บทที่ 1

ข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

1. พัฒนาการของข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

1.1 หลักเดิม: รัฐไม่ต้องรับผิด

รัฐต่าง ๆ ในอดีตนั้น ไม่ว่าจะเป็รัฐในระบบกฎหมาย Common Law หรือ Civil Law ที่ปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) จะมีแนวความคิดหลักที่สำคัญในเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ อยู่ประการหนึ่ง คือ หลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดมิได้” หรือ “พระมหากษัตริย์ไม่ทรงต้องรับผิดใด ๆ” แม้ต่อมารัฐต่าง ๆ ไม่ได้ปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้ว แต่ยังมีหลักที่ว่ารัฐไม่ต้องรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำในทางมหาชนของตน ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการถ่ายโอนข้อความคิดที่ว่า “พระมหากษัตริย์ไม่ทรงต้องรับผิดใด ๆ มายังรัฐ” ส่งผลให้รัฐซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจอสูงสุดไม่ต้องรับผิดในการกระทำของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เนื่องจากรัฐได้รับความคุ้มกันให้ไม่ต้องถูกฟ้องคดี ดังจะเห็นได้จากพัฒนาการในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในประเทศต่าง ๆ ดังนี้

1.1.1 ประเทศอังกฤษ

ข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายอังกฤษ ยุคแรก ๆ จะมีความเกี่ยวพันกันกับการปกครองโดยระบอบกษัตริย์ ซึ่งมีการยึดถือหลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดมิได้” (The King can do no wrong) หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับสืบเนื่องมาตั้งแต่สมัยกลางเพราะในยุคสมัยนั้นถือกันว่า พระมหากษัตริย์ทรงอยู่ในฐานะสูงที่สุดในแผ่นดิน¹

¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับการละเมิดและความรับผิดชอบอื่นของฝ่ายปกครอง,” เสนอสำนักงานศาลปกครอง, (มีนาคม 2548), น. 11.

และเป็นผลมาจากความคุ้มกันของราชบัลลังก์² (The Crown) จากการกระทำละเมิดต่อคนในบังคับหรือประชาชน ความจริงแล้วในทางกฎหมายราชบัลลังก์จะอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งสอดคล้องกับหลักความยุติธรรม แต่ในทางปฏิบัติขั้นตอนปฏิบัติที่มีลักษณะเฉพาะได้ขัดขวางโอกาสของเอกชนผู้เสียหายที่จะได้รับการชดเชยหรือเยียวยาแก้ไขความเสียหายอย่างมาก อภิสัทธีประการหนึ่งของพระมหากษัตริย์ คือ พระมหากษัตริย์ไม่สามารถที่จะถูกฟ้องร้องในศาลได้ ขณะเดียวกันขุนนางในระบบศักดินา (feudal lord) ก็ไม่สามารถถูกฟ้องร้องในศาลที่อยู่ในเขตการปกครองของตนเองได้เช่นกัน และไม่มีหมายของศาลใดที่จะใช้กับราชบัลลังก์ได้ แต่อย่างไรก็ตามผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายสามารถที่จะร้องขอความเป็นธรรมต่อพระมหากษัตริย์ได้ โดยการทำคำร้องทุกข์ (Petition of Right)³ ขอให้พระมหากษัตริย์อนุญาตให้เอกชนผู้ทำคำร้องทุกข์ใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลได้ ซึ่งการจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตเป็นเรื่องที่อยู่ในพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ หากพระองค์ไม่อนุญาต เอกชนคนดังกล่าวจะฟ้องคดีให้ราชบัลลังก์รับผิดชอบไม่ได้ แต่ถึงแม้จะมีการอนุญาตให้ฟ้องคดีได้และศาลมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีก็ตามการบังคับคดีกับราชบัลลังก์ก็ไม่อาจกระทำได้นอกจากนี้ การใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวจำกัดเฉพาะสิทธิเรียกร้องอันเกิดจากสัญญาหรือการจ่ายเงินเกินจำนวนที่จะต้องจ่ายไปเท่านั้น ไม่รวมถึงสิทธิเรียกร้องอันเกิดจากการกระทำละเมิดของข้าราชการแต่อย่างใด ทั้งนี้ เนื่องจากการ

² ระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีข้อความคิดเกี่ยวกับรัฐในฐานะที่เป็นบุคคลซึ่งทรงสิทธิหน้าที่แตกต่างหากจากกษัตริย์หรือราชบัลลังก์ ตลอดจนขาดข้อความคิดเกี่ยวกับอำนาจมหาชนของรัฐ การอธิบายความรับผิดชอบของรัฐตลอดจนข้อจำกัดความรับผิดชอบต่าง ๆ จึงไม่เหมือนกับประเทศในภาคพื้นยุโรป ในอดีตนักกฎหมายอังกฤษได้ใช้ข้อความคิดว่าด้วย “ราชบัลลังก์” อธิบายความคุ้มกันที่จะทำให้ฝ่ายบริหารไม่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้ทำไปในการปฏิบัติหน้าที่ (ทำนองเดียวกับความคุ้มกันของรัฐในภาคพื้นยุโรป) ปัจจุบันนี้ “ราชบัลลังก์” หมายถึง ราชการบริหารส่วนกลาง คือ กระทรวงและหน่วยงานที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของกระทรวง ซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคล, อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความรับผิดชอบละเมิดของฝ่ายปกครองตาม COMMON LAW ในระบบกฎหมายอังกฤษ,” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 3 ปีที่ 32, น. 556, (กันยายน 2545).

³ Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort A Comparative Law Study, (New York: Oxford University Press, 2003), p. 8.

กระทำละเมิดอันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นสิ่งที่ไม่อาจจะปรับให้เข้ากันเป็นเนื้อเดียวกับหลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์ไม่ทรงกระทำอะไรผิดได้” เอกชนที่เสียหายจากการกระทำละเมิดของข้าราชการจะต้องฟ้องให้ข้าราชการผู้นั้นรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว หลักการดังกล่าวนี้ได้รับการยืนยันอย่างชัดเจนในศตวรรษที่ 19 โดยคำพิพากษาในคดี *Tobin v. R* ว่า หลักการที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะไม่ทรงทำอะไรผิด” มีความหมายว่า พระองค์จะไม่ต้องรับผิดชอบคดีในทางแพ่งและทางอาญาสำหรับการกระทำที่ถูกล่ามหนำว่าผิดนั้น การกระทำขององค์พระมหากษัตริย์ที่พระองค์ได้ทำไปในทางส่วนตัว เป็นสิ่งที่ได้รับการสนับสนุนในทางกฎหมายว่าไม่เป็นความผิด การกระทำของบรรดาผู้รับใช้ราชบัลลังก์ทั้งหลายที่กระทำไปโดยคำสั่งของพระองค์ก็ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ผิดเช่นกัน⁴ นอกจากนี้ ยังมีการใช้หลักความคุ้มกันของราชบัลลังก์จากการกระทำละเมิดอยู่เสมอ ความคุ้มกันของราชบัลลังก์ในการกระทำละเมิดยังมีอยู่จนกระทั่งสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยังต่อต้านการใช้หลักที่นายจ้างต้องรับผิดชอบหรือร่วมกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้ก่อขึ้น⁵ (vicarious liability) ดังนั้น ข้าราชการผู้รับใช้ราชบัลลังก์จึงต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้นเป็นการส่วนตัวโดยตรงหากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใด ถึงแม้ว่าการทำงานที่ทำนั้นจะเป็นการปฏิบัติราชการตามหน้าที่ก็ตาม⁶ ข้าราชการผู้รับใช้ราชบัลลังก์ไม่อาจอ้างอำนาจมหาชนตามกฎหมายหรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชาให้ตนพ้นความรับผิดชอบในการกระทำที่ครบองค์ประกอบของความผิดฐานละเมิดลักษณะต่าง ๆ ตาม common law ได้⁷

ความยุติธรรมของความคุ้มกันของราชบัลลังก์ถูกทำให้ลดลงในบางกรณี โดยสภานิติบัญญัติได้เข้ามาแทรกแซงในการจัดการความรับผิด และในทางปฏิบัติค่อย ๆ ปรากฏว่าราชบัลลังก์ได้เข้ามาอยู่เบื้องหลังของข้าราชการผู้รับใช้ราชบัลลังก์ และได้มีการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายแทนข้าราชการผู้ปฏิบัติงานในฐานะที่เป็นลูกจ้างของราชบัลลังก์ โดยแนวทางปฏิบัติ

⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 11-12.

⁵ Duncan Fairgrieve, *supra note 3*, p. 10.

⁶ S.A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law* 612 (2nd ed. 1973), อ้างในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “บันทึก เรื่อง ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (เอกสารประกอบการพิจารณาคำร้องทุกข์ของนายวิชัย วิทยากุล),” *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 5 น. 275 (2529).

⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 12.

ดังกล่าวจะนำมาใช้กับผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้กระทำการแทนราชบัลลังก์ที่ตกเป็นจำเลยในศาล จนกระทั่งศาลไม่ยอมรับวิธีการดังกล่าว กรณีอื่น ๆ เริ่มมีการแก้ไขแนวความคิดดังกล่าวให้ถูกต้อง ตามกฎหมายที่ควรจะเป็น โดยการให้ราชบัลลังก์เข้ามาเป็นตุลาการโดยตัวเองในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรือการให้หน่วยงานด้านการคลัง (The treasury) จ่ายค่าทดแทนด้วยความสมัครใจแก่เอกชน ผู้ได้รับความเสียหาย⁸

ต่อมาเมื่อราชบัลลังก์เริ่มมีบทบาทเพิ่มขึ้นในการจัดการบริการสาธารณะ กลางศตวรรษ ที่ 19 เริ่มมีความชัดเจนขึ้นว่า หน่วยงานราชการ (public bodies) สามารถที่จะมีความรับผิดชอบ ทางแพ่งได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หน่วยงานราชการสามารถรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดของ ข้าราชการในสังกัดของตนได้ การเกิดขึ้นของบทบาทที่เพิ่มมากขึ้นของหน่วยงานราชการและ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (local government) ในการจัดการบริการสาธารณะส่งผลให้เรื่อง ความสามารถในการรับผิดชอบดังกล่าวมีความสำคัญ อย่างไรก็ตาม ยังมีการจำกัดการกระทำที่เป็น การต่อต้านอำนาจรัฐ (public authorities) โดยมีการตรา The Public Authorities Protection Act 1893 ขึ้น เพื่อหลีกเลี่ยงการฟ้องร้องหรือการดำเนินคดีกับหน่วยงานราชการที่เกินขอบเขต การมี พระราชบัญญัติดังกล่าวเกิดขึ้นเป็นการจำกัดการกระทำในทางแพ่งที่เป็นการต่อต้านอำนาจรัฐ ทำให้บทบาทของเอกชนในการได้รับความเสียหายถูกออกแบบให้มีข้อจำกัดในการ ฟ้องร้องดำเนินคดีกับหน่วยงานราชการ วิธีการดำเนินคดีตาม The Public Authorities Protection Act 1893 ยังไม่ถูกยกเลิกจนกระทั่งปี 1954 โดย Law Reform Act 1954⁹

1.1.2 ประเทศฝรั่งเศส

ในยุคแรก ๆ ของข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐจากยุคกลางจนถึงปลาย ศตวรรษที่ 18 จะถูกครอบคลุมโดยการอภิปรายกันในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบกษัตริย์ ในฝรั่งเศสในทัศนะของ Orthodox academic ได้กล่าวอ้างถึงหลักการที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะ ทรงกระทำผิดมิได้” (le Roi ne peut mal faire) ซึ่งเป็นการสะท้อนหลักของความไม่ต้องรับผิดชอบ (irresponsabilité) หรือหลักเอกสิทธิ์ความคุ้มกัน (immunité) ของระบอบกษัตริย์ โดยมีปรากฏอยู่ ทั่วไปตลอดระยะเวลาก่อนการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 1789 ซึ่งเป็นการปฏิวัติระบบ การเมืองและสังคมของฝรั่งเศสในระบอบเก่า (Ancien régime)¹⁰

⁸ Duncan Fairgrieve, *supra note* 3, pp. 10-11.

⁹ *Ibid.* p. 11.

¹⁰ *Ibid.* p. 7.

หลังการปฏิวัติใหญ่ ค.ศ. 1789 ได้มีการถกเถียงกันเกี่ยวกับความคิดที่ว่า พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดมิได้ หรือ พระมหากษัตริย์ไม่ทรงต้องรับผิดชอบใด ๆ มายัง “ชาติ” ซึ่งเกิดขึ้นหลังการปฏิวัติใหญ่ดังกล่าว โดยเหตุนี้ “รัฐ” ซึ่งเป็นบุคคลในทางกฎหมายแทนชาติ จึงไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อใด ๆ ต่อความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจมหาชนของตนตามหลักความไม่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐ (irresponsabilité de la puissance publique) เนื่องจากความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งใช้อำนาจมหาชน ถือเป็นความเสี่ยงที่เอกชนจะต้องรับเอาไว้เพื่อแลกกับประโยชน์ที่เอกชนจะได้รับจากการปฏิบัติงานเพื่อสาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และในกรณีที่เอกชนได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เอกชนผู้เสียหายจะต้องฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ก่อให้เกิดความเสียหายให้รับผิดชอบต่อการกระทำผิด ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับเอกชนผู้เสียหายอย่างมาก เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเต็มจำนวนได้ ทำให้เอกชนไม่มีหลักประกันว่าจะได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวน¹¹ นอกจากนี้ การฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมดังกล่าวยังอยู่ภายใต้ระบบที่เรียกว่า “หลักประกันของเจ้าหน้าที่ของรัฐ” (garantie des fonctionnaires) อันมีความหมายว่า เอกชนผู้เสียหายจะฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากสภาแห่งรัฐเสียก่อน ซึ่งในทางปฏิบัติจะได้รับการอนุมัติจากสภาน้อยมาก ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำผิดได้¹² แม้ในเวลาต่อมาจะมีการยกเลิก “หลักประกันของเจ้าหน้าที่ของรัฐ” ดังกล่าวเมื่อวันที่ 19 กันยายน ค.ศ. 1870 แต่ก็มีผลเพียงทำให้เอกชนสามารถฟ้องคดีให้เจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดชอบต่อการกระทำผิดได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากสภาแห่งรัฐอีกต่อไปเท่านั้น ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงให้รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบต่อค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้แก่เอกชนผู้เสียหายแต่อย่างใด¹³

¹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 164-165.

¹² ขวัญชัย สันตสว่าง, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW LW411*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542) น. 133.

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 165.

อย่างไรก็ตาม หลักที่ว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบขึ้นอยู่กับบางประการ คือ เมื่อมีกฎหมายบัญญัติความรับผิดชอบของรัฐไว้ในบางเรื่องอย่างชัดเจน เช่น ความเสียหายเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviöse An VIII)¹⁴ หรือกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมในทางแพ่งและกิจกรรมขององค์การปกครองท้องถิ่น¹⁵ ทั้งนี้ เนื่องจากองค์การปกครองท้องถิ่นไม่ได้มีอำนาจสูงสุดเหมือนกับรัฐ¹⁶

1.1.3 ประเทศเยอรมัน

เดิมประเทศเยอรมันในยุคที่ปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็มีแนวความคิดเช่นเดียวกับแนวความคิดที่ใช้กันอยู่ในประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรป แนวความคิดดังกล่าว คือ หลักที่ว่ารัฐไม่สามารถที่จะรับผิดชอบได้ เนื่องจากถือว่ารัฐทรงอำนาจอธิปไตย (Souveränität) ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้ เชื่อมโยงอยู่กับแนวความคิดที่ถือว่าพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงอำนาจเด็ดขาดกับรัฐเป็นสิ่ง ๆ เดียวกัน¹⁷ ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจที่จะรับผิดชอบได้

1.1.4 ประเทศไทย

เดิมก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปีพ.ศ. 2475 ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ในระบอบการปกครองนี้ พระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข มีพระราชอำนาจและพระบรมเดชานุภาพเด็ดขาดและล้นพ้นแต่พระองค์เดียว พระมหากษัตริย์ทรงเป็นองค์รัฐอธิปไตย (Sovereign) ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการได้โดยลำพังพระองค์ พระบรมราชวินิจฉัยของพระมหากษัตริย์เป็นที่สูงสุดในกิจการทั้งภายในและภายนอก¹⁸

¹⁴ พูนศักดิ์ ไร่สารวจ, “ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 6 ตอน 3, น. 588 (ธันวาคม 2530).

¹⁵ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, “รายงานการวิจัย เรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส,” เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, (ตุลาคม 2545), น. 259.

¹⁶ ขวัญชัย สันตสว่าง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 133.

¹⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “รายงานวิจัย เรื่อง ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน,” เสนอ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (ตุลาคม 2545), น. 6.

¹⁸ วิษณุ เครืองาม และ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “พระราชฐานะของพระมหากษัตริย์ตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร,” วารสารกฎหมาย, ฉบับที่ 2 ปีที่ 3, น.150 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520).

อำนาจอธิปไตยถือว่าเป็นของพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์ก็คือรัฐ และเนื่องจากพระราชสถานะอันสูงสุดนี้เอง เป็นเหตุให้เกิดผลที่ติดตามมา คือ หลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์ไม่ทรงกระทำผิด” หรือหลัก “The King can do no wrong” ซึ่งหลักดังกล่าวคือ ผู้ใดจะฟ้องร้องหรือกล่าวหาพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้ ไม่ว่าจะไปในทางคดีฝ่ายแพ่งหรือคดีอาญาก็ตาม¹⁹ ด้วยเหตุนี้เมื่อเกิดกรณีที่กระทรวงและกรมซึ่งถือว่าเป็นส่วนราชการของพระมหากษัตริย์และใช้อำนาจรัฐแทนพระมหากษัตริย์หรือข้าราชการทั้งหลายได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน การจะฟ้องพระมหากษัตริย์หรือรัฐ ซึ่งหมายความรวมถึงส่วนราชการและข้าราชการได้หรือไม่นั้น จึงขึ้นอยู่กับองค์พระมหากษัตริย์ว่าจะทรงยินยอมให้ประชาชนฟ้องร้องหรือไม่ เพราะหากฟ้องร้องได้และปรากฏว่าเป็นความผิดของหน่วยงานราชการของพระมหากษัตริย์ การชดเชยค่าเสียหายก็ต้องนำเงินจากพระคลังมหาสมบัติมาชดเชยค่าเสียหาย²⁰ ดังนั้น การฟ้องให้ข้าราชการรับผิดชอบด้วยประการใด ๆ จึงต้องทูลเกล้าขอพระบรมราชานุญาตก่อน ทั้งนี้ ตามกฎหมายตราสามดวง ลักษณะอาญาหลวง มาตรา 28 ที่บัญญัติว่า

“มีผู้มาฟ้องหาข้าทูลละอองธุลีพระบาทด้วยคดีประการใด ๆ ให้เอาเนื้อความนั้นขึ้นบังคับทูลพระกรุณาให้ทราบก่อน ถ้าทรงพระกรุณาสั่งให้พิจารณา จึงพิจารณาได้ ถ้าผู้ใดเอาไปพิจารณาไต่ถามตีไต่ถามโดยพลະการเอง ท่านว่าผู้นั้นละเมิดพระราชอาญาท่าน ท่านให้ลงโทษ 6 สถาน...”

ต่อมาได้มีการแก้ไขหลักเกณฑ์ดังกล่าวว่า ถ้าเป็นเพียงสินไหมพินัย ให้ศาลพิจารณาพิพากษาไปตามพระราชกำหนดกฎหมายโดยไม่ต้องนำเนื้อความขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณา ก่อน เว้นแต่คดีนั้นจะต้องตีไต่ถาม จำจง

สำหรับการฟ้องกระทรวง ทบวง กรม ในฐานะที่เป็นส่วนราชการของพระมหากษัตริย์นั้น ศาลฎีกาของไทยได้กำหนดหลักการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับสัญญาหรือละเมิดไว้ในปี ร.ศ. 121 โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 520/121 ว่ากระทรวงและกรมที่ถูกฟ้องจะไม่ยอมตกเป็นจำเลยก็ได้ ต่อมาในปี ร.ศ. 129 กระทรวงยุติธรรมได้ออกกฎเสนาบดีที่ 60 ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ร.ศ. 129 รับรอง

¹⁹ ธงทอง จันทรางศุ, ““พระมหากษัตริย์” ในรัฐธรรมนูญ,” วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์, ฉบับที่ 1 ปีที่ 3, น. 15 (มกราคม-มิถุนายน 2546).

²⁰ สุจิน ชื้อสุวรรณ, “ความรับผิดชอบทางละเมิดของข้าราชการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), น. 124-125.

สิทธิของกระทรวงและกรมไว้โดยชัดเจนว่า เมื่อถูกฟ้องแล้ว กระทรวงและกรมจะมาเป็นจำเลยหรือไม่ก็ได้ ศาลไม่มีอำนาจบังคับ เป็นหน้าที่ของโจทก์ต้องพุดเกล้าฯ ถวายฎีกา หรือกระทรวงและกรมยอมมาเป็นจำเลยเอง เมื่อผู้เสียหายที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายมิอาจฟ้องกระทรวงและกรมได้ เนื่องจากกระทรวงและกรมไม่ยอมเป็นจำเลย ทำให้เกิดปัญหาว่าผู้เสียหายจะฟ้องข้าราชการให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้หรือไม่ ในกรณีนี้ศาลไทยในขณะนั้นยึดตามกฎหมายอังกฤษ คือ ต้องฟ้องข้าราชการให้รับผิดชอบส่วนตัว ดังปรากฏในตำราหลักกฎหมายประมุขร้ายส่วนแพ่งของพระยาเทพวิฑูรย์ว่า “พระเจ้าแผ่นดินแลรัฐบาลถูกฟ้องร้องในทางประมุขร้ายส่วนแพ่งไม่ได้ แลที่ว่านี่กินความตลอดถึงกระทรวงและกรมต่าง ๆ ด้วย นอกจากเขาจะยินยอมเป็นจำเลยที่ว่ามานี้ไม่กินความถึงการที่จะฟ้องร้องส่วนตัว เจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ในกระทรวงหรือกรม ถ้าเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่กระทำผิด ฟ้องร้องได้”²¹ ต่อมาแม้หลังจากการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปี พ.ศ. 2468 และกระทรวง ทบวง กรม จะมีฐานะเป็นนิติบุคคลแล้ว แต่เอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดก็ยังไม่อาจฟ้องกระทรวงหรือกรมให้รับผิดชอบได้ เพราะกระทรวงหรือกรมยังมีเอกสิทธิ์ที่จะยอมเข้ามาเป็นคู่ความในคดีหรือไม่ก็ได้ ถ้ากระทรวงหรือกรมไม่ยอมเข้ามาเป็นคู่ความในคดี ศาลย่อมไม่อาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้และต้องพิพากษายกฟ้องโจทก์²² หนทางเยียวยาความเสียหายของเอกชนผู้เสียหายมีเพียงการฟ้องข้าราชการผู้กระทำละเมิดให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดเท่านั้น²³

²¹ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น. 23-24.

²² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 230.

²³ สุจินต์ ชี้อสุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น. 135.

1.2 การยอมรับความรับผิดชอบของรัฐ

เมื่อภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐมีมากขึ้น ทำให้รัฐมีการติดต่อกับประชาชนมากขึ้น ในบางครั้งการกระทำของรัฐอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนซึ่งเป็นประชาชนของรัฐได้ การที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับเอกชนผู้ได้รับความเสียหายเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุผลดังกล่าว ในเวลาต่อมา แนวความคิดในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในประเทศต่าง ๆ จึงได้พัฒนาไปเป็นการยอมรับความรับผิดชอบของรัฐ ดังนี้

1.2.1 ประเทศอังกฤษ

จากการที่ราชบัลลังก์ได้รับความคุ้มครองมิให้ถูกฟ้องร้องในคดีละเมิด ทำให้เกิดปัญหาหลายประการ แม้ว่าในทางปฏิบัติราชบัลลังก์จะแสดงความคุ้มครองของตนก็ตาม แต่ก็เป็นเรื่องของความสมัครใจของราชบัลลังก์เท่านั้น มิได้มีการกำหนดไว้ในทางกฎหมายที่แน่นอน อีกทั้งในศตวรรษที่ 19 ราชบัลลังก์เริ่มมีบทบาทเพิ่มมากขึ้นในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งราชบัลลังก์ได้ใช้พนักงานมากกว่าเอกชนที่เป็นนายจ้างใด ๆ ในประเทศ และราชบัลลังก์ก็เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินส่วนใหญ่ของประเทศด้วย จึงเกิดความเห็นว่า ราชบัลลังก์ควรเป็นผู้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่เอกชนผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดของข้าราชการผู้รับใช้ราชบัลลังก์ในการปฏิบัติตามหน้าที่ ด้วยเหตุนี้ ในปี ค.ศ. 1921 จึงได้มีการตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง เพื่อพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินคดีต่อราชบัลลังก์ คณะกรรมการดังกล่าว ได้ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีต่อราชบัลลังก์ขึ้นในปี ค.ศ. 1927²⁴ ซึ่งรัฐสภาได้ผ่านร่างกฎหมายดังกล่าว และประกาศใช้บังคับในปี ค.ศ. 1947²⁵ โดยมีชื่อเรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีต่อราชบัลลังก์ ค.ศ. 1947” (Crown Proceeding Act 1947)

²⁴ ธนพล หวังอ้อมกลาง, “ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในการครอบครองวัตถุอันตราย: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอังกฤษ เยอรมันและไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 10.

²⁵ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 15.

พระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีต่อราชบัลลังก์ ค.ศ. 1947 ได้กำหนดให้ราชบัลลังก์ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดโดยจงใจ (tort หรือ delict) และละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (negligence หรือ quasi delict) ร่วมกับข้าราชการ โดยให้ฟ้องคดีในศาลได้²⁶ และกำหนดให้ราชบัลลังก์ต้องรับผิดชอบเหมือนกับบุคคลอื่น เอกชนผู้เสียหายจึงสามารถที่จะฟ้องราชบัลลังก์ให้ชดเชยค่าเสียหายแก่ตนได้เสมือนราชบัลลังก์มีฐานะอย่างเอกชน โดยฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องโดยตรงหรือจะฟ้องตัว Attorney General ก็ได้ กรณีจึงเป็นหลักกฎหมายทำนองกรณีของนายจ้างและลูกจ้างเอกชน ผู้เสียหายยังอาจฟ้องข้าราชการผู้กระทำละเมิดได้อยู่เช่นเดิม²⁷ และเมื่อราชบัลลังก์ได้ชดเชยค่าเสียหายไปแล้ว ก็มีสิทธิไปไล่เบี้ยจากข้าราชการของตนได้ในภายหลัง ความรับผิดชอบดังกล่าวของราชบัลลังก์ จึงเป็นความรับผิดชอบขององค์กรเจ้าหน้าที่ของตนไปก่อนเท่านั้น ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบโดยแท้จริงเป็นส่วนตัวก็ยังคงได้แก่ องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดนั่นเอง²⁸

1.2.2 ประเทศฝรั่งเศส

เมื่อวิวัฒนาการของสังคม เศรษฐกิจและการเมืองเปลี่ยนแปลงไป ภารกิจของรัฐที่มีกว้างขวางมากขึ้น ทำให้รัฐต้องเข้าไปมีบทบาทในชีวิตประจำวันของประชาชนเพิ่มมากขึ้นและมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย เพราะรัฐจำเป็นต้องใช้มาตรการหรือวิธีการต่าง ๆ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจมหาชนเข้าไปดำเนินการดังกล่าว ดังนั้นด้วยเหตุผลทางสังคมจึงจำเป็นที่รัฐจะต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมในการจัดทำภารกิจของรัฐ การยอมรับหลักการให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจมหาชน จึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้อีกต่อไป หลักความรับผิดชอบของรัฐเริ่มได้รับการยอมรับสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่เรียกว่า

²⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2537) น. 109.

²⁷ de Smith, Hepple, and Williams, "Administrative Law ", 1 Halsbury's Laws of England 184 (1972) อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 6, น. 275.

²⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "เอกสารประกอบการบรรยาย วิชา กฎหมายปกครองชั้นสูง," บัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (2547), น. 32.

การจัดการ (Actes de gestion) ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ²⁹ โดยคำพิพากษาที่สร้างหลักการดังกล่าว คือ คำวินิจฉัยคดี Blanco ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873³⁰ ของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) ข้อเท็จจริงในคดี Blanco มาจากกรณีที่ถูกจ้างของโรงงานยาสูบของรัฐขับรถชนเด็กหญิงคนหนึ่ง ทำให้เด็กหญิงคนนั้นได้รับบาดเจ็บ บิดาของเด็กหญิงคนดังกล่าว จึงได้ฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมขอให้รัฐเป็นผู้รับผิดชอบ ปัญหาขึ้นสู่การพิจารณาของศาลคดีขัดกันว่า การพิจารณาคดีเรื่องความรับผิดชอบดังกล่าวเป็นอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม โดยศาลคดีขัดกันได้วินิจฉัยว่า ความรับผิดชอบจากความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนจากการกระทำของบุคคลที่รัฐใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะอันจะตกเป็นภาระของรัฐนั้น ไม่อาจพิจารณาวินิจฉัยโดยใช้หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ความรับผิดชอบดังกล่าวเป็นเรื่องที่ไม่มีลักษณะทั่วไปและเด็ดขาด (ni générale ni absolue) เป็นเรื่องที่มีหลักเกณฑ์เฉพาะและผันแปรไปตามลักษณะของงานและความจำเป็นในการประสานผลประโยชน์ของรัฐและของเอกชนเข้าด้วยกัน การพิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว จึงเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเท่านั้น³¹ โดยผลของคำวินิจฉัยดังกล่าว การพัฒนาหลักความรับผิดชอบของรัฐจึงตกเป็นภาระความรับผิดชอบของศาลปกครองที่จะต้องสร้างหลักเกณฑ์เฉพาะของความรับผิดชอบของรัฐที่เป็นเอกเทศจากหลักความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่ง และภายหลังจากคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันดังกล่าว ข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้พัฒนาไปอย่างมาก โดยสภาแห่งรัฐได้พัฒนาหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเฉพาะขึ้น ทั้งหลักความรับผิดชอบโดยมีความผิดและความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด ซึ่งจะได้อธิบายในบทต่อไป

²⁹ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 15*, น. 259.

³⁰ T.C., 8 fév. 1873, Blanco.

³¹ ยงยุทธ อนุกุล, “แนวทางการแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรม กรณีคดีละเมิดและความรับผิดชอบอื่นของฝ่ายปกครอง (ศึกษากรณีของฝรั่งเศส),” ใน *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2: กฎหมายปกครอง ภาควิधिบัญญัติ*, จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลปกครอง, น. 141.

1.2.3 ประเทศเยอรมัน

ในประเทศเยอรมัน หลังจากที่รัฐแยกตัวออกจากพระมหากษัตริย์และมีสถานะในทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลซึ่งทรงอำนาจโดยตนเอง ไม่ผูกพันอยู่กับพระมหากษัตริย์อีกต่อไปแล้ว แนวความคิดที่ว่ารัฐไม่สามารถที่จะรับผิดชอบได้จึงค่อย ๆ คลายความเข้มข้นลง โดยปรากฏให้เห็นในประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งราชอาณาจักรปรัสเซีย ค.ศ. 1794 (Allgemeines Landrecht für die Preu Bischen Staqten 1794 – AIR, The Prussian General Land Law 1794) ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ได้วางหลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบอันเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจมหาชนไว้ว่า รัฐจะเข้ามารับผิดชอบต่อค่าทดแทนให้แก่เอกชนก็ต่อเมื่อการกระทำของรัฐนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนคนใดคนหนึ่งเป็นพิเศษ แต่หากเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำไปโดยละเมิดหน้าที่และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนนั้น ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่รัฐไม่ต้องเข้ามารับผิดชอบต่อหรือร่วมรับผิดชอบกับเจ้าหน้าที่ของตนด้วย แต่เอกชนผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น มีสิทธิฟ้องร้องให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้ ต่อมาเมื่อมีการตราประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch หรือ BGB) ในราวอีกหนึ่งร้อยปีเศษถัดมา ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งก็ได้บัญญัติความรับผิดของเจ้าหน้าที่จากการกระทำละเมิดในหน้าที่ด้วยข้อความทำนองเดียวกันกับประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งราชอาณาจักรปรัสเซียไว้ในมาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง โดยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อเอกชนผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ (Weimarer Ver Fassung) และต่อมา มีการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz หรือ GG) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับก็ได้บัญญัติให้รัฐเข้าไปรับผิดชอบต่อเจ้าหน้าที่ของตน³² โดยมาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐานได้กำหนดให้รัฐจะต้องรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดที่กระทำโดยผู้ซึ่งใช้อำนาจรัฐ และรัฐจะเป็นผู้ฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทำละเมิดในภายหลัง แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะถูกฟ้องไล่เบี้ยเฉพาะเมื่อได้กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ดังนั้น ในระบบของเยอรมันเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทำละเมิดจะไม่ถูกฟ้องต่อศาลโดยตรง³³

³² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17*, น. 6-8.

³³ Gyula Eörsi, "Private and Governmental Liability for the Torts of Employees and Organs", Int. Encyc. Comp. L., Ch. 4 p. 127 (1972) อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6*, น. 278-279.

โดยสรุปแล้ว ในปัจจุบันข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันได้พัฒนาจากรากฐานที่แตกต่างกัน คือ ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการกระทำละเมิดจะเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประกอบกับมาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐาน และรากฐานของความรับผิดชอบของรัฐอีกประการหนึ่ง มาจากแนวคิดในเรื่องของการเป็นผู้เสียสละเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมเป็นพิเศษ (Sacrificial encroachment) และการเวนคืน (expropriation)³⁴ โดยจะได้อธิบายในบทต่อไป

1.2.4 ประเทศไทย

หลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2475 จากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว แนวความคิดที่ว่าอำนาจรัฐซึ่งเดิมในระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่เคยถือว่าเป็นของพระมหากษัตริย์ได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอำนาจรัฐเป็นของประชาชน โดยได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 1 บัญญัติว่า “อำนาจสูงสุดของประเทศนั้นเป็นของประชาชนทั้งหลาย” และมีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ในการปกครอง โดยแบ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐออกเป็น 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ในระบอบการปกครองนี้ จึงไม่อาจถือได้ว่าหน่วยงานของรัฐอยู่ในฐานะเป็นส่วนราชการของพระมหากษัตริย์และใช้อำนาจรัฐแทนพระมหากษัตริย์อีกต่อไป หน่วยงานของรัฐจึงไม่อาจอ้างสิทธิใด ๆ ที่จะไม่ยินยอมเข้ามาเป็นคู่ความในคดีที่ประชาชนฟ้องให้รับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดได้อีกต่อไป อย่างไรก็ตาม โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญฉบับที่ 1 ถึงฉบับที่ 4 ของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติรับรองสิทธิในการฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ ในทางปฏิบัติจึงปรากฏว่ามีการอ้างเอกสิทธิ์และความคุ้มกันในเรื่องกฎหมายเสนาบดี กระทรวงยุติธรรมที่ 60 ที่จะไม่ยอมเข้ามาเป็นจำเลยในคดีอีก

³⁴ Wolfgang Rfner, “Basic Elements of German Law on State Liability,” In *Governmental Liability: A Comparative Study*. Edited by Bell, John and Bradley, Anthony W., (London: UKNCCL, 1991), p. 249.

การรับรองสิทธิในการฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบจากการกระทำละเมิดของข้าราชการซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับที่ 5 คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบเพื่อการกระทำของเจ้าพนักงานในฐานะเสมือนเป็นตุลาการหรือนายจำยอมได้รับความคุ้มครอง” นับจากนั้นเป็นต้นมา ก็ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิในการฟ้องหน่วยงานของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาโดยตลอด ดังนั้น หลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองและมีการบัญญัติรับรองสิทธิในการฟ้องหน่วยงานของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ ประชาชนจึงฟ้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้โดยตรง หน่วยงานของรัฐจะปฏิเสธไม่ยอมเข้ามาเป็นคู่ความในคดีอีกมิได้ ส่วนการฟ้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดชอบในความเสียหายเป็นการส่วนตัวนั้น ประชาชนสามารถฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ทันทีโดยไม่ต้องขอพระบรมราชานุญาตอีกต่อไป เนื่องจากต่อมาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้ประชาชนที่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐให้รับผิดชอบต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตได้ถูกยกเลิกไป³⁵

ในการฟ้องคดีเอกชนผู้เสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ อาจฟ้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้และอาจฟ้องให้หน่วยงานราชการรับผิดชอบร่วมกับเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ด้วย แต่โดยที่ในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองโดยตรง ในการพิจารณาพิพากษาความรับผิดในทางละเมิดของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลจึงพิจารณาพิพากษาไปตามหลักกฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และได้ใช้หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเจ้าหน้าที่ ความรับผิดชอบกันของเจ้าหน้าที่ในกรณีที่การกระทำละเมิดเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่หลายคน รวมถึงการใช้สิทธิไต่เบี่ยของหน่วยงานของรัฐต่อเจ้าหน้าที่ด้วย³⁶

³⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 231-233.

³⁶ เจริญธรรมที่ 1, น. 234.

อย่างไรก็ตาม โดยเหตุที่หลักความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีปัญหาเกิดขึ้นหลายประการ และไม่เป็นธรรมกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต ในปี พ.ศ. 2539 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539³⁷ ขึ้น เพื่อแก้ไขปัญหาในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

³⁷ ดูราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 113 ตอนที่ 60 ก วันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ. 2539 เหตุผลในการตรากฎหมายฉบับนี้ ปรากฏในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฯ ว่า “หมายเหตุ:- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ การที่เจ้าหน้าที่ดำเนินกิจการต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐนั้น หาได้เป็นไปเพื่อประโยชน์อันเป็นการเฉพาะตัวไม่ การปล่อยให้ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่ปฏิบัติงานในหน้าที่และเกิดความเสียหายแก่เอกชนเป็นไปตามหลักกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเป็นการไม่เหมาะสมก่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่าเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบในการกระทำต่าง ๆ เป็นการเฉพาะตัวเสมอไป เมื่อการที่เข้าไปทำให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเพียงใดก็จะมีภาระที่ปล่อยไว้แก่เจ้าหน้าที่เต็มจำนวนนั้น ทั้งที่บางกรณีเกิดขึ้นโดยความไม่ตั้งใจหรือความผิดพลาดเพียงเล็กน้อยในการปฏิบัติหน้าที่ นอกจากนั้น ยังมีการนำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมในระบบกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ ให้เจ้าหน้าที่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้อื่นด้วย ซึ่งระบบนั้นมุ่งหมายแต่จะได้เงินครบโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมที่จะมีต่อแต่ละคน กรณีเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่และยังเป็นการบั่นทอนกำลังขวัญในการทำงานของเจ้าหน้าที่ด้วย จนบางครั้งกลายเป็นปัญหาในการบริหารเพราะเจ้าหน้าที่ไม่กล้าตัดสินใจดำเนินงานเท่าที่ควร เพราะเกรงความรับผิดชอบที่จะเกิดแก่ตน อนึ่ง การให้คุณให้โทษแก่เจ้าหน้าที่เพื่อควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่ยังมีวิธีการในการบริหารงานบุคคลและการดำเนินการทางวินัยกำกับดูแลอีกส่วนหนึ่ง อันเป็นหลักประกันมิให้เจ้าหน้าที่ทำการใด ๆ โดยไม่รอบคอบอยู่แล้ว ดังนั้น จึงสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิดในการปฏิบัติงานในหน้าที่เฉพาะเมื่อเป็นการจงใจกระทำเพื่อการเฉพาะตัว หรือจงใจให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้แบ่งแยกความรับผิดชอบของแต่ละคนมิให้นำหลักลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของรัฐ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักการโดยสรุป³⁸ ให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดอันเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของตนในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ผู้เสียหายต้องฟ้องหน่วยงานของรัฐโดยตรง จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ นอกจากนี้ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เมื่อหน่วยงานของรัฐได้ชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายไปแล้ว หน่วยงานของรัฐสามารถใช้สิทธิไล่เบียดจากเจ้าหน้าที่ได้ แต่หากเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อธรรมดา ความเสียหายจะตกเป็นប់แก่หน่วยงาน และมีให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้ในการไล่เบียดเจ้าหน้าที่ด้วย

จะเห็นได้ว่าพัฒนาการของข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดของรัฐในประเทศไทยนั้น จะเน้นไปที่ความรับผิดทางละเมิดเป็นสำคัญ ความรับผิดในลักษณะอื่นแทบจะไม่มีปรากฏกล่าวถึงเลย แต่ต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้น ในเรื่องของความรับผิดของรัฐในประเทศไทยจึงได้ปรากฏข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดอย่างอื่นของฝ่ายปกครองขึ้น ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในวิทยานิพนธ์นี้

2. ที่มาและประเภทของความรับผิดของรัฐ

2.1 ข้อความเบื้องต้น

ก่อนที่จะอธิบายที่มาของความรับผิดของรัฐอันเกิดขึ้นจากหลักการหรือแนวความคิดต่าง ๆ ในหัวข้อ 2.2 ผู้เขียนจะขออธิบายเพื่อทำความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับข้อความคิดว่าด้วย ความรับผิดของรัฐในเรื่องความหมายของความรับผิดของรัฐและมูลความรับผิดของความรับผิดของรัฐ ดังนี้

Professor Pieroth ได้อธิบายความรับผิดของรัฐ (staatshaftung) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ตามมาตรา 74 ลำดับที่ 25 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (หรือกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz)) ไว้ว่า ความรับผิดของรัฐ คือ ความรับผิดโดยตรงของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนและครอบคลุม ความรับผิดของรัฐในการออกกฎหมายโดยมิชอบ ความรับผิดเพื่อความเสียหายจากการทำผิดสัญญาหรือจากการกระทำละเมิดทางปกครอง (öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung)

³⁸ จะอธิบายโดยละเอียดในบทที่ 3 ต่อไป.

การก้าวล่วงสิทธิที่มีใช้กรณีการเวนคืน การก้าวล่วงสิทธิโดยการเวนคืน และการก้าวล่วงสิทธิ เช่นเดียวกันกับการเวนคืน กรณีการเป็นผู้เสียสละเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม และการขจัดหรือ เยียวยาความเดือดร้อนเสียหายอันเป็นผลที่ตามมาในภายหลัง (Folgenbeseitigung)³⁹

นอกจากนี้ Professor Mahendra P. Singh ได้อธิบายว่า ความรับผิดชอบของรัฐซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจมหาชน (the public authorities) ในการชดใช้ค่าทดแทนแก่ปัจเจกบุคคลสำหรับ ความเสียหายหรือการได้รับบาดเจ็บของเอกชนผู้เสียหาย เป็นผลมาจากสาเหตุหลายประการ สาเหตุดังกล่าวอาจเกิดจากสัญญา การกระทำละเมิด การเวนคืน การล่วงล้ำสิทธิเช่นเดียวกับการเวนคืน กรณีการเป็นผู้เสียสละเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม (Aufopferung) หรือภายใต้เงื่อนไข พิเศษอื่น ๆ ที่ได้รับจากการตรากฎหมาย⁴⁰

ส่วนในระบบกฎหมายไทย ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้อธิบายว่า ความรับผิดชอบของรัฐ ในการกระทำของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจเกิดจากมูลสัญญา ละเมิดหรือ มูลความรับผิดอย่างอื่น⁴¹

ดร.ฤทัย หงส์สิริ ได้อธิบายว่า ความรับผิดชอบของรัฐหรือการที่รัฐจะต้องรับผิดชอบหรือชดใช้เงินนั้น อาจมีที่มาจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การเวนคืน หรืออาจมีที่มาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การกระทำละเมิด และความรับผิดชอบของรัฐอาจมีที่มาจาก มูลความรับผิดต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมูลความรับผิดดังต่อไปนี้⁴²

³⁹ Pieroth/Jarass, GG Kommentar, พิมพ์ครั้งที่ 6 ค.ศ. 2002, Art.74 Rn.59 อ้างใน เพ็ญศรี วงศ์เสวี, “ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน (Staatshaftungsrecht),” ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1: กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ, จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลปกครอง, น. 304-305.

⁴⁰ Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, - 2.ed- (Berlin; Heidelberg; New York; Barcelona; Hong Kong; London; Paris; Tokio: Springer, 2001), p. 244.

⁴¹ ชาญชัย แสวงศักดิ์, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 21, น. 15.

⁴² ฤทัย หงส์สิริ, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539”, วารสารการพาณิชย์นาวี, ปีที่ 19 ฉบับที่ 2, น. 40-42 (สิงหาคม 2543).

(1) มูลสัญญา รัฐหรือหน่วยงานของรัฐอาจต้องรับผิดชอบคู่สัญญาในกรณีที่รัฐผิดสัญญา ไม่ว่าจะสัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางแพ่งทั่ว ๆ ไป เช่น สัญญาจัดซื้อวัสดุเครื่องใช้สำนักงานซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เรื่องสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือสัญญาทางปกครอง ซึ่งสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาต้องบังคับตามหลักเกณฑ์ในเรื่องของสัญญาทางปกครองที่มีหลักเกณฑ์แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(2) มูลความรับผิดที่กฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ ความรับผิดของรัฐอาจเกิดขึ้นเนื่องจากกรณีเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายเรื่องนั้น ๆ บัญญัติไว้ เช่น ผู้เสียหายที่ได้รับอันตรายหรือถูกประทุษร้ายเพราะเหตุช่วยเหลือราชการ ปฏิบัติงานของชาติตามที่ได้รับมอบหมายจากทางราชการ ปฏิบัติการตามหน้าที่หรือช่วยเหลือบุคคลอื่นตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด หรือปฏิบัติการตามหน้าที่มนุษยธรรม มีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์จากรัฐตามพระราชบัญญัติสงเคราะห์ผู้ประสบภัยเนื่องจากการช่วยเหลือราชการ การปฏิบัติงานของชาติหรือการปฏิบัติตามหน้าที่มนุษยธรรม พ.ศ. 2497 เป็นต้น นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁴³ ได้มีบทบัญญัติหลายประการที่เกี่ยวกับความรับผิดของรัฐ โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ช่วยเหลือหรือรับผิดชอบในกรณีต่าง ๆ หลายกรณี เช่น ต้องช่วยเหลือเด็กและเยาวชนซึ่งไม่มีผู้ดูแลให้ได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมตามมาตรา 53 วรรคสอง ช่วยเหลือบุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีบริบูรณ์และไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพตามมาตรา 54 ช่วยเหลือบุคคลซึ่งพิการหรือทุพพลภาพให้ได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐตามมาตรา 55 ช่วยเหลือบุคคลที่ได้รับ ความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือแก่ร่างกายหรือจิตใจเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่น โดยผู้เสียหายนั้นไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด และไม่มีโอกาสได้รับการบรรเทาความเสียหายโดยทางอื่น ตลอดจนกำหนดให้รัฐต้องรับผิดชอบในกรณีที่บุคคลใดตกเป็นจำเลยในคดีอาญาและถูกคุมขังระหว่างการพิจารณาคดี หากต่อมาศาลพิพากษาถึงที่สุดในคดีนั้นว่า ข้อเท็จจริงฟังเป็นยุติว่าจำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิด หรือการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด จำเลยนั้นย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามสมควร ตลอดจนบรรดาสิทธิที่เสียไปเพราะการนั้นคืนตามมาตรา 246 โดยความรับผิดของรัฐในกรณีดังกล่าวย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้

⁴³ ปัจจุบันรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ได้ถูกยกเลิกโดยประกาศของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 19 กันยายน 2549.

(3) มูลละเมิด ความรับผิดของรัฐอาจเกิดขึ้นมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เทศบาลขยายถนนแล้วล้มหรือบ่อกอนกรีตข้างถนน และเปิดให้รถเดินไปมาโดยไม่ได้ทำเครื่องหมายและให้สัญญาณเป็นที่สังเกต มีคนขับรถชนบ่อดังกล่าว เทศบาลต้องรับผิด เป็นต้น

เมื่อพิจารณาคำอธิบายดังกล่าวข้างต้นแล้วอาจสรุปความหมายของความรับผิดของรัฐได้ว่า ความรับผิดของรัฐ หมายถึง ความรับผิดที่รัฐหรือองค์กรของรัฐผู้ทรงอำนาจมหาชนต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าทดแทน ตลอดจนการกระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่เอกชนผู้เสียหายจากการกระทำของรัฐ ซึ่งอาจเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางปกครองของฝ่ายบริหารและการกระทำทางตุลาการ

นอกจากนี้ ยังสรุปได้ว่าความรับผิดของรัฐอาจเกิดจากมูลความรับผิดดังต่อไปนี้

- (1) มูลสัญญา ซึ่งอาจเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง
- (2) มูลละเมิด คือ ความรับผิดของรัฐที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- (3) มูลความรับผิดอย่างอื่น คือ ความรับผิดของรัฐที่เกิดจากมูลความรับผิดอย่างอื่น

นอกจากมูลสัญญาและมูลละเมิด โดยมูลความรับผิดอย่างอื่นอาจเกิดจากกรณีความรับผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น กรณีความรับผิดอันเกิดจากการเวนคืน หรือมูลความรับผิดอย่างอื่นอันเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลที่ตัดสินให้รัฐต้องรับผิดแม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้รัฐต้องรับผิดในกรณีที่ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาเกิดขึ้น เช่น กรณีความรับผิดจากการล้วงล้ำสิทธิเช่นเดียวกับการเวนคืนตามระบบกฎหมายเยอรมัน เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าความรับผิดของรัฐจะเกิดจากการกระทำของรัฐซึ่งอาจแบ่งได้เป็นความรับผิดของรัฐอันเนื่องมาจากการกระทำทางนิติบัญญัติ ความรับผิดของรัฐอันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครองของฝ่ายบริหาร และความรับผิดของรัฐอันเนื่องมาจากการกระทำทางตุลาการ แต่ในวิทยานิพนธ์นี้จะศึกษาเฉพาะความรับผิดของรัฐอันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครองของฝ่ายบริหารหรือหากจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ “ความรับผิดของฝ่ายปกครอง” ซึ่งความรับผิดของฝ่ายปกครองยังสามารถแบ่งออกได้เป็นความรับผิดของฝ่ายปกครองตามกฎหมายเอกชน เช่น ความรับผิดของฝ่ายปกครองจากสัญญาทางแพ่งที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญากับเอกชน เป็นต้น และความรับผิดของฝ่ายปกครองตามกฎหมายมหาชน เช่น ความรับผิดของฝ่ายปกครองจากสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญากับเอกชน หรือความรับผิดของฝ่ายปกครองจากการเวนคืนสังหาริมทรัพย์ของเอกชนมาเป็นของรัฐ เป็นต้น โดยในวิทยานิพนธ์นี้จะศึกษาเน้นเฉพาะความรับผิดของฝ่ายปกครองตามกฎหมายมหาชนเท่านั้น

2.2 ที่มาของความรับผิดชอบของรัฐ

ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐมีหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายหลักการด้วยกัน ดังนั้น ก่อนที่ผู้เขียนจะอธิบายถึงที่มาของความรับผิดชอบของรัฐอย่างเป็นระบบ ผู้เขียนจะอธิบายถึงหลักการสำคัญต่าง ๆ อันเป็นที่มาของความรับผิดชอบของรัฐแต่ละหลักการก่อน ทั้งนี้เพื่อความเข้าใจถึงที่มาของความรับผิดชอบของรัฐได้ดียิ่งขึ้น และจะได้อธิบายถึงที่มาของความรับผิดชอบของรัฐอย่างเป็นระบบในหัวข้อ 2.2.5 ต่อไป

2.2.1 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

คำว่า “สิทธิและเสรีภาพ” อาจแยกเป็นคำได้สองคำ คือ คำว่า “สิทธิ” และคำว่า “เสรีภาพ” โดยแต่ละคำมีความหมายดังนี้

คำว่า “สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นประโยชน์แก่ตน สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วย⁴⁴ จะเห็นได้ว่าสิทธิมีลักษณะสำคัญอยู่หลายประการได้แก่ (1) สิทธินั้นจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิ (2) สิทธินั้นเรียกร้องให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิของตน (3) สิทธิจะเกิดขึ้นก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น⁴⁵

ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” หมายถึง การที่บุคคลจะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดโดยใจสมัครอันปราศจากการบังคับหรืออยู่ภายใต้อาณัติของบุคคลอื่นหรือรัฐ⁴⁶ กล่าวโดยสรุปเสรีภาพคืออำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self-determination) ได้ด้วยตนเองตามใจปรารถนา เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง⁴⁷

⁴⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 21-22.

⁴⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) น. 46.

⁴⁶ เฟิงอ้าง, น. 47.

⁴⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 44, น. 22.

เมื่อพิจารณาความหมายของสิทธิกับเสรีภาพข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า สิทธิกับเสรีภาพ มีความแตกต่างกันตรงที่สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลชอบที่จะเรียกร้องเอาจากบุคคลอื่น แต่เสรีภาพเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะกระทำและที่จะไม่กระทำในสิ่งที่ตนไม่ประสงค์จะกระทำ ซึ่งแม้การมีอำนาจดังกล่าวจะมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่น หน้าที่นั้นก็เป็นเพียงหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของผู้ทรงเสรีภาพและละเว้นการกระทำใด ๆ ที่เป็นการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขาเท่านั้น⁴⁸

แนวความคิดในเรื่องของสิทธิเสรีภาพของมนุษย์นั้น เริ่มปรากฏขึ้นตั้งแต่ในยุคกรีก โดยมีแนวความคิดว่า มนุษย์มีเสรีภาพอยู่แล้วตามกฎธรรมชาติภายใต้เหตุผลที่ถูกต้องเนื่องจาก ภูมิปัญญาของมนุษย์⁴⁹ ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพได้พัฒนามาจากนักคิดคนสำคัญหลายท่าน เช่น John Lock (ค.ศ. 1632-1704) โดย Lock เห็นว่า ชีวิต เสรีภาพและกรรมสิทธิ์เป็นสิ่งที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด โดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน อย่างอิสระของปัจเจกบุคคลในสภาวะธรรมชาติ สิทธิดังกล่าวไม่อาจถูกยกเลิกได้โดยสัญญาประชาคม แต่อาจทำให้เกิดความมั่นคงขึ้นโดยสัญญาประชาคม นอกจากนั้น ยังมี Sir Edward Coke ซึ่งเป็นผู้สนับสนุนเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในชีวิตและกรรมสิทธิ์โดยกฎหมายบัญญัติ โดย Coke เห็นว่า สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย Common Law ต่อมาแนวความคิดดังกล่าวได้รับการพัฒนาโดยนักปรัชญา เช่น Benedict de Spinoza, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf เป็นต้น และได้นำไปสู่การประกาศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส⁵⁰ ซึ่งต่อมาแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้มีอิทธิพลต่อประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก

นอกจากนั้น แนวความคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยมยังเชื่อว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีหรือที่เรียกกันว่า ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์นี้เป็นสิ่งที่เป็นนามธรรม ซึ่งจะปรากฏออกมาให้เห็นเป็นรูปธรรมในรูปของความสามารถของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วยตนเอง (Self-Determination) โดยมนุษย์

⁴⁸ เฟิ่งอ๋าง, น. 22-23.

⁴⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 45, น. 42.

⁵⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 42-44.

แต่แต่ละคนจะมีความสามารถดังกล่าวอย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อแต่ละคนมี “แดนแห่งเสรีภาพ” (Sphere of Individual Liberty) ภายในแดนแห่งเสรีภาพนั้น มนุษย์มีอิสระที่จะคิดหรือกระทำการใด ๆ ก็ได้ โดยปราศจากการแทรกแซงของบุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ใช้อำนาจอรัฐหรือผู้ปกครอง ซึ่งมนุษย์แต่ละคนจะมีแดนแห่งเสรีภาพก็ต่อเมื่อมนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพในด้านต่าง ๆ ทั้งสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลและสิทธิเสรีภาพทางสังคม ดังนั้น รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงได้บัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ ของมนุษย์⁵¹ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจอรัฐ อย่างไรก็ตาม แม้รัฐจะรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญก็มิได้หมายความว่า รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ ในบางกรณีรัฐอาจจะต้องบังคับให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง เนื่องจากรัฐมีผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือผลประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่จะต้องดำรงรักษาไว้ ดังนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งเสรีภาพของประชาชนได้บ้างเหมือนกัน แต่รัฐให้คำมั่นต่อประชาชนว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งเท่านั้น⁵²

สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่รัฐยอมรับรับรองและให้ความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ อาจจำแนกออกได้เป็น 3 ประเภท คือ⁵³

(1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทาง และการเลือกถิ่นที่อยู่ สิทธิเสรีภาพในครอบครัว

(2) สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

⁵¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 44*, น. 13-14.

⁵² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน รวมบทความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น. 2.

⁵³ *เพ็ญอ้าง*, น. 1-2.

(3) สิทธิเสรีภาพในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐที่สำคัญ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในอันที่จะแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในอันที่จะรวมตัวกันเป็นกลุ่ม เป็นสมาคม หรือเป็นพรรคการเมือง เพื่อดำเนินการทางการเมืองให้เป็นตามความคิดเห็นทางการเมืองของตน รวมถึงสิทธิเสรีภาพในอันที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครเข้ารับเลือกตั้ง

2.2.2 หลักความเสมอภาค

แนวความคิดในเรื่องความเสมอภาค ในสมัยดั้งเดิมเกิดจากคำสอนของศาสนาคริสต์ที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและระบบทาสที่มีอยู่ในยุคของอาณาจักรโรมัน ต่อมาในสมัยกลาง ระบบศักดินาได้ยกเลิกแนวความคิดเรื่องความเสมอภาคและสร้างลำดับชั้นของสังคมขึ้น อย่างไรก็ตาม ความไม่เสมอภาคดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อชนชั้นกลางได้เรียกร้องความเสมอภาคทั้งทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง รวมถึงแนวความคิดของนักคิดหลายท่าน เช่น Rousseau, Montesquieu ซึ่งหลังการปฏิวัติใหญ่ของฝรั่งเศสในปี 1789 มีการรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) หลังจากนั้นเป็นต้นมา รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยเกือบทุกรัฐได้รับรองหลักความเสมอภาคไว้อย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี ออสเตรเลีย หรือแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญของไทยก็ได้รับรองหลักความเสมอภาคไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่าง ๆ ด้วย นอกจากนี้ เอกสารระหว่างประเทศหลายฉบับก็ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้เช่นกัน เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Convention of Civil and Political Rights) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (Declaration on the Rights to Development) เป็นต้น⁵⁴

โดยนิยามหรือความหมายของหลักความเสมอภาคนั้น มีดังนี้

หลักความเสมอภาค คือ หลักที่ว่า “ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน”⁵⁵

⁵⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45, น. 71-74.

⁵⁵ René CHAPUS. Droit Administratif Général, T.1, 4e édition, (Paris: Montchrestien, 1988), p. 35 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, เพิ่งอ้าง, น. 75.

หลักความเสมอภาค คือ สิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน หมายความว่า องค์การต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่งรวมถึงฝ่ายปกครองด้วย ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน⁵⁶

ดังนั้น หากองค์การของรัฐปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน แตกต่างกันไป หรือปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญเหมือนกัน ก็จะขัดต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งจะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม หลักความเสมอภาคไม่ได้มีความหมายว่า องค์การของรัฐจะปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญในลักษณะที่แตกต่างกันไม่ได้ ในกรณีที่เป็นเรื่องที่แตกต่างกัน หรือกรณีที่มีมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวม หรือกรณีที่มีมุ่งจำกัดความเหลื่อมล้ำแตกต่างกัน การปฏิบัติดังกล่าว ย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมและไม่ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค⁵⁷

โดยทั่วไปแล้วเมื่อกล่าวถึงหลักความเสมอภาคก็มักจะเข้าใจกันว่าหมายถึง ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ซึ่งหมายความว่า บุคคลไม่ว่าจะมีฐานะทางกฎหมายอย่างไรก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันเท่านั้น อันที่จริงแล้วหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายเป็นหลักความเสมอภาคทั่วไปที่บุคคลอาจเรียกร้องจากรัฐเพื่อให้ปฏิบัติต่อตนเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อบุคคลอื่นอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งนอกจากจะมีหลักความเสมอภาคทั่วไปแล้ว ยังมีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง ซึ่งหมายถึงกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม ความเสมอภาคในการเข้าทำงานภาครัฐ ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง ความเสมอภาคในการได้รับบริการสาธารณะ ความเสมอภาคในการรับภาระสาธารณะ เป็นต้น⁵⁸ นอกจากนี้ ความเสมอภาคตามหลักความเสมอภาคนั้นอาจเป็นได้ทั้งความเสมอภาคในทางสิทธิและความเสมอภาคในทางหน้าที่หรือภาระ ความเสมอภาคในทางหน้าที่หรือภาระ เช่น ความเสมอภาคในการเสียภาษีอากรให้แก่รัฐ เป็นต้น

⁵⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 44, น. 94-95.

⁵⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45, น. 77.

⁵⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50, น. 192-194.

ในส่วนของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น มีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่มีความสำคัญในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ คือ หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระสาธารณะ โดยในประเทศฝรั่งเศส หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระสาธารณะ (l'égalité des personnes devant les charges publiques) มีความสำคัญมากเนื่องจากเป็นบ่อเกิดของหลักกฎหมายอีกจำนวนมาก และใช้สำหรับเป็นเหตุผลในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองต่าง ๆ เช่น กรณีของหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระเสียภาษีให้รัฐ สภาแห่งรัฐเคยวินิจฉัยว่า กฎเกณฑ์ของเมือง Hanoi ที่กำหนดให้การจัดเก็บภาษีรถยนต์ใช้บังคับทั่วเขตเมืองดังกล่าว และไม่ได้ให้เอกสิทธิ์กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งในเขตเมืองนั้นเป็นการเฉพาะ นั้น ชอบด้วยกฎหมายแล้ว (C.E., 5 mai 1922) โดยมาตรการต่าง ๆ ที่ฝ่ายปกครองออกมาจะต้องไม่ไปเพิ่มภาระให้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่ประกอบอาชีพเดียวกันให้มีการได้เปรียบหรือเสียเปรียบกัน และที่สำคัญในส่วนในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐนั้น หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระสาธารณะยังเป็นบ่อเกิดของหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดของรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศสอีกด้วย เช่น คดี Couitéas (C.E., 30 nov. 1923) ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่วางหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดของรัฐ โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นในคดีนี้เกิดจากการที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธที่จะไม่ใช้กำลังเข้าจัดการบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล ซึ่งสภาแห่งรัฐได้ตัดสินว่ารัฐบาลมีหน้าที่ในการกำหนดวิธีการที่จะบังคับตามคำพิพากษานั้นด้วยเช่นกันก็มีสิทธิปฏิเสธที่จะใช้กำลังทางการทหารเข้าดำเนินการบังคับ หากเห็นว่าการใช้กำลังบังคับจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมือง การปฏิเสธดังกล่าวของรัฐบาลมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมืองจึงเป็นการกระทำที่ชอบแล้ว แต่การกระทำดังกล่าวทำให้สิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเสียหาย เอกชนจึงมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายจากฝ่ายปกครอง⁵⁹

⁵⁹ บุนผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป,” ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1: กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ, จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลปกครอง, น. 13-14.

โดยสรุปแล้ว หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระสาธารณะนั้น สามารถอธิบายได้ว่า ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐอันเป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน อันเป็นไปตามหลักความเสมอภาคของบุคคลในการได้รับบริการสาธารณะ⁶⁰ ซึ่งหากการดำเนินกิจการของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวได้ทำให้ประชาชนคนใดคนหนึ่งต้องรับภาระที่เกิดจากการดำเนินกิจการของรัฐที่เข้าไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมแต่เพียงผู้เดียว จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น ประชาชนทุกคนจึงต้องเป็นผู้รับภาระสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้น หากมีเหตุการณ์บางอย่างที่ทำให้ความเท่าเทียมกันนั้นเสียไป รัฐจะต้องชดเชยค่าทดแทนความเสียหายให้แก่บุคคลที่ต้องรับภาระสาธารณะมากกว่าบุคคลอื่น ทั้งนี้ เพื่อให้ความเสมอภาคที่เสียไปแล้วกลับคืนมานั่นเอง

2.2.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

โดยทั่วไปแล้ว หลักความชอบด้วยกฎหมายหรือหลักกฎหมายย่อมผูกพันอำนาจรัฐ ซึ่งหมายความว่า การดำเนินการหรือกิจกรรมทั้งปวงของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมาย คืออยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย หลักการดังกล่าวมิได้ผูกพันแต่เฉพาะกับฝ่ายปกครองซึ่งเป็นฝ่ายบริหารเท่านั้น หลักการดังกล่าวยังผูกพันฝ่ายตุลาการและฝ่ายนิติบัญญัติด้วย⁶¹ แต่เนื่องจากวิธานิพนธ์นี้ ได้ศึกษาเน้นเฉพาะความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง จึงขออธิบายเฉพาะหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น⁶²

⁶⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 44.

⁶¹ ขวัญชัย สันตสว่าง, “หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย The Principle of Legality,” บทบัญญัติ, เล่มที่ 44 ตอน 4, น. 3 (ธันวาคม 2531).

⁶² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44, น. 67-68.

กล่าวคือ ในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง อาจมีการกระทำทางปกครองบางอย่างที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่ง โดยฝ่ายปกครองอาจจะต้องจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งด้วยการบังคับให้เขากระทำการหรือห้ามมิให้เขากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วแต่กรณี ซึ่งการที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการดังกล่าวได้ ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบก่อนว่ามีกฎหมายให้อำนาจตนกระทำการดังกล่าวหรือไม่ ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองจะต้องละความตั้งใจที่จะกระทำการเช่นนั้น แต่หากมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองก็สามารถกระทำการดังกล่าวได้ โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมีสาระสำคัญอยู่สองประการ คือ กรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย และกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของตัวบทกฎหมาย และตัวบทกฎหมายยังเป็นการมอบอำนาจและหน้าที่ให้แก่ฝ่ายปกครองอีกด้วย⁶³ จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายเป็นทั้งแหล่งที่มา (source) และข้อจำกัด (limitation) ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง โดยกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ คือ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น ส่วนกฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง คือ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติฉบับที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจนั่นเอง พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติฉบับอื่น ๆ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในเวลาที่ฝ่ายปกครองกระทำการ รัฐธรรมนูญ กฎหมายประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งบรรดากฎหมายที่กล่าวมานี้ เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองโดยทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจออกกฎ (Subordinate Legislation) ออกคำวินิจฉัยสั่งการ (Administrative decision) หรือ กระทำการทางกายภาพ (Administrative Real act) อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการหรือกระทำการทางกายภาพ ฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎที่ตนออกมาใช้บังคับด้วย⁶⁴

⁶³ กมลชัย รัตนสกววงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 116.

⁶⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 44*, น. 73-106.

2.2.4 หลักการควบคุมฝ่ายปกครอง

“การควบคุม” หมายความว่า การตรวจสอบฝ่ายปกครองประการหนึ่ง และการเยียวยา โดยฝ่ายปกครองอีกประการหนึ่ง

“การตรวจสอบ” หมายถึง การสอบสวน การสอดส่อง การดูให้ถูกต้องก่อนการกระทำ หรือมีนิติกรรมทางปกครองว่าฝ่ายปกครองดำเนินการดีหรือไม่ดี ถูกต้องหรือไม่ถูกต้อง ในแง่การ ตรวจสอบจึงหมายถึง การควบคุมก่อนการกระทำซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันมิให้เกิดการละเมิด กฎหมายขึ้น

“การเยียวยา” หมายถึง การแก้ไขซึ่งความผิดพลาดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ประชาชนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครองโดยฝ่ายปกครอง ซึ่งแสดงให้เห็นในตัวว่า เป็นการควบคุมภายหลังการกระทำโดยการทำให้ผลของการละเมิดกฎหมายหมดไปให้มากที่สุด⁶⁵

ดังนั้น “การควบคุมฝ่ายปกครอง” จึงหมายถึง การตรวจสอบการกระทำทางปกครอง ของฝ่ายปกครองให้ถูกต้องตามกฎหมายหรือชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขเยียวยาความ เดือดร้อนหรือเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำทางปกครอง ของฝ่ายปกครอง

ในการดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองอาจมีกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจมหาชน ที่ตนเองมีอยู่ไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชนได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุม ฝ่ายปกครอง ซึ่งเหตุผลที่จะต้องควบคุมฝ่ายปกครองล้วนแต่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง เนื่องจากตามธรรมชาติของอำนาจซึ่งรวมทั้งการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง มีแนวโน้มไปสู่ความ อิศระในการใช้อำนาจโดยไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ใด ซึ่งอาจไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิ ของผู้อื่นหรือประชาชนอันเป็นการใช้สิทธิที่มิชอบ หน้าที่สำคัญประการหนึ่งของนิติรัฐ คือ การพยายามกำจัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจให้ออกไปจากการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งอาจ เกิดขึ้นได้เสมอ⁶⁶ โดยเหตุผลที่จะต้องควบคุมฝ่ายปกครองประการแรก คือ ภายใต้หลักการ

⁶⁵ Guy Braibant, Nicole Questiaux, Céline Wiener, *Le Contrôle de l'administration et la protection des citoyens*, Paris, Editions Cujas, 1973 อ้างใน ชาญชัย แสงวงศ์, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 272.

⁶⁶ กมลชัย รัตนสกววงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 63*, น. 71.

แบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของหลักนิติรัฐ ได้เรียกร้องให้การควบคุมฝ่ายปกครองซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร จะต้องถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง โดยอาจเป็นการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรนิติบัญญัติ หรือองค์กรตุลาการ หรือแม้แต่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะทำให้อำนาจต่าง ๆ สามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลกันระหว่างอำนาจ เหตุผลประการต่อมา คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายที่ได้เรียกร้องให้การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการที่จะบอกได้ว่าการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นั้น การกระทำดังกล่าวจะต้องสามารถถูกควบคุมตรวจสอบได้ โดยหลักเกณฑ์ที่ถือเป็นสาระสำคัญของหลักการนี้ คือ การอาศัยเกณฑ์ของกฎหมายเป็นเกณฑ์สำหรับการตรวจสอบ และเหตุผลประการสุดท้าย คือ หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีโอกาสที่จะกระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชนได้ หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงเรียกร้องให้สามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งการที่จะทำให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนบรรลุความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิได้นั้น จะต้องให้สิทธิแก่ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิสามารถเข้าถึงองค์กรตุลาการได้ ทั้งนี้ เนื่องจากองค์กรตุลาการเป็นองค์กรเดียวที่มีหลักประกันความเป็นอิสระ ดังนั้น การที่ประชาชนสามารถเข้าถึงองค์กรตุลาการได้ย่อมเป็นหลักประกันว่าองค์กรตุลาการจะพิจารณาเรื่องของตนอย่างถูกต้องและเป็นธรรมโดยปราศจากอิทธิพลจากองค์อื่น ๆ นั่นเอง⁶⁷

ในระบบการควบคุมฝ่ายปกครองอาจจำแนกลักษณะของการควบคุมฝ่ายปกครองได้หลายลักษณะ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการพิจารณาว่าใช้หลักเกณฑ์ใดมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา เช่น การแบ่งแยกการควบคุมโดยพิจารณาว่าเป็นการป้องกันหรือแก้ไข การพิจารณาจากช่วงเวลาของการควบคุม การพิจารณาจากองค์กรที่ควบคุม การพิจารณาจากลักษณะขององค์กรที่ควบคุม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนจะอธิบายระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นการป้องกันหรือแก้ไข ซึ่งอาจแบ่งแยกการควบคุมออกเป็นการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันและการควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข

⁶⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 20-23.

การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน เป็นการควบคุมฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการกระทำทางปกครอง อันเป็นการควบคุมในขั้นตอนเตรียมการก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง⁶⁸ ซึ่งการควบคุมแบบป้องกันนี้อาจเป็นการควบคุมโดยองค์กรของรัฐ เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกาโดยการตรวจสอบร่างกฎหมายและการให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ คณะกรรมการควบคุมอาคารโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ได้กำหนดให้คณะกรรมการควบคุมอาคารเป็นผู้ให้ความเห็นชอบก่อนที่จะมีการตรากฎหมายลำดับรองหรือหน้าที่ให้คำปรึกษาแนะนำแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นในการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เป็นต้น หรืออาจเป็นการควบคุมโดยประชาชน โดยให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการขั้นตอนเตรียมการหรือในขั้นการพิจารณาทางปกครองของฝ่ายปกครอง หรือการให้ประชาชนสามารถรับรู้และเข้าถึงเอกสารข้อมูลข่าวสารของราชการ⁶⁹

ส่วนการควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข เป็นการควบคุมภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อบุคคลแล้ว เช่น ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ซึ่งการควบคุมแบบแก้ไข ย่อมหมายความว่า หากการกระทำทางปกครองเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การจะคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลก็จะต้องใช้วิธีการแก้ไขเยียวยาสิทธิของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครองนั้น ๆ ซึ่งการควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขนี้อาจเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง โดยผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองหรือการควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่กฎหมายจัดตั้งขึ้น หรืออาจเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่การควบคุมทางการเมือง การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เป็นต้น และการควบคุมโดยองค์กรตุลาการอันเป็นระบบการควบคุมที่เป็นหลักประกันแก่ประชาชนที่ดีที่สุดซึ่งในประเทศไทยนั้น องค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการควบคุมฝ่ายปกครอง คือ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรมโดยศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษที่คดีปกครองบางประเภทอยู่ในเขตอำนาจศาล คือ ศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และศาลล้มละลาย⁷⁰

⁶⁸ โภคิน พลกุล, “รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1 ปีที่ 12, น. 41 (2524).

⁶⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67, น. 74-87.

⁷⁰ เพิ่งอ้าง, น. 87-230.

2.2.5 สรุป

เมื่อได้พิจารณาหลักการสำคัญต่าง ๆ อันเป็นที่มาของความรับผิดชอบของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักความเสมอภาค หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักการควบคุมฝ่ายปกครอง ดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า หลักการต่าง ๆ เหล่านี้เป็นหลักการที่ล้วนแต่มีพื้นฐานมาจาก "หลักนิติรัฐ" อันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งรัฐที่จะได้ชื่อว่าเป็นนิติรัฐนั้น จะต้องเป็นรัฐที่ยึดถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย และมาตรการต่าง ๆ ของรัฐจะต้องสอดคล้องกับความยุติธรรม โดยรัฐมีเป้าหมายที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ การใช้อำนาจรัฐจะกระทำโดยกฎหมายและอาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น⁷¹ หรืออาจกล่าวได้ว่านิติรัฐ คือ รัฐที่ปกครองโดยกฎหมายนั่นเอง

ในปัจจุบันนี้ภารกิจของรัฐได้ขยายตัวไปอย่างมาก นอกจากภารกิจดั้งเดิมของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยในรัฐแล้ว รัฐยังมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนอีกด้วย และในการดำเนินกิจกรรมของรัฐเพื่อดำเนินการตามภารกิจของรัฐดังกล่าวจำเป็นต้องมีองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาช่วยดำเนินการ ซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวก็คือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองนั่นเอง โดยในการดำเนินกิจกรรมของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง อาจจะมีบางกรณีที่มีการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ เนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองโดยสาระสำคัญแล้ว ก็คือการใช้อำนาจเหนือประชาชนเพื่อคุ้มครองประโยชน์มหาชนด้วยเหตุนี้จึงทำให้รัฐสามารถบังคับประชาชนหรือเอกชนให้เป็นไปตามเจตนาของตนได้ เจตนาของรัฐจึงอยู่เหนือเจตนาของประชาชน การใช้อำนาจรัฐที่เหนือกว่าเช่นนี้ย่อมจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้⁷² ซึ่งเมื่อนิติรัฐคือการปกครองโดยกฎหมายและรัฐมีเป้าหมายที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น เพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง จึงเกิด

⁷¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบาย วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), น. 155-157.

⁷² สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 245.

หลักความชอบด้วยกฎหมายของกระทำทางปกครองขึ้น กล่าวคือ หากฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองจะกระทำการดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งเมื่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเรียกร้องให้การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองเพื่อให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว โดยหากประชาชนหรือเอกชนเห็นว่า ตนเองถูกเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เอกชนผู้ได้รับความเสียหาย ย่อมมีสิทธิที่จะโต้แย้งคัดค้านการกระทำดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งตามหลักการควบคุมฝ่ายปกครองมีหลักการควบคุมฝ่ายปกครองที่ให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนได้ดีที่สุด คือ การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาล ทั้งนี้ เนื่องจากองค์กรตุลาการเป็นองค์กรเดียวที่มีหลักประกันความเป็นอิสระ และหากผลการควบคุมตรวจสอบพบว่าการกระทำอันใดอันหนึ่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองขัดต่อกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว รัฐก็ต้องเพิกถอนการกระทำนั้นเสียและทำให้เอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยการชดเชยค่าเสียหายทดแทนให้แก่เอกชนผู้ได้รับความเสียหายนั้น⁷³ ซึ่งแนวความคิดในการให้สิทธิแก่ประชาชนในการฟ้องให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นที่มาของข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ เนื่องจากเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งของประชาชน เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองหรือรัฐก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชนดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อช่วยแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจกรรมเพื่อจัดทำภารกิจของรัฐ

โดยในปัจจุบันนี้ ข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้รับการพัฒนาไปอย่างมาก รัฐไม่เพียงแต่จะต้องรับผิดชอบจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น ในบางกรณีรัฐอาจจะต้องรับผิดชอบแม้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการไปโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม เช่น กรณีของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งรัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย แต่รัฐจะต้องชดเชยค่าทดแทนความเสียหายให้แก่เอกชนผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือ

⁷³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52, น. 2-5.

เสียหายเป็นพิเศษจากการเป็นผู้เสียหายเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของเอกชนคนดังกล่าว หรืออาจเป็นกรณีของความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดของรัฐ อันเป็นข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศสตามหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระสาธารณะดังที่ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อ 2.2.2 ข้างต้น

ดังนั้น โดยสรุปแล้วอาจกล่าวได้ว่า ข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐมีที่มาจากแนวความคิดของหลักนิติรัฐนั่นเอง

2.3 ประเภทของความรับผิดชอบของรัฐ

ในการแบ่งประเภทของความรับผิดชอบของรัฐนั้นอาจแบ่งออกได้เป็นหลายประเภทขึ้นอยู่กับว่าจะใช้อะไรเป็นเกณฑ์ในการแบ่ง หากพิจารณาจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยคำนึงถึง "ความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย" เป็นเกณฑ์แล้ว อาจแบ่งความรับผิดชอบของรัฐได้เป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากพิจารณาจาก "ความผิด" ซึ่งมีรูปแบบสำคัญอยู่ 2 รูปแบบ คือ เจตนาหรือประมาทเลินเล่อ เป็นเกณฑ์แล้ว อาจแบ่งความรับผิดชอบของรัฐได้เป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำโดยมีความผิด และความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำโดยปราศจากความผิด อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบทั้งสองกลุ่มนี้อาจจะเชื่อมประสานกันได้ เช่น ความรับผิดชอบของรัฐซึ่งเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ หรือความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่ได้เกิดจากเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ เป็นต้น⁷⁴ ซึ่งการแบ่งประเภทของความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศนั้น อาจใช้เกณฑ์ในการแบ่งที่แตกต่างกันไป เช่น ในการแบ่งประเภทของความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ใช้เกณฑ์ในการแบ่งโดยพิจารณาจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าได้กระทำโดยมีความผิดหรือกระทำโดยปราศจากความผิด อันเป็นการแบ่งประเภทของความรับผิดชอบของรัฐโดยใช้เกณฑ์ "ความผิด" มาเป็นเกณฑ์ในการแบ่ง ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงแบ่งออกได้เป็นความรับผิดชอบโดยมีความผิดและความรับผิดชอบโดย

⁷⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 17, น. 2.

ปราศจากความผิด ส่วนการแบ่งประเภทของความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ได้ใช้เกณฑ์ “ความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย” และเกณฑ์ “ความผิด” มาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันจึงแบ่งออกได้เป็นหลายประเภท เช่น ความรับผิดทางละเมิดซึ่งเป็นความรับผิดที่เกิดจากกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีความผิด หรือความรับผิดจากการเวนคืนซึ่งเป็นความรับผิดจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือความรับผิดจากความเสียหายซึ่งเป็นผลข้างเคียงที่เกิดจากการล่งล้ำสิทธิในทรัพย์สินโดยการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นความรับผิดจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น⁷⁵ อย่างไรก็ตาม หากสรุปโดยภาพรวมแล้ว ความรับผิดของรัฐในประเทศต่าง ๆ อาจแบ่งได้เป็นกรณีที่เป็นความรับผิดอันเกิดจากการกระทำละเมิดซึ่งเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีความผิด และความรับผิดอย่างอื่นที่ไม่ได้เกิดจากการกระทำละเมิดนั่นเอง

⁷⁵ รายละเอียดของความรับผิดของรัฐหรือความรับผิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันแต่ละประเภท จะได้อธิบายโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 2.