



บทที่ 5

บทสรุปและเสนอแนะ

ผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามกฎหมายไทยนั้น เป็นบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งแยกออกจากจากตัวการ และผู้สนับสนุน ความรับผิดในทางอาญาของบุคคลดังกล่าวนี้เป็นความรับผิดที่เกิดจากการกระทำของผู้อื่น **derivative liability** ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดในการกระทำของผู้อื่นนั้นมีด้วยกัน 2 ทฤษฎี ทฤษฎีหนึ่ง (ความรับผิดในความหมายอย่างกว้าง) ถือว่าแมการกระทำของตัวการผู้กระทำความผิดนั้นจะได้รับการยกเว้นโทษ ผู้ใช้ให้กระทำความผิดก็ยังคงรับผิดในการกระทำนั้นอยู่ อีกทฤษฎีหนึ่ง (ความรับผิดในความหมายอย่างแคบ) ถือว่าถ้าผู้กระทำความผิดไม่ถูกลงโทษก็ไม่ถือว่าเป็นการใช้ให้กระทำความผิด จากแนวความคิดดังกล่าวทั้ง 2 ทฤษฎีก่อให้เกิดความเห็นที่แตกต่างกันในหมู่นักกฎหมาย (ทั้งนี้แล้วแต่ว่าบุคคลใดจะเห็นด้วยกับแนวความคิดใด) ในเรื่องเกี่ยวกับการเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดและผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม

ผู้ใช้ตามกฎหมายไทยนั้นมีได้ 2 กรณี คือ ผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 และผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิดตามมาตรา 85 โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. มีการก่อให้เกิดผู้กระทำความผิด โดยวิธีการก่อกวนตามมาตรา 84 นั้นอาจจะเป็นการใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้าง วาน หรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ส่วนมาตรา 85 นั้น ต้องเป็นการโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด ซึ่งเกี่ยวกับคำว่าผู้อื่นตามมาตรา 84 นั้น นักกฎหมายมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าผู้อื่นนั้น

หมายถึง บุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจงหรือบุคคลทั่วไปตามมาตรา 85 ก็ได้ โดยถือว่า มาตรา 84 นั้นเป็นบทบัญญัติทั่วไป ส่วนมาตรา 85 เป็นบทบัญญัติเฉพาะ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าต้องเป็นบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น

การกอน็ทองเป็นเหตุให้ผู้อื่นตกลงใจที่จะกระทำความคิด กรณีมิใช่ว่า ผู้กระทำความผิดตัดสินใจที่จะกระทำความคิดนั้นก่อนแล้ว และผู้อื่นจะทองได้ ทราบถึงการใช้นั้น (ถ้าไม่ทราบผู้เขียนเห็นว่า เป็นการพยายามใช้ให้กระทำความผิด) เช่นเดียวกับหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศเยอรมัน สหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ

2. การกอน็ทองให้ผู้อื่นกระทำนั้นทองกระทำโดยเจตนา ตามมาตรา 59 และความคิดที่เกิดขึ้นนั้นทองกระทำโดยเจตนาด้วย เพราะความคิดที่กระทำโดยไม่มีเจตนาหรือประมาทยอมรู้ไม่ไควว่าจะเกิดขึ้นเมื่อใด จึงมีการใช้ให้กระทำความผิดไม่ได้

ส่วนความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าวจะมีมากน้อยเพียงใดให้พิจารณาตาม มาตรา 84 วรรค 2 และมาตรา 85 แล้วแต่กรณี กล่าวคือ กรณี ความคิดมิได้กระทำลง ผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 ทองระวาง โทษ 1 ใน 3 ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความคิดนั้น (ซึ่งก่อให้เกิดปัญหา ในการลงโทษผู้กระทำความผิดเมื่อความคิดนั้นกฎหมายกำหนดโทษประหารชีวิต แต่ประการเดียว) ส่วนผู้โฆษณาหรือประกาศให้บุคคลอื่นกระทำความผิดทองระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความคิดนั้น (มาตรา 85 วรรคแรก) เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นตามที่ใช้ ผู้ใช้ทั้ง 2 กรณีต้องรับโทษเสมือน เป็นตัวการ แต่อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ใช้จะทองรับผิดชอบนั้นทองปรากฏว่าการกระทำของผู้ถูกใช้นั้นได้กระทำไปภายในขอบเขตเจตนาของผู้ใช้ด้วย (มาตรา 87) เว้นแต่

ก. โดยพฤติการณ์อาจเล็งเห็นไควว่าอาจเกิดการกระทำความผิดเช่นนั้น

ข. ผู้ถูกใช้ ผู้กระทำตามคำโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไป ให้กระทำความผิด ต้องรับผิดทางอาญาที่มีกำหนดโทษสูงขึ้นเพราะอาศัยผลที่เกิดจากการกระทำความผิด

ค. ผู้กระทำจะต้องรับผิดทางอาญาที่มีกำหนดโทษสูงขึ้น เฉพาะเมื่อผู้กระทำของรัฐหรืออาจสังเกตเห็นผลใดว่าจะเกิดผลเช่นนั้น ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศจะต้องรับผิดตามความผิดที่มีกำหนดโทษสูงขึ้นเฉพาะเมื่อตนใคร่ และอาจสังเกตเห็นผลใดว่าจะเกิดผลเช่นนั้นขึ้น (มาตรา 87)

นอกจากนั้นความรับผิดของผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด อาจเปลี่ยนแปลงไปเนื่องจาก

1. การชักชวนของผู้ใช้ตามมาตรา 88
2. เหตุส่วนตัว และเหตุในลักษณะคดีตามมาตรา 89 (ซึ่งมีผลต่อผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด) อันเป็นเหตุยกเว้นโทษ ลดโทษ หรือเพิ่มโทษ แก่ผู้กระทำความผิด
3. เนื่องจากกระบวนการวิธีพิจารณาความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192

จากที่กล่าวมาแล้วทั้งหมดข้างต้น สรุปแล้วปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับเรื่อง ความรับผิดในทางอาญาของผู้ใช้ มีดังต่อไปนี้

1. กรณีข้อแตกต่างระหว่างผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84, 85 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ถ้าการกระทำของผู้ถูกใช้เป็นความผิด แม้อผู้ถูกใช้จะไม่ต้องรับโทษ ก็ถือว่าการผิดนี้เป็นเรื่องผู้ใช้ให้กระทำความผิด แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าแม้อการกระทำนั้นจะเป็นความผิดแต่ถ้าผู้ถูกใช้ไม่ต้องรับโทษ ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม

2. ความหมายของคำว่า "ผู้อื่น" ตามมาตรา 84 โดยฝ่าย

หนึ่ง เห็นว่าผู้อื่นหมายถึงบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งอาจจะเป็นคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ แต่อีกฝ่ายหนึ่ง เห็นว่าผู้อื่นอาจหมายถึงบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจงหรือบุคคลทั่วไปตามมาตรา 85 ก็ได้

3. การลงโทษผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 เมื่อผู้ถูกใช้ยังไม่ได้กระทำความผิดและความผิดนั้นกฎหมายกำหนดโทษประหารชีวิต แต่สถานเดียว เช่นกรณีตามมาตรา 289 กรณีดังกล่าวนี้ประมวลกฎหมายอาญาหาได้บัญญัติถึงโทษที่จะลงแก่ผู้ใช้ให้กระทำความผิดไม่ แม้ศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 91/2510 จะได้อธิบายโดยนำมาตรา 52 มาใช้ โดยถือว่าการลงโทษ 1 ใน 3 เท่ากับเป็นการลดโทษ 2 ใน 3 เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายก็ตาม แต่ก็หาเป็นการสมควรไม่

4. กรณีตามมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มีปัญหาว่า คำว่า ผู้ใช้ให้กระทำความผิดนั้นรวมหมายถึงผู้โฆษณาหรือประกาศด้วยหรือไม่

5. กรณีผู้โฆษณาเลิกการโฆษณาแล้ว แม้ผู้ถูกใช้ยังคงกระทำความผิดต่อไป เช่นนี้ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าผู้ใช้ไม่ตองรับผิดเลย แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าผู้ใช้อังต้องรับโทษ 1 ใน 3 ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

6. ปัญหาเกี่ยวกับการรวมกระทำความผิดกับบุคคลที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติไว้ เช่น เจ้านักงาน จะมีการใช้เจ้านักงานให้กระทำความผิดได้หรือไม่ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าบุคคลธรรมดาไม่อาจเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดได้ (เพราะไม่ใช่เจ้านักงาน) เพราะเมื่อบุคคลธรรมดาเป็นตัวการตามมาตรา 83 ไม่ได้ยอมเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดไม่ได้เช่นกัน แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าบุคคลธรรมดาเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดได้ เพราะมีการก่อให้เกิดบุคคลอื่นกระทำความผิดโดยเจตนาและกฎหมายไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะเป็นผู้ใช้ไว้ ดังนั้นผู้ใช้อจะเป็นใครก็ได้เมื่อการกระทำของเขาเข้าองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 84, 85

7. กรณีขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้กระทำความผิดตาม มาตรา 87 วรรค 2 ที่ว่า "...ถ้าโดยลักษณะของความผิด ผู้กระทำจะต้อง รับผิดชอบทางอาญามีกำหนดโทษสูงขึ้น เฉพาะเมื่อผู้กระทำต้องรู้...ผู้ให้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด...จะต้องรับผิดชอบทางอาญาตามความผิดที่มีกำหนดโทษสูงขึ้นก็เฉพาะเมื่อตนใครรู้..." เช่นในกรณี บุคคลอื่นใช้ให้บุตรชามีคามารคาของตน (บุตร) ถ้าบุตรรู้ว่าเป็นบิดามารดา บุตรต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 289(1) ปัญหาว่าผู้ให้ของรับโทษอย่างไร ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ถ้าผู้ให้รู้ว่าผู้ตายเป็นบิดามารดาของบุตร ผู้ให้ของรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 289(1) โดยผลของมาตรา 87 วรรค 2 อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ไม่วาจะเป็นประการใด ผู้ใช้ให้กระทำความผิดมีความผิดตามมาตรา 288 ส่วนบุตรมีความผิดตามมาตรา 289(1)

จากปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ผู้เขียนได้สรุปความเห็น พร้อมทั้งเสนอแนะในบางกรณีดังต่อไปนี้

1. กรณีคาบเกี่ยวระหว่างผู้ใช้ให้กระทำความผิดและผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม การถือว่าผู้ใช้ให้กระทำความผิดเป็นผู้ที่ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด กล่าวคือมีการกระทำอันเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดและการ ก่อให้เกิดการกระทำโดยเจตนา นอกจากนั้นการกระทำความผิดของผู้ถูกใช้จะต้องกระทำโดยเจตนาด้วย แมว่าผู้ถูกใช้อาจจะไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายในบางกรณี จะก่อให้เกิดผลเป็นที่น่าพอใจ กล่าวคือ

ก. สอดคล้องกับแนวความคิดในระบบกฎหมายของ ประเทศไทยเอง กล่าวคือ ศาลฎีกายังถือว่า กรณีที่ใช้ให้เด็กอายุต่ำกว่า

7 ปีไปกระทำความผิด เมื่อการกระทำของเด็กเป็นความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ ก็ยังถือว่าผู้ใช้นั้นเป็นผู้ให้กระทำความผิด หากผู้ให้เป็นผู้กระทำความผิดโดยทาง อ้อมไม่ และนักกฎหมายส่วนมากก็มีความคิดเห็นเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยของศาลฎีกา

ข. ถ้าถือว่าผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม หมายถึง

บุคคลที่ใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดซึ่งการกระทำของบุคคลอื่นนั้นไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย (ตามความเห็นของฝ่ายแรก) ก็จะต้องถือว่าในทุกกรณีที่ตัวการผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษเป็นเรื่องผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม แต่ความคิดเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรกนี้เองกลับเห็นว่า การที่บุคคลอื่นใช้ให้สามีลักทรัพย์ของภริยาเป็นการใช้ให้กระทำความผิด แสดงให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องกันในความคิดเห็นดังกล่าว เกิดความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมาย ต่างจากแนวความคิดที่ถือว่าแม้ตัวการผู้กระทำความผิดจะไม่ต้องรับโทษก็ถือว่าเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด ซึ่งแนวความคิดนี้ (รวมทั้งศาลฎีกาและนักกฎหมายส่วนใหญ่) สอดคล้องกันเป็นระบบมีหลักเกณฑ์แน่นอน

ค. การใช้ให้กระทำความผิดนั้นถือว่าเป็นความผิดในทันทีที่มีการใช้ แม้ผู้ถูกใช้จะยังมีได้กระทำความผิดก็สามารถลงโทษผู้ใช้ให้กระทำความผิดได้ เช่น ก. ใช้เด็กอายุ 7 ปีให้กระทำความผิด ถ้าเด็กยังไม่ได้กระทำความผิดตามที่ใช้ ก. ต้องระวางโทษ 1 ใน 3 หรือกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ตามมาตรา 84, 85 แล้วแต่กรณี แต่เมื่อเด็กได้กระทำความผิดแล้วทำไมจึงถือว่าเป็นเรื่องผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อมกรณีต่างกันอย่างไรถ้า ก. ใช้ ข. มา ค. เพราะถึงอย่างไรการกระทำของเด็กหรือของ ข. ก็เป็นความผิด (จะต่างกันก็แต่กรณีแรกเด็กไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 73 เท่านั้น) นอกจากนั้นบทบัญญัติในมาตรา 84, 85 ก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าผู้ถูกใช้จะต้องรับโทษสำหรับความผิดที่ตนกระทำนั้นจึงจะถือว่าเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด เมื่อผู้ใช้มีเจตนาก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด และผู้อื่นนั้นมีเจตนาที่จะกระทำความผิดตามที่ผู้ใช้ถือว่าเป็นเรื่องการใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 วรรคแรก, 85 วรรคแรกแล้วแต่กรณีแล้ว ส่วนความรับผิดของผู้ใช้จะมีประการใดให้พิจารณาจากวรรค 2 ของมาตรานั้น ๆ แต่ถาการกระทำของผู้ถูกใช้ไม่เป็นความผิดเพราะขาดเจตนาตามมาตรา 59 จึงจะถือว่าเป็นเรื่องผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม แต่ทั้งนี้ก็มีข้อยกเว้นในบางกรณี

ง. เนื่องจากผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อมนั้นไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายสนับสนุนหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นแต่เกิดจากการตีความของนักกฎหมาย ดังนั้น ควรจะได้บัญญัติกฎหมายรองรับเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเช่นเดียวกับ Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติว่า "ผู้กระทำความผิด ถ้าเขา ก่อให้ผู้บริสุทธิ์ หรือผู้ซึ่งไม่ตองรับผิดชอบเข้ามาเกี่ยวข้องในการกระทำ" และประมวลกฎหมายของประเทศเยอรมันซึ่งบัญญัติว่า "ผู้กระทำความผิดคือบุคคลซึ่งกระทำความผิดด้วยตัวเขาเอง หรือโดยผ่านบุคคลอื่น" แต่ในการบัญญัติกฎหมายนั้น จำต้องคำนึงถึงระบบกฎหมายหรือแนวความคิดเห็นที่มีอยู่ในประเทศไทยเราด้วยการบัญญัติกฎหมายเช่นเดียวกับ Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา ขอมขัดกับแนวความคิดทางกฎหมายของประเทศไทย เพราะเราถือว่าถ้าการกระทำของผู้ถูกใช้เป็นความผิด แม้เขาไม่ตองรับโทษก็เป็นเรื่องผู้ใช้ให้กระทำความผิด เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายนั้นขึ้นมาเพื่อรองรับการกระทำความผิดโดยทางอ้อมเท่านั้น จึงเห็นสมควรบัญญัติกฎหมายเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน กล่าวคือ มีหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ให้เห็นว่าการกระทำความผิดโดยทางอ้อมจะเกิดขึ้นได้อย่างไร และจำเป็นที่จะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับเรื่องผู้ใช้ให้กระทำความผิดด้วย (อาจกระทำความผิดด้วยตนเองหรือกระทำโดยใ้บุคคลอื่นเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดก็ได้)

2. คำว่าผู้ติดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 นั้นถ้าหมายรวมถึงบุคคลทั่วไปตามมาตรา 85 จะก่อให้เกิดผลดี กล่าวคือ สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทุกกรณีเมื่อมีการก่อก่อผู้ติดตามกระทำความผิด เพราะการที่กฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องผู้ใช้ตามมาตรา 84 และมาตรา 85 นั้น ก่อให้เกิดปัญหาตามมาคือ ไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้ในบางกรณี เมื่อเป็นการโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด แต่ความผิดนั้นมีกำหนดโทษต่ำกว่า 6 เดือน (เช่นความผิดหุโทษ) กรณีจึงไม่อาจนำมาตรา 85 มาใช้บังคับได้ ครั้นจะนำมาตรา 84 มาใช้ก็ไม่ได้เพราะคำว่าผู้ติดตามมาตรา

84 นั้นหมายถึงบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง

แม้ตามบทบัญญัติในมาตรา 85 มีความมุ่งหมายที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้น เพราะเห็นว่าการกระทำนั้นมีผลกระทบต่องสังคมส่วนรวมมากกว่ากรณีตามมาตรา 84 กล่าวคือ ในกรณีที่ความผิดนั้นยังมีได้กระทำผู้โฆษณาหรือประกาศจะต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผู้โฆษณาหรือประกาศก็ต้องระวางโทษเสมือนเป็นตัวการ เช่นเดียวกับมาตรา 84 และผลการลงโทษในกรณีที่ความผิดยังมีได้กระทำตามมาตรา 84, 85 นั้นไม่แตกต่างกันมากนัก นอกจากนั้นคำว่าวิธีอื่นใดยังอาจรวมถึงวิธีการโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลอื่นทั่วไปตามมาตรา 85 ด้วย

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า ถ้ามีการแปลกฎหมายดังที่กล่าวไว้ข้างต้นจะไม่เกิดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ สามารถนำกฎหมายเรื่องนี้ไปใช้บังคับได้ในทุกกรณีสมตามความมุ่งหมายในการบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดโดยการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ถือว่าบุคคลอื่นนั้นหมายรวมถึงบุคคลทั่วไปด้วย นอกจากนั้นยังมีผลทำให้ไม่จำต้องบัญญัติกฎหมายมาตรา 85 เพราะมาตรา 84 สามารถใช้ได้ทุกกรณี

3. การลงโทษผู้ใช้ให้กระทำความผิด

ในกรณีความผิดที่ใช้ให้กระทำนั้นกฎหมายกำหนดให้ลงโทษประหารชีวิต แต่ประการเดียว เช่นกรณีตามมาตรา 289 เมื่อผู้ถูกใช้ยังมีได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องระวางโทษ 1 ใน 3 (ตามมาตรา 84) ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น (คือโทษประหารชีวิต) การลงโทษดังกล่าว (1 ใน 3) นั้นเท่ากับว่ากฎหมายได้ลดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด 2 ใน 3 แต่ประมวลกฎหมายอาญาหาได้บัญญัติถึงการลดโทษในกรณีดังกล่าวไม่ กล่าวคือ มาตรา 52 บัญญัติว่า "ในการลดโทษประหารชีวิตไม่ว่าจะเป็นการลดมาตราส่วนโทษ หรือลดโทษที่จะ

ลง ให้ลคกตั้งต่อไปนี้

(1) ถ้าจะลค 1 ใน 3 ให้ลคเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถ้าจะลคกึ่งหนึ่ง ให้ลคเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือ

โทษจำคุกตั้งแต่สี่สิบห้าปีถึงห้าสิบปี"

ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการลงโทษผู้ใช้ให้กระทำความผิดเมื่อเกิดกรณีดังกล่าวขึ้น แม้ศาลฎีกาจะได้เคยตัดสินไว้ในคดี 91/2510 แต่ก็ทำให้เกิดผลที่ไม่เป็นที่น่าพอใจ ดังนั้น จำเป็นที่จะต้องหาทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้น โดยอาจจะเป็นกรณีดังต่อไปนี้

ก. ในการคิดคำนวณนั้น (โดยการนำเอาหลักกฎหมายที่มีอยู่มาใช้) เนื่องจากกรณีดังกล่าวถือว่ามีกรลโทษผู้กระทำความผิด 2 ใน 3 (เท่ากับ 1 ใน 3 + 1 ใน 3) ดังนั้น ให้ลคโทษ 1 ใน 3 ก่อน ผลจะกลายเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิต หลังจากนั้นให้เปลี่ยนโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นโทษจำคุกห้าสิบปีตามมาตรา 53 ต่อมาให้ลคโทษลงอีก 1 ใน 3 (ส่วนที่เหลือ) ของโทษจำคุก 50 ปี ซึ่งจะให้ผลเป็นที่น่าพอใจหรือใกล้เคียงกับความจริงมากกว่าวิธีการคิดคำนวณของศาล เพราะการลงโทษของศาลนั้นผลปรากฏว่าจำเลยจะถูกลงโทษเพียง 8 ปีเท่านั้น แม้จะถือว่าเป็นประโยชน์แก่จำเลย (เมื่อเทียบกลับแล้วจะเห็นได้ว่า ถ้าเป็นความผิดสำเร็จแล้วจำเลยจะถูกลงโทษ 24 ปีซึ่งขัดกับหลักกฎหมายที่ให้ลงโทษประหารชีวิตแก่ผู้กระทำความผิดนั้น หรือ

ข. บัญญัติกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 52 ในกรณีลคโทษผู้กระทำความผิด 2 ใน 3 ว่าจะลคลงเป็นจำนวนเท่าใด หรือ

ค. ให้ถือว่าการลงโทษผู้ให้กระทำความผิด กรณีความผิดมิได้กระทำลงนั้นเป็นดุลพินิจของศาล เช่นเดียวกับหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งจะไม่เกิดปัญหาในการคำนวณโทษที่จะลงแก่ผู้ให้กระทำความผิด (ในประมวลกฎหมายอาญาเอง การกำหนดโทษขั้นสูงและขั้นต่ำไว้ก็เป็นการแสดงให้เห็นว่า

ศาลย่อมใช้ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงใดก็ได้ตามแต่จะเห็นว่าเหมาะสมกับการกระทำและความผิดของผู้กระทำความผิด)

วิธีการที่ผู้เขียนเห็นว่าเหมาะสม คือ การบัญญัติกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 52 เพราะจะได้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและแน่นอน ไม่ก่อให้เกิดปัญหาในภายหลัง การให้ศาลใช้ดุลพินิจในการตัดสินลงโทษนั้นย่อมก่อให้เกิดความไม่แน่นอน

4. ผู้เขียนเห็นว่าผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 6 นั้น น่าจะหมายรวมถึงผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิดด้วย เพราะถือว่าเป็นการใช้ในอีกรูปแบบหนึ่ง ถ้าไม่รวมถึงบุคคลดังกล่าวด้วยก็จะทำให้มีการโฆษณาหรือประกาศให้บุคคลกระทำความผิดกันมากขึ้น โดยกฎหมายไม่อาจลงโทษบุคคลเช่นนั้นได้และจะยังผลให้มาตรา 85 ไม่อาจนำมาบังคับใช้ได้ เพราะจะกลายเป็นช่องว่างของกฎหมาย

5. ในกรณีผู้ใช้ให้กระทำความผิดได้บอกเลิกการใช้ก่อนที่ผู้ถูกใช้จะลงมือกระทำความผิด ถ้าผู้ถูกใช้ให้กระทำความผิดยังคงกระทำความผิดต่อไป เช่นนี้โดยหลักแล้วจะต้องถือว่าผู้ใช้ไม่ต้องรับผิดในความผิดที่ผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิด เพราะจะเห็นได้ว่าเจตนาในการกระทำความผิดของผู้ถูกใช้ นั้นเกิดเนื่องมาจากการใช้ของผู้ใช้ ถ้าไม่มีการใช้ก็ย่อมเป็นการยากที่ผู้ถูกใช้จะกระทำความผิด เมื่อผู้ใช้บอกเลิกการใช้โดยไม่ต้องการให้มีการกระทำความผิดต่อไป เจตนาในการกระทำความผิดของผู้ถูกใช้ก็ควรจะหมดไป เพราะฉะนั้นถ้าผู้ถูกใช้ยังคงกระทำความผิดต่อไปก็ถือว่าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากเจตนาของผู้ถูกใช้เองหาเป็นผลเนื่องจากการใช้ไม่ ดังนั้นผู้ใช้จึงไม่ต้องรับผิดในผลที่เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามผู้ใช้อีกยังคงรับโทษ 1 ใน 3 หรือกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นตามมาตรา 84, 85 แล้วแต่กรณี เพราะถือว่าเมื่อมีการใช้แล้วความผิดย่อมเกิดขึ้นในทันทีที่ผู้ใช้แม้จะยังไม่มีการกระทำความผิด



จากหลักดังกล่าวข้างต้น แม้ผู้ใช้จะบอกเลิกการใช้นั้นแล้ว แต่ถ้ามียุติการณ
อื่นใดที่แสดงให้เห็นว่าการบอกเลิกนั้นไม่อาจยับยั้งการกระทำความคิดของผู้ถูกใช้
ได้ เช่น บอกเลิกในเวลากระชั้นชิดมากอันแสดงให้เห็นว่าแท้จริงแล้วผู้ใช้ไม่
ต้องการบอกเลิกจริง ๆ เมื่อมีการกระทำความคิดเกิดขึ้นก็ต้องถือว่าการกระทำ
ของผู้ถูกใช้เป็นผลมาจากการก่อของผู้ใช้ ผู้ใช้จะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นจาก
การกระทำของผู้ถูกใช้นั้น

6. ปัญหาเกี่ยวกับการร่วมกระทำความคิดกับบุคคลที่กฎหมาย
กำหนดคุณสมบัติไว้ เช่น เจ้าพนักงาน จะมีการใช้ได้หรือไม่ เนื่องจาก
กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าผู้ใช้ให้กระทำความคิดนั้นเป็นตัวการ และไม่ได้กำหนดคุณ
สมบัติของบุคคลผู้จะเป็นผู้ใช้ไว้ ดังนั้น ใครจะเป็นผู้ใช้ให้กระทำความคิดก็ได้
เมื่อมีการกระทำความคิดตามที่ใช้ ผู้ใช้ก็ต้องรับโทษเสมือนตัวการ กล่าวคือ
รับโทษเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้สำหรับตัวการ แต่ไม่ได้หมายความว่าต้องรับ
โทษในอัตราที่เท่ากัน แต่ละคนอาจจะมีเหตุส่วนตัวซึ่งเป็นเหตุให้ได้รับโทษน้อย
ลงหรือเพิ่มขึ้นแตกต่างกันก็ได้ เช่น ก. (บุคคลธรรมดา) ใช้ให้เจ้าพนักงาน
กระทำความคิดต่อตำแหน่งหน้าที่ เมื่อได้มีการกระทำความคิดเกิดขึ้น ก. ผู้ใช้
ต้องรับโทษเสมือนเป็นเจ้าพนักงานผู้กระทำความคิด

7. เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 87 วรรคสองแล้ว จะ
เห็นได้ว่ากฎหมายมีความประสงค์ที่จะลงโทษผู้ใช้ให้กระทำความคิดให้ต้องรับโทษ
หนักขึ้นเมื่อปรากฏว่าผู้ใช้รู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้ตัวการ ผู้กระทำความคิด
ต้องรับโทษหนักขึ้น ดังนั้น ถ้าบุตรรู้ว่าผู้ที่ตนชานันเป็นบิดามารดาของตน บุตร
ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 289(1) ทั้งนี้เพราะกฎหมายคำนึงถึงความสัมพันธ์
ในทางเครือญาติของบุคคลทั้ง 2 ถ้าผู้ใช้รู้ว่าผู้ตายเป็นบิดามารดาของบุตร แม้
ผู้ใช้จะไม่มีความสัมพันธ์ดังกล่าวกับผู้ตายก็ต้องรับโทษหนักขึ้น การถือว่าแต่ละคน
มีความผิดคนละมาตราต่างกันคือ ไม่ว่าจะผิดจะเป็นประการใด (รวมทั้งกรณี
บุตรใช้ผู้อื่นฆ่าบิดามารดาของตน) ผู้ใช้ให้กระทำความคิดต้องรับโทษตามมาตรา

288 และบุตรต้องรับโทษตามมาตรา 289(1) เช่นนี้ย่อมไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายมาตรา 87 ขึ้นมาเพราะกรณีดังกล่าวสามารถนำมาตรา 89 (เหตุผลส่วนตัว เหตุในลักษณะคดี) มาใช้ได้อยู่แล้ว แต่ในกรณีบุตรไม่รู้ขอเท็จจริงว่าผู้ตายเป็นบิดามารดาของตน ก็ไม่ใช่กรณีที่บุตรจะต้องรับโทษหนักขึ้นจึงไม่อยู่ในบังคับมาตรา 87 กล่าวคือ ผู้ใช้ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น

สำหรับในกรณีที่บุตรใช้ให้ผู้อื่นฆาบิดามารดาของตน กรณีเช่นนี้มีความผิดตามมาตรา 288 ไม่ว่าผู้อื่นจะรู้หรือไม่ว่าผู้ตายเป็นบิดามารดาของบุตร ส่วนบุตรต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 289(1) ถ้าบุตรรู้ว่าเป็นบิดามารดาของตนโดยถือว่าเป็นเหตุผลส่วนตัวของบุตรตามมาตรา 89 กรณีหาอยู่ในบังคับมาตรา 87 วรรค 2 ไม่

การตีความดังกล่าวข้างต้นก็เพื่อนำมาตรา 87 มาใช้ในกรณีที่ต้องการลงโทษผู้ใช้ให้กระทำความผิดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นนอกเหนือจากบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้

อย่างไรก็ตาม แม้ปัญหาส่วนใหญ่ของเรื่องผู้ใช้ให้กระทำความผิดจะเกิดจากการตีความที่แตกต่างกันของนักกฎหมาย ก็ไม่อาจจะถือได้ว่าความเห็นของผู้ใดถูกผู้ใดผิด แต่ควรจะต้องถือว่าเป็นคนละความเห็นเท่านั้นเพราะไม่อาจจะบังคับให้บุคคลทั้งหลายมีความคิดเห็นเป็นไปในทำนองเดียวกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีแนวความคิดเห็นหรือทฤษฎีกฎหมายแตกต่างกันเป็นสองฝ่าย ทั้งนี้แล้วแต่บุคคลใดจะเห็นด้วยกับแนวคิดหรือทฤษฎีใด

ปัญหากังกล่าวที่เกิดขึ้น แม้จะได้มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาแล้วก็มิได้หมายความว่าทุกคนจะต้องถือตามแนววินิจฉัยนั้นอย่างเดียวกัน บุคคลอาจแสดงความคิดเห็นที่ตนเห็นว่าถูกต้องและเหมาะสมได้ เช่นเดียวกับผู้เขียนที่ได้แสดงความคิดเห็นในอีกแง่หนึ่งเกี่ยวกับปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น จากเรื่องผู้ใช้ให้กระทำความผิด โดยชี้ให้เห็นถึงแนวความคิดที่สอดคล้องต้องกันเป็นแนวเดียวกัน ทั้งนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหมาะสมและเป็นไปได้ตามความมุ่งหมายในการบัญญัติกฎหมายนั้น ๆ ขึ้นมา