

บทที่ 2

ที่มา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ

ในบทนี้จะได้ศึกษาถึงที่มาของความรับผิดชอบของรัฐ รวมทั้งหลักการและแนวคิดที่ให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อประชาชน และกฎเกณฑ์ในการควบคุมไม่ให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจที่มีอยู่ไปกระทบสิทธิของเอกชนได้ รวมทั้งทฤษฎีต่างๆ ที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิพิเศษในการจำกัดสิทธิต่างๆ ของเอกชนอันเป็นเหตุให้เอกชนได้รับความเสียหายและรัฐต้องรับผิดชอบ ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกันโดยตรง เพื่อให้เกิดความเข้าใจในบทบาทของรัฐที่มีลักษณะพลวัตรอยู่เสมอ อย่างต่อเนื่อง เป็นระบบ ดังต่อไปนี้

2.1 ที่มาของความรับผิดชอบของรัฐ

ก่อนที่จะทราบที่มาของความรับผิดชอบของรัฐว่ามีความเป็นมาอย่างไร นั้น จะได้ศึกษาถึงความหมายของฝ่ายปกครองที่มีผู้ให้ความหมายไว้หลายท่าน ได้แก่

ศาสตราจารย์ ประยูร กาญจนกุล ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง¹ ว่า ในการปกครองจำเป็นต้องมีองค์กรสำหรับบริหารกิจการของรัฐ ซึ่งเรียกว่า “รัฐบาล” รัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแผนทางในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำนั้น คือ “ฝ่ายปกครอง” ซึ่งมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวันโดยปฏิบัติงานต่างๆ เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่า “บริการสาธารณะ”

Jean Rivero ได้อธิบายว่า ในการจัดองค์กรของรัฐนั้นมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญคือ การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ 2 ประการคือ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดและกำกับนโยบายในระดับสูงสุด องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายบริหาร” (L' Exécutif) และองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมและปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่องค์กรดังกล่าวข้างต้นได้กำหนดไว้ องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” (L' Administration)²

¹ ประยูร กาญจนกุล. (2523). คำบรรยายกฎหมายปกครอง หน้า 13-16. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคนดิ. (2551). หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 11.

² ชาญชัย แสงศักดิ์ ก. (2545). คำอธิบายกฎหมายปกครอง. หน้า 89.

นอกจากที่กล่าวแล้ว ยังมีผู้ให้ความหมายของฝ่ายปกครองไว้อีกหลายท่าน จากการศึกษาความหมายของฝ่ายปกครองอาจให้สาระสำคัญขององค์กรฝ่ายปกครองได้ว่า มีสาระสำคัญ 4 ประการ³ ดังนี้

ประการแรก พิจารณาในแง่ของภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะเกี่ยวข้องกับเรื่องของการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม ฝ่ายปกครองจะต้องมีภาระหน้าที่ที่เกี่ยวกับเรื่องของส่วนรวมและเรื่องของมนุษย์ที่อาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม

ประการที่สอง พิจารณาในแง่ของผลประโยชน์ การดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์สาธารณะในบางกรณีย่อมสอดคล้องกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคล และบางกรณีอาจขัดแย้งกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่อย่างไรก็ตาม การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของปัจเจกบุคคลด้วย

ประการที่สาม พิจารณาจากการดำเนินการ การดำเนินการของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการดำเนินการโดยมีความมุ่งหมายไปในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดลักษณะที่เป็นนามธรรม-ทั่วไป (general-abstrakt) ฝ่ายปกครองจะต้องทำให้สิ่งที่ เป็นนามธรรม-ทั่วไปเหล่านั้นเป็นรูปธรรมที่เป็นจริงขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม การทำภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองมิได้จำกัดอยู่เฉพาะกับการปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น การดำเนินการของฝ่ายปกครองอาจมีลักษณะอื่นๆ อีกได้แต่ก็ต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย และต้องผูกพันต่อแนวนโยบายของรัฐบาล

ประการที่สี่ พิจารณาจากลักษณะของการกระทำ การกระทำของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการใช้มาตรการที่เป็นรูปธรรมในกรณีใดกรณีหนึ่ง และเป็นการทำให้เกิดผลเป็นจริงตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้การกระทำของฝ่ายปกครองจึงแตกต่างจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรม-ทั่วไป ซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีที่ไม่อาจกำหนดจำนวนได้

โดยที่ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง มีได้หลายรูปแบบแล้วแต่จะพิจารณาจากแง่ใด เช่น พิจารณาจากการกระทำคือ กระทำโดยผิดกฎหมายและไม่ผิดกฎหมาย พิจารณาจากกฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิด หรือไม่มีความผิด เป็นต้น อย่างไรก็ตามแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิด แต่หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว ฝ่ายปกครองควรต้องรับผิดชอบ โดยพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหาย โดยหลักกฎหมายทั่วไปถือเป็นที่มาของความรับผิดชอบของรัฐทางหนึ่งและหลัก

³ บรรเจิด สิงคนติ. (2551). หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 11.

กฎหมายทั่วไปส่วนใหญ่จะสอดคล้องกับหลักนิติรัฐอันเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งรัฐที่จะได้ชื่อว่าเป็นนิติรัฐนั้น จะต้องยึดถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย และมาตรการต่างๆ ของรัฐจะต้องสอดคล้องกับความยุติธรรม โดยรัฐมีเป้าหมายที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้การใช้อำนาจจะกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น⁴ หลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญมี ดังนี้

2.1.1 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

สิทธิและเสรีภาพ อาจแยกเป็นคำได้สองคำ คือ คำว่า “สิทธิ” และคำว่า “เสรีภาพ”

คำว่า “สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นประโยชน์แก่ตน สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วย⁵ สิทธิจึงมีลักษณะสำคัญ คือ สิทธินั้นจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิ และสิทธินั้นเรียกร้องให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิของตน เป็นอำนาจที่บุคคลชอบที่จะเรียกร้องเอาจากบุคคลอื่น

ส่วน “เสรีภาพ” หมายถึง การที่บุคคลจะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด โดยใจสมัครอันปราศจากการบังคับหรืออยู่ภายใต้อำนาจของบุคคลอื่นหรือรัฐ โดยสรุป เสรีภาพคืออำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self-determination) ได้ด้วยตนเองตามใจปรารถนา เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง อำนาจของบุคคลที่จะกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะกระทำหรือไม่กระทำในสิ่งที่ตนไม่ประสงค์กระทำ แต่แม้การมีอำนาจดังกล่าวจะมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่น หน้าที่นั้นก็เพียงหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของผู้ทรงเสรีภาพ และละเว้นการกระทำใดๆ ที่เป็นการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขาเท่านั้น⁶

แนวความคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยมเชื่อว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีหรือที่เรียกกันว่า ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ซึ่งปรากฏในรูปของการมีสิทธิกำหนดชะตากรรมตามความต้องการของตนเอง (Self-determination) ซึ่งจำเป็นต้องมีแดนแห่งเสรีภาพอันจะทำให้มนุษย์มีอิสระที่จะทำการใดๆ โดยปราศจากการแทรกแซงจากบุคคลอื่น โดยเฉพาะอำนาจของ

⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. ก (2535). คำอธิบาย วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน. หน้า 155-157.

⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ก (2543). สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. หน้า 21-22.

⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์. ก (2548). กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. หน้า 46.

⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หน้าเดิม.

ผู้ใช้อำนาจปกครอง โดยเสรีภาพนี้ต้องประกอบไปด้วยเสรีภาพที่เป็นเรื่องส่วนตัวและเสรีภาพในสังคมอื่นๆ ดังนั้นรัฐธรรมนูญของประเทศประชาธิปไตยส่วนใหญ่จึงได้บัญญัติให้ความรับรองและคุ้มครองสิทธิด้านต่างๆ ของมนุษย์ เพื่อเป็นหลักประกันเบื้องต้นจากการใช้อำนาจอันมิชอบของฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติให้ฝ่ายปกครองจำกัดเสรีภาพของประชาชนได้เฉพาะกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือความสงบสุขของบ้านเมือง สิทธิที่กฎหมายให้การรับรองและความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญอาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภท คือ

สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทาง และการเลือกถิ่นที่อยู่ สิทธิเสรีภาพในครอบครัว

สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

สิทธิเสรีภาพในการมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพรวมตัวกันเป็นกลุ่ม เป็นสมาคม หรือเป็นพรรคการเมือง รวมถึงสิทธิเสรีภาพลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครเข้ารับเลือกตั้ง

ตัวอย่างของการให้สิทธิเสรีภาพแก่บุคคลของไทยที่เห็นได้ชัดเจน คือ ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ได้ทรงมีประกาศพระราชทานอนุญาตให้ข้าราชการฝ่ายในทูลลาออกจากราชการได้ ลงวันเสาร์ เดือน 10 ขึ้น 14 ค่ำ ปีกุน เบญจศก ศักราช 1225 มีความว่า “ขอทำคำประกาศแก่ข้าราชการฝ่ายหน้าฝ่ายใน แลผู้รักษาเมือง กรมการหัวเมือง บางเมือง ผู้ใดๆ บรรดาที่มีบุตรหญิงแลหลานแลญาติเป็นหญิงเด็กแลรุ่นแลสาวมาถวายตัวทำราชการอยู่ในพระบรมมหาราชวังนี้ทั้งปวง ให้ทราบความเป็นจริง บัดนี้ผู้หญิงที่มาถวายตัวทำราชการในพระบรมมหาราชวังนี้ตั้งแต่ปีกุน ตรีกศ มาถึงปีกุน เบญจศกนี้ มากมายหลายคนขึ้นเหลือใช้เหลือสอยจนข้าพเจ้าจำหน้าก็ไม่ได้ จำชื่อก็ไม่ได้โดยมาก จนถึงเดี๋ยวนี้ก็ยังมิผู้ถวายตัวมากขึ้นทุกที...”⁸ โดยสรุปเนื้อหาของประกาศพระราชทานอนุญาตให้ข้าราชการฝ่ายในทูลลาออกนอกราชการได้ดังกล่าว เป็นการประกาศให้สิทธิเสรีภาพกับสตรีชาววัง และนับได้ว่าเป็นก้าวแรกของการประกาศเลิกทาสในสมัยรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ในทางกฎหมายเป็นการรับรองเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของประชาชน ซึ่งเป็นปัจจัยพื้นฐานในการพัฒนาและสร้างความเจริญรุ่งเรืองของประเทศชาติโดยส่วนรวมในเวลาต่อมา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในมาตรา 4

⁸ ประยุทธ์ สิทธิพันธ์. (2551). *ศาลไทยในอดีต*. หน้า 64 – 69.

2.1.2 หลักความเสมอภาค

ความไม่เสมอภาคเกิดขึ้นในเกือบทุกสังคมมาแต่โบราณ อาจเป็นความไม่เสมอภาคที่มีมาแต่กำเนิด เช่น การแบ่งชนชั้นของบุคคลเพราะชาติกำเนิด หรือการแบ่งเพราะสภาพเศรษฐกิจที่เป็นปัจจัยภายหลังเมื่อบุคคลเกิดมาแล้ว ต่อมาเมื่อมีการให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเริ่มมีการยกเลิกการแบ่งชนชั้นเพื่อให้มนุษย์ได้ดำรงชีวิตอยู่ตามที่ตนเองปรารถนา ดังเช่น เหตุการณ์ปฏิวัติใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งมีการรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง (Déclaration des droits de l' homme et du citoyen 1789) หลังจากนั้นเป็นต้นมา ประเทศต่างๆ ก็ได้รับรองหลักความเสมอภาคของบุคคลควบคู่กับหลักการคุ้มครองรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญของตน อีกทั้งในระบบกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้มีการรับรองหลักการต่างๆ ไว้เช่นกัน เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางการเมือง (International convention of Civil and Political Right)⁹ เป็นต้น

หลักความเสมอภาค คือ สิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน หมายความว่า องค์กรต่างๆ ของรัฐ ซึ่งรวมถึงฝ่ายปกครองด้วย ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกัน ในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไป ตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน หากองค์กรของรัฐปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเดียวกัน ให้แตกต่างกันออกไป หรือปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้เหมือนกันแล้ว ก็จะขัดต่อหลักความเสมอภาค อันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนผู้นั้น เว้นแต่เป็นเรื่องที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวม หรือกรณีที่มีเหตุจำเป็นที่สมควรจะขจัดความเหลื่อมล้ำของบุคคลให้สิ้นไป การกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค¹⁰

โดยผลของกฎหมายที่รับรองไว้เช่นนี้ ทำให้บุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันเกิดสิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติการให้ตนได้รับความเสมอภาคเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม ความเสมอภาคในการเข้าทำงานภาครัฐ ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง ความเสมอภาคในการได้รับบริการสาธารณะ เป็นต้น

นอกจากนี้ความเสมอภาคตามหลักความเสมอนั้น อาจเป็นได้ทั้งความเสมอภาคในทางสิทธิและความเสมอภาคในทางหน้าที่หรือภาระ โดยความเสมอภาคในทางหน้าที่หรือภาระ เช่น ความเสมอภาคในการเสียภาษีอากรให้แก่รัฐ ความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ เป็นต้น

⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, เล่มเดิม, หน้า 71- 74.

¹⁰ แหล่งเดิม.

หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระสาธารณะนี้ ในประเทศฝรั่งเศสหลักการนี้มีความสำคัญมาก เนื่องจากเป็นบ่อเกิดแห่งความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด หรือความรับผิดชอบอื่นของรัฐประการหนึ่ง เช่น การไม่บังคับตามคำพิพากษาโดยรัฐบาลมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมือง แต่การกระทำดังกล่าวทำให้สิทธิในทรัพย์สินของเอกชนที่จะได้รับตามคำพิพากษาดูต้องเสียไป เอกชนจึงมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายจากรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้ความเสมอภาคที่เสียไปแล้วกลับคืนมานั่นเอง (คดี C.E., 30 nov. 1923) ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อที่ 2.3.4 ทฤษฎีเกี่ยวกับความเสมอภาคในการรับภาระสาธารณะของพลเมือง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ เช่น มาตรา 5 มาตรา 30 และมาตรา 31 เป็นต้น

2.1.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจ ได้ถูกคิดค้นโดย มองเตสกีเออ (Montesquieu) ปราชญ์ชาวฝรั่งเศส ซึ่งมีชีวิตในระหว่างปี ค.ศ.1689 - 1755 โดยได้เขียนไว้ในหนังสือชื่อ เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย (L' Esprit Lois หรือ Sprit of Law) ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า

“ในรัฐบาลทั้งปวงมีอำนาจอยู่สามชนิด คือ อำนาจนิตินบัญญัติซึ่งออกกฎหมาย อำนาจบริหารซึ่งควบคุมนโยบายภายนอก (การทูตและการทหาร) และนโยบายภายในหรือการคุ้มครองความมั่นคงส่วนรวม และสุดท้ายอำนาจบริหาร ซึ่งทำการลงโทษอาชญากรรมและตกลงยอมชดเชยพิพาทระหว่างบุคคล อำนาจสุดท้ายนี้เป็นอำนาจตุลาการ ซึ่งแม้มองเตสกีเออจะจัดให้อยู่ในประเภทอำนาจบริหาร แต่ก็ใช่อำนาจที่ใช้โดยองค์กรต่างหากจากองค์กรควบคุมเรื่องอื่นๆ ในเขตอำนาจบริหาร แต่ละอำนาจควรจะให้องค์กรหรือบุคคลต่างกันครอง การรวมอำนาจทั้งหมดอยู่ที่องค์กรเดียวกันจะทำให้ขาดความพอดีในการปกครอง ซึ่งจำเป็นในการบัญญัติและใช้บังคับกฎหมาย เพื่อส่งเสริมอิสรภาพทางการเมือง¹¹

เมื่อใดอำนาจนิตินบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ที่คนๆ เดียวกันหรือองค์กรเจ้าหน้าที่เดียวกันอิสรภาพย่อมไม่อาจมีได้เพราะจะเกิดความหวาดกลัว เนื่องจากกษัตริย์หรือสภาเดียวกันอาจบัญญัติกฎหมายแบบทรราช

เช่นเดียวกัน อิสรภาพจะไม่มีอยู่ถ้าอำนาจตุลาการไม่แยกออกจากอำนาจนิตินบัญญัติและบริหาร ถ้าหากรวมอยู่กับนิตินบัญญัติชีวิตและอิสรภาพของคนในบังคับจะอยู่ภายใต้การควบคุมแบบพลการ เพราะตุลาการอาจประพฤติดุร้ายวิธีการรุนแรงและกดขี่ ทุกสิ่งทุกอย่างจะถึงซึ่งอวสาน ถ้า

¹¹ เอ็ม เจ. ฮาร์มอน. (2522). ความคิดทางการเมืองจากเพลโตถึงปัจจุบัน. แปลโดย เสน่ห์ จามริก หน้า 350. อ้างใน พรชัย เลื่อนฉวี. (2553). กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง. หน้า 112-113.

หากคนหรือองค์กรเดียวกันไม่ว่าจะเป็นชนชั้นสูง หรือประชาชนจะใช้อำนาจทั้งสามเหล่านี้ คือ อำนาจบัญญัติกฎหมาย อำนาจบริหารนโยบายสาธารณะ และอำนาจพิจารณาตัดสินของบุคคล”

จากข้อความที่กล่าวไว้ มองเตสกีเออไม่ต้องการให้อำนาจอยู่ที่คนคนเดียว เพราะตามธรรมชาติเมื่อบุคคลมีอำนาจ บุคคลมักใช้อำนาจเกินเลยไปเสมอ ฉะนั้น จึงต้องจัดให้อำนาจหนึ่ง หยุดยั้งอำนาจอีกอันหนึ่ง หรือที่เรียกว่า อำนาจยอมหยุดยั้งได้โดยอำนาจ (Le Pouvoir Arrete Le Pouvoir หรือ Power stop Power) บุคคลจึงจะมีเสรีภาพได้¹²

ดังนั้น การใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงสามารถถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ เพื่อให้เกิดเสรีภาพแก่บุคคลอย่างแท้จริง

2.1.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักการนี้มีความหมายว่า ฝ่ายปกครอง จะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น โดยทั่วไปแล้วหลักความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการของรัฐ ต้องผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งสามองค์กร ทั้งองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และ ตุลาการ ซึ่งหมายความว่า การดำเนินการหรือกิจกรรมทั้งปวงของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมาย คืออยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้ได้ศึกษานำเสนอเฉพาะความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง จึงขออธิบายเฉพาะหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เท่านั้น

ในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง อาจมีการกระทำบางอย่างที่ส่งผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่ง ด้วยการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพหรือบังคับให้เขากระทำการหรือห้ามมิให้เขากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วแต่กรณี การที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการดังกล่าวได้ จะต้องตรวจสอบก่อนว่ามีกฎหมายให้อำนาจตนหรือไม่ ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจก็จะกระทำเช่นนั้นไม่ได้หากฝ่าฝืนฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบ กฎหมายจึงเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดของอำนาจของฝ่ายปกครอง ดังนั้น สารสำคัญของหลักการนี้จึงมีอยู่สองประการ คือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายให้อำนาจไว้ กฎหมายที่ให้อำนาจและจำกัดการกระทำของฝ่ายปกครอง เช่น กฎหมายที่เกิดจากจารีตประเพณี กฎหมายทั่วไป รัฐธรรมนูญ หรือ พระราชบัญญัติต่างๆ หรือ กฎหมายที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น ซึ่งบรรดากฎหมายที่กล่าวมานี้ เป็นข้อจำกัดอำนาจการกระทำของฝ่ายปกครองโดยทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจออกกฎออกคำวินิจฉัยสั่งการ หรือ การกระทางกายภาพ เป็นต้น

¹² พรชัย เลื่อนฉวี. (2553). กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง. หน้า 113.

ศาสตราจารย์ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้อธิบายถึงหลักการนี้ในประเทศฝรั่งเศสว่า “หลักดังกล่าวเป็นหลักการซึ่งประเทศที่เป็นนิติรัฐ (Etat de droit) จะต้องยึดถืออย่างเคร่งครัดโดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือ เพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง หลักว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่ “บังคับ” ให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการต่างๆ ภายใต้กรอบแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองโดย “กฎหมาย” ที่ว่านี้มีได้มีเฉพาะกฎหมายระดับรัฐบัญญัติที่จัดทำโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่กฎหมายดังกล่าวยังหมายรวมถึง “ระบบกฎหมายทั้งระบบ” ที่ฝ่ายปกครองต้องยึดถือและปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด เริ่มตั้งแต่รัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร ระบบกฎหมายเหล่านี้ถือว่าเป็น “ที่มา” ที่สำคัญของกฎหมายปกครอง”¹³

2.1.5 หลักการควบคุมฝ่ายปกครอง

แนวความคิดพื้นฐานทางทฤษฎีอำนาจอุปถัมภ์เป็นของปวงชน การใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองในระบอบประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ เกิดจากหลักกฎหมายพื้นฐาน คือ ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนประชาชนย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการดำเนินการใดๆ เว้นแต่ที่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้มิให้กระทำ โดยมีแนวคิดทางทฤษฎีอำนาจมหาชนและทฤษฎีบริการสาธารณะเป็นพื้นฐาน เพื่อให้การใช้อำนาจในทางปกครองและการดำเนินการในทางปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการรักษาประโยชน์สาธารณะและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายของเอกชน จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ถูกต้องตามกฎหมาย และแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำทางปกครอง โดยกฎหมายได้กำหนดขั้นตอนในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยตรงไว้ 2 ขั้นตอน คือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเชิงป้องกัน และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเชิงแก้ไข

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเชิงป้องกัน เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายในองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารภายในส่วนของฝ่ายปกครอง โดยให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครอง โดยเริ่มต้นจากการดำเนินการรับเรื่อง สืบหาข้อเท็จจริง ปรับข้อเท็จจริงที่ยุติเข้ากับข้อกฎหมาย การใช้ดุลพินิจ จนถึงขั้นตอนของการวินิจฉัยและออกนิติกรรมทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครอง โดยต้องให้เหตุผลประกอบ การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำทุกขั้นตอนโดยชอบด้วยหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติและชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติทางปกครอง

¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. ก (2547). หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 69.

ในประเทศเยอรมัน การควบคุมแบบป้องกันอาจแยกได้เป็น การให้ประชาชนมีส่วนร่วม และการควบคุมโดยให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการ และการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไว้โดยชัดเจน เช่น หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ หลักการพิสูจน์ความจริง หลักการรับฟัง หลักการตรวจสอบเอกสารและหลักการให้เหตุผล เป็นต้น ซึ่งเป็นการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเบื้องต้นก่อนออกนิติกรรมทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครอง

ส่วนการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเชิงแก้ไข กรณีนี้เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายหลังจากที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองแล้ว และมีผลเป็นการกระทบสิทธิหรือได้แย่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมาย ซึ่งแยกเป็น 2 ระดับ คือ

ระดับแรก การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารภายในของฝ่ายปกครอง คือ สิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้งนิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นต้นก่อนที่ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยผู้ที่ได้รับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพจะต้องอุทธรณ์โต้แย้งนิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองนั้นต่อเจ้าหน้าที่ปกครองชั้นสูง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ปกครองชั้นสูงซึ่งมีอำนาจในการตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ เนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของนิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองซึ่งแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ การควบคุมแบบบังคับบัญชา และการควบคุมแบบกำกับดูแล

การควบคุมแบบบังคับบัญชา เป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจทั่วไปซึ่งตนมีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตนตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสมของการกระทำต่างๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา และหากเห็นว่ากระทำโดยของผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสมผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะยกเลิก เพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นเสียได้ อนึ่ง ผู้บังคับบัญชาอาจใช้อำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาโดยผลการ (d' office) ก็ได้ หรือเมื่อเอกชนซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นร้องเรียน (Recours hiérarchique) ก็ได้¹⁴ ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 46

¹⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข (2538). หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. หน้า 66.

ศาสตราจารย์ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้กล่าวถึงอำนาจบังคับบัญชาในประเทศฝรั่งเศสไว้ว่า อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้บริหารหน่วยงานระดับสูง (le supérieur hiérarchique) มีอยู่เหนือบุคลากรและการดำเนินงานต่างๆ ในหน่วยงานของตน เช่น รัฐมนตรีมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการในกระทรวง ผู้ว่า (préfet) มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือเจ้าหน้าที่ นายกเทศมนตรีมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือพนักงานเทศบาล เป็นต้น อำนาจบังคับบัญชานี้ได้รับการยอมรับจากศาลปกครองสูงสุด ในคดี queralt เมื่อ ปี ค.ศ. 1950 ว่า เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (le principe general du droit)¹⁵

ส่วนการควบคุมแบบกำกับดูแล หมายถึง การกำกับดูแลกิจการที่ผู้อื่นมีอำนาจหน้าที่ที่จะทำได้โดยอิสระ โดยมีได้เข้าไปบังคับบัญชาสั่งการแต่คอยดูแลให้ปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้องครบถ้วนเท่านั้น ดังเช่น กรณีการควบคุมหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระตามกฎหมายซึ่งเป็นการควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เช่น การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องทำตามที่เป็นตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่ต้องเป็นไปเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ จะกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้มิได้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 283 วรรคสอง เป็นต้น

ระดับที่สอง การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ คือ เมื่อเกิดข้อพิพาททางปกครองและมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองระหว่างฝ่ายปกครองหรือระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน ศาลปกครองในทางทฤษฎีเป็นศาลภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งจัดตั้งขึ้นเนื่องจากปรัชญาในทางกฎหมาย ที่ต่อต้านการก้าวท้าวอำนาจของฝ่ายบริหารและการสร้างเอกสิทธิ์เหนือฝ่ายบริหารของศาลยุติธรรม ตามหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ศาลปกครองมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติของนิติกรรมทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น มิให้ศาลปกครองก้าวเข้าไปตรวจสอบในเนื้อหาของดุลพินิจว่าชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายเพียงใด ดังนั้นการพิจารณาคดีของศาลปกครองก็ต้องเป็นไปตามข้อจำกัดโดยสภาพขององค์กรศาลที่จะพิจารณาพิพากษาได้จะต้องเป็นกรณีที่เป็นการยื่นข้อพิพาท รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองไว้ ในมาตรา 223 ประกอบพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9

¹⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์. เล่มเดิม. หน้า 28.

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ

แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ ในแต่ละประเทศมีพัฒนาการที่เป็นไปใกล้เคียงกัน กล่าวคือ ในช่วงแรกประเทศส่วนใหญ่มีการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จึงมีแนวคิดเรื่องรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ ต่อมาเมื่อการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์สิ้นสุดลง แนวคิดเรื่องรัฐต้องรับผิดชอบจึงเกิดขึ้น โดยทั่วไป ซึ่งแต่ละประเทศมีรายละเอียด ดังนี้

2.2.1 ประเทศไทย

ในประเทศไทย ได้มีการพัฒนาแนวคิดดังกล่าวมาโดยตลอดสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของประเทศ ขึ้นอยู่กับยุคสมัยหรือรูปแบบการปกครองประเทศในช่วงเวลาหนึ่งๆ ว่ามีการปกครองในลักษณะใด ประกอบกับการเจริญสัมพันธ์ไมตรีหรือติดต่อกับต่างประเทศ ก็เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้รูปแบบการปกครองประเทศหรือกฎหมายที่ใช้บังคับต้องเปลี่ยนแปลงไป ให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์และภารกิจที่เพิ่มขึ้นด้วยเช่นกัน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการยอมรับและให้ความเป็นสากลมากขึ้น อีกทั้งยังเป็นหลักประกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งลักษณะดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับความรับผิดชอบของประเทศอื่นๆ แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในประเทศไทย จึงสามารถแยกพิจารณาเป็นแต่ละยุคสมัย ดังนี้

2.2.1.1 สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์

การปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งถือหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือกฎหมาย โดยมีพื้นฐานมาจากแนวคิดตามคัมภีร์พระธรรมศาสตร์และพุทธศาสนา ซึ่งแม้พระมหากษัตริย์จะมีฐานะอยู่เหนือกฎหมายก็ตาม แต่พระมหากษัตริย์จะต้องดำรงตนอยู่ในทศพิธราชธรรม พระมหากษัตริย์มีฐานะเหนือประชาชนและมีฐานะเป็นผู้ปกครอง พระบรมราชวินิจฉัยเป็นที่สุดในกิจการทั้งหลายทั้งภายนอกและภายใน เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ปฏิบัติตามพระบรมราชโองการและต้องรับผิดชอบต่อพระมหากษัตริย์โดยตรง ส่วนประชาชนไม่มีสิทธิใดๆ ตามกฎหมาย ประชาชนจึงมีฐานะเป็นเพียงวัตถุในทางปกครอง ดังนั้น ประชาชนจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ของรัฐ และศาลยุติธรรมก็ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้¹⁶ ข้อห้ามดังกล่าวปรากฏตามกฎหมายตราสามดวง ลักษณะอาญาหลวง มาตรา 28 บัญญัติว่า “มีผู้มาฟ้องหาข้าทูลละอองธุลีพระบาทด้วยคดีประการใดให้อาเนื่อความนั้นขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณาทรงทราบก่อน ถ้าทรงพระกรุณาสั่งให้พิจารณา จึงพิจารณาได้ ถ้าผู้ใดเอาไปพิจารณาได้ถามดีโดยพลการเอง ท่านว่าผู้นั้นละเมิดพระ

¹⁶ วิษณุ เครืองาม และบรรศักดิ์ อุวรรณโน. (2520, พฤษภาคม - สิงหาคม) “พระราชฐานะของพระมหากษัตริย์ตามธรรมเนียมการปกครองราชอาณาจักรไทย” วารสารกฎหมาย, 3, 2. หน้า 150.

ราชอาณาจักรท่าน ท่านให้ลงโทษ 6 สถาน” สำหรับการฟ้องกระทรวง ทบวง กรม ในฐานะที่เป็นหน่วยราชการของพระมหากษัตริย์ นั้น ศาลฎีกาได้กำหนดหลักการฟ้องคดีไว้ในคดีที่เกี่ยวกับสัญญาหรือละเมิดไว้ในปี ร.ศ. 121 เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 520/121 ว่า กระทรวง ทบวง กรม ในฐานะที่เป็นหน่วยราชการของพระมหากษัตริย์ที่ถูกฟ้องจะไม่ยอมตกเป็นจำเลยก็ได้

ในปี ร.ศ. 129 กระทรวงยุติธรรมได้ออกกฎเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมที่ 60 ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ร.ศ. 129 รับรองสิทธิของกระทรวงและกรมไว้โดยชัดแจ้งว่า เมื่อถูกฟ้องแล้วกระทรวงและกรมจะมาเป็นจำเลยหรือไม่ก็ได้ ศาลไม่มีอำนาจบังคับ เป็นหน้าที่ของโจทก์ต้องทูลเกล้าถวายฎีกา หรือกระทรวงและกรมยอมมาเป็นจำเลยเอง ก่อให้เกิดปัญหาตามมาว่า ผู้เสียหายจะฟ้องให้ข้าราชการรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้หรือไม่ กรณีนี้ศาลไทยยึดตามกฎหมายอังกฤษ¹⁷ คือ ต้องฟ้องข้าราชการให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ดังที่พระยาเทพวิฑูรได้กล่าวไว้ในคำราหลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่งว่า “พระเจ้าแผ่นดินและรัฐบาลถูกฟ้องร้องในทางประทุษร้ายส่วนแพ่งไม่ได้ แลที่ว่านี้กินความตลอดมาถึงกระทรวง และกรมต่างๆ ด้วย นอกจากเขาจะยินยอมเป็นจำเลย ที่ว่ามานี้ไม่กินความถึงการที่จะฟ้องร้องส่วนตัวเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ในกระทรวงหรือกรมถ้าเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่กระทำความผิด ฟ้องร้องได้”¹⁸

จากข้อกฎหมายและแนวคิดต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วเห็นได้ว่า ประชาชนไม่สามารถฟ้องร้องเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการปฏิบัติการตามหน้าที่ และศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อพระมหากษัตริย์ตามพระบรมราชโองการเท่านั้น ส่วนที่พระยาเทพวิฑูรอธิบายไว้ในคำราหลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่งนั้น เป็นการยืนยันว่ามีการแยกระหว่างเรื่อง “ส่วนตัว” ออกจาก “ตำแหน่งหน้าที่” ประชาชนสามารถฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ เฉพาะกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนในทางส่วนตัวเท่านั้น แม้ต่อมาประเทศไทยจะได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วก็ตาม ประชาชนก็ยังคงไม่สามารถฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติตามหน้าที่ได้อยู่เช่นเดิม

หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ซึ่งถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และพระมหากษัตริย์ทรงอยู่ภายใต้กฎหมายแล้วก็ตาม ประชาชนก็ยังคงไม่สามารถฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติการตามหน้าที่ได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐยังมีฐานะเหนือประชาชนใน

¹⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์. ข (2554). คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด. หน้า 26.

¹⁸ บุญช่วย วณิกกุล(พระยาเทพวิฑูร). (ร.ศ. 2463). หลักกฎหมายประทุษร้ายทางแพ่ง (พิมพ์ครั้งที่ 3). อ้างถึงใน กิตติกุล กิตติวโรดม. ความรับผิดชอบของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. หน้า 50.

ฐานะเป็นผู้ปกครอง ประชาชนไม่สามารถฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ไปตามกฎหมาย

2.2.1.2 สมัยใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ฝรั่งเศสเป็นประเทศแรกที่ร่างกฎหมายแพ่งขึ้นเป็นประมวล เมื่อ ค.ศ. 1804 ซึ่งมีเนื้อหาแตกต่างกับประเทศอังกฤษโดยละเมิดของอังกฤษมีการจำกัดชนิดของความรับผิดว่าอย่างไรเป็นความผิดฐานละเมิด แต่ก็ยอมรับการกระทำที่นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ก็อาจเป็นความผิดฐานละเมิดได้ ประเทศเยอรมันได้ร่างประมวลกฎหมายแพ่ง ใน ปี ค.ศ. 1896 โดยนำหลักเกณฑ์เรื่องละเมิดของฝรั่งเศสและอังกฤษมาประกอบการพิจารณาจึงได้เกิดกฎหมายละเมิดแนวใหม่ เมื่อประเทศไทยร่างกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นในปี พ.ศ.2468 จึงได้นำหลักเกณฑ์ละเมิดของเยอรมันมาเป็นบรรทัดฐาน¹⁹

ในประเทศไทยแต่เดิมเข้าใจกันแต่เพียงว่า ละเมิดคือการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้กระทำความผิดต้องเสียเงินแก่ท้องพระคลังซึ่งเท่ากับถือว่า ละเมิดเป็นความผิดอาญาชนิดหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า ประทุษร้ายทางแพ่ง ส่วนคำว่าละเมิด นั้น กฎหมายเก่าของไทยเขียนว่า “เลเมิด” ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาลักษณะหนึ่ง เช่นคำว่า เลเมิดพระราชอาญา เป็นต้น

ความหมายของคำว่าละเมิดในปัจจุบัน มีลักษณะใกล้เคียงกับคำว่าประทุษร้ายทางแพ่ง ในกฎหมายตราสามดวงหรือก่อนหน้านั้น นอกจากการลงโทษทางอาญาแล้วยังมีการเรียกร้องให้ชดใช้ค่าทำขวัญแก่ผู้เสียหายโดยมีชื่อเรียกแตกต่างกันไป เช่น เรียกว่าสินไหม เช่น คำว่า “ให้สินไหมเป็นสินไหมถึงภิกษุในยี่” ซึ่ง ฟินาย หมายถึง เบี้ยปรับเข้าท้องพระคลังจัดเป็นโทษทางอาญาเหมือนค่าปรับทางอาญาในปัจจุบัน ส่วนสินไหมถือเป็นโทษทางแพ่งที่ผู้กระทำความผิดต้องชดใช้ให้แก่ผู้เสียหาย ทั้งนี้เพื่อยับยั้งการแก้แค้นกลับจากผู้ที่ได้รับคามเสียหาย โดยรัฐเข้ามาเป็นผู้แก้แค้นแทน กล่าวคือ รัฐเป็นผู้กำหนดข้อบังคับให้มีการทำขวัญผู้เสียหาย และหากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อมหาชน ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษทางอาญาด้วย ความหมายของละเมิด ที่เหมาะสมที่สุด Sir Percy Winfield ได้ให้ความหมายว่า หมายถึง “ความรับผิดทางแพ่งที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นเบื้องต้น หน้าที่นั้นเป็นหน้าที่ของบุคคลทั่วไป และการไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้นก่อให้เกิดความเสียหายที่ผู้ต้องหาต้องรับผิดชอบ”²⁰

ด้วยอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีกับพระราชบัลลังก์ ค.ศ. 1947 (Crown Proceeding Act. 1947) ที่ให้ประชาชนสามารถฟ้องเรียก

¹⁹ วาริ นาสกุล. (2553). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้. หน้า 3-5.

²⁰ แหล่งเดิม. หน้า 5.

ค่าเสียหายจากรัฐได้เหมือนรัฐมีฐานะอย่างเอกชน โดยฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องโดยตรง หรือจะฟ้องตัว Attorney General ก็ได้ และหากปรากฏว่า เจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดจริงและก็จะเป็นผู้รับผิดชอบที่แท้จริงในที่สุด โดยรัฐเป็นเพียงผู้รับผิดชอบแทนไปก่อนเท่านั้น และสามารถฟ้องไล่เบี้ยได้ภายหลัง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะอ้างว่าได้กระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไม่ได้²¹ ทำให้แนวคิดทางด้านกฎหมายของนักกฎหมายไทยซึ่งส่วนหนึ่งจบการศึกษาทางด้านกฎหมายจากประเทศอังกฤษ เปลี่ยนแปลงไปยอมรับในสิทธิของประชาชนในระบอบประชาธิปไตยมากขึ้น แต่เนื่องจากยังไม่ได้มีกฎหมายที่บัญญัติความรับผิดชอบละเมิดไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ โดยศาลฎีกาได้ตัดสินวางหลักไว้ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 194/2490ว่า โจทก์มีอำนาจฟ้องบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีแห่งเทศบาล ให้รับผิดชอบในกิจการของเทศบาล ในฐานะนายกเทศมนตรีแห่งเทศบาลนั้นได้

แม้คดีนี้จะมีการยอมรับให้มีการฟ้องรัฐได้ แต่ศาลได้นำหลักผู้แทนนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 76 และหลักตัวการตัวแทนตามมาตรา 823 มาปรับใช้เพื่อให้นายกเทศมนตรีรับผิดชอบแทนเทศบาลในกิจการที่ได้กระทำแทนเทศบาล อันเป็นการฟ้องตัวเจ้าหน้าที่แทนหน่วยงานของรัฐ และไม่ได้พิจารณาว่า การกระทำของนายกเทศมนตรีดังกล่าวเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามกฎหมายหรือไม่ ทั้งที่ในขณะนั้นได้มีพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 147 บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติตามหน้าที่ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว เว้นแต่จะได้กระทำโดยเจตนาร้ายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 296 เบญจ วรรคสาม บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๓๖๖ เว้นแต่จะได้กระทำโดยมีเจตนาร้าย หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง”

กฎหมายทั้งสองมาตราดังกล่าว ได้กำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้กระทำการตามอำนาจหน้าที่ไว้โดยชัดแจ้ง และถือว่าพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 147 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 296 เบญจ วรรคสาม เป็นกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ที่จะนำมาใช้บังคับแก่กรณีที่เจ้าหน้าที่หน่วยงานอื่นๆ ได้กระทำไปในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ศาลฎีกากลับวินิจฉัยคดีต่างๆ โดยมีได้นำมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ เป็นเหตุให้พนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในคดีล้มละลายและเจ้าพนักงานบังคับคดีในคดีแพ่ง มีกฎหมายคุ้มครองมากกว่า กล่าวคือ หากก่อให้เกิดความเสียหายใดๆ ขึ้นอันเกิดจากการปฏิบัติตามหน้าที่ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่ได้ปฏิบัติหน้าที่แล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น

²¹ ชาญชัย แสวงศักดิ์, ข เล่มเดิม, หน้า 20.

โดยมีเจตนาร้าย หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ในขณะที่เจ้าหน้าที่อื่นๆ ของรัฐซึ่งมีฐานะเป็นข้าราชการเช่นเดียวกันต้องรับผิดชอบในทุกระณิกที่เหตุละเมิดเกิดขึ้นและต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม จึงไม่เป็นธรรมกับเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ เป็นการใช้กฎหมายอย่างลักลั่น²² อันเป็นผลมาจากการที่ศาลได้ยึดถือแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่วินิจฉัยไว้ในคดีก่อนๆ ยิ่งกว่ายึดหลักกฎหมายที่ปรากฏอย่างชัดเจนและไม่ได้นำกฎหมายทั้งสองฉบับมาปรับใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อคุ้มครองเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐอย่างเท่าเทียมกัน

ต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 44 ว่า “สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการซึ่งเป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบเพื่อการกระทำของเจ้าพนักงาน ในฐานะเสมือนเป็นตำรวจหรือนายจ้าง ย่อมได้รับความคุ้มครอง” แต่ศาลก็ยังคงวินิจฉัยคดีตามแนวเดิม โดยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินให้เจ้าหน้าที่ต้องร่วมรับผิดชอบ คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 179/2495 ข้อเท็จจริงมีว่า มีผู้ลอบเอาโฉนดที่ดินซึ่งเจ้าของแจ้งขายและขอใบแทนไปแล้วมาหลอกจ้างของไว้กับโจทก์ ปรากฏว่าใบโฉนดฉบับหลวงได้จดทะเบียนการออกใบแทนโฉนด พร้อมทั้งวันเดือนปีไว้ด้วยหมึกสีแดง เห็นได้อย่างชัดเจน แต่เจ้าพนักงานที่ดินกระทำโดยประมาทละเลยต่อการตรวจสอบตามสมควร จึงได้มีการจ้างของต่อกันเป็นที่เสียหายแก่โจทก์ ดังนั้น เจ้าพนักงานที่ดินต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น และกรมที่ดินต้องรับผิดชอบด้วยตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้น กรณีเจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำละเมิดไม่ว่าจะเป็นประมาทเลินเล่อธรรมดา หรือประมาทเลินเล่อร้ายแรง เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำเช่นเดียวกับประชาชนทั่วไปอยู่เช่นเดิม แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 มาตรา 42 ได้บัญญัติยืนยันว่า “สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการซึ่งเป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบเพื่อการกระทำของเจ้าพนักงานในฐานะเสมือนเป็นตำรวจหรือนายจ้าง ย่อมได้รับความคุ้มครอง” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่อมา ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวตลอดมา ก็ตาม

2.2.1.3 สมัยปัจจุบัน

ด้วยบทบาทของรัฐที่มีเพิ่มมากขึ้นในปัจจุบัน อันเนื่องมาจากการกิจที่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชน เมื่อการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน แนวคิดเดิมที่ให้สิทธิผู้เสียหายฟ้องเจ้าหน้าที่ให้ต้องรับผิดชอบร่วมกับหน่วยงานของรัฐได้ จึงไม่สอดคล้องกับบทบาทของรัฐที่

²² กมลชัย รัตนสกววงศ์. สรุปคำบรรยายพิเศษเรื่องพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 วันพุธที่ 26 กุมภาพันธ์ 2540 ห้อง 501 อาคาร สพข.สำนักงาน ก.พ. หน้า 9 อ้างถึงใน ชาญชัย แสวงศักดิ์. เล่มเดิม. หน้า 29.

เปลี่ยนแปลงไปและเกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน จึงได้เกิดแนวคิดใหม่ให้ผู้เสียหายฟ้องร้องรัฐให้ต้องรับผิดชอบได้ โดยถือเอาการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเกณฑ์ อันเป็นความรับผิดชอบของรัฐ จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวความคิดดังกล่าวขึ้น 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยกฎหมายทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวทำให้ทราบถึงขอบเขตแห่งความรับผิดของเจ้าหน้าที่ในทางส่วนตัว และความรับผิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งรัฐต้องรับผิดชอบชดเชยมากยิ่งขึ้น โดยมีสาระสำคัญดังนี้

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติขึ้นเนื่องจากแต่เดิมไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนต่างๆ ในการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ไว้อย่างชัดเจน ทำให้เกิดอุปสรรคในการปฏิบัติราชการและเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายนี้ขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว²³ โดยมีหลักการสำคัญคือ ความเป็นกฎหมายกลางของพระราชบัญญัตินี้ กล่าวคือ ตามมาตรา 3 ได้กำหนดถึงวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่กรณีที่ถูกกฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะแล้วและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ ก็ให้บังคับไปตามกฎหมายนั้น

สำหรับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดจากการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้กับกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดในการปฏิบัติหน้าที่และต้องรับผิดชอบแก่ผู้เสียหายโดยตรง ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่ จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรับเสียใหม่ เพื่อให้เกิดความถูกต้องและเป็นธรรมสอดคล้องกับบทบาทของเจ้าหน้าที่ซึ่งเพิ่มขึ้นไปตามบทบาทของรัฐที่เปลี่ยนแปลงไป และให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ให้ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ต้องกังวลว่าจะต้องรับผิดชอบรัฐอีกต่อไป พระราชบัญญัตินี้มีหลักการสำคัญหลายประการ เช่น บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีเป็นการปฏิบัติหน้าที่ทำให้ผู้อื่นเสียหายโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

²³ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติ เนื่องจากโดยที่การดำเนินงานทางปกครองในปัจจุบันยังไม่มีหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่เหมาะสม จึงสมควรกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนต่าง ๆ สำหรับการดำเนินงานทางปกครองขึ้น เพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย มีประสิทธิภาพในการใช้บังคับกฎหมายให้สามารถรักษาประโยชน์สาธารณะได้และอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน อีกทั้งยังเป็นการป้องกันการทุจริตและประพฤติไม่ชอบในวงราชการ

มีการหักส่วนความรับผิดชอบของรัฐ และการไม่นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ เป็นต้น และกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นหากเป็นคดีละเมิดทางปกครองแล้ว อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง²⁴

ศาลปกครองของไทย ได้มีการดำเนินการและพัฒนามาเป็นเวลานาน ตั้งแต่สมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงตรา พระราชบัญญัติเคาน์ซิลออฟเสดขึ้น เพื่อเป็นที่ปรึกษาในการบริหารราชการแผ่นดิน และการร่างกฎหมายกับเป็นผู้พิจารณาเรื่องที่ราษฎรได้รับความเดือดร้อน จนปัจจุบันเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Administrative Justice) อันเป็นกระบวนการยุติธรรมประเภทหนึ่งในระบบศาลคู่ที่ให้อยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย มีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง ซึ่งหมายถึงคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนกรณีหนึ่ง และข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเองอีกกรณีหนึ่ง โดยข้อพิพาทเหล่านั้นเกิดจากการที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร หรือเป็นคดีอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ หรืออันเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในการดำเนินงานของรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับต่างๆ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปฏิบัติหน้าที่ ประเทศที่อยู่ในระบบนิติรัฐ (Legal state) คือ รัฐที่ทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่อาจใช้อำนาจหรือกระทำการใดๆ ได้ตามอำเภอใจ จะต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมาย การกิจและบทบาทของศาล

²⁴ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีสาระสำคัญคือ การที่เจ้าหน้าที่ดำเนินการกิจการต่าง ๆ หากได้เป็นไปเพื่อประโยชน์เฉพาะตัว การปล่อยให้ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการที่ปฏิบัติงานเกิดความเสียหายแก่เอกชนเป็นไปตามหลักกฎหมายเอกชนเป็นการไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่า เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดเป็นการเฉพาะตัว เมื่อหน่วยงานรับผิดชอบบุคคลภายนอกเพียงใด ก็จะฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่เต็มจำนวนนั้น ทั้งที่บางกรณีเกิดขึ้นโดยความไม่ตั้งใจหรือความผิดพลาดเพียงเล็กน้อย ทั้งยังนำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมในกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ มุ่งหมายแต่จะได้เงินครบโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรม เป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่ และยังเป็นการบั่นทอนกำลังใจขวัญในการทำงานของเจ้าหน้าที่ จนกลายเป็นปัญหาในการบริหารเจ้าหน้าที่ไม่กล้าตัดสินใจดำเนินงานเท่าที่ควร เพราะเกรงความรับผิดชอบที่จะเกิดแก่ตน จึงสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดทางละเมิดในการปฏิบัติงานในหน้าที่เฉพาะเมื่อเป็นการจงใจกระทำเพื่อการเฉพาะตัว หรือจงใจให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้แบ่งแยกความรับผิดชอบของแต่ละคนมิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม และเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของรัฐ

ปกครองคือการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองว่า การกระทำและคำสั่งทางปกครองที่ได้ดำเนินการไปนั้น เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นหรือไม่ ซึ่งจะทำให้สามารถป้องกันไม่ให้เกิดสิ่งที่ไม่พึงประสงค์ คือการบิดเบือนการใช้อำนาจ ประเทศที่พัฒนาแล้วจะใช้ศาลปกครองดำเนินการแก้ปัญหาในทางบริหารราชการแผ่นดิน เพราะจะช่วยควบคุมดูแลให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นไปอย่างถูกต้องเป็นธรรม²⁵

ศาลปกครองมีกระบวนการพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวน ในการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีจะเป็นหน้าที่ของตุลาการเป็นสำคัญ และกระบวนการพิจารณาโดยส่วนใหญ่จะกระทำในรูปของลายลักษณ์อักษรซึ่งจะต่างกับวิธีพิจารณาคดีแพ่ง ซึ่งกระทำด้วยการให้ข้อเท็จจริงของคู่กรณีและพยานโดยการซักถามพยานและซักค้านกัน โดยทนายความต่อหน้าศาล แต่ก็จะมีการนำลักษณะทั่วไปในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งมาใช้ เช่น มีการเริ่มคดีโดยคู่กรณี ศาลจะต้องพิพากษาไปตามกรอบคำฟ้องและคำขอท้ายฟ้อง การใช้หลักการโต้แย้ง การคัดค้านตุลาการ เป็นต้น²⁶

2.2.2 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส แนวความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ก็ได้มีการพัฒนามาเป็นขั้นตอนเช่นเดียวกันกับประเทศอื่นๆ โดยแบ่งได้เป็นสามช่วงเวลา คือ ความรับผิดชอบของรัฐสมัยสมบูรณ์อนุสัญญาสิทธิราชย์ สมัยหลังการปฏิวัติ และสมัยปัจจุบัน ดังนี้

2.2.2.1 สมัยสมบูรณ์อนุสัญญาสิทธิราชย์

ความรับผิดชอบของรัฐก่อนการปฏิวัติ ปี ค.ศ.1789 ประเทศฝรั่งเศสมีการปกครองในระบบสมบูรณ์อนุสัญญาสิทธิราชย์ กษัตริย์ไม่ต้องรับผิดชอบต่อประชาชน ดังเช่นที่พระเจ้าหลุยส์ที่ 13 ได้กล่าวถึงอำนาจศาลยุติธรรมว่ามีอำนาจพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับข้อพิพาทของประชาชน ในทางแพ่งและในทางอาญาเท่านั้น โดยทรงประกาศพระบรมราชโองการ ค.ศ. 1641 หรือ “L’ Edit de Saint – Germain de février 1641” ว่า “เราขอประกาศว่า ศาลปาร์เลอมองต์ (ศาลยุติธรรม) แห่งกรุงปารีสและศาลอื่นๆ ของเรานั้น เราได้จัดตั้งขึ้นมาเพื่อความยุติธรรมแก่ราษฎรของเราเท่านั้น ดังนั้นจึงขอห้ามไว้อย่างชัดเจนว่าตั้งแต่นี้เป็นต้นไป ศาลดังกล่าวของเราจะพิจารณาคดีใดๆ ที่เกี่ยวกับรัฐ ฝ่ายปกครองและรัฐบาลไม่ได้เลย โดยเราขอสงวนไว้ให้เป็นอำนาจของเราแต่ผู้เดียว เว้นแต่ในกรณีที่ได้รับมอบอำนาจและคำสั่งจากเราเป็นพิเศษในรูปของพระบรมราชโองการเท่านั้น”²⁷ และพระ

²⁵ อัคราทร จุฬารัตน. (2550). ประมวลกฎหมายปกครอง. หน้า 29-30.

²⁶ แหล่งเดิม. หน้า 32.

²⁷ ชาลส์ แสงสก็. “ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน”. วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 4, ตอน 3. หน้า 542.

เจ้าหลุยส์ที่ 14 ได้กล่าวไว้ว่า “รัฐคือตัวข้าฯ” “L'Etat é est moi” ซึ่งมีความหมายในทางการปกครองว่า การบริหารบ้านเมืองเป็นอำนาจของพระองค์แต่เพียงผู้เดียวที่จะนำพาประเทศฝรั่งเศสให้ยิ่งใหญ่ที่สุดในยุโรป²⁸ ประชาชนจึงไม่สามารถฟ้องร้องให้พระองค์ต้องรับผิดชอบในการกระทำใดๆ ได้ ประกอบกับมีการอ้างถึงหลักการที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำความผิดไม่ได้” (le Roi ne peut mal fair) มาสนับสนุนข้อห้ามการฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ด้วย

2.2.2.2 สมัยหลังการปฏิวัติ

ภายหลังการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1789 มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองได้มีการถ่ายโอนข้อความคิดที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงกระทำความผิดไม่ได้มายังรัฐ โดยมีแนวคิดที่ว่ารัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครองได้กระทำการต่างๆ เพื่อประโยชน์ของทุกคน จึงไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของตน เว้นแต่บางคดีที่ศาลยุติธรรมได้นำหลักความรับผิดชอบมาใช้ เช่น ความผิดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และเมื่อมีการฟ้องเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการจัดการ (actes de gestion) คือ การกระทำของรัฐที่รัฐกระทำเสมือนปัจเจกชนทั่วไป หากเกิดความเสียหายขึ้น รัฐอาจถูกเอกชนฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมได้

2.2.2.3 สมัยปัจจุบัน

ในปี ค.ศ. 1873 ได้มีการพัฒนาแนวความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองให้ชัดเจนและมากยิ่งขึ้นจากเดิมที่ศาลปกครองชั้นต้นได้เดินตามแนวเดิมที่ได้วางหลักไว้ตลอดมา โดยศาลปกครองสูงสุดได้ปฏิเสธที่จะนำประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ เพราะถือว่าความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองเป็นเรื่องที่แยกได้จากความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่ง และหลังจากนั้นได้มีการตรากฎหมายบัญญัติให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายในบางเรื่องอันเป็นก้าวแรกของความรับผิดชอบปราศจากความผิด เช่น ความเสียหายเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ และเกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลหรือศาลคดีขัดกันของฝรั่งเศส (T.C.)²⁹ ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ในคดี Blanco (T.C.8 février 1873) เป็นคดีแรกที่ได้วางหลักให้รัฐ

²⁸ วิรัช วิรัชนิการวรรณ. (2542). ศาลปกครองไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี. หน้า 188.

²⁹ T.C. ย่อมาจาก Tribunal des Conflits หมายถึง ศาลวินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้งในเรื่องอำนาจศาล เกิดขึ้นเนื่องจากการที่ประเทศฝรั่งเศสมีระบบศาลสองระบบที่แยกจากกันอย่างเด็ดขาดและต่างเป็นอิสระจากกัน คือระบบการพิจารณาคดีปกครองอันเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานของฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ภายใต้การดำเนินการของสภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุด และระบบการพิจารณาคดีแพ่งกับคดีอาญาอันเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การดำเนินการของศาลยุติธรรม ดังนั้น เมื่อเกิดปัญหาว่าคดีใดจะอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาคดีพิพาทของศาลใด ก็จะต้องมีองค์กรสูงสุดที่จะเข้ามาชี้ว่าคดีนั้นควรจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด จึงต้องมีการจัดตั้งศาลคดีขัดกันขึ้นมาเพื่อชี้ขาดเขตอำนาจศาล

ต้องรับผิดชอบ และเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองซึ่งต้องนำหลักกฎหมายปกครองมาปรับใช้ อันเป็นการวางรากฐานให้กับ “ความมีลักษณะเฉพาะตัวของความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง” ซึ่งไม่อาจนำหลักที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งอันเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ สำหรับความรับผิดชอบสำหรับเอกชนมาใช้บังคับ โดยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์พิเศษที่มีความหลากหลาย ขึ้นอยู่กับความต้องการของบริการสาธารณะและความจำเป็นที่จะประสานประโยชน์หรือสิทธิของรัฐกับเอกชน³⁰

นับแต่นั้นมา ความรับผิดชอบของรัฐในประเทศฝรั่งเศสก็มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดในทางปกครอง ที่เกิดขึ้นจากแนวคิดที่ว่าจะไม่ปล่อยให้เกิดกรณีที่มีความเสียหายขึ้นโดยไม่มีการชดเชยเยียวยา ซึ่งเป็นความต้องการที่สืบเนื่องหรือสอดคล้องมาจากแนวคิดการช่วยเหลือเกื้อกูลกันในชาติ (solidarité nationale) โดยแนวคิดนี้มีการกล่าวอ้างไว้ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1948 และได้บัญญัติเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติให้ชาวฝรั่งเศสมีความร่วมมือช่วยเหลือซึ่งกันและกันให้แก่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเมื่อประสบภัยพิบัติ โดยครั้งแรก ปี ค.ศ. 1919 ได้ออกกฎหมายมาเพื่อชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ปี ค.ศ. 1946 ได้ออกกฎหมายมาเพื่อชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากสงครามโลกครั้งที่สอง กฎหมายชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการก่อการร้าย และกฎหมายชดเชยค่าเสียหายอันเนื่องมาจากโรคเอดส์³¹ เป็นต้น

นอกจากนี้แล้ว แนวคำวินิจฉัยเรื่องความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดของรัฐ นอกจากจะคำนึงถึงทฤษฎีการช่วยเหลือเกื้อกูลกันในชาติแล้ว ยังได้พิจารณาไปถึงหลักความเสมอภาคของประชาชนในภาระหน้าที่ที่มีต่อส่วนรวม กล่าวคือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่จำเป็นต้องเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการกระทำผิดใดๆ ของรัฐ แต่หากการกระทำของรัฐที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ นั้น ไปทำให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งต้องเสียหาย คือ ต้องเสียประโยชน์ใดๆ ของตนไปมากกว่าที่พลเมืองคนอื่นๆ จะต้องเสียแล้ว ถือว่าเขาต้องรับภาระสาธารณะมากกว่าพลเมืองคนอื่น รัฐต้องชดเชยเยียวยาให้แก่เขา และความรับผิดชอบเนื่องมาจากความเสียหาย กล่าวคือ หากบุคคลใดจำต้องเสี่ยงภัยจากกิจกรรมที่เป็นอันตรายที่เกิดจากการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว เขาก็จะต้องได้รับการชดเชยค่าทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นตามที่ได้อ้างอิงไว้ในคดี C.E. 28 mars. 1919 และคดี C.E., 24 juin. 1949 เป็นต้น

³⁰ สุรพล นิธิไกรพนธ์และคณะ. (2545). รายงานการวิจัยเรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 262.

³¹ ฉันทิกา กุลธำรงค์. (2551). ความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายฝรั่งเศสกับกฎหมายไทย. หน้า 40.

ศาลปกครองฝรั่งเศสเกิดจากแนวความคิดที่ว่า ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมควรพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกัน ส่วนคดีปกครองซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ไม่ควรอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณา แต่ควรเป็นหน้าที่ของผู้มีความเชี่ยวชาญในคดีปกครอง สิ่งแรกที่คณะปฏิวัติในปี 1789 ได้กระทำหลังจากการปฏิวัติสำเร็จ ก็คือ ทำลายอิทธิพลของศาล (ศาลยุติธรรม) โดยการตรากฎหมายขึ้นทันที คือกฎหมายฉบับลงวันที่ 16 – 24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 กฎหมายฉบับนี้ได้รับอิทธิพลส่วนหนึ่งมาจากทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ มีมาตราสำคัญซึ่งขณะนั้นยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ คือ มาตรา 12 และมาตรา 13 มีเนื้อหา ดังนี้

มาตรา 12 บัญญัติว่า “หน้าที่ของฝ่ายตุลาการย่อมเป็นเอกเทศและย่อมจะต้องแยกออกจากหน้าที่ของฝ่ายบริหารตลอดไป ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมทางแพ่งไม่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับเรื่องใดๆ ก็ตามที่เป็นการปฏิบัติการของฝ่ายปกครองได้และผู้พิพากษาย่อมไม่มีอำนาจที่จะเรียกฝ่ายบริหารใดๆ ไปให้การต่อหน้าศาลสถิตยุติธรรมในเรื่องที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหารในทางราชการ และหากมีการกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ ผู้พิพากษาเหล่านั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง” และมาตรา 13 บัญญัติว่า “หน้าที่ทางตุลาการศาลยุติธรรมต่างจากและแยกจากกันกับหน้าที่ทางปกครองตลอดไป ตุลาการศาลยุติธรรมหาอาจกระทำการให้กระทบกระทั่งโดยประการใดๆ กับปฏิบัติการทางปกครอง และไม่อาจเรียกให้เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองมาศาลได้เพราะเหตุได้กระทำตามหน้าที่ การฝ่าฝืนจะได้รับโทษานุโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้”³²

ต่อมาในปี ค.ศ. 1799 จึงได้มีการกฎหมายจัดตั้งสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) ขึ้นมาให้ทำสองหน้าที่คือ ให้ความเห็นทางกฎหมายกับฝ่ายบริหารและพิจารณาคำร้องทุกข์ของประชาชนเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยสภาแห่งรัฐไม่สามารถวินิจฉัยชี้ขาดได้ แต่จะทำหน้าที่เป็นผู้เสนอแนะคำวินิจฉัยให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้สั่งการ ต่อมาในปี ค.ศ. 1872 เมื่อสภาแห่งรัฐได้สร้างและพัฒนาระบบพิจารณาคดีปกครองจนเป็นที่ยอมรับจากสังคม จึงมีการออกกฎหมายมอบอำนาจให้สภาแห่งรัฐสามารถวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้เอง โดยไม่ต้องให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้สั่งการเช่นที่เป็นมา ในระหว่างปี ค.ศ. 1799 - ค.ศ. 1872 สภาในส่วนที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองจึงกลายเป็น “ศาลปกครอง” นับแต่นั้นมาและเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นต้น สภาแห่งรัฐในส่วนที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองจึงมีสถานะเป็น “ศาลปกครองสูงสุด”³³ ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้จะใช้คำว่า “ศาล

³² Brown, L. Nevell, and Garner, J.F. **France Administrative Law**. (n.p., n.d.). แปลโดย ศาสตราจารย์ อมร จันทรสมบูรณ์. หน้า 33.

³³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. ก เล่มเดิม. หน้า 51- 52.

ปกครองสูงสุด” กรณีกล่าวถึงการวินิจฉัยคดี และคำว่า “สภาแห่งรัฐ” กรณีการให้ความเห็นทางกฎหมาย

2.2.3 ประเทศเยอรมัน

2.2.3.1 สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์

ประเทศเยอรมัน แต่เดิมมีการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เช่นเดียวกับประเทศอื่นๆในยุโรปซึ่งยังไม่มีแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ โดยถือหลักที่ว่ารัฐไม่สามารถที่จะรับผิดชอบได้ เนื่องจากถือว่ารัฐทรงอำนาจอธิปไตย โดยแนวความคิดดังกล่าวนี้เชื่อมโยงอยู่กับแนวความคิดที่ว่า พระมหากษัตริย์ซึ่งทรงอำนาจเด็ดขาดกับรัฐเป็นสิ่งๆ เดียวกัน³⁴ ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจรับผิดชอบได้

2.2.3.2 สมัยใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรปรัสเซีย

ความรับผิดชอบของรัฐที่ปรากฏในยุคแรก มีที่มาจากประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งราชอาณาจักรปรัสเซีย ค.ศ.1794 (Allgemeines Landrecht für die Preußischen staaten 1794 – ALR; The Prussian General Land Law 1794) โดยกฎหมายฉบับนี้แม้จะวางหลักว่า ราชอาณาจักรปรัสเซียทรงอำนาจเด็ดขาดเหนือราษฎรแต่ก็กำหนดหน้าที่ให้แก่ราชอาณาจักรในการปกป้องคุ้มครองชีวิตและทรัพย์สินของราษฎร โดยกำหนดให้ราชอาณาจักรต้องอยู่ภายใต้อำนาจของศาลด้วย ซึ่งเป็นฐานของความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายในปัจจุบัน ได้แก่กรณีที่ราชอาณาจักรก้าวล่วงไปละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของเอกชนเพื่อประโยชน์ส่วนรวม แม้บุคคลนั้นจะไม่อาจโต้แย้งขัดขวางการใช้อำนาจของราชอาณาจักรได้ แต่หากตนได้รับความเสียหายประการใดจากการล่วงละเมิดสิทธินั้น บุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ราชอาณาจักรชดเชยค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ตนได้ ทั้งนี้ ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 74 และ 75 (§§ 74,75 ALR) การกระทำที่รัฐต้องรับผิดชอบนั้นต้องเป็นการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงซึ่งถือเป็นการกระทำที่ถูกระงับได้ รัฐต้องใช้ “ค่าสินไหมทดแทน”

นอกจากนี้ได้บัญญัติความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำที่ไม่เจตนาหรือไม่ประมาทเลินเล่อไม่ว่าการกระทำนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม เป็นหน้าที่ของรัฐในการชดเชยค่าทดแทนความเสียหายแก่เอกชนสำหรับความเสียหายที่เขาต้องเสียหายเป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่น และเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม กรณีนี้รัฐต้องรับผิดชอบใช้ “ค่าทดแทนความเสียหาย” เช่นการเวนคืนกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีการเสียสละเป็นพิเศษ (Sonderopfertheorie) ที่ได้พัฒนาโดย

³⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2547) รายงานการวิจัยเรื่อง ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน. เสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 6.

ศาลแพ่งเยอรมันโดยการดึงเอาหลักความเสมอภาคเข้ามาใช้ด้วย ทำให้การเสียสละเป็นพิเศษต้องได้รับการทดแทนซึ่งทำให้หลักความเสมอภาคกลายเป็นหลักทดแทนไปด้วย³⁵

อีกทั้งกรณีที่ราษฎรได้รับความเสียหายจากการกระทำโดยละเมิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ราษฎรที่ได้รับความเสียหายนั้นมีสิทธิฟ้องให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบการส่วนตัวได้ เป็นต้น

2.2.3.3 สมัยปัจจุบัน

เมื่อมีการตรากฎหมายแพ่งได้มีการบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่จากการกระทำโดยละเมิดไว้ในทำนองเดียวกันไว้ในมาตรา 839 ประกอบกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 34 ซึ่งต่อมารัฐธรรมนูญวอเมอร์ ค.ศ.1949 มาตรา 34 ได้เปลี่ยนแปลงหลักการเดิม กล่าวคือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองไว้ให้ชัดเจนขึ้น โดยตราเป็นรัฐบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ค.ศ. 1981 มาตรา 1 กำหนดให้รัฐและองค์กรของรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้นต่อเอกชนโดยตรงเป็นเบื้องต้น³⁶ แต่ต่อมากฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้ประกาศใช้ จนกระทั่งถึงปัจจุบันและไม่มีมีการตรากฎหมายใหม่ขึ้นใช้แต่อย่างใด หลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐจึงจัดกระจายอยู่ในรูปของกฎหมายต่างๆ เช่นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นกฎหมายธรรมดา รัฐธรรมนูญ และสิทธิเรียกร้องที่พัฒนาโดยศาล ซึ่งต่อมาศาลได้ตีความขยายความหมายให้กว้างออกไปและสร้างข้อความคิดใหม่ๆ เกี่ยวกับรูปแบบความรับผิดชอบของรัฐขึ้นด้วย

ศาลปกครองเยอรมันเกิดขึ้นเนื่องมาจากกฎหมายปกครองในประเทศเยอรมันได้เริ่มพัฒนามาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 จากแนวความคิดทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐและของเอกชนที่ว่า การใช้อำนาจอธิปไตยไม่ควรนำมาพิจารณาให้เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจทางสังคม ทั้งสองส่วนนี้ไม่เหมือนกันและได้นำไปสู่ความแตกต่างระหว่างกฎหมายแพ่ง กับกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะกฎหมายปกครองนั้น เป็นกฎหมายที่กำหนดขอบเขตของกิจกรรมทั้งหลายของรัฐ การแทรกแซงของรัฐจะกระทำได้ที่ต่อเมื่อมีกฎหมายที่รัฐสภาได้บัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้นและยึดถือหลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง โดยรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน มาตรา 3 วรรคสาม บัญญัติว่า “ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต้องดำเนินการตามกฎหมาย และความยุติธรรม”

³⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. ข (2538). กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน. หน้า 76.

³⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2529). บันทึกเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ. หน้า 275-283.

2.2.4 ประเทศอังกฤษ

ในระบบกฎหมายอังกฤษแต่เดิมนั้นไม่มีมโนทัศน์เกี่ยวกับรัฐในฐานะที่เป็นบุคคลซึ่งทรงสิทธิหน้าที่แตกต่างหากจากกษัตริย์หรือราชบัลลังก์ ตลอดจนขาดมโนทัศน์เกี่ยวกับอำนาจมหาชน ระบบกฎหมายอังกฤษยึดถือหลักการที่ว่า “กษัตริย์จะทรงกระทำผิดมิได้” (The King can do no wrong) โดยหลักการนี้ได้รับการยอมรับสืบเนื่องมาจากสมัยกลาง ทั้งนี้เพราะถือกันว่าในยุคสมัยนั้นกษัตริย์ทรงอยู่ในฐานะที่สูงที่สุดในแผ่นดิน บุคคลซึ่งผูกพันอยู่กับที่ดินตามระบบศักดินา (Feudalism) ย่อมไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องในทางศาลต่อกษัตริย์ได้ แต่แนวคิดดังกล่าวก็ได้เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย ต่อมาได้มีการยอมรับหลักความรับผิดชอบของรัฐ แต่การอธิบายความรับผิดชอบต่างๆ ของรัฐที่มีการยอมรับในภายหลังมักจะอธิบายโดยใช้มโนทัศน์ว่าด้วยราชบัลลังก์ (crown) แทน³⁷ พัฒนาการความรับผิดชอบของรัฐในประเทศอังกฤษแบ่งได้เป็นสามช่วงเวลา³⁸ ดังนี้

2.2.4.1 สมัยศตวรรษที่ 13

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 13 ได้มีการยอมรับให้เอกชนสามารถทำคำร้องทุกข์ขอให้กษัตริย์อนุญาตให้เอกชนทำคำร้องทุกข์ใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลได้ ซึ่งการจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตเป็นเรื่องที่อยู่ในพระราชอำนาจของกษัตริย์โดยเฉพาะ หากพระองค์ไม่อนุญาตจะฟ้องให้ราชบัลลังก์รับผิดชอบไม่ได้ แต่ถึงแม้จะมีการอนุญาตให้ฟ้องคดีได้ และศาลมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีก็ตาม การบังคับคดีกับราชบัลลังก์ก็ไม่อาจกระทำได้นอกจากนี้การใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวจำกัดเฉพาะสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากสัญญาหรือการจ่ายเงินเกินจำนวนที่ต้องจ่ายไปเท่านั้น ไม่รวมถึงสิทธิเรียกร้องอันเกิดจากการกระทำละเมิดของข้าราชการแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำละเมิดอันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจปรับให้เข้ากันเป็นเนื้อเดียวกับหลักที่ว่า กษัตริย์ไม่ทรงกระทำผิดได้ เอกชนที่เสียหายจากการทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ข้าราชการจะต้องฟ้องให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบเป็นส่วนตัว หลักการดังกล่าวได้รับการยืนยันไว้ในคำพิพากษา คดี *Tobin v. R* ว่าหลักการที่ว่า “กษัตริย์จะไม่ทรงทำอะไรผิด” มีความหมายว่าพระองค์ไม่ต้องรับผิดชอบฟ้องคดีในทางแพ่งและทางอาญา สำหรับการกระทำที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดนั้น การกระทำของกษัตริย์ที่พระองค์ได้กระทำไปในทางส่วนตัวเป็นสิ่งที่ได้รับการสนับสนุนในทางกฎหมายว่าไม่เป็นความผิด การกระทำของบรรดาผู้รับใช้ราชบัลลังก์ทั้งหลายที่กระทำไปโดยคำสั่งของพระองค์ก็ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ผิดเช่นกัน ดังนั้นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนยังคงมีข้อจำกัดอยู่

³⁷ David Foulkes. (1990). **Administrative Law**. (7th ed.) p. 13.

³⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. ข (2555). **กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ : ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ**. หน้า197-216.

2.2.4.2 สมัยก่อนตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีกับราชบัลลังก์

ก่อนที่จะตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีกับราชบัลลังก์ ค.ศ. 1947 (Crown Proceeding Act. 1947) ข้าราชการและเจ้าหน้าที่ทั้งหลายที่รับใช้ราชบัลลังก์ ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ตนก่อขึ้นเป็นส่วนตัว ผู้บังคับบัญชาของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ที่รับใช้ราชบัลลังก์จะต้องร่วมรับผิดชอบเมื่อตนมีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดความเสียหาย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจอ้างอำนาจมหาชนตามกฎหมายหรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชาให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบในการกระทำหน้าที่ที่ประกอบกับฐานะละเมิดลักษณะต่างๆ ได้ตาม common law องค์การเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจอ้างได้ว่าการกระทำของตนนั้นอยู่ในกรอบของสิทธิพิเศษแห่งราชบัลลังก์ เพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวได้ และในบางกรณีก็มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดข้อจำกัดความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวขององค์การเจ้าหน้าที่ที่รับใช้ราชบัลลังก์บางประเภทด้วย ซึ่งโดยปกติแล้วหน่วยงานแห่งราชบัลลังก์หมายถึงราชการบริหารส่วนกลาง

ในทางปฏิบัติแล้วราชบัลลังก์ก็ได้สละความคุ้มกันโดยเข้าไปรับผิดชอบองค์การผู้รับใช้ราชบัลลังก์ในลักษณะและเงื่อนไขเช่นเดียวกับที่นายจ้างต้องรับผิดชอบหรือร่วมกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้ก่อขึ้น ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้และผู้เสียหายฟ้องคดีต่อศาลให้องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ราชบัลลังก์รับผิดชอบเป็นการส่วนตัว หน่วยงานราชการบริหารส่วนกลาง (ราชบัลลังก์) นั้นก็จะเข้าไปเป็นคู่ความในคดี และหากแพ้คดีหน่วยงานดังกล่าวก็จะชดเชยค่าสินไหมทดแทนตลอดจนค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแทนองค์การเจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ราชบัลลังก์ด้วย การที่กฎหมายอังกฤษกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบเช่นเอกชนทั่วไป สืบเนื่องจากอิทธิพลทางความคิดของนักกฎหมายที่สำคัญคือ ไคซี (Dicey) ที่เห็นว่าระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสซึ่งแยกศาลปกครองออกเป็นอีกระบบหนึ่งจากศาลยุติธรรมนั้น เป็นการป้องกันช่วยเหลือไม่ให้เจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดของตน ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายอังกฤษที่ไม่ยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอภิสิทธิ์ยิ่งกว่าบุคคลธรรมดา หลักการดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงความเท่าเทียมกันของบุคคลภายใต้กฎหมายอันเป็นเนื้อหาสำคัญของหลักนิติธรรม (The Rule of Law)

ถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติราชบัลลังก์จะสละความคุ้มกันที่ตนมีอยู่ก็ตาม แต่ก็เป็นเรื่องของความสมัครใจของราชบัลลังก์เท่านั้น หากไม่มีกฎหมายที่ชัดเจน จึงมีเสียงเรียกร้องจากหลายฝ่ายให้กฎหมายรับรองสิทธิของประชาชนในการฟ้องคดีต่อราชบัลลังก์ขึ้น จึงได้มีการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีกับพระราชบัลลังก์ขึ้นในปี ค.ศ. 1927 และได้ประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1947

2.2.4.3 สมัยตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีกับราชบัลลังก์

พระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีกับราชบัลลังก์ ค.ศ. 1947 บัญญัติขึ้นบนหลักการพื้นฐานที่ยอมรับว่า ราชบัลลังก์ยังคงได้รับความคุ้มครองให้ไม่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำละเมิดของข้าราชการ แต่ก็กำหนดกรณีต่างๆ ให้ราชบัลลังก์ต้องรับผิดชอบไว้ค่อนข้างกว้างขวาง มีทั้งกรณีที่ราชบัลลังก์ต้องเข้ามารับผิดชอบในผลแห่งละเมิดแทนข้าราชการผู้รับใช้ราชบัลลังก์ (vicarious liability) และกรณีที่ราชบัลลังก์ต้องเข้ามารับผิดชอบโดยตรง (direct liability) สำหรับความผิดที่เกิดจากสัญญาหรือการค้ำประกัน ในส่วนของความรับผิดชอบทางละเมิดนั้น ได้กำหนดให้ราชบัลลังก์มีฐานะเหมือนเอกชน ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนออกจากกัน จึงไม่มีกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแยกออกจากหากเป็นพิเศษจากความรับผิดชอบของเอกชนทั่วไป และความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ที่เกิดจากการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่จึงไม่อาจถือว่าเป็นเรื่องละเมิดในทางปกครองได้

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของราชบัลลังก์ที่สำคัญได้แก่ความรับผิดชอบที่ราชบัลลังก์ต้องรับผิดชอบต้องเกิดจากการกระทำของผู้รับใช้ช่วยเหลือราชบัลลังก์ โดยต้องเป็นผู้ที่ราชบัลลังก์แต่งตั้งและได้รับเงินตอบแทนการปฏิบัติหน้าที่จากงบประมาณที่รัฐสภากำหนดให้เท่านั้น โดยการกระทำละเมิดนั้นต้องอยู่ในขอบข่ายของงานที่ผู้ว่าจ้างได้จ้าง และไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้นจากความประมาทอันเป็นเหตุบังเอิญในการทำงานที่จ้างนั้น เสมือนหนึ่งราชบัลลังก์เป็นผู้ว่าจ้าง อีกทั้งราชบัลลังก์ไม่ต้องรับผิดชอบใน 2 กรณี คือ ตามข้อจำกัดความรับผิดชอบในกฎหมายจารีตประเพณี และข้อจำกัดความรับผิดชอบที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีต่อราชบัลลังก์บัญญัติไว้อีกประการหนึ่ง เช่น ตามมาตรา 2 (5) ยกเว้นไม่ให้ราชบัลลังก์ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจตุลาการ ตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา รวมทั้งการกระทำทางรัฐบาล เป็นต้น

ในกรณีที่ยอมรับว่าการกระทำของหน่วยงานทางปกครองเป็นการกระทำในฐานะเป็นผู้ช่วยงานราชบัลลังก์แล้ว ราชบัลลังก์ก็จะเข้ามาเป็นผู้รับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองได้กระทำไป และเมื่อได้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลที่ได้รับความเสียหายแล้ว ก็อาจไต่เบียดเอากับเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ แต่โดยปกติแล้วราชบัลลังก์ก็จะไม่ใช่สิทธิดังกล่าว

ในกรณีที่การกระทำของฝ่ายปกครองก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เช่น ก่อให้เกิดความเสียหายต่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชน เป็นการกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำได้ ฝ่ายปกครองย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นในทางละเมิด แต่ถ้าการกระทำที่แม้จะมีกฎหมายให้อำนาจนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำเกิน

ขอบอำนาจ ฝ่ายปกครองย่อมต้องรับผิดชอบ หากต้องด้วยเงื่อนไขอื่นๆ สำหรับความผิดทางละเมิด นอกจากนี้แล้วรัฐยังต้องรับผิดชอบในบางกรณีที่รัฐสภาไม่ได้กำหนดค่าทดแทนสำหรับการกระทำตามกฎหมายที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ซึ่งตามหลัก “ความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา” ศาลอังกฤษจะเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการตัดสินใจของรัฐสภาในการไม่ชดใช้ค่าทดแทนให้ซึ่งศาลมีหน้าที่ต้องเคารพ แต่มีบางกรณีที่ศาลสหราชอาณาจักรเห็นว่า การกระทำที่ล่วงล้ำเข้าไปในกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล แม้รัฐบาลจะกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายก็ไม่อาจหลุดพ้นความรับผิดชอบในการชดใช้ค่าทดแทนได้ โดยได้วินิจฉัยเป็นหลักไว้ในคดีที่บริษัทน้ำมัน Burmah Oil Company ฟ้องรัฐให้ต้องรับผิดชอบจากการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากการที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐบาล

2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ

โดยที่ในปัจจุบันภารกิจของรัฐได้ขยายตัวไปอย่างมาก นอกจากภารกิจดั้งเดิมในการรักษาความสงบเรียบร้อยแล้ว รัฐยังมีบทบาทในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนอีกด้วย ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงทฤษฎีต่างๆ ที่ฝ่ายปกครองใช้หรืออ้างมาสนับสนุนเพื่อให้การกระทำของตนเกิดความชอบธรรม แม้ในการปฏิบัติหน้าที่จะเป็นเหตุให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือขัดต่อหลักการพื้นฐานในทางปกครองอื่นๆ อย่างไรก็ตาม หากความเสียหายนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบแล้ว รัฐก็ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นเสมอ ทฤษฎีดังกล่าวนี้จึงก่อให้เกิดภาระต่อประชาชน ขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดสิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนความเสียหายด้วย

โดยเหตุที่รัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองขององค์กรต่างๆ ต่อประชาชนผู้ได้รับความเสียหาย อันเกิดจากผลกระทบในการใช้อำนาจบริหารงานต่างๆ ให้เป็นไปตามนโยบายที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งผลของการใช้อำนาจบริหารดังกล่าวนี้ฝ่ายบริหารยังต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาซึ่งเป็นการรับผิดชอบต่อตัวแทนของประชาชน ในกรณีที่บริหารประเทศเกิดความผิดพลาดหรือไม่เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และเนื่องจากประเทศฝรั่งเศสได้มีการพัฒนาทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐมาอย่างยาวนาน วิทยานิพนธ์นี้จึงได้นำเสนอทฤษฎีต่างๆ ที่ประเทศไทยได้นำหลักการเดียวกันมาใช้เป็นแนวคิดเพื่อพัฒนาความรับผิดชอบของรัฐในประเทศไทยและกรณีมีประเทศอื่นๆ ที่มีหลักการหรือทฤษฎีที่มีเนื้อหาสอดคล้องกัน ก็จะได้นำมากล่าวไว้ในวิทยานิพนธ์นี้ด้วย ทฤษฎีความรับผิดชอบของรัฐที่สำคัญ ได้แก่

2.3.1 ทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ

ทฤษฎีว่าด้วยประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน(Public Interest) ทฤษฎีนี้เป็นหลักการพื้นฐานในการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็น

ทฤษฎีที่เป็นรากฐานสำคัญของการแบ่งระบบกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน เนื่องจากประโยชน์สาธารณะเป็นสิ่งที่กฎหมายมหาชนมุ่งจะคุ้มครอง

2.3.1.1 ความหมายของประโยชน์สาธารณะ

เพื่อที่จะได้เข้าใจความหมายของประโยชน์สาธารณะได้อย่างชัดเจน จึงได้มีการอธิบายในลักษณะเปรียบเทียบระหว่างประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ เป้าหมายและมูลเหตุจูงใจในการกระทำของเอกชน คือประโยชน์ส่วนตัว (Private Interest) ในการทำสัญญาของเอกชนจึงอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ซึ่งเอกชนมีเสรีภาพเต็มที่ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด เช่น ไม่ขัดต่อกฎหมาย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น ดังนั้น รัฐจึงเข้าไปมีส่วนสัมพันธ์กับสัญญาของเอกชนในฐานะตัวกลางโดยเป็นผู้กำหนดและรักษากฎเกณฑ์หรือกติกาในความสัมพันธ์ของเอกชนเท่านั้น

ส่วนเป้าหมายและมูลเหตุจูงใจในการกระทำของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะเท่านั้น โดยประโยชน์สาธารณะ คือ ความต้องการที่เป็นความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชน ซึ่งภารกิจหรือหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของส่วนรวมนี้นี้ เรียกว่า บริการสาธารณะ ดังนั้นประโยชน์สาธารณะจึงเป็นหัวใจสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายมหาชนในแง่ที่เป็นวัตถุประสงค์ และมูลเหตุจูงใจในการกระทำของฝ่ายปกครองทุกประเภท³⁹ ซึ่งความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่นับว่าสำคัญนั้น มีอยู่ 2 ประการ คือ ความต้องการที่จะอยู่รอดปลอดภัย และความต้องการที่จะอยู่อย่างสะดวกสบายในการดำรงชีวิต⁴⁰

กล่าวโดยสรุป ประโยชน์สาธารณะจึงหมายถึง ประโยชน์ส่วนรวมของทุกคน มิใช่ประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ

2.3.1.2 ประเภทของประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะพิจารณาในแง่ผู้รับประโยชน์แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

- 1) ประโยชน์สาธารณะทั่วไป เป็นประโยชน์ทั่วไปแก่เอกชนทุกคน เช่น ประโยชน์จากการป้องกันประเทศโดยกำลังทหาร หรือการรักษาความปลอดภัยโดยตำรวจ ไม่มีผู้ใดได้รับประโยชน์โดยเฉพาะเจาะจง ประโยชน์ในลักษณะนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิโดยตรงแก่เอกชน
- 2) ประโยชน์สาธารณะเฉพาะ เป็นประโยชน์ที่ตกได้แก่บุคคลเฉพาะเจาะจงเป็นประโยชน์โดยตรงเฉพาะรายตัวเป็นบุคคลเป็นคนๆ ไป เช่น ประโยชน์จากการจัดการศึกษาของ

³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). ก กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี. หน้า 298-301.

⁴⁰ สมยศ เชื้อไทย. (2552). หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. หน้า 35-36.

กระทรวงศึกษาธิการย่อมตกแก่บุคคลผู้ศึกษา หรือประโยชน์จากกิจการไปรษณีย์ก็จะตกแก่ผู้ส่งข่าวสารหรือผู้รับข่าวสาร ประโยชน์ในลักษณะนี้ทำให้ประชาชนมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น มีความก้าวหน้าและสะดวกสบาย จึงเป็นประโยชน์สาธารณะที่เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมด้วยในขณะเดียวกัน

ประเทศเยอรมัน มีทฤษฎีที่กำเนิดจากกฎหมายโรมัน กล่าวคือ ถือว่ากฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณะ ส่วนกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับประโยชน์ส่วนบุคคล⁴¹

2.3.2 ทฤษฎีอำนาจมหาชน

ทฤษฎีอำนาจมหาชน มีนักวิชาการให้ความหมายไว้ 2 ความหมาย⁴² ดังนี้

ความหมายแรก อำนาจมหาชน หมายถึงรัฐและองค์กรของรัฐ เป็นความหมายดั้งเดิมที่ใช้ในการอธิบายรัฐ ตามความหมายนี้รัฐมีองค์กรที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะที่มุ่งตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่หมายถึงหน่วยหรือองค์กรที่อยู่เหนือปัจเจกชน เป็นผู้ถืออำนาจอธิปไตยเหนือปัจเจกชน ดังนั้น เจตจำนงของรัฐเป็นใหญ่อยู่เหนือเจตจำนงของปัจเจกชน และในการจัดทำกิจกรรมของรัฐ รัฐจะใช้อำนาจเหนือราษฎรโดยการออกนิติกรรมฝ่ายเดียวบังคับให้กระทำการหรือห้ามกระทำการก็ได้ แนวคิดนี้ก่อให้เกิดการแบ่งแยกภารกิจของรัฐออกเป็นสองประเภท คือ การกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือ (acte d' autorité) และการกระทำที่ใช้การบริหารจัดการ (acte de gestion) โดยหลักทฤษฎีนี้ควรส่งผลให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจพิจารณาเฉพาะคดีเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจเหนือเท่านั้น ซึ่งทฤษฎีนี้ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริง เนื่องจากกิจการส่วนใหญ่ของฝ่ายปกครองเป็นการเข้าไปดำเนินการต่างๆ เพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุเป้าหมาย ซึ่งเป็นการกระทำที่ใช้การบริหารจัดการ เช่น สัญญาทางปกครองที่รัฐทำกับเอกชนถือว่ามีลักษณะเป็นกิจกรรมประเภทบริหารจัดการ อีกทั้งศาลปกครองก็ได้รับคดีประเภทนี้ไว้พิจารณาโดยตลอด ต่อมาทฤษฎีนี้จึงค่อยๆ ลดบทบาทลงเพราะเป็นทฤษฎีที่ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริงในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ความหมายที่สอง อำนาจมหาชน หมายถึง วิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะโดยความคิดนี้ได้พัฒนาจากแนวคิดแรกที่ไม่เป็นที่ยอมรับ จนมีความหมายที่สอดคล้องกับเหตุการณ์ปัจจุบันมากขึ้น โดยนักวิชาการมุ่งที่จะอธิบายอำนาจมหาชนว่าเป็นวิธีการที่ฝ่าย

⁴¹ Karls Peter Sommermann. “หลักกฎหมายปกครองสาธารณรัฐเยอรมนี และขอบข่ายการควบคุมการบริหารรัฐกิจโดยศาลปกครอง. รวมบทความทางวิชาการเล่ม 1 สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 28-33.

⁴² บุญผา อัครพิมาน. “ปัญหาเขตอำนาจศาล : สัญญาทางปกครอง”. รวมบทความทางวิชาการเล่ม 2 : กฎหมายปกครองภาควิธีบัญญัติ. หน้า 159 -163.

ปกครองใช้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะแทนที่แนวคิดเดิมที่เห็นว่าอำนาจมหาชนเป็นเรื่องของอำนาจเหนือปัจเจกชน บริการสาธารณะในปัจจุบันนี้เพิ่มจำนวนมากขึ้นและมีความหลากหลายเป็นอย่างมากภายใต้นิยามใหม่นี้ หากบริการสาธารณะถือเป็นหัวใจของกิจกรรมของฝ่ายปกครอง อำนาจมหาชนก็เป็นวิธีการที่ทำให้บริการสาธารณะนั้นบรรลุผล โดยบทบาทดังกล่าวของอำนาจมหาชนทำให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้วิธีการที่มีใช้วิธีการตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชน แต่เป็นวิธีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจมหาชนเพื่อใช้เป็นเครื่องมือจัดการให้บริการบริการสาธารณะบรรลุผล

ประเทศเยอรมันมีทฤษฎีสถานะของรัฐกับเอกชน ที่บัญญัติไว้สอดคล้องกับ ทฤษฎีว่าด้วยประโยชน์สาธารณะของฝรั่งเศส กล่าวคือ ถ้าเป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์กันในเชิงการบังคับบัญชา เช่น เมื่อรัฐออกคำสั่งหรือกระทำการใดๆ ที่มีผลผูกพันเอกชนคนใดคนหนึ่งให้กระทำตามกรณีก็จะมีความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันโดยที่รัฐจะอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนผู้ได้รับคำสั่ง และอีกประการหนึ่งก็คือ ความสัมพันธ์ที่เกิดจากการประสานงาน กล่าวคือ รัฐและเอกชนจะกระทำการใดๆ ร่วมกันในฐานะที่เสมอกัน

2.3.3 ทฤษฎีบริการสาธารณะ

2.3.3.1 ความหมายของบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะ คือ กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อสนองความต้องการของมหาชน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หมายถึง กิจกรรมเพื่อประโยชน์ส่วนรวมที่ทำโดยบุคคลตามกฎหมายมหาชน หรือบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ผูกพันกับบุคคลมหาชน และอยู่ภายใต้ระบบของกฎหมายเฉพาะ ในเบื้องต้นอาจสรุปได้ว่าการเป็นบริการสาธารณะจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ

เงื่อนไขแรก กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะ จะต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ซึ่งหมายถึงการที่นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะนั้นด้วยตนเองได้แก่ กิจกรรมที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชน หรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการ และยังหมายความรวมถึงกรณีนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนมอบกิจกรรมของตนบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วยเงื่อนไขที่สอง กิจกรรมข้อแรก จะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน⁴³

⁴³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, ข (2552). หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 35.

ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากิจกรรมนั้นเป็น “บริการสาธารณะ” จึงมี 3 ประการ คือ

ประการแรก กิจกรรมนั้นต้องกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ในข้อนี้เป็นการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องจุดมุ่งหมายของการกระทำ

ประการที่สอง กิจกรรมนั้นต้องทำโดยบุคคลมหาชนหรือบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ได้รับมอบหมาย ในข้อนี้เป็นการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เรื่ององค์กรที่จัดทำ

ประการสุดท้าย การกระทำนั้นต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะ ในข้อนี้เป็นการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ทางเนื้อหาของกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำ

2.3.3.2 หลักการของบริการสาธารณะ

การบริการสาธารณะเป็นกิจการที่ตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะ แต่กิจการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะทุกอย่างมิใช่บริการสาธารณะเสมอไป เฉพาะแต่กิจการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและรัฐเล็งเห็นความจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงจัดการ หรือควบคุมดูแลจึงเป็นกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะที่เป็นบริการสาธารณะ บริการสาธารณะอยู่ภายใต้หลักการสำคัญห้าประการ โดยหลักสามประการแรกเป็นหลักที่ส่งผลเป็นข้อจำกัดอำนาจในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง ได้แก่ หลักความเป็นกลาง หลักความเสมอภาค และหลักความได้สัดส่วน ส่วนหลักสองประการหลังเป็นหลักที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการดำเนินการบริการสาธารณะ ได้แก่ หลักความต่อเนื่อง และหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง โดยแต่ละหลักการมีรายละเอียด ดังนี้

1) หลักความเป็นกลาง

หลักความเป็นกลาง มุ่งควบคุมที่ตัวเจ้าหน้าที่ให้ทำหน้าที่ด้วยความเป็นกลางพิจารณาวินิจฉัยเรื่องต่างๆ อย่างปราศจากอคติ เช่น กรณีสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยในกระบวนการทำสัญญาของฝ่ายปกครองห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการกระบวนการทำสัญญามีส่วนได้เสียกับบริษัทหรือเอกชนที่เสนอตัวเข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง

2) หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคนี้ เป็นสิทธิของประชาชนที่จะได้รับบริการจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน แต่หลักความเสมอภาคมิได้ห้ามฝ่ายปกครองที่จะปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะที่แตกต่างกันในลักษณะที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ ต้องเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อประโยชน์สาธารณะ และถูกเลือกใช้อย่างเหมาะสมกับสถานะที่แตกต่างกันนั้นทั้งในแง่รูปแบบและวิธีการ ดังนั้น บุคคลทุกคนจึงมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐหรือฝ่ายปกครองอย่างเท่าเทียมกัน รวมถึงการมีสิทธิได้รับบริการสาธารณะโดยเท่าเทียมกันตามเงื่อนไขและลักษณะการใช้บริการสาธารณะนั้น นอกจากนี้ความเสมอภาค ยังมีได้หลายประเภท กล่าวคือ นอกจากความเสมอภาคที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่า

เทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นราคาค่าบริการหรือการบริการแล้ว ยังมีความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐที่จะต้องมีการเรียกประกวดราคาหรือประมูลเพื่อให้บุคคลทั่วไปมีโอกาสแข่งขันเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ รวมทั้งความเสมอภาคในการเข้าทำงานกับรัฐอย่างเท่าเทียมกัน ภายใต้เงื่อนไขบางประการเกี่ยวกับคุณสมบัติด้านความรู้ความสามารถ⁴⁴

3) หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน หรือหลักความได้สัดส่วนของการกระทำ (Principle of Proportionality) ถือเป็นหลักการหนึ่งที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือในการดำเนินการดังกล่าวเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แม้การกระทำนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบแก่เอกชนจนเกิดความเสียหาย เอกชนก็จะต้องรับผลที่เกิดขึ้นนั้น อย่างไรก็ตามเพื่อให้เกิดผลกระทบต้อปัจเจกชนน้อยที่สุด ฝ่ายปกครองยังต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนอีกด้วย กล่าวคือต้องคำนึงถึงหลักความเหมาะสม หลักแห่งความจำเป็น และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ซึ่งมีเกณฑ์พิจารณา 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก มาตรการที่เลือกใช้จะต้องมีความเหมาะสม คือสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้อย่างแท้จริง

ประการที่สอง มาตรการที่เลือกใช้ต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นเท่านั้น กล่าวคือ จะต้องมิผลกระทบต้อสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ผู้ใดน้อยที่สุดเท่าที่จำเป็นแก่การบรรลุผล

ประการที่สาม เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีที่เกิดต่อประโยชน์สาธารณะกับผลเสียหรือภาระของบุคคลใดแล้ว จะต้องปรากฏว่าผลดีที่จะเกิดต่อประโยชน์สาธารณะจะต้องมีมากกว่าอย่างชัดเจน⁴⁵

ประเทศเยอรมันได้นำหลักความได้สัดส่วนไปใช้ โดยได้บัญญัติเป็นกฎหมายซึ่งมีเนื้อหาคล้ายคลึงกัน เรียกว่า หลักความสมควรแก่เหตุ (Grundsatz der Verhältnismässigkeit) ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เป็นหลักการหนึ่งที่สำคัญในกฎหมายมหาชนที่ห้ามมิให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนมากเกินไปเกินสมควร แต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง และเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ ที่ต้องใช้บังคับเสมอไม่ว่าจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้อย่าง

⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, ข เล่มเดิม, หน้า 46.

⁴⁵ สำนักงานศาลปกครอง, ก (2544), คู่มือการปฏิบัติงานของตุลาการศาลปกครองและพนักงานคดีปกครอง, หน้า 25-26.

ชัดเจนหรือไม่ก็ตาม⁴⁶ อีกทั้งเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ โดยพิจารณาว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ หลักความสมควรแก่เหตุนี้ บางครั้งก็ใช้ว่า “ข้อห้ามมิให้ใช้อำนาจมากเกินไป” (Übermassverbot) หรือ “ข้อเสนอให้ใช้อำนาจก้าวเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของผู้รับนิติกรรมทางปกครองอย่างน้อยที่สุด” (Gebot des geringstmöglichen Eingriffs) โดยเนื้อหาแล้วจะปรับเข้ากับเกณฑ์การพิจารณา 4 ประการดังต่อไปนี้

ประการแรก การค้นหาวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครอง กรณีนี้วัตถุประสงค์ของการกระทำย่อมเห็นได้จากมาตรการนั่นเอง กรณีที่ไม่ได้ระบุวัตถุประสงค์ไว้อย่างชัดเจนในมาตรการที่กำหนดขึ้น อาจค้นหาวัตถุประสงค์ได้จากบริบทแวดล้อมของมาตรการนั้น เมื่อทราบวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองแล้ว ย่อมจะต้องตรวจสอบว่าวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้นเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ประการที่สอง มาตรการที่ใช้จะถือว่าเหมาะสม (geeignet) เมื่อสามารถบรรลุเป้าหมายที่ต้องการได้ การพิจารณาในขั้นตอนนี้คือการพิจารณาตามหลักความสัมฤทธิ์ผล คือ มาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้นั้น จะต้องเป็นมาตรการที่พิจารณาในทางภาวะวิสัยแล้วสามารถนำไปสู่ผลที่ฝ่ายปกครองต้องการได้ มาตรการใดที่เห็นได้ชัดว่าไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างแน่แท้ ย่อมเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สาม มาตรการที่เหมาะสมนี้จะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น (notwendig, erforderlich) หลักการนี้เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองเปรียบเทียบสิทธิของผู้รับนิติกรรมทางปกครองและประโยชน์ของส่วนรวมว่าทางไหนมีมากกว่า และหากมีมาตรการที่อาจบรรลุผลที่ต้องการได้หลายๆมาตรการ มาตรการใดจะเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของผู้รับนิติกรรมทางปกครองน้อยที่สุด จึงควรเลือกใช้มาตรการที่มีผลกระทบน้อยกว่าดังกล่าว

ประการที่สี่ มาตรการที่จำเป็นนี้จะต้องใช้อย่างสมควรแก่เหตุ ขั้นตอนนี้เป็นการพิจารณาความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (verhältnis -mässig i.e.s.) และต้องไม่อยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล โดยฝ่ายปกครองจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้มาตรการนั้นกับประโยชน์ที่ปัจเจกชนต้องสูญเสียไปหรือต้องแบกรับว่าเหมาะสมหรือไม่ หากผลกระทบที่ปัจเจกชนได้รับรุนแรงกว่าที่จะคาดหมายได้ มีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ที่สาธารณะได้รับ ฝ่ายปกครองก็จะใช้มาตรการนั้นบังคับแก่ปัจเจกชนไม่ได้เลย⁴⁷

⁴⁶ วรเจตต์ ภาศิริรัตน์ ข (2546). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. หน้า 34-35.

⁴⁷ กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2544). หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. หน้า 164 – 165.

4) หลักความต่อเนื่อง

การบริการสาธารณะเป็นการตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวม ดังนั้น การดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่องจะหยุดชะงักไม่ได้เพราะมิฉะนั้นจะมีผลกระทบต่อสังคม หลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะเป็นรากฐานอันเป็นที่มาที่สำคัญของหลักกฎหมายปกครองหลายๆ หลักในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะสัญญาที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะมีผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แม้ว่าจะประสบอุปสรรคและความยุ่งยากเพียงใดก็ตาม เว้นแต่การปฏิบัติตามสัญญาตกเป็นพ้นวิสัยอย่างใดก็ตาม หากอุปสรรคหรือความยุ่งยากที่ฝ่ายเอกชนต้องประสบเกิดจากเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ ฝ่ายปกครองต้องร่วมรับผิดชอบกับฝ่ายเอกชน โดยการชดเชยค่าทดแทนบางส่วนให้เอกชนสำหรับภาระที่เพิ่มขึ้นในการปฏิบัติตามสัญญา นอกจากนี้ ยังมีให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนำหลักสัญญาต่างตอบแทนของกฎหมายแพ่ง ที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิปฏิเสธการชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายจะปฏิบัติตามการชำระหนี้หรือขอปฏิบัติตามการชำระหนี้ก็ได้มาใช้กับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ดังนั้น แม้ฝ่ายปกครองจะผิดสัญญาเอกชนยังต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป โดยมีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการผิดสัญญาจากฝ่ายปกครองได้ ส่วนในกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้หรือผิดสัญญา หากผลของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาก่อให้เกิดผลร้ายแรงต่อความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะฝ่ายปกครองมีสิทธิเข้าดำเนินการนั้นเองหรือจัดหาบุคคลอื่นเข้ามาทำแทนโดยให้เอกชนเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นมาตรการเฉพาะเรื่องและเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเพียงชั่วคราวเท่านั้น⁴⁸

หลักการดังกล่าวได้วินิจฉัยไว้ในคดีที่ C. E. ลงวันที่ 30 มีนาคม 1916 คดีบริษัท Compagnie générale d' Eclairage de Bordeaux (Rec. 125) ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า บริษัทดังกล่าวทำสัญญาสัมปทานตามไฟฟ้าด้วยก๊าซกับเทศบาล โดยสัญญากำหนดการเก็บค่าไฟฟ้าที่ตามด้วยก๊าซจากผู้ใช้อไว้ ปรากฏว่าในเวลาทำสัญญา เมื่อปี ค.ศ. 1915 ราคาถ่านหินอยู่ระหว่าง 3 – 28 แฟรงค์ต่อตัน แต่เนื่องจากภาวะสงครามโลกครั้งที่ 1 ในปี ค.ศ. 1916 ราคาถ่านหินซึ่งขาดแคลนมาก ราคาเพิ่มขึ้นไปถึง 117 แฟรงค์ต่อตัน ทำให้บริษัทประสบภาวะขาดทุนอย่างมาก บริษัทขอขึ้นราคาค่าไฟจากก๊าซเป็นไฟฟ้า หรือถ้าขึ้นไม่ได้ก็ขอเลิกสัญญา แต่เทศบาลไม่ยอมโดยอ้างว่าราคาก๊าซที่เพิ่มขึ้นไม่ใช่เหตุสุดวิสัย (force majeure) เป็นเพียงเหตุทำให้การปฏิบัติตามสัญญายากขึ้นและค่าใช้จ่ายมากขึ้น ซึ่งเป็นเรื่องที่บริษัทต้องรับเคราะห์เองเพราะเป็นความเสี่ยงทางเศรษฐกิจ

⁴⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ข (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 2. : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน – เอกชน และ พัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. หน้า 44-45.

ศาลปกครองสูงสุดตัดสินว่า “เป็นการไม่สมควรอย่างยิ่งที่จะบังคับตามสัญญา (เรื่องค่าไฟ) เสมือนหนึ่งเรากำลังประสบปัญหาการขาดทุนธรรมดาของบริษัท ดังนั้น เราจึงต้องหาทางแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นชั่วคราวนี้ ซึ่งทางแก้ปัญหาดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงทั้งประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นต้องให้มีความต่อเนื่องของบริการสาธารณะที่บริษัทมีหน้าที่ทำอยู่ตามสัญญา และต้องคำนึงถึงเงื่อนไขพิเศษที่ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาในกรณีปกติเป็นไปได้ จึงพิพากษาให้บริษัทยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยการดำเนินบริการสาธารณะผลิตไฟด้วยถ่านหินต่อไปประการหนึ่ง แต่ในอีกประการหนึ่ง ให้บริษัทได้รับค่าทดแทนอันเกิดจากเหตุการณ์ที่ไม่มีใครคาดฝันได้ (imprévision) จากเทศบาล โดยบริษัทเองต้องรับผิดชอบส่วนที่ตนอาจขาดทุนตามปกติวิสัยของความเสี่ยงทางธุรกิจ แต่ส่วนที่เกินกว่านี้ให้เป็นหน้าที่ของเทศบาลที่ต้องใช้ค่าทดแทนให้”⁴⁹

5) หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะเป็นการดำเนินการเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ของบ้านเมืองไม่ว่าจะเป็นสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และยุคสมัย ดังนั้น บริการสาธารณะที่ดีต้องได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ เพื่อให้บริการสาธารณะนั้นสามารถตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมอย่างมีประสิทธิภาพ

บริการสาธารณะนั้นไม่ว่าจะดำเนินการโดยรัฐหรือโดยเอกชน ต้องอยู่ภายใต้หลักการเดียวกันนี้ ดังนั้น ฝ่ายปกครองต้องพัฒนาให้บริการสาธารณะสอดคล้องกับความต้องการส่วนรวม หลักการนี้มีผลกระทบต่อระบบกฎหมายของสัญญาทางปกครอง คือ ทำให้เกิดเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว การสั่งให้ทำงานพิเศษเพิ่มเติมแม้จะมีได้กำหนดไว้ในข้อสัญญา ฝ่ายเอกชนต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลง จะอ้างหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาตามหลักกฎหมายแพ่งโดยขอปฏิบัติตามข้อสัญญาเดิมจนกว่าจะสิ้นอายุสัญญาไม่ได้ และหากความเปลี่ยนแปลงมีมากถึงขนาดเปลี่ยนวัตถุประสงค์ของสัญญาเดิม หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป ฝ่ายปกครองมีสิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยวางหลักไว้ เช่น

คดีที่ C.E. 11 มีนาคม 1910 บริษัท Compagnie générale française des tramways (Rec. 216) ซึ่งเป็นบริษัทผู้รับสัมปทานเดินรถรางฟ้องผู้ว่าราชการจังหวัดว่าทำผิดสัญญาสัมปทาน โดยมีข้อเท็จจริงว่าสัญญาสัมปทานให้บริษัทจัดการรถรางรับส่งผู้โดยสารระหว่างรัฐกับบริษัท กำหนดจำนวนเที่ยวของรถรางที่วิ่งรับผู้โดยสารไว้แล้ว แต่ผู้ว่าราชการจังหวัดกลับออกคำสั่งฝ่ายเดียวให้บริษัทเพิ่มจำนวนเที่ยววิ่งรับผู้โดยสารในฤดูร้อน โดยอ้างว่าผู้โดยสารมากขึ้น ผู้รับสัมปทานไม่ยินยอมด้วย ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญาสัมปทานไม่ได้ให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดใน

⁴⁹ แหล่งเดิม.

การสั่งเพิ่มเที่ยวรถได้ ดังนั้น ผู้รับสัมปทานจึงอ้างว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดไม่มีอำนาจและทำผิดสัญญา ศาลปกครองสูงสุดตัดสินว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการจัดการจราจรเพื่อประโยชน์ในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้ตรงกับความต้องการของสาธารณชน ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงมีอำนาจแก้สัญญาฝ่ายเดียวได้ เพื่อสนองความต้องการของบริการสาธารณะ และหากการแก้สัญญานั้นเพิ่มภาระให้บริษัท บริษัทก็เรียกค่าทดแทนจากจังหวัดได้⁵⁰

2.3.3.3 ประเภทของบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศสแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) บริการสาธารณะในทางปกครอง เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวกับความจำเป็นขั้นพื้นฐานของประชาชน ได้แก่ การสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน เช่น ไฟฟ้า น้ำประปา การศึกษา การรักษาพยาบาล เป็นต้น การพิจารณาดำเนินการเป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชนและอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

2) บริการสาธารณะในทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม เป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองเข้าไปดำเนินการเช่นเดียวกับเอกชนให้เป็นทางเลือกเพิ่มเติมที่ประชาชนสามารถเลือกใช้ โดยรัฐจะตั้งองค์การมหาชนเพื่อดำเนินกิจกรรมดังกล่าว เช่น การขนส่ง หรือการคมนาคมทางเลือก เป็นต้น กรณีนี้ฝ่ายปกครองดำเนินการในฐานะที่เท่าเทียมกันกับเอกชน การพิจารณาดำเนินการเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่ง และอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลยุติธรรม

ศาลคดีซัดกันได้อ้างหลักการแบ่งแยกประเภทบริการสาธารณะไว้ใน คดี T.C. 22 Jan. 1921 Societe Commerciale de L' ouest africain หรือ “Bac D’ Eloka” มีข้อเท็จจริงว่าเนื่องจากชายฝั่งประเทศ Ivory Coast ซึ่งเป็นอาณานิคมของฝรั่งเศสมีลักษณะชายฝั่งเว้าๆ แหว่งๆ เต็มไปด้วยทะเลสาบ ผู้ปกครองอาณานิคมจึงได้จัดให้มีเรือบริการขนส่งบรรทุกสิ่งของและผู้โดยสารข้ามฟากทะเลสาบแห่งหนึ่ง ต่อมาเวลากลางคืนระหว่างวันที่ 5 ถึงวันที่ 6 กันยายน ค.ศ.1920 เรือดังกล่าวซึ่งบรรทุกผู้โดยสาร 18 คน และรถยนต์ 4 คันข้ามฟากก็ได้จมลงเป็นเหตุให้รถยนต์คันหนึ่งของบริษัท societe commerciale de l’ ouest africain เสียหาย บริษัทจึงได้ฟ้องอาณานิคมต่อศาลยุติธรรม โดยอ้างว่าอุบัติเหตุดังกล่าวเกิดจากความผิดในการใช้เรือหรือการบำรุงรักษาเรือไม่ดี ผู้ปกครองอาณานิคมมีคำสั่งโต้แย้งอำนาจศาลยุติธรรม คดีจึงมาสู่ศาลคดีซัดกัน

ศาลคดีซัดกันวินิจฉัยว่า พิเคราะห์แล้วประการแรก เรือข้ามฟาก Bac D’ Eloka ไม่ถือว่าเป็น “งานสาธารณะ” (Ouvrage Public) ประการต่อมา การที่อาณานิคม Ivory Coast รับขนส่งผู้โดยสารและยานพาหนะข้ามจากฝั่งหนึ่งไปอีกฝั่งหนึ่งของทะเลสาบโดยเก็บค่าตอบแทนนั้น เป็นการจัดทำบริการขนส่งในสภาพเดียวกันกับบริการเอกชนทั่วไป ดังนั้น เมื่อไม่มีบทบัญญัติหรือ

⁵⁰ แหล่งเดิม. หน้า 43.

กฎหมายพิเศษให้อำนาจแก่ศาลปกครอง การพิจารณาตีความเสียหายอันเกิดจากอุบัติเหตุดังกล่าว อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม⁵¹ บริการสาธารณะใดจะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมได้ก็ต่อเมื่อ บริการสาธารณะนั้นคล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชนทั้งในด้านวัตถุประสงค์แห่งบริการ แหล่งที่มาของเงินทุน และวิธีปฏิบัติงาน หากบริการสาธารณะนั้นแตกต่างไปจากวิสาหกิจเอกชนไม่ว่าด้านใดด้านหนึ่งเพียงด้านเดียว ให้ถือว่าบริการสาธารณะนั้นเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันและศาลปกครองสูงสุดจะเห็นได้ว่า ข้อแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง กับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม นั้นมีอยู่ 3 ประการ⁵² คือ

ประการแรก วัตถุประสงค์แห่งบริการ (l' objet du service) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์แห่งบริการ คือ เพื่อสนองความต้องการของประชาชนภายในประเทศแต่เพียงอย่างเดียว ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม นั้น มีวัตถุประสงค์แห่งบริการทางด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชน (une entreprise privée) คือ เน้นทางด้านการผลิต การจำหน่าย การให้บริการ และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน

ประการที่สอง วิธีปฏิบัติงาน (les modalités de son organisation et de son fonctionnement) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานที่รัฐสร้างขึ้นมาเป็นแบบเดียวกัน มีระบบบังคับบัญชาซึ่งใช้กับผู้ปฏิบัติงานทุกคน ในขณะที่บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม จะมีวิธีปฏิบัติงานที่สร้างขึ้นมาจากแตกต่างไปจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินการ

ประการที่สาม แหล่งที่มาของเงินทุน (l' origine de ses ressources) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีแหล่งที่มาของเงินทุนจากรัฐแต่เพียงแห่งเดียว โดยรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบเงินทุนทั้งหมดที่นำมาใช้จ่ายในการดำเนินการ ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น แหล่งรายได้ส่วนใหญ่จะมาจากค่าตอบแทนการใช้บริการของผู้ใช้บริการ (usager)

2.3.4 ทฤษฎีความเสมอภาคในการรับภาระสาธารณะของพลเมือง

ทฤษฎีความเสมอภาคในการรับภาระสาธารณะของพลเมือง หรือหลักความเสมอภาคของประชาชนในภาระหน้าที่ที่มีต่อส่วนรวม มีความหมายกล่าวคือ ประชาชนทุกคนโดยหลักต้องรับผิดชอบภาระสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน เช่น ประชาชนทุกคนต้องเสียภาษีให้รัฐเพื่อนำไป

⁵¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. ข เล่มเดิม. หน้า 36.

⁵² แหล่งเดิม. หน้า 37-38.

ทะนุบำรุงประเทศเพื่อประโยชน์ส่วนรวม หากมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นที่ทำให้ความเท่าเทียมกันนั้นเสียไป รัฐต้องชดเชยให้บุคคลที่ต้องรับภาระสาธณะนั้น และความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนไม่จำเป็นต้องเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการกระทำผิดใดๆของรัฐเสมอไป แต่หากการกระทำของรัฐ ที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ นั้น ไปทำให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งต้องเสียหาย คือ ต้องเสียประโยชน์ใดๆของตนไปมากกว่าที่พลเมืองคนอื่นจะต้องเสียแล้ว ถือว่าเขาต้องรับภาระสาธณะมากกว่าพลเมืองคนอื่น รัฐต้องชดเชยเยียวยาให้แก่เขา ดังนั้น โดยเนื้อหาของทฤษฎีนี้ ลักษณะของความเสียหายที่จะได้รับการเยียวยานั้นต้องมีลักษณะพิเศษ คือ ต้องปรากฏว่าบุคคลผู้เรียกร้องนั้นมีผลประโยชน์ที่เกิดจากการได้รับผลกระทบจากการกระทำของรัฐเป็นพิเศษ หากประชาชนหรือพลเมืองทุกคนได้รับผลกระทบอย่างเดียวกัน แม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง แต่ความเสียหายนั้นก็มีลักษณะทั่วไป ไม่มีลักษณะเฉพาะก็ไม่เข้าเงื่อนไขของทฤษฎีข้างต้น รัฐจึงไม่ต้องรับผิดชอบเยียวยาให้

ศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายความหมายของทฤษฎีนี้ในคดี C.E., 30 nov. 1923, Couitéas คดีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นเจ้าของที่ดินในตูนิเซียที่ถูกประชาชนในพื้นที่จำนวนหนึ่งบุกรุกและเข้าครอบครองที่ดินของตน และศาลยุติธรรมได้มีคำพิพากษาแล้วว่าที่ดินเป็นของผู้ฟ้องคดีและให้ขับไล่ผู้บุกรุกออกจากพื้นที่ แต่รัฐบาลฝรั่งเศสซึ่งมีหน้าที่ในการดำเนินการตามคำพิพากษาปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาให้ ด้วยเหตุผลที่ว่า การบังคับคดีตามคำพิพากษาต้องใช้กำลังเข้าดำเนินการซึ่งการใช้กำลังอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมือง เพราะผู้ครอบครองที่ดินเข้าใจว่าตนมีความชอบธรรมในการครอบครองที่ดินดังกล่าวเพราะได้ครอบครองที่ดินนั้นมาเป็นเวลาช้านานแล้ว ผู้เสียหายจึงฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลปกครองสูงสุดจึงวินิจฉัยว่า การปฏิเสธใช้กำลังเข้าบังคับเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะในการรักษาความสงบเรียบร้อย และความปลอดภัยของสังคม เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การกระทำดังกล่าวทำให้สิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเสียหายเอกชนจึงมีสิทธิได้รับการเยียวยาจากฝ่ายปกครอง⁵³

2.3.5 ทฤษฎีวิธีการจัดทำงบประมาณ

ความรับผิดชอบของรัฐ มีผลกระทบต่อบประมาณของแผ่นดินที่ฝ่ายบริหารได้รับและต้องบริหารงบประมาณให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ได้รับอนุมัติจากสภานิติบัญญัติ ดังนั้นการศึกษาถึงแนวคิดและวิธีการในการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดินของฝ่ายปกครองจึงมีความจำเป็นเนื่องจากวิธีการงบประมาณที่ดีถือเป็นคู่มือของฝ่ายปกครองในการใช้จ่ายเงินงบประมาณให้บรรลุวัตถุประสงค์ ตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างครบถ้วน อีกทั้งเป็นประเด็นที่สำคัญ

⁵³ นุพผา อัครพิมาน, ข “คำวินิจฉัยและข้อสังเกตในคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส”. รวมบทความทางวิชาการ (เล่ม 1) กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ. หน้า 346 – 347.

และเกี่ยวเนื่องกับวัตถุประสงค์ในการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จึงได้ศึกษาถึงทฤษฎีการจัดทำงบประมาณ ดังนี้

2.3.5.1 ความสำคัญของทฤษฎีวิธีการจัดทำงบประมาณ

ทฤษฎีวิธีการจัดทำงบประมาณ มีรากฐานทางประวัติศาสตร์ ซึ่งเป็นเหตุและผลที่เกิดขึ้นตามความเคลื่อนไหวของข้อเท็จจริงทางสังคม ที่ทำให้เกิดแนวคิดของการจัดทำงบประมาณ และกระบวนการงบประมาณอื่นๆ ให้เกิดความโปร่งใสตรวจสอบได้ในหลายมิติ และได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ภายใต้หลักการที่สำคัญ เช่น หลักความยินยอม หลักการตรวจสอบได้ หลักรายได้ต้องมีลักษณะทั่วไป หลักรายจ่ายต้องมีลักษณะเฉพาะเจาะจง เป็นต้น⁵⁴ หลักการดังกล่าวนี้ประเทศต่างๆ โดยเฉพาะในภาคพื้นยุโรปได้ยึดถือมาโดยตลอดเป็นระยะเวลายาวนาน โดยใช้เป็นแนวทางในการกำหนดกระบวนการงบประมาณและการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับงบประมาณ

ความหมายโดยทั่วไปของงบประมาณ หมายถึง การกำหนด กระจายและจัดสรรเงินที่จะเป็นรายรับและรายจ่ายอันจะเกิดขึ้นในอนาคต เมื่อกล่าวถึงงบประมาณแผ่นดินจึงหมายถึง “กฎหมายว่าด้วยแผนการกำหนดจัดวงเงินและวิธีการให้ได้มาและใช้ไปสำหรับรายรับและรายจ่ายของรัฐบาล” งบประมาณแผ่นดินจึงเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างภายในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของรายรับสาธารณะและการใช้จ่ายของรัฐ ทำให้การงบประมาณแผ่นดินจึงต้องอยู่ภายใต้อำนาจฝ่ายรัฐสภาหรืออำนาจของฝ่ายประชาชน ประกอบกับหลักนิติรัฐที่การปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ทำให้การงบประมาณแผ่นดินจึงต้องอยู่ในรูปแบบกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติคือ พระราชบัญญัติซึ่งผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา อันเป็นการคานและดุลกันระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร

2.3.5.2 หลักการสำคัญของทฤษฎีวิธีการจัดทำงบประมาณ

หลักเกณฑ์หรือหลักการเกี่ยวกับการจัดทำงบประมาณสมัยใหม่ มีหลักพื้นฐานที่ว่าด้วยลักษณะของการงบประมาณที่ดีที่ต้องถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมาย เป็นหลักที่กำหนดขึ้นมาเพื่อให้สอดคล้องกับบทบาทของรัฐที่เปลี่ยนแปลงไป โดยรัฐสมัยใหม่ส่วนใหญ่เป็นรัฐสวัสดิการ มีภาระในการจัดทำบริการสาธารณะ จะมีหลักการวิธีการจัดทำงบประมาณที่สำคัญ ได้แก่

1) หลักความยินยอม

หลักความยินยอม หรืออำนาจในการอนุมัติงบประมาณ หลักการนี้มีความสำคัญที่สุด โดยหลักการนี้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้ความสำคัญกับฉันทามติโดยตัวแทนของประชาชนในงบประมาณของแผ่นดิน การกำหนดถึงอำนาจนี้จะมิอยู่ในทุกขั้นตอนของกระบวนการ

⁵⁴ อรพิน ผลสุวรรณย์ สบายรูป. (2552). กฎหมายการคลัง หน้า 65.

งบประมาณ⁵⁵ โดยถือว่าอำนาจสูงสุดของฝ่ายนิติบัญญัติในด้านการงบประมาณเป็นประเด็นสำคัญของหลักการนี้ เนื่องจากงบประมาณเป็นการที่ฝ่ายบริหารให้พันธะสัญญาต่อประชาชนโดยผ่านตัวแทนคือฝ่ายนิติบัญญัติ การที่กล่าวว่างบประมาณเป็นสัญญา⁵⁶ นั้น ก็เนื่องด้วยงบประมาณเป็นภารกิจของฝ่ายบริหารที่จะวางแผนใช้จ่ายและหารายได้เพื่อนำมาใช้จ่าย โดยใช้วิธีเสนอกฎหมายเข้าสู่สภาเพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะตัวแทนประชาชนอนุมัติ ดังนั้นบรรดาหน่วยงานต่างๆอันเป็นองค์ประกอบของฝ่ายบริหารในการปฏิบัติภารกิจบริหารราชการแผ่นดินจะต้องผูกพันต่อข้อสัญญาที่จะนำเงินจากงบประมาณนี้ไปใช้จ่ายในกิจการดังที่แถลงไว้ในกฎหมายที่นำเสนอต่อสภานั้นโดยไม่นำไปใช้ในกิจการอย่างอื่น

บทบัญญัติของกฎหมายที่แสดงถึงหลักความยินยอม หรืออำนาจในการอนุมัติงบประมาณที่สำคัญ เช่น อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการให้ความยินยอมหรือการอนุมัติการใช้จ่ายเงินงบประมาณ อำนาจในการกำหนดให้ฝ่ายบริหารจัดทำรายงานผลการบริหารงบประมาณ (report on budget execution) หลักดังกล่าวปรากฏอยู่ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 166 168 และ 169

2) หลักการตรวจสอบได้

การตรวจสอบงบประมาณมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการทราบว่าฝ่ายบริหารจะนำเงินไปใช้ในการบริหารประเทศอย่างไร และได้ใช้จ่ายเป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ การตรวจสอบงบประมาณมีได้ 2 ช่วงเวลาคือ การตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติในช่วงก่อนการใช้งบประมาณ (ex ante accountability) และ การตรวจสอบภายหลังการนำงบประมาณไปใช้ (ex post accountability) เพื่อให้การตรวจสอบบรรลุเป้าหมาย ฝ่ายบริหารจึงมีหน้าที่และความรับผิดชอบเกี่ยวกับการตรวจสอบแบ่งได้เป็น 4 ประการ⁵⁷ คือ

ประการแรก ความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ความรับผิดชอบในกรณีนี้ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบไว้ในลักษณะใด เช่น กำหนดความรับผิดชอบเป็นรายบุคคล โดยกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้รับผิดชอบ หรือให้ฝ่ายบริหารคือคณะรัฐมนตรีต้องร่วมกันรับผิดชอบ

ประการที่สอง หน้าที่ของฝ่ายบริหารในการจัดทำรายงานเพื่อเสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติ หน้าที่ของฝ่ายบริหารในกรณีนี้เป็นการดำเนินการตามเนื้อหาและรายละเอียดที่ต้องมีในรายงานการบริหารงบประมาณ ซึ่งต้องส่งแนบไปพร้อมกับรายงานการตรวจสอบประจำปี

⁵⁵ อรพิน ผลสุวรรณย์ สบายรูป, เล่มเดิม, หน้า 145.

⁵⁶ ไพศาล ไชยมงคล, (2518), งบประมาณแผ่นดิน, หน้า 21.

⁵⁷ อรพิน ผลสุวรรณย์ สบายรูป, เล่มเดิม, หน้า 193.

ประการที่สาม หน้าที่และความรับผิดชอบของข้าราชการประจำต่อข้าราชการฝ่ายการเมือง หน้าที่และความรับผิดชอบของข้าราชการประจำนี้ รัฐธรรมนูญของบางประเทศได้กำหนดให้กฎหมายปกครองกำหนดหน้าที่และบทบาทของผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการด้านต่างๆ รวมถึงด้านงบประมาณ โดยเฉพาะประเทศที่มีการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน โดยกำหนดให้กฎหมายมหาชนกำหนดบัญญัติสิทธิ สถานะ หน้าที่ ความจงรักภักดีและความซื่อสัตย์ของข้าราชการไว้และอาจมีการแบ่งแยกระหว่างข้าราชการพลเรือนกับข้าราชการทหาร เช่น รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ในกรณีที่มีข้อกำหนดในรัฐธรรมนูญ ก็จะนำไปสู่การกำหนดกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของข้าราชการพลเรือนตามมาด้วย⁵⁸

ประการที่สี่ หน้าที่และความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารที่มีต่อองค์กรตรวจสอบภายนอก ความรับผิดชอบขององค์กรฝ่ายบริหารในกรณีนี้ ประเทศส่วนใหญ่จะยึดให้เป็นไปตามแนวทางองค์กรระหว่างประเทศแห่งสถาบันตรวจสอบสูงสุด (INTOSAI guidelines) โดยประเทศฝรั่งเศสได้แก้ไขระบบกฎหมายงบประมาณ ให้ทันสมัยโดยการนำหลักการงบประมาณสมัยใหม่ไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญทางการคลังเมื่อปี ค.ศ. 2001 เนื่องจากในส่วนของ การตรวจเงินแผ่นดินเมื่อเกิดการปฏิวัติรัฐประหาร สถาบันตรวจเงินแผ่นดินมักถูกแทรกแซงโดยคณะรัฐประหาร การตรวจเงินแผ่นดินจึงไม่เป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ที่แท้จริงของประชาชน⁵⁹

3) หลักรายได้ต้องมีลักษณะทั่วไป

หลักรายได้ต้องมีลักษณะทั่วไป หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า รายได้ต้องไม่มีความผูกพันกับรายจ่ายขององค์กร การยกเว้นไม่ทำตามหลักนี้ต้องมีกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจให้ทำได้ ซึ่งก็คือเป็นไปตามหลักความยินยอมนั่นเอง⁶⁰ โดยมีหลักการย่อยที่สำคัญ 2 ข้อ คือ

(1) ห้ามการหักรายจ่ายจากรายได้

หลักการนี้อธิบายได้ว่า องค์กรใดของรัฐได้เงินมาทั้งจากหน้าที่โดยตรงหรือมีอำนาจตามกฎหมาย จะต้องนำเงินที่ได้รับทั้งหมดมานำส่งเข้าคลัง โดยมีเหตุผลคือ โดยปกติรายได้สาธารณะต้องมีลักษณะเป็นกลาง หากปล่อยให้องค์กรผู้มีหน้าที่จัดเก็บรายได้ให้กับรัฐ สามารถนำรายได้นั้นไปใช้จ่ายเป็นรายจ่ายขององค์กรก่อน ย่อมทำให้รายจ่ายส่วนนี้ขัดกับหลักทั่วไปที่กำหนดให้ต้องมีการควบคุมโดยองค์กรและกระบวนการทางงบประมาณ ทำให้องค์กรเหล่านี้มีฐานะพิเศษหรือมีอำนาจมากกว่าองค์กรอื่นของรัฐ อีกทั้งโดยปกติ องค์กรของรัฐจะได้รับการ

⁵⁸ แหล่งเดิม. หน้า 197.

⁵⁹ แหล่งเดิม. หน้า 198.

⁶⁰ อรพิน สบายรูป. (2550). “หลักกฎหมายทั่วไปทางภาษีอากร : หลักความยินยอม”. เอกสารประกอบงานสัมมนาวิชาการประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 3. 17 ธันวาคม 2550. หน้า 8.

จัดสรรเงินงบประมาณเพื่อใช้ในการปฏิบัติการกิจ ตามพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี อยู่แล้ว รายจ่ายขององค์กรก็ต้องอยู่ในงบประมาณที่ได้รับนั้น หากองค์กรสามารถนำรายจ่ายมาหัก ออกจากรายได้แล้ว รายจ่ายส่วนนี้จะมีลักษณะซ้ำซ้อน หลักดังกล่าวปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติ เงินคงคลัง พ.ศ. 2491 แก้ไขเพิ่มเติม(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2534 มาตรา 4

(2) ห้ามการจัดเก็บรายได้เพื่อรายจ่ายโดยเฉพาะเจาะจงขององค์กร

หลักการดังกล่าว หมายความว่าองค์กรต่างๆ จะมีรายจ่ายตามที่ได้รับอนุมัติจากรัฐสภา ที่มาจากตัวแทนของประชาชนเท่านั้น โดยมีเหตุผลทางงบประมาณและทางการคลังคือ หากปล่อยให้ องค์กรต่างๆสามารถจัดหารายได้ได้เองแล้ว การจัดหารายได้ก็จะกระจายกระจาย รัฐไม่สามารถ ใช้วิธีการทางงบประมาณในการควบคุมรายได้ของรัฐว่ามีจำนวนแน่นอนเท่าใด อีกทั้งหากองค์กร สามารถจัดหารายได้เป็นของตนเองแล้ว การใช้จ่ายขององค์กรจะไม่อยู่ในการควบคุม ซึ่งหาก องค์กรต้องการใช้จ่ายเงินก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 17 ของพระราชบัญญัติ วิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 โดยขอเป็นการใช้เงินงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม หลักดังกล่าว ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 แก้ไขเพิ่มเติม(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2534 มาตรา 24

4) หลักการรายจ่ายต้องมีลักษณะเฉพาะเจาะจง⁶¹

หลักการรายจ่ายต้องมีลักษณะเฉพาะเจาะจง เป็นหลักการที่มีขึ้นเพื่อการงบประมาณในส่วน ของ รายจ่ายเป็นสำคัญในระดับนโยบายภารกิจ ซึ่งเป็นแผนการปฏิบัติงานที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องพยายาม ให้ฝ่ายบริหารแจกแจงรายจ่ายว่าจะมีวิธีปฏิบัติกรอย่างไร และเป็นจำนวนเงินเท่าใด ซึ่งฝ่ายบริหาร ก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามภายใต้แผนงานตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติอนุมัติไปแล้ว จะเปลี่ยนแปลงแผนงาน หรือจำนวนงาน หรือจำนวนเงินในภายหลังไม่ได้ เพราะหากเปิดโอกาสให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข เกิดขึ้นได้ จะมีผลให้งบประมาณที่ฝ่ายบริหารขอไว้เปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจหยั่ง ทราบได้ว่าเหมาะสมหรือไม่ เพราะไม่เคยได้ผ่านการพิจารณามาก่อน เว้นแต่จะเข้าชื่อยกเว้นตาม กฎหมาย

หลักดังกล่าวปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 167 มาตรา 169 และพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 มาตรา 8 มาตรา 18 เรื่องห้ามโอนระหว่างหน่วยงาน และมาตรา 19 เรื่องห้ามโอนระหว่างรายการ (แผนงาน)

⁶¹ อรพิน ผลสุวรรณย์ สบายรูป. เล่มเดิม. หน้า 182.

5) หลักความโปร่งใส⁶²

หลักความโปร่งใส เป็นหลักการหนึ่งที่เชื่อมโยงกับหลักการตรวจสอบได้ หลักความโปร่งใสที่สำคัญได้แก่ ความโปร่งใสในทางการคลังที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของรัฐ ซึ่งความโปร่งใสในบทบาทของภาครัฐนี้ ได้มีประมวลแนวทางปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับความโปร่งใสทางการคลัง (Code of Good Practice on Fiscal Transparency) ซึ่งจัดทำโดยกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เรียกร้องให้แยกภาครัฐบาลออกจากภาครัฐอื่นๆ รวมถึงแยกการกระทำต่างๆ ให้ชัดเจน เช่น การดำเนินกิจกรรมทางพาณิชย์ของรัฐ หรือที่เรียกว่าบริการสาธารณะในทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ความชัดเจนด้านสถานะของหน่วยงานของรัฐ เงินอุดหนุนที่เปิดเผยและไม่เปิดเผย รวมทั้งภาระผูกพันที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต เป็นต้น

6) หลักประสิทธิภาพ⁶³

หลักการนี้เกิดขึ้นจากความต้องการแสวงหาประสิทธิภาพที่ดีขึ้นของการใช้จ่ายงบประมาณของรัฐ อันเป็นผลให้เกิดแนวทางใหม่ คือเปลี่ยนจากแนวคิดเดิมที่ยึดถือเอาเครื่องมือกลไกในระบบงบประมาณเป็นหลักในการดำเนินการมาเป็นแนวความคิดที่ยึดถือเอาผลลัพธ์จากการดำเนินการทางงบประมาณเหล่านั้นเป็นหลักในการดำเนินการ กล่าวคือ ไม่พิจารณาแต่เพียงว่าในปีงบประมาณนั้นๆ ได้มีการใช้จ่ายเงินงบประมาณไปอย่างถูกต้อง ครบถ้วนหมดตามจำนวนที่ได้รับอนุมัติจากรัฐสภาหรือไม่ แต่เปลี่ยนเป็นมาพิจารณาผลจากการใช้จ่ายงบประมาณนั้นว่าก่อให้เกิดประสิทธิภาพ คำนวณต่อประโยชน์ส่วนรวมมากน้อยเพียงใด

ตัวอย่างการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับระบบงบประมาณครั้งสำคัญของประเทศฝรั่งเศส คือในปี ค.ศ. 2001 ได้มีการออกกฎหมายบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 2001- 692 du 1er août 2001 relative aux Lois Finances (LOLF) ที่ได้มีการยึดถือหลักการที่ว่า ความมีประสิทธิภาพคือหัวใจของ LOLF (La Performance est au cœur de LOLF) สำหรับประเทศไทยยังละเลยหลักการในข้อนี้มาก ควรเร่งแก้ไขกฎหมาย และแนวทางการใช้งบประมาณ การบริหารราชการให้คุ้มค่าและเกิดประโยชน์สูงสุด

อำนาจบริหารโดยรูปแบบไม่ได้เป็นอำนาจเด็ดขาดของฝ่ายบริหารแต่เพียงฝ่ายเดียว เพราะเมื่อพิจารณาแล้วงบประมาณมีส่วนของการปรึกษาหารือระหว่างฝ่ายบริหารและประชาชน โดยผ่านตัวแทน คือฝ่ายนิติบัญญัติ ว่ากิจการที่ฝ่ายบริหารจะกระทำนั้นเหมาะสมหรือจำเป็นหรือไม่ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นฝ่ายให้คำตอบแก่ฝ่ายบริหารเองว่าเหมาะสมและจำเป็นหรือไม่ หากไม่เหมาะสมและไม่จำเป็นฝ่ายนิติบัญญัติก็จะไม่อนุมัติ หากเหมาะสมและจำเป็นแต่จำนวนเงินที่ตั้งมา

⁶² แหล่งเดิม. หน้า 199.

⁶³ แหล่งเดิม. หน้า 202.

นั้นมากเกินไป ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะลดลงให้เหมาะสม แต่จะไม่เพิ่มมากกว่าที่ฝ่ายบริหารขอมา การ
ใช้จ่ายเงินของฝ่ายบริหารจึงพึงต้องคำนึงถึงหลักการทางงบประมาณที่กล่าวมาข้างต้นเสมอ ในบท
ต่อไปจะได้ศึกษาถึงความรับผิดชอบของรัฐในกรณีต่างๆ ในต่างประเทศ