

เปรียบเทียบและวิเคราะห์มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทย

### 5.1 เปรียบเทียบมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

#### 5.1.1 เปรียบเทียบมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทยกับกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

##### มาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายไทย

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ตามกฎหมายไทยได้มีการให้บทนิยามการกระทำโดยประมาทไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ดังนี้ “การกระทำโดยประมาท ได้แก่การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่”

และจากบทบัญญัติดังกล่าวก็ทำให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทย ก็คือ “มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกันกับผู้กระทำ” กล่าวคือ การจะพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากความระมัดระวังของบุคคลที่อยู่ในวิสัยและในพฤติการณ์เช่นเดียวกันกับผู้กระทำว่าบุคคลที่อยู่ในภาวะเช่นนั้นพึงจะใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด โดยผู้กระทำจะต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกันกับผู้กระทำ ถ้าหากผู้กระทำไม่ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นเลยหรือใช้ความระมัดระวังในระดับที่ต่ำกว่าความระมัดระวังที่บุคคลในภาวะเช่นนั้นพึงจะใช้ ก็ต้องถือว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาท

โดยในการพิจารณาความระมัดระวังของผู้กระทำนั้นจะต้องนำบุคคลโดยทั่วไปซึ่งกฎหมายสมมติให้มีวิสัย ซึ่งได้แก่ อายุ เพศ การศึกษา ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ การเป็นผู้มีวิชาชีพ ฯลฯ เหมือนกันกับผู้กระทำ และนอกจากนี้ยังจะต้องสมมติให้อยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำอีกด้วย มาเปรียบเทียบกับผู้กระทำเพื่อพิจารณาว่าบุคคลโดยทั่วไปที่มีวิสัยและอยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำนั้นสามารถใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด การพิจารณาความระมัดระวังของผู้กระทำนั้นจะต้องใช้วิธีดังที่กล่าวมาแล้วนี้ไม่ใช่การพิจารณาจากตัวของ

ผู้กระทำเองว่าเขาคิดว่าเขาได้ใช้ความระมัดระวังที่เพียงพอแล้วหรือไม่ วิธีการพิจารณาความประมาทโดยสมมติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบกับผู้กระทำนี้เรียกกันว่าเป็น “การวินิจฉัยความผิดแบบ in abstracto”<sup>1</sup> คือ เป็นการวินิจฉัยความผิดโดยการสมมติบุคคลขึ้นเพื่อเปรียบเทียบ

เราจะเห็นได้ว่าบุคคลที่เราสมมติขึ้นนี้ไม่ใช่บุคคลธรรมดาโดยทั่วไปหรือที่เราเรียกกันว่า “วิญญูชน” (ordinary man or reasonable man) แต่เป็นบุคคลโดยทั่วไปที่มีวิสัยและอยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ ดังนั้นมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทยจึงไม่ใช่ “มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน” แต่เราอาจกล่าวได้ว่าเป็น “มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนที่มีวิสัยและอยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ”

#### มาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายอังกฤษ

สำหรับมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษนั้น เนื่องจากการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษนั้นได้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ความประมาทธรรมดา (Negligence) และความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ซึ่งในกรณีของ

---

<sup>1</sup> การพิจารณาการกระทำของผู้กระทำว่าเป็นการกระทำโดยประมาทขาดความระมัดระวังหรือไม่นั้นมีวิธีวินิจฉัยอยู่ 2 วิธี วิธีหนึ่งเป็นการพิจารณาจากตัวผู้กระทำว่าตามความรู้สึกของเขานั้นเป็นการขาดความระมัดระวังหรือไม่ คือวินิจฉัยจากสิ่งที่เป็นอยู่จริงๆ เรียกว่า การวินิจฉัยความผิดแบบ in concreto อีกวิธีหนึ่งเป็นการสมมติบุคคลธรรมดาขึ้น แล้วเปรียบเทียบกับจำเลยว่าได้กระทำเหมือนหรือต่างกันอย่างไรเป็นการวินิจฉัยจากสิ่งที่มีสมมติขึ้น เรียกว่า การวินิจฉัยความผิดแบบ in abstracto

1) การวินิจฉัยความผิดแบบ in concreto เป็นการวินิจฉัยความประมาทจากความรู้สึกในใจของผู้กระทำว่าผู้กระทำนั้นเห็นหรือไม่ว่าเขากระทำโดยประมาท กล่าวคือ เป็นการพิจารณาจากตัวผู้กระทำเองว่าตามความรู้สึกของเขานั้นเป็นการขาดความระมัดระวังหรือไม่

2) การวินิจฉัยความผิดแบบ in abstracto เป็นการวินิจฉัยโดยการสมมติบุคคลขึ้นเพื่อเปรียบเทียบ คือ เป็นการพิจารณาโดยการสมมติบุคคลขึ้น แล้วเปรียบเทียบกับผู้กระทำว่าได้กระทำเหมือนหรือต่างกันอย่างไร ถ้าบุคคลที่ถูกสมมติขึ้นนั้นประพฤติและปฏิบัติเช่นเดียวกับผู้กระทำ ผู้กระทำก็ไม่ประมาท แต่ถ้าบุคคลที่ถูกสมมติขึ้นนั้นจะไม่กระทำการเช่นเดียวกับผู้กระทำ ก็หมายความว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาท (ดูจิตติ ติงศภัทย์, “ประมาทเดินเล่น,” วารสารกฎหมาย, ฉบับที่ 1, ปีที่ 4, น. 14 (มกราคม – เมษายน 2521). และจิตติ เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 121-123.)

ความประมาทโดยจงใจนั้นยังได้มีการให้บทนิยามที่แตกต่างกัน ทำให้ความประมาทโดยจงใจตามกฎหมายอังกฤษสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) และความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) ซึ่งทั้งสองรูปแบบก็มีมาตรฐานความระมัดระวังที่แตกต่างกัน ดังนั้นในการวิเคราะห์มาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษผู้เขียนจะขอวิเคราะห์โดยแบ่งความประมาทออกเป็น 3 รูปแบบ คือ ความประมาทธรรมดา (Negligence) ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) และความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness)

#### 1) ความประมาทธรรมดา (Negligence)

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 ว่า ตามกฎหมายอังกฤษการกระทำโดยประมาท (negligence) คือ การละเลย (failure) ที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง (standard of care) ซึ่งมันเป็นหน้าที่ของผู้กระทำที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง ดังนั้นการกระทำโดยประมาทจึงเป็นการละเลยที่จะประพฤติปฏิบัติให้เหมือนกันกับวิญญูชน (a reasonable man) หรือบุคคลผู้มีความสุขุมรอบคอบ (prudent man) ในพฤติการณ์ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ต้องประพฤติปฏิบัติตนเช่นเดียวกับวิญญูชน<sup>2</sup> การกระทำของผู้กระทำเป็นการกระทำซึ่งอยู่ต่ำกว่ามาตรฐานการกระทำซึ่งพึงคาดหมายได้จากวิญญูชน (reasonable person) เมื่อมองเห็นภัยอันตรายนั้น การกระทำโดยประมาทขึ้นอยู่กับมาตรฐานทางภาวะวิสัย (objective standard) ซึ่งก็คือ การกระทำของบุคคลที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน โดยมาตรฐานที่กฎหมายต้องการก็คือ มาตรฐานของวิญญูชน (reasonable man) วิญญูชนจะต้องพึงระลึกว่าการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดผลขึ้นหรือพฤติการณ์ที่มีอยู่ในสถานการณ์เช่นนั้นอาจก่อให้เกิดการกระทำความผิด<sup>3</sup> ในคดี People V. Rodriguez 1960, 186 ca 2d 433, 8 Cal Rptr 863. ได้ชี้ให้เห็นถึงการกระทำโดยประมาทว่าการกระทำใดจะเป็นการกระทำโดยประมาท ก็ต่อเมื่อจำเลยได้ฝ่าฝืนต่อการรับรู้ในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ และกระทำการเสี่ยงโดยไม่มีเหตุอันสมควร (perceive substantial and unjustified risks)

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

<sup>3</sup>Richard Card, Criminal Law, 12 ed. (London: Butterworths, 1992), p. 78.

ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการเบี่ยงเบนอย่างมากจากวิญญูชนหรือจากมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน<sup>4</sup>

ดังนั้นมาตรฐานความระมัดระวังสำหรับความประมาทธรรมดา (negligence) ตามกฎหมายอังกฤษ ก็คือ มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน (reasonable man) นั่นเอง

2) ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness)

องค์ประกอบที่สำคัญของความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) นั้น มีอยู่ 2 ประการ คือ (1) จำเลยจะต้องรู้ตัว (awareness) ว่ามีการเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งอาจทำให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ และ (2) การเสี่ยงต่อภัยอันตรายเช่นนั้นเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable) ซึ่งในการจะพิจารณาว่าจำเลยรู้ตัว (aware) ว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากจิตใจของจำเลยเองว่ารู้หรือไม่ว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unjustifiable risk) ซึ่งเป็นการพิจารณาในทางอัตวิสัย (subjective) กล่าวคือ ต้องพยายามมองเข้าไปถึงจิตใจของผู้กระทำ ความผิด เพื่อจะทำให้ทราบว่าผู้กระทำได้รู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นและผู้กระทำก็ยังคงกระทำการนั้นต่อไปโดยไม่ลังเล<sup>5</sup>

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรฐานความระมัดระวังสำหรับความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) เป็นการพิจารณาในทางอัตวิสัย (subjective) กล่าวคือ เป็นการพิจารณาจากจิตใจของจำเลยเองว่ารู้หรือไม่ว่าเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตราย มาตรฐานความระมัดระวังสำหรับความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) จึงไม่ใช่มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน เรื่องนี้จะเห็นได้อย่างชัดเจนในคดีของ Stephenson (1979) ที่ตัดสินโดยใช้หลักของความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham ซึ่งจำเลยในคดี Stephenson ป่วยเป็นโรคจิตเภทประเภทหนึ่งซึ่งมีอาการเก็บตัว (schizophrenia) ทำให้จำเลยไม่มีความสามารถที่จะมองเห็น (foresee) ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายดังเช่นคนที่มีสภาพจิตปกติได้ ดังนั้นเขาจึงไม่มีความประมาทโดยจงใจตามแนวความคิดของ Cunningham คำตัดสินในคดีนี้เป็นที่ยืนยันถึงหลักของความยุติธรรมเฉพาะบุคคล (individual fairness)

<sup>4</sup>Ibid. p. 80.

<sup>5</sup>Ibid. p. 67.

### 3) ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness)

ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) มีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ คือ (1) จำเลยกระทำการที่เป็นการเสี่ยงต่อภยันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจน (การเสี่ยงต่อภยันตรายที่ปรากฏชัด) (obvious risk) และ (2) ในขณะที่เขากระทำนั้นเขาไม่ได้คิดว่าอาจจะมีภยันตรายอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น หรือเขาคิดว่ามีการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภยันตรายบางอย่าง แต่ไม่ว่าอย่างไรเขาก็จะกระทำการที่เป็นการเสี่ยงต่อภยันตรายต่อไป ซึ่งในเรื่องของการเสี่ยงต่อภยันตรายที่เห็นได้ชัดนั้นในคำพิพากษาดัดสินในคดี Caldwell และในคดี Lawrence ได้กล่าวไว้ว่าการเสี่ยงต่อภยันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจน (การเสี่ยงต่อภยันตรายที่ปรากฏชัด) (obvious risk) จะต้องเป็นภยันตรายที่ปรากฏชัดต่อวิญญูชน (reasonable person) ไม่ใช่เป็นภยันตรายที่ปรากฏชัดต่อจำเลยแต่ละคน (individual defendant) หรือต่อวิญญูชนผู้มีลักษณะของจำเลย (reasonable person with the defendant's characteristics)

ดังนั้นมาตรฐานความระมัดระวังสำหรับความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) ก็คือ มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน ซึ่งจะไม่นำเอาลักษณะเฉพาะของจำเลยมาพิจารณาเลย โดยศาลถือว่าการพิพากษาดัดสินคดีจะต้องเป็นไปตามมาตรฐานของวิญญูชน ไม่สามารถปรับหลักเกณฑ์ให้เป็นไปตามอายุ (age) หรือเงื่อนไขทางจิต (mental condition) ของผู้กระทำได้<sup>6</sup> (ซึ่งแตกต่างจากคำพิพากษาในคดี Stephenson ซึ่งตัดสินตามหลักความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham) มาตรฐานความระมัดระวังสำหรับความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) เป็น “มาตรฐานในทางภาวะวิสัย” (objective standard) เนื่องจากการทดสอบนี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการค้นหาสิ่งซึ่งอยู่ในจิตใจของจำเลย ซึ่งภายหลังจากที่มีการตัดสินในคดี Caldwell และในคดี Lawrence ก็ได้มีคดีที่ตัดสินโดยใช้หลักความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell ซึ่งได้แก่คดี Elliott v C และคดี Stephen Malcolm R

ในคดี Elliott v C จำเลยเป็นเด็กหญิงอายุ 14 ปี ซึ่งมีปัญหาในเรื่องการเรียนรู้ (ปัญญาอ่อน) เธอไม่รู้ว่าการเทน้ำมันก๊าดลงบนพื้นแล้วจุดไฟจะทำให้ไฟไหม้ห้องเก็บของ ศาลกล่าวว่า จะต้องใช้การทดสอบวิญญูชน (reasonable person) ว่าวิญญูชนจะรู้ (realized) หรือไม่ว่าการเทน้ำมันก๊าดลงบนพื้นและจุดไฟจะก่อให้เกิดภยันตรายซึ่งจะทำให้โรงเก็บของเสียหาย ไม่ใช่การ

<sup>6</sup>Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 3 ed. (New York: Oxford University Press Inc., 1999), p. 189.

พิจารณาว่าภยันตรายเป็นสิ่งที่ปรากฏชัดต่อจำเลยหรือไม่ หรือไม่ใช้การพิจารณาว่าภยันตรายเป็นสิ่งที่ปรากฏชัดต่อวิญญูชนผู้มีวัยและความสามารถทางจิตใจเช่นเดียวกับจำเลย (a reasonable person of the defendant's age and mental abilities) หรือไม่ แม้ว่าเด็กหญิงผู้นั้นจะไม่สามารถพิจารณาได้ว่าการกระทำของเธอจะก่อให้เกิดภยันตราย แต่ถ้าภยันตรายเป็นสิ่งที่ชัดเจนต่อวิญญูชน (reasonable person) เธอจึงมีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์

และในคดี Stephen Malcolm R จำเลยเป็นเด็กชายอายุ 15 ปี ได้ขว้างลูกกระเบิดไปใกล้หน้าต่างห้องนอนของเด็กหญิงคนหนึ่งทำให้เด็กหญิงคนนั้นได้รับอันตราย ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิดฐานลอบวางเพลิง ตามมาตรา 1 (2) (b) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ค.ศ.1971 (the Criminal Damage Act 1971) โดยกล่าวว่าผู้พิพากษาต้องใช้การทดสอบจากมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน (ordinary prudent man) และปฏิเสธการโต้แย้งของจำเลยที่ว่าจะเป็นผู้ประมาทโดยจงใจ ก็ต่อเมื่อจำเลยได้กระทำการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภยันตรายซึ่งต้องเป็นภยันตรายที่ปรากฏชัดแก่บุคคลผู้อยู่ในวัยเดียวกันกับเขา (his age) และมีลักษณะเช่นเดียวกันกับเขา (his characteristics)

หลังจากมีการตัดสินในคดี Elliott v C และในคดี Stephen Malcolm R ทำให้เกิดการโต้เถียงกันอย่างมากในหมู่นักวิชาการ ซึ่งเหตุผลที่ทำให้เกิดการโต้เถียงกันอย่างรุนแรงก็คือคำพิพากษาทั้งสองคดีนี้ก่อให้เกิดการลงโทษจำเลยซึ่งไม่มีความสามารถที่จะมองเห็นภยันตรายล่วงหน้าได้ จำเลยมีความรับผิดชอบเนื่องจากไม่สามารถที่จะมองเห็นภยันตรายล่วงหน้าเพราะเงื่อนไขทางด้านจิตใจ (mental condition) และทางด้านร่างกายของจำเลย ซึ่งนักวิชาการมองว่าการพิพากษาศาลตัดสินคดีในลักษณะนี้เป็นเรื่องที่หายาก จะเห็นได้จากตัวอย่างดังต่อไปนี้ คนตาบอดคนหนึ่งกำลังเดินไปตามบาทวิถีและเดินชนรถจักรยานซึ่งจอดอยู่บนบาทวิถี เขาทำให้รถจักรยานเสียหาย เนื่องจากภยันตรายเป็นเรื่องชัดเจนต่อวิญญูชนผู้มีสายตาดี คนตาบอดจึงเป็นผู้ประมาทโดยจงใจตามแนวความคิดของ Caldwell เพราะเขาไม่สามารถมองเห็นภยันตราย<sup>7</sup> เรื่องนี้ทำให้ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) มีข้อโต้แย้งว่ามันเป็น over-inclusive-failures ของความเหมาะสมทางศีลธรรม (moral fit) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการขัดต่อหลักความยุติธรรมในปัจจุบัน ทั้งนี้เนื่องจากเห็นได้ชัดว่าความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell จะไม่ยอมรับที่จะมีข้อยกเว้นให้แก่จำเลยซึ่งไม่มีความสามารถที่จะมองเห็นภยันตราย

---

<sup>7</sup> Jonathan Herring, *Criminal Law Text, Cases, and Materials*, (New York: Oxford University Press Inc., 2004), p. 156.

ล่วงหน้าเพราะเงื่อนไขบางประการของจำเลย<sup>8</sup> ผู้พิพากษาบางท่านรู้สึกไม่สบายใจเกี่ยวกับความเคร่งครัดของทฤษฎี Caldwell โดยในบางครั้งศาลอยากที่จะใช้หลักในเรื่องความระมัดระวังของบุคคลโดยใช้ทฤษฎี “ความระมัดระวังของวิญญูชนซึ่งมีอายุและเพศเช่นเดียวกับจำเลย” (an ordinary prudent person of the same age and sex as the defendant) ผู้พิพากษาที่ตัดสินในคดี Reid (1993) เสนอแนะว่ามันควรมีข้อยกเว้นบ้าง โดยลอร์ด Goff ได้กล่าวถึงกรณีของบุคคลที่ต้องทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วยหรือช็อค (afflicted with illness or shock) ลอร์ด Browne-Wilkinson ได้กล่าวถึงกรณีที่จำเลยเข้าใจผิดโดยมีเหตุผลอันสมควร (reasonable misundertand) หรือการที่จำเลยไร้ความสามารถอย่างทันทีทันใดหรือในกรณีภาวะฉุกเฉิน (sudden disability or emergency) และลอร์ด Keith ได้กล่าวถึงพฤติการณ์ที่เป็นเงื่อนไขบางประการซึ่งกระทบต่อความสามารถในการตระหนักถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายของจำเลย<sup>9</sup>

และในเรื่องนี้ Glanville Williams เสนอแนะว่าถ้าจำเลยเป็นผู้มีความเสียเปรียบในทางร่างกาย (เช่น คนตาบอด คนพิการเสียแขนขา เป็นต้น) เมื่อเราจะเปรียบเทียบความระมัดระวังของจำเลยกับวิญญูชน (reasonable man) เราต้องสมมติให้วิญญูชนได้รับความทรมานจากความเสียเปรียบในทางร่างกายอย่างเดียวกันกับจำเลย<sup>10</sup>

Simester และ Sullivan ให้เหตุผลว่าควรคาดหมายว่าจำเลยจะดำเนินชีวิตตามมาตรฐานที่คาดหมายได้จากวิญญูชนผู้มีลักษณะทางร่างกายเช่นเดียวกับจำเลย (physical characteristics) ซึ่งได้แก่ อายุ (age) การมองเห็น (sight) และการได้ยิน (hearing) ตัวอย่างเช่น คนคาดหมายว่าจำเลยผู้ตาบอดจะกระทำเช่นเดียวกันกับวิญญูชนผู้ตาบอดควรจะทำ<sup>11</sup>

Hart เห็นว่า ไม่ควรยกเลิกรายละเอียดให้ความสำคัญในเรื่องความสามารถในฐานะที่เป็น “ภาวะวิสัย” (objective) ตามที่ Hart ได้แสดงให้เห็นว่าย่อมเป็นไปได้ที่จะยอมให้มีข้อยกเว้นสำหรับบุคคลผู้ไม่สามารถได้รับการคาดหมายให้มองเห็นภัยอันตรายล่วงหน้าและควบคุมตนเองได้ตามมาตรฐานของวิญญูชน เพียงแต่บุคคลต้องเพิ่มเติมคำถามเท่านั้นว่า

1) จำเลยไม่สามารถที่จะใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน (reasonable man) ในพฤติการณ์เช่นนั้นใช่หรือไม่ และ

<sup>8</sup> Andrew Ashworth, *supra* note 6, p. 189.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Glanville Williams, *supra* note 2, p. 94.

<sup>11</sup> Jonathan Herring, *supra* note 7, p. 165.

2) ถ้ากำหนดให้จำเลยมีความสามารถในทางจิตใจ (mental) และในทางร่างกาย (physical) เขาจะสามารถใช้ความระมัดระวังได้เช่นเดียวกับวิญญูชนใช้หรือไม่<sup>12</sup>

ตามหลักความประมาทโดยจงใจของ Caldwell ในกรณีที่จำเลยมีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจซึ่งทำให้ไม่มีความสามารถในการใช้ความระมัดระวังนั้น ก็ยังคงเป็นเรื่องที่ถกเถียงกันอยู่ในหมู่นักวิชาการ แต่ศาลมักจะไม่ยอมรับที่จะมีข้อยกเว้นให้แก่จำเลยเหล่านี้ โดยจะต้องใช้มาตรฐานทั่วไป (the general standard) ซึ่งก็คือ มาตรฐานของวิญญูชน แต่อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า ถ้าหากว่าจำเลยเป็นบุคคลผู้มีความรู้พิเศษ (special knowledge) หรือเป็นผู้มีวิชาชีพ (professional) มาตรฐานความระมัดระวังจะถูกกำหนดให้สูงขึ้น (a higher standard of behaviour) คือ สูงกว่ามาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน<sup>13</sup> เมื่อบุคคลอ้างว่าเขาได้กระทำด้วยความสามารถของผู้มีวิชาชีพ (professional) จึงควรคาดหมายว่าจำเลยจะกระทำเช่นเดียวกันกับวิญญูชนผู้มีวิชาชีพ (reasonable professional) ตัวอย่างเช่น เราคาดหมายให้แพทย์ใช้ทักษะเช่นเดียวกับที่จะคาดหมายได้จากแพทย์ผู้เป็นวิญญูชน (reasonable doctor) ไม่ใช่แค่มาตรฐานของบุคคลธรรมดา (ordinary person)<sup>14</sup> หรือในกรณีของผู้เชี่ยวชาญ เช่น ผู้ให้คำปรึกษาในโรงพยาบาลต้องได้รับการพิพากษาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่เป็นผู้เชี่ยวชาญ (the standard of a reasonable expert)<sup>15</sup> จึงเป็นเรื่องแปลกเมื่อมาตรฐานความระมัดระวังมีความเปลี่ยนแปลงไปในทางที่สูงขึ้นได้ ทำไมจึงไม่เปลี่ยนแปลงไปในทางที่ต่ำลงโดยให้มีความสัมพันธ์กับอายุ (age) ขนาด (size) สติปัญญา (intelligence) เป็นต้น<sup>16</sup>

#### มาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

การกระทำโดยประมาทในทางอาญาตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาออกได้เป็น 2 ประเภทเช่นเดียวกับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอังกฤษ คือ ความประมาทธรรมดา (negligence) และ ความประมาทโดยจงใจ (recklessness)

<sup>12</sup> Andrew Ashworth, *supra note 6*, p.193.

<sup>13</sup> Michael Jefferson, *Criminal Law*, 5 ed. (Harlow England: Longman, 2001), pp.152-153.

<sup>14</sup> Jonathan Herring, *supra note 7*, p. 165.

<sup>15</sup> Michael Jefferson, *supra note 13*, p. 112.

<sup>16</sup> *Ibid.* pp. 152-153

1) ความประมาทธรรมดา (negligence)

ใน Model Penal Code Section 2.02 (d) ได้ให้คำนิยามคำว่า “ประมาทธรรมดา” (Negligence) ไว้ดังนี้

(d) ประมาทธรรมดา (Negligently)<sup>17</sup>

“การกระทำของบุคคลจะเป็นประมาทธรรมดาก็ต่อเมื่อ บุคคลนั้นควรที่จะระมัดระวัง ความเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่สมควรซึ่งเกิดจากการกระทำของเขา ความเสี่ยงต่อภัยอันตรายดังกล่าวต้องมีลักษณะและระดับที่ผู้กระทำละเลยที่จะรู้ถึงความเสี่ยงนั้น โดยพิจารณาจาก ลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นๆ และพฤติการณ์ต่างๆ ที่ผู้กระทำรู้ รวมถึงการเบี่ยง อย่างร้ายแรงจากมาตรฐานความระมัดระวังซึ่งวิญญูชน (reasonable person) พึงจะปฏิบัติใน สถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ”

และตามที่ได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 2 ว่าความประมาทธรรมดา (Negligence) ตาม กฎหมายสหรัฐอเมริกาจะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ คือ (1) การแสดงถึงระดับของ การเสี่ยงต่อภัยอันตรายซึ่งผู้กระทำได้ก่อขึ้น ซึ่งก็คือ “การเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอัน สมควร” (unreasonable risk) และ (2) การวัดระดับของการกระทำเช่นนั้นโดยใช้มาตรฐาน ในทางภาวะวิสัย (objective standard)<sup>18</sup> กล่าวคือ ผู้กระทำควรที่จะต้องรู้ถึงการเสี่ยงต่อ ภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable risk) แม้ว่าผู้กระทำจะไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าการ กระทำของเขาก่อให้เกิดภัยอันตรายเช่นนั้นขึ้น ถ้าหากว่าวิญญูชน (reasonable man) ควรที่จะต้อง

<sup>17</sup>Section 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.”

<sup>18</sup>Wayne R. LaFave, Criminal law, 4 ed. (St.Paul, Minn.: West, a Thomson business, 2003), p. 262.

รู้ถึงการเสี่ยงต่อภัยอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรนั้น มาตรฐานในทางภาวะวิสัย (objective standard) นั้นอาจเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า มาตรฐานวิญญูชน (reasonable man standard)<sup>19</sup>

ดังนั้นมาตรฐานความระมัดระวังสำหรับความประมาทธรรมดา (Negligence) ก็คือ มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน (reasonable man standard) ซึ่งเหมือนกันกับมาตรฐานความระมัดระวังสำหรับความประมาทธรรมดา (Negligence) ตามกฎหมายอังกฤษที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ส่วนความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา<sup>20</sup>

ใน Model Penal Code Section 2.02 (c) ได้ให้คำนิยามคำว่า “ประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ไว้ดังนี้

(c) ประมาทโดยจงใจ (Recklessly)<sup>20</sup>

“การกระทำของบุคคลจะเป็นประมาทโดยจงใจก็ต่อเมื่อ บุคคลนั้นเพิกเฉยต่อความเสี่ยงซึ่งได้กระทำลงโดยรู้ตัว และความเสี่ยงเช่นนี้เป็นความเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่ไม่สมควรซึ่งเกิดจากการกระทำของเขา ความเสี่ยงต่อภัยอันตรายนี้ต้องมีลักษณะและระดับของความเสี่ยง โดยพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำของผู้กระทำและพฤติการณ์ต่างๆ ที่ผู้กระทำรู้ การเพิกเฉยต่อความเสี่ยงนี้รวมถึงการเบี่ยงเบนอย่างร้ายแรงจากมาตรฐานการกระทำของบุคคลซึ่งเคารพต่อกฎหมาย (บุคคลทั่วไป) (law - abiding person) พึงจะปฏิบัติในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ”

ความประมาทโดยจงใจ (recklessness) จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ คือ (1) การกระทำซึ่งก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตรายในระดับที่สูงมากขึ้น และ (2) การรู้ตัวในทางอัตวิสัยของจำเลย (subjective awareness) ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 264.

<sup>20</sup> Section 2.02 (c) Recklessly

“A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.”

ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตราย<sup>21</sup> ซึ่งองค์ประกอบในเรื่องการรู้ตัวของจำเลยนี้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญสำหรับความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ในการจะพิพากษาตัดสินลงโทษจำเลยจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยรู้ตัวอย่างแท้จริงว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเสี่ยงต่อภัยอันตราย เช่นเดียวกับการพิสูจน์ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) ดังนั้นมาตรฐานความระมัดระวังสำหรับความประมาทโดยจงใจ (recklessness) ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาจึงเหมือนกันกับมาตรฐานความระมัดระวังสำหรับความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) ตามกฎหมายอังกฤษ กล่าวคือ ต้องพิจารณาจากจิตใจของจำเลยเองว่ารู้หรือไม่ว่าเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตราย จึงไม่ใช่มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน

เมื่อนำเอามาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ และกฎหมายสหรัฐอเมริกามาวิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่า มีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน โดยในส่วนของมาตรฐานความระมัดระวังสำหรับความประมาทธรรมดา (Negligence) ตามกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกา และมาตรฐานความระมัดระวังสำหรับความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) นั้นจะใช้ “มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน” ซึ่งเป็นมาตรฐานในทางภาวะวิสัย (Objective Standard) โดยจะไม่คำนึงถึงลักษณะภายในซึ่งแสดงให้เห็นถึงการไม่มีความสามารถในการใช้ความระมัดระวัง (individual's lack of capacity) ของผู้กระทำ ซึ่งได้แก่ อายุ เพศ ความบกพร่องทางด้านร่างกายหรือจิตใจ ฯ แต่อย่างไรก็ดีการเคร่งครัดกับมาตรฐานของวิญญูชนมากเกินไปก็อาจจะไม่ยุติธรรมสำหรับผู้กระทำที่ไม่มีความสามารถในการใช้ความระมัดระวังได้เท่ากับวิญญูชนที่มีความสามารถปกติ ทำให้มีการโต้เถียงกันอย่างมากในหมู่นักวิชาการชาวอังกฤษโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell recklessness) ว่าควรมีการสร้างข้อยกเว้นในกรณีที่ผู้กระทำมีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจซึ่งทำให้ไม่มีความสามารถในการใช้ความระมัดระวัง แต่ในเรื่องนี้ก็ยังเป็นเรื่องที่มีการถกเถียงกันอยู่ แต่หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีความสามารถมากกว่าปกติคือเป็นบุคคลผู้มีความรู้พิเศษ (special knowledge) หรือเป็นผู้มีวิชาชีพ (professional) นักวิชาการและศาลมีความเห็นตรงกันว่ามาตรฐานความระมัดระวังจะต้องถูกกำหนดให้สูงขึ้น (a higher standard of behaviour) คือ สูงกว่ามาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน สำหรับในส่วนของมาตรฐานความระมัดระวังสำหรับ

<sup>21</sup> *Ibid.* p. 267.

ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham (Cunningham recklessness) และมาตรฐานความระมัดระวังสำหรับความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั้น เป็นการพิจารณาความประมาทโดยจงใจโดยใช้ “มาตรฐานในทางอัตวิสัย” (Subjective Standard) กล่าวคือ จะต้องพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำเองว่ารู้หรือไม่ว่าเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันตราย ซึ่งไม่ใช่มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน แต่การพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำ ความผิดนี้เป็นการยากที่รู้ถึงสภาพจิตที่แท้จริงของผู้กระทำ ความผิดได้ ดังนั้นในบางครั้งจึงเป็นการยากที่จะนำตัวผู้กระทำ ความผิดมาลงโทษ แต่สำหรับมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทยนั้น เนื่องจากตามกฎหมายไทยไม่ได้มีการแบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาทไว้เหมือนกับกฎหมายอังกฤษและกฎหมายสหรัฐอเมริกา ดังนั้นมาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายไทยจึงมีเพียงระดับเดียว คือ “มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลซึ่งมีวิสัยและอยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ” กล่าวคือ ในการพิจารณาความประมาทของผู้กระทำจะต้องสมมติบุคคลที่มีวิสัย ซึ่งได้แก่ อายุ เพศ ความบกพร่องทางด้านร่างกายหรือจิตใจ ฯ ตลอดจนอยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับตัวผู้กระทำ ซึ่งมีลักษณะเป็นการนำเอาลักษณะที่เป็นอยู่ของผู้กระทำหรือสภาพภายในตัวผู้กระทำ ซึ่งได้แก่ อายุ เพศ การศึกษา ความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ การเป็นผู้มีวิชาชีพ เป็นต้น มาใช้ในการพิจารณาความระมัดระวังของผู้กระทำด้วย

#### 5.1.2 เปรียบเทียบมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทยกับกฎหมายเยอรมัน

##### มาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายเยอรมัน

ตามกฎหมายเยอรมันนั้น การวินิจฉัยความรับผิดชอบของการกระทำโดยประมาทจะวินิจฉัยไปตามโครงสร้างความรับผิดชอบสามประการ ซึ่งได้แก่ การครอบงำประกอบความผิด เหตุที่ทำให้การกระทำโดยประมาทชอบด้วยกฎหมาย และความน่าตำหนิของการกระทำโดยประมาท ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันนั้นถือว่าอยู่ในส่วนของโครงสร้างข้อแรก กล่าวคือ ในส่วนของการครอบงำประกอบความผิด

สำหรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันนั้น นักกฎหมายชาวเยอรมันมีความเห็นที่ต่างกันไปโดยแบ่งออกได้เป็น 2 ฝ่าย ดังนี้

ความเห็นฝ่ายข้างมาก เป็นความเห็นของ Prof. Jescheck ซึ่งถือได้ว่าเป็นตัวแทนของความเห็นฝ่ายข้างมาก เห็นว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น จะต้องใช้หลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht) กล่าวคือ ถ้าหากผู้กระทำได้กระทำหรืองดเว้นกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัยแล้วก่อให้เกิดผล โดยผลที่เกิดขึ้นนั้น อาจเป็นผลที่เป็นการทำให้เสียหายหรือผลที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ และผลที่เกิดขึ้นนั้น มีความสัมพันธ์กับการกระทำของผู้กระทำตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ก็จะต้องถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยประมาท

ความเห็นฝ่ายข้างน้อย เป็นความเห็นของ Prof. Roxin ซึ่งมีความเห็นว่าการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันนั้นจะต้องเป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von der objektiven Zurechnung) ซึ่งจะต้องพิจารณาจากผลของการกระทำที่เกิดขึ้นเกิดจากการกระทำของผู้กระทำว่าได้กระทำกรที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่ โดยการพิจารณาว่าเป็นการก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่นั้น อาจพิจารณาได้จาก บรรทัดฐานของกฎหมาย (Rechtsnormen) บรรทัดฐานในทางอาชีพ (Verkehrsnormen) หลักความไว้วางใจ (Der Vertrauensgrundsatz) มาตรฐานของบุคคลที่แตกต่างกันออกไป (Die differenzierte Massfigur) หน้าที่ที่จะต้องสอบถามและงดเว้นจากการ (Erkundigungs- und Unterlassungspflichten) การซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์และความเสี่ยง

จากความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันทั้งสองฝ่ายข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามความเห็นของทั้งสองฝ่ายนั้น ในทางเนื้อหาไม่ได้มีความแตกต่างกันแต่อย่างใด แต่มีความแตกต่างกันที่รูปแบบที่นำไปใช้ในการพิจารณาการกระทำโดยประมาท กล่าวคือ ตามความเห็นของ Prof. Jescheck ได้แบ่งส่วนขององค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทออกเป็นสองส่วนด้วยกัน กล่าวคือ ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ (das Handlungsunrecht) และความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำ (das Erfolgsunrecht) ซึ่งการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามความเห็นของ Prof. Jescheck นั้น จะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht) ซึ่งถือว่าอยู่ในส่วนของความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ

ส่วนตามความเห็นของ Prof. Roxin นั้น เห็นว่าองค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาท ไม่ได้ถูกแบ่งออกเป็นสองส่วน แต่การพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันนั้นจะต้องใช้หลักเกณฑ์ของทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von der objektiven Zurechnung) กล่าวคือ ผลของการกระทำที่เป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัยถือว่าเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาท ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาเงื่อนไขประกอบอีก

ส่วนในเรื่องของมาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมัน ซึ่งจะนำมาใช้ในการพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นการขาดความระมัดระวังหรือไม่นั้น แม้ว่าตามความเห็นของ Prof. Jescheck จะใช้หลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย (Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht) ส่วนตามความเห็นของ Prof. Roxin จะใช้หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาต (Zur Konkretisierung der unerlaubten Gefahrschaffung) ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาของหลักเกณฑ์ทั้งสองอย่างละเอียดแล้วจะพบว่าหลักเกณฑ์ทั้งสองมีความใกล้เคียงกัน ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ทั้งสองมีความใกล้เคียงกัน ได้แก่ การละเมิดต่อหน้าที่ๆ จะต้องงดเว้นกระทำการใดที่เฉพาะแต่คนที่ได้รับการฝึกฝนเท่านั้นจึงจะกระทำการดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัยนั้น ตรงกับหลักเกณฑ์การก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาต ในกรณีการละเมิดต่อหน้าที่ๆ จะต้องงดเว้นกระทำการบางอย่างในขณะที่ร่างกายไม่พร้อมหรือขาดการฝึกฝน ซึ่งการละเมิดต่อหน้าที่ๆ จะต้องงดเว้นกระทำการบางอย่างตามหลักเกณฑ์ทั้งสองนั้น เรียกว่าเป็นการมีส่วนผิดในการที่เข้าไปกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (das Uebnahmeverschulden) หรือในกรณีของการละเมิดต่อหน้าที่ๆ จะต้องใช้ความระมัดระวังในฐานะที่เป็นการกระทำในสถานการณ์ที่เป็นอันตราย ตามหลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย ก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์และความเสี่ยง เป็นต้น

และเมื่อนำหลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย และหลักเกณฑ์การก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาตมาพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าทั้งสองหลักเกณฑ์มีความใกล้เคียงกับกฎหมายไทยที่จะใช้มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ ดังจะเห็นได้จาก

ในกรณีของการละเมิดต่อหน้าที่ๆ จะต้องดเว้นกระทำการใดที่เฉพาะแต่คนที่ได้รับการฝึกฝนเท่านั้นจึงจะกระทำการดังกล่าวได้ตามหลักเกณฑ์การละเมิดต่อหน้าที่ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังในทางภาวะวิสัย หรือในกรณีการละเมิดต่อหน้าที่ๆ จะต้องดเว้นกระทำการบางอย่าง ในขณะที่ร่างกายไม่พร้อมหรือขาดการฝึกฝนตามหลักเกณฑ์การก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่ามาตรฐานความระมัดระวังตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เหมือนกันกับมาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายไทยในกรณีที่ผู้กระทำไม่ใช่ผู้มีวิชาชีพแต่แสดงตนให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าผู้กระทำเป็นผู้มีวิชาชีพและดำเนินการประกอบวิชาชีพนั้นๆ ในการประกอบวิชาชีพนั้นๆ ก็จะต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังในระดับเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพนั้นๆ ด้วย ทั้งนี้เป็นเพราะผู้กระทำได้แสดงตนให้บุคคลทั่วไปเห็นว่าตนเป็นผู้มีวิชาชีพและประกอบวิชาชีพนั้นๆ เช่นเดียวกับผู้มีวิชาชีพ ผู้กระทำจึงต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพนั้นๆ ด้วย ตัวอย่างเช่น ผู้กระทำไม่มีความรู้ทางแพทย์แต่กลับแสดงตนว่าเป็นแพทย์ และทำการรักษาคนไข้อย่างแพทย์ ผู้กระทำก็จะต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับแพทย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2593/2521, คำพิพากษาฎีกาที่ 461/2536)

ในกรณีของการละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมาย (Rechtsnormen) ตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดการก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่ามีความใกล้เคียงกับการพิจารณาการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทยในกรณีที่กฎหมายบัญญัติวางระดับความระมัดระวังที่ผู้กระทำจะต้องใช้ในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งไว้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดผลร้ายที่กฎหมายประสงค์จะป้องกันแล้วผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติเช่นนั้น การฝ่าฝืนต่อกฎหมายในกรณีเช่นนั้นก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทได้เช่นเดียวกัน ถ้าหากว่าการกระทำนั้นเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผลร้ายที่กฎหมายประสงค์จะป้องกันตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (คำพิพากษาฎีกาที่ 3088/2527, 112/2542)

หรือในกรณีของการละเมิดต่อมาตรฐานของบุคคลที่แตกต่างกันออกไป (Die differenzierte Massfigur) หลักเกณฑ์ในการก่อให้เกิดอันตรายโดยไม่ได้รับอนุญาตดังกล่าวนี้ก็มีลักษณะที่เหมือนกันกับการพิจารณาความประมาทตามมาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายไทย ซึ่งก็คือ มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่อยู่ในวิสัยเช่นเดียวกับผู้กระทำ คือ ต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่อยู่ในวิชาชีพหรืออาชีพเดียวกับผู้กระทำ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับการพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังในกรณีการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายเยอรมันของทั้งสองฝ่ายตามที่กล่าวมาแล้วนั้น เป็น

พิจารณาจากบรรทัดฐานในทางภาวะวิสัย (von objektiven Massstaeben) และอยู่บนพื้นฐานของกรณีปกติทั่วไปที่ว่าความสามารถในทางส่วนตัวของผู้กระทำผิดสอดคล้องกับบรรทัดฐานดังกล่าว แต่ในบางกรณีก็มีความเป็นไปได้ที่ความสามารถในทางส่วนตัวของผู้กระทำผิดอาจจะมีมากกว่าหรือน้อยกว่าเกณฑ์มาตรฐานทั่วไป ตัวอย่างเช่น แพทย์ผ่าตัดหรือคนขับรถที่เป็นผลมาจากกรณีสายตาแย่งหรือไม่อาจเคลื่อนไหวมือและแขนได้อย่างสะดวกทำให้ไม่อาจที่จะผ่าตัดให้เป็นไปตามวิชาการทางการแพทย์ได้หรือไม่อาจที่จะขับรถให้เป็นไปตามกฎจราจรได้ และในอีกด้านหนึ่งก็อาจจะมีหมอผ่าตัดที่มีฝีมือเยี่ยมหรือคนขับรถแข่งที่มีฝีมือมากกว่ามาตรฐานทั่วไป ปัญหาว่าแค่นั้นเพียงใดของความสามารถส่วนตัวของผู้กระทำผิดที่จะถูกนำมาพิจารณาเพื่อใช้ในการกำหนดการกระทำโดยประมาท<sup>22</sup>

ซึ่งในปัญหาดังกล่าวนี้นี้ ความเห็นฝ่ายข้างมาก เห็นว่า จะต้องใช้หลักบรรทัดฐานสองชั้น (doppelten Massstab) กล่าวคือ ตามทฤษฎีนี้ถือว่าเป็นการครบองค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทแล้ว ถ้าเป็นการละเมิดต่อบรรทัดฐานในทางภาวะวิสัยตามที่กล่าวไว้ข้างต้น ส่วนปัญหาว่าผู้กระทำผิดสามารถที่จะทำให้เป็นไปตามบรรทัดฐานดังกล่าวได้หรือไม่นั้น เป็นปัญหาในส่วนของความน่าตำหนิของการกระทำโดยประมาท (ein Problem der Fahrlaessigkeitsschuld) เมื่อส่วนในทางภาวะวิสัยของการกระทำโดยประมาทมีอยู่ครบ (องค์ประกอบในส่วนของความไม่ชอบด้วยกฎหมาย = Unrechtstatbestand) ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าผู้กระทำผิดแต่ละคนเมื่อพิจารณาจากระดับสติปัญญา การศึกษา ความสามารถ ประสบการณ์ชีวิต ตลอดจนฐานะในทางสังคมของผู้กระทำผิดแต่ละคนแล้วเป็นไปตามข้อบัญญัติในเรื่องของข้อสัญญาพื้นฐานและข้อบัญญัติในเรื่องของการใช้ความระมัดระวังโดยทั่วไปหรือไม่ (das generelle Sorgfalts- und Voraussichtsgebot) (องค์ประกอบในส่วนของความน่าตำหนิ = Schuld tatbestand) ดังนั้นเมื่อบุคคลใดก็ตามได้ก่อให้เกิดอุบัติเหตุขึ้นจากการที่ตนละเมิดต่อกฎจราจรที่ตนไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้อันเป็นผลมาจากการที่ตนเองมีความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานทั่วไป ต้องถือว่าองค์ประกอบในส่วนของกรณีสายตาหรือคนขับรถโดยประมาทครบถ้วนแล้ว เฉพาะแต่ในส่วนของความน่าตำหนิของการกระทำโดยประมาท (die Fahrlaessigkeitsschuld) เท่านั้นที่ถือว่าไม่มีอยู่ เพราะถือว่าผู้กระทำผิดไม่อาจที่จะปฏิบัติให้เป็นไปตามบรรทัดฐานได้

<sup>22</sup>Vgl. Roxin, Strafrecht : Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 1997, บทที่ 24, หัวข้อ 46. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “มาตรฐานความระมัดระวังของการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาเยอรมัน,” ดุลพาน, เล่มที่ 1, ปีที่ 54, (มกราคม - เมษายน 2550).

(sein individuelles Unvermoegen) แต่ถ้าเป็นในกรณีที่ผู้กระทำความผิดรู้ถึงการไม่มีความสามารถดังกล่าวของตนแล้วยังเข้าไปกระทำการดังกล่าว ก็จะต้องถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท เนื่องจากทั้งในส่วนของอัตวิสัยและภาวะวิสัยมีอยู่ครบ<sup>23</sup> กล่าวคือ ครบทั้งองค์ประกอบในส่วนของความไม่ชอบด้วยกฎหมายและองค์ประกอบในส่วนของความน่าตำหนิ

ในทางตรงกันข้าม ความเห็นฝ่ายข้างน้อยเห็นว่า การครบองค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยประมาทขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้กระทำผิดเป็นรายๆ ไป (von den individuellen Faehigkeiten des Taeters) กล่าวคือ ใครที่มีความสามารถมากกว่าบุคคลปกติทั่วไปก็จะต้องถูกเรียกร้องมากกว่าในแง่ที่ว่าตนเองจะต้องรับผิดชอบการกระทำโดยประมาท หากว่าตนไม่ใช้ความสามารถที่มากกว่าของตนแล้วเป็นผลให้เกิดอุบัติเหตุขึ้น แม้ว่าในการกระทำอย่างเดียวกันนี้ คนที่มีความสามารถปกติทั่วไปจะไม่ต้องรับผิดชอบการกระทำโดยประมาทก็ตาม ในทางกลับกัน ใครก็ตามที่มีความสามารถต่ำกว่า “มาตรฐานของบุคคลที่แตกต่างกันออกไป” และจากเหตุผลดังกล่าวก่อให้เกิดผลที่ครบองค์ประกอบความผิด ก็จะไม่ถือว่าบุคคลดังกล่าวกระทำการโดยประมาท แม้ว่าคนที่มีความสามารถในเกณฑ์มาตรฐานโดยทั่วไปแล้วจะต้องถูกลงโทษฐานการกระทำโดยประมาทในการกระทำอันเดียวกันนี้ อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้กระทำรู้ว่าจะตนมีความสามารถต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานแล้วตามทฤษฎีนี้ก็ยิ่งถือว่าบุคคลดังกล่าวต้องรับผิดชอบการกระทำโดยประมาทจากการที่ตนได้เข้าไปกระทำการดังกล่าวโดยที่สามารถที่จะตำหนิตนเองได้ (sein Uebernahmeverschulden)<sup>24</sup>

กล่าวโดยรวมแล้ว ความเห็นทั้งสองฝ่ายก็ไม่ได้มีความแตกต่างกันมากนัก เพราะในกรณีที่ความสามารถของผู้กระทำต่ำกว่าเกณฑ์เฉลี่ยแล้ว (bei unterdurchschnittlichen Faehigkeiten) ก็มีความเห็นตรงกันว่าผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบการกระทำโดยประมาท หากว่าตัวผู้กระทำเองไม่อาจที่จะกระทำให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานได้ ไม่ว่าจะถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบความผิด (ซึ่งเป็นทฤษฎีที่พิจารณาผู้กระทำเป็นรายๆ ไป) (so die individualisierende Lehre) หรือถือว่าผู้กระทำขาดความน่าตำหนิ (ซึ่งเป็นทฤษฎีสองระดับ) (so die Zweisrufigkeitslehre) ข้อแตกต่างที่สำคัญมีเฉพาะในกรณีที่ผู้กระทำมีความสามารถที่เกินกว่าเกณฑ์มาตรฐานเท่านั้น (bei ueberdurchschnittlichen Faehigkeiten) เพราะตามมาตรฐานในทางภาวะวิสัยนั้น บุคคลไม่จำเป็นต้องกระทำการใดให้มากไปกว่าที่ควรจะต้องกระทำ ในขณะที่

<sup>23</sup> Ibid. บทที่ 24, หัวข้อ 47

<sup>24</sup> Ibid. บทที่ 24, หัวข้อ 48

ตามทฤษฎีที่พิจารณาผู้กระทำผิดเป็นรายๆ ไปนั้น (die individualisierende Lehre) ผู้กระทำ จะต้องใช้ความสามารถที่ตนเองมีสูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานด้วย กล่าวคือ ตามทฤษฎีนี้ผู้กระทำจะถูกเรียกร้องให้ต้องกระทำมากกว่า อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างดังกล่าวก็ถูกทำให้ลดน้อยลงโดยทฤษฎีในทางภาวะวิสัย (die objektive Lehre) ซึ่งได้กำหนดเกณฑ์มาตรฐานเป็นพิเศษไว้สำหรับผู้เชี่ยวชาญ และในอีกด้านหนึ่ง ตามทฤษฎีที่พิจารณาผู้กระทำผิดเป็นรายๆ ไปนั้น ผู้กระทำที่มีความสามารถเกินกว่าเกณฑ์มาตรฐานในกรณีปกติทั่วไปก็สามารถที่จะกระทำทำให้เป็นไปตามเกณฑ์ในทางภาวะวิสัยของการเลี้ยงที่อนุญาตได้ (เช่น หลักของความไว้วางใจ)<sup>25</sup>

แต่ในความเห็นของ Roxin นั้น เห็นว่า ความเห็นที่ถูกต้องควรเป็นความเห็นที่อยู่กึ่งกลางระหว่างความเห็นทั้งสอง กล่าวคือ ความสามารถที่ต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานไม่ถือเป็นเหตุตัดการครอบงำประกอบความผิด (ในโครงสร้างข้อ 1) และความผิด (ในโครงสร้างข้อ 2) อย่างไรก็ตาม ผู้กระทำที่มีความสามารถที่สูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานจะต้องใช้ความสามารถดังกล่าวของตน กล่าวคือ ในกรณีของความสามารถของผู้กระทำที่ต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานจะต้องใช้หลักวิญญูชน (generalisieren) ส่วนในกรณีของความสามารถของผู้กระทำที่สูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานจะต้องใช้หลักปัจเจกชน (individualisieren)<sup>26</sup>

ถ้าหากพิจารณาปัญหาในเรื่องดังกล่าวตามหลักกฎหมายไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ไม่มีปัญหาในการพิจารณาความประมาทของผู้กระทำแต่อย่างใด กล่าวคือ ตามกฎหมายไทยนั้นไม่ว่าผู้กระทำจะมีความสามารถที่มากหรือน้อยกว่าคนปกติก็จะใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการพิจารณาความระมัดระวังของผู้กระทำ ซึ่งก็คือ จะใช้มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลซึ่งอยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ ซึ่งความสามารถของผู้กระทำที่มากหรือน้อยกว่าปกตินี้ ตามกฎหมายไทยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งในความหมายของคำว่า “วิสัย” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่นั่นเอง ดังจะเห็นได้จากการยกตัวอย่างคำว่า “วิสัย” ในทางตำราว่าหมายถึงความถึง อายุ เพศ การศึกษา ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ การมีวิชาชีพ เป็นต้น ดังนั้นหากผู้กระทำอยู่ในวิสัยที่มีความสามารถน้อยกว่าคนปกติ เช่น เป็นเด็ก หรือเป็นคนพิการ การพิจารณาความประมาทก็ต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังของเด็กที่อยู่ในวัยเดียวกับผู้กระทำหรือใช้มาตรฐานความระมัดระวังของคนพิการที่มีความพิการในลักษณะเดียวกับผู้กระทำ หรือหากเป็น

<sup>25</sup> Ibid. บทที่ 24 , หัวข้อ 49

<sup>26</sup> Ibid. บทที่ 24 , หัวข้อ 50

กรณีและผู้กระทำอยู่ในวิสัยที่มีความสามารถสูงกว่าปกติ เช่น เป็นผู้มีความวิเศษ การพิจารณาความประมาทก็ต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่มีความวิเศษเช่นเดียวกับผู้กระทำนั่นเอง

## 5.2 เปรียบเทียบมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 43 กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่

ตามที่ได้อธิบายถึงมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาไว้แล้วในบทที่ 4 นั้น เมื่อนำเอามาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 43 กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่มาพิจารณาเปรียบเทียบกันจะพบว่า มีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 43 วรรคสามได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทโดยได้กำหนดระดับความระมัดระวังของบุคคลเอาไว้ 2 ระดับแยกออกจากกัน คือ (1) ความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชน และ (2) ความระมัดระวังอันควรสำหรับผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์ ในขณะที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่นั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทไว้เพียงระดับเดียว คือ มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ ซึ่งเป็นการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปอันจะสามารถนำมาใช้ได้กับบุคคลทุกจำพวก ซึ่งเหตุผลของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติดังกล่าวก็น่าจะเนื่องมาจากความหมายที่ไม่ชัดเจนของคำว่า “วิสัยปกติชน” ซึ่งในบางครั้งอาจทำให้มีความสับสนในการนำมาปรับใช้กับคดีที่เกิด กล่าวคือ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 ว่า คำอธิบายทางตำรามีการอธิบายถึงความหมายของคำว่า “วิสัยปกติชน” ตามบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 43 (1) ไว้ดังนี้

คำว่า “ปราศจากความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชน” นั้น หมายถึง ความระมัดระวังอันสามัญชนย่อมพึงกระทำกัน<sup>27</sup>

ความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชนนั้น คือ ความระมัดระวังตามสมควรที่คนธรรมดาเขาใช้กัน<sup>28</sup>

<sup>27</sup> วิจิตร ลุติตานนท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคต้น, (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2487), น. 56.

การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชน เป็นการกระทำ โดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอันควรอย่างบุคคลธรรมดา<sup>29</sup>

ซึ่งจากคำอธิบายในทางตำราดังกล่าวอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า คำว่า “ปกติชน” หมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นบุคคลโดยทั่วไป มาตรฐานความระมัดระวังในระดับแรก ตามกฎหมายลักษณะอาญานี้จึงเป็นมาตรฐานความระมัดระวังที่ใช้กับบุคคลทั่วไป กล่าวคือ จะใช้ปกติชนซึ่งได้แก่บุคคลโดยทั่วไปเป็นมาตรฐานในการวัดระดับความระมัดระวังของผู้กระทำ โดยหากผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังเท่าที่บุคคลทั่วไป (ปกติชน) จะสามารถกระทำได้ ก็ต้องถือว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังที่เพียงพอแล้ว แม้จะเกิดผลอันเป็นภัยอันตราย ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ การกระทำโดยประมาท ในทางตรงกันข้ามถ้าหากผู้กระทำมิได้ใช้ความระมัดระวังในระดับที่ บุคคลโดยทั่วไป (ปกติชน) จะสามารถกระทำได้ (หรือใช้ความระมัดระวังในระดับที่ต่ำกว่าบุคคล โดยทั่วไปจะพึงใช้) กรณีเช่นนี้ต้องถือว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาท ตามกฎหมายลักษณะ อาญา มาตรา 43 (1)

แต่ในการให้ความหมายของคำว่า “วิสัยปกติชน” ตามความหมายข้างต้นนั้น ทำให้มี ปัญหาในการใช้การตีความบางประการ กล่าวคือ การให้ความหมายคำว่า “วิสัยปกติชน” ว่า หมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นบุคคลโดยทั่วไปนั้น ทำให้คำว่า “วิสัยปกติชน” นั้น มีความหมายอย่างเดียวกับคำว่า “วิญญูชน” ที่ใช้อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ สำหรับปัญหาในเรื่องนี้ ดร.หยุด แสงอุทัย<sup>30</sup> ได้อธิบายไว้ในคำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ว่า “ประมาทตามกฎหมายอาญาต่างกับประมาทเดินเลื้อตามกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ ประมาทตามกฎหมายอาญาใช้บุคคลที่มีฐานะเช่นผู้กระทำเป็นเครื่องวัด แต่ประมาทเดินเลื้อตาม กฎหมายแพ่งนั้นใช้วิญญูชนคือใช้ผู้ที่มีความระมัดระวังอย่างคนธรรมดาสามัญเป็นเครื่องวัด คำว่า “ปกติชน” ที่ใช้อยู่ในมาตรา 43 (1) นั้น หมายถึง ปกติชนที่มีฐานะเท่าเทียมกับผู้กระทำ ดังนั้น ความระมัดระวังตามวิสัยปกติชน หมายถึง ความระมัดระวังตามฐานะส่วนตัวของผู้กระทำ การ

<sup>28</sup> หลวงพิณิจการโกศล (วิชา หัมมานนท์), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา เล่ม 1, (พระนคร: ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, 2477), น. 129-130.

<sup>29</sup> อุททิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525), น. 79.

<sup>30</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 139-140.

พิจารณาถึงฐานะส่วนตัวได้แก่การพิจารณาถึงฐานะความเป็นอยู่ เพศ อายุ ศาสนา ความเคยชิน จารีตประเพณี ความเฉลียวฉลาด ความรู้ของผู้กระทำ ฯลฯ ด้วย ทั้งนี้จะหวังให้เด็กใช้ความระมัดระวังอย่างผู้ใหญ่ คนในชนบทใช้ความระมัดระวังอย่างคนในจังหวัด คนที่ไม่มีความรู้ใช้ความระมัดระวังอย่างคนมีความรู้ย่อมไม่ได้ นอกจากนี้ฐานะความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจของผู้กระทำก็นำมาเป็นเครื่องวัดว่าผู้กระทำจะใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด”

จากคำอธิบายในทางตำราจะเห็นได้ว่ามีการให้ความหมายของคำว่า “วิสัยของปกติชน” ไว้แตกต่างกันนั้น ดังนั้นการจะค้นหาความหมายที่แท้จริงของคำว่า “วิสัยของปกติชน” นั้น อาจจะต้องทำการค้นหาจากเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายและจากแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งจากการศึกษาค้นคว้าการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 จะพบว่า คำว่า “ปกติชน” ในต้นร่างภาษาต่างประเทศใช้คำว่า “a person of ordinary prudence”<sup>31</sup> ซึ่งหมายความถึง บุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นบุคคลโดยทั่วไป และในการประชุมเพื่อแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้มีการเสนอให้แก้ไขคำว่า “ปกติชน” เป็นคำว่า “วิญญูชน” เพื่อให้เหมือนกับในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>32</sup> แต่ในการประชุมครั้งนั้นที่ประชุมเห็นว่าไม่ควรใช้คำว่า “วิญญูชน” โดยให้เหตุผลว่า เด็กอายุ 18 ปีจะให้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชนไม่ได้ และถ้าผู้กระทำใช้ความระมัดระวังอย่างปกติชนแล้วก็ไม่ควรเอาผิด โดยที่ประชุมเห็นว่าถ้อยคำตามตัวบทเดิมมีความชัดเจนดี จึงให้ใช้คำในข้อ (1) ดังต่อไปนี้ “กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยปกติชน” แต่ในการประชุมเพื่อแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ก็ไม่ได้มีการอธิบายถึงความหมายของคำว่า “วิสัยปกติชน” ไว้อย่างชัดเจน ส่วนแนวคำพิพากษาของศาลนั้นก็ไม่ได้มีคำพิพากษาใดที่ให้คำนิยามคำว่า “วิสัยปกติชน” ไว้อย่างชัดเจน แต่จะมีลักษณะเป็นการปรับบทไปที่เดียวว่าการกระทำดังกล่าวของจำเลยปราศจากความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยปกติชน และไม่มีคำพิพากษาฎีกาใด

<sup>31</sup> Section 43 “...A person is said to do an act by negligence if such person does that act unintentionally, but

(1) the doing of an act without such care as might be expected from a person of ordinary prudence, or ,...” รายงานการประชุมตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ครั้งที่ 104/40/2483 วันอังคารที่ 9 กรกฎาคม 2483.

<sup>32</sup> รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 104/40/2483 วันอังคารที่ 9 กรกฎาคม 2483.

ที่มีการนำเอาลักษณะภายในตัวของผู้กระทำ เช่น เพศ อายุ การศึกษา ความรู้ความชำนาญ ฐานะความเป็นอยู่ ฯ มาประกอบในการพิจารณาความประมาทอย่างชัดเจน

ในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าจากรายงานการประชุมดังกล่าวทำให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าคำว่า “วิสัยปกติชน” ตามกฎหมายลักษณะอาญานั้นแตกต่างกับคำว่า “วิญญูชน” ที่ใช้อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ประชุมให้เหตุผลว่า “จะให้เด็กอายุ 18 ปีมีความระมัดระวังอย่างวิญญูชนไม่ได้ และถ้าผู้กระทำใช้ความระมัดระวังอย่างปกติชนแล้วก็ไม่ควรเอาผิด” เป็นนัยยะที่แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าคำว่า “ปกติชน” ที่ใช้อยู่ในมาตรา 43 (1) นั้น น่าจะหมายถึง บุคคลธรรมดาที่มีฐานะเท่าเทียมกับผู้กระทำ กล่าวคือ จะต้องนำเอาลักษณะภายในตัวของผู้กระทำ เช่น เพศ อายุ การศึกษา ความรู้ความชำนาญ ฐานะความเป็นอยู่ ฯ มาประกอบในการพิจารณาความประมาทด้วย แต่เนื่องจากคำอธิบายในทางตำรามีความเห็นที่ต่างกันไป ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลก็ยังไม่ปรากฏอย่างชัดเจนว่ามีการนำลักษณะภายในตัวของผู้กระทำ เช่น เพศ อายุ การศึกษา ความรู้ความชำนาญ ฐานะความเป็นอยู่ ฯ มาประกอบในการพิจารณาความประมาทด้วยหรือไม่ จึงทำให้ความหมายของคำว่า “วิสัยปกติชน” ยังคงมีความไม่ชัดเจนมาจนถึงปัจจุบัน

และจากความไม่ชัดเจนของความหมายของคำว่า “วิสัยปกติชน” ดังกล่าว ทำให้ในการประชุมเพื่อร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499<sup>33</sup> จึงมีการเสนอให้รวมบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 43 (1) และ (2) เข้าไว้ด้วยกัน และให้เปลี่ยนไปใช้คำว่า “ไม่ใช้ความระมัดระวังตามพฤติการณ์ซึ่งผู้ที่อยู่ในสภาพหรือในฐานะเช่นนั้นพึงใช้” ซึ่งข้อความดังกล่าวนี้ครอบคลุมถึงคำว่า “วิสัยปกติชน” ตามบทบัญญัติในมาตรา 43 (1) และครอบคลุมถึงคำว่า “ผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์” ตามบทบัญญัติในมาตรา 43 (2) และยิ่งดียิ่งกว่าเพราะการใช้ความระมัดระวังนี้ต้องแล้วแต่พฤติการณ์แวดล้อมซึ่งอาจทำให้บุคคลธรรมดากระทำการไปโดยจะใช้ความระมัดระวังอย่างปกติไม่ได้ เช่นในกรณีเพลิงไหม้ ผู้หนีไฟอาจคว้าได้แต่ปืนวิงออกมาแล้วหกล้มปืนลั่นถูกผู้มาช่วยดับเพลิงตาย จะให้ผู้หนีไฟนั้นใช้ความระมัดระวังเอากระสุนปืนออกเสียก่อนนั้นไม่ได้ แต่ถ้าเป็นเวลาปกติ และในท้องถนนหลวง ผู้ใดถือปืนบรรจุกระสุน แล้วทำปืนลั่นถูกคนตาย ก็พอจะเรียกได้ว่า ไม่ใช้ความระมัดระวังตามควร และในที่สุดที่ประชุมก็มีมติให้แก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาท โดยประมวลกฎหมายอาญาได้มีบทนิยามการกระทำโดย

<sup>33</sup>รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 66/190/2482 วันเสาร์ที่ 20 มกราคม 2482.

ประมาทไว้ใน มาตรา 59 วรรคสี่ ดังนี้ “การกระทำโดยประมาท ได้แก่การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อใช้พิจารณาการกระทำโดยประมาทของผู้กระทำได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากมาตรฐานความระมัดระวังที่กำหนดไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 43 วรรคสาม กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้แยกมาตรฐานความระมัดระวังของปกติชนกับผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์ (ผู้มีวิชาชีพ) ออกจากกัน แต่ได้วางเกณฑ์ทั่วไปซึ่งจะใช้ได้แก่บุคคลทุกจำพวก คือ กำหนดความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นควรจะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์เป็นเกณฑ์<sup>34</sup> ดังนั้นมาตรฐานความระมัดระวังตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม ก็คือ “มาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลซึ่งอยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ” ทั้งนี้โดยเทียบเคียงมาจากประมวลกฎหมายอาญาของจีน มาตรา 14 และประมวลกฎหมายอาญาสวีต มาตรา 18 วรรคสาม<sup>35</sup> มาตรฐานความระมัดระวังตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสามนี้ กฎหมายวางหลักเกณฑ์ว่าในการพิจารณาความประมาทของผู้กระทำนั้น จะต้องสมมติบุคคลขึ้นเพื่อเปรียบเทียบกับผู้กระทำ โดยบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นนี้จะต้องอยู่ในวิสัยซึ่งได้แก่ อายุ เพศ การศึกษา ความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ การเป็นผู้มีวิชาชีพ ฯลฯ เช่นเดียวกับผู้กระทำ และนอกจากนี้ยังจะต้องอยู่ในพฤติการณ์เช่นเดียวกันกับผู้กระทำอีกด้วย

นอกจากนี้ในส่วนของการฝ่าฝืนกฎหมาย ข้อบังคับหรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 43 (3) นั้น ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย ข้อบังคับหรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย มิได้เป็นมาตรฐานความระมัดระวังสำหรับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญาแต่อย่างใด ซึ่งต่อมาประมวลกฎหมายอาญาก็มิได้บัญญัติให้การฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการกระทำโดยประมาท แต่หากทำการพิจารณาหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ก็จะได้เห็นว่า โดยปกติแล้ววิสัยของบุคคลธรรมดาที่ย่อมจะ

<sup>34</sup>หยุด แสงอุทัย, ประมวลกฎหมายอาญาศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: หจก.เกษมบรรณกิจ, 2511), น. 190.

<sup>35</sup>รายงานการประชุมตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญาครั้งที่ 66, 190/2482 วันเสาร์ที่ 20 มกราคม 2482.

ปฏิบัติตามกฎหมาย กล่าวคือ จะไม่กระทำการใดๆที่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ดังนั้นเมื่อมีกฎหมายบัญญัติวางระดับความระมัดระวังที่ผู้กระทำจะต้องใช้ในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งไว้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดผลร้ายที่กฎหมายประสงค์จะป้องกันแล้วผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติเช่นว่านั้น ก็ต้องถือว่าเป็นการประพฤตินผิดไปจากวิสัยของบุคคลธรรมดา คือไม่ใช่ความระมัดระวังตามวิสัยของบุคคลธรรมดานั่นเอง การฝ่าฝืนต่อกฎหมายในกรณีเช่นนี้จึงควรถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทได้เช่นเดียวกัน ถ้าหากว่าการกระทำนั้นเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผลร้ายที่กฎหมายประสงค์จะป้องกันตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

การไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันอันตราย เช่น กฎจราจร เป็นเหตุให้รถชนกันเป็นการกระทำโดยประมาทได้โดยสภาพของการไม่ปฏิบัติตามที่ควรปฏิบัติตนเอง<sup>36</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3088/2527 จำเลยที่ 1 ขับรถตัดหน้ารถยนต์ผู้อื่นในระยะกระชั้นชิด อันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ.2522 มาตรา 52 วรรคแรก และไม่ให้อัญญาณไฟก่อนเลี้ยว ฝ่าฝืนมาตรา 36 จนรถจำเลยที่ 2 ชับมาในเส้นทางของตนตามปกติชนกับรถของจำเลยที่ 1 ดังนี้เป็นความประมาทของจำเลยที่ 1 โดยตรง หาใช่เพราะเหตุสุดวิสัยหรือเป็นอุบัติเหตุไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 112/2542 จำเลยกลับรถในขณะที่มีรถอื่นตามมาในระยะน้อยกว่า 100 เมตร จึงเป็นการขับรถยนต์โดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 52 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อความปลอดภัยในการขับรถ ถือได้ว่าจำเลยขับรถยนต์โดยประมาท ส่วนที่โจทก์ร่วมที่ 1 ขับรถจักรยานยนต์ในช่องเดินรถที่ 2 ไม่ขับในช่องเดินรถซ้ายสุด ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ.2522 มาตรา 35 วรรคสองก็ดี หรือขับรถจักรยานยนต์ด้วยความเร็วเกินสมควรหรือไม่ก็ดี ไม่ว่าการกระทำของโจทก์ร่วมที่ 1 จะเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ก็ทำให้การกระทำของจำเลยที่เป็นการกระทำโดยประมาทกลับเป็นไม่ประมาทไปได้ไม่

<sup>36</sup>จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น. 275.

### 5.3 วิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทตาม บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่

ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 บทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทได้เปลี่ยนแปลงไป โดยประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติบทนิยามการกระทำโดยประมาทไว้ใน มาตรา 59 วรรคสี่ ดังนี้

มาตรา 59 วรรคสี่ “การกระทำโดยประมาท ได้แก่การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่”

ซึ่งจากการศึกษาค้นคว้ากฎหมายเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญาตั้งแต่สมัยที่ใช้กฎหมายตราสามดวง และต่อมาในสมัยที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 จนกระทั่งปัจจุบันที่ใช้ประมวลกฎหมายอาญา จะพบว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทยนั้น ได้มีการพัฒนาให้มีความเหมาะสมขึ้นเป็นลำดับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่นั้น ได้มีการให้บทนิยามหรือความหมายของการกระทำโดยประมาทในทางอาญาไว้โดยการพัฒนามาจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 43 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งการมีบทบัญญัติที่ให้บทนิยามการกระทำโดยประมาทนั้นนับว่าเป็นข้อดีอย่างมากในการพิจารณาการกระทำโดยประมาทของผู้กระทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายอย่างเช่นประเทศไทย เพราะการมีบทนิยามการกระทำโดยประมาทจะทำให้เกิดความชัดเจนว่าอย่างไรเป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญาซึ่งผู้กระทำมีความผิดและจะต้องรับโทษ นอกจากนี้บทนิยามยังจะทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ “มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท” ที่จะต้องนำมาใช้ในการพิจารณาความประมาทของผู้กระทำอีกด้วย และจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาทไว้ว่าผู้กระทำจะต้องใช้ “ความระมัดระวังของบุคคลซึ่งอยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ” นั้น เมื่อนำไปพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังตามกฎหมายอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมันแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ามาตรฐานความระมัดระวังตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความเหมาะสมดีแล้ว กล่าวคือ มาตรฐานความระมัดระวังตามมาตรานี้ กฎหมายคำนึงทั้งในแง่ตัวผู้กระทำและสภาพแวดล้อม กล่าวคือ กฎหมายมิได้กำหนดกว้างเกินไปจนทำให้

บุคคลต้องระวางตัวตลอดเวลา กฎหมายจึงบัญญัติขอบเขตของการใช้ความระมัดระวังของบุคคลไว้ว่าให้พิจารณาตามวิสัยของผู้กระทำและพฤติการณ์ที่มีอยู่ในขณะกระทำ เป็นการพิจารณาทั้งในทางอัตวิสัย (objective) และในทางภาวะวิสัย (subjective) ซึ่งการพิจารณาในทางอัตวิสัย ก็คือการที่กฎหมายกำหนดให้ใช้มาตรฐานความระมัดระวังตามวิสัยของผู้กระทำนั่นเอง อันเป็นการพิจารณาถึงลักษณะภายในตัวของผู้กระทำ ซึ่งมีผลต่อความสามารถในการใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำ (พิจารณาว่าผู้กระทำสามารถใช้ความระมัดระวังได้เหมือนกับวิญญูชนหรือไม่) ซึ่งได้แก่ อายุ เพศ ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ เป็นต้น ส่วนการพิจารณาในทางภาวะวิสัย ก็คือการพิจารณาการกระทำโดยประมาทของผู้กระทำนั้นจะต้องใช้วิธีการเปรียบเทียบการกระทำของผู้กระทำกับวิญญูชนที่มีลักษณะภายในเช่นเดียวกับผู้กระทำ หรือที่เรียกกันว่าการวินิจฉัยความผิดแบบ in abstracto ซึ่งไม่ใช่การพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำว่าตัวเขาเองคิดว่าได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอหรือไม่

แต่อย่างไรก็ดีผู้เขียนมีความเห็นว่ามาตรฐานความระมัดระวังสำหรับการกระทำโดยประมาทตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่นั้นยังคงมีความไม่ชัดเจนอยู่บางประการ กล่าวคือ คำว่า “วิสัย” ที่นำมาใช้ในการพิจารณาความระมัดระวังของผู้กระทำนั้นเป็นคำที่เข้าใจยากประกอบกับในประมวลกฎหมายอาญาก็มิได้มีการให้คำนิยามถึงความหมายของคำดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ทำให้ในการศึกษาและทำความเข้าใจความหมายของคำดังกล่าวจึงต้องอาศัยคำอธิบายในทางตำราและแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งจากการศึกษาถึงความหมายของคำว่า “วิสัย” ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่นั้น เมื่อรวบรวมจากคำอธิบายในทางตำราที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 คำว่า “วิสัย” นั้นหมายความถึง ลักษณะที่เป็นอยู่ของบุคคลผู้กระทำหรือที่เรียกกันว่าสภาพภายในตัวผู้กระทำ ซึ่งได้แก่ อายุ เพศ การศึกษา ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ การเป็นผู้มีวิชาชีพ เป็นต้น ส่วนแนวคำพิพากษาของศาลนั้นจากการศึกษาและค้นคว้าแนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทแล้วพบว่าไม่มีคำพิพากษาที่ได้ให้ความหมายหรืออธิบายถึงความหมายของคำว่า “วิสัย” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ไว้อย่างชัดเจน แนวคำพิพากษาของศาลจะเป็นการวินิจฉัยรวมกันไปที่เดียวว่าการกระทำนั้นๆ ของจำเลยเป็นการปราศจากความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์หรือไม่ จึงเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่เป็นการกระทำโดยประมาท ดังนั้นในการพิจารณาความประมาทของผู้กระทำว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยหรือไม่อย่างไร จึงต้องพิจารณาความหมายของคำว่าวิสัยจากคำอธิบายทางตำราดังที่ได้กล่าวมาแล้วเพียงอย่างเดียว ซึ่งในบางครั้งอาจจะเกิดปัญหาว่าอะไรบ้างที่หมายถึงวิสัยของผู้กระทำที่จะต้องนำมาใช้ในการ

พิจารณาความประมาทของผู้กระทำ นอกจากอายุ เพศ การศึกษา ความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ การเป็นผู้มีวิชาชีพ ที่ถูกยกเป็นตัวอย่างอยู่ในคำอธิบายทางตำราแล้วยังคงมีอย่างอื่นอีกหรือไม่ที่เป็น “วิสัย” ซึ่งจะต้องนำมาพิจารณาในการวินิจฉัยความประมาทของผู้กระทำ

แม้ว่าการจะบัญญัติถึงความหมายของคำว่า “วิสัย” ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ให้ชัดเจนว่าอะไรบ้างที่หมายถึงวิสัยของผู้กระทำที่จะต้องนำมาใช้ในการพิจารณาความประมาทของผู้กระทำนั้น จะเป็นสิ่งที่ดีและควรจะทำเพราะจะทำให้มีความเข้าใจในความหมายของคำว่า “วิสัย” อย่างถูกต้องตรงตามความหมายที่แท้จริง ซึ่งจะทำให้การวินิจฉัยความประมาทของผู้กระทำเป็นไปอย่างถูกต้องมากยิ่งขึ้น แต่ในความเป็นจริงแล้วไม่สามารถที่จะกระทำเช่นนั้นได้ ทั้งนี้เนื่องจากการวินิจฉัยความประมาทของผู้กระทำนั้น ตามที่ได้อธิบายมาแล้วว่ามีการวินิจฉัยอยู่ 2 วิธี วิธีหนึ่งเป็นการพิจารณาจากตัวผู้กระทำว่าตามความรู้สึกของเขานั้นเป็นการขาดความระมัดระวังหรือไม่ คือวินิจฉัยจากสิ่งที่เป็นอยู่จริงๆ เรียกว่า การวินิจฉัยความผิดแบบ in concreto อีกวิธีหนึ่งเป็นการสมมติบุคคลธรรมดาขึ้น แล้วเปรียบเทียบกับจำเลยว่าได้กระทำเหมือนหรือต่างกันอย่างไรเป็นการวินิจฉัยจากสิ่งที่สมมติขึ้น เรียกว่า การวินิจฉัยความผิดแบบ in abstracto แต่ในเรื่องนี้นักนิติศาสตร์ก็เห็นว่าการที่จะสมมติบุคคลขึ้นลอยๆ โดยไม่คำนึงถึงพฤติการณ์อื่นๆ ที่เป็นอยู่จริงด้วยนั้นๆ ไม่เป็นประโยชน์ในการวินิจฉัย ดังนั้นการสมมติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบจึงต้องคำนึงถึงพฤติการณ์อื่นๆ ของผู้กระทำด้วย ซึ่งเป็นการรับเอาการวินิจฉัยแบบ in concreto อยู่ส่วนหนึ่ง<sup>37</sup> แต่ข้อยากในการเปรียบเทียบก็คือ วิญญูชนที่นำมาเปรียบเทียบจะต้องมีอะไรที่เหมือนกับผู้กระทำบ้าง ท่าน Mazeaud ได้ให้หลักไว้ว่า พฤติการณ์ที่ต้องนำมาพิจารณาด้วยก็คือ เหตุภายนอกตัวผู้กระทำ (circonstances externes) ซึ่งได้แก่ สถานที่และกาลเวลา ส่วนเหตุภายในตัวผู้กระทำ (circonstances internes) ซึ่งได้แก่ สภาพจิตใจ (état d'âme) ความรู้สึกนึกคิด (conscience) ความเคยชิน (habitude) อุปนิสัย (caractère) ของจำเลยนั้นไม่ต้องนำมาพิจารณา แต่สำหรับเหตุภายในตัวผู้กระทำบางอย่างที่เกี่ยวข้องกับความไม่รู้ผิดชอบทั้งหมดหรือบางส่วน เช่น อายุ เพศ ความเจ็บป่วย กายใจไม่สมประกอบฐานะของจำเลยเหล่านี้จะต้องนำมาใช้กับบุคคลที่สมมติขึ้นให้อยู่ในสภาพเช่นนั้นด้วยหรือไม่ เราจะเปรียบหญิงกับหญิง เด็กกับเด็ก คนบ้านนอกกับคนบ้านนอก ตลอดจนคนที่หย่อนความรู้ผิดชอบจะเปรียบกับคนไม่รู้ผิดชอบหรือกับคนธรรมดาทั่วไป ในเรื่องนี้ท่าน Mazeaud กล่าวว่าไม่

<sup>37</sup>จิตติ ติงศภัทย์, “ประมาทเดินแล้ว” วารสารกฎหมาย, ฉบับที่ 1, ปีที่ 4, น.14 (มกราคม – เมษายน 2521).

สามารถจะวางหลักตายตัวได้ แต่ก็ได้ให้แนวทางไว้ว่าให้ย้อนไประลึกถึงหลักการวินิจฉัยความผิด ซึ่งในทางหนึ่งจะสมมติบุคคลขึ้นลอยๆ ไม่ได้ ต้องให้การเปรียบเทียบอยู่ในสภาพเดียวกับจำเลย แต่อีกทางหนึ่งก็ต้องไม่วินิจฉัยจากตัวผู้กระทำ แต่ต้องเปรียบเทียบกับวิญญูชนธรรมดา<sup>38</sup> การพิจารณาความประมาทของผู้กระทำโดยการสมมติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบนี้ Mazeud เห็นว่าที่จริงบุคคลที่ถูกสมมติขึ้นเปรียบเทียบบก็คือตัวผู้พิพากษานั้นเอง ผู้พิพากษาจะต้องถามตัวเองว่าจะทำอย่างไรถ้าตนตกอยู่ในเหตุภายนอกเช่นเดียวกับจำเลย ไม่มีวิธีอื่นที่ดีกว่านี้ที่จะกำหนดความรับผิดชอบให้เป็นไปโดยยุติธรรม ชอบเขตความผิดต้องชัดเจนพอที่จะเป็นแนวทางให้ผู้พิพากษาดำเนินคดี แต่ก็เป็นการสมควรที่จะปล่อยให้ผู้พิพากษาดัดลिनให้เหมาะสมแก่ความยุติธรรมเป็นเรื่องๆ ไป ไม่ควรผูกมัดผู้พิพากษาด้วยข้อกำหนดอันตายตัว ซึ่งจะทำให้การบังคับใช้หลักที่คับแคบนั้นนำไปสู่ผลตรงกันข้ามกับความยุติธรรม<sup>39</sup>

เมื่อนำเอาหลักการดังกล่าวนี้มาพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ก็จะได้เห็นว่า ในส่วนของเหตุภายนอกตัวผู้กระทำ (circonstances externes) ที่จะต้องนำมาพิจารณาให้โดยกำหนดให้บุคคลที่สมมติขึ้นนั้นอยู่ในเหตุภายนอกเหมือนกับจำเลยด้วยนั้น มีลักษณะเช่นเดียวกับคำว่า “พฤติการณ์” (circumstance) ตามมาตรา 59 วรรคสี่ และเมื่อพิจารณาคำว่า “วิสัย” ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ โดยพิจารณาจากต้นร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับภาษาอังกฤษจะตรงกับคำว่า “condition” ซึ่งหมายความถึง “เงื่อนไขหรือสภาพ” ดังนั้นหากพิจารณาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ และตามคำอธิบายในทางตำราคำว่า “วิสัย” จึงน่าจะหมายความถึง เงื่อนไขภายในตัวผู้กระทำหรือสภาพภายในตัวผู้กระทำ ซึ่งได้แก่ เงื่อนไขหรือสภาพทางด้านร่างกายหรือทางด้านจิตใจ หรือลักษณะภายในตัวผู้กระทำ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าน่าจะมี ความหมายที่ใกล้เคียงกับเหตุภายในตัวผู้กระทำ (circonstances internes) ตามความเห็นของท่าน Mazeud ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้นในการพิจารณาความระมัดระวังของผู้กระทำ จึงไม่สามารถที่จะกำหนดความหมายของคำว่า “วิสัย” (condition) ซึ่งหมายถึง เงื่อนไขหรือสภาพภายในตัวผู้กระทำให้มี ความหมายที่แน่นอนตายตัวได้ เนื่องจากมีลักษณะเป็นการนำเอา ลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคลเข้ามาพิจารณาด้วย ซึ่งลักษณะภายในตัวผู้กระทำบางอย่างก็

<sup>38</sup> เฟิ่งอ๋าง. น.15.

<sup>39</sup> เฟิ่งอ๋าง. น.16.

สมควรที่จะนำมาพิจารณา เพราะอาจทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้นได้ ดังนั้นหากเรากำหนดให้แน่นอนตายตัวอาจจะทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมในบางคดีได้ เราต้องกลับไปหาลักษณะที่ในการนำเอา “นิสัยของผู้กระทำ” มาใช้ในการพิจารณาการกระทำโดยประมาท ซึ่งก็คือ เพื่อเป็นการนำเอาความยุติธรรมเฉพาะราย (individualization) เช่น ความเป็นเด็ก ความบกพร่องทางร่างกาย และทางจิตใจ เป็นต้น แต่ในขณะที่เดียวกันก็ต้องนำมาใช้อย่างระมัดระวังที่สุดเพื่อไม่ให้เป็นการนำเอาทุกสิ่งๆ ที่เหมือนกับตัวผู้กระทำมาเปรียบเทียบกับตัวผู้กระทำ ดังที่กล่าวกันว่า เอาใส่ในผิวหนังเดียวกับจำเลย (le mettre dans la peau) เพราะจะเท่ากับเป็นการพิจารณาตัวผู้กระทำเอง ซึ่งเป็นการวินิจฉัยแบบ in concreto ล้วนๆ และจะต้องไม่นำเอาสภาพจิตใจ (état d'âme) ความรู้สึกนึกคิด (conscience) ความเคยชิน (habitude) อุปนิสัย (caractère) ของผู้กระทำมาใช้ในการพิจารณาเปรียบเทียบ ดังนั้นการพิจารณาว่าอะไรบางอย่างที่เป็นนิสัยของผู้กระทำที่จะต้องนำมาใช้ในการพิจารณาความประมาทของผู้กระทำนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของท่าน Mazeaud กล่าวคือ จะต้องปรับกับข้อเท็จจริงในคดีเป็นคดีไป ไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวได้ ต้องปล่อยให้เป็นผู้พิพากษาที่ทำการตัดสินในแต่ละคดี ความหมายของคำว่านิสัยจะต้องมีความชัดเจนในระดับที่เพียงพอที่จะเป็นแนวทางให้ผู้พิพากษานำมาใช้ในการตัดสินคดี และเป็นการสมควรที่จะปล่อยให้ผู้พิพากษาดำเนินการให้เหมาะสมแก่ความยุติธรรมเป็นเรื่องๆ ไป ไม่ควรผูกมัดผู้พิพากษาด้วยความหมายที่แน่นอนตายตัว ซึ่งอาจจะทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมในการวินิจฉัยตัดสินคดีในบางคดีได้ แต่ทั้งนี้ผู้พิพากษาก็จะต้องมีความเข้าใจในเรื่องของขอบเขตและความหมายของคำว่า “นิสัย” ตามความหมายที่แท้จริงอย่างถูกต้อง