

ความรับผิดในทางอาญาของผู้ใช้

เมื่อการกระทำนั้นเป็นการใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84, 85. แล้วจะได้พิจารณาต่อไปว่าผู้ใช้ให้กระทำความผิดจะมีความรับผิดมากน้อยเพียงใดในเรื่องต่อไปนี้

1. โทษ

การใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดเป็นการกระทำความผิดอย่างหนึ่ง แยกออกไปต่างหากจากความผิดที่ใช้ให้กระทำ ความผิดที่ใช้ให้กระทำมาเป็นบทลงโทษเท่านั้น โทษที่ผู้ใช้ให้กระทำความผิดจะได้นั้น แยกพิจารณาดังนี้

1) มาตรา 84 วรรค 2 บัญญัติว่า "ถ้าผู้ถูกใช้ใดกระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ ถ้าความผิดมิได้กระทำลงไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ยังมิได้กระทำหรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียง 1 ใน 3 ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น" จากบทบัญญัติมาตรา 84 นี้แยกพิจารณาโทษที่ผู้ใช้ให้กระทำความผิดจะได้นั้น ออกเป็น 2 กรณี

ก. กรณีที่ผู้ถูกใช้ใดกระทำความผิดตามที่ใช้นั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนตัวการ กล่าวคือ ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดนั้นด้วยตนเอง เหตุที่กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า "เสมือนตัวการ" ก็เพราะว่าผู้ใช้มิได้ลงมือกระทำความผิดด้วยตนเอง จึงอาศัยผลจากการ

กระทำของผู้ถูกใช้ที่ใดกระทำลงไปแล้วมาวินิจฉัยโทษของผู้ใช้¹ เช่น
 คำใช้ให้แดงเขาไปลักทรัพย์ในบ้านของชาว ถ้าแดงเขาไปลักทรัพย์ในบ้านของ
 ชาว คำผู้ใช้มีความผิดเสมือนตนเป็นผู้เข้าไปลักทรัพย์ในเคหสถานด้วยตนเอง

การรับโทษเสมือน ทั่วการ หมายถึงการต้อง
 ระวังโทษในความผิดฐานเดียวกับทั่วการ² เช่น ก. จ้าง ข. ไปฆ่า
 ค. ถู ข. ฆ่า ค. คาย ข. ต้องรับโทษฐานฆาตคน ก. ต้องรับโทษ
 ฐานฆาตคนด้วย ถู ข. ฆ่า ค. แต่ไม่ตาย เป็นเพียงชั้นพยายามฆ่า ข.
 ต้องรับผิดฐานพยายามฆาตคน ก. ก็ต้องรับผิดฐานพยายามฆาตคนด้วย โทษของ
 ทั่วการมีกำหนดไว้ในมาตรา 83 ซึ่งก็คือโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับผู้
 กระทำความผิดนั้นเอง เช่น ก. ไซ ข. ให้ไปทำร้าย ค. ถู ข.
 ไปทำร้าย ค. ตามที่ถูกใช้ ก. จะต้องได้รับโทษเต็มที่ ความที่ได้บัญญัติไว้
 ในมาตรา 295 เสมือนหนึ่งว่า ก. ใดลงมือทำร้าย ค. เอง เช่น
 เกี่ยวกับโทษที่ผู้ใช้ให้กระทำความผิดได้รับตามหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ
 ไม่ว่าจะเป็นประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา³ และประเทศ
 อังกฤษ⁴ กล่าวคือต้องระวังโทษเช่นเดียวกับทั่วการ

ข. กรณีความผิดมิได้กระทำลง การใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด
 เป็นการร่วมกระทำความผิดอย่างหนึ่ง เพราะว่าทั้งผู้ใช้และผู้รับใช้ต่างก็มี

¹ วิจารณ์ พินฐานะ, กฎหมายอาญา 1 : ภาคบทบัญญัติทั่วไป, หน้า 347.

² เอกสารประกอบการบรรยายโครงการบรรยายพิเศษ กฎหมายสาร
 บัญญัติกฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2519, หน้า 18.

³ George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.
 651, 657.

⁴ Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, p. 287.

ความประสงค์อันเดียวกันในการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแต่โดยที่
 ผู้ใช้ไม้ไคลงมือกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดด้วยตนเองเลย
 ประมวลกฎหมายอาญาจึงไม่ถือว่าผู้ใช้เป็นทวิการกระทำผิดและไม่ถือว่า
 เป็นผู้สนับสนุน เพราะมิได้กระทำการใดอันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความ
 สะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดแต่แยกออกไปต่างหากเป็น "ผู้ใช้ให้กระทำ
 ความผิด" ซึ่งเมื่อแยกออกมาดังนี้แล้วก็เป็นผู้ให้โทษผู้ใช้ได้ แม้ว่าจะยัง
 ไม่มีการกระทำความผิดตามที่ใช้ไม่ว่ากรณีใด ๆ กล่าวคือ ตามบทบัญญัติ
 ในมาตรา 84 วรรค 2 ผู้ใช้ของระวางโทษ 1 ใน 3 ของโทษที่
 กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น เหตุที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ ก็เนื่องจากการ
 ใช้ให้คนอื่นกระทำความผิดนั้นแสดงให้เห็นถึงเจตนารายของผู้ใช้ต่อสังคมแล้ว
 จึงควรที่ผู้ใช้จะต้องรับผิดชอบ แต่สังคมก็ยังไม่ได้รับความเสียหายมากนัก
 หรือผลเสียหายจะยังไม่ได้เกิดขึ้น กฎหมายจึงกำหนดโทษไว้เบากว่ากรณีที่ได้
 มีการกระทำความผิดตามที่ใช้ คือ เพียงออกปากให้ผู้อื่นให้กระทำความผิด
 ไม่ว่าจะเป็นความผิดอาญาสามัญหรือลหุโทษ ผู้ใช้ก็ต้องรับผิด 1 ใน 3
 ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

กรณีความผิดมิได้กระทำลง หมายถึงว่ายังมีได้มีการลงมือ
 ถึงขั้นพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 หรือขั้นเตรียมการในบาง
 กรณีที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เช่น กรณีตามมาตรา 107, 108
 109, 219 เป็นต้น ถ้าไคลงมือถึงขั้นพยายามกระทำความผิด หรือ
 ขั้นเตรียมการ (ในบางกรณี) ถือว่าเป็นกรณีที่ผู้ถูกใช้ไม้ไคลงกระทำความผิด
 นั้นแล้ว ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเป็นความผิดสำเร็จ

กรณีความผิดมิได้กระทำลง ไค้แก่

ก. ความผิดมิได้กระทำลง เพราะผู้ถูกใช้ไม้ไคลงไม่ยอมกระทำ
 หมายถึง

1. ผู้ถูกใช้ไม่ยอมรับปากว่าจะกระทำตามที่ใช้ หรือ
2. ผู้ถูกใช้ยอมรับปากว่าจะกระทำตามที่ใช้แล้ว แต่
ภายหลังเกิดกลับใจ ไม่ยอมกระทำตามที่ใช้

ข. ความผิดมิได้กระทำลง เพราะผู้ถูกใช้ยังไม่ได้กระทำ
หมายความถึงกรณีที่ผู้ถูกใช้รับปากที่จะทำแล้ว แต่ยังมีได้กระทำ เช่น ผู้ถูก
ใช้เพียงเตรียมเครื่องมือหรือกำลังวางแผนการก็ถูกจับกุมเสียก่อนที่จะได้
ลงมือกระทำความผิด เป็นต้น

ค. ความผิดมิได้กระทำลงเพราะเหตุอื่นใด เช่น เพราะ
ผู้ถูกใช้ตายเสียก่อนที่จะได้กระทำความผิดตามที่ใช้ เพราะไม่สามารถจะ
กระทำได้เพราะผู้ใช้ขัดขวางหรือบอกเลิกการใช้ก็ได้

กรณีผู้ใช้ขัดขวางนั้นหาใช่กรณีตามมาตรา 88 ไม่ เพราะ
ตามมาตรา 88 ผู้ใช้ขัดขวางเมื่อการกระทำของผู้ถูกใช้เข้าขั้นลงมือกระทำ
ความผิดแล้วแต่เรื่องนี้เป็นเรื่องผู้ใช้ขัดขวางเสียก่อนที่ผู้ถูกใช้จะลงมือกระทำ
เช่น ก. ใช้ให้ ข. ไปฆ่า ค. โดยให้ปืน ข. ไปควย ต่อมา
ก. สงสาร ข. จึงแอบเอาปืนไปทิ้งน้ำเสีย ข. ไม่มีปืน จึงไม่ได้ลงมือ
ฆ่า ค. เช่นนี้ถือว่า ความผิดมิได้กระทำลงเพราะการขัดขวางของผู้ใช้

2) การโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด
ซึ่งมาตรา 85 ได้กำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้ใช้ประเภทนี้ว่า "ผู้ใดโฆษณา
หรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษกึ่งหนึ่ง
ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น"

ถ้ามีการกระทำความผิด... ผู้โฆษณาหรือประกาศต้องรับโทษ
เสมือนตัวการ"

จากบทบัญญัติ มาตรา 85 นี้ แยกพิจารณาได้ 2 กรณี

ก. กรณีความผิดใดกระทำลง ผู้โฆษณาหรือประกาศต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ กล่าวคือ เสมือนหนึ่งว่าตนเป็นผู้กระทำความผิดนั้นด้วยตนเอง เช่นเดียวกับมาตรา 84 ดังกล่าวข้างตน

ข. กรณีความผิดมิได้กระทำลง เนื่องจากการโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิดนี้เป็นการก่อให้เกิดบุคคลทั่วไปกระทำความผิดโดยไม่จำกัดตัวบุคคลผู้กระทำความผิดอันมีลักษณะร้ายแรงกว่าการก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดตามมาตรา 84 มาตรา 85 จึงได้กำหนดโทษในกรณีนี้ไว้สูงกว่ามาตรา 84 คือ ผู้โฆษณาหรือประกาศต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น และในกรณีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น แต่มิใช่เนื่องมาจากการโฆษณาหรือประกาศนั้น ผู้โฆษณาหรือประกาศก็ยังต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น เพราะถือว่าได้ประกาศหรือโฆษณาให้บุคคลอื่นกระทำความผิดนั้นด้วย การลงโทษผู้ให้กระทำความผิด กรณีความผิดยังมีได้กระทำนี้แตกต่างจากหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ให้อยู่ในดุลพินิจของศาลในการตัดสินลงโทษจำคุกและปรับ ซึ่งปกติแล้วจะไม่มากกว่ากรณีที่เป็นความผิดสำเร็จ¹

ส่วนกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส² มาตรา 59 ให้อภัยโทษผู้สนับสนุนโดยโทษอย่างเดียวกับผู้เป็นตัวการ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายอื่นบัญญัติไว้โดยเฉพาะ การลงโทษอย่างเดียวกันนี้มีใ้ตีความความว่า ตัวการได้รับโทษจำคุกหรือปรับเท่าใดก็ให้รับหรือจำคุกผู้สนับสนุนเท่ากัน แต่ตีความความว่าผู้สนับสนุนจะถูกลงโทษโดยกฎหมายมาตราเดียวกันกับตัวการเท่านั้น เพราะถือว่าได้กระทำความผิดอันเดียวกันและถ้ามีเหตุเฉพาะตัวของผู้สนับสนุนแตกต่างจากตัวการอย่างไร ก็ยอมทำให้โทษที่จะลงจริง ๆ แตกต่างกันออกไปได้ แต่จะต้องปรากฏว่าได้มีการกระทำความผิดตามที่ได้ออกให้กระทำนั้นแล้ว

¹Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, p. 385.

²โกเมน ภัทรภิรมย์, กฎหมายอาญาเปรียบเทียบ อาชีววิทยา, หน้า 29-30.

หรือเขาซึ่งพยายามกระทำความผิดจึงจะลงโทษผู้สนับสนุนได้ เพราะถ้าไม่
 เขาซึ่งพยายามการกระทำของตัวการก็ยังไม่เป็นความผิดจึงลงโทษผู้สนับสนุน
 ไม่ได้ ซึ่งตามกฎหมายไทยแม้ผู้ถูกใช้ยังไม่ไ้กระทำความผิด ผู้ใช้ก็ต้องรับ
 โทษ 1 ใน 3 หรือกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นตาม
 มาตรา 84 , 85 แลวแต่กรณี

จะเห็น การกำหนดโทษตามกฎหมายไทยนั้นก่อให้เกิดผลดีกว่าคือ
 มีความแน่นอน นอกจากนั้นยังเป็นการปรามมิให้บุคคลกระทำการฝ่าฝืนต่อ
 บทบัญญัติของกฎหมายอันจะเป็นการลดจำนวนการกระทำความผิดลง

ปัญหาที่เกิดจากการกำหนดโทษ 1 ใน 3 ตามมาตรา 84

กรณีความผิดมิได้กระทำลง ซึ่งผู้ใช้ให้กระทำความผิดต้องระวาง
 โทษ 1 ใน 3 ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดตามมาตรา 84 นั้น
 ก่อให้เกิดปัญหาว่า ในกรณีการกระทำความผิดของผู้ถูกใช้ กฎหมายลงโทษ
 ประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต โดยไม่มีโทษอื่น ผู้ใช้ให้กระทำความผิดจะ
 ต้องรับโทษเพียงใด มาตรา 52 แห่งประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติแต่เพียงว่า
 "ในการลงโทษประหารชีวิต ไม่ว่าจะเป็นการลดมาตราส่วนโทษหรือลดโทษที่
 จะลง ให้ลดดังต่อไปนี้

- (1) ถ้าจะลดหนึ่งในสาม ให้ลดเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิต
- (2) ถ้าจะลดกึ่งหนึ่งให้ลดเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือโทษจำคุก
 ตั้งแต่สิบห้าปีถึงห้าสิบปี"

การที่มาตรา 84 บัญญัติให้ผู้ใช้ให้กระทำความผิดต้องรับโทษ
 1 ใน 3 ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเท่ากับเป็นการลดโทษ
 2 ใน 3 ซึ่งมาตรา 52 หาได้บัญญัติในกรณีดังกล่าวไม่ แต่
 เรื่องนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยโดยมติที่ประชุมใหญ่ในคำพิพากษาฎีกาที่ 91/2510

ภาวะที่ตำรวจเข้าจับกุมแย้งป็นกับจำเลยที่ 1 อยู่นั้น จำเลยที่ 2
 เข้าแย้งป็นกับตำรวจ เมื่อตำรวจจับจำเลยที่ 2 ได้ จำเลยที่ 2
 ไครองบอกให้จำเลยที่ 1 ขวางระเบิดมือใส่ตำรวจ แต่จำเลยที่ 1
 ไมกระทำตาม คั้งนี้ จำเลยที่ 2 มีความผิดฐานต่อสู้ขัดขวางเจ้า
 พนักงานกระทงหนึ่ง ฐานใช้ให้จำเลยที่ 1 ขวางเจ้าพนักงานอีกกระทงหนึ่ง
 แต่จำเลยที่ 1 ไมกระทำตาม จึงมีความผิดตามมาตรา 289(2)
 ประกอบควมมาตรา 84 วรรค 2 ซึ่งตองระวางโทษ 1 ใน 3 ของ
 โทษประหารชีวิต แต่กฎหมายไม่ให้บัญญัติโทษ 1 ใน 3 ของโทษ
 ประหารชีวิตไว้ จึงตองนำมาตรา 52(1) มาใช้ เป็นหลักในการ
 กำหนดโทษคือ โทษประหารชีวิต 1 ใน 3 ก่อน คงเหลือ
 โทษเพียง 2 ใน 3 โดยให้จำคุกชั้นต่ำ 16 ปี และคำนวณ
 เอาเพียงครึ่งหนึ่งของอัตราโทษ 2 ใน 3 ผลลัพธ์ คือ ลงโทษ
 จำคุกจำเลยมีกำหนด 8 ปี

ผู้เขียนเห็นว่าแม้คำพิพากษาฎีกาดังกล่าวจะเป็นการอุดของว่าง
 ของกฎหมาย และไม่ป็นโทษแก่จำเลยก็ตาม แต่เป็นการตัดสินที่ไม่ถูกตอง
 นัก เพราะเทากับว่าถ้าจำเลยที่ 1 ได้กระทำความผิดตามที่จำเลยที่ 2
 ใช้จำเลยที่ 1 จะถูกลงโทษเพียง 24 ปี (1 ใน 3 ของ 24
 เทากับ 8 ปี) ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 289(2) ถ้า
 จำเลยที่ 1 ขวางเจ้าพนักงานจะตองถูกลงโทษประหารชีวิต จำเลยที่ 2
 ผู้ใช้ตองรับโทษเสมือนตัวการผู้กระทำความผิดนั้นด้วยตนเองคือ ตอง
 ระวางโทษประหารชีวิตด้วย

2. ขอเบเขตควมรับผิดชอบของผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือ
 ประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด

มาตรา 87 แห่งประมวลกฎหมายอาญามีบัญญัติว่า "ใน

กรณีที่มีการกระทำความผิดเพราะมีผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 เพราะ
 มีผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิดตามมาตรา 85 ...
 ถ้าความผิดที่เกิดขึ้นนั้น ผู้กระทำใดกระทำให้เกินขอบเขตที่โฆษณา
 หรือประกาศ...

ผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้
 กระทำความผิด...แล้วแต่กรณี ต้องรับผิดชอบทางอาญาเพียงสำหรับความผิด
 เท้าที่อยู่ในขอบเขตที่โฆษณาหรือประกาศ...แต่ถ้าโดยพฤติการณ์อาจ
 เห็นได้ว่าอาจเกิดการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นนั้นจากการใช้ การ
 โฆษณาหรือประกาศ...ผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่
 บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด...แล้วแต่กรณี ต้องรับผิดชอบทางอาญาตามความ
 ผิดที่เกิดขึ้นนั้น

ในกรณีที่ผู้ถูกใช้ ผู้กระทำความผิดโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคล
 ทั่วไปให้กระทำความผิด... จะต้องรับผิดชอบทางอาญามีกำหนดโทษสูงขึ้นเพราะ
 อาศัยผลที่เกิดจากการกระทำความผิด ผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณา
 หรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด...แล้วแต่กรณี ต้องรับผิดชอบทาง
 อาญาตามความผิดที่มีกำหนดโทษสูงขึ้นนั้นด้วย แต่โดยลักษณะของความผิด
 ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบทางอาญามีกำหนดโทษสูงขึ้นเฉพาะเมื่อผู้กระทำต้องรู้
 หรืออาจเห็นได้ว่า จะเกิดผลเช่นนั้นขึ้น ผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณา
 หรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด... จะต้องรับผิดชอบทางอาญาตาม
 ความผิดที่มีกำหนดโทษสูงขึ้นก็เฉพาะเมื่อตนใคร่หรืออาจเห็นได้ว่า จะเกิด
 ผลเช่นนั้นที่เกิดขึ้นนั้น"

จากมาตรา 87 นี้กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของบุคคล
 ดังต่อไปนี้

1. ผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84

2. ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด

ตามมาตรา 85

ซึ่งวางหลักเกณฑ์ไว้ว่าผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิดจะรับผิดชอบทางอาญาเพียงสำหรับความผิดเท่านั้นที่อยู่ในขอบเขตที่โฆษณาหรือประกาศ เนื่องจากบุคคลทั้ง 2 ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดอันเป็นอุปกรณ์ ส่วนผู้กระทำความผิดตามที่โฆษณาเป็นผู้กระทำความผิดอันเป็นประธาน ฉะนั้น ความผิดที่เกิดขึ้นผู้กระทำอาจกระทำไปมากหรือน้อยกว่าที่โฆษณาหรือประกาศก็ได้ ปัญหาว่าบุคคลดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบเพียงใดในการกระทำนั้น ๆ แยกพิจารณาดังนี้

1. กรณีตัวการกระทำความผิดน้อยกว่าขอบเขตที่โฆษณา เช่น ตกกลงไปฆ่าคนตาย

ผู้กระทำใดกระทำความผิดเพียงชั้นพยายามฆ่าหรือเพียงทำร้ายร่างกาย เมื่อความผิดที่เป็นประธานมีโทษน้อย ความผิดที่เป็นอุปกรณ์ก็มีโทษน้อยตามไปด้วย กล่าวคือ ผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศมีความผิดฐานพยายามฆ่าหรือทำร้ายร่างกายเท่านั้น อันเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปประมวลกฎหมายอาญาจึงไม่ได้บัญญัติไว้¹ ตามมาตรา 84, 85 ผู้โฆษณาหรือประกาศต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ แสดงว่าจะมีการลงโทษผู้โฆษณาหรือประกาศมากกว่าตัวการไม่ได้ (นอกจากตัวการจะมีเหตุส่วนตัวทำให้ไม่ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยลง ตามมาตรา 89)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 111-112/2510 จำเลยที่ 1 จำ

จำเลยที่ 2 กับพวกไปยิงผู้เสียหาย จำเลยที่ 2 กับพวกได้เตรียมการโดยหาปืนไวก่อน แล้วพาพวกไปดักยิงผู้เสียหายจนผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ จำเลยที่ 2 จึงมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และ

พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1

(กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525), หน้า 410.

Handwritten mark



จำนวนที่ 1 ผู้ใช้ที่ของรับโทษเสมือนเป็นตัวการด้วย

2. กรณีตัวการกระทำความผิดมากกว่าขอบเขตที่ไซ้

จากบทบัญญัติมาตรา 87 แสดงให้เห็นว่าผู้ใช้ประสงค์ให้ผู้ถูกใช้กระทำความผิดใด ผู้ถูกใช้ที่ของกระทำตามที่ผู้ใช้ประสงค์ (เท่าที่ผู้ใช้เจตนาโดยประสงค์ให้ผู้ถูกใช้กระทำความผิดนั้นขึ้นโดยตรง) ¹ หากไปทำนอกเหนือขอบเขตที่ไซ้แล้วก็เป็นเรื่องการตัดสินใจกระทำความผิดของผู้ถูกใช้เอง ผู้ใช้ไม่ต้องรับผิดชอบที่เกิดขึ้น เพราะต้องถือว่ามิใช่เป็นผลที่เกิดจากการก่อของผู้ใช้

กรณีไซ้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดตามมาตรา 84 แต่ผู้ถูกใช้กระทำความผิดเกินขอบเขตที่ไซ้ เช่น ก. ไซ้ ข. ไปตีศีรษะ ค. แต่ ข. กลับกระทำเกินขอบเขตที่ไซ้ คือ ไปฆ่า ค. เช่นนี้ ก. ต้องรับผิดชอบเสมือนเป็นตัวการทำร้ายร่างกาย ข. เท่านั้น แต่หา ข. ไม่ได้ทำร้ายร่างกาย ค. กลับฆมขึ้นกระทำฆ่าเรา ค. ก. ไม่ต้องรับผิดชอบฆมขึ้นกระทำฆ่าเรา ค. แต่ให้นำมาตรา 84 วรรค 2 มาใช้บังคับโดยถือว่าความผิดที่ไซ้มิได้กระทำลงด้วยเหตุผู้ถูกใช้ไปกระทำความผิดอย่างอื่น ก. จึงมีความผิดฐานไซ้ให้ทำร้ายร่างกาย ค. ตามมาตรา 295 ประกอบกับมาตรา 84 วรรค 2

คำพิพากษฎีกาที่ 820/2515 ดำรวจไปจับ ป.

จาสิบตำรวจ ส. สั่งให้พ่อตำรวจ ย. ขึ้นไปจับ ป. บนเรือนและสั่งให้นายตำรวจ ท. และ น. ซุ่มรอบเรือน ย. ขึ้นไปบนเรือนยิง ป. ตาย ดังนี้ ย. กระทำเกินคำสั่ง ส. ท. และ น. ไม่ต้องรับผิดชอบ

¹ สุทัศน์ บุญยุบล, "ผู้ใช้," บทบัญญัติ 3 ตอน 1 (2519):43.

ในผลที่เกิดขึ้น (อาจเป็นเพราะเกินขอบเขตที่ใช่หรือไม่อาจถึงเห็นผลได้)

กรณีที่โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิดตาม มาตรา 85 และมีผู้กระทำความผิดเกินไปกว่าขอบเขตที่โฆษณาหรือประกาศ เช่น ก. โฆษณาหรือประกาศให้เผาบ้าน ข. มี ค. ไปทำการเผาบ้าน ข. และฆ่า ข. ควย เช่นนี้ ก. ต้องรับผิดชอบเป็นตำรวจวางเพลิงเผาบ้าน ข. เท่านั้น ความผิดฐานฆ่า ข. ที่ ค. กระทำไป ก. ไม่ต้องรับผิดชอบ หรือ ก. โฆษณาให้ลักทรัพย์แก่ ข. ไปชิงทรัพย์ ก. ต้องรับผิดชอบทางอาญาสำหรับความผิดฐานลักทรัพย์เท่านั้น เนื่องจาก ข. กระทำความผิดเกินขอบเขตที่โฆษณาหรือประกาศ ก. จึงไม่ต้องรับผิดชอบเป็นตำรวจชิงทรัพย์ควย

ถ้าความผิดใดกระทำภายในขอบเขตของการใช้ แต่วิธีการกระทำนั้นแตกต่างไปจากข้อตกลงตามที่ใช่ เช่น ไข่ให้ไปฆ่าโดยมีค แต่ผู้กระทำไปฆ่าโดยมีปืนยิง ผลของการใช้คือการฆ่า ดังนั้น แม้ผู้กระทำจะใช้อาวุธปืนผู้ใช้ก็ยังคงมีความผิดฐานฆาตกรรม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 414-415/2464 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 944/2464
 บิดาร้องบอกให้บุตรพ้นเขา บุตรจะพ้นเขาแต่ถูกแยงมีดไปได้ บุตรจึงใช้ไม้ตีและเอามีดปลายแหลมแทงเขาคาย บิดาเป็นผู้ใช้โทษฆาต

แต่อย่างไรก็ตามหลักที่ว่าผู้ใช้ต้องรับผิดชอบเพียงสำหรับความผิดเท่าที่ อยู่ในขอบเขตที่ใช่ มาตรา 87 ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ 3 ประการ คือ

1. ถ้าโดยพฤติการณ์อาจถึงเห็นได้ว่า อาจเกิดการกระทำความผิดเช่นที่เกิดขึ้นนั้นได้จากการใช้การโฆษณาหรือประกาศ ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศต้องรับผิดชอบทางอาญาตามความผิดที่เกิดขึ้นนั้น หมายความว่า ถ้าตามพฤติการณ์ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศอาจถึงเห็นได้ว่าแม้จะใช้ โฆษณาหรือ

ประกาศให้กระทำความผิดที่มีโทษน้อย แต่ผู้กระทำความผิดทำเกินขอบเขตได้
 ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศก็ต้องรับผิดชอบในความผิดที่เกิดขึ้นเสมือนหนึ่งว่าตนได้
 ใช้โฆษณาหรือประกาศให้กระทำความผิดที่เกิดขึ้นจริง ๆ นั้น ซึ่งถ้อยคำที่ว่า
 "อาจเกิดการกระทำความผิดเช่นที่เกิดขึ้นนั้นได้จากการใช้" นั้นโดยเหตุที่
 ความผิดที่เกิดขึ้นเป็นผลจากการใช้และการใช้ให้กระทำความผิดเป็นการกระทำ
 โดยเจตนาซึ่งอยู่ในบังคับของมาตรา 59 ความตอนนีจึงได้แก่เจตนาโดย
 ผู้กระทำยอมเล็งเห็นผลนั้นเอง แมมาตรา 87 นี้จะใช้คำว่าอาจเล็งเห็น
 ใจความหมายก็ยังไม่ต่างกัน แต่ผู้ใช้จะมีได้ประสงค์ให้ผู้ถูกใช้กระทำความผิด
 แทนที่เล็งเห็นใจว่า ผู้ถูกใช้อาจกระทำความผิดที่ผู้ใช้ให้กระทำไปแล้ว
 ก็ได้ชื่อว่าผู้ใช้ได้เจตนาต่อผลที่เกิดขึ้นเกินขอบเขตที่ผู้ใช้และต้องรับผิดชอบในการกระทำ
 ที่เป็นผลจากการใช้ด้วยเหมือนกัน ¹ เช่น

ผู้ใช้จ้างให้ตัวการไปทำร้ายผู้อื่นโดยมอบปืนให้ไป ตัวการใช้ปืนไป
 ยิงเขาตายเป็นพฤติการณ์ที่อาจเล็งเห็นใจว่าเมื่อตัวการใช้ปืนยิงแล้ว ผู้ถูกยิง
 จะตองตาย ผู้ใช้ต้องรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานฆาตคน

ก. ใช้ให้ ข. ไปลักทรัพย์ของ ค. ข. ไปได้ลักทรัพย์ของ
 ค. ในเวลากลางคืน ซึ่งความผิดฐานลักทรัพย์ในเวลากลางคืนนี้มีอัตราโทษ
 สูงกว่าความผิดฐานลักทรัพย์ธรรมดา เมื่อพิจารณาตามหลักทั่วไปข้างต้นแล้ว
 ก. ก็ควรจะมีความผิดเพียงฐานใช้ให้ลักทรัพย์ธรรมดาเท่านั้น เพราะไม่ได้
 ระบุเจาะจงว่าให้ ข. ไปลักทรัพย์ในเวลากลางคืน แต่หาโดยพฤติการณ์
 แล้ว ก. อาจเล็งเห็นใจว่าเมื่อใช้ให้ ข. ไปลักทรัพย์ ข. อาจจะไป
 ลักทรัพย์ในเวลากลางวันหรือกลางคืนก็ได้ ฉะนั้น ก. จึงต้องรับผิดชอบ
 เป็นผู้ใช้ให้ลักทรัพย์ในเวลากลางคืน

¹ จิตติ ทิง ศภทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอนที่ 1,

คำใช้แรงให้ไปยิงชาวเพียงให้ได้รับบาดเจ็บ แดงมือไม่แมนพอ
กระสุนปืนถูกชาวที่สำคัญ ชาวตาย แดงเป็นหัวหน้าฆาตกรโดยเจตนา
ส่วนคำเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดฐานฆาตคนตาย

2. กรณีผู้ถูกใช้ผู้กระทำความผิดอาชญาหรือประกาศแถบบุคคลทั่วไป
ให้กระทำความผิดจะทอรับผิดทางอาญามีกำหนดโทษสูงขึ้นเพราะอาศัยผลซึ่ง
เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด ผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศ
ก็ทอรับผิดทางอาญาตามความผิดที่มีกำหนดโทษสูงขึ้นด้วย

กรณีนี้เป็นการรับโทษสูงขึ้นเพราะอาศัยผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำ
ความผิด ซึ่งหมายถึงผลที่ตามธรรมชาติย่อมเกิดขึ้นได้ตามมาตรา 63 นั้นเอง
กรณีเช่นนี้ผู้กระทำความผิดทอรับผิดแม้ไม่ได้ประสงค์ทอผลหรือเล็งเห็นผลนั้น
ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศก็ทอรับผิดเช่นเดียวกัน เช่น

ก. ใช้ ข. ให้ไปทอย ค. ข. ไล่ไปทอย ค. ตามที่
ก. ใช้ ค. ถูกทอยลงได้รับอันตรายสาหัส ข. ทอรับโทษทางอาญา
ฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297
โทษที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 297 นี้ สูงกว่าโทษที่กำหนดไว้ใน
มาตรา 295 โทษที่สูงขึ้นนี้อยู่ที่ผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดโดยไม่ได้
คำนึงถึงเจตนา กรณีเช่นนี้ ก. ผู้ใช้มีความผิดตามที่กำหนดโทษสูงขึ้นด้วย

ก. ใช้ให้ ข. ไปวางเพลิงเผาบ้านของ ค. ตามมาตรา
217 โทษจำคุก 6 เดือน ถึง 7 ปี ปราบกฏว่า ง. แอบเข้าไป
นอนอยู่ในบ้านหลังนั้นถูกไฟลวกตาย ข. มีความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สิน
เป็นเหตุให้คนตายตามมาตรา 224 ซึ่งมีโทษประหารชีวิตหรือจำคุก

¹เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทฤษฎี
ทั่วไป, หน้า 409.

ตลอดชีวิต ก. มีความผิดตามมาตรา 224 เช่นเดียวกับ ข. ซึ่งเป็นความผิดที่กำหนดโทษสูงขึ้น เพราะอาศัยผลที่เกิดจากการกระทำความผิด

กรณีอื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับโทษสูงขึ้น เพราะอาศัยผลของการกระทำความผิดใดแก มาตรา 238 , 280, 290, 302 , 303, 308 310 , 313 , 336 , 339 , 340 เป็นต้น

อนึ่ง ความรับผิดดังกล่าวจะคงอยู่ภายใต้หลักในเรื่องขอบเขตความรับผิดด้วย กล่าวคือ ถ้ากระทำความผิดที่ประสงค์หรือเล็งเห็นผล ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศก็ไม่ต้องรับผิดในความผิดที่เกินขอบเขตนั้น แม้ว่าผลที่เกิดขึ้นจะเป็นผลธรรมดาก็ตาม เช่น

ก. จ้างให้ ข. ไปลักแจกันลายครามของ ค. มาให้ ก. โดยจะให้ค่าจ้าง 2,000 บาท ข. ไปถึงบ้าน ค. หยิบแจกันลายครามมาได้อันหนึ่ง ก่อนจะเดินพบประตูบ้าน ค. ข. พบว่าแจกันมีค่าหนี ข. จึงเอาไปทิ้งไว้ที่เดิม ข. ค้นหาแจกันลายครามอันอื่น ๆ ก็พบว่าทุกอันมีค่าหนีเหมือนกัน ข. โมโหมากที่จะอดได้เงินค่าจ้าง 2,000 บาท จึงจุดไฟเผาบ้าน ค. ปรากฏว่า ง. ซึ่งแอบมานอนในบ้านถูกไฟลวกตายเช่นกัน ก. ต้องรับผิดเพียงฐานลักทรัพย์ ค. เท่านั้น ไม่ต้องรับผิดในการวางเพลิงเผาทรัพย์ที่เกินขอบเขต และไม่ต้องรับผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์เป็นเหตุให้คนตายด้วย

3. ถ้าโดยลักษณะความผิดผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดทางอาญา มีกำหนดโทษสูงขึ้นเฉพาะเมื่อผู้กระทำของรู้หรืออาจเล็งเห็นได้ว่าจะเกิดผลเช่นนั้นขึ้น ผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิดก็ไม่ต้องรับผิดทางอาญาตามความผิดที่มีกำหนดโทษสูงขึ้นก็เฉพาะเมื่อตนใครหรืออาจจะเล็งเห็นได้ว่าจะเกิดผลเช่นนั้น

กรณีนี้เป็นเรื่องของการรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรค 3 ซึ่งแยกเป็น 2 ประการ คือ

1. กรณีรับโทษหนักขึ้นเมื่อรัฐขอเท็จจริงนั้น
2. กรณีรับโทษหนักขึ้นเมื่ออาจสังเกตเห็นได้ว่าจะเกิดผลเช่นนั้นขึ้น

กรณีรับโทษหนักขึ้นเมื่อรัฐขอเท็จจริงนั้นเป็นกรณีตามมาตรา 62 วรรค 3 ที่ว่าบุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องใคร่ขอเท็จจริงนั้นคือ รัฐขอเท็จจริงนั้นจริง ๆ เพียงแต่อาจรัฐหรือควรรัฐยังไม่พอ¹ และหาได้หมายความว่าถึงผลของการกระทำไม่เพราะผลแห่งการกระทำเป็นกรณีที่ประสงค์หรือยอมได้เห็นผล ตามหลักทั่วไปในเรื่องเจตนาอยู่แล้ว² เช่น บุคคลจะมีความผิดฐานฆ่าเจาพนักงานตามมาตรา 289(2) ก็ต่อเมื่อรู้ว่าผู้ถูกฆ่านั้นเป็นเจาพนักงานในทำนองเดียวกัน ผู้ใช้ผู้โฆษณาหรือประกาศจะต้องรับผิดชอบตามที่กำหนดโทษสูงขึ้นเช่น ฆ่าเจาพนักงาน ก็ต่อเมื่อตนใคร่เช่นนั้น ดังนั้นการที่ ก. ไซ ข. ใหลมา ค. ดา ก. ไมรรูวา ค. เป็นเจาพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่ แม ข. จะรู้แต่เพียงคนเดียว ข. มีความผิดฐานฆ่าเจาพนักงานตามมาตรา 289(2) ก. ผู้ใช้คงมีความผิดฐานไซใหลมาบุคคลธรรมดา (แต่ดา ก. รูควยวา ค. เป็นเจาพนักงาน ก. ก็มีความผิดเช่นเดียวกับ ข.) ตามมาตรา 288 เพราะ ก. ไมรรูขอเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดที่จะต้องรับโทษหนักขึ้น หรือบุคคลจะมีความผิดฐานฆมิขึ้นกระทำฆ่าเรเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี ตามมาตรา 277 ก็ต่อเมื่อรู้ว่าเด็กหญิงนั้นอายุยังไม่เกิน 13 ปี

¹วิสาร พันธนะ, กฎหมายอาญา 1: ภาคบทบัญญัติทั่วไป, หน้า 350.

²จิตติ คิง ศกทีย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 434.

ผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด จะต้องรับผิดตามความผิดที่มีกำหนดโทษสูงขึ้นตามมาตรา 277 ก็ต่อเมื่อตนได้ ฎุเช่นนั้น

การรับ โทษหนักขึ้นเมื่ออาจถึงเห็นได้ว่าจะเกิดผลเช่นนั้นขึ้น หมายถึง การถึงเห็นผล เช่น ยิงปืนเข้าไปในกลุ่มคนซึ่งมีเจ้านักงานผู้ กระทำการตามหน้าที่รวมอยู่ด้วย และอาจถึงเห็นผลได้ว่าการกระสุนปืนจะถูก เจ้านักงานดังกล่าวตาย ถ้าปรากฏว่ากระสุนปืนถูกเจ้านักงานตายผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศจะต้องรับผิดฐานฆาเจ้านักงานตามมาตรา 289(2) ก็ต่อเมื่อตนอาจถึงเห็นได้ว่าการกระสุนปืนจะถูกเจ้านักงานตายได้¹

สำหรับขอบเขตความรับผิดของผู้ใช้ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ นั้น ใจหลักจุดประสงค์รวม The Common Purpose Rule หรือในอีก แงหนึ่งการกระทำนั้นอยู่ในความมุ่งหมาย contemplation ของผู้ใช้หรือไม่ กล่าวคือ ผู้ใช้ไม่ต้องรับผิดสำหรับการกระทำที่อยู่นอกเหนือความมุ่งหมาย ธรรมดา เช่น Donald บอกให้ Ronald ทำร้ายร่างกาย X และ Ronald กระทำเกินคำสั่งของ Donald โดยทำร้าย X ถึง แก่ความตาย Ronald ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานฆาผู้อื่นโดยเจตนา murder ส่วน Donald ถูกลงโทษฐานใช้ให้ทำร้ายร่างกาย (ขอ เท็จจริงที่ว่า Ronald ไม่ได้ถูกลงโทษฐานทำร้ายร่างกายนั้นไม่เป็นข้อ สำคัญ) หรือใช้ให้ไปลักทรัพย์แต่ไปฆาคนตายเหล่านี้เป็นต้น

ในทางปฏิบัติเกิดปัญหาว่ากรณีใดถือว่าอยู่ในความมุ่งหมายของผู้ใช้ ให้กระทำความผิดเช่นนี้ศาลก็จะวินิจฉัยจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น เช่น ในกรณี ที่กระทำความผิดร่วมกันตามบุคคล 2 คน ใช้กำลังในการกระทำความผิด

¹ พิพจน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า

ศาลจะถือว่าบุคคลทั้ง 2 คน ได้ตกลงกันที่จะใช้กำลังในการกระทำความผิด.¹

นอกจากนี้ดังกล่าวนั้นแล้วในบทที่ 3 แม้การกระทำของผู้กระทำความผิดจะเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง recklessness หรือการประมาทขาดความระมัดระวัง negligence ผู้ใช้ก็ยังคงต้องรับผิดชอบ

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้กระทำความผิดในกฎหมายของประเทศไทยทั้งสอง ไม่แตกต่างกันมากนักจะเป็นก็แต่ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้อย่างละเอียดชัดเจนและแน่นอนมากกว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษ และอาจกล่าวได้ว่าเป็นการขยายความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้กว้างขวางมากขึ้น แตกกฎหมายของประเทศอังกฤษ ได้ปล่อยให้ศาลเองเป็นผู้พิจารณาว่าการกระทำนั้นจะถือว่าอยู่ในขอบเขตของจุดประสงค์รวมของผู้ใช้ซึ่งจะต้องรับผิดชอบหรือไม่

อนึ่ง หากผู้กระทำได้กระทำภายในขอบอำนาจแพ่งพลาดหรือสำคัญผิดในตัวบุคคลเช่นนี้ ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศก็ยังคงรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นนั้นด้วย ทั้งนี้เพราะตัวการตามมาตรา 83 ต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยพลาดและสำคัญผิดในตัวบุคคล ผู้ใช้ก็ต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกัน ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 60, 61 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 60 บัญญัติว่า "ผู้ใดเจตนาที่จะกระทำต่อบุคคลหนึ่ง แต่ผลการกระทำเกิดแก่อีกบุคคลหนึ่งโดยพลาดไป ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำโดย

¹Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, p.

เจตนาแกผู้ซึ่งได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้น..."

มาตรา 61 บัญญัติว่า "ผู้ใดเจตนาจะกระทำต่อบุคคลหนึ่ง แต่ได้กระทำต่อบุคคลหนึ่งโดยสำคัญผิด ผู้นั้นจะยกเอาความสำคัญผิดเป็นข้อแก้ตัวว่ามีใจกระทำโดยเจตนาหาได้ไม่"

และมาตรา 84 วรรค 2 บัญญัติว่า "...ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ของรับโทษเสมือนตัวการ..." เช่นนี้ผู้ใช้จะอ้างว่าตนไม่ได้ออกให้ผู้ถูกใช้กระทำความผิดที่ใครได้รับผลร้ายไม่ได้ เช่น

ก. สมคบกับ ข. ไปฆ่า ค. โดยตกลงกันให้ ก. เป็นคนคอยคุ้มทางและคอยให้สัญญาณขณะที่ ข. ลงมือยิง ค. ปราบกฏว่า ข. ยิงไม่ถูกแต่กระสุนพลาดไปถูก ง. ถึงแก่ความตายเช่นนี้ ก. และ ข. ต้องรับผิดชอบฐานพยายามฆ่า ค. และฆ่า ง. ตาย โดยเจตนาเหมือนกัน หาก ก. คือผู้ใช้ให้ ข. ไปฆ่า ค. ก. ก็จะต้องรับผิดชอบอย่างเดียวกับ ข. นั้นเอง (ฎีกาที่ 671/2471)

กรณีสำคัญผิดในตัวบุคคลก็เช่นกัน หาก ข. เห็น จ. เดินมาคิดว่าเป็น ค. ข. ยิง จ. ตาย มาตรา 61 ห้ามมิให้ ข. ยกเอาความสำคัญผิดมาเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่มีเจตนาต่อ จ. จึงต้องถือว่า ข. ฆ่า จ. ตายโดยเจตนา ก. ตัวการที่ต้องรับผิดชอบฐานฆ่า จ. ตายโดยเจตนาด้วย แม่ว่าความจริง จ. จะเป็นเพื่อนรักกับ ก. ก็ตาม ในกรณีที่ ก. เป็นผู้ใช้ ก็ต้องรับผิดชอบฐานฆ่า จ. ตายโดยเจตนาเช่นเดียวกับ ข.

ในเรื่องสำคัญผิดนี้หากผู้ที่ถูกใช้ไปทำการโดยฝ่าฝืนคำสั่ง เช่น ก. ใช้ ข. ให้ไปฆ่า ค. ถ้า ข. เกิดไปตั้งใจยิง ง. โดยไม่ได้สำคัญผิดถือไม่ว่า ก. เป็นผู้ใช้ให้ฆ่า ง. เพราะการกระทำนั้นเป็นผล

จากเจตนาของผู้ถูกใช้เอง ไม่ใช่ผลจากเจตนาของผู้ใช้¹ แต่ ก.
ก็ยังคงรับผิดชอบตามมาตรา 84 วรรค 2 ตอนท้าย (ถือเท่ากับว่า
ความผิดมิได้กระทำลง)

กรณีดังกล่าวนี้เป็นเช่นเดียวกับหลักกฎหมายในประเทศอังกฤษ
กล่าวคือ แม้ผู้กระทำผิดจะกระทำโดยพลาดหรือกระทำโดยสำคัญผิดในตัว
บุคคลหรือทรัพย์สิน ผู้ใช้ให้กระทำความผิดยังคงรับผิดชอบเว้นแต่ผู้กระทำความผิด
จะปล่อยให้แน่นอนผิดพลาด คือ ผู้กระทำความผิดเจตนาที่จะกระทำต่อ
บุคคลอื่นแทน เช่น ผู้ใช้ให้กระทำความผิดให้ป็นแก่ผู้กระทำความผิด
(ตัวการ) และบอกให้เขาฆาตกรรัฐมนตรี แต่ผู้กระทำความผิดกับไปยิง
ชู้ของภริยาของนายกรัฐมนตรี เช่นนี้ผู้ใช้ไม่ตองรับผิดชอบในความผิดฐานฆาตคนตาย
โดยเจตนา² หรือแม้ผู้กระทำความผิดจะเปลี่ยนแปลงวิธีการที่ถูกใช้ให้กระทำ
ไปบ้างก็ไม่เป็นขอสำคัญ เช่น Iago กล่าววาไม่ให้ไชยาพิษแต่ให้บีบคอ
แทน Othello ก็ปฏิบัติตาม แต่ถา Othello ละเลยต่อคำแนะนำ
ของ Iago โดยไชยาพิษฆา Desdemons เช่นนี้ Iago ก็ยังจะตอง
รับผิดชอบในฐานะเป็น accessory เพราะการฆาโดยบีบคอหรือการฆาโดย
ไชยาพิษนั้นก่อให้เกิดผลอย่างเดียวกันคือ ความผิดฐานฆาตคนตายโดยเจตนา

3. การชักชวนของผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศ

มาตรา 88 บัญญัติว่า "ถ้าความผิดที่ได้ใช้ ที่ได้โฆษณา
หรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำ... ได้กระทำถึงขั้นลงมือกระทำความ
ผิด แต่เนื่องจากการชักชวนของผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศ...ผู้กระทำ

¹จิตติ ingsศกพิชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอนที่ 1,
หน้า 420.

²Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, p. 301.

ได้กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้ใช้หรือผู้โฆษณาหรือประกาศ คงรับผิดชอบเพียงที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 84 วรรค 2 หรือมาตรา 85 วรรคแรก แล้วแต่กรณี..."

มาตรา 88 นี้ เป็นตัวอย่าง เรื่องหนึ่ง que แสดงให้เห็นว่า เมื่อผู้ถูกใช้กระทำความผิดแล้วผู้ใช้ซึ่งตามหลักจะรองรับโทษเสมือนเป็นตัวการ นั้น อาจได้รับโทษน้อยกว่าตัวการได้จากบทบัญญัติในมาตรา 88 นี้ มื่อองค์ประกอบดังนี้

- 1) ความผิดที่ใช้ โฆษณาหรือประกาศได้กระทำถึงขั้นลงมือกระทำความผิด
- 2) ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศ ชัดขวาง
- 3) การชัดขวาง เป็นเหตุให้ผู้กระทำได้กระทำไปไม่ตลอด หรือตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล

1) ความผิดที่ใช้ โฆษณาหรือประกาศให้กระทำ ได้กระทำถึงขั้นลงมือกระทำความผิด กล่าวคือ ถ้าความผิดนั้นยังไม่ได้กระทำถึงขั้นพยายามกระทำความผิด ก็ไม่คงพิจารณาตามมาตรา 88 หากชัดขวางเสียก่อนที่การกระทำนั้นจะถึงขั้นลงมือ อาจถือว่าเป็นกรณี que ความผิดมิได้กระทำลง

- 2) ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศชัดขวาง

การชัดขวางอาจจะกระทำโดยวิธีการใด ๆ ก็ได้ อยู่ที่ว่าต้องชัดขวางมิให้การกระทำความผิดนั้นได้กระทำไปโดยตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วชัดขวาง มิให้การกระทำนั้นบรรลุผล เช่น จ้างให้เอายาพิษไปใส่ในอาหารของผู้อื่น ผู้ถูกใช้ทำตามแล้ว แต่ผู้ใช้กลับจึงเอาอาหารนั้นเททิ้งเสีย หรือบอกให้ผู้อื่นทราบวาอาหารใส่ยาพิษ เป็นต้น

การขัดขวางนี้แม้จะกระทำไปโดยไม่สมัครใจ เช่น เพราะเห็นว่าตำรวจกำลังเดินมา กลัวจะถูกจับจึงทำการขัดขวางก็ถือว่าเป็นกรณีตามมาตรา 88 นี้ และการขัดขวางนี้ แม้ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศจะขัดขวางได้สำเร็จก็ยังต้องรับโทษอยู่ กล่าวคือ ต้องรับโทษ 1 ใน 3 (มาตรา 84) หรือกึ่งหนึ่ง (มาตรา 85) ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นแล้วแต่กรณี ควดยเหตุนี้แม้การขัดขวางจะเกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจก็ยังได้รับผลคดีเพราะถือว่าผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศได้ช่วยระงับไม่ให้เกิดการกระทำบรรลุลผล ต่างกับกรณีมาตรา 82 เพราะตามมาตรา 82 นั้นกฎหมายได้ยกเว้นโทษให้เลย ฉะนั้น ผู้ลงมือยับยั้งหรือกลับใจจะต้องกระทำโดยสมัครใจ

ก. ใช้ให้ ข. ไปฆ่า ค. ในขณะที่ ข. เล็งปืนจะยิง
ค. ก. ซึ่งแอบซุ่มอยู่ โดยที่ ข. ไม่รู้ว่า ก. แอบซุ่มอยู่ เห็นตำรวจเดินมา ก. คิดว่าหากทำไปก็คงไม่สำเร็จ ก. จึงตรงเข้าไปปักปืนตกลงยังพื้นดินไม่มีโอกาสยิง ค. และ ข. ถูกตำรวจจับเสียก่อนเช่นนี้ถือว่า
ก. เป็นผู้ใช้แต่ขัดขวางสำเร็จ ก. ใดรับโทษ 1 ใน 3 ของความผิดฐานฆาตคนตายไม่ต่อรับโทษเสมือนเป็นตัวการเช่นเดียวกับ ข. เพราะได้รับผลคดีตามมาตรา 88 ส่วน ข. รับโทษฐานพยายามฆ่า
ค. ฉะนั้น ถ้าการกระทำความคิดตามที่ใช้นั้นกระทำไปไม่ตลอดหรือไม่บรรลุลผลควยเหตุอื่น มิใช่เพราะการขัดขวางของผู้ใช้แล้ว ก็ไม่ต้องควยมาตรา 88 ผู้ใช้ต้องรับผิดฐานพยายามกระทำความคิด เช่น ก. จ้าง
ข. ใ้ฆ่า ค. ขณะ ข. เล็งปืนพร้อมที่จะยิง ค. แลวพวกของ
ค. เข้าแย่งปืนเสีย หรือ ข. ยิงแล้วแต่ไม่ถูกที่สำคัญ ค. จึงไม่ตาย
แม้ผู้ใช้จะไม่รักษา ผู้ถูกยิงก็ไม่ตาย ดังนี้ ก. ผู้ใช้ต้องรับผิดฐานพยายามฆาตคนกรณีไม่ต้องควยมาตรา 88 ¹



อนึ่ง การขัดขวางตามมาตรานี้ ไม่ต้องเป็นเพราะกลัวใจ
เช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 82¹

3) การขัดขวางเป็นเหตุใหญ่กระทำใดกระทำไปไม่ตลอด
หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล แยกพิจารณาเป็น

1. กระทำไปไม่ตลอด เช่น

ก. ใช้ ข. ไล่ไปฆ่า ค. ข. เล็งปืน
จะยิง ค. ก. เข้าขัดขวาง โดยแยงปืนนั้นมา ทำให้ ข. ไม่มี
โอกาสยิง ค. ไล่

ก. เจ็บตาขึ้นจะฟัน ข. ค. ซึ่งเป็นผู้ใช้
ผู้โฆษณาหรือประกาศ กระโดดมาจับมือ ก. บิดจนมีคตาบรวงจากมือ
ก. เสียคอน ก. จึงฟันไปไม่ตลอด

2. กระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล เช่น

ก. ให้นำเอายาพิษไปใส่ในถ้วยกาแฟของ ข.
เสร็จแล้วยังแตรอ ข. จะดื่มกาแฟนั้นเท่านั้น แต่ ค. ซึ่งเป็นผู้ใช้
ผู้โฆษณาหรือประกาศ ไล่แจ้งให้ ข. ทราบว่าถ้วยกาแฟนั้น ก. ใส่
ยาพิษไว้ การวางยาพิษของ ก. จึงไม่บรรลุผล²

ไล่ให้ไปฆ่าคน เขายกปืนขึ้นพร้อมจะยิงแล้ว ผู้ใช้
ปิดปากกระบอกปืนไปทางอื่น ไม่ให้กระสุนปืนถูกผู้นั้น

¹ จิตติ กิ่งศรัทธี, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 ตอนที่ 1,
หน้า 439.

² หยุค แสงอุทัย, กฎหมายอาญามาตรา 1, หน้า 138.

ถ้าการชักขวางไม่เป็นผล ก็ไม่ได้รับลดหย่อนโทษ เช่น

ก. ส่งปืนให้ ข. บอกให้ยิง ค. แมวาทอมา ก. เปลี่ยนใจ
 เขาห้ามปราม แต่ไม่ทันที่จะแยงอาวุธปืนจาก ข. ข. ได้ยิง ค.
 ตายเสียแล้ว ก. มีความผิดฐานฆ่าคนตายเช่นเดียวกับ ข. หากปรากฏ
 ว่าแม่ไม่มีการชักขวาง การกระทำก็จะไม่บรรลุลดหย่อนโทษ เช่น จะมีคน
 พาไปโรงพยาบาล เช่นนี้ แม่ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศ จะเป็นผู้ชักขวาง
 ก็ไม่ได้รับประโยชน์จากมาตรา 88 ไม่ (กรณีเช่นเดียวกับเรื่องขยับยั้ง
 หรือกลับใจ ตามมาตรา 82 นั้นเอง)

ก. ใช้ ข. ไปฆ่า ค. ข. ยิง ค. บาดเจ็บ ก.
 กลัวว่า ค. จะตาย และตนจะท้องรับโทษ ก. จึงพา ค. ไปที่
 โรงพยาบาลและรักษาจนหาย หากปรากฏว่าสถานที่ซึ่ง ข. ยิง ค.
 เป็นที่ชุมนุมชน แม่ ก. ไม่พา ค. ไปโรงพยาบาลก็จะมีผลเมืองดีหรือ
 คำร่ำว่าหน้าผี เช่นนี้ แม่ความจริง ก. คือผู้พา ค. ไปโรงพยาบาล
 แล้วให้หมอช่วยรักษาจนหาย ก. ก็จะไม่ได้รับประโยชน์จากมาตรา 88
 (ยังคงต้องรับผิดฐานพยายามฆ่าคน)

หากการกระทำของผู้ถูกใช้หรือผู้ลงมือ เป็นความผิดสำเร็จแล้ว
ในฐานะใครคนหนึ่งก่อนการชักขวาง การชักขวางนั้นก็ไม่มีผลตามมาตรา 88
 เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์โดยมีเหตุฉกรรจ์ (กระทำในเคหสถาน) เมื่อผู้
 ลงมือได้เข้าไปในบ้านของเจ้าทรัพย์ ก็ถือว่าได้กระทำความผิดฐานบุกรุก
 สำเร็จแล้ว หากการลงมือลักทรัพย์ถูกชักขวางโดย ก. ผู้ชักขวางก็จะได้รับ
ประโยชน์เฉพาะในความคิดที่ยังกระทำไม่สำเร็จเท่านั้น ส่วนความคิดที่
 กระทำไปแล้ว ก็ต้องรับผิด

ก. ใช้ให้ ข. ไปลักทรัพย์ในบ้าน ค. ข. ได้เข้าไป
 ในบ้าน ค. เช่นนี้ถือว่า ข. มีความผิดฐานบุกรุก ซึ่ง ข. ได้กระทำ

ความสำเร็จแล้ว และ ข. มีความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ในเคหสถาน (แม้ยังไม่ทันแตะต้องทรัพย์ของ ค. ก็ถือว่าเป็นการพยายามลักทรัพย์แล้ว) ถ้า ก. ชักขวางโดยการบอกให้ ค. เจ้าทรัพย์ ขนย้ายทรัพย์หนี ทำให้ ข. ไม่มีโอกาสแตะต้องทรัพย์นั้นเคลื่อนที่ได้ ก. ได้รับความผิดตาม มาตรา 88 เฉพาะในความคิดที่กระทำไปไม่สำเร็จ คือ ความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถานตาม มาตรา 335 เท่านั้น กล่าวคือ ก. ต้องรับโทษ 1 ใน 3 ของโทษตาม มาตรา 335 (มาตรา 88 ประกอบ มาตรา 84 วรรค 2) อย่างไรก็ตาม ก. ต้องรับโทษเสมือนเป็นตำรวจในความผิดฐานบุกรุก ซึ่งเป็นความสำเร็จไปแล้วอีกด้วย

โทษของผู้ชักขวาง

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า การกระทำความผิดของผู้ใช้ ผู้โฆษณา หรือประกาศเป็นความผิดอุปกรณ ส่วนความคิดที่กระทำไปเป็นความผิดประธาน ดังนั้นเมื่อผู้กระทำได้กระทำความผิดเพียงชั้นพยายาม (เพราะการชักขวางของผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศ เป็นเหตุให้ผู้กระทำได้กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล) ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศ ก็ได้รับผลจากการกระทำนี้ด้วย คือรับผิดเพียงพยายามกระทำความผิด แต่แม้การกระทำของผู้กระทำความผิด จะเป็นการพยายามกระทำความผิด มาตรา 88 ก็กำหนดความรับผิดของผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศ ไว้เป็นพิเศษดังนี้

1. ผู้ใช้ให้กระทำความผิดต้องรับผิดเพียงที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 84 วรรค 2 คือ 1 ใน 3 ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

2. ผู้โฆษณาหรือประกาศ ต้องรับผิดเพียงที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 85 วรรคแรก คือ กึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิด

นั้น กล่าวคือ รับผิดชอบเหมือนหนึ่งความผิดที่ไซมิได้กระทำลง ทั้ง ๆ ที่ความจริงความผิดได้กระทำถึงขั้นพยายามแล้ว (ส่วนผู้ถูกใช้ให้กระทำความผิด เมื่อได้กระทำถึงขั้นลงมือ หรือพยายามกระทำความผิดแล้ว แม้ผู้ใช้จะขัดขวางเสีย ก็ถือว่า ผู้ถูกใช้ได้พยายามกระทำความผิดแล้ว ผู้ถูกใช้ของ รับผิดชอบฐานพยายามกระทำความผิด เว้นแต่ผู้ถูกใช้จะยับยั้งเสียเองไม่กระทำให้ตลอดหรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ตามมาตรา 82 เท่านั้น ผู้ถูกใช้จึงจะไม่ต้องรับโทษในฐานพยายามกระทำความผิด¹⁾)

ก. ใช้ ข. โฉมมา ค. ข. ถือปืนไปคักยิง ค. พอยกปืนขึ้นประทัดจะยิง ค. ก. เข้าขัดขวางมิให้ ข. ยิง โดยแย่งปืนมาเสีย ก. คงมีความผิดตามมาตรา 84 วรรค 2 ส่วน ข. นั้นมิใช่ยับยั้งด้วยตนเอง ข. จึงมีความผิดฐานพยายามฆ่าตามมาตรา 288, 80

ก. โฆษณาหรือประกาศให้บุคคลทั่วไปทำการวางเพลิงเผาบ้าน ค. ข. ทราบประการใดไปเตรียมการวางเพลิง ก. กลับใจเข้าขัดขวาง ข. ไม่ให้วางเพลิงเผาบ้าน ค. ก. คงมีความผิดตามมาตรา 85 วรรคแรก (โดยผลของมาตรา 88) ต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษวางเพลิง ตามมาตรา 218 ส่วน ข. คงมีความผิดฐานเตรียมวางเพลิง ซึ่งต้องระวางโทษเช่นเดียวกับพยายามวางเพลิง ตามมาตรา 219

ขอเหมือนกันและขอแตกต่างระหว่างมาตรา 82 และ 88

มาตรา 88 นั้นมีเจตนารมณ์เช่นเดียวกับมาตรา 82 แต่มีขอเหมือนกันและขอแตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

¹⁾พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1,
หน้า 413.

ขอเหมือนกันของมาตรา 82 และมาตรา 88

มาตรา 82

1. จะต้องมีการกระทำความผิดเข้าชั้นลงมือตามมาตรา 80 (หรือเตรียมบางกรณี) แต่การกระทำยังไม่สำเร็จผล
2. การขยับยั้งหรือกลับใจ ต้องเป็นเหตุให้การกระทำไม่บรรลุผล หากไม่ขยับยั้งหรือกลับใจ ผลก็จะไม่บรรลุอยู่นั่นเอง เพราะจะมีผู้อื่นช่วยทำให้ผลไม่บรรลุก็ไม่ถือว่าเป็นการขยับยั้งหรือกลับใจตามมาตรา 82

มาตรา 88

1. จะต้องมีการกระทำความผิดเข้าชั้นลงมือตามมาตรา 80 (หรือเตรียมบางกรณี) แต่การกระทำยังไม่สำเร็จผล
2. การชักขวางต้องเป็นเหตุให้การกระทำไม่บรรลุผล หากไม่ชักขวางก็จะไม่บรรลุอยู่นั่นเอง เพราะจะมีผู้อื่นช่วยทำให้ผลไม่บรรลุ ก็ไม่ถือเป็นการชักขวางตามมาตรา 88

ขอแตกต่างระหว่างมาตรา 82 และ 88

มาตรา 82

1. ผู้ลงมือขยับยั้งหรือกลับใจ
2. การขยับยั้งหรือกลับใจต้องกระทำโดยสมัครใจ
3. การขยับยั้งเป็นเหตุในลักษณะคดี การกลับใจเป็นเหตุส่วนตัว
4. ผู้ลงมือซึ่งขยับยั้งหรือกลับใจ จนทำให้การกระทำไม่บรรลุผล ได้รับการยกเว้นโทษ แต่รับผิดเท่าที่กระทำไปแล้ว

มาตรา 88

1. ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศ ชัดขวาง
2. การชัดขวางไม่จำต้องทำโดยใจสมัครก็ได้
3. การชัดขวางเป็นเหตุส่วนตัว
4. ผู้ใช้ต้องรับโทษ 1 ใน 3 ของโทษที่กำหนดไว้
สำหรับความผิดที่ใช่

จะเห็นได้ว่า มาตรา 82 และมาตรา 88 แตกต่างกันตรง
ที่ว่า มาตรา 82 นั้น ผู้ลงมือยับยั้งหรือกลับใจ ส่วนมาตรา 88 นั้น
ผู้ลงมือมิได้ยับยั้งหรือกลับใจ แต่การกระทำไม่สำเร็จ เพราะผู้ใช้ ผู้โฆษณา
หรือประกาศเป็นผู้ชัดขวาง

- ก. ใจให้ ข. ไปฆ่า ค. ขณะที ข. เล็งปืนไปที่ ค.
ข. เกิดสงสาร ค. จึงยับยั้งไม่ยิง ค. เช่นนี้ จะเห็นได้ว่า ข.
เป็นผู้ลงมือฆ่า ค. แต่ ข. ยับยั้งเสียเอง จึงเป็นกรณีตามมาตรา 82
ถ้า ข. ไม่ยับยั้ง แต่ ก. ผู้ใช้เกิดสงสาร ก. จึงชัดขวางโดยการปิด
กระบอกปืนไปทางอื่น ทำให้ ข. ไม่มีโอกาสยิง ค. เช่นนี้ถือว่า เป็น
การชัดขวางตามมาตรา 88 ¹

ปัญหาความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้กระทำความผิดในกรณีที่ได้ออกเลิกการใช้ แยก
พิจารณาดังนี้

1. เมื่อมีการก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดแล้ว ต่อมาผู้ใช้ได้ออกเลิก
เฟืองถอนหรือให้เลิกการกระทำความผิดเสียก่อนมีการลงมือกระทำความผิด ถ้า

¹เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาคบท
บัญญัติทั่วไป, หน้า 410-414.

ผู้ถูกใช้ใดกระทำความผิดตามที่ใช้ ผู้ใช้ของระวางโทษ 1 ใน 3 หรือกึ่งหนึ่ง
ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นตามมาตรา 84 , 85 แล้วแต่กรณี
เพราะถือว่าเพียงแต่ใช้ก็เป็นความผิดแล้ว

2. กรณีผู้ใช้บอกเลิกการใช้แล้ว แต่ผู้ถูกใช้ไม่ยอมกลับใจยังกระทำ
ความผิดลงตามที่ใช้ เช่นนี้มีความเห็นของนักกฎหมายแตกต่างกันดังนี้

ฝ่ายที่ 1¹ เห็นว่า ผู้ใช้ยังคงต้องรับโทษเสมือนเป็นทวิการ

ฝ่ายที่ 2² เห็นว่า ต้องพิจารณาว่าผู้ถูกใช้ใดกระทำความผิดลง
เพราะการใช้หรือว่าผู้ถูกใช้กระทำความผิดไปเพราะความประสงค์ของตน
ถ้าผู้ถูกใช้ใดกระทำความผิดลงเพราะการใช้ ผู้ใช้ของรับโทษเสมือนเป็น
ทวิการ แต่หาความผิดนั้นใดกระทำลงเพราะความประสงค์ของผู้ถูกใช้เอง
ฝ่ายที่ 2 นี้ยังมีความเห็นแตกต่างกันดังนี้

ฝ่ายแรก² เห็นว่า ผู้ใช้อาจไม่มีความผิดฐานเป็นผู้ใช้เลย

ฝ่ายหลัง³ เห็นว่า ผู้ใช้ก็ยังต้องรับโทษ 1 ใน 3
หรือกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นตามมาตรา 84 , 85 แล้ว
แต่กรณี (เท่ากับมีการใช้ใดกระทำความผิดแล้วแต่ความผิดนั้นมิได้กระทำลง)

ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ⁴ การบอกเลิกการใช้
จะกระทำโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องบอกเลิกก่อนจะมีการกระทำ

¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ

² จิตติ ทิงศภัทัย

³ เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, สุวัฒน์ บุญบุบผ, ทวี กสิพงษ์

⁴ Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, p. 310.

ความคิดที่ใช่ให้กระทำนั้น แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ใช้ก็ยังต้องรับผิดชอบการใช้ผู้อื่น
กระทำความคิดอยู่ เพราะถือว่า เป็นความคิดเบื้องต้น (แม้จะยังไม่มีผู้
กระทำความคิดตามที่ใช้ของรับผิดชอบ)

ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา การบอกเลิกการใช้¹
จะถือว่าเป็นข้อแก้ตัวเพื่อให้อนุมัติของผู้ใช้หรือไม่นั้น มีความเห็น 2 ฝ่าย

ฝ่ายที่ 1 ไม่ถือว่าเป็นข้อแก้ตัว โดยถือว่าการใช้นั้นอาจถูก
ลงโทษได้แม้ผู้ถูกใช้ปฏิเสธที่จะกระทำความคิดตามที่ใช้นั้น หรือในกรณีที่มีการ
ใช้ให้กระทำความคิดและต่อมาได้มีการขัดขวางการกระทำความคิดนั้น เช่นนี้
ถือว่าการใช้นั้นไกลจะก่อให้เกิดการกระทำที่เป็นอันตรายต่อสังคมแล้ว จึงควร
ลงโทษการใช้นั้นแม้จะมีการบอกเลิก

ฝ่ายที่ 2 เห็นว่าการบอกเลิกการใช้โดยสมัครใจถือว่าเป็น
ข้อแก้ตัว คือ ไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะการบอกเลิกแสดงให้เห็นว่าเขาไม่มี
อันตรายพอที่จะใช้ขบวนการทางกฎหมายแก่เขา และนอกจากนั้นยังเป็นการ
ป้องกันมิให้มีการกระทำความคิดเกิดขึ้น

อย่างไรก็ตามปัญหาดังกล่าวยังไม่มีความวิจิจฉัยของศาล แต่
Model Penal Code ถือว่าเป็นข้อแก้ตัว โดยบัญญัติว่า "เป็นข้อแก้ตัว
ของผู้กระทำ (ผู้ใช้) หลังจากใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความคิดใดแนะนำผู้ถูก
ใช้ไม่ให้กระทำความคิดหรือขัดขวางการกระทำความคิด ภายใต้พฤติการณ์
อันแสดงให้เห็นถึงการบอกเลิกโดยสมัครใจซึ่งความมุ่งหมายในการกระทำ
ความคิด"

¹La Fave & Scott, Criminal Law, p. 495-498.

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า ไม่ว่า กรณีจะเป็นประการใด เมื่อมีการใช้ การโฆษณาหรือประกาศให้กระทำความผิด ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศ ย่อมมีความผิดในทันที ต้องรับโทษ 1 ใน 3 หรือกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นตามมาตรา 84 , 85 แล้วแต่กรณี เมื่อมีการบอกเลิก การโฆษณาแสดงให้เห็นว่า ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศไม่มีเจตนาที่จะให้ ผู้ถูกใช้กระทำความผิดนั้นต่อไป ทั้งนี้เพราะเจตนาในการกระทำความผิดของผู้ถูกใช้เกิดจากการก่อของผู้ใช้ เมื่อผู้ใช้บอกเลิกแล้วเจตนาในการกระทำของผู้ถูกใช้ก็ควรจะสิ้นสุดลง นอกจากนั้นยังเป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าผู้ถูกใช้ใด กระทำความผิดลงเพราะการใช้หรือผู้ถูกใช้กระทำความผิดต่อไปเพราะความประสงค์ของตน ดังนั้นน่าจะถือว่าการที่ผู้ถูกใช้ใดกระทำความผิดต่อไปนั้นเกิดจากเจตนาของผู้ถูกใช้นั่นเอง ผู้ใช้ไม่ต้องรับผิดในผลที่ผู้ถูกใช้ใดกระทำไปในภายหลัง กล่าวคือ ไม่ต้องรับผิดเสมือนเป็นคู่การ แต่อย่างไรก็ตามผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศยังจะต้องรับผิดตามมาตรา 84 วรรค 2 ตอนท้ายหรือมาตรา 85 วรรคแรก อยู่เพราะถือเท่ากับมีการใช้ให้กระทำความผิดแล้วแต่ความผิดนั้นยังมีใ้กระทำความผิดลง เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ใช้ไม่มีเจตนาที่จะบอกเลิกไม่ แต่ได้ทำการบอกเลิก โดยเห็นว่าผู้ถูกใช้จะกระทำความผิดนั้นต่อไป เช่นนี้ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนคู่การ

ถ้าผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศไม่ต้องรับผิดเลย เมื่อมีการบอกเลิกการใช้ ย่อมขัดกับหลักกฎหมายในมาตรา 84 , 85 ซึ่งถือว่าเพียงแต่ใช้ โฆษณาหรือประกาศก็เป็นความผิดแล้วต้องระวางโทษ 1 ใน 3 หรือกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น แล้วแต่กรณี

การบอกเลิกการใช้ไม่ว่าจะถือเป็นการยับยั้งหรือกลับใจแก้ไขตามมาตรา 82 เพราะมาตรา 82 เป็นเรื่องคู่การผู้กระทำความผิดยับยั้งหรือกลับใจแก้ไข ซึ่งมีผลให้ไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้นเท่านั้น แต่ถ่าการที่ใดกระทำไปแล้วต้อง ตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด

ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ เมื่อเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับตัวการผู้กระทำความผิด ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่น่าจะนำมาใช้บังคับกับผู้ใช้ให้กระทำความผิดด้วย เพราะมีฉะนั้นก็ไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติมาตรา 88 ทั้งนี้ เพราะตามมาตรา 88 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าความผิดที่ผู้ใช้ได้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำ...ได้กระทำถึงขั้นลงมือกระทำความผิด..." ย่อมมีความหมายเช่นเดียวกับมาตรา 82 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดพยายามกระทำความผิด..." เนื่องจากการพยายามกระทำความผิดถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 82 สามารถนำมาใช้ได้เมื่อการกระทำของผู้ใช้นั้นเป็นเพียงขั้นพยายามผู้ใช้ให้กระทำความผิด (ดังกล่าวมาในบทที่ 3) เมื่อผู้ใช้โดยยั้งหรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การใช้นั้นบรรลุ ผู้ใช้ไม่ตองรับโทษสำหรับการใช้นั้น

อนึ่ง การบอกเลิกการใช้ ไม่น่าจะถือว่าเป็นการขัดขวางเพราะการขัดขวางนั้นต้องทำให้ตัวการผู้กระทำความผิดได้กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศจึงจะได้รับประโยชน์จากการขัดขวางนั้น แต่การบอกเลิกเป็นเพียงการแสดงเจตนาของผู้ใช้ใหญ่ถูกใจทราบว่าตนไม่ต้องการที่จะใหญ่ถูกใจกระทำการตามที่ใช่แล้ว หากได้กระทำการใดอันแสดงให้เห็นว่าผู้ใช้ได้ขัดขวางเพื่อให้การกระทำนั้นกระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล

4. เหตุส่วนตัวและเหตุในลักษณะคดี

มาตรา 89 บัญญัติว่า "ถ้ามีเหตุส่วนตัวอันควรยกเว้นโทษลดโทษ หรือเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดคนใด จะนำเหตุนั้นไปใช้แก่ผู้กระทำ

ความผิดคนอื่นในการกระทำความผิดนั้นด้วยไม่ได้ แต่หาเหตุอันควรยกเว้นโทษลดโทษ หรือเพิ่มโทษเป็นเหตุในลักษณะคดี จึงให้ใช้แก่ผู้กระทำความผิดในการกระทำความผิดนั้นด้วยกันทุกคน"

ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 89 นี้หมายถึงผู้ลงมือกระทำความผิด (ตัวการ) ผู้ใช้ (รวมถึงผู้โฆษณาหรือประกาศด้วย) และผู้สนับสนุน ดังนั้น มาตรา 89 จึงนำมาใช้เมื่อบุคคลหลายคนได้เกี่ยวข้องในความผิดนั้น โดยบางคนเป็นตัวการ บางคนเป็นผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศ¹

ในการลงโทษผู้ให้โทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายจะบัญญัติว่าผู้โฆษณาหรือประกาศจะต้องรับโทษเสมือนตัวการในกรณีที่ความผิดใดกระทำความผิดก็อาจลงโทษผู้ให้และผู้ถูกใช้ให้แตกต่างกันได้ไม่จำเป็นต้องลงโทษเท่ากัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมในการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดเป็น คน ๆ ไป และจะต้องพิจารณาถึงว่าผู้กระทำผิดมีเหตุเพิ่มโทษ ลดโทษ ยกเว้นโทษหรือไม่ และเป็นเหตุส่วนตัวหรือเหตุในลักษณะคดี ถ้าเป็นเหตุส่วนตัวก็มีผลเฉพาะตัวผู้กระทำ ถ้าเป็นเหตุในลักษณะคดี ก็มีผลถึงผู้กระทำความผิดทุกคน ดังนั้น ถ้าหากไม่มีการกระทำผิดก็ไม่มีปัญหาเกี่ยวกับมาตรา 89 เช่น ก. ยุ่งส่งเสริมให้ ข. ฆ่าตัวตาย ข. ได้ทำการฆ่าตัวตายตามที่ ก. ยุ เนื่องจากทำการฆ่าตัวตายไม่มีความผิดจึงไม่มีกรณี ต้องพิจารณาว่าเป็นเหตุส่วนตัวหรือเหตุในลักษณะคดี

หลักเรื่องเหตุส่วนตัว เหตุในลักษณะคดี จะนำมาคำนึงถึงก็ต่อเมื่อความผิดได้เกิดขึ้นถึงขั้นลงมือแล้ว² เช่น ก. ใช้ให้ ข. ไปฆ่า ค. ถ้า ข. ไม่ยอมทำตาม ก. นิตรฐานเป็นผู้ใช้และรับโทษ 1 ใน 3

¹ ตรี กสิยพงษ์, Lecture' 26, 15:105.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 106.

ของความผิดฐานฆาตคนตาย (ตามมาตรา 84) ปัญหาตามมาตรา 89
ยังไม่เกิด ถ้า ข. ขอมทำคามโดยถือปืนจ่องจะยิง .ค. แต่เกิดสงสาร
จึงยับยั้งเสียไม่ยิง ถือว่า ข. ลงมือ กระทำความผิดแล้ว นำมาตรา
89 มาใช้ได้

หากความผิดนั้นไม่มีการเกี่ยวของกันระหว่างตัวการ ผู้ใช้
ผู้โฆษณาหรือประกาศก็ไม่มีการตีจะตองนำมาตรา 89 มาใช้ เช่น ทางคน
ทางทำเพราะมาตรา 89 นี้เป็นบทบัญญัติในหมวดความผิดตัวการ ผู้ใช้
ผู้สนับสนุน ¹

เหตุส่วนตัว คือ เหตุใด ๆ ที่มีผลกระทบบกระเพื่อนเกี่ยวเฉพาะผู้มีส่วน
เกี่ยวของในการกระทำความผิดนั้นแต่ผู้เดียว กล่าวคือ จะเป็นผลคือผลร้าย
แก่ผู้กระทำความผิดเฉพาะตัวไม่มีผลต่อผู้อื่น เหตุส่วนตัวไม่เกี่ยวกับองค์
ประกอบความผิด แต่มีผลให้การกระทำความผิดได้รับยกเว้นโทษ ลดโทษ
หรือเพิ่มโทษ ซึ่งเป็นคุณและเป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิดโดยตรง ² แยก
พิจารณาเหตุส่วนตัวดังต่อไปนี้

1. เหตุส่วนตัวอันควรยกเว้นโทษ

(1) มาตรา 71 วรรค 1 ความผิดตามที่บัญญัติไว้ใน
มาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึง
มาตรา 346 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามี่กระทำต่อภริยา หรือภริยา
กระทำต่อสามี่ ผู้กระทำไม่ตองรับโทษเนื่องจากฐานะของบุคคลทางครอบครัว
ที่มีความสัมพันธ์ทั้งกายและใจ

¹เรื่องเดียวกัน.

²ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, ประมวลกฎหมายอาญา โครงการอบรม
กฎหมายสารบัญญัติ หน้าที่ 3, หน้า 2-3.

(2) มาตรา 73 เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ

(3) มาตรา 74 เด็กอายุกว่า 7 ปี แต่ยังไม่เกิน 14 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษแต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการอย่างไรโดยหนึ่ง ตามมาตรา 74 (1)-(5) ก็ได้

(4) มาตรา 82 ผู้ใดพยายามกระทำความผิดกลับใจแก้ไข ไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผลผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่การที่ใดกระทำไปแล้วของตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ

(5) มาตรา 193 ผู้ใดเพื่อจะช่วยเหลือผู้อื่นมิให้ต้องรับโทษหรือให้รับโทษน้อยลง ทำให้เสียหาย ทำลาย ซอนเรนเอาไปเสีย หรือทำให้สูญหายหรือไร้ประโยชน์ ซึ่งพยานหลักฐานในการกระทำความผิด (มาตรา 184) ผู้ใดช่วยเหลือซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นผู้ต้องหาว่ากระทำความผิด อันมิใช่ความผิดโทษ หรือมิใช่โทษโดยให้ที่พักแกำผู้นั้น โดยซอนเรนหรือโดยช่วยเหลือผู้ช่วยประการใดเพื่อมิให้ถูกจับกุม (มาตรา 189) ผู้ใดให้ที่พักแกำ ซอนเรนหรือช่วยเหลือประการใดให้หลบหนีจากการคุมขังตามอำนาจของศาล ของพนักงานสอบสวนหรือของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญาเพื่อมิให้ถูกจับกุม (มาตรา 192) ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวกระทำเพื่อช่วยบิดามารดา บุตร สามี หรือภริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้

(6) มาตรา 65 วรรคแรก ผู้ใดกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่องโรคจิตหรือจิตพันเพื่อน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น

(7) มาตรา 66 ความมีนเมาเพราะเสพยาสุรา หรือสิ่งเมาอย่างอื่น จะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวตามมาตรา 65 ไม่ได้ เว้นแต่ความมีนเมานั้นจะเกิดโดยผู้เสพยาไม่รู้ว่าสิ่งนั้นทำให้มีนเมา หรือได้เสพยาโดยถูกขี้ใจให้เสพยา และกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ผู้กระทำความผิดจึงได้รับการยกเว้นโทษสำหรับความผิดนั้น

(8) มาตรา 70 ผู้ใดกระทำตามคำสั่งของเจ้านักงานแม่คำสั่งนั้นจะมีชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่จะรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งมีชอบด้วยกฎหมาย

(9) การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67(1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายในอำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขึ้นได้

(10) ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตามมาตรา 62 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเหตุยกเว้นโทษ

2. เหตุส่วนตัวอันควรได้รับการลดโทษ

(1) มาตรา 71 วรรค 2 ความผิดดังระบุนานี้ (ตาม มาตรา 71 วรรค 1) ถ้าเป็นการกระทำที่บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี หรือพี่น้องน้องรวมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน แมกฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดยอมความได้ และนอกจากนั้นศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

(2) มาตรา 72 ผู้ใดบันดาลโทษโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นกรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ เช่น การที่นาง

ก. ถูกข่มเหงรังแกข่มเป็นการข่มเหง นาย ข. ผู้เป็นสามีเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของสามีภริยาซึ่งเป็นเหตุผลเกี่ยวกับตัวบุคคลโดยเฉพาะ ฉะนั้นการที่จำเลยเป็นบุคคลภายนอกโดยรวมกระทำผิดกับนาย ข. ผู้เป็นสามีของนาง ก. ขอมไม่ได้รับการยกเว้นโทษตามมาตรา 72 ดังเช่นนาย ข. เพราะเป็นเหตุส่วนตัวของนาย ข.

(3) มาตรา 75 เด็กอายุกว่า 14 ปี แต่ยังไม่เกิน 17 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดให้ศาลพิจารณาถึงความรับผิดชอบ และสิ่งอื่นที่ปรองเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง

(4) มาตรา 76 ผู้ใดอายุกว่า 17 ปี แม้งยังไม่เกิน 20 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสาม หรือกึ่งหนึ่งก็ได้

(5) มาตรา 78 ถ้าผู้กระทำความผิดมีเหตุบรรเทาโทษ เช่น เป็นผู้ที่มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้ถึงความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น หรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา ถ้าศาลเห็นควรลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้ เช่น จำเลยทำร้ายร่างกายเขาแล้ว ชวนนำผู้ถูกทำร้ายไปให้แพทย์รักษา หรือจำเลยโดยปกติเป็นผู้มีความประพฤติเรียบร้อย รับราชการมาแล้ว 30 ปี จึงได้ทำความผิดฐานยกยอก

(6) มาตรา 65วรรค 2 ถ้าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 65 วรรคแรก ยังสามารถรับผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเองได้บางผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

(7) มาตรา 66 ถ้าผู้นั้นยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

(8) ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตามมาตรา 62 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเหตุผลโทษ

(9) การขัดขวางของผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศ ตามมาตรา 88

ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างเรื่องความสามารถ diminished capacity เพื่อให้ได้รับการลงโทษน้อยลงได้ เช่น A ใช้ B ใ้กระทำความผิดฆาตคนตาย B อ้างแก้ตัวในเรื่องความสามารถของตนได้ ดังนั้น B จึงถูกลงโทษฐานฆาตคนตายโดยไม่มีเจตนา แต่ A ต้องรับผิดฐานฆาตคนตายโดยเจตนา murder เพราะถือว่าความสามารถเป็นเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบ B เท่านั้น¹ (กล่าวคือเป็นเหตุส่วนตัวของ B)

3. เหตุส่วนตัวอันเป็นเหตุเพิ่มโทษ

(1) การเพิ่มโทษฐานกระทำความผิดอีกตามมาตรา 92, 93 เช่นการที่ผู้กระทำความผิดมาแล้วกลับมาก่อทำความผิดอีกจะต้องถูกเพิ่มโทษขึ้น ผู้ที่กระทำความผิดซ้ำอีกยอมเป็นเหตุส่วนตัวที่จะถูกลงโทษเพิ่มเฉพาะผู้นั้น ไม่มีผลถึงผู้กระทำคนอื่น

(2) มาตรา 285 ถ้าการกระทำความผิดตาม
มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ครี
มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือ

¹George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p. 652.



มาตรา 283 เป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ ซึ่งอยู่ในความดูแล
ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์
หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ
หนึ่งในสาม ความผิดตามมาตรา 285 นี้เป็นกรณีเกี่ยวกับฐานะบุคคล
เนื่องจากความสัมพันธ์ทางสายเลือด หน้าที่ควบคุมดูแลตามศีลธรรม จรรยา
หรือตามกฎหมายอันเป็นเหตุส่วนตัว

(3) มาตรา 289(1) ผู้ใดข่มขู่พวกรู้ ท้องระวาง
โทษประหารชีวิต เป็นความสัมพันธ์ทางสายโลหิตซึ่งเป็นเหตุส่วนตัวโดยแท้

(4) มาตรา 296 ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้าย
ร่างกาย ถ้าความผิดนั้นมีลักษณะประการใดประการหนึ่งดังบัญญัติไว้ในมาตรา
289 ต้องรับโทษหนักกว่าการทำร้ายร่างกายธรรมดา ตามมาตรา 295

(5) มาตรา 298 ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา
279 ถ้าความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา
289 ต้องรับโทษหนักกว่าการทำร้ายร่างกายจนได้รับอันตรายสาหัสตาม
มาตรา 297 เช่นกระทำตบพวกรู้

(6) มาตรา 340 ตรี การแต่งเครื่องแบบทหาร
ตำรวจ มีหรือใช้อาวุธปืน วัตถุระเบิด โดยใช้อานพาหนะ ศาลฎีกาตี
ความว่าเป็นเหตุส่วนตัว (ฎีกา 1824/2520, 2653/2520)

เหตุในลักษณะคดี

เหตุในลักษณะคดี คือ เหตุที่มีไต่อาศัยคุณสมบัติส่วนบุคคลของผู้
กระทำแต่เป็นเหตุซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการกระทำความผิดนั้นเอง และเป็นเหตุที่จะ

ให้คุณหรือโทษแก่ผู้รวมในการกระทำความผิดทุกคน¹ เช่น ลักษณะ
 มาตรการที่ถูกรายเป็นเหตุในลักษณะคดี ซึ่งเป็นเหตุให้
 ลงโทษผู้กระทำความผิดในคดีเดียวกันได้ทุกคน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 431/2458)

กรณีใดเป็นเหตุยกเว้นโทษแยกพิจารณา ดังนี้

1. เหตุในลักษณะคดีที่เป็นเหตุยกเว้นโทษ ตัวอย่าง เช่น

(1) กรณีการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 81

ถ้าได้กระทำไปโดยความเชื่ออย่างมโนอาจ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้

(2) มาตรา 82 ผู้ใดพยายามกระทำความผิดหาก

ยับยั้งเสียเองไม่กระทำให้ตลอด ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำ
 ความผิดนั้น เช่น ก. ไข้ให้ ข. ไปฆ่า ค. บนท้องนอนของ ค.
 ข. เดินเข้าไปในบ้านของ ค. และขึ้นที่หน้าท้องนอนของ ค. ข.
 เดินขึ้นไปที ค. โดยตั้งใจจะยิง แต่เกิดสงสารที่เห็นลูกของ ค. ซึ่งนอน
 อยู่ใกล้ ๆ จะกำพร้าพ้อจึงไม่ยิง ค. การยับยั้งของ ข. ทำให้ ข.
 ไม่ต้องรับโทษฐานพยายามฆ่า ค. การยกเว้นโทษเพราะยับยั้งตามมาตรา
 82 เป็นเหตุในลักษณะคดีมาตรา 89 ก. ผู้ใช้จึงได้รับผลดีไปด้วย
 กล่าวคือ ก. ไม่ต้องรับโทษฐานพยายามฆ่า ค. ด้วย อย่างไรก็ตาม
 ข. จะต้องรับโทษสำหรับการกระทำที่ได้กระทำไปแล้วและเป็นความผิด คือ
 ความผิดฐานบุกรุก ซึ่ง ก. ก็จะต้องรับโทษในความผิดฐานนี้เช่นเดียวกับ
 ข. นอกจากนั้นโดยผลของบทบัญญัติในมาตรา 82 ที่ว่า "แต่ถ้าการที่ได้
 กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับ
 ความผิดนั้น ๆ" ทำให้ ก. ต้องรับโทษในความผิดเท่าที่ตนได้กระทำมาแล้ว

¹ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, ประมวลกฎหมายอาญา โครงการอบรม
กฎหมายสารบัญญัติ หน้าที่ 3, หน้า 7.

คือ รับโทษตามมาตรา 84 วรรค 2 ตอนท้าย กล่าวคือ 1 ใน 3 ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่ใช้ให้กระทำ

(3) มาตรา 105 ผู้ใดพยายามกระทำความผิดลหุโทษ ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ เช่น ก. ใช้ให้ ข. กระทำความผิดลหุโทษ ข. โดพยายามกระทำความผิดแล้วแต่ก่อนที่การกระทำจะสำเร็จผล ข. ถูกจับเสียก่อน การกระทำของ ข. อยู่ในขั้นพยายามและเป็นการพยายามกระทำความผิดลหุโทษซึ่งมาตรา 105 บัญญัติว่าไม่ต้องรับโทษการไม่ต้องรับโทษดังกล่าว เป็นเหตุในลักษณะคดี ก. ผู้ใช้จึงได้รับผลด้วย (กล่าวคือไม่ต้องรับโทษ) แม้โทษ 1 ใน 3 ตามมาตรา 84 วรรค 2 ตอนท้าย ก. ก็ไม่ต้องรับเพราะเมื่อ ข. ใดลงมือกระทำถึงขั้นพยายามกระทำความผิด ก. ยังไม่ต้องรับโทษ ดังนั้นถ้า ข. ยังไม่ไต่ลงมือกระทำความผิดเลยก็ไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะลงโทษ ก. ผู้ใช้ให้กระทำ ความผิดนอกจากนั้น ความผิดฐานใช้ให้กระทำความผิดลหุโทษนี้ กฎหมายประสงค์จะลงโทษต่อเมื่อเป็นความผิดสำเร็จเท่านั้น

(4) มาตรา 304 ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำ ความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

(5) มาตรา 330 วรรคแรก ในกรณีหมิ่นประมาท ถ้า ผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดพิสูจน์ได้ว่าข้อที่กล่าวเป็นหมิ่นประมาทเป็นความจริง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

2. เหตุในลักษณะคดีที่เป็นเหตุลดโทษ ตัวอย่าง เช่น

(1) การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 ซึ่ง ผู้นั้นต้องระวางโทษ 2 ใน 3 ส่วน ของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับความผิดนั้น

(2) การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 81 ซึ่งให้
ลงโทษนั้นไม่เกินครึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

(3) มาตรา 183 ในกรณีเปิดความเท็จแล้วภายหลัง
ได้ดูแลโทษแล้วกลับแจ้งความจริงต่อศาลหรือเจ้าพนักงานก่อนมีคำพิพากษาและ
ก่อนตนถูกฟ้องในความผิดที่กระทำ

(4) มาตรา 316 ถ้าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 313
314 หรือมาตรา 315 จักให้ผู้นั้นเอาตัวไป ถูกหน่วงเหนี่ยวหรือถูก
กักขังได้รับเสรีภาพก่อนศาลชั้นต้นพิพากษา โดยผู้นั้นมิได้รับอันตรายสาหัสหรือ
ตกอยู่ในภาวะอันใดจะเป็นอันตรายต่อชีวิต

ตัวอย่างตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน เช่น การฆ่า
เนื่องจากการร้องขอ killing on request ผู้ป่วยด้วยโรคมะเร็ง
ร้องขอให้แพทย์ให้มอร์ฟีนในปริมาณที่มากกว่าปกติเพื่อยกเลิกและบอกให้นาง
พยาบาลเตรียมยาในปริมาณดังกล่าว นางพยาบาลกระทำโดยรูวาทษานาคานั้น
จะทำให้ผู้ป่วยตายแต่ไม่ทราบถึงการร้องขอของผู้ป่วย ถ้าแพทย์ต้องรับผิดชอบใน
ความผิดฐานฆ่าเนื่องจากการร้องขอ นางพยาบาลก็ย่อมได้รับผลจากการ
ร้องขอของผู้ป่วยด้วย กล่าวคือ ไม่ต้องรับผิดชอบฐานฆาตกรรมโดยเจตนาเพราะ
การร้องขอเกี่ยวข้องกับกรกระทำ (คือการฆ่า) ถือได้ว่าเป็นเหตุในลักษณะ
คดีหาใช่เป็นเหตุส่วนตัวของนายแพทย์¹

3. เหตุในลักษณะคดีที่เป็นเหตุเพิ่มโทษ ตัวอย่าง เช่น

(1) มาตรา 289(4) การฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

¹George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p. 652.

(2) มาตรา 289(5) การฆ่าผู้อื่นโดยทรามาน กรณี

ดังกล่าวกฎหมายของประเทศเยอรมัน และกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ถือว่าผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดชอบฐานฆาตกรรมโดยทรามาน แต่เกิดปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้กระทำความผิดว่าจะต้องรับผิดชอบ ฐานฆาตกรรมโดยทรามานหรือเพียงฆาตกรรมโดยเจตนาเท่านั้น และทำไมผู้ใช้จะ ต้องรับผิดชอบฆาตกรรมโดยทรามาน ในเมื่อเขาไม่ได้กระทำการนั้นซึ่งในปัญหา ดังกล่าวนี้มีความเห็นของนักกฎหมายแตกต่างกันอยู่ยังไม่เป็นที่ยุติ ¹ กล่าวคือ จะถือว่าเหตุดังกล่าวเป็นเหตุส่วนตัวหรือเหตุในลักษณะคดีหรือในกรณีมีการใช้ โทษหนักเพื่อให้ใครมาซึ่งทรัพย์สินจากผู้กระทำมีเจตนาฝ่ายเดียวหรือผู้ใช้มีเจตนา ฝ่ายเดียวผลจะเป็นอย่างไร แต่ตามกฎหมายไทยไม่มีปัญหาในเรื่องดังกล่าว โดยน่าจะถือว่าเป็นเหตุในลักษณะคดีอันมีผลถึงผู้กระทำความผิดทุกคน เพราะ เป็นการยากที่บุคคลที่รวมในการกระทำความผิดจะไม่รู้อถึงเจตนาพิเศษนั้น

(3) การลักทรัพย์ตามมาตรา 335 (1)-(7)

(4) มาตรา 340 วรรคท้าย ถ้าการปล้นทรัพย์เป็น เหตุใหญ่บุคคลอื่นถึงแก่ความตาย เช่น จำเลย 3 คน ตกลงจะไปปล้น ทรัพย์ ขณะปล้นทรัพย์ จำเลยที่ 1 แตะผู้เคียวไช้ขึ้นยิงเจ้าทรัพย์ตาย จำเลยนอกนั้นไม่ใคร่เห็นควย จำเลยทั้งหมดก็ต่อมีความผิดตามมาตรา 340 วรรคท้าย แม้ไม่ใคร่เป็นผู้ยิงเจ้าทรัพย์เลยก็ตาม ส่วนจำเลยที่ยิงเจ้าทรัพย์ ตายยังมีความผิดฐานฆาตกรรมอีกกระทงหนึ่งควย

คำพิพากษาฎีกาที่ 891/2521 จำเลยข่มขืนชำเราหญิง โดย พวกของจำเลยมีปืนบังคับไม้โทคนอื่นช่วยหญิง จำเลยรวมกระทำกับพวกที่มี อาวุธปืน จำเลยต้องรับผิดชอบหนักขึ้นตามมาตรา 276 วรรค 2

คำพิพากษาฎีกาที่ 2652/2520 มาตรา 340 ทวิ ลงโทษ ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 339, 339 ทวิ, 340 , 340 ทวิ หนักขึ้น

นั้นต้องตีความโดยเคร่งครัด จึงหมายความว่าเฉพาะตัวผู้กระทำไม่เป็นเหตุใน
ลักษณะคดีตามมาตรา 89

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2277/2521 คนร้ายปล่อยตัวผู้ถูกเอาตัวไป
เรียกค่าไถ่ ตามมาตรา 316 แมคนร้ายพวกของจำเลยเป็นผู้จัดให้ได้รับ
เสรีภาพ ไม่ใช่จำเลยเป็นผู้จัด เหตุสุดโต่งนี้เป็นเหตุในลักษณะคดีจำเลย
ได้รับการลดโทษด้วย

5. ความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมาย
วิธีพิจารณาความอาญา

ความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้กระทำความผิดดังกล่าวข้างต้น
อาจจะมีการเปลี่ยนแปลงได้ ทั้งนี้ เนื่องจากกระบวนการวิธีพิจารณาความอา
ญา มาตรา 192 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งมีบัญญัติว่า
"ห้ามมิให้พิพากษา หรือสั่งเกินคำขอ หรือที่มีโคกลงในฟ้อง

ศาลเห็นว่า ข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในการพิจารณา
แตกต่างกับข้อเท็จจริง ดังที่กล่าวในฟ้อง ให้ศาลยกฟ้องคดีนั้น เว้นแต่
ข้อแตกต่างนั้นมีใช้ในข้อสาระสำคัญ และทั้งจำเลยมิได้หลงต่อสู้ ศาลจะลง
โทษจำเลยตามข้อเท็จจริงที่ใดความนั้นก็ได

ในกรณีที่ข้อแตกต่างนั้น เป็นเพียงรายละเอียด เช่น
เกี่ยวกับเวลา หรือสถานที่กระทำความผิด หรือต่างกันระหว่างการกระทำ
ผิดฐานลักทรัพย์ กรรโชก ฉ้อโกง ยักยอก และรับของโจร หรือต่างกัน
ระหว่างการกระทำผิดโดยเจตนากับประมาท มิใช่ถือว่า ต่างกันในข้อสาระ
สำคัญ เว้นแต่จะปรากฏแก่ศาลว่า การที่ฟ้องผิดไปเป็นเหตุให้จำเลยหลง
ต่อสู้

ศาลเห็นว่า ข้อเท็จจริงบางข้อดังกล่าวในฟ้อง และ
 ความที่ปรากฏในทางพิจารณา ไม่ใช่เป็นเรื่องที่โจทก์ประสงค์ให้ลงโทษ
 ห้ามมิให้ศาลลงโทษจำเลยในข้อเท็จจริงนั้น ๆ

ศาลเห็นว่า ข้อเท็จจริงตามฟ้องนั้นโจทก์สืบสม แต่โจทก์
 อ้างฐานความผิด หรือบทมาตราผิด ศาลมีอำนาจลงโทษจำเลยตามฐานความ
 ผิดที่ถูกต้องได้

ถ้าความผิดตามที่ฟ้องนั้น รวมการกระทำหลายอย่าง แต่ละ
 อย่างอาจเป็นความผิดได้อยู่ในตัวเอง ศาลจะลงโทษจำเลยในการกระทำผิด
 อย่างหนึ่งอย่างใดตามที่พิจารณาได้ความก็ได้" ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษา
 ฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1870/2522

ผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 โจทก์ไม่ฟ้อง
 ขอให้ลงโทษฐานเป็นตัวการ แต่ขอให้ลงโทษฐานเป็นผู้สนับสนุน ตาม
 มาตรา 86 ก็ลงโทษได้ ไม่ถือว่าต่างกับฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 264/2522

ฟ้องว่า เป็นตัวการรวมกระทำความผิดได้ความว่า เป็น
 ผู้ใช้ให้คนเอารถแทรกเตอร์ไปซุกดินทำลายสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ลงโทษ
 ฐานเป็นผู้ใช้ให้ทำผิดไม่ได้ แต่ลงโทษฐานเป็นผู้สนับสนุนได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 339/2519

ฟ้องว่า จำเลยบุกรุกค้ำพันไม้ แล้ววางป่า พิจารณาได้
 ความว่าจำเลยวางคนวางป่า ลงโทษฐานเป็นผู้ใช้ไม่ได้ แต่ลงโทษฐานเป็น
 ผู้สนับสนุนได้

คำพิพากษากฎีกาที่ 1904/2517

จำเลยใช้ให้ผู้อื่นนำช่างไปชักลากไม้หวงห้าม โดยจำเลยไม่ได้ไปร่วมทำการชักลากไม้ควย ถือไม้ไค้ว่า จำเลยเป็นผู้มีไม้คั้งกลาวไว้ในความครอบครองอันจะตองได้รับอนุญาต จำเลยไม่มีความผิดฐานมีไม้หวงห้ามไว้ในความครอบครอง ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ ฯ แต่จำเลยรู้ว่าไม้คั้งกลาวเป็นไม้หวงห้าม จำเลยจึงเป็นผู้ใช้ให้ลากไม้ (ทำไม้) หวงห้ามโดยไม่ได้รับอนุญาต เมื่อโจทก์ฟ้องว่า จำเลยร่วมทำการชักลากไม้ จึงลงโทษจำเลยฐานเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดไม้คั้งกลาวได้เพียงฐานเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86

คำพิพากษากฎีกาที่ 237/2516 (ประชุมใหญ่)

โจทก์ฟ้องว่า จำเลยที่ 1 ร่วมกับจำเลยอื่นทำการปล้นทรัพย์ ขอให้จริงไต่ความว่า จำเลยที่ 1 เพียงแต่เป็นผู้วางแผน ออกเงินให้จำเลยอื่นไปเช่าทรัพย์ของเจ้าทรัพย์ อันเป็นส่วนหนึ่งของแผนการปล้นทรัพย์ และไปซื้อบ้านเจ้าทรัพย์ให้ เช่นนี้ แม้จะถือว่าการวางแผนการปล้นทรัพย์ของจำเลยที่ 1 เป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด แต่เมื่อโจทก์มิได้บรรยายฟ้องมาเช่นนั้น ย่อมลงโทษจำเลยที่ 1 ฐานเป็นผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดไม่ได้ คงลงโทษได้แต่เพียงผู้สนับสนุน

ดังนั้น แม้จะไต่ความว่า ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามกฎหมายมาตรา 84 หรือมาตรา 85 แล้วแต่กรณี แต่ทว่าปรากฏว่า ผู้ฟ้องร้องมิได้ฟ้องให้ลงโทษฐานเป็นผู้ใช้เช่นนี้ ศาลก็ย่อมจะพิพากษาลงโทษผู้กระทำฐานเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดไม่ได้ แต่จะลงโทษฐานเป็นผู้สนับสนุน ซึ่งมีโทษเบากว่าได้

6. ปัญหาทางประการเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้กระทำ

ความผิด

เนื่องจากปัญหาบางประการมีความคิดเห็นของนักกฎหมาย
แตกต่างกันอยู่ยังไม่เป็นที่ยุติ ซึ่งก่อให้เกิดความยุ่งยากสับสนในการศึกษาเกี่ยวกับ
เรื่องผู้ใช้ให้กระทำความผิด จึงได้แยกออกมาพิจารณาต่างหาก เพื่อจะได้
เข้าใจได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

6.1 การกระทำระหว่างสามีมักริยา

การกระทำของสามีที่มีต่อภริยา หรือในทางกลับกัน
ภริยากระทำต่อสามีนั้น กฎหมายได้บัญญัติความรับผิดชอบในการกระทำนั้น ดัง
ต่อไปนี้

ก. กรณีไม่เป็นความผิด เช่น ความผิดฐานข่มขืน
กระทำชำเราซึ่งจะเห็นได้จากมาตรา 276 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดข่มขืน
กระทำชำเราหญิงซึ่งมิได้เป็นภริยาคน โดยชู้เชิญควยประการใด ๆ ..."
จากบทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นว่า ถ้าสามีได้กระทำการดังกล่าวต่อภริยาของตน
ควยตนเองแล้ว การกระทำของสามีไม่เป็นความผิดเสมอ เช่นเดียวกัน
หลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ สามีไม่อาจกระทำการข่มขืนภริยาของตนได้
เนื่องจากความยินยอมของภริยาที่ได้ให้ในการแต่งงาน และความยินยอมนี้จะ
เรียกคืนไม่ได้

ข. กรณีเป็นความผิดแต่ไม่ของรับโทษ เช่น
ตามบทบัญญัติในมาตรา 71 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ความผิดตามที่บัญญัติไว้ใน
มาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึง
มาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภริยาหรือภริยากระทำ
ต่อสามี ผู้กระทำไม่ของรับโทษ" หรือกรณีตามมาตรา 193 เป็นต้น

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ใช้ให้กระทำการดังกล่าว
ข้างต้น ไม่ว่าจะกรณีไม่เป็นความผิด หรือกรณีที่เป็นความผิด แต่ไม่

ต้องรับโทษ ผู้นั้นจะถือว่าเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามกฎหมายหรือไม่
สามีและภริยาจะมีความรับผิดชอบประการใดแยกพิจารณาดังนี้

1. กรณีไม่เป็นความผิด เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

1.1 ชายข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนตามกฎหมาย
ไม่ถือว่าเป็นความผิด ดังนั้น ผู้คนที่ใช้ให้สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยา จึง
ไม่มีความผิดฐานเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด เพราะขาดองค์ประกอบของการ
เป็นผู้ใช้ที่ว่า การกระทำของผู้อื่นจะต้องเป็นความผิด

1.2 ถ้าสามีให้ชายอื่นกระทำการข่มขืนภริยาของตน
(สามี) การกระทำของชายอื่นนั้น เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา 276 เพราะหญิงนั้นมีภริยาของชายอื่น สามีก็ยอมเป็นผู้ใช้ให้
กระทำความผิดตามมาตรา 84 หรือมาตรา 85 แล้วแต่กรณี ทั้งนี้
เพราะครบองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ คือ มีการก่
การโฆษณา หรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปโดยเจตนาให้บุคคลนั้นกระทำความผิด
(แต่หนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า เนื่องจากสามีเป็นตัวการตามมาตรา 83
ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาได้ สามีจึงเป็นผู้ใช้ให้
ชายอื่นข่มขืนภริยาของตนได้) โดยกรณีนี้ สามีจะยกเอาความเป็นสามีภริยา
กันอันเป็นเหตุส่วนตัวมาเป็นเหตุให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดไม่ได้ เพราะ
การยกเหตุส่วนตัวขึ้นอ้างตามมาตรา 89 นั้น จะกระทำไดก็ต่อเมื่อเพื่อยก
เว้นโทษ ลดโทษ หรือเพิ่มโทษ แต่จะอ้างว่า การกระทำนั้นไม่เป็นความ
ผิดไม่ได้ สามีจึงต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการข่มขืนภริยาของตนเช่นเดียวกับ
ชายอื่น

1.3 หญิงจะเป็นผู้ใช้ให้บุคคลอื่น (ชาย) กระทำ
ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้หรือไม่ ในความคิดเห็นของนักกฎหมาย
บางท่านเห็นว่า เมื่อหญิงเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้

ก็ยอมเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดได้ ทั้งนี้ โดยอ้างคำพิพากษากฎีกาที่ 250/2510 ซึ่งตัดสินว่าความผิดในเรื่องข่มขืนกระทำชำเรา เป็นความผิดที่รวมกันกระทำ โดยผู้ช่วยกระทำความผิดมิต้องเป็นผู้ลงมือกระทำชำเราด้วยทุกคน เพียงแต่คนใดคนหนึ่งกระทำชำเราผู้ที่รวมกระทำความผิดทุกคน ก็มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 แล้ว และตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ก็หาได้บัญญัติว่า ใหลงโทษแต่เฉพาะชายเท่านั้นไม่ ในบทกฎหมายมาตรานี้ บัญญัติแต่เพียงว่า "ผู้ใดกระทำความผิด..." เท่านั้น ฉะนั้น แม้จำเลยที่ 2 จะเป็นหญิง เมื่อฟังได้ว่าสมคบกับจำเลยที่ 1 รวมกันกระทำความผิด ศาลลงโทษจำเลยที่ 2 ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 ได้ ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากผู้ใช้ให้กระทำความผิดมิใช่ตัวการ ดังนั้น แม้บุคคลนั้นจะเป็นตัวการไม่ได้ เพราะไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เขาก็อาจเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 หรือ มาตรา 85 แล้วแต่กรณีได้ ถ้าการกระทำของเขานั้นเป็นการก่อ โฆษณา หรือประกาศให้บุคคลอื่นกระทำความผิด นอกจากนั้นกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นผู้ใช้ไว้ ดังจะเห็นได้ว่า กฎหมายใช้คำว่า "ผู้ใด" ดังนั้น ใครจะเป็นผู้ใช้ก็ได้ เมื่อการกระทำของชายเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เพราะหญิงนั้นมีสิทธิวิญญูชน จึงถือว่าหญิงเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามกฎหมายได้ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาก่อนว่า หญิงนั้นสามารถเป็นตัวการ จึงเป็นผู้ใช้ได้ ถ้าเป็นตัวการไม่ได้ ก็เป็นผู้ใช้ไม่ได้ เพราะถ้าพิจารณาเช่นนั้นแล้ว เท่ากับแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดว่า ผู้ใช้เป็นตัวการผู้กระทำความผิดซึ่งแท้จริงทำเป็นเช่นนั้นไม่

2. กรณีเป็นความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ เช่น การลักทรัพย์ตาม มาตรา 334 ซึ่งมาตรา 71 บัญญัติว่า ถ้าเป็นการกระทำความผิดที่มีกระทำต่อกฎหมายหรือกฏการกระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ แยกพิจารณาดังต่อไปนี้

2.1 ผู้อื่นใช้สามีให้ลักทรัพย์ของภริยา เช่น ก. ใช้ให้

ข. ลักทรัพย์ของ ค. (ภริยาของ ข.) การกระทำของ ข. เป็น

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ดังนั้นถือว่า ก. เป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด แต่ ข. มีกฎหมายยกเว้นโทษตามมาตรา 71 (คือไม่ต้องรับโทษ) อันเป็นเหตุส่วนตัวเฉพาะของ ข. การกระทำของ ข. จึงเป็นความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย ก. ไม่ได้รับประโยชน์จากเหตุส่วนตัวของ ข. จึงเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด รับโทษเสมือนเป็น ตัวการผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ด้วยตนเอง นอกจาก ก. จะมีเหตุยกเว้นโทษประการอื่น

2.2 สามีสั่งให้ผู้อื่นลักทรัพย์ของภริยาคน เช่น ก. สามีสั่งของ ข. ใช้ให้ ค. ลักทรัพย์ของ ข. การกระทำของ ค. ถือว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ก. จึงเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 334 ประกอบมาตรา 84 แต่เนื่องจาก ก. เป็นสามีสั่งของ ข. ตามมาตรา 71 บัญญัติว่า ถ้าเป็นการกระทำที่สามีสั่งให้ภริยา ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ อันถือได้ว่าเป็นเหตุส่วนตัวของ ก. โดยเฉพาะ และนอกจากนั้นมาตรา 89 บัญญัติว่า ถ้ามีเหตุส่วนตัวอันควรยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำความผิดคนใดจะนำเหตุนั้นไปใช้แก่ผู้กระทำความผิดคนอื่นในการกระทำความผิดนั้นด้วยไม่ได้ ซึ่งผู้กระทำความผิดตามมาตรา 89 นี้รวมถึงผู้ใช้ให้กระทำความผิดด้วย ดังนั้นผลของมาตรา 71 และมาตรา 89 ก. ผู้ใช้จึงไม่ต้องรับโทษ ส่วน ค. ตัวการต้องรับผิดฐานลักทรัพย์ของผู้อื่น ห้ามมีเหตุยกเว้นโทษแต่ประการใดไม่

6.2 การกระทำของคนทางคาว

ใดมีคำพิพากษาศักดินเกี่ยวกับปัญหาคนทางคาว

ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 526/2486 คนไทยจ้างคนต่างดาวเผ่าถ่าน
คนต่างดาวมีความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการสงวนอาชีพให้คนไทย เป็น
ความผิดเฉพาะตัวคนต่างดาว คนไทยผู้จ้างไม่มีความผิดฐานเป็นผู้ใช้ควย
เพราะการเผ่าถ่านไม่เป็นการผิดในตัวเอง กฎหมายห้ามเฉพาะบุคคลบาง
จำพวกไม่ให้เผ่าถ่านเท่านั้น เมื่อคนต่างดาวซึ่งเป็นบุคคลต้องห้ามไปทำการ
เผ่าถ่านก็เป็นความผิดเฉพาะคนต่างดาวเท่านั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 118/2487 จำเลยเป็นคนต่างดาวประกอบ
อาชีพการทำอิฐ แม่จำเลยจะโชกจางคนไทยในการนี้ไม่พินิจตามกฎหมาย
และแม่จำเลยจะเป็นผู้จัดการในการทำอิฐ ก็ต้องถือว่าจำเลยได้ประกอบอาชีพ
การทำอิฐแล้ว การทำอิฐเป็นอาชีพที่สงวนไว้เฉพาะคนไทยตามพระราชบัญญัติ
ช่วยอาชีพ และวิชาชีพ พุทธศักราช 2484 และพระราชกฤษฎีกากำหนด
อาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย พุทธศักราช 2485 มาตรา 3
ลำดับ 13 จำเลยไม่ใช่คนไทย กระทำการประกอบอาชีพนี้ต้องมีความผิด
ตามกฎหมายดังกล่าว

ปัญหาที่เกิดจากคำพิพากษาฎีกาที่ 526/2486 ซึ่งนักกฎหมาย
บางท่านไม่เห็นด้วย กล่าวคือ อาจารย์จิตติ ติงศภัทน์ และอาจารย์ทวี
กสิยพงศ์ เห็นว่า กรณีดังกล่าวนี้เป็นเรื่องผู้ใช้ให้กระทำความผิดแล้ว

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวตัดสินตามกฎหมาย
ลักษณะอาญา ซึ่งถือว่าผู้ใช้ให้กระทำความผิดเป็นตัวการ ตามมาตรา 64
ดังนั้น การกระทำของคนไทยตามคำพิพากษาศาลฎีกาจึงไม่ถือว่าเป็นผู้ใช้ เพราะ
ความผิดนั้นเป็นความผิดเฉพาะเมื่อคนต่างดาวทำ ถ้าคนไทยทำหาเป็นความผิด
ไม่เนื่องจากขาดคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดไว้ว่า ต้องเป็นคนต่างดาว แต่ถา
พิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันแล้ว การกระทำของคนไทยนั้น
ถือว่าเข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายตามมาตรา 84 (หรือ

มาตรา 85) ที่ว่า ผู้ใด (คนไทย) ก่อให้ผู้อื่น (คนต่างดาว) กระทำความผิด (การเฆี่ยนของคนต่างดาวเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการสงวนอาชีพของคนไทย) ด้วยการจ้าง ผู้นั้น (คนไทย) เป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด

ดังนั้น การกระทำของคนไทยดังกล่าว จึงเข้าลักษณะของการเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 (หรือมาตรา 85) แลวแต่กรณี

ส่วนกรณีคนต่างดาวใช้ให้คนไทยกระทำการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการสงวนอาชีพให้คนไทย หรือพระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ พุทธศักราช 2484 (ตั้งคำพิพากษาฎีกาที่ 128/2487) นั้น เมื่อการกระทำของคนไทยไม่เป็นความผิดตามกฎหมายก็ไม่ถือว่าคนต่างดาว เป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 หรือมาตรา 85 แลวแต่กรณี

6.3 การกระทำระหว่างบิดามารดากับบุตร มีความเห็นของนักกฎหมายดังต่อไปนี้

ก. อาจารย์สัญญาชัย สัจจวานิช เห็นว่า คนใช้ลูกให้ไปฆ่าพ่อของเขา ถ้ารู้ว่าเขาเป็นพ่อลูกกัน คนใช้ผิดตามมาตรา 289 แต่หาไม่รู้ว่าคนใช้ผิดมาตรา 288 ¹

ข. อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เห็นว่า ถ้า ก. โกรธ ข. พ่อของตน และอยากฆ่าพ่อให้ตาย ก. จ้าง ค. เด็กอายุ 13 ขวบ ให้เอายาพิษไปใส่ในถ้วยกาแฟ ข. ค. อยากได้เงินจึงทำตาม ข. ตายเพราะกินยาพิษ ค. นึกฐานฆา ข. ตาย

¹ สัญชัย สัจจวานิช, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไปและภาคหนึ่ง, หน้า 35.

โดยเจตนา แ่อาจความมีอายุขัยตามมาตรา 74 ขึ้นยกเว้นโทษซึ่งเป็น
เหตุส่วนตัวของ ก. ไม่มีผลไปถึงผู้กระทำคนอื่น ๆ ด้วย ก. มีความผิด
ฐานเป็นผู้ใช้ ต้องรับโทษเสมือนเป็นทักการ กล่าวคือ ก. ผิดฐานฆ่าคน
ตาย แต่เนื่องจากผู้ตายเป็นบุพการีและมีกฎหมายเพิ่มโทษกรณีฆ่าบุพการี คือ
มาตรา 289 การเพิ่มโทษตามมาตรา 289 เป็นเหตุส่วนตัวของ
ก. ก. จึงผิดฐานฆ่าบุพการีตามมาตรา 289 ¹

ก. อาจารย์จิติ ทิงศภทัย เห็นว่า กรณีบุตร
ใช้ผู้อื่นฆ่าบิดาหรือผู้อื่นใช้บุตรฆ่าบิดา ผู้อื่นกับบุตรต่างก็มีความรับผิดชอบต้องรับโทษ
คนละมาตรา คือบุตรรับผิดชอบตามมาตรา 289(1) ผู้อื่นรับโทษตามมาตรา
288 ²

ง. อาจารย์ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ เห็นว่า
ก. ใช้ให้ ข. ฆ่าพ่อของ ข. หาก ข. รู้ว่าคนที่ตนฆ่าคือพ่อของตน
ข. ย่อมมีความผิดฐานฆ่าบุพการี ใต้รับโทษเพิ่มขึ้นเพราะเป็นเหตุส่วนตัว
แต่ ก. ไม่ต้องรับโทษเพิ่มขึ้นด้วย เพราะ ก. ไม่มีเหตุส่วนตัว ³

ก. ใช้ให้ ข. ฆ่าพ่อของ ก. แม่ ข. จะรู้ ต.ช ก็มี
ความผิดเพียงฐานฆาตกรรมเพราะ ข. ไม่มีเหตุเพิ่มโทษส่วนตัว ส่วน
ก. นั้นก็คงรับโทษเท่าทักการ คือ ข. เพราะ ก. มิได้ลงมือกระทำด้วย
ตนเอง เพียงแต่เสมือนกับได้กระทำด้วยตนเองเท่านั้น ก. จึงควรมีความผิด

¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทบทวนคดีทั่วไป,
หน้า 426.

² จิติ ทิงศภทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 492.

³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, สัมนาหลักและปัญหาในกฎหมายอาญา,
หน้า 84.

ใช้ให้ ข. ฆานุกคดธรรมคา

จ. กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ถือว่า ถ้าหากเหตุเพิ่มโทษ หรือเหตุยกเว้นโทษที่มีลักษณะผสม¹ นั้นมีอยู่ในตัวของผู้ใช้ เหตุดังกล่าวนอกจากจะไม่มีผลไปถึงตัวการแล้ว แม้แต่กับตัวผู้ใช้เองก็ไม่มีผลด้วย ทั้งนี้เพราะต้องอาศัยความผิดของตัวการเป็นหลัก ดังนั้น การที่บุตรโซผู้อื่น ฆานุกคดธรรมคาของตน ทั้งบุตรและผู้ใช้จะได้รับโทษฐานฆานุกคดธรรมคา แต่กาเป็นเหตุเพิ่มโทษตัวการได้ก็ยอมโซกับผู้ใช้ด้วย ไม่ว่าผู้ใช้นั้นจะใครเหตุดังกล่าวหรือไม่ ดังนั้นการที่ผู้อื่นโซบุตรโฆฆานุกคดธรรมคาของบุตร บุตรจะมีความผิดฐานฆานุกคดธรรมคา ผู้โซก็ยอมมีความผิดเช่นเดียวกับบุตร และของระวางโทษเช่นเดียวกับบุตร ทั้งนี้ เพราะตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 59 โหลงโทษผู้โซอย่างเดียวกับผู้เป็นตัวการ²

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า

1. ในกรณีผู้อื่นโซให้บุตรฆานุกคดธรรมคา

1.1 ถ้าบุตรรู้ว่าเป็นฆานุกคดธรรมคาของตน บุตรต้องรับโทษสูงขึ้นตามมาตรา 289(1), 62 วรรคท้าย เพราะถือว่าเป็นเหตุส่วนตัวของบุตร เนื่องจากกฎหมายคำนึงถึงความสัมพันธ์ทางเครือญาติระวางบุคคล

¹ กล่าวคือ มีลักษณะผสมระวางเหตุในลักษณะคดี และเหตุส่วนตัว เพราะเป็นเหตุที่เนื่องมาจากคุณสมบัติของผู้กระทำ แต่เหตุนั้นมีผลไปถึงความผิด โดยทำให้ความผิดนั้นต้องระวางโทษหนักขึ้น หรือเบาลง โดยเหตุในลักษณะผสมนี้ไปเปลี่ยนแปลงความหนักเบาของความผิด จึงถือว่าเป็นเหตุในลักษณะคดีมากกว่า

² โกเมน ภัทรภิมย์, กฎหมายอาญาเปรียบเทียบ อาชญาวิทยา,



ทั้งสอง ส่วนผู้ใช้นั้นมาตรา 87 บัญญัติว่า "...ถ้าโดยลักษณะของความคิด ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบทางอาญา มีกำหนดโทษสูงขึ้นเฉพาะเมื่อผู้กระทำของรัฐ...ผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด จะต้องรับผิดชอบทางอาญาตามความคิดที่มีกำหนดโทษสูงขึ้นก็เฉพาะเมื่อคนใดรัฐ..." มาตราดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายในการที่จะลงโทษผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิดให้ของรับโทษสูงขึ้น ถ้าเขาขอเท็จจริง เช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด ซึ่งการรู้งี้กล่าวของผู้กระทำความผิดนั้นเป็นเหตุใหญ่ผู้กระทำความผิดของรับโทษสูงขึ้น ดังนั้น เมื่อผู้ใช้รู้ว่าบุคคลที่ปรึกษาเป็นบิดามารดาของบุตร แม้ผู้ใช้จะไม่มีความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับบุคคลเหล่านั้น ก็ต้องรับโทษสูงขึ้น เนื่องจากผู้ใช้ของรับโทษเสมือนเป็นทวิการ มาตรา 87 นี้มีความมุ่งหมายเป็นพิเศษที่จะลงโทษผู้ใช้ให้สูงขึ้น จะถือว่าเป็นเพียงเหตุส่วนตัวของบุตรซึ่งไม่มีผลถึงผู้ใช้ไม่ได้ มิฉะนั้นก็ไม่จำเป็นที่จะต้องบัญญัติมาตรา 87 ขึ้นมา ทั้งนี้เพราะกฎหมายได้บัญญัติเรื่อง เหตุส่วนตัวและเหตุในลักษณะคดีไว้ในมาตรา 89 แล้ว เช่นเดียวกับในกรณีเจ้าพนักงานการที่ผู้กระทำความผิดรู้ว่าตนเป็นเจ้าพนักงาน ทำให้ผู้กระทำความผิดของรับโทษสูงขึ้น ผู้ใช้จะต้องรับโทษสูงขึ้นด้วยก็ต่อเมื่อใครว่าคนนั้นเป็นเจ้าพนักงานเช่นกัน ดังนั้น ตามมาตรา 87 จึงอาศัยเฉพาะการรู้ของผู้ใช้ว่า ขอเท็จจริงนั้นทำให้ผู้กระทำความผิดของรับโทษสูงขึ้น ผู้ใช้ก็ต้องรับโทษสูงขึ้นเช่นกัน

1.2 กรณีบุตรไม่รู้ว่าบุคคลนั้นเป็นบิดามารดาของตน บุตรไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 62 วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้น โดยอาศัยขอเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องใครขอเท็จจริง" นั้น ดังนั้น ผู้ใช้ก็ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นแม้ผู้ใช้จะรู้ว่าบุคคลนั้นเป็นบิดามารดาของบุตร เพราะมิใช่กรณีที่ผู้กระทำความผิดของรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 87 วรรค 2

2. กรณีบุตรใช้ให้บุคคลอื่นมาบิดามารดาของตน เช่นนี้บุคคลอื่นมีความผิดฐานขูดฉูดตามมาตรา 288 เท่านั้น แม้จะรู้ว่าบุคคลนั้นเป็นบิดามารดาของบุตร เพราะมิได้มีความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับบุตร ส่วนบุตรนั้นถ้ารู้ว่าเป็นบิดามารดาของตน ต้องรับโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 289(1) , 84 (หรือมาตรา 85) , 62 วรรคท้าย เพราะถือว่าเป็นเหตุส่วนตัวของบุตรตามมาตรา 89 กรณีไม่ทงด้วยมาตรา 87 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้ใช้ให้หนักขึ้น เมื่อผู้กระทำความผิด (ตัวการ) จะต้องรับผิดทางอาญามีกำหนดโทษสูงขึ้น

6.4 การกระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงาน แยกพิจารณาต่อไปนี้

1. กรณีบุคคลธรรมดาใช้ให้เจ้าพนักงานกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เช่น ภริยาขู่งให้สามีซึ่งเป็นข้าราชการรับสินบนจากพอลคา หากสามีทนคำขู่งของภริยาไม่ได้ และไปกระทำความผิดฐานรับสินบน มีความเห็นของนักกฎหมายแตกต่างกัน 2 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายแรก¹ เห็นว่า การกระทำดังกล่าวของบุคคลธรรมดาไม่ถือว่าเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดเพราะขาดคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (กล่าวคือ ไม่ได้เป็นเจ้าพนักงาน) เมื่อไม่สามารถเป็นตัวการตามมาตรา 83 ได้ ก็ไม่อาจเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 หรือมาตรา 85 เช่นกันจะเป็นได้เพียงผู้สนับสนุนเท่านั้น

ฝ่ายหลัง เห็นว่า แม้บุคคลธรรมดาไม่อาจเป็นตัวการผู้กระทำความผิดได้ เพราะขาดคุณสมบัติของการเป็นตัวการก็สามารถเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดได้ เพราะมาตรา 84 ได้บัญญัติ

¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, จิตติ ทิงศกัณย์, ทวี กลียพงค์

ให้การใช้ให้กระทำความผิดเป็นเสมือนความผิดพิเศษทางหากแยกออกไปจาก ความผิดที่ใช้ให้กระทำ ไม่ได้อาศัยความผิดที่ใช้ให้กระทำเป็นหลักคงอาศัย เพียงอัตราโทษเท่านั้น และมาตรา 84 ก็มีบัญญัติให้ผู้ใช้เป็นท้าวการ เพียงแต่ให้รับโทษเสมือนเป็นท้าวการในกรณีที่ผู้ถูกใช้ใดกระทำความผิดตามที่ ใช้ั้นเท่านั้น ดังนั้นบุคคลธรรมดาอาจใช้ให้เจาพนักงานกระทำความผิดฐาน ทจริตท่อนาทีได้

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นดังต่อไปนี้

(1) ผู้ใช้ไม่ใช่ท้าวการผู้กระทำความผิด ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 84 แยกบัญญัติไว้ต่างหากจากการเป็นท้าวการและผู้สนับสนุน วรรคแรกของมาตรา 84 กล่าวถึงองค์ประกอบของการเป็นผู้ใช้ให้ กระทำความผิด ส่วนวรรคสองเป็นการบัญญัติถึงโทษที่ผู้ใช้จะได้รับ กล่าวคือ กรณีความผิดมิได้กระทำลงผู้ใช้ของระวางโทษ 1 ใน 3 ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ส่วนกรณีที่มีการกระทำความผิดตามที่ใช้ ผู้ใช้ ต้องรับโทษเสมือนเป็นท้าวการ shall receive the punishment as principal จากถ้อยคำของกฎหมายดังกล่าว เป็นการหมายถึงโทษที่จะลงแก่ ผู้ใช้ให้กระทำความผิดว่าให้ลงโทษเช่นที่ท้าวการจะได้รับ (ท้าวการมีความผิด ฐานใดก็ลงโทษผู้ใช้ในความผิดฐานนั้นแต่อัตราโทษที่จะลงอาจแตกต่างกันได้) เป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้เกิดความสะดวกและใช้ถ้อยคำที่รัดกุมหาได้ กล่าวหาผู้ใช้เป็นท้าวการผู้กระทำความผิด ต่างจากกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ที่บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ผู้ใช้เป็นท้าวการผู้กระทำความผิด shall be considered as principal และกฎหมายลักษณะอาญาเดิมมาตรา 64 ซึ่งถือว่าผู้ใช้เป็นท้าวการ

(2) เมื่อผู้ใช้ไม่ใช่ตัวการ ดังนั้นความเคารพอย่างสูง ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความเห็นที่ว่า หากผู้ใดเป็นตัวการตามมาตรา 83 ไม่ได้ ก็ยอมเป็นผู้ใช้ตามมาตรา 83 ไม่ได้ หากผู้ใดเป็นตัวการตามมาตรา 83 ได้ก็เป็นผู้ใช้ตามมาตรา 84 ได้ แต่เห็นว่า ผู้ใช้จะเป็นใครก็ได้ เมื่อ การกระทำของเขาเข้าองค์ประกอบตามมาตรา 84 วรรคแรกแล้ว ถือว่า เป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดทั้งนั้น

(3) การถือว่า ผู้ใช้และผู้ถูกใช้ ต้องเป็นเจ้านักงาน จึงจะมีการใช้ให้กระทำความผิดได้นั้น ย่อมทำให้หลักกฎหมายดังกล่าว ไม่ อาจที่จะนำมาใช้ได้อย่างกว้างขวาง เป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลกระทำความผิดกันมากขึ้น เพราะไม่ถือว่าเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด แมื่บุคคล ดังกล่าวอาจถูกลงโทษฐานเป็นผู้สนับสนุนได้ก็ตาม แต่พึงสังเกตว่า โทษที่ ผู้ใช้ให้กระทำความผิดและผู้สนับสนุนจะพึงได้รับนั้น แยกต่างกันแสดงให้เห็นว่า กฎหมายถือว่า การเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดนั้น มีผลร้ายแรงกว่าการเป็นผู้สนับสนุน จึงลงโทษผู้ซมมากกว่าผู้สนับสนุน และแม้ความผิดที่ผู้ใช้ยังไม่ กระทำ ผู้ใช้ก็ต้องรับโทษทางจากผู้สนับสนุนหาที่มีความผิดไม่ถาความผิดที่ตน สนับสนุนนั้นไม่เกิดขึ้น ดังนั้น ถ้าถือว่า สามารถลงโทษผู้กระทำในฐานะเป็น ผู้สนับสนุนได้อยู่แล้วก็ไม่มียประโยชน์แก่ประการใด ที่จะบัญญัติกฎหมายเรื่องผู้ใช้

2. กรณีเจ้านักงานใช้ให้บุคคลที่มีใจเจ้านักงาน กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่เจ้านักงานมีความผิดเหมือนกับได้กระทำด้วยตนเอง โดยถือว่าบุคคลนั้นเป็นเครื่องมือ innocent agent ของเจ้านักงานใน การกระทำความผิดและผู้ที่ถูกใช้มีความผิดเพียงสนับสนุนให้เจ้านักงานกระทำความผิดคิดดังกล่าวเท่านั้น

ดังนั้น แม้ผู้ใช้จะไม่ได้เป็นเจ้านักงาน ผู้เขียนก็เห็นว่า บุคคลนั้นเป็นผู้ใช้ให้ (เจ้านักงาน) กระทำความผิดตามมาตรา 84 หรือมาตรา 85 ได้แล้วแต่กรณี

สรุป ตามกฎหมายไทย แม้ผู้ใช้ให้กระทำความผิดจะต้องรับโทษเสมือนเป็น
 ตัวการ (ในกรณีตัวการใดกระทำความผิด) แต่ก็จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบ
 อื่น ๆ อันมีผลกระทบต่อความรับผิดชอบซึ่งก่อให้เกิดกฎหมายมีความคิดเห็นแตกต่างกันออกไป
 ไม่เป็นที่ยุติ ต่างกับหลักในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ (ไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษ
 ฝรั่งเศส หรือสหรัฐอเมริกา) กล่าวคือ ผู้ใช้ของรับโทษเช่นเดียวกับตัวการผู้กระทำ
 ความผิด จึงไม่มีปัญหาในการลงโทษผู้ใช้

เปรียบเทียบหลักกฎหมายในเรื่องผู้ใช้ให้กระทำความผิดของประเทศไทย อังกฤษและ
 สหรัฐอเมริกา

ขอเหมือนกัน

1. องค์ประกอบของการเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด
 - 1) มีการกระทำซึ่งเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด
 - 2) มีเจตนาให้ผู้อื่นกระทำความผิด

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ แม้เจตนาอันจะรวมถึงกรณีผู้ใช้ประมาท
 เดินเลออย่างร้ายแรงด้วย recklessness ก็ถือว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมาย
 ไทยในเรื่องผู้ใช้เจตนาโดยเห็นผล

2. ผู้นั้นจะเป็นบุคคลใดโดยเฉพาเจาะจงหรือบุคคลทั่วไปก็ได้
3. ผู้นั้นจะต้องได้ทราบถึงการใช้นั้นแล้ว แม้จะไม่ได้กระทำความผิดตาม
 ที่ถูกใช้ ก็ถือว่าเป็นการให้กระทำความผิดแล้ว
4. อาจมีการใช้ให้กระทำความผิดเป็นทอด ๆ ได้

สรุปแล้วหลักเกณฑ์ส่วนใหญ่ในกฎหมายเรื่องผู้ใช้ให้กระทำความผิด
 ของประเทศทั้งสาม เป็นไปในทำนองเดียวกัน จะมีข้อแตกต่างกันบ้างก็เป็น

เพียงส่วนน้อย ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

ขอแตกต่าง

1. ผู้ขึ้นความกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นรวมถึงบุคคลทั่วไปด้วย แต่บุคคลทั่วไปนี้ต้องกำหนดจำนวนใดแน่นอน ต่างจากกฎหมายของประเทศไทยและอังกฤษ ซึ่งหาได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เช่นนี้ไม่ บุคคลทั่วไปจะมีจำนวนเท่าใดก็ได้ (กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ต้องกระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ไม่ใช่โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไป)

2. กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ถือว่า ถ้าผู้ถูกใช้ไม่ทราบถึงการใช้เป็นการพยายามใช้ให้กระทำความผิด แต่ตามกฎหมายไทย นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าไม่มีการพยายามใช้ให้กระทำความผิด เพราะไม่ใช่ความผิดที่บัญญัติไว้ในภาคความผิด ดังนั้นจะนำหลักเกณฑ์เรื่องการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 ซึ่งอยู่ในบทบัญญัติทั่วไปด้วยกันมาใช้ไม่ได้

3. ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ถือว่ามี การใช้ให้กระทำความผิดที่เกิดขึ้นโดยไม่มีเจตนาใด (ประมาณเดินเลออย่างร้ายแรง *recklessness* หรือประมาณ ขาดความระมัดระวัง *negligence* ส่วนกฎหมายไทยนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า ไม่อาจมีการใช้ให้กระทำความผิดที่เกิดขึ้นโดยประมาณเดินเลอ ทั้งนี้เพราะไม่อาจทราบได้ว่าจะมีการกระทำความผิดเมื่อใด การกระทำความผิดของผู้ถูกใช้จะต้องเกิดจากการกระทำโดยเจตนา ถ้าไม่มีเจตนาถือว่าผู้ใช้เป็นผู้กระทำความผิดนั่นเอง โดยใช้ *innocent agent*

4. การบอกเลิกการใช้

ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มีความเห็น 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการบอกเลิกเป็นข้อแก้ตัวของผู้ใช้ที่ไม่ต้องรับผิดชอบ แต่อีกฝ่ายหนึ่ง

ถือว่าผู้ไ้ยัง ต้องรับผิดชอบ

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ แม้จะมีการบอกเลิกการไ้
ผู้ไ้ก็ยัง ต้องรับผิดชอบ เพราะถือว่าเป็นความผิดเบื้องต้นกล่าวคือ เมื่อมี
การไ้ก็เป็นความผิดแล้ว

ส่วนกฎหมายของประเทศไทยยังมีปัญหาอยู่ โดยฝ่ายหนึ่ง
เห็นว่าเมื่อมีการบอกเลิกการไ้ให้กระทำความผิดแล้ว ผู้ถูกไ้ยังกระทำ
ความผิดต่อไป ผู้ไ้ของระวางโทษ 1 ใน 3 ของโทษที่กำหนด
ไว้สำหรับความผิดนั้น ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าผู้ไ้ไม่ตองรับโทษเลยหรือ
ตองรับโทษเสมือนเป็นท้าวการ ทั้งนี้แล้วแต่ว่าผู้ถูกไ้กระทำความผิดด้วย
ความประสงค์ของตนเองหรือเพราะการไ้

5. ขอยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ไ้

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ได้กำหนดข้อ
ขยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ไ้ให้กระทำความผิดในบางกรณี เช่นตามกฎหมาย
ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่

1) เจาพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายหรือบุคคลอื่นซึ่งกระทำใน
นามของเจาพนักงานไ้ใหญ่ตองสงสัยเข้าร่วมในการกระทำความผิดเพื่อ
เป็นเครื่องมือในการจับกุมบุคคลผู้ซึ่งตั้งใจจะเข้าร่วมในการกระทำความผิด
นั้น เช่นในความผิดฐานค้าประเวณี เล่นการพนัน การขายยาเสพติด¹

2) ไม่ถือว่าเป็นการไ้ให้กระทำความผิด สำหรับบุคคล
(ซึ่งมีเหตุผลที่จะเชื่อว่าบุคคลอื่นตั้งใจจะกระทำความผิด) ที่ให้โอกาสใน
การกระทำความผิด ถ้ามีวัตถุประสงค์โดยสุจริตเพื่อป้องกันหรือรักษาพยาน

¹La Fave & Scott, Criminal Law, p. 421.

หลักฐานที่ชี้ชัดว่าผู้กระทำความผิด และไม่ใช่การใช้ innocent agent
กระทำความผิด¹

3. กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติคุ้มครองบุคคลใดโดยเฉพาะ เช่น
A ใช้ให้ B กระทำความผิดกับ A และโดยสภาพของความผิด A
จะต้องเข้าร่วมในการกระทำความผิดด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และกฎหมาย
ไม่มีเจตนาที่จะลงโทษบุคคลในฐานะ เช่น A เช่นนี้ไม่ถือว่า A เป็น
ผู้ให้ B กระทำความผิดตามกฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองบุคคลเช่น A²

4. ในความผิดประเภท strict liability ไม่นำมาใช้กับ
accomplice เช่น นายซึ่งช่วยเหลือผู้ก่อสร้างชายบ้านในราคาเกิน
กว่าที่กฎหมายกำหนด (เป็นความผิดประเภท strict liability)
ไม่ถือว่าเป็น accomplice เมื่อพยานไม่รู้ว่าผู้ก่อสร้างใดชายบ้านเกิน
ราคาที่กฎหมายกำหนดไว้³

กรณีที่ถือว่าไม่เป็นข้อแก้ตัวของผู้ให้⁴

1. ในกรณีที่ผู้ถูกใช้ไม่สามารถกระทำความผิดได้ ซึ่งผู้ให้ไม่รู้
(ความรับผิดชอบของผู้ให้ จะดูจากพฤติการณ์ตามที่ผู้ให้เชื่อว่าเป็นเช่นนั้น)
2. ผู้ถูกใช้ไม่คงรับผิดชอบหรือได้รับความคุ้มกัน immunity จาก
การฟ้องหรือลงโทษสำหรับการกระทำความผิดที่ผู้ถูกใช้

¹Ibid., p. 421.

²Ibid., p. 421-422.

³Ibid., p. 521.

⁴Ibid., p. 422.

ข้อยกเว้นตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ¹

1. ไม่ถือว่าเป็นผู้ใช้โทษกระทําความผิด ถ้าเขามีเจตนาที่จะ
ขัดขวางการกระทําความผิดนั้น กล่าวคือ ถ้าจำเลยเชื่อว่าเขาสามารถ
ขัดขวาง ทำลาย foil แผนการการกระทําความผิด เขาจะไม่มีความคิด
เช่น ผู้แจ้งข่าวแก่ตำรวจ police informer ใดร่วมกับแก๊ง gang
ผู้วางแผนกระทําความผิด และเขาได้ช่วยแก๊งดังกล่าวโดยรู้ว่าตำรวจจะขัดขวาง
การกระทําความผิดได้ทันเวลา ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้เกิดความคิด (สำเร็จ)
ขึ้น เช่นนี้ police informer ไม่มีความคิดฐานใช้ incite ให้
(พยายาม) กระทําความผิด แต่แม้ตำรวจจะไม่อาจขัดขวางการกระทําความผิด
(สำเร็จ) นั้นได้ police informer ก็ไม่มีความคิดเช่นกัน

2. ในกรณีที่ถือว่าเหยื่ออาชญากรรม victim of a crime
เป็นผู้ร่วมกระทําความผิด party to crime บุคคลดังกล่าวนี้ไม่อาจจะถูกฟ้อง
ร้องว่าใช้โทษกระทําความผิดต่อตัวเอง ไม่ว่าความคิดที่ใช้จะใดกระทําหรือไม่

แต่กฎหมายไทยหาได้มีหลักเกณฑ์เช่นนั้นไม่ อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็น
ว่า สมควรที่จะมีข้อยกเว้นความรับผิดในบางกรณี เช่น กฎหมายของประเทศ
ทั้งสอง ทั้งนี้เพื่อความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน หรือเพื่อคุ้มครอง
บุคคลใดโดยเฉพาะ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงหลักกฎหมายไทยที่มีอยู่

¹Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, p. 386.