

ปัญหาเกี่ยวกับการใช้และการตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337

จากการศึกษาค้นคว้าที่ได้แสดงไว้ในบทที่ 2 บทที่ 3 และบทที่ 4 ดังกล่าวมาแล้วเห็นได้ว่าหลักกฎหมายอันเป็นรากฐานของการร่างบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337 คือหลัก "*sic utere tuo ut alienum non laedas*" จึงใช้ทรัพย์สินของท่านในลักษณะที่ไม่ทำความเสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้อื่น อันเป็นหลักที่อนุโลมมาจากหลักศีลธรรมเดิมที่ว่า *alterum non laedere* (อย่าทำร้ายผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย) ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย common law และระบบกฎหมาย civil law ต่างได้นำหลักนี้ไปใช้ในประเทศของตนแตกต่างกันไป¹ กล่าวคือในระบบกฎหมาย common law เช่น ประเทศอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกาเรียกว่าการกระทำละเมิดฐานนิวแซนส์ (the tort of nuisance) คือการกระทำซึ่งเกิดจากการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดใช้ทรัพย์สินของตนโดยไม่สมควรไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการขัดขวางหรือทำให้เกิดความเสียหายขึ้น² การกระทำละเมิดฐานนิวแซนส์ในระบบกฎหมาย common law บางครั้งอาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยแต่บางครั้งจำเลยก็ต้องรับผิดในคดีนิวแซนส์ทั้งๆ ที่จำเลยใช้ความระมัดระวังอย่างดีแล้วและจำเลยมิได้ประมาทเลินเล่อแต่อย่างใดเรียกว่าเป็นความรับผิดโดยเด็ดขาด (strict liability) กล่าวคือไม่ได้อาศัยองค์ประกอบเกี่ยวกับความผิด (fault) มาเป็นตัวชี้ขาดความรับผิดของจำเลยและโจทก์ไม่มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการโดยจงใจ หรือประมาทและการกระทำหรืองดเว้นดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์โจทก์มีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นเพียงว่าผลจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของจำเลยไปรบกวนการใช้หรือการครอบครองทรัพย์สินของโจทก์เท่านั้น

¹ในระบบกฎหมาย common law มีการกล่าวอ้างหลัก *sic utere tuo ut alienum non laedas* ไว้เช่นเดียวกัน โปรดดู Fowler v. Harper and Fleming James, JR., The Law of Torts (Little, Brown and Company, Boston : Toronto, 1956), p. 70.

²Henry Campbell Black, Black's law Dictionary (St.paul Minn : west Publishing, 1979), p. 961.

ส่วนระบบกฎหมาย civil law ไม่ว่าจะในประเทศฝรั่งเศสหรือเยอรมันต่างก็ได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินของตนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นเอาไว้ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 906 และมาตรา 907 มีข้อความกล่าวห้ามเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินไม่อาจห้ามการเข้ามาของแก๊ส ควัน กลิ่น คว้น เขม่า ความร้อน เสียง ความสั่นสะเทือน หรือการรบกวนซึ่งคล้ายคลึงกันอันเกิดจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินอีกแปลงหนึ่งหากการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นการรบกวนหรือมีใช้ปัจจัยสำคัญที่ทำให้การใช้ที่ดินของเขาได้รับความเสียหายหรือเป็นการใช้ที่ดินซึ่งเป็นไปตามปกติแห่งท้องถิ่นในการใช้ที่ดินนั้น

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแม้ว่ามาตรา 544 จะบัญญัติถึงสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินไว้ว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีสิทธิในการใช้และจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนอย่างสมบูรณ์(most absolute manner)แต่ก็มีไว้ว่าเจ้าของทรัพย์สินจะใช้ทรัพย์สินของตนอย่างไรก็ได้ตามใจชอบอำนาจหรือสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินก็ยังคงอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายหรือกฎระเบียบต่างๆ ซึ่งมาตรา 544 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ได้บัญญัติข้อจำกัดสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินไว้ด้วยว่า³ เจ้าของทรัพย์สินจะต้องไม่ใช้ทรัพย์สินของตนโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือกฎระเบียบต่างๆ ดังนั้นแม้หากเจ้าของทรัพย์สินจะมีสิทธิในการใช้ทรัพย์สินของตนเพียงใดก็ตามแต่หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของทรัพย์สินอื่นก็ย่อมจะต้องรับผิดชอบอันเกิดจากการใช้ทรัพย์สินของตนเช่นกัน กฎหมายฝรั่งเศสเรียกการกระทำละเมิดชนิดนี้ว่าละเมิดเกี่ยวกับการก่อความเดือดร้อนรำคาญ(trouble de voisinage)อันเป็นความรับผิดชอบซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความผิด(base on fault) ภายใต้หลักความรับผิดทั่วไปของมาตรา 1382⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกล่าวคือ มีหลักว่าต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นและมีความผิดทั้งต้องมีความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหายนั้นการกระทำละเมิดตามมาตรา 1382 อาจเกิดขึ้นในกรณีที่การกระทำของจำเลยเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามกฎหมาย(breach of a statutory duty)ภายใต้มาตรา 1382 ความรับผิดจึงย่อมขึ้นอยู่กับความผิด

³Art. 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.

⁴Art.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.

อย่างไรก็ดีหลังจากที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ด้วยทรัพย์สินเมื่อปี พ.ศ.2475 แล้วปรากฏว่าการอธิบายความหมายของหลักกฎหมายตามมาตรา 1337 ของนักกฎหมายไทยและแนวการปรับใช้กฎหมายมาตรา 1337 ของศาลยังมีความคลาดเคลื่อนไปจากความมุ่งหมายของกรรมการร่างกฎหมายอยู่บางประการ ดังนั้นบทนี้ผู้เขียนจะขอเสนอปัญหาเกี่ยวกับการใช้และการตีความบทบัญญัติของมาตรา 1337 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่ามีปัญหาอย่างไรบ้างโดยแยกปัญหาออกเป็นข้อๆรวมทั้งแนวการปรับใช้กฎหมายของศาลฎีกาให้เห็นว่ามีแนวบรรทัดฐานอย่างไร

5.1 การอธิบายมาตรา 1337 ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่ง

ถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 1337 ที่ว่า“บุคคลใดใช้สิทธิของตน” อาจตีความได้หลายนัยและนัยหนึ่งที่นักนิติศาสตร์ไทยตีความเกี่ยวกับมาตรา 1337 คือคำว่า“ใช้สิทธิ” ว่างมีความหมายเดียวกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 ซึ่งบัญญัติว่าการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร อธิบายว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเราได้บัญญัติไว้เป็นต่างหากปรากฏในมาตรา 1337 ไม่ได้อาศัยเอาจากหลักความรับผิดชอบตามมาตรา 420 มาใช้บังคับนับว่าให้ความกระจ่างแจ้งแก่ปัญหานี้มากมาตรา 1337 นี้ได้กล่าวว่าบุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะเป็นไปตามปกติและเหตุอันควรในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาค้ำประกันประกอบไซ้รู้ท่านว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปทั้งนี้ไม่ลบล้างสิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทน ตามบทบัญญัตินี้ย่อมรับรู้อยู่ข้อหนึ่งว่าเป็นเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วนเพราะใช้คำว่า“ใช้สิทธิ”และการใช้สิทธินั้นถือว่าเป็นผิดและถูกบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนได้⁵

การอธิบายว่ามาตรา 1337 เป็นเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วนทำให้หลักกฎหมายตามมาตรา 1337 ถูกนำไปคาบเกี่ยวกับเรื่องของการใช้สิทธิเกินส่วนหรือการใช้สิทธิโดยมิชอบตาม

⁵ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), น.174.

มาตรา 421 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421บัญญัติว่า“การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้นท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย”จากถ้อยคำในบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 ที่ว่า “ซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น” นั้นทำให้นักนิติศาสตร์ของไทยเราหลายท่านเห็นว่าจะต้องเป็นเรื่องการกระทำที่ผู้กระทำมีเจตนาให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์⁶ อธิบายว่าการใช้สิทธิอย่างไรจึงจะเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้นตามข้อความที่ว่าซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นแสดงความหมายชัดเจนว่าต้องเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลคือความเสียหายแก่ผู้อื่นฝ่ายเดียวอีกนัยหนึ่งก็คือต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาให้ผู้อื่นเสียหายถ้าเป็นการกระทำโดยประสงค์ต่อผลอันเป็นธรรมดาแห่งสิทธิ นั้นแม้จะเห็นอยู่ว่าจะมีผู้อื่นเสียหายก็ไม่ใช่ละเมิด

อาจารย์วงษ์ วีระพงศ์⁷ อธิบายว่าใช้สิทธิโดยที่ตนเองก็ไม่ได้รับประโยชน์อันแท้จริงอย่างไรและโดยมีเจตนาประการเดียวที่จะให้บุคคลอื่นเสียหายย่อมเป็นละเมิดตามมาตรา 421

อาจารย์ศักดิ์ สมองชาติ⁸ อธิบายหลักเกณฑ์การทำละเมิดว่าผู้กระทำใช้สิทธินั้นโดยแก่งให้เขาได้รับความเสียหายถ้าใช้สิทธิโดยไม่แก่งแม้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายก็ไม่ใช่การอันไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่เป็นละเมิด

รองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ โสติพันธ์⁹ เห็นว่าการใช้สิทธิที่มีแต่จะทำให้คนอื่นเสียหายตามมาตรา 421 ต้องเข้าหลักเกณฑ์ดังนี้

⁶จิติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 มาตรา 354-452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), น. 229.

⁷วงษ์ วีระพงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร: โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2514), น.189.

⁸ศักดิ์ สมองชาติ,คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, น. 22.

⁹ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสิ่ง ล่ามมิควรรได้, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550),น.80.

- (1) ผู้กระทำโดยรู้สำนึกนั้นมีสิทธิซึ่งสิทธิหมายถึงประโยชน์ที่กฎหมายยอมรับและรับรองไว้
- (2) ผู้กระทำที่มีสิทธินั้นใช้สิทธิของตน
- (3) ผู้ที่ใช้สิทธินั้นมีความมุ่งหมายให้ความเสียหายเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นด้วยการใช้สิทธิของตนซึ่งอาจพิจารณาได้เป็น
 - (ก) ผู้ที่ใช้สิทธิไม่ได้รับประโยชน์อะไรจากการใช้สิทธิของตน
 - (ข) ผู้ที่ใช้สิทธิได้รับประโยชน์อยู่บ้างแต่การที่ได้รับประโยชน์นั้นทำให้บุคคลอื่นเขาเสียหายเกินควร

ผลก็คือเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ทั้งสามประการแล้วการใช้สิทธิดังกล่าวจึงเรียกว่าเป็นการกระทำที่“มิชอบด้วยกฎหมาย”ตามมาตรา 421 อันถือเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่งตามมาตรา 420 และเมื่อประกอบกับองค์ประกอบประการอื่นๆ ของมาตรา 420 แล้วบุคคลที่ใช้สิทธิแล้วมุ่งจะก่อความเสียหายให้แก่ผู้อื่นแล้วความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดตามมาตรา 420 บุคคลดังกล่าวแม้จะใช้สิทธิจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายตามความหมายของมาตรา 420 ด้วยเหตุที่มาตรา 421 มิอาจปรับใช้โดยลำพังได้ต้องใช้ประกอบกับมาตรา 420 นั้นเอง

ปัญหาจึงมีว่าถ้าหากผู้กระทำใช้สิทธิของตนโดยชอบด้วยกฎหมายไม่มีเจตนาถลำแก่งให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายซึ่งไม่เข้าบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 ในเรื่องการใช้สิทธิโดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้วแต่ขณะเดียวกันถ้าหากการใช้สิทธิโดยชอบนั้นเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือนร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้เมื่อนำพฤติการณ์รอบข้างมาพิจารณาประกอบแล้วปัญหาว่าจะต้องด้วยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 หรือไม่

สำหรับปัญหานี้ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศร¹⁰ ได้อธิบายไว้ในกฎหมายลักษณะทรัพย์ของท่านว่ามาตรา 1337 นี้ถ้าอ่านรวมกับมาตรา 5 ที่บัญญัติว่าในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดีในการชำระหนี้ก็ดีที่ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริตและมาตรา 6 ที่บัญญัติว่าท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริตและมาตรา 421 ในเรื่องละเมิดบัญญัติว่าการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้นท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย

¹⁰ ประมุข สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1.4, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ ฯ : นิติบรรณการ, 2526), น. 76.

ดังนี้เมื่อในมาตรา 1337 ได้พูดถึงว่าบุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินกว่าที่ควรคิดหรือคาดหมายได้แล้วจึงเป็นที่เห็นได้ว่าสิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นมีมากกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไปกล่าวคือในกรณีที่ทำให้เกิดความเสียหายหรือเดือดร้อนแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้กระทำให้เกิดความเสียหายนั้นจะสุจริตหรือไม่ประการหนึ่งและอีกประการหนึ่งก็คือแม้เป็นการใช้สิทธิของผู้กระทำแต่การใช้สิทธินั้นไม่เฉพาะแต่กรณีซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามมาตรา 421 แม้ผู้กระทำได้กระทำการใช้สิทธิเพื่อประโยชน์ของตนเป็นส่วนใหญ่ซึ่งไม่เข้าบทบัญญัติของมาตรา 421 ก็ดี แต่ถ้าก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์แล้วเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปได้และทั้งไม่ลบล้างสิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทน

รองศาสตราจารย์ ดร.อำนาจ วงศ์บัณฑิต¹¹ อธิบายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 ไว้ว่ามีข้อที่น่าสังเกตว่ามาตรา 1337 นั้นมิได้กำหนดว่าการใช้สิทธิของบุคคลที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อดังเช่นการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 ด้วยเหตุนี้การพิจารณาว่ามีการฝ่าฝืนมาตรา 1337 หรือไม่นั้นไม่ต้องพิจารณาถึงการจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลยคงพิจารณาแต่เพียงว่าการใช้สิทธิของบุคคลนั้นๆ ก่อให้เกิดความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินสมควรหรือไม่แม้ว่าบุคคลที่ใช้สิทธิจะได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีแล้วในการป้องกันมิให้เกิดความเดือดร้อนแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์แต่หากยังเกิดความเดือดร้อนเกินสมควรอยู่บุคคลผู้ใช้สิทธินั้นยังคงต้องรับผิดชอบตามมาตรา 1337 เช่นในกรณีที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเดือดร้อนเกินสมควรจากการประกอบกิจการโรงงานเจ้าของโรงงานคงไม่อาจอ้างได้ว่าตนไม่ต้องรับผิดชอบเพราะตนได้ใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดแล้วโดยการติดตั้งเครื่องบำบัดอากาศเสียและกลิ่นอันทันสมัย

ส่วนอุบลรัตน์ สิทธิยานันท์¹² ให้ความเห็นไว้ว่ามาตรา 1337 อาจเป็นกรณีของการใช้สิทธิเกินส่วนประเภทหนึ่งได้และถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งจะไปขยายคำว่าผิดกฎหมายตามมาตรา 420 อีกต่อหนึ่งเพราะโดยลำพังแล้วการใช้สิทธิตามมาตรา 1337 ไม่ถือว่า

¹¹อำนาจ วงศ์บัณฑิต, กฎหมายสิ่งแวดล้อม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ :วิญญูชน), น. 530.

¹²อุบลรัตน์ สิทธิยานันท์, "การใช้สิทธิโดยมิชอบในกฎหมายละเมิด", (วิทยานิพนธ์ มหาวิทยาลัย คณະนิตศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526), น. 150.

เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายการฟ้องเรียกค่าเสียหายในฐานะละเมิดจึงต้องพิจารณาว่าเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนตามมาตรา 421 ก่อน

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหานี้เป็นปัญหาที่ได้เถียงกันตั้งแต่ในชั้นเริ่มพิจารณาร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 หลวงสารสาสน์ประพันธ์ เลขานุการกรรมการร่างกฎหมายท่านได้เสนอความเห็นต่อที่ประชุมกรรมการร่างกฎหมายว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเราในเวลานี้ก็มีอยู่ในมาตรา 420 และ 421 ในบรรพ 2 อยู่แล้วจะกินความไม่ถึงเรื่อง nuisance นี้หรืออย่างไรที่ประชุมกรรมการร่างกฎหมายได้ตอบปัญหาข้อนี้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420, 421 และมาตรา 5 ในบรรพ 2 และบรรพ 1 นั้นต้องเป็นการใช้สิทธิเพื่อกลับแกล้งเพื่อนบ้านเขาซึ่งทั้งสองมาตรานั้นกินความไม่ถึง

ด้วยความเคารพต่อความเห็นของท่านอาจารย์ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 ไม่ใช่เป็นเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วนด้วยเหตุผลที่ว่าเมื่อพิจารณาจากการร่างกฎหมายของกรรมการร่างกฎหมายบทบัญญัติมาตรานี้มีแนวความคิดที่ต้องการคุ้มครองเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนรำคาญจากการใช้สิทธิของบุคคลอื่นเป็นสำคัญไม่ว่าบุคคลผู้ใช้สิทธิของตนนั้นจะใช้สิทธิของตนโดยชอบหรือไม่แม้จะเป็นการใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายไม่มีเจตนาแกล้งให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายซึ่งไม่เข้าหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 421 แต่ถ้าเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายเมื่อนำพฤติการณ์รอบข้างมาพิจารณาประกอบแล้วกรณีย่อมต้องด้วยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 ได้ทั้งสิ้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 และ 421 เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในบรรพ 2 เรื่องละเมิดหมวด 1 ความรับผิดเพื่อละเมิดส่วนมาตรา 1337 นั้นเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในบรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สินการอธิบายว่าหลักกฎหมายตามมาตรา 1337 เป็นเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วนหรือเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบอย่างหนึ่งทำให้หลักกฎหมายตามมาตรา 1337 ที่มุ่งให้การคุ้มครองเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้สิทธิของบุคคลอื่นนั้นดูประหนึ่งว่าจะลดความสำคัญลงโดยนำไปเกี่ยวโยงอยู่กับหลักกฎหมายตามมาตรา 421 ซึ่งเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 1337 การใช้สิทธิของบุคคลเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้เมื่อนำพฤติการณ์รอบข้างมาพิจารณาประกอบแล้วไม่ว่าการใช้สิทธิของบุคคลนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตามหากเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้แล้วเมื่อนำพฤติการณ์รอบข้างมาพิจารณาประกอบกรณีก็ต้องด้วยบทบัญญัติของมาตรา 1337 ได้เพราะ

มิฉะนั้นแล้วถ้าหากมาตรา 1337 เป็นเรื่องของการใช้สิทธิเกินส่วนหรือการใช้สิทธิโดยมิชอบก็ไม่มี ความจำเป็นอย่างใดที่จะต้องบัญญัติมาตรา 1337 ซ้ำขึ้นมาอีกการบัญญัติมาตรา 1337 แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมีจุดประสงค์ที่จะคุ้มครองเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จากการใช้สิทธิของบุคคลไม่ว่า การใช้สิทธินั้นจะชอบหรือไม่เป็นสำคัญ ผู้เขียนเห็นว่าเหตุผลในการบัญญัติมาตรา 1337 เพราะ กฎหมายต้องคุ้มครองเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ให้ผู้อื่นใช้สิทธิทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินกว่าปกติและเหตุอันสมควรทั้งนี้เพราะอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่ไม่สามารถเคลื่อนที่เพื่อหลบหลีกหรือหลีกเลี่ยงความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นได้ถ้าหากเป็น อสังหาริมทรัพย์เมื่อมีใครใช้สิทธิทำให้เกิดความเสียหายหรือเดือดร้อนเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ สามารถนำอสังหาริมทรัพย์นั้นไปที่อื่นเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายหรือความเดือดร้อนได้ดังนั้น หากเป็นอสังหาริมทรัพย์กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เป็นสำคัญ

สำหรับปัญหานี้มีคำพิพากษาฎีกาที่พอจะนำมาเทียบเคียงได้ก็คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 40/2502 ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่าทำสะพานลงในคลองเป็น ทางเดินแต่ปิดหน้าที่ดินของเอกชนทำให้เจ้าของที่ดินนั้นขึ้นลงคลองตามปกติไม่ได้เจ้าของที่ดิน เรียกร้องเสียได้กรณีต้องด้วยมาตรา 1337 เทศบาลและจังหวัดมีหน้าที่ดูแลรักษาที่สาธารณสมบัติไม่มีอำนาจอนุญาตและอนุมัติให้ทำสะพานเช่นนั้นการที่อนุญาตและอนุมัติไปเป็นการ ละเมิดเช่นเดียวกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 931/2523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 ใช้บังคับ แก่บุคคลทั่วไปรวมทั้งกรุงเทพมหานครและเขตต่างๆ ของกรุงเทพมหานครด้วยไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจกรุงเทพมหานครที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 1337 ส่วนหนึ่งของสะพานลอยที่ กรุงเทพมหานครสร้างขึ้นเพื่อสาธารณประโยชน์ แม้จะอยู่บนทางเท้าแต่ก็ขวางทางเข้าออกบ้าน ใจท์ใจท์เดือดร้อนเกินกว่าปกติและเหตุอันควรตั้งนี้เป็นการละเมิดต่อใจท์

ศาลฎีกาพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 ที่บัญญัติว่า“บุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะเป็นที่ไปตามปกติและเหตุอันควรในเมื่อเอาสภาพและ ตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาค้ำประกันประกอบไซ้รู้ท่านว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิที่จะ ปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปทั้งนี้ไม่ลบล้างสิทธิที่จะเรียกเอา ค่าทดแทน”นั้นใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปรวมทั้งจำเลยที่ 2 และเขตบางกอกใหญ่ด้วยไม่มีกฎหมาย ใดให้อำนาจจำเลยที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 1337 ดังกล่าวประกอบกับจำเลยที่ 5 ซึ่งเป็น วิศวกรด้วยเบิกความว่าการสร้างสะพานลอยถ้ากีดขวางทางเข้าออกจะต้องออกแบบเลี้ยงไปเช่น

ทำลดยข้ามไปหรือทำโครงสร้างอะไรพิเศษขึ้นมาเพื่อไม่ให้ขวางทางเข้าออกหรือเลิกดำเนินการก่อสร้างเลยและเมื่อได้รับคำร้องเรียนของโจทก์แล้วจำเลยที่ 5 ได้หารือกับหัวหน้าเขตบางกอกใหญ่มีความเห็นว่าไม่ควรสร้างสะพานลอยตรงบริเวณนั้นและตามเอกสารหมายเลข 4 ปลัดกรุงเทพมหานครทำบันทึกหลังจากที่ได้รับคำร้องเรียนของโจทก์แล้วว่าได้สอบถามหัวหน้างานโยธาบางกอกใหญ่แล้วแจ้งว่าการแก้ไขโดยร่นช่องทางบันไดให้สั้นนั้นสามารถกระทำได้แสดงว่าการสร้างสะพานลอยตรงบริเวณที่สะพานอาจหักเอียงหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อไม่ให้ขวางทางเข้าออกบ้านโจทก์ก็ได้ฉะนั้นเมื่อจำเลยสร้างสะพานลอยก็ดขวางทางเข้าออกบ้านโจทก์เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้แล้วว่าจะจะไปตามปกติและเหตุอันควรโจทก์ย่อมมีสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สั้นไปได้ถึงแม้จำเลยจะสร้างสะพานลอยเพื่อสาธารณประโยชน์และโจทก์จะมีสิทธินำรถยนต์เข้าออกระหว่างถนนจรดสนิทวงศ์กับบ้านโจทก์โดยผ่านทางเท้าหรือไม่ก็ตามการที่จำเลยสร้างสะพานลอยดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดต่อโจทก์

ศาสตราจารย์จิติ ติงศภักดิ์ ได้กรุณาหมายเหตุท้ายคำพิพากษากฎีกาฉบับนี้ไว้ว่า ปัญหาอยู่ที่การใช้สิทธิของจำเลยอันเป็นเหตุให้โจทก์เดือดร้อนหรือเสียหายอันเป็นผลที่บุคคลต้องยอมรับตามปกติของการใช้สิทธินั้นหรือว่าเป็นความเดือดร้อนหรือเสียหายทั้งเกินกว่าปกติและทั้งเกินเหตุอันควรประกอบกันจึงจะเป็นละเมิด¹³

ผู้เขียนเห็นว่ากรณีตามคำพิพากษากฎีกาที่ 40/2502 และฎีกาที่ 931/2523 แสดงให้เห็นถึงการให้สิทธิของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายมิได้มีเจตนาถั่นแกลังบุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหายซึ่งไม่เข้าหลักเกณฑ์ของการใช้สิทธิเกินส่วนหรือเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 แต่ในขณะเดียวกันการใช้สิทธิโดยชอบนั้นเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายเกินไปกว่าปกติและเหตุอันควรเมื่อนำพฤติการณ์รอบข้างมาพิจารณาประกอบแล้วกรณีย่อมต้องด้วยบทบัญญัติของมาตรา 1337 ได้เพราะกรณีดังกล่าวจะว่าการทำสะพานลงในคลองเป็นทางเดินตามฎีกาที่ 40/2502 หรือจะว่ากรุงเทพมหานครตามฎีกาที่ 931/2523 จงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามมาตรา 420 หรือมาตรา 421 ของประมวลกฎหมายแพ่งและ

¹³ ดูหมายเหตุท้ายคำพิพากษากฎีกาที่ 931/2523 ของศาสตราจารย์จิติ ติงศภักดิ์ จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา

พาณิชย์คงไม่ได้เพราะการทำสะพานลงในคลองเป็นทางเดินก็ดีหรือเพราะการที่กรุงเทพมหานครสร้างสะพานลอยขึ้นก็ดีนั้น ก็เพื่อความมุ่งหมายจะให้ใช้เป็นสาธารณะประโยชน์เป็นสำคัญ

5.2 ความยินยอมกับคดีก่อความเดือดร้อนรำคาญตามมาตรา 1337

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 บัญญัติว่าบุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะเป็นไปตามปกติและเหตุอันควรในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาคำนึงประกอบใช้ร้ทำนว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปทั้งนี้ลบล้างสิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทน

การใช้สิทธิเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 มีหลักเกณฑ์ประการหนึ่งคือต้องพิจารณาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาคำนึงประกอบด้วยถ้าบริเวณนั้นเป็นเขตนิคมอุตสาหกรรมผู้ไปปลูกบ้านอยู่อาศัยในบริเวณดังกล่าวต้องยอมรับสภาพที่เกิดขึ้นเป็นปกติในเขตอุตสาหกรรม เช่น มีฝุ่น กลิ่นเหม็น และเสียงดังมากกว่าบริเวณย่านอาศัยด้วยเหตุนี้เจ้าของบ้านอยู่อาศัยจะฟ้องโรงงานต่างๆ ในเขตอุตสาหกรรมว่าทำให้ตนเสียหายหรือเดือดร้อนเกินกว่าปกติและเหตุอันควรไม่ได้แต่ถ้าบริเวณนั้นเป็นย่านอยู่อาศัยถึงแม้ยังไม่มีผู้คนปลูกบ้านอยู่อาศัยกันเจ้าของที่ดินในบริเวณนั้นจึงสร้างโรงงานส่งเสียงดังและส่งกลิ่นเหม็นเพื่อประหยัดค่าใช้จ่ายดังนี้จะถือได้หรือไม่ว่าเจ้าของโรงงานไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะถือว่าผู้เสียหายยินยอมที่จะได้รับเสียงดังหรือกลิ่นเหม็นจากโรงงานดังกล่าวเนื่องจากทราบอยู่ก่อนแล้วจึงไม่ถือว่าโรงงานทำละเมิดต่อผู้เสียหาย แนวความคิดดังกล่าวอาจได้รับการสนับสนุนจากบุคคลกลุ่มหนึ่งซึ่งเห็นว่าเป็นการยุติธรรมสำหรับโรงงานหากจะให้โรงงานที่ประกอบกิจการมานานก่อนผู้เสียหายย้ายเข้ามาอยู่ต้องรับผิดชอบฐานทำเลติดต่อผู้เสียหายและในทางปฏิบัติโรงงานหลายแห่งก็พยายามตั้งขึ้น ณ.บริเวณที่ห่างไกลจากชุมชนเพื่อป้องกันการเกิดปัญหากับชุมชนแต่ต่อมาชุมชนขยายตัวมากขึ้นและทำให้ชุมชนอยู่ใกล้กับโรงงานจึงไม่ใช่ความผิดของโรงงานแต่เป็นความยินยอมของผู้เสียหายเองที่ต้องการเข้ามาอยู่ใกล้กับโรงงาน

ศาสตราจารย์วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์ เห็นว่าเจ้าของบ้านอยู่อาศัยนั้นได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินกว่าปกติและเหตุอันควรย่อมสามารถที่จะฟ้องร้องเจ้าของโรงงานเพื่อขอความคุ้มครองตามมาตรานี้ได้เจ้าของโรงงานจะหาว่าเจ้าของบ้านอยู่อาศัยมาหาความเดือดร้อนเองไม่ได้และเจ้าของโรงงานไม่อาจอ้างว่าหาที่ดินที่อื่นที่ดีกว่านี้เพื่อปลูกสร้างโรงงานไม่ได้หรือจะ

อ้างว่าได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเต็มที่แล้วมาเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้ถ้าตราบดที่เจ้าของ อสังหาริมทรัพย์ยังได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินกว่าปกติและเหตุอันควรเจ้าของ อสังหาริมทรัพย์ย่อมฟ้องร้องขอความคุ้มครองตามมาตรานี้ได้เสมอ¹⁴

อย่างไรก็ดีศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ ท่านกล่าวไว้ว่าแต่ถ้าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ยินยอมให้ผู้ใดใช้สิทธิเช่นนั้นได้แล้วจะอ้างความคุ้มครองตามมาตรานี้ได้ไม่¹⁵

รองศาสตราจารย์ ดร. อำนวย วงศ์บัณฑิต¹⁶ เห็นว่าการที่ผู้เสียหายย้ายเข้าอยู่ใน บริเวณใกล้เคียงกับโรงงานก่อนหรือภายหลังการตั้งโรงงานไม่น่ามาเป็นปัจจัยในการตัดสินใจว่า ผู้เสียหายยินยอมที่จะรับสภาพดังกล่าวของโรงงานเพราะหากผู้เสียหายสามารถเลือกได้แล้ว ผู้เสียหายต้องการให้โรงงานหยุดการกระทำดังกล่าวแต่การที่ผู้เสียหายเข้าไปอยู่ในบริเวณนั้น เนื่องจากเป็นที่ตั้งของที่ดินของผู้เสียหายดังนั้นจะถือว่าผู้เสียหายยินยอมให้โรงงานกระทำละเมิด ไม่ได้ นอกจากนี้โรงงานจะอ้างไม่ได้ว่าผู้เสียหายไม่ควรซื้อที่ดินที่อยู่ใกล้ชิดกับโรงงานเพราะแม้ ผู้เสียหายไม่ซื้อที่ดินดังกล่าวโรงงานก็ไม่มีสิทธิในการก่อความเสียหายแก่เจ้าของที่ดินแปลงเดิม อยู่นั่นเอง

มีคำพิพากษาฎีกาที่พอจะนำมาเทียบเคียงได้คือคำพิพากษาฎีกาที่ 4634/2536 ดู เหมือนให้เหตุผลทำนองที่ว่าผู้เข้าไปหาแหล่งมลพิษหรือเหตุเดือดร้อนรำคาญเองไม่อาจฟ้องร้อง ค่าสินไหมทดแทนหรือให้ระงับการกระทำเช่นนั้นได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 4634/2536 กรมทางหลวงปรับปรุงถนนให้สูงขึ้นเพื่อความสะดวกใน การสัญจรไปมาของประชาชนทั่วไปและเพื่อป้องกันน้ำท่วม โจทก์อ้างว่าการก่อสร้างถนนดังกล่าว ละเมิดสิทธิของโจทก์เพราะบังทางลมและแสงสว่างบริเวณบ้านของโจทก์ศาลฎีกาวินิจฉัยว่ากรม ทางหลวงจำเลยกระทำการดังกล่าวตามอำนาจหน้าที่ในกฎหมายโดยมิได้มีเจตนาถั่นแกล้งโจทก์ และโจทก์ทราบมาก่อนการซื้อบ้านแล้วว่ากรมทางหลวงจำเลยกระทำการก่อสร้างยกระดับถนนซึ่ง ถือว่าโจทก์ยอมรับสภาพดังกล่าวก่อนการซื้อบ้านแล้วนอกจากนี้เมื่อเปรียบเทียบระหว่างความ เดือดร้อนที่โจทก์ได้รับกับประโยชน์ที่ประชาชนได้รับแล้วถือว่าความเดือดร้อนที่โจทก์ได้รับนั้นไม่

¹⁴วริยะ นามศิริพงศ์พันธ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน อธิบายเรียงมาตรา, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2543), น.105.

¹⁵บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะทรัพย์, (กรุงเทพฯ : บริษัทกรุงสยามพรีนติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2535), น.177

¹⁶อำนวย วงศ์บัณฑิต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11, น. 458.

เกินไปกว่าที่ควรคิดหรือคาดหมายได้และโจทก์จะต้องรับสภาพเช่นเดียวกับประชาชนคนอื่นๆในสังคมจึงไม่ถือว่าการก่อสร้างถนนดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์

รองศาสตราจารย์ ดร. อำนวย วงศ์บัณฑิต เห็นว่า¹⁷ ยังไม่อาจสรุปได้อย่างเด็ดขาดว่าคำพิพากษานี้เห็นว่าการที่ผู้เสียหายย้ายไปอยู่ใกล้กับแหล่งกำเนิดเหตุเดือดร้อนรำคาญจะต้องรับกับสภาพดังกล่าวโดยไม่อาจจะใช้สิทธิฟ้องผู้ก่อเหตุเดือดร้อนรำคาญนั้นได้เพราะเหตุผลที่ศาลฎีกาตัดสินว่ากรมทางหลวงจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์นั้นมีอยู่หลายประการ เหตุผลประการสำคัญของศาลในการตัดสินคดีนี้เป็นเรื่องก่อความเดือดร้อนที่โจทก์ได้รับนั้นไม่มากเกินไป เพราะประชาชนคนอื่นๆก็ได้รับความเดือดร้อนเช่นนั้นเหมือนกันถือว่าความเดือดร้อนนั้นไม่มากเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่ส่วนรวมได้รับ

กรณีตามปัญหาข้างต้นศาลในระบบกฎหมายซีวิลลอว์¹⁸ ศาลฝรั่งเศสไม่ยอมรับฟังข้อต่อสู้ดังกล่าวของจำเลยศาลถือว่าก่อนที่ผู้เสียหายจะได้เข้ามาอยู่นั้นราคาที่ดินของผู้เสียหายได้ตกลงแล้วเป็นการรับรู้ว่าได้มีความเสียหาย ณ.เวลานั้นแล้วโดยให้ผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบอยู่นั้นเองส่วนศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ของอังกฤษเคยตัดสินไว้ในคดี Sturges V. Bridgman¹⁹ 11Ch. 852(1879) ศาลอังกฤษตัดสินว่าจำเลยจะแก้ตัวว่าโจทก์มาหาความเดือดร้อนรำคาญเองไม่ได้¹⁹

ในคดี Sturges V. Bridgman 11 Ch. 852 (1879) มีข้อเท็จจริงว่าจำเลยในคดีนี้เป็นผู้ครอบครองที่ดินมีวัตถุประสงค์สำหรับการทำธุรกิจเกี่ยวกับร้านขนมเค้ก(confectionery)อยู่บนถนน wigmore street ด้านหลังของบ้านเปิดเป็นห้องครัวซึ่งห้องครัวนี้มีอยู่จนถึงเวลาที่เกิดเป็นคดีเป็นเวลากว่า 20 ปี ห้องครัวนี้แบ่งเป็น 2 ห้องใหญ่ๆ เอาไว้ใช้สำหรับทำอาหารและการทำขนมเค้ก ส่วนโจทก์ซึ่งเป็นนายแพทย์เป็นผู้ครอบครองบ้านอยู่บนถนน wimpde street จนกระทั่งมีสวนที่หลังบ้านกำแพงที่อยู่หลังบ้านเป็นกำแพงร่วมกันของที่ดินโจทก์และจำเลยต่อมาโจทก์ได้ทำการก่อสร้างห้องไว้สำหรับรักษาคนไข้ในคดีนี้ได้มีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงกันว่าห้องพิพาทของจำเลยได้สร้างขึ้นมาก่อนและมีอยู่จนกระทั่งเกิดเป็นคดีนี้เสียงซึ่งเกิดจากการทำขนมเค้กของจำเลยได้

¹⁷ เฟิงอ๋าง, น. 459.

¹⁸ จิต เศรษฐบุต, อ่างแก้ว เจริญธรรมที่ 5, น. 172.

¹⁹ Richard A. Posner, Tort law Cases and Economic Analysis (Little, Brown and Company Boston and Toronto), pp. 791-793.

ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ (inconvenience) แก่โจทก์เป็นอย่างยิ่งเมื่อโจทก์จำเป็นต้องใช้ห้องเพื่อรักษาคนไข้โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องอ้างว่าเป็นการก่อความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance)

ศาลอังกฤษตัดสินว่าจำเลยจะแก้ตัวว่าโจทก์เข้ามาหาความเดือดร้อนรำคาญเองไม่ได้ (coming to the nuisance)²⁰

อย่างไรก็ตามคำพิพากษาฎีกาบางฉบับที่วินิจฉัยว่าจะนำหลักความยินยอมมาใช้กับคดีก่อความเดือดร้อนรำคาญตามมาตรา 1337 ไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 6219/2537 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าแม้ก่อนโจทก์จะปลูกบ้านพักอาศัยโจทก์ได้ทราบว่าจำเลยซื้อที่ดินจากโจทก์เพื่อก่อสร้างโรงงานทำลูกชิ้นปลากับการก่อสร้างปล่องไฟ แต่เมื่อโจทก์เจ้าของที่ดินที่ติดต่อกับที่ดินของจำเลยโจทก์มีสิทธิใช้สอยโดยปลูกบ้านเพื่ออยู่อาศัยบนที่ดินนั้นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336 และแม้โจทก์จะเคยอนุญาตให้จำเลยก่อสร้างปล่องไฟบนที่ดินของโจทก์บางส่วนแต่เป็นกรณีที่โจทก์ให้ความสะดวกแก่จำเลยในการประกอบอาชีพของจำเลยเท่านั้นหาแปลได้ว่าหากจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์แล้วจำเลยจำต้องทนรับความเสียหายหรือทนความเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายในการใช้ที่ดินของโจทก์ ถือได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษกรณีต้องด้วยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 และมาตรา 1337 การที่จำเลยปลูกบ้านอยู่ก่อนก็ไม่ใช่เหตุให้โจทก์ผู้มาทีหลังต้องเสียสิทธิดังกล่าวไม่โจทก์จึงมีสิทธิปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายเดือดร้อนให้สิ้นไปโดยฟ้องจำเลยให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างที่จำเลยปลูกสร้างอยู่ในที่ดินของกรมชลประทานอันเป็นการกีดขวางทางที่โจทก์เข้าออกเพื่อใช้ประโยชน์ในคลองมหาสวัสดิ์อันเป็นทางสาธารณะได้

ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีเช่นนี้ไม่น่าจะนำหลักความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นปัจจัยในการตัดสินว่าผู้เสียหายยินยอมที่จะรับสภาพดังกล่าวจากการกระทำของจำเลยหรือไม่ตราบใดที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้เมื่อนำพฤติการณ์รอบข้างมาพิจารณาประกอบแล้วย่อมสามารถที่จะฟ้องร้องบุคคลผู้ใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายได้บุคคลผู้ทำความเสียหายให้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะอ้างว่าเขาเข้ามาหาความเดือดร้อนเองไม่ได้

²⁰ นักกฎหมายอังกฤษยังมีความเห็นแตกต่างกันว่าการเข้ามาหาความเดือดร้อนรำคาญเอง (coming to the nuisance) แท้จริงแล้วเป็นข้อต่อสู้ของฝ่ายจำเลยหรือหลักกฎหมายปิดปาก (defense or estoppel) อ้างใน *Ibid*, p. 793.

5.3 สิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปได้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 บัญญัติว่า “บุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะจะเป็นไปตามปกติและเหตุอันควรในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาคำนึงประกอบไซ้ร้ทำนว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป ทั้งนี้ไม่ลบล้างสิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทน”

สิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ประการหนึ่งที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 บัญญัติไว้คือสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปได้ สิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไปตามมาตรา 1337 สิทธิประการนี้ยังมีปัญหาว่าจะเป็นการที่กฎหมายอนุญาตให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จัดการด้วยตนเองให้ความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นสิ้นไปได้หรือไม่กล่าวคือทำโดยพลการไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลได้หรือไม่สำหรับปัญหาข้อนี้ นักกฎหมายไทยยังมีความเห็นต่างกันอยู่ กล่าวคือ

ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณนคร อธิบายไว้ว่ามาตรา 1337 เป็นแดนกรรมสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์อีกอย่างหนึ่งซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่แสดงให้เห็นว่ากรรมสิทธิเป็นสิทธิเด็ดขาด กล่าวคืออาจจะบังคับเอาได้โดยพลการตนเองในเมื่อมีผู้ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อน มาตรา นี้จึงได้กล่าวไว้ว่า “เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป”²¹

ศาสตราจารย์ ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร อธิบายว่าคำว่าปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือความเดือดร้อนให้สิ้นไปควรสังเกตว่ากฎหมายอนุญาตให้เจ้าของกรรมสิทธิในที่ดินจัดการด้วยตนเองให้ความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นสิ้นไปได้ กล่าวคือทำโดยพลการไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาล อาจเรียกได้ว่า เป็นการใช้กำลังป้องกันสิทธิ²² ส่วนการใช้กำลังป้องกันสิทธิท่านได้อธิบายไว้ว่าตามกฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า La justice privee การใช้กำลังทำความยุติธรรมด้วยตนเองนี้กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าตามหลักต้องผิด ได้เทียบดูกับกฎหมายอื่นแล้วปรากฏว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้รับหลักการนี้ใช้ด้วยคือ มาตรา 229 230 - 231 อย่างไรก็ตามก็ตีตัวบทกฎหมายนี้เรา

²¹ ประมุข สุวรรณนคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 74.

²² จี๊ด เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น. 175.

จะต้องตีความโดยเคร่งครัด (ดูวรรค 2 ของมาตรา 451) และในที่สุดหากการใช้กำลังทำความยุติธรรมด้วยตนเองโดยหลงผิดเข้าใจว่ามีเหตุจำเป็นผู้ใช้กำลังนั้นก็ต้องรับผิดชอบอีก แม้ความเข้าใจผิดนี้จะมีได้เกิดจากความประมาทก็ตาม (ดูวรรค 3 ของมาตรา 451)

ความเห็นของอาจารย์ทั้งสองท่านดังกล่าวอ้าง คำพิพากษาฎีกาที่ 288/2505 (อรรถไพศาลศรีดี ประมุข สุวรรณศรี โพนม เลขยานนท์) สนับสนุนซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยกับครอบครัวใช้ทางเดินในที่ดินของโจทก์ไปออกทางสาธารณะเกินกว่า 10 ปีแล้วโดยมีช่องประตูรั้วสำหรับเข้าออกบ้านจำเลยได้ต่อมาโจทก์ทำรั้วใหม่ตามแนวรั้วเดิมที่ผูกพันและล้อมปิดกั้นประตูรั้วที่เคยมีเข้าออกบ้านจำเลยเสียด้วยจำเลยไม่มีทางอื่นออกเพราะบ้านที่จำเลยอาศัยอยู่ในที่ผู้อื่นล้อมรอบมีรั้วกันจำเลยร้องต่ออำเภอขอให้โจทก์เปิดรั้วให้จำเลยเข้าออกได้โจทก์ไม่ยอมจำเลยจึงได้รั้วเฉพาะตรงที่เป็นช่องประตูเข้าออกบ้านจำเลยกว้างประมาณ 1 วาเพื่อเดินเข้าออกบ้านจำเลยดังเดิมศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยมีสิทธิทำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 358

อย่างไรก็ดีศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่าคำว่ามีสิทธิที่จะปฏิบัติการ ทำให้เข้าใจว่าจะกำจัดการรบกวนเอาเองก็ได้ไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลซึ่งเช่นถ้านาย ก. ตั้งโรงสีปล่องไฟต่ำส่งควันและเถ้าแกลบเข้าไปทำความเดือดร้อนแก่นาย ข. หากว่าตามกฎหมายนาย ข. จะมีสิทธิเข้าไปหักโค่นถอดถอนปล่องเครื่องจักรโรงสีของนาย ก. เสียได้น่าจะเปิดช่องให้เกิดความไม่สงบขึ้นได้ด้วยประการต่างๆ ถ้าจะทำกฎหมายเอาเองได้ต้องมีกฎหมายยอมให้ทำได้เช่นในมาตรา 451 เป็นต้นในภาษาอังกฤษเป็นแต่ว่ามีสิทธิที่จะให้ความเสียหายจากความเดือดร้อนนั้นได้ระงับไปมีความหมายทำนองเดียวกับมาตรา 214 ทำให้เข้าใจไปในทางที่จะต้องฟ้องร้องต่อศาลทำกฎหมายเอาเองไม่ได้ทำนองเดียวกับที่ได้ศึกษากันมาแล้วเกี่ยวกับสิทธิติดตามในมาตรา 1336²³

มีนักกฎหมายไทยบางท่านเห็นด้วยกับความเห็นของศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช โดยเห็นว่าเพราะถ้ากฎหมายจะให้บังคับได้เองโดยพลการแล้วต้องมีกฎหมายให้ทำได้เช่นในมาตรา 451 เป็นต้น²⁴

²³ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะทรัพย์, (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2520), น. 374.

²⁴ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), น. 241.

ในระบบกฎหมาย common law ของอังกฤษการก่อความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) ซึ่งแบ่งออกเป็นส่วนบุคคล (private) และสาธารณะ (public) การก่อความเดือดร้อนรำคาญส่วนบุคคลเป็นการกระทำอันกระทบต่อการใช้ที่ดินหรือสิทธิเหนือที่ดินส่วนบุคคลอันถือเป็นละเมิด (torts) กฎหมายย่อมปกป้องผู้ครอบครองที่ดินให้พ้นจากการก่อให้เกิดความเสียหายต่อที่ดิน โรงเรือน หรือจากการสอดเข้าเกี่ยวข้องกับความสะดวกสบายของผู้ครอบครองที่ดินโดยสิ่งรบกวนต่างๆ เช่น เสียง ฝุ่น ควันพิษ กลิ่น โดยศาลอาจให้คำสั่งใหม่ทดแทนแก่ผู้ครอบครองที่ดินหรือสั่งให้ผู้กระทำละเมิดหยุดการกระทำดังกล่าวก็ได้แต่ถ้าเรื่องไม่ไปถึงศาลผู้เดือดร้อนอาจใช้สิทธิในการขจัด (abate) เหตุที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญโดยตนเองก็ได้แต่ต้องไม่ทำเกินแก่เหตุและถ้าจะต้องเข้าไปในทรัพย์สินอันเป็นเหตุแห่งความเดือดร้อนรำคาญจำต้องแจ้งให้ผู้กระทำละเมิดทราบล่วงหน้าเสียก่อน

เห็นได้ว่าการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 ของเราแม้จะได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 906 และมาตรา 907 แต่การร่างกฎหมายมาตรานี้กรรมการร่างกฎหมายไม่ได้ทำการคัดลอกประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันแต่อาศัยการเทียบเคียงหลักกฎหมายเท่านั้นดังจะเห็นได้ว่ามาตรา 1337 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเรามีความแตกต่างจากมาตรา 906 และมาตรา 907 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในบางประการดังจะได้กล่าวต่อไปอันเป็นวิธีการทั่วไปที่คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้ปฏิบัติในระหว่างการดำเนินการร่างกฎหมายกล่าวคือการระมัดระวังอย่างยิ่งที่จะหลีกเลี่ยงการคัดลอกประมวลกฎหมายของต่างประเทศฉบับใดฉบับหนึ่งแม้จะเป็นฉบับที่สมบูรณ์ที่สุดและนำบทบัญญัติเหล่านั้นมาเขียนไว้ในกฎหมายของไทยเราโดยการดัดแปลงแก้ไขเพียงเล็กน้อยอันเป็นวิธีการง่าย ๆ สำหรับร่างกฎหมายทุกฉบับ

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 907 บัญญัติว่า "เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน อาจจะขัดขวางการก่อสร้างที่กระทำลงบนที่ดินข้างเคียงซึ่งการก่อสร้างนั้นสามารถสังเกตเห็นได้อย่างแน่ชัดว่าสภาพของการก่อสร้างหรือการใช้สิ่งก่อสร้างนั้นจะมีผลเป็นการรบกวนที่ดินของเขาอันไม่อาจยอมรับได้ แต่ถ้าการก่อสร้างนั้นเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายแห่งรัฐซึ่งได้กำหนดรายละเอียดระยะห่างจากเขตที่ดินหรือมีมาตรการป้องกันอื่นอยู่แล้ว การย้ายสิ่งก่อสร้างไปที่อื่น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อการรบกวนเกิดขึ้นแล้วจริง"

บรรดาไม้ยืนต้นและไม่ล้มลุกไม่ใช่สิ่งก่อสร้างภายใต้ความหมายของบทบัญญัติ
นี้²⁵

ตามมาตรา 907 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นกรณีที่มีการก่อสร้างลงบนที่ดินข้างเคียงซึ่งเจ้าของที่ดินผู้เป็นเจ้าของจะได้รับความสะดวกสามารถเรียกร้องให้เพื่อนบ้านที่ดินข้างเคียงกระทำในสิ่งซึ่งจะปลอดภัยจากการถูกรบกวนอันมิชอบด้วยกฎหมายมาตรานี้ให้สิทธิแก่เจ้าของที่ดินที่จะขัดขวางโดยไม่ต้องรอให้มีการรบกวนสิทธิของเจ้าของที่ดินเกิดขึ้นก่อน²⁶ ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 กล่าวคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 จะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้วเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จึงมีสิทธิที่จะขัดขวางความเสียหายหรือความเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปได้แต่มาตรา 907 ของเยอรมันนั้นเจ้าของที่ดินสามารถขัดขวางการกระทำที่อาจก่อความเสียหายได้โดยไม่ต้องรอให้มีการรบกวนสิทธิเกิดขึ้นก่อนและการรบกวนในตัวบทประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 907 นี้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า จะต้องเป็นการรบกวนอันเนื่องมาจากสิ่งก่อสร้างที่กระทำลงบนที่ดินข้างเคียงเท่านั้น

นอกจากนี้ในการประชุมกรรมการร่างกฎหมายปรากฏความเห็นของกรรมการร่างกฎหมายและความเห็นของนักกฎหมายไทยกล่าวคือนายเรน กาไซ กรรมการร่างกฎหมายได้

²⁵ § 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 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.

²⁶ E.J.Cohn, Manual of German Law (Dobbs Ferry New York : Oceana Publication, Inc, 1968), p. 203.

เสนอความเห็นต่อที่ประชุมว่าข้อความตามมาตรา 1337 เท่าที่ร่างขึ้นแล้วนี้ไม่ได้กล่าวถึงอำนาจของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับความเดือดร้อนรำคาญนั้นแต่ประการใดเลย เมื่อทำความเข้าใจกับตัวเองไม่ได้สาเหตุที่ร้ายแรงซึ่งจะคอยไปถึงศาลไม่ได้แล้วนายเรเน กาโซ เสนอว่าควรร่างอำนาจในเรื่องนี้ไว้กว้างๆ ด้วยว่าเจ้าของทรัพย์จะทำอะไรได้บ้าง ที่ประชุมกรรมการร่างกฎหมายพิจารณาปัญหาตามที่นายเรเน กาโซ เสนอแล้วเห็นว่าถ้าเรื่องนั้นร้ายแรงจนคอยไปถึงศาลไม่ได้แล้วก็ใช้หลักช่วยเหลือตนเองได้ (self – help) และในเรื่องเช่นนี้ก็มีการกล่าวไว้ในมาตรา 213 บรรพ 2 แล้วจึงไม่จำเป็นต้องกล่าวซ้ำอีก²⁷ และปรากฏจากความเห็นของกรรมการร่างกฎหมายไทยโดยเห็นว่าถ้าประสงค์ให้ใช้อำนาจโดยพลการได้ในบางอย่างก็ควรบอกไว้ให้ชัดเจนจะได้ไม่ปะปนกับการใช้สิทธิโดยทั่วๆ ไปอันนำมาสู่การยกเว้นมาตรา 1337 เป็นครั้งสุดท้าย

ผู้เขียนเห็นว่าสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 นี้เป็นสิทธิที่กฎหมายให้ไว้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนรำคาญประการหนึ่งแต่มีใช้บังคับบัญญัติของกฎหมายที่แสดงให้เห็นว่ากรรมสิทธิ์เป็นสิทธิเด็ดขาดอันจะส่งผลให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้สิทธิของบุคคลอื่นสามารถที่จะกระทำการได้เองโดยพลการทุกกรณีไปโดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาลก่อนเพราะมิฉะนั้นแล้วย่อมจะเป็นการทำกฎหมายขึ้นใช้เองอันจะก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้นในบ้านเมืองซึ่งมิใช่เจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะให้กระทำเช่นนั้นได้ ผู้เขียนเห็นว่าสิทธิประการนี้เรียกว่าการใช้กำลังป้องกันสิทธิแต่อย่างไรก็ดีการใช้กำลังป้องกันสิทธิดังกล่าวจะต้องเข้าอยู่ในหลักเกณฑ์ที่กฎหมายเปิดช่องให้กระทำได้ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็คือมาตรา 451 ในเรื่องนิติโทษกรรมกล่าวคือบุคคลที่จะใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิของตนจะต้องขอความช่วยเหลือจากศาลหรือเจ้าหน้าที่ก่อนและถ้าหากตามพฤติการณ์จะขอให้ศาลหรือเจ้าหน้าที่ช่วยเหลือให้ทันท่วงที่ไม่ได้ดั่งนั้นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิใช้กำลังป้องกันสิทธิของตนเองได้คือใช้หลักการช่วยเหลือตนเอง (self – help) แต่การช่วยเหลือตนเองเช่นนี้จะต้องใช้ตามความจำเป็นและภายในขอบเขตอันสมควรเท่านั้น อนึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 451 บัญญัติว่าบุคคลใช้

²⁷โปรดดูรายการประชุมกรรมการแพนประมวลกฎหมาย ณ. กรมร่างกฎหมาย
ท่าช้างวังหน้า วันที่ 8 กรกฎาคม พุทธศักราช 2470 (ภาคผนวก ค)

กำลังเพื่อป้องกันสิทธิของตนถ้าตามพฤติการณ์จะขอให้ศาลหรือเจ้าหน้าที่ช่วยเหลือให้ทันท่วงที่ไม่ได้ และถ้ามิได้ทำในทันทีภัยมีอยู่ด้วยการที่ตนจะได้สมดังสิทธินั้นจะต้องประวิงไปมากหรือถึงแก่สาบสูญไซ้รู้ท่านว่าบุคคลนั้นต้องหารับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ ซึ่งมีความหมายว่าบางกรณีเมื่อเกิดมีภัยอันตรายขึ้นซึ่งศาลและเจ้าหน้าที่ไม่สามารถจะคุ้มครองได้ทันท่วงที่บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะใช้แรงกำลังตนเองกระทำการเพื่อคุ้มครองสิทธิของตนได้

อนึ่งตามคำพิพากษาฎีกาที่ 288 / 2505 (อรรถไพศาลศรีดี ประมูล สุวรรณศร โปยม เลขยานนท์) ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยกับครอบครัวใช้ทางเดินในที่ดินของโจทก์ไปออกทางสาธารณะเกินกว่า 10 ปีแล้วโดยมีช่องประตูรั้วสำหรับเข้าออกบ้านจำเลยได้ต่อมาโจทก์ทำรั้วใหม่ตามแนวรั้วเดิมที่ผู้พังและล้อมปิดกั้นประตูรั้วที่เคยมีเข้าออกบ้านจำเลยเสียด้วยจำเลยไม่มีทางอื่นออกเพราะบ้านที่จำเลยอาศัยอยู่ในที่ผู้อื่นล้อมรอบมีรั้วกันจำเลยร้องต่ออำเภอขอให้โจทก์เปิดรั้วให้จำเลยเข้าออกได้ โจทก์ไม่ยอมจำเลยจึงได้รั้วเฉพาะตรงที่เป็นช่องประตูเข้าออกบ้านจำเลยกว้างประมาณ 1 วา เพื่อเดินเข้าออกบ้านจำเลยดังเดิมศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยมีสิทธิทำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 จำเลยไม่มีความผิดฐานทำให้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 358 เห็นได้ว่าตามคำพิพากษานี้จำเลยได้ขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ของรัฐกล่าวคือจำเลยร้องต่ออำเภอขอให้โจทก์เปิดรั้วให้จำเลยเข้าออกได้แต่โจทก์ไม่ยอมจำเลยจึงใช้สิทธิในการช่วยเหลือตนเอง (self – help) ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าจำเลยมีสิทธิทำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 จำเลยไม่มีความผิดฐานทำให้เสียหาย

5.4 เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิเรียกค่าทดแทน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 เป็นบทบัญญัติต่างหากจากกฎหมายลักษณะละเมิดโดยเป็นบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะทรัพย์เหตุที่ต้องมีการบัญญัติมาตรา 1337 ไว้ก็เพราะในมาตรา 1335 และมาตรา 1336 บัญญัติรับรองไว้ว่าเจ้าของมีอำนาจที่จะจำหน่าย ทำลาย หรือทำการใดๆ ในทรัพย์สินของตนได้แต่อำนาจของเจ้าของทรัพย์สินตามมาตรา 1336 ก็ต้องมีขอบเขตจำกัดกล่าวคือต้องไม่ทำให้ที่ดินข้างเคียงได้รับความเสียหายหรือทำให้ได้รับความเดือดร้อนรำคาญจึงบัญญัติมาตรา 1337 ไว้มาตรา 1337 บัญญัติว่าบุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะจะเป็นไปตามปกติและเหตุอันควรในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สิน

นั้นมาค้ำหนึ่งประกอบไซ้ร้ท่านว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปทั้งนี้ไม่ลบล้างสิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทน

สิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้สิทธิของบุคคลอื่นจนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 ตอนท้ายสิทธิประการนี้มีปัญหาว่าการทำให้เดือดร้อนรำคาญตาม มาตรา 1337 จะเป็นเหตุให้สามารถเรียกค่าทดแทนได้เสมอไปหรือต้องเข้าอยู่ในหลักของมาตรา 421 ที่จะต้องเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นด้วย

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช อธิบายว่าสิทธิที่จะได้ค่าทดแทนมีปัญหว่าถ้าทำให้เดือดร้อนตามมาตรา 1337 จะเป็นอันเรียกค่าสินไหมทดแทนได้เสมอไปถาจะต้องเข้าอยู่ในหลักของมาตรา 421 ที่จะต้องเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เสียหายแก่เขาด้วยแต่ข้อนี้คงไม่ยากเพราะการทำความเดือดร้อนแก่เขาเช่นนี้บางที่จะพอถือได้ว่าเป็นผิดกฎหมายต้องตามที่ว่าไว้ใน มาตรา 420 โดยตรงไม่ต้องอาศัยมาตรา 421 และถึงแม้จะกล่าวเช่นนั้นไม่ได้มาตรา 421 ก็ไม่แคบจนถึงแก่ที่จะต้องเป็นการใช้สิทธิโดยตั้งใจจะทำความเสียหายเท่านั้นการใช้สิทธิโดยสุจริตไม่ได้ตั้งใจจะให้ใครเสียหายแต่ถ้าเกินสมควรเกินส่วนไปจนเกิดความเสียหายเดือดร้อนแก่เขาก็พอจะจัดเข้ามาตรา 421 เป็นผิดกฎหมายตามสมควรด้วยกฎหมายได้และโยงไปใช้ประกอบกับมาตรา 420 ได้เหมือนกัน²⁸

ศาสตราจารย์วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์ ได้อธิบายไว้ว่าคำว่า“ทั้งนี้ไม่ลบล้างสิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทนนั้นหมายความว่านอกจากจะฟ้องร้องให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ใช้สิทธิได้ระงับการใช้สิทธิที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินกว่าปกติและเหตุอันควรแล้วหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนตามมูลละเมิดตาม มาตรา 420 และมาตรา 421 ได้เพราะการกระทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรานี้ย่อมถือเป็นการกระทำผิดกฎหมายในตัวเมื่อกระทำโดยจงใจหรือประมาทยอมต้อถึงถือว่าเป็นละเมิดตามมาตรา 420²⁹

²⁸ เสณีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 23, น. 281.

²⁹ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 14, น. 106.

รองศาสตราจารย์สุชม ศุภนิติย์ อธิบายว่าถ้าโจทก์จะฟ้องให้ระงับการกระทำที่รบกวนขัดสิทธิก็อ้างเพียงมาตรา 1337 แต่ถ้าจะเรียกค่าเสียหายต้องอ้างว่าเป็นการละเมิดตามมาตรา 421 และมาตรา 420³⁰

อุบลรัตน์ สิทธิยานันท์ เห็นว่าการที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากมูลเหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 นั้นจะฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ตามมาตรา 1337 เลยทีเดียวหรือถือว่ามีมูลเหตุมาตรา 1337 เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและนำไปเข้าหลักเกณฑ์ละเมิดตามมาตรา 420 ได้ทันทีหรือจะถือว่ามาตรา 1337 เป็นกรณีของการใช้สิทธิเกินส่วนประการหนึ่งแล้วถือว่าเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 421 แล้วจึงนำไปขยายคำว่าผิดกฎหมายตามมาตรา 420 กล่าวคือต้องผ่านมาตรา 421 ก่อนเห็นว่ามาตรา 1337 นี้เป็นบทบัญญัติพิเศษที่อยู่ในลักษณะทรัพย์สินบัญญัติขึ้นมาก็เพื่อคุ้มครองเจ้าของของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควรอันเนื่องมาจากการใช้สิทธิของผู้ใดผู้หนึ่งที่จะขจัดความเดือดร้อนให้สิ้นไปส่วนที่เรียกเอาค่าทดแทนได้นั้นน่าจะจะไปเรียกทางบทบัญญัติลักษณะละเมิดไม่น่าจะเรียกได้ตามบทบัญญัติมาตรา 1337 ได้โดยตรงเพราะผู้ที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนตามมาตรา 1337 นั้นไม่คำนึงถึงว่าจะมีเจตนาในการกระทำหรือไม่ เพียงแต่หากมีความเสียหายหรือความเดือดร้อนเกินควรเท่านั้นก็ต้องด้วยมาตรา 1337 แล้วดังนั้นแม้จะขจัดความเดือดร้อนให้ระงับสิ้นไปแล้วแต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นหากจะเรียกค่าทดแทนก็น่าจะเรียกได้ในฐานละเมิดซึ่งจะมีหลักเกณฑ์โดยเฉพาะอีกทีหนึ่งไม่น่าจะเรียกค่าทดแทนได้ตามมาตรา 1337 เลย³¹

ส่วนที่ว่ามูลเหตุตามมาตรา 1337 เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้วนำไปเข้าหลักเกณฑ์ละเมิดตามมาตรา 420 ได้ทันทีนั้นเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 1337 นั้นมิได้หมายความว่าผู้ก่อความเดือดร้อนนั้นทำผิดกฎหมายและผู้ใช้สิทธิอาจใช้สิทธิโดยปกติเท่านั้นแต่หากเกิดความเดือดร้อนที่เกินควรแล้วเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้ได้รับความเดือดร้อนก็มีสิทธิที่จะขจัดความเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไปได้การที่เราจะด่วนวินิจฉัยว่าการกระทำตามมาตรา 1337 นี้เป็นการกระทำผิดกฎหมายเสียทีเดียวนั้นยังไม่เป็นการถูกต้องและเห็นว่ามาตรา 1337 อาจเป็นกรณีของการใช้สิทธิเกินส่วนประเภทหนึ่งได้และถือได้ว่าเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายซึ่งจะไปขยายคำว่า

³⁰ สุชม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, (กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, 2532), น. 56.

³¹ อุบลรัตน์ สิทธิยานันท์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 12, น. 149.

ผิดกฎหมายตามมาตรา 420 อีกต่อหนึ่งเพราะโดยลำพังแล้วการใช้สิทธิตามมาตรา 1337 ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายการฟ้องเรียกค่าเสียหายในฐานะละเมิดจึงต้องพิจารณาว่าเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนตามมาตรา 421 ก่อน

ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากมูลเหตุตาม ป.พ.พ. มาตรา 1337 นั้นเป็นสิทธิที่กฎหมายให้ไว้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อีกประการหนึ่งเพิ่มเติมจากสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนให้สิ้นไปดังกล่าวมาแล้วเห็นว่าคำว่าทั้งนี้ไม่ลบล้างสิทธิที่จะเรียกค่าทดแทนนั้นย่อมหมายความว่านอกจากผู้เสียหายจะฟ้องร้องให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลผู้ใช้สิทธิของตนเป็นเหตุบุคคลอื่นเสียหายได้ระงับการก่อความเดือดร้อนรำคาญแล้วหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดนอกเหนือจากนี้อีกย่อมมีสิทธิเรียกค่าทดแทนตามมูลละเมิดตามมาตรา 420 โดยถือว่าการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 1337 ย่อมถือเป็นการกระทำผิดกฎหมายอยู่ในตัวเมื่อในมาตรา 1337 ได้บัญญัติว่า “บุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้เมื่อนำพฤติการณ์รอบข้างมาพิจารณาประกอบแล้ว” เห็นได้ว่าสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีมากกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไปกล่าวคือในกรณีที่ทำให้ความเดือดร้อนเสียหายให้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้กระทำให้เกิดความเสียหายนั้นจะสุจริตหรือไม่สุจริตก็ตาม และแม้เป็นการใช้สิทธิของผู้กระทำแต่การใช้สิทธินั้นไม่เฉพาะแต่เพียงกรณีของการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นเท่านั้นแม้ผู้กระทำใช้สิทธิของตนเป็นส่วนใหญ่ซึ่งไม่เข้ามาตรา 421 แห่งป.พ.พ. แต่ถ้าการใช้สิทธินั้นเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหายต้องตามมาตรา 1337 แล้วเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็มีสิทธิที่จะเรียกค่าทดแทนได้โดยถือว่าการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติ มาตรา 1337 นี้ย่อมเป็นการกระทำผิดกฎหมายตามมาตรา 420 อยู่ในตัวย่อมฟ้องเรียกค่าทดแทนได้โดยอาศัยฐานละเมิดตาม ป.พ.พ. มาตรา 420 นั้นเอง