

## บทที่ 2

### ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำผิด และการร่วมกระทำผิดอาญา

#### ความหมายและรูปแบบของผู้กระทำผิด-ผู้ร่วมกระทำผิด

คำว่า "ผู้กระทำผิด-ผู้ร่วมกระทำผิด" เป็นคำรวมหมายถึงทุกคนที่เข้ามีส่วนร่วมในการกระทำผิด (Perpetrators and accomplices) ซึ่งเป็นความหมายที่กว้างกว่าคำว่า "ตัวการและผู้สนับสนุน" (Principals and Supporters) ตามประมวลกฎหมายอาญา คือ "ตัวการ" จะเป็นเพียงรูปแบบหนึ่งของ "ผู้กระทำผิด" และ "ผู้ใช้" "ผู้สนับสนุน" เป็นเพียงรูปแบบหนึ่งของ "ผู้ร่วมกระทำผิด" เท่านั้น<sup>1</sup>

#### 1. ความหมายและรูปแบบของผู้กระทำผิด

##### 1) ความหมายของผู้กระทำผิด

คำว่า "ผู้กระทำผิด" ระบุกฎหมายส่วนใหญ่จะให้คำจำกัดความเบื้องต้น

ดังนี้<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>พนม พลพุกถวัฑ, "ผู้กระทำผิด-ผู้ร่วมกระทำผิด" (Perpetrators and accomplices) (วิชานิติพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 12.

<sup>2</sup>George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, 2ed. (Boston : Little, Brown and Company Limited, 1978), p.638.

### ในทางกฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้นิยามคำว่า ผู้กระทำผิด (Taterschaft) ไว้มีความว่า ผู้กระทำผิดจะต้องกระทำความผิดอาญาด้วยตนเอง หรือโดยผ่านผู้อื่น<sup>3</sup>

Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกา บัญญัติไว้มีความว่า ผู้กระทำผิดต้องมีความรับผิดทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำด้วยสภาวะจิตใจที่จำเป็นโดยสภาพหรือพฤติการณ์ (requisite) และได้ก่อให้เกิดบุคคลที่ไม่ต้องรับผิดในทางอาญา หรือ innocent person กระทำการในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด<sup>4</sup>

ประมวลกฎหมายอาญารัสเซีย บัญญัติไว้มีความว่าผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นผู้กระทำความผิด "โดยตรง"<sup>5</sup>

ประมวลกฎหมายอาญาเวียดนาม บัญญัติไว้มีความว่า ผู้กระทำคือ บุคคลผู้กระทำความผิดอาญาด้วยตนเอง<sup>6</sup>



<sup>3</sup> STGB Section 25(1)

<sup>4</sup> Model Penal Code 2.06(1)(2)(a) American Law Institute:  
Model Penal Code (Official Draft 1962)

<sup>5</sup> RSFSR Section 17(3)

<sup>6</sup> Vietnam Criminal Code, Section 17

### ในทางตำรา

ดร. โกเมน ภัทรภิรมย์ ได้อธิบายผู้กระทำความผิด (Le delinquant) ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มีใจความว่าคือผู้ที่กระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและจะต้องถูกลงโทษซึ่งอาจจะเป็นผู้กระทำการที่เป็นความผิดนั้นด้วยตนเองที่เรียกว่า ตัวการ (L'auteur) หรือผู้ที่ไม่ได้กระทำการเป็นความผิดด้วยตนเอง แต่ได้ทำการช่วยเหลือตัวการในการกระทำความผิด ซึ่งเรียกว่า ผู้สนับสนุน (la complice)

ตัวการก็คือ ผู้ที่กระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดด้วยตนเอง จะกระทำโดยลำพังคนเดียว หรือร่วมกันหลายคน ถ้าแต่ละคนได้กระทำการที่เป็นความผิดนั้น ก็เป็นตัวการทั้งสิ้น<sup>7</sup>

K. Neumann ได้อธิบายว่า ผู้กระทำผิดคือ บุคคลผู้ซึ่งกระทำการอันจะถูกลงโทษได้ กล่าวคือผู้ซึ่งกระทำความผิดสำเร็จด้วยตนเอง และกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายครบทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิด ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องกระทำในทุกขั้นตอนของความผิดด้วยตนเอง เพียงแต่ผู้กระทำใช้เครื่องมือหรือสัตว์ เพื่อกระทำการให้สำเร็จวัตถุประสงค์ของตน หรืออาจใช้บุคคล innocent agent ผู้ซึ่งเป็นบุคคลซึ่งขาดเจตนาร้าย (mens rea) ไม่ว่าจะ เป็นโดยคำจำกัดความตามบทบัญญัติของกฎหมาย หรือตามความเป็นจริง<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> โกเมน ภัทรภิรมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส, เอกสารประกอบการบรรยายชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (พ.ศ. 2524), หน้า 26.

<sup>8</sup> K. Neumann, Manual of German Law, Volume 2 (London: Her Majesty's stationery office, 1952), No. 39, p. 86

George P. Fletcher ได้อธิบายว่า ผู้กระทำผิด (Perpetrators) หรือตัวการ (principals) คือ บุคคลที่ต้องรับผิดชอบโดยตรงจากการละเมิดที่พื้นฐานของสังคม (Norms) เป็นผู้ที่สามารถสร้างความรับผิดชอบของตนได้อย่างอิสระจากผู้เข้าร่วมกระทำผิดอื่นทั้งหมด และความรับผิดชอบของผู้กระทำผิด เป็นความรับผิดชอบโดยตรงเป็นผลจากการกระทำของตน ไม่ใช่ยืมความรับผิดชอบมาจากการกระทำผิดของบุคคลอื่น<sup>9</sup>

W. LaFave and A.Scott ได้นิยามคำว่า "ตัวการ" (Principals) มีความหมายว่าเป็นผู้กระทำผิดอาญา และอธิบายเพิ่มเติมว่า หมายถึงผู้ที่กระทำหรือเจตนากระทำด้วยสภาวะแห่งจิตใจ (mental state) ซึ่งก่อให้เกิดผลทางอาญา ฯลฯ ผู้ที่ใช้คนกลางเป็นผู้กระทำผิดโดยปกติไม่ถือว่าเป็นตัวผู้กระทำผิด เว้นแต่จะใช้ Innocent agent หรือผู้ที่ไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาเป็นผู้กระทำผิด เช่น ใช้เด็ก หรือผู้ที่จิตบกพร่อง หรือผู้ที่ขาดเจตนากระทำผิดอาญา เพราะในกรณีเหล่านี้ถือว่าคนกลางที่ลงมือกระทำ เป็นเพียงเครื่องมือเท่านั้น ตัวการที่แท้จริงคือผู้ที่เป็นต้นตอของการกระทำ<sup>10</sup>

Glanville Williams ได้อธิบาย "ผู้กระทำผิด" (Perpetrator) ไว้มีความหมายว่าเป็น ผู้ที่กระทำผิดต่อข้อห้ามของกฎหมายอาญาด้วยครบองค์ประกอบของความผิดที่สำคัญ ผู้กระทำอาจกระทำด้วยตนเอง หรือผ่าน innocent agent หรือบุคคลที่เป็นเครื่องมือและยังคงเป็นผู้กระทำผิดหากต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup>George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.636, 637.

<sup>10</sup>Wayne R. LaFave and Austin W. Scott Jr., Handbook on Criminal law (St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1972), pp.496-497.

<sup>11</sup>Glanville Williams Textbook of Criminal Law (London: Stevens & Sons Limited, 1978), p.323.

Charles W. Luther ได้อธิบายความหมายของผู้กระทำผิดคือ ผู้กระทำซึ่งกระทำด้วยเจตนาร้าย (mens rea) นำมาซึ่งอันตรายไม่ว่าจะด้วยการกระทำของตนเอง โดยใช้อุปกรณ์ใด ๆ ใช้บุคคลเป็นเครื่องมือ หรือใช้บุคคล innocent agent<sup>12</sup>

จากความหมายของ "ผู้กระทำผิด" ที่มีผู้ให้คำนิยามและอธิบายความหมายมากมายนั้นพอที่จะกล่าวโดยสรุปได้ว่า รูปแบบของผู้กระทำผิด (perpetrator) คือผู้กระทำผิดทางอาญาด้วยตนเองโดยลำพัง และต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อการกระทำของตนเอง (direct liability for Perpetration) ไม่ใช่มีความรับผิดชอบมาจากการกระทำ ความผิดของบุคคลอื่น แนวคิดของการกระทำผิดจะมีลักษณะขึ้นอยู่กับรูปแบบนี้ แม้จะมีผู้อื่นเข้ามาเกี่ยวข้องในการกระทำผิด ไม่ว่าจะเป็นการใช้ หรือสนับสนุนในการกระทำผิด<sup>13</sup>

อนึ่ง คำว่า "ผู้กระทำผิด" (Perpetrator) ในกฎหมายคอมมอนลอว์ใช้คำว่า "ตัวการ" (principal) และเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความสับสนกับคำว่า ตัวการในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีความหมายแคบกว่าในความหมายของคำว่าตัวการโดยทั่วไป และความหมายของทฤษฎีหลักของตัวการ-ตัวแทนในกฎหมายแพ่ง<sup>14</sup> ผู้เขียนจะใช้คำว่า "ผู้กระทำผิด" แทน "ตัวการ" ในความหมายโดยทั่วไป คำว่า "ตัวการ" หมายถึงตัวการในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83\* และหากต้องกล่าวถึงหลักเรื่อง

<sup>12</sup> Charles W. Luther, Survey of Criminal Law, 2nd ed. (California : Cal-Central Press, 1974). p.80.

<sup>13</sup> George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.637, 638.

<sup>14</sup> Ibid., p.637.

\* ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 "ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้น เป็นตัวการ.."

ตัวการ-ตัวแทนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์\* ผู้เขียนขอใช้คำว่า "ตัวการในทางแพ่ง"

## 2) รูปแบบของผู้กระทำผิด

ผู้กระทำผิดในทางอาญานั้น มีได้หลายรูปแบบคือ ผู้กระทำผิดโดยตรง ผู้กระทำผิดโดยทางอ้อม ผู้กระทำผิดข้างเคียง และผู้กระทำผิดร่วม<sup>15</sup>

ก. ผู้กระทำผิดโดยตรง ผู้ที่ได้กระทำผิดอาญาด້วยตนเอง ทั้งหมดเช่น ก. ต้องการฆ่า ข. จึงได้แสวงหาอาวุธปืน และได้ใช้อาวุธปืนนั้นยิง ข. ถึงแก่ความตาย ดังนี้ ก. เป็นผู้กระทำผิดโดยตรง<sup>16</sup> นอกจากนั้นยังรวมถึง<sup>17</sup>

(1) การใช้สัตว์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด เช่น แดงต้องการทำร้ายดำ จึงยู่สุนัขซึ่งตนฝึกมาแล้วอย่างดีให้ตรงเข้ากัดดำ หรือแดงต้องการลักกระเป๋าส่งเงินของดำ จึงสั่งให้สุนัขไปคาบกระเป๋านั้นมาให้ตน

(2) การใช้บุคคลผู้ไม่มีการกระทำเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดเช่น แดงต้องการฆ่าดำ แต่แดงไม่กล้าทำเอง แดงจึงหลอกขาวมาสะกดจิตแล้วสั่งให้ขาวใช้ปืนยิงดำ หรือขณะที่ขาวเผลอแดงจับมือขาว เขกศีรษะดำ เป็นต้น

---

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 5 ตัวแทน มาตรา 797 ถึง มาตรา 844

<sup>15</sup> คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 38.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

<sup>17</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 82.

ผู้กระทำความผิดนั้นนอกจากบุคคลธรรมดาแล้ว นิติบุคคลตาม ป.พ.พ. มาตรา 72 ก็เป็นผู้กระทำความผิดทางอาญาได้เช่นกัน\* แต่โทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 ที่จะลงแก่นิติบุคคลนี้มีแต่โทษปรับและโทษรับทรัพย์สินเท่านั้น โทษประหารชีวิต จำคุก กักขัง โดษสภาพไม่อาจลงแก่นิติบุคคลได้เลย<sup>18</sup>

ข. ผู้กระทำผิดโดยทางอ้อม คือ ผู้ที่กระทำความผิดโดยมีผู้อื่นเป็นเครื่องมือกระทำความผิดแทนตน<sup>19</sup> หรือกระทำความผิดโดยผ่านผู้อื่น\* หรือใช้ผู้อื่นให้กระทำความผิดแต่ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้กระทำความผิด เช่นนี้ต้องถือว่าผู้ใช้เป็นผู้กระทำผิดโดยทางอ้อม (ภาษาเยอรมันเรียกว่า Mittelbarer Taeter) กล่าวคือบุคคลอาจกระทำความผิดเองก็ได้ หรืออาจไม่กระทำความผิดเอง แต่ใช้ให้บุคคลอื่นซึ่งไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาเป็นเครื่องมือกระทำความผิดก็ได้<sup>20</sup> เช่น ลูกสาวเอาผงพิษให้พ่อรับประทานเพื่อบรรเทาอาการหวัดตามคำแนะนำของแม่ โดยไม่รู้ว่าเป็นผงพิษ รับประทานนั้นเป็นผงพิษ เป็นเหตุให้พ่อตาย ดังนั้น แม่คือผู้กระทำผิด (โดยทางอ้อม) ส่วนลูกสาวไม่มีความผิด โดยทาง Common Law ถือว่าเป็นเพราะขาดเจตนา (mens rea)<sup>21</sup> แต่แนวทาง Civil Law จะถือว่า แม่

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 91.

<sup>19</sup> คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 39.

\* ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 25(1) ที่แก้ไขใหม่ ใช้คำว่า "ผู้กระทำความผิดโดยผ่านผู้อื่น"

<sup>20</sup> หยุด แสงอุทัย, "ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม", บทบัญญัติ 21 (กรกฎาคม 2506) : 575-580.

<sup>21</sup> Cross and Jones, Introduction to Criminal Law, 10 ed. (London : Richard Card, 1984), p.447. อ้างใน พนม พลพุกซัทซ์, ผู้กระทำ-ผู้ร่วมกระทำความผิด, หน้า 12.

เป็นผู้กำกับทำให้ลูกสาว ผู้ที่เป็นเครื่องมือนั้นสำคัญผิด<sup>22</sup>

ในความรับผิดชอบทางอาญาผู้ที่กระทำโดยทางอ้อม ย่อมถือว่าเป็นผู้กระทำผิด เหมือนผู้กระทำผิดโดยตรง เพราะเป็นแต่ใช้ผู้อื่นที่ไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาฐานเป็นผู้กระทำ เป็น "เครื่องมือ" ในการกระทำความผิด ไม่ผิดอะไรกับขุสนธิให้กักคน สุขคน วิกลจริตให้ต่อสคน ผู้ที่ข่มกระทำความผิดฐานประทุษร้ายต่อร่างกายนั้นเอง สุนัขหรือคนบ้าเป็นแต่เครื่องมือสำหรับทำร้ายร่างกาย<sup>23</sup>

ผู้กระทำผิดโดยทางอ้อมอาจเกิดได้หลายกรณี<sup>24</sup> และมีปัญหาคาบเกี่ยวกับผู้ใช้ กล่าวคือ มีบางท่านเห็นว่าไม่เป็นการกระทำทางอ้อม ยังคงเป็นเรื่องใช้อยู่ ส่วนผู้ถูกใช้มีความบกพร่องในการรับผิดชอบอย่างไรก็เป็นเหตุส่วนตัวของผู้นั้น ฉะนั้นจึงถือว่า ผู้ใช้ยังคงรับผิดชอบฐานผู้ให้ให้กระทำผิดได้<sup>25</sup> แต่ถ้าพิจารณาให้ดีแล้วจะเห็นว่า จะมีผู้ใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีผู้กระทำผิด ถ้าการกระทำของผู้ถูกใช้ไม่เป็นความผิด ก็มีผู้ให้ให้กระทำผิดไม่ได้ ก็ต้องถือว่าผู้ใช้นั้นเองเป็นผู้กระทำผิดโดยทางอ้อม การยอมรับหลักเกณฑ์ของผู้กระทำผิดโดยทางอ้อม จะแก้ปัญหาต่างๆ ได้มาก และตรงกับหลักเกณฑ์ตามกฎหมายอาญาของประเทศต่าง ๆ<sup>26</sup>

<sup>22</sup> คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 39.

<sup>23</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา : รวบรวมหมายเหตุทำร้ายค่าพิพากษาฎีกา ของ ศ.ดร.หยุต แสงอุทัย (กทม. : โรงพิมพ์มิตรนราการพิมพ์, 2529), หน้า 204.

<sup>24</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, กฎหมายอาญาหลักและปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 34. และ หยุต แสงอุทัย, "ผู้กระทำผิดโดยทางอ้อม" บทบัญญัติ 21 : 578.

<sup>25</sup> จิตติ ดิงศักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : แสงจันทร์การพิมพ์, 2529), หน้า 488-489.

<sup>26</sup> หยุต แสงอุทัย, "ผู้กระทำผิดโดยทางอ้อม" บทบัญญัติ เล่ม 21 ตอน 3 (กรกฎาคม 2506) หน้า 579-580.



ค. ผู้กระทำผิดข้างเคียง คือ บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปกระทำ ความผิดอย่างเดียวกันในขณะที่เดียวกันต่อบุคคลหรือวัตถุอันเดียวกัน โดยต่างคนต่างทำ ความผิดอย่างเป็นอิสระของตนเอง มิได้ขึ้นอยู่กับผู้หนึ่งผู้ใด หรือมีเจตนาร่วมกระทำผิด กับใคร ซึ่งในทางหลักวิชาของเยอรมันและของสวิส เรียกผู้กระทำผิดนี้ว่า "ผู้กระทำผิดข้างเคียงกัน" (Nebentaeter)<sup>27</sup> เช่น ก. และ ข. ต่างประสงค์จะทำร้าย ค. จึงใช้ก้อนหินขว้าง ค. ในขณะที่เดียวกัน ปรากฏว่าก้อนหินทั้งสองถูก ค. ได้รับอันตราย แก่กาย ดังนี้ ก. และ ข. แต่ละคนต่างมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นโดยเป็นผู้ กระทำผิดข้างเคียง<sup>28</sup> นอกจากนี้ การกระทำผิดข้างเคียงอาจเป็นการกระทำความผิด คนละฐานความผิดก็ได้ เช่น คนหนึ่งทำร้ายอีกคนหนึ่งเห็นเป็นโอกาสเลยลักทรัพย์ผู้ถูก ทำร้าย เป็นต้น<sup>29</sup> ซึ่งผู้ใดกระทำการใดลงไปก็รับผิดเฉพาะผล ซึ่งตามธรรมดาย่อม เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ๆ ของตน ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับผลของผู้กระทำคนอื่น\* ดังนั้น จึงต้องรับผิดชอบมากน้อยตามเจตนา และการกระทำของตน<sup>30</sup>

<sup>27</sup> หยุด แสงอุทัย, "บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตัวการในทางอาญา", บทบัญญัติ เล่ม 20 (ตุลาคม 2505) : 782,783, หยุด แสงอุทัย, บันทึกท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 73/2493, กฎหมายอาญา : รวบรวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกา ของ ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย, หน้า 198. (พนักงานอัยการเพชรบุรี โจทก์ นายเป็รื่อง อิ่มชื่น กับพวก จำเลย)

<sup>28</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 39.

<sup>29</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค1, พิมพ์ครั้งที่ 14(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 132.

\* คำพิพากษาฎีกาที่ 646/2490 หน้า 792. (พนักงานอัยการ กรมอัยการ โจทก์ นายคิมเม็ง แซ่เฮ็ง ที่ 1 กับพวกจำเลย): ก. ถูก ข. วิ่งไล่ทำร้าย กำลังวิ่งหนี มาจำเลยวิ่งข้ามถนนไปตี ก. โดยไม่ปรากฏว่าได้ร่วมกับ ข. ที่วิ่งไล่ทำร้ายมาก่อนแต่ อย่างไรก็ดี จำเลยคงมีความผิดเฉพาะกรรมที่ตนกระทำไป

<sup>30</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาหลักและปัญหา, หน้า 162-163.

อนึ่ง การกระทำผิดข้างเคียง ซึ่งอาจเกิดจากการกระทำที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้อื่นโดยประมาณอีกด้วย เช่น ศาลฎีกาของเยอรมัน เคยวินิจฉัยลงโทษเจ้าพนักงานที่ออกใบอนุญาตขับรถยนต์ให้กับผู้ที่ไม่มีความสามารถเพียงพอ ในการขับรถ ต้องรับผิดชอบเป็นผู้กระทำผิดข้างเคียงกับผู้ได้รับอนุญาตนั้นในผลความตายที่เกิดขึ้นจากการประมาทของคนขับรถ<sup>31</sup> เพราะถ้าเราเอาหลักทฤษฎีเงื่อนโซ่ที่ว่า การกระทำทุกอันเป็นเหตุให้เกิดผล ถ้าไม่มีการกระทำผลก็จะไม่เกิดเพราะผลเกิดจากการกระทำ การที่เจ้าพนักงานออกใบอนุญาตขับรถยนต์ ให้กับผู้ที่ไม่มีความสามารถเพียงพอในการขับรถเป็นการกระทำ ถ้าเขาไม่ให้ก็จะไม่มีการขับรถจนคนตายโดยประมาท จึงเป็นปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล<sup>32</sup>

ง. ผู้กระทำผิดร่วม หรือที่ตามประมวลกฎหมายอาญา เรียกว่า "ตัวการ" หมายถึง ผู้ที่ได้ร่วมกระทำผิดด้วยกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป\* ถ้าทำ ความผิดคนเดียวเช่นนี้ไม่เรียกตัวการ<sup>33</sup> เพราะถ้าหากความผิดใดบุคคลเดียวกระทำ บุคคลนั้นต้องรับโทษตามบทบัญญัตินั้นอยู่แล้ว ไม่เป็นกรณีที่จะนำมาตรา 83 มาอ้าง หรือเรียกผู้กระทำว่าตัวการแต่อย่างใด<sup>34</sup> บุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปนั้นคนหนึ่งอาจเป็นนิติบุคคล

<sup>31</sup> คณิต ฃ นคร, รวมคำบรรยาย สำนักรวมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ภาคหนึ่ง สมิษที่ 45 ปีการศึกษา 2535 เล่มที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทกรุงสยามพรินตติ้ง กรู๊ฟ จำกัด), หน้า 80.

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

\* ดู ปอ. มาตรา 83.

<sup>33</sup> จิตติ เจริญจำ, บันทึกของ ท้าฎีกา และชี้ขาดความเห็นแย้งในประมวลกฎหมายอาญา (กทม : บริษัทประยูรวงศ์ จำกัด, 2533), หน้า 325.

<sup>34</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 425.



อีกคนหนึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาก็ได้\* ทุกคนต้องมีความประสงค์เพื่อให้ผลที่ร่วมกันนั้น บรรลุผลสำเร็จจึงจะถือว่าเป็นตัวการด้วยกัน<sup>35</sup> ซึ่งการร่วมกันนั้นต้องร่วมกันทั้งการกระทำและเจตนา แต่การร่วมกระทำนั้นทุกคนไม่จำเป็นต้องมีส่วนกระทำทั้งหมดในองค์ประกอบความผิดอาญา อาจแบ่งงานกันทำก็ได้ ส่วนการร่วมเจตนา นั้นหมายถึงว่า ทุกคนต่างถือเอาความผิดนั้น (มองอย่างเป็นวัตถุชิ้นหนึ่ง) เป็นความผิดอาญาของตนเอง กล่าวคือผู้กระทำผิดร่วมกันทุกคนต้องร่วมรู้ซึ่งกันและกัน และถือเอาการกระทำอันเดียวหรือหลายอันที่เป็นองค์ประกอบความผิดอาญานั้นๆ เสมือนเป็นการกระทำของตนเอง แม้ว่าจริง ๆ แล้ว ตนจะมีได้เป็นผู้ลงมือกระทำการในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด เลखก็ตาม<sup>36</sup> เช่น ก. จับแขนขาผู้หญิงให้ ข. ช่มชู้ ดังนั้น ก. และ ข. ต่างก็เป็นผู้

---

\* เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 59/2507, หน้า 88 (ระหว่างพนักงานอัยการ กรมอัยการ โจทก์ บริษัทสหวิทยูและโทรภาพ จำกัด) : บริษัทจำเลยที่ 1 เป็นนิติบุคคล จำเลยที่ 2 เป็นกรรมการผู้จัดการ มีอำนาจสั่งจ่ายเงินในเช็คแทนบริษัทร่วมกับจำเลยที่ 3 กรรมการของบริษัทอีกคนหนึ่ง เมื่อจำเลยที่ 2 กับที่ 3 ได้เซ็นชื่อสั่งจ่ายเงินในเช็คให้ใช้เงินมีจำนวนสูงกว่าในบัญชี โดยเจตนาจะไม่ให้มีการใช้เงินตามเช็คนั้นแล้ว จำเลยทั้งสามมีความผิดในฐานะเป็นตัวการ

<sup>35</sup> Nigam, Law of Crime of India, copyright 1965, London, p.184.

<sup>36</sup> George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.638.

กระทำผิดร่วม แม้ว่าเฉพาะการกระทำของ ข. เท่านั้นที่เป็นการข่มขืน\*

## 2. ความหมายและรูปแบบของผู้ร่วมกระทำผิด

### 1) ความหมายของผู้ร่วมกระทำผิด

คำว่า "ผู้ร่วมกระทำผิด" (Tielnahme) เป็นคำโดดทั่วไปที่กล่าวรวมสำหรับการให้ความช่วยเหลือต่อการกระทำผิดของบุคคลอื่น ซึ่งอาจเป็นการใช้ให้กระทำผิด (Anstiftung) หรือการสนับสนุนในการกระทำผิด (Beihilfe)<sup>37</sup>

ดร.คณิต ณ นคร ให้คำอธิบายไว้ว่าผู้ร่วมกระทำผิด (ผู้ใช้ให้กระทำผิดและผู้สนับสนุน) เป็นผู้ร่วมในการกระทำผิดอาญาของผู้อื่น คือ ร่วมในความผิดอาญาของผู้กระทำผิดหลัก กล่าวคือผู้กระทำผิดเป็นศูนย์กลางของเหตุการณ์ ส่วนผู้ร่วมกระทำผิดเป็นวงนอก การร่วมกระทำผิดจึงมีความผิดอาญาของผู้อื่นเป็นเงื่อนไขสำคัญ ซึ่งความผิดอาญาของผู้อื่นจะต้องเป็นความผิดที่ต้องการเจตนา และเป็นการ

---

\* เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510, หน้า 196 (ระหว่างพนักงานอัยการกรมอัยการ โจทก์ นายพิมล กาฬสีห์ ที่ 1 นางนาพันธ์ กาฬสีห์ ที่ 2 จำเลย) : ความผิดในเรื่องข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่ร่วมกันกระทำผิดได้ โดยผู้ร่วมกระทำผิดมิต้องเป็นผู้ลงมือกระทำชำเราด้วยทุกคน เพียงแต่คนใดคนหนึ่งกระทำชำเรา ผู้ที่ร่วมกระทำผิดทุกคนก็มีความผิดฐานเป็นตัวการ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83 แล้ว และตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ก็หาได้บัญญัติให้ลงโทษแต่เฉพาะชายเท่านั้น ในบทกฎหมายมาตรานี้บัญญัติแต่เพียงว่า "ผู้ใดกระทำผิด ฯลฯ" เท่านั้น ฉะนั้นแม้จำเลยที่ 2 จะเป็นหญิง เมื่อฟังได้ว่าสมคบกับจำเลยที่ 1 ร่วมกันกระทำผิด ศาลก็ลงโทษจำเลยฐานเป็นตัวการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83 ได้

<sup>37</sup>K. Neumann, Manual of German Law, Volume 2, p.86.

กระทำที่ปราศจากอำนาจกระทำได้ อย่างน้อยต้องถึงขั้นพยายามกระทำผิด ส่วนความ  
 ที่นั้นจะมีหรือไม่ไม่เป็นข้อสำคัญ<sup>38</sup>

George P. Fletcher ให้คำอธิบายไว้ว่า ผู้ร่วมกระทำผิดคือ เหล่า  
 บุคคลผู้ซึ่งยึดความรับผิดชอบมาจากบุคคลผู้ซึ่งกระทำความผิด ซึ่งจะมีอยู่ 2 ลักษณะที่ซึ่งผู้  
 กระทำสามารถยึดความรับผิดชอบจากผู้กระทำผิดทางอาญาได้คือ ผู้สนับสนุนในการกระทำ  
 ความผิด (aiders and abettors) และผู้ใช้ให้กระทำความผิด  
 (instigators)<sup>39</sup>

Glanville Williams ได้สรุปความหมายของผู้ร่วมกระทำผิด  
 (Accessories) ไว้มีใจความว่า ผู้ร่วมกระทำผิด ก็คือผู้ที่ยุยงส่งเสริม (Incited)  
 หรือช่วยเหลือ (Help) ในการกระทำความผิด<sup>40</sup>

Peter Gillies ได้อธิบายความไว้ว่า ผู้ร่วมกระทำผิด (Accessory)  
 จะต้องเป็นผู้ใช้ ยุยง หรือสนับสนุน ผู้กระทำผิด (principal) ในการกระทำความผิด  
 ในการที่จะต้องเข้ามาช่วยรับผิดชอบในฐานะผู้ร่วมกระทำผิด ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องเข้ามาช่วย  
 กระทำ (be in concert with) กับผู้กระทำผิด แม้โดยปกติแล้ว อาจต้องเข้ามา  
 ร่วมบ้าง ผู้ร่วมกระทำอาจจะมีบทบาทที่เหนือกว่า เท่าเทียมหรือเป็นผู้ช่วยเหลือในการ  
 กระทำความผิด เช่น ผู้ร่วมกระทำความผิดอาจเป็นผู้วางแผนให้ผู้กระทำผิดกระทำความ  
 ผิด หรืออาจเข้าร่วมในการกระทำความผิดด้วยบทบาทที่เท่าเทียมกับผู้กระทำความผิด  
 หรืออาจจะกระทำเพียงสนับสนุน เพื่อผลประโยชน์ของผู้กระทำผิด ซึ่งได้ตัดสินใจใน

<sup>38</sup> คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 40.

<sup>39</sup> George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.637-  
 640.

<sup>40</sup> Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, p.323.

การกระทำความผิดเอง ผู้ร่วมกระทำผิดไม่จำเป็นต้องล่วงรู้ถึงจุดประสงค์ของการกระทำ ความผิดอาญา เพียงแต่ได้กระทำการอันเป็นการสนับสนุนช่วยเหลือ ด้วยรู้ถึงจุดประสงค์ ในการกระทำความผิดของผู้กระทำผิด<sup>41</sup>

## 2) รูปแบบของผู้ร่วมกระทำความผิด

จากความหมายของ "ผู้ร่วมกระทำความผิด" ที่ได้กล่าวข้างต้น จะเห็น ได้ว่ารูปแบบของผู้กระทำความผิด จะมีอยู่ 2 ลักษณะคือ ผู้ใช้และผู้สนับสนุน ซึ่งมีลักษณะ สำคัญพอจะกล่าวได้ดังนี้

ก. ผู้ใช้ ได้แก่ ผู้ที่ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ไม่ว่าจะด้วย การใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้างวาน หรือของสิ่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด\*

คำว่า "ก่อ" ให้ผู้อื่นกระทำความผิด หมายถึง ก่อเจตนา ของผู้นั้นเอง ในกรณีที่ผู้นั้นได้ตัดสินใจกระทำความผิดและลงมือกระทำความผิดไป แล้ว ผู้ใช้ให้กระทำความผิดย่อมเกิดขึ้นไม่ได้<sup>42</sup> ในทำนองเดียวกัน กรณีที่ไม่ขัดขวาง หรือทำให้ผู้ที่ตัดสินใจจะกระทำอยู่ก่อน แล้วมีโอกาสดำเนินการกระทำความผิดขึ้น ก็ไม่ถือว่าเป็น การ "ก่อ" เช่นกัน แต่ถ้าหากผู้ถูกใช้ยังไม่แน่ใจว่าจะกระทำดีหรือไม่ เมื่อถูกใช้จึง ตัดสินใจทำตาม ก็เป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดแล้ว<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Peter Gillies, The Law of Criminal complicity (Sydney : The Law Book Company Limited, 1980), p.4.

\* ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84

<sup>42</sup> คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 40.

<sup>43</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 164.

การก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดอาจก่อให้เกิดหลายวิธี และจะเป็นวิธีใด ๆ ก็ได้ทั้งสิ้น ทั้งนี้จะเห็นได้จากบทบัญญัติของกฎหมายเอง\* ซึ่งจำแนก วิธีต่างๆ ไว้ และที่สําคัญที่สุดบัญญัติว่า "หรือด้วยวิธีอื่นใด"<sup>44</sup> แต่ต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดนั้น<sup>45</sup>

การใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 นั้น นอกจากผู้ถูกใช้จะต้องมีเจตนากระทำความผิดนั้นด้วยแล้ว ผู้ถูกใช้จึงต้องมีคุณสมบัติเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดนั้นได้ด้วย จึงจะมีการใช้ให้กระทำความผิดได้เช่น ความผิดตามมาตรา 161\*\* หากเจ้าพนักงานใช้ให้คนธรรมดาปลอมเอกสาร คนธรรมดาไม่อาจเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดตามมาตรา 161 ได้ เพราะไม่ได้เป็นเจ้าพนักงาน เจ้าพนักงานผู้ใช้ก็ไม่ใช้ผู้ให้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 161 ประกอบกับมาตรา 84 ได้ แต่เจ้าพนักงานเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 161 โดยทางอ้อม (ไม่ใช่ผู้กระทำความผิดเอง เพราะไม่ได้ปลอมด้วยตนเอง)<sup>46</sup> ผู้ใช้จะรับผิดชอบแต่เท่าที่ได้กระทำไปตามเจตนาของตนเท่านั้น ดังนั้นผู้ให้จึงไม่ต้องรับผิดชอบในการที่ผู้ให้กระทำไปนอกเหนือจากเจตนาที่ใช้<sup>47</sup>

\* ดูประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84

<sup>44</sup> คณิต ฃ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 43.

<sup>45</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 142, 143.

\*\* ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 161 "ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ทำเอกสารหรือข้อความลงในเอกสารหรือดูแลรักษาเอกสาร กระทำการปลอมเอกสารโดยอาศัยโอกาสที่ตนมีหน้าที่นั้น ต้องระวางโทษ..."

<sup>46</sup> เกียรตินิขจร วัจนะสวัสดิ์, รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา : กฎหมายอาญาของศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศักดิ์ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531, หน้า 9.

<sup>47</sup> K. Neumann, Manual of German Law, 2, p.87.

อนึ่ง การใช้ดังกล่าวนี้จะต้องใช้ให้กระทำในสิ่งที่เป็นความผิดอาญาด้วย หากให้กระทำในสิ่งที่ไม่เป็นความผิดอาญาแล้ว ก็หาเป็นผู้ใช้ไม่ เช่นขยงให้ฆ่าตัวตายเมื่อการฆ่าตัวตายไม่เป็นความผิด ผู้ใช้ให้บุคคลอื่นฆ่าตัวตายก็ไม่ได้<sup>48</sup> เว้นแต่จะเข้าลักษณะตามมาตรา 292 หรือ 293\*

ข. ผู้สนับสนุน ได้แก่ ผู้กระทำการใดๆ อันเป็นการให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด ก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีรู้ถึงการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม\*\*

ผู้ที่จะถือว่าเป็นผู้สนับสนุนได้นั้น จะต้องมีความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ผู้อื่นในการกระทำความผิดอาญา และความผิดที่ผู้อื่นกระทำนั้นต้องเป็นความผิดที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น นอกจากนั้นความผิดอาญานั้นจะต้องถึงขั้นเป็นความผิด ส่วนความชั่วไม่เป็นที่โจษสาส์น<sup>49</sup> ซึ่งการสนับสนุนดังกล่าวนี้อาจเป็นการสนับสนุนทางกายภาพ (Physical) เช่นให้อาหารไปปล้น ช่วยดูต้นทาง ขับรถไปส่ง ณ ที่ที่จะกระทำความผิด ฯลฯ ซึ่งการกระทำเหล่านี้ โจรล่าพังมิได้เป็นความผิด แต่เป็น

<sup>48</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาหลักและปัญหา, หน้า 164.

\* ปอ. มาตรา 292 "ผู้ใดกระทำการด้วยการปฏิบัติการณ์อันทารุณ หรือด้วยปัจจัยคล้ายคลึงกันแก่บุคคลซึ่งต้องพึ่งตนในการดำรงชีพ หรือในการอื่นใด เพื่อให้บุคคลนั้นฆ่าตนเอง ถ้าการฆ่าตนเองนั้นได้เกิดขึ้นหรือได้มีการพยายามฆ่าตนเอง ต้องระวางโทษ..."

ปอ. มาตรา 293 "ผู้ใดช่วยเหลือหรือขยงเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีหรือผู้ซึ่งไม่สามารถเข้าใจว่าการกระทำของตนมีสภาพ หรือสารสำคัญอย่างไร หรือไม่สามารถบังคับการกระทำของตนได้ให้ฆ่าตนเอง ถ้าการฆ่าตนเองนั้นได้เกิดขึ้น หรือได้มีการพยายามฆ่าตนเอง ต้องระวางโทษ..."

\*\*ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86

<sup>49</sup> คณิต ฦ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 41.



อุปกรณ์ช่วยเหลือในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด<sup>๕๐</sup> หรืออาจเป็นการให้ความช่วยเหลือสนับสนุนทางจิตใจ (Psychische Beihilfe) ก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือการช่วยโดยการกระทำที่เป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความมั่นใจในการกระทำความผิดนั้นยิ่งขึ้น<sup>๕๑</sup> เช่นที่ศาลฎีกากล่าวว่า เป็นการพูดให้กำลังใจที่ "เร้าใจให้มุ่งกระทำให้หนักยิ่งขึ้น"<sup>\*</sup> หากได้กระทำเพื่อให้อันอื่นกระทำผิด และกระทำก่อนหรือขณะกระทำผิดก็คือเป็นการสนับสนุนได้

ผู้สนับสนุนไม่จำเป็นต้องรู้ถึงการกระทำซึ่งบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาเพียงแต่รู้ข้อเท็จจริงที่สำคัญในการบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา เช่นผู้ขายจึงไม่ต้องรับผิดในฐานะผู้สนับสนุนในการที่ผู้ใช้ยาพิษ (pesticide)



<sup>๕๐</sup> โทแมน ภักธรภิรมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส, หน้า 28.

<sup>๕๑</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 41.

\* เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 382/2512, หน้า 540-545 (พนักงานอัยการจังหวัดนครศรีธรรมราช โจทก์ นายทอง บุญศรี ที่ 1 นายถนอม บุญศรี ที่ 2 และนายกระจ่าง ศีร์วงศ์ ที่ 3 จำเลย) : จำเลยที่ 3 ได้วิ่งมา และยุบยงให้จำเลยที่ 1 ฟันผู้ตายให้ตายหลังจากจำเลยที่ 1 ลงมือทำร้ายผู้ตายได้ 1 แผล จึงเห็นว่าจำเลยที่ 3 มิได้เป็นผู้ก่อให้จำเลยที่ 1 กระทำผิด เพราะจำเลยที่ 1 ได้เริ่มลงมือกระทำผิดไปแล้ว คำยุบยงของจำเลยที่ 3 เป็นเพียงสนับสนุนเร้าใจให้จำเลยที่ 1 มุ่งกระทำร้ายผู้ตายให้ถึงแก่ความตายหนักแน่นยิ่งขึ้นเท่านั้น การกระทำของจำเลยที่ 3 จึงฟังได้เพียงเป็นการสนับสนุน

ไม่ถูกต้องตามฉลากได้กำหนดไว้ เพราะจากการที่ได้ขายสาขานั้น<sup>52</sup> และผู้กระทำ  
ไม้อาจเป็นผู้สนับสนุนตนเองในการกระทำผิดได้<sup>53</sup>

ความผิดอาญาที่ไม่เจาะจงผู้กระทำ กับความผิดอาญาที่เจาะจงผู้กระทำ

1. ความผิดอาญาที่ไม่เจาะจงผู้กระทำ คือ ความผิดที่กฎหมายจะขึ้นต้น  
ด้วยคำว่า "ผู้ใด" ในความผิดอาญากลุ่มนี้จะไม่จำกัดผู้กระทำ<sup>54</sup> เช่น "ผู้ใด" ข่า  
ผู้อื่น... ฯลฯ\*

2. ความผิดอาญาที่เจาะจงผู้กระทำ คือ ความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติ  
ของผู้กระทำไว้โดยเฉพาะเจาะจง เช่น "ผู้ใดเป็นเจ้าของงาน" "หญิงใด" เหล่านี้  
เป็นต้น ในความผิดอาญากลุ่มหลังนี้จะมีปัญหาเรื่องการร่วมกระทำผิด<sup>55</sup> ซึ่งเป็น  
ปัญหาที่ว่า ถ้าลงโทษบุคคลที่ร่วมกระทำผิด โดยมีเจตนาที่จะร่วมมือกระทำผิด แต่  
ขาดคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดไว้ฐาน "ตัวการ" ไม่ได้แล้ว จะลงโทษบุคคลดังกล่าว  
อย่างไร<sup>56</sup> ตำรากฎหมายต่าง ๆ ยังถกเถียงกันอยู่ . แต่ความเห็นที่ถูกต้องเป็นดังนี้

<sup>52</sup> ดูคดี United v. Corbin Farm Service (Ed Cal) A 44 Fsupp  
510, affd, (CA9 Cal) 578 F2d 259. cited by American  
Jurisprudence 2 nd. State and Federal Vol.21, (New York : The  
Lawyers Co-operative Publishing Co.,), p. 324.

<sup>53</sup> ดูคดี Morgan v. United States (CA 10 OKla) 159 Fed.85  
cited by American Jurisprudence, p.326.

<sup>54</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 15.

\* ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288

<sup>55</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 15.

<sup>56</sup> หยุด แสงอุทัย, "บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตัวการในทางอาญา", หน้า 784.

การที่กฎหมายกำหนดโทษความผิดพิเศษไว้ก็โดยคำนึงถึงคุณสมบัติของบุคคลด้วย จึงต้องถือว่ากฎหมายมีความประสงค์ที่จะลงโทษผู้ที่ไม่มีคุณสมบัติเช่นนั้น น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดโทษไว้สำหรับผู้ที่มามีคุณสมบัติ เช่นว่านั้น<sup>57</sup>

ในความผิดดังกล่าวนี้ บุคคลที่จะเป็นผู้กระทำผิดได้ไม่ว่ารูปแบบใด ๆ จะต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ผู้ที่ขาดคุณสมบัติ ถ้าได้เข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำผิดกับผู้ที่มามีคุณสมบัติ ผู้ที่ขาดคุณสมบัติจะเป็นผู้กระทำผิดในรูปแบบใดๆ ไม่ได้ เพราะขาดคุณสมบัติ<sup>58</sup> หรือขาดองค์ความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้<sup>59</sup> การกระทำของผู้นั้นจึงจะเป็นได้เพียงผู้ร่วมกระทำผิด ซึ่งอาจจะเป็นรูปแบบของผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน แล้วแต่กรณี เช่นบุคคลธรรมดากระทำผิดร่วมกับเจ้าพนักงานฐานเจ้าพนักงานกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ บุคคลธรรมดาไม่อาจเป็นผู้กระทำผิดร่วมกับเจ้าพนักงานเป็นได้เพียงผู้สนับสนุน<sup>60</sup> เพราะการร่วมกระทำผิดความผิดด้วยนั้น ในขณะเดียวกันย่อมเป็นการ "ช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด" ซึ่งเป็นองค์ประกอบของการสนับสนุนตามมาตรา 86<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา : รวบรวมพินิจเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกา ของ ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย, หน้า 204-205.

<sup>58</sup> หยุด แสงอุทัย, "บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตัวการในทางอาญา" : 782, 784.

<sup>59</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 550.

<sup>60</sup> หยุด แสงอุทัย, "บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตัวการในทางอาญา" : 782, 784. และดูใน American Jurisprudence 2d State and Federal Vol. 21, p.320.

<sup>61</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 405 และ หยุด แสงอุทัย, "บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตัวการในทางอาญา" : 784.

ถ้าบุคคลธรรมดาใช้เจ้าพนักงานให้กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ และได้ร่วมมือกระทำความผิดกับเจ้าพนักงานด้วย ดังนั้นบุคคลธรรมดาเป็นผู้ใช้ และ รับผิดชอบทางอาญาได้คือ มีทั้งการใช้และการร่วมมือ เป็นกรณีความผิดหลายบทคือมีความผิดฐานผู้ใช้ให้กระทำความผิดด้วย และเป็นผู้สนับสนุนให้กระทำความผิดด้วย ซึ่งจะต้องลงโทษฐานเป็นผู้ใช้กระทำความผิด ซึ่งมีโทษหนักกว่า<sup>๘๒</sup> แต่ในกรณีกลับกันถ้าเจ้าพนักงานใช้บุคคลธรรมดากระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ เจ้าพนักงานเป็นผู้กระทำผิดโดยทางอ้อม ส่วนบุคคลธรรมดาเป็นผู้สนับสนุนตามหลักที่ได้กล่าวมาแล้ว<sup>๘๓</sup>

### การพิจารณาความรับผิดของผู้กระทำความผิด

#### 1. ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law)

1) ตามหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน การพิจารณาความผิดอาญาจะพิจารณาจากโครงสร้างตามลำดับดังต่อไปนี้<sup>๘๔</sup>

(ก) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบการกระทำหรือไม่เป็นการพิจารณาในส่วน "Tatbestand"

(ข) การกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ เป็นการพิจารณาในส่วน "Rechtsvidrigkeit" หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นการพิจารณาว่ามีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเรียกว่าส่วน "Legality"

<sup>๘๒</sup> หยุต แสงอุทัย, "บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตัวการในทางอาญา" : 784.

<sup>๘๓</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 786.

<sup>๘๔</sup> George P. Fletcher, Comparative Criminal Theory, 2ed. (1971), p.96 และคณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 8-10.

(ค) ผู้กระทำมีความชั่วหรือไม่ เพราะความชั่วของผู้กระทำเป็นพื้นฐานในการกำหนดโทษ การพิจารณาส่วนนี้เป็นการพิจารณาในส่วนที่เรียกว่า "Schuld" หรือ "guilt" หรือ "Culpability"\*

การกระทำความผิดอาญาทุกๆ ฐาน จะต้องเป็นการกระทำที่ประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการเสมอ จึงจะเป็นการกระทำที่ต้องลงโทษ หากขาดข้อสาระสำคัญประการใดประการหนึ่งแล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิดอาญา และข้อสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญานี้เกี่ยวข้องกับอย่างเรียงลำดับ กล่าวคือ หากการกระทำใดไม่เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบแล้ว กรณีก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงข้อสาระสำคัญ ประการที่สอง และข้อสำคัญประการที่สาม และในทำนองเดียวกัน หากการกระทำใดเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบ แต่การกระทำนั้นไม่เป็นการกระทำที่เป็นความผิด กรณีก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปเรื่องของความชั่ว<sup>๕๕</sup>

อย่างไรก็ตามในความผิดอาญาบางฐานกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขของการลงโทษบางประการต่อไปอีก ซึ่งเงื่อนไขการลงโทษนี้เป็นส่วนที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา เงื่อนไขของการลงโทษดังกล่าวนี้เรียกว่า "เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย" (objective Bedingung der Strafbarkeit)<sup>๕๖</sup>

---

\* ในกฎหมายของโซเวียต ได้แยกโครงสร้างความผิดอาญาในทำนองเดียวกันคือ นอกจากส่วนองค์ประกอบซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว ยังจำแนกโครงสร้างความผิดอาญาออกอีกสองส่วนคือ ส่วน Rechtseidrigkeit หรือ legality เรียกว่า protivoprarnost และส่วน Schuld หรือ culpability เรียกว่า vina

<sup>๕๕</sup> คณิต ฌ นคร, "โครงสร้างความผิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea", ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2531), หน้า 250.

<sup>๕๖</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 250.

2) ตามกฎหมายฝรั่งเศส การวินิจฉัยว่าการกระทำของบุคคลจะเป็น ความผิดหรือไม่ ถือว่าต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการคือ<sup>๕๗</sup>

(ก) องค์ประกอบทางกฎหมาย (element legal) ซึ่งหมายความว่า การกระทำนั้นจะมีความผิด และจะลงโทษได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้

(ข) องค์ประกอบทางการกระทำ (element material) อันหมายถึงกริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมาภายนอก ซึ่งกระทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้น

(ค) องค์ประกอบทางจิตใจ (element moral) การกระทำใด ๆ ของบุคคล ย่อมมีมูลฐานมาจากจิตใจก่อน เมื่อจิตใจประสงค์จะกระทำการใด ๆ แล้วจึงบังคับร่างกายให้เคลื่อนไหวกระทำการนั้น ๆ

## 2. ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีหลักกฎหมาย ซึ่งเป็นที่ทราบโดยทั่วไปว่า Actus non facit reum nisi mens sit rea (The act does not constitute guilt unless the mind be guilty)\* ซึ่งหมายความว่า การกระทำไม่ก่อให้เกิดความผิด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นมีเจตนาชั่วร้ายในการกระทำผิดนั้น จากหลักดังกล่าว นักวิชาการได้นำมากำหนดเป็นโครงสร้างความผิดอาญา

<sup>๕๗</sup> โทเมน ภักทรภิมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส, หน้า 1-2.

\* หลักดังกล่าวเกิดในสมัยกลาง ซึ่งเป็นผลมาจากอิทธิพลทางศาสนา และหลักนี้เป็นที่ยอมรับกันในประเทศอังกฤษ

(structure of crime) ว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาได้ จะต้องประกอบด้วย<sup>๘๘</sup>

- การกระทำที่แสดงออกมาภายนอกนั้นเป็นผิดกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า ส่วน Actus Reus ถ้าสิ่งที่แสดงออกมาผิดกฎหมาย แล้วจึงไปดูส่วนที่เกี่ยวกับจิตใจ

- ในส่วนจิตใจนั้น ผู้กระทำได้กระทำโดยมี Mens Rea คือจิตใจที่ชั่วร้าย ซึ่งอาจจะแสดงออกมาในรูปของเจตนา (intention) ประมาทโดยจงใจหรือประมาทโดยรู้ตัว<sup>๘๙</sup>

ส่วนความพลั้งเผลอที่ไม่อาจดำเนินได้ถือว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากเจตนาร้าย<sup>๙๐</sup>

#### การพิจารณาความรับผิดของผู้ร่วมกระทำผิด

การพิจารณาความรับผิดของผู้ร่วมกระทำผิด จะมีความแตกต่างจากผู้กระทำผิด และมีปัญหายุ่งยากกว่า เพราะการกระทำของผู้ร่วมกระทำผิดจะไม่ครบนิยามหรือองค์ประกอบความผิดฐานต่าง ๆ ที่จะสามารถพิจารณาไปตามโครงสร้างความรับผิดของ

<sup>๘๘</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, "โครงสร้างความผิดอาญา : ความแตกต่างในระบบกฎหมาย", วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 4 ปีที่ 14 (ธันวาคม 2527), (กรุงเทพฯ มิตรนราการพิมพ์, 2527), หน้า 8.

<sup>๘๙</sup> J.C.Smith and Brian Hogan, Criminal Law, 4ed (London: Butterworth, 1992), p.70-71 อ้างในแสง บุญเฉลิมวิภาส, "โครงสร้างความผิดอาญากับการกระทำโดยประมาท", วารสารนิติศาสตร์ 18 (มิถุนายน 2531) : 51-61.

<sup>๙๐</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, "โครงสร้างความผิดอาญา : ความแตกต่างในระบบกฎหมาย" : 10.



แต่ละระบบได้โดยตรง<sup>71</sup> กล่าวคือความรับผิดของผู้ร่วมกระทำผิดเป็นความรับผิดที่ยืมมาจากความรับผิดของผู้กระทำผิด<sup>72</sup> ซึ่งจะมีผู้กระทำที่ยืมความรับผิดจากผู้กระทำ ความผิดอยู่ 2 ลักษณะคือ<sup>73</sup>

- 1) ผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด
- 2) ผู้ใช้ให้กระทำความผิด

ดังนั้น ประเด็นที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ร่วมกระทำผิดในเบื้องต้น

ประการแรก ผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำความผิดโดยแท้จริง หรือไม่  
ประการที่สอง ผู้กระทำจะต้องได้รับการตัดสินลงโทษก่อนหรือไม่ ถึงจะสามารถดำเนินคดีอาญากับผู้ร่วมกระทำผิด<sup>74</sup> ซึ่งเรื่องนี้มีแนวคิดทางทฤษฎีเรียก ว่า Theory of accessorial Liability หรือ Doctrine of Akssessoriat วางขอบเขตความรับผิดของผู้ร่วมกระทำผิดไว้ 2 แนวทางคือ Broad Theory และ Narrow Theory ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้<sup>75</sup>

ก. Broad Theory ตามหลักของทฤษฎีนี้ต้องการเพียงแต่ว่า มีการกระทำผิดตามกฎหมายของตัวการเท่านั้น แม้ว่าการกระทำความผิดของผู้กระทำผิด จะมีเหตุยกยอ (Excuse) อ้างเป็นข้อแก้ตัวได้ ผู้ร่วมกระทำผิดยังอาจต้องรับผิดในความน่าตำหนิในการส่งเสริมการกระทำความผิดได้ เช่น กรณีตัวอย่าง ก. ผู้วิกลจริตได้

<sup>71</sup>พนม พลพุกพริกษ์, "ผู้กระทำผิด-ผู้ร่วมกระทำผิด", หน้า 41.

<sup>72</sup>George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.641.

<sup>73</sup>Ibid., p.640.

<sup>74</sup>Ibid, p.641.

<sup>75</sup>Ibid., p.641, 642.



กระทำการบังคับขู่เข็ญ ข. ให้ทำร้ายแดง โดยมี ค. เป็นผู้ช่วยเหลือ ก. และ ข. โดย  
ส่งไม้ให้ ข. ทำร้ายแดง ด้วยเหตุนี้ ก. และ ข. สามารถอ้างเหตุให้อภัยเป็นข้อต่อสู้  
ได้ กล่าวคือ ก. อ้างความเป็นคนวิกลจริต และ ข. สามารถอ้างว่า ถูกบังคับขู่เข็ญได้  
แต่การกระทำของ ก. และ ข. ยังเป็นความผิดอยู่ ฉะนั้นตามทฤษฎีนี้ ค. เป็นผู้ร่วม  
กระทำความผิด และต้องรับผิดในฐานะผู้ร่วมกระทำผิด โดยไม่มีเหตุอภัย (unexcused  
participation) ในการกระทำผิดฐานทำร้ายร่างกาย

ข. Narrow Theory ทฤษฎีนี้พิจารณาว่าผู้ร่วมกระทำผิดจะรับผิดต่อ  
เมื่อผู้กระทำความผิดต้องรับผิดในการกระทำความผิดแล้วเท่านั้น การที่ผู้กระทำความผิด  
ไม่อาจจะถูกลงโทษในการกระทำความผิดได้ ก็จะไม่มีส่วนฐานที่จะถือว่าผู้ร่วมกระทำผิด  
ต้องรับผิด

#### เหตุผลในการลงโทษการร่วมกระทำผิด

เหตุผลสำหรับการลงโทษการร่วมกระทำผิดนั้นคืออะไร เป็นปัญหาหลัก  
ซึ่งเกี่ยวข้องกับทฤษฎีของการร่วมกระทำผิด ดังนี้<sup>76</sup>

#### 1. ทฤษฎีความน่าตำหนิของการร่วมกระทำผิด (Culpability theory of complicity)

ในทฤษฎีนี้ ผู้ร่วมกระทำผิด (accessory) จะถูกลงโทษเพราะเป็นผู้  
ชักจูงให้ผู้กระทำ (principal) กระทำความผิด กล่าวคือ ผู้ร่วมกระทำผิดจะถูก  
ลงโทษเพราะเป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดอาญา ส่วนผู้กระทำผิดจะถูกลงโทษ  
เพราะเป็นผู้ก่อให้เกิดผลของการกระทำ พื้นฐานการลงโทษจะมีความแตกต่างกัน  
ระหว่างผู้กระทำผิดและผู้ร่วมกระทำผิด ตามทฤษฎีนี้ผู้ร่วมกระทำผิดจะถูกลงโทษ เมื่อ

<sup>76</sup>Atsushi Yamaguchi, "Basic Problems in Japanese  
Criminal Law", p. 96. (Memographed)

การกระทำของผู้กระทำผิดครบองค์ประกอบของความผิด และเป็น การผิดกฎหมาย และเป็นสิ่งที่น่าตำหนิ

## 2. ทฤษฎีเงื่อนไขระหว่าง การกระทำและผลของการร่วมกระทำผิด

(Causation theory of complicity)

ในทฤษฎีนี้ ผู้ร่วมกระทำผิด (accessory) จะถูกลงโทษเพราะเป็นผู้ก่อให้เกิด ผลที่กำหนดไว้โดยผ่านผู้กระทำผิด ในความหมายนพวนฐานการลงโทษผู้ร่วมกระทำ ผิดจะลงโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำผิด กล่าวคือผู้กระทำผิดจะถูกลงโทษในการเป็นผู้ก่อ เงื่อนไขให้เกิดผลโดยตรง ส่วนผู้ร่วมกระทำผิดนั้นถูกลงโทษเพราะเป็นผู้ก่อให้เกิด เงื่อนไขให้เกิดผลโดยทางอ้อม สิ่งที่สำคัญสำหรับการลงโทษที่ผู้กระทำผิดต้องกระทำเพื่อผลที่จะทำ ให้ผู้ร่วมกระทำผิดต้องถูกลงโทษ จะพิจารณาจากเรื่องความสัมพันธ์ทางความผิดต่อ กฎหมาย (The Relative of Unlawfulness) เป็นสิ่งที่จะได้รับการยอมรับหรือไม่ ถ้าเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับ การกระทำของผู้กระทำผิดต้องครบองค์ประกอบของความ ผิด แต่การกระทำนั้นไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเป็นความผิดและความชั่ว และถ้าความสัมพันธ์ ของความผิดต่อกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับการยอมรับ การกระทำนั้นต้องครบองค์ประกอบ ของความผิดและถึงขั้นเป็นความผิด

### ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) \*

#### 1. ข้อพิจารณาเบื้องต้น

ในการสืบสวนของเจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง เพื่อ แสวงหาพยานหลักฐานในการจับกุมและดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดนั้น เจ้าพนักงานตำรวจ

---

\* คำว่า Entrapment ใช้กันในอเมริกา ส่วนตำรากฎหมายของอังกฤษ คำว่า "official instigation of crime" ซึ่งตรงกับความหมายดีกว่าคำว่า "Entrapment"

จะต้องปฏิบัติตามอำนาจและหน้าที่\*\* แต่การที่เจ้าพนักงานตำรวจต้องการจับกุมผู้กระทำความผิดให้ได้พร้อมด้วยหลักฐานในขณะที่กระทำความผิด ซึ่งได้ใช้วิธีการต่างๆ อาจจะเป็นการชักชวนหรือชักจูง เช่น ปลอมตัวเป็นโสเภณี เมื่อทราบแหล่งแล้วจึงทำการจับกุมผู้ประกอบการค้าโสเภณีและโสเภณี หรือปลอมตัวเป็นผู้ซื้อยาเสพติด หลังจากซื้อยาเสพติดเรียบร้อยแล้ว ก็ทำการจับกุมผู้จำหน่ายยาเสพติด เป็นต้น กรณีเช่นนี้จะถือว่าเป็นการล่อให้กระทำความผิดหรือไม่ และเป็นกรณีปัญหาเกี่ยวกับการร่วมกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นการใช้ให้กระทำความผิด หรือการสนับสนุนให้กระทำความผิดได้

## 2. ความหมายของการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment)

การล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) เป็นข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมายอเมริกัน<sup>77</sup> การอ้างสิทธิเพื่อยกเว้นความผิดนี้ ใช้พิจารณาในคดีที่เจ้าพนักงานของรัฐ<sup>78</sup> หรือตัวแทน (agent provocateur, undercover agent) เช่นสายลับ (informer, decoy, stool-pigeon)<sup>79</sup> ได้ใช้ข้อบ้ายหรือชักจูงบุคคลที่ไม่เคยคิดจะกระทำความผิดมาก่อน<sup>80</sup>, บุคคลผู้บริสุทธิ์ (innocent person)<sup>81</sup> หรือบุคคลที่โดย

---

\*\* ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 อนุมาตรา 10 เรียกว่า "การสืบสวน" ซึ่งหมายถึง การแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐาน ซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจได้ปฏิบัติไปตามอำนาจและหน้าที่.....

<sup>77</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย, "การล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) : ข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมายอเมริกัน", บทบัญญัติ 32 (2518) : 673-678.

<sup>78</sup> George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.541.

<sup>79</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 791.

<sup>80</sup> George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.541.

<sup>81</sup> American Jurisprudence 2d State and Federal Vol.

ปกติเป็นคนเคารพกฎหมาย (law-abiding person)<sup>๘๒</sup> ให้กระทำความผิดนั้น<sup>๘๓</sup> การกระทำดังกล่าวของเจ้าพนักงานย่อมเป็นการล่อให้กระทำความผิด ซึ่งมีผลเป็นข้อแก้ตัวเพื่อยกเว้นความผิดตามกฎหมายอเมริกันได้<sup>๘๔</sup> เป็นหลักที่ได้สร้างขึ้นมาในการพิจารณาพิพากษาคดี ในศตวรรษที่ 20 ซึ่งมีผลมาจากได้มีการใช้สายลับและนักสืบในการสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดที่เพิ่มมากขึ้น<sup>๘๕</sup> เพราะเท่าที่ผ่านมาไม่ได้มีการกำหนดขอบเขตของการหลอกล่อของเจ้าพนักงานของรัฐที่จะกระทำได้ในการสืบสวนคดี<sup>๘๖</sup>

### 3. หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่ากรณีใดเป็นการล่อให้กระทำความผิด

หัวใจของหลักที่ให้มีการอ้างข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิดได้ก็เพื่อจะห้ามมิให้เจ้าพนักงานของรัฐ "ล่อ" หรือชักจูงบุคคลผู้บริสุทธิ์ให้กระทำความผิดเพียงเพื่อจะลงโทษบุคคลผู้นั้น\* และโดยทฤษฎีของหลักการอ้างข้อต่อสู้ เรื่องการล่อให้กระทำความผิดนี้มีเรื่องของหลักความน่าตำหนิ (Culpability) ประกอบกับการอ้างข้อต่อสู้ในเรื่องของการถูกบังคับ (duress) กล่าวคือในกรณีของการกระทำความผิดโดยการล่อ ผู้กระทำได้ถูกชักจูงด้วยอุบายหลอกลวงของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และอีกลักษณะหนึ่งผู้กระทำได้ตกอยู่ในอำนาจบังคับที่จะมีการคุกคามด้วยเจตน์จำนงของเจ้าหน้าที่

<sup>๘๒</sup> Ibid, p.367.

<sup>๘๓</sup> George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.541.

<sup>๘๔</sup> LaFave and Scott, Handbook of Criminal Law, p.369.

<sup>๘๕</sup> American Jurisprudence 2d State and Federal Volume 21, p.368.

<sup>๘๖</sup> LaFave and Scott, Handbook of Criminal Law, p.369.

\* ดูคดี United States v. Russell, 411 US 423, 36 LEd 2d 366, 93s Ct 1637 ; คดี Sherman v. United States, 356 US 369, 2L Ed 2d 848, 78 S Ct 81.9 และคดี Sorrells v. United States, 287 US 435, 77 L Ed 413, 53 Sct 210

ตำรวจที่จะทำการปราบปราม<sup>๘๗</sup>

ดังนั้น การอ้างข้อต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิดในเรื่องการล่อให้กระทำ ความผิด จึงต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ ดังนี้<sup>๘๘</sup>

3.1 ได้มีการกระทำที่เป็นการชักชวน หลอกลวง และจ้อจล โดย เจ้าพนักงานของรัฐหรือตัวแทน (agent) เพื่อที่จะชักจูงให้จำเลยกระทำความผิด

3.2 ความคิดริเริ่มที่จะกระทำความผิดต้องเริ่มก่อนในจิตใจของ เจ้าพนักงานของรัฐมากกว่าในจิตใจของจำเลยผู้บริสุทธิ์ กล่าวคือ การกระทำความผิด ดังกล่าวเป็นผลมาจากความคิดริเริ่มของเจ้าพนักงานของรัฐ

แต่ถ้าเป็นเพียงการเปิดโอกาสให้คนร้ายมีช่องทางกระทำความผิดมากขึ้นเท่านั้น ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดก็ตั้งใจจะกระทำความผิดนั้น ๆ อยู่แล้ว พฤติการณ์ต่าง ๆ เหล่านี้ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการล่อให้กระทำความผิด เช่น การที่ตำรวจจะทำเป็นเมามายอยู่ในสวนสาธารณะ หรือแกล้งทำให้กระเป๋าตังค์หลุด ออกมาหมิ่นเหม่ล่อใจคนร้าย หรือการให้ตำรวจหญิงแต่งตัวโป๊ ๆ เพื่อยั่วชวนนักข่มขืน กระทำชำเราทั้งหลาย ตลอดจนการติดต่อกับคนร้ายชายาเสพติด โดยทำที่เป็นข้อข้อ

<sup>๘๗</sup>George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.542.

<sup>๘๘</sup>American Jurisprudence 2d State and Federal Vol. 21, p. 365.

เป็นต้น<sup>๘๐</sup> ซึ่งจะถือเป็นข้อแก้ตัวของผู้กระทำคามผิดไม่ได้<sup>๘๐</sup> และวิธีการเช่นนี้จะทำให้เกิดปัญหาว่า พยานหลักฐาน ที่ได้มาจากการล่อให้กระทำคามผิด เป็นการแสวงหาพยานโดยวิธีที่ชอบหรือไม่ ศาลอเมริกันซึ่งเคร่งครัดต่อวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานของตำรวจอย่างมาก ก็ยังยอมอนุญาต<sup>๘๑</sup> และศาลไทยก็ตีความกฎหมายในทำนองเดียวกัน กล่าวคือถือว่า เจ้าพนักงานย่อมมีสิทธิแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อใช้ในการพิสูจน์ความผิดจำเลย ตราบเท่าที่การแสวงหาพยานหลักฐานนั้นไม่เป็นการชักจูงให้คนที่ไม่เคยมีเจตนากระทำผิดต้องมากระทำผิด<sup>๘๒</sup> จึงไม่ถือว่าเป็นการล่อให้กระทำคามผิด แต่เป็นการแสวงหาพยานที่จะผูกมัดผู้กระทำคามผิดเท่านั้น<sup>๘๓</sup> เช่น เจ้าพนักงานสืบทราบมาว่า จำเลยชายสลากกินรวบ จึงปลอมตัวเข้าไปซื้อซื้อสลากกินรวบจากจำเลย ๆ ก็ขายให้ เช่นนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่ตำรวจปลอมตัวเข้าไปซื้อสลากกินรวบจาก

---

<sup>๘๐</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย, "การล่อให้กระทำคามผิด (Entrapment) : ข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมายอเมริกัน" : 673.

<sup>๘๐</sup> American Jurisprudence 2d State and Federal Vol. 21, p.367.

<sup>๘๑</sup> เข็มชัย ชุติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2529), หน้า 236.

<sup>๘๒</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์รัชดา, ส.ค.2536), หน้า 82.

<sup>๘๓</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 280.

จำเลยเป็นการกระทำเพื่อแสวงหาพยานหลักฐาน\* หรือเช่น ตำรวจปลอมตัวเป็น ลูกค้าขอร่วมประเวณีกับจำเลยที่ 2 ในสถานอาบอบนวดของจำเลยที่ 1 ถือว่าไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ ทั้งไม่ปรากฏว่าตำรวจกลังซุกใส่ธนบัตรแก่จำเลยที่ 2 หรือมีคำมั่นสัญญา หรือขู่เชิญหลอกลวงแต่อย่างใดพยานหลักฐานที่ได้มาจึงรับฟังได้\*\*

แต่อย่างไรก็ตาม จะนำเอาข้อต่อสู้เรื่องการล่อให้กระทำความผิดมาใช้กับการกระทำความผิดซึ่งถูกล่อโดยบุคคลธรรมดา ผู้ซึ่งไม่ใช่เจ้าพนักงานตามกฎหมายของรัฐไม่ได้<sup>๑๔</sup> จึงมีผู้วิจารณ์ว่าจุดประสงค์ของการยกข้อต่อสู้ในเรื่องการล่อให้กระทำความผิด ยังไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะพิสูจน์บุคคลผู้ซึ่งได้กระทำการนอกเส้นทางโดยบุคคล



\* คำพิพากษาฎีกาที่ 230/2504 หน้า 178 (ผู้ว่าคดีศาลแขวง นครศรีธรรมราช โจทก์ นางเอิบ วัจนะจ่าง จำเลย) : มีผู้แจ้งความต่อเจ้าพนักงานว่าจำเลยชายสลากกินรวบ โดยไม่ได้รับอนุญาต เจ้าพนักงานจึงพากันไปซุ่มคอยจับโดยจัดให้ตำรวจคนหนึ่งปลอมตัวเป็นราษฎรเข้าไปขอซื้อสลากกินรวบจากจำเลย ๆ ก็ขายให้แล้วเจ้าพนักงานจึงเข้าจับจำเลยพร้อมตัวซอกกลาง ดังนั้นจำเลยต้องมีความผิดฐานเล่นการพนัน เป็นเจ้ามือขายสลากกินรวบ เพราะการที่ตำรวจปลอมตัวไปซื้อสลากกินรวบจากจำเลยเป็นการกระทำเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานแห่งการกระทำผิดของจำเลยตามที่มีผู้แจ้งความไว้

\*\* คำพิพากษาฎีกาที่ 1163/2518 หน้า 1066 (ผู้ว่าคดีศาลแขวงพระนครใต้ โจทก์ นางสมหมาย ทรัพย์สินไพบูลย์กับพวก จำเลย) : การที่นายตำรวจนายหนึ่งขอร่วมประเวณีกับจำเลยที่ 2 เพื่อพิสูจน์คำร้องเรียนว่ามีการค้าประเวณีในสถานที่เกิดเหตุจริงหรือไม่ จำเลยที่ 2 สอมร่วมประเวณีและรับเงินจากตำรวจผู้นั้น ไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ

<sup>๑๔</sup> American Jurisprudence 2d State and federal Vol. 21, p. 369.

ธรรมดาเหล่านั้นให้บริสุทธิ์หรือพ้นผิดได้<sup>๑๕</sup> จึงทำให้ดูแปลกกว่าด้วยเหตุใดจึงยกเว้นความผิดให้เฉพาะกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐหรือตัวแทนล่อให้กระทำความผิด แต่ไม่ยกเว้นความผิด หากบุคคลธรรมดาเป็นผู้ล่อ<sup>๑๖</sup>

#### 4. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นของความรับผิด

สิ่งที่เกี่ยวข้องกับการล่อให้กระทำความผิด มีประเด็นที่ต้องพิจารณา 2 ประเด็นคือ ประการแรกในเรื่องผลของความรับผิดของผู้ที่ลงมือกระทำความผิด และประการที่สองคือ ผลเกี่ยวกับตัวผู้ล่อให้กระทำความผิด รวมทั้งสายลับ หรือผู้ที่รับใช้ให้ร่วมมือกระทำความผิด (accessory)<sup>๑๗</sup>

ประการแรก ผลของความรับผิดของผู้ที่ลงมือกระทำความผิดนั้น ตั้งอยู่บนรากฐานของ 2 ทฤษฎีที่ศาลฎีกาของสหรัฐฯ ได้ให้คำวินิจฉัยไว้ในคดี Sorrells และ Sherman ว่า<sup>๑๘</sup>

ก. ทฤษฎีแรกคือ การล่อให้กระทำความผิดเป็นเหตุให้การกระทำไม่มีความผิด เป็นข้อยกเว้นโดยปริยาย (implied-exception theory) ของบทบัญญัติกฎหมายอาญา (criminal statutes) ดังนั้นการที่รัฐออกกฎหมายมากำหนดว่าการขายยาเสพติดให้โทษเป็นความผิดอาญา ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้ออกกฎหมายมิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้การขายยาเสพติดให้โทษ ซึ่งเกิดจากการล่อให้กระทำของเจ้าพนักงานของรัฐเป็นความผิดอาญาไปด้วย

<sup>๑๕</sup> ดู Park cited by George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.542.

<sup>๑๖</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 279.

<sup>๑๗</sup> K.J.M. Smith, A Modern Treatise On the Law of Criminal Complicity, (London : Clarendon Press, 1991), p.243.

<sup>๑๘</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย, "การล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) : ข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมายอเมริกัน", : 676-677.



ข. ทฤษฎีที่สอง\* ถือว่ารัฐไม่เอาความผิดกับจำเลย ผู้ถูกล่อให้กระทำ ความผิด ก็เนื่องจากรัฐประศาสนโยบายของรัฐ (public-policy theory) ซึ่งถือ ว่าจำเลยกระทำความผิดเพราะถูกล่อให้กระทำ โดยเจ้าพนักงานของรัฐนั้น จึงถือว่า เป็นผู้กระทำผิดกฎหมายอยู่ แต่เนื่องจากรัฐประศาสนโยบาย (public-policy) ไม่ ต้องการเอาความผิดกับผู้กระทำ ก็เพราะต้องการจะป้องกันการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบ ของเจ้าพนักงานของรัฐในเรื่องนี้ รัฐจำเป็นจะต้องยอมสูญเสียบางสิ่งบางอย่างไปบ้าง เช่น การไม่เอาความผิดกับผู้กระทำความผิดในกรณีนี้ ทั้งนี้ก็เพื่อแลกกับสิ่งที่รัฐถือว่า มี ค่าสูงกว่า นั่นก็คือการที่สังคมปราศจากการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบของเจ้าพนักงานของ รัฐ ซึ่ง LaFave<sup>๑๑</sup> ก็เห็นด้วยกับความเห็นนี้ โดยอ้างว่า ในส่วนของความผิดที่มีเรื่อง ศีลธรรมเข้ามาเกี่ยวข้อง จะไม่มีสิ่งที่เป็นความแตกต่างกันระหว่างการกระทำความผิด เพราะถูกล่อให้กระทำโดยเจ้าพนักงานตำรวจกับโดยบุคคลธรรมดา ดังนั้นจึงน่าจะเป็น ความผิดทั้งสองกรณี แต่กรณีแรกรัฐไม่เอาความผิดเพราะเป็นเรื่องของรัฐประศาสน- นโยบาย

ในกฎหมายอังกฤษ การล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) หรือ การใช้ให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือตัวแทนของรัฐ ไม่อาจยกเป็นข้อต่อสู้ของ ผู้ถูกล้มมือกระทำความผิดได้<sup>๑๐๐</sup>

ประการที่สอง ผลเกี่ยวกับตัวผู้ล่อให้กระทำความผิด รวมทั้งสาสลับ หรือผู้รับใช้ให้ร่วมมือกระทำความผิด

---

\* เป็นเหตุผลของผู้พิพากษาฝ่ายข้างน้อย ในคดี Sorrells และ Sherman แต่ได้รับความสนับสนุนจาก Model Penal Code

<sup>๑๑</sup> LaFave and Scott, Handbook of Criminal Law, p.372.  
อ้างใน พรเพชร วิชิตชลชัย, "การล่อให้กระทำความผิด (Entrapment): ข้อยกเว้น ความผิดตามกฎหมายอเมริกัน", หน้า 677.

<sup>๑๐๐</sup> K.J.M. Smith, A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity, (London : clarendon Press, 1991), p.245.

ปัญหาที่ว่า ผู้ที่ล่อให้กระทำความผิด หรือที่เรียกว่า ผู้ซุ่ยง (agent provocateur) เช่นนั้นควรจะต้องรับโทษฐานผู้ชี้หรือผู้สนับสนุนหรือไม่

แนวทางที่ศาลถืออยู่โดยทั่วไป คือ การใช้สายลับเพื่อติดต่อกับผู้ที่คิดกระทำความผิดอยู่แล้วนั้น เป็นการชอบที่เจ้าพนักงานยอมทำได้ เพื่อให้ได้โอกาสจับกุมพร้อมด้วยพยานหลักฐาน<sup>101</sup> แต่ศาลก็ไม่ได้วางเป็นหลักที่แน่นอน เพื่อจะได้นำมาเป็นหลักปฏิบัติว่า ผู้ที่ล่อให้กระทำความผิดหรือผู้ซุ่ยงไม่ต้องรับผิดในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิด เพราะเหตุใด<sup>102</sup> ดูเหมือนเพียงจะกล่าวอย่างง่าย ๆ ว่าผู้ที่ล่อให้กระทำความผิดหรือผู้ซุ่ยงไม่ต้องรับผิดในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิด หรืออย่างน้อยก็กล่าวแต่เพียงว่าค่าของเจ้าพนักงานไม่ใช่ค่าขัดทอดที่จะต้องมียานหลักฐานมาสนับสนุน<sup>103</sup> ดังนั้นผู้ที่ล่อให้กระทำความผิดหรือผู้ซุ่ยงจึงมีสถานะไม่ค่อนแน่นอน ในขณะที่บางพฤติการณ์การอ้างข้อต่อสู้ได้รับการยอมรับจากศาล แต่ก็ไม่ได้มีการวางขอบเขตหรือเหตุผลตามหลักของกฎหมาย<sup>104</sup>

ในเรื่องนี้ ตำรากฎหมายต่างประเทศยังถกเถียงกันอยู่ว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ที่ล่อให้กระทำความผิดหรือผู้ซุ่ยง (agent provocateur) ไม่มีสิทธิพิเศษนอกเหนือไปกว่าบุคคลธรรมดาที่จะได้รับการยกเว้นความผิดในการชี้ หรือร่วมมือสนับสนุนผู้อื่นให้กระทำความผิด<sup>105</sup> ความเห็นข้างมากเห็นว่า แล้วยแต่เจตนาของผู้ที่ล่อให้กระทำความผิดหรือผู้ซุ่ยง (agent provocateur) คือถ้า agent provocateur มีเจตนาจะให้

<sup>101</sup> จิตติ ติงศภัทธี, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 791-792.

<sup>102</sup> Peter Gillies, The Law of Criminal Complicity, p.185

<sup>103</sup> Ibid, p.185.

<sup>104</sup> K.J.M.Smith, A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity, p.243.

<sup>105</sup> J.C.Smith และ Brian Hogan, Criminal Law. seventh edition 1992, p.157 ; Glanville Williams, Criminal Law 2ed 1961, p.785.

บุคคลที่ตนยุยงนั้นกระทำความผิดสำเร็จเสียก่อน แล้วตนจึงจะจับกุมฟ้องร้องต่อภายหลัง agent provocateur ก็มีความผิดฐานยุยงให้กระทำความผิดธรรมดา เพราะได้เป็นต้นเหตุจูงใจให้บุคคลกระทำความผิดขึ้น<sup>106</sup> หน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจหรือ agent provocateur ก็คือการป้องกันอาชญากรรมและเข้าใจล่วงรู้ถึงอาชญากร แต่ไม่ใช่เพื่อการกระทำความผิดแต่พยานหลักฐาน<sup>107</sup> ความประสงค์ของ agent provocateur ที่จะจับกุมฟ้องร้องผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายภายหลังจากนั้น ไม่เป็นเหตุที่ทำให้การยุยงซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอยู่แล้ว เป็นการที่ขอบด้วยกฎหมายขึ้นมาได้ ตรงกันข้ามถ้าหาก agent provocateur มีความประสงค์ยุยงให้ผู้กระทำความผิด กระทำในชั้นพยายาม ไม่มุ่งหมายให้ทำความผิดสำเร็จ กล่าวคือ มีเจตนาจะเข้าจับกุมเสียก่อนหน้าที่จะกระทำความผิดสำเร็จลงไป agent provocateur ก็ไม่มีความผิดตามกฎหมาย เพราะขาดเจตนาที่จะให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดสำเร็จ ที่ผู้ใช้หรือผู้ยุยงต้องรับโทษตามกฎหมายนั้นก็โดยมีเจตนาจะให้ความผิดเกิดขึ้น เป็นแต่ตนมิได้ลงมือกระทำการนั้น ๆ ด้วยตนเอง แต่ได้ใช้ให้ผู้อื่นทำแทน<sup>108</sup>

ถ้าในการล่อให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยเจ้าพนักงาน หรือ agent provocateur เข้าร่วมด้วยนั้น มีการเข้าร่วมมือถึงขนาดเป็นตัวการ มีส่วนในการกระทำหรือสนับสนุนการกระทำ เช่น ไม่แต่เพียงไปกับผู้กระทำความผิดด้วย แต่ได้ลงมือทำร้ายหรือส่งอาวุธให้ การกระทำเช่นนั้นย่อมเป็นความผิด<sup>109</sup> ซึ่งโดยหลักทั่วไป

<sup>106</sup> หชุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา : รวบรวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา ของศ.ดร.หชุด แสงอุทัย, หน้า 156.

<sup>107</sup> ดูคดี Sherman v. United States อ้างใน American Jurisprudence 2d State and Federal Vol. 21, p.366.

<sup>108</sup> หชุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา : รวบรวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา ของศ.ดร.หชุด แสงอุทัย, หน้า 156.

<sup>109</sup> จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 795-796.

เจ้าพนักงานตำรวจควรไปด้วยเพื่อสังเกตการณ์<sup>110</sup> เป็นพยานหลักฐาน แต่ไม่ได้ลงมือทำในส่วนของการความผิด การกระทำเพียงเท่านั้นย่อมไม่เป็นการร่วมมือเพราะไม่ได้ไปอยู่ด้วย เพื่อช่วยให้ความผิดสำเร็จตามหลักเรื่องตัวการ ทั้งเจตนาสนับสนุนการกระทำ ความผิดก็ไม่มี<sup>111</sup>

ดังนั้น ชนิดของการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) ที่กฎหมายห้ามก็คือ การชักจูงให้บุคคลกระทำความผิดกฎหมาย<sup>112</sup> จุดประสงค์ของการมีสายลับหรือเจ้าพนักงานของรัฐ ไม่ใช่มีเพื่อให้จูงใจ ชักชวน หรือล่อให้บุคคลกระทำความผิด แต่ต้องเป็นผู้ค้นหาความจริง (ascertain) ว่าผู้ถูกกล่าวหามีส่วนในการกระทำความผิดหรือไม่<sup>113</sup>

#### กรณีผู้ร่วมในความผิดที่มีใช้ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน(Necessary Participator)

##### 1. ข้อพิจารณาทั่วไป

การกระทำความผิดอาญาบางประเภท โดยลักษณะเฉพาะแล้วต้องอาศัยการร่วมมือของบุคคลอื่นกับผู้กระทำความผิด (actual actor) เช่น ความผิดฐานให้กู้

<sup>110</sup> J.C.Smith and Brian Hogan, Criminal Law, p.147.

<sup>111</sup> จิตติ ติงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคที่ 1 ตอนที่ 2 (แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 4), หน้า 672.

<sup>112</sup> American Jurisprudence, 2d State and Federal Vol.21, p.365.

<sup>113</sup> คดี State v. Parr, Watson v. State, McIntuff v.State, State v. Hotchman cited by American Jurisprudence 2d State and Federal Vol. 21, p.366.

มีเงินในอัตราดอกเบี้ยสูงกว่าที่กฎหมายกำหนด (usury) ความผิดฐานเป็นชู้ (adultery) หรือความผิดฐานร่วมประเวณีกับผู้ที่มีสายเลือดใกล้ชิด (incest) ฯลฯ<sup>114</sup> ความผิดประเภทนี้จะต้องมีบุคคล 2 ฝ่ายเข้าร่วมกิจกรรมจึงจะเกิดเป็นความผิด<sup>115</sup> นั่นคือ บุคคลผู้ถูกระทำความผิดร่วมมือกับผู้กระทำความผิด<sup>116</sup> บุคคลเช่นนี้เรียกว่า Necessary Participator\*

ความผิดบางอย่างอาจกฎหมายบัญญัติว่า แม้ผู้เสียหายให้ความยินยอมให้กระทำ ผู้กระทำก็ไม่พ้นความผิดเช่น ปอ. มาตรา 277, 279, 282, 302 และ 319 ความผิดบางอย่างแม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงว่า ความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นข้อแก้ตัว แต่ก็เป็นที่เห็นได้ว่า ถึงแม้ผู้เสียหายจะยินยอมร่วมมือด้วย ผู้กระทำก็ยังมี ความผิด เช่น ปอ. มาตรา 313(1), 317 หรือยังมีความผิดเมื่อความยินยอมนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ยอมให้ทำร้ายร่างกาย เป็นต้น ความผิดเหล่านี้ผู้เสียหายที่ร่วมมือด้วยจะกลายเป็นผู้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้น ด้วยหรือไม่<sup>117</sup>

<sup>114</sup> K. Neumann, Manual of German Law, Vol. 2, No.45, p.88.

<sup>115</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, "บุคคลซึ่งไม่สมควรเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในความผิดอาญาบางประเภท", วารสารกฎหมาย 9 (กุมภาพันธ์ 2528) : 63-76.

<sup>116</sup> จิตติ ติงศภัทธี, กฎหมายอาญา ภาค 1 หน้า 539.

\* คำนี้ K. Neumann ได้ให้คำอธิบายกฎหมายอาญาของเยอรมัน, ฉบับปี ค.ศ.1871 เป็นภาษาอังกฤษจากคำว่า Notwendize Teilnehmer

<sup>117</sup> จิตติ ติงศภัทธี, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 540.

2. ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ร่วมในความผิดที่มีใช้ตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน

ในกรณีความผิดที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนี้ การกระทำของผู้ร่วมในความผิดที่มีใช้ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน (Necessary Participator) อยู่ในหลักเกณฑ์ที่ต้องได้รับการพิจารณาแยกเป็นเอกเทศ<sup>118</sup> กฎหมายเยอรมันอธิบายว่า กรณีของผู้ร่วมในความผิดที่มีใช้ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนนี้ ถ้ากฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้ที่ร่วมมือเช่นนั้น ก็ย่อมจะบัญญัติเอาโทษไว้แล้ว<sup>119</sup> ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้

1) ในกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติเพื่อประสงค์ที่จะคุ้มครองบุคคลที่ต้องเข้าร่วมในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นเหยื่อของการกระทำความผิด บุคคลที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเหล่านี้ไม่ต้องรับผิดในการเข้าร่วมกระทำความผิด<sup>120</sup> กล่าวคือ ความผิดในกรณีนี้เป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติขึ้นมาประสงค์จะให้ความคุ้มครองบุคคลบางประเภท จึงกำหนดเอาการกระทำที่กระทำต่อบุคคลที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นความผิด ดังนั้น การที่บุคคลที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองนั้นต้องเข้ามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดไม่ว่าในลักษณะใด ๆ จึงไม่อาจถือว่าเป็นการร่วมกันกระทำผิดอาญาเนื่องจากได้รับความคุ้มครอง<sup>121</sup> เช่น เด็กนักเรียนหญิงอายุ 18 ปี ซึ่งได้ชักชวนให้ครูชายกระทำชำเราตนนั้น เด็กนักเรียนหญิงไม่ต้องรับผิดในการกระทำของตนได้<sup>122</sup>



<sup>118</sup> K. Neumann, Manual of German Law, No.45, p.88.

<sup>119</sup> จิตติ ตังศภัทธี, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 540.

<sup>120</sup> K. Neumann, Manual of German Law, No.45, p.88.

<sup>121</sup> Ibid, p.88. และดูเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, "บุคคลซึ่งไม่สมควรเป็นตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในความผิดอาญาบางประเภท", 63-76.

<sup>122</sup> RGST, Vol 18, p.181. (คำพิพากษาของศาลฎีกาเยอรมัน ในสมัยก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1)

2) ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติกำหนดความรับผิดและโทษไว้สำหรับบุคคลฝ่ายหนึ่ง บุคคลฝ่ายที่เหลือจะได้รับความคุ้มครองกัน ไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะเข้าร่วมกระทำ ความผิดในรูปแบบใดก็ตาม<sup>123</sup> กล่าวคือเป็นกรณีที่ต้องมีบุคคลอื่นมาร่วมกระทำเช่นเดียวกับกรณีแรก แต่ต่างกันตรงผู้ที่ต้องเข้าร่วมกระทำในกรณีนี้ไม่ใช่บุคคลที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง แต่เป็นบุคคลซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการกระทำผิด และเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ไม่ถือเอาการที่ต้องเข้าร่วมกระทำนั้นเป็นความผิด หรือให้มีความผิดในฐานอื่น จึงได้บัญญัติเอาผิดกับอีกฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว<sup>123</sup> เช่น นักโทษที่ได้รับการช่วยเหลือหรือปล่อยให้หลบหนีจากที่คุมขังโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เฉพาะผู้ที่ช่วยเหลือหรือปล่อยให้หลบหนีเท่านั้นที่ต้องรับผิด แต่นักโทษที่หลบหนีไม่ต้องรับผิด<sup>125</sup>

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาความหมายและรูปแบบของผู้กระทำผิด และผู้ร่วมกระทำผิด รวมทั้งหลักของกรณีผู้ร่วมในความผิดที่มีใช้ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในบทที่ 2 นี้ กล่าวได้ว่า โดยหลักทั่วไปแล้วบุคคลจะเข้าร่วมกระทำผิดได้ 6 ลักษณะด้วยกัน คือ การเป็นผู้กระทำผิดโดยตรง การเป็นผู้กระทำผิดโดยทางอ้อม การเป็นผู้กระทำผิดข้างเคียง การเป็นผู้กระทำผิดร่วม หรือที่ประมวลกฎหมายอาญา เรียกว่า "ตัวการ" การเป็นผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด และการสนับสนุนผู้อื่นให้กระทำความผิด แต่กรณีของผู้ร่วมในความผิดที่มีใช้ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน (necessary participator) เป็นจุดประสงค์และเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะยกเว้นให้ เป็นกรณีที่ต้องได้รับการพิจารณาโดยเอกเทศ กล่าวคือบุคคลดังกล่าวไม่อาจต้องรับผิดในฐานะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ในการกระทำความผิดของผู้กระทำผิดได้ แม้ว่า การกระทำของบุคคลดังกล่าวอาจมีส่วนช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้ผู้กระทำผิดกระทำความผิดสำเร็จก็ตาม

<sup>123</sup> K. Neumann, Manual of German Law, No.45, p.88.

<sup>124</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, "บุคคลซึ่งไม่สมควรเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในความผิดอาญาบางประเภท", : 63-76.

<sup>125</sup> มาตรา 120 กฎหมายอาญาเยอรมัน