

มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 และบทที่ 3 ว่าการกระทำโดยประมาทคือการกระทำที่ผู้กระทำไม่ได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอ (ขาดหรือปราศจากความระมัดระวัง) ในการกระทำหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในการวินิจฉัยการกระทำโดยประมาทของผู้กระทำจึงต้องพิจารณาว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอแล้วหรือไม่ ปัญหาสำคัญจึงอยู่ที่เราจะนำสิ่งใดมาวัดความระมัดระวังของผู้กระทำ ทั้งนี้เนื่องจากความระมัดระวังของบุคคลนั้นมีอยู่หลายระดับซึ่งอาจมีมากหรือน้อยแตกต่างกันไป และบุคคลก็ไม่จำเป็นที่จะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างดีที่สุดเท่าที่มนุษย์จะทำได้หรือจะต้องใช้ความระมัดระวังมากเกินไปจนถึงขนาดไม่กล้ากระทำการใดๆ เลย เพราะในการดำเนินชีวิตประจำวันบุคคลอาจต้องมีการกระทำที่เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายบ้าง มิใช่ว่าบุคคลจะต้องเว้นการกระทำทั้งหลายที่เป็นการเสี่ยงภัยโดยเด็ดขาด¹ แต่ก็ได้หมายความว่าบุคคลจะสามารถกระทำการใดๆ ที่เป็นการเสี่ยงภัยได้ทุกอย่างไม่ใช้ความระมัดระวังเลย ดังนั้นระดับของความระมัดระวังของบุคคลนี้จะต้องอยู่ในระดับที่พอจะคุ้มมิให้เกิดความรับผิดชอบประมาทขึ้นเท่านั้น เพื่อมิให้บุคคลต้องใช้ความระมัดระวังมากหรือน้อยจนเกินไป จึงมีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องกำหนดมาตรฐานของความระมัดระวังสำหรับการกระทำโดยประมาทในทางอาญาไว้ ทั้งนี้เพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการวัดขนาดความระมัดระวังของบุคคลว่า ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอที่จะทำให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาฐานกระทำโดยประมาทหรือไม่ โดยหากผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังมากกว่าหรือเท่ากับมาตรฐานความระมัดระวังที่กฎหมายกำหนดก็ไม่ต้องรับผิดชอบกระทำโดยประมาท แต่หากผู้กระทำได้กระทำโดยใช้ความระมัดระวังที่ต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังที่กฎหมายได้กำหนดไว้ก็จะเป็นการกระทำโดยประมาท ซึ่งจะต้องรับผิดชอบทางอาญาฐานกระทำโดยประมาท จึงอาจกล่าวได้ว่า การกระทำโดยประมาทก็คือ การกระทำใดๆ ที่ผู้กระทำใช้ความระมัดระวังที่ต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย

¹จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น. 262.

มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลนี้เป็นมาตรฐานภายนอก (objective standard) ที่เราสมมติขึ้นเพื่อต้องการจะวัดว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำโดยประมาทหรือไม่ โดยไม่ได้นำเอาบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดมาตรฐานนี้ มาตรฐานความระมัดระวังที่ใช้ในเรื่องประมาทนั้น กำหนดขึ้นจากความประพฤติของบุคคลโดยทั่วไป โดยต้องถือเอามาตรฐานตามความต้องการของสังคมยิ่งกว่าการถือเอาความรู้สึกนึกคิดของแต่ละบุคคลเป็นหลักว่าอะไรควรทำและอะไรไม่ควรทำ² ในทางปฏิบัตินั้นเป็นเรื่องที่ต้องคำนึงดูว่า กฎหมายได้กำหนดมาตรฐานความระมัดระวังสำหรับการกระทำโดยประมาทไว้อย่างไร และหากผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานนั้นๆ แล้ว ก็ถือได้ว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ การกระทำนั้นจึงไม่เป็นการกระทำโดยประมาท หลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทในทางอาญานั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาททั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เช่น ประเทศเยอรมันและประเทศไทย โดยในแต่ละประเทศก็จะมีระดับหรือมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทในทางอาญาที่แตกต่างกันไป ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปโดยละเอียดในหัวข้อ 4.1 และ 4.2 โดยในหัวข้อ 4.1 นั้น จะกล่าวถึงมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายต่างประเทศซึ่งได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมัน และในหัวข้อ 4.2 จะกล่าวถึงมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทย

4.1 มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายต่างประเทศ

4.1.1 มาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

1) มาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายอังกฤษ

ตามที่ได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 2 ว่าการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษนั้น แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ความประมาทธรรมดา (Negligence) และความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ซึ่งในกรณีของความประมาทโดยจงใจนั้นยังได้มีการให้บทนิยามที่แตกต่างกัน ทำให้ความประมาทโดยจงใจตามกฎหมายอังกฤษสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ ซึ่งได้แก่

²บัญญัติ สุชีวะ, "ประมาท," บทบัญญัติ, เล่มที่ 21, ตอน 2, น. 278 (2506).

ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) และความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) ดังนั้นในการอธิบายถึงมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษผู้เขียนจะขออธิบายโดยแบ่งออกเป็น 1.1) มาตรฐานความระมัดระวังกรณีความประมาทธรรมดา (Negligence) 1.2) มาตรฐานความระมัดระวังกรณีความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) และ 1.3) มาตรฐานความระมัดระวังกรณีความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness)

1.1) มาตรฐานความระมัดระวังกรณีความประมาทธรรมดา (Negligence)

ตามที่ Glanville Williams³ ได้อธิบายไว้ว่า การกระทำโดยประมาท (negligence) คือ การละเลย (failure) ที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง (standard of care) ซึ่งมันเป็นหน้าที่ของผู้กระทำที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง ดังนั้นการกระทำโดยประมาทจึงเป็นการละเลยที่จะประพฤติปฏิบัติให้เหมือนกันกับวิญญูชน (a reasonable man) หรือบุคคลผู้มีความสุ่มรอบคอบ (prudent man) ในพฤติการณ์ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ต้องประพฤติปฏิบัติตนเช่นเดียวกับวิญญูชน

และตามที่ Richard Card⁴ ได้อธิบายไว้ว่า บุคคลจะมีความประมาทธรรมดา (negligence) ถ้าการกระทำของเขามีความสัมพันธ์กับการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายซึ่งสามารถเข้าใจได้โดยมีเหตุผลอันควร และการกระทำของเขาเป็นการกระทำซึ่งอยู่ต่ำกว่ามาตรฐานการกระทำซึ่งพึงคาดหวังได้จากวิญญูชน (reasonable person) เมื่อมองเห็นภัยอันตรายนั้น การกระทำโดยประมาทขึ้นอยู่กับมาตรฐานทางภาวะวิสัย (objective standard) ซึ่งก็คือ การกระทำของบุคคลที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน โดยมาตรฐานที่กฎหมายต้องการก็คือ การใช้หลักวิญญูชน (reasonable man) วิญญูชนจะต้องพึงระลึกว่าการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดผลขึ้นหรือพฤติการณ์ที่มีอยู่ในสถานการณ์ เช่นนั้นอาจก่อให้เกิดการกระทำความผิด ซึ่งการกระทำความผิดจะเป็นไปได้หรือไม่ ถ้าผู้กระทำได้คิดในสิ่งที่อาจเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้นซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำของผู้กระทำ อย่างไรก็ตาม แนวความคิดในเรื่องการกระทำโดยประมาทยังรวมถึง การที่ผู้กระทำคิดที่จะกระทำการที่น่าจะเป็นไปได้ที่จะเสี่ยงในภัยอันตรายที่มีอยู่และไม่มีเหตุผลที่จะกระทำเช่นนั้น และยังหมายความว่า

³Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, 2 ed. (London: Stevens & son, 1983), p. 88.

⁴Richard Card, Criminal Law, 12 ed. (London: Butterworths, 1992), p. 78.

รวมถึง กรณีที่ผู้กระทำมีความคิดที่จะเสี่ยงและได้กระทำลงโดยผู้กระทำเชื่อว่าจะสามารถหลีกเลี่ยงภัยอันตรายได้ และขั้นตอนการกระทำที่ผู้กระทำได้นั้นต่ำกว่ามาตรฐานการกระทำของวิญญูชน

ในคดี *People V. Rodriguez* 1960, 186 ca 2d 433,8 Cal Rptr 863. ได้ชี้ให้เห็นถึงการกระทำโดยประมาทว่า การกระทำใดจะเป็นการกระทำโดยประมาท ก็ต่อเมื่อจำเลยได้ฝ่าฝืนต่อการรับรู้ในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ และกระทำการเสี่ยงโดยไม่มีเหตุอันสมควร (perceive substantial and unjustified risks) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการเบี่ยงเบนอย่างมากจากวิญญูชนหรือจากมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน⁵

จะเห็นได้ว่ามาตรฐานความระมัดระวังสำหรับกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษ ก็คือ มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน (reasonable man)⁶ นั่นเอง กล่าวคือ ถ้าจำเลยกระทำในสิ่งซึ่งวิญญูชน (reasonable man) จะไม่กระทำ ต้องถือว่าจำเลยเป็นผู้ประมาทธรรมดา (negligence) และเราเรียกการทดสอบความประมาทธรรมดาในรูปของวิญญูชน (reasonable man or prudent man) ว่าเป็น “มาตรฐานในทางภาวะวิสัย” (objective standard)

⁵ *Ibid.* p. 80.

⁶ วิญญูชน (reasonable man or prudent man) ในแนวความคิดนี้ไม่ได้หมายถึง คนธรรมดา (the man in the street) ที่ตามตำนานถือว่าการรวมกันระหว่างนักปราชญ์กับคนโง่เขลา ในทางกฎหมายคำว่า “วิญญูชน (reasonable man or prudent man)” เป็นการสมมติบุคคลผู้ซึ่งเป็นแบบอย่างที่ดีขึ้นมา กล่าวคือ เป็นผู้มีความระมัดระวัง มีความรอบคอบ และเป็นผู้ที่ความคิดมีเหตุผล ซึ่งผู้พิพากษาถือว่าเป็นบุคคลผู้เป็นแบบอย่างที่ดีนั้นเป็นรูปแบบของความประพฤติ (model of behavior) ในความเป็นจริงบางครั้งวิญญูชนผู้เป็นแบบอย่างที่ดีก็คือบุคคลธรรมดา (ordinary man) หรือคนทั่วๆ ไป (average man) นั่นเอง ในการพิจารณการกระทำของจำเลยจะต้องพิจารณาจากการกระทำของบุคคลธรรมดา (ordinary man) ว่าควรจะประพฤติปฏิบัติตนเช่นไร แต่จะต้องไม่ใช่เป็นการกระทำเพื่อแก้ตัวให้พ้นจากความประมาทโดยการแสดงให้เห็นว่าบุคคลอื่นมีแนวโน้มที่จะกระทำเช่นเดียวกับที่จำเลยได้กระทำ วิญญูชน (reasonable man or prudent man) ถือเป็นคนผู้อยู่ในอุดมคติ มีศีลธรรม มีมโนธรรม และมีความสำนึกซึ่งมิได้เป็นการกำหนดมาตรฐานที่สูงมากจนกระทั่งไม่สามารถที่จะเป็นไปได้ในการดำเนินชีวิตตามปกติ See Glanville Williams, *supra* note 3, p. 89.

เนื่องจากการทดสอบนี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการค้นหาสิ่งซึ่งอยู่ในจิตใจของจำเลย⁷ ความประมาทธรรมดา (negligence) ใช้การทดสอบแบบภาวะวิสัย (objective test) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สภาพจิต (state of mind) ของจำเลยไม่มีความสัมพันธ์ในการพิจารณาตัดสินว่าจำเลยมีความประมาทธรรมดาหรือไม่ และไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาหรือมองเห็นภัยอันตรายล่วงหน้าได้ แต่จะต้องพิจารณาที่การกระทำของจำเลยว่าเป็นการกระทำด้วยวิธีซึ่งมีเหตุผลอันควรในพฤติการณ์ต่างๆ หรือไม่ ถ้าจำเลยกระทำในสิ่งซึ่งวิญญูชน (reasonable person) จะไม่กระทำ ต้องถือว่าจำเลยเป็นผู้ประมาทธรรมดา (negligence) ตัวอย่างเช่น ถ้าขณะที่จำเลยกำลังขับรถจำเลยได้ขับรถชนรถคันหน้า การตัดสินว่าจำเลยเป็นผู้ประมาทธรรมดาหรือไม่ คุณจะถามอย่างง่ายๆ ว่าวิญญูชนซึ่งอยู่ในฐานะเช่นเดียวกับจำเลยจะขับรถชนรถคันอื่นหรือไม่ (a reasonable person in D's shoes have crashed the car or not) ถ้าคนขับรถผู้เป็นวิญญูชน (reasonable driver) จะขับรถชนรถคันอื่นเช่นเดียวกัน ดังนั้นจำเลยไม่เป็นผู้ประมาทธรรมดา แต่ถ้าวิญญูชนไม่ได้ขับรถเร็วเท่าจำเลย หรือห้ามล้อรถไว้ได้ทันและหลีกเลี่ยงอุบัติเหตุได้ ดังนั้นจำเลยเป็นผู้ประมาทธรรมดา⁸

ความประมาทธรรมดา (negligence) เป็นการละเลยที่จะกระทำตามมาตรฐานในทางภาวะวิสัย (objective standard) ซึ่งเป็นมาตรฐานของความรับผิดชอบ (a standard of liability) ความประมาทธรรมดา (negligence) เป็นการกระทำซึ่งเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานที่คาดหมายได้จากวิญญูชน (a reasonable person) ดังนั้นในการพิสูจน์ถึงความประมาทของจำเลยจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยรู้ตัวว่าเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งอาจมีผลทำให้เกิดอันตรายขึ้นหรือไม่ เราเพียงแต่แค่พิสูจน์ว่าการกระทำของจำเลยแตกต่างจากการกระทำของวิญญูชนซึ่งเป็นมาตรฐานในทางภาวะวิสัย (objective standard) และเมื่อจำเลยไม่สามารถทำตามมาตรฐานในทางภาวะวิสัย (objective standard) สภาพจิตของเขาจะเป็นอะไรก็ตาม เขาก็จะต้องรับผิดชอบ⁹ มาตรฐานการกระทำของวิญญูชนนั้น บางครั้งอาจถูกกำหนดไว้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ในบางครั้งก็อาจเป็นไปตามหลักสามัญสำนึกซึ่งในตัวของมันเองไม่มีแรงบังคับในทาง

⁷ Glanville Williams, *supra* note 3, p. 88.

⁸ Jonathan Herring, Criminal Law Text, Cases, and Materials, (New York: Oxford University Press Inc., 2004), p. 165.

⁹ John Smith, Smith & Hogan Criminal Law, 10 ed. (London: Butterworths Lexisnexis, 2002), p. 108.

กฎหมาย เป็นกฎเกณฑ์ที่รู้จักกันดีในสังคม ตัวอย่างเช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการเกี่ยวกับอาวุธปืน กล่าวคือ บุคคลไม่ควรจะปล่อยให้กระสุนปืนบรรจุอยู่ในปืน หรือเล็งปืนไปยังผู้อื่นแม้จะเชื่อว่าเป็นไม่มีกระสุนปืนบรรจุอยู่ หรือในการขับรถไม่ควรจะขับแข่งรถคันหน้าในบริเวณทางโค้งซึ่งไม่สามารถจะมองเห็นรถที่ขับสวนมาอีกด้านหนึ่งได้ เป็นต้น กฎเกณฑ์เหล่านี้เป็นเพียงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสุ่มรอบคอบเท่านั้น มิได้เป็นกฎหมายอย่างชัดแจ้ง การที่บุคคลคนหนึ่งไม่สามารถที่จะสังเกตกฎเกณฑ์ต่างๆ เหล่านี้ จะต้องถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท (negligence)¹⁰

ในบางครั้งบุคคลอาจใช้ความระมัดระวังทั้งหมดซึ่งเขาสามารถทำได้ แต่เขาอาจขาดความระมัดระวัง (careless) หรือประมาทเลินเล่อ (negligent) เพราะเขาไม่สามารถที่จะไปถึงมาตรฐานที่เป็นภาวะวิสัย (objective standard) เขาอาจเชื่อโดยสุจริต (bona fide) ว่าเขาไม่ได้ทำให้ผู้อื่นตกอยู่ในอันตราย แต่อาจถือว่าเขามีความประมาทในการที่เชื่อเช่นนั้น เช่น บุคคลซึ่งในขณะนั้นไม่มีความสามารถที่จะขับรถได้ฝืนขับรถ เขาอาจถูกตัดสินว่าขับรถ “โดยไม่มีความระมัดระวังและไม่มีความเอาใจใส่ตามสมควร” (without due care and attention) แม้ว่าเขาจะได้พยายามขับรถอย่างดีที่สุดแล้ว บุคคลผู้ซึ่งขาดความระมัดระวังเป็นบุคคลผู้ซึ่งไม่มีความระมัดระวังซึ่งเขาควรมี ไม่ว่าจะรู้หรือไม่ก็ตามว่าเขาได้กระทำโดยมีความระมัดระวังหรือไม่ ต้องถือว่าเขากระทำโดยประมาท¹¹

1.2) มาตรฐานความระมัดระวังกรณีความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness)

ในคดี Cunningham ในปี ค.ศ.1957 จำเลยตั้งเครื่องวัดแก๊สจากกำแพงในห้องเก็บของใต้ถุนตึกของบ้านที่ไม่มีผู้อาศัยเพื่อขโมยเงินในนั้น เขาปล่อยให้แก๊สไหลพุ่งออกมา แก๊สรั่วเข้าไปในบ้านที่อยู่ข้างเคียง และ P ได้สูดแก๊สเข้าไปทำให้เป็นอันตรายต่อชีวิตของ P จำเลยถูกพิพากษาลงโทษว่ามีความผิดตามมาตรา 23 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยบุคคล ค.ศ.1861 เป็นความผิดเกี่ยวกับการวางยาที่เป็นพิษโดยมีเจตนาร้ายเพื่อทำให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต แต่ต่อมาศาลอุทธรณ์แผนกคดีอาญาได้กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ตัดสินลงโทษจำเลย โดยศาลได้กล่าวว่า จำเลยจะมีความผิดก็ต่อเมื่อจำเลยจะต้องมองเห็นผลล่วงหน้าว่าอาจทำให้เกิดภัยอันตรายได้ และยังคงฝ่าฝืนที่จะทำให้เกิดภัยอันตรายต่อไป¹² ดังนั้น Cunningham จึงไม่มีความผิดเว้นแต่เขา

¹⁰Glanville Williams, *supra* note 3, p. 92.

¹¹*Ibid.* p. 90.

¹²John Smith, *supra* note 9, p. 78

จะรู้ว่าเมื่อเขาทำลายเครื่องวัดแก๊สหรือปล่อยยี่ห้อแตกมีแก๊สไหลพุ่งออกมานั้น อาจจะทำให้คนบางคนสะดุ้งเข้าไป มันไม่เพียงพอที่จะกล่าวได้ว่า ถ้าจำเลยหยุดคิดก็จะปรากฏชัด (obvious) ต่อเขาว่าเป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภยันตรายขึ้น เขาจะต้องรู้โดยแท้จริงว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภยันตรายอยู่ และเขาได้คิดแล้วจึงทำการเสี่ยงต่อภยันตรายเช่นนั้นขึ้น¹³

หลังจากมีคำตัดสินในคดี Cunningham ต่อมาได้มีคำตัดสินในคดี Parker ในปี 1977 ซึ่งเป็นการตัดสินโดยใช้บทนิยามความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) แต่ได้มีการขยายบทนิยามความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham ออกไปเพื่อให้รวมถึงกรณีที่บุคคลได้กระทำลงโดยการปราศจากความยั้งคิดในขณะนั้น ถ้าพูดโดยทั่วไปก็อาจจะกล่าวได้ว่า "ฉันทำโดยปราศจากความยั้งคิด" (I acted without thinking) หรือ "ฉันทำโดยไม่ได้คิด" (I just didn't think)¹⁴

ในคดี R v Parker (1977) 2 All ER 37

Daryl Parker ถูกปรับเป็นเงิน 10 ปอนด์ 75 เพนนี หลังจากกระทำความผิดอาญาฐานทำให้ตู้โทรศัพท์เกิดความเสียหาย ในตอนเย็นหลังเลิกงาน เขานั่งรถไฟจากลอนดอนเพื่อกลับบ้าน แต่เขาเผลอนอนหลับจนเลยสถานีที่เขาจะลง เขาถูกเรียกเก็บค่าโดยสารในการเดินทางที่ไกลเกินกว่าราคาตั๋วที่ได้อนุญาตไว้ เขาพยายามโทรศัพท์เรียกกรรมาธิการแต่โทรศัพท์ใช้ไม่ได้ เขาจึงวางหูโทรศัพท์โดยกระทกอย่างแรงและเป็นผลทำให้โทรศัพท์ได้รับความเสียหาย¹⁵

จำเลยปฏิเสธว่าเขาได้รู้ถึงการเสี่ยงต่อภยันตรายในเวลาที่เขาทำนั้นเองเขาไม่ได้รู้ถึงความเสี่ยงเช่นนั้นมาก่อน ศาลอุทธรณ์ยืนยันการตัดสินลงโทษเขาในความผิดฐานทำให้เสียหายโดยประมาทโดยจงใจ (criminal damage recklessly) แม้ว่าเขาจะให้การต่อสู้คดีว่าเขาไม่รู้มาก่อนว่าการกระทำของเขาอาจจะทำให้โทรศัพท์ได้รับความเสียหาย ศาลถือว่าเขาต้องรู้ว่าการที่เขากระทำเช่นนั้นมันสามารถทำให้วัตถุแตกหักได้ ถึงแม้ว่าการรู้เช่นนั้นจะไม่ได้ปรากฏขึ้นในใจเขาตั้งแต่แรกก็ตาม เขาปิดกั้นความคิดตัวเองอย่างเห็นได้ชัดหรือปิดกั้นการรับรู้ขณะที่กระทำ ผลก็คือมีการขยายกรอบระยะเวลาการรู้ตัวของจำเลยจากในขณะที่กำลังกระทำเป็นในเวลาก่อนที่จะกระทำและภายหลังที่ได้กระทำแล้วด้วย กล่าวคือ เมื่อไหร่ก็ตามที่จำเลยควรที่จะตอบคำถามว่าจะไร

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 5 ed. (New York: Oxford University Press Inc., 2006), p. 183.

¹⁵ Jonathan Herring, *supra note 8*, p. 151.

จะเกิดขึ้นถ้าคุณกระแทกหูโทรศัพท์ลงหรือพุดง่ายๆว่ามันจะแตก เหตุผลที่มีการขยายกรอบระยะเวลา ก็เพื่อที่จะป้องกันมิให้คนที่ไม่ควบคุมอารมณ์ตนเองไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำ ซึ่งเป็นสิ่งที่สังคมไม่ต้องการ สังคมมองว่าคนควรที่จะควบคุมอารมณ์ของตนเอง¹⁶

ซึ่งจากคำพิพากษาในคดี Cunningham ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) มีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่สองประการ คือ

(1) จำเลยจะต้องรู้ตัว (awareness) ว่ามีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งอาจทำให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ และ

(2) การเสี่ยงต่อภัยอันตรายเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable) สำหรับจำเลยที่จะทำการเสี่ยงภัยเช่นนั้น

ในส่วนขององค์ประกอบประการแรกที่ว่า จำเลยจะต้องรู้ตัว (awareness) ว่ามีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายนั้น การจะพิจารณาว่าจำเลยรู้ตัว (aware) ว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากจิตใจของจำเลยเองว่ารู้หรือไม่ว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุอันสมควร (unjustifiable risk) ซึ่งเป็นการพิจารณาในทางอัตวิสัย (subjective) กล่าวคือ ต้องพยายามมองเข้าไปถึงจิตใจของผู้กระทำความผิด เพื่อจะทำให้ทราบว่าผู้กระทำได้ตระหนักถึงภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นและผู้กระทำก็ยังคงกระทำการนั้นต่อไปโดยไม่ลังเล ซึ่งในทางอัตวิสัย (subjective) จึงเป็นมาตรฐานหรือสภาวะจิตของการกระทำความผิดโดยแท้จริง¹⁷ ซึ่งในเรื่องนี้ Glanville Williams กล่าวว่า เราต้องยอมรับว่าทฤษฎีอัตวิสัย (subjective) เป็นอุดมคติที่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างสมบูรณ์ในการตัดสินในทุกคดี ดังนั้นถ้าหากว่าเราใช้ทฤษฎีอัตวิสัย เราจะต้องใช้อะไรบางอย่าง เช่น การทดสอบในทางภาวะวิสัย (objective test) ด้วย กล่าวคือ ถ้าคณะลูกขุนใช้ทฤษฎีว่าด้วยอัตวิสัย คณะลูกขุนควรคำนึงถึงตัวเขาเองในฐานะที่เขาเป็นจำเลยในคดีนั้นว่าเขาได้มองเห็นถึงภัยอันตรายล่วงหน้าหรือไม่ และถ้าหากว่ามีอะไรบางอย่างในข้อเท็จจริงที่ชี้ให้เห็นว่าจำเลยไม่ได้ขอการเสี่ยงภัย จำเลยเพียงแต่ขาดความระมัดระวังหรืออาจไม่มีความระมัดระวังในช่วงขณะหนึ่งเท่านั้น เขาควรได้รับการปล่อยตัวในความผิดฐานประมาทโดยจงใจโดยใช้ทฤษฎีว่าด้วยอัตวิสัย¹⁸

¹⁶ Andrew Ashworth, *supra* note 14, p. 183.

¹⁷ Richard Card, *supra* note 4, p. 67.

¹⁸ Glanville Williams, *supra* note 3, p. 98.

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรฐานความระมัดระวังกรณีความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) เป็นการพิจารณาในทางอัตวิสัย (subjective) กล่าวคือ เป็นการพิจารณาจากจิตใจของจำเลยเองว่ารู้หรือไม่ว่าเป็นการเสี่ยงต่อภยันตราย

โดยในเรื่องนี้ Byrne J. ได้กล่าวว่า ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) หมายถึง กรณีที่จำเลยในคดีอาญา (the accused) มองเห็นล่วงหน้า (foreseen) ว่าภยันตรายอาจจะเกิดขึ้นได้ แต่เขาก็ยังคงกระทำการเสี่ยงต่อภยันตรายต่อไป ซึ่งจากบทนิยามนี้มีสาระสำคัญ 2 ประการ คือ ประการที่แรก ต้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยในคดีอาญามองเห็นล่วงหน้าได้ว่าการเสี่ยงต่อภยันตราย แต่เขาไม่สามารถมองเห็นได้ว่าภยันตรายที่น่าจะเกิดขึ้นนี้จะเป็นภยันตรายที่ร้ายแรง ประการที่สอง จะต้องไม่ใช่กรณีที่ภยันตรายเป็นเรื่องที่ปรากฏชัด (obvious) ต่อบุคคลหรือวิญญูชน (a reasonable person) สามารถมองเห็นภยันตรายล่วงหน้าได้ โดยในประเด็นนี้ได้มีการยกตัวอย่างไว้ในคดี Stephenson (1979)¹⁹

ในคดี Stephenson (1979) จำเลยในคดีนี้ป่วยเป็นโรคจิตเภทประเภทหนึ่งซึ่งมีอาการเก็บตัว (schizophrenia) เขาได้ป้อนหม้อแกงเพื่อที่จะนอน แต่ต่อมาเขารู้สึกหนาวจึงจุดไฟ เมื่อเขาจุดไฟในกองหม้อแกงเป็นเหตุให้ไฟไหม้กองหม้อแกง มีหลักฐานทางการแพทย์ให้ความเห็นว่า จำเลยไม่มีความสามารถที่จะมองเห็น (foresee) ถึงการเสี่ยงต่อภยันตรายดังเช่นคนที่มีสภาพจิตปกติได้ เนื่องจากเขาป่วยจึงไม่รู้ว่าในการจุดไฟในกองหม้อแกงมีภยันตรายเกิดขึ้นในกองหม้อแกง แม้ว่าอันตรายที่เกิดจากการจุดไฟในกองหม้อแกงจะเป็นเรื่องที่ชัดเจน (obvious) และคนส่วนใหญ่สามารถมองเห็นถึงอันตรายล่วงหน้าได้ แต่จำเลยในคดีนี้ไม่อาจมองไม่เห็นอันตรายล่วงหน้าได้ ดังนั้นเขาจึงไม่มีความประมาทโดยจงใจตามแนวความคิดของ Cunningham²⁰ คดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นที่ตัดสินลงโทษจำเลย และได้วางหลักไว้ว่ากรณีจะเป็นประมาทโดยจงใจ (recklessness) ผู้กระทำจะต้องมองเห็นถึงการเสี่ยงต่อภยันตรายนั้นได้อย่างแท้จริง (actually foresee) คำตัดสินนี้เป็นการยืนยันถึงหลักของความยุติธรรมเฉพาะบุคคล (individual fairness) ในการให้คำจำกัดความประมาทโดยจงใจในทางอัตวิสัย (subjective)²¹

แต่ในส่วนขององค์ประกอบประการที่สองในเรื่องที่ว่า จะต้องเป็นการเสี่ยงต่อภยันตรายที่ไม่สมควรหรือไม่มีเหตุผลอันสมควร (unjustified or unreasonable) องค์ประกอบนี้

¹⁹ Jonathan Herring, *supra* note 8, pp. 150-151.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Andrew Ashworth, *supra* note 14, p. 183.

เป็นองค์ประกอบทางภาวะวิสัย (objective element)²² โดยต้องให้การทดสอบในทางภาวะวิสัย (objective) กล่าวคือ การเสี่ยงต่อภัยอันตรายเป็นเรื่องมีเหตุผลอันควรหรือไม่จะต้องพิจารณาโดยใช้มาตรฐานของบุคคลธรรมดาและวิญญูชน (the standards of the ordinary and reasonable person) ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าจำเลยคิดว่าการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเป็นเรื่องมีเหตุผลอันควรหรือไม่มีเหตุผลอันสมควร²³

ด้วยเหตุที่การที่การพิจารณาความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) เป็นการพิจารณาในทางอัตวิสัย (subjective) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนขององค์ประกอบในเรื่องการรู้ตัวว่าเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตราย ซึ่งในบางครั้งก็ยากที่จะรู้ถึงจิตใจของจำเลยได้ จึงทำให้เกิดการโต้เถียงกันในเรื่องอัตวิสัยและภาวะวิสัย (subjective – objective) ว่าควรที่จะใช้มาตรฐานความระมัดระวังกรณีความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) ซึ่งเป็นการพิจารณาในทางอัตวิสัย (subjective) หรือควรที่จะใช้มาตรฐานความระมัดระวังกรณีความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) ซึ่งเป็นการพิจารณาในทางภาวะวิสัย (objective) ในการพิจารณาความประมาทโดยจงใจของจำเลย ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์อย่างละเอียดต่อไปในบทที่ 5

1.3) มาตรฐานความระมัดระวังกรณีความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness)

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

(1) เขาได้กระทำลงโดยปรากฏชัดเห็นจริงว่ามีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายอย่างเห็นได้ชัด (มีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ปรากฏชัด) (obvious risk) ซึ่งจะทำให้ทรัพย์สินถูกทำลายหรือถูกทำให้เสียหาย และ (2) ในขณะที่เขาได้กระทำนั้นเขาไม่ได้คิดว่าอาจจะมียันตรายอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น หรือเขาคิดว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายบางอย่าง แต่ไม่ว่าอย่างไรเขาก็จะทำการที่เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายต่อไป²⁴

²² *Ibid.* p. 182.

²³ Jonathan Herring, *supra* note 8, p. 152.

²⁴ Andrew Ashworth, *supra* note 14, p. 185.

ดังนั้นความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) จึงมีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ คือ

1) จำเลยกระทำการที่เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจน (เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ปรากฏชัด) (obvious risk) และ

2) ในขณะที่เขากระทำนั้นเขาไม่ได้คิดว่าอาจจะมีภัยอันตรายอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น หรือเขาคิดว่าการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายบางอย่าง แต่ไม่ว่าอย่างไรเขาก็จะกระทำการที่เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายต่อไป

ในเรื่องของมาตรฐานความระมัดระวังกรณีความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) นั้น ประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาคือ การเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจน (การเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ปรากฏชัด) (obvious risk) นั้น จะต้องเป็นภัยอันตรายที่ปรากฏชัดต่อใคร กล่าวคือ จะต้องเป็นภัยอันตรายที่ปรากฏชัดต่อจำเลยแต่ละคน (individual defendant) หรือต่อวิญญูชน (reasonable person) หรือต่อวิญญูชนผู้มีลักษณะของจำเลย (reasonable person with the defendant's characteristics)

ในคดี 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) ในคดีนี้จำเลยต่อสู้ว่าเขาเมามากจนกระทั่งการเสี่ยงต่อภัยอันตรายไม่เคยผ่านเข้ามาในจิตใจของเขาว่าอาจจะทำให้ผู้อื่นได้รับอันตราย คำวินิจฉัยในคดี Caldwell มีข้อความหลายตอน ซึ่งเสนอแนะว่าการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ “ปรากฏชัด” (obvious) หมายถึง ปรากฏชัดต่อจำเลยแต่ละคน (individual defendant) แต่มีการโต้แย้งอย่างมากในการสนับสนุนความคิดนี้ โดยมองว่าแม้จำเลยจะอ้างว่าเขาเมามากจนกระทั่งการเสี่ยงต่อภัยอันตรายไม่เคยผ่านเข้ามาในจิตใจของเขาว่าอาจจะทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายหรือภัยอันตรายไม่ได้ปรากฏชัดต่อเขา แต่ศาลก็พิจารณาว่าการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนี้ปรากฏชัดต่อวิญญูชนแล้ว จำเลยจึงต้องรับผิด

และในคดี Lawrence ซึ่งมีการตัดสินในวันเดียวกันนั้น ในคดี Lawrence จำเลยเชื่อว่าเขาได้รับการดลใจจากพระเจ้า เขาขับรถไปยังที่หมายหลายแห่งรวมทั้งประตูแห่ง Butlin's Holiday Camp ซึ่งเขาคิดว่าเป็นความชั่วร้าย เขาไม่ใช้บุคคลวิกลจริตในทางกฎหมาย ศาลอุทธรณ์ถือว่าการให้สิทธิลักษณะลูกขุนที่จะสรุปว่าจำเลยไม่ให้ความคิด (given no thought) ต่ออันตรายที่อาจจะเกิดขึ้น การที่เขาไม่สามารถมองเห็นภัยอันตรายล่วงหน้าได้มันไม่ใช่เรื่องสำคัญ

และข้อเท็จจริงที่เขาเชื่อว่าเขาได้รับการดลใจจากพระเจ้าเป็นเพียงการอธิบายว่าทำไมเขาไม่ให้ความคิดต่ออันตรายใดๆ ที่อาจจะเกิดขึ้น ซึ่งไม่มีความสัมพันธ์กัน²⁵ และศาลได้กล่าวว่า จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าเป็นการต่อเสี่ยงภัยอันตราย “ที่เห็นได้อย่างชัดเจนและร้ายแรง” (obvious and serious) ซึ่งนั่นหมายความว่าวิญญูชนโดยทั่วไป (ordinary prudent person) จะไม่มองข้ามการเสี่ยงต่ออันตรายเช่นนั้น²⁶ กล่าวคือ ในคดี Lawrence สภากุขนางมองไปที่ “ผู้ขับขี่ที่เป็นวิญญูชน” (ordinary prudent motorist)

จากคำพิพากษาดัดสินในคดี Caldwell และในคดี Lawrence จะเห็นได้ว่ามาตรฐานความระมัดระวังกรณีความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) ก็คือ การเสี่ยงต่ออันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจน (การเสี่ยงต่ออันตรายที่ปรากฏชัด) (obvious risk) จะต้องเป็นภัยอันตรายที่ปรากฏชัดต่อวิญญูชน (reasonable person) ดังนั้น การพิจารณาว่าบุคคลเป็นผู้ประมาทโดยจงใจ (reckless) ตามแนวความคิดความประมาทโดยจงใจของ Caldwell หรือไม่ จะต้องพิจารณาจากจิตใจของวิญญูชนว่าจะมีปฏิกิริยาต่อสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกันนี้อย่างไร ถ้าไม่มีอะไรในพฤติการณ์ซึ่งวิญญูชนควรใช้ความระมัดระวังเพื่อป้องกันการเกิดอันตรายซึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้ จึงไม่ควรที่จะกล่าวว่าร้ายแรงเป็น “ผู้ประมาทโดยจงใจ”²⁷

ประเด็นนี้ได้รับการพิจารณาต่อมาในคดี Elliott v C ในปี 1983 เด็กหญิงอายุ 14 ปีคนหนึ่งผู้มีปัญหาในเรื่องการเรียนรู้ (ปัญญาอ่อน) ซึ่งออกจากบ้านไปทั้งคืนโดยไม่ได้นอนและไม่ได้รับประทานอาหาร เธอเข้าไปในโรงเก็บของในสวนแห่งหนึ่ง เธอได้เทน้ำมันก๊าดลงบนพื้นและขว้างไม้ขีดไฟที่จุดไฟแล้วสองก้านลงบนพื้น เพลิงลุกไหม้และโรงเก็บของถูกไฟไหม้ เธอถูกกล่าวหาว่ามีความผิดฐานลอบวางเพลิง ตามมาตรา 1(2) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้เสียหาย ทรัพย์ ค.ศ.1971 (the Criminal Damage Act 1971) ศาลกล่าวว่าในคดี Caldwell ลอร์ด Diplock ทำให้ชัดเจนว่าจะต้องใช้การทดสอบวิญญูชน (reasonable person) ว่าวิญญูชนจะรู้ (realized) หรือไม่ว่าการเทน้ำมันก๊าดลงบนพื้นและจุดไฟจะก่อให้เกิดอันตรายซึ่งจะทำให้โรงเก็บของเสียหาย ไม่ใช่การพิจารณาว่าภัยอันตรายเป็นสิ่งที่ปรากฏชัดต่อจำเลยหรือไม่ หรือไม่ใช่การพิจารณาว่าภัยอันตรายเป็นสิ่งที่ปรากฏชัดต่อวิญญูชนผู้มีวัยและความสามารถทางจิตใจ

²⁵Michael Jefferson, *Criminal Law*, 5 ed. (Harlow England: Longman, 2001), p. 113.

²⁶Andrew Ashworth, *supra note 14*, p. 185.

²⁷Jonathan Herring, *supra note 8*, p. 155.

เช่นเดียวกับจำเลย (a reasonable person of the defendant's age and mental abilities) หรือไม่ แม้ว่าเด็กหญิงผู้นั้นจะไม่สามารถพิจารณาได้ว่าการกระทำของเธอจะก่อให้เกิดภัยอันตราย แต่ถ้าภัยอันตรายเป็นเรื่องที่ชัดเจนต่อวิญญูชน (reasonable person) เธอจึงมีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์²⁸

และในคดี Stephen Malcolm R เด็กชายคนหนึ่งอายุ 15 ปี ซึ่งได้ขว้างลูกกระเบิดไปใกล้หน้าต่างห้องนอนของเด็กหญิงคนหนึ่ง เขาถูกพิพากษาลงโทษฐานลอบวางเพลิง ตามมาตรา 1 (2) (b) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ค.ศ.1971 (the Criminal Damage Act 1971) เด็กชายต่อสู้ว่าเขาไม่ได้เป็นผู้ประมาทโดยจงใจไม่ว่าจะมีผู้ใดได้รับอันตรายถึงชีวิตหรือไม่ เพราะเขาไม่รู้ว่าถ้าเขาปาลูกกระเบิดเข้าไปทางหน้าต่าง ลูกกระเบิดอาจจะฆ่าเด็กหญิงได้ ศาลกล่าวว่าผู้พิพากษาต้องใช้การทดสอบอย่างถูกต้องเกี่ยวกับวิญญูชน (ordinary prudent man) และปฏิเสธการโต้แย้งว่าจำเลยจะเป็นผู้ประมาทโดยจงใจ ถ้าเขาได้กระทำการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายที่ปรากฏชัดแก่บุคคลผู้อยู่ในวัยเดียวกันกับเขา (his age) และมีลักษณะเช่นเดียวกันกับเขา (his characteristics)²⁹

แต่การตัดสินในคดี Elliott v C ทำให้เกิดการโต้เถียงกันอย่างมากในหมู่นักวิชาการ ซึ่งเหตุผลที่ทำให้เกิดการโต้เถียงกันอย่างรุนแรงก็คือ เรื่องนี้ก่อให้เกิดการลงโทษจำเลยซึ่งละเลยที่จะมองเห็นภัยอันตรายซึ่งเธอไม่มีความสามารถที่จะมองเห็นภัยอันตรายล่วงหน้าได้ จำเลยมีความรับผิดชอบเนื่องจากไม่สามารถที่จะมองเห็นภัยอันตรายล่วงหน้าเพราะเงื่อนไขทางด้านจิตใจ (mental condition) ของเธอทำให้เธออาจจะไม่มีความสามารถที่จะมองเห็นภัยอันตรายล่วงหน้าได้ ซึ่งความหยาบของวิธีศึกษาเรื่องนี้ จะเห็นได้จากตัวอย่างดังต่อไปนี้ คนตาบอดคนหนึ่งกำลังเดินไปตามบาทวิถีและเดินชนรถจักรยานซึ่งจอดอยู่บนบาทวิถี เขาทำให้รถจักรยานเสียหาย เนื่องจากภัยอันตรายเป็นเรื่องชัดเจนต่อวิญญูชนผู้มีสายตาดี คนตาบอดจึงเป็นผู้ประมาทโดยจงใจตามแนวความคิดของ Caldwell เพราะเขาไม่สามารถมองเห็นภัยอันตราย³⁰ เรื่องนี้เป็นเรื่องที่เกิดคดีซึ่งผู้เขียนจะนำปัญหาในเรื่องนี้มาทำการวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

2) มาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ใน Model Penal Code Section 2.02 (c) และ (d) ได้ให้คำนิยาม “ความประมาทธรรมดา” (Negligence) และ “ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ไว้ดังนี้

²⁸ *Ibid.* p. 156.

²⁹ John Smith, *supra* note 9, p. 81.

³⁰ Jonathan Herring, *supra* note 8, p. 156.

(c) ประมาทโดยจงใจ (Recklessly)³¹

“การกระทำของบุคคลจะเป็นความประมาทโดยจงใจก็ต่อเมื่อ บุคคลนั้นเพิกเฉยต่อการเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งได้กระทำลงโดยรู้ตัว และการเสี่ยงเช่นว่านี้เป็นความเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่สมควรซึ่งเกิดจากการกระทำของเขา การเสี่ยงต่อภัยอันตรายนี้ต้องมีลักษณะและระดับของความเสี่ยง โดยพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำของผู้กระทำ ตลอดจนพฤติการณ์ต่างๆ ที่ผู้กระทำรู้ การเพิกเฉยต่อการเสี่ยงนี้รวมถึงการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานการกระทำของบุคคลซึ่งเคารพต่อกฎหมาย (บุคคลทั่วไป) (law-abiding person) ที่จะปฏิบัติในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ”

(d) ประมาทธรรมดา (Negligently)³²

“การกระทำของบุคคลจะเป็นความประมาทธรรมดาก็ต่อเมื่อ บุคคลนั้นควรที่จะใช้ความระมัดระวังในการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่สมควรซึ่งเกิดจากการกระทำของเขา การเสี่ยงต่อภัยอันตรายดังกล่าวต้องมีลักษณะและระดับที่ผู้กระทำละเลยที่จะรู้ถึงความเสี่ยงนั้น โดยพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นๆ ตลอดจนพฤติการณ์ต่างๆ ที่ผู้กระทำรู้ รวมถึง

³¹Section 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, Cliff Roberson, *Principle of Criminal Law*, 2 ed. (Boston: Allyn and Bacon, 2001), p. 45.

³²Section 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, Cliff Roberson, *supra note 31*, p. 45.

การเบี่ยงอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานความระมัดระวังซึ่งวิญญูชน (reasonable person) พึงจะปฏิบัติในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ”

และตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การกระทำโดยประมาท (negligence) เป็นการกระทำใดๆ ซึ่งต่ำกว่ามาตรฐานที่บัญญัติไว้โดยกฎหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลอื่นๆ ให้พ้นจากภัยอันตรายที่เกิดจากการเสี่ยงที่ไม่มีเหตุอันสมควร (unreasonable risk)³³ รวมถึงการเบี่ยงอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานความระมัดระวังซึ่งวิญญูชน (reasonable person) พึงจะปฏิบัติในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ มาตรฐานที่บัญญัติไว้โดยกฎหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลอื่นๆ ให้พ้นจากภัยอันตรายนั้นก็คือ มาตรฐานความระมัดระวังซึ่งเป็นมาตรฐานการกระทำ (standard of conduct) ซึ่งทุกคน จะต้องปฏิบัติตามเพื่อหลีกเลี่ยงความประมาท ดังนั้นมาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจึงหมายถึง มาตรฐานการกระทำของวิญญูชน (reasonable person) ซึ่งอยู่ภายใต้พฤติการณ์ (circumstances) อย่างเดียวกัน³⁴ ผู้กระทำจะมีความผิดฐานประมาททางอาญา (criminal negligence) ถ้าหากว่าการกระทำของเขาแตกต่างไปจากการกระทำของวิญญูชน (reasonable man) อย่างมาก

นอกจากนี้ Rollin M. Perkins กล่าวว่า ประมาทโดยจงใจ (recklessness) และประมาททางอาญา (criminal negligence) มีองค์ประกอบร่วมกันหนึ่งองค์ประกอบ ซึ่งก็คือ จะต้องมีการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงความล้มเหลวอย่างร้ายแรง ซึ่งวัดได้จากมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน (requires conduct which represents a gross failure to measure up to the reasonable-person standard of care) ถ้าผู้กระทำรู้ถึงความเสี่ยงภัยที่เขาได้ก่อขึ้น แล้วเพิกเฉยต่อความเสี่ยงภัยนั้นโดยรู้ตัว ต้องถือว่าผู้กระทำได้กระทำประมาทโดยจงใจ แม้ว่าผู้กระทำอาจคาดหวังว่าจะไม่มีอันตรายเกิดขึ้นก็ตาม แต่ถ้าผู้กระทำไม่รู้ตัว (unaware) ถึงความเสี่ยงภัยนั้น แต่ภายใต้พฤติการณ์เช่นนั้นผู้กระทำควรที่จะรู้ถึงการเสี่ยงภัย การกระทำของผู้กระทำจะเป็นประมาททางอาญา (criminal negligence) ศาลเน้นว่าในเรื่องการเสี่ยงภัยของประมาททางอาญา (criminal negligence) นั้น “ต้องมีลักษณะและระดับของความล้มเหลวของการรับรู้ถึงความเสี่ยงภัยที่เป็นการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงออกจากมาตรฐานความระมัดระวัง (standard of care) ซึ่ง

³³“Negligence is any conduct which falls below the standard established by law for the protection of others against unreasonable risk of harm.”

³⁴Rollin M. Perkins., Ronald N. Boyce, Criminal Law, 3 ed. (New York: The Foundation Press, Inc., 1982), p. 105.

วิญญูชน (ordinary person) ควรจะใช้ในพฤติการณ์ (circumstances) (เช่นเดียวกันกับผู้กระทำ) เช่นนั้นตามที่มองจากมุมมองของผู้กระทำ”³⁵ ความเป็นไปได้เพียงเดียวในการพิจารณาความระมัดระวังของผู้กระทำ ก็คือ การทดสอบการกระทำนั้นด้วยมาตรฐาน (standard) และมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นก็คือ มาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ภายใต้พฤติการณ์อย่างเดียวกัน (reasonable person under like circumstances) ลักษณะและความสำคัญของมาตรฐานนี้คือ แนวคิด (clue) ที่มีต่อสถานการณ์ (situation) ทั้งหมด มีการใช้มาตรฐานนี้เป็นกลไกทางกฎหมายเพื่อให้คณะลูกขุนสามารถตัดสินใจคดีอาญาโดยใช้มาตรฐานของวิญญูชนและนำสามัญสำนึก (common sense) มาปรับใช้ กับข้อเท็จจริงที่ยุ่งยากซับซ้อนของสถานการณ์ โดยพิจารณาว่าถ้าจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานวิญญูชนแล้วก็ไม่ต้องรับผิดชอบกระทำโดยประมาท³⁶

ศาลในรัฐยูทาห์ (Utah court) เน้นว่าในเรื่องการเสี่ยงภัยที่จะเป็นความประมาททางอาญา (criminal negligence) นั้น “จะต้องมีลักษณะและระดับของความล้มเหลวของการรับรู้ถึงการเสี่ยงภัยที่เป็นการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงออกจากมาตรฐานความระมัดระวัง (standard of care) ซึ่งวิญญูชน (ordinary person) ควรจะใช้ในพฤติการณ์ (circumstances) เช่นเดียวกันกับผู้กระทำ”³⁷

4.1.2 มาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายเยอรมัน

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าตามกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น การวินิจฉัยความรับผิดชอบของการกระทำโดยประมาทจะวินิจฉัยไปตามโครงสร้างความรับผิดชอบทั้งสามประการ ซึ่งได้แก่ โครงสร้างในส่วนขององค์ประกอบความผิด โครงสร้างในส่วนของเหตุที่ทำให้การกระทำโดยประมาทชอบด้วยกฎหมายและโครงสร้างในส่วนของความน่าตำหนิของการกระทำโดยประมาท ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นถือว่าอยู่ในส่วนของโครงสร้างข้อแรก กล่าวคือ โครงสร้างในส่วนขององค์ประกอบความผิด แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาว่ามาตรฐานความระมัดระวังดังกล่าวมีหลักเกณฑ์อย่างไรนั้น อาจแบ่งความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันออกเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ ความเห็นของฝ่ายข้างมาก เห็นว่าการพิจารณการกระทำโดยประมาทจะต้องใช้หลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้

³⁵ *Ibid.* p. 850.

³⁶ *Ibid.* p. 841.

³⁷ *Ibid.* p. 850.

ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht) ส่วนความเห็นของฝ่ายข้างน้อยเห็นว่าจะต้องใช้หลักเกณฑ์ของทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von der objektiven Zurechnung) กล่าวคือ การกระทำโดยประมาทเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้รับอนุญาต และผลของการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่งก็คือผลตามทฤษฎีเงื่อนไข

1) ความเห็นของฝ่ายข้างมาก

เป็นความเห็นของ Prof. Jescheck ซึ่งถือได้ว่าเป็นตัวแทนของความเห็นฝ่ายข้างมาก โดยตามความเห็นของ Prof. Jescheck นั้น เห็นว่าการพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันนั้น จะต้องพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht) ซึ่งก็ถือว่าอยู่ในส่วนของความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ³⁸

การละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht)

ก) หน้าที่ประการแรกเป็นผลมาจากบทบัญญัติในการใช้ความระมัดระวังโดยทั่วไป ซึ่งจะต้องประกอบไปด้วยการรู้และการประเมินได้อย่างถูกต้องถึงอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง เพราะทุกๆ มาตรการในการป้องกันที่มีไว้เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นขึ้นอยู่กับรูปแบบและขนาดของการรู้ถึงอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้น หน้าที่ในประการแรกนี้เป็นหน้าที่ๆ จะต้องใช้ความระมัดระวังภายใน (die innere Sorgfalt) หรือที่เรียกว่าเป็นหน้าที่ๆ จะต้องตรวจสอบก่อน (Vorpruefungspflicht) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะต้องทำการตรวจสอบถึงความใกล้ชิดที่จะเกิดอันตรายและคุณค่าของสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองที่จะได้รับอันตราย ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญโดยอยู่ในส่วนของระดับของการใช้ความระมัดระวังที่จำเป็น

ตัวอย่างเช่น การขายไม้ขีดไฟให้แก่เด็กขึ้นอยู่กับอายุของเด็ก ความน่าเชื่อถือของข้อมูลที่ได้ให้ว่าซื้อไปให้บิดามารดา และขึ้นอยู่กับความจำเป็นในการใช้ในครัวเรือน ในกรณีของการโทรศัพท์ตามแพทย์และแพทย์ทราบถึงอาการของโรคที่รุนแรง แพทย์จะต้องคาดหมายได้ว่า

³⁸Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 4. Auf. 1988, บทที่ 55, น. 521-530. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “มาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมัน,” อุลพาท, เล่มที่ 1, ปีที่ 54, (มกราคม - เมษายน 2550).

ผู้ปวยอาจเป็นอันตรายถึงชีวิตและไม่อาจที่จะวินิจฉัยโรคโดยทางโทรศัพท์ได้ ในกรณีของบุคคลที่อ่อนแออย่างเห็นได้ชัดหรือขาดความระมัดระวังอย่างเห็นได้ชัด ในกรณีของเด็กเล็กและในบางกรณีรวมถึงพวกเด็กวัยรุ่น ผู้ขับขี่ยานพาหนะจะต้องคาดหมายว่าบุคคลดังกล่าวที่เดินอยู่บนฟุตบาทอาจจะเดินเข้าในถนนในทันทีทันใด เป็นต้น

ซึ่งมาตรฐานของการใช้ความระมัดระวังที่ผู้กระทำจะต้องมีในกรณีของการรู้ถึงอันตรายก็คือ มาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นเดียวกันกับผู้กระทำผิด (der gewissenhafte und besonnene Mensch des Verkehrskreises, dem der Handelnde angehört) และการวินิจฉัยว่าผู้กระทำรู้ถึงความเป็นอันตรายหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาในขณะกระทำการ (ex ante) นอกจากนี้ในการวินิจฉัยว่าผู้กระทำรู้ถึงความเป็นอันตรายในทางภาวะวิสัยหรือไม่ยังจะต้องคำนึงถึงความรู้ในเรื่องใดๆ เป็นพิเศษของผู้กระทำด้วย (das besondere Kausalwissen des Taeters) เช่น การที่ผู้กระทำรู้ถึงความเป็นอันตรายในกรณีที่จะต้องขับรถยนต์ผ่านสี่แยกไฟแดง

แต่อย่างไรก็ตาม ไม่อาจที่จะเรียกร้องให้ผู้กระทำใช้ความระมัดระวังที่ไม่อาจเป็นไปได้หรือใช้ความระมัดระวังเกินกว่ามาตรฐานปกติได้ เพราะการขาดความระมัดระวังนั้นหมายความว่าถึงเฉพาะการกระทำที่เกินเลยไปจากความเสี่ยงที่ได้รับอนุญาต (die Ueberschreitung des erlaubten Risikos) เท่านั้น หากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายยังอยู่ในขอบเขตของความเสี่ยงที่ได้รับอนุญาตแล้วก็ต้องถือว่าขาดองค์ประกอบในส่วนของการขาดความระมัดระวัง ตัวอย่างเช่น ผู้ที่ขับขี่รถยนต์บนถนนไม่จำเป็นที่จะต้องคาดหมายว่าคนเดินถนนที่เดินอยู่บนฟุตบาทริมถนนจะกระโดดลงมาบนถนนโดยกะทันหัน

ข) นอกจากผู้กระทำมีหน้าที่ๆ จะต้องรู้ถึงอันตรายแล้ว ผู้กระทำยังมีหน้าที่ในประการต่อมาซึ่งก็คือ หน้าที่ๆ จะต้องกระทำการให้เป็นไปอย่างถูกต้องโดยมีเป้าหมายเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการเกิดขึ้นของผลขององค์ประกอบความผิด โดยหน้าที่ประการนี้ถือว่าเป็นหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังภายนอก (aeussere Sorgfalt) ซึ่งได้แก่

(1) หน้าที่ๆ จะต้องหลีกเลี่ยงไม่กระทำการใดที่อาจจะทำให้การกระทำความผิดอาญาโดยประมาทครบองค์ประกอบความผิด (เป็นการใช้ความระมัดระวังในฐานะที่เป็นการงดเว้นจากการกระทำที่เป็นอันตราย) ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่วัตถุติดไฟตามกำแพงแม้ว่าจะได้มีการฆ่าเชื้อแล้วก็ตามยังไม่อาจที่จะนำมาผลิตได้โดยปราศจากอันตราย ผู้กระทำมีหน้าที่ๆ จะต้องงดเว้นไม่นำวัตถุติดดังกล่าวมาใช้

กรณีพิเศษของการละเมิดต่อหน้าที่ๆ จะต้องงดเว้นกระทำการก็คือ การมีส่วนผิดในการที่เข้าไปกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (das Uebernahmeverschulden) กล่าวคือ การละเมิด

ต่อหน้าที่ในทางภาวะวิสัยนั้นอาจเกิดขึ้นได้จากการที่บุคคลได้เข้าไปกระทำการหรือเข้าไปเกี่ยวข้องกับกรกระทำที่เฉพาะคนที่ได้รับการฝึกฝนเท่านั้นจึงจะสามารถกระทำการดังกล่าวได้ แม้ว่าตนเองจะขาดคุณสมบัติที่จำเป็นจะต้องมีก็ตาม ตัวอย่างเช่น ในกรณีของผู้ที่ทำการรักษาโรค โดยไม่ได้รับใบอนุญาตประกอบโรคศิลป์ หรือในกรณีของผู้หัดขับรถยนต์ที่ขับไปในเส้นทางจราจรที่มีความยากเป็นพิเศษ เป็นต้น ซึ่งในกรณีตามตัวอย่างนี้ผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องเดินไม่เข้าไปกระทำการดังกล่าว

(2) ในกรณีของการกระทำที่มีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดอันตรายแต่เป็นสิ่งที่ได้รับอนุญาตให้ทำได้เพราะไม่อาจห้ามการกระทำดังกล่าวได้ เนื่องจากประโยชน์ที่เกิดขึ้นแก่สังคมในการใช้ชีวิตในสังคมสมัยใหม่ ตัวอย่างเช่น การใช้ยานพาหนะที่มีความเร็ว การใช้เครื่องจักรที่มีความเป็นอันตรายในทางอุตสาหกรรม การใช้ยาที่มีพิษในทางการแพทย์ และยังประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการกระทำของผู้กระทำมีมากขึ้นเท่าใด อันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวก็ จะได้รับการยอมรับมากขึ้นเท่านั้น ซึ่งหน้าที่ๆ จะต้องใช้ความระมัดระวังในกรณีดังกล่าวนี้ก็คือ เมื่อจะกระทำการดังกล่าวผู้กระทำจะต้องใช้ทุกๆ มาตรการของความระมัดระวัง ควบคุมและตรวจสอบเท่าที่จำเป็นเพื่อที่จะไม่ให้เกิดอันตรายหรืออย่างน้อยก็ให้ความเป็นอันตรายอยู่ในขอบเขตที่กำหนด (เป็นการใช้ความระมัดระวังในฐานะที่เป็นกรกระทำที่ระมัดระวังในสถานการณ์ที่เป็นอันตราย) ตัวอย่างเช่น ผู้ขับขี่ยานพาหนะมีหน้าที่ๆ จะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษในการขับรถถอยหลังหรือในการจอดรถบนภูเขา หรือในกรณีของผู้เล่นสกีที่จะต้องรู้และปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของสหพันธ์สกีระหว่างประเทศ เป็นต้น

(3) นอกจากนี้ การใช้ความระมัดระวังที่จำเป็นอาจเกิดจากการที่จะต้องมีหน้าที่ในการหาข้อมูลและเตรียมความพร้อมต่างๆ ก่อนที่จะกระทำการที่มีแนวโน้มว่าจะเกิดอันตราย (เป็นการใช้ความระมัดระวังในฐานะที่เป็นหน้าที่ในการหาข้อมูล) กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้กระทำจะต้องหาความรู้ ประสบการณ์และความสามารถมาให้ได้ในเวลาที่เหมาะสมเพราะถ้าขาดสิ่งเหล่านี้แล้วก็จะถือว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นสิ่งที่ขาดความรับผิดชอบ เนื่องจากมีความเสี่ยงของอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้จะมีความแตกต่างกันไปตามรูปแบบและขอบเขตของการกระทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่ๆ จะต้องแสวงหาข้อมูลนั้นอาจจะเป็นกรณีที่ จะต้องเรียนรู้ถึงบทบัญญัติของกฎหมายและบรรทัดฐานของการกระทำอื่นๆ ที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ ตัวอย่างเช่น ผู้มีหน้าที่ต้องเสียภาษีจะต้องหาความรู้เกี่ยวกับเรื่องภาษีเพื่อที่จะได้รู้ถึงหน้าที่ๆ จะต้องชำระภาษีของตนเอง แพทย์จะต้องติดตามความก้าวหน้าในการรักษาคนไข้และการผลิตตัวยาใหม่ๆ คู่ความในคดีจะต้องเตรียมคำให้การของ

ตนก่อนเบิกความต่อศาลเพื่อที่จะได้แก้ไขภาพแห่งความทรงจำที่ผิดๆ ได้อย่างทันเวลา ผู้ซึ่งที่ยานพาหนะจะต้องหาข้อมูลเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทั้งหมดที่เกี่ยวกับกฎหมายจราจรที่จะเป็นสิ่งสำคัญสำหรับเขา เป็นต้น

หน้าที่ๆ จะต้องใช้ความระมัดระวังภายนอกอาจจะมีพื้นฐานทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ในประการแรกหน้าที่ดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจราจรซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นผลมาจากระเบียบเกี่ยวกับการจราจร (StVO) และระเบียบเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้ยานพาหนะ (StVZO) นอกจากนี้ยังรวมถึงกฎเกณฑ์ในการใช้ความระมัดระวังโดยทั่วไปที่ทางฝ่ายศาลได้ยอมรับให้ใช้สำหรับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง (เช่น หลักความไว้วางใจในการขับขี่ยานพาหนะ) หน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษอาจเป็นผลมาจากประสบการณ์ในชีวิต และสุดท้ายหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษอาจเป็นผลมาจากบทบัญญัติในทางอาญาของการกระทำโดยประมาท เพราะบทบัญญัติดังกล่าวจะก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลที่จะต้องปฏิบัติตนในทุกๆ สถานการณ์ที่จะหลีกเลี่ยงการทำให้วัตถุแห่งการกระทำที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายต้องได้รับความเสียหาย ซึ่งการละเมิดต่อบรรทัดฐานเป็นพิเศษที่เกี่ยวกับการใช้ความระมัดระวังนั้นไม่ได้หมายความว่าเมื่อละเมิดต่อบรรทัดฐานดังกล่าวแล้วในทุกๆ กรณีจะถือว่าผู้กระทำได้กระทำการโดยประมาท แต่อย่างไรก็ตาม การละเมิดต่อกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ถือได้ว่าเป็นหลักฐานเบื้องต้นที่จะถือว่ามี การละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวัง และในทางกลับกันการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ก็ไม่เสมอไปที่จะถือว่าเป็นการเพียงพอหากว่ามีสถานการณ์ใดๆ เป็นพิเศษที่เรียกร้องให้ต้องปฏิบัติมากกว่าหรือแตกต่างไปจากกฎเกณฑ์ที่กำหนด

และเช่นเดียวกับในกรณีของการรู้ถึงความเป็นอันตราย มาตรฐานของการใช้ความระมัดระวังในกรณีนี้ก็คือ มาตรฐานการกระทำของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นเดียวกันกับผู้กระทำผิด โดยพิจารณาในขณะกระทำการ ส่วนปัญหาว่าใครจะต้องรับผิดชอบที่จะต้องมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังนั้นจะต้องพิจารณาจากหลักการแบ่งงาน (das Prinzip der Arbeitsteilung) ซึ่งหลักการดังกล่าวสามารถนำมาใช้ได้กับกรณีของการทำงานร่วมกันของบุคคลหลายคน เช่น ระหว่างแพทย์กับผู้ช่วยแพทย์

2) ความเห็นของฝ่ายข้างน้อย

ส่วนความเห็นของฝ่ายข้างน้อยเป็นความเห็นของ Prof. Roxin ซึ่งตามความเห็นของ Prof. Roxin นั้น เห็นว่า การพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันนั้นจะต้องใช้หลักเกณฑ์ของทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von der objektiven Zurechnung) กล่าวคือ การกระทำโดยประมาท

เป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้รับอนุญาต และผลของการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักทฤษฎีว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

หลักเกณฑ์ในการกำหนดการก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาต (Zur Konkretisierung der unerlaubten Gefahrschaffung)³⁹

ก) บรรทัดฐานของกฎหมาย (Rechtsnormen)

ในหลายๆ ส่วนของการใช้ชีวิตประจำวันนั้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับการจราจร ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดข้อห้ามของการก่ออันตรายอย่างลอยๆ ไว้ (abstrakte Gefahrdungsverbote) ซึ่งการละเมิดต่อข้อห้ามดังกล่าวโดยทั่วไปแล้วต้องถือว่าเป็นการก่อให้เกิดอันตรายที่ไม่ได้รับอนุญาต เช่น การขับรถเร็วเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องห้ามนั้นและเกิดอุบัติเหตุทำให้มีคนตาย ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท

แต่ในอีกด้านหนึ่งก็เป็นที่ยอมรับกันว่าการละเมิดต่อกฎเกณฑ์ทางจราจรแม้ว่าจะเป็นตัวบ่งชี้ให้เห็นถึงการก่อให้เกิดอันตรายที่ไม่ได้รับอนุญาตก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่เสมอไปที่การละเมิดต่อกฎเกณฑ์ทางจราจรดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายที่ไม่ได้รับอนุญาต เพราะอะไรก็ตามที่โดยทั่วไปแล้วเป็นสิ่งที่อันตราย ในบางกรณีอาจจะไม่ใช่เป็นอันตรายก็ได้ เช่น BGH เคยตัดสินไว้ว่า การขับรถฝ่าสัญญาณไฟจราจรบริเวณสี่แยกซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายนั้นไม่เป็นการเพียงพอที่จะถือว่าเป็นการก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต เพราะการขับรถฝ่าสัญญาณไฟจราจรในขณะที่ผู้ขับขี่สามารถมองเห็นวิสัยทัศน์บนท้องถนนได้อย่างชัดเจนนั้น ในตัวของมันเองแล้วก็ไม่มีความเป็นอันตรายพอๆ กับการขับรถตามกฎจราจร อันตรายจะเริ่มเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อสามารถที่จะตำหนิผู้ขับขี่ที่ฝ่าสัญญาณไฟได้อย่างมาก (ein grobes Verschulden des Ueberhoten) จึงไม่ถูกต้องที่จะถือว่าผู้ขับขี่สามารถคาดการณ์ได้ว่าอุบัติเหตุจะเกิดขึ้นได้ (die Voraussehbarkeit des Unfalls) (ซึ่งถ้าผู้ขับขี่สามารถคาดการณ์ได้ว่าอุบัติเหตุจะเกิดขึ้นจะถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท) โดยอาศัยเหตุแต่เพียงการละเมิดต่อข้อห้ามของการขับรถฝ่าสัญญาณไฟจราจร อย่างไรก็ตาม ในกรณีกลับกันใครก็ตามที่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางจราจรอย่างเคร่งครัด แต่ก็อาจจะถูกตัดสินว่ากระทำการโดยประมาทได้ ซึ่งจะมีกรณีนี้ได้ก็เฉพาะในกรณีที่เป็นการข้อยกเว้นเท่านั้นที่การปฏิบัติตามกฎจราจรในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งเห็นได้อย่างชัดเจนว่าจะนำไปสู่การเกิดอุบัติเหตุ

³⁹Vgl. Roxin, Strafrecht : Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 1997, บทที่ 24, หัวข้อ 14 – 38.

อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, เพิ่งอ้าง.

อย่างไรก็ตาม ก็ต้องยอมรับกันว่าการละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายที่มีไว้เพื่อป้องกันมิให้ผลของการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น โดยหลักการแล้ว ถือว่าเป็นการก่อให้เกิดอันตรายที่ไม่ได้รับอนุญาต แต่ในกรณีที่เกิดผลของการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นผลที่ห่างไกลออกไป ก็ต้องถือว่าอันตรายที่เกิดขึ้นนั้นไม่ใช่อันตรายที่บรรทัดฐานของกฎหมายประสงค์จะป้องกันมิให้เกิดขึ้น และด้วยเหตุนี้จึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท

ข) บรรทัดฐานในทางอาชีพ (Verkehrsnormen)

นอกจากการละเมิดต่อข้อห้ามของการก่อให้เกิดอันตรายตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ก็ถือกันว่าการละเมิดต่อบรรทัดฐานในทางอาชีพเป็นการก่อให้เกิดอันตรายที่ไม่ได้รับอนุญาต เช่นกัน ในกรณีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ของการทำงาน (Regelwerke) ที่กลุ่มผลประโยชน์ในภาคของส่วนเอกชน (von privaten Interessenverbänden) เป็นผู้กำหนดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทางเทคนิคและการฝึกฝนกีฬาบางประเภท ตัวอย่างเช่น บรรทัดฐานทางอุตสาหกรรมของเยอรมัน (DIN-Normen) (Deutsche Industrie-Normen) กฎเกณฑ์การทำงานที่สมาคมช่างไฟฟ้าของเยอรมันเป็นผู้กำหนดขึ้น (Verband Deutscher Elektrotechniker) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเล่นสกีของสมาพันธ์สกีระหว่างประเทศ (Federation Internationale de ski) เป็นต้น

และก็เช่นเดียวกัน การละเมิดต่อบรรทัดฐานในทางอาชีพในทางปฏิบัติแล้วก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท แต่อย่างไรก็ตาม บรรทัดฐานในทางอาชีพไม่อาจที่จะเทียบได้กับข้อห้ามของการก่ออันตรายอย่างลอยๆ ของฝ่ายนิติบัญญัติได้เสียทีเดียว เพราะบรรทัดฐานในทางอาชีพนั้นเป็นเรื่องของกลุ่มผลประโยชน์ในส่วนหนึ่งของเอกชนที่ไม่ได้เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติ นอกจากนี้บรรทัดฐานทางอาชีพอาจจะผิดตั้งแต่เริ่มต้นหรือล้าสมัยไปแล้วอันเป็นผลมาจากการพัฒนาทางเทคนิคที่ก้าวหน้าขึ้นไปหรือไปด้วยกันไม่ได้กับคดีใดคดีหนึ่งที่เกิดขึ้นจริงๆ นอกจากนี้ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้รับอนุญาตหากเป็นการกระทำที่แตกต่างไปจากบรรทัดฐานในทางอาชีพแต่เพียงเล็กน้อยหรือเมื่อมาตรการเกี่ยวกับความปลอดภัยได้มีอยู่แต่เป็นมาตรการที่ไม่ได้เป็นไปตามบรรทัดฐานในทางอาชีพ ดังนั้นการละเมิดต่อบรรทัดฐานในทางอาชีพจึงเป็นแต่เพียงจุดเริ่มต้นในการที่จะยืนยันถึงการกระทำโดยประมาท แต่บรรทัดฐานในทางอาชีพก็ไม่ได้ทำให้การพิจารณาถึงความเป็นอันตรายซึ่งเกิดขึ้นนั้นที่ศาลจะต้องพิสูจน์เป็นสิ่งที่ไร้ค่าไปเสียทีเดียว และในอีกด้านหนึ่งการปฏิบัติตามบรรทัดฐานในทางอาชีพก็ไม่ได้หมายความว่าไม่มีกรณีของการก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้รับอนุญาต

นอกจากนี้ การละเมิดต่อกฎเกณฑ์ในทางกีฬา (Sportregeln) ที่มีไว้เพื่อรักษาความปลอดภัยทางร่างกายให้แก่นักกีฬาก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญา

เพราะในกีฬาบางประเภทที่จะต้องมีปะทะกันนั้น เช่น ฟุตบอล เป็นต้น การละเมิดต่อกฎเกณฑ์การเล่นเล็กๆ น้อยๆ ที่เป็นผลมาจากการใช้กำลังที่แรงเกินไปนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้และเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับ ตามนัยยะของกฎหมายอาญาแล้วก็ยิ่งถือว่าอยู่ในขอบเขตของการเสี่ยงที่ได้รับอนุญาต จะถือว่าเป็นการเกินเลยจากความเสี่ยงที่ได้รับอนุญาตก็ต่อเมื่อการเล่นผิดกติกา นั้นเป็นผลให้ได้รับบาดเจ็บอย่างมาก (ernster Verletzungen)

ค) หลักความไว้วางใจ (Der Vertrauensgrundsatz) ซึ่งได้แก่

(1) ในการจราจร (Im Strassenverkehr)

หลักความไว้วางใจที่ในปัจจุบันได้รับการยอมรับโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจราจร (im Verkehrsstrafrecht) ซึ่งเป็นหลักการที่ใช้ในการปฏิเสธการก่อให้เกิดอันตรายที่ไม่ได้รับอนุญาต หลักการดังกล่าวมีความหมายว่าบุคคลใดก็ตามที่ปฏิบัติตามกฎหมายจราจรสามารถที่จะวางใจได้ว่าบุคคลอื่นๆ ก็จะกระทำเช่นนั้นเหมือนกัน ตราบเท่าที่ไม่มีสิ่งบ่งชี้ให้เห็นเป็นอย่างอื่น ตัวอย่างเช่น ผู้ขับขี่ที่มีสิทธิจะแซงบริเวณสี่แยกไฟแดงก็ไม่จำเป็นต้องลดความเร็วลง เพราะอาจจะไปชนกับรถยนต์คันอื่นๆ และผู้ขับขี่สามารถที่จะวางใจได้ว่าการแซงของตนมีสิทธินั้นจะได้รับการยอมรับจากผู้ขับขี่รถคันอื่นๆ ซึ่งถ้าไม่เป็นไปตามนั้นและเกิดอุบัติเหตุขึ้นก็จะต้องถือว่าการกระทำโดยประมาทเป็นการกระทำเฉพาะของบุคคลที่ไม่ยอมรับการแซงของบุคคลที่มีสิทธิจะแซง

หลักความไว้วางใจจะไม่นำมาใช้บังคับในกรณีที่ความไว้วางใจในการปฏิบัติตามกฎจราจรของบุคคลอื่นเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจทำได้ในสถานการณ์ของการจราจรที่สับสนวุ่นวายและเป็นอันตราย ในกรณีนี้รวมทั้งกรณีของคนเดินถนนที่เป็นเด็กเล็กหรือเด็กโตที่กระทำการอย่างผิดแปลกจากคนทั่วไป (bei auffaelligem Verhalten) ผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ ผู้สูงอายุ หรือเห็นได้ชัดว่ากำลังสับสน และหลักความไว้วางใจจะไม่ใช้กับกรณีที่เห็นได้ชัดว่าผู้ขับขี่รถยนต์คันอื่นไม่ได้ปฏิบัติตามกฎจราจร ในกรณีที่ผู้ขับขี่สังเกตเห็นว่าผู้ขับขี่รถคันอื่นไม่สนใจการแซงของตนที่มีสิทธิทำได้แล้วก็ต้องหยุดรถและไม่อาจที่จะยืนยันในสิทธิของตนที่จะแซงต่อไป นอกจากนี้ การละเมิดต่อกฎจราจรที่เกิดขึ้นอยู่เสมอๆ นั้น ตามแนวคำพิพากษาของศาลผู้ขับขี่รถยนต์ก็ต้องคาดการณ์ได้ถึงการละเมิดต่อกฎจราจรดังกล่าวและไม่อาจอ้างหลักความไว้วางใจได้

นอกจากนี้ คำพิพากษาของศาลจำนวนมากที่วินิจฉัยว่าใครก็ตามที่ปฏิบัติผิดกฎจราจรก็ไม่อาจอ้างหลักความไว้วางใจได้ แต่ในเรื่องนี้ Roxin เห็นว่าไม่ถูกต้องเพราะหลายๆ คดีอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นไม่ได้เป็นผลมาจากการละเมิดต่อกฎจราจร ใครก็ตามที่ไม่อยู่ในสภาพที่จะสามารถขับรถได้อย่างปลอดภัยเพราะดื่มสุราก็ยังคงไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา โดยสามารถอ้างหลักความ

ไว้วางใจได้ถ้าหากว่าผู้ขับซ็อร์ดคันอื่นไม่สนใจการขับแข่งของตนที่มีสิทธิทำได้แล้ว และสำหรับคนขับรถที่ดื่มสุราที่มีสิทธิขับแข่งนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงอุบัติเหตุดังกล่าวได้ ในทางตรงกันข้าม ใครก็ตามที่ขับรถผิดกฎจราจรและทำให้ผู้ขับซ็อร์ดคันอื่นเกิดความไม่แน่ใจและเป็นผลให้เกิดอุบัติเหตุขึ้นก็ไม่อาจอ้างหลักความไว้วางใจได้

(2) การทำงานร่วมกันของงานที่แบ่งออกเป็นส่วนๆ (bei arbeitsteiligem Zusammenwirken)

โดยหลักการแล้วได้รับการยอมรับว่าหลักความไว้วางใจใช้กับกรณีของการทำงานร่วมกันของงานที่แบ่งออกเป็นส่วนๆ ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในงานของแพทย์ (เช่น ทีมผ่าตัด) ในกรณีของทีมผ่าตัดนั้น BGH ได้ยอมรับว่าในการผ่าตัดครั้งหนึ่งๆ นั้น โดยหลักการแล้วแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในทีมผ่าตัดสามารถที่จะวางใจได้ว่าแพทย์ผ่าตัดในทีมที่เป็นผู้เชี่ยวชาญสาขาอื่น ได้ทำหน้าที่ของตนไปอย่างถูกต้องไร้ข้อบกพร่อง แต่ในอีกด้านหนึ่งตามหลักความไว้วางใจนั้น ข้อผิดพลาดที่เห็นได้ชัดของบุคคลอื่นนั้นจะต้องได้รับการโต้แย้งและทำการแก้ไข นอกจากนี้ หลักความไว้วางใจจะไม่ใช้กับกรณีของการทำงานร่วมกันของงานที่แบ่งออกเป็นส่วนๆ ในกรณีที่ผู้เข้าร่วมทีมในการผ่าตัด (เช่น แพทย์ที่เป็นหัวหน้าทีมผ่าตัด) มีหน้าที่ๆ จะต้องคอยควบคุมดูแลเป็นพิเศษ (เช่น มีหน้าที่ต่อหมอที่เป็นผู้ช่วยที่ยังไม่มีประสบการณ์) หรือมีหน้าที่ควบคุมอื่นๆ ปัญหาว่าหน้าที่พิเศษดังกล่าวที่จะเป็นผลให้หลักความไว้วางใจไม่มีผลใช้บังคับจะมีแค่นั้นเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปตามรูปแบบของการแบ่งงาน

(3) ในประเด็นของการกระทำความผิดอาญาโดยเจตนาของบุคคลอื่น (im Hinblick auf vorsatzliche Straftaten anderer)

นอกจากหลักความไว้วางใจที่ใช้กับกรณีโดยปกติแล้ว เราอาจวางใจได้ว่าบุคคลอื่นจะไม่กระทำความผิดอาญาโดยเจตนา เพราะการขายสินค้าบางประเภท เช่น มีด ไม้ขีดไฟ ไฟแช็ค เป็นต้น เป็นสิ่งที่ไม่อาจทำได้ถ้าหากจะต้องคิดไปว่าคนที่ซื้อสินค้าดังกล่าวจะไปกระทำความผิดอาญาโดยเจตนา ถ้าหากจะต้องงดเว้นจากการเปิดโอกาสที่จะนำไปสู่การกระทำความผิดอาญาโดยเจตนา (การซื้อขายสินค้าข้างต้น) ในการดำเนินชีวิตในปัจจุบันก็คงเป็นสิ่งที่เป็นไปได้พอๆ กับการไม่ใช้รถยนต์ ในกรณีเช่นนี้ถือว่เป็นกรณีของความเสียหายที่ได้รับอนุญาต อันตรายที่หลีกเลี่ยงไม่ได้เป็นสิ่งที่จะต้องได้รับการยอมรับเพื่อประโยชน์ของปัจเจกชนและสังคม

ตามความเห็นของ Roxin ในกรณีที่จะไม่นำหลักความไว้วางใจมาใช้ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเห็นได้ชัดว่าเป็นการส่งเสริมการกระทำของผู้ที่จะกระทำความผิดโดยเจตนา ตัวอย่างเช่น ใครก็ตามที่ส่งมีดให้กับคนที่จะไปร่วมชุมนุมต่อสู้ หากคนรับมีดได้ใช้มีดฆ่าบุคคลอื่น ผู้ที่ส่งมีดก็ต้องรับผิดชอบทำให้คนตายโดยประมาทในกรณีที่ตนเองขาดเจตนาที่จะกระทำผิด

แต่อย่างไรก็ตาม บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบกระทำโดยประมาท แม้ว่าจะเห็นได้ชัดว่าผู้ที่จะกระทำ ความผิดโดยเจตนามีแนวโน้มที่จะไปกระทำผิดหากขาดในส่วนของการส่งเสริม (Foerderung) การกระทำ ความผิด ตัวอย่างเช่น a บอกกับ b ว่าอย่าจากฉันไป มิฉะนั้น a จะไปฆ่าบุคคลอื่นแต่ b ก็ได้จาก a ไปแล้ว a ก็ได้ไปฆ่าบุคคลอื่นตามที่ขู่ไว้ b ก็ไม่ต้องรับผิดชอบทำให้คนตายโดยประมาท

ง) มาตรฐานของบุคคลที่แตกต่างกันออกไป (Die differenzierte Massfigur)

สิ่งที่จะช่วยในการกำหนดการก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้รับอนุญาตเพิ่มเติมก็คือ มาตรฐานของบุคคลที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ ต้องเริ่มจากการตั้งคำถามที่ว่าบุคคลที่เป็นคน ที่มีความระมัดระวังที่อยู่ในกลุ่มอาชีพเดียวกันกับผู้กระทำผิดจะปฏิบัติตนอย่างไรเมื่ออยู่ใน สถานการณ์ที่เกิดเหตุขึ้น ถ้าการกระทำของผู้กระทำผิดยังอยู่ในระดับเดียวกันกับบุคคลที่อยู่ใน กลุ่มอาชีพของตนแล้วก็ไม่ถือว่ามี การก่ออันตรายหรืออย่างน้อยที่สุดก็ไม่มีกรณีของการเกินเลย กว่าขอบเขตของความเสี่ยงที่ได้รับอนุญาต ดังนั้นจึงถือว่าไม่มีการกระทำโดยประมาท ในทาง ตรงกันข้ามถ้าผู้กระทำได้ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่เกินกว่าที่บุคคลที่อยู่ในกลุ่มอาชีพของตนจะทำก็ ต้องถือว่าเป็นการกระทำ ความผิดโดยประมาท ซึ่งจุดด้อยของหลักเกณฑ์ข้อนี้ก็เป็นเรื่องที่ไม่ ง่ายที่จะกำหนดลักษณะของการกระทำของบุคคลที่จะเอามาเป็นเกณฑ์ในการวัด

จ) หน้าที่ที่จะต้องสอบถามและงดเว้นกระทำการ (Erkundigungs- und Unterlassungspflichten)

ในกรณีที่ไม่มีการกำหนดบรรทัดฐานของการกระทำสำหรับการใช้ชีวิตในบางลักษณะ ไว้ จะต้องใช้หลักทั่วไปสองหลัก คือ ใครก็ตามที่เริ่มจะกระทำการใดที่มีความเสี่ยงต่อการทำร้าย ต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง จะต้องสอบถามข้อมูลก่อน ถ้าไม่อาจสอบถามข้อมูลได้ก็ จะต้องไม่กระทำการดังกล่าว และใครก็ตามที่ต้องการจะกระทำการบางอย่างที่อาจจะเป็นการก่อ อันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองและร่างกายไม่พร้อมหรือขาดการฝึกฝน จะต้องงดเว้น กระทำการดังกล่าว มิฉะนั้นถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท ในกรณีที่เข้าไปกระทำการดังกล่าว (หรือที่เรียกกันว่า การมีส่วนผิดในการที่เข้าไปกระทำการ = Uebnahmeverschulden) กล่าว โดยสรุปก็คือ ใครก็ตามที่ไม่รู้ข้อเท็จจริงบางอย่างก็ต้องสอบถาม ใครก็ตามที่ไม่มีความสามารถจะ ทำอะไรได้แล้วก็ต้องงดเว้นกระทำการดังกล่าว ตัวอย่างเช่น แพทย์ที่ไม่รู้รายละเอียดที่แน่นอน เกี่ยวกับการรักษาอาการเจ็บป่วยจะต้องค้นหาข้อมูลจากเอกสารวิชาการ พยานบุคคลที่จำ รายละเอียดของเหตุการณ์ไม่ได้แล้วจะต้องทบทวนคำเบิกความของตน (เช่น จากคำให้การของตน ที่บันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรไว้) เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการที่จะเบิกความผิดพลาด เป็นต้น และ เช่นเดียวกัน ในกรณีของการมีส่วนร่วมในการที่เข้าไปกระทำการนั้น ก็มีตัวอย่างเป็นจำนวนมาก เช่น ถือว่าคนขับรถประมาทแล้ว ในกรณีที่เข้าไปขับรถแม้ว่าจะรู้ว่าตาของตนเองไม่สามารถ

มองเห็นได้อย่างชัดเจนหรือว่าความสามารถในการตอบสนองได้ลดลงอย่างมาก เนื่องจากความเจ็บป่วยหรือความสูงวัยหรือว่าหมดแรงโดยสิ้นเชิง

๑) การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์และความเสี่ยง (Die Abwaegung von Nutzen und Risiko)

ในกรณีที่หลักเกณฑ์ต่างๆ ข้างต้นไม่อาจนำมาใช้ได้แล้ว ก็จะต้องพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวนั้นมีความเป็นอันตรายที่เห็นได้ต่อการทำร้ายสิ่งที่มีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือไม่ ปัญหาว่าความเป็นอันตรายดังกล่าวจะต้องมีมากน้อยแค่ไหนเพื่อที่จะถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทนั้น ในประการแรกขึ้นอยู่กับความสำคัญในทางสังคมของการกระทำที่เสี่ยงดังกล่าว (sozialen Bedeutung des riskanten Verhaltens) ในกรณีของการกระทำที่ในทางสังคมถือว่าไม่เป็นประโยชน์และไม่ได้รับการยอมรับ (เช่น การขับรถซิ่ง) จะต้องถือว่าการกระทำที่มีความเสี่ยงดังกล่าวต้องรับผิดชอบกระทำโดยประมาท หากการกระทำดังกล่าวนำไปสู่อุบัติเหตุ ในทางตรงกันข้าม ถ้าการกระทำดังกล่าวได้รับการยอมรับจากสังคม (เช่น การเล่นฟุตบอลบนสนาม) การกระทำที่มีความเสี่ยงเล็กๆ น้อยๆ ก็ถือว่าการยอมรับได้ว่าจะต้องมีความเสี่ยงบ้าง เช่น การที่ผู้ดูฟุตบอลในสนามได้รับบาดเจ็บจากการที่ถูกลูกฟุตบอลตีว่าผลที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นผลที่ผู้เล่นฟุตบอลไม่ต้องรับผิดชอบ (เว้นแต่เมื่อผู้เล่นฟุตบอลตั้งใจที่จะเตะไปโดนคนดูเพราะโกรธ เป็นต้น) นอกจากนี้ในกรณีของการกระทำที่ในทางสังคมถือว่าเป็นสิ่งที่จำเป็น (bei sozialgebotenen Handlungen) เช่น การที่รถพยาบาลจะต้องขับเร็ว ก็ถือได้ว่าสามารถที่จะมีระดับของความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้นได้บ้าง ก่อนที่จะถือว่าเกินเลยจากขอบเขตของการเสี่ยงที่ได้รับอนุญาต

นอกจากความสำคัญของการกระทำของผู้กระทำผิดในทางสังคมแล้ว ในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์และความเสี่ยง ยังมีข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่มีความสำคัญด้วย กล่าวคือ ขนาดของความเสียหายที่คุกคามและสิ่งที่จะต้องกระทำไป (die Aufwendungen) เพื่อที่จะทำให้ความเสี่ยงหมดไป เช่น เราไม่อาจเรียกร้องให้คนขายหนังสือจะต้องอ่านหนังสือทุกเล่มที่ส่งมาขาย เพื่อที่จะได้พบบางข้อความที่เป็นความผิดอาญา เพราะมีฉะนั้นแล้วก็ไม่อาจจะดำเนินธุรกิจได้ แต่เพราะว่าการเผยแพร่งานเขียนเพียงไม่กี่ชิ้นในช่วงเวลาสั้นๆ ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างสำคัญ ในกรณีดังกล่าวจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยประมาท

4.2 มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ว่าการกระทำโดยประมาทในทางอาญาตามกฎหมายไทยนั้น ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 43 วรรคสาม และในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ซึ่งในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนั้นนอกจากจะกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปของการกระทำโดยประมาทแล้วยังได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวด้วย ทั้งนี้เนื่องจากสิ่งที่สำคัญที่สุดในการพิจารณาการกระทำโดยประมาทของผู้กระทำก็คือ การพิจารณาว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ จึงเป็นความจำเป็นที่นักกฎหมายจะต้องมีความเข้าใจในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อที่จะวินิจฉัยการกระทำของผู้กระทำได้อย่างถูกต้อง ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาเกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาเพื่อที่จะศึกษาว่าหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายทั้งสองฉบับนั้นเป็นอย่างไรและมีความเหมือนหรือต่างกับหลักเกณฑ์ตามกฎหมายต่างประเทศที่ได้กล่าวมาแล้วอย่างไรบ้าง โดยในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และตามประมวลกฎหมายอาญา และจะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในบทที่ 5 ต่อไป

4.2.1 มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 43 วรรคสามแล้ว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดระดับของความระมัดระวังของบุคคลเอาไว้ 2 ระดับ คือ

- (1) ความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชน และ
- (2) ความระมัดระวังอันควรสำหรับผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์

ซึ่งระดับของความระมัดระวังของบุคคลทั้งสองระดับนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 43 (1) และ (2) ส่วนกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย ข้อบังคับหรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย

ตามมาตรา 43 (3) ที่กฎหมายให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทด้วยนั้น เป็นแต่เพียงข้อสันนิษฐานของกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อมีกฎหมาย ข้อบังคับหรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย กำหนดให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ผู้กระทำได้ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติ ก็ต้องถือว่าเข้าข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่ว่าผู้กระทำไม่ได้กระทำด้วยความระมัดระวัง จึงเป็นการกระทำโดยประมาท โดยไม่ต้องทำการพิจารณาต่อไปว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชนหรือผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์หรือไม่อย่างไร ดังนั้นการกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย ข้อบังคับหรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย จึงมิใช่มาตรฐานความระมัดระวังสำหรับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญาแต่อย่างใด

มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 จึงอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) มาตรฐานความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชน

มาตรฐานความระมัดระวังกรณีการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ในระดับแรกก็คือ มาตรฐานความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชน ซึ่งความหมายของคำว่า “ปกติชน” นั้น ในคำอธิบายทางตำรามีการอธิบายถึงความหมายของคำดังกล่าวไว้ดังนี้

วิจิตร ลุจิตานนท์ อธิบายไว้ในคำอธิบายกฎหมายอาญาภาคต้นว่า คำว่า “ปราศจากความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชน” นั้น หมายถึง ความระมัดระวังอันสามัญชนย่อมพึงกระทำกัน คือ ขาดความระมัดระวังหรือเลินเล่ออย่างมาก ความระมัดระวังจะต้องมีเพียงใดนั้น ต้องถือเอาปกติชนเป็นใหญ่ว่า ในกรณีเช่นนี้จะพึงต้องใช้ความระมัดระวังเท่าใดเพียงใด ตัวอย่างเช่น นักล่าสัตว์เห็นกบฏ้ำไหวอยู่เข้าใจว่ามีสัตว์ จึงเอาปืนยิงเข้าไป กลายเป็นลูกคนตายในกบฏ้ำไหว มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาท⁴⁰

หลวงพิณิจการโกศล (วิชา หัมมานนท์) ได้อธิบายไว้ในคำอธิบายกฎหมายลักษณะอาชญา เล่ม 1 ว่า “ความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชนนั้น คือ ความระมัดระวังตามสมควรที่คนธรรมดาเขาใช้กัน เช่น จะยิงปืนก็ต้องดูก่อนว่าทางที่กระสุนปืนจะยิงไปนั้นมีอะไรบ้าง ถ้าใครไม่ตรวจดูให้ถั่วเลนเล่อยิงไปลูกคนเข้า เรียกว่า ทำการโดยประมาท”⁴¹

⁴⁰วิจิตร ลุจิตานนท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคต้น, (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2487), น. 56.

⁴¹หลวงพิณิจการโกศล (วิชา หัมมานนท์), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาชญา เล่ม 1, (พระนคร: ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, 2477), น. 129-130.

ตัวอย่างเช่น พ.กับ ย.ไปยิงสัตว์ด้วยกัน พ.เห็นต้นพงไหวๆ เข้าใจว่าเป็นสัตว์จึงเอาปืนยิงไปโดยมิได้พิจารณาให้แน่นอนเสียก่อนว่าเป็นสัตว์หรือคน กระสุนปืนถูก ย.ตาย ฎีกาตัดสินว่า พ.ฆ่า ย.ตายโดยประมาท

ดร.อุทิศ แสนโกศิก⁴² เห็นว่า การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชน ตามมาตรา 43 (1) นั้น เป็นการกระทำโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอันควรอย่างบุคคลธรรมดา

จากคำอธิบายในทางตำรา คำว่า “วิสัยของปกติชน” นั้น หมายถึง บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นบุคคลโดยทั่วไป ไป มาตรฐานความระมัดระวังในระดับแรกนี้เป็นมาตรฐานความระมัดระวังที่ใช้กับบุคคลทั่วไป ทั้งนี้เนื่องจากตามธรรมดาแล้วกฎหมายย่อมจะไม่บัญญัติให้เป็นการผิดวิสัยปกติชน ดังนั้นระดับหรือมาตรฐานความระมัดระวังสำหรับการกระทำโดยประมาทที่จะใช้วัดเพื่อลงโทษบุคคลที่กระทำโดยประมาทนั้น กฎหมายลักษณะอาญาจึงบัญญัติไว้เฉพาะแต่การไม่ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยปกติชนเท่านั้น⁴³ ดังนั้นในการพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากความระมัดระวังตามที่ปกติชนโดยทั่วไปจะพึงกระทำ ซึ่งผู้กระทำจะต้องมีความระมัดระวังเพียงใดนั้น ต้องถือเอาปกติชนเป็นใหญ่ว่าในกรณีเช่นนี้ปกติชนจะพึงต้องใช้ความระมัดระวังเท่าใดเพียงใด⁴⁴ กล่าวคือ จะใช้ปกติชนซึ่งได้แก่บุคคลโดยทั่วไปเป็นมาตรฐานในการวัดระดับความระมัดระวังของผู้กระทำ โดยหากผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังเท่าที่บุคคลทั่วไป (ปกติชน) จะสามารถกระทำได้ ก็ต้องถือว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังที่เพียงพอแล้ว แม้จะเกิดผลอันเป็นภัยอันตราย ก็ไม่ต้องรับผิดชอบการกระทำโดยประมาท ในทางตรงกันข้ามถ้าหากผู้กระทำมิได้ใช้ความระมัดระวังเท่าที่บุคคลโดยทั่วไป (ปกติชน) จะสามารถกระทำได้ (หรือใช้ความระมัดระวังในระดับที่ต่ำกว่าบุคคลโดยทั่วไปจะพึงใช้) กรณีเช่นนี้ต้องถือว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาท ตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 43 (1)

⁴²อุทิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525), น. 79.

⁴³มานิช จรมาศ, “การกระทำผิดโดยประมาท,” อุลพาห, เล่มที่ 10, ปีที่ 4, น. 795 (2500).

⁴⁴วิจิตร ลุคิตานนท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40.

อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชน ตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 43 (1) นั้น ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานหลายเรื่อง ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1094/2463 ไม่มีประจักษ์พยานเห็นว่าจำเลยจ้องยิง มีพยานเห็นว่าจำเลยเอาพานท้ายปืนหนีบรักแร้ไว้ และเมื่อปืนลั่นจำเลยถือปืนอยู่ห่างจากผู้ตายประมาณ 4 ศอก เมื่อปืนลั่นแล้วจำเลยก็ร้องว่าไม่ได้แก้มิ่ง นอกจากนั้นได้ความว่าจำเลยกับผู้ตายเป็นพี่น้องกัน ไม่มีสาเหตุโกรธเคืองกัน และมีได้หลบหนีแต่อย่างใด แต่จำเลยก็ไม่พยานแสดงว่าเหตุไรจำเลยจึงไม่ต้องมีผิด การที่จำเลยถืออาวุธปืนซึ่งมีกระสุน เป็นหน้าที่ของจำเลยจะต้องระมัดระวังให้มาก ตัดสินว่า จำเลยผิดฐานประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 940/2475 ผู้ตายกระซอกเล่นปืนเล่นกระสุนปืนกระเด็นออกมา 2 นัด กระสุนยังเหลืออีก 3 นัด ต่อมาเมื่อผู้เอาแหวนกระสุนปืนออกแล้วเอาปืนวางไว้และพูดว่าถ้าจะเล่นต้องเอาลูกออกอย่างนี้ จำเลยหยิบปืนพกยกขึ้นปืนก็ลั่นไปถูกคนอื่นตาย ศาลฎีกาตัดสินว่า อาวุธปืนมีเครื่องกลไกและอาจทำให้เกิดอันตรายต่อบุคคลได้อย่างร้ายแรง จำเลยไม่ควรหยิบมาเล่น และหันมาทางผู้ตาย และการที่ผู้ตายได้กระซอกปืนเล่นอยู่ก่อนนั้นเป็นเหตุให้จำเลยรู้ว่าปืนมีลูกกระสุนและการกระซอกเช่นนั้นกระสุนต้องขึ้นลั่นลั่นทันที และจำเลยต้องใช้ความระมัดระวังในเมื่อหยิบปืนนั้นขึ้น แต่จำเลยหาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ จำเลยจึงผิดฐานทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 497/2486 จำเลยยืนอยู่บนสะพานข้ามคลองสาธารณะ ซึ่งเป็นทางน้ำของสาธารณชนสัญจรไปมา แล้วเก็บหินโยนเล่นบนสะพานนั้น ผู้ตายพายเรือผ่านสะพานมาพอดีก้อนหินหนัก 10 กิโลกรัมที่จำเลยโยนเล่นตกลงไปถูกผู้ตายถึงแก่ความตาย ดังนี้ ได้ชื่อว่ากระทำโดยประมาทปราศจากความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยปกติชน จำเลยต้องมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาทตามมาตรา 252

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 361/2497 จำเลยเอาปืนที่บรรจุกระสุนมาจ่อล้อเพื่อนเล่นโดยไม่ระมัดระวัง ผู้ตายซึ่งเป็นเพื่อนปิดกระบอกปืน ๆ จึงลั่นถูกผู้ตาย การที่ผู้ตายปิดกระบอกปืนไป จึงอยู่ในวิสัยที่ใคร ๆ ที่ถูกเข้าทำจะต้องทำการปิดป้องอันตรายที่อาจจะเกิดแก่ตนได้ ฉะนั้นแม้ปืนจะลั่นขึ้น เพราะผู้ตายปิดปืนและกระสุนถูกผู้ตายจนตาย จำเลยก็ต้องมีความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 253

นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชนแล้ว ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับผิดฐานกระทำโดยประมาท ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 249/2454 ผู้ตายเป็นเด็กนอนอยู่บนตักจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 1 บอกให้จำเลยที่ 2 หยิบปืนที่วางไว้ส่งมาให้เพื่อจะเอาไปเก็บเสีย แต่จำเลยที่ 1 มัวดูเด็กผู้ตายอยู่ ยืนแต่ มือไปจับปืนตาไม่ได้มองดู จำเลยที่ 2 ก็มัวแต่ดูเด็กเสียเช่นเดียวกัน พอปืนกระทบมือจำเลยที่ 2 ก็ ปลดปล่อยปืน ปืนก็ตกลงถึงพื้นกระดานกระสุนลั่นออกไปถูกเด็กตาย ตัดสินว่าการที่จำเลยส่งและรับ ปืนต่อกันเพื่อจะเอาไปเก็บให้พ้นอันตรายเป็นเจตนาดีหากแต่พลาดไป ปืนตกลงและลั่นขึ้นนั้นไม่ เป็นการประมาท แต่เพราะเป็นกรรมบันดาลให้เป็นไปจึงเกิดเหตุขึ้น ให้ยกฟ้อง (ด้วยความเคารพ อย่างสูง ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาล เพราะปืนเป็นวัตถุอันตรายซึ่งจำเลยทั้งสองก็ ทราบดีจึงจะนำไปเก็บ ดังนั้นในการส่งมอบปืนจำเลยทั้งสองจึงควรที่จะใช้ความระมัดระวังให้ มากกว่านี้ การกระทำของจำเลยทั้งสองจึงเป็นการกระทำโดยประมาท)

คำพิพากษาฎีกาที่ 533/2487 จำเลยไปทำไร่ในป่าและได้ล้อมรั้วด้วยไม้ไผ่ 3 ด้าน อีก ด้านหนึ่งไม่มีรั้ว เพราะมีแต่ลำห้วย รั้วทั้ง 3 ด้านได้เอาหนามและกิ่งไม้สะไว้ เว้นช่องว่างไว้เป็นรู กว้าง 1 ศอก สูง 1 ศอกคืบ พอสุนัขป่าลอดได้ จำเลยทำจันทับหัวตักทิ้งไว้ตามช่องที่กล่าวแล้ว ผู้ตาย มาทางไร่ซึ่งติดกับไร่จำเลยและได้คลานลอดเข้าไปในช่องที่จำเลยทำจันทับหัวตักไว้ นั้น ใบหอกจันทับ หัวจึงพุ่งถูกตะโพกถึงแก่ความตาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร แก้วชัยของปกติชนแล้วหาได้ประมาทไม่ เพราะจำเลยมิได้ทำจันทับหัวทิ้งไว้เฉยๆ แต่ได้กระทำไปใน ที่ที่จำเลยถางเป็นไร่แล้ว แสดงให้เห็นว่าเป็นที่ที่จำเลยเข้ายึดถือเพื่อทำกิน ทั้งยังทำรั้วกันไว้เป็น อาณาเขตแสดงการหวงห้าม การที่ผู้ตายถูกใบหอกจันทับหัวตายนั้น เป็นโดยผู้ตายลวงล้ำเข้าไปใน รั้วของจำเลยต่างหาก รั้วนั้นไม่แข็งแรงใครจะเข้าออกก็ได้โดยสะดวก ถ้าผู้ตายแหวกรั้วเข้าไปก็คง ไม่ถูกจันทับหัว แต่ผู้ตายกลับลอดเข้าไปในช่องอันเล็กและเตี้ยจึงเป็นเคราะห์กรรมของผู้ตายเอง จำเลยไม่มีความผิดฐานประมาท

คำพิพากษาฎีกาที่ 152/2488 จำเลยผูกปิ่นซึ่งบรรจุกระสุน ที่พานท้ายและปาก กระบอกด้วยผ้าขาวม้าเพียงเส้นเดียว แล้วแขวนอยู่สัก 20 นาที ปิ่นถูกพายุแกว่งเงื่อนหลุด ปิ่นตก แล้วลั่นถูกผู้อื่นตาย ตัดสินว่าการที่ปิ่นตกลงเช่นนั้น ตามธรรมดาไม่น่าจะเป็นเหตุให้ปิ่นลั่น ที่ลั่น ครั้งนี้น่าจะเผอิญไปกระทบกับนกปิ่น และการที่ปากกระบอกปิ่นหันไปทางผู้ตายนั้นก็ประจวบกับ การบังเอิญอย่างมาก หากว่าจำเลยจะขาดความรอบคอบอยู่บ้างในการผูกปิ่นก็เป็น การไกลกว่า เหตุ จำเลยจึงไม่ควรมีความผิดในฐานประมาท

คำพิพากษาฎีกาที่ 1458/2497 จำเลยบรรจุกระสุนปืนไว้ในลูกซองพกแล้วเอาเสื้อห่อ ปืนนั้น แล้วใช้แขนหอบเสื้อนั้นแขนเดียว อีกมือหนึ่งถือไฟฉาย เป็นเหตุให้ปืนที่จำเลยหอบมานั้น หล่นลงถูกพื้นเรือนแล้วลั่นขึ้น กระสุนถูกนายวันดีซึ่งนอนอยู่ใกล้ๆกับที่จำเลยทำปิ่นหล่นถึงแก่

ความตายในคืนนั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จำเลยเอาปืนที่บรรจุกระสุนห่อด้วยเสื้อแล้วหอบไปนั้นไม่เป็นการผิดวิสัยของปกติชนจะพึงกระทำ การที่ปืนหล่นไปจากเสื้อตกลงยังพื้นเรือนั้นโดยปกติก็มีใช้ว่าปืนนั้นจะลั่นออก ฉะนั้นการที่ปืนหล่นจากเสื้อและลั่นขึ้นจึงเป็นการบังเอิญ จำเลยหาได้กระทำโดยประมาทไม่

(2) มาตรฐานความระมัดระวังอันควรสำหรับผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์

มาตรฐานความระมัดระวังกรณีการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ในระดับที่สองก็คือ มาตรฐานความระมัดระวังอันควรสำหรับผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์ มาตรฐานความระมัดระวังในระดับนี้เป็นมาตรฐานความระมัดระวังที่ใช้กับผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์ ซึ่งคำว่า “ศิลปศาสตร์” ตรงกับคำภาษาฝรั่งว่า “Profession”⁴⁵ ดังนั้นคำว่า “ผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์” ตามบทบัญญัติใน มาตรา 43 (3) จึงหมายความว่าผู้ที่ประกอบอาชีพซึ่งต้องให้หลักวิชาเฉพาะอย่างหรือผู้ที่ประกอบอาชีพซึ่งต้องใช้ความรู้ความสามารถหรือความเชี่ยวชาญในบางเรื่องเป็นพิเศษในการประกอบอาชีพนั้นๆ เช่น เป็นแพทย์ เป็นนายช่าง ซึ่งคำว่า หมอหรือช่างนี้เป็นแต่เพียงตัวอย่าง ซึ่งกฎหมายให้ไว้สำหรับให้เข้าใจง่ายขึ้น ผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์ตามมาตรา 43 (3) นั้น หมายความว่าผู้ที่ประกอบอาชีพซึ่งต้องใช้หลักวิชาหรือความรู้ความชำนาญทุกอย่าง ไม่เฉพาะแต่หมอกับช่างเท่านั้น⁴⁶

การที่กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 43 บัญญัติให้การกระทำโดยประมาทของปกติชนกับการกระทำโดยประมาทของผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์แยกออกจากกันนั้น ทำให้เห็นได้ว่า มาตรฐานความระมัดระวังของผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์นั้นย่อมแตกต่างจากมาตรฐานความระมัดระวังของปกติชน กล่าวคือ มาตรฐานหรือระดับความระมัดระวังสำหรับผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์นั้นจะต้องมากกว่ามาตรฐานหรือระดับความระมัดระวังของปกติชนหรือบุคคลธรรมดาทั่วไป โดยตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นั้น ผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์จะต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังในระดับเดียวกับผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์นั้นๆ กล่าวคือ ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเดียวกับคนที่มีอาชีพในทางนี้เขาใช้กัน⁴⁷ เช่น ถ้าเป็นหมอก็คงต้องใช้ความระมัดระวังอย่างหมอ คือ คนที่เป็นหมอก็คงต้องปฏิบัติตามที่หลักการแพทย์มีอยู่ หรือเป็นนายช่างก็ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างนายช่าง คือ เป็นช่างก็ต้องทำให้ถูกหลักวิชาการช่าง ตัวอย่างเช่น

⁴⁵ เฟิงอ้าง.

⁴⁶ หลวงพิณิจการโกศล (วิชา หัมมานนท์), อ้างแล้ว เชนงรรถที่ 41, น. 131.

⁴⁷ เฟิงอ้าง.

หมอบ่าตัดคนไข้แล้วไม่ระมัดระวัง ทำให้เศษสำลีเหลืออยู่ในท้องคนไข้ และคนไข้ตาย เรียกว่า ประมาท หรือช่างก่อสร้างทำการสร้างไม่เป็น เรือชนพังลงมาทับคนตาย กรณีเช่นนี้เรียกว่าเป็นการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 43 (3)⁴⁸ และบุคคลเช่นว่านี้จะอ้างว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังเต็มตามสติปัญญาหรือความสามารถที่มีอยู่ไม่ได้ เพราะเมื่อเข้าดำเนินการตามวิชาชีพใด ก็จะต้องมีความสามารถและต้องใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานของผู้มีวิชาชีพนั้นๆ⁴⁹

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การกระทำโดยประมาทสำหรับผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์ ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 43 (2) นั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีที่หนึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำเป็นผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์หรือเป็นผู้มีวิชาชีพ แต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานของผู้มีวิชาชีพนั้นๆ และกรณีที่สองเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ได้เป็นผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์ คือ ไม่มีความรู้หรือความสามารถในการประกอบวิชาชีพนั้นๆ เลยแต่มากระทำการประกอบวิชาชีพ เช่น ผู้กระทำไม่ได้เป็นแพทย์ แต่มาประกอบวิชาชีพแพทย์โดยทำการรักษาคนไข้ ซึ่งสำหรับในกรณีที่สองนี้ผู้กระทำก็ต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังในระดับเดียวกับผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์นั้นๆ ด้วย กล่าวคือ แม้ผู้กระทำจะไม่ได้เป็นแพทย์ แต่เมื่อมาประกอบวิชาชีพแพทย์โดยทำการรักษาคนไข้ ก็จะต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังในระดับเดียวกับผู้ที่มีวิชาชีพแพทย์ ทั้งนี้เนื่องจากผู้กระทำรู้อยู่แล้วว่าตนไม่มีความรู้ความสามารถและไม่มีความชำนาญในการประกอบวิชาชีพนั้น แต่ก็ยังแสดงให้เห็นบุคคลภายนอกเชื่อว่าตนเป็นผู้มีวิชาชีพ และยังกระทำการในสิ่งที่จะต้องกระทำโดยผู้ที่มีวิชาชีพคือมีความรู้ความชำนาญซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเสียหายของผู้กระทำอีกด้วย ดังนั้นจึงต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังเช่นเดียวกับผู้มีวิชาชีพ

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าผู้กระทำเป็นผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์ได้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังอันควรสำหรับผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 760/2460 จำเลยไม่มีความรู้ในทางการแพทย์ แต่มีเจตนาโลภเห็นแก่ผลที่จะพึงได้ จึงอ้างว่าตนชำนาญในการฉีดยาและรักษาตาเด็ก จำเลยได้ผสมยาฉีดมาให้รับประทานขนานหนึ่ง แล้วเอาเหล็กแหลมสกิดเอาโลหิตที่หูดอก เด็กตายในวันรุ่งขึ้น แพทย์เบิกความว่าตายเพราะรับประทานยาของจำเลย ตัดสินว่าจำเลยมีผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท

⁴⁸ วิจิตร ลุติตานนท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40.

⁴⁹ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 141.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 560/2460 จำเลยได้รับใบอนุญาตให้ขับรถราง วันเกิดเหตุจำเลยขับรถรางเร็วกว่าปกติ โดนเด็กหญิงอายุ 8 ขวบ ล้มตกลงที่ตะแกรงหน้ารถ ตัวเด็กสะท้อนอยู่บนตะแกรงรถ มีคนบอกให้รถหยุด จำเลยไม่หยุด เด็กจึงตกไปได้ทั้งรถ รถทับเด็กตาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จริงอยู่แม้ชั้นแรกเด็กวิ่งเข้าไป บางทีจำเลยไม่สามารถป้องกันได้ แต่เมื่อเด็กอยู่บนตะแกรงแล้วยังไม่ยอมหยุดรถ เพราะเหม่อเลี้ยวจนขาบอกให้หยุด ต้องถือว่าจำเลยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 760/2468 จำเลยเป็นนายท้ายเรือกลไฟซึ่งได้รับอนุญาตให้บรรทุกคนโดยสาร 107 คน แต่จำเลยรับคนโดยสาร 200 คน จนเรือเพียบแปร่น้ำ แล้วเรือล่มคนตายโดยไม่ปรากฏว่ามีเหตุพิเศษ วินิจฉัยว่าจำเลยประมาท แม้จำเลยจะเถียงว่าเรือไม่ล่มเพราะน้ำหนัก แต่เพราะคนโดยสารลุกอะอะขึ้น ทั้งนี้เพราะเรือเช่นนี้เจ้าหน้าที่ได้ตรวจแล้วจึงอนุญาตให้รับคนโดยสาร และตามธรรมดาเรือรับส่งคนโดยสารจะล่มเองไม่ได้ แม้คนโดยสารจะลุกขึ้นหรืออะอะอย่างใด ศาลฎีกาเห็นว่า เรือล่มเพราะบรรทุกคนมากเกินไปเกินอัตราในใบอนุญาตและจำเลยเป็นนายท้ายรับผิดชอบในการเดินเรือชนิดนี้ได้กระทำกรเลินเล่อ จำเลยจึงมีความผิดฐานประมาททำให้คนตาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 353 – 354/2474 จำเลยเป็นนายท้ายเรือยนต์ใช้ไฟจักรแล่นเรือเร็วมีคลื่นใหญ่สว่นกับเรือเล็กในระยะใกล้ 4 วา เรือเล็กล่มลงเพราะถูกคลื่นเรือยนต์ของจำเลย เป็นเหตุให้คนในเรือเล็กนั้นจมน้ำตาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า วันนั้นเป็นวันแห่พระซึ่งมีเรือประชาชนเป็นอันมาก จำเลยต้องรู้ว่าการแล่นเรือยนต์สว่นกับเรือเล็กในระยะอันใกล้เช่นนั้น คลื่นของเรือยนต์อาจเป็นอันตรายแก่เรือเล็ก จำเลยหาได้คิดถึงหน้าที่ของตนในอันที่ควรจะปฏิบัติและใช้ความระมัดระวัง เมื่อเรือเล็กล่มลงแล้วจำเลยก็ได้ช่วยเหลือประการใด กลับแล่นเรือรีบไปเสีย จำเลยจึงมีความผิดฐานประมาททำให้คนตาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 946-947/2475 จำเลยที่ 1 เป็นแพทย์ จำเลยที่ 2 เป็นนักปฐษาผสมยาเบื่อพยาธิให้เด็กกินแรงเกินขนาด เป็นเหตุให้เด็กตายเพราะยาพิษนั้น ทั้งเมื่อเกิดเป็นพิษแก่เด็กจำเลยก็ได้ไปแก้ไขให้ทันท่วงที เมื่อเด็กตายแล้วผ่าศพออกตรวจไม่พบตัวพยาธิเลย แสดงว่าจำเลยที่ 1 ไม่ตรวจถึงความป่วยไข้ในร่างกายของเด็ก ทั้งมิได้ควบคุมปล่อยให้จำเลยที่ 2 ซึ่งไม่ใช่แพทย์มีความรู้เพียงผสมยาเล็กน้อยให้ผสมยานั้น เป็นการเดินเล่ออย่างร้ายแรง และมีได้จัดการแก้ไขในภายหลัง จำเลยทั้งสองมีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้คนตาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 122/2496 จำเลยขับรถรางมาแต่ไกล มองเห็นรถเมล์จอดส่งคนโดยสารอยู่ริมทางรถราง แต่มิได้ระมัดระวัง คงขับรถรางต่อไป และแล่นเบียดผู้เสียหายซึ่งลงจากรถแล้วเดินเลียบรถเมล์ไปข้างหน้ามีบาดเจ็บ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า แม้จะนับว่าเป็นความประมาท

ของผู้เสียหายอยู่ด้วยก็จริง แต่ถ้าจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอแก่ฐานะที่เป็นผู้ขับรวางแล้วก็จะไม่มีทางเป็นอันตรายแก่ผู้เสียหายได้ จึงถือว่าเป็นความผิดของจำเลย

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าผู้กระทำเป็นผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์ได้ใช้ความระมัดระวังอันควรสำหรับผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์แล้ว จึงไม่เป็นการกระทำโดยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 721/2475 จำเลยเป็นนายเรือกวางเจานำเรือเข้าเทียบท่า ไบจักรเรือกวางเจาได้พันเรือฉลอมซึ่งจอดซ้อนลำยื่นออกมากลางน้ำแตกจมลง เป็นเหตุให้ ฮ. ซึ่งอยู่ในเรือฉลอมจมน้ำตาย แต่ปรากฏว่าจำเลยได้นำเรือเข้าเทียบท่าโดยถูกต้องชอบด้วยลักษณะของผู้ชำนาญการเดินเรือ ทั้งได้ใช้ฝีมือและความระมัดระวังสมแก่ภูมิรู้แล้ว โจทก์ขอให้ลงโทษจำเลยตาม ม.252 ศาลฎีกาเห็นว่า การกระทำผิดฐานประมาทเลินเล่อในทางอาชญาโจทก์จะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำการโดยปราศจากความระมัดระวังหรือขาดความรู้ความชำนาญตามธรรมดาโดยสมควรซึ่งจะพึงคาดหมายได้จากบุคคลผู้เป็นนายเรือ เพียงความพลั้งพลาดในการตัดสินใจยังไม่พอลงโทษจำเลยได้ จึงให้ยกฟ้องโจทก์

4.2.2 มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา

ภายหลังจากที่มีการยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และมาประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 แทนนั้น มีผลทำให้มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สำคัญในหลายๆ มาตรา รวมทั้งบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทด้วย โดยในประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทไว้มาตรา 59 วรรคสี่⁵⁰ ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวทำให้หลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาแตกต่างไปจากเดิม (ได้อธิบายถึงความแตกต่างไว้แล้วในบทที่ 3) และยังมีผลทำให้มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลตามประมวลกฎหมายอาญามีความแตกต่างกับมาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 อีกด้วย ซึ่งการกระทำโดยประมาทที่จะเป็นความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำ

⁵⁰ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสี่ บัญญัติว่า “การกระทำโดยประมาท ได้แก่ การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่”

โดยขาดความระมัดระวังตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยมาตรฐานความระมัดระวังที่นำมาใช้วัดระดับความระมัดระวังของผู้กระทำว่าจะเป็นการกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่หรือไม่ ก็คือ “มาตรฐานความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์” กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำจะต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับความระมัดระวังซึ่งบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำพึงจะใช้ความระมัดระวังได้ มาตรฐานความระมัดระวังตามประมวลกฎหมายอาญานี้เป็นมาตรฐานความระมัดระวังทั่วไปที่ใช้กับการใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำ และกำหนดขนาดของความระมัดระวังที่ผู้กระทำควรจะต้องมีในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง⁵¹ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้ถือเอาความระมัดระวังของผู้กระทำเป็นหลักเพราะผู้กระทำอาจมีความระมัดระวังมากหรือน้อยกว่าคนอื่น แต่กฎหมายใช้ระดับความระมัดระวังของบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำเป็นหลัก ดังนั้นการกระทำอันเดียวกันอาจเป็นการกระทำโดยประมาทสำหรับคนหนึ่ง แต่ไม่เป็นการกระทำการโดยประมาทสำหรับอีกคนหนึ่งก็ได้ทั้งนี้ต้องขึ้นอยู่กับวิสัยและพฤติการณ์ด้วย โดยในการพิจารณาความระมัดระวังของผู้กระทำจะต้องพิจารณาถึงภาวะหรือสถานการณ์ที่ผู้กระทำประสบอยู่ในขณะกระทำนั้นว่า ผู้กระทำควรจะใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์อย่างไร⁵²

กล่าวโดยสรุปก็คือการพิจารณาความประมาทของผู้กระทำนั้นจะต้องพิจารณาจากความระมัดระวังของผู้กระทำว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังที่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่นั้นกำหนดว่าจะต้องพิจารณาจาก (1) ความระมัดระวังตามวิสัย และ (2) ความระมัดระวังตามพฤติการณ์ กล่าวคือ ถ้าบุคคลอื่นซึ่งอยู่ในภาวะเช่นเดียวกันจะต้องมีความระมัดระวังตามวิสัยและความระมัดระวังตามพฤติการณ์อย่างใดแล้ว หากผู้กระทำไม่ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นเสียเลยก็ดี หรือใช้แต่ใช้ไม่เพียงพออย่างบุคคลอื่น ก็ต้องถือว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาท

⁵¹หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป คำสอนชั้นปริญญาตรี, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), น. 102-103.

⁵²เพ็ญอ้าง.

1) ความหมายของ “วิสัย” และ “พฤติการณ์” ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่

จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ จะเห็นได้ว่า มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลกรณีกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา ก็คือ “มาตรฐานความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์” คำว่า “วิสัย” และ “พฤติการณ์” จึงเป็นคำที่ถูกรนำมาใช้ในการกำหนดมาตรฐานหรือระดับในการวัดความระมัดระวังของผู้กระทำ กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ โดยในการวัดความระมัดระวังของผู้กระทำจะใช้วิสัยของผู้กระทำและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องเป็นตัวกำหนดว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอแล้วหรือไม่ ดังนั้นสิ่งแรกที่เราต้องทำความเข้าใจในการวินิจฉัยความประมาทของผู้กระทำว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทหรือไม่ นั่นก็คือ ความหมายของคำว่า “วิสัย” และ “พฤติการณ์” ทั้งนี้เพื่อจะได้ทราบว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์แล้วหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาก็จะเห็นได้ว่าในประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้คำนิยามหรือความหมายของคำว่า “วิสัย” และ “พฤติการณ์” ไว้แต่อย่างใด ดังนั้นในการศึกษาและทำความเข้าใจความหมายของคำดังกล่าวจึงต้องอาศัยคำอธิบายในทางตำรา และแนวคำพิพากษาของศาล

(1) ความระมัดระวังตามวิสัย

1) คำอธิบายในทางตำรา

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้คำนิยามหรือความหมายของคำว่า “วิสัย” ไว้แต่อย่างใด ดังนั้นในการศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของคำดังกล่าวจึงจะต้องทำการศึกษาจากคำอธิบายในทางตำราเป็นหลัก จากการศึกษาค้นคว้าจะพบว่าได้มีคำอธิบายในทางตำราให้นิยามหรือความหมายของคำว่า “วิสัย” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ไว้ดังนี้

หลวงวุฒิชัยธรรมเนติกร (กระวี บัณฑิตกุล)⁵³

อธิบายคำว่า “วิสัย” ไว้ว่า วิสัยอย่างเดียวกัน เช่น อายุเท่ากัน เพศเดียวกัน มีการศึกษาอบรมอย่างเดียวกัน หรือมีวิชาชีพอย่างเดียวกัน ว่ามีวิสัยที่จะใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด ดังเช่นเป็นเด็กก็พิจารณาว่าตามวิสัยเด็กขนาดนั้น จะใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด ซึ่งจะ

⁵³หลวงวุฒิชัยธรรมเนติกร (กระวี บัณฑิตกุล), คำอธิบายกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (พระนคร: ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, 2511), น. 62.

ให้เด็กใช้ความระมัดระวังอย่างผู้ใหญ่ย่อมไม่ได้ หรือเช่นผู้มีวิชาชีพแพทย์ เป็นช่าง เป็นผู้ขับรถเมล์ เรือเมล์โดยสาร ก็ต้องใช้ความระมัดระวังในวิชาชีพยิ่งกว่าผู้ไม่มีวิชาชีพนั้นๆ

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภทิพย์⁵⁴

วิสัย หมายความว่าถึง ลักษณะที่เป็นอยู่ของบุคคลผู้กระทำ บางทีก็เรียกว่าสภาพภายใน ตัวผู้กระทำ⁵⁵ เช่น เป็นเด็ก พิกัดหรือบัพพรวงในทางกายหรือจิตใจ

ดร.หยุด แสงอุทัย⁵⁶

ความระมัดระวังตามวิสัย หมายความว่า ผู้กระทำจะมีวิสัยที่จะใช้ความระมัดระวังได้ เพียงใด ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

(ก) วิสัยคนธรรมดาสามัญ ซึ่งยังต้องแยกออกตาม อายุ เพศ การศึกษาอบรม ความชัดเจน แห่งชีวิตและอื่นๆ ในการที่จะวินิจฉัยว่าผู้กระทำใช้ความระมัดระวังตามวิสัยหรือไม่ จึงต้องเอาคนที่ มีอายุ เพศ การศึกษาอบรม ความชัดเจนในชีวิต และอื่นๆ เทาเทียบกับผู้กระทำทุกประการเป็น เครื่องวัด การกระทำอันเดียวกันอาจเป็นประมาทสำหรับคนหนึ่ง เพราะเป็นวิสัยของคนนั้นที่ จะต้องใช้ความระมัดระวัง และไม่เป็นประมาทสำหรับอีกคนหนึ่งเพราะมิใช่เป็นวิสัยของอีกคนหนึ่ง ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังนั้นก็ได้อีก

(ข) วิสัยบุคคลผู้มีวิชาชีพ ความระมัดระวังของผู้มีวิชาชีพ เช่น เป็นแพทย์ เป็นนายช่าง ฯลฯ ก็ต้องใช้ความระมัดระวังอันเป็นวิสัยที่บุคคลผู้มีวิชาชีพนั้นๆ จะพึงใช้โดยปกติ ทั้งนี้คือต้อง พิจารณาว่า โดยปกติผู้มีวิชาชีพนั้นๆ สามารถใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด

รศ.ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ⁵⁷

วิสัย หมายความว่าถึงลักษณะเป็นอยู่ของบุคคล เช่น ความเป็นเด็ก ความเป็นหญิง คนชรา คนเป็นโรคจิต คนพิการ ผู้ประกอบการวิชาชีพ หรือผู้ที่มีวัตถุอันตรายอยู่ในครอบครอง เป็นต้น วิสัยจึงแยกออกได้เป็น

⁵⁴จิตติ ติงศภทิพย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 263.

⁵⁵ประมวลกฎหมายอาญาสวิส art.18 เรียกว่า la situation personnelle เป็นการ พิจารณาตัวบุคคลผู้กระทำ subjective, in concreto Logoz art.18 no.6 c bb p.69

⁵⁶หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 68.

⁵⁷ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *กฎหมายอาญาหลักและปัญหา*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), น. 143-144.

- 1) วิสัยคนธรรมดา แยกออกตามอายุ เพศ การศึกษาอบรม ความเจนจัดแห่งชีวิตและอื่นๆ
- 2) วิสัยบุคคลผู้มีวิชาชีพ ความระมัดระวังของผู้มีวิชาชีพนั้นๆ จะพึงใช้โดยพิจารณาว่าโดยปกติผู้มีวิชาชีพเมื่ออยู่ในภาวะเดียวกับผู้กระทำจะใช้ความระมัดระวังเพียงใด และคงจำกัดอยู่ในระดับมาตรฐานตามปกติเท่านั้น

ส่วนในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542⁵⁸ นั้น ได้ให้ความหมายคำว่า “วิสัย” ไว้ว่าหมายถึงความถึง ความสามารถ

จากคำอธิบายในทางตำราดังกล่าวข้างต้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า คำว่า “วิสัย” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่นั้น หมายถึง ลักษณะที่เป็นอยู่ของผู้กระทำหรือสภาพภายในตัวผู้กระทำ (ไม่รวมถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำ) ซึ่งได้แก่ อายุ เพศ การศึกษา ความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ การเป็นผู้มีวิชาชีพ เป็นต้น

การนำความระมัดระวังตามวิสัยมาใช้สำหรับพิจารณาการกระทำโดยประมาทของผู้กระทำนั้น ก็เนื่องมาจากบุคคลที่อยู่ในวิสัยต่างกันย่อมจะมีความระมัดระวังที่ต่างกัน โดยปกติเด็กย่อมมีความระมัดระวังที่น้อยกว่าผู้ใหญ่ ผู้มีวิชาชีพย่อมมีความรู้ความชำนาญในวิชาชีพนั้นๆ มากกว่าคนธรรมดา ผู้ที่มีร่างหรือจิตใจบกพร่องย่อมจะใช้ความระมัดระวังได้น้อยกว่าผู้ที่มีร่างกายหรือจิตใจที่สมบูรณ์ การที่กฎหมายจะกำหนดให้บุคคลทุกคนมีระดับความระมัดระวังที่เท่ากันย่อมไม่ถูกต้อง มาตรฐานความระมัดระวังจึงต้องขึ้นอยู่กับวิสัยของผู้กระทำด้วย ว่าในพฤติการณ์เช่นนั้นผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยหรือไม่

สำหรับการใช้ความระมัดระวังตามวิสัยนั้น จะต้องใช้ตัวผู้กระทำเป็นต้นแบบโดยลักษณะที่เป็นอยู่ของผู้กระทำหรือสภาพภายในตัวผู้กระทำเป็นอย่างไร ก็ให้ใช้สภาพนั้นเป็นหลักในการพิจารณา กล่าวคือ ในการวัดความระมัดระวังต้องถือเอาตามความระมัดระวังของบุคคลทั่วไปที่อยู่ในวิสัยเช่นเดียวกับผู้กระทำเป็นเกณฑ์ มิใช่ถือตามความระมัดระวังของผู้กระทำการนั้น ดังนั้นในการที่จะวินิจฉัยว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามควรแก่วิสัยหรือไม่ จะต้องมีการสมมติบุคคลที่มีอายุ เพศ การศึกษาอบรม ความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ วิชาชีพ ฯลฯ เช่นเดียวกับผู้กระทำทุกประการเว้นแต่ความระมัดระวังเท่านั้นเป็นเครื่องวัด แล้วดูว่าบุคคลโดยทั่วไปที่มีวิสัยเช่นเดียวกับผู้กระทำนั้นจะสามารถใช้ความระมัดระวังได้ขนาดใด แล้วนำเอาการกระทำของผู้กระทำมาเทียบดู ถ้าปรากฏว่าผู้กระทำใช้ความระมัดระวังน้อยกว่าขนาดความ

⁵⁸พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 (กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์), น. 1082.

ระมัดระวังของบุคคลทั่วไปที่มีวิสัยเช่นเดียวกับผู้กระทำที่นำมาใช้เป็นมาตรฐาน ก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัย ซึ่งอาจทำให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท แต่ถ้าผู้กระทำใช้ความระมัดระวังเท่ากับหรือมากกว่าขนาดความระมัดระวังของบุคคลทั่วไปที่มีวิสัยเช่นเดียวกับผู้กระทำ ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยใช้ความระมัดระวังตามวิสัยแล้ว และไม่เป็นการกระทำโดยประมาท เช่น ถ้าผู้กระทำเป็นเด็กในการวินิจฉัยความประมาทของผู้กระทำ เราจะใช้มาตรฐานความระมัดระวังอันเดียวกับมาตรฐานความระมัดระวังที่ใช้สำหรับผู้ใหญ่ไม่ได้เพราะตามธรรมดาเด็กย่อมมีความระมัดระวังไม่เท่ากับผู้ใหญ่ และจะหวังให้เด็กใช้ความระมัดระวังอย่างผู้ใหญ่ย่อมไม่ได้ แต่ก็มิได้หมายความว่าสิ่งที่เด็กกระทำการอย่างใดโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังแล้วจะไม่เป็นการกระทำโดยประมาท เพราะถ้าหากเด็กไปกระทำการอย่างที่เด็ก ๆ ทั่วไปในภาวะเช่นนั้นเขาจะไม่กระทำกันก็เป็นการกระทำโดยประมาทได้ ดังนั้นในการพิจารณาความระมัดระวังของเด็กก็ต้องถือระดับความระมัดระวังของเด็กทั่วไปในลักษณะเดียวกับผู้กระทำมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา⁵⁹ นอกจากนี้ยังจะต้องพิจารณาด้วยว่าเด็กโดยทั่วไปที่มีอายุเท่ากับผู้กระทำว่าเด็กที่มีอายุเท่าผู้กระทำมีความสามารถที่จะรู้ถึงการเสี่ยงภัยและการหลีกเลี่ยงภัยได้เพียงใด

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทของเด็ก

คำพิพากษาฎีกาที่ 541/2501 ผู้ตายมาที่บ้านจำเลย และขอดูปิ่นของบิดาจำเลย จำเลยจึงหยิบมาให้ เป็นปิ่นลูกซองมีกระสุนบรรจุอยู่และขึ้นนกไว้ด้วย จำเลยถือมาโดยไม่ทราบว่าเป็นปิ่นที่มีกระสุนบรรจุอยู่และขึ้นนกไว้ ขณะที่จำเลยถือปิ่นก้าวลงมาจากกระเบื้องบนพื้นนอกชาน ซึ่งอยู่ต่ำกว่าพื้นกระเบื้อง 1 ศอก ปิ่นก็ลั่นขึ้นโดยเหตุใดไม่ปรากฏ กระสุนถูกผู้ตายถึงแก่ความตาย จำเลยในคดีนี้อายุ 17 ปี ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาท เพราะเมื่อจำเลยไม่ทราบว่าเป็นปิ่นที่มีกระสุนบรรจุอยู่และขึ้นนกไว้ จะเกณฑ์ให้จำเลยซึ่งมีอายุเพียง 17 ปีมีความรอบรู้และระมัดระวังเรื่องปิ่นเหมือนบุคคลธรรมดาที่เคยใช้ปิ่นมาก่อนย่อมไม่ได้ ประกอบกับเหตุที่เกิดขึ้นก็เนื่องจากผู้ตายเองขอดูปิ่น จำเลยจึงหยิบมาให้ และปิ่นจะลั่นขึ้นเพราะการกระทำของจำเลยหรืออย่างไรไม่ปรากฏ

กรณีที่ผู้กระทำมีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ เช่น ผู้กระทำเป็นคนพิการ การจะวินิจฉัยถึงความระมัดระวังของบุคคลในวิสัยที่เป็นคนพิการก็ต้องถือเอาขนาดความระมัดระวังของคนพิการทั่วๆ ไปในลักษณะเดียวกับผู้กระทำเป็นเกณฑ์พิจารณาเช่นกัน กล่าวคือ วิสัยของคนพิการโดยทั่วๆ ไปจะพึงปฏิบัติอย่างไรในพฤติการณ์เช่นนั้น แม้คนพิการจะใช้ความระมัดระวัง

⁵⁹จิตติ ติงศภทิพย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 263.

อย่างคนธรรมดาไม่ได้ แต่ก็สามารถที่จะกระทำการโดยประมาทได้ถ้าคนพิการโดยทั่วไปจะไม่เข้าไปกระทำการนั้นแต่คนพิการที่กระทำการนั้นยังขึ้นเข้ากระทำและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น คนพิการจะอ้างว่าเป็นเพราะตนมีร่างกายที่พิการจึงไม่สามารถที่จะใช้ความระมัดระวังให้ดีกว่านั้นไม่ได้ เพราะคนพิการเข้ากระทำการที่บุคคลอื่นที่อยู่ในวิสัยและอยู่ในภาวะเช่นเดียวกับตนไม่ควรจะกระทำ ตัวอย่างเช่น คนพิการเนื่องจากตาบอดหนึ่งข้างโดยปกติแล้วจะไม่ขับรถยนต์เนื่องจากไม่สามารถที่จะขับรถได้อย่างปลอดภัย แต่นาย ก. ซึ่งเป็นผู้พิการตาบอดหนึ่งข้างยังฝันที่จะทำการขับรถยนต์บนถนน รถยนต์ที่นาย ก. ขับไปชนกับรถยนต์อีกคันหนึ่งเป็นเหตุให้คนที่อยู่ในรถถึงแก่ความตาย ดังนั้นต้องถือว่านาย ก. ได้กระทำการโดยประมาท

แต่ถ้าบุคคลโดยอ้อมกระทำตนให้ความระมัดระวังของตนลดน้อยไปกว่าที่ตนควรมีแล้วก็จะนำเหตุนั้นมาพิจารณาประกอบด้วยมิได้ เช่น ผู้ที่ดื่มสุราจนเมาขับรถยนต์ไปตามถนนและไปชนคนตาย มาตราฐานที่จะนำมาวัดว่าผู้นั้นกระทำโดยประมาทหรือไม่นั้นจะต้องนำเอามาตราฐานของบุคคลธรรมดาที่ไม่เมาสุรามาวัด จะนำเอามาตราฐานความระมัดระวังของคนเมาสุรามานำเป็นตัววัดมิได้⁶⁰ ดังนั้นถ้าคนเมาสุราขับรถยนต์ เมื่อเกิดอุบัติเหตุขึ้น จะอ้างว่าตนไม่ได้ประมาทเพราะได้ใช้ความระมัดระวังในการขับรถดีเท่าที่คนเมาจะขับได้แล้วไม่ได้ จริงอยู่ที่คนเมาไม่สามารถใช้ความระมัดระวังในการขับรถดีได้เท่ากับคนปกติ แต่คนปกติเมื่อเมาก็จะไม่ขับรถ ความประมาทจึงเกิดขึ้นตั้งแต่เข้าขับรถต่างๆ ที่เมาสุรา แต่ถ้าถูกล่อลวงที่ระวางตัวคืออยู่แล้วให้เสพโดยไม่รู้ว่าเป็นสุราจนเมาแล้วก็คิดอย่างคนเมาทั่วไปว่าถึงเมาก็ขับได้ ก็จะเป็นการกระทำโดยประมาทไม่ได้ เพราะบุคคลในลักษณะเช่นนั้นก็คงทำอย่างเดียวกัน⁶¹ หรือในกรณีที่ผู้กระทำขับรถยนต์ไม่เป็น แต่ยังขึ้นขับรถยนต์ไปตามถนนหลวง ผู้กระทำก็ต้องใช้ความระมัดระวังอันเป็นวิสัยที่ผู้ขับรถยนต์พึงจะใช้ ทั้งนี้เพราะเมื่อผู้กระทำรู้ว่าขับรถยนต์ไม่เป็นเขาก็ควรใช้ความระมัดระวังโดยไม่ขับรถยนต์มาตั้งแต่ต้น ถ้าเขายังขึ้นขับก็จะต้องมีความระมัดระวังอย่างผู้ขับรถยนต์ปกติ⁶²

สำหรับกรณีที่ผู้กระทำเป็นผู้ที่ประกอบวิชาชีพ ซึ่งต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษ เช่น แพทย์ วิศวกร นักกฎหมาย ฯลฯ นั้น ในการพิจารณากำหนดการกระทำโดยประมาทของผู้กระทำจะใช้มาตราฐานความระมัดระวังในระดับเดียวกับบุคคลธรรมดาไม่ได้ เพราะเมื่อบุคคล

⁶⁰บัญญัติ สุชีวะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 279.

⁶¹จิตติ ติงศัททีย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 263-264.

⁶²หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 196.

ดังกล่าวได้เข้าประกอบกิจการอันต้องใช้ความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษ เป็นการแสดงออกให้ผู้อื่นเชื่อว่าตนมีความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษกว่าบุคคลธรรมดาซึ่งเหมาะสมกับกิจการเช่นนั้น ตนจึงต้องใช้ความระมัดระวังให้เหมาะสมกับกิจการที่ตนกระทำ ฉะนั้นเมื่อประกอบวิชาชีพของตนก็ต้องใช้ความระมัดระวังเช่นวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพเช่นนั้นควรกระทำ⁶³ มาตรฐานความระมัดระวังของผู้มีวิชาชีพจึงต้องสูงกว่าระดับความระมัดระวังของบุคคลธรรมดา มาตรฐานความระมัดระวังที่จะนำมาใช้วัดความระมัดระวังก็ต้องใช้ความระมัดระวังอันเป็นวิสัยที่บุคคลผู้มีวิชาชีพนั้นๆ จะพึงใช้ได้ตามปกติ คือ จะต้องพิจารณาว่าโดยปกติผู้มีวิชาชีพนั้นๆ เมื่ออยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำจะสามารถใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด เช่น แพทย์ต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยของผู้มีวิชาชีพแพทย์ ตัวอย่างเช่น ในการผ่าตัด คนธรรมดาอาจจะเห็นว่าเพียงแต่เอาเครื่องมือที่จะใช้ไปล้างน้ำที่สะอาดก็นำมาใช้ทำการผ่าตัดได้ แต่ถ้าแพทย์ทำเช่นนั้นก็ต้องถือว่าประมาท เพราะไม่ใช่เป็นการทำความสะอาดตามหลักวิชาแพทย์ หรือในกรณีที่ผู้กระทำวิศกรต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยของผู้มีวิชาชีพวิศกร ตัวอย่างเช่น ผู้กระทำเป็นวิศกรทำหน้าที่ในการออกแบบ ควบคุมการก่อสร้างอาคาร ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือวิธีการอันพึงต้องกระทำในการก่อสร้างอาคารโดยไม่ใช้ความระมัดระวังดังเช่นผู้มีวิชาชีพวิศกรจะต้องมี เป็นเหตุให้อาคารที่ก่อสร้างนั้นพังทลายลงมาถูกผู้อื่นเสียชีวิต ผู้นั้นมีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

ในกรณีที่ผู้กระทำไม่ใช่ผู้มีวิชาชีพแต่แสดงตนให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าผู้กระทำเป็นผู้มีวิชาชีพและดำเนินการประกอบวิชาชีพนั้นๆ ในการประกอบวิชาชีพนั้นๆ ก็จะต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังในระดับเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพนั้นๆ ด้วย ทั้งนี้เป็นเพราะผู้กระทำได้แสดงตนให้บุคคลทั่วไปเห็นว่าตนเป็นผู้มีวิชาชีพและประกอบวิชาชีพนั้นเช่นเดียวกับผู้มีวิชาชีพ ผู้กระทำจึงต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพนั้นๆ ด้วย ตัวอย่างเช่น ผู้กระทำไม่มีความรู้ทางแพทย์แต่กลับแสดงตนว่าเป็นแพทย์ และทำการรักษาคนไข้อย่างแพทย์ ผู้กระทำก็ต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับแพทย์ จะอ้างว่าตนไม่ใช่แพทย์จึงไม่สามารถที่จะใช้ความระมัดระวังอย่างแพทย์ได้หาได้ไม่ เพราะเมื่อผู้กระทำเข้ากระทำการในทางวิชาชีพของแพทย์ ผู้กระทำก็ต้องมีความรู้และใช้ความระมัดระวังขนาดแพทย์ ความประมาทอยู่ที่ผู้กระทำต้องใช้ความระมัดระวังโดยไม่ควรทำการรักษาคนไข้อย่างเป็นแพทย์มาตั้งแต่แรก ถ้าผู้กระทำยังขึ้นทำ

⁶³ อุททิศ แสนโกศิก, อ่างแล้ว เชียงอรุณีที่ 42, น. 78.

การรักษาคนไข้ ผู้กระทำก็จะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างแพทย์⁶⁴ ความประมาทไม่ใช่อยู่ที่การรักษาผิดวิธี⁶⁵

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าแม้ผู้กระทำจะไม่ใช่ผู้มีวิชาชีพแต่ก็ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างผู้มีวิชาชีพ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2593/2521 จำเลยที่ 1 ทำการรับรักษาคนป่วย โดยมีได้เป็นแพทย์และไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบโรคศิลปะ เรียกค่ารักษารวมทั้งค่ารูปเขียนเป็นเงินคนละ 59 บาท โจทก์ฟ้องว่าจำเลยที่ 1 กระทำการโดยประมาททำให้เด็กชายประดิษฐ์ สิงห์ทอง ถึงแก่ความตาย ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเด็กชายประดิษฐ์ มีเนื้อโป่งพองที่หว่างคิ้วมาแต่กำเนิด แต่มีสุขภาพแข็งแรงดี บิดามารดาของเด็กชายประดิษฐ์พามาให้จำเลยที่ 1 ทำการรักษา จำเลยที่ 1 รักษาโดยใช้เข็มฉีดยาแทงเนื้อที่โป่งพองน้ำไหลออกมา แล้วใช้น้ำลายเป่าพ่นแล้วให้กลับบ้านได้ สั่งว่าอีก 3 วันให้มาใหม่ ต่อมามีน้ำใส ๆ ไหลออกมาจากรูที่ถูกจำเลยเจาะไม่หยุด สามวันต่อมาก็พาเด็กชายประดิษฐ์ไปหาอีก จำเลยเป่าแผลแล้วให้กลับ เด็กชายประดิษฐ์มีอาการชูบชืดและอ่อนเพลียและถึงแก่ความตายในเวลาอีก 6 วันต่อมา ปรากฏจากการตรวจชันสูตรพลิกศพของแพทย์ว่าเด็กชายประดิษฐ์เป็นโรคน้ำเลี้ยงสมองโป่งพอง ซึ่งไม่เป็นอันตรายต่อการเจริญเติบโต เหตุที่ตายเพราะส่วนที่โป่งพองถูกเจาะทำให้สมองขาดน้ำเลี้ยง วิธีการรักษาโรคมีเพียงประการเดียวคือ ต้องทำการผ่าตัดอุดกระดูกที่ช่องว่างเสีย การที่จำเลยที่ 1 ซึ่งไม่ใช่แพทย์และไม่มีความรู้ทางแพทย์ มาทำการรักษาด้วยวิธีการอื่นไม่ถูกต้องตามหลักวิชาแพทย์ จึงเป็นการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เด็กชายประดิษฐ์ถึงแก่ความตาย เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 461/2536 การที่จำเลยทั้งสองไม่ได้เป็นแพทย์และไม่ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา ได้ฉีดยาและให้ผู้ตายกินยาปฏิชีวนะประเภทเพนิซิลลิน โดยผู้ตายมีอาการหมดสติแทบจะทันใดหลังจากจำเลยให้กินยาและฉีดยา และถึงแก่ความตายหลังจากนั้นประมาณ 3 ชั่วโมง โดยไม่ปรากฏว่าผู้ตายรับการฉีดยาจากสถานพยาบาลอื่นมาก่อนมีอาการเช่นนั้น ถือว่าความตายเป็นผลโดยตรงจากการที่จำเลยทั้งสองให้กินยาและฉีดยาเพนิซิลลิน จำเลยทั้งสองจึงต้องมีความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291

⁶⁴หยุด แสงอุทัย, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 56.

⁶⁵ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 57.

นอกจากนี้มาตรฐานความระมัดระวังสำหรับการกระทำของผู้ที่ต้องใช้ความชำนาญ หรือฝีมือยิ่งกว่าคนธรรมดาในการประกอบอาชีพก็ทำนองเดียวกับมาตรฐานความระมัดระวังของผู้มีวิชาชีพ คือ ต้องใช้ความระมัดระวังที่บุคคลในลักษณะเช่นนั้นควรต้องใช้ด้วย จะถือว่าคนธรรมดาใช้ความระมัดระวังได้เพียงใดผู้ใดกระทำก็ได้ใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกันนั้นแล้วไม่ได้⁶⁶ ในการวัดความระมัดระวังก็ต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังในระดับของคนที่มีฝีมือในการประกอบอาชีพหรือการงานนั้นๆ เช่น ช่างซ่อมรถยนต์ ก็จะต้องซ่อมโดยใช้ความระมัดระวังอย่างผู้ที่มีความรู้ ความชำนาญในเครื่องยนตร์กลไกของรถยนต์ ถ้าซ่อมโดยไม่ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยของช่างผู้มีฝีมือในการซ่อมแล้วทำให้เครื่องยนตร์ได้รับความเสียหาย ต่อมาเจ้าของรถนำรถไปใช้โดยไม่ทราบถึงความเสียหายของรถ รถยนต์จึงเสียหายหลักไปชนคนได้รับบาดเจ็บ ต้องถือว่าช่างซ่อมรถกระทำโดยประมาท

ในการพิจารณาความระมัดระวังตามวิสัยนั้น นอกจากจะพิจารณาถึง อายุ เพศ ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ และการเป็นผู้มีวิชาชีพหรือเป็นผู้ที่ต้องใช้ฝีมือในการประกอบอาชีพ ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ในบางครั้งยังจะต้องคำนึงถึงความรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงบางอย่างของผู้กระทำด้วย เพราะการรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงบางอย่างย่อมมีผลต่อระดับของการใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำ เช่น รู้ว่าเป็นบรรจุกระสุน ในการรับส่งก็ต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่าการรับส่งปืนที่ไม่บรรจุกระสุน หีบห่อที่บรรจุสิ่งอันตรายไว้ภายในก็ต้องระมัดระวังมากกว่าธรรมดา ทั้งนี้ในการพิจารณาความระมัดระวังของผู้กระทำก็ต้องพิจารณาด้วยว่าผู้กระทำรู้ถึงข้อเท็จจริงนั้นๆ หรือไม่ แต่การพิจารณาถึงการรู้ข้อเท็จจริงถ้าผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงนั้นเพราะบุคคลธรรมดาในลักษณะเช่นนั้นก็ย่อมไม่รู้ การไม่รู้ของผู้กระทำก็ไม่เป็นประมาท เช่น ก. ถือห่อซึ่งบรรจุน้ำยาเคมีชนิดหนึ่งซึ่งนอกจากผู้ชำนาญการแล้วก็ไม่มีความทราบได้เลยว่าหากได้รับการกระทบกระเทือนอย่างแรงแล้วอาจจะเปิดขึ้นได้ ก. จึงมิได้ใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษแต่อย่างใด หากเกิดการระเบิดขึ้นจะถือว่า ก. กระทำโดยประมาทยังมิได้ ต้องพิจารณาว่า ก. ได้ใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาจากการถือสิ่งดังกล่าวหรือยังเท่านั้น เพราะในภาวะเช่นนั้นบุคคลทั่วไปไม่อาจรู้หรือควรรู้ว่าตนต้องใช้ความระมัดระวังพิเศษอย่างใด⁶⁷ แต่ถ้าผู้กระทำไม่รู้ทั้งๆ ที่ข้อเท็จจริงนั้นเป็นข้อเท็จจริงซึ่งบุคคลธรรมดาโดยทั่วไปรู้หรือควรรู้ได้ ความไม่รู้ข้อเท็จจริงนั้นก็จะเป็นประมาทได้

⁶⁶จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 265-266.

⁶⁷ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57, น. 146.

เหมือนกัน⁶⁸ เช่น คนทั่วไปย่อมรู้ว่าปืนที่มีกระสุนบรรจุอยู่เป็นวัตถุอันตรายไม่ควรนำมาเล่น ผู้กระทำนำปืนที่มีกระสุนบรรจุอยู่มาเล่น ต่อมาปืนลั่นกระสุนถูกผู้อื่นถึงแก่ความตาย ผู้กระทำจะอ้างว่าตนไม่รู้ว่าปืนที่มีกระสุนบรรจุอยู่เป็นวัตถุอันตรายไม่ควรนำมาเล่นไม่ได้ การที่ผู้กระทำนำปืนที่มีกระสุนบรรจุอยู่มาเล่นและเกิดความเสียหายขึ้นจึงเป็นการกระทำโดยประมาท

คำพิพากษาฎีกาที่ 594/2507 จำเลยเป็นตำรวจได้รับมอบปืนสั้นกระบอกหนึ่งจากผู้ที่เก็บได้ จำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าไม่มีกระสุนบรรจุอยู่ จึงพกหนีบไว้ที่เอว จำเลยนั่งพักอยู่ที่ม้ายาว ต่อมาจำเลยขยับท่าจะลุกขึ้นพร้อมกับขยับเข็มขัดให้สูงขึ้น ปืนที่จำเลยรับมามลันขึ้น 1 นัด กระสุนปืนพุ่งลงกระทบม้านั่งแล่นไปถูกผู้เสียหาย ดังนี้ จะเอาผิดแก่จำเลยฐานกระทำโดยประมาทไม่ได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ตามวิสัยของตำรวจเมื่อได้รับปืนมาก็ควรที่จะใช้ความระมัดระวังตรวจสอบเสียก่อนว่ามีกระสุนปืนบรรจุอยู่หรือไม่ การที่จำเลยไม่ตรวจสอบจึงน่าจะเป็นการกระทำโดยประมาท

คำพิพากษาฎีกาที่ 940/2475 ผู้ตายกระซอกเล่นปืนเล่นกระสุนปืนกระเด็นออกมา 2 นัด กระสุนยังเหลืออีก 3 นัด ต่อมาผู้เอาแหวนกระสุนปืนออกแล้วเอาปืนวางไว้และพูดว่าถ้าจะเล่นต้องเอาลูกออกอย่างนี้ จำเลยหยิบปืนพกยกขึ้นปืนก็ลั่นไปถูกคนอื่นตาย ศาลฎีกาตัดสินว่าอาวุธปืนมีเครื่องกลไกและอาจทำให้เกิดอันตรายต่อบุคคลได้อย่างร้ายแรง จำเลยไม่ควรหยิบมาเล่นและหันมาทางผู้ตาย และการที่ผู้ตายได้กระซอกปืนเล่นอยู่ก่อนนั้นเป็นเหตุให้จำเลยรู้ว่าปืนมีลูกกระสุนและการกระซอกเช่นนั้นกระสุนต้องขึ้นลากล้องทันที และจำเลยต้องใช้ความระมัดระวังในเมื่อหยิบปืนนั้นขึ้น แต่จำเลยหาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ จำเลยจึงผิดฐานทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

2) ความหมายของคำว่า “วิสัย” ตามแนวคำพิพากษาของศาล

จากการศึกษาและค้นคว้าแนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทแล้วพบว่าไม่มีคำพิพากษาที่ได้ให้ความหมายหรืออธิบายถึงความหมายของคำว่า “วิสัย” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ivo อย่างชัดเจน แนวคำพิพากษาของศาลจะเป็นการวินิจฉัยไปเลยว่าการกระทำนั้นๆ ของจำเลยเป็นการปราศจากความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์หรือไม่ จึงเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่เป็นการกระทำโดยประมาท ดังนั้นในการพิจารณาความประมาทของผู้กระทำว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยหรือไม่อย่างไร จึงต้องพิจารณาความหมายของคำว่าวิสัยจากคำอธิบายทางตำราดังที่ได้กล่าวมาแล้วเพียงอย่างเดียว

⁶⁸จิตติ ดิงศภัทย์, อ่างแล้ว เขิงอรรถที่ 1, น. 263-264.

(2) ความระมัดระวังตามพฤติการณ์

1) คำอธิบายในทางตำรา

คำว่า “พฤติการณ์” นั้นก็ไม่ได้มีการให้นิยามหรือให้ความหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเช่นเดียวกัน ดังนั้นในการศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของคำดังกล่าวจึงจะต้องทำการศึกษาจากคำอธิบายในทางตำรา ซึ่งคำอธิบายในทางตำรานั้นได้มีการให้ความหมายของคำว่า “พฤติการณ์” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ไว้ดังนี้

หลวงวุฒิชัยธรรมเนติกร (กระวี บัณฑิตกุล)⁶⁹

อธิบายว่า “นอกจากจะต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยของบุคคลแล้ว ผู้กระทำจะต้องใช้ความระมัดระวังตามพฤติการณ์ เพราะภายใต้พฤติการณ์ที่เกิดขึ้น บุคคลอาจต้องใช้ความระมัดระวังแตกต่างกัน เช่น เวลาเกิดเพลิงไหม้ หรือโจรปล้น จะให้ผู้หนีเพลิงหรือหนีโจรซึ่งอยู่ใต้พฤติการณ์อันตกใจใช้ความระมัดระวังอย่างบุคคลที่อยู่ภายใต้พฤติการณ์อันปกติย่อมไม่ได้”

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภักดิ์⁷⁰

พฤติการณ์ หมายความว่า ข้อเท็จจริงประกอบกรกระทำ⁷¹ บางทีก็เรียกว่าเหตุภายนอกตัวผู้กระทำ เช่น ในการขับรถ ได้แก่สภาพรถ ถนน แสงสว่าง ความพลุกพล่านของการจราจร หรือในการใช้ปืนก็ได้แก่ปืนชนิดไหน บรรจุกระสุนหรือไม่

รศ.ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ⁷²

พฤติการณ์ หมายถึงข้อเท็จจริงประกอบกรกระทำหรือเหตุภายนอกตัวผู้กระทำ เช่น เวลากลางคืน สภาพรถ หรือความพร้อมของเครื่องไม้เครื่องมือ เป็นต้น

ดร.หยุด แสงอุทัย⁷³

ในคำอธิบายทางตำราของดร.หยุด แสงอุทัยนั้นไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “พฤติการณ์” ไว้โดยตรง แต่ได้อธิบายว่านอกจากบุคคลจะต้องมีความระมัดระวังตามวิสัยแล้ว ยังจะต้องปรากฏว่าบุคคลจะต้องมีความระมัดระวังตามพฤติการณ์อีกด้วย เพราะภายใต้พฤติการณ์

⁶⁹หลวงวุฒิชัยธรรมเนติกร (กระวี บัณฑิตกุล), อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53, น. 63.

⁷⁰จิตติ ติงศภักดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 266.

⁷¹ประมวลกฎหมายอาญาสวิส art.18 เรียกว่า les circonstances อ้างใน จิตติ ติงศภักดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 266.

⁷²ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 57, น. 144.

⁷³หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 56, น. 68-69.

ที่แตกต่างกัน บุคคลย่อมใช้ความระมัดระวังได้แตกต่างกัน เช่น ในเวลาที่เราถูกโจรที่จะปล้นบ้าน เรายิ่งปืนขู่หลายนัด เราย่อมตกใจเป็นธรรมดา เมื่อเราจะกระโดดหน้าต่างหนี จะหวังให้เราใช้ความระมัดระวังตรวจตราเสียก่อนว่า จะมีคนยืนอยู่ใกล้หน้าต่างยอมเป็นไปไม่ได้ ฉะนั้นถ้าเราจะกระโดดลงมาถูกคนที่ยืนอยู่ใกล้หน้าต่างซำหัก จะถือว่าเราได้กระทำโดยประมาทไม่ได้ สำหรับบุคคลผู้มีวิชาชีพรักเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ภายใต้พฤติการณ์ที่แตกต่างกัน บุคคลผู้มีวิชาชีพอ่อมใช้ความระมัดระวังได้แตกต่างกัน เช่น ในเวลามีภัยทางอากาศ มีผู้ต้องบาดเจ็บเป็นจำนวนมาก แต่มีนายแพทย์เพียงคนเดียว เมื่อนายแพทย์ต้องดูแลผู้ได้รับบาดเจ็บเป็นจำนวนมากเช่นนี้ จะหวังให้นายแพทย์ใช้ความระมัดระวังอย่างเดียวกับเวลาที่มีผู้บาดเจ็บเพราะประสบอุบัติเหตุเพียงคนเดียว ย่อมไม่ได้ ฉะนั้นในการที่จะพิจารณาว่านายแพทย์ควรใช้ความระมัดระวังเพียงใด จึงต้องดูด้วยว่าตามพฤติการณ์ในคดี นายแพทย์จะสามารถใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด

ศ.ดร.อุททิศ แสนโกศิก⁷⁴

ศ.ดร.อุททิศ แสนโกศิก ไม่ได้อธิบายถึงความหมายของคำว่า “พฤติการณ์” ไว้ แต่ได้กล่าวถึงความระมัดระวังตามพฤติการณ์ไว้ว่า “ในการพิจารณาว่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดใช้ความระมัดระวังตามควรหรือไม่นั้น จะต้องคำนึงด้วยว่าการใช้ความระมัดระวังของบุคคลย่อมมีมากน้อยแตกต่างกันไปตามแต่พฤติการณ์ ในพฤติการณ์อย่างหนึ่งอาจต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่าธรรมดา และในทางกลับกัน ในพฤติการณ์อีกอย่างหนึ่งอาจไม่สามารถใช้ความระมัดระวังอย่างธรรมดาได้ ตัวอย่างเช่น ก.ถูกคนวิ่งไล่ทำร้ายมา ขณะที่ ก.กำลังวิ่งหนีอยู่นั้น จะหวังให้ ก.ใช้ความระมัดระวังอย่างธรรมดาเพื่อไม่ให้วิ่งไปชนคนอื่นบาดเจ็บย่อมไม่ได้ เพราะในพฤติการณ์เช่นนั้น ก.ย่อมไม่มีเวลาสังเกตดูให้ดีเสียก่อน คงพยายามแต่จะวิ่งหนีให้พ้นภัยเท่านั้น ฉะนั้นถ้าวิ่งไปชนใครล้มลงบาดเจ็บ ในการที่จะพิจารณาว่า ก.กระทำโดยประมาทหรือไม่ ก็จะต้องนำพฤติการณ์ที่ ก.ถูกวิ่งไล่ทำร้ายและเขากำลังวิ่งหนีมาพิจารณาประกอบด้วย”

ส่วนคำว่า “พฤติการณ์” นั้น ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542⁷⁵ ได้ให้ความหมายไว้ว่าหมายถึงเหตุการณที่เป็นมาหรือที่จะเป็นไป ความเป็นไปในเวลากระทำการ

จากคำอธิบายทางตำราคำว่า “พฤติการณ์” จึงหมายถึง ข้อเท็จจริงประกอบการกระทำ ซึ่งเป็นเหตุภายนอกตัวผู้กระทำ หรืออาจกล่าวได้ว่าพฤติการณ์เป็นสภาพแวดล้อมที่มีอยู่ในขณะ

⁷⁴อุททิศ แสนโกศิก, *อ่างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 42, น. 81.

⁷⁵พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 (กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์), น. 768.

กระทำซึ่งเป็นปัจจัยที่สำคัญที่จะต้องนำมาพิจารณาการใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำ ในการวินิจฉัยการกระทำโดยประมาทตามบทบัญญัตินั้นนอกจากจะต้องพิจารณาว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยแล้วหรือไม่ ยังจะต้องพิจารณาว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามพฤติการณ์หรือไม่อีกด้วย พฤติการณ์จึงเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องนำมาพิจารณาการกระทำโดยประมาทของผู้กระทำ โดยดูว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังอันควรต้องใช้ในพฤติการณ์นั้นๆ แล้วหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ที่มีในขณะนั้นของผู้กระทำเป็นเรื่องๆ ไป เช่น ในการวินิจฉัยคดีว่าผู้กระทำขับรถโดยประมาทหรือไม่ พฤติการณ์ประกอบ ได้แก่ สภาพรถ สภาพการจราจร พื้นผิวจราจร จำนวนผู้คนที่ใช้รถใช้ถนน เวลาที่เกิดเหตุเป็นเวลากลางวันหรือกลางคืน มีแสงสว่างเพียงพอหรือไม่ เหล่านี้เป็นพฤติการณ์ที่ต้องนำมาพิจารณาร่วมกับวิสัยของผู้กระทำ เพื่อชี้ขาดว่าบุคคลธรรมดาในภาวะวิสัยหรือพฤติการณ์เช่นนั้นควรจะใช้ความระมัดระวังได้หรือไม่ ถ้าบุคคลธรรมดาใช้ความระมัดระวังได้ แต่จำเลยไม่ได้ใช้ ถือว่าจำเลยประมาท⁷⁶ ด้วยเหตุนี้ พฤติการณ์จึงถือได้ว่าเป็นปัจจัยสำคัญต่อการจำกัดขนาดความระมัดระวังของบุคคล เพราะภายใต้พฤติการณ์ที่แตกต่างกัน บุคคลย่อมใช้ความระมัดระวังได้แตกต่างกัน⁷⁷ เช่น การขับรถบนถนนในขณะที่มีฝนตกหนัก ผู้ขับขี่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการขับขี่มากกว่าการขับรถในขณะที่มีฝนไม่ตก ผู้ที่อยู่ในสถานที่ที่มีเชื้อเพลิงเช่นที่เก็บน้ำมัน จะต้องใช้ความระมัดระวังในการสูบบุหรี่หรือจุดไฟมากกว่าการอยู่ในสถานที่อื่น ผู้ที่ถือหรือจับอาวุธปืนจะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษไม่ให้ปืนลั่นออกไปถูกผู้อื่นได้

ขนาดของความระมัดระวังของบุคคลจึงย่อมแตกต่างกันออกไปตามพฤติการณ์ ในพฤติการณ์อย่างหนึ่งผู้กระทำอาจต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่าบุคคลธรรมดา แต่ในทางกลับกันในพฤติการณ์อีกอย่างหนึ่งผู้กระทำก็อาจไม่สามารถที่จะใช้ความระมัดระวังอย่างบุคคลธรรมดาได้ เช่น ในเวลาที่เรากำลังอยู่ในรถยนต์ราย จะให้เราใช้ความระมัดระวังได้เท่ากับเวลาปกติไม่ได้ ตัวอย่างเช่น ในเวลาที่เรากำลังจะกลับบ้านเราถึงบ้านหลายนัด เราย่อมตกใจเป็นธรรมดาเมื่อเราจะกระโดดหน้าต่างหนึ่ง จะหวังให้เราใช้ความระมัดระวังตรวจตราเสียก่อนว่า จะมีคนยืนอยู่ใกล้หน้าต่างย่อมเป็นไปได้ ฉะนั้นถ้าเราจะกระโดดลงมาถูกคนที่ยืนอยู่ใกล้หน้าต่างขาคัก จะถือว่าเราได้กระทำโดยประมาทไม่ได้ ความระมัดระวังตามพฤติการณ์นี้ สำหรับบุคคลผู้มีวิชาชีพ

⁷⁶สมพร พรหมหิตาธร, กฎหมายอาญาฉบับชาวบ้าน (เล่ม 1), (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), น. 59.

⁷⁷หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 56, น. 68.

เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ภายใต้พฤติการณ์ที่แตกต่างกัน บุคคลผู้มีวิชาชีพย่อมใช้ความระมัดระวังได้แตกต่างกัน เช่น ในเวลามีภัยทางอากาศ มีผู้ต้องบาดเจ็บเป็นจำนวนมาก แต่มีนายแพทย์เพียงคนเดียว เมื่อนายแพทย์ต้องดูแลผู้ได้รับบาดเจ็บเป็นจำนวนมากเช่นนี้ จะหวังให้นายแพทย์ใช้ความระมัดระวังอย่างเดียวกับเวลาที่มีผู้บาดเจ็บเพราะประสบอุบัติเหตุเพียงคนเดียวย่อมไม่ได้ ฉะนั้นในการที่จะพิจารณาว่านายแพทย์ควรใช้ความระมัดระวังเพียงใด จึงต้องดูด้วยว่าตามพฤติการณ์ในคดี นายแพทย์จะสามารถใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด⁷⁸ หรือในกรณีที่นาย ก. กำลังขับรถหนีคนร้าย นาย ก. ขับรถด้วยความเร็วสูงเพื่อหนีคนร้ายที่ขับรถไล่ตามมา ในขณะที่นาย ก. กำลังขับรถเพื่อหนีคนร้ายนั้น ภายใต้พฤติการณ์ดังกล่าวจะให้นาย ก. ใช้ความระมัดระวังอย่างธรรมดาเพื่อไม่ให้ขับรถไปชนรถยนต์คันอื่นยอมทำไม่ได้ ทั้งนี้เพราะในพฤติการณ์เช่นนั้นย่อมเป็นเรื่องปัจจุบันทันด่วนต้องอาศัยความเร็ว นาย ก. ย่อมไม่มีเวลาสังเกตดูให้ดีเสียก่อน คงพยายามแต่จะวิ่งหนีให้พ้นภัยเท่านั้น ดังนั้นหากนาย ก. ขับรถไปชนกับรถยนต์คันอื่นจนเป็นเหตุให้บุคคลในรถถึงแก่ความตาย ในการที่จะพิจารณาว่านาย ก. กระทำโดยประมาทหรือไม่ ก็จะต้องนำพฤติการณ์ที่นาย ก. ถูกคนร้ายขับรถไล่ตามมาทำร้ายและเขากำลังขับรถเพื่อหนีให้พ้นจากคนร้ายมาพิจารณาประกอบด้วย

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 104/2494 จำเลยขับรถชนคนรับคนโดยสารแล้วมาตามถนนเฉียดถึงกันเกี่ยวกับการจราจร จำเลยจึงขับรถหนี ประจวบกับผู้ตายวิ่งหนีกระสุนปืนผ่านหน้ารถยนต์จำเลยในระยะใกล้ จำเลยห้ามล้อหยุดไม่ทัน รถจึงชนผู้ตายถึงแก่ความตาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จำเลยขับรถหนีเพื่อหลบหนีภัยอันตรายอันร้ายแรงนั้น แม้จะเร็วถึงขนาดผิดกฎหมายจราจร ก็เป็นการกระทำโดยจำเป็นย่อมได้รับการยกเว้นโทษ การที่ผู้ตายวิ่งตัดหน้ารถยนต์ของจำเลยในระยะกระชั้นชิดก็ใช่วิสัยที่จะป้องกันมิให้รถยนต์ทับผู้ตายได้ การที่รถยนต์ทับผู้ตายเห็นเป็นเหตุสุดวิสัย ไม่ใช่เรื่องประมาท จำเลยจึงไม่มีผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาท⁷⁹

2) ความหมายของคำว่า “พฤติการณ์” ตามแนวคำพิพากษาของศาล

จากการศึกษาและค้นคว้าแนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทแล้วพบว่าไม่มีคำพิพากษาที่ได้ให้ความหมายหรืออธิบายถึงความหมายของคำว่า “พฤติการณ์” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ให้อย่างชัดเจน แนวคำพิพากษาของศาลจะเป็นการวินิจฉัยไปเลยว่าการกระทำนั้นๆของจำเลยเป็นการปราศจากความระมัดระวังตามวิสัยและ

⁷⁸ เฟิงอ้าง, น. 68-69.

⁷⁹ อุททิศ แสนโกศิก, อ้างแล้ว เชียงอรรถที่ 42, น. 81.

พฤติการณ์หรือไม่ จึงเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่เป็นการกระทำโดยประมาท ดังนั้นในการพิจารณาความประมาทของผู้กระทำว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามพฤติการณ์หรือไม่อย่างไร จึงต้องพิจารณาความหมายของคำว่าพฤติการณ์จากคำอธิบายทางตำราดังที่ได้กล่าวมาแล้วเพียงอย่างเดียว

2) การนำ “วิสัย” และ “พฤติการณ์” มาใช้ในการพิจารณาการกระทำโดยประมาท
การพิจารณาความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์

“ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์” ที่ใช้เป็นมาตรฐานในการวัดความประมาทของบุคคลนั้นเป็นความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย กล่าวคือ ต้องเป็นความระมัดระวังที่สามารถรู้ได้และอธิบายได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป⁸⁰ ในการพิจารณาว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำโดยประมาทหรือไม่นั้น จะพิจารณาแต่เพียงว่าเขาใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่วิสัยแล้วหรือเขาได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่พฤติการณ์แล้วอย่างใดอย่างหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ เพราะการกระทำโดยขาดความระมัดระวังซึ่งจะเป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่นั้น จะต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำโดยขาดความระมัดระวังตามสมควรแก่วิสัยและพฤติการณ์ทั้งสองอย่าง ทั้งนี้เนื่องจากในวิสัยและพฤติการณ์ที่แตกต่างกัน บุคคลอาจมีความสามารถในการใช้ความระมัดระวังได้ต่างกัน ในวิสัยและพฤติการณ์อย่างหนึ่งบุคคลอาจใช้ความระมัดระวังได้ในขนาดหรือระดับหนึ่ง แต่ในวิสัยและพฤติการณ์อีกอย่างหนึ่งบุคคลอาจใช้ความระมัดระวังได้อีกระดับหนึ่ง ขนาดความระมัดระวังของบุคคลจึงอาจมีมากน้อยได้ตามแต่วิสัยและพฤติการณ์ ในการพิจารณาความประมาทของผู้กระทำเมื่อคำนึงถึงวิสัยและพฤติการณ์แล้วหากผู้กระทำไม่ได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอ นั้นหมายถึงว่าในพฤติการณ์อย่างหนึ่งถ้าผู้กระทำใช้ความระมัดระวังต่ำกว่าระดับบุคคลที่อยู่ในวิสัยเดียวกันสามารถใช้ความระมัดระวังได้แล้ว การกระทำนั้นก็เป็นประมาท แต่ถ้าเป็นพฤติการณ์ที่แตกต่างกัน ก็จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าพฤติการณ์นั้นๆ จะเอื้ออำนวยให้บุคคลในแต่ละวิสัยสามารถใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด ดังนั้นที่ผู้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังนั้น ต้องดูทั้งความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ประกอบกัน หากปรากฏว่าตามวิสัยผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังได้แต่ตามพฤติการณ์ทำให้ผู้กระทำไม่อาจใช้ความระมัดระวัง หรือกลับกันคือตาม

⁸⁰ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2547), น. 269.

พฤติการณ์ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังได้ แต่ตามวิสัยของผู้กระทำไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้ จะถือว่าผู้กระทำขาดความระมัดระวังหาได้ไม่⁸¹

นอกจากนี้การพิจารณาการกระทำโดยประมาทของผู้กระทำว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทหรือไม่นั้น จะต้องมีการสมมติบุคคลขึ้นมาเพื่อเปรียบเทียบกับตัวผู้กระทำ การวินิจฉัยการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทยจึงเป็นการวินิจฉัยแบบ in abstracto (ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปโดยละเอียดในบทที่ 5) มิใช่การพิจารณาจากตัวผู้กระทำเองว่าผู้กระทำนั้นคิดว่าเขากระทำโดยประมาทหรือไม่ ซึ่งหากไม่มีการเปรียบเทียบบ้าง ก็จะเป็นการพิจารณาความระมัดระวังของผู้กระทำเอง ซึ่งผู้กระทำอาจแก้ตัวว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอแล้ว จึงเป็นการยากที่จะเอาผิดกับผู้กระทำได้⁸² ที่กล่าวว่าการพิจารณาการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทยนั้นเป็นการพิจารณาโดยการสมมติบุคคลขึ้นมาเพื่อเปรียบเทียบกับผู้กระทำนั้น จะเห็นได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ได้บัญญัติว่า “การกระทำโดยประมาทเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์” ซึ่งคำว่า “บุคคลในภาวะเช่นนั้น” เป็นคำที่แสดงให้เห็นว่า การพิจารณาความประมาทของผู้กระทำนั้น จะต้องมีการสมมติบุคคลขึ้นมาเพื่อเปรียบเทียบกับหรือเพื่อใช้เป็นมาตรฐานในการวัดความประมาทของผู้กระทำว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทหรือไม่ โดยบุคคลที่ถูกสมมติขึ้นเพื่อเปรียบเทียบกับผู้กระทำนี้จะต้องไม่ใช่บุคคลธรรมดาทั่วไปหรือที่เรียกกันว่า “วิญญูชน” (ordinary man) บุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นนี้จะต้องเป็นบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำด้วย กล่าวคือ จะต้องเป็นบุคคลที่อยู่ในวิสัยเดียวกับผู้กระทำ กับทั้งในพฤติการณ์เดียวกับที่การกระทำเกิดขึ้นด้วย⁸³ ดังนั้นบุคคลที่ถูกสมมติขึ้นนี้จะต้องมีวิสัยและอยู่ในพฤติการณ์ที่เหมือนกับตัวผู้กระทำทุกอย่างเว้นแต่ความระมัดระวังเท่านั้นที่แตกต่างกัน ซึ่งจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบต่อไปว่าผู้กระทำกับบุคคลที่สมมติขึ้นนั้นมีความระมัดระวังเท่ากันหรือไม่ โดยเปรียบเทียบว่าบุคคลโดยทั่วไปที่อยู่ในวิสัยเดียวกับผู้กระทำและอยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำนั้นควรที่จะใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด ถ้าหากบุคคลที่ถูกสมมติขึ้นนั้นสามารถใช้ความระมัดระวังได้เช่นเดียวกับผู้กระทำ ผู้กระทำก็ไม่ประมาท เพราะถือว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีที่สุด

⁸¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57, น. 145.

⁸² สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2531), น. 217.

⁸³ จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 262.

แล้ว แต่ถ้าบุคคลที่ถูกสมมติขึ้นนั้นสามารถที่จะใช้ความระมัดระวังได้มากกว่าผู้กระทำ ก็ต้องถือว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาท เพราะไม่ได้ใช้ความระมัดระวังซึ่งบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำควรจะต้องใช้

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่นำเอาความระมัดระวังตาม “วิสัย” และ “พฤติการณ์” มาใช้ในการพิจารณาการกระทำโดยประมาท

ประมาทเกี่ยวกับอาวุธปืน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 541/2501 ผู้ตายมาที่บ้านจำเลย และขอดูปืนของบิดาจำเลย จำเลยจึงหยิบมาให้ เป็นปืนลูกซองมีกระสุนบรรจุและขึ้นนกไว้ด้วย จำเลยถือมาโดยไม่ทราบว่าเป็นปืนมีกระสุนบรรจุและขึ้นนกไว้ ขณะที่จำเลยถือปืนก้าวลงมาจากกระเบียงบนพื้นนอกชาน ซึ่งอยู่ต่ำกว่าพื้นกระเบียง 1 ศอก ปืนก็ลั่นขึ้นโดยเหตุใดไม่ปรากฏ กระสุนถูกผู้ตายถึงแก่ความตาย จำเลยในคดีนี้อายุ 17 ปี ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาท เพราะเมื่อจำเลยไม่ทราบว่าเป็นปืนมีกระสุนบรรจุอยู่และขึ้นนกไว้ จะเกณฑ์ให้จำเลยซึ่งมีอายุเพียง 17 ปีมีความรอบรู้และระมัดระวังเรื่องปืนเหมือนบุคคลธรรมดาที่เคยใช้ปืนมาก่อนย่อมไม่ได้ ประกอบกับเหตุที่เกิดขึ้นก็เนื่องจากผู้ตายเองขอดูปืน จำเลยจึงหยิบมาให้ และปืนจะลั่นขึ้นเพราะการกระทำของจำเลยหรืออย่างไรไม่ปรากฏ

จากข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว จำเลยมีอายุเพียง 17 ปี ในการพิจารณาความระมัดระวังของผู้กระทำจึงต้องเปรียบเทียบกับบุคคลที่อยู่ในวิสัยเดียวกับจำเลย คือ เป็นเด็กที่มีอายุเท่ากับจำเลย (ไม่ใช่บุคคลโดยทั่วไป) ซึ่งจะคาดหวังให้จำเลยซึ่งมีอายุเพียง 17 ปีมีความรอบรู้และระมัดระวังเรื่องปืนเหมือนบุคคลธรรมดาที่เคยใช้ปืนมาก่อนย่อมไม่ได้ และนอกจากนี้ยังจะต้องสมมติบุคคลให้อยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลยอีกด้วย ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีก็คือ ในพฤติการณ์ที่มีผู้มาขอดูปืนของบิดาจำเลย จำเลยจึงไปหยิบมาให้โดยไม่รู้ว่ามีกระสุนปืนบรรจุอยู่ เมื่อพิจารณาจากวิสัยและพฤติการณ์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า จำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์แล้ว จึงไม่เป็นการกระทำโดยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 779/2510 อาวุธปืนของจำเลยที่จำเลยนำไปพืงนั้นเป็นปืนที่อยู่ในสภาพพร้อมที่กระสุนปืนจะลั่นออกไปถูกผู้อื่นซึ่งอยู่ใกล้เคียงได้โดยง่ายถ้าปืนนั้นล้มลงหรือได้รับความกระทบกระเทือน เพราะเป็นปืนแก๊ปชนิดทำขึ้นเองไม่มีความมั่นคงแข็งแรง จำเลยได้บรรจุแก๊ปดินปืน กระสุนปืน กับทั้งยังได้ขึ้นไกปืนไว้แล้วอีกด้วย การที่จำเลยนำปืนแก๊ปที่อยู่ในสภาพไม่ปลอดภัยดังกล่าวนี้ไปพืงไว้ที่ฝาห้องใกล้ประตูเข้าออกในลักษณะที่ปกติชนย่อมเห็นได้ว่าเสี่ยงต่ออันตรายที่ไกปืนที่ซึ่งขึ้นไว้หากถูกกระเทือนเข้ากระสุนปืนที่จำเลยบรรจุไว้ก็จะลั่นออกไปอย่างนี้ จึง

หาชีวิตวิสัยของปกติชนจะพึงกระทำไม่ ถือได้ว่าจำเลยได้กระทำโดยประมาทปราศจากความระมัดระวัง ฉะนั้น ต่อมาเมื่อจำเลยได้ปิดประตูห้องโดยแรง ปืนที่พึงอยู่ได้ล้มกระแทกพื้นทำให้ปืนลั่น กระสุนปืนไปถูกผู้เสียหายซึ่งอยู่ใกล้เคียงบริเวณนั้นได้รับอันตรายสาหัส ดังนี้ จำเลยก็ต้องมีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 300

จากข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว การที่จำเลยนำเอาปืนแก๊ปที่ทำขึ้นเองซึ่งได้บรรจุกระสุนปืนและได้ขึ้นไกปืนไว้แล้วไปยิงไว้ที่ฝาห้องใกล้กับประตูเข้าออกนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นการเสี่ยงต่ออันตราย ซึ่งวิสัยของบุคคลโดยทั่วไปที่ใช้ปืนชนิดนี้จะไม่กระทำ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 238/2515 จำเลยเมาสุราอยู่ในร้านขายสุรา ผู้เสียหายซึ่งเป็นพนักงานสอบสวนบอกให้จำเลยกลับบ้าน จำเลยว่าไม่เมาจะกลับบ้าน แต่ลุกไม่ขึ้น ผู้เสียหายจึงพุงให้จำเลยลุกขึ้น และผู้เสียหายเห็นว่าจำเลยพกปืนอยู่จึงบอกจำเลยว่าขอปืนมาเก็บเนื่องจากจะเกิดอันตราย จำเลยจะชักปืนออกมาให้ แต่ผู้เสียหายกลับไปกดมือจำเลยไว้ไม่ให้จำเลยดึงปืนออกมา ปืนเกิดลั่นขึ้นถูกขาผู้เสียหายถึงบาดเจ็บสาหัส ของปืนของจำเลยถ้าไม่รู้วิธีใช้ เขามือล้วงเข้าไปจับปืนกระตุกขึ้นมาอาจลั่นขึ้นได้ จะเห็นว่าของปืนของจำเลยอยู่ในสภาพที่ลั่นได้ง่ายถ้าใช้ไม่เป็นการจะปลดปืนออกจากซองต้องใช้นิ้วสอดเข้าไปที่โกร่งไกปืน กดสปริงพร้อมทั้งดึงปืนขึ้น เมื่อผู้เสียหายขอปืนจำเลยมาเก็บ แทนที่ผู้เสียหายจะปล่อยให้จำเลยดึงปืนออกมาเองโดยลำพัง กลับไปกดมือจำเลยไว้ไม่ให้จำเลยดึงปืนออกมา เมื่อการดึงปืนจะต้องเอานิ้วไปกดสปริงเพื่อให้โกร่งปืนหลุดจากสปริงเสียก่อนประกบกับไกปืนอยู่ใกล้ๆ กับโกร่งปืน กระสุนจึงได้ลั่นออกมา จากพฤติการณ์ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเห็นได้ว่า เหตุการณ์ที่เกิดปืนลั่นขึ้นนี้เป็นการกระทำของผู้เสียหายที่เสี่ยงภัยเข้าไปกดมือจำเลยไว้ไม่ยอมให้จำเลยดึงปืนออกมา คดีจึงยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยกระทำการโดยประมาทปราศความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2101/2527 จำเลยถืออาวุธปืนซึ่งบรรจุกระสุนไว้แล้วจ่อไปทางผู้เสียหายเป็นการกระทำที่ไม่สมควร เป็นการเสี่ยงต่ออันตรายที่จะเกิดขึ้น มิใช่วิสัยที่ปกติชนจะพึงกระทำ เมื่อผู้เสียหายตกใจใช้มือปิดเป็นเหตุให้อาวุธปืนลั่น กระสุนปืนถูกผู้เสียหายบาดเจ็บสาหัส การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บสาหัส

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 238/2515 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2101/2527 จะเห็นได้ว่ามีข้อเท็จจริงในคดีที่คล้ายกัน แต่มีคำวินิจฉัยของศาลแตกต่างกัน ทั้งนี้เนื่องจากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 238/2515 นั้น จำเลยไม่ได้มีเจตนาที่จะชักปืนออกมาตั้งแต่แรก การที่จำเลยจะชัก

ปืนออกมาเป็นเพราะผู้เสียหายขอปืนเพื่อไปเก็บไว้เอง จำเลยไม่ได้มีการกระทำที่เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตราย แต่เนื่องจากซองปืนของจำเลยอยู่ในสภาพที่ลั่นได้ง่ายถ้าใช้ไม่เป็น และการจะปลดปืนออกจากซองต้องใช้นิ้วสอดเข้าไปที่โกร่งไกปืน กดสปริงพร้อมกับดึงปืนขึ้น จำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยแล้ว ส่วนพฤติการณ์ ก็คือ เมื่อผู้เสียหายขอปืนจำเลยมาเก็บ แทนที่ผู้เสียหายจะปล่อยให้จำเลยดึงปืนออกมาเองโดยลำพัง กลับไปกดมือจำเลยไว้ไม่ให้จำเลยดึงปืนออกมา เมื่อการดึงปืนจะต้องเอานิ้วไปกดสปริงเพื่อให้โกร่งปืนหลุดจากสปริงเสียก่อนประกอบกับไกปืนอยู่ใกล้ๆ กับโกร่งปืน กระสุนจึงได้ลั่นออกมา การที่ปืนลั่นขึ้นจึงเป็นเพราะการกระทำของผู้เสียหายที่เสี่ยงภัยเข้าไปกดมือจำเลยไว้ไม่ยอมให้จำเลยดึงปืนออกมา ดังนี้จำเลยจึงไม่ได้ขาดความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ แต่ตามข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2101/2527 จำเลยถืออาวุธปืนซึ่งมีกระสุนบรรจุอยู่แล้วจ่อไปทางผู้เสียหาย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากวิสัยของคนโดยทั่วไปแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่ไม่สมควรอย่างยิ่ง กล่าวคือ คนโดยทั่วไปจะไม่กระทำกัน การกระทำของจำเลยจึงเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายตั้งแต่แรก แม้ว่าปืนจะลั่นขึ้นเพราะผู้เสียหายตักใจจึงใช้มือปิดปืน ก็ไม่ได้เป็นเหตุที่จะทำให้การกระทำของจำเลยที่เสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนั้นไม่เป็นการกระทำโดยประมาท โดยสรุปก็คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 2101/2527 จำเลยมีการกระทำที่เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเกี่ยวกับการใช้อาวุธปืนตั้งแต่แรก แม้การที่ปืนลั่นขึ้นจะเป็นเพราะผู้เสียหายใช้มือปิดปืนก็ตาม จึงต้องถือว่าจำเลยขาดความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ ส่วนคำพิพากษาฎีกาที่ 238/2515 จำเลยไม่มีการกระทำใดๆ ที่เป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตรายเกี่ยวกับการใช้อาวุธปืนเมื่อพิจารณาจากบุคคลที่อยู่ในวิสัยเดียวกับผู้กระทำ แต่การที่ปืนลั่นขึ้นเป็นเพราะการกระทำโดยเสี่ยงต่อภัยอันตรายของผู้เสียหายเอง จำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์แล้ว จึงไม่เป็นการกระทำโดยประมาท

ประมาทเกี่ยวกับยานพาหนะ

ในคดีเกี่ยวกับยานพาหนะ การวินิจฉัยการกระทำของจำเลยว่าเป็นการกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาโดยใช้มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลในภาวะเช่นนั้นซึ่งจะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ กล่าวคือ พิจารณาจากบุคคลที่อยู่ในวิสัยเช่นเดียวกับจำเลย ซึ่งก็คือ วิสัยของผู้ขับขี่โดยทั่วไป และจะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ในขณะที่ยานพาหนะประสบอยู่ด้วย ซึ่งได้แก่ ความเร็วของรถ สภาพการจราจร เวลาที่เกิดเหตุ สภาพท้องถนน การกระทำของผู้เสียหาย เป็นต้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2082/2517 จำเลยขับรถยนต์แข่งรถบรรทุกหินซึ่งจอดอยู่ที่ขอบถนนด้านซ้ายในเส้นทางของรถจำเลย ล้ำเข้าไปในเส้นทางของรถจักรยานที่กำลังสวนทางมา และ

ตรงที่เกิดเหตุมีเส้นแบ่งแนวจราจรเป็นเส้นที่บดบังแนวจราจรไว้ห้ามขับรถคร่อมไปตามเส้นหรือ ล้อออกนอกเส้นทางไปทางขวา เพื่อป้องกันอันตราย จำเลยชอบที่จะใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอ กับวิสัยและพฤติการณ์ โดยมองไปข้างหน้าว่ามียานพาหนะอื่นใดสวนทางมาหรือไม่ หรือหากมอง ไม่เห็นเพราะมีส่วนโค้งของถนนหรือสะพานบังอยู่ ก็ชอบที่จะชะลอรถให้ช้าลงเมื่อเห็นว่าปลอดภัย ดีแล้วจึงค่อยแซงรถบรรทุกที่จอดอยู่ขึ้นไป เมื่อจำเลยมิได้ใช้ความระมัดระวังดังว่านี้ เป็นเหตุให้รถ ทั้งสองคันชนกันในเส้นทางของรถจักรยานร่วม จึงนับว่าเป็นความประมาทของจำเลยหาใช่อุบัติเหตุไม่

ตามข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับวิสัยของคนขับรถโดยทั่วไป ซึ่งอยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย คือ กำลังขับรถเพื่อจะแซงรถบรรทุกจอดอยู่ที่ขอบถนน ด้านซ้ายในเส้นทางของรถจำเลยแล้วเข้าไปในเส้นทางของรถที่กำลังสวนทางมา ก็จะต้องใช้ความ ระมัดระวังให้เพียงพอโดยมองไปข้างหน้าว่ามียานพาหนะอื่นใดสวนทางมาหรือไม่ หรือหากมองไม่ เห็นเพราะมีส่วนโค้งของถนนหรือสะพานบังอยู่ ก็ชอบที่จะชะลอรถให้ช้าลงเมื่อเห็นว่าปลอดภัยดี แล้วจึงค่อยแซงรถบรรทุกที่จอดอยู่ขึ้นไป เมื่อจำเลยมิได้ใช้ความระมัดระวังดังเช่นผู้ขับขี่รถ โดยทั่วไปพึงจะกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้น จึงเป็นการกระทำโดยประมาทของจำเลย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 685/2534 จำเลยขับขี่รถจักรยานยนต์ด้วยความเร็วประมาณ 50 กิโลเมตรต่อชั่วโมง ช่วงเกิดเหตุการณ์จราจรบริเวณที่เกิดเหตุไม่พลุกพล่าน เช่นนี้ตามพฤติการณ์ยังไม่อาจถือได้ว่าจำเลยขับขี่รถเร็วเกินไป ขณะเกิดเหตุ พ. ขับขี่รถจักรยานยนต์ตัดหน้ารถของจำเลย อย่างกระชั้นชิด จำเลยไม่อาจหยุดรถได้ทันจึงเกิดชนกันขึ้น จึงมิใช่ความประมาทของจำเลย ทั้ง ในขณะเกิดเหตุรถชนกันเวลาประมาณทุ่มเศษ เป็นเวลาที่เพิ่งเริ่มจะมีมืดแต่ยังมีแสงสว่างจากไฟ เกาะกลางถนน สามารถมองเห็นได้ในระยะไกลพอสมควร ในถนนที่การจราจรไม่พลุกพล่านเช่นนี้ การที่จำเลยขับขี่รถจักรยานยนต์โดยไม่ได้เปิดไฟหน้ารถ จึงยังไม่อาจถือได้ว่าจำเลยขับรถโดย ประมาทจนเป็นเหตุให้เกิดการชนกันขึ้นเช่นกัน

ในคดีนี้ตามวิสัยของผู้ขับขี่โดยทั่วไป การขับขี่รถจักรยานยนต์ด้วยความเร็ว ประมาณ 50 กิโลเมตรต่อชั่วโมง ในบริเวณที่มีการจราจรไม่พลุกพล่าน ตามพฤติการณ์ยังไม่อาจ ถือได้ว่าจำเลยขับขี่รถเร็วเกินไป เมื่อผู้เสียหายขับขี่รถจักรยานยนต์ตัดหน้ารถของจำเลยอย่าง กระชั้นชิด การที่จำเลยไม่อาจหยุดรถได้ทันจึงเป็นเรื่องปกติตามวิสัยของผู้ขับขี่โดยทั่วไปที่อยู่ใน พฤติการณ์เช่นนั้น ดังนั้นจึงต้องถือว่าจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์แล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 383/2537 จำเลยขับรถยนต์ไปด้วยความเร็วประมาณ 40 กิโลเมตร ต่อชั่วโมง ผู้ตายได้วิ่งไล่ตี ช. ข้ามถนนตัดหน้าช่องเดินรถที่จำเลยขับไปแล้ว แต่ได้มีรถยนต์อีกคัน หนึ่งแล่นมา ผู้ตายจึงชะงักและถอยหลังกลับเข้ามาทางช่องเดินรถของจำเลยโดยกะทันหันและใน

ระยะกระชั้นชิด ทำให้จำเลยไม่สามารถหยุดรถหรือหลบไปทางอื่นได้ทันท่วงที และในภาวะเช่นนั้น จำเลยไม่อาจคาดคิดได้ว่าจะมีคนวิ่งข้ามถนนตัดหน้าช่องเดินรถที่จำเลยขับไปแล้วกลับชะงัก และถอยหลังเข้ามาขวางหน้ารถยนต์ที่จำเลยขับไปอีก การที่จำเลยขับรถยนต์ผู้ตายจึงเป็นเหตุสุดวิสัยที่จำเลยไม่อาจป้องกันได้ จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานขับรถโดยประมาทเป็นเหตุให้ชนผู้อื่นถึงแก่ความตาย

จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ เมื่อพิจารณาจากวิสัยของผู้ขับขี่โดยทั่วไปแล้ว การขับรถด้วยความเร็ว 40 กิโลเมตรต่อชั่วโมงไม่ถือว่าเป็นการขับรถเร็ว ประกอบกับในพฤติการณ์ที่ผู้ตายซึ่งข้ามถนนตัดหน้าช่องเดินรถที่จำเลยขับไปแล้ว กลับชะงักและถอยหลังกลับเข้ามาทางช่องเดินรถของจำเลยโดยกะทันหันและในระยะกระชั้นชิด ซึ่งในพฤติการณ์เช่นนี้ผู้ขับขี่โดยทั่วไปไม่อาจที่จะคาดคิดได้ว่าจะมีคนวิ่งข้ามถนนตัดหน้าช่องเดินรถของตนไปแล้วจะถอยหลังกลับมาอีก ดังนั้น การที่จำเลยไม่สามารถหยุดรถหรือหลบไปทางอื่นได้ทันท่วงทีทำให้ชนผู้ตายนั้นจึงเป็นเหตุสุดวิสัยมิใช่การกระทำโดยประมาทแต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1282/2514 จำเลยที่ 1 และที่ 2 ขับเรือแล่นมาด้วยความเร็วสูงและต่างแล่นมาตรงกลางลำน้ำ เมื่อใกล้จะสวนกันเรือทั้งสองแล่นเกือบเป็นเส้นตรงเข้าหากันในลักษณะน่ากลัวจะเกิดโศกนาฏกรรม แม้จำเลยที่ 2 จะเบนหลักไปทางขวามืออันเป็นการปฏิบัติตามกฎกระทรวง (พ.ศ.2498) ออกตามความในพระราชบัญญัติป้องกันเรือโศกนาฏกรรม พ.ศ.2497 ข้อ 19 (ก) ก็ตาม แต่จำเลยที่ 2 ก็มีได้ลดความเร็ว กลับขับเรือเบนเข้าเส้นทางเรือของตนทางด้านขวาในระยะกระชั้นชิด ส่วนจำเลยที่ 1 ก็มีได้ลดความเร็ว ทั้งมีได้เบนเข้าเส้นทางเรือของตนทางด้านขวาเพื่อหลีกเลี่ยงการโศกนาฏกรรม แต่กลับคงแล่นเรือตรงไป เรือจำเลยที่ 2 จึงชนตรงกราบเรือด้านขวาของเรือจำเลยที่ 1 เป็นเหตุให้ผู้โดยสารในเรือจำเลยที่ 1 ถึงแก่ความตายและบาดเจ็บ เช่นนี้แสดงว่าจำเลยทั้งสองกระทำด้วยความประมาทปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นจำเลยทั้งสองซึ่งขับขี่เรือยนต์สวนทางกันจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ จำเลยทั้งสองจึงต้องมีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายและบาดเจ็บ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1563/2521 คนโดยสารเรือตกน้ำ เรือถอยไปช่วยทำให้ใบจักรพันคนที่ตกน้ำตาย แทนที่จะโยนชูชีพไปช่วยตามข้อบังคับการเดินเรือ เป็นการขาดความระมัดระวังตามควรแก่เหตุการณ์ และนายเรือผู้ประกอบการวิชาชีพเดินเรือควรได้คาดคิด จึงเป็นประมาททำให้คนตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291

จากข้อเท็จจริงในคดี จำเลยเป็นนายเรือผู้ประกอบการวิชาชีพเดินเรือ ในการพิจารณาความระมัดระวังของจำเลยก็จะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับผู้ที่เป็้นนายเรือด้วยกัน ในพฤติการณ์ที่มี

ผู้โดยสารเรือตกน้ำ ซึ่งวิสัยของผู้เป็นนายเรือในการช่วยคนตกน้ำนั้นจะต้องช่วยโดยการโยนชูชีพลงไปช่วยมิใช่การถอยเรือไปช่วย การกระทำของจำเลยเป็นการขาดความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ จึงเป็นการกระทำโดยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4473/2529 จำเลยขับรถยนต์บรรทุกไม้แปรรูปในอัตราความเร็วสูง ชิดขอบถนนในทางเดินรถด้านซ้ายมือ ไปถึงที่เกิดเหตุซึ่งเป็นทางโค้งไปทางขวา การเลี้ยวรถตามทางโค้งก็เป็นธรรมดาที่ทำยรถจะต้องตัวดไปทางซ้าย ขณะเปิดไฟหน้ารถและเห็นผู้ตายเดินอยู่ใกล้ถนน จนมีการบีบแตรให้สัญญาณ ในวิสัยผู้ขับรถเช่นจำเลยย่อมจะสังเกตเห็นได้ว่าการขับรถในสภาพดังกล่าววปลายไม้ที่ไหลล้นพ้นท้ายรถไปย่อมอาจตัวดไปถูกผู้ตายได้ เมื่อปลายไม้ตีถูกผู้ตายที่หน้าผาก จำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 พ.ร.บ.จราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 43,157

จากข้อเท็จจริงในคดี เมื่อพิจารณาจากวิสัยของผู้ขับขี่โดยทั่วไป และในพฤติการณ์ซึ่งเป็นการขับรถยนต์บรรทุกไม้แปรรูปที่มีปลายไม้ไหลล้นพ้นท้ายรถออกไปโดยใช้ความเร็วสูงในขณะที่เลี้ยวโค้ง จะเห็นได้ว่าผู้ขับขี่โดยทั่วไปสามารถที่จะคาดเห็นได้ว่าการขับขีในลักษณะดังกล่าวอาจทำให้ปลายไม้ที่ไหลล้นพ้นท้ายรถออกไปอาจตัวดไปถูกผู้เดินอยู่บนถนนได้ และควรที่จะใช้ความระมัดระวังโดยลดความเร็วของรถลงและรอให้คนเดินผ่านพ้นไปก่อน เมื่อจำเลยขับขีรถโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังดังเช่นบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลยพึงจะต้องใช้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1953/2534 แม้ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 71(2) คนขับรถยนต์บรรทุกของจำเลยที่ 5 มีสิทธิขับรถผ่านสี่แยกไปก่อนได้ ก็ไม่ได้หมายความว่า จะมีสิทธิขับรถเข้าไปในสี่แยกโดยไม่คำนึงถึงหรือไม่ระมัดระวังหรือไม่ดูว่ามียานพาหนะอื่นแล่นเข้ามาในสี่แยกหรือไม่ ที่เกิดเหตุเป็นสี่แยกมีทางเดินรถหลายช่องทาง ผู้ขับขี่ยวดยานทุกคนต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษว่าการขับรถไปตามถนนอย่างธรรมดา การที่คนขับรถยนต์บรรทุกของจำเลยที่ 5 ขับรถด้วยความเร็วสูงเข้าไปในสี่แยกทั้งๆ ที่มีรถยนต์บรรทุกของจำเลยที่ 3 แล่นเข้ามาพร้อมกันจนชนกันอย่างแรง ถือว่าเป็นความประมาทของคนขับรถจำเลยที่ 5 ด้วย

จากข้อเท็จจริงในคดี จะต้องพิจารณาจากวิสัยของผู้ขับขี่โดยทั่วไป ซึ่งอยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย ซึ่งก็คือ ในขณะที่กำลังขับรถยนต์บรรทุกผ่านบริเวณสี่แยกที่มีทางเดินรถหลายช่องทาง โดยตามวิสัยของผู้ขับขี่โดยทั่วไปนั้นจะต้องใช้ความระมัดระวังดูว่ามียานพาหนะอื่นแล่น

เข้ามาในสี่แยกหรือไม่ การที่คนขับรถของจำเลยที่ 5 ขับรถด้วยความเร็วสูงเข้าไปในสี่แยกโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ จึงเป็นการกระทำโดยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7981/2548 จำเลยขับรถไฟมาไม่เร็ว เสียงเงียบและไม่ได้เปิดหวีดรถไฟ บริเวณที่เกิดเหตุเป็นชุมชนมีบ้านเรือนอยู่สองข้างทางรถไฟเป็นจำนวนมาก มีร่องรอยเป็นทางเดินชัดเจน จำเลยควรเปิดหวีดรถไฟเพื่อให้คนที่สัญจรไปมาทราบเป็นระยะๆ การที่จำเลยไม่เปิดหวีดรถไฟเป็นสัญญาณเพื่อเตือนคนที่สัญจรไปมาให้ทราบว่า มีขบวนรถไฟขับผ่านมา ทำให้รถไฟที่จำเลยขับชนและทับเด็กหญิง ส. ผู้ตายและเด็กหญิง ว. ผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตายและผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัส จึงเป็นการกระทำโดยประมาท จำเลยมีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายและได้รับอันตรายสาหัส ส่วนผู้ตายและผู้เสียหายแม้จะมีส่วนประมาทด้วยหรือไม่ ก็ไม่ใช่เหตุที่จำเลยจะยกขึ้นอ้างเพื่อปิดความรับผิดชอบ

คดีนี้จำเลยเป็นพนักงานขับรถไฟ ในการวินิจฉัยความประมาทของจำเลยจึงต้องพิจารณาจากวิสัยของพนักงานขับรถไฟโดยทั่วไปว่าเมื่ออยู่ในพฤติการณ์ที่ต้องขับรถไฟผ่านที่ชุมชนแม้จะขับรถไฟมาไม่เร็วก็ควรที่จะใช้ความระมัดระวังโดยการเปิดหวีดรถไฟเป็นสัญญาณเพื่อเตือนคนที่สัญจรไปมาให้ทราบว่า มีขบวนรถไฟขับผ่านมาหรือไม่ ซึ่งวิสัยของพนักงานขับรถไฟโดยทั่วไปเมื่ออยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลยควรจะต้องทำการเปิดหวีดรถไฟเพื่อเป็นสัญญาณเตือนคนที่สัญจรไปมาให้ทราบว่า มีขบวนรถไฟขับผ่านมา จึงต้องถือว่า การที่จำเลยไม่เปิดหวีดรถไฟทำให้รถไฟที่จำเลยขับชนและทับผู้ตายและผู้เสียหายเป็นการกระทำโดยประมาท

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่

นอกจากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลที่นำเอาความระมัดระวังตาม “วิสัย” และ “พฤติการณ์” มาใช้ในการพิจารณาการกระทำโดยประมาทตามที่ได้ยกตัวอย่างมาแล้วนั้น จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลผู้เขียนยังพบว่า มีบางคำพิพากษาที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานความระมัดระวังตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ กล่าวคือ ไม่ได้นำเอาความระมัดระวังตาม “วิสัย” และ “พฤติการณ์” มาใช้ในการพิจารณาการกระทำโดยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 594/2507 จำเลยเป็นตำรวจได้รับมอบปืนสั้นกระบอกหนึ่งจากผู้ที่เก็บได้ จำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าไม่มีกระสุนปืนบรรจุอยู่ จึงเอาปืนเหน็บไว้ที่เอว จำเลยนั่งพักอยู่ที่ม้ายาว พอขยับท่าจะลุกขึ้นพร้อมกับขยับเข็มขัดให้สูงขึ้น ปืนเกิดลั่นขึ้น 1 นัด กระสุนปืนพุ่งลงกระทบม้า นั่งแลบไปถูกผู้เสียหาย ดังนี้จะเอาผิดแก่จำเลยฐานกระทำโดยประมาทยังไม่ได้

ด้วยความเคารพอย่างสูง คำวินิจฉัยของศาลในคดีดังกล่าวนี้ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วย เนื่องจากการพิจารณาความประมาทของจำเลยตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่นั้น จะต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์ เช่นเดียวกับผู้กระทำ ซึ่งจะต้องสมมติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบกับจำเลยซึ่งบุคคลนั้นจะต้องมีวิสัย และอยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกันกับจำเลยด้วย ข้อเท็จจริงในคดีนี้จำเลยเป็นเจ้าของพนักงานตำรวจ ดังนั้นการพิจารณาว่าการที่จำเลยได้รับมอบปืนจากผู้เก็บได้แล้วมิได้ทำการตรวจดูว่ามีกระสุน ปืนบรรจุอยู่หรือไม่เป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ ก็จะต้องสมมติบุคคลที่อยู่ในวิสัยและ พฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลย กล่าวคือ วิสัยของเจ้าพนักงานตำรวจในพฤติการณ์ที่ได้รับมอบปืน จากผู้เก็บได้มาทำการพิจารณาว่าจะกระทำเช่นเดียวกับที่จำเลยกระทำหรือไม่ มิใช่พิจารณาจาก ความคิดของจำเลยเองว่าเชื่อว่าจะไม่มีกระสุนปืนบรรจุอยู่จึงไม่จำเป็นต้องตรวจดู ซึ่งจากข้อเท็จจริง ในคดีจะเห็นได้ว่าเมื่อจำเลยเป็นเจ้าพนักงานตำรวจ จำเลยย่อมรู้ว่าอาวุธปืนเป็นวัตถุที่มีอันตราย และรู้ถึงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอาวุธปืนเป็นอย่างดี เมื่อได้รับมอบอาวุธปืนมาจากผู้เก็บได้ตามวิสัย ของเจ้าพนักงานตำรวจควรที่จะทำการตรวจดูเสียก่อนว่าปืนกระบอกดังกล่าวมีกระสุนปืนบรรจุอยู่ หรือไม่⁸⁴ ในคำพิพากษาของศาลในคดีดังกล่าวนี้มีข้อความตอนหนึ่งที่ศาลวินิจฉัยว่า “...เมื่อ จำเลยคิดแต่แรกแล้วว่าปืนนั้นเป็นปืนที่ไม่มีกระสุน ก็ไม่มีเหตุอันใดที่จำเลยจะต้องตรวจตราอีกใน เมื่อมีความเชื่อมั่นเช่นนั้น ถึงแม้จำเลยจะเป็นตำรวจแต่เมื่อเชื่อมั่นเป็นเบื้องต้นเสียแล้ว ตามวิสัย และพฤติการณ์ก็ไม่จำเป็นต้องตรวจตราอันใดอีก...” ผู้เขียนเห็นว่าโดยวิสัยของคนธรรมดาทั่วไป เมื่อพบปืนที่เก็บได้ก็จะทำการตรวจดูก่อนว่ามีกระสุนบรรจุอยู่หรือไม่ ดังนั้นเมื่อจำเลยเป็นตำรวจ จึงยิ่งควรที่จะใช้ความระมัดระวังตรวจดูเสียก่อน การที่จำเลยละเลยไม่ทำการตรวจดูว่ามีกระสุน ปืนบรรจุอยู่หรือไม่และถ้าพบก็ควรที่จะถอดกระสุนปืนออกเสียก่อนที่จะนำปืนพกติดเอาไป อัน เป็นวิสัยที่เจ้าพนักงานตำรวจพึงกระทำ จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงการขาดความระมัดระวังซึ่ง บุคคลในภาวะเช่นนั้นควรจะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการ กระทำโดยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 983/2508 การที่จะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 จะต้องมีการกระทำโดยประมาท และการกระทำโดยประมาทนั้นต้องเป็นผลโดยตรง

⁸⁴ ดร.หยุด แสงอุทัย มีความเห็นว่า แม้เป็นบุคคลธรรมดา วิสัยของคนธรรมดาที่เวลา รับปืนมาจะต้องดูว่ามีกระสุนบรรจุอยู่หรือไม่ โปรดดู หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 197.

ให้เกิดความตาย และการกระทำตามมาตรา 11 ไม่รวมถึงการละเว้น เพราะกรณีใดกฎหมายต้องการลงโทษการละเว้นก็ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ เช่น ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามมาตรา 154, 157, 162 จำเลยที่ 1 เป็นผู้ทำหน้าที่แทนนายสถานี มีอำนาจใช้จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นคนการให้สับเปลี่ยนหัวประแจ เพราะเคยปฏิบัติกันเช่นนี้เสมอมา เมื่อใช้แล้วจำเลยที่ 1 ไม่ได้ทำอะไรเกี่ยวข้องกับหัวประแจนั้นเลย จำเลยที่ 2 เปลี่ยนแล้วไม่สับกลับคืนรางเดิมเป็นเหตุให้รถชนกันจนมี คนตาย เช่นนี้ เห็นว่าจำเลยที่ 1 ไม่ได้ทำอะไร เป็นแต่ไม่ไปตรวจหัวประแจก่อนที่รถจะมาถึงเท่านั้น ซึ่งก็เป็นเรื่องละเว้นไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับ อันเป็นคนละเรื่องกับการกระทำโดยประมาท การไม่ไปตรวจไม่ใช่ผลโดยตรงที่ทำให้รถชนกัน ผลโดยตรงที่ทำให้รถชนกันจึงอยู่ที่การเปลี่ยนหัวประแจแล้วไม่สับกลับ ซึ่งเป็นการกระทำของจำเลยที่ 2 ผู้เดียว จำเลยที่ 1 ไม่มีความผิดตามมาตรา 291

ด้วยความเคารพอย่างสูง คำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวนี้ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วย เนื่องจากตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการกระทำโดยประมาทเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งการกระทำตามมาตรา 59 วรรคสี่นั้นให้หมายความรวมถึงการกระทำโดยการงดเว้น การที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีจำเลยที่ 1 เป็นผู้ช่วยนายสถานี ปฏิบัติหน้าที่แทนนายสถานี มีหน้าที่ตรวจหัวประแจ แต่กลับละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ จึงเป็นการกระทำโดยงดเว้น⁸⁵ ดังนั้น การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการที่จำเลยที่ 1 ไม่ไปตรวจหัวประแจเป็นเรื่องละเว้นไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับ อันเป็นคนละเรื่องกับการกระทำโดยประมาทนั้น ผู้เขียนจึงไม่เห็นพ้องด้วย ส่วนการพิจารณาว่าการงดเว้นต่อหน้าที่ดังกล่าวของจำเลยที่ 1 จะเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่นั้นก็จะต้องทำการพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับผู้ที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์ เช่นเดียวกับจำเลย กล่าวคือ ต้องเปรียบเทียบกับวิสัยของผู้ช่วยนายสถานีที่ปฏิบัติหน้าที่แทนนายสถานีซึ่งอยู่ในพฤติการณ์เดียวกับผู้กระทำ มิใช่การพิจารณาจากตัวจำเลยเองว่าควรหรือไม่ควรกระทำเพราะเคยปฏิบัติกันเช่นนี้เสมอมา เมื่อจำเลยที่ 1 มีหน้าที่ในการตรวจหัวประแจ ซึ่งเป็นหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผล คือ ป้องกันไม่ให้รถไฟชนกัน แต่เมื่อจำเลยที่ 1 งดเว้นต่อหน้าที่ดังกล่าว การกระทำโดยงดเว้นของจำเลยที่ 1 เป็นผลโดยตรงที่ทำให้รถไฟชนกัน การกระทำ

⁸⁵ ดร.หยุด แสงอุทัย มีความเห็นว่า เมื่อปรากฏว่ามีข้อบังคับให้จำเลยที่ 1 ตรวจการเปลี่ยนประแจ จึงเข้ากรณีการให้ผลอันใดเกิดขึ้นโดยการงดเว้นที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นตามมาตรา 59 วรรคสี่ เพราะถ้าจำเลยที่ 1 ไม่ได้งดเว้นเช่นนั้นรถไฟก็จะไม่ชนกันและผู้ตายก็จะไม่ตาย (หยุด แสงอุทัย, เพิ่งอ้าง, น. 198.)

ของจำเลยที่ 1 จึงเป็นการกระทำโดยประมาท ต่อมาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกัน แต่ศาลพิพากษาว่าจำเลยได้กระทำโดยประมาท คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 148/2538

คำพิพากษาฎีกาที่ 148/2538 จำเลยที่ 1 เป็นพนักงานการรถไฟมีหน้าที่ปิดกั้นถนนซึ่งมีทางรถไฟผ่าน ได้เปิดสวิตช์สัญญาณไฟ 5 ดวง และให้สัญญาณโคมไฟสีเขียวแก่จำเลยที่ 2 ผู้ขับขบวนรถไฟเพื่อผ่าน แต่จำเลยที่ 1 ไม่ได้นำแผงกั้นถนนไปปิดกั้นถนนอันเป็นสาเหตุทำให้รถยนต์โดยสารแล่นข้ามชนตู้โดยสารรถไฟเป็นเหตุให้คนตาย การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นการกระทำโดยประมาท

จากข้อเท็จจริงในคดี จำเลยที่ 1 เป็นพนักงานการรถไฟมีหน้าที่นำแผงกั้นถนนไปปิดกั้นถนนซึ่งมีทางรถไฟผ่าน ซึ่งระเบียบปฏิบัติในการนำแผงกั้นถนนมาปิดกั้นถนนที่มีทางรถไฟตัดผ่านนั้นเป็นระเบียบปฏิบัติเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดอุบัติเหตุขึ้น ดังนั้นจึงต้องถือว่าจำเลยที่ 1 มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดอุบัติเหตุเกิดขึ้น และการที่จำเลยละเลยไม่กระทำตามหน้าที่ดังกล่าวจึงเป็นการกระทำการโดยประมาทโดยดเว้น เมื่อจำเลยที่ 1 ไม่ได้นำแผงกั้นถนนไปปิดกั้นถนนอันเป็นสาเหตุทำให้รถยนต์โดยสารแล่นข้ามชนตู้โดยสารรถไฟทำให้มีคนบาดเจ็บและตาย การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นการกระทำโดยประมาท

ชำนาญกานหอสมุด