

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำเป็นความผิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษบุคคลบางกลุ่มบางจำพวกไว้เป็นพิเศษจึงได้มีการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดไว้เป็นองค์ประกอบความผิด ผู้ที่จะเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดนั้นได้จะต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติเฉพาะตัวเท่านั้น เช่น “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน” “หญิงใด” เป็นต้น บุคคลผู้มิได้มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไม่สามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานนั้นได้ ดังนั้น ในกรณีความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำการเป็นผู้ร่วมในการกระทำความผิดในฐานะแตกต่างกันย่อมมีผลต่อการพิจารณาความรับผิดของผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำ

หลักการพื้นฐานในเรื่องผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น เริ่มมาจากแนวคิดที่จะมีการแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำความผิดออกเป็นประเภทต่าง ๆ เช่น ผู้กระทำความผิด ตัวการ ผู้ใช้ผู้สนับสนุน เป็นต้น ประเทศที่มีการแบ่งผู้ร่วมกระทำความผิดเป็นประเภทต่าง ๆ เป็นประเทศที่ใช้ระบบผู้กระทำความผิดร่วม ขณะที่ประเทศใดที่ไม่มีการแบ่งประเภทผู้มีส่วนร่วมกระทำความผิดเป็นประเทศที่ใช้ระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียว อันถือว่าบุคคลที่เข้ามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดทุกคนเป็นผู้กระทำความผิด

สาเหตุที่มีการแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล พบว่าการกระทำของผู้กระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลคือความผิดโดยตรงและยังเป็นผู้ที่สามารถควบคุมการกระทำของตนได้ ขณะที่การกระทำของผู้ร่วมกระทำความผิดจะไม่ก่อให้เกิดอันตรายในตัวของมันเอง จึงมิได้เป็นผู้ทำให้เกิดผลอันเป็นอันตรายขั้นสุดท้ายจริง ๆ ในแง่ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจึงมีความแตกต่างกัน และด้วยเหตุที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่ควบคุมการกระทำความผิดด้วยตนเอง ผู้กระทำความผิดจึงมีความน่าตำหนิหรือความชั่วอย่างมาก ขณะที่ผู้ใช้ก็ดี ผู้สนับสนุนก็ดี มิได้สามารถควบคุมการกระทำที่ตนมิได้กระทำได้ ไม่ได้ก่อให้เกิดผลคือความผิดโดยตรง ความน่าตำหนิหรือความชั่วของผู้ใช้และผู้สนับสนุนจึงแตกต่างจากผู้กระทำความผิดอย่างชัดเจน อีกทั้งในการพิจารณาเรื่องความรับผิดนั้นพบว่าการเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดไม่มีความผิดในตัวเอง

การที่จะมีความรับผิดชอบของผู้ร่วมกระทำความผิดได้นั้น จะต้องมีการกระทำความผิดของผู้กระทำ ความผิดเกิดขึ้นเสียก่อน ด้วยเหตุของความแตกต่างระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำความผิดเหล่านี้ ระบบผู้ร่วมกระทำความผิดจึงได้มีการแบ่งแยกผู้ใช้ ผู้สนับสนุน ออกจากผู้กระทำความผิด และเกิดทฤษฎีในการแบ่งผู้ร่วมกระทำความผิดขึ้น ได้แก่ “ทฤษฎีการร่วมกระทำความผิดในทางภาวะวิสัย” ที่พิจารณาว่าการกระทำของใครที่ทำให้เป็นการกระทำที่ครอบคลุมประกอบที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด “ทฤษฎีการร่วมกระทำความผิดในทางอัตตวิสัย” จะพิจารณาด้านจิตใจของผู้กระทำว่าได้ถือเอาการกระทำเป็นการกระทำของตนเอง (to be his own) หรือเป็นการกระทำเพื่อผู้อื่น (act of another) และ”ทฤษฎีนายเหนือการกระทำความผิด” ที่พิจารณาความมีอำนาจเหนือที่สามารถควบคุมการกระทำที่ก่อให้เกิดความผิดได้

ในประเทศที่มีการแบ่งแยกประเภทผู้ร่วมกระทำความผิด การวินิจฉัยความรับผิดชอบในกรณีความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำจะเริ่มมีปัญหาเกิดขึ้น กล่าวคือ ความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำ เป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดไว้โดยเฉพาะเป็นพิเศษแตกต่างจากบุคคลธรรมดาทั่วไป บุคคลผู้ที่ไม่มีความผิดเช่นนั้นก็จะไม่สามารถเป็นผู้กระทำความผิดได้ ปัญหาจึงมีว่าหากในการกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำนั้นมีบุคคลผู้มิได้มีความผิดเข้าร่วมในการกระทำความผิดด้วย โดยเฉพาะบุคคลที่โดยปกติแล้วต้องรับผิดชอบร่วมกันกับผู้ลงมือกระทำความผิดดังเช่นผู้ใช้แล้ว บุคคลเหล่านี้ควรต้องรับผิดชอบหรือไม่

ในส่วนของกฎหมายอังกฤษและอเมริกาไม่มีการแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำความผิดออกเป็นตัวการและผู้ใช้อย่างชัดเจน อีกทั้งการแบ่งผู้ร่วมกระทำความผิดของกฎหมาย Common Law ได้ให้ความสำคัญกับการอยู่ร่วมในขณะกระทำความผิดมากกว่าบทบาทการกระทำของผู้เป็นตัวการหรือผู้ใช้ การแบ่งผู้ร่วมกระทำความผิดตามแบบของ Common Law จึงไม่เป็นไปตามทฤษฎีการแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำความผิด และเมื่อกฎหมายอังกฤษและอเมริกาได้บัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมา การแบ่งแยกประเภทดังกล่าวก็ได้ถูกยกเลิกไป ปัจจุบันผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดทุกคนถือเป็นผู้กระทำความผิดอาญา ปัญหาเรื่องความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำจึงมีไม่มากนัก กล่าวคือ บุคคลอื่นที่ไม่ได้มีความผิดย่อมสามารถเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดในการกระทำความผิดไม่ว่าจะในฐานะ principal in the second degree หรือ accessories ได้ทั้งสิ้น และสหรัฐอเมริกาได้รับเอาหลักกฎหมาย Common Law ของอังกฤษมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดเจน

และมีการวางหลักข้อยกเว้นที่บุคคลผู้ขาดคุณสมบัติไม่ต้องร่วมรับผิดชอบเป็นผู้ร่วมกระทำผิดในกรณีหากการต้องรับผิดชอบนั้นขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินั้น

กฎหมายฝรั่งเศสมีการแบ่งเป็นเพียงผู้ลงมือกระทำผิดและผู้ร่วมกระทำผิด ส่วนกรณีผู้ใช้ให้กระทำผิดนั้น กฎหมายฝรั่งเศสถือเป็นผู้ร่วมกระทำผิดอย่างหนึ่ง ผู้ร่วมกระทำผิดตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงหมายถึงทั้งผู้ใช้ ผู้สนับสนุน และโทษของผู้ร่วมกระทำผิดนั้นต้องรับโทษเสมือนเป็นผู้ลงมือกระทำผิด อันถือได้ว่าเป็นไปตามระบบผู้กระทำผิดหนึ่งเดียว แต่ในทางปฏิบัติแล้วศาลฝรั่งเศสมีดุลพินิจที่สามารถไม่ลงโทษผู้ร่วมกระทำผิดเท่ากับผู้ลงมือกระทำผิด และในกรณีความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำนั้นผู้ขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้กระทำผิดก็จะมีผลฐานผู้ร่วมกระทำผิดอันเป็นการให้ศาลมีดุลพินิจที่จะลงโทษผู้ขาดคุณสมบัติตนเอง

กฎหมายเยอรมันได้มีการแบ่งแยกประเภทผู้กระทำผิดและผู้ร่วมกระทำผิดออกเป็น 3 ระดับ เป็นผู้กระทำผิด ผู้ใช้ และผู้สนับสนุน โดยผู้กระทำผิดตามกฎหมายเยอรมันจะหมายความรวมถึง ผู้ลงมือกระทำผิดโดยตรง ผู้กระทำผิดโดยอ้อม และตัวการ และประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้มีการบัญญัติเรื่องความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำไว้ด้วย โดยประมวลกฎหมายเยอรมันได้กำหนดให้โทษของผู้ที่ไม่มีคุณสมบัติเฉพาะตัวเช่นนั้นลดลง อันมีผลทำให้โทษที่ได้รับเท่ากับโทษของผู้สนับสนุน แต่หากความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำนั้นมีผลเป็นการเพิ่มโทษจากบทบัญญัติทั่วไป เช่น ความผิดฐานเจ้าพนักงานยกยอก เป็นต้น ในกรณีนี้ผู้ขาดคุณสมบัติต้องรับผิดชอบในความผิดฐานยกยอกทรัพย์ด้วย

ประมวลกฎหมายญี่ปุ่น ได้มีการแบ่งผู้ร่วมกระทำผิดออกเป็นตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุน เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย และประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้ร่วมกระทำผิดในความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำไว้โดยว่าผู้ที่มาเข้าร่วมกระทำผิดนั้น มีความรับผิดชอบตามลักษณะของการกระทำสุดแล้วแต่จะเข้าร่วมในฐานใด กล่าวคือ ถ้าเข้าร่วมในฐานเป็นตัวการก็เป็นตัวการ ถ้าเข้าร่วมในฐานเป็นผู้ใช้ก็เป็นผู้ใช้ หรือถ้าเข้าร่วมในฐานเป็นผู้สนับสนุนก็เป็นผู้สนับสนุน

ในส่วนของประเทศไทยนั้น แต่เดิมตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มิได้มีการแบ่งแยกผู้ใช้ออกจากตัวการแต่อย่างใด โดยถือว่าการกระทำอันเป็นการใช้ให้ผู้อื่นกระทำ

ความผิดนั้นเป็นการกระทำอันเป็นตัวการอย่างหนึ่ง¹ กล่าวคือผู้ให้กระทำความผิดนั้นเป็นตัวการ และได้มีการบัญญัติให้การยุยงให้ผู้อื่นกระทำความผิดหรือการใช้แต่ยังไม่มีใครกระทำความผิดนั้นขึ้นให้เป็นความผิดต่างหากในส่วนลักษณะความผิด อันมีลักษณะเดียวกับหลักกฎหมาย Common Law เรื่อง incitement ของอังกฤษ หรือ solicitation ของอเมริกาซึ่งเป็นกรณีความรับผิดของผู้ใช้กรณีความผิดที่ใช้ไม่ได้กระทำได้ ขณะที่ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นได้มีการแบ่งแยกผู้ใช้ออกจากตัวการและผู้สนับสนุนอย่างชัดเจน และยังได้กำหนดโทษของผู้ใช้กรณีที่ความผิดที่ใช้นั้นได้มีการกระทำลงรวมเข้าไว้กับบทบัญญัติเรื่องผู้ให้ด้วย ด้วยเหตุนี้จึงถือได้ว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่มีการแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำความผิดอย่างชัดเจนตามอย่างประเทศที่ถือระบบผู้ร่วมกระทำความผิด

อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้มีการบัญญัติเรื่องความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวไว้ในหมวดตัวการและผู้สนับสนุนเหมือนอย่างของประเทศเยอรมันและญี่ปุ่น ด้วยเหตุนี้ในเรื่องความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวนี้จึงเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายและศาลที่จะออกมาให้ความเห็นและวินิจฉัยปรับแก้คดีที่เกิดขึ้น

ความเห็นของนักกฎหมายในเรื่องผู้ให้กรณีความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวนี้ มีความแตกต่างทางความคิดเห็นออกเป็น 2 ความเห็น ความเห็นแรกเห็นว่าหากบุคคลนั้นเป็นตัวการตามมาตรา 83 ไม่ได้ เพราะขาดคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ก็จะเป็นผู้ให้ตามมาตรา 84 ไม่ได้เช่นกัน เนื่องจากจากผู้ให้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ แต่ยังเป็นผู้สนับสนุนตามมาตรา 86 ได้² ขณะที่ความเห็นที่สองเห็นว่าแม้จะเป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดจะต้องมีคุณสมบัติเฉพาะตัว บุคคลธรรมดาผู้ไม่อาจเป็นตัวการในการกระทำความผิดเพราะขาดคุณสมบัติ ก็สามารถเป็น “ผู้ให้” และรับผิดชอบอาญาได้³ โดยที่ในเวลาต่อมา ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาวินิจฉัยหลักกฎหมายในกรณีปัญหาดังกล่าวไว้เป็นบรรทัดฐานในคำพิพากษาศาลฎีกาที่

¹ ปาดูซ์ ยอร์ช, บันทึกของนายยอร์ช ปาดู (Georges Padoux) เกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, แปลโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546), น.77-79.

² จิตติ ติงศกัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : หจก.จิรัชการพิมพ์, 2546), น.472-473.

³ หยุด แสงอุทัย, “บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตัวการในทางอาญา,” บทปณัตติย์, เล่ม 20, ตอน 4, (ตุลาคม 2505) : น.784.

2079/2536 ซึ่งได้ตัดสินว่า การกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวของเจ้าพนักงาน ผู้ใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้าง วาน หรือยุยงส่งเสริมด้วยวิธีอื่นใด ให้เจ้าพนักงานกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ไม่ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 แต่ต้องรับโทษฐานเป็นผู้สนับสนุนตามมาตรา 86⁴

ตามแนวความเห็นแรกและแนวคำพิพากษานี้ เป็นการตีความความรับผิดชอบของผู้ใช้ว่า ผู้ใช้เป็นตัวการ เมื่อขาดคุณสมบัติไม่สามารถเป็นตัวการได้จึงไม่ใช่ผู้ใช้ เป็นได้แค่ผู้สนับสนุน และการกระทำที่ทำไปนั้นก็ไม่ถือเป็นการใช้หรือก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดด้วย โทษหนึ่งในสามหรือโทษกึ่งหนึ่งในกรณีความผิดมิได้กระทำลงจึงไม่มีเลย ขณะที่การตีความตามความเห็นที่สองนั้น จะแยกผู้ใช้ออกจากการเป็นตัวการ โดยผู้ใช้เพียงแต่รับผิดในอัตราโทษเดียวกับตัวการเท่านั้น แต่ผู้ใช้ไม่ได้เป็นตัวการด้วยแต่อย่างใด

ในขณะเดียวกันเมื่อพิจารณาลึกลงไปในฐานความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัว ไม่ว่าจะเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการก็ดี ความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกก็ดี หรือความผิดฐานเสพยาเสพติดก็ดี จะพบว่าความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติฐานความผิดขึ้นเป็นพิเศษเพื่อเจาะจงลงโทษเฉพาะบุคคลบางกลุ่มบางจำพวก ด้วยเหตุนี้ การกระทำความผิดฐานดังกล่าวจึงไม่ประสงค์จะลงโทษบุคคลอื่นที่ขาดคุณสมบัติดังกล่าวในอัตราโทษเดียวกัน จึงทำให้บุคคลผู้ใช้ไม่สมควรได้รับโทษเท่ากับตัวการจึงลงโทษในฐานะเป็นผู้สนับสนุนแทน แต่ในกรณีความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวที่มีลักษณะคล้ายเป็นการเพิ่มโทษ เช่น ความผิดฐานเจ้าพนักงานปลอมเอกสาร ตามมาตรา 161 นั้น บุคคลอื่นซึ่งกระทำการใช้ให้กระทำความผิดนั้น แม้ไม่สามารถรับโทษในฐานะเป็นผู้ใช้ในความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวได้ แต่ก็สามารถรับโทษฐานเป็นผู้ใช้ในการกระทำเดียวกันนั้นได้ในฐานความผิดธรรมดาที่ไม่เจาะจงผู้กระทำความผิด ด้วยเหตุนี้บุคคลธรรมดาหากกระทำการใช้เจ้าพนักงานให้ปลอมเอกสาร แม้จะไม่ถูกลงโทษฐานเป็นผู้ใช้ในความผิดฐานเจ้าพนักงานปลอมเอกสาร ตามมาตรา 161 ได้ แต่ก็สามารถถูกลงโทษในฐานะเป็นผู้ใช้ในการกระทำความผิดเดียวกันนั้นได้ในความผิดฐานปลอมเอกสารตามมาตรา 265 หรือ 266⁵

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2079/2536, เนติบัณฑิตยสภา, น.1557.

⁵ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (แก้ไขเพิ่มเติม) (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2551), น.663.

หากพิจารณาตามหลักที่กล่าวมาทั้งหมดแล้ว เมื่อประเทศไทยเป็นประเทศที่มีการแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำคามผิดอย่างชัดเจนตามอย่างประเทศที่ถือระบบผู้ร่วมกระทำคามผิดแล้ว บทบัญญัติเรื่องผู้ให้จึงแยกออกมาจากตัวการอย่างชัดเจน การกระทำอันเป็นการก่อหรือใช้ให้กระทำคามผิดเป็นการกระทำของผู้ใช้ มิใช่การกระทำของผู้เป็นตัวการแต่อย่างใด การกระทำอันเป็นการใช้ให้กระทำคามผิดกับการกระทำอันเป็นตัวการหรือเป็นผู้กระทำคามผิดเสียเองจึงแตกต่างกัน และในการก่อหรือใช้ให้ผู้อื่นกระทำคามผิดนั้นไม่จำเป็นต้องอาศัยคุณสมบัติใด ๆ เลย บุคคลธรรมดาทั่ว ๆ ไปหากมีจิตใจคิดร้ายขึ้นล้วนสามารถก่อหรือใช้ให้ผู้อื่นกระทำคามผิดด้วยทั้งสิ้น แต่ในกรณีความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายประสงค์จะลงโทษเจาะจงเฉพาะผู้ที่มีคุณสมบัตินั้นๆ เท่านั้น จึงไม่น่าหลักในเรื่องผู้ให้ให้กระทำคามผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป มาใช้บังคับกับกรณีความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัว ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายไม่ประสงค์จะลงโทษบุคคลอื่นที่ไม่ได้มีคุณสมบัติเฉพาะตัวในอัตราโทษเดียวกันกับผู้กระทำคามผิดนั้น ด้วยเหตุนี้ ผู้ใช้จึงไม่ถูกลงโทษเสมือนเป็นตัวการในการกระทำคามผิดเฉพาะตัว แต่ถูกลงโทษเสมือนเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำคามผิดนั้นแทน ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำอันเป็นการใช้ให้กระทำคามผิดหรือการกระทำอันเป็นตัวการต่างมีลักษณะเป็นการกระทำอันเป็นการสนับสนุนให้กระทำคามผิดอยู่ในตัวทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้ เมื่อไม่สามารถลงโทษตัวการและผู้ให้เท่าผู้ลงมือกระทำคามผิดได้แล้วกฎหมายจึงลงโทษในฐานะผู้สนับสนุนการกระทำคามผิดแทน และหากในการกระทำนั้นมีความผิดธรรมดาที่ไม่เจาะจงผู้กระทำคามผิดกำหนดโทษไว้ บุคคลผู้ให้ให้กระทำคามผิดย่อมต้องถูกลงโทษในฐานะเป็นผู้ให้ให้กระทำคามผิดในความผิดที่ได้เจาะจงผู้กระทำนั้น ด้วยเหตุนี้ ในการกระทำคามผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวนั้นสามารถมีผู้ให้ได้ เพียงแต่กฎหมายไม่ประสงค์จะลงโทษบุคคลอื่นในอัตราโทษเดียวกันกับผู้ลงมือกระทำคามผิดจึงลงโทษเพียงฐานเป็นผู้สนับสนุนเท่านั้น แต่หากการกระทำเดียวกันนั้นเป็นความผิดอื่นที่ไม่เจาะจงคุณสมบัติผู้กระทำคามผิดไว้ ผู้ให้ย่อมถูกลงโทษฐานเป็นผู้ให้ในความผิดที่ไม่เจาะจงคุณสมบัตินั้นได้ อย่างไรก็ตาม การกระทำอันเป็นการก่อให้ผู้อื่นกระทำคามผิดนั้นย่อมถือเป็นการกระทำอันเป็นการใช้ให้ผู้อื่นกระทำคามผิดซึ่งการกระทำมีระดับความร้ายแรงกว่าการสนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำคามผิดซึ่งตามกฎหมายต่างประเทศในหลาย ๆ ประเทศแม้จะไม่มีบัญญัติโทษของผู้ให้ให้สูงกว่าผู้สนับสนุนอย่างชัดเจนแต่ก็เป็นดุลพินิจของศาลที่จะลงโทษผู้ร่วมกระทำคามผิดให้แตกต่างกันได้ตามระดับความร้ายแรงของการกระทำคามผิด การที่กฎหมายไทยลงโทษผู้ให้เพียงเท่าผู้สนับสนุนจึงดูเหมือนเป็นการลงโทษที่ไม่สาสมแก่ความผิดที่ได้กระทำลง

5.2 ข้อเสนอแนะ

ปัญหาเรื่องผู้ใช้กรณีความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำในประเทศไทยนั้น แท้จริงแล้วมาจากปัญหาการตีความความรับผิดของผู้ใช้ให้กระทำความผิดและหลักพื้นฐานของความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำประกอบกัน ซึ่งการพิจารณาเฉพาะเรื่องความรับผิดของผู้ใช้แต่เพียงด้านเดียวโดยไม่พิจารณาเรื่องความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวประกอบนั้นอาจทำให้หลักวิชาในเรื่องความรับผิดของผู้ใช้เกิดปัญหาขึ้นได้ กล่าวคือ หากพิจารณาแต่เพียงด้านความรับผิดของผู้ใช้ว่า ผู้ใช้ให้กระทำความผิดถือเป็นตัวการ หรือถือเป็นบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งกฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษโดยเฉพาะ ก็จะมีปัญหาว่า หากผู้ใช้ถือเป็นตัวการแล้ว บุคคลผู้ขาดคุณสมบัติย่อมไม่สามารถเป็นผู้ใช้ในการกระทำความผิดในความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวได้ แม้ว่าการกระทำของบุคคลนั้นจะเป็นการก่อหรือใช้ให้บุคคลอื่นผู้มีความผิดเฉพาะตัวกระทำความผิดนั้นก็ตาม ก็ไม่ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการก่อหรือใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด การอธิบายเช่นนี้ย่อมสอดคล้องกับหลักของความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัว แต่จะมีปัญหาในเรื่องหลักพื้นฐานของตัวผู้ใช้ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าแยกต่างหากจากตัวการอย่างเด็ดขาด และยังเป็นการอธิบายที่ขัดกับข้อเท็จจริงที่ว่ากระทำความผิดนั้นแท้จริงแล้วเป็นการก่อให้ผู้อื่นกระทำความผิด

แต่หากถือว่าผู้ใช้เป็นบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งกฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษโดยเฉพาะต่างหากจากตัวการแล้ว บุคคลผู้ขาดคุณสมบัติย่อมสามารถเป็นผู้ก่อหรือใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดซึ่งต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวได้ การอธิบายเช่นนี้แม้อาจถูกต้องกับหลักความรับผิดของผู้ใช้ที่แยกต่างหากจากตัวการ แต่จะขัดกับหลักในเรื่องความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวซึ่งกฎหมายไม่ประสงค์จะลงโทษบุคคลผู้ขาดคุณสมบัติ

แท้จริงแล้วความรับผิดของผู้ใช้ในกรณีความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวนั้นถือเป็นการที่กฎหมายไม่ประสงค์จะลงโทษผู้ใช้ซึ่งขาดคุณสมบัติในอัตราโทษเดียวกันกับผู้กระทำความผิด แต่เนื่องจากการกระทำอันเป็นการใช้ให้กระทำความผิดก็ดี หรือแม้แต่การกระทำอันเป็นตัวการก็ดี ล้วนเป็นการกระทำอันมีลักษณะเป็นการสนับสนุนให้กระทำความผิดอยู่ในตัว⁶ กฎหมายจึงลงโทษผู้ใช้เพียงฐานผู้สนับสนุน แต่บุคคลนั้นยังไฉ่เสียก็ยังคงเป็นผู้ใช้ออยู่ ดังนั้น หากมี

⁶ ดู บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 668/2482 น.930, 939 ซึ่งเขียนโดย ส. ส. (ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย)

ความผิดอื่นที่ไม่เจาะจงคุณสมบัติผู้กระทำความผิดไว้ ผู้ใช้ยอมถูกลงโทษฐานเป็นผู้ใช้ในความผิดที่ไม่เจาะจงคุณสมบัตินั้นได้

เช่นเดียวกับตามหลักในกฎหมายต่างประเทศซึ่งไม่ว่าจะเป็นในกฎหมายอังกฤษ อเมริกาหรือฝรั่งเศสซึ่งผู้ใช้ต้องรับผิดชอบผู้กระทำความผิดแต่กฎหมายให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษให้แตกต่างกันได้ หรือในกฎหมายเยอรมันที่แม้จะให้ลดโทษของผู้ใช้ลงแต่ก็ไม่ได้บังคับว่าโทษของผู้ใช้ต้องเท่ากับโทษของผู้สนับสนุน หรือกฎหมายญี่ปุ่นซึ่งผู้ใช้ซึ่งขาดคุณสมบัติยังมีความผิดฐานเป็นผู้ใช้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของไทยเสียใหม่ให้มีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยบัญญัติเรื่องความผิดที่ต้องอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวไว้ในหมวด 6 ตัวการและผู้สนับสนุน เพื่อให้ชัดเจนเหมือนอย่างของญี่ปุ่น ดังนี้

“มาตรา 89 ทวิ ถ้าความผิดที่กระทำมีคุณสมบัติพิเศษเฉพาะตัวซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของผู้กระทำความผิดนั้น ผู้ที่เข้าร่วมกระทำความผิดในฐานะตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ย่อมมีความรับผิดชอบตามที่ได้เข้าร่วมกระทำความผิดนั้น แม้ว่าจะมิได้มีคุณสมบัติเฉพาะนั้นก็ตาม”