

บทที่ 4

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายเปรียบเทียบ

ในกฎหมายเปรียบเทียบนั้นมีระบบกฎหมายที่ยอมรับกัน 2 ระบบก็คือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ การศึกษาประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายเปรียบเทียบนั้น จึงศึกษาในกรอบของความแตกต่างของ 2 ระบบนี้ โดยในส่วนของซีวิลลอว์นั้นผู้เขียนจะศึกษาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน ทั้งแนวทฤษฎีและคำวินิจฉัยของศาล ส่วนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นจะศึกษาในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา ในส่วนของทฤษฎีและคำพิพากษา

1. ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นระบบกฎหมายที่ได้รับสืบทอดมาจากกฎหมายโรมันและได้รับการพัฒนามาโดยนักนิติศาสตร์ยุโรป จากหลักเกณฑ์ทางจารีตประเพณีของชาวโรมัน ซึ่งถือเป็นกฎหมายศักดิ์สิทธิ์และมีลักษณะแยกย่อยเฉพาะเรื่องเฉพาะราว กลายเป็นหลักการที่เป็นระบบ มีเหตุผลและสอดคล้องทำความเข้าใจกัน ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ก็ได้รับสืบทอดมาจาก หลัก Culpa Lata ของกฎหมายโรมัน แต่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์แต่ละประเทศก็มีหลักการใช้ต่างกัน ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาวิวัฒนาการ ความหมาย วิธีการวินิจฉัย และแนวคำวินิจฉัยของศาลซึ่งเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในความรับผิดชอบละเมิดตามระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เพราะว่าในระบบกฎหมายอาญาฝรั่งเศสไม่ได้มีการแบ่งแยกประเภทความประมาทไว้ แต่ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น จะศึกษาถึงวิวัฒนาการ ความหมาย วิธีการวินิจฉัย และแนวคำวินิจฉัยของศาลของความประมาทอย่างร้ายแรงในทางอาญากับความรับผิดชอบละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

1.1 ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คือ ความผิดอย่างร้ายแรง *faute lourde* โดยในระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะเป็นที่รู้จักกันว่าเป็นประเภทหนึ่งของความประมาทเลินเล่อ แต่ในระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ไม่ได้ใช้ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงกันอย่างแพร่หลายมากนัก ส่วนในระบบกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้นผู้เขียนไม่พบว่าได้มีการแบ่งประเภทความประมาทเหมือนดังเช่นการแบ่งประเภทความประมาทเลินเล่อในระบบกฎหมายแพ่ง ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงขออธิบายถึงความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น โดยผู้เขียนจะศึกษาถึงความหมายหลักเกณฑ์การวินิจฉัย และแนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในความรับผิดชอบเพื่อละเมิด

1.1.1 ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 6 หลังจากจักรวรรดิโรมันได้ล่มสลาย ยุโรปได้แตกแยกการปกครองออกเป็นเมืองแคว้นๆ มีเจ้าเมืองปกครองในระบบศักดินา ความเจริญก้าวหน้าทางด้านการค้าวิทยาการไม่ค่อยได้รับการพัฒนาและมีการติดต่อกันน้อยกฎหมายที่ใช้ก็เป็นกฎหมายท้องถิ่น (*feudal law*) ในยุคนี้นี้แต่ความเสื่อมโทรมทั้งการค้าและวิทยาการ ศาสนามีอำนาจเหนือราชอาณาจักร การศึกษาและวิทยาการถูกจำกัดเฉพาะสอนกันในโบสถ์โดยเน้นไปที่การปลูกฝังแนวความคิดคริสต์ศาสนาเป็นหลัก ยุคนี้จึงเรียกได้ว่าเป็นยุคมืด (*Dark Age*) ของยุโรป

ต่อมาสมัยยุโรปยุคกลางได้ค่อยๆเสื่อมสลายเลือนหายไปจากประวัติศาสตร์โดยเริ่มตั้งแต่ ค.ศ.1500 โลกก็เริ่มเข้าสู่ยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (*Renaissance*) ซึ่งเริ่มในประเทศอิตาลีเป็นแห่งแรก โดยเป็นการฟื้นฟูศิลปวิทยาการ วรรณคดี ปรัชญา และกฎหมาย¹ สำหรับการรื้อฟื้นกฎหมายโรมันนั้นมีศูนย์กลางอยู่ที่มหาวิทยาลัย Bologna ตั้งอยู่ทางตอนเหนือของประเทศอิตาลี โดยมีการนำเอาประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนเท่าที่ค้นพบได้มาเป็นหลักในการศึกษา หลักกฎหมายละเมิดของโรมันจึงได้เริ่มฟื้นตัวขึ้นมาและแพร่หลายไปในยุโรปยุคนี้

¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา ภาคสอง : บทนำทางประวัติศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เด็อนตุลา จำกัด, 2546) , น. 163.

ในราวศตวรรษที่ 17 ปรัชญาของนักกฎหมายสำนักธรรมชาติ ได้รับความนิยมนอย่างแพร่หลาย โดยนักกฎหมายธรรมชาติเชื่อว่า กฎหมายมีที่มาจากเหตุผล (reason) โดยเหตุผลนี้จะมีลักษณะเป็นเหตุผลที่ถูกต้อง สอดคล้องกับธรรมชาติ มีความเป็นสากล และมนุษย์สามารถรับรู้ได้เอง ท่าน Hugo Grotius นักกฎหมายธรรมชาติท่านหนึ่งได้กล่าวว่า “บ่อเกิดแห่งข้อเรียกร้องทางกฎหมายมีอยู่ 3 ประการ คือ สัญญา ละเมิด และกฎหมายบัญญัติไว้ สำหรับละเมิดนั้น หมายถึง ความผิด (fault) ไม่ว่าด้วยการกระทำหรือละเว้นการกระทำในสิ่งที่บุคคลไม่ควรกระทำ โดยเทียบกับบุคคลทั่วไปหรือผู้ประกอบการวิชาชีพ เมื่อความผิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย นั้นตามกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวได้เกิดมีขึ้น ทำให้ต้องมีการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหาย”²

ต่อมาในสมัยศตวรรษที่ 17 และศตวรรษที่ 18 แนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในประเทศฝรั่งเศสเกิดขึ้นครั้งแรกจากสำนักกฎหมายธรรมชาติโดย Jean Domat นักกฎหมายธรรมชาติชาวฝรั่งเศสเป็นผู้วางหลักทั่วไปโดยการนำเอาแนวคิดเรื่องความผิด (faute) ที่เป็นหลักการพื้นฐานความรับผิดชอบในทางแพ่งของกฎหมายฝรั่งเศสนี้มาสร้างเป็นหลักทั่วไปว่า การกระทำของบุคคลใดก็ตามหากเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น บุคคลผู้กระทำการนั้นจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้น หากเขากระทำให้เกิดความเสียหายนั้นด้วยความจงใจ (willfully) หรือประมาทเลินเล่อ (negligently)³ ต่อมาแนวความคิดของทั้ง ท่าน Hugo Grotius และ ท่าน Jean Domat ดังกล่าวมีอิทธิพลในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Napoleonic codification) ในศตวรรษที่ 19 และได้รับการยกย่องว่าเป็นประมวลกฎหมายสมัยใหม่ที่เป็นระบบ อันเกิดจากการผสมผสานแนวความคิดนักกฎหมายธรรมชาติของฝรั่งเศส และเป็นแบบอย่างของประเทศต่างๆ ในการร่างประมวลกฎหมายของตนขึ้นใช้ ดังปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเรื่องบททั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดตามมาตรา 1382 และมาตรา 1383 ความว่า ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเขาไม่ว่า

² เพชรน้อย สรรคบุรานุรักษ์, “ความมิชอบด้วยกฎหมายในละเมิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น. 35.

³ Ryan, Kevin William, An Introduction to the civil law, (Sydney : The Law book, 1962), p. 110.

เขาจะได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ⁴ โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นได้มีการแบ่งแยกความประมาทออกเป็น 2 ประเภทก็คือ ความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา และความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาถึงพื้นฐานหลักประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง วิธีการวินิจฉัยหลักประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และแนวคำวินิจฉัยของศาล

1.1.1.1 พื้นฐานหลักประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะถูกอธิบายว่าเป็น ความผิดอย่างร้ายแรง *faute lourde* ซึ่งเป็นความผิดชนิดหนึ่งในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยความผิดนี้เป็นความผิดที่อยู่เหนือกว่าความผิดธรรมดา โดยก่อนมีการออกประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ในเรื่องความรับผิดทางละเมิดนั้นได้รับอิทธิพลของกฎหมายโรมัน จึงได้มีการแบ่งแยกความผิดออกเป็น 3 ชนิด ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของความผิดนั้น คือ⁵

1. ความผิดที่ร้ายแรง *la culpa lata* ซึ่งเป็นความผิดที่แม้บุคคลไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างใดเลย (*home moins soigneux*) ก็ไม่อาจกระทำเช่นนั้น

2. ความผิดที่เบา *la culpa levis* ซึ่งเป็นความผิดชนิดที่บุคคลใช้ความระมัดระวังอย่างธรรมดา (*home soigneux*) ก็จะไม่กระทำเช่นนั้น

3. ความผิดชนิดเบามาก *la culpa levissima* ซึ่งเป็นความผิดที่บุคคลใช้ความระมัดระวังอย่างที่สุดแล้ว (*l'home tressoigneux*) จะไม่ทำเช่นนั้น

ระดับความรับผิดทั้ง 3 ชนิดจะใช้เมื่อใดขึ้นอยู่กับลักษณะของหนี้แต่ละชนิด กล่าวคือ หนี้ที่ทำเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ฝ่ายเดียว ลูกหนี้จะรับผิดก็ต่อเมื่อทำความผิดอย่างร้ายแรง ถ้าเป็นหนี้ที่ทำเพื่อประโยชน์แก่ลูกหนี้และเจ้าหนี้ทั้งสองฝ่าย ลูกหนี้จะรับผิดก็ต่อเมื่อทำความผิดอย่างเบา ถ้าเป็นหนี้ที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ลูกหนี้ฝ่ายเดียว ลูกหนี้จะต้องรับผิดแม้ลูกหนี้ทำความผิดอย่างเบามาก

แต่อย่างไรก็ตามแม้นักนิติศาสตร์ในระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะได้มีการแบ่งแยกระดับความรับผิดทางละเมิดออกเป็น 3 ระดับ แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสก็ไม่ได้มี

⁴ Amos, Sir Maurice Sheldon , Amos & Walton's introduction to French law, Third edition , (Oxford University Press, 1974) , p. 203.

⁵ จี๊ด เศรษฐบุตร , หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2549) , น. 124.

การจำกัดนิยามหรือความหมายของคำว่าประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ การศึกษาความหมายของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น จึงต้องศึกษาจากการให้ความเห็นของนักนิติศาสตร์หลายท่านดังต่อไปนี้

ท่าน Treitel ได้อธิบายความหมายของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า ความผิดที่ร้ายแรงอันมีลักษณะเสมือนเทียบเท่าเป็นการฉ้อฉล (fraud) ซึ่งการฉ้อฉลในที่นี้คือการจงใจกระทำความผิดและการกระทำที่ไม่มีความสุจริตโดยข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นในขณะเกิดเหตุจะเป็นสิ่งที่ใช้บอกถึงระดับความร้ายแรงของความประมาทเลินเล่อ⁶

ท่าน Andre Tunc อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คือการไม่ใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อยจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น อันมีลักษณะใกล้เคียงกับความจงใจที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ก็มีแตกต่างกับจงใจในสิ่งที่เป็นลักษณะของความชั่วร้ายในจิตใจ กล่าวคือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ใช่เป็นการกระทำโดยมีเจตนาที่เป็นสิ่งชั่วร้ายที่จะทำให้บุคคลอื่นเสียหาย แต่การกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะเป็นการกระทำด้วยความไม่ใส่ใจที่จะใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อยในการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นขึ้น⁷

ท่าน Patrice Jourdain อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ก็คือความผิดอย่างร้ายแรงที่เกิดจากการผิดพลาดจากความประพฤตินิยมชอบ (couduite grossiere) ในทางสัญญาซึ่งถูกกำหนดว่าเป็นความประมาทอย่างเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่ลูกหนี้ไม่สามารถปฏิบัติตามหนี้ในทางสัญญาได้⁸

⁶ G.H.Treitel , Remedies for breach of contract , (London : Clarendon Press,1991) , p. 146.

⁷ The International Association of Legal Scient , International Encyclopedia of Comparative Law , (Vol 11 Torts Chapter 1-2 chief ed. By Andre tunc,Tubigeen, J.C.B.Mohr Paul Siebeck, 1978) , p. 32.

⁸ Patrice Jourdain , Les principes de la responsabilite civile , fifth edition (Paris : Dalloz,2000) , p. 65.

ท่านศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ท่านอธิบายว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า ความผิดร้ายแรงอันเป็นลักษณะความผิดที่แม้บุคคลที่ไม่ใช่ความระมัดระวังอย่างใดเลยก็อาจจะไม่กระทำเช่นนั้น⁹

จะเห็นว่า จากความเห็นของนักนิติศาสตร์หลายท่านดังกล่าวนี้ จึงสามารถสรุปได้ว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า ความผิดอย่างร้ายแรง-faute lourde อันมีลักษณะเป็นการไม่ใช้ความระมัดระวังแม้เพียงเล็กน้อยในการทำให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิตและทรัพย์สินและมีความร้ายแรงเสมือนเท่ากับการจงใจกระทำความผิดหรือความไม่สุจริต (bad faith)

นอกจากนี้ความผิดอย่างร้ายแรง faute lourde ยังเป็นความผิดที่อยู่จุดกึ่งกลางระหว่างความผิดธรรมดา faute simple และความผิดที่จงใจ faute intentionnelle โดยความผิดอย่างร้ายแรง faute lourde นั้นเป็นยอมรบกัันโดยทั่วไปว่ามีความร้ายแรงเสมือนกับความข้อฉลด้วยเหตุผล 2 ประการคือ ประการแรกความผิดอย่างร้ายแรง faute lourde นั้นเป็นการกระทำที่แสดงถึงความโง่เขลาหรือไม่ระมัดระวังเป็นอย่างมาก ซึ่งถือเสมือนว่าเป็นอันตรายเทียบเท่ากับผู้กระทำที่มีความชั่วร้ายในจิตใจ ประการสุดท้ายความผิดอย่างร้ายแรง faute lourde นั้นเป็นความผิดที่สามารถสันนิษฐานได้ว่าใกล้เคียงกับความจงใจ¹⁰

ในระบบกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นส่วนใหญ่จะถูกใช้ในการพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งความรับผิดเพื่อละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ (La faute professionnelle) นั้น ผู้ประกอบวิชาชีพจะมีความรับผิดเพื่อละเมิด ก็ต่อเมื่อกระทำความผิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยความเห็นของศาล¹¹ (La jurisprudence) ในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพโดยหลักทั่วไปศาลถือว่าความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพที่ต้องรับผิดเพื่อละเมิดนั้น จะต้องเป็นการกระทำความผิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น กล่าวคือผู้ประกอบวิชาชีพจะไม่ต้องรับผิดแม้กระทำสิ่งที่บุคคลผู้พึงมีความระมัดระวังจะไม่กระทำ แต่จะรับผิดเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพกระทำในสิ่งที่บุคคลผู้พึงมีความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยจะไม่พึงกระทำ สำหรับเหตุผลที่ศาลยึดแนวทาง

⁹ จิต เศรษฐบุตร , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5 , น. 124.

¹⁰ Patrice Jourdain , *supra* note 8 , pp. 65-66.

¹¹ Panayotis J.Zepos , Phoebus Christodoulou , Professional Liability. International Encyclopedia of Comparative Law , (Vol 11 Torts chapter 6) , p. 6.

ดังกล่าวในการพิจารณาความรับผิดเพื่อละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น สามารถแยกได้สองประการดังนี้

เหตุผลประการแรก ศาลเห็นว่าจำต้องสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพให้มีความเชื่อมั่นในการปฏิบัติวิชาชีพของตน โดยจำต้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพแน่ใจว่าความรับผิดในสิ่งอื่นที่จะต้องให้เขารับผิด คงมีเฉพาะกรณีที่เขานั้นได้กระทำความผิดพลาดด้วยความผิดอย่างร้ายแรงเท่านั้น โดยไม่ควรให้เขาต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายในความผิดเล็กน้อย

เหตุผลประการที่สอง ศาลเห็นว่าศาลไม่ควรใช้ดุลยพินิจล้ำเข้าไปในการพิจารณาวินิจฉัยหลักแห่งศิลปวิชาชีพเพื่อชี้ขาดว่าการกระทำใดของผู้ประกอบวิชาชีพเป็นผิด และต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน การกระทำที่เป็นความผิดซึ่งจะต้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ต้องเป็นความประมาทเลินเล่อทางศิลปวิชาชีพที่ไม่อาจมีข้อสงสัยได้แย้งได้ ตัวอย่างเช่น แพทย์ได้ทำการผ่าตัดโดยมิได้ทำการตรวจอาการเพียงพอได้ผ่าท้องหญิงมีครรภ์ 9 เดือนโดยเข้าใจว่าเป็นโรคเนื้องอก (fibrone) ก็ต้องถือว่าแพทย์กระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในกฎหมายฝรั่งเศส นอกจากจะใช้ในการพิจารณาความรับผิดเพื่อละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพแล้ว โดยส่วนใหญ่การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็จะใช้ในการพิจารณาการกระทำของคู่สัญญาในสัญญาที่มีข้อตกลงยกเว้นความรับผิดเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดกระทำโดยประมาทเลินเล่อซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสตกลงยอมรับให้ตกลงเป็นข้อสัญญาได้ แต่หากเป็นการตกลงให้ยกเว้นความรับผิดจากการกระทำของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงกฎหมายไม่ยอมให้กระทำ และเมื่อเกิดปัญหาการฟ้องร้องในมูลหนี้สัญญาที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายในทางสัญญาให้ผู้กระทำการโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงต้องชดใช้ ศาลฝรั่งเศสไม่ยอมรับให้มีการลงโทษในทางแพ่งเมื่อมีการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทั้งในทางสัญญาและทางละเมิดเพราะการลงโทษผู้กระทำผิดเป็นวัตถุประสงค์ในทางอาญาไม่ใช่ในทางแพ่ง¹²

นอกจากนี้ ความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะใช้ในกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดเป็นส่วนมาก โดยหลักเกณฑ์ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

¹² Charles Calleros , A comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code , (Brooklyn Journal of International Law , 2006) , p. 16.

เสนอโดย Jaze มีหลักว่า ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ไม่ถือว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ กล่าวคือความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต้องพิจารณาจากระดับความรุนแรงของความผิด และการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมีได้ 3 กรณีคือ 1.เจ้าหน้าที่ตกอยู่ได้ความสำคัญผิดอย่างรุนแรง 2.เจ้าหน้าที่สำคัญผิดในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของตนอย่างมาก และ 3.เจ้าหน้าที่กระทำการอันเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา¹³

แต่อย่างไรก็ตาม การศึกษาทำความเข้าใจความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง สิ่งที่เป็นสิ่งจำเป็นจะต้องทำการศึกษาก็คือหลักพื้นฐานของความประมาทเลินเล่อ และหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความประมาทเลินเล่อ เพราะความประมาทเลินเล่อนั้นเป็นพื้นฐานของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยหากปราศจากการเกิดความประมาทเลินเล่อก่อนแล้ว ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็คงจะเกิดขึ้นไม่ได้ การศึกษาพื้นฐานของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงจะต้องทำการศึกษาถึงหลักพื้นฐานของความประมาทเลินเล่อ และหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความประมาทเลินเล่อ

1.1.1.1.1 หลักพื้นฐานของความประมาทเลินเล่อ

กฎหมายในประเทศฝรั่งเศส ได้บัญญัติหลักกฎหมายความรับผิดชอบเพื่อละเมิดไว้ในมาตรา 1382 ว่า “การกระทำใดๆของมนุษย์อันเป็นเหตุทำ ความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือทรัพย์สินของบุคคลผู้กระทำความเสียหายโดยความผิดของเขานั้น ให้ทดแทนความเสียหาย” และมาตรา 1383 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติว่า “บุคคลทุกคนจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายซึ่งตนได้กระทำขึ้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ”

ความรับผิดชอบละเมิดตามกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักเกณฑ์ 3 ประการคือ

1. ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นและความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นความเสียหายที่โจทก์ผู้ทำการฟ้องร้องเองได้รับความเสียหายอันเป็นความเสียหายเฉพาะตน(Personnel)
2. ความผิด ตามความเห็นของท่าน Planiol ความผิดคือการขัดขึ้นไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามกฎหมาย(obligation legale) และท่าน Mazeud และ Andre Tunc อธิบายว่า ความผิด

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , คดีปกครองเกี่ยวกับการละเมิดและความรับผิดชอบอื่นของฝ่ายปกครอง , (กรุงเทพมหานคร : รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, 2548) , น. 203.

คือ การกระทำที่ได้แย่งสิ่งที่ยอมรับกันในสังคมซึ่งบุคคลผู้มีความรอบคอบ (prudent person) และอยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำจะไม่กระทำ¹⁴

3. ต้องให้ความเสียหายนั้นเกิดเนื่องมาจากความผิดด้วย แนวคำวินิจฉัยของศาลฝรั่งเศสยอมรับว่าความเสียหายอันหนึ่งอาจเกิดจากเหตุหลายเหตุ และการวินิจฉัยความรับผิดต้องวินิจฉัยตามความหนักเบาแห่งความผิด¹⁵

ความผิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แบ่งเป็น 2 ชนิด คือความผิดที่ตั้งใจกระทำ(fault intentionnelle) กับความผิดที่ไม่ได้ตั้งใจกระทำ(fault non-intentionnelle) ซึ่งท่าน Pothier ได้อธิบายความว่า delit คือการกระทำที่มีการฉ้อฉลหรือมีความตั้งใจร้ายจะกระทำให้เขาเสียหาย ส่วน quasi-delit คือ การกระทำที่ไม่มีความตั้งใจร้าย แต่กระทำโดยประมาทอันไม่อาจจะยกโทษได้¹⁶

สำหรับความหมายของประมาทเลินเล่อนี้นักนิติศาสตร์หลายท่านในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้อธิบายความหมายของประมาทเลินเล่อไว้ดังต่อไปนี้

ท่าน เอช เอกูต์ อธิบายว่า ประมาทเลินเล่อ คือ การกระทำที่ขาดความระมัดระวัง ขาดความเอาใจใส่ และการละเว้นการกระทำในสิ่งที่ควรกระทำเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหาย อันจะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น เช่น การไม่ใช้เครื่องป้องกัน การไม่เปิดไฟเวลาขับรถในเวลากลางคืน เป็นต้น ส่วนความเลินเล่อ คือการขาดความคาดเห็นล่วงหน้าถึงความเสียหาย หรือการที่คิดว่าความเสียหายนั้นจะไม่เกิดขึ้น เช่น การทดลองวัตถุอันตราย การขับรถเกินกำหนด¹⁷

ท่าน Mazeaud และท่าน Andre Tunc อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำโดยขาดความระมัดระวังแล้วก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น และผู้กระทำการโดยการขาดความระมัดระวังนั้นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ท่านยังอธิบายไว้อีกว่าการแบ่งแยกการกระทำที่กระทำด้วยความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อไม่ใช่สิ่งจำเป็น เพราะ

¹⁴ The International Association of Legal Science, *supra* note 7, p.14.

¹⁵ จิตติ ติงศภัทิย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 มาตรา 354-452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้ว, 2526), น. 215.

¹⁶ จิต เศรษฐบุตร, อรรถกถา เชิงอรรถที่ 5, น. 117.

¹⁷ เอช เอกูต์, คำอธิบายกฎหมายฝรั่งเศส โดย ดร. แอล ดูปลาสต์ กับ ศ.เอกูต์, (พระนคร : สถาบันนิติศึกษา, 2475), น. 1080.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 ไม่ว่าบุคคลจะก่อความเสียหายขึ้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบในผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้น¹⁸

ท่าน Planiol อธิบายว่า การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การกระทำที่ไม่ใช่กระทำด้วยความจงใจ แต่กระทำด้วยการขาดความระมัดระวัง โดยระดับของความประมาทจะต้องถูกพิสูจน์ว่าระดับแค่ไหนจึงเป็นความผิด เพราะความประมาทเลินเล่อเป็นความผิดต้องผ่านการพิสูจน์ระดับความร้ายแรง¹⁹

ท่าน Raymond Youngs อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำที่ขาดความระมัดระวังอย่างบุคคลผู้สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย (un home averse) ฟังกระทำการหรือการกระทำที่ขาดความระมัดระวังอย่างผู้นำครอบครัวที่ดีฟังกระทำการ (bon pere de famille) โดยบุคคลที่นำมาเปรียบเทียบนั้นจะต้องมีลักษณะเช่นเดียวกับผู้กระทำการโดยขาดความระมัดระวัง นอกจากนี้ท่านยังอธิบายว่า การขาดความระมัดระวังจนไม่สามารถบรรลุผลแห่งหน้าที่สำเร็จได้ (breach of an obligation de resultat) ถือได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่อตามวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382²⁰

ท่าน Amos อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ (quasi-delict) หมายถึง การกระทำ ความเสียหายเกิดขึ้นด้วยความไม่จงใจ แต่กระทำไปด้วยความขาดความระมัดระวังซึ่งบุคคลทั่วไปที่มีสติรู้ผิดรู้ชอบ (the conscientious man) จะไม่กระทำเมื่ออยู่ภายใต้สถานการณ์เช่นเดียวกันนั้น ผู้กระทำด้วยการขาดความระมัดระวังจึงสมควรได้รับการตำหนิ และท่านยังอธิบายเพิ่มเติมว่า ความผิดของการกระทำด้วยความประมาทจะต้องเป็นการกระทำอันมีลักษณะฝ่าฝืนวัตถุประสงค์และมาตรฐานการกระทำที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม (objective and abstract standard of conduct)²¹

ท่าน Ryan อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายถึง จำเลยกระทำการขาดความระมัดระวังแล้วก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น ซึ่งบุคคลทั่วไปภายใต้สถานการณ์

¹⁸ The International Association of Legal Science, *supra* note 7, p. 25.

¹⁹ Marcel Planiol and George Ripert, *Treatise on the Civil Law* V1, Part 1, Eleventh Edition (Translated by the Louisiana state law institute, 1938), p. 469.

²⁰ Raymond Youngs, *English, French and German Comparative Law*, 2 ed (London : Cavendish Publishing Limited, 2007), pp. 366-367.

²¹ Amos, Sir Maurice Sheldon, *supra* note 4, p. 217.

เช่นเดียวกับจำเลยสามารถคาดเห็นได้ถึงความเสี่ยงและจะไม่กระทำการดังเช่นจำเลย โดยบุคคลจะมีหน้าที่ทั่วไปที่จะไม่กระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายด้วยความประมาทเลินเล่อ²²

จะเห็นว่าจากความเห็นนักนิติศาสตร์หลายท่านซึ่งได้อธิบายความหมายของความประมาทเลินเล่อไว้ จึงพอสรุปได้ว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำด้วยความไม่ตั้งใจ แต่เป็นการกระทำด้วยการขาดความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลทั่วไปที่มีลักษณะเช่นเดียวกับผู้กระทำและอยู่ภายใต้สถานการณ์เช่นเดียวกันนั้นจะไม่กระทำ แต่ในกฎหมายละเมิดฝรั่งเศสต้องพึงเน้นย้ำว่า ไม่จำเป็นต้องจำแนกแยกความชัดเจนระหว่างความจงใจกับความประมาทเลินเล่อ เพราะจะกระทำผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ต้องรับผลเหมือนกัน คือต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนทั้งคู่

1.1.1.1.2 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยหลักประมาทเลินเล่อ

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการพิจารณาความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือความผิดโดยไม่จงใจ มี 2 แนวความคิดที่เห็นแย้งกันอยู่²³

1. การวินิจฉัยความผิด in concreto

หลัก in concreto เป็นการวินิจฉัยว่าสิ่งที่ผู้ต้องหากระทำเป็นสิ่งที่ควรจะเป็นประพฤตินหรือไม่ โดยการให้หลัก in concreto นั้นจะเอาตัวผู้ต้องหามาพิจารณาว่า ความรู้สึกในใจของผู้ต้องหานั้นเห็นหรือไม่ว่าเขากระทำผิดโดยประมาท ด้วยเหตุนี้จึงเรียกว่าเป็น *faute subjective* เพราะการที่จะบังคับให้เขาใช้ค่าสินไหมทดแทนก็ต้องให้ความรู้สึกในใจของเขาเห็นด้วยว่าเขาผิด และกระทำในสิ่งที่ไม่ควรกระทำ หากว่าความรู้สึกภายในใจยังเห็นอยู่ว่าเขาไม่ผิด การที่จะบังคับให้เขาต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนก็เป็นสิ่งที่ไม่ควรกระทำ

การวินิจฉัยความผิดด้วยหลัก in concreto นั้นในทางพฤติการณ์เป็นสิ่งที่กระทำได้ยากสำหรับศาลในการค้นหาความรู้สึกในใจของผู้ต้องหา นอกจากจะพิจารณาพฤติการณ์ภายนอกของผู้กระทำ จึงจะเห็นได้ถึงความรู้สึกในใจของผู้ต้องหาซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่า “กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา” สำหรับในทางศีลธรรมการวินิจฉัยความผิดด้วยหลัก in concreto จะเป็นการรุนแรงกับผู้กระทำที่ใช้ความประพฤติดด้วยความระมัดระวัง เพราะเมื่อพิจารณาเฉพาะความรู้สึกในใจแล้วว่าเขามีความผิด แม้ว่าการกระทำของเขาจะถูกต้องกับหลักวิญญูชนทั่วไป ก็ชี้ว่ามีความผิดแต่บุคคลที่ประพฤติปฏิบัติที่ระมัดระวังขาดความระมัดระวัง แต่ความรู้สึกในใจว่าเขาไม่มี

²² Ryan, Kevin William , *supra* note 3 , p. 115.

²³ จี๊ด เศรษฐบุตร , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5 , น. 121-126.

ความผิด ก็ชี้ว่าไม่มีความผิด หลัก in concreto จึงไม่ให้ความยุติธรรมอย่างเพียงพอในสังคม และในทางนิตินัย ย่อมเป็นที่ดำหนิแก่ผู้ถือตามทฤษฎีรับภัยแน่นอน เพราะย่อมปล่อยให้มีการถูกบังคับใช้ค่าสินไหมทดแทนน้อยรายลงไปและการหาตัวผู้กระทำผิดที่รู้สึกผิดนั้นเป็นสิ่งที่ยากมาก

2. การวินิจฉัยความผิด in abstracto

หลัก in abstracto เป็นการวินิจฉัยความผิดโดยนำบุคคลอื่นมาเทียบเคียงว่า เขาจะกระทำเช่นเดียวกับผู้ต้องหาหรือไม่ ถ้าบุคคลนี้ยังคงประพฤติเช่นเดียวกับผู้ต้องหา ก็หมายความว่าผู้ต้องหาไม่มีความผิด แต่หากบุคคลภายนอกนั้นจะไม่กระทำการเช่นผู้ต้องหา ก็หมายความว่าผู้ต้องหาได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อแล้ว กล่าวคือเป็นการนำเอาการกระทำของผู้ต้องหามาพิจารณาเทียบกับการกระทำของบุคคลอื่นที่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร โดยไม่นำเอาสภาพจิตใจภายในของตัวผู้ต้องหามาพิจารณา ซึ่งบุคคลผู้สมมุติต้องอยู่ในสภาพภายนอกเช่นเดียวกับผู้ต้องหาในขณะกระทำความผิด สิ่งที่เป็นสภาพภายนอก(circonstance externe)ก็คือเหตุการณ์ต่างๆที่ไม่ได้มาจากตัวผู้ต้องหา ซึ่งเป็นสภาพที่ตรงข้ามกับสภาพภายใน(circonstance interne) ที่เหตุการณ์ต่างๆมาจากตัวผู้ต้องหา

สภาพภายนอกได้แก่ สมัย ท้องถิ่น สภาพรถ แสงสว่าง เป็นต้น ส่วนสภาพภายในได้แก่ ความเคยชินนิสัย อายุ เพศ การเจ็บป่วย สภาพความเป็นอยู่ของเขา

1.1.1.2. วิธีการวินิจฉัยหลักประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะถูกอธิบายในฐานะที่เป็นความผิดอย่างร้ายแรง-faute lourde ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายถึง การไม่ใช้ความระมัดระวังแม้เพียงเล็กน้อยในการทำให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิตและทรัพย์สิน และในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง faute lourde มีความหมายเท่ากับการจงใจผิดสัญญา (deliberate breach of contract) หรือความไม่สุจริต (bad faith)²⁴ นอกจากนี้ในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยังได้มีการใช้ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในเรื่องของตัวแทน โดยยอมรับหลัก diligencia quam in suis ในความผิดของตัวแทนที่ไม่รับค่าจ้างในการทำงานซึ่งตัวแทนต้องรับผิดชอบในความผิดที่เกิดขึ้นโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้มีการแบ่งแยกระดับความประมาทเลินเล่อออกเป็น 2 ระดับ คือ ประมาทเลินเล่อธรรมดา (ในฐานะที่เป็นความผิดธรรมดา-faute simple) และประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (ในฐานะที่เป็นความรับผิดชอบอย่างร้ายแรง-faute lourde) และในประเทศ

²⁴ G.H.Treitel , *supra* note 6 , p. 146.

ฝรั่งเศสการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมีความใกล้เคียงการกระทำโดยจงใจมาก แต่อย่างไรก็ตามการวินิจฉัยความผิดในประเทศฝรั่งเศสไม่ว่าเป็นความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ใช้หลัก in abstracto โดยไม่ได้นำความรู้สึกในใจของผู้กระทำมาพิจารณา แต่จะถือเอาบุคคลอื่นมาเทียบเคียงว่าเขากระทำเช่นเดียวกับผู้ต้องหาหรือไม่ ถ้าบุคคลเช่นนั้นยังประพฤติเช่นเดียวกับผู้ต้องหา ก็หมายความว่า ผู้ต้องหาไม่มีความผิดและบุคคลที่สมมุติต้องอยู่ในสภาพภายนอก (circonstance externe) เช่นเดียวกับผู้ต้องหา

หลัก in abstracto เป็นหลักการพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส โดยการสมมุติบุคคลขึ้นมาเปรียบเทียบกับผู้กระทำว่าเขาจะกระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำหรือไม่ ถ้าบุคคลนี้ยังประพฤติเช่นเดียวกับผู้กระทำ ก็หมายความว่า ผู้กระทำไม่มีความผิด แต่ถ้าหากเขาไม่กระทำเช่นผู้กระทำแล้ว ผู้กระทำก็มีความผิด กล่าวคือเป็นการวินิจฉัยจากสิ่งที่สมมุติ โดยผู้พิพากษาจะหยิบยกแต่การกระทำของผู้กระทำเท่านั้นมาพิจารณาเปรียบเทียบกับบุคคลผู้ที่ศาลสมมุติขึ้น ซึ่งบุคคลผู้สมมุตินั้นจะต้องอยู่ในสภาพแวดล้อมและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ พฤติการณ์แวดล้อมที่ต้องคำนึงถึงในการสมมุติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบนั้นมี 2 ประการด้วยกัน²⁵ ได้แก่

ก. เหตุภายนอกหรือสภาพแวดล้อม เช่น สถานที่ กาลเวลา ซึ่งจะต้องนำมาประกอบกับบุคคลผู้สมมุติโดยเปรียบเทียบกับภายใต้สถานที่และเวลาเกิดเหตุเช่นนั้น บุคคลที่สมมุติขึ้นจะทำอย่างผู้กระทำหรือไม่

ข. เหตุภายในตัวผู้กระทำ เช่น อายุ เพศ ความเจ็บป่วย ความไม่สมประกอบของสภาพจิตใจ จะต้องนำประกอบกับบุคคลผู้สมมุติขึ้น แต่สำหรับสภาพจิตใจของผู้กระทำ ความรู้สึกนึกคิด ความเคยชิน หรืออุปนิสัยของผู้กระทำนั้น เป็นเหตุภายในที่ไม่ต้องนำมาประกอบการพิจารณา เพราะผู้กระทำปกติจะมีนิสัยสละเพร่าต่อตนเองและผู้อื่น โดยไม่รู้ตัวว่าได้กระทำด้วยความสะเพร่า ก็คงไม่มีใครยอมรับเป็นเหตุแก้ตัวได้

การนำทั้งเหตุภายนอกหรือสภาพแวดล้อมและเหตุภายในตัวผู้กระทำมาประกอบกับบุคคลผู้สมมุตินั้น ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ถามตัวเองว่าเหตุภายนอกและเหตุภายในเช่นไรที่จะนำมาพิจารณา โดยอาศัยความยุติธรรมคิดคำนึงว่าหากเป็นตัวเองแล้วต้องตกอยู่ภายใต้สภาพแวดล้อมและมีเหตุภายในเช่นเดียวกับผู้กระทำ ตนจะกระทำการอย่างไร การพิจารณาความประมาท

²⁵ จิตติ ดิงศภิทัย , “ประมาทเลินเล่อ,” วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , ปีที่ 4 , ฉบับที่ 1 , (ม.ค. – เม.ย. 2521) , น. 14-15.

เดินเลื้อยอย่างร้ายแรงจึงสมควรที่จะปล่อยให้ผู้พิพากษาคัดสินให้เหมาะสมกับความยุติธรรมเป็นเรื่องๆไป ไม่ควรผูกมัดผู้พิพากษาเป็นการตายตัว จนการบังคับใช้นั้นนำไปสู่ความไม่เป็นธรรมในสังคม

1.1.1.3 แนวคำวินิจฉัยของศาล

ศาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้มีการวางแนวคำวินิจฉัยความประมาทเดินเลื้อยอย่างร้ายแรงไว้ ดังนี้

S.1947,III,73 Case Caisse departementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle. 29 March 1946.

Caisse departementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle ฟ้องให้เทศบาลของเมือง Bayonne รับผิดชอบในการจ่ายเงินที่ค้างประกันไว้ในโครงการของเทศบาล ซึ่งการค้างประกันนั้นเกิดจากการฉ้อฉลของบริษัทก่อสร้าง Stavisky ซึ่งเจ้าหน้าที่ของธนาคารได้ลงนามรับรอง และรัฐมนตรีกระทรวงแรงงาน(Minister of Labour) ก็ได้ลงนามรับรองโดยในฐานะผู้มีอำนาจ โดยจากพยานหลักฐานพบว่า รัฐมนตรีกระทรวงแรงงาน(Minister of Labour) และผู้อำนวยการประกันสังคม(Director-general social insurance) ได้ลงนามรับรองโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างผู้ลงนามทำสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม จากพยานหลักฐานก็พบว่า การฉ้อโกงของบริษัทก่อสร้าง Stavisky และผู้ร่วมกระทำความผิด เกิดจากนายอำเภอของ Basses-Pyrenees ประมาทเดินเลื้อยอย่างร้ายแรงในการดูแลและจัดการโครงการของเทศบาลเมือง Bayonne เพราะหน้าที่ของนายอำเภอในรัฐต่างๆมีหน้าที่ต้องตรวจตราโครงการในท้องถิ่นที่ล่าช้ามากๆ โดยต้องชี้ให้เห็นถึงกระบวนการทำงานที่ผิดปกติในการก่อให้เกิดความล่าช้าของโครงการ แต่นายอำเภอของเมือง Bayonne ไม่ใช้ความระมัดระวังในการตรวจตราโครงการเหล่านั้นเป็นเหตุให้บริษัทก่อสร้าง Stavisky หลอกลวง ศาลเห็นว่า การพิจารณาความรับผิดชอบนั้นต้องแยกเป็นสองส่วน 1) ผู้ลงนามในสัญญาค้างประกันต้องรับผิดชอบในการไม่ใช้ความระมัดระวังในการลงนามสัญญาค้างประกัน 2) ความผิดของเทศบาลเมือง Bayonne ศาลจึงพิพากษาให้เทศบาลเมือง Bayonne รับผิดชอบเป็นจำนวนเงิน 1 ใน 4 ที่ผูกพันตามสัญญาค้างประกัน คือ 250,000 ฟรังก์

Case Axa Corporate Solutions Assurance et al v Sa Transports Caillot 30 June 2004.

บริษัท Renault จำบริษัท Transports Caillot ขนส่งสินค้า ปรากฏว่าสินค้าเสียหายระหว่างทางเนื่องจากการเกิดอุบัติเหตุ บริษัท Renault ฟ้องบริษัท Transports Caillot ให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย จากข้อเท็จจริงทั้งสองบริษัทมีการตกลงจำกัดความรับผิดชอบไว้ เว้นแต่กรณี

ความเสียหายนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือการฉ้อฉลของผู้ขนส่ง จากพยานหลักฐานพบว่าอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นเกิดจากคนขับซึ่งเป็นลูกจ้างบริษัทขนส่ง Transports Caillot กลับในขณะที่ส่งสินค้าและขับรถบนทางด่วนทำให้เกิดอุบัติเหตุขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม การกลับในนั้นไม่ได้เกิดจากการที่คนขับดื่มสุรา คนขับไม่ได้ขับรถในช่วงวันหยุดเกินกว่า 300 กิโลเมตร และสภาพอากาศปกติ การเกิดอุบัติเหตุขึ้นจึงไม่ได้เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ขนส่ง ศาลพิพากษาให้ผู้ขนส่งจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้ตามที่ได้จำกัดความรับผิดไว้

Case CE , Sect, 20 juin 1997, p255 Case Theux 20 June 1997

คดีนี้ Mr. Theux ฟ้องโรงพยาบาล Toulouse ให้รับผิดชอบเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลระบบ SAMU โดยฟ้องให้รับผิดชอบจ่ายค่าสินไหมทดแทนในการปฏิบัติหน้าที่ช่วยเหลืออย่างล่าช้าทำให้อาการบาดเจ็บของเขามีอาการสาหัสมากขึ้นหลังจากเกิดอุบัติเหตุเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 1986

ในวันที่ 23 พฤษภาคม 1986 เวลา 20.30 น. Mr. Theux ได้รับบาดเจ็บที่คอระหว่างการแข่งขันรักบี้ที่ Marseube หน่วยกู้ภัยมาถึงเวลา 3 ทุ่มและเรียกหน่วย SAMU มาจากโรงพยาบาลกลางให้ส่งเฮลิคอปเตอร์มารับ Mr. Theux ไปไว้ที่โรงพยาบาลกลาง แต่ปรากฏว่าเฮลิคอปเตอร์มารับไม่ได้เพราะสภาพอากาศแย่มากโดยหน่วยกู้ชีพบนเฮลิคอปเตอร์รายงานว่าการนำคนไข้มาด้วยเฮลิคอปเตอร์ไม่มีทางที่จะเป็นไปได้ แต่อย่างไรก็ตามหน่วยกู้ภัยก็พา Mr. Theux ไปถึงโรงพยาบาล Rangueil ใน Toulouse เวลาตีสองของวันที่ 24 พฤษภาคม

ศาลพิจารณาว่า ในวันที่เกิดอุบัติเหตุสภาพอากาศและทัศนวิสัยไม่ดี ทำให้ไม่สามารถขนส่ง Mr. Theux ไปโรงพยาบาลด้วยเฮลิคอปเตอร์ได้ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่โรงพยาบาลจะต้องรับผิด เพราะเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นเหตุการณ์ที่สุดวิสัย แม้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า Mr. Theux ไม่ได้รับการรักษาจนกระทั่งเวลาตีสอง แต่ก็ด้วยเพราะการที่จะรักษา Mr. Theux นั้นเป็นการกระทำที่หน่วยกู้ภัยไม่สามารถทำได้ประกอบกับการทำการขนส่งทางรถยนต์ต้องกระทำอย่างระมัดระวังเป็นอย่างมาก เพราะอาการบาดเจ็บที่คอของ Mr. Theux มีอาการบาดเจ็บอย่างรุนแรงมาก

Case Cour de cassation Chambre Commercials Application for Review no.02-20984 Case NTS Transports Internationaux & TBR Transports v Packard Bell NEC Europe BV et al , 30 June 2004.

คดีนี้ บริษัท NTS Transport และบริษัท TBR Transport ทำสัญญาขนส่งขึ้นส่วนคอมพิวเตอรืกับบริษัท Packard Bell Nec จาก Angers ถึง Rozzono (Italy) ปรากฏว่าระหว่าง

ขนส่งสินค้าถูกขโมย บริษัท Packard Bell Nec พ้องให้บริษัท NTS Transport และบริษัท TBR Transport รับผิดชอบร่วมกัน ศาลพิจารณายานหลักฐานและเห็นว่า การที่คนขับรถส่งสินค้าที่เป็นลูกจ้างของบริษัท NTS Transport และบริษัท TBR Transport ไม่ได้ตรวจดูสินค้าในรถและสภาพรถโดยรอบให้เรียบร้อยก่อนที่จะออกจากจุดพักรถ ทั้งๆที่เขาเห็นว่าประตูรถถูกเปิดออกและผ้าใบที่คลุมสินค้าถูกตัดออก แต่เขากลับขับรถไปส่งให้ผู้รับสินค้าซึ่งใช้เวลาประมาณ 2 วันเสมือนไม่มีอะไรเกิดขึ้น ถือได้ว่าการกระทำของผู้ขับรถลูกจ้างของจำเลยเป็นการกระทำโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และเป็นการแสดงถึงการขาดคุณสมบัติไร้ความสามารถของผู้ขับรถตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันได้

Cour de cassation Chambre Commerciale Case Cigna Insurance Company of Europe v Transgous et al 30 June 2004.

บริษัท Transport Vallaeys เป็นบริษัทรับจ้างขนส่งเครื่องหนังจาก Milan ถึง Paris ได้ว่าจ้างบริษัท Sotradec และบริษัท Trangous ให้ขนส่งเครื่องหนังไปให้ แต่ปรากฏว่าระหว่างทางสินค้าได้ถูกขโมยของไป บริษัท Cigna Insurance ได้จ่ายเงินชดเชยให้แก่บริษัท Transport Vallaeys และบริษัท Cigna Insurance มาฟ้องให้บริษัท Sotradec และบริษัท Trangous รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ตนได้จ่ายไป โดยอ้างว่าลูกจ้างของจำเลยกระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลพิจารณายานหลักฐานและพบว่า การที่สินค้าสูญหายเกิดในขณะที่ลูกจ้างของจำเลยได้จอดรถแวะพักซื้อของในบริเวณที่พักรถเป็นเวลา 1 ชั่วโมง ซึ่งที่พักรถนั้นเป็นย่านการค้าที่มีผู้คนมากมายทำการซื้อของ และหลังจากลูกจ้างของจำเลยซื้อของเสร็จแล้วก็ใช้เวลาตรวจดูรอบๆรถ ล็อคประตูรถ และตรวจดูผ้าใบคลุมสินค้าก่อนที่จะออกไปจากที่พักรถ จะเห็นว่าลูกจ้างของจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังอย่างผู้ทำการขนส่งแล้วในการตรวจดูรอบๆรถก่อนที่จะออกจากที่พักรถ และการที่สินค้าสูญหายไปลูกจ้างจะไม่มีทางรู้ได้เลยว่าสินค้าที่อยู่ภายในได้หายไปหากไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญ เพราะในการขนส่งลูกจ้างผู้ขับรถไม่สามารถเปิดท้ายรถตรวจสินค้าเป็นรายชิ้นได้ ดังนั้นการที่สินค้าสูญหายไปจึงไม่ได้เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกจ้างจำเลย จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์มานั้น พบว่าความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้มีการใช้อย่างแพร่หลายมากนัก เพราะว่าความรับผิดชอบจะเกิดตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ว่าจะกระทำการละเมิดด้วยความจงใจ ประมาทเลินเล่อ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้วก็ต้องรับผิดชอบเหมือนกัน

การศึกษาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบซีวิลลอร์ ผู้เขียนไม่ได้ทำการศึกษาเฉพาะในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเท่านั้น แต่ผู้เขียนยังได้ทำการศึกษาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งผู้เขียนจะขอนำเสนอในหัวข้อต่อไป

1.2 ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายเยอรมัน

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นชนิดหนึ่งของความประมาทเลินเล่อ อันความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นมีความร้ายแรงเสมือนเทียบเท่ากับการฉ้อฉลหรือเจตนาทุจริต โดยมีลักษณะใกล้เคียงกับความประมาทอย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอาญาเยอรมัน ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาถึงความประมาทอย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอาญาเยอรมัน กับ ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน

1.2.1 ความประมาทอย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอาญาเยอรมัน

ประมาทอย่างร้ายแรงเป็นชนิดหนึ่งของความประมาทในทางอาญา จึงมีองค์ประกอบและหลักการพิจารณาเช่นเดียวกับความประมาท แต่การนำความประมาทอย่างร้ายแรงในทางอาญาไปใช้ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นไม่มีความแพร่หลายอย่างเช่นความประมาทในทางอาญา การศึกษาทำความเข้าใจประมาทอย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอาญาเยอรมันในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาเป็น 2 แนวทางก็คือ ศึกษาความหมายและหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความประมาทอย่างร้ายแรงในทางอาญาของระบบกฎหมายเยอรมัน

1.2.1.1 ความหมายของความประมาทอย่างร้ายแรง

ในระบบกฎหมายอาญาเยอรมันความประมาทอย่างร้ายแรงจะถูกกำหนดให้เป็นประเภทหนึ่งของความประมาท ซึ่งจะเรียกความประมาทอย่างร้ายแรงว่าความประมาทโดยรู้ตัว โดยความประมาทในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นแบ่งออกเป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ

1) ความประมาทโดยรู้ตัว (bewusste Fahrlässigkeit)

ความประมาทโดยรู้ตัว (bewusste Fahrlässigkeit) หมายความว่า การกระทำที่ได้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ทั้งยังเป็นกรณีที่ผู้กระทำคาดเห็นถึงภัยอันตรายที่เกิดขึ้น แต่ผู้กระทำก็กระทำโดยเชื่อมั่นหรือคาดคำนวณในความสามารถของตนว่าภัยอันตรายที่คาดเห็นนั้นมีโอกาสน้อยมากที่จะเกิดขึ้นได้ กล่าวคือเป็นกรณีที่ผู้กระทำอาจ

คาดคิดถึงผลความเสียหายที่มีโอกาสเกิดขึ้นอย่างแน่ชัด แต่ก็เสี่ยงกระทำด้วยความไม่ใส่ใจในความเสียหายและขาดความระมัดระวังที่เพียงพอในการป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้น²⁶ ซึ่งประมาทโดยรู้ตัวนี้ เป็นกรณีที่ผู้กระทำประมาทปราศจากความระมัดระวังแล้วยังรู้ถึงความเสี่ยงที่ภัยอันตรายจะเกิดขึ้น แต่ก็ยังขึ้นกระทำโดยไม่ใส่ใจต่อความเสี่ยงนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นโดยการกระทำประมาทโดยรู้ตัวนี้ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าความประมาทอย่างร้ายแรงหรือความประมาทโดยจงใจ²⁷

2) ความประมาทโดยไม่รู้ตัว (unbewusste Fahrlässigkeit)

ความประมาทโดยไม่รู้ตัว (unbewusste Fahrlässigkeit) เป็นกรณีที่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งผู้กระทำไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าผลความเสียหายจะเกิดขึ้น กล่าวคือผู้กระทำได้กระทำความผิดโดยปราศจากความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ โดยไม่ได้คำนึงว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด²⁸ ซึ่งประมาทโดยไม่รู้ตัวนี้จะเรียกว่า ประมาทอย่างธรรมดา

1.2.1.2 วิธีการวินิจฉัยความประมาทอย่างร้ายแรง

การวินิจฉัยว่าการกระทำเช่นไรเป็นความประมาทอย่างร้ายแรงนั้นจะต้องอาศัยหลักเกณฑ์วินิจฉัยเช่นเดียวกับการพิจารณาการกระทำโดยประมาทในทางอาญา เพราะว่าความประมาทอย่างร้ายแรงนั้นเป็นประเภทหนึ่งของความประมาทแต่เป็นการกระทำที่มีความเปี่ยงเบนต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังอย่างร้ายแรงสูงกว่าความประมาทอย่างธรรมดา ทั้งๆ ที่ผู้กระทำคาดเห็นความเสี่ยงภัยอันตรายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยการพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น สามารถแบ่งความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันออกได้เป็น 2 ฝ่ายด้วยกัน กล่าวคือฝ่ายข้างมากที่เห็นว่า หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทให้ใช้หลักเกณฑ์ของการกระทำละเมิดต่อหน้าที่ ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht) ส่วนความเห็นฝ่ายข้างน้อย อันเป็นความเห็นของ

²⁶ Gt . Brit, Manual of German Law , Volume 2 (London : Her Majesty's Stationary office , 1952), p. 79.

²⁷ คณิต ณ นคร , กฎหมายอาญาภาคทั่วไป , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2547), น. 275-276.

²⁸ เพิ่งอ้าง.

Prof. Roxin เห็นว่าให้ใช้หลักเกณฑ์ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von der objektiven Zurechnung) ในการวินิจฉัยมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาท²⁹

ตามความเห็นฝ่ายข้างมาก Prof. Jescheck ได้อธิบายองค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทออกเป็น 2 ส่วนคือ ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ (das Handlungsunrecht) และความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำ (das Erfolgsunrecht)

1) ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ (das Handlungsunrecht) คือ การกระทำละเมิดต่อหน้าที่ ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht)

บทบัญญัติทุกบทบัญญัติในระบบกฎหมายอาญาที่บัญญัติให้การกระทำโดยประมาทต้องรับโทษ จะมีเจตนารมณ์ในการเรียกร้องให้ประชาชนทุกคนต้องใช้ความระมัดระวังที่จำเป็นในทางภาวะวิสัย (Die Anwendung der objektiv gebotenen Sorgfalt) เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการกระทำของตนครบองค์ประกอบความผิด สำหรับรูปแบบและขนาดของการใช้ความระมัดระวัง ในระบบกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติเอาไว้ จึงต้องนำหลักกฎหมายแพ่งที่ได้วางบรรทัดฐานไว้มาเสริมองค์ประกอบในส่วนของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญา ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีการให้ความหมายของการกระทำโดยประมาท ตามมาตรา 276(1) ไว้ว่า การกระทำโดยประมาท หมายถึง การละเลยต่อหน้าที่ ซึ่งจำเป็นในทางภาวะวิสัย (wer die Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht laesst)

2) ความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำ (das Erfolgsunrecht) คือ การเกิดขึ้นของผล สาเหตุการเกิดขึ้นของผลและการคาดหมายได้ของผล อันเกิดจากการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย (Eintritt, Verursachung und Voraussehbarkeit des Erfolgs)

ความผิดซึ่งกระทำด้วยความประมาท มีลักษณะเป็นความผิดที่ต้องการผล เช่นเดียวกับความผิดที่กระทำโดยเจตนา ซึ่งการเกิดขึ้นของผลอันเกิดจากการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำโดยประมาท โดยผลที่เกิดขึ้นจะต้องเกิดจากการกระทำของผู้กระทำผิด นอกจากนี้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของผู้กระทำผิด

²⁹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “มาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมัน” , ดุลพินิจ , เล่มที่ 1 ปีที่ 54, (มกราคม-เมษายน 2550) , น. 131-148.

และผลที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นสิ่งที่สามารถคาดเห็นได้ โดยใช้หลักเกณฑ์ในทางภาวะวิสัยเป็นบรรทัดฐาน กล่าวคือการวินิจฉัยความสามารถในการคาดเห็นของผู้กระทำความผิดจะใช้เปรียบเทียบกับความสามารถในการรู้ของบุคคลที่อยู่ในวิสัยและเหตุการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด

ส่วนตามความเห็นฝ่ายข้างน้อยนั้น Prof . Roxin เห็นว่าทฤษฎีความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย(Die Lehre von der objektiven Zurechnung) ต้องพิจารณาแยกเป็น 2 ขั้นตอนได้แก่

1. ผลที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นไปตามทฤษฎีเงื่อนไขในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (die Lehre von Kausalzusammenhang) และ

2. ผลที่เกิดขึ้นต้องเป็นผลที่เกิดมาจากการกระทำที่เป็นความเสี่ยงซึ่งกฎหมายไม่ได้อนุญาตให้กระทำและเป็นผลที่อยู่ในขอบเขตขององค์ประกอบความผิด

สำหรับมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาท จะต้องพิจารณาว่าผลของการกระทำเป็นผลที่เกิดมาจากการกระทำที่เป็นความเสี่ยงซึ่งกฎหมายไม่ได้อนุญาตให้กระทำหรือไม่ และเป็นผลที่อยู่ในขอบเขตขององค์ประกอบความผิดหรือไม่ โดยท่าน Prof . Roxin ได้วางหลักไว้ดังนี้

ก. หลักเกณฑ์ในการกำหนดการก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาต (Zur Konkretisierung der unerlaubten Gefahrschaffung) ได้แก่ บรรทัดฐานของกฎหมาย (Rechtsnormen) บรรทัดฐานในทางอาชีพ (Verkehrsnormen) หลักความไว้วางใจ(Der Vertrauensgrundsatz) มาตรฐานของบุคคลที่แตกต่างกันออกไป (Die differenzierte Massfigur) หน้าที่ที่จะต้องสอบถามและงดเว้นการกระทำ (Erkundigungs-und Unterlassungspflichten) และการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์และความเสี่ยง (Die Abwaegung von Nutzen und Risiko)

ข. การทำให้ชัดเจนของขอบเขตการคุ้มครองขององค์ประกอบความผิด (Zur Konkretisierung des tatbestandlichen Schutzbereiches)

ความรับผิดชอบของการกระทำโดยประมาทต้องเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของการคุ้มครองขององค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวข้อง โดยกลุ่มของคดีที่มีความสำคัญที่สุดในทางปฏิบัติก็คือ การกำหนดให้อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของบุคคลอื่น (bei der Zuordnung zum Verantwortungsbereich eines anderen) การทำอันตรายแก่ตัวเองโดยเจตนา (bei vorsatzlicher Selbstgefahrung) และการทำอันตรายแก่บุคคลอื่นโดยได้รับความยินยอม(bei der einverstaendlichen Fremdgefahrung)

1.2.2 ความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายเยอรมัน

ระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หลักความรับผิดเพื่อละเมิดตามกฎหมายเยอรมันจะอยู่บนพื้นฐานของความผิดเป็นลักษณะๆไปตามที่รับมาจากกฎหมายโรมัน โดยนำหลักกฎหมาย Lex Aquilia มาปรับใช้³⁰ แต่ในเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับความเสียหายในทางทรัพย์สินนั้นไม่ได้รับการใส่ใจเท่าที่ควร โดยการที่จะได้รับชดเชยค่าความเสียหายทางทรัพย์สินนั้น ผู้เสียหายจะสามารถเรียกร้องได้เมื่อความเสียหายนั้นเกิดจากความจงใจหรือข้อฉล (action doli) ของผู้กระทำละเมิด จึงมีการเสนอความคิดโดยนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง ซึ่งก็คือ ท่าน Jhering ให้นำหลักความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมาใช้เป็นหลักความรับผิดทั่วไปในความรับผิดเพื่อละเมิด เพื่อที่จะให้ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายทางทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิด โดยท่านอธิบายว่า

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นมีความร้ายแรงเสมือนเทียบเท่ากับความข้อฉล (gross negligence as well as fraud) ผู้เสียหายที่ถูกกระทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงสมควรฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อทดแทนความเสียหายจากผู้กระทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้ ตัวอย่างที่แสดงถึงว่าความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเทียบเท่ากับความข้อฉล ได้แก่ การกระทำโดยไม่ใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อย (an unwitting utterance) การเล่าเรื่องราวที่โกหก (carrying a tale) การแสดงรายงานที่เป็นเท็จ (making a false report) การให้คำแนะนำที่เป็นเท็จ (giving bad advice) การตัดสินใจโดยที่ไม่ได้พิจารณาอย่างรอบคอบ (speaking an unconsidered judgment) การไม่ใช้ความระมัดระวังในการเลือกลูกจ้างเข้าทำงาน (recommending an underserving serving-maid one used to employ) การให้ข้อมูลที่ผิดแก่นักเดินทางเกี่ยวกับเส้นทางหรือเวลา (answering a traveller's question about the way or the time) เป็นต้น สิ่งเหล่านี้หากบุคคลหนึ่งบุคคลใดกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลผู้เสียหายซึ่งหลงเชื่อโดยความสุจริตใจ (good faith) บุคคลผู้เสียหายสามารถฟ้องบุคคลผู้กระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเหล่านั้นให้รับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายทดแทนได้ เพราะว่าการกระทำสิ่งเหล่านั้นด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะมีลักษณะเป็นการจงใจหรือข้อฉล (action doli) บุคคลผู้เสียหายซึ่งหลงเชื่อโดยความสุจริตใจ (good faith) และการกระทำด้วย

³⁰ เพชรน้อย สรรคบุรานุรักษ์, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 2, น. 42.

การขาดความระมัดระวังจนเป็นนิสัยหรือการสื่อสารด้วยความไม่สำนึกคิดจะเป็นสิ่งที่นำความเสียหายมาสู่สังคมและเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก³¹

แต่อย่างไรก็ตาม สมาชิกสภานิติบัญญัติชาวเยอรมันส่วนใหญ่ซึ่งเป็นผู้ได้รับอิทธิพลจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ ไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดของท่าน Jhering โดยสมาชิกสภานิติบัญญัติ เห็นว่า แนวคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่ทำลายหลักการพื้นฐานความรับผิดชอบเพื่อละเมิด การร่างประมวลกฎหมายเยอรมันควรยึดหลักตามแนวประมวลกฎหมายที่มีชื่อเสียง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (the French Code Civil) ประมวลกฎหมายปรัสเซีย (The Prussian General Land Law) ซึ่งวางหลักว่า “บุคคลผู้กระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเต็มตามจำนวนที่ผู้เสียหายเรียกร้อง แต่ถ้าความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา ผู้ละเมิดต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายอย่างเห็นได้อย่างชัดเจนเท่านั้น” และประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย (Austrian ABGB) ซึ่งมีหลักทั่วไปว่า “บุคคลทุกคนต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดของตน” สภานิติบัญญัติเยอรมันจึงเห็นควรให้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเรื่องความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามแบบประมวลกฎหมายแพ่งที่มีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับมากในเวลานั้น³²

ในปี 1900 เยอรมันได้ออกประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch หรือที่เรียกย่อว่า BGB.) และได้วางหลักทั่วไปว่า ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดนั้นผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดนั้น ก็ต่อเมื่อการกระทำละเมิดนั้นเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) และเป็นการกระทำที่เป็นความผิด (culpably)³³ ซึ่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 823 และมาตรา 826 มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

มาตรา 823 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆของบุคคลอื่นซึ่งขัดต่อกฎหมาย จะต้องผูกพันในการชดเชยค่าเสียหายแก่เขาสำหรับความเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น

³¹ Korand Zweigert and Hein Kotz , *Introduction to Comparative Law* , (New York: Oxford University Press, 1998) , p. 598.

³² *Ibid*, pp. 598-599.

³³ คัมภีร์ แก้วเจริญ , “ละเมิดแต่ไม่เลินเล่อ,” *บทบัญญัติ* , เล่ม 39 ตอน 4 , (ธันวาคม 2524) , น. 476.

หน้อย่างเดียวกันนี้จะผูกพันบุคคลซึ่งละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่น ถ้าตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น การละเมิดเป็นไปได้ แม้ว่าจะไม่มีความผิด หน้าที่ในการใช้ค่าสินไหมทดแทนเกิดขึ้นเพียงแต่ถ้ามีความผิดบางอย่างที่สามารถกล่าวหาต่อผู้กระทำผิดนั้นได้

มาตรา 826 บุคคลซึ่งจงใจทำความเสียหายแก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีจะต้องผูกพันที่จะชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นนั้น³⁴

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดนั้นจะไม่มีการบัญญัติถึงความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้เป็นตัวบทกฎหมายอย่างชัดเจน แต่หลักความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นยังมีการนำไปใช้อย่างกว้างขวาง เช่น การไล่เบียดลูกจ้างกรณีลูกจ้างประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ข้อจำกัดความรับผิดในการรับผิดตามสัญญา เป็นต้น ในบทนี้จึงทำการศึกษาถึงหลักการพื้นฐานของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง วิธีการวินิจฉัยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และแนวคำวินิจฉัยของศาล

³⁴ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย , “ความรับผิดฐานละเมิดตามกฎหมายเยอรมันเปรียบเทียบกับกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ : มาตรา 823 B.G.B, ” วารสารนิติศาสตร์, 25 (1 มีนาคม 2538) , น. 98.

1.2.2.1 พื้นฐานหลักประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในกฎหมายเยอรมันได้รับอิทธิพลมาจากหลัก culpa lata ของกฎหมายโรมัน ซึ่งความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในกฎหมายเยอรมัน เป็นชนิดหนึ่งของความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ โดยความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่อตามกฎหมายเยอรมัน จะแบ่งระดับความประมาทเลินเล่อโดยนำหลักของกฎหมายโรมันมาใช้ในการแบ่ง จึงสามารถแบ่งแยกระดับของความประมาทเลินเล่อออกได้เป็น 3 ระดับดังนี้³⁵

(1) ความประมาทเลินเล่ออย่างเบา (leichte Fahrlässigkeit) หมายถึงการละเว้นการใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาซึ่งนำมาจากหลัก culpa levis

(2) ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (grobe Fahrlässigkeit) นำมาจากหลัก culpa lata

(3) ความประมาทเลินเล่อที่ใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกับที่ลูกหนี้เคยใช้ในการปฏิบัติกิจการของตน ซึ่งนำมาจากหลัก diligentia quam in suis ของโรมัน อย่างไรก็ตามถ้าหากในการปฏิบัติกิจการของตุนั้นจะต้องรับผิดชอบเพราะการกระทำโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ก็ต้องนำหลักเรื่องความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมาพิจารณาประกอบด้วย

ในระบบกฎหมายเยอรมันระดับความร้ายแรงของความผิดจะเป็นตัวกำหนดความเสียหายที่เกิดขึ้น ยิ่งเป็นความผิดที่ร้ายแรงก็ย่อมแสดงให้เห็นว่าความเสียหายเกิดขึ้นมาก ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงเป็นระดับความผิดร้ายแรงที่ก่อความเสียหายมากกว่าประมาทเลินเล่อธรรมดา แต่ความหมายหรือคำนิยามของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเหมือนกับความหมายของคำว่าประมาทเลินเล่อ การศึกษาค้นหาความหมายหรือคำนิยามของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึงต้องทำการศึกษาจากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์ ซึ่งมีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายความหมายของคำว่าประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ ดังต่อไปนี้

³⁵ The British Institute of International and Comparative Law, Manual of German Law Volume 1 ed, By E.J. Cohn, (London : Oceana Publication Inc., 1968), p. 118.

ท่าน Schuster อธิบายความหมายของประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยยึดตาม แนวกฎหมายโรมันว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า การกระทำโดยไม่ใช้ ความระมัดระวังในภาวะความเสี่ยงที่บุคคลทั่วไปเห็นว่ามีความเสี่ยงสูงมากที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น (Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligent)³⁶

ท่าน Andre Tunc อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า การกระทำโดยไม่ใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อย ทั้งๆที่ผู้กระทำรู้ถึงการต้องใช้ความ ระมัดระวังเช่นนั้นแต่กลับฝ่าฝืนกระทำโดยไม่ใช้ความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลที่อยู่ในสภาวะการณ์ เช่นเดียวกับผู้กระทำจะไม่กระทำการเช่นนั้นเลยแม้แต่น้อย³⁷

ท่าน E.J. Cohn อธิบายว่า ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า การ กระทำด้วยความขาดความระมัดระวังอย่างที่ถูกหน้เคยกระทำด้วยความระมัดระวังในกิจการของ ตนมาก่อน และโดยส่วนมากการอธิบายความหมายของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะ อ้างถึงหลัก Culpa Lata ในกฎหมายโรมัน³⁸

ท่าน Markesinis อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า การกระทำที่ผู้กระทำสามารถคาดเห็นความเสี่ยงภัยในผลความเสียหายที่จะเกิดขึ้น แต่กลับขึ้น กระทำโดยคาดคำนวณว่าความเสียหายคงจะไม่เกิดขึ้นและท่านยังอธิบายว่า ความประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรงจะมีความหมายและลักษณะเช่นเดียวกับความประมาทโดยจงใจ แต่ความ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะใช้ในความรับผิดชอบเพื่อละเมิดและสัญญา ส่วนความประมาทโดย จงใจนั้นจะใช้ในอธิบายสภาวะจิตใจของผู้กระทำผิดทางอาญา³⁹

จะเห็นว่า จากคำอธิบายความหมายหรือคำนิยามของความประมาทเลินเล่ออย่าง ร้ายแรงจากนักนิติศาสตร์หลายท่านดังกล่าว จึงสามารถสรุปความหมายหรือคำนิยามของความ

³⁶ Ernest J. Schuster , The Principle of German Civil Law , (London and Newyork : Oxford at The Claredon Press , 1907) , p. 152.

³⁷ The International Association of Legal Scient , *supra* note 7 , p. 33.

³⁸ The British Institute of Internationnal and Comparative Law , *supra* note 31 , p. 118.

³⁹ Markesinis B.S , Comparative Introduction to the German Law of Torts , 3 ed. (Oxford : claredon Press , 1994) ,pp. 72-73.

ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้ว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า การกระทำที่ปราศจากความระมัดระวังขาดความเอาใจใส่อย่างไม่น่าให้อภัย ซึ่งบุคคลผู้ตกอยู่ในภาวะความเสี่ยงที่บุคคลทั่วไปเห็นว่ามีความเสี่ยงสูงมากที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นเช่นนั้นจะต้องพึงมีพึงใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมาก

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นผู้กระทำได้รับผิดชอบในความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่ตนได้กระทำการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นก็ต่อเมื่อกฎหมายได้บัญญัติไว้ว่าเขาจะต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งจะถือว่าการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นมีความร้ายแรงเสมือนเทียบเท่ากับการกระทำด้วยความจงใจ⁴⁰ แต่ส่วนใหญ่แล้วในระบบกฎหมายเยอรมันจะถือเพียงว่าการกระทำโดยความประมาทเลินเล่ออย่างเบาผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติให้รับผิดชอบเหมือนกับกรณีกระทำโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความรับผิดชอบละเมิดโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันจะถูกนำไปใช้ในหลักเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 831 ระบุว่า นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายใดๆ ซึ่งลูกจ้างได้ก่อขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายแก่บุคคลภายนอกในระหว่างการปฏิบัติงานที่จ้าง หน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนย่อมจะไม่เกิดขึ้น ถ้าหากนายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการเลือกหาลูกจ้าง และในเมื่อเขาจำเป็นต้องจัดหาเครื่องมือเครื่องใช้หรือการควบคุมงานนั้น เขาได้ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นก็ตาม

อนึ่ง บุคคลผู้มีข้อสัญญากับนายจ้าง รับหน้าที่ควบคุมกิจการดังได้ระบุไว้ในวรรคต้นตอนที่ 2 ย่อมมีความรับผิดชอบในทำนองเดียวกัน⁴¹

ในทางปฏิบัติศาลเยอรมันได้พัฒนาหลักกฎหมายขึ้นมาว่า นายจ้างต้องจ่ายเงินชดใช้ให้แก่ลูกจ้าง (duty to indemnity) ถ้าหากงานที่นายจ้างให้ลูกจ้างทำนั้นเป็นงานอันตรายโดยสภาพ และในการทำงานนั้นลูกจ้างได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นและผู้เสียหายได้ฟ้องร้องให้ลูกจ้างต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เมื่อลูกจ้างต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไปแล้ว ลูกจ้างก็สามารถเรียกให้นายจ้างชดใช้ให้ตนได้ (indemnity) เว้นแต่ลูกจ้างได้

⁴⁰ The International Association of Legal Science, *supra* note 7, p. 33.

⁴¹ Ian S Forrester, *The German Civil Code*, (Amsterdam : North Pub, 1975), p. 136.

กระทำละเมิดด้วยความจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เมื่อศาลได้นำหลัก duty of indemnity มาใช้จะส่งผลให้การพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามมาตรา 831 ของนายจ้างไม่เป็นประโยชน์แก่นายจ้างอีกต่อไป กล่าวคือเมื่อผู้เสียหายได้ฟ้องร้องนายจ้างและลูกจ้างเป็นคดีเดียวกันให้รับผิดชอบร่วมกัน นายจ้างจะต้องรับผิดชอบ ความรับผิดชอบของนายจ้างตามมาตรา 831 จึงมีผลเกือบจะเป็นอย่างเดียวกันกับหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด⁴²

แต่อย่างไรก็ตามนายจ้างก็มีสิทธิไล่เบี้ยลูกจ้างได้ตามกฎหมายแรงงานเยอรมัน ในกรณีที่งานนั้นมีโอกาสเกิดอันตรายได้ง่าย เช่น ลูกจ้างเป็นคนขับรถบรรทุก ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้นายจ้างสามารถไล่เบี้ยลูกจ้างได้ ตามระดับความร้ายแรงของความผิด (degree of fault) ซึ่งลูกจ้างได้กระทำต่อบุคคลภายนอก⁴³ ดังนี้

1. ในกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง(gross negligence)ต่อบุคคลภายนอก นายจ้างสามารถไล่เบี้ยลูกจ้างได้เต็มจำนวน
2. ในกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่อธรรมดา (negligence) นายจ้างไล่เบี้ยได้ตามส่วนเฉลี่ยความรับผิดชอบระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง
3. ในกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเพียงเล็กน้อย(slight negligence) กฎหมายปลดปล่อย(absolved) ความรับผิดชอบของลูกจ้างไม่ต้องให้รับผิดชอบนายจ้าง ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอก นายจ้างจึงไม่สามารถไล่เบี้ยลูกจ้างได้

สำหรับการวินิจฉัยระดับความร้ายแรงในการกระทำความผิดของลูกจ้างต่อบุคคลภายนอกว่าเป็นระดับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) ประมาทเลินเล่อธรรมดา (negligence) หรือประมาทเลินเล่ออย่างเล็กน้อย (slight negligence) ศาลจะวินิจฉัยจากพฤติการณ์การกระทำที่ปรากฏ ความสามารถในการคาดเห็นของจำเลย (forseeability) ระดับความร้ายแรงของการกระทำ ความถี่ของความเสียหายที่เกิดจากการกระทำ

⁴²อนันต์ จันทรโอภากร , “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายละเมิด,” หนังสือรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภสมทรัพย์ , (กรุงเทพมหานคร : พีเค พรินติ้งเฮาส์ , 2531),น. 103.

⁴³ Eorsi Gyula, Private and governmental liability for the torts of employees and organs , International Encyclopedia of Comparative Law , (Vol 11 Torts,1974) , p. 62.

ของลูกจ้างโดยเฉพาะ พฤติการณ์ของลูกจ้างในช่วงระยะเวลาการจ้าง เงินเดือนและตำแหน่งหน้าที่การงานของลูกจ้าง เป็นต้น

นอกจากนี้ การศึกษาทำความเข้าใจถึงความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงให้ได้ อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น การศึกษาถึงความประมาทเลินเล่อจะเป็นสิ่งจำเป็นที่ขาดเสียมิได้ เพราะว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นระดับความร้ายแรงชนิดหนึ่งของความประมาทเลินเล่อ ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาถึงหลักพื้นฐานความประมาทเลินเล่อ และหลักการวินิจฉัยความประมาทเลินเล่อ

1.2.2.1.1 หลักพื้นฐานของความประมาทเลินเล่อ

ในระบบกฎหมายเยอรมันได้บัญญัติหลักกฎหมายความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่อไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆของบุคคลซึ่งขัดต่อกฎหมาย จะต้องผูกพันชดเชยค่าเสียหายแก่เขาสำหรับความเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น” ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 823 นี้แสดงให้เห็นว่า การกระทำละเมิดนั้นอาจเกิดจากจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งกฎหมายเยอรมันได้นำหลักการเรื่องละเมิดนี้มาจากหลักกฎหมายโรมันที่เรียกว่า “delict”

ตามหลักกฎหมายละเมิดในประเทศเยอรมัน ประมาทเลินเล่อเป็นองค์ประกอบทางจิตใจของผู้ต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิด ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 276⁴⁴ ได้ให้ความหมายของคำว่าประมาทเลินเล่อไว้ความว่า ประมาทเลินเล่อ หมายถึง การไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติในชีวิตประจำวันซึ่งต้องมีอยู่ในการกระทำการหรือละเว้นกระทำการในสิ่งที่บุคคลผู้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย(reasonable man) จะกระทำ⁴⁵

สำหรับมาตรฐานความระมัดระวังนั้นจะใช้หลักการพิจารณาทางภาวะวิสัย ซึ่งมีหลักว่าถ้าจำเลยจัดอยู่ในกลุ่มอาชีพใด เขาจะถูกพิสูจน์ ความผิดโดยใช้มาตรฐานเช่นเดียวกับสมาชิกของกลุ่มอาชีพนั้น โดยไม่นำความบกพร่องส่วนตัวของจำเลยมาประกอบการพิจารณา เช่น คนหัดขับรถซึ่งตัดสินใจในการขับรถผิดไปจากคนขับรถที่มีประสบการณ์ซึ่งจะไม่ตัดสินใจเช่นนั้น ก็

⁴⁴ A person acts negligently if he does not have regard to the care necessary in the affairs of life.

⁴⁵ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33 , น. 98.

ต้องรับผิดชอบประมาทเลินเล่อ หรือกรณีแพทย์ฝึกหัดที่จะต้องมีความระมัดระวังเช่นเดียวกับแพทย์ทั่วไปแต่ไม่ถึงกับผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน

1.2.2.1.2 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยหลักประมาทเลินเล่อ

ในระบบกฎหมายประเทศเยอรมัน การวินิจฉัยความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่อว่าบุคคลกระทำโดยประมาทหรือไม่ จะวัดจากประเภทของงานที่เขาต้องกระทำและบุคคลซึ่งทำงานประเภทเดียวกับเขา⁴⁶ ซึ่งเป็นภาวะวิสัย ถ้าจำเลยจัดอยู่ในกลุ่มอาชีพใด เขาจะต้องถูกพิสูจน์ความผิดโดยใช้มาตรฐานเช่นเดียวกับบุคคลผู้ประกอบอาชีพนั้นๆ เพราะมาตรฐานที่ใช้ในเรื่องประมาทนั้น ต้องถือเอามาตรฐานตามความต้องการของสังคมยิ่งกว่าการถือเอาความรู้สึกนึกคิดของแต่ละบุคคลเป็นหลักว่าอะไรควรทำอะไรไม่ควรทำ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงความสมบูรณ์แห่งร่างกาย สติปัญญาและสุขภาพทางจิต ความคิดอ่านและความจดจำ ประสบการณ์ ความรอบรู้ และความชำนาญหรือความรู้เป็นพิเศษของผู้กระทำประกอบด้วย เช่น คนตาบอดจะให้ใช้ความระมัดระวังเช่นคนตาดีก็ไม่ได้

1.2.2.2 วิธีการวินิจฉัยหลักประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในระบบกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นชนิดหนึ่งของประมาทเลินเล่อ จึงมีองค์ประกอบและหลักการพิจารณาเช่นเดียวกับประมาทเลินเล่อ แต่พฤติกรรมที่มีความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นพฤติกรรมที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังที่ต้องพึงมีพึงใช้ในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งและผู้กระทำต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่ตนได้กระทำก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นก็ต่อเมื่อกฎหมายได้บัญญัติไว้ว่าเขาจะต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงมีการใช้น้อยมากเพราะส่วนใหญ่ตามกฎหมายเยอรมันแค่ประมาทเลินเล่อธรรมดาผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว

การพิจารณาความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะพิจารณาจากการกระทำของจำเลยเทียบกับบุคคลผู้สมมุติขึ้นให้ตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับจำเลย โดยการสมมุติบุคคลจากกลุ่มผู้ประกอบอาชีพเช่นเดียวกับจำเลยขึ้นมาเปรียบเทียบโดยไม่ต้องใส่ใจถึงสภาพความบกพร่องต่างๆของจำเลยประกอบ หากบุคคลผู้สมมุติซึ่งตกอยู่ในพฤติกรรมสภาพแวดล้อมเช่นเดียวกับจำเลยกระทำการเหมือนจำเลย ก็ต้องถือว่าจำเลยไม่มีความผิด แต่

⁴⁶ The British Institute of International and Comparative Law , *supra note* 33 , p. 118.

ถ้าหากว่าบุคคลผู้สมมุติไม่มีทางกระทำสิ่งที่ขาดความระมัดระวังแม้แต่เล็กน้อยเช่นเดียวกับจำเลย ก็ต้องถือว่าจำเลยกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ตัวอย่างเช่น นาย ก ไม่มีใบขับขี่รถยนต์และเคยขับรถยนต์มาก่อนแค่เพียง 2-3 ครั้ง ได้ขโมยรถของนาย ข.ไปขับเล่นในเวลา กลางคืนและมีฝนตกหนักมาก โดยขณะนั้นนาย ก.ขับรถด้วยความเร็วสูงมากจนไม่สามารถ ควบคุมรถได้ รถยนต์พุ่งไปชนนาย ค.ที่นั่งอยู่ในบริเวณบ้านของตน จนเป็นเหตุให้นาย ค.ถึงแก่ ความตาย ก็ต้องถือว่านาย ก.กระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพราะว่าบุคคลผู้ ขับรถโดยทั่วไปที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับนาย ก.จะไม่ขับรถเร็วเหมือนนาย ก.

การพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะต้องเป็นการพิจารณา เปรียบเทียบระหว่างการกระทำของจำเลยกับการกระทำของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้ตกอยู่ใน สภาพแวดล้อมเช่นเดียวกับจำเลย สิ่งสำคัญที่จะใช้ในการพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่าง ร้ายแรงจึงมี 2 ประการ ได้แก่

1. บุคคลผู้สมมุติขึ้นให้มีลักษณะเดียวกับจำเลย

บุคคลผู้สมมุติขึ้นให้มีลักษณะเดียวกับจำเลย (reasonable man) หมายความว่า บุคคลทั่วไปที่อยู่ในสภาวะการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำหรือผู้ละเว้นการกระทำ โดยบุคคลที่สมมุติ ขึ้นให้มีวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย (reasonable man) ในหมู่บุคคลธรรมดา ก็ หมายถึงบุคคลธรรมดาทั่วไป บุคคลผู้สมมุติขึ้นให้มีวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย (reasonable man) ในหมู่ผู้มีอาชีพในทางศิลปะหรืออาชีพที่ต้องใช้ฝีมือเป็นพิเศษ เช่น แพทย์ ทนายความ วิศวกร หรือผู้ขับรถยนต์สาธารณะ ก็หมายถึงบุคคลในประเภทนั้นๆ ซึ่งจะต้องอาศัย ความชำนาญ ฝีมือ และความระมัดระวังยิ่งกว่าบุคคลธรรมดา⁴⁷

บุคคลผู้สมมุติขึ้นให้มีลักษณะเดียวกับจำเลย จะมีลักษณะเป็นบุคคลที่อยู่ใน จินตนาการโดยเกิดจากการสมมุติขึ้นมา โดยเขาจะเป็นบุคคลในอุดมคติ มีความเป็นมาตรฐาน เป็นบุคคลผู้ที่รวมเอาไว้ซึ่งคุณสมบัติทั้งหลายอันเราจะพึงบังคับให้อยู่ในตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่เป็นพลเมืองดี และเราจะพบเขาอยู่ทั่วทุกแห่งที่เราประสบความสำเร็จ ลักษณะของเขาจะเป็น ภาพอันเป็นที่หมายแห่งหนทางไปสู่ความยุติธรรมและความชอบธรรม โดยบุคคลผู้สมมุติขึ้นให้มี

⁴⁷ บัญญัติ สุชีวะ, “ประมาท,” บทบัญญัติ, 21 ตอน 2, (2506), น. 278.

ลักษณะเดียวกับจำเลยนั้นจะเป็นผู้ที่มีความรอบคอบเป็นหลักในการดำเนินชีวิตซึ่งเน้นความปลอดภัยไว้ก่อน คือหลักประจำชีวิตของเขา บรรดาคุณธรรมส่วนใหญ่เป็นของเขาทั้งหมด⁴⁸

การพิจารณาถึงความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะต้องเป็นการพิจารณาระหว่างการกระทำของผู้ต้องหาเปรียบเทียบกับกระทำของบุคคลผู้ที่ถูกสมมุติขึ้น โดยบุคคลผู้สมมุติขึ้นให้มีลักษณะเดียวกับจำเลยนั้นจะไม่คำนึงถึงสภาวะจิตใจ หรือความเคยชิน อันเป็นสภาพภายในตัวของตัวจำเลย แต่จะคำนึงถึงความสมบูรณ์ของสภาพร่างกาย สภาพสติปัญญา ความรอบรู้ เพศ วัย เป็นต้น มาประกอบการพิจารณา ซึ่งการนำเหตุใดมาพิจารณาประกอบตัวบุคคลผู้สมมุตินั้นไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัวขึ้นอยู่กับความเป็นธรรมในข้อเท็จจริงเป็นแต่ละเรื่องไป ตามหนทางแห่งความยุติธรรมที่ผู้พิพากษาเห็นสมควร ตัวอย่างเช่น นาย ก.เป็นแพทย์ได้ทำการผ่าตัดนาย ข.โดยล้างเครื่องมือผ่าตัดด้วยน้ำสะอาดแทนที่จะล้างด้วยน้ำยาฆ่าเชื้อโรค จนเป็นเหตุให้นาย ก.ติดเชื้อถึงแก่ความตาย การพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะต้องนำการกระทำของนาย ก.มาพิจารณาเปรียบเทียบกับกระทำของแพทย์ที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับนาย ก. ซึ่งจะเห็นว่าแพทย์ที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับนาย ก.จะไม่กระทำเช่นนาย ก.กระทำเลยแม้แต่น้อย แต่จะนำเครื่องมือผ่าตัดมาล้างด้วยน้ำยาฆ่าเชื้อโรคโดยเฉพาะตามหลักวิชาที่ได้ร่ำเรียนมา การกระทำของนาย ก.จึงเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

2. สภาพแวดล้อมในขณะเกิดเหตุ

สภาพแวดล้อมในขณะเกิดเหตุก็เป็นสิ่งหนึ่งที่ใช้ในการพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพราะว่าบุคคลผู้อยู่ในสภาพแวดล้อมต่างกัน ก็ต้องรับผิดชอบต่างกัน การใช้ความระมัดระวังในสภาพแวดล้อมอย่างใดอย่างหนึ่งย่อมมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละพฤติการณ์เป็นเรื่องๆ ไป⁴⁹

สภาพแวดล้อมในขณะเกิดเหตุ ได้แก่ เวลา สถานที่ สภาพอากาศ แสงสว่าง ยุคสมัย ความพลุกพล่านของประชาชนในบริเวณนั้น เป็นต้น

การพิจารณาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นนอกจากจะต้องสมมุติเปรียบเทียบกับบุคคลผู้มีลักษณะเช่นเดียวกับจำเลยแล้ว จะต้องนำสภาพแวดล้อมในขณะเกิด

⁴⁸ อมร อินทรกำแหง , วิทยุชน , บทบัญญัติ , เล่ม 24 ตอน 2 , (เมษายน 2509) , น. 346-347.

⁴⁹ Ernest J. Schuster , *supra* note 36 , p. 152.

เหตุมาพิจารณาประกอบด้วย โดยต้องสมมติให้บุคคลนั้นอยู่ในสภาพแวดล้อมขณะเกิดเหตุ เช่นเดียวกับจำเลยด้วย⁵⁰ เพราะว่าสภาพแวดล้อมต่างกันการใช้ความระมัดระวังย่อมแตกต่างกันไปตามแต่ละสภาพแวดล้อมนั้นๆ ตัวอย่างเช่น แพทย์ที่อยู่บริเวณที่น้ำท่วมและรักษาคนป่วยจำนวนมาก ย่อมใช้ความระมัดระวังได้ไม่เท่ากับแพทย์ที่อยู่ในโรงพยาบาลใหญ่และรักษาผู้ป่วยจำนวนน้อย

1.2.2.3 แนวคำวินิจฉัยของศาล

ศาลในระบบกฎหมายเยอรมันได้วางแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ ดังต่อไปนี้

Reichsgericht (First civil division) 14 January 1928

วันที่ 23 ตุลาคม 1921 ในตอนเที่ยง เรือขนส่งสินค้า Lisbeth เดินทางจากท่าเรือที่ประเทศอังกฤษโดยมีจุดหมายที่ Goteborg ได้เกยตื้นบนเกาะ Texel ต่อมาวันที่ 26 ตุลาคม เรือสินค้าได้จมลง โจทก์เจ้าของสินค้าฟ้องกับต้นเรือให้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายของสินค้าที่ต้องเสียหายไปเพราะความประมาทของกัปตันเรือ ศาล Altona และ ศาลอุทธรณ์ Kiel ยกฟ้อง ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน โดยให้เหตุผลว่า โจทก์ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการว่าจ้างจำเลยขนส่งสินค้า เพราะโจทก์รู้ถึงความไม่ชำนาญและความไม่มีประสบการณ์ในการเดินทะเลขนส่งของจำเลยซึ่งจำเลยไม่เคยมีประสบการณ์ในการเดินทะเลทางตอนเหนือจากใบสมัครงานของจำเลยที่ได้กรอกให้ไว้แก่โจทก์ ทั้งโจทก์ก็เป็นผู้เชี่ยวชาญในการเดินเรือก็ย่อมรู้ว่าผู้ที่ไม่มีความสามารถในการเดินเรือย่อมมีความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายต่อสินค้าเป็นอย่างมาก แต่โจทก์ก็ยอมรับความเสี่ยงนั้นโดยการว่าจ้างจำเลยให้ขนส่งสินค้า ดังนั้นเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแก่สินค้าของโจทก์ที่เกิดจากความไม่มีประสบการณ์ของจำเลย ถือได้ว่าโจทก์ยอมรับความเสี่ยงในการที่จำเลยนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

BGHZ 34 , 355 VI Civil Senate(VIZR 189/59) =NJV 1961,655 =JZ 1961 , 602.

ในวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 1957 เวลาตอนเย็น จำเลยที่ 1 ชวนจำเลยที่ 2 โจทก์ และ J ไปรับประทานอาหารเย็นที่บ้านของตน โดยจำเลยที่ 1 เป็นคนขับรถยนต์พาไปยังที่บ้านของจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 1 เป็นเพียงคนเดียวที่มีใบอนุญาตขับรถ ในระหว่างการขับรถไปที่บ้านของจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 2 ได้ขอจำเลยที่ 1 ยอมให้ตนเองได้ขับรถแทนจำเลยที่ 1 ทั้งๆที่ตนเองไม่มี

⁵⁰ Markesinis B.S. , *supra* note 39 , p. 74.

ใบอนุญาตขับรถ แต่จำเลยที่ 1 ไม่ยอมให้จำเลยที่ 2 ขับ ต่อมาหลังจากรับประทานอาหารเสร็จในระหว่างเดินทางกลับ จำเลยที่ 2 ก็ขอให้ตนขับรถแทนจำเลยที่ 1 อีกครั้งซึ่งในครั้งนั้นจำเลยที่ 1 เกิดความรำคาญจำเลยที่ 2 จึงยอมให้จำเลยที่ 2 ขับรถ ในระหว่างที่จำเลยที่ 2 ขับรถยนต์ ขณะถึงทางโค้งจำเลยที่ 2 ไม่ได้ลดความเร็วลงแต่กลับขับรถเร่งความเร็วขึ้น จนเป็นเหตุให้รถหลุดออกจากทางโค้งทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บสาหัส โจทก์ฟ้องจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 ให้รับผิดชอบค่าสินไหมทดแทน ศาลพิพากษายกฟ้องโจทก์ โดยศาลให้เหตุผลว่าโจทก์ยอมรับความเสี่ยงภัยเองในการนั่งรถที่จำเลยที่ 2 ขับทั้งๆที่โจทก์รู้ว่าจำเลยที่ 2 ไม่มีใบขับขี่รถและไม่มีประสบการณ์ในการขับรถ ถือได้ว่าโจทก์ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

BUNDESARBEITSGERICHT 24 November 1987 NJW 1988 2816

จำเลยเป็นลูกจ้างของบริษัทรถแท็กซี่ซึ่งเป็นโจทก์ในคดีนี้ วันที่ 20 กันยายน 1980 จำเลยได้นำรถแท็กซี่ของโจทก์ออกไปขับเพื่อหารายได้ตามปกติ จนกระทั่งประมาณ 10 โมงเช้า จำเลยได้ขับรถแท็กซี่ฝ่าสัญญาณไฟจราจรต่างๆ ที่สัญญาณไฟจราจรนั้นเป็นไฟเหลืองข้างหน้าแล้ว จำเลยไม่ได้ชะลอรถแท็กซี่เพื่อที่จะให้รถบริเวณทางแยกไปก่อน อีกทั้งในวันเกิดเหตุสภาพอากาศมีความปกติ จนเป็นเหตุให้รถแท็กซี่ของโจทก์ชนกับรถคันอื่นเสียหายทั้งคัน ดังนั้นก็ต้องถือว่าจำเลยได้ขับรถด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่โจทก์ เพราะว่าจำเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานของผู้ประกอบอาชีพคนขับรถแท็กซี่เป็นอย่างมาก

จากการศึกษาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น พบว่าความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น รับสืบทอดมาจากหลัก Culpa Lata ของกฎหมายโรมัน แต่อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายโรมันจะไม่ใช้ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงกับกฎหมายละเมิดแพร่หลายมากนัก เพราะว่าในระบบกฎหมายเยอรมันความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา ก็เพียงพอให้ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบแล้ว

นอกจากนี้เมื่อทำการศึกษาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายชวีลลอร์ ทั้งระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน พบว่าทั้งสองระบบมีการนิยามความหมาย การวางหลักเกณฑ์และการนำความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไปใช้อย่างคล้ายคลึงทำนองเดียวกัน

การศึกษาคความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายเปรียบเทียบ เมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาในระบบกฎหมายชวีลลอร์เสร็จแล้ว ผู้เขียนจะขอนำเสนอความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในหัวข้อต่อไป

2. ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์การเริ่มศึกษาปัญหากฎหมายจะต้องเริ่มศึกษาจากข้อเท็จจริงในคดีต่างๆโดยยึดเอาแนวคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐาน ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะเป็นไปตามหลักเหตุผลที่ว่า ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ก็ได้รับการพัฒนามาจากแนวคำพิพากษา ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษ และความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา

2.1 ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษ

ในระบบกฎหมายอังกฤษประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ได้มีการยอมรับหรือนำไปใช้อย่างแพร่หลายมากนักในความรับผิดเพื่อละเมิดตามระบบกฎหมายแพ่งของอังกฤษ แต่กลับถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลายในความรับผิดทางอาญา การศึกษาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษในหัวข้อนี้ จะทำการศึกษาความประมาทอย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอาญาอังกฤษและความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษ

2.1.1 ความประมาทอย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอาญาอังกฤษ

ความประมาทอย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอาญาอังกฤษนั้นจะถูกเรียกว่าความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ซึ่งได้ถูกเสนอให้ใช้ครั้งแรกในช่วงปลายปี ค.ศ.1950 ในการพิจารณาความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท (manslaughter) เพราะคำว่า ประมาทโดยจงใจจะเป็นสิ่งที่อธิบายให้เห็นถึงระดับของความประมาทที่ขาดความระมัดระวังอย่างมากซึ่งผู้กระทำสมควรถูกลงโทษ นอกจากนี้ศาลยังยอมรับว่าความประมาทโดยจงใจเป็นองค์ประกอบทางจิตใจของผู้กระทำผิด (mens rea) ในลักษณะของการตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย ที่เรียกว่า ประมาทโดยรู้ตัว (advertent recklessness) ต่อมาในช่วงต้นค.ศ.1980 ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์กันถึงการขยายความหมายของประมาทโดยจงใจให้กว้างขึ้น ครอบคลุมไปถึง

ความประมาทโดยไม่รู้ตัว (inadvertent recklessness)⁵¹ โดยการศึกษาความประมาทอย่างร้ายแรงหรือความประมาทโดยจงใจในหัวข้อนี้ จะทำการศึกษาถึงความหมายและหลักเกณฑ์การวินิจฉัยของความประมาทอย่างร้ายแรงหรือความประมาทโดยจงใจ

2.1.1.1 ความหมายของความประมาทอย่างร้ายแรง

ความหมายของความประมาทอย่างร้ายแรงหรือความประมาทโดยจงใจนั้นได้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายความหมายไว้ดังต่อไปนี้

ท่าน John Smith ได้อธิบายความหมายคำว่า “ประมาทอย่างร้ายแรง” ไว้ว่า ประมาทอย่างร้ายแรง หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำได้รู้ถึงความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น แต่ผู้กระทำก็ไม่ใส่ใจต่อความเสี่ยงนั้น กลับขึ้นกระทำการด้วยการขาดความระมัดระวังโดยคาดคำนวณว่าสามารถจะหลีกเลี่ยงไม่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้⁵²

ท่าน Cross and Jones ได้อธิบายว่าความประมาทอย่างร้ายแรงมีอยู่ 2 ความหมายคือ

1) ความหมายในทางอัตวิสัย หมายถึง การตระหนักรู้ถึงความเสี่ยง และความเสี่ยงนั้นไม่มีเหตุผลอันสมควร(unreasonable risk)⁵³

2) ความหมายในทางภาวะวิสัย หมายถึง การกระทำในสิ่งที่เป็นความเสี่ยงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร(unreasonable risk) ไม่ว่าผู้กระทำจะรู้หรือไม่รู้ถึงความเสี่ยงที่เกิดขึ้น

ท่าน Glanville Williams อธิบายว่า ความประมาทอย่างร้ายแรง หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายและความเสี่ยงนั้นต้องเป็นความเสี่ยงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) ในบางครั้งอาจกล่าวได้ว่าความ

⁵¹ Andrew Ashworth , Principal of Criminal Law , Fifth Edition (New York : Oxford University Press, 2006) , pp. 181-182.

⁵² John Smith , Smith & Hogen Criminal Law , Ten Edition (London : Butterworths Lezisnexus , 2002) , p. 52.

⁵³ Rupert Cross and Philip Asterley Jones , An Introduction to Criminal Law , Sixth Edition (Bristol : J.W.Arrowsmith Ltd , 1968) , p. 52.

ประมาทอย่างร้ายแรง (recklessness) เป็นการ “ลองเสี่ยงโชคโดยเจตนา (takes a chance)” ของผู้กระทำ⁵⁴

ในประมวลกฎหมายอาญาระบบร่าง (Draft Criminal Code) ได้มีการให้บทนิยามความประมาทอย่างร้ายแรงไว้ดังนี้⁵⁵

ความประมาทอย่างร้ายแรง มีลักษณะดังนี้

(1) พฤติการณ์ซึ่งผู้กระทำต้องรู้ถึงความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น

(2) ผลของความเสียหายซึ่งเกิดจากการกระทำที่ผู้กระทำรู้ถึงความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายแต่กลับขึ้นกระทำความเสี่ยงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk)

ท่าน Catherine Elliot and ท่าน Frances Quinn อธิบายว่า ประมาทอย่างร้ายแรง หมายถึง การกระทำความเสี่ยงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unjustified risk) และประมาทอย่างร้ายแรงก็คือองค์ประกอบทางจิตใจ (mens rea) ของผู้กระทำความผิด⁵⁶

ท่าน Jerome Hall อธิบายว่า ประมาทอย่างร้ายแรง หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำตระหนักถึงความเสี่ยงที่จะเกิด (forbidden harm) และเขายังรู้ว่าการกระทำเขาจะเพิ่มความเสี่ยงที่จะก่อความเสียหายให้เกิดขึ้น แต่เขาก็ยังฝืนตัดสินใจกระทำการต่างๆ ที่รู้ถึงความเสี่ยง⁵⁷

ท่าน Wayne R. Lafave and ท่าน Austin W. Scott ได้ให้ความหมายของประมาทอย่างร้ายแรงไว้ว่า ประมาทอย่างร้ายแรง หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำตระหนักถึงความเสี่ยงที่สูงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น แต่ผู้กระทำก็ขึ้นกระทำต่างๆ ที่รู้ถึงความเสี่ยงนั้น และ

⁵⁴ Glanville Williams , Textbook of Criminal Law , Two Edition (London : Stevens & son , 1983) , p. 96.

⁵⁵ John Smith , *supra* note 52 , p. 84.

⁵⁶ Catherine Elliot and Frances Quinn , Criminal Law , Fifth Edition (London : Peason Longman , 2004) ,p. 15.

⁵⁷ Jerome Hall , General Principal of Criminal Law , Second Edition (New York : The Bobbs-Merril , 1960) , p. 115.

ความประมาทอย่างร้ายแรง (recklessness) นี้ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence)⁵⁸

จะเห็นว่า จากความเห็นของนักนิติศาสตร์หลายท่านที่ได้อธิบายความหมายของประมาทอย่างร้ายแรงนั้น พอจะสรุปได้ว่า ประมาทอย่างร้ายแรง หมายถึง การกระทำที่ขาดความระมัดระวังโดยผู้กระทำตระหนักรู้อยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะก่อภัยขึ้นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรแต่ก็ยังขึ้นทำลงไป โดยการคาดคำนวณว่าคงสามารถเลี่ยงหกล้มไม่ให้เกิดภัยที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ ซึ่งความประมาทอย่างร้ายแรงนั้นจะเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าความประมาทโดยจงใจหรือความประมาทโดยรู้ตัว

2.1.1.2 วิธีการวินิจฉัยความประมาทอย่างร้ายแรง

ในการพิจารณาของคดีของศาล มีหลักการพิจารณาลักษณะของความประมาทอย่างร้ายแรงอยู่ 2 รูปแบบ คือ ความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) และความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) ซึ่งในการพิจารณาคดีบางเรื่องก็ใช้หลักการพิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) ส่วนบางเรื่องก็ใช้ความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness)

ก. ความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness)

ในปี ค.ศ.1957 เกิดคดี R v Cunningham ซึ่งเป็นคดีที่ศาลได้ตัดสินถึงความประมาทอย่างร้ายแรงไว้ในคดีดังกล่าว หลักการที่ศาลได้ใช้พิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรงในคดี R v Cunningham ได้กลายเป็นหลักการที่ยอมรับกันต่อมาจนถึงปัจจุบันที่เรียกว่าความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness)⁵⁹ ซึ่งมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ⁶⁰ คือ

⁵⁸ Wayne R. Lafave and Austin W. Scott , Handbook on Criminal Law , (St Paul Minn : West Publishing Co,1972) , p. 215.

⁵⁹ Catherine Elliot and Frances Quinn , *supra* note 54 , pp. 15-16.

⁶⁰ Jonathan Herring , Criminal Law text case and materials , (New York : Oxford University Press , 2004) , pp. 151-153.

(1) จำเลยตระหนักรู้ (awareness) ถึงการเสี่ยงภัยที่อาจทำให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ บุคคลจะถูกล่าม اتهامว่าเป็นผู้กระทำความประมาทอย่างร้ายแรงตามรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) ถ้าในเวลาที่เกิดเหตุขึ้นนั้นศาลเห็นว่า จำเลยรู้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการเสี่ยงภัยในการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น กล่าวคือ จำเลยได้รู้ถึงความเสี่ยงภัยที่ความเสียหายอาจจะเกิดขึ้น แต่จำเลยกลับไม่ใส่ใจต่อความเสี่ยงนั้น กลับขึ้นกระทำความเสี่ยงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร โดยคาดคำนวณว่าความเสียหายอาจจะไม่เกิดขึ้น

ท่าน Byrne J อธิบายว่า ความประมาทอย่างร้ายแรง หมายความว่าถึง กรณีที่จำเลยคาดเห็นล่วงหน้า (foreseen) ว่าภัยที่จะก่อความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้แต่จำเลยยังขึ้นกระทำการเสี่ยงภัยต่อไป ซึ่งจากคำจำกัดความดังกล่าว สาระสำคัญของความประมาทอย่างร้ายแรงจะมีอยู่ 2 ประการคือ ประการแรก ต้องแสดงให้เห็นว่า จำเลยคาดเห็นล่วงหน้าได้ว่ามีความเสี่ยงต่อภัยที่จะเกิดความเสียหายขึ้นอยู่เบื้องหน้า แต่จำเลยไม่สามารถคาดเห็นได้ว่าภัยที่จะก่อความเสียหายขึ้นนั้นมีความร้ายแรง ประการที่สอง ความสามารถในการคาดเห็นถึงความเสี่ยงต่อภัยนั้นพิจารณาเทียบกับบุคคลที่มีลักษณะเช่นเดียวกับจำเลยในขณะนั้น และไม่ใช้กรณีความสามารถในการคาดเห็นความเสี่ยงต่อภัยเป็นเรื่องของวิญญูชนทั่วไป (a reasonable person) จะคาดเห็นได้หรือไม่ใช่กรณีความเสี่ยงภัยที่จะก่อความเสียหายขึ้นนั้นเป็นเรื่องที่คนทั่วไปเห็นได้ชัดเจน (obvious)

ตัวอย่างเช่นในคดี Stephenson จำเลยในคดีนี้ป่วยและได้รับความทรมานจากโรคจิตเสื่อมประเภทที่มีอาการเก็บตัว (schizophrenia) จำเลยได้ทำการเผาของหั่วเป็นเหตุให้เกิดไฟไหม้กองหั่วเสียหาย ศาลพิจารณาว่าจำเลยมีอาการป่วยเป็นโรคทางจิตเสื่อมประเภทที่มีอาการเก็บตัว (schizophrenia) ทำให้จำเลยไม่สามารถตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นอันเนื่องมาจากการจุดไฟของจำเลยได้ แม้ว่าอันตรายที่เกิดจากการจุดไฟในกองหั่วจะเป็นเรื่องที่ชัดเจน (obvious) และวิญญูชน (reasonableman) ทั่วไปสามารถคาดเห็นถึงความเสี่ยงในการจุดไฟที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ แต่จำเลยไม่สามารถคาดเห็นความเสี่ยงได้เพราะเขาป่วยเป็นโรคจิต ดังนั้นการกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness)

(2) จำเลยกระทำการเสี่ยงภัยที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) การพิจารณาความเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรนี้ ต้องใช้หลักการพิจารณาทางภาวะวิสัย (objective) กล่าวคือ การกระทำที่เสี่ยงต่อภัยที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นจะเป็นเรื่องที่มีเหตุผลสมควรหรือไม่สมควรจะต้องพิจารณาโดยใช้มาตรฐานของบุคคล

ที่สมมุติขึ้นให้มีวิสัยและอยู่ในพฤติการณ์ (the standards of the ordinary and reasonable person) ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความคิดของจำเลยว่าการเสี่ยงต่อภัยที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้นมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่มีเหตุผลอันสมควร⁶¹ ในการพิจารณาเปรียบเทียบประโยชน์ในทางสังคม (social utility) ที่จะได้รับจากการกระทำการเสี่ยงภัยในอันที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น กับ ความเป็นไปได้ (probable) ที่จะเกิดภัยและความร้ายแรง (serious) ของภัยที่อาจจะเกิดขึ้น⁶²

ข. ความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness)

ในปีค.ศ.1982 ศาลได้วางหลักการพิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรงไว้อีกรูปแบบหนึ่งนอกจากความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) โดยศาลได้วางหลักการพิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรงที่เป็นรูปแบบใหม่ไว้ในคดี Commissioner of Police of the Metropolis v Caldwell⁶³ ซึ่งในคดีดังกล่าวนี้ได้ขยายความหมายของความประมาทอย่างร้ายแรงให้รวมถึงความประมาทโดยจงใจอย่างไม่รู้ตัว (inadvertent recklessness) โดยท่าน Lord Diplock ได้ให้เหตุผลไว้ 3 ประการในการขยายความหมายของความประมาทอย่างร้ายแรงไว้ ดังนี้

1) การหาเส้นแบ่งความตระหนักรู้และความไม่ตระหนักรู้ของจำเลยถึงการเสี่ยงต่อภัยที่จะก่อให้เกิดความเสียหายมีขอบเขตที่ยากต่อการพิสูจน์ และในทางความเป็นจริงนั้นเป็นสิ่งที่ยากมากในการที่จะรู้ว่า จำเลยจะได้ตระหนักรู้หรือไม่ตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงในผลการกระทำของจำเลย ในขณะที่จำเลยกระทำในสิ่งที่มีความเสี่ยงซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น เช่นเดียวกับในเรื่องของเจตนา ความสำคัญผิด และปัญหาอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับสภาวะจิตใจของผู้กระทำความผิด

2) ความหมายของความประมาทอย่างร้ายแรง ควรจะมีขอบเขตที่กว้างกว่าการตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงภัยที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยควรที่จะรวมถึงการกระทำโดยขาดความระมัดระวัง (lack of care) และการกระทำโดยการขาดความยั้งคิด (lack of thought)

3) การกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปโดยการขาดความคาดเห็นในความเสี่ยงภัยที่สามารถคาดเห็นได้อย่างชัดเจนสมควรได้รับการดำเนินไม่น้อยไปกว่าผู้ที่กระทำด้วยการคาดเห็น

⁶¹ *Ibid*, p. 152.

⁶² John Smith, *supra* note 52, p. 77.

⁶³ Michael T Molan, Criminal Law, Third Edition (London : Old Bailey Press, 2003), p. 60.

ในความเสียหายแต่กลับขึ้นกระทำได้ทั้งๆ ที่ตระหนักรู้ถึงความเสียหายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายนั้น⁶⁴

จากเหตุผลทั้ง 3 ประการดังกล่าวข้างต้น ศาลได้ทำการสร้างรูปแบบการพิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรงอีกรูปแบบหนึ่งในคดี Commissioner of Police of the Metropolis v Caldwell โดยเรียกความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบใหม่นี้ว่า ความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) แต่อย่างไรก็ตามต้องพึงเข้าใจว่าความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) ไม่ได้มาแทนความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) กล่าวคือความผิดอาญาบางเรื่องจะใช้หลักการพิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) และในความผิดอาญาบางเรื่องจะใช้หลักการพิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) โดยในปัจจุบันศาลของประเทศอังกฤษจะใช้หลักการพิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) ในความผิดฐานทำให้เสียชีวิต และความผิดตามพระราชบัญญัติอื่นๆ บางฉบับเท่านั้น⁶⁵

การพิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) มีหลักเกณฑ์ 2 ประการคือ

(1) จำเลยกระทำการโดยตระหนักรู้ถึงความเสี่ยง (aware of risk) ซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจน (obvious) ในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น กล่าวคือจำเลยกระทำการในสิ่งที่เป็นความเสี่ยงที่วิญญูชนทั่วไป (a reasonable person) สามารถคาดเห็นล่วงหน้าได้และหากอยู่ในสถานการณ์เช่นเดียวกับจำเลย วิญญูชนทั่วไปก็จะไม่กระทำการเช่นจำเลยกระทำ ความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) การพิจารณาถึงความตระหนักรู้หรือไม่ตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงในการที่จะก่อความเสียหายของจำเลยจะพิจารณาเปรียบเทียบกับวิญญูชน (a reasonable person) ในสังคม ตัวอย่างเช่น คนขับรถที่กินเหล้าแล้วมีอาการเมา จนขับรถไปชนเกิดความเสียหายขึ้น ถือว่าคนขับรถประมาทอย่างร้ายแรง เพราะ

⁶⁴ Andrew Ashworth , *supra* note 51 , p. 188.

⁶⁵ Jonathan Herring , *supra* note 60 , p. 153.

วิญญูชนทั่วไป (a reasonable person) ย่อมคาดเห็นได้ว่าหากขับรถในขณะมีเมาย่อมมีความเสี่ยงสูงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นในชีวิตและทรัพย์สิน⁶⁶

(2) จำเลยได้กระทำการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) โดยจำเลยได้กระทำการเสี่ยงภัยในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ทั้งๆ ที่จำเลยตระหนักรู้ถึงความเสี่ยง แต่กลับขึ้นกระทำโดยการคาดคำนวณว่าอาจจะไม่มีภัยอันตรายอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น ซึ่งองค์ประกอบในเรื่องนี้ของความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) จะเป็นองค์ประกอบพื้นฐานเดียวกันกับองค์ประกอบพื้นฐานของความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness)⁶⁷

นอกจากนี้ในวันเดียวกันหลังจากมีคำพิพากษาในคดี Commissioner of Police of the Metropolis v Caldwell ศาลได้มีคำพิพากษาคัดสินในคดี R v Lawrence⁶⁸ ศาลได้วางหลักการพิจารณาก้าวไปไกลอีกขั้นหนึ่ง โดยการพิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรงนั้นโจทก์จะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำการเสี่ยงภัยในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายถึงขั้น “ที่เห็นได้อย่างชัดเจนและร้ายแรง” (obvious and serious) ซึ่งวิญญูชนทั่วไปจะไม่มองข้ามการเสี่ยงภัยที่จะก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้น

จะเห็นว่าการพิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) จะรวมองค์ประกอบความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) หรือความประมาทอย่างรู้ตัว (adventent recklessness) ไว้ด้วย เพราะการพิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) จะรวมทั้งความประมาทอย่างรู้ตัว (adventent recklessness และ ความประมาทอย่างไม่รู้ตัว (inadventent recklessness) แต่ความแตกต่างของความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบ Caldwell (Caldwell recklessness) และความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) ก็คือการพิจารณาค้นหาความตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงภัยในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายของจำเลย กล่าวคือหากพิจารณาค้นหาความตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงภัยในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายของจำเลยโดยเปรียบเทียบกับวิญญูชนทั่วไป (a reasonable person) จะเป็นการพิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรงในรูปแบบของ Caldwell

⁶⁶ *Ibid*, pp. 163-164.

⁶⁷ *Ibid*.

⁶⁸ Michael T Molan , *supra* note 53 , p. 61.

(Caldwell recklessness) แต่กาลกลับกันหากการพิจารณาค้นหาความตระหนักรู้ถึงความเสียหายในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายของจำเลยโดยเปรียบเทียบกับบุคคลที่มี อายุ เพศ วัย หรือ สภาวะการณ์อื่นๆที่มีลักษณะเช่นเดียวกับจำเลย จะเป็นการพิจารณาความประมาทอย่างร้ายแรง ในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness)

นอกจากการศึกษาความประมาทอย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอาญอังกฤษแล้ว ผู้เขียนยังได้ทำการศึกษาความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพื่อทำการเปรียบเทียบกันให้เกิดความเข้าใจมากยิ่งขึ้น

2.1.2 ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมาย อังกฤษ

ในระยะหลังสมัยโรมันจนเข้ามาถึงสมัยแห่งการฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (Renaissance) ประมาณศตวรรษที่ 14-16 ซึ่งหลักอิสรภาพแห่งเจตนา (Freedom Of the Will) เป็นที่ยอมรับอย่างมากในยุคนี้ และมีการกล่าวถึงหลักความรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำซึ่งผูกพันให้บุคคลที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการกระทำ เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้อื่น อันเป็นหลักการสำคัญของหลักประมาทนั่นเอง นอกจากนี้ยังได้มีนักวิชาการกลุ่มหนึ่งซึ่งเน้นการกระทำ (Objective School) ได้โต้แย้งหลักความรับผิดชอบที่อ้างเจตนาของผู้กระทำ โดยอ้างว่าเจตนาเป็นสิ่งที่อยู่ในจิตใจยากแก่การหยั่งรู้ ไม่อาจนำมากำหนดความรับผิดชอบให้ชัดเจนได้ จึงได้เสนอแนะให้พิจารณาความรับผิดชอบจากการกระทำซึ่งเห็นได้ง่ายกว่า คือการกระทำโดยประมาท หลักประมาทจึงเป็นที่ยอมรับกันมากขึ้นโดยเฉพาะในอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ตอนกลางศตวรรษที่ 18 ในช่วงที่เกิดการปฏิวัติหรือสงครามกลางเมือง ประชาชนได้เริ่มให้ความสนใจในเรื่องสิทธิมนุษยชนอย่างมาก ทำให้เริ่มมีการยอมรับหลักการที่บุคคลพึงมีหน้าที่กระทำด้วยความระมัดระวัง (Duty of Care) เพื่อไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น โดยมีการยอมรับให้พิจารณาหลักประมาทไปควบคู่กับหลักเจตนา

ในตอนกลางศตวรรษที่ 18 ได้มีเหตุการณ์สำคัญอันหนึ่งเกิดขึ้นคือ การค้นพบวิธีประดิษฐ์เครื่องจักรไอน้ำอันเป็นการเริ่มต้นของยุคการปฏิวัติอุตสาหกรรมในประเทศอังกฤษที่มนุษย์ได้นำเครื่องจักรไอน้ำมาใช้ในการประกอบกิจการต่างๆ เช่น การประกอบกิจการโรงงาน การขนส่งโดยรถไฟ การเดินเรือเป็นต้น เมื่อเครื่องจักรไอน้ำไปก่อให้เกิดอุบัติเหตุขึ้นเป็นจำนวนหลายครั้งในช่วงระยะเวลานั้น การนำหลักความมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfulness) กับหลักเจตนา (Intention) ที่มีอยู่เดิมไม่เพียงพอที่จะกำหนดให้ผู้ประกอบการโดยใช้เครื่องจักรไอน้ำที่เป็นต้นเหตุ

ในการก่อความเสียหายขึ้นให้ต้องรับผิดชอบได้ นักกฎหมายในยุคนี้จึงต้องปรับปรุงแนวทางพิจารณา กำหนดความรับผิด (Approach of liability) ที่เหมาะสมกับสภาพของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลง ไปโดยใช้หลัก “หน้าที่ใช้ความระมัดระวัง” (Duty of care) ผู้ก่อกวนให้บุคคลต้องรับผิดชอบ หากได้ กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ ได้พัฒนามาจากหลัก “หน้าที่และหนี้” (Duties and Obligations) ของกฎหมายโรมันกับหลัก อิสระภาพแห่งเจตนา (Freedom Of the Will) มาผสมผสานกัน เกิดเป็นหลักพื้นฐานของละเมิด โดยประมาทในปัจจุบันนั่นเอง⁶⁹

นอกจากนี้ในศตวรรษที่ 18 แนวคิดเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงใน ระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเป็นระดับความร้ายแรงของความประมาทเลินเล่อชนิดหนึ่งได้ถือกำเนิด ขึ้นในระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งแนวความคิดนี้ Chief Justice Holt ได้นำมาจากระบบกฎหมาย โรมันเพื่อใช้ตัดสินคดีเกี่ยวกับส่งมอบทรัพย์ (bailement case) ในปี ค.ศ.1704 โดยเป็นที่ ยอมรับกันทั่วไปในกฎหมายเกี่ยวกับการส่งมอบทรัพย์ (law of bailement) ว่าระดับของความ ประมาทนั้นแบ่งเป็น 3 ระดับ⁷⁰ คือ (1) ความประมาทเลินเล่ออย่างเบา (slight negligence) คือ การใช้ความระมัดระวังอย่างมากแล้วแต่ก็ยังไม่เพียงพอ (2) ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา (ordinary negligence) คือ การใช้ความระมัดระวังอย่างปกติธรรมดา (3) ประมาทเลินเล่ออย่าง ร้ายแรง (gross negligence) คือ การไม่ใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อย ต่อมาได้มีการ ขยายหลักการแบ่งแยกระดับของความประมาทโดยการนำไปใช้ในกรณีเจ้าของรถต้องรับผิดชอบ ในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้โดยสารโดยไม่เสียค่าจ้าง (gratuitous guest) เฉพาะกรณีความเสียหายนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของเจ้าของรถ⁷¹

ต่อมาในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 ยังมีคดีเป็นจำนวนมากที่ใช้หลักประมาททั้งสอง ฝ่ายในการพิจารณาว่าโจทก์มีความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมากกว่าจำเลย ซึ่งในการ พิจารณาว่าจำเลยประมาทหรือโจทก์มีส่วนประมาทเลินเล่อด้วยเป็นปัญหาในทางข้อเท็จจริงซึ่ง

⁶⁹ คัมภีร์ แก้วเจริญ , “ละเมิดกับสังคม,” อัยการนิเทศ , เล่มที่ 46 ตอน 1 , (2527) , น. 94.

⁷⁰ W.Page Keeton , Prosser and Keeton on The Law of Torts , Fifth Edition , (St Paul Minn West Publishing CO, 1984) , p. 210.

⁷¹ Automobile driver is not liable to a gratuitous guest except for gross negligence.

ต้องพิจารณาจากสภาพการณ์เป็นรายข้อเท็จจริงไป ในคดีที่พิจารณาโดยใช้หลักประมาทเลินเล่อ ทั้งสองฝ่ายหากศาลตัดสินว่าโจทก์ไม่ควรได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทน ศาลจะให้เหตุผลว่าการกระทำของโจทก์เป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการนำตนเองเข้าเสี่ยงภัยจนเกิดความเสียหายขึ้น เช่นในคดี *Baltimore & Ohio Railroad V. State* โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายหลังจากโจทก์ข้ามทางรถไฟแล้วถูกรถไฟชนอันเนื่องมาจากที่กั้นรถไฟลงมาช้ากว่าที่รถไฟมาถึง ซึ่งข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า (1) บุคคลทั่วไปสามารถเห็นได้ว่ารถไฟกำลังจะมา (2) ประตูกั้นกำลังเลื่อนลงมา ซึ่งภายใต้สถานการณ์เช่นนี้หากโจทก์ใช้ความระมัดระวังหยุดมองหรือฟัง โจทก์ก็จะไม่ได้รับอันตรายถึงชีวิต หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ โจทก์รู้ว่ารถไฟกำลังจะมาและที่กั้นรถไฟกำลังเลื่อนลงมา แต่โจทก์ก็พยายามที่จะข้ามทางรถไฟ การกระทำของจำเลยเช่นนี้เป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โจทก์จึงเป็นผู้มีส่วนประมาทด้วยจึงไม่สมควรได้รับค่าสินไหมทดแทน⁷²

จนกระทั่งในช่วงปี ค.ศ.1972 ถึง1992 ได้มีการยอมรับในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษสำหรับการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึงได้มีการพัฒนาหลักการในการพิจารณาว่าการกระทำเช่นใดเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนี้ สามารถแยกองค์ประกอบได้ 4 ประการคือ 1)การกระทำหรือดเว้นการกระทำโดยมีเจตนา 2)จำเลยต้องรู้ถึงความเสี่ยงสูงที่อันตรายจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น 3)จำเลยได้กระทำโดยไม่ใส่ใจว่าจะเกิดอันตรายขึ้น และ 4)ผลของการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นอย่างร้ายแรงหรือเกินกว่าปกติอย่างมาก โดยพิจารณาจากขนาดของความร้ายแรง ความเป็นไปได้ของอันตรายที่จะเกิดขึ้น และระดับความเสี่ยงที่สูงมากซึ่งระดับความเสี่ยงนี้จะพิจารณาว่าในสถานการณ์เช่นนั้นบุคคลที่สมมุติขึ้นให้มีวิสัยและพฤติกรรมเช่นจำเลยจะกระทำสิ่งเดียวกับจำเลยหรือไม่

⁷² Randolph Stuart Sargent , GROSS , RECKLESS , WANTON , AND INDIFFERENT : GROSS NEGLIGENCE IN MARYLAND CIVIL LAW , (University of Baltimore Law Review , 2000) , p. 7.

2.1.2.1 พื้นฐานหลักประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในระบบกฎหมายอังกฤษนั้น ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้รับการยอมรับกันทั่วไปในคดีรับฝากทรัพย์ (bailement case) เป็นจำนวนมาก แต่ก็ไม่ได้มีการให้คำนิยามหรือคำจำกัดความไว้อย่างชัดเจนเป็นต้นบทกฎหมาย การศึกษาค้นหาความหมายหรือคำนิยามของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น จึงต้องทำการศึกษาจากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์เป็นแนวทาง ซึ่งมีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายความหมายหรือคำนิยามของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ดังต่อไปนี้

ท่าน Pollock อธิบายว่า ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยอมรับระดับความร้ายแรงของความประมาทเป็น 3 ระดับ คือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา และประมาทเลินเล่ออย่างเบา และท่านยังอธิบายความหมายของประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงว่า ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า การไม่ใช้ความระมัดระวังที่มากกว่าประมาทอย่างธรรมดาที่ภายใต้สถานการณ์เช่นนั้นผู้กระทำควรจะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมาก⁷³

ท่าน Percy อธิบายว่า ระดับความประมาทเลินเล่อแบ่งเป็น 3 ระดับ คือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา และประมาทเลินเล่ออย่างเบา และท่านยังอธิบายว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า การกระทำที่แสดงถึงการไม่ใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อย แม้ผู้กระทำจะไม่สามารถเล็งเห็นผลที่เกิดขึ้นได้แต่ผู้กระทำก็สามารถคาดเห็นผลได้น่าจะมีความเสียหายเกิดขึ้นหากได้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง⁷⁴

ท่าน Clerk and ท่าน Lindsell อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า การกระทำที่ไม่มีความระมัดระวังเลยแม้แต่เพียงเล็กน้อยซึ่งสถานการณ์เช่นนั้นบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลยไม่พึงควรกระทำ และท่านก็เห็นด้วยกับการแบ่งระดับของความประมาทเลินเล่อออกเป็นสามระดับ คือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา และประมาทเลินเล่ออย่างเบา โดยท่านให้เหตุผลว่าเป็นการเพิ่ม

⁷³ P.A. Landon , Pollock's Law of torts , Fifteenth Edition (London : Stevens & Sons Limited , 1951) , p. 337.

⁷⁴ R.A. Percy , Charlesworth&Percy on Negligence , Seventh edition (London : Sweet&Maxwell , 1983) , p. 9.

ความยืดหยุ่นในการพิจารณาระดับความระมัดระวังให้แปรเปลี่ยนไปตามสถานการณ์แต่ละรูปแบบเพื่อความเป็นธรรมในสังคม⁷⁵

จากความเห็นของนักนิติศาสตร์หลายท่านดังกล่าวข้างต้น สามารถสรุปความเห็นของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้ว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า การกระทำที่ผู้กระทำมิได้คำนึงถึงความปลอดภัยของบุคคลหรือทรัพย์สิน โดยผู้กระทำได้รู้ถึงความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น แต่ก็ยังขึ้นกระทำด้วยความขาดความระมัดระวังเป็นอย่างมากจนเกิดความเสียหายที่ตนได้ตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงนั้นให้เป็นจริงขึ้นมา ซึ่งจากความหมายดังกล่าวจะสามารถแยกหลักเกณฑ์ของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้ 4 ประการด้วยกัน⁷⁶ คือ

1) การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำ

องค์ประกอบพื้นฐานของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คือ ใจที่พึงต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของจำเลย เช่น ในคดี *Marriot Corp. V Chesapeake & Potomac Telephone Co* ใจที่พึงว่าจำเลยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยในคำฟ้องของโจทก์ไม่สามารถแสดงได้อย่างชัดเจนว่าจำเลยงดเว้นการกระทำ จนก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

2) จำเลยต้องรู้ถึงความเสี่ยงสูงที่อันตรายจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น

การพิจารณาว่าจำเลยรู้ถึงการกระทำนั้นโดยหลักแล้วต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป ขึ้นอยู่กับสถานการณ์และข้อเท็จจริงเป็นรายๆ ไปตามหลักภาวะวิสัย(objective) กล่าวคือในสถานการณ์เช่นนั้นจำเลยต้องรู้ว่าบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย ควรกระทำการอย่างใดแต่จำเลยไม่ได้กระทำ ท่าน *Prosser* และ *Keeton* ได้วางหลักมาตรฐานที่ยอมรับกันอยู่ว่า การพิจารณาภาวะจิตใจ(state of mind) ของจำเลยจะต้องพึงเทียบกับบุคคลที่สมมุติขึ้นให้ตกอยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกันกับจำเลย

⁷⁵ Clerk and Lindsel I, *Clerk & Lindsell on torts* , Fifteenth Edition (London : Sweet & Maxwell , 1982) , p. 408.

⁷⁶ Randolph Stuart Sergent , *supra* note 72 , pp. 29-33.

3) จำเลยได้กระทำโดยไม่ใส่ใจว่าจะเกิดอันตรายขึ้น

จำเลยต้องรู้หรือควรจะรู้ถึงความเสี่ยงในการที่จะเกิดอันตรายขึ้นแต่จำเลยไม่ใส่ใจต่ออันตรายนั้นโดยการคำนวณและมีความหวังว่าอันตรายเช่นนั้นไม่น่าจะเกิดขึ้น ซึ่งจำเลยไม่ประสงค์ต่อผลให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายเช่นนั้นต่อบุคคลอื่น

4) การกระทำของจำเลยก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงมาก

ผลจากการกระทำของจำเลยก่อให้เกิดผลเสียหายที่มากกว่าปกติที่บุคคลทั่วไปจะสามารถคาดถึงได้

นอกจากนี้จากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์หลายท่านดังกล่าว ยังได้อธิบายว่าความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นระดับความร้ายแรงระดับหนึ่งของความประมาทเลินเล่อในสามระดับ ซึ่งระดับของความประมาทเลินเล่อแบ่งออกเป็น 3 ระดับ คือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา และประมาทเลินเล่ออย่างเบา โดยอธิบายเหตุผลในการแบ่งระดับความประมาทเลินเล่อไว้ว่า เป็นการเพิ่มความยืดหยุ่นในการพิจารณาระดับความระมัดระวังให้แปรเปลี่ยนไปตามสถานการณ์แต่ละรูปแบบเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมได้อย่างมากที่สุด

แต่อย่างไรก็ตามก็มีนักนิติศาสตร์บางกลุ่มไม่เห็นด้วยกับการแบ่งระดับของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งมีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายไว้ดังต่อไปนี้

ท่าน Baron Rolf ไม่เห็นด้วยกับการแบ่งระดับความร้ายแรงของความประมาท โดยท่าน อธิบายไว้ในคดี Wilson v Brett (1843) ว่า ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นระดับความร้ายแรงที่สูงขึ้น (of a vituperative epithet) ของประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา โดยความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นสิ่งที่เหมือนกันไม่มีความแตกต่างกัน⁷⁷ และท่าน Justis Curtis ผู้พิพากษาในคดีเดียวกันกับท่าน Baron Rolf ก็เห็นว่าความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นไม่ได้มีความแตกต่างกับประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา⁷⁸

⁷⁷ W.Page Keeton , *supra* note 60 , p. 211.

⁷⁸ Thomas Atkins Street , The foundation of legal liability Volume 1 Theory and Principles of torts , (Newyork : Edward thoampson company , 1906) , p. 100.

ท่าน Harry Street⁷⁹ และท่าน Margaret Brazier⁸⁰ เห็นด้วยกับท่าน Baron Rolf โดยท่านเห็นว่า ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ได้มีการยอมรับการแบ่งระดับความประมาทเลินเล่อเหมือนดังเช่นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ในการวัดระดับความระมัดระวังนั้นมีเพียงหลักการเดียวคือ จำเลยต้องกระทำเช่นเดียวกับบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยพึงกระทำภายใต้สถานการณ์เช่นนั้น หากจำเลยกระทำการต่างกับบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยพึงกระทำแล้ว ก็ต้องถือว่าจำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

ท่าน Winfield ก็เห็นเป็นทำนองเดียวกันว่าในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่มีการแบ่งระดับของความประมาทเลินเล่อ การแบ่งระดับความประมาทเลินเล่อเป็นเรื่องของกฎหมายซีวิลลอว์ และการตัดสินของศาลที่แบ่งระดับความประมาทเป็น 3 ระดับเป็นการตัดสินที่ผิดพลาด โดยท่านเห็นว่าความประมาทเลินเล่อของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีเพียงอย่างเดียว คือ ความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาที่บุคคลกระทำการโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างบุคคลที่สมมุติขึ้นให้มีวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย พึงมีพึงใช้ภายใต้สถานการณ์นั้นๆ นอกจากนี้ท่านยังอ้างความเห็นของนักนิติศาสตร์อีก 2 ท่านสนับสนุนความเห็นของท่าน คือ ท่าน Lynskey J. ที่เห็นว่า ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่เป็นที่รู้จักในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่เป็นการใช้ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และท่าน Lord Upjohn ที่เห็นว่าความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ใช่องค์ประกอบที่จำเป็นจะต้องพิสูจน์ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เพราะในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่มีการแบ่งระดับของความประมาทเลินเล่อ⁸¹

ท่าน Salmond ก็เห็นเป็นทำนองเดียวกันกับท่าน Winfield โดยท่านเห็นว่าในความรับผิดชอบละเมิดไม่ยอมรับการแบ่งแยกระดับมาตรฐานความประมาทเลินเล่อออกเป็นแต่ละระดับ ท่านเห็นว่าความประมาทเลินเล่อควรมีระดับมาตรฐานความระมัดระวังเดียวกัน คือ ระดับความระมัดระวังของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกับผู้กระทำพึงมีพึงใช้ ซึ่งในแต่ละ

⁷⁹ Harry Street , The law of torts , Seventh Edition (London : Butterworths , 1983) , p. 118.

⁸⁰ Margaret Brazier , The law of torts , Eighth edition (London : Edinburgh , 1988) , p. 207.

⁸¹ W.V.H.Roger , Winfield and Jolowicz on tort , Twelfth Edition (London : Sweet&Maxwell , 1984), pp. 97-98.

คดีจะมีความแตกต่างกันไปอยู่แล้ว เช่น ผู้ที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้รถก็ต้องมีระดับความระมัดระวังแตกต่างกับผู้ที่จะใช้ปืน เป็นต้น⁸²

จะเห็นว่า แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์กลุ่มที่ไม่เห็นด้วยกับการแบ่งแยกระดับความประมาทเลินเล่อได้ให้เหตุผลว่า ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ควรนำหลักกฎหมายในระบบกฎหมายโรมันซึ่งเป็นต้นกำเนิดของระบบกฎหมายซีวิลลอว์มาใช้ ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงไม่รู้จักการแบ่งแยกระดับของความประมาทเลินเล่อ ระดับความประมาทเลินเล่อควรมีมาตรฐานอย่างเดียว คือ ระดับความระมัดระวังตามบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกับผู้กระทำพินิจพิเคราะห์ การตัดสินของผู้พิพากษาโดยมีการแบ่งแยกระดับความประมาทเลินเล่อนั้นเป็นการตัดสินที่วินิจฉัยผิดพลาด

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษ ปัจจุบันนี้เป็นที่ยอมรับกันอยู่ทั่วไปว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นการกระทำที่มีความร้ายแรงกระทบต่อสังคมเป็นอันมาก ซึ่งสมควรจะต้องทำการป้องปรามไม่ให้เกิดการเอาเป็นเยี่ยงอย่างของคนในสังคม ศาลในระบบกฎหมายอังกฤษจึงพิจารณาว่า ผู้ที่กระทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนที่สูงมาก ซึ่งเรียกว่าค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษ ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงเป็นการกระทำชนิดหนึ่งที่มีความกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขในสังคมเป็นอย่างมาก⁸³

นอกจากนี้การศึกษาถึงความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษเพื่อที่จะสามารถทำการศึกษได้เข้าใจยิ่งขึ้น สิ่งสำคัญที่จะต้องทำการศึกษาคือหลักพื้นฐานของความประมาทเลินเล่อ และหลักการวินิจฉัยความประมาทเลินเล่อ โดยในระบบกฎหมายอังกฤษความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่อเป็นความรับผิดที่เป็นเอกเทศแยกจากความรับผิดเพื่อละเมิดลักษณะอื่นๆ ซึ่งในระบบกฎหมายอังกฤษนั้น ถือว่าความประมาทเลินเล่อเป็นการขาดความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งผู้ก่อให้เกิดความเสียหายมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย

⁸² Heuston and Chambers , Salmond and Heuston on the Law Of Torts , Eighteenth Edition (London : Sweet & Maxwell , 1998) , p. 207.

⁸³ ปริญญาวัน ชมเสวก, “ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2550) , น. 29.

2.1.2.1.1 หลักพื้นฐานของความประมาทเลินเล่อ

ความหมายของความประมาทเลินเล่อในระบบกฎหมายอังกฤษนั้น นักนิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายความหมายไว้ดังนี้

ท่าน Baron Alderson อธิบายว่า ประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การขึ้นไม่กระทำตามที่บุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยกระทำหรือกระทำสิ่งที่บุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยจะไม่กระทำในการดำเนินกิจการแห่งชีวิตตามปกติ ประมาทเลินเล่อเป็นเรื่องของเหตุการณ์กระทำอันหนึ่ง(objective fact) ไม่เกี่ยวข้องกับจิตใจของผู้กระทำการนั้น จิตใจของผู้กระทำจะเป็นอย่างไรไม่ต้องนำมาพิจารณา เพราะเหตุว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่อไม่ใช่เรื่องของเจตนาที่มีความชั่วร้าย ไม่ใช่เจตนาจะกระทำผิดอย่างไร แต่เป็นเรื่องของการกระทำที่ขาดหรือเกินกว่าปกติเท่านั้น ถ้าจะพิจารณาถึงสภาพจิตใจว่าต้องรู้สึกถึงความประมาทเลินเล่อหรือไม่ประมาทเลินเล่อด้วยแล้ว ก็จะกลับเป็นว่า บุคคลผู้มีปกติวิสัยระมัดระวังมากก็จะถูกวินิจฉัยว่ากระทำด้วยความประมาทง่ายกว่าคนที่สะเพร่าอยู่เป็นปกติ เพราะบุคคลที่ระมัดระวังมากนั้นจิตใจของเขาย่อมมองเห็นการกระทำเป็นประมาทเลินเล่อได้ง่าย แต่บุคคลผู้กระทำการสะเพร่าอย่างป็นนิสัยจะไม่มีวันประมาทเลินเล่อตามความรู้สึกความนึกคิดของเขาเลย เพราะเขาย่อมมองไม่เห็นถึงความสะเพร่าของเขานั้นเลย⁸⁴

ท่าน Salmond ได้อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ เป็นลักษณะของจิตใจ (subjective fact) คือ เป็นสถานะของจิตใจที่ไม่คิดไม่นึกถึงอันตรายที่จะเกิดจากการกระทำของตน (thoughtlessness or inadvertence) แต่ท่าน Salmond ยอมรับว่าจิตใจที่เป็นประมาทยังไม่มีผลอย่างใดในกฎหมายจนกว่าความประมาทเลินเล่อนั้นจะได้แสดงออกมาเป็นการกระทำ จิตใจที่ประมาทเลินเล่อจึงรวมอยู่ในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้นเอง⁸⁵

ท่าน Winfield ได้อธิบายความหมายของความประมาทเลินเล่อไว้ ความเป็นประมาทเลินเล่อเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง คือการไม่กระทำตามหน้าที่อันพึงต้องใช้ตามกฎหมาย และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น⁸⁶ ซึ่งหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังจะต้องเป็นหน้าที่เฉพาะกรณีแต่ละบุคคลและใช้การทดสอบตามภาวะวิสัยเป็นหลักวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นกระทำการโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่ ประมาทเลินเล่อลักษณะนี้ เป็นละเมิดลักษณะหนึ่ง ซึ่งเป็น

⁸⁴ จิตติ ดิงศรัทีย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25 , น. 9-10.

⁸⁵ เพิ่งอ้าง, น. 10.

⁸⁶ W.V.H.Roger, *supra* note 81 , p. 69.

ลักษณะเอกเทศต่างหากจากละเมิดลักษณะอื่น โดยถือหลักสำคัญว่าความประมาทเลินเล่อต้องเกิดจากการไม่ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่อันมีต่อประชาชนตามกฎหมาย และในการไม่ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่นั้นก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น

จากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์หลายท่านดังกล่าวข้างต้นนั้น สามารถสรุปความหมายของประมาทเลินเล่อแยกเป็นหลักเกณฑ์ได้ 3 ประการดังนี้

(1) หน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลอื่น (Duty of care)

หน้าที่ตามกฎหมาย คือ หน้าที่ทุกคนต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรของตนเพื่อไม่ให้กระทำการอันเป็นการก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การจำกัดเสรีภาพของบุคคลไม่ให้กระทำการเกินเลยจากการกระทำของบุคคลทั่วไป (reasonable man) และหน้าที่ตามกฎหมายนี้ก็ไม่เพียงจำกัดเฉพาะหน้าที่ตามศีลธรรมเท่านั้น แต่รวมถึงหน้าที่อื่นๆ ซึ่งกฎหมายกำหนดด้วย

(2) ผ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง (Breach of Duty of care)

ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้อื่น ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นต่อบุคคลที่ตนมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง และก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่ตนมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ การที่จะพิจารณาว่าอย่างไรเป็นการไม่ใช้ความระมัดระวังนั้น ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป โดยคำนึงถึงวิสัยและพฤติการณ์ของบุคคลในภาวะเช่นนั้นเป็นสำคัญ

(3) เกิดความเสียหาย

ความเสียหายนั้นจะต้องเป็นผลโดยตรงและใกล้ชิดกับความประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ หรือเป็นความเสียหายที่บุคคลซึ่งสมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลย คาดหมายได้ว่าจะเกิดจากการกระทำของตน ซึ่งแต่เดิมศาลอังกฤษถือว่าหากบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลย พอจะคาดเห็นได้ว่าความประมาทเลินเล่ออาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้แล้วผู้ประมาทเลินเล่อจะต้องรับผิดชอบสิ่งที่เกิดขึ้นโดยตรงจากความประมาทเลินเล่อ โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยจะเห็นผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม

2.1.2.1.2 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยหลักประมาทเลินเล่อ

การวินิจฉัยความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในระบบกฎหมายอังกฤษ จะมีสาระสำคัญในการพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลเป็นการประพฤติฝ่าฝืนหน้าที่อันมีต่อประชาชนตามกฎหมายหรือไม่ เพราะบุคคลทุกคนมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องไม่ทำความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นโดยการไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรของตน ในทางตรงกันข้ามถือว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการกระทำของบุคคลไม่ให้กระทำการเกินเลยไปกว่าการกระทำของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลย (reasonable man) ซึ่งบุคคลผู้กระทำการธรรมดาต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเช่นคนทั่วไปพึงกระทำ

การพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลเป็นการประพฤติฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังอันมีต่อประชาชนตามกฎหมายหรือไม่ ย่อมแล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆไป โดยคำนึงถึงวิสัยและพฤติการณ์ของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในภาวะเช่นนั้นเป็นสำคัญ เพราะระดับความระมัดระวังของบุคคลมีไม่เท่ากัน จึงสมควรให้บุคคลซึ่งมีฐานะเท่ากันต้องใช้ความระมัดระวังเหมือนกัน นอกจากนี้หน้าที่ในการประกอบอาชีพตามความชำนาญพิเศษก็ต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย กล่าวคือบุคคลจะต้องมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษตามวิชาชีพ หรือความชำนาญพิเศษของตนโดยอยู่ในระดับสูงกว่าระดับของบุคคลธรรมดาผู้ที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพ

อย่างไรก็ตาม นอกจากการพิจารณาหลักเรื่องระดับของความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์รวมทั้งหน้าที่และความชำนาญพิเศษแล้ว ในการพิจารณาว่าจำเลยฝ่าฝืนหน้าที่หรือไม่ ยังต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ต่อไปนี้ประกอบด้วย

ก. ความหนักเบาของการเสี่ยงภัย หมายถึง ความหนักเบาของการเสี่ยงภัยที่อาจจะเห็นได้ และช่องทางที่จะเกิดความเสียหายขึ้นนั้นมีเพียงไร ถ้าเห็นได้ว่าความเสียหายนั้นร้ายแรง และมีช่องทางที่จะเกิดขึ้นได้ง่าย ความระมัดระวังต้องมีมากขึ้นตามส่วน แต่ถ้าความเสียหายนั้นยังอยู่ห่างไกล ก็ไม่จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวัง

ข. ความสำคัญมากน้อยแห่งวัตถุประสงค์ที่จะกระทำ หมายถึง การชั่งน้ำหนักระหว่างผลที่เกิดขึ้นและการยอมเสี่ยงภัย ว่าสิ่งใดมีความสำคัญกว่า เช่นการขับรถช้าย่อมจะเสี่ยงต่ออุบัติเหตุน้อยกว่าการขับรถเร็ว แต่การขับรถช้าในสภาพการจราจรที่แออัดย่อมทำให้เกิดจราจรติดขัดเป็นผลเสียมากกว่าการขับรถเร็วแต่ไม่เกินกฎหมายกำหนด ดังนั้นการขับรถเร็วแต่ไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนด ถือว่าเป็นการใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว

ค.ทางปฏิบัติซึ่งเป็นไปได้ในการใช้ความระมัดระวัง หมายถึง การชั่งน้ำหนักความปลอดภัยและค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปเพราะซื้อความปลอดภัยนั้นสมดุลกันหรือไม่ เช่น แพทย์ผู้วินิจฉัยโรคผิดไปเพราะไม่ใช้เครื่องมือชนิดใหม่จะถือว่าประมาทยังมีได้ หากเครื่องมือแพทย์นั้นหาใช้ในประเทศเป็นการทำได้ยากแม้จะมีใช้ในต่างประเทศก็ตาม

ง.วิธีการซึ่งทางปฏิบัติเป็นที่ยอมรับกันอยู่ทั่วไป ถ้าจำเลยกระทำการไปตามวิธีการในทางปฏิบัติที่รับรู้กันอยู่ทั่วไปก็ไม่ถือว่า จำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่อและจำเลยต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงวิธีการในทางปฏิบัติซึ่งเป็นที่รับรู้กันอยู่ทั่วไปจากพยานหลักฐานผู้เชี่ยวชาญพิเศษ แต่หากจำเลยกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่นั้นบ่อยๆ ก็ต้องถือว่าจำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่อ⁸⁷

2.1.2.2 วิธีการวินิจฉัยหลักประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษจะมีความเป็นเอกเทศต่างหากจากความรับผิดเพื่อละเมิด โดยผู้กระทำความผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงต้องถูกกฎหมายลงโทษให้ชัดใช้ค่าสินไหมทดแทนในจำนวนที่สูงมากกว่าปกติ ที่เรียกว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damage) เพื่อทำการป้องปรามพฤติกรรมที่มีความชั่วร้ายในสังคมไม่ให้นำไปสู่การเอาเป็นเยี่ยงอย่างให้คนในสังคมคิดว่าพฤติกรรมเช่นนั้นเป็นเรื่องปกติธรรมดาโดยไม่เห็นว่าเป็นพฤติกรรมที่ชั่วร้ายแต่อย่างใด ซึ่งความคิดเช่นนี้อาจนำไปสู่การทวิความรุนแรงของพฤติกรรมอันมิชอบของคนในสังคมได้

การพิจารณาลักษณะการกระทำของจำเลยที่ต้องรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงต้องใช้หลักการพิจารณาทางอัตวิสัย (Subjective) คือ เหตุที่มาจากตัวจำเลย ประกอบกับหลักการพิจารณาทางภาวะวิสัย (Objective) คือ เหตุสภาพภายนอกที่ไม่ได้มาจากตัวจำเลย

⁸⁷ มัทยา จารุพันธ์, “ประมาทในทางละเมิด,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2518), น. 46.

หลักการพิจารณาทางอัตวิสัย (Subjective) มีหลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณา⁸⁸ คือ

(1) ระดับความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหาย(The Nature of The Risk of Harm)

การพิจารณาระดับความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้นว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ จำเลยจะต้องรู้ว่ามีความเสี่ยงในการก่อความเสียหายให้เกิดขึ้นแต่จำเลยกลับไม่ใส่ใจต่อความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นประกอบกับการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ใช้ความระมัดระวังต่ำกว่าความระมัดระวังของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยเป็นอย่างมาก

(2) ความเสี่ยงที่ยอมรับได้

การกระทำที่เสี่ยงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งความเสี่ยงนั้นเป็นความเสี่ยงที่กฎหมายยอมรับได้มีสองประเภทได้แก่ การกระทำในสภาวะการฉุกเฉิน(Exigency)และการกระทำเพื่อประโยชน์ของสังคม(Social Utility) โดยศาลยอมรับว่าบุคคลที่ตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินเร่งด่วนย่อมตัดสินใจผิดพลาดได้ และกฎหมายปกป้องการกระทำที่กระทำแล้วเป็นประโยชน์แก่สังคมโดยรวม ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันมีลักษณะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะต้องไม่เป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้ภาวะความเสี่ยงที่กฎหมายยอมรับได้

การพิจารณาโดยใช้หลักภาวะวิสัย (Objective) เป็นการพิจารณาระดับการกระทำของจำเลยว่าเป็นการกระทำอย่างร้ายแรงหรือไม่ โดยการเปรียบเทียบระหว่างการกระทำของจำเลยกับบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 4 ประการคือ 1) จำเลยต้องรู้ถึงความเสี่ยงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น 2) จำเลยไม่ใส่ใจต่อความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้น 3) บุคคลซึ่งสมมุติขึ้นให้อยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกับจำเลยไม่กระทำการเช่นเดียวกับจำเลย 4) การกระทำของจำเลยควรได้รับการตำหนิจากสังคม(underlying social policies) โดยในการพิจารณาระดับความร้ายแรง (outrage) หรือระดับการกระทำที่เบี่ยงเบนจากมาตรฐาน (extraordinariness) ลูกขุนจะเป็นผู้พิจารณาตัดสินจากสถานการณ์และข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆไป ซึ่งลูกขุนจะพิจารณาสมมุติว่าตนเองนั้นเป็นบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย

⁸⁸ Randolph Stuart Sergent , *supra* note 72 , pp. 27-37.

2.1.2.3 แนวคำวินิจฉัยของศาล

ในระบบกฎหมายอังกฤษได้มีการวางแนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ ดังนี้

Coggs v. Bernard 92 Eng Rep 107 Queen's Bench ,1703.

จำเลยตกลงกับโจทก์ว่าจะส่งสินค้าให้อย่างปลอดภัย แต่ปรากฏว่าด้วยความประมาทเลินเล่อของจำเลยทำให้สินค้าเสียหาย โจทก์ฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบ ศาลพิพากษายกฟ้อง โจทก์โดยให้เหตุผลว่า จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ในความประมาทเลินเล่อของจำเลยอย่างผู้ขนส่งปกติ เพราะจำเลยทำงานให้โจทก์โดยไม่ได้รับเงินค่าจ้าง ในคดีนี้ Chief Justice Holt เห็นว่า ผู้ขนส่งหรือผู้รับฝากทรัพย์สิน (bailee) โดยไม่ได้รับค่าจ้างจากผู้ฝากทรัพย์สิน (bailor) ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายแก่ทรัพย์สินที่รับฝากจากผู้ฝากทรัพย์สิน (bailor) เว้นแต่กรณีทรัพย์สินนั้นได้เสียหายจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้รับฝากทรัพย์สิน (bailee)

White v. King ⁸⁹

คดีนี้โจทก์เป็นผู้โดยสารฟ้องให้จำเลยคนขับรถรับผิดชอบในอุบัติเหตุที่เกิดขึ้น จากข้อเท็จจริงพบว่า อุบัติเหตุเกิดจากการที่จำเลยขับรถกลับใน โดยโจทก์ผู้โดยสารได้ทำการเตือนให้จำเลยคนขับรถพักเป็นจำนวนหลายครั้ง เพราะโจทก์ผู้โดยสารเห็นว่าจำเลยคนขับรถมีอาการเหนื่อยล้า แต่จำเลยไม่ยอมพักกลับคืนขับต่อไปจนเกิดอุบัติเหตุขึ้น ศาลพิพากษาให้จำเลยคนขับรถต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์ผู้โดยสาร เพราะจำเลยขับรถโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงปราศจากความระมัดระวังในสิทธิและชีวิตของบุคคลอื่น

Adam v. ABC Sky Diving School

ในตอนฤดูร้อนปี 1997 Adam ได้ไปเรียนกระโดดร่มที่ ABC Sky Diving School เมื่อ Adam เรียนจบหลักสูตรและได้เข้ารับการทดสอบกระโดดร่ม โดยในขณะกระโดดร่มจะมีลูกจ้างของจำเลยที่เป็นผู้เชี่ยวชาญในการโดดร่มควบคุมดูแล เมื่อ Adam ได้กระโดดร่มเกิดอุบัติเหตุร่มของ Adam ฉีกก่อนลงถึงพื้นเป็นเหตุให้ Adam ถึงแก่ความตาย ครอบครัวของ Adam เป็นโจทก์ฟ้องจำเลยให้ต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกจ้างจำเลยจนเป็นเหตุให้ Adam ถึงแก่ความตาย จากการพิจารณาพยานหลักฐานศาลพิพากษาให้จำเลยต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ โดยศาลให้เหตุผลว่า ลูกจ้างของจำเลยรู้ถึงข้อจำกัดการรับน้ำหนักในร่มที่ Adam จะต้องใช้กระโดดซึ่งในขณะโดดร่มนั้นร่มของ Adam รับน้ำหนักได้เพียง 175-200

⁸⁹ Randolph Stuart Sergent , *supra* note 72 , p. 10

ปอนด์ และลูกจ้างของจำเลยก็ยิ่งรู้ว่าน้ำหนัก Adam มีถึง 275 ปอนด์ ซึ่งเกินน้ำหนักที่รถจะรับได้นอกจากนี้ลูกจ้างของจำเลยยังรู้ด้วยว่าเคยเกิดอุบัติเหตุรถล้มจึกมาก่อนหากให้ผู้กระโดดร่มใช้ร่มที่ไม่เหมาะสมกับน้ำหนักของผู้กระโดดร่ม ถือได้ว่าลูกจ้างของจำเลยรู้ถึงความเสี่ยงภัยในการที่จะเกิดความเสียหายแก่ Adam แต่ลูกจ้างของจำเลยกลับไม่ห้ามปราม Adam เพราะลูกจ้างของจำเลยไม่ยอมเสียลูกค่าไปและลูกจ้างของจำเลยก็คาดคำนวณว่าความเสียหายไม่น่าจะเกิดขึ้น ถือได้ว่าการกระทำของลูกจ้างจำเลยเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

Smith v Gray Concrete⁹⁰

คดีนี้ลูกจ้างของจำเลยซึ่งเป็นเจ้าของบริษัทขนส่งได้ขับรถบรรทุกเสียหลัก อันเนื่องมาจากผ้าใบคลุมรถเกิดสะบัดบังกระจกทำให้คนขับตกใจแล้วรถเกิดเสียการทรงตัวพุ่งเข้าชนรถลูกชายของโจทก์จนเป็นเหตุให้ลูกชายของโจทก์ถึงแก่ความตาย โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่จำเลยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุให้ลูกชายของโจทก์ถึงแก่ความตาย โดยโจทก์อ้างในคำฟ้องว่า จำเลยจ้างลูกจ้างขับรถบรรทุกที่อายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดและไม่มีใบอนุญาตขับรถให้ขับรถบรรทุกส่งของในบริษัท นอกจากนี้จำเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการตรวจผ้าใบคลุมรถให้มีความมั่นคง จนเป็นเหตุให้ผ้าใบคลุมรถสะบัดขึ้นมาบังกระจกรถทำให้คนขับตกใจและรถเสียการทรงตัวไปชนรถของลูกชายโจทก์ ศาลพิจารณาวินิจฉัยและพบว่า อุบัติเหตุครั้งนี้คนขับรถที่เป็นลูกจ้างของจำเลยมีอายุ 21 ปี และไม่มีใบอนุญาตขับรถบรรทุกซึ่งจำเลยได้รู้ดีอยู่แล้ว เพราะลูกจ้างของจำเลยได้กรอกรายละเอียดไว้ในใบสมัครงานที่จำเลยให้ลูกจ้างกรอกไว้ตอนสมัครงานกับจำเลย แต่จำเลยก็ยังใช้งานลูกจ้างทั้งที่รู้ถึงความไม่มีคุณสมบัติในการขับรถบรรทุก นอกจากนี้จำเลยยังได้รู้ถึงความไม่มั่นคงปลอดภัยของผ้าใบคลุมรถที่มีโอกาสสะบัดบังกระจกแล้วทำให้คนขับตกใจจนเกิดอุบัติเหตุขึ้น เพราะเหตุการณ์ที่ผ้าใบคลุมรถสะบัดจนเกิดอุบัติเหตุขึ้นเคยเกิดมาก่อนแล้ว แต่จำเลยก็ยังไม่ได้หามาตรการป้องกันใดๆ กลับปล่อยปละละเลยให้เหตุการณ์คงอยู่เช่นเดิมจนเกิดอุบัติเหตุในครั้งนี้ขึ้นอีก การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จำเลยต้องรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

⁹⁰ Randolph Stuart Sergent , *supra* note 72 , pp. 12-13.

Milwaukee, etc. R.R. Co. v. Arms et al. October Term, 1875. 91 U.S. 489, Otto 489, 1875 WL 17911 (U.S. Iowa), 23 L.Ed. 374.

Mrs Arm เป็นผู้โดยสารรถไฟ ขณะที่รถไฟแล่นด้วยความเร็ว 14-15 ไมล์ต่อชั่วโมง ได้ชนรถไฟอีกคันหนึ่งที่อยู่บนรางเดียวกัน Mrs Arm ได้ตกจากที่นั่งและไปศีรษะกระแทกพื้นได้รับบาดเจ็บ Mrs Arm เป็นโจทก์ฟ้องให้บริษัทเดินรถจำเลยรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ตนได้รับ ศาลพิจารณายานหลักฐานและพบว่า การที่รถไฟชนกันนั้นเกิดจากจำเลยไม่ได้จัดหาคนเฝ้ายามในการให้สัญญาณการเดินรถต่างๆ ที่จำเลยรู้ว่าเคยเกิดเหตุเช่นนี้มาก่อน ประกอบกับคนขับรถไฟลูกจ้างของจำเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการขับรถไฟอย่างผู้ประกอบวิชาชีพ จนเป็นเหตุให้เกิดอุบัติเหตุรถไฟชนกัน การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลพิพากษาให้จำเลยต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์

จากการศึกษาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษดังกล่าว นั้น ผู้เขียนพบว่าในระบบกฎหมายอังกฤษมีการใช้ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงยังไม่กว้างขวางนัก โดยนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ไม่ยอมรับการแบ่งระดับความประมาทเลินเล่อออกเป็น 3 ระดับ คือ ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา และความประมาทเลินเล่ออย่างเบา แต่อย่างไรก็ตามนักนิติศาสตร์ในระบบกฎหมายอังกฤษก็ได้มีการอธิบายความหมายและวางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้อย่างชัดเจน ทำให้ไม่เกิดความสับสนในการใช้ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

การศึกษาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ผู้เขียนเห็นว่าจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา เพราะว่าในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้นได้มีการนำความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไปใช้อย่างกว้างขวาง ผู้เขียนจึงได้นำเสนอความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาไว้ในหัวข้อต่อไป

2.2 ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นที่ยอมรับและมีการนำไปใช้อย่างกว้างขวางทั้งในระบบกฎหมายแพ่งและระบบกฎหมายอาญา โดยความประมาทอย่างร้ายแรงในทางอาญานั้นจะมีความคล้ายคลึงใกล้เคียงกับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายแพ่ง ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาถึงความประมาทอย่างร้ายแรงใน

ระบบกฎหมายอาญาและความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามระบบกฎหมายแพ่ง

2.2.1 ความประมาทอย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา

ในระบบกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกานั้นได้มีการยอมรับการแบ่งประเภทของความประมาทออกเป็น 2 ประเภท ก็คือ ความประมาทอย่างธรรมดา (negligence) และความประมาทอย่างร้ายแรงหรือความประมาทโดยจงใจ (recklessness) เช่นเดียวกับระบบกฎหมายอังกฤษ โดยความแตกต่างระหว่างความประมาทธรรมดา (negligence) กับความประมาทอย่างร้ายแรง (recklessness) นั้นอยู่ที่ความรู้ตัวถึงการเสี่ยงภัยของผู้กระทำในกรณีที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร โดยความประมาทอย่างร้ายแรง (recklessness) นั้นมีความร้ายแรงเสมือนเทียบเท่ากับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) ดังนั้นเพื่อความเข้าใจความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาถึงความหมายและหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความประมาทอย่างร้ายแรง (recklessness)

2.2.1.1 ความหมายของความประมาทอย่างร้ายแรง

ในสถาบันกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (The American Law Institute) ได้ให้คำนิยามหรือความหมายของคำว่าประมาทอย่างร้ายแรง (recklessness) ไว้ความว่า ความประมาทอย่างร้ายแรง หมายความว่า การกระทำโดยรู้ตัวของบุคคลผู้ซึ่งเพิกเฉยต่อความเสี่ยงในการเกิดภัยอันตราย และการเสี่ยงภัยอันตรายนี้เป็นความเสี่ยงโดยที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร นอกจากนี้การเพิกเฉยต่อความเสี่ยงนี้ยังรวมถึงการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานการกระทำของบุคคลทั่วไปที่เคารพต่อกฎหมายซึ่งควรจะต้องพึงมีพึงกระทำหากตกอยู่ในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ โดยการพิจารณาถึงระดับความเสี่ยงนี้จะพิจารณาจากลักษณะของการกระทำประกอบด้วยวัตถุประสงค์ของผู้กระทำ

จากคำจำกัดความดังกล่าวที่สถาบันกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (The American Law Institute) ได้อธิบายไว้ นั้น สามารถอธิบายการกระทำด้วยความประมาทอย่างร้ายแรงได้ว่า (recklessness) เป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้รู้ตัวอยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้นแต่ก็ยังขึ้นกระทำลง โดยไม่ใส่ใจต่อผลที่จะเกิดขึ้น ซึ่งผู้กระทำสามารถมองเห็นผลแห่งความภัยอันตรายเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้อย่างลงๆ แต่ผู้กระทำกลับเพิกเฉยในการที่

จะหลีกเลี่ยงสิ่งนั้น โดยกลับเลือกกระทำให้อีกโอกาสที่จะเกิดผลแห่งภัยอันตรายเสียหายมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น⁹¹

2.2.1.2 วิธีการวินิจฉัยความประมาทอย่างร้ายแรง

ความประมาทอย่างร้ายแรง (recklessness) ในระบบกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา นั้นมีหลักการพิจารณาที่สำคัญอยู่ 2 ประการคือ

(1) ความประมาทอย่างร้ายแรงต้องเป็นการกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่เบี่ยงเบนอย่างร้ายแรง

ความประมาทอย่างร้ายแรง (recklessness) เป็นระดับของการกระทำที่ขาดความระมัดระวังอย่างร้ายแรง⁹² โดยมีสิ่งที่พิเศษแตกต่างจากความประมาทอย่างธรรมดาก็คือ ความประมาทอย่างร้ายแรง (recklessness) จะต้องเป็นการกระทำโดยเพิกเฉยขาดความระมัดระวังต่อภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อบุคคล และปรากฏว่าผู้กระทำความผิดยังขึ้นกระทำลงโดยคาดคำนวณว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่จะไม่ให้เกิดภัยอันตรายขึ้นได้ โดยการกระทำของผู้กระทำนั้นจะพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรฐานความระมัดระวังการกระทำของบุคคลที่สมมุติขึ้น (reasonable person) ให้อยู่ภายใต้สภาวะการณ์ (circumstances) เช่นเดียวกันกับจำเลย⁹³ กล่าวคือความประมาทอย่างร้ายแรง (recklessness) จะต้องเป็นการกระทำที่เกิดจากการขาดความระมัดระวังที่เบี่ยงเบนจากมาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่สมมุติขึ้น (reasonable person) ให้อยู่ภายใต้สภาวะการณ์ (circumstances) เช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงเป็นอันมาก

(2) การตระหนักรู้ (aware) ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่สูงขึ้น

การตระหนักรู้ (aware) ถึงความเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ผู้กระทำได้ก่อขึ้นเป็นองค์ประกอบสำคัญของความประมาทอย่างร้ายแรง โดยหากผู้กระทำรู้ถึงความเสี่ยงภัยอันตรายแต่กลับขึ้นกระทำโดยไม่ใส่ใจหรือเพิกเฉยต่อภัยอันตรายนั้นทั้งๆ ที่ตระหนักรู้ (aware) ก็ต้องถือว่าผู้กระทำประมาทอย่างร้ายแรง (recklessness) แม้เขาจะคาดหวังว่าภัยอันตรายจะไม่เกิดขึ้นก็ตาม โดยการพิจารณาความตระหนักรู้ของผู้กระทำจะพิจารณาจากการกระทำของผู้กระทำที่รับรู้และ

⁹¹ Jerome Hall , *supra* note 57 , p. 112

⁹² Wayne R. LaFave , *supra* note 58 , p. 267.

⁹³ Rollin M. Perkins., Ronald N.Boyce , Criminal Law , 3 ed. (New york : The Foundation Press, Inc , 1982) , p. 105.

แสดงให้เห็นถึงความล้มเหลวอย่างร้ายแรง ซึ่งวัดเทียบกับมาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยที่จะพึงกระทำ⁹⁴ โดยมาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยนั้นเป็นแนวคิดที่มีต่อสถานการณ์ทั้งหมด ที่จะให้ลูกขุนใช้ประกอบการนำสามัญสำนึกมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่ยุ่งยากซับซ้อนตามแต่ละข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไป⁹⁵

ความประมาทอย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาเป็นหลักการพื้นฐานของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในความรับผิดเพื่อละเมิดตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา เมื่อทำการศึกษาความประมาทอย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาก็เป็นที่เสร็จสิ้นแล้ว ผู้เขียนจึงขอเสนอความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในหัวข้อต่อไป

2.2.2 ความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้นมีความเป็นมาเช่นเดียวกับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งแนวความคิดของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น Chief Justice Holt ได้นำมาจากระบบกฎหมายโรมันเพื่อใช้ตัดสินคดีเกี่ยวกับส่งมอบทรัพย์สิน (bailement case) ในปี ค.ศ.1704 โดยเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในกฎหมายเกี่ยวกับการส่งมอบทรัพย์สิน (law of bailement) ว่าระดับของความประมาทเลินเล่อนั้นแบ่งออกเป็น 3 ระดับ⁹⁶ คือ (1) ความประมาทเลินเล่ออย่างเบา (slight negligence) คือ การใช้ความระมัดระวังอย่างมากแล้วแต่ก็ยังไม่เพียงพอ (2) ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา (ordinary negligence) คือ การใช้ความระมัดระวังอย่างปกติธรรมดา (3) ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) คือ การไม่ใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อย และได้มีการขยายหลักการแบ่งแยกระดับของความประมาทโดยการนำไปใช้ในกรณีเจ้าของรถต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้โดยสารโดยสวัสดิการโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย (gratuitous guest) เฉพาะกรณีความเสียหายนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของเจ้าของรถ⁹⁷

⁹⁴ *Ibid*, p. 850.

⁹⁵ *Ibid*, p. 841.

⁹⁶ W.Page Keeton , *supra* note 70 , p. 210.

⁹⁷ Automobile driver is not liable to a gratuitous guest except for gross negligence.

นอกจากนี้ยังมีการนำหลักความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไปใช้ในการพิจารณาเปรียบเทียบความประมาทว่าโจทก์มีความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมากกว่าจำเลยหรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาว่าจำเลยประมาทหรือโจทก์มีส่วนประมาทเลินเล่อด้วยเป็นปัญหาในทางข้อเท็จจริงซึ่งต้องพิจารณาจากสภาพการณ์เป็นรายข้อเท็จจริงไป จนกระทั่งในปัจจุบันได้มีการยอมรับในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษสำหรับการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพราะเห็นว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นการกระทำที่มีความร้ายแรง กระทบกระเทือนต่อความสงบสุขในสังคม การศึกษาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงเป็นสิ่งสำคัญมากในปัจจุบัน ดังนั้นในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาถึงหลักพื้นฐานของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง วิธีการวินิจฉัยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และแนวคำวินิจฉัยของศาล

2.2.2.1 พื้นฐานหลักความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา⁹⁸ นั้น ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้รับการยอมรับและมีการใช้กันอย่างกว้างขวางในคดีรับฝากทรัพย์สิน (bailement case) เป็นจำนวนมาก โดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นระดับความร้ายแรงชนิดหนึ่งของความประมาทเลินเล่อ ซึ่งความประมาทเลินเล่อนั้นแบ่งออกเป็น 3 ระดับ คือ คือ (1) ความประมาทเลินเล่ออย่างเบา (slight negligence) (2) ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา (ordinary negligence) (3) ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) สำหรับความหมายของประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นได้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายความหมายไว้ดังนี้

ท่าน Prosser and ท่าน Keeton ก็อธิบายว่า ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นความประมาทเลินเล่ออย่างมาก ในการกระทำโดยไม่ใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อย⁹⁸ นอกจากนี้ท่าน Prosser and ท่าน Keeton ยังเห็นว่าความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับจงใจ (willfull) หรือประมาทอย่างร้ายแรง (reckless) ในทางอาญา สำหรับความหมายของประมาทอย่างร้ายแรง (reckless) ท่าน Glanville Williams ได้ให้คำอธิบายว่าเป็นการ “ลองเสี่ยงโชคโดยเจตนา” ของผู้กระทำโดยเกี่ยวข้องกับการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยรู้ตัว (conscious) และโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable)⁹⁹

ท่าน John Smith ได้อธิบายในทำนองเดียวกันว่า ประมาทอย่างร้ายแรง หมายถึงการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปโดยปราศจากความระมัดระวัง โดยผู้กระทำรู้ถึงความเสี่ยงที่

⁹⁸ . W.Page Keeton, *supra* note 70 , pp. 211-212.

⁹⁹ Glanville Williams , *supra* note 54 , p. 96.

สูงมากในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น แต่ก็ยังขึ้นกระทำโดยไม่ใส่ใจต่อความเสี่ยงนั้นโดยคิดว่าความเสียหายจะไม่เกิดขึ้น¹⁰⁰

ท่าน Francis M. Burdick ก็อธิบายเป็นทำนองเดียวกันในการยอมรับการแบ่งระดับของความประมาทเลินเล่อเป็น 3 ระดับ โดยท่านเห็นว่าจะช่วยให้เกิดความเป็นธรรมและมีความยืดหยุ่นมากกว่าการใช้ความประมาทเลินเล่อเพียงระดับเดียว และท่านอธิบายว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายถึง การกระทำที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเลยแม้แต่เพียงเล็กน้อย แม้ผู้กระทำจะตระหนักถึงความเสี่ยงภัย แต่ผู้กระทำกลับขึ้นกระทำด้วยการขาดความระมัดระวังซึ่งบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นผู้กระทำละเมิดจะไม่กระทำเช่นนั้น¹⁰¹

จะเห็นว่า จากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์หลายท่านดังกล่าว สามารถสรุปความหมายของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้ว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหมายความว่า การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ทั้งๆที่ผู้กระทำได้รู้ถึงการจะต้องใช้ความระมัดระวังเพื่อกระทำสิ่งที่มีความเสี่ยงสูงในการก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ผู้กระทำก็ยังขึ้นกระทำในสิ่งที่มีความเสี่ยงสูงโดยขาดความระมัดระวังอย่างบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นผู้ก่อความเสียหายไม่พึงกระทำ นอกจากนี้ นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ก็ยังยอมรับถึงการแบ่งระดับความประมาทเลินเล่อออกเป็น 3 ระดับ คือ (1) ความประมาทเลินเล่ออย่างเบา (slight negligence) (2) ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา (ordinary negligence) (3) ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) เพื่อที่จะให้เกิดความยืดหยุ่นในการที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคม

แต่อย่างไรก็ตาม มีนักนิติศาสตร์บางท่านที่ไม่เห็นด้วยกับการแบ่งระดับความประมาทเลินเล่อออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่

ท่าน Thomas Atkins Street ไม่ยอมรับการแบ่งระดับความประมาทเลินเล่อออกเป็น 3 ระดับ ท่านเห็นว่า ระดับความประมาทมีเพียงระดับเดียว คือ การไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างเช่นที่บุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นผู้ก่อความเสียหาย ควรจะต้องมีพึงใช้ ซึ่งในแต่ละคดีย่อมมีความแตกต่างกัน นอกจากนี้ท่านยังเห็นว่า การตัดสินคดีรับฝากทรัพย์ *Coggs v. Bernard* ที่ถือว่าเป็นคดีต้นกำเนิดในการยอมรับหลักการแบ่งแยกระดับความประมาท

¹⁰⁰ John Smith. Smith & Hogan , *supra* note 52 , p. 40.

¹⁰¹ Francis M. Burdick , *The Law of Torts* , Third Edition, (New York : Bank & Company Albany, 1913) , pp. 479-480.

เดินเล่อออกเป็น 3 ระดับดังที่ใช้นั้นอยู่ในระบบกฎหมายโรมัน โดยได้มีการนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ตามที่ท่าน Lord Holt และท่าน Sir William Jones เป็นผู้พิพากษาตัดสินคดี Coggs v. Bernard นั้นได้อธิบายไว้ว่าเป็นการตัดสินที่เข้าใจผิดพลาดในเรื่องของระดับความประมาทเดินเล่อในระบบกฎหมายโรมัน เพราะนักวิจัยในยุคนี้ได้แสดงถึงผลการวิจัยว่ากฎหมายโรมันยอมรับการแบ่งระดับความประมาทเดินเล่อออกเป็น 2 ระดับเท่านั้น¹⁰²

สำหรับท่าน Harper ก็ไม่ยอมรับการแบ่งระดับความประมาทออกเป็น 3 ระดับ โดยท่านเห็นว่า ความระมัดระวังตามระดับของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำละเมิด เป็นมาตรฐานการวัดระดับความระมัดระวังที่มีการแปรเปลี่ยนยืดหยุ่นตามสถานการณ์อยู่แล้ว โดยผู้กระทำต้องใช้ความระมัดระวังให้เหมาะสมกับสิ่งที่ตนต้องการจะกระทำ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแบ่งระดับความประมาทเดินเล่อออกเป็นหลายระดับอีก¹⁰³

ความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั้น ถือว่ามี ความร้ายแรงเสมือนเทียบเท่ากับความจงใจ (willful) ความประมาทอย่างร้ายแรง (reckless) และความสะเพร่าโดยไม่ใส่ใจว่าจะอะไรจะเกิดขึ้น (wanton)¹⁰⁴ ความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงจึงเป็นการกระทำที่มีผลกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขและความเรียบร้อยของสังคมเป็นอย่างมาก ศาลจึงเล็งเห็นว่าการกระทำโดยประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นสมควรต้องถูกป้องปรามให้เกิดความเกรงกลัวต่อบุคคลในสังคม ไม่ให้เกิดการกระทำที่เป็นการเยี่ยงอย่างอันจะก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคมและเพื่อเป็นการทดแทนการแก้แค้นของผู้เสียหายที่ถูกกระทำด้วยความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรง จึงได้วางแนวทางไว้ให้ผู้กระทำโดยประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเสียค่าสินไหมทดแทนในจำนวนที่สูงมาก ซึ่งเรียกว่าค่าสินไหมทดแทนเชิงลงโทษ¹⁰⁵

¹⁰² Thomas Atkins Street , *supra* note 78 , p. 99.

¹⁰³ Fowler V. Harper and Flaming James Jr , The law of torts Volume 2, (Boston,Toronto : Little,Brown and company , 1956) , p. 945.

¹⁰⁴ W.Page Keeton, *supra* note 70 , p. 212.

¹⁰⁵ Charles Calleros , “A comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code,” Brooklyn Journal of International Law , 2006 , p. 7.

นอกจากนี้การทำความเข้าใจในความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง สิ่งสำคัญที่จะต้องตระหนักถึงอีกประการหนึ่งก็คือ การต้องศึกษาทำความเข้าใจความประมาทเลินเล่อ เพราะว่าความประมาทเลินเล่อนั้นเป็นพื้นฐานของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง การศึกษาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงจะต้องทำการศึกษาถึงหลักพื้นฐานของความประมาทเลินเล่อและหลักการวินิจฉัยความประมาทเลินเล่อประกอบด้วย

2.2.2.1.1 หลักพื้นฐานของความประมาทเลินเล่อ

ความประมาทเลินเล่อในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้รับการแบ่งแยกเป็นเอกเทศจากความรับผิดเพื่อละเมิดกรณีอื่นๆเหมือนดังเช่นความประมาทเลินเล่อในระบบกฎหมายอังกฤษ และในปัจจุบันความรับผิดเพื่อละเมิดที่ขึ้นสู่ศาลมากที่สุดก็คือความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ แต่อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการให้ความหมายหรือจำกัดค่านิยามของความประมาทเลินเล่อไว้อย่างชัดเจน การศึกษาค้นหาความหมายของความประมาทเลินเล่อ จึงต้องค้นหาจากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์เป็นแนวทาง ซึ่งมีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายความหมายของความประมาทเลินเล่อไว้ดังนี้

ท่าน Prosser อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การกระทำโดยการขาดความระมัดระวังตามบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยพึงมีพึงใช้ในการกระทำหน้าที่ตามกฎหมาย จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น¹⁰⁶

ท่าน Keeton อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การกระทำโดยไม่ใช้ความระมัดระวังตามบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยพึงมีพึงใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการกระทำโดยขาดความระมัดระวังนั้นเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น¹⁰⁷

ท่าน Nicholas McBride และ ท่าน Roderick Bagshaw อธิบาย ความประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การกระทำการโดยไม่ใช้ความระมัดระวังอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ซึ่ง

¹⁰⁶ William L. Prosser , Handbook of The Law of Tort , Fourth Edition , (St Paul Minn West Publishing CO., 1971), p . 183.

¹⁰⁷ W.Page Keeton , Torts Case and Materials , (St Paul Minn West Publishing CO., 1977) ,p. 384.

กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งการฝ่าฝืนหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นขึ้น¹⁰⁸

จากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์หลายท่านดังกล่าว สามารถสรุปความหมายของคำว่าประมาทเลินเล่อได้ว่า ความประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องให้ความระมัดระวัง คือการไม่กระทำตามหน้าที่อันพึงต้องใช้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้และการฝ่าฝืนหน้าที่นั้นเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น จึงสามารถแยกองค์ประกอบของความประมาทเลินเล่อได้เป็น 4 ประการด้วยกัน¹⁰⁹ คือ

1.หน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้

บุคคลทุกคนมีหน้าที่ตามกฎหมายในการกระทำการตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่นที่ต้องตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะได้รับความเสียหายโดยที่ไม่สมควร (unreasonable risk)

2.เป็นการกระทำการด้วยการขาดความระมัดระวัง

การกระทำการด้วยการขาดความระมัดระวังที่จะเป็นความประมาทเลินเล่อได้นั้น ต้องเป็นการกระทำที่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กฎหมายกำหนดไว้ให้บุคคลต้องปฏิบัติ กล่าวคือเป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวังตามบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นจำเลยพึงจะกระทำ

3.ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อนั้นต้องสัมพันธ์กับการกระทำความประมาทเลินเล่อตามหลัก ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (legal cause or proximate cause)

4.มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อ

ความเสียหายอันเกิดจากการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อนั้นเป็นองค์ประกอบสำคัญของการกระทำความประมาท เพราะความประมาทเลินเล่อนั้นถ้าไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นเลย ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด

¹⁰⁸ Nicholas Macbride and Roderick Bagshaw , Tort Law , Second Edition. (London, 2005) , p. 51.

¹⁰⁹ William L. Prosser , *supra* note 104 , p. 143.

2.2.2.1.2 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยหลักประมาทเลินเล่อ

การพิจารณาว่าผู้กระทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่อจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนหรือไม่ หลักการสำคัญก็คือการพิจารณาว่าผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังต่อผู้เสียหายหรือไม่ หน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังนี้ใช้หลัก “เพื่อนบ้าน” หรือ “หลักผู้ใกล้ชิด” หรือ “หลักการคาดเห็น” เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือการพิจารณาน้ำหนักที่จะต้องใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำ จะพิจารณาเปรียบเทียบความคาดเห็นระหว่างผู้กระทำกับความคาดเห็นของบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในภาวะวิสัย และพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย โดยพิจารณาว่าบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในภาวะวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลยจะคาดเห็นหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังหรือไม่ หากบุคคลที่สมมุติขึ้นควรคาดเห็นเช่นนั้นได้ ผู้กระทำก็มีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังเพื่อที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น¹¹⁰ การพิจารณาความประมาทเลินเล่อของผู้กระทำในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาจึงมีหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ

ก. สภาพตัวของจำเลย

การพิจารณาความคาดเห็นในการมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น สภาพของตัวของจำเลยเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณา กล่าวคือบุคคลที่มีสภาพภายในต่างกันย่อมมีความสามารถในการคาดเห็นหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังได้ต่างกัน เช่น คนตาบอดเราจะคาดหวังให้ใช้ความระมัดระวังอย่างคนตาดีก็คงไม่ได้

สำหรับสภาพตัวของจำเลยที่จะนำมาพิจารณาประกอบด้วย เช่น สภาพความสมบูรณ์ของร่างกาย อายุ เพศ วัย เป็นต้น

ข. สภาพแวดล้อมทั้งปวงขณะเกิดเหตุ

การนำสภาพแวดล้อมทั้งปวงขณะเกิดเหตุมาพิจารณาความมีหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังของผู้กระทำเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมาก เพราะว่าบุคคลผู้อยู่ในสภาพแวดล้อมต่างกันย่อมใช้ความระมัดระวังได้แตกต่างกันไปตามแต่ละสภาพแวดล้อม เช่น บุคคลที่อยู่ในสภาพแวดล้อมที่มีไฟไหม้ โจรปล้น ก็คงหวังให้ใช้ความระมัดระวังอย่างเช่นบุคคลที่อยู่ในสภาวะแวดล้อมปกติก็คงไม่ได้

¹¹⁰ Ibid, pp. 149-151.

2.2.2.2 วิธีการวินิจฉัยหลักประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

การพิจารณาวินิจฉัยถึงความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นมีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยอยู่ 3 ประการ¹¹¹ คือ ประการแรก ต้องแสดงให้เห็นว่า จำเลยกระทำการโดยตระหนักรู้ถึงความเสี่ยง (aware of risk) ซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจน (obvious) ในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ประการที่สอง ความสามารถในการคาดเห็นถึงความเสี่ยงต่อภัยนั้นเมื่อพิจารณาเทียบกับบุคคลที่มีลักษณะเช่นเดียวกับจำเลยในขณะนั้นเป็นเรื่องที่เห็นได้ชัดเจน (obvious) แต่ไม่ใช่กรณีความสามารถในการคาดเห็นความเสี่ยงต่อภัยเป็นเรื่องของวิญญูชนทั่วไป (a reasonable person) จะคาดเห็นได้ ประการสุดท้าย ความเสี่ยงภัยนั้นต้องเป็นความเสี่ยงภัยที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(1) จำเลยกระทำการโดยตระหนักรู้ถึงความเสี่ยง (aware of risk) ซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจน (obvious) ในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น กล่าวคือจำเลยกระทำการในสิ่งที่เป็นความเสี่ยงที่บุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย (a reasonable person) สามารถคาดเห็นล่วงหน้าได้และหากอยู่ในสถานการณ์เช่นเดียวกับจำเลย บุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลยก็绝不会ทำการเช่นจำเลยกระทำ การพิจารณาถึงความตระหนักรู้หรือไม่ตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงในการที่จะก่อความเสียหายของจำเลย จะพิจารณาเปรียบเทียบกับบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย (a reasonable person) ตัวอย่างเช่น นาย ก.ป่วยและได้รับความทรมานจากโรคจิตเสื่อมประเภทที่มีอาการเก็บตัว นาย ก.ได้ทำการเผากองหญ้าเป็นเหตุให้เกิดไฟไหม้กองหญ้าเสียหาย ศาลพิจารณาว่า นาย ก.มีอาการป่วยเป็นโรคทางจิตเสื่อมประเภทที่มีอาการเก็บตัว ทำให้นาย ก.ไม่สามารถตระหนักรู้ถึงความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นอันเนื่องมาจากการจุดไฟของจำเลยได้ แม้ว่าอันตรายที่เกิดจากการจุดไฟในกองหญ้าจะเป็นเรื่องที่ชัดเจนและวิญญูชนทั่วไปสามารถคาดเห็นถึงความเสี่ยงในการจุดไฟที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ แต่นาย ก.ไม่สามารถคาดเห็นความเสี่ยงได้เพราะเขาป่วยเป็นโรคจิต ดังนั้นการกระทำของนาย ก.จึงไม่เป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

(2) จำเลยกระทำการเสี่ยงภัยที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) การพิจารณาความเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรนี้ ต้องใช้

¹¹¹ Edwin H .Byrd , Reflection on Willful , Wanton , Reckless,and Gross negligence , Louisiana Law Review , 1988, pp. 7-9.

หลักการพิจารณาทางภาวะวิสัย (objective) กล่าวคือการกระทำที่เสี่ยงต่อภัยที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นจะเป็นเรื่องที่มีเหตุผลสมควรหรือไม่สมควรจะต้องพิจารณาโดยใช้มาตรฐานตามบุคคลที่สมมุติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย (the standards of the ordinary and reasonable person) ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการคิดของจำเลยว่าการเสี่ยงต่อภัยที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้นมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่มีเหตุผลอันสมควร โดยการพิจารณาเปรียบเทียบประโยชน์ในทางสังคม (social utility) ที่จะได้รับจากการกระทำการเสี่ยงภัยในอันที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น กับความเป็นไปได้ (probable) ที่จะเกิดภัยและความร้ายแรง (serious) ของภัยที่อาจจะเกิดขึ้น

(3) ความเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ความเสี่ยงภัยในการก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) หมายความว่า การกระทำที่เสี่ยงภัยโดยไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม โดยพิจารณาจากประโยชน์ที่สังคมได้รับ (social utility) จากการเสี่ยงภัยและผลความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเสี่ยงภัย เช่น ศัลยแพทย์ทำการผ่าตัดคนไข้ที่มีอาการหนักมาก เพราะไม่มีวิธีอื่นแล้วที่จะสามารถทำการรักษาคนไข้ให้มีชีวิตต่อไปได้ โดยแพทย์ต้องทำการผ่าตัดทั้งๆที่รู้อยู่แล้วว่ามีความเสี่ยงสูงมากที่จะทำให้คนไข้เสียชีวิต ก็ถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นการเสี่ยงโดยมีเหตุผลอันสมควร (reasonable risk) หรือกรณีที่ขั้บรถยนต์อยู่บนถนน เกิดมีเด็กวิ่งเล่นตัดหน้ารถที่อยู่บนถนน คนขับต้องหักรถหลบเด็กคนนั้นทำให้ไปก่อความเสียหายแก่ชีวิตหรือทรัพย์สินของคนอื่น ก็ถือว่าคนขับรถกระทำการเสี่ยงโดยมีเหตุผลอันสมควร (reasonable risk) ไม่เป็นการกระทำการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ในกาลกลับกัน หากเป็นกรณีที่ผู้ชอบทำลายทรัพย์สิน (vandal) ขว้างอิฐข้ามกำแพงสูงไปยังอีกฟากหนึ่งของกำแพง ก็ถือว่าการกระทำของเขาเป็นการเสี่ยงที่จะก่อความเสียหายให้แก่ชีวิตหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม เป็นการเสี่ยงในการก่อความเสียหายขึ้นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk)¹¹²

¹¹² William L. Prosser , *supra* note 80 , pp. 145-149.

2.2.2.3 แนวคำวินิจฉัยของศาล

ศาลในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้วางแนวคำวินิจฉัยอธิบายความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ดังนี้

คดี Romanesk V. Rose¹¹³

จำเลย ขับรถพา โจทก์กลับบ้านหลังจากไปเที่ยวงานเลี้ยงด้วยกัน ขณะจำเลยขับรถกลับบ้าน จำเลยได้ขับรถด้วยความเร็วสูง 60 ถึง 70 กิโลเมตรต่อชั่วโมง ซึ่งในบริเวณเส้นทางนั้นมีการซ่อมแซมถนนและมีป้ายเตือนให้จำกัดความเร็วอยู่ที่ 35 กิโลเมตรต่อชั่วโมงเท่านั้นและถนนอยู่ในบริเวณที่มีดงมาก อีกทั้งในบริเวณข้างทางนั้นมีการตั้งถังขนาดใหญ่กันไว้ จำเลยพยายามที่จะกลับรถในบริเวณนั้นเพื่อที่จะกลับบ้าน แต่จำเลยกลับรถด้วยความเร็วสูง รถจึงเฉลไปชนต่อม้อที่อยู่ข้างถนน จนเป็นเหตุให้โจทก์ผู้โดยสารที่นั่งมาด้วยถึงแก่ความตาย ถือได้ว่าจำเลยกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพราะว่าจำเลยขับรถด้วยความเร็วที่เกินกว่ากฎหมายกำหนดไว้ ทั้งๆที่จำเลยรู้ว่าสภาพถนนที่ซ่อมแซมเช่นนั้นไม่สามารถขับรถด้วยความเร็วสูงได้ แต่จำเลยกลับฝ่าฝืนขับรถเร็วเกินกว่ากฎหมายกำหนดโดยไม่ใส่ใจที่จะคำนึงถึงความระมัดระวังในการขับรถบริเวณสภาพถนนเช่นนั้น

คดี Thorne V. Contee¹¹⁴

จำเลยเป็นคนขับรถเทรลเลอร์ซึ่งบรรทุกรถแทรกเตอร์ไว้ ขณะที่จำเลยขับรถอยู่บริเวณกลางถนน ลวดสลิงที่ยึดรถแทรกเตอร์ไว้กับรถเทรลเลอร์ได้เกิดขาดขึ้นมา เป็นเหตุให้รถเทรลเลอร์หมุนไปทางซ้าย จนเกิดอุบัติเหตุชนรถของจำเลยเสียหาย ซึ่งสาเหตุที่ลวดสลิงขาดนั้นเกิดจากลวดสลิงหมดอายุการใช้งาน และข้อเท็จจริงเช่นนี้จำเลยรู้ดีอยู่แล้ว แต่ไม่ได้กระทำการเปลี่ยนลวดสลิงใหม่ ถือได้ว่าการกระทำของจำเลยนั้นเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพราะว่าข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุการใช้งานลวดสลิงนั้นเป็นสิ่งที่สำคัญมาก หากลวดสลิงไม่มีความแข็งแรงทนทานเพียงพอที่จะยึดรถแทรกเตอร์ไว้ ก็มีโอกาสมากที่จะเกิดอุบัติเหตุขึ้นได้ แต่จำเลยกลับไม่ใส่ใจที่จะหาทางป้องกันแก้ไข กลับขับรถเทรลเลอร์ต่อไปด้วยความคาดคิดว่าความเสียหายคงจะไม่เกิดขึ้น จึงเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

¹¹³ Randolph Stuart Sergent , *supra* note 72 , pp. 10-11.

¹¹⁴ *Ibid*, p. 15.

คดี Eagle –Picher Industries, Inc V. Balbos¹¹⁵

บริษัทจำเลย เป็นบริษัทผลิตสินค้าที่ชื่อว่า Kaylo ซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ที่ทำจากแร่ใยหิน โจทก์เป็นผู้ซื้อสินค้า Kaylo จากบริษัทจำเลยและนำไปใช้ ปรากฏว่าโจทก์ได้รับสารพิษจากแร่ใยหินที่บริษัทจำเลยใช้จนถึงแก่ความตาย โดยบริษัทจำเลยรู้ดีอยู่ว่าผลิตภัณฑ์ของตนนั้นมีอันตราย โดยได้มีการจ้างผู้เชี่ยวชาญเฉพาะตรวจสอบแล้ว แต่บริษัทจำเลยก็ไม่ได้แจ้งให้ โจทก์ทราบแต่อย่างใด ก็ต้องถือว่าบริษัทจำเลยนั้นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพราะว่าบริษัทจำเลยรู้ถึงอันตรายจากผลิตภัณฑ์ที่ตนผลิตแต่ก็ไม่ได้แจ้งเตือนผู้บริโภคไว้ โดยไม่ใส่ใจว่าผู้บริโภคนั้นจะได้รับอันตรายจากการใช้ผลิตภัณฑ์ จึงถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

Exxon Corp V. Yarema¹¹⁶

จำเลยเป็นเจ้าของปั๊มน้ำมันไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลถังน้ำมัน จนเป็นเหตุให้น้ำมันรั่วไปถูกทรัพย์สินของโจทก์เสียหาย ซึ่งโจทก์ได้แจ้งแก่จำเลยแล้วว่ามีน้ำมันรั่วเข้ามาในบริเวณบ้านของโจทก์แต่จำเลยก็ไม่ได้ใส่ใจคำเตือนนั้น จนเป็นเหตุให้น้ำมันรั่วไปทำลายทรัพย์สินของโจทก์เสียหายเป็นอันมาก ถือได้ว่าจำเลยกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพราะว่าจำเลยได้รู้ถึงการรั่วของน้ำมันออกมาจากถัง และความเสี่ยงที่ความเสียหายจะเกิดขึ้นจากการรั่วของน้ำมันเป็นสิ่งที่เห็นได้อย่างชัดเจน แต่จำเลยกลับไม่ได้ใส่ใจดูแลระมัดระวังไม่ให้น้ำมันที่รั่วนั้นไปก่อความเสียหายให้แก่โจทก์ที่อยู่บริเวณใกล้เคียง จึงถือว่าจำเลยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

Boyer V. State¹¹⁷

จำเลยขับรถบรรทุกไปส่งสินค้าด้วยความเร็วสูงเกินกว่าที่อัตรากฎหมายกำหนด ในบริเวณที่จราจรพลุกพล่านเป็นอย่างมาก อีกทั้งจำเลยยังได้ดื่มเหล้าเป็นจำนวนมากก่อนที่จะได้มาขับรถ จนเป็นเหตุให้จำเลยขับรถชนโจทก์ซึ่งกำลังข้ามถนนบริเวณทางข้ามอยู่ถึงแก่ความตาย ถือได้ว่าจำเลยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพราะว่าจำเลยรู้ว่าตนไม่มีความสามารถในการบังคับรถแล้ว แต่ก็ยังฝืนขับรถด้วยการขาดความระมัดระวังในบริเวณสภาพแวดล้อมที่จะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมาก จึงถือว่ากระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

¹¹⁵ Ibid, p. 16.

¹¹⁶ Ibid, p. 19.

¹¹⁷ Ibid, p. 21.

จะเห็นว่าตามแนวคำวินิจฉัยของระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา^๑นั้น ผู้เขียนพบว่าในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกามีการใช้ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงกันอย่างกว้างขวางและได้มีการอธิบายและวางหลักเกณฑ์ของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้อย่างชัดเจนซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษแล้ว ผู้เขียนพบว่าทั้งคำนิยามและหลักเกณฑ์ของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของทั้งในระบบกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกามีความคล้ายคลึงกัน

นอกจากนี้เมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทั้งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ผู้เขียนพบว่าความหมายและหลักเกณฑ์วินิจฉัยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของทั้งสองระบบมีความใกล้เคียงกัน แต่การนำความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไปใช้นั้น ผู้เขียนเห็นว่าในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้มีการนำไปใช้อย่างกว้างขวางมากกว่าระบบกฎหมายซีวิลลอว์

จากการศึกษาความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายเปรียบเทียบ ผู้เขียนเห็นว่าหากจะให้เกิดความชัดเจนในความหมายและหลักเกณฑ์การวินิจฉัยของประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมากยิ่งขึ้น จะต้องทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายไทยกับระบบกฎหมายเปรียบเทียบ ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษา ค้นคว้า และวิเคราะห์ไว้ใน บทที่ 5 เรื่องวิเคราะห์เปรียบเทียบความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง