

แนวคิดเกี่ยวกับผู้ร่วมในความผิดที่มีใช้ตัวการ
ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ในประเทศไทย

จากการศึกษาหลักเกณฑ์ของผู้ร่วมในความผิดที่มีใช้ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ในบทที่ 2 และแนวคิดของประเทศต่างๆ เช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ในกรณีดังกล่าวนี้ในบทที่ 3 เห็นได้ว่า แม้ประเทศทั้งสองอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบเดียวกัน คือ Common Law ก็ยังมีแนวความคิดที่แตกต่างกันในคำพิพากษาของศาล เกี่ยวกับกรณีของบุคคลซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการกระทำความผิดของผู้กระทำผิด ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับแนวทางการตีความที่ผู้พิพากษาในแต่ละคดีจะยึดถือ และใช้เป็นเหตุผลในการตัดสินคดี

ในประเทศไทย ซึ่งเป็นประเทศที่อยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ ฯลฯ แนวคิดเกี่ยวกับหลักของผู้ร่วมในความผิดที่มีใช้ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน (necessary participator) ก็ได้มีนักวิชาการกฎหมายได้นำมากล่าวไว้บ้างในตำรากฎหมายของท่าน แต่ในแนวคำพิพากษาของศาลฎีกายังไม่ปรากฏเป็นที่แน่ชัดว่า ศาลได้ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้มาปรับใช้ในการพิจารณาคดี ดังนั้นจึงเป็นกรณีปัญหาที่น่าศึกษาว่า ศาลฎีกามีหลักเกณฑ์ในการตัดสินคดีความผิดที่เกี่ยวข้องอย่างไร หลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ร่วมในความผิดที่มีใช้ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน จะสามารถนำเข้ามาปรับใช้ในระบบกฎหมายของไทยได้อย่างเหมาะสมหรือไม่อย่างไร ผู้เขียนขอหยิบยกกรณีศึกษาในแต่ละมาตราที่เกี่ยวข้องในประมวลกฎหมายอาญา โดยแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี ดังนี้

กรณีบุคคลซึ่งกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองผู้เป็นเหยื่อของการกระทำความผิดของผู้กระทำผิด

1. แนวคิดในทางตำรากฎหมายของไทย

บุคคลดังกล่าวมีดังนี้

- 1) เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ที่กระทำการชักชวน
ยุยง ส่งเสริม และยินยอมให้ชายร่วมประเวณีด้วย ตามมาตรา 277*
- 2) เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ที่ยินยอมให้ผู้อื่นกระทำ
อนาจาร ซึ่งผู้กระทำอนาจารมีความผิดตามมาตรา 279**
- 3) หญิงที่ยินยอมให้ผู้อื่นกระทำการ ตามมาตรา 282*

กรณีที่ได้ตกเป็นเหยื่อของการกระทำผิดอาญา (victim of criminal acts) เป็นกรณีเด็กเป็นผู้ถูกระทำหรือเสียหายในความผิดอาญาทุกประเภท เช่น เด็กถูกฆ่า ถูกทำร้ายร่างกาย ถูกข่มขืน ถูกลักพาตัวไปขายเป็นสินค้า ถูกใช้แรงงานโดยผิดกฎหมาย ถูกใช้เป็นเครื่องมือกระทำผิดกฎหมาย แม้เด็กจะมีส่วนร่วมในการกระทำผิด

* ปอ.มาตรา 277 "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิง อายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ..."

** ปอ.มาตรา 279 "ผู้ใดกระทำอนาจารเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ..."

* ปอ.มาตรา 282 "ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น เป็นเหตุระงับจัดหาไปหรือชักพาไปเพื่อการอนาจาร ซึ่งหญิงแม้หญิงนั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุก..."

อาญาด้วยก็ต้องถือว่าเด็กเป็นเหยื่ออาชญากรรมแท้จริง (Innocent victim) เพราะเด็กย่อมง่ายต่อการถูกชักจูง ล่อลวง หรือกระทำไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์¹ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายฐานความผิดดังกล่าวข้างต้นนี้ประสงค์จะคุ้มครองความเจริญของเด็ก มิให้ถูกรบกวนโดยการสัมผัสทางเพศก่อนวัยอันควร² กฎหมายถือว่ายังไม่ประสาทางเพศ จึงบัญญัติเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายของเขามีให้ถูกล่วงละเมิดโดยตรงจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่นเป็นพิเศษ กล่าวคือ บุคคลนั้นๆ จะยินยอมหรือไม่ ไม่สำคัญ³

ในกฎหมายลักษณะผ้าเมีย มาตรา 80* ได้บัญญัติว่า เมื่อการข่มขืนชำเราได้กระทำแก่เด็กไม่รู้เดียงสา เงินปรับไหมจะเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าของเงินปรับไหมฐานชำเรา^{**} ทั้งนี้โดยไม่เกี่ยวกับการปรับซึ่งอาจจะมีขึ้นได้อีกโสดหนึ่งต่างหาก ในเมื่อผู้ข่มขืนได้ทำร้ายร่างกายหญิงให้บาดเจ็บด้วยในเวลาข่มขืนชำเรา

¹ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล "สิทธิของเหยื่อ : กรณีเด็ก", บทบัญญัติ 48 (มีนาคม ราชพิศกรูป, 2535), หน้า 114.

² คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กทม. : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 201.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 202.

* มาตรา^{นี้} ในชั้นเดิมใช้แต่เฉพาะกรณีที่ผู้ข่มขืนชำเราเป็นชายที่มีภริยาแล้ว เพิ่งมาแก้ไขปรับปรุงใหม่ ในรัชกาลที่ 1 ทั้งนี้เป็นที่เห็นได้จากพระราชบัญญัติ ข้อ 17 จุลศักราช 1156 (พ.ศ. 2337) พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดอายุเด็กไม่รู้เดียงสาไว้ 12 ขวบ เป็นอย่างสูง อ้างรายละเอียดใน ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1 พิมพ์ครั้งที่ 3 (กทม. : บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2526) หน้า 142.

** ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จากชายชู, เรื่องเดียวกัน, หน้า 137-142.

นอกจากนี้ ในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ในมาตรา 277, 278 และมาตรา 282 ก็ได้ให้เหตุผลในการคุ้มครองดังกล่าวเป็นพิเศษว่า เนื่องจาก เด็กหญิงอายุระหว่าง 13 ปี ถึง 15 ปี นั้น ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม ความขี้ขลาด และประสบการณ์ไม่เพียงพอ เป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงประโยชน์ทางมิชอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางเพศจากเด็กหญิงดังกล่าว และโดยเฉพาะมาตรา 282 ได้แก้ไขจากอายุไม่เกิน 18 ปี เป็นโดยไม่กำหนดอายุ ไม่ว่าหญิงจะมีอายุเท่าใด หญิงจะยินยอมหรือไม่ เหตุที่แก้ไขเนื่องจากข้อเท็จจริงมีการกระทำต่อหญิงที่มีอายุเกิน 18 ปี ทำให้หญิงเสียหาย แต่ไม่มีกฎหมายคุ้มครอง จึงแก้ไขโดยไม่กำหนดอายุ ดังปรากฏตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ*



*พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ได้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ เหตุผลที่แก้ไขปรากฏตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่า

"โดยที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 มาตรา 278... มาตรา 282.. กำหนดอายุเด็กที่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมายจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ว่าอายุไม่เกิน 13 ปีเท่านั้น ผู้กระทำความผิดตามบทมาตราดังกล่าว จึงสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุ 13 ปี ขึ้นไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ นับว่าเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่าง 13 ปี ถึง 15 ปี ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอได้ นอกจากนี้บทบัญญัติเกี่ยวกับการเป็นสุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปซึ่งผู้หญิงเพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้อื่นในกฎหมายปัจจุบันนั้น มาตรา 282 จะเป็นความผิดต่อเมื่อได้กระทำต่อหญิงอายุไม่เกิน 18 ปี ทำให้หญิงได้รับความเสียหาย แต่ไม่มีกฎหมายคุ้มครองสมควรแก้ไขเพิ่มเติมให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิด ไม่ว่าหญิงจะมีอายุเท่าใดก็ตาม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้"

สำหรับปัญหาที่ว่า

1) เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ชักชวน ขู่ขม ส่องเสริม และยินยอมให้ชายร่วมประเวณีด้วย ชายย่อมมีความผิดตามมาตรา 277 ปัญหาว่า เด็กหญิงจะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน แล้วแต่กรณีกับชายซึ่งกระทำความผิดตามมาตรา 277 หรือไม่

2) เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปียินยอมให้ผู้อื่นกระทำอนาจาร ผู้กระทำย่อมมีความผิดตามมาตรา 279 ปัญหาว่า เด็กจะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน หรือไม่

3) หญิงที่ยินยอมให้ผู้อื่นกระทำการ ตามมาตรา 282 ผู้กระทำย่อมมีความผิดตามมาตรา 282 ปัญหาว่า หญิงจะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน หรือไม่

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศักดิ์ย์ ได้อธิบายว่า บุคคลดังกล่าวไม่อาจเป็น ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนได้ เพราะเป็นบุคคลที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองอยู่แล้ว⁴

รองศาสตราจารย์ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ อธิบายว่า เด็กหญิงซึ่งอายุ ยังไม่เกินสิบห้าปี แม้จะชักชวน ขู่ขม ส่องเสริม และยินยอม ให้ชายกระทำชำเรากับตน เด็กหญิงนั้นก็มิอาจเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด ตามมาตรา 277 ของชายได้ เพราะเด็กหญิงเป็นบุคคลซึ่งกฎหมายมาตรานี้ประสงค์จะคุ้มครองอยู่ แล้ว กรณีมาตรา 279 และมาตรา 282 ก็เช่นเดียวกัน รวมทั้งกรณีลูกหนี้ที่เสียดอกเบี้ย

⁴จิติ ดิงศักดิ์ย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กทม. :
 แสงจันทร์การพิมพ์, 2529), หน้า 540.

เกินอัตราให้แก่เจ้าหนี้ ตามพ.ร.บ.ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา* ก็ย่อมไม่อาจเป็นตัว
 การ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดนั้นๆ เช่นเดี๋ยวกันด้วย รวมทั้งกรณี "ผู้ให้
 กู้ยืมเงิน" ซึ่งการกู้ยืมเป็นความผิดตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกง
 ประชาชน** ก็เช่นกัน หรือกรณีอื่นๆ เช่น คนไข้ ซึ่งได้รับความทุกข์ทรมานจากโรคร้าย
 จำงให้นางพยาบาลจิตอาสาพิชิตให้ตนตาย นางพยาบาลยอมกระทำตาม แต่ปรากฏว่าคนไข้
 ไม่ตาย เพราะมีผู้ช่วยชีวิตไว้ทัน นางพยาบาลย่อมมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่น เนื่อง
 จากความยินยอมของคนไข้ในกรณีเช่นนี้ไม่ยกเว้นความผิด แต่คนไข้แม้ว่าจะก่อให้เกิด
 นางพยาบาลกระทำความผิดก็ไม่เป็นผู้ใช้ในความผิดฐานพยายามฆ่า เพราะตนเป็นบุคคล

*พ.ร.บ.ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 คำปรารภมีใจความว่า
 "การให้กู้ยืมเงินโดยอัตราดอกเบี้ยสูงเกินควรนั้น ย่อมเป็นเสื่อมประโยชน์ของบ้านเมือง
 สมควรจะป้องกันราษฎรมิให้ต้องเสียดอกเบี้ยเกินอัตราที่กำหนดไว้"

** พระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527
 "เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้คือ เนื่องจากขณะนี้ปรากฏว่า มีการกู้ยืม
 เงินหรือรับฝากเงินจากประชาชนทั่วไป โดยมีการจ่ายดอกเบี้ยหรือผลประโยชน์อย่างอื่น
 ตอบแทนให้สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้กู้ยืมเงิน หรือผู้รับฝากเงินจะพึงหามาได้จากการประกอบ
 ธุรกิจตามปกติ โดยผู้กระทำได้ล่วงประชาชนที่หวังจะได้ดอกเบี้ยในอัตราสูงให้นำเงินมา
 เก็บไว้กับตนด้วยการใช้วิธีการจ่ายดอกเบี้ยในอัตราสูงเป็นเครื่องล่อใจ แล้วนำเงินที่ได้
 มาจากการกู้ยืมหรือรับฝากเงินรายอื่นๆ มาจ่ายเป็นดอกเบี้ยหรือผลประโยชน์ให้แก่ผู้ให้
 กู้ยืมเงินหรือผู้ฝากเงินรายก่อนๆ ในลักษณะต่อเนื่องกัน ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการ
 ฉ้อโกงประชาชน เพราะเป็นที่แน่นอนอยู่แล้วว่า ในที่สุดจะต้องมีประชาชนจำนวนมากไม่
 สามารถได้รับต้นเงินกลับคืนได้.....สมควรที่จะมีกฎหมายเพื่อปราบปรามการกระทำดัง
 กล่าว กับสมควรวางมาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนที่อาจได้รับความเสียหาย
 จากการถูกหลอกลวง..."

ซึ่งกฎหมาย มาตรา 288 ประสงค์คุ้มครองอยู่แล้ว⁵

อย่างไรก็ตามจะต้องเข้าใจว่า ความผิดตามมาตราต่างๆ เหล่านี้ ย่อมมีตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนได้เสมอ เพียงแต่ว่า ผู้ที่เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน นั้นจะต้องมิใช่เป็นบุคคลที่กฎหมายมาตรานั้นประสงค์จะคุ้มครองเท่านั้น เช่น เด็กหญิง อายุยังไม่เกินสิบห้าปีชักชวนให้ชายกระทำชำเรา โดยตกลงกันให้หญิงอีกคนหนึ่งคู่กัน ทางหน้าห้อง ชายที่กระทำชำเรา และหญิงที่แบ่งหน้าที่กันทำ โดยคู่กันทางหน้าห้องเป็น ตัวการร่วม ตามมาตรา 83 ในการกระทำความผิดตาม มาตรา 277 ได้*

พิพัฒน์ จักรางกูร ก็ได้อธิบายว่า กรณีเด็กหญิงอายุ 14 ปี ตกลงยินยอมจะอยู่กับฉันท์สามีภริยากับชายจนถึงครรภ์ ชายมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก ฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กหญิงจะยินยอมก็ยังเป็นความผิด แต่เด็กหญิงไม่มีความผิด เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติว่า

⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมาย ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กทม.: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 411.

* เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 59/2524 น.63 (พนักงานอัยการจังหวัดสมุทรปราการ โจทก์ นายอุทิศวรณ หรือนางวานิชดี จำเลย) : ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้นเป็นความผิดที่ร่วมกันกระทำความผิดได้ โดยผู้ร่วมกระทำผิดไม่จำเป็นต้องลงมือกระทำชำเราด้วยกันทุกคน เพียงแต่คนใดคนหนึ่งกระทำชำเรา ผู้ร่วมกระทำผิดทุกคนก็มีความผิดฐานเป็นตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 ทั้งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 บัญญัติเพียงแต่ว่า "ผู้ใดกระทำชำเรา ฯลฯ" หากได้บัญญัติให้ลงโทษแต่เฉพาะชายเท่านั้นไม่ แม้จำเลยจะเป็นหญิง แต่เมื่อร่วมกระทำผิดกับชายกระทำชำเราผู้เสียหาย ซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ย่อมมีความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ประกอบกับมาตรา 83

เป็นความผิด และกำหนดโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2⁶

ดังนั้น แนวคิดในทางตำรากฎหมายของไทยก็เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ถือว่าบุคคลดังกล่าวไม่อาจเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนได้ เพราะเป็นบุคคลที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง⁷ ถึงแม้จะมีกฎหมายบางท่านได้ให้เหตุผลว่า เด็กไม่มีความผิด เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ เหตุผลดังกล่าวก็เนื่องจากเป็นกรณีที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองบุคคลดังกล่าว จึงไม่บัญญัติว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้นั่นเอง

2. แนวคำพิพากษาของศาลฎีกา

ข้อเท็จจริงที่ชั้นผู้การวินิจฉัยของศาลฎีกา ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลผู้ที่เป็นเชื้อของการกระทำความผิด ซึ่งกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ผู้เขียนขอหยิบยกเฉพาะคดีที่บุคคลดังกล่าวให้ความยินยอม หรือสมัครใจเข้าร่วมกระทำความผิดกับบุคคลผู้กระทำความผิดเท่าที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกา มีดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1232/2523 (พนักงานอัยการ โจทก์ สิบตำรวจโทมินทร์ เพียรวิชัย จำเลย) ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อ ดังนี้ : ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ลงโทษจำคุกจำเลยมีกำหนด 3 ปีฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน จำเลยจะฎีกาว่า สำคัญผิดคิดว่าผู้เสียหายอายุเกิน 13 ปี แล้วไม่ได้ เพราะเป็นฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 218

⁶พิพัฒน์ จักรางกูร, "การกระทำชำเราเด็กหญิงที่แก้ไขใหม่," วารสารกฎหมาย สุโขทัยธรรมมาธิราช 1 (ธันวาคม 2532) : 103-111.

⁷เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 451.

โจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายอายุไม่เกิน 13 ปี โดยผู้เสียหายไม่ยินยอม ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ทางปรากฏว่า ผู้เสียหายยินยอมดังนี้ ศาลก็ลงโทษจำเลยตามบทมาตราที่โจทก์ฟ้องได้ เพราะมาตรานี้บัญญัติว่า เด็กหญิงผู้ถูกระทำชำเรา นั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ก็เป็นความผิด จึงถือไม่ได้ว่า ข้อเท็จจริงในทางพิจารณาต่างกับฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1605/2523 น.1073 (พนักงานอัยการ กรมอัยการ โจทก์ นายสุทธิศักดิ์ หรือกิด โบว์สุวรรณ จำเลย) : ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้ การที่จำเลย และผู้เสียหาย ซึ่งมีอายุไม่เกิน 13 ปี พากันไปร่วมประเวณีที่กระท่อมด้วยสมัครใจ แล้วแยกพากันกลับบ้าน แม้ทางกลับบ้านของผู้เสียหายกับกระท่อมจะห่างกัน เพียง 90 เมตร และผู้เสียหายอยู่กับจำเลยเพียง 5 ชั่วโมง ก็ถือว่าจำเลยรบกวนสิทธิ หรือแกล้งสิทธิของผู้ปกครองผู้เสียหายในการควบคุมดูแลผู้เสียหายโดยปราศจากเหตุอันสมควรแล้ว เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 กับผิดตามมาตรา 317 อีกกระทงหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 891/2515 น.728 (พนักงานอัยการ จังหวัด ร้อยเอ็ด โจทก์ นายประยูร คำมุกดา กับพวก จำเลย) : ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้ จำเลยกับพวกพาผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงโสเภณี อายุ 17 ปี ไปอยู่ในห้องโสเภณีของจำเลย แล้วให้รับจ้างร่วมประเวณีกับชายอื่น เช่นนี้ แม้ผู้เสียหายจะสมัครใจไปกับจำเลย และตกลงยินยอมรับจ้างร่วมประเวณีกับชายอื่นในเวลาต่อมาก็ตาม ถือว่าจำเลยเป็นธุระจัดหาล่องลงไป หรือชักพาไป เพื่อการอนาจาร ซึ่งหญิงอายุไม่เกิน 18 ปี ผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1484/2520 (พนักงานอัยการจังหวัด อุบลราชธานี โจทก์ นายสมดี ทองเรือง จำเลย) : ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้ โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยฐานพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 283 แม้ทางพิจารณาจะฟังได้ว่า จำเลยรับเอาตัวหญิงเข้าไว้ในสถานการค้าประเวณีของจำเลยเพื่อให้ชายกระทำชำเราด้วยความสมัครใจยินยอมของหญิงเองอันเป็นความผิด

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 ศาลก็มีอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192 ที่จะลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 ฐานเป็นธุระจัดหาหญิงเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นได้

จากคำพิพากษาทั้งสี่คดีที่หยิบยกมาข้างต้นนี้ ยังไม่ปรากฏเป็นที่ชัดเจนถึงการวินิจฉัยของศาลฎีกา ที่จะตัดสินไว้เป็นหลักเกณฑ์ยกเว้นความรับผิดของบุคคลที่เป็นเหยื่อของการกระทำผิด ซึ่งกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตามศาลฎีกาก็มิได้วินิจฉัยเป็นการตัดสินว่า บุคคลดังกล่าว คือ เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีที่กระทำการชักชวน สุขุม ส่งเสริม หรือยินยอมให้ชายร่วมประเวณี ตามมาตรา 277 ดังในคดีแรก และคดีที่สอง เด็กที่อายุยังไม่เกินสิบห้าปียินยอมให้ผู้อื่นกระทำอนาจารตามมาตรา 279 และหญิงที่ยินยอมให้ผู้อื่นกระทำการตามมาตรา 282 ดังในคดีที่สามและคดีที่สี่ ต้องรับผิดในฐานะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ในการกระทำความผิดร่วมกับบุคคลผู้กระทำความผิด แม้ว่าบุคคลดังกล่าวเหล่านี้จะให้ความยินยอม หรือสมัครใจด้วยก็ตาม แต่ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิด

การที่ศาลไม่ได้กล่าวถึงความรับผิดของบุคคลดังกล่าว ก็คงเป็นเพราะบทบัญญัติในมาตรา 277, 279 และมาตรา 282 นั้นเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองบุคคลนั้นๆ นั้นเอง

กรณีบุคคลซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการกระทำความผิด

1. แนวคิดในทางตำรากฎหมาย

บุคคลในกรณีดังกล่าว มีดังนี้

- 1) ผู้ที่ให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงาน ฯลฯ จะเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด ตามมาตรา 149 ของเจ้าพนักงานผู้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดนั้น หรือไม่



ความผิดฐานให้สินบนเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 144^{*}

คือ การให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงาน สมาชิก สภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัด หรือสมาชิกสภาเทศบาล โดยเจตนา และโดยมี มูลเหตุซึ่งจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วย หน้าที่^๘

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้^๙ คือ ความ
เด็ดขาดแห่งอำนาจรัฐ^{๑๐}

มาตรานี้ เป็นความผิดที่เรียกว่าให้สินบน เป็นการ
กระทำที่มีการติดต่อกับตัวเจ้าพนักงานเองในด้านผู้ให้สินบน ส่วนในด้านเจ้าพนักงานผู้รับ
สินบนเป็นความผิดอีกฐานหนึ่งตามมาตรา 149^{๑๑} และสาระสำคัญของสินบนในด้านผู้ให้
ต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อจูงใจให้เจ้าพนักงานกระทำ ไม่กระทำ หรือประวิงการกระทำซึ่ง
ทั้ง 3 ประการนี้ต้องเป็นการอันมิชอบด้วยหน้าที่^{๑๒} ต่างกับด้านผู้รับสินบนตามมาตรา
149 ซึ่งแม้จะชอบด้วยหน้าที่ก็ยังเป็นความผิด^{๑๓}

^{*} ปอ.มาตรา 144 "ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์
อื่นใดแก่เจ้าพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัด หรือสมาชิกสภา
เทศบาล เพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วย
หน้าที่ ต้องระวางโทษ..."

^๘ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 307.

^{๑๐} เรื่องเดียวกัน, หน้า 300.

^{๑๑} จิตติ ดิงศักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 สำนักอบรมศึกษากฎหมาย
เนติบัณฑิตยสภา (กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2531), หน้า 1452.

^{๑๒} เรื่องเดียวกัน, หน้า 1453.

^{๑๓} เรื่องเดียวกัน, หน้า 1453.

ความผิดฐานเจ้าพนักงานเรียก รับหรือยอมจะรับสินบน ตามมาตรา 149* คือการที่เจ้าพนักงาน สภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัด หรือ สมาชิกสภาเทศบาล เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่า การนั้นจะชอบ หรือมิชอบด้วยหน้าที่ โดยเจตนา¹³

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐ หรือแห่งตำแหน่ง¹⁴ ผู้กระทำความผิดฐานนี้ คือ เจ้าพนักงาน สภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัด หรือสมาชิกสภาเทศบาล¹⁵

ในกรณียอมรับ หรือยอมจะรับ จะต้องมีความเชื่อมโยงที่รู้กันระหว่างการกระทำการ หรือไม่กระทำการในตำแหน่งกับของกำนัล ซึ่งในความเชื่อมโยงนั้นของกำนัลเป็นสิ่งตอบแทน แต่ในกรณีการเรียก เมื่อผู้เรียกเห็นว่าอีกฝ่ายหนึ่งเข้าใจ ซึ่งการเชื่อมโยงระหว่างการกระทำการหรือไม่กระทำการในตำแหน่งกับของกำนัลก็พอแล้ว¹⁶

วิธีการลงอาญาการให้และรับสินบนนี้ อาจทำได้ 2 วิธี คือ อย่างหนึ่งถือเอาการที่พนักงานรับสินบนนี้เป็นความผิดอันเป็นประธาน และผู้ให้สินบนนี้เป็นเพียงแต่ผู้สมรู้ หรือเป็นตัวการร่วมในความผิดเดียวกันนี้ อีกอย่างหนึ่ง ถือเอาการให้ และรับสินบนเป็นความผิดต่างกัน 2 อย่างคือ ให้สินบนอย่างหนึ่ง และรับสินบนอีก

* ปอ.มาตรา 149 "ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน สภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัด หรือสมาชิกสภาเทศบาล เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการ หรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษ..."

¹³ คณิต ฃ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 313.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 312.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 314.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 314.

อย่างหนึ่ง ซึ่งนานาประเทศส่วนมากใช้วิธีแยกออกเป็นความผิด 2 อย่างต่างกัน คือให้สินบนอย่างหนึ่ง และรับสินบนอีกอย่างหนึ่ง¹⁷ ตามกฎหมายอาญาทั้งเก่าและใหม่ของไทย คือ กฎหมายลักษณะอาญา และประมวลกฎหมายอาญา ถือว่าการให้และการรับสินบนนั้น เป็นความผิดต่อเจ้าพนักงาน และต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ อันเป็นการทำลายความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐ ซึ่งกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง จึงเอาความผิดและกำหนดโทษไว้ทั้งผู้ให้และผู้รับสินบน¹⁸ โดยได้บัญญัติแยกความผิดราชการให้สินบนและฐานเจ้าพนักงานเรียกรับหรือรับสินบนออกจากกันหลายบทหลายมาตรา มีองค์ประกอบความผิดแตกต่างกันไป แต่เมื่อพิจารณาประกอบเข้าด้วยกัน จะเห็นเจตนารมณ์ประการหนึ่งของกฎหมายเรื่องนี้ คือ มุ่งหมายคุ้มครองให้การใช้อำนาจรัฐที่มอบหมายให้แก่เจ้าพนักงานได้เกิดผลอย่างจริงจัง เห็นได้จาก

1. บทบังคับเจ้าพนักงานของรัฐให้ต้องผูกพันกับการปฏิบัติหน้าที่ โดยไม่ลดตัวลงอยู่ใต้อิทธิพลทางการเงินของผู้ใด เพราะการกระทำใด ๆ ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ หากถ้าได้กระทำโดยเห็นแก่ทรัพย์สินเงินทองของผู้อื่นแล้วย่อมมีผลกระทบกระเทือนต่อประสิทธิภาพและความเที่ยงธรรมแห่งการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานผู้นั้นเอง และ

2. บทกำหนดให้ราชการต้องร่วมมือกับรัฐ ไม่พหุสาสามารถสร้างอิทธิพลส่วนตัวเหนือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน โดยการติดสินบนจูงใจเจ้าพนักงานให้ปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติ อันมิชอบด้วยหน้าที่ เช่น ถ้าเป็นผู้ต้องคดี ก็จะต้องดำเนินการต่อสู้คดีตามครรลองแห่งกฎหมาย ไม่หาทางลัดติดสินบนเจ้าพนักงานผู้เกี่ยวข้อง เพราะถ้าฝ่าฝืนแล้ว นอกจากจะต้องรับโทษเพียงข้อหาเดียวในคดีเดิม ยังจะ

¹⁷ เสริม วินิจฉัยกุล, กฎหมายอาญา, (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2483) หน้า 68.

¹⁸ วิรัช เนติธรรมาภิรมย์, "การยกเว้นโทษในฐานความผิดเกี่ยวกับการรับหรือให้สินบนตามประมวลกฎหมายอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526), หน้า 57-58.

ต้องมารับโทษฐานติดสินบน ซึ่งมีโทษจำคุก ถึง 5 ปี อีกด้วย¹⁰

สำหรับกรณีปัญหาว่าบุคคลผู้ให้สินบนจะมีความผิดในฐานะ
ร่วมมือหรือใช้ หรือสนับสนุน เจ้าพนักงานผู้รับสินบนจากตนหรือไม่ ได้มีนักวิชาการ
กฎหมายหลายท่านได้ให้ความเห็นดังนี้

ศาสตราจารย์คณิต ฒ นคร³¹ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่าราษฎรให้สินบน
เจ้าพนักงานไม่มีความผิดฐานสนับสนุน เจ้าพนักงานในการกระทำความผิดตามมาตรา
149 อีก²⁰

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์³² ได้ให้คำอธิบายไว้ว่าการให้และการรับ
สินบนแก่เจ้าพนักงานให้กระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ตามมาตรา 144 ส่วนเจ้าพนักงาน
ผู้รับสินบนมีความผิดทั้งการกระทำชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ จึงเป็นที่เห็นได้ว่า กรณีที่ไม่
ต้องด้วย มาตรา 144 คือ กรณีที่ให้สินบนเพื่อให้เจ้าพนักงานกระทำการอันชอบด้วยหน้าที่
แม้เจ้าพนักงานจะมีความผิด ตามมาตรา 149 ผู้ให้สินบนก็ไม่มีความผิด ไม่ถือเป็นผู้ร่วม
กระทำ หรือใช้ หรือสนับสนุนให้เจ้าพนักงานรับสินบนจากตนเอง²¹

รองศาสตราจารย์เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์ ก็ได้ให้คำอธิบายสอดคล้อง
กันว่า กรณีความผิดตามมาตรา 149 ผู้ให้สินบนไม่ถือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด
ตามมาตรา 149 ของเจ้าพนักงานซึ่งรับสินบน ความผิดของผู้ให้สินบนมีมาตรา 144 กำหนด
ไว้ต่างหากแล้ว ซึ่งจำกัดเฉพาะกรณีให้ "เพื่อจงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือ
ประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่" เท่านั้น หากเป็นการให้เพื่อให้กระทำการอันชอบ

¹⁰ คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ติดสินบนโดยมิได้กระทำผิด", วารสารอัยการ 1
(ธันวาคม 2521) : 82-89.

²⁰ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 308.

²¹ จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 หน้า 540.

ด้วยหน้าที่ ผู้ให้ไม่มีความผิดตามมาตรา 144 แม้ว่าผู้รับจะมีความผิดตามมาตรา 149 ก็ตาม ในกรณีเช่นนี้ คงไม่อาจตีความไปไกลถึงกับว่า แม้ผู้ให้ไม่ผิดตามมาตรา 144 แต่ ก็ผิดในฐานะเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานผู้รับตามมาตรา 149 ทั้งนี้เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้ให้เฉพาะกรณีตามมาตรา 144 เท่านั้น ในเรื่องนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 435/2520 น. 287 ตัดสินไว้แล้ว โดยศาลฎีกา ตัดสินว่า "ราชฎรให้สินบนเจ้าพนักงานเพื่อทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ เจ้าพนักงานรับไว้ ราชฎรมีความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 144 เจ้าพนักงานมีความผิดตาม มาตรา 149 ราชฎรไม่มีความผิดฐานสนับสนุนเจ้าพนักงานอีก อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกา ไม่ได้ให้เหตุผลไว้ว่า ด้วยเหตุใดราชฎรจึงไม่มีความผิดดังกล่าว เหตุผลที่ถูกต้องน่าจะ เป็นตามที่กล่าวไว้ข้างต้นนั่นเอง"²²

อาจารย์จรัญ ภักดีชนากุล ได้ให้คำอธิบายไว้ว่าคนที่ให้สินบน เจ้าพนักงาน หรือให้เจ้าพนักงานกระทำตามหน้าที่ ไม่มีความผิด แต่เจ้าพนักงานผิดตาม มาตรา 149 มีปัญหาว่า ผู้ให้สินบนเป็นผู้สนับสนุนตามมาตรา 149 หรือไม่ เห็นว่าเป็น ผู้สนับสนุนตามมาตรา 149 ปัญหาต่อไปว่าจะลงโทษหรือไม่ ตอบว่ากฎหมายกำหนดความ ผิดไว้โดยเฉพาะแล้วตามมาตรา 144 กฎหมายจึงไม่ประสงค์จะลงโทษอีก เมื่อไม่ผิด ตามมาตรา 144 จึงไม่ลงโทษ²³

²² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 452.

²³ จรัญ ภักดีชนากุล, กฎหมายอาญา 1, ผู้กระทำผิดหลายคนและความผิด หลายบท หลายกระทง, คำอธิบายกฎหมายอาญา โครงการอบรมกฎหมายสารบัญญัติ รุ่นที่ 3 พ.ศ. 2522 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 20.

2) "ผู้อื่น" ที่ทำแท้งให้แก่วินิจฉัยตามมาตรา 301

ความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301²⁴ คือการที่หญิงมีครรภ์ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกโดยเจตนา²⁴

การทำให้แท้งลูก หมายรวมถึง การทำลายลูกตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิในครรภ์ไปจนถึงกำลังคลอด หรือคลอดออกมาแล้ว แต่ก่อนมีชีวิตอยู่รอดเป็นทารก จะเป็นการกระทำที่ลูกในมดลูกตายโดยยังไม่มีอาการคลอด หรือกระทำเมื่อกำลังคลอดก่อนอยู่เป็นทารก มีสภาพบุคคลมีชีวิต ก็เป็นการทำให้แท้ง ตามมาตรา²⁵ ส่วนวิธีที่จะทำให้แท้งลูกจะเป็นวิธีอย่างไรไม่สำคัญ และการกระทำสำเร็จบริบูรณ์เมื่อลูกในครรภ์ตาย²⁶

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ ชีวิตในครรภ์มารดา²⁷

ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้คือ หญิงกระทำแก่ตนเอง (actif avortement) หรือยอมให้ผู้อื่นกระทำแก่หญิงนั่นเอง (pasif avortement)²⁸ ทั้งนี้ การกระทำเอง หรือยอมให้ผู้อื่นกระทำนั้น ผู้กระทำอาจกระทำผิดทางอ้อมได้โดยการให้

* ปอ.มาตรา301 "หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องระวางโทษ..."

²⁴ คณิต ฃ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 84.

²⁵ จิตติ ดิงศ์ภักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (กรุงเทพฯ: บริษัท กรุงเทพมหานครจัดพิมพ์ จำกัด) หน้า 2243.

²⁶ คณิต ฃ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 85.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

²⁸ จิตติ ดิงศ์ภักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 2244.



บุคคลที่สามที่มีใช้ผู้กระทำเป็นเครื่องมือ ในกรณีที่ยอมให้ผู้อื่นกระทำนั้นหมายความว่า กฎหมายยกเอาความผิดฐานสนับสนุนขึ้นเป็นความผิดหลัก²⁰ กล่าวคือ การที่หญิงสนับสนุนผู้อื่นให้กระทำให้หญิงผู้สนับสนุนนั้นทั้งลูก หญิงที่ไม่มีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดตามมาตรา 302 แต่มีความผิดตามมาตรา 301 ฐานยอมให้ผู้อื่นทำให้หญิงนั้นเองทั้งลูก ซึ่งโทษเบากว่ามาตรา 302, 86 หญิงร่วมกับผู้อื่นกระทำให้หญิงเองทั้งลูก หญิงมีความผิดตามมาตรา 301 ผู้ร่วมกระทำมีความผิดตามมาตรา 302³⁰

กรรมของการกระทำของความผิดฐานนี้คือ "สิ่งมีชีวิตในครรภ์" หรือ "ลูกในครรภ์"³¹

ความมุ่งหมายในการกำหนดความผิดฐานทำให้ทั้งลูก คือการป้องกันการทำลายชีวิตทารกในครรภ์ โดยถือว่าการทำแท้งเป็นการกระทำที่ผิด ทั้งทางโลกและทางธรรม³² ในลักษณะ 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ว่าด้วยความผิดต่อชีวิต และร่างกายนั้น นอกจากความผิดฐานทำให้ทั้งลูกนี้แล้ว กฎหมายกำหนดความผิดสำหรับบุคคลที่กระทำต่อบุคคลอื่นเท่านั้น การกระทำต่อตนเองก็ดี การยอมให้บุคคลอื่นทำก็ดี ไม่ว่าเป็นการทำร้ายร่างกาย หรือการฆ่าคนตาย กฎหมายหาได้กำหนดความผิดสำหรับผู้ทำตนเองและยอมให้ผู้อื่นทำไว้ไม่ แต่การที่กฎหมายกำหนดความผิดของหญิงไว้โดยตรง โดยถือว่าหญิงเป็นตัวการเองที่เด็ดขาด ทั้งๆ ที่การยินยอมให้ผู้อื่นทำนั้น หญิงมิได้ลงมือกระทำการด้วย ก็เนื่องจากว่า การทำแท้งนั้น ความมุ่งหมายเพื่อจะทำลายชีวิตทารกจะเกิดมา แม้ว่าทารกในครรภ์นั้นจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของหญิงนั้นก็ตาม หากว่าคลอดออกมาจากครรภ์มารดา แล้วอยู่รอดก็จะมีสภาพบุคคลต่างหากจากมารดา การทำแท้ง

²⁰ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 84.

³⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 2245.

³¹ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 84.

³² ไฉไล ศักดิ์วิรพงษ์, "การทำแท้งดีแน่หรือ" วารสารนิติศาสตร์ 13 (2526) : 36-59.

จึงเป็นการตัดโอกาสมิให้มีการเกิดสภาพบุคคล³³ กฎหมายจึงต้องกำหนดโทษให้ผู้ทำแท้ง และผู้ยินยอมให้ถูกทำแท้งต้องรับผิดชอบทั้งสองฝ่ายเพื่อเป็นบทบังคับมิให้กระทำผิด และหลีกเลี่ยงการกระทำผิดนั้น³⁴

สำหรับกรณี "ผู้อื่น" ที่ทำแท้งให้แก่หญิงโดยหญิงยินยอมนั้น หญิงมีความผิดตามมาตรา 301 ปัญหาว่า "ผู้อื่น" จะเป็นผู้สนับสนุนกับหญิงนั้นหรือไม่

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศักดิ์ย์ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่าผู้กระทำเป็นคนอื่น ซึ่งกระทำโดยหญิงยินยอมอันเป็นความยินยอมโดยไม่ใช่ถูกบังคับหลอกลวง หรือสำคัญผิด หรือถ้าหญิงนั้นใช้ให้ผู้อื่นกระทำแก่หญิงนั่นเอง หรือผู้อื่นที่กระทำหรือร่วมกันกระทำ หญิงมีความผิดตามมาตรา 301 ส่วนผู้อื่นที่กระทำหรือร่วมกระทำมีความผิดตามมาตรา 302 แต่ผู้อื่นที่มีได้ลงมือกระทำ หรือร่วมกระทำกับหญิง แต่ได้ใช้หรือสนับสนุนหญิงให้กระทำต่อตนเอง มีความผิดฐานเป็นผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ตามมาตรา 301, 84 หรือ 86 แล้วแต่กรณี³⁵

รองศาสตราจารย์เกษียรดิชจร วัจนะสวัสดิ์ ก็ได้ให้คำอธิบายว่า ในกรณีความผิดฐานทำให้แท้งลูก ตามมาตรา 301 ผู้ที่ทำแท้งให้แก่หญิงย่อมไม่เป็นผู้สนับสนุนกับหญิงในการกระทำความผิดของหญิงตามมาตรา 301 ในกรณีเช่นนี้เมื่อกฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้ทำแท้งให้แก่หญิง กฎหมายก็ได้กำหนดความผิดของผู้นี้ไว้โดยเฉพาะแล้ว ในมาตรา 302³⁶

³³ วัฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "ความผิดฐานทำให้แท้งลูก", บทบัญญัติ 23 (ตุลาคม 2508) : 787-811.

³⁴ ไฉไล ศักดิพรพงศ์, "การทำแท้งดีแน่หรือ", หน้า 44.

³⁵ จิติ ดิงศักดิ์ย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 2252.

³⁶ เกษียรดิชจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 452.

สมชัย ศิริบุตร ได้อธิบายว่า หญิงร่วมกับผู้อื่นเป็นตัวการทำให้หญิง
 นั้นเองแท้งลูก หญิงมีความผิดตามมาตรา 301 ผู้อื่นที่ร่วมทำให้หญิงแท้งลูกมีความผิด
 ตามมาตรา 302 ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว ไม่ใช่ตัวการ
 ตามมาตรา 301, 83 อีก³⁷

3) หญิงที่ยอมให้ผู้อื่น ทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 302

ความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม ตามมาตรา 302*
 คือการทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอมโดยเจตนา³⁸

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ชีวิตในครรภ์มารดา
 เช่นเดียวกัน³⁹

ผู้กระทำของความผิดฐานนี้ คือ บุคคลที่สามซึ่งกฎหมายไม่ได้จำกัด
 ว่าจะใคร แต่ต้องรู้ว่าหญิงมีครรภ์ และผู้กระทำต้องการให้หญิงนั้นแท้งลูก การ
 กระทำอาจกระทำทางอ้อมได้เช่นเดียวกัน⁴⁰

สำหรับกรณีปัญหา "หญิง" ที่ยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก การ
 กระทำของผู้อื่น ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 302 ปัญหาว่า "หญิง" จะเป็นตัวการผู้ใช้

³⁷ สมชัย ศิริบุตร, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายอาญา 2 : ภาคความ
 ผิด มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (กรุงเทพฯ : หจก.ป.สัมพันธ์พาณิชย์, 2529),
 หน้า 44.

* ปอ.มาตรา 302 "ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวาง
 โทษ..."

³⁸ คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 86.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 86.

หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดตามมาตรา 302 ของผู้อื่นหรือไม่

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ย์ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า ถ้าหญิงเป็นผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำแก่หญิงนั่นเอง แม้การที่ผู้ถูกใช้กระทำลงตามที่ใช้ จะเป็นความผิดตามมาตรา 302 ซึ่งมีโทษหนักกว่า มาตรา 301 หญิงผู้ใช้ก็ไม่มี ความผิดฐานใช้ผู้อื่นกระทำความผิดตามมาตรา 302 เพราะหญิงเป็นผู้ถูกกระทำเองด้วย จึงเป็นความผิดเพียงยอมให้ผู้อื่นกระทำต่อตนเองเท่านั้น การที่หญิงสนับสนุนผู้อื่นให้กระทำให้หญิงผู้สนับสนุนนั้นแก่ทั้งลูก หญิงก็ไม่มี ความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ตามมาตรา 302 แต่มีความผิดตามมาตรา 301 นี้ ฐานยอมให้ผู้อื่นทำให้หญิงนั่นเองแก่ทั้งลูก ซึ่งโทษเบา กว่า มาตรา 302, 86 หญิงร่วมกับผู้อื่นกระทำให้หญิงเองแก่ทั้งลูก หญิงมีความผิดตามมาตรา 301 ผู้ร่วมกระทำมีความผิด ตามมาตรา 302⁴¹

รองศาสตราจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ก็ได้ให้คำอธิบายว่า หากหญิงยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแก่ทั้งลูก หญิงมีความผิดตามมาตรา 301 ผู้คนที่ทำให้หญิงแก่ทั้งลูก มีความผิดตาม มาตรา 302 แต่หญิงจะไม่มี ความผิดฐานเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนตามมาตรา 302, 83, 84 หรือ 86 อีก เพราะเจตนาารมณ์ของกฎหมายต้องการลงโทษหญิง ตามมาตรา 301 เท่านั้น แม้ว่าการที่หญิงยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแก่ทั้งลูกนั้น จะถือได้ว่าเป็นการ "ช่วยเหลือ" ในการกระทำความผิดตามมาตรา 302 ของผู้อื่นก็ตาม หญิงก็ไม่เป็นผู้สนับสนุน⁴²

⁴¹จิตติ ดิงศักดิ์ย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 2245.

⁴²เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, "ฎีกาวิเคราะห์ คำพิพากษาฎีกาที่ 3592/2532 (ประชุมใหญ่) : ความผิดฐานฮักฮอกทรัพย์", วารสารนิติศาสตร์ 21 (ธันวาคม 2534) : 633-636.

สมชัย ศิริบุตร ได้อธิบายว่า ถ้าหญิงเป็นผู้ใช้ให้ผู้อื่นทำให้ตนเอง
 แท้งลูก ผู้ถูกใช้ ฎหมายบัญญัติเป็นความผิดในมาตรา 302 อยู่แล้ว จึงไม่ต้องพิจารณา
 เรื่องผู้ให้ตามมาตรา 301, 84 อีก ส่วนหญิงผู้ให้เท่ากับหญิงยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเอง
 แท้งลูก ฎหมายบัญญัติเป็นความผิดโดยตรง ตามมาตรา 301 เช่นเดียวกัน และหญิงไม่
 ได้ก่อให้ผู้อื่นกระทำความผิดตามมาตรา 84 ด้วย เนื่องจากผู้กระทำความผิดคือ หญิงนั้น
 เองไม่ใช่ผู้อื่น หญิงจึงไม่ใช่ผู้ให้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 301, 84 เหตุนี้ เมื่อผู้
 ถูกใช้ไม่กระทำ หญิงผู้ให้ก็ไม่ต้องรับโทษหนึ่งในสามตามมาตรา 84 วรรค 2 ด้วย

การที่หญิงเป็นผู้สนับสนุนให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกหญิงมีความผิด
 ฐานยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 อยู่แล้ว จึงไม่ใช่ผู้สนับสนุนผู้อื่นให้
 กระทำผิดตามมาตรา 302, 86 อีก

แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 ถึง
 มาตรา 302 มีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คือ เหตุตาม
 ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 305 ซึ่งมีอยู่ 2 เหตุคือ

(ก) เหตุเกิดจากความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิง ตาม
 มาตรา 305 (1) และ

(ข) เหตุเพราะหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำผิด อาญาทาง
 เพศต่อหญิง ตามมาตรา 305 (2)

การกระทำได้เพราะเหตุทั้งสองนี้ต้องเป็นการกระทำของ
 แพทย์ (ซึ่งอาจเป็นการกระทำให้ตนเองของหญิงมีครรภ์ที่เป็นแพทย์นั้นด้วย) และโคสได้
 ได้รับความยินยอมจากหญิงมีครรภ์นั้น (ความผิดตามมาตรา 301 และมาตรา 302 เป็น
 กรณีทำให้แท้งลูกโคสหญิงยินยอม)⁴⁴

⁴³ สมชัย ศิริบุตร, ฎหมายอาญา 2 : ภาคความผิด หน้า 441.

⁴⁴ คณิต ฌ นคร, ฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 85.

(ก) เหตุทำแท้งได้เนื่องจากสุขภาพของหญิง

บทบัญญัติในมาตรา 305 (1) ที่กฎหมายยอมรับให้แพทย์สามารถทำแท้งได้เนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น นับได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่ยอมรับกันในหลายประเทศ⁴⁵ การกระทำได้เฉพาะเหตุอื่นเกิดจากความจำเป็นในกรณีนี้ นอกจากจะประกอบด้วยเงื่อนไขว่าต้องเป็นการกระทำของแพทย์และโดยได้รับความยินยอมจากหญิงมีครรภ์แล้ว ยังต้องประกอบด้วยเงื่อนไขอีกประการหนึ่ง คือ จะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีทางเลือกอย่างอื่นด้วย เพราะถ้าเป็นกรณีที่มีทางเลือกอย่างอื่นก็ไม่เป็นกรณี "จำเป็น" เนื่องจากสุขภาพของหญิง⁴⁶

สำหรับเหตุผลทางด้านวิชาการของบทบัญญัตินี้เกิดขึ้นจากหลักการซึ่งนำหนักประโยชน์ระหว่างสิ่งสองสิ่งที่ยึดแย้งกันคือ ชีวิตของมารดา กับชีวิตของทารกที่อยู่ในครรภ์⁴⁷ โดยเรียกว่า หลักซึ่งนำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgüterabwägung)⁴⁸ หรือที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า The principle of interest balancing* คือหลักการซึ่งนำหนักประโยชน์หรือ



⁴⁵ แสง บุญเฉลิมวิภาส, เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย : ปัญหาและแนวทางแก้ไข, วารสารนิติศาสตร์ 19 (มิถุนายน 2532) : 68-77.

⁴⁶ คณิต ฃ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 85.

⁴⁷ แสง บุญเฉลิมวิภาส, เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย : ปัญหาและแนวทางแก้ไข, หน้า 69.

⁴⁸ คณิต ฃ นคร, เหตุทำแท้งได้ตามกฎหมายเยอรมัน, อัยการนิเทศ 41 (2522) : 353-366.

* ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก Theodor Lenckner, "The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification", Brigham Young University Law Rev. (1986) No.3, p.645-668

นักวิชาการบางคนเรียกว่า The theory of Lesser evil* คือเป็นการเลือกกระทำที่ชั่วร้ายที่น้อยกว่า กล่าวคือ ตามหลักนี้ ถือว่าการที่ผู้กระทำจำต้องกระทำการใดอันเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายที่น้อยกว่าเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่านั้น ผู้กระทำไม่มีความผิด⁴⁹ กล่าวคือ ถ้าปล่อยให้หญิงนั้นคลอดบุตรออกมา หญิงนั้นจะมีอันตรายถึงแก่ชีวิต ซึ่งกฎหมายเห็นว่า ชีวิตมารดาเป็นประโยชน์ที่สูงกว่าชีวิตทารกที่อยู่ในครรภ์ จึงยอมให้แพทย์ทำแท้งได้ เพื่อรักษาชีวิตของมารดาไว้ หลักกฎหมายดังกล่าวนี้⁵⁰ และหลักซึ่งนำหน้าระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายนี้อาจนำไปใช้ในกรณีอื่นๆ ได้ด้วย⁵¹

สำหรับประเทศไทย ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีแต่บทบัญญัติที่ลงโทษในเรื่องทำแท้ง แต่ไม่ปรากฏบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 305 (1) นี้ เพียงแต่ปรากฏตามคำอธิบายทางตำราว่า ถ้าแพทย์จำต้องรัดลูกเพื่อช่วยเหลือชีวิตของมารดา ก็ให้แพทย์มีอำนาจทำได้ตามกฎหมายจารีตประเพณี ต่อมาเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายอาญา เมื่อปีพ.ศ. 2482 ที่ประชุมได้อภิปรายประเด็นนี้กันอย่างกว้างขวาง โดย นายอาร์ กียอง ซึ่งเป็นที่ปรึกษากฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้ทำบันทึกและชี้แจงให้ที่ประชุมทราบเกี่ยวกับกฎหมายทำแท้งของประเทศต่าง ๆ ดังนี้**

* ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก George Fletcher, Rethinking Criminal Law, 2ed. Little Brown and Company Boston Toronto, 1978, p.774

⁴⁹ คณิต ฃ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 85.

⁵⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส, เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย : ปัญหาและแนวทางแก้ไข, หน้า 69.

⁵¹ คณิต ฃ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 85.

** ดูรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 54, 164/2482 วันอังคารที่ 28 พฤศจิกายน 2482

- (1) ถือว่าการรีดลูกเป็นผิดกฎหมายที่เคียวโดยไม่มีข้อยกเว้น เช่น กฎหมายฝรั่งเศส อิตาลี
- (2) ถือว่าการรีดลูกไม่เป็นผิดกฎหมาย และเอาผิดต่อเมื่อไม่ไปให้แพทย์ที่มีคุณวุฒิรีดลูก เช่น กฎหมายโซเวียตรัสเซีย
- (3) ถือว่าการรีดลูกเป็นผิดกฎหมาย แต่ยอมให้รีดลูกในบางกรณี เช่น โดยความจำเป็นเพื่อให้มารดาพ้นอันตรายถึงแก่ชีวิต และอนามัส เช่น กฎหมายสวีต
- (4) บังคับให้รีดลูกในบางกรณี เมื่อหญิงมีครรภ์กับบุคคลไม่พึงปรารถนา เช่น เป็นโรค หรือเพื่อรักษาความบริสุทธิ์แห่งเลือด เช่น เยอรมัน

ในที่สุดที่ประชุมเห็นควรเดินสายกลางอย่างกฎหมายสวีต กล่าวคือ กำหนดไว้เป็นหลักว่า การรีดลูกเป็นความผิดกฎหมายอาญา แต่ยอมให้รีดลูกได้ในบางกรณีโดยไม่มีผิด คือ ในเมื่อให้แพทย์ที่มีคุณวุฒิเป็นผู้รีด และการรีดนั้นเพื่อช่วยชีวิต หรืออนามัสของมารดา⁵²

(ข) เหตุทำแท้งได้เนื่องจากหญิงถูกข่มขืน

บทบัญญัติมาตรา 305 (2) ที่กฎหมายยอมให้แพทย์ทำแท้งได้เพราะหญิงมีครรภ์ เนื่องจากถูกข่มขืนนี้ เป็นบทบัญญัติ ซึ่งกรรมการร่างกฎหมายได้เพิ่มเติมเข้ามาในปี.ศ. 2494 เหตุผลที่กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งในกรณีนี้ได้ก็โดยเห็นว่า เมื่อหญิงไม่ประสงค์จะอุ้มครรภ์เด็กที่เกิดจากการใช้กำลังบังคับ ก็ควรให้

⁵² แสง บุญเฉลิมวิภาส, เหตุทำแท้งได้โดยไม่มีผิดกฎหมาย : ปัญหาและแนวทางแก้ไข, หน้า 70-71.

แพทย์ทำแท้งให้ได้เพื่อป้องกันความเสียหายของหญิง^{๕๓}

4) "เด็ก" อายุยังไม่เกินสิบห้าปี ตามมาตรา 317^{*}

ความผิดฐานนี้ คือพรากเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ไปเสียจากบิดามารดาผู้ดูแลโดยเจตนา^{๕๔}

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้มีใช้เสรีภาพ แม้จะอยู่ในหมวดความผิดต่อเสรีภาพก็ตาม แต่สิ่งที่คุ้มครองนั้นเป็น "สิทธิ" ที่จะให้การศึกษาอบรมและการดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ซึ่งรวมถึงการติดต่อเป็นส่วนตัวระหว่างระยะเวลาการให้การศึกษาอบรมดูแลด้วย^{๕๕} ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในมาตรา 317 โดยเรียกเป็นอย่างอื่น เช่น เป็นการกระทำอันละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดา^{**} คำว่าอำนาจปกครองก็หมายความว่าอย่างเดียวกันกับสิทธิที่จะให้การศึกษา อบรมดูแล แต่ถ้าเรียกว่าอำนาจปกครองของบิดามารดาแล้วก็จะทำให้ความหมายค่อนข้างแคบไป เพราะเหตุว่าในความผิดฐานนี้มี

^{๕๓} จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2, หน้า 2065.

* ปอ.มาตรา 317 "ผู้ใดโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษ..."

^{๕๔} คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 108.

^{๕๕} เรื่องเดียวกัน, หน้า 108.

** เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 75/2532 น.3 (พนักงานอัยการ กรมอัยการ โจทก์ นายอดิศักดิ์ เหล่าพูลทรัพย์ จำเลย): จำเลยพาผู้เสียหายอายุ 14 ปีเศษไปร่วมหลับนอนโดยบิดามารดาของผู้เสียหายไม่ทราบ เป็นการกระทำอันละเมิดต่ออำนาจปกครองของบิดามารดา แม้ผู้เสียหายจะสมัครใจไปด้วย และจำเลยจะมีได้ร่วมประเวณีเพียงแค่นอนกอดผู้เสียหายเท่านั้นก็ตาม การกระทำของจำเลยดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นการพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร



กล่าวถึงผู้ดูแลด้วย⁵⁶

ผู้กระทำความผิดฐานนี้ กฎหมายไม่ได้จำกัดว่าเป็นใคร แม้ บิดามารดา หรือบิดา หรือมารดา ที่ถูกถอนอำนาจการปกครอง ก็อาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้ เช่น บิดาถูกเพิกถอนอำนาจปกครอง เด็กนั้นอยู่ในอำนาจปกครองของมารดา บิดาไปพราวเด็กเข้า ก็เป็นผู้กระทำได้ หรือในกรณีกลับกัน⁵⁷

ผู้ถูกกระทำความผิดฐานนี้ คือ เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไม่จำกัดว่าจะจะเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย กฎหมายถือว่า เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไม่สามารถให้ความยินยอมโดยถูกต้องได้⁵⁸ ฉะนั้น การพาหรือแยกเด็กออกจากความปกครองดูแล จะกระทำโดยวิธีใด กฎหมายไม่มีข้อจำกัด ไม่ต้องใช้กำลังหรืออุบาย แม้จะชักชวนแนะนำเด็กให้ไปกับผู้กระทำโดยมิได้หลอกลวง⁵⁹ และเด็กเต็มใจไปด้วย ก็เป็นความผิดตามมาตรา⁶⁰ เหตุนี้ความยินยอมของเด็กจึงไม่สำคัญว่าจะมีหรือไม่ และเด็กนั้นก็ไม้อาจเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดได้ เพราะเด็กเป็นผู้ร่วมกระทำผิดโดยจำเป็น (Notwendige Teilnehmer)⁶¹

⁵⁶ คณิต ฃ นคร, รวมคำบรรยาย สำนักรวมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, ภาคหนึ่ง สมัยที่ 45 ปีการศึกษา 2535 เล่มที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท. กรุงเทพมหานครนึ่ง กรูฟ จำกัด), หน้า 74-75.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

⁵⁸ คณิต ฃ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 108.

⁵⁹ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 2334.

⁶⁰ คณิต ฃ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 108;
จิตติ ดิงศักดิ์ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 2334; หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, 2515, หน้า 385.

⁶¹ คณิต ฃ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 108.

การพราง หมายถึง การแยกสองประการที่สำคัญ คือมีการแยก
 เกี่ยวกับสถานที่ที่ชัดเจน และยังคงเป็นการแยกที่มีระยะเวลาพอสมควรด้วย ไม่
 ใช่ว่าไปเพียง 1 หรือ 2 ชั่วโมงก็เอากลับมา ในส่วนของระยะเวลากรณีที่ผู้มีสิทธิให้
 การศึกษาอบรมคุณมีเวลาน้อย การแยกที่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานที่แม้จะเป็นระยะเวลา
 ที่สั้นก็สามารถเป็นความผิดได้เหมือนกัน เช่น ในกรุงเทพฯ บิดามารดามีเวลาค่อนข้าง
 น้อยเพราะต้องออกไปทำงานนอกบ้านกันทั้งคู่ ไม่มีเวลาดูแลลูกได้ ก็เอาลูกไปฝากไว้
 ที่โรงเรียนเด็ก และอาจมาติดต่อกับบุตรได้น้อย กรณีถ้ามีการแยกไปก็ถือว่าการแยก
 นั้นเป็นการพรางได้^{๕๒} เช่น ศาลได้ตัดสินว่า การที่จำเลยและผู้เสียหายซึ่งมีอายุไม่เกิน
 13 ปี พากันไปร่วมประเวณีที่กระท่อมด้วยความสมัครใจ แล้วแยกกันกลับบ้านนั้น แม้
 ทางกลับบ้านของผู้เสียหายกับกระท่อมจะห่างกันเพียง 50 เมตร และผู้เสียหายอยู่กับ
 จำเลยเพียง 5 ชั่วโมง ก็ถือว่าจำเลยรบกวนสิทธิหรือแยกสิทธิของผู้ปกครองผู้เสียหาย
 ในการควบคุมดูแลผู้เสียหายโดยปราศจากเหตุอันสมควรแล้ว เป็นความผิดตามประมวล
 กฎหมายอาญา มาตรา 277 กับผิดตามมาตรา 317 อีกกระทงหนึ่ง^{๕๓}

ข้อสำคัญที่จะมีการพรางได้ อยู่ที่เด็กต้องอยู่ในความปกครองดูแลผู้ใดผู้หนึ่ง
 ในขณะที่พราง^{๕๔} ซึ่งผู้ดูแล หมายถึง ผู้ดูแลเด็กอยู่ตามข้อเท็จจริง โดยไม่คำนึงว่าจะ
 มีความผูกพันทางกฎหมายที่จะดูแลเด็กนั้นหรือไม่^{๕๕} เช่น ครูอาจารย์ นายจ้างหรือ
 ผู้ที่รับดูแลเด็กเป็นเนืองนิตย์ หรือชั่วคราวชั่วคราวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 มาตรา 430 เจ้าหน้าที่สถานควบคุมเด็กที่เจ้าหน้าที่ควบคุม รวมทั้งผู้ที่เด็กมาอยู่ด้วยตามนัย
 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 แต่ไม่หมายรวมถึงผู้ที่ได้เด็กมาโดยผิดกฎหมาย

^{๕๒} คณิต ฌ นคร, รวมคำบรรณาธิ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ
บัณฑิตยสภา ภาคหนึ่ง สมัยที่ 45 ปีการศึกษา 2535 เล่มที่ 10, หน้า 75.

^{๕๓} คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1605/2523

^{๕๔} จิตติ ตึงศภัทธี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3,
 หน้า 2334.

^{๕๕} คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 109.

เช่น ไปลักพาเด็กมา^{๕๕}

การพาเด็กไปต้องเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควร^{๕๖} เหตุอันสมควรนี้ก็คือ เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั้นเอง^{๕๗} แต่ถ้าผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำอันชอบด้วยกฎหมายที่จะพรากเด็กไป ย่อมมีความผิดตามมาตรา 317 เช่น การลอบพาเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ไปเดินเล่น หรือไปดูภาพยนตร์โดยรู้ว่าบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลไม่ยินยอม เป็นการตัดอำนาจผู้ปกครอง และกระทำลงทั้ง ๆ ที่อยู่เช่นนั้น นับว่าโดยปราศจากเหตุอันสมควรแล้ว^{๕๘} ซึ่งผู้กระทำจะต้องทราบดีว่าเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี จึงจะถือได้ว่ามีเจตนาและมีความผิด^{๕๙}

ความผิดฐานพรากเด็ก จากการศึกษาด้านประวัติศาสตร์กฎหมายไทยเชื่อว่ามีแนวคิดและวิวัฒนาการมาจากประกาศคำปรึกษาตัดสิน เรื่องจำนำเด็ก ปี จ.ศ. 1244 ซึ่งตรงกับปี พ.ศ. 2425* ประกาศดังกล่าวเป็นการตัดสินลงโทษผู้กระทำ ความผิดฐานพรากเด็กไปจำนำ ในประกาศได้กล่าวว่าการจำนำเด็กเป็นเรื่องร้ายแรงมากไม่เคยเกิดมาก่อน ถือว่าเป็นอันตรายต่อความสงบสุขของราษฎร จึงให้ลงโทษสถานหนัก ประกาศคำปรึกษาตัดสินเรื่องจำนำเด็ก นับว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่มีความสำคัญยิ่งต่อแนวความคิดและวิวัฒนาการของหลักกฎหมาย ในเรื่องการพรากเด็กในเวลาต่อ

^{๕๕} จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 2334.

^{๕๖} เรื่องเดียวกัน, หน้า 2236.

^{๕๗} คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 109.

^{๕๘} สมชัย ศิริบุตร, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายอาญา 2: ภาคความผิด หนัวย 8-15, (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ป.สัมพันธ์พาณิชย์, 2529), หน้า 112.

^{๕๙} หชุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 385.

* ดูเพิ่มเติมที่ภาคผนวก, หน้า 149

มา⁷¹ ดังปรากฏในกฎหมายลักพา 1 และ 29 ก็ได้บัญญัติให้ความคุ้มครอง โดยถือว่าการพรากเอาเด็ก ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของบิดามารดา เป็นการลักอย่างหนึ่ง⁷² กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 273 บัญญัติว่า "ผู้ใดบังอาจพาเอาเด็กอายุต่ำกว่าสิบขวบไปเสียจากบิดามารดา หรือจากผู้ที่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะคุ้มครองเด็กนั้นก็ดี..."* ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 ก็ได้บัญญัติว่า "ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล..."

⁷¹ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, "สิทธิของเหยื่อ: กรณีเด็ก", บทบัญญัติ 48 (2535): 116.

⁷² ร.แดงกาด์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1, (กรุงเทพฯ: บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2526), หน้า 129.

* กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 273 "ผู้ใดบังอาจลักพาเอาเด็กอายุต่ำกว่าสิบขวบไปเสียจากบิดามารดา หรือจากผู้ที่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะคุ้มครองเด็กนั้นก็ดี และผู้ใดที่รู้แล้วว่า เด็กคนใด ถูกพาไปโดยทุจริตเช่นนั้น มันบังอาจซื้อหรือขายเด็กนั้น หรือรับเอาเด็กนั้นไว้โดยเจตนาทุจริตก็ดี ท่านว่ามันผู้กระทำผิดอย่างใดใดเช่นว่าในมาตรานี้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนขึ้นไปจนถึงเจ็ดปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไป จนถึงพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง"

เป็นที่น่าสังเกตว่า กฎหมายลักษณะอาญาใช้คำว่า "พาเอา..ไปเสียจาก" อาจจะได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากกฎหมาย Common law เรื่อง "Taking" ที่ใช้ในกฎหมาย The Sexual offences Act 1956* ของประเทศอังกฤษ แต่เมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ก็ใช้คำว่า "พารา..ไปเสียจาก" ซึ่งก็ตรงกับคำว่า "Taking" เหมือนกัน ดังนั้น คำว่า "พาเอา..ไปเสียจาก" มีความหมายทำนองเดียวกับคำว่า "พารา..ไปเสียจาก"⁷³

นอกจากนี้ องค์การสหประชาชาติได้ร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของเด็ก พ.ศ.2532 (Convention On The Rights of The Child) ซึ่งมีประเทศต่าง ๆ มากกว่า 100 ประเทศ ลงนามเป็นสมาชิก ประเทศไทยลงนามเป็นสมาชิกเมื่อ 27 มีนาคม พ.ศ. 2535 (ค.ศ.1992) โดยอนุสัญญาสิทธิเด็กนี้นิยามคำว่า "เด็ก" หมายถึง บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี อนุสัญญานี้ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กอย่างกว้างๆ 3 ประการคือ สิทธิในการอยู่รอด สิทธิในการได้รับการป้องกันคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทั้งทางร่างกาย จิตใจ หรือทางเพศ และสิทธิได้รับการพัฒนาในด้านการโภชนาการ

* The Sexual Offences Act, 1956 บัญญัติความผิดประเภทดังกล่าวไว้ 4 กรณี คือ 1) ความผิดฐานลักพาเด็กหญิงโสคอายุต่ำกว่า 16 ปี จากบิดามารดาหรือผู้ดูแล ตามมาตรา 20 2) ความผิดฐานลักพาเด็กหญิงโสคอายุต่ำกว่า 18 ปีจากบิดามารดาหรือผู้ดูแลไปเพื่อการร่วมประเวณี โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกับชายคนใดคนหนึ่งตามมาตรา 19 3) ความผิดฐานลักพาหรือควบคุมหญิงอายุต่ำกว่า 21 ปี จากบิดามารดาหรือผู้ดูแล ในกรณีที่หญิงนั้นมีทรัพย์สิน และถูกระงับโดยการฉ้อฉลและด้วยเจตนาที่จะให้หล่อนสมรสหรือร่วมประเวณีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกับตนหรือชายอื่น ตามมาตรา 18 4) ความผิดฐานลักพา หรือควบคุมหญิงโดยใช้กำลังหรือเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินจากหญิงนั้น โดยมีเจตนาที่จะให้หล่อนสมรส หรือร่วมประเวณีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกับตนหรือกับชายอื่น ตามมาตรา 17

⁷³ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล "หมายเหตุร้ายค่าพิพากษาฎีกาที่ 261/2534" (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2534), หน้า 33.

การ สาธารณสุขมูลฐาน และการศึกษาขั้นพื้นฐานที่เพียงพอ⁷⁴ โดยเฉพาะในแนวคิดใน ความผิดฐานพรากเด็ก อนุสัญญาได้กำหนดพันธกรณีของรัฐภาคีสมาชิก จะต้องนำไป ปฏิบัติเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กดังนี้ "รัฐภาคีจะต้องดูแลว่าเด็กจะไม่ถูกแยก จากบิดามารดา โดยขัดกับความประสงค์ของฝ่ายหลัง นอกจากนี้ในกรณีที่หน่วยงานที่มี อำนาจได้ตัดสินใจว่าการแยกนั้นจำเป็นเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็ก โดยอาศัยบทบัญญัติและ กระบวนการที่กฎหมายกำหนดโดยทั้งที่ศาลอาจมีคำสั่งให้บทวนการตัดสินใจได้ การ ตัดสินใจดังกล่าว อาจจะจำเป็นในบางกรณีเป็นพิเศษ เช่น ในกรณีที่เด็กถูกกลั่น แกล้งรังแก หรือถูกทอดทิ้งละเลยจากบิดามารดา หรือในกรณีที่บิดามารดาแยกกันอยู่ และต้องมีการตัดสินใจว่า เด็กจะต้องไปอยู่กับฝ่ายใด"⁷⁵ และกำหนดต่อไปอีกว่า "รัฐ ภาคีจะให้ให้มีมาตรการการปรายปรามการชักย้ายเด็กที่ผิดกฎหมาย หรือการนำเด็กไป ต่างประเทศแล้วไม่นำกลับ"⁷⁶ เป็นต้น

สำหรับกรณีปัญหาที่ว่า เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งได้ชักชวน ยูง ส่ง เสริมหรือยินยอมให้ผู้อื่นพาไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร ผู้ที่พาเด็กไปกระทำ ความผิดตามมาตรา 317 ส่วนเด็กจะต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน กับผู้ที่พาตนไปหรือไม่

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร ได้ให้คำอธิบายไว้ว่าความผิดฐาน พรากเด็กตามมาตรา 317 นี้ เป็นการกระทำต่อบิดามารดา หรือผู้ปกครองหรือผู้ดูแล คือเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิที่จะให้การอบรมศึกษาดูแลของบิดามารดา เมื่อเป็น การกระทำที่กระทบต่อสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลแล้ว แม้เด็กจะมาขอร้องให้ พาไป เด็กนั้นก็ไม่สามารถเป็นผู้กระทำผิดหรือผู้ร่วมกระทำผิดได้ ตัวอย่างเช่น เด็กอายุ

⁷⁴ นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์, "ครอบครัวไทยในปัจจุบัน ปัญหาเด็ก และสตรี", สัปดาห์ปริทัศน์ 26 (ตุลาคม 2537-มกราคม 2538) : 58-59

⁷⁵ มาตรา 9 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของเด็ก พ.ศ.2532

⁷⁶ มาตรา 11 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของเด็ก พ.ศ.2532

ยังไม่เกิน 15 ปี มาขอร้องให้ผู้ใหญ่พาไปเที่ยว ผู้ใหญ่ส่งสารก็พาไป เด็กไม่ใช่เป็นทั้งผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนการทำคามผิด เพราะเหตุว่าความผิดฐานนี้เด็กเป็นตัวประกอบสำคัญ เรียกว่าเป็นผู้ร่วมกระทำคามผิดในกรณีจำเป็น^{๗๗}

ดังนั้น จากข้อมูลดังกล่าวมาชี้ให้เห็นว่า แนวคิดในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานพรากเด็กนั้น มิได้จำกัดความคุ้มครองเฉพาะสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล แต่ยังรวมไปถึงสิทธิของเด็กที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูกร้ายทั้งทางร่างกาย จิตใจ หรือทางเพศ ในฐานะที่เด็กต้องตกเป็นเหยื่อของการกระทำคามผิดอาญาอีกด้วย ดังจะเห็น

^{๗๗} คณิต ฅ นคร, รวมคำบรรยาย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ภาคหนึ่ง สมัยที่ 45 ปีการศึกษา 2535 เล่มที่ 10, หน้า 75

ได้จากแนวของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 398/2520*, 1461/2521** และ 1605/2523*** ที่ตัดสินให้ผู้กระทำความผิดที่พาเด็กไปกระทำชำเราหรือการทำอนาจาร ต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 กับมาตรา 317 อีกกระทงหนึ่งด้วย

5) "ผู้อื่น" ซึ่งเป็นผู้รับโอนทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือผู้ที่ยอมรับสมอ้างเป็นเจ้าของหนี้ของลูกหนี้ ซึ่งแก่งให้ตนเองเป็นหนี้ ตามมาตรา 350



* คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 398/2520 น.250 (พนักงานอัยการจังหวัดระยอง โจทก์ นายรุ่ง ธรรมมิ่ง จำเลย) ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุปดังนี้ การกระทำครั้งเดียวคราวเดียว หากผู้กระทำมีเจตนาหลายเจตนาที่จะให้เกิดผลต่างกรรมกันก็เป็นความผิดหลายกระทง และแม้จะมีเจตนาอย่างเดียวกัน แต่ประสงค์ให้เกิดผลเป็นความผิดหลายฐานต่างกัน ก็เป็นความผิดหลายกระทง จำเลยพวกรักเด็กหญิงไปจากบิดามารดาเพื่อการทำอนาจาร เป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 284 กับมาตรา 317

** คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1461/2521 น.822 (พนักงานอัยการจังหวัดสุพรรณบุรี โจทก์ นายปรีชา หรือบุน สุวรรณธรรม จำเลย) ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยสรุป ดังนี้ การที่จำเลยพานางสาว บ.ไปเพื่อการทำอนาจาร ถือได้ว่าจำเลยมีเจตนากระทำความผิดให้เกิดเป็นกรรมในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 นี้แล้ว และการที่จำเลยพวกรักนางสาว บ.ผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดา จำเลยก็มีเจตนากระทำความผิดให้เกิดเป็นกรรมในความผิดตาม ปอ.ม.317 อีกฐานหนึ่งต่างหาก การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน

*** ดูเชิงอรรถที่ 63

ความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ ตามมาตรา 350^{๖๕} นี้ แต่เดิมรวมอยู่ในเรื่องฉ้อโกง แต่ตามประมวลกฎหมายอาญา แยกออกมาเป็นหมวดหนึ่งต่างหาก บัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้ เพิ่มเติมจากมาตรการทางแพ่ง เช่น การเพิกถอนการฉ้อฉล ตามพ.พ.มาตรา 237^{๖๖} เป็นการเอาโทษลูกหนี้ซึ่งกระทำเพื่อมิให้เจ้าหนี้ของตน หรือเจ้าหนี้ของผู้อื่น เช่น เจ้าหนี้ของภริยาได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน^{๖๗} แยกเป็น 2 ความผิด ดังนี้

(1) ความผิดฐานชักย้ายทรัพย์มิให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้

ความผิดฐานนี้ คือ การย้ายไปเสีย ซ่อนเร้น หรือโอนไปให้แก่บุคคลอื่นซึ่งทรัพย์ใดโดยเจตนา โดยมีมูลเหตุชักจูงใจ เพื่อมิให้เจ้าหนี้ของตน หรือผู้อื่นได้รับชำระหนี้ทั้งหมด หรือแต่บางส่วน ซึ่งได้ใช้ หรือจะใช้สิทธิทางศาลให้ชำระหนี้^{๖๘} เป็นเรื่องที่กระทำแก่ตัวทรัพย์ กล่าวคือจะต้องมีการย้ายไปเสีย ซ่อนเร้นหรือโอนไปให้แก่ผู้อื่นซึ่งทรัพย์นั้น โดยปกปิดลูกหนี้ แม้จะถูกฟ้องร้องแล้วก็ยังมิสิทธิที่จะกระทำต่อทรัพย์ดังกล่าวได้เสมอ แต่มาตรานี้เอาโทษผู้กระทำที่ได้กระทำไปโดยมีมูลเหตุชักจูงใจ คือ เพื่อมิให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ทั้งหมด หรือแต่บางส่วน ในเมื่อตนเองก็รู้

* ปอ.มาตรา 350 "ผู้ใดเพื่อมิให้เจ้าหนี้ของตน หรือของผู้อื่นได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ซึ่งได้ใช้หรือจะใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลให้ชำระหนี้ ย้ายไปเสีย ซ่อนเร้น หรือโอนไปให้แก่ผู้อื่น ซึ่งทรัพย์ใดก็ดี แก่สิ่งให้ตนเป็นหนี้จำนวนใดอันไม่เป็นความจริงก็ดี ต้องระวางโทษ..."

^{๖๕} เข็มชัย ชุตินวงศ์, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายอาญา 2 : ภาคความผิด มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (กรุงเทพฯ : หจก.ป.สัมพันธ์พาณิชย์, 2529), หน้า 317.

^{๖๖} หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3 (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 525.

^{๖๗} คณิต ๗ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 174-175.

แล้วว่าเจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล หรือจะได้ใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล^{๘๑}

(๒) ความผิดฐานแกล้งให้ตนเป็นหนี้อื่นเป็นเท็จ

ความผิดฐานนี้ คือ การแกล้งให้ตนเองเป็นหนี้ จำนวนใดอันไม่เป็นความจริงโดยเจตนาและโดยมีมูลเหตุชักจูงใจ เพื่อไม่ให้เจ้าหนี้ของตน หรือของผู้อื่นได้รับชำระหนี้ทั้งหมด หรือแต่บางส่วน ซึ่งได้ใช้หรือจะใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลให้ชำระหนี้^{๘๒} ความผิดนี้เป็นเรื่องที่มีได้กระทำแก่ทรัพย์สิน แต่เป็นการแกล้งให้ตนเองเป็นหนี้ ซึ่งไม่เป็นความจริง เช่น โดยการแกล้งทำเป็นหนังสือกู้ไว้กับเพื่อนฝูง หรือแกล้งทำหนังสือสัญญาซื้อขายโดยระบุว่าได้รับของแล้วแต่ยังไม่ได้ชำระราคา ซึ่งความจริงไม่ได้รับของมาเลย เพื่อเพื่อนของตนซึ่งไม่ได้เป็นหนี้ที่แท้จริงจะได้มาขอเฉลี่ยหนี้เป็นต้น^{๘๓}

สำหรับกรณีปัญหาที่ว่า "ผู้อื่น" ชักชวน ยุยง ส่งเสริมให้ลูกหนี้โอนทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่ตน เพื่อเป็นการโกงเจ้าหนี้ของลูกหนี้ ลูกหนี้ได้โอนทรัพย์สินให้แก่ "ผู้อื่น" ลูกหนี้ย่อมมีความผิดตามมาตรา ๓๕๐ ปัญหาว่า "ผู้อื่น" จะเป็นตัวการผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนกับลูกหนี้ในการกระทำความผิดตามมาตรา ๓๕๐ หรือไม่

"ผู้รับสมอ้างเป็นเจ้าหนี้" ก็เช่นเดียวกัน ปัญหาว่า จะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ในการกระทำความผิด ตามมาตรา ๓๕๐ ของลูกหนี้ที่แกล้งให้ตนเองเป็นหนี้อันไม่เป็นความจริงหรือไม่

กรณีดังกล่าวได้มีนักวิชาการกฎหมายได้ให้คำอธิบายไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศักดิ์ย์ กล่าวไว้ว่า ปัญหาในเรื่องโอนแก่ผู้อื่น คือ ผู้รับโอนทรัพย์สินจากลูกหนี้ มีความผิดตามมาตรา ๓๕๐ นี้ด้วยหรือไม่ เช่น โอน

^{๘๑} หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค ๒-๓, หน้า ๕๒๕.

^{๘๒} คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า ๑๗๕-๑๗๖.

^{๘๓} หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค ๒-๓, หน้า ๕๒๕-๕๒๖.

ที่ดิน ไม่ได้ย้าย ไม่ได้ซ่อน ศาลวินิจฉัยคดีตามมาตรา 308 เดิมว่า ส.ทำยอมความศาล
พิพากษาให้ใช้เงินกู้คืนแก่ ร. ระหว่างผิดชำระเงิน ส. ยอมให้ ต.เอาเรือนของ ส.
ไปทำสัญญาที่อำเภอจดทะเบียนขายแก่ ม. ทั้ง 3 คนมีความผิดตามมาตรา 308 เดิม
(ฎีกาที่ 471/2477) คดีนี้พอจะเห็นได้ว่า ต. ม. ร่วมคิดกันเอาเรือนของ ส. ไปขาย
มิใช่ ส. ขายเรือนเอง และ ม. เป็นผู้รับโอน ถ้า ส. ขายเรือนแก่ ม. ด้วยตนเอง
ส. มีความผิดตามมาตรา 350 ในฐานะโอนทรัพย์สินแก่ผู้อื่น แต่ ม. น่าจะไม่มีผิด
ด้วย เพราะ ม. เป็นเพียงผู้ที่ประกอบเป็นองค์ความผิด ของ ส. โดยจำเป็น
(necessary participator) ซึ่งไม่เป็นตัวการ ผู้ร่วมกระทำ หรือผู้สนับสนุน
แต่กรณี เช่นนี้ศาลวินิจฉัยว่า ผู้โอน และผู้รับโอนมีความผิดตามมาตรา 143/
2517, ฎีกาที่ 271/2522 กรณีเช่นนี้ ประมวลกฎหมายอาญาสวิส มาตรา 163,
164* บัญญัติความผิดของบุคคลผู้รับโอนทรัพย์สินจากลูกหนี้ไว้ด้วย แต่มาตรา 350 มิได้

* ประมวลกฎหมายอาญาสวิส เซอร์แลนด์

มาตรา 163 บัญญัติว่า

1. ลูกหนี้เพื่อก่อความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ของตน

โดยการทำให้ลดน้อยลงด้วยการโอน หรือทำให้เกิดความเสียหาย
หรือทำลาย หรือทำให้เสื่อมราคา หรือทำให้ใช้การไม่ได้ด้วยทรัพย์สินใด

โดยการทำให้ลดน้อยลงโดยไม่เป็นความจริง ด้วยการปกปิดหรือ
ซ่อนเร้นซึ่งทรัพย์สินใดก็ดี แกล้งให้ตนเป็นหนี้จำนวนหนึ่งอันไม่เป็นความจริง หรือรับสภาพ
หนี้ที่ไม่เป็นความจริง หรือก่อให้ผู้อื่นกระทำการดังกล่าว หรืออำพรางสภาวะทางทรัพย์สิน
สินให้ต่ำกว่าความเป็นจริง โดยการทำบัญชีทรัพย์สินไม่ถูกต้อง หรือทำบัญชีทรัพย์สินเท็จ

ถ้าลูกหนี้ผู้นั้นถูกสั่งล้มละลาย ลูกหนี้ต้องระวางโทษกักขังไม่เกินกว่า 5 ปี
หรือจำคุก

2. ผู้อื่นซึ่งเป็นผู้รับมอบผลการกระทำดังกล่าว เป็นเหตุให้เกิดความ
เสียหายแก่เจ้าหนี้ ถ้าลูกหนี้ถูกพิพากษาให้ล้มละลายแล้ว ต้องระวางโทษจำคุก

บัญญัติถึงผู้รับโอนทรัพย์สินไว้ ผู้รับโอนที่ไม่รู้ข้อเท็จจริงของลูกหนี้ไม่มีความผิดด้วย (ฎีกาที่ 256/2517, ฉ. ที่ 563/2523)^{๘๔}

แต่การแกล้งให้ตนเป็นหนี้อื่นไม่จริง ได้แก่การแสดงเจตนาลวงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรคต้น ซึ่งเป็นความผิดสำเริงตั้งแต่แกล้งแสดงเจตนาเป็นหนี้ ไม่ต้องมีการฟ้อง หรือขอเจลาทรัพย์ หญิงมีผู้สามมีจับได้ จะต้องถูกฟ้องและริบทรัพย์ตามกฎหมายในเวลาสั้น จึงเอาโฉนดให้คนอื่นยึดต่างหนี้ที่สมยอมกันกระทำขึ้น หญิงและผู้ที่ร่วมกันกระทำการก่อหนี้ มีความผิดตามมาตรา 308 เดิม (ฎีกาที่ 1524 ถึง 1526/2463) ลูกหนี้กับผู้รับสมอ้างเป็นลูกหนี้ มีความผิดตามมาตรา ๓๕ (ฉ. 1474/2517)

(ต่อ) มาตรา 164 บัญญัติว่า

1. ลูกหนี้ซึ่งยอมให้ตนเองเป็นจำเลยในคดี ซึ่งก่อความเสียหายแก่เจ้าหนี้ของตน

โดยการทำให้ลดน้อยลงด้วยการโอน หรือทำให้เกิดความเสียหายหรือทำลาย หรือทำให้เสื่อมราคา หรือทำให้ใช้การไม่ได้ซึ่งทรัพย์สินใด

โดยการทำให้ลดน้อยลงโดยไม่เป็นความจริง ปกปิดหรือซ่อนเร้นซึ่งทรัพย์สินใดก็ดี แกล้งให้ตนเป็นหนี้จำนวนหนึ่งอันไม่เป็นความจริง หรือรับสภาพหนี้อื่นไม่เป็นความจริง หรือก่อให้ผู้อื่นกระทำการดังกล่าว

ถ้ากระทำอันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินซึ่งไม่ถูกต้องนี้มีผลเสียต่อลูกหนี้แล้ว ต้องระวางโทษกักขังไม่เกิน 5 ปี หรือจำคุก

2. ผู้อื่นซึ่งเป็นผู้รับมอบผลของการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ ถ้าการกระทำอันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินซึ่งไม่ถูกต้องนี้มีผลเสียต่อลูกหนี้แล้ว ต้องระวางโทษจำคุก อ่างรายละเอียดยกใน เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 454.

^{๘๔} จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3,

รองศาสตราจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า กรณีความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ ตามมาตรา 350 "ผู้อื่น" ซึ่งรับโอนทรัพย์สินจากลูกหนี้ หรือ ผู้รับสมอ้างเป็นเจ้าหนี้เป็นบุคคลซึ่งเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิดของลูกหนี้ บุคคลเหล่านี้จึงไม่สมควรที่จะถือว่าเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือ ผู้สนับสนุนกับลูกหนี้ในการ กระทำความผิดของลูกหนี้ตามมาตรา 350 เพราะหากกฎหมายประสงค์จะลงโทษการ กระทำของบุคคลดังกล่าว ก็น่าจะบัญญัติความผิดไว้โดยเฉพาะเจาะจง

ความผิดตามมาตรา 350 นี้ ก็เช่นเดียวกับความผิดมาตราอื่น ๆ กล่าวคือมีตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนได้เสมอ เป็นแต่เพียงว่าผู้ที่เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือ ผู้สนับสนุน จะต้องมิใช่บุคคลซึ่งเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิดตามมาตราอื่นของผู้กระทำเท่านั้น เช่น ลูกหนี้มีเพื่อนสองคน เพื่อนทั้งสองคนนั้นยุยงส่งเสริมให้ลูกหนี้โกง เจ้าหนี้ด้วยการโอนทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่เพื่อนคนที่สอง หากลูกหนี้กระทำลูกหนี้อย่อมมี ความผิดตามมาตรา 350 โดยมีเพื่อนคนแรกเป็นตัวการร่วม ตามมาตรา 83* แต่ เนื่องจากเพื่อนคนที่สองเป็นผู้รับโอนทรัพย์สินจากลูกหนี้ กล่าวคือ เป็น "ผู้อื่น" ตามมาตรา 350 ซึ่งถือว่า เป็นบุคคลซึ่งเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิดของลูกหนี้ตามมาตรา นี้ เพื่อนคนที่สองจึงไม่ถือเป็นตัวการร่วมกับลูกหนี้ในการกระทำความผิดของลูกหนี้ตาม มาตรา 350 และไม่ถือว่าเป็นผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนด้วยเหตุผลอย่างเดียวกัน^{๘๕}

* เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 463/2511 น.541 (ระหว่าง นายชาติ ถาชัยสา โจทก์ นางบาน ไชยภูมิ กับพวก จำเลย) : ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 350 บุคคลภายนอกก็อาจเป็นตัวการกระทำความผิดได้ ถ้าร่วมกระทำ กับลูกหนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 350 ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นต้องให้มีการบังคับคดีเสียก่อน

^{๘๕} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 453.

2. แนวคำพิพากษาของศาลฎีกา

ข้อเท็จจริงที่ชั้นผู้การวินิจฉัยของศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่เป็นปัจเจกสำคัญในการกระทำความผิด เท่าที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกา ผู้เขียนขอหยิบยกคดีที่เกี่ยวข้อง เพื่อทำการศึกษาวิเคราะห์ว่าในคดีดังกล่าวเหล่านี้ ศาลฎีกามีหลักเกณฑ์ในการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายอย่างไร จะสามารถนำหลักเกณฑ์ผู้ร่วมในความผิดที่มีใช้ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน (necessary participator) ที่ได้ศึกษา มาปรับใช้เข้ากับข้อเท็จจริงจะได้หรือไม่ อย่างไร โดยเรียงลำดับตามบทบัญญัติมาตรา ในประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

- 1) ผู้ใดให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงานตามมาตรา

144

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 435/2520 น.287 (พนักงานอัยการจังหวัดขอนแก่น โจทก์ นายบุญมี ไกรฤชา กับพวก จำเลย) : ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้ ราชฎรให้สินบนเจ้าพนักงานเพื่อทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ เจ้าพนักงานรับไว้ ราชฎรมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 144 เจ้าพนักงานมีความผิดตามมาตรา 149 ราชฎรไม่มีความผิดฐานสนับสนุนเจ้าพนักงานอีก

จากข้อเท็จจริงในคดีข้างต้นนี้ ศาลฎีกาได้กล่าวว่า การที่ราชฎรให้เงินเจ้าพนักงานเพื่อให้กระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่และเจ้าพนักงานรับเงินไว้ ราชฎรมีความผิดตามมาตรา 144 เจ้าพนักงานมีความผิดตามมาตรา 149 แต่ราชฎรไม่มีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 149, 86 ศาลฎีกาได้ให้เหตุผลในคำพิพากษาว่า เพราะการกระทำของราชฎร ไม่ใช่เป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการรับสินบนของเจ้าพนักงาน* เหตุผลดังกล่าวนี้ ไม่น่าจะถูกต้องเพราะการให้เงินของราชฎรเป็นการ "ช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก" ในการกระทำความผิด

* ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 435/2520 น.288-289



ฐานรับสินบนของเจ้าพนักงานอย่างชัด ๆ ที่เดียว^{๘๖} ซึ่งเหตุผลน่าจะเป็นว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ลงโทษราษฎรตามมาตรา 144 เท่านั้น แม้การกระทำของราษฎรจะเป็นการช่วยเหลือให้ความสะดวกในการที่เจ้าพนักงานกระทำผิดตามมาตรา 149 ราษฎรก็ไม่มี ความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนตามมาตรา 149, 86 อีก

2) "ผู้อื่น" ที่ทำแท้งให้แก่วหญิงตามมาตรา 301

คำพิพากษาฎีกาที่ 954/2502 น.1262 (นายน้อย ใจอ่อน โจทก์ นายเร้ง คำกู่ จำเลย) : ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้ หญิงยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก นั้น ถือว่าหญิงนั้นมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย จึงไม่ใช่ผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) และแม้หญิงนั้นจะถึงแก่ความตายลง บิดาของหญิงนั้นก็ไม่มีสิทธิที่จะฟ้องผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกได้

จากคดีนี้สะท้อนให้เห็นว่า หญิงยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกนั้น ถือว่า หญิงนั้นมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย ดังนั้นในคดีนี้ถ้าหญิงไม่ตายก็ต้อง รับผิดตามมาตรา 301 แต่มีข้อสังเกตว่า การที่ศาลตัดสินว่า การที่หญิงยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกนั้น ไม่เป็นผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีเองต้องให้พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้อง ถ้าหญิงตายไป บิดาของหญิงก็ไม่เป็นผู้จัดการแทนผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีได้เอง^{๘๗} เพราะ กรณีที่จะเป็นผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีได้ จะต้องได้ความว่าบุคคลนั้นเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย กล่าวคือบุคคลนั้นจะต้องไม่เป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นด้วย หรือเป็นผู้ ยินยอมให้มีการกระทำความผิดต่อตน หรือการกระทำผิดนั้นจะต้องมิได้มีมูลมาจากการที่ ตนเองมีเจตนาฝ่าฝืนกฎหมาย หรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

^{๘๖} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, ฎีกาวิเคราะห์ คำพิพากษาฎีกาที่ 3592/2532 (ประชุมใหญ่) : ความผิดฐานยักยอกทรัพย์, หน้า 635.

^{๘๗} สมชัย คีรีบุตร, กฎหมายอาญา 2 : ภาคความผิด, หน้า 49.

หลักเกณฑ์ข้อนี้มิได้กล่าวไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมาย แต่เป็นหลักเกณฑ์ตามกฎหมายทั่วไปว่า "ผู้ที่มาขอพึ่งบารมีแห่งความยุติธรรมต้องมาด้วยมืออันบริสุทธิ์" ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานโดยตลอดมา^{๘๘} แต่หลักเกณฑ์นี้ออกจะเป็นการสับสนในเรื่องความคิดอยู่มาก กล่าวคือสับสนในเรื่องความคิดทางแพ่งกับทางอาญาซึ่งแตกต่างกัน "ข้อเรียกร้องทางแพ่ง" (Zivilanspruch) ศาลชอบที่จะปฏิเสธ ถ้าบุคคลนั้นมาด้วยมืออันไม่บริสุทธิ์ แต่การจัดการให้เป็นไปตาม "ข้อเรียกร้องให้ลงโทษ" (Strafanspruch) เป็นหน้าที่ของรัฐ องค์การของรัฐ ต้องจัดการให้เป็นไปตามชั้นตอนจึงจะชอบ^{๘๙}

3) หญิงที่ขอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ตามมาตรา 302

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 30/2507 (พนักงานอัยการเชียงใหม่ โจทก์ นางมูล กองมูล จำเลย) : ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้ ทำให้หญิงมีครรภ์แท้งโดยหญิงยินยอม หญิงตายในเวลาใกล้ ๆ กัน เพราะรกลุดจากผนังมดลูก โดยถูกของแข็งกดมดลูกเล็ดออกภายในมดลูกมากจนเจ็บปวดไม่ได้ แพทย์ผ่ามดลูกพบเด็กทารกครบ 32 อายุประมาณ 3 เดือนตาสแล้ว เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302

คดีนี้ศาลได้ตัดสินว่า ผู้กระทำทำให้หญิงมีครรภ์แท้งลูก โดยหญิงยินยอมนั้น ผู้กระทำมีความผิดตามมาตรา 302 ฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ หญิงมีครรภ์นั้นตาสในเวลาต่อมาใกล้ ๆ กัน หากหญิงที่ยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกดังกล่าวไม่ตาย หญิงก็จะต้องรับผิดตามมาตรา 301 แต่จะไม่มี ความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนผู้อื่นที่ทำให้ตนแท้งลูก ตามมาตรา 302 หรือในฐานะเป็นตัวการ หรือผู้ใช้ เหตุผลเพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการลงโทษหญิงตามมาตรา 301 เท่านั้น.

^{๘๘} คดีนี้ ฎีกาฯ, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 พิมพ์ครั้งที่ 3

(กทม : มิตรนราการพิมพ์, 2530), หน้า 11.

^{๘๙} คณิต ฃ นคร, "ผู้เสียหายในคดีอาญา", วารสารอัยการ : 38-41.

จึงได้บัญญัติแยกความผิดออกจากกัน ในมาตรา 301 และ 302

4) "เด็ก" อายุยังไม่เกินสิบห้าปี ตามมาตรา 317

คำพิพากษาฎีกาที่ 1605/2523 น.1073 (พนักงานอัยการ
กรมอัยการ โจทก์ นายสุทธิศักดิ์ หรือทิด โบว์สุวรรณ จำเลย) : ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อ
ดังนี้ การที่จำเลยและผู้เสียหายซึ่งมีอายุไม่เกิน 13 ปี พากันไปร่วมประเวณีที่กระท่อม
ด้วยความสมัครใจ แล้วแยกกันกลับบ้านนั้น แม้ทางกลับบ้านของผู้เสียหายกับกระท่อมจะ
ห่างกันเพียง 90 เมตร และผู้เสียหายอยู่กับจำเลยเพียง 5 ชั่วโมง ก็ถือว่าจำเลย
รบกวนสิทธิ หรือแยกสิทธิของผู้ปกครองผู้เสียหายในการควบคุมดูแลผู้เสียหายโดย
ปราศจากเหตุอันสมควรแล้ว เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 กับ
ผิดตาม มาตรา 317 อีกกระทงหนึ่ง

คดีนี้ได้สะท้อนให้เห็นแนวการวินิจฉัยที่ศาลได้ตัดสินว่า ผู้กระทำที่
ได้พาเด็กหญิงซึ่งอายุยังไม่เกิน 13 ปี ไปร่วมประเวณีกันที่กระท่อม แม้เด็กหญิงดังกล่าว
จะสมัครใจไปด้วย ระยะทางก็ไม่ไกลจากบ้านเท่าใดนัก และระยะเวลาที่อยู่ด้วยกันก็
เพียง 5 ชั่วโมง ศาลฎีกาถือว่าผู้กระทำมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ฐานพราก
เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ดูแล โดยปราศจากเหตุอันควรแล้ว
และต้องรับผิดชอบกระทำชำเราเด็กหญิงตามมาตรา 277 อีกกระทงหนึ่ง จึงชี้ให้เห็นสิ่ง
ที่กฎหมายประสงค์คุ้มครอง 2 ประการ คือ 1. สิทธิที่จะให้การดูแล ศึกษ อบรม ของ
บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล 2. สิทธิของเด็กที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจาก
การถูกทำร้าย ทั้งทางร่างกาย จิตใจ และทางเพศ แต่เด็กในคดีนี้เป็นผู้ร่วมกระทำโดย
ความจำเป็น (necessary participator) จึงไม่อาจต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นตัวการ
ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ในการกระทำความผิดของผู้กระทำได้ การที่ศาลฎีกาไม่ได้กล่าวถึง
ความรับผิดชอบของเด็ก เหตุผลก็คงจะเป็นประการดังกล่าวข้างต้น

คำพิพากษาฎีกา ที่ 4591/2528 น.2650 (พนักงานอัยการ
จังหวัดอ่างทอง โจทก์ นายทวีหรือโก๊ะ บุญทด จำเลย) : ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้

จำเลยกับผู้เสียหายเป็นคนรักกัน จำเลยมีภรรยาแล้ว ผู้เสียหายอายุ 12 ปี 11 เดือนเศษ จำเลยพาผู้เสียหายไปเที่ยว และพากันมาพักที่โรงแรม เป็นการกระทำไปในเชิงชู้สาว ซึ่งเป็นการประพฤติดนทมิฬไม่สมควรอย่างยิ่ง ทั้งในวันรุ่งขึ้นแทนที่จำเลยผู้เสียหายกลับบ้าน กลับพาไปอยู่ที่บ้านญาติของจำเลย พฤติการณ์ชี้ว่าจำเลยพรากผู้เสียหายอายุยังไม่เกิน 13 ปี ไม่เสียจากบิดามารดาเพื่อการรอนาจาร มาตรา 317

คดีนี้ชี้ให้เห็นว่า ศาลได้ตัดสินให้จำเลยซึ่งพาผู้เสียหาย ซึ่งอายุ 12 ปีเศษไปจากบิดามารดา ย่อมเป็นการตัดอำนาจปกครองของบิดามารดา แม้ผู้เสียหายจะให้ความยินยอม ย่อมเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 แล้ว แต่ผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้เยาว์ ศาลก็ไม่ได้ตัดสินให้เป็นผู้ร่วมกระทำผิดกับจำเลยอีกเช่นกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 261/2534 (พนักงานอัยการจังหวัดสิงห์บุรี โจทก์ นายสนอง ทรงเจริญกับพวก จำเลย) : ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้ การที่จำเลยที่ 1 กับพวกพาผู้เสียหายออกจากบ้านไปโดยไม่ให้คนในบ้านรู้ แล้วพาไปเช่าเราในป่าอย่างข้างทางทั้งที่ผู้เสียหายอายุเพียง 14 ปี กับอีก 1 เดือนเศษ ยังเป็นนักเรียน จำเลยที่ 1 เองก็ยังเรียนอยู่ชั้นมัธยมปีที่ 6 หลังจากตนเองได้ร่วมประเวณีแล้วยังมอบผู้เสียหายให้ไปกับจำเลยที่ 2 ปลอຍให้จำเลยที่ 2 ร่วมประเวณี ผู้เสียหายอีกหลายคน ถือได้ว่าเป็นการพรากผู้เสียหายไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร ตาม ปอ. มาตรา 317

คดีนี้ศาลได้ตัดสินใจจำเลยที่ 1 ซึ่งพาผู้เสียหายไปร่วมประเวณีด้วย ถือได้ว่าเป็นการพรากผู้เยาว์ไปโดยปราศจากเหตุอันสมควรแล้ว จำเลยจึงมีความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่า ในคดีนี้ศาลไม่ได้ตัดสินให้จำเลยที่ 1 ที่พาผู้เสียหายไปร่วมประเวณี ต้องรับผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 กับมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง ตามมาตรา 277 อีกกระทงหนึ่ง ตามที่ได้เคยตัดสินไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1605/2523 และผู้เสียหายในคดีนี้ก็ไม่สามารถเป็นผู้ร่วมกระทำผิดกับจำเลยได้ แม้จะให้ความยินยอมหรือสมัครใจด้วยก็ตาม เพราะเป็นผู้ร่วมกระทำผิดโดยจำเป็น

5) "ผู้อื่น" ซึ่งเป็นผู้รับโอนทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือผู้ที่ยอมรับสมอ้างเป็นเจ้าของหนี้ของลูกหนี้ ซึ่งแก่งให้ตนเองเป็นหนี้ ตามมาตรา 350

คำพิพากษาฎีกาที่ 143/2517 น.93 (พนักงานอัยการจังหวัดปัตตานี กับพวกโจทก์ นางอ่อนทอง รามศรี กับพวก จำเลย) ซึ่งมีข้อเท็จจริง โดยสรุปดังนี้ คำว่า "ผู้อื่น" ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 350 หมายถึงบุคคลอื่นนอกจากตัวลูกหนี้

จำเลยที่ 1 ผู้เป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาของโจทก์ร่วม โอนที่ดินของตนให้แก่จำเลยที่ 3 ผู้ซึ่งมิได้เป็นลูกหนี้ของโจทก์ร่วม โดยจำเลยทั้งสองมีเจตนาร่วมกันที่จะมิให้โจทก์ร่วมได้รับชำระหนี้ ดังนี้ จำเลยทั้งสองมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 350 แล้ว จำเลยที่ 3 จะอ้างว่าเป็นการโอนที่ดินให้กับตนเอง มิใช่โอนให้กับ "ผู้อื่น" หาได้ไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1474/2517 น.1057 (นายเลื่อน ชาวล้วน โจทก์ นางละออง บุญทอง กับพวก จำเลย) ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อ ดังนี้ จำเลยที่ 1 แก่งให้ตนเองเป็นหนี้จำเลยที่ 2 โดยไม่เป็นความจริง ย่อมมีความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ ส่วนจำเลยที่ 2 ผู้รับสมอ้างเป็นเจ้าหนี้ ถือว่าได้ร่วมกระทำผิดกับจำเลยที่ 1 ด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 271/2522 น.321 (นายฮู วงษ์พานิช โจทก์ นายสมศักดิ์ น้อยสินง กับพวก จำเลย) ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อ ดังนี้ บิดา มารดา จำเลยที่ 1 ถูกศาลพิพากษาให้ชำระหนี้แก่โจทก์ โจทก์จะยึดนาของบิดามารดา จำเลยที่ 1 บิดามารดาจำเลยที่ 1 โอนนาแก่จำเลยที่ 1 โจทก์จะฟ้องให้โอนนากลับเป็นของบิดามารดาจำเลยที่ 1 ตามเดิม จำเลยที่ 1 โอนนาแก่จำเลยที่ 2 ดังนี้ แม้จำเลยที่ 1 ไม่ได้เป็นลูกหนี้โจทก์ ก็อยู่ในความหมายของ มาตรา 350 ที่เจตนาที่จะโกงเจ้าหนี้ของผู้อื่นก็ได้ และไม่เกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะบังคับชำระหนี้ยังคงมีอยู่หรือไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 536/2523 น.2614 (นายเส็ง โต๊ะเฮง โจทก์ นางงามจิตต์ กนกวิบูลย์ศรี กับพวก จำเลย) ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อ ดังนี้ ลูกหนี้

โอนที่ดินของตนให้แก่ผู้อื่นเพื่อมิให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งเจ้าหนี้ได้ฟ้องให้ลูกหนี้ชำระแล้ว ลูกหนี้มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 350 ส่วนผู้อื่นที่รับโอนทรัพย์สินนั้นจะมีความผิดตามมาตรา 350 ก็ต่อเมื่อรู้ว่าลูกหนี้มีหนี้ที่เจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิทางศาลแล้ว ถ้าไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ไม่ต้องมีความผิดตามมาตรา 350

จากข้อเท็จจริงทั้ง 4 คดีนี้ ศาลได้ตัดสินเหมือนกันว่า "ผู้อื่น" ซึ่งรับโอนทรัพย์สินจากลูกหนี้หรือผู้รับสมอ้างเป็นเจ้าหนี้ เป็นตัวการร่วมกระทำความผิดร่วมกับลูกหนี้ในการกระทำความผิดของลูกหนี้ฐานโกงเจ้าหนี้ตามมาตรา 350 ได้ กล่าวคือในคดีแรกศาลได้ถือว่า จำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นผู้รับโอนที่ดินจากจำเลยที่ 1 เป็นตัวการร่วมตามมาตรา 83 ในการกระทำความผิดตามมาตรา 350 กับจำเลยที่ 1 หลักดังกล่าวนี้คดีที่สี่ได้ตัดสินตามว่าผู้อื่นที่รับโอนทรัพย์สินนั้นจะมีความผิดตามมาตรา 350 ก็ต่อเมื่อรู้ว่าลูกหนี้มีหนี้ที่เจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิทางศาลแล้ว ถ้าไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ไม่ต้องมีความผิด

อย่างไรก็ตาม ในคดีแรกได้มีผู้พิพากษานายหนึ่งมีความเห็นแย้งว่า จำเลยที่ 3 เป็นผู้รับโอน ไม่น่าจะมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 350 ในฐานะเป็นตัวการร่วมกับจำเลยที่ 1 ผู้โอน โดยให้เหตุผลว่า ถ้าฟังได้ว่าจำเลยที่ 3 เป็นตัวการในการโอนร่วมกับจำเลยที่ 1 ผู้โอนก็ถือไม่ได้ว่าเป็นการโอนให้แก่ผู้อื่น เพราะเป็นการโอนให้แก่ตนเอง* แต่ศาลฎีกาก็ได้ให้เหตุผลว่า บทบัญญัติมาตรา 350 นี้ประสงค์จะลงโทษเฉพาะการโอนทรัพย์สินให้แก่ "ผู้อื่น" ไม่ใช่โอนทรัพย์สินให้ "ตนเอง" ก็จริงอยู่ แต่คำว่า "ผู้อื่น" นี้หมายความถึงบุคคลอื่น นอกจากตัวลูกหนี้ คดีนี้จำเลยที่ 1 เท่านั้นที่เป็นตัวลูกหนี้ จำเลยที่ 3 หาใช่ลูกหนี้ของโจทก์ร่วมแต่ประการใดไม่ จึงถือได้ว่าจำเลยที่ 3 เป็น "ผู้อื่น" ตามความหมายแห่งมาตรา 350 นั้นแล้ว

* ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 143/2517, หน้า 94.

ในคดีที่สอง ศาลฎีกาก็ได้ตัดสินว่า จำเลยที่ 2 ผู้รับสมอ้างเป็น
เจ้าหนี้ ถือได้ว่าร่วมกระทำความผิดกับจำเลยที่ 1 ด้วยจึงมีความผิดฐานเป็นตัวการ
เช่นเดียวกัน 350, 83

ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าทั้งสี่คดีดังกล่าวนี้ ศาลฎีกาเห็นว่า
"ผู้อื่น" และ "ผู้รับสมอ้างเป็นเจ้าหนี้" ซึ่งเป็นบุคคลซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการกระทำ
ความผิดของลูกหนี้ ตามมาตรา 350 เป็นตัวการร่วมกับลูกหนี้ได้

กรณีดังกล่าว รองศาสตราจารย์เกษรติชจร วัจนะสวัสดิ์ ได้แสดง
ความเห็นไว้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 143/2517 และ 1474/2517 นี้ แสดงให้เห็นว่า
ศาลฎีกาของไทยถือว่า "ผู้อื่น" และ "ผู้รับสมอ้างเป็นเจ้าหนี้" ซึ่งเป็นบุคคลซึ่งเป็น
ปัจจัยสำคัญในการกระทำความผิดของลูกหนี้ ตามมาตรา 350 เป็นตัวการร่วมกับลูกหนี้
ได้ ซึ่งการแปลความดังกล่าว อาจจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนัก เพราะ
หากกฎหมายจะประสงค์ลงโทษ ผู้อื่น หรือผู้สมอ้างเป็นเจ้าหนี้แล้ว ก็หน้าที่จะกำหนด
ความผิดของบุคคลเหล่านั้นไว้ให้ชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาโดยตรง ดังเช่น
กฎหมายอาญาของบางประเทศ เช่น สวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น การที่ไม่มีบทบัญญัติลงโทษ
ไว้โดยเฉพาะก็หน้าที่จะถือได้ว่า ผู้ร่างกฎหมายไม่ประสงค์ที่จะลงโทษบุคคลดังกล่าว การ
ที่ศาลฎีกาถือว่า บุคคลดังกล่าวเป็นตัวการร่วมกับลูกหนี้ได้ ทั้ง ๆ ที่บุคคลดังกล่าวเป็น
บุคคลซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการกระทำความผิดของลูกหนี้ จึงน่าจะไม่ได้ตรงตามเจตนารมณ์
ของกฎหมาย^{๑๐}



^{๑๐} เกษรติชจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 454.