

หลักกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาท

2.1 การกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

2.1.1 โครงสร้างความผิดอาญาตามกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

ความรับผิดทางอาญาของบุคคลตามแนวคิดในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น มีหลักการที่สำคัญอยู่ประการหนึ่งว่า “การกระทำไม่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิด เว้นแต่ผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้าย” (actus non, facit reum, nisi mens sit rea – an act does not make a person guilty unless the mind is guilty)¹ กล่าวคือ การกระทำที่จะเป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดในทางอาญาได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำโดยมีจิตใจชั่วร้ายที่จะกระทำการนั้นๆ ด้วยเหตุนี้การกระทำที่จะเป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดในทางอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จึงต้องประกอบไปด้วย ส่วนที่เป็นการกระทำซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหรือที่เรียกกันว่า “actus reus” ซึ่งการกระทำนี้กฎหมายอาญาให้รวมถึงการงดเว้นการที่จะต้องกระทำด้วย กับอีกประการหนึ่งคือ ต้องมีส่วนของจิตใจที่ถูกดำเนินได้ ซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบภายในอันเป็นองค์ประกอบทางจิตใจซึ่งก็คือ “mens rea”

จากหลักการดังกล่าว โครงสร้างความผิดอาญาของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกานั้น จึงต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ คือ

- 1) ต้องมีการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus)
- 2) ต้องมีองค์ประกอบทางด้านจิตใจของผู้กระทำผิด (mens rea)

¹Rupert Cross and Philip Asterley Jones, *An Introduction to Criminal Law*, 6 ed. (Bristol: J.W.Arrowsmith Ltd., 1968), p. 32. อ้างถึงใน นนทยา ทองสุก, “ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), น. 23.

1) ต้องมีการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus)

องค์ประกอบประการแรกของโครงสร้างความผิดอาญาก็คือ ต้องมีการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือที่เรียกกันว่า “actus reus” กล่าวคือ ต้องมีการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกและการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย สำหรับการกระทำ (action) นั้น แยกออกได้เป็น 2 ส่วน² คือ (1) การเคลื่อนไหวร่างกายหรือกล้ามเนื้อของผู้กระทำ ซึ่งการเคลื่อนไหวร่างกายของผู้กระทำนั้นจะต้องเกิดจากการควบคุมของจิตใจด้วย กล่าวคือ เป็นการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับและควบคุมได้ (willed movement) ผู้กระทำได้กระทำลงโดยเจตนาหรือมีเจตจำนงที่จะเคลื่อนไหวไปในทิศทางนั้น การเคลื่อนไหวร่างกายโดยมิได้อยู่ในอำนาจจิต (a reflex) หรือเกิดอาการชักกะตุก (convulsion) หรือไม่รู้สึกรู้ส (unconsciousness) เช่น ละครหรือเป็นโรคลมบ้าหมู ไม่ถือเป็นการกระทำ³ และการกระทำยังต้องประกอบด้วย (2) ผลอันเกิดจากการกระทำนั้น แต่สำหรับการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus) มีความหมายกว้างกว่านั้น กล่าวคือ นอกจากจะมีความหมายถึงการเคลื่อนไหวกล้ามเนื้อทางร่างกาย และผลที่เกิดจากการเคลื่อนไหวกล้ามเนื้อแล้ว ยังจะต้องประกอบไปด้วยพฤติการณ์แวดล้อมทางกายภาพ (the surrounding physical circumstances) อีกด้วย ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญา (actus reus) นั้น จะต้องประกอบด้วย⁴

- มีการเคลื่อนไหวร่างกาย (bodily movement) ตามที่กฎหมายกำหนด
- สถานการณ์แวดล้อม (circumstances)
- ผลจากการกระทำนั้น (consequence)

2) ต้องมีองค์ประกอบทางด้านจิตใจของผู้กระทำผิด (mens rea)

นอกจากจะต้องมีการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus) แล้ว การกระทำที่จะเป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดชอบในทางอาญา จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ซึ่งก็คือ องค์ประกอบทางด้านจิตใจของผู้กระทำผิด หรือที่เรียกกันว่า “mens rea” ซึ่งเป็นส่วนที่ต้อง

²H.L.A. Hart, Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility, Oxford Essay in Jurisprudence, (Oxford University Press, 1961), p. 34.

³ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 38.

⁴John Smith, Smith & Hogan Criminal Law, 10 ed. (London: Butterworths Lexisnexis, 2002), p. 40.

นำมาพิจารณาประกอบกับ actus reus สำหรับความหมายของ mens rea นั้น อาจกล่าวโดยทั่วไปได้ว่า mens rea เป็นเรื่องสภาวะทางจิตใจ (the mental state) ของผู้กระทำ⁵ เป็นเรื่องที่ต้องพิสูจน์ถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำผิด ซึ่งได้แบ่งบอกไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายในบทบัญญัติของกฎหมาย สิ่งที่มีแบ่งบอกไว้ในกฎหมาย เช่น มีเจตนาร้าย (maliciously) โดยรู้ (knowingly) โดยตั้งใจ (intentionally) ฯลฯ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสภาวะทางจิตใจที่น่าตำหนิ (blameworthy state of mind) อันได้แก่ เจตนา (intention) และประมาทโดยจงใจ (recklessness)⁶

ดังนั้น ในการพิจารณาความรับผิดทางอาญาของบุคคลตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น สิ่งแรกที่จะต้องทำการพิจารณาก็คือ ส่วนที่เป็น “actus reus” ว่ามีการกระทำและการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหรือไม่ และเมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดจึงจะไปพิจารณาในส่วนของสภาวะทางจิตใจ (the mental state) ซึ่งก็คือ “mens rea” ว่าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา (intention) ประมาทโดยจงใจ (recklessness) หรือไม่ หรือเป็นเพียงการประมาทธรรมดา (negligence) หรือสภาวะทางจิตที่พลั้งเผลออันไม่อาจตำหนิได้ (blameless inadvertent) เท่านั้น⁷

โครงสร้างของความผิดที่กระทำโดยประมาท

การพิจารณาความรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาก็เหมือนกันกับการพิจารณาความรับผิดทางอาญาในความผิดอื่น กล่าวคือ จะต้องพิจารณาตามโครงสร้างของความผิดอาญาซึ่งมีองค์ประกอบที่สำคัญสองประการ คือ มีการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus) และมีองค์ประกอบทางด้านจิตใจของผู้กระทำผิด (mens rea) ในส่วนของการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus) สำหรับกรณีของการกระทำโดยประมาทนั้น หมายถึง การที่ผู้กระทำได้กระทำหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยขาดความระมัดระวังตามมาตรฐานความระมัดระวังที่กฎหมายกำหนดไว้ อันเป็นการพิจารณาในทางภาวะวิสัย (objective) ส่วนโครงสร้างความผิดอาญาในเรื่ององค์ประกอบทางด้านจิตใจ

⁵ Jerome Hall, *General Principles of Criminal law*, 2 ed. (New York: The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1960), p. 70.

⁶ Rupert Cross and Philip Asterley Jones, *supra* note 1, pp. 37-40. อ้างถึงใน นนทยา ทองสุก, “ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา,” น. 23.

⁷ John Smith, *supra* note 4, p. 50.

หรือที่เรียกกันว่า “mens rea” นั้น เป็นการแสดงให้เห็นถึงสภาวะทางจิตใจ (the mental state) ของผู้กระทำความผิด โดยอาจจะแสดงออกในรูปของเจตนา (intention) หรือประมาทโดยจงใจ (recklessness) ซึ่งในเรื่องการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกา⁹ นั้นได้แบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาทออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ความประมาทธรรมดา (negligence) และความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ซึ่งในกรณีของความประมาทโดยจงใจ (recklessness) นั้น นอกจากจะต้องประกอบไปด้วยการขาดความระมัดระวังตามมาตรฐานความระมัดระวังที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งเป็นองค์ประกอบในทางภาวะวิสัย (objective element) แล้ว ยังจะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบทางด้านจิตใจ (mens rea) ซึ่งก็คือ การที่ผู้กระทำรู้ตัวว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายอีกด้วย แต่สำหรับความประมาทธรรมดา (negligence) นั้น เป็นกรณีที่ผู้กระทำเพียงแต่ขาดความระมัดระวังตามมาตรฐานความระมัดระวังที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ผู้กระทำไม่รู้ตัวว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตราย กล่าวคือ ผู้กระทำไม่มี mens rea นั้นเอง ดังนั้นความประมาทธรรมดา (negligence) จึงเป็นการพิจารณาโดยใช้องค์ประกอบในทางภาวะวิสัย (objective element) เพียงอย่างเดียว ซึ่งทำให้มีข้อโต้เถียงจากนักวิชาการว่าการกระทำโดยประมาทในรูปแบบนี้ไม่ควรเป็นความผิดอาญา อย่างไรก็ตามแม้จะมีข้อโต้เถียงในกรณีดังกล่าวก็ตามกฎหมายก็ยังกำหนดให้การกระทำโดยประมาทในรูปแบบนี้เป็นความผิดอาญา เพราะถือว่าเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อส่วนรวม¹⁰

2.1.2 การกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษ

ตามกฎหมายอังกฤษในระยะแรกๆ นั้น การกระทำโดยประมาทไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา (criminal publica) และไม่มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการกระทำโดยเจตนาและการกระทำโดยประมาท โดยในช่วงเริ่มแรกนั้นอันตรายหรือผลที่เกิดขึ้นจากความประมาทนั้นกฎหมายถือว่าเป็นการเกิดขึ้นโดยโชคร้ายและถือว่าเป็นเรื่องของความโชคร้าย (misadventure) หรืออุบัติเหตุ (accident)⁹ ต่อมาในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 17 แนวความคิดในเรื่องการกระทำโดยประมาทค่อนข้างจะปรากฏชัดเจนขึ้นและพัฒนามาเป็นแนวความคิดในเรื่องความ

⁸แสวง บุญเฉลิมวิภาส, “โครงสร้างความผิดอาญากับการกระทำโดยประมาท,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 18, น. 52-53 (มิถุนายน 2531).

⁹Richard Card, Criminal Law, 12 ed. (London: Butterworths, 1992), p. 10.

รับผิดชอบอาญาสำหรับการกระทำโดยประมาท โดยในเวลาต่อมาได้มีคำพิพากษาในคดีของ Hull (1644) Kelyng 40,84 Eng.Rep.1072. ซึ่งในคดีนี้ Hull ถูกกล่าวหาว่า การกระทำของเขาเป็นการฆ่าผู้อื่น Hull เป็นกรรมกรได้ช่วยคนงานคนอื่นทำการก่อสร้างบ้านซึ่งตั้งอยู่ห่างจากถนนประมาณ 30 ฟุต ในขณะที่ใกล้จะเลิกงาน Hull ได้โยนท่อนไม้ลงมาจากชั้นสองพร้อมทั้งได้ตะโกนออกมาให้ผู้ที่อยู่ข้างล่างถอยไปและก็โยนท่อนไม้ลงมาในทันที ท่อนไม้ที่โยนลงมาไปถูกเพื่อนคนงานด้วยกันที่อยู่ข้างล่างถึงแก่ความตาย ศาลตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวของ Hull ไม่ถือว่าเป็นการฆ่าผู้อื่นในความผิดประเภท manslaughter แต่เป็นการฆ่าผู้อื่นในความผิดประเภท homicide โดยโชคร้ายเนื่องจากบ้านตั้งอยู่ห่างจากถนนเพียง 30 ฟุต และ Hull ก็ได้กระทำเหมือนกับที่คนงานคนอื่นๆ กระทำ การที่ Hull ได้ทำการเตือนโดยการตะโกน ก็ไม่มีผลที่จะเป็นการทำให้ผู้หนึ่งผู้ใดที่อยู่ใกล้เคียงบริเวณนั้นสามารถจะหลีกเลี่ยงจากอันตรายได้ทัน¹⁰

แม้ว่าเหตุผลในคำตัดสินในคดีนี้จะไม่ได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนว่าเป็นการกระทำโดยประมาท แต่ก็ได้แสดงให้เห็นว่ามีการลงโทษการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายซึ่งมิได้เกิดจากการกระทำโดยเจตนา (intention) จากคำพิพากษาในคดีของ Hull นี้เอง เป็นจุดสำคัญที่ทำให้เห็นว่าการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาทมีผลทางกฎหมาย ต่อมาในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 กฎหมายอังกฤษได้เริ่มมีแนวความคิดให้บุคคลต้องรับผิดชอบอาญาฐานกระทำโดยประมาท และเริ่มมีแนวความคิดที่จะแยกความแตกต่างระหว่างเจตนากับประมาท

ในเวลาต่อมาก็ได้มีคดีเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทเกิดขึ้นอีก ได้แก่ คดี Rampton (1664) Kelyng 42, 84 Eng.Rep.1073. ในคดีนี้ Rampton ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) เขาพบปืนตกอยู่บนถนนและเขาพยายามใช้ไม้กระทุ้งปืน เพื่อดูว่าปืนมีการบรรจุกระสุนไว้หรือไม่ และในขณะที่ยังไม่รู้ว่าปืนดังกล่าวมีกระสุนบรรจุอยู่หรือไม่ เขาก็ได้เล็งปืนนั้นไปที่ภรรยาเพื่อล้อเล่น ปรากฏว่ากระสุนปืนเกิดลั่นออกมาถูกภรรยาถึงแก่ความตาย คดีนี้ Rampton มีความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (manslaughter)¹¹

ตามกฎหมายอังกฤษการกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดชอบอาญาจากการกระทำโดยประมาทนั้นยังคงเป็นปัญหาที่มีการถกเถียงกันเรื่อยมา แต่ก็มีบางข้ออ้างว่าการกระทำโดยประมาท

¹⁰Gillis Erenius, *Criminal Negligence and Individuality*, (Stockholm: Pa Norstedt & Söners Förlag, 1976), p. 43.

¹¹*Ibid.* pp. 43-44.

เป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) ต่อมากฎหมายอาญาของอังกฤษได้มีการอธิบายถึงความหมายของคำว่า “ประมาทโดยจงใจ” (recklessness) ว่าเป็นการเพิกเฉยในระดับที่สูงที่สุดหรือเป็นการไม่เอาใจใส่ต่อความผิด และเริ่มมีการอธิบายคำจำกัดความของคำว่า “ประมาท” (negligence) ไว้ในคดี Knight's case (1828),¹ 1 Lew.C.C.168 Eng.Rep.1000. โดยได้ให้หลักในการวินิจฉัยว่า “ผู้ที่ซบเซาเกวียนโดยไม่ระมัดระวังและได้ทับเด็กที่เดินอยู่บนถนน ถ้าผู้ซบเซาเกวียนได้มองเห็นเด็กแล้วแต่ยังคงขับต่อไปอีกผู้ซบเซาเกวียนจะมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น (murder) แต่ถ้าเขามองไม่เห็นเด็กก็จะเป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (manslaughter)” และต่อมาได้มีการแยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างประมาทในทางอาญาและการกระทำละเมิดโดยประมาท โดยได้มีการใช้คำต่างๆ เพื่อแสดงให้เห็นถึงความประมาททางอาญา เช่น โดยขาดความยับยั้งและอย่างจงใจ (wanton and willful), ประมาทอย่างร้ายแรง (gross negligence) เป็นต้น¹²

1) ความหมายและหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษ

ตามกฎหมายอังกฤษนั้น เจตนา (intention) เป็นเรื่องของสภาพจิตใจ (mental) อย่างชัดเจน และเป็นรูปแบบหนึ่งของความผิดทางกฎหมาย แต่ยังคงมีรูปแบบของความผิดทางกฎหมายอีกรูปแบบหนึ่งที่ไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับสภาพจิตใจ (mental) นั่นก็คือ การกระทำโดยประมาท (negligence) กฎหมายอาญาของอังกฤษยอมรับว่าความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลอาจจะเกิดจากการกระทำโดยประมาท (negligence) ได้ โดยมองว่าการกระทำโดยประมาท (negligence) คือ การละเลยที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง (standard of care) ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้กระทำที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง ดังนั้นการกระทำโดยประมาทจึงเป็นการละเลยที่จะประพฤติปฏิบัติให้เหมือนกันกับวิญญูชน (reasonable man) หรือบุคคลผู้มีความสุ่มรอบคอบ (prudent man) ในพฤติการณ์ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ต้องประพฤติตนเยี่ยงวิญญูชน¹³ กล่าวคือ บุคคลอาจใช้ความระมัดระวังทั้งหมดซึ่งเขาสามารถทำได้ และเขาอาจขาดความระมัดระวัง (careless) หรือประมาท (negligent) เพราะเขาไม่สามารถที่จะไปถึงมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนซึ่งเป็นมาตรฐานที่เป็นภาวะวิสัย (objective standard)

¹²สมพงษ์ ขจรชัยกุล, “ปัญหาการกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น. 41-42.

¹³Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, 2 ed. (London: Stevens & son, 1983), p. 88.

เขาอาจเชื่อโดยสุจริต (bona fide) ว่าเขาไม่ได้ทำให้คนใดคนหนึ่งตกอยู่ในอันตราย แต่ก็อาจถือได้ว่าเขามีความประมาทในการที่เชื่อเช่นนั้น ตัวอย่างเช่น บุคคลซึ่งในขณะนั้นไม่มีความสามารถที่จะขับรถแต่ยังคงฝืนที่จะขับรถจนเป็นเหตุให้มีผู้อื่นถึงแก่ความตายอันเนื่องมาจากการขับรถของเขา เขาอาจถูกตัดสินว่าขับรถ “โดยไม่มีความระมัดระวังและไม่มีความเอาใจใส่ตามสมควร” (without due care and attention) แม้ว่าเขาจะได้พยายามขับรถอย่างดีที่สุดเท่าที่เขาจะทำได้แล้ว ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าบุคคลผู้ซึ่งขาดความระมัดระวังเป็นบุคคลผู้ซึ่งไม่มีความระมัดระวังซึ่งเขาควรมีไม่ว่าเขาได้รู้สึกถึงความระมัดระวังหรือไม่ก็ตาม ถือได้ว่าเขามีการกระทำโดยประมาท แต่ต่อมาศาลได้พัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาท (negligence) โดยเพิ่มหลักเกณฑ์ที่ว่าความประมาทนั้นต้อง “ร้ายแรง” (gross) ซึ่งหมายความว่า การกระทำที่เบี่ยงเบนจากมาตรฐานความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยหรือมีเหตุอันสมควรไม่ทำให้บุคคลต้องรับโทษในทางอาญา¹⁴ หลักเกณฑ์ที่ถูกเพิ่มเติมขึ้นใหม่นี้มีลักษณะเป็นการระบุถึงระดับของความประมาท (degree of negligence) ที่จำเป็นสำหรับความรับผิดในทางอาญา¹⁵

ต่อมาในช่วงปลาย ค.ศ.1950 มีการเสนอให้ใช้คำว่า “ความประมาทโดยจงใจ” (recklessness) ในการพิจารณาความผิดฐานทำให้คนตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) ที่เกิดจากการกระทำโดยประมาท เนื่องจากคำดังกล่าวถูกพิจารณาว่าเป็นคำที่เหมาะสมในการแสดงให้เห็นถึงระดับของความประมาทที่สมควรถูกลงโทษ ซึ่งหมายถึงการขาดความระมัดระวังอย่างมาก และศาลได้ยอมรับความหมายที่แตกต่างของคำว่าความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ในรูปของ mens rea ซึ่งหมายถึงการรู้ตัวถึงความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตราย (ผลที่ต้องห้าม) (prohibited consequence) หรือที่เรียกว่า “ประมาทโดยรู้ตัว” (advertent recklessness) แต่ต่อมาได้มีการโต้เถียงกันอย่างแพร่หลายในช่วงต้น ค.ศ.1980 เมื่อสภาขุนนางอังกฤษ (House of Lords) ได้ให้ความหมายที่กว้างขึ้นของคำว่า ประมาทโดยจงใจ (recklessness) เพื่อให้รวมถึงสิ่งที่เรียกว่า “ประมาทโดยไม่รู้ตัว” (inadvertent) หรือ “ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell” (Caldwell recklessness)¹⁶

¹⁴ Ibid. p. 90.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Andrew Ashworth, Principles of Criminal Law, 5 ed. (New York: Oxford University Press Inc., 2006), pp. 181-182.

2) การแบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษ

การกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

- (1) ความประมาทธรรมดา (Negligence)
- (2) ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness)
- (1) ความประมาทธรรมดา (Negligence)

อุบัติเหตุบางอย่าง (หรือเหตุการณ์บางเหตุการณ์) เกิดขึ้นโดยที่คนไม่คาดคิดว่าจะเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ เราไม่สามารถที่จะคิดได้เลยว่าบุคคลผู้มีความระมัดระวังจะทำอะไรเพื่อหลีกเลี่ยงผลอันเป็นความเสียหายได้ ถ้าหากว่าบุคคลนั้นอยู่ในฐานะเช่นเดียวกับจำเลย (if he had been in the shoes of the defendant) ดังนั้นเมื่ออุบัติเหตุ (หรือเหตุการณ์บางเหตุการณ์) เกิดขึ้นเราเพียงแต่กล่าวว่าเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ หรือ ในภาษาอังกฤษหมายถึงเรียกว่าเป็น “อุบัติเหตุที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้” (inevitable) แต่ในบางครั้งอุบัติเหตุบางอย่าง (หรือเหตุการณ์บางเหตุการณ์) ก็เกิดขึ้นเนื่องจากการขาดความระมัดระวัง (neglect) ซึ่งวิญญูชน (a reasonable man) พึงจะใช้ความระมัดระวังเพื่อไม่ให้เกิดอุบัติเหตุเช่นนั้นขึ้นได้ (ในบางครั้งเราเรียกวิญญูชน (reasonable man) ว่าเป็นบุคคลผู้มีความสุขุมรอบคอบ (prudent man)) และเราจะเรียกอุบัติเหตุเช่นนั้นว่าเป็นผลที่เกิดจากสิ่งที่เราเรียกว่าความประมาท (negligence) หรือการขาดความระมัดระวัง (carelessness)¹⁷

ความประมาทธรรมดา (negligence) เป็นกรณีที่ผู้กระทำละเลยหรือไม่เอาใจใส่ต่อภัยอันตราย ซึ่งรวมทั้งกรณีที่ผู้กระทำควรที่จะรู้ว่ามีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายและควรมีความเอาใจใส่กับภัยอันตราย ความรับผิดชอบของจำเลยสำหรับความประมาทธรรมดา (negligence) จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยละเลยที่จะรู้ (ตระหนัก) (realize) หรือควรที่จะต้องรู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตราย และละเลยที่จะปฏิบัติตามมาตรฐานการกระทำของวิญญูชน¹⁸ จำเลยจะมีความประมาทธรรมดา (negligence) ในผลของการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำ ถ้าวิญญูชน (reasonable person) สามารถมองเห็นภัยอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นล่วงหน้าได้ แต่จำเลยละเลย (fails) ที่จะมองเห็นภัยอันตรายล่วงหน้าได้ หรือจำเลยมองเห็นภัยอันตรายล่วงหน้าได้แต่เขาละเลย (fails) ที่จะจัดการเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตราย หรือจำเลยจัดการหลีกเลี่ยงภัยอันตรายด้วยวิธีซึ่งต่ำกว่ามาตรฐานการกระทำอันพึงคาดหมายได้จากวิญญูชนที่มองเห็นถึงภัยอันตรายเช่นนั้น¹⁹

¹⁷ Glanville Williams, *supra* note 13, p. 88.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Richard Card, *supra* note 9, p. 78.

เราอาจกล่าวได้ว่าการกระทำโดยประมาท (negligence) คือ การละเลย (failure) ที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง (standard of care) ซึ่งมันเป็นหน้าที่ของผู้กระทำที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง ดังนั้นการกระทำโดยประมาทจึงเป็นการละเลยที่จะประพฤติปฏิบัติให้เหมือนกันกับวิญญูชน (a reasonable man) หรือบุคคลผู้มีความสุ่มรอบคอบ (prudent man) ในพฤติการณ์ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ต้องประพฤติปฏิบัติตนเช่นเดียวกับวิญญูชน²⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ บุคคลจะมีความประมาทธรรมดา (negligence) ถ้าการกระทำของเขามีความสัมพันธ์กับการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายซึ่งสามารถเข้าใจได้โดยมีเหตุผลอันควร และการกระทำของเขาเป็นการกระทำซึ่งอยู่ต่ำกว่ามาตรฐานการกระทำซึ่งพึงคาดหมายได้จากวิญญูชน (reasonable person) เมื่อมองเห็นภัยอันตรายนั้น²¹ ตัวอย่างเช่น ในความผิดเกี่ยวกับการขับรถอย่างไม่ระมัดระวัง (careless driving) บุคคลคนหนึ่งจะมีความผิดฐานขับรถโดยปราศจากความระมัดระวัง (without due care) และไม่มีสมาธิตามสมควร (attention) ถ้ามาตรฐานความระมัดระวังในการขับรถของเขาต่ำกว่าระดับของความระมัดระวังและระดับของความเอาใจใส่ซึ่งคนขับรถที่เป็นวิญญูชน (reasonable and prudent driver) พึงใช้ความระมัดระวังในพฤติการณ์ (circumstances) เช่นนั้น²²

ด้วยเหตุนี้เราจึงเรียกการทดสอบความประมาทธรรมดาในรูปแบบของการพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับวิญญูชน (prudent man or reasonable man) ว่าเป็น “มาตรฐานในทางภาวะวิสัย” (objective standard) ซึ่งการทดสอบนี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการค้นหาสิ่งซึ่งอยู่ในจิตใจของจำเลย²³ กล่าวคือ การพิจารณาความประมาทธรรมดา (negligence) ของผู้กระทำนั้นเราจะไม่พิจารณาถึงสภาพจิต (state of mind) ของผู้กระทำ ดังนั้นความประมาทธรรมดา (negligence) จึงไม่ใช่รูปแบบหนึ่งของ mens rea การกระทำโดยประมาทธรรมดานั้นเป็นเพียงการแสดงให้เห็นถึงการขาดความเอาใจใส่เท่านั้น ไม่เกี่ยวกับความชั่วร้ายของจิตใจแต่อย่างไร และสิ่งนี้จึงทำให้มีความแตกต่างกันระหว่างประมาทโดยจงใจ (recklessness) และประมาทธรรมดา (negligence)

ตามกฎหมายอังกฤษความแตกต่างระหว่างประมาทโดยจงใจ (recklessness) และประมาทธรรมดา (negligence) อยู่ที่การรู้ตัวหรือการไม่รู้ตัวถึงการเสี่ยงต่ออันตรายของผู้กระทำ

²⁰ Glanville Williams, *supra* note 13, p. 88.

²¹ Richard Card, *supra* note 9, p. 78.

²² *Ibid.* p. 79.

²³ Glanville Williams, *supra* note 13, p. 88.

กล่าวคือ สำหรับประมาทโดยจงใจ (recklessness) ผู้กระทำจะต้องรู้ตัว (aware) ว่าการกระทำของตนเป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตราย ไม่ว่าจะเป็นการรู้ตัวในทางอัตวิสัย (subjective) หรือการรู้ตัวในทางภาวะวิสัย (objective) แต่สำหรับประมาทธรรมดา (negligence) นั้น ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบในเรื่องของการรู้ตัว แต่อย่างไรก็ดีความประมาทธรรมดา (negligence) มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งที่เหมือนกับความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ซึ่งก็คือ ต้องเป็นการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk)

การเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unreasonable risk)

เป็นเรื่องปกติที่ในบางครั้งผู้กระทำอาจจะต้องมีการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเสี่ยงภัยในการดำเนินชีวิตประจำวัน ซึ่งหากเป็นการเสี่ยงภัยที่มีเหตุผลอันสมควร (reasonable risk) แล้ว แม้จะเกิดอันตรายขึ้นก็ไม่เป็นการกระทำโดยประมาท ระดับของความเป็นไปได้ (probability) ที่จะเกิดอันตรายเป็นเรื่องที่มีความแปรผัน โดยการกระทำโดยประมาท (negligence) เป็นการเสี่ยงต่ออันตรายที่มีระดับของความเป็นไปได้อาจจะไม่ได้รับการยอมรับในทางสังคม (socially unacceptable) ซึ่งเรื่องนี้ขึ้นอยู่กับสิ่งที่เกิดขึ้นในระหว่างที่มีการเสี่ยงต่ออันตรายและประโยชน์ในทางสังคมที่จะได้รับการเสี่ยงต่ออันตราย²⁴ ตัวอย่างเช่น ถ้าหากว่าไม่มีวิธีอื่นแล้วที่จะบรรเทาความทุกข์ทรมานของคนไข้หรือทำให้ชีวิตของคนไข้ยืนยาวต่อไป ศัลยแพทย์อาจลงมือผ่าตัดซึ่งเป็นการกระทำที่เป็นการเสี่ยงอย่างมากในการที่จะทำให้คนไข้เสียชีวิต โดยที่ไม่ถูกตัดสินว่าเป็นการกระทำโดยประมาท (negligence) หรือในกรณีของนายจ้างเพื่อเพิ่มผลผลิตและผลกำไร นายจ้างอาจใช้วิธีที่มีการเสี่ยงต่ออันตรายเพียงเล็กน้อย²⁵ หรือในบางครั้งผู้กระทำอาจจะต้องกระทำการที่เสี่ยงต่ออันตรายอย่างหนึ่งเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงอันตรายอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งก็ไม่ได้ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ถ้าจำเลยกำลังขับรถอยู่บนถนน มีเด็กวิ่งออกมาตัดหน้ารถ เขาจึงต้องเลี้ยวรถไปอีกเลนหนึ่งของถนนอย่างรวดเร็วเพื่อไม่ให้ชนเด็กคนนั้น ซึ่งการเลี้ยวรถเช่นนั้นอาจจะทำให้เกิดอันตรายแก่ผู้ใช้นถนนคนอื่น แต่บ่อยครั้งที่ศาลเห็นว่าการเลี้ยวรถไปอีกเลนหนึ่งของถนนอย่างรวดเร็วของจำเลยเป็นการเสี่ยงต่ออันตรายที่มีเหตุอันสมควร (reasonable risk)

(2) ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness)

นอกจากความประมาทธรรมดา (negligence) ตามกฎหมายอังกฤษยังได้แบ่งการกระทำโดยประมาทออกเป็นอีกหนึ่งประเภท ซึ่งก็คือ ความประมาทโดยจงใจ (recklessness) โดย

²⁴ Ibid. p. 89.

²⁵ Ibid.

คำว่า “ประมาทโดยจงใจ (recklessness)” ถูกพิจารณาว่าเป็นคำที่เหมาะสมในการแสดงให้เห็นถึงระดับของความประมาทที่สมควรถูกลงโทษ ซึ่งหมายถึงการขาดความระมัดระวังอย่างมาก

ความยากลำบากในการให้ความหมายของคำว่าประมาทโดยจงใจ (recklessness) ก็คือความหมายของคำว่าประมาทโดยจงใจนั้นได้ถูกให้คำนิยามไว้อย่างแตกต่างและหลากหลายในหมู่นักกฎหมายและในการพิจารณาคดีของศาล

นักกฎหมายชาวอังกฤษ Glanville Williams²⁶ ได้ให้คำอธิบายคำว่า “ประมาทโดยจงใจ” (recklessness) ไว้ว่าเป็นคำที่เหมาะสมในการแสดงให้เห็นถึงระดับของความประมาทที่สมควรถูกลงโทษ ทั้งนี้เนื่องจากประมาทโดยจงใจเกี่ยวข้องกับการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยรู้ตัว (conscious) และโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable) ในบางครั้งอาจกล่าวได้ว่าความประมาทโดยจงใจเป็นการ “ลองเสี่ยงโชคโดยเจตนา” ของผู้กระทำ แต่ในเรื่องสภาพจิตของผู้กระทำนั้นผู้กระทำโดยประมาทโดยจงใจมีสภาพจิตใจที่จะกระทำผิดน้อยกว่าการกระทำโดยเจตนา (intention) แม้ว่าจะเลวร้ายกว่าความประมาทธรรมดา (negligence) ก็ตาม และความประมาทโดยจงใจ (recklessness) เหมือนความประมาทธรรมดา (negligence) ตรงที่เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unjustifiable risk) แต่ความประมาทโดยจงใจแตกต่างจากความประมาทธรรมดาตรงที่ความประมาทโดยจงใจนั้นผู้กระทำรู้ตัวว่าเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตราย

John Smith²⁷ ได้ให้คำนิยามคำว่าประมาทโดยจงใจ (recklessness) ว่าหมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำลงโดยไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ได้กระทำโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้น แต่ก็ยังขึ้นกระทำโดยคิดว่าจะสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดภัยขึ้นได้

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายชาวอังกฤษบางท่าน (Cross and Jones) ได้กล่าวถึงความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ว่าสามารถใช้อยู่ใน 2 ความหมาย คือ²⁸

1) ความหมายในทางอัตวิสัย (subjective) หมายถึง การเสี่ยงโดยรู้ตัว (conscious) ถึงภัยอันตราย และเป็นการเสี่ยงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk)

²⁶ *Ibid.* p. 96.

²⁷ John Smith, *supra* note 4, p. 52.

²⁸ Rupert Cross and Philip Asterley Jones, An Introduction to Criminal Law, 6 ed. (Bristol: J.W.Arrowsmith Ltd., 1968), p. 52.

2) ความหมายในทางภาวะวิสัย (objective) หมายถึง การเสี่ยงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) ไม่ว่าผู้กระทำจะรู้หรือไม่รู้ถึงภัยอันตรายนั้น

และในประมวลกฎหมายอาญาฉบับร่าง (Draft Criminal Code) ได้มีการให้บทนิยามความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ไว้ใน มาตรา 18 ดังนี้²⁹

c. “ความประมาทโดยจงใจ” พิจารณาได้จาก

- (1) พฤติการณ์ซึ่งผู้กระทำต้องรู้ถึงความเสี่ยงต่ออันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น
- (2) ผลของการกระทำซึ่งเกิดจากการที่ผู้กระทำรู้ถึงความเสี่ยงว่าจะก่อให้เกิดผลเช่นนั้น และไม่มีเหตุผลอันสมควรที่ผู้กระทำจะก่อให้เกิดความเสี่ยงเช่นนั้นภายใต้พฤติการณ์ที่ผู้กระทำรู้

ส่วนในการพิจารณาคดีของศาล ความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ยังคงเป็นเรื่องที่สับสนเนื่องจากมีบทนิยามสองบทนิยามเกี่ยวกับความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ซึ่งคนรู้จักกันในนามความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) และความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) ซึ่งความผิดอาญาบางเรื่องจะใช้บทนิยามความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham และความผิดอาญาบางเรื่องจะใช้บทนิยามความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell

1) ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness)

ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) เป็นรูปแบบของความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ที่เกิดจากการพิพากษาคัดสินในคดี Cunningham ในปี ค.ศ.1957 จำเลยดิ่งเครื่องวัดแก๊สจากกำแพงในห้องเก็บของที่อยู่ใต้ถุนตึกของบ้านซึ่งไม่มีผู้อาศัยเพื่อขโมยเงินในนั้น เขาปล่อยให้แก๊สไหลพุ่งออกมา แก๊สรั่วเข้าไปในบ้านที่อยู่ใกล้เคียง และ P ได้สูดแก๊สเข้าไปทำให้เป็นอันตรายต่อชีวิตของ P จำเลยถูกพิพากษาลงโทษว่ามีความผิดตามมาตรา 23 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยบุคคล ค.ศ.1861 ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับการวางยาที่เป็นพิษโดยมีเจตนาร้ายเพื่อทำให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ทั้งนี้เนื่องจากผู้พิพากษาแนะนำแก่คณะลูกขุนว่า “เจตนาร้าย” (malicious) หมายความว่า “ชั่วร้าย” (wicked) ซึ่งต่อมา

²⁹c. “recklessness” with respect to -

(i) a circumstance when he is aware of a risk that it exists or will exist :

(ii) a result when he is aware of a risk that it will occur ; and it is, in the circumstances known to him, unreasonable to take the risk.

See John Smith, *supra* note 4, p. 84.

คำพิพากษาลงโทษจำเลยได้ถูกกลับโดยคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์แผนกคดีอาญา โดยศาลได้กล่าวว่า

“...ในบทนิยามบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดอาญาฐานมี “เจตนาร้าย” (malice) ต้องไม่ถูกนำไปใช้ในความหมายแบบเก่าและคลุมเครือในความหมายทั่วไปของคำว่า “ความชั่วร้าย” (wickedness) แต่คำว่า “เจตนาร้าย” (malice) จำเป็นจะต้องมี (i) เจตนาที่แท้จริงในการทำให้เกิดภัยอันตรายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น หรือ (ii) ความประมาทโดยจงใจซึ่งทำให้เกิดภัยอันตรายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น (ตัวอย่างเช่นจำเลยในคดีอาญามองเห็นผลล่วงหน้าว่าอาจทำให้เกิดภัยอันตรายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น และยังคงฝ่าฝืนที่จะทำให้เกิดภัยอันตรายต่อไป) ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีเจตนาร้ายต่อบุคคลผู้ได้รับอันตราย”³⁰

ศาลได้ย้ำว่า คำว่า “โดยมีเจตนาร้าย” (maliciously) ในบทบัญญัติแห่งความผิดจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมองเห็นผลล่วงหน้า ดังนั้น Cunningham ไม่มีความผิดเว้นแต่เขาจะรู้ว่าเมื่อเขาทำลายเครื่องวัดแก๊สหรือปล่อยให้ท่อแตกและมีแก๊สไหลพุ่งออกมานั้น อาจจะทำให้คนบางคนสูดแก๊สเข้าไปและเป็นอันตรายได้ ในคดีต่างๆซึ่งจำเป็นต้องมี “เจตนาร้าย” (malice) มันไม่เพียงพอที่จะกล่าวว่า ถ้าจำเลยหยุดคิดก็จะปรากฏชัด (obvious) ต่อเขาว่าเป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตราย แต่เขาจะต้องรู้ตัวอย่างแท้จริงว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตราย และเขาได้คิดแล้วจึงทำการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนั้นขึ้น³¹

นอกจากนี้ ศาลอุทธรณ์แผนกคดีอาญายังได้กล่าวอีกว่า คำว่า “เจตนาร้าย” (malicious) นั้นหมายถึงทั้งกรณีการกระทำโดยเจตนา (intention) หรือการกระทำโดยประมาทโดยจงใจ (recklessness) และในกรณีของประมาทโดยจงใจ (recklessness) คำว่า “เจตนาร้าย” (malicious) นั้นหมายถึง การที่จำเลยสามารถมองเห็น (foreseen) ได้ว่าภัยอันตรายอาจจะเกิดขึ้นได้ แต่เขาก็ยังขึ้นกระทำมันต่อไป³² และในความหมายนี้ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) จึงมีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่สองประการ คือ

(1) จำเลยรู้ตัว (awareness) ว่ามีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งการกระทำของเขาหรือของเธอมักทำให้เกิดความเสียหายขึ้นได้

³⁰ John Smith, *supra* note 4, p. 78.

³¹ *Ibid.*

³² Andrew Ashworth, *supra* note 16, p. 182.

องค์ประกอบประการแรก คือ จำเลยจะต้องรู้ตัว (awareness) ว่ามีการเสี่ยงต่อภัยอันตราย และนี่เป็นสาเหตุที่ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) ถูกเรียกว่าเป็น “ความประมาทโดยจงใจอย่างรู้ตัว” (advertent recklessness) และองค์ประกอบในเรื่องการรู้ตัวยังเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการนำแนวความคิดเรื่อง mens rea มาใช้พิจารณากับความประมาทโดยจงใจ (recklessness) บุคคลจะถูกกล่าวว่าเป็นผู้ประมาทโดยจงใจตามความหมายของ Cunningham (Cunningham recklessness) ถ้าศาลเห็นว่าในเวลานั้นเขาหรือเธอรู้ตัวว่ามีการเสี่ยงต่อภัยอันตราย³³ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความประมาทโดยจงใจ (recklessness) เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้รู้ถึงภัยอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้น แต่ผู้กระทำไม่สนใจหรือเพิกเฉยต่อการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unjustifiable risk) ที่จะก่อให้เกิดผลที่ตามมา โดยในทางอัตวิสัย (subjective) ต้องพยายามมองเข้าไปถึงจิตใจของผู้กระทำ ความผิด เพื่อจะทำให้ทราบว่าผู้กระทำได้ตระหนักถึงภัยอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นและผู้กระทำก็ยังคงกระทำการนั้นต่อไปโดยไม่ลังเล ซึ่งในทางอัตวิสัย (subjective) จึงเป็นมาตรฐานหรือสภาวะจิตของการกระทำความผิดโดยแท้จริง เพราะฉะนั้นในทางอัตวิสัย (subjective) จึงหมายถึง การประมาทโดยรู้สำนึก (conscious) ซึ่งผู้กระทำสามารถคาดเห็นได้ว่าผลอาจจะเกิดขึ้นได้จากการกระทำของเขา และเมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์ที่ปรากฏทั้งหมดแล้วไม่มีเหตุผลสำหรับผู้กระทำที่จะทำการเสี่ยง ที่กล่าวว่าผู้กระทำจะต้องคาดเห็นได้ล่วงหน้าถึงการเสี่ยงนั้น ต้องการเพียงแค่ความเป็นไปได้ของการเสี่ยงเท่านั้น แต่ถ้าระดับของการคาดเห็นได้นั้นจะเป็นการเสี่ยงที่แน่นอนหรือมีความเป็นไปได้สูงมาก ก็จะเป็นการเจตนากระทำความผิด³⁴

สำหรับองค์ประกอบในเรื่องการเสี่ยงโดยรู้ตัวนั้น Byrne J. อธิบายว่า หมายถึง กรณีที่จำเลยในคดีอาญา (the accused) มองเห็นล่วงหน้า (foreseen) ว่าภัยอันตรายอาจจะเกิดขึ้นได้ แต่เขาก็ยังคงเสี่ยงภัยต่อไป จากบทนิยามนี้มีสาระสำคัญ 2 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยในคดีอาญามองเห็นล่วงหน้าได้ว่าการเสี่ยงต่อภัยอันตราย แต่เขาไม่สามารถมองเห็นได้ว่าภัยอันตรายที่น่าจะเกิดขึ้นนั้นจะเป็นภัยอันตรายที่ร้ายแรง ประการที่สอง จำเลยในคดีอาญาได้มองเห็นถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายล่วงหน้า แต่จะต้องไม่ใช่กรณีที่ภัยอันตรายเป็นเรื่องชัดเจน (obvious) หรือวิญญูชน (a reasonable person) สามารถมองเห็นภัยอันตรายล่วงหน้าได้ ประเด็นนี้ได้มีการยกตัวอย่างไว้ในคดี Stephenson ซึ่งจำเลยในคดีนี้ได้รับความทรมานจากโรค

³³ Ibid.

³⁴ Richard Card, *supra* note 9, p. 67.

จิตเสื่อมประเภทหนึ่งซึ่งมีอาการเก็บตัว (schizophrenia) เขาจุดไฟในกองหญ้าเป็นเหตุให้ไฟไหม้กองหญ้า เนื่องจากเขาเจ็บป่วยจึงไม่รู้ว่าในการจุดไฟย่อมมีภัยอันตรายเกิดขึ้นในกองหญ้า แม้ว่าอันตรายที่เกิดจากการจุดไฟในกองหญ้าจะเป็นเรื่องที่ชัดเจน (obvious) และคนส่วนใหญ่ (วิญญูชน) สามารถมองเห็นถึงอันตรายล่วงหน้าได้ แต่จำเลยในคดีนี้ไม่สามารถมองเห็นอันตรายล่วงหน้าได้ ดังนั้นเขาจึงไม่มีความประมาทโดยจงใจตามแนวความคิดของ Cunningham³⁵

(2) การเสี่ยงต่อภัยอันตรายเป็นเรื่องไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable) สำหรับจำเลยที่จะทำการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนั้น

องค์ประกอบประการที่สอง คือ จะต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้ทำการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) ซึ่งเหมือนกันกับองค์ประกอบของความประมาทธรรมดา (negligence) การเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งจำเลยเชื่อมั่นและแสดงออกมานั้น จะต้องเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่สมควรหรือไม่มีเหตุผลอันสมควร (unjustified or unreasonable) องค์ประกอบนี้เป็นองค์ประกอบทางภาวะวิสัย (objective element)³⁶ กล่าวคือ การเสี่ยงต่อภัยอันตรายเป็นเรื่องมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่จะต้องพิจารณาโดยใช้มาตรฐานของบุคคลธรรมดาและวิญญูชน (the standards of the ordinary and reasonable person) ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าจำเลยคิดว่าการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเป็นเรื่องมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่มีเหตุผลอันสมควร³⁷ องค์ประกอบในข้อนี้ศาลพูดถึงไม่บ่อยนัก แต่มันกำลังเริ่มมีความสำคัญมากขึ้น อย่างไรก็ตามในบางครั้งก็มีเหตุผลอันสมควรสำหรับจำเลยในการที่จะทำการเสี่ยงที่จะทำให้เกิดอันตรายต่อทรัพย์สินหรือต่อร่างกายของบุคคลอื่นหรือต่อตัวเขาเองหรือทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตัวอย่างเช่น ถ้าจำเลยกำลังขับรถและมีเด็กวิ่งออกมาตัดหน้ารถ เขาหักพวงมาลัยรถให้รถเลี้ยวออกนอกทาง ซึ่งการเลี้ยวรถออกนอกทางนั้นอาจทำให้เกิดอันตรายแก่ผู้ใช้ถนนคนอื่น ๆ แต่บ่อยครั้งต้องถือว่าการเลี้ยวรถออกนอกทางเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่มีเหตุผลอันสมควร³⁸ หรือในกรณีของศัลยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดรู้ว่าการผ่าตัดอาจจะทำให้คนไข้ถึงแก่ความตายได้ แต่ศัลยแพทย์ก็ยังจะต้องทำการผ่าตัดเพราะการผ่าตัดเป็นหนทางเดียวในการที่จะรักษาคนไข้ให้หายป่วยได้ กรณีเช่นนี้ก็จะต้องถือว่าการผ่าตัดเป็น

³⁵ Jonathan Herring, *Criminal Law Text, Cases, and Materials*, (New York: Oxford University Press Inc., 2004), pp. 150-151.

³⁶ Andrew Ashworth, *supra* note 16, p. 182.

³⁷ Jonathan Herring, *supra* note 35, p. 152.

³⁸ *Ibid.*

การเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยมีเหตุผลอันควร ดังนั้นจะเป็นการกระทำที่เสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับประโยชน์ในทางสังคมที่ได้รับจากการกระทำนั้นโดยเปรียบเทียบกับโอกาสที่จะเกิดภัยอันตรายและความหนักเบาของภัยอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้น³⁹ ลักษณะของสิ่งที่ทำ และระดับของความเสี่ยงภัย (degree of risk) ซึ่งจะถูกพิจารณาโดยศาล และมีความจำเป็นในทุกคดีที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้ทำการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unjustifiable risk)⁴⁰

2) ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness)

มีการโต้เถียงอย่างแพร่หลายในช่วงต้น ค.ศ.1980 เมื่อสภาขุนนางอังกฤษ (House of Lords) ได้ให้ความหมายที่กว้างขึ้นของคำว่า ความประมาทโดยจงใจ (recklessness) เพื่อให้รวมถึงสิ่งที่เรียกว่า “ความประมาทโดยจงใจอย่างไม่รู้ตัว” (Inadvertent recklessness) หรือ “ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell” (Caldwell recklessness)⁴¹ ซึ่งเหตุผลในการขยายบทนิยามของคำว่าความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ให้มีความหมายเกินกว่าบทนิยามความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) หรือที่เรียกกันว่า ความประมาทโดยจงใจอย่างรู้ตัว (advertent recklessness) นั้น Lord Diplock ได้ให้เหตุผลไว้สามประการ กล่าวคือ ในประการแรก สิ่งซึ่งเป็นเส้นแบ่งระหว่างการรู้ตัว (awareness) และการไม่รู้ตัว (unawareness) ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายของจำเลยนั้นมีขอบเขตที่แคบและยากต่อการพิสูจน์ ซึ่งคณะลูกขุนและผู้พิพากษา (magistrate) ไม่ควรต้องรับภาระเช่นนี้ และเราต้องยอมรับข้อเท็จจริงว่า มันอาจจะเป็นไปได้เลยที่จะรู้ว่าบุคคลที่กำลังกระทำอย่างรวดเร็วนั้นได้กระทำลงโดยรู้ตัวหรือไม่รู้ตัวถึงภัยอันตรายซึ่งเป็นผลที่จะเกิดจากการกระทำของเขา ซึ่งก็เหมือนกันกับในเรื่องของเจตนา (intention) ความล้าคัญผิด (mistake) และปัญหาอื่นๆ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับจิตใจของผู้กระทำ เหตุผลประการที่สองก็คือ โดยทั่วไปแล้วความหมายของคำว่าความประมาทโดยจงใจ (recklessness) น่าจะมีขอบเขตที่กว้างกว่าการรู้ตัวถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตราย (awareness of risk) โดยควรที่จะรวมถึงการขาดความระมัดระวัง (lack of care) และการขาดความยั้งคิด (lack of thought) ด้วย เหตุผลประการที่สามซึ่งเป็นเหตุผลประการเดียวที่อาจเรียกได้ว่าเป็นเหตุผลที่มีความชอบด้วยกฎหมาย (justification) นั่นก็คือ ผู้ซึ่งละเลยที่จะคาดเห็นถึงการ

³⁹ John Smith, *supra* note 4, p. 77.

⁴⁰ *Ibid.* p. 78.

⁴¹ Andrew Ashworth, *supra* note 16, p. 182.

เสี่ยงต่อภัยอันตรายที่สามารถเห็นได้อย่างชัดเจนมีความน่าตำหนิไม่น้อยไปกว่าผู้ที่คาดเห็นถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายและยังคงขึ้นที่จะกระทำลง⁴²

แต่อย่างไรก็ตามเป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องย้ำว่าความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) ไม่ได้แทนความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) ถ้าจะพูดให้ถูกต้องคือ ความผิดอาญาบางเรื่องจะใช้บทนิยามความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham และความผิดอาญาบางเรื่องจะใช้บทนิยามความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (ในปัจจุบันกฎหมายของอังกฤษบทนิยามความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) ถูกนำมาใช้กับความผิดฐานทำให้เสียหาย (criminal damage) และความผิดตามพระราชบัญญัติอื่นๆ บางพระราชบัญญัติเท่านั้น)⁴³

ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) เป็นรูปแบบของความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ที่เกิดจากการพิพากษาคัดสินคดีของสภาขุนนางของอังกฤษ (House of Lords) ในคดี Caldwell ในปี 1982

R v. Caldwell (1982) AC 341 (HL)

James Caldwell ทะเลาะกับเจ้าของโรงแรมที่เขาทำงานอยู่ เพื่อเป็นการแก้แค้นเขาจุดไฟเผาโรงแรมในขณะที่เขามึนเมา ไฟถูกดับลงก่อนที่จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง เขาถูกพิพากษาลงโทษฐานลอบวางเพลิง (arson) ตามมาตรา 1(1) และ (2) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้เสียหาย ค.ศ.1971 (the Criminal Damage Act 1971)

โดยสภาขุนนาง (House of Lord) ได้ให้บทนิยามความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell ไว้ในคดีดังต่อไปนี้

ในส่วนของการกล่าวหาตามมาตรา 1(2) ที่จำเลยอ้างว่าเขาเมาจนกระทั่งการเสี่ยงต่อภัยอันตรายไม่เคยผ่านเข้ามาในจิตใจของเขาว่าอาจจะทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายนั้น Lord Diplock กล่าวว่า ปัญหาข้อกฎหมายที่สภาขุนนางแห่งนี้จะต้องพิจารณา ก็คือ “หลักฐานเกี่ยวกับความมึนเมาของเขา มีความสัมพันธ์กับปัญหาดังต่อไปนี้ (a)... และ (b) จำเลยกระทำโดยประมาทโดยจงใจ

⁴² Andrew Ashworth, Principles of Criminal Law, 3 ed. (New York: Oxford University Press Inc., 1999), p. 188.

⁴³ Jonathan Herring, *supra* note 35, p. 154.

เป็นเหตุให้ชีวิตของผู้อื่นเป็นอันตราย ตามความหมายของมาตรา 1(2) (b) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ค.ศ.1971 หรือไม่”⁴⁴

ซึ่งในปัญหานี้ Lord Diplock เห็นว่า ที่ศาลอุทธรณ์ในคดี R v. Cunningham ได้ให้ความหมายของคำว่า “โดยเจตนาร้าย” (maliciously) ในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ค.ศ.1861 (the Malicious Damage Act 1861) ไว้ นั้นเป็นความหมายที่มีข้อจำกัด Lord Diplock เห็นว่า ในคดีซึ่งการฟ้องคดีอาญาไม่ได้อาศัยเจตนาที่แท้จริง (actual intention) ของจำเลยผู้ทำให้เกิดความเสียหายสำหรับความเสียหายซึ่งเขาได้กระทำนั้น จำเป็นต้องมีการพิจารณาอย่างระมัดระวังโดยคณะลูกขุนเกี่ยวกับความคิดที่ผ่านเข้าไปในจิตใจของจำเลยในขณะที่กระทำหรือก่อนที่เขาจะกระทำให้เกิดความเสียหาย เพื่อที่จะดูว่าคณะลูกขุนตกอยู่ฝ่ายใดของเส้นแบ่งแคบๆ ถ้าความเสียหายได้ผ่านเข้าไปในจิตใจของจำเลยว่ามี การเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่อาจทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นเกิดความเสียหาย แต่เพราะว่าจิตใจของเขาได้รับผลกระทบจากความเดือดดาล (rage) หรือความตื่นเต้น (excitement) หรือความมึนเมาจากการดื่มเหล้า (confused by drink) ทำให้เขาไม่ได้เล็งเห็นอันตรายที่รุนแรง หรือเขาเชื่อว่าจะโชคดีและจะป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายได้ สภาพจิต (state of mind) ของเขาเท่ากับเป็นเจตนาร้าย (malice) แล้ว⁴⁵ ซึ่งบุคคลคนเดียวที่รู้กระบวนการทางจิตของจำเลยว่าเป็นอย่างไร ก็คือตัวของจำเลยเอง และไม่น่าจะเป็นไปได้ที่เขาจะสามารถจำกระบวนการทางจิตได้อย่างถูกต้องแม่นยำเมื่อความเดือดดาลหรือความตื่นเต้นได้หมดไปหลังจากที่เขาได้กระทำแล้วหรือเมื่อเขาตั้งสติได้หลังจากที่เขาหายเมาเหล้าแล้ว ดังนั้นถ้าจำเลยให้เหตุผลว่าเป็นเพราะความเดือดดาล ความตื่นเต้นหรือความมึนเมาของเขาทำให้ผลจากการกระทำของเขาเต็มไปด้วยอันตราย ซึ่งการเสี่ยงต่อภัยอันตรายไม่เคยผ่านเข้ามาในจิตใจของเขาเลย จึงเป็นเรื่องยากที่คณะลูกขุนจะรู้สึกพอใจในเหตุผลของจำเลย แต่กลับมีความสงสัยอย่างมีเหตุผลอันควรว่ากระบวนการทางจิตที่แท้จริงของเขามีได้เป็นเช่นนั้น⁴⁶

ในคดี Caldwell นั้น Lord Diplock ได้กล่าวว่า บุคคลจะเป็นผู้ประมาทโดยจงใจ (reckless) ในการทำให้ทรัพย์สินถูกทำลายหรือทำให้เกิดความเสียหาย ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ค.ศ.1971 (the Criminal Damage Act 1971) ก็ต่อเมื่อ

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

(1) เขาได้กระทำลงโดยปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจน (มีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ปรากฏชัด) (obvious risk) ซึ่งจะทำให้ทรัพย์สินถูกทำลายหรือถูกทำให้เสียหาย และ (2) ในขณะที่เขาได้กระทำนั้นเขาไม่ได้คิดว่าอาจจะมีภัยอันตรายอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น หรือเขาคิดว่าการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายบางอย่าง แต่ไม่ว่าอย่างไรเขาก็จะกระทำการที่เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายนั้นต่อไป⁴⁷

และในวันเดียวกับวันที่มีคำพิพากษาดัดสินในคดี Caldwell ได้มีการพิพากษาดัดสินในคดี Lawrence (แต่หลังจากที่มีคำพิพากษาดัดสินในคดี Caldwell) ซึ่งในคดีนี้เป็นความผิดเกี่ยวกับการขับรถอย่างประมาทโดยจงใจ (reckless driving) โดยในคดี Lawrence ได้ก้าวไปไกลขึ้นอีกโดยจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าเป็นการต่อเสี่ยงภัยอันตราย “ที่เห็นได้อย่างชัดเจนและร้ายแรง” (obvious and serious) ซึ่งนั่นหมายความว่าวิญญูชนโดยทั่วไป (ordinary prudent person) จะไม่มองข้ามการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนั้น⁴⁸ จึงกล่าวได้ว่าการพิสูจน์ความประมาทโดยจงใจสำหรับความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ (criminal damage) เหมือนกันกับการพิสูจน์ความประมาทโดยจงใจในความผิดฐานขับรถอย่างประมาทโดยจงใจ (reckless driving) (ในปัจจุบันถูกแทนที่โดยความผิดฐานขับรถอย่างทำให้เกิดอันตราย (dangerous driving)) แต่เป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายที่มีความแตกต่างกัน การเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ (criminal damage) ไม่เหมือนกับความผิดฐานขับรถอย่างประมาทโดยจงใจ (reckless driving) ตรงที่ความผิดฐานขับรถอย่างประมาทโดยจงใจ (reckless driving) ไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์เกี่ยวกับผลใดๆ ที่เกิดจากการขับรถซึ่งทำให้จำเลยเป็นผู้ประมาทโดยจงใจ ดังนั้นในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ (criminal damage) จึงจำเป็นต้องสร้างข้อพิสูจน์ขึ้นมาหนึ่งข้อ และสภาขุนนางระบุว่า การทำให้บุคคลเสียหายหรือการทำให้ทรัพย์สินเสียหายจะต้องพิสูจน์ได้ ด้วยเหตุนี้ Lord Diplock จึงได้กำหนดข้อพิสูจน์เกี่ยวกับความประมาทโดยจงใจ (recklessness) โดยใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันเล็กน้อย นั่นคือ ในคดีของ Caldwell จะใช้คำว่า “การเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจน (ที่ปรากฏชัด)” (obvious risk) ในคดีของ Lawrence จะใช้คำว่า “การเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจน (ที่ปรากฏชัด) และเป็นภัยอันตรายที่ร้ายแรง” (obvious and serious risk)⁴⁹

⁴⁷ Andrew Ashworth, *supra* note 16, p. 185.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ John Smith, *supra* note 4, p. 79.

มีข้อสังเกตว่าความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell จะต้องเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรสำหรับจำเลยที่จะเสี่ยงใช้หรือไม่ แม้ว่า Lord Diplock จะไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนในการตัดสินคดี Caldwell แต่โดยทั่วไปมีการสันนิษฐานว่า บุคคลผู้ประมาทโดยจงใจตามหลักของ Caldwell ก็เหมือนกับกันผู้ประมาทโดยจงใจตามหลักของ Cunningham คือ จำเลยจะต้องไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะเสี่ยงต่อภัยอันตราย (unjustified or unreasonable risk)⁵⁰

จะเห็นได้ว่า บทนิยามความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) นี้ ได้รวมองค์ประกอบของความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) หรือความประมาทโดยจงใจอย่างรู้ตัว (advertent recklessness) ไว้ด้วย โดยรวมถึงบุคคลที่รู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายแต่ไม่ว่าอย่างไรเขาก็ยังคงกระทำมันต่อไป แต่นอกจากนี้แล้วยังได้ขยายไปถึงบุคคลที่ละเลยที่จะคิดว่าอาจจะมีภัยอันตรายอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นซึ่งเป็นภัยอันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจน จึงอาจกล่าวได้ว่าบุคคลผู้มีความประมาทโดยจงใจตามความคิดของ Cunningham จะเป็นผู้มีความประมาทโดยจงใจตามความคิดของ Caldwell ด้วย แต่เนื่องจากความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell ได้รวมถึงกรณีที่จำเลยไม่รู้ตัวว่าเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจน (not aware of an obvious risk) ดังนั้นผู้มีความประมาทโดยจงใจตามแนวความคิดของ Caldwell จึงไม่เป็นผู้มีความประมาทโดยจงใจตามแนวความคิดของ Cunningham⁵¹

2.1.3 การกระทำโดยประมาทตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

แม้ว่านักกฎหมายชาวอังกฤษจะยอมรับกันมานานแล้วว่า การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) สามารถที่จะเกิดขึ้นได้บนพื้นฐานของการกระทำโดยประมาท (negligence) แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาในระยะแรกยังไม่ยอมรับหลักเกณฑ์เช่นนี้ จึงยอมเป็นไปได้ที่การกระทำโดยประมาทจะก่อให้เกิดความตายโดยไม่มีคามผิดทางอาญา ในระยะแรกๆ ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกามีความเห็นว่าการฆ่าใดที่ต่ำกว่าระดับของการทำให้คน

⁵⁰ Jonathan Herring, *supra* note 35, p. 163.

⁵¹ *Ibid.* p. 155.

ตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) นั้น เป็นการทำให้คนตายโดยไม่รู้ (innocent homicide)⁵² ซึ่งก็รวมถึงการทำให้คนตายโดยประมาทด้วย ดังนั้นการทำให้คนตายโดยประมาทตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาในระยะแรกนั้นจึงเป็นการทำให้คนตายซึ่งเกิดขึ้นโดยอุบัติเหตุและโชคร้าย (accident and misfortune)⁵³

แต่ต่อมาศาลเริ่มเห็นว่ามันคงจะเป็นเรื่องที่แปลกมากถ้าบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาเมื่อกระทำโดยประมาท (negligent) ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้เริ่มที่จะยอมรับว่ามีความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างการกระทำโดยประมาทในทางแพ่ง (simple or ordinary negligence) กับการกระทำโดยประมาทที่มีความรับผิดชอบทางอาญา (culpable negligence) กล่าวคือ “การกระทำโดยประมาทในทางแพ่ง (simple and ordinary negligence) คือ การให้สิทธิแก่บุคคลเกี่ยวกับการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหาย ส่วนการกระทำโดยประมาทที่มีความรับผิดชอบทางอาญา (culpable negligence) คือ การทำให้บุคคลต้องรับผิดชอบในทางอาญา”⁵⁴ ซึ่งความประมาทที่มีความรับผิดชอบทางอาญา (culpable negligence) เป็นความผิดที่มากกว่าความประมาทในทางแพ่ง (simple or ordinary negligence) ด้วยเหตุนี้จึงเกิดแนวความคิดที่ว่า การกระทำโดยประมาทจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งการจะบัญญัติให้การกระทำโดยประมาทเป็นความรับผิดชอบทางอาญาได้นั้น จะต้องปรากฏว่าการกระทำโดยประมาทนั้นจะต้องถึงขนาดที่จะเป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญา⁵⁵

ศาลแห่งรัฐฟลอริดา (Florida) ได้อธิบายรูปแบบของความประมาท (negligence) ที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาว่า “จะต้องมีขนาดหรือระดับ (degree) ที่สูงกว่าสิ่งซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นความประมาทในทางแพ่ง (simple negligence)”⁵⁶ หลังจากนั้นจึงมีการใช้คำว่า “การกระทำโดยประมาท” (negligence) เพื่อแสดงความหมายอย่างเดียวกันกับคำว่า การกระทำโดยประมาทที่มีความรับผิดชอบทางอาญา (culpable negligence) และมีการเลือกที่จะใช้คำว่า “ประมาทอย่างร้ายแรง” (gross negligence) หรือคำว่า “ความประมาททางอาญา” (criminal negligence)

⁵²Rollin M. Perkins., Ronald N. Boyce., Criminal Law, 3 ed. (New York: The Foundation Press, Inc.,1982), p. 116.

⁵³*Ibid.* p. 845.

⁵⁴*Ibid.* p.106.

⁵⁵Harvey Wallace, Cliff Roberson, Principle of Criminal Law, 2 ed. (Boston: Allyn and Bacon, 2001), p. 45.

⁵⁶Rollin M. Perkins., Ronald N. Boyce, *supra* note 52, p. 844.

เพื่อแทนการกระทำโดยประมาทที่มีความรับผิดชอบทางอาญา (culpable negligence) ซึ่งมีแนวโน้มในการเลือกที่จะใช้คำว่า “ความประมาททางอาญา” (criminal negligence) เนื่องจากมีความเหมาะสมมากกว่า ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อจะชี้ให้เห็นถึงรูปแบบของความประมาท (negligence) ที่มีความผิดทางอาญา⁵⁷

มีการกำหนดรูปแบบของความผิดอาญาในเรื่องเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาท เช่น การบัญญัติให้การกระทำโดยประมาทเป็นความผิดอาญาซึ่งรวมอยู่ในความผิดฐานทำให้คนตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) (ซึ่งต่อมาในภายหลังประมวลกฎหมายอาญาดั้งเดิมในบางรัฐของสหรัฐอเมริกาได้มีการนำเอาการกระทำโดยประมาททางอาญา (criminal negligence) ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ออกจากความผิดฐานทำให้คนตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) และตั้งขึ้นเป็นฐานความผิดใหม่ คือ ความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท (negligent homicide))⁵⁸ ความผิดฐานทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นเกิดความเสียหายหรือเกิดความเสื่อมสลายโดยประมาท นอกจากนี้ในบางรัฐก็บัญญัติให้การกระทำโดยประมาทในการขับรถยนต์ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายเป็นความผิดอาญาตามบทกฎหมายที่ตราขึ้นเป็นพิเศษ เช่น พระราชบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมยานพาหนะ (automobile statutes)⁵⁹

1) ความหมายและหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

การกระทำโดยประมาทในทางอาญา (criminal negligence) เป็นการกระทำใด (ยกเว้นการกระทำที่เพิกเฉยต่อผลประโยชน์ของบุคคลอื่นโดยเจตนา (intention) หรือขาดความยับยั้งและอย่างจงใจ (wanton)) ซึ่งอยู่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้อื่นให้พ้นจากการเสี่ยงต่ออันตรายที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) ซึ่งมาตรฐานที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้อื่นให้พ้นจากการเสี่ยงต่ออันตรายที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) นั้น เป็นมาตรฐานการกระทำ (standard of conduct) ซึ่งทุกคนจะต้องปฏิบัติตามเพื่อหลีกเลี่ยงความประมาท⁶⁰ แต่อย่างไรก็ตามการกระทำโดยประมาทในทางอาญา (criminal negligence) ก็ไม่ได้มีความหมายเดียวในกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ในหลายกรณีการ

⁵⁷ *Ibid.* p. 106.

⁵⁸ *Ibid.* p. 105.

⁵⁹ Wayne R. LaFave, *Criminal law*, 4 ed. (St. Paul, Minn.: West, a Thomson business, 2003), p. 261.

⁶⁰ Rollin M. Perkins, Ronald N. Boyce, *supra* note 52, p. 105.

กระทำโดยประมาทยังหมายถึง การกระทำที่เบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานความระมัดระวัง (standard of care) ซึ่งกฎหมายต้องการจากปัจเจกบุคคล (individual) และบ่อยครั้งที่ศาลได้อธิบายการกระทำโดยประมาทในทางอาญาไว้ว่าเป็นความประมาทอย่างร้ายแรง (gross negligence) หรือการกระทำโดยประมาทที่ต้องมีความรับผิดชอบ (culpable negligence) ในขณะที่ในบางศาลก็ได้อธิบายไว้ว่าบุคคลที่กระทำโดยประมาทในทางอาญา คือ บุคคลผู้ซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่สมควรต่อผู้อื่น (unjustified risk of harm to others)⁶¹

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่ามีความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างการกระทำโดยประมาทในทางแพ่งกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญา กล่าวคือ การกระทำโดยประมาทในทางแพ่งเป็นกรณีที่บุคคลใดทำให้ผู้อื่นเสียหายหรือเกิดอันตรายโดยความประมาทเลินเล่อซึ่งบุคคลนั้นควรที่จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ได้รับความเสียหาย และเป็นการให้สิทธิแก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายในการฟ้องเรียกค่าเสียหาย ในขณะที่การกระทำโดยประมาทในทางอาญา เป็นการกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำโดยประมาท จึงเป็นเรื่องของการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลซึ่งทำให้เกิดความเสียหายโดยประมาท ด้วยเหตุนี้การกระทำโดยประมาทในทางอาญาจึงต้องมีลักษณะที่เป็นความผิดที่มากกว่าการกระทำโดยประมาทในทางแพ่ง กล่าวคือ เมื่อมีการกำหนดความผิดอาญาในเรื่องการกระทำโดยประมาทขึ้นมาในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) จึงจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้มีบางสิ่งพิเศษ (something extra) สำหรับความรับผิดทางอาญาในเรื่องการกระทำโดยประมาทในทางอาญาที่มากกว่าความประมาทในทางแพ่ง (ordinary negligence) ซึ่งเพียงพอสำหรับความรับผิดในเรื่องละเมิดเท่านั้น อะไรคือ “บางสิ่งพิเศษ” (something extra) ซึ่งสิ่งที่กฎหมายอาญาดำเนินการกำหนดให้มันนั้นจะต้องเป็นอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้⁶²

(1) การกระทำของจำเลยจะต้องเป็นการเสี่ยงที่จะทำให้อันตรายหรือเกิดความเสียหายมากกว่าการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (tort negligence) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การกระทำโดยประมาทในทางอาญาจะต้องมี “ความประมาทในระดับที่สูง” (high degree of negligence) มากกว่า “ความประมาทในทางแพ่ง” (ordinary negligence) หรือ

⁶¹Harvey Wallace, Cliff Roberson, *supra* note 55, p. 45.

⁶²Wayne R. LaFave, *supra* note 59, p. 262.

(2) การกระทำโดยประมาทในทางอาญาจะต้องกำหนดให้จำเลยตระหนัก (รู้) (realize) ถึงภัยอันตรายที่เขาก่อขึ้นโดยรู้ตัว (consciously) ซึ่งการตระหนัก (รู้) (realization) ถึงภัยอันตรายที่เขาก่อขึ้นโดยรู้ตัวนั้นไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในกรณีของความประมาทในทางแพ่ง (ordinary negligence) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความแตกต่างระหว่างความประมาทในทางแพ่ง (ordinary negligence) กับความประมาททางอาญา (criminal negligence) ก็คือ ความประมาทในทางแพ่งเป็นความผิดในทางภาวะวิสัย (objective fault) ส่วนความประมาททางอาญาเป็นความผิดในทางอัตวิสัย (subjective fault) หรือ

(3) การกระทำโดยประมาทในทางอาญาอาจจำเป็นต้องมีทั้ง (1) การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากกว่าที่กำหนดไว้สำหรับความประมาทในทางแพ่ง (ordinary negligence) และ (2) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (subjective awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนั้น

สภานิติบัญญัติและศาล (legislatures and courts) เริ่มจะทำให้ชัดเจนว่าความรับผิดทางอาญาเกี่ยวข้องกับการกระทำโดยประมาท และจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดให้มากกว่าความประมาทในทางแพ่ง (ordinary negligence) ซึ่งใช้กับความรับผิดในเรื่องละเมิดโดยการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดที่จำเป็นจะต้องมีมากกว่าการกระทำละเมิดโดยความประมาทเลินเล่อ (tort negligence) ซึ่งได้แก่ (1) การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากขึ้น หรือ (2) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (subjective awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนั้น หรือจะต้องมีทั้งสองข้อไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญา รวมทั้งการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคดี ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีรายละเอียดดังนี้

(1) การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากขึ้น

การกระทำโดยประมาทที่มีความรับผิดทางอาญานั้นจะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากกว่าการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (tort negligence) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การกระทำโดยประมาทในทางอาญาจะต้องมี “ความประมาทในระดับที่สูง” (high degree of negligence) มากกว่าความประมาทในทางแพ่ง (ordinary negligence) ซึ่งการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงที่นำมาเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญของการกระทำโดยประมาทในทางอาญา (criminal negligence) นั้น ก็คือ “การเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร” (unreasonable risk or unjustifiable risk) ซึ่งหมายความว่า การเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่น (ไม่ว่าต่อบุคคลหรือต่อทรัพย์สิน) โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะเสี่ยง

หรือการไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะทำการเสี่ยงเช่นนั้น “การเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร” (unreasonable risk) นั้น เป็นถ้อยคำซึ่งพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่าเราทุกคนย่อมก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่นในการดำเนินชีวิตประจำวันของเราได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบกระทำโดยประมาท (negligence) ทั้งนี้เนื่องจากการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเกี่ยวข้องกับรูปแบบของการกระทำ การกระทำที่ได้รับการยอมรับทางสังคม (socially-acceptable conduct) ไม่อาจถูกจำกัดไว้เพียงการกระทำที่ไม่เกี่ยวข้องกับการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเท่านั้น จึงต้องมีการแยกการเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งไม่ได้รับการยอมรับทางสังคมออกจากการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่เป็นเหตุการณ์ธรรมดาที่สังคมยอมรับได้ ซึ่งการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่ได้รับการยอมรับทางสังคมนั้นเป็นเรื่อง “ไม่มีเหตุผลอันสมควร” (unreasonable)⁶³

ตัวอย่างเช่น ในการขับรถ แม้ว่าจะขับรถอย่างระมัดระวังอยู่เสมอก็ยังคงมีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายได้อยู่ แต่ก็เป็นเรื่องที่มีเหตุผลอันสมควรที่จะปล่อยให้มีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเล็กๆ น้อยๆ เกิดขึ้น ทั้งนี้ก็เพื่อประโยชน์ในทางสังคม (social utility) แต่การขับรถด้วยความเร็วที่สูงจะก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายแก่ผู้อื่นมากขึ้น และไม่มีเหตุผลที่จะทำการเสี่ยงเช่นนั้นในมุมมองของประโยชน์ในทางสังคม แต่อาจจะเป็นกรณีที่มีเหตุผลอันสมควรที่จะเสี่ยงก็ได้ เช่น การขับรถด้วยความเร็วสูงเพื่อที่จะนำบุคคลผู้ได้รับบาดเจ็บอย่างร้ายแรงไปโรงพยาบาล การทดสอบเกี่ยวกับการมีเหตุผลอันสมควรในการเสี่ยงต่อภัยอันตราย ก็คือ การพิจารณาโดยการชั่งน้ำหนักระหว่างระดับของการทำให้เกิดภัยอันตรายกับประโยชน์ที่จะได้รับการกระทำของผู้กระทำ ภายใต้การทดสอบเช่นนั้น แม้จะมีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายเพียงเล็กน้อยก็อาจจะเป็นกรณีที่ไม่มีเหตุผลอันสมควรได้ เช่น ถ้ามีปืน 1,000 กระบอกบนโต๊ะ แต่มีปืนเพียงกระบอกเดียวที่มีกระสุนปืนบรรจุอยู่ และถ้า A รู้เรื่องนี้และ A สุ่มหยิบปืนขึ้นมาหนึ่งกระบอกและยิงปืนนั้นไปยัง B และทำให้ B ตาย การกระทำของ A เป็นการก่อให้เกิดภัยอันตรายถึงตาย แม้ว่าจะเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเพียงเล็กน้อย (เพราะโอกาสที่จะเกิดขึ้นมีเพียงหนึ่งในสิบของหนึ่งเปอร์เซ็นต์เท่านั้น) แต่มันก็ถือว่าเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) โดยอาศัยการพิจารณาจากการไม่มีประโยชน์ในทางสังคม (lack of social utility)⁶⁴

นอกจากประโยชน์ที่จะได้รับการกระทำของผู้กระทำแล้ว ปัจจัยที่เป็นตัวแปรอีกปัจจัยหนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับปัญหาในเรื่องการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอัน

⁶³Rollin M. Perkins, Ronald N. Boyce, *supra* note 52, p. 841.

⁶⁴Wayne R. LaFave, *supra* note 59, p. 263.

สมควร (unreasonable) ก็คือ ความรู้เกี่ยวกับข้อเท็จจริง ซึ่งส่งผลต่อการเสี่ยงต่อภัยอันตรายของผู้กระทำ บุคคลอาจหรือไม่อาจก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) แก่บุคคลอื่น โดยขึ้นอยู่กับสิ่งที่เขาารู้ (knows) เช่น ถ้า A ยื่นปืนที่บรรจุกระสุนไปให้ B ซึ่งดูภายนอกแล้วดูเหมือนคนปกติ แต่ A รู้ว่า B เป็นคนบ้า A ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรแก่ผู้อื่นที่อยู่ภายในวิถีกระสุนของปืน แต่ถ้า A ไม่รู้ว่า B เป็นคนบ้า การเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่เขาก่อขึ้นนี้ไม่ถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร (not unreasonable)

ยังคงมีตัวแปรอีกตัวแปรหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งก็คือ ลักษณะและขอบเขตของภัยอันตราย (the nature and extent of the harm) ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการกระทำของจำเลยและเป็นเหตุให้บุคคลจำนวนมากได้รับอันตราย กล่าวคือ อาจมีเหตุผลอันสมควรภายใต้พฤติการณ์บางอย่าง (some circumstances) ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน แม้ว่าจะไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable) ภายใต้พฤติการณ์อย่างเดียวกันที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคล อาจมีเหตุผลอันสมควรภายใต้พฤติการณ์บางอย่างที่ทำให้บุคคลได้รับอันตรายเพียงเล็กน้อย แม้ว่าจะไม่มีเหตุผลอันสมควรภายใต้พฤติการณ์อย่างเดียวกันที่จะทำให้บุคคลได้รับอันตรายจากการบาดเจ็บทางร่างกายหรือถึงแก่ความตาย อาจมีเหตุผลอันสมควรภายใต้พฤติการณ์บางอย่างที่ทำให้บุคคลคนเดียวเป็นอันตราย แม้ว่าอาจไม่มีเหตุผลอันสมควรภายใต้พฤติการณ์อย่างเดียวกันที่จะทำให้บุคคลจำนวนมากเป็นอันตราย

ตัวอย่างเช่น กรณีของลูกจ้างในบริษัทรถไฟซึ่งทำงานในวันเสาร์ แต่เขาเข้าใจผิดคิดว่าเป็นวันอาทิตย์ซึ่งเป็นวันที่ไม่มีการเดินรถ เขาจึงหยุดการเดินรถเพื่อซ่อมแซมทางรถไฟ ในเวลานั้นเองเป็นเหตุทำให้รถไฟที่วิ่งอยู่ในวันเสาร์ตกราง ซึ่งเป็นการก่อให้เกิดภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (ทั้งๆ ที่มีประโยชน์ในทางสังคมเข้ามาเกี่ยวข้องในเรื่องการซ่อมแซมทางรถไฟ) ตามข้อเท็จจริงนี้การเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายและทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายอย่างร้ายแรง ไม่ใช่การก่อให้เกิดอันตรายเพียงเล็กน้อยหรือเป็นการทำให้ทรัพย์สินเสียหายเพียงเล็กน้อย และยิ่งไปกว่านั้นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนี้ยังก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่คนจำนวนมาก ไม่ใช่การก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่คนเพียงไม่กี่คนเท่านั้น⁶⁵

สิ่งเหล่านี้ชี้ให้เห็นว่าทำไมเราไม่สามารถที่จะวัด (measure) ระดับของการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่จำเป็นสำหรับความผิดทางอาญาโดยใช้ความเป็นไปได้ของโอกาสที่จะเกิดภัยอันตราย (จำนวนร้อยละของโอกาสที่จะเกิดภัยอันตราย) เพราะความเป็นไปได้ของโอกาสที่จะเกิดภัยอันตราย

⁶⁵ Ibid.

ต่อผู้อื่น (จำนวนร้อยละของโอกาสที่จะเกิดอันตรายต่อผู้อื่น) ย่อมขึ้นอยู่กับประโยชน์ในทางสังคม (social utility) ที่จะได้รับจากการกระทำของผู้กระทำ ระดับของการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายของผู้กระทำ ความรู้เกี่ยวกับพฤติการณ์แวดล้อมของผู้กระทำ และลักษณะและขอบเขตของอันตรายที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำของผู้กระทำ⁶⁶

นอกจากนี้การเสี่ยงต่ออันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) อาจเกิดขึ้นโดยไม่เป็นความผิดทางสังคม หากบุคคลผู้ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่ออันตรายไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรที่จะรู้ว่าการเสี่ยงต่ออันตรายนั้นมีอยู่ภายใต้พฤติการณ์ต่างๆ ด้วยเหตุนี้จึงมีการแยกความแตกต่างระหว่างการเสี่ยงต่ออันตรายที่สามารถคาดเห็นได้ (realizable) กับการเสี่ยงต่ออันตรายที่ไม่สามารถคาดเห็นได้ (not realizable) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการกระทำที่อยู่ต่ำกว่ามาตรฐานการยอมรับทางสังคมนั้น จะต้องเป็นการกระทำที่เป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมซึ่งเป็นการเสี่ยงที่สามารถคาดเห็นได้ (realizable) และเป็นการเสี่ยงต่ออันตรายโดยไม่มีเหตุอันสมควร (unreasonable risk)⁶⁷

(2) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (subjective awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่ออันตราย

ปัญหาสำคัญประการหนึ่งเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทในทางอาญาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็คือ การกระทำโดยประมาทในทางอาญาของบุคคลนั้น จำเป็นหรือไม่ที่บุคคลนั้นจะต้องรู้ตัว (aware) ถึงการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่น กล่าวคือ บุคคลผู้นั้นอาจรู้ตัว (aware) ถึงการเสี่ยงต่ออันตรายที่ตัวเขาเป็นผู้ก่อ หรือเขาอาจจะไม่รู้ตัวทั้งๆ ที่เขาควรจะรู้ตัว (โดยใช้วิญญูชน (ordinary reasonable person) เป็นตัววัดว่าผู้กระทำรู้หรือควรจะรู้หรือไม่ หากวิญญูชนจะรู้ในสิ่งที่เขาได้รู้ ผู้กระทำจึงควรรู้ตัว) และถ้าหากผู้กระทำรู้ตัว (aware) ถึงการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตราย การกระทำโดยประมาทของเขาก็จะเป็น “การกระทำโดยประมาทอย่างรู้ตัว” (advertent) และผู้กระทำก็必将มีความผิดในทางอัตวิสัย (subjective fault) แต่ถ้าผู้กระทำไม่รู้ตัว (unaware) การกระทำโดยประมาทของเขาก็จะเป็น “การกระทำโดยประมาทอย่างไม่รู้ตัว” (inadvertent) และผู้กระทำก็必将มีความผิดในทางภาวะวิสัย (objective fault)⁶⁸

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Rollin M. Perkins, Ronald N. Boyce, *supra* note 52, p. 841.

⁶⁸ Ibid. p. 106.

นักกฎหมายบางท่านแนะนำว่าการรู้ตัว (awareness) ควรจะเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการกระทำโดยประมาทในทางอาญา (criminal negligence) แต่จะไม่นำเรื่องนี้มาใช้ในการกระทำโดยประมาทในทางอาญา (criminal negligence) ในรูปแบบที่เป็นความประมาทธรรมดา (negligence) เนื่องจากการกระทำโดยประมาทประเภทนี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบในเรื่องของการรู้ตัว (awareness) แต่ขึ้นอยู่กับระดับของความประมาท (degree of the negligence) กล่าวคือ ถ้าภยันตรายนั้นเกิดจากการไม่ใช้ความระมัดระวังซึ่งวิญญูชนทั่วไป (ordinary reasonable person) ควรจะใช้ความระมัดระวังภายใต้พฤติการณ์ (circumstances) เช่นนั้น ต้องถือว่าภยันตรายนั้นเกิดจากความประมาทธรรมดา (negligence) แต่ในบางครั้งคณะลูกขุน (jury) ได้นำเอาองค์ประกอบในเรื่องการรู้ตัวมาพิจารณาเพื่อใช้ตัดสินว่าจำเลยมี “การเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงออกจากมาตรฐานความระมัดระวังหรือไม่” (a gross deviation from the standard of care) แต่ก็อาจจะพบว่ามี การเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงออกจากมาตรฐานความระมัดระวังโดยที่ไม่มีองค์ประกอบในเรื่องของการรู้ตัวเลยก็ได้ ด้วยเหตุนี้จึงมีคำพิพากษาลงโทษในความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) แม้ว่าการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายนั้นจะเกิดจากการเล่นอาวุธปืนซึ่งผู้กระทำได้คิดว่าปืนไม่มีอันตราย และผู้กระทำไม่ได้คิดมาก่อนว่าจะก่อให้เกิดภยันตราย⁶⁹

มีการพัฒนารูปแบบของการกระทำโดยประมาทในทางอาญาจากความประมาทธรรมดา (negligence) ไปเป็นความรับผิดชอบสำหรับการกระทำโดยประมาทที่มากขึ้น (มากกว่าความประมาทธรรมดา (negligence) แต่น้อยกว่าเจตนา (intention) หรือความรู้ (knowledge)) ซึ่งการกระทำโดยประมาทในทางอาญา (criminal negligence) ในรูปแบบนี้จะต้องนำเอาองค์ประกอบในเรื่องของการรู้ตัว (awareness) มาใช้ในการพิจารณาการกระทำโดยประมาทของจำเลยด้วย ซึ่งเราเรียกการกระทำโดยประมาทในทางอาญา (criminal negligence) ในรูปแบบนี้ว่าเป็น “การกระทำที่ประมาทโดยจงใจ” (reckless conduct) หรือเป็น “ความประมาทโดยจงใจ” (recklessness)⁷⁰ ดังนั้นองค์ประกอบที่สำคัญของความประมาทโดยจงใจ (recklessness) จึงจะต้องประกอบด้วย (1) การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภยันตรายในระดับที่สูงมากขึ้น และ (2) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (subjective awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภยันตราย

⁶⁹ Ibid. p. 107.

⁷⁰ Ibid.

2) การแบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

แต่เดิมประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มองข้ามความแตกต่างระหว่างความประมาทโดยจงใจ (recklessness) และความประมาทธรรมดา (negligence) โดยในบางครั้งมีการใช้คำว่า “reckless” หรือ “recklessly” ในการแสดงแนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับความประมาททางอาญา (criminal negligence) แต่ในปัจจุบันกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับว่ามีความแตกต่างระหว่างความประมาทโดยจงใจ (recklessness) และความประมาทธรรมดา (negligence) ซึ่งเป็นไปตามที่แนวความคิดของแกรนวิลล์ วิลเลียมส์ (Granville Williams) นักกฎหมายชาวอังกฤษผู้มีชื่อเสียง ซึ่งได้แยกความแตกต่างระหว่าง “ประมาทโดยรู้ตัว” (advertent negligence) กับ “ประมาทโดยไม่รู้ตัว” (inadvertent negligence) โดยอธิบายว่าความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับการณ์ที่ผู้กระทำรู้ตัว (aware) หรือไม่รู้ตัว (unaware) ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) ซึ่งผู้กระทำได้ก่อขึ้น และเขาอธิบายเพิ่มเติมว่าประมาทโดยรู้ตัว (advertent negligence) ก็คือ “ความประมาทโดยจงใจ” (recklessness) นั่นเอง

ในขณะที่ศาสตราจารย์ฮอลล์ (Hall) นักกฎหมายชาวอังกฤษอีกท่านหนึ่งมองว่า “ความประมาทโดยจงใจ” (recklessness) และ “ความประมาทธรรมดา” (negligence) คำสองคำนี้ต้องแยกออกจากกัน และเขากล่าวว่า “ไม่มีระดับของความประมาทธรรมดาที่จะถึงขั้นที่จะเป็นความประมาทโดยจงใจ” และนักกฎหมายทั้งสองท่านยังมีความเห็นว่าการรู้ตัว (awareness) ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) จำเป็นสำหรับ “ความประมาทโดยจงใจ” (recklessness)⁷¹

นอกจากนี้ “ความประมาทโดยจงใจ” (recklessness) และ “ความประมาทธรรมดา” (negligence) ยังได้แสดงถึงแนวความคิดที่แตกต่างกันเกี่ยวกับเจตนาร้าย (mens rea) จึงจำเป็นต้องมีบทนิยามที่แตกต่างกันเกี่ยวกับคำว่า “ความประมาทโดยจงใจ” (recklessness) และ “ความประมาทธรรมดา” (negligence) ในปัจจุบันกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีการแยกความประมาทโดยจงใจ (recklessness) และความประมาทธรรมดา (negligence) ออกจากกัน เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ ดังจะเห็นได้จากการที่สถาบันกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (The American Law Institute) ได้มีการให้บทนิยามคำว่า “ความประมาทโดยจงใจ”

⁷¹ Ibid. p. 841.

(recklessness) และคำว่า “ความประมาทธรรมดา” (negligence) ไว้ใน Model Penal Code โดยเป็นการให้บทนิยามคำทั้งสองแยกออกจากกัน

ดังนั้นจึงอาจแบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาทในทางอาญาตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาออกได้เป็น 2 ประเภทเช่นเดียวกับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษ คือ (1) ความประมาทธรรมดา (Negligence) และ (2) ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness)

(1) ความประมาทธรรมดา (Negligence)

ใน Model Penal Code Section 2.02 (d) ได้ให้บทนิยามของคำว่า “ความประมาทธรรมดา” (Negligence) ไว้ดังนี้⁷²

(d) ประมาทธรรมดา (Negligently)

“การกระทำของบุคคลจะเป็นความประมาทธรรมดาก็ต่อเมื่อ บุคคลนั้นควรที่จะใช้ความระมัดระวังในการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่สมควรซึ่งเกิดจากการกระทำของเขา การเสี่ยงต่อภัยอันตรายดังกล่าวต้องมีลักษณะและระดับที่ผู้กระทำเพิกเฉยที่จะรู้ถึงการเสี่ยงนั้น โดยพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นๆ ตลอดจนพฤติการณ์ต่างๆ ที่ผู้กระทำรู้ รวมถึงการเบี่ยงอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานความระมัดระวังซึ่งวิญญูชน (reasonable person) พึงจะปฏิบัติในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ”

จากบทนิยามดังกล่าว ความประมาทธรรมดา (negligence) จึงหมายถึง การกระทำใดๆ ของผู้กระทำที่เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายอันไม่สมควรซึ่งเกิดจากการที่ผู้กระทำละเลยที่จะรับรู้ถึงความเสี่ยงนั้น และเป็นการกระทำที่เบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงออกจากมาตรฐานความระมัดระวังซึ่งวิญญูชน (reasonable person) พึงจะปฏิบัติในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ

⁷²Section 2.02 (d) Negligently “A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor’s failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor’s situation.” See Harvey Wallace, *supra* note 55, p. 45.

หรืออาจกล่าวได้ว่า ประมาทธรรมดาเป็นการกระทำใดซึ่งอยู่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้อื่นให้พ้นจากการเสี่ยงต่ออันตรายโดยไม่มีเหตุอันสมควร⁷³

ความประมาทธรรมดา (negligence) ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาจะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ คือ (1) การแสดงถึงระดับของการเสี่ยงต่ออันตรายซึ่งผู้กระทำได้ก่อขึ้น และ (2) การวัดระดับของการกระทำเช่นนั้นโดยใช้มาตรฐานในทางภาวะวิสัย (objective standard)⁷⁴

(1) การแสดงถึงระดับของการเสี่ยงต่ออันตรายซึ่งผู้กระทำได้ก่อขึ้น

องค์ประกอบหนึ่งที่สำคัญสำหรับความประมาทธรรมดา (negligence) ก็คือ จะต้องมีการแสดงถึงระดับของการเสี่ยงต่ออันตรายซึ่งผู้กระทำได้ก่อขึ้น ซึ่งจะต้องเป็นการเสี่ยงต่ออันตรายในระดับที่สูงมากกว่าการกระทำโดยประมาทในทางแพ่ง เพื่อแสดงให้เห็นถึง “ความประมาทในระดับที่สูง” (high degree of negligence) ของผู้กระทำ โดยระดับของการเสี่ยงต่ออันตรายซึ่งกฎหมายต้องการสำหรับความประมาทธรรมดา (negligence) ก็คือ “การเสี่ยงต่ออันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร” (unreasonable risk) ซึ่งหมายถึง การก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะเสี่ยงหรือการไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะทำการเสี่ยงเช่นนั้น ซึ่งการเสี่ยงต่ออันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) เป็นการเสี่ยงต่ออันตรายที่ไม่ได้รับการยอมรับทางสังคม โดยการจะพิจารณาว่าการกระทำที่เป็นการเสี่ยงต่ออันตรายของผู้กระทำเป็นการเสี่ยงต่ออันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) หรือไม่นั้นจะต้องขึ้นอยู่กับประโยชน์ในทางสังคม (social utility) ที่จะได้รับจากการกระทำของผู้กระทำ ระดับของการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายของผู้กระทำ ความรู้เกี่ยวกับพฤติกรรมแวดล้อมของผู้กระทำ และลักษณะและขอบเขตของอันตรายที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำของผู้กระทำ ตามที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้น นอกจากนี้การเสี่ยงต่ออันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) ยังต้องมีลักษณะที่เป็น “การเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานความระมัดระวังซึ่งวิญญูชนพึงคาดเห็นได้ในสถานการณ์ของผู้กระทำ” และบางครั้งอาจกล่าวได้

⁷³“Negligence is any conduct, except conduct intentionally or recklessly disregarding of an interest of others, which falls below the standard established by law for the protection of other against unreasonable risk of harm.” See Rollin M. Perkins., Ronald N. Boyce., *supra* note 52, p. 850.

⁷⁴Wayne R. LaFave, *supra* note 59, pp. 262-263.

ว่า “การเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรง หมายถึง การเบี่ยงเบนซึ่งสำคัญมากกว่าการขาดความระมัดระวังอย่างธรรมดา (ordinary care)”⁷⁵

(2) การวัดระดับของการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยใช้มาตรฐานในทางภาวะวิสัย (Objective Standard)

นอกจากความประมาทธรรมดา (negligence) จะต้องการองค์ประกอบในข้อ (1) ซึ่งก็คือ การกระทำของผู้กระทำที่เป็นการก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) แก่ผู้อื่นแล้ว ความประมาทธรรมดา (negligence) ยังจะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบในข้อ (2) ซึ่งก็คือ การวัดระดับของการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยใช้มาตรฐานในทางภาวะวิสัย (objective standard) กล่าวคือ ผู้กระทำควรที่จะต้องรู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) แม้ว่าผู้กระทำจะไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าการกระทำของเขาก่อให้เกิดภัยอันตรายเช่นนั้นขึ้น ถ้าหากว่าวิญญูชน (reasonable man) ควรที่จะต้องรู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรนั้น มาตรฐานในทางภาวะวิสัย (objective standard) นั้น อาจเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า มาตรฐานวิญญูชน (reasonable man standard) ดังนั้นความประมาทธรรมดาจะถูกวางกรอบในรูปของมาตรฐานในทางภาวะวิสัย (objective standard) (ในบางครั้งเรียกว่ามาตรฐานภายนอก (external standard)) มากกว่าในรูปของมาตรฐานในทางอัตวิสัย (subjective standard)⁷⁶ และด้วยเหตุนี้ความประมาทธรรมดา (negligence) จึงเป็นความผิดในทางภาวะวิสัย (objective fault)

(2) ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness)

ใน Model Penal Code Section 2.02 (c) ได้ให้คำนิยาม “ความประมาทโดยจงใจ” (Recklessness) ไว้ดังนี้⁷⁷

⁷⁵ *Ibid.* p. 265.

⁷⁶ *Ibid.* p. 264.

⁷⁷ Section 2.02 (c) Recklessly “A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor’s conduct and circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor’s situation.” See Harvey Wallace, *supra* note 55.

(c) ประมาทโดยจงใจ (Recklessly)

“การกระทำของบุคคลจะเป็นความประมาทโดยจงใจก็ต่อเมื่อ บุคคลนั้นเพิกเฉยต่อการเสี่ยงต่ออันตรายซึ่งได้กระทำลงโดยรู้ตัว และการเสี่ยงเช่นนี้เป็นการเสี่ยงต่ออันตรายโดยไม่สมควรซึ่งเกิดจากการกระทำของเขา การเสี่ยงต่ออันตรายนี้ต้องมีลักษณะและระดับของการเสี่ยง โดยพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำของผู้กระทำ ตลอดจนพฤติการณ์ต่างๆ ที่ผู้กระทำรู้ การเพิกเฉยต่อการเสี่ยงนี้รวมถึงการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานการกระทำของบุคคลซึ่งเคารพต่อกฎหมาย (บุคคลทั่วไป) (law-abiding person) พึงจะปฏิบัติในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ”

จากบทนิยามดังกล่าว ความประมาทโดยจงใจ (recklessness) เป็นการกระทำที่เพิกเฉยต่อการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายโดยรู้ตัว กล่าวคือ ผู้กระทำได้กระทำโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายขึ้นแต่ก็ยังขึ้นทำลง หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ใส่ใจต่อผลที่จะเกิดขึ้นและเป็นการสร้างภาพแห่งการเสี่ยงให้เกิดขึ้นโดยคาดหมายได้ กล่าวคือ ผู้กระทำได้มองเห็นผลที่อาจจะเกิดขึ้นได้อย่างลงๆ และผู้กระทำก็ได้เลือกที่จะทำให้อีกโอกาสที่จะเกิดเหตุร้ายขึ้นนั้นมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น⁷⁸ นอกจากนี้จะต้องเป็นการกระทำโดยขาดความระมัดระวัง (carelessness) หรือเพิกเฉย (disregard) ต่ออันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อบุคคลอื่นแล้วยังจะต้องปรากฏว่าผู้กระทำยังขึ้นกระทำลงโดยคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดอันตรายเช่นนั้นได้อีกด้วย

ความประมาทโดยจงใจ (recklessness) จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ คือ (1) การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่ออันตรายในระดับที่สูงมากขึ้น และ (2) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (subjective awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่ออันตราย⁷⁹

(1) การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่ออันตรายในระดับที่สูงมากขึ้น

ในการพิพากษาคัดสินคดีเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญาของศาลนั้น ในบางครั้งศาลได้อธิบายถึงการกระทำความผิดอาญาโดยประมาทโดยใช้คำว่า “ร้ายแรง” (gross) หรือคำว่า “การเพิกเฉยต่อความปลอดภัยของบุคคลอื่นโดยจงใจและขาดการยับยั้ง” (willful and wanton disregard of the safety of others) หรือคำว่า การกระทำอย่าง “ประมาทโดยจงใจ”

⁷⁸ Jerome Hall, *supra* note 5, p. 112.

⁷⁹ Wayne R. LaFave, *supra* note 59, p. 267.

(reckless) ซึ่งบ่อยครั้งที่ไม่มีกรณีที่เห็นอย่างชัดเจนว่าคำเหล่านี้หมายถึงอะไร แต่มีลักษณะเป็นการแสดงให้เห็นว่าความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องการทำให้คนตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) ที่ต้องการบางสิ่งมากกว่าการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (tort negligence) แต่การสร้างคำเหล่านี้ขึ้นมาขึ้นมาก่อนทำให้เกิดความไม่ชัดเจน (hazy) ว่าอะไรคือบางสิ่งซึ่งพิเศษนั้น บางสิ่งนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับความประมาทธรรมดา (negligence) หรือการขาดความระมัดระวัง (carelessness) เท่านั้น แต่ขึ้นอยู่กับระดับของความประมาท (degree of negligence) หรือระดับของการขาดความระมัดระวัง (degree of carelessness) ซึ่งถูกกำหนดว่าจะต้อง “ร้ายแรง” (gross)⁸⁰ บางสิ่งซึ่งพิเศษซึ่งจำเป็นจะต้องมีความประมาทโดยจงใจ ก็คือ การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากขึ้น ซึ่งก็คือ การเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) เช่นเดียวกับการกระทำโดยความประมาทธรรมดา (บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญากำหนดให้การเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายสำหรับความประมาทโดยจงใจต้องมีระดับของการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่สูงกว่าการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk)) การกระทำของจำเลยที่เป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายในระดับที่สูงนั้นเป็นการแสดงให้เห็นถึง “ความไม่เอาใจใส่” (indifference) หรือ “การเพิกเฉย” (disregard) ต่อผลที่ตามมา⁸¹

(2) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (subjective awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตราย

ตามที่ได้อธิบายไว้แล้วว่า ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญานั้น จะต้องกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดให้มากกว่าความประมาทในทางแพ่ง ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดที่จำเป็นจะต้องมีได้แก่ (1) การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากขึ้น หรือ (2) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (subjective awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตราย หรือทั้งสองอย่าง ซึ่งสำหรับความประมาทโดยจงใจ (recklessness) นั้น นอกจากจะต้องมีการกระทำที่เป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายในระดับที่สูงแล้วยังจะต้องมีการรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (subjective awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนั้นด้วย กล่าวคือ องค์ประกอบในเรื่องของการรู้ตัว (awareness) ถึงการเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

⁸⁰ Ibid. p. 265.

⁸¹ Ibid.

(unreasonable risk) นั้นเป็นองค์ประกอบที่สำคัญสำหรับ “ความประมาทโดยจงใจ” (recklessness) และเป็นองค์ประกอบที่ทำให้ความประมาทโดยจงใจแตกต่างกับความประมาทธรรมดา (negligence) โดยหากผู้กระทำรู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่เขาได้ก่อขึ้น แล้วเพิกเฉยต่อการเสี่ยงต่อภัยอันตรายนั้นโดยรู้ตัว (aware) ต้องถือว่าผู้กระทำได้กระทำด้วยความประมาทโดยจงใจ (recklessness) แม้ว่าผู้กระทำอาจคาดหวังว่าจะไม่มีอันตรายเกิดขึ้นก็ตาม แต่ถ้าหากผู้กระทำไม่รู้ตัว (unaware) ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายนั้น แต่ภายใต้พฤติการณ์เช่นนั้นผู้กระทำควรที่จะรู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตราย การกระทำของผู้กระทำก็จะเป็นความประมาทธรรมดา (negligence)⁸² เมื่อความประมาทโดยจงใจ (recklessness) มีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ การรู้ตัว (awareness) ซึ่งไม่มีอยู่ในความประมาทธรรมดา (negligence) ดังนั้นจึงหมายความว่าความประมาทโดยจงใจ และความประมาทธรรมดาคะรวมกันไม่ได้ และถึงแม้ว่าความประมาทธรรมดา (negligence) จะมีความรุนแรงเพียงใดก็ไม่สามารถที่จะเป็นความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ได้

ศาลในรัฐยูทาห์ (Utah court) ได้กล่าวว่า “ความแตกต่างในเรื่องเจตนาร้าย (mens rea) ระหว่างความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ที่จะเป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) กับความประมาทธรรมดา (negligence) ที่จะเป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท (negligent homicide) นั้น อยู่ที่ว่าผู้กระทำรู้ตัวหรือไม่ กล่าวคือ สำหรับการกระทำด้วยความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ที่จะเป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) นั้น เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำโดยรู้ตัว คือ เพิกเฉยต่อการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยรู้ตัว และก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้น ส่วนการกระทำโดยความประมาทธรรมดา (negligence) ที่จะเป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท (negligent homicide) นั้น เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำโดยไม่รู้ตัว แต่ผู้กระทำควรที่จะรู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายนั้น และเพิกเฉยต่อการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเป็นผลให้เกิดภัยอันตรายขึ้น”⁸³

ดังนั้นความประมาทโดยจงใจ (recklessness) จึงไม่เพียงแต่หมายถึงการรู้ (knowledge) ถึงผลที่เกิดจากการกระทำเท่านั้น แต่ยังหมายถึงการเพิกเฉยอย่างจงใจหรือการขาดความยับยั้งต่อผลซึ่งอาจเกิดจากการกระทำนั้นโดยรู้ตัวอีกด้วย แต่ควรพยายามที่จะไม่ให้บทนิยามความประมาทในทางอาญานั้นมีความหมายไปถึงการเพิกเฉยโดยจงใจและการขาดความยับยั้งต่อภัยอันตรายซึ่งผู้กระทำรู้ว่าภัยอันตรายนั้นน่าจะเกิดขึ้นได้ เนื่องจากสภาพจิตใจของผู้กระทำนั้น

⁸²Rollin M. Perkins., Ronald N. Boyce., *supra* note 52, p. 850.

⁸³*Ibid.*

พ้นจากความประมาทไปแล้วและไปอยู่ภายใต้เรื่องของเจตนาร้าย (malice) กล่าวคือ สมมติว่ามีบุคคลสองคนที่ประพัตต์ตัวในลักษณะที่เป็นอันตราย บุคคลหนึ่งเป็นนักขับรถยนต์ซึ่งไม่ได้ขับรถเร็วเกินกำหนด แต่ขับไปบนบาทวิถีที่เต็มไปด้วยน้ำแข็งในขณะที่การจราจรหนาแน่น เป็นการขับรถในลักษณะที่เป็นอันตรายต่อบุคคลอื่นและต่อตัวเขาเอง บุคคลผู้นั้นรู้ตัวอย่างเต็มที่ถึงอันตราย แต่เขามีความหวังที่จะหลีกเลี่ยงให้พ้นจากอันตราย และมีเจตนาที่จะทำทุกอย่างเท่าที่เขาสามารถทำได้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดอุบัติเหตุ ยกเว้นการลดความเร็วลง ส่วนบุคคลอีกคนหนึ่งเป็นนักล่าสัตว์ เขายังปืนเล็กยาวที่มีกำลังแรงไปที่โรงนา เขาไม่พยายามที่จะยิงบุคคลใดเนื่องจากเขาไม่รู้ว่าผู้ผู้อยู่อาศัยอยู่ในส่วนใดของโรงนา และถ้ามีบุคคลใดอยู่ในโรงนาในขณะนั้น เขาก็ไม่ได้สนใจว่าจะมีบุคคลใดถูกฆ่า บาดเจ็บ ตกใจ หรือไม่ นักล่าสัตว์กระทำโดยไม่คำนึงถึงภัยอันตรายที่จะเกิดแก่มนุษย์อย่างเห็นได้ชัด เป็นการกระทำโดยเพิกเฉยอย่างจงใจและขาดการยับยั้ง (wanton and willful disregard) ดังนั้นนักล่าสัตว์จึงมีเจตนาร้ายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน (malice aforethought) การกระทำของนักล่าสัตว์นับเป็นความร้ายแรงของการกระทำที่ขาดการยับยั้งที่ควรมีคำพิพากษาให้ลงโทษฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา (murder) แต่เรื่องนี้ไม่เป็นความจริงในกรณีของนักขับรถยนต์ซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดฐานประมาทโดยจงใจ (recklessness) เท่านั้น แม้ว่าการกระทำของนักขับรถยนต์จะก่อให้เกิดอันตรายไม่น้อยไปกว่าหรืออาจมากกว่าอันตรายที่นักล่าสัตว์ก่อขึ้นเสียอีก⁸⁴

2.2 การกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมัน

2.2.1 โครงสร้างความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน

หลักเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งของความผิดอาญา ก็คือ การกระทำใดไม่เป็นความผิดอาญาก็ย่อมไม่อาจมีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้นได้ และเมื่อกล่าวถึง “ความผิดอาญา” โดยทั่วไปเราจะนึกถึงความผิดอาญาฐานต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และในกฎหมายอื่นๆ ซึ่งเราจะพบว่าความผิดอาญาฐานต่างๆ นั้นมิได้มีรายละเอียดของการกระทำหรือส่วนประกอบต่างๆ ที่เหมือนกัน แต่อย่างไรก็ตามนักนิติศาสตร์เยอรมันได้ทำการศึกษาวิจัยและพบว่าความผิดอาญาฐานต่างๆ ทุกฐานมีข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันสามประการ ซึ่งถ้าขาดข้อสาระสำคัญประการหนึ่งประการใดไปแม้เพียงข้อเดียว การกระทำนั้นก็จะไม่เป็น “ความผิดอาญา”

⁸⁴ Ibid. p. 846.

(Verbrechen หรือ Crime) และเมื่อไม่เป็นความผิดอาญาแล้วก็ย่อมจะมีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้นไม่ได้ ข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันทุกๆ ฐานความผิดอาญานี้ประกอบขึ้นเป็น “โครงสร้างของความผิดอาญา”⁸⁵

โครงสร้างของความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมันนั้นมี 3 ส่วน คือ

- 1) การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandmässigkeit)
- 2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)
- 3) ความชั่ว (Schuld)

- 1) การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandmässigkeit)

ในเรื่องของการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัตินั้น ถือได้ว่าเป็นส่วนประกอบในทางรูปแบบของความผิดอาญา ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน⁸⁶ กล่าวคือ การกระทำความผิดที่สมควรถูกลงโทษนั้นในประการแรกการกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ในแต่ละฐานความผิด ซึ่งการพิจารณาในส่วนของการครบองค์ประกอบนี้เป็นแต่เพียงการพิจารณาในเบื้องต้น โดยที่ยังไม่ได้เป็นการวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาหรือไม่ เพราะในบางครั้งแม้ว่าการกระทำนั้นจะครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ แต่หากมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำนั้นก็ย่อมไม่เป็นความผิด

- 2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

จากคำกล่าวเกี่ยวกับความผิดอาญาและโทษที่ว่า ความผิดอาญาคือความไม่ถูกต้องที่สมควรลงโทษ ผลจากคำกล่าวเช่นนี้จึงมีว่าผู้ใดทำถูกต้องหรือทำชอบย่อมจะลงโทษเขาไม่ได้ ฉะนั้นการกระทำที่เป็นความผิดหรือความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) จึงเป็นข้อสาระสำคัญประการหนึ่งของโครงสร้างความผิดอาญา⁸⁷ ซึ่งเป็นส่วนที่ต้องพิจารณาต่อมาหลังจากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว โดยโครงสร้างในส่วนนี้จะเป็นการพิจารณาว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบนั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง

⁸⁵ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 92.

⁸⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส, “ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524) น. 6.

⁸⁷ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 85, น. 92.

คือเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ เช่น การกระทำอันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย หรือการเสียที่อนุญาต เป็นต้น โดยเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้อาจจะบัญญัติอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือเป็นไปตามจารีตประเพณี หรือเกิดจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำก็ได้

3) ความชั่ว (Schuld)

การกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกันของกฎหมายอาญา เป็นการกระทำที่ “ชั่ว” และเป็นการกระทำที่ “ตำหนิได้” ที่ต้องลงโทษ⁸⁸ ดังนั้นหลังจากพิจารณาความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) ในโครงสร้างที่ 2 แล้ว ก็จะต้องพิจารณาต่อมาในส่วนของตัวผู้กระทำด้วยการกระทำของเขาเป็นสิ่งที่สังคมควรจะตำหนิได้หรือไม่ หรือผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้ผิดชอบเพียงใด เพราะความชั่วเป็นเรื่องของ “ความรู้ผิดชอบ” อันเป็นการพิจารณาทางอัตวิสัย (subjective) ซึ่งถ้าหากได้ความว่าผู้กระทำผิดกระทำไปโดยไม่รู้ผิดชอบหรือการกระทำของเขาเป็นสิ่งที่สังคมไม่ควรจะตำหนิแล้ว กฎหมายจะยกเว้นโทษให้ เพราะถือว่าบุคคลนั้น “ไม่มีความชั่ว” ความบกพร่องของบุคคลในเรื่องความไม่รู้ผิดชอบนั้น อาจเกิดขึ้นจาก อายุของผู้กระทำ จิตของผู้กระทำ ความไม่รู้ข้อผิดถูก⁸⁹

การกระทำที่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน จะต้องประกอบไปด้วยโครงสร้างของความผิดอาญาทั้งสามประการดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งการกระทำของบุคคลจะเป็นความผิดอาญาและจะต้องถูกลงโทษจะต้องมีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นครบในโครงสร้างทั้งสามประการ หากขาดข้อใดข้อหนึ่งไปการกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิดอาญา และในการพิจารณาความรับผิดชอบของบุคคลตามกฎหมายเยอรมันก็ต้องดำเนินไปตามขั้นตอนของโครงสร้างความรับผิดชอบโดยเริ่มต้นพิจารณาว่า การกระทำนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เมื่อการกระทำนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วก็จะพิจารณาต่อไปว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มีความผิดกฎหมายหรือไม่ และสุดท้ายจึงไปพิจารณาที่ตัวผู้กระทำว่ามีความชั่วหรือไม่

โครงสร้างของความผิดที่กระทำโดยประมาท

สำหรับการกระทำโดยประมาทนั้น ตามกฎหมายเยอรมันถือว่าถ้าการกระทำนั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแล้ว ก็จะต้องพิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญาซึ่งได้แก่

⁸⁸ เฟิงอ้าง,

⁸⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 86, น. 12.

การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandmässigkeit) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และความชั่ว (Schuld) เหมือนกับความผิดฐานอื่นๆ สำหรับการพิจารณาในส่วนของการครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัตินั้นเป็นการพิจารณาจากเกณฑ์มาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทที่ควรใช้ในพฤติการณ์นั้นๆ อันเป็นการพิจารณาทางภาวะวิสัย (objective)⁹⁰ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำการฝ่าฝืนมาตรฐานความระมัดระวังหรือไม่ ส่วนการพิจารณาภาวะทางจิตใจของผู้กระทำอันเป็นการพิจารณาทางอัตวิสัย (subjective) นั้น นักกฎหมายเยอรมันมีแนวความคิดที่แตกต่างกันในเรื่องนี้

ฝ่ายที่มีความคิดแบบ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalität) เห็นว่า โครงสร้างของความผิดอาญาประการแรก คือ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบภายนอก (objektiver Tatbestand) และองค์ประกอบภายใน (subjektiver Tatbestand) ผลก็คือ ฝ่ายเจตจำนงกำหนดเห็นว่า เจตนาที่ดี ประมาทที่ดี มูลเหตุจูงใจที่ดี และองค์ประกอบภายในอื่นที่ดีต่างรวมอยู่ในโครงสร้างประการแรกของโครงสร้างของความผิดอาญา⁹¹ ดังนั้นจึงถือว่าภาวะทางจิตของผู้กระทำโดยประมาทจัดอยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายใน โดยให้เหตุผลว่าการกระทำโดยประมาทก็เป็นการกระทำที่มีจุดหมายหรือมีเจตจำนง (will) ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่เราขับรถ จุดหมายก็คือ เราต้องการขับรถไปและต้องขับรถโดยไม่ให้เกิดผลร้ายจากการขับรชนั้น เพราะฉะนั้นถ้าเกิดผลร้ายขึ้นมาก็ต้องถือว่ามีเจตจำนงในจุดหมายนั้นแล้ว ตามแนวความคิดนี้จึงจัดให้จุดหมายในกรณีประมาทเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายใน

ส่วนฝ่ายที่มีความคิดแบบ “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalität) นั้น เห็นว่า การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติมีเพียงส่วนที่เป็นภาวะวิสัย (objective) เท่านั้น ส่วนประกอบที่เป็นส่วนในทางอัตวิสัย (subjective) ไม่ว่าจะเป็นเจตนาที่ดี ประมาทที่ดี มูลเหตุจูงใจที่ดี หรือองค์ประกอบภายในอื่นที่ดี เป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินได้ของการกระทำ และถือว่าการกระทำกับจุดหมายในผลของการกระทำสามารถแยกกันได้โดยถือเป็นคนละส่วนกัน ฉะนั้นเจตจำนง (will) ของผู้กระทำโดยประมาทย่อมไม่รวมอยู่ในส่วนขององค์ประกอบ แต่เป็นเรื่องของความชั่ว (Schuld)⁹² ในส่วนของความผิดกฎหมายนั้น เมื่อการกระทำโดยประมาทครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย

⁹⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 54.

⁹¹ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 85, น. 99.

⁹² แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 86, น. 54.

หรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ ส่วนการพิจารณาโครงสร้างข้อสามในเรื่องความชั่ว (Schuld) นั้น เป็นการพิจารณาในส่วนของผู้กระทำว่าสมควรจะถูกดำเนินคดีหรือไม่ โดยถือว่าความชั่วของผู้กระทำในกรณีที่กระทำโดยประมาทนั้นมิใช่ความชั่วที่ผู้กระทำเลือกทำโดยรู้ผิดชอบ แต่เป็นการละเลยไม่ใช้ความสามารถที่มีอยู่ของตนในการรับรู้เกี่ยวกับความเสี่ยงซึ่งบุคคลนั้นกำลังก่อให้เกิดขึ้น⁹³

2.2.2 ความหมายและหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาท

กฎหมายโรมันในช่วงแรกๆ นั้นการกระทำโดยประมาทไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา (Crimina Publica) โดยในกฎหมายโรมันถือว่าภัยอันตรายหรือผลที่เกิดขึ้นจากความประมาทเป็นสถานการณ์หรือชะตากรรม (casus) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็น “อุบัติเหตุที่หลีกเลี่ยงไม่ได้” (casus fortuitus) ซึ่งสถานการณ์หรือชะตากรรมหรืออุบัติเหตุที่หลีกเลี่ยงไม่ได้นี้ตามกฎหมายโรมันถือว่าเป็นพระบัญชาให้เกิดโชคร้ายอันเนื่องมาจากความโกรธเคืองของพระเจ้าต่อมนุษย์ผู้นั้น และเป็นเรื่องของการขัดใช้ระหว่างการกระทำของมนุษย์ผู้นั้นกับพระเจ้าเท่านั้น⁹⁴ นอกจากนี้กฎหมายโรมันในระยะแรกยังไม่ปรากฏแนวความคิดเกี่ยวกับสถานะทางจิตใจของผู้กระทำผิดแต่อย่างใด แนวความคิดในเรื่องความชั่ว เจตนา และประมาทก็ยังไม่เป็นที่รู้จักกันในประมวลกฎหมาย แม้ว่าจะมีคำว่า “ประมาท” (culpa) อยู่ในประมวลกฎหมายก็ตาม แต่ก็เพียงคำคำหนึ่งในเรื่องสถานการณ์ (casus) เท่านั้น ไม่ได้มีความหมายที่ชัดเจนแต่อย่างใด ซึ่งต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 6 และ 7 มีการพัฒนาของกฎหมาย Germanic ได้มีแนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทโดยมีการกำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของสถานการณ์ (casus) หรือ Ungefährwerk และกฎหมายก็ได้พยายามที่จะกำหนดให้ Ungefährwerk เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายนอกของความผิด⁹⁵

ในช่วงศตวรรษที่ 17 และศตวรรษที่ 18 ก็ยังคงไม่มีการพัฒนาแนวความคิดของการกระทำโดยประมาท การกระทำโดยประมาท (culpa) ในทางปฏิบัติแล้วยังคงมีความสำคัญเฉพาะแต่ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น จนกระทั่งปลายศตวรรษที่ 18 ได้เริ่มมีคำจำกัดความของคำว่าประมาท

⁹³ เฟิงอ้าง, น. 55.

⁹⁴ Gillis Erenius, *supra* note 10, p. 25.

⁹⁵ *Ibid.* p. 29.

อยู่ใน Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten โดยอธิบายว่า บุคคลกระทำโดยประมาทไม่สามารถคาดเห็นได้ถึงผลที่ขัดต่อกฎหมายของการกระทำของตน “แต่หากใช้ความระมัดระวังและไตร่ตรองตามสมควรแล้ว ก็น่าจะเล็งเห็นได้” ต่อมาในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 ความคิดของนักกฎหมายเยอรมันได้มีการพัฒนาต่อมาโดยจัดให้การกระทำความผิดโดยประมาทอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญา⁹⁶

1) ความหมายของการกระทำโดยประมาท

ในปัจจุบันกฎหมายอาญาของเยอรมันได้กำหนดความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาท (Fahrlässigkeit) ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 15 ดังนี้

มาตรา 15 บัญญัติไว้ว่า “การกระทำโดยประมาทจะถูกลงโทษได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งให้ลงโทษการกระทำโดยประมาท”

ซึ่งความผิดเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมัน ในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันนั้นได้บัญญัติไว้หลายฐานความผิด ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการทำอันตรายและก่ออันตรายต่อชีวิตและร่างกาย เช่น ฆ่าคนตายโดยประมาท (มาตรา 222) และทำร้ายร่างกายโดยประมาท (มาตรา 230) รวมทั้งความผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคม (มาตรา 306 ff.) ความผิดฐานก่อให้เกิดเพลิงไหม้โดยประมาท (มาตรา 309) ความผิดอาญาที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม (มาตรา 324 ff.) และความผิดอีกจำนวนมากในความผิดอาญาข้างเคียง (Nebenstrafrecht) เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ดีในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันก็ไม่ได้มีการให้บทนิยามความหมายของการกระทำโดยประมาท (Fahrlässigkeit) ไว้แต่อย่างใด มีแต่เพียงการให้บทนิยามการกระทำโดยประมาทเดินเล่นไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งอยู่ใน มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ซึ่งในบางครั้งอาจนำมาใช้ในการพิจารณาการกระทำโดยประมาทในทางอาญา โดยบัญญัติไว้ดังนี้

Section 276⁹⁷ “A person who does not exercise ordinary care acts negligently”

มาตรา 276 วรรคหนึ่ง “บุคคลผู้ซึ่งไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน บุคคลนั้นกระทำโดยประมาทเดินเล่น”

นอกจากนี้ใน Manual of German Law ได้ให้ความหมายของการกระทำโดยประมาทในทางอาญาไว้ว่า “จะเป็นการกระทำโดยประมาท (negligence) ก็ต่อเมื่อ บุคคลนั้นได้กระทำลง

⁹⁶ Ibid. p. 41.

⁹⁷ The German Civil Code. Translated and annotated by CHUNG WANG. (London: Stevens and Sons Limited), 1907.

โดยขาดความระมัดระวัง (due care) อันสมควรภายใต้พฤติการณ์เช่นนั้นตลอดจนความสามารถ และการดำรงชีพของแต่ละบุคคล และผู้กระทำไม่อาจคาดเห็นได้อย่างแน่แท้ถึงผลที่อาจเกิดขึ้น แม้ว่าเขาควรจะคาดเห็นได้”⁹⁸

2) หลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาท

การกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันมีลักษณะเฉพาะในทางโครงสร้างของการกระทำโดยประมาท (die strukturelle Eigenstaendigkeit der Fahrlaessigkeitstat) โดยความเห็นของ Prof. Jescheck ซึ่งถือได้ว่าเป็นตัวแทนของความเห็นฝ่ายข้างมากนั้นได้แบ่งส่วนขององค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทออกเป็นสองส่วนด้วยกัน กล่าวคือ ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ (das Handlungsunrecht) และความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำ (das Erfolgsunrecht) ซึ่งการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันนั้นจะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht) ซึ่งก็ถือว่าอยู่ในส่วนของความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ⁹⁹

องค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทตามความเห็นของ Prof. Jescheck

1. ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ (das Handlungsunrecht) ซึ่งได้แก่ การละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht)

ภารกิจของบทบัญญัติในกฎหมายอาญามีไว้เพื่อที่จะชี้ให้ประชาชนเห็นว่าจะต้องปฏิบัติตนอย่างไรให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยเหตุนี้ ทุกๆ บทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำโดยประมาทต้องรับโทษทางอาญาจึงเรียกร้องให้ทุกคนจะต้องใช้

⁹⁸“A person is negligent when he does not act with due care, i.e., the care which may reasonably be demanded of him in the particular circumstances and having regard to his own personal means and capabilities - and in consequence does not foresee the ensuing result although he could have done so.” See Gt. Brit, Manual of German Law, Volume 2 (London: Her Majesty's Stationery Office, 1952), p. 79.

⁹⁹Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 4. Auf. 1988, บทที่ 55, น. 521-530. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “มาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมัน,” ดุลพินิจ, เล่มที่ 1, ปีที่ 54, (มกราคม - เมษายน 2550).

ความระมัดระวังที่จำเป็นในทางภาวะวิสัย (die Anwendung der objektiv gebotenen Sorgfalt) ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการกระทำของตนครบองค์ประกอบความผิด อย่างไรก็ตาม ในส่วนของรูปแบบและขนาดของการใช้ความระมัดระวังนั้น องค์ประกอบในส่วนของ การกระทำโดยประมาทก็ไม่ได้ให้รายละเอียดดังกล่าวเอาไว้ เช่น ในกรณีของการทำให้คนตายโดย ประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 222 บัญญัติไว้เฉพาะผลของการกระทำที่เกิดขึ้น รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในประมวลกฎหมาย อาญาของเยอรมันบัญญัติให้การกระทำโดยประมาทในบางฐานเป็นความผิด แต่ไม่ได้มี บทบัญญัติที่ให้รายละเอียดหรือให้บทนิยามว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท ในทางตรงกันข้าม ตามกฎหมายแพ่งได้มีการบัญญัติบทนิยามซึ่งให้รายละเอียดไว้ว่า การกระทำ โดยประมาทในทางเนื้อหาแล้วมีความหมายว่าอย่างไร โดยบัญญัติไว้ประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมัน มาตรา 276 (1) วรรคที่สองว่า การกระทำโดยประมาทหมายถึงการละเลยต่อหน้าที่ๆ จำเป็นในทางภาวะวิสัย (wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht laesst) ซึ่ง จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวหลักสำคัญจึงอยู่ที่การที่จะต้องใช้ความระมัดระวังที่จำเป็นเพื่อที่จะ หลีกเลี่ยงการทำให้เสียหายแก่สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง หลักการดังกล่าวถือได้ว่าเป็น บรรทัดฐานพื้นฐานของมาตรฐานในทางภาวะวิสัยของการกระทำโดยประมาทที่สามารถนำมาใช้ เสริมองค์ประกอบในส่วนของ การกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาได้

2. ความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำ (das Erfolgsunrecht) ซึ่งได้แก่ การเกิดขึ้นของผล สาเหตุของการเกิดขึ้นของผลและการคาดหมายได้ของผลของการกระทำ (Eintritt, Verursachung und Voraussehbarkeit des Erfolgs)

1) การเกิดขึ้นของผลของการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาท ซึ่งเป็นความผิดที่ต้องการผลของการกระทำ เช่นเดียวกับกรณีของการกระทำความผิดโดยเจตนา โดยผลที่เกิดขึ้นนั้นอาจเป็นผลที่เป็น การทำให้เสียหายหรือผลที่เป็น การก่ออันตรายอย่างประจักษ์ก็ได้

ตัวอย่างเช่น ผลที่เป็น การทำให้เสียหายโดยประมาทอาจจะเป็นการทำให้คนตายโดย ประมาทตาม มาตรา 222 การทำร้ายร่างกายโดยประมาทตาม มาตรา 230 การวางเพลิงเผาทรัพย์ โดยประมาทตาม มาตรา 309 ผลที่เป็น การก่ออันตรายอย่างประจักษ์อาจจะเป็นการก่อให้เกิด อันตรายต่อสิ่งแวดลอมอย่างรุนแรงตาม มาตรา 330 (6)

2) ผลที่เกิดขึ้นดังกล่าวจะต้องเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำผิด กล่าวคือ จะต้องไม่ใช่ผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้อื่นหรือจากการกระทำของผู้เสียหายเอง ตัวอย่างเช่น

นาย ก. ขับรถยนต์อยู่บนถนนโดยใช้ความเร็วประมาณ 60 กิโลเมตรต่อชั่วโมง เด็กชาย ข. วิ่งลงบนจากบาทวิถีตัดหน้ารถยนต์ที่นาย ก. ขับ นาย ก. หยุดรถไม่ทันจึงชนเด็กชาย ข. ถึงแก่ความตาย ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ความตายไม่ได้เป็นผลที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทของนาย ก.

3) ผลที่เกิดขึ้นและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจะต้องเป็นสิ่งที่สามารถคาดเห็นได้ โดยการคาดเห็นได้ดังกล่าวจะต้องใช้บรรทัดฐานในทางภาวะวิสัย กล่าวคือ ใช้ความสามารถในการวินิจฉัยและความสามารถในการรู้ของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นเดียวกันกับผู้กระทำผิด

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายบางท่านที่อธิบายองค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทไว้ทำนองเดียวกับความเห็นของ Prof. Jescheck ซึ่งก็คือ ความเห็นของ Wessels/Beulke¹⁰⁰

Wessels/Beulke เห็นว่า การวินิจฉัยการกระทำโดยประมาทจะต้องทำการพิจารณาในสองระดับ (eine zweistufige Pruefung) กล่าวคือ ต้องพิจารณาองค์ประกอบความผิดในส่วนที่ว่าด้วยความมิชอบด้วยกฎหมาย (Unrechtstatbestand) ซึ่งจะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการละเลยต่อหน้าที่ๆ จะต้องใช้ความระมัดระวังตามจำเป็นในทางภาวะวิสัย (die Ausserachtlassung der objektiv erforderlichen Sorgfalt) และพิจารณาส่วนขององค์ประกอบความผิดในเรื่องของความน่าตำหนิ (Schuld) โดยการพิจารณาองค์ประกอบความผิดในส่วนของความมิชอบด้วยกฎหมายของความผิดฐานกระทำโดยประมาท (Der Unrechtstatbestand der fahrlaessigen Erfolgsdelikte) นั้นมีรายละเอียดดังนี้ คือ เนื้อหาของความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำโดยประมาทจะกำหนดจากความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำและความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ (Erfolgs- und Handlungsunwert) ซึ่งในส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดว่าด้วยความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำโดยประมาทนั้นจะประกอบไปด้วยสามส่วนด้วยกัน กล่าวคือ (1) การก่อให้เกิดผลของการกระทำขึ้น (die Erfolgsverursachung) (2) การละเมิดต่อหน้าที่ๆ จะต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht) และ (3) การคาดหมายได้ในทางภาวะวิสัยถึงการเกิดขึ้นของผลของการกระทำที่เกิดจากการกระทำที่มีชอบของผู้กระทำ (มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล) (die objective Zurechenbarkeit des auf dem Verhaltensfehler beruhenden Erfolges)

(1) การก่อให้เกิดผลของการกระทำขึ้น (Die Erfolgsverursachung) กล่าวคือ สำหรับความผิดที่ต้องการผลของการกระทำนั้น การกระทำจะครบองค์ประกอบความผิดได้ก็ต่อเมื่อ

¹⁰⁰ Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 32. Auf. 2002, บทที่ 15, หัวข้อ 667-672a. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจณพัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 99.

ผู้กระทำได้อำนาจให้เกิดผลของการกระทำที่เป็นผลเสียหายต่อสังคมจากการกระทำของตนที่อยู่ภายใต้การควบคุมของจิตใจ (ไม่ว่าจะโดยการเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย)

(2) การละเมิดต่อหน้าที่ๆ จะต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht) ซึ่งจะต้องพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้น (ความเสียหายที่เกิดขึ้น) นั้นว่า ในทางภาวะวิสัยแล้วผู้กระทำสามารถที่จะคาดเห็นได้หรือไม่ และผู้กระทำได้ละเลยต่อหน้าที่ๆ จะต้องใช้ความระมัดระวังที่จำเป็นในทางภาวะวิสัยหรือไม่ การสามารถคาดเห็นได้ถึงผลและการละเมิดต่อหน้าที่ๆ จะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน ดังนั้นจึงต้องพิจารณาประกอบกันไปโดยไม่อาจที่จะแยกพิจารณาต่างหากจากกันได้ ซึ่งการคาดเห็นได้ในทางภาวะวิสัย (objektiv voraussehbar) หมายถึง การที่วิญญูชน (ein umsichtig handelnder Mensch) ที่อยู่ในลักษณะเช่นเดียวกันกับผู้กระทำจะสามารถคาดเห็นการเกิดขึ้นของผลได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีและจากประสบการณ์ชีวิตของผู้กระทำ

(3) การคาดหมายได้ถึงการเกิดขึ้นของผลในทางภาวะวิสัย (มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล) (Die objective Zurechenbarkeit des Erfolges) กล่าวคือ การก่อให้เกิดผลขึ้นและการละเมิดต่อหน้าที่ๆ จะต้องใช้ความระมัดระวังไม่ถือว่าเป็นการเพียงพอที่จะถือว่าครบองค์ประกอบความผิดในส่วนของความผิดด้วยกฎหมายของการกระทำโดยประมาท และเช่นเดียวกับกรณีของความผิดที่ต้องการผลของการกระทำโดยเจตนาที่จะต้องประกอบไปด้วยการคาดหมายได้ถึงการเกิดขึ้นของผลในทางภาวะวิสัย (มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล) ด้วย กล่าวคือ ผู้กระทำต้องมีการกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดผล และผลนั้นสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ปัญหาในเรื่องหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทนี้ นอกจากความเห็นของ Prof. Jescheck ซึ่งเป็นความเห็นฝ่ายข้างมากตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีความเห็นของ Prof. Roxin ซึ่งเป็นความเห็นของฝ่ายข้างน้อย เห็นว่าองค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทไม่ได้ถูกแบ่งออกเป็นสองส่วนเหมือนกับความเห็นของฝ่ายข้างมาก แต่การพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันนั้นจะต้องใช้หลักเกณฑ์ของทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von der objektiven Zurechnung) กล่าวคือ ผลของการกระทำที่เป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัยถือว่าเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาท ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาเงื่อนไขอื่นประกอบอีกซึ่งตามความเห็นของ Prof. Roxin เห็นว่าทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัยนั้น จะต้องพิจารณาเป็นสองขั้นตอนด้วยกัน กล่าวคือ

ขั้นตอนแรก ผลที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (die Lehre von Kausalzusammenhang) ซึ่งก็คือผลตามทฤษฎีเงื่อนไขนั่นเอง

ขั้นตอนที่สอง เป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้ รับอนุญาตต่อกรรมของการกระทำและเป็นผลที่อยู่ในขอบเขตขององค์ประกอบความผิด¹⁰¹

2.2.3 การแบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาท

การกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันนั้น แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) ประมาทโดยไม่รู้ตัว (unbewusste Fahrlässigkeit)

2) ประมาทโดยรู้ตัว (Bewusste Fahrlässigkeit)

1) ประมาทโดยไม่รู้ตัว (unbewusste Fahrlässigkeit) คือ การที่ผู้กระทำความผิดได้ กระทำการฝ่าฝืนความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ไปโดยไม่ได้คำนึงถึงโอกาสที่การกระทำของตนจะนำไปสู่การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ¹⁰² กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นกรณี ที่ผู้กระทำไม่อาจคาดล่วงหน้ามาก่อนเลยว่าผลจะเกิดขึ้น แต่เป็นการกระทำไปโดยขาดความระมัดระวัง

2) ประมาทโดยรู้ตัว (Bewusste Fahrlässigkeit) คือ การกระทำโดยประมาทที่เกิดขึ้น ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเห็นถึงภัยอันตรายที่ประจักษ์ที่มีต่อวัตถุที่คุ้มครองแล้ว แต่ผู้กระทำความผิดก็ยังเชื่อมั่นว่าจากความสามารถของตนหรือจากความโชคดีของตนภัยอันตรายที่ประจักษ์ นั้นจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ เป็นกรณีของการกระทำที่ผู้กระทำความผิดไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ได้กระทำไปโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัยแต่ก็ยังขึ้นทำลงไป โดยตนคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้ภัยนั้นเกิดขึ้นได้¹⁰³ ประมาทโดยรู้ตัว เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดอาจคาดคิดถึงความเป็นไปได้ของผลที่แน่ชัดแต่มิได้กระทำด้วยความระมัดระวังเพียงพอ เพื่อป้องกันผลนั้น¹⁰⁴

¹⁰¹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, อ้างแล้ว เติ้งอรรถที่ 99.

¹⁰² คณิต ฒ นคร, อ้างแล้ว เติ้งอรรถที่ 85, น. 275.

¹⁰³ เติ้งอ้าง, น. 276.

¹⁰⁴ Gt. Brit *supra* note 98, p. 79.