

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการใช้สิทธิเรียกร้องในทางละเมิดของฝ่ายปกครอง

หน่วยงานของรัฐที่เป็นส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจนั้น ต่างเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ให้บริการสาธารณะแก่ประชาชน การดำเนินกิจกรรมส่วนใหญ่ของฝ่ายปกครองนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะในด้านต่างๆ เช่น การจัดทำ สาธารณูปโภค การป้องกันสาธารณภัย ตลอดจนการให้ความสะดวกสบายและการอนามัย เป็นต้น หากในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอันเป็นการละเมิดต่อบุคคลภายนอกหรือต่อหน่วยงานของรัฐโดยตรง ทำให้บุคคลภายนอกหรือหน่วยงาน ได้รับความเสียหาย หน่วยงานของรัฐก็ย่อมสามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวต้องพิจารณาจากแนวคิดการจัดทำบริการสาธารณะ การออกคำสั่งทางปกครอง แนวคิดความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง การใช้บังคับกฎหมายแรงงานกับรัฐวิสาหกิจ แนวคิดพื้นฐานและความจำเป็นของการจัดตั้งศาลปกครอง และวัตถุประสงค์หลักของการพิจารณาคดีปกครอง ดังนี้

2.1 การบริการสาธารณะ¹

ในประเทศฝรั่งเศสการบริการสาธารณะถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ซึ่งวิวัฒนาการของการบริการสาธารณะ (service public) อยู่คู่กับสังคมมนุษย์มานานแล้ว ตั้งแต่มนุษย์เริ่มรวมกลุ่มกันเป็น “สังคม” โดยมีนิติบุคคลเป็นผู้เข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งนิติบุคคลนั้นมี 2 ประเภทใหญ่ๆ² คือ นิติบุคคลตามกฎหมายของเอกชน หรือที่เรียกสั้นๆ ว่า “นิติบุคคลเอกชน” และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน หรือที่เรียกสั้นๆ ว่า “นิติบุคคลมหาชน” ซึ่งการแบ่งแยกนิติบุคคลทั้ง 2 ประเภทดังกล่าว มักจะอาศัยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ ประกอบกัน คือ กฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคลนั้น กิจกรรมที่มีนิติบุคคลดำเนินการและการใช้อำนาจของนิติบุคคลนั้น

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 23-38.

² สมคิด เลิศไพฑูรย์. สภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการไทย (รายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ). หน้า 34.

ดังนั้น ถ้านิติบุคคลใดจัดตั้งโดยกฎหมายมหาชนมีกิจการที่เรียกว่า บริการสาธารณะ และมีการใช้ อำนาจมหาชนนิติบุคคลนั้น มักจะเป็นนิติบุคคลมหาชน ในขณะที่นิติบุคคลใดจัดตั้งโดยกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ดำเนินกิจกรรมที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของเอกชนและไม่มีใช้อำนาจมหาชน แต่ประการใด นิติบุคคลนั้นก็มักจะเป็นนิติบุคคลเอกชน ศาสตราจารย์ Léon Duguit ได้กำหนดให้ บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะดำเนินการจัดทำโดยนิติบุคคลใน กฎหมายมหาชนอยู่ภายใต้กฎหมายปกครองและเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้ ก่อให้เกิดหลักสำคัญ 3 ประการ คือ

- 1) องค์ประกอบด้านวัตถุ บริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ สาธารณะ
- 2) องค์ประกอบด้านโครงสร้าง บริการสาธารณะจะต้องดำเนินการซึ่งจัดทำโดย นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน
- 3) ระบบกฎหมายบริการสาธารณะ จะต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองและอยู่ใน เขตอำนาจของศาลปกครอง

ความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ”³ คือ บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่ฝ่าย ปกครองจัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ ซึ่งจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ⁴ คือ

1) กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลใน กฎหมายมหาชน และหมายรวมถึงการที่นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมที่ เป็นบริการสาธารณะนั้นด้วยตนเอง อันได้แก่กิจกรรมที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กร มหาชนหรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการ และยังหมายรวมถึงกรณีนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่ มอบกิจกรรมของตนบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย

2) กิจกรรมดังกล่าวตาม 1) จะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

ประเภทของบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สามารถแบ่งได้ 2 ประเภท ใหญ่ๆ⁵ คือ

ประเภทแรก บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ได้แก่ กิจกรรมที่โดยสภาพแล้ว เป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน รวมถึง

³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 32.

⁴ แหล่งเดิม. หน้า 34.

⁵ แหล่งเดิม. หน้า 35-38.

อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย เช่น การดูแลความปลอดภัยและความสงบสุขของประชาชน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำให้ประชาชนโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน ดังนั้น บริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้

ประเภทที่สอง บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม บริการดังกล่าวนี้มีที่มาจากคำพิพากษาศาลชั้นต้น (Tribunal des Conflits) ในคดี Bac d' Elok กรณีฝ่ายปกครองได้จัดให้มีบริการเรือขนส่งบรรทุกสิ่งของและผู้โดยสารข้ามฟาก และเรือได้จมลง ว่าการที่ฝ่ายปกครองจัดให้มีบริการเรือข้ามฟากโดยเก็บค่าตอบแทนนั้น มีลักษณะเป็นการจัดทำบริการขนส่งในสภาพเกี่ยวกับเอกชนทั่วไป ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชนและภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรมที่พิจารณาคดี คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงนับได้ว่า เป็นต้นกำเนิดของการแบ่งประเภทของการบริการสาธารณะออกเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คือ เป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำแต่มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับเอกชน ต่อมาก็มีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดเกณฑ์ในการแบ่งแยกบริการสาธารณะว่า บริการสาธารณะใดจะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมได้ก็ต่อเมื่อบริการสาธารณะนั้นคล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชนทั้งในด้านวัตถุประสงค์แห่งบริการ แหล่งที่มาของเงินทุน และวิธีปฏิบัติงาน หากบริการสาธารณะนั้นแตกต่างไปจากวิสาหกิจเอกชนไม่ว่าในด้านใดแต่เพียงด้านเดียว ให้ถือว่าบริการสาธารณะนั้นเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ดังนั้น ข้อแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองกับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม แบ่งได้ 3 ประการ ดังนี้

1) วัตถุประสงค์แห่งบริการ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์แห่งการบริการ คือ เพื่อสนองความต้องการของประชาชนในประเทศแต่เพียงอย่างเดียว ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นมีวัตถุประสงค์แห่งบริการทางด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชน คือ เน้นทางด้านการผลิต การจำหน่าย การให้บริการ และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน

2) วิธีปฏิบัติงาน บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานที่รัฐสร้างขึ้นมาเป็นแบบเดียวกัน มีระบบบังคับบัญชาซึ่งใช้กับผู้ปฏิบัติงานที่สร้างขึ้นเองแตกต่างไปจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินการ

3) แหล่งที่มาของเงินทุน บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีแหล่งที่มาของเงินทุนจากรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบเงินทุนทั้งหมดที่นำมาใช้จ่ายในการดำเนินการ ส่วนบริการ

สาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น แหล่งรายได้ส่วนใหญ่จะมาจากค่าตอบแทนการบริการของผู้ใช้บริการ

องค์กรของรัฐกับการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย

1) การจัดทำบริการสาธารณะในระบบราชการ⁶ ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์⁷ ได้ให้คำอธิบายว่า องค์กรในภาคมหานรูปแบบแรกที่เกิดขึ้นก็คือ “รัฐ” ซึ่งเป็นองค์กรที่ผูกขาดการใช้อำนาจทั้งหลายในสังคม เมื่อรัฐเกิดขึ้นแล้วก็ได้มีการแบ่งแยกภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐในด้านต่างๆ ออกไปยังหน่วยงานต่างๆ ตามความเชี่ยวชาญและตามลักษณะเฉพาะของบริการสาธารณะ เมื่อสังคมพัฒนาขึ้น มีสมาชิกในประชาคมมากส่งผลให้รัฐต้องขยายขอบเขตของภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของตนให้กว้างขวางออกไปสู่การจัดระบบการศึกษา การรักษาพยาบาลผู้เจ็บป่วย การป้องกันโรค การจัดทำสาธารณูปโภคและสาธารณูปการต่างๆ ตลอดจนไปจนถึงการจัดระบบการสังคมสงเคราะห์ ทั้งนี้ ก็เพื่อส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของประเทศและยกระดับคุณภาพชีวิตของคนในสังคมที่สูงขึ้น ภารกิจที่พัฒนาขึ้นในภายหลังตามความเติบโตของรัฐที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่เรียกว่าเป็น “ภารกิจลำดับรองของรัฐ” และแม้ว่าหลายส่วนมีลักษณะของการให้บริการหรือให้การสงเคราะห์แก่ประชาชนเฉพาะรายโดยตรงก็ตาม แต่เนื้อหาของการดำเนินการเหล่านี้ก็ยังคงมีส่วนที่จะต้องดำเนินการโดยอาศัยอำนาจบังคับฝ่ายเดียวของรัฐอยู่ด้วยเช่นกัน อาทิเช่น การกำหนดให้ประชาชนทุกคนต้องเข้ารับการศึกษาภาคบังคับ การกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติในทางสาธารณสุข เป็นต้น ดังนั้น องค์กรที่เป็นผู้รับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะในลักษณะที่เป็นภารกิจลำดับรองของรัฐเหล่านี้ จึงยังคงเป็นหน่วยงานของรัฐในรูปที่เป็นส่วนราชการเป็นด้านหลักดังเช่นที่เคยเป็นมาแต่เดิมนั่นเอง

ส่วนราชการซึ่งเป็นองค์กรของรัฐรูปแบบแรกจึงผูกพันแน่นแฟ้นอยู่กับลักษณะของการใช้อำนาจมหาชนบังคับฝ่ายเดียวแก่ประชาชนโดยอาศัยอำนาจที่กฎหมายรับรองไว้โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมพร้อมใจของประชาชนผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่ง คำว่า “ส่วนราชการ” หมายถึง หน่วยงานของรัฐที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีระบบการทำงานที่เป็นแบบแผน มีการจัดระดับชั้นการบังคับบัญชาตามความชำนาญเพื่อความเหมาะสม มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ปฏิบัติงานอย่างแจ่มชัด มีระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติงานโดยมีวินัยควบคุมความประพฤติของข้าราชการ มีระบบการจัดเก็บเอกสารเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นหลักฐานในการตรวจสอบ มีการจัดระบบการเลือกสรร

⁶ ชาญชัย แสงวงศ์. (2542, มิถุนายน). องค์กรมหาชน องค์กรของรัฐที่มีส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ (พิมพ์ครั้งแรก). หน้า 81.

⁷ สุรพล นิติไกรพจน์. (2541, กรกฎาคม). “ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ รายงานการวิจัยเสนอต่อสภาวิจัยแห่งชาติ.” การปรับปรุงโครงสร้างทางกฎหมายในการจัดองค์กรภาคมหาน. หน้า 5-8.

บุคคลเข้าทำงานโดยถือหลักความสามารถเป็นระบบที่ยึดถือหลักการตามตัวบทกฎหมาย แต่ละหน่วยงานมีหน้าที่และขอบเขตของการปฏิบัติงานอย่างชัดเจนดังนั้น งานราชการ จึง ได้แก่ กิจการที่ กระทรวง ทบวง กรม และองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นจัดทำ⁸

ประเทศไทยมีการแบ่งการจัดทำบริการสาธารณะในระบบราชการออกเป็น 3 ส่วน คือ

(1) การจัดทำบริการสาธารณะส่วนกลาง คือ บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนทั่วทั้งประเทศ เช่น การรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ การส่งเสริมการศึกษาและการประกอบอาชีพ การป้องกันสาธารณะภัย หรือเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในด้านการให้ความสะดวกสบายและการอนามัย

(2) การจัดทำบริการสาธารณะส่วนภูมิภาค คือ บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำตามเขตการปกครองต่างๆ ของประเทศ โดยมีเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ซึ่งสังกัด กระทรวง ทบวง กรม ต่างๆ ไปประจำจังหวัด และยังอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของราชการส่วนกลางงบประมาณค่าใช้จ่ายต่างๆ ในจังหวัดก็ใช้งบประมาณแผ่นดินของกระทรวง ทบวง กรม ต่างๆ นั้น

(3) การจัดทำบริการสาธารณะส่วนท้องถิ่น คือ บริการสาธารณะบางอย่างที่รัฐมอบหมายให้องค์การแห่งราชการบริหารส่วนท้องถิ่นจัดทำเอง เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนเฉพาะในเขตท้องถิ่นนั้น โดยมีเจ้าหน้าที่ขององค์การแห่งราชการบริหารส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นผู้ดำเนินการมีงบประมาณทรัพย์สินบางส่วนของตนเองมีอำนาจดำเนินการได้โดยอิสระ ราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่ควบคุมดูแลเท่านั้น

2) การจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบรัฐวิสาหกิจ⁹ ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์¹⁰ อธิบายว่า องค์กรในภาคมหาชนรูปแบบที่สองที่เกิดขึ้นภายในรัฐหลังจากได้มีการจัดตั้งส่วนราชการต่างๆ ขึ้นแล้วเป็นระยะเวลายาวนานก็คือ รัฐวิสาหกิจหรือวิสาหกิจมหาชน การกิจที่องค์กรของรัฐในรูปรัฐวิสาหกิจได้รับมอบหมายให้รับผิดชอบดำเนินการก็คือ การกิจในทางอุตสาหกรรมและการค้า รัฐวิสาหกิจในความหมายที่เข้าใจกัน คือ หน่วยงานธุรกิจที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลที่มีรัฐหรือองค์กรในภาคมหาชนเป็นเจ้าของหรือเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก โดยเมื่อมีการขยายตัวของอุตสาหกรรมและการค้าที่เติบโตอย่างรวดเร็วประกอบกับกิจการต่างต้องการการลงทุนที่สูงมากและต้องการประสิทธิภาพการจัดการที่ไว้วางใจได้ และเมื่อการดำเนินการกิจใน

⁸ หุสสดี สัตยามานะ และ สุพัตรา เพชรรมณี. (2523). ระบบการบริหารและระเบียบวิธีปฏิบัติราชการ. หน้า 20-26.

⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2542, มิถุนายน). องค์กรมหาชน องค์กรของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ. หน้า 97.

¹⁰ สุรพล นิติไกรพจน์. เล่มเดิม. หน้า 9-11.



สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ
ห้องสมุดงานวิจัย
วันที่..... 9 ก.ย. 2554
เลขทะเบียน..... 242458
เลขเรียกหนังสือ.....

ลักษณะที่เป็นอุตสาหกรรมและการค้าด้วยวิธีการเดียวกันกับที่องค์กรดั้งเดิมในรูปแบบส่วนราชการ จึงมีความไม่เหมาะสมและไม่อาจปรับตัวให้สอดคล้องกับสภาพของภารกิจใหม่ๆ ได้ อีกทั้งรูปแบบของส่วนราชการต้องปฏิบัติงานตามระเบียบข้อบังคับและมีสายการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นไปจนถึงหัวหน้ารัฐบาลก็ไม่มีคล่องตัว และไม่มีความยืดหยุ่นเพียงพอสำหรับการตัดสินใจในเชิงพาณิชย์อันเป็นลักษณะที่เด่นชัดของกิจกรรมประเภทนี้ได้ รัฐจึงได้ริเริ่มให้มีการจัดตั้งองค์กรของรัฐรูปแบบใหม่ขึ้นเพื่อรับผิดชอบภารกิจในทางอุตสาหกรรมและการค้าขึ้นเป็นการเฉพาะแยกต่างหากไปจากส่วนราชการที่มีมาแต่เดิม ซึ่งเรียกว่า “วิสาหกิจมหาชน” หรือ “รัฐวิสาหกิจ” (Public Enterprise) ซึ่งมีลักษณะเฉพาะของการดำเนินกิจการ ดังนี้

(1) องค์กรของรัฐบางประเภทมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกเทศแยกออกไปจากรัฐและส่วนราชการทั้งหลายที่มีอยู่แต่เดิม และมีความเป็นอิสระทั้งในทางการเงินและการบริหารงานและการบริหารบุคลากร

(2) ภารกิจที่องค์กรของรัฐประเภทที่สองนี้รับผิดชอบดำเนินการ ได้แก่ ภารกิจในทางอุตสาหกรรมและการค้า อันเป็นภารกิจสมัยใหม่ที่รัฐถูกเรียกร้องให้เข้าไปรับผิดชอบดำเนินการตามความเปลี่ยนแปลงและพัฒนาการของอุตสาหกรรมและการค้าที่เติบโตไปอย่างรวดเร็วในสังคมสมัยใหม่

(3) ภารกิจดังกล่าวเป็นภารกิจที่มีค่าตอบแทนการให้บริการและผู้ได้รับประโยชน์จะเป็นผู้ได้รับประโยชน์พิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่นๆ จากการดำเนินการขององค์กรของรัฐ ดังนั้นผู้ได้รับประโยชน์จึงต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐตามสัดส่วนที่ตนได้รับประโยชน์เพื่อมิให้ประชาชนทั่วไปซึ่งเป็นผู้เสียภาษีอากรต้องมาร่วมรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบริการที่ตนเองไม่เคยได้รับประโยชน์ด้วยเลย องค์กรที่รับผิดชอบภารกิจนี้จึงต้องดำเนินการในเชิงพาณิชย์ กล่าวคือ จะต้องสามารถดำรงอยู่ได้จากค่าตอบแทนการขายสินค้าหรือบริการของตนโดยจะต้องไม่พึ่งพาเงินงบประมาณที่มาจากภาษีในการดำเนินการตามปกติขององค์กรนั้นๆ

(4) โดยที่รัฐเป็นผู้ก่อตั้งองค์กรที่ทำภารกิจในลักษณะเช่นนี้ขึ้นมาในเบื้องต้นแรก โดยใช้เงินลงทุนจากภาษีอากรของประชาชนในการก่อตั้ง ดังนั้น องค์กรเหล่านี้จึงจะต้องอยู่ภายใต้ระบบการควบคุมตรวจสอบในลักษณะที่เรียกว่า “การกำกับดูแล” จากองค์กรของรัฐเสมอ ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันมิให้เกิดความรั่วไหลและการใช้เงินผิดวัตถุประสงค์

ลักษณะทั้ง 4 ประการข้างต้นนี้เป็นลักษณะเฉพาะขององค์กรของรัฐประเภทที่สองที่เรียกว่า “รัฐวิสาหกิจ” ซึ่งแตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากส่วนราชการ

สำหรับในประเทศไทย การเกิดขึ้นขององค์กรที่รับผิดชอบภารกิจในทางอุตสาหกรรม และการค้าในรูปรัฐวิสาหกิจ อาจจะล่าช้าแตกต่างไปจากสังคมตะวันตกบ้าง อันเนื่องมาจากระดับของการพัฒนาการในทางเศรษฐกิจและความเติบโตของกระบวนการผลิตในทาง

อุตสาหกรรมและการค้าที่แตกต่างกันแต่สังคมไทยก็ได้ยอมรับปรากฏการณ์ของการมีองค์กรของรัฐ ทั้งสองประเภทในการดำเนินภารกิจสาธารณะที่แตกต่างกันนี้มาเป็นเวลายาวนานจนกระทั่ง ปัจจุบัน อันจะเห็นได้จากการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นเป็นจำนวนมากมีวัตถุประสงค์เพื่อรับผิดชอบภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยนั้นแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบ¹¹ ได้แก่

(1) รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งเป็น “องค์กรของรัฐบาล” หมายถึง หน่วยงานในทางกฎหมายซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา และกำหนดให้มีหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของชาติ¹² เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย ธนาคารออมสิน การท่าเรือแห่งประเทศไทย การรถไฟแห่งประเทศไทย องค์การสะพานปลา ธนาคารอาคารสงเคราะห์ การไฟฟ้านครหลวง เป็นต้น โดยองค์กรของรัฐบาลมีลักษณะทางกฎหมาย ดังนี้

ก. กฎหมายที่จัดตั้งองค์กรของรัฐบาลแต่ละแห่งจะได้บัญญัติขอบเขตอำนาจหน้าที่ เอกสิทธิ และอธิบายลักษณะการจ้องค์การและกำหนดความสัมพันธ์กับรัฐมนตรีเจ้าสังกัดไว้ด้วย

ข. มีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ปฏิบัติงานขององค์กรของรัฐบาลนั่นเอง และแยกต่างหากจากรัฐ

ค. รัฐเป็นเจ้าของแต่ผู้เดียว

ง. ผู้ปฏิบัติงานขององค์กรของรัฐบาลไม่ใช่ข้าราชการ การบรรจุ การแต่งตั้ง และการออกจากงานเป็นไปตามเงื่อนไขและข้อบังคับที่องค์กรของรัฐบาลแต่ละแห่งกำหนดขึ้น

จ. ในด้านเงินทุนและงบประมาณขององค์กรของรัฐบาลไม่จำเป็นต้องมีผู้ถือหุ้น รัฐวิสาหกิจประเภทนี้สามารถกู้ยืมเงินหรือเพิ่มวงเงินกู้ได้โดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีเจ้าของเงินกู้ไม่มีสิทธิออกเสียงหรือส่งตัวแทนเข้าไปบริหารองค์กรของรัฐบาล และการเงินของรัฐวิสาหกิจประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องรออนุมัติจากงบประมาณแผ่นดิน แต่มีทรัพย์สินที่จะใช้ประกอบกิจการหารายได้เป็นของตนเองถาวร และผลกำไรที่ได้จากการดำเนินงานก็ไม่ต้องนำส่งรัฐ

ฉ. การดำเนินงานขององค์กรของรัฐบาลตามปกติ อยู่ภายใต้การปกครองของคณะกรรมการขององค์กรของรัฐบาลซึ่งเป็นอิสระแต่ในด้านนโยบาย โดยส่วนรวมต้องรับผิดชอบต่อรัฐบาลผ่านทางรัฐมนตรีเจ้าสังกัด และอยู่ภายใต้นโยบายของรัฐบาล นอกจากนี้ยังต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาโดยผ่านทางรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเช่นกัน

¹¹ วันเพ็ญ ทรัพย์ส่งเสริม. (2539). การจัดระบบของค์การมหาชนอิสระในกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย. หน้า 145.

¹² แหล่งเดิม.

ช. องค์การของรัฐบาลต้องรับผิดชอบในสัญญาหรือมูลละเมิดอย่างเต็มจำนวน หรือต้องรับผิดชอบอื่นตามกฎหมายเช่นเดียวกับวิสาหกิจเอกชน และไม่ได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของรัฐแต่อย่างใด

(2) รัฐวิสาหกิจที่เป็นหน่วยงานธุรกิจที่รัฐหรือรัฐบาลเป็นเจ้าของ เป็นหน่วยงานที่จัดทำธุรกิจอันถือเป็นส่วนหนึ่งของราชการแต่ไม่ได้ดำเนินงานราชการตามวัตถุประสงค์อันระบุไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน แต่เป็นงานซึ่งส่วนราชการแห่งใดแห่งหนึ่งเข้ามาดำเนินงานธุรกิจและใช้เงินงบประมาณเป็นทุนดำเนินงาน จึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณด้วย ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล ส่วนมากจะจัดตั้งขึ้นโดยมติคณะรัฐมนตรี เช่น สำนักงานธนาคุณเคราะห์ โรงงานยาสูบ เป็นต้น และถือว่าการดำเนินกิจการอันเกี่ยวกับบุคคลภายนอกเป็นการดำเนินงานในฐานะตัวแทนของกระทรวง ทบวง กรมเจ้าสังกัดเท่านั้น¹³

(3) รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งเป็นบริษัทจำกัด มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีทุนเป็นของภาครัฐทั้งหมดหรือบางส่วน โดยรัฐบาล ลักษณะทางกฎหมาย มีดังนี้

ก. รัฐเป็นเจ้าของทุนของบริษัทโดยตรง

ข. บริษัทมีวัตถุประสงค์ สิทธิ หน้าที่ และหนี้เช่นเดียวกับบริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตัวอย่างรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งเป็นบริษัทจำกัด เช่น บริษัท วิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด บริษัท ขนส่ง จำกัด บริษัท เงินทุนหลักทรัพย์กรุงไทยธุรกิจ จำกัด ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) เป็นต้น

ปัจจุบัน คำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ของไทย มีการนิยามความหมายอยู่ในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อาทิ เช่น

1) พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ให้ความหมายว่า “รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(1) องค์การของรัฐบาล หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

(3) บริษัท หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ก) และ/หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

¹³ ไพศาล ชัยมงคล. (ม.ป.ป). รัฐวิสาหกิจ (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 81-82.

(4) บริษัท หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ที่ส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจ (ค) และหรือ (ก) หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

(5) บริษัท หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจ (ง) หรือ (ก) หรือ (ข) หรือ (ค) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

2) พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 ให้ความหมายว่า “รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(1) องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาลหรือกิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือทบวงการเมืองที่มีฐานะเทียบเท่า หรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

3) พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 ให้ความหมายว่า “รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(1) องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาลหรือกิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวง ทบวง กรม หรือทบวงการเมืองที่มีฐานะเทียบเท่า หรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

2.2 คำสั่งทางปกครอง

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้นิยามความหมายของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง¹⁴ ได้แก่

1) กระทำโดยเจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่ คือ ผู้ที่มีอำนาจหรือได้รับมอบอำนาจทางปกครองของรัฐในการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดแทนรัฐ โดยเจ้าหน้าที่อาจเป็นบุคคลธรรมดา เช่น ข้าราชการ

¹⁴ วรณรี สิงโต. (2545). คำสั่งของฝ่ายปกครองที่เรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้เงิน: ศึกษากรณีมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. หน้า 203-206.

หรือพนักงาน หรือเป็นคณะบุคคล หรือเจ้าหน้าที่อาจเป็นนิติบุคคล เช่น กระทรวง ทบวง กรมต่างๆ คำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์จะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

2) การใช้อำนาจสั่งการ คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการแสดงเจตนาหรือการสั่งการฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่รัฐแสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจเหนือประชาชนภายในรัฐ และต้องเป็นการสั่งการที่ใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งอำนาจนั้น หมายถึง อำนาจทางปกครองที่มีกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เช่น การตั้งบรรจุแต่งตั้งข้าราชการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน หรือการอนุมัติให้เบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการ หรือการรับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดิน เป็นต้น

3) มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์หรือก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองต้องมุ่งประสงค์กำหนดผลทางกฎหมายอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอย่างหนึ่งอย่างใดในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล เช่น การออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร การมุ่งต่อผลในทางกฎหมายทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างจากการปฏิบัติการทางปกครองที่ไม่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายแต่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบ และมีผลต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม และไม่ว่าจะมุ่งประสงค์ในทางใดหากกระทบถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคล จึงมีความหมายกว้างกว่ากรณีเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ของบุคคล

4) เกิดผลเฉพาะกรณี คือ คำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับเฉพาะบุคคลและเฉพาะเรื่องที่กำหนดไว้เท่านั้น ไม่มีลักษณะเป็นการวางหลักเกณฑ์ทั่วไป คำสั่งทางปกครองจึงมีความแตกต่างจากกฎ เนื่องจากกฎใช้บังคับเป็นการทั่วไปและมีลักษณะเป็นนามธรรม แต่ในคำสั่งทางปกครองบางประเภทอาจใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่เฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แต่บังคับกับกลุ่มคน เช่น การที่เทศบาลประกาศห้ามเข้าเขตเพลิงไหม้ เป็นการประกาศห้ามบุคคลทุกคนซึ่งคล้ายกฎแต่ไม่มีสภาพเป็นกฎเพราะมุ่งให้เกิดผลแก่กลุ่มบุคคลที่แน่นอนแล้ว

5) มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก คำสั่งทางปกครองมีผลเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองรับแจ้งคำสั่ง ทราบใดที่ยังไม่แจ้งก็ถือว่า มีผลอยู่ในหน่วยงาน เป็นเพียงขั้นตอนการเตรียมการหรือพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น และเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณายังสามารถเปลี่ยนแปลงได้ โดยทั่วไปคำสั่งภายในของฝ่ายปกครองจะเป็นคำสั่งเกี่ยวกับการทำงาน ไม่ว่าในแง่ของการทำงานของผู้ใต้บังคับบัญชา หรือการมอบหมายให้บุคคลใดรับผิดชอบงานส่วนใด คำสั่งเหล่านั้นไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

2.3 แนวความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

2.3.1 วิวัฒนาการและความหมายของละเมิด

ในอดีตเมื่อมนุษย์มีการรวมตัวกันในสังคม การประทุษร้ายกันและกันในสังคมมนุษย์ ในยุคนั้น มีวิธีการที่ยอมรับกันทั่วไปว่าเป็นการชดใช้ความเสียหาย คือ การให้ผู้เสียหายมีอำนาจ แก่แค้นผู้ที่ประทุษร้ายตนได้โดยลำพัง แบบที่เรียกว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” ต่อมาเมื่อสังคมมนุษย์ เจริญขึ้นก็มีความคิดเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในของรัฐ โดยมีการกำหนดระเบียบ และข้อกำหนดความประพฤติขึ้น โดยถือว่าการฝ่าฝืนระเบียบหรือข้อกำหนดดังกล่าวนี้เป็นหน้าที่ ของรัฐที่จะลงโทษ จึงทำให้เกิดการแบ่งแยกกันระหว่างการลงโทษทางอาญาต่อผู้กระทำผิดโดยรัฐ กับส่วนของผู้เสียหายซึ่งควรจะได้รับ การชดใช้เพื่อความเสียหายที่ตนได้รับ โดยการกำหนดให้ มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเนื่องมาจากการประทุษร้ายนั้น ได้ เป็นอีกส่วนหนึ่ง เรียกว่า กฎหมายลักษณะละเมิด สำหรับประเทศไทยมีประวัติศาสตร์กฎหมาย ลักษณะละเมิด มาตั้งแต่ก่อนรัตนโกสินทร์ ละเมิดเป็นคำที่ใช้ในกฎหมายเฉพาะการกระทำผิด ต่อพระราชโองการหรือที่เรียกว่า ละเมิดพระราชอาญา และต้องถูกลงโทษโดยปรับใหม่ให้แก่ ท้องพระคลังหลวงจึงใกล้เคียงกับการลงโทษทางอาญาแต่ก็ไม่มี ความหมายในแง่ชดใช้ค่าเสียหาย แก่ผู้กระทำละเมิดแต่อย่างไร ในปัจจุบันเหตุนี้เอง แม้ว่าจะมีบทบัญญัติให้ชดใช้เป็นสินไหม กิ่ง (ให้ผู้เสียหาย) พันยั้งกิ่ง (ให้แก่หลวง) ดังที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงก็ตาม แต่มิได้มีหลักฐาน แสดงให้เห็นชัดเจนว่ากฎหมายไทยสมัยนั้นแยกความผิดอาญาออกจากความผิดทางแพ่งโดยเด็ดขาด ทำให้เสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงบัญญัติชื่อ การชดใช้ค่าเสียหาย แก่ผู้ถูกทำละเมิดใน กฎหมายสมัยรัตนโกสินทร์ให้ต่างจากความรับผิดทางอาญาในความหมายเดิม ให้เป็นว่า “ประทุษ ร้ายทางแพ่ง” จนกระทั่งมีการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเปลี่ยนไปใช้คำว่า “ละเมิด” เหมือนเดิม แต่เป็นส่วนหนึ่งในเรื่องหนี้ทางแพ่ง¹⁵ แนวคิดดังกล่าวนี้มีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องที่ ต้องนำมาพิจารณา คือ ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด¹⁶ ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดทาง ละเมิดในระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้นมีสองแนวใหญ่ๆ ได้แก่ แนวคิดก่อนคริสตวรรษที่ 19 โดยกฎหมายละเมิดมุ่งคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคล ที่ถือว่าเมื่อมีความเสียหายต้องมีการชดใช้เยียวยา แนวคิดนี้มีพื้นฐานจากหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในอันที่จะ ไม่ถูกทำให้เสียหาย ดังนั้น ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดในแนวคิดนี้จะไม่พิจารณาถึงองค์ประกอบ ภายในด้านจิตใจของผู้กระทำ เช่น จงใจกระทำ หรือการขาดความระมัดระวังแต่ประการใด เมื่อมี ผู้เสียหายต้องมีผู้ชดใช้ความเสียหาย เท่ากับมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย ทั้งนี้เพราะถือว่าความคิด

¹⁵ สุขุม ศุภนิคย์. (2546). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 1-2.

¹⁶ แหล่งเดิม. หน้า 7-8.

ของมนุษย์อันเป็นองค์ประกอบภายในจิตใจไม่อาจถูกพิจารณาได้ ส่วนแนวคิดประการที่สองปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ถือว่า ความเสียหายที่จะมีผู้รับผิดชอบใช้เยียวยาให้ได้นั้นต้องเกิดจากการกระทำของบุคคลซึ่งจงใจกระทำหรือกระทำลงโดยขาดความระมัดระวังเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะแนวคิดนี้มีพื้นฐานจากหลักการคุ้มครองเสรีภาพของผู้กระทำมากกว่ามุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย กล่าวคือ จะต้องมีความผิดจึงจะมีความรับผิดชอบได้ No Liability without Fault หรือเรียกว่า Fault Theory ซึ่งเชื่อกันว่าเป็นแนวคิดซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบการค้ำประกัน และการปฏิบัติอุตสาหกรรมในยุโรป ทฤษฎีความผิดนี้ เชื่อว่าจะช่วยทำให้เกิดความกล้าเสี่ยงต่อการดำเนินกิจการต่างๆ มากขึ้น เพราะทฤษฎีให้รับผิดชอบโดยปราศจากความผิดนั้นขัดขวางต่อความเจริญทางอุตสาหกรรม เนื่องจากในทฤษฎีเดิม (รับผิดโดยไม่ต้องจงใจหรือประมาท) นั้น ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำอุตสาหกรรม ผู้ประกอบกิจการต้องรับผิดโดยไม่มีข้อแก้ตัว แต่ในปัจจุบันประเทศอุตสาหกรรมในยุโรปและอเมริกาต่างมองเห็นปัญหาของการเยียวยาขาดใช้เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการดำเนินชีวิตประจำวัน เช่น อุบัติเหตุทางยานยนต์ ความเสียหายจากการบริโภคสินค้าและบริการกรณีเหล่านี้ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ความผิดของผู้ละเมิด ดังนั้น แนวคิดเกี่ยวกับการชดใช้เยียวยาในทางละเมิดจึงย้อนกลับไปสู่สมัยเริ่มแรก คือ เน้นความเสียหายไม่เน้นที่ความผิดเรียกว่า ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด (Strict liability)¹⁷ และได้มีการนำเอาแนวคิดนี้ไปบัญญัติในกฎหมายเกี่ยวกับความเสียหายอันเกิดจากยานพาหนะ หรือกฎหมายเกี่ยวกับการบินพาณิชย์ กฎหมายเกี่ยวกับความเสียหายจากการบริโภคผลิตภัณฑ์กฎหมายค่าทดแทนความเสียหายในการทำงาน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี ระบบที่มีบทบาทช่วยทำให้การเยียวยาขาดใช้ความเสียหายในปัจจุบันยุติธรรมมากขึ้น ได้แก่ ระบบประกันภัย ซึ่งในประเทศที่มีความเจริญทางอุตสาหกรรมมากจะมีระบบประกันภัยเพื่อความเสียหายของบุคคลที่สาม (Third Party Insurance) ที่มั่นคงและได้รับความนิยมนักวางขวางมาก ระบบประกันภัยนี้จะกระจายภาระต้นทุนของผู้ผลิตได้อย่างดี ช่วยทำให้สมาชิกในสังคมแบกภาระเสี่ยงต่อความเสียหายมากขึ้น โดยนัยนี้ถือว่าเป็นกระบวนการทางสังคมที่ยุติธรรมเพราะสมาชิกในสังคมต่างได้ประโยชน์จากการดำรงชีพอยู่ด้วยความสบายจากผลิตภัณฑ์หรือกิจการที่เสี่ยงภัย ดังนั้น การแบกภาระด้านราคาสินค้าที่บวกค่าเสี่ยงไว้ในตัว เพื่อเวลาที่เกิดความเสียหายขึ้นแล้วจะมีการชดใช้จากบริษัทประกันภัยจึงเป็นเรื่องที่ชอบด้วยเหตุผล¹⁸ จึงสรุปได้ว่า ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิดเริ่มจากความรับผิดเมื่อมีความเสียหาย (ทฤษฎีรับภัย) ไปสู่ความรับผิดเพราะมีความผิด (Fault Theory) และเมื่อสภาพความเป็นอยู่ของมนุษย์เปลี่ยนแปลงไป หลักความรับผิดเมื่อมีความผิดจากความเหมาะสม ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดก็กลับไปสู่หลักที่ถือว่าเมื่อมีความเสียหายย่อมต้องมีความรับผิด แต่เรียกชื่อใหม่ว่าเป็นความรับ

¹⁷ แหล่งเดิม. หน้า 9.

¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 9-10.

ผิดเด็ดขาด หรือ Strict liability หรือ absolute liability หรือ no fault liability หลักความรับผิดชอบเด็ดขาดนี้มีส่วนช่วยให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยเยียวยาโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิด ใช้ในละเมิดที่เกิดจากกิจการอันตรายและการบริโภคสินค้าและบริการ¹⁹

ความหมายของ “ละเมิด” คือ การทำให้เขาเสียหายโดยการล่วงละเมิดหน้าที่²⁰ ซึ่งหมายความว่า บุคคลทั่วไปย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ผู้ใดมากระทำละเมิด ผู้ใดกระทำละเมิดจึงเป็นการล่วงละเมิดผิดหน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีต่อบุคคลอื่น และผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้กระทำผิดเพื่อชดเชยแก่ตนความรับผิดชอบทางละเมิดนั้นกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนคนใดคนหนึ่ง ซึ่งได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างอื่น โดยเฉพาะเจาะจง หากทำให้คืนสภาพเดิมไม่ได้ ก็พยายามที่จะใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุด แตกต่างกับความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำผิด มุ่งบำบัดความเสียหายแก่ชุมชนเป็นส่วนรวม เพราะเมื่อเกิดการกระทำผิดอาญาขึ้นมาครั้งใด ชุมชนก็ย่อมได้รับการกระทบกระเทือน กฎหมายจึงลงโทษผู้ที่กระทำผิดกฎหมายอาญา เพื่อให้ผู้กระทำผิดหกลาบ และเป็นการยับยั้งบุคคลอื่น ไม่ให้เอาอย่าง²¹

สำหรับกฎหมายละเมิดของไทยนับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 มีหลักเกณฑ์ แยกพิจารณาได้เป็น 4 ประการ ดังนี้

1) มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย การกระทำซึ่งจะทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบละเมิดนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายที่ว่า “โดยผิดกฎหมาย” มีความหมายว่า ถ้าได้กระทำความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดอย่างอื่นของบุคคล โดยไม่มีสิทธิหรือไม่มีข้อแก้ตัวตามกฎหมายให้ทำได้แล้ว ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายอยู่ในตัว แต่ถ้าการกระทำนั้นกระทำโดยมีสิทธิตามกฎหมายหรือตามสัญญา แม้จะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นก็ไม่ใช่ผิดกฎหมาย²² นอกจาก “การกระทำ” ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิดดังกล่าวแล้ว การละเว้นก็ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิดได้เช่นเดียวกัน หากว่ามีหนึ่งบังคับให้กระทำ หนึ่งนั้นจะเป็น โดยกฎหมายหรือกฎ ข้อบังคับ บัญญัติไว้ หรือจะเป็น โดยศีลธรรมบังคับให้แต่ละคนกระทำเพื่อเคารพต่อกฎอันสำคัญของชีวิตใน

¹⁹ แหล่งเดิม. หน้า 10.

²⁰ วารี นาสกุล. (2518). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดจัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้. หน้า 2.

²¹ วิสูตร วัจนะเสถียรกุล. (2547). ความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครองและการฟ้องคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง. หน้า 6.

²² ไพจิตร ปุณฺณพินธุ์. (2522). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 14.

ชุมชนก็ได้ หรือมีหน้าที่ซึ่งตัวบทกฎหมายบัญญัติบังคับให้กระทำไว้ หรือสภาพแห่งศีลธรรมและความประพฤติของบุคคลที่ชื้อสัตย์ถือเป็นหน้าที่²³

2) โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ นั้นเป็นองค์ประกอบทางจิตใจซึ่งเป็นหลักสำคัญที่จะแยกความรับผิดในทางละเมิดธรรมดา ออกจากความรับผิดเด็ดขาด เพราะความรับผิดเด็ดขาด ไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบทางจิตใจ ข้อนี้กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่า บุคคลที่ต้องรับผิดไม่จำเป็นต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ²⁴

ก. โดยจงใจ คือ “การกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำและผู้กระทำตั้งใจที่จะให้เขาได้รับความเสียหาย”²⁵

ข. โดยประมาทเลินเล่อ กรณีการกระทำแค่ไหนเพียงใดจึงจะถือว่าไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรนั้น ได้ถูกกำหนดเป็นมาตรฐานขึ้น โดยสังคมแต่ละสังคม เมื่อใดก็ตามที่บุคคลนั้นไม่สามารถปฏิบัติให้ได้มาตรฐานของสังคมนั้น ก็เป็นความประมาท²⁶

ค. มีบุคคลอื่นได้รับความเสียหาย หลักเกณฑ์สำคัญประการหนึ่งในการรับผิดเพื่อละเมิดก็คือ ความเสียหาย การกระทำอย่างใดๆ ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่จะเป็นละเมิดได้นั้นจะต้องมีบุคคลอื่นได้รับความเสียหาย ถ้าไม่มีผู้ใดได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่เป็นละเมิด²⁷

ง. ความเสียหายเป็นผลจากการกระทำละเมิด

หลักความรับผิดในทางละเมิด ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลมาจากการกระทำละเมิดของผู้ก่อความเสียหาย ซึ่งเรียกว่า “ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลหรือระหว่างความผิดกับความเสียหาย ถ้าการกระทำมีความสัมพันธ์กับความเสียหาย คือ เป็นเหตุเป็นผลซึ่งกันและกันแล้ว จำเลยก็ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น โดยมีทฤษฎีที่ใช้พิจารณา ดังนี้

(1) ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไข (ทฤษฎีผลโดยตรง) มีหลักอยู่ว่า ผลอันหนึ่งอาจเกิดจากเหตุได้หลายๆ เหตุ ถ้าการกระทำของจำเลยเป็นเหตุหนึ่งก่อให้เกิดผล

²³ จี๊ด เศรษฐบุตร. (2518). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. หน้า 134.

²⁴ สายสุตา 닝สานนท์. (2525). ความรับผิดเด็ดขาดในกฎหมายลักษณะละเมิด. หน้า 10.

²⁵ รุ่งธรรม พุ่มเล็ก. (2547). ความรับผิดทางแพ่งของฝ่ายปกครองในประเทศไทย ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดทางละเมิด. หน้า 78.

²⁶ William L. (1964). Law of torts. อ้างถึงใน วิสูตร วัจนะเสถียรกุล. ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองและการฟ้องคดีเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง. หน้า 36.

²⁷ วงษ์ วีระพงศ์. (2507). คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิดหมิ่นประมาท. หน้า 38. และหน้า 36.

อันนั้น จำเลยต้องรับผิดชอบ หรืออาจกล่าวในรูปเงื่อนไขได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นเงื่อนไขให้ผลเกิดขึ้น ซึ่งถ้าไม่มีการกระทำของจำเลย ผลนั้นก็จะมีไม่เกิดขึ้น²⁸

(2) ทฤษฎีเหตุเหมาะสม (ทฤษฎีผลธรรมดา) ทฤษฎีนี้ถือว่าในบรรดาเหตุทั้งหลายที่ก่อให้เกิดผลขึ้นนั้น ในแง่ความรับผิดชอบของผู้กระทำใดๆ แล้ว เฉพาะแต่เหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นนั้นเท่านั้นที่ผู้กระทำการนั้นจะต้องรับผิดชอบความเสียหายนอกเหนือจากนั้น แม้จะเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลย จำเลยก็ไม่ต้องรับผิดชอบ²⁹

(3) การใช้ทฤษฎีร่วมกัน ทฤษฎีทั้งสองทฤษฎีดังกล่าวข้างต้นต่างมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ดังนั้น จึงมีการนำหลักจากสองทฤษฎีนี้มาใช้ร่วมกัน โดยนำทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไขมาใช้ในตอนต้น แล้วนำทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมมาใช้ในตอนปลาย กล่าวคือ จะดูผลที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องราว ว่าผลต่างๆ ที่เกิดขึ้นมานั้นเกิดขึ้นเพราะเหตุแรกเหตุเดียวหรือมีเหตุอื่นสอดแทรกเข้าไปด้วย ถ้าปรากฏว่าได้มีเหตุอื่นมาสอดแทรกจนกระทั่งเหตุแรกหมดความสำคัญลง เช่นนี้ถือว่าผลที่เกิดขึ้นไปนั้น ผู้ก่อเหตุแรกไม่ต้องรับผิดชอบ คงรับผิดชอบเฉพาะเหตุที่ตนเป็นผู้ก่อขึ้นเท่านั้น โดยถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลการกระทำได้ขาดตอนลงแล้ว³⁰

ดังนั้น ประเทศไทย สรุปจากแนววินิจฉัยของศาลฎีกาได้ว่า ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลโดยตรงของการละเมิด แต่ต้องไม่ไกลกว่าเหตุ ที่ว่าเป็นผลโดยตรงของการละเมิดก็คือ หลักตามทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไข ส่วนที่ว่าไม่ไกลกว่าเหตุ หมายความว่าไม่มีเหตุสอดแทรกหรือเหตุแทรกแซงอื่นมาทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลขาดตอนลง³¹

2.3.2 เหตุแห่งความรับผิดทางละเมิด

1) ความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากความผิด ซึ่งตามกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลแนวคิดมาจากกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และสวิส เป็นต้น แยกเป็น 3 ทฤษฎี คือ³²

²⁸ วารี นาสกุล. (2518). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดจัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้. หน้า 83.

²⁹ จิตติ ดิงศภัทย์. (2526). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้ (พิมพ์ครั้งที่ 5). หน้า 212.

³⁰ สักดิ์ สนองชาติ. (2540). คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการละเมิด (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 35.

³¹ แหล่งเดิม. หน้า 37-38.

³² รุ่งธรรม พุ่มเล็ก. (2542). ความรับผิดทางแพ่งของฝ่ายปกครองในประเทศไทย ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดทางละเมิด. หน้า 72-74.

(1) ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้กระทำละเมิดเอง

เดิมในการออกกฎหมายของ Mosaic ปรากฏหลักในเรื่องนี้อย่างชัดเจนดังข้อความที่ว่า “บิดาไม่ต้องถูกลงโทษถึงตายเพราะการกระทำบุตรและบุตรก็ไม่ต้องถูกลงโทษถึงตายเพราะการกระทำของบิดา” ทุกๆ คนย่อมถูกลงโทษเพราะการกระทำของตนเอง ดังนั้น บุคคลจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำของตนเองเท่านั้น ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบของผู้กระทำละเมิดเอาไว้ในมาตรา 420 มาตรา 421 และมาตรา 423

(2) ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของผู้อื่น

เดิมความรับผิดชอบในทางแพ่งจะรับผิดชอบเฉพาะในการกระทำของตนเอง แต่ต่อมากล้ามความคิดดังกล่าวได้วิวัฒนาการขึ้นโดยให้มีการรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น ดังภาษิตกฎหมายโบราณซึ่งเป็นหลักที่ยอมรับกันว่า “ผู้ใดใช้ให้บุคคลอื่นทำกิจการแทนตน ถือว่า ผู้นั้นได้ทำกิจการนั่นเอง” เนื่องจากการขยายตัวทางการค้าและอุตสาหกรรมทำให้ความเจริญทางด้านเศรษฐกิจมีมากขึ้นเพื่อความคล่องตัวในการดำเนินธุรกิจ กฎหมายยังกำหนดให้มีการรับผิดชอบเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น เช่น กรณีนายจ้างร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดเช่นนั้นเป็นการสะดวกในการหาตัวผู้รับผิดชอบเมื่อความเสียหายเกิดขึ้น และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของผู้อื่นไว้ในมาตรา 425 มาตรา 426 มาตรา 429 มาตรา 430 และมาตรา 431

(3) ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบเด็ดขาด

เดิมตามทฤษฎีกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ มีความคิดเห็นกันว่า บุคคลใดก็ตามที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บุคคลอื่นนั้นทุกกรณีไปโดยไม่คำนึงถึงความผิดของผู้กระทำ การที่บุคคลหนึ่งทำร้ายบุคคลอีกคนหนึ่งแม้จะเป็นอุบัติเหตุโดยแท้หรือเป็นการป้องกันตนเอง บุคคลนั้นก็จะต้องชดใช้ค่าเสียหาย จึงมีคำกล่าวที่ว่า ในทางแพ่งนั้นกฎหมายไม่คำนึงถึงเจตนาของผู้กระทำ แต่จะคำนึงถึงความสูญเสียและความเสียหายของคู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียหายเป็นประการสำคัญ กล่าวคือ เป็นกฎที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า บุคคลใดทำความเสียหายบุคคลนั้นต้องรับผิดชอบ ต่อมาแนวคิดนี้เปลี่ยนไปว่า ความรับผิดชอบในความเสียหายคงจะคำนึงถึงความผิดหรือความประมาทเลินเล่อของผู้กระทำด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับสังคมมนุษย์ที่พัฒนาขึ้นตามลำดับ จึงเกิดวางทฤษฎีในกฎหมายลักษณะละเมิดว่า ไม่มีความผิดถ้าปราศจากความผิด (there should be no liability without fault) เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจะเห็นได้ว่า มีบทบัญญัติให้เห็นถึงทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบเด็ดขาด ได้แก่ มาตรา 433 มาตรา 434 มาตรา 436 และมาตรา 437

2) เหตุยกเว้นความรับผิด

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีเหตุยกเว้นความรับผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ เป็นบทนิรโทษกรรมในมาตรา 449 ถึง มาตรา 452

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้แก่ มาตรา 449

มาตรา 449 บัญญัติว่า บุคคลใดเมื่อกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายก็ดี การกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ไซ้ ท่านว่า บุคคลนั้นหาต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่

ผู้ต้องเสียหายอาจเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้เป็นต้นเหตุให้ต้องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือจากบุคคลผู้ให้คำสั่งโดยละเมิดนั้นก็ไ้

2.3.3 องค์ประกอบละเมิดของฝ่ายปกครอง การกระทำละเมิดของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องประกอบด้วย

1) ส่วนราชการเป็นต้นเหตุของความเสียหาย ซึ่งมีข้อพิจารณา 3 ประการ³³ ดังนี้

(1) เป็นความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากวัสดุอุปกรณ์ หรือทรัพย์สินที่เป็นของส่วนราชการหรือส่วนราชการดูแลอยู่ เช่น สะพานถล่ม โป๊ะล่ม เสาไฟฟ้าล้ม เป็นต้น

(2) เป็นความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากการปฏิบัติราชการของส่วนราชการ เช่น ซ่อมแซมถนนแต่วางวัสดุอุปกรณ์เกะกะ หรือไม่วางเครื่องหมายสัญญาณเตือนภัยบริเวณที่เป็นหลุมหรือเป็นท่อระบายน้ำที่ไม่มีฝาปิด ทำให้รถยนต์ที่วิ่งผ่านไปมาตกหลุมเสียหาย หรือเด็กเดินตกลงไปในท่อระบายน้ำเสียชีวิต เป็นต้น

(3) เป็นความเสียหายที่มีสาเหตุมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของบุคลากรของส่วนราชการ ไม่ว่าจะเป็นข้าราชการ ลูกจ้างประจำหรือชั่วคราวก็ตาม ซึ่งขณะเกิดความเสียหายนั้นกำลังปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของส่วนราชการและภายใต้การควบคุมกำกับดูแลของส่วนราชการ

2) ความผิดทางปกครอง แบ่งเป็นกลุ่มใหญ่ๆ ดังนี้³⁴

(1) ความผิดที่เกิดจากความบกพร่องในการจัดบริการสาธารณะ ซึ่งอาจมาจากสาเหตุดังต่อไปนี้

ก. เรื่องบุคลากรขององค์กร เช่น ขาดการเตรียมพร้อมในกรณีเกิดเพลิงไหม้ขาดการติดตามบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย

³³ รังสิก อุพงษ์ศ์. (2539, มิถุนายน). “ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 26, ฉบับที่ 2. หน้า 317.

³⁴ แหล่งเดิม. หน้า 322.

ข. เรื่องการจัดการดูแลวัสดุอุปกรณ์ของหน่วยงาน เช่น โป๊ะเสื่อมสภาพหรือไม่ ได้มาตรฐาน ก็ไม่ได้ซ่อมแซมหรือเปลี่ยนใหม่

ค. เรื่องการจัดการโดยทั่วไป เช่น การคุมหนักโทษและปล่อยให้บาดเจ็บ

(2) ความผิดที่เกิดจากการดำเนินงานทางปกครอง เช่น นิติกรรมทางปกครองที่ผิดกฎหมายและก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ผู้เสียหาย

(3) ความผิดที่เกิดจากความล่าช้าในการดำเนินงานหรือการละเลยไม่รับดำเนินการจนมีความเสียหายเกิดขึ้น เช่น โป๊ะเสื่อมสภาพ สะพานชำรุด ไม่รับดำเนินการจนโป๊ะล่ม สะพานขาด

3) เอกชนได้รับความเสียหาย

ความเสียหายอาจเกิดแก่ทรัพย์สินของเอกชน หรืออาจเกิดแก่สิทธิ หรือประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งทางเอกชนก็ได้ แต่ความเสียหายที่จะก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชนในการฟ้องร้อง ส่วนราชการนี้ จะต้องเป็นสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย³⁵

4) มีความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิบัติราชการและผลของความเสียหาย

ผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ได้ความชัดเจนว่า ความเสียหายของตนนั้นเป็นผลมาจากการปฏิบัติราชการของส่วนราชการต้นเหตุ ถ้าได้ความชัดเจนเช่นนั้น จึงเอาผิดกับส่วนราชการต้นเหตุ ถ้าไม่ได้ความชัดเจนเช่นนั้นยังต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า การปฏิบัติราชการดังกล่าวเป็นสาเหตุหลักที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น เพราะถ้ามีสาเหตุอื่นร่วมด้วยไม่ใช่เพราะการปฏิบัติราชการอย่างเดียว และเพราะสาเหตุอื่นนั้นเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ดังนั้น ส่วนราชการอาจไม่ต้องรับผิดชอบหรือรับน้อยลงก็ได้ แต่กรณีที่ส่วนราชการไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ เลย คือ กรณีเหตุสุดวิสัย³⁶

2.4 การใช้บังคับกฎหมายแรงงานกับรัฐวิสาหกิจ

ในรัชกาลที่ 6 ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ สถานการณ์แรงงานไทยเริ่มก้าวหน้าเพราะ โรงงานผลิตสินค้าในยุโรปผลิตสินค้าไม่ได้โดยสาเหตุมาจากภาวะสงคราม โรงงานอุตสาหกรรมในประเทศไทยจึงมีโอกาผลิตสินค้าที่หายากและขาดแคลนในยุโรป ทำให้มีการใช้แรงงานในโรงงานอุตสาหกรรมอย่างมาก และในรัชกาลที่ 7 ก็เริ่มมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับแรงงานขึ้น 2 ฉบับ คือ กฎหมายอุตสาหกรรมและกรรมกร พ.ศ. 2470 เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของคนงาน และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2472 ซึ่งมีบทบัญญัติว่าด้วยลักษณะการจ้างงาน กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา รวมทั้งเหตุของการเลิกจ้างหรือเลิกจ้างแรงงาน หลังจากนั้นด้วยแรงผลักดันของผู้ใช้แรงงานก็ได้มีการตรา

³⁵ แหล่งเดิม. หน้า 326.

³⁶ แหล่งเดิม. หน้า 327.

พระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ. 2499 โดยประกาศใช้บังคับตั้งแต่ พ.ศ. 2500 กำหนดกระบวนการคุ้มครองแรงงานและแรงงานสัมพันธ์ ให้สิทธิผู้ใช้แรงงานหรือลูกจ้างก่อตั้งสหภาพแรงงานตามหลักการสหภาพแรงงานสากล แต่กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกโดยประกาศของคณะปฏิวัติต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2511 มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ การนัดหยุดงานซึ่งมีอยู่เสมอมาได้มีมากขึ้น ปัญหาด้านแรงงานทวีความรุนแรงขึ้นอันเนื่องมาจากการเติบโตของการผลิตแบบอุตสาหกรรมในประเทศไทย และต่อมาก็กฎหมายแม่บทเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงาน ซึ่งใช้บังคับมาจนถึงต้นปี พ.ศ. 2541 ก็คือ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2515 กำหนดหลักการเกี่ยวกับแรงงานขึ้นหลายประการทั้งในด้านการคุ้มครองแรงงานและการใช้สิทธิจัดตั้งองค์กรลูกจ้างด้วยซึ่งก็ได้มีการประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงานติดต่อกันมาเกือบ 26 ปี ในที่สุดก็ได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน และผ่านออกมาใช้บังคับเป็นกฎหมาย คือพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2541 มีผลใช้บังคับ เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2541³⁷ ต่อมาได้มีแนวทางการวินิจฉัยของคณะรัฐมนตรีและศาลฎีกาให้รัฐวิสาหกิจอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายแรงงาน ดังนี้

1) มติคณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรี (สมัย พลเอกเกรียงศักดิ์ ชมะนันทน์ เป็นนายกรัฐมนตรี) ได้พิจารณาปัญหาการใช้บังคับกฎหมายแรงงานกับรัฐวิสาหกิจมีมติให้รัฐวิสาหกิจอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายแรงงาน³⁸

2) ศาลฎีกาได้ให้ความเห็นในเรื่องการใช้กฎหมายแรงงานกับรัฐวิสาหกิจไว้³⁹ สรุปว่าหน่วยราชการที่เป็นเจ้าของรัฐวิสาหกิจ จะต้องรับผิดชอบลูกจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานหรือไม่จะต้องแยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรก ถ้ารัฐวิสาหกิจที่อยู่ได้สังกัดนั้น ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล กระทรวง ทบวง กรม ที่เป็นเจ้าสังกัดของรัฐวิสาหกิจนั้น จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายคุ้มครองแรงงานในฐานะเป็นนายจ้าง เพราะกิจการเกี่ยวกับรัฐวิสาหกิจ ไม่ใช่กิจการราชการส่วนกลาง เช่น กระทรวงการคลัง จะต้องรับผิดชอบกิจการของโรงงานยาสูบ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1677-1688/2524) และไม่ถือว่าเป็นกิจการของราชการส่วนกลาง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2524) เมื่อมีปัญหาแรงงานระหว่าง

³⁷ วิจิตรา ฟุ่งลัดดา วิเชียรชม. (2544). ย่อหลักกฎหมายแรงงาน (พิมพ์ครั้งที่ 17). หน้า 1-3.

³⁸ ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล. (2524). “การใช้บังคับกฎหมายแรงงานแก่รัฐวิสาหกิจ ในรายงานผลงานประจำปีของคณะกรรมการสภาพที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาแรงงานแห่งชาติชุดที่สองปีหนึ่ง.” รวบรวมและจัดพิมพ์โดยสภาพที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาแรงงานแห่งชาติ. หน้า 73.

³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 74-75.

ลูกจ้างกับรัฐวิสาหกิจที่ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคลหรือมีการโต้แย้งสิทธิที่จะต้องฟ้องคดีกัน กระทรวง ทบวง กรม จะต้องฟ้อง กระทรวง ทบวง กรม ที่เป็นต้นสังกัดเป็นจำเลยที่ 1 ผู้อำนวยการหรือผู้จัดการของรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นจำเลยที่ 2 ในฐานะที่ผู้อำนวยการหรือผู้จัดการเป็นนายจ้างประเภท ได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล ตามประกาศ กระทรวงมหาดไทย เรื่อง การคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 ข้อ 2

กรณีที่สอง ถ้ารัฐวิสาหกิจมีสภาพเป็นนิติบุคคล แม้สังกัดกระทรวง ทบวง กรม ก็ตาม กระทรวง ทบวง กรม นั้น ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะนายจ้างหรือในฐานะใดๆ ทั้งสิ้นเพราะรัฐวิสาหกิจที่เป็นนิติบุคคลนั้นมีสภาพเป็นนายจ้างอย่างสมบูรณ์ เป็นการตัดตอนความรับผิดชอบไปจากกระทรวง ทบวง กรม แล้ว เช่น การรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นนิติบุคคล แม้สังกัดกระทรวงคมนาคม ลูกจ้างต้องฟ้องการรถไฟโดยตรง (คำพิพากษาฎีกาที่ 2982-2984/2523) การทำเรือแห่งประเทศไทยเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติการทำเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน (คำพิพากษาฎีกาที่ 1568/2534)

องค์กรพนักงานและลูกจ้างของรัฐวิสาหกิจในปัจจุบัน ได้แก่ สหภาพแรงงานรัฐวิสาหกิจ ซึ่งพนักงานและลูกจ้างของรัฐวิสาหกิจจัดตั้งขึ้นจำนวนหนึ่งสหภาพในรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่ง มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีระหว่างลูกจ้างกับนายจ้าง และระหว่างลูกจ้างด้วยกัน พิจารณาช่วยเหลือสมาชิกตามคำร้องทุกข์ แสวงหาและคุ้มครองผลประโยชน์เกี่ยวกับสถานการณ์สภาพการจ้างของลูกจ้าง และดำเนินการและให้ความช่วยเหลือเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและรักษาผลประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจ และลูกจ้างในรัฐวิสาหกิจเป็นผู้มีสิทธิจัดตั้งสหภาพแรงงานรัฐวิสาหกิจ มีข้อบังคับของสหภาพแรงงานรัฐวิสาหกิจ ซึ่งสหภาพแรงงานรัฐวิสาหกิจ มีอำนาจหน้าที่ในการยื่นข้อเรียกร้องต่อฝ่ายนายจ้างเกี่ยวกับสภาพการจ้างแทนสมาชิก ยื่นคำร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการกิจการสัมพันธ์เพื่อพิจารณาแก้ปัญหาของลูกจ้างหรือสหภาพแรงงานรวมถึงกรณีเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยในการตั้งผู้แทนเข้าร่วมเป็นกรรมการในคณะกรรมการกิจการสัมพันธ์ในการจัดให้มีการบริการเพื่อสวัสดิการของสมาชิก หรือจัดสรรเงินหรือทรัพย์สินเพื่อสาธารณประโยชน์ตามที่ประชุมใหญ่เห็นสมควร ในการเรียกเก็บเงินค่าสมัครเป็นสมาชิกและเงินค่าบำรุงตามอัตราที่กำหนดในข้อบังคับสหภาพแรงงาน และในการดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐวิสาหกิจกับพนักงานหรือลูกจ้างจึงมีลักษณะเป็นการมีสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง

2.5 แนวคิดพื้นฐานและความจำเป็นของการจัดตั้งศาลปกครอง⁴⁰

ในประเทศระบอบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยนั้น ต่างยึดถือหลักการที่สำคัญประการหนึ่งคือ “หลักนิติรัฐ” ซึ่งหมายความว่า รัฐได้ยอมตนอยู่ใต้กฎหมาย การกระทำใดๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองแม้ว่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ แต่ถ้าล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้วจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง และองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องจัดให้มีระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือการจัดรูปแบบองค์กรตุลาการหรือการจัดรูปแบบองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองที่ใช้กันอยู่ในประเทศต่างๆ นั้น มีอยู่ 2 ระบบใหญ่ คือ “ระบบศาลเดี่ยว” และระบบ “ศาลคู่” กล่าวคือ

1) “ระบบศาลเดี่ยว” คือ ระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีปกครอง โดยผู้พิพากษาซึ่งมีคุณสมบัติและความรู้ทางกฎหมายเป็นการทั่วไปเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยคดีปกครอง ระบบนี้ใช้อยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์

2) “ระบบศาลคู่” คือ ระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ส่วนการพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครองนั้นให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ซึ่งมีระบบศาลชั้นต้นและศาลสูงสุดของตนเอง มีระบบผู้พิพากษาและองค์กรบริหารงานบุคคลเป็นเอกเทศต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม โดยผู้พิพากษาศาลปกครองจะมีคุณสมบัติเฉพาะและมีความเชี่ยวชาญทางกฎหมายปกครองเป็นพิเศษ ระบบนี้ใช้อยู่ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย

เมื่อมีระบบศาลคู่แล้วหลักการอีกหลักหนึ่งที่น่าสนใจนำมาแบ่งแยกศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรม คือ หลักการแบ่งแยกประเภทกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน⁴¹ ซึ่งการแบ่งแยกประเภทกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน มีมาตั้งแต่ยุคโรมันนับพันปีมาแล้ว กฎหมายนั้นมีการจำแนกได้หลายวิธี ซึ่งการยึดลักษณะของนิติสัมพันธ์เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแยกประเภทกฎหมาย จะสามารถแบ่งประเภทได้เป็นกฎหมายเอกชน (private law) และกฎหมายมหาชน (public law) ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

⁴⁰ คณะทำงานประชาสัมพันธงานจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป). ข้อควรระวังเกี่ยวกับแนวทางการจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล. หน้า 4.

⁴¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2537, กันยายน). กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน เอกชนและพัฒนากฎหมายมหาชนในประเทศไทย. หน้า 3-6.

1) เกณฑ์เกี่ยวกับบุคคลผู้ก่อนนิติสัมพันธ์ ซึ่งเป็นเกณฑ์ทางองค์กร กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับกับสถานะและนิติสัมพันธ์ ซึ่งรัฐหรือหน่วยงานของรัฐฝ่ายหนึ่งก่อกับเอกชน หรือหน่วยงานของรัฐอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนกฎหมายเอกชนนั้น ใช้บังคับกับสถานะและนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันในฐานะซึ่งต่างก็เป็น “ผู้อยู่ได้ปกครอง” เหมือนกันและเท่าเทียมกันอันต่างจากกรณีแรกที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐอยู่ในฐานะ “ผู้ปกครอง”

2) เกณฑ์ที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของนิติสัมพันธ์ เกณฑ์นี้ชี้ให้เห็นว่า จุดประสงค์ของนิติสัมพันธ์ในกฎหมายมหาชนที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐก่อกำขึ้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public interest) แทบทั้งสิ้น ดังนั้น กฎหมายที่บังคับใช้กับนิติสัมพันธ์นั้น จึงต้องมีลักษณะพิเศษที่ให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะของส่วนรวม ซึ่งต่างจากจุดประสงค์ของนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนที่มุ่งผลประโยชน์ส่วนตัวเป็นที่ตั้ง ซึ่งเกณฑ์นี้จะต้องใช้กฎหมายเอกชน

3) เกณฑ์ที่เกี่ยวกับวิธีการที่ใช้ในการก่อนนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน หรือที่เรียกว่าเกณฑ์ตามรูปแบบ ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ที่ต่างฝ่ายต่างมุ่งผลประโยชน์ส่วนตัวเป็นที่ตั้ง ดังนั้น กฎหมายจึงถือว่า เอกชนแต่ละคนเสมอภาคกัน (หลักความเสมอภาค) และเมื่อต่างคนต่างเสมอภาคกันแล้ว นิติสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดขึ้นจึงต้องอาศัยความสมัครใจอันมีที่มาจากเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) และเอกชนจะใช้อำนาจตนบังคับอีกฝ่ายหนึ่งให้ทำตามสัญญาไม่ได้ เพราะถือว่าเสมอภาคกัน ต้องนำสู่ศาลซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐให้บังคับตามนิติสัมพันธ์นั้นให้ในฐานะคนกลาง สำหรับกฎหมายมหาชนนั้น วิธีการหรือเทคนิคที่ใช้แตกต่างไปจากกฎหมายเอกชน กล่าวคือ เมื่อรัฐหรือหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะในฐานะผู้ปกครองแล้ว รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชน วิธีการที่รัฐใช้ในการก่อนนิติสัมพันธ์สร้างสิทธิหน้าที่ให้เกิดขึ้นกับเอกชน จึงเป็นวิธีการฝ่ายเดียวที่ไม่ต้องอาศัยความสมัครใจของเอกชนเลย เช่น การออกคำสั่ง การอนุมัติ อนุญาต หรือไม่อนุมัติ ไม่อนุญาต และเมื่อมีการฝ่าฝืนนิติสัมพันธ์ที่รัฐก่อกำขึ้นฝ่ายเดียว รัฐก็มีอำนาจและเอกสิทธิ์ ที่จะบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งฝ่ายเดียวนั้นได้ โดยไม่ต้องไปศาล ซึ่งเท่ากับว่า กฎหมายสันนิษฐานไว้ก่อนแล้วว่า คำสั่งฝ่ายเดียวที่รัฐและหน่วยงานของรัฐออกและบังคับนั้นชอบด้วยกฎหมาย จนกว่าศาลจะพิพากษาให้ยกเลิกเพิกถอน

4) เกณฑ์เนื้อหา เป็นเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไปและปราศจากการระบุตัวที่เรียกกันว่ากฎหมายตามภาวะวิสัย ซึ่งถือว่าต้องปฏิบัติตาม จะตกลงยกเว้น ไม่ได้ ถือว่าเป็นกฎหมายบังคับ ซึ่งในขณะที่กฎหมายเอกชนนั้น เป็นกฎเกณฑ์ที่จะใช้บังคับก็ต่อเมื่อเอกชนไม่ทำสัญญาตกลงกันเป็นอย่างอื่น ถ้าเอกชนตกลงทำสัญญาแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ และบทกฎหมายนั้นไม่

เป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ก็เท่ากับเอกชนได้สร้างกฎหมายตามอรรถวิสัย ขึ้นใช้บังคับระหว่างกันเป็นการเฉพาะราย⁴²

สำหรับประโยชน์ของการแบ่งประเภทกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน มีดังนี้⁴³

1) ประโยชน์ในการนำคดีขึ้นสู่ศาล เมื่อมีการแยกประเภทของกฎหมายก็มีการแยกศาลเพื่อพิจารณาคดีอันเกิดจากการใช้กฎหมายนั้นด้วย กล่าวคือ ถ้าเป็นคดีในกฎหมายเอกชน เช่น คดีแพ่ง คดีอาญาธรรมดา องค์กรที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ก็คือ ศาลยุติธรรม ส่วนคดีในกฎหมายมหาชน โดยทั่วไปจะไม่ขึ้นศาลยุติธรรม แต่จะขึ้นศาลพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าเป็นคดีระหว่างเอกชนหรือหน่วยงานของรัฐ ก็ต้องนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง เช่น ในฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี เบลเยียม อิตาลี เป็นต้น

2) ประโยชน์ในแง่กฎหมายสารบัญญัติ ในประเทศที่มีระบบศาลในกฎหมายมหาชน นอกจากจะมีการแยกระบบศาลแล้ว หลักกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในกฎหมายมหาชนก็แตกต่างจากหลักกฎหมายสารบัญญัติในกฎหมายเอกชนด้วย ตัวอย่างเช่น ในฝรั่งเศส สัญญาทางปกครอง นั้นมีหลักกฎหมายต่างจากสัญญาในกฎหมายเอกชนโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ในสัญญาระหว่างเอกชนต้องถือหลักการเปลี่ยนแปลงไม่ได้จนกว่าคู่กรณีทุกฝ่ายจะยินยอม แต่ในสัญญาทางปกครองกลับถือประโยชน์สาธารณะและบริการสาธารณะสำคัญเหนืออื่นใด ถ้าเป็นไปได้เพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ฝ่ายปกครองต้องสามารถเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวได้

3) ประโยชน์ในแง่กฎหมายวิธีสบัญญัติ ก่อนการออกแบบนิติกรรมทางปกครอง (กฎ ระเบียบ หรือคำสั่ง) ในหลายประเทศได้มีกฎหมายกำหนดกระบวนการ เพื่อควบคุมฝ่ายปกครองและคุ้มครองประชาชนไว้ เช่น ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนีก็มีประมวลกฎหมายว่าด้วยระเบียบปฏิบัติราชการ กำหนดขั้นตอนกระบวนการ และวิธีออกนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองไว้ พร้อมทั้งกำหนดขั้นตอนมาตรการคุ้มครองเอกชนได้ และหากทางราชการมีนิติกรรมทางปกครองที่กระทบสิทธิเอกชน ก็ต้องให้เหตุผล เป็นต้น ในกรณีเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ในกฎหมายเอกชนขึ้น ศาลยุติธรรม ซึ่งในประเทศส่วนใหญ่ใช้ ระบบกล่าวหา คือ ให้ผู้กล่าวหาอ้างนำสืบ

⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1134 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “สัญญาที่ทำขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างคู่กรณีผู้ทำสัญญา.” อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. (2537, กันยายน). “กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. หน้า 6.

⁴³ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. (2537, กันยายน). กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชนเอกชนและพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. หน้า 11-16.



โดยเฉพาะในคดีแพ่งและคดีพาณิชย์ แต่ในศาลปกครองกลับใช้ระบบไต่สวน คือ ศาลสามารถลงไปหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานได้เองนอกจากที่คู่ความกล่าวอ้าง

4) ประโยชน์ในแง่วิชาการ ระบบกฎหมายในยุโรปที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน มุ่งสนใจศึกษากฎหมายแพ่งมาเป็นพันปี สำหรับกฎหมายมหาชนเกิดขึ้นเมื่อคริสตศตวรรษที่ 18 และต่อมาก็ได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก รวมตลอดถึงการปฏิวัติครั้งใหญ่ในฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ. 1789 ซึ่งได้มีการออกประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ซึ่งเป็นเอกสารหลักของกฎหมายมหาชนของโลกประชาธิปไตย

กฎหมายปกครองมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากกฎหมายเอกชน⁴⁴ กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งหรือจัดรูปองค์กรของหน่วยงานของรัฐและกฎหมายว่าด้วยการใช้อำนาจรัฐผ่านทางองค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งการใช้อำนาจรัฐนั้นย่อมจะไม่เหมือนกับการใช้สิทธิของเอกชนเพราะรัฐทำเพื่อประโยชน์สาธารณะส่วนเอกชนทำเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล การสร้างความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนจึงขึ้นอยู่กับหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นกฎหมายเอกชน แต่การใช้อำนาจรัฐนั้นในบางกรณีจำเป็นต้องให้รัฐมีอำนาจฝ่ายเดียวที่จะบังคับเอกชนโดยไม่ต้องอาศัยความสมัครใจของเอกชนได้ในกรณีที่ประโยชน์สาธารณะขัดแย้งกับประโยชน์ส่วนบุคคล

ความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษาศาลปกครองมีความสำคัญมากอีกประการหนึ่ง กล่าวคือ ผู้พิพากษาศาลปกครองควรมีความเชี่ยวชาญทางคดีปกครองและกฎหมายปกครอง⁴⁵

1) ศาลปกครองที่จะประสบความสำเร็จนั้น ต้องมีคณะผู้พิพากษาที่มีทั้งความรู้ในกฎหมายปกครอง และมีประสบการณ์ในการบริหารงานของฝ่ายปกครองด้วยทั้งสองสิ่งควบคู่กัน การมีเพียงความรู้กฎหมายปกครองโดยไม่มีประสบการณ์หรือไม่เข้าใจความจำเป็นของการบริหารงานของฝ่ายปกครองก็ไม่เพียงพอ การมีแต่ประสบการณ์ในการบริหาร โดยไม่รู้กฎหมายปกครองก็ไม่เพียงพอ แต่ผู้พิพากษาศาลปกครองจะต้องมีทั้งสองสิ่งนี้ ดังนั้น การกำหนดคุณสมบัติของผู้พิพากษาจึงเป็นสิ่งสำคัญ กล่าวคือ จะต้องมีความรู้ในกฎหมายมหาชน และต้องมีประสบการณ์ในการบริหารมาแล้ว และได้เคยบริหารงานในหน่วยงานของรัฐมาแล้ว ที่จำเป็นต้องเป็นเช่นนี้ก็เพราะว่า ในการพิจารณาคดีปกครองนั้น ผู้พิพากษาศาลปกครองจะเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ผู้พิพากษาศาลปกครองจึงต้องมีความรอบรู้ในระบบการบริหารราชการแผ่นดินเพื่อที่จะได้รู้ว่ากรณีใดสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบการดำเนินการ

⁴⁴ คณะทำงานประชาสัมพันธ์งานจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป). ข้อควรรู้เกี่ยวกับแนวทางการจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล. หน้า 9.

⁴⁵ คีตงาม คงตระกูล. (2546). ระบบไต่สวนในกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองไทย. หน้า 10-11.

ของฝ่ายบริหารได้โดยไม่ทำให้เสียประสิทธิภาพในการบริหารและรู้ว่ากรณีใดไม่สมควรก้าวล่วงเข้าไปแทรกแซงในเรื่องที่ควรเป็นดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครองเพื่อมิให้ศาลก้าวเข้าไปทำตนเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายบริหาร

2) ระบบการศึกษากฎหมายและการฝึกอบรมผู้พิพากษาศาลยุติธรรมของไทยเน้นหนักไปในด้านการเรียนการสอนวิชากฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทำให้ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมได้รับความรู้ที่ไม่ตรงกับอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครอง และระบบการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมของไทยเป็น “ระบบปิด” กล่าวคือ ผู้พิพากษาระดับต้นจะได้รับการแต่งตั้งจากผู้ที่ยสอบแข่งขันได้และผู้พิพากษาระดับสูงจะได้รับการแต่งตั้งจากผู้พิพากษาระดับล่างเท่านั้น โดยไม่มีการแต่งตั้งผู้พิพากษาจากบุคคลภายนอกซึ่งมีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในระบบบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งการสร้างผู้พิพากษาผู้มีทั้งความรู้และประสบการณ์เช่นนี้จะต้องเป็นหลักของศาล ไม่ใช่ระบบผู้พิพากษาสมทบ เพราะถ้าผู้พิพากษาอาชีพเป็นนักกฎหมายแพ่งและนักกฎหมายอาญา แต่นำผู้ที่มีประสบการณ์มาเป็นผู้พิพากษาสมทบเท่านั้น ผู้พิพากษาอาชีพก็จะครอบงำผู้พิพากษาสมทบอีก

2.6 วัตถุประสงค์หลักของการพิจารณาคดีปกครอง

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ มิให้กระทบกระทั่งต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนมากเกินไป ซึ่งวัตถุประสงค์ของการควบคุมดังกล่าว สามารถแยกออกได้ 2 ประการ ดังนี้⁴⁶

1) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ประกอบด้วย การพิจารณาหลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติหรือในทางรูปแบบกับในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหาว่าการกระทำทางปกครองเป็นไปตามเกณฑ์ดังกล่าวหรือไม่

2) การควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์ หรือการควบคุมความเหมาะสม ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการควบคุมในส่วนผลของกฎหมาย อันมิใช่ในส่วนขององค์ประกอบทางกฎหมาย โดยการตรวจสอบความเหมาะสมจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่กฎหมายกำหนดผลไว้มากกว่า 1 ทางเลือก เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกผลของกฎหมายที่เหมาะสมที่สุด สำหรับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งซึ่งเรียกว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง การควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์ หรือการควบคุมความเหมาะสมนั้น เป็นการควบคุมการเลือกผลในทางกฎหมายว่าฝ่ายปกครองได้เลือกมาตรการไว้อย่างเหมาะสมหรือไม่ เป็นอำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้แก่

⁴⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2548). หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. หน้า 36-54.

ฝ่ายปกครอง เนื่องจากการร่างกฎหมายไม่สามารถบัญญัติรายละเอียดในทุกกรณีของข้อเท็จจริงได้ครบถ้วน จึงจำเป็นที่จะให้ผู้ใช้อกฎหมาย ซึ่งหมายถึงฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะเลือกผลของกฎหมายอันใดอันหนึ่งให้เหมาะสมสอดคล้องกับกรณีนั้นๆ จึงมิใช่อำนาจกำกับดูแล แต่เป็นอำนาจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง ซึ่งผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายตรวจสอบได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและการก้าวล่วงเข้าไปในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยศาลย่อมมีอาจเข้าควบคุมความเหมาะสมเปลี่ยนแปลงการใช้ดุลพินิจเสียเองได้ เนื่องจากมิได้เป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจทางฝ่ายบริหาร ศาลคงมีแต่อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เพราะศาลมีในฐานะเท่าเทียมกับฝ่ายบริหารตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ