

บทที่ 2

แนวคิดและนิติวิธีในการกำหนดความรับผิดทางอาญาโดยประมาทของนิติบุคคล

โดยทั่วไปบุคคลต้องรับผิดในทางอาญาเมื่อการกระทำผิดนั้นเกิดจากเจตนา แต่อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดบางอย่างแม้ผู้กระทำมิได้เจตนา แต่หากได้กระทำไปโดยประมาทแล้วกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิด¹ ผู้กระทำก็ต้องรับผิดจากการกระทำโดยประมาทเช่นกัน จึงถือได้ว่าความผิดอาญาที่เกิดจากความประมาทเป็นความผิดยกเว้น ปัจจุบันความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดโดยประมาทได้มีขึ้นเป็นจำนวนมาก ทั้งที่เกิดจากการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งกฎหมายของประเทศต่างๆก็ได้บัญญัติไว้เป็นความผิด นอกจากนี้ในส่วนของความเสียหายที่เกิดจากความประมาทของนิติบุคคลที่นับวันจะมีเพิ่มมากขึ้นและดูเหมือนจะมีความร้ายแรงขึ้น ปัญหาดังกล่าวหลายประเทศได้ตระหนักและพยายามแก้ไขโดยได้มีการพัฒนาทฤษฎีทางกฎหมายมาเพื่อให้ครอบคลุมได้มากขึ้น ดังนั้นในบทนี้จึงจะได้ทำการศึกษาถึงทฤษฎีต่างๆเหล่านี้ รวมทั้งนิติวิธีในการปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับนิติบุคคลทั้งในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์เป็นลำดับต่อไป

2.1 ความรับผิดทางอาญาโดยประมาท

การกระทำโดยประมาทเป็นความผิดที่แตกต่างจากการกระทำความผิดโดยเจตนา ซึ่งประเทศต่างๆได้มีการบัญญัติให้บุคคลธรรมดาต้องรับผิดในการกระทำโดยประมาทไว้ แต่สำหรับการกำหนดหลักเกณฑ์ในแต่ละประเทศก็มีลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งอาจขึ้นอยู่กับโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ทั้งนี้เนื่องจากหลายประเทศได้พัฒนาแนวคิดในเรื่องความรับผิดทางอาญาโดยประมาทของนิติบุคคลมาจากความรับผิดของบุคคลธรรมดา ดังนั้นก่อนที่จะได้ศึกษาถึงความรับผิดทางอาญาโดยประมาทของนิติบุคคล จึงควรที่จะได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องการวินิจฉัยความประมาทของบุคคลธรรมดาทั้งในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ก่อน เพื่อที่จะได้เป็นพื้นฐานในการวินิจฉัยความประมาทของนิติบุคคลต่อไป

¹ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 257.

2.1.1 ประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นประเทศต้นแบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และเป็นประเทศที่ได้กำหนดความรับผิดทางอาญาโดยประมาทไว้ทั้งในส่วนของบุคคลธรรมดา และนิติบุคคลไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นในส่วน of ระบบคอมมอนลอว์ผู้เขียนจึงทำการศึกษาประเทศ อังกฤษ เพื่อที่จะได้เป็นพื้นฐานในการวินิจฉัยในเรื่องความรับผิดทางอาญาโดยประมาทของ นิติบุคคลในบทต่อไป

2.1.1.1 โครงสร้างความรับผิดทางอาญา

ตามหลักคอมมอนลอว์ หลักเกณฑ์สำคัญที่ใช้สำหรับพิจารณาว่าบุคคลนั้นมีความผิดทางอาญา คือหลัก “การกระทำไม่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิด เว้นแต่ผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้าย”(*actus non, facit reum, nisi mens sit rea- an act does not make a person guilty unless the mind is guilty*)² ซึ่งการกระทำที่จะถือว่าเป็นความผิดตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น นอกจากต้องมีการกระทำแล้วผู้กระทำจะต้องมีจิตใจที่ชั่วร้ายด้วย ดังนั้นองค์ประกอบในการพิจารณาความผิดตามหลักคอมมอนลอว์ จึงประกอบด้วยการกระทำซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นความผิด(*actus reus*)และองค์ประกอบในส่วนของจิตใจ คือ ต้องมีส่วนของจิตใจที่ถูกตำหนิได้ (*mens rea*) นั่นเอง โดยสามารถอธิบายความหมายขององค์ประกอบทั้ง 2 ส่วนได้ ดังนี้

1) ต้องมีการกระทำที่ผิดกฎหมาย การกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือที่เรียกว่า *actus reus* คือ ต้องมีการกระทำที่แสดงออกมามากกว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย โดยการกระทำคือ การเคลื่อนไหวร่างกาย ซึ่งการเคลื่อนไหวร่างกายนี้จะต้องเกิดจากการควบคุมของจิตใจด้วย กล่าวคือ เป็นการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับและควบคุมได้ (*willed movement*) ผู้กระทำได้กระทำลงโดยเจตนาหรือมีเจตจำนงที่จะเคลื่อนไหวไปในทิศทางนั้น³

² Rupert Cross and Phillip Asterley Jones, *An introduction to Criminal Law*, 6 ed.(Bristol:J.W.Arrowsmith Ltd.,1968),p.32 อ้างใน นนทียา ทองสุก, “ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา,”(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2525), น.23.

³ ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, “มาตรฐานความระมัดระวังกรณีการกระทำโดยประมาท,”(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550),น.7.

2) องค์ประกอบทางจิตใจของผู้กระทำความผิด ถือเป็นส่วนสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะนำมาพิจารณาถึงความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลตามหลักคอมมอนลอว์ ซึ่งการที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบทางอาญานั้นผู้กระทำจะต้องมีจิตใจที่น่าตำหนิได้ (mens rea) อาจกล่าวได้ว่า mens rea เป็นเรื่องสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำ จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิสูจน์ถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำผิด ซึ่งได้บ่งบอกไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายในบทบัญญัติของกฎหมาย สิ่งที่ยังบ่งบอกไว้ในกฎหมาย เช่น มีเจตนาร้าย (maliciously) โดยรู้ (knowingly) โดยตั้งใจ (intentionally) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสภาวะทางจิตใจที่น่าตำหนิ (blameworthy state of mind) อันได้แก่ เจตนา (intention) และประมาทโดยจงใจ (recklessness)⁴ ทั้งนี้หากเป็นสิ่งที่ไม่ได้พิจารณาไปถึงเรื่องของสภาวะจิตใจแล้วกฎหมายคอมมอนลอว์จะไม่ถือว่าเป็น mens rea

2.1.1.2 ประเภทของความประมาท

การกระทำโดยประมาทตามหลักกฎหมายอังกฤษแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ประมาทโดยจงใจ (recklessness) และประมาทธรรมดา (negligence)

1) ประมาทโดยจงใจ (recklessness) หมายถึง การขาดความระมัดระวังอย่างมาก เป็นระดับของความประมาทที่สมควรถูกลงโทษ เนื่องจากการเสี่ยงอันตรายโดยรู้ตัว (conscious) และไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable) ซึ่งในเรื่องสภาพจิตใจนั้นถือว่าผู้กระทำมีสภาพจิตใจที่เลวร้ายน้อยกว่าการกระทำความผิดโดยเจตนาแต่มีระดับมากกว่าประมาทธรรมดา⁵ ทั้งนี้ความหมายของความประมาทโดยจงใจนั้น นักนิติศาสตร์ได้ให้ความหมายของความประมาทประเภทนี้ไว้หลายความหมายด้วยกัน และใน Draft Criminal Code มาตรา 18 ก็ได้ให้บทนิยามของความประมาทโดยจงใจไว้ว่า⁶

“ความประมาทโดยจงใจ พิจารณาได้จากพฤติการณ์ซึ่งผู้กระทำต้องรู้สึกถึงความเสี่ยงต่ออันตรายที่อาจเกิดขึ้นในขณะนั้น และพิจารณาจากผลของการกระทำซึ่งเกิดจากการที่

⁴ เฟิงอ้าง, น.8.

⁵ Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, 2 ed. (London : Stevens & son, 1983), pp.88-90 อ้างในปานรวี ชีวติโสภณ, “ ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.13.

⁶ ปานรวี ชีวติโสภณ, “ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.13.

ผู้กระทำนั้นรู้ว่าความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น และไม่มีเหตุผลอันสมควรที่ในสถานการณ์ที่ผู้กระทำซึ่งรู้ถึงความเสี่ยงจะก่อความเสี่ยงอันตรายเช่นนั้น”

ความประมาทแบบจงใจในประเทศอังกฤษนั้น มี 2 รูปแบบ ด้วยกัน คือ

1.1 ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham Recklessness)

ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบนี้เป็นความประมาทที่เกิดขึ้นจากการพิพากษาในคดี Cunningham ในปี ค.ศ. 1957 คดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษากลับคำตัดสินของศาลชั้นต้นโดยศาลได้วินิจฉัยถึงองค์ประกอบของความประมาทโดยจงใจไว้ว่าต้องประกอบด้วย 2 ประการ คือ ผู้กระทำรู้ตัว (awareness) ว่ามีการเสี่ยงต่ออันตรายซึ่งการกระทำของผู้กระทำอาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ และการเสี่ยงต่ออันตรายนั้นเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) สำหรับผู้กระทำที่เสี่ยงอันตรายนั้น⁷ ซึ่งเป็นการพิจารณาความหมายของความประมาทโดยจงใจที่พิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำว่าได้ตระหนักถึงความเสี่ยงที่ตนรับรู้นั้นหรือไม่ ดังนั้นความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham จึงเป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นจิตใจที่ชั่วร้ายจึงถือว่าเป็น mens rea อย่างหนึ่ง ซึ่งถือว่าเป็นการพิจารณาถึงความประมาทในรูปแบบอัตวิสัย

1.2 ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell Recklessness)

หลังจากที่มีการพิพากษาวางหลักของความประมาทโดยจงใจอย่างรู้ตัว หรือที่เรียกว่า ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham แล้ว ศาลคอมมอนลอว์ก็ได้มีการพิพากษายกความหมายของคำว่าประมาทโดยจงใจออกไปอีก ปรากฏในคดี Caldwell ในปี ค.ศ. 1980 ซึ่งศาลได้พิพากษาวางหลักเกณฑ์ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบนี้กว้างขึ้นโดยให้รวมถึงการกระทำโดยที่ผู้กระทำนั้นไม่ได้คาดเห็นว่าจะมีอันตรายนั้น แต่ทั้งนี้ผู้กระทำได้กระทำลงโดยปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการเสี่ยงอันตรายที่เห็นได้ชัดแจ้ง (obvious risk) และในขณะนั้นไม่ว่าผู้กระทำจะรู้ว่าอาจจะมีความเสี่ยงอันตรายเกิดขึ้นหรือไม่ แต่ก็ยังเสี่ยงที่จะกระทำอันก่อให้เกิดอันตรายบางอย่าง จะเห็นได้ว่าประมาทโดยจงใจในรูปแบบนี้หมายถึงรวมถึงการที่ผู้กระทำไม่รู้ตัวว่าการกระทำของตนเป็นการเสี่ยงต่ออันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจนด้วย⁸ การพิจารณาความประมาทในรูปแบบนี้เป็น การพิจารณาในรูปแบบของภาวะวิสัยเนื่องจากไม่ได้

⁷ เพิ่งอ้าง, น.12.

⁸ Jonathan Herring, Criminal Law Text, Case, and Materials, 4 ed. (Oxford : Oxford University Press, 2004) อ้างในปานรวี ชีวติโสภณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.14.

พิจารณาว่าผู้กระทำรับรู้ถึงความเสี่ยงนั้นด้วยตนเองหรือไม่ หากแต่พิจารณาจากภาวะวิสัยว่าบุคคลในสถานการณ์นั้นๆ ควรรู้ถึงความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นเนื่องจากเป็นความเสี่ยงที่เป็นอันตรายอย่างเห็นได้ชัดแจ้งที่วิญญูชนคาดเห็นได้ แต่บุคคลผู้กระทำนั้นไม่ได้คิดถึงหรือคาดเห็นความเสี่ยงนั้นเลย ซึ่งการพิสูจน์ mens rea ในรูปแบบนี้จะเป็นการพิสูจน์ในแง่ที่ว่าจำเลยไม่ได้เล็งเห็นภัยอันนั้นเลย ทั้งที่ชัดเจนต่อวิญญูชน กล่าวคือต้องมีการพิสูจน์ว่าไม่ได้เล็งเห็นภัยนั้นเลยทั้งที่ชัดเจนต่อวิญญูชน

ปัจจุบันความประมาทโดยจงใจแบบ Caldwell ซึ่งเป็นการพิจารณาแบบ objective test ได้มีการพิพากษากลับหลักการนี้แล้ว หลังจากมีคำพิพากษาใน คดี R v. G and Another ในปี 2003 ซึ่งเป็นคดีที่เด็กผู้ชาย 2 คน อายุ 11 และ 12 ปี ที่ได้ไปแคมป์ด้วยกันโดยไม่ได้รับอนุญาตจากบิดามารดา และได้จุดไฟด้วยกระดาษหนังสือพิมพ์ในสนามหญ้า ไฟได้ลุกไหม้ไปติดร้านค้าใกล้เคียง ความเสียหายเกิดขึ้นประมาณ 1 ล้านปอนด์ เด็กสองคนโต้แย้งว่าพวกเขาพวกเขาไม่ได้นึกถึงภัยหรือความเสี่ยงที่จะกระจายออกไป Lord Bingham เห็นว่าควรผ่อนคลายหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไปถึงอายุของเด็กว่าสามารถที่จะเข้าใจความแตกต่างระหว่างความผิดถูกหรือไม่ ระบบทดสอบแบบเดิมอาจจะไม่ยุติธรรมสำหรับเด็กที่มีอายุน้อยถ้าพวกเขาต้องถูกพิพากษาในมาตรฐานเดียวกับผู้ใหญ่ จึงเห็นว่าความประมาทโดยจงใจ (recklessness) หมายถึง พฤติการณ์เมื่อเขาตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงหรือภัยที่เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้น โดยเขาได้เข้าไปเสี่ยงโดยไม่มีเหตุผล และความเสี่ยงนั้นเขาได้รับรู้หรือตระหนักด้วยตนเอง⁹ เท่ากับว่าศาลได้วางหลักเกณฑ์ว่าความประมาทโดยจงใจนั้นจำเลยจะต้องเล็งเห็นภัยด้วยตัวของจำเลยเอง ซึ่งเป็นรูปแบบของ Cunningham ที่มีการพิจารณาแบบอัตวิสัย

2) ประมาทธรรมดา (negligence)

หากการกระทำของบุคคลพ้นจากเจตนา และความประมาทโดยจงใจแบบอัตวิสัยแล้วก็จะนำไปสู่ความประมาทธรรมดา ซึ่งจะเป็นการเปลี่ยนจากความรู้สำนึกในการกระทำไปยังการไม่รู้สำนึกในการกระทำนั้น

ความประมาทธรรมดาคือการกระทำที่ต่ำกว่ามาตรฐานของวิญญูชนหรือบุคคลผู้มีความสุจริตรอบคอบในฐานะเช่นเดียวกับจำเลย โดยจะพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับวิญญูชนว่าจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามที่วิญญูชนควรใช้ในสถานการณ์เดียวกันหรือไม่ จึงเป็นการใช้มาตรฐานในทางภาวะวิสัย (objective) เพียงอย่างเดียว โดยไม่ต้องค้นหาสิ่งที่อยู่ในจิตใจของ

⁹ Recklessness(law), [http://en.wikipedia.org/wiki/recklessness_\(law\)](http://en.wikipedia.org/wiki/recklessness_(law)) , April 2010.

จำเลยแต่อย่างใด¹⁰ การกระทำโดยประมาทธรรมดา คือ การละเลยที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง (standard of care) ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้กระทำที่จะต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นการกระทำโดยประมาทจึงเป็นการละเลยที่จะประพฤติปฏิบัติให้เหมือนกับวิญญูชนในพฤติการณ์ที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องประพฤติปฏิบัติตนเช่นเดียวกับวิญญูชน¹¹ จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายอังกฤษแบ่งแยกความประมาทโดยจงใจและความประมาทธรรมดาโดยการพิจารณาถึงความรู้ตัวถึงการเสี่ยงของผู้กระทำหรือไม่ ซึ่งความประมาทโดยจงใจนั้นผู้กระทำต้องมีความรับรู้ หรือรู้ตัว ซึ่งอาจเป็นการรับรู้ในรูปแบบอัตวิสัยหรือแบบภาวะวิสัย ส่วนความประมาทธรรมดานั้นผู้กระทำไม่ได้รู้ตัวว่าการกระทำของตนนั้นเป็นความเสี่ยงแต่อย่างใด

เนื่องจากความประมาทธรรมดาไม่ได้มีการพิจารณาถึงสภาวะจิตใจที่ชั่วร้ายอันน่าตำหนิได้โดยทั่วไปจึงไม่ถือเป็นความประมาทตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ทั้งนี้สำหรับความผิดที่เกิดจากความประมาท หรือ negligence นั้น มีอยู่ 2 ประเภท คือ manslaughter by gross negligence ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (manslaughter)¹² และ public nuisance¹³ ซึ่งสำหรับความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายนั้นศาลคอมมอนลอว์ได้พัฒนาหลักการจากคำพิพากษาขึ้นมาเป็นว่าความประมาทที่เป็นความผิดฐานนี้ต้องเป็นความประมาทในระดับอย่างร้ายแรง (gross negligence)

¹⁰ ปานรวี ชีวติโสภณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.12.

¹¹ ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.14.

¹² สำหรับความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความในกฎหมายอังกฤษมีหลายชนิด ที่สำคัญคือความผิดฐาน murder และ manslaughter murder ซึ่งเป็นความผิดร้ายแรงที่มีองค์ประกอบสำคัญคือ mens rea ที่เรียกว่า malice aforethought ซึ่งหมายความว่า เจตนาฆ่า หรือเจตนาทำร้ายร่างกายสาหัส ส่วน manslaughter แบ่งออกเป็น 2 แบบ คือ voluntary manslaughter ที่มีองค์ประกอบเหมือนกับ murder แต่มีเหตุอื่นมาประกอบให้ผู้กระทำผิดรับโทษน้อยลง เช่น บันดาลโทสะ และ involuntary manslaughter เป็นการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยขาด mens rea ของ murder ดูรายละเอียดใน ปัญญา นรัตถรักษา, “ความผิดในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น.7-30.

¹³ Michael Jefferson, *Criminal Law*, 6ed. (Harlow, England : Longman, 2003), p.122.

2.1.1.3 หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการกระทำโดยประมาท

ในการพิสูจน์ความประมาทประมาทธรรมดา(negligence) เป็นการพิสูจน์ที่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยละเลยที่จะรู้ ตระหนัก(realize)หรือควรที่จะต้องรู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตราย และละเลยที่จะปฏิบัติตามมาตรฐานการกระทำของวิญญูชน จำเลยจะต้องรับผิดชอบถ้าวิญญูชนสามารถมองเห็นภัยอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นล่วงหน้าได้ หรือจำเลยมองเห็นภัยอันตรายล่วงหน้าได้ แต่ละเลยที่จะจัดการเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตราย หรือจำเลยจัดการหลีกเลี่ยงภัยอันตรายด้วยวิธีซึ่งต่ำกว่ามาตรฐานการกระทำอันพึงคาดหมายได้จากวิญญูชนที่มองเห็นถึงภัยอันตรายเช่นนั้น¹⁴ ซึ่งถือว่าเป็นการพิสูจน์ทางด้านภาวะวิสัยเพียงอย่างเดียวโดยเปรียบเทียบกับมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน ไม่ต้องพิสูจน์ภาวะจิตใจของตัวผู้กระทำของผู้กระทำแต่อย่างใด

แต่ความประมาทโดยเจตนา ผู้กระทำจะต้องรู้ตัวว่าการกระทำของตนเป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตราย ไม่ว่าจะเป็นการรู้ตัวในทางอัตวิสัย (subjective) หรือการรู้ตัวในทางภาวะวิสัย(objective)ซึ่งหลักเกณฑ์ที่เหมือนกันในการพิสูจน์ความผิดของความประมาทสองประเภทนี้ คือ การเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุอันสมควร (unreasonable risk)ระดับของการเสี่ยงภัยที่จะถือว่าเป็นความประมาทได้นั้น จะต้องเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่มีระดับของความเป็นไปที่จะไม่ได้รับการยอมรับทางสังคม ซึ่งเรื่องนี้ขึ้นอยู่กับสิ่งที่จะเกิดขึ้นในระหว่างที่มีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายและประโยชน์ในทางสังคมที่จะได้รับจากการเสี่ยงภัย¹⁵

2.1.1.4 แนวคิดในการกำหนดความประมาทเป็นความผิดอาญา

ความรับผิดทางอาญาที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทนั้น ต้องพิจารณาจากโครงสร้างของความรับผิดทางอาญาเช่นเดียวกับความผิดที่กระทำโดยเจตนา ซึ่งในระยะแรกในประเทศอังกฤษไม่ถือว่าการกระทำโดยประมาทเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายคอมมอนลอว์ เนื่องจากไม่มีการพิจารณาในส่วนจิตใจที่ชั่วร้าย และไม่มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการกระทำโดยเจตนาและการกระทำโดยประมาท โดยในช่วงแรกอันตรายหรือผลที่เกิดขึ้นจากความประมาทนั้น กฎหมายถือว่าเกิดขึ้นโดยโชคร้าย และถือว่าเป็นเรื่องของความโชคร้าย (misadventure)หรืออุบัติเหตุ(accident)¹⁶ ต่อมาแนวคิดในเรื่องการกระทำโดยประมาทนี้ก็ได้รับการพัฒนาขึ้นซึ่งปรากฏในคำพิพากษาคดี Hull ได้มีการชี้ให้เห็นว่ากรณีของอุบัติเหตุเป็นเหตุให้ผู้อื่น

¹⁴ ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ ,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3 ,น.13.

¹⁵ เพิ่งอ้าง,น.15.

¹⁶ Richard Card, Criminal Law, 12 ed. (London : Butterworths, 1992),p.10 อ้างใน ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3,น.9.

ถึงแก่ความตายนั้นมีผลในทางกฎหมาย โดยถือว่าเป็นการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายซึ่งมิได้เกิดจากการกระทำโดยเจตนา (intention) การฆ่าผู้อื่นโดยโหดร้าย โทษจะไม่เท่ากับการฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา (manslaughter) และถ้าปรากฏว่าการกระทำนั้นได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ปราศจากจิตใจที่ชั่วร้าย ผู้กระทำก็ไม่มีผิด แต่การนั้นจะต้องกระทำเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่เกิดขึ้น¹⁷ ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 19 กฎหมายอังกฤษได้เริ่มมีแนวความคิดให้บุคคลต้องรับผิดชอบในฐานะกระทำโดยประมาท และเริ่มมีแนวความคิดที่จะแยกความแตกต่างระหว่างเจตนา กับประมาท¹⁸ โดยกรณีของการประมาทจะคำนึงถึงความร้ายแรง (gross) ทั้งนี้ในกฎหมายของ (Halsbury's Laws of England) มีการให้คำจำกัดความที่ดูเหมือนว่าเป็นถ้อยคำที่ถูกต้องเป็นธรรมก็คือ “บุคคลผู้ที่กฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่หรือผู้ที่มีหน้าที่ต้องระวังต่อการป้องกันชีวิต และผู้ที่ประมาทอย่างร้ายแรงต่อหน้าที่ที่ต้องดำเนินการ หรือดำเนินการด้วยความประมาทอย่างร้ายแรงและเป็นสาเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายมีความผิดฐาน manslaughter¹⁹

ศาลคอมมอนลอว์ได้พัฒนาหลักเกณฑ์ในการที่จะพิจารณาว่าความประมาทที่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดชอบในทางอาญาจะต้องเป็นความประมาทในระดับ “ร้ายแรง” (gross) ซึ่งหมายความว่า การกระทำที่เบี่ยงเบนจากมาตรฐานความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยหรือมีเหตุอันสมควร ไม่ทำให้บุคคลต้องรับโทษในทางอาญา หลักเกณฑ์ที่ถูกเพิ่มขึ้นใหม่นี้มีลักษณะเป็นการระบุถึงระดับของความประมาทที่จำเป็นสำหรับความผิดในทางอาญา²⁰ ทั้งนี้ ได้มีการกล่าวว่ “โดยไม่ระมัดระวังอย่างมาก” (gross carelessness) ถ้อยคำที่แยกความแตกต่างนี้ แม้จะไม่มี ความชัดเจนเมื่อเทียบกับมาตรฐานในปัจจุบัน แต่ก็ยังเป็นสัญญาณที่ชัดเจนในการที่จะให้ประมาทเป็นความผิดอาญา และได้กำหนดให้เป็นกฎสำหรับใช้เป็นสูตรว่าประมาทที่จะเป็นความผิดอาญา ไม่เพียงแต่เป็นการกระทำเท่านั้น แต่จะต้องเป็นประมาทที่ชั่วร้ายด้วย และต่อมาก็ได้มีการแยกประมาทในทางอาญาให้เห็นถึงความแตกต่างจากละเมิดโดยประมาทในทางแพ่ง จึงได้มีการใช้คำต่างๆ คือ wanton and willful, gross negligence เป็นต้น ซึ่งเป็นระดับที่สูงกว่าในทางแพ่ง²¹

¹⁷ สมพงษ์ ขจรชัยกุล, “ปัญหาการกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญา”, (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น.40.

¹⁸ ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.10.

¹⁹ สมพงษ์ ขจรชัยกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 17*, น.40.

²⁰ ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.9-12.

²¹ สมพงษ์ ขจรชัยกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 17*, น. 42.

ทั้งนี้เนื่องจากความประมาทอย่างร้ายแรงซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่พัฒนามาจากศาลคอมมอนลอว์ การพิสูจน์ถึง mens rea สำหรับความประมาทอย่างร้ายแรงนั้นยังน้อยกว่าความประมาทในรูปแบบอื่นๆ ดังนั้นความประมาทอย่างร้ายแรงนี้ได้ถูกนำมาใช้อย่างจำกัด ซึ่งในกฎหมายคอมมอนลอว์ ความประมาทอย่างร้ายแรงนี้ได้นำมาใช้เฉพาะกับความผิดฐาน manslaughter by gross negligence²² เท่านั้น

ในศตวรรษที่ 19 ศาลคอมมอนลอว์ได้มีคำพิพากษาคดี R v. Bateman (ค.ศ. 1925) ซึ่งในคดีนี้ศาลอุทธรณ์พิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบในความผิดฐาน manslaughter by gross negligence นั้น ต้องประกอบด้วย

1. จำเลยมีหน้าที่ที่จะต้องดูแลชีวิต ความปลอดภัยของผู้อื่น
2. จำเลยฝ่าฝืนในการกระทำหน้าที่นั้น
3. การฝ่าฝืนนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย
4. ความประมาทของจำเลยนั้นต้องถึงระดับร้ายแรง (gross) ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีการเพิกเฉยในชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลอื่นถึงขนาดเป็นอาชญากรรมและสมควรได้รับโทษ²³

คดี Bateman นี้ ศาลได้วางหลักว่าคดีที่ผู้กระทำเป็นผู้ที่มีหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ได้กระทำฝ่าฝืนหน้าที่อย่างร้ายแรงเป็นเหตุให้คนตายนั้น เป็นการกระทำที่ต้องเป็นพิจารณาโดยใช้หลัก gross negligence

ความหมายของ gross negligence ซึ่งนำมาใช้ในความผิดฐาน manslaughter ไม่มีความหมายที่ชัดเจน ทั้งนี้ Lord Hewart ได้กล่าวไว้ว่าความประมาทที่พึงได้รับการลงโทษพึงประณาม (culpable) ความเลวร้าย อับลักษณ์ (wicked) โดยชัดแจ้ง และโดยสมบูรณ์นั้นมีความหมายเหมือนกับคำว่า อย่างร้ายแรง (gross) ซึ่งจากความหมายที่ได้ให้ไว้ไม่ได้มีคำใดที่จะสามารถช่วยในการตัดสินของคณะลูกขุนได้ดีเท่าที่ควร ในที่สุดจึงมีผลทำให้คณะลูกขุนอาจจะ

²² เป็นประเภทของหนึ่ง involuntary manslaughter ซึ่งตัวอย่างของ involuntary manslaughter เช่น 1. Manslaughter by gross negligence 2. Constructively / unlawful manslaughter 3. Manslaughter by recklessness

²³ Involuntary Manslaughter, http://en.wikipedia.org/wiki/Manslaughter_in_English_law, April 2010.

ตัดสินลงโทษหรือยกฟ้องจำเลยได้ในข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน²⁴ ซึ่งความหมายของคำว่า อย่างร้ายแรง หรือ gross นั้นมีความสำคัญ เนื่องจากจะลงโทษความผิดอาญาแก่จำเลยในความผิดฐานนี้ได้จะต้องมีความประมาทในระดับที่ร้ายแรงซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีการเพิกเฉยในชีวิต หรือความปลอดภัยของบุคคลอื่นถึงขนาดเป็นอาชญากรรมและสมควรได้รับโทษ และการตัดสินในเรื่องความร้ายแรงหรือไม่เป็นหน้าที่ของลูกขุน ศาลไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงถึงการวินิจฉัยได้

หลังจากนั้นในช่วงปี ค.ศ. 1980 manslaughter by gross negligence ไม่ได้มีการนำมาใช้หรือหายไปจากคอมมอนลอว์²⁵ ในช่วงเวลาดังกล่าวศาลได้พิจารณาความผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทโดยมีพื้นฐานอยู่บนความประมาทในรูปแบบของ Caldwell/Lawrence recklessness ซึ่งได้นำหลักเกณฑ์การพิจารณาความจงใจแบบภาวะวิสัยมาปรับใช้ โดยใช้หลักเกณฑ์ที่ว่าผู้กระทำโดยประมาท การกระทำของเขาทำให้เกิดความเสี่ยงภัยอย่างชัดแจ้งและความเสี่ยงที่ร้ายแรงเป็นอันตรายต่อร่างกาย และนอกจากนั้นผู้กระทำไม่ได้มีความนึกถึงหรือตระหนักถึงความเสี่ยงนั้น²⁶ ในช่วงดังกล่าวนี้มีผู้ให้ความเห็นว่าในที่สุด gross negligence จะถูกกลืนไปโดย manslaughter by recklessness

แต่ต่อมาในปี 1995 ได้มีคำพิพากษาคดี R v. Adomako ซึ่งเป็นคดีที่วิสัญญีแพทย์ ละเลยไม่ได้สังเกตว่าในระหว่างผ่าตัดนั้นท่อลำเลียงออกซิเจนได้ถูกถอดออกเป็นเวลา 5 วินาที เป็นเหตุให้คนไข้ถึงแก่ความตาย คดีนี้ศาลได้พิจารณาว่าระบบทดสอบของความผิดฐาน manslaughter by gross negligence ในคดี Bateman เป็นมาตรฐานที่เหมาะสมที่สุดสำหรับการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่เกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ โดยรู้หรือคาดเห็นความเสี่ยงอย่างร้ายแรงที่จะถึงแก่ความตาย²⁷

ศาลอุทธรณ์ได้ให้ความเห็นไว้ว่าความประมาทในรูปแบบ Caldwell เหมาะสมสำหรับความผิดเกี่ยวกับ motor manslaughter ซึ่งความเสี่ยงนั้นจำเลยเป็นผู้ก่อขึ้นมาเอง แต่อย่างไรก็ตามหากเป็นความผิดที่เกิดจากการที่ผู้กระทำมีหน้าที่ที่ต้องกระทำการในสถานการณ์

²⁴ Michael Jefferson, Criminal Law, 8ed. (Harlow, England : Pearson/Longman, 2007). pp.494-495.

²⁵ Andrew Ashworth, Principle of Criminal Law, 4ed. (London: Oxford University Press, 2003), p.297.

²⁶ Michael T Molan, Criminal Law, 3ed. (London : Old Bailey Press, 2001), p.141.

²⁷ Michael Jefferson, *supra* note 24, p.498.

หนึ่งๆ สถานการณ์นั้นจะเป็นกรณีที่มีความเสี่ยงอยู่ก่อนแล้ว ความเสี่ยงไม่ได้เป็นเพราะจำเลยสร้างหรือก่อให้เกิดขึ้นมา การพิจารณาที่เหมาะสมกับรูปแบบนี้คือการใช้ gross negligence²⁸ ความผิดฐานนี้จึงได้นำกลับมาใช้อีกครั้งหนึ่ง

Lord Chief Justice ได้อธิบายว่า ความเสี่ยงที่ชัดเจนที่ใช้ในรูปแบบของCaldwell หมายความว่า ความชัดเจนโดยวิญญูชนทั่วไป ทุกคนรู้ว่าอะไรจะเกิดขึ้นจากการจุดไม้ขีดไฟ คนขับและผู้โดยสารรู้ถึงความเสี่ยงบนถนน แต่ในกรณีที่ต้องใช้ความชำนาญหรือการปฏิบัติหน้าที่มาตรฐานของบุคคลทั่วไป (ordinary prudent) ไม่มีความเหมาะสมเพียงพอในการปรับใช้²⁹ อย่างไรก็ตามปัญหาในเรื่องของความหมายของคำว่าอย่างร้ายแรง (gross) นั้นยังเป็นปัญหาอยู่

คดี Adomako มีพยานผู้เชี่ยวชาญ 2 คน ได้ให้ความเห็นไว้ในขณะที่พยานคนหนึ่งเห็นว่ามาตรฐานความระมัดระวังในกรณีของจำเลยนั้นกว้างและลึกเกินหยั่งถึง พยานอีกคนหนึ่งเห็นว่าวิสัญญีแพทย์ที่มีความสามารถและความเชี่ยวชาญควรจะได้รู้ถึงการที่ท่อออกซิเจนถูกถอดออกภายใน 15 วินาที คดีนี้ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด โดยศาลอุทธรณ์ชี้ให้เห็นว่าลักษณะสถานการณ์ที่คณะลูกขุนอาจพิจารณาว่าเป็นความผิดฐาน manslaughter คือ

- 1.การเพิกเฉยไม่แยแสต่อความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อสุขภาพของผู้ป่วย
- 2.การคาดการณ์ได้ล่วงหน้าเกี่ยวกับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายและการตัดสินใจที่จะเข้ารับความเสี่ยงนั้น
- 3.เจตนาที่จะหลีกเลี่ยงความเสี่ยงอันตรายแต่ยังแสดงให้เห็นถึงระดับของความประมาทเลินเล่ออย่างสูง
- 4.โดยไม่เจตนาหรือโดยไร้ความสามารถไม่ให้ความสนใจถึงความเสี่ยงภัยอันตรายอันร้ายแรงซึ่งโดยหน้าที่ของจำเลยต้องกระทำ³⁰

จากการให้ความหมายจากกล่าวได้ว่า ความประมาทอย่างร้ายแรง หรือ gross negligence นั้น เป็นระดับของความประมาทที่ผู้กระทำได้ต่ำกว่ามาตรฐานของบุคคลเช่นเดียวกับจำเลยเป็นอย่างมาก เป็นการกำหนดระดับของความประมาทขึ้นจากการพัฒนามาจากคำพิพากษาของศาล การพิจารณา gross negligence เป็นการพิจารณาในรูปแบบภาวะวิสัย ซึ่งไม่ต้องการพิจารณาถึงความรับรู้หรือตระหนักถึงความเสี่ยงในตัวของผู้กระทำเอง หรือที่เรียกว่า

²⁸ Michael T Molan, *supra* note 26, pp. 142-143.

²⁹ *Ibid*,p.143.

³⁰ ปานรวี ชีวติโสภณ,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 6,น.40-41.

แบบอัตวิสัย ซึ่งถือว่าการพิสูจน์ mens rea ที่อยู่ในระดับน้อยกว่าการพิสูจน์ mens rea สำหรับความประมาทแบบจงใจ ดังนั้น gross negligence จึงมีการนำมาใช้อย่างจำกัดเฉพาะกับความผิดฐาน manslaughter by gross negligence เท่านั้น ซึ่งความหมายของความประมาทอย่างร้ายแรงนั้นไม่ได้มีการให้คำนิยามที่ชัดเจน แต่ทั้งนี้ได้มีการให้คำนิยามที่บ่งชี้ให้เห็นว่าต้องเป็นการกระทำที่ต่ำกว่ามาตรฐานเป็นอย่างมาก หรือเป็นความประมาทอย่างชัดแจ้ง อย่างชั่วร้าย ซึ่งถือว่าไม่เพียงแต่การกระทำเท่านั้นที่ประมาท แต่ความประมาทนั้นต้องมีความชั่วร้ายของจิตใจเพิ่มเข้ามาด้วย ทั้งนี้ในกรณีที่จำเลยเป็นผู้มีหน้าที่ในการป้องกันชีวิตของบุคคลอื่น แล้วได้กระทำการป้องกันผลโดยการกระทำนั้นต่ำกว่ามาตรฐานของบุคคลเช่นเดียวกับจำเลยกระทำเป็นอย่างมาก ถือว่ามีความประมาท ซึ่งถือว่าจำเลยมีการเพิกเฉย ไม่แยแสถึงภัยที่จะเกิดขึ้น ซึ่งบุคคลเช่นเดียวกับจำเลยนั้นรับรู้และใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ

ความร้ายแรงของการกระทำหรือพฤติกรรมอาจจะแปรเปลี่ยนไปกับความสำคัญของข้อเท็จจริงของแต่ละกรณี ทั้งนี้ในคำพิพากษาคดี Singh 1999 ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาว่า พฤติกรรมที่จะทำให้อัยการควรจะต้องเห็นความเสี่ยงอย่างร้ายแรง (a serious risk) และความเสี่ยงภัยที่ชัดแจ้ง (obvious risk) นั้น ภัยนั้นต้องไม่เพียงแต่บาดเจ็บ แต่จะต้องถึงตาย³¹ ทั้งนี้ได้มีการให้ความเห็นแตกต่างถึงความหมายของคำว่า gross ว่าประมาทโดยจงใจจะมีความหมายเหมือนกับคำว่า gross หรือไม่ เช่นในคดี Andrews v. DPP. 1937 Lord Atkin ได้ให้ความหมายของ gross negligence ว่าเป็นระดับสูงของความประมาท หรือ ความประมาทโดยจงใจ gross negligence จะมีความเหมาะสมกว่าเนื่องจากว่ามันครอบคลุมสถานการณ์เมื่อจำเลยรู้ถึงภัยแต่เนื่องจากว่าไม่รู้ว่าจะหลีกเลี่ยงภัยนั้นอย่างไรก็จะเป็นความประมาทแบบ recklessness หรือ บางครั้งก็มีความเห็นว่า gross negligence และ recklessness ใช้แทนกันได้ หรือมีความหมายเหมือนกัน³² เป็นต้น

³¹ Michael Jefferson, *supra* note 24, p.498.

³² *Ibid*, p.500.

2.1.2 ประเทศที่ใช้ระบบชีวิลลอว์

ในการศึกษาถึงโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของระบบชีวิลลอว์นั้น ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาถึงโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของประเทศเยอรมัน ทั้งนี้เนื่องจากว่ามีนักวิชาการบางส่วนมีความเห็นว่า โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายอาญาของไทยเป็นไปในรูปแบบเดียวกับประเทศเยอรมัน ดังนั้นเพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาในส่วนของประเทศไทยซึ่งเป็นระบบชีวิลลอว์เช่นเดียวกัน ในส่วนนี้จึงขอยกโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของประเทศเยอรมันมาทำการศึกษา

2.1.2.1 โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา

สำหรับโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของประเทศเยอรมันนั้น มีอยู่ 3 ประการ คือ

1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ องค์ประกอบข้อนี้เป็นองค์ประกอบแรกในการวินิจฉัยความรับผิดชอบ ซึ่งการกระทำจะผิดกฎหมายได้จะต้องครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ในแต่ละฐานความผิด พิจารณาจากองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ดังนี้

1.1 องค์ประกอบภายนอก หมายถึง สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งได้แก่ ผู้กระทำความผิด การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และองค์ประกอบภายนอกอื่น³³

1.2 องค์ประกอบภายใน หมายถึง สิ่งที่เป็นส่วนภายในตัวผู้กระทำความผิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุจูงใจ และองค์ประกอบภายในอื่น³⁴

2) ความผิดกฎหมาย โครงสร้างลำดับต่อมาที่จะต้องพิจารณาก็คือความผิดกฎหมาย โดยความผิดกฎหมายนั้นจะเป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่³⁵ ซึ่งแม้ว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิด แต่มีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย ผู้กระทำก็ไม่ต้อง

³³ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน ,2547), น.139.

³⁴ เพิ่งอ้าง,น.156.

³⁵ ปานรวิ ชีวติโสภณ,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6,น.20.

รับผิดชอบซึ่งเหตุที่ทำให้ไม่เป็นความผิดกฎหมายนี้อาจจะเป็นเหตุตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือ อาจจะปรากฏอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณี เช่นความยินยอมก็ได้

3) ความชั่ว ความชั่วในทางอาญานั้นไม่ได้หมายความว่าความถึงความชั่วในความหมายทั่วไปแต่หมายถึง การดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง ซึ่งเมื่อได้พิจารณาโครงสร้างความรับผิดชอบในส่วนของการครอบงำประกอบความผิดและความผิดกฎหมายแล้ว ปรากฏว่าเป็นการกระทำผิด ความชั่วจะถูกนำมาเป็นพื้นฐานของการลงโทษว่าจะลงโทษได้มากน้อยเพียงไร หรือจะยกเว้นโทษ³⁶ ซึ่งการพิจารณาถึงความชื่อนั้นก็เพื่อจะได้ทราบว่ากระทำนั้นควรถูกดำเนินคดีและต้องลงโทษหรือไม่ หลักในการพิจารณาในเรื่องความชื่อนั้นเป็นการพิจารณาที่ตัวผู้กระทำ เช่น อายุของผู้กระทำผิด จิตของผู้กระทำผิด ความไม่รู้กฎหมาย เป็นต้น

2.1.2.2 ความหมายและหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความประมาท

การกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น กำหนดให้บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาสำหรับความผิดที่กระทำโดยประมาทก็ต่อเมื่อมีกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องรับผิด แม้ได้กระทำไปโดยประมาท ซึ่งความหมายของคำว่า ประมาท ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันไม่ได้ให้คำนิยามไว้ แต่ความหมายดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 276 วรรคหนึ่งว่า “A person who does not exercise ordinary care acts negligently” (บุคคลที่ไม่ได้กระทำการด้วยความระมัดระวังของบุคคลทั่วไป) อย่างไรก็ตามตำรากฎหมายก็ได้ให้ความหมายของการกระทำโดยประมาทในทางอาญาไว้ว่า “การกระทำที่บุคคลนั้นได้กระทำลงโดยขาดความระมัดระวังอันสมควรภายใต้พฤติการณ์เช่นนั้น ตลอดจนความสามารถและการดำรงชีพของแต่ละบุคคล และผู้กระทำไม่อาจคาดเห็นได้อย่างแน่แท้ถึงผลที่อาจเกิดขึ้นแม้ว่าเขาควรจะคาดเห็นได้³⁷ ซึ่งจะเห็นได้ว่าตามความหมายดังกล่าวมานั้น มีลักษณะใกล้เคียงกับความหมายของความประมาทตามมาตรา 59 วรรค 4 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย

สำหรับหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความประมาท ในเรื่องนี้ได้มีความเห็นทางวิชาการแบ่งเป็น 2 ฝ่าย คือ ความเห็นแรกเป็นของ Prof.Jescheck เห็นว่าความประมาทในการขาดความระมัดระวังนี้อยู่ในส่วนของความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ ส่วนอีกความเห็นหนึ่งเป็นของ Prof.Roxin เห็นว่าการพิจารณาความประมาทนั้นต้องพิจารณาใน 2 ขั้นตอนด้วยกัน คือ ผลที่

³⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น.96.

³⁷ ปานรวิ ชีวติโสภณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.21.

เกิดขึ้นเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่งให้ใช้ทฤษฎีเงื่อนไขในการพิจารณา ส่วนขั้นต่อมาก็คือ ผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้รับอนุญาตต่อกรรมของการกระทำและเป็นผลที่อยู่ในขอบเขตขององค์ประกอบความผิด³⁸

2.1.2.3 ประเภทของความประมาท

สำหรับการกระทำโดยประมาทตามหลักกฎหมายเยอรมัน ได้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) ประมาทโดยไม่รู้ตัว คือ การที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำการฝ่าฝืนความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ไปโดยไม่ได้คำนึงถึงโอกาสที่การกระทำของตนจะนำไปสู่การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ กล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่อาจคาดล่วงหน้ามาก่อนเลยว่าผลจะเกิดขึ้น แต่เป็นการกระทำโดยการขาดความระมัดระวัง³⁹

2) ประมาทโดยรู้ตัว คือ ความประมาทที่ผู้กระทำนั้นได้คาดเห็นถึงภัยอันตรายนั้นแล้ว แต่ผู้กระทำเชื่อมั่นว่าตนเองจะสามารถป้องกัน หรือหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดภัยนั้นได้ จึงเป็นการที่ผู้กระทำได้คาดเห็นภัยนั้นแล้ว แต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการป้องกันอย่างเพียงพอ

2.2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคล

นิติบุคคล เป็นบุคคลประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย นิติบุคคลนั้นเมื่อได้จัดตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว กฎหมายได้รับรองสถานะนิติบุคคลเป็นบุคคลอีกประเภทหนึ่งแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดา มีสิทธิและหน้าที่ต่างๆตามบทบัญญัติทั้งปวงแห่งกฎหมายภายในขอบวัตถุประสงค์ ตามข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้ง⁴⁰ ซึ่งเมื่อนิติบุคคลได้เกิดขึ้นแล้ว เกี่ยวกับสภาพของนิติบุคคลนั้น ก็ได้มีทฤษฎีที่ได้กำหนดขึ้นมาเพื่อรองรับสภาพความเป็นนิติบุคคลไว้หลายทฤษฎี ซึ่งจะทำการศึกษาในหัวข้อต่อไป

³⁸ เฟิงอ้าง, น.21-22.

³⁹ ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 61.

⁴⁰ ประสิทธิ์ โภทวีไกลูล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2549), น.17.

2.2.1 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสภาพนิติบุคคล

1) Fiction Theory ตามทฤษฎีนี้ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายได้อุปโลกขึ้น สภาพนิติบุคคลจึงมีอยู่ด้วยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น นิติบุคคลจึงไม่ได้มีความเป็นอยู่อย่างแท้จริง โดยถือว่าเป็นแต่เพียงบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นเพื่อให้มีสิทธิและหน้าที่เสมือนบุคคลธรรมดา⁴¹

2) Realistic Theory เนื่องจากการอธิบายเรื่องสภาพนิติบุคคลตามทฤษฎีข้างต้น อาจมีข้อโต้แย้งได้ เช่น หากถือว่านิติบุคคลเกิดจากการที่กฎหมายสมมติขึ้น แต่ในเมื่อรัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน และมีขึ้นก่อนที่จะมีกฎหมายเสียอีก ปัญหาก็คือรัฐจะเกิดขึ้นด้วยอะไร และอะไรที่สร้างรัฐขึ้นมา จึงได้มีผู้อธิบายว่า นิติบุคคลนั้นมีสภาพความเป็นอยู่อย่างแท้จริง มิใช่เป็นสิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้นตาม Fiction Theory แต่อย่างใด โดยถือว่านิติบุคคลเกิดขึ้นจากการรวมตัวของบุคคลทั้งหลายอยู่แล้ว กฎหมายเป็นแต่เพียงรับรองสภาพความเป็นอยู่ที่มีอยู่แล้วเท่านั้น⁴²

2.2.2 ประเภทของนิติบุคคล

นิติบุคคลในทางกฎหมายแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน นิติบุคคลประเภทนี้ คือ กลุ่มบุคคลที่ร่วมกันกระทำกิจกรรมอันใดอันหนึ่งโดยอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน มีความผูกพันกันตามกฎหมายเอกชน

2) นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน นิติบุคคลประเภทนี้ ได้แก่นิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายมหาชน เป็นนิติบุคคลที่มีอำนาจมหาชนและมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ (public service) ซึ่งเป็นภาระกิจของรัฐ เช่นการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาความสงบเรียบร้อยของ

⁴¹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล : การศึกษาทางกฎหมายเปรียบเทียบโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น.16-17.

⁴² เพิ่งอ้าง, น.17.

สังคม นิติบุคคลมหาชนโดยปกติจึงหมายถึงรัฐ หรือหน่วยงานทางปกครองหรือองค์การมหาชนที่จัดทำบริการสาธารณะด้านต่างๆ⁴³

ความแตกต่างระหว่างนิติบุคคลเอกชนกับนิติบุคคลมหาชน

การจัดตั้ง นิติบุคคลเอกชนจัดตั้งขึ้นและยกเลิกโดยความยินยอม หรือนิติกรรมสัญญาซึ่งเป็นการแสดงเจตนาโดยอิสระ ส่วนนิติบุคคลมหาชนนั้นจัดตั้งขึ้นและยกเลิกโดยกฎหมายเท่านั้น

สถานะ นิติบุคคลเอกชนมีฐานะเท่าเทียมกัน ส่วนนิติบุคคลมหาชนนั้นมีฐานะเหนือกว่าเอกชน

นิติบุคคลมีอำนาจทางปกครองหรืออำนาจมหาชน คืออำนาจที่จะจำกัดตัดทอนเสรีภาพของเอกชนหรือลบล้างขอบเขตส่วนตัวของเอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ เช่น เว้นคืนหรือบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามโดยไม่ต้องขออำนาจศาล เป็นต้น แต่นิติบุคคลเอกชนไม่มีอำนาจดังกล่าว⁴⁴

2.2.3 ผู้แทนของนิติบุคคล

นิติบุคคลเป็นบุคคลที่สมมติขึ้น โดยเกิดจากการรวมกลุ่มของบุคคลธรรมดาเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการต่างๆตามวัตถุประสงค์ มีสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายรับรองไว้ จึงไม่มีชีวิต ร่างกาย และจิตใจ ดังนั้นการดำเนินการต่างๆของนิติบุคคลเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้น นิติบุคคลย่อมต้องกระทำผ่านผู้แทนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา ความหมายของผู้แทนของนิติบุคคลได้มีการให้ความหมายไว้หลายความหมายด้วยกัน เช่น Lord Denning ได้กล่าวไว้ว่า “บุคคลบางคนในนิติบุคคลนั้นเป็นเพียงลูกจ้าง(servants) หรือลูกจ้าง (agents) ซึ่งไม่สามารถกล่าวได้ว่าเป็นผู้แทน (representative) ของนิติบุคคลได้ แต่ผู้ทำการแทนนิติบุคคล คือ กรรมการ (directors) และผู้จัดการ (managers) ถือว่าเป็นจิตใจและเจตนาของบุคคลนั้น” และ Lord Reid ได้ให้ความหมายของผู้แทนนิติบุคคลไว้ว่า “โดยทั่วไปแล้ว ผู้แทนนิติบุคคลหมายถึงคณะกรรมการ (Board of Directors) ผู้อำนวยการ (director) ผู้ควบคุมงาน (supervisor) ซึ่งทำหน้าที่แทนนิติ

⁴³ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2536), น.174.

⁴⁴ เพิ่งอ้าง, น.174-175.

บุคคลโดยมิได้มีความหมายรวมถึงพนักงานทั่วไป ซึ่งต้องรับคำสั่งในการปฏิบัติงานประจำวัน”⁴⁵ ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ผู้แทนของนิติบุคคลนั้น หมายถึงบุคคลที่มีฐานะสูงพอที่จะถือว่าเป็นจิตใจ และเจตนาของนิติบุคคล สามารถทำหน้าที่ในการกำหนดนโยบายและควบคุมการดำเนินงาน บริหารจัดการนิติบุคคล ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเป็น 2 กลุ่ม คือ

1) ผู้บริหารระดับสูงของนิติบุคคล (The Top of the Corporate Management) หมายถึง บุคคลที่อยู่ในตำแหน่งกรรมการ หรือผู้อำนวยการของนิติบุคคล เป็นต้น เนื่องจากผู้บริหารระดับสูงของนิติบุคคลนี้มีสถานภาพสูงที่สุดในองค์กร ผู้บริหารส่วนใหญ่ในกลุ่มนี้จึงเป็นผู้กำหนดนโยบายและควบคุมการบริหารของนิติบุคคล อันถือว่าเป็นวิญญูชน หรือเจตนาของนิติบุคคล แต่ผู้บริหารระดับสูงของนิติบุคคลที่จะถือได้ว่ามีฐานะเป็นผู้แทนของนิติบุคคลนั้น จะต้องเป็นผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย และควบคุมการบริหารงานของนิติบุคคลอย่างแท้จริง

2) ผู้บริหารระดับกลางของนิติบุคคล (The Middle of the Corporate Management) หมายถึง บุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งรองจากผู้บริหารระดับสูง อันได้แก่ บุคคลซึ่งอยู่ในตำแหน่งฐานะผู้จัดการ ผู้จัดการสาขา ผู้จัดการฝ่ายขาย และหัวหน้างาน เป็นต้น บุคคลในฐานะดังกล่าวนี้ มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายและควบคุมการบริหารงานตามสมควร ซึ่งในการพิจารณาว่ากลุ่มบุคคลดังกล่าวนี้จะมีฐานะเป็นผู้แทนนิติบุคคลหรือไม่ ไม่อาจพิจารณาได้ด้วยการพิจารณาถึงตำแหน่งหน้าที่ใดหน้าที่หนึ่งเป็นการตายตัว หากแต่ควรที่จะพิจารณาว่าบุคคลใดมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย หรือควบคุมการบริหารงานของนิติบุคคล⁴⁶

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าผู้แทนของนิติบุคคล คือ บุคคลผู้มีอำนาจในการกำหนดนโยบาย และควบคุมการบริหารจัดการนิติบุคคล ซึ่งผู้บริหารระดับสูงของนิติบุคคลนั้น ย่อมเป็นผู้แทนของนิติบุคคลได้ในกรณีทั่วไป ส่วนผู้บริหารในระดับกลางนั้น โดยทั่วไปแล้วไม่ถือว่าเป็นผู้แทนของนิติบุคคล แต่อาจเป็นได้ในบางกรณีที่มีอำนาจในการกำหนดนโยบายหรือควบคุมเท่านั้น ส่วนลูกจ้างหรือพนักงานปฏิบัติโดยทั่วไปไม่อาจถือว่าเป็นผู้แทนของนิติบุคคลได้

⁴⁵ นลินอร ธิปดี , “ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล : ศึกษากรณีการกระทำผิดโดยประมาท”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), น.15.

⁴⁶ เพิ่งอ้าง, น.16.

ความหมายของผู้แทนของนิติบุคคลตามกฎหมายไทย

ก่อนมีการแก้ไขความหมายของผู้แทนของนิติบุคคลนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2466 ได้ให้ความหมายของผู้แทนไว้ในมาตรา 75 และ 76 ว่า ผู้แทนของนิติบุคคลแยกเป็น 2 ประเภท คือ ผู้จัดการ และผู้แทนอื่นๆ ซึ่งถือว่าเป็นความหมายที่กว้าง คือ หมายถึงผู้จัดการซึ่งถือเป็นหัวใจหรือสมองของนิติบุคคลเสมือนเป็นนิติบุคคลเอง และหมายถึงผู้แทนอื่นๆ ซึ่งเป็นตัวแทนของผู้จัดการอีกทีหนึ่ง⁴⁷ ต่อมาความหมายของคำว่าผู้แทนนี้ได้ถูกแก้ไขขึ้นตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535 โดยบัญญัติคำว่า ผู้แทน ไว้ในมาตรา 70 และคำว่า ผู้มีอำนาจจัดการแทน ไว้ในมาตรา 76 ซึ่งตามรายงานเสนอแก้ไขเพิ่มเติมของคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความหมายของคำว่า ผู้แทนนิติบุคคล หมายถึง⁴⁸

“ผู้บริหาร (director) ที่รับผิดชอบในการบริหารและเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร ส่วนบุคคลที่ถูกระบุในข้อบังคับว่าต้องมีกี่คนลงนามและประทับตราของนิติบุคคลจึงจะมีผลผูกพันนิติบุคคลนั้น กรณีเข้าลักษณะของเรื่องตัวแทนที่ตั้งมาจากผู้แทนอีกชั้นหนึ่ง”

นอกจากนี้ตามรายงานยังได้ให้ความหมายของคำว่าผู้แทนนิติบุคคล ตามมาตรา 76 ที่แก้ไขใหม่ หมายถึง

“ผู้แทนนิติบุคคลตามร่างมาตรา 70 และผู้ทำการแทนนิติบุคคลอื่นๆด้วย เพราะหากจะหมายเฉพาะผู้แทนตามร่างมาตรา 70 แล้ว จะแคบไป และผู้ทำการแทนนิติบุคคลจะไม่หมายเฉพาะแต่กรณีที่เป็นลูกจ้างหรือตัวแทนเท่านั้น อาจมีกรณีอื่นอีก เช่น ในปัจจุบันข้าราชการไม่ถือว่าเป็นลูกจ้างของส่วนราชการ แต่เมื่อข้าราชการทำละเมิดส่วนราชการก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายตามมาตรา 76 ในฐานะที่ข้าราชการเป็นผู้แทนของส่วนราชการเพราะเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายระเบียบหรือข้อบังคับในการปฏิบัติราชการนั้น”⁴⁹

⁴⁷ วงศ์ศิริ ศรีรัตน์, “ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), น.14.

⁴⁸ เพิ่งอ้าง, น.15-16.

⁴⁹ เพิ่งอ้าง, น. 16.

อย่างไรก็ตามการบัญญัติความหมายของผู้แทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ หมายถึงการแสดงเจตนาในทางแพ่งเท่านั้น บทบัญญัติเช่นนี้เป็นบทบัญญัติที่จะให้ผู้แทนนิติบุคคลได้แสดงความประสงค์ในฐานะที่นิติบุคคลเป็นประธานแห่งสิทธิที่จะมีความสามารถในการทำนิติกรรม (capacity to act) ตามกฎหมายแพ่ง⁵⁰ซึ่งในทางวิชาการนักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่า การกำหนดให้ผู้แทนนิติบุคคลเป็นผู้แสดงความประสงค์ในทางแพ่งนั้น น่าจะมีความแตกต่างจากการแสดงเจตนาในทางอาญา ซึ่งถือว่าเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์คนละส่วนกัน

2.2.4 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า นิติบุคคลก่อตั้งขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการต่างๆ ซึ่งการดำเนินงานตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้นแสดงออกผ่านทางผู้แทนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา ทั้งนี้หากนิติบุคคลนั้นได้ดำเนินงานแล้วก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น หรือต่อสังคมส่วนรวมแล้วจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ แต่เดิมนั้นมีแนวคิดที่ว่าความรับผิดชอบในทางแพ่งนั้นน่าจะเหมาะสมกับนิติบุคคลมากกว่าความรับผิดชอบในทางอาญาซึ่งปัจจุบันแนวคิดนี้ก็เปลี่ยนแปลงไป แต่ด้วยข้อจำกัดที่ว่านิติบุคคลเป็นบุคคลที่สมมติขึ้นจึงไม่สามารถรับโทษได้นั้นเป็นเหตุที่ทำให้เกิดปัญหาในการลงโทษ ดังนั้นเพื่อให้การลงโทษนิติบุคคลสามารถกระทำได้อย่างเหมาะสม และครอบคลุมในความผิดฐานต่างๆและเหมาะสมกับนิติบุคคลในทุกรูปแบบ นักวิชาการจึงได้มีการกำหนดทฤษฎีในทางกฎหมายขึ้นมารับรอง และได้มีการปรับเปลี่ยนและทฤษฎีต่างๆเหล่านี้ได้ปรับเปลี่ยนไปให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน

ปัญหาส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นในการลงโทษนิติบุคคลของระบบคอมมอนลอว์ คือ การพิจารณาความผิดที่โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งในทางกฎหมายยอมรับว่านิติบุคคลเป็นบุคคลที่แยกออกจากผู้บริหารหรือผู้ถือหุ้น ดังนั้นในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาจะสามารถพิจารณาถึงการกระทำ หรือ mens rea ของนิติบุคคลได้อย่างไร นักนิติศาสตร์ของอังกฤษได้ยอมรับแนวทางแก้ที่เป็นไปได้ 2 แนวทางด้วยกัน คือ แนวทางหนึ่ง ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายมาให้นิติบุคคลรับผิดชอบเป็นการเฉพาะ และแนวทางที่สองที่พยายามจะให้ครอบคลุมถึง

⁵⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41, น.23.

ความหมายของ mens rea และ actus reus ของนิติบุคคล ก็คือ มีการพยายามที่จะคิดค้นทฤษฎีเพื่อให้ครอบคลุม⁵¹ ดังนี้

1) Vicarious Liability

ในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกหลักนี้ว่า respondeat superior⁵² หลักการนี้เป็นหลักความรับผิดของนิติบุคคลที่รับมาจากหลักความรับผิดของตัวการตัวแทนในกฎหมายลักษณะละเมิด ตามหลักนี้นิติบุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำของตัวแทนหากตัวแทนนั้นได้กระทำความผิดอาญา โดยถือว่าการกระทำและเจตนาของตัวผู้ลงมือกระทำความผิดเป็นการกระทำของตัวนิติบุคคล หากการกระทำนั้นได้กระทำให้ไปในนามของนิติบุคคล (acting in its behalf) และการกระทำนั้นอยู่ภายในขอบเขตทางการที่จ้าง (within the scope of employment) ซึ่งการกระทำภายในทางการที่จ้างนั้นไม่ว่าจะได้มอบหมายโดยตรง หรือโดยอ้อมก็ตาม และการกระทำนั้นแม้ผู้บริหารระดับสูงจะได้ห้ามมิให้กระทำโดยสุจริตแล้วก็ตาม ก็ไม่ใช่เหตุที่ศาลจะไม่ลงโทษนิติบุคคล ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น⁵³ และประการที่สามคือเป็นการกระทำให้ไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคล (within the intent to benefit the corporation) หากตัวแทนนิติบุคคลได้กระทำให้ไปโดยมีเจตนาเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลแล้ว นิติบุคคลย่อมต้องมีความรับผิด แม้นิติบุคคลจะไม่ได้รับประโยชน์จากการนั้นๆ โดยตรงก็ตาม⁵⁴

เหตุผลในการกำหนดให้นิติบุคคลต้องรับผิดตามหลักนี้เกิดขึ้นจากแนวคิดที่ว่าเมื่อบริษัทหรือนิติบุคคลมีความบกพร่องในการบริหารงาน หรือในการสอดส่องดูแลการทำงานของลูกจ้างแล้ว บริษัทก็ต้องรับผิดที่เกิดจากการกระทำของลูกจ้างด้วย สำหรับความผิดที่ต้องการเจตนาพิเศษ ศาลก็ปรับใช้หลักการนี้เช่นเดียวกันโดยไม่ดูว่าผู้กระทำเป็นเจ้าหน้าที่ระดับใดของนิติบุคคล⁵⁵ ส่วนในประเทศอังกฤษหลักการนี้ใช้กับความผิดในบางประเภท โดยยอมรับกันในประเทศความผิดแบบ strict liability ข้อดีของหลักการนี้คือสามารถที่จะหลีกเลี่ยงข้อยุ่งยากของการพิสูจน์

⁵¹ Jonathan Herring, Criminal Law, 4 ed. (London : Palgrave Macmillan Law Masters Press, 2004), p.123.

⁵² http://en.wikipedia.org/wiki/Corporate_manslaugther, July 2009.

⁵³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41, น.58.

⁵⁴ เพิ่งอ้าง, น. 59.

⁵⁵ กษมา พรหมทัต, “ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลในความผิดฐานให้สินบน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.25.

ว่านิติบุคคลนั้นมี mens rea หรือมีการกระทำที่เป็น actus reus ได้อย่างไร เนื่องจากว่าประเด็นสำคัญของหลักการนี้ให้ถือเอาการกระทำ (actus reus) และ mens rea ของผู้กระทำความผิดเป็นของนิติบุคคลด้วย⁵⁶ แต่ข้อเสียของหลักการนี้ก็มิได้อยู่เนื่องจากว่าหลักการนี้ไม่ได้ใช้กับการกระทำความผิดในทุกฐานความผิด นอกจากนี้ก็ยังมีปัญหาตรงที่ว่าการใช้หลักการนี้จะมีผลทำให้นิติบุคคลต้องรับผิดชอบกันไปซึ่งอาจเป็นการไม่ยุติธรรมได้ เนื่องจากว่าเพียงแค่ลูกจ้างคนหนึ่งซึ่งกระทำการในทางการที่จ้างแล้วได้กระทำความผิดอาญาก็เป็นเหตุให้นิติบุคคลต้องมีความรับผิดชอบไปด้วย⁵⁷ หลักการนี้ถือว่าความรับผิดของนิติบุคคลนั้นเป็นความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งไม่ถือเป็นความรับผิดในการกระทำความผิดของตัวนิติบุคคลเอง

2) Identification Doctrine

เมื่อความรับผิดทางอาญาเกี่ยวข้องกับเรื่องความน่าตำหนิของจิตใจ แนวความคิดของกฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดของบุคคลธรรมดา นั้นจึงไม่เหมาะสมสำหรับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล แต่อย่างไรก็ตามนิติบุคคลนั้นถือเป็นบุคคลตามกฎหมายที่จะสามารถฟ้องร้องหรือถูกฟ้องคดีได้ด้วยตัวเอง ดังนั้นจึงมีหลักการให้ศาลพิจารณาความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลโดยการพิจารณาว่าถ้ามีการกระทำของบุคคลธรรมดาที่เป็น actus reus และมี mens rea ครบถ้วน และบุคคลธรรมดานั้นมีระดับเพียงพอที่จะถือเอาว่าการกระทำของเขานั้นเป็นของบริษัทได้ ก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำของนิติบุคคลด้วย ซึ่งหลักการนี้รู้จักกันในชื่อของ Identification Doctrine⁵⁸ หลักการนี้เป็นหลักที่พัฒนามาจากความรับผิดในทางแพ่งของนิติบุคคลในประเทศอังกฤษซึ่งนำมาปรับใช้ในคดีอาญาปรากฏขึ้นในคำพิพากษาคดี Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass โดย Lord Reid ได้กล่าวยืนยันหลักการนี้ไว้ว่า“ในกรณีบุคคลธรรมดาย่อมมีชีวิตจิตใจ จึงสามารถแสดงเจตนาและกระทำการโดยประมาทโดยสามารถแสดงออกมาได้ด้วยตนเอง แต่เนื่องจากนิติบุคคลไม่มีสิ่งเหล่านี้เลย จึงต้องกระทำผ่านบุคคลธรรมดา ดังนั้นบุคคลธรรมดาที่กระทำมิได้พูดหรือกระทำเพื่อบริษัท แต่ได้ทำในฐานะเป็นบริษัทเอง เมื่อเขาได้กระทำในฐานะบริษัท จึงไม่ใช่เป็นการรับผิดในการกระทำของผู้อื่น แต่บุคคลธรรมดานี้เป็นตัวตนของบริษัทเอง จึงอาจกล่าวได้ว่านิติบุคคลอาจได้ยินและพูดโดยผ่านเจ้าหน้าที่ของบริษัท แต่ทั้งนี้จะต้องอยู่ใน

⁵⁶ Jonathan Herring, *supra* note 51, p.124.

⁵⁷ C.M.V. Clarkson and H.M. Keating, Criminal Law : Text and Materials, 4ed. (London : Sweet and Maxwell ,1998),p.230.

⁵⁸ *Ibid*,p.232.

ขอบเขตที่เหมาะสม ดังนั้นจิตใจของบุคคลเหล่านี้ก็คือจิตใจของบริษัทเอง ดังนั้นถ้าเขามีจิตใจชั่วร้าย ย่อมถือเป็นจิตใจชั่วร้ายของบริษัทด้วย แต่มีปัญหาก็คือ จะต้องสืบให้รู้แน่ว่าเขาได้กระทำไปในฐานะอะไร ในฐานะตัวบริษัทเองหรือในฐานะคนใช้หรือตัวแทน ซึ่งในกรณีหลังนี้ก็จะกลายเป็นเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นไป⁵⁹

ดังนั้นหลักการนี้จึงถือว่าหากบุคคลธรรมดาผู้ซึ่งมีความสำคัญหรืออาวุโสที่พอจะถือว่าเป็น “จิตใจ” ของนิติบุคคลได้กระทำความผิดอาญาขึ้นซึ่งเป็นการกระทำภายในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล การกระทำ (actus reus) และจิตใจชั่วร้าย (mens rea) ของบุคคลธรรมดานั้นถือว่าการกระทำของนิติบุคคล นิติบุคคลจึงสามารถถูกระบุได้ว่ากระทำความผิดอาญา และต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญารัฐฐานนั้นโดยตรง⁶⁰ ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการรับผิดชอบในการกระทำของตัวนิติบุคคลเอง การพิจารณา actus reus และ mens rea ตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญานั้น ให้พิจารณาจากบุคคลธรรมดาที่กระทำแทนนิติบุคคลซึ่งจะจำกัดไว้เฉพาะบุคคลที่เป็นมันสมองหรือศูนย์กลางในการควบคุมนิติบุคคล หรือผู้บริหารระดับสูง หรือที่เรียกว่า “directing mind and will” เท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นความหมายที่ค่อนข้างแคบ คือ เฉพาะบุคคลที่มีอำนาจในการบริหาร ควบคุม และตัดสินใจเท่านั้น แต่เมื่อไม่นานมานี้ในคดีที่ขึ้นมาสู่ House of Lords⁶¹ ได้มีการเสนอว่าการใช้หลัก Identification นั้น ความหมายของคำว่า directing mind and will อาจขึ้นอยู่กับ การแปลความของกฎหมายเฉพาะ ดังนั้นกฎหมายลายลักษณ์อักษรบางฉบับจึงแปลความหมายของคำว่า directing mind and will ว่าเฉพาะการกระทำของคณะกรรมการบริหารเท่านั้นที่จะเพียงพอถือว่าเป็น directing mind and will ของนิติบุคคล ในขณะที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรบางฉบับก็อาจจะถือเอาการกระทำของลูกจ้างที่เป็นพวกทำงานเต็มเวลา (full-time employee's act) เป็นการกระทำของบริษัท เช่น คดี Meridian Global Funds Management Asia Ltd. V. Securities Commission 1995.⁶¹ ซึ่งเป็นการแปลความกฎหมายตาม Policy of section 20 of the Securities Amendment Act 1988. โดยถือว่าเป็นกฎหมายเฉพาะ

นักวิชาการบางท่านให้ความเห็นไว้ว่า หลักการนี้เป็นหลักความรับผิดชอบของบุคคลอื่นในรูปแบบจำกัด (“restricted version” of vicarious liability) เนื่องจากว่าความรับผิดชอบของนิติ

⁵⁹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41, น.40-41.

⁶⁰ C.M.V. Clarkson, “Corporate Culpability,”

<http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue2/clarkson2.html#Heading12>, July, 2009, p.5.

⁶¹ Jonathan Herring, *supra* note 51, p.125.

บุคคลตามหลักการดังกล่าวนี้จำเป็นต้องจำกัดไว้เฉพาะรับผิดชอบในการกระทำของผู้บริหาร หรือผู้จัดการอาวุโสเท่านั้น ซึ่งการจำกัดตัวบุคคลผู้กระทำความผิดนี้ส่งผลให้ในปัจจุบันการใช้ทฤษฎีนี้ปัญหาเกิดขึ้นอย่างมาก เนื่องจากว่าหลักการนี้จะใช้ได้ผลดีสำหรับนิติบุคคลที่มีขนาดเล็ก จึงไม่เพียงพอที่จะตอบสนองของความเป็นจริงของระบบการบริหารงาน การตัดสินใจของนิติบุคคลในปัจจุบันได้ ดังนั้น นักวิชาการจึงได้เสนอวิธีการหรือหลักการใหม่สำหรับการนำมาปรับใช้เนื่องความรับผิดชอบอาญาของนิติบุคคล

3) Aggregation Doctrine

จากปัญหาที่เกิดขึ้นจากหลัก Identification Doctrine หลัก Aggregation Doctrine จึงได้กลายมาเป็นทางเลือกหนึ่งของความรับผิดชอบอาญาของนิติบุคคล ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกหลักนี้ว่า Collective Knowledge Doctrine ตามหลักการนี้ถือเอาการกระทำของนิติบุคคลโดยถือเอาการกระทำและจิตใจของบุคคลที่รวมกลุ่มกันนั้นเป็นการกระทำของนิติบุคคล หลักการนี้ศาลสามารถรวมเอาสภาวะจิตใจและการกระทำของลูกจ้างของนิติบุคคลเข้ากันได้ และหากว่าทั้งหมดนั้นเพียงพอที่จะถือว่าเป็น mens rea สำหรับการกระทำความผิดอาญาได้แล้ว นิติบุคคลก็สามารถรับผิดชอบอาญาได้ด้วยเช่นเดียวกัน ถึงแม้ว่าจะไม่มีบุคคลใดที่มี mens rea ที่สมบูรณ์ก็ตาม หากนำหลักการนี้เชื่อมต่อกับหลัก Identification Doctrine ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นแล้วจะหมายความว่าเฉพาะแต่เพียงการกระทำและสภาวะจิตใจของบุคคลที่เป็น directing mind and will ของนิติบุคคลเท่านั้นที่สามารถนำมารวมกันได้ ทั้งนี้อธิบายโดยการยกตัวอย่างเช่น ถ้าในกรณีที่สามารถแสดงได้ว่าผู้จัดการคนหนึ่งของนิติบุคคลนั้นรู้ว่าเครื่องจักรชิ้นหนึ่งทำมาจากวัสดุที่ต่ำกว่ามาตรฐาน ผู้จัดการอีกคนหนึ่งรู้ว่าเครื่องจักรชิ้นนั้นทำให้เกิดอุบัติเหตุขึ้นในอดีต และอีกคนหนึ่งรู้ว่าระบบการทำงานนั้นไม่ปลอดภัย ดังนั้นการรวมกันของการรับรู้ของแต่ละคนเพียงพอที่จะจะสามารถเป็นคดีประมาทเป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายของนิติบุคคลได้หากว่ามีคนงานตายเนื่องจากอุบัติเหตุที่เกิดจากการใช้เครื่องจักรนั้น⁶²

แนวคิดของหลักการนี้นิติบุคคลสามารถมีความรับผิดชอบอาญาได้หากว่ามีการกระทำความผิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่รวมตัวกัน ซึ่งปัญหาของกรณีบุคคลที่รวมตัวกันนี้ก็คือจะหมายความว่าถึงใครบ้าง บางตำราได้อธิบายว่าเฉพาะบุคคลที่เป็น directing mind and will เท่านั้น แต่ทั้งนี้บางตำราก็ได้มีการอธิบายว่า แนวความคิดโดยรวมของหลักการ Aggregation ก็คือนิติบุคคลควรจะต้องมีความรับผิดชอบโดยตรง และโทษใดๆที่จะลงก็ต้องมีผลต่อตัวนิติบุคคลเอง ไม่ใช่

⁶² Ibid, p.125.

กลุ่มของบุคคลผู้ซึ่งกระทำการและสภาวะจิตใจที่รวมกันในนิติบุคคลนั้นๆ ประเด็นสำคัญก็คือการกระทำและสภาวะทางจิตใจที่ควรนำมารวมกลุ่มกัน การกระทำที่เป็นสาเหตุให้เกิดการกระทำผิดของนิติบุคคล โดยส่วนใหญ่ก็จะเป็นการดำเนินงานของลูกจ้างโดยทั่วไปของนิติบุคคล ถ้าสภาวะที่รวมกลุ่มกันนี้จำกัดเฉพาะพิจารณาบุคคลที่เป็น directing mind and will ของนิติบุคคล ขอบข่ายทฤษฎีสภาวะที่รวมกลุ่มกันนี้ก็จะไม่มีความแตกต่างจากหลักการของ Identification Doctrine⁶³ ข้อดีของหลักการนี้ก็คือน่าจะช่วยให้ในกรณีที่ไม่สามารถแยกได้ว่าบุคคลธรรมดาคนใดกระทำความผิดโดยมี mens rea แทนที่จะค้นหาว่าค้นหาว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิด เหมือนดังเช่นในหลัก Identification Doctrine แต่หลักการนี้ยังไม่ครอบคลุมถึงความเป็นจริงของการกระทำความผิดของนิติบุคคลว่าอาจจะไม่ได้เกิดจากการกระทำผิดของบุคคลธรรมดาแต่อาจเกิดจากการที่นิติบุคคลไม่มีระบบ โครงสร้าง หรือนโยบายที่จะป้องกันบุคคลธรรมดาไม่ให้กระทำความผิดนั้นได้⁶⁴

หลักการดังกล่าวได้รับการสนับสนุนในสถาบันการศึกษา แต่กลับถูกปฏิเสธจากการพิจารณาคดีของประเทศอังกฤษ ในคดี H.M. Coroner for East Kent, ex parte Spooner and Others 1989. โดย Bingham LJ. ได้กล่าวไว้ว่า ในกฎหมายไม่อนุญาตที่จะให้ลงโทษบุคคลใดโดยมีพื้นฐานอยู่ที่การรวมกันของ mens rea ของผู้อื่นด้วย ซึ่งในกรณีของนิติบุคคลเป็นก็เช่นเดียวกันไม่ว่าจำเลยจะเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา องค์ประกอบความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายนั้นจะต้องพิสูจน์ถึง mens rea และ actus reus ของความผิดต่อจำเลยโดยพยานหลักฐานที่เหมาะสมที่จะเชื่อได้ว่าเขากระทำความผิด ในกรณีพิสูจน์ต่อบุคคลธรรมดานั้นจำเลยไม่สามารถปกป้องตนเองได้ด้วยพยานหลักฐานของบุคคลอื่น ในกรณีต่อนิติบุคคลก็เช่นเดียวกันจะสามารถพิสูจน์ได้ด้วยเฉพาะแต่พยานหลักฐานที่เหมาะสมที่จะชี้ชัดแสดงได้ถึงการกระทำความผิดในส่วนของนิติบุคคลเองเท่านั้น⁶⁵ ซึ่งการปฏิเสธหลักการนี้ได้รับการยืนยันอีกในคดี P & O European Ferries (Dover) Ltd. และคดี Great Western Trains

4) Reactive Corporate Fault Doctrine

หลักการนี้ได้ถูกเสนอขึ้นโดย Brent Fisse และ John Braithwaite แนวคิดนี้จะมี ความแตกต่างจากหลักการอื่น เนื่องจากว่าหลักการนี้กำหนดไว้ว่าเมื่อการกระทำที่เป็นความผิด

⁶³ นลินธร ธิปดี, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 45 ,น.70.

⁶⁴ C.M.V. Clarkson and H.M.Keating, *supra* note 57,p.240.

⁶⁵ *Ibid*, pp.238-239.

เกิดขึ้นโดยหรือในนามนิติบุคคล (on behalf of a company) ศาลมีอำนาจในการสั่งให้นิติบุคคลให้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนให้แน่ชัดว่าบุคคลใดจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบและหลังจากนั้นต้องจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมต่อบุคคล และเป็นแนวทางปฏิบัติที่จะเป็นการประกันว่าความผิดนั้นจะไม่เกิดขึ้นอีก ถ้านิติบุคคลได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสม การกระทำความผิดทางอาญาก็จะไม่เกิดขึ้น ความรับผิดทางอาญาจะเกิดขึ้นได้ในนิติบุคคลถ้านิติบุคคลนั้นมีความล้มเหลว บกพร่องในการปฏิบัติตามคำสั่งศาลอย่างเพียงพอ ความรับผิดของนิติบุคคลจะไม่เกิดขึ้นทันทีที่เกิดเหตุขึ้น แต่ความรับผิดนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อมีความล้มเหลวในปฏิกิริยาตอบสนองที่เหมาะสมสำหรับการกระทำความผิดโดยลูกจ้างของนิติบุคคล⁶⁶ ซึ่งแนวทฤษฎีนี้จะมุ่งดูที่ปฏิกิริยาตอบสนองจากเหตุการณ์การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นว่าได้มีมาตรการที่จะเป็นการป้องกันไม่ให้เหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นอีกหรือไม่

5) Corporate mens rea Doctrine

หลักการนี้อยู่ภายใต้แนวคิดที่ว่านโยบายของนิติบุคคล และแนวปฏิบัติของนิติบุคคลขึ้นอยู่กับโครงสร้างการควบคุมภายในนิติบุคคล การกระทำของนิติบุคคลและนโยบายนั้นไม่ใช่การรวมกันของบุคคลธรรมดา แต่หมายถึงการกระทำของตัวนิติบุคคลเอง นิติบุคคลไม่มีจิตวิญญาณที่จะว่าร้าย หรือไม่มีร่างกายที่จะทำร้าย เฉพาะแต่บุคคลธรรมดาภายในตัวนิติบุคคลเท่านั้นที่สามารถกระทำความผิดได้ แต่นิติบุคคลสามารถแสดงสิ่งต่างๆ เหล่านี้ผ่านทางนโยบายของนิติบุคคล ดังนั้นจุดสำคัญที่ควรจะต้องมีความรับผิดชอบจึงควรจะเป็นตัวนิติบุคคลเอง แนวความคิดนี้จึงเป็นแนวคิดที่ให้นิติบุคคลมีความรับผิดโดยตรง ซึ่งได้รับการสนับสนุนในประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้ชื่อต่างๆ เช่น corporate ethos standard หรือ strategic mens rea และได้รับการเสนอในประเทศออสเตรเลีย และประเทศอังกฤษโดย Wells แนวคิดพื้นฐานของหลักการนี้อยู่ที่ว่าแนวคิดทฤษฎีอื่นๆ จะปฏิเสธความเป็นจริงเกี่ยวกับความสลับซับซ้อนของนิติบุคคล และความเป็นพลวัตของกระบวนการในนิติบุคคล โครงสร้าง เป้าหมาย วัฒนธรรม ซึ่งสามารถรวบรวม สนับสนุนหรือแม้แต่กระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดได้ ตามแนวคิดนี้ นิติบุคคลสามารถมีความนึกคิดเช่นเดียวกับความรับผิดของตัวแทน (agent) ผู้ซึ่งกระทำการผ่านพนักงาน และลูกจ้าง และ mens rea ของนิติบุคคลจะถูกพบในแนวปฏิบัติของนิติบุคคลหรือนโยบายของนิติบุคคล ยกตัวอย่างเช่น สำหรับความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตาย ถ้านิติบุคคลละเลยที่จะติดตั้งระบบรักษาความปลอดภัย ความประมาทอย่างร้ายแรงของนิติบุคคลสำหรับการกระทำ

⁶⁶ C.M.V.Ckarkson, *supra* note 60, p.6.

ความผิดจึงสามารถพบได้จากแนวทางการปฏิบัติของนิติบุคคลและการไม่มีนโยบายเกี่ยวกับระบบความปลอดภัยที่ดี ความประมาทโดยจงใจกับเจตนาอันสามารถพบได้จากนโยบายของนิติบุคคล ระบบการปฏิบัติการและการขาดคำเตือน ถ้าวัฒนธรรมของนิติบุคคลนั้นๆยอมให้หรือสนับสนุนให้เกิดการกระทำความผิดก็เป็นการง่ายที่จะอนุมานได้ว่านิติบุคคลมีการคาดเห็นความรับผิดที่จะเกิดจากอันตรายที่จะเกิดขึ้นด้วยตัวเอง จุดสำคัญของแนวคิดนี้คือ ไม่ดูว่าบุคคลธรรมดาในนิติบุคคลนั้นจะตระหนักหรือคาดเห็นอันตรายที่จะเกิดขึ้นหรือไม่ แต่ดูที่โครงสร้างที่เหมาะสมของนิติบุคคลและองค์การนั้นว่ามีความใส่ใจต่อความเสี่ยงภัยที่เห็นได้ชัดเจนนั้น⁶⁷ ซึ่งแนวคิดในการนำทัศนคติ นโยบาย วัฒนธรรมขององค์การมาใช้ในการพิจารณาถึงความรับผิดของนิติบุคคลนั้น ได้มีการยอมรับในหลายประเทศในปัจจุบัน เช่นประเทศออสเตรเลีย รวมถึงความรับผิดตามพระราชบัญญัติ Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 ของประเทศอังกฤษด้วย

2.2.5 ทฤษฎีการลงโทษนิติบุคคล

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษ ซึ่งวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามกฎหมายอาญาก็มีหลายประการด้วย รูปแบบของการลงโทษนั้นจะต้องถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้กระทบต่อสิ่งที่ผู้กระทำความผิดหวงแหน จึงจะถือว่าการลงโทษที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา ดังนั้นในหัวข้อนี้จะได้ทำการศึกษาถึงวัตถุประสงค์โดยทั่วไปของการลงโทษทางอาญา รวมทั้งรูปแบบของการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสมต่อนิติบุคคลด้วย

2.2.5.1 วัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญา

จากที่ได้ศึกษามาแล้วว่าประเทศอังกฤษเคยมีแนวคิดที่ว่าความประมาทธรรมดานั้นไม่ถือเป็นความผิดทางอาญาแต่เนื่องจากความประมาทนั้นเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อสังคมดังนั้นจึงได้กำหนดให้ความประมาทธรรมดาเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งเหตุผลที่ปรากฏในทางตำรากฎหมายไทยนั้นได้มีการอธิบายว่า ความประมาทถือเป็นความชั่วร้ายทางจิตใจที่ต้องปราบปรามด้วยโทษทางอาญา เป็นการกระทำที่จิตใจของผู้กระทำไม่นำพาและเฉยเมยต่อผลร้ายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน การลงโทษทางอาญาอาจมีผลเป็นการเตือนให้บุคคลใช้ความ

⁶⁷ Ibid, pp.8-10.

ระมัดระวังมากขึ้น⁶⁸ ดังนั้นในหัวข้อนี้จึงทำการพิจารณาเรื่องวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาทั้งนี้เพื่อที่จะได้นำมาพิจารณาว่าเหตุใดจึงควรที่ต้องลงโทษนิติบุคคลที่กระทำความผิดทางอาญาโดยประมาท ซึ่งวัตถุประสงค์ในการลงโทษแบ่งได้ดังนี้⁶⁹

1) การลงโทษเพื่อป้องกันโดยเฉพาะ เห็นว่ากฎหมายอาญาลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดอีก โดยการทำให้ผู้กระทำความผิดรับประสบการณ์จากการถูกลงโทษให้เข็ดหลาบอันจะทำให้ไม่อยากกระทำความผิดอีก

2) การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง โดยการทำให้ผู้กระทำความผิดเห็นโทษของการกระทำความผิดมากกว่าประโยชน์ และไม่เลือกกระทำความผิดอีก⁷⁰

3) การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู เป็นการเข้ามาตรวการในการแก้ไขผู้กระทำความผิดเพื่อที่จะคืนผู้กระทำความผิดให้กลับคืนสู่สังคม

4) การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งและป้องกันโดยทั่วไป ทฤษฎีนี้เป็นการลงโทษเพื่อให้ผู้อื่นได้เห็นโทษของการกระทำนั้น และเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิด

5) การลงโทษเพื่อสอนหรืออบรม

6) การลงโทษเพื่อแก้แค้น เป็นการลงโทษเพื่อแก้แค้น โดยเห็นว่าผู้กระทำความผิดนั้นควรได้รับการกระทำเช่นเดียวกันกับสิ่งที่ตนกระทำต่อผู้เสียหาย

2.2.5.2 รูปแบบของการลงโทษนิติบุคคล

จากที่กล่าวมาแล้วว่า การลงโทษบุคคลธรรมดาเพื่อให้ตอบสนองวัตถุประสงค์ของการลงโทษนั้น กฎหมายต้องกำหนดรูปแบบของการลงโทษให้กระทบต่อสิ่งที่บุคคลธรรมดามุ่งหวังและกฎหมายมุ่งจะคุ้มครอง ดังนั้นเมื่อนำมาพิจารณาถึงนิติบุคคล เนื่องจากว่านิติบุคคลนั้นต่างกับบุคคลธรรมดา การพิจารณาสิ่งที่นิติบุคคลมุ่งหวังนั้นจึงแตกต่างกัน ซึ่งสิ่งที่นิติบุคคลมุ่งหวังนั้นพอจะสรุปได้ ดังนี้

1) เสรีภาพในการประกอบกิจการ กล่าวคือ ในสภาพการทางเศรษฐกิจที่พัฒนาไปอย่างไม่หยุดยั้ง การมีอิสรภาพในการประกอบกิจการ ถือว่าเป็นสิ่งที่นิติบุคคลต้องการมากที่สุด

⁶⁸ จิตติ ดิงศภัทิย์, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น.251.

⁶⁹ Wayne R. La Fave, Criminal Law, 4th ed. (St.Paul, MIN : West, a Thompson business, 2003), pp.26-31 อ้างใน ปานรวี ชีวดีโสภณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.7-8.

⁷⁰ กษมา พรหมทัต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55, น.29.

และจะเป็นพื้นฐานให้นิติบุคคลมีสิ่งที่หวงแหนในลำดับต่อไป คือเสรีภาพในการหาทำไร หรือการประกอบกิจการ เสรีภาพในการระดมทุนขยายกิจการหรือเพิ่มผลผลิต เป็นต้น⁷¹

2) เสรีภาพในการมีสินทรัพย์หรือทรัพย์สิน เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาที่ต้องการการมีทรัพย์สิน นิติบุคคลก็เช่นเดียวกัน เนื่องจากการมีทรัพย์สินเงินทองนั้นเป็นสิ่งที่แสดงถึงความมั่นคงในกิจการ ดังนั้นนิติบุคคลจึงมุ่งที่จะแสวงหาทรัพย์สินเพื่อการดำรงกิจการของตนเอง

3) เสรีภาพในการมีเกียรติยศชื่อเสียง กล่าวคือ ในภาวะการแข่งขันทางธุรกิจในปัจจุบันจำเป็นต้องอาศัยชื่อเสียง เกียรติยศเป็นเครื่องช่วยให้เกิดความมั่นคงและสร้างความมั่นใจให้กับบุคคลทั่วไป ยิ่งนิติบุคคลมีชื่อเสียงก็จะช่วยทำให้การแสวงหาทำไรของนิติบุคคลนั้นสามารถจะกระทำได้ง่ายขึ้น⁷²

จะเห็นได้ว่าสิ่งที่นิติบุคคลหวงแหนนี้มีความแตกต่างจากบุคคลธรรมดา ทั้งนี้อาจเป็นเนื่องมาจากนิติบุคคลเป็นกลุ่มบุคคลที่รวมตัวกันขึ้นเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจ ไม่มีชีวิต ร่างกาย และจิตใจ ดังนั้นรูปแบบในการลงโทษนิติบุคคลเพื่อให้กระทบต่อสิ่งที่หวงแหนเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลธรรมดาแล้วอาจกำหนดรูปแบบได้ดังนี้

1) การลงโทษที่กระทบต่อเสรีภาพ

การลงโทษที่กระทบต่อเสรีภาพ ในกรณีบุคคลธรรมดานั้นการลงโทษที่มีผลกระทบต่อการเสรีภาพก็คือ การจำคุก และการกักขัง ถือว่าเป็นการลงโทษที่ตัดบุคคลนั้นออกจากสังคมชั่วคราว ซึ่งการลงโทษโดยการจำคุกและกักขังนั้นก็ไม่สามารถนำมาใช้กับนิติบุคคลได้ แต่ทั้งนี้ได้มีแนวคิดในการลงโทษนิติบุคคลโดยการห้ามประกอบกิจการ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการลงโทษที่กระทบต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการของนิติบุคคล ส่วนกรณีของการยุบกิจการนั้นก็อาจถือได้ว่ามีผลกระทบต่อเสรีภาพเช่นกัน เนื่องจากการตัดนิติบุคคลนั้นออกจากสังคมเป็นการถาวร

2) การลงโทษที่กระทบต่อทรัพย์สิน

การลงโทษที่กระทบต่อทรัพย์สินนั้น ได้แก่ โทษปรับ และริบทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการลงโทษที่จะกระทบต่อสิ่งที่บุคคลธรรมดาหวงแหน คือทรัพย์สิน ส่วนนิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลแยกออกจากบุคคลธรรมดา มีสิทธิในการถือครองทรัพย์สินได้ ดังนั้นทรัพย์สินจึงเป็นสิ่งที่นิติบุคคลหวง

⁷¹ อภิวรรณ โพธิ์บุญ อักษรสุวรรณ, “ความผิดที่กระทำโดยนิติบุคคล : ศึกษาเฉพาะโทษที่จะลงแก่นิติบุคคล”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), น.22.

⁷² เฟิงอ้าง

แทนเช่นเดียวกัน ดังนั้น โทษปรับและริบทรัพย์สินนี้จึงสามารถใช้บังคับได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล

3) การลงโทษที่กระทบต่อชื่อเสียง

ชื่อเสียงเป็นสิ่งสำคัญในการประกอบธุรกิจ ซึ่งหมายถึงความน่าเชื่อถือของนิติบุคคล ดังนั้นแนวคิดในการลงโทษนิติบุคคลในปัจจุบันจึงได้มีการลงโทษเพื่อให้มีผลกระทบต่อชื่อเสียงมากขึ้นโดยการประกาศ หรือเผยแพร่ความผิดของนิติบุคคลนั้นผ่านสื่อต่างๆ เช่น หนังสือพิมพ์ เป็นต้น

2.3 นิติวิธีที่ใช้ในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล

นิติวิธี (juristic method) หรือวิธีการทางกฎหมายนี้ หมายถึง แนวความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อปฏิกิริยาของกฎหมาย และวิธีศึกษา วิธีใช้ และบัญญัติกฎหมายของนักกฎหมายโดยทั่วไป⁷³ นิติวิธีนั้นเป็นสิ่งที่แทรกซึมอยู่กับตัวกฎหมาย ไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ นิติวิธีมีลักษณะเป็นแนวความคิดที่ฝังอยู่ในระบบกฎหมายจนเป็นแบบฉบับในทางกฎหมายของระบบกฎหมายนั้น ในการศึกษากฎหมายมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงนิติวิธีของระบบกฎหมายของประเทศนั้นๆ เนื่องจากนิติวิธีเป็นเครื่องมือที่จะสามารถทำให้การปรับใช้กฎหมายนั้นเป็นไปอย่างถูกต้อง ในการปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลก็เช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงต้องทำการศึกษาในเรื่องดังกล่าวเพื่อนำมาเป็นข้อพิจารณาและแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในส่วนนี้ของประเทศไทยได้อย่างถูกต้องตามนิติวิธี

2.3.1 ประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

ระบบคอมมอนลอว์ มีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์มาจากขนบธรรมเนียมประเพณีในสมัยแองโกล-แซกซอน แต่เมื่อสังคมเจริญขึ้น ขนบธรรมเนียมประเพณีเริ่มลดบทบาทลงโดยทั่วไปอาจกล่าวได้ว่าในสังคมที่เจริญแล้วกฎหมายจะมีที่มาจาก 3 แหล่ง คือกฎเกณฑ์ที่

⁷³ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมา และหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 15.

ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แนวคำวินิจฉัยของศาล และจากตำราและความเห็นของผู้มีวิชาชีพ⁷⁴ แต่ทั้งนี้เนื่องจากระบบคอมมอนลอว์ไม่ได้มีการรวบรวมเอากฎหมายจารีตประเพณีมาบันทึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายลายลักษณ์อักษรในประเทศอังกฤษเพิ่งจะเริ่มมีขึ้นในระยะก่อนศตวรรษที่ 15 ซึ่งไม่ถือเป็นบ่อเกิดสำคัญ บ่อเกิดที่สำคัญของระบบนี้คือ คำพิพากษาของศาล⁷⁵ การศึกษาถึงนิติวิธีของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น จะต้องทำการศึกษาจากทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อบ่อเกิดกฎหมายควบคู่กันไป โดยจะได้ทำการศึกษาในส่วนของบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญ 2 บ่อเกิด ดังนี้

1) หลักจากคำพิพากษา

บ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในระบบคอมมอน ลอว์ คือ หลักกฎหมายในคำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นการสืบทอดมาจากระบบศาลหลวงที่ถือว่าเหตุผลที่ได้จากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงเป็นกฎหมายที่ดีที่สุดสำหรับการตัดสินข้อพิพาท หลักจากคำพิพากษานี้ นำมาจากคำพิพากษาต่างๆตามเหตุผลธรรมดาที่มีอยู่ในพื้นจิตใจของมนุษย์ ประกอบกับเหตุผลซับซ้อนที่นักกฎหมายได้คิดปรุงแต่งขึ้น เป็นหลักกฎหมายที่มาจากการพิจารณาจากคำพิพากษาหลายๆเรื่อง เกิดขึ้นจากการใช้เหตุผลของนักกฎหมายเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทอย่างเป็นธรรม⁷⁶ การแก้ปัญหาในคอมมอนลอว์ได้นำเอาหลักเกณฑ์และเหตุผลจากคำพิพากษามาปรับใช้ ดังนั้น คำพิพากษาต่อมาในกรณีอย่างเดียวกันย่อมต้องตัดสินตามแนวคำพิพากษาก่อนๆ เสมอ⁷⁷ ระบบนี้จึงเป็นระบบที่ผูกพันตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน ซึ่งเป็นระบบที่ว่า ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน ผู้พิพากษาของคอมมอนลอว์มีสิทธิเต็มทีและมีบทบาทสำคัญมากจนกระทั่งเรียกระบบกฎหมายนี้ว่า “judge made law” ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าคำพิพากษาของศาลคอมมอนลอว์นั้น นอกจากจะมีบทบาทในการปรับใช้กฎหมายแล้วยังมีบทบาทในการวางหลักนิติวิธีทางกฎหมายด้วย⁷⁸

⁷⁴ สุนัย มโนมัยชุม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 233.

⁷⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), น. 121.

⁷⁶ เพ็ญอ้าง, น. 120.

⁷⁷ เพ็ญอ้าง, น. 122.

⁷⁸ กิตติศักดิ์ ปรกิติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 73, น. 70-71.

ในช่วงแรกของประวัติศาสตร์ผู้พิพากษาจะเป็นผู้สร้างกฎหมายและนิยามความผิดอาญาต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นความผิดร้ายแรงและความผิดอาญาไม่ร้ายแรง ต่อมาอำนาจผู้พิพากษาในการบัญญัติว่าการกระทำความผิดใดเป็นความผิดอาญาได้ดำเนินไปอย่างมาก ดังนั้นความผิดใหม่จึงได้เกิดขึ้นมาเรื่อยๆ เช่น ความผิดฐานสมคบ ความผิดฐานปลอมแปลง เป็นต้น ทั้งนี้ผู้พิพากษายังคงถือว่าการกระทำใดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนถือว่าอยู่ในข่ายความผิดอาญาทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ตามในบางครั้งศาลอังกฤษก็ได้ปฏิเสธที่จะพิพากษาว่าการกระทำบางอย่างซึ่งมีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมเป็นความผิดอาญา ซึ่งบางครั้งได้ก่อให้เกิดความสงสัยว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้มีโอกาเข้ามาแทรกแซงโดยการกำหนดความผิดฐานต่างๆ เช่น ความผิดฐานฉ้อโกง ยักยอก เป็นต้น ในช่วงศตวรรษที่ 19 กระบวนการบัญญัติความผิดโดยศาลก็มีจำนวนน้อยลง⁷⁹ ซึ่งในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าศาลอังกฤษจะไม่กำหนดความผิดใหม่⁸⁰ ขึ้นมา ถึงแม้ว่าในทางทฤษฎีศาลยังมีอำนาจอยู่ และในการกำหนดความผิดของศาลนั้นปัจจุบันก็กำหนดได้เฉพาะความผิดอาญาไม่ร้ายแรง ส่วนความผิดอาญาร้ายแรงนั้นไม่มีอำนาจกำหนด⁸⁰

2) บทกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute Law)

กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง แต่อย่างไรก็ตามด้วยความเจริญเติบโตทางการค้า เศรษฐกิจในปัจจุบันทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความสำคัญมากขึ้น เนื่องจากมีความจำเป็นที่ต้องใช้กฎหมายที่ควบคุมสังคมที่มีความซับซ้อนมากขึ้นและกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นไม่พัฒนาตาม แต่นักกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นก็มักคัดค้านต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่แตกต่างจากนักกฎหมายซีวิลลอว์ คือ เห็นว่ากฎหมายที่เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเป็นสิ่งแปลกปลอมและผิดปกติ ผู้พิพากษามักจะถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

⁷⁹ ตัวอย่างเช่น ในค.ศ.1930 มีคดีสำคัญที่ขึ้นสู่ศาลแล้วเกิดปัญหาโต้เถียงกัน คือ คดี Rex V. Manlay จำเลยได้แจ้งกับเจ้าหน้าที่ตำรวจว่าถูกปล้นทรัพย์ซึ่งเป็นความจริง ซึ่งในขณะนั้นไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดว่าเป็นความผิด และไม่มีบรรทัดฐานของคำพิพากษาเช่นกัน แต่ทั้งนี้ศาลในคดีดังกล่าวก็ได้วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา โดยบัญญัติฐานความผิดขึ้นมาใหม่ คือ public mischief

⁸⁰ “กฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศในสกุลกฎหมายคอมมอนลอว์”, เอกสารการสอนชุดวิชา ระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช น. 359-360.

มีฐานะต่ำกว่าที่ผู้พิพากษาได้วางหลักไว้ ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้มีการยอมรับเข้าสู่ระบบอย่างจริงจังจนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลใดศาลหนึ่งได้นำบทบัญญัตินั้นไปปรับใช้บังคับเสียก่อน และเมื่อศาลได้นำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้ครั้งหนึ่งแล้วหากเกิดข้อพิพาททำนองเดียวกันอีกในภายหลัง ศาลที่พิจารณาคดีก็จะอ้างคำพิพากษาที่เคยปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเรื่องนั้นมากกว่าที่อ้างตัวบทกฎหมายเสียอีก⁸¹ ความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นถือเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องเฉพาะราว ดังนั้นกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่แล้วเท่านั้น⁸²

การออกกฎหมายโดยรัฐสภาโดยเฉพาะกฎหมายอาญา จะมีการออกมา 3 ลักษณะ คือ⁸³

1) กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกมาเป็นกฎหมายทั้งหมด เช่นเป็นการกำหนดความผิดฐานใหม่ขึ้นมาทั้งหมด ซึ่งในกรณีเช่นนี้กฎหมายนี้จะไม่กระทบต่อกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีอยู่แล้ว แต่เมื่อศาลเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย ฉะนั้นเมื่อศาลบังคับใช้ พ.ร.บ. ฉบับใด คำพิพากษาคงบังคับนั้นก็มักจะเป็นการตีความ พ.ร.บ. และคำพิพากษาดังกล่าวก็จะผูกพันคดีอื่นที่มีภายหลัง และในคดีหลังศาลจะอ้างคำพิพากษามากกว่า พ.ร.บ. ซึ่งตรงจุดนี้มิใช่การใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ เพราะเป็นการใช้กฎหมายโดยการตีความพ.ร.บ. ที่ออกโดยรัฐสภา

2) ฝ่ายนิติบัญญัตินำคำพิพากษาที่กระจัดกระจายมาสรุป โดยนำเอากฎหมายคอมมอนลอว์มารวมเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยออกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในรูป พ.ร.บ. กรณีเช่นนี้เวลาศาลบังคับใช้กฎหมาย ศาลจะตีความว่าพ.ร.บ. ฉบับนั้นๆ มิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะลบล้างกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่มีอยู่เดิม ฉะนั้นเวลาใช้กฎหมายศาลจึงอ้างคำพิพากษาที่เก่าแต่เดิม

3) นำเอากฎหมายจารีตประเพณีเดิมที่ไม่ถูกต้อง ไม่เป็นธรรม ล้าสมัย มาแก้ไขปรับปรุง ในกรณีเช่นนี้รัฐสภาจะร่างกฎหมายออกมาอย่างรัดกุม ไม่เปิดโอกาสให้ศาลตีความได้

⁸¹ กิตติศักดิ์ ปรกิติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 73 ,น.74.

⁸² ปรีดี เกษมทรัพย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75, น.118.

⁸³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “รายงานวิจัย เรื่อง ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล: ศึกษาเพื่อหาข้อเสนอทางนิติวิธีสำหรับประเทศไทยโดยเปรียบเทียบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศส” มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551, น. 47.

มิเช่นนั้นศาลก็ตีความตามข้อ 2) เพราะกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวก็ถูกวางหลักโดยศาลนั่นเอง

2.3.2 ประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้พัฒนาสืบทอดมาจากกฎหมายโรมัน โดยพัฒนามาจากหลักเกณฑ์จารีตประเพณี มาเป็นหลักการที่เป็นระบบ พัฒนามาเป็นกฎหมายทั่วไปโดยใช้เหตุผลไปปรุงแต่งสรุปขึ้นมาจากหลักเกณฑ์เฉพาะเรื่อง ซึ่งพัฒนาการของระบบกฎหมายนี้แบ่งออกได้เป็น 3 ช่วง คือ ช่วงสมัยโรมัน ประชาชนชาวโรมันได้ยึดถือแบบอย่างของจารีตประเพณีอย่างเคร่งครัด เนื่องจากถือว่าเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ จนกระทั่งได้มีการนำกฎข้อบังคับของจารีตประเพณีนั้นมาบัญญัติเป็นกฎหมาย ซึ่งจากความเชื่อในความศักดิ์สิทธิ์ของจารีตประเพณีที่ถือกันมาทำให้ชาวโรมันมีทัศนคติที่ถือความศักดิ์สิทธิ์ของตัวอักษรที่บันทึกอย่างเคร่งครัดไปด้วย จึงมีผลทำให้ผู้ปรับใช้กฎหมายต้องปรับใช้ด้วยความเคารพและระมัดระวัง โดยถือตามข้อความที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ แต่เมื่อมีกรณีที่ไม่ตรงตามตัวอักษรโดยตรงก็ค่อยๆ มีการตีความเพื่อหาความหมายที่แท้จริง ซึ่งเป็นจุดกำเนิดของศาสตร์แห่งการตีความ⁸⁴ ขึ้นมา ต่อมาในสมัยกลางระบบกฎหมายได้เสื่อมลง แต่เนื่องจากในช่วงต่อมาได้มีการขยายตัวทางการค้าเพิ่มขึ้น ชนชั้นกลางจึงได้นำเอาระบบกฎหมายของโรมันกลับมาศึกษา โดยในช่วงระยะเวลานี้ได้มีการพัฒนาการตีความเพิ่มขึ้น จนกระทั่งเข้าสู่สมัยใหม่ เป็นช่วงที่มีความเชื่อมั่นในเรื่องของเหตุผล ได้ปฏิเสธระบบการปกครองแบบเก่า โดยมีความเชื่อว่าการบัญญัติกฎหมายจะเป็นเครื่องมือในการสร้างสังคมใหม่ ทำให้เกิดแนวความคิดในการบัญญัติประมวลกฎหมายขึ้นมา ซึ่งเริ่มต้นในประเทศฝรั่งเศส และต่อมาก็ได้มีการบัญญัติขึ้นในประเทศต่างๆ เพิ่มขึ้นเรื่อยๆ จากประวัติศาสตร์ที่มาของระบบซีวิลลอว์นั้น ทำให้นักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์มีทัศนคติต่อที่มาของกฎหมายดังนี้

1) บทบัญญัติแห่งกฎหมาย นักกฎหมายซีวิลลอว์ถือว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับแรก เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ผู้ปรับใช้กฎหมายจะวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้น แล้วหาประเด็นอันเป็นปัญหา จากนั้นจึงอ้างหลักเกณฑ์จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหานั้นมาปรับใช้แก้กรณีพิพาทโดยวิธีการ

⁸⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 73, น. 23.

ตีความกฎหมาย ด้วยความเชื่อเป็นเบื้องต้นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมทรงไว้ซึ่งหลักแห่งเหตุผลและความเป็นธรรมอยู่ในตัวของมันเอง⁸⁵

2) จารีตประเพณี ถือเป็นบทกฎหมายลำดับรองปัจจุบันได้ลดบทบาทลงไปอย่างมาก

3) คำพิพากษาของศาล ในระบบซีวิลลอว์ตัวบทกฎหมายถือว่าเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมาย ศาลมีหน้าที่ต้องเคารพบทบัญญัติอันเป็นที่รวมของหลักการและเหตุผลของกฎหมายเสมอ ซึ่งอาจมีบางกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ตรงทุกประการ ศาลจึงมีหน้าที่ตีความกฎหมาย ดังนั้นจึงถือว่าคำพิพากษาของศาลมีความสำคัญในฐานะเป็นตัวอย่างของการปรับใช้กฎหมาย แต่คำพิพากษาของศาลไม่ใช่ที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายโดยแท้ ทั้งไม่ใช่ตัวบทกฎหมายและจะขัดหรือกำล้งขอบเขตของบทบัญญัติกฎหมายไม่ได้⁸⁶ แต่อย่างไรก็ตาม การที่ศาลตัดสินคดีตามคำพิพากษาที่มีมาก่อนนั้นเพราะถือว่าเป็นตัวอย่างในการปรับใช้กฎหมายนั่นเอง ไม่มีสภาพบังคับแต่อย่างใด

4) หลักกฎหมายทั่วไป ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เชื่อว่ามีหลักการทางกฎหมายแทรกอยู่ในตัวบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นหลักการแห่งเหตุผลที่ดำรงอยู่ในบทบัญญัติทั้งหลาย บทกฎหมายย่อมแฝงด้วยความเป็นธรรมดังนั้นบทบัญญัติใดที่ฝ่าฝืนความเป็นธรรมจึงไม่สามารถบังคับได้ นักกฎหมายจึงมีหน้าที่อุดช่องว่างนี้ด้วยหลักความเป็นธรรม ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปที่ระบบกฎหมายปัจจุบันยอมรับกันก็คือ หลักสุจริตเป็นต้น⁸⁷

⁸⁵ เพิ่งอ้าง, น. 32.

⁸⁶ เพิ่งอ้าง, น. 35.

⁸⁷ เพิ่งอ้าง, น. 37-39.