

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

ในบทนี้จะศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ รวมทั้งหลักความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง และความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง ในกฎหมายต่างประเทศ โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเด็น ได้แก่ 2.1 หลักการและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง 2.2 หลักความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง และ 2.3 แนวความคิดว่าด้วยความรับผิดของรัฐ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.1 หลักการและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองเป็นเครื่องมือในทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ดำเนินกิจกรรมทางปกครองเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะที่มีความหลากหลายสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี และเพื่อสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม

2.1.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง (Administrative Act; Acte administratif) เป็นการกระทำทางบริหารประเภทหนึ่งที่ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติในการจัดทำบริการสาธารณะ (public service) เพื่อสนองความต้องการของส่วนรวม อันมีลักษณะเป็นงานประจำโดยตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เช่น การตราพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวง การออกคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการ การรื้อถอนอาคารโดยเจ้าพนักงานควบคุมอาคาร การทำสัญญาจ้างเอกชนก่อสร้างถนนสาธารณะ เป็นต้น¹ หรืออาจถือได้ว่าการกระทำทางปกครองเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายขององค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง² และเป็นการกระทำเพื่อรักษา

¹ สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. (2556). คู่มือสอบกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 24.

² ฌัฐพล คำภีระ. (2554). การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 16.

หรือคุ้มครองประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ของส่วนรวม³ ซึ่งฝ่ายปกครองหมายถึงองค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจมหาชนจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ⁴ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะอันมีลักษณะเป็นงานราชการ⁵ และมีลักษณะเป็นการปฏิบัติการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายตลอดจนนโยบายของรัฐบาล⁶ ซึ่งมีความแตกต่างกับการกระทำทางรัฐบาล (Act of State; Acte de Gouvernement) ที่เป็นการกระทำทางบริหารประเภทหนึ่งเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองที่ใช้อำนาจทางการเมืองตามกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ หรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อสภาผู้แทนราษฎร การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภา และพระราชกฤษฎีกาปิดประชุมรัฐสภา การปลดรัฐมนตรีออกจากตำแหน่ง การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศหรือกบองค์การระหว่างประเทศ การติดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ เป็นต้น โดยทั่วไปแล้วการกระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ แต่หากระบบกฎหมายใดต้องการให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวในทางกฎหมาย ก็จะมีบัญญัติไว้ชัดเจนเป็นเรื่อง ๆ ในรัฐธรรมนูญ และมอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด กรณีใดที่ไม่ได้บัญญัติไว้ย่อมไม่สามารถฟ้องการกระทำทางรัฐบาลต่อศาลได้ แต่ต้องควบคุมตรวจสอบกันในการเมืองเท่านั้น⁷ โดยหลักแล้วจึงถือได้ว่า การกระทำทางปกครอง คือผลผลิต (Product) ของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง⁸

³ โกลิน พลกุด และชาญชัย แสวงศักดิ์. (2541). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 15.

⁴ สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. (2551). *คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 201.

⁵ ประยูร กาญจนกุล. (2523). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 79.

⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2555). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 209.

⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์และคณะ. “แถลงการณ์คณาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ลงวันที่ 1 กรกฎาคม 2551 ความเห็นต่อคำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 รับคำฟ้องกรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลกัมพูชา เรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก และกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพาทฯ” การกระทำทางรัฐบาล: ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 155.

⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2545). *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ดร.อมร จันทรสมบูรณ์*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 131.

2.1.2 หลักการพื้นฐานสำคัญของการกระทำทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองในนิติรัฐ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานของกฎหมายปกครอง⁹ ดังต่อไปนี้

1. หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality)

การกระทำทางปกครองใดเป็นการกระทำที่ก้าวล่วงสิทธิหรือสร้างภาระให้กับประชาชน¹⁰ แม้การกระทำทางปกครองนั้นจะมีกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะต้องกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุ หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชนที่ห้ามมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร แต่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ¹¹ และถือว่าเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐ (Legal State) ที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ หลักการดังกล่าวไม่ได้ปรากฏตัวในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังปรากฏให้เห็นในกฎหมายอย่างชัดเจน ดังเช่นพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 58 วรรคสาม¹²

2. หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้

โดยเหตุที่การกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าของฝ่ายปกครอง กำหนดกฎเกณฑ์ให้ปัจเจกชนต้องปฏิบัติ การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนและเป็นที่คาดหมายได้จากปัจเจกชนผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครอง

⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 29.

¹⁰ ยุติธรรม ปัทมะ. (2557). การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://library.senate.go.th/document/Ext7339/7339256_0002.PDF. [2557, 06 มีนาคม].

¹¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. หน้า 85.

¹² มาตรา 58 วรรคสาม ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับการโดยเร่งด่วนเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายที่มีโทษทางอาญา หรือมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยไม่ต้องออกคำสั่งทางปกครองให้กระทำหรือละเว้นกระทำก่อนก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุและภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน

ความชัดเจนแน่นอนตลอดจนการคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครองถือว่าเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29¹³

3. หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ

รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิในความเสมอภาคของทุกคนไว้ไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิดเชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการสภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคลฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้โดยเหตุที่สิทธิในความเสมอภาคเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจหลุดพ้นจากความผูกพันตามหลักความเสมอภาค (Equality) ได้ ทั้งนี้ ในเบื้องต้นการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันตามอำเภอใจไม่ได้หรือจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกันตามอำเภอใจไม่ได้เช่นกัน หรือเลือกปฏิบัติย่อมไม่ได้เช่นเดียวกัน

4. หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจ

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจเป็นหลักที่มีบทบาทสำคัญยิ่งในการกำหนดว่าการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น หากเป็นประโยชน์กับบุคคลผู้รับคำสั่งแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะยกเลิกหรือเพิกถอน (Revoke) ดังกล่าวได้หรือไม่ และมีเงื่อนไขอย่างไร หลักการนี้มีผลสนับสนุนความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ หรือสิทธิและหน้าที่ของบุคคล แต่ก็อาจขัดแย้งกับหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายได้ เช่น ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นประโยชน์กับผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น หากผู้รับคำสั่งทางปกครองสุจริต องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ ถ้าถือตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายอย่างเคร่งครัดแล้วจะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเสีย แต่หากพิจารณาในแง่มุมมองของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งฯ ดังกล่าว ย่อมต้องคัดค้านโดยอ้างหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจ เนื่องจากหลักการทั้งสองประการนี้มีน้ำหนักใกล้เคียงกันในการดำเนินงานทางปกครอง

¹³ มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

5. หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะ (Public interest) เป็นองค์ประกอบสำคัญที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง หลักในทางกฎหมายปกครองที่เรียกร้องให้การกระทำทั้งหลายทั้งปวงขององค์กรฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่สิ่งที่พึงระวังว่าการกระทำทางปกครองที่มุ่งประโยชน์สาธารณะ อาจจะเป็นการกระทำที่ให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งพร้อมกันไปด้วยก็ได้ เช่น การที่รัฐให้ทุนการศึกษา หรือให้ทุนอุดหนุนเกษตรกร กรณีดังกล่าวย่อมถือว่าองค์กรฝ่ายปกครองมีดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวางในการดำเนินการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงและยกเลิกนิติสัมพันธ์ทางปกครองต่าง ๆ เป็นต้น แต่ต้องมีการอธิบายอย่างสมเหตุสมผลตามสมควรว่าการกระทำทางปกครองนั้นมีผลเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างไร เช่น กรณีการตัดสินใจให้เงินอุดหนุนเกษตรกรที่ปลูกสวนยางพารา เพื่อเป็นการช่วยเหลือและกำหนดทิศทางเศรษฐกิจการเกษตรของประเทศ ย่อมถือได้ว่าองค์กรฝ่ายปกครองกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หากมีเกษตรกรคนใดได้รับเงินอุดหนุนตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้กรณีนี้ย่อมไม่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลแต่อย่างใด เป็นต้น¹⁴

6. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislation) และกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น¹⁵ กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดและจะกระทำนอกเหนือขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ อันเป็นการคุ้มครองเอกชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง¹⁶ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย แสดงให้เห็นว่ากฎหมายเป็นทั้งแหล่งที่มา และข้อจำกัด

¹⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 33-45.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21-22.

¹⁶ พัทธมา จิตรมหีมา. (2554). หลักการเบื้องต้นของกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง. เอกสารประกอบการอบรมความรู้ทางกฎหมายแก่นักศึกษาฝึกงาน ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 17 มีนาคม 2544. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 22.

ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง¹⁷ และในระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครอง เป็นองค์กรหลักในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนดหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ประกอบด้วย หลักการย่อย 2 ประการ ได้แก่

(1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย¹⁸ กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครอง ต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ กรณีองค์กรที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครอง เพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ และการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม เป็นต้น

ฝ่ายปกครอง (Administration) ย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลเสียใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายมิได้ ด้วยเหตุนี้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ อย่างไรก็ตาม องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรม (Abstract) และมีผลใช้บังคับทั่วไป หรือที่เรียกว่า กฎ (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองท้องถิ่นและองค์กรมหาชน ฯลฯ) ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่น ที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ เช่น รัฐมนตรีไม่อาจตรากฎกระทรวงให้ขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญได้หากมาตรการทางกฎหมายนั้นเป็นมาตรการที่เป็นรูปธรรม มีผลเฉพาะราย ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองทั้งหลายที่ตนเองตราขึ้น

¹⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2547). คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 194.

¹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 18.

(2) หลักการว่าด้วยไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น ๆ ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำที่อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย มีกฎหมายรองรับเท่านั้นตามหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา¹⁹ หลักนิติรัฐ นิติธรรม (Rule of Law) และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอันเป็นการคุ้มครองประชาชนจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของตนเป็นสำคัญ โดยหลักแล้วกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ได้นั้น ต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานรองรับในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวมีอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะตรากฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อรองรับกฎหมายประเพณีนั้น หรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสีย เพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจนั้น ย่อมมีความเคร่งครัดแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ มาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จำเป็นต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับมาตรการดังกล่าว เช่น การใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุม ประท้วง (protest) การยกเลิกใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการ การเรียกให้บุคคลไปเข้ารับราชการทหาร การเข้าตรวจค้นเคหสถาน และการลงโทษทางวินัย เป็นต้น ส่วนมาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์หรือเป็นคุณกับประชาชน และไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการนั้นไว้เป็นพิเศษ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำการได้ แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน แต่ต้องมีความชอบธรรมในทางกฎหมาย อันเป็นผลเนื่องมาจากการกำหนดคกฏเกณฑ์ของรัฐสภาด้วย เช่น การให้เงินอุดหนุนเกษตรกร และการอนุญาตให้กู้ยืมเงินไปใช้ในการประกอบเกษตรกรรม ซึ่งจะต้องกำหนดวงเงินงบประมาณเพื่อการดังกล่าวไว้ในกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี เป็นต้น หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะพบว่า มีอยู่หลายกรณีที่กำหนดให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง เช่น ดุลพินิจในการกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ในการออกคำสั่งทางปกครอง ดุลพินิจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับในเวลาใด หรือดุลพินิจในการตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสม เป็นต้น สำหรับกรณีที่กฎหมายไม่ให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองได้แก่ การอนุญาตตั้งสถานบริการ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงประวัติการกระทำความผิด

¹⁹ ระบบรัฐสภา คือ กลไกการปกครอง ที่ฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลมีที่มาจากรัฐสภาซึ่งทำหน้าที่นิติบัญญัติ และมีความรับผิดชอบต่อสภา ในระบบรัฐสภา ตำแหน่งประมุขแห่งรัฐและตำแหน่งหัวหน้ารัฐบาลมักจะแยกออกจากกัน โดยหัวหน้ารัฐบาลเป็นนายกรัฐมนตรี ในขณะที่ประมุขแห่งรัฐเป็นพระมหากษัตริย์ตามการสืบสันตติวงศ์ หรือประธานาธิบดีจากการเลือกตั้ง ระบบรัฐสภาสมัยใหม่มีต้นกำเนิดในอังกฤษใน ศตวรรษที่ 17

ต่อกฎหมายของผู้ขออนุญาตประกอบการด้วย กรณีนี้กฎหมายบังคับให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องนำประวัติการกระทำผิดกฎหมายของผู้ขออนุญาตมาประกอบการพิจารณาด้วย จะใช้ดุลพินิจไม่นำมาพิจารณาไม่ได้ หรือกรณีกฎหมายกำหนดเวลาให้ต้องพิจารณาสั่งการภายในเวลาที่กำหนด ฝ่ายปกครองต้องสั่งการให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด หากสั่งการเกินกำหนดเวลาก็ต้องมีเหตุผลเพียงพอว่า เหตุแห่งความล่าช้ามิได้เกิดจากความบกพร่องของตน มิฉะนั้น อาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความล่าช้านี้ได้ กฎหมายหลักที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง มีจำนวนมาก อาทิเช่น รัฐธรรมนูญ กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารของหน่วยงาน หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจของรัฐ โดยเฉพาะต่าง ๆ กฎหมายว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล และกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นต้น

2.1.3 ที่มาของการใช้อำนาจปกครอง

1. การกระทำของฝ่ายปกครองที่รุกเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่า ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ทำไม่ได้ แต่แม้จะมีกฎหมายให้อำนาจรุกเข้าไปในสิทธิของประชาชนได้แต่ก็รุกเข้าไปได้ระดับหนึ่งเท่านั้น จะเข้าไปทำลายสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งหมดไม่ได้ หากกระทบถึงทรัพย์สินของประชาชนรัฐต้องชดเชยค่าทดแทน ซึ่งเจ้าหน้าที่ก็ต้องกระทำการตามกฎหมาย และในคำสั่งนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองต้องอ้างกฎหมายที่ให้อำนาจในการกระทำนั้นด้วย ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้ดุลพินิจ (Discretion) ตามอำเภอใจได้²⁰

2. การกระทำที่ให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน อาจเป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สินจำนวนเงิน หรืออาจเป็นสิทธิ (Right) เช่น ให้ใบอนุญาตขับขี่ ลักษณะการให้คุณประโยชน์อาจแบ่งได้ 2 ประเภท

(1) มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจหน้าที่แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐไว้อย่างชัดเจน ก็จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น

(2) ถ้าเป็นเรื่องให้คุณประโยชน์แล้ว การที่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้หรือไม่เช่นนั้นไม่ใช่เรื่องสำคัญซึ่งมีลักษณะยืดหยุ่นพอสมควร ถ้ารัฐต้องออกกฎหมายทุกเรื่องแม้ในเรื่องที่เป็นคุณประโยชน์ ทุกอย่างก็คงจะล่าช้าไปหมด ฉะนั้นถ้าไม่เป็นการกระทบสิทธิของประชาชนในทางที่เป็นภาระแก่เขา หรือไม่ได้ทำให้ประชาชนเสียสิทธิ แต่กลับเป็นการให้สิทธิแก่ประชาชน แม้ไม่มี

²⁰ ขวัญชัย สันตสว่าง และสถาพร สระมาลีย์. เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง **ขั้นสูง**. หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาคพิเศษ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 1.

กฎหมายให้อำนาจไว้ก็ควรให้เจ้าหน้าที่กระทำการนั้นได้ ซึ่งทำให้มีความยืดหยุ่นในการปฏิบัติราชการ แต่ถ้ามีกฎหมายบัญญัติเอาไว้ กฎหมายต้องมาก่อน ความหมายคือจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น²¹

ที่มาของการใช้อำนาจปกครองเหล่านี้ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงกฎหมาย หากเปรียบเทียบกับกฎหมายแพ่ง ในการทำสัญญาทางแพ่งคู่สัญญาค่อนข้างมีอิสระ เพราะยึดหลักเสรีภาพในการทำสัญญา จำกัดเพียงหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แบบแห่งนิติกรรม และหลักความสามารถของบุคคลเท่านั้น แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจสั่งการประชาชนได้ต้องมีอำนาจของกฎหมายสนับสนุนให้อำนาจ เว้นแต่เป็นเรื่องให้คุณประโยชน์และกฎหมายมิได้บัญญัติในเรื่องนั้น ๆ เอาไว้จึงสั่งการได้เลย กฎหมายที่ให้อำนาจดังกล่าวมีอยู่หลากหลายระดับ เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประกาศของคณะปฏิวัติ กฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น รวมถึงข้อบัญญัติที่ออกโดยองค์กรปกครองตนเอง เช่น ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ข้อบัญญัติเมืองพัทยา กฎหมายลำดับรองเหล่านี้ออกได้ภายใต้กรอบของพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจไว้ หากออกนอกกรอบจะต้องถูกตรวจสอบ แต่จะต้องมีการออกคำสั่งตามกฎหมายนั้นก่อน เช่น คำสั่งของเจ้าหน้าที่เทศบาลอ้างเทศบัญญัตินั้นมาสั่งการกับตนคือต้องมีคดีความขึ้นมาก่อนจึงจะตรวจสอบการออกกฎหมายลำดับรองนั้นได้ ซึ่งเราเรียกว่าเป็นการตรวจสอบอย่างเป็นรูปธรรม (Concrete) ในกรณีที่ยังไม่มีการออกคำสั่ง หากกฎหมายให้ตรวจสอบได้เรียกว่าการตรวจสอบอย่างเป็นนามธรรม คือ หากมีการออกเทศบัญญัตินอกกรอบเมื่อไร ประชาชนผู้ที่อาจถูกเทศบัญญัตินั้นบังคับใช้ก็ฟ้องศาลได้ทันที

มาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้จะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ถ้าเจ้าหน้าที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็จะเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญซึ่งโดยทฤษฎีประชาชนสามารถใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญได้ตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมาย แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยยังไม่เป็นองค์กรศาล เป็นองค์กรทางการเมือง มีรูปแบบเป็นคณะกรรมการ

องค์กรฝ่ายบริหารจะมีส่วนราชการรับผิดชอบในการบริหารกฎหมายนั้น เช่น กรมสรรพากรก็บริหารการจัดเก็บภาษีอากร ตามประมวลรัษฎากร (Fiscal Code) ซึ่งเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ อันเป็นที่มาของอำนาจของฝ่ายปกครอง แต่ยังมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎหมายแยกออกจากพระราชบัญญัติคือเป็นกฎหมายลำดับรอง ซึ่งต้องอ้างอำนาจตามพระราชบัญญัติและจะออกได้ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจและออกโดยฝ่ายบริหาร โดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากรัฐสภาอีก ที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองอาจมาจากกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เช่น หลักกฎหมายทั่วไป หลักจารีตประเพณี ตัวอย่างเช่น หลักในการรับฟังคู่ความก่อนที่เจ้าหน้าที่

²¹ กมลชัย รัตนสกวาส์. (2548). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 29-30.

จะออกคำสั่งไปกระทบสิทธิหรือผลประโยชน์ของประชาชน มีหลักกฎหมายทั่วไปว่าจะต้องรับฟังคู่ความเสียก่อน

ที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองอีกระดับหนึ่งที่ฝ่ายปกครองจะอ้างมาเป็นการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งต้องอยู่ในกรอบของกฎหมายนั้นก็คือแนวทางในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งส่วนราชการทั่วไปจะออกมาในรูปหนังสือเวียน (นว.) ให้ทราบแนวทางปฏิบัติของกระทรวง ทบวง กรม เป็นต้น การที่ส่วนราชการจะวางแนวทางการใช้ดุลพินิจภายในของฝ่ายปกครองได้จะต้องมีกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจเสียก่อน คือ กำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจเอาไว้และต้องการให้ผู้ใช้อำนาจนี้ใช้อำนาจอย่างเป็นทางการอันหนึ่งอันเดียวกันในทางปฏิบัติก็จะวางแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจออกเป็นหนังสือเวียน ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอ้างหนังสือเวียนมาออกคำสั่งแล้วคำสั่งนั้นมากระทบสิทธิของประชาชนแล้วประชาชนนำคดีขึ้นสู่ศาล ศาลจะมีอำนาจตรวจสอบแนวปฏิบัติภายในลักษณะการตรวจสอบทางอ้อม จะเข้าไปตรวจสอบโดยตรงไม่ได้ เพราะจะต้องผ่านคำสั่งของฝ่ายปกครองที่อ้างหนังสือเวียนนั้นก่อน ถ้ามีการฟ้องคัดค้านคำสั่ง ศาลจะใช้อำนาจตรวจสอบคำสั่ง ในขณะที่เดียวกันก็ตรวจสอบหนังสือเวียนด้วย อีกเหตุผลหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจภายในของฝ่ายปกครองก็คือ ข้อเรียกร้องตามหลักรัฐธรรมนูญคือ หลักความเสมอภาค ที่ประชาชนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคจากรัฐ ส่วนในเรื่องของอายุความ การเสียสิทธิฟ้องร้องถ้าไม่ใช้สิทธิภายในกำหนดก็นำมาใช้ในกฎหมายปกครองเพียงแต่แนวคำพิพากษาของศาลไทยไม่ใช่คำว่า อายุความ (prescription) แต่ใช้คำว่า ระยะเวลา โดยถือว่าเรื่องระยะเวลาในทางปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ถ้าไม่ใช้สิทธิภายในกำหนดจะสิ้นสิทธิอุทธรณ์หรือฟ้องร้องคดี โดยหลักแล้วในทางปกครองศาลยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ และศาลไทยก็จะยกขึ้นมาตัดสินคดีเอกชน ถ้าไม่ดำเนินคดีภายในกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดซึ่งในทางแพ่งหากคู่กรณีไม่ยกอายุความขึ้นต่อสู้ ศาลจะยกขึ้นตัดฟ้องโจทก์ไม่ได้

เนื่องจากกฎหมายปกครองยังไม่สมบูรณ์เหมือนกฎหมายแพ่ง ในทางพิจารณาจึงต้องนำหลักจากกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ เช่น หลักสุจริต (Good faith) และบางครั้งศาลก็นำหลักในกฎหมายอาญามาใช้ เช่น หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นโทษแก่ประชาชน ดังนั้น ถ้าออกกฎหมายมาใหม่ศาลจะไม่ไปบังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้ว หลักนิติรัฐ คือ รัฐที่ต้องมีหลักประกันให้ประชาชน ฉะนั้น หลักนิติรัฐจะต้องแยกอำนาจออกมให้อยู่ในมือของคนคนเดียวต้องแยกเป็นสามส่วน คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ²² อำนาจการกระทำของฝ่ายปกครอง

²² ยุติธรรม ปัทมะ. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 10. หน้า 2.

จึงต้องถูกตรวจสอบโดยอำนาจตุลาการ โดยองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการต้องยึดกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือโดยฝ่ายบริหารที่อยู่ภายในกรอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้ไว้เป็นมาตรฐานเพราะฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจกำหนดได้หมดทุกอย่าง ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และถูกตรวจสอบโดยศาล ซึ่งไม่มีอำนาจตรวจสอบทั้งหมดมิฉะนั้นศาลจะกลายเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง แต่ส่วนที่ศาลสามารถตรวจสอบได้คือความชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่บัญญัติกฎหมายนั้นขึ้นมา แต่ในส่วนที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารใช้อำนาจดุลพินิจภายในกรอบนั้น ศาลไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้อำนาจดุลพินิจนั้น ตัวอย่างเช่น โทษทางวินัยของข้าราชการ²³ กรณีข้าราชการปฏิบัติผิดวินัยอย่างร้ายแรงก็มีโทษไล่ออก ปลดออก ความชอบด้วยกฎหมายจะอยู่ที่ว่าการกระทำนั้นของข้าราชการถือว่าเป็นความผิดอย่างร้ายแรงหรือไม่ ส่วนดุลพินิจของฝ่ายบริหารอยู่ตรงที่คณะกรรมการที่พิจารณาเรื่องวินัยนั้นเห็นว่าควรจะลงโทษอย่างไร คือลงโทษไล่ออก ปลดออก ดุลพินิจของฝ่ายบริหารตรงนี้ศาลไม่สามารถตรวจสอบได้ แต่ถ้าผิดวินัยอย่างร้ายแรงแล้วฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเพียงลดขั้นเงินเดือน ถ้าเช่นนี้ศาลเข้าไปตรวจสอบได้ การตรวจสอบการกระทำฝ่ายปกครองโดยศาลนั้นจะมีความสำคัญตรงที่การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และอยู่ภายในกรอบของอำนาจดุลพินิจที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดมาไว้จะกระทำนอกเหนือกรอบของอำนาจดุลพินิจไม่ได้ (Ultra Vires) ในระบบกฎหมายปกครอง ระบบที่สมบูรณ์ที่สุดคือระบบที่มีองค์กรตรวจสอบโดยสร้างองค์กรตรวจสอบให้เป็นอิสระ

2.1.4 รูปแบบของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง คือ ผลของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครองอันเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ (ฝ่ายบริหาร และองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ หน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจากหน่วยงานของรัฐให้เป็นผู้ใช้อำนาจแทนก็ได้ หากการกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย ซึ่งก็คือ พระราชบัญญัติ เช่น การที่สภาผู้แทนราษฎรอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 มีมติให้ความเห็นชอบบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และการที่ประธานวุฒิสภาอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฯ ออกคำสั่งแต่งตั้งเลขาธิการวุฒิสภา เป็นต้น การใช้อำนาจดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการกระทำทางปกครองส่วนองค์กรฝ่ายบริหารที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ถือว่าการกระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาลเรียกว่า การกระทำของรัฐบาล เช่น การกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา และการกระทำในความสัมพันธ์กับต่างประเทศ เป็นต้น แต่ถ้าหาก

²³ โทษทางวินัยของข้าราชการ มี 5 สถาน คือ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดขั้นเงินเดือน ปลดออก ไล่ออก

ฝ่ายบริหารกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ การกระทำกรในฐานที่เป็นองค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครอง จึงถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองอาจเป็นการใช้อำนาจรัฐ ตามกฎหมายขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระหรือหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ ถ้าองค์กรเหล่านี้กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ เช่น การที่องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระอนุมัติ (Approve) การออกระเบียบการบริหารงานภายใน หรือให้ความเห็นชอบบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งเลขาธิการฯ หรือการที่หน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญออกคำสั่งแต่งตั้ง หรือลงโทษทางวินัยข้าราชการ การใช้อำนาจดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการกระทำทางปกครอง ส่วนองค์กรเอกชนบางองค์กรได้รับมอบหมายจากรัฐให้ใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายแทนรัฐได้ในบางเรื่อง เช่น การที่แพทยสภาอาศัยอำนาจตามกฎหมายมีคำสั่งออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพให้แก่แพทย์ หรือการที่สภากายความอาศัยอำนาจตามกฎหมายมีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต (Revoke of License) ของทนายความที่ได้กระทำผิดมรรยาททนายความการใช้อำนาจดังกล่าว ก็ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกัน²⁴

การใช้อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยหลักการแล้วจะต้องใช้อำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนในการใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้กำหนดขั้นตอนในการใช้กฎหมายเหล่านั้นเอาไว้ เช่น ถ้าเป็นข้าราชการทำผิดวินัยอาจถูกผู้บังคับบัญชาลงโทษทางวินัย 5 สถาน คือ ไล่ออก ปลดออก ลดเงินเดือน ตัดเงินเดือน และภาคทัณฑ์²⁵ แต่ขั้นตอนในการดำเนินการกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ว่าจะมีกระบวนการอย่างไร โดยการพิจารณากฎหมายที่บัญญัติถึงลักษณะของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง มีอยู่ 4 ขั้นตอน ดังนี้

(1) การพิจารณาข้อเท็จจริง คือ ข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ว่า มีอยู่จริงหรือไม่หรืออาจทำการไต่สวนพิสูจน์

(2) การพิจารณาข้อกฎหมาย คือ ดีความเนื้อหาข้อกฎหมาย

(3) การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย คือ ข้อเท็จจริงมีอยู่แล้ว ดูข้อกฎหมายแล้วปรับว่าเข้าหรือสอดคล้องกันหรือไม่

(4) ผลของกฎหมาย คือคว่ากฎหมายกำหนดไว้ให้ต้องปฏิบัติอย่างไร กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจได้หรือไม่

²⁴ วิษณุ วรรณุญ, ปิยะสาสตร์ ไชวพันธ์ และเจตน์ สดาวรรตศิลป์. (2551). ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 173 - 174.

²⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2558). คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 22). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 271.

ข้อ (1) – (3) เป็นขั้นตอนแรก หรืออาจเรียกว่า เป็นส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย ส่วนข้อ (4) เป็นขั้นตอนที่เป็นผลในทางกฎหมาย²⁶

การกระทำในทางปกครอง แบ่งได้ 4 รูปแบบ

1. ปฏิบัติการในทางปกครอง (Realakt) โดยทั่วไปแล้วการปฏิบัติการทั่ว ๆ ไปของฝ่ายปกครองไม่ค่อยมีผลในทางปกครองเท่าใดนัก แต่ถ้าหากเป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิของประชาชน ก็อาจมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา ซึ่งเรียกว่า ปฏิบัติการในทางปกครอง หรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎหมายหรือคำสั่งกำหนดกฎเกณฑ์หรือไม่มีลักษณะของการตกลงแสดงเจตนาผูกพันในรูปของสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างของปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การออกประกาศเตือนประชาชนให้ระวังอันตรายจากสารตะกั่วที่ปนเปื้อนในอาหาร การแจ้งข้อกล่าวหาให้บุคคลที่ถูกสอบสวนความผิดวินัยได้รับทราบ การสลายการชุมนุม การใช้กำลังเข้ารีดถอนอาคารที่ปลูกสร้างโดยผิดกฎหมาย การใช้กำลังขับไล่บุคคลที่อยู่อาศัยในบริเวณป่าสงวนแห่งชาติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ออกไปจากเขตป่าสงวน เป็นต้น²⁷ ซึ่งไม่มีผลอะไรไปกระทบสิทธิของประชาชนโดยตรง แต่ถ้ามีการตั้งการจะเริ่มมีการกระทบสิทธิ เพราะฉะนั้นการปฏิบัติการในทางปกครองมักไม่มีคดีขึ้นสู่ศาล เพราะยังไม่มีข้อพิพาทแต่อาจร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาได้

2. คำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) คือ สิ่งที่ฝ่ายปกครองกระทำการไปแล้วก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองผู้กระทำการภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน โดยมีการแสดงเจตนาคล้ายกับกฎหมายแพ่ง ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองจะต้องมีองค์รวมมาคอยตรวจสอบด้วยว่านิติกรรมนั้น ๆ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ถ้าไม่ชอบจะยกเลิกเพิกถอนอย่างไร คำสั่งทางปกครองสามารถแยกประเภทได้ดังนี้

(2.1) คำสั่งทางปกครองเฉพาะราย (Acts Individuals) คำสั่งทางปกครองประเภทนี้โดยสภาพจะขาดซึ่งคุณลักษณะทุกประการของความเป็น “กฎหมาย” บังคับการทั่วไปทั้งบุคคลและกรณี และการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองผู้ทำคำสั่งออกไปยังคู่กรณีที่จะต้องเป็นการแจ้งให้ทราบ ไม่ใช่เป็นการประกาศโฆษณา กับทั้งจะต้องมีผลบังคับกับบุคคลเฉพาะราย ระบุตัวระบุชื่อได้ เช่น การบรรจุแต่งตั้งบุคคลเข้ารับราชการ การอนุญาตบุคคลคนหนึ่งให้กระทำการหนึ่งกระทำการใด เป็นต้น อย่างไรก็ตามในการบรรจุแต่งตั้งก็ดี การอนุญาตก็ดี อาจจะปรากฏออกมาในรูปคำสั่งทางปกครองเฉพาะรายหลายคำสั่งได้ หากเป็นการบรรจุแต่งตั้งบุคคลหลายคนในคราวเดียวกัน แต่คำสั่งทางปกครอง

²⁶ ภูริชญา วัฒนรุ่ง และกัจจติ ชินเบญจภูษ. เอกสารประกอบคำบรรยายปรัชญาและกฎหมายมหาชน. หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาคพิเศษ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 150 – 151.

²⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 14. หน้า 212-213.

เฉพาะรายหลายคำสั่งในคราวเดียวกันสำหรับกรณีนี้ก็ไม่เข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองรวมกลุ่มไปได้ เพราะว่าคุณลักษณะผลประโยชน์ได้เสียร่วมกันของบรรดาคู่กรณีผู้รับคำสั่ง โดยคำสั่งทางปกครองหลายคำสั่งเหล่านี้จึงต่างแยกออกมาได้เป็นคำสั่งเฉพาะของแต่ละบุคคลผู้รับคำสั่งได้อย่างเห็นได้ชัด แม้ว่าคำสั่งทั้งหลายเหล่านั้น จะออกมาในคราวเดียวกันก็ตาม

(2.2) คำสั่งทางปกครองรวมกลุ่ม (Actes Collectifs) คำสั่งทางปกครองประเภทนี้มีผลบังคับเฉพาะรายในแต่ละบุคคลผู้รับคำสั่งไป เป็นการออกคำสั่งเฉพาะรายหลายคำสั่งในคราวเดียวกัน แต่คำสั่งเฉพาะรายทั้งหลายเหล่านั้นต่างมีผลกระทบซึ่งกันและกันอย่างไม่อาจปฏิเสธได้ด้วยว่าคำสั่งทั้งหลายเหล่านั้นก่อให้เกิดผลประโยชน์ได้เสียร่วมกันอย่างแยกจากกันมิได้ในสถานการณ์ นั้น ๆ เช่น การประกาศผลการสอบแข่งขันบรรจุแต่งตั้งบุคคลเข้ารับราชการ การประกาศผลสอบแข่งขันเช่นนี้จะประกาศไปตามลำดับคะแนนสูงต่ำเรียงจากมากไปหาน้อย บุคคลที่ทำคะแนนได้สูงย่อมมีสิทธิได้รับการบรรจุแต่งตั้งก่อนบุคคลที่ทำคะแนนได้น้อยกว่าเป็นสำคัญ เป็นต้น²⁸

คำสั่งในทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นต่อบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนระงับ หรือมีผลต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัย การอุทธรณ์ การรับรอง การจดทะเบียน แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ ในที่นี้หมายความถึงกฎทั่ว ๆ ไป เช่น กฎกระทรวง เพราะกฎไม่มีลักษณะเป็นการสั่งการเฉพาะราย เป็นแต่เพียงการประกาศโดยทั่วไปซึ่งโดยปกติแล้ว กฎหมาย (Norm) มักไม่กระทบสิทธิของประชาชนโดยตรงจนกว่าจะมีการอาศัยอำนาจตามกฎหมายนั้น ๆ สั่งการให้ประชาชนปฏิบัติ กล่าวอีกนัยหนึ่งประชาชนจะถูกกระทบสิทธิในกรณีที่มีคำสั่งให้ปฏิบัติ

ในนิติกรรมทางปกครองจะมีองค์ประกอบเบื้องต้น ดังนี้

(1) คำสั่ง คำวินิจฉัย รวมทั้งมาตรการต่างๆของฝ่ายปกครองนั่นเอง นิติกรรมทางปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเป็นหนังสือหรือลายลักษณ์อักษรเสมอไป กล่าวคือรูปแบบอาจจะเป็นวาจาหรือท่าทางก็ได้ เช่น ตำรวจจราจร โบกธง ก็เป็นคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะมาอำนวยความสะดวก ถ้าฝ่าฝืนก็เท่ากับขัดคำสั่งเจ้าหน้าที่ อาจได้รับโทษทางปกครอง หรือทางอาญา

(2) เจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งต้องมีอำนาจในทางปกครองที่จะออกคำสั่งนั้น ๆ ถ้าไม่มีอำนาจก็ไม่ใช่คำสั่งในทางปกครอง รัฐจะใช้อำนาจได้โดยผ่านเจ้าหน้าที่ เช่น ข้าราชการพลเรือน เจ้าพนักงานตำรวจหรืองานบางอย่างที่เป็นงานของส่วนราชการหรือของรัฐ แต่รัฐไม่ได้ทำเอง

²⁸ วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชวพันธ์ และเจตน์ สดาวรศิลป์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 24, หน้า 190-191.

ให้บางองค์กรทำแทน เช่นสภาวิชาชีพ หรือบางกรณีรัฐทำเองบางส่วน เช่น การตรวจสภาพรถยนต์ เมื่อมาต่อทะเบียน การตรวจสภาพรถยนต์รัฐมอบหมายให้องค์กรเอกชนทำแทน ซึ่งถือว่าเป็น การกระทำขององค์กรของฝ่ายปกครองด้วย

(3) ในคำสั่ง การอนุมัติ การวินิจฉัย จะต้องมีเนื้อหาสาระให้ผู้รับคำสั่งกระทำการหรือ ละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ในคำสั่งนั้นจะต้องมีกฎเกณฑ์ ข้อกำหนด มีเนื้อหาที่ให้สิทธิ หรือกำหนดหน้าที่ให้กับผู้รับคำสั่งนั้นว่า เมื่อเขาได้รับคำสั่งแล้ว ควรทำอย่างไร หรือเขาได้สิทธิ อะไรบ้าง คำว่ากฎเกณฑ์ (Regulation) ในความหมายที่จะทำให้เป็นนิติกรรมในทางปกครอง จะต้องมิลักษณะเป็นการเจาะจง เป็นรูปธรรมว่าจะต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด และต้อง เจาะจงถึงตัวผู้ปฏิบัติด้วย ซึ่งอาจเป็นบุคคลเดียว กลุ่มบุคคล บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ ฉะนั้นถ้าออกคำสั่งมาลอย ๆ ไม่ระบุให้ใครปฏิบัติก็ไม่ต้องทำอะไร เช่น ใบอนุญาตประกอบร้านค้า แต่ไม่ระบุตัวบุคคล ดังนี้ก็ไม่มีการได้สิทธิ เพราะฉะนั้นนิติกรรมในทางปกครองจะต้องรู้ว่าได้สิทธิ หรือเสียสิทธิ มีหน้าที่ปฏิบัติอย่างไร ซึ่งต่างกับกฎหมายเพราะกฎหมายไม่ระบุตัวบุคคลใด และ มีผลใช้บังคับทั่วไป แต่นิติกรรมทางปกครองจะต้องมีการระบุตัวบุคคลผู้มีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่ง หรือผู้ได้รับสิทธิตามใบอนุญาต (License) นั้น ๆ

(4) นิติกรรมทางปกครองต้องมิลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ออกโดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐ องค์กรของรัฐมีอำนาจเหนือกว่าในการที่ออกคำสั่ง หรืออนุมัติสั่งการลงมาให้ ดังนั้น สถานะระหว่างผู้ออกคำสั่งกับผู้รับคำสั่งจึงไม่เท่าเทียมกัน ไม่เหมือนกับนิติกรรมทางแพ่งที่ต้อง อยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค²⁹

(5) การสั่งการต้องมิลักษณะของการใช้อำนาจปกครอง ถ้าไม่มีการใช้อำนาจทางปกครอง ก็ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง เช่น การที่ส่วนราชการทำสัญญาในทางแพ่งกับเอกชน จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัยให้เช่าที่ดินไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะการให้เช่า ไม่ใช่การใช้อำนาจปกครอง เนื้อหาสาระหรือจุดประสงค์ของมหาวิทยาลัยก็คือการให้การศึกษา ซึ่งเป็นลักษณะการใช้อำนาจ ปกครอง เช่น การอนุมัติมอบปริญญาให้แก่บัณฑิตที่สำเร็จการศึกษาตามหลักสูตร เป็นต้น

(6) ต้องมิลักษณะไปกระทบสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน อาจเป็นการให้มีสิทธิ ขึ้นมาใหม่ เปลี่ยนแปลง ระวัง ยกเลิกสิทธิ ถ้าไม่กระทบก็ไม่นับเป็นนิติกรรมในทางปกครอง ตัวอย่างเช่น เรื่องสัญญาติ การที่บุคคลมีสัญชาติไทยอยู่แล้ว แล้วมีคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครอง มาให้สัญชาติไทยอีก ดังนี้ไม่มีการกระทบสิทธิเลย จึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง แม้แต่

²⁹ ความเสมอภาค คือ หลักการพื้นฐานของความยุติธรรม ที่กำหนดให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ อย่างเท่าเทียมกัน

หนังสือเวียนที่ได้กระจายไปทั่วทุกส่วนราชการทั่วราชอาณาจักร ก็ยังไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะยังไม่ปฏิบัติก็ยังไม่มีการโต้แย้งสิทธิของประชาชน

3. กฎ เป็นกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายปกครองตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท เพื่อกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท โดยมีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ลักษณะที่สำคัญของกฎ คือ บุคคลที่ถูกบังคับ ให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้ เป็นประเภท ดังนั้น เราจึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎ และ บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการหรือได้รับ อนุญาตให้กระทำการต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้เป็นนามธรรม กล่าวคือ ทุกครั้งที่มีการกระทำที่ กำหนดไว้เกิดขึ้น บุคคลประเภทนั้นมีหน้าที่ต้องกระทำการงดเว้นกระทำการ หรือมีสิทธิกระทำการซ้ำ ดังตัวอย่างเช่น กฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนด ข้อยกเว้นกรณีที่เขาหน้าที่สามารถออกคำสั่งทางปกครองไปได้โดยไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการ ออกคำสั่งฯ หรือกรณีนายกรัฐมนตรี โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ วิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครองออกกฎกระทรวงกำหนดตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาการอุทธรณ์โต้แย้ง คำสั่งทางปกครอง กฎ นอกจากจะเป็นการกระทำทางปกครองแล้ว ยังเป็นกฎหมายตามเนื้อความ ด้วย

4. สัญญาทางปกครอง (Verwaltungsvertrag) หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญา สัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ³⁰ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาที่แสวง ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ (Natural Resource) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการ สาธารณะโดยตรง หรือสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผล

³⁰ บริการสาธารณะ คือ การสนองตอบความต้องการทางสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมในอันที่ จะได้รับบริการจากรัฐในเรื่องที่เอกชน หรือ รัฐวิสาหกิจเอกชน ไม่อาจตอบสนองได้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มี บริการสาธารณะในด้านการคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่างๆ

2.2 หลักการรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง

เมื่อประชาชนได้รับความเสียหายอันเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่หน่วยงานของรัฐจะต้องรับผิดชอบต่อประชาชนและเมื่อหน่วยงานของรัฐที่ได้รับผิดคดีใช้คำสั่งใหม่ทดแทนแก่เอกชนผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ที่มีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงคดีใช้คำสั่งใหม่ทดแทน กรณีที่บุคคลกระทำการก่อให้เกิดนิติเหตุขึ้นเช่นละเมิดผู้ที่ไม่ละเมิดจำต้องใช้คำสั่งใหม่ทดแทนเพื่อการนั้นไม่ว่าจะมีเจตนามุ่งผลทางกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ส่วนบุคคลที่กระทำการฝ่าฝืนนิติกรรมที่ตนเองก่อขึ้น ย่อมต้องรับผิดชอบตามนิติกรรมที่ตนผูกพันนั้นด้วย

2.2.1 องค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง

ความรับผิดชอบทางละเมิด คือ ความรับผิดที่ไม่ต้องอาศัยสัญญา แต่ต้องอาศัยหนี้ หากพิจารณาว่า สัญญานั้น ประกอบไปด้วย ความตกลง (Agreement) และหนี้ (Obligation) ละเมิดนั้นจึงเหมือนกับสัญญาตรงที่มีหนี้เกิดขึ้น แต่ละเมิดนั้นไม่ได้เกิดจากความตกลงอย่างสัญญา แต่ถึงอย่างไรนั้น ในองค์ประกอบส่วนที่เหมือนกัน คือ หนี้ นั้น ก็ยังมีความแตกต่างกันไปอีก คือหนี้ของสัญญานั้นเกิดจากความตกลง ส่วนหนี้ของละเมิดนั้นเกิดจากนิติเหตุ ไม่ได้มีมูลเหตุมาจากความตกลงแต่อย่างใดเลย ความรับผิดชอบทางละเมิดตามกฎหมายแพ่งนั้น มีองค์ประกอบ คือ มีการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยผิดกฎหมาย และเกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ชื่อเสียงและสิทธิอื่น ๆ และมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล³¹ ซึ่งสามารถเทียบเคียงกับความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีองค์ประกอบพื้นฐานที่คล้ายกัน คือ มีการกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นการผิดกฎหมายอันเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น และมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

2.2.1.1 มีการกระทำที่เป็นการผิดกฎหมาย

การกระทำที่เป็นการผิดกฎหมาย หมายถึง การกระทำที่เป็นการเคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สำนึก และรวมทั้งการงดเว้นการกระทำในเมื่อมีหน้าที่ต้องกระทำ ซึ่งเป็นผลให้กระทบต่อสิทธิของเอกชนที่กฎหมายคุ้มครอง และผลแห่งการละเมิด หรือการกระทบสิทธินั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลผู้ถูกระทำ เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีหน้าที่ในสองลักษณะ กล่าวคือ หน้าที่กระทำการ

³¹ สุขุม สุกนิตย์. (2543). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 12.

เพื่อให้เกิดผล กับหน้าที่กระทำการเพื่อป้องกันผล³² ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ของการรถไฟ ประกอบไปด้วย เจ้าหน้าที่ซึ่งทำหน้าที่เป็นพนักงานขับรถไฟ เจ้าหน้าที่ที่ควบคุมการจราจรของรถไฟ เจ้าหน้าที่ซ่อมบำรุงรถไฟและรางรถไฟ เจ้าหน้าที่ที่ทำหน้าที่ต่างกันย่อมจะมีการกระทำ ในการปฏิบัติหน้าที่ที่แตกต่างกัน เช่น เจ้าหน้าที่ที่ทำหน้าที่เป็นพนักงานขับรถไฟ ย่อมมีหน้าที่ กระทำการขับรถไฟไปตามเส้นทางที่กำหนดไว้ พาผู้โดยสารไปส่งให้ถึงที่หมายปลายทาง โดยสวัสดิภาพ อย่างนี้เป็นการกระทำการเพื่อให้เกิดผล และผลที่เกิดขึ้น คือ ความสำเร็จของงาน ที่ทำให้ผู้โดยสารไปถึงที่หมาย หากเจ้าหน้าที่ขับรถไฟด้วยความล่าช้าไม่ถึงที่หมายภายในเวลา ที่กำหนดก็เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ตรงกันข้าม หากเป็นเจ้าหน้าที่ที่ควบคุมการจราจรของ รถไฟ มีหน้าที่สับรางรถไฟ คอยระวังรถไฟที่ต้องแล่นสวนกันและใช้รางเดียวกันไม่ให้ชนกัน หน้าที่ป้องกันการชนกันนี้ เป็นหน้าที่กระทำการเพื่อป้องกันผล หากงดเว้นกระทำที่ต้องป้องกันผล นั้นเสีย ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย³³

การกระทำที่เป็นการผิดกฎหมายนั้น คำว่า “ผิดกฎหมาย” หมายถึงการกระทำที่มีกฎหมาย บัญญัติห้ามเอาไว้โดยชัดแจ้ง และรวมทั้งกรณีที่ถูกกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้ง (Explicitly) เพียงแต่เป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายแก่สิทธิที่กฎหมายรับรองด้วย ตัวอย่างเช่น การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ปืนยิงต่อสู้กับคนร้าย แล้วพลาดไปถูกประชาชนผู้บริสุทธิ์ที่อยู่ใกล้เคียง เสียชีวิต กรณีนี้เป็นการที่เจ้าหน้าที่กระทำการอันเป็นการผิดกฎหมายอาญา ในเรื่องที่เกี่ยวข้อง ความผิดต่อชีวิตร่างกาย จัดว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายที่บัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้ง ซึ่งแตกต่าง จากอีกกรณีหนึ่ง ที่ไม่มีกฎหมายห้ามไว้โดยชัดแจ้ง เช่น การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิเสธที่จะไม่ใช้ สิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสาร อันเป็นสิทธิที่ประชาชนพึงได้รับ ตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร ของทางราชการ (Official Information Act)³⁴ อย่างนี้ เป็นกรณีการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งไม่มี กฎหมายบัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้ง เพียงแต่การกระทำนั้นกระทบต่อสิทธิของประชาชนที่ถูกกฎหมาย

³² ชาญชัย แสงวงศ์. (2554). คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 51.

³³ กนกศักดิ์ พ่วงลาภ. (2549). ความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่: ศึกษากรณีการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 4.

³⁴ มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๑๑

๑๑๑

“ข้อมูลข่าวสารของราชการ” หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของ หน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐหรือข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเอกชน

๑๑๑

๑๑๑

รับรอง จะเป็นการผิดกฎหมายก็ต่อเมื่อเกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคล³⁵

อีกตัวอย่างหนึ่ง คือ กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐทำให้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นเสียหายโดยประมาทเลินเล่อ ซึ่งแม้จะไม่ใช่ความผิดกฎหมายอาญา แต่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการกระทบต่อสิทธิของบุคคล ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ (Ownership) ในทรัพย์สินของบุคคล

2.2.1.2 การกระทำนั้นเกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

การกระทำโดยการจงใจ คือ การกระทำโดยผู้สำนึกถึงผลของการกระทำว่าจะก่อความเสียหายต่อบุคคลอื่น ผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดไม่สำคัญ³⁶ และมีได้หมายเลยไปถึงว่าจะต้องเจาะจงให้เกิดผลเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น โดยเฉพาะ เหมือนกับการกระทำโดยเจตนาในทางอาญา อาจสรุปได้ว่า การกระทำโดยเจตนาในทางอาญาย่อมเป็นการกระทำโดยจงใจในความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เสมอ³⁷ แต่การกระทำโดยจงใจอาจไม่ใช่การกระทำโดยเจตนาเสมอไป ทั้งนี้ก็เพราะจงใจมีความหมายกว้างกว่าเจตนาตนเอง³⁸ หากเป็นกรณีการกระทำโดยสุจริต โดยสำคัญผิด (Mistake) ในข้อเท็จจริงก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ แต่จะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้น ย่อมต้องพิจารณาพฤติการณ์ในแต่ละกรณี สำหรับกรณีการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ คือ การกระทำโดยไม่จงใจ แต่ได้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง อันบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ การพิจารณาถึงความระมัดระวังของเจ้าหน้าที่นั้น ต้องพิจารณาถึงสภาพที่เกี่ยวกับตัวเจ้าหน้าที่ผู้นั้น จำต้องพิจารณาว่าเป็นเจ้าหน้าที่ชั้นผู้ใหญ่หรือชั้นผู้น้อย เป็นเจ้าหน้าที่ธรรมดาหรือเป็นเจ้าหน้าที่ในตำแหน่งที่จำเป็นต้องมีความเชี่ยวชาญ ส่วนพฤติการณ์นั้น หมายถึงเหตุภายนอกตัวผู้กระทำ ซึ่งเป็นส่วนประกอบที่ทำให้การใช้

³⁵ จิตติ ดิงศภัทย์. (2526). **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้**. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 172 – 173.

³⁶ สุจิน ชื้อสุวรรณ. (2532). **ความรับผิดทางละเมิดของข้าราชการ**. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต. นิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 120.

³⁷ มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

³⁸ สุขุม สุกนิตย์. **อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31**. หน้า 15.

ความระมัดระวังนั้นมีความแตกต่างกันไปได้³⁹ เช่น ลักษณะและปริมาณงานของเจ้าหน้าที่ สภาพสถานที่ทำงานของเจ้าหน้าที่ การจัดระบบการบริหารงานภายในหน่วยงาน จำนวนประชาชนที่มาติดต่อกับเจ้าหน้าที่

สภาพเกี่ยวกับตัวผู้กระทำนั้น จะต้องสมมติบุคคลขึ้นมาเปรียบเทียบ โดยบุคคลที่สมมตินั้นมีสภาพร่างกายเป็นอย่างไรเกี่ยวกับผู้กระทำแต่สภาพทางจิตใจถือในระดับทั่วไปของบุคคลในสภาพร่างกายเดียวกันนั้น ทั้งบุคคลที่สมมติขึ้นจะต้องสมมติว่าอยู่ในพฤติการณ์ภายนอกเช่นเดียวกับผู้กระทำด้วย เมื่อเปรียบเทียบกัน ถ้าบุคคลที่สมมติจะไม่กระทำโดยขาดความระมัดระวัง (Carelessness) เหมือนที่ผู้กระทำได้กระทำไปแล้ว ย่อมถือว่าผู้กระทำกระทำโดยประมาทเลินเล่อ แต่ถ้าบุคคลที่สมมติจะกระทำเช่นเดียวกับที่ผู้กระทำได้กระทำไปแล้ว ย่อมถือไม่ได้ว่าผู้กระทำกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อ

ตัวอย่างคำพิพากษา ที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่ ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 947/2551 คดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่า นักบินคนอื่นเคยนำเครื่องบินไปเติมน้ำมันในบริเวณที่เกิดเหตุบ่อย ๆ และประสบกับกระแสลมปั่นป่วนอยู่เป็นประจำ เพราะมีเครื่องบินลำอื่นเข้าออกอยู่เสมอ การบินขึ้นหรือลงในบริเวณที่มีเครื่องบินจอดอยู่ต้องระวังมากกว่าที่อื่นฉะนั้น การที่จำเลยที่ 1 ขับเครื่องบินเฮลิคอปเตอร์ไปเติมน้ำมัน ณ สถานที่ดังกล่าว ซึ่งเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการในราชการของจำเลยที่ 2 แม้จะประสบกับอากาศปั่นป่วน เพราะเครื่องบินไอพ่นติดเครื่องท้อไอพ่นหันมาทางเครื่องบินที่จำเลยที่ 1 ขับเคลื่อนลอยอยู่ กับมีเครื่องบินใบพัดสี่เครื่องผ่านบริเวณนั้น จนเป็นเหตุให้เครื่องบินที่จำเลยที่ 1 ขับขี้อันตรายทรงตัว เอียงกระแทกพื้นลานบิน ปลายใบพัดกระแทกพื้นหักกระเด็น ไปถูกเครื่องบินลำอื่นเสียหาย จำเลยก็จะอ้างว่าความเสียหายเกิดจากเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) ไม่ได้ จำเลยที่ 1 ขับเครื่องบินไปจอดเติมน้ำมันที่หลุมเติมน้ำมัน แต่ขาดความรู้ความชำนาญในการขับขี้อันตรายกับเครื่องบิน กว่าจะเข้าจอดตรงหลุมน้ำมันได้ ต้องขับเครื่องบินขึ้นลงถึงสามครั้ง ประกอบกับบริเวณนั้นมีกระแสลมปั่นป่วนอยู่เป็นประจำ เนื่องจากมีเครื่องบินเข้าออกอยู่เสมอ ซึ่งการบินขึ้นลงต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่าที่อื่น เมื่อจำเลยที่ 1 ใช้ความระมัดระวังไม่เพียงพอ ย่อมถือได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ 1 ซึ่งจำเลยที่ 2 (กรมตำรวจ) ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย

ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายถึง การกระทำโดยไม่จงใจแต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำไม่ใช้ความระมัดระวังเสียเลย หรือกระทำโดยขาดความระมัดระวังที่เบี่ยงเบนไปจากเกณฑ์มาตรฐาน

³⁹ ศักดิ์ สนองชาติ. (2540). คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดฯ. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 18.

อย่างมาก เช่น การที่แพทย์และพยาบาลไม่นับเครื่องมือและอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องที่ใช้ในการผ่าตัด หลังจากผ่าตัดเสร็จแล้วทั้ง ๆ ที่ตามหลักมาตรฐานทางการแพทย์ทั่วไปแล้วจะต้องทำการนับถึงสองครั้ง ทำให้หลงลืมกรไกรไว้ในห้องของผู้ป่วย เป็นต้น

2.2.1.3 มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น

องค์ประกอบสำคัญของความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายเอกชนและองค์ประกอบสำคัญของความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนคือ ความเสียหาย องค์ประกอบนี้มีความสำคัญมาก เพราะเหตุผลที่ว่า แม้จะมีการกระทำผิดกฎหมาย แต่ถ้าไม่มีบุคคลใดได้รับความเสียหาย หรือความเสียหายยังไม่เกิดแล้ว ไม่อาจเกิดเป็นความผิดฐานละเมิดขึ้นมาได้ และความเสียหายที่จะทำให้เกิดความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่นั้น ต้องมีลักษณะดังนี้⁴⁰

1. ความเสียหายนั้น ต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน ซึ่งเป็นทั้งความเสียหายที่เป็นตัวเงิน หรือความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน หรือเป็นความเสียหายที่ได้เกิดขึ้นแล้วในเวลาปัจจุบัน หรือความเสียหายในอนาคตที่จะต้องเกิดขึ้นแน่นอน

2. ต้องเป็นความเสียหายตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นความเสียหายที่กฎหมายยอมรับรองเข้าเป็นความเสียหายโดยนิตินัย (Legal sense) มิใช่เป็นแค่ความเสียหายโดยพฤตินัย (Factual sense) เช่น ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำแม้จะเกิดความเสียหาย ก็ไม่ใช่ความเสียหายตามกฎหมาย อันจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้

3. ต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น กล่าวคือ เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งกฎหมายรับรองคุ้มครอง หากไม่มีกฎหมายรับรองก็เรียกค่าสินไหมทดแทนไม่ได้

ตัวอย่างเรื่องความเสียหายนี้ ศาลฎีกาได้เคยมีคำวินิจฉัยชี้แจงไว้ว่า การกระทำละเมิดนั้น เป็นการทำให้เสียหายต่อสิทธิของบุคคล และอย่างไรที่เรียกว่าสิทธินั้น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 ได้กล่าวไว้ว่า “พูดถึงสิทธิ หากจะกล่าวโดยย่อและรวบรัดแล้ว ก็ได้แก่ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ ก็ต้องแล้วแต่ว่า บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ ประโยชน์นั้นก็เป็นสิทธิ”

แต่ในกฎหมายอังกฤษมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับความเสียหายว่า จะต้องเกิดจากความเสียหายที่กฎหมายรับรู้ เพราะหากเกิดความเสียหายที่กฎหมายไม่รับรู้แล้ว ก็ไม่มีทางที่จะเกิดความรับผิดฐานละเมิดขึ้นมาได้ ดังนั้นสิ่งที่จะต้องพิจารณาในเบื้องต้น คือ อะไรเป็นความเสียหายที่กฎหมายไม่รับรู้ ในเรื่องนี้ กฎหมายไม่รับรู้ความเสียหายใน 4 กรณี ดังต่อไปนี้

⁴⁰ สุจิน ชื่อสุวรรณ. อ่างแล้วเชิงอรุณที่ 36. หน้า 120-121.

1. ความเสียหายที่เรียกว่า *Damnum Sine Injuria* ซึ่งหมายถึง กรณีที่กฎหมายเห็นว่าการกระทำหรือการละเว้นนั้นสามารถทำได้ตามกฎหมาย แม้จะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นสักเท่าใดก็ไม่เป็นการกระทำละเมิด เช่น จำเลยมีที่ดินใกล้เคียงกับที่ดินของโจทก์ ที่ดินทั้งสองแปลงมีแม่น้ำไหลผ่าน ต่อมาจำเลยพยายามขายที่ดินให้แก่โจทก์ แต่ในที่สุดไม่เป็นที่ตกลงกัน จำเลยจึงแกล้งสูบน้ำในแม่น้ำตรงที่ดินของตนเอง ทำให้น้ำไม่สามารถไหลผ่านไปยังที่ดินของโจทก์ กรณีอย่างนี้ แม้โจทก์จะนำสืบได้ว่าจำเลยมีเจตนาที่จะแกล้งโจทก์ และโจทก์ก็ได้รับความเสียหายก็ไม่ทำให้เป็นละเมิดขึ้นมาได้ เพราะบุคคลมีสิทธิที่จะสูบน้ำขึ้นมาจากที่ดินของตนเอง

2. การกระทำหรือละเว้นของจำเลยเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลหนึ่ง แต่ความเสียหายกลับไปตกอยู่กับบุคคลอีกคนหนึ่ง ซึ่งไม่ใช่ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิ ความเสียหายในลักษณะนี้ กฎหมายไม่รับรู้ เพราะมีหลักอยู่ว่า ผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเท่านั้น เช่น โจทก์เป็นคนรับจ้างขับรถ จำเลยทำสัญญาจ้างซ่อมรถให้นายจ้างของโจทก์ แต่จำเลยบกพร่องเดินเลี้ยวซ่อมรถได้ไม่ดี จนเมื่อโจทก์นำรถมาขับ ล้อรถหลุดทำให้โจทก์ประสบอุบัติเหตุบาดเจ็บสาหัสได้รับความเสียหาย อย่างนี้โจทก์จะมาฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบละเมิดไม่ได้ เพราะจำเลยละเมิดต่อนายจ้างโจทก์เท่านั้น จำเลยไม่ได้ทำละเมิดต่อโจทก์ สัญญาจ้างซ่อมรถทำให้เกิดหน้าที่ที่จำเลยจะต้องใช้ความระมัดระวังต่อนายจ้างของโจทก์เท่านั้น ไม่ต้องมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อโจทก์แต่อย่างใด

3. การกระทำหรือการละเว้นนั้นล่วงละเมิดสิทธิและทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น แต่เป็นความเสียหายที่กฎหมายไม่ได้ประสงค์จะป้องกัน เช่น หากมีกฎหมายบังคับไว้ว่าเจ้าของเรือที่รับจ้างขนส่งสัตว์จะต้องทำคอกกันสัตว์ไว้ เพื่อป้องกันโรคติดต่อระหว่างสัตว์ หากเรือของจำเลยไม่มีคอกกันสัตว์ เมื่อมีพายุพัดเรือ เป็นเหตุให้แกะของโจทก์ตกทะเลตาย อย่างนี้ไม่เป็นละเมิด เพราะความประสงค์ของกฎหมายที่บังคับให้มีคอกกันสัตว์ในเรือ ก็เพื่อป้องกันโรคติดต่อระหว่างสัตว์ ไม่ใช่ป้องกันสัตว์ตกทะเลตาย⁴¹

4. การกระทำหรือการละเว้นนั้นทำให้เกิดความเสียหาย แต่เป็นความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ (*Damage too Remote*) ซึ่งเป็นปัญหาระหว่างการกระทำละเมิด ที่ไม่ติดต่อเกี่ยวเนื่องกัน และผลของการกระทำหรือการละเว้นนั้นควรจะต้องมีขอบเขตจำกัดระดับหนึ่ง ซึ่งเป็นระดับธรรมดาหรือเป็นผลธรรมดาของการทำละเมิดที่อาจคาดเห็นได้ล่วงหน้าว่าผลของการกระทำหรือการละเว้นจะทำให้เกิดความเสียหายเช่นนั้น ดังนั้น หากจำเลยทำละเมิดก่อให้เกิดอันตราย และมีเหตุการณ์อื่น ๆ มาทำให้เกิดความเสียหายสืบเนื่องกันต่อไป ซึ่งความจริงแล้วต้นเหตุแห่งอันตราย

⁴¹ เสนีย์ ปราโมช. (2479). กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด. กรุงเทพฯ: สุวรรณศรี. หน้า 146.

ในเบื้องต้นน่าจะต้องมีเวลาสิ้นสุดสลายไปแล้วกลับเข้าสู่ฐานอันปลอดภัยเช่นเดิม แต่หากมีเหตุการณ์อื่นมาซ้ำเติมทำความเสียหายโดยตรงแก่โจทก์แล้ว ต้องนับว่าความเสียหายในชั้นหลังนี้ ไกลไปกว่าเหตุ เป็นความเสียหายที่กฎหมายไม่รับรู้ เช่น จำเลยตีหัวโจทก์ (Plaintiff) โจทก์ไปทำแผลที่โรงพยาบาลแล้วเดินออกมาถูกรถชนถึงแก่ความตาย อย่างนี้จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งความตายของโจทก์อันมาจากการที่โจทก์ถูกรถชน เพราะต้นเหตุแห่งอันตรายในเบื้องต้นได้สิ้นสุดสลายไปตั้งแต่ตอนที่โจทก์เข้าไปทำแผลที่โรงพยาบาลแล้ว ขาดความต่อเนื่องระหว่างต้นเหตุแห่งอันตรายในชั้นแรกกับผลแห่งความตายในชั้นต่อมา

2.2.1.4 มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

เมื่อมีการกระทำที่ผิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายโดยนิตินัยแล้ว ยังต้องพิจารณาในชั้นต่อไปอีกว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่มีนัยสำคัญของความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้นหรือไม่ คือ ต้องอธิบายได้ว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นเหตุปัจจัยให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนในลักษณะที่เป็นเหตุเป็นผลที่อธิบายได้ด้วยทฤษฎีทางกฎหมาย ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวที่ยอมรับกันในปัจจุบันมีดังต่อไปนี้

1. ทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีผลโดยตรง มีหลักว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างหนึ่งนั้น อาจเกิดจากเหตุได้หลาย ๆ เหตุถ้าการกระทำที่มุ่งพิจารณานั้นเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดความเสียหายอันนั้น แสดงว่าการกระทำที่เป็นเหตุหนึ่งมีความสัมพันธ์ในทางกฎหมายต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น ผู้กระทำเหตุหนึ่งเป็นผู้กระทำละเมิดต่อผู้เสียหายต้องรับผิดชอบในลักษณะดังกล่าวมาข้างต้นนั้น อาจอธิบายอีกนัยหนึ่งว่า หากมองว่าการกระทำที่มุ่งพิจารณาเป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แล้วนั้น ต้องพิสูจน์ได้ว่า ถ้าไม่มีการกระทำนั้นความเสียหายก็จะไม่เกิดขึ้น หากพิสูจน์ได้ดังนี้แล้ว แสดงว่าความเสียหายนั้นเกิดขึ้นเพราะการกระทำที่มุ่งพิจารณา หลักเกณฑ์ดังกล่าวมาจากหลักธรรมชาติ ซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในขอบเขตที่กว้าง และขอบเขตนี้อาจกว้างมากจนผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบอย่างไม่มีขอบเขต ตลอดจนการกระทำที่เกิดขึ้นในอดีตนั้นอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายที่ไม่มีใครคาดหมายได้ในปัจจุบันหรืออนาคต⁴² และหากพิจารณาถึงความเสียหายในปัจจุบันว่าเกิดจากการกระทำอย่างหนึ่ง อาจทำให้ต้องย้อนไปหาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำนั้น และย้อนไปถึงการกระทำก่อน ๆ และไม่แน่ว่าจะย้อนไปถึงการอบรมเลี้ยงดู การศึกษา (Education) จนถึงสภาพสังคม ซึ่งไม่มีใครคาดหมายได้ และอาจจะไม่มีที่สิ้นสุด

⁴² ไพจิตร ปุญญพันธ์. (2529). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์. หน้า 42.

2. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมหรือทฤษฎีผลธรรมดา

ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม หรือทฤษฎีผลธรรมดา มีหลักว่า ในบรรดาเหตุทั้งหลาย ที่ก่อให้เกิดผลขึ้นนั้น เฉพาะแต่เหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นนั้นเท่านั้นที่ผู้กระทำการ (ก่อให้เกิดเหตุ) ต้องรับผิดชอบต่อผลที่เกิดขึ้น ส่วนเหตุอื่น ๆ ซึ่งตามปกติธรรมดาจะไม่ทำให้เกิดผล อย่างนั้น ผู้กระทำการก่อเหตุนั้นย่อมไม่ต้องรับผิดชอบต่อผลที่เกิดขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้กระทำการ ก่อเหตุจะต้องรับผิดชอบเฉพาะเฉพาะ เฉพาะแต่ในผลที่เป็นธรรมดาอันเกิดจากเหตุนั้นเท่านั้น ผลอื่น ๆ ที่ไม่เป็นปกติธรรมดา แม้จะเกิดขึ้นสืบเนื่องต่อมาจากเหตุอันหนึ่ง ผู้กระทำให้เกิดเหตุอันนั้น ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ⁴³

ทฤษฎีนี้มีข้อดีสำหรับผู้กระทำละเมิด เพราะผู้กระทำนั้นต้องรับผิดชอบเฉพาะในกรณี ที่การกระทำของเขาเป็นเหตุอันเหมาะสมที่จะก่อให้เกิดความเสียหายเท่านั้น แต่อาจเป็นผลเสีย สำหรับผู้เสียหายที่อาจจะไม่ได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทน (Compensation) ในกรณีที่ความเสียหาย เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้ก่อเหตุ แต่ผลที่เกิดขึ้นเป็นผลที่เกิดโดยปกติธรรมดาไม่น่าจะเกิด จากเหตุนั้น

ตัวอย่างคำวินิจฉัยที่รองรับทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1358-1369/2506 ความว่า จำเลยซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่น (เทศบาลเมืองสระบุรี) ได้รื้ออาคารของจำเลยที่ให้โจทก์เช่า แต่จำเลยได้บอกเลิกสัญญาเช่าก่อนแล้ว ไม่เป็นละเมิดและไม่ผิดสัญญา โจทก์อ้างว่าสามีโจทก์ เสียใจเพราะการที่จำเลยรื้อห้องแถว จึงได้ไปกระโดดน้ำตาย โจทก์ต้องเป็นธุระทำศพสามี เลยไม่ได้ขายสินค้าผักสด ต้องเสียหายเป็นเงิน 1,500 บาท นั้น ความเสียหายที่มีได้ขายผัก เกิดจาก ธุระของโจทก์เอง หาได้เกิดจากการกระทำของจำเลยไม่ สามีของโจทก์ไปโดดน้ำตายก็เป็นเรื่องที่ กระทำตัวเอง การตายของสามีโจทก์ไม่ใช่ผลแห่งการกระทำของจำเลย จะเรียกร้องให้จำเลย (Defendant) รับผิดชอบไม่ได้เช่นกัน

3. การนำทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมมาใช้ควบคู่กัน

การนำทฤษฎีเงื่อนไขมาใช้ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้น ทำให้มีแนวโน้มที่ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนในขอบเขตที่กว้างมากเกินไป ในทางตรงกันข้ามการนำทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมมาใช้ ก็อาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยา ชดเชยค่าสินไหมทดแทนเท่าที่ควร เพราะมีแนวโน้มที่ผู้กระทำละเมิดจะรับผิดชอบในขอบเขตจำกัด ดังนั้นการประสานแนวคิดทั้งสองเข้าด้วยกันจึงน่าจะเป็นแนวทางที่เป็นธรรมกับทั้งสองฝ่าย โดยการนำทฤษฎีเงื่อนไขมาใช้เพื่อค้นหาเหตุที่ทำให้เกิดผลก่อน แล้วค่อยพิจารณาว่าเหตุนั้นเป็น มูลเหตุเหมาะสมที่จะทำให้เกิดผลเช่นนั้นหรือไม่ กล่าวคือ เป็นการปรับใช้ทฤษฎีเงื่อนไข

⁴³ จิตติ ดิงศกัทธิย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 35. หน้า 212.

ในตอนต้น และใช้ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมในตอนปลาย ทั้งนี้ โดยพิจารณาว่าผลสุดท้ายที่เกิดขึ้นมานั้น เกิดขึ้นเพราะเหตุแรกเหตุเดียว หรือมีเหตุอื่นเกิดขึ้นพร้อมกัน หรือเกิดขึ้นภายหลังเป็นเหตุแทรกแซง (Intervening Cause) ทำให้เหตุแรกหมดความสำคัญลงจนไม่อาจมีน้ำหนักมากพอที่จะทำให้เกิดผลสุดท้ายได้ กล่าวได้ว่าผลนั้นไกลไปกว่าเหตุ

การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ย่อมต้องพิจารณาถึงความติดต่อเกี่ยวเนื่องกันของเหตุและผลที่เกิดขึ้น และทั้งนี้ในแง่ของการกระทำโดยการงดเว้นนั้น ก็พิจารณาในทำนองเดียวกัน เพราะการละเว้นนั้นควรต้องมีเขตจำกัดระดับหนึ่งซึ่งเป็นระดับธรรมดา หรือเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผลธรรมดาของการละเว้น (Nonfeasance) อันอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าผลของการกระทำหรือการละเว้นนั้นจะต้องเกิดเป็นความเสียหายเช่นนั้น หากผู้กระทำละเมียดก่อให้เกิดต้นเหตุแห่งอันตรายในเบื้องต้นแล้ว เป็นธรรมดาที่จะต้องใช้เวลาที่ทำให้เหตุนั้นสิ้นสุดสลายไปแล้ว กลับคืนสู่ฐานอันปลอดภัยเช่นเดิม แต่หากมีเหตุการณ์อื่นมาแทรกแซงซ้ำเติมทำความเสียหายโดยตรงแก่ผู้เสียหายด้วยแล้ว ต้องนับว่าความเสียหายในชั้นหลังนี้ไกลไปกว่าเหตุ⁴⁴ เป็นความเสียหายที่กฎหมายไม่ควรต้องรับรู้

2.2.2 ความรับผิดชอบละเมิดของฝ่ายปกครองในกฎหมายต่างประเทศ

2.2.2.1 ความรับผิดชอบละเมิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

ความรับผิดชอบละเมิดของฝ่ายปกครอง หมายถึง หน้าที่รับผิดชอบที่รัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่นใดต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่อื่นในสังกัดของตนที่กระทำโดยขัดต่อกฎหมายและการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ได้กระทำลงโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ⁴⁵ บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นฐานแห่งความรับผิดของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่นในกรณีนี้ คือ บทบัญญัติมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่ง ประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁴⁶ (Basic Law for the Federal Republic of Germany)

⁴⁴ เสนีย์ ปราโมช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 41. หน้า 151.

⁴⁵ วรเจตน์ ภาคิรัตน์. (2547). *ความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน*. รายงานการวิจัยเสนอกณะกรรมกรการกฤษฎีกา. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 11.

⁴⁶ Article 34 [Liability for violation of official duty]

If any person, in the exercise of a public office entrusted to him, violates his official duty to a third party, liability shall rest principally with the state or public body that employs him. In the event of intentional wrongdoing or gross negligence, the right of recourse against the individual officer shall be preserved. The ordinary courts shall not be closed to claims for compensation or indemnity.

บทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้เป็นความพยายามประสานหลักความรับผิดชอบทางละเมิดสองหลักการเข้าด้วยกัน หลักการประการแรก คือ หลักความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ (persönliche Haftung des Bediensteten) ตามหลักการนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ปฏิบัติหน้าที่โดยก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว กล่าวคือจะต้องนำทรัพย์สินของตนชำระหนี้ค่าความเสียหายที่เกิดขึ้น รัฐหรือนิติบุคคลมหาชนต้นสังกัดไม่ต้องเข้ามารับผิดชอบต่อส่วนหลักการอีกหลักการหนึ่ง คือ หลักความรับผิดชอบโดยตรงของรัฐ (Unmittelbare Haftung des Staates)⁴⁷ หลักการนี้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ทำให้บุคคลอื่นเสียหาย รัฐจะเข้ามารับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น โดยตรง โดยถือว่าความเสียหายนั้นรัฐได้ก่อให้เกิดขึ้นเอง เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหายนั้น

ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 839 (1) ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1900 วางหลักการให้เจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการส่วนตัว⁴⁸ บทบัญญัติดังกล่าวได้รับการเพิ่มเติมเนื้อหาในเวลาต่อมา โดยที่ไม่ได้มีการแต่ต้องแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 839 วรรคหนึ่งแต่อย่างใด โดยกฎหมายพื้นฐานฯ (The Basic Law) มาตรา 34⁴⁹ กฎหมายพื้นฐานฯ มาตราดังกล่าวกำหนดให้ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัวต่อบุคคลภายนอกนั้นโอนไปยังรัฐ กล่าวคือ ให้รัฐเข้ามารับผิดชอบต่ออ้อม (Mittelbare Haftung des Staates) นั่นเอง บทบัญญัติมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่ง ประกอบกับมาตรา 34⁵⁰ กฎหมายพื้นฐานฯ

⁴⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 12.

⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 839(1) บัญญัติว่า “ในกรณีที่ข้าราชการผู้ใดละเมิดหน้าที่ที่ตนต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่สามโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ ให้ข้าราชการผู้นั้นรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลที่สามนั้น ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ บุคคลที่ได้รับความเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากข้าราชการผู้กระทำละเมิดได้ก็ต่อเมื่อคนไม่สามารถได้รับการชดเชยความเสียหายโดยหนทางอื่นได้”

⁴⁹ มาตรา 34 กฎหมายพื้นฐานฯ “ในกรณีที่บุคคลใดใช้อำนาจตามตำแหน่งหน้าที่ทางมหาชนที่ตนได้รับมอบหมายไปละเมิดหน้าที่ที่ตนต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่สาม โดยหลักแล้วให้ความรับผิดชอบนั้นตกเป็นของรัฐหรือขององค์การที่บุคคลผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ให้ ทั้งนี้โดยสงวนสิทธิ์ในการไล่เบี้ยไว้หากกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อำนาจศาลยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนและสิทธิไล่เบี้ยจะถูกตัดทอนไม่ได้”

⁵⁰ มาตรา 34 กฎหมายพื้นฐานฯ “ในกรณีที่บุคคลใดใช้อำนาจตามตำแหน่งหน้าที่ทางมหาชนที่ตนได้รับมอบหมายไปละเมิดหน้าที่ที่ตนต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่สาม โดยหลักแล้วให้ความรับผิดชอบนั้นตกเป็นของรัฐหรือขององค์การที่บุคคลผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ให้ ทั้งนี้โดยสงวนสิทธิ์ในการไล่เบี้ยไว้หากกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อำนาจศาลยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนและสิทธิไล่เบี้ยจะถูกตัดทอนไม่ได้”

เมื่อประกอบกันแล้วจึงเป็นบทบัญญัติที่วางหลักการให้รัฐเข้ามารับผิดต่อบุคคลภายนอก (บุคคลที่สาม) แต่เพียงผู้เดียว ซึ่งหมายความว่าผู้เสียหายต้องฟ้องรัฐเป็นจำเลยเท่านั้น ไม่อาจฟ้องเจ้าหน้าที่เป็นจำเลยได้ โดยความรับผิดของรัฐนั้นเป็นความรับผิดโดยอ้อมผูกพันอยู่กับการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อของหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵¹

การกำหนดให้รัฐเข้ามารับผิดโดยอ้อมตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่เหมาะสมหลายประการ ประการแรก การกำหนดความสัมพันธ์ภายในระหว่างรัฐ (หน่วยงานทางปกครอง) กับเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานก่อให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนสำหรับความรับผิดของรัฐในกรณีที่เอกชนเข้ามาปฏิบัติงานให้ ตลอดจนกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน ได้ปฏิบัติหน้าที่ขัดแย้งกับกฎเกณฑ์การทำงานภายในหน่วยงานต้นสังกัดของตน ประการที่สอง สิทธิพิเศษของเจ้าหน้าที่ซึ่งได้กลายเป็นสิทธิของรัฐในการเรียกให้บุคคลผู้เสียหายจากการกระทำโดยประมาทของเจ้าหน้าที่ใช้หนทางเยียวยาทางอื่นก่อน ตามมาตรา 839 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่ง ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย ประการที่สาม การที่กำหนดเงื่อนไขความรับผิดของรัฐไว้ว่ารัฐจะรับผิดก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่กระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ (Negligently) ซึ่งหมายความว่าแม้การกระทำของเจ้าหน้าที่จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเจ้าหน้าที่ไม่ได้เจตนาหรือประมาทเลินเล่อแล้ว ผู้เสียหายจะมาเรียกร้องให้รัฐชดเชยค่าสินไหมทดแทนไม่ได้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดปัญหาว่าจะสอดคล้องกับหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้รัฐกระทำการให้ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ เพียงใด

(1) เงื่อนไขทั่วไปของความรับผิด

(1.1) การกระทำในตำแหน่งหน้าที่ทางมหาชน

เงื่อนไขประการแรกที่จะทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิดแทนในการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่นั้นจะต้องกระทำในตำแหน่งหน้าที่ทางมหาชน (Public) ซึ่งการกระทำที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำในตำแหน่งหน้าที่ทางมหาชนได้นั้นจะต้องกระทำโดยบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่นประการหนึ่ง และการกระทำหรือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นได้กระทำลงในแดนของกฎหมายมหาชนอีกประการหนึ่ง⁵²

- บุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

บุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่อันอาจจะทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิดแทนนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น อันที่จริงแล้วหากพิจารณา

⁵¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2555). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ: ความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 19.

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

จากถ้อยคำในมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่ง กฎหมายใช้คำว่า Beamter ซึ่งหมายถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐพลเรือน แต่บทบัญญัติมาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐานฯ ใช้ถ้อยคำที่กว้างกว่านั้นคือใช้คำว่า Jemand ซึ่งหมายถึงบุคคลใด ๆ ในกรณีเช่นนี้ต้องถือว่ากฎหมายพื้นฐานฯ ขยายความหมายของคำว่า Beamter ตามมาตรา 839 ให้กว้างออกไป ดังนั้น บุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐนอกเหนือจากเจ้าหน้าที่ของรัฐพลเรือนแล้ว ย่อมได้แก่บรรดาพนักงาน (Angestellte) และลูกจ้าง (Arbeiter) ของรัฐ บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในการรับใช้รัฐในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐประจำ (öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis) เช่น ทหาร เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายตุลาการ บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเพราะสวมตำแหน่งในทางมหาชนที่ไม่ได้มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐประจำ (öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis) เช่น สมาชิกสภาผู้แทน รัฐมนตรี หรือเจ้าหน้าที่การเมืองอื่น เช่น สมาชิกสภาองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น ฯลฯ บุคคลที่มีตำแหน่งต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้ย่อมเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในความหมายของประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 839 ประกอบกับมาตรา 34 กฎหมายพื้นฐานฯ ซึ่งเป็นบทกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ⁵³

- เอกชน

เอกชนก็อาจถือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้ ถ้าได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติงานเพื่อรัฐ อย่างไรก็ตามการมอบหมายให้เอกชนปฏิบัติหน้าที่นั้น อาจจะมีได้หลายรูปแบบและในหลายกรณีก็ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติไม่น้อยว่าการปฏิบัติหน้าที่อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ และอาจทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบแทนสำหรับการกระทำของเอกชนนั้นการปฏิบัติหน้าที่ของเอกชนเพื่อรัฐในลักษณะแรกอาจเกิดขึ้นได้โดยการที่รัฐสภาตรากฎหมายหรือฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือทำสัญญาทางปกครอง⁵⁴ มอบหมายให้เอกชนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลมีอำนาจบางอย่างในทางมหาชน เช่น กัปตันเครื่องบิน⁵⁵ กัปตันเรือเดินสมุทร⁵⁶ ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการรับรองจากรัฐเกี่ยวกับการสำรวจ โดยพาหนะที่เดินด้วย

⁵³ ขวัญชัย สันตสว่าง. (2542). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ LAW 411* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 21.

⁵⁴ Wolff / Bachof / Stober, *Verwaltungsrecht* Bd. 2, S. 528. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 13.

⁵⁵ มาตรา 29 วรรคสาม รัฐบัญญัติว่าด้วยการจราจรทางอากาศ (§ 29 III Luftverkehrs-gesetz) อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 21.

⁵⁶ มาตรา 75 วรรคหนึ่ง มาตรา 101 มาตรา 106 รัฐบัญญัติว่าด้วยกลาสีเรือ (§§ 75 I, 101, 106, Seemannsgesetz) อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 21.

กำลังเครื่องยศ⁵⁷ เอกชนเหล่านี้ซึ่งเรียกว่า เอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจ (Beliehene) กระทำการแทน
 ในนามของรัฐถือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ⁵⁸

การปฏิบัติหน้าที่ของเอกชนให้กับรัฐในประการถัดไปอาจเกิดขึ้นได้ในลักษณะที่เอกชน
 เป็นผู้ช่วยเหลือฝ่ายปกครอง (Verwaltungshelfer) ความแตกต่างระหว่างเอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจ
 กับผู้ช่วยเหลือฝ่ายปกครองอยู่ที่ลักษณะการมอบอำนาจ ในขณะที่เอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจได้รับ
 มอบอำนาจอย่างเป็นทางการ ผู้ช่วยเหลือฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ช่วยเหลือการปฏิบัติงานของ
 ฝ่ายปกครองโดยไม่ได้มีอำนาจเป็นของตนเองแต่กระทำการโดยขึ้นอยู่กับองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ขอให้ตน
 ช่วยเหลืองานนั้นเช่น หัวหน้านักเรียน ผู้ช่วยเหลือฝ่ายปกครองนี้ถือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ
 ในความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

การปฏิบัติหน้าที่ของเอกชนในลักษณะที่สามที่อาจเกิดขึ้นได้ คือ การปฏิบัติหน้าที่ของ
 เอกชนซึ่งประกอบธุรกิจอิสระ เช่น ผู้รับจ้าง ผู้รับเหมา โดยรัฐอาจว่าจ้างมอบหมาย (โดยสัญญา
 ทางแพ่ง) ให้เอกชนดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่แทน เช่น ว่าจ้างมอบหมายให้บริษัทเอกชนกรดยนต์
 ซึ่งจอดในบริเวณที่ห้ามจอดไปไว้ที่สถานีตำรวจ เป็นต้น เอกชนที่ปฏิบัติหน้าที่ให้กับรัฐในลักษณะ
 นี้เป็นที่โต้แย้งถกเถียงกันในทางคำร่าอย่างมากกว่าจะถือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของ
 กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้หรือไม่ อย่างไร ในเรื่องนี้ ศาลยุติธรรมเคยวางแนวทางโดย
 วินิจฉัยว่าหากรัฐมีอำนาจกำกับหรือสามารถควบคุมบังคับการปฏิบัติงานของเอกชนที่ประกอบ
 ธุรกิจอิสระนั้นได้ โดยเอกชนผู้ได้รับมอบหมายงานดังกล่าวมีฐานะเป็นเพียงเครื่องมือในการทำงาน
 ให้แก่รัฐเท่านั้นแล้ว ย่อมถือว่าเอกชนนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายว่าด้วย
 ความรับผิดชอบของรัฐ⁵⁹ แต่ถ้าในการปฏิบัติงานนั้นเอกชนมีความเป็นอิสระ สามารถทำงานได้โดย
 ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของรัฐแล้ว ย่อมไม่ถือว่าเอกชนผู้นั้นเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมาย
 ของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ รัฐจึงไม่ต้องเข้ามารับผิดชอบในความเสียหายที่เอกชนผู้นั้น
 ได้ก่อให้เกิดขึ้นในการปฏิบัติงานนั้น⁶⁰

⁵⁷ BGHZ 87, 253 (256) อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 14.

⁵⁸ กมลชัย รัตนสกลวงศ์. (2537). **พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
 หน้า 123.

⁵⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 14.

⁶⁰ ทฤษฎีเครื่องมือ (Werkzeugtheorie) BGH, NJW 1980, 1679. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51.
 หน้า 22.

- การกระทำในแดนของกฎหมายมหาชน

ในกรณีที่บุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐ การกระทำของบุคคลดังกล่าวจะเป็นละเมิดอันจะทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 839 ประกอบกับกฎหมายพื้นฐานฯ มาตรา 3 ก็ต่อเมื่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายนั้นได้กระทำลงในแดนของกฎหมายมหาชน⁶¹ โดยปกติแล้วหากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่รัฐมิได้อยู่เหนือเอกชนแล้ว การกระทำนั้นย่อมถือว่าเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายมหาชนเสมอ ส่วนการกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำไปอย่างเช่นเอกชนคนอื่น เช่น การซื้อวัสดุอุปกรณ์สำนักงาน ย่อมถือว่าเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ตามเนื่องจากการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนยังไม่อาจกระทำได้อย่างสมบูรณ์ จึงอาจมีปัญหาถกเถียงกันได้ว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐนั้นอยู่ในแดนของกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน การแบ่งแยกการกระทำดังกล่าวมีความสำคัญอย่างมากในแง่ของการเข้ามารับผิดของรัฐ เพราะถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐ แต่การปฏิบัติหน้าที่อันส่งผลก่อให้เกิดความเสียหายนั้นได้กระทำลงในแดนของกฎหมายเอกชนแล้ว รัฐจะไม่เข้ามารับผิดแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น แต่จะรับผิดตามหลักของกฎหมายเอกชนในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งมีเงื่อนไขของความรับผิดแตกต่างออกไป

(1.2) การละเมิดหน้าที่รัฐการหรือหน้าที่ตามตำแหน่ง

หน้าที่รัฐการหรือหน้าที่ตามตำแหน่ง (Amtspflicht) เป็นหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีต่อหน่วยงานที่ตนปฏิบัติงานรับใช้ (รัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่น) การกระทำที่จะถือว่าเป็นละเมิดตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐได้จึงต้องเป็นการกระทำที่ละเมิดหน้าที่ดังกล่าว ระบบกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐของเยอรมันไม่ได้เชื่อมโยงการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าเป็นการทำให้เสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 823⁶² โดยตรงดังเช่นการกระทำละเมิดของบุคคลทั่วไป ที่การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้นต้องเป็นการกระทำที่ละเมิดหน้าที่ต้องปฏิบัติตามตำแหน่ง ปัญหาคือ หน้าที่รัฐการหรือหน้าที่ตามตำแหน่งคืออะไร

⁶¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 23.

⁶² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 420 มีข้อความตรงกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823

หน้าที่รัฐการมีอยู่สองลักษณะ⁶³ คือ หน้าที่รัฐการที่ไม่เฉพาะเจาะจง (unspezifische Amtspflicht) และหน้าที่รัฐการที่เฉพาะเจาะจง (spezifische Amtspflicht) หน้าที่รัฐการที่ไม่เฉพาะเจาะจง เป็นหน้าที่ที่โดยปกติแล้วบุคคลทุกคนจะต้องปฏิบัติ เช่น หน้าที่ที่จะต้องไม่ละเมิดชีวิต ร่างกาย ออนามัย ทรัพย์สิน หรือ สิทธิอื่นใดของบุคคลอื่น ดังนั้น หน้าที่รัฐการที่ไม่เฉพาะเจาะจงจึงเป็นหน้าที่ที่จะต้องไม่ทำละเมิดต่อบุคคลอื่นตามบทบัญญัติมาตรา 823 ประมวลแพ่งนั่นเอง เพียงแต่กรณี ที่กล่าวถึงองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง ถือกันว่าหน้าที่ดังกล่าวได้แปรสภาพ เป็นหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน สำหรับหน้าที่รัฐการที่เฉพาะเจาะจงนั้นเป็นหน้าที่ที่ไม่มี ในกฎหมายแพ่ง เพราะหน้าที่ดังกล่าวผูกอยู่กับคุณสมบัติในการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐซึ่งโดยปกติแล้วก็ได้แก่ หน้าที่ตามกฎหมายเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ตัวอย่างของหน้าที่รัฐการที่เฉพาะเจาะจง เช่น หน้าที่ในการดำเนินงานให้ถูกต้องตามกฎหมาย⁶⁴ หน้าที่ในการใช้ดุลพินิจโดยไม่ผิดพลาด หน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยออกคำสั่งโดยรวดเร็ว⁶⁵ เป็นต้น นอกจากนี้หน้าที่รัฐการที่เฉพาะเจาะจงจะเกิดจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว หน้าที่ ดังกล่าวอาจเกิดจากกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรได้เช่นกัน เช่น หน้าที่ในการปฏิบัติงาน ทางปกครองโดยพยายามไม่ให้เกิดความเสียหายหรือให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุดแก่บุคคลที่ไม่ เกี่ยวข้อง หน้าที่ในการให้ข้อมูล คำเตือน คำแนะนำที่ถูกต้องแก่เอกชน เป็นต้น กล่าวโดยสรุปแล้ว หน้าที่รัฐการ (Amtspflicht; official duty) มีความหมายกว้างกว่าหน้าที่ของบุคคลทั่วไปที่จะต้อง ไม่ทำละเมิดต่อบุคคลอื่น หน้าที่หลายประการซึ่งเป็นหน้าที่ที่เฉพาะเจาะจง เช่น หน้าที่ในการใช้ ดุลพินิจโดยไม่ผิดพลาด หรือ หน้าที่ในการตัดสินใจวินิจฉัยสั่งการโดยรวดเร็ว เป็นหน้าที่ที่ไม่มีใน ระบบกฎหมายเอกชน ดังนั้น ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน พิจารณาจากองค์ประกอบการละเมิดหน้าที่แล้วจึงกว้างกว่าความรับผิดอันเกิดจากละเมิดในทางแพ่ง

⁶³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 19.

⁶⁴ หน้าที่นี้เกิดจากหลัก การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักในรัฐธรรมนูญเยอรมัน (กฎหมายพื้นฐานฯ มาตรา 20 วรรคสาม) อย่างไรก็ตาม หน้าที่ดังกล่าวจะหมายความว่าเจ้าหน้าที่จะต้อง ปฏิบัติหน้าที่ตามแนวทางการพิพากษาศาลสูงสุดในระบบศาลต่างๆ โดยไม่อาจปฏิบัติอย่างอื่นได้หรือไม่นั้น ยังมี ความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ นักกฎหมายบางคนเห็นไปในทำนองที่ว่า แนวคำพิพากษาของศาล ไม่ใช่กฎหมาย แม้เจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงและศึกษาแนวคำพิพากษา แต่หากเจ้าหน้าที่ไม่เห็นด้วยกับเหตุผลในคำพิพากษา เจ้าหน้าที่อาจจะตีความกฎหมายและปฏิบัติแตกต่างไปจากแนวคำพิพากษาของศาลได้ ทั้งนี้ โดยไม่ถือว่าการ ปฏิบัติแตกต่างไปนั้นเป็นการละเมิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามตำแหน่ง ในขณะที่ศาลจะมีความเห็นไปในทาง ตรงกันข้าม โปรดดูรายละเอียดใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 19.

⁶⁵ มาตรา 10 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (§ 10 Verwaltungsverfahrensgesetz) อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 28.

(1.3) ความเชื่อมโยงของหน้าที่รัฐการกับบุคคลที่สาม

การละเมิดหน้าที่รัฐการอาจจะไม่เป็นละเมิดที่รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบแทนเจ้าหน้าที่ของตน ถ้าเจ้าหน้าที่รัฐการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐละเมิดนั้นไม่มีความเชื่อมโยงกับบุคคลที่สามหรือบุคคลที่ได้รับความเสียหาย หน้าที่รัฐการซึ่งจะถือว่าเชื่อมโยงกับบุคคลที่สามได้นั้น ต้องเป็นหน้าที่รัฐการที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลที่สาม ไม่ใช่หน้าที่รัฐการที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะทั่วไปเท่านั้น การพิจารณาความเชื่อมโยงระหว่างหน้าที่รัฐการกับบุคคลที่สาม แท้จริงแล้วคือการพิจารณาวัตถุประสงค์ของหน้าที่รัฐการนั้น ๆ ว่ามุ่งประสงค์คุ้มครองประโยชน์ส่วนบุคคลที่ได้รับความเสียหายหรือไม่ บุคคลที่จะฟ้องร้องให้รัฐรับผิดชอบแทนเจ้าหน้าที่ได้จะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดหน้าที่รัฐการ ซึ่งมุ่งคุ้มครองตนเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีนี้ที่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความปลอดภัยของกระเช้าไฟฟ้า (Cable Car) ที่เคลื่อนที่รับส่งคนระหว่างเชิงเขากับยอดเขา ละเมิดหน้าที่ที่กำหนดไว้ในระเบียบเกี่ยวกับความปลอดภัย และกระเช้านั้นตกลงมาทำให้เกิดความเสียหาย บริษัทที่ประกอบกิจการดังกล่าวจะฟ้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น กับทรัพย์สินของตนแทนเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานตามหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐไม่ได้ เพราะหน้าที่รัฐการที่เจ้าหน้าที่ละเมิดนั้นเป็นหน้าที่ที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองชีวิตและทรัพย์สินของผู้โดยสารกระเช้า ไม่ใช่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินของบริษัทที่ประกอบกิจการดังกล่าว บุคคลที่จะฟ้องให้รัฐรับผิดชอบในกรณีนี้แทนเจ้าหน้าที่ของตนได้จึงได้แก่ผู้โดยสารกระเช้านั้น⁶⁶ หรือถึงแม้รัฐจะมีหน้าที่ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม (Crime) แต่การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ได้ดำเนินการป้องกันอาชญากรรมอย่างรัดกุมเพียงพอ ทำให้เกิดอาชญากรรมขึ้นเนื่อง ๆ และเอกชนคนหนึ่งตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรม เอกชนคนนั้นจะฟ้องร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิดไม่ได้ เพราะหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่รัฐการที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ทั่วไปของสาธารณะ ไม่ใช่ประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง⁶⁷ แต่ถ้าข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปเป็นว่าเกิดอาชญากรรมขึ้นต่อหน้าเจ้าหน้าที่ตำรวจ ถึงแม้โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ตำรวจจะมีดุลพินิจในการดำเนินการหรือไม่ หรือดำเนินการอย่างไรก็ตาม แต่ถ้าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมในขณะนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์ชัดว่าหากเจ้าหน้าที่ตำรวจตัดสินใจอย่างอื่นนอกจากเข้าคลี่คลายอาชญากรรมแล้ว การตัดสินใจเป็นอย่างอื่นย่อมผิดพลาดทั้งสิ้น ในกรณีนี้ย่อมต้องถือว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ต้องเข้าแทรกแซงขัดขวางการประกอบอาชญากรรม หากเจ้าหน้าที่ตำรวจนิ่งเฉย บุคคลที่ได้รับความเสียหายอาจฟ้องร้องรัฐเรียกค่าสินไหมทดแทนได้

⁶⁶ วรเจตน์ ภาคิรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 20.

⁶⁷ เอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากอาชญากรรมจะมีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนประการอื่นจากรัฐหรือไม่ เป็นอีกประเด็นหนึ่ง

(1.4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในแดนของกฎหมายมหาชนที่เป็นการละเมิดหน้าที่รัฐกรจะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดที่รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบแทนก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในทางมหาชน ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นพิเศษ การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Kausalität; causation) จึงอาศัยหลักการเกี่ยวกับการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลสำหรับละเมิดในทางแพ่ง ดังนั้น การกระทำอันเป็นการละเมิดหน้าที่รัฐกรที่ทำให้รัฐรับผิดชอบจึงต้องเป็นการกระทำที่โดยปกติธรรมดาแล้วเหมาะสมที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นในกรณีที่มีความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลที่อยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลโดยปกติธรรมดา จะถือว่าความเสียหายนั้นเกิดจากการละเมิดหน้าที่รัฐกรไม่ได้

การกระทำใดเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจ จะถือว่าการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์กับผลเสียหายที่เกิดขึ้นได้ก็แต่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า หากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นตัดสินใจใช้ดุลพินิจโดยถูกต้องแล้วความเสียหายจะไม่เกิดขึ้น ในกรณีที่การละเมิดหน้าที่รัฐกรเป็นการละเมิดรูปแบบขั้นตอนในการดำเนินงาน เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจอ้างได้ว่าถึงแม้จะได้ดำเนินการถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนแล้วก็ยังคงต้องตัดสินใจดำเนินการเช่นนั้นอยู่นั่นเอง ในกรณีเช่นนี้ถือว่าไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำละเมิดหน้าที่กับผลเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น⁶⁸

การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นหน้าที่ของผู้เสียหาย ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำที่เป็นการละเมิดหน้าที่รัฐกรกับความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจขาดตอนลงได้ ถ้าหากมีเหตุแทรกแซงเกิดขึ้น เหตุแทรกแซงนั้นอาจเกิดจากการกระทำของผู้เสียหายเองหรือจากบุคคลอื่นก็ได้ หากการกระทำนั้นเป็นสาเหตุถัดไปที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น

(1.5) ความผิด

ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 839 ประกอบกับกฎหมายพื้นฐานฯ มาตรา 34 เป็นความรับผิดที่ขึ้นอยู่กับความผิด (Verschulden; fault) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งกระทำการละเมิดนั้น ซึ่งหมายความว่า การละเมิดหน้าที่รัฐกรที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องเกิดขึ้นจากการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ รัฐจึงมีหน้าที่เข้ามารับผิดชอบต่อเจ้าหน้าที่ของตน การกำหนดให้ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองต้องขึ้นอยู่กับ การกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าไม่เหมาะสมดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เพราะในนิติรัฐนั้นถ้าฟังแต่การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ละเมิดหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ก็น่าจะเป็นเพียงพอแล้วที่จะทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิด

⁶⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 22.

หากจำเป็นต้องเรียกร้องให้มีองค์ประกอบในส่วนที่เกี่ยวกับเจตนาหรือประมาทเลินเล่อไม่ อย่งไรก็ตาม โดยที่ในปัจจุบันยังไม่มี การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายในส่วนนี้ ในการพิจารณาองค์ประกอบหรือเงื่อนไขความรับผิดชอบจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดต่อหน้าที่ราชการโดยเจตนา (Intent) หรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ถ้าไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐละเมิดหน้าที่ราชการโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ ย่อมไม่ถือว่ามีความรับผิดชอบทางละเมิดเกิดขึ้น

การกระทำโดยเจตนา ได้แก่การกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำรู้ว่าตนละเมิดหน้าที่ราชการ⁶⁹ ในกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ว่าจะตนกระทำการละเมิดหน้าที่ราชการย่อมไม่ถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นกระทำโดยเจตนา แต่อาจจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ได้แก่ การกระทำที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเกณฑ์เฉลี่ยจะต้องใช้ความระมัดระวัง มีข้อสังเกตว่าเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการละเมิดหน้าที่โดยประมาทหรือไม่ นั้น ไม่ได้ใช้เกณฑ์ความระมัดระวังของบุคคลธรรมดาทั่วไป แต่ใช้เกณฑ์โดยเฉลี่ยของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่นั้น เพราะหากใช้เกณฑ์โดยเฉลี่ยของบุคคลทั่วไปแล้ว การกระทำอันเป็นการละเมิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นอาจจะไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทซึ่งจะทำให้เอกชนไม่ได้รับความคุ้มครองได้คดีเท่าที่ควร

นอกจากการใช้เกณฑ์โดยเฉลี่ยของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั่วไปที่ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนั้น ในการพิจารณาความประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ศาลยุติธรรม (Court of Justice) ยังเห็นว่าในการฟ้องคดีโจทก์ไม่จำเป็นต้องระบุชื่อของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้กระทำโดยประมาทเพียงแต่ชี้ให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐของหน่วยงานใดกระทำการละเมิดหน้าที่โดยประมาทเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายก็พอแล้ว⁷⁰ โดยคำพิพากษาเช่นนี้ศาลยุติธรรมได้พัฒนาหลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครองไปในทิศทางของหลักความรับผิดชอบโดยตรงของรัฐมากยิ่งขึ้น แม้ว่าโดยกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบันยังต้องถือว่าความรับผิดชอบของรัฐเป็นความรับผิดชอบโดยอ้อมอยู่ก็ตาม

(2) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจศาล

การฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในแดนของกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ผู้เสียหายจะต้องฟ้องร้องคดีที่ศาลยุติธรรม การที่ระบบกฎหมายเยอรมันวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในลักษณะดังกล่าวทำให้ในการฟ้องคดี

⁶⁹ ราชการ เป็นระบบการทำงานอย่างหนึ่งของรัฐ หมายถึง การงานของพระมหากษัตริย์หรือรัฐบาล รวมไปถึงของทหารและตำรวจซึ่งอาจเรียกแยกเฉพาะว่าราชการฝ่ายทหาร หรือ ราชการฝ่ายทหาร แล้วแต่กรณี ใช้สำหรับประเทศที่ไม่ได้มีพระมหากษัตริย์เป็นพระประมุข

⁷⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 23.

โต้แย้งตลอดจนเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดต่อกฎหมายของเจ้าหน้าที่นั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องแยกแยะให้ชัดเจนว่าตนประสงค์ให้ศาลมีคำสั่งอย่างไร ในกรณีฟ้องเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นก่อให้เกิดผลร้ายแก่ปัจเจกบุคคล ถ้าบุคคลนั้นต้องการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว บุคคลนั้นจะต้องฟ้องคดีที่ศาลปกครอง (Administrative Court) ถ้าต้องการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน ความเสียหายจะต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม และถ้าต้องการฟ้องร้องให้ศาลสั่งเจ้าหน้าที่ให้หยุดผลของความเสียหาย บุคคลนั้นจะต้องกลับมาฟ้องร้องคดีที่ศาลปกครอง⁷¹

ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยทั่วไปแล้วตั้งอยู่บนรากฐานทางความคิดที่สำคัญสองฐานความคิด ประการแรกเป็นความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำของข้าราชการในตำแหน่งซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น (ความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง) ประการที่สองเป็นความรับผิดชอบชดเชยค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหาย อันเนื่องมาจากการที่จะต้องอุทิศประโยชน์ของตนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ความรับผิดชอบที่กล่าวมานี้จะเป็นความรับผิดชอบตามหลักกฎหมายมหาชนก็ต่อเมื่อรัฐได้กระทำการในแดนของกฎหมายมหาชนเท่านั้น หากรัฐกระทำการในระบบกฎหมายเอกชน รัฐย่อมต้องรับผิดชอบตามหลักเกณฑ์เดียวกับเอกชนทั่วไป

ความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐตามกฎหมายปกครองจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำนั้นเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายมหาชนทั้งนี้โดยข้าราชการได้ละเมิดหน้าที่ตามตำแหน่งที่ได้รับการกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลที่สาม และข้าราชการผู้นั้นกระทำละเมิดโดยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และการกระทำดังกล่าวเป็นสาเหตุก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น อย่างไรก็ตามรัฐจะเข้ามารับผิดแทนข้าราชการของตนในกรณีที่การละเมิดเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อ ก็ต่อเมื่อบุคคลผู้ได้รับความเสียหายไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากบุคคลอื่นใดได้ทั้งนี้ตามมาตรา 839 (1) และ (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง สำหรับความรับผิดชอบของรัฐอันเนื่องมาจากการที่ปัจเจกชนได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการที่ต้องสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การถูกเวนคืนนั้น จะเป็นกรณีที่รัฐรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะกรณีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยทั่วไปแล้วเป็นเรื่องที่รัฐต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบทางละเมิด อย่างไรก็ตามศาลเยอรมันได้ขยายหลักความรับผิดชอบของรัฐในกรณีนี้ไปยังการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยนอกจากความรับผิด

⁷¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 41.

สำหรับการกระทำละเมิดและความรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายแก่ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการกระทำของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ระบบกฎหมายเยอรมันยังยอมรับให้ปัจเจกชนมีสิทธิเรียกร้องให้รับปฏิบัติการขจัดความเสียหายที่เกิดแก่ตนด้วยสิทธิเรียกร้องกรณีนี้ต่างจากความรับผิดชอบที่ได้กล่าวมาตรงที่ปัจเจกชนไม่ได้มุ่งเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนหรือค่าทดแทนความเสียหาย แต่เรียกร้องให้รัฐกระทำการหรืองดเว้นการการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้สิทธิของตนซึ่งได้รับผลกระทบจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับฟื้นคืนดีในระบบกฎหมายเยอรมันยังมีการอภิปรายกันถึงความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนอีกด้วยว่าจะมีได้หรือไม่ ความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนหมายถึง ความรับผิดชอบของรัฐในการชดเชยค่าเสียหายสำหรับความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากสถานการณ์อันตรายเป็นพิเศษที่ฝ่ายปกครองได้ก่อให้เกิดขึ้น Ernst Forsthoff ซึ่งเป็นผู้เปิดประเด็นดังกล่าวขึ้นในช่วง ค.ศ. 1950 ถึง 1960 เห็นว่าความรับผิดชอบดังกล่าวมีได้ เช่น กรณีที่ตำรวจติดตามจับกุมคนร้ายและเกิดการยิงต่อสู้ กระสุนปืนของเจ้าหน้าที่ตำรวจพลาดไปถูกบุคคลที่สามซึ่งเข้ามาในบริเวณที่มีการยิงต่อสู้กัน โดยบังเอิญ เหตุผลที่ Forsthoff เรียกร้องให้ยอมรับข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนก็เนื่องจากสำหรับ Forsthoff กรณีที่กล่าวมานี้เป็นกรณีที่บุคคลที่สามผู้เสียหายไม่อาจเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบได้ไม่ว่าจะโดยอาศัยหลักเรื่องการเวนคืน หรือหลักการลวงล้ำสิทธิอื่นใดที่ทำให้เกิดความเสียหายเป็นพิเศษ เนื่องจากการเวนคืนหรือการลวงล้ำสิทธิอื่นใดที่ทำให้เกิดความเสียหายเป็นพิเศษจะต้องเป็นกรณีที่รัฐมุ่งประสงค์ตั้งใจเช่นนั้นซึ่งกรณีตามตัวอย่างนี้ไม่ใช่เป็นกรณีที่ตำรวจตั้งใจจะยิงบุคคลที่สามกรณีนี้เป็นกรณีที่ Forsthoff เห็นว่ามีช่องว่างเกิดขึ้นในระบบความรับผิดชอบของรัฐ และต้องการอุดช่องว่างดังกล่าวโดยอาศัยข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบโดยเด็ดขาด อย่างไรก็ตามหากพิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลในช่วงเวลาต่อมาแล้วจะเห็นได้ว่าศาลเยอรมันไม่ได้ใช้หลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดของรัฐตามกฎหมายมหาชนตามที่ Forsthoff เสนอโดยพิพากษาให้รัฐรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสถานการณ์อันตรายเป็นพิเศษซึ่งเป็นผลมาจากการใช้อำนาจมหาชน แต่ได้สร้างข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบสำหรับการกระทำเสมือนการเวนคืนและขยายความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิทธิอื่นใดที่ไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สินเป็นพิเศษออกไปให้ครอบคลุมถึงการกระทำของรัฐที่ไม่ได้เกิดขึ้นโดยประสงค์ตั้งใจด้วย เช่น กรณีที่สัญญาณไฟจราจรบริเวณสี่แยกซึ่งเป็นสัญญาณไฟอัตโนมัติเกิดบกพร่องและแสดงสัญญาณไฟเขียวทุกด้านทำให้รถยนต์ที่แล่นมาชนกันกลางสี่แยก เช่นนี้รัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้ขับขี่รถยนต์นั้น เพราะกรณีนี้เป็นกรณีที่รัฐลวงล้ำสิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใด เช่น สิทธิในร่างกาย และทำให้เกิดความเสียหายขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแม้จะไม่ประสงค์ตั้งใจก็ตาม ทั้งนี้ตามหลักความรับผิดชอบสำหรับการกระทำ

เสมือนการเวนคืน และตามหลักความรับผิดชอบสำหรับการกระทำเสมือนการลวงล้าสิทธิอื่นใดที่ทำให้ผู้ทรงสิทธิเสียหายเป็นพิเศษ โดยการสร้างสถาบันความรับผิดชอบขึ้นมาจากหลักการเวนคืนและการลวงล้าสิทธิอื่นใดที่ทำให้ผู้ทรงสิทธิเสียหายเป็นพิเศษเช่นนี้ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องสร้างหลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนขึ้นอีกดังที่ Forsthoff เสนอ ในปัจจุบันนี้อาจกล่าวได้ว่าความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะทั่วไปยังไม่อยู่ในระบบกฎหมายเยอรมัน มีแต่ความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้รัฐต้องชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการก่อสถานการณ์อันตรายพิเศษขึ้น เช่น ความรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเครื่องบินทหาร ความรับผิดชอบบางส่วนของรัฐและสหพันธ์สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากโรงงานปฏิกรณ์ปรมาณู รวมตลอดถึงความรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการบังคับใช้มาตรการทางอาญาโดยไม่ถูกต้อง เช่น ความเสียหายที่เกิดจากการพิพากษาลงโทษหรือจับกุมคุมขังบุคคลที่ไม่มีความผิด เป็นต้น

2.2.2.2 ความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส มีการจัดแบ่งองค์ประกอบราชการของรัฐออกเป็นสองประเภท คือ องค์การและบุคลากรของฝ่ายปกครองที่ปฏิบัติหน้าที่ตามปกติอันเป็นส่วนหนึ่งของภารกิจฝ่ายปกครองและการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง กับศาลปกครองและตุลาการศาลปกครองที่ปฏิบัติหน้าที่ในการตรวจสอบการดำเนินงานขององค์การและบุคลากรของฝ่ายปกครองให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย⁷² และระบบกฎหมายฝรั่งเศส (droit français) แยกความรับผิดของรัฐออกเป็นประเภทใหญ่ ๆ สองประเภท คือ ความรับผิดโดยมีความผิด (faute)⁷³ และความรับผิดโดยปราศจากความผิด (sans faute) ซึ่งความรับผิดโดยมีความผิดถือเป็นความรับผิดที่เป็นเสาหลักของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ส่วนความรับผิดโดยปราศจากความผิดเป็นความรับผิดที่ได้รับการกำหนดขึ้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในกรณีที่ไม่สามารถนำหลักเรื่องความรับผิดโดยมีความผิดไปใช้ได้ ซึ่งความรับผิดโดยมีความผิดมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายแพ่ง⁷⁴

⁷² นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 23.

⁷³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2553). *คำอธิบายศัพท์กฎหมายมหาชน ฝรั่งเศส-ไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 98.

⁷⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51*. หน้า 146.

(1) เงื่อนไขความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

เงื่อนไขความรับผิดชอบในทางกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายแพ่ง คือ จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง คือ ความมีอยู่ของความเสียหาย ประการที่สอง ความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายกับผู้ที่จะต้องรับผิดชอบ และประการที่สาม การกระทำที่เป็นเหตุให้เกิดความรับผิดชอบซึ่งจะต้องมีลักษณะเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ว่ามีภาระผูกพันที่จะต้องชดเชยค่าเสียหาย⁷⁵

ความเสียหายที่จะทำให้รัฐต้องมีหน้าที่เข้ามาชดเชยค่าสินไหมทดแทนนั้น จะต้องเป็นความเสียหายที่เห็นเป็นรูปธรรมและสามารถกำหนดลงไปได้ แม้กระนั้นก็ไม่ได้หมายความว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นความเสียหายในปัจจุบัน (Actuel) เท่านั้น ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตหาไม่ใช่เป็นแต่เพียงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ (Eventual) แต่เป็นความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน รัฐย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องชดเชยค่าเสียหายที่จะเกิดขึ้นนั้น อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส ความเสียหายอันจะทำให้รัฐต้องเข้าไปชดเชยนั้น จะต้องเป็นความเสียหายพิเศษ (prejudice spécial) หมายความว่าความเสียหายดังกล่าวเป็น ความเสียหายที่เมื่อพิจารณาโดยทั่วไปแล้ว เป็นความเสียหายที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับมากกว่าบุคคลอื่น ๆ เหตุที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสเรียกร่องความเสียหายพิเศษก็เนื่องจากแนวความคิดที่ว่าโดยทั่วไปแล้วประชาชนจะได้รับประโยชน์หลายประการจากรัฐ หากรัฐกระทำการใด ให้ประชาชนคนใดคนหนึ่งได้รับความเสียหาย แต่ความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายเล็กน้อย ประชาชนผู้นั้นก็สมควรยอมรับความเสียหายดังกล่าว⁷⁶

ความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายกับผู้ที่จะต้องรับผิดชอบ ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายกับผู้ที่จะต้องรับผิดชอบนั้นระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะคำนึงว่าถ้าไม่มีเงื่อนไขหรือสาเหตุดังกล่าวเกิดขึ้น จะเกิดความเสียหายขึ้นหรือไม่ กล่าวคือ ในเบื้องต้นจะคำนึงถึงเงื่อนไขหรือสาเหตุทุกประการ แต่ในที่สุดแล้วเงื่อนไขที่ถือว่าเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผล คือ เงื่อนไขหรือสาเหตุโดยตรงที่นำไปสู่ความเสียหาย (cause immediate et direct)⁷⁷ แต่ว่าอย่างไรเป็นสาเหตุโดยตรงที่นำไปสู่ความเสียหายนั้น ยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่ในทางวิชาการ ฝ่ายหนึ่งให้พิจารณาว่า การกระทำที่ส่งผลให้เกิดความเสียหายนั้นเป็นการกระทำที่เพียงเปิดโอกาสให้เกิดเหตุอื่นที่นำไปสู่

⁷⁵ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. (2545). **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. รายงานวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 264.

⁷⁶ วรเจตน์ กาสิรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 140.

⁷⁷ ธนพล หวังอ้อมกลาง. (2549). **ความรับผิดชอบฝ่ายปกครองในการครอบครองวัตถุอันตราย : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอังกฤษ เยอรมันและไทย**. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 26.

ความเสียหาย หรือเป็นการกระทำที่นำไปสู่ความเสียหายโดยตรง ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเน้นไปที่ความเป็นไปได้หรือการคาดหมายได้ว่าการกระทำนั้นย่อมนำไปสู่ความเสียหาย ทั้งนี้ ความเป็นไปได้หรือการคาดหมายได้ของการกระทำนั้นจะต้องพิจารณาในทางภาวะวิสัย⁷⁸

การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การที่รัฐต้องรับผิดชอบสำหรับความผิด (responsabilité pour faute) ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องแยกจากความผิดที่เกิดขึ้นเป็นความผิดในการปฏิบัติหน้าที่ (faute de service) หรือเป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ (faute de personnelle) แต่ก็ไม่มีนิยามข้อความคิดว่าด้วยความผิดในการปฏิบัติหน้าที่ที่ใช้ได้เป็นการทั่วไปแต่อย่างใด ปัญหาอีกประการหนึ่งที่ยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ คือปัญหาว่าความผิดในระบบกฎหมายมหาชน เหมือนหรือต่างกับความผิดในกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด ซึ่งในประเด็นดังกล่าวมีทั้งผู้ที่เห็นว่าความผิดในระบบกฎหมายมหาชนมีลักษณะเฉพาะ และผู้ที่เห็นว่าความผิดในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนมีหลักการพื้นฐานไม่ต่างกัน แต่ไม่ว่าจะเป็นอย่างไรก็ตาม สิ่งที่น่าจะเป็นลักษณะเด่นของความรับผิดของรัฐสำหรับความผิด (responsabilité pour faute) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือ ความรับผิดดังกล่าวหากเกิดขึ้นในกรอบของการบริการสาธารณะเป็นความรับผิดของรัฐโดยตรง ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย เพราะถ้าการกระทำละเมิดอยู่ในกรอบของการบริการสาธารณะแล้วย่อมถือว่ารัฐต้องเข้ามารับผิดเองไม่ใช่รับผิดแทน⁷⁹ โดยรัฐย่อมต้องรับผิดชอบสำหรับการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของเจ้าหน้าที่ของตน ตลอดจนความบกพร่องผิดพลาดในการจัดองค์การ และการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ซึ่งการที่ถือว่ารัฐรับผิดโดยตรงย่อมเป็นประโยชน์สำหรับผู้เสียหาย ซึ่งไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำละเมิดได้ละเมิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติ และหน้าที่ดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองตนหรือไม่ ต่างจากระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันที่ไม่ได้ถือว่าความรับผิดของรัฐเป็นความรับผิดโดยตรง แต่เป็นความรับผิดแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งผู้เสียหายย่อมต้องพิสูจน์ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ ละเมิดหน้าที่เป็นความรับผิดแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งผู้เสียหายย่อมต้องพิสูจน์ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ ละเมิดหน้าที่ที่ตนเองในฐานะองค์กรของรัฐต้องปฏิบัติและหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้เสียหาย⁸⁰

⁷⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 142.

⁷⁹ อนุชา สุนสวัสดิคุณ. (2552). หลักกฎหมายพื้นฐานความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. กรุงเทพฯ: ชรรวมคาเพลส. หน้า 65.

⁸⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2548). คดีปกครองเกี่ยวกับการละเมิดและความรับผิดอย่างอื่นของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 178-180.

(1.1) ขอบเขตความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง

บุคคลที่มีความผูกพันในการที่จะแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกนั้น ได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐนั่นเอง ซึ่งคำว่า หน่วยงานของรัฐ (State agency) หมายถึง นิติบุคคลมหาชนทั้งหลายในระบบการปกครองส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น รวมตลอดถึงองค์การมหาชนและรัฐวิสาหกิจ ซึ่งเรียกโดยรวมว่า องค์การที่ใช้อำนาจมหาชน และในเวลาต่อมาหลักความรับผิดชอบทางแพ่งของฝ่ายปกครองได้ถูกนำไปใช้กับนิติบุคคลเอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะทางปกครองให้แก่รัฐ และในการนี้ได้รับอำนาจมหาชนจากรัฐเพื่อจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ ศาลปกครองยังให้หมายรวมไปถึงนิติบุคคลเอกชนผู้รับเหมาก่อสร้าง วิศวกร และสถาปนิกที่ทำการก่อสร้างอาคารสาธารณูปโภคขนาดใหญ่อีกด้วย

ส่วนคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายถึง เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับมอบหมายจากหน่วยงานให้ปฏิบัติหน้าที่และในการปฏิบัติหน้าที่นั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น⁸¹ ซึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หากเกิดความผิดเป็นส่วนตัวขึ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวต่อผู้เสียหายตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่ง กรณีจึงไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาความหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแยกต่างหากจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามความหมายของกฎหมายอื่น ดังเช่น ในระบบกฎหมายเยอรมัน สำหรับกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแล้วข้อพิจารณามีอยู่เพียงว่าบุคคลนั้นได้กระทำการโดยใช้อำนาจมหาชนหรือไม่

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐให้อยู่ในรูปแบบประมวลกฎหมาย และในเวลาเดียวกันระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ไม่ได้ถือหลักให้รัฐเข้ามารับผิดแทนเจ้าหน้าที่ของตนดังเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันหรือกฎหมายไทย แต่ให้รัฐรับผิดโดยตรงสำหรับการกระทำของตนเอง ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายฝรั่งเศสจึงต้องพัฒนาความรับผิดชอบของรัฐในทางกฎหมายมหาชนขึ้นมาใหม่⁸² โดยระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะเป็นพื้นเพียงในระบบจักรกลของรัฐ และหากพื้นเพียงดังกล่าวเกิดผิดพลาดขึ้น การพิจารณาสถานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐในแง่ความรับผิดชอบของรัฐนั้นจึงต้องพิจารณาบริการสาธารณะ (service public) ไม่ใช่พิจารณาตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐ ด้วยเหตุนี้

⁸¹ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ. รายงานการศึกษาวิจัย. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 27.

⁸² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 188.

ความผิดอันพึงถูกดำเนินได้ในความรับผิดชอบของรัฐจึงเป็นเรื่องของความบกพร่องในแง่การจัดโครงสร้างองค์กร หรือความไม่ระมัดระวังในการบริหารจัดการองค์กรของฝ่ายปกครอง⁸³

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมีความใกล้เคียงกับการกระทำโดยจงใจมาก อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยความผิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็นความผิดโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อก็ใช้หลักการเทียบเท่ากับเกณฑ์ทั่วไป (in abstracto)⁸⁴ ซึ่งไม่ได้นำความรู้สึกในใจของผู้กระทำมาพิจารณา แต่จะพิจารณาโดยสมมติบุคคลขึ้นมาเปรียบเทียบกับผู้กระทำว่าเขาจะกระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำหรือไม่ ถ้าบุคคลนี้ยังประพฤตเช่นเดียวกับผู้กระทำก็หมายความว่า ผู้กระทำไม่มีความผิด แต่ถ้าหากเขาไม่กระทำเช่นผู้กระทำแล้ว ผู้กระทำก็มีความผิด ซึ่งบุคคลที่สมมตินั้นจะต้องอยู่ในสภาพแวดล้อม ได้แก่ สถานที่ เวลา เช่นกันกับผู้กระทำ และมีพฤติกรรมภายใน เช่น อายุ เพศ ความเจ็บป่วย ความไม่สมประกอบของสภาพกายใจ เช่นเดียวกันกับผู้กระทำ แต่สภาพจิตใจ ความรู้สึกนึกคิด ความเคยชิน อุบัติสัยของผู้กระทำนั้น เป็นเหตุภายในที่ไม่ต้องนำมาพิจารณา และในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงส่วนใหญ่จะถูกใช้ในการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพ โดยผู้ประกอบวิชาชีพจะมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดก็ต่อเมื่อกระทำผิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กล่าวคือ จะต้องรับผิดชอบเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพกระทำในสิ่งที่บุคคลผู้พึงมีความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยจะไม่พึงกระทำ นอกจากนี้ ความรับผิดชอบโดยการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะใช้ในกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำผิด ซึ่งการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมีได้ 3 กรณี คือ กรณีเจ้าหน้าที่ตกอยู่ภายใต้ความสำคัญผิดอย่างรุนแรง กรณีเจ้าหน้าที่สำคัญผิดในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของตนอย่างมาก และกรณีเจ้าหน้าที่กระทำการอันเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา

โดยปกติความผิดที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐนั้นได้แก่ความผิดธรรมดา แต่ถ้าหน้าที่ที่รัฐต้องปฏิบัติเป็นหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบสูง และมีความยากกว่าหน้าที่ทั่วไป รัฐจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่เกิดความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถเคลื่อนไหวได้อย่างยืดหยุ่น เนื่องจากการปฏิบัติงานที่มีความรับผิดชอบสูง และเป็นงานที่ยากนั้นจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบจนเกินไป ตัวอย่างของงานที่กำหนดว่ารัฐจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเมื่อได้กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ได้แก่⁸⁵ การปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการบังคับการตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจ (service de police)

⁸³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 9.

⁸⁴ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 81. หน้า 29.

⁸⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 159.

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายปกครองเกี่ยวกับเรื่องละเมิดแยกต่างหากจากกฎหมายเอกชน โดยรัฐจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในปัจจุบันได้จำแนกประเภทความรับผิดชอบของบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่⁸⁶

1) ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัว (faute personnelle) เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดโดยวัตถุประสงค์ส่วนตัว กรณีนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบเองในการเสียหายผู้เสียหายตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ ซึ่งรัฐจะไม่เข้าไปรับผิดชอบด้วยความผิดส่วนตัวเป็นเรื่องที่แยกได้จากการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งมีหลายกรณีด้วยกัน เช่น ลูกจ้างของที่ทำกรไปรษณีย์ยกยอกเงินที่ได้รับในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ หรือกรณีผู้คุมนักโทษลักทรัพย์ในระหว่างที่ควบคุมนักโทษออกจากเรือนจำ เป็นต้น

2) ความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐ (faute service) เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนโดยเป็นการปฏิบัติหน้าที่ และไม่มีวัตถุประสงค์ไม่ชอบเป็นส่วนของเจ้าหน้าที่ของรัฐปะปนในการกระทำนั้น ในกรณีนี้ รัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายโดยตรง เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบและจะไม่ถูกฟ้องเป็นการส่วนตัว นั่นคือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะหลุดพ้นจากความรับผิด เมื่อเป็นกรณีที่ได้กระทำภายในขอบอำนาจหน้าที่หรือกระทำในการปฏิบัติหน้าที่นั่นเอง โดยทุกวันนี้ กฎหมายฝรั่งเศสถือหลักความรับผิดของหน่วยงานของรัฐเป็นหลักทั่วไป โดยความไม่รับผิดของหน่วยงานของรัฐเป็นข้อยกเว้น

3) ความรับผิดร่วมกัน (cumul de faute) แต่เดิมนั้นความผิดของฝ่ายปกครองกับความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นสิ่งที่ไม่อาจดำรงอยู่คู่ขนานกันได้ กล่าวคือ หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อให้เกิดรัฐต้องรับผิดเนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดในการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่ต้องรับผิดเป็นส่วนตัว แต่หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ถือเป็นความผิดส่วนตัวแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็ต้องรับผิดเองเป็นส่วนตัว รัฐไม่ต้องรับผิด อาจกล่าวได้ว่า ความผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตัดความผิดของอีกฝ่ายหนึ่ง⁸⁷ ก่อให้เกิดผล คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดเป็นส่วนตัว โดยที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่มีความสามารถที่จะใช้ค่าทดแทนความเสียหายได้ทั้ง ๆ ที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นอาจมีเหตุมาจากความบกพร่องผิดพลาดในการดำเนินงานส่วนรวม หรือความบกพร่องในการจัดโครงสร้างองค์กร ประกอบกับความบกพร่องผิดพลาดของเจ้าหน้าที่ จึงทำให้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับหลักความผิดร่วมกัน โดยสภาแห่งรัฐ

⁸⁶ รุ่งธรรม พุ่มเล็ก. (2541). ความรับผิดทางแพ่งของฝ่ายปกครองในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดทางละเมิด. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 49.

⁸⁷ Fairgrieve. (2003). *State Liability in Tort, A Comparative Study*. Oxford University Press :New York.

ได้มีคำพิพากษาคดี Anguet⁸⁸ จากคดีนี้ทำให้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปเป็นยุติว่า ความผิดในการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองกับความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่คู่ขนานกันได้ ด้วยเหตุนี้ ในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากความผิดในการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองและในขณะเดียวกัน ก็เกิดจากความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐให้รับผิดชอบได้ และในเวลาต่อมาได้พัฒนาไปเป็นหลักเรื่องความรับผิดชอบร่วมกัน ซึ่งประเด็นสำคัญสำหรับการยอมรับความผิดคู่ขนานดังที่ได้กล่าวมานี้อยู่ที่ความสัมพันธ์ภายในระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นว่าจะแบ่งส่วนความรับผิดชอบกันอย่างไร⁸⁹

กล่าวโดยสรุป สภาแห่งรัฐได้วางหลักว่าผู้เสียหายมีสิทธิเลือกฟ้องเจ้าหน้าที่ต่อศาลยุติธรรมหรือฟ้องหน่วยงานของรัฐต่อศาลปกครองเพื่อความเสียหายทั้งหมดได้ และเมื่อเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานได้ชดใช้หรือถูกพิพากษาให้ชดใช้แก่ผู้เสียหายเพื่อความเสียหายทั้งหมดแล้ว มีสิทธิฟ้องไล่เบี้ยจากผู้ร่วมรับผิดชอบของตนต่อศาลปกครอง (tribunal administratif) อย่างไรก็ดีตามศาลปกครองไม่ผูกพันตามจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ศาลยุติธรรมพิพากษาให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติแทบจะไม่มีกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องไล่เบี้ยจากรัฐ เนื่องจากผู้เสียหายมักจะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากรัฐ⁹⁰

(1) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล

ในการฟ้องคดีให้รัฐรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากความรับผิดโดยมีความผิดนั้น ต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่ารัฐกระทำการโดยใช้อำนาจมหาชน หรือกระทำการเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป ถ้าความเสียหายเกิดจากการใช้อำนาจมหาชน โดยหลักแล้วศาลปกครองจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดี แต่หากความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำที่รัฐไม่ได้ใช้อำนาจเหนือเอกชน แต่เป็นกรณีที่รัฐกระทำการเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปศาลยุติธรรมจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดี

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันยังมีความรับผิดของรัฐที่เกิดจากการใช้อำนาจมหาชนบางประเภทที่ผู้เสียหายจะต้องฟ้องร้องให้รัฐรับผิดชอบที่ศาลยุติธรรม เช่น การฟ้องคดีให้รัฐรับผิดชอบกรณีที่รัฐใช้

⁸⁸ คดีนี้สภาแห่งรัฐมองว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากการกระทำอันเป็นความผิดของหน่วยงาน คือการที่ไปรษณีย์ปิดประตูทางออกก่อนเวลาที่กำหนด ประการหนึ่ง และการกระทำอันเป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ คือการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจับตัวผู้มาติดต่อไปรษณีย์โยนออกมาทางประตูหลังอีกประการหนึ่ง ปรากฏว่าเป็นความผิดของหน่วยงาน และความผิดส่วนตัวอันเกิดจากการกระทำของแต่ละฝ่ายเคียงคู่กัน นำไปสู่ความเสียหาย ทั้งสองฝ่ายจึงต้องร่วมกัน โปรดดู CE, Sect., 3 février 1911, Anguet, Rec., Page 146.

⁸⁹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 207-208.

⁹⁰ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 81. หน้า 30.

อำนาจมหาชนล่วงล้ำเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร (voie de fait) หรือความรับผิดชอบของรัฐที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้ต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม เป็นต้น

2.3 แนวความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

ความรับผิดชอบของรัฐในทางประวัติศาสตร์ รัฐเป็นเพียงผู้ปกครองมีหน้าที่ในการป้องกันภัยจากภายนอกและรักษาความสงบภายใน รัฐจึงมีฐานะอยู่เหนือเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครองเสมือนเป็นพระเจ้า หากรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทำอะไรผิดก็มีอาจลงโทษได้ ผู้ถูกปกครองจึงมีฐานะเสมือนวัตถุในทางปกครอง เมื่อมนุษย์มีความเจริญก้าวหน้าแนวคิดทางการปกครองและบทบาทของรัฐเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ความรับผิดชอบของรัฐจึงเกิดขึ้นและขยายเพิ่มขึ้นในเวลาต่อมา

2.3.1 หลักความรับผิดทางละเมิด

รัฐมีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อสนองความต้องการของความต้องการของประชาชนส่วนรวม ไม่ว่าจะเป็นบริการสาธารณะทางปกครอง ซึ่งปกติเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองอยู่แล้ว ได้แก่ กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ และการคลังหรือบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม รวมทั้ง บริการสาธารณะทางสังคมและวัฒนธรรม⁹¹ ซึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ด้วยเหตุนี้ ควรศึกษาถึงแนวความคิดเกี่ยวกับหลักความรับผิดทางละเมิด (Responsabilité Pour Faute) ซึ่งสามารถแบ่งพิจารณาได้ ดังนี้

2.3.1.1 ทฤษฎีรับภัย (Théorie du Risque)

ทฤษฎีนี้มีกำเนิดเมื่อราวปลายศตวรรษที่ 19 เนื่องจากในสมัยนั้นความคิดเห็นของมนุษย์ได้เปลี่ยนแปลงไป⁹² และเป็นทฤษฎีที่เห็นว่า หลักเกณฑ์แห่งความรับผิดทางละเมิดนั้น ไม่จำเป็นที่ผู้ละเมิดจะต้องกระทำความผิดด้วย เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นและรู้ว่าผู้ใดเป็นผู้ทำหรือผู้ก่อแล้ว ก็ควรถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ทำละเมิดไม่ว่าการกระทำที่ก่อความเสียหายนั้นจะผิดหรือถูก เพราะถือว่ามนุษย์เราเมื่อได้กระทำการใด ๆ ขึ้นแล้วย่อมเป็นการเสี่ยงภัยอย่างหนึ่ง คือ อาจมีผลดีหรือร้ายก็ได้ ผู้ทำก็ต้องรับความเสียหายนั้น ความเสียหายต้องเป็นภัยไปกับเขา จึงได้ชื่อของความคิดนี้ว่า ทฤษฎีรับภัย (Théorie du Risque) หรือทฤษฎีรับภัยที่สร้างขึ้น (Théorie du Risqué Créé)

⁹¹ ชาลส์ แซงส์ค็ี. (2552). คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 15). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 75-78.

⁹² จี๊ด เศรษฐบุตร. (2556). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 105.

ทฤษฎีนี้มีพื้นฐานมาจากการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกทำให้เสียหาย ทั้งในส่วนสิทธิทางอาญาและสิทธิทางแพ่ง ความเสียหายที่เกิดขึ้นย่อมจะต้องมีผู้ชดใช้ความเสียหาย หนึ่ง แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งเป็นแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดของบุคคลในยุคแรก ๆ จึงไม่พิจารณาถึงความนึกคิดภายในจิตใจของผู้กระทำ หรือการขาดความระมัดระวังในการกระทำของผู้กระทำ ความสำคัญของแนวความคิดนี้มีอยู่แต่เพียงว่า เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว และสามารถที่จะทราบตัวผู้ก่อความเสียหาย ผู้นั้นก็ควรรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนก่อขึ้นทั้งสิ้น⁹³

เหตุผลที่ทฤษฎีรับภัยอ้างว่าไม่ควรให้มีหลักเกณฑ์ความผิดในเรื่องความรับผิดทางละเมิด นั้น มี 2 ประการ คือ

1. เหตุผลทางกฎหมาย ผลแห่งความรับผิดทางละเมิด คือ ถูกบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ไม่ใช่ถูกลงโทษอย่างผลความรับผิดทางอาญา ฉะนั้น กฎเกณฑ์ละเมิดก็ควรจะให้เข้ารอยกับผลของละเมิดเหมือนกัน คือ ไม่จำเป็นต้องมีความผิด

2. เหตุผลทางพฤติการณ์ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น หากจะให้ผู้เสียหายรับภัยที่ตนไม่ได้ก่อคงเป็นการไม่ยุติธรรม เพราะความเสียหายจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็แล้วแต่การกระทำของผู้อื่น ผู้เสียหายไม่มีอำนาจกีดกันความเสียหายนั้น ได้เลย ดังนั้น การที่ถือหลักความผิดในเรื่องละเมิดนั้นเท่ากับให้ผู้ที่อยู่เฉย ๆ (Passif) ได้รับเคราะห์ แต่หากถือตามทฤษฎีรับภัย คือ ให้ผู้ก่อภัยรับภัยเองจึงจะเป็นการยุติธรรม⁹⁴

2.3.1.2 ทฤษฎีความผิด (Fault Theory)

ทฤษฎีความผิด (Fault Theory) หรือความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability Based on Fault) เป็นแนวคิดที่ได้รับการพัฒนาต่อมาจากทฤษฎีความรับผิดเพื่อความเสียหาย โดยสำนักกฎหมายธรรมชาติเห็นว่าสิทธิเสรีภาพในความเป็นตัวตนของมนุษย์รวมถึงทรัพย์สินควรได้รับการยอมรับ ดังนั้น ในการล่วงละเมิดต่อสิทธิของบุคคลควรจะได้รับการพิสูจน์อย่างเป็นธรรม ผู้ที่ได้รับการกล่าวหาว่าเป็นผู้ก่อความเสียหาย จะต้องเป็นผู้ที่ถูกพิสูจน์แล้วว่าเป็นผู้มีความผิด (Fault)

ปลายศตวรรษที่ 19 แนวทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดในละเมิดชัดเจนมากขึ้นว่าจะต้องมีความผิดจึงจะมีความรับผิดได้ (No Liability Without Fault) เชื่อกันว่าเป็นแนวคิดซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบการค้าเสรี และการปฏิวัติอุตสาหกรรมในยุโรป ทฤษฎีความผิดนี้เชื่อว่าจะช่วยทำให้เกิด

⁹³ ศิริชัย วิชชุวัชรกร. (2555). ปัญหามาตรการบังคับทางปกครองในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 9.

⁹⁴ จี๊ด เศรษฐบุตร. (2550). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 105-108.

ความกล้าเสี่ยงต่อการดำเนินกิจการต่าง ๆ มากขึ้น เพราะทฤษฎีรับภัยเป็นการขีดขวางต่อความเจริญทางอุตสาหกรรม⁹⁵

2.3.1.3 ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability)

ความคิดที่ว่าความรับผิดทางละเมิดอยู่บนพื้นฐานของความผิด ได้ยึดถือกันเรื่อยมาจนถึงปลายศตวรรษที่ 18 และต้นศตวรรษที่ 19 เมื่อเกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรมขึ้น คนงานในโรงงานอุตสาหกรรมต้องได้รับบาดเจ็บอยู่เสมอจากการทำงานของเครื่องจักรกล ยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล ความเสียหายจากการบริโภคสินค้าและบริการ ก็ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นในสังคมเสมอ ถ้ายึดถือแนวความคิดที่ว่า ผู้เสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ก็ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีความผิด คดีเหล่านี้ส่วนใหญ่แล้วผู้เสียหายก็จะไม่ได้รับการเยียวยา

ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาดยังมีอยู่บ้าง เช่น ฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจหรือเจ้าของกิจการที่เป็นอันตราย อ้างว่าการโยนภาระความรับผิดตามทฤษฎีนี้ทำให้อุตสาหกรรมหยุดชะงักและต้นทุนการผลิตสูงเพราะต้องผลิตให้มีคุณภาพระดับที่ปลอดภัยอย่างไม่มีข้อบกพร่องแม้แต่ 1% และในที่สุดย่อมกระทบกระเทือนถึงผู้บริโภค เพราะผู้ผลิตย่อมผลักภาระนี้ไปที่ราคาสินค้า

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาดก็ยังเป็นที่ยอมรับว่าความจำเป็นที่จะต้องให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นในชีวิตปัจจุบันนี้ เพราะเป็นเรื่องยากแก่การพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ถ้าผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อเกี่ยวกับการผลิตหรือการใช้สินค้าซึ่งมีความสลับซับซ้อนมาก คงไม่มีผู้เสียหายรายใดได้รับการชดเชย

ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) เป็นแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ก่อความเสียหายโดยไม่ต้องพิจารณาถึงเจตนาภายในจิตใจของผู้กระทำแต่อย่างใด คงแต่พิจารณาเพียงว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นผลจากการกระทำของผู้ก่อความเสียหาย เท่านั้น ดังนั้น การพิสูจน์เจตนาภายในจิตใจที่แสดงออกมาในรูปของการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อจึงไม่นำมาใช้ในกรณีของความรับผิดเด็ดขาด

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ทฤษฎีความรับผิดในทางละเมิดเริ่มจากความรับผิดเมื่อมีความเสียหายตามทฤษฎีรับภัย (Théorie du Risque) ไปสู่ความรับผิดเพราะมีความผิด (Fault Theory) และเมื่อสภาพความเป็นอยู่ของมนุษย์เปลี่ยนแปลงไป หลักความรับผิดเมื่อมีความผิดจึงขาดความเหมาะสม ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดก็กลับไปสู่หลักที่ถือว่าเมื่อมีความเสียหายย่อมต้องมีความรับผิด

⁹⁵ สุขุม สุภนิติย์. (2553). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 7-8.

แต่เรียกชื่อใหม่ว่า ความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) หลักความรับผิดเด็ดขาดนี้มีส่วนช่วยให้ผู้เสียหายได้รับการชดใช้เยียวยาโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิด ซึ่งใช้ในการละเมิดที่เกิดจากกิจกรรมอันตรายและการบริโภคสินค้าและบริการ⁹⁶

2.3.2 หลักความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิด (Responsabilité Sans Faute)

ความรับผิดโดยปราศจากความผิดหรือความรับผิดเด็ดขาด หมายความว่า ความรับผิดของบุคคลที่จะต้องชดใช้ความเสียหายในการกระทำของตนที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น แม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ใช่ความผิดหรือไม่ได้เจตนาหรือประมาทเลินเล่อ กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดหรือไม่ ถ้าได้การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นก็ต้องรับผิด ฉะนั้นความรับผิดเด็ดขาดหรือความรับผิดโดยปราศจากความผิด โจทก์หรือผู้ฟ้องคดีเพียงแต่พิสูจน์ว่าตนได้รับความเสียหายตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของบุคคลนั้น เมื่อพิสูจน์ความเสียหายตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว จำเลยก็จะรับผิดชดใช้ความเสียหาย จะพิสูจน์ตนเองไม่ผิดไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายจะกำหนดให้พิสูจน์ความผิดเฉพาะเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดกรณีเรียกว่า ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย (présomption légale de faute)⁹⁷

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย บัญญัติความผิดเด็ดขาดหรือความรับผิดโดยปราศจากความผิด เช่น ความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์หรือวัตถุสิ่งของ ได้แก่ ความรับผิดในการกระทำของสัตว์ มาตรา 433⁹⁸ ความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง มาตรา 436 ความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสิ่งตกหล่น มาตรา 436⁹⁹ ความรับผิดอันเกิดจากยานพาหนะ มาตรา 437¹⁰⁰ ความรับผิดอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น มาตรา 425 และ มาตรา 427

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 8-9.

⁹⁷ ไพจิตร ปุญญพันธ์. (2538). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 3.

⁹⁸ มาตรา 433 ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นเพราะสัตว์ ท่านว่าเจ้าของสัตว์หรือบุคคลผู้รับเลี้ยงรักษาไว้แทนเจ้าของ จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ฝ่ายที่ต้องเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่สัตว์นั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควรแก่การเลี้ยงการรักษาดูแลตามชนิดและวัยของสัตว์หรือตามพฤติการณ์อย่างอื่นหรือพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนั้นย่อมจะต้องเกิดขึ้นทั้งที่ได้ใช้ความระมัดระวังถึงเพียงนั้น

อนึ่ง บุคคลผู้ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นจะใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาแก่บุคคลผู้ที่เร้าหรือยั่วสัตว์นั้น โดยละเมิด หรือเอาแก่เจ้าของสัตว์อื่นอันมาเร้าหรือยั่วสัตว์นั้น ๆ ก็ได้

⁹⁹ มาตรา 436 บุคคลผู้อยู่ในโรงเรือนต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหาย อันเกิดเพราะของตกหล่นจากโรงเรือนนั้น หรือเพราะทิ้งขว้างของ ไปตกในที่อันมิควร

ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันโดยทั่วไปแล้วตั้งอยู่บนรากฐานทางความคิดที่สำคัญสองฐานความคิด ประการแรกเป็นความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำของข้าราชการในตำแหน่งซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ประการที่สองเป็นความรับผิดชอบชดเชยค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ปัจเจกชนที่ได้รับ ความเสียหายอันเนื่องมาจากการที่จะต้องอุทิศประโยชน์ของตนเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public interest) ความรับผิดชอบที่กล่าวมานี้จะเป็นความรับผิดชอบตามหลักกฎหมายมหาชน ก็ต่อเมื่อรัฐได้กระทำการในแดนของกฎหมายมหาชนเท่านั้น หากรัฐกระทำการในระบบกฎหมายเอกชน รัฐย่อมต้องรับผิดชอบตามหลักเกณฑ์เดียวกับเอกชนทั่วไป

ความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐตามกฎหมายปกครองจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อองค์กรเข้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำนั้นเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ โดยข้าราชการได้ละเมิดหน้าที่ตามตำแหน่งที่ได้รับการกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลที่สาม และข้าราชการผู้นั้นกระทำละเมิดด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และการกระทำดังกล่าวเป็นสาเหตุก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น อย่างไรก็ดีตามรัฐจะเข้ามารับผิดแทนข้าราชการของตนในกรณีที่มีการละเมิดเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อ ก็ต่อเมื่อบุคคลผู้ได้รับความเสียหายไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากบุคคลอื่นใดได้ทั้งนี้ตามมาตรา 839 (1) และ (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

สำหรับความรับผิดชอบของรัฐอันเนื่องมาจากการที่ปัจเจกชนได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการที่ต้องสละประโยชน์ส่วนตนเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การถูกเวนคืน (Expropriate) นั้นจะเป็นกรณีที่รัฐรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะกรณีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยทั่วไปแล้วเป็นเรื่องที่รัฐต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบทางละเมิด อย่างไรก็ตามศาลเยอรมัน ได้ขยายหลักความรับผิดชอบของรัฐในกรณีนี้ไปยังการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย นอกจากความรับผิดชอบสำหรับการกระทำละเมิดและความรับผิดชอบชดเชยค่าทดแทนความเสียหายแก่ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการกระทำของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ระบบกฎหมายเยอรมันยังยอมรับให้ปัจเจกชนมีสิทธิเรียกร้องให้รับปฏิบัติการขจัดความเสียหายที่เกิดแก่ตน สิทธิเรียกร้องกรณีนี้ต่างจากความรับผิดชอบที่ได้กล่าวมาตรงที่ปัจเจกชนไม่ได้มุ่งเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนหรือค่าทดแทนความเสียหาย แต่เรียกร้องให้รัฐกระทำการหรืองดเว้นการการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้สิทธิของตนซึ่งได้รับผลกระทบจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับฟื้นคืนดี

¹⁰⁰ มาตรา 437 บุคคลใดครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะ อย่างไรก็ดี อันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบ เพื่อการเสียหายอันเกิดแต่ยานพาหนะนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัยหรือเกิดเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหาย นั้นเอง

ความข้อนี้ให้ใช้บังคับได้ ตลอดถึงผู้มีไว้ในครอบครองของตนซึ่ง ทรัพย์สินเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพ หรือโดยความมุ่งหมายที่จะใช้ หรือโดยอาการกลไกของทรัพย์สินนั้นด้วย

ในระบบกฎหมายเยอรมันยังมีการอภิปรายกันถึงความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนอีกด้วยว่าจะมีได้หรือไม่ ความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชน หมายถึง ความรับผิดชอบของรัฐในการชดเชยค่าเสียหายสำหรับความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากสถานการณ์อันตรายเป็นพิเศษที่ฝ่ายปกครองได้ก่อให้เกิดขึ้น Ernst Forsthoff ซึ่งเป็นผู้เปิดประเด็นดังกล่าวขึ้นในช่วง ค.ศ. 1950 ถึง 1960 เห็นว่าความรับผิดชอบดังกล่าวมีได้ เช่น กรณีที่ตำรวจติดตามจับกุมคนร้ายและเกิดการยิงต่อสู้กัน กระสุนปืนของเจ้าหน้าที่ตำรวจพลาดไปถูกบุคคลที่สามซึ่งเข้ามาในบริเวณที่มีการยิงต่อสู้กัน โดยบังเอิญ เหตุผลที่ Forsthoff เรียกร้องให้ยอมรับข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนก็เนื่องจากสำหรับ Forsthoff กรณีที่กล่าวมานี้เป็นกรณีที่บุคคลที่สามผู้เสียหายไม่อาจเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบได้ไม่ว่าจะโดยอาศัยหลักเรื่องการเวนคืน หรือหลักการลวงล้ำสิทธิอื่นใดที่ทำให้เกิดความเสียหายเป็นพิเศษ เนื่องจากการเวนคืนหรือการลวงล้ำสิทธิอื่นใดที่ทำให้เกิดความเสียหายเป็นพิเศษจะต้องเป็นกรณีที่รัฐมุ่งประสงค์ตั้งใจเช่นนั้นซึ่งกรณีตามตัวอย่างนี้ไม่ใช่กรณีที่ตำรวจตั้งใจจะยิงบุคคลที่สาม กรณีนี้เป็นกรณีที่ Forsthoff เห็นว่ามีช่องว่างเกิดขึ้นในระบบความรับผิดชอบของรัฐ และต้องการอุดช่องว่างดังกล่าวโดยอาศัยข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดอย่างไรก็ตามหากพิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลในช่วงเวลาต่อมาแล้วจะเห็นได้ว่าศาลเยอรมันไม่ได้ใช้หลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดของรัฐตามกฎหมายมหาชนตามที่ Forsthoff เสนอโดยพิพากษาให้รัฐรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสถานการณ์อันตรายเป็นพิเศษซึ่งเป็นผลมาจากการใช้อำนาจมหาชน แต่ได้สร้างข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบสำหรับการกระทำเสมือนการเวนคืนและขยายความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิทธิอื่นใดที่ไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สินเป็นพิเศษออกไปให้ครอบคลุมถึงการกระทำของรัฐที่ไม่ได้เกิดขึ้นโดยประสงค์ตั้งใจด้วย เช่น กรณีที่สัญญาณไฟจราจรบริเวณสี่แยกซึ่งเป็นสัญญาณไฟอัตโนมัติเกิดบกพร่องและแสดงสัญญาณไฟเขียวทุกด้านทำให้รถยนต์ที่แล่นมาชนกันกลางสี่แยก เช่นนี้รัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้ขับขี่รถยนต์นั้น เพราะกรณีนี้เป็นกรณีที่รัฐลวงล้ำสิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใด เช่น สิทธิในร่างกาย และทำให้เกิดความเสียหายขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแม้จะไม่ประสงค์ตั้งใจก็ตาม ทั้งนี้ตามหลักความรับผิดชอบสำหรับการกระทำเสมือนการเวนคืน และตามหลักความรับผิดชอบสำหรับการกระทำเสมือนการลวงล้ำสิทธิอื่นใดที่ทำให้ผู้ทรงสิทธิเสียหายเป็นพิเศษ โดยการสร้างสถาบันความรับผิดชอบขึ้นมาจากหลักการเวนคืนและการลวงล้ำสิทธิอื่นใดที่ทำให้ผู้ทรงสิทธิเสียหายเป็นพิเศษเช่นนี้ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องสร้างหลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาด¹⁰¹ ตามกฎหมายมหาชนขึ้นอีกครั้งที่ Forsthoff เสนอ

¹⁰¹ หลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาด เป็นหลักกฎหมายที่พัฒนามาจากหลักความรับผิดชอบในเรื่องละเมิด กล่าวคือโดยปกติผู้ที่มีความรับผิดชอบโดยละเมิดต้องมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อและเกิดความเสียหายแก่

ในปัจจุบันนี้เราอาจกล่าวได้ว่าความรับผิดโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะทั่วไป ยังไม่มีในระบบกฎหมายเยอรมัน มีแต่ความรับผิดโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้รัฐต้องชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการก่อ สถานการณ์อันตรายพิเศษขึ้น เช่น ความรับผิดชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก เครื่องบินทหาร ความรับผิดบางส่วนของมลรัฐและสหพันธ์สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก โรงงานปฏิกรณ์ปรมาณู รวมตลอดถึงความรับผิดชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการบังคับใช้มาตรการ ทางอาญาโดยไม่ถูกต้อง เช่น ความเสียหายที่เกิดจากการพิพากษาลงโทษหรือจับกุม คุ่มขังบุคคลที่ ไม่มีความผิด เป็นต้น จะเห็นได้ว่า ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดของประเทศเยอรมัน มีเพียงข้อเสนอของนักนิติศาสตร์เท่านั้น แต่ในระบบศาลปกครองเยอรมันยังไม่เป็นที่ยอมรับ

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส ความรับผิดชอบ (La Responsabilité) หมายถึง กรณีที่บุคคล หนึ่งที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือที่เป็นรัฐ มีหน้าที่หรือความผูกมัดที่ต้องชดใช้หรือแก้ไขเยียวยาสิ่งที่ตน ได้ทำขึ้นเพื่อแสดงออกถึงความรับผิดชอบ คำว่าความรับผิดชอบจึงมีความหมายกว้างกว่าคำว่า ความรับผิดซึ่งเป็นกรณีที่มีการกระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้น ความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ไม่ คำนี้ถึงถึงการกระทำที่เป็นความผิดใด ๆ จึงเรียกว่า ความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด (Responsabilité Sans Faute)

ความรับผิดโดยปราศจากความผิดของฝ่ายปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐ ประเทศฝรั่งเศสได้พัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐ โดยแบ่งออกเป็น “ความรับผิด ของรัฐโดยมีการกระทำความผิด” (La responsabilité pour faute) อันเกิดจากการจัดทำบริการ สาธารณะของรัฐให้แก่ประชาชนซึ่งมีหลักเกณฑ์ความรับผิดหลักการการพิสูจน์ความผิด เช่นเดียวกับหลักกฎหมายแพ่งว่าความผิดรับผิดทางละเมิด และ “ความรับผิดของรัฐโดยปราศจาก การกระทำความผิด” (La responsabilité sans faute) ซึ่งเป็นความรับผิดที่มีทฤษฎีความรับผิด โดยเฉพาะ แยกต่างหากจากความรับผิดโดยเด็ดขาดตามหลักกฎหมายแพ่ง และมีขอบเขตเงื่อนไข ความรับผิดที่ค่อนข้างเคร่งครัด

สภาแห่งรัฐได้เริ่มวางหลัก “ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากการกระทำความผิด” (La responsabilité sans faute) ค.ศ. 1895 ในคดี C.E, 21 juin 1895, CAMES เกี่ยวกับเรื่องความรับผิด ของรัฐในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นมิได้เกิดจากความผิดของผู้ใดเลย กล่าวคือ ผู้เสียหายไม่ได้ มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายนั้นขึ้น ขณะเดียวกันความเสียหายก็ไม่ได้เกิดจากความบกพร่องของ หน่วยงาน ซึ่งตามหลักกฎหมายแพ่งนั้น ผู้เสียหายไม่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงาน

ผู้อื่น ในคดีละเมิดผู้เสียหายจึงมีภาระการพิสูจน์ ดังนี้ 1. มีการกระทำหรือละเว้นการกระทำของผู้ละเมิด 2. ผู้ละเมิด ใจหรือประมาทเลินเล่อ 3. ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล 4. ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำนั้น

แต่เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากบริการสาธารณะ หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นหลักกฎหมายแพ่ง ดังนั้น เมื่อความเสียหายดังกล่าวเกิดจากกิจกรรมหนึ่งในการป้องกันประเทศ ตุลาการผู้แถลงคดีโรมิเออ (Romieu) จึงเสนอว่า “เป็นหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองที่จะพิจารณาคดีโดยใช้จิตสำนึกของศาลที่สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่มีต่อกันระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ในการดำเนินบริการสาธารณะ โดยเฉพาะรัฐจำเป็นต้องเป็นหลักประกันในแก่เจ้าหน้าที่ของตนต่อความเสียหายที่บุคคลนั้นอาจได้รับจากการปฏิบัติหน้าที่ ดังนั้น หากอุบัติเหตุเกิดขึ้นในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่โดยที่เจ้าหน้าที่ไม่มีความผิด หน่วยงานจำเป็นต้องรับผิดชอบและชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหน้าที่ดังกล่าว”

ความรับผิดชอบ โดยปราศจากความผิด (Responsabilité Sans Faute) มีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องดังนี้

2.3.2.1 ทฤษฎีความเสียหาย

ทฤษฎีนี้ถือว่ากิจกรรมทุกอย่างส่วนก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับทั้งตัวบุคคลภายนอกและทั้งผู้กระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเอง การกำหนดให้ผู้กระทำการนั้น ต้องรับผิดชอบเสียหายให้แก่บุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหายจากการกระทำนั้นจึงเป็นธรรมแล้ว เพราะผู้นั้นได้สร้างความเสียหายขึ้นเพื่อประโยชน์ของตนเอง เมื่อตนเองได้รับประโยชน์จากการกระทำนั้น จึงสมควรที่จะต้องรับผิดชอบต่อผลร้ายทั้งปวงที่อาจจะเกิดจากการกระทำอันเดียวกันนั้น ความรับผิดชอบตามหลักความเสียหาย แยกได้เป็น 2 ประเภท คือ ความเสียหายที่เกิดจากการดำเนินการที่เป็นอันตรายและเสียหายจากการช่วยดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ¹⁰²

2.3.2.2 ทฤษฎีการสูญเสียความเสมอภาคของพลเมืองต่อการรับภาระสาธารณะ

หลักความเสมอภาคของพลเมืองต่อการรับภาระสาธารณะเป็นหลักย่อยของหลักว่าด้วยความเสมอภาค ซึ่งมีการนำหลักนี้มาใช้ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นโดยมิได้เกิดจากการกระทำของรัฐ ถือว่าจะเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นหากบุคคลหนึ่งจะต้องเป็นผู้ได้รับความเสียหายเพียงคนเดียวจากการกระทำที่ทำเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม จึงมีหลักการหนึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศส คือ หากปราศจากกฎหมายบัญญัติเป็นอย่างอื่น โดยเฉพาะเจาะจงแล้ว จะต้องแบ่งความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายทั้งปวงที่เกิดจากการดำเนินงานของรัฐในระหว่างประชาชนทุกคนในรัฐโดยเท่าเทียมกัน หากเอกชนคนใดคนหนึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐ ก็จะต้องมีได้มีการแบ่งค่าใช้จ่ายของรัฐโดยเท่าเทียมกัน เพราะเอกชนผู้ได้รับความเสียหายนั้นต้องแบกรับภาระที่เกิดจากการกระทำของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ

¹⁰² ชาญชัย แสงวงศ์. (2554). คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 353.

แต่เพียงผู้เดียว โดยที่ประชาชนอื่นในรัฐได้ประโยชน์จากการกระทำนั้นแต่มีต้องรับภาระใด ๆ ที่เกิดขึ้น ดังนั้น จึงได้มีความคิดให้รัฐต้องรับผิดชอบแม้ว่าความเสียหายที่เกิดแก่เอกชนนั้นจะมีได้ เป็นความผิดของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อที่จะให้มีการกระจายภาระที่เกิดขึ้นจากการให้บริการสาธารณะใน ระหว่างประชาชนทุกคน โดยเท่าเทียมกัน ซึ่งการกระจายภาระนี้จะกระทำโดยผ่านระบบการเก็บ ภาษีอากรที่ประชาชนทุกคนมีหน้าที่จะต้องเสียภาษีให้แก่รัฐ

2.3.2.3 ทฤษฎีการช่วยเหลือเกื้อกูลกันในชาติ

ทฤษฎีนี้มีการกล่าวไว้ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1946 และได้บัญญัติรับรองไว้ใน รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 โดยการบัญญัติให้ชาวฝรั่งเศสมีความร่วมมือช่วยเหลือซึ่งกันและกันเมื่อ ประสบภัยพิบัติของประเทศ ทฤษฎีนี้เกิดจากความต้องการให้มีการช่วยเหลือประชาชนที่ได้รับ ความเดือดร้อนเสียหาย โดยมีการตรากฎหมายหลายฉบับเพื่อเยียวยาความเสียหายให้กับประชาชน เช่น การชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการชุมนุมหรือการจลาจล¹⁰³

¹⁰³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 354-355.