตรวจสอบทั้งหมดหรือเอกสารการตรวจสอบเป็นระยะเวลา 5 ปี ซึ่งตามทฤษฎีลงโทษเพื่อยับยั้งอาชญากรรมนั้น การถูกลงโทษจะทำให้ผู้กระทำผิดหรือประชาชนคนอื่นไม่กล้ากระทำความผิดอีก หากกฎหมายประเทศไทยมีโทษที่น้อยหรือไม่รุนแรงจะส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อผลที่ได้รับจากการกระทำ

ผู้วิจัยจึงเห็นควรให้กำหนดโทษไว้เป็นการเฉพาะให้มีโทษที่หนักขึ้น เหมาะสมกับความเสียหาย เพื่อยับยั้งไม่ให้ประชาชนกล้ากระทำความผิดอีกในอนาคตต่อไปซึ่งสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 4.3 ปัญหาทางกฎหมายในกรณีที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้เสนอรายงานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

โดยทั่วไปบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือแต่ละบริษัทมีกระบวนการในการจัดอันดับความน่าเชื่อถือซึ่งมีมาตรฐานสากลจึงมีความคล้ายคลึงกัน ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักทางสถิติ เศรษฐศาสตร์ บัญชีและการเงินดังที่กล่าวมาในบทที่ 2

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือรับจ้างจากบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศไทยสมรู้กับบริษัทที่ว่าจ้างให้จัดอันดับความน่าเชื่อถือและเผยแพร่รายงานอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังเช่นกรณีตัวอย่างในประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดีที่รัฐคอนเนคติกัตและรัฐอิลลินอยส์ยื่นฟ้อง S&P โดยกล่าวหา S&P ว่าทำผิดกฎหมายฉ้อโกงผู้บริโภคเนื่องจาก S&P ได้จัดอันดับความน่าเชื่อถือโดยเพิกเฉยต่อความเสี่ยงที่เพิ่มสูงขึ้นในหลักทรัพย์เพื่อเอื้อประโยชน์แก่วาณิชธนกิจที่เป็นแหล่งรายได้ของ S&P ซึ่งถือว่าเป็นการจัดอันดับความน่าเชื่อถือโดยมีแรงจูงใจจากผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์และไม่ได้จัดอันดับความน่าเชื่อถือด้วยความสุจริต จากนั้นสารหนี้หรือหลักทรัพย์จำนองประเภทอื่นๆก็ยถุณภาพลงอย่างรวดเร็วในเวลาต่อมา มีผู้เสียหายและค่าความเสียหายเป็นจำนวนมาก<sup>13</sup>

หรือดังเช่นกรณีตัวอย่างในประเทศไทยที่ใกล้เคียงกับกรณีศึกษา ในคดีที่ ดร.บุญมากพ็อง บริษัทบางกอกแลนด์ จำกัด (มหาชน) โดยนายอนันต์ กาญจนพาสน์เป็นประธานกรรมการ ได้ร่วม

<sup>13</sup> Aruna Viswanatha Lauren Tara LaCapra. (2013). *U.S. government hits S&P with 3 billion pounds fraud lawsuit.* (Online). Available. <http://www.reuters.com/article/uk-mcgrawhill-sandp-civilcharges/u-s-government-hits-sp-with-3-billion-pounds-fraud-lawsuit-idUKBRE9140WX20130205>. [2018, 30 October].

สมคบกับบริษัทเอเชียเวลท์จำกัด บั่นหุ้นด้วยการออกข่าวเท็จเพื่อหลอกลวงลูกค้าผู้ถือหุ้นบางกอก แลนด์ ก่อนหน้านั้น ได้มีการออกวอเรนธ์ (BLAND) หรือเรียกว่าใบจองสิทธิเพื่อลูกค้าซื้อขายในตลาดหุ้นและใช้สิทธิแปลงเป็นหุ้นในราคา 2 บาท และต่อมาได้มีการขออนุญาตตลาดหลักทรัพย์ซื้อหุ้นคืนในช่วงเวลาเดียวกันเพื่อลวงให้ลูกค้าเข้าใจผิดว่ามีการดันราคาหุ้นให้สูงขึ้นกว่า 2 บาท แต่นายอนันต์ได้กระทำการทุบหุ้นให้ราคาหุ้นบีแลนด์ต่ำกว่า 2 บาท โคนเจตนาหวังผลให้ตนเองสามารถเข้าซื้อหุ้นบีแลนด์กลับคืนในราคาต่ำแบบไม่มีการลงทุน นายอนันต์หวังผลลัพธ์ให้กรรมการผู้ถือหุ้นได้ส่วนต่างกำไรมหาศาลในอนาคต รวมทั้งได้กำไรจำนวนมากจากการขายวอเรนธ์ในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งลูกค้าผู้ที่ถูกหลอกลวงให้ถือหุ้นจำนวนมากตามคำชักชวนของบริษัทหลักทรัพย์นั้นต้องขาดทุน เพราะราคาหุ้นตกลงไปเป็น 0 บาท ในช่วงเวลาต่อไป<sup>14</sup>

ซึ่งจากกรณีตัวอย่างในประเทศไทยข้างต้น เป็นการกระทำความผิดของบริษัทซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยทั่วไป แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้เสนอรายงานโดยมิชอบว่า หลักทรัพย์หรือตราสารที่ออกโดยบริษัทที่ว่าข้างมีความน่าเชื่อถือในการลงทุนทำให้นักลงทุนได้พากันซื้อตราสารของบริษัทดังกล่าว ต่อมาบริษัทดังกล่าวล้มละลาย บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือจะมีความผิดฐานตามมาตรา 241 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 หรือความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา 341 หรือฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 แห่งประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ อย่างไร

ผู้วิจัยเห็นว่าบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือมีความผิดตาม มาตรา 241 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งได้กำหนดความรับผิดทางอาญาไว้ว่า ผู้ใดทำการวิเคราะห์ฐานะการเงิน ผลการดำเนินงานหรือราคาซื้อขายหลักทรัพย์ของบริษัทหรือนิติบุคคลที่ออกหลักทรัพย์หรือที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์หรือหลักทรัพย์ซื้อขายในศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์ โดยบิดเบือนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อมูลที่ใช้ในการวิเคราะห์ หรือใช้ข้อมูลซึ่งรู้ว่าเป็นเท็จมาใช้ในการวิเคราะห์ และผลของการวิเคราะห์นั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทหรือนิติบุคคลหรือบุคคลใดๆ หรือมีผลกระทบต่อราคาซื้อขายหลักทรัพย์ของบริษัทหรือนิติบุคคลนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 5 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่อย่างไรก็ดี อัตราโทษดังกล่าวถือเป็นโทษที่น้อยมากเมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ ซึ่งอย่างที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สาเหตุเนื่องมาจากความผิดกรณีดังกล่าวเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีได้บัญญัติไว้เป็นความรับผิดของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือโดยเฉพาะ ผู้กระทำความผิดจึงไม่เกรงกลัวต่ออัตราโทษตาม

<sup>14</sup> มติชน. (2562). ดร. บุญมากฟ้องบริษัทบางกอกแลนด์และเจ้าตัวอนันต์ ข้อหา ฉ้อโกงและบั่นหุ้น. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://www.matichon.co.th/news-monitor/news\\_1456948](https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_1456948). [2562, 1 พฤษภาคม].

กฎหมาย หากมีกฎหมายบัญญัติความผิดของบริษัทจัดอันดับไว้เป็นการเฉพาะ เพิ่มบทลงโทษผู้กระทำผิดให้เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ย่อมสามารถข่มขู่และยับยั้งตัวผู้กระทำผิดที่ได้รับโทษและบุคคลอื่นที่เห็นตัวอย่าง หรือตระหนักถึงโทษที่ร้ายแรง ทำให้ผู้ที่จะกระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวโทษจนไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นอีกตามทฤษฎีลงโทษเพื่อยับยั้งอาชญากรรม ซึ่งสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกา หากบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือในประเทศสหรัฐอเมริกากระทำความผิดในลักษณะเดียวกันนี้ กฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดความรับผิดอาญาของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดบทลงโทษในเรื่องค่าปรับและ / หรือจำคุกสูงสุด 20 ปี<sup>15</sup> ซึ่งถือว่าเป็นอัตราโทษที่หนักกว่าประเทศไทยมาก

ในส่วนของความรับผิดทางอาญารฐานข้อ โกงของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ จะเห็นได้ว่าบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือได้เสนอรายงานโดยมิชอบว่า หลักทรัพย์หรือตราสารที่ออกโดยบริษัทที่ว่าจ้างมีความน่าเชื่อถือในการลงทุนทำให้นักลงทุนได้พากันซื้อตราสารของบริษัทดังกล่าวในเวลาต่อมาปรากฏว่าบริษัทได้ล้มละลายจะถือได้หรือไม่ว่าสถาบันหรือบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือมีความผิดอาญาในฐานความผิดข้อ โกงประชาชน

ตามมาตรา 341 ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงดังว่านั้น ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวง หรือบุคคลที่สามถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานข้อ โกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 343 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 341 ได้กระทำด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน หรือด้วยการปกปิดความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชนผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในวรรคแรกต้องด้วยลักษณะดังกล่าวในมาตรา 342 อนุมาตราหนึ่ง อนุมาตราใดด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 7 ปี และปรับตั้งแต่ 1,000 บาทถึง 14,000 บาท

การกระทำความผิดฐานข้อ โกงประชาชนนั้นผู้กระทำจะต้องมีการกระทำความผิดฐานข้อ โกงก่อน และการกระทำนั้นเป็นการกระทำต่อประชาชน โดยทั่วไปมิใช่เฉพาะกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หากมีผู้หลงเชื่อแม้เพียงคนเดียวจนผู้ข้อ โกงได้รับทรัพย์สินไปก็เป็นการข้อ โกงประชาชนแล้ว เช่น จำเลยกู้เงินโจทก์ไป 20,000 บาท ตกลงผ่อนชำระคืนเดือนละ 4,000 บาท ในการนี้จำเลยมอบสมุดเงินฝากสะสมทรัพย์ของจำเลยพร้อมด้วยใบมอบฉันทะให้ถอนเงิน 5 ฉบับๆ ละ 4,000 บาท ให้แก่

<sup>15</sup> Sarbanes - Oxley Act 2002. Section 802.

โจทก์เพื่อโจทก์ไปเบิกเงินมาชำระหนี้ดังกล่าว แม้ต่อมาจำเลยจะหลอกหลวงโจทก์จนโจทก์หลงเชื่อมอบสมุดเงินฝากของจำเลยให้แก่จำเลยไป แต่จำเลยมีอำนาจสั่งให้ธนาคารระงับการจ่ายเงินตามใบมอบฉันทะให้ถอนเงินได้ทุกเมื่อที่ยังปรากฏว่าในขณะที่จำเลยหลอกหลวงเอาสมุดเงินฝากคืนไปจากโจทก์นั้น เงินในบัญชีธนาคารของจำเลยมีจำนวนไม่ถึง 4,000 บาท โจทก์ย่อมไม่อาจถอนเงินตามใบมอบฉันทะดังกล่าวได้ แม้โจทก์จะมีสมุดเงินฝากของจำเลยและจำเลยไม่สั่งให้ธนาคารระงับการจ่ายเงินก็ตาม การที่จำเลยหลอกหลวงเอาสมุดเงินฝากของจำเลยเองไปจากโจทก์จึงไม่ทำให้จำเลยได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากโจทก์ และไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกง

หากพิจารณาเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และกฎหมายอาญาของประเทศไทยจะเห็นทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษาดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ต่างก็มีความผิดที่มีลักษณะเป็นการหลอกหลวงซึ่งเป็นความผิดฐานฉ้อโกงเช่นกัน แต่ก็มีแตกต่างกันในรายละเอียด กล่าวคือ

#### 4.3.1 องค์ประกอบภายนอก

(1) “การหลอกหลวง” ตามกฎหมายประเทศอังกฤษพระราชบัญญัติ Theft Act ค.ศ. 1968 มาตรา 15 เป็นการหลอกหลวงด้วยประการใดๆ โดยข้อความหรือการกระทำอันเป็นเท็จ ทั้งที่เป็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย และให้หมายความรวมถึงการให้คำมั่นอันเป็นเท็จด้วย นอกจากนี้ ยังรวมถึงการหลอกหลวงโดยการปกปิดข้อความจริงและการละเว้นเปิดเผยความจริง ทั้งนี้ การนิ่งอาจเป็นการกระทำอันเป็นเท็จโดยปริยายได้ หากพบว่ามีการกระทำอื่นๆของเขาประกอบด้วย

สำหรับกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา การหลอกหลวงนอกจากจะเป็นการแสดงข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จแล้ว ยังรวมถึงการแสดงเท็จในข้อกฎหมายตลอดจนการยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นได้มาซึ่งข้อมูลซึ่งจะส่งผลต่อการตัดสินใจ หรือการล้มเหลวต่อการเปิดเผยผลร้าย

ส่วนในกฎหมายประเทศไทยเป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือการปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง

เมื่อพิจารณาแล้วความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดไปถึงการแสดงข้อความอันเป็นเท็จในข้อกฎหมายซึ่งกฎหมายประเทศไทยและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมิได้บัญญัติไว้ และแม้กฎหมายประเทศอังกฤษมิได้บัญญัติถึงการปกปิดข้อความจริงเช่นเดียวกับในกฎหมายประเทศไทยและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน แต่กฎหมายประเทศอังกฤษใช้คำว่าหลอกหลวงด้วยประการใดๆ ซึ่งสามารถรวมถึงการปกปิดข้อความจริงได้เช่นเดียวกัน และเมื่อพิจารณาถึงกรณีการบิดเบือน(เปลี่ยนแปลงแก้ไข)ข้อความจริงตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน กฎหมายประเทศไทยก็สามารถ



ที่จะพิจารณารวมเข้าเป็นกรณีของการแสดงข้อความอันเป็นเท็จได้ ส่วนกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาตาม Model Penal Code ลักษณะการกระทำที่กล่าวมาก็ถือได้ว่าเป็นลักษณะของการหลอกลวงทั้งสิ้น

(2) “การ โอนทรัพย์สิน” กฎหมายประเทศอังกฤษ หมายถึง การได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์การครอบครองหรือการควบคุมทรัพย์สินนั้น ส่วนกฎหมายประเทศไทย หมายถึง การได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองเท่านั้น และกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกายังมีความหมายแคบกว่าเพราะหมายถึงเฉพาะการ โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้เท่านั้น แต่สำหรับกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมิได้กำหนดถึงการได้ไปซึ่งทรัพย์สินไว้ อย่างไรก็ตามมีการพิจารณาถึงการ โอนทรัพย์สินซึ่งมิได้พิจารณาเพียงตัวทรัพย์สิน แต่เป็นการพิจารณาถึงเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายในทางทรัพย์สิน จึงทำให้มีความหมายกว้างกว่าของทั้งของประเทศประเทศอังกฤษ ประเทศไทย และประเทศสหรัฐอเมริกา

นอกจากนี้ ความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศไทยยังได้บัญญัติถึงการหลอกลวงให้ผู้อื่นหรือบุคคลที่สามทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิสำหรับกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแม้มิได้บัญญัติไว้ แต่กรณีดังกล่าวหากก่อให้เกิดความเสียหายในทางทรัพย์สินย่อมถือว่าเป็นความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้เช่นกัน ส่วนกฎหมายประเทศอังกฤษไม่ปรากฏเรื่องนี้อยู่ในพระราชบัญญัติ Theft Act ค.ศ. 1968 มาตรา 15 แต่การกระทำดังกล่าวอาจเป็นความผิดฐานหลอกลวงให้จัดการกับหลักประกันที่มีค่าตามมาตรา 20(2) ได้

### (3) ความสัมพันธ์ระหว่างการหลอกลวงและการ โอนทรัพย์สิน

ทุกประเทศที่ทำการศึกษาดังกล่าวก็อธิบายว่าในความผิดที่เกี่ยวกับการฉ้อโกง การหลอกลวงต้องเป็นสาเหตุของการโอนทรัพย์สิน โดยผู้ถูกหลอกลวงต้องหลงเชื่อ และโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้หลอกลวงด้วยความยินยอมเพียงแต่อาจแตกต่างกันบ้างในรายละเอียด

#### 4.3.2 องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานฉ้อโกงของประเทศที่ได้ทำการศึกษาดังนั้นก็ประกอบไปด้วยเจตนาและเจตนาพิเศษ แต่อาจแตกต่างกันในรายละเอียด ซึ่งในส่วนของเจตนาตามกฎหมายประเทศอังกฤษ นอกจากจะหมายถึงการหลอกลวงผู้อื่นโดยเจตนาซึ่งเป็นการจงใจแล้วยังรวมถึงการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงด้วย ทั้งนี้ เพราะหลักในเรื่ององค์ประกอบภายในของกฎหมายประเทศอังกฤษที่เรียกว่า เจตนาร้าย (Mens Rea) นั้นได้รวมไปถึงกรณีประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงด้วย

ในกรณีดังกล่าวบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือมิได้ได้รับประโยชน์โดยตรงแต่บริษัทที่ว่าจ้างในการจัดอันดับความน่าเชื่อถือเป็นผู้รับประโยชน์ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าบริษัทจัดอันดับ

ความน่าเชื่อถือไม่มีความผิดฐานฉ้อโกงและฉ้อโกงประชาชน ตามมาตรา 341 และ 343 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่อย่างไรก็ตามบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถืออาจรับผิดชอบทางอาญาในฐานะเป็นผู้สนับสนุน หรือตัวการร่วมแล้วแต่กรณี โดยพิจารณาจากความสุจริตของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ ในกรณีดังกล่าวจึงสมควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในอนาคตต่อไป

#### 4.4 ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญากรรมการจะต้องรับผิดชอบทางอาญาร่วมกับบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

โดยที่ความรับผิดชอบในทางอาญาของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือซึ่งเป็นนิติบุคคลเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบในทางอาญาภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551) หากพิจารณาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 โดยกำหนดโทษสำหรับลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดไว้ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับและริบทรัพย์สิน ซึ่งจะเห็นได้ว่า โทษที่บัญญัติไว้ดังกล่าวมุ่งหมายที่จะลงโทษตัวบุคคลธรรมดามากกว่าลงโทษนิติบุคคล ดังนั้น โทษตามมาตรา 18 หากนำมาปรับใช้กับนิติบุคคลในสภาพการณ์ปัจจุบันมีเพียงโทษปรับ และโทษริบทรัพย์สินเท่านั้นที่สามารถบังคับได้กับนิติบุคคลซึ่งไม่อาจยับยั้งการกระทำความผิดของนิติบุคคลได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะนิติบุคคลที่ได้กระทำความผิดหรือมีส่วนร่วมกระทำความผิด ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551) และประมวลกฎหมายอาญา

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งแต่เดิมในประเทศสหรัฐอเมริกามีความเห็นกันว่า นิติบุคคลไม่อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น เรื่องนิติบุคคลไม่มีจิตใจทำให้นิติบุคคลไม่สามารถแสดงเจตนาทางอาญา (Criminal Mind) ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดทางอาญาได้ และนิติบุคคลก็ไม่มีตัวตนด้วย ทำให้ไม่สามารถรับโทษจำคุกได้<sup>16</sup> เป็นต้น เมื่อสภาพสังคมและเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ มีการประกอบกิจการในรูปของนิติบุคคลเพิ่มมากขึ้น และบ่อยครั้งนิติบุคคลได้ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งความเสียหายส่วนมากเป็นความเสียหายที่กระทบต่อความปลอดภัยของสาธารณะ (Public Safety) ดังนั้น นักกฎหมายส่วนใหญ่จึงตระหนักถึงความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้นิติบุคคลต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาบ้าง ความคิดเดิมที่ว่านิติบุคคลไม่อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ก็เริ่มเปลี่ยนไป โดยศาลได้เริ่มจากการลงโทษนิติบุคคลในความผิดฐานละเว้นการ

<sup>16</sup> Wayne R. LaFave & Austin W. Scott. (1986). *Criminal Law* (2 ed). (ST. Paul: West Publishing). p. 151.

กระทำ<sup>17</sup> (Non - Feasance) เช่น ความผิดที่นิติบุคคลละเลยไม่ซ่อมแซมถนนและสะพาน เป็นต้น ความผิดที่เกิดจากการกระทำผิดหน้าที่ เช่น ความผิดฐานกีดขวางทางหลวง<sup>18</sup> เป็นต้น โดยความผิดทั้งสองมีลักษณะเป็นความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) เพราะไม่มีเจตนาร้าย (Mens Rea) เป็นองค์ประกอบความผิด

ในปัจจุบันนิติบุคคลอาจมีความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใน 2 กรณีใหญ่ๆ คือ ความรับผิดตามหลัก Respondeat Superior และความรับผิดตาม Model Penal Code กล่าวคือ

ประการแรก ความรับผิดตามหลัก Respondeat Superior

โดยหลัก Respondeat Superior นี้ นำมาจากหลักความรับผิดในกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด โดยมีสาระสำคัญว่า ตัวการ (Principal) จะต้องรับผิดในการกระทำความผิดของตัวแทน ซึ่งอยู่ในความควบคุมดูแลของตนและได้กระทำการไปภายในขอบเขตแห่งงานที่จ้าง<sup>19</sup> ด้วย โดยความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล (ตัวการ) อันเนื่องมาจากการกระทำผิดของลูกจ้าง (ตัวแทน) เกิดขึ้นจากแนวความคิดที่ว่าเมื่อบริษัทมีความบกพร่องในการบริหารงาน หรือในการสอดส่องดูแลการทำงานของลูกจ้างของตนแล้ว บริษัทก็ต้องรับผิดที่เกิดจากการกระทำของลูกจ้างด้วย

กล่าวโดยสรุป ตามหลัก Respondeat Superior นิติบุคคลจะต้องรับผิดทางอาญา ในกรณีที่มีการกระทำนั้นเป็นการกระทำของตัวแทนของนิติบุคคล ซึ่งได้กระทำในนามของนิติบุคคล และการกระทำนั้นอยู่ภายในขอบเขตงานที่จ้าง

ประการที่สอง ตาม Model Penal Code นิติบุคคลจะต้องรับผิดในกรณีต่างๆ ดังนี้

1. (ก) ในกรณีที่ความผิดนั้นเป็นความผิดเกี่ยวกับการละเมิดกฎหมาย ซึ่งได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับความปลอดภัยของสาธารณะหรือเป็นความผิดตามกฎหมายอื่นซึ่งได้กำหนดความรับผิดของนิติบุคคล และเป็นการกระทำโดยตัวแทนของบริษัท ซึ่งกระทำในนามของบริษัทและอยู่ในขอบเขตของงานที่จ้าง หรือ

(ข) ในกรณีที่ความผิดนั้นเป็นการงดเว้นการปฏิบัติหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดให้นิติบุคคลมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ

<sup>17</sup> คดี New York & G.L.R. Co. v. State, 50 N.J.L. 303, 13 A. 1(1888) และ People v. Clark, 8, N.Y. Cr. 169, 14 N.Y.S. 642 (1891).

<sup>18</sup> คดี State v. Baltimore, etc R.R. (1889) 120 2 nd . 298 22 N.E. 307.

<sup>19</sup> Reinier H. Kraarkman. (2017). *Vicarious and Corporate Civil Liability*. (Online). Available: <http://www.encycle.findlaw.com/3400 book.pdf>. [2017, 30 October].

(ค) ในกรณีที่ความผิดนั้นเป็นความผิดที่เกิดขึ้นจากการให้อำนาจ การร้องขอ การสั่ง การปฏิบัติการ หรือการยินยอมให้กระทำโดยประมาทของคณะกรรมการ หรือผู้บริหารระดับสูง ซึ่งกระทำการในนามของบริษัท ภายในขอบเขตแห่งงานที่จ้าง

2. เมื่อความผิดนั้นเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาดนิติบุคคลก็ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะแสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น

ในปัจจุบัน ตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกานิติบุคคลอาจมีความรับผิดทางอาญาได้เกือบทุกฐานความผิด เว้นแต่<sup>20</sup>

1. ความผิดซึ่งมีแต่เฉพาะโทษประหารชีวิตและจำคุก เนื่องจากสภาพของโทษที่มีอาญาใช้กับนิติบุคคลได้ อย่างไรก็ดี ปัญหานี้ได้รับการแก้ไขโดยการที่กฎหมายสมัยใหม่มักจะบัญญัติโทษปรับเอาไว้ด้วย

2. ความผิดซึ่งโดยสภาพของความผิดไม่เปิดช่องให้นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดได้ เช่น ความผิดฐานสมรสซ้อน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานให้การเท็จ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น เป็นต้น

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาโทษโดยทั่วไปมี 2 ประเภท คือ

1. ปรับ (Fine)

2. คุมประพฤติ (Probation)

นอกจากนั้นยังมีโทษเพิ่มเติมอีก 3 ประการซึ่งอาญาใช้ได้กับบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล คือ

(1) ริบทรัพย์ (Forfeiture of Property)

(2) การแจ้งผู้เสียหาย (Notice to victim)

(3) การได้รับชดเชยความเสียหาย (Restitution)

ในเรื่องการลงโทษนิติบุคคลในต่างประเทศมีมาตรการต่างๆ มากมาย ทั้งมาตรการทางอาญา และมาตรการอื่นที่มีใช้ทางอาญาที่สามารถใช้ลงโทษนิติบุคคลที่กระทำความผิด และการกำหนดโทษนิติบุคคลจะมีการคำนึงถึงเรื่องต่างๆ เช่น ขนาดกิจการ ลักษณะการประกอบกิจการ สถานะทางเศรษฐกิจของนิติบุคคล และความรุนแรงของความเสียหาย เป็นต้น ทำให้การแก้ปัญหาเรื่องการกระทำความผิดของนิติบุคคลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

สำหรับประเทศไทย มาตรการต่างๆ ที่ใช้ลงโทษนิติบุคคลมีค่อนข้างน้อย เนื่องจากมาตรการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายประเทศไทยที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันมุ่งเน้นไปที่การลงโทษบุคคลธรรมดามากกว่านิติบุคคล และประมวลกฎหมายอาญามีได้มีบทบัญญัติลงโทษนิติบุคคลไว้เป็นพิเศษ ทำให้การลงโทษไม่ค่อยเหมาะสมหรือไร้ซึ่งประสิทธิภาพ ซึ่งตามทฤษฎีการรับ

<sup>20</sup> Wayne R. LaFave & Austin W. Scott. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16. p. 258.

ผิดแทน ถือว่าการกระทำของผู้แทนของนิติบุคคลนั้นเป็นการกระทำของนิติบุคคล เพราะเจตนาของนิติบุคคลนั้นก็คือเจตนาของผู้แทนนิติบุคคล นิติบุคคลจึงควรต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำดังกล่าว จึงจำเป็นต้องอาศัยกฎหมายพิเศษเป็นการเฉพาะให้นิติบุคคลรับผิดชอบ โดยกำหนดการลงโทษแก่นิติบุคคลอย่างเหมาะสม เช่น การปรับ ริบทรัพย์สิน คุมประพฤติ หรือห้ามประกอบกิจการ เป็นต้น

อีกทั้งการที่นิติบุคคลจะดำเนินกิจการใดๆนั้น ย่อมต้องแสดงออกโดยทางผู้แทนนิติบุคคล เช่น กรรมการ เมื่อผู้แทนนิติบุคคลแสดงเจตนาซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้แทนในการดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล เจตนานั้นก็ผูกพันนิติบุคคลและต้องถือว่าเป็นเจตนาของนิติบุคคล เมื่อนิติบุคคลกระทำผิดกฎหมายอาญา การจะลงโทษผู้แทนนิติบุคคลร่วมกับนิติบุคคลได้นั้น ต้องพิจารณาเป็นรายๆไป ซึ่งมีกฎหมายหลายฉบับบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า ในกรณีที่บริษัทกระทำผิดให้เอาโทษแก่กรรมการด้วย เช่น

1. พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 54 บัญญัติว่า "ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้ หรือยินยอม หรือตนได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นแล้ว"

2. พระราชบัญญัติควบคุมอาหาร พ.ศ.2522 มาตรา 72 บัญญัติว่า "ในกรณีที่นิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่ากรรมการ หรือผู้จัดการทุกคนของนิติบุคคลนั้นเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดกับนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของนิติบุคคลนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมด้วย"

3. พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535 มาตรา 63 บัญญัติว่า "ในกรณีที่ห้างหุ้นส่วนบริษัท หรือนิติบุคคลอื่นกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ กรรมการ ผู้จัดการ หรือนิติบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการกระทำอันเป็นความผิดนั้น ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้หรือยินยอมด้วย"

ซึ่งจะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 หรือกฎหมายอื่น ไม่ได้กำหนดเรื่องความรับผิดทางอาญาระหว่างกรรมการกับสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือไว้เป็นการเฉพาะ หากเปรียบเทียบความรับผิดทางอาญาของกรรมการและบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้แทนของนิติบุคคลซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาจะต้องมีความรับผิดทางอาญาด้วย แม้ว่าจะเป็นการกระทำในนามของบริษัทและได้กระทำอยู่ภายในขอบเขตแห่งงานที่จ้างก็ตาม<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Glanville Williams. (2015). *Text Book of Criminal Law*. 3rd Revised edition. Sweet & Maxwell. p. 229.

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรที่จะมีการตรากฎหมายเพื่อกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาทั้งสถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือและกรรมการไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้เพื่อให้มาตรการลงโทษมีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการลงโทษแก่บริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือและกรรมการต่อไป