

## บทที่ 3

### หลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง อันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้างในต่างประเทศ

ในบทนี้จะกล่าวถึงหลักการพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดของรัฐของประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมันและประเทศอังกฤษ และหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้างทำงานสาธารณะหรืองานสาธารณูปโภค ให้กับหน่วยงานทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอิตาลี และประเทศสเปน ซึ่งการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของหน่วยงานของรัฐที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่าง ๆ ย่อมเป็นหนทางในการพัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐขึ้นอย่างเป็นระบบได้ในประเทศไทย

#### 3.1 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดของรัฐของประเทศฝรั่งเศส

##### 3.1.1 พัฒนาการของหลักความไม่รับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดจากอำนาจมหาชน

หากพิจารณาประวัติศาสตร์ว่าด้วยความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศสแล้ว จะพบว่าฝรั่งเศสเริ่มมีแนวความคิดให้รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบต่อในกรณีที่ต้องกระทำหน้าที่ของตน ทำให้เอกชนได้รับความเสียหายในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 นับจนกระทั่งถึงปัจจุบันก็เป็นเวลาประมาณหนึ่งร้อยห้าสิบปี ก่อนหน้านั้นคือทั้งในยุคที่ฝรั่งเศสปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และหลังจากที่มีการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสเมื่อ ค.ศ. 1789 หลักการที่ว่ารัฐไม่ต้องรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำในทางมหาชนของตนถือว่าเป็นหลักการที่ยอมรับกันโดยทั่วไป การที่ถือว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำทางมหาชนของตนนั้น เป็นผลมาจากการถ่ายโอนข้อความคิดที่ว่าพระมหากษัตริย์ไม่ทรงต้องรับผิดใด ๆ<sup>1</sup> ที่ใช้อยู่ในยุคสมัยของระบอบเดิม (l'Ancien régime) มายัง “ชาติ” ซึ่งเกิดขึ้นหลังการปฏิวัติใหญ่ ค.ศ. 1789 และโดยเหตุนี้ “รัฐ” ซึ่งเป็นบุคคลในทางกฎหมายแทนชาติ จึงไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อ ความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจมหาชน (irresponsabilité de la puissance publique) ของตนด้วย ทั้งนี้เนื่องจากความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ข้าราชการซึ่งใช้อำนาจมหาชนถือว่า

<sup>1</sup> Le Roi ne peut mal faire.

เป็นความเสี่ยงที่เอกชนจะต้องรับเอาไว้เพื่อแลกกับประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากการปฏิบัติงานเพื่อสาธารณะของเจ้าหน้าที่ข้าราชการ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่ไม่มีความแตกต่างจากหลักการที่ใช้กันอยู่ในเยอรมันหรือในอังกฤษในช่วงเวลาเดียวกันนั้นแต่อย่างใด ในกรณีที่เอกชนที่ได้รับ ความเสียหายจากการใช้อำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ข้าราชการต้องการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เอกชนต้องฟ้องเจ้าหน้าที่ข้าราชการผู้นั้นให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตาม รัฐอาจตรากฎหมายยกเว้นหลักการดังกล่าวข้างต้นคือ เข้าไปรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายสำหรับ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจมหาชนได้ เช่น เข้าไปรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น ในบริบทของการดำเนินงานโยธาสาธารณะ (Travaux Publics)<sup>2</sup> หรือการเวนคืนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน<sup>3</sup> เป็นต้น นอกจากนี้ตั้งแต่ราวศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมาก็ถือกันว่าในกรณีที่รัฐเข้าไปกระทำการ เหมือนกับเอกชนคือไม่ได้ใช้อำนาจมหาชน รัฐก็ต้องรับผิดชอบเหมือนเป็นเอกชนคนหนึ่งด้วย

การที่รัฐไม่รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ข้าราชการ ซึ่งใช้อำนาจมหาชน ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับเอกชนผู้ได้รับความเสียหายอย่างมาก เพราะถึงแม้ว่าเอกชนผู้ได้รับความเสียหายอาจฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ข้าราชการผู้ก่อให้เกิดความเสียหายให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อศาลยุติธรรมได้ ก็ไม่เป็นเครื่องประกันว่าเอกชนจะได้รับ ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเต็มจำนวน เพราะเจ้าหน้าที่ข้าราชการผู้นั้นอาจมีทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ได้ ยิ่งไปกว่านั้นในการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม เอกชนผู้นั้นจะต้องได้รับอนุญาต จากสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ให้ฟ้องคดีได้เสียก่อน ทั้งนี้ตามหลักการประกันในทางปกครอง<sup>4</sup> ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในทางปฏิบัติมักจะปรากฏเสมอว่าสภาแห่งรัฐไม่อนุญาต ให้เอกชนฟ้องคดี<sup>5</sup> ถึงแม้ว่าในเวลาต่อมาจะได้มีการยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าว<sup>6</sup> ก็ตาม แต่ก็มีผล

<sup>2</sup> La loi du 28 pluviôse l'an VIII, art. 4 อ้างจาก Chapus, Droit administratif général Tome I, 4e éd., 1988, p. 759

<sup>3</sup> Much, Die Amtshaftung im Recht der europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, 1953, S. 26.

<sup>4</sup> หลักการที่ว่าเอกชนจะต้องได้รับอนุญาตจากสภาแห่งรัฐก่อนจึงจะฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ข้าราชการ เป็นการส่วนตัวได้นี้ ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1799 เหตุผลที่อยู่เบื้องหลัง การบัญญัติกฎเกณฑ์เช่นนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญก็เนื่องมาจากเกรงกันว่าหากยอมให้เจ้าหน้าที่ข้าราชการถูกฟ้อง เป็นส่วนตัวได้โดยไม่มีข้อจำกัดแล้ว จะทำให้เจ้าหน้าที่ข้าราชการทั้งหลายไม่กล้าที่จะตัดสินใจวินิจฉัยสั่งการเรื่อง ต่าง ๆ และจะก่อให้เกิดผลเสียต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ข้าราชการในที่สุด ดู Bendlin, Responsabilité pour faute – Responsabilité sans faute. Eine rechtssprachliche Untersuchung über die Haftung des Staates im französischen und deutschen öffentlichen Recht, 1982, S. 70.

<sup>5</sup> Fromont, Staatshaftungsrecht in Frankreich, DÖV 1982, S. 925 ff. (927).

แต่เพียงทำให้เอกชนสามารถฟ้องคดีให้เจ้าหน้าที่ข้าราชการรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อศาลยุติธรรม โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากสภาแห่งรัฐอีกต่อไปเท่านั้น หากได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงให้รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบใช้ทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ข้าราชการของตนให้แก่เอกชนผู้ได้รับความเสียหายไม่<sup>7</sup>

หลังจากการปฏิวัติ ค.ศ. 1830 และ 1848 ประกอบกับการเปลี่ยนแปลงในทางการเมือง และการยอมรับแนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐ หลักการที่ว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ สำหรับการกระทำที่ใช้อำนาจมหาชนก็เริ่มสั่นคลอน โดยเหตุที่รัฐมีภารกิจที่ต้องกระทำกว้างขวางมากขึ้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติภารกิจของรัฐจึงมีมากขึ้นและบ่อยขึ้นตามไปด้วย โดยปัจจัยต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นประกอบกันเช่นนี้การยึดถือหลักการที่ว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดย่อมเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ การยอมรับหลักการที่ให้รัฐต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของข้าราชการของตนในการใช้อำนาจมหาชนจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้อีกต่อไป

พัฒนาการเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐในฝรั่งเศสได้ก้าวเข้าสู่จุดหักเหที่สำคัญเมื่อศาลคดีขัดกันได้พิพากษาคดี Blanco เมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1783<sup>8</sup> วางหลักเกณฑ์เปิดทางให้มีการพัฒนาหลักความรับผิดชอบของรัฐโดยเฉพาะขึ้น ในคดีดังกล่าวศาลคดีขัดกันได้วินิจฉัยว่าความรับผิดชอบของรัฐในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของตนในการบริการ

<sup>6</sup> บทบัญญัติที่กำหนดให้เอกชนต้องได้รับอนุญาต (Autorisation) จากสภาแห่งรัฐก่อนจึงจะฟ้องคดีให้เจ้าหน้าที่ข้าราชการรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อศาลยุติธรรมได้นี้ ถูกยกเลิกไปภายหลังจากที่มีการโค่นล้ม Napoleon III ในปี ค.ศ. 1870 ดู Sonnenberger/Autexier, Einführung in das französische Recht, 2000, S. 101.

<sup>7</sup> หากพิจารณาอำนาจของศาลยุติธรรมแล้วจะพบว่าศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจในการที่จะพิพากษาให้ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นต้นสังกัดของเจ้าหน้าที่ข้าราชการที่ทาละเมิดชดใช้ค่าเสียหายได้ ทั้งนี้ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งยึดถือกันอย่างเคร่งครัดในฝรั่งเศสที่ไม่อนุญาตให้ศาลยุติธรรมเข้ามาตัดสินคดีที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานโดยใช้อำนาจมหาชนขององค์กรฝ่ายปกครองได้ หลักการดังกล่าวนี้ได้รับการรับรองอย่างชัดเจนในคำพิพากษาของศาลคดีขัดกันเมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม 1873 (คดี Pelletier T.C. 30 juillet 1873, D 1874 3.5. concl. David) โดยศาลคดีขัดกันพิพากษายืนยันว่าบุคคลสามารถฟ้องเจ้าหน้าที่ข้าราชการให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้ต่อศาลยุติธรรมหากการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเป็นอิสระจากภารกิจในทางราชการ หรือความผิดส่วนตัว (Faute personnelle) แต่ถ้ำคดีที่ฟ้องร้องนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากรัฐอันเนื่องมาจากความเสียหายจากการดำเนินงานทางปกครอง (Faute de service) แล้ว ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีคือ ศาลปกครอง.

<sup>8</sup> T.C. 8 février 1873, Blanco, 1<sup>er</sup> suppl., p. 61, concl. David, D 1873.3.17, concl., S 1873.2.153; concl. อ้างจาก Chapus, p. 760.

สาธาณะจะต้องเป็นความรับผิดชอบที่เป็นเอกเทศจากหลักความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่ง<sup>9</sup> ทั้งนี้ ศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจย่อมสามารถพัฒนาทฤษฎีสำหรับความรับผิดชอบของรัฐขึ้นมาได้เอง โดยที่ไม่ต้องผูกพันกับหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบในทางแพ่ง ศาลคดีซัดกันในคดีนี้ยอมรับหลักความรับผิดชอบของรัฐ แต่ก็เห็นว่าไม่อาจใช้หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบในทางแพ่งบังคับกับรัฐซึ่งใช้อำนาจมหาชนและปฏิบัติการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ นอกจากเหตุผลที่ปรากฏชัดในคำพิพากษาซึ่งสะท้อนให้เห็นแนวความคิดของศาลคดีซัดกันว่าการวินิจฉัยความรับผิดชอบของรัฐจะต้องคำนึงถึงประโยชน์หลายอย่างประกอบกันแล้ว เหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งที่ศาลคดีซัดกันเห็นว่ารัฐไม่ควรจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะตามกฎหมายความรับผิดชอบในทางแพ่งก็เนื่องจากเกรงว่าหากให้รัฐรับผิดชอบภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกับที่เอกชนต้องรับผิดชอบแล้ว ความรับผิดชอบของรัฐอาจจะขยายออกไปมากและโดยการขยายตัวของความรับผิดชอบนี้รัฐอาจจะประสบปัญหาทางการเงินการคลังได้<sup>10</sup> โดยผลของคำวินิจฉัยนี้การพัฒนาหลักความรับผิดชอบของรัฐจึงตกเป็นภาระความรับผิดชอบของศาลปกครองที่จะต้องสร้างหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของรัฐที่มีความเหมาะสมขึ้น ในช่วงเวลาหลังจากนั้น ศาลปกครองโดยสภาแห่งรัฐ (ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุด) ได้พัฒนาหลักความรับผิดชอบของรัฐที่มีลักษณะเฉพาะขึ้นเป็นเอกเทศต่างหากตามหลักการที่ศาลคดีซัดกันวางไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพัฒนามโนทัศน์ว่าด้วย Faute de service public ที่จะได้อธิบายต่อไปขึ้นมา คำพิพากษา Blanco ของศาลคดีซัดกันมีผลเป็นการเปิดทางให้เกิดพัฒนาการของความรับผิดชอบของรัฐในทางปกครองขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำวินิจฉัยซึ่งให้ความสำคัญในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสจนถึงปัจจุบันนี้ หลังจากที่ศาลคดีซัดกันมีคำพิพากษาในคดี Blanco แล้วระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ได้เริ่มพัฒนาการแบ่งแยกความรับผิดชอบของรัฐออกมาจากความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ขึ้น โดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหายก็ต่อเมื่อความเสียหายนั้นเกิดขึ้นโดยมี “ความผิด” (Faute) ในกรณีที่มีความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเอกชนเป็นความเสียหายจาก “ความผิดในการบริการสาธารณะ” (Faute de service) เช่น เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินงานบกพร่องเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้น บุคคลที่ได้รับความเสียหายย่อมมี

<sup>9</sup> “ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลที่รัฐมอบหมายให้ดำเนินงานบริการสาธารณะจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนต่อปัจเจกชน ความรับผิดชอบที่ว่านี้ไม่ใช่ความรับผิดชอบที่มีลักษณะทั่วไปและเด็ดขาด แต่เป็นความรับผิดชอบที่มีหลักเกณฑ์เฉพาะซึ่งมีความแตกต่างกันตามความจำเป็นของการบริการสาธารณะและความจำเป็นในการประนีประนอมสิทธิต่าง ๆ ของรัฐและสิทธิของปัจเจกชนให้ประสานสอดคล้องกัน” Vgl. Wahl, Die französische Staatshaftung, Diss. München 1968., S. 5.

<sup>10</sup> Vgl. Much, Die Amtshaftung im Recht der europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, S. 28.

สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองพิพากษาให้รัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนได้ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ข้าราชการซึ่งไม่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะหรือถือได้ว่าไม่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ แต่เป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ข้าราชการผู้นั้นเอง (Faute personnelle) บุคคลที่ได้รับความเสียหายจะต้องฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ข้าราชการผู้นั้นให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนยังศาลยุติธรรม แต่เดิมนั้นในการฟ้องคดีบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจะต้องเลือกว่าจะฟ้องรัฐหรือเจ้าหน้าที่ข้าราชการให้รับผิดชอบ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็น Faute de service หรือ Faute personnelle จะฟ้องคดีทั้งสองทางไม่ได้ อย่างไรก็ตามโดยที่ในหลายกรณีการแบ่งแยกว่าความเสียหายใดเกิดจาก Faute de service หรือความเสียหายที่เกิดจาก Faute personnelle ทำได้ค่อนข้างยาก มีพ้องต้องกันถึงว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจจะเกิดจากการผสมผสานระหว่าง Faute de service และ Faute personnelle ได้ ใน ค.ศ. 1911 สภาแห่งรัฐจึงได้วินิจฉัยในคดี Auguet<sup>11</sup> ว่าในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำที่เป็นความผิดของเจ้าหน้าที่และความบกพร่องของรัฐ คือ เกิดจากทั้ง Faute de service และ Faute personnelle ด้วยกัน ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิเลือกว่าจะฟ้องเจ้าหน้าที่ข้าราชการให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวเนื่องจาก Faute personnelle หรือจะฟ้องรัฐให้รับผิดชอบเนื่องจาก Faute de service ก็ได้ ต่อมาในคดี Lemonnier<sup>12</sup> สภาแห่งรัฐได้พิพากษาว่ารัฐอาจรับผิดชอบได้ถึงแม้ว่าจะไม่ปรากฏว่ามี Faute de service แต่เจ้าหน้าที่ข้าราชการได้กระทำละเมิดโดยอาศัยเครื่องมืออุปกรณ์ที่ใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีเช่นนี้ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิเลือกเช่นกันที่จะฟ้องรัฐให้รับผิดชอบหรือฟ้องเจ้าหน้าที่ข้าราชการให้รับผิดชอบเป็นส่วนตัว ในกรณีที่ความรับผิดที่เกิดขึ้นเป็นความรับผิดร่วมกัน (Cumul des responsabilités) ระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ข้าราชการและผู้เสียหายเลือกฟ้องรัฐเป็นจำเลย หากรัฐได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนไปแล้ว รัฐย่อมมีสิทธิไล่เบี้ยส่วนที่เจ้าหน้าที่ข้าราชการต้องรับผิดชอบได้ในกรณีที่ผู้เสียหายฟ้องเจ้าหน้าที่ข้าราชการเป็นจำเลย หากเจ้าหน้าที่ข้าราชการได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไปจนเต็มจำนวน เจ้าหน้าที่ข้าราชการผู้นั้นก็อาจใช้สิทธิไล่เบี้ยให้รัฐจ่ายค่าสินไหมทดแทนส่วนที่รัฐต้องรับผิดชอบคืนคนได้เช่นกัน

หลังจากที่ความรับผิดของรัฐซึ่งเป็นการรับผิดสำหรับความผิด (Responsabilité pour faute) ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปแล้ว ก็เริ่มมีกรณีที่ปรากฏให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ความรับผิดดังกล่าวดูเหมือนจะไม่เพียงพอในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนจากการดำเนินงานของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยที่รัฐไม่ได้มี “ความผิด” แต่หากพิจารณาจากสำนึกในเรื่องความยุติธรรมแล้ว ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้น แม้ว่ารัฐไม่มี “ความผิด” รัฐก็สมควรที่จะชดใช้

<sup>11</sup> C.E. 3 février 1911, S. 1911 III 137.

<sup>12</sup> C.E. 26 juillet 1918, D 1918 III 9 concl. Blum.

ค่าเสียหายให้แก่บุคคลที่ได้รับความเสียหายด้วย แต่เดิมนั้นความรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายของรัฐกรณีที่รัฐไม่มีความผิดจำกัดอยู่เฉพาะในเรื่องของการเวนคืนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคล การชดเชยค่าเสียหายสำหรับการเวนคืนกรรมสิทธิ์ได้กระทำกันในทางปฏิบัติก่อนที่จะมีการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 แม้ว่าในช่วงเวลานั้นจะยังไม่มีความหมายบังคับให้รัฐต้องจ่ายค่าทดแทนความเสียหายก็ตาม หลังจากการปฏิวัติใหญ่ใน ค.ศ. 1789 แล้ว ได้มีการบัญญัติให้รัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนการเวนคืนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคลเอาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 17 ของปฏิญญาวาดด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1789 ในการพัฒนาความรับผิดชอบสำหรับค่าทดแทนความเสียหายจากการเวนคืนกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ศาลไม่ได้จำกัดความรับผิดชอบของรัฐไว้เฉพาะการเวนคืนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยตรงเท่านั้น แต่รวมถึงการทำให้มูลค่าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินลดลงด้วย โดยพื้นฐานแนวความคิดเช่นนี้ศาลได้ขยายความรับผิดชอบออกไปให้รัฐชดเชยค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการดำเนินงานโยธาสาธารณะ หากการดำเนินงานดังกล่าวเข้าไปกระทบกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคลอื่นถึงแม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ได้กระทำโดยมี “ความผิด” ก็ตาม<sup>13</sup> และในที่สุดแล้วศาลก็ได้พัฒนาหลัก “ความรับผิดโดยปราศจากความผิด” เพื่อใช้ในกรณีอื่น ๆ ให้เกิดความเป็นธรรม เช่น ความรับผิดสำหรับความเสียหายซึ่งเกิดจากวัตถุอันตรายที่อยู่ในความครอบครองของรัฐ เป็นต้น

### 3.1.2 ประเภทของความรับผิด

#### 3.1.2.1 ความรับผิดโดยมีความผิดของฝ่ายปกครอง

หากละเว้นไม่พิจารณาความรับผิดของรัฐอันเกิดจากสัญญาแล้วจะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศสแยกความรับผิดของรัฐออกเป็นประเภทใหญ่ ๆ สองประเภท คือ ความรับผิดโดยมีความผิดและความรับผิดโดยปราศจากความผิด หากพิจารณาเปรียบเทียบความรับผิดโดยมีความผิดและความรับผิดโดยปราศจากความผิดแล้ว จะเห็นต่อไปว่าความรับผิดโดยมีความผิดถือเป็นความรับผิดที่เป็นเสาหลักของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ส่วนความรับผิดโดยปราศจากความผิดนั้นเป็นความรับผิดที่ได้รับการกำหนดขึ้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในกรณีที่ไม่สามารถนำหลักเรื่องความรับผิดโดยมีความผิดไปใช้ได้ ด้วยเหตุนี้ความรับผิดโดยปราศจากความผิดจึงมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เสริมความรับผิดโดยมีความผิด

โดยเหตุที่ความรับผิดโดยมีความผิดมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายแพ่ง ก่อนที่จะพิจารณาโครงสร้างของความรับผิดโดยมีความผิด สมควรที่จะกล่าวถึงลักษณะของความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายแพ่งเปรียบเทียบกับความรับผิดโดยมีความผิด เพื่อให้เห็นภาพรวมเบื้องต้นเล็กน้อย ระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแบ่งความรับผิดทางละเมิด

<sup>13</sup> Wahl, Die französische Staatshaftung, S. 6.

ซึ่งกระทำลงโดยมีความผิดออกเป็นสองประเภท คือ ความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของตนตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1382 และ 1383 และความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของบุคคลที่สามตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1384 วรรคสี่ วรรคห้าและวรรคหก ศาลคดีซัดกัน (ในคดี Blanco) มีความเห็นว่าการแบ่งแยกประเภทความรับผิดชอบและหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายแพ่งจะนำมาใช้บังคับกับความรับผิดของรัฐไม่ได้ เหตุผลสำคัญส่วนหนึ่งมาจากความไม่เชื่อมั่นในระบบศาลยุติธรรม ซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนของระบอบเดิมที่หากมีเขตอำนาจในเรื่องความรับผิดของรัฐด้วยแล้ว ก็อาจส่งผลกระทบต่องานทางปกครองได้ เหตุผลสำคัญอีกส่วนหนึ่งมาจากการปรับใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ยิ่งไปกว่านั้นศาลคดีซัดกันยังมองว่าศาลปกครองน่าจะอยู่ในสถานะที่จะควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจัดทำบริการสาธารณะ (ซึ่งเป็นเหตุก่อให้เกิดความรับผิด) ได้ดีกว่าศาลยุติธรรม ด้วยเหตุนี้เราอาจกล่าวได้ว่าโดยทั่วไปแล้ว ความรับผิดของรัฐ (โดยมีความผิด) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นความรับผิดที่มีลักษณะพิเศษไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายแพ่ง โดยหลักแล้วเราไม่สามารถนำเอาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1382 และ 1383 ซึ่งเป็นกรณีของความรับผิดสำหรับการกระทำของตนเองมาใช้บังคับกับรัฐได้ เนื่องจากรัฐไม่ได้กระทำการต่าง ๆ ด้วยตนเองแต่กระทำการผ่านองค์กรของตน ในขณะที่เดียวกันเราไม่สามารถนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1384 วรรคสี่ วรรคห้า และวรรคหก ซึ่งเป็นกรณีของความรับผิดสำหรับการกระทำของบุคคลอื่นมาใช้บังคับกับรัฐได้เช่นกัน เนื่องจากความรับผิดดังกล่าวเป็นความรับผิดร่วมกันระหว่างผู้มีอำนาจบัญชาสั่งการกับผู้อยู่ใต้การบัญชาสั่งการ เช่น คนรับใช้ หรือเสมียน หรือลูกจ้าง แต่ความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายปกครองเป็นความรับผิดที่รัฐรับผิดชอบโดยตรงต่อผู้เสียหาย โดยเจ้าหน้าที่ข้าราชการที่กระทำละเมิดไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหาย

แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วความรับผิดของรัฐจะตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษ (กฎหมายมหาชน) ที่ศาลปกครองพัฒนาขึ้นมาโดยเฉพาะเกี่ยวกับหลักความรับผิดทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่ง (กฎหมายเอกชน) ก็ตาม แต่ก็มีข้อยกเว้นกรณีที่รัฐหรือฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดทั่วไปในระบบกฎหมายเอกชนเช่นกัน โดยที่ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวคือ ศาลยุติธรรม เราอาจแบ่งข้อยกเว้นที่ความรับผิดของรัฐต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลยุติธรรมได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ ๆ กลุ่มแรก ข้อยกเว้นที่เกิดจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน ได้แก่ ความรับผิดในกรณีต่อไปนี้ คือ การจัดการทางเอกชน บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้า ความเสียหายอันเกิดจากกรณีที่รัฐหรือฝ่ายปกครองก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งกรรมสิทธิ์หรือเสรีภาพขั้นพื้นฐาน กลุ่มที่สอง ข้อยกเว้นที่เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม ซึ่งในหลายกรณีเป็นความรับผิดโดยปราศจากความผิด

เช่น ความผิดอันเกิดจากครูและเจ้าหน้าที่ในสถานศึกษา ทั้งนี้ไม่รวมถึงความผิดที่เกิดจากการบริหารจัดการหรือการก่อสร้าง (รัฐบัญญัติลงวันที่ 5 เมษายน 1937) ความผิดอันเกิดจากอุบัติเหตุที่เกิดจากยานพาหนะหรือเครื่องจักรกล (รัฐบัญญัติลงวันที่ 31 ธันวาคม 1957) ความเสียหายอันเกิดกับผู้เสียหายที่รับเคราะห์จากการกระทำผิดอาญาของผู้อื่น ทั้งนี้ผู้เสียหายต้องไม่เลือกใช้สิทธิรับค่าเสียหายจากกองทุนเสียก่อน (รัฐบัญญัติลงวันที่ 3 มกราคม 1977) ความเสียหายที่เกิดจากการก่อการร้าย (รัฐบัญญัติลงวันที่ 9 กันยายน 1986) ความเสียหายที่เกิดจากความไม่สงบในการชุมนุมสาธารณะ ทั้งนี้เฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นในเทศบาลเท่านั้น (รัฐบัญญัติลงวันที่ 16 เมษายน 1914) ความเสียหายที่เกิดจากการฉีดวัคซีนบังคับ (รัฐบัญญัติลงวันที่ 1 กรกฎาคม 1964) ความเสียหายที่เกิดจากการถ่ายเลือด (รัฐบัญญัติลงวันที่ 4 มกราคม 1993) ความเสียหายที่เกิดกับผู้สมัครใจเข้ารับการทดลองทางการแพทย์ (รัฐบัญญัติลงวันที่ 20 ธันวาคม 1988) ความเสียหายที่เกิดกับผู้รับเคราะห์ติดเชื้อเอดส์อันเนื่องจากการถ่ายเลือด (รัฐบัญญัติลงวันที่ 31 ธันวาคม 1991)

แม้ว่าความรับผิดโดยมีความผิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะได้รับการพัฒนาขึ้นอย่างเป็นเอกเทศในระบบกฎหมายมหาชน (เว้นแต่การกระทำทางแพ่งหรือกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ตามที่กล่าวมาข้างต้น) แต่เนื้อหาของความรับผิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายมหาชนก็มีลักษณะใกล้เคียงกับเนื้อหาของความรับผิดในทางแพ่ง ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นในประเด็นที่เกี่ยวกับความเสียหาย ประเภทของค่าเสียหาย หรือเหตุยกเว้นความรับผิด เราอาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบันคำพิพากษาของศาลปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายมหาชน กับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดทั่วไปตามกฎหมายแพ่งไม่ได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ ดังที่เราอาจจะคาดหมายเมื่อเห็นการแยกแยะความรับผิดโดยมีความผิดออกเป็นความรับผิดตามกฎหมายมหาชนและความรับผิดตามกฎหมายเอกชน

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การกำหนดให้รัฐต้องรับผิดในทางปกครองไม่ใช่เป็นกรณีที่รัฐเข้าไปรับผิดชอบแทนข้าราชการของตน แต่เป็นกรณีที่รัฐรับผิดโดยตรง ในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดของรัฐในทางปกครอง ระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเจ้าหน้าที่ข้าราชการเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นฟันเฟืองในระบบจักรกลของรัฐ และฟันเฟืองดังกล่าวเกิดผิดพลาดขึ้น<sup>14</sup> ในการพิจารณาสถานะของข้าราชการในแง่ความรับผิดของรัฐนั้น จึงต้องพิจารณา “บริการสาธารณะ” (Service Public) ไม่ใช่พิจารณาตัวข้าราชการ<sup>15</sup> ด้วยเหตุนี้ความผิด (Faute)

<sup>14</sup> Wreschner, Die Haftung des Staates und andere Verbände bei Ausübung der öffentlichen Gewalt nach französischem Recht, Diss. Heidelberg 1931, S. 67.

<sup>15</sup> On a à juger le service et non l'agent.

อันพึงถูกดำเนินได้ในความรับผิดชอบของรัฐจึงเป็นเรื่องของความบกพร่องในแง่การจัดโครงสร้างองค์กร หรือความไม่ระมัดระวังในการบริหารจัดการองค์การของฝ่ายปกครอง

คดีสำคัญที่สะท้อนให้เห็นระบบความคิดในลักษณะดังกล่าวของสภาแห่งรัฐ ได้แก่ คดี August<sup>16</sup> คดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ซึ่งมารับบริการจากการไปรษณีย์ได้เข้าไปในทำการไปรษณีย์ก่อนเวลาปิดบริการเล็กน้อย เมื่อบุคคลดังกล่าวจะกลับออกมา ปรากฏว่าประตูทางออกถูกปิดแล้ว บุคคลดังกล่าวจึงพยายามที่จะหาทางออกทางอื่นและในที่สุดพบว่าประตูด้านหลังที่สงวนไว้สำหรับการทำงานของเจ้าหน้าที่ไปรษณีย์เป็นประตูที่ตนสามารถใช้กลับออกมาได้ บุคคลนั้นจึงไปใช้ประตูด้านหลังดังกล่าวและถูกพนักงานไปรษณีย์ทำร้ายโดยใช้กำลังจับตัวโยนออกมาทำให้บุคคลดังกล่าวขาหัก คดีนี้สภาแห่งรัฐไม่ได้ยอมรับแต่เพียงว่าได้เกิดความผิดเป็นส่วนตัว (Faute personnelle) ที่พนักงานไปรษณีย์ทำผิดเองเท่านั้น แต่ยืนยันว่าความผิดอันเกิดจากบริการสาธารณะ (Faute de service public) ได้เกิดขึ้นด้วยพร้อมกัน เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่าพนักงานไปรษณีย์คนใดคนหนึ่งได้ตั้งนาฬิกาที่ทำการไปรษณีย์เร็วกว่าเวลาปกติทั่วไปเล็กน้อย ทำให้มีการปิดประตูเข้าออกของทำการไปรษณีย์ก่อนเวลา กรณีดังกล่าวถือได้ว่าเกิดความผิดพลาดในการบริการสาธารณะ และมีเพียงพอที่จะเป็นเหตุให้รัฐหรือฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบ

การกระทำที่จะถือว่าเป็น “ความผิด” (Faute) นั้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีความแตกต่างกันระหว่างความผิดที่จะนำไปสู่ละเมิดในทางแพ่ง กับความผิดที่เป็นละเมิดทางปกครอง ในทางแพ่งการพิจารณา “ความผิด” จะพิจารณาการกระทำเทียบกับเกณฑ์ทั่วไป (In abstracto) เช่น พิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อตามกฎหมายหรือไม่ ในขณะที่ “ความผิด” อันจะทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบในทางปกครองนั้นจะพิจารณาในลักษณะที่เป็นรูปธรรม (In concreto) แม้กระนั้นก็ต้องเข้าใจว่าไม่ใช่การกระทำของฝ่ายปกครองที่ทาลงด้วยความประมาทเลินเล่อ สำคัญผิด หรือบกพร่องผิดพลาดด้วยประการอื่นใดจะเป็น “ความผิดอันเกิดจากบริการสาธารณะ” ทุกกรณี แต่ถือว่าความผิดพลาดที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หรือความผิดที่เกิดจากเหตุสุดวิสัยไม่เป็นความผิดของฝ่ายปกครอง และไม่ทำให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในการพิจารณาความผิดของฝ่ายปกครองว่ามีอยู่หรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากลักษณะของงานของฝ่ายปกครอง เครื่องไม้เครื่องมือที่ใช้ดำเนินงานนั้น เวลาและสถานที่ที่ฝ่ายปกครองกระทำการหรืองดเว้นกระทำการประกอบด้วยเสมอ

<sup>16</sup> คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1911.

โดยเหตุที่ความผิดของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับเหตุการณ์อันเป็นรูปธรรม กรณีจึงยากที่จะหาสูตรสำเร็จในการบ่งชี้ว่าการกระทำอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองเป็นความผิดหรือไม่ โดยได้แยกประเภทของความผิดทางปกครองออกเป็น 3 ประเภท<sup>17</sup> คือ

- 1) ความผิดในการดำเนินบริการสาธารณะโดยบกพร่องหรือผิดพลาด
- 2) ความผิดในการงดเว้นกระทำการตามหน้าที่ที่ต้องกระทำ
- 3) ความผิดในการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

ความผิดในการดำเนินการบริการสาธารณะโดยบกพร่องหรือผิดพลาดเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองละเลยไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือละเมิดกฎเกณฑ์ที่มีการกำหนดไว้ในการจัดทำบริการสาธารณะ

กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำแต่ฝ่ายปกครองละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดและการละเลยหน้าที่ดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นย่อมไม่มีปัญหาในการยืนยันความผิดของฝ่ายปกครอง แต่ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่เอาไว้ชัดเจน สภาแห่งรัฐได้พัฒนาหลักเกณฑ์ที่ถือว่าเป็นหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติขึ้น หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ส่วนใหญ่ปรากฏในงาน โยธาสาธารณะ แต่นอกจากเรื่องงาน โยธาสาธารณะแล้ว สภาแห่งรัฐยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของรัฐอันเนื่องมาจากการละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติอีกหลายกรณี เช่น การไม่ติดตั้งป้ายเตือนอันตรายจากการปฏิบัติงานสาธารณะ<sup>18</sup> การปล่อยปลดละเลยไม่บังคับใช้กฎหมายหรือกฎระเบียบ<sup>19</sup> การละเลยไม่จัดมาตรการป้องกันความเสียหาย ทั้ง ๆ ที่ควรจะต้องกระทำ<sup>20</sup> เป็นต้น

<sup>17</sup> ตำราของ Schwartz เรียกประเภทของความผิดดังกล่าวเป็นภาษาอังกฤษตามลำดับว่า Misfeasance, Nonfeasance และ Late-feasance ดู Schwartz, French Administrative Law and the Common Law World, pp. 276-283.

<sup>18</sup> คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 1931 (คดี Garcin), คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 1931 (คดี Brisset).

<sup>19</sup> คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1948 (คดี Vié et Gouverneur général de Madagascar) คดีนี้เป็นกรณีที่แพทย์เอกชนอ้างว่าได้รับความเสียหายจากการที่แพทย์ของรัฐเปิดคลินิกรักษาคนไข้แข่ง ทั้ง ๆ ที่มีกฎหมายกำหนดห้ามแพทย์ของรัฐกระทำการดังกล่าว ดู Schwartz, French Administrative Law and the Common-Law World, p. 280.

<sup>20</sup> คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1934 (คดี Lorain) คดีนี้เป็นกรณีที่เมืองได้จัดการแข่งขันยิมนาสติก แต่ไม่ได้จัดเตรียมแพทย์และเครื่องมือทางการแพทย์เพื่อการปฐมพยาบาลในเบื้องต้นอย่างเพียงพอในบริเวณที่จัดการแข่งขัน ทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากได้รับการพยาบาลไม่ทันท่วงที รัฐต้องรับผิดชอบในการละเลยดังกล่าว.

สำหรับความผิดเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการ แต่การกระทำดังกล่าวล่าช้าและส่งผลให้เกิดความเสียหายขึ้น ปัญหาที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับความผิดของฝ่ายปกครองในกรณีนี้ก็คือ การปฏิบัติหน้าที่ล่าช้านั้นเป็นการล่าช้าเกินสมควรและเป็นการล่าช้าซึ่งไม่มีเหตุผลรองรับได้หรือไม่ ในทางปฏิบัติเคยเกิดคดีตัวอย่างขึ้น ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าในบางครั้งที่การปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรขององค์กรฝ่ายปกครอง อาจส่งผลให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรงได้ คดีดังกล่าวคือ คดี Brunnet<sup>21</sup> คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่ากองทัพได้เกณฑ์ผู้เยาว์เข้าประจำการในกองกำลังทหารในต่างประเทศโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการเกณฑ์ดังกล่าวไม่มีผลในทางกฎหมาย และผู้เยาว์ที่ถูกเกณฑ์จะต้องได้รับการปลดประจำการในทันทีที่ผู้บังคับบัญชาทางทหารได้ทราบข้อเท็จจริงดังกล่าว บิดาของผู้เยาว์คนดังกล่าวได้ยื่นคำร้องขอให้ปลดประจำการบุตรชายของตน หน่วยงานที่รับผิดชอบเรื่องดังกล่าวได้ดำเนินการพิจารณาอย่างเชื่องช้า เวลาได้ล่วงผ่านไปหลายเดือน เมื่อบิดาของผู้เยาว์ได้รับแจ้งว่าคำร้องของตนได้รับการพิจารณาอนุญาต ก็ปรากฏว่าบุตรชายของตนได้เสียชีวิตในการรบเสียแล้ว คดีนี้สภาแห่งรัฐพิพากษาให้รัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากความล่าช้าในการพิจารณาคำร้อง จนทำให้ผู้ร้องต้องสูญเสียบุตรชายของตนไป

ในส่วนที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลนั้น การฟ้องคดีให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากความรับผิดโดยมีความผิดนั้นในเบื้องต้นต้องพิจารณาก่อนว่ารัฐกระทำการโดยใช้อำนาจมหาชน หรือกระทำการเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป ถ้าความเสียหายเกิดจากการใช้อำนาจมหาชน โดยหลักแล้วศาลปกครองจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดี แต่หากความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำที่รัฐไม่ได้ใช้อำนาจเหนือเอกชน แต่เป็นกรณีที่รัฐกระทำการเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป ศาลยุติธรรมจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดี

หลักการที่กล่าวมาข้างต้นนี้ ในปัจจุบันใช้กับการฟ้องให้องค์กรที่เป็นนิติบุคคลมหาชนรับผิดชอบ แต่เดิมนั้นองค์กรที่เป็นนิติบุคคลมหาชนต้องรับผิดชอบใช้ความเสียหายจากการกระทำขององค์กรของตนตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่ง โดยผู้เสียหายต้องฟ้ององค์กรดังกล่าวต่อศาลยุติธรรม สภาพการณ์ในทางกฎหมายดังกล่าวนี้ดำรงอยู่จนกระทั่งถึงต้นศตวรรษที่ 20 ทั้งนี้เนื่องจากในช่วงที่ประเทศฝรั่งเศสตกอยู่ใต้การปกครองโดยกษัตริย์นั้น องค์กรที่เป็นนิติบุคคลมหาชน เช่น องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นถือว่าเป็นกลุ่มหรือคณะบุคคลที่รวมตัวกันเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ โดยไม่มีอำนาจมหาชนแต่อย่างใด แม้ว่าแนวคิดดังกล่าวนี้จะไม่ได้รับการยอมรับอีกนับแต่ได้มีการตรากฎหมายในปีที่ 8 แห่งการปฏิวัติ (ราว ค.ศ. 1800) ให้องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นจัดทำภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยมีอำนาจ

<sup>21</sup> คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 1919.

มหาชนก็ตาม แต่การฟ้องคดีให้องค์การดังกล่าวรับผิดชอบก็ต้องฟ้องที่ศาลยุติธรรม จวบจนกระทั่ง ค.ศ. 1908 เมื่อศาลคดีขัดกันมีคำพิพากษาในคดี Feutry การฟ้องให้องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจมหาชนต้องฟ้องที่ศาลปกครอง ทั้งนี้โดยใช้หลักเกณฑ์แห่งความรับผิดชอบตนเองเดียวกับความรับผิดชอบของรัฐ

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนี้ยังมีความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการใช้อำนาจมหาชน บางประเภท ที่ผู้เสียหายจะต้องฟ้องร้องให้รัฐรับผิดชอบที่ศาลยุติธรรม เช่น การฟ้องคดีให้รัฐรับผิดชอบที่รัฐใช้อำนาจมหาชนล่วงล้ำเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร (Voie de fait) หรือความรับผิดชอบของรัฐ ที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้ต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม เป็นต้น

ในการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐนั้น ก่อนที่จะนำคดีไปสู่ศาลปกครอง ผู้ที่ได้รับความเสียหายจะต้องยื่นคำร้องต่อองค์กรฝ่ายปกครอง เพื่อให้องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเสียก่อน เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองปฏิเสธ หรือกำหนดค่าสินไหมทดแทนต่างไปจากที่ผู้ได้รับความเสียหายร้องขอ การปฏิเสธหรือกำหนดค่าสินไหมทดแทนไม่ตรงตามคำขอย่อมถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่ผู้ยื่นคำขอสามารถนำไปฟ้องร้องยังศาลปกครองได้ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวนี้เป็นเงื่อนไขสำคัญในการฟ้องเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย และถือว่าเป็นลักษณะพิเศษของกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองของฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขที่ว่าต้องมีคำสั่งทางปกครองหรือกฎเป็นวัตถุแห่งคดีก่อนจึงจะมาฟ้องศาลนั้น ได้มีข้อบกพร่องในกรณีที่ว่าฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่ยอมออกคำสั่งทางปกครอง ทำให้เอกชนไม่มีคำสั่งทางปกครองเพื่อเป็นวัตถุแห่งคดีในการฟ้องศาลได้ ด้วยเหตุนี้จึงมีรัฐบัญญัติลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 1900 กำหนดให้กรณีที่ว่าฝ่ายปกครองนิ่งเฉยเป็นเวลา 4 เดือน ให้ถือว่ามีการปฏิเสธโดยปริยายซึ่งเอกชนก็สามารถนำคำสั่งนั้นไปฟ้องศาลปกครองได้ ระยะเวลา 4 เดือนดังกล่าวได้ถูกลดเหลือเพียง 2 เดือนโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 12 เมษายน 2000 ว่าด้วยสิทธิของพลเมืองในความสัมพันธ์กับฝ่ายปกครอง

### 3.1.2.2 ความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด

หลักความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิดได้รับการพัฒนาขึ้นตั้งแต่ก่อนสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ คำพิพากษาในเรื่องดังกล่าวมีความเชื่อมโยงกับหลักการเวนคืนทรัพย์สินซึ่งปรากฏอยู่ก่อนหน้านั้นแล้วตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ถ้าเราจะวิเคราะห์หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด

ในคำพิพากษาแรก ๆ สภาแห่งรัฐพิพากษาให้รัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากงานโยธาสาธารณะเฉพาะกรณีที่งานเพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าวได้กระทำลงในอสังหาริมทรัพย์ของรัฐโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจรัฐ แต่ก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้อาศัยอยู่ใน

บริเวณใกล้เคียง โดยความเสียหายนั้นเป็นผลโดยตรงจากการปฏิบัติงานของรัฐ<sup>22</sup> หลักเกณฑ์ที่สนับสนุนแนวคำพิพากษาดังกล่าว คือมาตรา 13 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 ที่กำหนดให้ส่วนรวมหรือสาธารณะย่อมต้องรับผิดชอบตามหลักความเสมอภาคในการกระจายภาระ หากการกระทำของรัฐส่งผลให้ปัจเจกบุคคลต้องได้รับความเสียหาย หลักการดังกล่าวนี้กล่าวให้ถึงที่สุดแล้วก็คือการขยายหลักความรับผิดชอบเนื่องมาจากการเวนคืนทรัพย์สินนั่นเอง

สำหรับความรับผิดของรัฐอันเนื่องมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ร่างกาย หรืออนามัยของบุคคล โดยที่ข้าราชการไม่มีความผิดนั้น ปรากฏขึ้นครั้งแรกในคดี *Cames*<sup>23</sup> กล่าวคือในการปฏิบัติงานให้แก่อรัฐ ได้เกิดอุบัติเหตุขึ้นทำให้บุคคลได้รับบาดเจ็บไม่ปรากฏว่าอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความผิดของพนักงานหรือการดำเนินการของรัฐแต่อย่างใด แม้กระนั้นสภาแห่งรัฐก็พิพากษาให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน เนื่องจากเห็นว่ารัฐต้องรับผิดชอบต่ออันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการประกอบอาชีพของพนักงานของรัฐ

ถึงแม้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวจะได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดโดยปราศจากความผิดกรณีอุบัติเหตุจากการทำงานของพนักงานหรือข้าราชการของรัฐก็ตาม แต่ในปัจจุบันนี้คำพิพากษาดังกล่าวคงมีความสำคัญแต่ในทางทฤษฎีเท่านั้น เนื่องจากหลังจากมีคำพิพากษาดังกล่าวประมาณ 3 ปี ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐอันเนื่องมาจากอุบัติเหตุในการทำงานขึ้น (รัฐบัญญัติลงวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 1898) ส่งผลให้ความรับผิดของรัฐในกรณีดังกล่าวเป็นไปตามกฎหมายฉบับนี้

ในขณะที่คำพิพากษาคดี *Cames* วางหลักเกณฑ์ความรับผิดโดยปราศจากความผิดไว้เฉพาะอุบัติเหตุอันเกิดจากการทำงานนั้น ในอีกประมาณยี่สิบกว่าปีต่อมา คือในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง สภาแห่งรัฐได้ขยายหลักเกณฑ์ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดออกไปกว้างมากขึ้น ในคำพิพากษาลงวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 1919 (คดี *Regnault-Desroziers*) ซึ่งเป็นกรณีที่ราษฎรซึ่งตั้งบ้านเรือนอยู่ใกล้เคียงกับคลังสรรพาวุธของกองทัพได้รับความเสียหายจากการระเบิดของระเบิดและกระสุนในคลังสรรพาวุธ สภาแห่งรัฐพิพากษาให้รัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยไม่คำนึงว่ารัฐจะมีความผิดหรือไม่ ทั้งนี้โดยสภาแห่งรัฐให้เหตุผลว่าอันตรายและความเสียหายที่ราษฎรได้รับนั้นเป็นความเสี่ยงที่เกินกว่าจะคาดหมายให้ราษฎรที่ตั้งบ้านเรือนอยู่ในบริเวณนั้นต้องจำยอมรับได้

คำพิพากษาคดี *Regnault-Desroziers* ที่กล่าวถึงนี้ได้กลายเป็นรากฐานสำคัญสำหรับความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากอันตรายเป็นพิเศษที่รัฐได้สร้างขึ้น ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่า

<sup>22</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐลงวันที่ 5 สิงหาคม ค.ศ.1911 (คดี *Charabot*).

<sup>23</sup> คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐลงวันที่ 21 กรกฎาคม ค.ศ. 1895.

เป็นกรณีที่รัฐมีความผิดหรือไม่ ความเปลี่ยนแปลงที่เห็นได้ชัดในเรื่องนี้จะพบได้ในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐลงวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 1920 (คดี Colas) ซึ่งสภาแห่งรัฐพิพากษาให้รัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการระเบิดของเรือรบซึ่งบรรทุกอาวุธเกินน้ำหนัก ทั้งนี้หากเปรียบเทียบกับข้อเท็จจริงที่เหมือนกันซึ่งเกิดขึ้นในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่หนึ่งในคำพิพากษาลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1912 (คดี Ambrosini) สภาแห่งรัฐพิพากษาว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย เนื่องจากไม่ปรากฏว่ารัฐมีความผิด

คำพิพากษาลงวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 1923 (คดี Couitéas) ได้ขยายความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิดออกไปอีกชั้นหนึ่ง กล่าวคือกำหนดให้รัฐรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นถึงแม้จะไม่ปรากฏอันตรายเป็นพิเศษตาม คดีนี้เป็นกรณีที่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินในประเทศคูนิเซียซึ่งเป็นอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศสอยู่ในเวลานั้น ร้องขอต่อรัฐบาลฝรั่งเศสให้ดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษาซึ่งถึงที่สุดแล้ว ขับไล่ชาวพื้นเมืองประมาณ 8,000 คนที่อาศัยอยู่ที่ดินของตนออกไปจากที่ดิน แต่รัฐบาลฝรั่งเศสตัดสินใจไม่ดำเนินการตามคำขอเพราะเกรงว่าจะเกิดสงครามกลางเมืองขึ้น ในคดีนี้ไม่ปรากฏว่ารัฐบาลกระทำผิดกฎหมายหรือกระทำโดยมีความผิดแต่อย่างใด แม้กระนั้นสภาแห่งรัฐก็พิพากษาให้รัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าของที่ดิน เนื่องจากเป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการที่ไม่มีการบังคับตามคำพิพากษาด้วยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ

หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาสำคัญ ๆ ที่กล่าวมา ซึ่งวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิดแล้ว อาจสรุปในเบื้องต้นได้ว่า ในกรณีที่ปัจเจกบุคคลได้รับผลร้ายจากการดำเนินงานสาธารณะโดยการกระทำนั้นปราศจากความผิด หากผลร้ายที่ได้รับนั้นเป็นผลธรรมดาที่คาดหมายให้บุคคลทั่ว ๆ ไปยอมรับได้ รัฐย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น เพราะในการอยู่ร่วมกันในรัฐ ปัจเจกบุคคลย่อมได้รับผลดีหรือข้อได้เปรียบบุคคลอื่นอยู่บ้างเช่นกัน ซึ่งในทางทฤษฎีแล้วถือเป็นการเกื้อผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลโดยสมควรแล้ว แต่เมื่อใดก็ตามที่ปัจเจกบุคคลได้รับความเสียหายเป็นพิเศษ เกินไปกว่าผลร้ายธรรมดาที่อาจคาดหมายให้บุคคลทั่วไปยอมรับได้ รัฐย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นถึงแม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจะเกิดจากการกระทำที่ไม่อาจกล่าวได้ว่ารัฐมีความผิดก็ตาม

คดี Couitéas ที่ได้กล่าวมาข้างต้น เป็นคดีที่สภาแห่งรัฐชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเกณฑ์สำคัญประการหนึ่งที่ใช้ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด คือ การพิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นว่าเป็นความเสียหายพิเศษ หรือเป็นความเสียหายธรรมดา ในคดีนี้ความเสียหายเป็นพิเศษของเจ้าของที่ดินอยู่ที่การไม่ได้ใช้ที่ดินของตนซึ่งจริง ๆ แล้ว ตนควรมีสิทธิได้ใช้

และเหตุแห่งการไม่ได้ใช้ที่ดินก็เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะก็คือการหลีกเลี่ยงการเกิดสงครามกลางเมือง

อย่างไรก็ตาม การขยายหลักความรับผิดชอบโดยไม่มีความผิดดังกล่าวก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ในทางตำราอยู่เหมือนกัน นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงอย่าง Hauriou เห็นว่าสภาแห่งรัฐอาจจะขยายหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดมากจนเกินไป และในที่สุดแล้วจะทำให้ความรับผิดชอบโดยมีความผิดนั้นสิ้นความหมายลง แม้กระนั้นหากเราพิจารณาแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐแล้วจะพบว่าสภาแห่งรัฐสร้างหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดเป็นเรื่อง ๆ หรือกลุ่มความรับผิดชอบ ไม่ได้ขยายหลักเกณฑ์ดังกล่าวออกไปจนกระทั่งทำลายความสำคัญของหลักความรับผิดชอบโดยมีความผิดแต่อย่างใด

ความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศสในปัจจุบัน โดยเฉพาะความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดในงานโยธาสาธารณะ (Travaux Publics) ที่เป็เหตุก่อให้เกิดความรับผิดชอบไม่ได้หมายถึงการก่อสร้างหรือจัดให้มีทรัพย์สินสาธารณะเท่านั้น แต่ยังหมายถึงการบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าวด้วย เช่น การก่อสร้างถนน การลาดยางมะตอยบนพื้นผิวถนน การทำความสะอาดถนน การขนขยะ เป็นต้น

ในอดีตความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดในงานโยธาสาธารณะ มีความหมายจำกัดเฉพาะความรับผิดชอบที่เกิดจากความเสียหายเนื่องจากการทำงานในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ที่ใดที่หนึ่งของรัฐเท่านั้น แต่ในปัจจุบันความรับผิดชอบในเรื่องดังกล่าวขยายกว้างออกไป กล่าวคือไม่จำกัดเฉพาะความเสียหายที่เกิดจากการทำงานในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ของรัฐเท่านั้น แต่หากงานที่ปฏิบัตินั้นเป็นงานที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ถือว่าเป็นงานโยธาสาธารณะด้วย เช่น งานที่ทำลงในที่ดินของเอกชน และแม้งานดังกล่าวจะไม่ได้กระทำโดยข้าราชการหรือคนงานของรัฐแต่ทำโดยเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจ สภาแห่งรัฐก็ถือว่าเป็นงานโยธาสาธารณะเช่นกัน

ส่วนความรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอสังหาริมทรัพย์อันเป็นผลเนื่องมาจากงานโยธาสาธารณะ เช่น ค่าทดแทนความเสียหายที่อสังหาริมทรัพย์เสื่อมค่าลงอย่างถาวรถือว่าเป็นความรับผิดชอบของรัฐที่พัฒนาต่อมาจากหลักความรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ความแตกต่างคงมีแต่เพียงว่าการเวนคืนเป็นกรณีที่รัฐกระทำการโดยมีอำนาจตามกฎหมายและเป็นการกระทำโดยมุ่งประสงค์ที่จะล่วงล้ำกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลโดยตั้งใจ เพื่อประโยชน์สาธารณะแต่การดำเนินงานโยธาสาธารณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ใช่เป็นกรณีที่กระทำโดยมีอำนาจตามกฎหมายและไม่ได้กระทำโดยมุ่งประสงค์จงใจ แม้กระนั้นในกรณีหลังนี้รัฐย่อมต้องรับผิดชอบด้วยเช่นกัน

3.1.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้างตามสัญญาจัดทำบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส

ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการงานสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส<sup>24</sup> (Responsabilité du fait des dommages de travaux publics) การจัดทำงานสาธารณะเป็นการดำเนินการที่มีวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมทั้งสิ้น การดำเนินงานสาธารณะนิติบุคคลมหาชนอาจจัดทำงานสาธารณะด้วยตนเองและเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชนเอง หรือนิติบุคคลมหาชนดำเนินงานร่วมกับนิติบุคคลมหาชนอื่น หรือนิติบุคคลมหาชนมอบหมายให้นิติบุคคลเอกชนเป็นผู้จัดทำงานโยธาสาธารณะแทนนิติบุคคลมหาชน และเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชนก็ได้ เช่น บริษัทเอกชนผู้รับสัมปทาน บริษัทเอกชนผู้ร่วมงานก่อสร้าง หรือบริษัทร่วมทุนที่รัฐเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ เป็นต้น

ลักษณะของความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการงานสาธารณะนั้น อาจเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความบกพร่องในการให้สัญญาแก่เอกชนเพื่อป้องกันอันตรายบริเวณทางสาธารณะความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานบำรุงรักษางานสาธารณะหรือการซ่อมแซมงานสาธารณะความบกพร่องในการไม่ให้สัญญาแก่เอกชนอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการงานสาธารณะจนเป็นเหตุให้เกิดอุบัติเหตุขึ้น ถือว่าเป็นความบกพร่องหรือความผิดพลาดจากการบำรุงรักษางานสาธารณะที่หน่วยงานผู้รับผิดชอบงานสาธารณะต้องรับผิด หรือความเสียหายอาจเกิดจากวัสดุอุปกรณ์ที่ใช้ในการสร้างงานสาธารณะ หรือแม้ว่าในขณะที่การก่อสร้างงานสาธารณะยังไม่ได้ใช้วัสดุอุปกรณ์นั้นในงานสาธารณะก็ตาม หากเกิดความเสียหายขึ้นก็ถือว่าเป็นความเสียหายอันเกิดขึ้นจากงานสาธารณะ เช่น กรณีที่เครื่องปิดกั้นทางรถไฟเสียหรือเป็นความผิดพลาดจากระบบปิดกั้นทางรถไฟส่งผลให้รถไฟและรถยนต์ที่แล่นผ่านมาชนกันนั้น หรือสายเคเบิลขาดหรือท่อน้ำบริเวณงานสาธารณะแตก ส่งผลให้อาคารข้างเคียงได้รับความเสียหายอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะกำหนดค่าเสียหาย

การฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลพิพากษาชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการงานโยธาสาธารณะควรฟ้องที่ศาลใดนั้น โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 2 แห่งรัฐบัญญัติให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาในคดีที่ฟ้องขอให้นิติบุคคลมหาชนผู้รับสัมปทานหรือผู้รับทำงานสาธารณะ รับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการงานสาธารณะและ

<sup>24</sup> จาก ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการงานสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส (Responsabilité du fait des dommages de travaux publics) (เอกสารอัดสำเนา) (น. 1-13), โดย ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์, กรุงเทพฯ: กลุ่มสนับสนุนงานวิชาการ สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด.

มาตรา R.312-14<sup>25</sup> แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาทางปกครอง บัญญัติให้ “การฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลพิพากษาให้รัฐ นิติบุคคลมหาชนอื่นหรือองค์กรเอกชนที่ทำหน้าที่บริหารจัดการบริการสาธารณะ รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการโยธา สาธารณะ (ไม่ว่าจะสร้างเสร็จแล้วหรืออยู่ระหว่างการก่อสร้าง) ให้ศาลปกครองชั้นต้นที่ตั้งอยู่ใน เขตพื้นที่ที่ความเสียหายเกิดขึ้นเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา” จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติ ดังกล่าวกำหนดว่า ในการฟ้องให้รับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่น นอกเหนือ จากความรับผิดชอบตามสัญญา ดังเช่นความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการโยธา นั้น ให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาและให้เสนอคดีพิพาทดังกล่าวต่อศาลปกครอง ชั้นต้นที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล

ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดี Société SACMAT ว่า “ศาลปกครอง เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาในคดีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างงาน โยธาสาธารณะซึ่งเป็น กรณีข้อพิพาทในสัญญาก่อสร้างงานสาธารณะหรือคดีพิพาทที่ฟ้องขอให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น อันเนื่องมาจากก่อสร้าง ปฏิบัติงานสาธารณะหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากงานสาธารณะนั่นเอง ซึ่งผู้เสียหาย (มีสถานะเป็นผู้ใช้งานสาธารณะ ผู้มีส่วนร่วมในการสร้างงานสาธารณะหรือ บุคคลภายนอก) ฟ้องขอให้เจ้าของโครงการ หรือผู้มีส่วนร่วมในการทำงานสาธารณะรับผิดชอบใช้ ค่าเสียหาย”

สำหรับเงื่อนไขในการยื่นฟ้องคดีต่อศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบในความเสียหายอันเนื่องมาจากการโยธาสาธารณะนั้น ประการแรก ยื่นฟ้องคดีได้ทันทีไม่ต้องรอให้ หน่วยงานทางปกครองมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใด กล่าวคือ ผู้ได้รับความเสียหายสามารถนำคดีมายื่น ฟ้องต่อศาลได้เลยโดยไม่ต้องยื่นคำร้องขอให้หน่วยงานทางปกครองชดใช้ค่าเสียหายและไม่ต้องรอ จนกว่าหน่วยงานทางปกครองมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดในเบื้องต้นเสียก่อน ทั้งนี้เป็นไปตามที่ มาตรา R.421-1<sup>26</sup> แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง

<sup>25</sup> Article R. 312-14 du Code de justice administrative

Les actions en responsabilité fondées sur une cause autre que la méconnaissance d'un contrat ou d'un quasi-contrat et dirigé es contre l'Etat, les autres personnes publiques ou les organismes privés gérant un service public relèvent:

2° Lorsque le dommage invoqué est un dommage de travaux publics ou est imputable soit à un agissement administratif, de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel se trouve le lieu où le fait générateur du dommage s'est produit.

<sup>26</sup> Article R.421-1 Modifié par Décret n° 2004-617 du 29 juin 2004-art. 3 JORF 30 Juin 2004

บัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้ว่า “ในเรื่องที่เกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ ให้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีคำสั่งทางปกครองในเบื้องต้นเสียก่อน” ประการที่สอง ไม่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของระยะเวลาการฟ้องคดี กล่าวคือ ในกรณีที่ฟ้องเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มซึ่งก็คือฟ้องขอให้ศาลพิพากษาชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการงานโยธาสาธารณะนั้น ไม่อยู่ในบังคับของเงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาการยื่นฟ้องคดีภายใน 2 เดือน แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่เป็นการยื่นฟ้องคดีต่อศาลขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่ง หรือยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่ง หรือกฎ ที่เกี่ยวกับเรื่องงานโยธาสาธารณะนั้น ก็ยังคงอยู่ในบังคับของเงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีภายใน 2 เดือน

การวินิจฉัยความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากงานสาธารณะต้องพิจารณาสถานะของผู้ได้รับความเสียหายเป็นสำคัญด้วย เนื่องจากสถานะของผู้ที่ได้รับความเสียหายจะส่งผลต่อการพิจารณาฐานความรับผิด ดังนี้

1) ผู้ใช้งานสาธารณะ (Users) เป็นบุคคลที่ใช้งานสาธารณะอย่างปกติธรรมดา แต่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการงานสาธารณะดังกล่าว

ลักษณะความเสียหายและภาระการพิสูจน์ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ใช้งานสาธารณะ<sup>27</sup> นั้นเป็นความเสียหายโดยตรงเนื่องมาจากการก่อสร้างหรือการบำรุงรักษางานสาธารณะ ผู้ใช้งานสาธารณะที่ได้รับความเสียหายต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นและงานสาธารณะอันเป็นเหตุแห่งความเสียหาย ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากผู้เสียหายเองหรือเกิดจากเหตุสุดวิสัย หน่วยงานทางปกครองหรือผู้รับทำงานสาธารณะอาจไม่ต้องรับผิด หรือหน่วยงานทางปกครองอาจกล่าวอ้างว่าตนไม่ได้ทำความผิดเนื่องจากได้ปฏิบัติงานสาธารณะอย่างดีแล้ว รวมถึงได้ให้สัญญาเตือนเพื่อป้องกันอันตรายไว้ด้วยแล้ว จึงไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น

ฐานความรับผิด ผู้ที่ได้รับความเสียหายเนื่องมาจากเป็นผู้ใช้ประโยชน์จากงานสาธารณะต้องอ้างว่ามีความรับผิดจากการกระทำละเมิดให้ศาลพิจารณา

Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée.

La publication, sous forme électronique, au Journal officiel de la République française fait courir le délai du recours ouvert aux tiers contre les décisions individuelles.

<sup>27</sup> CE, 1 mars 1985, Min. Transp. c/Chagot : อุบัติเหตุที่เกิดขึ้นจากความบกพร่องในระบบการให้สัญญาเตือนผู้ใช้ทาง ; CE, 6 avril 1979, Roca : ความเสียหายเกิดขึ้นจากการให้สัญญาแจ้งเตือนไม่เหมาะสมเพียงพอหรือความบกพร่องในการให้สัญญาแจ้งเตือน.

2) บุคคลภายนอก (Tiers) ที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากงานโยธาสาธารณะนั้น เป็นบุคคลที่ไม่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรงในการดำเนินการหรือการปฏิบัติงานสาธารณะรวมถึงไม่ได้เป็นผู้ใช้ประโยชน์จากงานโยธาสาธารณะ

ลักษณะความเสียหายและภาระการพิสูจน์ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบนั้น บุคคลภายนอกเพียงแต่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามีความสัมพันธ์กันระหว่างความเสียหายและงานโยธาสาธารณะ โดยไม่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความผิดแต่อย่างใด และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายที่ผิดปกติ กล่าวคือ มีระดับความร้ายแรงมากกว่าความเสียหายตามปกติที่อาจเกิดขึ้นในสถานการณ์เช่นนั้นกับบุคคลภายนอก และในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากความผิดของผู้เสียหายเอง (Faute de la victime) หรือเกิดจากเหตุสุดวิสัย (Force majeure) หน่วยงานทางปกครองหรือผู้รับทำงานสาธารณะอาจไม่ต้องรับผิดในกรณีดังกล่าว เช่น ความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการปล่อยให้เกิดเสียง ฝุ่น และควัน อันเนื่องมาจากการก่อสร้างทำเทียบเรือ<sup>28</sup> เป็นต้น

3) บุคคลที่มีส่วนร่วมในการดำเนินงานหรือปฏิบัติงานสาธารณะ หมายถึง บุคคลที่เข้าไปมีส่วนร่วมในงานสาธารณะที่ก่อให้เกิดความเสียหาย เช่น

1. ผู้รับทำงานสาธารณะ (l'entrepreneur) ซึ่งทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานเจ้าของโครงการซึ่งผู้รับจ้างได้รับค่าตอบแทนจากหน่วยงานหรือผู้รับสัมปทานงานโยธาสาธารณะ ก็ถือว่าเป็นผู้มีส่วนร่วมในงานสาธารณะแต่จะได้รับความคุ้มครองจากผู้ให้บริการสาธารณะ

2. ผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ในงานสาธารณะซึ่งไม่ได้มีความผูกพันกันตามสัญญาจ้างกับเจ้าของโครงการโดยตรง เช่น ลูกจ้างของผู้รับจ้างช่วง หรือผู้ปฏิบัติงานมีความผูกพันในลักษณะของการลงนามในสัญญางานโยธาสาธารณะ

3. บริษัทที่มีส่วนร่วมในงานสาธารณะ

ลักษณะความเสียหายและภาระการพิสูจน์ ผู้มีส่วนร่วมในงานสาธารณะที่เป็นเหตุแห่งความเสียหายต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นและการเข้าไปมีส่วนร่วมในงานสาธารณะและในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากผู้เสียหายเองหรือเกิดจากเหตุสุดวิสัยหน่วยงานทางปกครองหรือผู้รับทำงานสาธารณะอาจไม่ต้องรับผิด หรือหน่วยงานทางปกครองอาจกล่าวอ้างว่าตนไม่ได้ทำความผิดเนื่องจากได้ปฏิบัติงานสาธารณะอย่างดีแล้ว รวมถึงได้ให้สัญญาเตือนเพื่อป้องกันอันตรายไว้ด้วยแล้ว จึงไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น

ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับจัดทำงานโยธาสาธารณะต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากงานสาธารณะในเบื้องต้น โดยต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่างานสาธารณะที่ก่อให้เกิด

<sup>28</sup> CE, 29 juillet 1983, Vermaelen.

ความเสียหายเป็นการดำเนินการโดยวิธีการให้สัมปทานหรือเป็นการปฏิบัติงานสาธารณะโดยผู้รับทำงานสาธารณะ (l'entrepreneur)

ความเสียหายเกิดขึ้นจากงานสาธารณะที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นเจ้าของโครงการนั้น ผู้เสียหายมีทางเลือกที่จะฟ้องบรรดาถูกหนี้หลายราย ดังนี้ ผู้เสียหายอาจยื่นฟ้องขอให้หน่วยงานทางปกครองเจ้าของโครงการรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย หรือผู้เสียหายอาจยื่นฟ้องผู้รับทำงานสาธารณะ (l'entrepreneur) ให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายหรือผู้เสียหายอาจยื่นฟ้องทั้งคู่ให้ร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากงานโยธาสาธารณะ

คดี Société des Etablissements Pernod<sup>29</sup>: กรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากงานโยธาสาธารณะ ผู้ได้รับความเสียหายอาจเลือกที่จะฟ้องผู้จัดทำงานสาธารณะ หรือฟ้องเจ้าของโครงการ หรือฟ้องทั้งคู่ให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายก็ได้

ข้อเท็จจริง

คดีนี้ผู้ฟ้องคดี (บริษัท Société des Etablissements Pernod) ซึ่งเป็นเจ้าของอาคารแห่งหนึ่งที่ตั้งอยู่บริเวณถนนในเมือง Bordeaux ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการที่บริษัท Desplats-Lefevre ดำเนินการก่อสร้างปรับปรุงระบบท่อประปาเพื่อประโยชน์ของเมือง Bordeaux ทำให้พื้นดินบริเวณอาคารของผู้ฟ้องคดีเกิดรอยเลื่อนและรอยแยก จนส่งผลกระทบต่อตัวอาคารของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นเมือง Bordeaux ให้เมือง Bordeaux และบริษัท Desplats-Lefevre รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้ว แต่ผู้ฟ้องคดีไม่พอใจ ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฎีกาต่อสภาแห่งรัฐเป็น 2 คดี ขอให้สภาแห่งรัฐพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ดังนี้

1) คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Bordeaux ลงวันที่ 9 กรกฎาคม 1964 ที่พิพากษาให้เมือง Bordeaux กับบริษัท Desplats-Lefevre ร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการดำเนินการปรับปรุงบำรุงท่อระบายน้ำจนเป็นเหตุให้อาคารของผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย

2) คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Bordeaux ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน 1968 ที่พิพากษาให้เมือง Bordeaux และบริษัท Desplats-Lefevre รับผิดชอบกรณีที่บริษัทดังกล่าวรับประกันในการชดใช้ค่าเสียหายของเมือง Bordeaux ในกรณีที่เมือง Bordeaux ไม่อาจชดใช้ค่าเสียหายได้ ซึ่งเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการที่บริษัท Desplats-Lefevre ดำเนินงานปรับปรุงระบบท่อระบายน้ำเพื่อประโยชน์ของเมือง Bordeaux จนทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับ

<sup>29</sup> CE, 8 décembre 1971, Société des Etablissements Pernod, n°76952.

ความเสียหาย สภาแห่งรัฐเห็นว่า คดีทั้งสองเรื่องนี้มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยเป็นอย่างเดียวกัน จึงสั่งรวมพิจารณาคดี

#### คำวินิจฉัย

สภาแห่งรัฐพิจารณารัฐบัญญัติและรัฐกำหนดที่เกี่ยวข้องแล้วเห็นว่า คดีนี้เมื่อเมือง Bordeaux ยื่นฟ้องแย้งเข้ามาในคำแก้อุทธรณ์ โดยมีคำขอให้สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าเมือง Bordeaux ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดีไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนนั้น สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีที่อุบัติเหตุเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ (Travaux Publics) ผู้เสียหายมีคุณพินิจหรือมีอิสระในการยื่นฟ้องขอให้บริษัทเอกชนผู้ประกอบการหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย หรือยื่นฟ้องทั้งคู่ขอให้ชดเชยค่าเสียหายก็ได้ เมื่อคดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า อาคารที่ผู้ฟ้องคดีเป็นเจ้าของได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการดำเนินงานปรับปรุงระบบท่อระบายน้ำของเมือง Bordeaux ที่ดำเนินการโดยบริษัท Desplats-Lefevre ในช่วงเดือนมกราคมถึงเดือนมีนาคม ปี ค.ศ. 1959 เมือง Bordeaux จึงไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าวได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบกับรายงานผู้เชี่ยวชาญแล้วจะเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นยังไม่ได้ส่งผลกระทบต่อฐานรากและโครงสร้างของอาคารของผู้ฟ้องคดี แต่การที่บริษัทเอกชนดำเนินการปรับปรุงท่อระบายน้ำใต้ดินโดยไม่ได้แจ้งเตือนให้ผู้ฟ้องคดีทราบว่าจะมีการติดตั้งท่อระบายน้ำแต่อย่างใดนั้น การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เมือง Bordeaux รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานสาธารณะให้แก่ผู้ฟ้องคดีนั้น จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

คดี Bureau d'études techniques amintas<sup>30</sup>: คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้มีส่วนร่วมในงานสาธารณะในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานสาธารณะ ซึ่งบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในคดีนี้คือ สถาปนิกและสำนักงานที่ดำเนินการก่อสร้างงานสาธารณะในฐานะที่เป็นผู้มีส่วนร่วมในงานสาธารณะ

#### ข้อเท็จจริง

ผู้ฟ้องคดี (ผู้อำนวยการประจำศูนย์การเรียนรู้แห่งเมือง Saint-Malo) ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ในสังกัดสภาหอการค้าเมือง Ille-et-Vilaine ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากความบกพร่องในระบบติดตั้งเครื่องทำความร้อนแบบใช้แก๊สในศูนย์การเรียนรู้ซึ่งเป็นสถานที่ทำงานของผู้ฟ้องคดี ทำให้มีแก๊สพิษรั่วไหลแพร่กระจายออกมา ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Rennes ขอให้สถาปนิกบริษัท Staba บริษัท Decroi และสำนักงานศึกษาทางด้านเทคนิค Amintas ซึ่งเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างติดตั้งเครื่องทำความร้อนร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

<sup>30</sup> CE, 11 juillet 1988, Thomaso c/Bureau d'études techniques Amintas et autres, n°56549.

อันเป็นผลมาจากสารพิษดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้สถาปนิกบริษัท Staba บริษัท Decroi และสำนักงานศึกษาทางด้านเทคนิค Amintas ซึ่งเป็นผู้ร่วมดำเนินการก่อสร้างและติดตั้งเครื่องทำความร้อนร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายดังกล่าว และให้ผู้เชี่ยวชาญประเมินความเสียหายที่เกิดขึ้น ต่อมาสถาปนิกและบริษัทสำนักงานศึกษาทางด้านเทคนิค Amintas ได้ยื่นฎีกาต่อสภาแห่งรัฐ

#### คำวินิจฉัย

สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทที่มีคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการปฏิบัติการหรือดำเนินงานสาธารณะเมื่อบุคคลที่ถูกกล่าวอ้างให้ต้องรับผิดชอบเป็นบุคคลที่มีส่วนร่วมในงานสาธารณะ โดยในคดีนี้แม้ว่าสำนักงานศึกษาทางด้านเทคนิค Amintas จะไม่มีความผูกพันในทางสัญญาใด ๆ กับสภาหอการค้าเมือง Ille-et-Vilaine ซึ่งเป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการก็ตาม แต่เมื่อปรากฏว่าสำนักงานศึกษาทางด้านเทคนิค Amintas เข้าไปก่อสร้างศูนย์การเรียนรู้แห่งเมือง Saint-Malo จึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในฐานะบุคคลที่เข้าไปมีส่วนร่วมในงานสาธารณะ สำหรับผู้ฟ้องคดีแม้จะมีฐานะเป็นเจ้าของหน้าของรัฐในสังกัดสภาหอการค้าเมือง Ille-et-Vilaine แต่ในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีมีฐานะเป็นผู้ใช้งานสาธารณะที่พิพาท ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิฟ้องขอให้บรรดาผู้ก่อสร้างและติดตั้งงานสาธารณะชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี ประกอบกับผู้ฟ้องคดีก็ได้พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามีความสัมพันธ์กันระหว่างการดำเนินงานสร้างงานสาธารณะและความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับแล้วเช่นกัน ส่วนกรณีที่บรรดาผู้ก่อสร้างที่รับผิดชอบในการติดตั้งเครื่องทำความร้อนดังกล่าวได้กล่าวอ้างเพื่อให้พ้นความรับผิดว่า ได้ดำเนินการก่อสร้างและติดตั้งถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ทุกประการแล้ว แต่ความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับนั้นเกิดขึ้นภายหลังจากที่สภาหอการค้าเมือง Ille-et-Vilaine หน่วยงานเจ้าของโครงการตรวจรับงานแล้วแต่ไม่ได้มีข้อสังเกตหรือข้อตำหนิในการติดตั้งหรือก่อสร้างแต่อย่างใดนั้น สภาแห่งรัฐวินิจฉัยในประเด็นนี้ว่า ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวมีผลในทางกฎหมายเฉพาะระหว่างหน่วยงานเจ้าของโครงการและผู้ก่อสร้างที่มีความสัมพันธ์กันในทางสัญญาเท่านั้น แต่ไม่มีผลเป็นการกล่าวอ้างให้ยกเว้นความรับผิดในความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดีในฐานะบุคคลภายนอกแต่อย่างใด เมื่อในคดีนี้ความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับจากแก๊สพิษเป็นผลมาจากความบกพร่องในการติดตั้งเครื่องทำความร้อนซึ่งเป็นการติดตั้งในช่วงแรกของการดำเนินงานสาธารณะที่อยู่ในความควบคุมดูแลของสถาปนิก ส่วนการดำเนินงานในช่วงที่สองอยู่ในการควบคุมดูแลของผู้ก่อสร้างรายอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำนักงานศึกษาทางด้านเทคนิค Amintas ดังนั้นผู้ร่วมดำเนินการก่อสร้างและติดตั้งดังกล่าวจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดี สภาแห่งรัฐจึงพิพากษายกฎีกาของสถาปนิกและสำนักงานศึกษาทางด้านเทคนิค Amintas

คดี Ville d'Orléans<sup>31</sup>: ในกรณีที่ผู้รับทำงานสาธารณะดำเนินการงานเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน หรือผู้ให้สัมปทาน

สภาแห่งรัฐยอมรับในคดีนี้ว่า “กรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากงานสาธารณะ ผู้เสียหายอาจฟ้องขอให้หน่วยงานเจ้าของโครงการรับผิดชอบ หรือฟ้องขอให้ผู้รับทำงานสาธารณะรับผิดชอบหรือฟ้องให้หน่วยงานเจ้าของโครงการและผู้รับทำงานสาธารณะให้ร่วมกันรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแล้วนั้น หน่วยงานเจ้าของโครงการอาจไต่เบียดให้ผู้รับทำงานสาธารณะซึ่งเป็นเอกชนรับผิดชอบด้วยก็ได้ ซึ่งศาลวางแนวไว้ในคดีนี้ว่าหน่วยงานเจ้าของโครงการอาจกล่าวอ้างให้ผู้รับทำงานสาธารณะรับผิดชอบในฐานะที่ได้กระทำความผิดในการปฏิบัติงานสาธารณะ หรือรับผิดชอบในกรณีที่มีข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งกำหนดให้ผู้รับทำงานสาธารณะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานสาธารณะ หรือรับผิดชอบในกรณีที่มีข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งกำหนดให้ผู้รับทำงานสาธารณะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานสาธารณะ แม้ว่าจะไม่ได้กระทำความผิดก็ตาม ซึ่งในกรณีดังกล่าวหน่วยงานเจ้าของโครงการอาจกล่าวอ้างประเด็นความผิดหรือกล่าวอ้างถึงบรรดาข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้รับทำงานสาธารณะรับผิดชอบ เพื่อให้หน่วยงานเจ้าของโครงการไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย”

คดี Dame Sidore-Trotta<sup>32</sup>

คดีนี้เป็นกรณีที่พนักงานของบริษัท Rossi ซึ่งเป็นบริษัทที่รับจ้างติดตั้งวางสายไฟฟ้าให้กับการไฟฟ้าแห่งชาติฝรั่งเศสดำเนินการจัดการเกี่ยวกับสายไฟฟ้าได้ทำเครื่องฉนวนนำไฟฟ้าตกลงมาทำให้นาง Sidore ขณะที่กำลังเดินอยู่บริเวณทางสาธารณะได้รับบาดเจ็บ สภาแห่งรัฐเห็นว่าการไฟฟ้าแห่งชาติฝรั่งเศส และบริษัท Rossi ซึ่งเป็นบริษัทเอกชนต้องร่วมกันรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลภายนอกอื่นเนื่องมาจากงานสาธารณะถึงแม้ว่าเสาและสายไฟฟ้างดงกล่าวจะอยู่ในสภาพปกติไม่ได้ชำรุดบกพร่องแต่อย่างใดก็ตาม แต่เมื่อความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นจากเหตุสุดวิสัย ทั้งบริเวณทางเดินเท้าดังกล่าวก็ไม่ได้มีเครื่องหมายแจ้งเตือนให้ระวังอันตรายอย่างเพียงพอ

<sup>31</sup> CE, 4 mars 1995, Ville d'Orléans, n°97438.

<sup>32</sup> CE, Section, 12 octobre 1962, Dame Sidore-Trotta, n°49291.

คดี Commune de Vitrolles<sup>33</sup>

ข้อเท็จจริง: คดีนี้เป็นกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นเมือง Marseille พิพากษาให้เทศบาลเมือง Commune de Vitrolles ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัท Société anonyme du Motel de Vitrolles เป็นเงินจำนวน 65,902 ฟรังก์

คดีนี้เป็นกรณีที่มีน้ำล้นจากท่อซึ่งติดตั้งอยู่บริเวณริมทางหลวง ที่อยู่ในเขตพื้นที่อุตสาหกรรมที่อยู่ในความดูแลของเทศบาล ส่งผลให้มีน้ำท่วมบริเวณใต้ดินของโรงแรมแห่งหนึ่ง ซึ่งตั้งอยู่ในบริเวณเขตพื้นที่ดังกล่าว สภาแห่งรัฐเห็นว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดจากการดำเนินงานสาธารณะ แต่ยังเกิดจากตัวงานสาธารณะซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของทางหลวงที่เป็นของเทศบาลด้วย เทศบาลจึงต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นให้กับบริษัทที่เป็นเจ้าของโรงแรมซึ่งถือเป็นบุคคลภายนอก

คดี Association Jeunesses et Reconstruction<sup>34</sup>: บุคคลที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากงานสาธารณะ หน่วยงานทางปกครองหรือผู้รับทำงานสาธารณะในกรณีทำงานสาธารณะไม่ได้ดำเนินงานโดยผู้รับทำงานสาธารณะหลายราย

สมาคม Jeunesses et Reconstruction เข้าเป็นอาสาสมัครช่วยก่อสร้างงานสาธารณะร่วมกับทางเทศบาล แต่การกระทำของสมาคมในการดำเนินการก่อสร้างก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอก สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้รับเหมาเอกชนอันเนื่องมาจากการปฏิบัติงานโยธาสาธารณะ บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายอาจยื่นฟ้องแยกกันหรือรวมกันเพื่อขอให้หน่วยงานเจ้าของโครงการหรือผู้รับเหมาเอกชนต้องรับผิดชอบในกรณีที่ผู้รับเหมาเอกชนดำเนินงานสาธารณะในฐานะผู้ประกอบการวิชาชีพ หรือในกรณีที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเอกชนดำเนินงานสาธารณะภายใต้เงื่อนไขที่คล้ายคลึงกันกับผู้รับเหมาเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาจมีประโยชน์โดยตรงหรือโดยทางอ้อมที่ได้รับจากการปฏิบัติงานโยธาสาธารณะก็ต้องรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการปฏิบัติงานสาธารณะเช่นเดียวกัน ในคดีนี้สภาแห่งรัฐจึงวินิจฉัยว่าการที่สมาชิกในสมาคม Jeunesses et Reconstruction เข้าทำงานก่อสร้างที่ถือเป็นงานสาธารณะก็ตาม แต่เป็นการกระทำในฐานะอาสาสมัคร โดยไม่มีลักษณะเป็นผู้รับเหมาจ้างก่อสร้างงานสาธารณะ และไม่มีประโยชน์โดยตรงหรือโดยทางอ้อมที่ได้รับจากการปฏิบัติงานโยธาสาธารณะอันจะทำให้มีลักษณะคล้ายคลึงกับผู้รับเหมาจ้างก่อสร้างแต่อย่างใด ดังนั้น ความเสียหายจากการดำเนินงานสาธารณะดังกล่าวส่งผลให้บุคคลภายนอกมีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายเท่านั้น

<sup>33</sup> CE, 23 janvier 1991, Commune de Vitrolles, n°48498.

<sup>34</sup> CE, Section, 29 janvier 1971, Association Jeunesses et Reconstruction, n°74941.

คดี Commune de Saintes<sup>35</sup>

คดีนี้เป็นกรณีที่เทศบาลเมือง Saintes ในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการ ได้ทำสัญญา มอบหมายให้บริษัทแห่งหนึ่งทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลการก่อสร้างที่จอดรถใต้ดินและ ตลาดแห่งใหม่ ต่อมาอาคารหลังหนึ่งซึ่งเป็นของนาย Y ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการ ก่อสร้างดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Poitiers พิพากษาให้เทศบาลเมือง Saintes รับผิดชอบ ใช้ค่าเสียหายให้แก่ นาย Y เทศบาลเมือง Saintes จึงยื่นฎีกาต่อสภาแห่งรัฐ สภาแห่งรัฐพิจารณา แล้วเห็นว่า การที่เทศบาลได้มอบหมายให้บริษัทแห่งหนึ่งควบคุมดูแลการก่อสร้างนั้นถือเป็นการ กระทำในนามและเพื่อประโยชน์ของเทศบาล โดยที่เทศบาลเมือง Saintes ยังคงทำหน้าที่ในการ ควบคุมดูแลการทำงานของบริษัทดังกล่าว ทั้งได้ตรวจรับงานชั่วคราวแล้วแต่ไม่มีข้อตำหนิใด ๆ และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก็เกิดขึ้นก่อนที่จะส่งมอบงานในขั้นสุดท้ายให้แก่เทศบาลซึ่งมีหน้าที่ ดูแลงานสาธารณะ แต่เพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลภายนอก เทศบาลก็ไม่ได้หยิบยกข้อสัญญาที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์กันตามสัญญาระหว่างเทศบาลและ บริษัทดังกล่าวซึ่งไม่ได้มีฐานะเป็นผู้รับสัมปทาน แต่มีฐานะเพียงผู้รับผิดชอบในการสร้างงาน สาธารณะ เทศบาลจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าว

หลักทั่วไปเมื่อลูกหนี้ได้ใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจาก งานโยธาสาธารณะแล้วนั้น ลูกหนี้คนดังกล่าวอาจใช้วิธีการทางกฎหมายเพื่อโอนความรับผิด ดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่น ซึ่งตามหลักการพื้นฐานจะเห็นได้ว่า บุคคลที่ต้องรับผิดชอบในท้ายที่สุดนั้น คือ ผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งอาจมิใช่หน่วยงานเจ้าของโครงการ ผู้ควบคุมงาน หรือบุคคลที่มี หน้าที่บำรุงรักษางานที่ต้องรับผิดชอบในท้ายที่สุดก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับงานสาธารณะที่เป็นเหตุแห่ง ความเสียหาย ดังในคดี Mlnistre de l'Equipement<sup>36</sup> ที่สภาแห่งรัฐพิพากษาให้รัฐต้องรับผิดชอบในกรณี ไม่ดำเนินการตามที่จำเป็นเพื่อให้สัญญาเดือนอันตรายบริเวณถนนทางหลวงว่ามีไหล่ทางถนน ชำรุดเป็นหลุมบ่อจนเป็นเหตุให้ผู้ใช้นถนนทางหลวงประสบอุบัติเหตุ

อย่างไรก็ตามปัญหาที่เกิดขึ้นบ่อยครั้ง คือ การแบ่งแยกระหว่างความรับผิดชอบของ หน่วยงานทางปกครองและความรับผิดชอบของผู้รับทำงานสาธารณะ กล่าวคือในกรณีที่ผู้รับทำงาน สาธารณะซึ่งเป็นต้นเหตุให้เกิดความเสียหายไม่มีความสัมพันธ์ในลักษณะของการควบคุมกำกับ ดูแลกับหน่วยงานเจ้าของโครงการ กรณีดังกล่าวผู้รับทำงานสาธารณะต้องรับผิดชอบโดยที่หน่วยงาน เจ้าของโครงการไม่ต้องรับผิดชอบ และในกรณีที่มีการฟ้องให้หน่วยงานเจ้าของโครงการรับผิดชอบในความ เสียหายร่วมกับผู้รับทำงานสาธารณะนั้น ผู้รับทำงานสาธารณะต้องรับประกันการชดใช้ค่าเสียหาย

<sup>35</sup> CE, 15 octobre 1986, Commune de Saintes, n°18909.

<sup>36</sup> CE, 14 juin 1968, Mlnistre de l'Equipement, n°72731.

ดังกล่าวด้วย ดังเช่น คดี Electricité de France<sup>37</sup> ศาลแห่งรัฐเห็นว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการใช้เครื่องฟ่นความร้อนเพื่อตัดต่อเหล็กของการไฟฟ้าแห่งชาติฝรั่งเศส โดยผิดวิธี จนเป็นเหตุให้เกิดไฟไหม้อาคารเสียหาย ซึ่งการดำเนินงานอันเป็นความเสียหายนั้นกระทำโดยคนงานของบริษัทเอกชนภายใต้การควบคุมดูแลของหัวหน้าคนงานของบริษัทเอกชนและคนงานของบริษัทเอกชนดังกล่าวก็ไม่มีความสัมพันธ์ในลักษณะของการบังคับบัญชาหรือควบคุมดูแลโดยการไฟฟ้าแห่งชาติฝรั่งเศสแต่อย่างใด ภายใต้เงื่อนไขดังกล่าวบริษัทเอกชนผู้รับทำงานสาธารณะต้องรับประกันการชดใช้ค่าเสียหายในส่วนที่การไฟฟ้าแห่งชาติฝรั่งเศสต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีผู้ร่วมก่อให้เกิดความเสียหาย และในบรรดาผู้ร่วมก่อให้เกิดความเสียหายด้วยกันนั้นมีความผูกพันตามสัญญา เมื่อผู้ร่วมก่อความเสียหายคนหนึ่งคนใดได้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายไปแล้วนั้น ผู้ร่วมก่อความเสียหายคนนั้น อาจเรียกให้ผู้ร่วมก่อความเสียหายคนอื่นแบ่งส่วนความรับผิดไปตามสัดส่วนของข้อกำหนดในสัญญาก็ได้

สรุปการพิจารณาว่าบุคคลใดต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากงานโยธาสาธารณะ ต้องพิจารณาว่าความเสียหายเกิดขึ้นจากการดำเนินงานก่อสร้างงานสาธารณะหรือเกิดจากงานสาธารณะที่สร้างเสร็จแล้วหรือไม่ โดยในกรณีที่นิติบุคคลมหาชนดำเนินการสร้างงานสาธารณะด้วยตนเอง นิติบุคคลมหาชนต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการสร้างงานสาธารณะเพียงผู้เดียว แต่ในกรณีที่งานสาธารณะดำเนินการสร้างโดยผู้รับทำงานสาธารณะที่เป็นเอกชน หากเกิดความเสียหายขึ้นจากงานสาธารณะ ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเลือกฟ้อง หน่วยงานเจ้าของโครงการ ผู้รับทำงานสาธารณะ ผู้รับจ้างช่วงจากผู้รับทำงานสาธารณะ หรือสถาปนิกผู้ออกแบบงานก่อสร้าง ให้เป็นผู้รับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยแยกตามประเภทความรับผิด หรือจะเลือกฟ้องบุคคลเดียวแล้วให้บุคคลนั้นไปใช้สิทธิไล่เบี้ยกันเองก็ได้

### 3.2 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดของรัฐของประเทศเยอรมัน

#### 3.2.1 ความหมายของความรับผิดของรัฐ

ในระบบกฎหมายเยอรมัน คำว่า “ความรับผิดของรัฐ” ใช้กันอยู่ในหลายความหมาย ในความหมายอย่างแคบ ความรับผิดของรัฐ หมายถึง หน้าที่รับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>38</sup> ความรับผิดของรัฐในความหมายนี้จำกัดเฉพาะความรับผิดอันเกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจมหาชนเป็นสำคัญ ส่วนในความหมายอย่างกว้าง ความรับผิดของรัฐหมายถึง หน้าที่รับผิดชอบของ

<sup>37</sup> CE, 25 mai 1973, Electricité de France c/SCI “Au Confortable”, n° 76523.

<sup>38</sup> Papier, in: MünchKomm-BGB, §839 RdNr. 2.

รัฐสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของตนไม่ว่าการกระทำนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือไม่ว่าการกระทำนั้นจะกระทำโดยใช้อำนาจมหาชนหรือกระทำในแดนของกฎหมายเอกชน<sup>39</sup> ความรับผิดชอบของรัฐในความหมายนี้จึงครอบคลุมทั้งความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ หรือ การผิดสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง หรือ การเวนคืนทรัพย์สินของเอกชน เป็นต้น

### 3.2.2 ประเภทความรับผิดชอบของรัฐ

ความรับผิดชอบของรัฐอาจแบ่งแยกออกได้เป็นหลายประเภทขึ้นอยู่กับว่าจะใช้อะไรเป็นเกณฑ์ หากพิจารณาจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยคำนึงถึงความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเกณฑ์แล้ว เราอาจแยกความรับผิดชอบของรัฐออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ คือ ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่ง และความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายอีกประการหนึ่งหากพิจารณาจาก “ความผิด” (Verschulden) ซึ่งมีรูปแบบสำคัญสองรูปแบบ คือ เจตนาหรือประมาทเลินเล่อแล้ว เราอาจแยกความรับผิดชอบของรัฐออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ ได้เช่นกัน คือ ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำโดยมีความผิดอย่างหนึ่งและความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำโดยไม่มี ความผิดอีกอย่างหนึ่ง ความรับผิดชอบทั้งสองกลุ่มนี้อาจจะเชื่อมประสานกันได้ เช่น ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ หรือ ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ได้เกิดจากเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ เป็นต้น

ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อเป็นความรับผิดที่รัฐต้องเข้าไปชดใช้ “ค่าสินไหมทดแทน” ให้แก่เอกชนที่ต้องเสียหายจากการกระทำที่ถือว่าถูกดำเนินได้ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น (ที่ถือว่าถูกดำเนินได้เพราะองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐทำไปโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ) ส่วนความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำที่ไม่เจตนาหรือไม่ประมาทเลินเล่อไม่ว่าการกระทำนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตามจะเป็นกรณีที่รัฐรับผิดชอบชดใช้ “ค่าทดแทนความเสียหาย” ให้แก่เอกชนที่ต้องเสียหายหรือรับบาปเคราะห์เป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่นเพราะเหตุที่รัฐอาศัยอำนาจตามกฎหมายกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพราะเหตุที่รัฐ (องค์กรเจ้าหน้าที่) กระทำการละเมิดกฎหมายโดยไม่สามารถที่จะดำเนินรัฐได้เพราะไม่ได้กระทำไปโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ เช่น การที่รัฐ

<sup>39</sup> เปรียบเทียบ Büchner/Reinert, Einführung in das System der Staatshaftung, 1988, S.1.; Bender, Staatshaftungsrecht, 1981, S. 1.

เวนคืนที่ดินของเอกชนเพื่อใช้ในการก่อสร้างหรือล่งล้างแค้นกรรมสิทธิ์ของบุคคลโดยไม่เจตนา และไม่ได้ประมาทเลินเล่อ เป็นต้น

ในกรณีที่การทำให้สิทธิของเอกชนได้รับความเสียหายเกิดจากการปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เอกชนที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้ตามหลักเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่ง<sup>40</sup> ประกอบกับมาตรา 34 กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี<sup>41</sup> ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่จะต้องครอบคลุมความผิดทางละเมิด เป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจกระทำได้ (ขัดต่อกฎหมาย) และเจ้าหน้าที่กระทำไปโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ

ถ้าการทำให้สิทธิของเอกชนได้รับความเสียหายเกิดจากการล่งล้างสิทธิด้วยวิธีการใดก็ตาม เช่น โดยกฎหมายหรือโดยคำสั่งทางปกครอง จะต้องพิจารณาต่อไปว่าเอกชนต้องการเรียกร้องค่าทดแทน หรือต้องการให้รัฐจัดการล่งล้างสิทธิ นั้น มีข้อพึงพิจารณาในชั้นต้นนี้ว่า ถ้าการล่งล้างสิทธิเกิดจากการกระทำในทางกายภาพ สิทธิของเอกชนในการเรียกร้อง “ค่าสินไหมทดแทน” อาจเกิดขึ้นและดำรงอยู่คู่กับสิทธิในการเรียกร้อง “ค่าทดแทนความเสียหาย” หรือสิทธิในการเรียกร้องให้รัฐจัดการล่งล้างสิทธิของตนได้ด้วย ในกรณีที่เอกชนต้องการเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายจะต้องแยกพิจารณาต่อไปว่าการล่งล้างสิทธิที่รัฐกระทำนั้นเป็นการล่งล้างสิทธิในทรัพย์สินตามความหมายของกฎหมายพื้นฐานมาตรา 14 หรือไม่ ถ้าการล่งล้างสิทธิดังกล่าวอยู่ในกรอบคุ้มครองของกฎหมายพื้นฐานมาตรา 14 และการล่งล้างสิทธิที่รัฐกระทำไปนั้นเกิดจากความประสงค์จูงใจ เป็นเป้าหมายของรัฐเพื่อประโยชน์บางประการ และรัฐกระทำตามกฎหมาย การล่งล้างสิทธินั้นถือเป็นการ “เวนคืน” เอกชนย่อมมีสิทธิได้รับค่า “ทดแทนการเวนคืน” ตามที่ระบุไว้ในกฎหมาย<sup>42</sup> แต่ถ้าการล่งล้างสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนไม่ได้เป็นเป้าหมายในการกระทำ แต่เป็นผลที่เกิดขึ้นสืบเนื่องจากการกระทำนั้นให้พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่ หากเป็นการกระทำที่มีกฎหมายให้อำนาจ การกระทำนั้นถือเป็นการ “การกระทำที่ก่อให้เกิดผลร้ายสืบเนื่องจากการล่งล้างแค้นกรรมสิทธิ์” ซึ่งเอกชนที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหาย ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วย

<sup>40</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

<sup>41</sup> Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (GG).

<sup>42</sup> กรณีที่รัฐทำการล่งล้างสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนด้วยความประสงค์จูงใจ กล่าวคือการล่งล้างสิทธิเป็นเป้าหมายของการกระทำ แต่กระทำไปโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ การกระทำดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ เอกชนไม่มีสิทธิได้รับ “ค่าทดแทนการเวนคืน” แต่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายหรือสิทธิเรียกร้องอย่างอื่น.

กฎหมายการกระทำนั้นถือว่าเป็น “การกระทำที่มีลักษณะเสมือนหนึ่งการเวนคืน” ซึ่งเอกชนที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายนั้นเช่นกัน

ถ้าการกระทำของรัฐเป็นการล่วงล้ำสิทธิอื่นใดที่ไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สิน คือไม่อยู่ในกรอบของกฎหมายพื้นฐานมาตรา 14 เช่น สิทธิในร่างกาย เกียรติยศชื่อเสียง เอกชนที่ได้รับความเสียหายก็ยังคงมีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทนจากรัฐเช่นกัน ถึงแม้ว่าการกระทำของรัฐจะเป็นการกระทำที่มีกฎหมายให้อำนาจก็ตาม สิทธิเรียกร้องของเอกชนในกรณีนี้คือสิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนสำหรับการล่วงล้ำสิทธิอื่นใดที่ไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สิน และยังถ้าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมายด้วยแล้วเอกชนก็ย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายสำหรับการกระทำนั้นด้วย

ในกรณีที่เอกชนต้องการให้รัฐดำเนินการจัดการล่วงล้ำสิทธิ และทำให้สิทธิของตนกลับฟื้นคืนดีหรือให้กลับไปอยู่ในสถานะดั้งเดิม เอกชนก็สามารถเรียกร้องให้รัฐดำเนินการได้ การเรียกร้องนี้ไม่ได้มีเป้าหมายในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือค่าทดแทนความเสียหาย แต่เป็นการเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติการ นอกจากการเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติการขจัดผลอันไม่พึงปรารถนาจากการล่วงล้ำสิทธิและทำให้ตนกลับสู่สถานะเดิมแล้ว เอกชนยังอาจเรียกร้องให้รัฐงดเว้นกระทำการใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญในอนาคตได้อีกด้วย

นอกเหนือจากความรับผิดชอบทั้งหลายทั้งปวงที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว รัฐอาจมีความรับผิดชอบในส่วนที่เกี่ยวกับหนี้ยางปกรองได้เช่นกัน เช่น ความรับผิดชอบอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง จัดการงานนอกสั่งทางปกครอง ความรับผิดชอบในกรณีที่ได้ทรัพย์สินมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย หรือนิติสัมพันธ์ทางนี้ลักษณะอื่น ยิ่งไปกว่านั้นในปัจจุบันนี้ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันยังขยายออกไปครอบคลุมถึงความรับผิดชอบในการครอบครองทรัพย์สินอันตรายหรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการก่ออันตรายอันเป็นความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตลอดจนความรับผิดชอบอันเกิดจากการละเมิดทางกฎหมายสหภาพยุโรปอีกด้วย

กล่าวโดยสรุปแล้ว ในระบบกฎหมายเยอรมันบุคคลอาจเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบได้ในกรณีต่าง ๆ ดังนี้

1) สิทธิในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งได้แก่

1. สิทธิของบุคคลในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบจากการทำละเมิดของเจ้าหน้าที่
2. สิทธิของบุคคลในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่เสมือนหนึ่งการ

เวนคืน

3. สิทธิของบุคคลในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบสำหรับการล่วงล้ำสิทธิอื่นใดของตน ซึ่งไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สิน โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4. สิทธิของบุคคลในการเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติการจัดผลอันไม่ปรารถนาที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

5. สิทธิของบุคคลในการเรียกร้องให้รัฐควั่นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิของตนจากการใช้อำนาจมหาชนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในอนาคต

2) สิทธิในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายที่บุคคลได้รับอันเนื่องมาจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

1. สิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนการเวนคืน

2. สิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนสำหรับการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก่อให้เกิดผลกระทบสืบเนื่องกับทรัพย์สินของบุคคล

3. สิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนสำหรับการล่วงล้ำสิทธิอื่นใดที่ไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สิน

3) สิทธิของบุคคลในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบเนื่องจากนิติสัมพันธ์ในทางหนึ่งทางปกครอง เช่น

1. สัญญาทางปกครอง

2. จัดการงานนอกสั่งทางปกครอง

3. สิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ไปโดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมายในทางปกครอง

4. นิติสัมพันธ์จากการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินทางปกครอง

4) สิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบในกรณีอื่น ๆ เช่น สิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายอันเนื่องมาจากทรัพย์สินอันตราอยู่ในความครอบครองของรัฐ หรือสิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบตามที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ เป็นต้น

3.2.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้างตามสัญญาทางปกครองในประเทศเยอรมัน

ความรับผิดชอบหน่วยงานของรัฐในฐานะผู้ว่าจ้างในระบบกฎหมายเยอรมัน<sup>43</sup> เกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างความรับผิดในทางแพ่งกับความรับผิดของรัฐในกรณีที่รัฐจ้างเอกชน

<sup>43</sup> Ralf Defren, Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff, Berlin 2002; Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage, München 1998.

กรณีที่รัฐจ้างเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาจ้างทำของหรือสัญญาจ้างแรงงานที่ดีจะเป็นการพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างทำของหรือสัญญาจ้างแรงงานที่เป็นสัญญาทางแพ่งและจะพิจารณาเฉพาะเจาะจงไปที่สัญญาจ้างทำของเป็นหลัก โดยทั่วไปเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างความรับผิดทางแพ่งกับความรับผิดของรัฐซึ่งเป็นหลักกฎหมายมหาชนนั้นจะใช้เกณฑ์หน้าที่เป็นหลัก โดยจะพิจารณาว่าหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนหรือไม่ แต่ในกรณีที่เกิดความสัมพันธ์ขึ้นสามฝ่ายระหว่างหน่วยงานทางปกครอง “ผู้ว่าจ้าง” และเอกชน “ผู้รับจ้าง” และเอกชน “ผู้เสียหาย” ก็จะเกิดการผสมผสานระหว่างกฎหมายแพ่งกับกฎหมายมหาชนขึ้น เนื่องจากสัญญาจ้างทำของที่หน่วยงานทางปกครอง “ผู้ว่าจ้าง” และ เอกชน “ผู้รับจ้าง” มีนิติสัมพันธ์กันนั้นเป็นสัญญาในทางแพ่งให้มีหน้าที่ในการดำเนินการตามที่จ้าง แต่ในการดำเนินงานตามที่จ้างนั้นซึ่งก็มีการดำเนินการที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายแพ่ง เช่น สัญญาจ้างลูกจ้าง การทำสัญญาซื้อขายอื่น ๆ เป็นต้น แต่ในบางส่วนก็มีหน้าที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกัน เช่น การป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ประชาชน โดยการจัดให้มีเครื่องหมายและสัญญาอนุญาตการดำเนินการจัดการสิ่งกีดขวางการจราจร เป็นต้น กรณีที่หน่วยงานทางปกครอง จ้างเอกชนก่อสร้างทางและปรากฏว่าไม่มีการจัดให้มีเครื่องหมายหรือสัญญาอนุญาตการก่อสร้างก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนรายอื่นนั้น จึงเป็นกรณีที่กฎหมายแพ่งและกฎหมายมหาชนปะปนกันอยู่ ดังนั้น เกณฑ์การพิจารณาที่แต่ละจะพิจารณาจากหน้าที่ว่าหน้าที่ใดของหน่วยงานทางปกครอง ที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน การดำเนินการหรือคว้นหน้าที่และก่อให้เกิดความเสียหายก็ถือเป็นความรับผิดของรัฐ แต่หากปรากฏว่าหน้าที่ใดที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายแพ่ง ก็ให้รับผิดในทางแพ่งไปนั้นจึงไม่อาจจะนำมาใช้ได้โดยง่ายในการพิจารณากรณีที่เกิดความสัมพันธ์ขึ้นสามฝ่ายระหว่างหน่วยงานทางปกครอง “ผู้ว่าจ้าง” และ เอกชน “ผู้รับจ้าง” และเอกชน “ผู้เสียหาย” ก็จะเกิดการผสมผสานระหว่างกฎหมายแพ่งกับกฎหมายมหาชนขึ้น ซึ่งในกรณีดังกล่าว ระบบกฎหมายเยอรมันได้พัฒนาหลักเกณฑ์การพิจารณาเพิ่มเติมขึ้นมา ดังจะกล่าวต่อไป<sup>44</sup>

### 3.2.3.1 ทฤษฎีผู้รับจ้างในฐานะเครื่องมือของรัฐ

โดยที่ทฤษฎีดังกล่าวจะใช้เกณฑ์การพิจารณาว่า หากเอกชน “ผู้รับจ้าง” ไม่มีดุลพินิจในการดำเนินการตามหน้าที่นั้นแล้ว แต่ต้องอยู่ภายใต้การกำหนดของหน่วยงานทางปกครอง “ผู้ว่าจ้าง” เปรียบเสมือนเป็นเครื่องมือของหน่วยงานทางปกครองแล้ว ในกรณีดังกล่าวจึงเป็นความรับผิดของรัฐ มิใช่ความรับผิดในทางแพ่ง

<sup>44</sup> จาก ความรับผิดของรัฐในผลของการกระทำละเมิดของเอกชนผู้รับจ้าง: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างหลักกฎหมายไทยและเยอรมัน (เอกสารอัดสำเนา) (น. 1-18), โดย เชิดวุฒิ สนิพิมลบูรณ์, (ม.ป.ป.). กรุงเทพฯ: กลุ่มสนับสนุนงานวิชาการ สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด.

3.2.3.2 ทฤษฎีผู้รับจ้างในฐานะเครื่องมือของรัฐที่ปรับปรุงใหม่ให้สมเหตุสมผลมากขึ้น เนื่องจากทฤษฎีเครื่องมือพิจารณาที่สถานะของความเป็นอิสระของเอกชน “ผู้รับจ้าง” มากเกินไป ทำให้หน่วยงานทางปกครองอาศัยช่องว่างดังกล่าว “หนีเข้าไปในแดนกฎหมายเอกชน” เพื่อที่จะไม่ต้องผูกพันตนเข้ากับหลักความชอบด้วยกฎหมายต่าง ๆ ดังนั้น จึงต้องใช้เกณฑ์การพิจารณาหน้าที่เข้ามาประกอบด้วยเพื่อป้องกันมิให้รัฐหนีเข้าไปในแดนกฎหมายเอกชน โดยจะพิจารณา ดังนี้

1) การที่เอกชน “ผู้รับจ้าง” ดำเนินการหรืองดเว้นดำเนินการนั้น “ใกล้ชิด” กับหน้าที่ที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนหรือไม่ เช่น การป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ประชาชน โดยการจัดให้มีเครื่องหมายและสัญญาณจราจร การดำเนินจัดการสิ่งกีดขวางการจราจร เป็นต้น ซึ่งการดำเนินการหรืองดเว้นดำเนินการนั้นใกล้ชิดกับหน้าที่ของรัฐ

2) เอกชน “ผู้รับจ้าง” มีดุลพินิจในการดำเนินการหรืองดเว้นการดำเนินการตามหน้าที่นั้น มากน้อยเพียงใด เปรียบเสมือนเครื่องมือของหน่วยงานทางปกครองหรือไม่

เมื่อพิจารณาได้ความแล้วว่า การดำเนินการหรืองดเว้นดำเนินการดังกล่าว “ใกล้ชิด” กับหน้าที่ในทางมหาชนแล้ว อีกทั้ง เอกชน “ผู้รับจ้าง” ก็ไม่มีเสรีภาพในการดำเนินการ หรือไม่มีดุลพินิจในการดำเนินการหรืองดเว้นดำเนินการ เปรียบก็คล้ายกับเป็น “เครื่องมือของรัฐ” กรณีดังกล่าวหากเอกชน “ผู้รับจ้าง” ดำเนินการหรืองดเว้นการดำเนินการ และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนอื่น ๆ การพิจารณาความรับผิดจะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตความรับผิดของรัฐซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน

3.2.3.3 หลักสถานะความเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ความแตกต่างระหว่างความรับผิดทางแพ่งกับความรับผิดของรัฐ

เนื่องจากความรับผิดของรัฐนั้นเป็นกรณีที่รัฐรับ โอนความรับผิดอันเกิดจากเจ้าหน้าที่ของตนเข้ามารับไว้แทน อันถือได้ว่าเป็นความรับผิดในผลแห่งการละเมิดแทนผู้อื่น กรณีที่เกิดความสัมพันธ์ขึ้นสามฝ่ายระหว่างหน่วยงานทางปกครอง “ผู้ว่าจ้าง” และ เอกชน “ผู้รับจ้าง” และ เอกชน “ผู้เสียหาย” จึงเป็นปัญหาว่ารัฐรับ โอนความรับผิดอันเกิดจากเจ้าหน้าที่ของตนหรือไม่ เพราะผู้รับจ้างเป็น “เอกชน” รัฐจะรับโอนความรับผิดเช่นนั้นมาเป็นของตนได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นเห็นว่าขอบเขตนิยามของ “เจ้าหน้าที่” ที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายต่าง ๆ ไม่ว่าจะอยู่ในกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญาหรือกฎหมายปกครองต่างก็มีความแตกต่างกันและมีขอบเขตกว้างแคบต่างกัน หรือแม้ในคำว่าเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายเดียวกันเช่น เจ้าหน้าที่ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ก็มีความแตกต่างกันได้ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ที่ต้องห้ามพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองต้องไม่เป็นคู่สมรสนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ที่เป็น

“บุคคลธรรมดา” แต่ในกรณีที่ต้องห้ามนำมาตราการบังคับทางปกครองไปบังคับเอากับเจ้าหน้าที่ด้วยตนเองนั้น เจ้าหน้าที่ดังกล่าวเป็นเจ้าหน้าที่ที่เป็น “หน่วยงานทางปกครอง” เป็นต้น ดังนั้น “เจ้าหน้าที่ภายใต้ความรับผิดชอบของรัฐ” จึงมีขอบเขตไปตามวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายความรับผิดชอบของรัฐที่ต้องการให้รัฐรับผิดชอบแทนเจ้าหน้าที่ของตนหากเจ้าหน้าที่ของตนปฏิบัติอยู่ในขอบเขตหน้าที่ไม่เป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณาว่าผู้ที่ดำเนินการหรือดเว้นดำเนินการและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นจะเป็นเจ้าหน้าที่หรือไม่ ไม่ได้นำ “สถานะ” ของเจ้าหน้าที่มาพิจารณา แต่นำ “หน้าที่” มาพิจารณา ดังนั้นเมื่อพิจารณาได้ความแล้วว่า การดำเนินการหรือดเว้นดำเนินการดังกล่าว “ใกล้ชิด” กับหน้าที่ในทางมหาชนแล้ว อีกทั้ง เอกชน “ผู้รับจ้าง” ก็ไม่มีเสรีภาพในการดำเนินการ หรือไม่มีดุลพินิจในการดำเนินการหรือดเว้นดำเนินการ เปรียบก็คล้ายกับเป็น “เครื่องมือของรัฐ” กรณีดังกล่าวหากเอกชน “ผู้รับจ้าง” ดำเนินการหรือดเว้นการดำเนินการ และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนอื่น ๆ เอกชน “ผู้รับจ้าง” นั้นจึงอยู่ในสถานะ “เจ้าหน้าที่” การพิจารณาความรับผิดชอบจะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตความรับผิดชอบของรัฐซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน และไม่อาจจะฟ้องเอกชน “ผู้รับจ้าง” ในฐานะเจ้าหน้าที่ได้ หากเอกชนไม่ได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

### 3.3 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของประเทศอังกฤษ

#### 3.3.1 วิวัฒนาการเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายอังกฤษ

ระบบกฎหมายไม่ว่าจะในระบบใด หากยอมรับหลักการที่รัฐสามารถรับผิดชอบค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ระบบกฎหมายนั้นจะต้องตอบคำถามที่สำคัญให้ได้ว่ารัฐจะเข้ามารับผิดอย่างไร ทั้งนี้เนื่องจากรัฐจะกระทำการได้ก็แต่โดยบุคคลธรรมดาเท่านั้น การกำหนดความรับผิดชอบและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลที่กระทำการแทนรัฐและบุคคลที่ได้รับความเสียหายตลอดจนบทกฎหมายที่จะนำมาใช้จึงมีความหมายอย่างยิ่ง ระบบกฎหมายอังกฤษยอมรับหลักการที่สำคัญสองประการ คือ ประการที่หนึ่ง รัฐ<sup>45</sup> เข้ามารับผิดชอบต่อหรือร่วมกับบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐรับโอนความรับผิดมาจากบุคคลดังกล่าว กรณีนี้จะเกิดขึ้นกับการกระทำละเมิดขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การวินิจฉัยความรับผิดดังกล่าวจะอาศัยหลักเกณฑ์ทั่วไปทำนองเดียวกับกรณีที่นายจ้างต้องเข้ามารับผิดแทนหรือรับผิดร่วมกับลูกจ้างเป็นสำคัญ (Vicarious Liability) ทั้งนี้ โดยที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ที่กระทำละเมิดจะตกอยู่ในฐานะลูกหนี้ร่วมด้วย ส่วนความรับผิดอีก

<sup>45</sup> คำว่า “รัฐ” ในที่นี้ใช้ในความหมายที่หมายถึง “ราชบัลลังก์” (Crown) หรือ หน่วยงานทางปกครอง (Public Authorities) ในระบบกฎหมายอังกฤษ.

ประการหนึ่งนั้น รัฐจะเข้าไปรับผิดชอบโดยตรง ซึ่งจะเป็นกรณีที่รัฐเข้าไปรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายดังกล่าวตกอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบบุคคลอื่น เช่น การที่รัฐต้องเข้าไปรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายอันเนื่องมาจากการเวนคืน หรือรับผิดชอบในกรณีที่รัฐละเมิดหน้าที่บางประการที่จะต้องปฏิบัติ เช่น หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐทำนองเดียวกับหน้าที่ที่นายจ้างต้องปฏิบัติต่อลูกจ้าง กรณีเช่นนี้รัฐย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าหน้าที่ของตน เป็นต้น

### 3.3.2 ประเภทของความรับผิดของรัฐ

#### 3.3.2.1 ความรับผิดของรัฐเนื่องจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ละเมิด)

แต่เดิมนั้นระบบกฎหมายอังกฤษเห็นว่ากษัตริย์ไม่สามารถรับผิดได้ (The King can do no wrong) กรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ (ราชบัลลังก์) กระทำละเมิด คือ ประมาทเลินเล่อหรือจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น โดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะได้กระทำลงในการปฏิบัติหน้าที่ราชการก็ตาม หลักการดังกล่าวนี้ใช้มาจนกระทั่งรัฐสภาอังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีกับราชบัลลังก์ (Crown Proceedings Act) ในปี ค.ศ. 1947 กำหนดให้ราชบัลลังก์ (Crown) ต้องรับผิดชอบเหมือนกับบุคคลอื่น เอกชนผู้เสียหายจึงสามารถที่จะฟ้องราชบัลลังก์ให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่ตนได้ อย่างไรก็ตามเมื่อราชบัลลังก์ได้ชดใช้ค่าเสียหายไปแล้วก็มีสิทธิไปไล่เบี้ยจากองค์กรเจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดได้เช่นกัน ความรับผิดดังกล่าวของราชบัลลังก์จึงเป็นความรับผิดแทนองค์กรเจ้าหน้าที่ของตนไปก่อนเท่านั้น ผู้ที่จะต้องรับผิดโดยแท้จริงเป็นส่วนตัวก็ยังคงได้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดเช่นเดิม กล่าวอีกนัยหนึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความรับผิดชอบเหมือนหนึ่งบุคคลธรรมดาที่เป็นลูกจ้างบุคคลอื่นตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะละเมิด (Law of Tort) และโดยเหตุที่ระบบกฎหมายอังกฤษไม่ได้แบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ความรับผิดของเจ้าหน้าที่ที่เกิดจากการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่จึงไม่อาจถือว่าเป็นเรื่องละเมิดในทางปกครองได้

การที่กฎหมายอังกฤษกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ตนได้กระทำลงไปเสมือนกับความรับผิดของเอกชนทั่วไปนั้น สืบเนื่องมาจากอิทธิพลทางความคิดของนักกฎหมายอังกฤษที่มีชื่อเสียงและสำคัญที่สุดคนหนึ่ง คือ ไคซี (Dicey) จากการศึกษากฎหมายปกครอง (Droit Administratif) ที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศฝรั่งเศสในยุคสมัยของเขาทำให้ไคซีเห็นว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งแยกศาลปกครองออกเป็นอีกระบบหนึ่งจากศาลยุติธรรมนั้นเป็นการป้องกันช่วยเหลือไม่ให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดจากการกระทำละเมิดของตน ลักษณะดังกล่าวแตกต่างอย่างยิ่งจากระบบกฎหมายอังกฤษซึ่งไม่ยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอภิสิทธิ์ยิ่งกว่า

บุคคลธรรมดา เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดกระทำละเมิดเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นก็ต้องขึ้นศาลยุติธรรม และรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าวเหมือนกับบุคคลอื่น หลักการที่กล่าวมานี้แสดงให้เห็นถึงความเท่าเทียมกันของบุคคลภายใต้กฎหมายอันเป็นเนื้อหาสำคัญของหลัก “นิติธรรม” (The Rule of Law) ด้วยเหตุนี้ Dicey จึงเห็นว่าการแยกกฎหมายปกครองออกมาต่างหากจากกฎหมายอื่นนั้นย่อมไม่อาจมีในอังกฤษได้<sup>46</sup> ถึงแม้ว่าในปัจจุบันจะเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าการที่ Dicey เห็นว่าระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมจะเป็นความเข้าใจผิดก็ตาม แต่แนวความคิดพื้นฐานที่ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมไม่อาจอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าบุคคลอื่น และต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ตนได้ก่อขึ้นตามหลักเกณฑ์ของ Common Law เหมือนบุคคลทั่วไปก็มีอิทธิพลยิ่งในอังกฤษจนกระทั่งถึงปัจจุบัน<sup>47</sup>

### 3.3.2.2 ข้อยกเว้นความรับผิดทางละเมิด

ข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับหน่วยงานอื่นของรัฐในผลแห่งละเมิดที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำไป ที่สำคัญดังต่อไปนี้

#### 1) ข้อยกเว้นความรับผิดในส่วนที่เกี่ยวกับการตรากฎหมายของรัฐสภา

โดยเหตุที่ในระบบกฎหมายอังกฤษ รัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดจึงไม่มีความรับผิดใด ๆ เกี่ยวกับการตรากฎหมายที่จะเกิดขึ้นได้

#### 2) ข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับกิจการไปรษณีย์

แต่เดิมนั้นกิจการไปรษณีย์ถือเป็นกระทรวงหนึ่งในรัฐบาล (Department) อันเป็นราชการบริหารส่วนกลางซึ่งถือเป็นราชบัลลังก์ ซึ่งได้รับความคุ้มครองให้ไม่ต้องรับผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีต่อราชบัลลังก์<sup>48</sup> ต่อมาใน ค.ศ. 1969 ได้มีการปรับเปลี่ยน

<sup>46</sup> A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10<sup>th</sup> ed., 1950, at 193, 203. “In England the legal equality, or of the universal subjection of all classes to one law administered by the ordinary courts, has been pushed to its utmost limits. With us every official, from the Prime Minister down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibilities for every act done without legal justification as any other citizen.” p. 193.

<sup>47</sup> Arrow smith, Civil Liability and Public Authorities, 1992, p. 5.

<sup>48</sup> Sec. 9 (1) The Crown Proceedings Act 1947. “Subject as hereafter provided, no proceedings in tort shall lie against the Crown for anything done or omitted to be done in relation to a postal packet by any reason while employees as a servant or agent of the Crown, or for anything done or omitted to be done in relation to telephonic communication by any reason while so employed: nor shall any officer of the Crown be subject, except at the suit of the Crown to any civil liability for any of matter aforesaid.

โครงสร้างของกิจการไปรษณีย์จากที่เคยเป็นราชการบริหารส่วนกลางให้เป็นหน่วยงานอิสระทางปกครอง แต่ถึงแม้จะมีการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวกิจการไปรษณีย์ก็ยังคงได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดจากส่งพัสดุภัณฑ์อยู่ต่อไปไม่ว่าความเสียหายดังกล่าวจะเกิดจากเจ้าหน้าที่ของตนหรือจากผู้รับช่วงประกอบกิจการที่เป็นเอกชนก็ตาม ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติการไปรษณีย์ ค.ศ. 1969<sup>49</sup>

3) ข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับหน่วยงานที่ดูแลทางหลวงแผ่นดิน (Highway Authorities)

หน่วยงานที่ดูแลทางหลวงแผ่นดินย่อมไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นหากพิสูจน์ได้ว่าในการบำรุงรักษาดนนั้น คนได้ใช้ความระมัดระวังเท่าที่จำเป็นแล้ว ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติทางหลวงแผ่นดิน ค.ศ. 1980<sup>50</sup>

4) ข้อยกเว้นความรับผิดของหน่วยงานทางปกครอง: กรณี “ผู้รับใช้กฎหมาย” (Servant of the Law)

หน่วยงานทางปกครองย่อมไม่ต้องรับผิดสำหรับการกระทำละเมิดที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของตนได้กระทำไปในฐานะ “ผู้รับใช้กฎหมาย” (Servant) ข้อยกเว้นความรับผิดนี้ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดตาม Common Law<sup>51</sup> องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมถือว่าเป็นผู้รับใช้กฎหมาย หากกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติมอบอำนาจหน้าที่ให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยตรง เหตุผลที่อ้างในทางตำราถึงการไม่ต้องรับผิดของหน่วยงานทางปกครองในกรณีนี้ยังคงแตกต่างกันอยู่ นักกฎหมายบางคนเห็นว่ากรณีนี้เป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองไม่มีอำนาจที่จะควบคุมการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับมอบอำนาจโดยตรงในกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้จึงไม่ต้องรับผิด ในขณะที่บางคนเห็นว่ากรณีนี้เป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้กระทำการในฐานะเป็นองค์กร

---

(2) ... proceedings shall lie against the Crown under this subsection in respect of loss or damage to a registered inland postal packet, not being a telegram, in so far as the loss or damage is due to any wrongful act done or any neglect or default committed by a person employed as a servant or agent of the Crown while performing or purporting to perform his functions as such in relation to the receipt, carriage, delivery or other dealing with the packet.”

<sup>49</sup> Sec. 29 Post Office Act 1969 in Foulkes, Administrative Law, pp. 508-509.

<sup>50</sup> Sec. 58 (1) Highways Act 1980.

<sup>51</sup> Stanbury v. Exeter Corporation. (1905) 2 K.B. 258 Cited by Mayo, Die Haftung des Staates im englisches Recht, S. 132.

ฝ่ายปกครอง แต่กระทำการในฐานะเป็นองค์กรของรัฐสภาซึ่งไม่สามารถรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบทางละเมิดในฐานะนายจ้างลูกจ้างได้

โดยพื้นฐานของหลัก “นิติธรรม” การกระทำต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐต้องผูกพันอยู่กับกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น ฝ่ายบริหาร (ฝ่ายปกครอง) จะกระทำการล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็เมื่อมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจ ฝ่ายตุลาการ (ศาล) จะพิจารณาพิพากษาคดีใด ๆ ก็ต้องคำนึงอยู่เสมอว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราขึ้น (Statute Law) บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องที่เป็นข้อพิพาทไว้หรือไม่ หากมีศาลก็จำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายนั้นจะใช้กฎหมายที่พัฒนาขึ้นมาโดยศาลเองหรือ Common Law ไม่ได้ จะมีก็เฉพาะแต่ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นที่ไม่ถูกผูกพันใด ๆ ทั้งสิ้นในการตรากฎหมาย ทั้งนี้ตามหลัก “ความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา” (The Supremacy of the Parliament) ที่ยอมรับนับถือและให้อยู่ในอังกฤษคู่กับหลัก “นิติธรรม” ในปัจจุบัน โดยเหตุที่อังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรบัญญัติเรื่องเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองให้มีผลผูกพันการตรากฎหมายของรัฐสภาทำนองเดียวกับหลายประเทศในภาคพื้นยุโรปหรือประเทศไทย ดังนั้นในกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองกระทำการก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของบุคคล เช่น สิทธิในทรัพย์สิน บุคคลที่ได้รับความเสียหายดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องยอมรับผลอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีฐานในทางกฎหมายอันเกิดจากเจตจำนงทางการเมืองขององค์กรอัยปตย์ (รัฐสภา) รองรับนั้น ศาลของอังกฤษไม่มีอำนาจในการประกาศความเสียหายของบทบัญญัติที่ตราขึ้น โดยรัฐสภาหรือเพิกถอนคำสั่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำการตามกฎหมายได้ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติรัฐสภาอังกฤษจะกำหนดค่าทดแทนความเสียหายที่บุคคลได้รับไว้ในกฎหมายที่ตนตราขึ้นเสมอ ซึ่งจะยังผลให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกร้องต่อฝ่ายปกครองให้ชดใช้ค่าทดแทนแก่ตนได้ เช่น ค่าทดแทนการเวนคืน แต่ถ้าวรัฐสภาไม่ได้กำหนดค่าทดแทนความเสียหายไว้ ศาลย่อมไม่อาจกำหนดค่าทดแทนดังกล่าวให้ได้ กล่าวโดยสรุปในเบื้องต้นความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในการกระทำที่มีฐานทางกฎหมายรองรับที่จะต้องชดใช้ค่าทดแทนความเสียหายนั้น จำกัดอยู่เฉพาะในกรณีที่มิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น

### 3.4 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้างตามสัญญาทางปกครองในประเทศสหรัฐอเมริกา

ความรับผิดของรัฐบาลสหรัฐกรณีผู้รับจ้างเอกชนกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก<sup>52</sup> ก่อนปี ค.ศ. 1946 บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำตามอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานระดับรัฐบาลกลาง (Federal Agency) ไม่อาจฟ้องให้รัฐบาลสหรัฐรับผิดได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักการคุ้มกันที่ห้ามฟ้องร้องรัฐบาลและประมุขของรัฐ (Doctrine of Sovereign Immunity) รัฐบาลสหรัฐจะถูกฟ้องคดีเป็นจำเลยในศาลได้เฉพาะแต่กรณีที่รัฐบาลสหรัฐได้ให้ความยินยอม (ผ่านทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ) ไว้ก่อนเท่านั้น

ภายใต้หลักคุ้มกันที่ห้ามฟ้องร้องรัฐบาลและประมุขของรัฐ วิธีการเดียวที่ผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาจากการใช้สิทธิดั้งเดิมในการยื่นคำร้องต่อสภาองเกรสโดยตรงเพื่อขอค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน กรณีเช่นนี้ ผู้เสียหายจะต้องขอให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งหรือหลายคนเสนอร่างกฎหมายเพื่อการแก้ไขเยียวยาเฉพาะเรื่อง (Private Bill) ในนามของสมาชิกผู้นั้น โดยร่างกฎหมายดังกล่าวจะผ่านกระบวนการตรากฎหมายอย่างเดียวกันกับร่างกฎหมายประเภทอื่น นั่นคือต้องผ่านการพิจารณาของสภาทั้งสองและลงนามโดยประธานาธิบดีเพื่อประกาศบังคับใช้<sup>53</sup>

เนื่องจากที่ผ่านมา สภาองเกรสได้ออกกฎหมายเยียวยาผู้เสียหายเฉพาะรายเป็นจำนวนมากในแต่ละปีเพื่อลดภาระดังกล่าว สภาองเกรสจึงตราบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของรัฐบาลกลาง (Federal Tort Claim Act) ซึ่งเป็นกฎหมายระดับรัฐบาลกลางบัญญัติยกเว้นหลักคุ้มกันที่ห้ามฟ้องรัฐบาลและประมุขของรัฐเป็นคดีในศาล โดยกำหนดให้รัฐบาลสหรัฐรับผิดในผลแห่งละเมิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของลูกจ้างของหน่วยงานระดับรัฐบาลกลางที่กระทำการไปตามอำนาจหน้าที่

รัฐบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของรัฐบาลกลาง (Federal Tort Claim Act, 28 U.S.C. §§ 2671-2680) เฉพาะแต่การกระทำละเมิดของ “ลูกจ้างของหน่วยงานระดับรัฐบาลกลาง” (Federal Employee) ที่กระทำโดย “ประมาทเลินเล่อ หรือผิดกฎหมาย หรือละเลยต่อหน้าที่”<sup>54</sup>

<sup>52</sup> จาก *ความรับผิดของรัฐบาลสหรัฐกรณีผู้รับจ้างเอกชนกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก* (เอกสารอัดสำเนา) (น. 1-10), โดย สุชาติ วงศ์สินนาค, (ม.ป.ป.). กรุงเทพฯ: กลุ่มสนับสนุนงานวิชาการ สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด.

<sup>53</sup> From *Tort Law in the USA* (pp. 63-64), by Beau Baez III, 2010, MD: Kluwer Law International.

<sup>54</sup> 28 U.S.C.A. § 1346(b) “(1) Subject to the provisions of chapter 171 of this title, the district courts, together with the United States District Court for the district of the Canal Zone and the District Court of the

(Negligent or Wrongful Act or Omission) เท่านั้น ส่วนการกระทำละเมิดที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจ (Intentional Torts) ไม่อยู่ภายใต้บังคับของรัฐบาลบัญญัตินี้ เว้นแต่เป็นการกระทำของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายในการเข้าตรวจ ค้น ยึดหรืออายัดพยานหลักฐานต่าง ๆ หรือ มีอำนาจจับกุมตัวผู้ที่กระทำผิดกฎหมายของสหรัฐ (เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่เอฟบีไอ เป็นต้น)

มาตรา 2671 กำหนดคำนิยามของ “หน่วยงานระดับรัฐบาลกลาง”<sup>55</sup> (Federal Agency) ครอบคลุมถึงหน่วยงานในระดับรัฐบาลกลางทั้งหลายไม่ว่าจะอยู่ในฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ กองทัพ องค์การอิสระ หรือบริษัทที่จัดตั้งขึ้นโดยหน่วยงานระดับรัฐบาลกลาง แต่ทั้งนี้ไม่หมายความรวมถึง “ผู้รับจ้างของสหรัฐ” มาตรา 2671 ยังให้นิยาม “ลูกจ้างของหน่วยงานระดับรัฐบาลกลาง”<sup>56</sup> ว่าหมายความถึงเจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างของหน่วยงานระดับรัฐบาลกลาง ทั้งลูกจ้างชั่วคราว ลูกจ้างประจำและบุคคลที่เข้ามาทำหน้าที่ในงานราชการ โดยไม่ได้รับค่าตอบแทนด้วย

ลักษณะความรับผิดของรัฐบาลสหรัฐถูกกำหนดโดยกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของบุคคลในมลรัฐ (States) ที่เหตุละเมิดเกิดขึ้น โดยรัฐบาลสหรัฐจะต้องรับผิด “ในลักษณะและในขอบเขตเดียวกันกับที่บุคคลจะต้องรับผิดภายใต้สถานการณ์เดียวกันนั้น”<sup>57</sup>

Virgin Islands, shall have exclusive jurisdiction of civil actions on claims against the United States, for money damages, accruing on and after January 1, 1945, for injury or loss of property, or personal injury or death caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, under circumstances where the United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred.”

<sup>55</sup> “the executive departments, the judicial and legislative branches, the military departments, independent establishments of the United States, and corporations primarily acting as instrumentalities or agencies of the United States, but does not include contractor with the United States.”

<sup>56</sup> “(1) officers or employees of any federal agency, members of the military or naval forces of the United States, members of the National Guard while engaged in training or duty under section 115, 316, 502, 503, 504, or 505 of title 32, and persons acting on behalf of federal agency in an official capacity, temporarily or permanently in the service of the United States, whether with or without compensation, and

(2) any officer or employee of a Federal public defender organization, except when such officer or employee performs professional services in the course of providing representation under section 3006A of title 18.”

<sup>57</sup> 28 U.S.C.A. § 2674 “The United States shall be liable, respecting the provisions of this title relating to tort claims, in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances, but shall not be liable for interest prior to judgment or for punitive damage. ...”

ดังนั้น หากการกระทำใดของบุคคลซึ่งเป็นเอกชนไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายของมลรัฐที่การกระทำนั้นเกิดขึ้นแล้ว การกระทำอย่างเดียวกันของลูกจ้างของหน่วยงานระดับรัฐบาลกลาง แม้จะก่อให้เกิดความเสียหาย (และแม้จะต้องด้วยเหตุละเมิดตามกฎหมายของมลรัฐอื่นก็ตาม) ย่อมไม่เป็นละเมิดตามความหมายของรัฐบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐบาลกลาง ตัวอย่างเช่น กฎหมายของมลรัฐ North Carolina บัญญัติห้ามมิให้บุคคลที่ไม่ใช่ผู้ป่วย (A Non-Patient) ฟ้องคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางการแพทย์ (Medical Malpractice) รัฐบาลสหรัฐจึงไม่อาจถูกฟ้องโดยบุคคลเช่นว่านั้น (เช่น NGOs ที่ทำงานด้านการแพทย์ หรือ นักสังคมสงเคราะห์ เป็นต้น) เพื่อให้รับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เกิดจากการปฏิบัติวิชาชีพแพทย์ที่เกิดขึ้นในมลรัฐ North Carolina ได้

ก่อนการนำคดีมาฟ้องต่อศาลระดับรัฐบาลกลาง (Federal Court) โจทก์จะต้องทำคำร้องเป็นหนังสือเรียกว่า “คำร้องขอให้หน่วยงานรับผิดชอบกรณีละเมิดทางปกครอง” พร้อมทั้งระบุจำนวนเงินค่าเสียหายที่แน่นอนยื่นต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้มีคำวินิจฉัยชี้ค่าเสียหาย การที่โจทก์ไม่ได้ยื่นคำร้องดังกล่าวเพื่อให้มีการแก้ไขเยียวยาภายในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเสียก่อน หรือไม่ได้ระบุจำนวนเงินค่าเสียหายในคำร้อง หรือมีคำขอให้ศาลกำหนดจำนวนเงินในคำบังคับที่มากกว่าจำนวนเงินที่ตนได้ยื่นคำร้องต่อหน่วยงาน (เว้นแต่ได้พิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงหลักฐานใหม่หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหลังจากการยื่นคำร้องต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแล้ว) ศาลย่อมไม่มีอำนาจรับคดีไว้พิจารณาพิพากษาได้

ในการเยียวยาภายในหน่วยงานก่อนฟ้องคดี โจทก์จะต้องยื่นคำร้องต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องภายใน 2 ปีนับแต่มีการกระทำละเมิดซึ่งก็คือในเวลาที่มีความเสียหายเกิดขึ้นกับโจทก์ โดยหน่วยงานต้องพิจารณาและมีคำวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 6 เดือนนับแต่ได้รับคำร้องและโจทก์ต้องนำคดีมาฟ้องศาลรัฐบาลกลางภายใน 6 เดือนนับแต่วันที่หน่วยงานได้ส่งคำวินิจฉัยทางจดหมายลงทะเบียนให้แก่ผู้ยื่นคำร้องทราบ ในกรณีที่หน่วยงานไม่ได้มีคำวินิจฉัยอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้ยื่นคำร้องสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลในเวลาใดก็ได้หลังพ้น 6 เดือน นับแต่ยื่นคำร้อง โดยไม่ต้องรอผลการพิจารณาของหน่วยงาน

อย่างไรก็ตาม รัฐบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐบาลกลาง ได้บัญญัติจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีไว้หลายประการที่สำคัญ คือ กรณีที่เกี่ยวกับการกระทำทางนโยบายของรัฐและการกระทำที่มีลักษณะเป็นการใช้ดุลยพินิจ ไม่ว่าจะมีการใช้ดุลยพินิจโดยบิดเบือนหรือไม่ก็ตาม บุคคลย่อมไม่อาจฟ้องรัฐบาลสหรัฐให้รับผิดชอบในกรณีเหล่านี้ได้ภายใต้รัฐบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐบาลกลาง

ในกรณีการใช้ดุลยพินิจ หลักพิจารณาอยู่ที่ว่าลูกจ้างของหน่วยงานระดับรัฐบาลกลางมีเสรีภาพอยู่บ้างในการเลือกดำเนินการหรือมีคำสั่งหรือมีคำวินิจฉัยอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่

ตัวอย่างกรณีที่เป็นการใช้ดุลยพินิจ ได้แก่ การตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับการจับกุม คำวินิจฉัยที่ไม่วางแนวรั้วป้องกันตามถนน เป็นต้น อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่มีรัฐบัญญัติ (กฎหมาย) นโยบายของรัฐบาลกลาง หรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกำหนดเป็นบทบังคับให้ลูกจ้างของรัฐบาลกลางต้องกระทำการโดยไม่มีเสรีภาพในการเลือกให้ต่างไปจากการที่ได้กำหนดไว้แล้ว รัฐบาลสหรัฐย่อมไม่อาจอ้างเรื่องดุลยพินิจมาเป็นเหตุตัดอำนาจฟ้องของโจทก์ได้<sup>58</sup>

ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐบาลสหรัฐกรณีที่เป็นการกระทำละเมิดของผู้รับจ้างเอกชน รัฐบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐบาลกลางบัญญัติว่า “ผู้รับจ้างของสหรัฐ” ไม่อยู่ในความหมายที่เป็นลูกจ้างของหน่วยงานระดับรัฐบาลกลาง ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของผู้รับจ้างดังกล่าวโดยหลักย่อมไม่อยู่ในบังคับของรัฐบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐบาลกลาง แต่อย่างไรก็ตามศาลฎีกาสหรัฐวางหลักไว้ว่า รัฐบาลสหรัฐจะรับผิดชอบต่อผู้เสียหายกรณีละเมิดที่เกิดจากการกระทำของผู้รับจ้างหรือไม่นั้น ให้พิจารณาว่าผู้รับจ้างดังกล่าวเป็นผู้รับจ้างทำงานตามสัญญาโดยอิสระหรือไม่ หากเป็นผู้รับจ้างทำงานตามสัญญาโดยอิสระเสียแล้ว คู่สัญญาเอกชนต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดด้วยตนเองตามกฎหมายลักษณะละเมิดของมลรัฐที่การกระทำละเมิดเกิดขึ้น

ศาลฎีกาสหรัฐพิจารณาความเป็น “ผู้รับจ้างทำงานตามสัญญาโดยอิสระ” จากความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานกับผู้รับจ้างเอกชนใน 2 ประการ คือ<sup>59</sup> ประการแรก อำนาจของหน่วยงานในการควบคุมการกระทำทางกายภาพในรายละเอียดของผู้รับจ้างเอกชนมีมากน้อยเพียงใด โดยทั่วไปแล้วอำนาจของหน่วยงานจะเป็นประการใด เพียงใด จะกำหนดไว้ในข้อสัญญาประการที่สอง หน่วยงานได้แสดงพฤติกรรมที่เป็นการกำกับดูแลการดำเนินการของคู่สัญญาเอกชนในลักษณะวันต่อวันอย่างแท้จริงหรือไม่ ดังนั้นหากหน่วยงานไม่มีทั้งอำนาจในการควบคุมและกำกับดูแลดังกล่าว ผู้รับจ้างเอกชนที่กระทำละเมิดย่อมมีฐานะเป็นผู้รับจ้างทำงานตามสัญญาโดยอิสระ และต้องรับผิดชอบในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว โจทก์จึงไม่อาจฟ้องให้รัฐบาลสหรัฐรับผิดชอบในละเมิดที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้รับจ้างเอกชนนั้นได้

ตัวอย่างของผู้รับจ้างทำงานตามสัญญาโดยอิสระ เช่น บุคคลที่ถูกว่าจ้างโดยกรมป่าไม้ในการปรับระดับถนน<sup>60</sup> แพทย์ที่ทำงานในโรงพยาบาลและเรือนจำของรัฐส่วนมากก็เป็นผู้รับจ้างทำงานตามสัญญาโดยอิสระเช่นกัน เนื่องจากแพทย์เหล่านี้ดำเนินการว่าจ้างและควบคุม

<sup>58</sup> Berkovitz v. United States, 108 S.Ct. 1954 (1988); Shuler v. United States, 2008 WL 2728932 (D.C. Cir.).

<sup>59</sup> United States v. Orleans, 425 U.S. 807, 48 L.Ed.2d 390, 96 S. Ct. 1971 (1976).

<sup>60</sup> Curry v. U.S., 97F. 3d412 (10<sup>th</sup> Cir. 1996).

การทำงานของแพทย์ด้วยตนเอง และมีรายได้จากการเรียกเก็บเงินจากรัฐสำหรับค่าบริการของตน แม้หน่วยงานของรัฐบาลสหรัฐจะมีบทบาทในการคัดเลือกแพทย์ผู้มาทำหน้าที่ในโรงพยาบาลหรือ เรือนจำนั้นก็ตาม รัฐบาลสหรัฐก็ไม่ได้ดำเนินการใดที่มีลักษณะเป็นการควบคุมหรือกำกับดูแลการทำงานประจำวันของแพทย์เหล่านั้นเลย เช่น ในคดี *Linkous v. U.S.*, 142 F.3d 271 (5<sup>th</sup> Cir. 1998) โจทก์ซึ่งเป็นทหารบำนาญได้ฟ้องรัฐบาลสหรัฐเป็นจำเลยเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนสำหรับ ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดของแพทย์ที่รักษาตน ในโรงพยาบาลทหารข้อเท็จจริง รับฟังได้ว่า แพทย์ผู้รักษาโจทก์ได้รับค่าตอบแทนจากการให้บริการทางการแพทย์ของตน จ่ายเบี้ยประกันความรับผิดที่เกิดจากบริการทางการแพทย์ด้วยตนเอง และจ้างพยาบาลผู้ช่วยด้วย ตนเอง ถึงแม้ว่าแพทย์ผู้นั้นจะยังใช้สถานที่ของทางราชการ (โรงพยาบาลทหาร) ใช้เครื่องมือของ โรงพยาบาลทหารและต้องปฏิบัติตามระเบียบทางการแพทย์ของโรงพยาบาลทหารรวมถึง มีเจ้าหน้าที่ธุรการของโรงพยาบาลทหารทำงานด้านเลขานุการให้ก็ตาม ศาลก็วินิจฉัยว่าแพทย์ผู้นั้น ไม่ใช่ลูกจ้างของรัฐบาลสหรัฐ แต่เป็นผู้รับจ้างทำงานตามสัญญาโดยอิสระ

ในคดีประเภท “ลื่นและลื่น”<sup>61</sup> รัฐบาลสหรัฐมักจะไม่ได้เข้าไปควบคุมและกำกับดูแลการ ดำเนินงานของผู้รับจ้างเอกชนในคดี *Williams v. U.S.*, 50 F.3d 299 (4<sup>th</sup> Cir 1995) บริษัทเอกชน ที่ได้รับการว่าจ้างให้ทำความสะอาดและบำรุงรักษาสำนักงานซึ่งรัฐบาลสหรัฐได้เช่าไว้เพื่องาน ราชการยอมเป็นคู่สัญญาที่รับทำงานตามสัญญา โดยอิสระไม่มีฐานะที่จะถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ หรือลูกจ้างของรัฐบาลสหรัฐตามความหมายของรัฐบาลบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของ รัฐบาลกลาง เนื่องจากการทำความสะอาดและบำรุงรักษาสำนักงานของบริษัทตามสัญญาว่าจ้างนั้น ไม่มีพฤติการณ์ใดที่แสดงให้เห็นว่ารัฐบาลสหรัฐเข้ามากำกับดูแลและควบคุมการทำงานประจำวัน ของบริษัท อีกทั้งสัญญาจ้างระหว่างบริษัทกับรัฐบาลสหรัฐยังมีข้อความกำหนดในสัญญาให้บริษัท ต้องรับผิดชอบในการทำความสะอาดพื้นที่ให้สะอาดและไม่ลื่น รัฐบาลสหรัฐจึงไม่ต้องรับผิดในกรณี ที่บริษัทถูกกล่าวหาว่ากระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกซึ่งลื่นล้มบริเวณสำนักงานดังกล่าว นอกจากนี้ หากในสัญญามีข้อกำหนดให้ผู้รับจ้างเอกชนต้องจัดทำประกันภัยเกี่ยวกับความรับผิดต่อบุคคลภายนอกศาลมักจะถือว่าผู้ทำประกันภัยดังกล่าวเป็นผู้รับจ้างทำงานตามสัญญาโดยอิสระ<sup>62</sup> ซึ่ง โจทก์ไม่อาจฟ้องรัฐบาลสหรัฐให้รับผิดภายใต้รัฐบาลบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของ รัฐบาลกลางได้

<sup>61</sup> เช่น การลื่นและลื่นในสถานที่ทำการของหน่วยงานระดับรัฐบาลกลางเป็นความรับผิดชอบของผู้รับจ้างทำความสะอาดอาคาร รัฐบาลสหรัฐไม่ต้องรับผิด *Norman v. U.S.*, 111F.3d 356 (3<sup>rd</sup> Cir. 1997).

<sup>62</sup> From *Understanding Government Contract Law* (p. 62), by Terrence M. O'Connor, 2007, VA: Management Concepts.

ในกรณีที่รัฐบาลสหรัฐได้ทำสัญญาจ้างเอกชนทำงานตามสัญญาโดยอิสระแต่ตามข้อสัญญารัฐบาลสหรัฐยังคงเข้าไปเกี่ยวข้องอย่างมากในการดำเนินการตามข้อสัญญาของผู้รับจ้างเอกชน ดังนั้นเมื่อบุคคลภายนอกได้รับความเสียหายจากอุบัติเหตุจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากการกระทำละเมิดของผู้รับจ้างหรือผู้ว่าจ้าง (หน่วยงาน)

กรณีเช่นนี้ ศาลจะพิจารณาข้อสัญญาเป็นสำคัญว่าใครเป็นผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการตรวจสอบเกี่ยวกับความปลอดภัยและสภาพของสถานที่ทำงาน และใครเป็นผู้รับผิดชอบในการบำรุงรักษาประจำวันและใครเป็นผู้รับผิดชอบในการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยอาคารและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องของท้องถิ่นนั้น ๆ สัญญาจ้างเหล่านี้มักเกี่ยวข้องกับโครงการก่อสร้างต่าง ๆ แต่โดยทั่วไปศาลมักจะวินิจฉัยว่า รัฐบาลสหรัฐไม่อาจถูกฟ้องเป็นจำเลยภายใต้รัฐบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของรัฐบาลกลางสำหรับความเสียหายที่เกิดจากสภาพที่ไม่ปลอดภัยของทรัพย์สินที่รักษาและซ่อมบำรุงโดยผู้รับจ้างเอกชน แม้ความจะปรากฏว่า รัฐบาลสหรัฐได้สงวนสิทธิไว้ในข้อสัญญาที่จะตรวจสอบงานของผู้รับจ้างและมีอำนาจในการรับสั่งให้ผู้รับจ้างหยุดทำงานเพื่อความปลอดภัยได้ก็ตาม

โดยทั่วไปดังที่ได้พิจารณาข้างต้น หากศาลวินิจฉัยว่าผู้รับจ้างเป็นผู้รับจ้างทำงานตามสัญญาโดยอิสระ ผู้รับจ้างต้องรับผิดชอบในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว โจทก์ไม่สามารถฟ้องให้รัฐบาลสหรัฐรับผิดได้ แต่ก็มีปัญหาอีกว่าในกรณีที่รัฐบาลสหรัฐ (หรือหน่วยงานระดับรัฐบาลกลาง) กำหนดแบบเฉพาะของผลิตภัณฑ์ที่ผู้รับจ้างจะต้องผลิตขึ้นมาให้ได้ตามแบบนั้น ใครจะเป็นผู้รับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เกิดจากความบกพร่องของผลิตภัณฑ์ต่อบุคคลภายนอกและหากรัฐบาลสหรัฐได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดทั้ง ๆ ที่เป็นผู้กำหนดรายละเอียดและแบบเฉพาะของผลิตภัณฑ์ ในขณะที่ผู้รับจ้างในการผลิตผลิตภัณฑ์ตามแบบที่กำหนดนั้นกลับต้องรับผิดชอบในการเฉพาะต่อบุคคลภายนอกในผลแห่งละเมิดที่เกิดจากความบกพร่องของผลิตภัณฑ์กรณีนี้ย่อมเห็นได้ชัดว่าไม่ยุติธรรมต่อผู้รับจ้าง

ในเรื่องที่เกี่ยวกับความรับผิดจากความบกพร่องของผลิตภัณฑ์นั้น ศาลฎีกาสหรัฐได้นำหลักการคุ้มครองการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่มาปรับใช้กับการกระทำของผู้รับจ้างด้วย คดีสำคัญที่วางหลักนี้ คือ คดี *Boyle v. United Technologies Corp.*, 487 U.S. 500 (1988)<sup>63</sup> ศาลฎีกาสหรัฐวินิจฉัยว่าการที่รัฐบาลสหรัฐได้ดำเนินการออกแบบสร้างเฮลิคอปเตอร์โดยไม่คำนึงถึงระบบความปลอดภัยที่จะคิดที่นั่งของนักบินที่สองออกจากเครื่องเมื่อเกิดเหตุฉุกเฉินในแบบการสร้างเฮลิคอปเตอร์ด้วยนั้นเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจ รัฐบาลสหรัฐไม่อาจถูกฟ้องเป็นจำเลยให้รับผิดเนื่องจากความประมาทเลินเล่อในการออกแบบเฮลิคอปเตอร์ดังกล่าว ซึ่งเป็นเหตุให้ David A.

<sup>63</sup> *Tort Law in the USA* (pp. 63). Op.cit.

Boyle นักบินที่สองแห่งราชนาวิกสหรัฐต้องเสียชีวิตจากการจมน้ำหลังจากเฮลิคอปเตอร์ของตนเกิดอุบัติเหตุและไม่มีระบบติดตัวนักบินที่สอง และด้วยเหตุที่ผู้รับจ้างได้ทำการสร้างเฮลิคอปเตอร์ตามแบบเฉพาะดังกล่าว โจทก์จึงไม่อาจฟ้องผู้รับจ้างเอกชนที่ผลิตตามแบบนั้นให้รับผิดชอบในผลแห่งละเมิดได้ด้วยแต่หากการอ้างเกี่ยวกับความบกพร่องในการผลิต ผู้รับจ้างเอกชนอาจต้องรับผิดชอบเป็นการเฉพาะตัวตามกฎหมายละเมิดของมลรัฐที่เกี่ยวข้อง ซึ่งกรณีนี้ไม่อยู่ในบังคับของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐบาลกลางเช่นเดียวกัน<sup>64</sup>

นอกจากนี้ รัฐบาลสหรัฐอาจต้องรับผิดชอบ หากมลรัฐที่การกระทำละเมิดเกิดขึ้นมีกฎหมายบัญญัติ (หรือศาลได้วางหลักยอมรับ) ถึงหน้าที่หรือความรับผิดชอบบางประการของผู้ว่าจ้างที่ไม่สามารถถ่ายโอนโดยสัญญาจ้างให้เป็นเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบของผู้รับจ้างได้ ซึ่งส่วนมากมักจะเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของบุคคลที่สามหรือของประชาชน เช่น รัฐบาลสหรัฐอาจต้องรับผิดชอบสำหรับการทิ้งขยะที่มีพิษที่ดำเนินการโดยผู้รับจ้างเอกชนหากขยะมีพิษดังกล่าวเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงเป็นพิเศษได้<sup>65</sup> ความล้มเหลวในการให้คำแนะนำที่ถูกต้องกับหัวหน้างานของผู้รับจ้างเอกชนที่เกี่ยวกับการปิดสวิทช์ไฟฟ้าในฐานทัพเรือ หน่วยงานผู้ว่าจ้างย่อมต้องรับผิดชอบเมื่อเกิดเพลิงไหม้จากไฟฟ้าลัดวงจร<sup>66</sup> เป็นต้น

สรุปรัฐธรรมนูญว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐบาลกลาง บัญญัติยกเว้นหลักการคุ้มกันที่ห้ามฟ้องรัฐบาลและประมุขของรัฐเป็นคดีในศาล ประชาชนจึงมีสิทธิฟ้องรัฐบาลสหรัฐให้รับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างของหน่วยงานระดับรัฐบาลกลางได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นหลายประการที่สำคัญก็คือ ประชาชนไม่อาจฟ้องให้รับผิดชอบหากเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่

การที่จะหาแนวคำพิพากษาที่แน่นอนเกี่ยวกับเรื่องที่ว่ารัฐบาลสหรัฐต้องรับผิดชอบแทนผู้รับจ้างเอกชนเป็นเรื่องยากพอสมควร เนื่องจากรัฐธรรมนูญว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐบาลกลางเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการฟ้องคดี ส่วนรัฐบาลสหรัฐจะรับผิดชอบในเรื่องใดอย่างไร และขอบเขตเพียงใดเป็นเรื่องทางสารบัญญัติซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายลักษณะละเมิดของแต่ละมลรัฐที่การกระทำละเมิดเกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาสหรัฐและศาลในระดับรัฐบาลกลางได้วางหลักพอเป็นแนวทางว่า รัฐบาลสหรัฐจะเข้ามารับผิดแทนผู้รับจ้างเอกชนก็ต่อเมื่อรัฐบาลสหรัฐหรือหน่วยงานระดับรัฐบาลกลางผู้ว่าจ้าง ได้เข้ามามีบทบาทในการควบคุมและกำกับดูแลการ

<sup>64</sup> From *Emanuel Law Outlines: Administrative Law* (p. 196), by Jack Beemann, 2006, NY: Aspen Publishers.

<sup>65</sup> *State of New York v. Shore Realty v. Aar Technical Svc. Ctr.*, 648 F. Supp. 255 (E.D.N.Y. 1986).

<sup>66</sup> *Hamilton v. U.S.*, Civ. #93-150-Civ-J-20 (M.D. Fla., Sept.2, 1994).

ทำงานของผู้รับจ้างในลักษณะวันต่อวัน หากไม่มีการควบคุมและกำกับดูแลดังกล่าวเสียแล้ว ผู้รับจ้างเอกชนย่อมมีฐานะเป็นผู้รับจ้างทำงานตามสัญญาโดยอิสระ ผู้เสียหายไม่อาจฟ้องรัฐบาลสหรัฐให้รับผิดชอบคดีดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐบาลกลางได้

### 3.5 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้างตามสัญญาทางปกครองในประเทศอิตาลี<sup>67</sup>

ความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองเพื่อความเสียหายอันเอกชนผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำงานที่ว่าจ้างหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบหรือไม่อย่างไรและรับผิดชอบในฐานะอะไร เพื่อความเข้าใจอย่างเป็นระบบแบ่งเป็น 6 ส่วน ดังนี้ สัญญาของฝ่ายปกครอง สัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองต่อบุคคลภายนอก ข้อยกเว้นกรณีที่หน่วยงานผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ตัวอย่างแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองต่อบุคคลภายนอก และสัญญาจ้างช่วง

เดิมไม่ว่าจะเป็นการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะหรือการจัดทำบริการสาธารณะล้วนแล้วแต่เป็นภารกิจซึ่งหน่วยงานทางปกครองเป็นผู้ดำเนินการเอง แต่เมื่อเวลาผ่านไป รัฐก็ได้พยายามจะจำกัดภารกิจของตนเองลง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อประเทศอิตาลีต้องเผชิญภาวะถดถอยทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรงและเผชิญปัญหาวิกฤตเศรษฐกิจอันเนื่องมาจากหนี้สาธารณะ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องลดภาระด้านงบประมาณลง ประกอบกับมีแนวคิดที่ว่า รัฐไม่จำเป็นต้องดำเนินการทุกอย่างเอง บางเรื่องหากมอบหมายให้ภาคเอกชนทำได้ดีกว่า คล่องตัวกว่า รัฐจึงปรับลดภารกิจของตนเอง โดยดำเนินการแต่ภารกิจหลัก ๆ ได้แก่ ด้านการยุติธรรม ด้านการรักษาความปลอดภัยของสังคม ด้านการรักษาความมั่นคงของประเทศ ด้านการศึกษา ด้านสาธารณสุข เป็นต้น ส่วนภารกิจอื่น ๆ เช่น การจัดทำบริการสาธารณะที่เดิมดำเนินการโดยรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ สายการบิน หรือพลังงาน ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นกิจการของรัฐที่ประสบภาวะขาดทุนเรื้อรัง ก็ถูกแปรรูปเป็นบริษัทตามกฎหมายเอกชน หรือภารกิจด้านการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะรัฐก็จัดทำโดยการทำสัญญาจ้างให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนรัฐ เป็นต้น

<sup>67</sup> จาก ความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองเพื่อความเสียหายอันเอกชนผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ (*appalto del lavoro pubblico*) ได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำงานที่ว่าจ้าง (เอกสารอัดสำเนา) (น. 1-12), โดย กาญจนา ปัญญานนท์, กรุงเทพฯ: กลุ่มสนับสนุนงานวิชาการ สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด.

นอกจากนี้ นับแต่ปี ค.ศ. 2005 เป็นต้นมา ได้มีการเปลี่ยนแนวคิดเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของหน่วยงานของรัฐเสียใหม่ จากแนวคิดเดิมที่ว่า “โดยหลักแล้วหน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินกิจการ โดยอยู่ในแดนของกฎหมายมหาชนเป็นหลัก เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นจึงจะสามารถดำเนินกิจการในแดนของกฎหมายเอกชนได้” เป็นแนวความคิดที่ว่า “เว้นแต่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานของรัฐ (เช่น การใช้อำนาจทางปกครองในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง) การดำเนินกิจการของหน่วยงานนอกเหนือจากนี้ให้อยู่ในบริบทของกฎหมายเอกชน เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ทั้งนี้ ตามมาตรา 1 วรรคหนึ่ง ทวิ แห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เลขที่ 241/1990 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติเลขที่ 15/2005 หลักการใหม่ดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นนวัตกรรมทางกฎหมายปกครองอิตาลีซึ่งได้ก้าวข้ามแนวความคิดเดิมเกี่ยวกับการดำเนินการกิจของรัฐ

### 3.5.1 สัญญาทางปกครอง

ก่อนที่จะพิจารณาความหมายของสัญญาจ้างก่อสร้างโยธาสาธารณะและความรับผิดชอบของคู่สัญญาพึงพิจารณาลักษณะเบื้องต้นของสัญญาของฝ่ายปกครอง ตามกฎหมายอิตาลีเสียก่อน

เมื่อพิจารณาตรา 3 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายสัญญาของฝ่ายปกครอง จะเห็นได้ว่าสัญญาของฝ่ายปกครองแบ่งออกเป็นสามประเภท คือ

- 1) สัญญาจ้างก่อสร้างทำงานโยธาสาธารณะ (เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองจ้างให้เอกชนสร้าง รื้อถอน ซ่อมแซม หรือปรับปรุงอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ)
- 2) สัญญาพัสดุ (เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในการจัดซื้อ จัดหา เช่าทรัพย์สิน หรือให้เช่าทรัพย์สินของหน่วยงานทางปกครอง) และ
- 3) สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ (เป็นสัญญาที่ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนหน่วยงานทางปกครอง โดยเอกชนมีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการ)

อย่างไรก็ดีสัญญาของฝ่ายปกครองของอิตาลีมีลักษณะบางประการแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งโดยแท้ กล่าวคือ

- 1) กระบวนการในการเข้าสู่สัญญา คือ ขั้นตอนในการแสดงเจตนาของหน่วยงานทางปกครองในการเข้าทำสัญญานั้น มีการใช้อำนาจทางปกครองและในขั้นตอนนี้ฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1990 จึงได้กำหนดวิธีการแสดงเจตนาที่จะเข้าผูกนิติสัมพันธ์ของฝ่ายปกครอง โดยมีความแตกต่างจากการแสดงเจตนาของเอกชน เพราะในขณะที่เอกชนมีอิสระในการเลือกคู่สัญญาและรูปแบบของสัญญา และอิสระดังกล่าวถูกจำกัดเฉพาะเมื่อขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น แต่การแสดงเจตนาเพื่อเข้าผูกนิติสัมพันธ์ในสัญญาของหน่วยงานทางปกครองนั้น ความเป็นอิสระในการทำสัญญา

จะถูกจำกัดมากกว่าเอกชน ด้วยเหตุที่การดำเนินงานของหน่วยงานทางปกครองเป็นการดำเนินการโดยเงินภาษีของประชาชน หน่วยงานทางปกครองจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและกระบวนการเข้าสู่สัญญาต้องมีความโปร่งใส ตรวจสอบได้ และอธิบายเหตุผลได้เสมอ ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการแสดงเจตนาของหน่วยงานทางปกครองเพื่อเข้าทำสัญญา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องอำนาจในการทำสัญญา การประกาศประกวดราคา วิธีการและขั้นตอนในการประกวดราคา การเลือกคู่สัญญา ซึ่งในขั้นตอนเหล่านี้ฝ่ายปกครองดำเนินการโดยใช้อำนาจทางปกครอง ดังนั้น ข้อพิพาทอันเกิดขึ้นในขั้นตอนดังกล่าว จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

2) ในการจัดทำสัญญา กฎหมายบังคับให้จะต้องทำในรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

3) ในการบังคับตามสัญญาหน่วยงานทางปกครองมีความจำเป็นที่จะกำกับดูแลการปฏิบัติตามสัญญาโดยผ่านผู้แทนหรือผู้ควบคุมงานที่ได้รับการแต่งตั้งอย่างเป็นทางการ

4) กฎหมายรับรองให้หน่วยงานทางปกครองมีสิทธิที่จะประเมินสถานการณ์ใหม่และเปลี่ยนแปลงรายละเอียดบางประการระหว่างการบังคับตามสัญญาได้ แต่ต้องชำระส่วนต่างของค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น

5) เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินการบางประการเพื่อควบคุมให้มีการปฏิบัติตามสัญญา

จะเห็นได้ว่าสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทหนึ่งสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น เป็นเครื่องมือชนิดหนึ่งของฝ่ายปกครองในการดำเนินภารกิจให้บรรลุผล มีข้อสังเกตว่า กฎหมายอิตาลีไม่มีแนวคิดในเรื่องสัญญาทางปกครองดังเช่นในประเทศไทยหรือประเทศฝรั่งเศส แต่มีแนวคิดในเรื่องสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งทุกสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองทำเป็นสัญญาของฝ่ายปกครอง เป็นสัญญาที่จัดทำขึ้น โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายเอกชน หน่วยงานทางปกครองอยู่ในฐานะเดียวกันกับเอกชนคู่สัญญา สัญญาของฝ่ายปกครองจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่ง ด้วยเหตุนี้ เมื่อเกิดสัญญาของฝ่ายปกครองแล้วข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

อย่างไรก็ดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองทั้งหมดก็ไม่ได้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมแต่เพียงอย่างเดียว แต่ข้อพิพาทบางส่วนอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองด้วย ดังนั้น การพิจารณาว่าข้อพิพาทใดอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลใดนั้นสามารถแยกพิจารณาออกเป็นสองขั้นตอน ดังนี้ ประการแรก ขั้นตอนก่อนทำสัญญาได้แก่ ประกาศ

ประกวดราคา การประกวดราคา การคัดเลือกคู่สัญญา เป็นต้น เนื่องจากดังที่กล่าวมาแล้วว่าสัญญาของฝ่ายปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง โดยแท้ในส่วนของการแสดงเจตนาของหน่วยงานทางปกครอง มาตรา 133 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศีกษาปกครอง ค.ศ. 2010 จึงบัญญัติให้ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนในการแสดงเจตนาเพื่อเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเพราะในส่วนนี้มีการใช้อำนาจทางปกครอง ประการที่สอง ขั้นตอนเมื่อได้มีการทำสัญญาแล้ว ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา ข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา ตลอดจนข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทน ความเสียหายแก่บุคคลภายนอกในละเมิดที่เกิดระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา ข้อพิพาทภายหลังจากการทำสัญญาแล้วนี้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

### 3.5.2 สัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ

เมื่อหน่วยงานทางปกครองประสงค์จะก่อสร้าง ปรับปรุง ซ่อมแซมสิ่งสาธารณูปโภค หรืออสังหาริมทรัพย์ของรัฐ หน่วยงานจะทำสัญญาจ้างให้เอกชนดำเนินการดังกล่าวโดยทำเป็นสัญญาจ้างงานโยธาสาธารณะ ซึ่งสัญญานี้แม้ว่าจะมีคู่กรณีเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีวัตถุประสงค์ในการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น สร้างถนน ขุดอุโมงค์ ขุดท่อเพื่อติดตั้งระบบไฟฟ้า ประปา แก๊ส หรือโทรศัพท์ เป็นต้น หรือเพื่อซ่อมแซมสิ่งสาธารณูปโภคดังกล่าว ซึ่งล้วนเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะและการดำเนินการตามสัญญาจะทำภายใต้การกำกับดูแลอันเข้มขันของหน่วยงานทางปกครอง อย่างไรก็ตาม อำนาจของหน่วยงานทางปกครองในการเข้าแทรกแซงหรือกำกับดูแลก็ไม่อาจทำให้ความมีอิสระในการทำงานที่จ้างของคู่สัญญาฝ่ายผู้รับจ้างหมดสิ้นไป ผู้รับจ้างยังคงมีอิสระในการทำงานเช่นเดิม นอกจากนี้วัตถุประสงค์หลักของสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะนั้นมีเพียงเพื่อให้ผู้รับจ้างทำงานก่อสร้างให้แล้วเสร็จ มิได้เป็นการมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองแต่อย่างใด โดยหน่วยงานทางปกครองตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งงานนั้น สัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะนี้จึงเป็น “สัญญาจ้างทำของ” ตามประมวลกฎหมายแพ่ง

### 3.5.3 ความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองต่อบุคคลภายนอก

เมื่อสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ดังนั้น ความรับผิดชอบระหว่างคู่สัญญาและความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกก็ย่อมเป็นไปตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งเห็นได้ว่า ผู้รับจ้างทำของเป็นผู้รับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่ตนได้ก่อให้เกิดแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่จ้าง จึงส่งผลให้โดยหลักแล้วผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างทำของได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่ว่าจ้าง เพราะผู้รับจ้างทำของนั้นมีอิสระในการดำเนินการเพื่อทำการงานให้สำเร็จโดยใช้เครื่องมือและบุคลากรของตนเอง และถึงแม้ว่าใน

สัญญาจ้างทำของที่ทำกับหน่วยงานทางปกครอง หน่วยงานจะมีอำนาจกำกับดูแลอย่างเข้มข้นมากกว่าสัญญาจ้างทำของระหว่างเอกชนด้วยกันเองก็ตาม แต่การกำกับดูแลและการแทรกแซงของหน่วยงานทางปกครอง นั้นก็อยู่ในขอบเขตของการกำกับดูแลเพื่อตรวจรับงานเป็นระยะ ๆ เพื่อให้ผลของงานที่ทำเป็นไปตามสัญญาที่หน่วยงานได้ว่าจ้างให้จัดทำเท่านั้น มิได้ทำให้ความมีอิสระในการปฏิบัติตามสัญญาของเอกชนผู้รับจ้างเสียไปแต่อย่างใด เมื่อเกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำงานที่จ้าง ผู้รับจ้างจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนั้น ดังนั้น การที่หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดแก่บุคคลภายนอก เนื่องจากเหตุผลสามประการดังนี้ ประการแรก ในกระบวนการเลือกคู่สัญญา หน่วยงานผู้ว่าจ้างได้ทำการคัดสรรผู้รับจ้างอย่างระมัดระวังแล้ว ประการที่สอง ผู้รับจ้างมีอิสระในการดำเนินงานตามสัญญาประการที่สาม การดำเนินการตามสัญญาของผู้รับจ้างนั้นเป็นการดำเนินการที่ผู้รับจ้างมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อความเสี่ยง ผู้รับจ้างมีหน้าที่พึงระมัดระวังในฐานะผู้มีวิชาชีพในการก่อสร้าง

อนึ่ง เพื่อป้องกันความเสียหายอันจะเกิดแก่บุคคลภายนอกในระหว่างการทำงานที่จ้างประมวลสัญญาของฝ่ายปกครอง มาตรา 129 ได้บัญญัติให้เป็นหน้าที่ของผู้รับจ้างทำของในการทำประกันภัยความเสียหายอันเกิดแก่บุคคลภายนอก ทั้งนี้ ความรับผิดชอบของผู้รับจ้างทำของต่อบุคคลภายนอกจะมีจนถึงเวลาที่ตรวจรับและส่งมอบงานแล้ว อนึ่ง ในสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธา สาธารณะจะระบุไว้ในข้อสัญญาหนึ่งว่า หากผู้รับจ้างไม่รับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่บุคคลภายนอก กรณีดังกล่าวอาจเป็นเหตุให้หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาได้อีกด้วย จะเห็นได้ว่ากฎหมายอิตาลีได้สร้างระบบที่คุ้มครองบุคคลภายนอกจากความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการทำงานที่จ้างไว้อย่างดีแล้ว โดยบังคับให้ผู้รับจ้างต้องทำประกันภัยความเสียหายต่อบุคคลภายนอก

### 3.5.4 ข้อยกเว้นกรณีที่หน่วยงานผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก

แม้ว่าโดยหลักแล้ว ผู้รับจ้างเป็นผู้รับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำงานที่จ้าง อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ศาลฎีกาได้มีแนวคำพิพากษาว่า กรณีดังต่อไปนี้หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบ

#### 3.5.4.1 กรณีที่หน่วยงานต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว

1) กรณีที่ผู้รับจ้างทำงานภายใต้คำสั่งและการบังคับบัญชาของหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้าง หน่วยงานจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายแต่เพียงผู้เดียวเพราะผู้รับจ้างดำเนินการตามการบังคับบัญชาเสมือนหนึ่งเป็นแขนขา หรือเป็นเครื่องมือของหน่วยงานทางปกครอง เอกชนผู้รับจ้างต้องทำตามคำสั่งของหน่วยงาน โดยไม่มีอิสระในการตัดสินใจหรือ

ในการทำงานที่จ้างเลย ต้องปฏิบัติตามคำสั่งเสมือนหนึ่งเป็นลูกจ้างตามสัญญาแรงงาน กรณีนี้หากเกิดความเสียหายใด ๆ ขึ้นหน่วยงานผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนต่อบุคคลภายนอก เพราะการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นส่งผลให้ความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของได้ลดระดับลงจนกลายเป็นความสัมพันธ์ตามสายการบังคับบัญชาแล้ว

หากเป็นกรณีที่หน่วยงานผู้ว่าจ้างใช้อำนาจหน้าที่ของตนในการกำกับดูแลการดำเนินการของผู้รับจ้าง โดยเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามปกติแล้ว หากเกิดความเสียหายขึ้นอันเนื่องมาจากการดำเนินการของผู้รับจ้าง ผู้รับจ้างต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันเกิดต่อบุคคลภายนอก แม้ว่าตามสัญญาจ้างก่อสร้างนั้นหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างจะมีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลการทำงานตามสัญญาจ้างทำของก็ตาม และแม้อำนาจในการกำกับดูแลดังกล่าวจะลดทอนความอิสระในการดำเนินการตามสัญญาของผู้รับจ้างอยู่บ้าง โดยหากเป็นสัญญาจ้างก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างจะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งเป็นผู้อำนวยการโครงการ เพื่อให้มีหน้าที่กำกับดูแลโครงการก่อสร้าง ถึงแม้ว่าในการกำกับดูแลเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะใช้อำนาจในการกำกับดูแลหรือเข้าแทรกแซงการทำงานที่จ้างอย่างเข้มข้นหรือต่อเนื่องเพียงใดก็ตาม แต่การเข้าแทรกแซงดังกล่าวก็ไม่อาจเปลี่ยนอิสระในการทำงานของผู้รับจ้างให้ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของหน่วยงานโดยสิ้นเชิงได้ ผู้รับจ้างยังคงมีหน้าที่ในการทำงานที่จ้างด้วยความระมัดระวังในฐานะผู้มีวิชาชีพในการก่อสร้าง ซึ่งเมื่อเห็นว่าอาจเกิดความเสียหายขึ้นก็มีหน้าที่ในการแจ้งให้หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างทราบ หากไม่แจ้งแล้วเกิดความเสียหายขึ้นผู้รับจ้างก็ต้องรับผิดชอบ แต่ถ้าได้แจ้งต่อหน่วยงานผู้ว่าจ้างให้ทราบแล้ว แต่หน่วยงานยังยืนยันให้ทำต่อไป กรณีนี้การดำเนินการตามคำสั่งของหน่วยงานเป็นการดำเนินการภายใต้การบังคับบัญชา เอกชนผู้รับจ้างไม่มีอิสระในการดำเนินการเป็นอย่างอื่น หากเกิดความเสียหายขึ้นหน่วยงานผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว

ศาลฎีกาวางหลักว่า ผู้รับจ้างนั้น ไม่เพียงแต่มีหน้าที่ในการระมัดระวังความเสียหายจากการทำางานที่จ้าง กรณีที่เห็นว่าโครงการมีข้อผิดพลาดก็มีหน้าที่จะต้องแจ้งให้หน่วยงานผู้ว่าจ้างทราบ หรือเห็นว่าคำสั่งของผู้ว่าจ้างผิดพลาด หรือคำสั่งของผู้อำนวยการโครงการผิดพลาดก็ต้องแจ้งและโต้แย้งว่ามีความผิดพลาด หากไม่แจ้งหรือโต้แย้งแล้วยังดำเนินการต่อไป หากความเสียหายเกิดต่อบุคคลภายนอกผู้รับจ้างก็ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าได้โต้แย้งหรือแจ้งให้หน่วยงานทราบแล้วแต่หน่วยงานบอกให้ดำเนินการต่อไป เพราะหน่วยงานเห็นว่าจะไม่เกิดความเสียหายใด ๆ ขึ้นหากต่อมาเกิดความเสียหาย กรณีนี้หน่วยงานผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว

นอกจากนี้ ศาลปกครอง โดยสภาแห่งรัฐก็ได้วินิจฉัยในเรื่องนี้ไว้เช่นเดียวกันว่า โดยหลักแล้วในสัญญาจ้างทำของ รวมถึงสัญญาจ้างทำของของหน่วยงานทางปกครองด้วย ผู้รับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียวในความเสียหายอันเกิดในระหว่างการดำเนินการทำงานที่จ้าง

แก่บุคคลภายนอก คือ ผู้รับจ้าง แม้ว่าฝ่ายผู้ว่าจ้างจะเป็นหน่วยงานทางปกครองซึ่งมีหน้าที่ในการกำกับดูแลการดำเนินงานอย่างใกล้ชิดยิ่งกว่าสัญญาจ้างทำของระหว่างเอกชนก็ตาม แต่ผู้รับจ้างก็ยังคงมีหน้าที่ในการทำงานด้วยความระมัดระวังและมีหน้าที่ทำงานให้ถูกต้องตามหลักวิชาชีพ และจะต้องใช้ความพยายามทุกวิถีทางในการป้องกันความเสียหายอันอาจเกิดแก่บุคคลภายนอก อย่างไรก็ตาม หน่วยงานจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อบุคคลภายนอกก็ต่อเมื่อความเสียหายดังกล่าวเป็นผลโดยตรงมาจากคำสั่งของหน่วยงาน โดยการสั่งการดังกล่าวต้องเป็นไปในลักษณะที่ไม่เปิดโอกาสให้ผู้รับจ้างได้ตัดสินใจหรือตัดโอกาสดังกล่าวของผู้รับจ้าง

2) กรณีความผิดจากการที่หน่วยงานละเลยในการแจ้งข้อมูลแก่ผู้รับจ้าง เช่น กรณีที่หน่วยงานทำสัญญาจ้างให้ผู้รับเหมาเอกชนรายหนึ่งทำการขุดอุโมงค์ ทั้งที่ทราบว่ามีสายไฟฟ้าอยู่ใต้ดินบริเวณที่ขุดเจาะ แต่กลับละเลยไม่แจ้งให้ผู้รับจ้างทราบ ส่งผลให้ในการขุดเจาะโดนสายไฟฟ้าทำให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย กรณีนี้หน่วยงานจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายแต่เพียงผู้เดียว เป็นต้น

#### 3.5.4.2 กรณีต้องร่วมรับผิดชอบ

หน่วยงานจะต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายต่อบุคคลภายนอก หากหน่วยงานซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลบกร่องในการทำน้ำที่ดังกล่าว เพราะมีหน้าที่ในการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้แต่ไม่ทำ กรณีที่ถือได้ว่าหน่วยงานบกร่องต่อหน้าที่ในการกำกับดูแล คือ กรณีหน่วยงานได้ละเลยต่อหน้าที่ในการกำกับดูแลการทำงานของผู้ว่าจ้างโดยสิ้นเชิง นอกจากนี้ หน่วยงานต้องร่วมรับผิดชอบในกรณีที่ความเสียหายต่อบุคคลภายนอกเป็นผลโดยตรงจากคำสั่งของหน่วยงานทางปกครอง และคำสั่งดังกล่าวต้องเป็นคำสั่งที่ลิดลิตระในการทำงานที่จ้างของผู้รับจ้างเพียงบางส่วนเท่านั้น หากเป็นคำสั่งที่ทำให้ผู้รับจ้างหมดอิสระในการทำงานหน่วยงานต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว

อีกกรณีหนึ่งที่หน่วยงานต้องร่วมรับผิดชอบ คือ กรณีที่ความเสียหายเกิดจากการที่หน่วยงานมอบหมายงานให้เอกชนผู้รับจ้างทำของที่ไม่มีความสามารถเพียงพอในการทำงานที่จ้าง ในกรณีนี้หน่วยงานบกร่องเพราะมิได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการคัดเลือกคู่สัญญา กรณีที่จะถือได้ว่าผู้รับจ้างไม่มีความสามารถเพียงพอ ได้แก่ ผู้รับจ้างไม่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผู้รับงานภาครัฐ ไม่มีความสามารถทั้งทางเทคนิค ทางวิชาชีพและขาดประสบการณ์ เป็นต้น เมื่อการขาดคุณสมบัติดังกล่าวเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกหน่วยงานต้องร่วมรับผิดชอบ

3.5.4.3 กรณีที่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติให้หน่วยงานทางปกครองต้องร่วมรับผิดชอบ ความเสียหายอันเนื่องมาจากการขาดเจตจำนง กรณีนี้กฎหมายบัญญัติให้หน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดชอบร่วมกับเอกชนผู้รับจ้างหากการขาดเจตจำนงก่อให้เกิดความเสียหายแก่ที่ดินข้างเคียง หน่วยงานต้องรับผิดชอบความเสียหายต่อบุคคลภายนอก จากนั้นจึงไปไล่เบี้ยเอาจากผู้รับจ้างได้

### 3.5.5 แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองต่อบุคคลภายนอก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4602/2012

โดยหลักแล้วในสัญญาจ้างทำของของหน่วยงานทางปกครอง หน่วยงานผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อบุคคลภายนอกในระหว่างการทำงานที่จ้าง เว้นแต่เป็นความเสียหายอันเกิดจากการทำตามคำสั่งของหน่วยงานผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นกรณีที่หน่วยงานผู้ว่าจ้างได้ใช้อำนาจสั่งการให้ดำเนินการตามโดยผู้รับจ้างไม่สามารถโต้แย้งได้ กรณีจึงเป็นการที่หน่วยงานใช้ผู้ว่าจ้างเหมือนเป็นเครื่องมือหนึ่งในการทำการแทนตน เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นต่อบุคคลภายนอก หน่วยงานจึงต้องรับผิดชอบ

### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13934/2005

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าในสัญญาก่อสร้างและดำเนินงานโยธาสาธารณะ นั้น แม้ว่าหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างจะมีอำนาจในการกำกับดูแลการทำงานที่จ้าง แต่การกำกับดูแลดังกล่าว แม้จะเป็นการกำกับดูแลอย่างใกล้ชิด แต่ก็ไม่ได้ลิดลิตระในการทำการงานที่จ้างของผู้รับจ้าง ด้วยเหตุนี้เมื่อผู้รับจ้างทำงานที่ได้โดยมีอิสระ หากเกิดความเสียหายขึ้นต่อบุคคลภายนอก ผู้รับจ้างต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแต่เพียงผู้เดียว ทั้งนี้ ตามหลักการเรื่องสัญญาจ้างทำของไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันผู้รับจ้างทำของได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่ว่าจ้าง อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก กรณีที่การกระทำอันเป็นเหตุแห่งความเสียหายนั้น เป็นการกระทำตามคำสั่งของหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้าง โดยผู้รับจ้างต้องทำตามคำสั่งโดยไม่สามารถโต้แย้งได้ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างตามคำสั่งนั้นมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบการบังคับบัญชา กรณีนี้หน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลภายนอก

คดีนี้แม้เทศบาลจะได้มีเอกสารแนะนำทางเทคนิคในการทำงานแก่บริษัทผู้รับจ้าง แต่บริษัทก็ยังคงมีอิสระในการทำการงานที่จ้าง เมื่อเกิดความเสียหายแก่บุคคลที่สามในระหว่างการทำงานที่จ้างโดยไม่ระมัดระวัง บริษัทผู้รับจ้างจึงต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว โจทก์ไม่อาจเรียกให้หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างรับผิดชอบได้ ศาลฎีกายกฟ้อง

### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19132/2011

ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองจ้างเอกชนให้ซ่อมแซมถนน โดยหลักผู้รับจ้างจะเป็นผู้รับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียวในความเสี่ยงภัยอันเกิดแก่บุคคลภายนอกในระหว่างการทำงานที่จ้าง แต่หากปรากฏว่าการกระทำอันเป็นเหตุแห่งความเสี่ยงภัยนั้นสืบเนื่องมาจากคำสั่งของหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นคำสั่งที่เอกชนผู้รับจ้างต้องปฏิบัติตามโดยไม่อาจโต้แย้งได้ กรณีนี้หน่วยงานต้องรับผิดชอบในความเสี่ยงภัยดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่จำกัดอิสระในการการทำงานที่จ้างแต่เพียงบางส่วน กรณีนี้หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบร่วมกับเอกชนผู้รับจ้าง

### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4140/1985

สำหรับสัญญาจ้างก่อสร้างของหน่วยงานทางปกครอง โดยหลักแล้วหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดชอบในความเสี่ยงภัยต่อบุคคลภายนอกในระหว่างการทำงานที่จ้าง เว้นแต่เป็นกรณีที่ความเสี่ยงภัยนั้นเกิดจากการที่หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างไม่แจ้งข้อเท็จจริงบางประการและการไม่ทราบข้อเท็จจริงนั้นเป็นเหตุให้เกิดความเสี่ยงภัยแก่บุคคลภายนอกในคดีนี้ ในสัญญาว่าจ้างให้ขุดคูโมงค์หน่วยงานไม่แจ้งให้ผู้รับจ้างทราบว่า มีสายไฟฟ้าอยู่ใต้ดินบริเวณดังกล่าว ส่งผลให้ผู้รับจ้างขุดดินแล้วก่อความเสี่ยงภัยแก่สายไฟฟ้าใต้ดิน กรณีนี้หน่วยงานต้องรับผิดชอบในความเสี่ยงภัยดังกล่าว

#### 3.5.6 สัญญาจ้างช่วง

เมื่อได้ทำการว่าจ้างช่วงแล้วความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างช่วงก็เป็นเช่นเดียวกับความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับผู้รับจ้าง กล่าวคือหน่วยงานทางปกครองมีหน้าที่กำกับดูแลการทำงาน หากเกิดความเสี่ยงภัยแก่บุคคลภายนอกอันเนื่องมาจากการทำงานที่จ้าง โดยหลักแล้วผู้รับจ้างช่วงจะเป็นผู้รับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว อนึ่ง ผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อหน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างในการทำงานที่ได้ว่าจ้างช่วงไป

### 3.6 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดอันเกิดจากการกระทำละเมิดแก่บุคคลภายนอกระหว่างการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะในประเทศสเปน<sup>68</sup>

สัญญาการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะระหว่างหน่วยงานภาครัฐกับคู่สัญญานั้น ส่วนใหญ่แล้วจะได้แก่บริษัทเอกชนผู้ที่เข้าทำสัญญารับเหมาเพื่อรับงานการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ โดยสัญญาการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะในประเทศสเปนจะมีวัตถุประสงค์หลักของสัญญา เพื่อการว่าจ้างให้ก่อสร้าง ถนน อุโมงค์ เขื่อนกักเก็บน้ำ สะพาน นอกจากนี้ ยังได้แก่การทำสัญญาก่อสร้างสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ เช่น การก่อสร้างสถานพยาบาล การก่อสร้างสถานศึกษา เป็นต้น

หลักการเรื่องความรับผิดแก่บุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามที่มีคู่สัญญากับหน่วยงานภาครัฐในผลแห่งละเมิดอันเกิดจากการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะนั้น (รวมถึงความรับผิดภายหลังการส่งมอบงานตามสัญญาแล้วแต่ยังอยู่ระหว่างระยะเวลาการประกันผลงานตามสัญญา) เริ่มมีการกำหนดตัวผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายไว้ในมาตรา 134 แห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญาของรัฐ ค.ศ. 1975 โดยกำหนดให้เป็นความรับผิดของคู่สัญญาหรือผู้รับเหมาของหน่วยงานภาครัฐเป็นหลัก และหลักการในมาตรานี้ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของหน่วยงานภาครัฐอื่น ๆ เรื่อยมา ทั้งนี้เพราะประเทศสเปนเป็นประเทศที่มีได้มีระบบเศรษฐกิจที่คึกคัก หน่วยงานภาครัฐจึงมิได้มีนโยบายที่จะเข้าไปร่วมรับผิดชอบกับเอกชนคู่สัญญาแต่ประการใด อีกทั้งในการเข้าทำสัญญากับหน่วยงานภาครัฐนั้น กฎหมายบังคับให้เอกชนคู่สัญญาจะต้องทำสัญญาประกันกับบริษัทประกันภัย เพื่อเป็นการคุ้มครองหรือให้หลักประกันกับทั้งหน่วยงานภาครัฐและบุคคลภายนอกที่อาจจะได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการดำเนินการตามสัญญาอยู่ด้วยเสมอ ดังนั้น ปัญหาที่คู่สัญญากับหน่วยงานภาครัฐไม่สามารถจ่ายค่าชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้เพราะปัญหาทางการเงินจึงมีโอกาสเกิดขึ้นได้น้อยมาก

ในปัจจุบัน ในระหว่างการดำเนินการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะของหน่วยงานภาครัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีภาระหน้าที่ในการรับผิดชอบซึ่งกันและกันตามเนื้อหาในสัญญาแต่หากเกิดการกระทำละเมิดต่อบุคคลที่สามแล้ว ได้กำหนดความรับผิดในผลแห่งการกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามไว้ว่า “คู่สัญญาของหน่วยงานภาครัฐจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอก ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาหรือ

<sup>68</sup> จาก ความรับผิดอันเกิดจากการกระทำละเมิดแก่บุคคลภายนอกระหว่างการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะในประเทศสเปน (เอกสารอัดสำเนา) (น. 1-5), โดย ยุพิน บุญพงษ์, ม.ป.ป., กรุงเทพฯ: กลุ่มสนับสนุนงานวิชาการ สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด.

ระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาหรือระหว่างการบังคับตามสัญญา” ซึ่งเป็นหลักที่ใช้เพื่อยกเว้นความรับผิดของหน่วยงานภาครัฐไว้อย่างชัดเจน โดยมีพื้นฐานความคิดมาจากสัญญาจ้างทำของในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างในผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกระหว่างการงานที่จ้าง เพราะเมื่อหน่วยงานภาครัฐได้เข้าตกลงทำสัญญาจ้างให้บริษัทเอกชนดำเนินการก่อสร้างงานอย่างหนึ่งอย่างใดแล้ว หน่วยงานภาครัฐจะไม่มีหน้าที่ในการออกคำสั่งหรือควบคุมการปฏิบัติงานของกลุ่มสัญญาอย่างใกล้ชิดเช่นเดียวกับการจ้างแรงงานหรือจ้างบุคลากรในหน่วยงานของตนที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่หรือดำเนินการภายใต้คำสั่งหรือการควบคุมดูแลของหน่วยงานภาครัฐผู้ว่าจ้าง หน่วยงานภาครัฐมีสิทธิเพียงแต่การเข้าตรวจสอบเนื้องานหรือผลของงานว่าถูกต้องตรงตามข้อตกลงในสัญญาแล้วหรือไม่เท่านั้น เพราะหน่วยงานภาครัฐมุ่งที่ผลสำเร็จของงานตามสัญญาเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ตามกำหนดข้อยกเว้นให้หน่วยงานภาครัฐต้องร่วมรับผิดในการละเมิดแก่บุคคลภายนอกอันเกิดจากสัญญาไว้ในบางกรณีด้วยกัน ดังนี้ หน่วยงานภาครัฐจะต้องร่วมรับผิดในความเสียหายอันเกิดแก่บุคคลภายนอก หากความเสียหายนั้นเกิดขึ้นโดยตรงจากคำสั่งของหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานภาครัฐจะต้องร่วมรับผิดในความเสียหายอันเกิดแก่บุคคลภายนอก หากความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากตัวโครงการงาน โยธาสาธารณชนนั่นเอง

3.6.1 กรณีที่หน่วยงานภาครัฐจะต้องร่วมรับผิดในความเสียหายอันเกิดแก่บุคคลภายนอก เพราะความเสียหายนั้นเกิดขึ้นโดยตรงจากคำสั่งของหน่วยงานภาครัฐ

ความรับผิดของหน่วยงานภาครัฐในการชดเชยค่าเสียหายแก่บุคคลภายนอกเพราะเหตุที่ว่าความเสียหายเกิดจากคำสั่งของหน่วยงานภาครัฐที่ได้ให้ไว้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการก่อสร้างงาน โยธาสาธารณชนในประเทศสเปนนั้น หมายถึงกรณีที่หน่วยงานของรัฐกระทำการในลักษณะของการสั่งการหรือการชี้นำคู่สัญญาให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งและผลของการกระทำของคู่สัญญาก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก นอกจากนี้กรณีดังกล่าวนี้ยังได้รับการตีความขยายไปถึงกรณีที่หน่วยงานภาครัฐละเลยไม่ดูแลให้คู่สัญญาดำเนินการต่าง ๆ ที่ถูกต้องตามเนื้อหาของสัญญา

อย่างไรก็ดี คำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีปกครองของประเทศสเปนในหลายคดีได้มีคำพิพากษาไปในแนวทางเดียวกันว่า “ความรับผิดของหน่วยงานของรัฐที่จะต้องร่วมรับผิดกับคู่สัญญานั้น จำกัดอยู่เฉพาะกรณีที่สาเหตุของความเสียหายนั้นเกิดขึ้นโดยตรงหรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการกระทำหรือคำสั่ง หรือเกี่ยวข้องกับภาระหน้าที่ที่หน่วยงานภาครัฐนั้น” และเมื่อหน่วยงานภาครัฐไม่จำเป็นต้องร่วมรับผิดกับคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชนแล้ว คดีพิพาทจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแพ่งเช่นเดียวกับการฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดทั่วไป

ทั้งนี้เพราะ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาเฉพาะข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายจากหน่วยงานภาครัฐเท่านั้น

3.6.2 หน่วยงานภาครัฐจะต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดแก่บุคคลภายนอกหากความเสียหายนั้น เกิดขึ้นจากตัวโครงการของงานโยธาสาธารณะ

กรณีที่หน่วยงานภาครัฐต้องร่วมรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่บุคคลภายนอกเพราะความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากตัวโครงการของงานโยธาสาธารณะนั่นเองและหมายรวมถึงกรณีที่หน่วยงานภาครัฐจะต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากโครงการหรืองานโยธาสาธารณะ ที่งานนั้นจะต้องใช้เทคนิคที่เป็นพิเศษหรืออาศัยความเชี่ยวชาญที่เป็นพิเศษ และหน่วยงานภาครัฐนั้นมีหน้าที่ต้องดูแลหรือตรวจสอบคู่สัญญาในการใช้เทคนิคพิเศษต่าง ๆ เหล่านี้ด้วย ศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาให้เทศบาลเมือง Valladolid ต้องร่วมรับผิดชอบกับบริษัทผู้รับเหมาในการทำอุโมงค์แห่งหนึ่ง ทั้งนี้เพราะเทศบาลยินยอมให้บริษัทผู้รับเหมาได้ไปทำสัญญาจ้างช่วงหรือสัญญาย่อยจ้างบริษัท K. ให้มาดำเนินการขุดเจาะพื้นดินบริเวณที่มีการวางท่อระบายน้ำของเมือง ซึ่งเป็นเหตุให้ท่อระบายน้ำเสียหายในเมืองเสียหาย ศาลฎีกาเห็นว่า เทศบาลทราบดีว่าบริษัท K. ไม่มีประสบการณ์ในการขุดเจาะบริเวณที่มีการวางท่อระบายน้ำที่ดีเพียงพอ อีกทั้งการขุดเจาะในบริเวณนั้นจะต้องใช้เทคนิคความเชี่ยวชาญและความรอบคอบเป็นพิเศษ ซึ่งระหว่างการทำงานของบริษัท K. เทศบาลมิได้จัดส่งหัวหน้าวิศวกร เพื่อควบคุมการขุดเจาะแต่อย่างใด ดังนั้นเทศบาลเมือง Valladolid จึงต้องร่วมรับผิดชอบกับบริษัทผู้รับเหมาทั้งสองรายด้วย<sup>69</sup>

จะเห็นได้ว่าเมื่อเกิดการกระทำละเมิดแก่บุคคลภายนอกระหว่างการดำเนินการของคู่สัญญาหรือผู้รับเหมาในการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะในประเทศสเปนแล้ว ความรับผิดชอบของหน่วยงานภาครัฐจะเป็นเฉพาะกรณีข้อยกเว้นบางประการเท่านั้น เพราะหน่วยงานภาครัฐผู้ว่าจ้างมิได้ใช้อำนาจในการควบคุม หรือกำกับดูแลอย่างใกล้ชิด หรือมีอำนาจในการออกคำสั่งใด ๆ ที่เป็นพิเศษ นอกเหนือจากที่ปรากฏในสัญญาได้ ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือผู้รับเหมาจึงต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าเสียหายแก่บุคคลภายนอกนั้นในฐานะผู้กระทำละเมิด

<sup>69</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งประเทศสเปน ลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1989.