

## บทที่ 2

### แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในต่างประเทศ

ความขัดแย้งเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ในการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ไม่ว่าจะเป็นสังคมของชนชาติใด หรือนับถือศาสนาใด เมื่อเกิดความขัดแย้งขึ้นความขัดแย้งนั้นก็อาจกระทบถึงเศรษฐกิจและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมโดยรวมได้<sup>1</sup> เพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและเพื่อให้คนในสังคมอยู่ร่วมกันได้อย่างสันติไม่ว่าความขัดแย้งนั้นจะทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้รับความเสียหายหรือไม่ การยุติเหตุที่ทำให้เกิดความขัดแย้งหรือการระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution) จึงเป็นสิ่งสำคัญ ปัจจุบันแม้ว่ารัฐจะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการควบคุมความประพฤติและข้อพิพาทของคนในสังคม โดยมีกระบวนการยุติธรรม (Justice) อันประกอบด้วยองค์กรของรัฐ เป็นกลไกในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย โดยการระงับข้อพิพาททางแพ่ง หรือข้อพิพาททางอาญานั้น อาจทำได้หลากหลายรูปแบบ เช่น การเจรจาต่อรองกันระหว่างคู่พิพาท การเจรจาไกล่เกลี่ยโดยคนกลาง การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาททางแพ่ง หรือแม้กระทั่งการนำข้อพิพาทมาฟ้องเป็นคดีต่อศาล โดยมีผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดตัดสินคดี<sup>2</sup> แต่การดำเนินกระบวนการยุติธรรมโดยองค์กรต่าง ๆ มีกฎเกณฑ์ขั้นตอนที่จะต้องปฏิบัติไปตามตัวบทกฎหมาย ซึ่งมีรายละเอียดขั้นตอนวิธีการที่ซับซ้อน ต้องใช้เวลาในการดำเนินการที่ยาวนานและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก โดยที่ท้ายที่สุดการป้องกันและแก้ไขปัญหาข้อพิพาทในสังคมก็ไม่ได้ลุล่วงไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย อีกทั้งบางกรณีการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของคู่กรณีกลับสร้างความขัดแย้งให้เกิดขึ้นมากขึ้น ดังนั้น จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องพยายาม

<sup>1</sup> ประเสริฐ สะหว่างดี. (2552). *กระบวนการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาททางอาญา: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีการไกล่เกลี่ยข้อขัดแย้งชั้นบ้านของ สปป. ลาว กับการประนอมข้อพิพาททางอาญาในระดับหมู่บ้านของประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 7.

<sup>2</sup> สุนีย์ มัลลิกะมาลย์. (2540). *แนวทางใหม่ในการระงับข้อพิพาทสิ่งแวดล้อม*. *วารสารกฎหมาย*, 17 (1). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 66.

แสวงหาเครื่องมือและกลไกขึ้นมาเพื่อใช้ระงับข้อพิพาทให้สอดคล้องกับความต้องการของสังคม ในปัจจุบันที่ต้องการความสะดวกรวดเร็วและเป็นธรรม บรรลุถึงวัตถุประสงค์ในอันที่จะคุ้มครอง สังคมให้มีความสงบและพัฒนาแนวทางเข้าหาประชาชนหรือคู่กรณี เพื่อหาแนวร่วมมาช่วย แก้ปัญหาอีกทางหนึ่ง โดยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมช่วยในกระบวนการยุติธรรมมากขึ้น<sup>3</sup>

อย่างไรก็ตาม ข้อพิพาททางปกครอง เป็นข้อพิพาทที่มีสาเหตุของความขัดแย้งมาจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง เพื่อสนองต่อการรักษาประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ เป็นสำคัญ แตกต่างจากข้อพิพาททางแพ่งซึ่งคู่พิพาทเป็นเอกชนที่มีสถานะเท่าเทียมกันตามกฎหมาย และกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางแพ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อการคุ้มครอง ผลประโยชน์ของปัจเจกชน (Individuals)<sup>4</sup> ดังนั้น การจะระงับข้อพิพาททางปกครองหรือการ ดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Administrative Justice) นอกจากจะต้องคำนึงถึง ความชอบด้วยบทบัญญัติของกฎหมาย และความประสงค์ที่แท้จริงของคู่กรณีแล้ว ยังต้องคำนึงถึง หลักกฎหมายมหาชนด้วย สารนิพนธ์นี้จึงได้ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีตามหลักกฎหมายมหาชน ที่สำคัญเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ดังต่อไปนี้

## 2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ปัจจุบันแม้ว่าจะยังไม่มีคำจำกัดความอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปของการระงับข้อพิพาท โดยวิธีการไกล่เกลี่ย หรือ Mediation แต่โดยทั่วไปแล้ว ก็เข้าใจกันว่าหมายถึงกระบวนการระงับ ข้อพิพาทที่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยบุคคลที่สามดังกล่าวไม่ได้ทำหน้าที่ในการตัดสิน ว่าคู่พิพาทฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูก<sup>5</sup> ในบางครั้ง คำว่า Mediation และ คำว่า Conciliation ได้ถูกนำมาใช้ ในลักษณะเป็นคำที่มีความหมายพ้องกัน (Synonym) กล่าวคือ Conciliation อาจจะหมายถึง การดำเนินการนำคู่พิพาทเข้ามาสู่การเจรจาตกลงกัน ซึ่งกระบวนการดังกล่าวนี้ในบางทีก็เรียกว่า Facilitation แต่นักวิชาการบางท่านก็ใช้ศัพท์ Conciliation ว่าหมายถึงกระบวนการระงับข้อพิพาท ที่บุคคลที่สามนั้น แม้จะไม่ได้ทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาท แต่ก็มีส่วนร่วมในการจัดทำข้อเสนอ

<sup>3</sup> กรมคุมประพฤติ กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม. (2545). *การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและ งานคุมประพฤติกับชุมชน*. กรุงเทพฯ: กระทรวงยุติธรรม. หน้า 1.

<sup>4</sup> เจตน์ สดาวรศิลป์. (2552). *กฎหมายปกครอง: ความหมายและขอบเขต? วารสารวิชาการศาลปกครอง, 9 (1)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 61.

<sup>5</sup> กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีบุคคลที่สามทำหน้าที่ตัดสินว่าฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูก ได้แก่ การดำเนินคดีในศาล และการอนุญาโตตุลาการ

(Proposal/Recommendation) หรือเสนอทางออกให้แก่คู่พิพาทเพื่อตกลงกัน ส่วน Mediation นั้น บุคคลที่สามหรือผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator) เป็นเพียงคนกลางที่ดำเนินกระบวนการให้คู่พิพาท ได้ตกลงกันเท่านั้น ไม่ได้จัดทำข้อเสนอแต่ประการใด ซึ่งแนวปฏิบัติในปัจจุบันโดยเฉพาะการไกล่เกลี่ย ในศาลยุติธรรมของไทยหรือการไกล่เกลี่ยนอกศาลสำหรับข้อพิพาททางแพ่งหรือข้อพิพาท ทางอาญา ไม่ได้เคร่งครัดกับการแยกแยะความแตกต่างนี้ บางครั้งจึงมีการใช้ คำว่า Mediation หรือ Conciliation สำหรับกระบวนการระงับข้อพิพาทที่บุคคลที่สามทำหน้าที่ตัดสินคดีโดยไม่ใช้กฎหมาย แต่เป็นการตัดสินคดีตามหลักความยุติธรรมและความสุจริต ที่เรียกว่า Ex Aequo et Bono หรือ Amiable Composition ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส<sup>6</sup> สำหรับสารนิพนธ์นี้ผู้เขียนจึงขอเรียก Mediation ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และเรียก Conciliation ว่า การประนอมข้อพิพาท

สำหรับข้อพิพาททางแพ่ง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) มี 2 ประเภท ได้แก่<sup>7</sup>

1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนมีการฟ้องร้องคดีต่อศาล หรือแม้จะฟ้องร้องต่อศาลแล้ว แต่คู่กรณีขอให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันเองโดยไม่ให้ดำเนินการ ในศาลก็ได้

2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณา ของศาล โดยศาลเป็นผู้ดำเนินการให้ ซึ่งหากคู่กรณีตกลงกันได้ก็จะมีการถอนฟ้อง หรือทำสัญญา ประนีประนอมยอมความ และศาลจะมีคำพิพากษาไปตามที่ตกลงกัน หรือหากตกลงกัน เพียงบางส่วนศาลก็จะสืบพยานในเฉพาะประเด็นที่ตกลงกันไม่ได้เท่านั้น

Cristian Bühring-Uhle ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ว่า ผู้ไกล่เกลี่ยอาจมีบทบาทอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังจะกล่าวต่อไปนี้ ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ แห่งข้อพิพาทแต่ละกรณี<sup>8</sup>

1) เป็นผู้จัดเวทีในการเจรจาให้กับคู่พิพาท (Forum for Discussion) กล่าวคือ เป็นผู้อำนวยความสะดวกและดูแลให้คู่พิพาทได้มีโอกาสพบปะและเจรจากันในเวทีที่เป็นกลาง เพื่อหาทางยุติ ข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท

2) เป็นผู้ดำเนินการประชุมเพื่อการปรึกษาหารือกัน (Moderator of Discussion) โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์พื้นฐานและขั้นตอนการเจรจาต่าง ๆ ที่จะใช้ในกระบวนการ

<sup>6</sup> อนันต์ จันทโรภากร. (2558). *ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 23-35.

<sup>7</sup> กองการต่างประเทศ สำนักงานศาลยุติธรรม. (2554). *การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ฉบับไทย-อังกฤษ Mediation: Thai-English*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 3.

<sup>8</sup> Cristian Bühring-Uhle. (1996). *Arbitration and Mediation in International Business*. PP.287-292.

ไกล่เกลี่ย เพื่อให้การเจรจาเป็นไปด้วยความมีระเบียบเรียบร้อยมากขึ้น อีกทั้งผู้ไกล่เกลี่ยยังเป็นผู้คอยดูแลรักษาสบรรยากาศที่อบอุ่นและเป็นมิตรให้แก่คู่พิพาท ซึ่งบรรยากาศดังกล่าวนั้นเอื้ออำนวยให้เกิดการเจรจาในลักษณะที่สร้างสรรค์มากขึ้น นอกจากนี้ หน้าที่ที่สำคัญที่สุดของการมีบทบาทเป็น Moderator ให้กับคู่พิพาท คือการทำให้เกิดความชัดเจนในข้อเท็จจริงประเด็นต่าง ๆ ที่จะต้องเจรจากัน พร้อมทั้งจัดลำดับประเด็นเหล่านั้นให้กับคู่พิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยจึงจำเป็นต้องดูแลไม่ให้คู่พิพาทก่อให้เกิดความสับสนหรือนอกประเด็นที่ต้องเจรจากัน และผู้ไกล่เกลี่ยยังสามารถที่จะก้าวล่วงเข้าไปในเนื้อหา หรือ Merits ของข้อพิพาท โดยการให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายแสดงทัศนะของตนเองออกมาเกี่ยวกับจุดแข็งและจุดอ่อนของข้ออ้างหรือข้อเถียงของแต่ละฝ่าย ผลประโยชน์ที่แต่ละฝ่ายเรียกร้อง และความชอบธรรมในข้อเรียกร้องต่าง ๆ ของแต่ละฝ่าย โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยยังสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงมุมมองของคู่พิพาท ที่มักจะมองแต่ภูมิหลังและอดีตความเป็นมาของข้อพิพาทเป็นหลัก ให้หันมามองไปข้างหน้ามองอนาคตของความสัมพันธ์อันดีของทั้งสองฝ่าย และหาทางออกในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นร่วมกัน แทนที่จะผูกติดอยู่กับเรื่องราวในอดีต

3) เป็นสื่อในการระบายออกของความรู้สึกทางอารมณ์และความกดดันของคู่พิพาท (Lightning Rod of Emotion) กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นช่องทางให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้ระบายออกซึ่งความรู้สึกทางอารมณ์ ความอัดอั้นตันใจหรือสิ่งที่ค้างคาใจภายใต้บรรยากาศที่มีการดูแลโดยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>9</sup>

4) เป็นช่องทางในการสื่อสาร หรือเป็นล้ามแปลความให้แก่ทั้งสองฝ่าย (Communication Channel or Translator) บทบาทที่สำคัญประการหนึ่งของผู้ไกล่เกลี่ย คือการเป็นสื่อกลางหรือช่องทางการประสานให้แก่ทั้งสองฝ่ายได้เข้าใจซึ่งกันและกัน โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยจึงอาจจะได้รับการร้องขอให้เป็นผู้ถ่ายทอดข้อมูลจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไปยังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งคู่พิพาทอาจจะกำหนดขอบเขตของข้อมูลหรือเงื่อนไขต่าง ๆ สำหรับผู้ไกล่เกลี่ยที่จะทำการเป็นผู้ถ่ายทอดข้อมูลเหล่านั้น การทำเช่นนี้เป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่คู่พิพาทว่าข้อมูลที่ตนเปิดเผยในขณะที่มีการประชุมแบบ Caucusing<sup>10</sup> นั้น จะไม่ถูกนำไปเปิดเผยกับอีกฝ่ายหนึ่งมากกว่า

<sup>9</sup> ชลาภรณ์ เจริญรัตน์. (2558). *ปัจจัยที่มีผลต่อความสำเร็จในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทชั้นบังคับคดี: กรณีศึกษา ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กรมบังคับคดี*. สารนิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 74.

<sup>10</sup> ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถที่จะประชุมกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งได้ การดำเนินกระบวนการเช่นนี้ เรียกว่า Caucusing ซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยจะกระทำภายหลังจากที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้รู้และเข้าใจข้ออ้างข้อเถียงของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายแล้ว ซึ่งการประชุมแบบ Caucusing นี้เป็นการเริ่มต้นของกระบวนการที่จะช่วยให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้มีโอกาสเจรจาเพื่อตกลงกันระงับข้อพิพาท

ที่ตนยินยอมไว้ ในการทำหน้าที่ตามบทบาทเป็นผู้ถ่ายทอดข้อมูลนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะมีวิธีการหรือ  
เลือกใช้ภาษาที่เหมาะสม (Rephrase) ได้ดีกว่าคู่พิพาทและแสดงให้เห็นว่าผู้ไกล่เกลี่ยมิได้ฝักใฝ่  
ในคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นพิเศษ

5) เป็นผู้เร่งปฏิกิริยาให้คู่พิพาทยุติข้อพิพาท (Catalyst) วัตถุประสงค์หลักของการไกล่เกลี่ย  
ข้อพิพาท คือการช่วยให้คู่พิพาทสามารถจัดทำข้อเสนอและบรรลุข้อตกลงเพื่อการยุติข้อพิพาทได้  
ด้วยตนเอง ดังนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงเป็นเสมือนหนึ่งตัวเร่งปฏิกิริยา (Catalyst) ในการกระตุ้น  
ให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายสามารถนำศักยภาพและความคิดสร้างสรรค์ของคู่พิพาทออกมาใช้  
ในการแก้ปัญหาาร่วมกันของทั้งสองฝ่าย

6) เป็นที่ปรึกษาแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย (Advisor) ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นที่พึ่งสำคัญของคู่พิพาท  
ทั้งสองฝ่ายในการให้ความเห็นเกี่ยวกับความคิด (Ideas) ข้อเสนอต่าง ๆ (Proposals) เพื่อการยุติ  
ข้อพิพาท หรือให้ภาพสะท้อน (Feedback) ต่าง ๆ ต่อคู่พิพาทเกี่ยวกับความชอบธรรมและ  
ความสมเหตุสมผลของข้อเรียกร้องของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย และในความเป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่  
คู่พิพาทได้พิพาทกันนั้น เนื่องจากการที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้ทำ Caucusing ทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถ  
มองเห็นภาพรวมของข้อพิพาทได้ดีกว่าคู่พิพาท โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะเข้าใจจุดยืน  
และผลประโยชน์อันแท้จริงของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายได้ สิ่งเหล่านี้ทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถมองเห็น  
ขอบเขตที่เป็นไปได้ที่จะนำไปสู่ความตกลงของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย (Zone of Possible Agreement:  
ZPO) แล้วชี้ให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้เห็นถึงความเป็นไปได้เหล่านั้น โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะต้อง  
พิจารณาว่ามีทางเลือก (Options) ใดบ้างที่เป็นไปได้สำหรับคู่พิพาทแต่ละฝ่าย และวิเคราะห์ว่า  
ทางเลือกแต่ละอย่างนั้นก่อให้เกิดผลดีและผลเสียอะไรบ้างแก่คู่พิพาทฝ่ายนั้น ๆ และวิเคราะห์ว่า  
ข้อตกลงเพื่อยุติข้อพิพาทในลักษณะใดที่จะเอื้อประโยชน์แก่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้มากกว่าที่จะ  
ไม่ตกลงกันเลย แต่ผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่มีอำนาจตัดสินใจชี้ขาดข้อพิพาท<sup>11</sup>

7) เป็นผู้สะท้อนภาพความเป็นจริงให้แก่คู่พิพาท (Agent of Reality) เนื่องจากผู้ไกล่เกลี่ย  
เป็นบุคคลภายนอกข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยจึงมีมุมมองที่กว้างกว่าคู่พิพาท โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ย  
อยู่ในสถานะที่จะสอบถามคู่พิพาทเกี่ยวกับสมมติฐาน มุมมอง และการตัดสินใจของคู่พิพาท

<sup>11</sup> ประพาพรัตน์ สุขดิษฐ์. (2561). *การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีแพ่งของศาลยุติธรรม: ศึกษาเปรียบเทียบ  
กฎหมายไทยและสิงคโปร์ The Mediation in Civil case of the Court of Justice: A comparative study of Thai  
Law and Singapore Law*. เอกสารประกอบการประชุมวิชาการสาขานิติศาสตร์ระดับชาติ ครั้งที่ 1 หัวข้อ “ระบบ  
กฎหมายไทย: ปฏิรูป/เปลี่ยนแปลงผ่าน/ปฏิสังขรณ์” วันที่ 8 มิถุนายน 2561 โรงแรมแคนทารี ฮิลล์ จังหวัดเชียงใหม่.  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. หน้า 333. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>.  
[2561, 1 สิงหาคม].

แต่ละฝ่าย ซึ่งคู่พิพาทอาจจะเรียกร้องเกินกว่าสภาพความเป็นจริง ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถหยิบยกภาพดังกล่าวขึ้นให้คู่พิพาทพิจารณาได้ว่าคู่พิพาทได้เรียกร้องเกินไปจากสภาพความเป็นจริง

8) เป็นหน้าไฟให้แก่คู่พิพาท (Scapegoat) จิตวิทยาประการหนึ่งของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คือการรักษาหน้าให้แก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย บางครั้งคู่พิพาทอาจจะรู้สึกเสียหน้าที่ที่จะต้องยอมลดราวาศอกให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือในกรณีที่คู่พิพาทเป็นนิติบุคคล ตัวแทนของนิติบุคคลที่เข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจจะไม่ประสงค์ให้นายจ้างของตนมองว่าตนยอมอ่อนข้อให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง

9) เป็นผู้ยกร่างความตกลงให้แก่คู่พิพาท (Draftsman) เมื่อคู่พิพาทสามารถตกลงกันเพื่อยุติข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยอาจเป็นผู้ทำการยกร่างความตกลงดังกล่าวให้แก่คู่พิพาท เนื่องจากในการยกร่างความตกลงนั้นคู่พิพาทอาจกังวลว่า ถ้าปล่อยให้ฝ่ายหนึ่งยกร่างก็อาจมีการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายซ่อนเร้นและทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกัน หรือในกรณีที่คู่พิพาทมีทนายความเป็นผู้ยกร่างความตกลง ผู้ไกล่เกลี่ยจะดูแลว่าข้อความต่าง ๆ ที่ใช้ในข้อตกลงนั้นถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของคู่พิพาททั้งหมดหรือไม่

10) ติดตามว่ามีการปฏิบัติตามข้อตกลงหรือไม่ (Compliance Monitor) บางกรณีแม้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะสามารถบรรลุข้อตกลงกันได้แล้วก็ตาม คู่พิพาทก็อาจจะร้องขอให้ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้ติดตามว่าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามข้อตกลงได้ถูกต้องครบถ้วนแล้วหรือไม่

ส่วนขั้นตอนในการไกล่เกลี่ย อาจแบ่งได้ตามลำดับเวลา ซึ่งแบ่งเป็น 3 ขั้นตอน<sup>12</sup>

1) ก่อนการไกล่เกลี่ย ประกอบด้วย การวิเคราะห์ความขัดแย้ง การออกแบบการไกล่เกลี่ย และการสร้างความไว้วางใจ

การวิเคราะห์ความขัดแย้ง ก่อนการไกล่เกลี่ยจะมีการเตรียมตัว เตรียมข้อมูล รวบรวมข้อมูล การหาความสมัครใจ และวิเคราะห์ความขัดแย้ง โดยที่การวิเคราะห์ความขัดแย้งเป็นเหมือนแผนที่นำทาง ที่จะทำให้เข้าใจภาพรวมทั้งหมดของความขัดแย้งระหว่างคู่กรณี ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีใครมีความสัมพันธ์ด้านบวกหรือด้านลบระหว่างกัน ทราบประเด็นความขัดแย้งว่าขัดแย้งกันเรื่องอะไร ระดับความขัดแย้งมีมากหรือน้อย ประเภทความขัดแย้งประเด็นหรือเรื่องอะไร เป็นเรื่องคุณค่า ผลประโยชน์ โครงสร้าง ความสัมพันธ์ ข้อมูล เป็นต้น

การออกแบบการไกล่เกลี่ย ขั้นตอนนี้ยังรวมถึงการประเมินว่าคู่กรณีจะให้การเจรจาแบบยึดจุดยืนหรือจุดสนใจ (จุดยืน (Position) คือ การเสนอแนวทางการแก้ปัญหาของคู่กรณี เพื่อตอบสนองผลประโยชน์หรือจุดสนใจใน และความต้องการของแต่ละคู่กรณีเอง ซึ่งการเสนอ

<sup>12</sup> ชลัท ประเทืองรัตนา. (2559). *การไกล่เกลี่ยโดยคนกลาง: เส้นทางแห่งการสร้างความสำเร็จร่วมกัน*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 62-81.

แนวทางการแก้ปัญหาดังกล่าวมักจะยึดติดกับอุดมคติหรืออุดมการณ์ของกลุ่มเป็นหลัก ส่วนผลประโยชน์ร่วมหรือจุดสนใจ (Interest) คือเหตุผลพื้นฐานและแรงจูงใจซึ่งเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดการตอบสนองความพึงพอใจ เพื่อให้กลุ่มยอมรับแนวทางการแก้ไขปัญหาคือพิพาทร่วมกัน โดยสามารถแสดงให้เห็นได้จาก ความปรารถนา (Desires) ความกังวล (Concerns) ความกลัว (Fears) ความหวัง (Hopes)<sup>13</sup> เช่น จุดยืนในการ투บรดที่จอดขวางทางเข้าออกบ้านของผู้ฟ้องคดีให้สังคมได้เห็น เกิดจากได้รับผลกระทบจากการก่อสร้างอาคารเพื่อใช้เป็นตลาดรอบบ้านพักอาศัย ทำให้ต้องตกอยู่ในภาวะทนทุกข์ทรมานทางด้านจิตใจมาเป็นระยะเวลาานาน จุดสนใจคือ ต้องการให้มีการจัดสรรที่ดินเพื่อเป็นที่อยู่อาศัยประเภทบ้านเท่านั้นตามวัตถุประสงค์ของโครงการจัดสรรที่ดิน และให้ชดใช้ค่าเสียหายสำหรับการสูญเสียความสุข (Hedonic Losses) เพื่อเป็นการชดเชยความสงบสุขในชีวิตที่ต้องสูญเสียไป (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ศ. 59/2561<sup>14</sup>) ซึ่งการเจรจากันนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยก็ต้องมีทักษะในการตั้งคำถามเพื่อจะซักถามให้ได้ถึงจุดสนใจที่อยู่เบื้องหลังจุดยืน) ทางเลือกมีอะไรบ้าง อีกทั้งยังรวมถึงประเมินจิตใจกลุ่ม กฏ กติกาที่ควรใช้ ประเมินทางตันที่อาจเกิดขึ้นได้ว่ามีอะไรบ้าง

สร้างความไว้วางใจและความร่วมมือ ในกรณีที่คนกลางมีโอกาสได้พบปะกับคู่ไกล่เกลี่ยก่อน ควรไปพบทั้งสองฝ่าย เพื่อความเท่าเทียมกันและการสร้างความไว้วางใจให้เกิดขึ้น คนกลางควรสร้างความเชื่อมั่นหรือทำให้เกิดความไว้วางใจต่ออีกฝ่ายด้วยการสื่อสารทางบวกต่อกัน อีกทั้งอธิบายขั้นตอนการไกล่เกลี่ยอย่างชัดเจน และการตัดสินใจเกิดขึ้นจากกลุ่ม

<sup>13</sup> สัจด์ ปัลลี. (2549). การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท: หลักการและกรณีศึกษา. *วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา*, 5 (1). กรุงเทพฯ: เดือนตุลา. หน้า 66.

<sup>14</sup> คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ศ. 59/2561 วินิจฉัยว่า ที่ดินอันเป็นที่ตั้งบ้านพักอาศัยของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่และที่ดินอันเป็นที่ตั้งของอาคารตลาดพิพาทของผู้ร้องสอดอยู่ภายใต้การจัดสรรที่ดินตามใบอนุญาต ซึ่งผู้จัดสรรที่ดินมีเจตนาให้เป็นที่อยู่อาศัยประเภทบ้านเท่านั้น ไม่ปรากฏข้อความที่ระบุว่าเป็นการจัดสรรที่ดินเพื่อเป็นที่ประกอบการพาณิชย์แต่อย่างใด ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นออกใบรับแจ้งความประสงค์ จะก่อสร้างอาคารเพื่อใช้เป็นตลาดให้แก่ผู้ร้องสอด จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการจัดสรรที่ดินตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 ที่มีผลใช้บังคับในขณะนั้น นอกจากนี้ การที่ผู้ร้องสอดก่อสร้างอาคารเพื่อใช้เป็นตลาดทั้ง 5 แห่งโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ได้มีคำสั่งให้รื้อถอนออกไป จึงถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายอย่างล่าช้าเกินสมควร ทั้งยังเป็นการกระทำละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวภายใต้สิ่งแวดล้อมที่ดี ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายและต้องตกอยู่ในภาวะทนทุกข์ทรมานทางด้านจิตใจมาเป็นระยะเวลาานาน ศาลจึงเห็นควรกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 พึงต้องชดใช้แก่ผู้ฟ้องคดี

ไม่ใช่การตัดสินใจโดยคนกลาง แต่ถ้าไม่มีโอกาสพบกับคู่กรณีก่อน เช่น การไกล่เกลี่ยในศาล ที่คนกลางกับคู่กรณีจะได้พบกันในวันไกล่เกลี่ย คนกลางจำเป็นต้องสร้างความน่าเชื่อถือและความไว้วางใจให้เกิดขึ้นมากเป็นพิเศษในวันนั้น ทั้งจากบุคลิกภาพและคำพูดที่น่าเชื่อถือ

2) การดำเนินการไกล่เกลี่ย ประกอบด้วย เริ่มต้นการไกล่เกลี่ย การกำหนดประเด็นและหัวข้อการประชุม ดำเนินการค้นหาความต้องการของคู่กรณี สร้างทางเลือกเพื่อนำไปสู่ข้อตกลง ประเมินทางเลือกเพื่อหาข้อตกลง การตัดสินใจขั้นสุดท้าย และการบรรลุข้อตกลงอย่างเป็นทางการ<sup>15</sup>

เริ่มต้นการไกล่เกลี่ย ไม่มีสูตรสำเร็จ แต่อาจเริ่มด้วยการแนะนำตัวผู้ไกล่เกลี่ย แนะนำผู้ที่เกี่ยวข้อง ที่มาของการไกล่เกลี่ย อธิบายให้ชัดเจนว่าเป็นผู้ไกล่เกลี่ย ไม่ทำให้คู่กรณีเข้าใจผิดว่าเป็นผู้พิพากษา อธิบายถึงการทำหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง และผู้ไกล่เกลี่ยควรสร้างบรรยากาศให้เกิดความเป็นกลาง ตั้งกติการ่วมกัน อธิบายวิธีการขั้นตอนที่ใช้ เช่น การประชุม กระบวนการที่จะใช้แบบมุ่งเน้นผลชนะ-ชนะ ไม่ใช่ผลแพ้-ชนะ เริ่มการพูดคุยด้านเนื้อหาและความรู้สึก โดยผู้ไกล่เกลี่ยต้องพยายามทำให้ได้รับข้อมูลที่ถูกต้องตรงกันมากที่สุด และพยายามเน้นย้ำว่าผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจตัดสินใจ คนตัดสินใจต้องเป็นคู่กรณีเอง หากไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จหรือตกลงกันไม่ได้ ก็จะส่งเรื่องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาโดยผู้พิพากษา

การระบุประเด็นปัญหาและกำหนดหัวข้อการประชุม ผู้ที่เกี่ยวข้องตกลงกันในหัวข้อและประเด็นที่จะไกล่เกลี่ย การปรับเปลี่ยนกรอบในการพูดคุย ไม่ให้ยึดติดแต่ประโยชน์ของตนฝ่ายเดียว แต่เป็นกรอบที่จะมองไปข้างหน้าร่วมกันได้ การกำหนดวาระการประชุมควรมีที่มาจาก การกำหนดร่วมกันของคู่กรณีด้วย<sup>16</sup> ในกรณีที่คู่กรณีสามารถพูดคุยกันได้ การกำหนดประเด็นก็จะทำไปพร้อม ๆ กัน แต่หากคู่กรณีไม่ยอมพูดคุยกัน ก็จำเป็นต้องแยกคุยทีละฝ่าย

การค้นหาความต้องการที่แท้จริง โดยผู้ไกล่เกลี่ยควรมีทัศนคติที่เปิดกว้างต่อการค้นหาความต้องการที่แท้จริงว่าไม่ได้มีเพียงทางออกเดียว และผู้ไกล่เกลี่ยควรใช้ทักษะทั้งการฟังอย่างตั้งใจ การตั้งคำถามเพื่อหาความกระจ่าง เพื่อให้แน่ใจว่าความขัดแย้งเกิดจากสาเหตุใด เพื่อกระตุ้นให้คู่กรณีอยากเล่าถึงความต้องการที่แท้จริงคืออะไร

การสร้างทางเลือกในการแก้ไขความขัดแย้ง เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยเข้าใจถึงประเด็นปัญหาความต้องการที่แท้จริงของแต่ละฝ่ายแล้ว จึงค่อย ๆ สร้างและรวบรวมทางเลือกหลาย ๆ ทาง เพื่อเป็นทางเลือกให้กับคู่กรณี หรืออาจใช้วิธีการระดมสมองเพื่อให้ได้คำตอบมากที่สุด

<sup>15</sup> วันชัย วัฒนศัพท์ และคณะ. (2554). *การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทของประชาชน*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 4-9.

<sup>16</sup> อาทิตย์ ปิ่นปัก. (2561). *คู่มือการไกล่เกลี่ย/การประนอมข้อพิพาทฉบับย่อ: ไกล่เกลี่ยอย่างไรให้ประสบความสำเร็จใน 7 ขั้นตอน*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ. หน้า 6.



โดยไม่วิจารณ์ความคิดของอีกฝ่ายว่าดีหรือไม่ดีและให้หลักประกันว่าทุกความเห็นจะได้รับฟังจากที่ประชุม หรือใช้เอกสารการไกล่เกลี่ยฉบับเดียวกัน โดยให้แต่ละฝ่ายได้ปรับปรุงแก้ไข หรือแม้กระทั่งให้ผู้เชี่ยวชาญจากภายนอกช่วยแนะนำหรือเสนอทางเลือกให้หากคู่กรณียินยอม

การประเมินทางเลือกสำหรับการแก้ไขปัญหา ซึ่งแนวทางต่าง ๆ นั้น มาจากการระดมความเห็นที่นำมาสู่การพิจารณาร่วมกัน แต่ควรเข้าใจว่าคู่กรณีจะมีจุดเน้นที่ต้องการได้มากที่สุด รวมถึงจุดที่จะเลิกไกล่เกลี่ยหรือไม่ยอมรับการไกล่เกลี่ยต่อไปแตกต่างกัน ผู้ไกล่เกลี่ยจึงนำความต้องการที่ดีที่สุดที่คู่กรณีพึงพอใจ และจุดที่จะเลิกเจรจาของคู่กรณีมาลองเทียบกันดู แล้วหาจุดที่พึงพอใจร่วมกันหรือหาทางเลือกที่เป็นประโยชน์กับทั้งสองฝ่าย โดยคำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่ยอมรับร่วมกันที่สมเหตุสมผล

ดำเนินการไกล่เกลี่ยขั้นสุดท้าย การกำหนดเส้นตาย (Deadline) ที่ต้องมีการตกลงกัน กระตุ้นให้เกิดข้อตกลงได้ดียิ่งขึ้น เส้นตายถูกกำหนดโดยคนกลางและคู่กรณีร่วมกัน เส้นตายอาจกำหนดด้วยจำนวนครั้งของการประชุม แต่ถ้าจำเป็นเพื่อให้บรรลุเป้าหมายก็อาจใช้วิธีการขยายเวลาไปได้เพื่อให้คู่กรณีมีโอกาสกลับไปทบทวน และเมื่อคู่กรณีบรรลุข้อตกลงกันได้ก็จึงนำมาสู่การทำข้อตกลง ซึ่งมีทั้งที่ไม่เป็นทางการและเป็นทางการ อาจจะเป็นบันทึกข้อตกลง หรือสัญญา ประนีประนอมยอมความ ก่อให้เกิดเป็นสัญญาที่ผูกพันสามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ โดยมีข้อความที่ชัดเจนว่าแต่ละฝ่ายต้องทำอะไรบ้าง เช่น การยินยอมชำระเงินคืนให้หมดภายในกี่เดือน เดือนละเท่าไร พร้อมดอกเบี้ย

3) การติดตามผลภายหลังการไกล่เกลี่ย เป็นการติดตามตรวจสอบว่ามีการทำตามข้อตกลงหรือไม่อย่างไร ดังนั้น ในข้อตกลงจึงควรต้องมีความชัดเจน ปฏิบัติได้ แต่ก็ต้องไม่ระบุไว้ชัดเจนเกินไปจนก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ สำหรับการติดตามผลอาจต้องเป็นบุคคลหรือคณะบุคคลที่คู่กรณียอมรับ ไว้วางใจในการติดตาม เช่น การไกล่เกลี่ยในศาลยุติธรรมจะมีความชัดเจน สามารถนำไปบังคับหรือศาลมีอำนาจที่จะยอมรับได้โดยไม่ต้องสืบพยานใหม่<sup>17</sup>

สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองนั้น เมื่อข้อพิพาททางปกครองมีสาเหตุของความขัดแย้งมาจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

<sup>17</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 21 เมื่อคู่ความฝ่ายใดเสนอคำขอหรือคำแถลงต่อศาล

๑๗๑

๑๗๑

ในกรณีเรื่องใดที่คู่ความไม่มีอำนาจขอให้ศาลมีคำสั่ง แต่หากศาลอาจมีคำสั่งในกรณีเรื่องนั้นได้เอง ให้ศาลมีอำนาจภายในบังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 103 และมาตรา 181 (2) ที่จะงดฟังคู่ความหรืองดทำการไต่สวนก่อนออกคำสั่งได้

หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง เพื่อสนองต่อการรักษาประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ โดยที่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น ต้องผูกพันต่อบทบัญญัติตามกฎหมาย และมีวิธีดำเนินการที่เหมาะสม กระทบต่อสิทธิ (Rights) และหน้าที่ (Duty) ของประชาชน เพียงเท่าที่จำเป็น และคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ<sup>18</sup> แตกต่างจากข้อพิพาททางแพ่ง ซึ่งคู่พิพาทเป็นเอกชนที่มีสถานะเท่าเทียมกันตามกฎหมาย และกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางแพ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกชน (Individuals) ดังนั้น การจะระงับข้อพิพาททางปกครองหรือการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Administrative Justice) นอกจากจะต้องคำนึงถึงความชอบด้วยบทบัญญัติของกฎหมาย และความประสงค์ที่แท้จริงของกลุ่มแล้ว ยังต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายมหาชนเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน หลักความผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมาย หลักประโยชน์สาธารณะ หลักความเหมาะสมและหลักความจำเป็น มาพิจารณาด้วยเสมอ ดังต่อไปนี้

### 2.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง

กฎหมายมหาชน (Public Law) เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปกครองของรัฐ หรือเป็นการใช้อำนาจมหาชนซึ่งเป็นอำนาจรัฐในการปกครองประเทศ และยังเป็นกฎหมายที่จำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้กระทำการตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่เข้ามাজัดระบบการบริหารงานของรัฐและหน่วยงานของรัฐทั้งระบบ การดำเนินการภายในและการดำเนินการต่อประชาชนหรือบุคคลภายนอกรวมทั้งกำหนดเรื่องของงบประมาณเพื่อดำเนินการดังกล่าว โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ต่อส่วนรวม ส่วนกฎหมายเอกชน (Private Law) เป็นกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อบังคับใช้กับประชาชนทั้งสังคม ไม่ว่าจะเป็นครอบครัว สัญญา หุ่นส่วนบริษัท แรงงาน เป็นต้น ที่สำคัญเป็นกฎหมายที่ปัจเจกชนแต่ละคนไม่อยู่ภายใต้อำนาจที่เหนือกว่ารัฐ แต่เป็นการดำเนินการบนฐาน

<sup>18</sup> ปราณี สุขศรี. (2557). *หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด : ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality)*. หน้า 2-3. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

ของความเท่าเทียมกันกับปัจเจกชนอื่น จากลักษณะของกฎหมายดังกล่าวจึงทำให้เกิดข้อแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ดังนี้<sup>19</sup>

ด้านบุคคล กล่าวคือ กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชน ส่วนกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนและเอกชนด้วยกันเอง

ด้านประโยชน์ที่คุ้มครอง กฎหมายมหาชนมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์ส่วนรวม ส่วนกฎหมายเอกชนมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของเอกชน

ด้านสถานะ กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายหนึ่งที่เป็นรัฐมีอำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับสถานะของเอกชนและเอกชนที่เท่าเทียมกัน

ด้วยลักษณะของกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หากฝ่ายปกครองจะดำเนินการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง การใช้และการตีความกฎหมายในเรื่องดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะประกอบด้วยเสมอ ทั้งยังต้องพยายามใช้และตีความหมายกฎหมาย ให้ประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์สาธารณะมีความสอดคล้องกลมกลืนให้มากที่สุด แต่กรณีก็มีความเป็นไปได้ว่าประโยชน์ส่วนบุคคลของเอกชนรายใดรายหนึ่งจะขัดแย้งกับประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ในกรณีเช่นนี้จะต้องถือว่าประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชนย่อมอยู่เหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่การจะเรียกร้องให้เอกชนคนใดคนหนึ่งสละประโยชน์ส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ส่วนรวมนั้น กฎหมายย่อมจะเรียกร้องจากเอกชนรายนั้นได้เพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ไม่อาจอ้างกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะมาเรียกร้องให้เอกชนคนใดคนหนึ่งสละประโยชน์ของตนเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเกินจำเป็นหรือเกินสมควร และหากว่าการเรียกร้องให้เอกชนคนใดคนหนึ่งสละประโยชน์ส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเกินความจำเป็นแล้ว รัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายให้แก่เอกชนรายนั้นด้วย อาจกล่าวได้ว่าในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง นอกจากฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินงานโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะแล้ว ฝ่ายปกครองยังต้องคำนึงถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับเอกชนด้วย

<sup>19</sup> ศนันท์กรณีย์ โสทธิพันธุ์. (2560). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้*. (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 224-225.

เพื่อให้ประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องได้รับความคุ้มครองให้ได้คุณภาพ  
นั่นเอง<sup>20</sup>

ดังเช่น ที่ศาลปกครองไทยได้เคยนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยว่า  
การก่อสร้างโครงการบรรเทาอุทกภัย แม้จะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนส่วนร่วม ซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดี  
ทั้งแปดด้วยก็ตาม แต่การให้ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดต้องรับภาระความเสียหายแต่เพียงผู้เดียวจากการที่  
ต้นทุเรียนตายหมดทั้งสิ้น ย่อมไม่เป็นธรรม สมควรให้ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ  
มีส่วนร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดกับผู้ฟ้องคดีทั้งแปด อันเป็นความรับผิดชอบ  
ของหน่วยงานของรัฐ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1198/2558<sup>21</sup>)

อย่างไรก็ตาม แม้โดยหลักแล้วรัฐหรือหน่วยงานของรัฐจะดำเนินการเพื่อประโยชน์  
สาธารณะโดยวิธีการฝ่ายเดียว และมีอำนาจบังคับการได้ฝ่ายเดียวตามกฎหมายมหาชน แต่ในหลายกรณี  
รัฐหรือหน่วยงานของรัฐอาจต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน เช่น ในกรณีที่รัฐหรือหน่วยงาน  
ของรัฐเลือกที่จะใช้กฎหมายเอกชน โดยยอมลดตัวลงไปเท่ากับเอกชน แต่รัฐจะกระทำเช่นนี้ได้  
ต้องปรากฏว่า ไม่มีกฎหมายห้ามไว้ หรือกรณีกิจกรรมบางประเภทที่โดยสภาพมีลักษณะเหมือนกับ  
กิจกรรมของเอกชน เช่น กิจกรรมอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม (Activité Industrielle et  
Commerciale) ซึ่งเป็นการผลิตและจำหน่ายสินค้าหรือบริการ ซึ่งต้องใช้กฎหมายเอกชนบังคับกับ  
นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐผู้ผลิตหรือให้บริการกับเอกชนผู้ใช้บริการ อันเป็นการทำให้กฎหมายมหาชน  
เป็นกฎหมายเอกชนมากขึ้น (Privatisation du Droit Public) ส่วนเอกชนในปัจจุบันมีหลายกรณี

<sup>20</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2555). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: โครงการ  
ตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 142.

<sup>21</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1198/2558 วินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการก่อสร้างโครงการบรรเทาอุทกภัย  
เพื่อป้องกันและบรรเทาอุทกภัยในพื้นที่อำเภอหาดใหญ่ อันเป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย  
ของผู้ถูกฟ้องคดี เพื่อประโยชน์สาธารณะและเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มาตรา 30 วรรคหนึ่ง  
ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับ  
ความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน แม้การก่อสร้างโครงการเป็นประโยชน์แก่ประชาชนส่วนรวมเป็นจำนวนมาก  
แต่เมื่อการที่ต้นทุเรียนของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดตาย มีสาเหตุมาจากการปิดคลองชลประทานเดิมเพื่อก่อสร้างโครงการ  
บรรเทาอุทกภัย ดังนั้น แม้ภายหลังการก่อสร้างโครงการดังกล่าวแล้วเสร็จ โครงการดังกล่าวจะเป็นประโยชน์  
แก่ประชาชนส่วนรวมซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีทั้งแปดด้วยก็ตาม แต่การให้ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดซึ่งมีอาชีพทำสวนทุเรียน  
ต้องรับภาระความเสียหายแต่เพียงผู้เดียว จากการที่ต้นทุเรียนของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดตายหมดทั้งสิ้น ทำให้ขาดรายได้  
จากการประกอบอาชีพ และเป็นผลโดยตรงจากการกระทำดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดี ย่อมไม่เป็นธรรม จึงสมควรให้  
ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐมีส่วนร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดกับผู้ฟ้องคดีทั้งแปด อันเป็นความรับผิดชอบ  
อย่างอื่นของหน่วยงานของรัฐ

ที่เอกชนเข้ามาให้ความร่วมมือในการดำเนินกิจกรรมที่เป็นประโยชน์สาธารณะมากขึ้น โดยเฉพาะเมื่อกฎหมายให้อำนาจและเอกสิทธิ์แก่เอกชนที่จะดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะบางอย่าง เช่น กฎหมายยอมให้องค์กรวิชาชีพทั้งหลาย สามารถใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการรับสมาชิก ควบคุม มารยาทและวินัยของสมาชิกในวิชาชีพได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการให้เอกชนอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน และมีอำนาจตามกฎหมายมหาชนนั่นเอง<sup>22</sup>

### 2.1.2 หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการใกล้เคียงข้อพิพาท ในคดีปกครอง

หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) หรือหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) โดยที่หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองเป็นการเชื่อมโยง หลักนิติรัฐเข้ากับหลักประชาธิปไตย (Demokratische Primäre) กล่าวคือ การใช้กฎหมายของ ฝ่ายปกครองนั้น จะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็น องค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรา กฎหมายที่กระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะต้องผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของ ประชาชน และต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หลักความผูกพันต่อกฎหมายของ ฝ่ายปกครอง จึงเรียกร่องว่า การกระทำใดจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น การกระทำ ดังกล่าวต้องตรวจสอบ โดยองค์กรอื่นได้ จากข้อเรียกร่องดังกล่าว หลักความผูกพันต่อกฎหมายของ ฝ่ายปกครอง จึงมีสาระสำคัญที่ต้องพิจารณา 2 ประการ ดังนี้<sup>23</sup>

1) การพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แบ่งเป็น 2 หลักเกณฑ์ คือ หลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบหรือวิธีบัญญัติ และหลักเกณฑ์ ความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาหรือสารบัญญัติ ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้งสองนี้เป็นหลักเกณฑ์ ที่องค์กรทั้งหลายที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบอาจอ้างหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาเป็นเกณฑ์ในการ ตรวจสอบได้เสมอ

2) จากการที่หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง เรียกร่องให้การกระทำ ทางปกครองต้องตรวจสอบโดยองค์กรอื่นได้ การกระทำทางปกครองจึงต้องถูกตรวจสอบ

<sup>22</sup> บวรศักดิ์ อูรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการ กฎหมายมหาชนในประเทศไทย*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 6-8.

<sup>23</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2556). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 22-23.

โดยองค์กรที่มีความเป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียกับการกระทำดังกล่าว ซึ่งหมายถึงองค์กรตุลาการนั่นเอง

จากหลักเกณฑ์ตามหลักกฎหมายข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า การกระทำการใด ๆ ของฝ่ายปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชน ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง สัญญาทางปกครองหรือแม้กระทั่งเกี่ยวกับการกระทำละเมิด ฝ่ายปกครองจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบของกฎหมายเท่านั้น จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” (Source) ของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และกฎหมายยังเป็น “ข้อจำกัด” (Limitation) ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง โดยที่กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองอาจอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง หรืออยู่นอกจากพระราชบัญญัติฉบับที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการนั้นก็เป็นที่

อย่างไรก็ตาม แม้ฝ่ายปกครองจะถูกบังคับว่าจะต้องใช้อำนาจดำเนินการทุกอย่างตามที่กฎหมายกำหนด แต่ก็มีหลายกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะปรับหลักกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและความเหมาะสมในการดำเนินงาน ซึ่งอิสระที่ว่านี้ คือ อำนาจดุลพินิจ (Pouvoir Discretionnaire) ของฝ่ายปกครอง อันเป็นความสามารถในการที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง ในบรรดาคำสั่งหลายอย่างที่กฎหมายเปิดช่องให้กระทำได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร ซึ่งอำนาจดุลพินิจดังกล่าวฝ่ายปกครองต้องใช้อย่างสุจริต (Good Faith) โดยมีจุดมุ่งหมายตามที่ได้รับมาจากกฎหมายและภายใต้ข้อจำกัดโดยกฎหมายหรือปัจจัยอื่นที่ให้อำนาจนั้น อีกทั้ง ยังต้องใช้อย่างเป็นธรรมด้วย มิใช่ใช้ตามอำเภอใจหรือไม่แน่นอนและต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายที่แท้จริง<sup>24</sup>

กรณีที่ศาลปกครองไทยได้นำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครอง เช่น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นพนักงานจ้างตามภารกิจของผู้ถูกฟ้องคดี ตำแหน่งพนักงานขับรถยนต์ ให้ไปปฏิบัติงานตำแหน่งคนงานประจำรถขยะ ทำให้ตำแหน่งพนักงานขับรถยนต์ต้องขาดอัตราจ้างดังกล่าวไป และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีความจำเป็นหรือเหตุผล

<sup>24</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2544). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 21.

<sup>25</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2560). *กฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 314-318.

ที่ต้องเพิ่มคนงานประจำรถขยะแต่ประการใด ดังนั้น การออกคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดี จึงเป็นการใช้ดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ชอบด้วยข้อกำหนดของสัญญาจ้างระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 478/2555<sup>26</sup>)

### 2.1.3 หลักประโยชน์สาธารณะเกี่ยวกับการใกล้เคียงข้อพิพาทในคดีปกครอง

ประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน (Public Interest) เป็นสิ่งที่กฎหมายมหาชนมุ่งจะคุ้มครองป้องกัน เปรียบเทียบได้กับชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายอาญา (Criminal Law) ต้องการคุ้มครอง ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ คือ ประโยชน์ส่วนรวมของทุก ๆ คน ไม่ใช่เป็นประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนตัวของบุคคล หรืออีกนัยหนึ่งประโยชน์มหาชน คือ ความต้องการร่วมกันของคนในสังคมนั่นเอง ซึ่งความต้องการส่วนรวมดังกล่าวเป็นภารกิจของรัฐที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามความต้องการส่วนรวมนั้น โดยที่ภารกิจของรัฐเพื่อตอบสนองต่อความต้องการส่วนรวมอาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้<sup>27</sup>

1) ภารกิจในการคุ้มครองเพื่อให้เกิดความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของประชาชน อันได้แก่ การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายในประเทศ การป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ การรักษาความมั่นคงของประเทศและการรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ซึ่งจัดได้ว่าเป็นภารกิจหลักของรัฐ

<sup>26</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 487/2555 วินิจฉัยว่า แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานนอกเหนือจากเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาจ้างได้ก็ตาม แต่การออกคำสั่งดังกล่าวก็ยังคงเป็นการปฏิบัติงานที่เหมาะสมกับลักษณะงานของพนักงานจ้างและเป็นประโยชน์แก่ทางราชการด้วย เนื่องจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำการของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงและสถานการณ์ในแต่ละกรณี การดำเนินการดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่จะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย มิใช่จะใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจอย่างไรก็ได้ อีกทั้ง ต้องใช้ดุลพินิจด้วยความระมัดระวังรอบคอบเพื่อมิให้เกิดความเสียหายต่อราชการหรือบุคคลอื่น ดังนั้น เมื่อกรณีการออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีตำแหน่งพนักงานขับรถยนต์ไปปฏิบัติงานเป็นคนงานประจำรถขยะ ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ให้เหตุผลหรือมีความจำเป็นหรือเป็นประโยชน์ของราชการ และไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีความจำเป็นหรือเหตุผลที่ต้องเพิ่มคนงานประจำรถขยะแต่ประการใด การออกคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าว จึงเป็นการใช้ดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ชอบด้วยข้อกำหนดของสัญญาจ้างระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดี

<sup>27</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2560). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น Introduction to Public Law*. (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 35-36.

2) การกึ่งในการส่งเสริมชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนให้มีมาตรฐานที่ดี ซึ่งเป็นกิจการที่จัดทำเพื่อส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของประชาชนและของประเทศ และสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในทางเศรษฐกิจและสังคม เช่น การศึกษา การสังคมสงเคราะห์ การสาธารณสุขและกิจการเศรษฐกิจต่าง ๆ เป็นต้น กิจการดังกล่าวเป็นภารกิจลำดับรองของรัฐ ซึ่งรัฐจะทำก็ได้ไม่ทำก็ได้ต่างจากภารกิจหลักซึ่งเป็นกิจการที่รัฐต้องทำ

อย่างไรก็ตาม ประโยชน์ส่วนรวม (General Interest) นั้นอาจไม่ได้หมายถึงประโยชน์สาธารณะเสมอไป โดยที่ประโยชน์ส่วนรวมแท้จริงแล้ว คือ<sup>28</sup> ความต้องการร่วมกันของคนจำนวนมาก เช่น ความต้องการความมั่นคงในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สิน ต้องการกินดีอยู่ดี ทั้งทางกายภาพและทางจิตใจ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยังได้นิยามคำว่า “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” ไว้ในมาตรา 3 ซึ่งบัญญัติว่า “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” หมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะหรือประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือประโยชน์อื่นใดที่เกิดจากการดำเนินการหรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริม หรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวมหรือประชาชนส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้นด้วย

กฎหมายมหาชน ซึ่งกำหนดให้รัฐเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนจำนวนมากในรัฐของตน หากมีกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ รัฐจะต้องให้ประโยชน์สาธารณะมาก่อนหรืออยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งถ้าปัจเจกชนไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐโดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้องเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะแทนและในนามของคนหมู่มากในสังคม โดยให้องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจหน้าที่บังคับปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะได้<sup>29</sup>

กรณีศาลปกครองไทยได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคดี เช่น กรณีก่อสร้างสะพานข้ามคลองหกวาเชื่อมต่อกับโครงการก่อสร้างถนนซอยสายใหม่ 39 บริเวณหน้าบ้านของผู้ฟ้องคดี เพื่อแก้ไขปัญหาการจราจร เมื่อเปรียบเทียบผลกระทบที่ผู้ฟ้องคดีและประชาชน

<sup>28</sup> ประวิทย์ ตั้งคนุช. (2554). *รายงานการศึกษาส่วนบุคคล เรื่อง การบังคับใช้หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนรวมโดยศาลปกครอง*. หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับสูง รุ่นที่ 7. สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 11.

<sup>29</sup> ชาญชัย แสงวงศ์. (2556). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 20). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 71.



ที่อาศัยอยู่ในบริเวณนั้นจะได้รับแล้ว การก่อสร้างสะพานที่พิพาทจะเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมมากกว่า จึงพิพากษายกฟ้อง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 444/2555<sup>30</sup>)

#### 2.1.4 หลักความเหมาะสมเกี่ยวกับการใกล้เคียงข้อพิพาทในคดีปกครอง

หลักแห่งความเหมาะสม (Geeignetheit หรือ Tauglichkeit) เป็นหลักกฎหมายมหาชนที่บังคับให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจต้องมีความเหมาะสมกับการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น และคำสั่งทางปกครองใดที่ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสมในการดำเนินการตามที่กฎหมายบังคับไว้ ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสมศาลปกครองอาจก้าวล่วงใช้อำนาจเพิกถอนได้<sup>31</sup> โดยอธิบายถึงวัตถุประสงค์-วิธีการ-ความสัมพันธ์ (Zweck-Mittel-Relation) ซึ่ง Piroth และ Schlink ได้อธิบายว่า ความเหมาะสม หมายถึง สภาพการณ์ซึ่งรัฐได้ทำการแทรกแซง และภายในสภาพการณ์นั้น รัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ โดยมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า มีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในกรณีนี้จึงถือได้ว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม<sup>32</sup> อาจกล่าวได้ว่า หลักแห่งความเหมาะสม เป็นหลักที่บังคับว่าการดำเนินกิจการใด ๆ ของฝ่ายปกครองนั้น หากรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกใช้มาตรการใด ๆ จากหลายมาตรการ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น หากมาตรการใดไม่สามารถทำให้จุดประสงค์ที่ตั้งไว้ปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้

<sup>30</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 444/2555 วินิจฉัยว่า กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีก่อสร้างสะพานข้ามคลองหกวา เชื่อมต่อกับโครงการก่อสร้างถนนซอยสายใหม่ 39 หรือซอยผ่องสุวรรณ บริเวณหน้าบ้านของผู้ฟ้องคดี ทำให้สภาพชีวิตความเป็นอยู่ของผู้ฟ้องคดีเปลี่ยนแปลงไป แต่เมื่อจุดมุ่งหมายของการก่อสร้างสะพานดังกล่าว เพื่อแก้ไขปัญหาการจราจรและใช้เป็นเส้นทางลัดจากพื้นที่เขตสายไหมเชื่อมออกสู่พื้นที่จังหวัดปทุมธานี ถือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวม อันเป็นประโยชน์สาธารณะประการหนึ่ง ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับผลกระทบที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองรวมทั้งประชาชนที่อาศัยอยู่ในบริเวณนั้นจะได้รับแล้ว ย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่าการก่อสร้างสะพานพิพาทจะเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมมากกว่า จึงสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนระหว่างผลประโยชน์ของส่วนรวมและของเอกชนผู้ได้รับผลกระทบ กับทั้งเป็นไปตามหลักความจำเป็นและหลักความสัมฤทธิ์ผลของการกระทำทางปกครอง

<sup>31</sup> วุฒิชัย จิตदानุ. (2549). การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of Proportionality) ในการคุ้มครองสิทธิปัจเจกชน. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 8 (22). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 44.

<sup>32</sup> บรรณเจต สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสูทธิ์. (2543). หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 19 (1). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 173-174.

หรือทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงกว่าเดิม ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักแห่งความเหมาะสม และไม่มีผลใช้บังคับ หรือกฎหมายฉบับใดที่ไม่เป็นไปตามหลักแห่งความเหมาะสม กฎหมายฉบับนั้น ย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม สามารถดำเนินการเพื่อให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริง ในทางปฏิบัติจะเห็นได้ว่าหลักแห่งความเหมาะสมเรียกเรื่อง ความสัมพันธ์เชิงเหตุ (Cause) และผล (Effect) ระหว่างมาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้ผลบังคับ กับสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นเป็นผล<sup>33</sup>

อาจกล่าวได้ว่า หลักแห่งความเหมาะสมเป็นสิ่งเดียวกันกับสามัญสำนึก (Common Sense) นั่นเอง หากฝ่ายปกครองออกมาตราการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครอง ประสงค์จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลอย่างอื่นนอกเหนือไปจากผล ที่กฎหมายประสงค์จะให้ เกิด เข้าข่ายการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power)<sup>34</sup>

### 2.1.5 หลักความจำเป็นเกี่ยวกับการใกล้เคียงข้อพิพาทในคดีปกครอง

หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการซึ่งล้วน ทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ (Equally Effective) นั้น แต่ละมาตรการย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อย แตกต่างกันไป มาตรการใดมีลักษณะเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด เมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่ได้รับ มาตรการนั้นจึงถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น และรัฐจำต้องเลือกใช้มาตรการนั้น ๆ โดยหลักความจำเป็นจะถูกนำมาใช้ต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการและ มาตรการเหล่านั้นล้วนเป็นมาตรการที่ทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ทางกฎหมายอย่างเดียวกัน ทั้งสิ้น<sup>35</sup> กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ เพียงเท่าที่จำเป็น แก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ของราษฎรที่เกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ย่อมเป็นสิ่งที่มิชอบธรรม และในกรณีที่มีมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายเพียงมาตรการเดียวเท่านั้น

<sup>33</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 149.

<sup>34</sup> ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ. (2553). *หลักความได้สัดส่วน*. กรุงเทพฯ: สำนักงาน ศาลปกครอง. หน้า 29.

<sup>35</sup> วรณู วิจารณ์ันท์. (2548). *หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์ หลักสูตรปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 77.

ที่ทำให้ฝ่ายปกครองบังคับใช้ หลักแห่งความจำเป็นจะไม่เกิดขึ้นในกรณีนี้เลย<sup>36</sup> เช่น กรณีที่หน่วยงานทางปกครองมีคำสั่งให้ประชาชนรื้อถอนบ้าน หากนอกจากการให้รื้อถอนบ้านแล้ว ยังมีมาตรการอื่นที่จะทำให้เจ้าของบ้านได้รับผลกระทบน้อยกว่านี้หรืออาจเปลี่ยนเป็นการซ่อมแซมบ้านได้ หากมีมาตรการอื่นที่หน่วยงานทางปกครองสามารถเลือกใช้ได้ คำสั่งที่ให้ประชาชนรื้อถอนบ้านนั้นก็เป็นการบังคับใช้ความจำเป็น<sup>37</sup>

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้อธิบายหลักความจำเป็นว่า มาตรการใดมาตรการหนึ่งจะมีความจำเป็น เมื่อไม่สามารถที่จะเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่เลือกได้ อีกทั้งมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด<sup>38</sup>

กรณีที่ศาลปกครองไทยได้นำหลักแห่งความจำเป็นมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง เช่น การกำกับดูแลให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการดำเนินการท่าเทียบเรือรัฐฯ ไม่จำเป็นต้องให้ข้าราชการในสังกัดออกไปปฏิบัติภาระประจำอยู่ ณ สถานที่ดังกล่าวก็ได้ เพียงตรวจสอบการดำเนินการตามสัญญาของผู้เช่าเป็นครั้งคราวตามความจำเป็นแก่กรณีก็เพียงพอแล้ว มาตรการที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปประจำ ณ ท่าเทียบเรือดังกล่าว จึงไม่ใช่มาตรการที่จำเป็นในการกำกับดูแลการดำเนินการท่าเทียบเรือรัฐฯ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 90/2547<sup>39</sup>)

<sup>36</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 151.

<sup>37</sup> ยูพิน บุญพงษ์. (2545). การสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และเรื่อง อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและของไทย วันพุธที่ 21 สิงหาคม 2545 ณ ห้องประชุม 1 ชั้น 37 สำนักงานศาลปกครอง. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 2 (3). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 102.

<sup>38</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 177.

<sup>39</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 90/2547 วินิจฉัยว่า การดำเนินการท่าเทียบเรือรัฐฯของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการดำเนินการโดยมอบหมายให้เอกชนกระทำแทน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่มีอำนาจหน้าที่ควบคุมบังคับบัญชาการดำเนินการดังกล่าวโดยตรง ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจหน้าที่เพียงการกำกับดูแลการดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญาเท่านั้น แม้คำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัฐฯ จะเป็นการไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่จะทำให้การกำกับดูแลการดำเนินการท่าเทียบเรือรัฐฯสำเร็จลุล่วงไปได้ก็ตาม แต่การกำกับดูแลท่าเทียบเรือรัฐฯให้สำเร็จลุล่วงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องให้ข้าราชการในสังกัดออกไปปฏิบัติงานเป็นการประจำอยู่ ณ ท่าเทียบเรือดังกล่าวก็ได้ เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีได้ให้เอกชนเข้าทำท่าเทียบเรือรัฐฯไปดำเนินการแทนแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่เพียงตรวจสอบการดำเนินการเป็นครั้งคราวตามความจำเป็นแก่กรณี ประกอบกับปัจจุบันการติดต่อสื่อสารสามารถกระทำได้โดยสะดวก หน้าที่ที่ผู้ถูกฟ้องคดีมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติจึงสามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องออกไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือดังกล่าว มาตรการดังกล่าวจึงไม่ใช่มาตรการที่จำเป็น

## 2.1.6 หลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเป็นจริงเกี่ยวกับการใกล้เคียงข้อพิพาทในคดีปกครอง

เมื่อการกระทำละเมิดเกิดขึ้นกับผู้ใดคนหนึ่ง ผู้นั้นย่อมได้รับความเสียหายตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” โดยที่ความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิด นั้น อาจเป็นได้ทั้งความเสียหายที่แน่นอน (Préjudice Certain) ความเสียหายในทางศีลธรรมหรือความเสียหายต่อสิทธิที่อยู่นอกเหนือกองทรัพย์สิน (Préjudice Moral) ซึ่งเป็นความเสียหายที่ไม่มีรูปร่างและจับต้องไม่ได้ (Préjudice Incorpore) เช่น ละเมิดจากการทำเสียงอึกกระทึรบกวนความสงบของผู้เสียหาย หรือความเสียหายที่ได้มีการแทนกันแล้วอันเป็นกรณีที่ผู้เสียหายได้รับการชดใช้ค่าเสียหายตามสัญญาประกันภัย<sup>40</sup>

โดยทั่วไปการจะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดดังกล่าวเพียงใดนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วางหลักให้ศาลวินิจฉัยตามสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด<sup>41</sup> อันเป็นการบัญญัติให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายได้ ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี คือ<sup>42</sup>

1) การกำหนดค่าเสียหายเป็นการลงโทษ เป็นผลมาจากการกระทำละเมิดที่มีลักษณะหรือมีพฤติการณ์ร้ายแรงออกอาจ ทำทนายอำนาจกฎหมายของบ้านเมือง ศาลจึงใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายให้มากกว่าความเป็นจริง หรือสูงกว่าปกติ เพื่อเป็นการลงโทษผู้ทำละเมิดได้

<sup>40</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร. (2545). *หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 71-89.

<sup>41</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 438 ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อกวนนั้นด้วย

<sup>42</sup> ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ. (2553). *สรุปหลักกฎหมายและแนวทางการคำนวณค่าสินไหมทดแทนในคดีละเมิด*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 10-12.

2) การกำหนดค่าเสียหายน้อยกว่าความเป็นจริง กรณีนี้เป็นกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจ กำหนดค่าเสียหายให้ชดใช้น้อยกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงตามมาตรา 442 ประกอบมาตรา 223<sup>43</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ เหตุที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลกำหนดค่าเสียหาย น้อยกว่าความเป็นจริง เนื่องจากเหตุที่เกิดความเสียหายนั้นผู้เสียหายมีส่วนผิดอยู่ด้วย ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีผู้เสียหายมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหาย และกรณีผู้เสียหายไม่ช่วยบรรเทา ความเสียหาย

3) การกำหนดค่าเสียหายโดยประมาท กรณีนี้เป็นการใช้ดุลพินิจของศาลกำหนด ค่าเสียหายโดยการประมาท ซึ่งใช้ทั้งการกำหนดค่าสินไหมทดแทนอันเป็นบททั่วไปตามมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นแต่ผู้เสียหายนำสืบ ค่าเสียหายไม่ได้ หรือกรณีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเฉพาะเรื่องตามประเภทค่าเสียหาย อันมิใช่ตัวเงินตามมาตรา 446 และมาตรา 447<sup>44</sup> แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน เช่นกรณีสวนผลไม้ ได้รับความเสียหาย เนื่องจากมีการทำลายท่อระบายน้ำ ทำให้น้ำเต็มเข้าสวนเป็นเหตุให้ต้นผลไม้ ตายทำให้เจ้าของสวนผลไม้ได้รับความเสียหาย แต่เจ้าของสวนผลไม้ไม่นำสืบถึงความเสียหายไม่ได้ว่า ต้นไม้แต่ละต้นในปีนั้นจะเกิดดอกผลเท่าไร กรณีดังกล่าวศาลสามารถกำหนดค่าเสียหาย

<sup>43</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 223 ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซ้ร้ ท่านว่าท่านนั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้นต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาท ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้น ได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร

วิธีเดียวกันนี้ ท่านให้ไซ้แม่ทั้งที่ความผิดของฝ่ายผู้เสียหายจะมีแต่เพียงละเลยไม่เตือนลูกหนี้ให้รู้สึกถึง อันตรายแห่งการเสียหายอันเป็นอย่างร้ายแรงผิดปกติ ซึ่งลูกหนี้ไม่รู้หรือไม่อาจจะรู้ได้ หรือเพียงแต่ละเลยไม่บำบัด บิดป้อง หรือบรรเทาความเสียหายนั้นด้วย อนึ่งบทบัญญัติแห่งมาตรา 220 นั้นทำให้นำมาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม

มาตรา 442 ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วยไซ้ร้ ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 223 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม

<sup>44</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 446 ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความที่เสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้ สิทธิเรียกร้องอันนี้ไม่โอนกันได้ และไม่ตกสืบไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้โดยสัญญาหรือ ได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว

อนึ่ง หญิงที่ต้องเสียหายเพราะผู้ใดทำผิดอาญาเป็นทุจริตกรรมแก่ตนก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้อง ทำนองเดียวกันนี้

มาตรา 447 บุคคลใดทำให้เขาต้องเสียหายแก่ชื่อเสียง เมื่อผู้ต้องเสียหายร้องขอศาลจะสั่งให้บุคคลนั้น จัดการตามควรเพื่อทำให้ชื่อเสียงของผู้นั้นกลับคืนดีแทนให้ใช้ค่าเสียหาย หรือทั้งให้ใช้ค่าเสียหายด้วยก็ได้

ให้ตามสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกรณีความเสียหายที่ไม่อาจกำหนดเป็นราคาเงินได้ ศาลก็ควรใช้วิธีกำหนดค่าเสียหายโดยการประมาณการ เช่น ความเสียหายเกี่ยวกับกรณีใบหน้าเสียโฉม ร่างกายพิการต่าง ๆ ซึ่งถือว่าเป็นความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ ศาลก็ควรใช้การประมาณการว่าสมควรกำหนดค่าเสียหายให้มากน้อยเพียงใด โดยต้องดูที่ฐานะและสภาพสังคมของผู้เสียหายด้วย

อย่างไรก็ตาม ในคดีปกครองที่ศาลจะพิจารณาถึงการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน อันเกิดจากการกระทำละเมิดว่าต้องชดใช้เพียงใดนั้น นอกจากต้องพิจารณาตามหลักที่บัญญัติไว้ในมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ศาลปกครองไทยยังได้วางหลักเกี่ยวกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 137/2551 โดยวางหลักว่าการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ต้องเป็นค่าเสียหายโดยตรงที่เกิดจากการกระทำละเมิดด้วย<sup>45</sup>

โดยที่การจะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเท่าใด เพียงใด นั้น เป็นเรื่องที่ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่ตนได้รับจากการกระทำละเมิด แต่การพิสูจน์ถึงความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำละเมิดเป็นกรณีที่ไม่อาจทำได้โดยง่ายและเต็มไปด้วยอุปสรรค จึงมีผู้เสียหายจำนวนมากที่ไม่ได้รับการเยียวยา เพราะไม่สามารถพิสูจน์ถึงความผิดของผู้กระทำละเมิดได้ อีกทั้งผู้เสียหายยังอาจได้รับการชดใช้ค่าเสียหายในจำนวนที่ไม่คุ้มกับเวลาที่จะต้องสูญเสียไปในระหว่างการดำเนินคดีที่ล่าช้า ด้วยสาเหตุดังกล่าวจึงเป็นที่มาของทฤษฎีชดใช้ค่าเสียหาย โดยไม่มีความผิด (Theory of No Fault Compensation) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่กำหนดให้ต้องรับผิด โดยที่ไม่ต้องมีการพิสูจน์ความผิด ทำให้ไม่ต้องเสียเวลาและลดความยุ่งยากในการพิสูจน์ความผิด อาจกล่าวได้ว่า หลักการสำคัญของทฤษฎีนี้ คือ ไม่ว่าจะผิดหรือไม่ ก็จะต้องได้รับการชดใช้<sup>46</sup> กล่าวคือ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ถือว่าหน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายโดยผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือความผิดของฝ่ายปกครองผู้เสียหายมีหน้าที่พิสูจน์

<sup>45</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 137/2551 วินิจฉัยว่า การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ต้องเป็นค่าเสียหายโดยตรงที่เกิดจากการกระทำละเมิด ซึ่งกรณีของผู้ฟ้องคดีค่าเสียหายโดยตรงที่เกิดจากการกระทำละเมิดคือการที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับคำตอบตามตำแหน่งที่ดำรงอยู่ ซึ่งปรากฏว่าคำตอบดังกล่าวผู้ฟ้องคดีได้รับการชดใช้แล้วก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ส่วนคำอ้างทนายความตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างมิใช่ความเสียหายโดยตรงที่เกิดจากการกระทำละเมิด ศาลปกครองจึงไม่สามารถออกคำสั่งได้

<sup>46</sup> ธานี วรภัทร์. (2558). *กฎหมายว่าด้วยการประกันภัย*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 101-102.

เฉพาะความเสียหายที่ตนได้รับเท่านั้น<sup>47</sup> ทฤษฎีชดใช้ค่าเสียหายโดยไม่มีคามผิด มีหลักการย่อย ๆ อีกหลายหลักการ รวมถึงหลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเป็นจริง (Principle of Indemnity) อันเป็นหลักการสำคัญหลักการหนึ่งของทฤษฎีดังกล่าว ซึ่งหลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเป็นจริง เป็นกรณีที่มีความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากภัยที่เกิดขึ้น ผู้ที่รับว่าจะชดใช้ค่าเสียหายจากภัยนั้นจึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้น และต้องไม่เกินจำนวนที่ได้ตกลงกันไว้ อันเป็นหลักการที่กำหนดขึ้นเพื่อไม่ให้มีการแสวงหาประโยชน์หรือกำไรจากความเสียหาย (Damage) นั้น<sup>48</sup>

ศาลปกครองไทยได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับการกระทำละเมิด เช่น กรณีผู้เช่ารถยนต์รับจ้างบรรทุกคนโดยสาร (แท็กซี่) ของผู้ฟ้องคดี ขับผ่านถนนราชพฤกษ์บริเวณฝาดะแครงเหล็กปิดท่อระบายน้ำชำรุด เป็นเหตุให้รถยนต์แท็กซี่ของผู้ฟ้องคดี ได้รับความเสียหายทั้งคัน เป็นผลโดยตรง (Direct Effect) อันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ซ่อมแซมฝาดะแครงเหล็กปิดท่อระบายน้ำของผู้ถูกฟ้องคดี และเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นค่าซ่อมรถยนต์ตามราคาที่อยู่ซ่อมรถได้เสนอราคา และค่าเสียหายที่เป็นค่าขาดรายได้จากการที่ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถนำรถยนต์คันพิพาทออกให้เช่าได้จนถึงวันที่รถซ่อมเสร็จ รวมเป็น 80 วันตามความเป็นจริง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 428/2561<sup>49</sup>)

<sup>47</sup> สำนักงานศาลปกครอง. (2551). *สรุปผลการสัมมนาตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ครั้งที่ 1/2551 เรื่อง “การคำนวณค่าเสียหายหรือค่าทดแทนในคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3)” และ “คดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม” วันศุกร์ที่ 22-วันอาทิตย์ที่ 24 สิงหาคม 2551 ณ โรงแรมพาววิลเลี่ยน อำเภอเมือง จังหวัดกาญจนบุรี*. หน้า 5. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

<sup>48</sup> พิณิจ ทิพย์มณี. (2558). *หลักกฎหมายประกันภัย*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 15-16.

<sup>49</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 428/2561 วินิจฉัยว่า ในประเด็นที่ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีแค่ไหน เพียงใด นั้น เห็นว่า กรณีนำเชื่อว่าราคาซ่อมรถยนต์ของอู่ช่างเป็ยกที่ผู้ฟ้องคดีเสนอต่อศาลเป็นราคาที่สูงเกินส่วนตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้แย้งจริง และเห็นควรกำหนดค่าทดแทนให้ตามใบเสนอราคาของผู้ประกอบการรายที่เสนอราคาต่ำสุด เพราะเหตุราคาต่ำสุดถือได้ว่าผู้ประกอบการสามารถดำเนินธุรกิจที่ทำกำไรได้อย่างสมเหตุสมผลแล้ว ส่วนค่าเสียหายที่เป็นค่าขาดรายได้จากการที่ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถนำรถยนต์คันพิพาทออกให้เช่าได้ นั้น เห็นว่ารถยนต์พิพาทของผู้ฟ้องคดี ซึ่งมีอายุการใช้งานมาประมาณ 2 ปีเศษ จึงยังมีสภาพเป็นรถใหม่และสามารถนำออกให้เช่าเพื่อขับรับผู้โดยสารได้อย่างน้อยวันละ 2 กะ ๆ ละ 600 บาท เมื่อรวม 2 กะ จึงเป็นเงินวันละ 1,200 บาท ตามมาตรฐานของราคาค่าเช่ารถแท็กซี่ทั่ว ๆ ไป เมื่อผู้ฟ้องคดีขาดรายได้จากการนำรถออกให้เช่าตั้งแต่วันที่เกิดเหตุคือ วันที่ 23 ธันวาคม 2555 จนถึงวันซ่อมเสร็จคือวันที่ 12 มีนาคม 2556 รวมเป็นระยะเวลา 80 วัน คิดเป็นค่าเช่าจำนวน 96,000 บาท

## 2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในต่างประเทศ

กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทอย่างหนึ่งที่นอกเหนือจากการระงับข้อพิพาททางศาล (Litigation) ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมี 3 รูปแบบ ได้แก่<sup>50</sup>

1) การเจรจาต่อรอง (Negotiation) เป็นกรณีที่คู่พิพาทสมัครใจเจรจาต่อรองเพื่อหาข้อตกลงกันเองโดยไม่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนการนำคดีมาฟ้องต่อศาล ก็เป็นวิธีการทางเลือกในการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ที่ดำเนินการโดยคู่กรณีด้วยกันเอง ซึ่งในสาธารณรัฐฝรั่งเศส แม้จะมีหลักการว่าผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องยื่นอุทธรณ์ภายในต่อฝ่ายปกครองก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง แต่ก็ยังมีบางกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ต้องยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาล หรือการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับ ซึ่งเป็นการดำเนินการที่มีเป้าหมายหลักเพื่อลดจำนวนคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เช่น กรณีการใช้สิทธิเข้าเรียกดูข้อมูลข่าวสารของราชการ กรณีนี้ผู้ร้องขอต้องยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ (La Commission D'accès Aux Documents Administratifs ซึ่งเทียบเคียงได้กับคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของประเทศไทย) ก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง<sup>51</sup>

2) การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท (Mediation หรือ Conciliation) เป็นกรณีที่คู่พิพาทสมัครใจให้มีบุคคลที่สามซึ่งเรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย” หรือ “ผู้ประนอมข้อพิพาท” เข้ามาช่วยให้เกิดการประนีประนอมยอมความกัน โดยที่ไม่อาจจะบังคับให้คู่พิพาทตกลงกันหรือไม่อาจกำหนดผลของกระบวนการได้

3) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นกรณีที่คู่พิพาทสมัครใจให้อนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นบุคคลหรือคณะบุคคลโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเลือกร่วมกัน หรือได้รับการแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่พิพาทตกลงกันหรือตามที่กฎหมายกำหนด

<sup>50</sup> ตะวัน มานะกุล. (2557). *กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: โครงการสำรวจองค์ความรู้เพื่อการปฏิรูปประเทศไทย มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ. หน้า 1-2.

<sup>51</sup> เอกสิทธิ์ จันตะมา. (2559). *การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับ: ทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางปกครองที่มีประสิทธิภาพ*. หน้า 1-2. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].



ในทางทฤษฎีอาจแยกรูปแบบของการไกล่เกลี่ย (Mediation) กับการประนอมข้อพิพาท (Conciliation) ออกจากกัน โดยพิจารณาจากลักษณะหรือบทบาทของผู้ทำหน้าที่คนกลาง กล่าวคือ “ผู้ไกล่เกลี่ย” ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีหน้าที่เป็นเพียงตัวกลางในการติดต่อสื่อสารระหว่างคู่พิพาทเท่านั้น ไม่มีบทบาทหน้าที่ในการนำเสนอทางออกให้แก่คู่พิพาท ส่วน “ผู้ประนอมข้อพิพาท” มีบทบาทในการจัดทำข้อเสนอแนะสำหรับทางออกของการระงับข้อพิพาทให้แก่คู่พิพาทได้พิจารณาด้วย ด้วยเหตุดังกล่าว สารนิพนธ์นี้จึงมุ่งศึกษากระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกกรณีที่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องโดยไม่มีบทบาทในการเสนอทางออกให้แก่คู่พิพาทพิจารณา หรือที่เรียกว่า กระบวนการไกล่เกลี่ย (Mediation)

ด้วยลักษณะของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มุ่งให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นยุติลงได้ภายในเวลาอันรวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย โดยการหาทางออกร่วมกันของคู่พิพาท การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยนั้น จึงก่อให้เกิดประโยชน์ในหลายด้าน เช่น<sup>52</sup>

(1) ประโยชน์ด้านสังคม เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตั้งอยู่บนพื้นฐานความต้องการยุติข้อพิพาทลงโดยที่ไม่ขัดต่อหลักกฎหมาย คู่กรณีมีความยืดหยุ่นในการทำความตกลงกันด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ทำให้ยังคงรักษาความสัมพันธ์อันดีของคู่กรณีและประชาชนที่เกี่ยวข้องได้

(2) ประโยชน์ด้านเศรษฐกิจ เมื่อการไกล่เกลี่ยสามารถยุติข้อพิพาทลงได้ในเวลาอันรวดเร็ว ทำให้เกิดการประหยัดค่าใช้จ่ายทั้งของรัฐและของเอกชน รวมถึงศาล นอกจากนี้ การที่ข้อพิพาทยุติลงได้ในเวลาอันรวดเร็ว ยังทำให้ประชาชนไม่เสียเวลาในการประกอบอาชีพอีกด้วย

(3) ประโยชน์ด้านปกครอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการเสริมสร้างความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นในสังคม เนื่องจากลักษณะการดำเนินการไกล่เกลี่ยสามารถผ่อนปรน ยืดหยุ่น ให้แก่กันได้ จึงทำให้คู่พิพาทไม่ติดใจดำเนินการคดีต่อกันต่อไป

อย่างไรก็ตาม แม้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยจะทำให้ข้อพิพาทยุติลงได้ในเวลาอันรวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย แต่หากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สำเร็จ การดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยที่ไม่สำเร็จนั้น ก็เป็นการทำให้คู่กรณีต้องเสียเวลาเพิ่มมากขึ้น

<sup>52</sup> สุชาติ แสนดี. (2536). การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท งานอันน่าภูมิใจของนักปกครอง. *วารสารเทศบาล*, 88 (8). กรุงเทพฯ: กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย. หน้า 43.

และสูญเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้น อันเป็นข้อเสียของการนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ระงับข้อพิพาท  
นั่นเอง<sup>53</sup>

ศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองในหลายประเทศได้ตระหนักถึงความสำคัญ  
ในการหาหนทางเพื่อให้การระงับข้อพิพาทในศาลยุติลงได้โดยเร็วไม่ว่าด้วยเหตุผลในการบริหาร  
จัดการคดีหรือด้วยเหตุผลเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม จึงจัดให้มีทางเลือกสำหรับคู่พิพาท  
ในการตัดสินใจที่จะยุติข้อพิพาทลงด้วยความสมัครใจ (Voluntary) และสมประโยชน์ของคู่กรณี  
(Parties) ทั้งสองฝ่ายขึ้นในศาล

อย่างไรก็ตาม แม้หลายประเทศได้นำกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกในศาลมาใช้  
กับคดีปกครอง แต่บางประเทศก็ยังคงมีความเห็นว่า กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก  
ในคดีปกครองสมควรได้รับการพัฒนาให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น โดยการพิจารณาถึงข้อดี  
และข้อเสีย อันจะนำไปสู่การคิดค้นรูปแบบและวิธีการดำเนินการระงับข้อพิพาททางเลือก  
ที่เหมาะสมกับแต่ละประเทศต่อไปในอนาคตได้ บนพื้นฐานของหลักการสำคัญของกระบวนการ  
ระงับข้อพิพาททางเลือก อันได้แก่<sup>54</sup>

(1) หลักการใช้ดุลพินิจ (Principle of Discretion) โดยคู่กรณีมีอิสระในการตัดสินใจที่จะ  
เลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นนอกเหนือจากวิธีพิจารณาคดีในศาลได้ และสามารถ  
เลือกบุคคลที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้ระงับข้อพิพาททางเลือก รวมถึงมีอำนาจที่จะยอมรับหรือ  
ไม่ยอมรับข้อตกลงตามกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก และจะถอนตัวออกจากกระบวนการ  
ระงับข้อพิพาททางเลือกเมื่อใดก็ได้

(2) หลักความยืดหยุ่น (Flexibility) กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกจะไม่นำกฎเกณฑ์  
แห่งกฎหมายที่เคร่งครัดมาใช้ และคู่กรณีสามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทได้ด้วยความยืดหยุ่น  
แต่ต้องคำนึงถึงหลักความยุติธรรม (Equity) หลักสุจริต (Good Faith) และหลักจารีตประเพณี (Customs)  
เป็นต้น และต้องสอดคล้องต่อความต้องการและผลประโยชน์ของคู่กรณีโดยไม่ขัดแย้งต่อกฎหมาย

<sup>53</sup> กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ. (2555). *โครงการพัฒนาความรู้ตุลาการศาลปกครอง เรื่อง การนำวิธีระงับ  
ข้อพิพาททางเลือก (ADR) มาใช้กับคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในศาลปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: สำนักงาน  
ศาลปกครอง. หน้า 77.

<sup>54</sup> สุขฉวี รักประจิด. (2559). *กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกในศาลในคดีปกครองของประเทศต่าง ๆ*.  
ข้อมูลจากรายงานของการประชุมใหญ่ (General Report) ในการประชุมสมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่าง  
ประเทศ ครั้งที่ 12 ณ ประเทศตุรกี. หน้า 2. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

(3) หลักการรักษาความลับ (Principle of Confidentiality) เป็นกรณีเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล และการรักษาความลับระหว่างคู่กรณีในการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทโดยวิธีการทางเลือก รวมถึงการใช้หรือทำลายเอกสาร ข้อมูลและพยานหลักฐาน ที่ใช้ในกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกได้

(4) หลักความรับผิดชอบด้วยตนเอง (Selbstverantwortlichkeit) ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่กรณีย่อมเป็นผู้ที่มีความเข้าใจถึงข้อพิพาทของตนเป็นอย่างดี หลักความรับผิดชอบด้วยตนเอง จึงหมายถึงการที่คู่กรณีจะเป็นผู้ตัดสินใจว่าประเด็นปัญหาและผลประโยชน์หรือความต้องการใด ของตนที่จะต้องนำมาพิจารณาในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจในการตัดสินใจ เกี่ยวกับเนื้อหาของข้อพิพาท มีบทบาทเป็นเพียงผู้ดำเนินไกล่เกลี่ยเท่านั้น<sup>55</sup>

(5) หลักการได้รับข้อมูลที่เพียงพอของคู่กรณี (Informiertheit der Parteien) ระหว่าง การดำเนินการไกล่เกลี่ย คู่กรณีจำเป็นต้องได้รับข้อมูลที่สำคัญและจำเป็นต่อการตัดสินใจ ทั้งในส่วนของคุณเท็จจริงและข้อกฎหมาย และได้รับรู้ถึงสิทธิของตนตามกฎหมายอันเป็นผลของ การทำข้อตกลงในท้ายที่สุดของการไกล่เกลี่ยด้วย

นอกจากนี้ การจะนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ได้นั้น ไม่เพียงแต่จะต้อง คำนึงถึงข้อดีข้อเสียและหลักการสำคัญของกระบวนการไกล่เกลี่ยดังกล่าวแล้ว ในการพิจารณาว่า คดีใดจะสามารถนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ได้นั้น ผู้พิพากษาที่จะทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยจำเป็นต้อง ยึดถือหลักเกณฑ์ในการพิจารณารับคดีที่จะทำการไกล่เกลี่ยโดยละเอียดรอบคอบ ในบางประเทศ เช่น ประเทศสเปน ได้กำหนดถึงข้อจำกัดของคดีที่จะทำการไกล่เกลี่ยไว้ในมาตรา 114 ของกฎหมาย ว่าด้วยเขตอำนาจศาลในคดีปกครอง โดยวางหลักว่า การไกล่เกลี่ยในคดีปกครองจะไม่สามารถ กระทำได้หากเป็นกรณีที่ขัดหรือแย้งกับสิทธิพื้นฐานของบุคคล และไม่สามารถทำได้ในกรณีของ คดีเลือกตั้ง หรือคดีที่มาจากการอุทธรณ์ในประเด็นเกี่ยวกับบทบัญญัติทั่วไปหรือกฎ<sup>56</sup>

ในหลายประเทศการระงับข้อพิพาททางเลือกอาจเกิดขึ้นได้แม้จะยังไม่นำคดีมาฟ้องต่อศาล แต่เมื่อมีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลแล้วการจะนำกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้เมื่อใดนั้น ยังเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป บางประเทศ เช่น เกรือรัฐออสเตรเลีย ได้มีการกำหนด หลักเกณฑ์วิธีการเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกไว้โดยให้พิจารณาถึงการนำ กระบวนการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีพิพาทตั้งแต่ขั้นเริ่มต้นคดี ดังที่บัญญัติไว้ใน หมวดที่ 28

<sup>55</sup> นรินทร์ อธิสาร. (2558). *การสร้างระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไทย*. หน้า 5-6. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

<sup>56</sup> พัชราภรณ์ ศิริวิมลกุล. (2559). *การไกล่เกลี่ยในคดีปกครองของประเทศสเปน: ขอบเขตของการนำมาใช้ ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของฝ่ายปกครองและกระบวนการในศาล*. หน้า 16. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

แห่งระเบียบศาลสหพันธรัฐแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 2011 โดยที่ข้อ 28.01 วางหลักว่า คู่กรณีและศาล จะต้องพิจารณาวิธีการที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททางเลือก ซึ่งหมายความรวมถึงการระงับข้อพิพาท รูปแบบ Mediation ตั้งแต่ในขั้นแรกที่จะดำเนินการระงับข้อพิพาท ศาลอาจช่วยเหลือให้การระงับข้อพิพาทดังกล่าวสัมฤทธิ์ผลตามความเหมาะสม<sup>57</sup>

ภายหลังจากการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาท ผลที่เกิดจากการระงับข้อพิพาทจะเป็นอย่างไรนั้น ศาลในประเทศเบลเยียมได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับการพิจารณาว่าเป็นข้อตกลงระงับข้อพิพาท (Settlement Agreement) หรือไม่ จะต้องเป็นกรณีที่คู่กรณีได้ร่วมกันเจรจาข้อตกลงที่สมประโยชน์ ทั้งสองฝ่ายแล้ว แต่ก็ไม่ใช่กรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยอมรับข้ออ้างหรือข้อกล่าวหา (Allegation) ของอีกฝ่ายหนึ่ง และคู่กรณีดังกล่าวไม่สามารถโต้แย้งเกี่ยวกับข้อตกลงระงับข้อพิพาท (Settlement Agreement) ได้อีกต่อไป เพราะกรณีถือเป็นผลสุดท้ายที่ได้จากการตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกัน และบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมายย่อมสามารถทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้<sup>58</sup>

## 2.2.1 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในสาธารณรัฐฝรั่งเศส กรณีฟ้องขอให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดแก่หน่วยงานทางปกครอง

การพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีความจำเป็นที่ต้องดำเนินการด้วยความรวดเร็ว โดยที่ศาลต้องทำการพิจารณาพิพากษาคดีภายในระยะเวลาอันสมควร เนื่องจากความล่าช้าในการพิจารณาพิพากษาคดี อาจเป็นเหตุที่ทำให้ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายจากความล่าช้าในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ อีกทั้งอาจยังมีผลในเรื่องพยานหลักฐานที่อาจสูญหายไปในช่วงการพิจารณาของศาลด้วย ดังนั้น จึงมีการคิดพิจารณาปรับปรุงกฎหมาย

<sup>57</sup> เทียนเงิน อุตรระชัย. (2561). รายงานของเครือรัฐออสเตรเลียเพื่อประกอบการประชุมสมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ (*International Association of Supreme Administrative Jurisdictions หรือตัวย่อ IASAJ*) ครั้งที่ 12 ณ กรุงอิสตันบูล, พฤษภาคม ค.ศ. 2016 เรื่อง การระงับข้อพิพาททางเลือกในข้อพิพาททางปกครอง (*Alternative Dispute Resolution in Administrative Matters*). หน้า 6-7. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

<sup>58</sup> สุขฉวี รัตประจิด. (2559). กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกในศาลในคดีปกครองของประเทศต่าง ๆ (ฉบับที่ 2). ข้อมูลจากรายงานของการประชุมใหญ่ (General Report) ในการประชุมสมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 12 ณ ประเทศตุรกี. หน้า 3. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

วิธีพิจารณาคดีปกครองในหลาย ๆ ส่วน เพื่อให้ศาลปกครองสามารถทำการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองได้อย่างรวดเร็ว<sup>59</sup>

เดิมในสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจเป็นการทั่วไปแก่ศาลในการไต่เถียงข้อพิพาททางปกครอง แต่ในทางปฏิบัติตุลาการศาลปกครองได้ดำเนินการไต่เถียงข้อพิพาทบางคดีอยู่แล้ว โดยขึ้นอยู่กับดุลพินิจของตุลาการศาลปกครองแต่ละท่านในการพิจารณาว่าจะดำเนินการให้คดีพิพาทนั้นมีการไต่เถียงหรือไม่ อย่างไร ต่อมา ใน ค.ศ. 1986 มีประกาศใช้กฎหมายฉบับวันที่ 6 มกราคม 1986 ซึ่งในมาตรา 22 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดให้ศาลปกครองชั้นต้นมีหน้าที่ไต่เถียงข้อพิพาทอีกหน้าที่หนึ่ง โดยที่สาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในอีกใน มาตรา L.211-4 แห่งประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง (Code de Justice Administrative) ที่บัญญัติว่า “ศาลปกครองชั้นต้นสามารถที่จะทำหน้าที่ไต่เถียงข้อพิพาทได้” บทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการกำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะดำเนินการไต่เถียงข้อพิพาทในลักษณะเป็นการทั่วไป โดยไม่ได้มีการระบุรายละเอียด วิธีการดำเนินการ หรือข้อจำกัดต่าง ๆ ไว้ อย่างไรก็ตาม แม้จะยังไม่มีกฎหมายลำดับรองมากำหนดรายละเอียด วิธีดำเนินการ หรือข้อจำกัดต่าง ๆ ในการดำเนินการกระบวนการไต่เถียงไว้ แต่สภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ซึ่งมีบทบาทเป็นทั้งที่ปรึกษากฎหมายแก่ฝ่ายบริหารและเป็นศาลสูงสุดสำหรับกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ก็ได้มีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้ทันทีซึ่งก็เป็นการเพียงพอแล้ว ดังนั้น ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสศาลปกครองแต่ละแห่งจึงได้ทำการไต่เถียงข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้น โดยมีขอบเขตและวิธีการที่แตกต่างกันไป<sup>60</sup> ต่อมา สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ประกาศใช้รัฐบัญญัติเลขที่ 2016-1547 ว่าด้วยการปรับปรุงให้การอำนวยความสะดวกมีความทันสมัยสำหรับศตวรรษที่ 21 (Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de Modernization de la Justice du XXI<sup>e</sup> Siècle) เมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน 2016 มีผลเป็นการปรับปรุงระบบการอำนวยความสะดวกทางปกครอง โดยกำหนดให้นำเอาวิธีการไต่เถียงข้อพิพาท (Médiation) มาใช้เป็นวิธีการหลักในการระงับข้อพิพาททางเลือกแทนการประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation) ทั้งในศาลปกครองชั้นต้นศาลปกครองชั้นอุทธรณ์

<sup>59</sup> เอกสิทธิ์ จันตะมา. (2560). *การบริหารจัดการในศาลปกครองฝรั่งเศสเพื่อให้เกิดความรวดเร็วในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง*. หน้า 16. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

<sup>60</sup> กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ. อ้างแล้ว. หน้า 66-67.

และในสภาแห่งรัฐ<sup>61</sup> โดยที่การนำเอาวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในการอำนวยความสะดวกทางปกครองนั้น มีสาระสำคัญสรุปได้ ดังนี้<sup>62</sup>

1) หลักการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามบทบัญญัติทั่วไป

ประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L.213-1 วางหลักไว้ว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามความในส่วนนี้ หมายความว่าถึง กระบวนการทั้งหลาย ไม่ว่าจะมิชื่อเรียกอย่างใดก็ตาม ที่มีการจัดเอาไว้อย่างเป็นระบบ ซึ่งเป็นกระบวนการที่คู่กรณีสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายมุ่งหมายที่จะให้มีการบรรลุข้อตกลงที่จะก่อให้เกิดข้อยุติร่วมกันอย่างฉันท์มิตรในข้อพิพาทของคนที่มีความขัดแย้งกัน ด้วยความช่วยเหลือของบุคคลที่สาม ซึ่งได้แก่ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Médiateur) ที่คู่กรณีเลือกหรือที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาลด้วยความตกลงเห็นพ้องของคู่กรณี<sup>63</sup> จากบทบัญญัติดังกล่าว รูปแบบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงมีลักษณะเปิดกว้าง โดยให้ความสำคัญแก่คู่กรณีที่จะตกลงยินยอมและสมัครใจระงับข้อพิพาทระหว่างกัน และมีผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นบุคคลที่สามที่คู่กรณีแต่งตั้ง หรือศาลปกครองแต่งตั้งตามความยินยอมของคู่กรณี<sup>64</sup>

ส่วนการจะแต่งตั้งให้ผู้ใดทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น ประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง ภาคกฎหมาย (Partie Réglementaire-Décrets en Conseil d'État) มาตรา R.213-2 วางหลักว่า ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจได้รับแต่งตั้งจากบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นนิติบุคคล ให้ผู้แทนตามกฎหมายของนิติบุคคลนั้นแต่งตั้งบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลให้ปฏิบัติหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในนามของนิติบุคคล และมาตรา R.213-3 วางหลักว่า ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นบุคคลธรรมดา ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น

<sup>61</sup> บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (ม.ป.ป.). *การนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้เป็นวิธีการหลักของการระงับข้อพิพาททางเลือกในศาลปกครองของฝรั่งเศส*. หน้า 1. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

<sup>62</sup> พัชรา จิตรมหิมา. (2560). แนวคิดและหลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศสที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ ค.ศ. 2016 ตามประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง (code de justice administrative) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส. *เอกสารนำเสนอคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เพื่อประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2560*. หน้า 1-20. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://web.krisdika.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

<sup>63</sup> บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 61. หน้า 2.

<sup>64</sup> อภิญา แก้วกำเนิด. (2561). *ประเทศฝรั่งเศสประกาศใช้กฎหมายนำร่องให้มีการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองแบบบังคับมาทดลองใช้สำหรับคดีบางประเภท (La loi portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire)*. หน้า 6. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

ต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสมกับลักษณะของข้อพิพาทนั้น ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากกิจการงานในอดีต หรือปัจจุบันของบุคคลผู้นั้น เช่น เคยผ่านการฝึกอบรมหรือมีประสบการณ์ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>65</sup>

เมื่อมีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกจากต้องคำนึงถึงการแก้ไขความขัดแย้งของกลุ่มอย่างสมานฉันท์แล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทยังต้องปฏิบัติหน้าที่โดยคำนึงถึงหลักความเป็นกลางและการรักษาความลับของกลุ่มอีกด้วยตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา L.213-2 วรรคหนึ่ง ซึ่งกำหนดหลักการว่า ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยด้วยความเป็นกลาง (L'impartialité) ความมีอำนาจที่จะกระทำได้ (Compétence) และความขยันและเอาใจใส่ (Diligence) และมาตรา L.213-2 วรรคสอง วางหลักว่า เว้นแต่จะมีข้อตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างกลุ่ม การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอยู่ภายใต้หลักความไว้เนื้อเชื่อใจให้เป็นความลับ (Principe de Confidentialité) ทั้งนี้ บรรดาข้อสังเกตของผู้ไกล่เกลี่ยและบรรดาคำแถลงใดๆ ที่ได้รับในชั้นของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่อาจเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกหรือไม่อาจถูกยกขึ้นอ้างหรือทำขึ้นในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลหรืออนุญาโตตุลาการโดยปราศจากการตกลงเห็นพ้องของกลุ่ม และวรรคสาม วางหลักถึงข้อยกเว้นไว้ในกรณีที่มีเหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือเหตุที่เกี่ยวกับความคุ้มครองประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก หรือเหตุอันเกี่ยวกับร่างกายหรือจิตใจของบุคคล หรือเมื่อการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือการเปิดเผยเนื้อหาของข้อตกลงที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยนั้น เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อนำไปสู่การดำเนินการของผู้ไกล่เกลี่ยต่อไป<sup>66</sup>

## 2) ลักษณะของคดีพิพาทที่สามารถไกล่เกลี่ยได้

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น กลุ่มยินยอมทำการไกล่เกลี่ยได้ทุกกรณี ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง ภาคกฎ มาตรา R.213-1 วางหลักไว้ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจดำเนินการได้ในทุกประเด็นพิพาทในคดีหรือในบางประเด็นพิพาทในคดีก็ได้<sup>67</sup> แต่อย่างไรก็ตาม การดำเนินการที่อยู่นอกเหนือสิทธิหรือความสามารถของกลุ่มนั้น กลุ่มไม่อาจ

<sup>65</sup> เอกสิทธิ์ วินิจกุล. (ม.ป.ป.). *บทบัญญัติทางกฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครอง ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายยุติธรรมทางปกครอง ภาคกฎ*. หน้า 1. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

<sup>66</sup> พัชรา จิตรมหีมา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 3.

<sup>67</sup> เอกสิทธิ์ วินิจกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 65. หน้า 1.

ทำการไกล่เกลี่ยได้ตามที่บัญญัติไว้เป็นหลักการในมาตรา L.213-3 วางหลักว่า ข้อตกลงในการไกล่เกลี่ยของคู่กรณีไม่อาจฝ่าฝืนต่อสิทธิใด ๆ ซึ่งคู่กรณีไม่มีอิสระที่จะกำหนดขึ้นได้<sup>68</sup>

### 3) การดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยศาลนั้น สามารถเริ่มการไกล่เกลี่ยได้ตั้งแต่เวลาที่ศาลรับคำฟ้อง ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีในศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์หรือในสภาแห่งรัฐ ดังที่ประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L.114-1 วางหลักว่าเมื่อสภาแห่งรัฐได้รับคำฟ้องคดีพิพาทซึ่งเป็นการฟ้องโดยตรงและเป็นเขตอำนาจศาลสุดท้ายหลังจากได้รับความยินยอมจากคู่กรณีแล้ว สภาแห่งรัฐมีอำนาจสั่งให้มีการไกล่เกลี่ยเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างคู่กรณีดังกล่าวดังที่กำหนดไว้ในหมวด 3 ลักษณะ 1 บรรพ 2<sup>69</sup> และโดยผลของมาตรา L.114-1 ดังกล่าว บทบัญญัติเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์นั้น จึงนำมาใช้ในสภาแห่งรัฐด้วย<sup>70</sup>

การเริ่มกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นสามารถริเริ่มกระบวนการได้ทั้งโดยคู่กรณี และริเริ่มโดยตุลาการศาลปกครอง ซึ่งมีขั้นตอนและวิธีการที่สำคัญโดยสรุป ดังนี้<sup>71</sup>

กรณีการไกล่เกลี่ยที่ริเริ่มโดยคู่กรณี (Médiation à L'initiative des Parties) ประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครองมาตรา L.213-5 วางหลักไว้ว่า นอกจากวิธีพิจารณาทางศาล คู่กรณีอาจดำเนินการตามข้อปฏิบัติของการไกล่เกลี่ย และอาจมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด (บุคคลหนึ่ง หรือหลายบุคคล) ทำหน้าที่ดังกล่าวได้ นอกจากนี้ คู่กรณียังอาจร้องขอต่อประธานศาลปกครองชั้นต้น หรือประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีอำนาจ (แล้วแต่กรณีว่าขณะนั้นคดีพิพาทอยู่ในอำนาจศาลใด) เพื่อจัดให้มีการดำเนินการไกล่เกลี่ย และแต่งตั้งให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดปฏิบัติหน้าที่ในการไกล่เกลี่ย หรือคู่กรณีอาจร้องขอให้ศาลแต่งตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดให้ปฏิบัติหน้าที่ไกล่เกลี่ยซึ่งคู่กรณีได้จัดให้มีการไกล่เกลี่ยด้วยตนเองได้ ซึ่งประธานศาลปกครองชั้นต้นหรือประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (แล้วแต่กรณี) อาจมอบอำนาจให้ตุลาการศาลปกครองคนใดดำเนินการไกล่เกลี่ยก็ได้ เมื่อประธานศาลดังกล่าวหรือตุลาการผู้รับมอบอำนาจให้ทำหน้าที่จัดให้มีการไกล่เกลี่ย ได้รับรองโดยเลือกบุคคลภายนอกศาลให้เข้าทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ย ถ้ามีการกำหนดค่าตอบแทนและจำนวนเงินในการดำเนินการของบุคคลภายนอกนี้ ให้ประธานศาลดังกล่าว

<sup>68</sup> พัชมา จิตรมหีมา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 3.

<sup>69</sup> พัชมา จิตรมหีมา. เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

<sup>70</sup> บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 61. หน้า 2.

<sup>71</sup> พัชมา จิตรมหีมา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 5-9.



หรือตุลาการศาลปกครองผู้รับมอบอำนาจเป็นผู้กำหนดจำนวนเงินดังกล่าว ซึ่งคำวินิจฉัยของประธานศาลดังกล่าวหรือตุลาการที่ได้รับมอบอำนาจในการไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งมาตรานี้เป็นที่สุด สำหรับกรณีที่มีการกำหนดให้ต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยก่อนการฟ้องคดีปกครองเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใด การไกล่เกลี่ยที่ต้องดำเนินการดังกล่าวจะไม่มีกรณีก่อค่าชดเชยธรรมเนียมจากคู่กรณี

กรณีการไกล่เกลี่ยที่ริเริ่มโดยตุลาการศาลปกครอง (Médiation à L'initiative du Juge) ประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครองมาตรา L.213-7 ถึงมาตรา L.213-10 วางหลักไว้ว่า เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ หากได้รับความยินยอมของคู่กรณี ประธานศาลปกครองที่พิจารณาคดีนั้นอาจสั่งให้มีการไกล่เกลี่ยเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างคู่กรณีดังกล่าว และในกรณีที่การปฏิบัติหน้าที่ไกล่เกลี่ยได้มีการมอบหมายให้บุคคลภายนอกศาลเป็นผู้ดำเนินการ ตุลาการศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดค่าตอบแทนและจำนวนเงินดังกล่าวได้ โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยต้องรายงานต่อตุลาการศาลปกครองด้วยว่าคู่กรณีได้ดำเนินการเป็นไปตามข้อตกลงหรือไม่ ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของตุลาการศาลปกครองตามมาตรา L.213-7 ที่กล่าวถึงอำนาจในการสั่งให้มีการไกล่เกลี่ย และมาตรา L.213-8 ที่กล่าวถึงอำนาจในการกำหนดค่าตอบแทนแก่บุคคลภายนอกผู้ปฏิบัติหน้าที่ไกล่เกลี่ย ให้เป็นที่สุด

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง ภาคกฎ ยังได้บัญญัติเป็นการเพิ่มเติมในมาตรา R.213-5 ถึงมาตรา R.213-9 ถึงกรณีการไกล่เกลี่ยที่ริเริ่มโดยตุลาการศาลปกครอง โดยสรุปได้ว่า กรณีที่ศาลเห็นว่าคดีที่รับไว้พิจารณา อาจใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยสมานฉันท์ได้ ศาลอาจเสนอต่อคู่กรณีให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในเวลาใดก็ได้ โดยให้คู่กรณีตอบข้อเสนอดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด และนอกจากที่กำหนดไว้ในมาตรา L.213-8 ซึ่งกล่าวถึงอำนาจในการกำหนดค่าตอบแทนแก่บุคคลภายนอกผู้ปฏิบัติหน้าที่ไกล่เกลี่ย คำสั่งให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องระบุถึงความยินยอมให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นได้ของคู่กรณีทุกฝ่าย และแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กับทั้งอาจกำหนดระยะเวลาของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และค่าตอบแทนของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ โดยให้แจ้งคำสั่งนี้แก่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและคู่กรณีเพื่อทราบด้วย ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีค่าตอบแทน หากผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีคำร้องขอ ทั้งในช่วงเริ่มต้นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือในระหว่างการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจโดยการหารือกับตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่รับผิดชอบสำนวนคดีนั้น สามารถกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้รับค่าจ้างล่วงหน้าภายใต้จำนวนเงินที่กำหนดได้ ในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็น ศาลอาจทำการแสวงหา

ข้อเท็จจริงในคดีที่อยู่ในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ในทุกเวลา หากผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเห็นว่ามีความจำเป็นในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นและคู่กรณีทุกฝ่ายยินยอม ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจรับฟังข้อมูลใด ๆ จากบุคคลภายนอกได้<sup>72</sup>

#### 4) ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

(1) กรณีการไกล่เกลี่ยสำเร็จ มาตรา L.213-4 แห่งประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง วางหลักไว้ว่า เมื่อศาลได้รับการเสนอข้อยุติเช่นว่านั้น ซึ่งกระทำโดยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามความในส่วนนี้ ศาลมีอำนาจที่จะรับรองและกำหนดให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลบังคับได้ (การพิพากษาตามยอม)<sup>73</sup>

(2) กรณีการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ มาตรา R.213-9 แห่งประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง ภาควินิจฉัย กำหนดให้ เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทร้องขอให้ยุติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือในกรณีที่ศาลเห็นเองว่าการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นไม่อาจดำเนินการไปได้ด้วยดีและอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่คดี ให้ศาลสั่งยุติการไกล่เกลี่ย<sup>74</sup>

### 2.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กรณีฟ้องขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดแก่หน่วยงานทางปกครอง

เดิมสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ไม่มีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรแห่งสหพันธ์ที่บัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจตุลาการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ แต่ก็มีมีการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในชั้นศาลมาใช้ระงับข้อพิพาทอย่างแพร่หลายในศาลปกครอง เช่น ศาลปกครองชั้นต้นแห่งนครเบอร์ลิน เมื่อ ค.ศ. 2003 ศาลปกครองชั้นต้นแห่งมลรัฐบาเยิร์น และศาลปกครองชั้นต้นแห่งนครมิวนิค เมื่อ ค.ศ. 2010 และมีตุลาการเป็นจำนวนมากให้ความสนใจเข้ารับการฝึกอบรมหลักสูตรการเป็นตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย<sup>75</sup> โดยที่สหพันธ์รัฐเยอรมนีได้มีการพัฒนารูปแบบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้มีความเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาทในศาลโดยตุลาการสันติคดี (Güterichter) ที่อาจเลือกนำวิธีการไกล่เกลี่ย (Mediation) มาใช้ในการดำเนินการได้

<sup>72</sup> เอกสิทธิ์ วิจิตรกุล, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 65, หน้า 2-3.

<sup>73</sup> บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 61, หน้า 3.

<sup>74</sup> เอกสิทธิ์ วิจิตรกุล, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 65, หน้า 2-3.

<sup>75</sup> วรารัตน์ ไคขุนทด, (2554), การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง:สหพันธ์รัฐเยอรมนี, *วารสารวิชาการศาลปกครอง, 11 (4)*, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 57.

และเรียกรูปแบบดังกล่าวว่า “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบใช้เวลาอันสั้น” (Die Kurz-Zeit-Mediation) ซึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบใช้เวลาอันสั้น มีวัตถุประสงค์ดังนี้<sup>76</sup>

(1) เพื่อให้มีกำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนให้คู่กรณีใช้ประกอบการตัดสินใจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

(2) เพื่อให้ศาลสามารถคำนวณระยะเวลาในการบริหารจัดการคดีและจำนวนคดีที่จะทำการไกล่เกลี่ยได้ในภาพรวม

(3) เพื่อให้มีหลักเกณฑ์สำหรับการยื่นข้อขึ้นตอนของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยยังคงมีขั้นตอนครบทุกขั้นตอนเช่นเดียวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามปกติ

ใน ค.ศ. 2008 สหภาพยุโรปได้ออกข้อบังคับว่าด้วยหลักเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งและการพาณิชย์ (DIRECTIVE 2008/52/EC on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters) เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย ใน ค.ศ. 2012 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงได้อนุมัติการตามข้อบังคับของสหภาพยุโรปดังกล่าว โดยปรับปรุงรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediationsgesetz-MediationsG) พร้อมทั้งแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความทุกประเภทคดีเพื่อรองรับอำนาจผู้พิพากษาหรือตุลาการในการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการทางเลือกอื่นนอกจากการพิจารณาคดีตามปกติ เว้นแต่ในคดีอาญาและคดีภาษีอากรซึ่งมีลักษณะเฉพาะ<sup>77</sup> โดยที่การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความเพื่อรองรับการใช้อำนาจไกล่เกลี่ยของผู้พิพากษาหรือตุลาการของสหพันธ์รัฐเยอรมนี ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในบทบัญญัติมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozess-ordnung:ZPO) ให้อำนาจตุลาการในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลได้ โดยให้ตุลาการเจ้าของสำนวนหรือองค์คณะสามารถส่งคดีพิพาทให้แก่ตุลาการอื่นที่อยู่นอกองค์คณะ ซึ่งเรียกว่า ตุลาการสันติคดี (Güterichter) เพื่อดำเนินการหาหนทางในการระงับข้อพิพาทได้ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบ Mediation หรือวิธีการอื่น เช่น

<sup>76</sup> วรรัตน์ ไคขุนทด. (2554). การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบใช้เวลาอันสั้น (Die Kurz-Zeit-Mediation) รูปแบบที่เหมาะสมกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองเยอรมัน. หน้า 1. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

<sup>77</sup> ัญฐพล สกุลเมฆา. (2560). ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองเยอรมัน. หน้า 2. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://web.krisdika.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

การประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation) โดยเรียกวิธีการนี้ว่า “วิธีพิจารณาของตุลาการสันติคดี” (Güterichterverfahren)<sup>78</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสาระสำคัญของรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz-MediationsG) จะเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยนอกศาล แต่ด้วยผลของบทบัญญัติมาตรา 278 วรรคห้า ประโยคที่สอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ศาลใช้เป็นฐานในการดำเนินการไกล่เกลี่ยในศาล กำหนดให้การไกล่เกลี่ยโดยตุลาการสามารถนำเอาวิธีการทั้งหลายของการระงับข้อพิพาท รวมทั้งการไกล่เกลี่ยมาใช้ได้นั้น บทบัญญัติดังกล่าวมีผลต่อการระงับข้อพิพาทในคดีปกครองในแง่ที่ว่า ศาลปกครองสามารถนำเอาหลักการดังกล่าวไปปรับใช้กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองในศาลปกครองได้ เนื่องจากมาตรา 173 ประโยคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung:VwGO) บัญญัติให้นำบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รวมทั้งบทบัญญัติมาตรา 278 วรรคห้า และมาตรา 278a ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (บทบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย) มาใช้บังคับโดยอนุโลม<sup>79</sup>

#### 1) ลักษณะของคดีพิพาทที่สามารถไกล่เกลี่ยได้

ในคดีปกครองของสหพันธ์รัฐเยอรมนีแม้จะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายจำกัดประเภทของข้อพิพาททางปกครองที่ไม่อาจระงับโดยวิธีการอื่นนอกจากการพิจารณาคดีโดยศาลไว้ แต่เนื่องจากการนำเอากฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับในคดีปกครองของสหพันธ์รัฐเยอรมนี เป็นการใช้บังคับบทบัญญัติกฎหมายโดยอนุโลมเท่านั้น ซึ่งหมายถึงการใช้บังคับบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังกล่าว ต้องใช้บังคับเท่าที่เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพของเรื่อง โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กำหนดให้มีการอนุโลมนั้น<sup>80</sup> เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาล การจะพิจารณาคดีพิพาทใดเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยนั้น ศาลจะต้องพิจารณาและมีความเห็นว่าควรนำคดีพิพาทนั้นเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยได้หรือไม่ ประกอบกับ คู่กรณีจะต้องมีความเห็นตรงกันว่าควรมีการจัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขึ้น ส่วนการพิจารณาว่าคดีพิพาทใดที่ควรนำเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย อาจพิจารณาอันดับแรกว่า คดีพิพาทนั้นมีแนวโน้มว่า

<sup>78</sup> วรรัตน์ ไคขุนทด. (2559). ประสบการณ์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองเยอรมัน. *เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองสูงสุด ประจำปีงบประมาณ 2559 ในหัวข้อ “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง”*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 2.

<sup>79</sup> นรินทร์ อิศาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 4.

<sup>80</sup> ณีฐกุล สกกุลเมฆา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า 4.

เมื่อได้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยแล้วคดีพิพาทจะยุติลงได้ในเวลาอันสั้น และประหยัดค่าใช้จ่ายมากกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล นอกจากนี้ ยังมีประเด็นอื่น ๆ ที่อาจใช้ในการประกอบการพิจารณาคดีพิพาทที่จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยได้ เช่น<sup>81</sup>

คดีพิพาทที่คู่กรณีมีความสัมพันธ์กันเป็นเวลานาน และมีความต้องการที่จะรักษาความสัมพันธ์อันดีต่อกันไว้ (Erhaltung der Beziehung) เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลซึ่งเป็นกรณีพิพาทระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา หรือ คดีพิพาทเกี่ยวกับการอนุญาตก่อสร้างอาคารของผู้ที่พักอาศัยอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกัน ซึ่งการนำคดีพิพาทในลักษณะนี้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย อาจทำให้ความสัมพันธ์อันดีที่ถูกกระทบจากการฟ้องคดีกลับมาดีดังเดิมได้

คดีพิพาทมีข้อเท็จจริงที่มีความรู้สึกและอารมณ์เข้ามาเกี่ยวข้อง (Emotionale Verbundenheit) ซึ่งสาเหตุของข้อพิพาทอาจมาจากความเข้าใจผิดเนื่องมาจากการสื่อสารหรือปัจจัยอื่น ซึ่งหากพิจารณาคดีพิพาทนั้นตามกระบวนการพิจารณาโดยศาล คู่กรณีมักไม่มีโอกาสได้ทราบถึงเหตุผลและข้อเท็จจริงในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในมุมมองของคู่กรณีอีกฝ่าย

คดีพิพาทที่คู่กรณีไม่ต้องการเปิดเผยข้อเท็จจริงบางประเด็น คดีพิพาทประเภทนี้ คู่กรณีอาจตกลงกันให้เก็บข้อเท็จจริงและความเห็นที่คู่กรณีได้กล่าวและแสดงออกมาในระหว่างการดำเนินการไกล่เกลี่ยไว้เป็นความลับได้ ซึ่งแตกต่างจากการพิจารณาคดีของศาล ที่ศาลอาจต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวหากข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาคดี

คดีพิพาทที่อาจคาดหมายได้ว่า วิธีพิจารณาคดีโดยศาลจะไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่แท้จริงหรือไม่สามารถยุติข้อพิพาทของคดีได้อย่างแท้จริง

คดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการหรือกิจกรรม (Staatliche Planung) ที่ต้องมีการชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียระหว่างหน้าที่ของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับเอกชน เพื่อให้เกิดดุลยภาพที่ได้สัดส่วนที่สมเหตุสมผลระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ<sup>82</sup>

คดีที่ปรากฏข้อเท็จจริงครบถ้วนตามองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย อันมีลักษณะเป็นอำนาจผูกพันที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะวินิจฉัยเป็นอื่นไม่ได้ (Rechtlich voll Gebundene Verwaltung) หากปรากฏการใช้ถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง (Unbestimmte Rechtsbegriffe) ที่เปิดโอกาสให้มีการตีความได้ และการพิสูจน์การมีอยู่

<sup>81</sup> วรารัตน์ ไชยุนทด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 75. หน้า 63-64.

<sup>82</sup> ฉัตรกุล สกกุลเมฆา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า 5.

ขององค์ประกอบดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยปัจจัยหลายประการที่เป็นภาระหน้าที่ในการนำเสนอข้อมูลของคู่กรณี

อย่างไรก็ตาม การนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีปกครองนั้น ไม่สามารถใช้ได้ทุกกรณี กล่าวคือ อาจมีได้ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะใช้ดุลพินิจตัดสินใจอย่างอิสระภายใต้ขอบเขตอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้ และภายในขอบเขตความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เพื่อดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายบรรลุผล (Ermessensverwaltung)

## 2) การดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การนำคดีพิพาทในศาลปกครองเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้นั้น อาจเริ่มจากการที่คู่กรณีร้องขอหรือศาลโดยตุลาการเจ้าของสำนวนหรือองค์คณะผู้รับผิดชอบสำนวนเห็นสมควรที่จะนำคดีพิพาทนั้นเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่น โดยได้รับความยินยอมจากคู่กรณี ซึ่งคู่กรณีจะเป็นผู้เลือกตุลาการสันติคดี (Güterichter) ผู้ที่จะทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทในคดีของตนจากบัญชีรายชื่อที่ศาลได้จัดทำไว้ และศาลจะร้องขอไปยังตุลาการสันติคดี (Güterichter) ที่ถูกเลือกเพื่อให้ดำเนินการต่อไป โดยจะหยุดกระบวนการพิจารณาคดีไว้จนกว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะสิ้นสุดลง ซึ่งการนำคดีพิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น สามารถทำได้ในทุกขั้นตอนตั้งแต่วันที่ศาลรับคำฟ้องไว้ ไม่ว่าจะเป็นช่วงเวลาก่อนวันนั่งพิจารณาคดี ระหว่างการนั่งพิจารณา หรือหลังการนั่งพิจารณา แต่ต้องเป็นเวลาก่อนที่ศาลมีคำพิพากษา<sup>83</sup>

โดยที่การดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นนอกจากการพิจารณาพิพากษาคดีตามปกติของศาลตามบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozess-ordnung:ZPO) แบ่งได้เป็น 2 กรณี สรุปได้ดังนี้<sup>84</sup>

(1) การระงับข้อพิพาทโดยศาล (Güterichterverfahren) มาตรา 278 วรรคห้า วางหลักให้อำนาจศาลมีดุลพินิจในการออกคำสั่ง (Verweisungsbeschluss) ให้คู่กรณีดำเนินการระงับข้อพิพาทเพื่อหาทางออกที่ไม่มีความขัดแย้ง โดยตุลาการสันติคดี (Güterichter) ซึ่งไม่ใช่ตุลาการผู้รับผิดชอบในการพิจารณาวินิจฉัยคดี แต่เป็นตุลาการที่อยู่ในสังกัดศาลเดียวกัน

การดำเนินวิธีการระงับข้อพิพาทในกรณีนี้ ถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณาคดีในศาลและจะกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่าที่เหมาะสมแก่สภาพข้อเท็จจริง เช่น การกำหนดนัดพิจารณา

<sup>83</sup> วรรัตน์ ไคขุนทด. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 76. หน้า 3.

<sup>84</sup> ณีฐพล สกกุลเมฆา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า 2-3.

การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่เป็นผู้ระงับข้อพิพาทถือเป็นการใช้อำนาจในฐานะตุลาการ (Gesetzlicher Richter) ตามมาตรา 16 แห่งกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาล (Gerichtsverfassungsgesetz) ซึ่งต้องผูกพันกับหลักความเป็นอิสระของการใช้อำนาจตุลาการโดยเคร่งครัด อีกทั้ง ผู้พิพากษาผู้ระงับข้อพิพาทยังมีสิทธิตรวจดูเพิ่มสำนวนคดีได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณี (Recht auf Einsicht in Prozessakten) และยังสามารถบันทึกหลักฐานการตกลงประนีประนอม (den Vergleich Protollieren) รวมถึงกำหนดจำนวนทุนทรัพย์ของคดีได้ (den Streitwert Festsetzen)

(2) การระงับข้อพิพาทโดยผู้ไกล่เกลี่ย (Mediationsverfahren) ตามมาตรา 278 a ซึ่งวางหลักให้โอกาสศาลได้เสนอให้คู่กรณีไปดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นด้วยความยินยอมของคู่กรณี โดยผู้ไกล่เกลี่ยอาจเป็นผู้พิพากษาซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในศาลนั้นก็ได้ (Gerichtsnabe Mediation) และในกรณีที่คู่กรณียินยอมเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ศาลจะมีคำสั่งพักการพิจารณาคดีไว้ก่อน (Anordnung der Verfahrensruhe) ตามมาตรา 278 a ประกอบมาตรา 251 เพื่อรอผลการไกล่เกลี่ย

ส่วนหลักเกณฑ์ วิธีการ และขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกรณีนี้จะอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz-MediationsG) โดยเฉพาะหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งมาตรา 2 แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้ คู่กรณีเป็นผู้เลือกผู้ไกล่เกลี่ย และผู้ไกล่เกลี่ยต้องปฏิบัติหน้าที่ต่อคู่กรณีอย่างเท่าเทียมกัน สนับสนุนและทำให้มีการสื่อสารระหว่างคู่กรณี โดยคู่กรณีจะผูกพันอยู่กับวิธีการที่เหมาะสมและเป็นธรรมในการไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยยังมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลหรือข้อเท็จจริงทั้งหลายที่อาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตนต่อคู่กรณีตามมาตรา 3 แห่งรัฐบัญญัติเดียวกัน และในมาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ยังกำหนดให้ ผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลที่เกี่ยวข้องในการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น<sup>85</sup>

### 3) ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ<sup>86</sup>

#### (1) กรณีการไกล่เกลี่ยสำเร็จ

ผู้เข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจตกลงกันให้ผู้ฟ้องคดีถอนฟ้อง (Klagerücknahme) คู่กรณีทำหนังสือตกลงให้ประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีเป็นอันระงับไป (Erledigungserklärung) หรือศาลอาจมีคำสั่งจำหน่ายคดีด้วยเหตุแห่งการฟ้องคดีสิ้นสุดลง หรือ

<sup>85</sup> นรินทร์ อิธิสาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 22-23.

<sup>86</sup> วรรัตน์ ไคขุนทด. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 75. หน้า 5.

ในกรณีที่ผู้เข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยต้องการให้ข้อตกลงจากกระบวนการไกล่เกลี่ยมีผลผูกพันทางกฎหมายเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาล คู่กรณีอาจตกลงกันทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันต่อหน้าศาล (Prozessvergleich หรือ Gerichtlicher Vergleich) ได้ ตามนัยมาตรา 106 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง และมาตรา 278 วรรคหก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบมาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง

## (2) กรณีไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ

ผู้ที่เข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถยุติกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ตลอดเวลาในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทยุติลงโดยที่กระบวนการยังไม่สิ้นสุด องค์คณะหรือตุลาการเจ้าของสำนวนจะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทางศาลต่อไป และในกรณีที่ได้ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจนถึงขั้นตอนสุดท้ายแล้ว แต่ผู้เข้าร่วมยังไม่อาจตกลงกันได้ ก็ให้ถือว่าการไกล่เกลี่ยนั้นไม่สำเร็จ และองค์คณะหรือตุลาการเจ้าของสำนวนก็จะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทางศาลต่อไป โดยที่กระบวนการไกล่เกลี่ยที่ไม่สำเร็จนั้น ไม่มีผลใด ๆ ต่อกระบวนการพิจารณาคดีของศาล เพราะข้อเท็จจริงหรือเอกสารต่าง ๆ ที่นำเสนอในกระบวนการไกล่เกลี่ยจะไม่สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาคดีได้ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

## 2.3 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

นอกจากแนวคิดและทฤษฎีตามหลักกฎหมายมหาชนเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในต่างประเทศตามที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น เพื่อศึกษาถึงการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในคดีปกครองของประเทศไทยกรณีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดให้แก่หน่วยงานทางปกครองได้อย่างเหมาะสม สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ สารนิพนธ์นี้จึงได้ศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในประเทศไทย ดังต่อไปนี้

### 2.3.1 หลักความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ความรับผิดชอบของรัฐเป็นเรื่องที่แยกได้จากความรับผิดตามกฎหมายแพ่ง โดยแยกความรับผิดของรัฐออกเป็น สองประเภทใหญ่ ๆ คือ ความรับผิดโดยมีความผิด และความรับผิดโดยปราศจากความผิด โดยที่ความรับผิดโดยมีความผิดถือเป็นเสาหลักของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐ (Liability of the State) ในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ส่วนความรับผิดโดยปราศจากความผิดเป็นความรับผิดที่ได้รับการกำหนดขึ้น



เป็นหลักเกณฑ์เสริมเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในกรณีที่ไม่สามารถนำหลักเรื่องความรับผิดชอบโดยมีความผิดไปใช้ได้ โดยที่ในคดี Blanco ศาลคดีขัดกัน มีความเห็นว่า การแบ่งแยกประเภทความรับผิดชอบและหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดตามกฎหมายแพ่งจะนำมาใช้บังคับกับความรับผิดชอบของรัฐไม่ได้ เหตุผลสำคัญส่วนหนึ่งมาจากความไม่เชื่อมั่นในระบบศาลยุติธรรมซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนของระบอบเดิมที่หากมีเขตอำนาจในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐด้วยแล้ว ก็อาจส่งผลกระทบต่อการทำงานของงานทางปกครองได้ เหตุผลสำคัญอีกส่วนหนึ่งมาจากการปรับใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Doctrine of Separation of Powers) ยิ่งไปกว่านั้นศาลคดีขัดกันยังมองว่า ศาลปกครองน่าจะอยู่ในสถานะที่จะควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นเหตุก่อให้เกิดความรับผิดชอบได้ดีกว่าศาลยุติธรรม<sup>87</sup>

ด้วยเหตุดังกล่าว แนวทางในเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองจากแนวคำพิพากษาของศาลและกฎหมายในสาธารณรัฐฝรั่งเศส จึงสรุปได้ดังนี้<sup>88</sup>

1) ความรับผิดชอบเนื่องจากความผิด (La Responsabilité pour Faute) โดยหลักแล้วความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองเป็นความรับผิดชอบเนื่องจากความผิดอันเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง สิ่งที่เราเรียกว่าเป็น ความผิด (La Faute) หมายถึง การไม่ปฏิบัติตามสิ่งที่กำหนดไว้หรือการทำให้ในสิ่งที่ไม่ควรทำ ความผิดเป็นคนละเรื่องกับความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illégalité) ด้วยเหตุดังกล่าวความเสียหายจึงเป็นผลมาจากการกระทำทางกายภาพแต่ไม่ใช่มาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การที่แพทย์วินิจฉัยโรคผิดพลาด การละเลยต่อหน้าที่ในการซ่อมแซมทางสาธารณะ เป็นต้น

ในกรณีที่ความเสียหายมาจากคำสั่งทางปกครอง ข้อความคิดว่าด้วยความผิด (Faute) และความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illégalité) จะเชื่อมโยงกันและมีผลสองทาง

ประการแรก เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถือว่าเป็นความผิด อย่างไรก็ตาม การที่ถือว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่ากับเป็นความผิดไม่ทำให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบไป กล่าวคือ ในกรณีที่คำสั่งให้ปิดห้องชานหน้าถูกเพิกถอน เนื่องจาก

<sup>87</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2555). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ: ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 146-147.

<sup>88</sup> ขงยุทธ อนุกุล. (2547). *แนวทางการแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรม กรณีคดีละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของฝ่ายปกครอง (ศึกษากรณีของฝรั่งเศส)*. *ข้อมูลเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐและแนวคำวินิจฉัยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันความเป็นมาของร่าง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 9 บรรคหนึ่ง (3) แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกระทำละเมิด*. กรุงเทพฯ: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 1-3.

เหตุผลที่อ้างในคำสั่ง ไม่ตรงตามข้อเท็จจริง แต่มีเหตุผลอื่นที่สมควรให้มีการสั่งปิดห้องชาวหน้า  
ความผิดของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งดังกล่าวไม่ทำให้ฝ่ายปกครองตกเป็นผู้รับผิดชอบ

ประการที่สอง หากคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายจึงไม่มีความผิด

2) ความรับผิดโดยปราศจากความผิด (Les Responsabilité sans Faute) เป็นกรณีที่  
ฝ่ายปกครองต้องรับผิดแม้ไม่มีความผิด ถือเป็นความรับผิดตามกฎหมายเนื่องจากมีความเสียหายเกิดขึ้น  
อาจเป็นกรณีความรับผิดอันเนื่องมาจากความเสี่ยงหรืออันตราย (Risque) เช่น จากวัตถุระเบิดหรือ  
อาวุธ หรือความเสียหายอันเกิดจากถาวรวัตถุ (Ouvrage Public) หรือผู้ที่ได้รับผลจากวิธีการ  
ในการรักษาพยาบาล หรือความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสถานการณ์รุนแรง ทั้งนี้  
ยังรวมถึงความรับผิดของรัฐต่อเจ้าหน้าที่ที่ทำงานในการบริการสาธารณะด้วย

3) ความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐและฝ่ายปกครอง สาธารณรัฐฝรั่งเศส  
มีระบบกฎหมายปกครองเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดแยกต่างหากจากความรับผิดทางละเมิด  
ในกฎหมายเอกชน และมีแนวคิดว่ารรัฐจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ  
จึงได้วางหลักเกณฑ์เฉพาะเพื่อความเหมาะสมของระบบราชการและประสานสิทธิและประโยชน์  
ของรัฐและเอกชน<sup>89</sup> โดยจำแนกความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ออกเป็นสามประเภท ได้แก่<sup>90</sup>

3.1) ความรับผิดส่วนบุคคล (Faute Personnelle) เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิด  
โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการส่วนตัว กล่าวคือ การกระทำละเมิดนั้นไม่ได้เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่  
บริการสาธารณะ (Service Public) เจ้าหน้าที่จึงต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อการชดใช้เยียวยา  
ให้แก่ผู้เสียหาย รัฐจะไม่เข้าไปร่วมรับผิดชอบ

3.2) ความรับผิดเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ (Faute de Service) เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่  
ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ โดยไม่มีจุดมุ่งหมาย  
เป็นการส่วนตัว แต่เป็นการกระทำตามหน้าที่ เมื่อการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย  
แก่เอกชน รัฐจึงเป็นผู้รับผิดชอบโดยตรงต่อความเสียหายนั้น โดยที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิด  
เป็นการส่วนตัวและไม่ต้องถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในฐานะส่วนตัว ทั้งนี้ สาธารณรัฐฝรั่งเศส  
ถือหลักความรับผิดของรัฐเป็นหลักทั่วไป ส่วนกรณีที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบนั้นเป็นข้อยกเว้น

<sup>89</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2555). *คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และความ  
รับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 23.

<sup>90</sup> พัชณา จิตรมหีมา. (ม.ป.ป.). *ทิศทางแห่งการพัฒนากฎหมายความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่*. หน้า 10-12.  
(ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://web.krisdika.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชน นอกจากนี้ สาธารณรัฐฝรั่งเศสยังแบ่งกรณีความรับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ออกเป็นกรณีย่อย ๆ อีก 3 ประการ คือ

(1) กรณีที่มีการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ สภาแห่งรัฐจะวินิจฉัยว่าฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เมื่อปรากฏว่าการปฏิบัติหน้าที่นั้นไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานของการกระทำที่วิญญูชนพึงกระทำ โดยการกระทำนั้นวิญญูชนอาจคาดเห็นได้และหลีกเลี่ยงได้ หากเกิดความเสียหายขึ้น ย่อมถือเป็นความผิดของฝ่ายปกครอง กรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชน

(2) กรณีที่ได้มีการปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องกระทำ โดยการกระทำของฝ่ายปกครองอาจเป็นการกระทำอันใดอันหนึ่ง หรือควมการกระทำใดซึ่งฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องกระทำก็ได้ หากฝ่ายปกครองได้กระทำการเช่นนั้น ฝ่ายปกครองต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชนผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว เนื่องจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองหรือการบริการสาธารณะมิใช่เป็นสิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำก็ได้ แต่ถือเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องปฏิบัติให้แก่ประชาชน

(3) กรณีที่ฝ่ายปกครองมีการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินกว่าที่ควร โดยปกติฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนภายในเวลาอันควร หากฝ่ายปกครองมิได้ดำเนินการเช่นนั้นแล้วเกิดความเสียหายขึ้น ฝ่ายปกครองจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตน

3.3) ความรับผิดชอบร่วมกัน (Cumul) เป็นความรับผิดชอบทางละเมิดที่ร่วมกันระหว่างรัฐและเจ้าหน้าที่ ซึ่งบางกรณีอาจเกิดจากการกระทำที่เป็นทั้งความรับผิดชอบส่วนบุคคล (Faute Personnelle) และความรับผิดชอบเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ (Faute de Service) ประกอบกัน กล่าวคือเป็นความรับผิดชอบที่มีลักษณะผสมผสานจากการกระทำทั้งโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่และการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือการบริการสาธารณะซึ่งสาเหตุให้เกิดความเสียหาย ทั้งนี้ หากเป็นการกระทำโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ รัฐอาจหลุดพ้นจากความรับผิดได้ เมื่อการกระทำนั้นมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่แต่ประการใด ความรับผิดชอบร่วมกัน (Cumul) เป็นนโยบายในทางกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่มีเจตนาช่วยเหลือเยียวยาให้แก่ผู้เสียหาย เนื่องจากลำพังแต่เพียงเจ้าหน้าที่อาจไม่มีกำลังเพียงพอที่จะชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายได้ และหากให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายเพียงลำพัง ย่อมทำให้เจ้าหน้าที่ไม่กล้าตัดสินใจปฏิบัติหน้าที่ของตนได้อย่างเต็มที่ รัฐจึงมีระบบการบริหารที่ควบคุมดูแลเจ้าหน้าที่ให้ปฏิบัติตามความเหมาะสมและมักจะใช้สิทธิไล่เบี่ยเฉพาะกรณีที่มีการกระทำของเจ้าหน้าที่โดยจงใจ หรือโดยมีเจตนาร้ายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น

ส่วนของความรับผิดชอบของแต่ละฝ่ายกรณีความรับผิดทางละเมิดที่ร่วมกันระหว่างรัฐและเจ้าหน้าที่ จะต้องเป็นไปตามสัดส่วน เช่น คดี Delville (C.E. 28 July 1951) เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐนำรถของราชการไปขับขณะที่ตนเมาไม่ได้สติ จนเกิดอุบัติเหตุและมีการพิสูจน์ได้ว่าการเกิดอุบัติเหตุดังกล่าว ความบกพร่องของเบรกมีส่วนก่อให้เกิดเหตุด้วย เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิด ก็อาจมาฟ้องไล่เบี้ยจากรัฐได้ตามส่วนแห่งความรับผิด ซึ่งคดีนี้ศาลวินิจฉัยให้รัฐร่วมชดใช้ความเสียหายด้วยครึ่งหนึ่ง<sup>91</sup>

นอกจากนี้ การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในกรณีหนึ่ง ๆ อาจเป็นเรื่องทางวินัยด้วย กรณีเช่นนี้หากเป็นการกระทำละเมิดร่วมกันหลายคนจะไม่สามารถอาศัยหลักความรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมต่อรัฐ เพราะมีเจตจำนงในการลงโทษทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ด้วย สภาแห่งรัฐจึงกำหนดค่าสินไหมทดแทนสำหรับผู้ร่วมกระทำแต่ละคนเป็นรายบุคคลตามลักษณะความรุนแรงของความผิดแต่ละบุคคล โดยคำนึงถึงตำแหน่ง หน้าที่และความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่แต่ละรายด้วย<sup>92</sup>

### 2.3.2 หลักความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ไว้โดยตรง แต่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายฉบับ เช่น มาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch) มาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่า “กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” (The Basic of the Federal Republic of Germany) และยังมีกระจายอยู่ในบางกฎหมายเฉพาะเรื่องต่าง ๆ แต่ส่วนใหญ่จะเป็นกฎหมายที่ในรายละเอียดเป็น Case Law กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ตุลาการเป็นผู้พัฒนาเพิ่มเติมรายละเอียด เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายมักไม่ค่อยชัดเจน ซึ่งคล้ายกับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของไทยที่ไม่ได้บัญญัติว่าการกระทำละเมิดคือการกระทำประเภทใด การกระทำประเภทเป็นอย่างไร กรณีใดเรียกว่าประเภทการกระทำโดยประมาทของเจ้าหน้าที่และของบุคคลธรรมดาใช้มาตรฐานเดียวกันหรือไม่<sup>93</sup>

<sup>91</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 89. หน้า 24.

<sup>92</sup> พัทธมา จิตรมหีมา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 90. หน้า 12.

<sup>93</sup> คณะกรรมการด้านวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และข้อมูลข่าวสารของราชการ. (2555). รายงานการเสวนาโต๊ะกลม เรื่อง “พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของประเทศเยอรมนี” เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2555 เวลา 13.30 น. ณ ห้องสัมมนา 1 ชั้น B1 อาคารศาลปกครอง. หน้า 6. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://search.admincourt.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการมีการแบ่งความรับผิดของรัฐออกเป็นสองกรณี ได้แก่ ความรับผิดของรัฐเนื่องจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Haftung fuer Staatliches Unrecht) และความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิด (Haftung fuer Rechtmässiges Hoheitliches Handeln) ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นแขนงหนึ่งของความรับผิดของรัฐ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกนั้น หากพิจารณาถึงกลไกการหาตัวผู้ต้องรับผิดค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนที่ได้มีการพัฒนามาเป็นลำดับ อาจแยกตามเกณฑ์ผู้ต้องรับผิดได้ 4 รูปแบบ (Haftungsmodell) ได้แก่<sup>94</sup>

รูปแบบที่ 1 ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่รับผิดเป็นการเฉพาะตัวแต่เพียงผู้เดียว ดังเช่นเอกชนกระทำละเมิดกับเอกชน โดยที่หน่วยงานของรัฐไม่ต้องรับผิดใด ๆ ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดในความเสียหายจากมูลละเมิดที่เกิดขึ้นเสมอไม่ว่าการกระทำละเมิดนั้นจะเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ หรือลักษณะของการกระทำละเมิดมีความร้ายแรงหรือไม่ และความรับผิดทั้งปวงตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งวิวัฒนาการความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ได้มีการพัฒนาเริ่มจากรูปแบบนี้เอง โดยมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแห่งราชอาณาจักรปรัสเซีย ค.ศ. 1794 (Preussisches Allgemeine Landrecht) ส่วนที่ 2 บทที่ 10 มาตรา 88 ว่า “ผู้ใดก็ตามที่ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่รัฐพึงต้องปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ความระมัดระวังให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้” และมาตรา 89 บัญญัติว่า “การกระทำใด ๆ ที่ปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐสามารถและสมควรหลีกเลี่ยงได้ หากได้ใช้ความเอาใจใส่ตามวิสัยและพฤติการณ์ที่เจ้าหน้าที่รัฐพึงมี ให้ผู้นั้นต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว”

รูปแบบที่ 2 ให้หน่วยงานของรัฐซึ่งเจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดสังกัดอยู่รับผิดในความเสียหายทั้งหมดแต่เพียงผู้เดียว โดยเจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดใด ๆ ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่รูปแบบนี้ปรากฏเด่นชัดในการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งมีผลใช้บังคับนับแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1900 จนถึงปัจจุบัน โดยผู้ที่เห็นด้วยกับรูปแบบนี้มองว่า หากปล่อยให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดเป็นการเฉพาะตัวดังเช่นในอดีต อาจทำให้เจ้าหน้าที่ไม่กล้าใช้ดุลพินิจตัดสินใจดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากการดำเนินกิจการของรัฐทุกแขนงมีแนวโน้มและความเสี่ยงที่จะก้าวล่วงไปละเมิดสิทธิของบุคคลภายนอก และหากมีข้อผิดพลาดเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่

<sup>94</sup> ฌูเลียต สกุลมเมนา. (2558). *หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี*. หน้า 2-8. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://web.krisdika.go.th/>. [2561, 1 สิงหาคม].

จะต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายสินไหมแต่เพียงผู้เดียว ประกอบกับการให้รัฐซึ่งไม่อาจล้มละลายได้ เข้ามาร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดเป็นการสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเจ้าหนี้ผู้เสียหาย (Gläubigerschutz) ในระบบกฎหมายแพ่ง อย่างไรก็ตาม ความเห็นดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับ ในการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งได้ยกร่างมาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง โดยคงหลักการให้เจ้าหนี้ที่รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวไว้ตามเดิม

รูปแบบที่ 3 ให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหนี้ที่รับผิดชอบร่วมกัน โดยให้นำหลักการ ลูกหนี้ร่วมตามประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

รูปแบบที่ 4 ให้เจ้าหนี้ของรัฐที่กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบเป็นการเฉพาะตัว แต่บุคคลภายนอกที่ถูกกระทำละเมิดจะฟ้องให้เจ้าหนี้ของรัฐรับผิดชอบเป็นคดีในชั้นศาลไม่ได้ แต่ต้องฟ้องหน่วยงานของรัฐโดยตรง ในกรณีนี้ ตามกฎหมายสารบัญญัติหน่วยงานของรัฐ จึงไม่ได้รับผิดเพื่อการกระทำของตนเอง จากการศึกษาที่กฎหมายถือว่า การกระทำของเจ้าหนี้ของรัฐ ในการปฏิบัติหน้าที่เสมือนหนึ่งการกระทำของหน่วยงานของรัฐในฐานะนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (Eigenhaftung) แต่เป็นการรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดของเจ้าหนี้ของรัฐ (Fremdhaftung) เนื่องจาก กฎหมายวิธีสบัญญัติกำหนดให้สับเปลี่ยนตัวผู้ถูกฟ้องคดี กล่าวคือ องค์ประกอบความรับผิดชอบ ทางละเมิดจะต้องปรากฏครบสมบูรณ์ในตัวเจ้าหนี้ของรัฐก่อน จึงจะมีผลให้ภาระหนี้สินค่าใช้จ่ายสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดถูกโอนมาเป็นของรัฐ ทั้งนี้ โดยผลของกฎหมาย ความรับผิดชอบ ทางละเมิดของเจ้าหนี้ที่ในรูปแบบนี้ ปรากฏชัดในการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1919 โดยมีการรื้อฟื้นแนวคิดที่จะให้รัฐเข้าร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของเจ้าหนี้ที่ขึ้นมาอีกครั้ง และประสบความสำเร็จในที่สุด โดยมาตรา 131 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1919 บัญญัติความ โดยสังเขป ให้รัฐต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดซึ่งเจ้าหนี้ของตนใช้อำนาจตามตำแหน่งหน้าที่ ในแดนของกฎหมายมหาชนกระทำต่อบุคคลภายนอก โดยสงวนสิทธิในการไล่เบี้ยไว้ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และให้คดีพิพาท เกี่ยวกับการพิจารณาค่าสินไหมทดแทนอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม (Court of Justice) ต่อมา ในการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1949 ซึ่งใช้บังคับในปัจจุบัน คณะกรรมาธิการยกร่าง รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ก็ได้คงถ้อยคำและหลักการตามมาตรา 131 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1919 ไว้ และบัญญัติความดังกล่าวไว้ในมาตรา 34 ซึ่งบัญญัติว่า “หากบุคคลใดก็ตาม กระทำละเมิดต่อหน้าที่ราชการตามกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองบุคคลอื่น และกระทำการนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามที่ได้รับมอบหมาย ให้ความรับผิดชอบเพื่อการดังกล่าวตกแก่ ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐที่ว่าจ้างบุคคลนั้นเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็น การกระทำความผิดโดยเจตนาหรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ให้สงวนสิทธิในการไล่เบี้ย

กับเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิด ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมต้องไม่ปิดกั้นโอกาสในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน และสิทธิในการไล่เบียด”

อาจกล่าวได้ว่า มาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ประกอบมาตรา 34 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นบทบัญญัติที่พยายามประสานหลักความรับผิดทางละเมิดสองหลักการเข้าด้วยกัน หลักการรูปแบบที่ 1 คือ หลักความรับผิดเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ตามหลักการนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ปฏิบัติหน้าที่โดยก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นจะต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว รัฐหรือนิติบุคคลมหาชนต้นสังกัดไม่ต้องเข้ามารับผิดด้วย ส่วนหลักการอีกประการหนึ่ง คือ หลักการตามรูปแบบที่ 4 กล่าวคือ หลักความรับผิดโดยตรงของรัฐ ตามหลักการนี้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ทำให้บุคคลอื่นเสียหาย รัฐจะเข้ามารับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นโดยตรง โดยถือว่าความเสียหายนั้นรัฐได้ก่อให้เกิดขึ้นเอง เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหายนั้น<sup>95</sup>

ปัจจุบัน กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติหน้าที่ในแดนกฎหมายมหาชนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จึงได้แก่ มาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งกำหนดรายละเอียดองค์ประกอบของการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ (Haftungsbegründender Norm) และกำหนดผลให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว ประกอบกับมาตรา 34 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งโอนภาระหน้าที่ในการรับผิดเป็นการส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ให้ตกเป็นของรัฐ (Haftungsüberleitende Norm) โดยผู้เสียหายต้องฟ้องรัฐเป็นคู่กรณีในคดีโดยตรง จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ และรัฐมีสิทธิที่จะปฏิเสธความรับผิดต่อผู้เสียหายได้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนทางอื่นได้<sup>96</sup> อย่างไรก็ตาม มาตรา 34 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ไม่ใช่บทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐไล่เบียดเอาจากเจ้าหน้าที่โดยตรง (Rechtsgrundlage) แต่ให้อำนาจหน่วยงานต้นสังกัดที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียดองค์ประกอบของการใช้สิทธิไล่เบียดต่อไป

ส่วนองค์ประกอบของกฎหมายของคำว่า “การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่” ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หมายความว่าถึงเฉพาะการปฏิบัติหน้าที่ในแดนกฎหมายมหาชนเท่านั้น กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกในการปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐในแดนกฎหมายเอกชน (รัฐสมัครใจลดฐานะลงมาดำเนินการเกี่ยวกับบุคคลธรรมดา รัฐจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับ

<sup>95</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 87. หน้า 18.

<sup>96</sup> Scheuner. (DÖV 1955). *Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht*. S.545 (548).

ของกฎหมายเอกชน เช่น การดำเนินการจัดหาวัสดุอุปกรณ์) รัฐต้องร่วมรับผิดชอบในผลละเมิดของเจ้าหน้าที่ดังเช่นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ต้องรับผิดชอบในผลละเมิดของผู้แทนหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล อันเป็นการรับผิดชอบเพื่อการกระทำของตนเอง มิใช่การรับผิดชอบในผลละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งสอดคล้องกับรูปแบบการรับผิดชอบในรูปแบบที่ 3<sup>97</sup>

การที่ระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในลักษณะดังกล่าว ทำให้การฟ้องคดีโต้แย้งตลอดจนเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายของเจ้าหน้าที่นั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องแยกแยะให้ชัดเจนว่าตนต้องการขอให้ศาลมีคำสั่งอย่างไร ในกรณีฟ้องเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นก่อให้เกิดผลร้ายแก่ปัจเจกบุคคล ถ้าบุคคลนั้นต้องการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว บุคคลนั้นจะต้องฟ้องคดีที่ศาลปกครอง ถ้าต้องการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจะต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม และถ้าต้องการฟ้องให้ศาลสั่งเจ้าหน้าที่ให้ชดเชยผลของความเสียหาย บุคคลนั้นจะต้องกลับมาฟ้องร้องคดีที่ศาลปกครอง<sup>98</sup>

อย่างไรก็ตาม มาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐาน ไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะป็นหน่วยงานของรัฐที่ตนสังกัดอยู่หรือไม่ (Innenhaftung) สิทธิเรียกร้องในกรณีดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามลักษณะโดยธรรมชาติของประเภทคดี<sup>99</sup>

### 2.3.3 หลักความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในประเทศไทย

พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2539 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2539 มีวัตถุประสงค์หลักที่สำคัญคือ การแยกหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิด ซึ่งเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐออกมาจากหลักที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะตามหลักกฎหมายเดิมความรับผิดชอบทางละเมิดไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำของผู้ใดและไม่ว่าผู้ใดจะเป็นผู้เสียหายต่างก็ใช้หลักกฎหมายเดียวกัน<sup>100</sup> ส่วนในปัญหาที่ว่าเหตุใดจึงต้องมีการแยก

<sup>97</sup> ฌ็อง-หลุยส์ สกอลเมฆา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 94. หน้า 6-8.

<sup>98</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 87. หน้า 41.

<sup>99</sup> ฌ็อง-หลุยส์ สกอลเมฆา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 94. หน้า 7.

<sup>100</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย. (2541). พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 สรุปสาระสำคัญและข้อสังเกต. *บทบัญญัติ 54 (1)*. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภาในพระบรมราชูปถัมภ์. หน้า 1.



กฎเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้แตกต่างไปจากกฎเกณฑ์ของผู้อื่นนั้น หมายเหตุนายพระราชบัญญัติดังกล่าวอธิบายไว้ว่า การที่เจ้าหน้าที่ดำเนินกิจการต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐนั้น หากได้เป็นไปเพื่อประโยชน์อันเป็นการเฉพาะตัวของเจ้าหน้าที่ไม่ ในการปฏิบัติงานในหน้าที่และเกิดความเสียหายแก่เอกชนเป็นไปตามหลักกฎหมายเอกชน (Private Law Firm) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเป็นการไม่เหมาะสมก่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่า เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบในการกระทำต่าง ๆ เป็นการเฉพาะตัวเสมอไป เมื่อการที่นำไปทำให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเพียงใดก็จะมีผลป้องกันไว้เสียจากเจ้าหน้าที่เต็มจำนวนนั้น ทั้งที่บางกรณีเกิดขึ้นโดยความไม่ตั้งใจหรือความผิดพลาดเพียงเล็กน้อยในการปฏิบัติหน้าที่ นอกจากนี้ ยังมีการนำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วม (Joint Obligor) ในระบบกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ ให้เจ้าหน้าที่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้อื่นด้วย ซึ่งระบบนี้มุ่งหมายแต่จะได้เงินครบ โดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมที่จะมีต่อแต่ละคน กรณีเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่และยังเป็นการบั่นทอนกำลังขวัญในการทำงานของเจ้าหน้าที่ด้วย จนบางครั้งกลายเป็น ปัญหาในการบริหารเพราะเจ้าหน้าที่ไม่กล้าตัดสินใจดำเนินงานเท่าที่ควร เพราะเกรง ความรับผิดชอบที่จะเกิดแก่ตน อนึ่ง การให้คณะให้โทษแก่เจ้าหน้าที่เพื่อควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่ ยังมีวิธีการในการบริหารงานบุคคลและการดำเนินการทางวินัยกำกับดูแล อีกส่วนหนึ่งเป็นหลักประกันมิให้เจ้าหน้าที่ทำการใด ๆ โดยไม่รอบคอบอยู่แล้ว ดังนั้น จึงสมควร กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิดในการปฏิบัติงานในหน้าที่เฉพาะเมื่อเป็นการจงใจกระทำ เพื่อการเฉพาะตัว หรือจงใจให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้แบ่งแยกความรับผิดชอบของแต่ละคนมิให้นำหลักลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิด ความเป็นธรรมและเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของรัฐ<sup>101</sup>

จากเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ในประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงภายหลังจากมาตราพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กล่าวคือ

เดิมความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นไปตามกฎหมายแพ่ง หลักกฎหมาย ที่นำมาใช้พิจารณาเกี่ยวกับการกระทำละเมิด คือ มาตรา 420<sup>102</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

<sup>101</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. (14 พฤศจิกายน 2539). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 113 ตอนที่ 60 ก. หน้า 29.

<sup>102</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

และพาณิชย์ ซึ่งได้วางหลักเกี่ยวกับ “การกระทำละเมิด” (Violation Act) ว่า ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ว่าจะร้ายแรงหรือไม่ก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้นั้นต้องรับผิดชอบกระทำละเมิดและต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน เรียกว่า “ละเมิดทางแพ่ง” ซึ่งส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในประการสำคัญ คือ<sup>103</sup>

1) เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อเพียงเล็กน้อย

2) หน่วยงานทางปกครอง (Administrative Divisions) ต้องร่วมรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหาย แล้วมาไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้น<sup>104</sup>

3) หลักละเมิดตามกฎหมายแพ่งไม่ได้มีการจำกัดสัดส่วนความรับผิดชอบไว้ จึงต้องนำหลักกฎหมายนี้ร่วมมาใช้บังคับ กล่าวคือ ในกรณีที่ละเมิดเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่หลายคน เอกชนอาจฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ส่วนราชการรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด หรืออาจฟ้องให้ส่วนราชการและเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดแบ่งส่วนความรับผิดชอบ โดยกฎหมายให้เจ้าหน้าที่นั้นจะต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม ซึ่งปกติการฟ้องคดีละเมิดในทางแพ่ง ผู้เสียหายมักจะดำเนินการฟ้องคดีต่อตัวผู้แทนของส่วนราชการและส่วนราชการนั้นเป็นจำเลยในคดีเดียวกัน<sup>105</sup>

เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่จึงเปลี่ยนแปลงไป โดยแยกความรับผิดชอบ

มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

<sup>103</sup> สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ. (ม.ป.ป.). *คำอธิบายหลักกฎหมายความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 11-13.

<sup>104</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 425 นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น

<sup>105</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 291 ถ้าบุคคลหลายคนจะต้องทำการชำระหนี้โดยทำนองซึ่งแต่ละคนจำต้องชำระหนี้สิ้นเชิงไซ้ แม้ถึงว่าเจ้าหนี้ชอบที่จะได้รับชำระหนี้สิ้นเชิงได้แต่เพียงครั้งเดียว (กล่าวคือลูกหนี้ร่วมกัน) ก็ดี เจ้าหนี้จะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้แต่ละคนใดคนหนึ่งสิ้นเชิงหรือแต่โดยส่วนก็ได้ตามแต่จะเลือก แต่ลูกหนี้ทั้งปวงก็ยังต้องผูกพันอยู่ทั่วทุกคนจนกว่าหนี้นั้นจะได้ชำระเสร็จสิ้นเชิง

ของเจ้าหน้าที่ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก และกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ<sup>106</sup>

2.3.3.1. กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก แยกพิจารณา เป็น 3 กรณี ได้แก่<sup>107</sup>

1) กรณีเจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน (Claims) ให้แก่ผู้เสียหายแต่ผู้เสียหาย หน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดอยู่ในสังกัดไม่ต้องรับผิดชอบ ในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

การละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ กล่าวคือ อาจเป็นการกระทำในการดำเนินชีวิตส่วนตัวโดยแท้ หรืออาจเป็นการกระทำในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ แต่การกระทำนั้นไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่<sup>108</sup>

การละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ แต่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจ (Intentionally) หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง<sup>109</sup>

<sup>106</sup> ปกรณ์ นิลประพันธ์. (2544). สาระสำคัญของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2639 ส่วนที่ 1 ความเป็นมาของกฎหมาย. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 20 (2). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 5.

<sup>107</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2541). กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. *วารสารนิติศาสตร์*, 28 (2). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 374-375.

<sup>108</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 6 ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้

<sup>109</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 8 ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

สิทธิเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามวรรคหนึ่งจะมีได้เพียงใดให้คำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำและความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์โดยมิต้องให้ใช้เต็มจำนวนของความเสียหายก็ได้

ถ้าการละเมิดเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวมให้หักส่วนแห่งความรับผิดดังกล่าวออกด้วย

ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคน มิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับและเจ้าหน้าที่แต่ละคนต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะส่วนของตนเท่านั้น

2) หน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดอยู่ในสังกัดต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย (Sufferer) แต่เพียงผู้เดียว เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบ ในกรณีที่การละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ และเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความประมาทเลินเล่อธรรมดาตามมาตรา 5 ประกอบมาตรา 8 วรรคแรกตอนท้ายแห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539<sup>110</sup>

3) เจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดอยู่ในสังกัดต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย โดยเฉลี่ยกันชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายตามสัดส่วนแห่งความผิดของตน โดยไม่ให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับและเจ้าหน้าที่แต่ละคนต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะส่วนของตนเท่านั้น ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากเหตุสองประการประกอบกัน ได้แก่ การที่เจ้าหน้าที่กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Serious Negligence) ประการหนึ่ง และความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐ หรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม อีกประการหนึ่งตามมาตรา 5 ประกอบมาตรา 8 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

2.3.3.2. กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ แยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ กรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการปฏิบัติหน้าที่ และกรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐอันมิใช่การกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่

1) กรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการปฏิบัติหน้าที่ ต้องแยกพิจารณาตามมาตรา 8 ประกอบมาตรา 10<sup>111</sup> แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนี้<sup>112</sup>

<sup>110</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 5 หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้

ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใด ให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง

<sup>111</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 10 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัดหรือไม่ ถ้าเป็นการกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ให้นำบทบัญญัติมาตรา 8 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม แต่ถ้ามิใช่การกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ถ้าเจ้าหน้าที่กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่อ ธรรมดา หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายไม่อาจเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนได้เลย เนื่องจากมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติให้ กรณีที่หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แก่หน่วยงานของรัฐได้ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ถ้าเจ้าหน้าที่กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนได้ แต่สิทธิเรียกร้องดังกล่าวจะมีได้เพียงใดให้หน่วยงานทางปกครองคำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำและความเป็นธรรม (Fairness) ในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์ โดยมีต้องให้ใช้เต็มจำนวนของความเสียหาย

ถ้าความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐเกิดจากเหตุสองประการ ประกอบกันได้แก่ การที่เจ้าหน้าที่กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ประการหนึ่ง และความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานทางปกครอง หรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม อีกประการหนึ่ง หน่วยงานของรัฐ (Government Sector) จะมีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนได้ก็เฉพาะแต่เพื่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่เท่านั้น ไม่มีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐ หรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม

ถ้าความเสียหายเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่หลายคนกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ หน่วยงานทางปกครองที่ได้รับความเสียหายจะใช้สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่เหล่านั้นรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนในฐานะที่เจ้าหน้าที่เหล่านั้นเป็นลูกหนี้ร่วมของตนไม่ได้ ต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่แต่ละคนชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่คนนั้นเท่านั้น

---

สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ทั้งสองประการตามวรรคหนึ่ง ให้มีกำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ ผู้จะพึงชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิด แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่าต้องรับผิด ให้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนั้นมีกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

<sup>112</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 107. หน้า 385-386.

2) กรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐอันมิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ หมายถึง การกระทำละเมิดนั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับสัมพันธหรือต่อเนื่องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามอำนาจหน้าที่ (Authority) หากแต่เป็นการกระทำละเมิดในลักษณะส่วนตัว เช่น ทำให้ทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐเสียหายด้วยความประมาทเลินเล่อ เช่น นารถยนต์ของหน่วยงานของรัฐไปขับใช้ธุระส่วนตัว ด้วยความประมาทขับรถพลิกคว่ำเป็นเหตุให้รถยนต์เสียหาย เป็นกรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ ซึ่งมีใช้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่จึงต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว<sup>113</sup> โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่กระทำประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่<sup>114</sup>

ส่วนการจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำละเมิด (Violation Act) นั้น เมื่อพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ไม่ได้บัญญัติบทนิยามไว้ การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำละเมิด กรณีจึงต้องเป็นไปตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

<sup>113</sup> พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา. (2553). ข้อคิดพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อจำกัดหรือปกป้องคุ้มครองใคร. *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช*, 8 (2). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. หน้า 91.

<sup>114</sup> สุรเชษฐ์ ติระกมนน์. (2548). ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. *วารสารกรมบัญชีกลาง*, 46 (2). กรุงเทพฯ: กรมบัญชีกลาง. หน้า 22.