

บทที่ 2

ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดในกฎหมายปกครอง

1. พัฒนาการและแนวความคิดว่าด้วยความรับผิดของรัฐ

1.1 แนวคิดที่ปฏิเสธหลักความรับผิดของรัฐ

แต่เดิมนั้นระบบกฎหมายไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมาย Common Law หรือ Civil Law ถือหลักที่คล้ายคลึงกันว่าฝ่ายปกครองไม่ต้องรับผิด สืบเนื่องจากอิทธิพลของแนวความคิดของการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะไม่ทรงทำอะไรผิด” หรือ “The King can do no wrong” ส่งผลให้หน่วยงานของรัฐได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดหรือถูกดำเนินคดีสำหรับการกระทำของรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้กระทำและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งแนวคิดที่ปฏิเสธหลักความรับผิดของรัฐในประเทศต่าง ๆ มีพัฒนาการและแนวความคิด ดังนี้

1) ประเทศอังกฤษ

ระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ ยึดถือหลักการที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะไม่ทรงทำอะไรผิด” หรือ “The King can do no wrong” ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับสืบเนื่องมาตั้งแต่สมัยกลาง ทั้งนี้เพราะถือกันว่าพระมหากษัตริย์ทรงอยู่ในฐานะที่สูงที่สุดในแผ่นดิน บุคคลซึ่งผูกพันอยู่กับที่ดินตามระบบศักดินา (feudalism) ย่อมไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องในทางศาลต่อองค์พระมหากษัตริย์ได้¹ ดังนั้น พระมหากษัตริย์หรือ The Crown จะถูกฟ้องร้องหรือดำเนินคดีในศาลอันเกิดจากความผิดทั้งหลายไม่ว่าทางสัญญาหรือทางละเมิดมิได้ หากมีการละเมิดเกิดขึ้นโดยข้าราชการ (The Crown’s servants) หรือรัฐมนตรี เอกชนก็ชอบที่จะฟ้องให้รัฐมนตรีหรือข้าราชการนั้นรับผิดเป็นส่วนตัวตามหลักกฎหมายแพ่งว่าด้วยละเมิดแต่จะฟ้อง The Crown มิได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้รับการยืนยันอย่างชัดเจนในศตวรรษที่ 19 โดยคำพิพากษา

¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานการวิจัยเรื่อง “คดีปกครองเกี่ยวกับการละเมิดและความรับผิดอย่างอื่นของฝ่ายปกครอง,” (กรุงเทพมหานคร : รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณฺ์เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, 2548), น.11.

คดี *Tobin v. R* ว่า “หลักการที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะไม่ทรงทำอะไรผิด” มีความหมายว่าพระองค์ จะไม่ต้องรับผิดชอบฟ้องคดีในทางแพ่งและทางอาญาสำหรับการกระทำที่ถูกล่ามหนำว่าผิดนั้น การกระทำขององค์พระมหากษัตริย์ที่พระองค์ได้ทำไปในทางส่วนตัวเป็นสิ่งที่ได้รับการสนับสนุน ในทางกฎหมายว่าไม่เป็นความผิด การกระทำของบรรดาผู้รับใช้ราชบัลลังก์ทั้งหลายที่กระทำไป โดยคำสั่งของพระองค์ก็ย่อมเป็นสิ่งที่ผิดเช่นกัน...” นอกจากนี้ ยังมีการใช้หลักความคุ้มกันของ *The crown*² จากการกระทำละเมิดอยู่เสมอ อีกทั้งศาลยังต่อต้านการใช้หลักที่นายจ้างต้องรับผิดชอบ หรือร่วมกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้ก่อขึ้น³ (*vicarious liability*) บรรดาข้าราชการ และเจ้าหน้าที่ทั้งหลายที่รับใช้ราชบัลลังก์ล้วนแล้วแต่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้นเป็นการส่วนตัวทั้งสิ้น แม้ว่าการทำงานที่ทํานั้นจะเป็นการปฏิบัติราชการตามหน้าที่ก็ตาม ผู้บังคับบัญชาของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ที่รับใช้ราชบัลลังก์อาจจะต้องร่วมรับผิดชอบด้วย โดย ข้าราชการและเจ้าหน้าที่ทั้งหลายที่รับใช้ราชบัลลังก์ไม่อาจอ้างอำนาจมหาชนตามกฎหมายหรือ คำสั่งให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบในการกระทำที่ครบองค์ประกอบฐานละเมิดลักษณะต่าง ๆ ตาม *common law* ได้⁴ อย่างไรก็ตาม ข้าราชการและเจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ราชบัลลังก์อาจอ้างได้ว่าการกระทำของตนอยู่ในกรอบของสิทธิพิเศษแห่ง *The Crown* เพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบที่เป็นส่วนตัวได้ เช่น การปฏิบัติงานในฐานะผู้พิพากษา งานด้านต่างประเทศ อีกทั้งมีกฎหมายลายลักษณ์อักษร กำหนดข้อจำกัดความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวขององค์กรเจ้าหน้าที่ที่รับใช้ราชบัลลังก์บางประเภทด้วย

แม้ว่าโดยหลักการแล้ว *The Crown* จะไม่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่องค์กร เจ้าหน้าที่ที่รับใช้ราชบัลลังก์ ได้กระทำไปก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ เอกชนผู้ได้รับความเสียหายเพราะจะไม่ได้รับค่าสินไหมทดแทนแทนความเสียหายแม้ว่าเอกชนจะสามารถฟ้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ที่รับใช้ราชบัลลังก์รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้ก็ตาม อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะมีหลักดังกล่าวแต่เพื่อความเป็นธรรมกับทุกฝ่ายจึงมีทางปฏิบัติ 2 ทาง

² ระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีข้อความคิดเกี่ยวกับรัฐในฐานะที่เป็นบุคคลซึ่งทรงสิทธิหน้าที่แตกต่างหากจากกษัตริย์หรือราชบัลลังก์ ตลอดจนขาดข้อความคิดที่เกี่ยวกับอำนาจมหาชนของรัฐ การอธิบายความรับผิดชอบของรัฐนั้นแทนที่จะกล่าวถึง “รัฐ” (*state*) นักกฎหมายอังกฤษจะใช้ข้อความคิดว่าด้วย “ราชบัลลังก์” (*crown*) แทน

³ *Duncan Fairgrieve, State Liability in Tort A Comparative Law Study*, (New York : Oxford University Press, 2003), p.10.

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

เพื่อแก้ปัญหาที่เอกชนได้รับความเสียหาย ประการแรก ถ้าฝ่ายปกครองกระทำผิดสัญญาหรือมีปัญหาเกี่ยวกับทรัพย์สินพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง เอกชนก็อาจทำคำร้องทุกข์ (Petition of Right) เสนอต่อ The Crown เพื่อขอพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์ให้ตนใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลเพื่อฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาและทรัพย์สินในศาลได้ ซึ่งการจะอนุญาตหรือไม่เป็นเรื่องที่อยู่ในพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ⁵ แต่อย่างไรก็ตามแม้จะได้รับอนุญาตให้ฟ้องคดีได้และศาลได้มีคำพิพากษาให้ชนะคดีก็ตาม การบังคับคดีกับ The Crown ก็ไม่อาจกระทำได้นอกจากนี้การใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวจำกัดเฉพาะสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากสัญญาหรือการจ่ายเงินเกินจำนวนที่จะต้องจ่ายไปเท่านั้น ไม่รวมถึงสิทธิเรียกร้องอันเกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่อย่างใด เอกชนที่เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องฟ้องให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นรับผิดชอบเป็นส่วนตัวเอง⁶ ประการที่สอง ในกรณีที่เอกชนฟ้องข้าราชการหรือรัฐมนตรีให้ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามกฎหมายแพ่งเนื่องจากข้าราชการหรือรัฐมนตรีได้กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ รัฐจะจัดหาทนายความผู้คดีให้และจัดตั้งกองทุนเพื่อชำระค่าสินไหมทดแทนแทนเจ้าหน้าที่ที่ถูกศาลพิพากษาให้รับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของตน⁷ ในลักษณะและเงื่อนไขเช่นเดียวกับการที่นายจ้างต้องรับผิดชอบหรือร่วมกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้ก่อขึ้น⁸ อย่างไรก็ตาม ทางปฏิบัติดังกล่าวแม้จะให้ความเป็นธรรมได้แต่ไม่ได้มีบทบัญญัติเป็นกฎหมายและอาจมีปัญหาได้ในบางกรณี (vicarious liability) ถึงแม้ในทางปฏิบัติ The Crown จะได้สละความคุ้มกันที่ตนมีอยู่ก็ตามแต่การสละความคุ้มกันดังกล่าวก็เป็นเรื่องความสมัครใจของ The Crown เท่านั้น หาได้มีกฎหมายที่แน่นอนชัดเจนแต่อย่างใด

2) ประเทศฝรั่งเศส

เมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์จะเห็นว่าในยุคที่ฝรั่งเศสปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และหลังจากที่มีการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 หลักการที่ว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบเป็นหลักการที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นผลมาจากการถ่ายโอนข้อความคิดที่ว่า “พระมหากษัตริย์ไม่ทรงต้องรับผิดชอบใด ๆ” หรือ “le Roi ne peut mal faire” ซึ่งเป็น

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทยอังกฤษ, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น.107-108.

⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.11.

⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.108.

⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.14.

การสะท้อนหลักของความไม่ต้องรับผิด (irresponsabilité) หรือหลักเอกสิทธิ์ความคุ้มกันของระบบกษัตริย์ (immunité)⁹ ซึ่งได้ถ่ายโอนมายัง “ชาติ” ภายหลังจากปฏิวัติใหญ่ดังกล่าว โดยเหตุนี้ “รัฐ” ซึ่งเป็นบุคคลในทางกฎหมายแทนชาติจึงไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบใด ๆ ต่อความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจมหาชนของตนตามหลัก “ความไม่ต้องรับผิดของอำนาจมหาชน” (irresponsabilité de la puissance publique) ซึ่งหมายความว่า รัฐไม่ต้องรับผิดใด ๆ ต่อความเสียหายที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้น ซึ่งถือเป็น “เอกสิทธิ์” (prérogatives) ประเภทหนึ่งของรัฐ¹⁰ เนื่องจากความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งใช้อำนาจมหาชนถือว่าเป็นความเสี่ยงที่เอกชนจะต้องรับเอาไว้เพื่อแลกกับประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากการปฏิบัติงานเพื่อสาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากเอกชนได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เอกชนผู้เสียหายจะต้องฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ก่อให้เกิดความเสียหายให้รับผิดเป็นการส่วนตัวต่อศาลยุติธรรม¹¹ การที่รัฐไม่รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งใช้อำนาจมหาชนดังกล่าวนั้นก็ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับเอกชนผู้ได้รับความเสียหายอย่างมาก เพราะถึงแม้ว่าเอกชนผู้ได้รับความเสียหายอาจฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายให้รับผิดเป็นการส่วนตัวต่อศาลยุติธรรมได้แต่ก็ไม่มีหลักประกันว่าเอกชนผู้ได้รับความเสียหายจะได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเต็มจำนวนเพราะเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความเสียหายอาจมีทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ได้ ยิ่งไปกว่านั้นในการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดนั้นต้องอยู่ภายใต้ “หลักประกันของเจ้าหน้าที่ของรัฐ” (garantie des fonctionnaires) หลักการดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ.1799 โดยหลักการดังกล่าวบัญญัติให้เอกชนผู้เสียหายจะต้องได้รับอนุญาตจากสภาแห่งรัฐเสียก่อนจึงจะฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐให้รับผิดเป็นการส่วนตัวได้ ซึ่งในทางปฏิบัติมักจะปรากฏเสมอว่าสภาแห่งรัฐไม่อนุญาตให้เอกชนฟ้องคดีจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว¹² และแม้ในเวลาต่อมาจะมีการ

⁹ Duncan Fairgrieve, *supra* note 3, pp.10-11.

¹⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), น.177.

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

¹² ขวัญชัย สันตสว่าง, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW LW 411, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542) น.133.

ยกเลิกหลักการดังกล่าวในปี ค.ศ.1870 ก็มีผลเพียงทำให้เอกชนสามารถฟ้องคดีให้เจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดเป็นการส่วนตัวต่อศาลยุติธรรมโดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากสภาแห่งรัฐอีกต่อไปเท่านั้น หากได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงให้รัฐต้องเข้ามารับผิดชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ของตนให้แก่เอกชนผู้ได้รับความเสียหายอย่างไรก็ตามรัฐอาจตรากฎหมายเพื่อยกเว้นหลักการดังกล่าวโดยบัญญัติความรับผิดของรัฐไว้ในบางเรื่องอย่างชัดเจนให้รัฐเข้าไปรับผิดชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจมหาชน เช่น เข้าไปรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการดำเนินงานโยธาสาธารณะ หรือการเวนคืนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน¹³ หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมในทางแพ่งและกิจกรรมขององค์การปกครองท้องถิ่น¹⁴

3) ประเทศเยอรมัน

แต่เดิมนั้นประเทศเยอรมันปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์จึงมีแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐเช่นเดียวกับประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรป คือ ถือว่ารัฐทรงอำนาจอธิปไตย ด้วยเหตุดังกล่าวรัฐจึงไม่สามารถที่จะรับผิดได้ ความคิดดังกล่าวนั้นเชื่อมโยงอยู่กับการถือว่ากษัตริย์ซึ่งทรงอำนาจเด็ดขาดกับรัฐเป็นสิ่ง ๆ เดียวกัน¹⁵ ดังนั้น รัฐจึงไม่จำเป็นต้องรับผิดในเวลาต่อมาเมื่อรัฐได้แยกตัวออกจากพระมหากษัตริย์โดยมีสถานะในทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลซึ่งมีอำนาจโดยตนเองไม่ผูกพันกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อีกต่อไปแนวความคิดที่ว่ารัฐไม่สามารถที่จะรับผิดได้ก็ค่อย ๆ คลายความเข้มข้นลง

1.2 แนวคิดที่ยอมรับหลักความรับผิดของรัฐ

เมื่อประเทศต่าง ๆ ไม่ได้ปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อีกต่อไป แนวคิดที่ปฏิเสธหลักความรับผิดของรัฐซึ่งเป็นแนวความคิดที่สืบเนื่องมาจากอิทธิพลของแนวความคิดที่ว่า “พระมหากษัตริย์ไม่อาจกระทำผิด” หรือ “The King can do no wrong” จึงค่อย ๆ คลายความเข้มข้นลง ประกอบกับรัฐสมัยใหม่มิได้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่เฉพาะในเรื่องที่เป็นการใช้อำนาจรัฐเท่านั้นแต่รัฐยังมีภารกิจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ร่วมกัน

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.164-165.

¹⁴ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, “รายงานการวิจัย เรื่อง หลักกฎหมายปกครอง ผรุ้งเสศ,” เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, (ตุลาคม 2545), น.259.

¹⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.71.

ของประชาชน เมื่อรัฐมีบทบาทเพิ่มขึ้นจึงมีโอกาสที่การกระทำของรัฐจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนได้มากขึ้น การที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับเอกชนผู้ได้รับความเสียหายเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายต่าง ๆ จึงเริ่มยอมรับหลักความรับผิดชอบของรัฐและได้พัฒนาหลักเกณฑ์ดังกล่าวขึ้น

1) ประเทศอังกฤษ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเดิมในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ รัฐไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิด ตามหลัก “The King can do no wrong” เนื่องจากอำนาจการปกครองประเทศเป็นของพระมหากษัตริย์และทรงใช้อำนาจอธิปไตยทุกส่วน เอกชนจึงไม่อาจฟ้องพระมหากษัตริย์หรือหน่วยราชการของพระองค์ได้ ทำให้เกิดปัญหาหลายประการแม้ว่าในทางปฏิบัติ The Crown จะสละความคุ้มกันในบางกรณีก็ตามแต่การสละความคุ้มกันดังกล่าวก็มิได้เป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่แน่นอนแต่อย่างใด¹⁶ ต่อมา The Crown เริ่มมีบทบาทมากขึ้นในการจัดทำบริการสาธารณะ และได้เกิดคดีละเมิดที่สำคัญ 2 คดี¹⁷ คือ คดี Adam V. Naylor ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีว่า ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 อังกฤษได้วางทุ่นระเบิดเพื่อป้องกันฝั่งทะเลอันอาจเกิดการโจมตีของเยอรมันพร้อมกับมีข้อความห้ามเข้าไปในบริเวณนั้น ต่อมาป้ายห้ามเข้าและใช้เหล็กได้จมอยู่ใต้ทรายและมีเด็กชาย 3 คน ได้เข้าไปในบริเวณที่มีการวางทุ่นระเบิด ปรากฏว่าถูกทุ่นระเบิด ตาย 1 คน และอีก 2 คนได้รับบาดเจ็บสาหัส ผู้ปกครองเด็กจึงฟ้องนายทหารช่างผู้หนึ่งซึ่งกระทรวงกลาโหมได้กำหนดตัวให้รับสมอ้างเป็นจำเลยแทน โดยรัฐบาลกลางเข้าใจว่าหากศาลตัดสินให้นายทหารช่างผู้นั้นรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายรัฐบาลก็จะชดใช้ค่าเสียหายให้ แต่ปรากฏว่าสภาพขุนนาง ในฐานะศาลสูงสุดไม่เห็นด้วยกับวิธีปฏิบัติของทางราชการเช่นนั้น เพราะคดีนี้ความเสียหายเกิดจากการกระทำที่เรียกว่า Nuisance ซึ่งผู้ที่จะถูกพิพากษาให้รับผิดชอบคือผู้ครอบครอง

¹⁶ กาญจน์กนก อติสุธาโกชน, “ความรับผิดชอบอย่างอื่นของฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 : ศึกษาเปรียบเทียบกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.12.

¹⁷ รุ่งธรรม พุ่มเล็ก, ร.อ., “ความรับผิดทางแพ่งของฝ่ายปกครองในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดทางละเมิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2541), น.23-24.

อสังหาริมทรัพย์ ซึ่งกรณีนี้รัฐบาลกลางเป็นผู้ครอบครอง ศาลจึงวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นมิได้กระทำละเมิดไม่ต้องรับผิด เป็นเหตุให้ผู้เสียหายไม่ได้รับค่าทดแทนความเสียหาย

อีกคดีหนึ่งคือคดี Royster V.Cavey เป็นเรื่องคนงานของกระทรวงส่งกำลังบำรุง ได้รับบาดเจ็บขณะทำงานในโรงงาน จึงได้ฟ้องคดีกรณีประมาทเล็กน้อย และกรณีฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมายเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย Treasury Solicitor จึงได้กำหนดตัวผู้ควบคุมโรงงานให้เป็นจำเลยแทน แต่ความจริงผู้ควบคุมโรงงานคนนั้นไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้อง ศาลจึงวินิจฉัยว่าเขาไม่ใช่ทั้งผู้ควบคุมโรงงานและไม่ใช่นายจ้างของโจทก์จึงไม่ต้องรับผิด

คดีทั้งสองดังกล่าว ผู้เสียหายไม่ได้รับการทดแทนความเสียหายซึ่งไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง จึงเกิดแนวความคิดให้ The Crown เป็นผู้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่เอกชนผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดของข้าราชการผู้รับใช้ราชบัลลังก์ซึ่งได้กระทำไปในการปฏิบัติหน้าที่ โดยได้มีการตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินคดีต่อ The Crown¹⁸ และได้มีการร่างพระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947 และรัฐสภาได้ผ่านร่างกฎหมายดังกล่าว และประกาศใช้บังคับในปี ค.ศ.1947 โดยมีชื่อเรียกว่า The Crown Proceeding Act 1947¹⁹

พระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947 นี้ ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1948 โดยวางอยู่บนหลักการพื้นฐานที่ยอมรับว่า The Crown ยังคงได้รับความคุ้มครองให้ไม่ต้องรับผิดแต่ก็ได้กำหนดกรณีต่าง ๆ ที่ให้ The Crown ต้องรับผิดไว้ในหลายกรณีมีทั้งกรณีที่ The Crown ต้องเข้ามารับผิดในผลแห่งละเมิดแทนข้าราชการผู้รับใช้ราชบัลลังก์ (vicarious liability) และกรณีที่ The Crown ต้องเข้ามารับผิดโดยตรง (direct liability) สำหรับความรับผิดที่เกิดจากสัญญาหรือการค้ำประกันทรัพย์สินซึ่งแต่เดิมเอกชนผู้เสียหายต้องยื่นคำร้องทุกข์

¹⁸ ในปัจจุบันนี้ “ราชบัลลังก์” หมายถึง ราชการบริหารส่วนกลาง คือ กระทรวงและหน่วยงานที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของกระทรวง(ซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคล) ในการดำเนินคดีกับ ราชการบริหารส่วนกลางกรณีที่เจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางกระทำละเมิดให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีกับราชบัลลังก์ ค.ศ.1947 เป็นเบื้องต้นว่า ราชการบริหารส่วนกลาง (ราชบัลลังก์) ได้รับความคุ้มครองหรือไม่ กรณีที่ราชการบริหารส่วนกลางไม่ได้รับความคุ้มครองจึงต้องพิจารณาเงื่อนไขความรับผิดทางละเมิดตาม common law ต่อไป

¹⁹ ธนพล หวังอ้อมกลาง, “ความรับผิดของฝ่ายปกครองในการครอบครอง วัตถุอันตราย : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอังกฤษ เยอรมันและไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.10

ขอให้ The Crown มีดุลพินิจให้ฟ้องคดีแต่กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติให้ผู้มีสิทธิเรียกร้องสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้แม้จะไม่ได้รับพระบรมราชานุญาตให้ฟ้องคดีก็ตาม

2) ประเทศฝรั่งเศส

ความรับผิดของรัฐในสมัยต้นศตวรรษที่ 18 มีหลักว่า “รัฐไม่ต้องรับผิด” โดยความรับผิดของรัฐนั้นเป็นเพียงข้อยกเว้นคือรัฐอาจต้องรับผิดในกิจการที่รัฐดำเนินการเช่นเดียวกับเอกชน หรือความเสียหายอันเกิดจากงานโยธาสาธารณะ เช่น การสร้างเขื่อน การรื้อถอน เป็นต้น ซึ่งมาตรา 75 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับ L'An VII ได้บัญญัติห้ามมิให้ฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ก่อน ซึ่งในทางปฏิบัติแทบจะไม่มีการอนุญาตให้ฟ้องคดีเลย ด้วยเหตุนี้ทำให้ข้าราชการไม่ต้องรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่²⁰ ต่อมาได้มีการยกเลิกมาตรา 75 ดังกล่าว และเมื่อสังคมและเศรษฐกิจมีวิวัฒนาการที่เปลี่ยนแปลงไป บทบาทภารกิจของรัฐก็ยิ่งมีมากขึ้นย่อมมีโอกาสที่การใช้อำนาจมหาชนของรัฐเข้าไปดำเนินการภารกิจดังกล่าวจะไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนเพิ่มขึ้น การยอมรับหลักการให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจมหาชนจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้อีกต่อไป หลักความรับผิดของรัฐเริ่มได้รับการยอมรับสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่เรียกว่าการจัดการ (Actes de gestion) ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ²¹ โดยศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) ได้วางหลักไว้ในคดี Blanco T.C., 8 Feb. 1873 ซึ่งข้อเท็จจริงในคดี Blanco มาจากกรณีที่ถูกจ้างของโรงงานยาสูบของรัฐขับรถชนเด็กผู้หญิงคนหนึ่งได้รับบาดเจ็บ บิดาของเด็กหญิงดังกล่าวได้ฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมขอให้รัฐเป็นผู้รับผิดชอบ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 1382 มาตรา 1383 และมาตรา 1384 ปัญหาจึงขึ้นสู่การพิจารณาของศาลคดีขัดกัน ว่าการพิจารณาคดีเรื่องความรับผิดดังกล่าวเป็นอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ซึ่งศาลคดีขัดกันได้พิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า ความรับผิดจากความเสียหายที่ก่อกำขึ้นแก่เอกชนจากการกระทำของบุคคลที่รัฐใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะอันจะตกเป็นภาระของรัฐนั้น ไม่อาจพิจารณาวินิจฉัยโดยใช้หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ความรับผิดดังกล่าวเป็นเรื่องที่ไม่ใช่ลักษณะทั่วไปและเด็ดขาด เป็นเรื่องที่มีหลักเกณฑ์เฉพาะและผันแปรไปตามลักษณะของงานและความจำเป็น

²⁰ กิติกุล กิตติวโรดม, “ความรับผิดของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), น. 24.

²¹ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 14*, น. 259.

ในการประสานผลประโยชน์ของรัฐและของเอกชนเข้าด้วยกัน การพิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเท่านั้น²² โดย David ตุลาการผู้แถลงคดีในคดี Blanco ได้ทำความเข้าใจว่า ด้วยเหตุผลและความเป็นธรรม เราไม่อาจถือว่ารัฐกับเอกชนเหมือนกันได้ ไม่ว่าจะในความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือกับคนที่สาม เพราะประการแรกในการกระทำบริการสาธารณะนั้น รัฐต้องกระทำไม่ใช่เลือกกระทำหรือไม่ก็ได้ เพื่อประโยชน์ของทุกคนไม่ใช่คนใดคนหนึ่ง และประการที่สอง ต้องคำนึงถึงความสำคัญและความกว้างขวางของบริการสาธารณะเหล่านี้ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ที่ใช้ในการดำเนินงาน ไม่ว่าจะป็นข้าราชการหรือลูกจ้างซึ่งการแต่งตั้ง การเลื่อนระดับเป็นไปตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับ จึงเป็นเหตุผลที่ทำให้ความรับผิดชอบของรัฐไม่เป็นการทั่วไปและเด็ดขาด หากแต่ต้องเปลี่ยนไปตามสภาพบริการสาธารณะ ความจำเป็นและลักษณะของงาน แม้ว่าการดำเนินกิจกรรมยาสูบจะมีลักษณะคล้ายกับกิจกรรมของเอกชนแต่ก็ยังเป็นบริการสาธารณะซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของราชการ ดังนั้นในกรณีนี้ต้องถือว่ารัฐกระทำตนเป็นอำนาจมหาชนที่อยู่เหนือเอกชน คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

จากคำพิพากษาคดี Blanco ดังกล่าวจึงได้วางหลักที่สำคัญ ว่า รัฐจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ ความรับผิดชอบนี้ไม่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่งที่ใช้ในกรณีความเสมอภาคระหว่างรัฐกับเอกชน แต่ความรับผิดชอบนี้ไม่เป็นการทั่วไปและไม่เด็ดขาด โดยมีหลักกฎหมายพิเศษซึ่งแตกต่างไปตามบริการและความจำเป็นที่จะประนีประนอมสิทธิของรัฐกับเอกชน²³ ทั้งนี้ ศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจย่อมสามารถพัฒนาฎเกณฑ์สำหรับความรับผิดชอบของรัฐขึ้นมาได้เองโดยไม่ต้องผูกพันกับหลักเกณฑ์ความรับผิดในทางแพ่ง เหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งที่ศาลคดีขัดกันเห็นว่ารัฐไม่ควรจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะตามกฎหมายเกณฑ์ความรับผิดในทางแพ่งก็เนื่องจากเกรงว่าหากให้รัฐรับผิดภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกับที่เอกชนต้องรับผิดแล้ว ความรับผิด

²² ยงยุทธ อนุกุล, “แนวทางการแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรม กรณีคดีละเมิดและความรับผิดอย่างอื่นของฝ่ายปกครอง (ศึกษารณีย์ของฝรั่งเศส),” ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2: กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2548), น. 141.

²³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน ที่มาและนิติวิธี เล่ม 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 323-325.

ของรัฐอาจจะขยายออกไปมากและอาจทำให้รัฐต้องประสบปัญหาทางการเงินการคลังได้ ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองโดยสภาแห่งรัฐ (ศาลปกครองสูงสุด) จึงได้พัฒนาหลักความรับผิดของรัฐที่มีลักษณะเฉพาะขึ้นเป็นเอกเทศต่างหากตามหลักการที่ศาลคดีซัดกันวางไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพัฒนาข้อความคิดว่าด้วย *faute de service public*

หลังจากมีคำพิพากษาในคดี Blanco แล้ว ระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ได้เริ่มพัฒนาการ แบ่งแยกความรับผิดของรัฐออกจากความรับผิดเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ โดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่ จะต้องรับผิดต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหายก็ต่อเมื่อความเสียหายนั้นเกิดขึ้นโดยมี “ความผิด” (*faute*) คือเกิดความเสียหายกับเอกชนจาก “ความผิดในการบริการสาธารณะ” (*faute de service*) บุคคลที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองพิพากษาให้รัฐ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนได้ ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ ข้าราชการซึ่งไม่เกี่ยวกับบริการสาธารณะหรือถือได้ว่าไม่เกี่ยวกับบริการสาธารณะแต่เป็นความผิด ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ข้าราชการผู้นั้นเอง (*faute personnelle*) บุคคลผู้ได้รับความเสียหายจะต้อง ฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ ข้าราชการผู้นั้นให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนยังศาลยุติธรรม โดยบุคคลผู้ได้รับความเสียหายต้องเลือกว่าจะฟ้องรัฐหรือเจ้าหน้าที่ ข้าราชการให้รับผิดจะฟ้องทั้งสองทางไม่ได้

สรุปได้ว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศสรัฐอาจรับผิดได้ทั้งตามหลักกฎหมายมหาชน (สำหรับกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐนั้น บุคคลที่เป็น “ข้าราชการ” คือ บุคคลที่ได้กระทำการ โดยใช้อำนาจมหาชน) และตามหลักกฎหมายแพ่งทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะกิจกรรมที่รัฐปฏิบัติ ความรับผิดของรัฐตามกฎหมายแพ่งที่ถือเสมือนว่ารัฐเป็นเอกชนคนหนึ่ง ในกรณีที่รัฐดำเนิน กิจกรรมเหมือนกับเอกชนและไม่ได้มีการใช้อำนาจมหาชนนั้นได้รับการยอมรับมาตั้งแต่ในราวต้น ศตวรรษที่ 19 ส่วนในกรณีที่รัฐดำเนินกิจกรรมทางปกครองโดยใช้อำนาจมหาชนนั้น แต่เดิมถือว่า รัฐไม่ต้องรับผิด แต่ต่อมาแนวคิดที่ว่ารัฐจะต้องรับผิดแม้จะใช้อำนาจมหาชนก็ได้รับการยอมรับ อีกทั้งในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังมีหลักความรับผิดเป็นส่วนตัว (*faute personel*) ของข้าราชการ ซึ่งข้าราชการจะต้องรับผิดเป็นส่วนตัวต่อผู้เสียหายโดยตรงตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ (มาตรา 849) ซึ่งเป็นหลักที่คู่ขนานกับความผิดในการบริการสาธารณะซึ่งรัฐต้องรับผิด

3) ประเทศเยอรมัน

สำหรับประเทศเยอรมันแต่เดิมนั้น ถือว่ารัฐทรงอำนาจอธิปไตย รัฐจึงไม่ต้องรับผิดใน ความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการละเมิดเช่นเดียวกับประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรป แต่หลังจาก ที่รัฐแยกตัวออกจากพระมหากษัตริย์และมีสถานะในทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลซึ่งทรงอำนาจโดย ตนเอง แนวความคิดที่ว่ารัฐไม่สามารถที่จะรับผิดได้ค่อย ๆ คลายความเข้มข้นลง โดยปรากฏให้

เห็นในประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งราชอาณาจักรปรัสเซีย ค.ศ.1794 (The Pussian General Land Law 1794) ซึ่งได้วางหลักเกี่ยวกับความรับผิดอันเกิดจากการใช้อำนาจมหาชนว่า รัฐจะเข้ามารับผิดคดีใช้ค่าทดแทนให้แก่เอกชนก็ต่อเมื่อการกระทำของรัฐนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนคนหนึ่งคนใดเป็นพิเศษ แต่หากเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำไปโดยละเมิดหน้าที่และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนนั้นถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่รัฐไม่ต้องเข้ามารับผิดแทนหรือร่วมรับผิดกับเจ้าหน้าที่ของตนด้วย โดยเอกชนผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะต้องฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัว²⁴ เป็นไปตาม Title 11 Chapter 10 ซึ่งกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่กระทำผิดต่อหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว โดยไม่คำนึงว่าการกระทำผิดต่อหน้าที่นั้นจะถือเป็นการละเมิดหรือไม่ ทั้งนี้เพราะความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่กับรัฐในยุคสมัยนั้นเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดจากสัญญาซึ่งราชอาณาจักรตกลงทำสัญญามอบหมายอำนาจให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้นการกระทำใด ๆ ที่เจ้าหน้าที่กระทำลงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงต้องถือว่ากระทำโดยขัดกับอำนาจที่ได้รับมอบหมายมา เจ้าหน้าที่จึงต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัว อย่างไรก็ตามเพื่อป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่ถูกฟ้องคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่บ่อยจนเกินไป การฟ้องเจ้าหน้าที่จึงต้องขึ้นอยู่กับความเห็นชอบของหน่วยงานของรัฐซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัด²⁵ ต่อมาเมื่อมีการตราประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch หรือ BGB) ได้มีการบัญญัติหลักความรับผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่จากการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่โดยให้รัฐเข้าไปรับผิดชอบเจ้าหน้าที่โดยได้พัฒนาเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับความรับผิดแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐขึ้นมาในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) มาตรา 839 ดังนี้

มาตรา 839 “ในกรณีที่ข้าราชการผู้ใดละเมิดหน้าที่ที่ตนต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่สามโดยเจตนาหรือประมาท ให้ข้าราชการผู้นั้นรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลที่สามนั้น ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากการกระทำโดยประมาท บุคคลที่ได้รับความเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากข้าราชการผู้กระทำละเมิดได้ก็ต่อเมื่อตนไม่สามารถได้รับการชดเชยความเสียหายโดยหนทางอื่นได้

²⁴ กาญจน์กนก อติสุธาโกชน, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 16*, น.15.

²⁵ สุจิน ชี้อสุวรรณ, “ความรับผิดทางละเมิดของข้าราชการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), น.100.

ถ้าเจ้าหน้าที่กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งของตนละเมิดผู้อื่นซึ่งเป็น
ปัญหาข้อกฎหมายเขาจะต้องรับผิดชอบผู้เสียหายเมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา

ข้าราชการไม่ต้องรับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนความเสียหายจากการละเมิดหน้าที่ที่
ต้องปฏิบัติ ถ้าหากผู้เสียหายละเลยเพิกเฉยโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ใช้สิทธิตามกฎหมาย
เพื่อดำเนินการป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้น”

ต่อมา ได้มีการนำหลักเกณฑ์นี้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ Weimar ค.ศ.1919 มาตรา 131
โดยขยายความรับผิดชอบให้รวมถึงการกระทำผิดทุกชนิดของหน้าที่ และได้มีการสืบทอดต่อมาโดย
รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (The Basic Law) ปี ค.ศ.1949 มาตรา 34 ซึ่งได้ขยายความรับผิดชอบของ
ฝ่ายปกครอง โดยไม่เฉพาะการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่รวมไปถึงบุคคลใดก็ตามที่
กระทำการภายใต้อำนาจรัฐ โดยบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 34 “ในกรณีที่บุคคลใดใช้อำนาจตามตำแหน่งหน้าที่ทางมหาชนที่ตนได้รับ
มอบหมายไปละเมิดหน้าที่ที่ตนต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่สาม โดยหลักแล้วให้ความรับผิดชอบนั้น
ตกเป็นของรัฐหรือขององค์การที่บุคคลนั้นปฏิบัติหน้าที่ให้ ทั้งนี้โดยสงวนสิทธิในการไล่เบียดไว้หาก
การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อำนาจศาลยุติธรรมใน
การพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนและสิทธิไล่เบียดจะถูกตัดทอนไม่ได้”

บทบัญญัติมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) ดังกล่าว ได้ผลึกภาระ
ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ภายใต้มาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ไปสู่รัฐ โดยรัฐ
ต้องรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ของตน กล่าวคือให้รัฐเข้ามารับผิดชอบต่อตนเอง ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 839
ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เมื่ออ่านประกอบกับมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law)
แล้วจึงเป็นบทบัญญัติที่วางหลักการให้รัฐเข้ามารับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกแต่เพียงผู้เดียว ผู้เสียหาย
ต้องฟ้องรัฐเป็นจำเลยเท่านั้น ไม่อาจฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐให้รับผิดชอบส่วนตัวได้ โดยความรับผิด
ของรัฐนั้นเป็นความรับผิดโดยอ้อมผูกพันอยู่กับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยเจตนาหรือ
ประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่ บทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวเป็นความพยายามประสานหลัก
ความรับผิดทางละเมิดสองหลักการเข้าด้วยกัน หลักการประการแรก คือ หลักความรับผิดเป็น
ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ตามหลักการนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหาย
แก่บุคคลอื่นจะต้องรับผิดชอบส่วนตัว กล่าวคือจะต้องนำทรัพย์สินของตนชำระหนี้ค่าความ
เสียหายที่เกิดขึ้น รัฐหรือนิติบุคคลมหาชนต้นสังกัดไม่ต้องเข้ามารับผิดชอบต่อ อีกหลักการหนึ่ง คือ
หลักความรับผิดโดยตรงของรัฐ ซึ่งตามหลักการนี้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่แล้ว
ทำให้บุคคลอื่นเสียหาย รัฐจะเข้ามารับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นโดยตรงโดยถือว่าความ

เสียหายนั้นรัฐได้ก่อให้เกิดขึ้นเอง เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหายนั้น²⁶

สรุปได้ว่า หากเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำให้เกิดความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ไม่ว่าเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (ตามมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)) หน่วยงานของรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในผลแห่งความเสียหายที่เกิดต่อเอกชนโดยตรงในเบื้องต้น (ตามมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law)) แต่หน่วยงานของรัฐมีสิทธิได้เบี่ยงเอาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายได้ในภายหลังหากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยในระบบกฎหมายของเยอรมันเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำละเมิดจะไม่ถูกฟ้องต่อศาลโดยตรง²⁷ อย่างไรก็ตามหน่วยงานของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายใด ๆ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐก่อให้เกิดขึ้นในขณะที่มิได้ปฏิบัติหน้าที่ คือ นอกหน้าที่ หรือกระทำในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายด้วยจุดประสงค์หรือเหตุผลส่วนตัว โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบส่วนตัว

จะเห็นได้ว่าความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นศาลยุติธรรมมีบทบาทค่อนข้างมากในการสร้างหลักกฎหมายต่าง ๆ เกี่ยวกับความรับผิดของรัฐ และแม้จะได้มีความพยายามในการตรวจกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดหลักการต่าง ๆ เกี่ยวกับความรับผิดของรัฐ โดยได้มีการร่างรัฐบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของรัฐขึ้นเพื่อปฏิรูประบบความรับผิดของรัฐและขจัดข้อเสียของกฎหมายความรับผิดของรัฐที่ใช้บังคับอยู่ แต่รัฐบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้มีผลบังคับใช้ ดังนั้นหลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันจึงกระจัดกระจายในรูปของกฎหมายต่าง ๆ หลายลักษณะ เช่น สิทธิเรียกร้องส่วนหนึ่งเกิดจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร สิทธิเรียกร้องบางประการศาลพัฒนาขึ้นมาจากหลักกฎหมายทั่วไปและมีการอธิบายขยายความต่อไปทางตำรา สิทธิเรียกร้องบางประการอยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี เป็นต้น นอกจากนี้ศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐก็มีทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองโดยต้องพิจารณาว่าสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นเรื่องอะไรและใครเป็นบุคคลผู้ฟ้องคดี

²⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 75-76.

²⁷ Gynla Eörsi, "Private and Governmental Liability for the torts of Employees and Organs" International Encyclopedia of Comparative Law, Volume 11 Chapter 4 (1972), p. 127.

จากการศึกษาถึงพัฒนาการและแนวความคิดว่าด้วยความรับผิดของรัฐในประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศสและเยอรมันดังกล่าวแล้ว พบว่ามีความแตกต่างกันโดยในประเทศอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนออกจากกันจึงเป็นผลให้รัฐต้องรับผิดเหมือนกับเอกชนทั่วไปหากรัฐไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947 ในประเทศฝรั่งเศสมีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนออกจากกฎหมายมหาชนอย่างชัดเจนโดยให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาให้รัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายซ้ำรัฐการกระทำละเมิดซึ่งเป็นไปตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ส่วนในประเทศเยอรมันแม้จะมีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนแต่ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาให้รัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้แก่ ศาลยุติธรรม นอกจากนั้นความรับผิดของรัฐสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของซ้ำรัฐการในการปฏิบัติหน้าที่ก็โยงกับหลักกฎหมายแพ่งเนื่องจากได้บัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดของซ้ำรัฐการเป็นการส่วนตัวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและในกฎหมายพื้นฐานบัญญัติให้รัฐเข้าไปชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแทนซ้ำรัฐการของตน

2. หลักเกณฑ์และเงื่อนไขความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

2.1 ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ

ในระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนออกจากกัน อังกฤษจึงไม่มีกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐแยกออกต่างหากเป็นพิเศษจากกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของเอกชนทั่วไป เนื่องจากรากฐานความคิดซึ่งได้รับอิทธิพลจากนักกฎหมายอังกฤษชื่อ ไดซี (Dicey) ที่เห็นว่าไม่ควรยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอภิสิทธิ์เหนือบุคคลธรรมดา เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดก็ต้องรับผิดในการกระทำเหมือนบุคคลที่เป็นเอกชน ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงความเท่าเทียมกันของบุคคลภายใต้กฎหมายอันสอดคล้องกับหลักนิติธรรม ความรับผิดทางละเมิดของรัฐในระบบกฎหมายอังกฤษจึงเป็นความรับผิดที่อาศัยหลักเกณฑ์ของ common law (Law of Torts) ดังจะอธิบายได้ดังนี้²⁸

²⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองตาม COMMON LAW ในระบบกฎหมายอังกฤษ”, วารสารนิติศาสตร์ เล่ม 3 ปีที่ 32, น.555-578. (กันยายน 2545)

2.1.1 โครงสร้างความรับผิดทางละเมิดตาม common law

ความรับผิดของรัฐอาจมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากความรับผิดโดยทั่วไป รวมถึงมีข้อจำกัดความรับผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรในบางกรณี ซึ่งระบบกฎหมายอังกฤษได้กำหนดกฎเกณฑ์ความรับผิดของรัฐกรณีที่ต้องกรเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิด ทั้งในลักษณะที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐละเมิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติโดยทั่วไปและในกรณีที่ต้องกรเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น ตามหลัก common law

(1) องค์ประกอบความรับผิด

องค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดในระบบกฎหมายอังกฤษอาจแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. องค์ประกอบความรับผิดตามประเภทของละเมิด

ระบบกฎหมายอังกฤษพัฒนาหลักว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดขึ้นมาโดยยึดโยงกับความเสียหายต่อสิทธิที่กฎหมายคุ้มครอง ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความรับผิดในแต่ละประเภทเป็นสำคัญ เช่น ความรับผิดทางละเมิดที่กระทำต่อบุคคล ความรับผิดทางละเมิดที่กระทำต่ออสังหาริมทรัพย์ ความรับผิดทางละเมิดที่กระทำต่ออสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น ทั้งนี้โดยศาลเป็นผู้พัฒนากฎเกณฑ์และเงื่อนไขความรับผิดประเภทต่าง ๆ โดยบุคคลจะต้องรับผิดในความเสียหายที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้กระทำการครบองค์ประกอบของละเมิด (Tort) ประเภทต่างๆที่ศาลได้พัฒนาแยกแยะขึ้น หากโจทก์ต้องการที่จะฟ้องคดีให้จำเลยรับผิดในการกระทำละเมิดโจทก์จะต้องบรรยายฟ้องให้ครบองค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิดและให้ตรงกับประเภทคำฟ้องที่ศาลพัฒนาขึ้นโดยมีประเภทคำฟ้องมากมายขึ้นอยู่กับว่าสิทธิที่ได้รับการกระทบกระเทือนนั้นเป็นสิทธิในอะไร ซึ่งสร้างความยุ่งยากลำบากให้กับผู้ฟ้องคดีต่อมาจึงได้มีการยกเลิกประเภทคำฟ้องต่างๆ โดยให้โจทก์บรรยายข้อเท็จจริงที่ตนใช้เป็นฐานในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเท่านั้นโดยไม่จำเป็นต้องเลือกประเภทคำฟ้อง แต่การพิจารณาของศาลก็ยังคงใช้หลักการพิจารณาความรับผิดตามเงื่อนไขของละเมิดแต่ละประเภทจนกระทั่งถึงปัจจุบัน

ข. องค์ประกอบความรับผิดในลักษณะทั่วไป

นอกจากการกำหนดองค์ประกอบความรับผิดแตกต่างกันออกไปตามลักษณะของการกระทำละเมิดและความเสียหายต่อสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองแล้ว ศาลอังกฤษยังได้พัฒนาความรับผิดทางละเมิดที่มีลักษณะทั่วไป คือ ไม่ยึดโยงอยู่กับสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมาด้วย ได้แก่

1) ความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการละเมิดหน้าที่ที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ต้องปฏิบัติ (breach of statutory duty)

แต่เดิมนั้นศาลอังกฤษจะกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดต่อหน้าที่ที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ต้องปฏิบัติ โดยศาลจะพิจารณาแต่เพียงว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลเนื่องมาจากการละเมิดหน้าที่ตามที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือไม่เท่านั้น จนกระทั่งปลายศตวรรษที่ 19 ในช่วงเวลาดังกล่าวรัฐสภาได้ตรากฎหมายกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานทางปกครองปฏิบัติเป็นจำนวนมาก การตรากฎหมายดังกล่าวส่งผลให้หน่วยงานทางปกครองมีความเสี่ยงที่จะต้องรับผิดชอบมากขึ้น ซึ่งจะมีผลกระทบต่อเงินงบประมาณของหน่วยงานทางปกครองที่จะต้องนำมาจ่ายเป็นค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ด้วยเหตุนี้ในเวลาต่อมาศาลจึงได้พยายามที่จะจำกัดหรือกำหนดเงื่อนไขความรับผิดเพิ่มเติม โดยวางหลักในคดี *Atkinson V. Newcastle Co.* ว่า หน้าที่ที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นจะต้องเป็นหน้าที่ที่สอดคล้องกับความประสงค์ของรัฐสภาในการตรากฎหมายนั้นขึ้นมาด้วย โดยที่“ความผิด” ของเจ้าหน้าที่ที่กระทำการอันละเมิดหน้าที่ไม่เป็นเงื่อนไขความรับผิดแต่อย่างใด ซึ่งหมายความว่า หน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดชอบในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของตนกระทำการละเมิดหน้าที่และก่อให้เกิดความเสียหายด้วย ทั้งนี้แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ไม่มี “ความผิด” ก็ตาม

สำหรับข้อพิจารณาเกี่ยวกับเงื่อนไขของความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการละเมิดหน้าที่ที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ต้องปฏิบัติ มีดังนี้

- การละเมิดหน้าที่

กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานทางปกครองต้องปฏิบัติเอาไว้อย่างชัดเจนการละเมิดหน้าที่ดังกล่าวแม้เพียงเล็กน้อยย่อมถือว่าเป็นการละเมิดหน้าที่แล้ว สำหรับกรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่โดยใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนแน่นอน กล่าวคือเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวจะถือว่าเป็นการละเมิดหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้กระทำก็ต่อเมื่อการใช้ดุลพินิจนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

- ความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติ

การค้นหาคำประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานทางปกครองต้องปฏิบัติเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาว่าในที่สุดแล้วหน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดหน้าที่หรือไม่ในระบบกฎหมายอังกฤษนั้น ศาลอังกฤษได้กำหนดเกณฑ์ในการค้นหาคำประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติขึ้น

2) ความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาท (negligence)

ในระบบกฎหมายอังกฤษนั้น “ประมาท” ไม่ใช่เป็นเพียงรูปแบบของ “ความผิด” เหมือน “จงใจ” เท่านั้น แต่เป็นประเภทของความรับผิดอย่างหนึ่งซึ่งมีโครงสร้างความรับผิดเป็นเอกเทศแยกออกต่างหากจากความรับผิดทางละเมิดประเภทอื่น ความรับผิดอันเนื่องมาจากการกระทำโดยประมาท (negligence) เกิดจากแนวคิดที่ว่า การไม่ใช้ความระมัดระวังในการกระทำจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นควรจะถูกถือเป็นความรับผิดทางละเมิดในตัวเองโดยที่ไม่จำเป็นต้องเชื่อมโยงกับสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ เป็นความผิดในตัวเอง ซึ่งเป็นแนวคิดที่พัฒนามาจากแนวคิดเดิมที่ถือกันว่า “ประมาท” เป็นรูปแบบของความผิด (fault) อันมีลักษณะเป็นองค์ประกอบภายในประเภทหนึ่งคู่กับจงใจ โดยบุคคลจะต้องรับผิดในการกระทำโดยประมาทก็ต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด โดยเฉพาะ ลักษณะสำคัญของความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาทคือการก่อให้เกิดความเสียหาย (damage) โดยการละเมิดหน้าที่ (breach of duty) ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังอันเป็นหน้าที่ที่ common law ยอมรับ (duty of care) ด้วย เหตุนี้เราจึงอาจแยกแยะองค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิดฐานประมาท ออกได้ 3 ประการ ดังนี้ (มีข้อสังเกตว่าความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาทอาจเกิดขึ้นคู่กับความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการละเมิดหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ (breach of statutory duty) ได้)

-หน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง (duty of care)

ความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาทนั้น เฉพาะการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นยังไม่ก่อให้เกิดความรับผิด บุคคลที่กระทำการโดยประมาทจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลที่เสียหายในเรื่องนั้น โดยในคดี Donoghue V. Stevenson ศาลได้พยายามวางหลักทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดที่ได้กระทำโดยประมาทว่า บุคคลย่อมมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามที่จำเป็นเพื่อป้องกันความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับบุคคลอื่นซึ่งเมื่อพิจารณาอย่างมีเหตุมีผลแล้วเป็นบุคคลที่จะได้รับผลกระทบโดยตรงจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำนั้น ปัจจุบันในการพิจารณาว่าบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังหรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้ที่ได้รับ ความเสียหายและความสามารถในการคาดคะเนผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำเป็นสำคัญ นอกจากนี้ศาลจะพิจารณาด้วยว่าการกำหนดหน้าที่ให้ต้องใช้ความระมัดระวังเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมแล้วเป็นเรื่องที่มีความเป็นธรรมถูกต้องและสมเหตุสมผลหรือไม่

- การละเมิดหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง (breach of duty)

การละเมิดหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังนั้น จะต้องไม่ใช่เกิดจากการกระทำโดยจงใจ แต่เกิดจากการที่บุคคลผู้กระทำนั้นประมาท คือไม่ใช่ความระมัดระวังทั้งที่อาจใช้ความระมัดระวังเพื่อเลี่ยงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้ ข้อพิจารณาที่สำคัญสำหรับการละเมิดหน้าที่คือ ยิ่งความเสียหายที่จะเกิดขึ้นมีมากเท่าไร บุคคลก็ต้องมีหน้าที่กระทำการด้วยความระมัดระวังมากขึ้นเท่านั้น

- ความเสียหาย (damage or injury)

ความเสียหายที่เกิดขึ้นที่จะทำให้บุคคลที่กระทำการละเมิดหน้าที่ด้วยความประมาทต้องรับผิดชอบนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่เห็นได้อย่างสมเหตุสมผลว่าเป็นผลสืบเนื่องจากการกระทำที่ละเมิดหน้าที่นั้น ในระบบกฎหมายอังกฤษการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลศาลจะดูจากการคาดหมายผลเสียหายที่เกิดขึ้นว่าพิจารณาจากบุคคลสามัญทั่วไปแล้ว ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นสามารถคาดหมายได้หรือไม่ว่ามากจากการกระทำของบุคคลที่ละเมิดหน้าที่

(2) ความผิดกฎหมาย

ในการพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายประสงค์คุ้มครองเป็นละเมิดหรือไม่นั้น นอกจากจะพิจารณาว่าการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้นครบองค์ประกอบความรับผิดชอบตามลักษณะของละเมิดแต่ละประเภทหรือไม่แล้ว ต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ โดยปกติแล้วการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองย่อมเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นอยู่ในตัว เว้นแต่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ส่วนการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดหน้าที่หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากความประมาทนั้น จะต้องพิสูจน์ต่อไปด้วยว่าการกระทำดังกล่าวขัดกับหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติหรือใช้ความระมัดระวังตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือตาม common law หรือไม่

แม้ว่าระบบกฎหมายอังกฤษจะไม่มี การแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนโดยเฉพาะก็ตาม แต่ในการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่นั้นศาลอังกฤษได้พัฒนาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขึ้นมาเป็นพิเศษแตกต่างจากการพิจารณาความผิดกฎหมายกรณีบุคคลทั่วไปทำละเมิด ซึ่งศาลจะตรวจสอบโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราขึ้นและจากหลัก common law โดยศาลอังกฤษได้พัฒนา “หลักการกระทำเกินขอบอำนาจ”(ultra vires doctrine) ขึ้นมาเพื่อใช้เป็นเกณฑ์

ในการตรวจสอบการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลัก ultra vires ได้แก่ การกระทำที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำลงเกินขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนด หรือกระทำลงโดยไม่มีอำนาจ หรือกระทำโดยใช้ดุลพินิจผิดพลาด สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองสิทธิของบุคคล ศาลอังกฤษได้อ้างหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) เป็นเครื่องช่วยในการตรวจสอบการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขั้นตอนของการพิจารณาเรื่องทางปกครองว่าเป็นไปอย่างถูกต้องหรือไม่

ในกรณีที่การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นการกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำได้นั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ฝ่ายปกครองย่อมไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นในทางละเมิด แต่ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำเกินขอบอำนาจ (ultra vires) ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองย่อมต้องรับผิดหากการกระทำดังกล่าวต้องด้วยเงื่อนไขอื่น ๆ สำหรับความรับผิดทางละเมิด

สำหรับความรับผิดในกรณีที่ฝ่ายปกครองละเมิดหน้าที่ (breach of statutory duty) นั้น แต่เดิมศาลวางหลักให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดหากมีการกระทำที่ขัดหรือละเมิดหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาเงื่อนไขอื่น ๆ อีก แต่โดยเหตุที่ภารกิจและหน้าที่ของฝ่ายปกครองในระยะเวลาต่อมาขยายตัวออกไปมาก โดยรัฐสภาได้ตรากฎหมายกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานทางปกครองต้องปฏิบัติเป็นจำนวนมากส่งผลให้หน่วยงานทางปกครองมีความเสี่ยงที่จะต้องรับผิดมากขึ้น ศาลจึงกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่ละเมิดหน้าที่ขึ้น เพื่อไม่ให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดมากเกินไป โดยศาลได้วางหลักไว้ในคดี Atkinson v. Newcastle Waterworks Co. ว่า หน้าที่ที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นจะต้องเป็นหน้าที่ที่สอดคล้องกับความประสงค์ของรัฐสภาในการตรากฎหมายนั้นขึ้นมาด้วย ซึ่งได้กล่าวมาแล้ว

ส่วนความรับผิดของฝ่ายปกครองอันเนื่องจากการกระทำโดยประมาท (negligence) เป็นเหตุให้ให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้น การกระทำของฝ่ายปกครองจะถือว่าเป็น “ความผิดกฎหมาย” ก็ต่อเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่ใช้ความระมัดระวังต่อหน้าที่ ทั้งนี้ในการพิจารณาว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ความระมัดระวังหรือไม่นั้นให้พิจารณาในทางภาวะวิสัย

(3) ความผิด

การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น และเป็นกรกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือเกินขอบอำนาจนั้น ในบางกรณีจะถือว่าเป็นละเมิดอัน

ทำให้ฝ่ายปกครองต้องเข้ามารับผิดชอบหรือร่วมรับผิดชอบกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำการดังกล่าว ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการนั้นไปโดยเจตนา(intention; intent) หรือประมาทเลินเล่อ (negligence) การกระทำโดยเจตนาที่มีความหมายกว้าง คือไม่ได้หมายความว่าเฉพาะการรู้ว่ตนกำลังทำอะไรและมุ่งประสงค์ให้เกิดผลขึ้นเท่านั้น แต่ในละเมียดบางประเภทการกระทำโดยเจตนาหมายถึงการกระทำทั้งหลายทั้งปวงที่ไม่ใช่เป็นเพียงการเคลื่อนไหวร่างกายในลักษณะที่เป็นปฏิกิริยาสนองตอบ (reflex) ด้วย เช่น การทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินบางประเภท แม้ผู้กระทำจะไม่ได้ต้องการให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินนั้นก็อาจถือว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาได้

ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบได้นั้น ในส่วนของการพิจารณา “ความผิด” จะต้องพิจารณาเห็นว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำการดังกล่าวนั้นได้ใช้ความระมัดระวังในภาวะและพฤติการณ์เช่นนั้นเหมือนกับวิญญูชน (reasonable man) ทั่วไปจะประพฤติปฏิบัติหรือไม่ การพิจารณา “ความผิด” ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกระทำโดยประมาทนั้น ระบบกฎหมายอังกฤษใช้มาตรฐานเดียวกับบุคคลทั่วไป มีข้อสังเกตว่า “ประมาท” ในกฎหมายอังกฤษนั้นเป็นได้ทั้งรูปแบบหนึ่งของ “ความผิด” และเป็น “ประเภท” หนึ่งของละเมิดที่มีลักษณะทั่วไปด้วย

การกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองในระบบกฎหมายอังกฤษซึ่งกฎหมายได้แยกย่อยออกเป็นละเมิดหลายประเภทนั้น ไม่จำเป็นที่ผู้กระทำจะต้องกระทำโดยมี “ความผิด” เสมอไป ดังนั้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับละเมิดในระบบกฎหมายอังกฤษจึงต้องพิจารณาด้วยว่าละเมิดประเภทใดกฎหมายเรียกร้องให้ต้องมี “ความผิด” ละเมิดประเภทใดเพียงแต่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายและผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ก็เพียงพอแล้วที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบ หากจำต้องมี “ความผิด” ด้วยไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากพิจารณาความรับผิดชอบอันเกิดจากการละเมิดหน้าที่ที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดแล้ว จะเห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าวผู้ที่กระทำการละเมิดหน้าที่ย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดหน้าที่นั้น โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้นั้นจะได้กระทำละเมิดโดยมี “ความผิด” (เจตนาหรือประมาทเลินเล่อ)หรือไม่

สำหรับในเรื่องการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น ในกฎหมายอังกฤษนั้นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นระดับความร้ายแรงของความประมาทเลินเล่อชนิดหนึ่งซึ่งเป็นแนวความคิดที่นำมาจากระบบกฎหมายโรมันโดยยอมรับกันทั่วไปในกฎหมายเกี่ยวกับการส่งมอบทรัพย์สิน แบ่งระดับของความประมาทเป็น 3 ระดับ คือ 1) ประมาท

เดินเล่ออย่างเบา(slight negligence) คือการใช้ความระมัดระวังอย่างมากแล้วแต่ก็ยังไม่เพียงพอ
 2) ประมาทเดินเล่ออย่างธรรมดา(ordinary negligence) คือการใช้ความระมัดระวังอย่างปกติ
 ธรรมดา และ3) ประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) คือการไม่ใช้ความระมัดระวัง
 แม้แต่เพียงเล็กน้อย โดยนักนิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายความหมายหรือนิยามของความ
 ประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ดังต่อไปนี้

Pollock อธิบายว่า ประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า การไม่ใช้
 ความระมัดระวังที่มากกว่าความประมาทอย่างธรรมดาที่ภายใต้สภาวะการณ์เช่นนั้นผู้กระทำควร
 จะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมาก²⁹

Clerk และ Lindsell อธิบายว่า ความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรง
 หมายความว่า การกระทำที่ไม่มี ความระมัดระวังเลยแม้แต่เพียงเล็กน้อยซึ่งสถานการณ์เช่นนั้น
 บุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับจำเลยไม่พึงควรกระทำ³⁰

Percy อธิบายว่าความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า การ
 กระทำที่แสดงถึงการไม่ใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อย แม้ผู้กระทำจะไม่สามารถมองเห็น
 ผลที่เกิดขึ้นได้แต่ผู้กระทำก็สามารถคาดเห็นผลได้ว่าน่าจะมีความเสียหายเกิดขึ้นหากได้กระทำ
 โดยปราศจากความระมัดระวัง³¹

การพิจารณาลักษณะการกระทำของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดย
 ประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงต้องใช้หลักการพิจารณาทางอัตวิสัย (Subjective) คือเหตุที่มาจาก
 ตัวผู้กระทำ โดยผู้กระทำจะต้องรู้ว่ามี ความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหาย แต่กลับไม่ใส่ใจต่อ
 ความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้น ประกอบกับการพิจารณาทางภาวะวิสัย (Objective)
 คือสภาพภายนอกที่ไม่มาจากตัวผู้กระทำ โดยการเปรียบเทียบระหว่างการกระทำของผู้กระทำกับ
 บุคคลที่สมมติขึ้นให้อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการ
 พิจารณา 4 ประการคือ

²⁹ P.A. London, Pollock's Law of torts, Fifteenth Edition (London : Stevens & Sons Limited, 1951), p 337.

³⁰ Clerk and Lindsell, Clerk & Lindsell on torts , Fifteenth Edition (London : Sweet & Maxwell, 1982), p.408.

³¹ R.A. Percy , Charlesworth & Percy on Negligence , seventh edition (London : Sweet&Maxwell, 1983), p.9.

-ผู้กระทำต้องรู้ถึงความเสี่ยงในการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น
 -ผู้กระทำไม่ใส่ใจต่อความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้น
 -บุคคลซึ่งสมมติขึ้นให้อยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกับผู้กระทำจะไม่กระทำกรร
 เช่นเดียวกับผู้กระทำ

-การกระทำของผู้กระทำควรได้รับการตำหนิจากสังคม
 ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น
 สามารถแยกองค์ประกอบได้ 4 ประการ คือ

- 1) การกระทำหรืองดเว้นการกระทำโดยมีเจตนา
- 2) ผู้กระทำต้องรู้ถึงความเสี่ยงสูงที่อันตรายจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น
- 3) ผู้กระทำได้กระทำโดยไม่ใส่ใจว่าจะเกิดอันตรายขึ้น
- 4) ผลของการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นอย่างร้ายแรงหรือเกิน

กว่าปกติอย่างมาก โดยพิจารณาจากความร้ายแรง ความเป็นไปได้ของอันตรายที่เกิดขึ้นและระดับ
 ความเสี่ยงที่สูงมาก ซึ่งระดับความเสี่ยงนี้จะพิจารณาว่าในสภาวะการณ์เช่นนั้นบุคคลที่สมมติขึ้นให้
 มีวิสัยและพฤติการณ์เช่นผู้กระทำจะกระทำสิ่งเดียวกันหรือไม่

แต่อย่างไรก็ตามนักนิติศาสตร์อีกกลุ่มซึ่งมีความเห็นที่ไม่ยอมรับแนวคิด
 เกี่ยวกับความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ได้แก่ Winfield ,Salmond ,Harry Street ,Baron
 Rolf เป็นต้น โดยอธิบายว่า ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นไม่มีการแบ่งระดับของความ
 ประมาทเลินเล่อ การแบ่งระดับความประมาทเลินเล่อเป็นเรื่องของกฎหมายซีวิลลอว์ และการ
 ตัดสินของศาลที่แบ่งระดับความประมาทเลินเล่อเป็น 3 ระดับเป็นการตัดสินที่ผิดพลาด ความ
 ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาและความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเป็นสิ่งที่เหมือนกันไม่มี
 ความแตกต่าง ความประมาทเลินเล่อของระบบกฎหมายอังกฤษมีเพียงอย่างเดียวคือ ความ
 ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาที่บุคคลกระทำการโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างบุคคลที่
 สมมติขึ้นให้มีวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำละเมิดจะพึงมีพึงใช้ภายใต้สภาวะการณ์นั้น³²

จะเห็นได้ว่าแนวความคิดเรื่องความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบ
 กฎหมายอังกฤษนั้นมิใช่เงื่อนไขในการพิจารณาว่าการกระทำเป็นความผิดทางละเมิดหรือไม่

³² ธนงศักดิ์ วิเศษจรณา, “ความรับผิดเพื่อละเมิดตามมาตรา 420: ศักยภาพของความ
 รับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 170-171.

แต่ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงถือเป็นการกระทำที่มีความร้ายแรงและกระทบต่อสังคมมาก ศาลอังกฤษจึงใช้ในการพิจารณาว่าผู้ที่กระทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนที่สูงมาก เรียกว่า ค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษ เพื่อเป็นการป้องปรามพฤติกรรมที่มีความชั่วร้ายไม่ให้คนในสังคมเอาเป็นเยี่ยงอย่าง ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายอังกฤษจึงเป็นการกระทำชนิดหนึ่งที่มีความกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขในสังคมเป็นอย่างมาก

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

บุคคลจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากกรกระทำของตน ตามหลัก common law ในการพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นสัมพันธ์กับการกระทำหรือไม่จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่าการกระทำนั้นในทางธรรมชาติหรือตามหลักวิทยาศาสตร์แล้วเป็นสาเหตุก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ถ้าไม่มีการกระทำนั้นแล้วจะเกิดความเสียหายขึ้นได้หรือไม่ การพิจารณาในเบื้องต้นนี้อาจจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลขยายออกไปค่อนข้างกว้างขวาง จึงต้องมีการจำกัดวงให้แคบลง โดยถือว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ สามารถคาดหมายได้ว่าการกระทำของตนอาจจะก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งความสามารถในการคาดหมายผลเสียหายดังกล่าวนี้ให้พิจารณาจากสามัญชนที่มีเหตุผลโดยทั่วไป อย่างไรก็ตามหากความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากความประสงค์จงใจของผู้กระทำ ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบถึงแม้ว่าพิจารณาจากสายตาของสามัญชนทั่วไปแล้วความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไม่อาจคาดหมายได้ก็ตาม

2.1.2 พระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947

ในส่วนความรับผิดชอบของรัฐนั้นนอกจากจะอาศัยหลักเกณฑ์ของ common law แล้วพระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947 ได้กำหนดให้ The Crown มีฐานะเหมือนกับเอกชน(มีข้อยกเว้นบางกรณี) โดย The Crown อาจรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำลงไปได้ตามหลักเกณฑ์ของ common law เอกชนที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่สามารถฟ้องร้องให้ The Crown ชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่อย่างไรก็ตาม The Crown เพียงรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ไปก่อนเท่านั้น เมื่อ The Crown ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายไปแล้วก็สามารถไปไล่เบี้ยออกจากเจ้าหน้าที่ได้ อาจกล่าวได้ว่า ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นไม่ต่างกับความรับผิดชอบของลูกจ้างกับนายจ้างซึ่งเป็นเอกชนไปกระทำละเมิดต่อบุคคลอื่นที่เป็นเช่นนี้เพราะระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนออกจากกฎหมายมหาชนดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นกรณีที่นายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการ

กระทำของลูกจ้างนั้น ก็ต่อเมื่อการละเมิดนั้นลูกจ้างได้ทำไปในทางการที่จ้าง และเนื่องจากในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน ในการวินิจฉัยการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่จึงใช้หลักในการวินิจฉัยเช่นเดียวกับการกระทำในทางการที่จ้าง โดยศาสตราจารย์เซอร์ เพอร์ซี วินฟิลด์ เสนอแนะว่า การละเมิดของลูกจ้างนั้นจะเป็นการกระทำในทางการที่จ้างหรือไม่ย่อมต้องแล้วแต่ความใกล้ชิดกับทางการที่จ้างหรือไม่ โดยจะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ไม่มีข้อวินิจฉัยที่ตายตัว ความใกล้ชิดนั้นอาจเป็นไปได้ทั้งในแง่ช่วงเวลา และในแง่ภารกิจ

ตัวอย่างเกี่ยวกับความใกล้ชิดในแง่ช่วงเวลาของการทำละเมิดกับช่วงเวลาในการปฏิบัติหน้าที่นั้น ศาลอังกฤษได้พิจารณาในคดี Century Insurance Co. Ltd v Northern Ireland Road Transport Board บริษัทค้าน้ำมันได้ทำสัญญาให้จำเลยขนส่งน้ำมันไปยังปั๊มน้ำมันหลายแห่ง จำเลยจึงจ้างคนขับรถบรรทุกทุกน้ำมันจำนวนมากเพื่อขับรถขนส่งน้ำมัน ปรากฏว่าคนขับรถบรรทุกน้ำมันคนหนึ่งซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยได้นำรถบรรทุกน้ำมันที่บรรทุกน้ำมันเต็มถังไปส่งยังปั๊มน้ำมัน ในขณะที่กำลังถ่ายน้ำมันจากรถบรรทุกน้ำมันเข้าสู่ถังน้ำมันของสถานี คนขับรถได้ไปยื่นใกล้บริเวณที่สูบลำดับน้ำมันแล้วหยิบบุหรี่ขึ้นมาสูบโดยทิ้งไม้ขีดไฟลงบนพื้นทำให้เกิดการระเบิดของน้ำมัน เปลวไฟได้ลุกลามไปยังปั๊มน้ำมันและบ้านเรือนที่อยู่ใกล้เคียงได้รับความเสียหาย จำเลยซึ่งเป็นนายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของคนขับรถบรรทุกน้ำมันซึ่งเป็นลูกจ้างกระทำละเมิดโดยประมาท แม้การสูบบุหรี่จะไม่ใช่งานในหน้าที่ แต่การที่ลูกจ้างหยิบบุหรี่ขึ้นมาจุดนั้นอยู่ในช่วงเวลาระหว่างที่เขากำลังทำการถ่ายน้ำมันจากรถบรรทุกน้ำมันสู่ถังน้ำมันซึ่งเป็นช่วงเวลาใกล้ชิดกับการปฏิบัติงานในหน้าที่

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

เนื่องจากพระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947 นี้ มิได้ยกเลิกความรับผิดเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นหลักกฎหมายดั้งเดิม ความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่เปลี่ยนแปลงโดยยังต้องรับผิดต่อผู้เสียหาย ซึ่งกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ³³

1) กรณีที่เป็นความผิดส่วนตัวโดยสภาพ ได้แก่ การกระทำนอกขอบเขตอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น การกระทำฝ่าฝืนหน้าที่ตามตัวบทกฎหมายต่าง ๆ การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีเจตนาร้าย ซึ่งมีผลให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหาย โดยรัฐ(The Crown) ไม่ต้องรับผิด และเจ้าหน้าที่ที่ถูกตัดสินให้รับผิดเป็นส่วนตัวต้องชดใช้ค่าเสียหายในลักษณะที่สูงกว่าค่าเสียหายจริงในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยทารุณโหดร้าย โดยอำเภอใจ หรือกระทำโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการกำหนดค่าสินไหมทดแทนแบบการลงโทษ

2) กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐถูกฟ้องและต้องรับผิดเป็นส่วนตัวสำหรับการทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ เช่น กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหาย ซึ่งโดยปกติโจทก์มักฟ้องหน่วยงานของรัฐ

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่เป็นการรับผิดร่วมกันระหว่างรัฐและเจ้าหน้าที่ ซึ่ง The Crown Proceeding Act 1947 ได้กำหนดให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดในกรณีละเมิดอันเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องในการควบคุมดูแลของรัฐ ในกรณีดังกล่าวเจ้าหน้าที่ที่ถูกฟ้องให้รับผิดอาจฟ้องเรียกร้องให้รัฐรับผิดได้ตามส่วนแห่งความรับผิดเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาถ้ารัฐหรือตัวแทนรวมทั้งเจ้าหน้าที่กระทำการใด ๆ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น และในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาแล้วก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น เจ้าหน้าที่จะอ้างว่าตนทำตามคำสั่งเพื่อให้พ้นความรับผิดไม่ได้ เพราะเหตุว่า รัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ทำความเสียหายได้ ดังนั้นเจ้าหน้าที่และผู้บังคับบัญชาผู้ออกคำสั่งดังกล่าวต้องรับผิดเป็นส่วนตัวต่อผู้เสียหาย แต่ในระหว่างเจ้าหน้าที่ที่ทำตามคำสั่งกับผู้บังคับบัญชานั้น เจ้าหน้าที่มีสิทธิฟ้องไล่เบี้ยเอาจากผู้บังคับบัญชาผู้ออกคำสั่งได้ โดยมีการตั้งกองทุนไว้เพื่อชำระค่าเสียหายแทนเจ้าหน้าที่

สำหรับความรับผิดทางละเมิดนั้น The Crown Proceeding Act 1947 กำหนดให้รัฐหรือฝ่ายปกครองต้องรับผิดในกรณีละเมิดเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาที่บรรลุนิติภาวะและมีความสามารถตามกฎหมายโดยมีข้อยกเว้นในบางกรณีเท่านั้น นั่นคือ The Crown (ราชการบริหาร

³³ รุ่งธรรม พุ่มเล็ก, ร.อ., อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น. 24-25.

ส่วนกลาง) จะต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ราชบัลลังก์ได้กระทำลงไปได้ตามหลักเกณฑ์ของ common law³⁴ ซึ่งโดยหลักทั่วไปต้องถือว่า The Crown ได้รับความคุ้มครองกันให้ไม่ต้องรับผิด ทั้งนี้ The Crown จะต้องรับผิดต่อเมื่อเข้าข้อยกเว้นที่พระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947 มาตรา 2(1) กำหนดไว้ให้ต้องรับผิดเสียก่อน โดยมาตรา 2(1) บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ The Crown หรือรัฐ จะต้องรับผิดในกรณีละเมิดต่อผู้เสียหายในฐานะอย่างเดียวกับบุคคลธรรมดาซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว และมีความสามารถตามกฎหมายในกรณีดังต่อไปนี้

a) ในกรณีที่การกระทำละเมิดนั้นได้กระทำโดยลูกจ้างหรือตัวแทน เช่น ความประมาทเลินเล่อ การบุกรุก เป็นต้น

b) ในกรณีที่ลูกจ้างหรือตัวแทนของบุคคลนั้นได้กระทำผิดหน้าที่ซึ่งบุคคลนั้นจะต้องรับผิดเพราะเหตุที่เป็นนายจ้างหรือตัวการ เช่น การวางระเบียบควบคุมการทำงานไม่รัดกุม

c) ในกรณีที่มีการกระทำผิดหน้าที่เกี่ยวกับการมีกรรมสิทธิ์ การครอบครอง การมีไว้หรือการควบคุมทรัพย์สินซึ่งก่อให้เกิดอันตราย”³⁵

บทบัญญัติดังกล่าวนอกจากรัฐจะต้องรับผิดต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่และตัวแทนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ว่าจะความผิดนั้นจะเกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาแล้วยังต้องรับผิดเด็ดขาดในการครอบครองหรือควบคุมทรัพย์สินอันตราย นอกจากนี้ยังมีกรณีที่เป็นการรับผิดร่วมกันระหว่างรัฐและเจ้าหน้าที่ ซึ่ง The Crown Proceeding Act 1947 ได้กำหนดให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดในกรณีละเมิดอันเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องในการควบคุมดูแลของรัฐ

ประเด็นที่ต้องพิจารณาในบทบัญญัติมาตรา 2(1) ดังกล่าว คือ คำว่า “servent” หมายถึง ลูกจ้างหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ราชบัลลังก์ และ คำว่า “agent” ซึ่งหมายถึง ตัวแทนหรือผู้กระทำการแทนราชบัลลังก์ ซึ่งเป็นบุคคลที่ทำการละเมิดอันอาจทำให้ The Crown ต้องรับผิดนั้นมีความหมายอย่างไร สำหรับ คำว่า “servent” นั้น แม้จะถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ราชบัลลังก์มีสถานะเสมือนเป็นลูกจ้างของราชบัลลังก์ก็ตาม แต่ไม่หมายความว่า The Crown จะต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ราชบัลลังก์ได้กระทำไปทุกกรณี กล่าวคือ The Crown จะต้องรับผิดแทนหรือร่วมรับผิดกับเจ้าหน้าที่ก็ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์กันภายในระหว่างหน้าที่การงานที่ The Crown

³⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เียงอรรถที่ 1, น.16-17.

³⁵ สุจิน ชื้อสุวรรณ, อ่างแล้ว เียงอรรถที่ 25, น.32-33.

ได้มอบหมายให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่สาม หากไม่มีความสัมพันธ์นั้นอยู่เลยเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องรับผิดโดยลำพัง ซึ่งคำว่า “ในขอบเขตหน้าที่ที่นายจ้างได้มอบหมาย” (course of employment) มีความหมายกว้าง³⁶ โดยไม่ได้หมายถึงเฉพาะแต่การทำงานที่ได้รับมอบหมายจากนายจ้างโดยตรงเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงลักษณะการกระทำที่แม้ไม่ได้รับคำสั่งจากนายจ้างให้ปฏิบัติหรือนายจ้างห้ามมิให้ปฏิบัติแต่ลูกจ้างได้กระทำไปเพื่อการปฏิบัติงานให้แก่ นายจ้างให้ลุล่วงตามที่ได้รับมอบหมายด้วย ดังนั้น แม้เจ้าหน้าที่จะได้กระทำไปโดยเจตนาหรือกระทำโดยผิดกฎหมายก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่สาม The Crown ก็อาจจะต้องเข้ามาร่วมรับผิดด้วย ซึ่งเป็นบุคคลที่กระทำละเมิดอันอาจจะทำให้ The Crown ต้องรับผิดตามพระราชบัญญัติปีได้นั้นมาตรา 2(6) พระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติไว้ว่า The Crown จะต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดที่บุคคลได้กระทำไปก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นเป็น “เจ้าหน้าที่” (officer) ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยพระมหากษัตริย์ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมและเป็นผู้ได้รับเงินเดือนจากงบประมาณของรัฐบาลกลางที่ได้รับอนุมัติจากรัฐสภาหรือดำรงตำแหน่งหน้าที่ราชการซึ่งตามกฎหมายมีสิทธิได้รับเงินเดือน ซึ่งหมายรวมถึง รัฐมนตรีและข้าราชการทั่วไปด้วย และในมาตรา 38(2) ได้บัญญัติให้ “เจ้าหน้าที่” (officer) หมายความรวมถึงบรรดาผู้รับใช้ราชบัลลังก์และรัฐมนตรีด้วย จึงเป็นผลให้บุคคลบางประเภทไม่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ The Crown จึงไม่ต้องรับผิดแทนบุคคลดังกล่าว เช่น ตำรวจ ทั้งนี้เพราะตำรวจได้รับเงินตอบแทนการปฏิบัติงานจากหน่วยงานตำรวจส่วนท้องถิ่นซึ่งไม่ใช่เงินงบประมาณที่รัฐสภากำหนดให้ รัฐสภาจึงได้ตราพระราชบัญญัติตำรวจ ค.ศ. 1964 กำหนดให้ผู้บัญชาการสำนักงานตำรวจเป็นผู้รับผิดชอบหรือร่วมกับเจ้าหน้าที่ตำรวจที่กระทำละเมิดนั้น นอกจากตำรวจแล้วบรรดาผู้ที่มาทำงานให้ราชบัลลังก์ในลักษณะการเข้ามาช่วยเหลือเป็นครั้งคราวหรือเป็นการชั่วคราวย่อมไม่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่เช่นกัน The Crown จึงไม่ต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดที่บุคคลดังกล่าวได้ก่อขึ้นแม้ในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อ The Crown³⁷

ส่วนคำว่า “agent” โดยทั่วไปแล้วหมายถึงบุคคลที่กระทำการแทนหรือเป็นผู้แทนของอีกบุคคลหนึ่ง ทำให้บุคคลหนึ่งต้องเข้ามารับผิดแทนหรือร่วมกับบุคคลอีกคนหนึ่งที่กระทำการแทนตนด้วย ถึงแม้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสองจะไม่ใช่ความสัมพันธ์ในลักษณะนายจ้างกับ

³⁶ John Bell and Anthony W. Bradley, *Governmental Liability : A Comparative Study.* (London : The United Kingdom National Committee of Comparative Law, 1991),p.20.

³⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น.19-20.

ลูกจ้างก็ตาม ซึ่งพระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947 กำหนดให้ “ผู้รับเหมาอิสระ” (independent Contractor) หรือผู้รับจ้างซึ่งผูกพันที่จะต้องกระทำการบางอย่างบางประการตามสัญญาให้กับ The Crown ซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างอยู่ในความหมายของคำว่า “agent” ทำให้ The Crown ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ “agent” (ผู้รับจ้างหรือผู้กระทำการแทนราชบัลลังก์) ได้กระทำให้ไปเสมือนหนึ่งว่า The Crown เป็นเอกชนคนหนึ่ง(ผู้ว่าจ้าง)ด้วย แต่ The Crown จะต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ผู้กระทำการแทนราชบัลลังก์(agent)ได้กระทำให้ไปก็ต่อเมื่อการกระทำละเมิดของผู้รับจ้าง(agent)อยู่ในขอบข่ายของงานที่ผู้ว่าจ้างได้จ้างให้ผู้รับจ้าง(agent)กระทำนั้น แต่ผู้ว่าจ้างไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้นจากความประมาทอันเป็นเหตุบังเอิญในการทำการงานที่จ้างนั้น

นอกจากนั้นพระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947 ยังบัญญัติยกเว้นไม่ให้ The Crown ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจตุลาการ(judicial nature)ตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา(execution of the judicial process)ด้วย ซึ่งเหตุผลที่ยกเว้นความรับผิดชอบของ The Crown ในกรณีดังกล่าวเนื่องจากการใช้อำนาจตุลาการเป็นเรื่องที่จะต้องปล่อยให้ผู้ที่มีอำนาจดำเนินการอย่างเป็นทางการเป็นอิสระ เมื่อ The Crown ไม่อาจสั่งการผู้พิพากษาตุลาการต่าง ๆ ได้ จึงไม่เป็นธรรมหากจะต้องให้ The Crown ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ผู้พิพากษาตุลาการได้ก่อให้เกิดขึ้น³⁸

สำหรับหน่วยงานทางปกครองอื่นที่เป็นอิสระอาจจะมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ราชบัลลังก์หรือเป็นองค์กรที่กระทำการแทนราชบัลลังก์ได้ โดยศาลจะพิจารณาว่าการกระทำของหน่วยงานทางปกครองนั้นตกอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐมนตรีเข้มข้นเพียงใด หรืองานที่หน่วยงานทางปกครองทำไปนั้นเป็นงานที่โดยธรรมเนียมปฏิบัติแล้วเป็นสิ่งที่ The Crown เคยทำหรือไม่ ซึ่งในบางกรณีหากมีปัญหาคือเกี่ยวกันว่าหน่วยงานดังกล่าวหรือการทำงานของหน่วยงานนั้นจะได้รับความคุ้มครองมิให้ถูกฟ้องคดีหรือไม่ รัฐสภาก็จะตรากฎหมายเฉพาะขึ้นมาใช้บังคับเพื่อให้สถานการณ์ทางกฎหมายชัดเจน เช่น พระราชบัญญัติการไปรษณีย์ ค.ศ. 1969 ซึ่งบัญญัติไม่ให้ถือว่าการไปรษณีย์เป็นผู้รับใช้หรือองค์กรที่กระทำการแทนราชบัลลังก์และไม่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองใด ๆ ของ The Crown ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ชัดเจนศาลมักจะตีความจำกัดความเป็นผู้รับใช้ราชบัลลังก์หรือผู้ทำการแทนราชบัลลังก์ให้แคบเพื่อจำกัดการใช้ประโยชน์จากความคุ้มกันของ The Crown เพราะหากในกรณีที่ยอมรับว่าการกระทำของ

³⁸ Barnes, The Crown Proceeding Act 1947, Can.Bar.Rev. 1948, p.391.

หน่วยงานทางปกครองเป็นการกระทำในฐานะเป็น servant หรือ agent แล้ว The Crown จะเป็นผู้รับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานได้กระทำไปภายใต้หลักเกณฑ์และข้อจำกัดของกฎหมาย

ความรับผิดของ The Crown สำหรับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ช่วยงาน The Crown นั้นเป็นความรับผิดเพื่อผู้อื่น (vicarious liability) และความรับผิดร่วมกัน (joint liability) อันเป็นความรับผิดโดยอ้อม ซึ่งหมายความว่า The Crown ต้องเข้าไปรับผิดแทนหรือร่วมกับเจ้าหน้าที่ ในทางปฏิบัติผู้เสียหายมักจะฟ้อง The Crown เช่นเดียวกับกรณีลูกจ้างกระทำละเมิดผู้เสียหายก็มักฟ้องนายจ้างให้รับผิด และเมื่อ The Crown ได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายแล้วก็อาจไปไต่เบียดกับเจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ช่วยงานราชบัลลังก์ได้ แต่โดยปกติ The Crown จะไม่ใช้สิทธิดังกล่าว

นอกจากการที่ The Crown ต้องเข้าไปรับผิดแทนหรือร่วมกับเจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ช่วยงานราชบัลลังก์ดังที่ได้กล่าวแล้ว The Crown อาจต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายโดยตรง ในกรณีที่ The Crown ละเมิดหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งความรับผิดโดยตรงของ The Crown (direct liability) นี้ได้รับการบัญญัติไว้ใน The Crown Proceeding Act 1947 โดยแยกออกได้เป็น ความรับผิดกรณีละเมิดหน้าที่ตาม common law ประการหนึ่ง และความรับผิดกรณีละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรอีกประการหนึ่ง

ก. ความรับผิดโดยตรงกรณีละเมิดหน้าที่ตาม common law

The Crown ต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้รับใช้ช่วยงานราชบัลลังก์ ในกรณีที่ The Crown ละเมิดหน้าที่ที่นายจ้างต้องปฏิบัติต่อลูกจ้างตามหลัก common law (ตามมาตรา 2(1)(b) The Crown Proceeding Act 1947) และต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติในฐานะที่ The Crown เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่น(ตามมาตรา 2(1)(c) The Crown Proceeding Act 1947)

นอกเหนือจากกรณีที่พระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947 บัญญัติให้ The Crown ต้องรับผิดโดยตรงจากการละเมิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติ ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ของ common law แล้ว ศาลยังได้เคยวินิจฉัยให้หน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดโดยตรงกรณีที่หน่วยงานทางปกครองนั้นละเมิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติด้วย เช่น วินิจฉัยให้หน่วยงานทางปกครองที่ดูแลสถานศึกษาต้องรับผิดกรณีที่ไม่วางมาตรการความปลอดภัยในโรงเรียนให้เพียงพอ ทำให้เด็กนักเรียนอนุบาลสามารถออกไปในถนนที่ติดกับโรงเรียนและมีการจราจรคับคั่งได้

ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ศาลเห็นว่าครุฑที่ดูแลนักเรียนอนุบาลไม่ได้ประมาทเดินเล่น จึงไม่เป็นละเมิดและด้วยเหตุดังกล่าวจึงไม่สามารถพิพากษาให้หน่วยงานทางปกครองเข้ามารับผิดแทนหรือร่วมรับผิดได้ แต่ศาลเห็นว่าหน่วยงานทางปกครองนั่นเองไม่ได้กำหนดมาตรการรักษาความปลอดภัยให้ดีพอ จึงพิพากษาให้หน่วยงานทางปกครองรับผิดโดยตรง

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าหากกรณีที่เกิดขึ้นนี้เป็นเรื่องที่ The Crown กระทำ The Crown ย่อมไม่ต้องรับผิด เนื่องจากไม่เข้าเหตุที่พระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947 มาตรา 2(1) ได้รับความคุ้มครองไว้ จึงเป็นไปตามหลักทั่วไปที่ต้องถือว่า The Crown (ราชการบริหารส่วนกลาง) ได้รับความคุ้มกันนั่นเอง เพราะความรับผิดโดยตรงของ The Crown นั้น แม้ว่าจะต้องอาศัยหลักเกณฑ์ทั่วไปของ common law แต่ในเบื้องต้นจะต้องเข้าข้อยกเว้นที่พระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947 กำหนดให้ต้องรับผิดเสียก่อน มิฉะนั้นแล้ว The Crown ย่อมได้รับความคุ้มกันให้ไม่ต้องรับผิด

ข. ความรับผิดโดยตรงกรณีละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร

มาตรา 2(2) ของพระราชบัญญัติ The Crown Proceeding Act 1947 บัญญัติให้ The Crown ต้องรับผิดโดยตรงกรณี The Crown ละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายที่กำหนดให้ The Crown ต้องปฏิบัติ ทั้งนี้หน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ The Crown ต้องปฏิบัตินั้นจะต้องได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งหรือเห็นประจักษ์โดยปริยาย (necessary implication) และเป็นหน้าที่ที่บุคคลอื่นผูกพันที่จะต้องปฏิบัติ

ปัจจุบันกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นส่วนใหญ่มักจะไม่กำหนดอำนาจหน้าที่ให้กับ The Crown แต่จะกำหนดอำนาจหน้าที่ให้กับรัฐมนตรีโดยตรง ด้วยเหตุนี้ในกรณีที่รัฐมนตรีกระทำการอันละเมิดต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด The Crown จึงไม่ต้องเข้ามารับผิดโดยตรง แต่จะเข้ามารับผิดแทนหรือร่วมกับรัฐมนตรีอันเป็นความรับผิดโดยอ้อม ซึ่งหมายความว่า การละเมิดหน้าที่ของรัฐมนตรีจะต้องเป็นละเมิดตามหลัก common law เสียก่อน The Crown จึงจะเข้ามารับผิด

นอกจากนั้น The Crown ย่อมไม่ต้องรับผิดสำหรับการกระทำที่ถือว่าเป็น “การกระทำของรัฐบาล” (act of state) การกระทำของรัฐบาลในระบบกฎหมายอังกฤษจะเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการต่างประเทศหรือการทูต รวมถึงตลอดถึงการดำเนินการทางทหาร ไม่ว่าจะเป็นการจับกุมบุคคล ยึดหรือทำลายทรัพย์สินหรือการดำเนินการที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางทหารอย่างอื่น

2.1.3 ความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างหน่วยราชการกับข้าราชการและ การใช้สิทธิไต่เบี่ย

ภายใต้ The Crown Proceeding Act 1947 ที่กำหนดให้ The Crown และเจ้าหน้าที่ร่วมรับผิด (jointly) ในละเมิดต่อผู้เสียหายตามกฎหมายมาตรา 4 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

สามารถนำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องการไล่เบียด (Indemnity) และสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ที่ทำผิดร่วมแบ่งเฉลี่ยความเสียหายตามส่วน (Contribution) ระหว่างผู้กระทำละเมิดด้วยกันหรือผู้ประมาทเดินเล่อดด้วยกัน นอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติอื่นก็มีการนำเอาหลักการเฉลี่ยความรับผิดชอบและการไล่เบียดมาใช้กับ The Crown เช่นกันโดยกำหนดให้นายจ้างซึ่งได้จ่ายค่าเสียหายสำหรับการกระทำละเมิดของลูกจ้างมีสิทธิไล่เบียดจำนวนเงินนั้นคืนจากลูกจ้างในกรณีที่ลูกจ้างเป็นผู้ทำละเมิดร่วม³⁹ เนื่องจากผู้ละเมิดอาจเรียกร้องให้แบ่งสรรความเสียหายได้จากผู้ละเมิดที่น่าตำหนิ ดังในคดี Lister V. Romford Ice and Cold Storage Co.Ltd.[1957] A.C.555 กรณีที่คนขับรถบรรทุกและบิดาทำงานภายใต้สังกัดนายจ้างคนเดียวกัน วันหนึ่งบิดาได้นำรถออกไปเก็บขยะตามหน้าที่ รถเกิดพลิกคว่ำด้วยความประมาทของคนขับรถทำให้บิดาบาดเจ็บ บิดาได้ฟ้องนายจ้างให้รับผิดชอบสำหรับการกระทำละเมิดของคนขับรถ และได้รับค่าสินไหมทดแทนจำนวน 1,600 ปอนด์ นายจ้างจึงฟ้องไล่เบียดจากคนขับรถเป็นเงิน 1,800 ปอนด์ ศาล House of Lord ตัดสินโดยเสียงข้างมาก (3 ต่อ 2) ให้นายจ้างมีสิทธิได้รับคืนเต็มจำนวน ดังนั้น ถ้าคนขับรถของรัฐบาลขับรถโดยประมาทจนและทำให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดได้รับบาดเจ็บเสียหายและบุคคลที่ได้รับ ความเสียหายฟ้อง The Crown และได้รับการชดใช้ค่าเสียหายไปแล้ว The Crown ย่อมมีสิทธิตามกฎหมายเสมือนนายจ้างที่จะเรียกให้คนขับรถชดใช้คืนได้

อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายอังกฤษการใช้สิทธิไล่เบียดเต็มจำนวนของนายจ้างหรือตัวการนี้จะต้องถูกหักทอนลงตามส่วนแห่งความผิดหรือความบกพร่องของนายจ้างหรือตัวการด้วย ทั้งนี้เพราะโดยหลักทั่วไปแล้วสิทธิไล่เบียดเต็มจำนวน (Indemnity) หมายถึงสิทธิของผู้ที่ไม่ใช่ต้นเหตุแห่งความรับผิดชอบเท่านั้น ดังนั้นหากนายจ้างหรือตัวการจะโดยการกระทำของตนเองหรือโดยการกระทำของลูกจ้างหรือตัวแทนอื่นของตนมีส่วนผิดหรือประมาทก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอยู่ด้วยแล้ว นายจ้างหรือตัวการนั้นจะใช้สิทธิไล่เบียดเต็มจำนวนไม่ได้ คงมีสิทธิเพียงที่จะฟ้องเรียกให้ลูกจ้างหรือตัวแทนของตนชดใช้ให้แก่ตนตามส่วนแห่งความผิด (Contribution) เท่านั้น ในคดี Jones V. Manchester Corporation and others [1952] 2 Q.B.852 ศาลตัดสินว่านายจ้างไม่มีสิทธิไล่เบียดเต็มจำนวน คงมีแต่เพียงขอแบ่งเฉลี่ยความรับผิดชอบภายใต้ Law Reform(Married Women and Tortfeasors)Act, 1935 กับลูกจ้างโดยให้นายจ้างรับผิดชอบ 80% ลูกจ้างรับผิดชอบ 20%

ดังนั้น ถ้ากรณีใดรัฐมีส่วนต้องรับผิดชอบเพราะความประมาทหรือความบกพร่องในการควบคุมดูแลของภาครัฐเอง เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกฟ้องให้รับผิดชอบอาจฟ้องเรียกส่วนชดเชยของตน

³⁹ Torts, WHalsbury's Law of England, 4th ed. Volume 45(1985),p.572.

จากรัฐได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจได้รับการชดเชยเงินหากเขาพิสูจน์ได้ว่ารัฐหรือ The Crown มีส่วนร่วมรับผิดชอบต่อผู้เสียหายตามหลักความรับผิดชอบตามส่วน (Contribution)⁴⁰

2.2 ระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป

2.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ความรับผิดชอบของรัฐค่อย ๆ ขยายตัวทีละน้อยฝรั่งเศสจึงเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายปกครองเกี่ยวกับเรื่องละเมิดแยกต่างหากจากกฎหมายเอกชนโดยรัฐจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยรัฐอาจรับผิดชอบได้ทั้งตามหลักในกฎหมายมหาชนและตามหลักในกฎหมายแพ่งขึ้นอยู่กับลักษณะกิจกรรมที่รัฐปฏิบัติ ซึ่งเป็นความรับผิดชอบที่ดำรงอยู่คู่ขนานกันทั้งในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนและความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังมีความรับผิดชอบที่ดำรงอยู่คู่ขนานกันทั้งความรับผิดชอบที่เป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการจัดทำบริการสาธารณะขึ้นอยู่กับว่าความผิดนั้นเป็น *faute personnelle* หรือ *faute de service* และหากเป็นกรณีที่ทั้งรัฐและเจ้าหน้าที่มีส่วนร่วมผิดร่วมกันความรับผิดชอบนั้นจะกลายเป็นความรับผิดชอบร่วมกัน (*cumul des responsabilités*)

(1) หลักการทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง ในกฎหมายมหาชน

การที่รัฐจะเข้ามารับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดอันเป็นความรับผิดในระบบกฎหมายมหาชนก็ต่อเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดนั้นจะต้องเป็นความเสียหายจากการดำเนินงานในกรอบของ “บริการสาธารณะ” (*service public*) ในช่วงแรกได้มีการให้ความหมายของข้อความคิดว่าด้วยบริการสาธารณะ (*service public*) ว่าหมายถึงการกระทำใด ๆ ของนิติบุคคลมหาชนที่มุ่งประสงค์ในการสนองตอบความต้องการสาธารณะหรือมุ่งประสงค์ทำให้ภารกิจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะบรรลุผล ซึ่งเป็นความหมายที่กว้างมากโดยครอบคลุมถึงการกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครองที่ไม่การกระทำในฐานะที่เป็นวิสาหกิจหรือนิติบุคคลเอกชนที่เข้าร่วมก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์เหมือนกับเอกชนคนอื่นในฐานะที่เท่าเทียมกันและไม่ได้มุ่งประสงค์บริการสาธารณะ ต่อมาเมื่อภารกิจของรัฐขยายตัวออกไปมากและหลากหลายขึ้น ศาลจึงได้จำกัดกรอบความรับผิดของรัฐตามกฎหมายมหาชนให้แคบลง คือตัดการกระทำการของฝ่ายปกครองในรูปแบบของเอกชนที่มี

⁴⁰ ธนพล หวังอ้อมกลาง, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 19*, น.25-27.

วัตถุประสงค์เพื่อบริการสาธารณะออกไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งการบริการสาธารณะในรูปของการดำเนินกิจกรรมทางพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม

อย่างไรก็ดีแม้การกระทำของรัฐซึ่งอยู่ในกรอบของการบริการสาธารณะ (service public) ส่งผลให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะต้องเข้าไปรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายทันทีโดยอัตโนมัติ แต่รัฐจะรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายดังกล่าวก็ต่อเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายที่รัฐต้องรับผิดชอบ ซึ่งอยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ คือ 1) บุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องมีความสัมพันธ์กับรัฐในทางใดทางหนึ่ง เช่น เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และ 2) การกระทำของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐดังกล่าวซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องเป็นการกระทำเพื่อบริการสาธารณะ (service public) ไม่ใช่การกระทำในทางส่วนตัว เมื่อความรับผิดของรัฐตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสเป็นความรับผิดโดยตรงสำหรับการกระทำบริการสาธารณะไม่ใช่ความรับผิดแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้นการแยกว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์กับรัฐถือว่าเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่จึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง

โครงสร้างความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองในกฎหมายมหาชนประกอบไปด้วย

-ความผิด (faute)

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น การที่รัฐต้องรับผิดสำหรับความผิด (responsabilité pour faute) ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องแยกว่าความผิดที่เกิดขึ้นเป็นความผิดในการบริการสาธารณะ (faute de service) หรือเป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ (faute de personnelle) แต่ก็ไม่มีนิยามข้อความคิดว่าด้วย “ความผิดในการบริการสาธารณะ” ที่ใช้ได้เป็นการทั่วไปแต่อย่างใด ปัญหาอีกประการหนึ่งที่ยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่คือ ปัญหาว่า “ความผิด” ในระบบกฎหมายมหาชน เหมือนหรือต่างกับ “ความผิด” ในกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด ซึ่งในประเด็นดังกล่าวมีทั้งผู้ที่เห็นว่า “ความผิด” ในระบบกฎหมายมหาชนมีลักษณะเฉพาะ และผู้ที่เห็นว่า “ความผิด” ในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนมีหลักการพื้นฐานไม่ต่างกัน แต่ไม่ว่าจะเป็นอย่างไรก็ตาม สิ่งที่น่าจะเป็นลักษณะเด่นของความรับผิดของรัฐสำหรับความผิด (responsabilité pour faute) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือ ความรับผิดดังกล่าว(หากเกิดขึ้นในกรอบของการบริการสาธารณะ)เป็นความรับผิดของรัฐโดยตรง ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย เพราะถ้าการกระทำละเมิดอยู่ในกรอบของการบริการสาธารณะแล้วย่อมถือว่ารัฐต้องเข้ามารับผิดเองไม่ใช่รับผิดแทน ทั้งนี้รัฐย่อมต้องรับผิดชอบสำหรับ

การแสดงออกซึ่งเจตจำนงของเจ้าหน้าที่ของตนตลอดจนความบกพร่องผิดพลาดในการจัดองค์การและการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ซึ่งการที่ถือว่ารัฐรับผิดโดยตรงย่อมเป็นประโยชน์สำหรับผู้เสียหายซึ่งไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำละเมิดได้ละเมิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติและหน้าที่ดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองตนหรือไม่ ต่างจากระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันที่ไม่ได้ถือว่าความรับผิดของรัฐเป็นความรับผิดโดยตรงแต่เป็นความรับผิดแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งผู้เสียหายย่อมต้องพิสูจน์ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐละเมิดหน้าที่ที่ตนเองในฐานะองค์กรของรัฐต้องปฏิบัติและหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลที่สาม(ผู้เสียหาย)⁴¹ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

-ความผิดกฎหมาย

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการที่รัฐจะเข้ามารับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องปรากฏว่าการกระทำของรัฐดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ในการพิจารณาความผิดกฎหมายของการกระทำของรัฐจะต้องคำนึงว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากบริการสาธารณะ (service public) นั้น เกิดจาก (1) การกระทำในลักษณะที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย(นิติกรรมทางปกครอง) เช่น การออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งบุคคลที่ได้รับความเสียหายอาจขอให้มีการเพิกถอนการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายดังกล่าวได้ ซึ่งในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเหตุแห่งการขอให้เพิกถอนการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายมีอยู่ 4 ประการคือ การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่องค์กรเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจ (incompetence) หรือกระทำผิดแบบ(violation des formes) หรือมีการใช้ดุลพินิจบิดเบือน(détournement de pouvoir) หรือละเมิดกฎหมาย(violation de la loi) ซึ่งบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวอาจฟ้องขอให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้อีกทางหนึ่งด้วย หรือ (2) การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางข้อเท็จจริงหรือความเสียหายที่เกิดจากการละเลยไม่กระทำการซึ่งบุคคลที่ได้รับความเสียหายย่อมฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้ โดยไม่อาจฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำนั้นได้

-ความเสียหาย

ความเสียหายที่จะทำให้รัฐต้องมีหน้าที่เข้ามาชดเชยทดแทนนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่เห็นเป็นรูปธรรมและสามารถกำหนดลงไปได้ แม้กระนั้นก็ได้หมายความว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นความเสียหายในปัจจุบัน (actuel) เท่านั้น ความเสียหายที่จะ

⁴¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.178-180.

เกิดขึ้นในอนาคตหากไม่ใช่เป็นแต่เพียงความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ (eventual) แต่เป็นความเสียหายที่จะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน รัฐยอมมีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายที่จะเกิดขึ้นนั้น อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายฝรั่งเศสความเสียหายอันจะทำให้รัฐต้องเข้าไปชดใช้นั้น จะต้องเป็นความเสียหายพิเศษ (préjudice spécial) หมายความว่า ความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายที่เมื่อพิจารณาโดยทั่วไปแล้วเป็นความเสียหายที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับมากกว่าบุคคลอื่น ๆ เหตุที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสเรียกร้องความเสียหายพิเศษก็เนื่องจากแนวความคิดที่ว่าโดยทั่วไปแล้วราษฎรได้รับประโยชน์หลายประการจากรัฐ หากรัฐกระทำการใดให้ราษฎรคนใดคนหนึ่งได้รับความเสียหาย แต่ความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายเล็กน้อย ราษฎรผู้นั้นก็สมควรยอมรับความเสียหายดังกล่าว

- ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้น ระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะค้ำประกันว่า ถ้าไม่มีเงื่อนไขหรือสาเหตุดังกล่าวเกิดขึ้น จะเกิดความเสียหายขึ้นหรือไม่ กล่าวคือในเบื้องต้นจะค้ำประกันถึงเงื่อนไขหรือสาเหตุทุกประการแต่ในที่สุดแล้วเงื่อนไขที่ถือว่าเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผล คือ เงื่อนไขหรือสาเหตุโดยตรงที่นำไปสู่ความเสียหาย (cause immédiate et direct)

สำหรับการชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเป็นเงิน ถึงแม้ว่าในบางกรณีการเยียวยาความเสียหายอาจจะกระทำได้โดยการทำให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายกลับสู่สภาพเดิมก่อนเกิดการละเมิดแต่กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครองไม่ได้กำหนดวิธีการดังกล่าวไว้เนื่องจากการค้ำประกันถึงการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัด ซึ่งศาลไม่อาจสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการโดยใช้อำนาจรัฐได้เพราะการมีคำพิพากษาในลักษณะดังกล่าวมีผลเท่ากับศาลปกครองเข้าไปสั่งการในทางปกครองเองซึ่งไม่อาจเป็นไปได้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

(2) ขอบเขตความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง

- ความหมายของความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง

ความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง หมายถึง ความผูกพันที่จะต้องแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกให้กลับคืนสู่สภาพเดิม ซึ่งความรับผิดชอบดังกล่าวนี้เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำอันเป็นความผิดและความเสียหาย

- บุคคลผู้ต้องรับผิดชอบละเมิดของฝ่ายปกครอง

บุคคลที่มีความผูกพันในการที่จะแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกนั้นได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐนั่นเอง ซึ่งคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” หมายถึง นิติบุคคลมหาชนทั้งหลายในระบบการปกครองส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น รวมถึงองค์การมหาชนและรัฐวิสาหกิจซึ่งเรียกโดยรวมว่า “องค์การที่ใช้อำนาจมหาชน” และในเวลาต่อมาหลักความรับผิดชอบแห่งของฝ่ายปกครองได้ถูกนำไปใช้กับนิติบุคคลเอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะทางปกครองให้แก่รัฐและในการนี้ได้รับอำนาจมหาชนจากรัฐเพื่อจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ศาลปกครองยังให้หมายรวมไปถึงนิติบุคคลเอกชนผู้รับเหมาก่อสร้าง วิศวกร และสถาปนิกที่ทำการก่อสร้างอาคารสาธาณูปโภคขนาดใหญ่อีกด้วย

ส่วนคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายถึง เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับมอบหมายจากหน่วยงานให้ปฏิบัติหน้าที่และในการปฏิบัติหน้าที่นั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น⁴² ซึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หากเกิดความผิดเป็นส่วนตัวขึ้นเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบส่วนตัวต่อผู้เสียหายตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่ง กรณีจึงไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาความหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแยกต่างหากจากเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายอื่นดังเช่นในระบบกฎหมายเยอรมัน สำหรับกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแล้วข้อพิจารณาขึ้นอยู่กับเพียงว่าบุคคลนั้นได้กระทำการโดยใช้อำนาจมหาชนหรือไม่

ในประเทศฝรั่งเศสไม่มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐให้อยู่ในรูปประมวลกฎหมายและในเวลาเดียวกันระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ไม่ได้ถือหลักให้รัฐเข้ามารับผิดชอบเจ้าหน้าที่ของตนดังเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันหรือกฎหมายไทยแต่ให้รัฐรับผิดชอบโดยตรงสำหรับการกระทำของตนเอง ด้วยเหตุนี้นักกฎหมายฝรั่งเศสจึงต้องพัฒนาความรับผิดชอบของรัฐในทางกฎหมายมหาชนขึ้นมาใหม่⁴³ โดยระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะเป็นพันธกิจในระบบจักรกลของรัฐ และหากพันธกิจดังกล่าวเกิดผิดพลาดขึ้น การพิจารณาสถานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐในแง่ความรับผิดชอบของรัฐนั้นจึงต้องพิจารณา “บริการสาธารณะ” (service public) ไม่ใช่พิจารณาตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐ ด้วยเหตุนี้

⁴² สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ”, น.27.

⁴³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.188.

ความผิดอันพึงถูกตำหนิได้ในความรับผิดของรัฐจึงเป็นเรื่องของความบกพร่องในแง่การ
จัดโครงสร้างองค์กร หรือความไม่ระมัดระวังในการบริหารจัดการองค์กรของฝ่ายปกครอง⁴⁴

โดยปกติทั่วไปแล้วกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำความผิดในระดับธรรมดา ความผิดนั้น
ก็เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความรับผิดของรัฐได้ อย่างไรก็ตามมีงานบางประเภทที่จะต้องใช้
ความสามารถในการปฏิบัติงานอย่างสูงโดยเฉพาะอย่างยิ่งงานของตำรวจในด้านการรักษาความ
สงบเรียบร้อย หากมีความเสียหายที่เกิดจากความผิดพลาดในการปฏิบัติงานดังกล่าวจะใช้ฐาน
ของความรับผิดในระดับเช่นเดียวกับการปฏิบัติงานในลักษณะอื่นหรือไม่อย่างไร ซึ่งในเรื่องนี้
สภาแห่งรัฐได้พัฒนาระดับของความผิดที่จะทำให้รัฐต้องรับผิดในการจัดทำบริการสาธารณะขึ้น
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 ประมาทเลินเล่อธรรมดา (ในฐานที่เป็นความผิด
ธรรมดา faute simple) และประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (ในฐานที่เป็นความผิดร้ายแรง faute
lourde) เนื่องจากความผิดรุนแรงซึ่งเห็นประจักษ์ชัด (faute manifeste et de particulière
gravité) หรือความผิดที่หนักหน่วงเป็นพิเศษนั้นก็หมายถึงประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั่นเอง
แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสก็ไม่ได้มีการให้คำนิยามความหมายของคำว่าประมาท
เลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ จึงต้องศึกษาจากการให้ความเห็นของนักนิติศาสตร์ ดังต่อไปนี้

Treitel อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความว่า ความผิดที่
ร้ายแรงอันมีลักษณะเสมือนเทียบเท่าเป็นการฉ้อฉล ซึ่งการฉ้อฉลในที่นี้คือการจงใจกระทำ
ความผิดและการกระทำที่ไม่มีความสุจริต โดยข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นในขณะเกิดเหตุจะเป็นสิ่งที่ใช้
บอกถึงระดับความร้ายแรงของความประมาทเลินเล่อ⁴⁵

Andre Tunc อธิบายว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คือการไม่ใช้ความ
ระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อยจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น อันมีลักษณะใกล้เคียงกับ

⁴⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ่างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 1*, น.195.

⁴⁵ G.H. Treitel, *Remedies for breach of contract*, (London : Clarendon Press, 1991), p. 146.

ความจงใจที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ก็มีแตกต่างกับจงใจในสิ่งที่เป็นลักษณะของความชั่วร้ายในจิตใจ กล่าวคือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ใช่เป็นการกระทำโดยมีเจตนาที่เป็นสิ่งชั่วร้ายที่จะทำให้บุคคลอื่นเสียหาย แต่การกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะเป็นการกระทำด้วยความไม่ใส่ใจที่จะใช้ความระมัดระวังแม้แต่เพียงเล็กน้อยในการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นขึ้น⁴⁶

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมีความใกล้เคียงกับการกระทำโดยจงใจมาก อย่างไรก็ตามการวินิจฉัยความผิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็นความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ใช้หลัก in abstracto ซึ่งไม่ได้นำความรู้สึกในใจของผู้กระทำมาพิจารณา แต่จะพิจารณาโดยสมมติบุคคลขึ้นมาเปรียบเทียบกับผู้กระทำว่าเขาจะกระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำหรือไม่ ถ้าบุคคลนี้ยังประพฤตินั้นเช่นเดียวกับผู้กระทำก็หมายความว่า ผู้กระทำไม่มีความผิด แต่ถ้าหากเขาไม่กระทำเช่นผู้กระทำแล้ว ผู้กระทำก็มีความผิด ซึ่งบุคคลที่สมมตินั้นจะต้องอยู่ในสภาพแวดล้อม ได้แก่ สถานที่ เวลา เช่นเดียวกันกับผู้กระทำ และมีพฤติการณ์ภายใน เช่น อายุ เพศ ความเจ็บป่วย ความไม่สมประกอบของสภาพกายใจ เช่นเดียวกันกับผู้กระทำ แต่สภาพจิตใจ ความรู้สึกนึกคิด ความเคยชิน อุปนิสัยของผู้กระทำนั้น เป็นเหตุภายในที่ไม่ต้องนำมาพิจารณา

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงส่วนใหญ่จะถูกใช้ในการพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพ โดยผู้ประกอบวิชาชีพจะมีความรับผิดเพื่อละเมิดก็ต่อเมื่อกระทำผิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กล่าวคือจะต้องรับผิดเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพกระทำในสิ่งที่บุคคลผู้พึงมีความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยจะไม่พึงกระทำ นอกจากนี้ความรับผิดโดยการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะใช้ในกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำผิด ซึ่งการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมีได้ 3 กรณี คือ กรณีเจ้าหน้าที่ตกอยู่ภายใต้ความสำคัญผิดอย่างรุนแรง กรณีเจ้าหน้าที่สำคัญผิดในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของตนอย่างมาก และกรณีเจ้าหน้าที่กระทำการอันเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา

โดยปกติความผิดที่ก่อให้เกิดความรับผิดของรัฐนั้นได้แก่ความผิดธรรมดา แต่ถ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติเป็นหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบสูงและมีความยากกว่าหน้าที่ทั่วไป รัฐจะต้อง

⁴⁶ The international Association of Legal Scient, International Encyclopedia of Comparative Law ,(vol 11 Torts chapter 1-2 chief ed.By Andre Tunc, Tubigeen,J.C.B.Mohr Paul Siebeck,1978),p.32.

รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่เกิดความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทั้งนี้เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถเคลื่อนไหวได้อย่างยืดหยุ่น เนื่องจากการปฏิบัติงานที่มีความรับผิดชอบสูงและเป็นงานที่ยากนั้นจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบง่ายจนเกินไป ตัวอย่างของงานที่กำหนดว่ารัฐจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเมื่อได้กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ได้แก่

- การปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการบังคับการตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจ
- การปฏิบัติภารกิจดับเพลิง
- การบริการสาธารณสุขของโรงพยาบาลกรณีที่มีความเสียหายเกิดจากการกระทำ

ในทางการแพทย์หรือศัลยกรรม

- การดำเนินการเกี่ยวกับภาษี เป็นต้น

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายปกครองเกี่ยวกับเรื่องละเมิดแยกต่างหากจากกฎหมายเอกชนโดยรัฐจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในปัจจุบันได้จำแนกประเภทความรับผิดของบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่⁴⁷

1) ความรับผิดของเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัว (Faute Personnelle) เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดโดยวัตถุประสงค์ส่วนตัว กรณีนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบเองในการเสียหายผู้เสียหายตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งรัฐจะไม่เข้าไปรับผิดชอบด้วย ความผิดส่วนตัวเป็นเรื่องที่แยกได้จากการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งมีหลายกรณีด้วยกัน เช่น ลูกจ้างของที่ทำกรไปรษณีย์ยกยอกเงินที่ได้รับในระหว่างปฏิบัติหน้าที่หรือกรณีผู้คุมนักโทษลักทรัพย์ในระหว่างที่ควบคุมนักโทษออกจากเรือนจำ เป็นต้น

แต่โดยเหตุที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศฝรั่งเศสมิได้ให้นิยามความผิดในการบริการสาธารณะ (faute de service public) และความผิดส่วนตัว (faute personnelle) ไว้ การแบ่งแยกความผิดทั้งสองลักษณะจึงเป็นหน้าที่ขององค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี แต่แม้จะได้พยายามหาเกณฑ์ในการแบ่งแยกความผิดทั้งสองออกจากกัน แต่ก็ยังหากความเป็นเอกภาพมิได้ ในการพยายามให้ความหมายนี้ Laferrière ได้สรุปหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีขัดกันในคดี Laumonier Carriol C.E.5.5.1877 ไว้ว่ากรณีจะเป็นความผิดส่วนตัวถ้าการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายมีลักษณะที่ไม่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ แต่เป็นการกระทำของมนุษย์ที่มีความอ่อนแอ มีตัวตน และมีความประมาทเลินเล่อ ซึ่งข้อสรุปดังกล่าวเป็น

⁴⁷ รุ่งธรรม พุ่มเล็ก,ร.อ. อ่างแก้ว เชียงวรวิทย์ 17,น.49-56.

ข้อสรุปที่ขาดความชัดเจน นอกจากนั้น Jèze ได้เสนอเกณฑ์แห่งความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยเสนอว่าการพิจารณาความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาจากระดับความรุนแรงของความผิด กล่าวคือ หากข้าราชการกระทำการด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ข้าราชการต้องรับผิดชอบส่วนตัว แต่แนวความคิดนี้ไม่ได้รับการปรับใช้โดยศาล และ Duguit ได้เสนอเกณฑ์การมุ่งประสงค์ต่อผลโดยตั้งใจเพื่ออธิบายความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ โดยให้พิจารณาจากมูลเหตุจูงใจของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดเป็นสำคัญ ว่าการกระทำดังกล่าวมีมูลเหตุจูงใจเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของรัฐหรือไม่ แม้การกระทำที่ได้กระทำลงไปนั้นจะไม่ทำให้สาธารณะหรือรัฐได้ประโยชน์ซ้ำยังเป็นละเมิดแก่บุคคลอื่น การกระทำนั้นก็ยังไมถือว่าเป็นความผิดส่วนตัว แต่เป็นความผิดในการบริการสาธารณะ นั่นคือพิจารณาที่มูลเหตุจูงใจเป็นสำคัญ ไม่พิจารณาที่ผล ในทางตรงกันข้ามหากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการกระทำโดยมีมูลเหตุจูงใจในเรื่องส่วนตัว เช่น กระทำเพื่อแก้แค้น กระทำเพราะอิจฉาริษยา ความอาฆาต หรือกระทำเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของตน โดยหาจุดเกาะเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณะหรือรับไม่ได้แล้ว เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว⁴⁸ แต่อย่างไรก็ตามการพิจารณาโดยใช้เกณฑ์แห่งการมุ่งประสงค์ต่อผลโดยตั้งใจนี้มีปัญหาในทางปฏิบัติเนื่องจากการยากที่จะค้นหาถึงมูลเหตุจูงใจที่อยู่ในจิตใจของเจ้าหน้าที่ รวมทั้งฝ่ายตำราเห็นว่าการพิจารณาว่าการกระทำโดยของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นไม่อาจใช้เกณฑ์ใดเกณฑ์หนึ่งแต่เพียงเกณฑ์เดียวได้ แต่จำเป็นต้องพิจารณาทั้งมูลเหตุจูงใจและความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงประกอบกัน

ศาลคดีขัดกันได้พยายามหาเกณฑ์ในการแบ่งแยกความรับผิดชอบส่วนตัวออกจากความรับผิดชอบในการบริการสาธารณะ โดยใช้แนวทางในการวินิจฉัยความรับผิดชอบส่วนตัว ดังนี้⁴⁹

(1) การกระทำที่เจ้าหน้าที่กระทำลงในขอบเขตของชีวิตส่วนตัว เป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเองเป็นการส่วนตัว เพราะรัฐยอมไม่ยุ่งเกี่ยวกับเรื่องส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ เช่น การฆ่าผู้อื่น ลักทรัพย์ผู้อื่น เป็นต้น

(2) การกระทำที่เจ้าหน้าที่กระทำในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะแต่ไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ กับการปฏิบัติหน้าที่ในการบริการสาธารณะ กล่าวคือ ความผิดเกิดขึ้นโดยสามารถแยกขาดจากบริการสาธารณะได้ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว

⁴⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.100.

⁴⁹ เพิ่งอ่าง, น.204-205.

2) ความรับผิดของหน่วยงานของรัฐ (Faute de Service) เป็นกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนโดยเป็นการปฏิบัติหน้าที่ และไม่มีวัตถุประสงค์ไม่ชอบเป็นส่วนของเจ้าหน้าที่ของรัฐปะปนในการกระทำนั้น ในกรณีนี้รัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายโดยตรง เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบและจะไม่ถูกฟ้องเป็นส่วนตัว นั่นคือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะหลุดพ้นจากความรับผิด เมื่อเป็นกรณีที่ได้กระทำภายในขอบอำนาจหน้าที่หรือกระทำในการปฏิบัติหน้าที่นั่นเอง โดยทุกวันนี้กฎหมายของฝรั่งเศสถือหลักความรับผิดของหน่วยงานของรัฐเป็นหลักทั่วไป โดยความไม่รับผิดของหน่วยงานของรัฐเป็นข้อยกเว้น โดยแบ่งความผิดที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ออกเป็น 3 ลักษณะด้วยกันคือ

- กรณีที่มีการปฏิบัติราชการโดยไม่ชอบ ในกรณีที่การปฏิบัติราชการนั้นไม่เป็นไปตาม “มาตรฐานการกระทำที่วิญญูชนพึงกระทำ” หากความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นวิญญูชนอาจคาดเห็นและหลีกเลี่ยงได้หน่วยงานของรัฐจะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดแก่เอกชนนั้น

- กรณีที่มีได้มีการปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องกระทำ เป็นการงดเว้นการกระทำซึ่งหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องกระทำการ หากเกิดความเสียหายหน่วยงานของรัฐก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่เอกชน เพราะงานราชการหรืองานบริการสาธารณะมิใช่เป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยราชการที่จะกระทำหรือไม่ก็ได้ แต่เป็นหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติ

- กรณีที่มีการปฏิบัติราชการล่าช้ากว่าที่ควร โดยปกติหน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนภายในเวลาอันสมควร หากหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามดังกล่าวภายในเวลาอันสมควรก่อให้เกิดความเสียหายรัฐก็ต้องรับผิดชอบต่อเอกชน

3) ความรับผิดร่วมกัน (Cumul de Faute) แต่เดิมนั้นความผิดของฝ่ายปกครองกับความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นสิ่งที่ไม่อาจดำรงอยู่คู่ขนานกันได้ กล่าวคือหากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อให้เกิดรัฐต้องรับผิดเนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดในการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่ต้องรับผิดเป็นส่วนตัว แต่หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐถือเป็นความผิดส่วนตัวแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็ต้องรับผิดเองเป็นส่วนตัว รัฐไม่ต้องรับผิด กล่าวได้ว่า “ความผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตัดความผิดของอีกฝ่ายหนึ่ง”⁵¹ ก่อให้เกิดผลคือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดเป็นส่วนตัวโดยที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่มีความสามารถที่จะชดใช้ค่าทดแทนความเสียหายได้ทั้ง ๆ ที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นอาจมีเหตุมาจากความบกพร่องผิดพลาดในการ

⁵¹ Fairgrieve, State Liability in Tort, A Comparative Study, Oxford University Press: New York, 2003, pp.21-22.

ดำเนินงานส่วนรวมหรือความบกพร่องในการจัดโครงสร้างองค์กรประกอบกับความบกพร่อง
 ผิดพลาดของเจ้าหน้าที่ จึงทำให้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับหลักความผิดร่วมกัน โดยสภาแห่ง
 รัฐได้มีคำพิพากษาคดี Anguet (C.E.3.2.1911) คดีนี้สภาแห่งรัฐมองว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น
 เกิดจากการกระทำอันเป็นความผิดของหน่วยงาน คือการที่ไปรษณีย์ปิดประตูทางออกก่อนเวลาที่
 กำหนด ประการหนึ่ง และการกระทำอันเป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐคือการที่
 เจ้าหน้าที่ของรัฐจับตัวผู้มาติดต่อไปรษณีย์โยนออกมาทางประตูหลังอีกประการหนึ่ง ปรากฏเป็น
 ความผิดของหน่วยงานและความผิดส่วนตัวอันเกิดจากการกระทำของแต่ละฝ่ายเคียงคู่กันนำไปสู่
 ความเสียหาย ทั้งสองฝ่ายจึงต้องรับผิดชอบร่วมกัน ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป จากคดีนี้ทำให้เป็น
 ที่ยอมรับกันทั่วไปเป็นยุติว่า “ความผิดในการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองกับความผิด
 ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่คู่ขนานกันได้” ด้วยเหตุนี้ในกรณีที่มีความเสียหายเกิด
 จากความผิดในการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองและในขณะเดียวกันก็เกิดจากความผิด
 ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐให้รับผิดชอบได้ และ
 ในเวลาต่อมาได้พัฒนาไปเป็นหลักเรื่องความรับผิดชอบร่วมกัน ซึ่งประเด็นสำคัญสำหรับการ
 ยอมรับความผิดคู่ขนานดังที่ได้กล่าวมานี้ อยู่ที่ความสัมพันธ์ภายในระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ
 นั้นว่าจะแบ่งส่วนความรับผิดชอบอย่างไร⁵² ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

ความรับผิดชอบร่วมกันหรือ Cumul de Faute เป็นกรณีการกระทำละเมิดที่มีความ
 รับผิดชอบผสมกันทั้งความรับผิดของรัฐและของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นส่วนตัว ขอบเขตความรับผิด
 ในประเภทนี้ค่อนข้างจะกว้างขวาง โดยเป็นนโยบายทางกฎหมายที่จะช่วยผู้เสียหายให้ได้รับการ
 เยียวยา เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจไม่มีเงินเพียงพอที่จะชดเชยได้ และรัฐเองก็สมควรมีระบบใน
 การบริหารที่จะคอยควบคุมดูแลเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ให้ก่อให้เกิดความเสียหายด้วย โดยวางหลักไว้
 ว่าในกรณีความเสียหายที่เอกชนได้รับอาจจะเกิดจากการกระทำที่เป็นทั้ง “ความผิดอันเป็น
 ส่วนตัว” และ “ความผิดอันเกี่ยวเนื่องกับการปฏิบัติงานในหน้าที่” ประกอบกัน กล่าวคือเป็นกรณีที่
 การปฏิบัติหน้าที่ราชการหรือบริการสาธารณะเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายหรือทำให้
 เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอันเป็นความผิดในความผิดที่มีลักษณะผสมผสาน ในกรณีนี้ผู้เสียหาย
 อาจฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นส่วนตัวหรือจะฟ้องรัฐโดยตรงก็ได้ โดยในระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ของ
 รัฐจะมีการฟ้องไล่เบียดกันได้ตามความรุนแรงแห่งการกระทำ ซึ่งในเรื่องความรับผิดชอบร่วมกันนี้มี
 แนวความคิดดังนี้

⁵² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.207-208.

-ความผิดร่วมกัน (Cumul de fautes) ในคดี Anguet คำพิพากษา(C.E. 3.2.191) เป็นเรื่องชายคนหนึ่งคือนาย Anguet เข้าไปเบิกเงินธนาณัติในที่ทำกรไปรษณีย์ ปรากฏว่าประตูเข้าออกตามปกติปิดก่อนเวลาทำการปกติ ทำให้ไม่สามารถออกจากที่ทำกรโดยทางประตูเข้า-ออก สำหรับลูกค้าได้ เจ้าหน้าที่ไปรษณีย์คนหนึ่งบอกให้ไปใช้ทางออกของพนักงาน ทำให้เจ้าหน้าที่ของไปรษณีย์อีกสองคนซึ่งไม่ทราบข้อเท็จจริงเข้าใจผิดคิดว่าเป็นคนร้ายจึงทำร้ายแล้วผลักออกไปที่ถนนจนนาย Anguet หกล้มขาหัก Conseil d'Etat ได้วินิจฉัยว่า คดีนี้มีกรกระทำหลายกรกระทำประกอบกันก่อให้เกิดความผิดขึ้น ซึ่งแต่ละกรกระทำสามารถแยกเป็นอิสระจากกัน คือกรกระทำของหน่วยงานที่สั่งปิดประตูทางออกของลูกค้าก่อนเวลาปิดทำการปกติ และกรกระทำของเจ้าหน้าที่ที่จัดให้ผู้ให้บริการออกทางประตูทางออกอื่น และการทำร้ายซึ่งก่อให้เกิดการบาดเจ็บเสียหายตามมา เห็นได้ว่าการกระทำหนึ่งก่อให้เกิดความรับผิดของหน่วยงาน ส่วนอีกกรกระทำหนึ่งก่อให้เกิดความรับผิดส่วนตัว จึงได้วางหลักว่า รัฐยังคงต้องรับผิดในความเสียหายในกรณีที่มีความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากความผิดร่วมกันทั้งจากความผิดส่วนตัวและความผิดของหน่วยงาน แม้ว่าทั้งสองส่วนสามารถแยกออกจากกันได้อย่างชัดเจนและแม้ว่าความผิดส่วนตัวจะมีความร้ายแรง แต่การที่ทำการไปรษณีย์ปิดก่อนกำหนดเวลาก็เป็นการเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความผิดของหน่วยงานของรัฐได้ แต่การที่โจทก์ได้รับบาดเจ็บจะไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีความผิดของงานบริการสาธารณะ จึงให้รัฐรับผิดชดใช้ค่าเสียหายทั้งหมด เท่ากับว่า Conseil d'Etat ในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้ยอมรับว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจมีสาเหตุได้ทั้งโดยความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐในขณะเดียวกันก็เป็นความผิดของหน่วยงานของรัฐ หรือในคดี Dlle mimeur C.E.18.11.1949 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐตำแหน่งพนักงานขับรถ ได้ขับรถของหน่วยงานฝ่ายปกครองไปใช้ในการเดินทางเพื่อกิจการส่วนตัว โดยขับรถออกนอกเส้นทางปกติตามหน้าที่เพื่อที่จะหยุดแวะเยี่ยมครอบครัว แต่ในระหว่างที่ขับรถออกนอกเส้นทางนั้น เจ้าหน้าที่ได้ขับด้วยความประมาทเป็นเหตุให้เกิดอุบัติเหตุซึ่งเป็นการกระทำละเมิดต่อเอกชน กรณีนี้เห็นว่าเป็นความผิดร่วมกันของเจ้าหน้าที่รัฐ การกระทำของเจ้าหน้าที่ไม่ขาดจากความผูกพันกับบริการสาธารณะ

-ความรับผิดชอบร่วมกัน (Cumul de responsabilites) แนวความคิดเรื่องความรับผิดร่วมกันได้ขยายออกไปเป็นความรับผิดชอบร่วมกันของข้าราชการกับหน่วยงานของรัฐ ในคดี Lemonnier (C.E.26.7.1918) กรณีในงานฉลองของท้องถิ่นซึ่งจัดขึ้นทุกปีโดยเทศบาลเล็ก ๆ ทางใต้ โดยได้จัดให้มีการแข่งขันปีนยาว โดยเป้าได้ถูกผูกติดกับแผ่นกระดานเล็ก ๆ ลอยน้ำอยู่ในแม่น้ำ แต่อีกฟากของแม่น้ำมีโจทก์ซึ่งเป็นสามีภรรยากำลังเดินเล่นเลียบไปตามแม่น้ำ ได้ถูกกระสุนซึ่งยิงในการแข่งขัน ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าหลายชั่วโมงก่อนหน้านั้นมีคนหลายคนเดินอยู่ในบริเวณนั้น

เกือบจะถูกยิงและได้แจ้งไปยังเทศบาลแล้ว แต่นายกเทศมนตรีมิได้สั่งให้หยุดยิง เพียงแต่สั่งให้เปลี่ยนเงื่อนไขเกมส์การยิงเป้าเสียใหม่ แต่ก็ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้เกมส์ดังกล่าวเกิดความปลอดภัยต่อประชาชน เพราะนาง Lemonnier ซึ่งเดินเล่นกับสามีอยู่ฝั่งตรงข้ามแม่น้ำได้ถูกกระสุนเข้าที่แก้ม หลังจากนั้นนายกเทศมนตรีจึงสั่งยกเลิกการเล่นเกมส์ดังกล่าว โจทก์ได้ยื่นฟ้อง ซึ่ง Conseil d'Etat ได้ตัดสินว่าการกระทำของนายกเทศมนตรีแม้จะเป็นความผิดพลาดส่วนตัวแต่ขณะเดียวกันก็มีฐานะเป็นเจ้าของหน้าที่ที่จัดทำบริการสาธารณะด้วย จึงเป็นทั้งความผิดของหน่วยงานและความผิดส่วนตัว การกระทำอันเดียวเป็นทั้งสองความผิด โดยศาลปกครองมีหน้าที่ต้องกำหนดสัดส่วนของความเสียหายที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบและกำหนดวิธีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนในรูปแบบที่มีให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายสองต่อจากการกระทำผิดความผิดเดียว จึงวินิจฉัยให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเต็มจำนวนให้แก่ผู้เสียหาย โดยมีเงื่อนไขให้ฝ่ายปกครองรับช่วงสิทธิของผู้เสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากนายกเทศมนตรีในส่วนที่เขาต้องรับผิดชอบส่วนตัวซึ่งศาลยุติธรรมได้ตัดสินไปแล้ว

คดีนี้ได้วางแนวทางที่สำคัญไว้ โดยแต่เดิมได้แยกความรับผิดชอบเพื่อความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่กับความรับผิดชอบเพื่อความผิดของหน่วยงานโดยความรับผิดชอบแรกอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม ส่วนความรับผิดชอบของหน่วยงานอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง และต่อมาในคดี Anguet นั้น Conseil d'Etat ได้ยอมรับว่าความเสียหายหนึ่ง ๆ อาจเกิดจากการกระทำสองส่วนซึ่งส่วนหนึ่งเป็นความผิดส่วนตัว อีกส่วนเป็นความผิดของหน่วยงาน ทั้งเจ้าหน้าที่และหน่วยงานต้องร่วมกันรับผิดชอบ แต่ในคดีนี้ศาลยอมรับเพิ่มเติมว่า การกระทำผิดเพียงหนึ่งเดียวสามารถก่อให้เกิดความรับผิดชอบร่วมได้ (Cumul de responsabilités)

นอกจากนั้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกนั้นบางกรณีเข้าองค์ประกอบของการกระทำผิดความผิดในทางอาญาด้วย ซึ่งในฝรั่งเศสได้มีคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในคดี Thépaz T.C.14.1.1935 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าทหารได้ขับรถบรรทุกทหารไปชนรถจักรยานของผู้เสียหายทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ ผู้เสียหายจึงฟ้องให้ทหารรับผิดชอบความผิดอาญาและทางแพ่ง ซึ่งศาลคดีขัดกันเห็นว่า กรณีที่ทหารผู้นั้นขับรถไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาถือว่าเป็นกรณีที่กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ เป็นการยอมรับว่าการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่อาจเป็นการกระทำผิดอาญาได้ โดยเฉพาะเมื่อเป็นการกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งไม่สามารถแยกออกจากการปฏิบัติหน้าที่ได้

-สิทธิไล่เบี้ยหรือการเฉลี่ยความรับผิด เนื่องจากในระบบกฎหมายฝรั่งเศสผู้ที่ต้องรับผิดชอบไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจถูกฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้

เต็มจำนวน กรณีจึงมีปัญหาว่าถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลที่ได้รับความเสียหายไปแล้ว ฝ่ายนั้นจะมีสิทธิไต่เบี่ยงต่ออีกฝ่ายหนึ่งอย่างไร ซึ่งเดิมยึดหลักความไม่รับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ต่อฝ่ายปกครอง ยกเว้นมีกฎหมายบัญญัติ เนื่องจากเห็นว่ามิระบบกฎหมายเกี่ยวกับวินัยที่พอเพียงแล้วและเกรงว่าจะสร้างความเฉื่อยชา และต่อมาเมื่อ สภาแห่งรัฐหรือ Conseil d'Etat ได้สร้างหลักความรับผิดชอบร่วมกันขึ้นในช่วงแรกสภาแห่งรัฐปฏิเสธสิทธิของรัฐในการไต่เบี่ยงจากเจ้าหน้าที่ หากปรากฏว่าความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำทั้งที่เป็นความผิดของเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัวและความผิดของหน่วยงานของรัฐในการบริการสาธารณะ ประกอบกันอยู่ด้วยก็ตาม กล่าวได้ว่าสภาแห่งรัฐเห็นว่าในความสัมพันธ์กับรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดจากการกระทำของตน

ต่อมาหลังจากปี ค.ศ.1924 ซึ่งหลักความรับผิดชอบร่วมกันได้รับการยอมรับเป็นที่แน่นอนแล้ว สภาแห่งรัฐได้ยอมรับสิทธิไต่เบี่ยงของรัฐที่จะไต่เบี่ยงเอาแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐและสิทธิของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการไต่เบี่ยงเอาแก่รัฐ ในคดี Laruelle C.E.28.7.1951 ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ปรากฏว่านาย Laruelle ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทหารได้ขับรถของทางราชการไปทำธุระส่วนตัวและเกิดอุบัติเหตุชนผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ สภาแห่งรัฐได้พิพากษาว่า รัฐมีสิทธิไต่เบี่ยงจากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ หากรัฐถูกพิพากษาให้รับผิดชอบเนื่องจากความผิดของฝ่ายปกครองในการบริการสาธารณะ และในขณะเดียวกันเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ปฏิบัติหน้าที่ก็มีความผิดส่วนตัวในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว การเรียกชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ตนได้จ่ายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายคืนจากเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

ในกรณีที่รัฐต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนตามคำพิพากษาแต่ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นเป็นความผิดร่วมกันระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลปกครองจะกำหนดในคำพิพากษาว่ารัฐมีสิทธิไต่เบี่ยงจากเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นจำนวนเท่าใด รัฐต้องรับผิดชอบอันเนื่องมาจากความผิดของฝ่ายปกครองในการบริการสาธารณะเป็นเงินเท่าใด เมื่อนำตัวเลขทั้งสองมาหักลบกันแล้วจำนวนที่เหลือคือจำนวนที่รัฐอาจไต่เบี่ยงเอาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้

สำหรับการไต่เบี่ยงของเจ้าหน้าที่ของรัฐจากรัฐนั้น ปรากฏในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐในคดี Delville (C.E.28.7.1951) ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า นาย Delville เป็นพนักงานขับรถของกระทรวงโยธาธิการและการผังเมือง ได้ขับรถบรรทุกของทางราชการในขณะเมาสุราไปในการปฏิบัติหน้าที่และเกิดอุบัติเหตุขึ้น ผู้เสียหายได้ฟ้องให้นาย Delville รับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และเมื่อนาย Delville ได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายจนเต็มจำนวนแล้ว นาย Delville ก็ได้มาฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากรัฐโดยอ้างว่าความบกพร่องของห้ามล้อรถมี

ส่วนในการก่อให้เกิดอุบัติเหตุด้วย คดีนี้สภาแห่งรัฐพิพากษาให้รัฐร่วมรับผิดชอบครั้งหนึ่งโดยให้เหตุผลว่า อุบัติเหตุเกิดจากห้ามล้อรถไม่ดีส่วนหนึ่ง ประกอบกับความเมาสุราของคนขับอีกส่วนหนึ่ง

กล่าวโดยสรุป สภาแห่งรัฐได้วางหลักว่าผู้เสียหายมีสิทธิเลือกฟ้องเจ้าหน้าที่ต่อ ศาลยุติธรรมหรือฟ้องหน่วยงานของรัฐต่อศาลปกครองเพื่อความเสียหายทั้งหมดได้ และเมื่อ เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานได้ชดใช้หรือถูกพิพากษาให้ชดใช้แก่ผู้เสียหายเพื่อความเสียหาย ทั้งหมดแล้ว มีสิทธิฟ้องไล่เบี่ยจากผู้ร่วมรับผิดชอบต่อศาลปกครอง อย่างไรก็ตามศาลปกครอง ไม่ผูกพันตามจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ศาลยุติธรรมพิพากษาให้เจ้าหน้าที่ของ รัฐชดใช้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแทบจะไม่มีกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องไล่เบี่ยจากรัฐ เนื่องจาก ผู้เสียหายมักจะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากรัฐ⁵³

(3) เหตุแห่งความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง

ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองอาจเกิดจากเหตุดังต่อไปนี้

- ความรับผิดอันเกิดจากความผิด

ความรับผิดอันเกิดจากความผิดนี้ อาจเกิดได้จาก 2 กรณี คือ

1) เกิดจากการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งกระทำภายในขอบเขตของ อำนาจหน้าที่ราชการของตน โดยไม่ต้องรับผิดเป็นส่วนตัว โดยรัฐจะต้องรับผิดในกรณีที่เป็น ความผิดของหน่วยงาน

2) เกิดจากการกระทำผิดซึ่งไม่อาจกำหนดตัวผู้กระทำผิดได้แน่ชัด หรือไม่อาจเจาะจงลงไปได้ว่า เจ้าหน้าที่หรือข้าราชการผู้ใดเป็นผู้กระทำผิด แต่เป็นความผิดที่เกิด จากการดำเนินงานเป็นส่วนรวม

ตัวอย่างของความรับผิดทางแพ่งอันเกิดจากความผิด ได้แก่

- การกระทำผิดซึ่งก่อให้เกิดความเสียหาย โดย Conseil d'Etat ได้ วางหลักเกณฑ์ของการกระทำที่ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเกินอำนาจ ได้แก่ ในกรณีที่ การกระทำของเจ้าหน้าที่ห่างไกลจากอำนาจหน้าที่ ไม่ปฏิบัติตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด การกระทำที่ก่อให้เกิดการใช้อำนาจอย่างไม่ถูกต้อง หรือกรณีการเข้าใจกฎหมายผิด ซึ่งกรณี เหล่านี้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิด เว้นแต่เจ้าหน้าที่มิได้กระทำไปในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ก็ ต้องรับผิดเป็นส่วนตัว

⁵³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.208-210.

- การละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งเกิดขึ้นในกรณีที่เอกชนได้รับความเสียหายจากการที่หน่วยงานของรัฐปฏิเสธหรือปล่อยปละละเลยที่จะดำเนินการตามกฎหมายหรือระเบียบ

- การปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า

- ความผิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ในการรักษาความสงบของตำรวจ แม้เดิมรัฐจะไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ ในบริการสาธารณะด้านตำรวจเพราะถือเป็นการใช้อำนาจมหาชน แต่ต่อมาได้วางหลักเกณฑ์ใหม่โดยให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในบริการสาธารณะด้านตำรวจที่บกพร่อง เช่น การงดมิให้ใช้ใบอนุญาตขับขี่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

- ความรับผิดชอบอื่นหรือความรับผิดโดยปราศจากความผิด

การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่เป็นเหตุให้รัฐต้องรับผิดชอบนั้น นอกจากจะมีที่มาจากความผิดหรือความบกพร่องในการดำเนินงานแล้ว วิวัฒนาการของกฎหมายฝรั่งเศสได้ยอมรับความรับผิดอันมิได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิดด้วย กล่าวคือ ความรับผิดอย่างอื่นหรือความรับผิดโดยปราศจากความผิด ซึ่งเป็นความรับผิดที่ตั้งอยู่บนหลักความรับผิดที่เกิดจากความเสี่ยงภัย และหลักความรับผิดที่เกิดจากความเสมอภาคของพลเมืองต่อภาระสาธารณะ โดย Conseil d'Etat ได้มีแนวคำพิพากษาและสร้างหลักกฎหมายดังกล่าวขึ้นมา เนื่องจากพิจารณาเห็นว่าจะไม่เป็นการยุติธรรมหากปล่อยให้ประชาชนต้องเป็นผู้รับภาระและทนทุกข์กับความเสียหายนั้นแต่ลำพังโดยมิใช่ความผิดของตน⁵⁴ ทั้งที่ความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำซึ่งจัดอยู่ในความรับผิดชอบของรัฐได้แต่ตามหลักความรับผิดโดยมีความผิด รัฐไม่ต้องรับผิด ซึ่งหลักการสำคัญของความรับผิดโดยปราศจากความผิดก็คือ เพียงแต่ผู้ได้รับความเสียหายชี้ให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการกระทำของฝ่ายปกครองก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบต่อค่าทดแทนความเสียหาย ทั้งนี้หลักการอันเป็นรากฐานของความรับผิดโดยปราศจากความผิดมีอยู่ 2 ประการ คือ

-หลักความรับผิดบนพื้นฐานของทฤษฎีการเสี่ยงภัย ในกรณีที่กิจกรรมของฝ่ายปกครองมีลักษณะที่ทำให้เกิดการเสี่ยงภัยอันเนื่องมาจากลักษณะที่เป็นอันตรายของกิจกรรมนั่นเอง หรือเนื่องมาจากการใช้อาวุธหรือเครื่องมือเครื่องใช้ที่เป็นอันตรายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้แก่ ความเสียหายอันเกิดจากงานโยธาสาธารณะ ความเสียหายอันเกิดจากสิ่งอันตราย

⁵⁴ โภคิน พลกุล, “ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศส,” หนังสือสมาคมนักเรียนไทยในฝรั่งเศสและสมาคมนักเรียนไทยในรัฐเยอรมันในพระบรมราชูปถัมภ์, 2519, น.147.

ความเสียหายที่เกิดจากกิจกรรมหรือวิธีการทางเทคนิคที่อันตราย ความเสียหายซึ่งเกิดแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐและผู้ช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งความเสียหายดังกล่าวฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบแต่ฝ่ายปกครองจะไม่ผิด ซึ่งโดยหลักแล้วความรับผิดชอบกรณีเสี่ยงภัยนี้จะใช้เฉพาะกรณีความเสียหายที่ผิดปกติเท่านั้น ถ้าเป็นความเสียหายธรรมดาฝ่ายปกครองไม่ต้องรับผิดชอบ

-หลักความรับผิดชอบพื้นฐานของหลักการว่าด้วยความเสมอภาคในการรับภาระมหาชน ในกรณีที่การใช้มาตรการหรืองดเว้นการใช้มาตรการใด ๆ ของฝ่ายปกครองเป็นต้นเหตุของความเสียหายที่ปัจเจกบุคคลคนหนึ่งหรือบางคนได้รับ ฝ่ายปกครองจะต้องจ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายแม้การใช้หรืองดเว้นการใช้มาตรการนั้นจะชอบด้วยกฎหมายก็ตาม หลักกฎหมายดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการว่าด้วยความเสมอภาคในการรับภาระมหาชน (ภาระของรัฐ) เนื่องจากเมื่อใดที่ปัจเจกบุคคลบางคนได้รับความเสียหายจากการใช้หรืองดเว้นการใช้มาตรการใด ๆ ของฝ่ายปกครองเมื่อนั้นย่อมเกิดความไม่เสมอภาคในการรับภาระมหาชน อันเป็นการไม่เคารพหลักหลักการว่าด้วยความเสมอภาคในการรับภาระมหาชน การที่ให้ฝ่ายปกครองต้องจ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนให้ผู้เสียหายนั้นจากเงินภาษีอากรที่พลเมืองทุกคนต้องรับภาระ เท่ากับว่าผู้เสียภาษีทุกคนรับภาระดังกล่าวด้วย โดยนัยนี้หลักการว่าด้วยความเสมอภาคในการรับภาระมหาชนก็จะได้รับการเคารพ

- ความรับผิดในกรณีมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ

-กรณีกฎหมายยกเว้นความรับผิดของฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายบางฉบับบัญญัติยกเว้นถึงความรับผิดของบริการสาธารณะบางอย่าง เช่น บริการไปรษณีย์ในกรณีที่เป็นการส่งไปรษณีย์ที่ไม่มีการลงทะเบียน

-กรณีขยายความรับผิดมีบทกฎหมายหลายฉบับกำหนดความรับผิดของฝ่ายปกครองเพิ่มขึ้น เช่น การให้บำนาญในกรณีทุพพลภาพเนื่องจากอุบัติเหตุที่เกิดจากการทำงาน ความเสียหายจากการจลาจล อุบัติเหตุจากนิวเคลียร์ เป็นต้น

-กรณีฝ่ายปกครองรับผิดชอบแทนเจ้าหน้าที่ กรณีการแทนที่ความรับผิดในกรณีความเสียหายเกิดจากยานพาหนะ ตามกฎหมายลงวันที่ 31 ธันวาคม 1957 ซึ่งบัญญัติว่าหากอุบัติเหตุเกี่ยวกับยานพาหนะโดยมีต้นเหตุมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่แล้วหน่วยงานของรัฐจะเข้าแทนที่ความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐได้โดยตรงโดยไม่ต้องฟ้องเจ้าหน้าที่

3.2.2 ประเทศเยอรมัน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน “ความรับผิดชอบของรัฐ” (Staatshaftung) มีความหมายหลายอย่าง สำหรับความหมายอย่างแคบ ความรับผิดชอบของรัฐ หมายถึง หน้าที่รับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในความหมายนี้จำกัดเฉพาะความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจมหาชน ส่วนในความหมายอย่างกว้าง ความรับผิดชอบของรัฐ หมายถึง หน้าที่รับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของตน ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือการกระทำนั้นจะกระทำโดยใช้อำนาจมหาชนหรือกระทำในแดนของกฎหมายเอกชนก็ตาม ความรับผิดชอบของรัฐในความหมายนี้จึงครอบคลุมทั้งความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ หรือการผิดสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองหรือการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชน

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นฐานแห่งความรับผิดชอบของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่นคือบทบัญญัติมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่งประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) บทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้เป็นความพยายามประสานหลักความรับผิดทางละเมิดสองหลักการเข้าด้วยกัน หลักการประการแรก คือหลักความรับผิดเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ซึ่งตามหลักการนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นจะต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว กล่าวคือจะต้องนำทรัพย์สินของตนชำระหนี้ค่าความเสียหายที่เกิดขึ้น ส่วนอีกหลักการหนึ่ง คือ หลักความรับผิดโดยตรงของรัฐ ตามหลักการนี้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ทำให้บุคคลอื่นเสียหาย รัฐจะเข้ามารับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นโดยตรงโดยถือว่าความเสียหายนั้นรัฐได้ก่อให้เกิดขึ้นเอง เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายต่อบุคคลที่ได้รับ ความเสียหายนั้น

(1) เหตุแห่งความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

- ความรับผิดชอบอันเกิดจากความผิด

1) ผู้ที่กระทำหน้าที่บริการสาธารณะ เดิมประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 839 และมาตรา 131 ของรัฐธรรมนูญ Weimar ใช้คำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” แต่รัฐธรรมนูญปัจจุบันหรือ The Basic Law ในมาตรา 34 ใช้คำว่า “บุคคลใดก็ตาม” ซึ่งได้รับมอบหมายโดยฝ่ายปกครอง ดังนั้น รัฐหรือฝ่ายปกครองจึงไม่เพียงแต่ต้องรับผิดการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่ต้องรับผิดรวมถึงการกระทำของบุคคลใด ๆ ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำกิจกรรมของรัฐด้วย โดยไม่ต้องคำนึงว่าเขาถูกจ้างชั่วคราวหรือด้วยวัตถุประสงค์เฉพาะกาลหรือเป็นอาสาสมัคร ตัวอย่างเช่น อาสาสมัครดับเพลิง แพทย์เอกชนซึ่ง

กระทำการในฐานะราชการ วิศวกรเอกชนซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ทำ supervise blueprints ซึ่งศาลได้ ตัดสินว่ารัฐไม่อาจหลุดพ้นความรับผิดชอบที่เป็นหน้าที่บริการสาธารณะหรือการใช้อำนาจ ปกครองต่อเอกชน

2) การทำให้เกิดความเสียหายหรือฝ่าฝืนหน้าที่ ซึ่งรัฐต้องรับผิดชอบ เช่น โจทก์ได้เริ่มลงมือก่อสร้างอาคารโดยได้รับอนุญาตจาก The country council แต่ต่อมาได้มีการถอนคำอนุญาตเนื่องจากรัฐบาลส่วนท้องถิ่นไม่เห็นพ้องด้วยกับการให้มีการก่อสร้าง ศาลตัดสินให้โจทก์ได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย

3) ข้อจำกัดความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง เป็นข้อจำกัดความรับผิดชอบ ตามมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งมีอยู่ 3 ประการ คือ

- รัฐหรือฝ่ายปกครองไม่อาจถูกตัดสินให้รับผิดชอบสำหรับการกระทำโดย ประมาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้โดยวิธีอื่น เช่น ภายใต้อำนาจ หรือจากการประกันภัยส่วนบุคคล หรือสวัสดิการสังคม เป็นต้น

- รัฐไม่อาจถูกตัดสินให้รับผิดชอบสำหรับการกระทำที่เกิดความเสียหายต่อ หน้าที่ที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่พิพากษาอรรถคดี เว้นแต่การละเมิดต่อหน้าที่นั้น จะทำให้ถูกลงโทษทางอาญาตามวิธีพิจารณาคดีอาญา แต่ข้อจำกัดนี้เป็นประโยชน์เฉพาะ ผู้พิพากษาตามความหมายที่จำกัดของมาตรา 97 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) โดยไม่อาจ นำไปปรับใช้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำงานเกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินได้

- หน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะไม่เกิดขึ้นถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ เสียหายจงใจหรือประมาทเลินเล่อละเลยความเสียหายโดยหันไปใช้ประโยชน์การเยียวยา ทางกฎหมายแทน เช่น เรียกร้องให้มีการยกเลิกเพิกถอนการกระทำในทางปกครองตามกฎหมาย หรือเรียกร้องให้มีการลงโทษทางวินัยโดยการดำเนินคดีเป็นต้น

- ความรับผิดชอบอย่างอื่น

นอกจากหน่วยงานของรัฐจะต้องรับผิดชอบในการกระทำให้เกิดความเสียหายของเจ้าหน้าที่และบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะแทนฝ่ายปกครองแล้ว ยังมีกรณีที่ ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแก่เอกชน แม้จะมีได้เกิด จากการกระทำของฝ่ายปกครองโดยตรง เช่น ตามมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) ได้ให้หลักประกันสิทธิพื้นฐานของประชาชนในการได้รับการชดเชยค่าเสียหายสำหรับถูกบังคับ ยึดทรัพย์ หรือเวนคืนที่ดินโดยฝ่ายปกครองตามกฎหมายเพื่อประโยชน์ด้านสวัสดิการสังคม ภาระหน้าที่ในการจ่ายค่าชดเชยความเสียหายสำหรับกรณีนี้ถือเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด หรือ

ภายใต้มาตรา 14 ดังกล่าวนั้น ศาลได้วางหลักให้มีการชดเช้ค่าเสียหายสำหรับการสูญเสียหรือสำหรับการบังคับหรือการจำกัดเหนือทรัพย์สินของเอกชนซึ่งมีมูลเหตุจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) องค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

องค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองตามมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) ได้กำหนดไว้อย่างสอดคล้องกันในการก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้อง ซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ในทางมหาชน

การกระทำละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ที่จะทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิดแทนนั้น จะต้องกระทำในตำแหน่งหน้าที่ทางมหาชน การกระทำที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำในตำแหน่งหน้าที่ทางมหาชนได้นั้นจะต้องกระทำโดยบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐคือเจ้าหน้าที่ของรัฐประการหนึ่ง และการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นได้กระทำลงในแดนของกฎหมายมหาชนประการหนึ่ง

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ในความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดนั้น ระบบกฎหมายเยอรมันจะพิจารณาจากภารกิจที่บุคคลปฏิบัติเป็นสำคัญว่ากระทำลงเพื่อรัฐหรือไม่ โดยมีได้หมายเฉพาะข้าราชการ พนักงานและลูกจ้างของทางการเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงบุคคลซึ่งอยู่ในความสัมพันธ์กับทางการตามกฎหมายมหาชนและบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดทำภาระหน้าที่ในทางมหาชนด้วยซึ่งอาจแบ่งแยกเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดได้เป็น 2 กลุ่มด้วยกันได้แก่⁵⁵

ก) บุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

บุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่อันอาจจะทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิดแทนนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นข้าราชการตามความหมายของกฎหมายเท่านั้น หากพิจารณาจากถ้อยคำในมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งใช้คำว่า “Beamter” ซึ่งหมายถึง ข้าราชการพลเรือน แต่บทบัญญัติมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) ใช้ถ้อยคำที่กว้างกว่าคือใช้คำว่า “jemand” ซึ่งหมายถึง บุคคลใดๆ ในกรณีเช่นนี้ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญ (The Basic Law) ขยายความหมายของคำว่า “Beamter” ตามมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ให้กว้างออกไป ดังนั้น บุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐนอกเหนือจากข้าราชการพลเรือนแล้ว ย่อมได้แก่บรรดาพนักงาน (Angestellte) และลูกจ้าง (Arbeiter) ของรัฐ บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในการรับใช้รัฐใน

⁵⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 77-80.

ฐานะเป็นข้าราชการประจำ เช่น ข้าราชการทหาร ข้าราชการฝ่ายตุลาการ บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเพราะสวมตำแหน่งในทางมหาชนที่ไม่ได้มีฐานะเป็นข้าราชการประจำ เช่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รัฐมนตรี หรือข้าราชการการเมืองอื่น เช่น สมาชิกสภาองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น บุคคลที่มีตำแหน่งต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้ย่อมเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ในความหมายของมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประกอบกับมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law)

ข) เอกชน

เอกชนก็อาจถือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐได้ถ้าได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติงานเพื่อรัฐ อย่างไรก็ตามการมอบหมายให้เอกชนปฏิบัติหน้าที่นั้นอาจจะมีได้หลายรูปแบบและในหลายกรณีก็ก่อให้เกิดปัญหาทางปฏิบัติไม่น้อยว่าการปฏิบัติหน้าที่อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐและอาจทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิดแทนสำหรับการกระทำของเอกชนนั้น ลักษณะความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนกับรัฐอาจแยกออกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

(1) เอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจ

การปฏิบัติหน้าที่ของเอกชนเพื่อรัฐในลักษณะแรกอาจเกิดขึ้นได้โดยการที่รัฐสภาตรากฎหมายหรือฝ่ายปกครองออกคำสั่งหรือทำสัญญาทางปกครองมอบหมายให้เอกชนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลมีอำนาจบางอย่างในทางมหาชน เช่น กัปตันเครื่องบิน กัปตันเรือเดินสมุทร ผู้เชี่ยวชาญซึ่งได้รับการรับรองจากรัฐเกี่ยวกับการสัญจรโดยพาหนะที่เดินด้วยกำลังเครื่องยนต์ เอกชนเหล่านี้เรียกว่า “เอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจ” (Beliehene) ถือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐ

(2) เอกชนผู้ช่วยเหลือฝ่ายปกครอง

การปฏิบัติหน้าที่ของเอกชนให้กับรัฐอาจเกิดขึ้นได้ในลักษณะที่เอกชนเป็น “ผู้ช่วยเหลือฝ่ายปกครอง”(Verwaltungshelfer) ความแตกต่างระหว่างเอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจกับผู้ช่วยเหลือฝ่ายปกครองอยู่ที่ลักษณะการมอบอำนาจ ในขณะที่เอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจได้รับมอบอำนาจอย่างเป็นทางการ ผู้ช่วยเหลือฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ช่วยเหลือการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองโดยไม่ได้อำนาจเป็นของตนเองแต่กระทำการโดยขึ้นอยู่กับองค์การเจ้าหน้าที่ที่ขอให้ตนช่วยเหลืองานนั้น “เป็นการดำเนินการที่ไม่เป็นอิสระ” เช่น หัวหน้านักเรียนหรือนักเรียนซึ่งครูพลະให้เป็นผู้ช่วยฝึกสอนกีฬาในวิชาพลศึกษา ผู้พานักเรียนข้ามถนน เป็นต้น

ถึงแม้ว่าลักษณะการช่วยเหลือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในกรณีนี้จะได้มีลักษณะเป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจในทางมหาชน แต่ถือว่าเอกชนผู้ช่วยเหลือฝ่ายปกครองนี้ถือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ เนื่องจากศาลเห็นว่าการกระทำในทางมหาชนนั้นไม่จำเป็นต้องมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวในทางกฎหมายเสมอไป แต่การกระทำที่มีลักษณะเป็นการช่วยเหลืองานทางมหาชนในทางความเป็นจริงก็ถือว่าเป็นการกระทำในทางมหาชนได้เช่นกัน

(3) เอกชนคู่สัญญา

การปฏิบัติหน้าที่ของเอกชนซึ่งประกอบธุรกิจอิสระ เช่น ผู้รับจ้าง ผู้รับเหมา ทั้งนี้โดยรัฐอาจว่าจ้างมอบหมาย (โดยสัญญาทางแพ่ง) ให้เอกชนดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่แทน เช่น ว่าจ้างมอบหมายให้บริษัทเอกชนยกรถยนต์ซึ่งจอดในบริเวณที่ห้ามจอดไปไว้ที่สถานีตำรวจ เป็นต้น เอกชนที่ปฏิบัติหน้าที่ให้กับรัฐในลักษณะนี้เป็นที่โต้แย้งกันในทางตำราว่าจะถือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้หรือไม่ ซึ่งศาลยุติธรรมได้วางแนวเอาไว้ว่าหากรัฐมีอำนาจในการกำกับหรือสามารถควบคุมบังคับการปฏิบัติงานของเอกชนที่ประกอบธุรกิจอิสระนั้นได้ โดยเอกชนผู้ได้รับมอบหมายงานดังกล่าวมีฐานะเป็นเพียงเครื่องมือในการทำงานให้แก่รัฐเท่านั้นแล้ว ย่อมถือว่าเอกชนนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ แต่ถ้าในการปฏิบัติงานนั้นเอกชนมีความเป็นอิสระ สามารถทำงานได้โดยไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของรัฐแล้วย่อมไม่ถือว่าเอกชนผู้นั้นเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ รัฐจึงไม่ต้องเข้ามารับผิดชอบต่อความเสียหายที่เอกชนผู้นั้นก่อให้เกิดขึ้นในการปฏิบัติงาน ซึ่งแนวคำพิพากษาดังกล่าวเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ในทางตำราค่อนข้างมากเนื่องจากเป็นการวางแนวคำพิพากษาโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ของผู้เสียหายเท่าที่ควรเนื่องจากผู้เสียหายไม่มีทางรู้ว่าการปฏิบัติงานของเอกชนผู้นั้นเป็นการปฏิบัติงานในฐานะเป็นเพียงเครื่องมือของรัฐเท่านั้นหรือไม่ และทำให้ฝ่ายปกครองหลบเลี่ยงความรับผิดชอบโดย “หนีเข้าไปในแดนของกฎหมายเอกชน” โดยวิธีการมอบให้เอกชนปฏิบัติหน้าที่แทนตนได้โดยให้อิสระแก่เอกชนนั้น ต่อมาศาลยุติธรรมจึงได้ปรับเปลี่ยนแนวคำพิพากษาในเรื่องนี้โดยแทนที่จะพิจารณาความสัมพันธ์ภายในระหว่างรัฐกับเอกชนที่ได้รับมอบหมายงานเป็นหลักว่าเอกชนดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐหรือไม่แต่เพียงอย่างเดียวศาลได้หันมาพิจารณาลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ได้รับมอบงานโดยมองจากภายนอกคือลักษณะของงานที่ให้เอกชนทำประกอบด้วว่างานที่หน่วยงานปกครองมอบให้เอกชนปฏิบัติกับภารกิจของหน่วยงานทางปกครองนั้นสัมพันธ์กันมากน้อยเพียงใดและเอกชนผู้ได้รับมอบงาน

นั้นมีดุลพินิจในการปฏิบัติงานแค่ไหน ยิ่งงานที่หน่วยงานทางปกครองมอบหมายให้เอกชนสัมพันธ์กับภารกิจของหน่วยงานนั้นมากเท่าใดและเอกชนมีดุลพินิจหรือความเป็นอิสระในการทำงานน้อยเท่าใด โอกาสที่จะถือว่าเอกชนผู้ได้รับมอบงานเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐก็ย่อมมีมากเท่านั้น

นอกจากนี้หากพิจารณาคำว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่” การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต้องได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ตามอำนาจหน้าที่ หมายความว่า การกระทำต้องมีความสัมพันธ์ทั้งภายในและภายนอกกับการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ใช่เพียงกรณีบางโอกาส ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดว่าเป็นกรณีที่การกระทำที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ เช่น ตำรวจในขณะที่เข้าเวรตรวจตราได้ยิงเพื่อนบ้านคู่กรณี โดยมีมูลเหตุจูงใจส่วนตัว หรือกรณีการใช้รถราชการเพื่อวัตถุประสงค์ส่วนตัวและทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย กรณีเหล่านี้มิใช่เป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำจากหน้าที่ในตำแหน่งที่กฎหมายบังคับให้กระทำ⁵⁶ ซึ่งความหมายของ “การปฏิบัติหน้าที่” จะต้องเข้าใจว่าเป็นการทำภาระหน้าที่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ทั้งนี้โดยมิได้คำนึงถึงเรื่องการจัดแบ่งองค์การของรัฐหรือมิได้พิจารณาถึงสถานะในทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากแต่พิจารณาเพียงว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้รับมอบหมายให้จัดทำภาระหน้าที่ดังกล่าวหรือไม่ และการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องมีผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว เมื่อบุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐ การกระทำของบุคคลดังกล่าวจะเป็นละเมิดอันจะทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิดแทนตามมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประกอบกับมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) ก็ต่อเมื่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายนั้นได้กระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่รัฐมีอยู่เหนือเอกชนเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายมหาชน (การกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำไปอย่างเอกชนคนอื่น เช่น การซื้อวัสดุอุปกรณ์สำนักงานย่อมถือว่าเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายเอกชน การแบ่งแยกการกระทำดังกล่าวมีความสำคัญอย่างมากในแง่ของการเข้ามารับผิดของรัฐเพราะถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐแต่การปฏิบัติหน้าที่อื่นส่งผลก่อให้เกิดความเสียหายนั้นได้กระทำลงในแดนของกฎหมายเอกชน

⁵⁶ เพ็ญศรี วงศ์เสรี,ดร., “ความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน”, ในเอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองชั้นต้นในภูมิภาค เรื่องการดำเนินคดีปกครองเกี่ยวกับละเมิดและความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ, สำนักงานศาลปกครอง, น.13.

แล้ว รัฐจะไม่เข้ามารับผิดชอบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น แต่จะรับผิดชอบตามหลักของกฎหมายเอกชนในประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งมีเงื่อนไขของความรับผิดชอบแตกต่างออกไป

ปัญหาที่เกิดขึ้นมากในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการแบ่งแยกความรับผิดชอบของรัฐว่าเป็นความรับผิดชอบตามกฎหมายมหาชนหรือตามกฎหมายเอกชนมักจะเกิดขึ้นในกรณีของการกระทำในทางกายภาพของฝ่ายปกครองหรือที่เรียกกันว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” และกรณีที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการในลักษณะของการสนับสนุนช่วยเหลือเอกชนไม่ใช่การใช้อำนาจเข้าไปก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพ ตัวอย่างของการกระทำในทางกายภาพของฝ่ายปกครองที่เป็นปัญหามากในระบบกฎหมายเยอรมันได้แก่การใช้พาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องยนต์ในทางสาธารณะ เช่น การขับรถไปปฏิบัติหน้าที่ การขับรถเพื่อส่งของหรือพัสดุต่างๆ กรณีดังกล่าวนี้ในกฎหมายเยอรมันจะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการกระทำ การปฏิบัติหน้าที่ที่จะได้กระทำ ณ ที่ซึ่งเป็นเป้าหมายของการเดินทาง การกระทำในทางกายภาพจะถือว่าได้กระทำลงในแดนของกฎหมายมหาชนก็ต่อเมื่อมีความเชื่อมโยงอย่างแน่นแฟ้นระหว่างการทำนั้นกับหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติ ดังนั้นการขับรถเพื่อตรวจตราความเรียบร้อยสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย การขับรถส่งพัสดุไปรษณีย์ของพนักงานของรัฐ จึงเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายมหาชน การกระทำดังกล่าวศาลได้ดีความคุ้มครองถึงการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเตรียมการเพื่อปฏิบัติหน้าที่ด้วย เช่น การขับรถดับเพลิงเพื่อไปตรวจสอบสภาพความพร้อมในการใช้งาน ศาลถือว่าเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายมหาชน อย่างไรก็ตามเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่งแยกยังไม่ชัดเจนเพียงพอ จึงก่อให้เกิดปัญหาในหลายกรณี โดยนักนิติศาสตร์บางคนเสนอให้การใช้ทางสาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยหลักให้ถือเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายเอกชน เว้นไว้แต่เฉพาะกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการจราจรทางบกเท่านั้นที่ให้ถือว่าเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายมหาชน

นอกจากปัญหาการแบ่งแยกการกระทำในแดนของกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนในเรื่องของการใช้ทางสาธารณะแล้ว ปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งคือปัญหาความรับผิดชอบที่เกิดจากความเสียหายในการใช้ถนน ทาง หรือสถานที่สาธารณะ เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่บำรุงรักษาถนนให้ดี ไม่โรยกรวดบนพื้นถนนเมื่อหิมะตกหนัก หรือติดตั้งสัญญาณจราจรผิดพลาดทำให้ผู้ใช้ถนนได้รับอุบัติเหตุหรือทรัพย์สินของบุคคลผู้ใช้ถนนได้รับความเสียหาย กรณีดังกล่าวรัฐจะต้องรับผิดชอบหลักในกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ได้วางแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้โดยแยกพิจารณาว่าหน้าที่ที่หน่วยงานทางปกครองต้องปฏิบัติเกี่ยวกับการจราจรนั้นเป็นหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกำหนดกฎเกณฑ์การจราจร หรือเป็นหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับ

การบำรุงรักษาทางจราจร ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองละเมิดหน้าที่ที่เกี่ยวกับการกำหนดกฎเกณฑ์จราจร เช่น ขีดเส้นจราจรผิดพลาด ติดตั้งสัญญาณไฟหรือป้ายจราจรผิดพลาด และการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น รัฐจะต้องรับผิดชอบหลักในทางกฎหมายมหาชน แต่ถ้าหน่วยงานทางปกครองละเลยหน้าที่ที่เกี่ยวกับการบำรุงรักษาทางจราจรให้อยู่ในสภาพปลอดภัยและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น กรณีนี้ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์เห็นว่ารัฐต้องรับผิดในมาตรฐานเดียวกับเอกชนตามกฎหมายเอกชน โดยเทียบเคียงกับหลักในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 836 ซึ่งเป็นกรณีที่เจ้าของอาคารต้องรับผิดในกรณีอาคารถล่มหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของอาคารหล่นลงมาเป็นอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคล ตัวอย่างเช่น กรณีไม่จัดให้ไฟฟ้าในท้องถนนมีความสว่างเพียงพอ กรณีไม่บำรุงรักษาสะพานให้อยู่ในสภาพปลอดภัย กรณีไม่ตัดโคนต้นไม้ไม่โรยกรวดในถนน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามความรับผิดในการละเลยไม่บำรุงถนนหนทางหรือสถานที่สาธารณะให้อยู่ในสภาพที่ปลอดภัยอาจจะเป็นความรับผิดตามกฎหมายมหาชนก็ได้ หากรัฐสภาของมลรัฐตรากฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน

ในส่วนของความรับผิดที่เกิดจากการที่หน่วยงานทางปกครองทำหน้าที่ในลักษณะให้บริการประชาชน เช่น สระว่ายน้ำสาธารณะ รถราง ห้องสมุดสาธารณะ จะถือว่าหน่วยงานทางปกครองนั้นกระทำการในแดนของกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนนั้นจะต้องพิจารณาจากนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นประกอบ ถ้านิติสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดเอกชนได้ใช้ประโยชน์จากการบริการของหน่วยงานทางปกครองเป็นนิติสัมพันธ์ในทางมหาชน เช่น การใช้ประโยชน์จะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมทางปกครองตามระเบียบที่หน่วยงานทางปกครองนั้นได้วางไว้ หรือหน่วยงานทางปกครองนั้นมีอำนาจในทางมหาชนบางประการในการบังคับการฝ่ายเดียว รัฐต้องรับผิดตามหลักกฎหมายมหาชน แต่ถ้านิติสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดเอกชนได้ประโยชน์จากการบริการของหน่วยงานทางปกครองเป็นนิติสัมพันธ์ในทางเอกชน เช่น นิติสัมพันธ์ในรูปของสัญญาทางแพ่ง ค่าตอบแทนที่จ่ายไปไม่ใช่เป็นค่าธรรมเนียมทางปกครอง รัฐต้องรับผิดตามหลักกฎหมายเอกชน แต่การแบ่งแยกความรับผิดกรณีดังกล่าวนี้ยังมีปัญหาเนื่องจากขาดหลักเกณฑ์วินิจฉัยที่เด็ดขาด

การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ในแดนของกฎหมายมหาชน การกระทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหน้าที่ คือมีความสัมพันธ์ระหว่างตำแหน่งหน้าที่กับการปฏิบัติหน้าที่นั้น อย่างไรก็ตามกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอันละเมิดต่อตำแหน่งหน้าที่โดยรู้ตัว อาจยังไม่ถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิบัติหน้าที่กับตำแหน่งหน้าที่ขาดตอนลง ซึ่งส่งผลให้รัฐไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดได้ เช่น การที่เจ้าหน้าที่สนามบิน (แต่เดิมถือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ) ปฏิบัติหน้าที่หย่อนยานโดยจงใจเพื่อประท้วง

รัฐบาล ส่งผลให้เกิดความเสียหายขึ้น ดังนี้รัฐจะปฏิเสธความรับผิดชอบไม่ได้ แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่นั้นเพื่อประโยชน์ส่วนตัวโดยแท้ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่โดยปกติแล้ว กรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นต้องรับผิดชอบส่วนตัว รัฐไม่ต้องเข้ามารับผิดชอบต่อ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งออกตรวจตราความสงบเรียบร้อยใช้ปืนยิงเพื่อนบ้านของตนซึ่งไม่ถูกกัน หรือขับรถออกนอกเส้นทางและเกิดการละเมิดทำให้บุคคลอื่นเสียหาย เป็นต้น

- การละเมิดต่อการปฏิบัติหน้าที่ผูกพันบุคคลที่สาม

การละเมิดต่อการปฏิบัติหน้าที่อาจจะไม่เป็นละเมิดที่รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐละเมิดนั้นไม่มีความเชื่อมโยงกับบุคคลที่สาม (บุคคลที่ได้รับความเสียหาย) หน้าที่ของรัฐซึ่งจะถือว่าเชื่อมโยงกับบุคคลที่สามได้นั้นต้องเป็นหน้าที่ของรัฐซึ่งมีขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลที่สาม ไม่ใช่หน้าที่ที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะทั่วไปเท่านั้น การพิจารณาความเชื่อมโยงระหว่างหน้าที่รัฐการกับบุคคลที่สามแท้ที่จริงแล้ว คือการพิจารณาวัตถุประสงค์ของหน้าที่ของรัฐนั้น ๆ ว่ามุ่งประสงค์คุ้มครองประโยชน์ส่วนบุคคลที่ได้รับความเสียหายหรือไม่ บุคคลที่จะฟ้องร้องให้รัฐรับผิดชอบต่อเจ้าหน้าที่ได้จะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดหน้าที่ของรัฐซึ่งมุ่งคุ้มครองตนเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความปลอดภัยของกระแสไฟฟ้าที่เคลื่อนที่รับส่งคนระหว่างเชิงเขาที่ขยับเขยื้อน ละเมิดหน้าที่ที่กำหนดไว้ในระเบียบเกี่ยวกับความปลอดภัย และกระเข้านั้นตกลงมาทำให้เกิดความเสียหาย บริษัทที่ประกอบกิจการดังกล่าวจะฟ้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินของตนแทนเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานตามหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐไม่ได้ เพราะหน้าที่รัฐการที่เจ้าหน้าที่ละเมิดนั้นเป็นหน้าที่ที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองชีวิตและทรัพย์สินของผู้โดยสารกระเช้า ไม่ใช่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินของบริษัทที่ประกอบกิจการดังกล่าว บุคคลที่จะฟ้องให้รัฐรับผิดชอบในกรณีนี้แทนเจ้าหน้าที่ของรัฐได้จึงได้แก่ผู้โดยสารกระเข้านั้น หรือถึงแม้รัฐจะหน้าที่ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม แต่การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ได้ดำเนินการป้องกันอาชญากรรมอย่างรัดกุมเพียงพอทำให้เกิดอาชญากรรมเนื่อง ๆ และเอกชนคนหนึ่งตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรม เอกชนคนนั้นจะฟ้องร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิดไม่ได้ เพราะหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ของรัฐที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ทั่วไปของสาธารณะ ไม่ใช่ประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง แต่ถ้าข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปเป็นว่าเกิดอาชญากรรมขึ้นต่อหน้าเจ้าหน้าที่ตำรวจ ถึงแม้โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจในการดำเนินการหรือไม่ หรือจะดำเนินการอย่างไรก็ได้ แต่หากเจ้าหน้าที่ตำรวจตัดสินใจอย่างอื่นนอกจากเข้าคลี่คลายอาชญากรรมแล้ว การตัดสินใจอย่างอื่น

นั้นย่อมผิดพลาดทั้งสิ้น ในกรณีนี้ย่อมต้องถือว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ต้องเข้าแทรกแซงขัดขวางการประกอบอาชญากรรมนั้น หากเจ้าหน้าที่หนึ่งเคยบุคคลที่ได้รับความเสียหายอาจฟ้องร้องรัฐเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนได้

การพิจารณาว่าหน้าที่ของรัฐนั้นหน้าที่ใดเป็นหน้าที่ที่มีวัตถุประสงค์คุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชนหรือไม่จะต้องพิจารณาจากตัวบทกฎหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของรัฐนั้นว่าประสงค์อะไร ก่อให้เกิดความคุ้มครองบุคคลใดหรือกลุ่มใดชัดเจนหรือไม่ หลักการเรียกร้องความเชื่อมโยงของหน้าที่รัฐกับบุคคลที่สามนี้สอดคล้องกับหลักกฎหมายเรื่อง “สิทธิทางมหาชน” หรือกล่าวให้ชัดเจนคือ “สิทธิเรียกร้องทางมหาชน” ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะพิเศษของระบบกฎหมายเยอรมัน และมีขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์จำกัดไม่ให้ความรับผิดชอบของรัฐขยายตัวออกไปมากจนเกินไป หากไม่มีการจำกัดความรับผิดชอบโดยพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของหน้าที่ของรัฐว่ามุ่งคุ้มครองปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายโดยเฉพาะหรือไม่แล้ว ย่อมเห็นได้ชัดว่ารัฐจะต้องเข้าไปรับผิดชอบในหลายกรณี เพราะหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นหน้าที่ทางมหาชนนั้นมีขอบเขตกว้างขวางกว่าหน้าที่ที่จะต้องไม่กระทำละเมิดต่อบุคคลอื่นตามหลักทั่วไปในกฎหมายเอกชน (ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823) ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

- การละเมิดหน้าที่ของรัฐหรือหน้าที่ตามตำแหน่ง

หน้าที่ของรัฐหรือหน้าที่ตามตำแหน่งเป็นหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีต่อหน่วยงานที่ตนปฏิบัติงานรับใช้ การกระทำที่จะถือว่าเป็นการละเมิดตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้จึงต้องเป็นการกระทำที่ละเมิดหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งหมายความว่า การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐละเมิดหน้าที่ตามตำแหน่งอันเป็นความสัมพันธ์ภายในระหว่างตนกับหน่วยงานที่ตนปฏิบัติงานรับใช้ได้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างหน่วยงานที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานรับใช้กับบุคคลผู้เสียหายขึ้น เห็นได้ว่าระบบกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของเยอรมันไม่ได้เชื่อมโยงการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าเป็นการทำให้เสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 823 โดยตรงดังเช่นการกระทำละเมิดของบุคคลทั่วไป แต่การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้นต้องเป็นการกระทำที่ละเมิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามตำแหน่ง ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ หน้าที่ของรัฐคืออะไร

หน้าที่ของรัฐหรือหน้าที่ตามตำแหน่งนั้นมีอยู่สองลักษณะ คือ หน้าที่ของรัฐที่ไม่เฉพาะเจาะจง และหน้าที่ของรัฐที่เฉพาะเจาะจง หน้าที่ของรัฐที่ไม่เฉพาะเจาะจงเป็นหน้าที่ที่โดยปกติแล้วบุคคลทุกคนจะต้องปฏิบัติ เช่น หน้าที่ที่จะไม่ละเมิดชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดของบุคคลอื่น ดังนั้น หน้าที่ของรัฐที่ไม่เฉพาะเจาะจงจึงเป็นหน้าที่ที่

จะต้องไม่ทำละเมิดต่อบุคคลอื่นตามบทบัญญัติมาตรา 823 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั่นเอง เพียงแต่กรณีที่กำลังอ้างองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองถือกันว่าหน้าที่ดังกล่าวได้แปรสภาพเป็นหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน สำหรับหน้าที่ของรัฐที่เฉพาะเจาะจงนั้นเป็นหน้าที่ที่ไม่มีในกฎหมายแพ่งเพราะหน้าที่ดังกล่าวผูกอยู่กับคุณสมบัติในการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งโดยปกติแล้วก็ได้แก่หน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ตัวอย่างเช่น หน้าที่ในการดำเนินงานให้ถูกต้องตามกฎหมาย หน้าที่ในการใช้ดุลพินิจโดยไม่ผิดพลาด หน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยออกคำสั่งโดยรวดเร็ว เป็นต้น นอกจากนี้หน้าที่ของรัฐที่เฉพาะเจาะจงจะเกิดจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว หน้าที่ดังกล่าวอาจเกิดจากกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เช่น หน้าที่ในการปฏิบัติงานทางปกครองโดยพยายามไม่ให้เกิดความเสียหายหรือให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุดแก่บุคคลที่ไม่เกี่ยวข้อง หน้าที่ในการให้ข้อมูล คำเตือน คำแนะนำที่ถูกต้องแก่เอกชน เป็นต้น อนึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่านอกจากหน้าที่ของรัฐหรือหน้าที่ตามตำแหน่งที่เกิดจากกฎหมายทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว หน้าที่ของรัฐหรือหน้าที่ตามตำแหน่งยังอาจเกิดขึ้นจากระเบียบและคำสั่งภายในฝ่ายปกครองด้วย

สรุปได้ว่า หน้าที่ของรัฐหรือหน้าที่ตามตำแหน่งมีความหมายกว้างกว่าหน้าที่ของบุคคลทั่วไปที่จะต้องไม่ทำละเมิดต่อบุคคลอื่น หน้าที่หลายประการซึ่งเป็นหน้าที่ที่เฉพาะเจาะจง เช่น หน้าที่ในการใช้ดุลพินิจโดยไม่ผิดพลาด หรือหน้าที่ในการตัดสินใจวินิจฉัยสั่งการโดยรวดเร็วเป็นหน้าที่ที่ไม่มีในระบบกฎหมายเอกชน ดังนั้น ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันพิจารณาจากองค์ประกอบการละเมิดหน้าที่แล้วจึงกว้างกว่าความรับผิดอันเกิดจากละเมิดในทางแพ่ง

ความรับผิดของทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน(BGB) มาตรา 839 ประกอบกับมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) นั้นเป็นความรับผิดอันเนื่องมาจาก “ความผิด” ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น จึงวางอยู่บนเงื่อนไขของการกระทำโดยเจตนาหรือกระทำโดยประมาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการพิจารณาองค์ประกอบหรือเงื่อนไขความรับผิดจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดต่อหน้าที่ของรัฐโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ถ้าไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐละเมิดหน้าที่โดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ ย่อมไม่ถือว่ามี ความรับผิดทางละเมิดเกิดขึ้น

การกระทำโดยเจตนาได้แก่การกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำรู้ว่าตนละเมิดหน้าที่ของรัฐ ในกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ว่าตนกระทำการละเมิดหน้าที่ย่อมไม่ถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นกระทำโดยเจตนา แต่อาจเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

หลักเกณฑ์เรื่องความประมาทนั้นได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 276 วรรคหนึ่ง โดยพิจารณาจากลักษณะที่เป็นภาวะวิสัย การกระทำโดยประมาทเดินเลื้อ ได้แก่ การกระทำที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง ซึ่งมีข้อสังเกตว่าการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการละเมิดหน้าที่โดยประมาทหรือไม่นั้นไม่ได้ใช้เกณฑ์ความระมัดระวังของบุคคลธรรมดา แต่ใช้เกณฑ์โดยเฉลี่ยของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่นั้น ความรู้ความสามารถซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำเนินการในเรื่องนั้น ซึ่งการขาดความรู้ในทางกฎหมายที่จำเป็นสำหรับขอบเขตของงานอาจเป็นการกระทำโดยประมาทได้ ทั้งนี้ หากใช้เกณฑ์โดยเฉลี่ยของบุคคลทั่วไปแล้ว การกระทำอันเป็นการละเมิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นอาจจะไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทซึ่งจะทำให้เอกชนไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร

ในประเทศเยอรมันความรับผิดของรัฐนั้นอยู่บนเงื่อนไขของการกระทำโดยเจตนาหรือกระทำโดยประมาทเดินเลื้อ แต่อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นยอมรับความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเดินเลื้ออย่างร้ายแรง ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากหลัก culpa lata ของกฎหมายโรมัน โดยถือว่าความประมาทเดินเลื้ออย่างร้ายแรงเป็นชนิดหนึ่งของความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเดินเลื้อ ระดับความร้ายแรงของความผิดจะเป็นตัวกำหนดความเสียหายที่เกิดขึ้น ยิ่งเป็นความผิดที่ร้ายแรงก็ย่อมแสดงให้เห็นว่าความเสียหายเกิดขึ้นมาก โดยนักนิติศาสตร์ได้อธิบายความหมายไว้

Markesinis อธิบายว่า ความประมาทเดินเลื้ออย่างร้ายแรง หมายความว่า การกระทำที่ผู้กระทำสามารถคาดเห็นความเสี่ยงภัยในผลความเสียหายที่จะเกิดขึ้น แต่กลับขึ้นกระทำโดยคาดคำนวณว่าความเสียหายคงจะไม่เกิดขึ้น โดยความประมาทเดินเลื้ออย่างร้ายแรงมีความหมายและลักษณะเช่นเดียวกับความประมาทโดยจงใจ แต่ความประมาทเดินเลื้ออย่างร้ายแรงจะใช้ในการรับผิดเพื่อละเมิดและสัญญา ส่วนความประมาทโดยจงใจนั้นจะใช้ในการอธิบายสภาวะจิตใจของผู้กระทำผิดทางอาญา⁵⁷

การพิจารณาความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเดินเลื้ออย่างร้ายแรง จะพิจารณาจากการกระทำของผู้กระทำเทียบกับบุคคลผู้สมมติขึ้นให้ตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับจำเลย โดยการสมมติบุคคลจากกลุ่มผู้ประกอบอาชีพเช่นเดียวกับผู้กระทำขึ้นมาเปรียบเทียบ โดยไม่ต้องใส่ใจถึงสภาพความบกพร่องต่าง ๆ ของผู้กระทำประกอบ หากบุคคลผู้สมมติซึ่งตกอยู่

⁵⁷ Markesinis B.S., Comparative Introduction To the German Law of Torts, third edition, (New York: Oxford claredon Press, 1994), pp.72-73.

ในพฤติการณ์สภาพแวดล้อมเช่นเดียวกับผู้กระทำกระทำการเช่นเดียวกับผู้กระทำ ก็ต้องถือว่าผู้กระทำไม่มีความผิด ถ้าหากว่าบุคคลผู้สมมติไม่มีทางแม้แต่น้อยที่จะกระทำสิ่งที่ขาดความระมัดระวังเช่นเดียวกับผู้กระทำ ก็ต้องถือว่าผู้กระทำกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันจะถูกนำไปใช้ในหลักเรื่องความรับผิดของนายจ้างในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 831 ความว่า “นายจ้างต้องร่วมรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายใด ๆ ซึ่งลูกจ้างได้ก่อขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายแก่บุคคลภายนอกในระหว่างการปฏิบัติงานที่จ้าง หน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนย่อมจะไม่เกิดขึ้น ถ้าหากนายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการเลือกหาลูกจ้าง และในเมื่อเขาจำต้องจัดหาเครื่องมือเครื่องใช้หรือการควบคุมงานนั้น เขาได้ใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นก็ตาม

อนึ่งบุคคลผู้มีข้อสัญญาแก่นายจ้าง รับหน้าที่ควบคุมกิจการดังกล่าวได้ระบุไว้ในวรรคต้นตอนที่ 2 ย่อมมีความรับผิดในทำนองเดียวกัน”⁵⁸

ในทางปฏิบัติศาลเยอรมันได้พัฒนาหลักกฎหมายขึ้นมาว่า นายจ้างต้องจ่ายเงินชดใช้ให้แก่ลูกจ้าง (duty to indemnity) ถ้าหากงานที่นายจ้างให้ลูกจ้างทำนั้นเป็นงานอันตรายโดยสภาพ และในการทำงานนั้นลูกจ้างได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นและผู้เสียหายได้ฟ้องร้องให้ลูกจ้างต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เมื่อลูกจ้างต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไปแล้วลูกจ้างก็สามารถเรียกให้นายจ้างชดใช้ให้ตนได้ เว้นแต่ลูกจ้างได้กระทำละเมิดด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งเมื่อศาลได้นำหลัก duty to indemnity มาใช้ ส่งผลให้การพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามมาตรา 831 ของนายจ้างไม่เป็นประโยชน์แก่นายจ้างอีกต่อไป กล่าวคือเมื่อผู้เสียหายได้ฟ้องร้องนายจ้างและลูกจ้างเป็นคดีเดียวกันให้รับผิดชอบร่วมกันนายจ้างจะต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตามนายจ้างก็มีสิทธิโต้แย้งลูกจ้างได้ตามกฎหมายแรงงานเยอรมัน ในกรณีที่งานนั้นมีโอกาสเกิดอันตรายได้ง่าย เช่น ลูกจ้างเป็นคนขับรถบรรทุก ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้นายจ้างสามารถโต้แย้งลูกจ้างได้ ตามระดับความร้ายแรงของความผิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำต่อบุคคลภายนอก ดังนี้

1) ในกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงต่อบุคคลภายนอก นายจ้างสามารถโต้แย้งลูกจ้างได้เต็มจำนวน

⁵⁸ Lan S Forrester, *The German Civil Code*, (Amsterdam : North Pub, 1975), p. 136.

2) ในกรณีลูกจ้างได้กระทำความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเส้นเล่อ
ธรรมดา นายจ้างไล่เบี่ยได้ตามส่วนเฉลี่ยความรับผิดระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง

3) ในกรณีลูกจ้างได้กระทำความรับผิดเพื่อละเมิดโดยประมาทเพียง
เล็กน้อย กฎหมายปลดเปลื้องความรับผิดของลูกจ้างไม่ต้องให้รับผิดต่อนายจ้างในการชดใช้
ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอก นายจ้างจึงไม่สามารถไล่เบี่ยลูกจ้างได้⁵⁹

- ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นการละเมิดนั้นจะถือว่าเป็นการ
ละเมิดที่รัฐต้องเข้ามารับผิดแทนก็ต่อเมื่อการละเมิดหน้าที่ดังกล่าวจะต้องเป็นสาเหตุทำให้เกิด
ความเสียหายขึ้น ซึ่งการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้นกฎหมายว่าด้วย
ความรับผิดของรัฐไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้เป็นพิเศษ จึงอาศัยหลักการเกี่ยวกับการพิจารณา
ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามหลักละเมิดในทางแพ่ง ดังนั้นการกระทำอันเป็นการ
ละเมิดหน้าที่ที่จะทำให้อำนาจรัฐต้องรับผิดจึงต้องเป็นการกระทำที่โดยปกติธรรมดาแล้วเหมาะสมที่จะ
ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น การละเมิดหน้าที่จะต้องมีความสัมพันธ์อย่างเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความ
เสียหายขึ้น ในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลที่อยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ระหว่างการ
กระทำและผลโดยปกติธรรมดา จะถือว่าความเสียหายนั้นเกิดจากการละเมิดหน้าที่ของรัฐไม่ได้

- ข้อจำกัดและข้อยกเว้นความรับผิด

- เอกสิทธิ์ในการให้ผู้เสียหายเรียกให้บุคคลอื่นรับผิดก่อนกรณีเจ้าหน้าที่
ของรัฐประมาทเส้นเล่อ

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 839 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้
เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการละเมิดหน้าที่โดยประมาทเส้นเล่อและ
ก่อความเสียหายขึ้นก็ต่อเมื่อบุคคลผู้เสียหายไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนโดยหนทาง
อื่นได้ ซึ่งบทบัญญัติในมาตรานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่
หากการละเมิดหน้าที่นั้นเกิดขึ้นโดยประมาทเส้นเล่อ ผู้เสียหายไม่อาจเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ
ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ถ้าตนจะได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนั้นอยู่แล้วด้วยวิธีการอื่น
เช่น โดยการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากบุคคลที่ทำละเมิดร่วมกับเจ้าหน้าที่ของรัฐได้เต็มจำนวน
หรือโดยการเรียกร้องเงินประกัน ซึ่งสิทธิเรียกร้องให้บุคคลอื่นชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นจะต้อง

⁵⁹ Eorsi Gyula, Private and governmental liability for the torts of employees
and organs, International Encyclopedia of Comparative Law, (Vol. 11 Torts, 1974), p.62.

เป็นสิทธิที่บังคับการได้จริง นั่นคือหากผู้เสียหายมีสิทธิได้รับเงินประกันแต่บริษัทประกันนั้นล้มละลายไปแล้ว เช่นนี้ย่อมถือว่าผู้เสียหายไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนโดยวิธีการอื่นได้ ในเวลาต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ (The Basic Law) โดยมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) บัญญัติความครอบคลุม มาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยขยายความหมายของคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ออกไป และกำหนดให้รัฐเข้าไปรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ของรัฐ วัตถุประสงค์ของผู้ร่างประมวลกฎหมายจึงตกไป แม้กระนั้นศาลก็เห็นว่าเอกสิทธิ์ในการให้ผู้เสียหายเรียกให้บุคคลอื่นรับผิดชอบกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐประมาทเดินเล่อนี้โอนไปยังรัฐด้วย เท่ากับว่ารัฐมีสิทธิในการปฏิเสธความรับผิดชอบต่อผู้เสียหายได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐละเมิดหน้าที่ด้วยความประมาทเดินเล่อ และผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนทางอื่นได้ แต่ต่อมามีศาลได้พยายามจำกัดเอกสิทธิ์ของรัฐโดยตีความให้แคบลงและสร้างแนวคำพิพากษาที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐขึ้น เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกลร่วมกับบุคคลอื่นในถนนสาธารณะและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นโดยประมาทเดินเล่อ รัฐก็ไม่อาจใช้สิทธิเกี่ยวให้ผู้เสียหายไปใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนโดยหนทางอื่นก่อนได้ หรือกรณีที่ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องเงินค่าประกันสุขภาพ หรือเงินประกันอุบัติเหตุ หรือเงินชดเชยจากนายจ้าง ศาลก็เห็นว่ากรณีนี้สิทธิของผู้เสียหายในการจะได้รับความชดเชยใช้นั้นไม่ครอบคลุมถึงความเสียหายทั้งหมด รัฐจึงไม่สามารถใช้เอกสิทธิ์กำหนดให้ผู้เสียหายต้องไปเรียกร้องเงินดังกล่าวก่อนได้

- เอกสิทธิ์กรณีผู้พิพากษาละเมิดหน้าที่ในการพิพากษาคดี

โดยเหตุที่การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นการใช้อำนาจมหาชนอย่างหนึ่งในกรณีที่ผู้พิพากษาละเมิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามตำแหน่งเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้น อาจก่อให้เกิดความรับผิดซึ่งรัฐต้องเข้ามารับผิดชอบได้ แม้กระนั้นการยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนโดยอ้างการละเมิดหน้าที่ของผู้พิพากษาต้องปฏิบัติในทุกกรณีนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหากระทบกับความเด็ดขาดเป็นที่สุดของคำพิพากษาที่ตัดสินไปแล้วได้ ด้วยเหตุนี้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 839 วรรคสอง จึงบัญญัติให้การฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจะกระทำได้อีกต่อเมื่อการละเมิดหน้าที่ของผู้พิพากษานั้นเป็นความผิดอาญาเท่านั้น ซึ่งหมายความว่าผู้เสียหายจะฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากรัฐได้ก็ต่อเมื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งอื่นใดที่ทำให้คดีเสร็จไปจากศาลนั้นเกิดจากการกระทำผิดอาญาของผู้พิพากษา เช่น บิดเบือนการใช้กฎหมายซึ่งเป็นการผิดอาญาฐานหนึ่ง

- ข้อยกเว้นความรับผิดกรณีผู้เสียหายละเลยไม่ดำเนินการทางกฎหมาย เพื่อป้องกันความเสียหาย

ตามมาตรา 839 วรรคสาม ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากการละเมิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติ ถ้าหากผู้เสียหายละเลยเพิกเฉยโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ใช้สิทธิตามกฎหมายเพื่อดำเนินการป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้น นั่นคือก่อนที่เอกชนจะฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากรัฐได้นั้นเอกชนจะต้องพยายามดำเนินการเพื่อต่อต้าน ป้องกันการล่วงล้ำสิทธิของตนจากการใช้อำนาจมหาชนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเสียก่อน จะนิ่งเฉยรอให้เกิดความเสียหายขึ้นเพื่อที่จะใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในภายหลังไม่ได้ การป้องกันการล่วงล้ำสิทธิของตนโดยวิธีทางในทางกฎหมาย ได้แก่ การอุทธรณ์ ฎีกาต่อศาลในลำดับที่สูงขึ้นไป หรือการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง และการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น รวมตลอดถึงการร้องขอให้มีการใช้มาตรการชั่วคราว การร้องเรียนผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งด้วย

(3) สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนและสิทธิไต่เบี่ย

- สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน

ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งกระทำลงในแดนของกฎหมายมหาชนมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเยียวยาความเสียหายตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อย่างไรก็ตามสิทธิเรียกร้องที่ผู้เสียหายมีต่อรัฐในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดในทางมหาชน กับสิทธิเรียกร้องที่ผู้เสียหายมีอยู่ต่อบุคคลทั่วไปในกรณีที่บุคคลนั้นทำละเมิดในทางแพ่งแตกต่างกันออกไป โดยเหตุที่สิทธิเรียกร้องอันเกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน้าที่นั้น หากพิจารณาจากรากฐานที่มาของสิทธิแล้วต้องถือว่าเป็นสิทธิเรียกร้องที่ผู้เสียหายมีต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น รัฐเป็นเพียงแต่รับโอนหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแทนเจ้าหน้าที่ของตนเท่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมันว่าสิทธิเรียกร้องในการเยียวยาความเสียหายที่ผู้เสียหายจะเรียกร้องให้รัฐปฏิบัตินั้นต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะเอกชนสามารถปฏิบัติได้ ดังนั้นผู้เสียหายจึงจะใช้สิทธิเรียกร้องให้รัฐเยียวยาความเสียหายให้แก่ตนโดยขอให้มีการกระทำใด ๆ อันเป็นการลดล้างความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือขอให้รัฐดำเนินการให้ตนกลับสู่สถานะเดิมก่อนที่จะมีความเสียหายเกิดขึ้นไม่ได้ ผู้เสียหายได้แต่เรียกร้องเงินค่าสินไหมทดแทนจากรัฐได้เท่านั้น เพราะการชำระเงินค่าสินไหมทดแทนเป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติได้ในฐานะบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นหลัก

ที่ตรงกันข้ามกับหลักการในกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดอย่างสิ้นเชิงเพราะในกฎหมายแพ่งถือหลักที่ว่าความเสียหายโดยการกระทำทำให้กลับคืนสู่สภาพหรือสถานะเดิมก่อนมีการละเมิดย่อมมาก่อนการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย

สำหรับค่าสินไหมทดแทนที่ผู้เสียหายจะได้รับเป็นเงินนั้นศาลจะกำหนดให้เต็มจำนวนความเสียหายนอกเหนือจากค่าความเสียหายต่อทรัพย์สินที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้แล้ว ค่าสินไหมทดแทนยังครอบคลุมถึงค่าความเสียหายต่อสิทธิอย่างอื่นที่ไม่ใช่ทรัพย์สินซึ่งเป็นความเสียหายอันเกิดจากความเจ็บปวด สำหรับความสูญเสียสิทธิในร่างกายอนามัย เสรีภาพ และสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงด้วย

- สิทธิไต่เบี่ย

สำหรับสิทธิไต่เบี่ยของรัฐเอากำรชาราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีของรัฐได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เอกชนผู้เสียหายไปจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ในแดนของกฎหมายมหาชนซึ่งความรับผิดชอบของรัฐดังกล่าวนั้นเป็นความรับผิดชอบแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐในความสัมพันธ์ภายนอกกับผู้เสียหายเท่านั้น รัฐสามารถเรียก้องเอากำรชาราชการซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบสำหรับความเสียหายดังกล่าวโดยมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) ได้บัญญัติให้รัฐสามารถใช้สิทธิไต่เบี่ยเอากำรชาราชการจากเจ้าหน้าที่ได้หากการกระทำละเมิดเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ดังนั้น หากการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นเกิดจากความประมาทเลินเล่อธรรมดาหรือเล็กน้อยเจ้าหน้าที่ไม่มีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย