

บทที่ 4

บทวิเคราะห์ในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ

จากการศึกษาถึงข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดในกฎหมายปกครองในบทที่ 2 และความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายไทยในบทที่ 3 ทำให้สามารถเข้าใจหลักเกณฑ์การวินิจฉัยถึงความรับผิดของเจ้าหน้าที่เป็นการเฉพาะตัวหรือความรับผิดในทางส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ โดยในปัจจุบันความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบกับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบความรับผิดของเจ้าหน้าที่เป็นการเฉพาะตัวหรือความรับผิดในทางส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 6 “ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรงแต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้”

มาตรา 8 วรรคหนึ่ง “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง”

มาตรา 10 วรรคหนึ่ง “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัดหรือไม่ ถ้าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ก็นำบทบัญญัติมาตรา 8 มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ถ้ามิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ให้บังคับตามบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

ความรับผิดของเจ้าหน้าที่เป็นการเฉพาะตัวหรือความรับผิดในทางส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เมื่อพิจารณาในแง่ที่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นปัจเจกบุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกหรือหน่วยงานของรัฐเมื่อได้กระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหาย อาจแยกได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

1. ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดเป็นเหตุให้บุคคลภายนอกหรือหน่วยงานของรัฐได้รับความเสียหาย โดยการกระทำละเมิดนั้นมิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่กรณีดังกล่าว เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายซึ่งอาจเป็นบุคคลภายนอกหรือหน่วยงานของรัฐเป็นการเฉพาะตัว ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420, 423, 437, 215, 216, 217, 228, 224

2. ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำในการปฏิบัติหน้าที่แล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ซึ่งกรณีดังกล่าวแม้หน่วยงานของรัฐจะต้องเข้ามารับผิดชอบต่อคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายแต่เมื่อหน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไปแล้วก็มีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวคืนให้แก่รัฐ (สิทธิไล่เบี่ย) โดยมีเงื่อนไขว่าหน่วยงานของรัฐหน่วยงานของรัฐจะสามารถไล่เบี่ยเอาจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง นั่นคือเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบในส่วนส่วนตัวต่อบุคคลภายนอกก็ต่อเมื่อได้กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ถ้าปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดเพียงประมาทเลินเล่อธรรมดาหน่วยงานของรัฐก็ไม่อาจเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ให้แก่ผู้เสียหายไปแล้วได้

3. ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำในการปฏิบัติหน้าที่แล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ ถ้าการกระทำละเมิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่นั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัดหรือไม่ก็ตาม หน่วยงานของรัฐนั้นมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐนั้น ถ้าการละเมิดที่เกิดขึ้นเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง นั่นคือเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบในส่วนตัวเองต่อหน่วยงานของรัฐก็ต่อเมื่อได้กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในการที่จะศึกษาวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบเฉพาะตัวและความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวนี้ ต้องวิเคราะห์ว่าบุคคลใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งจะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 การกระทำใดที่อยู่ในขอบเขตของการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ การกระทำโดยจงใจ การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และการกระทำละเมิดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งในบทนี้จะทำการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าว

1.วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของ “เจ้าหน้าที่” ซึ่งอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ใช้บังคับเฉพาะแก่เจ้าหน้าที่ที่ได้มีการนิยามไว้ในมาตรา 4 เท่านั้น หากเจ้าหน้าที่ผู้ใดหรือประเภทใดไม่อยู่ภายใต้ นิยามในมาตรา 4 ดังกล่าวแล้วย่อมไม่อาจนำเอาหลักเกณฑ์ในกฎหมายฉบับนี้ไปใช้บังคับกับ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ ซึ่ง “เจ้าหน้าที่” ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการหรือฐานะอื่นใด

สำหรับ “เจ้าหน้าที่” ตามความหมายของกฎหมายความรับผิดของรัฐในต่างประเทศ ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 นั้น ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ ความรับผิดของรัฐอาศัย หลักเกณฑ์ของคอมมอนลอว์และ The Crown Proceeding Act 1947 ซึ่งกำหนดให้ The Crown หรือรัฐบาลกลางต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ซึ่งได้แก่ servant และ agent ได้กระทำการ โดย servant ตามความหมายของกฎหมายดังกล่าวจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งโดย พระมหากษัตริย์ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมและเป็นผู้ได้รับเงินเดือนจากงบประมาณของรัฐบาลกลาง ที่ได้รับอนุมัติจากรัฐสภาหรือดำรงตำแหน่งหน้าที่ราชการซึ่งตามปกติมีสิทธิได้รับเงินเดือน และยัง หมายความว่ารวมถึงบรรดาผู้รับใช้ The Crown และรัฐมนตรีด้วย ซึ่งความหมายของเจ้าหน้าที่ ดังกล่าวเป็นผลให้ผู้ที่ทำงานให้ The Crown ในลักษณะการเข้ามาช่วยเหลือเป็นครั้งคราวหรือเป็น การชั่วคราวไม่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ ส่วน agent นั้น The Crown Proceeding Act 1947 กำหนดให้ ผู้รับเหมาอิสระหรือผู้รับจ้างซึ่งผูกพันที่จะต้องกระทำการบางอย่างตามสัญญาให้ The Crown อยู่ในความหมายนี้โดย The Crown จะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อการกระทำละเมิดของ agent อยู่ใน ขอบข่ายของงานที่จ้าง

ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้น “เจ้าหน้าที่” ในความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิด ของรัฐนั้น หมายถึง เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับมอบหมายจากหน่วยงานให้ปฏิบัติหน้าที่และในการปฏิบัติ หน้าที่นั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยมีข้อพิจารณาเพียงว่าบุคคลนั้นได้กระทำการโดยใช้ อำนาจมหาชนหรือไม่ ทั้งนี้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้ถือหลักให้รัฐเข้ามารับผิดแทนเจ้าหน้าที่ ของตนดังเช่นในระบบกฎหมายเยอรมันหรือกฎหมายไทยแต่ให้รัฐรับผิดโดยตรงสำหรับการกระทำ ของตนเองทั้งนี้โดยถือว่าเจ้าหน้าที่เป็นส่วนหนึ่งของการจัดทำบริการสาธารณะหากเกิดผิดพลาด เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นก็เป็นเรื่องของความบกพร่องของรัฐซึ่งรัฐต้องรับผิด

สำหรับระบบกฎหมายเยอรมันนั้น“เจ้าหน้าที่”มีความหมายกว้าง โดยรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) มาตรา 34 ใช้คำว่า “บุคคลใดๆ”ก็ตามซึ่งได้รับมอบหมายโดยฝ่ายปกครองให้ทำกิจกรรมของรัฐ โดยจะพิจารณาจากภารกิจที่บุคคลได้ปฏิบัติเป็นสำคัญว่าได้กระทำลงเพื่อรัฐหรือไม่ ไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลเหล่านั้นถูกจ้างชั่วคราวด้วยวัตถุประสงค์เฉพาะกาลหรือเป็นอาสาสมัคร ทั้งนี้ได้หมายเฉพาะข้าราชการ พนักงานและลูกจ้างของรัฐเท่านั้น โดยอาจแบ่งเจ้าหน้าที่ตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐได้เป็น 2 กลุ่ม ได้แก่

1) บุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หมายถึง บุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐ ซึ่งได้แก่ ข้าราชการพลเรือน และรวมถึงพนักงาน และลูกจ้างของรัฐ บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในการรับใช้รัฐ ในฐานะข้าราชการประจำ ได้แก่ ข้าราชการทหาร ข้าราชการฝ่ายตุลาการ และบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเพราะสวมตำแหน่งในทางมหาชน ได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รัฐมนตรี หรือข้าราชการการเมืองอื่น เช่น สมาชิกสภาองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น

2) เอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติงานเพื่อรัฐ ซึ่งอาจมีได้หลายรูปแบบ ได้แก่ เอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจ ซึ่งเกิดขึ้นจากการที่รัฐสภาตรากฎหมายหรือฝ่ายปกครองออกคำสั่งหรือทำสัญญาทางปกครองมอบหมายให้เอกชนมีอำนาจบางอย่างในทางมหาชน เช่น กัปตันเครื่องบิน เอกชนผู้ช่วยเหลือฝ่ายปกครองโดยเป็นผู้ช่วยเหลือการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองโดยเอกชน เหล่านี้ไม่ได้มีอำนาจเป็นของตนเองแต่กระทำการโดยขึ้นอยู่กับฝ่ายปกครองที่ขอให้ตนช่วยเหลือ เช่น ผู้พานักเรียนข้ามถนน และรูปแบบสุดท้ายได้แก่ เอกชนคู่สัญญา โดยรัฐได้ว่าจ้าง(สัญญาทางแพ่ง) ให้เอกชนดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่แทน

สำหรับกฎหมายไทยนั้นพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้นิยามความหมายของ “เจ้าหน้าที่” ไว้ดังกล่าวแล้ว ซึ่งบุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ตามความหมายของบทบัญญัติดังกล่าวแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท ได้แก่

1) ข้าราชการ คือผู้ได้รับเงินเดือนจากเงินงบประมาณแผ่นดิน ไม่ว่าจะ เป็นข้าราชการพลเรือน ข้าราชการตำรวจ ข้าราชการทหาร ข้าราชการครู ข้าราชการอัยการ ข้าราชการตุลาการ ข้าราชการองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น รวมถึงข้าราชการการเมืองด้วย

2) พนักงาน ผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐซึ่งไม่ใช่ข้าราชการ เช่น พนักงานรถไฟ พนักงานท่าเรือ พนักงานขับรถโดยสารประจำทาง หรือพนักงานรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายนี้

3) ลูกจ้าง ซึ่งเป็นลูกจ้างที่ได้รับการบรรจุแต่งตั้งให้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานประจำและต่อเนื่อง มีการกำหนดอัตราเงินเดือน การเลื่อนขั้น

เงินเดือน การลงโทษทางวินัยตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมาย กฎ ระเบียบหรือข้อบังคับ¹ โดยได้รับเงินเดือนประเภทลูกจ้าง ไม่ว่าจะชั่วคราวหรือถาวรของส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น ในกรณีลูกจ้างขององค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ (ร.ส.พ.) ซึ่งทำสัญญาว่าจ้างเป็นครั้งคราวเฉพาะงาน ไม่มีการบรรจุแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ขององค์การ นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างและองค์การเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา เช่นนี้ลูกจ้างดังกล่าวไม่ใช่เจ้าหน้าที่ตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่² และเจ้าหน้าที่ตามความหมายของกฎหมายนี้ไม่หมายความครอบคลุมไปถึงเอกชนที่รับจัดทำกิจการให้แก่รัฐหรือแทนรัฐตามสัญญาจ้างทำของ เช่น กรณีการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (ก.ฟ.ภ.) ทำสัญญาแต่งตั้งให้เอกชนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคลหรือองค์การบริหารส่วนตำบลดำเนินการในหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใดแทนการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค เช่น เป็นตัวแทนเก็บค่าไฟฟ้า หรือแก่กระแสไฟฟ้าที่ขัดข้องให้แก่ผู้ใช้ไฟฟ้า หรือพนักงานทำความสะอาด พนักงานรักษาความปลอดภัยของบริษัทที่หน่วยราชการจ้างมาตามสัญญาจ้างซึ่งไม่ได้รับเงินเดือนและไม่อยู่ในบังคับบัญชาของหน่วยงานของรัฐจึงมิใช่เจ้าหน้าที่ตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เช่นกัน

4) ผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น อาจเป็นกรรมการถาวร เช่น กรรมการกฤษฎีกา กรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ กรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งประกอบไปด้วยบุคคลทั้งในและนอกราชการ หรือเป็นกรรมการเฉพาะกิจ หรืออาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่มหาวิทยาลัยจ้างไว้เพื่อเป็นที่ปรึกษา สอนหรือค้นคว้าทางวิชาการอย่างหนึ่งอย่างใด

จะเห็นได้ว่า “เจ้าหน้าที่” ตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายไทยนั้นมีหลักในการพิจารณาว่าผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่โดยพิจารณาจาก “การได้รับเงินเดือนหรือการได้รับการบรรจุแต่งตั้ง” ให้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานประจำและต่อเนื่อง มีการกำหนดอัตราเงินเดือน การเลื่อนขั้นเงินเดือน การลงโทษทางวินัยตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมาย กฎ ระเบียบหรือข้อบังคับ ซึ่งคล้ายคลึงกับความหมายของเจ้าหน้าที่ตามความหมายของระบบกฎหมายอังกฤษซึ่งพิจารณาถึง “การแต่งตั้งและการได้รับเงินเดือน” โดยจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยพระมหากษัตริย์ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมและเป็นผู้ได้รับเงินเดือนจากงบประมาณของรัฐบาลกลางที่ได้รับอนุมัติจาก

¹ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสรีจที่ 28/2542)

² ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสรีจที่ 849/2542)

รัฐสภาหรือดำรงตำแหน่งหน้าที่ราชการซึ่งตามกฎหมายมีสิทธิได้รับเงินเดือน ซึ่งแตกต่างจากในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมัน โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น “เจ้าหน้าที่” มีความหมายถึง เจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานของรัฐให้ปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งมีข้อพิจารณาเพียงว่า “บุคคลนั้นได้กระทำการโดยใช้อำนาจมหาชนหรือไม่” ส่วนระบบกฎหมายเยอรมัน “เจ้าหน้าที่” หมายถึง บุคคลใดๆก็ตามซึ่งได้รับมอบหมายโดยฝ่ายปกครองให้ทำกิจกรรมของรัฐ โดยพิจารณาถึง “ภารกิจที่ปฏิบัติว่าได้กระทำลงเพื่อรัฐหรือไม่” ซึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันนั้นยังหมายความรวมไปถึงเอกชนซึ่งได้รับอำนาจมหาชนจากรัฐเพื่อจัดทำบริการสาธารณะหรือได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติงานเพื่อรัฐ จึงเห็นได้ว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันนี้มีหลักในการพิจารณาว่าผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐโดยไม่ได้พิจารณาถึงสถานะในทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่หรือการแบ่งองค์การของรัฐ หากแต่พิจารณาในแง่ภารกิจว่าได้กระทำเพื่อรัฐหรือใช้อำนาจมหาชนในการกระทำการหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาที่ยืดหยุ่น และเหมาะสมกับภารกิจหน้าที่ของรัฐที่มีมากขึ้นและค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงไป

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายและขอบเขตของ “เจ้าหน้าที่” ตามความหมายของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ของไทยผู้เขียนเห็นว่าภารกิจกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดนิยามความหมายของเจ้าหน้าที่ไว้เป็นประเภทดังกล่าวไว้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่หรือผู้ปฏิบัติงานให้รัฐประเภทใดบ้างที่อยู่ภายใต้กฎหมายนี้ แต่ภารกิจกฎหมายได้ระบุกำหนดไว้เป็นประเภทเช่นนั้นทำให้เกิดการลักลั่นในการบังคับใช้กฎหมาย ทำให้เจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติงานให้รัฐซึ่งมีลักษณะงานเช่นเดียวกัน เช่น ทำงานในหน้าที่นิติกร ทำหน้าที่พนักงานขับรถ ทำความสะอาด รักษาเวรยาม แต่บุคคลหนึ่งซึ่งได้รับการบรรจุแต่งตั้งให้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานประจำและต่อเนื่อง มีการกำหนดอัตราเงินเดือน การเลื่อนขั้นเงินเดือน การลงโทษทางวินัยตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมาย กฎ ระเบียบหรือข้อบังคับ โดยได้รับเงินเดือนจากส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ ถือเป็นเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนี้ แต่อีกบุคคลหนึ่งซึ่งไม่ได้รับการบรรจุแต่งตั้งในลักษณะดังกล่าวกลับได้อยู่ภายใต้กฎหมายนี้

ตัวอย่างเช่น กรณีที่สำนักงานอัยการจังหวัดประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อจ้างเหมาบริการปฏิบัติงานในหน้าที่นิติกร อัตราค่าจ้าง 12,000 บาทต่อเดือน หรือกรมป่าไม้จ้างลูกจ้างชั่วคราวรายวันเพื่อปฏิบัติหน้าที่พิทักษ์ป่าต้นน้ำ หรือกรณีมหาวิทยาลัยเช่ารถซึ่งมีคนขับ อาจารย์พิเศษซึ่งมหาวิทยาลัยจ้างเป็นรายชั่วโมง บุคคลดังกล่าวแม้จะปฏิบัติงานในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของรัฐในลักษณะเช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ในความหมายของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ไม่ว่าจะเป็นนิติกร เจ้าหน้าที่พิทักษ์ป่า พนักงาน

ซัปรด อาจารย์ แต่บุคคลดังกล่าวดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว หากได้กระทำ ละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวก็ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวโดยอยู่ภายใต้บทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420-452

การที่กฎหมายกำหนดความหมายของ “เจ้าหน้าที่” เป็นประเภทได้แก่ ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการหรือ ในฐานะอื่นใดดังกล่าวนั้น ทำให้การบังคับใช้กฎหมายขาดความยืดหยุ่นยากที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง และอาจทำให้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติเพื่อรัฐ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากในการดำเนินการเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะลุล่วงไป ในยุคที่มีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ สังคม อย่างรวดเร็ว รัฐอาจจำเป็นต้องมอบหมาย การปฏิบัติภาระหน้าที่บางอย่างให้บุคคลอื่นนอกเหนือจากบุคคล 4 ประเภทที่กล่าวข้างต้น เมื่อบุคคลผู้ได้รับมอบหมายต้องปฏิบัติหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของรัฐ เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ดังกล่าว แต่การปฏิบัติหน้าที่นั้นไม่ได้รับความคุ้มครองจากรัฐภายใต้ กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับผู้ปฏิบัติงาน ดังกล่าว และทำให้ฝ่ายปกครองหลบเลี่ยงความรับผิดชอบโดยหลีกเลี่ยงการจ้างลูกจ้างหรือพนักงาน เพื่อปฏิบัติงานในหน่วยงานของตนในลักษณะที่เป็นการบรรจุแต่งตั้ง แต่ไปทำสัญญาในลักษณะ สัญญาทางแพ่งเพื่อให้บุคคลภายนอกเข้ามาปฏิบัติงาน เช่น ทำสัญญาในลักษณะจ้างเหมาบริการ สัญญาจ้างทำของ หรือจ้างในลักษณะเป็นครั้งคราวเฉพาะงาน เพื่อที่เมื่อเกิดความเสียหายจาก การปฏิบัติงานดังกล่าวรัฐจะไม่ต้องเข้าไปรับผิดชอบตามกฎหมายนี้

ผู้เขียนจึงเห็นว่า “เจ้าหน้าที่” ตามความหมายของพระราชบัญญัติความรับผิดทาง ละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ควรที่จะหมายถึง “เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบหมายโดยหน่วยงานทาง ปกครองให้ดำเนินการในกิจกรรมของรัฐ โดยกิจกรรมดังกล่าวได้กระทำลงเพื่อรัฐโดยใช้อำนาจ มหาชน” โดยมีข้อพิจารณาในทำนองเดียวกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันดังกล่าว ซึ่งจะ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่นและไม่เกิดความดักดันในการบังคับใช้กฎหมายระหว่าง ผู้ปฏิบัติงานให้รัฐด้วยกัน

2.วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตของ “การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่” ตามพระราชบัญญัติ ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 นั้น ในส่วนของความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ได้ใช้หลักเกณฑ์ตามประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (มาตรา 420-452) มาบังคับแก่กรณีดังกล่าว ซึ่งหากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดเสมอ โดยไม่ต้องคำนึงว่าการละเมิดนั้นจะเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือมิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ แต่หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อเอกชนบุคคลภายนอกนั้น การนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับกรณีนั้นต้องพิจารณาว่าการละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ และเนื่องจากหน่วยงานของรัฐประกอบด้วย กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ฯลฯ และรวมไปถึง รัฐวิสาหกิจ ซึ่งในแต่ละหน่วยงานจะประกอบไปด้วยเจ้าหน้าที่หลายประเภท ทั้งที่เป็นข้าราชการ ลูกจ้าง พนักงานรัฐวิสาหกิจ กรรมการรัฐวิสาหกิจ ผู้ว่าการรัฐวิสาหกิจ ดังนั้นการจะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับการกระทำละเมิดของบุคคลในฐานะดังกล่าวจึงใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน หากเจ้าหน้าที่นั้นมีฐานะเป็นข้าราชการ กรรมการรัฐวิสาหกิจ ผู้ว่าการ หรือผู้อำนวยการรัฐวิสาหกิจ เนื่องจากบุคคลดังกล่าวมิใช่ลูกจ้างของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ แต่ถือได้ว่าเป็นผู้แทนอื่นของนิติบุคคล ผู้เสียหายจึงอาจฟ้องส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจให้ร่วมรับผิดชอบกับเจ้าหน้าที่ได้ โดยอาศัยสิทธิตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 76 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำตามหน้าที่ของผู้แทนของนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคล เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น นิติบุคคลต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น...” แต่หากเจ้าหน้าที่นั้นมีฐานะเป็นลูกจ้างของส่วนราชการหรือเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจ ซึ่งมีฐานะเป็นลูกจ้างของรัฐวิสาหกิจ ผู้เสียหายจึงอาจฟ้องส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจให้ร่วมรับผิดชอบกับเจ้าหน้าที่ได้ โดยอาศัยสิทธิตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ซึ่งบัญญัติว่า “นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น” จึงสรุปได้ว่าในช่วงก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 นั้น การวินิจฉัยการกระทำของเจ้าหน้าที่ว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่นั้น ศาลจะวินิจฉัยโดยอาศัยหลักเกณฑ์ “การกระทำในทางการที่จ้าง” และ “การกระทำตามหน้าที่” ในการพิจารณา ซึ่งพอจะสรุปความหมายของการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในช่วงก่อนจะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ตามแนวคำพิพากษาฎีกาได้ว่า “การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่” เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในตำแหน่งหน้าที่หรือสืบเนื่องจากตำแหน่งหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น รวมทั้งการอันได้รับมอบหมายจากหน่วยงานหรือผู้บังคับบัญชา และกิจการอื่น ๆ ที่ได้ทำลงใน

ระหว่างนั้น ทั้งนี้ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน ซึ่งกรณีที่จะเป็นการกระทำตามหน้าที่ จะต้องเป็นกรณีดังต่อไปนี้

1. เป็นการปฏิบัติงานตามปกติในตำแหน่งหน้าที่ของเจ้าหน้าที่
2. เป็นการปฏิบัติงานอันสืบเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่งหน้าที่
3. การอันได้รับมอบหมายจากหน่วยงานหรือผู้บังคับบัญชา
4. การกระทำอันใดที่ได้ทำลงในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่
5. การกระทำที่ได้ทำไปเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานแม้จะไม่ได้ปฏิบัติตามกฎ

ระเบียบของหน่วยงาน

ต่อมาเมื่อได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ที่มีความสำคัญในการแบ่งแยกว่าการกระทำละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดนั้นหรือการกระทำนั้นเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบเป็นการเฉพาะตัว ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 และมาตรา 6 กล่าวคือ หากการกระทำละเมิดนั้นเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว(ส่วนจะไปไล่เบี้ยหรือเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐได้หรือไม่เป็นอีกเรื่องหนึ่งซึ่งจะต้องพิจารณาต่อไป) หากการกระทำละเมิดนั้นมีใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบนั้นเป็นการเฉพาะตัว แต่กฎหมายดังกล่าวก็มีได้กล่าวถึงความหมายและขอบเขตของการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ไว้ สำหรับในระบบกฎหมายเยอรมัน เห็นว่าการกระทำละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ที่จะทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบนั้นจะต้องเป็นการทำภาระหน้าที่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน และกระทำโดยบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐคือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นความเสียหายที่เกิดขึ้นจะเป็นความเสียหายที่รัฐต้องรับผิดชอบ ก็ต่อเมื่อบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องมีความสัมพันธ์กับรัฐในทางใดทางหนึ่ง เช่น เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และ การกระทำของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐดังกล่าวซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องเป็นการกระทำเพื่อบริการสาธารณะ (service public) ไม่ใช่การกระทำในทางส่วนตัว ซึ่งการกระทำเพื่อบริการสาธารณะ (service public) หมายถึง การกระทำใด ๆ ของนิติบุคคลมหาชนที่มุ่งประสงค์ในการสนองตอบความต้องการสาธารณะหรือมุ่งประสงค์ทำให้ภารกิจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะบรรลุผล สำหรับในระบบกฎหมายอังกฤษนั้นไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ใช้หลักในเรื่องการกระทำในทางการที่จ้างในการพิจารณา

เมื่อได้พิจารณาถึงหลักเกณฑ์แนวทางในการวินิจฉัยการกระทำในทางส่วนตัวออกจากกรกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ในกฎหมายต่างประเทศดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 แล้ว พบว่าหลักเกณฑ์ซึ่งศาลคดีขัดกันในระบบกฎหมายฝรั่งเศสใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยถึงการกระทำในทางส่วนตัวมีดังนี้

(1) การกระทำที่เจ้าหน้าที่กระทำลงในขอบเขตของชีวิตส่วนตัว เป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว เพราะรัฐยอมไม่ยุ่งเกี่ยวกับเรื่องส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ เช่น การฆ่าผู้อื่น ลักทรัพย์ผู้อื่น เป็นต้น

(2) การกระทำที่เจ้าหน้าที่กระทำในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะแต่ไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ กับการปฏิบัติหน้าที่ในการบริการสาธารณะ กล่าวคือ ความผิดเกิดขึ้นโดยสามารถแยกขาดจากบริการสาธารณะได้ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว

(3) การกระทำที่เจ้าหน้าที่กระทำลงในระหว่างปฏิบัติหน้าที่หรืออาศัยตำแหน่งหน้าที่ของตนกระทำทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ไม่สุจริต ซึ่งการกระทำดังกล่าวสามารถแยกออกจากการปฏิบัติงานบริการสาธารณะได้อย่างชัดเจน ก่อให้เกิดความรับผิดเป็นการส่วนตัว เช่น การขู่เชิญผู้ต้องหาในระหว่างการสอบสวนด้วยความอาฆาตแค้นของตำรวจ คำสั่งของนายกเทศมนตรีห้ามศัตรูทางการเมืองของตนเข้าไปในโรงฆ่าสัตว์ของเทศบาล เป็นต้น

(4) แต่เดิมการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่เป็นความผิดอาญาย่อมก่อให้เกิดเจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในทางแพ่งโดยอัตโนมัติ ต่อมา นับแต่ ค.ศ. 1935 หลักดังกล่าวได้เปลี่ยนไป กล่าวคือ การกระทำความผิดอาญาโดยประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่ไม่ทำให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในทางแพ่งโดยอัตโนมัติ เฉพาะแต่การกระทำความผิดอาญาโดยเจตนา (เว้นแต่ความผิดลหุโทษ) เท่านั้นที่ทำให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเป็นการส่วนตัว

(5) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำการที่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองโดยมีความผิดยอมไม่ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการปฏิบัติงานบริการสาธารณะ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว

ผู้เขียนเห็นว่าจากแนวคำพิพากษาฎีกา แนวคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและจากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่ได้วินิจฉัยถึงการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ทั้งในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศแล้วพบว่าหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยถึงการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ดังนี้

1. การที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดเนื่องมาจากโอกาสในการปฏิบัติงานตามปกติในตำแหน่งหน้าที่

ลักษณะงานของรัฐในบางตำแหน่งอาจมีลักษณะในการใช้อำนาจปกครอง หรือต้องติดต่อสัมพันธ์กับเอกชน การปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าวอาจเป็นโอกาสให้เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกหรือต่อหน่วยงานของรัฐ โดยถ้าบุคคลดังกล่าวมิได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งปฏิบัติงานในหน้าที่ดังกล่าวก็ไม่มีโอกาสที่จะกระทำละเมิดเช่นนั้น การกระทำโดยอาศัยโอกาสที่ตนต้องปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าวจึงควรถือว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งมีแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐโดยถือว่าเจ้าหน้าที่เป็นส่วนหนึ่งของการจัดทำบริการสาธารณะหากเกิดผิดพลาดเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นก็เป็นเรื่องของความบกพร่องของรัฐซึ่งรัฐต้องรับผิด ดังนั้นการที่เจ้าหน้าที่สามารถกระทำละเมิดได้ก็เป็นเหตุมาจากการที่ระเบียบ การบริหารงาน การควบคุมตรวจสอบไม่รัดกุมเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่กระทำผิด รัฐจึงต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ได้กระทำละเมิดในการปฏิบัติงานโดยอาศัยความไม่รัดกุมของกฎหมายระเบียบของรัฐ จึงควรถือว่าการที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดโดยอาศัยโอกาสในการปฏิบัติงานตามปกติในตำแหน่งหน้าที่เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งการกระทำละเมิดโดยอาศัยโอกาสในการปฏิบัติงานตามปกติในตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าวนั้นปรากฏในคำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ในคดี Laruelle C.E.28.7.1951 ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่านาย Laruelle ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทหารได้ขับรถของทางราชการไปทำธุระส่วนตัวและเกิดอุบัติเหตุชนผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ อันเป็นความผิดฐานละเมิดสภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าหน่วยงานต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะความเสียหายนั้นส่วนหนึ่งมาจากการที่หน่วยงานของรัฐมีระบบการควบคุมและเก็บรักษารถไม่รัดกุมเพียงพอและรถนั้นเป็นรถของหน่วยงานซึ่งเจ้าหน้าที่มีหน้าที่เป็นผู้ขับขี่

ในเยอรมันศาลมิได้ชี้ชัดว่าการอาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ข้อเท็จจริงเห็นได้ว่าการกระทำละเมิดในลักษณะดังกล่าวมีแต่เจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้นที่กระทำได้ เอกชนหรือบุคคลที่ไม่มีหน้าที่เช่นนั้นไม่มีโอกาสที่จะกระทำละเมิดเช่นนั้นได้ เช่น กรณีที่ทหารฝึกซ้อมยิงปืนโดยมิได้ปฏิบัติตามกฎหมายระเบียบเกี่ยวกับการนั้นทำให้เกิดไฟไหม้ป่าขึ้น เป็นการกระทำทางกายภาพในแดนของกฎหมายมหาชนความเสียหายที่เกิดขึ้นย่อมเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ทำการซ้อมยิงปืนซึ่งบุคคลที่จะมีโอกาสฝึกซ้อมยิงปืนในพื้นที่ป่าดังกล่าวคงมีแต่เจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น กรณีนี้อาจถือได้ว่าการฝึกซ้อมยิงปืนจนเป็นเหตุให้เกิดไฟไหม้เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจในการปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ของเจ้าหน้าที่

สำหรับระบบกฎหมายไทยนั้นตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในหลายกรณีกลับไม่ถือว่าการกระทำโดยอาศัยโอกาสในการปฏิบัติงานตามปกติในตำแหน่งหน้าที่เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ เช่น กรณีเจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวกับการเงินกระทำทุจริตยกยอกเบิกเงินเกินบัญชีโดยอาศัยโอกาสที่ตนเป็นผู้มีหน้าที่ในการเบิกจ่ายเงิน และรับชำระภาษีและค่าธรรมเนียม เขียนเช็คเบิกเงินเกิดกว่าจำนวนเงินในฎีกาที่ตั้งเบิก และยกยอกเงินที่ได้รับชำระภาษีโดยไม่นำเงินเข้าบัญชีเงินฝากของหน่วยงานแต่กลับนำมาเป็นประโยชน์ส่วนตัว ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยทุจริตเพื่อให้ตนเองได้ประโยชน์มิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่³ หรือกรณีที่ที่ดินปลอมหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินและให้บุคคลภายนอกนำหนังสือรับรองการทำประโยชน์ดังกล่าวไปจำหน่ายเป็นประกันเงินกู้กับ ธกส. การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ดินซึ่งได้ปลอมหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินเป็นการปลอมเอกสารราชการ มิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่⁴ ด้วยความเคารพผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว โดยผู้เขียนเห็นว่าการกระทำละเมิดดังกล่าวเกิดขึ้นได้เนื่องจากเจ้าหน้าที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเงินหรือมีอำนาจดำเนินการในลักษณะที่ให้คุณให้โทษกับเอกชนจึงทำให้มีโอกาสที่จะกระทำทุจริตยกยอกหรือปลอมเอกสารดังกล่าว กรณีเป็นการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบโดยใช้โอกาสที่ตนมีในการปฏิบัติหน้าที่ เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นความเห็นที่แตกต่างจากแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้วินิจฉัยว่าการที่เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐ มีหน้าที่ดำเนินการยื่นแบบคำขอเยี่ยมเงินสวัสดิการโรงพยาบาล ร. เพื่อตรวจจ่ายเป็นค่านั่งรถและวารสาร ได้อาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวปลอมลายมือชื่อของผู้บังคับบัญชา เพื่อสลักหลังเช็คจำนวน 44 ฉบับและเบียดบังยกยอกเงินตามเช็คดังกล่าวไปโดยทุจริต เป็นคดีเกี่ยวกับการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่⁵ กรณีข้าราชการกองอาคารและสถานที่ของมหาวิทยาลัย ข. มีหน้าที่รับชำระเงินค่าน้ำประปา ไฟฟ้า ค่าขยะ ค่าควบคุมงานก่อสร้าง ฯลฯ จากลูกหนี้ของมหาวิทยาลัย รับชำระเงินไว้ในครอบครองแล้วจงใจทุจริต เบียดบังยกยอกเป็น

³ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสร็จที่ 850/2542)

⁴ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสร็จที่ 221/2544)

⁵ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 14/2546

ประโยชน์ส่วนตน⁶ หรือการที่จำเลยรับราชการในสังกัดกรมตำรวจ ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งผู้ช่วยเจ้าหน้าที่การเงิน ได้อาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่รับเงินค่าปรับจรรยาทางบกเงินประกันตัวผู้ต้องหา เงินรางวัลค่าปรับอาญาและค่าปรับจรรยา แล้วได้เบียดบังยกยอกเอาเงินดังกล่าวที่ตนเองมีหน้าที่ดูแลจัดการไปโดยทุจริต เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย⁷ กรณีจำเลยที่ 1 ซึ่งทำหน้าที่การเงินและบัญชีมีหน้าที่รับเงินและลงรายการในสมุดเงินสดและจำเลยที่ 2 ทำหน้าที่เสมียนเปรียบเทียบปรับ ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตเบียดบังยกยอกทรัพย์สินของโจทก์(สำนักงานตำรวจแห่งชาติ)⁸ กรณีจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นผู้อำนวยการโรงพยาบาล ม. ร่วมกับจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานธุรการ จัดจ้างลูกจ้างชั่วคราวจากเงินบำรุงอันเป็นเงินนอกงบประมาณ ให้ช่วยปฏิบัติงานในโรงพยาบาลโดยผิดระเบียบ กฎหมาย คำสั่งและข้อบังคับของโจทก์(สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข) และทำหลักฐานอันเป็นเท็จในการเบิกจ่ายเงินค่าจ้างว่าเป็นการจ้างเหมาบริการดูแลต้นไม้และทำความสะอาด⁹ กรณีพนักงานคุมประพฤติมีอำนาจหน้าที่ในการเป็นผู้กำกับผู้ใช้อำนาจปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ได้เบิกถอนและนำเงินของผู้ฟ้องคดีไปใช้จ่ายส่วนตัว เป็นการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ เพราะลำพังการกระทำในฐานะส่วนตัวย่อมไม่สามารถดำเนินการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีได้¹⁰

คำวินิจฉัยชี้ขาดและคำสั่งศาลปกครองสูงสุดดังกล่าววินิจฉัยว่ากรณีที่เจ้าหน้าที่ยกยอกทรัพย์สินของทางราชการเป็นการกระทำที่อาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งศาลปกครองก็ได้วินิจฉัยตามแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลดังกล่าวโดยเห็นว่ากรณีที่เจ้าหน้าที่ได้อาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่ของตนกระทำทุจริต ยกยอก ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการนั้นเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและศาลปกครองดังกล่าวสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การวินิจฉัยการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ในกฎหมายฝรั่งเศสและอังกฤษ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดเนื่องมาจากโอกาสในการปฏิบัติงานตามปกติในตำแหน่งหน้าที่นั้นอาจใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิด

⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2547

⁷ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2547

⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 27/2547

⁹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 11/2548

¹⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 303/2545

ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ได้ นอกจากนั้นผู้เขียนยังเห็นว่ากรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดโดยอาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่กระทำการทุจริตนอกจากจะถือว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่แล้วยังถือเป็นการกระทำละเมิดโดยจงใจอีกด้วย แม้ว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายตามมาตรา 5 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 แต่ในที่สุดผู้กระทำละเมิดย่อมถูกเรียกให้รับผิดชอบหรือถูกไล่เบี้ยตามมาตรา 8 วรรคหนึ่งหรือมาตรา 10 วรรคหนึ่งประกอบมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อข้อกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนและการถูกไล่เบี้ยซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในเรื่องปัญหาจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อหน่วยงานของรัฐ

นอกจากการกระทำละเมิดโดยอาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติในตำแหน่งหน้าที่กระทำการทุจริตดังกล่าวแล้ว การที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดเนื่องมาจากโอกาสในการปฏิบัติงานตามปกติในตำแหน่งหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นเช่น ในกรณีผู้อำนวยการโรงเรียน มีคำสั่งเลิกจ้างจำเลยซึ่งเป็นลูกจ้างประจำตำแหน่งนักการภารโรงโดยอ้างว่ากระทำผิดวินัยและมีพฤติกรรมไม่เหมาะสม โดยกลั่นแกล้งจำเลย¹¹ หรือกรณีอาจารย์ให้คะแนนนักศึกษาตกเพราะไม่ชอบหน้านักศึกษา เช่นนี้ก็ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดโดยอาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่ เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

2. การที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการใช้อุปกรณ์ของรัฐ

การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐให้สำเร็จลุล่วงได้นั้นนอกจากจะมีเจ้าหน้าที่เป็นกลไกในการดำเนินการแล้ว หน่วยงานของรัฐยังจำเป็นต้องใช้อุปกรณ์เครื่องมือเครื่องมือต่าง ๆ เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น ยานพาหนะ เครื่องมือเครื่องมือต่าง ๆ รวมถึงอาวุธยุทธภัณฑ์ต่าง ๆ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นผู้ใช้เครื่องมือเหล่านั้นในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของรัฐ ซึ่งการใช้เครื่องมืออุปกรณ์ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายเป็นการละเมิดต่อบุคคลภายนอก ซึ่งในเรื่องนี้กฎหมายฝรั่งเศสมีแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ วินิจฉัยให้รัฐต้องรับผิดโดยวินิจฉัยในทำนองว่าเป็นความรับผิดร่วมกันของทั้งเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐ (cumul) เป็นความผิดในลักษณะที่ไม่ตัดขาดจากความผูกพันกับบริการสาธารณะ ซึ่งให้เห็นว่าอาจจัดได้ว่าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยใช้อุปกรณ์ของรัฐนั้นเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ เช่น คำวินิจฉัยในคดี Dille mimeur C.E.18.11.1949 กรณีที่เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐตำแหน่งพนักงานขับรถ ได้ขับรถของ

¹¹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 49/2548

หน่วยงานฝ่ายปกครองไปใช้ในการเดินทางเพื่อกิจการส่วนตัว โดยขับรถออกนอกเส้นทางปกติตามหน้าที่ เพื่อที่จะหยุดแวะเยี่ยมครอบครัว แต่ในระหว่างที่ขับรถออกนอกเส้นทางนั้น เจ้าหน้าที่ได้ขับด้วยความประมาทเป็นเหตุให้เกิดอุบัติเหตุซึ่งเป็นการกระทำละเมิดต่อเอกชน กรณีนี้เห็นว่าเป็นความรับผิดชอบร่วมกันของเจ้าหน้าที่รัฐ การกระทำของเจ้าหน้าที่ไม่ขาดจากความผูกพันกับบริการสาธารณะ¹²

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวเจ้าหน้าที่เป็นผู้มีหน้าที่ในการขับรถยนต์ซึ่งเป็นอุปกรณ์ของรัฐ ซึ่งมีไว้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะซึ่งแม้เจ้าหน้าที่จะนำอุปกรณ์นั้นไปใช้นอกเหนือจากการจัดทำบริการสาธารณะแต่รัฐก็ต้องร่วมรับผิดชอบกับเจ้าหน้าที่เนื่องจากการใช้อุปกรณ์ของรัฐดังกล่าว นอกจากนั้นสภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐได้วางหลักไว้ว่าให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบเมื่อเจ้าหน้าที่ต้องมีหน้าที่เก็บรักษาหรือครอบครองอุปกรณ์เครื่องมือของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม การจะถือว่าการใช้อุปกรณ์ของรัฐแล้วไปก่อความเสียหายเป็นการละเมิดทุกกรณีเป็นการกระทำที่รัฐต้องเข้าร่วมรับผิดชอบกับเจ้าหน้าที่ก็เป็นขยายความรับผิดชอบของรัฐออกไป เพราะการที่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่ในการเก็บรักษาหรือครอบครองอุปกรณ์ของรัฐนั้นจึงไม่ยากที่จะนำอุปกรณ์ของรัฐไปใช้เพื่อประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่ใช่การจัดทำบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ดังนั้นหากเจ้าหน้าที่นำอุปกรณ์ของรัฐไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวแล้วก็ไม่มีความเกี่ยวเนื่องกับการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ จึงไม่ผูกพันให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการใช้อุปกรณ์ของรัฐในกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด

ในเรื่องนี้ในกฎหมายไทยได้มีคำวินิจฉัยของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 734/2548 กรณีข้าราชการของสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้เบิกโทรศัพท์เคลื่อนที่ของทางราชการไปเพื่อใช้ติดต่อราชการ ต่อมาโทรศัพท์เคลื่อนที่เครื่องดังกล่าวสูญหายเนื่องจากถูกขโมยทรัพย์ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงขอหาหรือว่าการครอบครองโทรศัพท์เคลื่อนที่ถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 หรือไม่ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นตอบข้อหาหรือว่า กรณีจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่า การใช้หรือครอบครองโทรศัพท์เคลื่อนที่ถูกต้องตามระเบียบราชการหรือไม่ หากถูกต้องตามระเบียบราชการการที่โทรศัพท์เคลื่อนที่ถูกลักขโมยไปโดยมิได้เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ ย่อมไม่ถือว่าเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อ

¹² สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, “รายงานการวิจัย เรื่อง หลักกฎหมายปกครอง ฝรั่งเศส,” เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, (ตุลาคม 2545), น.281.

หน่วยงานของรัฐ แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ไม่มีสิทธิใช้หรือครอบครองโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าว การใช้หรือการครอบครองโทรศัพท์เคลื่อนที่ไว้จนเป็นเหตุให้โทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าวสูญหายถือได้ว่าเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดในขณะที่ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งแม้ความเห็นดังกล่าวจะมีได้ชี้ชัดลงไปว่าการครอบครองโทรศัพท์เคลื่อนที่ถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ แต่ก็สามารถสรุปได้ถึงแนวทางเบื้องต้นว่า กรณีมีกระทำละเมิดอันเนื่องมาจากใช้อุปกรณ์ของรัฐนั้น ต้องพิจารณาก่อนว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งครอบครองหรือใช้อุปกรณ์ของรัฐนั้นได้ครอบครองหรือใช้อุปกรณ์นั้นโดยถูกต้องตามระเบียบของทางราชการหรือไม่เสียก่อน หากการใช้หรือครอบครองไม่ถูกต้องตามระเบียบแล้วทรัพย์สินสูญหายหรือเกิดการละเมิดจากการใช้อุปกรณ์เหล่านั้น กรณีไม่เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว แต่หากเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ในการใช้หรือครอบครองอุปกรณ์ของรัฐและได้ใช้หรือครอบครองโดยถูกต้องตามระเบียบของทางราชการแล้วอาจเป็นได้ทั้งการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ก็ได้ ทั้งนี้ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงอย่างอื่นประกอบด้วยว่าการใช้หรือครอบครองทรัพย์สินนั้นแล้วก่อเหตุละเมิดขึ้นเป็นการกระทำในหน้าที่เพื่อประโยชน์ของทางราชการหรือไม่ ซึ่งแนวความเห็นดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับแนวความคิดของระบบกฎหมายฝรั่งเศส แต่การจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่โดยอาศัยหลักเกณฑ์ว่าการกระทำละเมิดนั้นเกิดจากการใช้อุปกรณ์ของรัฐอาจมีน้ำหนักน้อยต้องมีหลักเกณฑ์อื่นในการพิจารณาประกอบ

3. การที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดในช่วงเวลาที่ใกล้ชิดกับการปฏิบัติงานในหน้าที่ซึ่งเป็นการกระทำในทางส่วนตัวที่เป็นส่วนหนึ่งของงาน

ในระหว่างการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ อาจมีช่วงเวลาสั้น ๆ ที่เจ้าหน้าที่ต้องหันเหออกจากงานในหน้าที่เพื่อปฏิบัติภารกิจหรือธุระส่วนตัวตามควรแก่การดำรงชีวิตซึ่งช่วงเวลาดังกล่าวเป็นช่วงเวลาที่ใกล้ชิดกับการปฏิบัติงานในหน้าที่ หากในช่วงเวลาดังกล่าวเจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดขึ้นจึงมีแนวความคิดว่าการกระทำละเมิดในระหว่างที่เจ้าหน้าที่ได้หันเหออกจากงานเพียงชั่วคราวนี้ น่าจะถือได้ว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ โดยแนวความคิดนี้ได้ปรากฏกฎหมายไทยตามคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำในทางการที่จ้างและโดยที่เดิมศาลได้มีแนววินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่โดยวินิจฉัยการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่โดยมีความหมายเช่นเดียวกับการกระทำในทางการที่จ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 จึงใช้แนวคิดดังกล่าวในการวินิจฉัยการกระทำของเจ้าหน้าที่ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 โดยแนวคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับการกระทำใน

ทางการที่จ้างที่ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ได้รวบรวมไว้เป็นข้อสังเกตนั้นเห็นว่า ขณะลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่อื่นตามสัญญาจ้าง หน้าที่อื่นได้รับมอบหมายหรือหน้าที่อื่นใดที่เป็นไปเพื่อให้งานตนลุล่วงด้วยดีนั้นแต่หันเหไปทำธุระส่วนตัวโดยไม่ถึงขนาดเป็นละเมิดต่อนายจ้าง เช่น ขับรถไปทำธุระให้นายจ้างแต่ขับรถออกนอกเส้นทางไปทำธุระส่วนตัวจนขับรถชนผู้อื่นในขณะที่ทำธุระส่วนตัว กรณีนี้เป็นการกระทำในทางการที่จ้าง และหากศึกษาจากคำพิพากษาฎีกาจะเห็นว่าคำพิพากษาฎีกาที่ใช้หลักเกณฑ์ที่ว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นกระทำละเมิดในช่วงเวลาที่ใกล้ชิดกับการปฏิบัติงานในหน้าที่ซึ่งเป็นการกระทำในทางส่วนตัวที่เป็นส่วนหนึ่งของงานในการวินิจฉัยการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ได้แก่

ตัวอย่าง 1 กรณีที่จำเลยที่ 1 เป็นข้าราชการมีหน้าที่ขับรถยนต์ในราชการของกองทัพบก ได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาให้ขับรถไปรับนายทหาร แต่กลับขับรถไปบ้านของจำเลยที่ 1 ก่อนจึงเกิดเหตุชนกับรถของโจทก์ การที่จำเลยที่ 1 ขับรถออกไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ แม้จะขับรถนั้นไปธุระส่วนตัวก็ตาม ตราบใดที่ยังไม่กลับมาถึงโรงรถของจำเลยที่ 2 ย่อมถือได้ว่าจำเลยที่ 1 ปฏิบัติหน้าที่อยู่ จำเลยที่ 2 จะอ้างว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของจำเลยที่ 1 ไม่ได้¹³

ตัวอย่าง 2 จำเลยที่ 2 เป็นทหารพลซบมีหน้าที่ขับรถยนต์ในราชการทหารของกองทัพบกและเป็นผู้ครอบครองดูแลรถยนต์คันดังกล่าว ได้ขับรถไปปฏิบัติราชการตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา เมื่อเสร็จภารกิจแล้วได้นำรถออกจากค่ายทหารเพื่อไปปรับประทานอาหารที่ตลาด แม้จะหมดเวลาราชการและมิได้ขออนุญาตจากผู้บังคับบัญชา แต่ก็เป็นเวลาต่อเนื่องคาบเกี่ยวกับที่จำเลยที่ 2 กลับจากการปฏิบัติราชการ ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 ยังอยู่ในระหว่างการปฏิบัติงาน¹⁴

แนวความคิดการกระทำละเมิดในระหว่างที่เจ้าหน้าที่ได้หันเหออกจากงานเพียงชั่วคราวนี้ควรจัดว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่นี้มีอยู่ในกฎหมายอังกฤษ เนื่องจากระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงอาศัยหลักการกระทำในทางการที่จ้างซึ่งเป็นหลัก Common law โดยศาสตราจารย์เซอร์ เพอร์ซี วินฟิลด์ เสนอแนะว่า การละเมิดของลูกจ้างนั้นจะเป็นการกระทำในทางการที่จ้างหรือไม่ย่อมต้องแล้วแต่ความใกล้ชิดกับทางการที่จ้างหรือไม่ โดยจะต้องพิจารณา

¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 341/2526

¹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 3208/2528

เป็นเรื่อง ๆ ไป ไม่มีข้อวินิจฉัยที่ตายตัว ความใกล้ชิดนั้นอาจเป็นไปได้ทั้งในแง่ช่วงเวลา และในแง่ภารกิจ

ตัวอย่างเกี่ยวกับความใกล้ชิดในแง่ช่วงเวลาของการทำละเมิดกับช่วงเวลาในการปฏิบัติหน้าที่นั้น ศาลอังกฤษได้พิจารณาในคดี Century Insurance Co. Ltd v Northern Ireland Road Transport Board บริษัทค้าน้ำมันได้ทำสัญญาให้จำเลยขนส่งน้ำมันไปยังปั้มน้ำมันหลายแห่งปรากฏว่าคนขับรถบรรทุกน้ำมันคนหนึ่งซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยได้นำรถบรรทุกน้ำมันที่บรรทุกน้ำมันเต็มถังไปส่งยังปั้มน้ำมัน ในขณะที่กำลังถ่ายน้ำมันจากรถบรรทุกน้ำมันเข้าสู่ถังน้ำมันของสถานี คนขับรถได้ไปยืนใกล้บริเวณที่สูบล้อถ่ายน้ำมันแล้วหยิบบุหรี่ขึ้นมาสูบโดยทิ้งไม้ขีดไฟลงบนพื้นทำให้เกิดการระเบิดของน้ำมัน เปลวไฟได้ลุกลามไปยังปั้มน้ำมันและบ้านเรือนที่อยู่ใกล้เคียงได้รับความเสียหาย จำเลยซึ่งเป็นนายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของคนขับรถบรรทุกน้ำมันซึ่งเป็นลูกจ้างกระทำละเมิดโดยประมาท แม้การสูบบุหรี่จะไม่ใช่งานในหน้าที่ แต่การที่ลูกจ้างหยิบบุหรี่ขึ้นมาจุดนั้นอยู่ในช่วงเวลาระหว่างที่เขากำลังทำการถ่ายน้ำมันจากรถบรรทุกน้ำมันสู่ถังน้ำมันซึ่งเป็นช่วงเวลาใกล้ชิดกับการปฏิบัติงานในหน้าที่

คดี Harrison v Michelin Tyre Co.Ltd โจทก์ซึ่งเป็นคนงานโมหินในโรงงานเป็นลูกจ้างคนหนึ่งของจำเลย ส่วนผู้กระทำละเมิดคือลูกจ้างคนหนึ่งของจำเลยชื่อ สมิท ทำหน้าที่ขับรถบรรทุกชนิดที่กระดกกระบะได้ โจทก์ยืนอยู่บนไม้กระดานที่ตั้งอยู่บนกระบะรถบรรทุกคันที่สมิทขับอยู่เป็นประจำ ในขณะที่โจทก์ยืนอยู่นั้นรถบรรทุกยังจอดอยู่แต่สมิทได้กดปุ่มไฮโดรลิกทำให้กระบะรถบรรทุกน้ำมันนั้นกระดกขึ้นเป็นเหตุให้โจทก์ตกจากไม้กระดานได้รับบาดเจ็บ คดีนี้ศาลพิพากษาให้จำเลยผู้เป็นนายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับนายสมิทซึ่งเป็นลูกจ้างที่ได้กระทำละเมิดในทางการที่จ้าง เพราะการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในระหว่างช่วงเวลาทำงานในหน้าที่ (ความใกล้ชิดในแง่ช่วงเวลา) และหน้าที่ของเขาอย่างหนึ่งคือการบังคับรถ การที่เขาบังคับรถไปทำละเมิดต่อบุคคลอื่นก็เป็นความใกล้ชิดระหว่างการกระทำในทางการที่จ้างกับการกระทำละเมิด (ความใกล้ชิดในแง่ภารกิจ)

อย่างไรก็ตามคำพิพากษาทั้งของศาลไทยและศาลอังกฤษดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยถึงการกระทำในทางการที่จ้างซึ่งใช้กับนายจ้างและลูกจ้างที่เป็นเอกชน สำหรับในกฎหมายอังกฤษนั้นไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน อังกฤษจึงไม่มีกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐแยกออกจากหากเป็นพิเศษจากกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของเอกชนทั่วไป ความรับผิดทางละเมิดของรัฐในระบบกฎหมายอังกฤษจึงเป็นความรับผิดที่อาศัยหลักเกณฑ์ของ common law และหลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงนำมาใช้ในการวินิจฉัยการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของ

เจ้าหน้าที่ด้วย ดังนั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษถึงขอบเขตของการกระทำในทางการที่จ้างซึ่งวินิจฉัยโดยอาศัยหลักเกณฑ์การกระทำละเมิดในช่วงเวลาที่ใกล้ชิดกับการทำงานในหน้าที่ดังกล่าว จึงน่าจะใช้ในการวินิจฉัยถึงการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในกฎหมายอังกฤษด้วย

สำหรับกฎหมายไทยนั้นคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวก็เป็นการวินิจฉัยถึงการกระทำในทางการที่จ้างเช่นเดียวกัน แต่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในช่วงก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่การฟ้องร้องให้เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐรับผิดเพื่อละเมิดจึงใช้หลักกฎหมายละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา 420-452) โดยศาลจะปรับบทกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นซึ่งคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทำให้การพิจารณาความหมายของการกระทำใน “การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่” ของเจ้าหน้าที่เป็นไปในทำนองเดียวกันกับ “การกระทำในทางการที่จ้าง” หรือ “การกระทำตามหน้าที่” โดยข้อเท็จจริงเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่แต่หันเหออกจากกรงานในช่วงเวลาสั้น ๆ เพื่อไปปฏิบัติภารกิจส่วนตัวตามควรและเป็นช่วงเวลาคาบเกี่ยวกับการปฏิบัติงานในหน้าที่ โดยศาลหยิบยกเอาประเด็นดังกล่าวเป็นหลักในการวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ เมื่อเกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกหน่วยงานของรัฐจึงต้องรับผิดด้วย อย่างไรก็ตามแม้ในปัจจุบันได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และได้มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและมหาชน โดยมีหลักเกณฑ์ที่เปลี่ยนแปลงไปโดยแนวคิดอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เจ้าหน้าที่จึงได้รับความคุ้มครองจากหน่วยงานของรัฐมากขึ้น ในขณะที่เอกชนผู้ได้รับความเสียหายก็จะได้รับการเยียวยาความเสียหายมากขึ้น เนื่องจากหน่วยงานของรัฐเข้ามารับผิดแทนเจ้าหน้าที่ แต่เกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการกระทำละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ก็ยังเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด และหากพิจารณาในฐานะที่เจ้าหน้าที่เป็นปัจเจกบุคคลแล้ว แม้เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของรัฐ แต่อย่างไรก็ตามในระหว่างการปฏิบัติงานตามหน้าที่เจ้าหน้าที่ในฐานะที่เป็นบุคคลธรรมดาคนหนึ่งก็อาจต้องมีภารกิจหรือธุระในทางส่วนตัวในช่วงเวลาสั้น ๆ ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของรัฐ เช่น พักรับประทานอาหาร เข้าห้องน้ำ เป็นต้น หากในช่วงเวลาสั้น ๆ ที่ใกล้ชิดกับการปฏิบัติหน้าที่ปกตินั้นเกิดเหตุละเมิดเป็นเหตุให้บุคคลภายนอกหรือหน่วยงานของรัฐได้รับความเสียหาย ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไม่ขาดตอนจากการปฏิบัติหน้าที่ การนำหลักเกณฑ์ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดในช่วงเวลาที่ใกล้ชิดกับการปฏิบัติงานหน้าที่มาใช้ใน

การพิจารณาขอบเขตของการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จึงน่าจะเป็นธรรมกับเจ้าหน้าที่ในฐานะที่เจ้าหน้าที่เป็นบุคคลธรรมดาคนหนึ่ง แต่การนำมาใช้นั้นจะต้องพิจารณาโดยตีความอย่างเคร่งครัดว่าการกระทำในช่วงเวลาสั้น ๆ ที่ใกล้ชิดกับการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่นั้นเจ้าหน้าที่มีมูลเหตุจูงใจในทางส่วนตัวอื่น ๆ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายด้วยหรือไม่ เช่น เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ขับรถในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ได้ขับรถของทางราชการแวะเที่ยวตามสถานที่ต่าง ๆ หรือนำรถของทางราชการไปขับแข่ง เช่นนี้ไม่น่าจะถือได้ว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ แม้จะได้กระทำในช่วงเวลาสั้น ๆ ที่คาบเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการแต่เป็นการกระทำโดยมีมูลเหตุจูงใจมากกว่าการปฏิบัติภารกิจหรือธุระส่วนตัวตามควรแก่การดำรงชีวิต โดยการกระทำดังกล่าวต้องยังไม่ขาดตอนจากการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ มีแนวคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับกระทำละเมิดในช่วงเวลาที่ใกล้ชิดกับการปฏิบัติงานในหน้าที่แต่การกระทำดังกล่าวขาดตอนจากการกระทำในหน้าที่แล้ว ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่พลตำรวจ ว. กับพวก รวม 3 คนเข้าไปในงานบวชภาคเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยอันถือได้ว่าเป็นการกระทำในหน้าที่ แต่ช่วงเวลาหลังจากนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจทั้งสามคนได้มีการดื่มสุราจนมึนเมาและมีการทะเลาะวิวาทกับชาวบ้าน และพลตำรวจ ว. กระชากลูกเลื่อนปืนข่มขู่ชาวบ้านจนเป็นเหตุให้ปืนลั่นกระสุนไปถูกโจทก์ กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องส่วนตัวของพลตำรวจ ว. ไม่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ¹⁵

4. การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มีมูลเหตุจูงใจหรือความเข้าใจว่าได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของราชการหรือประโยชน์สาธารณะ

การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ โดยพิจารณาจากมูลเหตุจูงใจหรือความเข้าใจของเจ้าหน้าที่ว่าได้กระทำการนั้นไปเพื่อประโยชน์ของราชการหรือประโยชน์สาธารณะนั้น เป็นเกณฑ์ที่มีน้ำหนักในการให้เหตุผลว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ เพราะการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็เพื่อประโยชน์ของทางราชการหรือประโยชน์ของสาธารณะเป็นหลัก หากเจ้าหน้าที่ตั้งใจที่จะปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์ของรัฐเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นจากการละเมิดรัฐก็ควรต้องเข้าไปรับผิดชอบเพื่อความเสียหายนั้น อย่างไรก็ตามการพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจหรือความเข้าใจของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานนั้นเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยาก เพราะจะต้องค้นหามูลเหตุจูงใจหรือความเข้าใจซึ่งอยู่ภายในจิตใจของเจ้าหน้าที่ แต่อย่างไรก็ดีหากพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อม

¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2512/2529

พฤติการณ์แห่งการกระทำของเจ้าหน้าที่ ประกอบกับมาตรฐานของวิญญูชน และความสุจริตใจของเจ้าหน้าที่ ก็น่าจะเป็นเครื่องพิสูจน์ได้ว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นการกระทำโดยมีมูลเหตุจูงใจหรือความเข้าใจว่า ได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของราชการหรือประโยชน์สาธารณะหรือไม่

ในประเทศฝรั่งเศสมีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาในเรื่องมูลเหตุจูงใจในคำพิพากษาคดี Anguet (C.E. 3.2.191) เป็นเรื่องชายคนหนึ่งคือนาย Anguet เข้าไปเบิกเงินธนาณัติในที่ทำการไปรษณีย์ ปรากฏว่าประตูเข้าออกตามปกติปิดก่อนเวลาทำการปกติ ทำให้ไม่สามารถออกจากที่ทำการโดยทางประตูเข้า-ออกสำหรับลูกค้าได้ เจ้าหน้าที่ไปรษณีย์คนหนึ่งบอกให้ไปใช้ทางออกของพนักงาน ทำให้เจ้าหน้าที่ของไปรษณีย์อีกสองคนซึ่งไม่ทราบข้อเท็จจริงเข้าใจผิดคิดว่าเป็นคนร้ายจึงทำร้ายแล้วผลักออกไปที่ถนนจนนาย Anguet หกล้มขาหัก Conseil d'Etat ได้วินิจฉัยว่า คดีนี้มีอาการกระทำหลายการกระทำประกอบกันก่อให้เกิดความผิดขึ้น การที่โจทก์ได้รับบาดเจ็บจะไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีความผิดของงานบริการสาธารณะ จึงให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายทั้งหมด ซึ่งคำวินิจฉัยได้แสดงให้เห็นว่าศาลได้เห็นถึงมูลเหตุจูงใจอันเป็นความเข้าใจโดยสุจริตของเจ้าหน้าที่ซึ่งคิดว่าผู้เสียหายเป็นคนร้ายจึงได้ป้องกันทรัพย์สินและรักษาประโยชน์ของทางราชการ โดยการทำร้ายและผลักผู้เสียหายออกไปที่ถนนจนผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ แม้การบาดเจ็บจะเป็นผลโดยตรงจากการที่เจ้าหน้าที่ทำร้ายและผลักผู้เสียหาย แต่การละเมิดดังกล่าวจะไม่เกิดขึ้นถ้ามิได้เกิดความบกพร่องของบริการสาธารณะคือประตูทางเข้าออกปกติปิดก่อนเวลา อีกการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ทำร้ายผู้เสียหายก็เพื่อป้องกันทรัพย์สินและรักษาประโยชน์ของทางราชการ ศาลจึงให้รัฐรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

ในทางตรงกันข้ามถ้ามูลเหตุจูงใจและความเข้าใจของเจ้าหน้าที่เห็นได้โดยแท้ว่าการกระทำดังกล่าวไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการ การกระทำนั้นก็มิใช่การปฏิบัติหน้าที่เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นเจ้าหน้าที่ก็ต้องรับผิดชอบ เช่น การที่เจ้าหน้าที่ใช้ห้องวิจัยทางวิทยาศาสตร์ของเทศบาลไปวิจัยเพื่อประโยชน์ของเอกชนแล้วเกิดเหตุละเมิดขึ้นหรือกรณีเจ้าหน้าที่นำรถของทางราชการออกไปใช้ประโยชน์ส่วนตัว หากเกิดเหตุละเมิดขึ้นเจ้าหน้าที่ก็ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว

สำหรับในประเทศไทยนั้นการนำเอามูลเหตุจูงใจและความเข้าใจในการกระทำของเจ้าหน้าที่มาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่เป็นการปฏิบัติหน้าที่นั้นเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปซึ่งการพิจารณานั้นก็ต้องพิจารณาถึงความเชื่อโดยสุจริตใจว่าตนมีอำนาจกระทำได้และได้ทำไปเพื่อประโยชน์ของราชการ โดยพิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อม พฤติการณ์แห่งการกระทำของเจ้าหน้าที่ ประกอบกับมาตรฐานของวิญญูชนและความสุจริตใจของเจ้าหน้าที่ประกอบ ปรากฏตามแนวคำพิพากษาฎีกาดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1991/2527 (ประชุมใหญ่) ในวันเกิดเหตุจำเลยที่ 1 ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาทางวิทยุสื่อสารของตำรวจชายรามาให้ตำรวจในท้องที่สถานีตำรวจนครบาลทั้งหมดช่วยกันสกัดจับคนร้าย 4 คนที่เข้ามาในรถยนต์วอลโว่คันเกิดเหตุ ขณะเกิดเหตุได้มีเจ้าหน้าที่ตำรวจจากสถานีตำรวจนครบาลหลายสถานีร่วมกันทำการจับกุม ความจริงในรถยนต์คันเกิดเหตุมีคนร้ายเพียงคนเดียว คือนาย ฉ. เจ้าหน้าที่สืบสนในการปฏิบัติหน้าที่ นาย ฉ. ใช้อาวุธปืนยิง ด.ญ. ท. 1 นัด และยิงผ่านกระจกสวนออกมานอกรถอีก 4 นัด จำเลยที่ 1 ร่วมกับตำรวจคนอื่น อีกรวมแล้วไม่ต่ำกว่าสี่คนได้ยิงปืนเข้าไปในรถ กระสุนปืนของเจ้าหน้าที่ตำรวจถูกนาย ฉ. คนร้าย และนาย ช. ถึงแก่ความตาย เป็นการปฏิบัติหน้าที่ในการจับกุมคนร้ายที่จำเลยที่ 1 มีอำนาจที่จะกระทำได้ตามกฎหมาย และจำเลยที่ 1 ได้กระทำไปโดยสุจริต ถือว่าได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ กรมตำรวจจำเลยที่ 10 จึงต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดด้วย

แม้แนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยในช่วงเวลาที่ยังมิได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 และวินิจฉัยโดยอาศัยหลักการกระทำในทางกรที่จ้วง แต่ก็ยังเป็นแนวคำวินิจฉัยที่น่าจะนำมาใช้ได้กับการวินิจฉัยการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ได้กระทำไปในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของทางราชการแม้จะเกิดความสับสน หรือขาดความรู้ความเข้าใจในบางเรื่อง แต่ได้กระทำไปโดยสุจริตมิได้เกิดจากเจตนาที่ไม่สุจริตเช่นเจตนาถั่นแถ้ง หรือมีความโน้มเอียงไปในทางกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนตนแล้ว การกระทำดังกล่าวก็น่าจะถือว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

ตัวอย่าง กรณีที่ตำรวจกลุ่มงานสืบสวนประมาณ 10 นาย ใช้อาวุธปืนข่มขู่ ทำร้ายร่างกายและทุบรถเก๋งของผู้เสียหาย เนื่องจากเข้าใจว่าผู้เสียหายเป็นกลุ่มผู้ค้ายาเสพติดติดตามที่ได้รับรายงานมา หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจนำกำลังล้อมบ้านพักของผู้เสียหายเนื่องจากเข้าใจว่าเป็นแหล่งผลิตและค้ายาบ้าและกระดาดยิงเข้าไปในบ้าน ผู้เสียหายนำตู้เย็นมากำบังตัวไว้ทำให้ตู้เย็นได้รับความเสียหาย กรณีดังกล่าวแม้เจ้าหน้าที่จะได้กระทำเกินกว่าเหตุและการกระทำที่เกินกว่าเหตุนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกเป็นการกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก แต่เจ้าหน้าที่ได้กระทำโดยมีมูลเหตุจูงใจและความเข้าใจว่าได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของราชการหรือประโยชน์สาธารณะ และความเชื่อโดยสุจริตใจว่าตนมีอำนาจกระทำได้ แม้จะได้กระทำโดยขาดการตรวจสอบอย่างละเอียดถี่ถ้วน ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

ในทางตรงกันข้ามหากการกระทำที่แม้เจ้าหน้าที่จะได้กระทำในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ตามหน้าที่ปกติ หรือตามคำสั่งที่ได้รับมอบหมายพิเศษ แต่การกระทำนั้นได้กระทำไปโดยมิได้มี

มูลเหตุจูงใจว่าได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของราชการหรือประโยชน์สาธารณะ แต่มีมูลเหตุจูงใจในการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนตนมากกว่าประโยชน์ของทางราชการ หรือเกิดจากการใช้อารมณ์หรือเหตุผลส่วนตัว (เช่นความโกรธ ตีองการกลั่นแกล้ง การทะเลาะวิวาท เป็นต้น) การกระทำดังกล่าวก็ไม่น่าที่จะเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ดังเช่นตัวอย่างต่อไปนี้

ตัวอย่าง 1 จำเลยเป็นข้าราชการสังกัดกรมไปรษณีย์ จอดรถเก็บไปรษณีย์ภัณฑ์ตรงตู้ไปรษณีย์ จำเลยด่าเจ้าพนักงานตำรวจจราจรที่สั่งให้จำเลยจอดรถให้ถูกที่ เจ้าพนักงานตำรวจชะงักศีรษะเข้าไปในรถแจ้งข้อหาฐานดูหมิ่นเจ้าพนักงาน จำเลยขับรถไปโดยเร็ว และผลักตำรวจตกจากรถ การด่าและการขัดขวางการจับกุมเป็นเรื่องส่วนตัว ไม่เกี่ยวกับกรมไปรษณีย์ กรมไปรษณีย์ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบ¹⁶

ตัวอย่าง 2 ขณะพลตำรวจ ว. ไปรักษาความสงบเรียบร้อยในงานบวชนาคอันถือว่าเป็นการกระทำในหน้าที่ แต่เมื่อได้ดื่มสุราจนมึนเมาและมีการทะเลาะวิวาทและใช้ปืนข่มขู่ชาวบ้านเป็นเหตุให้ปืนลั่นกระสุนไปถูกใจทักบาดเจ็บ กรณีดังกล่าวเห็นได้ชัดว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของพลตำรวจ ว. และไม่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ¹⁷

ตัวอย่าง 3 กรณีตำรวจขับรถตรวจตราเพื่อรักษาความสงบไปตามถนนและหมู่บ้านต่าง ๆ ไปพบคู่กรณีซึ่งเคยมีเรื่องกันมาก่อนจึงขับรถพุ่งชนบุคคลดังกล่าวได้รับบาดเจ็บ แม้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะได้กระทำในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่แต่มูลเหตุจูงใจกลับมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการหรือประโยชน์สาธารณะ แต่เป็นไปโดยเหตุส่วนตัว ความอาฆาตแค้นส่วนตัว จึงมิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

5. การกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกนั้น บางกรณีเข้าองค์ประกอบของการกระทำความผิดในทางอาญา กรณีดังกล่าวจะถือเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นหรือไม่นั้น ในกฎหมายฝรั่งเศสนั้นได้มีคำวินิจฉัยคดีของศาลคดีชดกัน ในคดี Th'épaz T.C.14.1.1935 ยอมรับว่า การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่อาจเป็นการกระทำความผิดอาญาได้ โดยเฉพาะเมื่อเป็นการกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งไม่สามารถแยกออกจากการปฏิบัติหน้าที่ได้ โดยในคดีดังกล่าวนี้มีข้อเท็จจริงว่าทหารได้ขับรถบรรทุกทหารไปชนรถจักรยานของผู้เสียหายทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ ผู้เสียหายจึงฟ้องให้ทหารรับผิดชอบ

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1931/2518

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2512/2529

เป็นความผิดอาญาและทางแพ่ง ซึ่งศาลคดีซัดกันเห็นว่า กรณีที่ทหารผู้นั้นขับรถไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาถือว่าเป็นกรณีที่กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาของสภาแห่งรัฐ

กรณีดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าศาลได้วินิจฉัยถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งได้กระทำในหน้าที่ตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาจึงเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ แต่การกระทำที่เป็นความผิดทางอาญานั้น เจ้าหน้าที่ก็ต้องรับโทษทางอาญา สรุปได้ว่าการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเป็นความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาพร้อมกัน

สำหรับในกฎหมายไทยนั้นก็ยอมรับว่าการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่นั้นอาจเป็นการกระทำผิดทางอาญาได้ถ้าการกระทำดังกล่าวครบองค์ประกอบของความรับผิดในทางอาญา เช่น ถ้าเจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่ขับรถ ระหว่างปฏิบัติหน้าที่ได้ขับรถไปชนบุคคลภายนอกจนบุคคลดังกล่าวได้รับบาดเจ็บ ในทางละเมิดนั้นเมื่อเจ้าหน้าที่ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกเป็นการละเมิด หน่วยงานของรัฐก็ต้องรับผิดในความเสียหายนั้น ส่วนจะเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนคืนแก่หน่วยงานของรัฐได้หรือไม่ก็ต้องพิจารณาว่า เจ้าหน้าที่ได้กระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเป็นเพียงการประมาทเลินเล่อธรรมดา แต่ในส่วนของความรับผิดทางอาญานั้นผู้เสียหายก็ต้องฟ้องให้เจ้าหน้าที่รับผิด

ประเด็นที่น่าศึกษาในเรื่องการกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำความผิดอาญาต่อหน่วยงานของรัฐโดยกระทำทุจริต ยักยอกเบียดบังเอาทรัพย์สินของทางราชการเป็นประโยชน์ส่วนตัวนั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลดังได้กล่าวมาแล้ว เห็นว่าการที่เจ้าหน้าที่ยักยอกทรัพย์สินของทางราชการเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เพราะลำพังในฐานะส่วนตัวเจ้าหน้าที่ไม่สามารถกระทำละเมิดอย่างนั้นได้ เป็นการกระทำโดยอาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่

จากความเห็นและแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวเห็นได้ว่าการที่แนวคำวินิจฉัยและความเห็นดังกล่าวไม่สอดคล้องกันนั้นเนื่องจากอาศัยหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยที่แตกต่างกันโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยถึงขอบเขตของการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ว่าต้องเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของทางราชการเป็นหลัก เมื่อการเบียดบังยักยอกทรัพย์สินของทางราชการดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่จึงถือว่าการกระทำดังกล่าวมิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ แต่แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและ

ศาลปกครองวินิจฉัยถึงขอบเขตของการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ว่า การกระทำที่เป็นการอาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ในเรื่องนั้นจึงมีโอกาสดำเนินการทุจริตนั้นได้เพราะลำพังในฐานะส่วนตัวเจ้าหน้าที่ไม่สามารถกระทำละเมิดอย่างนั้นได้ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

จากการวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วผู้เขียนมีความเห็นว่าขอบเขตของการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ควรที่จะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาประกอบกันทั้งในส่วนของแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยถึงการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่โดยอาศัยหลักเกณฑ์ของ “การกระทำในทางการที่จ้าง” หรือ “การกระทำตามหน้าที่” ในกฎหมายเอกชนแต่การพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมเพียงพอที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ตามพื้นฐานของกฎหมายมหาชนซึ่งต้องคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคล 3 ฝ่าย คือ รัฐ เจ้าหน้าที่และเอกชนบุคคลภายนอก ผู้เขียนจึงได้ศึกษาวิเคราะห์โดยอาศัยแนวคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและจากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยและต่างประเทศรวมถึงความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในระบบกฎหมายไทยซึ่งได้วินิจฉัยถึงการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ไว้ โดยผู้เขียนได้พิจารณาประกอบเข้าด้วยกัน ซึ่งเมื่อได้พิจารณาแล้วผู้เขียนจึงได้เสนอแนวทางในการวินิจฉัยขอบเขตของการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ดังต่อไปนี้

1. การกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นการปฏิบัติงานตามปกติหรือสืบเนื่องจากการปฏิบัติงานตามตำแหน่งหน้าที่ รวมถึงงานซึ่งได้รับมอบหมายจากหน่วยงานหรือผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นการกระทำโดยใช้อำนาจมหาชน
2. การกระทำของเจ้าหน้าที่โดยอาศัยโอกาสในการปฏิบัติงานตามปกติในหน้าที่
3. การกระทำของเจ้าหน้าที่โดยใช้อุปกรณ์ของรัฐและได้กระทำเพื่อประโยชน์ของทางราชการ
4. การกระทำในช่วงเวลาที่ใกล้ชิดกับการปฏิบัติงานในหน้าที่ซึ่งเป็นการกระทำในทางส่วนตัวที่เป็นส่วนหนึ่งของงาน
5. การกระทำที่ได้ทำไปโดยมีมูลเหตุจูงใจหรือความเข้าใจว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของราชการหรือประโยชน์สาธารณะ

จากการวิเคราะห์ของผู้เขียนเห็นว่าการจะวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือมิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ต้องวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวไป

พร้อมกันการกระทำหนึ่งอาจไม่ใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์หนึ่ง แต่เมื่อพิจารณาอีกหลักเกณฑ์หนึ่งการกระทำดังกล่าวอาจเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

ตัวอย่าง การที่เจ้าหน้าที่ทุจริตยกยอกเงินของทางราชการเพื่อนำไปเป็นประโยชน์ส่วนตัว หรือกรณีเจ้าพนักงานที่ดินออกโฉนดปลอมแล้วให้บุคคลภายนอกนำไปจำหน่าย เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของทางราชการหรือไม่ก็จะเห็นว่าเจ้าหน้าที่ไม่ได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการ แต่อย่างไรก็ตามแม้จะไม่ได้กระทำเพื่อประโยชน์ของทางราชการแต่ถ้าเจ้าหน้าที่คนดังกล่าวไม่มีหน้าที่หรืออำนาจซึ่งได้รับจากรัฐ เช่น เป็นเจ้าพนักงานการเงิน เจ้าหน้าที่สุกลางกร พนักงานคุมประพฤติ เจ้าพนักงานที่ดินเจ้าหน้าที่ดังกล่าวก็จะมีโอกาสกระทำการทุจริตได้ จึงเป็นการกระทำโดยที่เจ้าหน้าที่ได้อาศัยโอกาสในการปฏิบัติงานในหน้าที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

ตัวอย่าง กรณีที่ตำรวจกลุ่มงานสืบสวนประมาณ 10 นาย ใช้อาวุธปืนข่มขู่ ทำร้ายร่างกายและทุบรถเก๋งของหญิงผู้เสียหาย เนื่องจากเข้าใจว่าผู้เสียหายเป็นกลุ่มผู้ค้ายาเสพติดตามที่ได้รับรายงานมา โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่แสดงตัวว่าเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจและไม่แจ้งข้อหาให้ทราบ เป็นการกระทำโดยใช้วิธีการที่รุนแรงเกินกว่าเหตุไม่เป็นไปตามระเบียบและกฎหมายไม่รอบคอบในการปฏิบัติหน้าที่ แต่การกระทำที่ได้กระทำไปนั้นมีมูลเหตุสูงใจหรือความเข้าใจว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของราชการหรือประโยชน์สาธารณะในการจับกุมผู้ค้ายาเสพติด จึงเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

ตัวอย่าง การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจขับรถยนต์ของทางราชการตรวจตราเพื่อรักษาความสงบไปตามถนนและหมู่บ้านต่าง ๆ ไปพบคู่อริ จึงขับรถพุ่งชนบุคคลดังกล่าวได้รับบาดเจ็บ แม้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะได้กระทำในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่และได้กระทำละเมิดโดยใช้อุปกรณ์ของรัฐ แต่มูลเหตุสูงใจในการกระทำมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการหรือประโยชน์สาธารณะ แต่เป็นไปโดยเหตุส่วนตัว ความอาฆาตแค้นส่วนตัว จึงมิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

ตัวอย่าง อาจารย์ไม่ชอบนักศึกษาคนหนึ่งในชั้นเรียนด้วยเหตุที่นักศึกษาค้นดังกล่าวเข้าร่วมกับพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตยในการบุกยึดสนามบิน เมื่อตรวจข้อสอบนักศึกษาค้นดังกล่าวจึงได้หักคะแนนจนทำให้นักศึกษาค้นดังกล่าว นักศึกษาจึงไม่สามารถจบการศึกษาและไม่สามารถไปสมัครงานได้ เป็นการกระทำในการปฏิบัติงานตามปกติในตำแหน่งหน้าที่ โดยอาศัยโอกาสในการปฏิบัติงานตามปกติในตำแหน่งอาจารย์ซึ่งมีหน้าที่ในการสอนและให้คะแนนนักศึกษา เป็นการกระทำละเมิดโดยจงใจกลั่นแกล้งนักศึกษา จึงเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

แต่หากเป็นการกระทำที่ไม่เกี่ยวข้องกับกรปฏิบัติงานในหน้าที่และได้กระทำโดยมีวัตถุประสงค์หรือมูลเหตุจูงใจเพื่อประโยชน์ส่วนตัว การกระทำเช่นนี้มีใช้การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

ตัวอย่าง กรณีสารวัตรกำนันนำรถขุดมาขุดดินในทางเกวียนสาธารณะประโยชน์เพื่อเอาน้ำเข้านาตนเองและเข้าไปบุกรุกที่นาของผู้ฟ้องคดีนั้นเป็นการกระทำส่วนตัว มิใช่การปฏิบัติหน้าที่สารวัตรกำนัน¹⁸ กรณีนี้การภารโรงแอบนำรถของทางราชการไปใช้ส่วนตัวแล้วเกิดอุบัติเหตุหรือคนขับรถของ ขสมก. ขับรถของ ขสมก. ไปชนตำรวจเนื่องจากโมโหที่ถูกจับ

จากการศึกษาวิเคราะห์ดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า ควรจะมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายโดยบัญญัตินิยามความหมายของ “การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่” ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ว่า หมายถึง “การกระทำของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติงานตามหน้าที่หรือสืบเนื่องจากการปฏิบัติงานตามหน้าที่ รวมถึงงานซึ่งได้รับมอบหมายจากหน่วยงานหรือผู้บังคับบัญชา” ทั้งนี้เพื่อให้การกำหนดขอบเขตและความหมายมีความชัดเจนมากขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ ดังนี้

1. การกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นการปฏิบัติงานตามปกติหรือสืบเนื่องจากการปฏิบัติงานตามตำแหน่งหน้าที่ รวมถึงงานซึ่งได้รับมอบหมายจากหน่วยงานหรือผู้บังคับบัญชา ซึ่งได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ซึ่งเป็นการกระทำโดยใช้อำนาจมหาชน ถือว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ แต่หากเป็นการกระทำที่ไม่เกี่ยวข้องกับงานในหน้าที่หรือที่ได้รับมอบหมายและได้กระทำโดยมีวัตถุประสงค์หรือมูลเหตุจูงใจเพื่อประโยชน์ส่วนตัวแล้ว การกระทำดังกล่าวก็มีใช้การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

2. การกระทำของเจ้าหน้าที่โดยอาศัยโอกาสในการปฏิบัติงานตามปกติในตำแหน่งหน้าที่แม้จะมีได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ถือว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

3. การกระทำของเจ้าหน้าที่โดยใช้อุปกรณ์ของรัฐและได้กระทำเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ถือว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

4. การกระทำในช่วงเวลาที่ใกล้ชิดกับการปฏิบัติงานในหน้าที่ซึ่งเป็นการกระทำในทางส่วนตัวที่เป็นส่วนหนึ่งของงาน ถือว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

¹⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 579/2547

5. การกระทำที่ได้ทำไปโดยมีมูลเหตุจงใจหรือความเข้าใจว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของทางราชการหรือประโยชน์สาธารณะ แม้จะเกิดความสับสนหรือขาดความรู้ความเข้าใจในบางเรื่องแต่ได้กระทำไปโดยสุจริตก็ถือว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่

การกระทำในลักษณะดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ การกระทำนอกเหนือจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเป็นการเฉพาะตัว ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

3. วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของ “การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” ตามความหมายของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นั้น ถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่นั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนบุคคลภายนอกซึ่งรัฐจะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกแล้วจึงเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้คืนแก่รัฐ โดยมีเงื่อนไขว่ารัฐจะมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนคืนได้ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่นั้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงประการต่อมา หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่รัฐ โดยต้องปรากฏว่าการกระทำละเมิดนั้นเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐ ทั้งสองกรณีดังกล่าวหากเจ้าหน้าที่กระทำด้วยความประมาทเลินเล่อธรรมดา ผิดพลาดเล็กน้อยเจ้าหน้าที่ก็ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน จะเห็นได้ว่า สำหรับเจ้าหน้าที่การวินิจฉัยว่าการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกหรือต่อรัฐนั้นเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือประมาทเลินเล่อธรรมดาที่มีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะหากการวินิจฉัยว่าการกระทำละเมิดเกิดจากความประมาทเลินเล่อธรรมดาแล้วหน่วยงานไม่อาจใช้สิทธิไล่เบี้ยหรือเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์ถึงขอบเขตและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะเช่นใดจึงเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

โดยที่พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มิได้ให้ความหมายหรือนิยามของการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ จึงได้นำ

หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้พิจารณาประกอบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และหลักกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับการกระทำโดยจงใจนั้นกฎหมายมิได้กำหนดนิยามความหมายไว้ แต่นักนิติศาสตร์ไทยได้ให้ความหมายที่สอดคล้องกันในการทำงานว่า

การกระทำด้วยความจงใจ หมายความว่า การกระทำโดยประสงค์ต่อผลคือความเสียหาย ถ้าไม่ประสงค์ต่อผลคือความเสียหายเช่นนั้นแล้ว แม้จะเล็งเห็นผลก็ไม่ใช่จงใจกระทำ อาจเป็นเพียงประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอีกส่วนหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ถ้าการเล็งเห็นผลนั้นไม่ใช่ประเภท “อาจจะเกิด” หรือ “น่าจะเกิด” แต่เป็นประเภทที่เห็นชัดว่า “จะต้องเกิด” หรือ “ควรจะเกิด” ก็น่าจะถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยประสงค์ต่อผลเช่นกัน¹⁹

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.37/2552 คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้อำนวยการโรงเรียน ส. (ผู้ฟ้องคดี) ได้สั่งอนุมัติให้ น.ส. ล. เบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการโดยปฏิบัติไม่ถูกต้องตามระเบียบของทางราชการ เนื่องจากในขณะนั้นยังมีบ้านพักครุว่างอยู่ ทำให้ทางราชการได้รับความเสียหายเป็นเงินจำนวน 76,800 บาท กรณีเห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีจงใจอนุมัติให้ น.ส. ล. เบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการทั้งที่มีบ้านพักครุว่างอยู่ตลอดเวลา และผู้ฟ้องคดีรู้อยู่แล้วว่าเป็นการอนุมัติที่ผิดระเบียบ พฤติการณ์ของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการจงใจกระทำผิดต่อกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการทำให้ทางราชการได้รับความเสียหาย

ในประเทศอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนออกจากกัน จึงเป็นผลให้รัฐต้องรับผิดชอบเหมือนกับเอกชนทั่วไปหากรัฐไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947 ความรับผิดทางละเมิดของรัฐในระบบกฎหมายอังกฤษจึงเป็นความรับผิดที่อาศัยหลักเกณฑ์ของ common law (Law of Torts) นอกจากรัฐจะต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่และตัวแทนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ว่าจะความผิดนั้นจะเกิดจากการจงใจ (intention; intent) หรือประมาทเลินเล่อ (negligence) เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาแล้วยังต้องรับผิดเด็ดขาดในการครอบครองหรือควบคุมทรัพย์สินอันตราย นอกจากนี้ยังมีกรณีที่เป็นความรับผิดร่วมกันระหว่างรัฐและเจ้าหน้าที่ ซึ่ง The Crown Proceeding Act 1947 ได้กำหนดให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดในกรณีละเมิดอันเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องในการควบคุมดูแลของรัฐ ความรับผิดของ The Crown สำหรับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่

¹⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 28 ฉบับที่ 2 , น.375.(มิถุนายน 2541)

ผู้รับใช้ช่วยงาน The Crown นั้นเป็นความรับผิดเพื่อผู้อื่น (vicarious liability) และความรับผิดร่วมกัน (joint liability) อันเป็นความรับผิดโดยอ้อม ซึ่งหมายความว่า The Crown ต้องเข้าไปรับผิดแทนหรือร่วมกับเจ้าหน้าที่

ในระบบกฎหมายอังกฤษการกระทำโดยเจตนาที่มีความหมายกว้าง คือไม่ได้หมายความว่าเฉพาะการรู้ว่าตนกำลังทำอะไรและมุ่งประสงค์ให้เกิดผลขึ้นเท่านั้น แต่ในละเมิดบางประเภทการกระทำโดยเจตนาหมายถึงการกระทำทั้งหลายทั้งปวงที่ไม่ใช่เป็นเพียงการเคลื่อนไหวร่างกายในลักษณะที่เป็นปฏิกิริยาสนองตอบ (reflex) ด้วย เช่น การทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินบางประเภท แม้ผู้กระทำจะไม่ได้ต้องการให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินนั้นก็อาจถือว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาได้

ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดได้นั้นจะต้องพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำการดังกล่าวนั้นได้ใช้ความระมัดระวังในภาวะและพฤติการณ์เช่นนั้นเหมือนกับวิญญูชน (reasonable man) ทั่วไปจะประพฤติปฏิบัติหรือไม่

การพิจารณา “ความผิด” ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกระทำโดยประมาทนั้นระบบกฎหมายอังกฤษใช้มาตรฐานเดียวกับบุคคลทั่วไป อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า “ประมาท” ในกฎหมายอังกฤษนั้นเป็นได้ทั้งรูปแบบหนึ่งของ “ความผิด” และเป็น “ประเภท” หนึ่งของละเมิดที่มีลักษณะทั่วไปด้วย อีกทั้งการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองในระบบกฎหมายอังกฤษซึ่งกฎหมายได้แยกย่อยออกเป็นละเมิดหลายประเภทนั้น ไม่จำเป็นที่ผู้กระทำจะต้องกระทำโดยมี “ความผิด” (จงใจหรือประมาทเลินเล่อ) เสมอไป การพิจารณาความรับผิดเกี่ยวกับละเมิดในระบบกฎหมายอังกฤษจึงต้องพิจารณาด้วยว่าละเมิดประเภทใดกฎหมายเรียกร้องให้ต้องมี “ความผิด”

ในกฎหมายอังกฤษนั้นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นระดับความร้ายแรงของความประมาทเลินเล่อชนิดหนึ่งซึ่งเป็นแนวความคิดที่นำมาจากระบบกฎหมายโรมันโดยยอมรับกันทั่วไปในกฎหมายเกี่ยวกับการส่งมอบทรัพย์สิน แบ่งระดับของความประมาทเป็น 3 ระดับ คือ

1) ประมาทเลินเล่ออย่างเบา (slight negligence) คือการใช้ความระมัดระวังอย่างมากแล้วแต่ก็ยังไม่เพียงพอ

2) ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา (ordinary negligence) คือการใช้ความระมัดระวังอย่างปกติธรรมดา

3) ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) คือการไม่ใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อย

โดยนักนิติศาสตร์ของอังกฤษได้อธิบายความหมายหรือนิยามของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้สรุปได้ว่า “ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” หมายความว่า การกระทำที่ไม่มีความระมัดระวังเลยแม้แต่เพียงเล็กน้อยแม้ผู้กระทำจะไม่สามารถสังเกตเห็นผลที่เกิดขึ้นได้แต่ผู้กระทำก็สามารถคาดเห็นผลได้ว่าน่าจะมีการเสียหายเกิดขึ้นหากได้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งสถานการณ์เช่นนั้นบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำไม่พึงควรกระทำ

การพิจารณาลักษณะการกระทำของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงต้องใช้หลักการพิจารณาทางอัตตวิสัย (Subjective) คือเหตุที่มาจากตัวผู้กระทำ โดยผู้กระทำจะต้องรู้ว่ามีความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหาย แต่กลับไม่ใส่ใจต่อความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้น ประกอบกับการพิจารณาทางภาวะวิสัย (Objective) คือสภาพภายนอกที่ไม่มาจากตัวผู้กระทำ โดยการเปรียบเทียบระหว่างการกระทำของผู้กระทำกับบุคคลที่สมมติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ

ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น สามารถแยกองค์ประกอบได้ 4 ประการ คือ

- 1) การกระทำหรืองดเว้นการกระทำโดยมีเจตนา
- 2) ผู้กระทำต้องรู้ถึงความเสี่ยงสูงที่อันตรายจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น
- 3) ผู้กระทำได้กระทำโดยไม่ใส่ใจว่าจะเกิดอันตรายขึ้น
- 4) ผลของการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นอย่างร้ายแรงหรือเกินกว่าปกติอย่างมาก โดยพิจารณาจากความร้ายแรง ความเป็นไปได้ของอันตรายที่เกิดขึ้นและระดับความเสี่ยงที่สูงมาก ซึ่งระดับความเสี่ยงนี้จะพิจารณาว่าในสภาวะการณ์เช่นนั้นบุคคลที่สมมติขึ้นให้ มีวิสัยและพฤติการณ์เช่นผู้กระทำจะกระทำสิ่งเดียวกันหรือไม่

แต่อย่างไรก็ตามนักนิติศาสตร์ในประเทศอังกฤษอีกกลุ่มมีความเห็นที่ไม่ยอมรับแนวคิดเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ได้แก่ Winfield ,Salmond ,Harry Street ,Baron Rolf เป็นต้น โดยอธิบายว่า ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นไม่มีการแบ่งระดับของความประมาทเลินเล่อ การแบ่งระดับความประมาทเลินเล่อเป็นเรื่องของกฎหมายซีวิลลอว์ และการตัดสินของศาลที่แบ่งระดับความประมาทเลินเล่อเป็น 3 ระดับเป็นการตัดสินที่ผิดพลาด ความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาและความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นสิ่งที่เหมือนกัน

ไม่มีความแตกต่าง ความประมาทเลินเล่อของระบบกฎหมายอังกฤษมีเพียงอย่างเดียวคือ ความประมาทเลินเล่ออย่างอย่างธรรมดาที่บุคคลกระทำการโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างบุคคลที่สมมติขึ้นให้มีวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำละเมิดจะพึงมีพึงใช้ภายใต้สภาพการณ์นั้น

จะเห็นได้ว่าแนวความคิดเรื่องความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษนั้นมิใช่เงื่อนไขในการพิจารณาว่าการกระทำเป็นความผิดทางละเมิดหรือไม่ แต่ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงถือเป็นการกระทำที่มีความร้ายแรงและกระทบต่อสังคมมาก ศาลอังกฤษจึงใช้ในการพิจารณาว่าผู้ที่กระทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนที่สูงมาก เรียกว่า ค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษ เพื่อเป็นการป้องปรามพฤติกรรมที่มีความชั่วร้ายไม่ให้เป็นภัยต่อสังคมเป็นเยี่ยงอย่าง ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษจึงเป็นการกระทำชนิดหนึ่งที่มีความกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขในสังคมเป็นอย่างมาก เป็นการกระทำที่น่าตำหนิผู้กระทำจึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนที่สูงเพื่อเป็นการลงโทษ

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีระบบกฎหมายปกครองเกี่ยวกับเรื่องละเมิดแยกต่างหาก จากกฎหมายเอกชนความรับผิดของรัฐตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสเป็นความรับผิดโดยตรง สำหรับการกระทำบริการสาธารณะไม่ใช่ความรับผิดแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐดังเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันหรือกฎหมายไทย โดยรัฐจะรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายดังกล่าวก็ต่อเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายที่รัฐต้องรับผิดชอบ ซึ่งอยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ คือ 1) บุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องมีความสัมพันธ์กับรัฐในทางใดทางหนึ่ง เช่น เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และ 2) การกระทำของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐดังกล่าวซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องเป็นการกระทำเพื่อบริการสาธารณะ (service public) ไม่ใช่การกระทำในทางส่วนตัว

ในประเทศฝรั่งเศสไม่มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐให้อยู่ในรูปแบบประมวลกฎหมาย ด้วยเหตุนี้นักกฎหมายฝรั่งเศสจึงต้องพัฒนาความรับผิดของรัฐในทางกฎหมายมหาชนขึ้นมา โดยระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะเป็นพื้นเพียงในระบบจักรกลของรัฐ และหากพื้นเพียงดังกล่าวเกิดผิดพลาดขึ้น การพิจารณาสถานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐในแง่ความรับผิดของรัฐนั้นจึงต้องพิจารณา “บริการสาธารณะ” (service public) ไม่ใช่พิจารณาตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐ ด้วยเหตุนี้ ความผิดอันพึง

ถูกตำหนิได้ในความรับผิดชอบของรัฐจึงเป็นเรื่องของความบกพร่องในแง่การจัดโครงสร้างองค์กร หรือความไม่ระมัดระวังในการบริหารจัดการองค์กรของฝ่ายปกครอง

โดยปกติทั่วไปแล้วกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำความผิดในระดับธรรมดา ความผิดนั้นก็เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐได้ อย่างไรก็ตามมีงานบางประเภทที่จะต้องใช้ความสามารถในการปฏิบัติงาน เป็นหน้าที่ที่ต้องการความรับผิดชอบอย่างสูงและมีความยากกว่าหน้าที่ทั่วไป ได้แก่ การปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการบังคับการตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย การปฏิบัติกรดับเพลิง การบริการสาธารณสุขของโรงพยาบาล โดยความเสียหายเกิดจากการกระทำในทางการแพทย์หรือศัลยกรรม การดำเนินการเกี่ยวกับภาษี เป็นต้น หากมีความเสียหายที่เกิดจากความผิดพลาดในการปฏิบัติงานดังกล่าวรัฐจะต้องรับผิดชอบ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่เกิดความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทั้งนี้เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถเคลื่อนไหวได้อย่างยืดหยุ่นเนื่องจากการปฏิบัติงานที่มีความรับผิดชอบสูงและเป็นงานที่ยากนั้นจะก่อให้เกิดความรับผิดง่ายจนเกินไป

ซึ่งในเรื่องนี้สภาแห่งรัฐได้พัฒนาระดับของความผิดที่จะทำให้รัฐต้องรับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณสุขขึ้น โดยกล่าวถึงความผิดในลักษณะต่าง ๆ คือ

- 1) ความผิดธรรมดา (faute simple หรือ faute légère)
- 2) ความผิดรุนแรง (faute lourde หรือ faute grave)
- 3) ความผิดรุนแรงซึ่งเห็นประจักษ์ชัด (faute manifeste et de particulière gravité)

อย่างไรก็ตามการแยกระดับของความประมาทเลินเล่อก็แยกออกเป็น 2 ระดับ เช่นเดียวกับที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย คือ

- 1) ประมาทเลินเล่อธรรมดา (ในฐานะที่เป็นความผิดธรรมดา faute simple)
- 2) ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (ในฐานะที่เป็นความผิดร้ายแรง faute lourde)

เนื่องจากความผิดรุนแรงซึ่งเห็นประจักษ์ชัด (faute manifeste et de particulière gravité) นั้นก็หมายถึงประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั่นเอง

อย่างไรก็ตามในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสก็ไม่ได้มีการให้คำนิยามความหมายของคำว่าประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ จึงต้องศึกษาจากการให้ความหมายของนักนิติศาสตร์ซึ่งพอจะสรุปได้ดังนี้ “ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” คือ การไม่ใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อยจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น อันมีลักษณะใกล้เคียงกับความจงใจที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ก็มีความแตกต่างกับจงใจในสิ่งที่เป็นลักษณะของความชั่วร้ายในจิตใจ กล่าวคือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ใช่เป็นการกระทำโดยมีเจตนาที่เป็นสิ่ง

ชั่วร้ายที่จะทำให้บุคคลอื่นเสียหาย แต่การกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะเป็น การกระทำด้วยความไม่ใส่ใจที่จะใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อยในการกระทำอย่างหนึ่ง อย่างไม่เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นขึ้น

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมีความ โกล้เคียงกับการกระทำโดยจงใจมาก อย่างไรก็ตามการวินิจฉัยความผิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ไม่ว่าจะเป็ความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ใช้หลัก in abstracto ซึ่งไม่ได้นำความรู้สึกในใจ ของผู้กระทำมาพิจารณา แต่จะพิจารณาโดยสมมติบุคคลขึ้นมาเปรียบเทียบกับผู้กระทำว่า เขาจะ กระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำหรือไม่ ถ้าบุคคลนี้ยังประพฤตินั้นเดียวกับผู้กระทำ ก็หมายความว่า ผู้กระทำไม่มีความผิด แต่ถ้าหากเขาไม่กระทำเช่นผู้กระทำแล้ว ผู้กระทำก็มีความผิด ซึ่งบุคคลที่ สมมตินั้นจะต้องอยู่ในสภาพแวดล้อม ได้แก่ สถานที่ เวลา เช่นเดียวกันกับผู้กระทำ และมี พฤติการณ์ภายใน เช่น อายุ เพศ ความเจ็บป่วย ความไม่สมประกอบของสภาพกายใจ เช่นเดียวกันกับ ผู้กระทำ แต่สภาพจิตใจ ความรู้สึกนึกคิด ความเคยชิน อุปนิสัยของผู้กระทำนั้น เป็นเหตุภายในที่ ไม่ต้องนำมาพิจารณา

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในกรณี เจ้าหน้าทีของรัฐทำความผิดมีได้ 3 กรณี คือ

- กรณีเจ้าหน้าที่ตกอยู่ภายใต้ความสำคัญผิดอย่างรุนแรง
- กรณีเจ้าหน้าที่สำคัญผิดในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของตนอย่างมาก
- กรณีเจ้าหน้าที่กระทำการอันเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา

ในระบบกฎหมายเยอรมันบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นฐานแห่งความรับผิดของรัฐ หรือนิติบุคคลมหาชนคือบทบัญญัติมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ประกอบ กับบทบัญญัติมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law)

มาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) บัญญัติว่า “ในกรณีที่ข้าราชการ ผู้ใดละเมิดหน้าที่ที่ตนต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่สามโดยเจตนาหรือประมาท ให้ข้าราชการผู้นั้นรับผิด ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลที่สามนั้น ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิด จากการกระทำโดยประมาท บุคคลที่ได้รับ ความเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจาก ข้าราชการผู้กระทำละเมิดได้ก็ต่อเมื่อตนไม่สามารถได้รับการชดใช้ความเสียหายโดยหนทางอื่นได้

ถ้าเจ้าหน้าที่กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งของตนละเมิดผู้อื่นซึ่งเป็น ปัญหาข้อกฎหมายเขาจะต้องรับผิดต่อผู้เสียหายเมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา

ข้าราชการไม่ต้องรับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนความเสียหายจากการละเมิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติ ถ้าหากผู้เสียหายละเลยเพิกเฉยโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ใช้สิทธิตามกฎหมายเพื่อดำเนินการป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้น”

มาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) บัญญัติว่า “ในกรณีที่บุคคลใดใช้อำนาจตามตำแหน่งหน้าที่ทางมหาชนที่ตนได้รับมอบหมายไปละเมิดหน้าที่ที่ตนต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่สาม โดยหลักแล้วให้ความรับผิดชอบนั้นตกเป็นของรัฐหรือขององค์การที่บุคคลนั้นปฏิบัติหน้าที่ให้ ทั้งนี้โดยสงวนสิทธิในการไล่เบียดไว้หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อำนาจศาลยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องคำสั่งใหม่ทดแทนและสิทธิไล่เบียดจะถูกตัดทอนไม่ได้”

บทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้เป็นความพยายามประสานหลักความรับผิดชอบทางละเมิดสองหลักการเข้าด้วยกัน หลักการประการแรก คือหลักความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ซึ่งตามหลักการนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว กล่าวคือจะต้องนำทรัพย์สินของตนชำระหนี้ค่าความเสียหายที่เกิดขึ้น ส่วนอีกหลักการหนึ่ง คือ หลักความรับผิดชอบโดยตรงของรัฐ ตามหลักการนี้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ทำให้อุบัติเหตุเสียหาย รัฐจะเข้ามารับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นโดยตรงโดยถือว่าความเสียหายนั้นรัฐได้ก่อให้เกิดขึ้นเอง เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหายนั้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน(BGB) มาตรา 839 ประกอบกับมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) นั้นเป็นความรับผิดชอบอันเนื่องมาจาก “ความผิด” ของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งวางอยู่บนเงื่อนไขของการกระทำโดยเจตนาหรือกระทำโดยประมาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การกระทำโดยเจตนาได้แก่การกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำรู้ว่าตนละเมิดหน้าที่ของรัฐ ในกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ว่าตนกระทำการละเมิดหน้าที่ย่อมไม่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ผู้กระทำโดยเจตนา แต่อาจเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

หลักเกณฑ์เรื่องความประมาทนั้นได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ความว่า “ประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติในชีวิตประจำวันซึ่งต้องมีอยู่ในการกระทำหรือละเว้นการกระทำในสิ่งที่วิญญูชนจะกระทำ” โดยพิจารณาจากลักษณะที่เป็นภาวะวิสัย การกระทำโดยประมาทเลินเล่อได้แก่ การกระทำที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง ซึ่งมีข้อสังเกตว่าการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการละเมิดหน้าที่โดยประมาทหรือไม่นั้นไม่ได้ใช้เกณฑ์ความระมัดระวังของบุคคลธรรมดา

แต่ใช้เกณฑ์โดยเฉลี่ยของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่นั้น ความรู้ความสามารถซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำเนินการในเรื่องนั้น ซึ่งการขาดความรู้ในทางกฎหมายที่จำเป็นสำหรับขอบเขตของงานอาจเป็นการกระทำโดยประมาทได้ ทั้งนี้ หากใช้เกณฑ์โดยเฉลี่ยของบุคคลทั่วไปแล้ว การกระทำอันเป็นการละเมิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นอาจจะไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทซึ่งจะทำให้เอกชนไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร

ในประเทศเยอรมันความรับผิดของรัฐนั้นขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของการกระทำโดยเจตนาหรือกระทำโดยประมาทเล็กน้อย แต่อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นยอมรับความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรง ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากหลัก culpa lata ของกฎหมายโรมัน โดยถือว่าความประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงเป็นชนิดหนึ่งของความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเล็กน้อย ระดับความร้ายแรงของความผิดจะเป็นตัวกำหนดความเสียหายที่เกิดขึ้น ยิ่งเป็นความผิดที่ร้ายแรงก็ย่อมแสดงให้เห็นว่าความเสียหายเกิดขึ้นมาก โดยนักนิติศาสตร์ได้อธิบายความหมายไว้ว่า “ความประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรง” หมายความว่า การกระทำที่ผู้กระทำสามารถคาดเห็นความเสี่ยงภัยในผลความเสียหายที่จะเกิดขึ้น แต่กลับขึ้นกระทำโดยคาดคำนวณว่าความเสียหายคงจะไม่เกิดขึ้น เป็นการกระทำที่ปราศจากความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างไม่น่าให้อภัย โดยความประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงมีความหมายและลักษณะเช่นเดียวกับความประมาทโดยจงใจ แต่ความประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงจะใช้ในความรับผิดเพื่อละเมิดและสัญญา ส่วนความประมาทโดยจงใจนั้นจะใช้ในการอธิบายสภาวะจิตใจของผู้กระทำผิดทางอาญา

การพิจารณาความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงจะพิจารณาจากการกระทำของผู้กระทำเทียบกับบุคคลผู้สมมติขึ้นให้ตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับจำเลย โดยการสมมติบุคคลจากกลุ่มผู้ประกอบการอาชีพเช่นเดียวกับผู้กระทำขึ้นมาเปรียบเทียบโดยไม่ต้องใส่ใจถึงสภาพความบกพร่องต่าง ๆ ของผู้กระทำประกอบ หากบุคคลผู้สมมติซึ่งตกอยู่ในพฤติการณ์สภาพแวดล้อมเช่นเดียวกับผู้กระทำกระทำการเช่นเดียวกับผู้กระทำ ก็ต้องถือว่าผู้กระทำไม่มีความผิด ถ้าหากว่าบุคคลผู้สมมติไม่มีทางแม้แต่น้อยที่จะกระทำการสิ่งที่ขาดความระมัดระวังเช่นเดียวกับผู้กระทำ ก็ต้องถือว่าผู้กระทำกระทำด้วยความประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรง

ความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันจะถูกนำไปใช้ในหลักเรื่องความรับผิดของนายจ้างในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 831 ความว่า “นายจ้างต้องร่วมรับผิดคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายใด ๆ ซึ่งลูกจ้างได้ก่อขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายแก่บุคคลภายนอกในระหว่างการปฏิบัติงานที่จ้าง หน้าที่ที่จะต้องคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนย่อมจะไม่เกิดขึ้น ถ้าหากนายจ้างได้ใช้

ความระมัดระวังตามสมควรในการเลือกหาลูกจ้าง และในเมื่อเขาจำเป็นต้องจัดหาเครื่องมือเครื่องใช้ หรือการควบคุมงานนั้น เขาได้ใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นก็ตาม

“อนึ่งบุคคลผู้มีข้อสัญญา กับนายจ้าง รับผิดชอบต่อควบคุมกิจการดังได้ระบุไว้ในวรรคต้น ตอนที่ 2 ย่อมมีความรับผิดชอบในทำนองเดียวกัน”

ในทางปฏิบัติศาลเยอรมันได้พัฒนาหลักกฎหมายขึ้นมาว่า นายจ้างต้องจ่ายเงินชดเชยให้แก่ลูกจ้าง (duty to indemnity) ถ้าหากงานที่นายจ้างให้ลูกจ้างทำนั้นเป็นงานอันตรายโดยสภาพ และในการทำงานนั้นลูกจ้างได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นและผู้เสียหายได้ฟ้องร้องให้ลูกจ้างต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน เมื่อลูกจ้างต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไปแล้วลูกจ้างก็สามารถเรียกให้นายจ้างชดเชยให้ตนได้ เว้นแต่ลูกจ้างได้กระทำละเมิดด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งเมื่อศาลได้นำหลัก duty to indemnity มาใช้ ส่งผลให้การพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามมาตรา 831 ของนายจ้างไม่เป็นประโยชน์แก่นายจ้างอีกต่อไป กล่าวคือเมื่อผู้เสียหายได้ฟ้องร้องนายจ้างและลูกจ้างเป็นคดีเดียวกันให้รับผิดชอบร่วมกัน นายจ้างจะต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตามนายจ้างก็มีสิทธิไล่เบี่ยลูกจ้างได้ตามกฎหมายแรงงานเยอรมัน ในกรณีที่งานนั้นมีโอกาสเกิดอันตรายได้ง่าย เช่น ลูกจ้างเป็นคนขับรถบรรทุก ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้นายจ้างสามารถไล่เบี่ยลูกจ้างได้ ตามระดับความร้ายแรงของความผิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำต่อบุคคลภายนอก ดังนี้

1) ในกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงต่อบุคคลภายนอก นายจ้างสามารถไล่เบี่ยลูกจ้างได้เต็มจำนวน

2) ในกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่อธรรมดา นายจ้างไล่เบี่ยได้ตามส่วนเฉลี่ยความรับผิดชอบระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง

3) ในกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเพียงเล็กน้อย กฎหมายปลดเปลื้องความรับผิดชอบของลูกจ้างไม่ต้องให้รับผิดชอบนายจ้างในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอก นายจ้างจึงไม่สามารถไล่เบี่ยลูกจ้างได้

จากการศึกษาการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามระบบกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน จะเห็นว่าแนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงซึ่งเป็นแนวความคิดที่นำมาจากระบบกฎหมายโรมันนั้นได้รับการยอมรับ โดยเห็นว่าความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นระดับความร้ายแรงของความประมาทเลินเล่อชนิดหนึ่ง โดยในระบบกฎหมายอังกฤษนั้นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมิใช่เงื่อนไขในการพิจารณาว่าการกระทำเป็นความผิดทางละเมิดหรือไม่ แต่ความประมาทเลินเล่อ

อย่างร้ายแรงถือเป็นการกระทำที่มีความร้ายแรงและกระทบต่อสังคมมาก ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงใช้ในการพิจารณาถึงจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนซึ่งผู้กระทำละเมิดจะต้องชดใช้ ซึ่งหากได้กระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผู้กระทำจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนสูงกว่าปกติ เรียกว่า ค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษ โดยคำนึงถึงความน่าตำหนิของการกระทำ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงใช้ในการพิจารณาถึงความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองสำหรับงานบางประเภทที่จะต้องใช้ความสามารถในการปฏิบัติงาน เป็นหน้าที่ที่ต้องการความรับผิดชอบอย่างสูงและมีความยากกว่าหน้าที่ทั่วไป ซึ่งหากมีความเสียหายที่เกิดจากความผิดพลาดในการปฏิบัติงานดังกล่าวรัฐจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่เกิดความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทั้งนี้เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถเคลื่อนไหวได้อย่างยืดหยุ่นมิใช่เพียงประมาทเลินเล่อหรือผิดพลาดบกพร่องเล็กน้อยก็ต้องรับผิดชอบแล้วซึ่งจะทำให้การปฏิบัติงานดังกล่าวไม่คล่องตัว สำหรับระบบกฎหมายเยอรมันนั้นความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะถูกนำไปใช้ในหลักเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง โดยนายจ้างก็มีสิทธิไล่เบี่ยลูกจ้างได้ ในกรณีที่งานนั้นมีโอกาสเกิดอันตรายได้ง่าย และนายจ้างสามารถไล่เบี่ยลูกจ้างได้ตามระดับความร้ายแรงของความผิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำต่อบุคคลภายนอก โดยหากเป็นกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงต่อบุคคลภายนอก นายจ้างสามารถไล่เบี่ยลูกจ้างได้เต็มจำนวน

ในระบบกฎหมายไทยนั้น ได้ยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเช่นเดียวกันโดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในหลายกรณีดังที่กล่าวมาแล้ว นอกจากนี้ยังปรากฏในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ซึ่งได้กำหนดให้การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาถึงความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ซึ่งได้กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ ว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องถูกไล่เบี่ย (กรณีกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก) หรือต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน (กรณีกระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ) หรือไม่ โดยหากเจ้าหน้าที่กระทำการนั้นโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเจ้าหน้าที่นั้นก็ต้องถูกไล่เบี่ยหรือชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่หากเจ้าหน้าที่กระทำโดยบกพร่องผิดพลาดเล็กน้อยหรือประมาทเลินเล่อธรรมดาเจ้าหน้าที่ก็ไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือถูกไล่เบี่ยดังกล่าว จึงเห็นได้ว่าระบบกฎหมายอังกฤษและเยอรมันนั้นแนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแตกต่างจากระบบกฎหมายไทย โดยในระบบกฎหมายทั้งสองประเทศดังกล่าวความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาถึงจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนซึ่งผู้กระทำละเมิดจะต้องชดใช้ แต่แนวความคิดเกี่ยวกับความ

ประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 นั้น ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความรับผิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งคล้ายคลึงกับในกฎหมายฝรั่งเศส

สำหรับการพิจารณาความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นในระบบกฎหมายต่างประเทศได้แก่ อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ดังที่ได้ศึกษานั้น ต่างเห็นตรงกันว่า การวินิจฉัยความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นจะกระทำโดยการสมมติบุคคลขึ้นมาเปรียบเทียบกับผู้กระทำ ซึ่งบุคคลที่สมมตินั้นจะต้องมีวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ

การพิจารณาว่าการกระทำเช่นใดเป็นการกระทำโดยความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงหรือเป็นการกระทำโดยประมาทเดินเล่อจะพิจารณาว่าบุคคลผู้กระทำละเมิดนั้นควรจะคาดเห็นถึงความเสียหายหรือไม่ หากกระทำโดยขาดความระมัดระวังที่เบี่ยงเบนไปจากเกณฑ์มาตรฐานอย่างมากโดยเขาคาดเห็นถึงความเสี่ยงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแล้วยังขึ้นกระทำการด้วยความไม่ใส่ใจที่จะใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมากซึ่งสูงกว่าความประมาทเดินเล่อแล้ว ก็ต้องถือว่าเขากระทำด้วยความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรง ทำนองเดียวกับความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการกฤษฎีกา คณะพิเศษ) ซึ่งให้ความเห็นว่าการกระทำโดยประมาทเดินเล่อนั้นหมายถึงการกระทำโดยมิได้เจตนา แต่เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำเป็นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ส่วนความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงจะมีลักษณะที่บุคคลได้กระทำโดยขาดความระมัดระวังที่เบี่ยงเบนไปจากเกณฑ์มาตรฐานอย่างมาก เช่น คาดเห็นได้ว่าความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้หรือถ้าระมัดระวังสักเล็กน้อยก็ยังคงได้คาดเห็นว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นเช่นนั้น ในทางกลับกันหากเขากระทำการโดยปราศจากความระมัดระวังหรือกระทำการโดยไม่ใส่ใจที่จะใช้ความระมัดระวังอย่างทั่วไปซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำเป็นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ก็ต้องถือเพียงว่าเขากระทำด้วยความประมาทเดินเล่อเท่านั้น

ตัวอย่าง คำวินิจฉัยที่แสดงให้เห็นได้ว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งเบี่ยงเบนไปจากเกณฑ์มาตรฐานอย่างมากทั้งที่ผู้กระทำควรจะคาดเห็นถึงความเสียหายแต่กลับไม่ใส่ใจที่จะใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมาก

คำพิพากษากฎีกาที่ 1789-1790/2518 โรงงานกระสอบของจำเลย (กระทรวงการคลัง) ซึ่งอยู่ห่างถนนพหลโยธินตรงที่เกิดเหตุประมาณ 20 เมตร เผาเศษปอทำให้มีควันดำปกคลุมถนนจนมองไม่เห็นทางข้างหน้าเป็นเหตุมีรถขับมาชนท้ายรถของโจทก์ซึ่งจอดอยู่ได้รับความเสียหายโดยเหตุการณ์เช่นนี้เคยเกิดขึ้นมาแล้ว 2-3 ครั้ง แต่จำเลยก็คงปล่อยปละละเลยไม่เปลี่ยนวิธีการ

เผาเศษปอ ดังนี้ พฤติการณ์ที่เกิดขึ้นไม่เป็นเหตุสุดวิสัยดังจำเลยอ้าง แต่เป็นเพราะจำเลยได้ประมาทเดินเลื้อยอย่างร้ายแรงเป็นเหตุให้โจทก์ทั้งสองได้รับความเสียหาย จำเลยต้องรับผิดชอบ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.267/2550 ผู้ฟ้องคดีในฐานะผู้ควบคุมงานโครงการก่อสร้างถนน ได้ไปดูแลงานก่อสร้างเป็นบางวันและทำบันทึกรายงานผลการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างเพียงครั้งเดียว โดยมีได้จดบันทึกการปฏิบัติงานและวัสดุที่ใช้ เพื่อรายงานให้คณะกรรมการตรวจการจ้างทราบทุกสัปดาห์ การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเดินเลื้อยอย่างร้ายแรงที่ผู้ฟ้องคดีต้องรับผิดชอบต่อทางราชการในความเสียหายที่เกิดขึ้น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.456/2550 การที่ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งเจ้าพนักงานสรรพากรอำเภอเขตคลองเตย (สาขา 1) ปล่อยปละละเลยไม่เคยตรวจดูรายชื่อผู้ส่งจ่ายเช็คที่ขีดช่องจำนวนหลายฉบับในการชำระภาษีอากร การกระทำของผู้ฟ้องคดีจึงเห็นได้อย่างชัดแจ้งว่า ผู้ฟ้องคดีละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และมีได้ใช้ความระมัดระวังในการสอดส่องดูแลการปฏิบัติงานของตนและผู้ใต้บังคับบัญชา อันเป็นช่องทางให้ผู้ใต้บังคับบัญชาอาศัยอำนาจหน้าที่กระทำการทุจริต เบียดบัง ยักยอกเงินที่รับชำระภาษีไปเป็นประโยชน์ส่วนตนทำให้เสียหายแก่ทางราชการ กรณีจึงเป็นการกระทำโดยประมาทเดินเลื้อยอย่างร้ายแรงจึงต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำละเมิดนั้น ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.72/2550 อ.73/2550 และ อ.344/2550 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน)

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.462/2551 ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุญาตจากเทศบาล น. ให้ใช้รถยนต์ของทางราชการ หมายเลขทะเบียน กง-3460 เป็นพาหนะเดินทางไปราชการที่กรุงเทพมหานคร ปราบกฏว่าเมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2544 ผู้ฟ้องคดีได้นำรถยนต์คันดังกล่าวจอดไว้บริเวณหน้าบ้านพักของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นทาวเฮ้าส์ ซึ่งภายในบริเวณบ้านด้านหน้ามีที่ว่างพอที่จะนำรถคันดังกล่าวเข้าไปจอด แต่บริเวณดังกล่าวมีสิ่งของกีดขวางจนไม่สามารถจอดรถคันดังกล่าวได้ ต่อมารถยนต์คันดังกล่าวได้สูญหายไป การที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการและได้รับอนุญาตให้ใช้รถยนต์ของทางราชการเป็นพาหนะในการเดินทางไปราชการก็เพื่อประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีในความสะดวกของการเดินทางไปราชการ ผู้ฟ้องคดีย่อมต้องดูแลรักษาและระมัดระวังทรัพย์สินของทางราชการมิให้สูญหายเป็นพิเศษยิ่งกว่ากรณีปกติทั่วไป การที่ผู้ฟ้องคดีจอดรถยนต์ของทางราชการไว้นอกบริเวณหน้าบ้านพักของตนเอง โดยมีเหตุเพียงเพราะภายในบ้านพักมีสิ่งของกีดขวางจนไม่มีบริเวณเพียงพอที่จะจอดรถยนต์คันดังกล่าวได้ ซึ่งโดยสามัญสำนึกของบุคคลทั่วไปแล้วย่อมเห็นได้ว่า การจอดรถยนต์ไว้ภายในบ้านย่อมมีความปลอดภัยมากกว่าจอดไว้นอกบ้าน เว้นแต่

ภายในบริเวณบ้านไม่ได้สร้างที่จอดรถยนต์ไว้หรือไม่มีบริเวณที่จะจอดรถยนต์ได้อย่างแน่แท้ และในวันเกิดเหตุมีผู้ฟ้องคดี ภริยาและบุตรที่สามารถช่วยกันเคลื่อนย้ายสิ่งของดังกล่าวซึ่งอยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้ แต่ผู้ฟ้องคดีเลือกที่จะเสี่ยงภัยโดยคาดการณ์จากสภาพแวดล้อมภายนอกว่าการจอดรถยนต์ไว้นอกบ้านมีความปลอดภัยเพียงพอ แต่จะเป็นจริงตามที่คาดการณ์ไว้หรือไม่ย่อมเป็นที่ไม่แน่นอนว่าจะปลอดภัยมากกว่าจอดรถยนต์ไว้ในบ้านพัก การกระทำของผู้ฟ้องคดีถือได้ว่าเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ศาลปกครองสูงสุดได้ให้คำนิยามคำว่า “ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายถึง การกระทำโดยมิได้เจตนา แต่เป็นการกระทำซึ่งบุคคลพึงคาดหมายได้ว่าอาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ และหากใช้ความระมัดระวังแม้เพียงเล็กน้อยก็อาจป้องกันมิให้เกิดความเสียหายได้ แต่กลับมิได้ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นเลย” ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.10/2552 คดีนี้ ผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างประจำของเทศบาลเมืองสกลนคร(ผู้ถูกฟ้องคดี) ตำแหน่งพนักงานขับรถ ได้ขับรถยนต์ตู้เกิดอุบัติเหตุระหว่างเดินทางไปราชการ สภาพถนนเป็นทางโค้งลงเขาสองช่องทาง ขณะเกิดเหตุมีฝนตกและในช่องทางเดินรถฝั่งตรงข้าม (ทางขึ้นเขา) มีรถยนต์บรรทุกกระบะไม่ทราบหมายเลขทะเบียนขับแซงรถยนต์บรรทุกสิบล้อเข้ามาในช่องทางเดินรถของผู้ฟ้องคดี ทั้งที่มีเครื่องหมายจราจรเป็นเส้นทึบกลางถนน ห้ามแซง ผู้ฟ้องคดีหักหลบทำให้เกิดการเฉี่ยวชนกับรถยนต์บรรทุกสิบล้อตรงประตูขวา ศาลพิพากษาว่า การกระทำที่จะถือว่าเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น หมายถึง การกระทำโดยมิได้เจตนา แต่เป็นการกระทำซึ่งบุคคลพึงคาดหมายได้ว่าอาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ และหากใช้ความระมัดระวังแม้เพียงเล็กน้อยก็อาจป้องกันมิให้เกิดความเสียหายได้ แต่กลับมิได้ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นเลย การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งเรียกให้ผู้ฟ้องคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยอ้างว่า น่าเชื่อว่า ผู้ฟ้องคดีขับรถเร็วเกินกว่าที่แจ้งนั้น แม้ข้อเท็จจริงจะรับฟังได้ดังที่ผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้าง แต่ข้อเท็จจริงดังกล่าวก็มิได้แสดงให้เห็นว่าในภาวะเช่นนั้นผู้ฟ้องคดีอาจใช้ความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยอย่างไรก็อาจป้องกันมิให้เกิดความเสียหายได้ แต่ผู้ฟ้องคดีกลับมิได้ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นเลย เพราะการที่ผู้ฟ้องคดีขับรถมาด้วยความเร็วเกินกว่าที่แจ้งเพียงประการเดียวยังไม่เพียงพอที่จะรับฟังได้ว่าเป็นสาเหตุให้เกิดเหตุละเมิดในครั้งนี้ จึงเห็นว่าข้อเท็จจริงยังไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีขับรถด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ตัวอย่างคำวินิจฉัยที่แสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำซึ่งผู้กระทำได้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังอย่างทั่วไปซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.358-360/2549 ผู้ฟ้องคดีทั้งสองในฐานะผู้บังคับบัญชาของนาย ท. ได้ลงลายมือชื่ออนุมัติให้มีการเบิกจ่ายในใบถอนเงินโดยปล่อยให้ช่องว่าง มิได้ขีดเส้นหน้าจำนวนเงินและตัวอักษรเพื่อป้องกันมิให้มีช่องว่าง อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามหนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0508/11941 ลว. 26 เมษายน 2511 เรื่อง การกรอกจำนวนเงินในฎีกาเบิกเงินจากคลังและในเช็ค ทำให้นาย ท.กระทำการทุจริตพิมพ์จำนวนเงินเพิ่มเติมกระทรวงการคลัง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ได้ออกหนังสือกระทรวงการคลังดังกล่าวโดยมิได้แจ้งให้หน่วยงานที่ผู้ฟ้องคดีสังกัดได้ทราบ ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองไม่อาจทราบและปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในหนังสือกระทรวงการคลังดังกล่าวได้ และผู้ฟ้องคดีทั้งสองมิได้เป็นผู้มีวิชาชีพทางการเงิน จึงเป็นการพ้นวิสัยที่วิญญูชนในฐานะเช่นผู้ฟ้องคดีจะพึงทราบและปฏิบัติตามได้ เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การเสนอบันทึกรับเพื่อขออนุมัติพร้อมกับใบถอนเงินของธนาคารที่ระบุรายชื่อนักวิจัยผู้มีสิทธิรับเงินและจำนวนเงินตรงกับมติอนุมัติของที่ประชุมฯ ตามรายงานการประชุมที่แนบมา จึงได้ลงลายมือชื่อในใบถอนเงินของธนาคาร จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ภายในกรอบการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไปเกี่ยวกับการลงลายมือชื่อในเอกสารการเงินดังวิญญูชนผู้อยู่ในฐานะเช่นผู้ฟ้องคดีทั้งสองจะพึงปฏิบัติแล้ว ฉะนั้น จึงมิใช่การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นผู้ฟ้องคดีทั้งสองจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้ฟ้องคดีทั้งสองไม่อาจคาดเห็นหรือคาดหมายได้ว่าจะเกิดการทุจริตจึงไม่อาจใช้ความระมัดระวังโดยการป้องกันเช่นนั้นได้

ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่าในฐานะผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องควบคุมดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความถูกต้องเป็นไปตามระเบียบและคำสั่งของทางราชการ แต่มิได้กระทำโดยเคร่งครัดเป็นช่องทางให้ผู้ใต้บังคับบัญชาอาศัยโอกาสดังกล่าวกระทำการทุจริต ถือว่าผู้บังคับบัญชาละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ ถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่สำหรับผู้ใต้บังคับบัญชาที่อาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ เช่น เป็นเจ้าหน้าที่การเงิน หรือมีหน้าที่ในการเบิกจ่ายเงิน ได้กระทำโดยเจตนาทุจริตก่อให้เกิดความเสียหายแก่ราชการ กรณีดังกล่าวเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ และเมื่อเจตนาทุจริตเบียดบังยกยอกย้อมถือได้ว่าเป็นการจงใจกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.533/2551 องค์การบริหารส่วนตำบล จ. (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้ทำการฉีดสารกำจัดวัชพืชบริเวณริมถนนซึ่งติดกับสวนองุ่นของผู้ฟ้องคดี ซึ่งผู้ที่ทำการฉีดพ่นยอมเล็งเห็นได้ว่าละอองของสารกำจัดวัชพืชอาจจะฟุ้งกระจายไปถูกต้นองุ่นที่อยู่บริเวณใกล้เคียงและอาจเกิดผลเสียหายแก่ต้นองุ่นดังกล่าว และทำให้สารดังกล่าวฟุ้งกระจายมาถูกต้นองุ่นของผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายจำนวนมาก และผู้ถูกฟ้องคดีกับพวกที่ฉีดพ่นสารกำจัด

รัชพีชก็ทราบว่าเขาบ้านในหมู่บ้านได้มีการทำสวนองุ่นจึงควรตระหนักและใช้ความระมัดระวังให้มากแต่ผู้ถูกฟ้องคดีก็บอกว่าเขาได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอไม่ กรณีดังกล่าวไม่ใช่เหตุสุดวิสัย การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการกระทำละเมิด เจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีมีได้ใจให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีแต่เกิดความบกพร่องในการปฏิบัติงานโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ

จะเห็นได้จากแนวคำวินิจฉัยว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นคือการกระทำในลักษณะที่ผู้กระทำนั้นน่าจะได้คาดเห็นถึงภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นแล้ว แต่กลับปล่อยปละละเลยไม่ใส่ใจถึงสิ่งที่ตนเองได้คาดเห็นนั้น และได้กระทำการลงโดยไม่คำนึงถึงความระมัดระวังที่ควรจะต้องมีซึ่งเป็นการเบี่ยงเบนจากเกณฑ์มาตรฐานซึ่งบุคคลควรจะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ อีกทั้งผู้กระทำละเมิดนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีหน้าที่ที่จะควบคุมดูแลรักษาและระมัดระวังทรัพย์สินของทางราชการและต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนและประโยชน์ของทางราชการ จึงควรจะต้องมีความระมัดระวังยิ่งกว่าบุคคลทั่วไป อีกทั้งการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นั้น รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมักจะกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมการปฏิบัติงานให้เป็นไปโดยรอบคอบ เพื่อมิให้การปฏิบัติงานก่อให้เกิดความเสียหายต่อทางราชการหรือบุคคลภายนอก หากเจ้าหน้าที่ไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวทั้งที่ตนควรจะต้องรู้ถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านั้น เพราะความไม่ระมัดระวังหรือปล่อยปละละเลย ก็น่าจะถือว่าเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

จากการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบคำอธิบายของนักนิติศาสตร์ และแนวคำพิพากษาของศาลทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 โดยกำหนดนิยามความหมายของ “การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยให้หมายถึง “การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อยจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งผู้กระทำสามารถคาดเห็นว่ามีความเป็นไปได้อย่างมากที่จะเกิดความเสียหาย แต่กลับขึ้นกระทำโดยไม่ใส่ใจต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งสถานการณ์เช่นนั้นบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำไม่พึงควรกระทำ” และผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดแนวทางในการวินิจฉัยการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ดังนี้

1. พิจารณาจากการกระทำของผู้กระทำเปรียบเทียบกับบุคคลผู้สมมติขึ้นซึ่งมีวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกัน

การสมมติบุคคลผู้มีวิสัยและพฤติกรรมเช่นเดียวกันขึ้นเปรียบเทียบนี้เป็นหลักการ เช่นเดียวกับการวินิจฉัยการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในระบบกฎหมายอังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศส รวมถึงในกฎหมายไทย โดยการสมมติบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติกรรมเช่นเดียวกับผู้กระทำขึ้นมา เปรียบเทียบกับผู้กระทำว่าบุคคลสมมตินั้นเมื่อตกอยู่ในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำเขาจะกระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำหรือไม่ ถ้าเขากระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำก็ถือว่ากรกระทำนั้นเป็นการกระทำที่บุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติกรรมเช่นนั้นจักต้องกระทำเช่นนั้น จึงไม่ใช่การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ แต่หากบุคคลสมมตินั้นไม่มีทางที่จะกระทำเช่นเดียวกับที่ผู้กระทำได้กระทำแล้ว ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

2. พิจารณาพฤติกรรมและความร้ายแรงของการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

เมื่อพิจารณาถึงกระทำของผู้กระทำเปรียบเทียบกับบุคคลผู้สมมติขึ้นซึ่งมีวิสัยและพฤติกรรมเช่นเดียวกันแล้วปรากฏว่าบุคคลสมมตินั้นจะไม่กระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำซึ่งถือว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อแล้ว ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 นั้น การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่จะต้องถูกไล่เบี้ยหรือชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐหรือไม่ ถ้าเจ้าหน้าที่กระทำโดยผิดพลาด บกพร่องเล็กน้อยหรือประมาทเลินเล่อธรรมดาเจ้าหน้าที่ก็ไม่ต้องรับผิด เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะของการกระทำโดยขาดความระมัดระวังซึ่งมีพฤติกรรมและความร้ายแรงของการกระทำเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานอย่างมาก โดยเขาคาดเห็นถึงความเสี่ยงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแล้วยังขึ้นกระทำการด้วยความไม่ใส่ใจที่จะใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมากซึ่งสูงกว่าความประมาทเลินเล่อแล้ว ก็ต้องถือว่าเขากระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

อย่างไรก็ดี ในการปฏิบัติราชการนั้นเจ้าหน้าที่จำเป็นต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังรอบคอบเพื่อรักษาประโยชน์ของทางราชการ และในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของทางราชการนั้นก็ต้องเป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับที่หน่วยงานได้กำหนดไว้เพื่อป้องกันความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนหรือไม่ใส่ใจต่อกฎเกณฑ์หรือหลักเกณฑ์ที่ทางราชการกำหนดไว้เพื่อป้องกันความเสียหายแม้การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวที่บุคคลซึ่งมีวิสัยและพฤติกรรมเช่นเดียวกันเขาก็จะกระทำอย่างนั้นแล้ว แต่การที่เจ้าหน้าที่หลีกเลี่ยง ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการนั้นเจ้าหน้าที่น่าจะได้อาศัยเห็นอยู่แล้วว่าน่าจะเกิดความเสียหายขึ้น จึงเห็น

ได้ว่า ความร้ายแรงของการกระทำมีลักษณะที่เบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานอย่างมาก ถือว่าเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

4. วิเคราะห์ปัญหาการกระทำผิดสัญญา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกและระหว่างหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบกับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 โดยหลักเกณฑ์ความรับผิดเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เว้นแต่กรณีที่พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะก็ต้องเป็นไปตามนั้น ดังนั้นการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำละเมิดหรือไม่ก็ต้องพิจารณาไปตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายแพ่ง ซึ่งความรับผิดทางแพ่งนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 ชนิด ได้แก่ ความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด อย่างไรก็ตาม การกระทำครั้งหนึ่งของคู่สัญญาอาจเป็นทั้งผิดสัญญาและละเมิดรวมอยู่ด้วยกัน ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของนักนิติศาสตร์ของฝรั่งเศสและเยอรมันที่เห็นว่าการกระทำอันเดียวเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกันสามารถเกิดขึ้นได้ หากการกระทำผิดสัญญาในตัวเองเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดในขณะเดียวกัน โดยในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นความรับผิดของรัฐครอบคลุมทั้งความรับผิดที่เกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่หรือการผิดสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีการกระทำผิดสัญญาโดยทั่ว ๆ ถือเป็นเพียงการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเป็นการผิดสัญญาเท่านั้นมิใช่ละเมิด

ตัวอย่าง แพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐผ่าตัดผิดพลาดทำให้คนไข้เสียชีวิต การที่แพทย์ทำการรักษาพยาบาลเป็นไปตามสัญญาจ้างทำของ เมื่อเกิดความผิดพลาดทำให้คนไข้เสียชีวิตก็เป็นการผิดสัญญา และความผิดพลาดดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

ในการจัดทำบริการสาธารณะให้ลุล่วงเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวม หลีกเลียงไม่ได้ที่รัฐอาจต้องเข้าทำสัญญากับเอกชนในลักษณะที่หน่วยงานของรัฐมีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาในลักษณะของสัญญาทางปกครอง ซึ่งสัญญาทางปกครองนี้ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้นิยามความหมายว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน

สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ซึ่งความผูกพันตามสัญญาทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นไปในลักษณะที่รัฐมีอำนาจเหนือในการให้เอกชนปฏิบัติตามสัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญา

อย่างไรก็ดีนอกจากรัฐจะเข้าทำสัญญากับเอกชนในลักษณะที่หน่วยงานของรัฐมีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาในลักษณะของสัญญาทางปกครองแล้ว อาจมีกรณีที่รัฐยอมตนเข้าทำสัญญาในลักษณะที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาตามกฎหมายแพ่งในลักษณะสัญญาทางแพ่งก็ได้ โดยเมื่อฝ่ายใดผิดสัญญาอีกฝ่ายก็ย่อมฟ้องศาลให้บังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ กรณีเช่นนี้ถือว่าหน่วยงานของรัฐยอมลดฐานะลงมาปฏิบัติตามกฎหมายเอกชน ดังนั้นหากหน่วยงานของรัฐปฏิบัติผิดสัญญาก็บังคับตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ไม่ว่าจะเป็นการที่รัฐเข้าทำสัญญาในลักษณะของสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งก็ตามหากการกระทำผิดสัญญาเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดในขณะเดียวกัน ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาดังกล่าวก็สามารถฟ้องให้คู่สัญญารับผิดเพื่อละเมิดได้ และหากการกระทำละเมิดดังกล่าวเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น รัฐก็ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้วจึงใช้สิทธิไต่เบี่ยให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนคืนแก่รัฐเมื่อปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ในทางกลับกันถ้าความเสียหายจากการผิดสัญญาที่เป็นละเมิดนั้นเกิดแก่หน่วยงานของรัฐเนื่องจากเจ้าหน้าที่กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเช่นเดียวกัน

ตัวอย่าง กรณีผู้โดยสารรถไฟสายกรุงเทพฯ-เชียงใหม่ ปรากฏว่าบริเวณหน้าต่างรถไฟมีการติดตั้งป้ายโฆษณาทำให้ผู้โดยสารรู้สึกอึดอัด และเวียนศีรษะเมื่อมองออกไปนอกหน้าต่างรถไฟจึงได้ฟ้องการรถไฟแห่งประเทศไทย ศาลพิพากษาว่า การรถไฟฯ ต้องดูแลรักษาส่วนต่าง ๆ ของตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟไม่ว่าจะเป็นที่นั่ง ที่นอน หรือประตูหน้าต่างตู้โดยสารให้อยู่ในสภาพที่ใช้การได้ดีและสามารถอำนวยความสะดวกสบายในการเดินทางให้แก่ผู้โดยสารได้ตามสมควร โดยเฉพาะหน้าต่างรถซึ่งมิได้มีไว้เพียงเพื่อให้แสงสว่างจากภายนอกรถไฟเข้าไปภายในรถเท่านั้น แต่ยังมีไว้เพื่อให้ผู้โดยสารสามารถมองเห็นสรรพสิ่งที่อยู่ภายนอกรถไฟเพื่อให้เกิดความเพลิดเพลินในระหว่างที่อยู่ในรถไฟและระแวดระวังภัยอันตรายที่อาจจะมีจากภายนอกรถไฟด้วยรถไฟโดยสารที่ไม่มีหน้าต่างไม่อาจเรียกได้ว่ารถไฟโดยสารแต่เป็นรถขนส่งสินค้า การที่การรถไฟฯ

ทำสัญญาเช่าติดตั้งป้ายโฆษณาภายนอกโดยสาธารณะถึงบริเวณกระจกหน้าต่างรถด้วย เป็นการละเลยต่อหน้าที่ในการจัดทำกิจการรับขนส่งผู้โดยสาร²⁰ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าลักษณะการกระทำของการรถไฟซึ่งถือเป็นหน่วยงานของรัฐเป็นการกระทำผิดสัญญาขนส่งคนโดยสารตามมาตรา 634 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกทั้งเป็นการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต่อผู้โดยสารด้วย

ตัวอย่าง หน่วยงานของรัฐต้องการสร้างอาคารที่ทำการจึงได้ว่าจ้างบริษัทเอกชนให้ทำการก่อสร้าง โดยมอบหมายให้เจ้าหน้าที่เป็นผู้ควบคุมงานและวางแผนแปลน ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการปฏิบัติหน้าที่ทำให้ทำให้ไม่สามารถส่งมอบพื้นที่ให้บริษัทเข้ามาทำการก่อสร้างได้ และวางแผนแปลนผิดพลาดจึงไม่สามารถสร้างอาคารดังกล่าวได้ หรือหากสร้างได้ก็ล่วงเลยเวลาที่กำหนดไว้ตามสัญญาเป็นอย่างมาก เป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย เป็นการผิดสัญญาและละเมิด เช่นนี้เมื่อบริษัทเรียกให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว หน่วยงานของรัฐจึงมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวคืนแก่หน่วยงานได้

จากการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าขอบเขตของการกระทำละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 นั้น นอกจากจะหมายถึงความรับผิดที่เกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ แล้วควรจะหมายความรวมถึงการผิดสัญญาที่ก่อให้เกิดความเสียหายไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองด้วย

5. วิเคราะห์ปัญหาจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อหน่วยงานของรัฐ

ในระบบกฎหมายอังกฤษนั้นความรับผิดของ The Crown สำหรับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ช่วยงาน The Crown นั้นเป็นความรับผิดเพื่อผู้อื่น (vicarious liability) และความรับผิดร่วมกัน (joint liability) อันเป็นความรับผิดโดยอ้อม ซึ่งหมายความว่า The Crown ต้องเข้าไปรับผิดชอบหรือร่วมกับเจ้าหน้าที่ ในทางปฏิบัติผู้เสียหายมักจะฟ้อง The Crown เช่นเดียวกับกรณีถูกจ้างกระทำละเมิดผู้เสียหายก็มักฟ้องนายจ้างให้รับผิด และเมื่อ The Crown ได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายแล้วก็อาจไปไล่เบี้ยกับเจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ช่วยงานราชบัลลังก์ก็ได้ แต่โดยปกติ The Crown จะไม่ใช้สิทธิดังกล่าว และนอกจากการที่ The Crown ต้อง

²⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550

เข้าไปรับผิดชอบหรือร่วมกับเจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ช่วยงานราชบัลลังก์ดังที่ได้กล่าวแล้ว The Crown อาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายโดยตรง ในกรณีที่ The Crown ละเมิดหน้าที่ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งความรับผิดชอบโดยตรงของ The Crown (direct liability) นี้ได้รับการบัญญัติไว้ใน The Crown Proceeding Act 1947 ในเรื่องการไล่เบี่ย (Indemnity) และสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ที่ทำผิดร่วมแบ่งเฉลี่ยความเสียหายตามส่วน (Contribution) ระหว่างผู้กระทำละเมิดด้วยกันหรือผู้ประมาทเลินเล่อด้วยกัน ได้มีการนำเอาหลักการเฉลี่ยความรับผิดชอบและการไล่เบี่ยมาใช้กับ The Crown เช่นกันโดยกำหนดให้นายจ้างซึ่งได้จ่ายค่าเสียหายสำหรับการกระทำละเมิดของลูกจ้างมีสิทธิไล่เบี่ยจำนวนเงินนั้นคืนจากลูกจ้างในกรณีที่ลูกจ้างเป็นผู้ทำละเมิดร่วมเนื่องจากผู้ละเมิดอาจเรียกร้องให้แบ่งสรรความเสียหายได้จากผู้ละเมิดที่น่าตำหนิ ดังในคดี *Lister V. Romford Ice and Cold Storage Co.Ltd.* [1957] A.C.555 หากเป็นกรณีคนขับรถของรัฐบาล ขับรถโดยประมาทชนและทำให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดได้รับบาดเจ็บเสียหายและบุคคลที่ได้รับการเสียหายฟ้อง The Crown และได้รับการชดใช้ค่าเสียหายไปแล้ว The Crown ย่อมมีสิทธิ ตามกฎหมายเสมือนนายจ้างที่จะเรียกให้คนขับรถชดใช้คืนได้

อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายอังกฤษการใช้สิทธิไล่เบี่ยเต็มจำนวนของนายจ้างหรือตัวการนี้จะต้องถูกหักทอนลงตามส่วนแห่งความผิดหรือความบกพร่องของนายจ้างหรือตัวการด้วย ทั้งนี้เพราะ โดยหลักทั่วไปแล้วสิทธิไล่เบี่ยเต็มจำนวน (Indemnity) หมายถึงสิทธิของผู้ที่ไม่ใช่ ต้นเหตุแห่งความรับผิดเท่านั้น ดังนั้นหากนายจ้างหรือตัวการจะโดยการกระทำของตนเองหรือโดยการกระทำของลูกจ้างหรือตัวแทนอื่นของตนมีส่วนผิดหรือประมาทก่อให้เกิดความเสียหายนั้น อยู่ด้วยแล้ว นายจ้างหรือตัวการนั้นจะใช้สิทธิไล่เบี่ยเต็มจำนวนไม่ได้ คงมีสิทธิเพียงที่จะฟ้องเรียกให้ลูกจ้างหรือตัวแทนของตนชดใช้ให้แก่ตนตามส่วนแห่งความผิด (Contribution) เท่านั้น ในคดี *Jones V. Manchester Corporation and others* [1952] 2 Q.B.852 ศาลตัดสินว่านายจ้างไม่มี สิทธิไล่เบี่ยเต็มจำนวน คงมีแต่เพียงขอแบ่งเฉลี่ยความรับผิดชอบโดยให้นายจ้างรับผิดชอบ 80% ลูกจ้าง รับผิดชอบ 20% ดังนั้น ถ้ากรณีใดรัฐมีส่วนต้องรับผิดชอบเพราะความประมาทหรือความบกพร่องใน การควบคุมดูแลของภาครัฐเอง เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกฟ้องให้รับผิดชอบอาจฟ้องเรียกส่วนชดเชยของตน จากรัฐได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจได้รับการชดใช้คืนเงินหากเขาพิสูจน์ได้ว่ารัฐหรือ The Crown มีส่วน ร่วมรับผิดชอบผู้เสียหายตามหลักความรับผิดชอบตามส่วน (Contribution)

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสผู้ที่ต้องรับผิดชอบไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจ ถูกฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้เต็มจำนวน กรณีจึงมีปัญหว่าถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลที่ได้รับการเสียหายไปแล้ว ฝ่ายนั้นจะมีสิทธิไล่เบี่ยต่ออีก

ฝ่ายหนึ่งอย่างไร เดิมสภาแห่งรัฐหรือ Conseil d'Etat ปฏิเสธสิทธิของรัฐในการไล่เบียดจากเจ้าหน้าที่ แม้จะปรากฏว่าความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำทั้งที่เป็นความผิดของเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัวและความผิดของหน่วยงานของรัฐในการบริการสาธารณะ ประกอบกันอยู่ด้วยก็ตาม กล่าวได้ว่าสภาแห่งรัฐเห็นว่าในความสัมพันธ์กับรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดจากการกระทำของตน ต่อมาหลังจากปี ค.ศ.1924 สภาแห่งรัฐได้ยอมรับสิทธิไล่เบียดของรัฐที่จะไล่เบียดเอาแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐและสิทธิของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการไล่เบียดเอาแก่รัฐ ในคดี Laruelle C.E.28.7.1951 โดยศาลปกครองจะกำหนดในคำพิพากษาว่ารัฐมีสิทธิไล่เบียดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นจำนวนเท่าใด รัฐต้องรับผิดชอบเนื่องมาจากความผิดของฝ่ายปกครองในการบริการสาธารณะเป็นเงินเท่าใด เมื่อนำตัวเลขทั้งสองมาหักลบกันแล้วจำนวนที่เหลือคือจำนวนที่รัฐอาจไล่เบียดเอาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้

ในระบบกฎหมายเยอรมัน ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งกระทำลงในแดนของกฎหมายมหาชนมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อย่างไรก็ตามสิทธิเรียกร้องที่ผู้เสียหายมีต่อรัฐในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดในทางมหาชน กับสิทธิเรียกร้องที่ผู้เสียหายมีต่อบุคคลทั่วไปในกรณีที่บุคคลนั้นทำละเมิดในทางแพ่งแตกต่างกันออกไป โดยเหตุที่สิทธิเรียกร้องอันเกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน้าที่นั้น หากพิจารณาจากรากฐานที่มาของสิทธิแล้วต้องถือว่าเป็นสิทธิเรียกร้องที่ผู้เสียหายมีต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น รัฐเป็นเพียงแต่รับโอนหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแทนเจ้าหน้าที่ของตนเท่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมันว่าสิทธิเรียกร้องในการเยียวยาความเสียหายที่ผู้เสียหายจะเรียกร้องให้รัฐปฏิบัตินั้น ต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะเอกชนสามารถปฏิบัติได้ ดังนั้นผู้เสียหายจึงจะใช้สิทธิเรียกร้องให้รัฐเยียวยาความเสียหายให้แก่ตนโดยขอให้มีการกระทำการใด ๆ อันเป็นการลดล้างความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือขอให้รัฐดำเนินการให้ตนกลับสู่สถานะเดิมก่อนที่จะมีความเสียหายเกิดขึ้นไม่ได้ ผู้เสียหายได้แต่เรียกร้องเงินค่าสินไหมทดแทนจากรัฐได้เท่านั้น ซึ่งเป็นหลักที่ตรงกันข้ามกับหลักการในกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดอย่างสิ้นเชิงเพราะในกฎหมายแพ่งถือหลักที่ว่า การเยียวยาความเสียหายโดยการกระทำทำให้กลับคืนสู่สภาพหรือสถานะเดิมก่อนมีการละเมิดย่อมมาก่อนการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย สำหรับค่าสินไหมทดแทนนั้นศาลจะกำหนดให้เต็มจำนวนความเสียหาย ซึ่งนอกเหนือจากค่าความเสียหายต่อทรัพย์สินที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้แล้ว ค่าสินไหมทดแทนยังครอบคลุมถึงค่าความเสียหายต่อสิทธิอย่างอื่นที่ไม่ใช่

ทรัพย์สินซึ่งเป็นความเสียหายอันเกิดจากความเจ็บปวด สำหรับความสูญเสียสิทธิในร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงด้วย

สำหรับสิทธิไต่เบี่ยของรัฐเอาแก่ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ในกรณีที่รัฐได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เอกชนผู้เสียหายไปจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ในแดนของกฎหมายมหาชนซึ่งความรับผิดของรัฐดังกล่าว นั้นเป็นความรับผิดแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐในความสัมพันธ์ภายนอกกับผู้เสียหายเท่านั้น รัฐสามารถเรียกร้องเอาแก่เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบสำหรับความเสียหายดังกล่าวโดยมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) ได้บัญญัติให้รัฐสามารถใช้สิทธิไต่เบี่ยเอาจากเจ้าหน้าที่ได้ หากการกระทำละเมิดเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ดังนั้น หากการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นเกิดจากความประมาทเลินเล่อธรรมดาหรือเล็กน้อย เจ้าหน้าที่ไม่มีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย

สำหรับในกฎหมายไทยนั้นเมื่อได้พิจารณาแล้วว่าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกหรือต่อหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่และเจ้าหน้าที่ได้กระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หน่วยงานของรัฐมีสิทธิที่จะมาไต่เบี่ยหรือเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอก ถ้าหน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว หน่วยงานของรัฐก็มีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบใช้ได้โดยมีเงื่อนไขว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐเองก็เช่นเดียวกัน รัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อหน่วยงานของรัฐได้เมื่อปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่หน่วยงานของรัฐจะไต่เบี่ยหรือเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้เพียงใดนั้นต้องคำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำและความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์โดยมิต้องให้ใช้เต็มจำนวนของความเสียหายก็ได้ เป็นการเปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมกับเรื่อง แม้หน่วยงานของรัฐจะมีสิทธิไต่เบี่ยหรือเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่การกระทำโดยจงใจและการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเมื่อคำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำแล้ว หากเปรียบเทียบกับแนวความคิดของกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับกรกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงซึ่งใช้ในการพิจารณาถึงจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนซึ่งผู้กระทำละเมิด

จะต้องชดใช้หากได้กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงผู้กระทำจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนสูงกว่าปกติ เรียกว่า ค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษ โดยคำนึงถึงความน่าตำหนิของการกระทำ สำหรับในระบบกฎหมายไทยเมื่อเปรียบเทียบการกระทำโดยจงใจกับการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้ว การกระทำโดยจงใจเป็นพฤติกรรมที่มีความน่าตำหนิมากกว่าเนื่องจากการกระทำโดยตั้งใจหรือเจตนาทำให้ราชการได้รับความเสียหายในการพิจารณาถึงจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนซึ่งผู้กระทำละเมิดโดยจงใจจะต้องชดใช้เมื่อคำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำแล้วจึงควรมีสัดส่วนที่มากกว่าผู้กระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งในกรณีเจ้าหน้าที่จงใจกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งการกระทำแล้วการที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์ของทางราชการหรือประโยชน์ส่วนรวมโดยต้องรักษาประโยชน์ของทางราชการหรือประโยชน์ส่วนรวมเหนือสิ่งอื่นใด แต่กลับกระทำในทางตรงกันข้ามโดยจงใจทำให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการ ถือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่สำคัญที่ต้องปฏิบัติ จึงควรรับผิดชอบสำหรับการกระทำโดยจงใจกระทำละเมิดดังกล่าวเต็มจำนวนความเสียหาย ตัวอย่างเช่น กรณีเจ้าหน้าที่กระทำการทุจริต ยักยอกเงิน เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่โดยจงใจกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ควรต้องรับผิดชอบเต็มจำนวนความเสียหาย ซึ่งสอดคล้องกับหนังสือกระทรวงการคลัง ด่วนที่สุดที่ กค 0406.2/ว66 ลงวันที่ 25 กันยายน 2550 เรื่อง แนวทางการกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่²¹ ซึ่งกำหนดให้ผู้ทุจริตต้องรับผิดชอบ 100 เปอร์เซ็นต์เต็มจำนวนความเสียหาย

สำหรับการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นในการพิจารณาจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนซึ่งผู้กระทำละเมิดจะต้องชดใช้นั้นก็ต้องคำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำและความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์ด้วย ซึ่งในเรื่องนี้กระทรวงการคลังได้กำหนดหลักเกณฑ์การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดในหนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0406.6/ว 121 ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2545 ไว้เป็น 3 ระดับ คือ

ระดับที่ 1 ระดับร้ายแรง ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในอัตราร้อยละ 91-95

ระดับที่ 2 ระดับค่อนข้างร้ายแรง ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในอัตราร้อยละ 81-90

ระดับที่ 3 เป็นระดับที่นอกเหนือจากระดับที่ 1 และที่ 2 ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในอัตราร้อยละ 65-80

²¹ โปรดดูภาคผนวก

ตัวอย่างเช่น ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุญาตจากเทศบาลให้ใช้รถยนต์ของทางราชการเป็นพาหนะเดินทางไปราชการที่กรุงเทพมหานคร ผู้ฟ้องคดีได้นำรถยนต์คันดังกล่าวจอดไว้บริเวณหน้าบ้านพักของผู้ฟ้องคดีต่อมารถยนต์คันดังกล่าวได้สูญหายไป การที่ผู้ฟ้องคดีจอดรถยนต์ของทางราชการไว้นอกรั้วบริเวณหน้าบ้านพักของตนเอง โดยมีเหตุเพียงเพราะภายในบ้านพักมีสิ่งของกีดขวางจนไม่มีบริเวณเพียงพอที่จะจอดรถยนต์คันดังกล่าวได้ ซึ่งโดยสามัญสำนึกของบุคคลทั่วไปแล้วย่อมเห็นได้ว่า การจอดรถยนต์ไว้ภายในบ้านย่อมมีความปลอดภัยมากกว่าจอดไว้นอกบ้านมีความปลอดภัยเพียงพอ การกระทำของผู้ฟ้องคดีถือได้ว่าเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผู้ฟ้องคดีกระทำโดยขาดความระมัดระวังในลักษณะที่คาดเห็นหรือหากระมัดระวังสักเล็กน้อยก็คงได้คาดเห็นว่าความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งเป็นความร้ายแรงในระดับที่ 3 (ตามหนังสือกระทรวงการคลัง ลงวันที่ 25 ธ.ค.2545) จึงกำหนดความรับผิดของผู้ฟ้องคดีให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในอัตราร้อยละ 75²²

ในการกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนสำหรับเจ้าหน้าที่ซึ่งได้กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยคำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำโดยแบ่งเป็น 3 ระดับ ดังกล่าวนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องละเอียดอ่อนในการจะพิจารณาถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำซึ่งต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์การกระทำของเจ้าหน้าที่ สภาพแวดล้อมภายนอกประกอบการพิจารณาถึงระดับความร้ายแรงดังกล่าว ดังตัวอย่างข้อเท็จจริงในคดีหากเปลี่ยนไปว่าเจ้าหน้าที่นำรถไปจอดไว้หน้าหมู่บ้านเนื่องจากในหมู่บ้านนั้นหาที่จอดรถยากและตนเองต้องการพักผ่อน จึงไม่ใส่ใจเห็นว่าเป็นรถของทางราชการไม่ใช่รถของตนเอง เป็นการไม่ใช้ความระมัดระวังที่เบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานอย่างมาก เช่นนี้เมื่อคำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำแล้วถือเป็นความร้ายแรงระดับที่ 1 แต่หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปเจ้าหน้าที่นำรถเข้ามาจอดในหมู่บ้านแต่จอดติดจากหน้าบ้านตนเองไปประมาณ 500 เมตร เนื่องจากบริเวณหน้าบ้านจอดรถได้ยากเพราะมีรถจอดอยู่ แต่คาดการณ์จากสภาพแวดล้อมว่าไม่น่าจะเกิดความเสียหาย เช่นนี้ควรถือเป็นความร้ายแรงในระดับที่ 2 เนื่องจากได้ใช้ความระมัดระวังอยู่บ้าง แต่ไม่มากเพียงพอจนก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งการกำหนดระดับความร้ายแรงของการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในลักษณะดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความสับสนกับผู้ปฏิบัติว่าควรกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนอย่างไรเป็นจำนวนเท่าใด และก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดได้ โดยปัจจุบัน

²² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.462/2551.

หนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0406.6/ว 121 ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2545 ได้ถูกยกเลิกไปโดยมีหนังสือกระทรวงการคลัง ด่วนที่สุด ที่ กค 0406.2/ว66 ลงวันที่ 25 กันยายน 2550 เรื่อง แนวทางการกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งใช้เป็นแนวทางในการกำหนดสัดส่วนแห่งความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่แทน โดยหนังสือดังกล่าวได้วางแนวทางการพิจารณาตามหลักที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 โดยกำหนดถึงลักษณะของการกระทำ และกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นแนวทางที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและนำมาใช้ประโยชน์ได้ แต่ทั้งนี้หากมีพฤติการณ์การกระทำที่เปลี่ยนแปลงไปก็อาจกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบให้เหมาะสมได้ ซึ่งจากการศึกษาผู้เขียนพบว่ามีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในหลายคดีที่พิพากษาโดยกำหนดสัดส่วนในการทำงานเกี่ยวกับหนังสือกระทรวงการคลังฉบับดังกล่าวแต่ศาลจะคำนึงถึงความผิดและความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวมโดยจะหักส่วนความรับผิดชอบดังกล่าวออกด้วย ลักษณะความผิดและความบกพร่องของหน่วยงาน เช่น ความบกพร่องของเครื่องมือเครื่องใช้ในการปฏิบัติงาน การละเมิดเกิดจากหน่วยงานดังกล่าวมีปริมาณงานมากแต่มีเจ้าหน้าที่ไม่เพียงพอที่จะปฏิบัติงาน หรือการแต่งตั้งบุคคลไม่เหมาะสม ความผิดพลาดของการควบคุมดูแลหรือการวางระบบ เป็นต้น

ตัวอย่าง ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งเจ้าพนักงานสรรพากรอำเภอเขตคลองเตย (สาขา 1) ปลดปล่อยละเลยไม่เคยตรวจดูรายชื่อผู้ส่งจ่ายเช็คที่ขีดช่องจำนวนหลายฉบับในการชำระภาษีอากร อันเป็นช่องทางให้ผู้ได้บังคับบัญชาอาศัยอำนาจหน้าที่กระทำการทุจริต เบียดบัง ยกยอกเงินที่รับชำระภาษีไปเป็นประโยชน์ส่วนตัวทำให้เสียหายแก่ทางราชการ กรณีจึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำละเมิดนั้น แต่การที่หน่วยงานมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังเรียกให้ผู้ฟ้องคดี(ผู้บังคับบัญชาชั้นสูง) และนาย ส. ซึ่งเป็นหัวหน้างานรับชำระภาษีอากร(ผู้บังคับบัญชาชั้นต้น) รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายคืนแก่ทางราชการในอัตราร้อยละ 40 และ 60 ของค่าเสียหายทั้งหมด ตามลำดับ จึงมีผลเท่ากับเป็นการเรียกค่าเสียหายจากผู้ฟ้องคดี และนาย ส. จนเต็มจำนวนความเสียหาย เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าผู้ฟ้องคดี และนาย ส. มิได้ร่วมทุจริตและผู้ได้บังคับบัญชาใช้วิธีการแยบยล ไตร่ตรองวางแผนอย่างเป็นระบบยากแก่การตรวจพบ ดังนั้นจึงควรหักส่วนความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่โดยคำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำและความเป็นธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ลงร้อยละ 30 ของค่าเสียหายทั้งหมด และเมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงขณะเกิดเหตุปรากฏว่าสำนักงานสรรพากรอำเภอเขตคลองเตย (สาขา 1) มีเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานไม่เต็มตามอัตรากำลัง จึงมีเจ้าหน้าที่ไม่เพียงพอต่อการดำเนินงานเฉพาะอย่าง เป็นเหตุให้ขาดการตรวจสอบซึ่งกันและกัน และกฎ ระเบียบของหน่วยงาน

ซึ่งมีเป็นจำนวนมาก และต้องปฏิบัติในระยะเวลาอันจำกัด อีกทั้งในช่วงระยะเวลาที่เกิดเหตุเป็นช่วงที่มีปริมาณงานมากกว่าปกติหลายเท่าตัวทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องตัดทอนขั้นตอนบางส่วน จึงเห็นหักส่วนความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวมออกอีกร้อยละ 50 ของค่าเสียหายทั้งหมด คงเหลือค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีและนาย ส. ต้องรับผิดชอบใช้ร้อยละ 20 ของค่าเสียหายทั้งหมด ส่วนการที่กระทรวงการคลังได้แบ่งส่วนความรับผิดโดยให้นาย ส. ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาชั้นต้นและใกล้ชิดกับผู้ได้บังคับบัญชารับผิดในอัตราร้อยละ 60 และให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดในสำนักงานรับผิดในอัตราร้อยละ 40 เป็นการแบ่งส่วนความรับผิดในอัตราที่เหมาะสมแล้ว²³

ตัวอย่าง กรมสรรพากร(ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) มีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) ให้นาย ป. ในฐานะสรรพากรเขตปทุมวัน(ผู้บังคับบัญชาชั้นสูง) และนาย ด. ในฐานะเจ้าหน้าที่บริหารงานสรรพากร(ผู้บังคับบัญชาชั้นต้น) รับผิดชอบใช้ กรณีนาง ม.เจ้าหน้าที่การเงินและบัญชี ผู้ได้บังคับบัญชา เบียดบังยกยอกเงินจำนวน 5,874,024 บาท ไปเป็นประโยชน์ส่วนตัว แล้วนำเช็ค จำนวน 15 ฉบับ ของคนอื่นเข้ามาแทนที่เงินสด โดยผู้ฟ้องคดีทั้งสองจำนวนไม่เคยตรวจสอบการแลกเช็คเชิรเช็ค และไม่เคยทักท้วงหรือตรวจสอบยอดเงินสดที่จัดเก็บได้กับเช็คเชิรเช็คที่แลกชื่อ จึงถือว่าเป็นพฤติการณ์ที่กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และเมื่อตามข้อเท็จจริงในคดีนี้แล้วเห็นว่า จึงเห็นว่านาย ป. ควรรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ทางราชการร้อยละ 40 ของจำนวนเงินค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ราชการ และนาย ด. รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ทางราชการร้อยละ 60 ของจำนวนเงินค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ราชการ มีผลเท่ากับผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเรียกร้องค่าเสียหายเต็มจำนวนความเสียหาย โดยมีได้คำนึงถึงระดับร้ายแรงแห่งการกระทำและความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์ รวมทั้งมิได้หักส่วนความผิดและความบกพร่องของหน่วยงานหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสองจำนวนมิได้ร่วมทุจริต อีกทั้งการทุจริตเกิดขึ้นในขั้นตอนการนำเงินส่งคลังซึ่งเป็นขั้นตอนสุดท้าย และเนื่องจากอัตรากำลังเจ้าหน้าที่ไม่เพียงพอจึงให้เจ้าหน้าที่เพียงคนเดียวนำเงินจำนวนมากไปแลกเช็คเชิรเช็คแล้วนำส่งคลัง ประกอบกับเจ้าหน้าที่ผู้ทุจริตฉวยโอกาสกระทำทุจริตในวันที่สำนักงานฯ มีการรับชำระภาษีอากรจำนวนมาก อีกทั้งการคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีส่วนบกพร่อง จึงเห็นควรหักส่วนความรับผิดของความร้ายแรงแห่ง

²³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.456/2550

การกระทำและความบกพร่องของหน่วยงานฯ ออกร้อยละ 80 จึงให้นาย ด. รับผิดชอบร้อยละ 60 และ นาย ป. ด้งรับผิดชอบร้อยละ 40 ของร้อยละ 20 ของค่าเสียหายทั้งหมด²⁴

จากการศึกษาวิเคราะห์ในเรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนและสิทธิไต่เบียดงกล่าว เมื่อพิจารณาแนวทางการกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและแนวคำวินิจฉัยของศาลในการกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่โดยเจ้าหน้าที่ได้กระทำด้วยความจงใจกระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายนั้น เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดควรรับผิดชอบโดยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือถูกไต่เบียดสำหรับการกระทำโดยจงใจกระทำละเมิดดังกล่าวเต็มจำนวนความเสียหาย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐมีหน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งที่ต้องยึดถือปฏิบัติคือ ต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ การกระทำโดยจงใจทั้งที่ตนรู้หรือควรจะได้รู้ว่าหากกระทำลงไปแล้วจะก่อให้เกิดความเสียหายย่อมเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่การเป็นเจ้าหน้าที่ดังกล่าวอย่างน่าตำหนิตัวอย่างเช่น กรณีเจ้าหน้าที่กระทำการทุจริต ยักยอกเงิน เป็นต้น ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยในกรณีตามตัวอย่างให้ผู้กระทำละเมิดโดยจงใจต้องรับผิดชอบเต็มจำนวนความเสียหายดังกรณีตามตัวอย่างต่อไปนี้

ตัวอย่าง กรณีผู้อำนวยการโรงเรียนได้สั่งอนุมัติให้ น.ส. ล. ซึ่งเป็นข้าราชการครูในโรงเรียนดังกล่าวเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการโดยปฏิบัติไม่ถูกต้องตามระเบียบของทางราชการ เนื่องจากในขณะนั้นยังมีบ้านพักครูว่างอยู่ ทำให้ทางราชการได้รับความเสียหายเป็นเงินจำนวน 76,800 บาท ซึ่งเห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีจงใจอนุมัติให้ น.ส. ล. เบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการทั้งที่มีบ้านพักครูว่างอยู่ตลอดเวลา และผู้ฟ้องคดีรู้อยู่แล้วว่าเป็นการอนุมัติที่ผิดระเบียบ พฤติการณ์ของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการจงใจกระทำผิดต่อกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการทำให้ทางราชการได้รับความเสียหาย ผู้ฟ้องคดีต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดเต็มจำนวน²⁵

สำหรับการกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบสำหรับการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ต้องพิจารณาว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวมด้วยหรือไม่ และซึ่งน้ำหนักเปรียบเทียบว่าความเสียหายเกิดจากเหตุใดมากกว่ากัน เช่น ความเสียหายเกิดความประมาท

²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.72/2550 และ อ.73/2550 ซึ่งมีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกัน

²⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.37/2552

เดินเล่ออย่างร้ายแรงของเจ้าหน้าที่ซึ่งปล่อยปละละเลยไม่ตรวจสอบการปฏิบัติงานของผู้ใต้บังคับบัญชา แต่ก็ปรากฏว่ามีความบกพร่องจากระบบการดำเนินการของหน่วยงานซึ่งมีกฎระเบียบมากและต้องปฏิบัติในระยะเวลาที่จำกัดอีกทั้งจำนวนผู้ปฏิบัติงานมีน้อยทำให้ผู้ปฏิบัติงานมีภารกิจที่ต้องปฏิบัติมากจนเกินไปทำให้ขาดการตรวจสอบซึ่งกันและกันในการปฏิบัติงาน เป็นต้น อย่างไรก็ตามการหักส่วนแห่งความเสียหายจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวมนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรจะคำนึงด้วยว่าระบบการดำเนินงานดังกล่าวนี้เป็นระบบที่ใช้กันอยู่ในหลายหน่วยงานทั่วไปหรือไม่ แล้วหน่วยงานอื่นที่มีระบบการดำเนินงานในลักษณะเช่นเดียวกันนั้นได้มีความเสียหายอันเกิดจากความบกพร่องหรือระบบการดำเนินงานนั้นหรือไม่ ถ้าปรากฏว่าในหน่วยงานอื่นไม่ปรากฏความเสียหายก็น่าพิจารณาว่าความเสียหายนั้นน่าจะเกิดจากการกระทำโดยประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นสัดส่วนที่มากกว่า

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความเสียหายเกิดจากทั้งการกระทำโดยประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงและจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม จึงชี้ให้เห็นว่าความเสียหายเกิดจากเหตุใดมากกว่ากันแล้วจึงหักส่วนแห่งความผิดนั้นออก แล้วพิจารณาถึงระดับแห่งความร้ายแรงแห่งการกระทำของเจ้าหน้าที่ว่าได้กระทำโดยมีระดับความร้ายแรงที่เบี่ยงเบนไปจากเกณฑ์มาตรฐานมากน้อยเพียงใด พฤติการณ์แห่งการกระทำมีความน่าตำหนิเพียงใด โดยการพิจารณาต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมต่อตัวเจ้าหน้าที่โดยพิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อมอย่างอื่นประกอบการพิจารณาด้วย โดยอาจใช้แนวทางตามหนังสือกระทรวงการคลัง ด่วนที่สุด ที่ กค 0406.2/ว66 ลงวันที่ 25 กันยายน 2550 เรื่อง แนวทางการกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นแนวทางเพื่อประกอบการพิจารณาในการกำหนดสัดส่วนความรับผิด แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดสัดส่วนแห่งความรับผิดตามหนังสือดังกล่าวก็มีได้กำหนดตายตัวว่าเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดในลักษณะเช่นนั้นจะต้องรับผิดในสัดส่วนตามที่กำหนดเสมอไป หากปรากฏว่า มีข้อเท็จจริงทั้งในส่วนของพฤติการณ์แห่งการกระทำของเจ้าหน้าที่ หรือพฤติการณ์แวดล้อมอื่นที่แตกต่างไปก็ต้องปรับเปลี่ยนสัดส่วนแห่งความรับผิดตามความเหมาะสม

สำหรับการกำหนดสัดส่วนความรับผิดสำหรับการกระทำโดยประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรง โดยเฉพาะในกรณีของผู้บังคับบัญชาซึ่งได้กระทำโดยประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงปล่อยปละละเลยไม่ตรวจสอบการปฏิบัติงานของผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นเหตุให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการทุจริต ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อพิจารณาถึงความน่าตำหนิของการกระทำผู้บังคับบัญชาควรต้องรับผิดใน

ความเสียหายดังกล่าวในลักษณะของการลงโทษสำหรับความน่าตำหนิของการกระทำตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งการกระทำนั้น มีข้อกำหนดในลักษณะที่ผู้บังคับบัญชาอาจได้รับคืนตามสัดส่วนหากเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทุจริตชดใช้ค่าเสียหายแก่ทางราชการได้ดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา

6 วิเคราะห์ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างความรับผิดชอบละเมิดและโทษทางวินัย

สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้วนอกจากพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 จะเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่แล้ว ยังมีข้อปฏิบัติทางวินัยและโทษทางวินัยที่ใช้ในการควบคุมการปฏิบัติงานในการจัดทำบริการสาธารณะให้เป็นไปตามนโยบายและกฎหมายด้วย การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐถือเป็นเครื่องมือในการแสดงเจตนาของรัฐและเจ้าหน้าที่ยังมีสถานะเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีนิติสัมพันธ์กับรัฐโดยสภาพการจ้างงานตามกฎหมายมหาชน ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีทั้งสิทธิและหน้าที่ควบคู่กันไป หากเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามหรือไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติทางวินัยตามที่มีบทบัญญัติวางหลักเกณฑ์ไว้ถือว่าผู้นั้นกระทำผิดวินัยและต้องรับโทษทางวินัย

การลงโทษทางวินัยเป็นมาตรการอันหนึ่งที่ใช้ในการรักษาวินัย ซึ่งเป็นมาตรการในทางปราบปรามผู้กระทำผิด ทั้งนี้ โดยมีได้มีจุดมุ่งหมายที่จะให้เป็นการตอบโต้หรือแก้แค้นต่อผู้กระทำผิด แต่มีจุดมุ่งหมายเพื่อรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายหรือระเบียบแบบแผน รักษามาตรฐานความประพฤติ ขวัญและสมรรถภาพของข้าราชการ เพื่อจูงใจให้ข้าราชการปรับปรุงตนเองให้ดีขึ้น และเพื่อรักษาชื่อเสียงของทางราชการและความเชื่อมั่นของประชาชนต่อทางราชการ วินัยข้าราชการพลเรือน คือแบบแผนความประพฤติ ที่กำหนดให้ข้าราชการพลเรือนควบคุมตนเองและควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาให้ประพฤติดี ละเว้นการประพฤติปฏิบัติในทางไม่ชอบไม่ควรโดยมีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

จากการศึกษาวิเคราะห์ผู้เขียนเห็นว่ากรกระทำอย่างหนึ่งอาจเป็นได้ทั้งกรณีผิดวินัยและเป็นการกระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งความรับผิดชอบกรณีดังกล่าวนั้นแยกต่างหากจากกันและไม่มีผลเป็นการลบล้างอีกความรับผิดชอบหนึ่ง ดังนั้น แม้เจ้าหน้าที่จะถูกลงโทษทางวินัยไปแล้วและการกระทำที่เป็นเหตุให้ถูกลงโทษทางวินัยนั้นเป็นเหตุให้ต้องรับผิดชอบละเมิดอีก เจ้าหน้าที่ก็ต้องรับผิดชอบละเมิดจากการกระทำดังกล่าวด้วย ไม่ถือว่าเป็นการลงโทษซ้ำ และการลงโทษทางแพ่งและการลงโทษทางวินัยไม่จำเป็นต้องใช้มาตรฐานเดียวกัน นั่นคือแม้เจ้าหน้าที่กระทำผิดต้องรับโทษทางวินัยแต่หากไม่ถือเป็นความผิดในทางละเมิดก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบละเมิด หรือการลงโทษทางแพ่งก็ไม่จำเป็นต้อง

พิจารณาว่าเป็นการกระทำผิดวินัยหรือไม่ นอกจากนี้หากการดำเนินการทางวินัยเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดวินัยไม่ร้ายแรงแต่ความรับผิดชอบทางละเมิดอาจเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ได้ หรือในกรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐแต่เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อธรรมดา เช่นนี้เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 แต่เจ้าหน้าที่ไม่หลุดพ้นความรับผิดชอบสำหรับโทษทางวินัย เช่น อาจต้องรับผิดชอบทางวินัย ตามมาตรา 83 วรรคหนึ่ง (4) ประมาทเลินเล่อในหน้าที่ราชการ

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนพบว่าการลงโทษทางวินัยก็อาจเป็นข้อพิจารณาในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนซึ่งคำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำและความเป็นธรรม เช่น ผู้ถูกฟ้องคดีได้ลงโทษผู้ฟ้องคดีเพียงภาคทัณฑ์ ในขณะที่ลงโทษนาย ส. โดยลดขั้นเงินเดือนหนึ่งขั้นแสดงให้เห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานต้นสังกัดของผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกระทำผิดของผู้ฟ้องคดีมีความรุนแรงน้อยกว่าการกระทำของนาย ส.

จากการศึกษาในเรื่องโทษทางวินัยต่อเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วเห็นว่าพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 เป็นบทบัญญัติที่วางกฎเกณฑ์เกี่ยวข้องกับเรื่องวินัยของข้าราชการ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่โดยจงใจทำให้เกิดความเสียหายแก่ราชการนั้น หากผลการสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดซึ่งตั้งขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 เห็นว่าเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการโดยจงใจ เห็นควรให้มีการชดเชยเงินแก่ทางราชการ และกระทรวงการคลังได้พิจารณาเห็นชอบแล้ว ในชั้นการสอบสวนและการดำเนินการทางวินัย ควรที่จะให้ผู้บังคับบัญชาถือผลการพิจารณาตามความเห็นของกระทรวงการคลัง โดยถือว่าข้าราชการผู้นั้นกระทำผิดวินัยกรณีปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยทุจริต ซึ่งเป็นความผิดวินัยร้ายแรง ตามมาตรา 85 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

จากการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในบทที่ 4 นี้ ผู้เขียนจึงได้เสนอแนวทางในการพิจารณาความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในส่วนส่วนตัวตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ซึ่งผู้เขียนได้ทำการศึกษา วิเคราะห์และเรียบเรียงสรุปไว้ในบทที่ 5 ต่อไป