

## บทที่ ๖

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### บทสรุป

ความคิดที่ว่าการใช้สิทธิควรจะใช้อย่างสุจริต ซึ่งเป็นรากฐานของแนวความคิดเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วน นั้น ได้มีมาตั้งแต่ครั้งสมัยโรมันแล้ว ดังคำกล่าวของนักกฎหมายโรมันและภานิชลาคินเหล่านี้

๑. Gaius (ไกอุส) ได้เคยกล่าวว่า "Male enim nostro jure uti non debemus" (เราต้องไม่ใช้สิทธิของเราในทางที่ขัดกับศีลธรรม)

๒. Paul (พอล) กล่าวว่า "Non omne quod lecit honestum est" (สิ่งที่กฎหมายไม่ห้ามไม่หมายความว่า เป็นสิ่งที่ซื่อตรง)

๓. มีภานิชลาคิน กล่าวว่า "Summum jus summa injuria" (เคร่งครัดตามกฎหมายเกินไปคือความยุติธรรมอย่างที่สุด) "Malitiis non est indulgendum" (ผู้ที่ทุจริตไม่ควรจะได้รับความช่วยเหลือ)

ถึงแม้จะมีภานิชเหล่านี้อยู่บ้าง แต่ภานิชที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางเป็นส่วนใหญ่ในสมัยโรมันก็คือ ภานิชที่ยอมให้กระทำความเสียหายในการใช้สิทธิได้<sup>๑</sup> แต่ก็ถือได้ว่าการรับรู้หลักการใช้สิทธิเกินส่วนนี้แล้ว แม้จะไม่มีกรกล่าวถึงกันมากก็ตาม

ต่อมา Louis Josserand - Saleilles (หลุย โจเซอรองค์ ซาลีเลส) ชาวฝรั่งเศส เป็นผู้กล่าวเปิดทฤษฎีการใช้สิทธิเกินส่วนขึ้นมาราวต้นศตวรรษที่ ๒๐ (ค.ศ. ๑๙๒๓) โดย โจเซอรองค์ มีความเห็นว่า เมื่อใดที่มีการใช้สิทธิไปในทาง

---

<sup>๑</sup>Gyala Eörsi, Comparative civil (private) law: law types, law groups, the roads of legal development, p.69.

ตรงกันข้ามกับหน้าที่ทางสังคม (Social Function) ของสิทธิ เมื่อนั้นจะเป็นการใช้สิทธิเกินส่วน ทฤษฎีนี้ แต่เดิมมีนักนิติศาสตร์หลายท่านที่คัดค้าน คนสำคัญ ได้แก่ Planiol (ปลานีออน)

ปลานีออน ไม่เห็นด้วยกับถ้อยคำว่า "การใช้สิทธิเกินส่วน (Abuse of right)" เพราะถ้าเรามีสิทธิกระทำสิ่งใดแล้วก็ย่อมไม่ผิดกฎหมายใด ๆ ไปได้เลย ปัญหาที่แท้จริงก็คือ ขอบเขตแห่งสิทธิต่างหาก ซึ่งถ้าเรากระทำเกินขอบเขตแห่งสิทธิก็เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (illicit) ไม่ต้องมีถ้อยคำว่า "การใช้สิทธิเกินส่วน" หรือ บทบัญญัติเกี่ยวกับ "การใช้สิทธิเกินส่วน" เพิ่มขึ้นมาอีกเลย

แม้ทฤษฎีการใช้สิทธิเกินส่วนจะมีผู้คัดค้านบ้างก็ตาม แต่ก็มิได้มีผู้อยอมรับและนำไปใช้ในหลาย ๆ ประเทศ จนถึงขนาดบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๒๒๖ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา ๒ วรรค ๒ ประมวลกฎหมายหนิโปแลนด์ มาตรา ๑๓๕ ประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย มาตรา ๑๒๙๕ วรรค ๒ ประมวลกฎหมายแพ่งโซเวียตรัสเซีย มาตรา ๑ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย มาตรา ๘๒๑ เป็นต้น จนในปัจจุบันนี้ไม่มีการโต้เถียงเรื่องของถ้อยคำว่า "การใช้สิทธิเกินส่วน (Abuse of right)" แล้ว หากแต่มีปัญหาที่ต้องโต้เถียงกันก็คือมีหลักเกณฑ์อย่างไรบ้างที่จะนำมาพิจารณาว่าเป็นการใช้สิทธิเกินส่วน ซึ่งในประเทศต่าง ๆ ก็ได้ใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งเหมือนกันบ้าง แตกต่างกันบ้าง ตามแต่ความเหมาะสม และการพัฒนาระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ

สำหรับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ก่อกำเนิดทฤษฎีการใช้สิทธิเกินส่วนขึ้นนั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเองหาได้วางหลักในเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วนไว้แต่ประการใดไม่ แต่เมื่อมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับการใช้สิทธิเกิดขึ้น ศาลฝรั่งเศสก็ได้นำหลักการการใช้สิทธิเกินส่วนมาใช้ปรับกับคดีอย่างกว้างขวาง โดยศาลฝรั่งเศสได้นำเอา มาตรา ๑๓๘๒ อันเป็นแม่บทแห่งเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดมาใช้ปรับกับกรณีการใช้สิทธิเกินส่วนได้อย่างเหมาะสม และบังเกิดความยุติธรรมขึ้นในสังคมฝรั่งเศสเป็นอย่างดี

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๓๘๒ บัญญัติว่า "การกระทำใด ๆ ซึ่งกระทำความเสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้มีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนใน

ความผิดที่เขาได้กระทำนั้น" มาตรานี้มีบัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ ความสำคัญของมาตรานี้ คือ ได้มีการกระทำซึ่งเรียกได้ว่าเป็นความผิดเกิดขึ้น ซึ่งถ้าศาลตีความว่าการกระทำใดเป็นความผิดแล้ว ผู้กระทำก็ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความผิดนั้น ศาลฝรั่งเศสจึงมีความสำคัญมากในการวางหลักเกณฑ์ว่าใช้สิทธิอย่างไรจึงเกินส่วน ซึ่งเกณฑ์ที่ศาลฝรั่งเศสนำมาใช้ตัดสินว่าเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนในตอนแรกเลยนั้น เป็นกรณีใจแลงทำให้ผู้อื่นเสียหาย ต่อมาก็มีการยอมรับเกณฑ์การขาดประโยชน์ที่เหมาะสมซึ่งใกล้เคียงกับการใจแลงทำให้เสียหายมาก และก็มาถึงเกณฑ์ที่ผู้กระทำมีทางเลือกที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย และท้ายที่สุดในปัจจุบันนั้นก็ใช้เกณฑ์ซึ่งเป็นแนวความคิดของความรับผิดชอบทางละเมิดธรรมดา<sup>๒</sup> ซึ่งเกณฑ์ของความรับผิดชอบทางละเมิดนี้ คือ การกระทำความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั่นเอง กล่าวคือใช้หลักเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดธรรมดา มาพิจารณากับการใช้สิทธิเหมือนกับกรณีละเมิดโดยทั่ว ๆ ไป

สำหรับประเทศเยอรมันนั้น เป็นประเทศหนึ่งที่ยอมรับแนวความคิดเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วน และนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายของตนเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งมาตราที่ถือว่าเป็นเรื่องที่มีบัญญัติถึงการใช้สิทธิเกินส่วนโดยตรงให้แก่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๒๒๖ ซึ่งมีบัญญัติว่า "การใช้สิทธิซึ่งมีแต่ความมุ่งหมายจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นแต่เพียงอย่างเดียว เป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย" จะเห็นได้ว่า มาตรา ๒๒๖ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนี้ เนื้อความเหมือนกับมาตรา ๔๒๑ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่ในการใช้นั้นแตกต่างกันมาก กล่าวคือ มาตรา ๒๒๖ ของเยอรมันใช้เฉพาะกรณีที่ใช้สิทธิได้จงใจกระทำเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นแต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่มีจุมุ่งหมายอื่น ซึ่งเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยาก มาตรานี้จึงไม่ค่อยได้นำมาใช้เท่าใดนัก ที่เป็นเช่นนี้อาจเป็นเพราะในประมวลแพ่งเยอรมัน ยังมีมาตราอื่นที่ศาลสามารถนำมาใช้กับการใช้สิทธิเกินส่วนได้ก็คือมาตรา ๒๒๖ นั่นคือ มาตรา ๒๔๒ และมาตรา ๔๒๖ แต่มาตรา ๔๒๑ ของไทย เป็นมาตราเดียวที่ศาลนำมาใช้ตัดสินกรณีการใช้สิทธิเกินส่วน ดังนั้นจึงตีความแคบเช่นเดียวกับมาตรา ๒๒๖ ของเยอรมันไม่ได้

<sup>๒</sup> André Tunc, chief editor, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.11 p.116.

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา ๒๔๒ บัญญัติว่า "ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตาม ให้เป็นไปตามหลักสุจริต ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงปกติประเพณีด้วย" จะเห็นว่า มาตรา ๒๔๒ นี้ เป็นเรื่องหลักสุจริต คล้ายคลึงกับมาตรา ๕ ของไทย หากแต่แตกต่างกันตรงที่ว่า มาตรา ๕ ของไทยเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่ใช้กับกรณีต่าง ๆ ได้โดยทั่วไป แต่มาตรา ๒๔๒ ของเยอรมันเป็นบทบัญญัติในเรื่องสัญญา ใช้บังคับเฉพาะเรื่องสัญญาเท่านั้น เกณฑ์ที่สำคัญของมาตรานี้คือบุคคลทุกคนจะต้องปฏิบัติให้สมแก่การชำระหนี้ของตน และใช้สิทธิของตนตามหลักสุจริตทั่วไป

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา ๔๒๖ บัญญัติว่า "ผู้ใดจงใจทำให้ผู้อื่นเสียหายในลักษณะที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายนั้น" มาตรานี้ไม่ได้มีข้อความทำให้เห็นได้ว่า ต้องกระทำโดยปราศจากสิทธิตามกฎหมาย เหมือนกับในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา ๔๒๓ (เนื้อความเหมือนมาตรา ๔๒๐ ของไทย) ดังนั้น เมื่อบุคคลใดได้ใช้สิทธิโดยจงใจทำให้เสียหายแก่ผู้อื่นโดยฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีแล้วก็ตกอยู่ภายใต้มาตรา ๔๒๖ ทั้งสิ้น รวมถึงการกระทำอย่างซัดเซ้ง ความมาตรา ๒๒๖ ด้วย มาตรา ๔๒๖ นี้ ได้กำหนดข้อพิสูจน์ว่า จำเลยจงใจทำให้เสียหาย แต่ไม่ใช่พิสูจน์ว่าเขาจงใจกระทำผิดศีลธรรม ถ้าโจทก์พิสูจน์ได้ว่า จำเลยรู้ว่าการกระทำของตนสามารถก่อความเสียหายได้ และได้กระทำโดยจงใจก็เป็น การเพียงพอแล้ว

ศาลเยอรมันได้ใช้มาตรา ๔๒๖ เพื่อที่จะสร้างระบบกฎหมายที่พิจารณาตาม รูปคดี (Case Law) ทั้งหมด เพื่อบรรเทาความเคร่งครัดของประมวลกฎหมาย เป็นการเสริมแต่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร และดัดแปลงนำมาใช้ในเวลาที่จำเป็น เท่านั้น

นอกจากนี้ ในบางคดีศาลเยอรมันยังถือว่าหลักสุจริต (Good Faith) ความมาตรา ๒๔๒ นั้น ก็เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีความมาตรา ๔๒๖ ด้วย และเรียกค่าสินไหมทดแทนความมาตรา ๔๒๖ ได้ ซึ่งกรณีนี้ก็คล้ายกับกรณีที่ศาลไทยนำหลักสุจริตตามมาตรา ๕ มาเป็นเครื่องตัดสินว่าจำเลยใช้สิทธิซึ่งมีแค่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ความมาตรา ๔๒๑ หรือไม่ นั่นเอง แต่แตกต่างกันตรงที่ว่า บทบัญญัติในมาตรา ๕ ของไทยนั้น เป็นบทบัญญัติทั่วไปใช้ได้กับทุกกรณี แต่บทบัญญัติ ความมาตรา ๒๔๒ ของเยอรมัน ใช้เฉพาะกับเรื่องสัญญาเท่านั้น

หลักเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วนในเยอรมันนั้น ศาลเป็นผู้ใช้ และใช้ได้อย่างกว้างขวางโดยอาศัยมาตราที่สำคัญ ๒ มาตรา คือ มาตรา ๒๔๒ และมาตรา ๔๒๒ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กว้างมาก คืออาศัยหลักสุจริตและหลักศีลธรรมเป็นเกณฑ์พิจารณาว่าจะเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนหรือไม่ ศาลเยอรมันจึงมีความสำคัญมากเช่นเดียวกับศาลในประเทศระบบ Common Law ในเรื่องของการพิจารณาเกี่ยวกับการใช้สิทธิเกินส่วน โดยศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงแต่ละคดีไป สำหรับมาตรา ๒๒๒ นั้น แคบมาก ใช้เฉพาะกรณีที่ผู้ใช้สิทธิมีเจตนาจะแกล้งผู้อื่นให้ได้รับความเสียหายแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากมาตรา ๔๒๑ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งตีความว่าไม่เพียงจงใจแกล้งกรณีเดียว หากแต่ถ้าผู้ใช้สิทธิได้ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตแล้วก็เป็นละเมิด เหตุที่มาตรา ๔๒๑ ของไทยต้องตีความกว้างกว่ามาตรา ๒๒๒ ของเยอรมัน ก็เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทยไม่มีบทบัญญัติห้ามองมาตรา ๔๒๒ ของเยอรมันให้ศาลใช้ ดังนั้น มาตรา ๔๒๑ จึงต้องตีความให้กว้าง เพื่อให้ศาลสามารถวินิจฉัยกรณีการใช้สิทธิเกินส่วนได้อย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น มิเช่นนั้น กฎหมายก็ไม่สามารถลงโทษแก่บุคคลผู้ใช้สิทธิอย่างเห็นแก่ตัวได้เลย อีกทั้งการพิสูจน์เจตนาว่าจงใจแกล้งนั้นเป็นเรื่องยาก และหากเราตีความมาตรา ๔๒๑ แคบเพียงกรณีจงใจแกล้งเท่านั้น มาตรา ๔๒๑ ของไทย ก็คงแทบจะไม่มีที่ใช้เช่นเดียวกับมาตรา ๒๒๒ ของเยอรมัน ในที่สุด

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เช่น อังกฤษ และอเมริกา นั้น ไม่มีหลักเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วน (Abuse of right) นี้<sup>๓</sup> แต่หลักกฎหมายของระบบ Common Law จะมีหลักของละเมิด (Tort) เป็นเรื่อง ๆ ไปว่าการกระทำเช่นไรเป็นละเมิดเรื่องใด ซึ่งละเมิดของประเทศเหล่านี้ ที่พอจะเทียบเคียงได้กับการใช้สิทธิเกินส่วนนั้น ได้แก่ Nuisance, Injurious Falsehood, Passing Off และ Abuse of Legal Procedure เป็นต้น

Nuisance (นิวแชนส์) หมายถึง การกระทำซึ่งเกิดจากการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งใช้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเขาโดยไม่สมควร ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็น

<sup>๓</sup> Julio Cueto-Rua, "Abuse of rights," Louisiana Law Review 35 (1975): 968.

การชักขวางหรือทำให้เสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่น หรือของสาธารณชน อันมีผลเป็นการรบกวนความสะดวก ซึ่งกฎหมายจะสันนิษฐานไว้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น ตัวอย่างของกรณีที่พักนิวแชนส์ได้ เช่น การใช้ทรัพย์สินของตนก่อให้เกิดควัน กลิ่น เสียง หรือความสั่นสะเทือนที่เกินสมควร สัตว์ที่เป็นอันตราย รากต้นไม้เติบโตขึ้นใต้ที่คินของเพื่อนบ้าน การยื่นล้ำของกิ่งไม้เข้าไปในที่คินของเพื่อนบ้าน เป็นต้น

นิวแชนส์มี ๓ ประเภท คือ นิวแชนส์ส่วนบุคคล (Private Nuisance)

นิวแชนส์สาธารณะ (Public Nuisance) และนิวแชนส์ผสม (Mixed Nuisance)

นิวแชนส์ส่วนบุคคล ได้แก่ การกระทำใด ๆ ที่รบกวน ทำอันตราย ไม่สะดวกสบาย หรือทำให้เสียหายแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่คินอื่น ในการใช้ทรัพย์สินของเขาอย่างปกติสุข โดยการกระทำดังกล่าวมีผลเป็นการรบกวนที่ไม่สมควรในการใช้ทรัพย์สินของผู้อื่น นิวแชนส์ส่วนบุคคลนี้เป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อบุคคลเพียงคนเดียวหรือบุคคลจำนวนน้อยในวงจำกัดในการใช้สิทธิของเขา ไม่ใช่มีผลกระทบต่อสาธารณชนทั้งหมด<sup>๕</sup>

นิวแชนส์สาธารณะนั้น เป็นการกระทำที่น่าตำหนิ โดยฝ่าฝืนมาตรฐานทางศีลธรรมของประชาชน หรือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนโดยผิดกฎหมายต่อสาธารณชน ในการใช้ทรัพย์สินที่เป็นสาธารณะอย่างอิสระ นิวแชนส์สาธารณะเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนสิทธิของประชาชนในการใช้สาธารณสมบัติ และต้องกระทบกระเทือนประชาชน หรือเพื่อนบ้านแถวนั้นทั้งหมด การกระทำดังกล่าวอาจเป็นการรบกวนสุขภาพ ความปลอดภัย ความสงบ ความสะดวกสบายของประชาชนโดยทั่วไป<sup>๖</sup>

ในระบบกฎหมาย Common Law นิวแชนส์สาธารณะนั้นเป็นความผิดอาญา และสามารถถูกลงโทษสำหรับการกระทำเช่นนั้นได้ แต่ผู้ที่ฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเป็นผลกระทบมาจากการกระทำนิวแชนส์สาธารณะนี้ได้ ผู้นั้นจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนเองได้รับความเสียหายเป็นพิเศษ (Special Damage) แตกต่างจากสาธารณชนทั่วไปที่เสียหาย

<sup>๕</sup> Henry Cambell Black, Black's Law Dictionary, p.1076.

<sup>๖</sup> Ibid, p.1107.

นิวแชนส์สม ได้แก่ การกระทำนิวแชนส์อย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็นทั้งนิวแชนส์ สาธารณะ และนิวแชนส์ส่วนบุคคลด้วยในขณะเดียวกัน<sup>๖</sup> เหตุที่เป็นนิวแชนส์สาธารณะ ก็เพราะว่าทำให้บุคคลจำนวนมากหรือประชาชนโดยทั่วไปได้รับความเสียหาย และเหตุ ที่เป็นนิวแชนส์ส่วนบุคคลก็เพราะการกระทำนิวแชนส์สาธารณะดังกล่าว มีผลทำให้ เสียหายเป็นพิเศษแก่สิทธิส่วนบุคคลของบุคคลใดบุคคลหนึ่งด้วย

กรณีความผิดนิวแชนส์นี้ เจตนาร้าย (Malice) ไม่ใช่เรื่องสำคัญ เสมอไป มีนิวแชนส์มากมายที่จำเลยจะต้องรับผิด แม้ว่าเขาไม่ได้มีการกระทำที่ชั่วร้าย ซึ่งต่างกับ Malicious Prosecution (การฟ้องเท็จในคดีอาญา) ที่ผู้กระทำจะ ต้องมีเจตนาร้ายเสมอ

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่พอจะเทียบเคียงกับ เรื่องนิวแชนส์ของระบบ Common Law คือ มาตรา ๑๓๓๗ แต่เป็นนิวแชนส์ ประเภทนิวแชนส์ส่วนบุคคล (Private Nuisance) แต่มาตรา ๑๓๓๗ ของไทย แคบกว่า คือต้องเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกรบกวนเท่านั้นจึงฟ้องได้ แต่ Private Nuisance แล้ว เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินซึ่งมีผลประโยชน์ในที่ดินนั้นสามารถ ฟ้องได้หมด แต่มาตรา ๑๓๓๗ นั้น ไม่ใช่บทบัญญัติในลักษณะละเมิด จึงไม่สามารถ เรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามมาตรานี้ หากแต่ถ้าจะเรียกค่าสินไหมทดแทนแล้วก็ต้อง ไปใช้มาตรา ๔๒๑ ซึ่งเป็นกรณีของการใช้สิทธิเกินส่วน ก่อให้ผู้อื่นเสียหายและเป็น บทบัญญัติในลักษณะละเมิด แต่กรณี Private Nuisance ของทาง Common Law นั้น สามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้เลย เพราะเป็นหลักเรื่องละเมิด (Tort) ส่วน กรณีที่บุคคลธรรมดาจะฟ้องนิวแชนส์อันเป็นผลมาจากการกระทำนิวแชนส์สาธารณะ (Public Nuisance) นั้น บุคคลนั้นก็จะต้องมีความเสียหายเป็นพิเศษ เช่นเดียวกับ หลักนิวแชนส์ ของ Common Law

Injurious Falsehood หรือ Malicious Falsehood (ละเมิดที่ เกิดจากข้อเท็จจริงที่ไม่ถึงกับเป็นหมิ่นประมาท) เป็นหลักกฎหมายละเมิดที่พอจะนำมา เทียบเคียงกับการใช้สิทธิเกินส่วนได้ เพราะเป็นกรณีการใช้สิทธิโดยการแสดงข้อความเท็จ

<sup>๖</sup> Ibid, p.961.

แต่ไม่ถึงกับเข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาท แต่ก็เป็นการเกินส่วนไป จึงอาจ  
 ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความหลัก Injurious Falsehood นี้ได้

องค์ประกอบของ Injurious Falsehood

- (๑) จำเลยได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จ
- (๒) มีเจตนาร้าย (Malice)
- (๓) เกี่ยวกับบุคคลหรือทรัพย์สินหรือสินค้าของเขา
- (๔) เป็นการหลอกลวงบุคคลอื่น
- (๕) กว่ยผลของการกระทำเช่นนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์

Passing Off (การทำให้หลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้า) เป็นกรณีของ  
 การใช้สิทธิในการกล่าวหลอกลวงผู้อื่น แต่ไม่ถึงกับเป็นฉ้อโกง แต่ก็อาจเป็นการใช้สิทธิ  
 เกินส่วนไป องค์ประกอบที่สำคัญของ Passing Off คือ เป็นการกระทำโดยจงใจ  
 (Deliberately) เพื่อที่จะทำให้บุคคลโดยทั่วไปเชื่อว่า สินค้าของบุคคลหนึ่งเป็น  
 สินค้าของอีกบุคคลหนึ่ง เพื่อที่จะทำผิดกฎหมาย และทำให้บุคคลนั้นได้เปรียบในทาง  
 ชื่อเสียง เป็นการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงทางการค้าหรือทางธุรกิจของเขา กรณี  
 Passing Off นี้ โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความเสียหาย

Passing Off อาจถือว่าเป็นละเมิดได้ แม้จำเลยกระทำไปโดยไม่มี  
 เจตนาร้าย (Malice) ต่อโจทก์เลยก็ตาม ซึ่งแตกต่างจาก Injurious Falsehood  
 การกระทำของจำเลยในกรณี Passing Off นั้น เพียงรู้ว่าข้อความนั้นเป็นเท็จก็ผิด  
 แล้ว จำเลยไม่จำเป็นต้องเจตนาจะแกล้งโจทก์ หรือรู้ว่าโจทก์อาจเสียหายจึงจะผิด

Abuse of Legal Procedure (การใช้สิทธิทางศาลโดยไม่สุจริต)  
 เป็นหลักกฎหมายละเมิดของประเทศ Common Law อีกกรณีหนึ่งที่สามารถนำมา  
 เทียบเคียงกับหลักการใช้สิทธิเกินส่วนได้ การใช้สิทธิทางศาลโดยไม่สุจริตอาจแยกได้  
 เป็น ๒ กรณี คือ การกล่าวหาหรือฟ้องร้องในทางอาญาโดยไม่สุจริต (Malicious Civil  
 Proceeding) และ การฟ้องคดีในทางแพ่งโดยไม่สุจริต (Malicious Civil  
 Proceeding)

การกล่าวหาหรือฟ้องร้องทางอาญาโดยไม่สุจริต มีข้อเท็จจริงที่จะต้องพิสูจน์

คือ

- (๑) จำเลยได้กล่าวหาฟ้องร้อง และ
- (๒) คดีได้ถึงที่สุดโดยโจทก์เป็นฝ่ายชนะ
- (๓) การกล่าวหาฟ้องร้องได้กระทำโดยไม่มีเหตุอันควร หรือไม่อาจจะ

เป็นไปได้

- (๔) จำเลยได้กระทำโดยเจตนาทุจริต

แต่เดิมการฟ้องคดีโดยไม่สุจริตที่จะถือเป็นละเมิดได้นั้น มีเฉพาะการกล่าวหาฟ้องร้องในทางอาญา ต่อมาก็ขยายมายังการฟ้องคดีในทางแพ่งโดยไม่สุจริต แต่ตาม Common Law ของอังกฤษ ปฏิเสธไม่ยอมรับว่าเป็นละเมิดที่จะกลับมาฟ้องได้ แม้ฟ้องทางแพ่งในคดีเกิมนั้นจะมีความประสงค์ไม่สุจริต และปราศจากเหตุอันสมควรก็ตาม<sup>๓</sup> ซึ่งศาลอเมริกันเป็นจำนวนไม่น้อยที่ไม่ยอมรับเช่นเดียวกัน<sup>๔</sup> แต่ศาลอเมริกันส่วนมากก็ยังถือว่าให้ฟ้องได้ โดยเหตุที่ถือเป็นคนละประเด็นกับคดีก่อน และไม่จำต้องกล่าวว่าคดีจะรกรงภทศาตมาก เพราะได้มีข้อจำกัดอยู่แล้วว่าโจทก์ในคดีหลังนี้มีหน้าที่นำเสนออันหนักอยู่แล้วว่า จำเลยในคดีหลังนี้ได้ใช้สิทธิทางศาลโดยไม่สุจริต และโดยไม่มีเหตุอันสมควร และมีความเสียหายอันแท้จริงเกิดขึ้นด้วย

การฟ้องเท็จ ประเด็นที่สำคัญคือจำเลยต้องมีเจตนาร้าย (Malice) เสมอ ซึ่งกรณีการฟ้องเท็จทั้งทางแพ่งและทางอาญานี้ศาลไทยก็วินิจฉัยโดยถือหลักเกี่ยวกับของ Common Law กล่าวคือ ต้องกระทำโดยไม่สุจริต และมีเจตนาร้าย ถ้าเชื่อว่ามีมูลที่จะฟ้องร้องก็ไม่ใช่เป็นละเมิด

สำหรับในปัญหาที่ว่าอย่างไรจึงจะถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนนั้น ได้มีผู้รวบรวมหลักเกณฑ์ที่ประเทศต่าง ๆ ซึ่งมีทฤษฎีว่าด้วยการใช้สิทธิเกินส่วนได้ใช้เป็นหลักในการพิจารณาไว้รวม ๖ เกณฑ์ด้วยกัน<sup>๕</sup> คือ

<sup>๓</sup> J.G.M. Tyas, Law of Torts, p.207.

<sup>๔</sup> วัง วีระพงศ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด, หน้า ๑๕๕.

<sup>๕</sup> André Tunc, chief editor. International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 11 p. 107-119.

- (๑) หลักใจแก่งให้เกิดความเสียหาย (Intention to Harm)
- (๒) หลักขาดประโยชน์ที่เหมาะสม (Absence of Proper Interest)
- (๓) หลักทางเลือกที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (The Harmful Alternative)
- (๔) หลักความไม่ไค้สัดส่วนอย่างแจ้ชั้ระหว่างประโยชน์ที่ไ้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้น (Flagrant Disproportion Between Damage and Profit)
- (๕) หลักไม่สนใจต่อความมุ่งหมายแห่งสิทธิ (Disregard of the Purpose for Which the Right Exists)

(๖) หลักความรับผิดชอบละเมิกโดยทั่วไป (General Principles of Tortious Liability)<sup>๑๐</sup>

ส่วนด้วบทกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิเกินส่วนของไทยนั้น ไ้แก่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๑ ซึ่งบัญญัติว่า "การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น หานว่าเป็นการอันมิชอบด้วกฎหมาย" มาตรา ๔๒๑ นี้มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๒๒๖ มีเนื้อความตรงกัน แต่ศาลไทยมิไ้ตีความมาตรา ๔๒๑ แคมเหมือนมาตรา ๒๒๖ ของเยอรมัน ที่ใช้เพียงกรณีใจแก่งกรณีเกี่ยวเท่านั้น หากแต่ศาลไทยไ้นำหลักสุจริตตามมาตรา ๕ เข้ามาช่วยในการตีความว่ากรณีนี้ผิด กรณีนั้นไม่ผิด คำว่า "สุจริต" นี้มีความหมายกว้างมาก กรณีต่าง ๆ ที่ศาลใช้ตีความว่าเป็นละเมิกตามมาตรา ๔๒๑ นั้น อาจกล่าวไ้ว่าเป็นเรื่องไม่สุจริตทั้งสิ้น ตั้งแต่เรื่องใจแก่ง ยอมเห็นไ้ว่าเป็นเรื่องไม่สุจริตแน่ หรือกรณีที่จำเลยมีทางเลือกที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (ฎีกาที่ ๑๔๕๑/๒๕๒๓) กรณีที่ใช้ผิดความมุ่งหมายแห่งสิทธิ (ฎีกาที่ ๑๐๖๔/๒๕๐๔) กรณีที่จิตใจเสียแบบเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น (ฎีกา ๗๔/๒๕๐๔) หรือกรณีที่ใช้สิทธิเกินกว่าระดับปกติทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เสียหายตามมาตรา ๑๓๓๗ กรณีต่าง ๆ เหล่านี้ไ้กล่าวรวมไ้ว่า เป็นการกระทำที่ไม่สุจริตทั้งสิ้น จะเห็นไ้ว่า ศาลไทยมิไ้ตีความแคมเพียงกรณีใช้สิทธิใจแก่งผู้อื่นโดยตนเองไม่ไ้รับประโยชน์ใด ๆ เลยเท่านั้น หากแต่แม้ว่าผู้ใช้สิทธิจะไ้ผลประโยชน์อยู่บ้าง แต่ผลประโยชน์นั้นไ้มาโดยการใช้สิทธิอย่างเห็นแก่ตัวเสียแล้ว การใช้สิทธินั้น

<sup>๑๐</sup> ุหน้า ๔๓ ถึง ๑๐๔

ยอมไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย และอาจกล่าวได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต  
นั้นเอง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๑ นี้ มีขอบเขตยุติละเมิดที่  
สมบูรณ์ในตัวของมันเอง แต่มาตรา ๔๒๑ เป็นเพียงบทขยายของคำว่า "ผิดกฎหมาย"  
ในมาตรา ๔๒๐ เท่านั้น" หลักเกณฑ์ประการอื่นที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิด  
ยังคงต้องพิจารณาตามมาตรา ๔๒๐ ให้ครบถ้วน

จากถ้อยคำในบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๑ ที่ว่า  
"ซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหาย" นั้น ทำให้นักนิติศาสตร์หลายคนเห็นว่าต้องเป็นการกระทำ  
ที่มีเจตนาให้ผู้อื่นเสียหายแต่เพียงอย่างเดียว คือมุ่งต่อผล คือความเสียหายแก่ผู้อื่น  
ตายเดี่ยวเท่านั้น แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า ถ้อยคำตามมาตรา ๔๒๑ ไม่น่าจะตีความ  
แคบเพียงกรณีเจตนาแก่ผู้อื่นเพียงอย่างเดียว เพราะเจตนาในใจเป็นเรื่องที่พิสูจน์  
กันได้ยาก หากแต่ควรจะตีความเพียงว่า มีการกระทำโดยจงใจก็พอแล้ว และจงใจ  
ในที่นี้ก็มีความหมายเช่นเดียวกับจงใจตามมาตรา ๔๒๐ กล่าวคือ หมายถึงรู้สำนึกถึง  
ผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ก็เป็นการกระทำโดยจงใจแล้ว  
และนอกจากจะมีการกระทำโดยจงใจแล้ว ก็จะต้องมีการใช้สิทธิอย่างไม่สมควรด้วย  
จึงเป็นการใช้สิทธิเกินส่วน ซึ่งตามปกติหากเป็นการกระทำอย่างไม่สมควรแล้ว ก็มักจะ  
เป็นการกระทำที่จงใจตามความหมายนี้ด้วยเกือบทั้งสิ้น

สำหรับการพิจารณาเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วนนั้น ประการแรกที่จะต้อง  
พิจารณาคือ การใช้สิทธินั้นเป็นการเกินส่วนหรือไม่ คือมีการจงใจใช้สิทธิอย่างไม่สมควร  
หรือไม่ ถ้ามีการจงใจใช้สิทธิโดยไม่สมควรหรือมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นแล้ว  
ก็เป็นการกระทำที่มีขอบข่ายกฎหมาย หรือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามมาตรา ๔๒๐

---

" มาตรา ๔๒๐ บัญญัติว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำตนุคคลอื่น  
โดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี  
ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหม  
ทดแทนเพื่อการนั้น"

นั่นเอง แต่ถ้การใช้สิทธินั้นเป็นการใช้สิทธิตามปกติและไม่เกินสมควร แม้จะจงใจทำให้ผู้อื่นเสียหายก็ไม่ใช่ผิดกฎหมาย และไม่ละเมิด ดังเช่นที่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๒๔/๒๕๑๐ จำเลยเช่าที่วัดทำท่าเทียบเรือประมง ก่อสร้างรั้วและอาคาร ในที่ดินที่เช่า มีได้ทำให้โจทก์เดือดร้อนในเรื่องแสงสว่าง ทางลม และสุขภาพ แม้เจตนาจะให้โจทก์แยงค้ำน้ำแข็งกองปลา ก็ไม่เป็นละเมิดตามมาตรา ๕๒๐, ๕๒๑

เมื่อพิจารณาได้ว่า การใช้สิทธินั้นเป็นการเกินส่วน และเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามมาตรา ๕๒๐ แล้ว จึงมาพิจารณาองค์ประกอบข้ออื่น ๆ ตามมาตรา ๕๒๐ ว่า องค์ประกอบทุกข้อหรือไม่ ถ้าขาดข้อใดข้อหนึ่งก็ยังไม่เป็นละเมิดอันเป็นเหตุให้เขาฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้

มีข้อที่น่าสังเกตอยู่ว่า ถ้าการใช้สิทธินั้นเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นอยู่แล้ว ก็เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามมาตรา ๕๒๐ โดยอัตโนมัติ ไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาตามมาตรา ๕๒๐ อีกว่าเป็นการกระทำที่เกินส่วนหรือไม่ แต่ถ้การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นใดอีกแล้ว และไม่ห้ามความประพฤติของกฎหมายใด ๆ แล้ว จึงมาพิจารณาว่า การใช้สิทธินั้นเป็นการกระทำที่เกินส่วนตามมาตรา ๕๒๑ หรือไม่ เพราะมาตรา ๕๒๑ นี้ บัญญัติขึ้นมาเพื่ออุกช่องโหว่ของกฎหมาย โดยขยายความว่า การใช้สิทธิก็อาจเป็นผิดกฎหมายได้ แต่ถ้กรณีที่เกิดกฎหมายบัญญัติว่า เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอยู่แล้ว ก็ใช้มาตรา ๕๒๐ ได้ทันที

สำหรับหลักที่ศาลไทยได้ใช้ในการตัดสินว่าเป็นละเมิดตามมาตรา ๕๒๑ หรือไม่นั้น อาจแบ่งได้เป็นหลักกว้าง ๆ ได้ ๒ หลัก คือ ใช้สิทธิตามปกติและใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

(๑) ใช้สิทธิตามปกติ ถ้าเป็นการใช้สิทธิตามปกติคือประสงค์โดยอันเป็นธรรมดาแห่งการใช้สิทธินั้น แล้วยอมไม่เป็นละเมิด แม้จะมีผู้อื่นเสียหายบ้างก็ตาม การใช้สิทธิตามปกตินี้ย่อมหมายถึงรวมถึงการแข่งขันทางการค้าโดยชอบด้วย เพราะการใช้สิทธิในการแข่งขันทางการค้าโดยชอบ ย่อมเป็นการใช้สิทธิตามปกตินั่นเอง คือ ถ้าไม่กระทำการโดยไม่สุจริตอย่างอื่นใด ล่าพียงการใช้สิทธิเช่นนี้ยอมไม่เป็นละเมิด

(๒) ใช้สิทธิโดยไม่สุจริต จากที่ได้ศึกษาคำพิพากษากฎีกาต่าง ๆ แล้ว จะเห็นได้ว่า ทางศาลนั้นมีความเห็นว่า การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามมาตรา ๔๒๑ ก็คือการใช้สิทธิไม่สุจริตตามมาตรา ๕ นั้นเอง ถ้าเป็นกรณี ที่ศาลเห็นว่า จำเลยใช้สิทธิโดยสุจริต ศาลก็จะตัดสินว่าไม่เป็นละเมิด แต่ถ้าเห็นว่า จำเลยใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ศาลก็จะตัดสินว่าเป็นละเมิดต้องชดเชยค่าเสียหาย คำว่า "สุจริต" มีความหมายที่กว้างมาก กว้างพอที่จะให้ศาลใช้เป็นเหตุผลในการตัดสินกรณี ของการใช้สิทธิเกินส่วนได้แทบจะทุกกรณีก็กล่าวมาแล้ว

### ข้อเสนอแนะ

ตามที่ผู้เขียนได้เสนอข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วนมาแล้ว ตั้งแต่ บทที่ ๑ ถึง บทที่ ๔ นั้น ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักการการใช้สิทธิเกินส่วนของไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๑ ดังนี้

๑. คำว่าสิทธิตามมาตรา ๔๒๑ ควรเป็นสิทธิประเภทใด สิทธิสมบูรณ์หรือ สิทธิที่กฎหมายมิได้กล่าวไว้โดยชัดแจ้ง (เสรีภาพ) นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า สิทธิกับ เสรีภาพเป็นเรื่องที่แยกกันไม่ออก เสรีภาพก็คือ สิทธิในความหมายอย่างกว้างนั่นเอง ซึ่งหากว่า สิทธิตามมาตรา ๔๒๑ จำกัดอยู่เพียงสิทธิในความหมายอย่างแคบ คือสิทธิ ประเภทสมบูรณ์ ไม่ใช่สิทธิประเภทกว้าง ๆ ที่หมายรวมถึงเสรีภาพด้วยแล้ว จะเกิด ปัญหาว่าบางกรณีจำเลยกระทำผิดในความรู้สึกของคนทั่วไป แต่ไม่อาจบังคับให้เขาใช้ ค่าเสียหายได้ เนื่องจากไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตราใดในประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์เลย เป็นต้นว่า ทุกคนมีเสรีภาพในการพูด ถ้าการพูดของเขาไปทำให้ผู้อื่น เสียหาย แต่ไม่ถึงกับเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย กล่าวคือไม่ถึงกับเป็นความผิดฐาน หมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา และมีไซ้การกล่าวข้อความอันเป็นเท็จเป็นที่ เสียหายแก่บุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๑ ทั้งไม่เป็นที่ ต้องห้ามตามบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ แล้ว ก็ไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา ๔๒๐ เพราะ ตามมาตรา ๔๒๐ นั้น ผู้กระทำจะต้องกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายด้วย ถ้าไม่ได้อะไรต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ก็ไม่เข้ามาตรานี้ และถ้ามารตรา ๔๒๐ มาใช้ไม่ได้ ก็จะไม่มีความหมายบังคับเอาแก่ผู้กระทำผิด ได้ ผู้กระทำผิดก็จะลอยนวลไปโดยไม่ต้องชดเชยค่าเสียหายใด ๆ เลย แต่ถ้าเราตีความ

คำว่าสิทธิตามมาตรา ๔๒๑ ว่าให้มีความหมายอย่างกว้าง คือ หมายรวมถึงเสรีภาพแล้ว กรณีตัวอย่างข้างที่กล่าวมานี้ก็จะผิดมาตรา ๔๒๑ ทั้งนี้ คือ เป็นการใช้สิทธิซึ่งในที่นี้คือเสรีภาพในการพูดเกินส่วนไป ทำให้บุคคลอื่นเสียหาย

ส่วนความเห็นของท่านอาจารย์หลายท่านที่เห็นว่า สิทธิในความหมายของมาตรา ๔๒๑ นี้ คือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งกฎหมายรับรองให้โดยเฉพาะ ไม่ใช่สิทธิชนิดที่เรียกโดยทั่วไปว่าเสรีภาพ มิฉะนั้นในการทำอะไรละเมิดทุกรายจะเป็นปัญหาการใช้สิทธิเกินส่วนไปทั้งหมดนั้น ด้วยความเคารพในความเห็นดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า ถ้าเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพของตนกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายแล้ว ก็เข้ามาตรา ๔๒๐ มิใช่กรณีการใช้สิทธิเกินส่วน แต่ถ้าเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพที่ไม่ถึงกับเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายแล้ว เช่นใช้เสรีภาพในการพูดไม่ถึงกับเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท และมีใจกล่าวข้อความอันเป็นเท็จเป็นที่เสียหายแก่บุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๑ ทั้งไม่เป็นที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ แล้ว เราจึงมาพิจารณาว่าเป็นการใช้เสรีภาพเกินส่วนไปหรือไม่ ถ้าเป็นก็เข้ามาตรา ๔๒๑ นี้ได้ คือถือได้ว่าเป็นการกระทำที่มีขอบข่ายกฎหมาย ซึ่งก็ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายตามมาตรา ๔๒๐ นั้นเอง ซึ่งถ้ามาตรา ๔๒๑ คือความคำว่าสิทธิแคบ โดยไม่รวมถึงเสรีภาพด้วยแล้ว การใช้เสรีภาพที่เกินส่วน แต่ไม่ถึงกับเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ก็จะไม่ได้รับการบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหายเลย ทั้ง ๆ ที่สิทธิที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้งกลับต้องรับผิดหากได้กระทำเกินส่วนไป

๒. ที่กล่าวกันว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๑ เป็นเพียงบทขยายคำว่าผิดกฎหมายตามมาตรา ๔๒๐ เท่านั้น หลักเกณฑ์ประการอื่นที่จะก่อให้เกิดความรับผิดตามมาตรา ๔๒๐ ยังคงต้องพิจารณาให้ครบถ้วน นั้น มีปัญหาว่าหลักเกณฑ์จริงใจหรือประมาทเลินเล่อต้องนำมาพิจารณาคด้วยหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ ตามตำราต่าง ๆ และคำพิพากษาของศาลก็มีได้เขียนไว้ชัด แต่จากความเห็นของท่านอาจารย์หลายท่านที่ว่า "ถ้อยคำตามมาตรา ๔๒๑ นี้ ทำให้เห็นว่าต้องเป็นการกระทำที่มีเจตนาให้ผู้อื่นเสียหายแต่เพียงอย่างเดียว" ทำให้ดูเหมือนว่ามาตรา ๔๒๑ มีลักษณะเฉพาะของ

มันเองในส่วนเจตนา การที่กล่าวว่า "หลักเกณฑ์ประการอื่นที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามมาตรา ๔๒๐ ยังคงต้องพิจารณาให้ครบถ้วน" นั้น จึงไม่น่าจะรวมถึงจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย ซึ่งในเรื่องนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า สำหรับกรณีที่จะเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนของไทย หรือการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๑ นั้น จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

๒.๑ องค์ประกอบภายใน คือ จงใจ จงใจในที่นี้เหมือนกับจงใจตามมาตรา ๔๒๐ กล่าวคือ หมายถึงรู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ก็เป็นการกระทำโดยจงใจแล้ว

๒.๒ องค์ประกอบภายนอก คือ มีการกระทำที่เกินสมควรหรือเกินส่วน เมื่อครบหลักเกณฑ์ทั้ง ๒ ประการแล้ว ก็จะเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นตามมาตรา ๔๒๑ ซึ่งเป็นเพียงบทขยายคำว่า "ผิดกฎหมาย" ในมาตรา ๔๒๐ ดังนั้นหลักเกณฑ์ประการอื่นที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามมาตรา ๔๒๐ ยังคงต้องพิจารณาให้ครบถ้วน รวมทั้งจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย หากแต่ในเมื่อหลักเกณฑ์ของการใช้สิทธิเกินส่วนตามมาตรา ๔๒๑ มีลักษณะพิเศษว่าจะต้องเป็นการกระทำโดยจงใจแล้ว ดังนั้นทุกกรณีที่เป็นการใช้สิทธิเกินส่วนตามมาตรา ๔๒๑ ก็ย่อมเข้าหลักเกณฑ์จงใจตามมาตรา ๔๒๐ อยู่แล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักเกณฑ์จงใจหรือประมาทเลินเล่อตามมาตรา ๔๒๐ นั้น ไม่ต้องนำมาพิจารณาอีกเลยก็ว่าได้

๓. จากที่กล่าวมาแล้วทั้งหมด จึงควรพิจารณาต่อไปว่าขอบเขตของมาตรา ๔๒๑ ควรจะมีกว้างขวางเพียงใด

ทั้งที่ได้อธิบายมาแล้วว่า ศาลไทยได้นำเอาหลักสุจริต ตามมาตรา ๕ มาประกอบในการตัดสินว่า เป็นการใช้สิทธิเกินส่วนตามมาตรา ๔๒๑ หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าหลักสุจริตนี้เป็นหลักที่กว้างมาก พอที่จะให้ศาลใช้ตัดสินในกรณีการใช้สิทธิเกินส่วนได้แทบจะทุกกรณี กรณีต่าง ๆ ที่ศาลตัดสินว่าเป็นละเมิดก็มีข้อเท็จจริงแตกต่างกันไป ซึ่งเป็นเรื่องยากแก่ศาลที่จะพิจารณาว่าคดีใดจำเลยสุจริตหรือไม่ ซึ่งอันที่จริงแล้ว ผู้พิพากษาจำนวนหนึ่งอาจจะตัดสินว่าการกระทำของ นาย ก. สุจริต แต่ผู้พิพากษาอีกจำนวนหนึ่งอาจจะตัดสินว่าการกระทำของ นาย ก. ในกรณีเดียวกัน

เป็นการกระทำที่ไม่สุจริตก็ได้ ถ้าเป็นกรณีที่เคยมีคำพิพากษาฎีกาเป็นบรรทัดฐานไว้แล้ว การคัดค้านก็คงไม่มีปัญหา แต่ถ้าเป็นข้อเท็จจริงใหม่ ๆ ย่อมยากแก่ศาลที่จะวินิจฉัย ทั้งนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า น่าจะหาเกณฑ์ที่แคบกว่าหลักสุจริต แต่ก็กว้างพอที่ศาลจะนำมาเป็นแนวในการวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ได้ ซึ่งจะมีผลทำให้คำพิพากษาของศาลเป็นแนวเดียวกัน และผู้ใช้สิทธิโดยทั่วไป ก็พอจะรู้ว่าตนเองควรใช้สิทธิอยู่ในขอบเขตเพียงใด จึงจะไม่ผิดกฎหมาย

จากที่ได้นำหลักต่าง ๆ ที่มีผู้รวบรวมไว้<sup>๒</sup> ว่าเป็นหลักเกณฑ์ในต่างประเทศ ได้ใช้เป็นหลักที่จะพิจารณาว่ากรณีใดบ้างที่เป็นการใช้สิทธิเกินส่วน มาทดสอบใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในศาลไทย และข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในศาลต่างประเทศ โดยใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา ๔๒๑ ประกอบด้วย ในบทก่อนนั้น ทำให้ผู้เขียนเห็นว่า หลักดังกล่าวสามารถนำมาใช้วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีการใช้สิทธิเกินส่วนตามกฎหมายไทยได้ และผลของการใช้หลักเกณฑ์เหล่านี้ก็เป็นเช่นเดียวกับผลของคำพิพากษาที่เคยมีมาทั้งของไทยและของต่างประเทศ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาใช้กับกฎหมายไทยได้มี ๕ หลัก คือ

๑. หลักจงใจแกล้งให้เกิดความเสียหาย (Intention to Harm)
๒. หลักขาดประโยชน์ที่เหมาะสม (Absence of Proper Interest)
๓. หลักทางเลือกที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (The Harmful Alternative)
๔. หลักความไม่ได้สัดส่วนอย่างแจ้งชัดระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้น (Flagrant Disproportion Between Damage and Profit)
๕. หลักไม่สนใจต่อความมุ่งหมายแห่งสิทธิ (Disregard of the Purpose for Which the Right Exists)

<sup>๒</sup>Ibid.

สำหรับหลักแรกคือหลักจงใจแกล้งให้เกิดความเสียหาย นั้น หลักนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ทุกประเทศยอมรับกันว่า ถ้ามีการใช้สิทธิโดยจงใจแกล้งทำให้เกิดความเสียหายแล้ว ย่อมถือว่าเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนทั้งสิ้น ไม่มีใครปฏิเสธได้ว่าการใช้สิทธิของคนเช่นนั้นแล้วจะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบ หลักนี้ จะได้รับการยอมรับก่อนหลักอื่น ๆ และหากประเทศใดใช้หลักนี้เพียงหลักเดียวสำหรับกรณีของการใช้สิทธิเกินส่วนแล้ว ก็นับได้ว่าประเทศนั้นไม่ได้จำกัดสิทธิของผู้ใช้สิทธิมากจนเกินไป กล่าวคือ ต้องใช้สิทธิโดยจงใจแกล้งเท่านั้นจึงจะต้องรับผิดชอบ

เมื่อมีการยอมรับหลักจงใจแกล้งให้เกิดความเสียหายกันแล้ว แต่การที่จะพิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาในใจของผู้ใช้สิทธิว่ามีเจตนาแกล้งผู้อื่นให้เสียหายนั้น เป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยากมาก ต่อมาจึงมีหลักขาคประโยชน์ที่เหมาะสมเกิดขึ้น ซึ่งหลักนี้มีหลักที่สำคัญอยู่ว่าผู้ใช้สิทธินั้นได้ใช้สิทธิของตนโดยที่ตนเองไม่ได้รับประโยชน์เท่าที่ควร แต่การใช้สิทธินั้นได้ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายอย่างมาก อันที่จริงหลักนี้ใกล้เคียงกับหลักเรื่องจงใจทำให้เกิดความเสียหายมาก เพราะการกระทำโดยขาคประโยชน์ที่เหมาะสมเช่นนี้ก็เท่ากับว่า จงใจทำให้ผู้อื่นเสียหายนั่นเอง ซึ่งอาจจะเป็นข้อที่โจทก์สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่า จำเลยจงใจแกล้งทำให้โจทก์เสียหายได้

เมื่อสังคมได้เจริญมากขึ้นไปอีก ศาลในประเทศต่าง ๆ เช่น ฝรั่งเศส<sup>๑๓</sup> ได้มีการขยายหลักที่จำกัดสิทธิของผู้ใช้สิทธิให้กว้างขึ้นไปอีก กล่าวคือ ไม่เพียงแต่ผู้ใช้สิทธิจะต้องใช้สิทธิของตนโดยที่ตนเองไม่ได้รับประโยชน์เท่าที่ควร แต่ในขณะที่เดียวกัน ได้ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายอย่างมากเท่านั้นที่จะต้องรับผิดชอบ หากแต่แม้ผู้ใช้สิทธิจะได้ประโยชน์จากการใช้สิทธิของตนก็ตาม แต่ถ้ามีทางเลือกที่จะได้ประโยชน์เท่ากันในการใช้สิทธิ ผู้ทรงสิทธิจะต้องเลือกทางที่ไม่เป็นอันตรายแก่ผู้อื่น หากเลือกกระทำในทางที่เป็นอันตรายแก่ผู้อื่นแล้ว ก็เป็นการใช้สิทธิเกินส่วนและต้องรับผิดชอบ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หลักนี้เป็นหลักเกณฑ์อย่างหนึ่งที่จะชี้ให้เห็นได้ว่า ผู้ใช้สิทธิได้ใช้สิทธิโดยไม่สุจริต คือถ้าผู้ใช้สิทธิกระทำโดยสุจริตใจ มิได้มีเจตนาที่จะเห็นความเดือดร้อน

<sup>๑๓</sup>Cour Paris 28 Oct. 1941 (from André Tunc, Chief editor  
International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.11, p.110)

ของผู้อื่นควบคู่ไปกับผลประโยชน์จากการใช้สิทธิของตนแล้ว ก็ย่อมไม่เลือกทางที่จะทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายเป็นแน่ ทั้ง ๆ ที่ทางเลือกทั้ง ๒ นั้น ได้ประโยชน์เท่า ๆ กัน การกระทำเช่นนี้จึงสมควรที่จะต้องก่อให้เกิดความรับผิดชอบได้

ต่อมาเมื่อถึงสภาพสังคมปัจจุบัน ซึ่งมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น มีการกระทบกระทั่งกันระหว่างสิทธิต่าง ๆ มากขึ้น หลักทั้ง ๓ ทั้งที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้นในสังคม ซึ่งถ้าไม่ใช่กรณีที่มีทางเลือกแห่งการใช้สิทธิแล้ว หลักที่ ๓ คือหลักทางเลือกที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายก็ไม่สามารถจะนำมาใช้ได้เลย จึงเกิดหลักเกณฑ์ที่ ๔ ขึ้น อันได้แก่ หลักความไม่ใกล้ชิดส่วนอย่างแท้จริงระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักนี้มีส่วนใกล้เคียงกับหลักชากประโยชน์ที่เหมาะสมมาก แต่หลักชากประโยชน์ที่เหมาะสมนั้น ผู้ใช้สิทธิแทบจะไม่มีประโยชน์ใด ๆ ในการใช้สิทธิเลย หากแต่ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายอย่างมาก คือมุ่งความสำคัญไปที่ผลประโยชน์ของการใช้สิทธิมากกว่า แต่หลักความไม่ใกล้ชิดส่วนอย่างแท้จริงระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้ ความสำคัญอยู่ที่สัดส่วนระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้น คือแม้ผู้ใช้สิทธิจะมีประโยชน์จากการใช้สิทธิของตนอยู่บ้าง แต่ถ้ามองเทียบกับความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลอื่นแล้ว ไม่ได้สัดส่วนกันอย่างชัดแจ้ง ก็เป็นการใช้สิทธิเกินส่วน

หลักเกณฑ์ประการสุดท้ายที่ผู้เขียนได้เสนอให้นำมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีการใช้สิทธิเกินส่วนตามกฎหมายไทยได้นั้น ได้แก่ หลักไม่สนใจต่อความมุ่งหมายแห่งสิทธิ ซึ่งหากผู้ใช้สิทธิได้ใช้สิทธิไปโดยไม่สนใจถึงความมุ่งหมายแห่งสิทธินั้นแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนได้ หลักนี้เป็นหลักที่คลุมเครือและไม่แน่นอน การที่จะค้นพบความมุ่งหมายที่แท้จริงหรือแน่นอนของสิทธิที่สร้างขึ้นนั้นยากมาก แต่ถ้าวการกระทำใดเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อความรู้สึกของคนทั่วไปอย่างเห็นได้ชัดแล้ว ก็อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดความมุ่งหมายแห่งสิทธิ เพราะความมุ่งหมายแห่งสิทธิทั้งหลายทั้งปวงย่อมไม่มุ่งประสงค์ที่จะให้มีการนำไปใช้อย่างผิด ๆ หลักนี้จะนำมาใช้ต่อเมื่อหลักต่าง ๆ ทั้ง ๔ หลักที่กล่าวมาแล้ว ไม่สามารถนำมาใช้ได้ และการกระทำนั้น ๆ เป็นการกระทำที่สมควรจะต้องมีความรับผิดชอบ ก็อาจวินิจฉัยว่าเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนได้ โดยไม่สนใจต่อความมุ่งหมายแห่งสิทธิ

สำหรับหลักความรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไป (General Principles of Tortious Liability) ที่ฝรั่งเศสใช้นั้น หลักนี้ก็ได้แก่การกระทำความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั่นเอง คือใช้หลักเรื่องความรับผิดทางละเมิดธรรมดาเข้ามาพิจารณากับการใช้สิทธิ เหมือนกับกรณีละเมิดโดยทั่ว ๆ ไป หลักนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า จะนำมาใช้กับมาตรา ๔๒๑ ของไทยไม่ได้ เพราะเหตุว่าด้วยค่าตามมาตรา ๔๒๑ ไม่อำนวยความสะดวกให้ความว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อได้ หากแต่ต้องเป็นการกระทำโดยจงใจ และกระทำไปอย่างเกินส่วน หรือไม่สุจริต ซึ่งพอจะเปรียบเทียบได้กับมาตรา ๔๒๖ ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งต้องกระทำไปโดยจงใจและฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี นั่นเอง

ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักตั้งแต่ข้อ ๑ ถึง ๕ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ก็พอที่จะเป็นแนวให้ศาลพิจารณาได้ว่า กรณีใดบ้างที่เป็นการใช้สิทธิเกินส่วน คือ ถ้าเข้าหลักเกณฑ์ข้อใดข้อหนึ่ง ก็จะเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนทันที แต่แม้จะเป็นการกระทำที่ปรับเข้ากับเกณฑ์ทั้งกล่าวทั้ง ๕ ข้อไม่ได้ และศาลเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตอย่างยิ่ง ศาลก็ย่อมที่จะใช้หลักสุจริตเข้ามาช่วยในการตัดสินว่าเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนได้ หลักสุจริตเป็นหลักที่กว้างมากดังกล่าวมาแล้ว ในขณะที่อาจจะมีหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมที่จะใช้กับกรณีการใช้สิทธิเกินส่วนของไทยเพียง ๕ หลัก แต่ในอนาคตอาจมีหลักเกณฑ์อื่นเพิ่มขึ้นอีกก็ได้ การที่จะบัญญัติหลักกฎหมายเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วนนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่ครอบคลุมกรณีของการใช้สิทธิเกินส่วนทุกกรณีจะเป็นไปไม่ได้ การวางแนวที่จะวินิจฉัยก็เช่นเดียวกัน ดังนั้นหลักการใช้สิทธิเกินส่วนนี้ จึงมอบหน้าที่ให้ศาลเป็นผู้ตีความกันว่า กรณีใดบ้างที่เกินส่วน ศาลจะเป็นผู้หาเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เหมาะสมเข้ามาตัดสินแต่ละคดีไป ซึ่งผู้เขียนได้เสนอให้นำหลักเกณฑ์ที่ต่างประเทศใช้กันมาใช้กับกรณีการใช้สิทธิเกินส่วนของไทยได้ แต่ถ้าหากศาลท่านมีความเห็นว่าจะมีหลักเกณฑ์อื่นใดที่เหมาะสมกว่า ก็อาจกำหนดหลักเกณฑ์นั้นขึ้นมาได้ ซึ่งกรณีที่ยอมมอบหน้าที่ให้ศาลเป็นผู้หาเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เหมาะสมเข้ามาตัดสินแต่ละคดีไปนี้ เป็นจุดที่ศาลในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ได้ทำหน้าที่คล้ายศาลของประเทศที่ใช้ระบบ Common Law

โดยสรุปแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๑ ของไทย ที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการใช้สิทธิเกินส่วนไว้ก็มีประโยชน์ในการ

ใช้ลูกของโหว่ของกฎหมาย ซึ่งผู้ใช้สิทธิอาจใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ไม่ถูกต้องสมควร แล้วอ้างว่าตนมีสิทธิกระทำใดโดยชอบ หากไม่มีมาตรา ๔๒๑ นี้ จะทำให้เกิดปัญหาโต้เถียงกันว่า การใช้สิทธิสามารถเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายได้หรือไม่ เมื่อกฎหมายไทยได้บัญญัติมาตรา ๔๒๑ ไว้แล้ว ก็ย่อมไม่มีปัญหาในเรื่องนี้ แต่ปัญหาคือที่ว่า การกระทำอย่างใดบ้างที่เป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแค่จะทำให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งผู้เขียนก็โต้กล่าวเสนอแนะหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมไว้แล้ว

เมื่อมาตรา ๔๒๑ เป็นเพียงบทขยายของมาตรา ๔๒๐ และมาตรา ๔๒๑ มิได้บัญญัติถึงผลของการกระทำไว้ด้วย จึงไม่อาจใช้มาตรา ๔๒๑ ได้ในฐานะที่เป็นบทบัญญัติของความรับผิด การกำหนดให้ต้องรับผิดยังคงอาศัยหลักเกณฑ์ตามมาตรา ๔๒๐ อยู่อีก ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การอ้างความรับผิดในการใช้สิทธิ ซึ่งมีแค่จะทำให้เกิดเสียหายแก่ผู้อื่น หรือการใช้สิทธิเกินส่วน ตามมาตรา ๔๒๑ แต่เพียงอย่างเดียว จึงยังไม่เพียงพอ แต่ที่ถูกต้องแล้วควรอ้างว่า เป็นละเมิดตามมาตรา ๔๒๐ ประกอบมาตรา ๔๒๑ จึงจะสมบูรณ์