



บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

ในการศึกษาทำความเข้าใจเกี่ยวกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในคดีละเมิดที่รัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกนั้น จำเป็นต้องศึกษาหลักความรับผิดชอบของรัฐเสียก่อนในเบื้องต้น เพราะเป็นจุดเริ่มต้นก่อนที่จะมีการกำหนดค่าสินไหมทดแทน จากนั้น จึงศึกษาต่อไปถึงหลักการเยียวยาความเสียหายซึ่งจะมีผลในแนวคิดของการกำหนดค่าสินไหมทดแทนด้วยเช่นกัน

1. หลักความรับผิดชอบของรัฐ

หลักความรับผิดชอบของรัฐเป็นหลักที่เพิ่งได้รับการพัฒนาและยังไม่ใช่ที่เข้าใจกันแพร่หลาย ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น การศึกษาหลักดังกล่าวในวิทยานิพนธ์นี้จึงสมควรศึกษาเริ่มจากพัฒนาการความรับผิดชอบของรัฐ ความหมายของหลัก และลักษณะการกระทำที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบ

1.1 พัฒนาการของหลักความรับผิดชอบของรัฐ

รัฐเป็นการรวมกลุ่มของคนซึ่งจัดตั้งเป็นเมืองที่มีเอกราชและร่วมดำเนินการกิจกรรมทางการเมืองกัน เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่พวกตนตามเจตจำนงร่วมกัน การรวมตัวกันจัดตั้งเป็นรัฐเกิดขึ้นโดยปริยายตั้งแต่สมัยโบราณและมีพัฒนาการที่สืบเนื่องตลอดมา และมีการจัดการภายในรัฐ ด้วยวิธีทางกฎหมายที่มีอยู่ในขณะนั้น โดยเริ่มจากการจัดให้มีระบบผู้นำเพียงคนเดียว ระบบผู้นำเป็นกลุ่ม ระบบกษัตริย์แบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จนถึงระบบการปกครองแบบประชาธิปไตย¹ แต่ไม่ว่าจะเป็นระบบใด ก็ตามจะต้องมีการระดมประชาชนเข้ามาช่วยเหลือ เพื่อให้เจตจำนงร่วมกันบรรลุผล จึงมีการจัดตั้งเป็น “สถาบัน” หรือ “องค์กร” ขึ้นมาเพื่อรับผิดชอบภารกิจของรัฐ ซึ่งเดิมเป็นภารกิจขั้นพื้นฐานที่มีความจำเป็นอันได้แก่ ภารกิจในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ภารกิจในการอำนวยความสะดวกและรักษาความสงบเรียบร้อยภายใน เพื่อให้ภารกิจดังกล่าวบรรลุผล จึงมีการมอบอำนาจที่เป็นของปวงชนให้องค์กรที่จัดตั้งขึ้น เป็นผู้ใช้อำนาจแทน โดยการตรากฎหมาย ปวงชนมอบอำนาจให้ตัวแทนของตนใช้อำนาจ ซึ่งรู้จักกันในนาม “องค์กรนิติบัญญัติ” ทำหน้าที่ตรากฎหมายเพื่อควบคุมความสงบเรียบร้อยในสังคมมอบอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้ “องค์กรตุลาการ” และมอบอำนาจในการบริหารจัดการบ้านเมือง

¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

และการบังคับใช้กฎหมายให้แก่ “องค์กรบริหาร” โดยองค์กรทั้งสามต่างทำหน้าที่ในนามประชาชนและเพื่อประชาชน โดยมีการถ่วงดุลกันและกัน สำหรับหลักความรับผิดของรัฐนั้นเป็นเรื่องที่พัฒนาการมีความเด่นชัดเรื่องหนึ่ง เพราะเริ่มจากการมีแนวคิดด้านหนึ่งจนมีการพัฒนาไปสู่การมีแนวคิดอีกด้านหนึ่ง โดยในแต่ละสังคมจะเริ่มจากแนวคิดที่ว่ารัฐไม่ต้องรับผิดจนกระทั่งมาสู่ความคิดที่ว่ารัฐต้องรับผิด

ในที่นี้จะเริ่มศึกษาจากพัฒนาการของหลักความรับผิดในประเทศฝรั่งเศสก่อน จากนั้นจึงจะศึกษาพัฒนาการในเรื่องนี้ในประเทศไทย

1.1.1 ความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายปกครองโดยเฉพาะเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐ ทั้งทางด้านเนื้อหาสาระและด้านองค์รวินิจฉัยชี้ขาดที่เด่นชัด ด้านเนื้อหาสาระมีการพัฒนาหลักความรับผิดของรัฐ ทั้งกรณีที่เป็นความรับผิดโดยมีการกระทำผิดและความรับผิดที่ปราศจากความผิด ด้านองค์รวินิจฉัยได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครองโดยเฉพาะ โดยมีหลักว่าหากหน่วยงานของรัฐก่อให้เกิดความเสียหาย ผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อศาลปกครองได้² และมีข้อยกเว้นในคดีบางประเภทซึ่งข้อยกเว้นเหล่านี้ อาจเกิดจากสภาพของคดีหรือความจำเป็นอื่นๆ เช่น คดีอุบัติเหตุที่เกิดจากยานพาหนะของหน่วยงานซึ่งเดิมอยู่ในอำนาจศาลปกครองแต่ต่อมาตามกฎหมายเฉพาะกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม³ คดีที่เรียกร้องค่าเสียหายที่เกี่ยวกับการพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมซึ่งสภาพของคดีเห็นกันว่าไม่ใช่เรื่องทางปกครองโดยตรง⁴ คดีที่เรียกร้องค่าเสียหายคดีอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นในสถานศึกษา⁵ คดีละเมิดสิทธิและเสรีภาพหรือทรัพย์สินขั้นพื้นฐาน หรือคดีเกี่ยวกับกิจกรรมของตำรวจที่เกี่ยวกับการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม⁶ ซึ่งคดีเหล่านี้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม เป็นต้น

² Duncan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, (United State: Oxford press, 2003), p.5.

³ รัฐบัญญัติลงวันที่ 31 ธันวาคม 1957

⁴ คำวินิจฉัยศาลคดีขัดกัน (T.C) ลงวันที่ 22 มกราคม 1921 คดี L'Ouest African

⁵ รัฐบัญญัติลงวันที่ 5 เมษายน 1937

⁶ Duncan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, p.5.

ภาพรวมของความรับผิดของรัฐในประเทศฝรั่งเศส ยุคแรก ช่วงปลายศตวรรษที่ 18 ซึ่งมีแนวคิดที่ "พระมหากษัตริย์ไม่อาจจะทำผิดได้" ⁷ (Le Roi ne peut mal faire) เนื่องจากหลักความไม่ต้องรับผิด หรือการมีเอกสิทธิ์ความคุ้มกัน (Immunity) ตามระบอบเก่า ⁸ (Ancien régime)

ยุคก่อนยุคสมัยใหม่ (The Pre-Modern Era) ซึ่งเป็นยุคหลังการปฏิวัติ การขาดใช้คำสินไหมทดแทนในกรณีที่รัฐกระทำละเมิดได้พัฒนาในลักษณะที่ค่อยเป็นค่อยไป เริ่มจากคดีเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (Travaux publiques) ซึ่งต่อมาได้รับการยืนยันในรัฐบัญญัติลงวันที่ 28 pluviöse an VIII ⁹ รัฐบัญญัติให้รัฐต้องรับผิดในกรณีดังกล่าว ¹⁰ เนื่องจากเกิดความเสียหายบ่อยครั้ง หลังจากนั้นได้มีรัฐบัญญัติฉบับอื่นอีกหลายฉบับ ที่กำหนดให้ผู้เสียหายมีสิทธิในการฟ้องเรียกค่าเสียหาย เช่น การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองและการใช้อาวุธ¹¹ เป็นต้น ในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 ศาลปกครองก็ได้ยึดถือความรับผิดในความเสียหาย เช่น การก่อสร้างถนน ¹² กิจการไปรษณีย์ ¹³ และกิจกรรมของตำรวจ เช่น กรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจจับสินค้าและเอกสารของชาวต่างประเทศ ¹⁴ อย่างไรก็ตามก็แม้จะมีการกำหนดเป็นต้วบทกฎหมายดังกล่าว

⁷ G.Soulier, "Reflexions sur l'evolution et l'avenir du droit de la reponsabilité de la puissance publique, RDP(1969) 1039,1043 cited in Dancan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, (United state: Oxford press,2003), p.7.

⁸ G.Teissier, *Répertoire Béquet sur la reponsabilité de la puissance publique* (Paris,1906) cited in Dancan Fairgrieve,*State Liability in Tort*, (United State: Oxford press,2003), p.7.

⁹ เป็นการกำหนดวันเดือนปีตามปฏิทินสาธารณรัฐที่เกิดขึ้นตามข้อตกลงแห่งชาติ (Convention nationale) ลงวันที่ 24 ตุลาคม 1793 และมีผลใช้เป็นปฏิทินของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จนกระทั่งมีการยกเลิกเมื่อวันที่ 1 มกราคม 1806

¹⁰ รัฐบัญญัติลงวันที่ 28 pluviöse an VIII จึงเท่ากับลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 1800

¹¹ C.Bréchon-Moulènes,*Les Régimes Législatifs de Responsabilité Publique* (Paris,1973) cited in Dancan Fairgrieve,*State Liability in Tort*, (United state: Oxford press,2003), p.9.

¹² คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 20 มีนาคม 1828 คดี Combaul d' Auteuil

¹³ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 8 สิงหาคม 1844 คดี Dupart

¹⁴ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 1824 คดี Pfanhoffen

แต่หลักความไม่ต้องการรับผิดของรัฐหรือหลักความคุ้มกันของฝ่ายปกครองก็ยังมีอิทธิพลสำคัญอยู่จนกระทั่งปลายศตวรรษที่ 19

เมื่อมีการปฏิวัติใหญ่ในประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี 1789 แนวความคิดเรื่องความรับผิดของรัฐก็ไม่ได้ถูกยกขึ้นเป็นข้อเรียกร้อง ด้วยเหตุผลที่ว่าหลังการปฏิวัติ มุ่งความสนใจไปที่แนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (notion of sovereignty)¹⁵ การแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ของชาติ (volonté nationale) แสดงออกทางการออกกฎหมายผ่านผู้แทนของชาติและผู้แทนได้รับเลือกจากประชาชน¹⁶ อำนาจอธิปไตยและความรับผิดในความเสียหายถูกยอมรับในลักษณะที่เป็น "ความรับผิดร่วมกันของชาติ"¹⁷ (mutually exclusive notions) กระแสการเรียกร้องให้แบ่งแยกอำนาจอธิปไตยและบริหารเป็นความปรารถนาอย่างแรงกล้ามากกว่าการมุ่งให้รัฐต้องรับผิดในความเสียหาย ประการที่สอง การได้รับอิทธิพลแนวความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจ ศาลยุติธรรมถูกห้ามมิให้ก้าวล่วงเข้ามาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครอง จนกระทั่งได้มีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ขึ้นในรัฐธรรมนูญปี 1799 โดยมีหน้าที่เพียงเป็นที่ปรึกษากฎหมายของฝ่ายบริหารเท่านั้น¹⁸ ซึ่งหมายถึงว่าสภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครองและไม่สามารถวินิจฉัยชี้ขาดได้ด้วยตนเอง แต่จะต้องเสนอแนะคำวินิจฉัยต่อประมุขของฝ่ายบริหารให้เป็นผู้พิจารณาตัดสิน¹⁹ (la justice retenue) ต่อมาเมื่อปี 1872 ได้มีการตรารัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872 มอบอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองให้แก่สภาแห่งรัฐ²⁰ (la justice déléguée) สภาแห่งรัฐจึงมีอิสระและอำนาจเต็มในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง²¹

¹⁵ Dancan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, p.9.

¹⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 60 -61.

¹⁷ Dancan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, p.9.

¹⁸ V.T.Sauvel, *La justice retenue de 1806 à 1872 RDP(1970)237* cited in Dancan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, (United State: Oxford press, 2003), p.10.

¹⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2541), หน้า 4.

²⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *120 ปี เคาน์ซิลออฟสเตต*, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทประชาชน จำกัด, 2537), หน้า 74 – 76.

²¹ Dancan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, p.10

ยุคความรับผิดของรัฐสมัยใหม่ (The Modern state liability) ในประเทศฝรั่งเศสเริ่มจากคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน²² (Tribunal des conflits) ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 1873 ซึ่งรู้จักกันทั่วไปในคดี Blanco (l'arrêt Blanco) กล่าวคือเด็กหญิง Agnès Blanco ได้รับบาดเจ็บเนื่องจากถูกรถบรรทุกของโรงงานยาสูบชนบิดาของเด็กจึงได้ยื่นฟ้องผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐต่อศาลยุติธรรมให้รับผิดตามกฎหมายแพ่ง ผู้ว่าราชการจังหวัดได้แย้งอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าวต่อศาลยุติธรรม ศาลคดีขัดกันรับไว้พิจารณาและได้นำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ในการวินิจฉัยคดีโดยให้ความเห็นไว้ในตอนหนึ่งว่า "ความรับผิดของรัฐในกรณีที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อเอกชน จากบุคคลที่ทำงานในองค์กรบริการสาธารณะ ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับได้ ความรับผิดดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นการทั่วไปและเด็ดขาด และอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษซึ่งแตกต่างกันไปตามความจำเป็นของบริการและความจำเป็นที่จะต้องประสานประโยชน์ของรัฐและของเอกชน เรื่องดังกล่าวเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองตามกฎหมาย²³ คำวินิจฉัยดังกล่าวถือว่าเป็นพื้นฐานของหลักความรับผิดในทางกฎหมายปกครอง หลักดังกล่าวได้รับการกล่าวถึงอย่างมาก²⁴ และขยายไปใช้ถึงความรับผิดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น²⁵ และความรับผิดของเทศบาลด้วย²⁶ จนกระทั่งเกิดคดี Tomaso Grecco ซึ่งได้ยื่นฟ้องให้รัฐรับผิดในความเสียหายที่ตนได้รับบาดเจ็บจากกระสุนปืนซึ่งเกิดขึ้นในขณะที่เกิดการชุมนุม เนื่องจากมีวัคคิ่งหนีออกมาจากคอกไล่ชีวิตผู้คน นาย Grecco เชื่อว่าได้รับบาดเจ็บจากกระสุนปืนของตำรวจที่ยิงพลาด²⁷ ศาลปกครองเห็นว่ากระบวนการพิจารณาไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ากระสุนปืนดังกล่าวเกิดจากความผิดของการดำเนินบริการสาธารณะ (Faute de service) ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องรับผิด นอกจากนี้ผู้ฟ้องคดีมิได้ฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสงครามที่ปฏิเสธการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน จึงพิพากษายกฟ้อง ซึ่งกล่าวได้ว่าบรรทัดฐานของศาลปกครองฝรั่งเศสก่อนปี 1905 ยังคงใช้หลักรัฐไม่ต้องรับผิดในการกระทำใดๆ เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่คดีนี้ศาลได้กลับหลักความ

²² Ibid., p.12.

²³ Jean- Marie PONTIER, Les services public, (Paris: HACHETTE: 1966), p.7 - 8 อังโน นันทวัฒน์ บรมานันท์, **หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ**, อ่างแล้ว, หน้า 4.

²⁴ Dancan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, p.13.

²⁵ คำวินิจฉัย TC ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ 1908 คดี Feutry

²⁶ คำวินิจฉัย TC ลงวันที่ 11 เมษายน 1908 คดี de Fanscolombe

²⁷ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 1905 คดี Tomaso Greco

ไม่ต้องรับผิดชอบของรัฐเพื่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แม้ว่าผลของคำพิพากษาคือยกฟ้อง แต่เหตุผลที่ศาลอ้าง มิได้อาศัยหลักความไม่ต้องรับผิดชอบต่อไป แต่ยอมรับว่ารัฐจำเป็นต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายเพื่อความผิอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่²⁸ ดังนั้นฐานแนวความคิดในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ จึงพัฒนาในลักษณะค่อยเป็นค่อยไป โดยเริ่มจากแนวคิดที่ รัฐหรือพระมหากษัตริย์ไม่ต้องรับผิดชอบ เนื่องจากเป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดหรือเป็นรัฐอธิปไตย ต่อมา มีการกระทำของรัฐบางประเภทที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน จึงมีการเรียกร้องให้รัฐต้องรับผิดชอบ โดยเริ่มจากงานโยธาสาธารณะและขยายขอบเขตออกไป อย่างไรก็ตาม จุดที่ถือว่าเป็นการพัฒนาของหลักความรับผิดชอบของรัฐสมัยใหม่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันโดยอ้างเหตุว่า ความเสียหายที่เกิดจากการจัดทำบริการสาธารณะ ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับได้ การพิจารณาความรับผิดชอบต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์พิเศษและอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ด้วยเหตุผลที่ว่า ความเสียหายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเฉพาะและแตกต่างจากความเสียหายโดยทั่วไป ซึ่งต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลและประโยชน์สาธารณะประกอบกัน ต่อมาหลักความรับผิดชอบของรัฐได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง จนอาจกล่าวได้ว่า ปัจจุบันรัฐต้องรับผิดชอบเป็นหลัก การไม่รับผิดชอบเป็นข้อยกเว้น ซึ่งข้อยกเว้นส่วนใหญ่มักเกิดจากการกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภา²⁹ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ³⁰ หรือมาตรการในการปกป้องรัฐและทรัพย์สินของรัฐที่อยู่ในต่างประเทศ³¹

1.1.2 ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายไทย

พัฒนาการความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองของไทยสามารถแบ่งได้เป็นสามยุค ยุคที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบ ยุคที่สอง ยุคที่รัฐต้องรับผิดชอบร่วมกับเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยุคที่สาม ยุคที่รัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

²⁸ บุญผา อัครพิมาน, คำวินิจฉัยและข้อสังเกตคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง), หน้า 8.

²⁹ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 1989 คดี Allain

³⁰ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 29 ตุลาคม 1954 คดี Taurin

³¹ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 2 มีนาคม 1966 คดี Dame Cramencel

(1) ยุคแรก: รัฐไม่ต้องรับผิดชอบ

ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงใช้อำนาจสูงสุดและเด็ดขาด ไม่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจให้ชัดเจน องค์การของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการต่างดำเนินงานเพื่อองค์พระมหากษัตริย์ ถือเป็นส่วนราชการของพระมหากษัตริย์ หากข้าราชการหรือหน่วยงานของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน การฟ้องร้องให้หน่วยงานของรัฐหรือทบวงการเมืองรับผิดชอบในการกระทำนั้น อาจเทียบเคียงได้กับหลักที่ว่า "พระมหากษัตริย์ไม่อาจกระทำผิด"(The King can do no wrong) การจะฟ้องหน่วยงานของรัฐหรือทบวงการเมืองต้องได้รับความยินยอมจากพระมหากษัตริย์ หากยินยอมให้ฟ้องและต้องรับผิดชอบ การชดใช้ค่าเสียหายก็จะนำเงินจากพระคลังมหาสมบัติมาชดใช้ค่าเสียหาย ดังนั้น หลักการฟ้องให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบนั้น ไม่อาจฟ้องร้องได้ เว้นแต่กระทรวงหรือกรมนั้นจะยินยอมเข้ามาเป็นคู่ความในคดี³² พระยาเทพวิฑูรธอธิบายไว้ในตำราหลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่ง ในหมวดที่ 3 ข้อยกเว้นและเหตุผลอื่น ๆ ซึ่งคล้ายข้อยกเว้นว่า "พระเจ้าแผ่นดินแลรัฐบาลจะถูกฟ้องร้องในทางประทุษร้ายส่วนแพ่งไม่ได้ แลที่เวลานี้กินความตลอดถึงกระทรวงและกรมต่างๆ ด้วย นอกจากเขาจะยินยอมมาเป็นจำเลย... ที่ว่ามานี้ไม่กินความถึงที่จะฟ้องร้องส่วนตัวเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ในกระทรวงและกรม ถ้าเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่กระทำผิดฟ้องร้องได้³³ นอกจากนี้ศาลฎีกายังได้วินิจฉัยในคดีที่นางเนื่อง โจทก์ และกรมทหารเรือ จำเลย³⁴ กรณีเรือกลไฟชื่อ จำเริญของกรมทหารเรือได้แล่นไปโดนโป๊ะ ชื่อ ปากน้ำ ของโจทก์เสียหายว่ากระทรวงหรือกรมที่ถูกฟ้องจะไม่ยอมเข้ามาเป็นจำเลยก็ได้ ศาลแพ่งตัดสินว่าตามกฎหมายทุก ๆ ประเทศในเรื่องเรือรบของหลวงไปโดนเรือใครเข้าแล้ว เจ้าของเรือไม่มีอำนาจฟ้องร้องรัฐบาลให้ใช้ค่าเสียหายได้ นอกจากจะฟ้องกัปตันหรือนายท้ายผู้เดินเรือเท่านั้น ศาลได้ชี้แจงให้โจทก์ฟัง โจทก์ยืนยันให้หมายเรียกจำเลย ศาลเห็นว่าไม่ต้องออกหมายเรียกจำเลยมาพิจารณา จึงยกฟ้องโจทก์ โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน โจทก์ทูลเกล้าฯถวายฎีกา ศาลฎีกาเห็นว่า ที่ศาลแพ่งและศาล

³² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับการละเมิดและความรับผิดชอบอื่นของฝ่ายปกครอง" เสนอสำนักงานศาลปกครอง สิงหาคม 2547. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

³³ บุญช่วย วนิกกุล (พระยาเทพวิฑูร), **หลักกฎหมายประทุษร้ายในส่วนแพ่งรัตนโกสินทร์ศก 129**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (พระนคร: มปท., 2463), หน้า 27-29 อ้างใน สุจิน ชื่อสุวรรณ, "ความรับผิดทางละเมิดของข้าราชการ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 128.

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 520/121

อุทธรณ์พิพากษาว่าเรื่องสินค้าจะฟ้องเรือหลวงเรียกค่าเสียหายในการโดนกันไม่ได้นั้นถูกแล้ว ศาลไม่มีอำนาจหน้าที่จะออกหมายเรียกกรมทหารเรือมาเป็นจำเลย แต่กระนั้นก็ดี ศาลฎีกายังเห็นว่า ถ้ากรมทหารมีความเต็มใจที่จะมาเป็นจำเลยผู้ความแล้วก็จะชำระให้ จึงได้ให้ยกกระบวน ศาลมีหนังสือนำความเห็นของกรรมการศาลฎีกาไปยังกรมทหารเรือให้ตอบมาภายใน 15 วัน ว่ากรมทหารเรือเต็มใจจะมาเป็นจำเลยหรือไม่ กรมทหารเรือตอบมาว่าไม่เต็มใจเข้ามาเป็นจำเลย ในคดีนี้ เห็นว่า กรมทหารเรือได้ประพฤติตามอำนาจอันต้องด้วยกฎหมาย พิพากษายืนตาม คำตัดสินศาลอุทธรณ์และยกฎีกาของโจทก์เสีย³⁵ คำวินิจฉัยดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติเป็น กฎเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมที่ 60 ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ร.ศ.129³⁶ โดยมีหลักว่ากรณี ที่กระทรวงและกรมเมื่อถูกฟ้องแล้วจะมาเป็นจำเลยหรือไม่ก็ได้ เป็นหน้าที่ของโจทก์ต้องทูลเกล้าฯ ถวายฎีกา หรือกระทรวงและกรมมาเป็นจำเลยเอง

(2) ยุคที่สอง: รัฐต้องรับผิดชอบร่วมกับเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ยุคนี้อยู่ในช่วง พ.ศ.2475-2539 หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบ สมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นประชาธิปไตย อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และมีการแยกอำนาจ เป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ แต่ละองค์กรมีอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกัน หน่วยงานของรัฐไม่อาจถือเอกสิทธิ์ที่จะไม่ยินยอมเข้ามาเป็นคู่ความในกรณีที่ถูกฟ้องร้องได้ การให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบ เริ่มจากมาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

³⁵ เจริญ อ่างเกียรติ, "การเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ในประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ไม่ระบุปี), หน้า 74.

³⁶ กฎที่ 60 ว่าด้วยการที่ศาลจะมีหมายถึงกรมและกระทรวงต่าง ๆ

"ในการที่จะมีหมายถึงเจ้าพนักงานกรมอื่นให้กระทำการอย่างใดนั้น ขอให้ระวังบ้าง ต่อการใดจำเป็นที่เขาต้องทำตามกฎหมาย จึงควรมีหมายส่งไป ถ้าการใดสิ่งใดไม่มีกฎหมาย บังคับว่าเขาต้องทำตามคำสั่งศาล ศาลไม่ควรีหมายไป เพราะต่างกระทรวงมีอำนาจเท่า ๆ กัน ศาลจะบังคับเขาไม่ได้ ศาลควรแจ้งความไปตามทางราชการ ถ้าศาลรังเกียจที่แจ้งความเช่นนั้น ด้วยบางทีจะเป็นเหตุให้ต้องเขียนหนังสือโต้ตอบกันยืดเยื้อ แล้วจะบอกมายังกระทรวงยุติธรรมให้ ช่วยจัดการให้ก็ได้ ตัวอย่างเช่น เรื่องทำแผนที่ ศาลไม่ควรีหมายสั่งกรมแผนที่เพราะเป็นการที่ว่า กรมแผนที่จะทำก็ได้ ไม่ทำก็ได้ ต้องมีหนังสือเขียนไปกรมนั้นจะทำก็ได้ ไม่ทำก็ได้ เท่ากับจ้าง อีกตัวอย่างหนึ่งก็เรื่องโจทก์ 2 กรมและกระทรวงเป็นจำเลย ศาลอย่ามีหมายไปยังกรมอัยการเลย ให้มีหนังสือแจ้งความไปยังเจ้ากรมอัยการ เพราะเขาจะมาเบิกความก็ได้ ไม่มาก็ได้ ศาลบังคับกรม และกระทรวงไม่ได้ เป็นหน้าที่ของโจทก์ต้องทูลเกล้าฯ ถวายฎีกา ถ้ากรมและกระทรวงจะมาแก้ ความแล้วก็ได้ โดยเขาไม่ถืออำนาจตัดสินได้เหมือนอย่างคนธรรมดา"

พุทธศักราช 2487 และมาตรา 24 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2490 ได้รับรองสิทธิในการเสนอเรื่องร้องทุกข์ไว้ แต่ยังไม่ได้บัญญัติรับรองไปถึงสิทธิในการฟ้องหน่วยงานของรัฐ จนกระทั่งได้มีการรับรองสิทธิการฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบในการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นครั้งแรกในมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 กำหนดว่า สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบเพื่อการกระทำของเจ้าพนักงานในฐานะเสมือนเป็นตุลาการหรือนายจ่า ย่อมได้รับความคุ้มครอง ส่งผลให้ประชาชนสามารถฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบในความเสียหายจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง หน่วยงานไม่อาจที่จะปฏิเสธไม่ยอมเข้ามาเป็นคู่ความได้ การฟ้องคดี ผู้เสียหายสามารถฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรง หรืออาจจะฟ้องหน่วยงานของรัฐเป็นจำเลยร่วมก็ได้ การพิจารณาพิพากษาของศาลเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่ง ไม่ว่าจะ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกหรือเจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดต่อ หน่วยงานของรัฐเอง และมาตรา 76 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พิจารณาถึง ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเจ้าหน้าที่ เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการกับ หน่วยงานของรัฐเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน มิใช่ความสัมพันธ์ตามนิติกรรมสัญญา³⁷

กรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อเอกชนที่มีไซ่การปฏิบัติหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นการกระทำนอกหน้าที่ราชการ ซึ่งหมายถึงการกระทำที่ไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ หรือไม่ได้ทำหน้าที่เลยถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้³⁸ หรือเจตนาในขณะที่กระทำละเมิด แม้ว่าจะเป็นการกระทำในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ แต่เป็นการกระทำผิดที่สามารถแยกได้ว่าเจตนากระทำ ในฐานะส่วนตัว³⁹ การกระทำขาดตอนไปจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามหน้าที่แล้ว และไม่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของรัฐ⁴⁰ เมื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่ บุคคลภายนอก เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์

การกระทำละเมิดที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบนั้น ต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ กระทำละเมิดต่อเอกชนในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวเช่นกัน แต่ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐต้นสังกัดให้รับผิดชอบร่วมกับเจ้าหน้าที่ได้ อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับหน่วยงานของรัฐมีขึ้นโดยกฎหมายปกครอง

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 769/2505

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1291/2514

³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1931/2518

⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2512/2529

เช่น กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน มิได้เกิดขึ้นหรือเป็นไปเพราะผลของนิติกรรมสัญญาเช่นจ้างแรงงานไม่ ทั้งมิใช่เป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้าง แต่เป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน จึงไม่สามารถนำมาตรา 425 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดความรับผิดของนายจ้างลูกจ้างมาใช้บังคับได้⁴¹ อย่างไรก็ตาม ศาลได้นำบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับนิติบุคคลและผู้กระทำการแทนนิติบุคคลมาปรับใช้ โดยถือว่าเจ้าหน้าที่เป็นผู้แทนของหน่วยงานของรัฐ เมื่อหน่วยงานของรัฐรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่บุคคลภายนอกแล้วสามารถที่จะไล่เบี้ยจากเจ้าหน้าที่ได้ ดังนั้น ความรับผิดของหน่วยงานของรัฐในยุคนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งในเรื่องนิติบุคคลและผู้กระทำการแทนนิติบุคคล ผู้เสียหายสามารถฟ้องทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานของรัฐให้ร่วมกับรับผิดได้

(3) ยุคที่สาม: รัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในผลแห่งละเมิดในกรณีเจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่

ยุคนี้อยู่ในช่วง พ.ศ.2539-2542 หลังจากที่มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กรณีผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่กระทำการปฏิบัติหน้าที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกให้ผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดได้โดยตรงตามมาตรา 5 แต่กรณีที่ผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ที่เกิดต่อหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐในฐานะผู้เสียหายไม่อาจเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่ทั้งสองกรณีหากเป็นการกระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หน่วยงานของรัฐมีสิทธิไล่เบี้ยเอากับเจ้าหน้าที่ได้ ถ้าได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกไปแล้ว หรือเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของตนได้ ทั้งนี้ให้คำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำละเมิดและความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์ โดยมีต้องใช้เต็มจำนวนของความเสียหายก็ได้

กรณีผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่กระทำมิใช่การปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 6 มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 หากเป็นการกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแต่ผู้เดียว จะฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดไม่ได้ ส่วนการกระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐในกรณีมิใช่การปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดเสมอ และหน่วยงานของรัฐย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวน

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 769/2505

กรณีผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่และมีใช้การปฏิบัติหน้าที่ร่วมกัน เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และมีความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินการส่วนรวมอยู่ด้วยตามมาตรา 5 มาตรา 10 ประกอบมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว⁴² การแบ่งแยกความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่กรณีที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่และมีใช้การปฏิบัติ ก่อให้เกิดการแบ่งแยกความรับผิดชอบตัวและความรับผิดชอบของหน่วยงาน ในกรณีที่เป็นความรับผิดชอบอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ หากเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย กฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่นใด และก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ผู้เสียหายก็มีสิทธิที่จะยื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้ซึ่งอาจจะเป็นการฟ้องคดีปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)(2)(3) ประกอบกับมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 โดยอาจฟ้องเพิกถอนคำสั่งและเรียกค่าเสียหายได้

อย่างไรก็ตาม การกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองไม่อาจยื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้ทุกกรณี บางกรณีอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม การใช้สิทธิทางศาลฟ้องคดีละเมิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองต้องพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ซึ่งพอที่จะสรุปหลักเกณฑ์คดีละเมิดทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองได้ดังต่อไปนี้

ประการแรก ต้องเป็นคดีหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ เป็นการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครอง และต้องเป็นการกระทำละเมิดเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ และหน้าที่ดังกล่าวต้องเป็นหน้าที่ในทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองด้วย⁴³ เช่น เจ้าหน้าที่ห้องสมุดในสังกัดกระทรวงสาธารณสุข มีหน้าที่ดำเนินการยื่นแบบคำขอยืมเงินสวัสดิการโรงพยาบาลเพื่อทอรองจ่ายเป็นค่านั่งสื้อและวารสารสำหรับใช้งานในห้องสมุดของโรงพยาบาลตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้อาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวปลอมลายมือชื่อผู้บังคับบัญชา เพื่อสลักหลังเช็คที่ได้รับมอบและเบียดบังยกยอกเงินตามเช็คไปโดยทุจริตจนเป็นเหตุให้โรงพยาบาลได้รับความเสียหายเป็นการกระทำละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจตาม

⁴² ฐิติพร ลิ้มแหลมทอง, "การแบ่งแยกความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่จากการปฏิบัติหน้าที่และมีใช้การปฏิบัติหน้าที่," *ตุลพาห* 2,53 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 79 – 80.

⁴³ ฤทัย หงส์ศิริ, "การฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครอง," *วารสารวิชาการศาลปกครอง* ,3 เล่ม 1(มกราคม- เมษายน 2546) : 68 – 69.

กฎหมาย⁴⁴ สำนักงานตำรวจแห่งชาติฟ้องเรียกค่าเสียหายจากเจ้าหน้าที่ในสังกัดซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวกับการเงินและตรวจสอบความถูกต้องของหลักฐานการเบิกจ่ายเงินเดือนและค่าจ้างของกองกำกับการสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน ซึ่งได้อาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่เบียดบังยกยอกเงินของทางราชการไปโดยทุจริต และฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ดังกล่าว ไม่ปฏิบัติตามระเบียบ คำสั่ง และแบบแผนของทางราชการที่กำหนดไว้เกี่ยวกับการตรวจสอบรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับเงินเดือนและค่าจ้าง จำนวนที่ขอเบิกและบัญชีเงินเดือน เป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบและทุจริตยกยอกเงินดังกล่าว⁴⁵ กรมเจ้าท่าฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการที่เจ้าหน้าที่ในสังกัดเสนอความเห็นให้มีการต่ออายุสัญญาให้กับบริษัทเอกชนโดยฝ่าฝืนระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ⁴⁶ กรณีที่ผู้รับจ้างจากองค์การบริหารส่วนตำบลคลองน้อยอันเนื่องมาจากการขุดคูส่งน้ำและถมถนนรुक้าไปในที่ดินของผู้ฟ้องคดี โดยผู้ถูกฟ้องคดียังคงมีอำนาจสั่งการและกำกับดูแลการดำเนินการ ถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายดำเนินการจัดให้มีทางน้ำและทางบกอันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายขององค์การบริหารส่วนตำบล⁴⁷ งานก่อสร้างทางหลวงแผ่นดินของกรมทางหลวงเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535 หากก่อให้เกิดความเสียหายเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย⁴⁸ คณะกรรมการบริหารและปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลปากช่องดำเนินการก่อสร้างถนนตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2538 เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ในการควบคุมงบประมาณรายจ่ายตามความในหมวด 5 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2541 ประกอบกับมาตรา 88 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537 และเป็นการจัดทำระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2542 ประกอบกับมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลฯ เมื่อผู้ฟ้องคดีกล่าวหาว่าคณะกรรมการและปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลปากช่องใช้จ่ายงบประมาณโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่องค์การบริหารส่วนตำบลจึงเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตาม

⁴⁴ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 14/2546

⁴⁵ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 2/2547

⁴⁶ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 48/2547

⁴⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 271/2545 (ประชุมใหญ่)

⁴⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 159/2546 (ประชุมใหญ่)

กฎหมาย⁴⁹ กรณีการขุดลอกลำห้วยยางถือว่าเป็นการปรับปรุงแหล่งน้ำธรรมชาติ อันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของกรมชลประทาน แม้ว่าจะมอบหมายให้เอกชนดำเนินการขุดลอกลำห้วยยางแทนก็ตาม หากก่อให้เกิดความเสียหายกรณีจึงเป็นความผิดพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย⁵⁰ การประปาส่วนภูมิภาคเข้าไปสร้างเสาะและคานคองกรีต และวางท่อประปาผ่านที่ดินเอกชนโดยไม่ได้ถูกเวนคืน⁵¹ การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ทำการส่งคืนรถของกลางซึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลยุติธรรม เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย⁵² สำหรับการใช้อำนาจในการดำเนินคดีอาญาของพนักงานตำรวจหรือพนักงานอัยการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวางหลักว่า ถ้าขั้นตอนใดเป็นการกระทำที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง การกระทำดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจการควบคุมและตรวจสอบของศาลยุติธรรม กรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจเข้าทำการจับกุมและตรวจค้นคนร้ายแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี และผู้ฟ้องคดีขอให้ชดเชยค่าเสียหายเป็นขั้นตอนการดำเนินการของเจ้าพนักงานตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะโดยตรงไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ศาลยุติธรรมมีอำนาจที่จะเยียวยาความเสียหาย⁵³

ส่วนกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยว่า ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา เช่น ความเสียหายที่เกิดจากการไม่จัดทำเครื่องหมายหรือสัญญาณเตือนในบริเวณที่มีการขอมถนนเป็นการกระทำละเมิดที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ มิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย⁵⁴ เจ้าหน้าที่ของรัฐบุกรุกที่ดินราษฎรเพื่อขุดเจาะท่อประปา สร้างสุขาขององค์การบริหารส่วนตำบลและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของทรัพย์สิน⁵⁵ ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำหน้าที่ของแพทย์ในการตรวจรักษาเป็นการปฏิบัติหน้าที่ปกติทั่วไปมิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย⁵⁶ กรณีที่ผู้ใหญ่บ้านและสมาชิกองค์การบริหารส่วนตำบลถูกกล่าวหาว่า

⁴⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 161/2546 (ประชุมใหญ่)

⁵⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 504/2547 (ประชุมใหญ่)

⁵¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 252/2546

⁵² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 14052/2545

⁵³ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 19/2545

⁵⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 604/2545

⁵⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 286/2545

⁵⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 68/2544, 70/2544, 213/2545

จงใจกระทำการแสวงหาประโยชน์ส่วนตนจากเงินชดเชยที่ทางราชการจ่ายให้แก่ผู้ประสบอุทกภัย นั้น เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาและจ่ายเงินชดเชยให้แก่ผู้ประสบอุทกภัย ผู้ใหญ่บ้านเพียงแต่ใช้อำนาจทั่วไปในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นทำการรับรองผู้ที่มีบ่อปลา และเลี้ยงปลา ส่วนสมาชิกองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งถูกกล่าวหาว่านำผลผลิตทางการเกษตรของชาวบ้านไปประกวดนั้น ไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายกระทำละเมิด ทำให้รัฐเสียหาย สำหรับเจ้าหน้าที่ประมง ระดับ 5 และเจ้าหน้าที่ประมงอำเภอที่ไปแนะนำให้ผู้ถูกฟ้องคดีหาบ่อปลามาแสดงให้เห็นว่า มีบ่อปลาอยู่จริงและไปเกลี้ยกล่อมชาวบ้านที่ได้รับเงินชดเชยบางส่วนให้ลงชื่อว่าได้รับเงินชดเชยเต็มจำนวนนั้น ไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย ไม่เข้าลักษณะการกระทำละเมิดทางปกครอง⁵⁷

ประการที่สอง แม้จะเป็นคดีหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม ผู้เสียหายจะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ก็ต่อเมื่อเป็นคดีหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่ไม่รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไป เช่น การที่แพทย์ฉีดวัคซีนและรักษาพยาบาลผู้ป่วยเป็นการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไป มิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย⁵⁸ กรุงเทพมหานครปักเสาไฟฟ้าสองทางไม่ลึกและยึดติดกับพื้นผิวดินไม่แน่นเป็นเหตุให้เสาไฟฟ้าล้มลงมาฟาดรถยนต์ที่บริษัทผู้ฟ้องคดีรับประกันภัยเสียหาย⁵⁹ ลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐชักรถโดยประมาทเดินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่ เจี่ยวชนบุคคลภายนอกถึงแก่ความตาย มิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย⁶⁰ ลำคลองที่พิพาทไม่เป็นทางน้ำชลประทานตามกฎหมาย แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีจะมีอำนาจหน้าที่ในการปรับปรุงแหล่งน้ำธรรมชาติให้เกิดประโยชน์ในการอุปโภคและบริโภคตามมาตรา 6(12)-(23) แห่งพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการ กรมชลประทาน กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ก็ตาม แต่เป็นเพียงการใช้อำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาตามปกติทั่วไป มิใช่เกิดจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการชลประทานหลวงฯ⁶¹

การออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น เช่น กรณีการออกโฉนดที่ดินเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 การฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองกำหนดค่าบังคับให้กรมที่ดินชดเชยค่าเสียหายจากการออกโฉนดที่มีข้อขัดแย้ง

⁵⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 773/2547

⁵⁸ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 14/2548

⁵⁹ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 5/2545

⁶⁰ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2545

⁶¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 63/2547

กฎหมาย เนื่องจากได้รुक้าเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น จึงเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย⁶² การละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร เช่น การที่เจ้าหน้าที่ละเลยไม่พิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการโรงงาน เป็นเหตุให้ได้รับความเสียหาย หรือกรณีที่มีและบุตรของผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำร้องขออนุญาตจำหน่ายสินค้าในที่สาธารณะ โดยชำระค่าธรรมเนียมแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ออกคำสั่งใด ๆ⁶³ กรณีที่สำนักงานพลังงานปรมาณูเพื่อสันติละเลยต่อหน้าที่ไม่ควบคุมให้มีการเก็บเครื่องฉายรังสีโคบอลต์-60 ไว้ในสถานที่ที่เหมาะสม ทั้งไม่ควบคุมให้มีการติดเครื่องหมายบริเวณรังสีให้ครบถ้วน เป็นการกระทำละเมิดที่เป็นผลโดยตรงอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ⁶⁴ กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่พิจารณาคืนเงินค่าปรับและค่าจ้างแบบปรับราคาได้ให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นการละเลยไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีที่ได้กำหนดแนวทางปฏิบัติให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการอาชีพงานก่อสร้างและผู้ประกอบวิชาชีพงานอื่นกับทางราชการที่ได้รับผลกระทบจากการปรับปรุงระบบการแลกเปลี่ยนเงินตรา มติคณะรัฐมนตรีมีลักษณะเป็นกฎและมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปให้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจต้องปฏิบัติตาม การที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนเงินจำนวนดังกล่าวพร้อมดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำละเมิดที่เกิดจากการละเลยต่อหน้าที่⁶⁵ กรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ เป็นเหตุให้มีคนร้ายลักทรัพย์ยานยนต์ของผู้ฟ้องคดีไประหว่างที่ถูกยึดไว้เป็นของกลางที่สถานีตำรวจ แม้ภายหลังจะได้รถจักรยานยนต์คืนมา แต่อยู่ในสภาพที่เสียหายมาก ผู้ฟ้องคดีขอให้ชดใช้ค่าเสียหายจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่⁶⁶ ดังนั้น หน่วยงานทางปกครองจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่มีการกระทำละเมิดจากเจ้าหน้าที่ ต้องเป็นกรณีที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ หากเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย กฎ หรือคำสั่ง หรือจากการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ซึ่งศาลปกครองจะเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา

⁶² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 516/2545

⁶³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 138/2545

⁶⁴ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1820/2545

⁶⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 101/2546

⁶⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 141/2547

1.2 ความหมายความรับผิดของฝ่ายปกครอง

หลักความรับผิดของฝ่ายปกครองได้รับการพัฒนาโดยอาศัยทฤษฎีความรับผิดหลายทฤษฎี แต่ทฤษฎีที่สำคัญได้แก่ ทฤษฎีความรับผิดอันเนื่องจากการเสี่ยงภัยและทฤษฎีความรับผิดอันเนื่องจากการกระทำผิด

1.2.1 ทฤษฎีความรับผิดอันเนื่องจากการเสี่ยงภัย

นักวิชาการบางท่านเรียกว่า ทฤษฎีรับภัย ทฤษฎีนี้มุ่งหมายให้ผู้ก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นต้องชดใช้ค่าเสียหาย โดยมีได้ค้ำประกันว่าผู้กระทำละเมิดจะต้องกระทำความผิดด้วย เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นและรู้ว่าผู้ใดเป็นผู้ก่อแล้ว ก็ควรถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ละเมิด ไม่ว่าจะการกระทำที่ก่อความเสียหายนั้นจะผิดหรือถูก⁶⁷ เพราะถือว่ามนุษย์เมื่อได้กระทำการใด ๆ ขึ้นแล้วย่อมเป็นการเสี่ยงภัยอย่างหนึ่ง คือ อาจมีผลดีหรือผลร้ายก็ได้ ผู้ทำจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งการเสียหายนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นความรับผิดโดยปราศจากความผิด (Liability without fault) เหตุผลที่ผู้ยึดทฤษฎีนี้อ้างว่า ไม่ควรใช้เกณฑ์เรื่องความผิดมีเหตุผลสองประการ⁶⁸ เหตุผลทางกฎหมาย การบังคับใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น มิใช่เป็นการลงโทษเช่นเดียวกับผลแห่งความรับผิดทางอาญา ฉะนั้น กฎเกณฑ์เรื่องละเมิดก็ไม่ควรค้ำประกันถึงความผิดเช่นเดียวกับกฎเกณฑ์ในทางอาญา เพียงแต่เป็นผู้ก่อความเสียหายก็ควรถือว่าเป็นละเมิดแล้ว เหตุผลทางพฤติกรรม ถือว่าเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นโดยหาผู้ทำผิดไม่ได้ ไม่เป็นการสมควรที่จะให้ผู้เสียหายเป็นผู้รับเคราะห์โดยที่ความเสียหายมิได้เกิดจากการกระทำของเขา ผู้ก่อความเสียหายต่างหากที่ควรเป็นรับเคราะห์ ซึ่งจะเป็นการยุติธรรมดีกว่าให้ผู้เสียหายที่เป็นผู้อยู่เฉย ๆ ได้รับเคราะห์และการหาตัวบุคคลผู้ต้องรับภัยก็เป็นของไม่ยาก เพียงแต่พิเคราะห์ว่าภัยนั้นเป็นผลเพราะเหตุใด และเหตุนั้นใครเป็นผู้ก่อผู้นั้นก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่การหาตัวผู้รับผิดชอบจะต้องพิเคราะห์ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ซึ่งเป็นการยากยิ่งไม่น้อย สิ่งใดผิดหรือไม่ผิดเป็นปัญหาที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัย ต่างกับการหาเหตุของความเสียหายซึ่งย่อมใช้ได้ทุกท้องถิ่นและทุกสมัย

⁶⁷ สายสุตา 닝สานนท์, "ความรับผิดเด็ดขาดในกฎหมายละเมิด," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 39.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

1.2.2 ทฤษฎีความรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำผิด

ทฤษฎีความรับผิดชอบเนื่องจากการเสี่ยงภัยถูกท้าทายด้วยแนวคิดที่ว่า ผู้ก่อความเสียหายจะต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อการกระทำของตนเป็นความผิด ซึ่งถือหลัก "ไม่มีความรับผิดชอบถ้าปราศจากความผิด"⁶⁹ ทฤษฎีนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายโรมันที่ถือว่าความรับผิดทางละเมิดตั้งอยู่บนพื้นฐานของ "ความผิด" ซึ่งหมายถึงการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ล่วงสิทธิผิดหน้าที่ของบุคคลอื่น ส่วนความรับผิดที่ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของความผิด ไม่ถือว่าเป็นละเมิดโดยแท้⁷⁰ ทฤษฎีนี้เน้นองค์ประกอบด้านการกระทำ ได้แก่ การกระทำโดยผิดกฎหมาย ทำให้เขาเสียหาย และองค์ประกอบด้านจิตใจ ได้แก่ มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทฤษฎีนี้ได้รับการยอมรับจนถึงต้นศตวรรษที่ 19 เกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรม เทคโนโลยีเจริญก้าวหน้ามากขึ้น ถ้ายึดทฤษฎีนี้ผู้เสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ก็ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำอันเป็นความผิด ซึ่งยากแก่การพิสูจน์ผู้เสียหายมักจะไม่ได้รับการเยียวยา⁷¹ สภาพดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรป พยายามที่จะลดความแข็งแกร่งของหลักความรับผิดที่ขึ้นอยู่กับพื้นฐานของความผิดลง⁷² โดยหันมาใช้ทฤษฎีความรับผิดชอบเนื่องจากการเสี่ยงภัย⁷³

สำหรับความหมายความรับผิดของฝ่ายปกครอง เบื้องต้นจะต้องเข้าใจว่า "ความรับผิด" หมายถึง พันธะของบุคคลที่จะต้องได้รับโทษหรือผลร้ายอย่างหนึ่งอย่างใด หรือจะต้องช่อมแซมความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้น เพราะได้กระทำการแตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย เป็นเหตุให้เกิดความไม่สงบสุขในสังคมหรือได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้บุคคลได้รับความเสียหายโดยที่ตนไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ ความรับผิดนี้อาจเป็นความรับผิดทางศีลธรรมหรือความรับผิดทางกฎหมายก็ได้⁷⁴ ความรับผิดทางศีลธรรม ศีลธรรมเป็น

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

⁷⁰ อนันต์ จันทโรภากร, "โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด" *รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์*, หน้า 96.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 96-97.

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.

⁷³ สายสุตา นิงสานนท์, "ความรับผิดเด็ดขาดในกฎหมายละเมิด," อ้างแล้ว. หน้า 41.

⁷⁴ วารี นาสกุล, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรไต่* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538), หน้า 6-9.

ความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ชอบ การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ผิด ศิลธรรมจึงเป็นเรื่องความคิด ความรู้สึก ดังนั้น เมื่อไม่ปฏิบัติตามศีลธรรม ผลที่เกิดขึ้นก็จะกระทบกระเทือนจิตใจของผู้ฝ่าฝืนนั่นเอง มากน้อยบ้างแล้วแต่ความรู้สึกในศีลธรรมของแต่ละบุคคล ไม่เกี่ยวโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ความรับผิดชอบทางศีลธรรมไม่มีผลบังคับ แต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นกับตัวผู้กระทำเองที่รู้สึกว่าจะไม่ถูกต้อง ซึ่งความรับผิดชอบในกรณีนี้ไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด ขณะที่ความรับผิดชอบทางกฎหมาย เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษอย่างหนึ่งอย่างใด ไม่ว่าจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (เป็นความรับผิดชอบที่รัฐบาลมีต่อรัฐสภา โดยรัฐสภาอาจเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลได้) ความรับผิดชอบตามกฎหมายปกครองโดยเฉพาะกรณีละเมิดทางปกครอง ความรับผิดชอบในทางแพ่งซึ่งหมายถึง การที่ผู้กระทำผิดจะต้องถูกบังคับให้ชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนในเมื่อตนทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย และความรับผิดชอบในทางอาญาซึ่งเป็นกรณีที่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญา

ส่วนความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง เป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ที่กระทำการทั้งชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย แล้วก่อให้เกิดความเสียหาย การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนได้แก่ การเวนคืน ส่วนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐที่เกิดจากการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจที่มีลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำการโดยไม่มีอำนาจ นอกเหนืออำนาจ หรือใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดหรือการกระทำที่เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครองมีหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดแล้วไม่กระทำตามหน้าที่จนก่อให้เกิดความเสียหาย

1.3 ลักษณะการกระทำที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบ

ลักษณะการกระทำที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบแบ่งได้เป็นสามลักษณะ⁷⁵ ลักษณะแรก ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ (Faute personnelle) ลักษณะที่สอง ความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครอง (Faute de service) ลักษณะที่สาม ความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ (Cumul de responsabilité) โดยจะศึกษาลักษณะการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในประเทศฝรั่งเศสและไทยตามลำดับ

⁷⁵ สุจิน ธีรสวรรณ, "ความรับผิดชอบทางละเมิดของราชการ," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 18.

1.3.1 ลักษณะการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในประเทศฝรั่งเศส

ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองอันเนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ในประเทศฝรั่งเศส มีอยู่ในลักษณะที่กว้างขวางมาก ด้วยเหตุผลที่ว่าเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครอง และเพื่อรักษาสีทธิเสรีภาพของประชาชนมิได้ถูกล่วงละเมิด

1.3.1.1 ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่

เดิมการฟ้องเจ้าหน้าที่ให้รับผิดชอบเป็นไปตามมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปีที่ 8 แห่งสมัยปฏิวัติ (The Constitution of the year VIII of the Revolutionary era (1800)) ห้ามฟ้องเจ้าหน้าที่สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากสภาแห่งรัฐ ต่อมามีการยกเลิกโดยกฤษฎีกา (décret) ลงวันที่ 19 กันยายน 1870 ด้วยเหตุผลที่ต้องการให้ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่เป็นไปอย่างกว้างขวาง และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ขณะเดียวกัน ศาลคดีขัดกันได้วางหลักการแบ่งแยกอำนาจบริหารและตุลาการ ในคดี Pelletier โดยวินิจฉัยว่าศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ข้าราชการถูกฟ้องในกรณีกระทำผิดในการปฏิบัติหน้าที่และมิได้ฟ้องเจ้าหน้าที่ให้รับผิดชอบในการกระทำผิดส่วนตัว ซึ่งหมายความว่าเจ้าหน้าที่จะถูกฟ้องยังศาลยุติธรรมได้เฉพาะในกรณีที่เป็นความผิดส่วนตัวเท่านั้น⁷⁶ คำวินิจฉัยดังกล่าวส่งผลให้มีความชัดเจนในการแบ่งแยกความผิดส่วนตัว กับความผิดของหน่วยงาน ซึ่งเป็นความผิดที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ หากเจ้าหน้าที่กระทำผิดในฐานะส่วนตัว และก่อให้เกิดความเสียหาย ความรับผิดชอบตกแก่เจ้าหน้าที่นั้น หากกระทำผิดในการปฏิบัติหน้าที่ราชการและก่อให้เกิดความเสียหาย หน่วยงานต้องรับผิดชอบ

กรณีเช่นไรจึงจะถือว่าเป็นความผิดส่วนตัว ได้มีนักวิชาการและแนวคำวินิจฉัยของศาลหลายแนวทาง Laferrière กล่าวในคดี Laumonier-Cariol ว่าการที่จะเป็นความผิดของหน่วยงาน ถ้าการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายมีลักษณะไม่เจาะจง เห็นถึงความผิดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนหนึ่งหรือมากกว่านั้น แต่จะเป็นความผิดส่วนตัว ถ้าความผิดนั้นแสดงให้เห็น

⁷⁶ Bernard Schwartz, *French Administrative Law and the Common Law World* (New York: New York University Press, 1954), p.256.

เห็นถึงความอ่อนแอ ตัดทอน ความประมาทเลินเล่อของมนุษย์⁷⁷ Hauriou ให้ความเห็นว่า ความผิดส่วนตัวจะเกิดขึ้นต่อเมื่อการกระทำเป็นกรณีที่สามารถแยกออกอย่างชัดเจนจากการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ และบุคคลทั่วไปรู้สึกได้ว่าข้าราชการกระทำไปโดยมีจุดมุ่งหมายมิได้ต้องการกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง⁷⁸ Jèze ให้ความเห็นว่า ความผิดส่วนตัวที่ทำให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต้องเป็นการกระทำที่เกิดจากการจงใจหรือเจตนาร้ายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง⁷⁹ ขณะที่ลักษณะความผิดส่วนตัวตามแนวคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง อาจแยกเป็นการกระทำที่ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ เช่น การฆ่าผู้อื่น⁸⁰ การลักทรัพย์ของผู้อื่น⁸¹ การใช้ยานพาหนะของทางราชการสำหรับเรื่องส่วนตัวอย่างแท้จริง⁸² การกระทำที่แม้เป็นการกระทำในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ แต่มีลักษณะเป็นการกระทำที่เป็นเจตนาร้าย เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้กำลังทำร้ายผู้ถูกจับโดยไม่ได้มีการต่อสู้⁸³ การขู่เชิญผู้ต้องหาในระหว่างการสอบสวนด้วยความอาฆาตแค้นของตำรวจ⁸⁴ คำสั่งของนายกเทศมนตรีห้ามศัตรูทางการเมืองของตนเข้าไปในโรงฆ่าสัตว์⁸⁵ หรือกรณีที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เช่น อุบัติเหตุที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ไม่มีใบขับขี่ แต่เอารถราชการไปขับขี่⁸⁶

⁷⁷ โภคิน พลกุล, "คดีปกครองในฝรั่งเศส(12)," วารสารอัยการ, 7, 73 (มกราคม 2527): 76.

⁷⁸ Bernard Schwartz, *French Administrative Law and the Common Law World* อ้างใน สุจิน ชื้อสุวรรณ, "ความรับผิดทางละเมิดของราชการ," อ้างแล้ว, หน้า 73.

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 73.

⁸⁰ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1947 คดี Salah ben Larbi Bezine

⁸¹ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 5 ตุลาคม 1945 คดี Senoussi

⁸² คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 1949 คดี Mimeur

⁸³ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 1922 คดี Immorigeon

⁸⁴ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 28 กรกฎาคม 1951 คดี Cocoz

⁸⁵ คำวินิจฉัย T.C ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน 1902 คดี Grosson

⁸⁶ คำวินิจฉัย T.C ลงวันที่ 2 กรกฎาคม 1947 คดี Colonie du Senegal

1.3.1.2 ความรับผิดชอบของหน่วยงาน

ความรับผิดชอบของหน่วยงานซึ่งเป็นการรับผิดชอบที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ปัจจุบันหลักความรับผิดชอบของรัฐเป็นหลักทั่วไป การไม่ต้องรับผิดชอบเป็นเพียงข้อยกเว้น⁸⁷ โดยหลักนี้เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเป็นส่วนใหญ่ลักษณะความรับผิดชอบของหน่วยงานอาจเกิดได้ในลักษณะดังต่อไปนี้

1. ความรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดขึ้นจากความผิด กรณีนี้เป็นความผิดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งกระทำการตามอำนาจหน้าที่ หน่วยงานจะเป็นผู้รับผิดชอบ เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวหรือกรณีที่เกิดจากการดำเนินงานเป็นส่วนรวม

ความรับผิดชอบของหน่วยงานมีทั้งกรณีที่ความเสียหายเกิดจากความผิด เช่น การไม่ปฏิบัติตามวิธีดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด⁸⁸ การใช้อำนาจอย่างผิดๆ ถูกๆ⁸⁹ การกระทำที่ห่างไกลจากอำนาจหน้าที่⁹⁰ หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่เข้าใจกฎหมายผิด⁹¹ การละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ (Nonfeasance) ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อเอกชนได้รับความเสียหายจากการที่หน่วยงานปฏิเสธหรือละเลยที่จะดำเนินการตามกฎหมายหรือระเบียบ⁹² เช่น แพทย์เอกชนอ้างว่าได้รับความเสียหายจากการที่แพทย์ของทางราชการตั้งคลินิกรักษาคนไข้แข่ง ทั้ง ๆ ที่ระเบียบของทางราชการห้ามแพทย์ที่เป็นข้าราชการดำเนินการในเรื่องนี้ ศาลวินิจฉัยว่าเป็นความผิดพลาดในการบังคับใช้ระเบียบถือเป็นความผิดของฝ่ายปกครอง⁹³ เมื่อได้จัดให้มีการแข่งขันยิมนาสติกโดยมิได้จัดให้มีแพทย์และการบริการปฐมพยาบาลอย่างเพียงพอในบริเวณงาน ต้องรับผิดชอบในความบาดเจ็บที่เพิ่มหนักขึ้นของผู้ฟ้องคดี⁹⁴ หรือผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายจากการเกิดจลาจลเพราะตำรวจประมาทเลินเล่อในการป้องกันล่วงหน้าตามความจำเป็น ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าเป็นความ

⁸⁷ ประยูร กาญจนดุล, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*, อ่างแล้ว, หน้า 38.

⁸⁸ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 24 มีนาคม 1950 คดี Terregrosa

⁸⁹ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 9 มีนาคม 1951 คดี Société des Concerts du Conservatoire

⁹⁰ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 21 ตุลาคม 1949 คดี Ministre du travail

⁹¹ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 9 ธันวาคม 1949 คดี Chami

⁹² สุจิน ชื่อสุวรรณ, "ความรับผิดทางละเมิดของราชการ," อ่างแล้ว, หน้า 80.

⁹³ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 1948 คดี Vié et Gouverneur général de Madagascar

⁹⁴ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 20 เมษายน 1934 คดี Lorain

เสียหายที่เกิดจากขาดการควบคุมซึ่งเป็นความผิดของรัฐ⁹⁵ กรณีการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า เช่น การลงมือเพื่อซ่อมอนุสาวรีย์ประวัติศาสตร์ล่าช้า⁹⁶ การไม่ดำเนินการใด ๆ ของนายกเทศมนตรี เพื่อจะขัดขวางป้องกันภัยพิบัติหลังจากที่ป่าของผู้ร่อนถูกไฟไหม้ทำลายแล้ว⁹⁷ การที่บุตรของผู้ฟ้องคดีตายในระหว่างสงครามอันเป็นผลสืบเนื่องจากหน่วยงานปลดประจำการล่าช้า⁹⁸ เป็นต้น

2. ความรับผิดชอบต่อความเสียหายแม้ไม่มีความผิดหรือความรับผิดโดยปราศจากความผิด เป็นความรับผิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานการเสี่ยงภัย (Responsabilité pour risque) และหลักความรับผิดที่เกิดจากความเสมอภาคของพลเมืองต่อภาระสาธารณะ⁹⁹ เหตุที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับให้มีการชดเชยค่าเสียหายแม้มิได้เกิดจากความผิดเนื่องมาจากไม่เป็นธรรมหากปล่อยให้ประชาชนต้องเป็นผู้รับภาระและทนทุกข์กับความเสียหายตามลำพัง โดยไม่ใช่ความผิดของตน ความรับผิดในกรณีนี้ใช้เฉพาะกรณีความเสียหายที่ผิดปกติเท่านั้น หากเป็นความเสียหายธรรมดา หน่วยงานไม่ต้องรับผิด อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็นความเสียหายที่ผิดปกติต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป¹⁰⁰ เช่น ความเสียหายที่เกิดจากงานโยธาสาธารณะ ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจเป็นไปได้ทั้งความเสียหายอย่างถาวรหรือต่อเนื่อง (dommage permanents) อันเกิดจากการดำเนินงานโยธาสาธารณะเป็นความเสียหายกับตัวทรัพย์สินเท่านั้น เช่น การเสื่อมค่าของอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ข้าง ๆ ทางด่วน กับความเสียหายชั่วคราวหรืออุบัติเหตุ (dommage accidentels) ความเสียหายมีทั้งกรณีเกิดแก่บุคคลหรือตัวทรัพย์สิน คำวินิจฉัยของศาลได้แยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลภายนอกและผู้ให้บริการ ถ้าความเสียหายเกิดกับบุคคลภายนอกและมีลักษณะผิดปกติ หน่วยงานต้องรับผิดในกรณีการเสี่ยงภัย แต่ถ้าความเสียหายที่เกิดกับผู้ให้บริการเป็นเรื่องของความผิด เช่น อุบัติเหตุที่เกิดขึ้นเพราะการบำรุงรักษาทางสาธารณะไม่ดี หน่วยงานต้องรับผิด¹⁰¹ กรณีความเสียหายซึ่งเกิดจากสิ่งอันตราย (Choses dangereuses) ได้แก่ กรณีที่งานสาธารณะมีอันตรายในตัวเอง เช่น การระเบิดของสถานที่เก็บระเบิด

⁹⁵ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 9 มกราคม 1945 คดี Ville de Saint-Remy de Provence

⁹⁶ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 1942 คดี Ville de Sarlet

⁹⁷ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 1953 คดี Sieur Narce

⁹⁸ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 1919 คดี Brunet

⁹⁹ โภคิน พลกุล, "คดีปกครองในฝรั่งเศส," อ้างแล้ว, หน้า 147.

¹⁰⁰ โภคิน พลกุล, "ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศส" อ้างแล้ว, หน้า 147.

¹⁰¹ พูนศักดิ์ ไวลำรวจ, "ความรับผิดของฝ่ายปกครองในฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง, 6 ตอน 3 (ธันวาคม 2530): 588.

ถือว่าการก่อให้เกิดการเสี่ยงภัยอย่างผิดปกติต่อบ้านเรือนใกล้เคียง การระเบิดผูกพันให้เกิดความรับผิดชอบแม้ไม่มีความผิด¹⁰² ต่อมา ศาลได้ขยายหลักไปสู่การใช้อาวุธปืนของตำรวจจนเป็นเหตุให้ภรรยาผู้ร้องถูกกระสุนปืนตายในขณะที่ตำรวจไล่ยิงคนร้าย¹⁰³ หรือกระสุนปืนถูกผู้ตายซึ่งนั่งอยู่ประตูหน้าบาร์โดยไม่เกี่ยวข้องกับกรกระทำผิดใดๆ¹⁰⁴ กรณีเหล่านี้ หน่วยงานต้องรับผิดชอบนอกจากนั้นยังมีความเสียหายที่เกิดจากกิจกรรมหรือวิธีการทางเทคนิคอันตราย เช่น ในการทำลายสถานที่ที่สกปรกโดยใช้ไฟเผา และเกิดไฟไหม้บ้านละแวกนั้น¹⁰⁵ ความเสียหายที่เกิดจากแม่ของเด็กซึ่งเป็นครู ถูกบังคับให้สอนนักเรียนในขณะที่มีการแพร่ระบาดของโรคหัด ทำให้ลูกในครรภ์ติดเชื้อ¹⁰⁶ ความรับผิดชอบที่เกิดจากความเสมอภาคของพลเมืองต่อภาวะสาธารณะเป็นกรณีที่มีการจัดทำบริการสาธารณะจะเลือกปฏิบัติไม่ได้ และไม่ใชกรณีของการเสี่ยงภัยเนื่องจากไม่มีภัยที่จะเกิดและในกรณีนั้น ๆ เอกชนอาจได้รับความไม่เสมอภาคอันเนื่องจากการกระทำของฝ่ายปกครองได้ หน่วยงานของรัฐจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากความไม่เสมอภาคนั้น และลักษณะความเสียหายต้องผิดปกติด้วยเช่นเดียวกับกรณีเสี่ยงภัย¹⁰⁷ เช่น กรณีที่หน่วยงานปฏิเสธที่จะดำเนินการตามคำพิพากษาของศาลในอันที่จะขอให้หน่วยงานดำเนินการปฏิบัติต่อคู่กรณีตามคำพิพากษา แต่หน่วยงานปฏิเสธ ซึ่งการปฏิเสธนั้นจะเป็นความผิดอย่างไร หากว่าการปฏิบัติจะนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยอย่างรุนแรงได้ ถ้าเอกชนผู้ร้องขอต่อฝ่ายปกครองนั้นได้รับความเสียหายที่ผิดปกติเนื่องจากการปฏิเสธ ย่อมมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน¹⁰⁸ นอกจากนั้นยังมีความรับผิดชอบอันเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งเป็นการผิดของรัฐอีกด้วย¹⁰⁹

¹⁰² คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 28 มีนาคม 1919 คดี Renault - Desroziers

¹⁰³ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 24 มิถุนายน 1949 คดี Lecomte

¹⁰⁴ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 24 มิถุนายน 1949 คดี Daramy

¹⁰⁵ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 24 ธันวาคม 1926 คดี Walther

¹⁰⁶ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน 1968 คดี Saulze

¹⁰⁷ โภคิน พลกุล, "ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศส" อ้างแล้ว, หน้า 147-148.

¹⁰⁸ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 1928 คดี Couitéas

¹⁰⁹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก สุจิน ชื้อสุวรรณ, "ความรับผิดทางละเมิดของราชการ," อ้างแล้ว, หน้า 86-87.

1.3.1.3 ความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่และหน่วยงาน

เนื่องจากขอบเขตความผิดส่วนตัวและความผิดของหน่วยงานมีการแบ่งแยกกัน เมื่อเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือมีเจตนาร้าย ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ผู้เสียหายไม่อาจฟ้องหน่วยงานได้ อย่างไรก็ตาม ความผิดส่วนตัวอาจผูกพันกับหน่วยงานด้วยก็ได้ เช่น หน่วยงานได้จัดหาปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ เป็นต้น นักวิชาการจึงสร้างทฤษฎีความรับผิดชอบร่วมกันขึ้นมา¹¹⁰ เพื่อให้ผู้เสียหายได้รับหลักประกันที่ดี ลักษณะความรับผิดชอบร่วมกันสามารถพิจารณาได้เป็นสองกรณี ได้แก่ ความผิดร่วมกัน (Cumul de faute) และความรับผิดชอบร่วมกัน (Cumul de responsabilité)

ความผิดร่วมกัน เดิมรัฐหลุดพ้นจากความรับผิดในทุกคดีที่เป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ในปี ค.ศ.1911 ได้มีการยอมรับว่าความเสียหายอาจเกิดจากความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ และความผิดของหน่วยงานก็ได้ ในคดี Anguet ซึ่งเป็นกรณีที่ชายคนหนึ่งเข้าไปเบียดเบียนสิทธิในที่ทำกรไปรษณีย์ วันนั้นประตูเข้าออกปิดก่อนเวลาทำการ พนักงานคนหนึ่งบอกให้ไปออกทางประตูสำหรับพนักงานทางด้านหลังที่ทำกร พนักงานสองคนกำลังยกพัสดุภัณฑ์อยู่เข้าใจว่าเป็นคนร้าย จึงทำร้ายผลักออกไปข้างนอกจนทำให้ชายคนนั้นขาหัก ศาลวินิจฉัยว่า การกระทำของพนักงานทั้งสองถือเป็นความผิดส่วนตัว ขณะเดียวกันที่ทำกรไปรษณีย์ปิดก่อนเวลาทำการ ก่อนที่ชายคนนั้นจะทำธุระเสร็จก็เป็นการเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความผิดของหน่วยงานได้¹¹¹ กรณีนี้รัฐจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนทั้งหมด ดังนั้น ความเสียหายเกิดขึ้นจากการความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ขณะเดียวกันก็เป็นความผิดของหน่วยงาน ถ้าได้กระทำภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่

ความรับผิดชอบร่วมกัน เป็นแนวความคิดที่พัฒนาจากความผิดร่วมกัน ในกรณีที่ความผิดส่วนตัวไม่อาจขาดจากความผูกพันกับบริการหรือหน่วยงานได้ ซึ่งมักได้แก่ การกระทำผิดในการบริการของหน่วยงาน กระทำผิดในโอกาสให้บริการ กระทำผิดไม่อาจตัดออกจากความผูกพันกับบริการได้ แม้ความผิดส่วนตัวจะได้กระทำนอกบริการหรือหน่วยงานก็ตาม คดีที่ถือว่าเป็นตัวอย่างของความรับผิดในลักษณะนี้ ได้แก่ คดี Lemonnier ข้อเท็จจริงในคดีมีงานฉลองแห่งหนึ่งจัดขึ้นทุกปี ในตอนบ่ายจัดให้มีการแข่งขันยิงปืนยาว โดยนำไปผูกกับแผ่นกระดานเล็กๆ ลอยอยู่ในแม่น้ำ อีกฟากหนึ่งของแม่น้ำมีคนเดินเล่น ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสามีและภริยากำลังเดินเลียบไปตามแม่น้ำเมื่อเวลาประมาณ 18.00 นาฬิกาได้ถูกกระสุนปืนในการแข่งขัน ก่อนหน้านั้นมีคนหลายคน

¹¹⁰ พูนศักดิ์ ไวสารวจ, "ความรับผิดของฝ่ายปกครองในฝรั่งเศส," อ่างแล้ว, หน้า 594.

¹¹¹ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 1911 คดี Anguet

เดินในบริเวณนั้นเกือบจะถูกยิงและได้มีการแจ้งไปยังเทศบาลเพื่อหาทางแก้ไข แต่นายกเทศมนตรีมิได้สั่งให้หยุดยิงจนกระทั่งเกิดเหตุในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรมและศาลปกครอง คดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ศาลอุทธรณ์ของ Toulouse ได้ตัดสินแล้วให้นายกเทศมนตรีรับผิดชอบในความเสียหายสำหรับความผิดส่วนตัวในการอนุญาตให้การยิงปืนดำเนินต่อไป แต่กระนั้นก็ตาม ศาลปกครองยังตัดสินว่าศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีได้เมื่อนายกเทศมนตรีจะกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการไม่สั่งให้หยุดยิงและก็เป็นความผิดของหน่วยงานในขณะเดียวกัน ผลจากคำวินิจฉัยนี้ทำให้ยอมรับความผิดร่วมกันประกอบด้วยความผิดส่วนตัวและความผิดของหน่วยงานเป็นคดีเดียวกันได้ ต่อมามีคดี Delville ซึ่งเป็นเรื่องความเสียหายที่เกิดจากอุบัติเหตุจากการเมาสุราของคนขับรถ ขณะเดียวกันสภาพรถยนต์ของหน่วยงานก็มีระบบห้ามล้อที่ไม่ดีด้วย

ผลของความรับผิดชอบร่วมกัน กรณีที่ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเลือกฟ้องเจ้าหน้าที่ต่อศาลยุติธรรม หรือฟ้องหน่วยงานต่อศาลปกครอง และสามารถเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เต็มทั้งหมดในศาล ซึ่งในทางปฏิบัติผู้เสียหายส่วนมากจะเลือกฟ้องยังศาลปกครองเพราะฝ่ายปกครองมีฐานะที่มั่นคงมากกว่าเจ้าหน้าที่ แต่ความรับผิดชอบร่วมกันนี้ มิได้หมายความว่าผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายสองครั้ง ถ้าผู้เสียหายได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานแล้ว ขณะเดียวกันก็ฟ้องเจ้าหน้าที่ต่อศาลยุติธรรมเรียกค่าเสียหายด้วย กรณีเช่นนี้หน่วยงานก็จะรับช่วงสิทธิของผู้เสียหายไปเรียกร้อง (ไล่เบี้ย) เอาจากเจ้าหน้าที่ต่อไปได้ ซึ่งอาจเป็นการเรียกให้ชดเชยตามส่วน หรืออาจจะทั้งหมดซึ่งถือว่าเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ตรงกันข้ามหากตัวเจ้าหน้าที่ถูกศาลยุติธรรมพิพากษาให้ชดเชยค่าเสียหายเต็ม เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจร้องขอต่อศาลปกครองเฉลี่ยค่าเสียหายไปตามส่วนแห่งความผิดได้ เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ย่อมมีสิทธิฟ้องคดีเรียกร้องต่ออีกฝ่ายหนึ่งได้ เพื่อเป็นการเรียกร้องให้ผู้ต้องรับผิดชอบร่วมกันชดเชยตามส่วน หรือแม้กระทั่งให้ใช้ทั้งหมด¹¹²

กล่าวโดยสรุป ประเทศฝรั่งเศสมีการแบ่งแยกความรับผิดชอบส่วนตัว ความรับผิดชอบของหน่วยงาน และความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่และหน่วยงานอย่างชัดเจน โดยอาศัยคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และนักวิชาการ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ให้ได้รับความเป็นธรรม โดยลักษณะการกระทำที่รัฐต้องรับผิดชอบและต้องมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอก ต้องเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นความผิดของหน่วยงาน หรือความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่และหน่วยงาน ซึ่งเจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว หากเป็นกรณีนี้

¹¹² Brown and Garner, *French Administrative Law*, p.118. อ้างใน สุจินต์ อสูรณ, "ความรับผิดทางละเมิดของราชการ," อ้างแล้ว, หน้า 95.

เป็นความผิดส่วนตัว เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดโดยลำพัง ในกรณีที่ความผิดของหน่วยงานไม่ว่าจะเป็นกรณีที่มีความผิดหรือไม่มี หรือกรณีที่เป็นความรับผิดชอบร่วมกัน รัฐจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย

1.3.2 ลักษณะการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดในประเทศไทย

ความรับผิดของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อบุคคลภายนอกก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องความรับผิดของผู้แทนนิติบุคคลโดยไม่อาจนำหลักเรื่องนายจ้างและลูกจ้างมาปรับใช้ได้เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน มิใช่ความสัมพันธ์ในทางนิติกรรมสัญญา แต่โดยที่ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐส่วนใหญ่มีฐานะเป็นนิติบุคคล จึงนำหลักความรับผิดของนิติบุคคลในกรณีผู้แทนของนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลกระทำตามหน้าที่และเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามมาตรา 76 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹¹³ ลักษณะการกระทำที่หน่วยงานต้องรับผิดจึงต้องเป็นการกระทำตามหน้าที่ เมื่อหน่วยงานรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว ก็ใช้สิทธิไล่เบี้ยจากเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ร่วมกันกระทำผิดก็ต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม ความรับผิดของรัฐจึงเป็นไปในลักษณะผู้แทนนิติบุคคลกับนิติบุคคลเป็นหลัก ต่อมา หลักดังกล่าวไม่สอดคล้องกับความเป็นธรรมโดยเฉพาะการที่ให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดทุกกรณี เมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2539 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539¹¹⁴ โดยเหตุผลของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้เหตุผลว่า การที่เจ้าหน้าที่ดำเนินกิจการต่างๆ ของหน่วยงานรัฐนั้น หาได้เป็นไปเพื่อประโยชน์อันเป็นการเฉพาะตัวไม่

¹¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 76 ถ้าการกระทำตามหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคล เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น นิติบุคคลนั้นต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น แต่ไม่สูญเสียสิทธิที่จะไล่เบี้ยเอาแก่ผู้ก่อความเสียหาย

ถ้าความเสียหายแก่บุคคลอื่นเกิดจากการกระทำที่ไม่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของนิติบุคคล บรรดาบุคคลดังกล่าวตามวรรคหนึ่งที่ได้เห็นชอบให้ทำการนั้น หรือได้เป็นผู้กระทำได้ดังกล่าว ต้องร่วมกันรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ได้รับความเสียหายนั้น

¹¹⁴ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 113 ตอนที่ 60 ก วันที่ 14 พฤศจิกายน

การปล่อยให้ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่ปฏิบัติงานในหน้าที่และเกิดความเสียหายแก่เอกชนเป็นไปตามหลักกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเป็นการไม่เหมาะสมก่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่า เจ้าหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบในการกระทำต่างๆ เป็นการเฉพาะตัวเสมอไป เมื่อการที่เข้าไปทำให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเพียงใดก็จะมี การฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่เต็มจำนวนนั้น ทั้งที่บางกรณีเกิดขึ้นโดยความไม่ตั้งใจหรือความผิดพลาดเล็กน้อยในการปฏิบัติหน้าที่ นอกจากนั้น ยังมีการนำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมในระบบกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ ให้เจ้าหน้าที่ที่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้อื่นด้วย ซึ่งระบบมุ่งหมายนั้นแต่จะได้เงินครบโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมที่มีต่อแต่ละบุคคล กรณีเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่และยังเป็นการบั่นทอนกำลังขวัญในการทำงานของเจ้าหน้าที่ด้วย จนบางครั้งกลายเป็นปัญหาในการบริหารเพราะเจ้าหน้าที่ไม่กล้าตัดสินใจดำเนินงานเท่าที่ควร เพราะเกรงความรับผิดชอบที่จะเกิดแก่ตน อนึ่ง การให้คุณให้โทษแก่เจ้าหน้าที่เพื่อควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่ยังมีวิธีการในการบริหารงานบุคคล และการดำเนินการทางวินัย กำกับดูแลอีกส่วนหนึ่ง อันเป็นหลักประกันมิให้เจ้าหน้าที่ทำการใด ๆ โดยไม่รอบคอบอยู่แล้ว ดังนั้น จึงสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิดในการปฏิบัติงานในหน้าที่เฉพาะเมื่อเป็นการจงใจกระทำ เพื่อการเฉพาะตัวหรือจงใจให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้แบ่งแยกความรับผิดชอบของแต่ละคน มิให้นำหลักลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของรัฐ พระราชบัญญัติฉบับนี้นับว่าเป็นกลไกหนึ่งในการควบคุมฝ่ายปกครอง ขณะเดียวกันก็คุ้มครองเจ้าหน้าที่ที่ก่อให้เกิดความเสียหายอันเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหายให้ได้รับความเป็นธรรมทั้งสองฝ่ายด้วย แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้ยกเลิกหรือห้ามมิให้ใช้หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งหมด หากกรณีใดที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้กำหนดไว้ ยังคงต้องนำหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ เช่น การกระทำอย่างไรเป็นละเมิดหรือไม่ จึงต้องใช้หลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา 420 เมื่อวินิจฉัยว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นการละเมิดแล้ว ประเด็นต่อมาจึงพิจารณาหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ว่าระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงาน ใครจะเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น หากจะต้องรับผิดชอบเป็นจำนวนมากน้อยเพียงใด นอกจากนั้นหลักเกณฑ์อื่น ๆ ที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติยกเว้นไว้ย่อมนำมาใช้บังคับด้วย เช่นวิธีการชดเชยค่าสินไหมทดแทน และจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ชำระแก่ผู้เสียหาย การลดจำนวนค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากผู้เสียหายมีส่วนผิด

อยู่ด้วย¹¹⁵ ดังนั้น เมื่อพิจารณาลักษณะการกระทำของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว สามารถแบ่งแยกลักษณะการกระทำได้สามกรณี ได้แก่ ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ความรับผิดชอบของหน่วยงานและความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่และหน่วยงาน

1.3.2.1 ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่

ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำละเมิดที่ไม่ได้เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539¹¹⁶ การกระทำในลักษณะนี้อาจเป็นการกระทำในการดำเนินชีวิตโดยแท้ หรืออาจเป็นการกระทำในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ แต่การกระทำนั้นไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่¹¹⁷ หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องเจ้าหน้าที่ให้รับผิดเป็นการส่วนตัวได้ แต่ไม่สามารถฟ้องหน่วยงานให้รับผิด¹¹⁸ กรณีที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำส่วนตัวในกรณีที่เป็นการกระทำที่ไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการหรือเป็นการกระทำนอกหน้าที่ราชการ หรือเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ แม้จะมีทรัพย์สินของทางราชการเข้ามาเกี่ยวข้องก็ตาม เช่น จำเลยไม่มีหน้าที่ขับรถยนต์ แต่มีหน้าที่เป็นครูฝึกนักเรียนตำรวจบังอาจนำรถยนต์ไปขับโดยพลการ มิได้ขออนุญาตจากผู้ครอบครองรถและก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ จำเลยต้องรับผิดเป็นเงิน 14,900 บาท¹¹⁹ การที่พันโท เจริญ เขี่ยมหงษ์เหิน พลธิการกองพลทหารม้าสั่งให้จำเลยขับรถไปซื้อและขนปูนซีเมนต์ให้แก่นครวัดป่าหมาก ซึ่งตนเองเป็นกรรมการวัดอยู่ด้วย เป็นการทำให้

¹¹⁵ ฤทัย หงส์สิริ, เอกสารประกอบการฝึกอบรม หลักสูตร พนักงานคดีปกครอง ระดับต้น รุ่นที่ 8 เรื่อง ความรับผิดของฝ่ายปกครอง (กรุงเทพมหานคร; สำนักงานศาลปกครอง, 2545), 44. (เอกสารไม่ตีพิมพ์)

¹¹⁶ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

มาตรา 6 ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้

¹¹⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่,” *วารสารนิติศาสตร์*, 28, 2 (มิถุนายน 2541); 374.

¹¹⁸ ฤทัย หงส์สิริ, เอกสารประกอบการฝึกอบรม หลักสูตร พนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 8 เรื่อง ความรับผิดของฝ่ายปกครอง, อ้างแล้ว, หน้า 55.

¹¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกา 1486/2497 ประชุมใหญ่

ไปปฏิบัติงานเป็นการส่วนตัวของพันโท เจิม หาใช่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ในงานของพลธิการ กองพลทหารม้าแต่ประการใด เมื่อจำเลยขับรถชนรถแท็กซี่ที่ผู้ตายเป็นผู้ขับถึงแก่ความตาย จำเลย ต้องรับผิดชอบตามลำพังเป็นเงิน 55,234 บาท¹²⁰ จำเลยที่ 1 เป็นข้าราชการชั้นรยนต์ของทางราชการ ไปส่ง น. กับพวก ซึ่งมาคุยเรื่องส่วนตัว เมื่อถึงที่เกิดเหตุได้ชนรถยนต์ของบุคคลอื่นด้วยความ ประมาท ไม่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ หน่วยราชการไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในผล กระทบนั้น¹²¹ หัวหน้าศูนย์การศึกษาทำร้ายร่างกายผู้ฟ้องคดี¹²² เจ้าหน้าที่ของรัฐเรียกเงินเพื่อ ช่วยเหลือในการบรรจุบุคคลเข้ารับราชการ¹²³ ตำรวจยึดเงินผู้ฟ้องคดีแล้วไม่คืน¹²⁴ การที่ อธิการบดีมหาวิทยาลัยมีหนังสือขอทราบข้อมูลส่วนตัวเพื่อประกอบการต่อสู้คดีในศาลโดยมี ข้อความที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย แม้หนังสือที่เป็นมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีจะใช้ชื่อ มหาวิทยาลัยเป็นหนังสือราชการและลงนามโดยผู้ถูกฟ้องคดีในตำแหน่งอธิการบดี แต่มี วัตถุประสงค์เพื่อร้องขอข้อมูลไปใช้ประกอบการต่อสู้คดีอาญาในศาลเป็นการกระทำในฐานะ ส่วนตัว¹²⁵ การกระทำที่แม้จะกระทำไปในระหว่างกำลังปฏิบัติหน้าที่ แต่เมื่อดูเจตนาสามารถแยก ได้ว่าเป็นการกระทำในฐานะส่วนตัว ถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวและนอกหน้าที่ราชการ เช่น จำเลยเป็น บุรุษไปรษณีย์ข้าราชการสังกัดกรมไปรษณีย์ จอครยนต์เก็บไปรษณีย์ตามตู้ไปรษณีย์ จำเลยด่า ตำรวจจราจรที่ให้จอครยนต์ให้ถูกที่ ตำรวจชะงักศีรษะเข้าไปในรถแจ้งข้อหาฐานดูหมิ่น เจ้าพนักงาน จำเลยออกรถและผลักตำรวจ การด่าและขัดขวางตำรวจเป็นเรื่องส่วนตัวไม่เกี่ยวกับ กรมไปรษณีย์ ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว¹²⁶ การกระทำนั้นขาดตอนไปจากการปฏิบัติราชการตาม หน้าที่และไม่อยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงาน ถือว่าเป็นการกระทำนอกหน้าที่ราชการอัน เป็นความผิดส่วนตัว เช่น พลตำรวจไม่ใช้ลูกจ้ำงของกรมตำรวจแต่เป็นข้าราชการและมีหน้าที่ ปฏิบัติราชการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยแทนกรมตำรวจ ซึ่งเป็นกรมในรัฐบาลและมีฐานะเป็น นิติบุคคล จึงต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 76 ซึ่งหมายความว่า นิติบุคคลจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะในกรณีเจ้าหน้าที่ของนิติบุคคลได้ทำให้เกิด ความเสียหายหรือทำลายละเมิด ขณะทำการตามหน้าที่และอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล

¹²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกา 1291/2514 ประชุมใหญ่

¹²¹ คำพิพากษาศาลฎีกา 2483/2517

¹²² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 20/2545

¹²³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 139/2545

¹²⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 13/2545

¹²⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 20/2544

¹²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกา 1931/2518

เท่านั้น แม้ในตอนแรกพลตำรวจวัชรพงศ์เข้าไปรักษาความสงบเรียบร้อยอันถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ หลังจากนั้นไปรับประทานอาหาร ต้มสุราเมามาและมีเรื่องทะเลาะกับชาวบ้าน พลตำรวจวัชรพงศ์กระชากลูกเลื้อนจนเป็นเหตุให้ปืนสั้นและกระสุนไปถูกใจทักบาดเจ็บ กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องส่วนตัวของพลตำรวจ วัชรพงศ์ไม่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยตามวัตถุประสงค์ของกรมตำรวจ¹²⁷ ดังนั้น ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำที่ไม่เกี่ยวกับหน้าที่ราชการ เมื่อก่อให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว

1.3.2.2 ความรับผิดชอบของหน่วยงาน

ความรับผิดชอบของหน่วยงานต้องพิจารณาภารกิจที่หน่วยงานต้องดำเนินการตามกฎหมายจัดตั้งหรือกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน มีภารกิจใด การกระทำใดที่เกี่ยวข้องกับภารกิจของหน่วยงาน เมื่อเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการ ผู้เสียหายต้องฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัดหรือกระทรวงการคลัง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใด ให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยตรง ไม่อาจฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้เลย ฟังสังเกตว่า ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ผู้เสียหายต้องฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัดหรือกระทรวงการคลังแล้วแต่กรณีเสมอ จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้เลย ทั้งนี้ โดยมีพิกัดต้องคำนึงว่าในบั้นปลายแล้วใครจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดนั้น¹²⁸ เหตุที่ให้ฟ้องหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากหน่วยงานเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ แต่การใช้อำนาจหน้าที่ผ่านทางเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากเป็นการปฏิบัติหน้าที่หน่วยงานจำต้องเข้ามามีส่วนในการรับผิดชอบ และมีส่วนในการต่อสู้คดีก่อนที่จะรับผิดชอบ ส่วนกรณีที่ให้ฟ้องกระทรวงการคลังนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับรายรับรายจ่ายของประเทศเข้ามามีส่วนในการต่อสู้คดี ก่อนจะรับผิดชอบในกรณีที่ศาลวินิจฉัยให้แพคดี อย่างไรก็ตาม เพื่อก่อให้เกิดความชัดเจนศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองได้วางแนวบรรทัดฐานว่าการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ราชการแต่เจ้าหน้าที่กระทำด้วยความประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่เป็นเหตุให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย เช่น เจ้าพนักงานที่ดินได้ทำการจดทะเบียนเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินโดยไม่ตรวจสอบเอกสารเกี่ยวกับการจดทะเบียนให้ถูกต้องโดย

¹²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกา 2512/2529

¹²⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่,"

ประมาท ทำให้บุคคลอื่นเสียหาย กรมที่ดินต้องรับผิดชอบ¹²⁹ บุรุษไปรษณีย์อ้างว่าส่งจดหมายธนาณัติให้คนในบ้านโจทก์ แต่ปรากฏว่าไม่ใช่คนในบ้านโจทก์เป็นเหตุให้มีคนอื่นปลอมชื่อโจทก์รับเงินไป ต้องถือว่าบุรุษไปรษณีย์ประมาท กรมไปรษณีย์โทรเลขต้องรับผิดชอบด้วย¹³⁰ จำเลยที่ 1 รับราชการเป็นช่างประจำตอม จำเลยที่ 2 เป็นลูกจ้างรายวันอยู่ในความควบคุมของจำเลยที่ 1 จำเลยทั้งสองเป็นพนักงานกรมทางหลวง เมื่อจำเลยทั้งสองได้นำรถเคี้ยววางจอดไว้ในเวลากลางคืนโดยไม่จุดไฟไว้ เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ.2522 และเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยทั้งสองที่ละเว้นไม่กระทำการอันควรกระทำตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายบังคับไว้ เป็นเหตุให้รถจักรยานยนต์ที่ผู้ตายขับเข้าไปชนเกิดความเสียหายขึ้น ถือว่าจำเลยเป็นการทำละเมิดกรมทางหลวงซึ่งเป็นกรมในรัฐบาลต้องร่วมรับผิดชอบในผลละเมิดด้วย¹³¹ พนักงานสอบสวนและหัวหน้าสถานีตำรวจมีหน้าที่ดูแลรักษาทรัพย์สินของกลางเหมือนวิญญูชนพึงดูแลรักษาทรัพย์สินของตนเอง การเก็บรถยนต์ของกลางตากแดดตากฝนเป็นเหตุให้รถยนต์เสียหายต้องรับผิดชอบฐานละเมิด การที่อ้างว่าไม่มีโรงเก็บรถและรถของทางราชการหรือรถของกลางอื่นก็เก็บรักษาในสภาพเดียวกันไม่เป็นเหตุผลที่จะให้พ้นความรับผิดชอบฐานละเมิดได้¹³² กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นความผิดของหน่วยงาน การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่และเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายเกี่ยวกับการก่อสร้าง เช่น การขุดคูส่งน้ำและถมถนนเป็นส่วนหนึ่งของการจัดให้มีทางน้ำและทางบกตามอำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบลตามมาตรา 67 มาตรา 68 และมาตรา 69 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537 ซึ่งในสัญญาจ้างเป็นการกำหนดแนวและขุดคูส่งน้ำขึ้นมาใหม่ โดยผู้ว่าจ้างมีอำนาจสั่งการและกำกับดูแลการดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญา จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย¹³³ หน่วยงานทางปกครองกระทำละเมิดบุกรุกที่ดินโดยไม่มีกรรมสิทธิ์¹³⁴ เจ้าหน้าที่การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยดำเนินการวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อผ่านที่ดินของผู้ฟ้องคดีโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายและดำเนินการรับจ้างขนส่งปิโตรเลียมทางท่อโดยไม่เวนคืนที่ดินและไม่จ่ายค่าทดแทน¹³⁵ กรณีการก่อสร้างที่เป็นการกระทำละเมิดที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ แต่ไม่ใช้การใช้

¹²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกา 179/2495

¹³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกา 1414/2504

¹³¹ คำพิพากษาศาลฎีกา 1666/2514

¹³² คำพิพากษาศาลฎีกา 561- 562/2516

¹³³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 271/2545 (ประชุมใหญ่)

¹³⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 252/2546

¹³⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 123/2545

อำนาจตามกฎหมาย เช่น กรุงเทพมหานครไม่ใช้ความระมัดระวังในการปักเสาไฟฟ้าให้มีความมั่นคงแข็งแรงเป็นเหตุให้เสาไฟฟ้าล้มฟาดรถยนต์ และกรณีการก่อสร้างสะพานลอยเป็นเหตุให้อาคารแตกร้าว ทำให้เกิดความเสียหาย¹³⁶ องค์การบริหารส่วนตำบล ผู้ใหญ่บ้าน นายอำเภอ ปลัดจังหวัดบุกกรุกเข้าไปในที่ดินที่มี น.ส.3 ของผู้ฟ้องคดีทำการขุดไถปรับที่ดิน วางท่อประปาและสร้างส้วม ทำให้ทรัพย์สินของผู้ฟ้องคดีเสียหาย¹³⁷ การก่อสร้างอาคารที่ทำการรुकล้าที่ดินเอกชน¹³⁸ เทศบาลไม่ติดตั้งสัญญาณเตือนในบริเวณที่มีสิ่งกีดขวางอันเนื่องจากการขอมถนน ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย¹³⁹ สำนักงานเขตบางกอกใหญ่ สร้างทำนบปิดกั้นน้ำเป็นเหตุให้น้ำในคลองเน่าเสีย ส่งกลิ่นเหม็น และมียุงชุม การทำทำนบปิดกั้นทางน้ำในคลองวัดตีตวัดเพื่อไม่ให้น้ำไหลท่วมออกคลองบางกอกใหญ่ เป็นการกระทำตามกรอบวัตถุประสงค์ของกรุงเทพมหานคร มิใช่การใช้อำนาจตามกฎหมาย¹⁴⁰ กรณีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ดิน ส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่ได้รับ ความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ดินเกี่ยวกับการรังวัด การออกเอกสารสิทธิหรือการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม เช่น การฟ้องขอให้เจ้าพนักงานที่ดินชดใช้ค่าเสียหายกรณีที่เจ้าพนักงานที่ดินจดทะเบียนโอนที่ดินและบ้านไปโดยไม่ถูกต้องตามระเบียบของทางราชการ¹⁴¹ กรณีที่เจ้าพนักงานที่ดินกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่แต่ไม่ได้ใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น การฟ้องขอให้กรมที่ดินชดใช้ค่าเสียหาย กรณีช่างรังวัดที่ดินรังวัดรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้ฟ้องคดี เป็นกรณีที่ได้แย้งการรังวัดสอบเขตที่ดินข้างเคียงซึ่งเป็นการโต้แย้งการรังวัดระหว่างเอกชนกับเอกชนเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุคคล¹⁴² การที่นายอำเภอและกำนันคัดค้านการขออนุญาตที่ดินของผู้ฟ้องคดีว่าที่ดินพิพาทเป็นที่สาธารณประโยชน์นั้นเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทั่วไปของนายอำเภอที่จะต้องตรวจรักษาที่อันเป็นสาธารณประโยชน์ไม่ให้ผู้ใดเอาไปเป็นประโยชน์ส่วนตัว และกำนันต้องตรวจรักษาสิ่งซึ่งเป็นสาธารณประโยชน์ที่อยู่ในตำบลตามมาตรา 62 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดินฯ ประกอบกับ มาตรา 40 และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ.2495 และการที่เจ้าหน้าที่ของกรมธนารักษ์คัดค้านว่าที่ดินเป็นที่ราชพัสดุเป็นการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไป มิใช่การ

¹³⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ 5/2545,17/2545

¹³⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 286/2545

¹³⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 290/2545

¹³⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 604/2545

¹⁴⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 201/2546

¹⁴¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 476/2545

¹⁴² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 279/2545

กระทำละเมิดในทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง แต่เป็นการโต้แย้งสิทธิในที่ดิน¹⁴³ กรณีที่เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ และเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น การไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การคืนของกลางโดยไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา¹⁴⁴ การขายทอดตลาดของกลางโดยเป็นของที่ไม่สมควรขายและยังไม่ตกเป็นของรัฐ¹⁴⁵ กรณีที่เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ใช่การกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครอง เช่น ฟ้องว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁴⁶ ซึ่งการฟ้องเรียกค่าเสียหายกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่รับแจ้งความร้องทุกข์หรือสืบสวนข้อเท็จจริงโดยไม่ชอบอันเป็นการละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย ผู้ฟ้องคดีจะต้องฟ้องหน่วยงานของรัฐได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้¹⁴⁷ ส่วนกรณีความรับผิดชอบทางละเมิดในกรณีอื่น ๆ เช่น การที่กรุงเทพมหานครออกคำสั่งถอดรายชื่อผู้ฟ้องคดีจากบัญชีผู้กำหนดแรงแผดถอยและผู้ฟ้องคดีเรียกค่าสินไหมทดแทนโดยอ้างว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายโดยมิชอบ¹⁴⁸ คณะเทคโนโลยีสารสนเทศมีหนังสือแจ้งตอบรับผู้ฟ้องคดีเข้าเป็นอาจารย์ประจำ หนังสือตอบรับดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันในทางนิติสัมพันธ์ก่อให้เกิดผู้ฟ้องคดีเชื่อถือในการเปลี่ยนแปลงอาชีพจึงได้ลาออกจากราชการประจำที่ทำอยู่แล้วไปรายงานตัวและปฏิบัติงานในตำแหน่งอาจารย์ประจำ ต่อมา เมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับหนังสือแจ้งจากคณะเทคโนโลยีสารสนเทศว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับอนุมัติให้ว่าจ้างโดยไม่ได้แสดงเหตุผลใดๆ ไม่ว่าจะ เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิงข้อพิจารณา ข้อเสนอสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจไม่อนุมัติการจ้าง หนังสือดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เมื่อผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันแต่อธิการบดีเพิกเฉยไม่แจ้งผลให้ผู้ฟ้องคดีทราบโดยไม่ชักช้าตามมาตรา 45 อันเป็นการปฏิบัติราชการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีดังกล่าวเป็นกระทำโดยสุจริตและเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะ

¹⁴³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 605/2545

¹⁴⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 140/2545

¹⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.48/2547

¹⁴⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 281/2545, 295/2545, 299/2545, 13/2546, 79/2546, 211/2546

¹⁴⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 370/2545

¹⁴⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.16/2546

ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่และใช้อำนาจตามกฎหมาย ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย จึงเป็นการกระทำละเมิดซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีต้องรับผิดชอบแห่งละเมิด¹⁴⁹ การที่คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาเสนอความเห็นสมควรสั่งจ้างผู้เสนอราคา รายใด แต่เทศบาลเมืองปัตตานีซึ่งมีอำนาจสั่งซื้อสั่งจ้างเห็นสมควรยกเลิกการสอบราคาโดยมี เหตุผลว่ามีผู้ยื่นซองสอบราคาเพียงรายเดียว ทำให้ไม่สามารถเปรียบเทียบราคาได้ หากเปิดให้ สอบราคาใหม่อาจได้ราคาที่ต่ำกว่านั้น เป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์ในการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีสอบ ราคาในข้อ 35(4) และข้อ 36 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการ บริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 ซึ่งไม่ได้กำหนดให้ยกเลิกการสอบราคาด้วยเหตุดังกล่าว เมื่อมีการจัดจ้างโดยวิธีพิเศษ มีผู้เสนอราคาที่ต่ำกว่าผู้ฟ้องคดีเพียง 800 บาท จึงเป็นการขัด กับเหตุผลในการยกเลิกการสอบราคา คำสั่งยกเลิกการสอบราคาจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็น การละเมิด¹⁵⁰ การที่หน่วยงานทางปกครองซึ่งมีหน้าที่จ่ายบำนาญตามโครงการเปลี่ยนเส้นทาง ชีวิต : เกษียณก่อนกำหนด ล่าช้าและเกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี หน่วยงานต้องรับผิดชอบใช้ ค่าเสียหาย¹⁵¹

1.3.2.3 ความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่และหน่วยงาน

กรณีที่มีความเสียหายเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ ขณะเดียวกันหน่วยงานก็มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายอยู่ด้วย เช่น เจ้าหน้าที่นำรถของทาง ราชการไปใช้เป็นการส่วนตัว แล้วเกิดอุบัติเหตุ ทำความเสียหายให้แก่เอกชน เพราะห้ามล้อของรถ ดังกล่าวไม่ทำงานเนื่องจากหน่วยงานบกพร่องมิได้จัดให้มีการบำรุงรักษารถดังกล่าวให้อยู่ใน สภาพที่ใช้งานได้ตามปกติ หรือถ้าการละเมิดเกิดจากระบบการดำเนินการส่วนรวมบกพร่อง เช่น ระบบการคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการบกพร่องทำให้คนที่ไม่ดีเข้ารับราชการ หรือระบบการ ฝึกงานบกพร่องของเจ้าหน้าที่บกพร่องโดยส่งเจ้าหน้าที่ใหม่ไปปฏิบัติงานเลยโดยที่ยังมิได้จัดให้มี การฝึกงานอย่างเพียงพอที่จะทำงานได้ หรือระบบการจัดเก็บเคมีของทางราชการบกพร่องไม่มี

¹⁴⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.36/2546

¹⁵⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 43/2546

¹⁵¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 73/2547

การแยกแยะให้ชัดเจน ทำให้มีการหยิบเคมีวัตถุอันตรายไปใช้งานผิดประเภท เป็นต้น¹⁵² เมื่อหน่วยงานจะทำการไล่เบี่ยเจ้าหน้าที่ต้องนำเรื่องความบกพร่องของหน่วยงานเข้าไปพิจารณาด้วย

กล่าวโดยสรุป หลักความรับผิดชอบของรัฐเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับเป็นลำดับโดยเริ่มจากการกระทำที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบและพัฒนาอย่างไร้หลักต้องรับผิดชอบเป็นหลัก การไม่รับผิดชอบเป็นข้อยกเว้น ด้วยเหตุผลเดียวกัน เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิได้ถูกล่วงละเมิดโดยอาศัยกฎหมายแพ่งเป็นพื้นฐานแล้ว นำมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับลักษณะข้อพิพาทในแต่ละประเภท ต่อมา เพื่อให้เกิดความชัดเจนจึงมีการบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติต่าง ๆ เช่น The Crown Proceeding Act 1947 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 หรือพัฒนาโดยอาศัยแนวคำวินิจฉัยของศาล นอกจากนี้ยังมีการแบ่งแยกความรับผิดในการกระทำออกเป็นความรับผิดอันเกิดจากการกระทำส่วนตัว ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ความรับผิดอันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานซึ่งเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานแล้ว ก่อให้เกิดความเสียหาย หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบ นอกจากนั้นยังมีความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่ทั้งหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ต่างมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายด้วยกัน

2. หลักการเยียวยาความเสียหาย

เมื่อมีการกระทำละเมิดจำเป็นต้องมีการเยียวยาความเสียหาย ในการศึกษาเกี่ยวกับหลักการเยียวยาความเสียหายควรที่จะทำการศึกษหลักการพื้นฐานของการเยียวยาความเสียหาย ความหมาย ประเภทและลักษณะ ตลอดจนวิธีการเยียวยาความเสียหาย

2.1 ความหมายหลักการเยียวยาความเสียหาย

การเยียวยาความเสียหาย (Remedy) เป็นการกระทำที่เป็นการบังคับตามสิทธิหรือป้องกันสิทธิหรือชดใช้ความเสียหาย (The means of enforcing a right or preventing or

¹⁵² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, เอกสารถอดเทปการบรรยายเรื่อง กฎหมายความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ณ โรงแรมพรพิงค์ทาวเวอร์ จังหวัดเชียงใหม่ เมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2540, หน้า 11- 12. อังโน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า 46-47.

redressing a wrong; legal or equitable relief)¹⁵³ ขณะที่การเยียวยาทางปกครอง (Administrative Remedy) หมายถึง การเยียวยาโดยการเยียวยาโดยองค์กรทางปกครองที่ไม่มีใช้การใช้อำนาจตุลาการ ซึ่งเป็นการเยียวยาก่อนที่จะมีการนำคดีไปฟ้องยังศาล¹⁵⁴ (A nonjudicial remedy provided by an administrative agency. Ordinary, if an administrative remedy is available, it must be exhausted before a court will hear the case) ส่วนการเยียวยาโดยศาล (Judicial remedy) หมายถึง การเยียวยาโดยใช้สิทธิทางศาล เช่น การเยียวยาทางละเมิดโดยการเรียกร้องค่าเสียหายหรือการเยียวยาโดยวิธีการอื่น¹⁵⁵ (A remedy granted by a court; esp., a tort remedy that is either ordinary (as in action for damages) or extraordinary (as in an equitable suit for an injunction))

ประเทศฝรั่งเศส หากพิจารณาโดยยึดถือลายลักษณ์อักษรเป็นเกณฑ์จะไม่พบแนวคิดในเรื่องการแก้ไขเยียวยา ยึดถือเนื้อหาสาระโดยเน้นที่ความยุติธรรมเป็นหลัก¹⁵⁶ ลักษณะการเยียวยาที่มีทั้งการเยียวยาภายในฝ่ายปกครอง โดยลำดับชั้นการบังคับบัญชา (recours hiérarchique) และการเยียวยาโดยศาล ศาลปกครองจะมีบทบาทสำคัญในการวางหลักเกณฑ์การเยียวยาความเสียหายอันเนื่องจากการกระทำของฝ่ายปกครอง¹⁵⁷

ส่วนรูปแบบการเยียวยาขึ้นอยู่กับลักษณะข้อพิพาท หากเป็นคดีที่ศาลใช้อำนาจเต็ม (Le contentieux de plien jurisdiction) คดีประเภทนี้เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลใช้อำนาจอย่างเต็มรูปแบบ โดยศาลมีอำนาจพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหรือแก้ไขทั้งหมดหรือบางส่วน หรือขอให้รับรองสิทธิของตนที่ถูกละเมิด โดยให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทน คดีประเภทนี้มักเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามสัญญา ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง¹⁵⁸ ส่วนคดีพิพาทที่ขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

¹⁵³ Bryan A. Garner, *Black Law's Dictionary*, seventh edition, (United State: West group, 1999), p.1296

¹⁵⁴ Ibid., p.1296.

¹⁵⁵ Ibid., p.1297.

¹⁵⁶ John Bell, "French legal Culture," (London: Butterworth, 2001), p.156.

¹⁵⁷ Ibid., p.157.

¹⁵⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "วิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส" วารสารกฎหมายปกครอง 7,3 (ธันวาคม, 2531): 714. อ้างใน ตระหง่าน เกียรติศิริโรจน์, "อายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2547), หน้า 35.

(recours pour excès de pouvoir) มีลักษณะมุ่งที่จะแก้ไขเยียวยาโดยให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมหรือคำสั่งหรือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁵⁹ ส่วนคดีที่ขอให้ศาลปกครองตีความหรือพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (Le contentieux de l'interprétation) เป็นกรณีและผู้ฟ้องคดีมุ่งที่จะให้ศาลตีความปัญหากฎหมายมหาชนในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองหรือเป็นการวินิจฉัยปัญหาเบื้องต้นในคดีที่ศาลยุติธรรมส่งประเด็นมาให้ศาลปกครองพิจารณา ศาลปกครองจะมีอำนาจเพียงชี้หรือแสดงความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ปรากฏออกมาเท่านั้น¹⁶⁰ และคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจลงโทษทางอาญา (Contentieux de la répression) คดีประเภทนี้ ศาลปกครองมีคำสั่งลงโทษเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของคดีปกครอง เพราะโดยหลักแล้วการลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญาเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม¹⁶¹

2.2 ลักษณะและวิธีการเยียวยาความเสียหาย

ลักษณะการเยียวยาความเสียหาย ต้องเป็นการกระทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่มีการกระทำละเมิด ซึ่งมีหลักทั่วไปว่าการเยียวยาความเสียหายต้องเยียวยาตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง การเยียวยาจะต้องไม่ซ้ำกันในความเสียหายประเภทและลักษณะเดียวกัน ทั้งจะต้องไม่มีลักษณะเป็นการแสวงหาประโยชน์หรือกำไรจากความเสียหายนั้น การเยียวยาต้องเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น กล่าวคือ ต้องคำนึงว่าก่อนที่จะถูกกระทำละเมิดผู้เสียหายเคยมีหรือเคยได้รับประโยชน์ใด เมื่อมีการละเมิด ผู้เสียหายต้องสูญเสียสิ่งใดไปแล้วต้องกระทำการเยียวยาในส่วนนั้นตามภาษีกฎหมายโรมันที่ว่า *Damnum emergence* กรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายต่อทรัพย์สิน นอกจากเยียวยาความเสียหายที่แท้จริงแล้ว ยังต้องคำนึงผลประโยชน์และกำไรที่ควรจะได้ซึ่งผู้เสียหายได้ขาดไปด้วยตามภาษี

¹⁵⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "วิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส" วารสารกฎหมายปกครอง 7,3 (ธันวาคม, 2531): 718

¹⁶⁰ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, "ประเภทคดีปกครองและผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภท" สำนักงานศาลปกครอง, 3 กรกฎาคม 2543, หน้า 5 (อัดสำเนา)

¹⁶¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 178.

ที่ว่า *Lucrum cessances*¹⁶² อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ การเยียวยาจะต้องคำนึงถึงความถูกต้อง ชอบธรรมและมีความสมเหตุสมผลตามภาษิตลาตินว่า *Ex aequo et bono* ด้วย หลักดังกล่าวได้มีนักวิชาการให้ความหมายไว้หลายท่าน เช่น Bryan A.Garner¹⁶³ Marie-Louise Larsson¹⁶⁴ อาจารย์พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร¹⁶⁵

¹⁶² จิตติ ดิงศภัทย์, **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452 ว่าด้วยมูลหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 4** (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2532),หน้า 292

¹⁶³ Bryan A.Garner, **Black Law's Dictionary**, seventh edition, (United State: West group,1999), p.1296

" *Damnum emergens* (n) An actual realized (such as decline in the value of property) as opposed to an expected future loss (such as loss profit)"

"*Lucrum cessans* (n) Interest or damages awarded for an expected future loss (such as anticipated loss profit) as opposed to an actual realizable loss)"

"*Ex aequo et bono* Accordind to what is equitable and good.

¹⁶⁴ Marie-Louise Larsson,**The Law of Environmental Damage Liability and Reparation**,(Stockholm: Norstedts Trykeri,1999),p.543 " Two school are represented in the form of compensation for *damnum emergens* (reduction of assets) or compensation for *lucrum cessans* (loss of increase of assets) If non-pecuniary damage(shock,disturbance,uneasiness and so forth)(*Ex aequo et bono*) in combination with symbolic damages.

¹⁶⁵ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, **รวมศัพท์และภาษาลาติน-ไทย**. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2544) ,หน้า 197,299,538 อธิบายว่า

"*Damnum emergens* ความเสียหายเกิดขึ้นแล้วเทียบกับที่จะเกิดในอนาคต หรือตัวทรัพย์สินที่ขาดหายไปหรือราคาตกไป"

"*Ex aequo et bono* (c) ตามความยุติธรรมและตามความเป็นธรรม คือตามสิ่งที่ยุติธรรมและดี นั่นก็คือตามความเป็นธรรมและมนธรรม"

"*Lucrum cessans* กำไรที่ขาดไป คือ ความเสียหายที่เกิดจากการไม่ได้กำไรที่ควรได้จาก *damnum datum* ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง"

นอกจากนี้ลักษณะการแก้ไขเยียวยาต้องเป็นไปตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยเฉพาะหลักการไม่พิพากษาเกินคำขอ และในส่วนของผู้เสียหายต้องแสดงพยานหลักฐานให้ศาลเชื่อว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นและควรได้รับการเยียวยาเป็นจำนวนเท่าใด กรณีที่ศาลเยียวยาความเสียหายโดยการสั่งให้ใช้ค่าเสียหายตามคำขอของผู้เสียหาย ศาลจะต้องทำการประเมินความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยพิจารณาจากพยานหลักฐานที่ผู้ฟ้องคดีได้กล่าวอ้างว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจริงหรือไม่ หากมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง ความเสียหายนั้นเป็นจำนวนเท่าใด ผู้ใดเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น หน่วยงานของรัฐฝ่ายเดียวหรือผู้เสียหายมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายอยู่ด้วย หากเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐก่อให้เกิดความเสียหาย เจ้าหน้าที่ผู้กระทำการแทนรัฐได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ หากเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่จะกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายอย่างไร เป็นจำนวนเท่าใด

ส่วนวิธีการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนความเสียหายในกฎหมายมหาชน เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดแก่ปัจเจกชน เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐก็ต้องเยียวยาโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีที่ผู้เสียหายอาจจะร้องขอภายในฝ่ายปกครองโดยอาศัยลำดับชั้นบังคับบัญชาให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนซึ่งการเยียวยาดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองซึ่งสามารถที่จะเยียวยาได้กว้างขวาง ไม่ว่าจะเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิด การยกเลิกเพิกถอนการกระทำทางปกครอง เป็นต้น หรืออาจนำคดีฟ้องศาลซึ่งเป็นการเยียวยาโดยอาศัยอำนาจตุลาการ ลักษณะการแก้ไขเยียวยาจะขึ้นอยู่กับลักษณะของคำขอของผู้ฟ้องคดีเป็นหลัก และมักจะเป็นการเยียวยาอย่างใดอย่างหนึ่งในสี่ลักษณะดังต่อไปนี้ การเยียวยาโดยการชดใช้ค่าเสียหาย การเยียวยาโดยทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม การเยียวยาโดยการบังคับ และการเยียวยาโดยการประกาศ การเยียวยาโดยการชดใช้ค่าเสียหาย คือ การเยียวยาโดยการชดใช้เงินซึ่งมีความมุ่งหมายที่จะให้ผู้ฟ้องคดีหรือโจทก์ได้รับในสิ่งที่ต้องสูญเสียไป การเยียวยาในลักษณะนี้ยังมีวัตถุประสงค์อื่นๆ ส่วนใหญ่ที่มักกล่าวถึงก็คือการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน การเยียวยาโดยการบังคับ คือ การเยียวยาโดยศาลใช้อำนาจในการสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีหรือจำเลยกระทำการต่อไปหรือหลีกเลี่ยงการกระทำการซึ่งก่อให้เกิดความเสียหาย การเยียวยาโดยการประกาศมีหลายรูปแบบโดยการขอให้ศาลรับรองหรือยืนยันในสิทธิตามกฎหมาย¹⁶⁶

¹⁶⁶ Dan B. Dobbs. Handbook on the Law of Remedies, p.1-2.

2.2.1 ลักษณะทั่วไปของความเสียหายที่จะได้รับการเยียวยาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

เบื้องต้น ความหมายของค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 ใช้คำว่า “réparer” ซึ่งหมายถึงซ่อมแซม ชดใช้ ปฏิสังขรณ์ ทำให้ดีขึ้น¹⁶⁷ ลักษณะทั่วไปที่ผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต้องมีลักษณะเป็นความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ ความเสียหายมีลักษณะที่แน่นอน และความเสียหายนั้นต้องเกิดแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ และต้องเป็นความเสียหายที่อาจคำนวณเป็นเงินได้

ประการแรก ต้องเป็นความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ ความเสียหายที่ได้รับต้องเป็นผลจากการจัดทำบริการสาธารณะหรือบริการสาธารณะเป็นต้นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งบริการสาธารณะมีความหมายเช่นใด นักวิชาการได้ให้ความหมายในมุมมองของแต่ละคน¹⁶⁸ อย่างไรก็ตาม พอที่จะสรุปได้ว่า บริการสาธารณะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการคือ ต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชนซึ่งหมายถึง กรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจการด้วยตนเอง นอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีที่รัฐมอบหมายกิจกรรมของรัฐให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย¹⁶⁹ นิติบุคคลมหาชนอาจจะเป็นกระทรวง ทบวง กรม องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนที่ใช้อำนาจมหาชนด้วย ความเสียหายที่เกิดจากเหตุสุดวิสัยฝ่ายปกครองไม่ต้องรับผิด นอกจากนี้ กรณีผู้เสียหายมีส่วนผิดก็อาจทำให้ฝ่ายปกครองพ้นจากความรับผิดได้บางส่วนหรือโดยสิ้นเชิง สำหรับความรับผิดในกรณีที่ปราศจากความผิด นอกจากจะมี

¹⁶⁷ ประสิทธิ์ จงวิจิต, “การพิสูจน์ในคดีละเมิดโดยประมาทเล็กน้อย.”

(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 58 – 59.

¹⁶⁸ ศาสตราจารย์ René Chapus กล่าวว่า กิจกรรมใดจะเป็นกิจกรรมบริการสาธารณะได้ก็ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการหรือดูแลกิจกรรมนั้น เพื่อประโยชน์สาธารณะ

ศาสตราจารย์ Geston Jèze กล่าวว่า การจะพิจารณาว่ากิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะให้ดูที่จุดมุ่งหมายของการก่อตั้งองค์กรหรือกิจกรรมนั้น

ศาสตราจารย์ Léon Duguit กล่าวว่า บริการสาธารณะหมายถึงกิจการทุกประการที่ถูกควบคุมหรือจัดการโดยองค์กรฝ่ายปกครองเพื่อทำให้บรรลุผลสำเร็จ ทั้งนี้เพราะกิจการเหล่านี้โดยสภาพแล้วไม่อาจทำสำเร็จได้ หากปราศจากการแทรกแซงของอำนาจบังคับทางปกครอง

¹⁶⁹ นันทวัฒน์ บรรมานันท์, **หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ**, อ่างแล้ว, หน้า 29.

ความเสียหายที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะแล้ว ความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่มีลักษณะพิเศษและร้ายแรงอีกด้วย¹⁷⁰ เนื่องจากศาลปกครองเห็นว่าเป็นการลบล้างหลักฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่การกระทำนั้นเป็นความผิด ซึ่งจะทำให้หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดกลายเป็นหลักทั่วไปของความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง¹⁷¹

ประการที่สอง ความเสียหายมีลักษณะที่แน่นอน ลักษณะความเสียหายต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอนและเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง รวมถึงความเสียหายในอนาคตที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งไม่ใช่เกิดจากการคาดคะเนของผู้เสียหายด้วย¹⁷² ลักษณะความเสียหายที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบ ผู้เสียหายต้องแสดงให้เห็นปรากฏว่าได้รับความเสียหายจริง¹⁷³ และต้องเป็นความเสียหายที่ได้เกิดหรือปรากฏขึ้นแล้ว แต่ในบางกรณีความเสียหายในอนาคตอาจได้รับค่าสินไหมทดแทนได้ หากแสดงให้เห็นถึงโอกาสอย่างมากที่จะเกิดขึ้นและไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้ เช่น ค่าเสียหายที่เกิดจากการรักษาพยาบาล หรือการเจ็บป่วยที่จะเพิ่มขึ้นอันเนื่องจากการบาดเจ็บ เป็นต้น¹⁷⁴ ค่าเสียหายที่ไม่แน่นอนหรือเป็นการคาดคะเนไม่อาจได้รับการเยียวยา

ประการที่สาม ต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นเฉพาะกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเท่านั้น มิใช่เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ประชาชนโดยทั่วไปที่ทุกคนต้องยอมรับในความเสียหายดังกล่าว ซึ่งถือว่าเป็นความเสียหายตามหลักความเสมอภาคของพลเมืองต่อภาระสาธารณะ ความเสียหายในลักษณะพิเศษเป็นกรณีกับความถี่ของความเสียหาย อย่างไรก็ตาม ความเสียหายก็ยังไม่สูญเสียลักษณะพิเศษไป นอกจากนี้ ความเสียหายจะต้องผิดปกติ คือ เกินกว่าระดับของความไม่สะดวกซึ่งเกินปกติของการดำเนินการของหน่วยงานนั้น และการได้รับความเสียหายต้องเป็นสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองจึงจะมีสิทธิได้รับการชดเชยค่าเสียหาย ศาลปกครองเคยนำความเสียหายในลักษณะพิเศษมาใช้ในกรณีผู้ที่ใช้ชีวิตร่วมกันโดยมิได้สมรสถูกต้องตามกฎหมายโดยฝ่ายหนึ่งผู้ได้รับอุบัติเหตุจนถึงแก่ความตาย¹⁷⁵

¹⁷⁰ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1967 คดี Compagnie aérienne de publicité

¹⁷¹ Jean Rivero, Jean Waline, Droit administratif, อ้างใน วรณาริ สิงโต, คำสั่งของฝ่ายปกครองที่เรียกให้เจ้าหน้าที่ชดเชยเงิน: ศึกษากรณีมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539, หน้า 70.

¹⁷² Xavier Henry et autre, Code Civil 100 Édition (Paris: Dalloz), p.1069.

¹⁷³ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 1949 คดี Aubery

¹⁷⁴ Xavier Henry et autre, Code Civil, cite, p.1069.

¹⁷⁵ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 11 พฤษภาคม 1928 คดี Rucheton

ประการที่สี่ ต้องเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ หลักทั่วไปของการเยียวยาความเสียหาย ต้องกระทำให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือใกล้เคียงกับฐานะเดิมให้มากที่สุด ซึ่งต้องให้ครอบคลุมความเสียหายที่เกิดขึ้นทุกประเภทที่อันเป็นผลจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันอาจคำนวณเป็นเงินได้เป็นความเสียหายที่ทำลายสิทธิอันอยู่ในกองทรัพย์สิน (droits patrimoniaux) ซึ่งสิทธินี้สามารถที่จะหมุนมาเป็นตัวเงินหรืออาจคำนวณเป็นตัวเงินได้แน่นอน สามารถโอนขายให้แก่กันได้ และเป็นความเสียหายเกี่ยวกับวัตถุที่มีรูปร่างเป็นตัวเป็นตน รวมถึงสิทธิอันประกอบด้วยทรัพย์สินของบุคคลหรือโดยทั่วไป¹⁷⁶ ซึ่งเรียกความเสียหายประเภทนี้ว่า "préjudice matériel"¹⁷⁷ ซึ่งได้แก่ความเสียหายที่อาจคำนวณเป็นเงินได้โดยตัวของมันเองสามารถคิดคำนวณค่าเสียหายนั้นออกมาเป็นจำนวนเงินได้ และผลที่คิดคำนวณออกมาจากความเสียหายนั้น ได้แก่ ค่าเสียหายอันอาจคำนวณเป็นเงินได้ ค่าที่ต้องขาดทุนหรือขาดกำไร หรือค่าเสียหายที่ต้องเสียทรัพย์สินไป ค่าหม้อค่ายาเป็นความเสียหายที่อยู่ในกองทรัพย์สิน

ส่วนการเรียกร้องค่าเสียหายประเภทนี้ต้องคำนึงถึงมูลค่าราคาตลาด (Market value) ของทรัพย์สินก่อนที่จะมีการกระทำละเมิด การเสื่อมการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน เช่น กรณีรถยนต์ถูกทำให้เสียหายหรือถูกทำลายค่าเสียหายได้แก่มูลค่าตามราคาตลาดลบออกด้วยมูลค่าบางอย่างเพียงเล็กน้อย (Scrap value) ราคาซ่อมแซมทรัพย์สินให้อยู่ในสภาพเดิม แต่ต้องมิใช่การทำให้ทรัพย์สินมีมูลค่าตามราคาตลาดเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ยังต้องคำนึงถึงช่วงระยะเวลาของการใช้ทรัพย์สินดังกล่าว¹⁷⁸

ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ เป็นความเสียหายที่ทำลายสิทธิที่อยู่นอกกองทรัพย์สิน (droits ex-patrimoniaux) ไม่อาจหมุนเป็นตัวเงินได้ เพราะเป็นสิทธิเฉพาะตัวบุคคล ไม่อาจโอนหรือขายกันได้ เช่น สิทธิในสภาพบริบูรณ์แห่งร่างกายมนุษย์ (droits à la personnalité) สิทธิในครอบครัว (droits de famille) ความเสียหายประเภทนี้กฎหมายฝรั่งเศส

¹⁷⁶ ไพจิตร ปุณณพันธ์, คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ภาค 1 ความทั่วไปและภาค 2 ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544), หน้า 38.

¹⁷⁷ จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแห่งลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518), หน้า 62 – 63.

¹⁷⁸ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 4 มีนาคม 1970 คดี Dulac

เรียกว่า¹⁷⁹ "prejudice morale" เดิมศาลปกครองไม่ยอมให้ค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าว ในขณะที่ศาลยุติธรรมยอมรับให้ค่าเสียหายทางจิตใจมานานแล้ว จนกระทั่งปี ค.ศ.1961 เพิ่งยอมรับให้ได้รับค่าเสียหายทางจิตใจ¹⁸⁰ นอกจากนี้ ศาลปกครองยังจำกัดเงื่อนไขการชดใช้ค่าเสียหายเฉพาะกรณีความเสียหายทางวัตถุ ได้แก่ ความเสียหายเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือร่างกายของบุคคล แต่ไม่รวมความเสียหายที่จับต้องไม่ได้ เช่น ชื่อเสียงหรือความเสียหายทางจิตใจ เนื่องจากความเสียหายดังกล่าวไม่อาจตีราคาเป็นตัวเงินได้ และไม่อาจที่จะชดเชยได้ แนวคิดดังกล่าวเปลี่ยนไปในทางที่ยอมรับให้มีการชดใช้ค่าเสียหายในสิ่งที่มีไว้วัตถุ โดยเห็นว่าความเสียหายทางจิตใจบางอย่างส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินของบุคคลนั้นด้วย¹⁸¹ เช่น ชื่อเสียงในทางแสดงของนักแสดง¹⁸² ชื่อเสียงของปฏิมากร¹⁸³ รวมถึงความเสียหายที่เกิดจากบาดแผลที่เกิดขึ้นบนใบหน้าทำให้หมดความสวยงามอันเป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพ¹⁸⁴ ทำให้เงื่อนไขดังกล่าวขยายไปถึงกรณีความเสียหายที่ไม่มีผลกระทบเป็นตัวเงิน เช่น ความทุกข์ทรมานร่างกายเป็นพิเศษ¹⁸⁵ ความกระทบกระเทือนถึงศักดิ์ศรีของบุคคลและกระทบกระเทือนสิทธิในการปฏิบัติตามพิธีกรรมทางศาสนาหรือสิทธิของนักบวช รวมทั้งความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน¹⁸⁶ (pain and suffering) การเพิ่มมูลค่าให้แก่ผู้เสียหาย¹⁸⁷ การทำให้ชื่อเสียงกลับคืนมาดีดังเดิม¹⁸⁸ (slight to one's reputation) ซึ่งศาลปกครองมักเยียวยาด้วยการให้ชดใช้เงิน เหล่านี้ล้วนแต่เป็นความเสียหายทางศีลธรรมทั้งสิ้น แม้ว่าความเสียหายดังกล่าวที่ไม่อาจจับต้องได้ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กร

¹⁷⁹ จิต เศรษฐบุตร, **หลักกฎหมายแห่งลักษณะละเมิด**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 80–81.

¹⁸⁰ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 1961 คดี Letisserand

¹⁸¹ Jean Rivero, Jean Waline, *Droit Administratif*, 15 ed (Paris : Dalloz, 1994), p.235 อ้างใน .วรรณวิ สิงโต, **คำสั่งของฝ่ายปกครองที่เรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้เงิน: ศึกษากรณีมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539**, หน้า 58.

¹⁸² คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 1931 คดี Frantz et D^{ie} Charuy

¹⁸³ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 3 เมษายน 1936 คดี Sudre

¹⁸⁴ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 15 กรกฎาคม 1949 คดี Dame Durand

¹⁸⁵ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 24 เมษายน 1942 คดี Morell

¹⁸⁶ Dancan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, p.211.

¹⁸⁷ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 9 ธันวาคม 1970 คดี Losser

¹⁸⁸ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 22 สิงหาคม 1975 คดี Panis

วินิจฉัยได้แปลความอย่างกว้างขวาง ยอมให้ฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน โดยเฉพาะในกรณีกระทำต่อสิทธิในส่วนบุคคลของผู้เสียหาย เกียรติยศ ชื่อเสียงในวิชาชีพ ฐานะทางแพ่ง และสิทธิในครอบครัว อำนาจปกครอง เป็นต้น¹⁸⁹ นอกจากนี้ Chapus ให้ข้อสังเกตว่า เป็นค่าเสียหายทดแทนความยุ่งยากในการที่จะมีชีวิตอยู่อย่างปกติของผู้เสียหาย ซึ่งรวมถึงกิจการงาน การดำรงชีวิตหรือโครงการส่วนบุคคลด้วย¹⁹⁰ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ค่าเสียหายทางศีลธรรมของประเทศฝรั่งเศสสามารถที่จะเรียกได้อย่างกว้างขวางมาก¹⁹¹

หากพิจารณาจุดแรกเริ่มของการเรียกค่าเสียหายทางศีลธรรมนั้น เดิมศาลปกครองยอมรับค่าเสียหายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับความเจ็บปวดทางกายภาพ (physical suffering) จนกระทั่งปี ค.ศ.1958 ได้มีการเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับทางกายภาพในลักษณะที่ผิดปกติทั่วไป¹⁹² ซึ่งศาลได้กำหนดค่าเสียหายให้ค่อนข้างน้อย (Moderate) จุดนี้นับว่าเป็นจุดเปลี่ยนการเรียกค่าเสียหายทางศีลธรรมที่ชัดเจน¹⁹³ ค่าเสียหายในส่วนนี้จะได้รับการพิจารณารวมเข้ากับความเสียหายที่เรียกว่า “ความยุ่งยากในเงื่อนไขแห่งการดำรงชีวิต” (Trouble dans les conditions d'existence)¹⁹⁴ เป็นระยะเวลาที่ยาวนานมากที่ศาลปกครองไม่ยอมรับค่าเสียหายประเภทนี้ ศาลปกครองรับรู้เรื่องค่าเสียหายที่เกิดจากความรักใคร่เสน่หาค่อนข้างเข้ามาตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาศาลปกครองปฏิเสธ ไม่รับฟ้องคดีประเภทนี้ที่รู้จักกันภาษาฝรั่งเศสว่า “ความเจ็บปวดทุกข์ทรมานทางศีลธรรมหรือค่าเสียหายทางรักใคร่เสน่หา” (douleur morale or préjudice d'affection) โดยอ้างว่าไม่มีตัววัดความเสียหายที่แน่นอน

¹⁸⁹ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ภาค 1 ความทั่วไปและภาค 2 ลักษณะละเมิด, อ่างแล้ว, หน้า 38.

¹⁹⁰ R.Chapus, Responsabilité Pubique et Responsabilité Privée; les Influence Réciproque des Jurisprudence Administrative et Judiciaire (Paris,1954), p. 414 cited in Dancan Fairgrieve, State Liability in Tort.,p.211

¹⁹¹ Dancan Fairgrieve, State Liability in Tort.,p.211

¹⁹² คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 6 มิถุนายน 1958 คดี Commune de Grigny

¹⁹³ Dancan Fairgrieve, State Liability in Tort.,p.211

¹⁹⁴ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 24 เมษายน 1942 คดี Morell, คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 15 มิถุนายน 1949 คดี Dame Durand

ส่วนประเด็นการกำหนดค่าเสียหายนั้น ศาลปกครองยอมให้ค่าเสียหายในทางศีลธรรม ในหลายลักษณะเช่น ค่าโศกเศร้าเสียใจของผู้เสียหาย¹⁹⁵ (emotional distress deriving from a claimant's injury) หรือญาติพี่น้องคนใกล้ชิด¹⁹⁶ (an injury suffered by a near-of-kin) ส่วนจำนวนค่าเสียหายที่ศาลปกครองกำหนดให้ในลักษณะที่เป็นค่าเสียหายพอประมาณตามที่ได้กล่าวมาแล้ว และค่าเสียหายประเภทนี้มิได้คำนวณจากจำนวนความเสียหายจริงๆ หากแต่กำหนดขึ้นมาโดยองค์กรวินิจฉัยที่มีอำนาจ ซึ่งคิดว่ามีความเหมาะสม เป็นธรรม เช่น กรณีเรียกค่าเสียหายที่เสียชื่อเสียงศาลกำหนดให้เพียง 10,000 ฟรังก์ (ประมาณ 1,500 ยูโร)

ส่วนความเสียหายสำหรับการทุกข์ทรมานจิตใจที่เกิดจากการสูญเสียบุพการี ศาลปกครองปฏิเสธที่จะขยายขอบเขตความรับผิดชอบถึงค่าใช้จ่ายทุกชนิด แต่จะยอมให้มีการชดเชยค่าเสียหายเพียงค่าใช้จ่ายที่เกิดจากความตาย เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่าจัดงานศพ และค่าสูญเสียรายได้เฉพาะในกรณีที่ผู้ตายเป็นแหล่งที่พึ่งทางการเงินของสมาชิกในครอบครัวเท่านั้น โดยศาลปกครองยืนยันว่า "น้ำตาไม่อาจตีราคาได้"¹⁹⁷ การชดเชยด้วยเงินจำนวนหนึ่งไม่สามารถชดเชยความโศกเศร้าของผู้สูญเสียได้ แนวคิดนี้ตรงกันข้ามกับแนวคิดของศาลยุติธรรม และได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากจากนักวิชาการ เนื่องจากภายใต้หลักการที่สวยามกลับมาทำให้ชีวิตมนุษย์ด้อยค่าลง กล่าวคือ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองทำให้บุคคลได้รับบาดเจ็บต้องชดเชยค่าเสียหายสำหรับความพิการ หากฝ่ายปกครองทำให้บุคคลเสียชีวิตกลับไม่ต้องชดเชย ใดๆก็ตาม ในทางปฏิบัติศาลยุติธรรมแสดงให้เห็นว่า ความเสียหายทางจิตใจสามารถคำนวณเป็นเงินได้ สังคมส่วนใหญ่จึงไม่ค่อยยอมรับแนวคิดของศาลปกครอง ต่อมา ศาลปกครองได้เริ่มยอมรับให้มีการชดเชยค่าเสียหายแก่บุพการีของผู้ตาย สำหรับความเสียหายที่นอกเหนือไปจากความเสียหายที่เป็นทรัพย์สินอันเป็นผลโดยตรงจากความตาย แต่ศาลยังคงไม่ยอมรับให้มีการชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจอย่างเด็ดขาด โดยอ้างว่า ความทุกข์ทรมานทางจิตใจไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ และไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่อาจจะเยียวยาชดเชยได้ โดยถือว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายสำหรับความยากลำบากต่าง ๆ ในการดำรงชีวิต¹⁹⁸ ในที่สุด ศาลปกครองก็ได้มีคำวินิจฉัยยอมรับว่า ความเสียหายทางจิตใจของบิดาซึ่งเกิดจากความตายของบุตรชาย ก่อนวัยอันควรเป็น

¹⁹⁵ คำวินิจฉัย C.AA Lyon ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 1997 คดี Centre Hospitalier de Thonon-Les-Bains

¹⁹⁶ คำวินิจฉัย C.AA Paris ลงวันที่ 24 มีนาคม 1998 คดี X

¹⁹⁷ Jean Rivero, Jean Waline, Droit Administratif, p.235.

¹⁹⁸ Ibid., p.235.

ค่าเสียหายที่อาจเยียวยาขาดใช้ให้ได้¹⁹⁹ และนับแต่นั้นมาค่าความโศกเศร้าถือเป็นความเสียหายที่อาจเยียวยาขาดใช้ได้ในทางคดีปกครองและคดีแพ่ง ควบคู่กันไปกับความเสียหายที่ยากลำบากในการดำรงชีวิต

ประการที่ห้า ความเสียหายต้องเป็นผลมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายเฉพาะกรณีที่ความเสียหายมีความสัมพันธ์กับการกระทำ (imputabilité) หากพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1382 ซึ่งกำหนดว่าการกระทำใดของบุคคล ซึ่งทำให้บุคคลอื่นเสียหายโดยการกระทำผิดของตน ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน²⁰⁰ (Any act whatever of man which cause damage to another obliges him by whose fault it occurs to make reparation) ประกอบกับมาตรา 1383 ซึ่งกำหนดว่า บุคคลต้องรับผิดชอบในความเสียหายซึ่งเขาได้กระทำขึ้น ไม่เพียงแต่โดยการกระทำของตนเองเท่านั้น แต่ต้องรับผิดชอบถึงกรณีที่ละเลยหรือประมาทเลินเล่อของเขาด้วย²⁰¹ (Each one is liable for the damage which cause not only by his own act but also by his negligence or imprudence)²⁰² เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นพื้นฐานทั่วไปของความรับผิด การกระทำใด ๆ ของบุคคลอันเป็นเหตุทำความเสียหายแก่ผู้อื่น ย่อมบังคับบุคคลผู้กระทำความเสียหายโดยความผิดของเขานั้น ให้ทดแทนความเสียหาย²⁰³

ลักษณะความเสียหายที่จะได้รับการชดเชยต้องเกิดความเสียหายขึ้น มีความผิดและมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ประการแรก ต้องมีความเสียหาย ที่เกิดขึ้นจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำ ก่อให้เกิดความเสียหาย การละเว้นการกระทำที่รัฐต้องรับผิดชอบมีลักษณะต่างๆ ดังนี้ การละเว้นการ

¹⁹⁹ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 1961 คดี Letisserand

²⁰⁰ John H Crabb, *The French civil code as amended to July 1, 1976* (United State: Fred B. Rothman & Co, 1977), p.253.

²⁰¹ วงษ์ วีระพงศ์, *เอกสารประกอบการสอนแพ่งฝรั่งเศส ชุดที่ 2 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 2520, หน้า 41. (อัดสำเนา).

²⁰² John H Crabb, *The French civil code as amended to July 1, 1976* (United State: Fred B. Rothman & Co., 1977), p.253.

²⁰³ Art. 1382 Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer อ้างใน **จิต เศรษฐบุต, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ เดือนตุลา จำกัด, 2545), หน้า 69.**

กระทำเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอันบังคับให้บุคคลจำต้องกระทำ²⁰⁴ เช่น ผู้ที่ละเว้นการกระทำด้วยความสมัครใจในการป้องกันการกระทำความผิดอันเป็นการประทุษร้ายต่อร่างกาย หรือไม่ช่วยบุคคลที่ตกอยู่ในอันตราย โดยที่ไม่เป็นอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่น เป็นต้น การละเว้นการกระทำมิอยู่ในการกระทำอันเป็นการละเว้นที่จะทำการป้องกันไว้ก่อนโดยใช้ความระมัดระวังอย่างธรรมดา เมื่อคำนึงถึงสถานที่และพฤติการณ์แวดล้อม การละเว้นการกระทำก่อให้เกิดไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันทางวิชาชีพ อย่างไรก็ตาม ความเสียหายในที่นี้อาจจะเป็นความเสียหายที่อาจคำนวณเป็นเงินได้หรือไม่ก็ได้ อีกทั้งความเสียหายที่จะได้รับการทดแทน จะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดจากการฝ่าฝืนประโยชน์ตามกฎหมาย เพียงแต่เป็นการทำให้ประโยชน์ใดๆ ได้รับความเสียหายไม่เป็นการเพียงพอ แต่ต้องเป็นประโยชน์ที่สมควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายด้วย นอกจากนี้ ความเสียหายนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน (certain) และเป็นความเสียหายโดยตรง (direct) ในบางกรณีศาลอาจเพิ่มเติมหลักเกณฑ์โดยต้องเป็นความเสียหายโดยแท้จริงด้วย (actuel)²⁰⁵

ประการที่สอง ต้องมีความผิด มาตรา 1382 กำหนดว่าความผิด หมายถึงความถึงความผิดที่ตั้งใจกระทำและความผิดที่ไม่ได้ตั้งใจกระทำ อันมีลักษณะเป็นการกระทำต่อสิทธิของบุคคลอื่นโดยไม่มีสิทธิกระทำ รวมถึงการกระทำความผิดที่เป็นการละเมิดบทกฎหมายด้วย²⁰⁶ มาตรานี้ถูกกำหนดขึ้นภายใต้ทฤษฎีความรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำผิด

ประการที่สาม ต้องมีความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลของความผิดและความเสียหายอันเป็นไปตามทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไข (Théorie de l'équivalence des conditions) หรือทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม (Théorie de la causalité adéquate) ซึ่งองค์การวิจัยคดีของประเทศฝรั่งเศสจะไม่ยอมผูกพันที่จะวินิจฉัยโดยอาศัยทฤษฎีใด แต่ยอมรับว่ามีหลายเหตุที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายอันหนึ่งอันใดขึ้น และวินิจฉัยความรับผิดชอบตามความหนักเบาแห่งความผิด ซึ่งมีแนวความโน้มเอียงไปในทางทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไข

²⁰⁴ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ภาค 1 ความทั่วไปและภาค 2 ลักษณะละเมิด, อ่างแล้ว, หน้า 25.

²⁰⁵ Duncan Fairgrieve, *State Liability in Tort.*,p.5.

²⁰⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 29.

ที่เรียกว่าผลโดยตรงเช่นเดียวกัน²⁰⁷ นอกจากนี้ ยังมีมาตรา 1383 ซึ่งกำหนดว่า บุคคลต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้น ไม่เพียงแต่การกระทำโดยจงใจของตนเท่านั้น แต่ยังรับผิดชอบในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือปราศจากความระมัดระวังอีกด้วย²⁰⁸ นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติมาตราอื่นตั้งแต่มาตรา 1384 ถึงมาตรา 1386 ศาลอาจตีความโดยขยายข้อความได้ ไม่เหมือนอย่างกฎหมายอาญา ซึ่งความรับผิดทางละเมิดมีทั้งในกรณีการกระทำละเมิดที่เกิดจากการจงใจและความผิดที่ไม่จงใจ ไม่ว่าจะเป็กรณีใดก็ตามผู้ทำละเมิดต้องชดใช้สินไหมทดแทนค่าเสียหายทั้งสิ้น²⁰⁹ เนื่องจากการกระทำละเมิด ไม่มีการตกลงต่อกัน จึงไม่อาจคาดคะเนได้อย่างเช่นการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามสัญญาซึ่งสามารถคาดคะเนได้ หากเกิดความเสียหายอื่นๆ อันคู่สัญญาไม่อาจคาดคะเนได้ตามมาตรา 1150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง²¹⁰ ก็ไม่จำเป็นต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

อย่างไรก็ตาม ศาลมีอิสระเต็มที่ในการที่จะชี้ขาดว่ามีความเสียหายเพียงใดและในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่จะใช้ให้แก่ผู้เสียหาย ศาลมีดุลพินิจการวินิจฉัยข้อเท็จจริงเมื่อศาลเห็นว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น ต้องมีการเยียวยาความเสียหาย แม้ว่าผู้เสียหายจะมีได้เป็นผู้ที่ตกอยู่ในฐานะขาดแคลนก็ตาม อันเนื่องมาจากมาตรา 1382 มิได้บังคับว่าหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะอาศัยความขาดแคลนยากไร้ของผู้เสียหายเป็นเกณฑ์หรือแม้ว่าจะมีฐานะที่มั่งคั่งก็ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึง²¹¹

²⁰⁷ A Colin et H.Capitant, Traité de Droit Civil, (par L.Julliot de la Morandière) t.2, 1959 อ้างใน ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ภาค 1 ความทั่วไปและภาค 2 ลักษณะละเมิด, อ้างแล้ว, หน้า 39.

²⁰⁸ Art.1383 Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. อ้างใน ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ภาค 1 ความทั่วไปและภาค 2 ลักษณะละเมิด, อ้างแล้ว, หน้า 23.

²⁰⁹ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด, อ้างแล้ว, หน้า 43.

²¹⁰ Art. 1150 Le débiteur n' est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n' est point par son dol que l'obligation n' est point exécutée

²¹¹ คำวินิจฉัยศาลแพ่ง วันที่ 21 มิถุนายน 1972

ค่าสินไหมทดแทนต้องครบถ้วนหรือครอบคลุมความเสียหายทั้งหมด²¹² กล่าวคือ จะต้องชดใช้ความเสียหายทั้งหมดจะโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ได้ ทั้งที่คาดเห็นหรือไม่ได้ ก็ดี อันเป็นสิ่งที่แตกต่างจากที่สำคัญจากการผิดสัญญา²¹³ การเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเรือลำหนึ่งเข้ามาเกยตื้นอยู่ในท่าเรือแห่งหนึ่ง เพราะเหตุการณ์จัดการไม่ดีของท่าเรือ ค่าทดแทนไม่หมายความเพียงค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมเรือเท่านั้น แต่รวมถึงความเสียหายที่เกิดแก่สินค้าที่บรรทุกในเรือและค่าใช้จ่ายที่ต้องเพิ่มขึ้น เพราะการที่เรือมาจอดอยู่ (ค่าปรับในการล่าช้า) เนื่องจากชักช้า เพราะการขนถ่ายสินค้า²¹⁴ การทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการถูกสุนัขกัด ไม่หมายถึงแต่เพียงค่าหม้อและค่ายาที่จำเป็นเท่านั้น แต่รวมถึงค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลและค่าชดใช้ความเสียหายที่ได้รับเพราะเส้นประสาทพิการ เนื่องจากอุบัติเหตุด้วย²¹⁵

หลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งถูกนำมาปรับใช้ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในกฎหมายมหาชนด้วย ซึ่งโดยทั่วไปหากมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของฝ่ายปกครองและผลที่ก่อให้เกิดความเสียหาย หน่วยงานทางปกครองก็ต้องรับผิดชอบ แต่ในกรณีความเสียหายดังต่อไปนี้จึงไม่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

ก) ความเสียหายที่ไม่ได้เกิดจากผลโดยตรงของการกระทำหรือกิจกรรมของฝ่ายปกครอง (dommage indirect) ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบจากความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการกระทำหรือกิจกรรมของฝ่ายปกครองเท่านั้น ในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากการแทรกแซงของบุคคลภายนอกฝ่ายปกครองไม่ต้องรับผิดชอบ²¹⁶ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติศาลมักจะขยายหลักในเรื่องนี้ในลักษณะที่ค่อนข้างผ่อนปรน นอกจากนี้ จะต้องไม่ตีความหลักนี้อย่างเด็ดขาด กล่าวคือ แม้ว่าความเสียหายที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทั้งของบุคคลอื่นและฝ่ายปกครองรวมกัน ฝ่ายปกครองยังคงต้องรับผิดชอบในส่วนตนอยู่

ข) ความเสียหายที่เกิดจากความผิดของผู้เสียหายเอง ถ้าผู้เสียหายเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเอง หรือทำให้ความเสียหายร้ายแรงขึ้น ความรับผิดทั้งหมดหรือบางส่วนของฝ่าย

²¹² คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 15 ธันวาคม 2000 คดี Castanet:Mme Bernard

²¹³ Civ.7 Juillet 1914,S.1916.1.70

²¹⁴ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 8 มกราคม.1886 D.1887.5.392

²¹⁵ Nimes, 30 oct.1893,D.1895.2.5

²¹⁶ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 1945 คดี Roset

ปกครองเป็นอันระงับไป อย่างไรก็ตามก็ดี ศาลปกครองจะตีความเคร่งครัดอย่างมาก สำหรับหลักข้อนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นเด็ก²¹⁷

ค) ความเสียหายที่เกิดจากเหตุสุดวิสัย เหตุสุดวิสัย ได้แก่ เหตุการณ์ภายนอกที่เกิดขึ้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงหรือคาดการณ์ได้ว่าจะเกิดขึ้น ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายปกครองเป็นอย่างเดียวกับทางแพ่ง กล่าวคือ เป็นเหตุยกเว้นความรับผิด ซึ่งศาลปกครองยอมรับว่าเป็นข้อยกเว้นพิเศษ อย่างไรก็ตาม ในทางกฎหมายปกครอง “เหตุสุดวิสัย” (force majeure) แตกต่างจาก “เหตุบังเอิญ” (cas fortuity) เช่น กรณีอุบัติเหตุของเครื่องจักรกล ซึ่งไม่อาจทราบสาเหตุที่แน่ชัดได้ เพราะกรณีของเหตุบังเอิญจะไม่ถือเป็นข้อยกเว้นความรับผิด ความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำหรือกิจกรรมที่มีลักษณะเสี่ยงภัย

ง) ความเสียหายที่เกิดจากหน่วยงานของต่างประเทศ ปัญหานี้เกิดขึ้นในกรณีที่มีการตั้งฐานทัพของกองทัพต่างประเทศในดินแดนฝรั่งเศส ไม่ว่าจะเป็กองทัพของพันธมิตรหรือศัตรู รัฐบาลฝรั่งเศสจะรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเสียหายเฉพาะในกรณีที่มีข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าวเท่านั้น เห็นได้ว่า เมื่อมีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่รัฐต้องรับผิดชอบแล้ว ในประเทศฝรั่งเศสการกำหนดให้หน่วยงานซึ่งจะต้องรับผิดชอบ ในบางครั้งอาจเป็นการยากที่จะกำหนดว่าหน่วยงานใดจะต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ เนื่องจากหน่วยงานทางปกครองบางหน่วยงานอาจมีอำนาจกระทำการแทนหน่วยงานอื่นหลายหน่วยงาน ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นจะตกอยู่กับเฉพาะหน่วยงานที่หน่วยงานนั้นกระทำการในอำนาจหน้าที่แทนเท่านั้น เช่น นายกเทศมนตรีซึ่งมีหน้าที่กระทำการทั้งในฐานะตัวแทนของรัฐ และในฐานะผู้บริหารองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ปัญหาจะยุ่งยาก หากความเสียหายเกิดจากเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองหลายหน่วยงานมีส่วนเกี่ยวข้อง เช่น อุบัติเหตุจากการจุดดอกไม้ไฟที่จัดโดยเทศบาลแต่หน่วยงานทหารเป็นผู้ดำเนินการ หรือในกรณีที่หน่วยงานร่วมดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใด โดยที่หน่วยงานหนึ่งมีหน้าที่ดำเนินการ อีกหน่วยงานหนึ่งมีหน้าที่ในการบำรุงรักษาสถานที่ เมื่อมีอุบัติเหตุเกิดจากตัวอาคารที่มีสภาพไม่ดี หรืออาจเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งความรับผิดจะตกอยู่กับหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง กรณีที่มีปัญหาดังกล่าว ศาลจะพยายามกำหนดตัวผู้รับผิดชอบหรือกำหนดให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องร่วมรับผิดชอบ โดยอาศัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยศาลอาจกำหนดให้ผู้เสียหายได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งไปพลางก่อน หลังจากนั้นให้หน่วยงานไปไล่เบียดกันเองตามส่วนความรับผิด เช่น กรณีอุบัติเหตุใน

²¹⁷ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 30 มีนาคม 1979 คดี Moisan

การบังคับฉีดวัคซีนซึ่งหน่วยงานที่รับผิดชอบขึ้นอยู่กับรัฐ(ส่วนกลาง) และองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น²¹⁸

การที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยกรณีที่หน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะหลายหน่วยงาน และการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งรับผิดชอบไปพลางก่อนแล้ว ใช้สิทธิไล่เบียดกันเองนั้น เป็นแนวทางที่ถูกต้อง กล่าวคือ การวินิจฉัยเช่นนี้เป็นกรณียัดที่ผู้เสียหายเป็นหลัก ไม่ว่าจะหน่วยงานใดกระทำ หากได้ความว่าก่อให้เกิดความเสียหายหน่วยงานนั้นก็ต้องรับผิดชอบเป็นการสร้างหลักประกันให้แก่ผู้เสียหาย นอกจากนี้ยังเป็นการสอดคล้องกับหลักนิติรัฐด้วย อย่างไรก็ตาม ในประเทศฝรั่งเศสเมื่อรัฐเป็นนิติบุคคล ผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง หน่วยงานนั้นหรือรัฐก็ไม่อาจปฏิเสธความรับผิดได้ ในขณะที่ประเทศไทย หากมีการฟ้องคดีต่อศาลว่าหน่วยงานหนึ่งกระทำละเมิดทางปกครองและก่อให้เกิดความเสียหาย เมื่อได้ความว่าหน่วยงานดังกล่าวไม่ได้มีอำนาจหน้าที่ศาลก็ต้องพิพากษายกฟ้อง ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ผู้เสียหายอาจจะไม่มีความรู้ทางกฎหมายไม่ทราบว่าหน่วยงานเป็นผู้รับผิดชอบ เมื่อทราบก็อาจนำคดีมาฟ้องยังศาลอีกครั้งหนึ่งซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ควรจะเกิดขึ้น วิธีการที่ผู้เขียนเห็นว่าถูกต้องได้แก่ การที่ศาลอาจเรียกหน่วยงานที่มีหน้าที่เข้ามาเป็นผู้ถูกฟ้องคดีได้ แล้วพิพากษาไปตามเนื้อหาในประเด็นแห่งคดี

นอกจากนี้หากพิจารณาระบบการชดเชยค่าเสียหายในประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีการแบ่งแยกระหว่างการเยียวยาความเสียหายตามความเป็นจริง²¹⁹ (réparation en nature) ได้แก่ การทำให้สิ่งที่เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิม และการชดเชยค่าสินไหมทดแทน (l'indemisation) ได้แก่ การจ่ายเงินให้แก่ผู้เสียหายตามจำนวนความเสียหายที่ได้รับ การชดเชยค่าสินไหมทดแทนจะเป็นเพียงวิธีเดียวที่ใช้แก่กรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นกับร่างกาย และความเสียหายนั้นจะต้องสามารถคำนวณเป็นเงินได้ โดยผู้เสียหายจะต้องฟ้องเรียกค่าเสียหายภายในสี่ปีนับแต่วันที่ได้รับความเสียหาย อนึ่ง การชดเชยค่าเสียหายอาจเป็นเพียงการชดเชยโดยนัย (symbolique) เท่านั้น เช่น การวินิจฉัยให้รัฐชดเชยค่าเสียหายหนึ่งฟรังก์ สำหรับความเสียหายทางจิตใจล้วนๆ แต่ในระยะหลังศาลปกครองมีแนวโน้ม โดยกำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายตามความเป็นจริง

²¹⁸ คำวินิจฉัย C.E ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1962 คดี *Ministre de la santé publique*

²¹⁹ Jean Rivero and Jean Waline, *Droit Administratif*, 17ed (Paris: Dalloz, 1994)

2.2.2 ลักษณะทั่วไปของความเสียหายที่จะได้รับการเยียวยาในระบบกฎหมายไทย

ลักษณะความเสียหายที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทย ประกอบด้วยความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ ต้องเป็นความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือการละเมิดอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และความเสียหายต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามลำดับ ดังนี้

ประการแรก ต้องเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ การกระทำละเมิดไม่ว่าจะเป็นในระบบกฎหมายเอกชนหรือมหาชน จะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมาย Aquilia ซึ่งมีสุภาษิตว่า *Damnum injuria datum* คือ ความเสียหายต้องเกิดจากการละเมิดซึ่งกระทำโดยไม่มีสิทธิ โดยฝ่าฝืนกฎหมาย²²⁰ การกระทำใดที่เป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยตรง หากก่อให้เกิดความเสียหายหน่วยงานของรัฐก็ต้องรับผิดชอบ เช่น การปฏิบัติหน้าที่ของเทศบาลนครเชียงใหม่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะตามมาตรา 39 มาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 ประกอบกับมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2542 การปรับปรุงสภาพแวดล้อมริมฝั่งแม่น้ำปิงด้วยการถมที่ดินตอกเสาเข็ม สร้างเขื่อนและสร้างทางเพื่อให้ประชาชนใช้เป็นสถานที่เดินออกกำลังกายและพักผ่อน เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายในการจัดระบบบริการสาธารณะ²²¹ การทางพิเศษแห่งประเทศไทยมีอำนาจหน้าที่ในการสร้างหรือจัดให้มีด้วยวิธีการใด ๆ ตลอดจนบำรุงและรักษาทางพิเศษ โดยในการดำเนินการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยจะต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชนและผู้ใช้ทางด่วนด้วย เมื่อการก่อสร้างทางพิเศษก่อให้เกิดความเสียหาย ถือว่าเป็นความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่²²² การที่กรุงเทพมหานครกำหนดแนวถนนโดยผายปากสำหรับเลี้ยวรถเข้าไปในที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเมื่อเกิดความเสียหายเป็นความเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่²²³ กรณีที่กรุงเทพมหานครว่าจ้างบริษัทเอกชนให้ทำการก่อสร้างเขื่อนกันดินริมคลองเป็นเหตุให้ที่ดินของเอกชนที่อยู่ข้างเคียงทรุดตัว บ้านเรือนได้รับความเสียหาย เมื่อกรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการ

²²⁰ วงษ์ วีระพงศ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด อ่างแล้ว, หน้า 134.

²²¹ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 24/2545

²²² คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 33/2545

²²³ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2546

บำรุงรักษาทางระบายน้ำ จัดให้มีและก่อสร้าง ออกแบบเชื่อมเพื่อประโยชน์ในการระบายน้ำและป้องกันน้ำท่วม การก่อสร้างเชื่อมดินในกรณีนี้เป็นการปฏิบัติหน้าที่และเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย²²⁴ ชั้นนี้มีข้อสังเกตว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้หมายความว่า จะมีลักษณะเป็นคดีละเมิดที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่เสมอไป การกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด หรือกระทำการภายในขอบอำนาจหน้าที่ แต่เป็นการกระทำที่มีเจตนาส่วนตัวที่เห็นได้อย่างชัดแจ้ง หากมีความเสียหายเกิดขึ้น หน่วยงานของรัฐก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เช่น การที่อธิการบดีมีหนังสือขอข้อมูลส่วนตัวเพื่อประกอบการต่อสู้คดีในศาลมิใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายในฐานะอธิการบดี²²⁵ หัวหน้าศูนย์การศึกษาออกโรงเรียนให้บุคคลอื่นมาทำร้ายร่างกายผู้ฟ้องคดี²²⁶ อย่างไรก็ตาม ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่จำกัดว่าจะจะเป็นความเสียหายประเภทใด อาจเป็นความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่กฎหมายรับรองหรือคุ้มครอง เช่น สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิในครอบครัว หรืออาจจะเป็นความเสียหายที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้หรือไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ก็ตาม

ประการที่สอง ต้องเป็นความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือการละเมิดอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ความเสียหายต้องเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองในลักษณะที่เป็นอำนาจเหนือเอกชน หรือกรณีที่มีอำนาจหน้าที่แต่ไม่ใช้อำนาจ หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่อันเป็นกรณีละเลยต่อหน้าที่ หรือใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่ แต่ปฏิบัติล่าช้าจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ในกรณีนี้หมายถึงกรณีหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย ผู้เสียหายสามารถฟ้องเรียกให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ให้ส่งมอบทรัพย์สิน ให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำได้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ เช่น กรณีที่ความเสียหายเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่กรมสรรพากรทำการอายัดและเบิกเงินจากบัญชีเงินฝากของผู้ฟ้องคดีในบัญชีธนาคารต่าง ๆ เกินกว่าที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องรับผิดชอบในหนี้ภาษีอากรค้างโดยมิชอบด้วยมาตรา 12 แห่งประมวลรัษฎากร มีลักษณะเป็นคดีละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย มิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับภาษีอากรตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลภาษีอากรและวิธีพิจารณาคดีภาษี

²²⁴ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 14/2547

²²⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 20/2544

²²⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 20/2545

อาคาร พ.ศ.2538 ²²⁷ ส่วนกรณีการกระทำละเมิดอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ นั้น เช่น เทศบาลตำบลวังน้ำเย็นมีอำนาจหน้าที่จัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ และทางระบายน้ำ อันเป็นกิจการทางปกครองหรือการบริการสาธารณะประโยชน์ของประชาชนซึ่งกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเทศบาลตามมาตรา 50 (2) และมาตรา 51 (8) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2469 อำนาจและหน้าที่ดังกล่าว หมายความว่ารวมถึงการกำหนดแบบแปลนและแบบรูปของทางบก ทางน้ำ และทางระบายน้ำที่จะทำการก่อสร้างให้ได้มาตรฐานทางวิศวกรรมเพื่อความปลอดภัยของประชาชน ควบคุมดูแลให้การก่อสร้างเป็นไปตามแบบแปลนและแบบรูปที่กำหนดและทำนุบำรุงให้อยู่ในสภาพสามารถใช้งานได้โดยไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกายและทรัพย์สินของประชาชนเสมอ เมื่อเทศบาลสร้างท่อระบายน้ำทิ้งและละเลยไม่จัดทำตะแกรงเหล็กปิดปากท่อให้มีขนาดพอดีกับปากท่อ และมีได้จัดทำบารองรับตะแกรงเหล็กให้มั่นคงแข็งแรงที่จะรับน้ำหนักคนหรือสิ่งของได้อย่างปลอดภัย เมื่อผู้ฟ้องคดีไปยืนบนตะแกรงเหล็กเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีพลัดตกลงไปในท่อระบายน้ำทิ้ง ตะแกรงเหล็กทับขาของโจทก์หักหลายท่อน เป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ในการดำเนินกิจการทางปกครองหรือการบริการสาธารณะที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ²²⁸ กรณีที่เจ้าหน้าที่ของกรมทางหลวงซึ่งมีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของโฉนดที่ดินที่ผู้มีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทนการเวนคืนตามมาตรา 13 วรรคหก มาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2530 เมื่อเจ้าหน้าที่ของกรมทางหลวงไม่ได้ดำเนินการตรวจสอบว่าที่ดินดังกล่าวมีการจดทะเบียนจำนองหรือไม่ จนเป็นเหตุให้ธนาคารเอเชีย (ผู้ฟ้องคดี) ซึ่งเป็นเจ้าหนี้จำนองได้รับความเสียหายโดยไม่ได้เงินค่าทดแทน ถือเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ ²²⁹ จำเลยที่ 1 เป็นข้าราชการภายใต้บังคับบัญชาของกรมทางหลวง จำเลยที่ 2 ชุดคูขวางถนนกว้าง 3.5 เมตร ลึก 2.5 เมตร เพื่อวางท่อระบายน้ำ จำเลยละเลยไม่ปักป้ายบอกว่าเป็นบริเวณนั้นมีการขุดถนน ห้ามติดตั้งโคมไฟในเวลากลางวัน ทั้ง ๆ ที่มีระเบียบให้ปฏิบัติ ส. ขับริดจักรยานยนต์ตกลงไปในคูเวลากลางคืน จนเป็นเหตุให้ ส. ถึงแก่ความตาย และโจทก์นั่งซ้อนท้ายได้รับอันตรายสาหัส ย่อมเป็นผลจากการประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ 1 จำเลยทั้งสองต้องร่วมรับผิดชอบโจทก์ ²³⁰

²²⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 763/2547

²²⁸ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2548

²²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.101/2548

²³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2549 – 2550/2530

ประการที่สาม ความเสียหายต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำ รัฐจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายเมื่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายหรือเรียกว่า "กระทำ" เป็นเหตุ ส่วน "เสียหาย" เป็นผล การที่รัฐต้องรับผิดชอบหรือไม่พิจารณาจากเหตุคือการกระทำหรือละเลย ส่วนความเสียหายเป็นผลที่เกิดจากเหตุ เป็นไปตามธรรมชาติ การกระทำอย่างนี้จะเกิดผลอย่างนั้น ไม่ใช่กฎหมายบัญญัติให้เกิดผลอะไรขึ้นมาได้ แต่เมื่อผลเกิดขึ้นแล้วจะให้รับผิดชอบแค่ไหนเป็นเรื่องของกฎหมาย แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐต้องรับผิดชอบทุกกรณี กล่าวคือ ต้องพิจารณาต่อไปว่า ความเสียหายนั้นเป็นผลที่เกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ หลักที่จะต้องพิจารณาก็คือ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล (But-For Test (the *conditio sine que non* rule)) ถ้าไม่มีความสัมพันธ์ หรือผลนั้นก็มิใช่เกิดจากเหตุ ไม่ต้องพิจารณาความรับผิด²³¹ อย่างไรก็ตาม ปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดความเสียหายกับปัญหาความรับผิดเป็นปัญหากฎหมายที่ปะปนกันอยู่²³² ท่านอาจารย์จิตติ ติงศภักดิ์ ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับความรับผิดในผลเสียหายว่า คำพิพากษาของศาล ไม่ว่าจะของประเทศใดไม่พยายามที่จะวางหลักในเรื่องนี้ เป็นแต่วินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยเป็นเหตุให้เกิดผลเช่นนั้นหรือไม่ โดยให้ชื่อเหตุกับผลนั้นต่าง ๆ กัน บางทีเรียกว่า ผลโดยตรง ผลใกล้ชิดกับเหตุ ผลธรรมดาซึ่งทำให้ไม่เข้าใจอันใดยิ่งขึ้น นอกจากจะต้องพิจารณาต่อไปว่า ผลโดยตรง ผลใกล้ชิดกับเหตุ หรือผลธรรมดาหมายความว่าถึงอะไร ท่านได้นำทฤษฎีของนักนิติศาสตร์เยอรมันมาอธิบายโดยใช้ทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีเหตุเหมาะสม²³³

ทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีผลโดยตรง หรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ (*Causa sine qua non*) ถือหลักว่า ถ้าไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่ง ผลย่อมไม่เกิดขึ้น ดังนั้น ถ้ามีการกระทำหลายอย่างอันเป็นเหตุแห่งผล ถือว่าการกระทำทุกเหตุมีน้ำหนักเท่ากันที่จะก่อให้เกิดผลขึ้นจนมีนักวิชาการบางท่านเรียกว่า "ความเท่ากันแห่งเหตุ"²³⁴ (*équivalence des conditions*) ดังนั้น ผู้ก่อเหตุต้องรับผิดชอบ หากพฤติกรรมของจำเลยเป็นเหตุหนึ่งในหลายเหตุ จำเลยก็ต้องรับผิดชอบในผลที่

²³¹ พจนี ปุષปาคม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด อ่างแล้ว, หน้า 164-165.

²³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 173.

²³³ จิตติ ติงศภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 อ่างแล้ว, หน้า 419-517.

²³⁴ โกเมน ภัทรภิรมย์, "ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล," บทบัณฑิตย, 1 เล่ม 30 (พ.ศ.2516): 105.

เกิดขึ้น²³⁵ ทฤษฎีนี้มีข้อเสียในลักษณะที่เป็นการผลักภาระความรับผิดชอบที่เกินความเป็นจริง และไม่ยุติธรรมต่อผู้กระทำในบางกรณีอาจมีเหตุอื่นที่มีน้ำหนักมากกว่าเหตุเดิมแทรกซ้อนขึ้น (Double Causation) และเป็นเหตุให้เกิดผลได้อย่างชัดเจน ถ้าถือว่าทุกเหตุมีน้ำหนักเท่ากันหมด ทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบมากเกินไป²³⁶

การกระทำละเมิดที่จะให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบใช้คำสินไหมทดแทน เหตุนั้นต้องเป็นเหตุที่ตามปกติย่อมเกิดความเสียหายขึ้นได้ หากไม่มีเหตุนั้น ผลก็จะไม่เกิด ทฤษฎีเหตุเหมาะสม ซึ่งถือหลักว่า บรรดาเหตุทั้งหลายที่ก่อให้เกิดผลเสียหายขึ้นนั้น ผู้กระทำจำต้องรับผิดชอบเฉพาะเหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นนั้นขึ้น เหตุตามปกติต้องพิจารณาตามความรู้ความชำนาญของวิญญูชน ผลที่อาจเกิดขึ้นจะต้องไม่ห่างไกลจนตามความคิดเห็นของคนธรรมดาทั่วไป ไม่สามารถจะคาดหมายได้²³⁷ ขณะที่นักวิชาการบางท่านเห็นว่า เฉพาะการกระทำที่เป็นเหตุสำคัญที่ส่งผลกระทบหรือเป็นเหตุเหมาะสมที่จะส่งผลให้เกิดขึ้นเท่านั้นที่ถือได้ว่าเป็นเหตุที่จะต้องรับผิดชอบ²³⁸

ทฤษฎีผลธรรมดาซึ่งยึดถือหลักว่า เฉพาะแต่ที่เป็นเหตุอันเหมาะสมที่จะส่งผลให้เกิดความเสียหายเท่านั้นที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ มีข้อเสียที่ว่าทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ไม่ได้รับการชดเชยเยียวยา จึงเป็นการผลักภาระให้แก่ผู้เสียหายซึ่งมิได้มีส่วนผิดจะต้องรับเอาความเสียหายนั้นไว้โดยไม่ยุติธรรม²³⁹ กรณีที่จะให้รัฐต้องรับผิดชอบควรที่จะนำทฤษฎีทั้งสองเข้ามาปรับใช้โดยการกระทำละเมิดทางปกครองที่จะให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบในคำสินไหมทดแทน ต้องเป็นเหตุที่เจ้าหน้าที่ของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีเงื่อนไข อย่างไรก็ตาม หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐมีเหตุแทรกแซง (Double Causation) รัฐจึงต้องรับผิดชอบ หากความเสียหายไม่อาจคาดหมาย รัฐก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น ศาลควรจะใช้ทฤษฎีผลธรรมดาเข้ามาเสริมเป็นแนวทางในการวินิจฉัย หากเหตุแทรกแซงมีน้ำหนักเพียงพอที่จะทำให้เกิดผลสุดท้ายขึ้น (ทฤษฎีเงื่อนไข)

²³⁵ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ละเมิด, อ่างแล้ว, หน้า 45.

²³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46.

²³⁷ พจน์ ปุષปาคม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด, อ่างแล้ว, หน้า 175.

²³⁸ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ละเมิด, อ่างแล้ว, หน้า 46.

²³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46.

และเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจคาดหมายได้ว่าจะเกิดเหตุแทรกแซงนั้น (ทฤษฎีผลธรรมดา) เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหาย หากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจคาดหมายได้ หรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐขาดตอนไปแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบเพียงเท่าที่ตนเองได้ก่อขึ้นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ความเสียหายเกิดขึ้นแล้วย่อมมีจุดสิ้นสุด หากความเสียหายเพิ่มขึ้นในภายหลัง ความเสียหายในครั้งหลัง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ กรณีนี้ความเสียหายอันแรกขาดตอนไปแล้ว ความเสียหายครั้งหลังเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญพึงคาดหมายได้หรือไม่ หากคาดหมายได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบ ส่งผลให้รัฐต้องรับผิดชอบเช่นกัน หากไม่อาจคาดหมายก็ไม่ต้องรับผิดชอบ รัฐก็ไม่ต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้น ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นแน่ชัดว่าเกิดขึ้นจริง เพียงแต่พิสูจน์ในลักษณะที่มีความเป็นไปได้ก็มักจะเพียงพอแล้ว และความเป็นไปได้ต้องมีระดับที่มากพอที่จะเชื่อได้ว่าความเสียหายเป็นผลจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ผู้เขียนได้ศึกษาค้นคว้าคำพิพากษาศาลฎีกาและนำมาเทียบเคียงกับคำพิพากษาของศาลปกครอง พบว่าศาลมักจะใช้ถ้อยคำที่ไม่แน่ชัดว่าเป็นการวินิจฉัยโดยอาศัยหลักใด ส่วนใหญ่จะใช้ถ้อยคำที่ว่า ค่าเสียหายไกลกว่าเหตุ เป็นเพียงการคาดคะเน หรือเป็นผลโดยตรงหรือผลธรรมดาที่เกิดจากการกระทำ โดยค่าเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ ศาลพิจารณาจากผลแห่งการกระทำอันเป็นผลธรรมดา หรือโดยตรงหรือใกล้ชิดกับเหตุเท่านั้น เช่น เมื่อจำเลยเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ โจทก์เก็บรักษาสมุดเช็คและตราบัญชีไว้เอง และเก็บรักษาไว้อย่างดี ผู้ร้ายจะหาโอกาสปลอมเช็คไปเบิกเงินได้ยาก หากได้มีกฎหมายบัญญัติว่าผู้มีหน้าที่เช่นจำเลย (ผู้จัดการองค์การรถไฟสายแม่กลอง) จะต้องใช้ความระมัดระวังรักษาตามที่โจทก์ต้องการนั้นไม่ จึงอาจตำหนิจำเลยในทางปกครองได้ แต่จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบฐานละเมิด เพราะไม่ใช่ผลโดยตรงใกล้ชิดกับการกระทำของจำเลย²⁴⁰ ค่าจ้างทนายความและค่าธรรมเนียมศาล ไม่ใช่ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด เนื่องจากค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นการรักษาประโยชน์ในการฟ้องคดีเพื่อเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น²⁴¹ ค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจ้างทนายความเพื่อดำเนินคดีปกครอง ผู้ฟ้องคดีสามารถที่จะดำเนินคดีได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องว่าจ้างทนายความ ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจ้างทนายความหากจะมีขึ้นมีเหตุมาจากผู้ฟ้องคดี มิใช่ค่าเสียหายเช่นที่ตามปกติต้องเกิดขึ้นจากการฟ้องและดำเนินคดีปกครอง ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในการจัดหาเครื่องใช้ที่ได้ซื้อหาตามความจำเป็น ค่าจ้างคนรับส่งเอกสาร ค่าจ้างคนไปติดต่อขอรับเอกสารเกี่ยวกับคดีปกครอง ค่าเสียหายเกี่ยวกับการกุ้ยม ขายทรัพย์สิน จำนองทรัพย์สินเพื่อนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีปกครอง

²⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 131/2496

²⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3925/2531

เป็นค่าเสียหายที่มีใช้ผลโดยตรงที่เกิดจากการกระทำละเมิดของผู้ถูกฟ้องคดี²⁴² ผู้เช่าไม่ยอมส่งคืนสถานที่เช่าเป็นละเมิด ค่าเสียหายที่ผู้ให้เช่าควรได้รับคือ จำนวนเท่ากับค่าเช่า ส่วนที่ผู้ให้เช่าคาดว่าจะใช้สถานที่นั้นขายภาพยนตร์จะได้ประโยชน์วันละ 2,000 บาท แต่จะต้องดัดแปลงสถานที่และขออนุญาตต่อทางการก่อน โดยผู้เช่าก็ยังมีได้ขอนั้น เป็นความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุซึ่งผู้เช่าไม่ต้องรับผิด²⁴³

นอกจากนี้ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิด หมายถึง ขณะที่เกิดเหตุมีความเสียหายแค่ไหน เพียงไรก็ต้องรับผิดเท่านั้น เช่น กรมอนามัย (ผู้ถูกฟ้องคดี) ยกเลิกการประกวดราคาซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่ได้แนบใบ ร.ง.4 ที่แสดงเพียงการแจ้งการประกอบกิจการโรงงาน กำหนดสิ้นใบอนุญาตและการต่ออายุใบอนุญาตยื่นประกอบการเสนอราคา ซึ่งสามารถตรวจสอบได้จากใน ร.ง.4 ลำดับที่ 1 ที่ 7 ที่ 9 ที่ผู้ฟ้องคดียื่นในการประกวดราคาหรือสอบถามผู้ฟ้องคดีได้ ทั้งผู้ถูกฟ้องคดีเคยใช้ดุลพินิจว่าการยื่นใน ร.ง.4 ไม่ครบทุกลำดับมิใช่การผิดเงื่อนไขในสาระสำคัญ จึงเป็นการยกเลิกที่ไม่มีเหตุผลอันควร เป็นการเลือกปฏิบัติและไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 การยกเลิกการประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเรียกค่าสินไหมทดแทนย่อมจะเรียกร้องได้เฉพาะที่เป็นผลโดยตรงจากผลของคำสั่งทางปกครอง ค่าเสียหายจะต้องมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง กรณีนี้ค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้จ่ายไปจริงและเกิดขึ้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ได้แก่ ค่าธรรมเนียมซื้อแคชเชียร์เช็คเพื่อใช้เป็นหลักประกันของ ค่าธรรมเนียมของธนาคารในการออกหนังสือค้ำประกันสัญญา ส่วนค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์จากกำไรที่ควรจะได้รับ แม้ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าหากได้เข้าทำสัญญาซื้อขายกับผู้ถูกฟ้องคดีจะได้กำไรเช่นนั้น ก็เป็นเพียงการคาดหมายที่ไม่อาจพิสูจน์ ค่าเสียหายที่ศาลจะกำหนดให้ได้²⁴⁴ กรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจนำรถยนต์ของกลางที่ยังไม่สมควรถายออกขายทอดตลาดซึ่งเป็นการไม่ชอบด้วยประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีลักษณะ 15 บทที่ 9 ข้อ 8 การขายทอดตลาด ทำให้ผู้ฟ้องคดีในฐานะผู้ค้ำประกันที่มีสิทธิรับรถยนต์คืน ได้รับความเสียหาย เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถคืนรถยนต์ได้จึงเป็นความเสียหายโดยตรงที่ผู้ฟ้องคดีได้รับจากการกระทำดังกล่าว²⁴⁵ กรณีที่องค์การสะพานปลา (ผู้ถูกฟ้องคดี) จัดทำสัญญาจ้างเหมาบริการล่าช้าและกำหนดเงื่อนไขที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่าง

²⁴² คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 19/2548

²⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2078/2497

²⁴⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.154/2547

²⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.48/2547

เป็นธรรม ทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งชนะการประกวดราคาไม่สามารถทำงานในราคาที่ชนะการประกวดราคาได้ เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีเสียดอกเบี้ยจากการยืมหลักทรัพย์เพื่อจัดทำหนังสือสัญญาประกันค้ำประกันจำนวน 322,830 บาท และยังเสียค่าใช้จ่ายในการเตรียมคนงานเข้าทำงานเดือนละ 10,000 บาท เป็นระยะเวลา 3 เดือน เมื่อสาเหตุที่ผู้ฟ้องคดีต้องเสียดอกเบี้ยและค่าเตรียมคนงานเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าของผู้ถูกฟ้องคดี ค่าเสียหายดังกล่าวเป็นค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดของผู้ถูกฟ้องคดี ส่วนค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปร้องเรียน มิใช่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต้องรับผิด²⁴⁶

กล่าวโดยสรุป หลักการพื้นฐานการเยียวยาความเสียหายก็เพื่อทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่มีการกระทำละเมิด ซึ่งเป็นไปตามหลักความยุติธรรมในการชดเชยความเสียหาย ส่วนลักษณะหรือวิธีการเยียวยาอาจเป็นการเยียวยาโดยการชดใช้ค่าเสียหาย การทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม การเยียวยาโดยการบังคับให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือเยียวยาด้วยการประกาศขอขมาก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของคำฟ้องและคำขอบังคับของผู้ฟ้องคดีเป็นหลัก

²⁴⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.63/2546