

บทที่ 1

ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีละเมิดของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการปฏิบัติงาน บังคับคดีมีประเด็นหลักที่ต้องวิเคราะห์ว่าคดีลักษณะนี้ควรจะได้รับพิจารณาในศาลใดระหว่าง ศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์จำเป็นจะต้องทำความเข้าใจ หลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้อง หลักการสำคัญสำหรับการวิเคราะห์ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลใน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้แก่ ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนซึ่งถือเป็นรากฐานสำคัญในการทำความเข้าใจความหมายของคดีปกครองในฐานะที่เป็นสาขาหนึ่งของ กฎหมายมหาชน ข้อความคิดว่าด้วยเขตอำนาจศาลทั้งในระบบศาลเดี่ยวและระบบศาลคู่ ข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของฝ่ายปกครองทั้งในแง่วิวัฒนาการ ความหมายและ องค์ประกอบ รวมถึงข้อความคิดว่าด้วยการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลในคดีดังกล่าว

1.1 ข้อความคิดว่าด้วยการแบ่งเขตอำนาจศาล

ก่อนที่จะทำความเข้าใจหลักการแบ่งเขตอำนาจศาลระหว่างศาลยุติธรรมและ ศาลปกครอง จำเป็นจะต้องทำความเข้าใจทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและ กฎหมายเอกชนในเบื้องต้น ดังนี้

1.1.1 ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน

การศึกษากฎหมายในเชิงวิชาการจำเป็นจะต้องจัดแบ่งเนื้อหาออกเป็นหมวดหมู่ (Classification) ในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะหลักการจัดแบ่งกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน การจัดแบ่งเช่นนี้มีความจำเป็นและมีประโยชน์อย่างยิ่งในประเทศที่มีการจัดตั้งศาลปกครอง แยกต่างหากจากศาลยุติธรรมเพราะผู้ที่เกี่ยวข้องจะต้องพิจารณาอยู่เสมอว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน

กฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนแยกออกจากกันสืบเนื่องมาจากวิวัฒนาการใน ประวัติศาสตร์¹ เริ่มตั้งแต่การปรากฏตัวของรัฐสมัยใหม่ที่มีความสมบูรณ์เด็ดขาดซึ่งอำนาจ

¹ G. Damm, Deutsches Recht. S.484 f. อ้างใน สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2551) น.18.

ปกครองในลักษณะรวมศูนย์ ขณะเดียวกันบุคคลก็เริ่มมีอิสระในขอบเขตส่วนตัว การรับรองขอบเขตส่วนตัวของบุคคลนี้รัฐต้องชดเชยให้เนื่องจากการที่รัฐผูกขาดอำนาจในเรื่องที่เกี่ยวกับชีวิตส่วนรวม ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนและการให้ความสำคัญกับกฎหมายในแต่ละสาขานั้นมีการผันแปรอยู่ตลอดเวลา ในช่วงเวลาที่ความคิดเกี่ยวกับสังคมแพร่หลาย กฎหมายมหาชนก็ได้รับการยอมรับยิ่งกว่ากฎหมายเอกชน ในขอบเขตของกฎหมายบางเรื่อง กฎหมายเอกชนถูกลอมเข้ากับกฎหมายมหาชน สำหรับในสังคมของรัฐสมัยใหม่ที่คำนึงถึงความเป็นธรรมในสังคม กฎหมายมหาชนได้ขยายขอบเขตไปเป็นอันมากจนกระทั่งในบางกรณีมีปัญหาในการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน²

การกำหนดขอบเขตของกฎหมายนี้ปรากฏความพยายามมาตั้งแต่ราว ค.ศ. 1900 มีทฤษฎีต่างๆ ที่นำมาอธิบายการจัดแบ่งกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงเฉพาะทฤษฎีผลประโยชน์ ทฤษฎีคุ้มครอง ทฤษฎีความสัมพันธ์ ทฤษฎีอำนาจเหนือ ทฤษฎีตัวการในกฎหมายและทฤษฎีอำนาจหน้าที่ที่มีรายละเอียดดังต่อไปนี้³

1.1.1.1 ทฤษฎีผลประโยชน์ (Interessentheorie)

ทฤษฎีผลประโยชน์เป็นทฤษฎีเก่าแก่ที่สุดที่รู้จักกันมาแล้วตั้งแต่สมัยโรมันดั่งที่นักกฎหมายในปลายยุคคลาสสิก Ulpian ได้กล่าวเอาไว้ว่า "การศึกษานิติศาสตร์ประกอบด้วย 2 ส่วน คือส่วนของกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน โดยกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับสถานะภาพเรื่องของรัฐโรมัน ในขณะที่กฎหมายเอกชนเป็นเรื่องที่พิจารณาเกี่ยวกับประโยชน์ของเอกชน จากประโยคดังกล่าว Ulpian ได้แยกเรื่องของรัฐและผลประโยชน์ของส่วนรวมไว้ให้ตรงกันข้ามกับเรื่องของเอกชนและผลประโยชน์ส่วนบุคคล ถือเป็นจุดเริ่มต้นของการพิจารณาความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนซึ่งมีความสำคัญทั้งในประวัติศาสตร์และในกฎหมายปัจจุบัน

ทฤษฎีผลประโยชน์มองที่ตัวประโยชน์ที่อยู่เบื้องหลังของกฎหมายเป็นสำคัญ (die Interessenlage "im Hintergrund" der rechtlichen Regelungen) และถือว่ากฎหมายที่บัญญัติ

² เพิ่งอ้าง, น.18.

³ หัสสุณี วิจิตวิริยกุล, "ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกขอบเขตของกฎหมายระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน", วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 20, ฉบับที่ 2, น.169 -179 (2533)

ขึ้นมาโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อสนองต่อการรักษาประโยชน์ของส่วนรวมถือเป็นกฎหมายมหาชน ส่วนกฎหมายเอกชนได้แก่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองหรือชดเชยผลประโยชน์ของเอกชน⁴ หลักการสำคัญของการจัดแบ่งในทฤษฎีผลประโยชน์นี้จึงอยู่ที่ประโยชน์เป็นสำคัญว่าเป็นประโยชน์ของเอกชนหรือประโยชน์ของส่วนรวม

1.1.1.2 ทฤษฎีคุ้มครอง (Schutztheorie)

ทฤษฎีคุ้มครองเป็นเพียงทฤษฎีที่แยกอุปมาจากทฤษฎีผลประโยชน์ ในความเห็นของนักคิดทฤษฎีคุ้มครอง กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องมือคุ้มครองมหาชน (ชุมชนส่วนรวม) ส่วนกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่สนองความคุ้มครองให้เอกชน ทฤษฎีคุ้มครองก็คงเป็นเช่นเดียวกับทฤษฎีว่าด้วยผลประโยชน์ที่ไม่อาจจะจัดแบ่งขอบเขตของกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนได้อย่างชัดเจนนัก

1.1.1.3 ทฤษฎีความสัมพันธ์ (Beziehungstheorie)

ทฤษฎีความสัมพันธ์อธิบายว่ากฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับมหาชนส่วนรวม ส่วนกฎหมายเอกชนนั้นกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน แม้กระนั้นการอาศัยทฤษฎีความสัมพันธ์ก็ไม่อาจจะอธิบายการแบ่งขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวได้ชัดเจนนัก เพราะบ่อยครั้งที่บทบัญญัติของกฎหมายซึ่งบัญญัติในเรื่องความสัมพันธ์ของเอกชนด้วยกันก็จัดอยู่ในกฎหมายมหาชน อย่างบทบัญญัติที่ว่าด้วยความคุ้มครองระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง เป็นต้น

⁴ Ludwig K. Adamovich-Bernd Christian Funk Allgemeines Verwaltungsrecht 3 Auflage , Springer-Verlag, (Wien-New York 1987), p.41 อ้างใน หัสวุฒิ วิจิตวิริยกุล, เพิ่งอ้าง , น.173.

1.1.1.4 ทฤษฎีอำนาจเหนือ (Subgaktionstheorie , Subordinationstheorie , Gewaltentheorie, Theorie der uber-und Unterordnung)

ทฤษฎีอำนาจเหนือพยายามที่จะแยกความแตกต่างของกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน โดยอธิบายว่ากฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีฐานะเท่ากัน (gleichrangige Subjekte, Koordinationsbeziehungen) ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือบุคคลในกฎหมายเอกชน เป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีสิทธิเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ส่วนกฎหมายมหาชนกำหนดความสัมพันธ์ของบุคคลในลักษณะ Subordinationsbeziehungen โดยฝ่ายหนึ่งมีฐานะที่เหนือกว่าหรือมีฐานะที่เป็นผู้ปกครอง อีกฝ่ายหนึ่งมีฐานะอยู่ใต้ปกครอง ลักษณะหรือเอกลักษณ์ของความสัมพันธ์ Subordination ก็คือโอกาสที่จะก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่นในรูปแบบของการใช้คำสั่งและใช้กำลังบังคับได้โดยฝ่ายเดียว ในทางตรงกันข้าม กฎหมายเอกชนที่กำหนดความสัมพันธ์ในลักษณะ Koordination นั้น การสถาปนาความสัมพันธ์ทางกฎหมายดังกล่าวเกิดขึ้นในลักษณะที่มีการตกลงหรือทำสัญญาระหว่างผู้ที่เข้ามามีส่วนร่วม โดยสรุป กฎหมายเอกชนกำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมาย ส่วนกฎหมายมหาชนจะกำหนดความสัมพันธ์ทางอำนาจการปกครอง

สาระสำคัญในทางกฎหมายที่เป็นแก่นของความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนตามทฤษฎีนี้ น่าจะอยู่ที่ว่าในนิติการณ์ที่แน่นอนบางอย่าง การก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย (ความผูกพันในทางกฎหมาย) อาจกระทำได้โดยฝ่ายเดียว ในขณะที่นิติการณ์อีกอย่างหนึ่งไม่อาจจะก่อความสัมพันธ์เช่นนั้นขึ้นมาเองโดยฝ่ายเดียวได้เลย ยกตัวอย่างในระหว่างที่นิติการณ์ในกฎหมายเอกชน ผลในทางกฎหมายก็ดี สิทธิและหน้าที่ต่างๆ ก็ดี อาจถูกกำหนดขึ้นด้วยสัญญา ด้วยการตกลงของคู่กรณี แต่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนกลับเป็นเรื่องของการกำหนดขึ้นโดยฝ่ายเดียว อย่างคำสั่งของเจ้าพนักงาน นิติกรรมในการปกครองฝ่ายเดียว (einseitiger Verwaltungsakt) ถึงกระนั้นข้ออ้างดังกล่าวก็ไม่อาจกำหนดขอบเขตของการแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนได้อย่างเหมาะสมชัดเจน เพราะในกฎหมายเอกชนเองนิติสัมพันธ์ก็อาจก่อให้เกิดขึ้นโดยฝ่ายเดียวได้เหมือนกันอย่างค้ำประกัน พันัยกรรม คำสั่งของพ่อแม่ที่มีต่อลูก การสั่งงานของนายจ้าง และยิ่งไปกว่านั้นในกฎหมายมหาชนเอง นิติกรรมสองฝ่ายก็อาจมีได้เช่นกันอย่างการกระทำในการปกครองที่ต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งก่อนจึงจะกระทำได้อย่างการแต่งตั้งข้าราชการ การให้สัญชาติ เป็นต้น ในที่สุดแล้วทฤษฎีมีอำนาจเหนือก็คงเป็นเพียงทฤษฎีที่ตั้งขึ้นบนพื้นฐานของปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นเท่านั้น

1.1.1.5 ทฤษฎีตัวการในกฎหมาย (Subjektstheorie , Zuordnungstheorie)

ทฤษฎีตัวการในกฎหมายแยกขอบเขตและความแตกต่างของกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนโดยอาศัยการพิจารณาที่ตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้ถือสิทธิหรืออำนาจ กล่าวคือกฎหมายมหาชนกำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมายในลักษณะที่รัฐเป็นผู้มีส่วนร่วมในความสัมพันธ์นั้น ในฐานะตัวการในกฎหมาย (ตัวผู้ถือสิทธิหรืออำนาจ) ในทุกกรณี และในทางตรงกันข้ามกฎหมายเอกชนจะกำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่รัฐไม่จำเป็นต้องเข้าไปมีส่วนในความสัมพันธ์นั้น กล่าวในอีกนัยหนึ่ง กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายพิเศษสำหรับรัฐ ส่วนกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายสำหรับทุกคน

1.1.1.6 ทฤษฎีอำนาจหน้าที่ (Zustandigkeitstheorie)

ทฤษฎีอำนาจหน้าที่ถือว่าการบังคับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นเอง เป็นเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานองค์กรฝ่ายปกครองย่อมถือเป็นกฎหมายมหาชน ส่วนกฎหมายที่การบังคับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในกฎหมายนั้นจะทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจบังคับทางศาลถือเป็นกฎหมายเอกชน

โดยสรุปคงเป็นเรื่องที่ไม่ง่ายนักที่จะอาศัยหลักในทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งที่ได้กล่าวมา เพียงทฤษฎีเดียวชี้ขาดลงไปได้ว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน เว้นแต่จะได้นำหลักเกณฑ์ในทฤษฎีต่างๆ มาสนับสนุนร่วมกันให้พอเป็นแนวทางในการแบ่งแยกกฎหมาย ทั้ง 2 ประเภท ในส่วนของประเทศไทย ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้นำหลักเกณฑ์ในทฤษฎีผลประโยชน์ ทฤษฎีตัวการในกฎหมายและทฤษฎีมีอำนาจเหนือ มารวมกันเป็นข้อพิจารณา 3 ประการ⁵ ประกอบด้วย

(1) พิจารณาประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครอง ในสังคมจะมีประโยชน์อยู่ 2 ประเภท คือประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนแต่ละคน ถ้ากฎหมายนั้นมุ่งจะคุ้มครองประโยชน์มหาชนเป็นหลัก กฎหมายนั้นจัดเป็นกฎหมายมหาชน ถ้ากฎหมายใดมุ่งจะคุ้มครองประโยชน์เอกชนเป็นหลัก กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายเอกชน

⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526) , น 43-44.

(2) พิจารณานิติสัมพันธ์หรือตัวการแห่งกฎหมาย (Subject of law) คือพิจารณาคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ที่กฎหมายกำหนด โดยปกติในนิติสัมพันธ์ทั้งหลายจะมีผู้ทรงสิทธิฝ่ายหนึ่ง และมีผู้มีหน้าที่อีกฝ่ายหนึ่ง นิติสัมพันธ์ที่กฎหมายกำหนดจะปรากฏใน 3 ลักษณะ คือ (ก) เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่างๆ ของรัฐด้วยกันเอง (ข) ระหว่างองค์กรของรัฐกับเอกชน และ (ค) ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน กฎหมายมหาชนคือกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเองและระหว่างองค์กรของรัฐกับเอกชน ส่วนกฎหมายเอกชนคือกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง

(3) พิจารณาจากสถานะของบุคคลหรือคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ซึ่งตามกฎหมายจะมี 2 ลักษณะ คือลักษณะที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีสถานะเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งและลักษณะที่คู่กรณีมีสถานะเท่าเทียมกัน กฎหมายมหาชนคือกฎหมายที่กำหนดให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีสถานะเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งสามารถแสดงเจตนาของตนกำหนดหน้าที่ให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามได้โดยอีกฝ่ายไม่ต้องตกลงยินยอมด้วย ส่วนกฎหมายเอกชนคือกฎหมายที่กำหนดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีสถานะเท่าเทียมกัน นิติสัมพันธ์จึงเกิดจากการตกลงพร้อมใจกันทั้งสองฝ่าย

ทางด้าน ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้นิยามความหมายของกฎหมายมหาชนว่าเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับราษฎรในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองราษฎร ส่วนกฎหมายเอกชนหมายถึงกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันในฐานะที่เท่าเทียมกัน⁶ อันแสดงให้เห็นถึงการรวมกันระหว่างทฤษฎีตัวการในกฎหมายและทฤษฎีมีอำนาจเหนือ

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้นิยามความหมายของกฎหมายมหาชนว่าคือกฎหมายที่กำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชนหรือหน่วยงานของรัฐอื่นในฐานะที่รัฐและหน่วยงานของรัฐเป็น "ผู้ปกครอง" ส่วนกฎหมายเอกชนคือกฎหมายที่กำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อกันในฐานะ "ผู้อยู่ใต้ปกครอง"

⁶หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523) พิมพ์ครั้งที่ 9 , น.154.

ที่ต่างฝ่ายต่างก็เท่าเทียมกัน⁷ อันแสดงให้เห็นถึงการรวมกันระหว่างทฤษฎีตัวการในกฎหมาย และทฤษฎีมีอำนาจเหนือ

จากที่กล่าวมา ผู้เขียนสามารถสรุปความหมายโดยสังเขปของกฎหมายมหาชนได้ว่า กฎหมายมหาชนคือกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจเหนือกับ ฝ่ายเอกชนซึ่งต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองนั้นโดยความสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องเป็นไปเพื่อ ประโยชน์สาธารณะ ไม่ใช่ประโยชน์ส่วนบุคคลของใครคนใดคนหนึ่ง ความหมายดังกล่าวเป็นการอธิบายโดยรวมทฤษฎีผลประโยชน์ ทฤษฎีตัวการในกฎหมายและทฤษฎีมีอำนาจเหนือเข้าไว้ด้วยกัน

ความพยายามในการจัดแบ่งกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนให้เป็นหมวดหมู่ (Classification) ข้างต้น นอกจากจะเป็นไปเพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจในเชิงวิชาการแล้ว ในทางปฏิบัติโดยเฉพาะประเทศที่เลือกใช้ระบบศาลคู่อย่าง เยอรมัน ฝรั่งเศส ประเทศไทย การจัดแบ่งกฎหมายดังกล่าวยังก่อให้เกิดประโยชน์ต่างๆ ได้แก่⁸

(1) ประโยชน์ในการนำคดีขึ้นสู่ศาล กล่าวคือ ถ้าเป็นคดีในกฎหมายเอกชน เช่น คดีแพ่ง คดีอาญา องค์กรที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีก็คือศาลยุติธรรม ส่วนคดีในกฎหมายมหาชนโดยทั่วไปจะไม่ขึ้นศาลยุติธรรมแต่จะขึ้นศาลพิเศษ เช่น ถ้าเป็นคดีที่กล่าวอ้างว่ากฎหมาย ขัดรัฐธรรมนูญก็ต้องให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย (ในฝรั่งเศส) หรือต้องให้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย (ในเยอรมัน) ถ้าเป็นคดีระหว่างเอกชนกับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐก็ต้องนำ คดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง (ในฝรั่งเศส เยอรมัน ประเทศไทย) ดังนั้น การทราบว่ เรื่องใดเป็นกฎหมายเอกชนเรื่องใดเป็นกฎหมายมหาชนจึงมีผลโดยตรงต่อการนำคดีขึ้นสู่ศาลใน ประเทศเหล่านี้ อย่างไรก็ตาม ในประเทศที่ไม่มีศาลปกครองและศาลพิเศษอื่นๆ เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา หากมีปัญหากฎหมายเกิดขึ้นก็ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมเหมือนกัน

(2) ประโยชน์ในแง่กฎหมายสารบัญญัติ เหตุที่หลักกฎหมายเอกชนต่างจากหลัก กฎหมายมหาชนเพราะปรัชญาที่อยู่เบื้องหลังกฎหมาย 2 ประเภทนี้แตกต่างกัน กฎหมายเอกชน เน้นความยุติธรรมที่เท่าเทียมกันและอยู่บนเสรีภาพของคู่กรณี รัฐและหน่วยงานเป็นเพียง

⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและ พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537)

น. 5.

⁸ เพิ่งอ้าง, น.11-14.

กรรมการ แต่กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่เน้นความยุติธรรมที่สมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะซึ่งรัฐและหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบเพื่อส่วนรวมอย่างหนึ่งกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนอีกอย่างหนึ่ง

(3) ประโยชน์ในแง่กฎหมายวิธีสบัญญัติ วิธีพิจารณาคดีในศาลตามกฎหมายมหาชนจะแตกต่างจากกฎหมายเอกชน ในกฎหมายเอกชนซึ่งขึ้นศาลยุติธรรมนั้นประเทศส่วนใหญ่ใช้ระบบกล่าวหา (principle accusatoire) คือให้ผู้กล่าวอ้างนำสืบโดยเฉพาะในคดีแพ่งและคดีพาณิชย์ แต่ในศาลปกครองจะใช้ระบบไต่สวน (principle inquisitoire) คือศาลสามารถไต่สวนลงไปหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานได้เองนอกจากที่คู่ความกล่าวอ้าง

เมื่อมีการแบ่งประเภทของกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนแล้ว ภายในกฎหมายแต่ละประเภทก็ยังสามารถแบ่งย่อยออกไปได้อีกหลายสาขา ในกฎหมายเอกชนอาจแบ่งออกเป็นกฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ กฎหมายการเกษตร กฎหมายอาญา โดยเฉพาะกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลและการดำเนินกระบวนการพิจารณาตลอดจนการบังคับคดีทั้งหลายในคดีแพ่ง⁹ ซึ่งก็ถูกจัดให้อยู่ในแดนของกฎหมายเอกชนอันถือเป็นข้อพิจารณาสำคัญในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ส่วนกฎหมายมหาชนก็สามารถแบ่งแยกออกไปได้เป็นหลายสาขา เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายการคลังและภาษีอากร กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ¹⁰ ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเน้นศึกษาเฉพาะที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองเป็นสำคัญ

1.1.2 หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการจัดแบ่งกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนมีประโยชน์อยู่หลายประการโดยเฉพาะประโยชน์ในการนำคดีขึ้นสู่ศาลสำหรับประเทศที่เลือกใช้ระบบศาลคู่ แต่ก่อนที่จะทำความเข้าใจเนื้อหาในรายละเอียดของเขตอำนาจศาลยุติธรรมและเขตอำนาจศาลปกครอง กรณีจำเป็นจะต้องทำความเข้าใจหลักการทั่วไปว่าด้วยเขตอำนาจศาลก่อนเป็นเบื้องต้น ทั้งหลักการแยกใช้อำนาจอธิปไตย ความหมายของเขตอำนาจศาล รวมถึงเหตุผลและความจำเป็นในการจัดแบ่งเขตอำนาจศาล ดังนี้

⁹ เพิ่งอ้าง, น.19.

¹⁰ สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, น. 53.

1.1.2.1 หลักการแยกใช้อำนาจอธิปไตย

การศึกษาเรื่องเขตอำนาจมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงหลักการแยกใช้อำนาจอธิปไตย (The Separation of Powers)¹¹ อันแบ่งออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ เนื่องจากแนวความคิดนี้มีอิทธิพลเป็นอย่างยิ่งทำให้ประเทศต่าง ๆ ต้องกำหนดให้มีระบบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาลออกเป็นระบบศาลเดียวและระบบศาลคู่แตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศ

การใช้อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) มีหลักสำคัญทางทฤษฎีอยู่หลักหนึ่งเรียกว่า หลักการแยกใช้อำนาจอธิปไตย (The Separation of Powers)¹² ซึ่งเป็นหลักทางการเมืองที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการจำแนกอำนาจหน้าที่ของรัฐในทางนิติบัญญัติ ทางบริหารและทางตุลาการ โดยมอบให้สถาบันต่าง ๆ ซึ่งมีอิสระต่อกันเป็นผู้ใช้อำนาจในแต่ละส่วนเพื่อให้การปกครองดำเนินไปอย่างมีระเบียบและคุ้มครองป้องกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลมิให้ถูกระทบโดยผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจอธิปไตยนั้น

มองเตสกีเออ (Montesquieu) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสเป็นผู้อธิบายหลักการนี้ได้อย่างชัดเจนที่สุดโดยเขียนไว้ในหนังสือ “De l' Esprit des Lois” แปลว่า เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย มองเตสกีเออ อธิบายว่าอำนาจหน้าที่ของรัฐพึงจำแนกได้ 3 ประการ ได้แก่ อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวางระเบียบบังคับทั่วไปเพื่อดำเนินชีวิตของรัฐ เรียกว่า “อำนาจนิติบัญญัติ” อำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการอันจำเป็นเพื่อดำเนินชีวิตของรัฐ เรียกว่า “อำนาจบริหาร” และอำนาจที่จะวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในรัฐ เรียกว่า “อำนาจตุลาการ”

มองเตสกีเออ ให้เหตุผลที่ต้องแยกใช้อำนาจเป็นส่วน ๆ ว่า “เป็นที่รู้กันชั่ววันรัตนแล้ว ว่า คนเราทุกคนเมื่อมีอำนาจย่อมใช้อำนาจเกินกว่าที่ควร จนกว่าจะประสบอุปสรรคขัดขวางจึง

¹¹ ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุล ได้อธิบายว่า การที่ใช้คำว่า “การแยกใช้อำนาจอธิปไตย” ไม่ใช่คำว่า “การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย” ดังที่นิยมกันโดยมาก ซึ่งได้แปลคำว่า “Separation” อย่างตรงตัว ก็เพราะมีหลักอยู่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกมิได้ แต่อาจแยกใช้เป็นส่วนๆ ได้ นอกจากนั้นยังมีการเรียกแตกต่างกันไป เช่น ทฤษฎีแบ่งแยกเป็นสามอำนาจ หลักการแบ่งแยกอำนาจรัฐ เป็นต้น

¹² ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2538) น. 8-10.

จะหยุดยั้ง...” อันหมายความว่าผู้ใช้อำนาจในแต่ละส่วนจะต้องคอยดุลหรือคานอำนาจกันซึ่งกันและกัน มิให้ฝ่ายใดมีโอกาสใช้อำนาจจนเกินขอบเขต

หลักการแยกใช้อำนาจอธิปไตยซึ่ง มองเตสกีเออ ได้อธิบายไว้นี้ได้กลายเป็นหลักการที่ผู้บัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ได้นำไปประยุกต์ใช้ให้เหมาะสมกับสภาพความเป็นอยู่และสังคม โดยทั่วไป รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ จะแยกอำนาจอธิปไตยออกใช้เป็น 3 ส่วนตามแนวทางของ มองเตสกีเออ ดังนี้

- (1) อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจที่จะตรากฎหมาย
- (2) อำนาจบริหารหรืออำนาจที่จะปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย
- (3) อำนาจตุลาการหรืออำนาจที่จะตัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย

หลักการแยกใช้อำนาจอธิปไตยจึงหมายถึงการแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยไม่ให้เกิดการใช้อำนาจอธิปไตยรวมศูนย์ (Concentration) อยู่ที่ยังองค์กรใดองค์กรหนึ่ง เป็นการกระจายการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการกระทำการออกไปยังองค์กรของรัฐต่างๆ แยกต่างหากออกจากกัน โดยแต่ละองค์กรสามารถคานและดุลอำนาจซึ่งกันและกันเพื่อป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจซึ่งจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

1.1.2.2 ความหมายของเขตอำนาจศาล

เขตอำนาจศาล (jurisdiction) หมายถึงขอบเขตแห่งอำนาจตามกฎหมายที่ศาลมีในการพิจารณาพิพากษาคดีหรือการกระทำที่ศาลมีอำนาจกระทำหรือสั่งการตามกฎหมายและโดยนัยเดียวกัน หากเรื่องใดที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจแก่ศาลที่จะกระทำหรือสั่งการเช่นนั้น ศาลก็ไม่มีอำนาจที่จะกระทำหรือสั่งการแก่ผู้ใดได้¹³ ดังนั้น เขตอำนาจศาลในที่นี้จึงหมายถึงอำนาจของศาลที่จะพิจารณาพิพากษารรคดีตามตัวบทกฎหมายซึ่งได้ให้อำนาจไว้¹⁴ นั่นเอง

¹³ กฤตยชญ์ ศิริเขต, ศาลปกครอง คำอธิบายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, (กรุงเทพมหานคร : วิทพัฒน์, 2543) น. 35.

¹⁴ สถิต เล็งไธสง, “อำนาจศาล,” นิติศาสตร์ 3, น. 103 (ธันวาคม 2514)

ลักษณะที่เป็นทางศาลหรือเขตอำนาจศาล (jurisdictional) เป็นสิ่งที่แสดงออกซึ่งเนื้อหาของกรกระทำในเชิงพิจารณาพิพากษาคดีของศาลซึ่งศาสตราจารย์ Leon Duguit นักกฎหมายมหาชนผู้มีชื่อเสียงชาวฝรั่งเศสได้อธิบายว่าจะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบ 3 ประการ¹⁵ ได้แก่

(1) มีปัญหาทางกฎหมายเสนอต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตัดสินชี้ขาดหรือพิจารณาพิพากษาคดีและเจ้าหน้าที่จะต้องเข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อแก้ปัญหาข้อกฎหมายนั้น (pretention)

(2) มีการวินิจฉัยหรือพิจารณาเพื่อตัดสินชี้ขาดหรือพิพากษาสำหรับปัญหาทางกฎหมายนั้น (Solution)

(3) มีคำตัดสินหรือคำพิพากษาซึ่งเป็นผลมาจากการวินิจฉัยหรือพิจารณาปัญหาทางกฎหมายดังกล่าว (decision) คำตัดสินหรือคำพิพากษจะต้องมีลักษณะเป็นคำบังคับและเมื่อถึงที่สุดแล้วต้องสันนิษฐานว่าคำตัดสินหรือคำพิพากษานั้นถูกต้องเป็นจริง กล่าวคือ จะนำปัญหาเดิมมาฟ้องซ้ำไม่ได้และต้องมีคำบังคับรวมถึงกระบวนการบังคับการตามคำสั่งนั้น¹⁶ คำตัดสินดังกล่าวอาจมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดีเช่นคดีแพ่งซึ่งเป็นเรื่องสิทธิตามกฎหมายเอกชนหรือมีผลผูกพันเป็นการทั่วไปเช่นคำพิพากษาของศาลให้เพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครอง เป็นต้น

จากองค์ประกอบทั้ง 3 ประการที่กล่าวมาถือเป็นลักษณะของปัญหาทางกฎหมายซึ่งจำเป็นจะต้องกล่าวถึงข้อเท็จจริงก่อนแล้วจึงปรับข้อเท็จจริงนั้นเข้ากับข้อกฎหมายเพื่อจะได้หาทางออกให้แก่ปัญหานั้นและกำหนดคำตัดสินซึ่งเป็นผลมาจากทางออกสำหรับปัญหาทางกฎหมายดังกล่าว เป็นลักษณะของการกระทำในทาง “ตัดสินคดี” หรือ “นิติกรรมทางตุลาการ” (acte juridictionnel) หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นนิติกรรมที่ศาลกระทำในทางวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท¹⁷ ซึ่งหากขาดองค์ประกอบในลักษณะที่กล่าวมาแล้วแม้จะเรียกชื่อองค์กรใดว่า “ศาล” องค์กรนั้นก็ไม่ใช่ศาลเพราะไม่มีลักษณะเป็น “Jurisdictional” แต่อย่างใด กรณีมีข้อสังเกตว่าในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ปรากฏการใช้กฎหมายในลักษณะนี้เหมือนกัน เพียงแต่ไม่ครบองค์ประกอบจึงไม่สามารถกลายเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางศาลได้ กล่าวคือ มีการนำข้อเท็จจริง

¹⁵ โภคิน พลกุล, คำบรรยายวิชา น. 741 ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน : คดีปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), น.14-15.

¹⁶ “กระบวนการบังคับการตามคำสั่ง” อาจเรียกอีกนัยหนึ่งว่า “กระบวนการบังคับคดี”

¹⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), น. 15-16.

มาปรับกับข้อกฎหมายซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป¹⁸ เพื่อจะได้ทราบว่าข้อเท็จจริงนั้นมีผลทางกฎหมายอย่างไรและจะได้ดำเนินการตัดสินใจกำหนดมาตรการให้เป็นไปตามผลทางกฎหมายเท่านั้น

ประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลยังสามารถแบ่งพิจารณาออกได้เป็น 3 ลักษณะ ดังนี้¹⁹

(1) เขตอำนาจศาลเหนือดินแดนหรือเหนือคนชาติ (jurisdiction Over nationals) หมายถึงการที่ศาลจะรับคดีเรื่องใดไว้พิจารณา คดีนั้นจะต้องอยู่ในเขตอำนาจของศาลนั้นตามกฎหมายที่ได้กำหนดเขตพื้นที่ไว้แน่นอนว่าศาลใดมีเขตอำนาจเหนือท้องที่ใดบ้าง

(2) เขตอำนาจศาลเหนือบุคคล (jurisdiction in rem) หรือทรัพย์สิน (jurisdiction in rem) หมายถึงการที่ศาลจะรับคดีเรื่องใดไว้พิจารณา ศาลนั้นจะต้องมีอำนาจเหนือบุคคลหรือทรัพย์สินที่อยู่ในเขตศาลนั้น

(3) เขตอำนาจศาลเหนือคดี (Subject matter jurisdiction) คำว่า “คดี” ตามความหมายทั่วไป หมายถึงเรื่องราวหรือกรณีพิพาท ดังนั้น การที่ศาลจะรับคดีเรื่องใดไว้พิจารณา ศาลนั้นจะต้องมีอำนาจพิจารณาเรื่องราวหรือกรณีพิพาทนั้นอันเป็นการพิจารณาทางด้านเนื้อหาของคดีว่าจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด เช่น คดีอาญาอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญา คดีแพ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลแพ่ง คดีแรงงานอยู่ในเขตอำนาจของศาลแรงงาน คดีภาษีอากรอยู่ในเขตอำนาจของศาลภาษี คดีปกครองอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เป็นต้น

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาเฉพาะประเด็นเรื่อง “เขตอำนาจศาลเหนือคดี” โดยจะศึกษาถึงเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

1.1.2.3 เหตุผลและความจำเป็นในการจัดแบ่งเขตอำนาจศาล

โดยหลัก “กระบวนการยุติธรรมทางศาลจะต้องแยกจากการปกครองทุกระดับ” แต่สำหรับการตรวจสอบและการยกเลิกเพิกถอนการกระทำทางปกครองโดยศาลในกฎหมายมหาชน เช่น ศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญเป็นข้อยกเว้นจากหลักที่ห้ามมีกระบวนการพิจารณาใน

¹⁸ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ 17, น.50-52. (กันยายน 2530)

¹⁹ สถิต เล็งไธสง, อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 14, น. 109.

ระหว่างสองฝ่าย²⁰ คือทั้งในฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ โดยมีความเข้าใจว่าจะทำให้ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้เกิดจากเหตุผลความจำเป็นบางประการในการตรวจสอบควบคุมการกระทำทางปกครองไม่ว่าจะโดยการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองในลักษณะกิ่งข้อพิพาทที่มีวิธีดำเนินการในลักษณะใกล้เคียงกับวิธีพิจารณาในศาล การฟ้องร้องคดีปกครองต่อศาลไม่ว่าจะในรูปของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมก็ตาม กรณีสามารถทำได้โดยไม่ขัดต่อหลักการแยกใช้อำนาจอธิปไตย

โดยเหตุนี้ การแบ่งแยกเขตอำนาจพิจารณาคดีปกครองจึงหมายถึงการแยกใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในทางตุลาการเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองแยกต่างหากจากคดีทั่วๆ ไปโดยให้แต่ละองค์กรมีเขตอำนาจในการตัดสินชี้ขาดหรือพิจารณาพิพากษาคดีตาม “เนื้อหาของประเภทคดี” ที่กำหนดไว้ให้อยู่ในเขตอำนาจของตนเอง

เหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องจัดแบ่งอำนาจพิจารณาคดีปกครองออกมาต่างหากจากคดีอื่นซึ่งมีเนื้อหาสอดคล้องกับประโยชน์ที่ได้จากการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ดังนี้

(1) กฎหมายปกครองมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากกฎหมายเอกชนเนื่องจากกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งหรือการจัดรูปองค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือการกำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการต่างๆ เพื่อให้บริการสาธารณะแก่ส่วนรวม

(2) คดีปกครองมีลักษณะที่แตกต่างจากคดีแพ่งเนื่องจากคดีปกครองต้องการแสวงหาความจริง ศาลจึงมีบทบาทสำคัญในการแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานจากคู่ความหรือคู่กรณี

(3) ตุลาการศาลปกครองจะมีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับคดีปกครอง ศาลจะต้องเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองซึ่งจะต้องมีความรอบรู้ในระบบการบริหารราชการแผ่นดินเป็นอย่างดีเพื่อที่จะได้สามารถเข้าไปตรวจสอบการดำเนินการของฝ่ายปกครองได้โดยไม่ทำให้เสียประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดินและรู้ว่าการวินิจฉัยไม่สมควรก้าวล่วงเข้าไปแทรกแซง

²⁰ หัสวุฒิ วิจิตรวิริยกุล, “หลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับการปกครอง,” ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2534), น. 38.

(4) เอกชนจะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำของฝ่ายปกครองมากขึ้นเพราะหลักเกณฑ์การวินิจฉัยคดีปกครองจะสร้างกลไกควบคุมการใช้ดุลพินิจโดยหลักกฎหมายมหาชนหรือนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนซึ่งในปัจจุบันหลักกฎหมายเอกชนส่วนใหญ่ไม่อาจก้าวล่วงไปควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้

1.1.3 การจัดแบ่งเขตอำนาจศาลในระบบศาลเดี่ยวและระบบศาลคู่

องค์การตุลาการที่มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและการกระทำของเอกชนทั่วไปในแต่ละประเทศนั้นมีระบบที่แตกต่างกันออกไป สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ๆ คือ

1.1.3.1 ระบบศาลเดี่ยว

ระบบศาลเดี่ยวคือประเทศที่ไม่มีศาลปกครอง ศาลยุติธรรมจะเป็นผู้ทำหน้าที่ควบคุมการกระทำทางปกครองควบคู่ไปกับการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งหรือคดีอาญาทั่วไป ระบบศาลเดี่ยวเป็นระบบแพร่หลายอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแองโกล-แซกซอน (Anglo-Saxon) หรือระบบคอมมอนลอว์ (The Common Law System) เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา หลักกฎหมายที่ศาลยุติธรรมนำมาใช้ในการชี้ขาดตัดสินปัญหาข้อพิพาททางปกครองหรือในการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนได้แก่หลักกฎหมายเดียวกันกับหลักกฎหมายที่ใช้วางหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง ทั้งในส่วนของการกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

ประเทศอังกฤษนับเป็นต้นแบบของระบบศาลเดี่ยวเนื่องจากอังกฤษได้ยึดมั่นใน "หลักนิติธรรม" (The Rule of Law) อันเป็นหลักการที่มีมาแต่สมัยกลางแห่งประวัติศาสตร์ยุโรป (Middle Age) ต่อมาในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 19 ศาสตราจารย์ J.V. Dicey²¹ ได้อธิบายความหมายของหลักการดังกล่าวไว้ในหนังสือซึ่งมีชื่อว่า "An Introduction to the Study of the Constitution, (1885) 10th ed (London : Macmillan, 1959)" สรุปความได้ 3 ประการ ดังนี้

²¹ อิศสระ นิติทัณฑ์ประภาศน์, "คำอธิบายในการประชุมทางวิชาการ เรื่อง ปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย," วารสารนิติศาสตร์ 12, ฉบับศาลปกครอง, น.103-104. (สิงหาคม 2524)

(1) ความยิ่งใหญ่เด็ดขาดของกฎหมายธรรมดา (The absolute supremacy of the ordinary law) กล่าวคือ ภายใต้หลักการ The Rule of Law จะไม่มีใครถูกลงโทษเว้นแต่ผู้นั้นฝ่าฝืนกฎหมายโดยแน่ชัดซึ่งได้มีการพิสูจน์ตามวิธีการของกฎหมายธรรมดาในศาลธรรมดาของแผ่นดิน

(2) ความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย (Equality before the law) โดยถือว่าทุกคนอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายธรรมดาของแผ่นดินโดยเท่าเทียมกัน แม้แต่เจ้าหน้าที่บ้านเมือง (Public authorities) ก็มีหน้าที่ต้องเชื่อฟังกฎหมายเดียวกัน

(3) รัฐธรรมนูญอังกฤษเกิดจากกฎหมายธรรมดา (The Constitution is the result of ordinary law of the land) กล่าวคือ รัฐธรรมนูญอังกฤษมิได้บัญญัติขึ้นในรูปของประมวลกฎหมายแต่เกิดมาจากการที่ศาลได้รับรองสิทธิของบุคคล

จากหลักความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมายเดียวกันและการใช้กฎหมายเดียวกัน กรณีจึงไม่มีผู้ใดถูกลงโทษได้เว้นแต่ผู้นั้นจะฝ่าฝืนกฎหมายโดยแน่ชัดซึ่งได้มีการพิสูจน์ตามวิธีการของกฎหมายธรรมดาในศาลยุติธรรมของรัฐ สิทธิของบุคคลในทางศาลมิใช่เกิดจากหลักประกันที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร หากแต่เกิดจากการที่ศาลยุติธรรมได้ช่วยรักษาสีทิสเสรีภาพของเอกชนไว้ตามวิธีการของกฎหมายธรรมดา เมื่อบุคคลใดถูกละเมิดหรือถูกกลั่นแกล้งสิทธิเสรีภาพของตน บุคคลนั้นชอบที่จะดำเนินคดีกับผู้ที่ทำให้เกิดความเสียหายในศาลยุติธรรม ไม่ว่าบุคคลซึ่งก่อความเสียหายนั้นจะเป็นเอกชนหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง จากแนวความคิดดังกล่าวเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ประเทศในระบบกฎหมายแองโกล-แซกซอนเลือกใช้ระบบศาลเดียวในการพิจารณาพิพากษาคดีต่างๆ ซึ่งรวมถึงคดีปกครองด้วย

โดยทั่วไประบบศาลเดียวมีลักษณะดังนี้²²

(1) ไม่มีการแยกองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองออกจากศาลยุติธรรมแต่อาจมีการจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเทคนิค เช่นการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท (Administrative Tribunals) ขึ้นอย่างมากมายในประเทศอังกฤษ แต่คำชี้ขาดขององค์กรดังกล่าวก็ยังอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลยุติธรรม ถ้าหากผู้มีส่วนได้เสียไม่พอใจในผลของคำชี้ขาดของคณะกรรมการดังกล่าวก็อาจนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมได้

²² ฤทัย หงส์ศิริ, "ศาลปกครอง," โครงการศึกษานโยบายสาธารณะสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 15 มีนาคม 2531 น. 2.

(2) ไม่ได้บัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครองแยกออกมาบังคับใช้เป็นกฎหมายต่างหาก จากกฎหมายวิธีพิจารณาในคดีทั่วไปทำให้กฎหมายที่นำมาปรับใช้ไม่แตกต่างกับคดีทั่วไป

(3) ศาลยุติธรรมมีอำนาจบังคับคดีปกครองเช่นเดียวกับการบังคับคดีแพ่งให้ ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตลอดจนสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ตามที่กฎหมายกำหนด

1.1.3.2 ระบบศาลคู่

ระบบศาลคู่คือประเทศที่มีศาลปกครอง เป็นระบบที่ศาลยุติธรรมทำหน้าที่ในการ พิเคราะห์พิพากษาคดีทั่วไปและมีศาลปกครองสำหรับพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางปกครอง ระบบศาลคู่เป็นระบบที่แพร่หลายอยู่ในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปซึ่งใช้ระบบกฎหมายโรมันหรือ เรียกว่าระบบซีวิลลอว์ (The Civil Law System) เช่น ฝรั่งเศส อิตาลี เยอรมัน ประเทศเหล่านี้ได้ แบ่งแยกประเภทของกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนอย่างชัดเจนโดยถือ ว่ากฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายแตกต่างกัน ศาลยุติธรรมจึงอาศัยหลักกฎหมายเอกชนในการพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไป ในขณะที่ ศาลปกครองจะต้องอาศัยหลักกฎหมายมหาชน

ต้นแบบของระบบศาลปกครองคือประเทศฝรั่งเศสซึ่งเรียกว่าสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) สืบเนื่องมาจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์ตั้งแต่สมัยการปฏิวัติเมื่อปี ค.ศ. 1789 ที่เปลี่ยน จากระบอบกษัตริย์ซึ่งมีอำนาจแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบสาธารณรัฐ ผู้ใช้อำนาจ ปฏิวัติในยุคนั้นไม่ไว้วางใจองค์กรซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลยุติธรรมในระบอบเก่า เพราะมี ปรากฏการณ์หลายครั้งที่ศาลยุติธรรมได้เข้าไปแทรกแซงขัดขวางการปฏิรูปของฝ่ายบริหาร ฝ่ายปฏิวัติจึงไม่ต้องการให้ศาลยุติธรรมเข้ามายุ่งเกี่ยวกับฝ่ายปกครองจึงได้สร้างองค์กรที่ควบคุม กันเองขึ้นโดยปรับปรุงเปลี่ยนแปลงองค์กรดั้งเดิมคือสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ (le Conseil du roi) มาเป็นสภาแห่งรัฐจนกระทั่งได้พัฒนามาเป็นศาลปกครองโดยสมบูรณ์ในปัจจุบัน ดังนั้น ศาลปกครองตามความหมายในทางเทคนิคจึงเป็นระบบศาลระบบหนึ่งแยกออกจากศาลยุติธรรม ซึ่งเรียกว่า "Separate System of Administrative Courts"²³ มีลักษณะสำคัญดังนี้²⁴

²³ อิศระ นิติกันต์ประกาศ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21, น. 89.

²⁴ ฤทัย หงส์ศิริ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22, น. 3.

(1) คดีปกครองจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ส่วนคดีอื่น ๆ จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

(2) คดีปกครองจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์และหลักการของกฎหมายพิเศษต่างหากจากกฎหมายเอกชนซึ่งเรียกว่ากฎหมายปกครอง มีลักษณะพิเศษบางประการดังนี้

- เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การกระทำทางปกครองที่มีขึ้นเพื่อตอบสนองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ต่างจากกฎหมายเอกชนที่มุ่งบังคับแก่สิทธิหน้าที่ของเอกชน
- เป็นกฎหมายที่สภาแห่งรัฐสร้างขึ้นหรือนำมาใช้บังคับโดยอาจมีรากฐานมาจากกฎหมายเอกชน เช่นหลักเรื่องนิติกรรมและสัญญาทางปกครอง ความรับผิดชอบของรัฐหรือละเมิดทางปกครอง เป็นต้น
- เป็นกฎหมายที่มีลักษณะยืดหยุ่นและวิวัฒนาการไปตามสังคม เศรษฐกิจและการเมือง จึงสามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีได้อย่างเหมาะสม แต่ก็อาจก่อให้เกิดผลเสียในการที่จะกำหนดขอบเขตการใช้บังคับและเนื้อหาที่แน่นอนของกฎหมาย

(3) โดยทั่วไป ศาลปกครองมีอำนาจเพียงยกเลิกละเมิดคำสั่งทางปกครองและมีคำสั่งให้ฝ่ายปกครองชดเชยเยียวยาค่าเสียหายแต่ไม่มีอำนาจบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการอื่นใด บางครั้งจึงก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติกรณีฝ่ายปกครองฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1963 เป็นต้นมา ประเทศฝรั่งเศสได้มีการออกกฎหมายหลายฉบับวางมาตรการต่างๆ เช่น การให้สภาแห่งรัฐจัดพิมพ์รายงานเสนอต่อรัฐสภาและต่อมาในปี ค.ศ. 1985 ก็ได้มีกฎหมายให้อำนาจสภาแห่งรัฐสามารถมีคำสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้บางอย่าง ประธานาธิบดีสามารถระบุชื่อหน่วยงานที่ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาและเผยแพร่ให้ประชาชนทราบโดยทั่วไปอันถือเป็นการเปิดโอกาสให้มีการวิพากษ์วิจารณ์หน่วยงานของรัฐนั้น ๆ ได้

1.2 ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง

เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ถึงปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีละเมิดของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการปฏิบัติงานบังคับคดี นอกจากข้อความคิดว่าด้วยการจัดแบ่งเขตอำนาจศาลดังที่กล่าวมาแล้ว เนื้อหาอีกส่วนหนึ่งซึ่งมีความสำคัญ นั่นคือหลักการว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง เพื่อทำความเข้าใจหลักการพื้นฐานดังกล่าว เนื้อหาส่วนนี้จะประกอบด้วยพัฒนาการของความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ความหมายและองค์ประกอบของความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง ดังนี้

1.2.1 พัฒนาการของความรับผิดของฝ่ายปกครอง

พัฒนาการของความรับผิดของฝ่ายปกครองปรากฏหลักการสำคัญซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือหลักการเดิมที่รัฐไม่ต้องรับผิดและหลักการใหม่ซึ่งยอมรับความรับผิดของรัฐ เนื้อหาส่วนนี้จะพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างพัฒนาการของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันซึ่งถือเป็นประเทศที่มีอิทธิพลสำคัญต่อพัฒนาการเรื่องความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองในประเทศไทย

1.2.1.1 หลักการเดิมที่ว่ารัฐไม่ต้องรับผิด

รัฐต่าง ๆ ในอดีตไม่ว่าจะเป็นรัฐในระบบกฎหมาย Common Law หรือ Civil Law ที่ปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) จะมีแนวความคิดหลักสำคัญเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐอยู่ประการหนึ่งคือ “พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดมิได้” หรือ “พระมหากษัตริย์ไม่ทรงต้องรับผิดใด ๆ” แม้ต่อมารัฐต่างๆ จะไม่ได้ปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้ว แต่ก็ยังมีหลักที่ว่ารัฐไม่ต้องรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำในทางมหาชน กรณีเป็นผลสืบเนื่องมาจากการถ้อยคำความคิดที่ว่า “พระมหากษัตริย์ไม่ทรงต้องรับผิดใดๆ มายังรัฐ” ส่งผลให้รัฐซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยไม่ต้องรับผิดในการกระทำของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เนื่องจากรัฐได้รับความคุ้มกันให้ไม่ต้องถูกฟ้องคดีดังจะเห็นได้จากพัฒนาการเรื่องความรับผิดของรัฐในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ดังนี้

(1) ประเทศฝรั่งเศส

ในยุคแรก ๆ ของข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดของรัฐจากยุคกลางถึงปลายศตวรรษที่ 18 ตามทัศนะของ Orthodox academic ได้กล่าวอ้างถึงหลักการ “พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดมิได้” (le Roi ne peut mal faire) อันเป็นการสะท้อนของหลักการไม่ต้องรับผิด (irresponsabilité) หรือหลักเอกสิทธิ์คุ้มกัน (immunité) ของระบอบกษัตริย์โดยมีปรากฏอยู่ทั่วไป

ตลอดระยะเวลาก่อนการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 1789 ซึ่งเป็นการปฏิวัติระบบการเมืองและสังคมของฝรั่งเศสในระบอบเก่า (Ancien régime)²⁵

หลังการปฏิวัติใหญ่ดังกล่าวได้มีการถกเถียงกันเรื่องความคิดที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดมิได้หรือพระมหากษัตริย์ไม่ทรงต้องรับผิดชอบใด ๆ มายัง "ชาติ" โดยเหตุนี้ "รัฐ" ซึ่งเป็นบุคคลในทางกฎหมายแทนชาติจึงไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบใดๆ ต่อความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจมหาชนของตนตามหลักความไม่ต้องรับผิดชอบของรัฐ (irresponsabilité de la puissance publique) เนื่องจากความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งใช้อำนาจมหาชนถือเป็นความเสี่ยงที่เอกชนจะต้องรับเอาไว้เพื่อแลกกับประโยชน์ที่เอกชนจะได้รับจากการปฏิบัติงานเพื่อสาธารณะ ในกรณีที่เอกชนได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เอกชนผู้เสียหายจะต้องฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ก่อให้เกิดความเสียหายให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อศาลยุติธรรมซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับเอกชนผู้เสียหายเป็นอย่างมาก เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอย่างเต็มจำนวน ทำให้เอกชนไม่มีหลักประกันว่าจะได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวน นอกจากนี้การฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมดังกล่าวยังอยู่ภายใต้ระบบที่เรียกว่า "หลักประกันของเจ้าหน้าที่ของรัฐ" (garantie des fonctionnaires) อันมีความหมายว่าเอกชนผู้เสียหายจะฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากสภาแห่งรัฐเสียก่อนซึ่งในทางปฏิบัติจะได้รับการอนุมัติจากสภาแห่งรัฐน้อยมาก ดังนั้น กรณีจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้ แม้ในเวลาต่อมาจะมีการยกเลิก "หลักประกันของเจ้าหน้าที่ของรัฐ" เมื่อวันที่ 19 กันยายน ค.ศ. 1870 แต่ก็มีผลเพียงทำให้เอกชนสามารถฟ้องคดีให้เจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อศาลยุติธรรมได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากสภาแห่งรัฐอีกต่อไปเท่านั้น ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงให้รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบต่อค่าเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ของรัฐแก่เอกชนผู้เสียหายแต่อย่างใด²⁶

อย่างไรก็ตาม หลักที่ว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบมีข้อยกเว้นอยู่บางประการ คือเมื่อมีกฎหมายบัญญัติความรับผิดของรัฐไว้ในบางเรื่องอย่างชัดเจน เช่นความเสียหายเกี่ยวกับงาน

²⁵ Dun Fairgrieve, *State Liability in Tort A Comparative Law Study*, (New York : Oxford University Press, 2003), p.7.

²⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับละเมิดและความรับผิดอย่างอื่นของฝ่ายปกครอง," เสนอสำนักงานศาลปกครอง, มีนาคม 2548 , น. 165.

โยธาสาธารณะ (รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviöse An VIII)²⁷ หรือกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมในทางแพ่งและกิจกรรมขององค์การปกครองท้องถิ่น²⁸ ซึ่งรัฐจะต้องรับผิดชอบโดยการชดเชยค่าสินไหมทดแทนต่อเอกชนผู้ได้รับความเสียหายนั้นเสมอ

(2) ประเทศเยอรมัน

เดิมประเทศเยอรมันในยุคที่ปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็มีแนวความคิดเช่นเดียวกับแนวความคิดที่ใช้อยู่ในประเทศฝรั่งเศสและประเทศอื่นๆ ในภาคพื้นยุโรป แนวความคิดดังกล่าวถือหลักที่ว่ารัฐไม่สามารถที่จะรับผิดชอบได้เนื่องจากรัฐคือผู้ทรงอำนาจอธิปไตย (Souveranitat) แนวความคิดดังกล่าวนี้เชื่อมโยงอยู่กับแนวความคิดที่ถือว่าพระมหากษัตริย์ซึ่งมีอำนาจเด็ดขาดกับรัฐเป็นสิ่งเดียวกัน²⁹ ดังนั้นรัฐจึงไม่อาจที่จะรับผิดชอบได้

1.2.1.2 หลักการใหม่ซึ่งยอมรับความรับผิดชอบของรัฐ

เมื่อภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐมีมากขึ้นทำให้รัฐมีการติดต่อกับประชาชนมากขึ้น ในบางครั้งการกระทำของรัฐอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนซึ่งเป็นประชาชนของรัฐได้ การที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับเอกชนผู้ได้รับความเสียหายเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุผลดังกล่าวในเวลาต่อมาแนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันก็ได้พัฒนาไปสู่การยอมรับความรับผิดชอบของรัฐ ดังนี้

²⁷ พุนศักดิ์ ไวสำรวจ, "ความรับผิดชอบฝ่ายปกครองในฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 6 ,ตอน 3, น. 588 (ธันวาคม 2530)

²⁸ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ , "รายงานการวิจัย เรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส," เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, ตุลาคม 2545, น. 259.

²⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "รายงานวิจัย เรื่อง ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน," เสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ตุลาคม 2545, น. 6.

(1) ประเทศฝรั่งเศส

เมื่อวิวัฒนาการของสังคม เศรษฐกิจและการเมืองเปลี่ยนแปลงไป ภารกิจของรัฐที่มีกว้างขวางมากขึ้นทำให้รัฐต้องเข้าไปมีบทบาทในชีวิตประจำวันของประชาชนเพิ่มมากขึ้นและมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย รัฐจำต้องใช้มาตรการหรือวิธีการต่าง ๆ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจมหาชนเข้าไปดำเนินการดังกล่าว ด้วยเหตุผลทางสังคมจึงจำเป็นที่รัฐจะต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมในการจัดทำภารกิจของรัฐ การยอมรับหลักการให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจมหาชนจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้อีกต่อไป หลักความผิดของรัฐเริ่มได้รับการยอมรับสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่เรียกว่าการจัดการ (Actes de gestion) ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ³⁰ โดยคำพิพากษาที่สร้างหลักการดังกล่าวคือคำวินิจฉัยในคดี Blanco ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 ของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) โดยศาลคดีขัดกันได้วินิจฉัยว่า ความรับผิดจากความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนจากการกระทำของบุคคลที่รัฐใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ ความรับผิดดังกล่าวเป็นเรื่องที่ไม่มีลักษณะทั่วไปและเด็ดขาด (ni générale ni absolue) เป็นเรื่องที่มีหลักเกณฑ์เฉพาะและผันแปรไปตามลักษณะของงานและความจำเป็นในการประสานผลประโยชน์ของรัฐและของเอกชนเข้าด้วยกัน การพิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง³¹ (รายละเอียดของหลักการว่าด้วยการจัดแบ่งเขตอำนาจศาลในคดีละเมิด ผู้เขียนจะกล่าวถึงในส่วนถัดไป) โดยผลของคำวินิจฉัยดังกล่าว ความรับผิดของรัฐตกเป็นภาระรับผิดชอบของศาลปกครองที่จะต้องสร้างหลักเกณฑ์เฉพาะของความรับผิดของรัฐที่เป็นเอกเทศจากหลักความรับผิดตามกฎหมายแพ่งและภายหลังจากคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันดังกล่าว ข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดของรัฐก็ได้พัฒนาไปอย่างมาก สภาแห่งรัฐได้พัฒนาหลักความรับผิดของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเฉพาะขึ้นทั้งหลักความรับผิดโดยมีความผิดและความรับผิดโดยปราศจากความผิดซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายอย่างละเอียดต่อไปในบทที่ 2

³⁰ สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น. 259.

³¹ ยงยุทธ อนุกุล, "แนวทางการแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรม กรณีคดีละเมิดและความรับผิดอย่างอื่นของฝ่ายปกครอง (ศึกษากรณีของฝรั่งเศส)," ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2 : กฎหมายปกครอง ภาควิธีบัญญัติ, จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลปกครอง, น. 141.

(2) ประเทศเยอรมัน

ในประเทศเยอรมัน หลังจากทีรัฐแยกตัวออกจากพระมหากษัตริย์และมีสถานะในทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลซึ่งทรงอำนาจโดยตนเองไม่ผูกพันอยู่กับพระมหากษัตริย์อีกต่อไป แนวความคิดที่ว่ารัฐไม่สามารถที่จะรับผิดชอบได้จึงค่อย ๆ คลายความเข้มข้นลงโดยปรากฏให้เห็นในประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งราชอาณาจักรปรัสเซีย ค.ศ. 1794 (Allgemeines Preussisches Landrecht für die Preussischen Staaten 1794-ALR, The Prussian General Land Law 1794) กฎหมายฉบับดังกล่าวได้วางหลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจมหาชนว่ารัฐจะเข้ามารับผิดชอบต่อค่าทดแทนให้แก่เอกชนก็ต่อเมื่อการกระทำของรัฐนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนคนใดคนหนึ่งเป็นพิเศษ แต่หากเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำไปโดยละเมิดหน้าที่และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนนั้น ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อกฎหมายที่รัฐไม่ต้องเข้ามารับผิดชอบต่อหรือร่วมรับผิดชอบกับเจ้าหน้าที่ของตนด้วย แต่เอกชนผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องร้องให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้ ต่อมาเมื่อมีการตราประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch หรือ BGB) ในราวอีก 100 ปีเศษถัดมา ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งก็ได้บัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่จากการกระทำละเมิดในหน้าที่ไว้ด้วย มีเนื้อหาทำนองเดียวกันกับประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งราชอาณาจักรปรัสเซียมาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง โดยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อเอกชนผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ (Weimarer Verfassung) และต่อมาได้มีการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz หรือ GG) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับก็ได้บัญญัติให้รัฐเข้าไปรับผิดชอบต่อเจ้าหน้าที่ของตน³² โดยมาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐานได้กำหนดให้รัฐจะต้องรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดที่กระทำโดยผู้ซึ่งใช้อำนาจรัฐและรัฐจะเป็นผู้ฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทำละเมิดในภายหลัง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะถูกฟ้องไล่เบี้ยได้เฉพาะกรณีละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ดังนั้น ในระบบของเยอรมันเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทำละเมิดจะไม่ถูกฟ้องคดีต่อศาลโดยตรง³³

³² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29, น.6-8.

³³ Gyula Eorsi, "Private and Governmental Liability for the Torts of Employees and Organs", Int. Encyc. Comp. Ch. 4 (1972) p. 127. อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, "บันทึก

โดยสรุป ปัจจุบันข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันได้พัฒนามาจากรากฐานที่แตกต่างกัน คือความรับผิดของรัฐสำหรับการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประกอบกับมาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐานและรากฐานของความรับผิดของรัฐอีกประการหนึ่งที่มาจากแนวคิดในเรื่องของการเป็นผู้เสียสละเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมเป็นพิเศษ (Sacrificial encroachment) และแนวคิดเรื่องการเวนคืน (expropriation)³⁴

1.2.2 ความหมายและองค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง

1.2.2.1 ความหมายของละเมิดของฝ่ายปกครอง

นักกฎหมายอังกฤษได้อธิบายความหมายของคำว่าละเมิดไว้ดังนี้³⁵

Winfield ได้ให้คำจำกัดความของความรับผิดทางละเมิด ว่าความรับผิดทางละเมิดเกิดจากการกระทำผิดในหน้าที่ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติไว้ เป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลทั่วไปไม่ใช่หน้าที่ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อตกลงหรือความสมัครใจของบุคคล กล่าวคือ ทุกคนมีหน้าที่ที่จะไม่ไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น การกระทำผิดจะได้รับการเยียวยาโดยการชดเชยค่าสินไหมทดแทนหรืออาจกล่าวได้ว่า กฎหมายละเมิดเกี่ยวข้องกับการจัดสรรหรือการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นในสังคม

Pollock กล่าวว่า ละเมิดเป็นกฎเกณฑ์กำหนดความรับผิดของบุคคลในสังคม ทุกคนในสังคมต้องอยู่ภายใต้หน้าที่ โดยทั่วไปคือหน้าที่ที่มีต่อเพื่อนบ้านซึ่งจะต้องไม่ก่อความเสียหายแก่เขาโดยไม่มีข้อแก้ตัวและหน้าที่นี้ถูกกำหนดโดยกฎหมาย

เรื่อง ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เอกสารประกอบการพิจารณาคำร้องทุกข์ของ นายวิชัย วิทยากุล , วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 5, น. 278-279.

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

³⁵ นพรัตน์ สนั่นพาณิชย์กุล , "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างไร"ตามบทบัญญัติมาตรา 420 : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น. 19-20.

Salmond อธิบายว่า ความรับผิดชอบละเมิดเป็นการกระทำที่จำเลยก่อขึ้นโดยไม่มีข้อแก้ตัวและก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ กฎหมายละเมิดมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลจากการได้รับความเสียหายไม่ว่าในทรัพย์สิน ชีวิต ชื่อเสียงและสิทธิอื่นๆ ของบุคคล การละเมิดก่อให้เกิดการชดเชยค่าสินไหมทดแทน หน้าที่ของศาลคือดูว่าประโยชน์ใดที่ศาลจะคุ้มครองแต่เดิมนั้น บุคคลอาจต้องการเพียงความคุ้มครองในร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน ต่อมาอาจต้องการความคุ้มครองความสัมพันธ์ในทางสัญญา ความต้องการความคุ้มครองในทางเศรษฐกิจ

สำหรับนักกฎหมายฝรั่งเศสจะพูดถึงละเมิดในแง่ของความรับผิดชอบละเมิดหรือที่เรียกในภาษาฝรั่งเศสว่า La Responsabilité Civile Délictuelle ซึ่งเป็นเรื่องการก่อความเสียหายที่กฎหมายจะชดเชยและไม่ใช่ว่าการผิดสัญญา³⁶

จากที่กล่าวมาอาจสรุปได้ว่า ละเมิดของฝ่ายปกครองหมายถึงความผิดที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง นอกจากนั้นยังรวมถึงความผิดที่ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายแต่เป็นหลักปฏิบัติทางราชการที่จะต้องยังประโยชน์ให้กับประชาชน เช่น ความผิดเนื่องมาจากความล่าช้าที่เกินกว่าเหตุในการปฏิบัติราชการทำให้เอกชนเสียหาย³⁷ โดยจะต้องมีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว

1.2.2.2 องค์ประกอบของละเมิดของฝ่ายปกครอง

การที่จะฟ้องฝ่ายปกครองให้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) ส่วนราชการเป็นต้นเหตุของความเสียหาย

ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากส่วนราชการเป็นต้นเหตุนั้นมีข้อพิจารณา 3 ประการ³⁸ คือ

³⁶ เฟิงอ้วง , น. 12.

³⁷ รังสิกร อุปพงศ์ , “ความรับผิดชอบละเมิดของฝ่ายปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 26, ฉบับที่ 2 น. 321. (มิถุนายน 2539)

³⁸ เฟิงอ้วง, น.317.

(ก) เป็นความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากวัสดุอุปกรณ์หรือทรัพย์สินที่เป็นของส่วนราชการหรือส่วนราชการดูแลอยู่ เช่น สะพานถล่ม โป๊ะล่ม เสาไฟฟ้าล้ม เป็นต้น

(ข) เป็นความเสียหายที่มีสาเหตุจากการปฏิบัติราชการของส่วนราชการ เช่น ซ่อมแซมถนนแต่วางวัสดุอุปกรณ์เกะกะหรือไม่วางเครื่องหมายสัญญาณเตือนภัยบริเวณที่เป็นหลุมหรือเป็นท่อระบายน้ำที่ไม่มีฝาปิด ทำให้รถยนต์ที่วิ่งผ่านไปมาตกหลุมเสียหาย หรือเด็กเดินตกลงไปในท่อระบายน้ำเสียชีวิต เป็นต้น

(ค) เป็นความเสียหายที่มีสาเหตุจากการปฏิบัติหน้าที่ของบุคลากรของส่วนราชการไม่ว่าจะเป็นข้าราชการ ลูกจ้างประจำหรือชั่วคราวก็ตาม ซึ่งขณะเกิดความเสียหายกำลังปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของส่วนราชการและภายใต้การควบคุมกำกับดูแลของส่วนราชการ

(2) เป็นความผิดทางปกครอง

ความผิดทางปกครองอาจแบ่งเป็นกลุ่มใหญ่ๆ ได้ 3 ประเภท ดังนี้³⁹

(ก) ความผิดที่เกิดจากความบกพร่องในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งอาจมาจากสาเหตุเรื่องบุคลากรขององค์กร เช่น ขาดการเตรียมพร้อมในกรณีเกิดเพลิงไหม้ ขาดการติดตามบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย เป็นต้น เรื่องการจัดการดูแลวัสดุอุปกรณ์ของหน่วยงาน เช่น โป๊ะเสื่อมสภาพหรือไม่ได้มาตรฐานก็ไม่ได้ซ่อมแซมหรือเปลี่ยนใหม่ เรื่องการจัดการโดยทั่วไป เช่น การควบคุมนักท่องเที่ยวแล้วปล่อยให้ขาดเจ็บ เป็นต้น

(ข) ความผิดที่เกิดจากการดำเนินงานทางปกครอง เช่น การกระทำทางปกครองที่ผิดกฎหมายและก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ผู้เสียหาย

(ค) ความผิดที่เกิดจากความล่าช้าในการดำเนินงานหรือละเลยไม่รีบดำเนินการจนมีความเสียหายเกิดขึ้น เช่น โป๊ะเสื่อมสภาพ สะพานชำรุด ไม่รีบดำเนินการจนโป๊ะล่มหรือสะพานขาด

³⁹ เพิ่งอ้าง, น.322.

(3) เอกชนได้รับความเสียหาย

ความเสียหายอาจเกิดแก่ทรัพย์สินของเอกชนหรืออาจเกิดแก่สิทธิหรือประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งทางเอกชนก็ได้ แต่ความเสียหายที่จะก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชนในการฟ้องร้องส่วนราชการนี้จะต้องเป็นสิทธิที่ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁰ เท่านั้น

(4) มีความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิบัติราชการและผลของความเสียหาย

ผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ได้ความชัดเจนว่าความเสียหายของตนนั้นเป็นผลมาจากการปฏิบัติราชการของส่วนราชการ ถ้าไม่ได้ความชัดเจนเช่นนั้นก็ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการปฏิบัติราชการดังกล่าวเป็นสาเหตุหลัก (ในบรรดาหลายสาเหตุ) ที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น เพราะถ้ามีสาเหตุอื่นร่วมด้วยโดยไม่ใช่เพราะการปฏิบัติราชการอย่างเดียว ส่วนราชการอาจไม่ต้องรับผิดชอบหรือรับผิดชอบน้อยลง แต่ก็มีกรณีที่ส่วนราชการไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ เลยนั่นคือความเสียหายอันเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัย⁴¹

1.3 ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลในคดีละเมิดของเจ้าหน้าที่

ทฤษฎีที่นำมาประกอบการวิเคราะห์ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีละเมิดของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการปฏิบัติงานบังคับคดีในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นทฤษฎีในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือทฤษฎีบริการสาธารณะและทฤษฎีการกระทำโดยไม่มีอำนาจอันก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล ทั้ง 2 ทฤษฎีถือเป็นหลักการสำคัญในการจำแนกว่าคดีละเมิดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในแต่กรณีจะต้องอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลใดระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

⁴⁰ เพิ่งอ้าง, น. 326.

⁴¹ เพิ่งอ้าง, น. 327.

1.3.1 ทฤษฎีบริการสาธารณะ⁴²

ทฤษฎีบริการสาธารณะปรากฏอยู่ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสซึ่งถูกอ้างอิงและปรับใช้อยู่บ่อยครั้งโดยเฉพาะในข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐ ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง รวมถึงข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับคดีปกครอง หลักกฎหมายนี้เริ่มในสมัยการศึกษากฎหมายมหาชนอย่างเป็นทางการทั้งมวลตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงต้นศตวรรษที่ 20 โดยการริเริ่มของศาสตราจารย์ เล-อง ดูก็ต์ (Léon DUGUIT) และพัฒนาต่อมาโดยสานุศิษย์ของดูก็ต์เอง ณ สำนักบอร์กโดซ์ (École de Bordeaux) หรือที่เรียกว่า “สำนักบริการสาธารณะ” (École du service public)

1.3.1.1 การเกิดขึ้นของข้อความคิดว่าด้วยทฤษฎีบริการสาธารณะ

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าทฤษฎีบริการสาธารณะเกิดขึ้นจากนักกฎหมายสำนักบอร์กโดซ์ ระยะแรกของเขตของทฤษฎียังมีได้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน นักกฎหมายบางท่านใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะเพื่ออธิบายรัฐและข้อจำกัดอำนาจของรัฐ บ้างก็ใช้ทฤษฎีนี้อธิบายข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายปกครองหรือเขตอำนาจของศาลปกครอง

(1) ทฤษฎีบริการสาธารณะในเชิงภาวะวิสัย⁴³

ดูก็ต์ได้เสนอทฤษฎีนี้เพื่อแย้งความเชื่อที่ว่าอำนาจรัฐเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับเจตจำนงของรัฐ โดยเห็นว่าการปกครองผู้ปกครองไม่ได้ใช้อำนาจแต่เป็นการจัดทำภาระหน้าที่ของตนที่มีต่อผู้ใต้ปกครองให้สำเร็จ ผู้ปกครองจึงมีภาระหน้าที่ต่อผู้ใต้ปกครอง การบังคับการตามภาระหน้าที่นี้

⁴² “Le service public” Dalloz, 2 e éd. 2002 ของ Pierre ESPLUGAS.

⁴³ ศาสตราจารย์ Charles EISENMANN วิเคราะห์ความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะของดูก็ต์ว่า เป็นการกล่าวถึงบริการสาธารณะในสองฐานะคือ บริการสาธารณะในฐานะที่เป็นองค์กรหรือสถาบัน (Service public au sens organisme ou institution) และบริการสาธารณะในฐานะที่เป็นภาระหน้าที่ในทางสังคม (Service public au sens fonction sociale)

เป็นทั้งผลและความเหมาะสมของการใช้อำนาจในเวลาเดียวกัน⁴⁴ “...ถ้าผู้ปกครองใช้อำนาจ สิ่งนี้ ก็เพื่อให้บรรลุภาระหน้าที่ในงานทางปกครองเพื่อประโยชน์ของพลเมืองที่อยู่ใต้การปกครองทั้งหลายซึ่งก็คือในนามของประโยชน์สาธารณะ...ไม่ใช่ในนามของอำนาจรัฐที่เป็นของรัฐและกระทำเพื่อรัฐ”

ในทางกฎหมายดูก็ได้อธิบายคำว่าบริการสาธารณะในบริบทเช่นเดียวกับคำว่ากฎหมาย “รัฐถูกจำกัดโดยอำนาจกฎหมายในเชิงภาวะวิสัย กล่าวคือ ถูกจำกัดโดยกฎหมายซึ่งอยู่ “นอก” และ “เหนือ” รัฐ กฎหมายนี้เป็นผลจากปัจจัยทางสังคมที่มีสภาพบังคับ ได้แก่จิตสำนึกของสังคม (Conscience sociale) และการพึ่งพาอาศัยกันของสังคม (Solidarité sociale) บทบาทของรัฐจึงเป็นการทำงานโดยผ่านบริการสาธารณะ (หรือกฎหมาย) เพื่อสร้างสังคมที่พึ่งพาอาศัยกันให้เกิดขึ้นจริงซึ่งก็คือสร้างเสถียรภาพของสังคมนั่นเอง

บริการสาธารณะในแง่นี้จึงหมายถึงทั้งภาระหน้าที่ในทางสังคมของรัฐและกฎหมายที่สอดคล้องกับสังคมในเวลาเดียวกัน ดังนั้น รัฐจึงไม่ใช่สิ่งที่คนเราต้องการทำหรือต้องการให้เป็นอย่างที่เราต้องการ ในเวลาที่ (รัฐ) ใช้อำนาจสั่งการหรือใช้อำนาจอธิปไตย (แต่) รัฐคือความร่วมมือกันดำเนินบริการสาธารณะที่ถูกจัดขึ้นและถูกควบคุมโดยผู้ปกครอง⁴⁵ ในแง่นี้ บริการสาธารณะจึงหมายถึงรัฐที่มีฐานะเป็นองค์กรหรือสถาบัน

คำจำกัดความทฤษฎีบริการสาธารณะในเชิงภาวะวิสัยของดูก็ต์ทำให้บริการสาธารณะเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับรัฐ เป็นทั้งพื้นฐานและข้อจำกัดอำนาจของผู้ปกครองในเวลาเดียวกัน⁴⁶ นอกจากดูก็ต์แล้ว โมริซ ออริอู (Maurice HAURIOU) นักกฎหมายคนสำคัญของสำนักกฎหมายตูลุส (Ecole de Toulouse) ก็มีแนวโน้มยอมรับลักษณะของบริการสาธารณะในเชิงภาวะวิสัย โดยเห็นว่าการที่จะเป็นบริการสาธารณะได้จะต้องมีลักษณะในทางภาวะวิสัยโดยตัวของมันเองที่สามารถเป็นข้อจำกัดอำนาจรัฐ (L'auto limitation ob jective de la puissance publique)⁴⁷

⁴⁴ EISENMANN Charles, “Définition et structure du droit administratif; année 1951-1952” in Cours de droit administratif, Tome I, LGDJ, (1982), p.25.

⁴⁵ DUGUIT Léon, “Traité de droit constitutionnel” 3 e éd., 1928, Tome II, p. 59.

⁴⁶ PISIER-KOUCHNER Evelyne, “Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon DUGUIT”, LGDJ, (1972), p.141.

⁴⁷ Maurice HAURIOU, “Précis de droit administratif” : préface à la 11 e éd., 1927.

(2) ทฤษฎีบริการสาธารณะในเชิงอรรถวิสัย

แจซ เห็นข้อบกพร่องของอาจารย์ตัวเองและพยายามให้คำนิยามในเชิงกฎหมายมากขึ้นเพื่อความชัดเจน เขายืนยันอย่างมีเหตุผลว่าบริการสาธารณะไม่ได้มีอยู่หรือเกิดขึ้นโดยตัวของมันเองดังเช่นทฤษฎีบริการสาธารณะของคูเกต์ แต่บริการสาธารณะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับเจตจำนงของผู้ปกครองในความหมายอย่างกว้าง โดยเฉพาะผู้ร่างกฎหมาย แจซ กล่าวว่า “บริการสาธารณะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้เฉพาะเมื่อมีความต้องการของส่วนรวมหรือมีผลประโยชน์สาธารณะที่จะต้องดำเนินการและผู้ปกครองของประเทศนั้นได้ตัดสินใจดำเนินการในขณะนั้นโดยวิธีการของบริการสาธารณะ”⁴⁸

องเดร เดอ โลบาแดร์ (André de Laubadère) เป็นนักกฎหมายสำนักบอร์โกโดซ์อีกคนหนึ่งเห็นด้วยกับมุมมองบริการสาธารณะในเชิงอรรถวิสัยโดยให้คำจำกัดความบริการสาธารณะว่า “เป็นอำนาจมหาชนที่ตัดสินใจว่าในช่วงเวลาเช่นนั้น ความต้องการของสาธารณะเช่นนั้นจะต้องหรือสมควรเหมาะสมที่จะต้องดำเนินการโดยวิธีการเช่นนั้นและสิ่งนี้ได้ก่อให้เกิดการจัดทำบริการสาธารณะเช่นนั้นขึ้น”⁴⁹

1.3.1.2 เกณฑ์พื้นฐานที่ใช้พิจารณาลักษณะของบริการสาธารณะ

นักกฎหมายสำนักบอร์โกโดซ์ได้ศึกษาวิเคราะห์ลักษณะในเชิงภาวะวิสัยและอรรถวิสัยของข้อความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีบริการสาธารณะที่เกิดขึ้นและยอมรับเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาทฤษฎีนี้ 3 ประการด้วยกัน ได้แก่

(1) เกณฑ์พื้นฐานที่ใช้ “องค์กร” เป็นแนวทางในการพิจารณา : บุคคลตามกฎหมายมหาชน

เกณฑ์พื้นฐานที่ใช้ลักษณะขององค์กรเป็นมุมมองจะกำหนดหรือตัดสินความเป็นบริการสาธารณะว่าบริการสาธารณะคือสิ่งที่ถูกดำเนินการโดยองค์กรที่เป็นบุคคลตามกฎหมาย

⁴⁸ JEZE Gaston, “Principe généraux du droit administratif” Tome II, p.16.

⁴⁹ de LAUBADERE André, “Traité de droit administratif” Tome I, 8e éd., LGDJ, p.616.

มหาชน เกณฑ์นี้ได้รับการพัฒนาจากนักกฎหมายมหาชนในยุคเริ่มแรกเช่นความคิดของดูเกต์ที่ว่า “บริการสาธารณะต้องเป็นกิจกรรมที่อยู่ภายใต้การดำเนินงาน การกำหนดกฎเกณฑ์และการควบคุมตรวจสอบโดยผู้ปกครอง” หรือความคิดของหลุยส์ โฮลอง (Louis Rolland) ที่ว่า “บริการสาธารณะเป็นสถาบันที่อยู่ภายใต้แนวทางบริหารของผู้ปกครอง” เห็นได้ชัดว่าในยุคสมัยหนึ่งความคิดหรือเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับบริการสาธารณะจะทำให้ลักษณะองค์กรของฝ่ายปกครองเป็นหลักในการตัดสินใจและยังส่งผลให้เกิดการแบ่งประเภทของวิธีการจัดทำบริการสาธารณะในทางกฎหมายปกครอง เช่น วิธีการจัดทำโดยรัฐเข้าจัดการเองโดยตรง (La régie) วิธีการจัดทำบริการสาธารณะโดยตั้งองค์การมหาชนอิสระ (L'Etablissement public) วิธีการจัดทำบริการสาธารณะโดยให้สัมปทาน

(2) เกณฑ์พื้นฐานที่ใช้ “วัตถุประสงค์” ของภารกิจในการพิจารณา : ประโยชน์สาธารณะ

นักกฎหมายสำนักบอร์โกโดซ์ตั้งข้อสังเกตว่าการใช้ประโยชน์สาธารณะเป็นมุมมองในการพิจารณาว่ากิจการใดเป็นบริการสาธารณะหรือไม่นั้นจะต้องคำนึงอยู่เสมอว่าประโยชน์สาธารณะเป็นข้อความคิดที่เปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย ดังนั้นจึงควรหาลักษณะที่แน่นอนของประโยชน์สาธารณะในการพิจารณาและจากแนวทางที่ผ่านมาในอดีตจะเห็นได้ว่าประโยชน์สาธารณะมีลักษณะบางประการที่แน่นอน เช่น (ก) บริการสาธารณะจะต้องเป็นเรื่องที่ผูกติดกับกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยอย่างการจัดการเรียนการสอนของประเทศหรือการให้ความช่วยเหลือในทางสังคมและการสาธารณสุข (ข) ประโยชน์สาธารณะไม่ครอบคลุมถึงกิจกรรมในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (ค) ประโยชน์สาธารณะไม่ได้มีลักษณะเหมือนเป็นผลรวมของประโยชน์ของปัจเจกชนหรือกลุ่มผลประโยชน์ในสังคม แต่ประโยชน์สาธารณะ “อยู่เหนือผลประโยชน์ดังกล่าว”

(3) เกณฑ์พื้นฐานที่ใช้ “เนื้อหากฎหมาย” ในการพิจารณา : ระบบกฎหมายพิเศษที่แยกออกจากระบบกฎหมายแพ่ง

เกณฑ์ในทางเนื้อหาภาษานี้เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่ใช้บังคับกับบริการสาธารณะ (Les règles de droits applicables au service public) เนื่องจากนักทฤษฎีในยุคแรกเกรงว่าแม้จะใช้เกณฑ์ในเรื่องประโยชน์สาธารณะตัดสินความเป็นบริการสาธารณะแล้ว

ก็ตาม แต่บริการดังกล่าวก็อาจตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายแพ่งได้ ดังนั้นจึงสมควรกำหนดให้บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษแยกออกไปต่างหากจากกฎหมายแพ่ง (*dérégatoire au droit privé ou exorbitant du droit commun*) ซึ่งก็คืออยู่ภายใต้กฎหมายปกครอง แจชได้อ้างคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีดาวิด (David) ในคดี Blanco (8 กุมภาพันธ์ 1873) ที่ว่าบริการสาธารณะเป็นสิ่งที่เรียกร้องให้มีระบบกฎหมายพิเศษเมื่อมีการจัดการของภาครัฐ (*gestion publique*) ดังนั้น บริการสาธารณะจึงเป็นวิธีการจัดทำหรือการดำเนินการที่มีเนื้อหาทางกฎหมายเป็นพิเศษในตัวเพื่อให้การจัดทำบริการบรรลุเป้าหมายหรือตอบสนองความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะได้ การกระทำของผู้จัดทำบริการสาธารณะมีลักษณะพิเศษที่อาจจะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวหรืออาจอยู่ในรูปของสัญญาทางปกครองและการจัดทำบริการสาธารณะอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองภายใต้กฎเกณฑ์พิเศษที่แตกต่างไปจากความรับผิดชอบในทางแพ่ง

1.3.1.3 แนวทางการใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะ

นักกฎหมายสำนักบอร์กโดซ์พยายามใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะศึกษาวิเคราะห์หลักกฎหมายพื้นฐานในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (*jurisprudence*) เพื่อที่จะทำให้ทฤษฎีดังกล่าวเป็นเนื้อหาและแนวทางการใช้หลักในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เนื้อหาและแนวทางการใช้นี้แสดงออกใน 2 แนวทาง แนวทางแรก บริการสาธารณะถูกมองว่าเป็นเกณฑ์ทั่วไปหนึ่งเดียวที่ใช้อธิบายกฎหมายปกครองที่มีอยู่ได้ทั้งหมดโดยตรง (*critère général du droit administratif*) แนวทางที่สอง บริการสาธารณะเป็นข้อความคิดหลักที่ใช้เป็นฐานสร้างความสมบูรณ์ให้กับข้อความคิดอื่นๆ ดังนั้นบริการสาธารณะจึงเป็นเกณฑ์พิเศษที่นำมาใช้กับข้อความคิดอื่นๆ ของกฎหมายปกครอง (*critère particulier à certaines notions du droit administratif*) เพื่อให้เกิดความสมบูรณ์หรือให้เกิดความชอบธรรมแก่การปรับใช้ข้อความคิดอื่นๆ นั้น

ในช่วงระยะเริ่มต้นของการสร้างระบบกฎหมายปกครอง ปัญหาสำคัญที่นักกฎหมายหรือนักทฤษฎีทุกคนมุ่งค้นหาคือจะใช้สิ่งใดเป็นตัวกำหนดเพื่อแบ่งแยกลักษณะกฎหมายปกครองออกจากกฎหมายทั่วไป (แพ่งและอาญา) ซึ่งจะมีผลเป็นการจัดแบ่งเขตอำนาจของศาลปกครองออกจากเขตอำนาจของศาลยุติธรรมด้วยในที่สุด โดยการอ้างหลักการแบ่งแยกอำนาจทางปกครองออกจากอำนาจศาลยุติธรรมที่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่สมัยปฏิวัติฝรั่งเศส (*loi des 16-24 สิงหาคม 1790 et 16 fructidor an III*) ผู้พิพากษาศาลคดีขัดกันได้ใช้การกระทำ

ของฝ่ายปกครองผ่านคำว่า “บริการสาธารณะ” เป็นตัวกำหนดลักษณะของกฎหมายปกครองและเขตอำนาจของศาลปกครอง คำพิพากษาของศาลคดีขัดกัน 8 กุมภาพันธ์ 1873 เป็นคำพิพากษาแรกที่แสดงหลักการดังกล่าวในกรณีฟ้องฝ่ายปกครองให้รับผิดชอบ (action en responsabilité) เกี่ยวกับความเสียหายอันเนื่องมาจากรถ⁵⁰ ของโรงงานยาสูบแห่งเมืองบอร์กโดซ์ชนเด็กหญิงอันแยส บลองโก (Agnès BLANCO) ได้รับบาดเจ็บ ศาลคดีขัดกันพิจารณาว่า “ความรับผิดชอบซึ่งจะเรียกร้องจากรัฐสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชนโดยการกระทำของบุคลากรผู้จัดทำบริการสาธารณะไม่สามารถดำเนินการโดยอ้างฐานกฎหมายที่กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในประมวลกฎหมายแพ่งได้” โดยนัยนี้ ศาลคดีขัดกันได้อ้างคำว่า “บริการสาธารณะ” ซึ่งเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นตัวกำหนดหรือบ่งชี้ถึงลักษณะของกฎหมายปกครอง (l'autonomie du droit administratif) และเขตอำนาจของศาลปกครอง (liaison de la compétence et du fond) อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการอ้างคำว่า “บริการสาธารณะ” ที่เกิดขึ้นค่อนข้างเป็นเพียงถ้อยคำธรรมดามากกว่าถ้อยคำที่ให้หลักการทั่วไปทางกฎหมาย เนื่องจากจุดมุ่งหมายหลักของคดีต้องการเพียงใช้ความคิดเรื่องบริการสาธารณะเข้ามาแทนที่ความคิดเรื่อง “รัฐที่เป็นลูกหนี้” (l'Etat débiteur) ซึ่งเดิมใช้เป็นเนื้อหาและขอบเขตของคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง เมื่อข้อพิพาทนั้นรัฐมีความรับผิดชอบในฐานะเป็นลูกหนี้ตามนิติสัมพันธ์ทางแพ่งซึ่งเป็นข้อยกเว้นกรณีไม่อาจฟ้องรัฐเป็นคดีใดๆ ได้เนื่องจากรัฐมีอำนาจอธิปไตย คำว่า “บริการสาธารณะ” ที่ได้จากคำพิพากษาศาลคดีขัดกัน Blanco ในเบื้องต้นจึงเป็น “คำอ้าง” เพื่อใช้แยกลักษณะของกฎหมายปกครองและเขตอำนาจของศาลปกครองในการรองรับกรอบทางกฎหมายเรื่องความรับผิดของรัฐหรือฝ่ายปกครองที่กลายมาเป็นหลักในการปกครองของรัฐสมัยใหม่

ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าคดีนี้เป็นคดีวางหลักเรื่องเขตอำนาจศาลโดยนำข้อความคิดว่าด้วยการบริการสาธารณะมาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งเขตอำนาจของศาลปกครองและเขตอำนาจของศาลยุติธรรมในคดีที่เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐและเมื่อคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองแล้ว กรณีจะต้องนำหลักกฎหมายปกครองมาปรับใช้ ผู้มีบทบาทสำคัญในการวางหลักดังกล่าวก็คือตุลาการผู้เถลิงคดีเดวิด (David) เพราะเป็นผู้เสนอแนวทางการนำข้อความ

⁵⁰ ในปัจจุบันความรับผิดที่เกิดจากยานพาหนะ (ซึ่งรวมถึงยานพาหนะของฝ่ายปกครองทั้งทางบก ทางน้ำ(พาณิชยนาวี) ทางอากาศ) เป็นไปตาม loi 31 ธันวาคม 1957 กำหนดให้ศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีโดยใช้หลักความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่ง

คิดว่าด้วยการบริการสาธารณะมาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกเขตอำนาจแทนที่เกณฑ์ดั้งเดิม คือกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจ (acte d'autorité) และกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการจัดการแบบเอกชน (acte de gestion) โดยเขาได้เสนอว่าศาลยุติธรรมไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีที่ เอกชนฟ้องฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะไม่ว่าการฟ้องนั้นจะเพื่อวัตถุประสงค์ใด กล่าวคือ แม้ว่าจะไม่ใช่ฟ้องเพื่อเพิกถอนนิติกรรมใดๆ ของฝ่ายปกครองแต่เป็นเพียงการฟ้องร้อง เรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการดำเนินการของฝ่ายปกครองเพื่อการบริหารสาธารณะ คดีนั้นก็จะ ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมแต่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และแม้กิจกรรม ดังกล่าวคือโรงงานยาสูบจะมีลักษณะใกล้เคียงกับกิจกรรมทางอุตสาหกรรมที่ใกล้เคียงกับกิจกรรม ของเอกชนและผู้ก่อให้เกิดอุบัติเหตุเป็นเพียงลูกจ้างมิใช่ข้าราชการก็ตาม

หลักเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลซึ่งเกิดจากการวินิจฉัยในคดีนี้มีข้อจำกัดบางประการ ดังนี้

(1) เมื่อมีกฎหมายออกมากำหนดเขตอำนาจในคดีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทาง ปกครองอย่างไรก็ต้องเป็นไปตามนั้น เช่น รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 31 ธันวาคม 1957 ได้กำหนดให้ คดีฟ้องเรียกค่าเสียหายบางประการอันเกิดจากยานพาหนะที่ใช้เครื่องยนต์ของฝ่ายปกครองอยู่ใน เขตอำนาจศาลยุติธรรม เป็นต้น

(2) บางกรณีศาลก็ได้วางหลักที่แตกต่างไปจากคดี Blanco เช่นศาลชี้ขาด เขตอำนาจได้สร้างข้อความคิดเกี่ยวกับการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและ พาณิชยกรรมขึ้นในคดี Bac d'Eloka (ปี ค.ศ.1921) เพื่อจะบอกว่าคดีที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ ทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม เป็นต้น สำหรับในส่วนขอ งเนื้อหานั้น แม้คดี Blanco จะวางหลักว่าเมื่อคดีที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะอยู่ในเขตอำนาจ ศาลปกครองแล้วให้นำหลักกฎหมายปกครองมาใช้ แต่ในทางปฏิบัติ ศาลปกครองเองก็นำหลัก กฎหมายแพ่งบางเรื่องมาใช้ เช่น เรื่องค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กรณีนี้นั้นขึ้นอยู่กับศาลปกครองเองที่จะพิจารณาถึงความเหมาะสมว่าจะนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้ เท่าที่ไม่ขัดกับหลักกฎหมายปกครอง

1.3.2 ทฤษฎีการกระทำโดยไม่มีอำนาจอันก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล⁵¹

ศาลคดีขัดกันของฝรั่งเศสมีคำวินิจฉัยวางหลักไว้ในคดีหนึ่งว่า “การคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคลและการคุ้มครองผู้มีกรรมสิทธิในทรัพย์สินตกอยู่ในกรอบอำนาจการพิจารณาของศาลแพ่ง” หลักการดังกล่าวถูกยืนยันโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่วินิจฉัยไว้ว่า เสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนและสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลเป็น “เรื่องที่สงวนไว้” ให้อยู่ในกรอบอำนาจพิจารณาของศาลแพ่ง คำว่า “เรื่องที่สงวนไว้” อาจเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรืออาจเป็นกรณีที่เข้าลักษณะ “การกระทำโดยไม่มีอำนาจอันก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล” (Théorie de la voie de fait)

1.3.2.1 อำนาจศาลแพ่งในการพิจารณาคดีที่ฝ่ายปกครอง “กระทำโดยไม่มีอำนาจอันก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล”

ทฤษฎีการกระทำโดยไม่มีอำนาจอันก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล (Théorie de la voie de fait) เป็นทฤษฎีที่เกิดจากแนวคำพิพากษาและเป็นหลักที่นำมาใช้อ้างอิงบ่อยครั้งจวบจนปัจจุบัน ทั้งนี้เพราะการใช้เอกสิทธิทางการเมืองปกครองมักไปกระทบสิทธิของประชาชนอยู่บ่อยครั้งโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อ “เสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล” กรณีเช่นนี้ ตามธรรมดาประชาชนสามารถยื่นฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอเพิกถอนมติหรือคำสั่งหรือขอให้ได้รับค่าทดแทนหากมีความเสียหายใดๆ เกิดขึ้นได้ ทว่าการกระทำโดยมีชอบด้วยกฎหมายต่อสิทธิทั้ง 2 ประการข้างต้นซึ่งมีผลเสียหาย “อย่างร้ายแรง” จะถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจในการดำเนินการเรื่องนั้นๆ อยู่เลย กล่าวคือ มิใช่เป็นเพียงความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการปฏิบัติงานตามหน้าที่แต่ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีกฎหมายใดๆ รองรับ ฝ่ายปกครองมีอาจอ้างหลักการแบ่งแยกการกระทำในทางปกครองกับการกระทำในทางแพ่ง เพราะการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

⁵¹ ปียะศาสตร์ ไชว์พันธุ์. “แนวคำวินิจฉัยคดีปกครองฝรั่งเศส เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดเรื่อง เขตอำนาจศาล.” ในหนังสือรวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2 : กฎหมายปกครองภาควิธีสบัญญัติ, จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลปกครอง, น. 141.

(1) ต้องมีการบังคับหรือมีปฏิบัติการทางกายภาพ (une opération matérielle) ถ้าเพียงแต่มีมติหรือคำสั่งชี้ขาดเท่านั้นยังไม่อาจนำทฤษฎีการกระทำโดยไม่มีอำนาจอันก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงมาใช้ได้ แต่จะต้องเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติหรือต้องปฏิบัติบางอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นไปตามคำสั่งการ

(2) ต้องเป็นการปฏิบัติที่กระทบต่อเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน (les atteintes à la liberté individuelle) หรือเป็นการปฏิบัติที่กระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล (les atteintes à la propriété privée) ไม่ว่าจะเป็นสิ่งสาธารณะหรือสิ่งสาธารณะหรือสิ่งสาธารณะ หลักการในข้อนี้ได้รับการยืนยันโดยคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ

(3) ต้องเป็นการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย“อย่างร้ายแรง” (un vice juridique assez grave pour dénaturer l'opération) ด้วยเหตุนี้ แม้การกระทำหนึ่ง ๆ จะมีผลกระทบต่อเสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลแต่เป็นความผิดพลาดบกพร่องเพียงเล็กน้อย กรณีเช่นนี้ ก็จะไม่นำทฤษฎีการกระทำโดยไม่มีอำนาจอันก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลมาใช้ ส่วนระดับความเสียหายแค่ไหนอย่างไรจึงเรียกว่าร้ายแรงนั้น จำต้องพิจารณาจากแนวคำพิพากษาเป็นรายกรณีไป

การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงอาจปรากฏอยู่ในเนื้อหาของคำสั่งหรือคำสั่งบังคับอย่างแข็งชัดหรืออาจเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากการใช้กำลังบังคับให้เป็นไปตามคำสั่ง สำหรับกรณีที่เนื้อหาของคำสั่งหรือคำสั่งบังคับเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงนั้น พิจารณาได้จากเนื้อหาของคำสั่งหรือคำสั่งบังคับนั้นมิใช่เรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะสั่งการได้ในหน้าที่ทางการปกครองตามปกติและไม่มีกฎหมายรองรับให้สามารถสั่งการเช่นนั้นได้ (manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire)

ส่วนกรณีที่เป็นการใช้กำลังบังคับให้เป็นไปตามคำสั่ง (l'exécution forcée) ฝ่ายปกครองจะใช้กำลังบังคับได้อย่างจำกัดภายใต้เงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเข้มงวดเท่านั้นและแม้ว่าคำสั่งจะชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่หากมีการใช้กำลังบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งโดยมิชอบและก่อความเสียหายอย่างร้ายแรง กรณีก็จะต้องนำทฤษฎีการกระทำโดยไม่มีอำนาจอันก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลมาใช้ด้วยเช่นกัน การใช้กำลังบังคับโดยมิชอบอาจพิจารณาได้จากความไม่ได้สัดส่วนกันระหว่างมาตรการที่ใช้บังคับกับวัตถุประสงค์ของการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งหรือใช้กำลังบังคับโดยไม่ปรากฏเหตุเร่งด่วนใด ๆ

1.3.2.3 ผลทางกฎหมายของการใช้ “ทฤษฎีการกระทำโดยไม่มีอำนาจอันก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล”

การ “กลายสภาพ” ของปฏิบัติการ (dénaturation de l'opération) มีผลทำให้ฝ่ายปกครองกระทำการในฐานะเอกชนธรรมดาและมีผลทางกฎหมายดังนี้

- (1) ศาลแพ่งมีขอบอำนาจในการพิจารณาคดีและให้การเยียวยาความเสียหาย
- (2) ศาลแพ่งไม่เพียงแต่มีอำนาจในการพิจารณากำหนดค่าทดแทนให้แก่ผู้เสียหายเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจสั่งการอย่างอื่นที่จำเป็น เช่น สั่งระงับการกระทำอันเป็นเหตุแห่งความเสียหาย สั่งขับไล่ สั่งให้ทำกลับคืนสู่สภาพเดิมหรือให้ทำลายลง เป็นต้น
- (3) ต้องนำหลักวิธีพิจารณาทางแพ่งมาใช้บังคับทั้งหมด กล่าวคือ ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายสามารถเลือกฟ้องหน่วยงานทางปกครองโดยตรงหรือจะฟ้องเจ้าหน้าที่ในฐานะผู้กระทำการแทนหน่วยงานก็ได้ตามหลักกฎหมายแพ่งอันแตกต่างจากการยื่นฟ้องคดีปกครองที่ต้องแยกแยะว่าเป็นความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่หรือเป็นความรับผิดชอบของหน่วยงาน