

## บทที่ 2

### หลักเกณฑ์ทั่วไปของการกระทำโดยประมาทในทางอาญา

#### 1. ลักษณะของความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาท

ในการประกอบวิชาชีพแพทยนั้น แพทย์อาจกระทำโดยจงใจหรือเจตนาก่อความเสียหายต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองได้ กรณีดังกล่าวอาจทำให้แพทย์มีความรับผิดชอบตามกฎหมายตามมา ซึ่งนอกจากความรับผิดชอบแพ่งและความรับผิดชอบตามกฎหมายวิชาชีพแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพแพทยนั้นอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ หากการกระทำในการประกอบวิชาชีพของตนไปก่อความเสียหายต่อผู้อื่น และการกระทำในกรณีนั้นมีกฎหมายระบุให้ผู้กระทำมีความผิดทางอาญา ในการพิจารณาการกระทำความผิดทางอาญาของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพนั้น จำเป็นจะต้องพิจารณาหลักการในการกระทำโดยประมาทในทางอาญาเสียก่อน ซึ่งหลักการดังกล่าวสามารถพิจารณาได้ดังนี้

##### 1.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยประมาท

ในเบื้องต้นจะต้องทำความเข้าใจว่ากฎหมายอาญาคืออะไร เพื่อจะนำไปสู่การพิจารณาหลักการเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญานั้นจะนำมาปรับใช้กับการกระทำความผิดของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพ

กฎหมายอาญานั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็น “กฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษ” ซึ่งหมายความว่า เป็นกฎหมายที่บัญญัติห้ามไว้ไม่ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และเมื่อบุคคลดังกล่าวฝ่าฝืนข้อห้ามหรือไม่กระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติให้ทำ บุคคลนั้นย่อมมีความผิด ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะต้องได้รับโทษ อันเป็นสภาพบังคับทางกฎหมายอาญา<sup>1</sup> ซึ่งตามกฎหมายไทย โทษทางอาญาจะระบุอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ซึ่งมีด้วยกัน 5 ประการคือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน

---

<sup>1</sup> แสงวณ บุญเจิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 4. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 14-15

ในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้นจะมีพื้นฐานอยู่สองประการ ประการแรกคือกฎหมายอาญานับพื้นฐานของการกระทำ (Tatstrafrecht) ซึ่งการลงโทษจะผูกไว้โดยตรงกับการกระทำผิดกฎหมาย กล่าวคือการลงโทษจะเป็นเรื่องของความชั่วของการกระทำ (Tatschuld) และประการที่สองคือกฎหมายอาญานับพื้นฐานของผู้กระทำ (Taterstrafrecht) ซึ่งการลงโทษย่อมขึ้นอยู่กับอันตรายของผู้กระทำที่เชื่อมโยงกับการดำเนินชีวิตของผู้กระทำ ความผิดนั้นหรือเชื่อมโยงกับความชั่วในการดำเนินชีวิต (Labensfuhrungsschuld) กฎหมายอาญาไทยและกฎหมายอาญาของประเทศต่างๆจะเป็นกฎหมายอาญานับพื้นฐานของการกระทำเป็นหลัก แต่บางกรณีกฎหมายก็บัญญัติโดยคำนึงถึงตัวผู้กระทำผิดด้วย ตัวอย่างของกฎหมายอาญานับพื้นฐานของผู้กระทำเช่นตามประมวลกฎหมายอาญาไทยมาตรา 214 ซึ่งระบุว่าผู้กระทำต้องประพฤติดนเป็นปกติธุระ อันแสดงให้เห็นว่าพฤติกรรมที่เป็นอันตรายจากการกระทำซ้ำๆกัน<sup>2</sup> การกระทำโดยประมาทนั้นโดยหลักจึงเป็นความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำดังเช่นเดียวกับบทบัญญัติของกฎหมายอาญาส่วนใหญ่ ซึ่งพิจารณาการกระทำโดยประมาทจากความน่าตำหนิของการกระทำ

หลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายไทยนั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 59 ของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

การกระทำโดยเจตนา ได้แก่การกระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นไม่ได้

การกระทำโดยประมาท ได้แก่การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่

การกระทำ ให้นำความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

---

<sup>2</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 39-40

หลักการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าโดยหลักความรับผิดทางอาญาอาจมีได้ในสองกรณีคือ เกิดจากการกระทำโดยเจตนา และเกิดจากการกระทำโดยประมาท เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดแม้จะไม่มีเจตนาหรือประมาท ในส่วนของแพทย์ ความรับผิดทางอาญาของแพทย์จากการประกอบวิชาชีพก็แยกได้เป็นสองกรณีใหญ่ๆคือ ความรับผิดจากการกระทำโดยเจตนา และความรับผิดจากการกระทำโดยประมาท

การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญานั้น โดยหลักจะเป็นความผิดทางอาญาได้จะต้องเป็นการกระทำที่เกิดจากการกระทำโดยเจตนาของผู้กระทำ อย่างไรก็ตาม บางกรณีแม้ผู้กระทำจะกระทำการโดยประมาทก็อาจมีความรับผิดทางอาญาตามมาได้ ซึ่งกฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นกรณีๆไป

สำหรับการกระทำความผิดทางอาญาในการประกอบวิชาชีพแพทย์ส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่กล่าวหาว่าแพทย์ทำการรักษาผู้ป่วยโดยประมาทในการประกอบวิชาชีพและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่ชีวิตและร่างกายของผู้ป่วย ดังนั้นการเข้าใจหลักเกณฑ์ของความรับผิดโดยประมาทในทางอาญาจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณาความรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์

## 1.2 วัตถุประสงค์การลงโทษของการกระทำความผิดโดยประมาท

เมื่อพิจารณาความหมายและหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาแล้วมีคำถามว่าเหตุใดจึงต้องมีการลงโทษทางอาญาต่อผู้กระทำความผิดโดยประมาท จึงต้องพิจารณาวัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญาเพื่อที่จะนำมาพิจารณาว่าเหตุใดเมื่อแพทย์กระทำการโดยประมาทในการประกอบวิชาชีพ แพทย์จึงสมควรถูกลงโทษทางอาญา

ในทางทฤษฎีอาจแบ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาได้ดังต่อไปนี้<sup>3</sup>

1. การลงโทษเพื่อป้องกันโดยเฉพาะ (Prevention) เป็นทฤษฎีที่เห็นว่า กฎหมายอาญาลงโทษผู้กระทำความผิด เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดอีก โดยการทำให้ผู้กระทำความผิดรับประสบการณ์จากการถูกลงโทษให้เข็ดหลาบอันจะทำให้ไม่อยากกระทำความผิดอีก

---

<sup>3</sup> Wayne R. La Fave, Criminal Law, 4<sup>th</sup> ed. (St. Paul, MIN: West, a Thompson business, 2003), pp. 26-31

2. การลงโทษเพื่อยับยั้ง (Restrain) ทฤษฎีนี้เห็นว่า สังคมสามารถปกป้องตนจากผู้มีแนวโน้มที่จะก่ออันตรายต่อสังคมเพราะการกระทำความผิดในอดีตได้ด้วยโทษทางอาญา หากผู้กระทำความผิดถูกจำคุกหรือประหารชีวิต ก็ไม่สามารถที่จะก่ออันตรายให้แก่สังคมได้อีก

3. การลงโทษเพื่อฟื้นฟู (Rehabilitation) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เห็นว่าการลงโทษเป็นการใช้มาตรการรักษาและฟื้นฟูผู้กระทำความผิดอย่างเหมาะสม เพื่อที่จะคืนผู้กระทำความผิดให้แก่สังคม โดยทำให้ผู้กระทำความผิด ไม่ปรารถนาที่จะกระทำความผิดอีก ซึ่งแนวคิดนี้อาจไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นการลงโทษ แต่ดูเหมือนเป็นการใช้มาตรการในการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมากกว่า

4. การลงโทษเพื่อยับยั้งและป้องกันโดยทั่วไป (Deterrence) ต่างจากทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันซึ่งอาจเรียกว่าป้องกันโดยเฉพาะตรงที่ทฤษฎีนี้เห็นว่าสังคมและบุคคลอื่นจะรู้สึกเข็ดหลาบและเกรงกลัวจากการที่เห็นผู้กระทำความผิดถูกลงโทษ โดยบุคคลอื่นยอมเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดอีกหลังจากเห็นผู้กระทำความผิดต้องทุกข์ทรมานจากการถูกลงโทษ

5. การลงโทษเพื่อสอนหรืออบรม (Education) ทฤษฎีนี้เห็นว่ากระบวนการพิจารณาและพิพากษาผู้กระทำความผิดหรือการลงโทษเป็นการทำให้สาธารณชนรับรู้ถึงข้อแตกต่างระหว่างการกระทำที่ถูกต้องและการกระทำที่ผิด โดยทำให้สังคมรับรู้ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ผิด

6. การลงโทษเพื่อแก้แค้น (Retribution หรือ Revenge, Retaliation) เป็นทฤษฎีที่เก่าแก่ที่สุดที่ว่า ตาต่อตา ฟันต่อฟัน ซึ่งเห็นว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น เป็นการกระทำเพื่อแก้แค้น โดยผู้ทำร้ายหรือก่อความเสียหายให้ผู้อื่นโดยมิชอบควรจะได้รับ การกระทำอย่างเดียวกัน และต้องได้รับความเดือดร้อน เสียหาย และทุกข์ทรมานเช่นเดียวกับบุคคลที่ถูกตนกระทำ

ทฤษฎีที่กล่าวมานั้นต่างชี้ให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาซึ่งแตกต่างกัน ซึ่งต่างก็มีข้อถกเถียงถึงความเหมาะสม ความถูกต้องและครบถ้วนของวัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญาในแต่ละทฤษฎีได้ครอบคลุมเพียงพอหรือไม่

สำหรับเหตุผลที่ต้องลงโทษผู้กระทำความผิดโดยประมาทนั้น คำอธิบายในทางตำรากฎหมายไทยเห็นว่า ความประมาทถือเป็นความชั่วร้ายทางจิตใจที่ต้องปราบปรามด้วยโทษทางอาญา เป็นการกระทำที่จิตใจของผู้กระทำไม่นำพาและเฉยเมยต่อผลร้ายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน การลงโทษทางอาญาอาจมีผลเป็นการเตือนให้บุคคลใช้ความระมัดระวังมากขึ้น<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> จิตติ ดิงศภัทิย์, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10. (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น. 251

หากนำเหตุผลในการลงโทษการกระทำโดยประมาทมาพิจารณาตามทฤษฎีต่างๆ ข้างต้น จะเห็นได้ว่าการลงโทษการกระทำโดยประมาทเป็นการลงโทษตามทฤษฎีเพื่อแก้แค้น ผู้กระทำโดยประมาทได้เพียงแต่ความรุนแรงของการลงโทษควรจะเป็นมากกว่าการกระทำโดยเจตนา นอกจากนี้การลงโทษผู้กระทำความผิดโดยประมาทจะทำให้ผู้กระทำความผิดมีความเช็ดหลาบ และใช้ความระมัดระวังมากขึ้น ในขณะที่บุคคลอื่นในสังคมเมื่อเห็นผู้กระทำโดยประมาทถูก ลงโทษก็ย่อมจะมีความระมัดระวังมากขึ้นเช่นกันอันเป็นแนวคิดจากทฤษฎีป้องกันโดยเฉพาะและ ทฤษฎีป้องกันโดยทั่วไป ตามแนวคิดดังกล่าวการลงโทษทางอาญาสามารถช่วยยับยั้งหรือป้องกัน การกระทำความผิดโดยประมาทในอนาคตได้ สำหรับแนวคิดในการลงโทษเพื่อแก้ไขปรับปรุง ผู้กระทำความผิดนั้น ในกรณีประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดมี ความระมัดระวังมากขึ้นได้ แต่กรณีประมาทเลินเล่อทั่วไปที่เกิดจากการกระทำโดยพลั้งเผลอซึ่ง อาจเกิดกับบุคคลทุกคน แนวคิดในการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดอาจจะขาด ประสิทธิภาพ<sup>5</sup> กล่าวโดยสรุปได้ว่าการลงโทษการกระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทมีทฤษฎี วัตถุประสงค์ในการลงโทษรองรับหลายทฤษฎี จึงนำมาสู่คำตอบว่าเหตุใดจึงจำเป็นต้องมีการ ลงโทษทางอาญาในกรณีที่มีการกระทำโดยประมาทแล้วก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งที่กฎหมาย ประสงค์จะคุ้มครองได้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการกระทำโดยประมาทมิได้เกิดจากจิตใจชั่วร้ายที่มุ่งประสงค์ จะก่อให้เกิดผลร้ายโดยตรง เป็นเพียงจิตใจที่ไม่นำพาและเฉยเมยต่อผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นจาก การกระทำของตนเท่านั้น ทั้งผลร้ายที่เกิดขึ้นบางกรณีก็ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงเช่น อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน แต่บางกรณีอาจก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงเช่น ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บสาหัส กฎหมายจึงกำหนดให้เฉพาะกรณีที่การกระทำโดย ประมาทก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงเป็นความผิดทางอาญา โดยกฎหมายในแต่ละประเทศ อาจมีการกำหนดที่คล้ายคลึงหรือแตกต่างกันไป ซึ่งจะกล่าวถึงในส่วนต่อไป

## 2. การกระทำโดยประมาทในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น จะมีโครงสร้าง ความรับผิดชอบ 2 ประการคือ

---

<sup>5</sup> นนทียา ทองสุข, “ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), น. 72-85

### 1) Actus Reus คือต้องมีการกระทำที่ผิดกฎหมาย

องค์ประกอบประการแรกคือ ต้องมีการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกและการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย จากการเคลื่อนไหวร่างกายหรือกล้ามเนื้อของผู้กระทำ โดยจะต้องเกิดจากการควบคุมของจิตใจด้วย ในขณะเดียวกัน การกระทำนั้นยังต้องประกอบด้วยผลจากการกระทำนั้น ซึ่งจะต้องประกอบไปด้วยพฤติกรรมแวดล้อมทางกายภาพด้วย<sup>6</sup>

### 2) Mens Rea คือต้องมีองค์ประกอบด้านจิตใจของผู้กระทำความผิด

นอกจากจะมีองค์ประกอบประการแรกแล้ว ผู้กระทำยังจะต้องมีสิ่งที่เรียกกันว่า “Mens Rea” ด้วย หลังจากพิจารณา Actus Reus แล้ว ต้องพิจารณาต่อไปว่า สภาวะทางจิตใจของผู้กระทำเป็นอย่างไรโดยพิจารณาว่าสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำแสดงให้เห็นถึงสภาพจิตใจที่น่าตำหนิหรือไม่<sup>7</sup>

หากนำหลักการดังกล่าวข้างต้นมาพิจารณาการกระทำโดยประมาทแล้ว จะเห็นได้ว่าการกระทำโดยประมาทในส่วน Actus Reus นั้น หมายถึงกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำความผิดหรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยขาดความระมัดระวังตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการพิจารณาในทางภาวะวิสัย (Objective) ส่วนในด้าน Mens Rea นั้น คือการพิจารณาสภาวะจิตใจของผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยังแยกการกระทำโดยประมาทออกเป็น 2 ประเภท คือ ความประมาทธรรมดา (Negligence) และความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) โดยกรณีความประมาทโดยจงใจนั้น ต้องพิจารณาว่า ผู้กระทำรู้ตัวว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายหรือไม่ แต่สำหรับกรณีประมาทธรรมดานั้น เป็นเพียงกรณีที่ผู้กระทำขาดความระมัดระวังตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ผู้กระทำไม่รู้ตัวว่ามีการเสี่ยงอันตรายเกิดขึ้น กล่าวคือผู้กระทำไม่มี Mens Rea นั้นเอง<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> John Smith, Smith & Hogan Criminal Law, 10<sup>th</sup> ed. (London: Butterworths Lexisnexis, 2002), p. 40

<sup>7</sup> ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ. “มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 7-8

<sup>8</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, “โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญากับการกระทำโดยประมาท,” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 18 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2531), น. 52-53

หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำโดยประมาทของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งจะนำมาพิจารณาความรับผิดโดยประมาทของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ ในที่นี้จะขอพิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้

## 2.1 ประเทศอังกฤษ

### 1) การกระทำโดยประมาท

ในระยะแรกกฎหมายอังกฤษไม่ถือว่าการกระทำโดยประมาทเป็นความผิดอาญา แนวคิดเรื่องความรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทเพิ่งมีภายหลัง โดยเริ่มปรากฏคำพิพากษาของศาลที่ลงโทษจำเลยที่กระทำโดยประมาท เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 17<sup>9</sup> ซึ่งหลักเกณฑ์ความรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

กฎหมายอังกฤษถือว่าความผิดทางอาญาสามารถเกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทได้ โดยเห็นว่าการกระทำโดยประมาท (Negligence) คือการละเลยที่จะปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังตามที่ของตน (Standard of care) ดังนั้นการกระทำโดยประมาทจึงเป็นการละเลยที่จะปฏิบัติตามมาตรฐานของวิญญูชน (Reasonable man) หรือบุคคลซึ่งมีความสุ่มรอบคอบ (Prudent man) ถ้าบุคคลใดขาดความระมัดระวังที่ควรมี ไม่ว่าจะรู้ถึงความระมัดระวังนั้นหรือไม่ก็ถือว่ามีความผิด อย่างไรก็ตาม ศาลได้เพิ่มหลักเกณฑ์ว่าความประมาทที่ต้องรับโทษในทางอาญาจะต้องเป็นการกระทำประมาทอย่างร้ายแรง (Gross) การกระทำที่เบี่ยงเบนจากมาตรฐานความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยหรือมีเหตุอันสมควรไม่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับโทษทางอาญา<sup>10</sup> ซึ่งภายหลังได้มีการเสนอใช้คำว่าประมาทโดยจงใจ (Recklessness) กับการพิจารณาความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) นำมาสู่การแบ่งประเภทของประมาทตามกฎหมายอังกฤษออกเป็น 2 ประเภท คือ ความประมาทธรรมดา (Negligence) และความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ซึ่งแตกต่างกันดังนี้

---

<sup>9</sup>Gillis Erenius, Criminal Negligence and Individuality, (Stockholm: Norstedt & Soners, 1976), pp. 43-44

<sup>10</sup> Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, 2<sup>nd</sup> ed. (London: Stevens & son, 1983), p. 88-90

### 1) ความประมาทธรรมดา (Negligence)

เหตุการณ์บางเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นโดยไม่อาจคาดคิดได้ และแม้จะใช้ความระมัดระวังอย่างดีแล้ว อุบัติเหตุหรือเหตุการณ์ดังกล่าวก็ยังเกิดขึ้น จึงถือว่าอุบัติเหตุนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ (Inevitable) อย่างไรก็ตามอุบัติเหตุหรือเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นเนื่องจากการขาดความระมัดระวังซึ่งวิญญูชนพึงมี อุบัติเหตุหรือเหตุการณ์นี้เป็นผลจากความประมาท (Negligence) หรือขาดความระมัดระวัง (Carelessness) มิใช่เหตุการณ์ที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้<sup>11</sup>

ความประมาทธรรมดาเป็นการกระทำที่ต่ำกว่ามาตรฐานของวิญญูชนหรือบุคคลผู้มีความสุจริตรอบคอบในฐานะเช่นเดียวกับจำเลย โดยจะพิจารณาการกระทำประมาทโดยเปรียบเทียบกับวิญญูชน ว่าจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามที่วิญญูชนควรใช้ในสถานการณ์เดียวกันหรือไม่ จึงเป็นการใช้มาตรฐานในทางภาวะวิสัย (Objective Standard) โดยมีจำต้องค้นหาสิ่งที่อยู่ในจิตใจของจำเลยแต่อย่างใด<sup>12</sup> ดังนั้นตามกฎหมายอังกฤษการแบ่งแยกระหว่างประมาทโดยจงใจและประมาทธรรมดา พิจารณาจากผู้กระทำว่ารู้ตัวต่อการเสี่ยงภัยอันตรายหรือไม่ ในกรณีประมาทโดยจงใจผู้กระทำต้องรู้ตัวว่าการกระทำของตนเสี่ยงที่จะก่ออันตราย ไม่ว่าจะเป็นการรู้ตัวในทางภาวะวิสัยหรืออัตวิสัยก็ถือว่าเป็นประมาทโดยจงใจ แต่สำหรับประมาทธรรมดานั้น ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ตัวว่าการกระทำของตนเสี่ยงที่จะก่ออันตราย<sup>13</sup>

อย่างไรก็ตามความประมาทธรรมดาก็มีลักษณะบางประการร่วมกับความประมาทโดยจงใจคือมีการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุอันควร (Unreasonable risk) ประกอบด้วยเพราะเป็นเรื่องปกติที่ในการใช้ชีวิตประจำวันที่ต้องมีการกระทำที่มีความเสี่ยงอยู่ หากเป็นการเสี่ยงภัยที่มีเหตุผลอันสมควร แม้จะเกิดภัยอันตรายขึ้นก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท อย่างไรก็ตาม การเสี่ยงภัยต่อภัยอันตรายที่มีระดับของความเป็นไปได้ที่สังคมไม่ยอมรับ ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท ตัวอย่างเช่นแพทย์จำต้องเสี่ยงลงมือผ่าตัดต่างๆที่ขาดอุปกรณ์ทางการแพทย์บางอย่างเพื่อช่วยผู้ป่วย<sup>14</sup> ซึ่งกรณีดังกล่าวถือว่าแพทย์กระทำการเสี่ยงที่มีเหตุผลอันสมควร จึงไม่ถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาท

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 88

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 88

<sup>13</sup> ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, อ้างแล้ว เจริญธรรม 7, น. 14-15

<sup>14</sup> Glanville Williams, *supra* note 10, p. 89

## 2) ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness)

ความประมาทโดยจงใจนั้นถูกพิจารณาเพื่อใช้กับความประมาทในระดับที่สมควรจะถูกลงโทษ เนื่องจากการเสี่ยงภัยอันตรายโดยรู้ตัว (Conscious) และไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable) ในเรื่องสภาพจิตใจนั้นถือว่าผู้กระทำมีสภาพจิตใจที่เลวร้ายน้อยกว่าการกระทำ ความผิดโดยเจตนาแต่มีระดับความเลวร้ายของจิตใจมากกว่าประมาทธรรมดา<sup>15</sup> ซึ่งใน Draft Criminal Code มาตรา 18 ของอังกฤษได้ให้บทนิยามของความประมาทโดยจงใจไว้ว่า “ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) พิจารณาได้จาก พฤติการณ์ซึ่งผู้กระทำต้องรู้ถึงความเสี่ยงต่อ ภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นในขณะนั้น และพิจารณาจากผลของการกระทำซึ่งเกิดจากการที่ผู้กระทำ นั้นรู้ถึงความเสี่ยงจะเกิดขึ้น และไม่มีเหตุผลอันสมควรที่ในสถานการณ์ที่ผู้กระทำซึ่งรู้ถึงความเสี่ยง จะก่อความเสี่ยงภัยอันตรายเช่นนั้น”<sup>16</sup>

ความประมาทโดยจงใจตามกฎหมายอังกฤษ จากแนวคำพิพากษาของศาลมี 2 รูปแบบคือ

### 2.1) ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบ Cunningham

คำพิพากษาของศาลในคดี Cunningham เมื่อปี ค.ศ. 1957 วินิจฉัยไว้ว่าความ ประมาทโดยจงใจมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการคือ ผู้กระทำรู้ตัว (Awareness) ว่ามีการเสี่ยงต่อ ภัยอันตรายซึ่งการกระทำของผู้กระทำอาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ และ การเสี่ยงต่ออันตราย นั้นเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Risk) สำหรับผู้กระทำที่จะเสี่ยงอันตรายนั้น<sup>17</sup> ซึ่งเป็นการใช้มาตรฐานทางอัตวิสัยในการพิจารณาว่าตัวจำเลยรู้ถึงความเสี่ยงภัยนั้นหรือไม่ หากรู้ แต่ยังไม่เพิกเฉยถือว่าเป็นประมาทโดยจงใจ กล่าวคือเป็นการพิจารณาเข้าไปถึงจิตใจของผู้กระทำว่า ผู้กระทำตระหนักถึงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของตนหรือไม่ หากรู้ถึงอันตรายนั้นและ ยังกระทำการอันเป็นการเสี่ยงภัยนั้นโดยไม่มีเหตุอันสมควรถือว่าผู้กระทำนั้นประมาทโดยจงใจ

### 2.2) ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบ Caldwell

คำพิพากษาของศาลในคดี Caldwell เมื่อปี ค.ศ. 1980 ให้ความหมายของความ ประมาทโดยจงใจกว้างขึ้น โดยให้กินความรวมไปถึงสิ่งที่เรียกว่าประมาทโดยจงใจแบบไม่รู้ตัวด้วย

<sup>15</sup> Ibid, p. 96

<sup>16</sup> John Smith, *supra* note 6, p. 84

<sup>17</sup> ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 17-21

(Inadvertent Recklessness) หรือที่เรียกว่าประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell<sup>18</sup> โดยจะเป็นการกระทำประมาทโดยจงใจในรูปแบบ Caldwell ได้นั้น ผู้กระทำจะต้องกระทำลงโดยปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการเสี่ยงอันตรายที่เห็นได้ชัด (Obvious Risk) และในขณะที่กระทำนั้น ไม่ว่าผู้กระทำจะรู้ว่าอาจจะมีอันตรายเกิดขึ้นหรือไม่ แต่ก็ยังเสี่ยงที่จะกระทำอันก่อให้เกิดอันตรายบางอย่าง จะเห็นได้ว่าประมาทโดยจงใจในรูปแบบนี้หมายรวมถึงการที่ผู้กระทำไม่รู้ตัวว่าการกระทำของตนเป็นการเสี่ยงต่ออันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจนด้วย<sup>19</sup> ดังนั้นประมาทโดยจงใจในรูปแบบ Caldwell จึงขยายความความประมาทโดยจงใจให้มีขอบเขตกว้างขึ้นโดยใช้มาตรฐานในทางภาวะวิสัยมาพิจารณาเพราะมิได้พิจารณาที่จิตใจของผู้กระทำว่ารู้ถึงความเสี่ยงในอันตรายนั้นหรือไม่ตามมาตรฐานในทางอัตวิสัยเท่านั้น

ในปัจจุบันความประมาทในรูปแบบของ Caldwell ใช้กับความผิดอาญาฐานทำให้เสียทรัพย์ และความผิดตามพระราชบัญญัติบางฉบับเท่านั้น<sup>20</sup> อย่างไรก็ตามมีคำพิพากษาคดี R v G and another ในปี 2003 ตัดสินกลับคำพิพากษาของคดี Caldwell โดยวินิจฉัยว่าศาลในคดี Caldwell ตีความกฎหมายเกินเลยไป เนื่องจากการที่จะเป็นความผิดฐานประมาทโดยจงใจได้นั้น จำเลยต้องเล็งเห็นภัยด้วยตนเองตามคำพิพากษาคดี Cunningham เท่านั้น จึงเป็นการกลับมาใช้มาตรฐานทางอัตวิสัย โดยมองว่าตัวจำเลยต้องรู้ถึงภัยนั้นจึงจะถือว่ามี Mens Rea ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์<sup>21</sup>

## 2) มาตรฐานความระมัดระวัง

มาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายอังกฤษแยกพิจารณาได้ตามประเภทของการกระทำโดยประมาท คือกรณีประมาทธรรมดา (Negligence) และกรณีประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ดังนี้

<sup>18</sup> Andrew Ashworth, Principle of Criminal Law, 5<sup>th</sup> ed. (New York: Oxford University Press Inc, 2006), p. 182

<sup>19</sup> Jonathan Herring, Criminal Law Text, Cases, and Materials, (New York: Oxford University Press Inc, 2004), p. 163

<sup>20</sup> *Ibid.* p. 154

<sup>21</sup> Jonathan Herring, Criminal Law, 4<sup>th</sup> ed. (New York: Palgrave Macmillan, 2005), pp. 95-97

กรณีประมาทธรรมดาจะใช้มาตรฐานของวิญญูชนอันเป็นมาตรฐานในทางภาวะวิสัย (Objective) มาพิจารณาว่าวิญญูชนในสถานการณ์เช่นนั้นจะใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด โดยความประมาทธรรมดาเป็นกรณีที่ผู้กระทำการกระทำการโดยเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานของวิญญูชน กล่าวคือ ถ้าจำเลยกระทำในสิ่งที่วิญญูชนไม่กระทำภายใต้สถานการณ์เดียวกัน ถือว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยประมาท ซึ่งในทางกฎหมายนั้นวิญญูชนเป็นบุคคลสมมุติอันเป็นตัวอย่างที่ดี กล่าวคือเป็นบุคคลที่มีความระมัดระวัง ความรอบคอบและมีความคิดเป็นเหตุเป็นผล โดยหลักวิญญูชนที่เป็นแบบอย่างที่ดีก็คือบุคคลธรรมดาหรือบุคคลทั่วไปนั่นเองและวิญญูชนในที่นี้ถือเป็นบุคคลในอุดมคติที่ไม่ได้กำหนดมาตรฐานสูงเกินกว่าที่จะสามารถเป็นไปได้ในการดำเนินชีวิตปกติ<sup>22</sup> ในการพิจารณาการกระทำของผู้กระทำว่าเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่จึงพิจารณาจากความประพฤตินของบุคคลธรรมดาว่าควรจะทำเช่นไรและจะไม่พิจารณาเพื่อแก้ตัวให้บุคคลพ้นจากการกระทำโดยประมาทโดยชี้ให้เห็นว่าบุคคลอื่นมีแนวโน้มจะกระทำเช่นเดียวกัน

กรณีความประมาทโดยจงใจจะต้องแยกพิจารณาประมาทโดยจงใจ 2 รูปแบบ โดยประมาทโดยจงใจในรูปแบบ Cunningham จำเลยจะต้องรู้ตัวถึงการเสี่ยงภัยนั้นๆ เป็นการพิจารณาที่สภาพจิตใจของจำเลยเอง จึงเป็นมาตรฐานในทางอัตวิสัย (Subjective)<sup>23</sup> ในขณะเดียวกัน ประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell ใช้มาตรฐานความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย โดยพิจารณาว่าแม้จำเลยผู้กระทำจะไม่รู้ถึงความเสี่ยงภัยนั้น แต่ถ้าเป็นความเสี่ยงภัยที่วิญญูชนเห็นได้เด่นชัด ก็ถือว่าจำเลยกระทำประมาทโดยจงใจแล้ว เนื่องจากมาตรฐานความระมัดระวังกรณีประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell คือการเสี่ยงภัยอันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจน ซึ่งจะต้องเป็นภัยอันตรายที่ปรากฏต่อวิญญูชน การจะพิจารณาว่าผู้กระทำมีความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell หรือไม่จึงพิจารณาจากจิตใจของวิญญูชนว่าจะกระทำในสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกันอย่างไรนั่นเอง<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Glanville Williams, *supra* note 10, p. 89

<sup>23</sup> ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 7*, น. 99-100

<sup>24</sup> Jonathan Herring, *supra* note 19, p. 155

## 2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

### 1) การกระทำโดยประมาท

เดิมสหรัฐอเมริกาไม่ได้ยอมรับโทษทางอาญาในความผิดโดยประมาทอันทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย โดยเห็นว่าเป็นเพียงเรื่องอุบัติเหตุหรือความโชคร้ายเท่านั้น แต่ต่อมาศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มมีการยอมรับความแตกต่างระหว่างการกระทำโดยประมาทในทางแพ่ง (Simply or Ordinary Negligence) ซึ่งเป็นเรื่องสิทธิฟ้องร้องและเรียกค่าเสียหาย และการกระทำโดยประมาทในทางอาญา (Culpable Negligence) ซึ่งเป็นเรื่องที่ทำให้บุคคลต้องรับโทษในทางอาญา<sup>25</sup> โดยเป็นเรื่องที่ยอมรับกันว่าหลักการเรื่องความประมาทในทางอาญาจะต้องมีองค์ประกอบมากกว่าการกระทำความผิดโดยประมาทในทางแพ่ง ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่ผู้กระทำโดยประมาทก่อให้เกิดความเสี่ยงและภัยอันตรายมากกว่าความประมาทในทางแพ่งอันเป็นเรื่องละเมิด (Greater Risk) หรือจำเลยหรือผู้กระทำจะต้องรู้ถึงความเสี่ยงภัยที่ตนก่อหรืออาจก่อให้เกิด อันเป็นเรื่องในทางอัตวิสัย (Subjective Awareness) ซึ่งแตกต่างจากความประมาทในทางแพ่งที่ดูจะเป็นเรื่องทางภาวะวิสัยมากกว่า หรือความประมาทในทางอาญาคงจะมีทั้งภัยที่สูงกว่า (Greater Risk) และการที่ผู้กระทำรู้ถึงภัยนั้นในทางอัตวิสัย (Subjective Awareness) ทำให้ความประมาทที่มีลักษณะดังกล่าวนี้ อาจถูกเรียกว่า ประมาทโดยจงใจ (Recklessness) หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence)<sup>26</sup> ซึ่งเป็นหลักการที่ยอมรับกันทั้งในสภานิติบัญญัติและศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา

โดยตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกา นั้นแยกประเภทของการกระทำความผิดโดยประมาทไว้เป็น 2 ประเภทเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษดังนี้

#### 1) ความประมาทธรรมดา (Negligence)

ความประมาทธรรมดาปรากฏคำนิยามอยู่ใน Model Penal Code Section 2.02 (d) ว่า “การกระทำของบุคคลจะเป็นประมาทธรรมดาก็ต่อเมื่อ บุคคลนั้นควรที่จะใช้ความระมัดระวังในการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่สมควรซึ่งเกิดจากการกระทำของเขา การเสี่ยงต่อภัยอันตรายดังกล่าวต้องมีลักษณะและระดับที่ผู้กระทำเพิกเฉยที่จะรู้ถึงการเสี่ยง โดยพิจารณาจากลักษณะและ

---

<sup>25</sup> Rollin M. Perkins and Ronald N. Boyce, Criminal Law, 3<sup>rd</sup> ed. (New York: The Foundation Press, Inc, 1982), p. 106

<sup>26</sup> Wayne R. La Fave, *supra* note 3, pp. 262-263

วัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นๆ ตลอดจนพฤติการณ์ต่างๆ ที่ผู้กระทำรู้ รวมถึงการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนที่พึงใช้ในสถานการณ์เดียวกัน”<sup>27</sup>

จากบทนิยามจะเห็นว่า ความประมาทธรรมดาหมายถึง การกระทำใดๆ ของผู้กระทำที่เป็นการเสี่ยงภัยต่อภัยอันตรายอันไม่สมควรซึ่งเกิดจากการที่ผู้กระทำละเลยที่จะรับรู้ถึงความเสี่ยงนั้น และเป็นการกระทำที่เบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงออกจากมาตรฐานความระมัดระวังซึ่งวิญญูชนพึงจะปฏิบัติ อาจกล่าวได้ว่า ประมาทธรรมดาเป็นการกระทำใดซึ่งอยู่ต่ำกว่ามาตรฐานของกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลจากการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุอันควร<sup>28</sup>

โดยหลักการเรื่องความประมาทธรรมดานั้นจะมีองค์ประกอบอยู่ 2 ประการ คือ<sup>29</sup>

1. การแสดงถึงระดับของความเสี่ยงที่ไม่มีเหตุผลอันสมควรที่ผู้กระทำได้ก่อขึ้น (Unreasonable Risk) ซึ่งต้องมีระดับความเสี่ยงที่สูงกว่าในทางแพ่งและการก่อให้เกิดอันตรายดังกล่าวต้องเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร

2. การใช้การวัดระดับความเสี่ยงภัยโดยใช้มาตรฐานทางภาวะวิสัย (Objective Standard) หรืออาจเรียกว่ามาตรฐานของวิญญูชนก็ได้ โดยพิจารณาว่าวิญญูชนรู้ถึงความเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ ไม่ได้พิจารณาจากตัวผู้กระทำว่ารู้ถึงการเสี่ยงภัยอันตรายนั้นหรือไม่

2) ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness)

ปรากฏคำนิยามอยู่ใน Model Penal Code Section 2.02 (c) ว่า “การกระทำของบุคคลใดจะเป็นความประมาทโดยจงใจก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นเพิกเฉยต่อการเสี่ยงภัยอันตรายซึ่งได้กระทำลงโดยรู้ตัว และการเสี่ยงเช่นนี้เป็นความเสี่ยงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรซึ่งเกิดจากการกระทำของตน การเสี่ยงนี้จะต้องมีลักษณะระดับของความเสี่ยงซึ่งพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์ในการกระทำ ตลอดจนพฤติการณ์ต่างๆ ที่ผู้กระทำรู้ การเพิกเฉยต่อการเสี่ยงนี้รวมถึงการเบี่ยงเบนจากมาตรฐานการกระทำของบุคคลซึ่งเคารพต่อกฎหมายพึงจะปฏิบัติในสถานการณ์เดียวกันกับผู้กระทำด้วย”<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> *Ibid*, p. 267

<sup>28</sup> Rollin M. Perkins and Ronald N. Boyce, *supra* note 25, p. 850

<sup>29</sup> Wayne R. La Fave, *supra* note 3, pp. 262-264

<sup>30</sup> *Ibid*, p. 267

จากนิยามดังกล่าวเป็นการให้ความหมายของประมาทโดยจงใจหรือ Recklessness ทั้งในการที่มีความเสี่ยงภัยมากกว่า (Greater Risk) และการต้องใช้มาตรฐานในทางอัตวิสัย (Subjective Standard)<sup>31</sup> ซึ่งการรู้ตัวในทางอัตวิสัยนี้ ถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของประมาทโดยจงใจ คือตัวผู้กระทำจะต้องรู้ถึงการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรนั้นมิได้พิจารณาจากตัววิญญูชนว่าวิญญูชนควรจะรู้หรือไม่ว่ามีการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลดังกล่าว

จากบทนิยามดังกล่าวอาจแยกองค์ประกอบของประมาทโดยจงใจตามกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็น 2 ประการคือ

(1) การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงขึ้น โดยคำพิพากษาของศาลบางคดีได้อธิบายว่าการกระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทนั้นเป็นการกระทำที่ร้ายแรง หรือเป็นการเพิกเฉยต่อความปลอดภัยของบุคคลอื่นโดยจงใจและขาดการยับยั้ง แม้จะเป็นคำอธิบายที่ไม่มีความหมายชัดเจนนักแต่ก็เป็นการแสดงให้เห็นว่าในความผิดทางอาญาเรื่องการทำให้คนตายโดยมิได้เจตนา (Manslaughter) นั้นต้องการหลักการบางอย่างที่มากกว่าประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง ปัญหาว่าอะไรคือหลักการที่ว่านี้ สิ่งนี้อาจไม่ได้ขึ้นอยู่กับความประมาทหรือการขาดความระมัดระวัง แต่ขึ้นอยู่กับระดับของความประมาท (Degree of Negligence) หรือระดับของการขาดความระมัดระวัง (Degree of Carelessness) ซึ่งถูกกำหนดว่าจะต้องร้ายแรง (Gross) หลักการพิเศษที่จะต้องมีความมากกว่าความประมาทเลินเล่อในทางแพ่งนี้อาจเป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายในระดับที่สูงกว่าปกติและการเสี่ยงโดยไม่มีเหตุผลอันควร<sup>32</sup>

(2) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของผู้กระทำ (Subjective Awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตราย ซึ่งในการกระทำประมาทโดยจงใจนั้นผู้กระทำจะต้องรู้ด้วยว่าการกระทำของเขาเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อภัยอันตราย เป็นเรื่องของการรู้ตัว (Awareness) ถึงการเสี่ยงภัยอันตรายอันไม่มีเหตุผลอันสมควรแล้วยังเพิกเฉยต่อการเสี่ยงนั้นจึงเป็นการกระทำประมาทโดยจงใจ แม้ว่าผู้กระทำจะคาดหวังว่าอาจไม่เกิดอันตรายขึ้นก็ตาม ข้อแตกต่างนี้ถือเป็นข้อแตกต่างประการสำคัญจากความประมาทธรรมดา<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 38-39

<sup>33</sup> Rollin M. Perkins and Ronald N. Boyce, *supra* note 25, p. 850

## 2) มาตรฐานความระมัดระวัง

จากหลักการในเรื่องการกระทำความผิดอาญาโดยประมาททั้ง 2 ประเภทที่กล่าวมา อาจแยกมาตรฐานความระมัดระวังในความประมาทแต่ละประเภทได้ดังนี้

การกระทำโดยประมาทธรรมดา (Negligence) เป็นการกระทำที่ใช้มาตรฐานความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองบุคคลอื่นมาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่ใช้ในการคุ้มครองบุคคลอื่นโดยกฎหมายนั้น ใช้มาตรฐานวิญญูชนหรือมาตรฐานในทางภาวะวิสัย โดยพิจารณาจากวิญญูชนซึ่งอยู่ในสถานการณ์อย่างเดียวกันกับผู้กระทำ<sup>34</sup>

ส่วนกรณีประมาทโดยจงใจ (Recklessness) นั้น ถ้าผู้กระทำรู้ถึงความเสี่ยงภัยนั้นแล้วยังเพิกเฉยต่อความเสี่ยงภัยนั้นโดยรู้ตัว ถือว่าได้กระทำประมาทโดยจงใจ แต่ถ้าผู้กระทำไม่รู้ถึงความเสี่ยงต่อภัยอันตรายนั้น แม้ว่าภายใต้พฤติการณ์เช่นนั้นจะควรรู้ ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำประมาทโดยจงใจ แต่เป็นการกระทำประมาททางอาญาในระดับความประมาทธรรมดา<sup>35</sup>

## 3. การกระทำโดยประมาทในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

### 3.1 ประเทศเยอรมัน

การกระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายเยอรมันมีโครงสร้างความรับผิดชอบอยู่ 3 ประการคือ

#### 1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit)

การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัตินั้นเป็นส่วนประกอบในทางรูปแบบของกฎหมายอาญา การกระทำจะผิดกฎหมายอาญาได้จะต้องครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ในแต่ละฐานความผิด<sup>36</sup> ซึ่งเป็นการพิจารณาในเบื้องต้นว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่

<sup>34</sup> Ibid, p. 105

<sup>35</sup> Ibid, p. 850

<sup>36</sup> ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 42

## 2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

เป็นส่วนที่ต้องพิจารณาหลังจากการกระทำครบองค์ประกอบความผิดแล้วว่าเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่ โดยจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำนี้ อาจบัญญัติอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายจารีตประเพณีก็ได้<sup>37</sup>

## 3) ความชั่ว (Schuld)

นอกจากโครงสร้าง 2 ประการข้างต้น การกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาตามกฎหมายเยอรมันต้องเป็นการกระทำที่มีความชั่วด้วย โดยจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำอันควรถูกตำหนิและต้องลงโทษหรือไม่<sup>38</sup> เป็นการใช้มาตรฐานของวิญญูชนเข้ามาพิจารณา ซึ่งหากการกระทำนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากผู้กระทำไม่รู้สึกละอาย หรือเป็นการกระทำอันไม่ควรถูกตำหนิแล้ว ก็ย่อมไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญา เช่นกรณีอายุของผู้กระทำหรือสภาพจิตใจของผู้กระทำอันเป็นผลให้การกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความบกพร่องของผู้กระทำและไม่สมควรที่จะถูกตำหนิ

จากโครงสร้างความผิดตามกฎหมายอาญาเยอรมันดังกล่าวสามารถพิจารณาหลักการเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทอันจะต้องนำมาใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ได้ดังนี้

### 1) การกระทำโดยประมาท

ในส่วนความหมายของการกระทำโดยประมาทนั้น ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันไม่ได้ให้บทนิยามความหมายของการกระทำโดยประมาทไว้ แต่บทนิยามของการกระทำโดยประมาทปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 276 ว่า “บุคคลผู้ที่มีได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน บุคคลนั้นกระทำการโดยประมาทเลินเล่อ”<sup>39</sup> และตำรากฎหมายที่ให้ ความหมายของการกระทำโดยประมาทในทางอาญาว่า “การกระทำที่บุคคลนั้นได้กระทำลงโดยขาดความระมัดระวังอันสมควรภายใต้พฤติการณ์เช่นนั้นตลอดจนความสามารถและการดำรงชีพ

<sup>37</sup> เฟิงอ้าง, น. 42-43

<sup>38</sup> คณิต ฅน นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 92

<sup>39</sup> ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 46

ของแต่ละบุคคล และผู้กระทำไม่อาจคาดเห็นได้อย่างแน่แท้ถึงผลที่อาจเกิดขึ้นแม้ว่าเขาควรจะคาดเห็นได้”<sup>40</sup>

สำหรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น ในที่นี้มีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 ความเห็นคือ

1. ความเห็นของ Prof. Jescheck ซึ่งเป็นความเห็นฝ่ายข้างมากเห็นว่าข้อความคิดในส่วนของ การละเมิดต่อหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามภาวะวิสัยซึ่งอยู่ในส่วนของความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ ซึ่งสามารถแยกหลักเกณฑ์ออกได้ดังนี้คือ<sup>41</sup>

1) ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ (das Handlungsunrecht) ซึ่งได้แก่การละเมิดต่อหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht)

บทบัญญัติกฎหมายที่ให้การกระทำโดยประมาทต้องรับโทษทางอาญาเรียกร้องให้ทุกคนต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย ซึ่งเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงมิให้การกระทำของตนครบองค์ประกอบความผิด แม้จะไม่มีระบุไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน แต่สามารถนำหลักการจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ว่า ต้องใช้ความระมัดระวังที่จำเป็นเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการทำให้เสียหายแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง

2) ความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำ (das Erfolgsunrecht) ซึ่งได้แก่การเกิดขึ้นของผล สาเหตุของการเกิดขึ้นของผลและการคาดหมายได้ของผลของการกระทำ (Eintritt, Verursachung und Voraussehbarkeit des Erfolgs)

การเกิดขึ้นของผลของการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาท ซึ่งเป็นความผิดที่ต้องการผลของการกระทำ และผลที่เกิดขึ้นดังกล่าวจะต้องเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ผลที่เกิดขึ้นและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลต้องเป็นสิ่งที่สามารถคาดหมายได้ โดยการคาดหมายดังกล่าวนี้จะต้องใช้บรรทัดฐานในทางภาวะวิสัย กล่าวคือใช้ความสามารถในการวินิจฉัยและความสามารถในการรู้ของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด

<sup>40</sup> K. Neumann. Manual of German Law, vol II (London: Her Majesty's Stationery Office, 1952), p. 79

<sup>41</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “มาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมัน,” จุลพาณ. ปีที่ 54 เล่มที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2550), น. 132-138

2. ความเห็นของ Prof. Roxin ซึ่งเป็นความเห็นเสียงข้างน้อยเห็นว่าการพิจารณาองค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทต้องใช้ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von der objektiven Zurechnung) ซึ่งต้องพิจารณา 2 ขั้นตอน โดยขั้นตอนแรกคือ ผลที่เกิดขึ้นเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Die Lehre von Kausalzusammenhang) ซึ่งความเห็นของ Prof. Roxin เห็นว่าให้ใช้ทฤษฎีเงื่อนไขพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ส่วนขั้นตอนที่สองคือ ผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้รับอนุญาตต่อกรรมของการกระทำและเป็นผลที่อยู่ในขอบเขตขององค์ประกอบความผิด<sup>42</sup>

การกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) ประมาทโดยไม่รู้ตัว คือการที่ผู้กระทำได้ฝ่าฝืนความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์โดยไม่คำนึงถึงโอกาสที่การกระทำของตนจะนำไปสู่การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ<sup>43</sup>

2) ประมาทโดยรู้ตัว คือการกระทำโดยประมาทที่เกิดขึ้นในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเห็นถึงภัยอันตรายที่ประจักษ์ที่มีต่อวัตถุที่คุ้มครองแล้ว แต่ผู้กระทำความผิดก็ยังเชื่อมั่นว่าจากความสามารถของตนหรือจากความโชคดีของตนภัยอันตรายที่ประจักษ์นั้นจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ เป็นกรณีของการกระทำที่ผู้กระทำความผิดไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ได้กระทำไปโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัยแต่ก็ยังขึ้นทำลงไปโดยตนคิดว่าสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้ภัยนั้นเกิดขึ้นได้<sup>44</sup>

## 2) มาตรฐานความระมัดระวัง

มาตรฐานความระมัดระวังในการกระทำความผิดโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมันแบ่งเป็น 2 ความเห็น โดยความเห็นของฝ่ายข้างมากซึ่งเป็นความเห็นของ Prof. Jescheck นั้น เห็นว่าการพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญานั้น ต้องพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ที่ต้องใช้

<sup>42</sup> เฟิงอ๋าง, น. 138-139

<sup>43</sup> คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 275

<sup>44</sup> เฟิงอ๋าง, น. 276

ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย ซึ่งก็อยู่ในส่วนของความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำอันเป็นโครงสร้างความผิดทางอาญาโครงสร้างแรก ส่วนความเห็นฝ่ายข้างน้อยในแนวทางของ Prof. Roxin เห็นว่า การพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังจะต้องใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย โดยพิจารณาว่าการกระทำโดยประมาทเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้รับอนุญาต และผลของการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ของการกระทำและผล<sup>45</sup>

ความเห็นของฝ่ายข้างมาก ซึ่งมี Prof. Jescheck เป็นตัวแทนนั้น พิจารณามาตรฐานความระมัดระวังจากการละเมิดต่อหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย ซึ่งความเห็นฝ่ายข้างมากใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้<sup>46</sup>

1) หน้าที่อันเป็นผลจากบทบัญญัติในการใช้ความระมัดระวังโดยทั่วไป ซึ่งประกอบไปด้วยการรู้ถึงและการประเมินได้อย่างถูกต้องถึงอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครอง เพราะทุกๆ มาตรการในการป้องกันซึ่งมีไว้เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ขึ้นอยู่กับรูปแบบของขนาดและขนาดของภัยอันตรายที่คุกคามอยู่ เป็นกรณีของการใช้ความระมัดระวังภายใน (die innere Sorgfalt) ที่ Binding เรียกว่าเป็นหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบก่อน (Vorpruefungspflicht) โดยเฉพาะอย่างยิ่งความใกล้ชิดที่จะเกิดอันตรายและคุณค่าของสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองที่จะได้รับอันตรายเป็นสิ่งที่มีความสำคัญโดยอยู่ในส่วนของระดับการใช้ความระมัดระวังที่จำเป็น

มาตรฐานของการใช้ความระมัดระวังที่ผู้กระทำจะต้องมีในกรณีรับรู้ถึงอันตรายนั้นคือ มาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเดียวกับผู้กระทำความผิด (der gewissenhafte und besonnene Mensch des Verkehrskreises, dem der Handelnde angehört) และการวินิจฉัยว่าผู้กระทำรู้ถึงความเป็นอันตรายในทางภาวะวิสัยหรือไม่ต้องพิจารณาขณะกระทำการ (ex ante) นอกจากนี้ในการวินิจฉัยว่าผู้กระทำรู้ถึงภัยอันตรายในทางภาวะวิสัยหรือไม่ จะต้องพิจารณาถึงความรู้ในเรื่องใดๆเป็นพิเศษของผู้กระทำด้วย (das besondere Kausalwissen des Taeters)

อย่างไรก็ตาม ไม่อาจเรียกร้องให้ผู้กระทำใช้ความระมัดระวังที่มีอาจเป็นไปได้หรือใช้ความระมัดระวังเกินมาตรฐานปกติได้ เพราะการขาดความระมัดระวังนั้นหมายถึงเฉพาะการกระทำที่เกินเลยไปจากความเสี่ยงที่ได้รับอนุญาต (die Ueberschreitung des erlaubten Risikos) เท่านั้น หากกระทำที่ก่อความเสียหายยังอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายอนุญาตแล้วก็ต้องถือ

<sup>45</sup> ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 111-117

<sup>46</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 41, น. 132-138

ว่าขาดองค์ประกอบในส่วนของการขาดความระมัดระวัง ตัวอย่างเช่น ผู้ขับขีรถยนต์ไม่จำเป็นต้องคาดหมายว่าคนเดินอยู่บนฟุตบาทจะกระโดดลงมาบนถนนโดยกะทันหัน

2) หน้าที่กระทำการให้เป็นไปอย่างถูกต้องโดยมีเป้าหมายเพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดขึ้นขององค์ประกอบความผิด โดยหน้าที่ประการนี้ถือว่าเป็นหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังภายนอก (aeussere Sorgfalt) ซึ่งได้แก่

2.1) หน้าที่ที่จะต้องหลีกเลี่ยงไม่กระทำการใดที่อาจจะทำให้การกระทำผิดทางอาญาโดยประมาทครบองค์ประกอบความผิด เป็นการใช้ความระมัดระวังในฐานะที่เป็นการงดเว้นจากการกระทำที่เป็นอันตราย เช่นวัตถุติดที่ผ่านการฆ่าเชื้อแล้วก็ยังมีอันตราย จะต้องงดเว้นไม่นำมาใช้

กรณีพิเศษของการละเมิดต่อหน้าที่ที่จะต้องงดเว้นกระทำก็คือ การมีส่วนผิดในการเข้าไปกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (das Uebernahmeverschulden) กล่าวคืออาจเกิดขึ้นได้จากการที่บุคคลเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระทำการที่เฉพาะคนที่ได้รับการฝึกฝนเท่านั้นจึงจะกระทำได้ ตัวอย่างเช่นผู้ไปทำการรักษาโรคโดยไม่มีใบอนุญาตประกอบโรคศิลป์ ซึ่งกรณีนี้ผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องงดเว้นไม่เข้าไปกระทำการดังกล่าว

2.2) หน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังกรณีที่มีการกระทำมีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดอันตรายแต่เป็นสิ่งที่ได้รับอนุญาตให้ทำได้เพราะไม่อาจห้ามการกระทำดังกล่าวได้ เนื่องจากประโยชน์ที่เกิดขึ้นแก่สังคมในการใช้ชีวิตในสังคมสมัยใหม่ เช่น การใช้ยานพาหนะที่มีความรวดเร็ว การใช้เครื่องจักรที่มีอันตรายในทางอุตสาหกรรม การใช้ยาที่มีพิษในทางการแพทย์ ยิ่งประโยชน์ที่สังคมจะได้รับมีมากเท่าใด อันตรายที่อาจเกิดการกระทำดังกล่าวก็เป็นที่ยอมรับมากขึ้นเท่านั้น กรณีนี้เมื่อจะกระทำการดังกล่าว ผู้กระทำจะต้องใช้ทุกมาตรการของความระมัดระวัง ควบคุมและตรวจสอบเท่าที่จำเป็นเพื่อที่จะมิให้เกิดอันตรายหรืออย่างน้อยก็เป็นการควบคุมอันตรายให้อยู่ในขอบเขตที่กำหนด

2.3) หน้าที่ที่จำเป็นในการหาข้อมูลและเตรียมความพร้อมก่อนที่จะกระทำการที่มีแนวโน้มว่าจะเกิดอันตราย กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องหาความรู้ ประสบการณ์และความสามารถมาให้ได้ในเวลาที่เหมาะสม หากขาดสิ่งเหล่านี้ไปจะถือว่าการกระทำของผู้กระทำขาดความรับผิดชอบ เนื่องจากมีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำดังกล่าว หน้าที่ต่างๆจะแตกต่างกันไปตามรูปแบบละขอบเขตของการกระทำ

2.4) หน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษซึ่งอาจจะมีพื้นฐานทางกฎหมายที่แตกต่างกัน หน้าที่ดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากบทบัญญัติของกฎหมายเช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับ

การจรรยา นอกจากนี้อาจรวมถึงกฎเกณฑ์ในการใช้ความระมัดระวังโดยทั่วไปที่ทางฝ่ายศาลได้ยอมรับให้ใช้สำหรับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง หน้าที่อันต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษนี้อาจเกิดจากประสบการณ์ในชีวิตหรืออาจเป็นผลมาจากบทบัญญัติในทางอาญาของการกระทำโดยประมาท เพราะบทบัญญัตินี้ดังกล่าวก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลที่จะต้องปฏิบัติตนในทุกสถานการณ์เพื่อหลีกเลี่ยงการทำให้วัตถุแห่งการกระทำที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต้องได้รับความเสียหาย

การละเมิดต่อบรรทัดฐานพิเศษที่เกี่ยวกับการใช้ความระมัดระวังไม่ได้หมายความว่าเมื่อละเมิดต่อบรรทัดฐานดังกล่าวแล้วในทุกๆ กรณีจะถือว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาท อย่างไรก็ตามการละเมิดต่อกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ถือว่าเป็นหลักฐานเบื้องต้นที่จะถือว่ามี การละเมิดต่อหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง ในทางกลับกัน การปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ก็อาจไม่เพียงพอ หากว่ามีสถานการณ์ใดๆ เป็นพิเศษที่เรียกร้องให้ต้องปฏิบัติมากกว่าหรือแตกต่างไปจากกฎเกณฑ์ที่กำหนด

2.5) หน้าที่ที่จะต้องรับรู้ถึงความเป็นอันตราย มาตรฐานของการใช้ความระมัดระวังในกรณีนี้คือ การกระทำของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด โดยพิจารณาในขณะที่กระทำ ส่วนปัญหาว่าใครจะต้องรับผิดชอบที่จะต้องใช้ความระมัดระวังนั้นพิจารณาจากหลักการแบ่งงาน (das Prinzip der Arbeitsteilung) ซึ่งหลักการดังกล่าวนำมาใช้ได้กับกรณีการร่วมกันทำงานของบุคคลหลายคน

ความเห็นของฝ่ายข้างน้อย ตามความเห็นของ Prof. Roxin ซึ่งพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังจะต้องพิจารณาโดยใช้ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von der objektiven Zurechnung) กล่าวคือการกระทำโดยประมาทเป็นผลจากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงโดยมิได้รับอนุญาต และผลของการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่งเป็นการพิจารณาทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัยสองขั้นตอน โดยขั้นตอนแรกคือผลที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่ง Prof. Roxin เห็นว่าให้ใช้ทฤษฎีเงื่อนไขพิจารณา โดยในส่วนของมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทนั้นต้องพิจารณาในส่วนของขั้นตอนที่สอง คือผลของการกระทำที่เกิดขึ้นเกิดจากการกระทำของผู้กระทำที่

ก่อให้เกิดความเสี่ยงโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่ และเป็นผลที่อยู่ในขอบเขตขององค์ประกอบความผิดหรือไม่<sup>47</sup>

หลักเกณฑ์ในการกำหนดการก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาต (Zur Konkretisierung der unerlaubten Gefahrschaffung) สามารถพิจารณาได้ดังนี้<sup>48</sup>

#### 1) บรรทัดฐานของกฎหมาย (Rechtsnormen)

ในการใช้ชีวิตประจำวันเช่นเรื่องเกี่ยวกับจราจร ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดข้อห้ามของการก่ออันตรายไว้หลาย ๆ ซึ่งการละเมิดข้อห้ามดังกล่าวโดยทั่วไปแล้ว ต้องถือเป็นการก่ออันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาต ตัวอย่างเช่น การขับรถเร็วเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ตามการละเมิดกฎจราจรมิได้แปลว่าจะก่ออันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาตเสมอไป เพราะแม้โดยทั่วไปแล้วจะเป็นสิ่งอันตรายแต่ในบางกรณีอาจจะไม่เป็นอันตรายก็ได้ เช่น การขับรถฝ่าสัญญาณไฟจราจรในขณะที่ผู้ขับสามารถมองเห็นถนนได้ชัดเจน จึงไม่มีอันตรายพอกับการปฏิบัติตามกฎจราจร อันตรายจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อสามารถตำหนิผู้ขับได้อย่างมาก (ein grobes Verschulden des Ueberhoten) จึงไม่ถูกต้องที่จะถือว่าผู้ขับสามารถคาดการณ์ได้ว่าอุบัติเหตุสามารถเกิดขึ้นได้ (die Voraussehbarkeit des Unfalls) โดยอาศัยเหตุแต่ที่ว่าผู้ขับฝ่าสัญญาณไฟจราจร แต่หากผู้ขับคาดการณ์ได้ว่าจะเกิดอุบัติเหตุก็ถือว่าผู้ขับกระทำโดยประมาทได้ ในขณะเดียวกันแม้ปฏิบัติตามกฎจราจรก็อาจถือว่ากระทำโดยประมาทได้ หากเห็นได้ชัดว่าการปฏิบัติตามกฎจราจรในกรณีใดกรณีหนึ่งจะนำไปสู่การเกิดอุบัติเหตุ

โดยหลักการ การละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายเป็นการก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาต แต่กรณีที่ผลของการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นผลที่ห่างออกไป ต้องถือว่าอันตรายที่เกิดขึ้นไม่ใช่อันตรายที่บรรทัดฐานของกฎหมายมุ่งป้องกันมิให้เกิด จึงไม่ใช่การกระทำโดยประมาท

#### 2) บรรทัดฐานในทางอาชีพ (Verkehrsnormen)

การละเมิดบรรทัดฐานในทางอาชีพก็ถือเป็นการก่อให้เกิดอันตรายโดยมิได้รับอนุญาต เช่นเดียวกัน ในกรณีนี้เป็นเรื่องกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำงานซึ่งกลุ่มผลประโยชน์ในภาคของส่วนเอกชนกำหนดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเทคนิคหรือกีฬาบางประเภท ตัวอย่างเช่นบรรทัดฐานทางอุตสาหกรรมเยอรมันหรือกฎเกณฑ์ของสมาพันธ์สกีระหว่างประเทศ เป็นต้น

<sup>47</sup> เฟิงอ้าง, น. 139

<sup>48</sup> เฟิงอ้าง, น. 139-146

โดยหลักการละเมิดบรรทัดฐานทางอาชีย่อมเป็นการกระทำโดยประมาท อย่างไรก็ตาม บรรทัดฐานทางอาชีย่อมเทียบไม่ได้กับบรรทัดฐานของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติห้ามไว้เพื่อป้องกันอันตราย เนื่องจากบรรทัดฐานทางอาชีพมาจากกลุ่มผลประโยชน์ทางเอกชนมิใช่จากฝ่ายนิติบัญญัติ นอกจากนี้บรรทัดฐานทางอาชีพอาจจะมีผลมาตั้งแต่ต้นหรือล้าสมัยไปแล้วก็ได้ และหากกระทำต่างจากบรรทัดฐานในทางอาชีพเพียงเล็กน้อยก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเสี่ยงภัยโดยมิได้รับอนุญาต ดังนั้นการปฏิบัติตามบรรทัดฐานทางอาชีพอาจเป็นการก่อความเสี่ยงที่ได้รับอนุญาตหรือไม่ก็ได้

นอกจากนี้การละเมิดกฎเกณฑ์ในทางกีฬาเพียงเล็กน้อยก็เป็นสิ่งที่ยอมรับได้ ถือว่าอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายอนุญาต จะเกินเลยไปก็ต่อเมื่อการเล่นผิดกติกาอันเป็นเหตุให้ผู้เล่นอื่นได้รับบาดเจ็บอย่างมาก

### 3) หลักความไว้วางใจ (Der Vertrauensgrundsatz) ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.1) หลักความไว้วางใจในการจราจร (Im Strassenverkehr) เป็นหลักที่ใช้ปฏิเสธการก่ออันตรายที่ไม่ได้รับอนุญาต หลักการดังกล่าวหมายความว่าบุคคลใดก็ตามที่ปฏิบัติตามกฎจราจรย่อมจะคาดหมายได้ว่าบุคคลอื่นจะปฏิบัติเช่นเดียวกัน トラバใดที่ไม่มีสิ่งบ่งชี้ให้เห็นเป็นอย่างอื่น เช่นผู้ขับที่จะแซงบริเวณสี่แยกไฟแดงก็ไม่จำเป็นต้องลดความเร็วลงเพราะอาจไปชนกับรถยนต์คันอื่น ผู้ขับสามารถวางใจได้ว่าผู้ขับคันอื่นๆยอมรับสิทธิในการแซงของตน ดังนั้นหากเกิดอุบัติเหตุขึ้นต้องถือว่าบุคคลที่ไม่ยอมรับการแซงของผู้มีสิทธิจะแซงเป็นผู้ประมาท

อย่างไรก็ตามหลักความไว้วางใจจะไม่นำมาใช้กับกรณีที่มีความไว้วางใจจากการปฏิบัติตามกฎจราจรของบุคคลอื่นเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจทำได้ในสถานการณ์เช่นนั้น

3.2) หลักความไว้วางใจในการทำงานร่วมกันของงานที่แบ่งออกเป็นส่วนๆ (bei arbeitsteiligem Zusammenwirken) เป็นที่ยอมรับกันว่าหลักความไว้วางใจใช้กับกรณีการทำงานร่วมกันที่แบ่งหน้าที่ออกเป็นส่วนๆด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในงานของแพทย์ แพทย์ที่ทำการผ่าตัดสามารถไว้วางใจได้ว่าแพทย์ในสาขาอื่นในทีมทำหน้าที่ของตนอย่างถูกต้องและไร้ข้อบกพร่อง แต่หลักนี้จะไม่ใช้ในกรณีที่แพทย์ผู้ร่วมทีมผ่าตัดมีหน้าที่ที่จะต้องควบคุมดูแลเป็นพิเศษ เช่นดูแลแพทย์ผู้ช่วยที่ยังขาดประสบการณ์ ซึ่งจะมีผลให้หลักความไว้วางใจใช้บังคับได้แค่ไหนต้องพิจารณาเป็นกรณีไป

3.3) หลักความไว้วางใจเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาโดยเจตนาของบุคคลอื่น (im Hinblick auf vorsätzliche Straftaten anderer) นอกจากหลักความไว้วางใจที่ใช้ในกรณีปกติแล้ว เราอาจวางใจได้ว่าบุคคลจะไม่กระทำความผิดทางอาญาโดยเจตนา เพราะการขाय

สินค้าบางประเภทเช่น มีด ไม้ขีดไฟ เป็นสิ่งที่ไม่อาจทำได้ หากจะต้องคิดไปว่าผู้ซื้อสินค้าดังกล่าวจะนำไปกระทำความผิดอาญาโดยเจตนา ในกรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นความเสี่ยงที่ได้รับอนุญาต ตามความเห็นของ Prof. Roxin จะไม่นำหลักการนี้มาใช้ก็ต่อเมื่อเป็นการส่งเสริมการกระทำของผู้ที่จะกระทำความผิดโดยเจตนา เช่นส่งมีดให้คนที่เข้าไปขลุมนต่อสู้อย่างแน่นอน แม้จะไม่เจตนา อาจต้องรับผิดชอบประมาทได้หากมีคนตายในการขลุมนต่อสู้อย่างแน่นอน แต่จะต้องมีการส่งเสริม(Foerderung)การกระทำผิดประกอบด้วย หากไม่ส่งเสริมก็ไม่มีผิด เช่น A ชู B ว่าถ้าไปจากตนจะไปฆ่า C เช่นนี้แม้ A ไปฆ่าคนจริง B ก็ไม่มีความผิด

4) มาตรฐานที่แตกต่างกันไป (Die differenzierte Massfigur) เป็นหลักที่พิจารณาว่าบุคคลที่มีความระมัดระวังอยู่ในกลุ่มอาชีพเดียวกับผู้กระทำความผิดจะปฏิบัติอย่างไรเมื่ออยู่ในสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ถ้าการกระทำของผู้กระทำความผิดอยู่ในระดับเดียวกับผู้อยู่ในกลุ่มอาชีพตนแล้วก็ไม่ถือว่ามีก่อกวนอันตรายหรืออย่างน้อยที่สุดก็ไม่เกินเลยกว่าขอบเขตของความเสี่ยงที่ได้รับอนุญาต

5) หน้าที่ที่ผู้กระทำจะต้องสอบถามและตรวจหาการกระทำ (Erkundigungs- und Unterlassungspflichten) เป็นหลักที่จะต้องใช้ในการกรณีที่ไม่มีข้อกำหนดบรรทัดฐานไว้ กล่าวคือใครก็ตามที่จะเริ่มกระทำการใดๆที่มีความเสี่ยงต่อการทำร้ายสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง จะต้องสอบถามข้อมูลก่อน ถ้าไม่อาจสอบถามข้อมูลได้ก็ต้องตรวจหาไม่กระทำการดังกล่าว มิฉะนั้นจะเป็นการกระทำโดยประมาท

6) การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์และความเสี่ยง (Die Abwaegung von Nutzen und Risiko) กรณีที่หลักเกณฑ์ต่างๆข้างต้นไม่อาจนำมาใช้ได้แล้ว ก็ต้องพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวนั้นมีความเป็นอันตรายที่เห็นได้จากการทำร้ายสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือไม่ ปัญหาว่าความเป็นอันตรายดังกล่าวจะต้องมีมากน้อยเพียงใดเพื่อที่จะถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทนั้น ประการแรกขึ้นอยู่กับความสำคัญในทางสังคมของการกระทำที่เสี่ยงดังกล่าว ในกรณีของการกระทำที่ทางสังคมถือว่าเป็นประโยชน์และมิได้รับการยอมรับ เช่น การขับรถแข่งโดยไม่ได้รับอนุญาต ต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ต้องรับผิดชอบประมาท หากการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดอุบัติเหตุ ในทางตรงข้ามหากการกระทำนั้นได้รับการยอมรับจากสังคม เช่น การแข่งขันฟุตบอล ถือว่าได้รับการยอมรับว่าอาจมีความเสี่ยงบ้าง เช่นผู้ชมถูกลูกฟุตบอล กรณีนี้ผู้เล่นไม่ต้องรับผิดชอบแต่จะลูกฟุตบอลใส่คนดู นอกจากนี้บางกรณีสังคมยังถือว่าเป็นการกระทำที่จำเป็น เช่นรถพยาบาลขับเร็วเพื่อไปส่งผู้ป่วย ถือว่ามีระดับของความเสี่ยงเพิ่มขึ้นก่อนที่จะถือว่าเกินเลยขอบเขตของการเสี่ยงที่ได้รับอนุญาต

ในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์และความเสี่ยงยังต้องพิจารณาถึงขนาดของความเสียหายที่คุกคามและสิ่งที่จะต้องกระทำเพื่อให้ความเสี่ยงหมดไปด้วย เช่นเราไม่อาจให้คนขายหนังสืออ่านหนังสือทุกเล่มเพื่อตรวจว่ามีการพิมพ์ข้อความที่เป็นความผิดอาญา เพราะจะทำให้ไม่สามารถดำเนินธุรกิจได้ แต่เพราะการเผยแพร่งานเขียนเพียงไม่กี่ชิ้นในช่วงเวลาสั้นๆไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างสำคัญ จึงไม่อาจถือได้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นการกระทำโดยประมาท

### 3.2 ประเทศไทย

ตามกฎหมายอาญาไทยนั้น ผู้กระทำจะมีความรับผิดชอบทางอาญาก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นครบโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และได้รับอิทธิพลทางกฎหมายบางส่วนมาจากประเทศเยอรมัน ดังนั้นจึงอาจแยกโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายไทยได้ดังนี้<sup>49</sup>

#### 1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit)

ในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาประการแรกจะต้องพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ ซึ่งในส่วนขององค์ประกอบความผิดนั้นสามารถแยกออกได้เป็น องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน โดยองค์ประกอบภายนอกเป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ได้แก่ ผู้กระทำความผิด การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และองค์ประกอบภายนอกอื่น<sup>50</sup> ส่วนองค์ประกอบภายใน คือส่วนภายในตัวผู้กระทำหรือสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งได้แก่เจตนา ประมาท มูลเหตุจูงใจ และองค์ประกอบภายในอื่น<sup>51</sup>

#### 2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

เป็นส่วนที่ต้องพิจารณาหลังจากการกระทำครบองค์ประกอบความผิดแล้ว โดยจะพิจารณาว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดนั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย

<sup>49</sup> คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 90

<sup>50</sup> เพิ่งอ้าง, น. 139

<sup>51</sup> เพิ่งอ้าง, น. 156

หรือมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่<sup>52</sup> เช่นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำนี้ อาจบัญญัติอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายจารีตประเพณีก็ได้

### 3) ความชั่ว (Schuld)

เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบ 2 ประการข้างต้น การกระทำที่ผิดกฎหมายอาญานั้น จะต้องเป็นการกระทำที่มีความชั่วด้วย โดยจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำอันควรถูกตำหนิและต้องลงโทษหรือไม่ จะเป็นการกระทำที่มีความชั่วหรือไม่ขึ้นอยู่กับสภาพส่วนตัวหรือสภาพแวดล้อมของผู้กระทำ โดยอาจพิจารณาได้จากอายุของผู้กระทำความผิด ความไม่รู้ถูกผิด ความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ เป็นต้น<sup>53</sup>

#### 1) การกระทำโดยประมาท

สำหรับหลักการในเรื่องความผิดโดยประมาทนั้นมีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 ว่า

“การกระทำโดยประมาท ได้แก่การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่”

บทบัญญัติดังกล่าว เป็นการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญา โดยจะต้องวิเคราะห์ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ ซึ่งจากหลักการดังกล่าว แยกพิจารณาได้ดังนี้<sup>54</sup>

ก. ประมาทนั้นเป็นการกระทำโดยไม่เจตนา

ข. ประมาทเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ซึ่งพิจารณาว่าผู้กระทำควรมีความระมัดระวังเพียงใด โดยดูจาก “ภาวะเช่นนั้น” ซึ่งหมายความว่า ในขณะกระทำการเช่นนั้น เช่นขณะชนวัตถุอันตราย ขณะขับรถ

<sup>52</sup> แสงว บัญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 4. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 85

<sup>53</sup> เฟิงอ๋าง, น. 96

<sup>54</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9. (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2549), น. 268-272

ไปตามถนน เป็นต้น “วิสัย” หมายถึง สภาพภายในตัวผู้กระทำ ซึ่งเกี่ยวข้องกับอายุ เพศ ความเป็นผู้มีวิชาชีพ และพิจารณาจาก “พฤติการณ์” ซึ่งหมายความว่า เหตุภายนอกตัวผู้กระทำ เช่นในการขับรถก็จะเป็นเรื่องสภาพถนน เป็นต้น

ค. เมื่อพิจารณาว่าบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำเป็นต้องมีความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์เพียงใดแล้ว ย่อมต้องพิจารณาต่อไปว่า ผู้กระทำใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่มิได้ใช้เพียงพอหรือไม่ หากมิได้ใช้เพียงพอ ย่อมถือว่าผู้กระทำ กระทำการโดยประมาท

หากนำหลักการของการกระทำความผิดอาญาโดยประมาทดังกล่าวข้างต้นมาพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญาจะเห็นได้ว่าหลักการกระทำความผิดโดยประมาท สามารถปรับได้กับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาได้ดังนี้

ในส่วนโครงสร้างแรก คือการกระทำอันครบองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดซึ่งรวมทั้งการครบองค์ประกอบทั้งภายนอกและภายในนั้น องค์ประกอบภายนอกก็คือ การกระทำนั้นผู้กระทำได้กระทำการโดยประมาท ปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลผู้นั้นจำเป็นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ โดยก่อให้เกิดผลซึ่งสัมพันธ์กับการกระทำ ส่วนองค์ประกอบภายในก็คือ การพิจารณาว่าผู้กระทำรู้ถึงอันตรายและยังฝืนกระทำ กล่าวคือผู้กระทำอยู่บนพื้นฐานของการเสี่ยงที่อาจป้องกันได้แต่ไม่ป้องกัน ย่อมถือได้ว่าผู้นั้นประมาท การพิจารณาถึงจิตใจภายในตัวผู้กระทำส่วนนี้เป็นการพิจารณาในส่วนอัตวิสัย (Subjective)<sup>55</sup>

สำหรับการกระทำความผิดโดยประมาทกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาประการที่สองนั้น คือความผิดกฎหมายนั้น อาจพิจารณาได้จากการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtgut) โดยพิจารณาจากประโยชน์ของสองสิ่งที่ขัดกัน ถ้าหากจำเป็นต้องกระทำการโดยประมาทเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่า เช่น คนขับรถพยาบาลขับรถเร็วเพื่อพาผู้ป่วยไปส่งโรงพยาบาล ย่อมเป็นการเสี่ยงที่มีเหตุผลที่จะนำมาอ้างได้<sup>56</sup> เช่นเดียวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นหลักเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั่นเอง<sup>57</sup>

<sup>55</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52, น. 75

<sup>56</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>57</sup> คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 280

การพิจารณาโครงสร้างประการสุดท้ายคือความชั่วนั้น เป็นการพิจารณาว่าเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้หรือไม่ หากผู้กระทำสามารถใช้ได้ แต่มีได้ใช้เพียงพอย่อมถือว่าผู้กระทำมีความชั่ว<sup>58</sup>

แม้หลักการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 4 จะเป็นหลักการที่ใช้กับการกระทำโดยประมาทโดยทั่วไป แต่อาจแบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาทได้เป็น 2 ประเภทตามสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำความผิดโดยประมาทซึ่งย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละกรณี<sup>59</sup> คือ

1) ประมาทโดยไม่รู้ตัว อันเป็นการกระทำที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำการฝ่าฝืนความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ไปโดยไม่คำนึงถึงโอกาสที่การกระทำของตนจะนำไปสู่การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

2) กรณีประมาทโดยรู้ตัว ซึ่งผู้กระทำความผิดเห็นถึงภัยอันตรายที่ประจักษ์ที่มีต่อวัตถุที่คุ้มครองแล้ว แต่ผู้กระทำก็ยังเชื่อมั่นว่าภัยอันตรายที่ประจักษ์นั้นจะไม่สามารถเกิดขึ้นเนื่องจากความสามารถของตนหรือความโชคดี กล่าวคือกระทำลงไปโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงภัยโดยคิดว่าตนสามารถหลีกเลี่ยงภัยนั้นได้<sup>60</sup>

มีข้อสังเกตว่าการกระทำประมาทในระดับประมาทโดยรู้ตัวนั้นจะแตกต่างจากการกระทำโดยมีเจตนาเล็งเห็นผล โดยข้อแตกต่างประการสำคัญที่สุดก็คือกรณีเจตนาเล็งเห็นผลนั้นผู้กระทำไม่ประสงค์ต่อผลแต่ยอมเล็งเห็นได้ว่าผลจะเกิด ส่วนกรณีการกระทำประมาทโดยรู้ตัวนั้นผู้กระทำไม่มีเจตนาเลย<sup>61</sup>

## 2) มาตรฐานความระมัดระวัง

จากหลักการของการกระทำโดยประมาทที่ได้กล่าวมาข้างต้น มาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายอาญาไทยที่จะนำมาใช้พิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทหรือไม่จึงพิจารณาว่าผู้กระทำควรมีความระมัดระวังเพียงใด โดยดูจากความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ของผู้กระทำในภาวะเช่นนั้น โดย “ภาวะเช่นนั้น” หมายความว่า ในขณะที่กระทำการเช่นนั้น เช่นขณะชนวัตถุอันตราย ขณะขับรถไปตามถนน เป็นต้น ในขณะที่ “วิสัย” หมายถึง สภาพ

<sup>58</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 52, น. 75-76

<sup>59</sup> เพิ่งอ้าง, น. 70

<sup>60</sup> คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 275-276

<sup>61</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 52, น. 71-72

ภายในตัวผู้กระทำ ซึ่งเกี่ยวข้องกับอายุ เพศ ความเป็นผู้มีวิชาชีพ และพิจารณาจาก “พฤติการณ์” ซึ่งหมายความว่า เหตุภายนอกตัวผู้กระทำ เช่นในการขับรถก็จะเป็นเรื่องสภาพถนน เป็นต้น อันเป็นหลักการจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 ซึ่งต้องนำมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยว่าการกระทำต่างๆเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่

หลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่ใช้วินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทยในกรณีทั่วไป อันจะต้องนำมาปรับใช้กับการกระทำความผิดทางอาญาโดยประมาทในการประกอบวิชาชีพแพทยด้วย

สำหรับหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทั้งตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศนั้น จะกล่าวถึงในบทต่อไป