

## บทที่ 4

### ตัวการและผู้ใช้กรณีความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำ ตามกฎหมายไทย

จากการศึกษาในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่าในกฎหมายอาญาของประเทศต่าง ๆ มีการบัญญัติถึงบทบัญญัติเรื่องตัวการและผู้ใช้ในรูปแบบที่แตกต่างกัน ซึ่งล้วนส่งผลถึงความรับผิดชอบของตัวการและผู้ใช้ในกรณีความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวที่แตกต่างกันไป และเมื่อศึกษาถึงกฎหมายของต่างประเทศแล้ว ก็จะต้องย้อนมาดูที่กฎหมายของไทยเรา โดยในบทนี้จะได้ศึกษาถึงเรื่องตัวการและผู้ใช้ในกรณีความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวตามกฎหมายไทย ซึ่งการศึกษาในเรื่องนี้จำเป็นต้องศึกษาทั้งเรื่องแนวความคิดในเรื่องความรับผิดชอบของตัวการและผู้ใช้ตามกฎหมายไทย และบทบัญญัติในเรื่องความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวประกอบกัน

#### 4.1 ความเป็นมาของบทบัญญัติเรื่องตัวการและผู้ใช้

ในการศึกษาความเป็นมาของบทบัญญัติเรื่องตัวการและผู้ใช้ให้กระทำความผิมนั้น จำเป็นที่จะต้องศึกษาย้อนกลับไปถึงกฎหมายของไทยในสมัยก่อนด้วย ซึ่งบทบัญญัติเรื่องตัวการและผู้ใช้ให้กระทำความผิมนั้นได้มีการบัญญัติขึ้นตั้งแต่ในสมัยกฎหมายตรา 3 ดวง ในกฎหมายลักษณะโจร<sup>1</sup> อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเรื่องตัวการและผู้ใช้ในกฎหมายตรา 3 ดวงนั้น ได้บัญญัติในลักษณะที่ล้าสมัยแตกต่างจากกฎหมายปัจจุบันมาก ด้วยเหตุนี้ในการศึกษาจะเริ่มศึกษาจากกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งถือได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทย

##### 4.1.1 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

กฎหมายลักษณะอาญาเป็นกฎหมายที่ได้จัดทำขึ้นตามแบบอย่างของประเทศในภาคพื้นยุโรปจึงมีความทันสมัยทัดเทียมนานาอารยประเทศ โดยเริ่มใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 21 กันยายน ร.ศ.127 หรือ พ.ศ.2451 และได้ใช้บังคับตลอดมาเป็นเวลานานถึง 50 ปี โดยใน

---

<sup>1</sup> จิตติ เจริญจำ, “ตัวการ และผู้สนับสนุน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), น.48.

กฎหมายลักษณะอาญาได้มีบทบัญญัติหมวดที่ 6 ว่าด้วยบุคคลหลายคนกระทำความผิดอย่างเดียวกัน อันประกอบไปด้วยบทบัญญัติเรื่องตัวการ ผู้ใช้ และผู้สมรู้ นอกจากนั้น กรณีการใช้ให้กระทำความผิดแล้วไม่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นนั้น ได้มีการบัญญัติแยกออกไปจากหมวดที่ 6 ไปเป็นความผิดเฉพาะต่างหาก

#### 4.1.1.1 ตัวการร่วม (มาตรา 63)

“มาตรา 63 ในคดีที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป กระทำความผิดอย่างเดียวกัน ท่านให้ถือว่าบรรดาผู้ที่ได้ลงมือกระทำความผิดนั้นเป็นตัวการ แลลงอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นแก่มันทุกคน เหมือนอย่างมันได้กระทำความผิดแต่ผู้เดียวจะนั้น”

มาตรา 63 นั้น เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1 ว่าด้วยข้อบังคับต่างๆ โดยอยู่ในหมวดที่ 6 ว่าด้วยบุคคลหลายคนกระทำความผิดอย่างเดียวกัน โดยบัญญัติถึงบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปร่วมมือกันกระทำความผิด โดยการกระทำความผิดนั้นต้องถึงขั้น “ลงมือกระทำความผิด” และผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนากระทำความผิดร่วมกัน

อนึ่ง ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่าผู้กระทำความผิดต้องมีคุณสมบัติพิเศษ เช่น เป็นเจ้าพนักงานหรือแพทย์ ฯลฯ จะถือว่าเป็นการร่วมมือได้ต่อเมื่อบุคคลนั้นมีคุณสมบัติเช่นนั้นด้วย ถ้าขาดคุณสมบัติพิเศษย่อมถือว่าเป็นการช่วยเหลือและผู้ที่มีขาดคุณสมบัตินั้นจะถูกลงโทษเป็นเพียงผู้สมรู้เท่านั้น<sup>2</sup>

#### 4.1.1.2 การใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด (มาตรา 64 , 66)

“มาตรา 64 ผู้ใดใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด ด้วยอุบายอย่างใด ๆ เช่น ว่าจ้าง วาน หรือบังคับ ทุจริต ช่มชู้ ให้ผู้อื่นกระทำความผิด เป็นต้น ท่านว่ามันผู้ใช้นั้นต้องระวางโทษฐานเป็นตัวการ”

---

<sup>2</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 320/2490 อ้างใน หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548), น.197.

“มาตรา 66 ถ้ามีความผิดเกิดขึ้นเพราะเหตุที่โฆษณาการในสมุด หรือในหนังสือที่ออกโดยมีกำหนด หรือในจดหมายอย่างใด ๆ ท่านให้ถือว่าผู้ที่ให้โฆษณานั้นมีความผิดต้องระวางโทษฐานเป็นตัวการ

ถ้าหากว่าจะเอาตัวผู้ที่ให้โฆษณามาพิจารณาไม่ได้ไซ้ ท่านให้ถือว่าผู้ที่โฆษณาหรือผู้ที่พิมพ์หนังสือนั้น ต้องระวางโทษฐานตัวการด้วยกัน”

มาตรา 64 และ 66 นั้น เป็นบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1 ว่าด้วยข้อบังคับต่างๆ หมวดที่ 6 ว่าด้วยบุคคลหลายคนกระทำความผิดอย่างเดียวกัน

ตามมาตรา 64 นั้น แม้จะมีได้บัญญัติไว้ว่าต้องมีความผิดเกิดขึ้นก็ตาม แต่โดยหลักแล้วต้องมีการกระทำความผิดตามที่ใช้เกิดขึ้นก่อน กล่าวคือ การใช้นั้นทำให้บุคคลอื่นผู้ถูกใช้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้น ผู้ใช้จึงต้องรับโทษฐานตัวการ หากกรณีที่ใช้แล้วยังไม่มีใครกระทำความผิดนั้น คงต้องบังคับไปตามมาตรา 174

การที่มาตรา 64 ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใช้ต้องระวางโทษฐานเป็นตัวการ” ย่อมแสดงว่ากฎหมายลักษณะอาญาถือว่าผู้ใช้ให้กระทำความผิดนั้นเป็นตัวการ<sup>3</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย ก็ได้ให้คำอธิบายเป็นอีกแนวทางหนึ่งว่ามีความหมายว่าถ้าหากว่าผู้ถูกใช้ไม่ได้กระทำความผิดเกินกว่าที่ผู้ใช้เจตนา ผู้ถูกใช้กระทำความผิดอย่างใดผู้ใช้ก็มีความผิดอย่างนั้น<sup>4</sup>

ตามมาตรา 66 นั้น เป็นเรื่องการใช้โดยการโฆษณา เพียงแต่การโฆษณาตามมาตรา 66 นั้น จะจำกัดเฉพาะในสมุด ในหนังสือที่ออกโดยมีกำหนด หรือในจดหมายอย่างใด ๆ เท่านั้น ซึ่งเป็นการกำหนดวิธีการโฆษณาที่ค่อนข้างแคบอันเนื่องมาจากสมัยนั้นยังไม่มีเทคโนโลยีในการสื่อสารมวลชนมากเท่าใดนัก ซึ่งมาตรานี้ได้กำหนดให้ต้องระวางโทษฐานเป็นตัวการเช่นกัน

ในมาตรา 66 วรรคสองได้มีการบัญญัติเอาโทษแก่ผู้ที่มิได้มีการกระทำความผิดโดยตรงด้วย ซึ่งถือเป็นเรื่องที่ผิดหลักการลงโทษในกฎหมายอาญา ดังนั้น ต่อมาเมื่อร่างประมวลกฎหมายอาญาจึงไม่มีข้อความส่วนนี้อีก

<sup>3</sup> ปาตูร์ ยอร์ช, บันทึกของนายยอร์ช ปาตู (Georges Padoux) เกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, แปลโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546), น.77-79.

<sup>4</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548), น.207.

#### 4.1.1.3 การยุยงให้ผู้อื่นกระทำความผิด (มาตรา 174 , 175 และ 176)

“มาตรา 174 ผู้ใดใช้ผู้อื่นด้วยอุบายเลี่ยมสอนอย่างใดใด เพื่อให้กระทำความผิดอันต้องด้วยลักษณะโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าปีหนึ่งลงมา ท่านว่ามันมีความผิด โทษที่ท่านบัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นเท่าใด ให้แบ่งสี่ส่วน ให้ลงอาญาแก่มันผู้ใช้ส่วนหนึ่ง แต่อย่าให้ยิ่งกว่าจำคุกสามปีเป็นอย่างหนัก

ถ้าแลความผิดที่มันใช้ให้กระทำนั้น ได้มีผู้กระทำขึ้นตามมันใช้ก็ดี หรือเพียงแต่พยายามจะกระทำก็ดี ท่านให้ถือว่ามันผู้ใช้นั้นเป็นตัวการด้วย ดุจดั่งบัญญัติไว้ในมาตรา 64 นั้น”

“มาตรา 175 ผู้ใดประกาศแก่สาธารณชนเป็นเชิงหรือสัญญาบนบานเพื่อจะให้ผู้หนึ่งผู้ใดกระทำความผิด อันต้องด้วยลักษณะโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าหกเดือนลงมาท่านว่ามันมีความผิด โทษที่ท่านบัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นเท่าใด ให้แบ่งออกเป็นสามส่วน ให้ลงอาญาแก่มันส่วนหนึ่ง แต่อย่าให้ยิ่งกว่าจำคุกห้าปีเป็นอย่างหนัก

ถ้าแลความผิดที่มันยุยง หรือสัญญาบนบานให้ทำนั้น ได้มีผู้กระทำขึ้นก็ดี หรือเพียงแต่พยายามจะกระทำก็ดี ท่านให้ถือว่ามันผู้ยุยงบนบานนั้นเป็นตัวการด้วย ดุจดั่งบัญญัติไว้ในมาตรา 64 นั้น”

“มาตรา 176 ผู้ใดรับอาสาจะกระทำความผิดอย่างใด โดยมันเห็นแก่ค่าจ้างรางวัลที่จะพึงได้นั้น ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติสำหรับผู้ใช้ในมาตรา 174 นั้น”

มาตรา 174 , 175 และ 176 นั้น เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด ส่วนที่ 5 ว่าด้วยความผิดที่กระทำให้เกิดอันตรายแก่บุคคลและทรัพย์สิน โดยอยู่ในหมวดที่ 1 ความผิดฐานใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด

ในกรณีที่มีการใช้แล้วแต่ยังไม่มีใครกระทำความผิดนั้นขึ้น กรณีนี้จะบังคับตาม มาตรา 174 มาตรา 175 วรรคแรก และมาตรา 176 ซึ่งมาตราทั้ง 3 มาตราบัญญัติแยกออกมา อยู่ในกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด โดยบัญญัติขึ้นเป็นความผิดฐานหนึ่งแยกต่างหากเลยคือเป็นความผิดฐานใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด อันเนื่องจากกฎหมายได้เล็งเห็นว่าการใช้ให้กระทำความผิดนั้นเป็นอันตรายในตัวของมันเอง จึงต้องเอาโทษแก่ผู้ใช้ให้กระทำความผิดนั้น ซึ่งกรณีนี้เป็นสิ่งที่คล้ายคลึงกับความผิดฐานยุยงให้กระทำความผิด (incitement) ตามกฎหมายอังกฤษซึ่งถือเป็นความผิดประเภทที่ยังไม่มีความผิดสำเร็จ

(inchoate offence) อย่างหนึ่ง<sup>5</sup> อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาของหลาย ๆ ประเทศมิได้มีการบัญญัติลงโทษผู้ใช้ในกรณีที่มีความผิดที่ถูกใช้ยังมิได้กระทำการแต่อย่างใด

ในมาตรา 174 จะเป็นกรณีเจาะจงใช้บุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ ขณะที่มาตรา 175 จะเป็นการใช้โดยไม่เจาะจงผู้กระทำความผิด โดยถ้าการใช้โดยไม่เจาะจงนั้นได้มีผู้กระทำความผิดขึ้นก็就会有ความผิดตามมาตรา 175 วรรคสอง อันเป็นบทเพิ่มเติมของมาตรา 64 ซึ่งลงโทษเฉพาะกรณีใช้โดยไม่เจาะจงตัวเท่านั้น ส่วนมาตรา 176 เป็นเรื่องผู้รับอาสาหรือผู้รับจ้างจากผู้ใช้นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม การที่มาตรา 174 , 175 และ 176 ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด จึงมีผลทำให้ไม่สามารถนำ 3 มาตรานี้ไปใช้ในกฎหมายอาญาอื่นได้ เพราะตามมาตรา 11 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ความที่บัญญัติไว้ในภาค 1 เท่านั้น ที่ให้ใช้ได้ทั่วไปในกฎหมายอื่นที่บัญญัติว่าเป็นความผิดอันควรต้องลงโทษอาญา ด้วยเหตุนี้ต่อมาประมวลกฎหมายอาญาจึงได้บัญญัติรวมส่วนที่ยังมิได้มีการกระทำความผิดนี้รวมไว้ในภาค 1

#### 4.1.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติเรื่องตัวการไว้ในมาตรา 83 และได้บัญญัติเกี่ยวกับการใช้ให้กระทำความผิดไว้ 2 กรณี คือ การก่อให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยวิธีการทั่ว ๆ ไป (มาตรา 84) และการก่อให้บุคคลทั่วไปกระทำความผิดโดยการโฆษณาหรือประกาศ (มาตรา 85)

##### 4.1.2.1 ตัวการร่วม (มาตรา 83)

“มาตรา 83 ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

---

<sup>5</sup> Michael Jefferson, Criminal Law, eighth edition (Harlow, England : Pearson/Longman, 2007), p.169.

ตัวการ เกิดขึ้นจากการที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป มีเจตนากระทำความผิดอย่างเดียวกันและมีการร่วมกันกระทำความผิดนั้นขึ้น กล่าวคือ ต้องร่วมทั้งการกระทำและเจตนา ทั้งนี้ การกระทำร่วมกันนั้น อาจเป็นการร่วมกระทำส่วนหนึ่งของการกระทำทั้งหมดที่ร่วมกันเป็นความผิดขึ้น หรือเป็นการแบ่งหน้าที่กันทำก็ได้ กล่าวคือ

(1) การร่วมกระทำส่วนหนึ่งของการกระทำทั้งหมดที่ร่วมกันเป็นความผิดขึ้น หมายความว่า ผู้กระทำแต่ละคนได้กระทำการถึงขั้นเป็นความผิดในตัวเอง กล่าวคือ ได้ร่วมในการ “ลงมือ” กระทำความผิดด้วย เช่น ก ร่วมกับ ข ทำร้ายดำ โดย ก เป็นคนแทงดำ ส่วน ข เป็นคนยิงดำ ก และ ข มีความผิดฐานเป็นตัวการฆ่าผู้อื่น

(2) การแบ่งหน้าที่กันทำ หมายความว่า ผู้ร่วมกระทำความผิดคนหนึ่งลงมือกระทำการอันเป็นความผิดในตัวเอง ในขณะที่ผู้ร่วมกระทำอีกคนหนึ่งได้ทำหน้าที่อย่างอื่นซึ่งโดยสภาพไม่เป็นความผิดในตัวเอง เช่น คอยดูต้นทาง หรือคอยแจ้งสัญญาณอันตราย เป็นต้น

(3) การอยู่ร่วมหรือใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุในลักษณะที่สามารถช่วยเหลือกันได้ทันที โดยที่ผู้หนึ่งไม่จำเป็นต้องกระทำอะไรด้วยตนเองเลย การอยู่ในที่เกิดเหตุนี้ไม่จำเป็นต้องอยู่ในที่เดียวกันกับผู้ซึ่งลงมือกระทำ แต่หมายความว่าอยู่ในที่ใกล้พอที่จะช่วยเหลือได้ทันทีทั่วทั้งที่ ถ้าจะต้องลงมือช่วยด้วยตนเองก็พอ

(4) การอยู่ร่วมในที่เกิดเหตุและก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด กรณีนี้จะแตกต่างกับการเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด เพราะการใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 นั้น ผู้ใช้จะต้องมิได้เป็นผู้ร่วมกระทำด้วย หากร่วมกระทำด้วยก็จะเป็นตัวการ การก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดและผู้ก่ออยู่ในที่เกิดเหตุด้วย น่าจะต้องถือว่าเป็นการร่วมกระทำความผิดด้วยแล้ว<sup>6</sup>

#### ผลของการเป็นตัวการ

เมื่อผู้กระทำเป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิดแล้ว ผู้ร่วมกระทำแต่ละคนจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้คนอื่น ๆ ด้วย เช่น คนดูต้นทางในการชิงทรัพย์ แม้จะมีได้ทำร้ายเจ้าทรัพย์หรือตะต้องตัวทรัพย์ ก็ต้องรับโทษเท่ากับคนที่ทำร้ายและเอาทรัพย์นั้นไป หรือร่วมกันทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 ผู้ถูกทำร้ายได้รับอันตรายสาหัสจากการกระทำของผู้กระทำคนหนึ่ง ผู้กระทำทุกคนต้องรับผิดชอบตามมาตรา 297 ในฐานะที่เป็นตัวการตามมาตรา 83

<sup>6</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (แก้ไขเพิ่มเติม) (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยามพริ้นติ้ง (ประเทศไทย), 2551), น.616.

อย่างไรก็ตาม ในการลงโทษตัวการแต่ละคนในคดีที่ผู้ร่วมกระทำความผิดด้วยกัน ถูกฟ้องขอให้ลงโทษในความผิดฐานเดียวกัน ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดบังคับให้ศาลต้องใช้ดุลพินิจกำหนดโทษผู้ร่วมกระทำความผิดแต่ละคนให้เท่ากัน ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการลงโทษ จำเลยแต่ละคนแตกต่างกันไปได้ ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แห่งคดีเป็นเรื่อง ๆ ไป<sup>7</sup>

#### 4.1.2.2 การก่อกำให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยวิธีการทั่ว ๆ ไป (มาตรา 84)

“มาตรา 84 ผู้ใดก่อกำให้ผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้าง วาน หรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด

ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ ถ้าความผิดมิได้กระทำลง ไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำให้ยังไม่ได้กระทำหรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

ตามมาตรา 84 นี้ได้กล่าวถึงลักษณะของการใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด และได้กำหนดโทษของผู้ใช้ว่าเสมือนเป็นตัวการ และแม้ความผิดยังไม่ได้กระทำลงผู้ใช้ก็ยังคงต้องรับโทษหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ทั้งนี้เพราะผู้ใช้นั้นมีความอันตรายทัดเทียมผู้กระทำความผิด หรือบางกรณีอาจมีความอันตรายมากกว่าเสียด้วยซ้ำ เนื่องจากเป็นต้นเหตุแห่งการกระทำความผิดนั้น โดยจากการศึกษารายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นคณะกรรมการผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน พบว่าที่ประชุมได้มีมติให้แก้ไขความรับผิดชอบของผู้ใช้จากคำว่า “ผู้นั้นเป็นตัวการในความผิดนั้น” เป็น “ผู้นั้นต้องรับอาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”<sup>8</sup> แต่เนื่องจากต้องการบัญญัติให้มีถ้อยคำที่สละสลวยชัดเจนและให้มีความหมายอยู่ในตัวด้วยว่าผู้ใช้จะมีความผิดเท่าผู้ถูกใช้ เฉพาะกรณีที่ผู้ถูกใช้ไม่ได้กระทำความผิดเกินกว่าที่ผู้ใช้เจตนาใช้ จึงได้บัญญัติโดยใช้คำว่า “รับโทษเสมือนเป็นตัวการ” และโดยเหตุที่ต้องการตัดความซ้ำร่ายตั้งแต่

<sup>7</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5772/2549, สำนักงานศาลยุติธรรม เล่มที่ 5 น.211.

<sup>8</sup> “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 122/109/2483 วันศุกร์ ที่ 13 กันยายน 2483,” (คณะกรรมการกฤษฎีกา)

รากเหง้าจึงได้บัญญัติให้กรณีที่ใช้แล้วแต่ความผิดที่ใช้มิได้กระทำลงก็ต้องรับโทษหนึ่งในสามของความผิดนั้นด้วย<sup>9</sup>

ก. กรณีผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิด

มีหลักดังนี้

- (1) ต้องมีการกระทำอันเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด
- (2) ต้องมีเจตนาก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด
- (3) ต้องมีผล คือมีความผิดกระทำลงตามที่ก่อขึ้น

- (1) ต้องมีการกระทำอันเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด

การก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด หมายถึง การกระทำอันเป็นเหตุให้ผู้อื่นตกลงใจกระทำความผิด หากผู้อื่นมีเจตนาอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดนั้นอยู่ก่อนแล้วก็ไม่ถือเป็นการก่อ<sup>10</sup> และต้องเป็นการก่อให้เกิดความผิดฐานใดฐานหนึ่ง การก่อให้เกิดความผิดลอย ๆ ไม่มี<sup>11</sup>

วิธีการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด อาจทำโดยการใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้าง วานหรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใดก็ได้ กล่าวคือการกระทำใด ๆ ก็ตามที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งของผู้อื่นแล้ว การกระทำนั้นย่อมเป็นการใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดฐานนั้นทั้งสิ้น<sup>12</sup>

“ผู้อื่น” อาจมีการเจาะจงตัว หรือไม่เจาะจงตัวผู้ลงมือกระทำความผิดก็ได้ และแม้จะไม่รู้จักกันมาก่อนเลยก็ได้เช่นกัน แต่ผู้ถูกใช้หรือผู้ลงมือกระทำความผิดนั้น ต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติสามารถกระทำความผิดฐานนั้นได้ เพราะหากผู้ถูกใช้ไม่มีคุณสมบัติในการกระทำความผิดนั้น ผู้ถูกใช้ย่อมไม่สามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานนั้นได้ แต่จะถือเป็นการกระทำความผิดโดยทางอ้อมของผู้ใช้เสียเอง มิใช่การใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดแต่อย่างใด

<sup>9</sup> “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 123/114/2483 วันอังคาร ที่ 17 กันยายน 2483,” (คณะกรรมการกฤษฎีกา)

<sup>10</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.645.

<sup>11</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2547), น.335-336.

<sup>12</sup> เพิ่งอ้าง, น.335.

(2) ต้องมีเจตนาก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด

ผู้ใช้จะต้องมีเจตนาก่อให้เกิดผู้อื่น “เจตนาก่อ” อาจเป็นเจตนาประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผลก็ได้ กล่าวคือ มุ่งหมายให้ผู้อื่นกระทำความผิดนั้น ๆ โดยตรง หรือเล็งเห็นผลได้ว่าผู้อื่นจะกระทำความผิดนั้นอย่างแน่นอน<sup>13</sup> หากไม่มีเจตนาก่อ เพียงแค่พูดล้อเล่น ย่อมไม่ถือเป็นการใช้ให้กระทำความผิด<sup>14</sup>

(3) ต้องมีผล คือมีความผิดกระทำลงตามที่ก่อขึ้น

ผู้ถูกใช้หรือผู้ลงมือกระทำความผิดต้องได้กระทำความผิดนั้นโดยเจตนา อันมีผลทำให้มีความผิดกระทำลงตามที่ก่อหรือใช้ขึ้น ถ้าหากการกระทำตามที่ใช้ไม่เป็นความผิดอาญาแล้ว ย่อมไม่ใช่การใช้ให้กระทำความผิด

หากผู้กระทำไม่ได้กระทำความผิดนั้นโดยเจตนา จะไม่ถือเป็นการใช้ให้กระทำความผิด เพราะการกระทำของผู้กระทำ (ผู้ถูกใช้) ไม่เป็นความผิดเพราะขาดเจตนา แต่ถือว่าผู้ใช้เป็นผู้กระทำความผิดนั้นเสียเองในฐานะเป็นผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม โดยมีผู้ถูกใช้เป็น Innocent Agent<sup>15</sup>

*ผลของการใช้ในกรณีผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดที่ใช้*

ผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดที่ใช้ หมายความว่า ได้กระทำถึงขั้นที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ซึ่งไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเป็นความผิดสำเร็จ กล่าวคือ อาจถึงขั้นพยายามกระทำความผิดฐานนั้น หรือในกรณีที่การเตรียมก็เป็นความผิด อาจถึงเพียงขั้นเตรียมก็ได้ เพราะถือว่าได้กระทำถึงขั้นที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแล้ว

ผลของการใช้ในกรณีผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น มาตรา 84 วรรคสอง บัญญัติว่า “ผู้ต้องหาต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ” ซึ่งหมายความว่า รับโทษเสมือนหนึ่งว่าเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดนั้นด้วยตนเอง

<sup>13</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น.650.

<sup>14</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), น.200.

<sup>15</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น.652.

### ผลของการใช้ในกรณีความผิดที่ใช้ไม่ได้กระทำลง

หากความผิดที่ใช้ยังมิได้กระทำลง ไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ยังไม่ได้กระทำ หรือเพราะเหตุอื่นใดก็ตาม เมื่อมีการกระทำอันเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด โดยมีเจตนาก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดแล้ว ผู้ใช้ก็ต้องระวางโทษหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่ใช้โดยทันที โดยที่ผู้ถูกใช้ไม่จำเป็นต้องตกลงที่จะกระทำความผิดนั้น

#### 4.1.2.3 การก่อให้เกิดบุคคลทั่วไปกระทำความผิดโดยการโฆษณาหรือประกาศ (มาตรา 85)

“มาตรา 85 ผู้ใดโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด และความผิดนั้นมิกำหนดโทษไม่ต่ำกว่าหกเดือน ผู้นั้นต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ถ้าได้มีการกระทำความผิดเพราะเหตุที่ได้มีการโฆษณาหรือประกาศตามความในวรรคแรก ผู้โฆษณาหรือประกาศต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ”

การก่อให้เกิดบุคคลทั่วไปกระทำความผิดโดยการโฆษณาหรือประกาศ มีหลักการเหมือนกับเรื่องการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดโดยวิธีการทั่วไป เพียงแต่กรณีนี้ เป็นการใช้ที่ไม่เจาะจงตัว กล่าวคือ เป็นการโฆษณาหรือประกาศให้บุคคลทั่วไปกระทำความผิด และความผิดดังกล่าวจะต้องมีกำหนดโทษไม่ต่ำกว่าหกเดือน ซึ่งคำว่า “หกเดือน” หมายถึงโทษขั้นสูงที่กฎหมายกำหนด

ดังนั้น หลักเกณฑ์และคำอธิบายเกี่ยวกับ “การก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด” ที่กล่าวมาแล้วในข้อ 4.1.2.2 จึงสามารถใช้กับ “การก่อให้เกิดบุคคลทั่วไปกระทำความผิดโดยการโฆษณาหรือประกาศ” ได้

สำหรับเรื่องผู้ร่วมกระทำความผิดหรือผู้ใช้ในกรณีความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวหรือความผิดที่กำหนดคุณสมบัติผู้กระทำเป็นองค์ประกอบความผิดนั้น เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้โดยตรง ดังนั้นจึงต้องอาศัยแนวความคิดเห็นของนักวิชาการและคำพิพากษาของศาลประกอบการศึกษาในเรื่องนี้

## 4.2 กรณีที่ไม่ถือเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด

โดยทั่วไปแล้วบุคคลใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด บุคคลนั้นย่อมเป็นผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด แต่ในบางกรณีแม้ลักษณะการกระทำของบุคคลนั้นจะเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด แต่บุคคลนั้นก็ไม่อาจถือเป็นผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด ดังนี้

### 4.2.1 ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม

ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม ได้แก่บุคคลซึ่งใช้บุคคลอื่นเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดแทนตน โดยบุคคลอื่นนี้ไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายในฐานะเป็นผู้กระทำความผิดโดยเจตนา ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อมนี้ ตามกฎหมายไม่ถือเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด แต่ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดนั่นเองที่เดียว<sup>16</sup>

กรณีผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม ได้แก่<sup>17</sup>

- (1) ใช้เด็กอายุยังไม่เกิน 7 ปีกระทำความผิด
- (2) ใช้ให้ผู้ที่ไม่สามารถรู้สึกผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะเป็นผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือนให้กระทำความผิด
- (3) ใช้ให้ผู้ที่ไม่สามารถรู้สึกผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะความมึนเมา เพราะเสพยาหรือสิ่งเมาอย่างอื่น ซึ่งผู้เสพไม่รู้ว่าสิ่งนั้นจะทำให้มึนเมาหรือเสพยาโดยถูกขี้ใจให้เสพยา เป็นเครื่องมือกระทำความผิด
- (4) ใช้ให้บุคคลที่สำคัญผิดในข้อเท็จจริงให้กระทำความผิด โดยบุคคลนั้นไม่ต้องรับโทษ
- (5) ใช้ให้บุคคลกระทำความผิดโดยประมาท
- (6) ใช้ให้บุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติที่จะเป็นผู้กระทำความผิดได้ให้กระทำความผิด
- (7) เป็นเจ้าพนักงานและใช้ให้บุคคลกระทำตามคำสั่งของตนที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้ถูกใช้มีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม เป็นเครื่องมือกระทำความผิด

<sup>16</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น.104.

<sup>17</sup> เพิ่งอ้าง, น.105-106.

#### 4.2.2 ผู้ร่วมในความผิดที่มีโชตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน (Necessary Participator)

ความผิดอาญาบางประเภท โดยลักษณะเฉพาะแล้วต้องอาศัยการร่วมมือของบุคคลอื่นกับผู้กระทำความผิด เช่น ความผิดฐานให้กู้ยืมเงินในอัตราดอกเบี้ยสูงกว่าที่กฎหมายกำหนด (usury) ความผิดฐานเป็นชู้ (adultery) หรือความผิดฐานร่วมประเวณีกับผู้ที่มีสายเลือดใกล้ชิด (incest) เป็นต้น<sup>18</sup> ความผิดเหล่านี้จะต้องมีบุคคล 2 ฝ่ายเข้าร่วมกิจกรรมจึงจะเกิดความผิด นั่นคือ บุคคลผู้ถูกกระทำความผิดร่วมมือกับผู้กระทำความผิด บุคคลเช่นนี้เรียกว่า Necessary Participator ซึ่งการกระทำของผู้ร่วมในความผิดที่มีโชตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน (Necessary Participator) นั้นจะต้องได้รับการแยกพิจารณาแยกเป็นเอกเทศ โดยกรณีของผู้ร่วมในความผิดที่มีโชตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนนี้ ถ้ากฎหมายประสงค์ที่จะลงโทษผู้ที่ร่วมมือเช่นนั้น ก็ย่อมจะบัญญัติเอาโทษไว้แล้ว ซึ่งบุคคลดังกล่าวนี้สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประเภท<sup>19</sup> คือ

##### 4.2.2.1 บุคคลซึ่งกฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ประสงค์จะคุ้มครองโดยตรง

กล่าวคือ ความผิดในกรณีนี้เป็นเรื่องกฎหมายบัญญัติขึ้นมาประสงค์จะคุ้มครองบุคคลบางประเภท จึงกำหนดให้การกระทำที่กระทำต่อบุคคลที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นความผิด ดังนั้น การที่บุคคลที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองนั้นต้องเข้ามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดไม่ว่าในลักษณะใด ๆ จึงไม่อาจถือว่าเป็นการร่วมกันกระทำความผิดอาญาเนื่องจากได้รับความคุ้มครอง<sup>20</sup> เช่น

- (1) เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277
- (2) เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 279
- (3) เด็กหญิงหรือหญิงอายุยังไม่เกินสิบแปดปี ตามมาตรา 282

<sup>18</sup> K. Neumann, Manual of German Law, Volume2, (London : Her Majesty's stationary office, 1952), no.45, p.88.

<sup>19</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, “บุคคลซึ่งไม่สมควรเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในความผิดอาญาบางประเภท,” วารสารกฎหมาย, ปีที่ 9, ฉบับที่ 3, (2528) : น.64.

<sup>20</sup> สมยศ จันทรมบัติ, “ผู้ร่วมในความผิดที่มีโชตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น.48.

(4) ลูกหนี้ที่เสียดอกเบี้ยเกินอัตราให้แก่เจ้าหนี้ตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475

#### 4.2.2.2 บุคคลซึ่งเป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิดของผู้กระทำ แต่ไม่ใช่บุคคลซึ่งกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง

กล่าวคือเป็นกรณีที่ต้องมีบุคคลอื่นมาร่วมกระทำเช่นเดียวกับกรณีแรก แต่ผู้ที่เข้าร่วมกระทำในกรณีนี้ไม่ใช่บุคคลที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง แต่เป็นบุคคลซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการกระทำความผิด และเป็นเจตนากรรมของกฎหมายที่ไม่ถือเอาการที่ต้องเข้าร่วมกระทำนั้นเป็นความผิด จึงได้บัญญัติเอาผิดกับอีกฝ่ายแต่เพียงฝ่ายเดียว<sup>21</sup> โดยหากกฎหมายประสงค์จะลงโทษบุคคลดังกล่าวกฎหมายก็ควรจะกำหนดเอาผิดของบุคคลเหล่านี้ไว้ให้ชัดเจน<sup>22</sup> เช่น

(1) ผู้อื่นซึ่งเป็นผู้รับโอนทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือผู้ที่ยอมรับสมอ้างเป็นเจ้าหนี้ของลูกหนี้ ซึ่งเกลี้ยให้ตนเองเป็นหนี้ ตามมาตรา 350

(2) ผู้ให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงาน ตามมาตรา 149

(3) “ผู้อื่น” ที่ทำแท้งให้แก่หญิง ตามมาตรา 301

(4) หญิงที่ยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ตามมาตรา 302

(5) ชายซึ่งร่วมประเวณีกับหญิงโสเภณีซึ่งทำการค้าประเวณี ซึ่งการกระทำของหญิงโสเภณีเป็นความผิดตามมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2503

(ก) กรณีผู้ให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงาน ตามมาตรา 149

กรณีความผิดตามมาตรา 149 ผู้ให้สินบนไม่ถือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดตามมาตรา 149 ของเจ้าพนักงานซึ่งรับสินบน ความผิดของผู้ให้สินบนมีมาตรา 144 กำหนดความผิดไว้ต่างหากแล้ว ซึ่งจำกัดเฉพาะกรณีให้ “เพื่อจงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่” เท่านั้น หากเป็นการให้เพื่อให้กระทำการอันชอบด้วยหน้าที่ ผู้ให้ไม่มีความผิดตามมาตรา 144 แม้ว่าผู้รับจะมีความผิดตามมาตรา 149 ก็ตาม และในกรณีเช่นนี้ไม่อาจตีความไปได้ว่า ผู้ให้ผิดในฐานะเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานผู้รับ

<sup>21</sup> สมยศ จันทรสมบัติ, เพิ่งอ้าง, น.49.

<sup>22</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.73.

ตามมาตรา 149 ทั้งนี้เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้ให้เฉพาะกรณีตามมาตรา 144 เท่านั้น<sup>23</sup>

“คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 435/2520 ราษฎรให้สินบนเจ้าพนักงานเพื่อทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ เจ้าพนักงานรับไว้ ราษฎรมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 144 เจ้าพนักงานมีความผิดตามมาตรา 149 ราษฎรไม่มีความผิดฐานสนับสนุนเจ้าพนักงานอีก”<sup>24</sup>

(ข) กรณี “ผู้อื่น” ที่ทำแท้งให้แก่หญิง ตามมาตรา 301

ในกรณีความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 ผู้ที่ทำแท้งให้แก่หญิงย่อมไม่เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนของหญิงในการกระทำความผิดของหญิงตามมาตรา 301 ในกรณีเช่นนี้เมื่อกฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้ที่ทำแท้งให้แก่หญิง กฎหมายก็ได้กำหนดความผิดของผู้นั้นไว้โดยเฉพาะแล้วในมาตรา 302<sup>25</sup>

#### 4.3 ความเป็นมาของตัวการและผู้ใช้

##### ในความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำ

โดยหลักการทั่วไปในเรื่องความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำนั้น ในกรณีที่ความผิดฐานใดเป็นความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำ บุคคลอื่น ๆ ที่ขาดคุณสมบัตินั้นย่อมไม่สามารถเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดฐานนั้นได้ และเมื่อบุคคลอื่นผู้ขาดคุณสมบัติไม่สามารถเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดได้ ก็ไม่สามารถเป็นตัวการร่วมตามมาตรา 83 ในความผิดนั้นได้<sup>26</sup> หากมีการกระทำร่วมกันและมีเจตนาร่วมกันกับผู้

<sup>23</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น.73.

<sup>24</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 435/2520, เนติบัณฑิตยสภา น.287.

<sup>25</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น.73.

<sup>26</sup> อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า มาตรา 83 ไม่ได้กำหนดเพศ วัย หรือคุณสมบัติของการเป็นตัวการไว้แต่อย่างใด ดังนั้นบุคคลใดก็ตามหากได้ร่วมกระทำความผิดและมีเจตนาร่วมกระทำความผิดแล้ว แม้ตนจะขาดคุณสมบัติในการกระทำความผิดนั้นๆด้วยตนเอง เช่นมิได้เป็นเจ้าพนักงาน ก็น่าจะถือเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็น “ตัวการโดยเทคนิคของกฎหมาย” ได้ (ดู ธานินทร์ กรัยวิเชียร, “อนุสนธิจากความเห็นของท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย,” บทบัญญัติ, เล่ม 21, ตอน 1, (2506): น.12.)

คุณสมบัติในการกระทำความผิดนั้น ๆ บุคคลอื่นก็เป็นได้แต่เพียงผู้สนับสนุน ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำอันเป็นตวักรนั้นมีลักษณะการกระทำที่เป็นการสนับสนุนให้กระทำความผิดอยู่ในตัว<sup>27</sup> ดังนั้นแม้เป็นตวักรไม่ได้ก็สามารถเป็นผู้สนับสนุนได้ ปัญหาที่ตามมาคือ หากความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำที่เกิดขึ้นนั้นได้มีบุคคลธรรมดาผู้ขาดคุณสมบัติเป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นจะมีผลเป็นเช่นไร

ในเรื่องผู้ใช้ในการกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำนี้ความจริงแล้วถือเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกันระหว่างหลักกฎหมาย 2 เรื่อง คือเรื่องความรับผิดชอบของผู้ใช้ และเรื่องหลักของความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำ แต่ประเด็นปัญหาสำคัญในเรื่องนี้คือเรื่องความรับผิดชอบของผู้ใช้ ซึ่งตามมาตรา 84 ได้กำหนดให้ “ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตวักร” ปัญหาจึงเริ่มจากว่า “รับโทษเสมือนเป็นตวักร” มีความหมายเพียงใด หากหมายความว่าผู้ใช้ให้กระทำความผิดถือเป็นตวักรแล้ว ผลที่ตามมาก็คือบุคคลธรรมดาผู้ขาดคุณสมบัติย่อมไม่อาจเป็นผู้ใช้ได้ แต่หากหมายความว่าเพียงการกำหนดโทษของผู้ใช้ให้รับผิดชอบเท่ากับตวักร โดยถือว่าผู้ใช้เป็นบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งกฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษต่างหากจากตวักรแล้ว บุคคลธรรมดาผู้ขาดคุณสมบัติย่อมเป็นผู้ใช้ได้

ในเรื่องนี้นักกฎหมายไทยได้มีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 ฝ่าย

**แนวความเห็นแรก** มีความเห็นว่า หากบุคคลนั้นเป็นตวักรตามมาตรา 83 ไม่ได้เพราะขาดคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ก็จะเป็นผู้ใช้ตามมาตรา 84 ไม่ได้เช่นกัน แต่เป็นผู้สนับสนุนตามมาตรา 86 ได้ ทั้งนี้โดยให้เหตุผลว่าการที่มาตรา 84 , 85 บัญญัติให้ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนตวักรนั้น แสดงว่าให้นับบทบัญญัติเรื่องตวักรมาใช้ มิใช่ถือเป็นความผิดต่างหากโดยเป็นแต่เพียงกำหนดอัตราโทษดังการใช้ที่ผู้ถูกใช้ไม่กระทำตามเท่านั้น<sup>28</sup> ด้วยเหตุนี้หากเป็นตวักรไม่ได้เสียแล้ว ก็ย่อมรับโทษเสมือนเป็นตวักรไม่ได้เช่นกัน และเมื่อรับโทษเสมือนเป็นตวักรไม่ได้เสียแล้ว ก็ย่อมเป็นผู้ใช้ไม่ได้ไปด้วย เป็นได้เพียงผู้สนับสนุนเท่านั้น และยังเห็นว่า หากเป็นตวักรไม่ได้ แต่กลับไปเป็นผู้ใช้ได้ ก็เท่ากับว่า บุคคลนั้นสามารถรับโทษเสมือนเป็นตวักรได้ ซึ่งก็จะเกิดการลักลั่น เพราะเท่ากับว่า เป็นตวักรไม่ได้ แต่รับโทษเสมือนเป็นตวักร

<sup>27</sup> ดู บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 668/2482 น.930, 939 ซึ่งเขียนโดย ส.ส. (ศาสตราจารย์ หยุด แสงอุทัย)

<sup>28</sup> จิตติ ดิงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : หจก.จิรัชการพิมพ์, 2546), น.541.

ได้ จึงไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น<sup>29</sup> โดยนักกฎหมายไทยที่มีความเห็นตามแนวความเห็นแรกนี้ประกอบไปด้วย ศ.จิตติ ติงศภัทิย์, รศ.ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และจิตติ เจริญจำ<sup>30</sup>

ในส่วนของกรณีที่มีความผิดนั้นมิได้ถูกกระทำลง ฝ่ายแนวความเห็นแรกได้อธิบายว่าเมื่อเป็นผู้ใช้ไม่ได้เสียแล้ว แม้โทษหนึ่งในสามในกรณีความผิดมิได้กระทำลงก็ไม่มีด้วยเนื่องจากว่าเมื่อเป็นผู้ใช้ไม่ได้แล้ว จึงไม่มีกรณีที่จะกระทำการอันเป็นการก่อหรือใช้ให้กระทำความผิดได้ จึงไม่มีกรณีที่ระวางโทษหนึ่งในสาม<sup>31</sup>

ขณะที่แนวความเห็นที่สอง มีความเห็นว่า แม้จะเป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดจะต้องมีคุณสมบัติเฉพาะตัว บุคคลธรรมดาผู้ไม่อาจเป็นตัวการในการกระทำความผิดเพราะขาดคุณสมบัติ ก็สามารถเป็น “ผู้ใช้” และรับผิดทางอาญาได้<sup>32</sup> ทั้งนี้เนื่องจากคำว่า “รับโทษเสมือนเป็นตัวการ” มีความหมายเป็นการกำหนดอัตราโทษของผู้ใช้ว่า ผู้ถูกใช้กระทำความผิดอย่างไร ผู้ใช้ก็มีความผิดอย่างนั้น<sup>33</sup> กล่าวคือเสมือนว่าได้กระทำความผิดนั้นด้วยตนเอง<sup>34</sup> แม้ว่าความจริงแล้วจะมีได้เป็นผู้กระทำความผิดนั้นด้วยตนเองก็ตาม ดังนั้นแม้ไม่สามารถกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวนั้นด้วยตนเอง ก็ยังสามารถเป็นผู้ใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดนั้นได้ ซึ่งความเห็นของฝ่ายที่สองนี้จะแยกการเป็นผู้ใช้เป็นความผิดต่างหากจากการเป็นตัวการ โดยนักกฎหมายไทยที่มีความเห็นตามแนวความเห็นที่สองนี้ได้แก่ ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย

ภายหลังจากที่มีความแตกต่างทางความคิดเห็นของนักกฎหมายในเรื่องผู้ใช้ในกรณีความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวนั้น ศาลฎีกาก็ได้มีคำพิพากษาวินิจฉัยหลักกฎหมายในกรณีปัญหาดังกล่าวไว้เป็นบรรทัดฐานในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2079/2536 ซึ่งได้ตัดสินไว้ว่า

<sup>29</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.664.

<sup>30</sup> จิตติ เจริญจำ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.114.

<sup>31</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.670-671.

<sup>32</sup> หยุด แสงอุทัย, “บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตัวการในทางอาญา,” บทบัญญัติ, เล่ม 20, ตอน 4, (ตุลาคม 2505) : น.784.

<sup>33</sup> หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.207.

<sup>34</sup> หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น.102.

“คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2079/2536 ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 , 162(1) เป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวของเจ้าพนักงาน บุคคลซึ่งมิใช่เจ้าพนักงานเป็นผู้ใช้ บังคับ ชูเชิญ จำง วาน หรือยุยงส่งเสริมด้วยวิธีอื่นใด ให้เจ้าพนักงานกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ย่อมไม่สามารถรับโทษเสมือนเป็น ตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 คงเป็นได้แต่เพียงผู้สนับสนุนการกระทำความผิด เท่านั้น จึงต้องรับโทษเพียงเป็นผู้สนับสนุนตามมาตรา 86”<sup>35</sup>

ข้อเท็จจริงโดยย่อของคำพิพากษานี้มีอยู่ว่า นาย ส. ได้ใช้จำงวานเจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นผู้ช่วยนายทะเบียนท้องถิ่นและรักษาราชการแทนหัวหน้าเขตให้ กรอกข้อความอันเป็นเท็จ ในใบรับคำขอมิบัติประชาชน (บ.ป.2) และแบบแจ้งย้ายที่อยู่ (ท.ร.17) และให้รับรองเอกสาร ดังกล่าว ซึ่งเป็นกรณีที่ราษฎรได้ใช้ให้เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ให้กระทำความผิดต่อ ตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และ 162(1) โดยศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัย ว่านาย ส. มีความผิดฐานเป็นผู้ใช้ให้เจ้าพนักงานกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 , 162(1) ประกอบมาตรา 84 วรรคสอง โดยให้ลงโทษนาย ส. เสมือนเป็นตัวการ แต่ศาลฎีกาได้แก้คำพิพากษาเป็นว่า การกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการเป็นคุณสมบัติ เฉพาะตัวของเจ้าพนักงาน นาย ส. ซึ่งเป็นผู้ใช้จำงวานย่อมไม่สามารถรับโทษเสมือนเป็นตัวการได้ คงเป็นได้แต่เพียงผู้สนับสนุนการกระทำความผิดเท่านั้นจึงต้องรับโทษเพียงเป็นผู้สนับสนุนการ กระทำผิด

จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาออกมาตามแนวของความเห็นแรก ซึ่งภายหลังจากที่มีคำพิพากษานี้ออกมาก็ได้มีนักกฎหมายออกมาแสดงความคิดเห็นโต้แย้ง คำพิพากษานี้แต่อย่างใด อันทำให้ปัญหาเรื่องในดังกล่าวเริ่มเป็นที่ยอมรับกันในวงการกฎหมาย ไทยโดยทั่วไปแล้วว่า หากบุคคลผู้ไม่สามารถเป็นตัวการเพราะขาดคุณสมบัติ ไปใช้ให้บุคคลผู้มี คุณสมบัติเฉพาะตัวเป็นผู้กระทำความผิด บุคคลนั้นจะไม่มีคุณสมบัติผู้ใช้ เพราะเมื่อเป็น ตัวการไม่ได้ ก็เลยไม่สามารถลงโทษเสมือนเป็นตัวการได้ จึงเป็นผู้ใช้ไม่ได้ เป็นได้แค่เพียง ผู้สนับสนุน แนวคำพิพากษานี้จึงเป็นบรรทัดฐานที่ยอมรับในวงการกฎหมายไทยมาจนถึงทุก วันนี้

<sup>35</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2079/2536, เนติบัณฑิตยสภา, น.1557.

#### 4.4 ความผิดที่มีคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดเข้ามาเกี่ยวข้อง

ในบรรดาฐานความผิดทั้งหลายที่มีคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดเข้ามาเกี่ยวข้องนั้น บางกรณีความผิดนั้นอาจกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำเป็นองค์ประกอบของความผิดหรือเป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวในความผิด บางกรณีคุณสมบัติเฉพาะตัวนั้นอาจเป็นเพียงเหตุให้เพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัว และบางกรณีคุณสมบัติเฉพาะตัวซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดนั้นเป็นบทเฉพาะที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มโทษจากบททั่วไป

##### 4.4.1 ความผิดที่เป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวในความผิด

ความผิดบางฐานมีการกำหนดให้คุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำเป็นองค์ประกอบความผิด บุคคลที่ขาดคุณสมบัติเช่นนั้นย่อมไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานนั้นได้ เพราะขาดองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้<sup>36</sup> ซึ่งอาจเรียกความผิดเหล่านี้ได้ว่าเป็น “ความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำ” เช่น ความผิดที่กฎหมายบัญญัติสำหรับผู้กระทำซึ่งเป็นเจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ ความผิดที่กฎหมายบัญญัติสำหรับผู้กระทำซึ่งเป็นหญิง เป็นต้น

##### 4.4.1.1 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ

ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ คือ ความผิดในลักษณะ 2 หมวด 2 ภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา อันได้แก่ มาตรา 147 ถึงมาตรา 166 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการเป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องเป็น “เจ้าพนักงาน” เท่านั้น บุคคลอื่นที่มีได้เป็นเจ้าพนักงานย่อมขาดคุณสมบัติในการกระทำความผิด ดังนั้น หากมีราษฎรร่วมกระทำความผิดด้วยกันกับเจ้าพนักงาน ราษฎรย่อมไม่ผิดเพราะขาดองค์ประกอบ เป็นได้เพียงผู้สนับสนุนการกระทำความผิดของเจ้าพนักงาน<sup>37</sup>

กรณีบุคคลอื่นที่มีได้เป็นเจ้าพนักงานได้ก่อให้เกิดเจ้าพนักงานกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เมื่อบุคคลนั้นเป็นตัวการตามมาตรา 83 ไม่ได้ เพราะขาดคุณสมบัติที่

<sup>36</sup> จิตติ ติงศกัทธิย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น.540.

<sup>37</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น.55.

กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ก็จะเป็นผู้ใช้ตามมาตรา 84 ไม่ได้เช่นกัน แต่อาจเป็นผู้สนับสนุนตามมาตรา 86 ได้<sup>38</sup> นั่นคือการก่อของราษฎรจะมีผลเป็นเพียงการสนับสนุนให้เจ้าพนักงานกระทำความผิด ทั้งนี้เนื่องจากการที่มาตรา 84 , 85 บัญญัติให้ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนตัวการนั้น แสดงว่าให้นำบทบัญญัติเรื่องตัวการมาใช้ มิใช่ถือเป็นความผิดต่างหากโดยเป็นแต่เพียงกำหนดอัตราโทษด้วยการใช้ที่ผู้ถูกใช้ไม่กระทำตามเท่านั้น<sup>39</sup> อีกทั้งหากพิจารณาถึงตัวบุคคลผู้ขาดคุณสมบัติมิได้เป็นเจ้าพนักงานซึ่งเป็นตัวการไม่ได้นั้น หากสามารถเป็นผู้ใช้ได้ ก็เท่ากับว่า บุคคลนั้นสามารถรับโทษเสมือนเป็นตัวการได้ ซึ่งก็จะเกิดการลักลั่น เพราะเท่ากับว่า เป็นตัวการไม่ได้ แต่รับโทษเสมือนเป็นตัวการได้ จึงไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น<sup>40</sup>

นอกจากนั้น กรณีที่ราษฎรใช้ให้เจ้าพนักงานกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ แต่เจ้าพนักงานไม่กระทำ ราษฎรไม่ต้องระวางโทษหนึ่งในสาม เพราะความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการนั้น ราษฎรไม่สามารถเป็นผู้ใช้ได้ โทษหนึ่งในสามนั้นจะใช้ในกรณีที่ความผิดนั้น ๆ มีการใช้ได้แต่ความผิดยังมิได้กระทำลง<sup>41</sup> ด้วยเหตุนี้เมื่อความผิดยังมิได้ถูกกระทำลง ราษฎรจึงไม่ผิดแม้เพียงหนึ่งในสาม

อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าแม้จะเป็นความผิดที่ผู้กระทำผิดจะต้องมีคุณสมบัติเฉพาะตัว บุคคลธรรมดาผู้ไม่อาจเป็นตัวการในการกระทำความผิดเพราะขาดคุณสมบัติ ก็สามารถเป็น “ผู้ใช้” และรับผิดทางอาญาได้<sup>42</sup>

ในเรื่องความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการนั้น ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาวินิจฉัยหลักกฎหมายในกรณีปัญหาดังกล่าวไว้เป็นบรรทัดฐานในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2079/2536

**“คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2079/2536** ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157 , 162(1) เป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวของเจ้าพนักงาน บุคคลซึ่งมิใช่เจ้าพนักงานเป็นผู้ใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้าง วาน หรือยุยงส่งเสริมด้วยวิธีอื่นใด ให้เจ้าพนักงานกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ย่อมไม่สามารถรับโทษเสมือนเป็น

<sup>38</sup> จิตติ ติงศกัทธิย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น.472-473.

<sup>39</sup> จิตติ ติงศกัทธิย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น.541.

<sup>40</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.664.

<sup>41</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.670.

<sup>42</sup> หยุต แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น.784.

ตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 คงเป็นได้แต่เพียงผู้สนับสนุนการกระทำความผิดเท่านั้น จึงต้องรับโทษเพียงเป็นผู้สนับสนุนตามมาตรา 86”<sup>43</sup>

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2079/2536 ได้ว่าศาลฎีกาไทยเห็นว่าหากบุคคลผู้ไม่สามารถเป็นตัวการเพราะขาดคุณสมบัติไปทำให้บุคคลผู้มีความผิดเฉพาะตัวเป็นผู้กระทำความผิด บุคคลนั้นจะไม่มีคุณสมบัติฐานผู้ใช้ เพราะเมื่อเป็นตัวการไม่ได้ ก็เลยไม่สามารถลงโทษเสมือนเป็นตัวการได้ จึงเป็นผู้ใช้ไม่ได้ เป็นได้แค่เพียงผู้สนับสนุน โดยแนวความเห็นนี้ได้รับการยอมรับจากฝ่ายศาลอย่างชัดเจนและได้มีการนำมาออกเป็นข้อสอบในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาด้วย<sup>44</sup>

กรณีผู้ให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงาน ตามมาตรา 149

ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในข้อ 4.2.2.2 กรณีความผิดตามมาตรา 149 ผู้ให้สินบนแก่เจ้าพนักงานนั้นอาจเป็นการก่อให้เกิดเจ้าพนักงานกระทำความผิดฐานรับทรัพย์สินตามมาตรา 149 ได้อย่างไรก็ตาม ราษฎรผู้ให้สินบนนั้นไม่ถือเป็นผู้ใช้ และไม่ถือเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานตามมาตรา 149 แต่อย่างใด โดยถือว่าราษฎรผู้ให้สินบนเป็นผู้ร่วมในความผิดที่มิใช่ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน (Necessary Participator) ซึ่งหากกฎหมายประสงค์จะลงโทษก็คงบัญญัติโทษไว้เป็นการเฉพาะดังเช่นกรณีของมาตรา 144 แต่หากกฎหมายไม่ได้บัญญัติโทษไว้เป็นการเฉพาะย่อมต้องถือว่ากฎหมายไม่ประสงค์จะลงโทษบุคคลนั้น

#### 4.4.1.2 ความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูก ตามมาตรา 301

ความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 เป็นความผิดซึ่งบัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก” ผู้กระทำความผิดตามมาตรา

<sup>43</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2079/2536, เนติบัณฑิตยสภา น.1557.

<sup>44</sup> ดูงคำตอบข้อ 2 วิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอาญาในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา วันที่ 20 เมษายน 2534 ซึ่งให้คำตอบว่า “ราษฎรใช้ให้เจ้าพนักงานยกยกทรัพย์ ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 147 ราษฎรไม่มีความผิดฐานเป็นผู้ใช้และรับโทษเสมือนเป็นตัวการในความผิดตามมาตรา 147 , 84 แต่รับโทษเป็นผู้สนับสนุนตามมาตรา 147 , 86 ทั้งนี้เพราะราษฎรเป็นตัวการตามมาตรา 83 ในการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานตามมาตรา 147 ไม่ได้”. อ้างใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6, น.662.

301 จึงต้องเป็นหญิงที่ตั้งครรภ์เท่านั้น บุคคลอื่นไม่สามารถเป็นตัวการร่วมในความผิดฐานนี้ได้ เป็นได้แต่เพียงผู้สนับสนุน

ความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 เป็นความผิดที่ไม่สามารถมีผู้ใช้ตามมาตรา 301 ได้เลย เพราะกฎหมายประสงค์ที่จะให้ผู้ได้รับโทษเสมือนตัวการซึ่งต้องเป็นหญิงเท่านั้น แต่อาจมีผู้สนับสนุนในความผิดฐานนี้ได้

นอกจากนี้มาตรา 301 ยังไม่มีตัวการร่วมในการกระทำความผิดได้ด้วย เพราะผู้ที่ร่วมกับหญิงในการทำให้หญิงแท้งลูก ย่อมไม่มีความผิดฐานเป็นตัวการตามมาตรา 301 แต่ในกรณีหญิงยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกนั้น ผู้ที่ทำแท้งให้แก่หญิงจะมีความผิดตามมาตรา 302<sup>45</sup> ดังนั้น หากบุคคลอื่นได้ก่อให้หญิงกระทำความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูก เมื่อบุคคลอื่นไม่สามารถเป็นตัวการตามมาตรา 83 ได้ ก็เป็นผู้ใช้ตามมาตรา 84 ไม่ได้เช่นกัน เป็นได้แต่เพียงผู้สนับสนุนตามมาตรา 86<sup>46</sup>

อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในข้อ 4.2.2.2 ในกรณีหญิงยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกนั้น ผู้ที่ทำแท้งให้แก่หญิงย่อมไม่เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนของหญิงในการกระทำความผิดของหญิงตามมาตรา 301 โดยกฎหมายก็ได้กำหนดความผิดของผู้ใช้นั้นไว้โดยเฉพาะแล้วในมาตรา 302<sup>47</sup> กล่าวคือ กฎหมายไม่ประสงค์จะลงโทษผู้ที่ทำแท้งให้แก่หญิงในฐานะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดของหญิงตามมาตรา 301 แต่กฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้ที่ทำแท้งเป็นการเฉพาะตามมาตรา 302

สำหรับกรณีที่มีการใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 301 แต่ความผิดที่ใช้ยังมีได้กระทำลงนั้น เนื่องด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 304 ใต้บัญญัติให้การพยายามทำแท้งตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก นั้นไม่ต้องรับโทษ ด้วยเหตุนี้ หากมีการใช้และผู้ถูกใช้กระทำถึงขั้นพยายาม ผู้ใช้ก็ไม่ต้องรับโทษ เพราะถือว่าการที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษฐานพยายาม

<sup>45</sup> ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด มาตรา 288 ถึง 366, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550), น.100.

<sup>46</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 ,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.634.

<sup>47</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.73.

นั้น เป็น “เหตุในลักษณะคดี” ตามมาตรา 89 ซึ่งมีผลถึงผู้ใช้ด้วย<sup>48</sup> และเมื่อผู้ถูกใช้กระทำถึงขั้นพยายาม ผู้ใช้ยังไม่ต้องรับโทษ การที่ผู้ถูกใช้ยังไม่ได้กระทำความผิดนั้นเลย ก็ไม่น่าที่จะทำให้ผู้ใช้ต้องรับโทษหนึ่งในสามด้วย เพราะขนาดผู้ถูกใช้ลงมือกระทำความผิดเข้าขั้นพยายามแล้ว กฎหมายยังยกเว้นโทษไม่ลงโทษผู้ถูกใช้ซึ่งมีผลถึงผู้ใช้ด้วย การที่ผู้ถูกใช้ยังไม่ได้กระทำความผิดใดๆเลย ก็ไม่น่าจะทำให้ผู้ใช้ต้องรับโทษหนึ่งในสามด้วย ดังนั้น เพียงแต่ใช้ให้ทำแท้งตามมาตรา 301 เท่านั้น ผู้ใช้ไม่ต้องรับโทษหนึ่งในสาม<sup>49</sup>

#### 4.4.1.3 ความผิดฐานเสพยาเสพติด ตาม พ.ร.บ.ยาเสพติดให้โทษ

ความผิดฐานเสพ หรือรับยาเสพติดเข้าในร่างกายเป็นความผิดที่กฎหมายประสงค์ลงโทษเฉพาะตัวผู้เสพยาเสพติดเท่านั้น ซึ่งลักษณะของการกระทำความผิดไม่เปิดช่องให้ผู้อื่นร่วมกระทำความผิดด้วยกันได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้ที่ฉีดยาเสพติดให้จึงเป็นผู้สนับสนุนผู้เสพเท่านั้น

“คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1073/2522 ความผิดฐานเสพรับเข้าร่างกายหรือใช้ด้วยวิธีอื่นใดซึ่งยาเสพติดให้โทษนั้น กฎหมายประสงค์ลงโทษผู้เสพรับเข้าร่างกายหรือใช้ด้วยวิธีอื่นใดซึ่งยาเสพติดให้โทษแก่ตนเองเท่านั้น ลักษณะแห่งความผิดไม่เปิดช่องให้ผู้อื่นร่วมกระทำความผิดด้วยกันได้ ดังนั้น แม้จำเลยจะฉีดเฮโรอีนเข้าร่างกายให้ ร. ก็ถือไม่ได้ว่าจำเลยร่วมเสพรับเข้าร่างกายซึ่งเฮโรอีนที่ฉีดให้ ร. นั้นด้วย จำเลยจึงมีความผิดเพียงฐานเป็นผู้สนับสนุนในความผิดฐานเสพยาเสพติดให้โทษเท่านั้น”<sup>50</sup>

“คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2897/2528 ความผิดฐานเสพฝิ่นนั้น กฎหมายประสงค์ลงโทษผู้เสพรับเข้าร่างกายเท่านั้น ลักษณะความผิดไม่เปิดช่องให้ผู้อื่นมาร่วมกระทำความผิดด้วยกันได้ การที่จำเลยช่วยเหลือ ก. โดยใช้เหล็กแหลมแยงรูกล่องสูบฝิ่นขณะ ก. กำลังเสพฝิ่นถือไม่ได้ว่าจำเลยร่วมเสพฝิ่นกับ ก. แต่การกระทำของจำเลย เป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ ก. ในการเสพฝิ่น จำเลยจึงมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุน ก. ในการกระทำความผิดฐานเสพฝิ่น”<sup>51</sup>

<sup>48</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.671.

<sup>49</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.672-674.

<sup>50</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1073/2522, เนติบัณฑิตยสภา, น.1087.

<sup>51</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2897/2528, เนติบัณฑิตยสภา, น.1335.

อย่างไรก็ตาม ในทางความเห็นทางตำรานั้น ปัญหาว่าความผิดใดเป็นความผิดเฉพาะตัวผู้กระทำไม่มีผู้อื่นเป็นตัวการร่วมตามมาตรา 83 จะมีได้แต่เป็นผู้สนับสนุนเท่านั้น เป็นกรณีที่พิจารณาได้จากตัวบทกฎหมายที่บัญญัติความผิดว่าโดยสภาพของตัวผู้กระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดนั้น กฎหมายบัญญัติคุณสมบัติของผู้กระทำผิดไว้โดยเฉพาะเป็นพิเศษจากบุคคลธรรมดาทั่วไปอย่างไร หรือไม่ ถ้าผู้กระทำต้องมีคุณสมบัติหรือลักษณะเฉพาะตัวผิดไปจากบุคคลอื่นทั่วไปอย่างไรก็แสดงว่าเป็นความผิดเฉพาะตัวผู้ที่มีคุณสมบัติหรือลักษณะตามที่ระบุไว้เท่านั้น ผู้ที่ไม่มีคุณสมบัติดังที่ระบุไว้โดยเฉพาะเช่นนั้นจะมีความผิดได้ก็เพียงแต่เป็นผู้สนับสนุนเท่านั้น เช่น ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงาน หญิงใด เป็นต้น กรณีเหล่านี้เป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวผู้กระทำการ ไม่ใช่กฎหมายบัญญัติถึงสภาพของการกระทำว่าเป็นการเฉพาะตัวหรือไม่ สภาพของการกระทำจึงไม่ใช่หลักที่จะพิจารณาว่าเป็นความผิดหรือไม่ แต่กรณีผู้เสพยาเสพติดเป็นการวินิจฉัยตามสภาพของการกระทำซึ่งไม่เป็นการขัดแย้งแน่นอนไม่ใช่วินิจฉัยคุณสมบัติเฉพาะตัวผู้กระทำ แต่เป็นลักษณะของการกระทำไม่ควรถือเป็นหลักทั่วไป หากจะเป็นหลักก็น่าจะเป็นแต่ข้อยกเว้นเฉพาะกรณี<sup>52</sup> ดังนั้น จำเลยตามฎีกาข้างต้นจึงน่าจะเป็นตัวการในความผิดฐานเสพยาเสพติดได้<sup>53</sup>

สำหรับกรณีที่บุคคลอื่นก่อให้เกิดผู้เสพเสพยาเสพติด ถ้าถือตามความเห็นทางตำราแล้ว เนื่องจากความผิดฐานเสพยาเสพติดไม่ใช่ความผิดที่กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดไว้แต่กำหนดที่สภาพของการกระทำ ดังนั้น โดยสภาพของการกระทำก็สามารถมีการก่อให้เกิดผู้อื่นเสพยาเสพติดได้ เช่น หลอกให้เสพยาเสพติด บังคับให้เสพยาเสพติด เป็นต้น ด้วยเหตุนี้บุคคลผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นเสพยาเสพติดย่อมมีความผิดฐานเป็นผู้ทำให้ผู้อื่นเสพยาเสพติด และรับโทษเสมือนเป็นตัวการได้ แต่ถ้าถือตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งแม้จะมีได้เคยมีคำพิพากษาเรื่องผู้ให้เสพยาเสพติดโดยตรง แต่จากการที่ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกานั้น ขนาดบุคคลผู้ให้เสพยาเสพติดเข้าร่างกายผู้อื่นยังไม่มีผิดฐานเป็นตัวการ คงเป็นได้เพียงผู้สนับสนุน ดังนั้น บุคคลที่ให้ผู้เสพเสพยาเสพติด ย่อมไม่สามารถเป็นตัวการในการกระทำความผิดได้ จึงเป็นได้เพียงผู้สนับสนุนในการเสพยาเสพติดเท่านั้น

<sup>52</sup> จิตติ ติงศรัทีย, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1582/2531, เนติบัณฑิตยสภา, น.1010.

<sup>53</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.635.

#### 4.4.1.4 ความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำอื่น ๆ

นอกเหนือจากความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูก หรือความผิดฐานเสพยาเสพติด ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีความผิดอื่น ๆ ที่มีความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำ ดังนี้

- มาตรา 121 ความผิดฐานทำการรบต่อประเทศ

บัญญัติว่า “คนไทยคนใดกระทำการรบต่อประเทศหรือเข้าร่วมเป็นข้าศึกของประเทศ ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต”

- มาตรา 126 ความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามภารกิจที่รัฐบาลมอบหมายโดยทุจริต

บัญญัติว่า “ผู้ใดได้รับมอบหมายจากรัฐบาลให้กระทำการของรัฐบาลกับรัฐบาลต่างประเทศ ถ้าและโดยทุจริตไม่ปฏิบัติตามที่ได้รับมอบหมายต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี”

- มาตรา 145 วรรคสอง ความผิดฐานฝ่าฝืนปฏิบัติตามตำแหน่งหน้าที่

บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานผู้ใดได้รับคำสั่งมิให้ปฏิบัติตามตำแหน่งหน้าที่ต่อไปแล้ว ยังฝ่าฝืนกระทำการใด ๆ ในตำแหน่งหน้าที่นั้น ต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้ในวรรคแรกดูกัน”

- มาตรา 194 ความผิดฝ่าฝืนคำพิพากษา ห้ามเข้าเขตกำหนด

บัญญัติว่า “ผู้ใดต้องคำพิพากษาห้ามเข้าเขตกำหนดตามมาตรา 45 เข้าไปในเขตกำหนดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

- ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม (มาตรา 200 – 205)

- มาตรา 227 ความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานวิชาชีพ

บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นผู้มีวิชาชีพในการออกแบบ ควบคุม หรือทำการก่อสร้าง ซ่อมแซมหรือรื้อถอน อาคารหรือสิ่งปลูกสร้างใด ๆ ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ หรือวิธีการอันพึงกระทำการนั้นๆ โดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

- มาตรา 269 วรรคแรก ความผิดฐานทำคำรับรองเป็นเอกสารอันเป็นเท็จ

บัญญัติว่า “ผู้ใดในการประกอบกิจการงานในวิชาแพทย์ กฎหมาย บัญชีหรือวิชาชีพอื่นใด ทำคำรับรองเป็นเอกสารอันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

- มาตรา 307 ความผิดฐานทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเอง

บัญญัติว่า “ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ กายพิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

- มาตรา 373 ความผิดฐานปล่อยให้บุคคลวิกลจริตเที่ยวไปโดยลำพัง

บัญญัติว่า “ผู้ใดควบคุมดูแลบุคคลวิกลจริต ปล่อยให้พลละเลยให้บุคคลวิกลจริตนั้นออกเที่ยวไปโดยลำพัง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยบาท”

- มาตรา 377 ความผิดฐานไม่ควบคุมสัตว์ดุหรือสัตว์ร้าย

บัญญัติว่า “ผู้ใดควบคุมสัตว์ดุหรือสัตว์ร้าย ปล่อยให้สัตว์นั้นเที่ยวไปโดยลำพัง ในประการที่อาจทำอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จากกรณีความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดที่อธิบายมาข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการก็ดี ความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกก็ดี หรือความผิดฐานเสพยาเสพติดก็ดี จะเห็นได้ว่าล้วนแต่เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษบุคคลที่มีคุณสมบัติเฉพาะเป็นพิเศษเท่านั้น กฎหมายมิได้ประสงค์จะลงโทษบุคคลอื่นที่ไม่ได้มีคุณสมบัตินั้นด้วย ด้วยเหตุนี้จึงไม่สามารถนำเอาหลักเรื่องตัวการ หรือผู้ใช้ ตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป มาใช้บังคับกับกรณีความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดได้ ดังนั้น บุคคลอื่นผู้ที่เข้าร่วมในการกระทำความผิดในลักษณะของการก่อหรือใช้ให้กระทำความผิดจึงมีความผิดฐานเป็นเพียงผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำเท่านั้น

#### 4.4.2 คุณสมบัติเฉพาะตัวที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มโทษ

จากที่ได้มีการแบ่งประเภทของบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะตัวออกเป็น 2 กลุ่ม คือ “ความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำ” หรือ “คุณสมบัติเฉพาะตัวในความผิด” อย่างหนึ่ง กับ “เหตุเฉพาะตัว” หรือ “เหตุส่วนตัว” อีกอย่างหนึ่งนั้น หากพิจารณาลงไป ในฐานความผิดต่างๆแล้วจะพบว่ามีความผิดบางประเภทที่แม้จะเป็น “ความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำ” แต่ก็เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มโทษเป็นพิเศษ จากความผิดธรรมดาที่ไม่เจาะจงผู้กระทำความผิด เช่น ความผิดฐานเจ้าพนักงานปลอมเอกสาร ตามมาตรา 161 กับความผิดฐานปลอมเอกสารราชการ ตามมาตรา 265 เป็นต้น

ความผิดเหล่านี้มีลักษณะคล้ายกับเป็นเหตุฉกรรจ์ แต่ความจริงแล้วความผิดเหล่านี้ เป็นความผิดในตัวเอง และเป็นความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำ เพียงแต่เป็นความผิดที่มีความผิดอื่นที่เป็นความผิดทั่วไปที่มีการกระทำอย่างเดียวกัน กล่าวคือ การที่เจ้าพนักงานปลอมเอกสาร ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 161 นั้น การกระทำของ เจ้าพนักงานยังอาจเป็นความผิดฐานปลอมเอกสารตามมาตรา 265 หรือ 266 ด้วย และในกรณีนี้เองบุคคลธรรมดาที่แม้ไม่สามารถเป็นผู้ใช้ในความผิดฐานเจ้าพนักงานปลอมเอกสารตามมาตรา 161 ได้ ก็สามารถเป็นผู้ใช้ในการกระทำความผิดเดียวกันนั้นได้ในความผิดฐานปลอมเอกสารตามมาตรา 265 หรือ 266<sup>54</sup> ดังนั้น แม้บุคคลผู้ขาดคุณสมบัติเฉพาะตัวจะไม่สามารถเป็นผู้ใช้ในความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวนั้นได้ แต่หากความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวนั้นมีความผิดที่ไม่เจาะจงผู้กระทำความผิดบัญญัติลงโทษการกระทำอย่างเดียวกันไว้ด้วย บุคคลผู้นั้นย่อมต้องรับผิดชอบในการเป็นผู้ใช้ในการกระทำนั้นของตนในฐานความผิดที่ไม่เจาะจงผู้กระทำนั้นด้วย

นอกจากนี้ เมื่อบุคคลผู้ขาดคุณสมบัติเฉพาะตัวสามารถเป็นผู้ใช้ในความผิดที่ไม่เจาะจงผู้กระทำได้ หากความผิดที่ใช้มิได้ถูกกระทำลง บุคคลนั้นย่อมต้องรับโทษหนึ่งในสาม ในกรณีความผิดมิได้กระทำลงด้วย

ตัวอย่างเช่น ราษฎรใช้ให้เจ้าพนักงานซึ่งมีหน้าที่ทำเอกสารปลอมเอกสาร หากเจ้าพนักงานปลอมเอกสารสำเร็จ เจ้าพนักงานผิดมาตรา 161 ส่วนราษฎรผิดมาตรา 161 ประกอบ 86 (ผู้สนับสนุน) และผิดมาตรา 265 ประกอบ 84 (ผู้ใช้) แต่หากเจ้าพนักงานมิได้

<sup>54</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.663.

กระทำ ราษฎรผู้ใช้ผิดฐานเป็นผู้ใช้ตามมาตรา 265 ประกอบ 84 รับโทษหนึ่งในสามของมาตรา 265<sup>55</sup>

อย่างไรก็ตาม หลักกรณีความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มโทษดังกล่าว แม้จะได้รับการยอมรับในแวดวงวิชาการของนักกฎหมายไทย แต่ยังไม่เคยปรากฏแนวคำพิพากษาศาลฎีกาออกมารับรองหลักดังกล่าวแต่อย่างใด

#### 4.5 เปรียบเทียบความรับผิดของตัวการและผู้ใช้ กรณีความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำ ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศในบทที่ 3 พบว่าหลักในเรื่องความรับผิดของผู้ร่วมกระทำความผิดประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นอังกฤษ อเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน หรือญี่ปุ่น เมื่อเทียบกับกฎหมายไทยแล้วล้วนแต่มีความแตกต่างกันไปทั้งสิ้น และแนวคิดในการแก้ไขปัญหกรณความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำของแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกัน ดังนี้

##### 4.5.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับตัวการและผู้ใช้

ในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law อันได้แก่อังกฤษและอเมริกาไม่มีการแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำความผิดออกเป็นตัวการและผู้ใช้อย่างชัดเจน โดยตามหลักกฎหมาย Common Law ถือว่า principal in the second degree หมายถึงตัวการ และ accessory before the fact หมายถึงผู้ช่วยให้ผู้อื่นกระทำความผิด อย่างไรก็ตามการแบ่งผู้ร่วมกระทำความผิดของกฎหมาย Common Law ได้ให้ความสำคัญกับการอยู่ร่วมในขณะกระทำความผิดมากกว่าบทบาทการกระทำของผู้เป็นตัวการหรือผู้ให้ ดังนั้น principal in the second degree และ accessory before the fact ของกฎหมาย Common Law จึงมีความแตกต่างกับตัวการและผู้ใช้ตามกฎหมายไทยอย่างมาก และเมื่อกฎหมายอังกฤษและกฎหมายอเมริกาได้บัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมา การแบ่งแยกประเภทดังกล่าวก็ได้ถูกยกเลิกไป ปัจจุบันผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดทุกคนถือเป็นผู้กระทำความผิดอาญาทั้งสิ้น

<sup>55</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น.670-671.

ส่วนประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบ Civil Law หรือระบบประมวลกฎหมาย เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน และญี่ปุ่น ก็มีการแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำผิดที่แตกต่างกันออกไปเช่นกัน โดยกฎหมายฝรั่งเศส ไม่ได้มีการแบ่งแยกออกเป็นตัวการ และผู้ใช้ กล่าวคือ กฎหมายฝรั่งเศสมีการแบ่งเป็นเพียงผู้ลงมือกระทำผิดและผู้ร่วมกระทำผิด โดยตัวการร่วมในการกระทำผิดถ้าเป็นกรณีผู้กระทำแต่ละคนได้กระทำการถึงขั้นเป็นความผิดในตัวเองจะถือว่าผู้กระทำทุกคนเป็นผู้ลงมือกระทำผิด แต่ถ้าเป็นกรณีการกระทำของผู้กระทำไม่ถึงขั้นเป็นความผิดในตัวเอง กรณีนี้บุคคลนั้นจะเป็นเพียงผู้ร่วมกระทำผิด จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสไม่มีหลักเรื่องตัวการร่วมตามกฎหมายไทยแต่อย่างใด ส่วนกรณีผู้ใช้ให้กระทำความผิดนั้น กฎหมายฝรั่งเศสถือเป็นผู้ร่วมกระทำผิดอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้ร่วมกระทำผิดตามกฎหมายฝรั่งเศสนี้จะหมายถึงทั้งผู้ใช้ ผู้สนับสนุน รวมทั้งตัวการร่วมในบางกรณีตามกฎหมายไทยด้วยการแบ่งแยกประเภทผู้ลงมือกระทำผิดและผู้ร่วมกระทำผิดตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงมีความแตกต่างจากการแบ่งแยกออกเป็นตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุนตามกฎหมายไทยอย่างมาก

ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้มีการแบ่งแยกประเภทผู้ร่วมกระทำผิด กฎหมายเยอรมันซึ่งเป็นอีกประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law ได้มีการแบ่งแยกประเภทผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำผิดออกเป็น 3 ระดับ มีการแยกผู้ร่วมกระทำผิดออกเป็นผู้ใช้และผู้สนับสนุนเหมือนของประมวลกฎหมายไทย อย่างไรก็ตาม กฎหมายเยอรมันไม่ได้มีบทบัญญัติเรื่องตัวการแยกออกมาต่างหากเหมือนอย่างประมวลกฎหมายไทย แต่ได้บัญญัติรวมไว้ในบทบัญญัติเรื่องผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายเยอรมันจะหมายความถึง ผู้ลงมือกระทำผิดโดยตรง ผู้กระทำความผิดโดยอ้อม และตัวการอันทำให้สามารถอธิบายหลักในเรื่องผู้กระทำความผิดได้อย่างชัดเจน

ส่วนประมวลกฎหมายญี่ปุ่น ได้มีการแบ่งผู้ร่วมกระทำผิดออกเป็นตัวการ ผู้ใช้และผู้สนับสนุน เหมือนกันกับประมวลกฎหมายไทยเลยทีเดียว อันอาจกล่าวได้ว่าในเรื่องการแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำผิดนั้น ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่นอย่างมาก

#### 4.5.2 ความรับผิดชอบของผู้ใช้กรณีความผิดที่ใช้ไม่ได้กระทำลง

แม้รูปแบบในการแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำผิดตามประมวลกฎหมายไทยจะมีส่วนคล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law หรือระบบประมวลกฎหมาย

อย่างเยอรมันและญี่ปุ่น แต่ในเรื่องหลักความรับผิดของผู้ใช้ในกรณีความผิดที่ใช้ไม่ได้กระทำลง นั้น กลับเป็นหลักที่ไม่มีในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law อย่างเยอรมัน หรือญี่ปุ่น ส่วนของฝรั่งเศสได้มีบัญญัติเรื่องความรับผิดของผู้ใช้ในกรณีความผิดที่ใช้ไม่ได้กระทำลงเฉพาะกรณีใช้ให้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ทั้งนี้ตามหลักทั่วไปแล้วความรับผิดของผู้ใช้ เป็นความรับผิดที่ได้รับมาจากการกระทำของผู้กระทำความผิด ดังนั้น หากไม่มีการกระทำของผู้ลงมือกระทำความผิดตามที่ใช้เกิดขึ้นแล้ว ผู้ใช้ย่อมไม่สามารถมีความรับผิดได้ จึงเห็นได้ว่าทั้ง 3 ประเทศนี้มีความแตกต่างจากประเทศไทยที่ได้บัญญัติความรับผิดของผู้ใช้ในกรณีความผิดที่ใช้ไม่ได้กระทำลงไว้เป็นหลักทั่วไป

อย่างไรก็ตาม หลักเรื่องความรับผิดของผู้ใช้ในกรณีความผิดที่ใช้ไม่ได้กระทำลง เป็นเรื่องที่มีอยู่ในหลักความผิดประเภทที่ยังไม่เป็นความผิดสำเร็จ (inchoate offence) ของกฎหมายระบบ Common Law อันได้แก่ เรื่อง incitement ของอังกฤษ หรือในเรื่อง solicitation ของอเมริกา จึงเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยนอกจากรับเอาการแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำความผิดมาจากทางเยอรมัน ญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศในระบบ Civil Law แล้ว ยังรับเอาหลักเรื่อง incitement ของกฎหมาย Common Law มาบัญญัติเป็นความรับผิดของผู้ใช้ในกรณีความผิดที่ใช้ไม่ได้กระทำลงอีกด้วย

#### 4.5.3 กรณีความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัว

ในระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ ถือว่ากรณีความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติพิเศษของผู้กระทำนั้น ผู้ลงมือกระทำความผิดต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่บัญญัติความผิดกำหนดไว้เท่านั้น แต่บุคคลอื่นที่มีได้มีคุณสมบัติย่อมสามารถเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดในการกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นในฐานะ principal in the second degree หรือ accessories ได้ทั้งสิ้น โดยต่อมาสหรัฐอเมริกาได้รับเอาหลักกฎหมาย Common Law ของอังกฤษมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดเจน มีสาระสำคัญว่า “บุคคลผู้ซึ่งขาดความสามารถตามกฎหมายในการกระทำความผิดเฉพาะด้วยตนเอง อาจมีความผิดได้ ถ้าความผิดนั้นได้ถูกกระทำความผิดลงโดยการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งตนได้เข้าร่วมเป็นตัวการ

ร่วม ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน”<sup>56</sup> นอกจากนี้กฎหมายอเมริกายังได้วางหลักข้อยกเว้นโดยที่บุคคลผู้ขาดคุณสมบัติไม่ต้องร่วมรับผิดชอบเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดในกรณีหากการต้องรับผิดชอบนั้นขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินั้น เช่น กรณีที่บุคคลนั้นเป็นบุคคลที่กฎหมายไม่ประสงค์จะลงโทษ หรือเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดนั้น เป็นต้น

ในส่วนของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law หรือระบบประมวลกฎหมายประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสไม่มีการบัญญัติเรื่องความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำไว้ โดยตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสถ้าผู้ร่วมกระทำความผิดขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้กระทำความผิดก็จะลงโทษฐานเป็นผู้กระทำความผิดไม่ได้ ได้แต่ลงโทษฐานผู้ร่วมกระทำความผิด<sup>57</sup> อันมีความหมายรวมถึงทั้งตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุน ซึ่งศาลฝรั่งเศสมีดุลพินิจที่จะลงโทษให้แตกต่างกันให้เหมาะสมกับการกระทำของผู้ร่วมกระทำความผิดแต่ละคน

ส่วนประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันและประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้มีการบัญญัติเรื่องความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำไว้ในส่วนเกี่ยวกับผู้ร่วมกระทำความผิดหรือตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน โดยประมวลกฎหมายเยอรมันได้กำหนดให้โทษของผู้ใช้ที่มีได้มีคุณสมบัติเฉพาะตัวเช่นนั้นลดลง อันมีผลทำให้โทษที่ได้รับเท่ากับโทษของผู้สนับสนุน แต่หากความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำนั้นมีผลเป็นการเพิ่มโทษจากบทบัญญัติทั่วไป เช่น ความผิดฐานเจ้าพนักงานยักยอก เป็นต้น ในกรณีนี้ผู้ใช้ที่ขาดคุณสมบัติต้องรับผิดชอบเป็นผู้ใช้ในความผิดฐานยักยอกทรัพย์ด้วย

ส่วนประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้ร่วมกระทำความผิดในความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำไว้เลยว่าผู้ที่มาเข้าร่วมกระทำความผิดนั้น มีความรับผิดชอบตามลักษณะของการกระทำสุดแล้วแต่จะเข้าร่วมในฐานะใด กล่าวคือถ้าเข้าร่วมในฐานะตัวการก็เป็นตัวการ ถ้าเข้าร่วมในฐานะผู้ใช้ก็เป็นผู้ใช้ หรือถ้าเข้าร่วมในฐานะผู้สนับสนุนก็เป็นผู้สนับสนุน

ในส่วนของประมวลกฎหมายอาญาไทยไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำไว้ในประมวลกฎหมาย โดยหลักกฎหมายไทยถือว่ากรณี

<sup>56</sup> ดู Model Penal Code, Section 2.06. (5) , New York Penal Code Section 20.05 , Maine Criminal Code Section 57

<sup>57</sup> หยุด แสงอุทัย, “บุคคลผู้ขาดคุณสมบัติที่จะเป็นตัวการในทางอาญา,” บทบัญญัติ, เล่ม 21, ตอน 1, (2506): น.6.

ความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำนั้น ผู้อื่นที่มีได้มีคุณสมบัตินั้น ไม่สามารถเป็นตัวการและผู้ใช้ในความผิดนั้นได้ เป็นได้แต่เพียงผู้สนับสนุนเท่านั้น แม้ผลทางกฎหมายของหลักกฎหมายไทยจะมีผลใกล้เคียงกับของกฎหมายเยอรมันที่สุด แต่ในความผิดบางฐาน เช่น ความผิดฐานเจ้าพนักงานรับสินบน ความผิดฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูก ได้มีการนำหลักบุคคลที่กฎหมายไม่ประสงค์จะลงโทษของสหรัฐอเมริกามาใช้ กล่าวคือ ผู้ให้สินบนไม่ถือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานซึ่งรับสินบน แต่ผู้รับผิดฐานเจ้าพนักงานรับสินบน และผู้ที่ทำแท้งให้แก่หญิงยอมไม่เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนของหญิงในการกระทำความผิดของหญิงในการทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 แต่ผู้ผู้นั้นมีความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกตามมาตรา 302 เป็นต้น หรือแม้แต่กรณีความผิดฐานเสพยาเสพติดเข้าในร่างกาย ก็เป็นกรณีที่ศาลฎีกาไทยรับเอาแนวคิดเรื่องบุคคลที่กฎหมายไม่ประสงค์จะลงโทษมาใช้ กล่าวคือ กฎหมายประสงค์ลงโทษผู้เสพรับเข้าร่างกายหรือใช้ด้วยวิธีอื่นใดซึ่งยาเสพติดให้โทษแก่ตนเองเท่านั้น ลักษณะแห่งความผิดไม่เปิดช่องให้ผู้อื่นร่วมกระทำความผิดด้วยกันได้<sup>58</sup> ด้วยเหตุนี้แม้ความผิดฐานเสพยาเสพติดเข้าในร่างกายจะไม่ใช้ความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำ ผู้ที่ร่วมช่วยฉีดยาเสพติดเข้าร่างกายให้ผู้เสพยาจึงมีความรับผิดชอบแค่เพียงผู้สนับสนุนเท่านั้น จึงเห็นได้ว่าแนวทางในการวินิจฉัยในเรื่องความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำของกฎหมายไทยได้รับเอาแนวคิดมาจากทั้งเยอรมันและสหรัฐอเมริกามารวมไว้ด้วยกัน

<sup>58</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1073/2522, เนติบัณฑิตยสภา, น.1087.