

หลักกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการใช้สิทธิเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหาย

3.1 ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law)

หลักกฎหมายอังกฤษ

Sir Frederick Pollock อธิบายว่ากฎหมายเกี่ยวกับละเมิดเป็นผลมาจากการกระทำอันผิดปกติ(irregularity)สำหรับวัตถุประสงค์สำคัญที่จะไม่ทำความเสียหายต่อบุคคลอื่นอันถูกพัฒนามาจากข้อศีลธรรมของ Ulpian คือ *alterum non laedere* กล่าวคือท่านจะต้องไม่ต้องไม่ทำความเสียหายให้แก่เพื่อนบ้านของท่าน(thou shalt do no hurt to thy neighbor)หลัก *alterum non laedere* กล่าวคือจงงดเว้นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากในประเทศอังกฤษการสอนแบบใช้คำถามคำตอบโดยเฉพาะการสอนศาสนา(church catechism)ได้รับเอาคำของ Ulpian จึงกลายมาเป็นส่วนหนึ่งเกี่ยวกับหน้าที่ของเราต่อเพื่อนบ้านในการไม่ทำความเสียหายต่อผู้อื่น¹

การเปรียบเทียบละเมิด (*delictum*) โรมันกับละเมิด(tort)ในกฎหมายอังกฤษทำได้ยากมากแม้ในกฎหมายอังกฤษเองก็ยังไม่ชัดเจนว่าละเมิดคืออะไรนิยามคร่าวๆของละเมิดในกฎหมายอังกฤษมีหลายอย่าง เช่นการละเลยต่อหน้าที่อันกฎหมายกำหนดไว้ การฝ่าฝืนทรัพย์สินสิทธิ(*ius in rem*) ของผู้อื่นหรือการกระทำผิดที่อาจฟ้องได้โดยใช้คำสั่งศาลแบบโบราณ(writ)ทางแก้ก็คือการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนด(unliquidated damages)

อย่างไรก็ดีข้อแตกต่างสำคัญระหว่าง *delictum* กับ tort ก็คือว่ากฎหมายละเมิดอังกฤษนั้นอาศัยจารีตประเพณีเป็นส่วนใหญ่แม้จะมีการแก้ไขภายหลังโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตามส่วนกฎหมายโรมันว่าด้วยละเมิดนั้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งสิ้นข้อแตกต่างอีกประการหนึ่งก็คือกฎหมายโรมันว่าด้วยละเมิดได้พัฒนามาจากแหล่งต่างๆ กันรวมทั้งกฎหมายสิบสองโต๊ะหรือแผ่นและ *lex Aquilia* (ปี 287 ก่อนคริสตกาล) และประกาศนโยบายของผู้บริหารระดับสูงของรัฐ (*Edict*) ส่วนกฎหมายละเมิดอังกฤษส่วนใหญ่ก็นั้นมาจากการขยายคำสั่งศาลเดิม

¹Francis M. Burdick, The law of tort 3 ed, (Banks and company Albany, N. Y., 1913), p. 4.

ว่าด้วยการสอดเข้าเกี่ยวข้องกับร่างกายหรือการครอบครองซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นโดยมิชอบ (trespass) ในสมัยกลางหรือประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 13 และ 14 trespass มีความหมายเพียงการทำผิดเท่านั้นละเมิดอังกฤษปัจจุบันส่วนใหญ่เกิดมาจาก trespass เดิมทั้งสิ้นยกเว้นการฟ้องคดี detinue (การฟ้องคดีติดตามเอาทรัพย์สิน) ซึ่งเก่าแก่กว่า trespass²

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ตามหลักกฎหมายอังกฤษมีระบบของการกระทำละเมิดเป็นพิเศษโดยเฉพาะ (specific torts) ดังนั้นย่อมเป็นสิ่งที่เห็นได้ชัดแจ้งประการแรกที่มีความเหมือนกับกฎหมายโรมันมากกว่าในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ สมัยใหม่เพราะกฎหมายละเมิดโรมันก็มีลักษณะของการกระทำละเมิดเป็นเอกเทศโดยเฉพาะดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างสำคัญที่ต้องเข้าใจเสียก่อนเกี่ยวกับการเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายโรมันและระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ก็คือการกระทำความผิดระหว่าง the law of delicts และ the law of torts ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษไม่มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิเหนือทรัพย์สินหรือการดำเนินคดีที่มุ่งต่อตัวทรัพย์สินโดยตรง (in rem) เหมือนกับกฎหมายโรมันและไม่มี การเยียวยาสำหรับผู้ครอบครองอย่างแท้จริง (no purely possessory remedies) การเยียวยา สำหรับกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินหรือความเสียหายต่อตัวทรัพย์สิน (damage to property) ถูกบัญญัติไว้โดยกฎหมายว่าด้วยการละเมิด (the law of torts) เท่านั้นดังนั้นถ้าผู้ครอบครอง (possessor) ต้องการที่จะยืนยันถึงการครอบครองในทรัพย์สินของตนต่อบุคคลซึ่งได้แย่งการ ครอบครองของผู้ครอบครองเกี่ยวกับทรัพย์สินผู้ครอบครองจะต้องกล่าวอ้างว่าเป็นการกระทำผิด ฐานละเมิดเกี่ยวกับ trespass และถ้าเป็นเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (goods) เจ้าของกรรมสิทธิ์ จะต้องกล่าวอ้างว่าเป็นการกระทำละเมิดฐานเบียดบังทรัพย์สินของผู้อื่นไป (tort of conversion) หรือฟ้องเรียกทรัพย์สินที่ถูกยึดหน่วงไว้โดยมิชอบ (อันเป็นความผิดเกี่ยวกับการหน่วงเหนี่ยวทรัพย์สินของ ผู้อื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งใจทกก็มีสิทธิฟ้องเรียกทรัพย์สิน) (detinue) หรือถ้าเป็นสิทธิที่เกี่ยวกับภาระจำยอมหรือสิทธิตามกฎหมายในการบังคับให้เจ้าของ ที่ดินเปิดทางเดินหรือทางน้ำ (easement) บุคคลนั้นจะต้องกล่าวอ้างว่าเป็นการกระทำละเมิดฐาน นิวแซนส์ (nuisance) และอื่นๆ ดังนั้น การละเมิดฐานเบียดบังทรัพย์สินของผู้อื่น (tort of conversion)

² ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกล แซกซอน, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2551), น. 156-157.

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ของอังกฤษจึงมีลักษณะคล้ายคลึงกับ *furtum* คือการดำเนินการอันไม่สุจริตเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้อื่นในกฎหมายโรมันสามารถที่จะถูกกระทำผิดโดยบุคคลซึ่งอ้างว่าสุจริต(good faith)ว่าทรัพย์สินเป็นของตน³

กฎหมายคอมมอนลอว์มีแหล่งกำเนิดและวิวัฒนาการในประเทศอังกฤษโดยถือว่าการศาลเป็นแหล่งที่มาสำคัญของหลักกฎหมายต่างๆทั้งนี้เพราะพระมหากษัตริย์อังกฤษทรงเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดระบบอำนาจความยุติธรรมและทรงเป็นที่มาแห่งความยุติธรรมทรงจัดตั้งศาลและส่งผู้พิพากษาหมุนเวียนไปพิจารณาคดีทั่วประเทศซึ่งศาลเหล่านี้ได้วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการนำคดีสู่ศาลและการพิจารณาคดีของศาลตลอดจนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาของบุคคลซึ่งใช้บังคับเป็นการทั่วไปจึงเรียกกันว่า คอมมอนลอว์ ดังนั้นกฎเกณฑ์ทั่วไปที่เรียกว่าคอมมอนลอว์นี้จึงถูกสร้างขึ้นโดยผู้พิพากษาหรืออาจกล่าวได้ว่าผู้พิพากษาร่างกฎหมายคอมมอนลอว์ขึ้นมาโดยคำพิพากษาแต่เนื่องจากกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นกฎหมายที่ค่อนข้างเข้มงวดโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการรับพิจารณาคดีหนึ่งคดีใดทำให้ประชาชนบางคนที่ได้รับความเดือดร้อนไม่อาจนำข้อร้องทุกข์ของตนเสนอต่อศาลคอมมอนลอว์ได้จึงได้มีการกำหนดวิธีพิจารณาคดีและหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ซ้อนควบคู่ไปกับกฎหมายคอมมอนลอว์โดยมีขุนนางผู้ใกล้ชิดพระมหากษัตริย์เรียกว่า Lord Chancellor ตั้งศาลขึ้นมาเรียกว่า Court of Chancery และได้พัฒนาหลักกฎหมายขึ้นมาโดยยึดหลัก“ความยุติธรรม”(Equity) ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายอังกฤษประกอบด้วยกฎหมายคอมมอนลอว์และเอควิตี(Equity)ต่อมาเมื่อรัฐสภามีอำนาจออกกฎหมายกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา(statutes)จึงเป็นที่มาของกฎหมายคอมมอนลอว์อีกประการหนึ่ง

กฎหมายคอมมอนลอว์เกี่ยวกับการละเมิดเป็นผลมาจากการพัฒนาคำพิพากษาของศาลที่จะยอมรับว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นมูลความผิด(cause of action)ที่ควรแก่การชดเชยความเสียหายโดยมีวิวัฒนาการมาจากการออกหมาย(writ)หมายความว่าโจทก์จะต้องกล่าวอ้างในคำขอหมายว่าคดีของตนมีมูลความผิดเรื่องใดหากไม่อาจกล่าวอ้างได้ศาลก็จะไม่ออกหมายอย่างไรก็ตามวิธีการออกหมาย(writ)ได้ถูกยกเลิกไปหมดแล้วถึงกระนั้นก็ยังถือกันว่ามูลความผิดละเมิดลักษณะต่างๆ ยังคงเป็นสิ่งที่ต้องยึดถือต่อไปดังคำกล่าวที่ว่า“These forms of writ we have buried, but they still rule us from their graves”ซึ่งแปลว่า“เราได้ฝังวิธีการออก

³Barry Nicholas, *An Introduction to Roman law* (Oxford : Clarendon Press, 1962), p. 219.

หมายแล้วแต่มันก็ยังออกคำสั่งกับเราได้จากหลุมที่ฝังมันไว้” ดังนั้นนักกฎหมายคอมมอนลอว์จึงยังคงยึดถือหลักมูลความผิดของละเมิด(cause of action)เป็นสำคัญในการศึกษากฎหมายก็ดี ในการใช้กฎหมายก็ดี นักกฎหมายคอมมอนลอว์จะต้องระลึกถึงองค์ประกอบมูลความผิดของละเมิดเสมอ นั่นก็คือจะต้องรู้ว่า trespass หรือ assault มีองค์ประกอบของมูลความผิดอย่างไรและเป็นสิ่งที่นักกฎหมายคอมมอนลอว์จะเข้าใจกันเมื่อเอ่ยถึงมูลความผิดของละเมิดเหล่านั้น⁴

หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (The duty of care) หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (duty of care) หน้าที่ดังกล่าวเป็นผลสืบเนื่องมาจากผลงานของ Saint Augustine เมื่อต้นศตวรรษที่ 5 ก่อนมีการรวบรวมประมวลกฎหมายโรมันของจักรพรรดิจัสติเนียน(Corpus iuris civilis) ผลงานนี้ได้แก่ The city of God ซึ่งเป็นการวางหลักหน้าที่ของประชาชนทุกคนที่มีต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันอันเป็นหน้าที่ตามกฎหมายธรรมชาติหรือหน้าที่ในทางศีลธรรมแนวความคิดดังกล่าวมีอิทธิพลต่อหลักหน้าที่และหลักความระมัดระวังในกฎหมายโรมันและสืบทอดมาถึงยุคศตวรรษที่ 14-16 ซึ่งเป็นยุคของการฟื้นฟูศิลปวิทยาบรรดานักปรัชญาทั้งหลายต่างให้ความสนใจต่อลัทธิปัจเจกชนนิยม(individualism)ซึ่งมีอิทธิพลต่อแนวความรับผิดชอบในทางละเมิดด้วยกล่าวคือมีแนวความคิดว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะกระทำการใดๆอันจะไม่ก่อความเดือดร้อนรำคาญให้แก่ผู้อื่นในขณะเดียวกันต้องรับผิดชอบต่อผลซึ่งเกิดจากการกระทำนั้นหรือพูดง่าย ๆ คือบุคคลทุกคนจะต้องมีความระมัดระวังสำหรับการกระทำของตนเองเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ต่อมาศตวรรษที่ 18-19 อันเป็นยุคแห่งการปฏิวัติทางการเมืองแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องเสรีภาพของปัจเจกชนยิ่งปรากฏให้เห็นเด่นชัดยิ่งขึ้นโดยการกำหนดเป็นหน้าที่ของบุคคลในการใช้ความระมัดระวังให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมในสมัยนั้นอันเป็นยุคแห่งการปฏิวัติอุตสาหกรรมเริ่มมีการประดิษฐ์เครื่องจักรไอน้ำเพื่อใช้ในการอุตสาหกรรมและการขนส่งซึ่งก่อให้เกิดอันตรายแก่ประชาชนทั่วไปไปหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง(duty of care) เห็นได้จากหลักฐานทางคอมมอนลอว์ซึ่งเริ่มปรากฏคดีมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นและศาลคอมมอนลอว์วินิจฉัยให้จำเลยต้องรับผิด⁵

⁴พรเพชร วิชิตชลชัย และ จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศในสกุลกฎหมายคอมมอน ลอว์, (เอกสารประกอบคำบรรยาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง) 2548, น. 352.

⁵Granville Williams and B. A. Hepple, Foundation of the law of tort (London : Butterworths,1977), p. 89.

โดยพื้นฐานทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยความประมาทเลินเล่อก็คือก่อนที่คุณจะเรียกร้องให้เขารับผิดสำหรับการกระทำโดยประมาทเลินเล่อคุณต้องพิสูจน์หรือแสดงให้เห็นได้เป็นประการแรกว่ากฎหมายได้รับรองหน้าที่ของบุคคลซึ่งคุณประสงค์จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายแก่เขาก่อนเป็นเบื้องต้น ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ความประมาทเลินเล่อคือ การฝ่าฝืนต่อภาระหน้าที่ซึ่งกำหนดไว้และก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นหน้าที่ซึ่งมีความสัมพันธ์กันระหว่างคู่กรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดี Sweeny V. old col.,(1865) ศาลกล่าวว่า การฟ้องคดีสำหรับความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินอันเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อหรือการขาดความระมัดระวัง(want of due care)จะต้องแสดงให้เห็นว่ามีภาระหน้าที่ซึ่งจำเลยได้กระทำการฝ่าฝืนเช่นนั้นโจทก์จึงต้องแสดงให้เห็นว่าโจทก์มีสิทธิตามกฎหมายในการใช้ความระมัดระวังของจำเลยและสิทธิที่ถูกฝ่าฝืน(violated)โดยจำเลยการฝ่าฝืนอาจเป็นผลมาจากการละเว้น (omission) หรือจากการกระทำก็ได้⁶

ข้อความที่ชัดเจนและมีชื่อเสียงมากของการทดสอบโดยทั่วไปของหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง(duty of care) ถูกเสนอโดย Mr. Brett ในคดี Heaven v. Pender และ Lord Atkin ในคดี Donoghue v. Stevenson ด้วยถ้อยคำพูดหรือสำนวนที่ว่า “ความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลยซึ่งจำเลยควรจะได้คาดเห็น (reasonably foresee) ความน่าจะเป็นของความเสียหายอันเกิดขึ้นแก่โจทก์จากความผิดพลาดในการใช้ความระมัดระวังของจำเลยเอง” (his failure to take care)การคาดเห็นล่วงหน้าถึงความเสียหาย(foreseeability of damage)ย่อมเป็นองค์ประกอบสำคัญสำหรับการฟ้องคดีบนพื้นฐานของความประมาทเลินเล่อการคาดเห็นล่วงหน้าถึงความเสียหายย่อมเป็นจุดทดสอบหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง(duty of care)ซึ่งต้องพิจารณาถึงสถานการณ์เช่นนั้นด้วย⁷

หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง(duty of care)ของฝ่ายจำเลยผู้เสียหายหรือโจทก์จะต้องเป็นผู้ที่อยู่ในขอบเขตแห่งอันตรายหรือภัยพิบัติเช่นนั้น(ambit of risk) ที่อาจคาดเห็นได้ซึ่งมีหลักกฎหมายที่เรียกว่า“หลักการคาดเห็นถึงความเสียหาย” (doctrine of foreseeability) บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายแต่อยู่นอกเหนือการคาดเห็นถึงความเสียหายของจำเลยจำเลยย่อมไม่ต้องรับผิด Lord Atkin เรียกหลักวินิจฉัยหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง(duty of care)ว่า “Proximity Test” Lord Atkin กล่าวว่า

⁶Francis M. Burdick, *supra* note 1, p. 450.

⁷R. W. Ryan, The civil law (Sydney : Halstead Press co.,1969), p. 114.

ท่านจะต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการกระทำหรืองดเว้นการกระทำใดๆ ซึ่งท่านอาจคาดเห็นได้ว่าจะเกิดอันตรายต่อเพื่อนบ้านของท่านเองใครคือเพื่อนบ้านของท่านคำตอบคือเพื่อนบ้านเป็นบุคคลที่จะได้รับผลโดยตรงจากการกระทำและใกล้ชิดกับท่าน ซึ่งท่านควรจะคาดเห็นได้ว่าเพื่อนบ้านของท่านจะได้ผลจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำเช่นนั้น⁸

หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังจะต้องมีอยู่ในระดับที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นเรียกว่า มาตรฐานในการใช้ความระมัดระวัง (standard of care) ซึ่งใช้ระดับของบุคคลในระดับและสภาวะเดียวกันกับจำเลยเป็นเครื่องกำหนดนั่นคือใช้มาตรฐานของวิญญูชน (standard of reasonable man) ซึ่งแตกต่างกันตาม เพศ วัย การศึกษา และอื่น ๆ

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์วางหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบบนแนวคิดที่ว่าบุคคลจะต้องกระทำการด้วยความระมัดระวังดังเช่นวิญญูชนทั่วไปจะพึงกระทำในภาวะหนึ่งภาวะใด (duty of care) หมายถึงการกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการกระทำของตนหน้าที่นี้มีต่อบุคคลอื่นทั่วไปทั้งหมดตั้งนั้นการที่บุคคลใดก็ตามได้รับอันตรายจากการกระทำซึ่งเป็นผลโดยตรงจากความประมาทเลินเล่อของผู้กระทำแล้วผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบละเมิดซึ่งเป็นการเห็นที่เรียกกันว่า “Andrews view” คือเป็นการเห็นของผู้พิพากษาแอนดรูว์ (Andrews) ในคดีสำคัญเรื่องหนึ่ง (Palsgraf v. Long Island R. co., 248 N.Y. 339) นอกจากนั้นยังมีการเห็นส่วนข้างน้อยที่ถือว่าหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังจำกัดอยู่แต่เฉพาะบุคคลที่ผู้กระทำมองเห็นหรือคาดการณ์ได้ว่าอาจได้รับอันตรายจากการกระทำของเขาทฤษฎีนี้เรียกว่า “Zone of danger doctrine” ซึ่งเป็นการเห็นของผู้พิพากษาอเมริกันที่มีชื่อเสียงคนหนึ่งคือผู้พิพากษาคาร์โดโซ (Justice Cardozo)⁹

การที่จะพิสูจน์ว่าผู้ใดละเมิด duty of care หรือไม่เป็นการพิสูจน์ในทางวัตถุประสงค์ (objective) คือ การกำหนดภาพของบุคคลที่สมมติขึ้นมาเรียกว่าสามัญชน (average reasonable man) ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่จะพิสูจน์ว่าการกระทำใดเป็นละเมิด duty of care หรือไม่ขั้นที่สุดจึงขึ้นอยู่กับผู้ที่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทในทางข้อเท็จจริงซึ่งส่วนใหญ่ได้แก่คณะลูกขุน (jury) หรือบางครั้งผู้พิพากษาไม่มีผู้ใดสามารถกำหนดหลักเกณฑ์ครอบคลุมทุกอย่างได้ว่าในกรณีเช่นนี้ควรปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติอย่างไร มีการกล่าวว่ามีมนุษย์ทุกคนนี้อยู่ด้วยความเสี่ยงเป็นการยากที่จะหยั่งรู้

⁸ Charles O. Gregory and Harry Kalven Jr., Cases and Materials on Torts 2 ed (Boston : Little Brown and Company, 1969), p. 308.

⁹ พรเพชร วิชิตชลชัย และ จรัญ ภักดีธนากุล, อ้างหลัก เชนอร์รทที่ 4, น. 353.

ได้ว่าสิ่งที่เราทำขณะนี้เป็นการใช้ความระมัดระวังต่อผู้อื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือยังเมื่อโลกเจริญก้าวหน้าขึ้นทางเทคโนโลยีและมีสิ่งประดิษฐ์ต่างๆ ออกมามากมายซึ่งก็ไม่มีผู้ใดบอกได้ว่าสิ่งเหล่านั้นจะไม่เป็นอันตรายต่อมนุษย์นอกจากนั้นบางครั้งก็เกิดปัญหาขึ้นมาว่าหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังควรเป็นของผู้ใด เช่นเมื่อมีการตัดถนนหรือทางรถไฟผ่านเข้าไปในชนบทใครเป็นผู้มีหน้าที่ป้องกันมิให้เกิดอุบัติเหตุรถยนต์หรือรถไฟชนสัตว์เลี้ยงต่างฝ่ายต่างก็มีเหตุผลที่จะโต้เถียงว่าหน้าที่นี้ควรตกแก่ฝ่ายหนึ่ง¹⁰

มาตรฐานของความระมัดระวัง (standard of care) สำคัญประการแรกที่ต้องพิจารณาก็คือ ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีข้อความคิดเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อ (conception of negligence) เหมือนกันคือความหมายของมาตรฐานในการใช้ความระมัดระวังความประมาทเลินเล่อมีความสัมพันธ์กับหลักความรับผิดชอบตามกฎหมายคอมมอนลอว์ยังคงยึดมั่นอยู่กับมาตรฐานของการกระทำในทางวัตถุประสงค์ (objective standard of conduct) และมาตรฐานในการใช้ความระมัดระวังของวิญญูชน (standard of the reasonable man) ในปี 1856 Baron Alderson ให้คำนิยามเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทเลินเล่อไว้ว่า “การละเลยในสิ่งซึ่งบุคคลทั่วไปพึงกระทำและกระทำในสิ่งซึ่งวิญญูชนและผู้มีความระมัดระวังไม่ควรกระทำ”¹¹ อย่างไรก็ตาม Mr. Justice Holmes ซึ่งโต้แย้งว่าข้อความคิดทั่วไปที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบตามกฎหมายคอมมอนลอว์ การฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิด (fault) หรือการกระทำอันน่าตำหนิ (blame worthiness) ผู้พิพากษา Holmes กล่าวว่า เมื่อมนุษย์อาศัยอยู่ในสังคมแน่นอนว่าจำเป็นจะต้องเสียสละความสุขส่วนบุคคลเพื่อจุดมุ่งหมายที่ต้องการเป็นสิ่งอันจำเป็นต่อสวัสดิภาพโดยทั่วไปของสังคมที่ใหญ่กว่ากฎหมายย่อมพิจารณาแต่เพียงว่าจะอะไรเป็นการกระทำอันน่าตำหนิในสวนสามัญชนของบุคคลเช่นนั้นโดยยอม

¹⁰ เฟิ่งอ้าง, น.355.

¹¹ Baron Alderson, defined negligence as “the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do” อ้างใน K. W. Ryan, *supra note* 7, p. 113.

ถือเอาความคิดและความรอบคอบตามปกติการที่จะถือว่ามีควมรับผิดชอบหรือไม่จึงต้องพิจารณาเอาจากบุคคลโดยทั่วไปที่มีความคิดและความรอบคอบตามปกติ¹²

การกระทำละเมิดฐานนิวแซนส์(nuisance) ดังกล่าวมาแล้วว่ากฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษมีระบบของการกระทำละเมิดเป็นพิเศษโดยเฉพาะ(specific torts)ในกฎหมายอังกฤษไม่มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิเหนือทรัพย์สินหรือการดำเนินคดีที่มุ่งต่อตัวทรัพย์สินโดยตรง(*in rem*) การเยียวยาสำหรับกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินหรือความเสียหายต่อทรัพย์สิน(damage to property)บัญญัติไว้โดยกฎหมายว่าด้วยการกระทำละเมิด(law of torts) เท่านั้น¹³ ฉะนั้นถ้าบุคคลได้ใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของที่ดินหรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เจ้าของที่ดินหรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ได้รับความเสียหายจะต้องฟ้องว่าเป็นการกระทำละเมิดฐานนิวแซนส์ (nuisance)

ประวัติความเป็นมาของการกระทำละเมิดฐานนิวแซนส์ มีความไม่ชัดเจนหลายประการเกี่ยวกับความไม่แน่นอนและความน่าสงสัยอันเนื่องมาจากข้อเท็จจริงซึ่งคำว่า nuisance โดยตัวของมันเองไม่มีความหมายมากไปกว่าการทำอันตราย(hurt) หรือการก่อความเดือดร้อนรำคาญ(annoyance) หรือความไม่สะดวกสบาย(inconvenience)¹⁴ คำๆแรกที่ปรากฏขึ้นในกฎหมายอังกฤษเป็นการอธิบายเกี่ยวกับการรบกวนสิทธิเกี่ยวกับภาระจำยอม(servitudes)หรือสิทธิอื่น ๆ ในการใช้ที่ดิน(free use of land) และกลายมาเป็นข้อกำหนดในกฎหมายในเวลาต่อมาในศตวรรษที่ 13 เกี่ยวกับพัฒนาการของ nuisance ซึ่งเป็นหมายอาญา(criminal write)และเกี่ยวข้องอยู่กับการบรรเทาความเสียหายในทางแพ่ง(civil relief) รูปแบบครอบคลุมไปถึงการบุกรุกหรือสิทธิในที่ดินของโจทก์อันเนื่องมาจากการกระทำของจำเลย

สิ่งซึ่งคู่ขนานกันไปเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองสำหรับการเยียวยาในทางแพ่งบนที่ดินของโจทก์คือพัฒนาการสำหรับหลักการแบ่งแยกหลัก 2 หลักออกจากกันคือการละเมิดเกี่ยวกับสิทธิของสถาบันพระมหากษัตริย์(right of the crown)หรือของบุคคลทั่วไป(general

¹²The common law, p. 108 quoted in Lawson : negligence in the civil law อ้างใน *Ibid*, p. 113.

¹³Barry Nicholas, *supra note* 3, p. 219.

¹⁴คำว่า "nuisance" คำนี้มีต้นกำเนิดที่ยาวนานมาจากคำในภาษาละตินว่า *nocumentum* โดยผ่านทางคำในภาษาฝรั่งเศสว่า nuisance อ้างใน William L. Prosser, *The law of tort* 4 ed (St Paul, Minn. West Publishing co. , 1971), p. 571.

public) ซึ่งเป็นการกระทำความผิดทางอาญา คดีในสมัยแรกเริ่มเกี่ยวข้องกับภาระละเมิดต่อสิทธิในที่ดินของพระมหากษัตริย์หรือเกี่ยวกับทางหลวงสาธารณะและอาจถูกแก้ไขโดยการฟ้องคดีโดยสถาบันพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นแนวความคิดที่เพียงพอสำหรับความคล้ายคลึงกันระหว่างการป้องกันสิทธิของเอกชน(blocking of a private right)และการป้องกันทางหลวงสาธารณะ(blocking of a public highway) ในสมัยของพระเจ้า Edward III หลักนี้ได้ขยายออกไปใช้กับสิ่งของที่รบกวนตลาดควันซึ่งมาจากบ่อปูนขาวและการเปลี่ยนทิศทางของน้ำจากโรงโม่หินหรือโรงสีโดยการเปรียบเทียบค่านิวแซนส์ ระดับของการฝ่าฝืนต่อกฎหมายได้รับรองเกี่ยวกับการกระทำอันเป็น public หรือ common nuisance ได้ขยายไปอย่างมากจนกระทั่งได้ข้อสรุปว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีกฎหมายรับรอง(act not warranted by law) หรือเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมาย(omission to discharge a legal duty)ซึ่งเกี่ยวกับความสะอาดสบายของมหาชนในการใช้สิทธิโดยทั่วไปการเยียวยาให้กับผู้เสียหายยังคงเป็นการลงโทษในทางอาญาโดยเฉพาะจนกระทั่งถึงศตวรรษที่ 16 ก็ได้ให้การรับรองในเรื่องสิทธิส่วนบุคคล(private individual)ของบุคคลผู้ซึ่งได้รับความเสียหายเป็นพิเศษ(special damage)สามารถที่จะฟ้องคดีแพ่งว่าเป็นการกระทำละเมิดสำหรับการรุกรานสิทธิในทางมหาชน(public right)เกี่ยวกับทรัพย์สินอันเป็นที่สาธารณะได้¹⁵

กฎหมายเกี่ยวกับนิวแซนส์ มีความหมายที่แตกต่างกัน 3 ประการของศัพท์กฎหมายดังกล่าวคือ (1) รูปแบบของการกระทำความผิดต่อมหาชน (public) ซึ่งอาจจะถูกลงโทษในทางอาญา (2) การรบกวนเกี่ยวกับการใช้และการมีสิทธิในทรัพย์สิน (3) การรบกวนเกี่ยวกับการใช้และการมีสิทธิในทรัพย์สินโดยการก่อให้เกิดหรือการปล่อยให้มีการเล็ดลอดของสิ่งต่างๆ เช่น ควัน เหม่า เสี่ยง เป็นต้นการกระทำเช่นนี้เรียกว่าการก่อความเดือดร้อนรำคาญซึ่งรวมเรียกว่า public และ private nuisance การกระทำ private nuisance ก็คือการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดรบกวนเกี่ยวกับส่วนได้เสีย(interests)ในสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นส่วน public nuisance เป็นการกระทำความผิดต่อมหาชนโดยทั่วไปและเป็นความผิดอาญา public nuisance ไม่สามารถฟ้องคดีได้โดยสิทธิของบุคคลเป็นการส่วนตัวเว้นแต่จะกลายมาเป็น private nuisance ต่อผู้เสียหายและผู้เสียหายได้รับความเสียหายเป็นพิเศษ ดังนั้นในสมัยต่อมาจึงได้มีการรับรองว่าบุคคลซึ่งได้รับความเสียหายอย่างแท้จริงโดยการใช้อิทธิในทางสาธารณะจึงอาจฟ้องคดีแพ่งได้แม้ว่าการกระทำของจำเลยในขณะเดียวกันอาจจะถูกลงโทษในทางอาญาก็ตามแต่การได้รับการชดใช้จากการ

¹⁵ *ibid*, pp. 571 - 572.

กระทำ public nuisance โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นได้ว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับนั้นแตกต่างจาก (distinct from) และมากกว่า (greater than) ที่บุคคลอื่นๆ ในสังคมได้รับอยู่¹⁶

ความหมายของการก่อความเดือดร้อนรำคาญส่วนบุคคล (private nuisance) การกระทำละเมิดชนิดนี้เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการก่อความเดือดร้อนรำคาญโดยมิชอบด้วยกฎหมายแก่บุคคลอื่นในการใช้ความสะอาดสบายตามสมควรและการมีสิทธิในทรัพย์สินของตน หรือในการมีสิทธิและการใช้สิทธิเกี่ยวกับของสาธารณะ (common right) อย่างไรก็ตามการกระทำอย่างเดียวกัน (particular conduct) ของจำเลยอาจจะก่อให้เกิดสิทธิแก่โจทก์ในการฟ้องร้องคดีต่อศาล ไม่ว่าจะเป็นการบุกรุก (trespass) หรือการก่อความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) ถ้าโจทก์ประสงค์จะฟ้องคดีต่อจำเลยโดยอ้างว่าเป็นการบุกรุกสาระสำคัญในคำฟ้องของโจทก์ (gist of his complain) ก็คือการกล่าวอ้างถึงความมิชอบด้วยกฎหมายของจำเลยในการก่อการรบกวนเกี่ยวกับสิทธิครอบครอง (possession) แต่ถ้าโจทก์เลือกที่จะฟ้องคดีประเภทหลัง (nuisance) สาระสำคัญในคำฟ้องของโจทก์คือ การกล่าวอ้างถึงความไม่สะดวกสบาย (discomfort) อันเนื่องมาจากการก่อความเดือดร้อนรำคาญของจำเลย

ตามที่ Bracton ได้อธิบายว่าการก่อความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) ที่สามารถจะฟ้องร้องคดีได้ต้องเป็นการก่อความเสียหายต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (freeholder) ในการมีสิทธิในทรัพย์สินของตน และ

Blackstone ให้นิยามว่าการก่อความเดือดร้อนรำคาญเอกชน (private nuisance) คือการกระทำอย่างใดๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายหรือความไม่สะดวกสบายต่อเจ้าของที่ดิน (lands) หรือตึกกรมบ้านช่อง (tenements) หรือทรัพย์สินที่เป็นมรดกตกทอดได้ไม่ว่าสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ (hereditaments) ก็ตามต่อบุคคลอื่น¹⁷

private nuisance คือการกระทำละเมิดในทางแพ่ง (civil wrong) อันมีพื้นฐานมาจากการก่อการรบกวนเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน (right in land) หากปราศจากการรบกวนเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคล (personal injury) หรือการรบกวนเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล (personal right) เพียงอย่างเดียวย่อมไม่เป็น nuisance ส่วน private nuisance อาจประกอบด้วย การรบกวนเกี่ยวกับเงื่อนไขทางกายภาพของที่ดิน (physical condition of the land) โดยการ

¹⁶Fowler V. Harper and Fleming James, JR, The law of torts In three volumes volume1, (Boston. Toronto Little Brown and Company, 1956), p. 65.

¹⁷Francis M. Burdick, *supra note 1*, pp. 450-451.

สิ้นสละเพื่อนทำให้เกิดเสียงดังการทำลายพืชผลหรือการก่อกมลภาวะและอาจประกอบด้วยการก่อความเดือดร้อนรำคาญต่อผู้ครอบครอง (occupant) เช่น ควันหรือแก๊ส เป็นต้นตรงกันข้าม public nuisance หรือ common คือรูปแบบของการกระทำความผิดอาญา (criminal offence) อันประกอบด้วยการรบกวนเกี่ยวกับสิทธิของชุมชน (right of the community) ซึ่งอาจรวมถึงการกระทำใดๆในการขัดขวางทางสาธารณะหรือการแสดงถึงความลามกอนาจาร (indecent exposure) คำว่า public nuisance รวมถึงสิ่งต่างๆ ที่เป็นกลุ่มของความผิดอาญาเล็กๆ น้อยๆ (group of minor criminal offenses) โดยพื้นฐานก็คือการรบกวนเกี่ยวกับส่วนได้เสียของชุมชน หรือความสะอาดสงบของสาธารณชนโดยทั่วไปการรบกวนอาจเกี่ยวกับการสาธารณสุข (public health) ความปลอดภัยสาธารณะ (public safety) ศีลธรรมอันดีของประชาชน (public morals) เช่น โรงนครโสเภณี (houses of prostitution) การก่อตั้งโรงสุราโดยผิดกฎหมาย โรงเล่นการพนันหรือการแสดงนิทรรศการที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี (indecent exhibitions) เช่น การเหยียดหยามศาสนาหรือเกี่ยวกับสาธารณะสถาน (public peace) ที่ common law public nuisance เป็นความผิดอาญาเสมอและอาจถูกลงโทษในกรณีเช่นนี้ได้เสมอ

มูลฐานของความรับผิด คดีในสมัยแรกเริ่ม private nuisance ดูเหมือนจะสันนิษฐานว่าจำเลยจะต้องรับผิดโดยเด็ดขาดและไม่จำเป็นต้องพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำ ต่อมาในปี 1705 ในกรณีที่สิ่งปฏิญญาจากที่อยู่อาศัยของจำเลยได้ไหลซึมผ่านไปสู่ที่อยู่อาศัยของโจทก์ซึ่งอยู่ติดต่อกัน ประธานศาลฎีกา Holt (Chief Justice Holt) ตัดสินว่ายอมเป็นการเพียงพอซึ่งที่อยู่อาศัยของจำเลยได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ เพราะว่า "จำเลยยอมต้องผูกพันในการใช้สิทธิโดยทั่วไปในอันที่จะไม่ก่อความเสียหาย (damnify) แก่เพื่อนบ้านของตน"¹⁸ ต่อมาได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการทั่วไปของทฤษฎีแห่งความรับผิดในทางละเมิด (theory of tort liability) หรือการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (negligence) หรือการกระทำซึ่งผิดปกติ (abnormal) อันอยู่ภายใต้หลักความรับผิดโดยเด็ดขาด (principle of strict liability) ก็ได้¹⁹

ความประมาทเลินเล่อไม่ใช่สาระสำคัญ (negligence not necessary) สิ่งที่แตกต่างกันระหว่างคดี private nuisance กับคดีที่โจทก์อ้างว่าจำเลยทำละเมิดต่อโจทก์โดยประมาทเลินเล่อก็คือในคดี private nuisance นั้นบางครั้งอาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยแต่ในบางครั้งจำเลยก็ต้องรับผิดในคดี nuisance ทั้งๆ ที่จำเลยมิได้ประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด เช่น

¹⁸ Tenant V. Goldwin, 1705, 1 Salk. 360, 91 Eng. Rep. 314.

¹⁹ William L. Prosser, *supra* note 14, p. 574.

จำเลยจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดแก่โจทก์อันเนื่องมาจากควันพิษหรือเสียงจากทรัพย์สินซึ่งอยู่ในที่ดินของจำเลยทั้งๆ ที่จำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการใช้ทรัพย์สินเหล่านั้นนอกจากนี้สิ่งที่แตกต่างระหว่างคดี private nuisance และคดีอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยก็คือภาระในการพิสูจน์ ในคดีอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยนั้น โจทก์เป็นฝ่ายที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่าจำเลยได้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการโดยประมาทและการกระทำหรือการงดเว้นดังกล่าวนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์ ส่วนในคดี private nuisance นั้นโจทก์ไม่มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการโดยประมาทและการกระทำหรือการงดเว้นดังกล่าวได้ก่อความเสียหายแก่โจทก์ โจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์เพียงว่าผลจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของจำเลยไปรบกวนการใช้หรือการครอบครองที่ดินของโจทก์

ถ้าโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการก่อความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) จำเลยย่อมต้องรับผิดชอบไม่มีความจำเป็นที่โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อเนื่องจากว่าโดยหลักการทั่วไปการขาดความระมัดระวัง (want of care) ไม่มีความจำเป็นในการฟ้องคดีสำหรับความเสียหายอันเนื่องมาจากการก่อความเดือดร้อนรำคาญถ้าบุคคลได้เก็บรักษาระเบิดไว้ในที่ดินของตนและใกล้ชิด (proximity) กับเพื่อนบ้านของตน ดั่งนี้ย่อมเป็นการก่อความเดือดร้อนรำคาญอย่างไรก็ดี ถ้าการเก็บรักษาวัตถุระเบิดนั้นได้จัดไว้ในสถานที่ซึ่งจัดไว้โดยเฉพาะ (particular place) ก็ย่อมไม่เป็นความเดือดร้อนรำคาญ จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยการระเบิดเช่นนั้นหากปราศจากพยานหลักฐานว่าจำเลยประมาทเลินเล่อในการเก็บรักษา (collecting) หรือการควบคุมดูแล (guarding) สิ่งของเช่นนั้น

เนื่องจากความประมาทเลินเล่อไม่ใช่สาระสำคัญในการฟ้องคดี (gist of the action) สำหรับการก่อความเดือดร้อนรำคาญ ดังนั้นการที่โจทก์มีส่วนประมาทเลินเล่ออยู่ด้วย (contributory negligence on the plaintiff's part) จึงไม่ใช่ข้อต่อสู้ของฝ่ายจำเลย แต่บางครั้งมันก็ไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะกำหนดว่าการกระทำของจำเลยเป็นการก่อความเดือดร้อนรำคาญหรือเป็นเพียงความประมาทเลินเล่อ²⁰

จะเห็นได้ว่าในคดี private nuisance นั้นโจทก์ไม่จำเป็นต้องนำสืบว่าจำเลยกระทำการโดยประมาทเลินเล่อโจทก์เพียงแต่พิสูจน์ว่าตนเองได้รับความเสียหายจากการรบกวนของจำเลย

²⁰ Francis M. Burdick, *supra* note 1, pp. 460 – 461.

เท่านั้นการรบกวน (interference) ของจำเลยที่จะถือว่าเป็น private nuisance ที่ฟ้องร้องกันได้นั้น จะต้องเป็นการรบกวนในระดับที่ไม่สมเหตุสมผลเท่านั้น

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศสหรัฐอเมริกา การรวบรวมกฎหมายจารีตประเพณีของสหรัฐอเมริกาให้เป็นหมวดหมู่ว่าด้วยการกระทำละเมิด(The Restatement of torts) ได้จัดหมวดหมู่ของการกระทำละเมิดฐานนิ่วแซนส์อันเป็นผลมาจากการกระทำโดยจงใจ (intentional) ความประมาทเลินเล่อ (negligent) ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง(reckless) หรือกิจการอันเป็นการเสี่ยงอันตรายอย่างยิ่ง(ultra-hazardous) ดังนั้นนิ่วแซนส์จึงอาจเกิดจากคลังสินค้าของจำเลยที่เป็นสถานที่เก็บรักษาวัตถุระเบิดที่เป็นกิจกรรมอันเสี่ยงอันตรายอย่างยิ่ง (ultra-hazardous activity) ยิ่งไปกว่านั้นนิ่วแซนส์อาจเกิดจากการใช้เตาเผาในโรงงานที่ได้รับอนุญาตโดยความประมาทเลินเล่อของจำเลยแล้วก่อให้เกิดควัน เขม่า ซึ่งทำให้มลภาวะเป็นพิษ

อย่างไรก็ดี Restatement กำหนดการกระทำละเมิดฐานนิ่วแซนส์ซึ่งเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง(reckless)หรือการกระทำที่เป็นการเสี่ยงอันตรายอย่างยิ่งเมื่อการรบกวนสิทธิเช่นนี้ถูกจำกัดอยู่บนพื้นฐานของการใช้ที่ดินของตนโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำนิ่วแซนส์ หนึ่งศาลของอเมริกาหลายศาลใช้คำว่านิ่วแซนส์โดยให้ครอบคลุมไปถึงการรบกวนสิทธิที่เกี่ยวกับการใช้หรือการมีสิทธิในที่ดินอันเนื่องมาจากคุณลักษณะของกิจการอันเป็นการเสี่ยงอันตรายจากกิจกรรมของจำเลย(ultra-hazardous) ซึ่งเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหาย เช่นการระเบิด(blasting)คลังสินค้าซึ่งเป็นสถานที่เก็บระเบิด(storage of high explosives)การเก็บสะสมน้ำในตู้คอนเทนเนอร์ ดังนั้น ศาลในอเมริกาจึงตัดสินว่าเป็นการกระทำนิ่วแซนส์ เรียกว่าความรับผิดโดยปราศจากความผิด(liability without fault)สำหรับกิจการอันเป็นการเสี่ยงอันตรายอย่างยิ่ง(ultra-hazardous activity)กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือไม่มีการประพฤติดโดยจงใจ(intentional misconduct) หรือมีความผิดใดๆแต่เป็นการประกอบกิจการซึ่งจำเลยจะต้องถูกผูกมัดที่จะต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่โจทก์²¹

นอกจากนี้กิจการซึ่งชอบด้วยกฎหมายบางอย่างเป็นการกระทำโดยใช้ความระมัดระวังและไม่มีความประมาทเลินเล่อแต่พฤติการณ์บางอย่างก็อาจจะเป็นการกระทำนิ่วแซนส์ได้ ถ้าหากว่าเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร การประกอบธุรกิจไม่อาจดำเนินต่อไปได้ภายใต้พฤติการณ์ซึ่งเป็นการรบกวนสิทธิของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันควรอย่างไรก็ดี การประกอบธุรกิจใดๆโดยตัวของมันเองย่อมชอบด้วยกฎหมายแต่ต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย

²¹ Fowler V. Harper and Fleming James, JR, *supra* note 16, pp. 68 - 69.

ต่อบุคคลอื่นด้วยศาลสูงของ Kansas ซึ่งให้เห็นว่าเจ้าของทรัพย์สินถึงแม้ว่าจะประกอบธุรกิจโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตามแต่จะต้องมีข้อจำกัดตามสมควรเขาจะต้องใช้ทรัพย์สินของตนเพื่อที่จะไม่รบกวนเกี่ยวกับสุขภาพหรือความสะดวกสบายของเพื่อนบ้านของตนจนเกินเหตุอันสมควรหรือเกี่ยวกับสิทธิของผู้อื่นในการใช้ทรัพย์สินนั้น²²

ดูเหมือนว่าความรับผิดชอบสำหรับการกระทำฐานนิวแซนส์อยู่นอกเหนือการเปลี่ยนแปลงต่อหลักความผิด(fault principles)ซึ่งหลักความผิดนี้เป็นคุณลักษณะที่สำคัญของกฎหมายละเมิดในช่วงศตวรรษที่ 19 แน่แน่นอนว่าเนื่องจากความรับผิดชอบของนิวแซนส์ไม่มีความสัมพันธ์กับหลักกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินนิวแซนส์ยังคงแยกออกจากพื้นที่ของความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด(liability without fault)และศาลเองหันไปใช้ศัพท์เฉพาะว่านิวแซนส์(nuisance terminology)สำหรับการกำหนดความรับผิดชอบเพื่อเป็นการกระตุ้นเตือนจากแนวความคิดถึงสิ่งที่จะถูกล่วงละเมิดไม่ได้ (inviolability)ของสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล(private property right)

ดังนั้นการค้าขาย การประกอบธุรกิจและการประกอบอุตสาหกรรมจึงอาจถูกศาลพิพากษาว่าเป็นการก่อความเดือดร้อนรำคาญได้เมื่อพิจารณาถึงตำแหน่งที่ตั้งหรือการกระทำซึ่งจำเลยได้ก่อให้เกิดขึ้นอันรวมไปถึงอยู่ช่อมรดยนต์ซึ่งก่อให้เกิดเสียงดัง²³ โรงงาน²⁴ โรงฆ่าสัตว์²⁵ โรงงานหลอมเหล็ก²⁶ สุสาน²⁷ ร้านจำหน่ายสุรา คอกม้า โรงงานผลิตปุ๋ย โรงไม้ โรงกลั่นสุรา โรงพยาบาลหรือโบสถ์ซึ่งอยู่ใกล้เคียงกับที่อยู่อาศัยของเพื่อนบ้าน

ไม่มีใครกล่าวว่าจะสามารถที่จะให้คำตอบสำหรับความเสียหายในการใช้สิทธิอย่างมีเหตุอันสมควรในการที่จะต้องใช้ความระมัดระวังโดยพิจารณาถึงสิทธิอื่น ๆ ในกรณีที่ไม่มีความเปลี่ยนแปลงในความประมาทเลินเล่อและในกรณีที่การกระทำเช่นนั้นไม่ได้เจตนาร้ายในขณะเดียวกันหลักการโดยทั่วไปในภาชิตลาดินที่ว่า *sic utere tuo ut alienum non laedas* (จงใช้ทรัพย์สินของท่านในลักษณะที่ไม่ทำความเสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้อื่น)ย่อมเป็นสิ่งที่สำคัญสำหรับการกระทำละเมิดฐานนิวแซนส์อันเป็นการบอกให้เราทราบว่าคุณคนทุกคนถูกผูกมัดที่

²² Helms v. Eastern Kansas oil co., (1917) *Ibid*, p. 72.

²³ George v. Goodovich, 288 (1927) *Ibid*, p.70.

²⁴ Columbian carbon co. v. kolen (1947) *Ibid*, p.70.

²⁵ Fay v. whitman, 100 mass.76 (1868) *Ibid*, p.70.

²⁶ Appeal of pennsylvania lead co., 96 (1880) *Ibid*, p.70.

²⁷ Assembly of God church of Tahoka v. bradly, 196 (1946) *Ibid*, p.70.

จะต้องใช้ทรัพย์สินของตนอย่างมีเหตุผลอันสมควรเพื่อที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่จำเป็น (unnecessary damage) หรือรบกวนสิทธิเกี่ยวกับเพื่อนบ้านของตน²⁸

แนวความคิดเกี่ยวกับความสมควรแก่เหตุ (the idea of reasonableness) ได้ถูกปฏิบัติตามโดยแสดงออกมาในหลักการสำคัญสองประการคือสังคมอันเป็นที่พึงประสงค์ (the social desirability) และผลประโยชน์ในการกระทำของจำเลย (utility of the defendant's conduct) รวมทั้งสิ่งที่เป็นไปได้และสิ่งที่ปฏิบัติได้ในการหลีกเลี่ยงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่โจทก์เป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องนำมาพิจารณาแน่นอนว่าขอบเขตหรือขนาดของความเสียหายต่อเจ้าของทรัพย์สินที่อยู่ติดต่อกันจะต้องได้รับการเอาใจใส่จากความมีเหตุผลในการกระทำของจำเลย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือในการใช้ที่ดินของตนระดับหรือขีดขั้นของการก่อความรำคาญ (degree of annoyance) และความไม่สะดวกสบายต่อที่ดินข้างเคียงหรือเจ้าของที่ดินที่อยู่ติดต่อกันเป็นสิ่งที่กำหนดเกี่ยวกับการกระทำละเมิดฐานนิวแซนส์และคุณลักษณะของความไม่มีเหตุผลอันสมควรของการก่อความรำคาญหรือความไม่สะดวกสบายเป็นธรรมดาอยู่เองที่จะต้องพิจารณาเอาจากคุณลักษณะโดยทั่วไปของสังคม (general character of the community)

Sir John Salmond กล่าวว่ามาตรฐานของความสะดวกสบายในการอยู่อาศัยที่เป็นจุดทดสอบของการกระทำละเมิดฐานนิวแซนส์ไม่ใช่มาตรฐานโดยทั่วไปเพียงอย่างเดียวสำหรับเวลาและสถานที่หนึ่งแต่มาตรฐานอาจเปลี่ยนแปลงหรือผันแปรไปตามตำแหน่งแหล่งที่ของทรัพย์สินนั้น ด้วยปัญหาในหลายๆกรณีโจทก์ไม่ได้รับความเสียหายส่วนบุคคลสิ่งที่เขาจะพิจารณาก็คือความไม่สะดวกสบายซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือการก่อความเดือดร้อนรำคาญให้แก่โจทก์แต่โดยธรรมดาสามัญมนุษย์ผู้ซึ่งอาศัยอยู่ในสถานที่หรือที่ตั้งอยู่ในหลักแหล่งเดียวกัน กฎหมายว่าด้วยการกระทำละเมิดฐานนิวแซนส์ (the law of nuisance) ไม่ได้ให้การรับรองสำหรับบุคคลใดๆผู้ซึ่งต้องการการคุ้มครองอย่างสูง (higher immunity) จากความไม่สะดวกสบายหรือความเดือดร้อนรำคาญซึ่งโดยทั่วไปในสถานที่เช่นนั้นซึ่งเขาได้อาศัยอยู่ บุคคลผู้ซึ่งไม่ชอบเสียงของการจราจรต้องไม่ก่อสร้างบ้านหรือที่อยู่อาศัยของเขาในใจกลางของเมืองที่ใหญ่

อย่างไรก็ตามมีข้อเสนอแนะว่าการกระทำอันก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญให้พิจารณาเอาจากความเสียหายซึ่งผู้เสียหายได้รับมากกว่าการกระทำของบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ Professor Seavey ชี้ให้เห็นว่าโดยปกติการละเมิดเป็นการจงใจก่อความเสียหายต่อบุคคลอื่น

²⁸ every person is bound to make a reasonable use of his property so as to v. Seaman, 63 N.Y. 577, 20 Am Rep. 567 (1876)

และดูเหมือนว่าจะเป็นภาระที่เหมาะสมสำหรับการก่อความเดือดร้อนรำคาญแต่การละเมิดฐานนิวแซนส์อาจไปได้ทั้งผู้ใช้ที่ไม่มีเหตุอันสมควร (unreasonable user) และความเสียหายโดยไม่มีเหตุอันสมควร (unreasonable harm) ต่อบุคคลอื่นอันเป็นการกระทำ nuisance เช่นกัน

มีข้อสังเกตว่าแนวความคิดเกี่ยวกับผู้ใช้ที่ไม่มีเหตุอันสมควร (the idea of an unreasonable user) ในกรณีของทรัพย์สินโดยการละเมิดฐานนิวแซนส์แตกต่างจากแนวความคิดในเรื่องความเสี่ยงโดยไม่มีเหตุอันสมควร (unreasonable risk) ซึ่งใช้กันอยู่ในกรณีของความประมาทเลินเล่อซึ่งแนวความคิดในสมัยต่อมาบอกให้ทราบถึงหลักการคาดเห็น (the idea of a foreseeable) ความเสียหายซึ่งก่อให้เกิดโดยการกระทำของผู้กระทำซึ่งเป็นลักษณะของบุคคลผู้มีความระมัดระวังไม่ควรถูกกระทำสำหรับในกรณีของการทำละเมิดฐานนิวแซนส์ผู้ใช้ที่ไม่มีเหตุอันสมควร (unreasonable user) ไม่จำเป็นต้องคาดเห็นถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้น (anticipation of harm) ความไม่มีเหตุอันสมควรในการใช้ทรัพย์สินของตนในด้านของผู้กระทำ อาจจะถูกกำหนดโดยคุณลักษณะและขอบเขตของความเสียหายเป็นส่วนใหญ่ถ้าจำเลยใช้ทรัพย์สินของตนสำหรับการผลิตแล้วก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่มีเหตุอันสมควรแก่เพื่อนบ้าน จำเลยอาจจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำละเมิดฐานนิวแซนส์ โดยไม่ต้องคำนึงถึงองค์ประกอบใดๆ ของหลักการคาดเห็นโดยไม่มีเหตุอันสมควร (unreasonable foreseeability) ดังนั้นนิวแซนส์จึงอาจเกิดจากการใช้ทรัพย์สินแล้วก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่มีเหตุอันสมควรแม้ว่าผู้กระทำไม่อาจคาดเห็นล่วงหน้าได้

ความไม่มีเหตุอันสมควรเกี่ยวกับการใช้ที่ดินถูกกำหนดในแง่ของวัตถุประสงค์ (objective) ในสหรัฐอเมริกากำหนดไว้โดย The Restatement of torts โดยทั่วไปบุคคลผู้มีเหตุอันสมควรจะพิจารณาจากสถานการณ์ (situation) ว่ามีเหตุอันสมควรหรือไม่ผลประโยชน์ของผู้กระทำ (interests of the actor) และผลประโยชน์ของชุมชน (interests of the community) การกำหนดความมีเหตุอันสมควร (reasonableness) อันเป็นวิธีการชั่งน้ำหนัก (weighing process) ที่สำคัญซึ่งเกี่ยวกับการตีราคาโดยเปรียบเทียบกันถึงผลประโยชน์ที่ขัดแย้ง (conflict of interest) ในสถานการณ์ต่างๆ ตามมาตรฐานของกฎหมาย (legal standards)²⁹

ในการชั่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงของความเสียหาย (gravity of the harm) และผลประโยชน์ในกิจการของจำเลย (utility of the defendant's activity) the Restatement of torts ของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้พิจารณาดังนี้

²⁹ 4 Restatement of torts § 826.

ความร้ายแรงของความเสียหาย(gravity of harm) : (a)ขนาดหรือระดับของความเสียหายที่เกี่ยวข้อง (b) คุณลักษณะ (c) คุณค่าทางสังคม(social value) ซึ่งกฎหมายกำหนดรูปแบบของการใช้และการมีสิทธิที่จะรื้อถอนได้ (d)หน้าที่ของบุคคลที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายเช่นนั้น³⁰

ผลประโยชน์ในกิจการของจำเลย(utility of the activity):(a)คุณค่าทางสังคม (social value)ซึ่งกฎหมายกำหนดวัตถุประสงค์ขั้นพื้นฐานของการกระทำ (b) ความเหมาะสมของการกระทำ(suitability of the conduct)เมื่อเปรียบเทียบลักษณะของสถานที่เช่นนั้นและ(c) ความไม่สามารถจะปฏิบัติในการป้องกัน (impracticability of prevention)หรือการหลีกเลี่ยงการรบกวนสิทธิของผู้อื่น (avoiding the invasion)³¹

อาจกล่าวได้ว่าในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์การกระทำละเมิดฐานฐานนิเวศน์อาจเกิดจากความจงใจ (intentional) ความประมาทเลินเล่อ(negligence)ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (reckless) หรือการกระทำอันผิดปกติ(abnormal)ซึ่งอยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด(strict liability)ซึ่งไม่จำเป็นต้องอาศัยความผิดของผู้กระทำ เรียกว่าความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด(liability without fault) ในเรื่องความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด common law ก็มีแนวความคิดเช่นเดียวกับกฎหมายโรมัน common law ที่สหรัฐอเมริกากล่าวถึงกิจกรรมอันเสี่ยงอันตรายอย่างยิ่ง(ultrahazardous activity)เช่นการใช้สารเคมีอันตราย การเก็บรักษาสัตว์ป่าและนำสารอันตรายมาเก็บรักษาไว้ในที่ของตน เจ้าของสถานที่ย่อมรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นผู้เสียหายไม่ต้องนำสืบการละเมิดหน้าที่ที่ต้องระมัดระวัง(breach)หรือความเสียหายอาจจะสังเกตเห็นได้ (foreseeable harm)คือพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อมีกรณีตัวอย่างเช่น หมูตกมาจากหน้าต่าง ลูกสัตว์แพทย์ตายเหมือน *positum* ในกฎหมายโรมัน

ส่วน common law ที่อังกฤษมีคดีที่โด่งดังมากคือ Rylands v. Fletcher (1868) จำเลย (Rylands)จ้างผู้รับเหมาร้างอ่างเก็บน้ำในที่ดินของตนเพื่อนำพลังน้ำมาใช้งานผู้รับเหมาค้นพบว่ามีปล่อง(ทางขึ้นลง)ของบ่อแร่ที่เลิกใช้แล้วและทางเดินใต้ดินซึ่งต่อเนื่องกับเหมืองแร่ของโจทก์ เมื่อจำเลยเริ่มกักเก็บน้ำน้ำก็ล้นล้น (escape)ไปสู่เหมืองของโจทก์และทำให้เกิดน้ำท่วมได้ มีการนำสืบว่าจำเลยมิได้ประมาทเลินเล่อแต่ศาลทุกศาลจนถึงสภาขุนนางตัดสินว่าจำเลยผิดทำให้เกิดหลักที่ว่าผู้ใดเก็บรักษาไว้ในที่ของตนซึ่งสิ่งซึ่งก่อให้เกิดอันตรายถ้าล้นล้นออกไปได้แล้ว

³⁰ 4 *Ibid*, §827.

³¹ 4 *Ibid*, §828.

ยอมต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยสภาพขนานางจำกัดไว้เฉพาะการใช้ที่ดินผิดปกติ(non-natural) เท่านั้นหลักนี้ได้นำมาใช้กับสิ่งของต่างๆ เช่น การเล็ดลอดของกระแสไฟฟ้า(ค.ศ.1893) น้ำเสีย (ค.ศ.1911) และวัตถุระเบิด (ค.ศ.1921) ซึ่งดูแล้วก็ไม่ต่างกับ *positum vel suspensum* ของโรมัน แต่ common law ถือเป็นละเมิด(tort) ไม่ใช่เสมือนละเมิด (*quasi delictum*) แบบโรมัน³²

ในคดี Rylands v. Fletcher (1868) ในเดือนพฤศจิกายนปี 1861โจทก์(Fletcher) ได้ฟ้องคดีต่อจำเลย (Rylands) เรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเหมืองแร่ของโจทก์โดยน้ำได้ทะลักออกมาจากอ่างเก็บน้ำซึ่งจำเลยทำการก่อสร้างกำแพงโจทก์มี 3 ข้อหาแต่ละข้อหากว่าอ้างความประมาทเลินเล่อ(negligence)ของจำเลยได้มีการนำสืบว่าจำเลยมิได้ประมาทเลินเล่อสภาพขนานางของอังกฤษตัดสินให้จำเลยรับผิดชอบผู้พิพากษาท่านหนึ่งคือ Justice Blackburn กล่าวว่า³³

พวกเราคิดว่าหลักกฎหมายแท้จริง (rule of law) มีอยู่ว่าบุคคลใดๆ นำ เก็บหรือรักษาสิ่งใดๆ ในที่ดินของตนจะต้องรับผิดชอบว่าสิ่งนั้นๆ ได้เล็ดลอด(escape)ออกไปก่อให้เกิดความเสียหายบุคคลนั้นจะต้องเก็บรักษาสิ่งดังกล่าวไว้โดยการเลี้ยงภัยของตนหากมิได้เก็บรักษาให้ดี ย่อมจะต้องรับผิดชอบความเสียหายอันเนื่องมาจากการที่สิ่งของนั้นได้เล็ดลอดออกไปอย่างไรก็ดี เขาสามารถที่จะแก้ตัวด้วยตัวของเขาเองโดยแสดงให้เห็นได้ว่าการเล็ดลอดเช่นนั้นเป็นความผิดของโจทก์เองหรือบางทีการเล็ดลอดอาจเป็นผลมาจากเหตุสุดวิสัย (vis maior) หรือเป็นผลมาจากการกระทำของพระเจ้า(act of God)แต่ก็ไม่มีกรกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเช่นนั้นหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นยอมเป็นการยุติธรรมดีแล้วการที่วัวควายหรือปศุสัตว์ (cattle) ของเพื่อนบ้านได้เล็ดลอดออกไปกินหญ้าหรือข้าวโพดของบุคคลอื่นหรือการที่น้ำจากอ่างเก็บน้ำของเพื่อนบ้านได้ไหลท่วมเหมืองหรือเขมาจากเพื่อนบ้านได้ปลิวไปตกในห้องของผู้อื่นหรือโรงงานของเพื่อนบ้านปล่อยควัน เสียง หรือการรบกวนในการอยู่อาศัยซึ่งทำให้ต้องเสียสุขภาพยอมถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวปราศจากความผิดใดๆของเพื่อนบ้านของตน(with any fault of his own)และดูเหมือนว่าเป็นการสมควรและยุติธรรมสำหรับเพื่อนบ้านผู้ซึ่งได้นำสิ่งใดๆเข้าไปในที่ดินของตนอันเป็นการผิดธรรมชาติยอมไม่เป็นอันตรายหากได้เก็บไว้ในที่ดินของตนแต่ถ้าเขาารู้สิ่งที่จะก่อให้เกิด

³² ประชุม โฉมฉาย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น. 168.

³³ Richard A. Posner, *Tort law cases and Economic Analysis* (Little

ความเสียหายถ้าสิ่งนั้นเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นเพื่อนบ้านผู้นั้นก็ควรจะมีหนี้ต้องชดใช้ค่าเสียหายต่อความเสียหายซึ่งติดตามมาจากการที่ตนไม่อาจกักเก็บสิ่งนั้นในที่ดินของตน

สภาขุนนางอังกฤษ (House of Lords) พิพากษายืนแต่ Lord Cairns ใช้คำว่า “การใช้ผิดปกติ” (“non – natural” use) แทนข้อความว่า “ผู้ซึ่งนำมาสู่ทรัพย์สินของตนซึ่งสิ่งของอันโดยปกติจะไม่อยู่ที่นั่น”

LORD CHANCELLOR โดย Lord Cairns กล่าวว่า³⁴ ในความเห็นของข้าพเจ้าหลักการซึ่งในคดีนี้จะต้องกำหนดปรากฏแก่ข้าพเจ้าเป็นเรื่องพื้นฐานที่สุดจำเลยยังคงเป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองอ่างเก็บน้ำที่ทำการก่อสร้างซึ่งอาจจะใช้สำหรับวัตถุประสงค์ใดๆโดยชอบด้วยกฎหมาย(lawfully)ถ้าเป็นเช่นนั้นก็อาจจะเป็นเรื่องปกติธรรมดาสำหรับการใช้ที่ดินดังกล่าว ข้าพเจ้าก็อาจจะใช้คำว่า “การใช้ที่ดินตามปกติ” (I may term the natural use of that land) นั่นคือการเก็บสะสมน้ำไม่ว่าจะอยู่บนดินหรือใต้ดินก็ตามและถ้าโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายธรรมชาติ (operation of the laws of nature) การเก็บสะสมน้ำได้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของโจทก์ โจทก์ย่อมไม่สามารถที่จะกล่าวอ้างได้ว่าเป็นผลมาจากสถานที่เช่นนั้นถ้าเขาต้องการที่จะได้รับความปลอดภัยเขาก็ต้องออกไปเสียอันเป็นสิ่งที่กีดขวาง(barrier)ระหว่างทรัพย์สินของโจทก์และทรัพย์สินของจำเลยเพื่อป้องกันผลแห่งกฎหมายธรรมชาติเช่นนั้น

ตรงกันข้ามถ้าจำเลยไม่ยอมหยุดการใช้ที่ดินตามปกติและต้องการที่จะใช้ที่ดินนั้นสำหรับวัตถุประสงค์อย่างใดๆ ต่อไปอีกดังนั้นข้าพเจ้าก็อาจจะใช้คำว่า “การใช้ที่ดินผิดปกติ” (I may term a non – natural use) สำหรับวัตถุประสงค์ใดๆ ไปยังที่ดินที่อยู่ใกล้เคียงกันซึ่งไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขธรรมชาติ(natural condition) ไม่ว่าจะอยู่บนดินหรือใต้ดินก็ตามในลักษณะของปริมาณซึ่งไม่ใช่ผลของการกระทำภายใต้ที่ดินเช่นนั้นและถ้าผลติดตามมาจากการกระทำหรือความไม่สมบูรณในวิธีการเช่นนั้นแล้วน้ำได้เล็ดลอดออกมา (escape) และเข้าไปสู่ที่ดินของโจทก์และถ้าปรากฏต่อข้าพเจ้าว่ามันเป็นผลมาจากการกระทำของจำเลยพวกเขาจะต้องเสี่ยงต่อภัยพิบัติของตนเองในระหว่างที่มีการกระทำเช่นนั้นอันเป็นความชั่วร้ายที่เกิดขึ้น(evil)ความชั่วร้ายเช่นนี้จะกล่าวโดยเฉพาะก็คือการเล็ดลอดของน้ำและผ่านเข้าไปในที่ดินของโจทก์และก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์ ดังนั้นผลที่ติดตามมาในความเห็นของข้าพเจ้าจำเลยย่อมต้องรับผิดชอบ.....”

³⁴ *Ibid*, p. 551.

Lord Cranworth กล่าวว่าถ้าบุคคลนำมาหรือเก็บรักษาซึ่งสิ่งใดๆบนที่ดินของตน ถ้าสิ่งของเหล่านั้นได้เล็ดลอดแล้วอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เพื่อนบ้านของตนเขาก็จะต้องเสี่ยงภัยของตนเองถ้ามันเล็ดลอดและก่อความเสียหายขึ้นเขาจะต้องรับผิดชอบอย่างไรก็ดีเขาอาจใช้ความระมัดระวัง (careful) ได้และอาจป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้

หลักของ Rylands v. Fletcher ถือว่าการใช้ที่ดินผิดปกติถ้าเป็นการใช้พิเศษอันก่อให้เกิดการเสี่ยงภัยผิดปกติในการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ครอบครองที่ดินข้อต่อผู้คือ(1) ประโยชน์ร่วมกัน(2)บุคคลภายนอกเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย(3)การใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ (4) ความยินยอมของโจทก์ (5) ความบกพร่องของโจทก์เอง(6) เหตุสุดวิสัยข้อต่อผู้ทั้งหมดนี้โดยเฉพาะข้อ 1, 2, 4 และ 5 ทำให้หลักของคดีไม่เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดอย่างแท้จริง³⁵ Samuel และ Rinkes (1995 น. 299) เห็นว่าคดีตัวอย่าง Rylands v. Fletcher (1868) ดูเหมือนจะมีหลักการใกล้เคียงกับเจตนารมณ์ของมาตรา 1384 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม Samuel และ Rinkes (1996 น. 926) เห็นว่าแทนที่สภาขุนนางจะพัฒนาให้เกิดหลักความรับผิดที่ไม่เป็นตามสัญญาเกี่ยวกับสิ่งมีอันตรายผลของคดีนี้ถูกจำกัดไว้จนกระทั่งไม่อาจหลุดพ้นจากข้อเท็จจริงเฉพาะเจาะจงได้ ฉะนั้น ในปี 1947 สภาขุนนางไม่ยอมรับนำคดีนี้ไปใช้เป็นฐานสำหรับความรับผิดทั่วไปหรือความเสียหายอันเกิดจากสิ่งมีอันตรายความเห็นนอกรอบ(obiter) ของสภาขุนนางผู้ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาศาลฎีกา (law lords) ในสภาขุนนางบางท่านดูเหมือนเห็นว่าแม้การตั้งโรงงานคลังแสงก็ไม่เชื่อว่าเป็นการใช้ที่ดินผิดธรรมชาติหรือผิดปกติและยังเห็นอีกว่าความรับผิดทั่วไปดังกล่าวน่าจะมาจากพระราชบัญญัติ(statute) มากกว่าคำพิพากษาของศาล ยิ่งกว่านั้นดูเหมือนหลักการใช้ผิดธรรมชาติหรือไม่ไม่เป็นที่ยอมรับกันอีกต่อไปเพราะกลายเป็นหลักโบราณแต่น่าจะใช้หลักการเห็นผลล่วงหน้าได้(foresseeability)(เช่นในกฎหมายอื่นเช่นกฎหมายญี่ปุ่น) มากกว่า “ความรับผิดโดยมีความผิด และไม่มี ความผิดวิวัฒนาการล่าสุด”³⁶

Whittaker (2005, น. 635 – 638) เห็นว่าทฤษฎีของกฎหมายอังกฤษในเรื่องนี้เป็นปีกแผ่นมากกว่าของฝรั่งเศสแต่อาจจะซับซ้อนขึ้นเมื่อมาถึงเรื่องการตีความหลักที่ใช้เพียงไม่กี่หลักประการที่หนึ่งในเรื่องความรับผิดต่อความตายและการบาดเจ็บ(ถ้าไม่รวมความเสียหายต่อทรัพย์สินอันใช้สิทธิเรียกร้องความเสียหายอันเนื่องมาจากความเดือดร้อนรำคาญเอกชน(private nuisance) และหลักภายใต้คดี Rylands v. Fletcher ได้จุดเริ่มต้นของนักกฎหมายอังกฤษก็คือ

³⁵ ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.169.

³⁶ เพิ่งอ้าง, น. 169.

การกระทำละเมิดในลักษณะประมาทเลินเล่อและความเข้าใจว่าความผิดคือความประมาทเลินเล่อดังปรากฏในละเมิดในลักษณะประมาทเลินเล่อ (negligence) ประการที่สองเพื่อจุดประสงค์ในการกำหนดความรับผิดความประมาทเลินเล่อเป็นสาระของกฎหมายที่ซับซ้อนอันวางมาตรฐานที่จะใช้และข้อพิจารณาซึ่งศาลจะต้องใช้ในการชี้ขาดว่ามีความประมาทเลินเล่อหรือไม่ ในเรื่องทั้งหมดนี้ความสมเหตุสมผล (reasonableness) ปรากฏอยู่ในหลายจุดด้วยกันและศาลได้วางโครงสร้างของดุลพินิจอันเข้ากับหลักสมเหตุสมผลเพื่อให้เป็นหลักประกันว่าการชี้ขาดของตนมีความสอดคล้องกันและเพื่อให้มีข้อพิจารณาอันปัจเจกชนและธุรกิจมีไว้ซึ่งดูในการตัดสินใจเรื่องความปลอดภัยรวมทั้งการใคร่ครวญดูความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการบาดเจ็บขึ้นตลอดจนความมีมากน้อยของความบาดเจ็บดังกล่าวและค่าใช้จ่ายในการหลีกเลี่ยงการบาดเจ็บดังกล่าว ทั้งนี้ครอบคลุมไปถึงข้อพิจารณาถึงประโยชน์อันกิจกรรมของตนมีต่อสังคมส่วนรวมและสิทธิของปัจเจกชนแนวทางอันเปิดเผยและมีโครงสร้างแน่นอนในการชี้ขาดว่ามีการประมาทเลินเล่อหรือไม่ ไม่เปิดช่องให้ศาลใช้การสันนิษฐาน ฉะนั้นเมื่อประมาทเลินเล่อเป็นละเมิดที่ประณีตขึ้นกว่าเดิมหลัก *res ipse loquitur* (ข้อเท็จจริงชัดแจ้งอยู่แล้ว) มีความสำคัญน้อยลงโดยศาลมิได้ให้ความสำคัญต่อหลักดังกล่าวอีกต่อไปแม้จะมีพยานหลักฐานยืนยันก็ตามโดยที่ศาลเห็นว่าสุภาชิตดังกล่าวเป็นเพียงฉลากใช้พรรณนาสถานการณ์อันเป็นการสมควรที่ศาลจะอนุมานความประมาทเลินเล่อจากข้อเท็จจริงที่มีหลักฐานสนับสนุนปกติหลักข้อนี้ใช้กับกรณีละเมิดในเชิงประมาทเลินเล่อ (negligence) โดยที่ถ้าอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นเป็นในลักษณะที่เกิดขึ้นเพราะความประมาทเลินเล่อและเหตุการณ์ที่นำไปสู่อุบัติเหตุอยู่นั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของจำเลยศาลมักจะสันนิษฐาน (แม้ไม่มีพยานหลักฐานก็ตาม) ว่าอุบัติเหตุเกิดขึ้นเพราะความประมาทเลินเล่อของจำเลย

ความโดดเด่นของละเมิดเชิงประมาทเลินเล่อในกฎหมายอังกฤษ (negligence) มีผลสำคัญต่อการไม่ยอมพัฒนาฐานอื่นของความรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยไม่มี ความประมาทเลินเล่อศาลได้พิจารณาเห็นว่าความโดดเด่นเพิ่มขึ้นของละเมิดเชิงประมาทเลินเล่อในการได้ค่าสินไหมทดแทนต่อการตาย การบาดเจ็บและการทำให้เสียทรัพย์เป็นเหตุผลในการไม่ยอมพัฒนาฐานอื่นของความรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยไม่มี ความประมาทเลินเล่อที่การเป็นเช่นนี้เห็นได้ชัดจากท่าทีของศาลในการจำกัดขอบเขตให้แคบลงต่อการกำหนดความรับผิดทางแพ่งในการละเลยหน้าที่ตามพระราชบัญญัติและปรากฏในท่าทีของศาลในการตีความละเมิดในเชิงก่อความเดือดร้อนรำคาญเอกชน (private nuisance) และตาม *Rylands v. Fletcher* (1868) ยิ่งกว่านั้นในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นตาม *Rylands v. Fletcher* ศาลมักจะตีความข้อเท็จจริง

ในลักษณะที่ลดความเบี่ยงเบนความรับผิดชอบจากแนวความประมาทเดินเลื้อแทนที่จะคงไว้หรือขยายออกไปซึ่งความรับผิดชอบดังกล่าวศาลได้ตีความว่า Rylands v. Fletcher (1868) จำกัดอยู่เฉพาะสิ่งของซึ่งเด็ดลอดออกมาจากที่ดินโดยเฉพาะอย่างยิ่งนับแต่ 1994 เป็นต้นมาสภาขุนนางอังกฤษชี้ขาดว่าความรับผิดทางคดีนี้มิใช่เป็นความรับผิดเพื่อละเมิดแบบใหม่แต่เป็นเพื่อละเมิดแบบก่อนความเดือดร้อนรำคาญเอกชน(private nuisance) อันเป็นละเมิดที่เกี่ยวกับพฤติกรรมอันสมเหตุสมผลต่อกันระหว่างเจ้าของที่ดินข้างเคียงกันและโดยเหตุนี้ไม่อาจนำมาใช้เป็นฐานความผิดสำหรับการบาดเจ็บหรือตายได้ ฉะนั้นความรับผิดโดยเคร่งครัดต่อการก่อความเดือดร้อนรำคาญเอกชน (private nuisance) และคดีตัวอย่าง Rylands v. Fletcher จึงไม่เข้าประเด็นในการกำหนดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องของผลิตภัณฑ์อันก่อให้เกิดการบาดเจ็บหรือล้มตายแต่เข้าประเด็นในเรื่องความรับผิดต่อความเสียหายต่อทรัพย์สินในลักษณะจำกัด ยิ่งเมื่อพิจารณาในลักษณะนี้แล้วดูเหมือนความรับผิดตามภาค 1 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(Consumer Protection Act 1987) เป็นกรณีตัวอย่างโดดเด่นอย่างยิ่งของความรับผิดโดยไม่มี ความประมาทเดินเลื้อในกฎหมายอังกฤษ³⁷

common law ที่แคนาดาในคดี Royal Anne Hotel Co.Ltd. Ashcroft, saito et al.v. Ashcroft³⁸ โจทก์เป็นเจ้าของที่ดินและครอบครองทรัพย์สินบนที่ดินซึ่งอยู่ในเมือง Ashcroft เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 1974 ปรากฏว่าทรัพย์สินของโจทก์ได้รับความเสียหายเนื่องจากการอุดตันของท่อระบายของเสียซึ่งถูกสร้างขึ้นและรักษาโดยเทศบาลเมือง Ashcroft การอุดตันของท่อระบายของเสียดังกล่าวเป็นเหตุให้ของเสียดังกล่าวในท่อไหลย้อนกลับไปสู่ทรัพย์สินของโจทก์ โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยซึ่งเป็นเทศบาลเมือง Ashcroft โดยโจทก์อ้างว่าจำเลยละเมิดต่อโจทก์โดยประมาทนอกจากนี้จำเลยได้ละเมิดกฎหมายเกี่ยวกับนิวเซนส์ ข้อกล่าวหาของโจทก์ที่อ้างว่าจำเลยกระทำการโดยประมาทเดินเลื้อศาลมีคำพิพากษาให้ยกฟ้อง เนื่องจากศาลพบว่า การอุดตันของท่อระบายของเสียมิได้เกิดจากความประมาทเดินเลื้อของจำเลยหรือตัวแทนหรือลูกจ้างของจำเลยในการออกแบบติดตั้งหรือรักษาท่อระบายของเสียดังกล่าวการก่อสร้างและการทำงานของท่อระบายของเสียเป็นไปตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ทุกประการดังนั้นประเด็นที่ศาลต้องวินิจฉัย

³⁷ เฟิงอ้าง, น.174-176.

³⁸ อานาจ วงศ์บัณฑิต, "การเปลี่ยนแปลงการพิจารณาพิสูจน์เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของ common law ในกรณีสภาพแวดล้อมเป็นพิษในแคนาดา", วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 16, (ฉบับที่ 3 กันยายน 2529), น. 149.

ต่อไปคือจำเลยต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ในฐานะที่ก่อให้เกิด nuisance หรือไม่ศาลได้วินิจฉัยว่าจำเลยมีอายุยกข้อต่อสู้ได้ว่าจำเลยได้ใช้ความพยายามและความระมัดระวังของตนเองอย่างดียิ่งในอันที่จะป้องกันมิให้เกิด nuisance แก่โจทก์ถึงแม้ว่าระบบของท่อระบายของเสียนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนในเมือง Aschroft จำเลยก็ยังต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ในฐานะที่ก่อให้เกิด nuisance นอกจากนี้ศาลได้วินิจฉัยต่อไปว่าจำเลยมีอายุยกข้อต่อสู้ที่ว่าเมื่อจำเลยได้กระทำการ(ก่อสร้างและบำรุงรักษาท่อระบายของเสีย)ตามที่กฎหมายได้ระบุไว้จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบต่อผลใดๆ อันเนื่องมาจากการกระทำตามกฎหมายศาลให้เหตุผลว่าการที่กฎหมายอนุญาตให้จำเลยทำการก่อสร้างใดๆ หรือบำรุงรักษาสิ่งนั้นๆ มิได้หมายความว่าบุคคลซึ่งได้รับอนุญาตให้กระทำการดังกล่าวสามารถสร้างความเสียหายต่อบุคคลอื่นได้เว้นแต่ว่าความเสียหายต่อบุคคลอื่นจะเป็นผลซึ่งติดตามมาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้จากการกระทำที่ได้รับอนุญาตจากกฎหมาย

ข้อจำกัดความรับผิดสำหรับนิวแซนส์ โดยทั่วไปหลักเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อซึ่งโจทก์ก็มีส่วนผิดอยู่ด้วย(the doctrine of contributory negligence)ไม่สามารถนำมาประยุกต์ใช้กับข้อต่อสู้เกี่ยวกับการฟ้องคดีบนพื้นฐานของ nuisance ดังนั้นเพียงแต่ความประมาทเลินเล่อทางด้านฝ่ายโจทก์จึงไม่สามารถที่จะนำมาหักกลบลบหนี้(offset)จากการกระทำของจำเลยเพื่อแยกความรับผิดของจำเลยจากความสมบูรณ์ของการกระทำหรือความไม่ประมาทของจำเลยไปได้ อย่างไรก็ตาม ถ้าการกระทำของโจทก์เห็นได้ชัดแจ้งว่าเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต (bad faith) เช่นในกรณีที่ซื้อที่ดินสำหรับวัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียวเพื่อฟ้องคดีแก่จำเลยโดยอ้างว่าเป็นการกระทำนิวแซนส์หรือการขายให้แก่จำเลยในราคาที่สูงมาก(exorbitant price)เขาอาจจะถูกปฏิเสธการเยียวยาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในหลักความยุติธรรม (equity)³⁹

อาจกล่าวได้ว่าโดยทั่วไปหลักที่ว่าโจทก์ยินยอมเข้ามาเสี่ยงภัยอันตรายเอง(the doctrine of voluntary assumption of risk)ไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีของนิวแซนส์เพื่อให้จำเลยหลุดพ้นจากความรับผิดได้ดังนั้น จึงไม่สามารถต่อสู้สำหรับการฟ้องคดีนิวแซนส์ว่าโจทก์เข้ามาหาความเดือดร้อนรำคาญเอง(came to the nuisance)ในการได้มาซึ่งทรัพย์สินในบริเวณใกล้เคียงกับที่อยู่อาศัยของจำเลย Sir John Salmond กล่าวว่า ภาษิตลาตินที่ว่า *volenti non fit iniuria* (ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด) ไม่สามารถนำมาประยุกต์ใช้กับกรณีเช่นนี้ได้แต่อย่างไรก็ตาม บุคคลใดก่อสร้างหรือซื้อที่อยู่อาศัย (residence) ในบริเวณที่ใกล้เคียงซึ่งเป็นเขตอุตสาหกรรมอย่างเห็นได้ชัดข้อเท็จจริงที่ว่าเขาได้รับความเสียหายโดยโรงงานที่อยู่ใกล้เคียงกันไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่

³⁹Fowler v. Harper and Fleming James, JR., *supra* note 16, pp. 81- 82 .

เขาในการฟ้องคดีว่าเป็นการกระทำละเมิดฐานนิวแซนส์ ยิ่งไปกว่านั้นถ้าเขาก่อสร้างบ้านใกล้ๆกับ สนามบินหรือทางรถไฟ(railroad)กิจกรรมเช่นนี้ไม่กลายเป็นการกระทำละเมิดฐานนิวแซนส์ในทันทีทันใด⁴⁰

การเยียวยาความเสียหายซึ่งเกิดจากนิวแซนส์(remedies) บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายตามกฎหมายโดยการกระทำนิวแซนส์มีสิทธิได้รับการเยียวยาเพื่อบรรเทาความเสียหายไม่ว่า นิวแซนส์นั้นเป็นผลมาจากการลัดลอดของสิ่งของหรือการรบกวนเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินผู้ครอบครองที่ดินโดยสงบสุขอาจจะฟ้องผู้กระทำการละเมิดได้ไม่ว่าผู้ครอบครองจะเป็นผู้เช่าอสังหาริมทรัพย์ (tenant)หรือเป็นเจ้าของ (owner)ที่ดินก็ตาม⁴¹ ดังนั้นบุคคลซึ่งไม่มีส่วนได้เสียในทรัพย์สิน(property interest)แต่เป็นแขกผู้อาศัย(guest)หรือเป็นสมาชิกในครอบครัวของเจ้าของ (member of the owner's family)ซึ่งได้รับความเสียหายเกี่ยวกับร่างกายอาจได้รับการชดเชยด้วยเหตุนี้บุคคลอาจจะได้รับการชดเชยสำหรับความเสียหายอันเนื่องมาจากนิวแซนส์ซึ่งเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่ออย่างไรก็ดีสิทธิดังกล่าวก็อยู่ภายใต้หลักกฎหมายว่าด้วยอายุความ(statute of limitation) แต่หลักข้อนี้ไม่นำมาใช้กับการกระทำ public nuisance⁴²

โดยทั่วไปโจทก์มีสิทธิได้รับการเยียวยาสำหรับการกระทำละเมิดฐานนิวแซนส์ 3 กรณี คือการฟ้องคดีเรียกค่าเสียหาย(action for the damages) การบรรเทาอย่างเป็นธรรมโดยคำสั่งศาล(equitable relief by injunction)และการขจัดความเสียหายโดยการช่วยเหลือตนเอง (abatement by self-help)⁴³

1. การฟ้องคดีเรียกค่าเสียหาย (action for the damages) การฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายเป็นการเยียวยาตามจารีตประเพณีของกฎหมายคอมมอนลอว์ (customary common law remedy)⁴⁴ เนื่องจากในกรณีของการกระทำละเมิดอื่นๆ โจทก์อาจได้รับการชดเชยค่าเสียหาย

⁴⁰ *Ibid*, p. 83.

⁴¹ *Grantham v. Gibson* (1950) และ *Miller v. Edison Elec. Illum.co.*, (1906) *Ibid*, p. 88.

⁴² *State v. Phipps*, 4 Ind. 515 (1853) *Ibid*, p. 88.

⁴³ William L. Prosser, *supra note* 3, pp. 602-605.

⁴⁴ *Fowler v. Harper and Fleming James, JR.*, *supra note* 16, p. 88.

ในการฟ้องคดีตามกฎหมาย ดังนั้นองค์ประกอบสำคัญในการฟ้องเรียกค่าเสียหายคือมูลค่า (value) ซึ่งเกี่ยวกับการใช้หรือการมีสิทธิซึ่งจำเลยตัดสิทธิของโจทก์ เช่นการสูญเสียมูลค่าให้เช่า หรือราคาของทรัพย์สินหรือการลดลงของมูลค่าจากการกระทำนิ่วแซนส์ (diminution in value)⁴⁵ หรือรายได้จากการก่อตั้งธุรกิจนอกจากนี้รวมถึงมูลค่าของความไม่สะดวกสบายต่อบุคคลหรือความไม่สะดวกสบายซึ่งโจทก์ได้รับความเสียหายต่อสุขภาพหรือความเสียหายส่วนบุคคลซึ่งโจทก์ได้รับ หรือโดยสมาชิกในครอบครัวของโจทก์

อนึ่ง การได้รับการชดเชยค่าเสียหายอาจจะได้รับพอเป็นพิธีเนื่องจากโจทก์ไม่ได้รับความเสียหายจริง (nominal damages) หรือได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทน (compensation) หรืออาจเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ได้ (punitive damages) ในกรณีที่จำเลยยังคงก่อความเดือดร้อนรำคาญต่อไปหรือเมื่อการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยจงใจหรือด้วยเจตนาร้าย (willful or wanton) ดังนั้นเพียงแต่ความประมาทเลินเล่อในส่วนของจำเลยหรือจำเลยกระทำโดยสุจริต (bona fide) ศาลจะไม่กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเอาแก่จำเลย

อย่างไรก็ดีมีการโต้เถียงกันมากกว่าควรคงหลักเรื่อง punitive damages นี้ไว้หรือไม่ นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่า punitive damages มีลักษณะของโทษทางอาญาซึ่งไม่สมควรใช้กับคดีละเมิดอันเป็นคดีแพ่ง บางท่านก็เห็นว่า punitive damages มีประโยชน์ในการช่วยทำให้กฎหมายลักษณะละเมิดมีผลบังคับอย่างแท้จริงไม่มีกฎหมายลักษณะใดแม้แต่กฎหมายอาญาที่จะควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ได้กว้างขวางไปกว่ากฎหมายลักษณะละเมิด ดังนั้น punitive damages จึงมีส่วนช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดเป็นไปอย่างจริงจัง

2. การบรรเทาความเสียหายโดยใช้หลักความเป็นธรรม ซึ่งเป็นอำนาจของศาลเอควิตี้ (court of equity) ในกรณีเช่นนี้มีอำนาจสั่งให้ระงับนิ่วแซนส์อันเป็นอำนาจที่มีมาอย่างยาวนาน แต่เนื่องจากว่าในกรณีอื่นๆ เขตอำนาจของศาล equity จะต้องปรากฏว่าการชดเชยค่าเสียหายตามกฎหมายไม่ได้รับการเยียวยาที่เพียงพอศาลจะออกคำสั่งให้ระงับการก่อความเดือดร้อนรำคาญแต่คำฟ้องของโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าการใช้คำสั่งเช่นนั้นเป็นสิ่งจำเป็นและเป็นความเสียหายร้ายแรงซึ่งไม่อาจเยียวยาได้ (irreparable damage) ศาลจึงจะใช้คำสั่งเช่นนั้น

⁴⁵ diminution in value หมายถึงการลดลงของมูลค่าคือหลักการกำหนดค่าเสียหายอันเกิดจากการทำละเมิดโดยดูได้จากความแตกต่างของมูลค่าทรัพย์สินก่อนและหลังที่ถูกทำให้เสียหาย

3. การระงับความเสียหายโดยการช่วยเหลือตนเอง (abatement by self-help)
 เอกสิทธิ์(privilege)ในการระงับการก่อความเดือดร้อนรำคาญโดยการช่วยเหลือตนเอง(self-help) มีมาตั้งแต่สมัยโบราณอันเป็นเอกสิทธิ์ในการใช้อำนาจตามสมควรเพื่อป้องกันสิทธิครอบครองของเจ้าของที่ดินซึ่งจำเป็นต้องได้รับการเยียวยาความเสียหายในทันทีทันใดและไม่สามารถที่จะรอคอยสำหรับวิธีการอันล่าช้า(slow process)ของรูปแบบธรรมดาของความยุติธรรมได้(ordinary forms of justice) แต่เอกสิทธิ์เช่นนี้จะต้องใช้ภายในขอบเขตสมควรเท่านั้น⁴⁶

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า common law ของอังกฤษการก่อความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) แบ่งออกเป็นส่วนบุคคล(private)และสาธารณะ(public)การก่อความเดือดร้อนรำคาญส่วนบุคคลเป็นการกระทำอันกระทบต่อการใช้ที่ดินหรือสิทธิเหนือที่ดินส่วนบุคคลอันถือเป็นละเมิด(tort)กฎหมายปกป้องผู้ครอบครองที่ดินให้พ้นจากการก่อให้เกิดความเสียหายต่อที่ดิน โรงเรือนหรือพืชผลหรือจากการสอดเข้าเกี่ยวข้องกับความสะดวกสบายของผู้ครอบครองที่ดินโดยสิ่งรบกวนต่างๆ เช่น เสียง ฝุ่น ควันพิษ และ กลิ่น โดยศาลอาจให้ค่าสินไหมทดแทนต่อผู้ครอบครองที่ดินหรือสั่งให้ผู้กระทำละเมิดหยุดการกระทำดังกล่าวก็ได้แต่ถ้าเรื่องไม่ถึงศาลผู้เดือดร้อนอาจใช้สิทธิในการขจัด(abate)เหตุที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญโดยตนเองก็ได้แต่ต้องไม่ทำเกินแก่เหตุและถ้าจะต้องเข้าไปในทรัพย์สินอันเป็นเหตุแห่งความเดือดร้อนรำคาญ จำต้องแจ้งให้ผู้กระทำละเมิดทราบล่วงหน้าเสียก่อนส่วนการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะ(public nuisance)นั้นเป็นความผิดอาญาและมักมีลักษณะเป็นการกีดขวางทางสัญจร สาธารณะทำการค้าที่ก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นและจำหน่ายอาหารอันไม่เหมาะสมที่มนุษย์จะบริโภค ความเดือดร้อนตามพระราชบัญญัติ(statutory nuisance)ที่อังกฤษเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยเสียง สาธารณะสุขและการควบคุมมลภาวะที่อังกฤษัยการสูงสุด(Attorney General) อาจร้องต่อศาลแทนมหาชนเพื่อขอให้ศาลสั่งให้ระงับการก่อความเดือดร้อนรำคาญแต่บุคคลทั่วไปเป็นรายบุคคลอาจฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนการกระทำละเมิดได้ถ้าสามารถนำสืบได้ว่าตนได้รับความเสียหายนอกเหนือไปจากความเสียหายที่มหาชนส่วนรวมได้รับอยู่⁴⁷

⁴⁶William L. prosser, *supra* note 3, p. 605.

⁴⁷ ประชุม โฉมฉาย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น. 115.

3.2 ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (civil law)

3.2.1 หลักกฎหมายเยอรมัน

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติหลังประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสประมาณหนึ่งร้อยปีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันคำนึงถึงจารีตประเพณีของคนในสังคมเป็นแนวทางในการร่างกฎหมายโดยถือว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่เจริญเติบโตได้ซึ่งเป็นแนวความคิดของสำนักประวัติศาสตร์ (historical school) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงมีลักษณะที่สอดคล้องกับชีวิตความเป็นอยู่ของคนชาวเยอรมัน สำหรับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือ มาตรา 906 มาตรา 907 มาตรา 909 และ มาตรา 823 (1) อันจะได้กล่าวเป็นลำดับต่อไป

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 ของไทยเรามีที่มาจากต่างประเทศตามที่อ้างของกรรมร่างกฎหมายคือประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 906 และมาตรา 907 โดยมาตรา 906, 908 และมาตรา 909 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้สิทธิเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายส่วนมาตรา 907 และมาตรา 823 (1) เป็นเรื่องสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ได้รับความเสียหายที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไป และสิทธิที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน

เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีสิทธิอย่างสมบูรณ์และมีเสรีภาพในการใช้ทรัพย์สินของตนแต่ความสมบูรณ์เช่นนั้นย่อมจะถูกจำกัดโดยสิทธิของชุมชน (right of the community) และบางครั้งโดยสิทธิในทางเอกชน (private right) การจำกัดสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติไว้ในมาตรา 903 ซึ่งกำหนดว่าเจ้าของทรัพย์สินอาจถูกจำกัดสิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมาย (the rule of law) และสิทธิของบุคคลภายนอก (the right of third parties)⁴⁸

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติเกี่ยวกับการใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายไว้ในส่วนที่ 3 หมวดเกี่ยวกับเนื้อหาของเจ้าของกรรมสิทธิ์ (Abschnitt 3 Eigentum Titel 1 Inhalt des Eigentums) มาตรา 906 และมาตรา 907 สองมาตรานี้ได้ถูกแก้ไขปรับปรุงแล้ว ดังนั้นการศึกษาถึงหลักกฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวผู้เขียนจะขอเสนอตั้งแต่ก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติม

⁴⁸ Ernest J. Schuster, The principles of German civil law (Oxford : At the Clarendon Press, 1907), p. 385.

หลักกฎหมายเยอรมันก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 906 และมาตรา 907 บัญญัติไว้ แปลเป็นภาษาอังกฤษได้ดังนี้ มาตรา 906⁴⁹ “ The owner of a piece of land may not forbid the discharge of gases, vapors, odors, smoke, soot, heat, noise, vibrations and similar interference. proceeding from another piece of land, in so far as the interference does not, or does not essentially, injure the use of his land, or is caused by a use of the other land which is customary according to the local customs for lands in such situations. Discharge by a special conduit is not permitted.”

มาตรา 907⁵⁰ “The owner of a piece of land may prevent the construction or erection, on an adjoining piece of land, of structures from which it can be foreseen with certainty that their condition or use will result in an inadmissible interference with his land. If a structure complies with the provision of the state law which prescribe a specified in stand from the boundary or other protective measures, the removal of the structure can be required only if the inadmissible interference actually takes place. trees and shrubs are not structures within the meaning of these provisions”

⁴⁹ มาตรา 906 แปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินไม่อาจห้ามการปล่อย แก๊ส ไอน้ำ กลิ่น คว้น เขม่า ความร้อน เสียง ความสั่นสะเทือนและการรบกวนซึ่งคล้ายคลึงกันนั้นอันเกิดจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินอีกแปลงหนึ่งได้หากการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นการรบกวนหรือมิใช่เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้การใช้ที่ดินของเขาได้รับความเสียหายหรือเป็นการใช้ที่ดินซึ่งเป็นไปตามปกติแห่งท้องถิ่นในการใช้ที่ดินนั้นแต่การปล่อยสิ่งต่างๆ ดังกล่าวโดยมีการวางท่อใต้ดินไม่อาจกระทำได้”

⁵⁰ มาตรา 907 แปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินอาจจะขัดขวางการก่อสร้างที่กระทำลงบนที่ดินข้างเคียงซึ่งสิ่งก่อสร้างนั้นสามารถสังเกตเห็นได้อย่างแน่ชัดว่าสภาพของการก่อสร้างหรือการใช้สิ่งของก่อสร้างนั้นจะมีผลเป็นการรบกวนที่ดินของเขาอันไม่อาจยอมรับได้ แต่ถ้าสิ่งก่อสร้างนั้นเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายแห่งรัฐซึ่งได้กำหนดรายละเอียดระยะต่างๆ จากเขตที่ดินหรือมีมาตรการป้องกันอย่างอื่นแล้วการย้ายสิ่งก่อสร้างไปที่อื่นจะต้องกระทำก็ต่อเมื่อการรบกวนได้เกิดขึ้นแล้วจริงบรรดาไม้ยืนต้นและไม่ล้มลุกไม่ใช่สิ่งก่อสร้างภายใต้ความหมายของบทบัญญัตินี้”

มาตรา 906 และมาตรา 907 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมายเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ.1959⁵¹ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษได้อ้างถึงเรื่องดังกล่าวนี้ก็คือนิวแซนส์ โดยการแพร่กระจายของแก๊ส ไอน้ำ เสียง และสิ่งรบกวนซึ่งคล้ายคลึงกันนี้จากเจ้าของที่ดินข้างเคียงมาตรา 906 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีข้อความตามที่แก้ไขใหม่⁵² ดังนี้

§ 906 Zuführung unwägbarer Stoffe

(1) Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, RuG, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. Eine unwesentliche Beeinträchtigung liegt in der Regel vor, wenn die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten Grenz – oder Richtwerte von den nach diesen Vorschriften ermittelten und bewerteten Einwirkungen nicht überschritten werden. Gleiches gilt für Werte in allgemeinen Verwaltungsvorschriften, die nach § 48 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes erlassen worden sind und den stand der Technik wiedergeben.

(2) Das Gleiche gilt insoweit, als eine wesentliche Beeinträchtigung durch eine ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind. Hat der Eigentümer hiernach eine Einwirkung zu dulden, so kann er von dem Benutzer des anderen Grundstücks einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt.

⁵¹E.J. Cohn, Manual of German law (Dobbs Ferry New York : Oceana publication Inc,1968), p. 203.

⁵²Zivilrecht Wirtschaftsrecht , STUD-JUR Nomos Textausgaben, 12. Auflage stand BGB I Nr.42 vom 21. August 2003. Nomos Verlagsgesellschaft Baden – Baden, p.185.

(3) Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig
อาจแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า มาตรา 906 “การรบกวนจากที่ดินข้างเคียง”

(1) เจ้าของที่ดินไม่อาจห้ามการเข้ามาของแก๊ส ไอน้ำ กลิ่น คว้น เขม่า ความร้อน เสียง ความสั่นสะเทือนและการรบกวนที่คล้ายคลึงกันนี้ซึ่งเกิดจากการใช้ประโยชน์ในที่ดินอีกแปลงหนึ่งหากปรากฏว่าการเข้ามาของสิ่งเหล่านี้มิได้กระทบกระเทือนหรือมีใช้สาระสำคัญต่อการใช้ประโยชน์ในที่ดิน

(2) หลักเดียวกันนี้ยังใช้กับการขัดต่อประโยชน์โดยการใช้ที่ดินแปลงอื่นอันเป็นไปตาม ประเพณีแห่งท้องถิ่นและไม่อาจป้องกันได้โดยมาตรการใดๆ ผู้ใช้ที่ดินแปลงอื่นอาจถูกกำหนด จำนวนเงินโดยเจ้าของที่ดินแปลงที่ถูกรบกวนในจำนวนที่เหมาะสมแต่จะตกลงกันโดยเจ้าของที่ดินต้องทนต่อการรบกวนดังกล่าวหากการก่อการรบกวนเกินกว่าระดับที่คาดหมายได้ตาม ประเพณีแห่งท้องถิ่นหรือผลประโยชน์อันพึงจะได้รับจากที่ดินของตน

(3) การเข้ามาวางท่อเป็นกรณีพิเศษไม่อาจกระทำได้⁵³

⁵³ section 906 (interference from adjacent land)

(1) The owner of a piece of land is not entitled to prohibit the intrusion of gases, vapors, smell, smoke, soot, heat, noises, shocks and similar interferences emanating from another piece of land to the extent that the interference does not or only immaterially prejudices the use of his piece of land

(2) The same applies in so far as a substantial prejudice is caused by the use of another piece of land in conformity with local custom and it cannot be prevented by measures the financing of which can be reasonably expected of users of this kind. If by virtue of this, the owner must tolerate an interference, he may demand from the user of the other piece of land an appropriate settlement in money, if by interference in conformity with local custom the use of, or income from, his piece of land is prejudiced over and above the expected degree

(3) The causing of intrusion through a special conduit is not permissible. (Ian S. Forrester, Simon L. Goren and Hans-Michael Ilgen, The German civil code, as amended to January 1, 1975) (North-Holland Publishing Company: Amsterdam Oxford, 1975), p. 150-151.

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดสิ่งที่จะเป็นการก่อความเดือดร้อนรำคาญได้นั้น จะต้องเป็นการขุดขวางต่อการใช้ประโยชน์แห่งที่ดินนั่นเองเช่น แก๊ส ใอน้ำ กลิ่น ควัน เขม่า ความร้อน เสียง ความสั่นสะเทือนและการรบกวนที่คล้ายคลึงกันจากเจ้าของที่ดินข้างเคียง นอกจากนี้การขุดดินในที่ดินของตนจะต้องมิให้ที่ดินข้างเคียงทรุดหรือได้รับความเสียหายตามมาตรา 909 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้⁵⁴

§ 909 Vertiefung

Ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft werden, dass der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert, es sei denn, dass für eine genügende anderweitige Befestigung gesorgt ist.

ซึ่งอาจแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า⁵⁵ มาตรา 909“การขุดที่ดินจะต้องไม่ทำให้ที่ดินข้างเคียงหมดแรงค้ำจนวันแต่จะได้จัดหาการค้ำจุนที่เป็นอันเพียงพอแล้ว”

นอกจากนี้เจ้าของที่ดินอาจขอให้บุคคลผู้ที่จะต้องรับผิดชอบความเสียหายในการพังทลายของอาคารในการจัดหามาตรการป้องกันอันตรายได้ตามมาตรา 908 ได้อีกด้วยซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้⁵⁶

§ 908 Drohender Gebäudeeinsturz

Droht einem Grundstück die Gefahr, dass es durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Werkes, das mit einem Nachbargrundstück verbunden ist, oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes beschädigt wird, so kann der Eigentümer von demjenigen, welcher nach dem § 836 Abs. 1 oder den § 837, 838 für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde, verlangen, dass er die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Vorkehrung trifft.

⁵⁴Zivilrecht, *supra* note 53, p.186.

⁵⁵Ian S. Forrester, Simon L. Goren and Hans – Michael Ilgen, *supra* note 54, p.151. section 909 (Excavation) A piece of land shall not be excavated in such a manner that the of the adjacent piece loses its necessary support, unless sufficient support of other kind is provided.

⁵⁶Zivilrecht, *supra* note 53, p.186.

ซึ่งอาจแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า⁵⁷ มาตรา 908 “ลักษณะอันน่ากลัวเกี่ยวกับการพังทลายของอาคารถ้าที่ดินอาจได้รับความเสียหายจากการพังทลายของอาคารหรือสิ่งที่ดีอยู่กับอาคารให้ปราศจากลักษณะที่น่ากลัวอันตรายแล้วเจ้าของอาจขอให้บุคคลตามมาตรา 836(1)หรือมาตรา 837 มาตรา 838 ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบให้กระทำการใดๆ ที่จำเป็นในการป้องกันอันตรายนั้น”

บทบัญญัติมาตรา 906 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นกรณีที่คล้ายคลึงกับความรับผิดในเรื่องนิวแชนส์ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษอันได้แก่การแพร่กระจายของแก๊ส ใอน้ำ เสียง และการรบกวนในทำนองเดียวกันจากเจ้าของที่ดินที่อยู่ใกล้เคียงมาตรา 906 มีหลักการสำคัญอยู่ที่ว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงหนึ่งไม่อาจห้ามการปล่อย แก๊ส ใอน้ำ กลิ่นควัน เขม่า ความร้อนหรือการรบกวนที่คล้ายคลึงกันซึ่งเกิดจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินอีกแปลงหนึ่งได้หากการรบกวนเช่นนั้นเป็นไปตามปกติแห่งประเพณีของท้องถิ่น(local custom)ที่จะยอมรับภาระเช่นนั้นได้⁵⁸ อันมีความหมายทำนองเดียวกับบทบัญญัติของมาตรา 1337 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเรานั้นเองซึ่งต้องคำนึงถึงสภาพแห่งท้องถิ่นของที่ดินนั้นด้วยถ้าหากการใช้ที่ดินเป็นไปตามปกติแห่งท้องถิ่นแล้วก็จะฟ้องห้ามเขาไม่ได้

ส่วนมาตรา 907 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันถือเป็นสิทธิของเจ้าของที่ดินผู้ อาจจะได้รับความเสียหายจากเจ้าของที่ดินข้างเคียงมาตรา 907 บัญญัติไว้มีความดังนี้⁵⁹

§ 907 Gefahr drohende Anlagen

(1) Der Eigentümer eines Grundstücks kann verlangen, dass auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, dass ihr Bestand oder ihre Benutzung eine

⁵⁷ Ian S. Forrester, Simon L. Goren and Hans-Michael Ilgen, *supra note* 54, p.151. section 908 (Threat of collapse of buildings) If a piece of land is threatened by the danger damaged by the collapse of a building or of another installation, which is to an adjacent piece of land or by the coming loose of parts of the building or installation, the owner may demand from the person, who by virtue of § 836 (1) or of § 837,838 would be liable for the ensuing damage, that he make the necessary to avert the danger.

⁵⁸ E.J. Cohn, *supra note* 52, p. 203.

⁵⁹ Zivilrecht, *supra note* 53, p. 186.

unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. Genügt eine Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, so kann die Beseitigung der Anlage erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung tatsächlich hervortritt.

(2) Bäume und Sträucher gehören nicht zu den Anlagen im Sinne dieser Vorschriften.

ตามมาตรา 907 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นกรณีที่มีการก่อสร้างลงบนที่ดินข้างเคียงซึ่งเจ้าของที่ดินผู้เป็นเจ้าของจะได้รับความสะดวกเสียหายสามารถเรียกร้องให้เพื่อนบ้านที่ดินข้างเคียงกระทำในสิ่งซึ่งจะปลอดภัยจากการถูกรบกวนโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้ตามมาตรา 907 ให้สิทธิแก่เจ้าของที่ดินที่จะขัดขวางโดยไม่ต้องรอให้มีการรบกวนสิทธิของเขาเกิดขึ้นก่อนตามมาตรา 907 ของเยอรมันแตกต่างจากมาตรา 1337 ของไทยเรากล่าวคือมาตรา 1337 ป.พ.พ.จะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้วเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ได้รับความเสียหายจึงจะมีสิทธิขจัดความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปได้แต่มาตรา 907 ของเยอรมันเจ้าของที่ดินสามารถที่จะขัดขวางการกระทำที่อาจก่อความเสียหายแก่ตนได้โดยไม่ต้องรอให้มีการรบกวนเกิดขึ้นก่อนและเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินสามารถขัดขวางการก่อสร้างที่กระทำลงบนที่ดินข้างเคียงได้ด้วยตนเองไม่ต้องร้องขอต่อศาลหรือใช้สิทธิทางศาลเพื่อให้ศาลบังคับให้แต่อย่างใด อนึ่งอำนาจของเจ้าของที่ดินในการจัดการรบกวนสิทธิของบุคคลอื่นซึ่งเขาอาจป้องกันการก่อสร้างหรือค้ำจุนที่ดินที่มีการก่อสร้างแต่ต้นไม้และกอไผ่ไม่ใช่การก่อสร้างภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 907(2)

เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินมีสิทธิอย่างเต็มที่ในการใช้ทรัพย์สินของตนสิทธิชนิดนี้ มาตรา 905 บัญญัติว่ามีอยู่เหนือที่ดินขึ้นไปและใต้ดินลงมาเจ้าของทรัพย์สินสามารถที่จะใช้ทรัพย์สินของตนตามความต้องการและในทางที่ชอบด้วยกฎหมาย(lawfully)อย่างไรก็ดีสิทธิของบุคคลภายนอก (third party right) และข้อจำกัดในทางกฎหมายมหาชนอาจนำมาประยุกต์ใช้เพื่อตัดทอนสิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้เช่นการก่อสร้างอาคารเพื่อการจราจรทางอากาศ(air traffic) สิทธิชนิดนี้มักจะมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการรบกวนสิทธิของเพื่อนบ้านตามมาตรา 906 ในการใช้ที่ดินตามปกติซึ่งอาจก่อให้เกิด แก๊ส กลิ่น คว้น เสียง ความร้อน หรือการสั่นสะเทือนโดยบัญญัติว่าเจ้าของที่ดินไม่อาจห้ามการใช้ที่ดินนั้นได้ หากการรบกวนเช่นนั้นเมื่อคำนึงถึงจารีตประเพณีอันเป็นที่ตั้งของที่ดินหรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น (local custom)ไม่เกินไปกว่าปกติธรรมดา อย่างไรก็ตามเจ้าของทรัพย์สินสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนถ้าหากการรบกวนเช่นนั้นเกินไปกว่า

ปกติธรรมดาที่พึงคาดหมายได้ (greater than normally to be expected) และเจ้าของที่ดินสามารถที่จะป้องกันการก่อสร้างบนที่ดินของเพื่อนบ้านซึ่งอาจก่อให้เกิดการรบกวนสิทธิอันไม่อาจยอมรับได้ (unacceptable interference) ในการใช้ที่ดินของเจ้าของที่ดินข้างเคียงนอกจากนี้ รายละเอียดเกี่ยวกับการรบกวนที่จะยินยอมให้กระทำได้บัญญัติไว้ในมาตรา 908 – 923 ด้วย⁶⁰ การฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามมาตรา 906 มาตรา 908 และมาตรา 909 ดังกล่าวหากเกิดความเสียหายแก่ที่ดินที่อยู่ข้างเคียงผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในความประมาทตามมาตรา 823(1) อันเป็นบทบัญญัติในทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁶¹ จะเห็นว่ากฎหมายแพ่งเยอรมันในเรื่องละเมิดการกระทำโดยจงใจหรือประมาทจะต้องเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายกล่าวคือการกระทำนั้นๆ เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายบ้านเมืองการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายเป็นเหตุให้ผู้อื่นเสียหายถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด (fault) สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” (unlawfully) ตามมาตรา 420 ซึ่งร่างขึ้นโดยเทียบเคียงมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันการกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจึงเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือที่ศัพท์ใช้คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” (unlawfully)

อย่างไรก็ดีในกรณีดังต่อไปนี้เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินจะต้องยอมรับต่อการรบกวนจากที่ดินข้างเคียงซึ่งตามมาตรา 906 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเกินความไม่ถึงคือ⁶²

1. ในกรณีที่การรบกวนจากสิ่งต่างๆ ดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นแก๊ส ไอน้ำ กลิ่น คว้น เขม่า ความร้อน เสียง ความสั่นสะเทือนหรือการรบกวนซึ่งคล้ายคลึงกันเกิดจากพื้นฐานของสิทธิตามข้อสัญญา (contractual right) หรือเกิดจากภาระจำยอม (servitude)

2. ในกรณีที่การรบกวนจากสิ่งต่างๆ เนื่องมาจากการใช้สิทธิของรัฐโดยเฉพาะหรือสิทธิของหน่วยงานของรัฐโดยเฉพาะ (sovereign right) โดยอาศัยอำนาจที่ถูกต้องตั้งภายใต้หลัก

⁶⁰Nigel G. Foster and Satish Sule, German Legal System & Laws (Oxford University Press), p. 448.

⁶¹Ian S. Forester, Simon L. Goren and Hans-Michael Ilgen, *supra note* 54, p. 134. section 823 (Duty to compensate for damage)

(1) A person who, willfully or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or other right of another is bound to compensate his any damage arising there from.

⁶²E.J. Cohn, *supra note* 52, p. 203.

กฎหมายมหาชน (authority established under public law) เช่นในกรณีของโรงเรียนที่อยู่ในการกำกับดูแลของเทศบาลหรือในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นโดยองค์กรที่มีความสำคัญเพื่อสวัสดิภาพโดยทั่วไปของประชาชน(public welfare) เช่นที่ทำการไปรษณีย์หรือการบริการรถไฟ เป็นต้น

3. ในกรณีที่การรบกวนจากสิ่งต่างๆ ดังกล่าวไม่ว่าจะเป็น แก๊ส ใอน้ำ เสียง กลิ่น ควัน เขม่า ความร้อน ความสั่นสะเทือนหรือการรบกวนซึ่งคล้ายคลึงกันนี้เนื่องมาจากการทำงานของโรงงานอุตสาหกรรมที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายแล้วตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน (Gewerbeordnung) ในกรณีเช่นนี้หากมีผู้กระทำให้เกิดความเสียหายเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินไม่สามารถที่จะเรียกร้องให้หยุดการกระทำดังกล่าวได้แต่อย่างไรก็ดีเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินอาจจะเรียกร้องให้ระมัดระวังหรือหามาตรการป้องกันการรบกวนได้ในกรณีที่การใช้ความระมัดระวังไม่สามารถกระทำได้แล้วเจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายได้โดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของผู้กระทำอีก(can demand damages without having to prove negligence)

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเกี่ยวกับการละเมิดบัญญัติไว้ในส่วน Titel 27 เกี่ยวกับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย unerlaubte Handlungen ซึ่งมาตรา 823 บัญญัติว่า⁶³

§ 823 Schadensersatzpflicht.

(1) Wer Vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein Sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen Zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

⁶³Zivilrecht Wirtschaftsrecht, STUD– JUR Nomos Textausgaben 12. Auflage Stand : BGB1. I Nr. 42 vom 21. August 2003, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden. ซึ่งอาจแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า Art.823: A person who intentionally or negligently injures unlawfully the life, body, health, freedom, property or any other right of another is bound to compensate him for the damage arising there from.

A person who infringes a statute intended for the protection of another incurs the same obligation. If according to the provisions of the statute an infringement of it is possible even without any fault the duty to make compensation arises only in case of fault.

(2) Die gleiche verpflichtung trifft denjenigen , welcher gegen ein den schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein verstoß gegen dieses auch ohne verschulden möglich , So tritt die Ersatzpflicht nur im falle des verschuldens ein.

อาจแปลเป็นภาษาไทยว่ามาตรา 823 “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่ง อย่างใดก็ดีจึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่ผู้นั้นในความเสียหายใด ๆ อันเกิดขึ้น เนื่องจากการกระทำนั้นๆ

บุคคลผู้ซึ่งฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ จะต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกันภายในขอบเขตของกฎหมายการฝ่าฝืนอาจเกิดขึ้นได้แม้ผู้กระทำผิดนั้น จะมิได้กระทำความผิดเองแต่ผู้นั้นจะต้องชดใช้ค่าเสียหายก็ต่อเมื่อมีความผิดบางประการอันจะถือ ให้เขาต้องรับผิดชอบได้”

ตามมาตรา 823 (1) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นที่มาของมาตรา 420 และ มาตรา 823 (2) เป็นที่มาของมาตรา 422 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเรา⁶⁴ ย่อม เป็นสิ่งที่เห็นได้ชัดเจนจากบทบัญญัติของมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันว่าได้ ยอมรับหลักทั้งในหลักกฎหมายโรมันและหลักกฎหมายฝรั่งเศสว่าความรับผิดเกี่ยวกับการกระทำ ละเมิดในหลักกฎหมายเยอรมันย่อมขึ้นอยู่กับความผิด (fault) และมีข้อนำสังเกตในกฎหมาย เยอรมันว่าทั้ง ๆ ที่เห็นได้ชัดเจนโดยหลักทั่วไปของคำในมาตรา 823 วรรคหนึ่งว่าสิทธิอย่างหนึ่ง อย่างใดของบุคคลอื่น (any other right of another) มันครอบคลุมเพียงแต่ชื่อ 4 กรณีของสิทธิ ของบุคคลซึ่งได้รับการคุ้มครองจากความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายคือความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ เสรีภาพ และสิทธิเด็ดขาด (absolute right) การคุ้มครองเช่นนี้ มีอยู่ 2 กรณีของสิทธิโดยเฉพาะประการแรกคือสิทธิทางหนี้ (obligatory right)ต่อบุคคลโดยเฉพาะ และประการที่สอง คือสิทธิที่เหนือกองทรัพย์สิน (right over the patrimony) ความเสียหายต่อกองทรัพย์สินของบุคคลอื่น สามารถที่จะก่อให้เกิดการเรียกชดใช้ค่าสินไหมทดแทนภายใต้หลักของ มาตรา 823 วรรคหนึ่ง⁶⁵

⁶⁴พระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา), ที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-5, อติตรกรรมกร่างกฎหมาย กรมร่างกฎหมาย (2466-2467).

⁶⁵K. W. Ryan, *supra* note 7, p. 112.

3.2.2 หลักกฎหมายฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสรับรองสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินไว้ในมาตรา 544 ซึ่งบัญญัติอยู่ในส่วน TITRE II. – DE LA PROPRIÉTÉ มาตรา 544 บัญญัติว่า⁶⁶

Art. 544 - La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue , pourvu qu' on n' en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

ซึ่งอาจแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า มาตรา 544 – “เจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิในการใช้และจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนได้อย่างสมบูรณ์ เว้นแต่จะถูกห้ามโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎระเบียบต่างๆ”

Planiol กล่าวว่าคำจำกัดความหรือความหมายตามมาตรา 544 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิในการใช้และจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนอย่างสมบูรณ์มาก (most absolute manner) คำจำกัดความเช่นนี้เป็นเรื่องที่เกิดพลาด(error)สำหรับการกล่าวเช่นนั้นเพราะเราจะเห็นได้ว่าไม่ใช่สิทธิในการใช้หรืออำนาจในการจัดการอย่างสมบูรณ์ที่แท้จริง(really absolute)ในทางตรงกันข้ามก็มีข้อจำกัดหลายประการที่นำมาใช้กับเจ้าของกรรมสิทธิ์(numerous restrictions)สิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้มีการรับรองการใช้สิทธิไว้เป็นพิเศษเกี่ยวกับทรัพย์สินเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ค่านิยามเช่นนี้เป็นเรื่องที่เข้าใจได้ง่ายแต่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์มันจะถูกกำหนดไว้โดยขอบเขตที่สมควร ตัวอย่างเช่นโดยหลักทั่วไปเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินมีสิทธิอย่างเต็มที่ในการใช้ที่ดินของตนซึ่งคำในสมัยโบราณเรียกว่า *usque ad inferos* แต่กฎหมายเกี่ยวกับการทำเหมืองแร่ได้กำหนดข้อจำกัดที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของที่ดินเอาไว้หรือเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสิ่งที่อยู่เหนือที่ดินขึ้นไปคือบน

⁶⁶CODE CIVIL 2004, Vingt – troisième édition, La présente édition a été réalisée Par André Lucas Avant – propos de Pierre CataLa , Litec groupe Lexis Nexis Éditions du Juris – Classeur 141, rue de Javel – 75015 Paris. อาจแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า Art. 544 – ownership is the right to enjoy and dispose of things in the most absolute manner, provided they are not used in a way prohibited by law and regulations. อ้างใน Henry Cachard, The French civil code, (Revised Edition Paris : the lecram press, London : stevens and sons, limited 119 – 120 chancere lane, 1930), p.174.

อากาศเหนือที่ดินนั้นซึ่งคำในสมัยโบราณเรียกว่า *usque ad coelum* ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการปลูกสร้างอาคารหรือการเพาะปลูก ดังนั้นเจ้าของอากาศปฏิบัติสิทธิการอนุญาตให้บุคคลอื่นอาศัยอยู่บนที่ดินนั้นได้ เช่น บริษัทไฟฟ้า (electric company) อาจจะถูกสั่งให้ระงับการวางสายไฟฟ้าซึ่งพาดผ่านทรัพย์สินของเอกชน (Tribunal de Paix de Lille, Nov. 15, 1899, D. 1900. 2. 361) การรื้อถอนกำแพงซึ่งขยายออกมาทำให้เพื่อนบ้านได้รับความเสียหายหรือกิ่งก้านหรือรากของต้นไม้ซึ่งกระทบต่อที่ดินข้างเคียงด้วยความจำเป็นซึ่งจะต้องมีการจำกัดสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าวกฎหมายจึงได้ขยายการจำกัดสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินออกไปอีก เช่นเกี่ยวกับการวางสายไฟฟ้าหรือสายเคเบิลซึ่งอยู่เหนือทรัพย์สินของเอกชน (wires or cables) หรือเกี่ยวกับภาระจำยอม (servitude) เป็นต้น (กฎหมายเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 1906) และเมื่อกฎหมายเกี่ยวกับการเดินอากาศเริ่มเป็นที่นิยม (aerial navigation) ศาลของฝรั่งเศสก็ได้ให้การรับรองสิทธิของนักบิน (right of aviators) ในการใช้เครื่องบินเพื่อบินผ่านทรัพย์สินของเอกชน (Tribunal de la Seine, July, 1912, D. 1913. 2. 117 and June 10, 1914, D. 1914. 1. 193) กฎหมายเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 1924 ก็ได้ให้การรับรองเสรีภาพในการเคลื่อนไหว (freedom of movement) เป็นพิเศษโดยกล่าวว่าสิทธิของเรือ (airship) ในการบินผ่านทรัพย์สินของเอกชนไม่สามารถที่จะกระทำใ้ภายใต้เงื่อนไขซึ่งรบกวนสิทธิในการใช้สิทธิของเจ้าของทรัพย์สิน⁶⁷

การมีข้อจำกัดต่างๆ (Existence of many Restrictions) ถึงแม้ว่าเท่าที่กล่าวมาทั้งหมดการใช้อันแท้จริง (actual use) ของสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินแต่ถึงกระนั้นก็ตามก็มิใช่ที่เจ้าของทรัพย์สินจะใช้ทรัพย์สินของตนได้อย่างเป็นอิสระโดยสิ้นเชิง (entirely free) ซึ่งอาจมีเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือจากนี้ในประเด็นปัญหาข้อนี้มาตรา 544 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้บัญญัติคำที่ตรงกันข้ามกันอยู่ 2 กรณีหลังจากที่เราได้กล่าวแล้วว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีอิสระในการใช้ทรัพย์สินของตน (free to use the thing) ในวิธีการอันสมบูรณ์มาก (in the most absolute manner) มาตรา 544 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยังได้บัญญัติต่อไปว่าเจ้าของทรัพย์สินจะต้องไม่ใช้ทรัพย์สินของตนโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือกฎระเบียบต่างๆ (He makes no use of it prohibited by the laws or regulations) และโดยข้อเท็จจริงนักนิติบัญญัติ (law-maker) ก็ไม่ได้ละเมิดต่อสิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่อย่างใดเพราะกฎหมายหรือกฎระเบียบต่างๆ ซึ่งออกมาใช้บังคับเช่นนี้ก็ด้วยมีเหตุผลมาจากสวัสดิภาพโดยทั่วไปของสังคม

⁶⁷ Marcel Planiol and George Ripert, Treatise on The Civil law Vol. 1, part 2 (Translated by the Louisiana state law Institute), p. 379.

(the general welfare) เช่นสุขภาพหรือการปลดปล่อยทางการทหาร(military exigency)และบางครั้งก็มาจากผลประโยชน์ซึ่งเกี่ยวกับรายได้ของแผ่นดินและเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคารบนที่ดินและอื่นๆ ซึ่งเกี่ยวกับการทำประโยชน์ในทางกสิกรรม(agricultural expropriation)

Planiol กล่าวว่าดังนั้นถ้าเราจะกล่าวว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์มีทรัพย์สินที่กว้างใหญ่และมีความสมบูรณ์ที่สุด(most extensive and most complete of all real right)จึงไม่ใช่คำพูดที่ถูกต้องสำหรับมาตรา 544 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ว่า เป็นสิทธิที่สมบูรณ์(right is absolute)ประมวลกฎหมายแพ่งได้ยอมรับโดยไม่มีข้อสงวนเกี่ยวกับสิทธิขององค์กรฝ่ายปกครอง(administration authority)ในการออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินของเอกชนซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์⁶⁸ ตัวอย่างที่เกี่ยวกับข้อจำกัดในการก่อสร้างบนที่ดินของตน เช่นถ้าเจ้าของทรัพย์สินต้องการก่อสร้างอาคารบนที่ดินของตนถ้าตำแหน่งที่จะก่อสร้างอยู่ในเมืองเขาจะต้องพิจารณากฎระเบียบต่างๆ ซึ่งกำหนดความสูงไว้ที่เขาจะก่อสร้างได้(maximum height)ซึ่งได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความสูงของเพดาน เป็นต้น

ถ้าทรัพย์สินของเจ้าของกรรมสิทธิ์อยู่ใกล้ๆ กับหลุมฝังศพ (cemetery)เขาไม่สามารถก่อสร้างหรือขุดบ่อน้ำซึ่งมีระยะห่างน้อยกว่า 100 เมตรได้(ประกาศเมื่อวันที่ 7 มีนาคม 1808)หรือถ้าเจ้าของทรัพย์สินต้องการก่อสร้างโรงงานอุตสาหกรรมซึ่งอาจเป็นประเภทที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพหรือความปลอดภัยเขาจะต้องเสนอเรื่องราวเป็นพิเศษและได้รับอนุญาตจากองค์กรฝ่ายปกครอง(administrative authority)⁶⁹ หรือมีข้อจำกัดสิทธิเกี่ยวกับการทำประโยชน์เพื่อการกสิกรรม(Agricultural exploitation) เช่นเพื่อต้องการคุ้มครองป่าไม้ซึ่งเป็นของเอกชนเจ้าของทรัพย์สินไม่อาจตัดโค่นต้นไม้ได้โดยไม่ได้รับอนุญาต(ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับป่าไม้ Forestry Code Art. 219) ซึ่งกฎเกณฑ์เช่นนี้กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองเขตของป่าไม้ (forestry zone) เป็นต้น

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าตามมาตรา 544 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสโดยหลักแล้วเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิในการใช้และจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนได้อย่างสมบูรณ์แต่ก็มีใช้ว่าเจ้าของทรัพย์สินจะใช้ทรัพย์สินของตนอย่างไรก็ได้ตามใจชอบโดยมาตรา 544 ยังได้บัญญัติต่อไป

⁶⁸ *Ibid*, p. 381.

⁶⁹ แต่ถึงแม้ว่าข้อเท็จจริงซึ่งเขาได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเจ้าของทรัพย์สินผู้ซึ่งได้รับอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินของตนก็ยังคงต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายต่อเพื่อนบ้านของตนกฎหมายเมื่อวันที่ 20 เมษายน 1932 ดูการควบคุมกรณีควันจากโรงงาน (suppression of factory smoke) อ้างใน *Ibid*, p. 382.

ว่าแต่การใช้ทรัพย์สินของตนจะต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือกฎระเบียบต่างๆ(He makes no use of it prohibited by the laws or regulations) กฎหมายหรือกฎระเบียบต่างๆ ซึ่งจำกัดสิทธิในการใช้หรือจัดการเกี่ยวกับเจ้าของทรัพย์สินตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 544 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอาจบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเอง(code civil) หรืออาจอยู่ในรูปของกฎหมายเฉพาะ(specific laws)เช่นกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมอาคาร กฎหมายเกี่ยวกับการผังเมือง กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม กฎหมายป่าไม้ เป็นต้นทั้งนี้ก็โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพโดยทั่วไปของประชาชน(general welfare)หรือผลประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญ

ปัจจุบันการใช้สิทธิเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายตามกฎหมายฝรั่งเศสถือได้ว่ามีรากฐานมาจากมาตรา 1382 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งเป็นแม่บทแห่งเรื่องความรับผิดในทางละเมิดการใช้สิทธิเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือการก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้านเรียกตามคำฝรั่งเศสว่า“Troubles de voisinage”⁷⁰ ดังนั้นการเรียกรื้อค่าเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากการก่อสร้างแล้วก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่อสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นเกินไปกว่าปกติธรรมดาจึงอาจต้องรับผิดสำหรับความเสียหายเช่นนั้นแม่บทที่ศาลฝรั่งเศส (La Cour de cassation) นำมาปรับใช้แก้คดีก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้าน คือมาตรา 1382 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอันเป็นแม่บทเดียวกับเรื่องความรับผิดในทางละเมิด กล่าวคือมีหลักอยู่ว่าถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นแล้วและมีความผิดซึ่งต้องมีความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหายนั้นบุคคลนั้นจะต้องรับผิดนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสพยายามหาเหตุผลเพื่อต้องการสนับสนุนหลักการก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้านในทำนองต่างกันแต่รู้สึกว่าการเหตุผลสนับสนุนนี้ต่างไม่ค่อยมีน้ำหนักมากนัก⁷¹

⁷⁰จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2545), น. 176.

⁷¹เพ็งอ๋าง, น. 173.

มาตรา 1382 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติว่า⁷² CHAPITRE II. – DES DÉLITS ET DES QUASI – DÉLITS Art. 1382. – Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

อาจแปลเป็นภาษาไทยว่ามาตรา 1382 “การกระทำใดๆของมนุษย์อันเป็นเหตุทำความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือยอมบังคับบุคคลผู้ทำความเสียหายโดยความผิดของเขานั้นให้ทดแทนความเสียหาย”

ศตวรรษที่ 20 นั้นแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศส(French jurisprudence)ได้วางหลักในการใช้และการตีความกฎหมายมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเกี่ยวกับหลักในการพิสูจน์ความผิดซึ่งมาตรานี้เป็นบทบัญญัติสำหรับความรับผิดทั่วไป(general liability) หมายความว่าบุคคลเนื่องมาจากการกระทำของตนเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นโดยความผิดของเขาจะต้องรับผิดในการจ่ายค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย (เว้นแต่ในกรณีของอุบัติเหตุจากการอุตสาหกรรมในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่คนงาน ซึ่งได้รับประโยชน์จากกฎหมายเมื่อวันที่ 9 เมษายน 1898 ซึ่งปลดเปลื้องหน้าที่ของเขาจากความจำเป็นในการพิสูจน์ความผิด)การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในหลักกฎหมายเกี่ยวกับความเสียหายต่อบุคคลถูกพัฒนาเข้าสู่หลักของความรับผิดโดยไม่มีความผิด(liability without fault) ความเสียหายซึ่งเกิดจากสิ่งของถูกรอบคลุมโดยการใช้มาตรา 1384 วรรคหนึ่งซึ่งบัญญัติว่าบุคคลจะต้องรับผิดสำหรับความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นโดยสิ่งของและอยู่ภายใต้การควบคุมของตน มาตรา 1384 วรรคต้นบัญญัติว่า⁷³

Art.1384.– On est responsable non seulement du dommage que l' on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l' on a sous sa garde.

⁷²Code Civil 2004 , *supra note* 67 อาจแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า Art. 1382 Any act by which a person causes damage to another makes the person by whose fault the damage has occurred liable to make reparation for it. Henry Cachard, *supra note* 67, p.357.

⁷³*Ibid*, p. 822.

ความรับผิดทางแพ่งทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญา(contractual) และไม่เกี่ยวข้องกับสัญญา(non – contractual) เนื่องจากถูกพัฒนาโดยศาลเพื่อต้องการคุ้มครองผู้เสียหายหรือเหยื่อในความเสียหายต่อบุคคลไม่ว่าโดย obligations de sécurité หรือ obligations de garantie ในรูปแบบเฉพาะของสัญญาหรือโดยการนำมาตรา 1384 วรรคหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยทั่วไปก็ยอมรับสิทธิในความปลอดภัยของร่างกาย(right to bodily integrity) อย่างไรก็ตามความรับผิดบนพื้นฐานของความผิดจะต้องเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กันในกรณีเช่นนี้โจทก์จะต้องพิสูจน์ความผิดและการกระทำของจำเลยจะต้องเกี่ยวข้องกันอย่างชัดเจนผู้เขียนจะขออธิบายเกี่ยวกับระบบที่มีความแตกต่างกัน 2 ระบบของความรับผิดในกฎหมายฝรั่งเศส คือความรับผิดบนพื้นฐานของความผิด(liability for fault)และความรับผิดโดยเด็ดขาด(strict liability)ซึ่งเห็นว่าเกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

1. ความรับผิดบนพื้นฐานของความผิด(liability for fault)ความรับผิดทั้งในกรณีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดและสัญญาสามารถอยู่บนพื้นฐานจากความผิดของจำเลยแต่ความรับผิดสำหรับความผิดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอกล่าวถึงแต่เพียงความรับผิดสำหรับความผิดในการกระทำละเมิดเท่านั้น

เกี่ยวกับการกระทำละเมิดความรับผิดสามารถที่จะเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำหรือ ละเว้นการกระทำ ผู้กระทำละเมิดอาจจะก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อบุคคลผู้ได้รับความเสียหายไม่ว่าโดยการกระทำหรือโดยการละเว้นการกระทำภายใต้มาตรา 1382 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส⁷⁴ บุคคลผู้ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายและเป็นความผิดของเขาจะต้องรับผิดสำหรับความเสียหายเช่นนั้นมาตรา 1383 กำหนดว่าความรับผิดอาจเกิดขึ้นในกรณีที่เกิดจากการกระทำของเขาในรูปแบบของการละเว้นการกระทำ⁷⁵ การประพฤติโดยมิชอบ(misconduct)อาจเกิดขึ้นในกรณีที่การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำผิดต่อหน้าที่ตามกฎหมาย (breach of a statutory duty)หรือหลักเกณฑ์ของการกระทำซึ่งได้มาจากหลักทั่วไปของ *neminem laedere*⁷⁶

⁷⁴“Anyone who, through his act , causes damage to another by his fault shall be obliged to compensate the damage.”

⁷⁵“everyone is responsible for the damage caused not only by his act but also by his negligence or carelessness.”

⁷⁶Michel Cannarsa, Compensation for Personal Injury in France ,
(<http://www.jus.unin.it/Cardozo/Review/2002/connarsa.pdf>.)

(general principle of *neminem laedere*) โดยศาลพิจารณาในการใช้ความระมัดระวัง โดยคาดหวังเอาจากบุคคลผู้มีความระมัดระวังตามสมควร (*reasonable man*) ในสถานการณ์ เช่นนั้น ภายใต้มาตรา 1382 ความรับผิดชอบขึ้นอยู่กับความผิดของจำเลย (*fault*)

ในกฎหมายฝรั่งเศสตามหลักทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดที่ปรากฏในมาตรา 1382 และ 1383 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสความผิดในที่นี้หมายถึงการกระทำโดยมิชอบในสถานการณ์ต่างๆ กันโดยกำหนดความรับผิดนอกเหนือจากสัญญาและทำหน้าที่เช่นเดียวกับกฎเกณฑ์พิเศษของกฎหมายอังกฤษในการกำหนดขอบเขตของละเมิดเช่นการมีหน้าที่ต้องระมัดระวัง (*duty of care*) ในกรณีที่ว่าด้วยความรับผิดทั่วไปของฝรั่งเศสประกอบด้วยการกระทำโดยจงใจ การขาดความระมัดระวังและพฤติกรรม “ผิดปกติ” หรือในกรณีที่บุคคล “มิได้กระทำการที่ควรกระทำ” ด้วยเหตุนี้ทฤษฎีของฝรั่งเศสก็คือการละเลยต่อหน้าที่ (ตามอาชีพหรือตามข้อบังคับ) ฝรั่งเศสถือว่าเป็นความผิดอันก่อให้เกิดความรับผิดได้และการทำผิดทางอาญาใดๆก็ตาม (แม้แต่จะไม่ได้เกิดจากการขาดความระมัดระวัง) ก็ถือเป็นความผิดทางละเมิดนอกจากนี้ยังสามารถอ้าง (และบางครั้งถือ) ได้ว่าการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา (ไม่ว่าจะเป็นหนี้ซึ่งต้องชำระด้วยความระมัดระวังคือ *obligations de moyens* หรือหนี้ที่การชำระหลังให้บรรลุผลบางอย่างคือ *obligations de résultat*) ก็ตาม ย่อมเป็นความผิดทางละเมิดอันนำไปสู่ความรับผิดต่อบุคคลที่สาม นอกจากกรณีการละเลยต่อหน้าที่ตามข้อบังคับความผิดทางอาญาและการขาดความระมัดระวังตามสมควรจะถือเป็นความผิดแล้วความซับซ้อนของความคิดเรื่องความผิดทางละเมิดของฝรั่งเศสยังปรากฏในการพิจารณาตามจารีตซึ่งเห็นได้ชัดจากความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องของผลิตภัณฑ์ ฉะนั้นศาลที่ฝรั่งเศสในทศวรรษที่ 70 และในกลางทศวรรษที่ 90 เห็นว่าเพียงการนำผลิตภัณฑ์ที่ชำรุดบกพร่องออกจำหน่ายก็เป็นความผิดแล้ว ฉะนั้น “ความผิด” เป็นเพียงอุบายในการปูพื้นฐานในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสต่อการกำหนดความรับผิดในภาวะแวดล้อมที่ศาลเห็นสมควรให้มีความผิด ฉะนั้นปัญหาที่ว่าจำเลย “กระทำผิด” หรือไม่แปรสภาพเป็นจำเลย “ควร” รับผิดหรือไม่โดยง่ายตายตรงกันข้ามไม่มีความกระจ่างชัดว่าการขาดความระมัดระวัง (*imprudence* หรือ *manqué de diligence*) หมายถึงอะไรกันแน่ บางครั้งเราจึงเห็นว่ามี การอ้างถึงการเล็งเห็นล่วงหน้าซึ่งความเสียหายหรือภัยอันตรายแต่ก็ไม่มี การนำปัจจัยต่างๆ มาชั่งตวงวัดกันเหมือนในการวิเคราะห์ต้นทุน/ประโยชน์ (*cost/benefit analysis*) ของการพิจารณาละเมิดประเภทเดินเล่อของอังกฤษแทนที่จะเป็นเช่นนั้นกลับเป็นผู้พิพากษาศาลล่าง (เรียกกันว่า *Juges*

du fond) (และในทางปฏิบัติบ่อยครั้งผู้เชี่ยวชาญของศาลเรียกว่า experts) เป็นผู้ชี้ขาดประเด็นความผิดทั่วไปโดยกำหนดให้จำเลยผิดหรือไม่ผิดในนามของสังคมส่วนรวม⁷⁷

เนื้อหาและขอบเขตของความสัมพันธ์ในเรื่องหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ย่อมขึ้นอยู่กับความแตกต่างของประเด็นหรือบางครั้งอาจขึ้นอยู่กับมูลคดีที่ฟ้องร้อง (causes of action) คำสินไหมทดแทนจะถูกกำหนดในกรณีที่โจทก์สามารถพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลย เช่นในกรณีที่มีการผิดหน้าที่ของบุคคลอื่นหรือในกรณีของการแข่งขันไม่เป็นธรรม (unfair competition) ดังนั้นเพียงแต่มีความเสียหายเกิดขึ้นจึงไม่อาจสรุปว่าเป็นการประพฤติโดยมิชอบเกี่ยวกับกิจกรรมนั้นหากการเราจะพบตัวอย่างของข้อบัญญัติในการพิสูจน์ความผิดในส่วนของจำเลยด้วย

2. ความรับผิดโดยไม่มี ความผิด (liability without fault) เป็นความก้าวหน้าในการตีความหลักความรับผิด (บนพื้นฐานของความผิด) ในยุคคลาสสิก (classical rule) เพื่อที่จะเน้นให้เห็นถึงการคุ้มครองต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพอนามัย การคุ้มครองโดยเด็ดขาดของสิทธิชนิดนี้ อาจเกิดขึ้นในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญา (the contractual "obligation de sécurité") หรือมาตรการทางนิติบัญญัติ (legislative measures) หรือความรับผิดโดยเด็ดขาดสำหรับความเสียหายซึ่งเกิดจากสิ่งของก็ได้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอก้าวแต่เพียงความรับผิดซึ่งเกิดจากสิ่งของเท่านั้น

ความรับผิดโดยเด็ดขาดสำหรับความเสียหายซึ่งเกิดจากสิ่งของ (strict liability for damage caused by things)

ในความเสียหายซึ่งเกิดจากสัตว์และสิ่งก่อสร้างชำรุดบกพร่องประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้กำหนดว่าเป็นความรับผิดโดยเด็ดขาด (responsabilité de plein droit) ในกรณีของความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นโดยสิ่งของอย่างอื่นคดี Teffaine ได้กำหนดว่าความเสียหายนั้นถูกรวมครอบคลุมโดยมาตรา 1384 วรรคหนึ่ง⁷⁸ อันแสดงให้เห็นการเชื่อมกับมาตรา 1385 และ 1386 ซึ่งเป็นข้อกำหนดความรับผิดโดยเด็ดขาดเพื่อความเสียหายเกิดขึ้นโดยสัตว์หรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายภายใต้การควบคุมของจำเลย

ความรับผิดในความปลอดภัยของทรัพย์สินของผู้อื่นและความรับผิดในการกระทำของคนอื่นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1384 บัญญัติว่าบุคคลย่อมรับผิดเพื่อความเสียหายไม่เฉพาะที่ตนได้ก่อขึ้นแต่รวมไปถึงความรับผิดเพื่อละเมิดในการกระทำของผู้อื่นซึ่งอยู่ภายใต้การ

⁷⁷ ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น.170.

⁷⁸ Michel Cannarsa, *supra* note 77, p. 6.

ดูแลของตนหรือทรัพย์สินที่ตนรับผิดชอบอยู่อันนับเป็นการรับผิดชอบโดยเด็ดขาดอีกด้วย(ยกเว้นกรณี เหตุสุดวิสัย)

Zimmermann (1990 น. 1141) เห็นว่ามาตรา 1384 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งดูผิวเผินไม่น่าจะมีความสำคัญมากมายนักได้ทำให้ศาลฝรั่งเศสและนักวิชาการสร้างลู่วังที่สอง (second tract) ของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดขึ้นคำพิพากษาฎีกาที่สำคัญก็คือคดี Jand heur (13 กุมภาพันธ์ 1980) ซึ่งศาลฎีกาคดีแพ่ง (Cour de cassation) เต็มคณะชี้ขาดว่าผู้เก็บรักษาสิ่งของ ย่อมรับผิดชอบโดยไม่คำนึงถึงความผิดตราบใดที่ความเสียหายมิได้เกิดขึ้นจากเหตุการณ์ภายนอกอัน ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้นั้นก็คือเหตุสุดวิสัย (vis maior) สิ่งของดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายโดย ตัวของมันเองหรือไม่เป็นเรื่องนอกประเด็น โคมิดโกน ปีนปักผม ลูกโป่ง ของเล่น และลูกเทนนิส ต่างก็ถือว่าเข้าข่ายสิ่งของตามมาตรา 1384 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส นอกจากนี้มาตรานี้ ก็นรวมไปถึงเครื่องจักรทุกชนิด รถยนต์ รถไฟ เรือ จักรยาน ลิฟท์ ก๊าซ กระแสไฟฟ้า น้ำ สารเคมี รั้งสีเอ็กซ์ เนื่องจากบทบัญญัติของมาตรานี้ได้รับการตีความอย่างกว้างขวางจึงไม่มีความ จำเป็นที่สภานิติบัญญัติฝรั่งเศสจะเข้ามาแทรกแซงด้วยการนำความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้โดย กฎหมายพิเศษเช่นที่ดินแดนเยอรมัน⁷⁹

หลักกฎหมายฝรั่งเศสปัจจุบันว่าด้วยความรับผิดชอบในการที่สิ่งของซึ่งเราดูแลรักษาอยู่ ก่อให้เกิดความเสียหายมีการกล่าวเปรียบเปรยกันว่าเหมือนตีกระฟ้าสร้างอยู่บนหัวเข็มหมุด อย่างไรก็ดี Zimmermann (1990 น. 1142) ให้ความเห็นว่าหัวเข็มหมุดมิใช่จะไร้ความสำคัญเสีย ที่เดียวความเห็นในหมู่นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ก็คือมาตรา 1384 ไม่มีความสำคัญโดยเข้าใจกันว่าเป็นการโยงไปถึงมาตรา 1385 และ 1386 ของประมวลกฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศสอันว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้เลี้ยงสัตว์และเจ้าของโรงเรือน แต่พอถึงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ดังกล่าวจึงเข้าใจกันว่ามาตรา 1384 มีความสำคัญในเรื่องความรับผิดชอบต่อการเสียหายอย่าง กว้างขวางมากเข้าใจกันว่าความรับผิดชอบตามมาตรานี้มาจากหนังสือของ Jean Domat (1625 – 1696) นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสในหนังสือ “Lois Civiles dans leur Ordre Naturel” (1680 – 1694) (อันนำไปสู่การจัดทำประมวลกฎหมายเอกชนฝรั่งเศส) อันโยงหลักฝรั่งเศสว่าด้วยความ รับผิดชอบเกี่ยวกับสัตว์ที่นำมาหักขังไว้ (pauperian) ไปสู่ *actiones de effusis vel deiectis* และ *actiones de positio vel suspenso* (เสมือนละเมิดโรมัน)⁸⁰

⁷⁹ ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น.167.

⁸⁰ เพิ่งอ้าง, น. 168.

Whittaker (2005 น. 633) เห็นว่าการไม่สามารถแยกแยะได้ชัดเจนระหว่างการรับผิด เพราะกระทำผิดและการรับผิดโดยไม่ได้กระทำผิดโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของความเสียหายที่ทรัพย์สินก่อให้เกิดขึ้นตามมาตรา 1384 วรรคต้นของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลพึงรับผิดไม่แต่เพียงการกระทำของตนเองแต่จำต้องรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดขึ้นจากบุคคลซึ่งตนต้องดูแลและสิ่งของซึ่งตนรักษาไว้” ความรับผิดดังกล่าวมิได้ขึ้นอยู่กับการพิสูจน์ความผิดและจำเลยก็ไม่อาจยกการไม่ได้กระทำผิดเป็นข้อต่อสู้ได้ ศาลฝรั่งเศสดูเหมือนจะกำหนดความรับผิดโดยคำนึงว่าจำเลยขาดความระมัดระวังในการเก็บรักษาไว้ซึ่งสิ่งของโดยแยกแยะหน้าที่ระหว่างบุคคลซึ่งดูแลพฤติกรรม (gardien du comportement) (คือรับผิดในการใช้สอยสิ่งของดังกล่าว) และบุคคลซึ่งดูแลโครงสร้าง (gardien de la structure) (คือรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากความชำรุดบกพร่องของสิ่งของและแม้แต่จากลักษณะปกติของสิ่งของที่เก็บรักษาไว้) นอกจากนี้ศาลฝรั่งเศสยังกำหนดว่าสิ่งของที่เก็บรักษาไว้นั้นจะต้องมีบทบาทเป็นต้นเหตุของความเสียหายและมีข้อต่อสู้เรื่องเหตุสุดวิสัย (force majeure) และการมีส่วนผิดของผู้เสียหาย (faute de la victime) หรือไม่ทั้งหมดนี้สร้างภาพความเคร่งครัดอันไม่แน่นอนของความรับผิดต่อความเสียหายอันสิ่งของซึ่งจำเลยเก็บรักษาไว้ก่อให้เกิดขึ้นอันได้รับการเสริมจากคำพิพากษา (jurisprudence) อันไม่มีแนวโน้มในชวงทศวรรษที่ 1980 ในตอนต้นและการปฏิรูปกฎหมายเป็นบางส่วนโดยรัฐสภาของอุบัติเหตุทางรถยนต์ปี 1985 Whittaker มีข้อยุติว่าวิวัฒนาการของความเคร่งครัดในความรับผิดเพื่อละเมิดในกฎหมายฝรั่งเศสในทางปฏิบัติขึ้นอยู่กับองค์ประกอบหลายประการรวมทั้ง (1) ฐานะของความรับผิดในความหมายตามจารีต และ (2) ทศนคติหรือท่าทีของศาลต่อการพิสูจน์องค์ประกอบต่างๆ ต่อขบวนการอันก่อให้เกิดความเสียหายและต่อข้อต่อสู้⁸¹

มีข้อสังเกตว่าในคดี Teffaine ศาลสูงของฝรั่งเศสตัดสินว่ามาตรา 1384 วรรคหนึ่งสามารถตีความให้อยู่โดยบทบัญญัติเดี่ยว (stand – alone provision) สำหรับข้อสันนิษฐานความรับผิดในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นโดยสิ่งของมาตรานี้ถูกนำมาใช้เป็นประจำเนื่องจากเป็นเครื่องมือสำคัญสำหรับความรับผิดโดยเคร่งครัดในกฎหมายละเมิดศาลใช้มาตรานี้ในการวางข้อกำหนดความรับผิดบนพื้นฐานของการใช้ (use) การออกคำสั่ง (direction) และการควบคุม (control) ของจำเลยสำหรับสิ่งของซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

⁸¹ เฟ็งอ้าง, น.172.

ความรับผิดตามมาตรา 1384 วรรคหนึ่งจะต้องมีเงื่อนไข 3 ประการคือ

1. สิ่งของนั้นจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นหลักในข้อนี้นำมาใช้กับสิ่งของซึ่งเป็นอันตราย(hazardous)เช่น วัตถุระเบิด กระสุนปืนและสิ่งของที่ใช้เป็นปกติเช่น แก้ว รั้วรถจักรยาน รวมทั้งสิ่งของซึ่งมีขนาดใหญ่ เช่น เรือ เป็นต้น

2. การกระทำของสิ่งของจะต้องก่อให้เกิดการรบกวนผู้อื่นมาตรา 1384 วรรคหนึ่งไม่นำมาใช้กับในกรณีสิ่งของนั้นไม่ได้เคลื่อนไหว “purely passive” กล่าวอีกนัยหนึ่งคือสิ่งของที่เก็บรักษาไว้จะต้องมีบทบาทเป็นต้นเหตุของความเสียหาย

3. จำเลยมีหน้าที่ควบคุมสิ่งของนั้น (guard) การควบคุมโดยปกติก็คือการให้การออกคำสั่ง การควบคุมสิ่งของ (รวมถึงอำนาจในการออกคำสั่งและควบคุม)เช่นนายจ้างมีหน้าที่ควบคุมสิ่งต่างๆ ซึ่งใช้โดยลูกจ้างของตนหรือเจ้าของทรัพย์สินมีหน้าที่ควบคุมทรัพย์สินของตนเว้นแต่ว่าเขาจะทำให้สูญหายหรือโอนการให้การออกคำสั่งและการควบคุมสิ่งของนั้นให้แก่บุคคลอื่นไปแล้ว⁸²

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าการใช้สิทธิเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายตามกฎหมายฝรั่งเศสถือได้ว่ามีรากฐานมาจากมาตรา 1382 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส อันเป็นแม่บทของเรื่องละเมิดการใช้สิทธิเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือการก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้านเรียกตามคำฝรั่งเศสว่า“troubles de voisinage” ดังนั้นในกรณีที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายทางจิตใจ(mental injury)ศาลฝรั่งเศสได้เข้ามาจัดการเกี่ยวกับความเสียหายในทางจิตใจและเกี่ยวข้องอยู่กับการเรียกร้องภายใต้หลักการทั่วไปของ dommage moral (ความเสียหายทางจิตใจ) ไม่ว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นต่อร่างกายหรือจิตใจ เมื่อความรับผิดสำหรับการกระทำละเมิดเกิดขึ้นนี้ในการจ่ายค่าสินไหมทดแทนก็ย่อมเกิดขึ้นทันที ค่าสินไหมทดแทนย่อมรวมถึงความเสียหายทางจิตใจซึ่งเกิดขึ้นโดยอุบัติเหตุ การตกใจกลัวจากอุบัติเหตุ (fright of the accident) ปฏิกริยาต่อจิตใจ(mental reaction)หรือความสามารถในการหารายได้ ดังนั้นบุคคลผู้ซึ่งได้รับความเสียหายจากเสียงอาจจะเรียกร้องค่าเสียหายซึ่งไม่เป็นตัวเงิน (non - pecuniary damages) จากบุคคลผู้ซึ่งก่อให้เกิดเสียงซึ่งเกินไปกว่าปกติธรรมดาความเสียหายที่เกิดขึ้นจะถูกบังคับให้จ่ายค่าสินไหมทดแทนภายใต้การกระทำละเมิดที่เรียกว่า“trouble de voisinage” อันเป็นความรับผิดซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความผิด(base on fault)ภายใต้โครงสร้างทั่วไปของมาตรา 1382 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีข้อนำพิจารณาเกี่ยวกับจำนวนของค่าพิพาทซึ่งตัดสินเกี่ยวกับความสูญเสียซึ่งไม่เป็นตัวเงิน(non - pecuniary loss) และความ

⁸²Michel Cannarsa, *supra note* 6, p. 7.

เสียหายซึ่งเกิดจากเสียงและหลักการจ่ายค่าสินไหมทดแทน⁸³ ประกาศในปี 1988 รวมถึงรูปแบบของการละเมิดในความหมายของความผิดลหุโทษ (contravention)⁸⁴

ความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสเกี่ยวกับเหตุผลสนับสนุนหลักความรับผิดของผู้ก่อความเดือดร้อนรำคาญ⁸⁵

Picard. นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสผู้นี้ได้กล่าวไว้ใน *Traité pratique de droit civil francais* T. III No. 7215 ว่าขณะก่อความเดือดร้อนรำคาญให้แก่เพื่อนบ้านยังไม่มีผิดแต่ที่เป็นความผิดก็เพราะว่าผู้ก่อความเสียหายไม่ยอมชดใช้ค่าสินไหมทดแทนศาลจึงถือว่ามีความรับผิดฐานก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้านความเห็นเช่นนี้ยอมรับฟังได้ยากเพราะหากตอนที่ก่อความเสียหายยังไม่มีผิดแล้วเหตุใดผู้ก่อความเสียหายกลับต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเมื่อผู้ก่อความเสียหายไม่ยอมชดใช้ค่าสินไหมทดแทนการที่เขาไม่ยอมชดใช้เหตุใดผู้ก่อความเสียหายจึงมีความผิด

Besson. นักนิติศาสตร์ Besson ได้กล่าวไว้ในวิทยานิพนธ์เรื่อง *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses* ว่าการที่ผู้ก่อความรำคาญแก่เพื่อนบ้านต้องรับผิดก็เนื่องจากมีมูลเหตุในเรื่องความรับผิดทางละเมิดเนื่องจากการกระทำของสิ่งของ (*La responsabilité du fait des choses*) ซึ่งมีบัญญัติไว้ในมาตรา 1384 วรรคต้นของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าเราจะต้องรับผิดเพื่อสิ่งของต่างๆ ที่เราต้องดูแลรักษาหลักกฎหมายว่าด้วยการก่อความรำคาญแก่เพื่อนบ้านก็เป็นส่วนหนึ่งแห่งเรื่องความรับผิดทางละเมิดเพื่อการกระทำของสิ่งของนั่นเองแต่ไม่ปรากฏเลยว่าศาลได้เคยกล่าวอ้างอิงมาตรา 1384 นี้สักครั้งเดียวและเราจะได้อุทธรณ์ต่อไปว่าการสันนิษฐานว่ามีความผิด (*presumption of responsibility*) เป็นหลักยกเว้นจะแปลให้ขยายความนั้นหาควรไม่

Mazeaud. หนังสือ *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile* No. 620. นักนิติศาสตร์ Mazeaud เห็นว่าการที่ศาลบังคับให้ผู้ก่อความรำคาญแก่เพื่อนบ้านชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก็เพราะผู้ก่อความรำคาญมีความผิดจริงอยู่ไม่มีอะไรที่จะดำเนินเขาได้ที่เขาว่าเขาได้

⁸³ *ibid*, p.19.

⁸⁴ คำว่า “contravention” ตามปกติแปลว่าการฝ่าฝืนกฎข้อบังคับการฝ่าฝืนสัญญาหรือกฎหมายแต่ตามกฎหมายฝรั่งเศสแปลว่า “ความผิดลหุโทษ” ซึ่งมีความหมายเหมือนกับ “minor offence” หรือ “Petty offence”.

⁸⁵ จิต เศรษฐบุต, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 71*, น. 176 –177.

พยายามใช้ความพยายามทุกๆ ทางแล้วแต่ความเสียหายก็ยังเกิดขึ้นแต่อย่างไรก็ตามทางที่เขาจะให้ความเสียหายหรือความรำคาญระงับลงยังมีอีกคือเลิกโรงงานหรือกิจการที่ก่อความรำคาญนั้น แต่เขาไม่เลิกเขาจึงมีความผิด ท่าน Mazeaud กล่าวต่อไปว่าบุคคลที่มีความระมัดระวังแล้วเขา ย่อมจะไม่ก่อความรำคาญแก่เพื่อนบ้านเกินไปจากหนี้ธรรมดาที่เพื่อนบ้านจำต้องรับกล่าวคือเขา จะประกอบกิจการใดๆ ขึ้น กิจการนั้นๆ จะต้องไม่ก่อให้เกิดความรำคาญเพื่อนบ้านจนเกินไปหาก แม้จะใช้ความระมัดระวังอย่างสุดความสามารถ กิจการนั้นๆ ก็ยังก่อความเสียหายมากอยู่อีกเขาก็ จะต้องเลิกประกอบกิจการนั้นๆ เท่านั้น

ความเห็นของศาล

จากคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสพอจะหาแนวได้ดังต่อไปนี้⁸⁶คือ “ผู้ใดก่อความเสียหาย ขึ้นอันเกินขนาดไปกว่าหนี้ธรรมดาที่เพื่อนบ้านจำต้องรับ (obligations ordinaires du voisinage) แล้วเรียกว่าผู้นั้นก่อความรำคาญแก่เพื่อนบ้านต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย” คำว่าหนี้ ธรรมดาคือเพื่อนบ้านจำต้องรับ (obligations ordinaires du voisinage) ก็คือมนุษย์ทุกคนที่เข้ามา อยู่ในสังคมจำเป็นอยู่เองที่จะต้องได้รับความกระทบกระเทือนจากเพื่อนมนุษย์ใกล้เคียงกันบ้าง เป็นของธรรมดาการที่จำต้องยอมรับความกระทบกระเทือนจากเพื่อนมนุษย์ใกล้เคียงกันนี้เป็นของ จำเป็นยิ่งและเป็นเงื่อนไขอันสำคัญด้วยที่จะทำให้มนุษย์ทั้งหลายอยู่เป็นกลุ่มเป็นสมาคมได้จึงเป็น สิ่งที่มนุษย์แต่ละคนต้องรับภาระไว้เป็นภาระที่เรียกกันว่าหนี้ธรรมดาอันเพื่อนบ้านจำต้องรับความ กระทบกระเทือนเช่นนี้จะเก็บไปฟ้องร้องหาได้ไม่เช่นเพียงแต่เพื่อนบ้านใกล้เคียงทำเสียงดังเข้าหู บ้างเล็กน้อยก็ถือว่าเป็นความรบกวนฟ้องเรียกค่าเสียหายนั้นไม่ได้เพราะเป็นความรบกวนธรรมดา ซึ่งตนจำต้องคาดหมายว่าจะได้รับและต้องทนเอาทั้งตนเองก็ย่อมจะก่อความรบกวนเช่นนี้แก่เพื่อน บ้านด้วยเช่นกัน ดังเช่นคำพิพากษาศาลสูงฝรั่งเศสได้เคยกล่าวไว้ตอนหนึ่งว่าอันว่าเสียงที่โรงงาน เพื่อนบ้านได้ก่อกำขึ้นนั้นใช้ว่าจะถือเป็นเหตุเรียกกรองค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเสมอไปก็หาไม่ ต่อเมื่อเสียงนั้นก่อความรบกวนจนเกินขนาดไปจากหนี้ธรรมดาที่เพื่อนบ้านจำต้องรับนั้นแหละจึง จะเกิดมีความรับผิดชอบขึ้นได้อย่างไรเรียกว่าเกินขนาดไปกว่าหนี้ธรรมดาที่เพื่อนบ้านจำต้องรับเป็น ปัญหาที่หาแนวจากคำพิพากษายากที่สุดศาลฝรั่งเศสได้ชี้ขาดคดีไปแล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไปแต่พอจะกล่าวได้ว่าศาลถือตำแหน่งที่ ๆ เกิดการรบกวนเป็นหลักคือหากที่ ๆ เกิดการรบกวน จากเสียงของโรงงานและโรงงานนั้นตั้งอยู่ในถิ่นซึ่งมีโรงงานอื่นๆ ตั้งอยู่มากเช่นเดียวกันศาลอาจถือ ว่าเป็นความรบกวนที่ไม่เกินไปกว่าหนี้ธรรมดาที่เพื่อนบ้านจำต้องรับตรงกันข้ามศาลฝรั่งเศสถือว่า

⁸⁶ เฟ็งอั้ง, น.171.

การเลี้ยงสัตว์ต่างๆ ในเขตตัวเมืองซึ่งมีคนอยู่แออัดเมื่อส่งเสียงเอะอะให้ความรำคาญผู้เลี้ยงจะต้องถูกบังคับให้ใช้ค่าเสียหายแต่หากผู้อยู่นอกเมืองการฟ้องว่าก่อความรำคาญเช่นนี้ก็ไม่ได้รับผลและมีข้อน่าสังเกตว่าข้อต่อสู้ของจำเลยมักจะอ้างเสมอมาว่าขณะที่ตนตั้งโรงงานหรือประกอบกิจการอันก่อให้เกิดความรบกวนขึ้นนั้นผู้เสียหายยังไม่ได้อยู่อาศัยฉะนั้นเมื่อจะเข้ามาย่อมจะรู้แล้วว่าจะได้รับความเดือดร้อนดังนั้นตนจึงไม่ควรรับผิดชอบเมื่อกรณีปรากฏข้อเท็จจริงดังจำเลยกล่าวศาลก็หาได้รับฟังข้อต่อสู้ไม่ศาลถือว่าก่อนที่ผู้เสียหายจะได้เข้ามาอยู่นั้นราคาที่ดินของผู้เสียหายได้ตกลงแล้วเป็นการรับรู้ว่าได้มีความเสียหาย ณ เวลานั้นแล้วผู้ก่อความเสียหายจึงต้องรับผิดชอบนั่นเอง