

บทที่ 3

เหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายต่างประเทศ

ระบบการหย่าในโลกแบ่งออกเป็น 3 ระบบ คือระบบการหย่าที่ลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด ระบบการหย่าเพื่อเป็นการแก้ไขการสมรสที่แตกสลาย และระบบการหย่าอันเกิดจากการยินยอมของคู่สมรส ซึ่งใช้ทั้งในระบบกฎหมายคอมมอน ลอร์และระบบกฎหมายซีวิล ลอร์

ผู้เขียนมุ่งศึกษาเหตุฟ้องหย่าตามระบบกฎหมายคอมมอน ลอร์ เฉพาะประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และระบบกฎหมายซีวิล ลอร์ในประเทศเยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ ฝรั่งเศส สาธารณรัฐประชาชนจีน ญี่ปุ่น และอิหร่าน ซึ่งประเทศดังกล่าวนี้ล้วนได้รับอิทธิพลจากศาสนาคริสต์ บางประเทศนับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก เว้นแต่ประเทศอิหร่านเท่านั้นที่นับถือศาสนาอิสลามซึ่งอาจมีความเชื่อและรูปแบบของวัฒนธรรมที่แตกต่างออกไป

ศาสนาคริสต์มีความเชื่อว่าครอบครัวเกิดจากความรัก และเพื่อความรักเป็นพระประสงค์ของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของที่ให้ชายหญิงอยู่ด้วยกันด้วยความรัก มิใช่เกิดจากความจำเป็นตามธรรมชาติโดยมีสัญญาตัญญาณเป็นสิ่งชักจูงอย่างสัตว์เดรัจฉาน ดังนั้น คู่สมรสจึงมีสามีหรือภริยาได้เพียงคนเดียว (monogamy) โดยพระเยซูทรงยกย่องให้พิธีสมรสเป็นพิธีศักดิ์สิทธิ์ คือ เมื่อรับศีลสมรสแล้ว สามีภริยานั้นจะกลายเป็นแกนใหม่ของครอบครัวใหม่ มีหน้าที่ที่จะต้องช่วยกันพัฒนาความรักให้มากขึ้น ต้องร่วมกันดูแลบุตรส่งผลให้คู่สมรสจะต้องอยู่ร่วมกันจนกว่าจะจากโลกนี้ไป อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาสนาคริสต์จะไม่อนุญาตให้มีการหย่าร้าง แต่หากมีความจำเป็นที่ถึงขนาดแล้วก็อาจแยกกันอยู่ได้ สำหรับคู่สมรสที่หย่าร้างและสมรสใหม่ถือเป็นผู้ที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของพระศาสนจักรและไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะรับศีลศักดิ์สิทธิ์ต่างๆได้¹

¹ พระเยซูตรัสว่า “ พระผู้สร้างมนุษย์แต่เดิมได้ทรงสร้างเป็นชายและหญิง และตรัสว่าเพราะเหตุนี้มนุษย์จึงต้องละทิ้งบิดา มารดาของตนไปผูกพันอยู่กับภริยา และเขาทั้งสองจะเป็นเนื้อเดียวกัน เขาจะไม่เป็นสองอีกต่อไปแต่จะเป็นเนื้อเดียวกัน ดังนั้นสิ่งที่พระเจ้าได้ทรงผูกพันกันแล้ว อย่าให้มนุษย์ทำให้พรากจากกันเลย เราขอบอกท่านทั้งหลายว่า ผู้ใดหย่าภริยาของตนแล้วไปมีภริยาใหม่ก็ผิดประเวณี และผู้ใดรับหญิงหย่าแล้วนั้นมาเป็นภริยาก็ผิดประเวณีด้วย”

เสรี พงศ์พิศ, ศาสนาคริสต์, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2511), น.229.

ส่วนศาสนาอิสลามเชื่อว่าอัลลอฮ์คือพระเจ้าผู้สร้างโลก และเป็นผู้แต่งตั้งศาสนทูต เพื่อทำหน้าที่สั่งสอนผู้คนให้รู้จักพระเจ้าที่แท้จริง และปฏิบัติตามข้อบัญญัติของพระองค์ตามที่ปรากฏในคัมภีร์อัล-กุรอาน ซึ่งเป็นคำสอนที่อัลลอฮ์ได้กำหนดให้แก่มวลมนุษยชาติในโลกนี้ ศาสนาอิสลามยึดถือคัมภีร์สำคัญทางศาสนาว่าเปรียบเสมือนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้น ในกรณีของการหย่าจึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอิสลาม²

3.1 เหตุฟ้องหย่าตามระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์

3.1.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษในสมัยที่ใช้กฎหมายแองโกล-แซกซอน (the anglo - saxon law) ยอมรับให้มีการหย่าโดยความยินยอม และการหย่าโดยเหตุที่ภริยากระทำชู้ได้ กระทั่งในยุคต้นศตวรรษที่10 ประเทศอังกฤษถูกยึดครองโดยชาวนอร์แมน (The Norman) แต่กฎหมายแองโกล-แซกซอนยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไป เว้นแต่เฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสและการหย่าที่นำเอากฎหมายศาสนา (the canon law) มาใช้บังคับ³ ทำให้แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องการสมรสในประเทศอังกฤษได้รับอิทธิพลมาจากศาสนาคริสต์ นิกายโรมันคาทอลิกเป็นสำคัญ โดยเชื่อว่าการสมรสเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของพระเจ้าเป็นเจ้าของ ซึ่งคู่สมรสไม่อาจถูกทำลายหรือทำให้สิ้นสุดลงได้ตราบนานกาลทั้งฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตายจากกันไป ดังนั้น ในระยะแรกของกฎหมายอังกฤษจึงได้รับรองหลักการสมรสที่ไม่อาจล้มเลิกได้ (The indissolubility of valid marriage)⁴ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับเหตุฟ้องหย่าเป็นอย่างมาก แม้แต่ในเรื่อง “การกระทำชู้” นักกฎหมายมีความเห็นแบ่งออกเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายซึ่งเป็นความเห็นของคนส่วนใหญ่ในประเทศอังกฤษเห็นว่า การกระทำชู้ถือเป็นเหตุหย่าลักษณะเด็ดขาด แต่ในปี ค.ศ.1602 ในคดี Rye v. Fuliambe ปรากฏว่าอาร์คบิชอปแห่งแคนเทอร์เบอรี (Whitgift) ได้ประกาศว่าการมีชู้เป็นเพียง

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น. 5.

³ มานิตย์ วงศ์เสรี, “สัญญาหย่า : วิเคราะห์ลักษณะและขอบเขต”, (วิทยานินธ์ มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.11.

⁴ Brenda M Hoggett and David S pearl, The Family Law and Society Case Material, 3rd edition (London: Butterworths, 1991), p.185.

เหตุเพื่อให้แยกกันอยู่เท่านั้น (divorce a mensa et thoro)⁵ ซึ่งมีผลเพียงสามีภริยาแยกกันอยู่ แต่ไม่ได้ทำให้การสมรสนั้นสิ้นสุดแต่อย่างใด⁶ จากกรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายอังกฤษแต่เดิมนั้น ขาดความชัดเจนและไม่มีความหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับเหตุฟ้องหย่า

เนื่องจากศาลศาสนาไม่มีอำนาจในการทำให้การสมรสสิ้นสุดลงด้วยการหย่า และศาลของฝ่ายอาณาจักร (the secular court) ปฏิเสธที่จะเข้ามายุ่งเกี่ยวกับอำนาจของศาลศาสนา รัฐสภาจึงเข้ามามีบทบาทในการทำให้ความผูกพันในทางสมรสสิ้นสุดลง โดยการแทรกแซงในกระบวนการอำนาจนิติบัญญัติ⁷ ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1857 หากสามีภริยาประสงค์จะหย่าขาดจากกันโดยเด็ดขาดอาจทำได้โดยการหย่าผ่านรัฐสภาเพื่อออกเป็นพระราชบัญญัติโดยเฉพาะ ซึ่งเป็นวิธีการที่เข้มงวดและเฉพาะคนรวยเท่านั้นที่สมประโยชน์ จนกระทั่งปี ค.ศ. 1857 จึงได้มีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกที่บัญญัติถึงเหตุหย่าขึ้น เรียกว่า Matrimonial Causes Act 1857 โดยกำหนดให้ศาลที่พิจารณาคดีหย่า (divorce court) เป็นผู้ที่มีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการหย่าแทนที่ศาลศาสนา (the ecclesiastical court) โดยเหตุแห่งการหย่าตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิดเกี่ยวกับชีวิตสมรส (the matrimonial offence)⁸ โดยผลของกฎหมายฉบับนี้ได้รับรองเหตุฟ้องหย่าไว้เพียงเหตุเดียว คือ “กระทำชู้” เท่านั้น นอกจากนี้

⁵ Pollock and Maitland, The history of England Law Vol.II (Great Britain: Cambridge University Press, 1968), p.393.

⁶ กฎหมายศาสนานิติบัญญัติให้อำนาจศาลศาสนา (the ecclesiastical courts) กำหนดขอบเขตของสัญญาสมรสในกรณีที่คู่สมรสกระทำชู้ (adultery) โดยศาลศาสนามีอำนาจพิพากษาให้คู่สมรสนั้นแยกกันอยู่ได้ (divorce a mensa et thoro) โดยเรียกว่าการหย่าแบบ divorce a mensa et thoro หรือ divortium semiplenum ซึ่งในปัจจุบันเรียกว่า judicial separation หรือการแยกกันอยู่โดยคำพิพากษาศาล อันมีผลเพียงคู่สมรสนั้นแยกที่อยู่จากกันเท่านั้น แต่ไม่มีผลทำให้สถานะทางการสมรสสิ้นสุดลง คู่สมรสแต่ละฝ่ายจึงไม่อาจสมรสใหม่ได้

ดู มานิตย์ วงศ์เสรี, เพ็ญอ้อาง เชิงอรุณที่ 3, น. 83.

⁷ Brenda M Hoggett and David S pearl, *supra note 4*, p.186.

⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เหตุฟ้องหย่า การศึกษาเปรียบเทียบในเชิงประวัติศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร: 2543), น.61.

คู่สมรสฝ่ายที่ประสงค์จะหย่าต้องไม่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นด้วย (free from guilt) และศาลต้องพิจารณาจนเห็นสมควรว่าการขอหย่านี้มิได้เกิดจากการสมรู้ร่วมคิดระหว่างคู่สมรส เพื่อต้องการหลีกเลี่ยงการบังคับชำระหนี้ในสินสมรสนั้น⁹ อย่างไรก็ตาม Matrimonial Causes Act 1857 ยังคงบ่งพร่องในเรื่องของหลักการของกฎหมาย เนื่องจากมีเนื้อหาที่แสดงถึงความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง กล่าวคือ สิทธิของคู่สมรสฝ่ายชายในการฟ้องหย่า อาศัยเหตุอันเนื่องมาจากภริยาประพฤติผิดประเวณีเท่านั้น (on the ground of adultery alone) แต่หากฝ่ายภริยาต้องการฟ้องหย่าสามีอันเนื่องมาจากการประพฤติผิดประเวณี จะต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงอื่นประกอบด้วย เช่น ข้อเท็จจริงที่ว่าสามีได้ร่วมประเวณีกับพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกับสามี (incest) หรือสามีสมรสซ้อน (bigamy) หรือสามีกระทำความทารุณโหดร้าย (cruelty) หรือมีความวิปริตอื่นใด (unnatural offence)¹⁰ เป็นเหตุให้ในปี ค.ศ.1923 รัฐสภาอังกฤษได้บัญญัติกฎหมาย The Matrimonial Causes Act 1923 ขึ้น เพื่อกำหนดสิทธิให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันในการฟ้องหย่าอันเนื่องมาจากการประพฤติผิดประเวณี ต่อมา A.P. Herbert ได้เสนอกฎหมายที่เรียกว่า Matrimonial Causes Act 1937 ที่ได้มีการขยายขอบเขตของเหตุฟ้องหย่า นอกเหนือไปจากการกระทำชู้ (adultery) โดยกฎหมายรับรองให้คู่สมรสสามารถฟ้องหย่าอีกฝ่ายได้หากมีการกระทำทารุณโหดร้าย (cruelty) การจงใจละทิ้งร้างเป็นระยะเวลา 3 ปี (desertion for three years) และการเป็นคนวิกลจริตอย่างมีอาจรรักษาหายได้ (supervening incurable insanity)¹¹ ซึ่งเห็นได้ว่านอกจาก Matrimonial Causes Act 1937 จะยังคงไว้ในหลักการ “ความผิดของชีวิตสมรส” แล้ว ยังได้เริ่มผ่อนคลายนความเข้มงวดโดยอนุญาตให้คู่สมรสสามารถฟ้องหย่าได้แม้ว่าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ได้กระทำความผิดก็ตาม ดังที่ปรากฏในเหตุหย่ากรณีการเป็นคนวิกลจริตอย่างมีอาจรรักษาหายได้อันเป็นผลมาจากแนวคิดตามหลักปราศจากความผิด (no fault theory) ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายอังกฤษได้ยอมรับแนวความคิดที่ว่าเหตุฟ้องหย่าไม่จำเป็นต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานความผิดของคู่สมรสเสมอไป

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สภาพสังคมมีการเปลี่ยนแปลงอย่างมากโดยเฉพาะในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรม เกิดแนวคิดใหม่ว่าการสมรสและการหย่าร้างที่แท้จริงแล้วนั้น มิได้เกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจของพระเจ้าเป็นเจ้า หากแต่เป็นเรื่องของมนุษย์เป็นผู้กระทำขึ้น ทำให้มีสถิติการหย่าร้างเพิ่มมากขึ้นอันเป็นผลมาจากหลักที่ว่า การหย่าถือเป็นมาตรการลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่

⁹ มานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.14-15.

¹⁰ เพิ่งอ้าง, น.15.

¹¹ เพิ่งอ้าง, น.15-16.

กระทำความผิด (the matrimonial offence principle) และด้วยสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป คู่สมรสมีการตกลงสมรู้ร่วมคิดเกี่ยวกับเหตุหย่าที่กล่าวอ้างล่วงหน้าก่อนที่จะมาฟ้องหย่าต่อศาล แม้ว่าต่อมาจะได้มีการบัญญัติกฎหมายออกมาเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจใน การปฏิเสธไม่ให้มีการหย่า ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายที่ประสงค์จะหย่าได้มีส่วนกระทำความผิดตามกฎหมายครอบครัวก็ตาม แต่ก็มิได้เป็นการคุ้มครองประโยชน์สุขของคู่สมรส เพราะการปฏิเสธของศาลที่ไม่ให้มีการหย่า นั้น ไม่ได้เป็นการแก้ไขปัญหาคอรัวแต่อย่างใด กลับเป็นการทำให้ชีวิตสมรสที่แตกสลายแล้วจำต้องฝืนอยู่ด้วยกันต่อไป¹² ต่อมารัฐสภาจึงได้ออกกฎหมายบังคับใช้ที่เรียกว่า The Divorce Reform Act 1969 ตามแนวคิดที่ว่า การหย่าอาจมิได้ หากชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายลงอย่างไม่อาจฟื้นคืนดีได้อีก โดยมีการแต่งตั้งคณะกรรมการสองชุดเพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการหย่า คือ The Archbishop Group ซึ่งแต่งตั้งโดย The Archbishop of Canterbury และ The Law Commission ส่งผลให้มีการปฏิรูปเหตุหย่า จากหลักเดิมที่ว่าด้วยทฤษฎีความผิด (The Matrimonial Offence Principle หรือ The Fault Theory) เปลี่ยนไปสู่ทฤษฎี การแตกสลายของชีวิตสมรส (The Breakdown Theory) ตามกฎหมายฉบับนี้ ได้มีการยกเลิกเหตุฟ้องหย่าตามหลักความผิดเดิมทั้งหมด คงเหลือเหตุหย่าเพียงเหตุเดียว คือ การสมรสได้แตกสลายลงอย่างไม่อาจฟื้นคืนดีได้อีก (The Marriage has broken down irretrievably)¹³ โดยกฎหมายฉบับนี้ถือเป็นการประนีประนอมระหว่าง Archbishop's Committee กับ The Law Commission ที่สนับสนุนให้มีการหย่าบนพื้นฐานความคิดเรื่อง “การสมรสที่แตกสลายอย่างสิ้นเชิง” อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับดังกล่าวยังคงไว้ซึ่งอิทธิพลของความคิดเรื่อง “หลักความผิดของคู่สมรส” โดยนำมาเป็นเงื่อนไขในการฟ้องหย่า และได้รับเอาอิทธิพลของความคิดในเรื่อง “การสมรสที่แตกสลายอย่างสิ้นเชิง” มาด้วยดังที่ปรากฏในเงื่อนไขการฟ้องหย่าที่เพิ่มเติมเข้ามา คือ การที่คู่สมรสสมัครใจแยกกันอยู่ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายอังกฤษได้เปิดโอกาสให้คู่สมรสอ้างเป็นเหตุหย่าได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงความผิดของคู่สมรสเลย¹⁴

กฎหมายครอบครัวอังกฤษได้มีการปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ โดยตรา The Matrimonial Causes Act 1973 กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการหย่าเพิ่มขึ้นว่า แม้คู่สมรสฝ่ายที่

¹² เพิ่งอ้าง, น.17-18.

¹³ เพิ่งอ้าง, น. 21.

¹⁴ Chloras, The Reform of Family Law in Europe, (The Netherlands: Kluwer,1978), p.54.

ประสงค์จะหย่าสามารถนำสืบข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งในห้าประการตามที่กำหนดไว้ได้ แต่ศาลยังไม่พิพากษาให้มีการหย่าขาดจากกันทันที โดยอาศัยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. เพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐ (queen's practor) หรือผู้มีส่วนได้เสียสามารถตรวจสอบคำพิพากษาชั่วคราว (decree nisi) และอาจนำสืบข้อเท็จจริงให้ศาลเห็นว่ากรณีไม่ควรมีคำพิพากษาเด็ดขาด (decree absolute)

2. เพื่อให้โอกาสคู่สมรสในการกลับคืนดีกัน (reconciliation)

3. เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์ โดยศาลจะไม่พิพากษาให้มีการหย่าเด็ดขาดจนกว่าศาลจะเห็นสมควรว่ามีการดำเนินการเพื่อการใช้อำนาจปกครองบุตร (custody) การอุปการะเลี้ยงดู (maintainance) และการให้การศึกษาอบรม (education) เพื่อประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์อย่างแท้จริง (มาตรา 41)

ดังนั้น ศาลจะมีคำพิพากษาชั่วคราว (decree nisi) จนกว่าระยะเวลาหกเดือนนับแต่ศาลมีคำพิพากษาชั่วคราวจะผ่านพ้นไป จึงจะมีคำพิพากษาเด็ดขาด (decree absolute) ให้การหย่ามีผลสมบูรณ์¹⁵

ปัจจุบันกฎหมายอังกฤษได้บัญญัติเหตุฟ้องหย่าไว้ใน The Matrimonial Causes Act 1973 โดยในปี ค.ศ.1996 ได้มี The Family Law Act 1996 บังคับใช้เพียงบางส่วน กล่าวคือ ในการร้องขอหย่านั้น The Family Law Act 1996 ได้วางหลักไว้ว่า ผู้ร้องจะต้องทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาลโดยต้องปรากฏเหตุฟ้องหย่าตามที่ The Matrimonial Causes Act 1973 บัญญัติไว้ซึ่งมีเพียงประการเดียวที่ว่าเป็นกรณีที่ชีวิตสมรสได้แตกสลายจนไม่สามารถจะกลับมาคืนดีกันได้อีกต่อไป โดยในการพิสูจน์ถึงกรณีที่ชีวิตสมรสได้แตกสลายนั้น กฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า คู่สมรสที่เป็นฝ่ายยื่นคำร้องขอหย่าจะเป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการนำสืบ เพื่อพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ศาลจึงจะพิพากษาหรือตัดสินให้ว่าชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายจนไม่สามารถจะกลับมาคืนดีกันได้อีก ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งที่ผู้ร้องมีภาระการพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลนั้นมีอยู่ 5 ประการ¹⁶ กล่าวคือ

¹⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี, อ่างแล้ว เริงอรุณที่ 3, น.54-55.

¹⁶ (s. 1 (1)) The only one ground for divorce is irretrievable breakdown of marriage.

(s. 1 (2)) The petitioner has to satisfy the court of (at least) one of the facts laid down in (a) – (e):

1) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้กระทำชู้ และคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป¹⁷

2) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งประพฤติตนในลักษณะที่ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป¹⁸

3) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้ละทิ้งร้างคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไปเป็นระยะเวลาสองปีติดต่อกัน¹⁹

4) คู่สมรสได้มีการแยกกันอยู่เป็นระยะเวลาสองปีติดต่อกันและคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ตกลงหรือยินยอมที่จะให้ศาลมีคำพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน²⁰

5) คู่สมรสได้มีการแยกกันอยู่จากกันเป็นระยะเวลาห้าปีติดต่อกัน²¹

จากข้อเท็จจริงห้าประการข้างต้นนั้น ถือเป็นเพียงตัวอย่างที่จะใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาเท่านั้น แต่อาจไม่ใช่สิ่งที่จะสามารถยืนยันได้อย่างแน่นอนว่าชีวิตการสมรสนั้นได้แตกสลายจนไม่อาจกลับคืนดีกันได้อีก สำหรับการฟ้องหย่านั้น ฝ่ายที่ประสงค์จะหย่าต้องมีหน้าที่ในการพิสูจน์ให้ศาลได้เห็นถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งในห้าประการดังกล่าวข้างต้น ศาลจึงจะสามารถมีคำพิพากษาให้มีการหย่าได้

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีแม้จะมีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการฟ้องหย่าแล้ว แต่ศาลอาจมีคำสั่งป้องกันการหย่า (an order preventing divorce) ได้ หากปรากฏว่าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบุตรนั้นจะต้องได้รับความยากลำบากอย่างมาก ถ้าการสมรสนั้นได้สิ้นสุดลง²²

¹⁷ (a) that the respondent has committed adultery and the petitioner finds it intolerable to live with the respondent ;

¹⁸ (b) that the respondent has behaved in such a way that the petitioner cannot reasonably be expected to live with the respondent ;

¹⁹ (c) that the respondent has deserted the petitioner for a continuous period of at least two years immediately preceding the presentation of the petition ;

²⁰ (d) that the parties to the marriage have lived apart for a continuous period of at least two years immediately preceding the presentation of the petition and respondent consents to a decree being granted ;

²¹ (e) that the parties to the marriage have lived apart for a continuous period of at least five years immediately preceding the presentation of the petition.

²² S.M.Cretney and J.M.Masson, Principles of Family Law, 6th ed.(London: Sweet and Maxwell,1997), p.326.

พิจารณาเงื่อนไขประการแรก กรณีกระทำชู้ (adultery) หมายถึงการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกันโดยที่มีคู่สมรสของตน ดังนั้น หากเป็นกรณีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันแล้ว ตามกฎหมายครอบครัวอังกฤษไม่ถือเป็นเงื่อนไขแห่งการฟ้องหย่ากรณีกระทำชู้ แต่อาจเข้าเงื่อนไขที่ว่าเป็นความประพฤติที่ไม่เหมาะสม (unreasonable behavior)²³ สำหรับบทบัญญัติกฎหมายครอบครัวอังกฤษที่ว่า “ คู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้กระทำชู้ และคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป ” มีความใกล้เคียงกับการกระทำชู้ของกฎหมายไทย แต่การกระทำชู้ตามกฎหมายอังกฤษไม่ถือว่าเป็นเหตุฟ้องหย่าที่มีลักษณะเด็ดขาด (absolute ground) โดยคู่สมรสฝ่ายที่ประสงค์จะหย่านั้นมีหน้าที่ต้องให้คำชี้แจงต่อศาลด้วยว่าตนไม่อาจทนอยู่ร่วมกับคู่สมรสฝ่ายที่กระทำชู้ได้อีกต่อไป (intolerability) หรืออาจกล่าวได้ว่าการกระทำชู้นั้นเป็นผลโดยตรงที่ทำให้คู่สมรสฝ่ายที่ประสงค์จะหย่าไม่อาจทนอยู่ร่วมกับคู่สมรสฝ่ายที่กระทำชู้ได้อีก ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่จะพิสูจน์ว่าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไปนั้น เป็นเรื่องที่ยื่นอยู่กับความรู้สึกนึกคิดของแต่ละบุคคล ไม่มีบรรทัดฐานที่แน่นอนซึ่งเป็นการยากในการพิจารณาตัดสินของศาล แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าแม้คู่สมรสฝ่ายที่ประสงค์จะหย่าได้ทราบถึงการกระทำชู้ดังกล่าวแล้วแต่ยังคงอยู่ร่วมกับคู่สมรสฝ่ายที่กระทำชู้ต่อไป หากในเวลาถัดมาคู่สมรสฝ่ายที่ประสงค์จะหย่าได้แยกไปอยู่กับชายอื่น ศาลอังกฤษจะไม่พิพากษาให้หย่าขาดจากการสมรส เนื่องจากมิใช่เป็นเหตุโดยตรงจากการที่สามีกระทำชู้แล้ว²⁴ ผู้เขียนขอกกล่าวโดยสรุปว่า ภาวะในการพิสูจน์ของคู่สมรสฝ่ายที่ประสงค์จะหย่าในอันดับแรก คือ ภาวะในการพิสูจน์ว่าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้กระทำชู้ และต้องนำสืบในอันดับต่อไปว่าการกระทำชู้ดังกล่าวเป็นเหตุให้ตนไม่อาจทนอยู่ร่วมกับคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดได้อีกต่อไป หากนำสืบไม่ได้ว่าคู่สมรสฝ่ายที่ถูกฟ้องได้กระทำชู้จริง ก็ไม่มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยในข้อชี้แจงถึงเหตุที่ทำให้โจทก์ไม่อาจทนใช้ชีวิตสมรสได้อีกต่อไป

อนึ่ง ในปัจจุบันกฎหมายอังกฤษได้ยอมรับความเบี่ยงเบนทางเพศมากขึ้น โดยการออกกฎหมายเฉพาะที่ชื่อ The Civil Partnership Act 2004²⁵ ซึ่งมีผลบังคับใช้นับแต่วันที่ 5

²³ “Divorce in England : Adultery”, <http://www.terry.co.uk/divorce2.html>, 30 January 2009.

²⁴ Andrews, THE LAW QUARTERLY REVIEW, vol 11, p.390, (July 1961),.

²⁵ “Civil Partnerships: A quick guide to registering a civil partnership”, <<http://www.gro.gov.uk/gro/content/civilpartnerships/>>, 16 May 2009.

ธันวาคม ค.ศ. 2005 เป็นต้นไป เพื่อเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่รักร่วมเพศภายในประเทศอังกฤษและเวลส์ ซึ่งผลของการออกกฎหมายฉบับนี้มิได้มีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับการสมรสตามกฎหมายครอบครัวอังกฤษที่มีอยู่เดิม ดังนั้นกฎหมายครอบครัวอังกฤษจึงยังเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น สำหรับผลทางกฎหมายของการจดทะเบียนระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันตาม The Civil Partnership Act 2004 นั้น กฎหมายรับรองให้มีสถานะเป็น “หุ้นส่วนชีวิต” ซึ่งมีสิทธิและหน้าที่คล้ายกับคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัวอังกฤษ รวมไปถึงกรณีการยุติการเป็นหุ้นส่วนชีวิต (dissolution) ที่เทียบเท่าได้กับการหย่า (divorce) ด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ายังคงมีประเด็นที่น่าพิจารณา คือ The Civil Partnership Act 2004 จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการในเรื่องการหย่า กรณีกระทำหรือไม่ ที่จากเดิมกฎหมายครอบครัวอังกฤษวางหลักว่าเหตุหย่ากรณีกระทำคู่สมรสจะต้องเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกันโดยที่มีใช้คู่สมรสของตนเท่านั้น หากเป็นความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันย่อมไม่ใช่การกระทำคู่สมรสซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการพิจารณาการกระทำคู่สมรสที่น่าจะยังคงเป็นไปตามหลักการเดิมที่ว่าต้องเป็นความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกันโดยที่มีใช้คู่สมรสของตนเท่านั้น แม้ว่ากฎหมายจะให้การรับรองสถานะของคู่รักร่วมเพศให้มีสิทธิเช่นเดียวกับคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัวก็ตาม ด้วยเหตุผลที่ว่ากรณีสถานะของคู่รักร่วมเพศดังกล่าวไม่น่าจะถือเป็นกรณีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายครอบครัว จึงน่าจะไม่มีผลต่อหลักการในเรื่องของการกระทำคู่สมรสแต่อย่างใด แต่สำหรับในประเด็นในกรณี “หุ้นส่วนชีวิต” ไปมีความสัมพันธ์ทางคู่สมรสกับบุคคลอื่นซึ่งมิใช่คู่ของตน ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีเพศเดียวกันหรือเพศตรงข้ามก็ตาม จะถือว่าเป็นการกระทำคู่สมรสได้หรือไม่นั้น ยังไม่มีความเห็นเป็นที่ยุติ ซึ่งโดยความเห็นส่วนตัวของผู้เขียน เห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่น่าจะถือเป็นการกระทำคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัวได้ เนื่องจากสถานะของคู่รักร่วมเพศได้รับการรับรองจากบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะ คือ The Civil Partnership Act 2004 ที่ให้คู่รักร่วมเพศมีสถานะดังเช่น “หุ้นส่วนชีวิต” มิใช่เป็นการรับรองจากกฎหมายครอบครัว ซึ่งใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิง อีกทั้ง The Civil Partnership Act 2004 ก็ได้กำหนดวิธีการสิ้นสุดความสัมพันธ์ของความเป็นหุ้นส่วนชีวิตไว้โดยเฉพาะแล้ว

3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การสิ้นสุดการสมรสของประเทศสหรัฐอเมริกามีอยู่ 3 ประการ กล่าวคือ ความตายของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (the death of one of the spouses) กรณีที่การสมรสถูกเพิกถอน (annulment) และการหย่า (divorce) สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าของประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวคิดเช่นเดียวกับกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ได้รับความเชื่อจากศาสนาคริสต์ ว่าการสมรสเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ กระทั่งหลังจากยุคปฏิรูปศาสนา ความเชื่อดังกล่าวได้เปลี่ยนไป เกิดการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองว่าการสมรสสามารถสิ้นสุดลงได้ โดยอาศัยรัฐสภาในการออกกฎหมายพิเศษที่ให้อำนาจบุคคลที่จะหย่าและสมรสใหม่ได้²⁶ อย่างไรก็ตาม วิธีการดังกล่าวเสียค่าใช้จ่ายสูงและเป็นประโยชน์เฉพาะกับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเท่านั้น ต่อมา ฝ่ายนิติบัญญัติได้อนุญาตให้ตรากฎหมายให้อำนาจศาลในการพิจารณาและตัดสินในคดีหย่าได้ โดยอาศัยเหตุหย่าซึ่งล้วนแต่ตั้งอยู่บนหลักความผิด เช่น การประพฤติผิดประเวณี (adultery) การประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงและโหดร้าย (gross misbehaviour and wickedness) การฝ่าฝืนข้อตกลงในการสมรส (violation of the marriage covenant) สำหรับเหตุฟ้องหย่าที่รัฐส่วนใหญ่นำไปบังคับใช้มีอยู่ 4 ประการ กล่าวคือ²⁷

1. การประพฤติผิดประเวณี (adultery)
2. การกระทำทารุณโหดร้าย (cruelty)
3. การละทิ้งร้าง (desertion)
4. การจำคุกเนื่องจากการกระทำความผิดทางอาญา (imprisonment) ที่มีระยะเวลาจำคุกห้าปี หรือมากกว่า

มลรัฐส่วนมากในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการหย่าภายหลังจากที่สหรัฐอเมริกาได้ประกาศอิสรภาพจากประเทศอังกฤษเมื่อปี ค.ศ. 1780 อันเนื่องมาจากสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศขนาดใหญ่ มีการแบ่งเขตการปกครองออกเป็นหลายมลรัฐ กฎหมายในแต่ละมลรัฐจึงแตกต่างกันไป บางมลรัฐมีมูลเหตุในการหย่าทั้งหลักความผิดและหลักปราศจากความผิด เช่น มลรัฐจอร์เจีย มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ เป็นต้น ขณะที่บางมลรัฐกำหนดเหตุหย่าตามหลักปราศจากความผิดเท่านั้น เช่น มลรัฐอริโซนา มลรัฐไอโอวา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม

²⁶ William J.O'Donnell and David A.Jones, The Law of Marriage and Marital Alternatives, (U.S.A.:Lexingtonbooks,1982), p.116.

²⁷ *Ibid*, p.117.

มีการออกกฎหมายต้นแบบ (uniform laws) ที่ชื่อ The Uniform Marriage and Divorce Act หรือ UMDA โดยแนะนำให้แต่ละมลรัฐรับเอากฎหมายต้นแบบดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับภายในรัฐของตน ทั้งนี้ เหตุแห่งการหย่าที่ยอมรับกันทั่วไปในกฎหมายของมลรัฐต่างๆ คือ การผิดประเวณี การทารุณโหดร้าย การละทิ้ง การติดยาเมา และการเพิกเฉยต่อหน้าที่สามีภรรยา ส่วนเหตุแห่งการหย่าที่ยอมรับกันในบางมลรัฐ คือ การข่มขู่ การตั้งคำพิพากษาให้จำคุก การสำคัญผิดในตัวคู่สมรสที่ทำให้การสมรสเป็นโมฆียะ การมีอารมณ์เข้ากันไม่ได้ วิกัจจริต การแยกกันอยู่ เป็นต้น²⁸ แม้ในปัจจุบันการหย่าโดยปราศจากความผิดได้รับการยอมรับว่าเป็นการแก้ไขปัญหาคดีที่ดีที่สุดในการที่ความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยาได้สิ้นสุดลงไปแล้ว แต่ยังคงมีความเห็นแย้งว่าการหย่าโดยปราศจากความผิดนั้น อาจทำลายเศรษฐกิจครอบครัว และความผาสุกของบุตรของคู่สมรส²⁹

ด้วยเหตุที่สหรัฐอเมริกา มีการปกครองในรูปมลรัฐ ซึ่งแต่ละมลรัฐย่อมมีกฎหมายแตกต่างกันไป ผู้เขียนจึงขอศึกษาเพียงบางมลรัฐในกรณีเหตุฟ้องหย่าอันเนื่องมาจากการประพฤติผิดประเวณี กล่าวคือ มลรัฐหลุยส์เซียน่า นิวเจอร์ซีย์ เวอร์จิเนีย แมรี่แลนด์ อลาสกา และไฮดาโฮ

3.1.2.1 มลรัฐหลุยส์เซียน่า

เหตุฟ้องหย่าในกฎหมายมลรัฐหลุยส์เซียน่า แบ่งออกเป็น 2 หลัก คือ หลักความผิด (fault theory) และหลักปราศจากความผิด (no fault theory) ซึ่งเหตุฟ้องหย่ามีทั้งหมด 4 ประการ กล่าวคือ

(1) สามีภรรยาแยกกันอยู่เป็นระยะเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 180 วัน ภายหลังจากที่ได้มีการส่งคำฟ้องหย่าให้กับอีกฝ่ายหนึ่ง³⁰

²⁸ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), น. 360.

²⁹ Bea Vershraegen, Persons and Family, (Martinus Nijhoff press, 2004), pp. 3-4.

³⁰ Article 102 judgment of divorce; living apart one hundred eighty days prior to rule.

(2) สามีหรือภริยาแยกกันอยู่เป็นระยะเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่าหกเดือน ก่อนที่จะมีการยื่นคำฟ้องหย่าต่อศาล³¹

(3) สามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำชู้³²

(4) สามีหรือภริยาได้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงและถูกศาลพิพากษาให้รับโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกเป็นระยะเวลานาน³³

กฎหมายในมลรัฐหลุยส์ เชียน่าถือว่าการหย่าร้างเพียงแต่สัมผัสทางกายในเชิงชู้สาวบ่อยครั้ง อาจถือเป็นการกระทำชู้ได้ แม้ว่าจะมิได้มีการร่วมประเวณีกันก็ตาม แต่สำหรับกรณีที่มีเพศสัมพันธ์กับบุคคลเพศเดียวกัน หรือการที่ภริยาผสมน้ำเชื้อสุจิเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากสามีนั้น ยังคงเป็นประเด็นถกเถียงว่าอาจถือเป็นการกระทำชู้หรือไม่ และแม้ว่าในกรณีดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการประพฤตชั่ว แต่กฎหมายของมลรัฐหลุยส์ เชียน่ามิได้บัญญัติให้การประพฤตชั่วดังกล่าวเป็นเหตุฟ้องหย่าได้

Except in the case of a covenant marriage) a divorce shall be granted upon motion of a spouse when either spouse has filed a petition for divorce and upon proof that one hundred eighty days have elapsed from the service of the petition , or from the execution of written waiver of the service, and that the spouses have lived separate and apart continuously for at least one hundred eighty days prior to the filling of the rule to show cause.

The motion shall be a rule to show cause filed after all such delays have elapsed.

³¹ Article 103 judgment of divorce; other grounds

Except in the case of a covenant marriage, a divorce shall be granted on the petition of a spouse upon proof that: (1) the spouse have been living separate and apart continuously for a period of six months or more on the date the petition is filed;...

³² Article 103 judgment of divorce; other grounds

(2) the other spouse has committed adultery;

³³ Article 103 judgment of divorce; other grounds

(3) the other spouse has committed a felony and has been sentenced to death or imprisonment at hard labor.

3.1.2.2 มลรัฐนิวยอร์ก

เหตุหย่าของกฎหมายมลรัฐนิวยอร์ก มีทั้งเหตุหย่าตามหลักความผิด (fault theory) และหลักปราศจากความผิด (no fault theory) ซึ่งถือว่ามีความเข้มงวดอย่างมาก โดยปรากฏใน Domestic Relations Law มาตรา 170 มีทั้งสิ้น 6 ประการ³⁴ กล่าวคือ

³⁴ Section 170 action for divorce. An action for divorce may be maintained by a husband or wife to procure a judgment divorcing the parties and dissolving the marriage on any of the following grounds;

(1) The cruel and inhuman treatment of the plaintiff by the defendant such that the conduct of the defendant so endangers the physical or mental well being of the plaintiff as renders it unsafe or improper for the plaintiff to cohabit with the defendant.

(2) The abandonment of the plaintiff by the defendant for a period of one or more years.

(3) The confinement of the defendant in prison for a period of three or more consecutive years after the marriage of plaintiff and defendant.

(4) The commission of an act of adultery, provided that adultery for the purposes of articles ten, eleven and eleven- a of this chapter, is hereby defined as the commission of an act of sexual or deviate sexual intercourse, voluntarily performed by the defendant, with a person other than the plaintiff after the marriage of plaintiff and defendant. Deviate sexual intercourse includes, but not limited to, sexual conduct as defined in subdivision two of section 130.00 and subdivision three of section 130.20 of the penal law.

(5) The husband and wife have lived apart pursuant to a decree or judgment of separation for a period of one or more years after the granting of such decree or judgment, and satisfactory proof has been submitted by the plaintiff that he or she has substantially performed all terms and conditions of such decree or judgment.

(6) The husband and wife have lived separate and apart pursuant to a written agreement of separation, subscribed by the parties there to and acknowledged or proved in the form required to entitle a deed to be recorded, for a period of one or

- (1) กระทำทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม
- (2) ละทิ้งร้างไปเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี
- (3) ถูกจำคุกเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามปีหลังจากมีการสมรส
- (4) กระทำชู้
- (5) แยกกันอยู่ตามคำสั่งศาลเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี และโจทก์ได้พิสูจน์จนเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าตนได้ปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำพิพากษาศาลครบถ้วน
- (6) แยกกันอยู่ตามสัญญาแยกกันอยู่ที่ได้ทำเป็นหนังสือยื่นต่อศาลเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี และโจทก์ได้พิสูจน์จนเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าตนได้ปฏิบัติตามสัญญาแยกกันอยู่ครบถ้วน

สำหรับการกระทำชู้ (adultery) ตามกฎหมายมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ต้องถึงขนาดที่มีการร่วมประเวณีกันโดยสมัครใจของคู่สมรสกับบุคคลอื่นซึ่งมีเพศตรงกันข้าม โดยที่คู่สมรสอีกฝ่ายมิได้ยินยอม หากเป็นเพียงการล่วงเกินทางชู้สาวไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำชู้ได้

3.1.2.3 มลรัฐเวอร์จิเนีย

กฎหมายของมลรัฐเวอร์จิเนียได้แบ่งประเภทของการหย่าออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทแรก การขาดจากการกินอยู่หลับนอนร่วมกัน หรือ การแยกกันอยู่ตามกฎหมาย (divorce from bed and board) โดยอาศัยมูลเหตุตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ ได้แก่ การจงใจ

more years after the execution of such agreement and satisfactory proof has been submitted by the plaintiff that he or she has substantially performed all the terms and conditions of such agreement. Such agreement shall be filed in the office of the clerk of the county wherein either party resides. In lieu of filing such agreement, either party to such agreement may file a memorandum of such agreement, which memorandum shall be similarly subscribed and acknowledged or proved as was the agreement of separation and shall contain the following information: (a) the names and addresses of each of the parties, (b) the date of marriage of the parties, (c) the date of the agreement of separation and (d) the date of this subscription and acknowledgement or proof of such agreement of separation.

ละทิ้งร้าง การกระทำทารุณโหดร้าย และความกลัวที่จะถูกอีกฝ่ายหนึ่งทำร้ายร่างกาย³⁵ ซึ่งในช่วงระยะเวลาที่แยกกันอยู่ตามกฎหมาย สามีภริยายังไม่สามารถสมรสใหม่ได้ ส่วนประเภทที่สอง การหย่าจากความผูกพันของการเป็นสามีภริยา (divorce from the bond of matrimony) เป็นการหย่าที่มีลักษณะเด็ดขาดโดยสิ้นเชิง ซึ่งเหตุที่จะขอให้มีการหย่าโดยเด็ดขาดมี 3 ประการ³⁶ ได้แก่

- (1) การกระทำผู้ รวมทั้งการร่วมประเวณีโดยวิตถาร
- (2) การกระทำความผิดอาญาร้ายแรง
- (3) การแยกกันอยู่โดยสมัครใจเกินกว่าหนึ่งปี แต่ถ้าหากสามีภริยาได้ทำสัญญา

³⁵ 20-91. Grounds for divorce from bond of matrimony; contents of decree.

A. A divorce from the bond of matrimony may be decreed:

(6) Where either party has been guilty of cruelty, caused reasonable apprehension of bodily hurt, or willfully deserted or abandoned the other, such divorce may be decreed to the innocent party after a period of one year from the date of such act; or

³⁶ 20-91. Grounds for divorce from bond of matrimony; contents of decree.

A. A divorce from the bond of matrimony may be decreed:

(1) For adultery; or for sodomy or buggery committed outside the marriage;

(3) Where either of the parties subsequent to the marriage has been convicted of a felony, sentenced to confinement for more than one year and confined for such felony subsequent to such conviction, and cohabitation has not been resumed after knowledge of such confinement (in which case no pardon granted to the party so sentenced shall restore such party to his or her conjugal rights);

(9) (a) On the application of either party if and when the husband and wife have lived separate and apart without any cohabitation and without interruption for one year. In any case where the parties have entered into a separation agreement and there are no minor children either born of the parties, born of either party and adopted by the other or adopted by both parties, a divorce may be decreed on application if and when the husband and wife have lived separately and apart without cohabitation and without interruption for six months.

การแยกกันอยู่ และไม่มีบุตรผู้เยาว์ที่เกิดแต่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย หรือบุตรบุญธรรมที่เป็นผู้เยาว์ ระยะเวลาที่กฎหมายบังคับจะลดลงจากหนึ่งปีเป็นหกเดือน

3.1.2.4 มลรัฐแมริแลนด์

ตามกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าของมลรัฐแมริแลนด์ การหย่าแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ประเภทแรก คือ การหย่าโดยมีข้อจำกัด (limited divorce) คือ การแยกกันอยู่ตามกฎหมาย และประเภทที่สอง คือ การหย่าโดยเด็ดขาด (absolute divorce) อันมีผลทำให้ความสัมพันธ์ฉันสามีภริยานั้นสิ้นสุดลงโดยเด็ดขาด ซึ่งมูลเหตุในการฟ้องหย่าโดยเด็ดขาด ได้แก่³⁷

³⁷ Maryland Code - Family Law Chapter - Section: 7-103) The court may decree an absolute divorce on the following grounds:

- (1) adultery;
- (2) desertion, if: (i) the desertion has continued for 12 months without interruption before the filing of the application for divorce; (ii) the desertion is deliberate and final; and (iii) there is no reasonable expectation of reconciliation;
- (3) voluntary separation, if: (i) the parties voluntarily have lived separate and apart without cohabitation for 12 months without interruption before the filing of the application for divorce; and (ii) there is no reasonable expectation of reconciliation;
- (4) conviction of a felony or misdemeanor in any state or in any court of the United States if before the filing of the application for divorce the defendant has: (i) been sentenced to serve at least 3 years or an indeterminate sentence in a penal institution; and (ii) served 12 months of the sentence;
- (5) 2-year separation, when the parties have lived separate and apart without cohabitation for 2 years without interruption before the filing of the application for divorce;
- (6) insanity if: (i) the insane spouse has been confined in a mental institution, hospital, or other similar institution for at least 3 years before the filing of the application for divorce;

- (1) การกระทำผู้
- (2) การจงใจละทิ้งร้างต่อเนื่องกันไปเป็นระยะเวลา 12 เดือน โดยไม่ได้ติดต่อสัมพันธ์
ฉันสามีภริยา และไม่มีทางกลับคืนกันได้อีก
- (3) การสมัครใจแยกกันอยู่เป็นระยะเวลาเกินกว่า 12 เดือน และไม่มีทางกลับคืนกันได้
- (4) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปีและได้รับโทษ
มาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี
- (5) การเป็นบุคคลวิกลจริตที่ไม่สามารถรักษาหายได้อย่างถาวรเป็นระยะเวลาเกิน
กว่าสามปี
- (6) การเป็นบุคคลที่มีพฤติการณ์ทารุณโหดร้ายเลวทรามน่ารังเกียจ

3.1.2.5 มลรัฐอลาสกา

กฎหมายของมลรัฐอลาสกาได้บัญญัติเหตุหย่าไว้ทั้งตามหลักความผิด และหลัก
ปราศจากความผิด โดยได้มีการกำหนดเหตุหย่าไว้ค่อนข้างละเอียด มีเหตุหย่าอันเนื่องมาจาก
ลักษณะพฤติกรรมของคู่สมรสที่ประพฤติชั่วอันเป็นการเสื่อมเสียต่อชีวิตการสมรสเป็นอาจณไว้
ด้วย ซึ่งเหตุหย่าตามมลรัฐอลาสกามีดังนี้

- (1) การที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มีสภาพร่างกายที่ไม่สามารถร่วมประเวณีกันได้³⁸
- (2) การกระทำผู้³⁹
- (3) การที่คู่สมรสถูกศาลมีคำพิพากษาในคดีอาญา⁴⁰

(7) cruelty of treatment toward the complaining party or a minor child of the
complaining party, if there is no reasonable expectation of reconciliation; or

(8) excessively vicious conduct toward the complaining party or a minor
child of the complaining party, if there is no reasonable expectation of reconciliation.

³⁸ Alaska code AS 25.24.050. Grounds For Divorce.

A divorce may be granted for any of the following grounds:

(1) failure to consummate the marriage at the time of the marriage and
continuing at the commencement of the action;

³⁹ (2) adultery;

(4) การที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งจงใจละทิ้งร้างไปเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 1 ปี⁴¹

(5) การที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีพฤติกรรมโหดร้าย ส่งผลให้สุขภาพร่างกายของคู่สมรสอีกฝ่ายทรุดโทรมและอาจเป็นอันตรายต่อชีวิต หรือมีพฤติกรรมที่น่าอับอายขายหน้าหรือเสื่อมเสียต่อเกียรติยศ หรือการที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายไม่อาจปรับนิสัยให้เข้ากันได้⁴²

(6) การที่คู่สมรสมีนิสัยชอบดื่มสุราเป็นประจำต่อเนื่องกันนับตั้งแต่สมรสเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี⁴³

(7) ยกเลิก⁴⁴

(8) การที่คู่สมรสกลายเป็นบุคคลวิกลจริตไม่อาจรักษาให้หายได้มาแล้วไม่น้อยกว่า 18 เดือน แต่คู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่าโดยอาศัยเหตุนี้ยังคงมีหน้าที่ในการดูแลรักษาคู่สมรสฝ่ายที่วิกลจริตต่อไป⁴⁵

(9) การที่คู่สมรสมีพฤติกรรมเสพติดยาเสพติดให้โทษจำพวกฝิ่น มอร์ฟีน โคเคน หรือจำพวกอื่นที่คล้ายกัน⁴⁶

อนึ่ง แม้ว่ากฎหมายของมลรัฐออลาสก้าจะบัญญัติให้มีการฟ้องหย่าโดยอาศัยเหตุกระทำชำได้ก็ตาม และแม้ว่าจำเลยจะสารภาพว่าได้มีการกระทำชำจริงก็ตาม แต่โดยลำพังเพียง

⁴⁰ (3) conviction of a felony;

⁴¹ (4) willful desertion for a period of one year;

⁴² (5) either

(A) cruel and inhuman treatment calculated to impair health or endanger life;

(B) personal indignities rendering life burdensome; or

(C) incompatibility of temperament;

⁴³ (6) habitual gross drunkenness contracted since marriage and continuing for one year prior to the commencement of the action;

⁴⁴ (7) [Repealed, Sec. 68 ch 127 SLA 1974].

⁴⁵ (8) incurable mental illness when the spouse has been confined to an institution for a period of at least 18 months immediately preceding the commencement of the action; the status as to the support and maintenance of the mentally ill person is not altered in any way by the granting of the divorce;

⁴⁶ (9) addiction of either party, subsequent to the marriage, to the habitual use of opium, morphine, cocaine, or a similar drug.

แค่คำรับสารภาพของจำเลยนั้น ย่อมไม่เป็นการเพียงพอที่ศาลจะรับฟังเพื่อมีคำพิพากษาให้มีการหย่ากันได้⁴⁷ โจทก์ยังคงมีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำชู้ของจำเลยให้ปรากฏแก่ศาลด้วย

3.1.2.6 มลรัฐไอดาโฮ⁴⁸

เหตุหย่าตามกฎหมายของมลรัฐไอดาโฮ ประกอบไปด้วยทั้งเหตุหย่าที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความผิดของคู่สมรสและเหตุหย่าโดยที่คู่สมรสมิได้กระทำผิด สำหรับเหตุหย่าตามหลักความผิด ได้แก่ การกระทำชู้ การที่คู่สมรสมีพฤติกรรมทารุณโหดร้าย การละทิ้งร้างทั้งทางตรงคือการไปจากคู่สมรสโดยมีลักษณะที่ตัดขาดความเป็นสามีภริยา และการทิ้งร้างทางอ้อม คือกรณีที่ไม่ได้มีการจากไปของคู่สมรส แต่มีลักษณะเพิกเฉยต่อกัน ไม่ปฏิบัติต่อกันอย่างสามีภริยา การที่คู่สมรสติดสุรา หรือการที่ถูกศาลมีคำพิพากษาว่ากระทำความผิดอาญา ส่วนเหตุหย่าตามหลักปราศจากความผิด ได้แก่ การเป็นบุคคลวิกลจริต หรือการที่คู่สมรสมีความแตกต่างกันอย่างไม่อาจประนีประนอมต่อกันได้

⁴⁷ AS 25.24.070. Confession of Adultery.

In an action for divorce on the ground of adultery, a confession of adultery is not alone sufficient to justify a judgment of divorce

⁴⁸ Idaho Statutes ;Title 32 Domestic Relation Chapter 6 Divorce -- Grounds and defenses

32-603. Causes for divorce. Divorces may be granted for any of the following causes:

1. Adultery.
2. Extreme cruelty.
3. Wilful desertion.
4. Wilful neglect.
5. Habitual intemperance.
6. Conviction of felony.
7. When either the husband or wife has become permanently insane, as provided in sections 32-801 to 32-805, inclusive.
8. Irreconcilable differences.

เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายของมลรัฐไอดาโฮได้มีการบัญญัติคำนิยามของการกระทำชู้สาวด้วย กล่าวคือ “ การกระทำชู้ หมายถึง การสมัครใจร่วมประเวณีระหว่างบุคคลที่แต่งงานแล้วกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่สามีหรือภริยาของตน”⁴⁹

จากการศึกษากฎหมายของมลรัฐต่างๆในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนได้พบว่าเหตุฟ้องหย่าอันเนื่องมาจากการกระทำชู้ (adultery) ถือเป็นเหตุหย่าทั่วไปที่มลรัฐส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกาให้การรับรองว่าเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ ซึ่งบางมลรัฐในอดีต ถึงกับบัญญัติให้การกระทำชู้เป็นเหตุฟ้องหย่าเพียงเหตุเดียว โดยผู้เขียนเห็นว่าคุณเพราะเป็นเรื่องที่กระทบต่อความผาสุกของครอบครัวและขัดต่อศีลธรรม กฎหมายจึงให้ความสำคัญยอมให้อ้างเป็นเหตุฟ้องหย่าได้นอกจากนี้ กฎหมายในบางมลรัฐ เช่น มลรัฐจอร์เจีย มลรัฐฟลอริดา เป็นต้น⁵⁰ ได้ขยายขอบเขตความหมายของคำว่า “การกระทำชู้” ให้มีความหมายรวมไปถึงการร่วมประเวณีในลักษณะที่เบี่ยงเบน (deviate sexual intercourse) หรือความประพฤติแบบรักร่วมเพศ (homosexual conduct)⁵¹ และกฎหมายในบางมลรัฐ เช่น มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ได้จัดให้การประพฤติผิดประเวณีระหว่างพวกรักร่วมเพศ (homosexuality) ถือเป็นเหตุหย่าตามกฎหมายในเงื่อนไขที่ว่าเป็นการกระทำทารุณโหดร้าย อย่างไรก็ตาม เมื่อสามีหรือภริยาต้องการจะหย่าขาดจากกันโดยการกล่าวอ้างว่าคู่สมรสอีกฝ่ายกระทำชู้ นั้น คู่สมรสฝ่ายที่กล่าวอ้างย่อมต้องมีภาระในการพิสูจน์ถึงการกระทำชู้ด้วย ซึ่งนับว่าเป็นเรื่องยากในการหาหลักฐานเพราะการกระทำชู้มักเป็นเรื่องลับ คู่สมรสจึงแก้ปัญหาดังกล่าวโดยการย้ายไปหย่าที่อื่น (migratory divorce) หรืออาจมีการฉ้อฉลโดยการกระทำชู้แบบจอมปลอม (faking adultery) เช่น ทนายความสร้างสถานการณ์โดยให้ผู้หญิงคนหนึ่ง เข้าไปในโรงแรมกับลูกความของตน และส่งพยานที่ถูกจ้างมาตามเข้าไปในโรงแรมด้วยเพื่อหาพยานหลักฐานใช้ในการฟ้องหย่าด้วย เป็นต้น⁵² ต่อมาปัญหาดังกล่าวได้คลี่คลายและหมดไปในที่สุดเมื่อมีการขยายเหตุฟ้องหย่าในกรณีแยกกันอยู่ขึ้น อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเกี่ยวกับ

⁴⁹ 32-604. Adultery is the voluntary sexual intercourse of a married person with a person other than the offender's husband or wife.

⁵⁰ “New Hampshire High Court Tackles Gay Adultery Question”, <http://www.foxnews.com/story/0,2933,84735,00.html>, 14 May 2009.

⁵¹ Howard L.Bass and M.L.Rein, Divorce Law, The Complete Practical Guide, (U.S.A.:Prentice-Hall.Inc.,1976), p.27.

⁵² S. Jaffer Hussian, Marriage Breakdown and Divorce Law Reform in Contemporary Society, (New Delhi: Concept Publishing Company,1983), pp.27-28.

การกระทำชู้ฉันทันเป็นเหตุฟ้องหย่านั้น มีความแตกต่างกับกฎหมายไทยก่อนแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 ตรงที่ความผิดเกี่ยวกับการกระทำชู้ตามกฎหมายไทยใช้บังคับเพื่อลงโทษเพียงฝ่ายภริยาเท่านั้น โดยกฎหมายรับรองสิทธิให้เฉพาะสามีฝ่ายเดียวที่จะอ้างเป็นเหตุหย่าได้

จากการศึกษาข้างต้น ผู้เขียนพบว่ากรณีความบัพัญญูติกฎหมายเกี่ยวกับกรณีการกระทำชู้ (adultery) ของมลรัฐต่างๆในประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วนใหญ่ให้นิยามความหมายของการกระทำชู้ (adultery) เป็นแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลที่มีเพศตรงกันข้าม ซึ่งมีใช้คู่สมรสของตน หากเป็นความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันแล้ว ย่อมไม่ถือเป็นกรณีการกระทำชู้ ดังเช่น คดีที่ศาลสูงนิวยอร์ก⁵³ ได้มีคำพิพากษาไว้ว่า การรักร่วมเพศ มิใช่การกระทำชู้ฉันทันจะเป็นเหตุฟ้องหย่า โดยคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าสามีเป็นฝ่ายฟ้องหย่าภริยาโดยกล่าวอ้างว่าภริยาของตนมีชู้กับหญิงอื่น เนื่องจากกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์ก ไม่มีบทนิยามเกี่ยวกับคำว่า “การกระทำชู้” ศาลสูงนิวยอร์กจึงกลับคำพิพากษาของศาลครอบครัว (The Lebanon Family Court) โดยยึดคำนิยามเกี่ยวกับการกระทำชู้ตามพจนานุกรม (A Webster’s Dictionary) และคำพิพากษาของศาลในคดี State v. Wallace เมื่อปี ค.ศ. 1838 ว่าหมายถึง การสมครใจร่วมประเวณี (voluntary sexual intercourse) กับบุคคลอื่นซึ่งมีเพศตรงกันข้ามและมีใช้คู่สมรสตน อย่างไรก็ตาม มีความเห็นแย้งจากผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยว่า คำพิพากษาดังกล่าวถือเป็นการปฏิเสธสิทธิตามกฎหมายของโจทก์ ที่โจทก์พึงได้รับการอ้างเหตุหย่าตามหลักความผิด ซึ่งวัตถุประสงค์ของการหย่าตามหลักความผิดนั้น ก็เพื่อเป็นมาตรการในการเยียวยาคู่สมรสฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิดให้พ้นจากพฤติกรรมที่คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดเป็นผู้ก่อขึ้น ทั้งนี้ ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยได้อ้างถึงคดีในมลรัฐจอร์เจีย ปีค.ศ. 1979 และคดีในมลรัฐเซาท์แคโรไลนา ปีค.ศ. 1991 ที่ได้ให้คำนิยามการกระทำชู้ว่าหมายรวมถึงความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันด้วย

อนึ่ง ปัจจุบันในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับถึงความเบี่ยงเบนทางเพศ โดยมีการออกกฎหมายเพื่อรับรองสถานะทางกฎหมายของคู่สมรสที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวไว้พอสังเขป ดังต่อไปนี้

ในอดีต ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้สถานะทางกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน (same sex couples) มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สามีภริยาเชื้อชาติแอฟริกัน-อเมริกัน

⁵³ Jenn Buck, “N.H. court rules same sex relations not adultery,” <http://www.thedartmouth.com/2003/11/14/news/nh/>, 30 January 2009.

(African-Americans) และอเมริกันอินเดียน (American Indians) กล่าวคือ บุคคลเหล่านี้ถูกปฏิเสธในการเข้าถึงสิทธิของความเป็นพลเมือง (civil rights) และสิทธิในการสมรส (marital rights)⁵⁴ จนกระทั่ง ในปี ค.ศ. 1967 คดี Loving v. Virginia ,388 U.S.1 (1967)⁵⁵ ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกา (the U.S. Supreme Court) ได้มีคำวินิจฉัยไว้ว่า รัฐควรที่จะต้องตระหนักถึงสิทธิทางกฎหมายของการสมรสข้ามเชื้อชาติ (inter-racial marriages) และการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันด้วย (same sex couple marriages) อย่างไรก็ตาม มลรัฐต่างๆ มิได้ยึดถือตามคำวินิจฉัยของศาลสูงดังกล่าว เว้นแต่ มลรัฐแมสซาชูเซต (Massachusetts) ที่ศาลสูงแห่งมลรัฐแมสซาชูเซต (the Massachusetts Supreme Court) ได้มีคำวินิจฉัยไว้ในคดี Goodridge v. Department of Public Health⁵⁶ ว่าคู่สมรสที่มีเพศเดียวกันย่อมมีสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ

ในสมัยประธานาธิบดีบิล คลินตัน ปี ค.ศ.1996 ได้มีการออกกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการสมรส เรียกว่า The Defense of Marriage Act (DOMA) โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ให้คำนิยามของคำว่า “สมรส” (marriage) หมายถึง การอยู่ร่วมกันระหว่างชายและหญิงในฐานะสามีภรรยาซึ่งชอบด้วยกฎหมาย (only a legal union between one man and one woman as husband and wife) และนิยามความหมายของคำว่า “คู่สมรส” (spouse) หมายถึง คู่รักต่างเพศซึ่งมีความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยา (a person of the opposite sex who is a husband or a wife) กล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวส่งผลให้ในปัจจุบัน มีมลรัฐที่รับเอากฎหมายแม่แบบฉบับดังกล่าวไปบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในและคัดค้านการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันถึง 37 มลรัฐ⁵⁷ โดย The Defense of Marriage Act (DOMA) วางหลักไว้ว่าหน่วยงานในครอบครัวจะต้องประกอบไปด้วยคู่สมรสชายและหญิงเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หลายมลรัฐมีความพยายามจะทำให้เกิดความเท่าเทียมในการสมรส โดยยอมรับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันภายใต้เงื่อนไขที่จำกัด หลายรัฐได้มีการตระหนักถึงสถานะทางกฎหมายของคู่รักร่วมเพศ ที่

⁵⁴ Rita A.Webb , “Overview of Same Sex Marriage in the U.S.:The Struggle for Civil Rights and Equality,”

<<http://www.socialworkers.org/diversity/lgb/062005.asp> >, 2 June 2009.

⁵⁵ Loving v. Virginia,388 U.S.1 (1967)

⁵⁶ Goodridge v. Department of Public Health, Massachusetts Supreme Court, Suffix County SJC-08860, November 18,2003.

⁵⁷ Rita A.Webb, *supra note 41*.

กำหนดให้คู่รักร่วมเพศมีสถานะทางกฎหมายซึ่งแบ่งออกเป็นหลายประเภท กล่าวคือ คู่สมรส (marriage) การอยู่ร่วมกัน (civil unions) หุ่นส่วนชีวิต (domestic partnerships) และ ความสัมพันธ์ในเชิงต่างตอบแทน (reciprocal beneficiary relationships)

มลรัฐแมสซาชูเซต (Massachusetts) เป็นเพียงมลรัฐเดียวที่กฎหมายรับรองว่าบุคคลเพศเดียวกัน สามารถสมรส (marriage) ตามกฎหมายครอบครัวได้ โดยศาลสูงแห่งมลรัฐแมสซาชูเซตวินิจฉัยว่า การกีดกันการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ถือเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งรัฐ ซึ่งศาลได้ให้ความเห็นว่า การละเมิดต่อสิทธิของความเป็นพลเมืองยังคงมีอยู่ตราบใดที่ยังไม่มีการเคารพในสิทธิที่จะเลือกคู่สมรสได้เอง ต่อมาในปี ค.ศ. 2000 มลรัฐเวอร์มอนต์ (Vermont) ได้ตระหนักถึงสิทธิของคู่สมรสที่มีเพศเดียวกัน จึงบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันมีสถานะเช่นเดียวกับการอยู่ร่วมกัน (civil union) โดยได้รับสิทธิประโยชน์จากรัฐเท่าเทียมกับคู่สมรสชายหญิง นอกจากนี้ ยังมีมลรัฐอื่นๆ ที่ให้การยอมรับสถานะทางกฎหมายของคู่รักร่วมเพศ เช่น มลรัฐฮาวาย (Hawaii) ที่ถือว่าคู่สมรสที่มีเพศเดียวกันมีสถานะเป็นความสัมพันธ์ในเชิงต่างตอบแทน (reciprocal beneficiary) ส่วนมลรัฐอริโซนา (Arizona) แคลิฟอร์เนีย (California) มินเนสโซตา (Minnesota) โอเรกอน (Oregon) และวอชิงตัน (Washington) กฎหมายรับรองให้คู่รักร่วมเพศมีสถานะดังเช่นหุ่นส่วนชีวิต (domestic partnerships) เช่นเดียวกับอีกหลายรัฐที่มีความเห็นตามนี้ซึ่งมีแนวโน้มที่จะเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ⁵⁸

ด้วยเหตุที่ DOMA เป็นกฎหมายกลางที่รัฐบัญญัติขึ้นเพื่อใช้เป็นกฎหมายแม่แบบให้กับทุกมลรัฐในกรณีเกี่ยวกับการสมรส ทำให้เกิดปัญหาและผลกระทบทางด้านลบที่เกิดกับครอบครัวที่คู่สมรสมีเพศเดียวกัน คือ การไม่ได้รับสิทธิประโยชน์และการคุ้มครองที่สำคัญตามกฎหมายจากรัฐ เช่น สิทธิในการเป็นทายาทโดยธรรม สิทธิในการลดหย่อนภาษี สิทธิที่จะได้รับการประกันสุขภาพของครอบครัว (family healthcare coverage) เป็นต้น

จากที่ได้ศึกษามาข้างต้นนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้ชื่อว่าเป็นประเทศเสรีนิยมเพียงใดก็ตาม แต่สำหรับสิทธิในการเลือกคู่ครองเพื่อที่จะสมรสนั้น กลับไม่ได้มีเสรีภาพมากเท่าใดนัก เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในแต่มลรัฐนั้น ให้สิทธิประโยชน์และความคุ้มครองจากรัฐเฉพาะแต่คู่สมรสชายและหญิง ซึ่งแสดงว่ากฎหมายให้การรับรองสถานะทางกฎหมายของคู่สมรสที่เป็นชายและหญิงเท่านั้น แม้ในปัจจุบัน ด้วยสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปจนเกิดความเบี่ยงเบนทางเพศ แต่กฎหมายในมลรัฐต่างๆ เป็นส่วนมากก็ยังคงให้

⁵⁸ *Ibid.*

นิยามคำว่า “สมรส” ว่าเป็นเรื่องของชายและหญิงเท่านั้น และโดยอาศัยแนวคิดดังกล่าวพิจารณาเทียบกับเรื่องกระทำชู้แล้ว ย่อมไม่เป็นปัญหาในการตีความบทบัญญัติกฎหมาย เพราะคำว่า “กระทำชู้” ย่อมต้องเป็นเรื่องระหว่างชายและหญิงเช่นกันเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายเกี่ยวกับการสมรส แต่สำหรับบางมลรัฐที่ได้มีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสให้หมายความรวมถึงคู่สมรสที่มีเพศเดียวกันด้วยนั้น ผู้เขียนเห็นว่ามิประเด็นที่น่าวิเคราะห์ว่า หากเป็นเรื่องกระทำชู้แล้วจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องเป็นเรื่องของความสัมพันธ์เชิงคู่สมรสระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การให้นิยามคำว่า “กระทำชู้” ดังกล่าว ย่อมต้องตีความครอบคลุมไปถึงกรณีความสัมพันธ์เชิงคู่สมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันด้วย เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า เมื่อกฎหมายให้สิทธิประโยชน์และความคุ้มครองจากรัฐแก่คู่สมรสที่มีเพศเดียวกัน เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ จึงควรที่จะต้องมียุทธศาสตร์ที่ตามกฎหมายเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศด้วยเหมือนกัน ดังนั้น หากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปมีความสัมพันธ์เชิงคู่สมรสกับหญิงหรือชายอื่น ย่อมถือเป็นการกระทำชู้อันจะถือเป็นเหตุหย่าได้เช่นกัน

3.1.3 ประเทศแคนาดา

กฎหมายเกี่ยวกับการหย่าในประเทศแคนาดาอาจทำได้โดยการร้องขอของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายต่อศาลที่คู่สมรสมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตพื้นที่ เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปีก่อนมีการร้องขอ⁵⁹ สำหรับเหตุที่เป็นเงื่อนไขในการฟ้องหย่า ปกติเพียงเหตุเดียวเท่านั้น คือ การสมรสได้แตกสลายลงอย่างสิ้นเชิง (breakdown of marriage)⁶⁰ แต่คำพิพากษาการกล่าวอ้างของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายย่อมไม่เป็นการเพียงพอที่ศาลจะรับฟังว่าการสมรสดังกล่าวนั้นได้แตกสลายลงอย่างสิ้นเชิงแล้ว ต้องมีการพิสูจน์ถึงเงื่อนไขตามที่กฎหมายเกี่ยวกับการหย่าได้กำหนดไว้ ศาลจึงจะอนุญาตให้คู่สมรสหย่าขาดจากกันได้ สำหรับเงื่อนไขดังกล่าว มีดังต่อไปนี้

⁵⁹ Divorce Act, R.S.C.1985 (2nd Supp.),c.3,s.3(1)

⁶⁰ *Ibid*, s. 8(1) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, grant a divorce to the spouse or spouses on the ground that there has been a breakdown of their marriage.

(1) คู่สมรสได้มีการแยกกันอยู่และไม่ได้ติดต่อสัมพันธ์กันสามปีเป็นระยะเวลาอย่างน้อยหนึ่งปี⁶¹ หรือ

(2) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดกระทำชู้ หรือมีพฤติกรรมที่โหดร้ายทั้งทางร่างกายหรือจิตใจต่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งในลักษณะที่ไม่อาจทนใช้ชีวิตสมรสร่วมกันต่อไปได้อีก⁶²

สำหรับกรณีของข้อ (1) การฟ้องหย่าต่อศาลของคู่สมรส มีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่สองประการ กล่าวคือ ประการแรก คู่สมรสทั้งสองฝ่ายต้องมีการแยกกันอยู่ ซึ่งการแยกกันอยู่นั้นมิได้มีความหมายเฉพาะการแยกบ้านกันอยู่เท่านั้น แต่อาจรวมถึงกรณีที่คู่สมรสได้อาศัยอยู่ภายในบ้านหลังเดียวกันโดยมีเหตุจำเป็นอันเนื่องมาจากเหตุปัจจัยต่างๆ ด้วย เช่น ปัจจัยทางเศรษฐกิจ ปัจจัยในเรื่องความผาสุกของบุตร เป็นต้น และประการที่สอง คือ คู่สมรสต้องไม่ได้มีการติดต่อสัมพันธ์กันอย่างน้อยสามปีเป็นระยะเวลาอย่างน้อยหนึ่งปี ศาลจึงจะพิพากษาให้หย่าขาดจากกันได้⁶³

ส่วนกรณีข้อ (2) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำชู้ หรือปฏิบัติต่อคู่สมรสอีกฝ่ายด้วยพฤติกรรมที่มีลักษณะโหดร้าย ศาลอาจพิพากษาให้คู่สมรสทั้งสองหย่าขาดจากกันได้ทันทีโดยไม่ต้องอาศัยระยะเวลาหนึ่งปีดังเช่นกรณีของการแยกกันอยู่ ทั้งนี้ คู่สมรสที่ประสงค์จะฟ้องหย่าต้องมีคู่ฝ่ายที่เป็นผู้ก่อเหตุอันเป็นเงื่อนไขแห่งการหย่านั้นด้วย โดยคู่สมรสที่เป็นฝ่ายกระทำผิดไม่อาจอาศัยการกระทำผิดของตนเป็นเหตุอ้างว่าการสมรสได้แตกสลายลงอย่างสิ้นเชิงแล้ว แต่

⁶¹ (2) Breakdown of a marriage is established only if

(a) the spouses have lived separate and apart for at least one year immediately preceding the determination of the divorce proceeding and were living separate and apart at the commencement of the proceeding; or

⁶² (b) the spouse against whom the divorce proceeding is brought has, since celebration of the marriage,

(i) committed adultery, or

(ii) treated the other spouse with physical or mental cruelty of such a kind as to render intolerable the continued cohabitation of the spouses.

⁶³ Julien D. Payne and Marilyn A. Payne, Introduction to Canadian Family Law, (Carswell,1994), p. 111.

อย่างไรก็ดี คู่สมรสที่เป็นฝ่ายกระทำผิดดังกล่าวอาจอ้างว่าการสมรสได้แตกสลายลงอย่างสิ้นเชิง อันเนื่องมาจากการสมรสใจแยกกันอยู่เกินหนึ่งปีได้ตามกรณีข้อ (1)⁶⁴

กฎหมายเกี่ยวกับการหย่าของประเทศแคนาดาไม่ได้ให้คำนิยามถึงลักษณะของการกระทำชู้ หรือลักษณะของพฤติการณ์ที่โหดร้ายไว้ แต่ในทางกฎหมายคำว่า “กระทำชู้” สามารถเข้าใจได้ว่าเป็นการสมรสใจร่วมประเวณีระหว่างบุคคลที่สมรสแล้วกับบุคคลอื่นที่มีเพศตรงข้าม และไม่ใช่คู่สมรสของตน⁶⁵ เช่นเดียวกับพฤติการณ์โหดร้ายที่ไม่มีคำนิยามเฉพาะเจาะจง แต่เป็นที่เข้าใจได้ทั่วไปว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความทุกข์ระทม ความเจ็บปวดและเศร้าเสียใจ การทำร้ายจิตใจของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง⁶⁶ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะเป็นกรณีสามีกระทำต่อภริยา หรือในทางกลับกันภริยากระทำต่อสามีก็ตาม⁶⁷ การกระทำใดเป็นลักษณะพฤติการณ์ที่โหดร้ายหรือไม่ ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบเป็นกรณีไป⁶⁸ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นการกระทำร้ายแรงที่ถึงขนาดอันจะเป็นเงื่อนไขในการฟ้องหย่าด้วย⁶⁹

ในปัจจุบัน กฎหมายเกี่ยวกับการหย่าในประเทศแคนาดามีความสอดคล้องกันกับกฎหมายเกี่ยวกับการสมรส ผู้เขียนจึงได้ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของประเทศแคนาดาไว้พอสังเขป กล่าวคือ กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของประเทศแคนาดาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2005 โดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดความเท่าเทียมกันในกรณีของการสมรส เพื่อให้สอดคล้องกับ The Canadian Charter of Rights and Freedoms

เนื่องจากในปัจจุบัน สภาพสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ความปรารถนาของผู้คนในประเทศแคนาดาที่ต้องการจะสมรสกับเพศเดียวกันมีมากขึ้น แต่ทว่า กฎหมายแคนาดาแต่เดิมได้ให้คำนิยามของการสมรสไว้ว่า “ การสมรส คือ การสมรสใจที่จะแต่งงานเพื่อใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายและหญิง”⁷⁰ ดังนั้น เฉพาะคู่สมรสที่มีเพศตรงกันข้ามเท่านั้นที่จะมีหน้าที่และ

⁶⁴ *Ibid*, p.112.

⁶⁵ Orford v. Orford (1921), 49 O.L.R. 15 (S.C.); Kahl v. Kahl, (1943) O.W.N. 558 (Ont.S.C.).

⁶⁶ Knoll v. Knoll (1970), 1 R.F.L.141 (Ont.C.A.).

⁶⁷ Lauder v. Lauder, (1949) p.277 at 308 (Eng.).

⁶⁸ Tremaine, Re (1968), 2N.S.R.787 (M.S. S.C.).

⁶⁹ Zalesky v. Zalesky (1968), 67 W.W.R. 104 (Man.Q.B.); Knoll v. Knoll, *supra* note 30.

⁷⁰ Julien D. Payne and Marilyn A. Payne, *Supra* note 50, p. 15.

สิทธิอยู่ภายใต้การบังคับและคุ้มครองตามกฎหมาย ด้วยเหตุผลดังกล่าว กฎหมายแคนาดา เกี่ยวกับการสมรสจึงถือว่าละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเกิดการเรียกร้องว่าบุคคลทุกคน ควรเท่าเทียมกันและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน⁷¹ กระทั่งในปี ค.ศ. 2005 รัฐสภาแคนาดาจึงได้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการสมรส โดยมีการให้คำนิยาม เกี่ยวกับการสมรสขึ้นใหม่ว่า “ การสมรส คือ กรณีที่กฎหมายให้ความรับรองถึงการสมรสใจที่จะแต่งงานระหว่างบุคคลสองคน ”⁷² เท่ากับว่าการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันย่อมได้รับการรับรองว่าสมบูรณ์ตามกฎหมาย ไม่ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ⁷³

เมื่อกฎหมายของประเทศแคนาดาให้การรับรองถึงความสมบูรณ์ของการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันให้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายดังเช่นคู่สมรสระหว่างชายหญิงแล้ว ในการหย่าก็เช่นเดียวกัน จึงควรต้องตีความกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายเกี่ยวกับการสมรส ศาลแคนาดาจึงนำเหตุหย่ามาปรับใช้กับกรณีความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีเพศเดียวกันด้วย⁷⁴ โดยยอมรับถึงการกระทำชู้ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน จากเดิม

⁷¹ section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees that every individual is equal before and under the law and has the right to equal protection and equal benefit of the law without discrimination;

⁷² Civil Marriage Act 2005, c. 33 C-31.5 [Assented to July 20th, 2005]

2. Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others.

⁷³ 4. For greater certainty, a marriage is not void or voidable by reason only that the spouses are of the same sex.

⁷⁴ ในช่วงเดือนกันยายน ปีค.ศ. 2005 ศาลสูงบริติช โคลัมเบีย (The British Columbia Supreme Court) ได้ให้ความหมายของการกระทำชู้ว่าครอบคลุมไปถึงการกระทำชู้ระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันด้วยสืบเนื่องจากคดีของภริยาชาวแวนคูเวอร์ฟ้องหย่าสามีอันเนื่องมาจากเหตุกระทำชู้กับชายอื่น ซึ่งผู้พิพากษาที่พิจารณา Nicole Garson ได้ให้ความเห็นว่าการที่สามีไปมีความสัมพันธ์เชิงชู้สาวกับชายอื่นนั้นถือเป็นการกระทำชู้ ซึ่งเป็นเหตุที่ศาลจะมีคำพิพากษาให้ภริยาหย่าขาดจากสามีได้ หรือในปี ค.ศ. 2006 ศาล New Brunswick ได้มีคำพิพากษาให้สามีหย่าขาดจากภริยาได้ อันเนื่องมาจากภริยามีความสัมพันธ์เชิงชู้สาวกับหญิงอื่น

“N.B. court : same sex adultery is ground for divorce,”

<<http://www.wiselaw.net>>, 30 April 2010.

ที่การกระทำชู้ หมายถึง การสมัครใจร่วมประเวณีระหว่างบุคคลที่สมรสแล้วกับบุคคลอื่นที่มีเพศตรงข้าม และไม่ใช่อุสมรสของตน (The traditional definition of adultery is voluntary sex between a spouse and someone of the opposite gender, to whom he or she isn't married.)⁷⁵

3.2 เหตุฟ้องหย่าตามระบบกฎหมายซีวิล ลอว์

3.2.1 ประเทศเยอรมัน

ในช่วงศตวรรษที่ 19 กฎหมายเกี่ยวกับการหย่าในประเทศเยอรมันนั้นยังไม่มีความเป็นเอกภาพ เนื่องจากประเทศเยอรมันได้แบ่งออกเป็นฝ่ายตะวันตกและตะวันออก ยังไม่มีการรวมประเทศ กฎหมายเกี่ยวกับการหย่าในแต่ละรัฐจึงแตกต่างกันไปโดยขึ้นอยู่กับว่าประชากรส่วนใหญ่ในแต่ละรัฐนั้นนับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก หรือนิกายโปรเตสแตนต์ ต่อมาในสมัยยุคนาซีเรื่องอำนาจ ค.ศ. 1900 ได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าขึ้น เพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับการหย่านั้นมีรูปแบบที่เป็นเอกภาพ โดยปรากฏเหตุแห่งการหย่าซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นสองประเภท ได้แก่ เหตุฟ้องหย่าที่มีลักษณะเด็ดขาด (absolute grounds) ซึ่งอิงตามหลักความผิด (principle of fault) เช่น การกระทำชู้ การสมรสซ้อน การพยายามฆ่า เป็นต้น และเหตุฟ้องหย่าที่มีลักษณะสัมพัทธ์ (relative grounds) ที่เป็นการประนีประนอมกันระหว่างหลักความผิดกับหลักการแตกสลายของการสมรส เหตุหย่าในกรณีนี้จึงเป็นอำนาจของศาลในการใช้ดุลยพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีว่ามีเหตุเพียงพอที่จะหย่ากันได้หรือไม่ เช่น การที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้กระทำการรบกวนความสัมพันธ์อันสามีภริยา จนเป็นเหตุให้ไม่สามารถจะดำเนินชีวิตสมรสร่วมกันได้อีกต่อไป หรือ การที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งวิกลจริตเกินกว่าสามปีติดต่อกัน เป็นต้น⁷⁶

สำหรับเหตุฟ้องหย่าที่มีลักษณะเด็ดขาด (absolute grounds) ได้แก่

(1) มาตรา 1565⁷⁷ การกระทำชู้และการกระทำอื่นใดที่อาจถูกลงโทษได้ โดยการกระทำชู้ที่จะนำมาอ้างเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น ใช้บังคับกันอย่างเท่าเทียมทั้งฝ่ายชายและฝ่าย

⁷⁵ “B.C. Supreme Court amends definition of adultery in Canada,” <http://www.ctv.ca/servlet/ArticleNews/story/CTVNews/>, 1 February 2009.

⁷⁶ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 8, น.53-55.

หญิง ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน (Grundgesetz: Basic Law) ที่บัญญัติให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ส่วนการกระทำอื่นใดที่อาจถูกลงโทษได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่มีโทษทางอาญา เฉพาะมาตรา 171 และมาตรา 175 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันเท่านั้น ไม่ได้รวมถึงการประพฤติชั่ว (misconduct) ดังเช่นในกฎหมายไทย

(2) มาตรา 1566⁷⁸ การพยายามฆ่า ลักษณะสำคัญของเหตุหย่าตามมาตรา นี้ คือ ต้องเป็นการกระทำโดยมีเจตนาฆ่าเท่านั้น หากเพียงแต่เจตนาทำร้ายย่อมไม่เข้ากรณีนี้

(3) มาตรา 1567⁷⁹ การจงใจละทิ้งร้าง เป็นกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้จงใจละทิ้งร้างคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไปเป็นระยะเวลาเกินกว่าหนึ่งปี

ส่วนสำหรับเหตุฟ้องหย่าที่มีลักษณะสัมพัทธ์ (relative grounds) ได้แก่

(1) มาตรา 1568⁸⁰ วางหลักไว้ว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องหย่าได้ ถ้าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้กระทำการรบกวนความสัมพันธ์อันสามีภริยา จนเป็นเหตุให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่สามารถจะ

⁷⁷ Section 1565 Either spouse may petition for divorce if the other spouse has been guilty of adultery or of any act punishable under 171,175 of the criminal code.

The right of the spouse to petition for divorce is barred if he or she consents to or is an accomplice in the adultery or the criminal act.

⁷⁸ Section 1566 Either spouse may petition for divorce if the other spouse makes an attempt against his or her life.

⁷⁹ Section 1567 Either spouse may petition for divorce if the other spouse has willfully deserted him or her.

Willfully desertion exists only;

(1) if either spouse, after having been ordered by a non- appealable decree to reconstitute the conjugal community, has intentionally disobeyed such decree for a year against the will of the other spouse; or

(2) if either spouse has been absent intentionally from the conjugal home for a year against the will of the other spouse, and the conditions for public citation have occurred as against him or her for the period of one year.

In the case provided for by par.2 (2), the divorce may not be granted if the conditions for public citation have ceased to exist at the termination of the viva voce proceedings upon which the decree is to be issued.

ดำเนินชีวิตสมรสร่วมกันได้อีกต่อไป ได้แก่ การฝ่าฝืนหน้าที่ในการสมรสอย่างร้ายแรง (grave breach of marital duty) ความประพฤติที่ไม่ซื่อสัตย์ (dishonest conduct) ความประพฤติที่ผิดศีลธรรม (immoral conduct) และการกระทำที่ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายต้องทนทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัส (gross-treatment) ด้วย

(2) มาตรา 1569⁸¹ กรณีที่คู่สมรสมีอาการวิกลจริตเกินกว่าสามปีติดต่อกัน โดยอาการวิกลจริตดังกล่าว จะต้องเกิดขึ้นในระหว่างการสมรส หรือครบระยะเวลาสามปีนับแต่ทำการสมรส ในกรณีที่คู่สมรสมีอาการวิกลจริตก่อนสมรส

กระทั่งในปี ค.ศ. 1976 ได้มีการปฏิรูปกฎหมายภายในประเทศโดยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าไว้ให้มีความสอดคล้องกับแนวคิดการแตกสลายของการสมรส ได้มีการยกเลิกหลักการหย่าที่เป็นการลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดมาเป็นการหย่าที่เป็นมาตรการในการแก้ไขการสมรสที่แตกสลายลง ดังนั้น ในปัจจุบันเหตุแห่งการหย่าจึงมีเพียงเหตุเดียว คือ การสมรสได้แตกสลายโดยคู่สมรสไม่อาจใช้ชีวิตร่วมกันต่อไปได้ตามมาตรา 1565 และนำหลักความผิดของคู่สมรสมาเป็นข้อยกเว้นแทนซึ่งปรากฏตามมาตรา 1568⁸²

แม้ต่อมาในปี ค.ศ. 2005 ได้มีการแก้ไขกฎหมายแพ่งเยอรมันใหม่ แต่หลักกฎหมายเกี่ยวกับการหย่ายังคงเหมือนเดิมอยู่ทุกประการ กล่าวคือ ความเป็นสามีและภริยาจะสิ้นสุดลงโดยการหย่าขาดได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลเท่านั้น⁸³ ซึ่งเหตุหย่าตามกฎหมายมี

⁸⁰ Section 1568 Either spouse may petition for divorce if the other spouse has, by any grave breach of marital duty, or by dishonest or immoral conduct, disturbed the conjugal relations to such an extent that the petitioner cannot be expected to continue the marriage. Gross ill-treatment is also deemed to be a grave breach of duty.

⁸¹ Section 1569 Either spouse may petition for divorce if the other spouse has become insane for three years continuously during the marriage, and the insanity has reached such a stage that the intellectual community between the spouse has ceased, and there is no hope of its re-establishment.

⁸² Dieter Schwab, *International Encyclopedia Laws*, (Germany: University of Regensburg, 2001), p.58.

⁸³ Section 1564 A valid marriage can only be dissolved by judicial decision, other than by death, upon the petition of one or both of the spouses.

เพียงประการเดียว คือ การสมรสได้แตกสลายลงไปแล้วเรียบร้อย กล่าวคือ ความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาของคู่สมรสได้สิ้นสุดลงและไม่สามารถจะฟื้นกลับคืนดีได้อีกดังเดิม หนึ่ง เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงในกรณีศาลจะต้องรับรู้เรื่องราวภายในครอบครัวมากเกินไป กฎหมายแพ่งเยอรมันได้กำหนดข้อสันนิษฐานไว้ว่าการสมรสได้แตกสลายลงไปแล้วเรียบร้อยแล้ว ดังต่อไปนี้

(1) มาตรา 1566 I⁸⁴ กรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายต้องการหย่าขาดจากกัน และคู่สมรสดังกล่าวได้แยกกันอยู่เป็นระยะเวลาเกินกว่าหนึ่งปีแล้ว กฎหมายให้สันนิษฐานโดยเด็ดขาดว่าการสมรสนั้นได้แตกสลายลงแล้ว

(2) มาตรา 1566 II⁸⁵ กรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายได้แยกกันอยู่เกินกว่าสามปี กฎหมายให้สันนิษฐานโดยเด็ดขาดว่าความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาได้แตกสลายลงแล้ว

หนึ่ง ศาลอาจอนุญาตให้มีการหย่าได้ในกรณีที่คู่สมรสแยกกันอยู่โดยมีระยะเวลา น้อยกว่าหนึ่งปี ตามมาตรา 1565 II หากปรากฏต่อศาลว่าถ้าปล่อยให้ความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาของคู่สมรสดังกล่าวคงอยู่ต่อไปแล้ว จะเป็นการทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสต่อคู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่า ซึ่งความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสดังกล่าวเกิดจากการกระทำของคู่สมรสอีกฝ่าย ได้แก่ การกระทำชู้ การฝ่าฝืนหน้าที่ของการสมรสอย่างร้ายแรง การประพฤติผิดศีลธรรม ความวิกลจริต หรือกรณีเป็นโรคที่นำรังเกียจและโรคดังกล่าวสามารถติดต่อกันได้⁸⁶

กล่าวได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการหย่าของประเทศเยอรมันได้มีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการหย่าไปอย่างมาก จากเดิมที่ยึดถือตามหลักความผิด เปลี่ยนมาเป็นหลักการแตกสลายของการสมรสที่คู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่ามีหน้าที่ในการพิสูจน์ถึงการแตกสลายของการสมรสตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายแทน

อย่างไรก็ตาม แม้จะปรากฏต่อศาลว่าความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาของคู่สมรสได้แตกสลายลงแล้วก็ตาม แต่ศาลอาจไม่อนุญาตให้คู่สมรสหย่าขาดจากกันก็ได้ หากศาลเห็นว่าการคงอยู่ร่วมกันของคู่สมรสนั้นเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์ หรือการสิ้นสุดของ

⁸⁴ Section 1566 I It is irrefutably presumed that conjugal relations has broken down if the spouses have been separated for one year or more and both spouses petitions for divorce or the opposing party consents to the divorce.

⁸⁵ Section 1566 II It is irrefutably presumed that the conjugal relations has broken down if the spouses have been separated for three years or more.

⁸⁶ Martindale – Hubbell, Martindale – Hubbell International Law Digest, (U.S.A.: 2001), p.15.

การสมรสจะนำความยากลำบาก หรือเดือดร้อนเสียหายมาสู่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง⁸⁷ ทั้งนี้ การใช้ดุลยพินิจของศาลดังกล่าวจะไม่นำมาบังคับกับกรณีสามีภริยาที่ได้แยกกันอยู่เป็นระยะเวลาเกินกว่าห้าปีแล้ว⁸⁸

สำหรับการกระทำชู้ แม้กฎหมายแพ่งเยอรมันจะมีได้ให้คำนิยามไว้ แต่ศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำชู้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ เป็นการสมครใจร่วมประเวณีระหว่างคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดกับบุคคลอื่นที่มีเพศตรงกันข้าม แม้ว่าในปัจจุบัน ประเทศเยอรมันได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิตระหว่างคนเพศเดียวกัน⁸⁹ ตั้งแต่วันที่ 1 สิงหาคม 2544 เป็นต้นมา อันเป็นการแสดงถึงการยอมรับความเบี่ยงเบนทางเพศ แต่หลักการของกฎหมายแพ่งเยอรมันว่าด้วยเรื่องครอบครัวยังคงเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงเช่นเดิม รวมทั้งกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าด้วย ดังนั้น ความสัมพันธ์ในทางชู้สาวระหว่างบุคคลเพศเดียวกันจึงไม่อาจถือเป็นเงื่อนไขของเหตุหย่ากรณีกระทำชู้ได้ อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่น่าวิเคราะห์ว่าเหตุใดลักษณะของการกระทำชู้ อันเป็นเงื่อนไขในการหย่าตามกฎหมายครอบครัวจึงไม่อาจตีความให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิตระหว่างคนเพศเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า เนื่องจากการรับรองสิทธิของคู่รักร่วมเพศโดยการออกบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิตระหว่างคนเพศเดียวกันนั้น เป็นการตรากฎหมายขึ้นเฉพาะ โดยรัฐบาลของประเทศเยอรมันได้ประกาศเชิญชวน ให้รัฐต่างๆ เปลี่ยนแปลงกฎหมายโดยการอนุญาตให้คนเพศเดียวกันจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตกันได้ เพื่อลดอคติและการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มคนรักร่วมเพศ ทั้งนี้ มิได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในหลักการของกฎหมายครอบครัวแต่อย่างใด ดังนั้น หลักกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายครอบครัว จึงสมควรที่จะเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น แต่ในกรณีคู่รักร่วมเพศซึ่งจดทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิตระหว่างคนเพศเดียวกันไปมีสัมพันธ์ในทางชู้สาวกับบุคคลอื่น ไม่ว่าจะ มีเพศเดียวกับตนหรือไม่ก็ตามนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการกระทำชู้ เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิตระหว่างคนเพศเดียวกันได้ยอมรับสถานะของคู่รักร่วมเพศให้มีสิทธิตามกฎหมายต่างๆ ใกล้เคียงกับคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัว ซึ่งความรับผิดชอบ หรือหน้าที่ที่ควรที่จะเป็นไปในแนวทางเดียวกันด้วย

⁸⁷ ประสพสุข บุญเดช , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23 , น. 362.

⁸⁸ Martindale – Hubbell , *supra note* 72, p.15.

⁸⁹ กองการสื่อมวลชน กรมสารนิเทศ กระทรวงการต่างประเทศ

3.2.2 ประเทศสวิสเซอร์แลนด์

แต่เดิมกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้กำหนดเหตุหย่าไว้ ทั้งสิ้นหกประการ ได้แก่

- (1) กรณีสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำชู้⁹⁰
- (2) กรณีสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งพยายามฆ่าอีกฝ่ายหนึ่ง หรือทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเจ็บป่วยอย่างร้ายแรง หรือกระทำการสบประมาทอีกฝ่ายหนึ่ง⁹¹
- (3) กรณีสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำความผิดซึ่งเป็นที่อับอายขายหน้า หรือกระทำการอันเป็นที่เสื่อมเสียเกียรติยศ จนถึงขนาดที่ทำให้การใช้ชีวิตร่วมกันต่อไปต้องทุกข์ทรมาน⁹²
- (4) กรณีสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไป หรือปฏิเสธโดยปราศจากเหตุผลเพียงพอในการกลับมาอยู่ร่วมกัน⁹³

⁹⁰ Article 137 Where either the husband or wife has committed adultery, the other can sue for a divorce.

The suit must be brought within six months from the time when the injured party has had cognizance of the ground of divorce ,and in any case within five years from the date of the adultery.

The right of action is lost where the injured party consented to the adultery or has since condoned it.

⁹¹ Article 138 Where either the husband or wife has made an attempt on the life of the other or seriously ill – used or gravely affronted the other, the latter can sue for a divorce.

This suit must be brought within six months from the time when the injured party has had cognizance of the ground of divorce, and in any case within five years from the date of the injury or affront.

The right of action is lost where the injured party has condoned the offence.

⁹² Article 139 Where either the husband or wife has committed an infamous crime or been guilty of such dishonorable conduct that life in common has become intolerable, the other spouse can sue for a divorce.

(5) กรณีที่สามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งวิกลจริต ซึ่งปรากฏเป็นระยะเวลาเกินกว่าสามปีแล้ว โดยผู้เชี่ยวชาญลงความเห็นที่ไม่อาจรักษาให้หายขาดได้ และผลของความวิกลจริตดังกล่าวทำให้ชีวิตสมรสต้องทุกข์ทรมาน⁹⁴

(6) กรณีปรากฏว่าความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสมีความตึงเครียดอย่างยิ่งจนไม่อาจใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภริยาได้อีก คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ และถ้าการแตกสลายของการสมรสเกิดขึ้นจากความผิดของอีกฝ่ายเป็นสำคัญ คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้⁹⁵

กระทั่งในปี ค.ศ. 2000 ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งสวิสซึ่งในส่วนของกฎหมายครอบครัวนั้นมีประเด็นแก้ไขที่สำคัญ คือ กรณีการหย่า โดยกฎหมายใหม่ได้มีแนวคิดให้ใช้หลักการหย่าโดยปราศจากความผิดซึ่งในปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้ให้อำนาจศาลอย่างมากในการใช้ดุลยพินิจที่จะอนุญาตให้มีการหย่าขาดจากกันได้หรือไม่ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการหย่าไว้โดยคู่สมรสที่ประสงค์จะหย่าต้องยื่นคำร้อง ซึ่งการยื่นคำร้องนี้แบ่งได้เป็นสองประเภท กล่าวคือ การยื่นคำร้องขอหย่าร่วมกันทั้งสองฝ่าย และการยื่นคำร้องขอหย่าฝ่ายเดียว ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1. การหย่าโดยการยื่นคำร้องร่วมกัน แบ่งออกเป็นสองประเภท⁹⁶ คือ

⁹³ Article 140 Where either the husband or wife has wrongfully deserted the other or without material ground refuses to return to the conjugal home, the injured party can sue for a divorce, provided this desertion or absence has continued for at least two years and still continues.

At the instance of the injured party the court must, if necessary by a public citation, call upon the absence spouse to return to the conjugal home within six months.

This suit for divorce cannot be brought before the expiration of this period.

⁹⁴ Article 141 Either the husband or wife can at any time sue for a divorce for the ground of the insanity of the other, where the latter's mental condition makes life in common intolerable and is after three years' duration held by experts to be incurable.

⁹⁵ Article 142 Either the husband or wife can sue for a divorce, where the conjugal relations are so seriously strained that life in common has become intolerable.

Where the domestic disturbances are principally the fault of the one of the parties, the suit can only be instituted by the other.

⁹⁶ สืบค้นจาก <http://www2.law.uu.nl/cef/reports/pdf/Swiss02.pdf>.

(1) คู่สมรสได้ยื่นสัญญาหย่าพร้อมกับมีการตกลงกันเรียบร้อยแล้วทุกข้อในสัญญาฉบับนั้น⁹⁷

(2) คู่สมรสได้ยื่นสัญญาหย่า แต่ยังไม่ตกลงกันในรายละเอียดบางข้อของสัญญาหย่าไม่ได้⁹⁸

นอกจากนี้คู่สมรสจะร่วมกันยื่นคำร้องขอหย่าร่วมกันแล้ว คู่สมรสยังคงมีภาระในการพิสูจน์ร่วมกันถึงพฤติการณ์ที่แสดงว่าการสมรสดังกล่าวได้แตกสลายลงจนไม่อาจฟื้นคืนดีดังเดิมได้อีกด้วย

2. การหย่าโดยการยื่นคำร้องเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งกระทำได้ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) เมื่อคู่สมรสได้แยกกันอยู่เป็นระยะเวลาเกินกว่าสี่ปีแล้ว⁹⁹

(2) คู่สมรสฝ่ายที่ประสงค์จะหย่าต้องพิสูจน์ให้เห็นเหตุอันสมควรว่าไม่ควรที่จะเป็นสามีภริยากันต่อไป ในกรณีที่คู่สมรสได้แยกกันอยู่เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสี่ปี¹⁰⁰

เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายมีเจตนาที่จะให้ศาลได้ใช้ดุลยพินิจอย่างกว้างขวางในการพิจารณาแต่ละคดี ตามกฎหมายสวิส มาตรา 115 จึงมิได้กำหนดลักษณะของการกระทำอันเป็นเหตุแห่งการหย่าไว้เป็นการเฉพาะ เพียงแต่มีเงื่อนไขว่าเหตุฟ้องหย่าดังกล่าวต้องร้ายแรงถึงขนาด และไม่ได้เกิดขึ้นจากฝ่ายผู้ฟ้องหย่า เช่น คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการละเมิดสิทธิ

⁹⁷ Article 111(a) Divorce upon a joint application with two sub-categories : Comprehensive agreement regarding the divorce and the ancillary consequences (mainly economic ones) in respect of which the parties may make dispositions

⁹⁸ Article 112 (a) Divorce upon a joint application with two sub-categories: Partial agreement in the sense that the consent only applies to the divorce as such and a part of the ancillary consequences.

⁹⁹ Article 114 (b) Divorce upon a unilateral petition in the case of two objective elements: After four years of living apart .

¹⁰⁰ Article 115 (b) Divorce upon a unilateral petition in the case of two objective elements: Reduction of the four-year period of separation in the event of the continuation of the marital bond being unreasonable.

ส่วนตัวของอีกฝ่ายหนึ่ง และการกระทำดังกล่าวถือเป็นอันตรายต่อสุขภาพ เป็นต้น¹⁰¹ แต่ทั้งนี้ มิได้หมายความว่าคู่สมรสฝ่ายที่ถูกฟ้องหย่าจะต้องเป็นผู้กระทำผิดเสมอไป

ปัจจุบัน ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ได้ให้ความสำคัญต่อกระแสสังคมในเรื่องเกี่ยวกับ ความเปี่ยมเบนทางเพศ จึงมีการบัญญัติกฎหมายขึ้น เรียกว่า “The Eingetragene Partnerschaft”¹⁰² เพื่อเป็นการรับรองสถานะอันชอบด้วยกฎหมายให้แก่คู่รักร่วมเพศ โดยรัฐบาล แห่งสหพันธรัฐสวิสเซอร์แลนด์เป็นผู้นำเสนอกฎหมายฉบับดังกล่าวและได้รับความเห็นชอบจาก พลเมืองสวิสผ่านการลงประชามติเป็นที่เรียบร้อย¹⁰³ สำหรับกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียน เป็นหุ้นส่วนชีวิต (federally registered partnership) ส่งผลให้คู่รักร่วมเพศที่ได้จดทะเบียนมีสิทธิ และหน้าที่เช่นเดียวกับคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัวทุกประการ รวมทั้งการได้รับประโยชน์ใน ด้านลดหย่อนภาษี การเป็นทายาทโดยธรรม ระบบประกันสังคมและสวัสดิการจากรัฐ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการใช้นามสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร่วมกันเหมือนดังเช่นคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัว แต่หุ้นส่วนชีวิต อาจตั้งชื่อเฉพาะ ที่เกิดจากการนำนามสกุลของทั้งสองฝ่ายมาวางเรียงกัน เพื่อใช้ติดต่อใน ชีวิตประจำวันได้ เรียกว่า “partnership name” แต่ทั้งนี้ ชื่อเฉพาะดังกล่าวจะไม่ได้รับการบันทึก ไว้ในเอกสารราชการใดๆทั้งสิ้น ไม่ว่าจะ เป็นบัตรประจำตัวประชาชน ใบสูติบัตร ใบสำคัญการ สมรสหรือใบมรณะก็ตาม สำหรับการสิ้นสุดการเป็นหุ้นส่วนชีวิตนั้น กฎหมายได้บัญญัติขึ้นเป็น กรณียเฉพาะต่างหากจากกฎหมายครอบครัว โดยอาศัยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง¹⁰⁴ ดังต่อไปนี้

- (1) โดยคำพิพากษาของศาล
- (2) โดยความตายของผู้เป็นหุ้นส่วนชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
- (3) โดยผู้เป็นหุ้นส่วนชีวิตทั้งสองฝ่ายยื่นคำร้องขอยุติความเป็นหุ้นส่วนชีวิตต่อศาล

¹⁰¹ Heinz Hausheer, “Stephan Wolf Grounds for Divorce and Maintenance between Former Spouse”, (September, 2002).

¹⁰² “Registered Partnerships in Switzerland; Geneva Local Reference Information,” <<http://www.swisspolitics.org>>, 15 June 2009.

¹⁰³ ประกาศใช้เมื่อวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2005 โดยมีผลบังคับใช้นับแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2007 เป็นต้นไป

¹⁰⁴ Registered Partnerships in Switzerland; Geneva Local Reference Information, *supra note 88*.

(4) โดยผู้เป็นหุ้นส่วนชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องขอยุติความเป็นหุ้นส่วนชีวิตต่อศาล ภายหลังจากมีการแยกกันอยู่เป็นระยะเวลาอย่างน้อยหนึ่งปี

แม้ว่าประเทศสวิสเซอร์แลนด์จะได้มีการประกาศใช้กฎหมายเพื่อรับรองสถานะของคู่รักร่วมเพศให้มีสิทธิและหน้าที่เท่าเทียมกับคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัวก็ตาม แต่สำหรับหลักการของกฎหมายในกรณีการกระทำชู้ชู้ ผู้เขียนมีความเห็นว่ายังคงเป็นไปตามหลักการเดิมที่ว่า การกระทำชู้ชู้เป็นเรื่องระหว่างบุคคลที่มีเพศตรงกันข้ามเท่านั้น เนื่องจาก “The Eingetragene Partnerschaft” เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่เพื่อรับรองสถานะของคู่รักร่วมเพศ มิได้เป็นการแก้ไขในส่วนของกฎหมายครอบครัวเดิม นอกจากนี้ “The Eingetragene Partnerschaft” ยังได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์การสิ้นสุดของการเป็นหุ้นส่วนชีวิตไว้เป็นกรณีเฉพาะ จึงไม่อาจนำเหตุหย่าตามกฎหมายแพ่งสวิสมาปรับใช้ในกรณีดังกล่าวนี้

3.2.3 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสในช่วงอยู่ภายใต้ระบอบเก่า (ancient regime) นั้น ได้รับอิทธิพลความเชื่อทางศาสนาคริสต์ว่า การสมรสเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายพระ (cannon law) ซึ่งมนุษย์ไม่อาจล้มเลิกการสมรสเองได้ การสิ้นสุดของการสมรสอาจมีได้เมื่อคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายจากไป หรือการสมรสเป็นโมฆะ (a vinculo divorce matrimonii) อันมีผลทำลายการสมรสที่ได้ทำขึ้น¹⁰⁵ ส่วน “การกระทำชู้” เป็นเพียงข้ออ้างที่คู่สมรสฝ่ายที่บริสุทธิ์ใช้เพื่อเป็นเหตุให้แยกกันอยู่ชั่วคราว (divorce a mensa et thoro) แต่มิได้ทำให้ความเป็นสามีภริยาลิ้นสุดลงแต่อย่างใด คือ การสมรสที่เป็นโมฆะ และการแยกกันอยู่ชั่วคราว แต่มิได้ทำให้ความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาลิ้นสุดลงไป จนกระทั่งเกิดการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 กฎหมายครอบครัวได้ผ่อนคลายความเข้มงวดดังกล่าว โดยอนุญาตให้คู่สมรสฟ้องหย่ากันได้โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความผิด¹⁰⁶

¹⁰⁵ พระยาตรีวิสารวาจา, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากรม, 2473) , น.106.

¹⁰⁶ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 56.

ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. 1804 เหตุฟ้องหย่ามีเพียงสามประการเท่านั้น¹⁰⁷ ซึ่งล้วนเป็นเหตุหย่าตามหลักความผิด กล่าวคือ การกระทำชู้ (article 229,230) การกระทำทารุณโหดร้าย (article 231) และการที่คู่สมรสถูกศาลพิพากษาลงโทษในความผิดเกี่ยวกับร่างกาย (article 232) ต่อมาจึงได้มีการออกกฎหมายใหม่ คือ “The French Divorce Reform Law of 1976” เพื่อรับรองเหตุฟ้องหย่าที่เพิ่มขึ้นโดยเป็นเหตุหย่าที่คำนึงถึงความพอใจในการใช้ชีวิตร่วมกันของคู่สมรส อันได้แก่ การที่คู่สมรสแยกกันอยู่เป็นระยะเวลาเกินกว่าหกปี (article 237) และการที่คู่สมรสวิกลจริตอย่างรักษามีได้เป็นระยะเวลาเกินกว่าหกปีมาแล้ว (article 238) แม้เหตุหย่าทั้งสองประการนี้จะมีได้เกิดจากความผิดของคู่สมรส แต่ก็ถือว่าไม่ผลกระทบบต่อชีวิตสมรสโดยตรงจนมีนัยกฎหมายบางท่านกล่าวว่าเป็นกรณีที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการแตกสลายของชีวิตคู่ (breakdown of married life)¹⁰⁸

กฎหมายเกี่ยวกับการหย่าของประเทศฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้งเพื่อให้เหมาะสมกับความเปลี่ยนแปลงทางสังคม โดยกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าในปัจจุบันได้เริ่มใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2005 เป็นต้นมา¹⁰⁹ โดยวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการหย่าไว้ในมาตรา 229¹¹⁰ กล่าวคือ

การหย่าจะได้รับอนุญาตให้กระทำต่อเมื่อ

- (1) ความยินยอมร่วมกัน
- (2) การยอมรับข้อเท็จจริงร่วมกันว่าการสมรสได้แตกสลายแล้ว
- (3) ความสัมพันธ์นั้นสามีมิอาจได้แตกสลายจนมิอาจกลับคืนดีได้อีก
- (4) ความผิดของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

¹⁰⁷ Henry Cachard, *The French Civil Code (revised edition)*, (London: Stevens & Sons, Ltd., 1930), pp.86-87.

¹⁰⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 8*, น. 58.

¹⁰⁹ จิตราวลัย แยมกลีบ, “การทำการเป็นปฏิบัติต่อการที่เป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 58.

¹¹⁰ Article 229 Divorce may be decreed in cases :

- of mutual consent; or
- of acceptance of the principle of the breakdown of the marriage; or
- of irretrievable impairing of the marriage tie; or
- of fault.

ในกรณีของการหย่าโดยความยินยอม ตามมาตรา 230¹¹¹ คู่สมรสอาจยื่นคำร้องร่วมกันเพื่อขอหย่าได้โดยไม่ถูกจำกัดในเรื่องของระยะเวลาว่าจะต้องพ้นระยะเวลาหกเดือนนับแต่ที่ได้มีการสมรสไปก่อนดังเช่นกฎหมายเก่า ส่วนกรณีหย่าอันเนื่องมาจากการสมรสที่แตกสลายนั้น ได้มีการแก้ไขใหม่ตามมาตรา 237¹¹² และมาตรา 238¹¹³ ซึ่งอนุญาตให้สามีภริยาที่แยกกันอยู่เป็นระยะเวลาเกินกว่าสองปีสามารถยื่นคำร้องขอหย่าได้ ซึ่งต่างจากกฎหมายเก่าที่ต้องอาศัยระยะเวลาในการแยกกันอยู่ค่อนข้างนาน คือ เกินกว่าหกปี จึงจะเกิดสิทธิในการยื่นคำร้องขอหย่าได้ สำหรับการหย่าตามหลักความผิด กฎหมายได้กำหนดรายละเอียดไว้ในมาตรา 242¹¹⁴ โดยวางหลักไว้ค่อนข้างกว้างว่าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถฟ้องหย่าได้ เมื่อมีข้อเท็จจริงที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงหรือหลายครั้งต่อหน้าที่ของการเป็นสามีภริยา จนส่งผลให้ไม่อาจใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภริยาต่อไปได้อีก และข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นต้องมีสาเหตุมาจากคู่สมรสอีกฝ่ายเป็นผู้ก่อ

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติถึงเหตุฟ้องหย่ากรณีกระทำผิดเช่นกฎหมายไทย แต่การกระทำผิดดังกล่าวถือว่าการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงต่อหน้าที่ของการเป็นสามีภริยา ถือเป็นความผิดที่ศาลจะอนุญาตให้มีการหย่าได้ อย่างไรก็ตาม ลำพังเพียง

¹¹¹ Article 230 An application for divorce may be presented jointly by the spouses where they agree on the breakdown of the marriage and its effects by submitting to the approval of the judge an agreement which regulates the consequences of the divorce.

¹¹² Article 237 An application for divorce may be presented by a spouse where the marriage tie is irretrievably impaired.

¹¹³ Article 238 An irretrievable impairing of the marriage tie shall result from the ending of the community of life between the spouses. Where they have been living apart for two years before the summons. Notwithstanding the preceding provisions, divorce shall be decreed for irretrievable impairing of the marriage tie in the circumstances referred to in Article 246, paragraph 2, where the application presented on this ground is lodge as a reconvention.

¹¹⁴ Article 242 Divorce may be petitioned by a spouse for facts ascribable to the other where those facts constitute a serious or renewed violation of the duties and obligations of marriage and render unendurable the continuance of community life.

การกระทำที่เป็นความผิดอันอาจถือเป็นเหตุหย่าได้นั้น ย่อมไม่เพียงพอที่ศาลจะอนุญาตให้หย่าขาดจากกันได้ หากแต่ศาลต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขว่าการกระทำผิดนั้นส่งผลต่อการคงอยู่ต่อไปของการสมรสโดยทุกขัทรมานหรือไม่¹¹⁵ ดังนั้น การกระทำซึ่งไม่อาจถือว่าเป็นเหตุฟ้องหย่าโดยเด็ดขาดอีกต่อไป เนื่องจากศาลจะต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำดังกล่าวนั้นได้ส่งผลให้การสมรสต้องแตกสลายลงจนมิอาจกลับฟื้นคืนดีได้อีกหรือไม่ โดยอาจนำความประพฤติของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมาพิจารณาเปรียบเทียบกับความร้ายแรงของการกระทำ¹¹⁶

สำหรับเงื่อนไขแห่งการหย่าตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ในกรณีกระทำเช่นนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า มีลักษณะเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ ที่ผู้เขียนศึกษาและได้กล่าวไปแล้วข้างต้น กล่าวคือ การกระทำซึ่งจะเข้าเงื่อนไขอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่าตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น จะต้องเป็นการกระทำซึ่งระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศตรงกันข้ามเท่านั้น เช่นเดียวกับกรณีการสมรสที่กฎหมายแพ่งฝรั่งเศส วางหลักให้การสมรสเป็นเรื่องระหว่างชายและหญิงเท่านั้น เฉพาะคู่สมรสที่มีเพศตรงกันข้ามเท่านั้น ที่จะได้รับกรรับรองสถานะทางกฎหมาย¹¹⁷ ซึ่งเห็นได้ว่าหลักการของกฎหมายครอบครัวล้วนแต่เป็นเรื่องของคู่สมรสชายและหญิงเท่านั้น ดังนั้น หากเป็นการกระทำซึ่งระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ย่อมไม่เข้าเงื่อนไขของเหตุหย่าในกรณีกระทำอยู่อย่างใดก็ตาม เพื่อเป็นการผ่อนคลายความเข้มงวดตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับการสมรส ในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสจึงมีบทบัญญัติกฎหมายที่ออกมาเพื่อรับรองสถานะทางกฎหมายของการอยู่ร่วมกัน (civil unions) ของคู่รักซึ่งมีความเบี่ยงเบนทางเพศ (same-sex couples) หรือ คู่รักต่างเพศที่ยังไม่ได้สมรส (unmarried opposite-sex unions) ให้มีสิทธิอันพึงได้ตามกฎหมายบางประการเช่นเดียวกับสิทธิของคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัว โดยบทบัญญัติกฎหมายฉบับดังกล่าว เรียกว่า PACS¹¹⁸ ทั้งนี้ ผลของบทบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ มิได้เป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการในกฎหมายครอบครัวแต่อย่างใด

¹¹⁵ Bea Vershraegen, *supra note 24*, p.46.

¹¹⁶ Frederique Ferrand, “ Grounds for divorce and maintenance between former spouse”, (September, 2002), pp. 18-19.

¹¹⁷ ในปี ค.ศ.2006 มีการจัดพิธีสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน แต่ต่อมาได้มีคำพิพากษาให้การสมรสดังกล่าวเป็นโมฆะ

“Same sex marriage in France,” <<http://www.baywindows.com>>, 5 June 2009.

¹¹⁸ *Ibid.*

3.2.4 ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน

ตามประเพณีโบราณของชาวจีนถือว่าการหย่าร้างเป็นเรื่องที่ผิดปกติ ภริยาเกือบจะไม่มีอำนาจในการขอหย่าขาดจากสามี แต่ตรงกันข้ามอาจถูกบังคับให้หย่าขาดจากสามีด้วยเหตุเจ็ดประการตามหลักขงจื้อที่กำหนดไว้ ได้แก่ เป็นหมัน ตัดทอนขาด ไม่เอาใจใส่บิดามารดาของสามี พุดมาก มีนิสัยชอบลักขโมย มีจิตริษยาหรือเกลียดชัง และทุพพลภาพที่ไม่มีทางรักษาให้หายได้¹¹⁹ ภายใต้นี้แนวคิดตามกฎหมายประเพณีเกี่ยวกับการหย่าร้างนั้น เห็นว่าการสมรสคือการตกลงที่จะใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลทั้งสองฝ่าย และเช่นเดียวกันที่สามีภริยาควรจะหย่าขาดจากกันเมื่อไม่สามารถก่อให้เกิดความประณีประนอมในครอบครัวได้อีกต่อไป เดิมทีการหย่าตามกฎหมายประเพณีจีน (Traditional Chinese Law) สามารถจำแนกออกได้เป็นสามประการ¹²⁰ ได้แก่ (1) การหย่าโดยอาศัยความยินยอมของคู่สมรส (mutual consent) (2) การหย่าโดยอาศัยเงื่อนไขเจ็ดประการตามกฎหมาย (the seven conditions) และ(3) การฟ้องหย่าโดยฝ่ายภริยา (the wife's suit) สำหรับการหย่าโดยอาศัยความยินยอมจากคู่สมรสนั้น ถือเป็นวิธีสิ้นสุดการสมรสที่ง่ายและพบมากที่สุด ขณะที่การฟ้องหย่าโดยฝ่ายภริยานั้นไม่ค่อยปรากฏเท่าใด

สำหรับวิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าร้างนั้นสัมพันธ์กับการขยายตัวในเรื่องของสิทธิสตรี โดยแต่เริ่มแรกสามีสามารถทอดทิ้งหรือขับไล่ภริยาได้โดยไม่มีเหตุอันควร ในระยะต่อมาสิทธิของสามีได้ถูกจำกัดโดยเงื่อนไขเจ็ดประการตามกฎหมาย จนกระทั่งได้มีการก่อตั้งสาธารณรัฐ กฎหมายเกี่ยวกับการหย่าจึงได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะทวีปยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น ดังปรากฏในร่างกฎหมายแพ่งฉบับแรก (The First Draft Civil Code 1908) ที่ได้ยกระดับสิทธิสตรีเกี่ยวกับการหย่า กระทั่งในปัจจุบันสิทธิของภริยาในการฟ้องหย่าสามีได้รับการรับรองมากขึ้น โดยถูกกำหนดไว้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย ดังเช่น กรณีสามีกระทำชู้ ไม่ว่าจะเป็นการร่วมประเวณีกับหญิงค้าบริการ หรือมีภริยาน้อยก็ตาม ภริยามีสิทธิฟ้องหย่าสามีได้¹²¹

¹¹⁹ ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23*, น. 359.

¹²⁰ David C. Buxbaum, *Chinese Family Law and Social Change*, University of Washington Press (Seattle and London), p.76.

¹²¹ *Ibid*, p. 80.

สำหรับการหย่าโดยอาศัยเงื่อนไขเจ็ดประการตามกฎหมายนั้นมีจุดเริ่มต้นมาจากธรรมเนียมประเพณีของจีน โดยสามีจะสามารถหย่าภริยาได้โดยอาศัยเหตุหย่าตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น¹²² กล่าวคือ

- (1) ประพฤติตนไม่มีสัมมาคารวะกับบิดามารดาสามี (being unfilial to the present-in-law)
- (2) ไม่สามารถให้กำเนิดลูกชายได้ (having no son)
- (3) กระทำชู้ หรือเป็นผู้มักมากในกาม (adultery and licentiousness)
- (4) เป็นผู้อิจฉาริษยา (jealousy)
- (5) เป็นโรคร้ายแรง (malignant disease)
- (6) ไม่สำรวมวาจา (talking too much)¹²³
- (7) มีนิสัยลักขโมย (stealing)

อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้จำกัดสิทธิของสามีในการหย่าภริยาโดยกำหนดข้อยกเว้นไว้สามประการ¹²⁴ กล่าวคือ

- ก. กรณีภริยาไม่มีที่พักพิงอื่นใด (no place to return)
- ข. กรณีภริยาได้ดูแลบิดามารดาของสามีเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามปี (having observed three years mourning for the parents-in-law)
- ค. กรณีสามีฐานะดีขึ้น มีเกียรติยศชื่อเสียงในภายหลังจากแต่งงาน (if the husband had been poor and humble at the time of marriage, and became rich and noble later)

อนึ่ง สำหรับการหย่าโดยอาศัยเงื่อนไขเจ็ดประการตามกฎหมายนั้นไม่ใช้บังคับกับภริยาน้อย (concubine) เนื่องจากสังคมถือว่ามีสถานะทางสังคมที่ต่ำต้อยกว่าภริยาหลวง การหย่าจึงสามารถทำได้โดยการตกลงกันเอง¹²⁵ ส่วนกรณีภริยากระทำชู้นั้นถือเป็นกรณียกเว้นของข้อยกเว้นสามประการดังกล่าวข้างต้น เนื่องด้วยการกระทำชู้โดยภริยานั้น ถือเป็นความผิดร้ายแรงอันเป็นเหตุสำคัญที่กฎหมายยินยอมให้มีการหย่ามากกว่าที่จะคำนึงถึงความคงอยู่ของ

¹²² *Ibid* , p. 85.

¹²³ เนื่องจากการที่ภริยาไม่สำรวมวาจาอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งในระหว่างหมู่ญาติได้
N. Niida , *Shina mibunhōshi (A history of family law in China)* (1952) , p. 678.

¹²⁴ David C. Buxbaum , *supra note 106* , p. 86.

¹²⁵ Ryōshuge (1961) (vol.10 , Koryō 8, Shichiishutsu jō)

สถาบันครอบครัวเป็นสิ่งสำคัญ แต่เหตุดังกล่าวนี้ ใช้บังคับเฉพาะกับฝ่ายภริยาเท่านั้น เพื่อเป็นการรักษาความบริสุทธิ์ของเผ่าพันธุ์ (to protect the purity of the clan) ¹²⁶

ส่วนการฟ้องหย่าโดยฝ่ายภริยา (the wife's suit) นั้น เฉพาะกรณีสามีสูญหาย (disappearance) ¹²⁷ กระทำความผิดทางอาญาบางประเภท (specific crimes) เช่น กรณีสามีกระทำชู้กับมารดาของภริยา ¹²⁸ เป็นต้น และการกระทำรุนแรง ทารุณ (serious maltreatment) เท่านั้นที่เป็นเงื่อนไขให้ภริยาฟ้องหย่าสามีได้ ¹²⁹

ในปัจจุบันปี ค.ศ. 2001 กฎหมายครอบครัวจีนได้มีการปฏิรูปอย่างมากในส่วนที่เกี่ยวกับการหย่า โดยกฎหมายว่าด้วยการสมรสของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 2001 ได้กำหนดเหตุที่สามีภริยาสามารถยกขึ้นอ้างเพื่อฟ้องหย่าได้ ปรากฏตามมาตรา 32 ¹³⁰ ซึ่งบัญญัติว่า

¹²⁶ David C. Buxbaum , *supra note 106* , pp. 86-87.

¹²⁷ ในช่วงสมัยราชวงศ์ถัง (The T'ang Period) หากสามีสูญหายไปในพื้นที่เขตบาบาริเยน (the barbarian areas) เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามปี หรือระยะเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี ในกรณีที่ภริยามีบุตร ภริยามีสิทธิฟ้องหย่าสามีและแต่งงานใหม่ได้ และหากสามีละทิ้งร้างภริยาไปเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสองปี หรือระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามปี ในกรณีที่ภริยามีบุตร ภริยา ย่อมมีสิทธิฟ้องหย่าสามีได้เช่นกัน N. Niida , *Shina mibunhöshi* , *supra note 109* , p. 706.

¹²⁸ David C. Buxbaum , *supra note 106* , p. 87.

¹²⁹ N. Niida , *Shina mibunhöshi* , *supra note 109* , p.707.

¹³⁰ Article 32 Where either the husband or wife applies to get divorced, the departments concerned may make mediations, or he or she may file a suit at the people court for divorce. The people court shall make mediations in the process of hearing a divorce suit; divorce shall be granted if mediation fails because mutual affection no longer exists. Divorce shall be granted if any of the following circumstances occurs and mediation fails

a. either party is a bigamist or a person who has a spouse but co-habits with another person;

b. there is family violence or maltreatment or desertion of any family member;

c. either party is indulged in gambling, drug-abuse or has other vicious habits and refuses to mend his or her ways despite of repeated admonition;

คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจยื่นฟ้องคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งต่อศาล เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้หย่ากันได้ ภายใต้เงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใด ดังต่อไปนี้

- (1) การสมรสซ้อน
- (2) การกระทำรุนแรง การทรมานทารุณ หรือการละทิ้งร้าง
- (3) การมั่วสุมเล่นการพนัน ดินยาเสพติด หรือมีความประพฤติชั่วจนเป็นนิสัย และปฏิเสธที่จะปรับปรุงตนเองให้ดีขึ้นทั้งที่ได้ตักเตือนแล้ว
- (4) การสมรักรใจแยกกันอยู่เป็นระยะเวลาสองปีขึ้นไป
- (5) กรณีมีพฤติการณ์อื่นที่ส่งผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตของคู่สมรส
- (6) กรณีถูกศาลสั่งให้เป็นบุคคลสาบสูญ

3.2.5 ประเทศญี่ปุ่น

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแห่งเมจิ (Meiji Civil Code) ในปี ค.ศ. 1898 การหย่าของประเทศไทยอยู่ภายใต้อิทธิพลของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นโดยมีหัวหน้าครอบครัวหรือสามีเป็นผู้กำหนดมากกว่าที่จะเป็นไปตามหลักของศาสนา หรือกฎเกณฑ์ของรัฐ การหย่าที่กระทำโดยภริยาจึงแทบไม่ปรากฏ เนื่องจากความไม่เท่าเทียมกันเพราะความแตกต่างกันทางเพศ ในอดีต ปีค.ศ. 708 กฎหมาย Taiho-Ryo ได้บัญญัติเหตุหย่าไว้ทั้งสิ้น 7 ประการ¹³¹ กล่าวคือ เป็นหมัน ภริยาประพฤติตนเป็นคนเสเพล ภริยาไม่สามารถปรับตัวเข้ากับบิดามารดาของฝ่ายสามีได้ เป็นคนช่างเจรจา เป็นขโมย เป็นคนขี้ฉ้อ ขี้หึง และเป็นโรคที่ไม่สามารถรักษาให้หายขาดได้ จากเหตุหย่าดังกล่าวข้างต้น ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการกระทำชั่วว่าเป็นเหตุหย่าโดยตรง ซึ่งต่างจากบทบัญญัติกฎหมายที่ได้ศึกษามาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำชั่วของภริยาน่าจะถือเป็นกรณีที่ภริยาประพฤติตนเสเพลนั่นเอง ต่อมาในช่วงปี ค.ศ. 1608-1868 สมัย

d. both parties have lived separately due to lack of mutual affection for up to two years;

e. other circumstances that have led to the nonexistence of mutual affection as husband and wife.

If either party has been declared by court as to be missing and the other party applies to be divorced, divorce shall be granted.

¹³¹ Hiroshi Oda ,*Japanese Law*, (Great Britain: Butterworths,1992), p.235.

ราชวงศ์ Tokugawa Shogunate เกิดเป็นจารีตประเพณีที่ว่า การหย่าจะมีขึ้นได้โดยอาศัยความยินยอม แต่อย่างไรก็ดี ความยินยอมเช่นว่านี้ ขึ้นอยู่กับฝ่ายสามีเพียงฝ่ายเดียว โดยสามีจะต้องยินยอมหย่าให้แก่ภริยาก่อน ภริยาจึงจะสมรสใหม่ได้¹³²

ในช่วงปี ค.ศ. 1867 รัฐบาลได้พยายามสร้างระบบกฎหมายใหม่ให้มีความทันสมัย โดยรับแนวความคิดมาจากกฎหมายตะวันตก เกิดเป็นประมวลกฎหมายแพ่ง เรียกว่า Meiji Civil Code ซึ่งประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1896 และมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1898¹³³ สำหรับกฎหมายครอบครัวในเรื่องเกี่ยวกับการหย่า กฎหมายรับรองสิทธิของภริยามากขึ้น โดยหากสามีต้องการหย่าภริยา ต้องไปแสดงตนต่อหน้าศาลร่วมกับบิดามารดาของตน ซึ่งเป็นการจำกัดอำนาจของสามีที่จะหย่าขาดจากภริยาตามอำเภอใจให้น้อยลง¹³⁴

แม้ต่อมาจะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเมจิกก็ตาม แต่ปัญหาความไม่เสมอภาคระหว่างเพศยังคงไม่ได้รับการแก้ไขเท่าที่ควร จนกระทั่งได้มีการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง ในส่วนของกฎหมายครอบครัวและกฎหมายมรดกในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยวางหลักการทั่วไปให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่ง (The Civil Code) ในปี ค.ศ. 1947 ถือเป็น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ทำให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ¹³⁵

ในปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้กำหนดรูปแบบของการหย่าไว้สองกรณี กล่าวคือ

(1) การหย่าโดยความยินยอม คือ กรณีคู่สมรสทั้งสองฝ่ายต่างสมัครใจที่จะสิ้นสุดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยากัน ถือเป็น การสิ้นสุดการสมรสที่ประนีประนอมและสมประโยชน์แต่ละฝ่ายมากที่สุด ซึ่งการหย่าโดยความยินยอมถือเป็นรูปแบบของการหย่าที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายเกือบทุกประเทศ โดยประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 763¹³⁶ บัญญัติว่า “ สามีและภริยาสามารถหย่าขาดจากกันได้โดยการตกลงยินยอมร่วมกัน ”

¹³² *Ibid.*, pp.60-61.

¹³³ Jun'ichi Akiba and Minoru Ishikawa, "Marriage and Divorce Regulation and Recognition in Japan", *Family Law Quarterly*(Fall1995), p.589.

¹³⁴ Hiroshi Oda, *supra note 112*, p.61.

¹³⁵ Kodansha Encyclopedia of Japan, (1983), p. 121.

¹³⁶ Article 763 Husband and wife may effect divorce by agreement.

(2) การหย่าโดยคำพิพากษา
 ประมวลกฎหมายแพ่งแห่งญี่ปุ่น มาตรา 770¹³⁷ ได้กำหนดเหตุฟ้องหย่าไว้ห้ากรณี
 ดังต่อไปนี้

(2.1) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดกระทำชู้
 (2.2) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่ง
 (2.3) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้หายสาบสูญไปเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามปี โดย
 ไม่ทราบว่ายังมีชีวิตอยู่หรือไม่

(2.4) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นบุคคลวิกลจริต และความวิกลจริตนั้นมีลักษณะ
 ยากจะหายขาดได้

(2.5) มีเหตุร้ายแรงเกิดขึ้นซึ่งเป็นการดำเนินชีวิตสมรสต้องประสบกับความ
 ยุ่งยาก

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าข้อเท็จจริงจะตรงตามเหตุฟ้องหย่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ใน 1) -
 4) แต่ศาลยังคงมีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจที่จะไม่อนุญาตให้คู่สมรสหย่าขาดจากกันได้ หากเห็น
 ว่าตามพฤติการณ์แห่งคดีสมควรให้การสมรสนั้นคงดำรงอยู่ต่อไป¹³⁸

¹³⁷ Article 770 Husband or wife can bring the action for divorce only in the following case;

- (1) If his or her spouse has committed an act of infidelity;
- (2) If he or she has been deserted maliciously by his or her spouse;
- (3) If it is unknown for three years or more whether his or her spouse is alive or dead;
- (4) If his or her spouse is afflicted with severe mental disease without prospect of recovery;
- (5) If there exists any other grave reason for which it is difficult for him or her to continue the marriage.

Even in case where any or all of the grounds mentioned in item 1 to 4 inclusive of the preceding paragraph exist, the court may dismiss the action for divorce deems the continuance of the marriage proper in view of all the circumstances.

¹³⁸ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น. 363.

กฎหมายครอบครัวญี่ปุ่นกำหนดเหตุหย่าโดยตั้งอยู่บนหลักความผิดและหลักการแตกสลายของการสมรส ดังจะพบได้ในเหตุหย่าข้อ 5) ข้างต้น ซึ่งในการบังคับใช้เหตุหย่าตามข้อ 5) นั้น ต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นกรณีไป แม้ว่าเหตุหย่าตามข้อ 5) จะเป็นเหตุหย่าตามหลักการแตกสลายของการสมรส (breakdown of marriage) แต่ในการบังคับใช้กฎหมายก็ต้องตีความให้ครอบคลุมถึงกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งกระทำผิดด้วย เช่น การติดยาเสพติด ความแตกต่างทางด้านอุปนิสัย การสูญเสียความรักระหว่างสามีภรรยา เป็นต้น¹³⁹ นอกจากนี้ คู่สมรสฝ่ายที่มีได้กระทำผิด อาจเรียกค่าเสียหายเพื่อความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ หรือทุกข์ทรมานทางใจ (mental distress) จากคู่สมรสที่เป็นฝ่ายผิดได้ คล้ายกับเป็นการร้องขอให้แบ่งทรัพย์สิน¹⁴⁰

3.2.6 ประเทศอิหร่าน

ประเทศอิหร่านก็เช่นเดียวกับประเทศอื่นๆที่ประชากรส่วนมากในประเทศนับถือศาสนาอิสลาม กล่าวคือ นำกฎหมายอิสลาม อันมีลักษณะเป็นกฎหมายศาสนาบังคับกับเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัว รวมถึงกรณีการหย่าด้วย ต่อมาในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมายครั้งใหญ่ในประเทศอิหร่าน ปีค.ศ. 1967 ได้มีการประกาศใช้ The Family Protection Law (FPL) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะยกเลิกการหย่าโดยวิธีตอลัค (talaq) และให้อำนาจแก่ศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีหย่าทั้งหมด เรียกว่า Certificate of Impossibility of Reconciliation ภายใต้เงื่อนไขในการฟ้องหย่าอย่างเดียวกันทั้งสามีและภรรยา¹⁴¹ ทั้งนี้ ยังเพิ่มสิทธิในการฟ้องหย่าสามีให้แก่ภรรยา คือ กรณีสามีไม่อุปการะเลี้ยงดูภรรยา (failure to support) หรือสามีสมรสซ้อน (second marriage) หรือสามีปฏิบัติต่อภรรยาทั้งหลายอย่างไม่เท่าเทียมกัน (failure to treat co-wives equally)¹⁴² อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการลดความขัดแย้งกับหลักการของกฎหมายศาสนาที่ให้สิทธิในการหย่าเป็นสิทธิเฉพาะ (exclusive right) แก่ฝ่ายสามีเท่านั้น ภายหลังจากมีการประกาศใช้ The Family Protection Law ในการสมรสจะมีการระบุเงื่อนไขอันเป็นเหตุ

¹³⁹ จิตราวัลย์ แยมกลีบ, *อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 95*, น. 46.

¹⁴⁰ Jun'ichi Akiba and Minoru Ishikawa, *supra note 114*, p.593.

¹⁴¹ Ziba Mir-Hosseini, *Marriage on Trial: A Study of Islamic Family Law*, (I.B.Tauris & Co Ltd., London, 1993), p. 54.

¹⁴² *Ibid*, p.55.

แห่งการหย่าโดยฝ่ายภริยาไว้ในสัญญาสมรส (marriage contract) โดยถือได้ว่าสิทธิของภริยาในการหย่าดังกล่าวนั้นได้รับความยินยอมจากสามีในขณะที่สมรสด้วย¹⁴³

อย่างไรก็ตาม การประกาศใช้ The Family Protection Law นั้น ไม่เป็นที่ยอมรับจากฝ่ายศาสนา ซึ่งประณามว่าเงื่อนไขและข้อบังคับตามบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักศาสนาอิสลาม และประกาศว่าการหย่าโดยอาศัยคำพิพากษาของศาลนั้นเป็นอันไร้ผล (void) ในภายหลังจึงได้มีการยกเลิกกฎหมายฉบับดังกล่าว และประกาศใช้ Iranian Civil Code ขึ้นแทนที่ในปี ค.ศ.1979 ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายอิสลาม แต่ยังคงยึดถือหลักการเกี่ยวกับการหย่าตาม The Family Protection Law ไว้บางส่วน โดยเฉพาะในเรื่องการหย่า กล่าวคือกฎหมายให้สิทธิสามีที่จะริเริ่มหย่าภริยาได้ โดยภริยาต้องให้ความยินยอมด้วยเท่านั้น มิฉะนั้นการสมรสดังกล่าว จะสิ้นสุดลงได้ต่อเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้คู่สมรสนั้นหย่าขาดจากกันเท่านั้น

บทบัญญัติกฎหมายใน Iranian Civil Code แสดงให้เห็นถึงความพยายามที่จะประสานระหว่างหลักกฎหมายศาสนา (Shari'a Law) กับหลักตาม The Family Protection Law โดยปรากฏในมาตรา 1133 ที่ให้สิทธิในการหย่าแก่สามีในการปฏิเสธหญิงซึ่งเป็นภริยาของตน (repudiate his wife at any time he wishes) ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายศาสนา แต่ทั้งนี้ สามีต้องยื่นคำร้องต่อศาล และศาลต้องนำคดีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยก่อนที่จะมีคำพิพากษาเสมอ¹⁴⁴ ซึ่งถือเป็นประเด็นที่แตกต่างกับการหย่าโดยวิธีตอละก์ (talaaq) ตามหลักกฎหมายศาสนา และแม้ว่าการหย่าโดยฝ่ายสามีจะมีผลสมบูรณ์ได้นั้น จะต้องอาศัยคำพิพากษาเป็นสำคัญ แต่สำหรับเงื่อนไขในการฟ้องหย่าระหว่างสามีและภริยานั้น กฎหมายบัญญัติไว้ต่างกัน กล่าวคือ สิทธิในการหย่าของสามีนั้นกฎหมายมิได้กำหนดเงื่อนไขในการฟ้องหย่าไว้ ขณะที่สิทธิ

¹⁴³ การกำหนดเงื่อนไขที่เป็นกรให้สิทธิแก่ภริยาในการฟ้องหย่าสามีไว้ในทะเบียนสมรส ถือเป็นเรื่องที่กฎหมายศาสนาให้การรับรอง

Ibid, p.55.

¹⁴⁴ สอดคล้องกับถ้อยคำศักดิ์สิทธิ์ที่ปรากฏในกฎหมายศาสนาที่ว่า “ If you fear a breach between the two, bring forth an arbiter from his people and from her people an arbiter, if they desire to set things right; God will compose their difference; surely God is all-knowing, All-aware”

Ibid, p.56.

ในการหย่าของภริยาจะมีขึ้นได้ต้องอาศัยเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้เท่านั้น (มาตรา 1119)¹⁴⁵ ซึ่งในปัจจุบัน การฟ้องหย่าโดยฝ่ายภริยาตามกฎหมายอื้อหว่านนั้นสามารถจำแนกได้เป็นสามกลุ่ม¹⁴⁶ กล่าวคือ กลุ่มแรก กรณีที่สมรสก่อนมีการบังคับใช้กฎหมาย The Family Protection Law โดยทั่วไปในกลุ่มนี้ไม่ค่อยปรากฏการกำหนดเงื่อนไขในการหย่าโดยฝ่ายภริยาไว้ในสัญญาสมรส ดังนั้น สิทธิของภริยาในการฟ้องหย่าสามีจึงต้องเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมาย กล่าวคือ กรณีสามีไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดู หรือกรณีสามีทำร้ายร่างกาย หรือข่มเหงจิตใจ กลุ่มที่สอง กรณีที่มีการสมรสระหว่าง ค.ศ. 1967-1982 เป็นช่วงที่มีการบังคับใช้กฎหมาย The Family Protection Law จนถึงช่วงที่มีการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสฉบับใหม่ ซึ่งสิทธิของภริยาในการฟ้องหย่าสามีเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาสมรสโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 8 The Family Protection Law¹⁴⁷ และกลุ่มที่สาม กรณีสมรสภายหลังปี ค.ศ. 1982 นับแต่มีการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสฉบับใหม่ ซึ่งกำหนดให้เนื้อหาในสัญญาสมรสประกอบไปด้วยสองส่วน คือ ส่วนแรก เกี่ยวกับการจ่ายค่าทดแทน และส่วนที่สอง เกี่ยวกับเงื่อนไขอันก่อให้เกิดสิทธิในการหย่าโดยฝ่ายภริยา กล่าวคือ กรณีสามีไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูเป็นระยะเวลาอย่างน้อยหกเดือน กรณีสามีทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ กรณีสามีเป็นโรคติดต่อที่ไม่อาจรักษาหายได้ กรณีสามีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลที่ให้ละเว้นการประกอบอาชีพที่น่ารังเกียจ อันเป็นเหตุให้ภริยาได้รับความเดือดร้อนถึงชีวิต หรือกรณีสามีไม่สามารถทำให้มีบุตรได้ ภายหลังจากสมรสไปแล้วห้าปี หรือกรณีสามีสมรสซ้อนโดยปราศจากความยินยอมของภริยาคนแรก หรือสามีไม่สามารถให้ความยุติธรรมต่อภริยาทั้งหลายได้อย่างเท่าเทียม เป็นต้น

¹⁴⁵ Article 1119 - The parties to the marriage can stipulate any condition to the marriage which is not incompatible with the nature of the contract of marriage, either as part of the marriage contract or in another binding contract: for example, it can be stipulated that if the husband marries another wife or absents him self during a certain period, or discontinues the payment of cost of maintenance, or attempts the life of his wife or treats her so harshly that their life together becomes unbearable, the wife has the power, which she can also transfer to a third party by power of attorney to obtain a divorce herself after establishing in the court the fact that one of the foregoing alternatives has occurred and after the issue of a final judgment to that effect.

¹⁴⁶ *Ibid*, p.56.

¹⁴⁷ *Ibid*, p.56.

เนื่องจากการมีภริยาหลายคนในศาสนาอิสลามเป็นสิ่งที่ถูกอนุมัติโดยมีเงื่อนไข ดังที่ปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอานที่พระเจ้าได้ดำรัสความว่า " ดังนั้น เจ้าจงแต่งงานจากในหมู่หญิงที่สบใจแก่สุเจ้าสองหรือสามหรือสี่ ครั้นถ้าสุเจ้าเกรงว่าให้ความยุติธรรมไม่ได้ ดังนั้นจงแต่งเพียงคนเดียว " (อัลกุรอาน 4:3) หากเราวิเคราะห์ถึงบทบัญญัติแห่งคัมภีร์กุรอานดังกล่าวข้างต้น จะพบว่ามีข้อกำหนดเงื่อนไขที่สามที่ต้องปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนว่า "จะต้องให้ความยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกัน" ซึ่งหมายถึงการเลี้ยงดูภริยาและบุตร ถ้าหากสามีปฏิบัติไม่ได้ ก็ให้มีภริยาแค่เพียงหนึ่งเท่านั้น ในหลักศาสนาอิสลามยอมรับถึงความต้องการทางเพศของฝ่ายชาย แต่ศาสนาอิสลามก็ควบคุมความต้องการนั้นให้อยู่ในทางที่ถูกที่ควร คือ การแต่งงาน ไม่ใช่ไปหาความสุขทางเพศกับหญิงอื่นที่มีภริยาของตนเอง ดังนั้น ในศาสนาอิสลามถือว่าการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างชายหญิงโดยไม่ผ่านการแต่งงานนั้นเป็นความผิดร้ายแรงยิ่งนัก โดยในประเทศอิหร่านถือว่าการร่วมประเวณีกับหญิงอื่นซึ่งมีภริยาของตนเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมาย ดังเช่นกรณีของ Abdullah Fareivar¹⁴⁸ ครูสอนดนตรีอายุ 50 ปี ที่ถูกศาลพิพากษาลงโทษประหารชีวิตโดยวิธีการขว้างด้วยก้อนหิน เนื่องจากเหตุมีความสัมพันธ์กับเด็กสาวอายุ 17 ปี โดยมีได้มีสัญญาสมรสและภริยาคนแรกของ Abdullah Fareivar ก็มีได้รับทราบด้วย ซึ่งตามกฎหมายอิสลาม ประเทศอิหร่านยังคงลงโทษความผิดฐานกระทำชู้ด้วยการขว้างด้วยก้อนหิน โดยผู้กระทำผิดที่เป็นชายจะถูกนำร่างไปฝังดินถึงเอว ขณะที่ผู้หญิงจะถูกนำร่างไปฝังถึงไหล่¹⁴⁹

ด้วยเหตุที่ชีนาสามารถก่อปัญหามากมายต่อสังคม หลักกฎหมายอิสลามจึงได้กำหนดมาตรการที่เข้มงวดเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำชู้ (ชีนา) ขึ้น โดยกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ทำชีนา คือ การเขียนหนึ่งร้อยหวายสำหรับผู้ที่ยังโสด และขว้างด้วยหินสำหรับผู้กระทำผิดที่แต่งงานแล้ว นอกจากนี้อิสลามยังส่งเสริมการแต่งงานเพื่อลดปัญหาการชีนา โดยหลักศาสนาอิสลามให้ความสำคัญต่อการแต่งงานที่โปร่งใส เป็นไปตามความพึงพอใจระหว่างสองฝ่าย เรียบง่าย และไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยาก ดังนั้น การที่สามีไปรับเอาหญิงอื่นเป็นภริยาโดย

¹⁴⁸ สำนักข่าวมุสลิม, "ชีนาในอิหร่าน," <<http://www.muslimthai.com>>, 18 ธันวาคม 2552.

¹⁴⁹ ปัจจุบันประเทศอิหร่านได้มีการยกเลิกการตัดสินลงโทษด้วยวิธีดังกล่าวในประมวลวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งร่างกฎหมายดังกล่าวผ่านการเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว แต่ยังคงมีการกำหนดรายละเอียดโดยการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรอีกขั้นตอนหนึ่ง

การสมรสครั้งที่สอง หรือสามหรือสี่ จึงไม่ถือว่าสามีกระทำชู้ ทั้งนี้ ภริยามีสិทธิในการฟ้องหย่า สามีได้หากสามีนั้นไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูภริยาของตนได้อย่างเท่าเทียมกัน (มาตรา 1129)¹⁵⁰

สำหรับกรณีภริยากระทำชู้ นั้น ตามกฎหมายอิสลามให้ลงโทษด้วยการฝังร่างภริยาผู้นั้นถึงไหล่แล้วขว้างด้วยก้อนหินจนกระทั่งเสียชีวิต แต่ทั้งนี้จะต้องมีการพิสูจน์ว่าภริยาได้มีการกระทำชู้จริงโดยมีพยานยืนยันถึง 4 คน และชายที่เป็นชู้จะต้องถูกเปิดเผยตัวต่อที่สาธารณะด้วย¹⁵¹ และลงโทษชายชู้ด้วยการฝังร่างชายชู้ในดินถึงเอวและขว้างด้วยก้อนหินจนเสียชีวิตเช่นเดียวกัน

อนึ่ง ผู้เขียนขอเพิ่มเติมในเรื่องของการสมรสซ้อน (bigamy) ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำชู้เช่นกัน โดยในบางประเทศได้กำหนดให้การกระทำดังกล่าวมีความผิดทางอาญา สถานสมรสซ้อน ด้วยอาศัยเหตุอันเนื่องมาจากศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคม เหตุทางสังคมอันเกี่ยวกับความสงบสุขของสถาบันครอบครัว หรือเหตุผลเกี่ยวกับการคุ้มครองการสมรสทางทะเบียน โดยคำว่า bigamy หมายถึงการสมรสครั้งใหม่ที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการสมรสตามกฎหมายไปแล้ว ซึ่งหลายประเทศถือว่าการสมรสซ้อนดังกล่าวนี้ เป็นการกระทำความผิดทางอาญา (the crime of marrying someone while still legally married to someone else)¹⁵² ทั้งนี้ คำว่า bigamy มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า polygamy ที่หมายถึงการมีคู่สมรสหลายคน¹⁵³ โดยประเทศที่ได้บัญญัติความผิดทางอาญฐานสมรสซ้อน เช่น ประเทศอังกฤษ หลายมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมัน ประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น ซึ่งองค์ประกอบของการ

¹⁵⁰ Article 1129 - If the husband refuses to pay the cost of maintenance of his wife, and if it is impossible to enforce a judgment of the court and to induce him to pay the expenses, the wife can refer to the judge applying for divorce and the judge will compel the husband to divorce her. The same stipulation will be binding in a case where the husband is unable to provide for the maintenance of the wife.

¹⁵¹ สืบค้นจาก

<http://www.muslimthai.com/main/1428/content.php?category=93&id>.

¹⁵² สืบค้นจาก <http://www.vanwagnerwood.com>.

¹⁵³ หมายความว่ารวมทั้งกรณีสามีมีภริยาหลายคน (polygyny) และกรณีภริยามีสามีหลายคน (polyandry)

สืบค้นจาก

<http://www.absoluteastronomy.com/encyclopedia/p/po/polygamy.htm>.

กระทำความผิดในแต่ละประเทศนั้นคล้ายคลึงกัน สำหรับประเทศอังกฤษ มีบทบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรในความผิดฐานสมรสซ้อนซึ่งมีโทษทางอาญา เพื่อรับรองความถูกต้องของการจดทะเบียนสมรส ซึ่งผู้พิพากษาในคดี Whiston v. Whiston (1995) Fam D 198 ได้กล่าวไว้ว่าการกระทำความผิดฐานสมรสซ้อนนั้นทำให้ความศักดิ์สิทธิ์ของพิธีการสมรสเสื่อมเสีย¹⁵⁴ โดย The Offences Against The Person Act 1861 มาตรา 57¹⁵⁵ ความว่า “ผู้ใดซึ่งได้กระทำการสมรสแล้ว กระทำการสมรสกับบุคคลอื่นในระหว่างที่สามีหรือภริยาเดิมยังมีชีวิตอยู่ไม่ว่าการสมรสครั้งที่สองได้เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ไอร์แลนด์ หรือประเทศอื่นใดก็ตามที่ถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดฐานสมรสซ้อนซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี เว้นแต่การสมรสครั้งที่สองได้กระทำขึ้นนอกประเทศอังกฤษหรือไอร์แลนด์ และทำโดยผู้ซึ่งไม่ใช่คนในบังคับของสหราชอาณาจักร หรือผู้ใดทำการสมรสครั้งที่สองโดยสามีหรือภริยาของผู้นั้นไม่ได้อยู่ร่วมกันเป็นระยะเวลาติดต่อกัน 7 ปี และไม่รู้ว่าคุณคนเช่นนั้นยังมีชีวิตอยู่ตลอดระยะเวลาอันนั้นหรือไม่ หรือผู้ใดที่ขณะทำการสมรสครั้งที่สองนั้นได้ทำการหย่าขาดจากการสมรสครั้งแรกแล้ว หรือผู้ใดที่ศาลมีคำพิพากษาว่าการสมรสครั้งแรกเป็นโมฆะแล้ว”

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเคยเป็นส่วนหนึ่งของสหราชอาณาจักรได้รับเอาแนวความคิดทางกฎหมายของประเทศอังกฤษมาใช้ โดยมี Model Penal Code เป็นประมวล

¹⁵⁴ Michael Jefferson, Criminal Law, 6th edition (Great Britain: Longman, 2003), pp.615-616

¹⁵⁵ “Whoever, being married, shall marry any other person during the life of the former husband or wife, whether the second marriage shall have taken place in England or Ireland or elsewhere, shall be guilty of felony, and being convicted thereof shall be liable to be kept in penal servitude for any term not exceeding seven years; Provided, that nothing in this section contained shall extend to any second marriage contracted elsewhere than in England and Ireland by any other than a subject of Her Majesty, or to any person marrying a second time whose husband or wife shall have been continually absent from such person for the space of seven years than last past, and shall not have been known by such person to be living within that time , or shall extend to any person who, at the time of such second marriage , shall have been divorced from the bond of the first marriage, or to any person whose former marriage shall have been declared void by the sentence of any court of competent jurisdiction.”

กฎหมายมาตรฐานร่างโดย American Law Institute และเป็นแบบของกฎหมายอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดความผิดฐานสมรสซ้อน (bigamy) รวมทั้ง polygamy ไว้ในหมวด Offences Against The Family มาตรา 230.1¹⁵⁶ โดยมีหลักว่า ความผิดฐานสมรสซ้อนและความผิดฐานมีคู่สมรสมากกว่าหนึ่งคน คือ (1) สมรสซ้อน (bigamy) คือกรณีบุคคลใดซึ่งทำการสมรสตามกฎหมายแล้ว กระทำสัญญาสมรสหรือประสงค์จะทำสัญญาสมรสอีกครั้งหนึ่งโดยที่การสมรสครั้งแรกยังไม่สิ้นสุด ยกเว้นกรณีที่มีการสมรสครั้งหลังผู้กระทำได้เชื่อว่าคู่สมรสคนก่อนเสียชีวิตแล้ว หรือผู้กระทำได้แยกกันอยู่จากคู่สมรสคนก่อนเป็นระยะเวลา 5 ปีติดต่อกัน และไม่รู้ว่าคู่สมรสคนก่อนยังมีชีวิตอยู่ หรือศาลได้มีคำพิพากษาว่าการสมรสครั้งก่อนได้สิ้นสุดลง หรือเป็นโมฆะ และผู้กระทำไม่รู้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวนั้นไม่มีผล หรือผู้กระทำมีเหตุผลอันควรให้เชื่อได้ว่าตนมีคุณสมบัติตามกฎหมายที่จะสมรสใหม่ได้ (2) การมีคู่สมรสมากกว่าหนึ่งคน (polygamy)

¹⁵⁶ Section 230.1 Bigamy and Polygamy

(1) Bigamy. A married person is guilty of bigamy, a misdemeanor, if he contracts or purports to contract another marriage, unless at the time of the subsequent marriage:

(a) the actor believes that the prior spouse is dead; or

(b) the actor and the prior spouse have been living apart for five consecutive years throughout which the prior spouse was not known by the actor to be alive; or

(c) a Court has entered a judgment purporting to terminate or annul any prior disqualifying marriage, and the actor does not know that judgment to be invalid; or

(d) the actor reasonably believes that he is legally eligible to remarry.

(2) Polygamy. A person is guilty of polygamy, a felony of the third degree, if he marries or cohabits with more than one spouse at a time in purported exercise of the right of plural marriage. The offense is a continuing one until all cohabitation and claim of marriage with more than one spouse terminates. This section does not apply to parties to a polygamous marriage, lawful in the country of which they are residents or nationals, while they are in transit through or temporarily visiting this State.

(3) Other Party to Bigamous or Polygamous Marriage. A person is guilty of bigamy or polygamy, as the case may be, if he contracts or purports to contract marriage with another knowing that the other is thereby committing bigamy or polygamy.

มาตรานี้ไม่นำมาบังคับใช้กับบุคคลที่มีสัญชาติหรืออาศัยอยู่ในประเทศซึ่งถือว่าการสมรสมากกว่าหนึ่งคนนั้นชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งบุคคลนั้นได้เดินทางผ่านหรืออยู่ระหว่างการเยือนในรัฐนี้ นอกจากนี้คู่สมรสอีกฝ่ายที่รู้ข้อเท็จจริงว่าตนได้ทำสัญญาสมรส หรือประสงค์จะทำสัญญาสมรสกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา นี้ ให้ถือว่ามีความผิดฐานสมรสซ้อนหรือฐานมีคู่สมรสมากกว่าหนึ่งคนด้วย

นอกจาก Model Penal Code แล้ว ในมลรัฐต่างๆก็ได้มีการบัญญัติถึงความผิดฐานสมรสซ้อนเพื่อใช้บังคับภายในรัฐนั้นๆด้วย เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California) บัญญัติกฎหมายเรื่องการสมรสซ้อนไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281-284 ความว่า บุคคลใดซึ่งสมรสแล้วและคู่สมรสของตนยังมีชีวิตอยู่ กระทำการสมรสกับบุคคลอื่น ถือว่ามีความผิดฐานสมรสซ้อนเว้นแต่เป็นกรณีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 282 (มาตรา 281)¹⁵⁷ คือ กรณีที่คู่สมรสในครั้งก่อนนั้นไม่อยู่เป็นระยะเวลา 5 ปีติดต่อกัน โดยไม่ทราบว่าคุณคนเช่นนั้นยังมีชีวิตอยู่ หรือกรณีที่การสมรสครั้งก่อนถูกประกาศว่าเป็นโมฆะ ไม่มีผล หรือถูกกลับล้างโดยคำพิพากษาของศาล (มาตรา 282)¹⁵⁸ ซึ่งความผิดฐานสมรสซ้อนมีโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกิน 1 ปี (มาตรา 283)¹⁵⁹ ส่วนบุคคลที่เจตนาทำการสมรสกับบุคคลซึ่งมีคู่สมรสแล้วนั้น ต้องโทษปรับไม่น้อยกว่า 5,000 ดอลลาร์ หรือถูกจำคุกในเรือนจำมลรัฐ (มาตรา 284)¹⁶⁰ ในมลรัฐยูทาห์ (Utah) ได้

¹⁵⁷ Section 281. “(a) Every person having a husband or wife living, who marries any other person, except in the cases specified in Section 282, is guilty of bigamy...”

¹⁵⁸ Section 282. “Section 281 does not extend to any of the following:

(a) To any person by reason of any former marriage whose husband or wife by such marriage has been absent for 5 successive years without being known to such person within that time to be living.

(b) To any person by reason of any former marriage which has been pronounced void, annulled, or dissolved by the judgment of a competent court.

¹⁵⁹ Section 283 “Bigamy is punishable by a fine not exceeding ten thousand dollars (\$10,000) or by imprisonment in a county jail not exceeding one year or in the state prison.”

¹⁶⁰ Section 284 “Every person who knowingly and willfully marries the husband or wife of another, in any case in which such husband or wife would be

บัญญัติความผิดฐานสมรสซ้อนไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หมวดความผิดต่อสถาบันครอบครัว (Offences Against the Family) มาตรา 76-7-101¹⁶¹ ซึ่งคงหลักการคล้ายกับมลรัฐแคลิฟอร์เนีย แต่มีบทบัญญัติความผิดทางอาญาฐานสมรสซ้อนกับผู้เยาว์ด้วยในมาตรา 76-7-101.5¹⁶² กล่าวคือ ผู้กระทำซึ่งมีอายุ 18 ปีขึ้นไปซึ่งได้สมรสแล้ว ประสงค์จะสมรสกับบุคคลอื่นซึ่งอายุไม่ถึง 18 ปี โดยรู้ว่าตนมีคู่สมรสอยู่แล้ว หรือโดยรู้ว่าบุคคลอื่นซึ่งอายุไม่ถึง 18 ปีนั้นมีคู่สมรสอยู่แล้ว ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองผู้เยาว์ที่อายุต่ำกว่า 18 ปี จากการถูกกระทำผิดฐานสมรสซ้อน โดยไม่มีบทบัญญัติให้ยกข้อต่อสู้ว่ามีเหตุผลสมควรให้เชื่อได้ว่าผู้กระทำและบุคคลอื่นนั้นมีคุณสมบัติตามกฎหมายที่จะสมรสได้อีกครั้ง ดังเช่นการสมรสซ้อนในกรณีปรกติด้วย

ในประเทศเยอรมัน การสมรสซ้อนถือเป็นความผิดตาม The German Penal Code โดยบัญญัติไว้ใน Section 12 Crimes Against Personal Status, Marriage and Family มาตรา 172¹⁶³ ซึ่งใช้บังคับกับทั้งบุคคลใดซึ่งมีคู่สมรสตามกฎหมายแล้วประสงค์จะทำการสมรสใหม่

punishable under the provisions of this chapter, is punishable by fine not less than five thousand dollars (\$5,000), or by imprisonment in the state prison.”

¹⁶¹ 76-7-101. Bigamy--Defense.

(1) A person is guilty of bigamy when, knowing he has a husband or wife or knowing the other person has a husband or wife, the person purports to marry another person or cohabits with another person.

(2) Bigamy is a felony of the third degree.

(3) It shall be a defense to bigamy that the accused reasonably believed he and the other person were legally eligible to remarry.

¹⁶² 76-7-101.5. Child bigamy—Penalty.

(1) An actor 18 years of age or older is guilty of child bigamy when, knowing he or she has a wife or husband, or knowing that a person under 18 years of age has a wife or husband, the actor carries out the following with the person who is under 18 years of age:

- (a) purports to marry the person who is under 18 years of age; or
- (b) cohabits with the person who is under 18 years of age.

(2) A violation of Subsection (1) is a second degree felony.

¹⁶³ 172. Bigamy

และบุคคลอื่นที่เจตนาทำการสมรสกับบุคคลซึ่งมีคู่สมรสตามกฎหมายแล้วนั้น ถือว่ากระทำความผิดฐานสมรสซ้อนอันมีบทลงโทษคือจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ

ส่วนประเทศญี่ปุ่น ถือว่าการสมรสซ้อนเป็นความผิดซึ่งมีโทษทางอาญา โดยใน Chapter 22. Crimes of Indecency, Rape and Bigamy มาตรา 184¹⁶⁴ แห่งประมวลกฎหมายอาญากำหนดไว้ว่าบุคคลใดซึ่งมีคู่สมรสตามกฎหมายแล้วประสงค์จะทำการสมรสใหม่ รวมทั้งบุคคลอื่นที่เจตนาสมรสกับบุคคลที่ได้สมรสตามกฎหมายอยู่ก่อนแล้ว ถือเป็นกระทำความผิดฐานสมรสซ้อน ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกินสองปี

สำหรับประเทศไทย แม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาหลายครั้ง แต่ก็ได้มีการบัญญัติให้การสมรสซ้อนเป็นความผิดทางอาญาแต่อย่างใด แต่แม้จะมีได้บัญญัติความผิดดังกล่าวไว้โดยตรง แต่การสมรสซ้อนก็อาจเป็นความผิดฐานแจ้งความเท็จ ตามมาตรา 137¹⁶⁵ แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้ และนอกจากความผิดฐานแจ้งความเท็จดังกล่าวแล้วยังมีความผิดฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ ตามมาตรา 267¹⁶⁶ แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งสมควรนำมาพิจารณาประกอบด้วย¹⁶⁷

Whoever contracts a marriage although he is already married, or whoever contracts a marriage with a married person, shall be punished with imprisonment for not more than three years or a fine.

¹⁶⁴ 184. Bigamy

When a married person enters into another marriage, imprisonment at forced labor for not more than two years shall be imposed. The same shall apply to the other party who enters into the bigamous marriage.

¹⁶⁵ มาตรา 137 ประมวลกฎหมายอาญา

“ผู้ใดแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁶⁶ มาตรา 267 ประมวลกฎหมายอาญา

“ผู้ใดแจ้งให้เจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่จดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชน หรือเอกสารราชการ ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำหรับใช้เป็นพยานหลักฐาน โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือ ปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

นอกจากนี้ การกระทำชู้ (adultery) มักเกี่ยวข้องกับกรณีการร่วมประเวณีกันระหว่างบุคคลในครอบครัวหรือเครือญาติที่ใกล้ชิด (Incest) ด้วย เช่น กรณีสามีไปร่วมประเวณีกับน้องสาวของภรรยา หรือกรณีภรรยาไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับญาติฝ่ายสามี เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวนั้น นอกจากจะถือเป็นเงื่อนไขอันจะเป็นเหตุฟ้องหย่าอันเนื่องมาจากการประพฤติผิดประเวณีของสามีหรือภรรยาแล้ว อาจเป็นความผิดทางอาญาด้วย ผู้เขียนจึงขอกล่าวเพิ่มเติมในกรณีนี้ว่า Incest คือ การร่วมประเวณีกันระหว่างเครือญาติที่มีสายสัมพันธ์ใกล้ชิด (sexual intercourse between close relatives) ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ หลายประเทศถือเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมายโดยไม่ต้องคำนึงถึงอายุหรือความยินยอมของบุคคลที่เกี่ยวข้องและยังถือเป็นเรื่องต้องห้ามทางสังคม (social taboo)¹⁶⁸ สืบเนื่องมาจากเหตุผลในทางการแพทย์ที่จะทำให้บุตรที่เกิดจากการร่วมประเวณีดังกล่าวนี้มีสุขภาพไม่แข็งแรง ทั้งยังเป็นเรื่องที่ขัดต่อความรู้สึกของสังคมในทางศีลธรรมด้วย¹⁶⁹ โดยการกระทำที่จะเป็น Incest นั้น หมายถึงการร่วมประเวณีกับบุคคลที่เป็นครอบครัวเดียวกันหรือเครือญาติที่ใกล้ชิดกัน เช่น ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ญาติร่วมสายโลหิต และอาจหมายความรวมผู้ที่ให้หรือรับการอุปการะเลี้ยงดู หรือการเป็นญาติกันโดยการสมรสด้วย¹⁷⁰

ในประเทศอังกฤษ ถือว่าการมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างญาติที่สืบสายโลหิตนั้นมีโทษทางอาญา โดยในมาตรา 64 และ 65 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 วางหลักว่าบุคคลที่อายุเกินกว่า 16 ปี มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นซึ่งเป็นญาติร่วมโลหิตที่อายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป ไม่ว่าจะบิดามารดากับบุตร ปู่ย่าตายาย ลุงป้า น้าอา หลานหรือเหลน ล้วนแต่เป็นความผิดทางอาญา (มาตรา 64)¹⁷¹ นอกจากนี้ การที่บุคคลซึ่งยินยอมให้บุคคลอื่นซึ่งเป็นญาติร่วมโลหิต

¹⁶⁷ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 438-439.

¹⁶⁸ Incest, <<http://en.wikipedia.org/wiki/incest>.

¹⁶⁹ อย่างไรก็ตาม บางสังคมได้มีการยินยอมให้มีการสมรสหรือร่วมประเวณีกันระหว่างสมาชิกในครอบครัวเดียวกัน เพื่อรักษาเชื้อสายวงศ์ตระกูลและทรัพย์สินของตนให้คงอยู่ต่อไป เช่น สังคมของชาวอินคาโบราณ ชนเผ่าอินคา (Incas) ในประเทศเปรู เป็นต้น

Clayton Morgan, *The Inquest of Incest*.

<<http://www.cariboo.bc.ca/ae/php/phil/mclaugh/students/ethic2/HTML>>, 10 May 2010.

¹⁷⁰ Incest <<http://en.wikipedia.org/wiki/incest>.

¹⁷¹ 64 Sex with an adult relative: penetration

กระทำการล่วงล้ำทางเพศตามมาตรา 64 นั้น ก็ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาด้วย¹⁷² โดยระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับสำหรับการฟ้องคดีต่อศาลที่พิจารณาโดยไม่มีระบบลูกขุน (magistrate's court) หรือระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี สำหรับการฟ้องคดีต่อศาลที่พิจารณาโดยระบบลูกขุน (crown court)¹⁷³

“(1) A person aged 16 or over (A) commits an offence if—

(a) he intentionally penetrates another person's vagina or anus with a part of his body or anything else, or penetrates another person's mouth with his penis,

(b) the penetration is sexual,

(c) the other person (B) is aged 18 or over,

(d) A is related to B in a way mentioned in subsection (2), and

(e) A knows or could reasonably be expected to know that he is related to B in that way.

(2) The ways that A may be related to B are as parent, grandparent, child, grandchild, brother, sister, half-brother, half-sister, uncle, aunt, nephew or niece...”

¹⁷² 65 Sex with an adult relative: consenting to penetration

(1) A person aged 16 or over (A) commits an offence if—

(a) another person (B) penetrates A's vagina or anus with a part of B's body or anything else, or penetrates A's mouth with B's penis,

(b) A consents to the penetration,

(c) the penetration is sexual,

(d) B is aged 18 or over,

(e) A is related to B in a way mentioned in subsection (2), and

(f) A knows or could reasonably be expected to know that he is related to B in that way.

(2) The ways that A may be related to B are as parent, grandparent, child, grandchild, brother, sister, half-brother, half-sister, uncle, aunt, nephew or niece.

¹⁷³ A person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁷⁴ มี Model Penal Code คือ ประมวลกฎหมายอาญา ตัวอย่างเป็นกฎหมายแม่แบบให้ในแต่ละมลรัฐ โดยบัญญัติถึงความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันไว้ในมาตรา 230.2¹⁷⁵ ความว่า “บุคคลใดมีความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ถือเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ระดับสาม¹⁷⁶ หากบุคคลนั้นเจตนาทำการสมรสหรืออยู่กินร่วมกัน หรือร่วมประเวณีกับบุคคลผู้ซึ่งเป็นผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา (หรือกับลุง ป้า น้า อา หรือหลานที่ร่วมสายโลหิตกับตน)

คำว่า “อยู่กินร่วมกัน” หมายความว่า อาศัยอยู่กินด้วยกันเสมือนดังสามีภริยาที่ทำการสมรสกัน ส่วนความเป็นญาตินั้น หมายความว่าถึงกรณีมีความเกี่ยวข้องกันทางสายโลหิตโดยไม่คำนึงว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และรวมถึงกรณีการรับบุตรบุญธรรมด้วย”

ในมลรัฐต่างๆของประเทศสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติกฎหมายในกรณีการร่วมประเวณีกันระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่แตกต่างกันไป เช่น มลรัฐแมสซาชูเซต (Massachusetts)¹⁷⁷ กำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 20 ปี สำหรับการร่วมประเวณีกับญาติที่สืบสาย

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 2 years.

¹⁷⁴ “Inbred Obscurity: Improving Incest Laws in the Shadow of the Sexual Family, Harvard Law Review, June 2006.
<http://www.harvardlawreview.org/issues//june06/note/inbred_obscurity.pdf>, 10 May 2010.

¹⁷⁵ Section 230.2 Incest.

A person is guilty of incest, a felony of the third degree, if he knowingly marries or cohabits or has sexual intercourse with an ancestor or descendant, a brother or sister of the whole or half blood (or an uncle, aunt, nephew or niece of the whole blood)

“Cohabit” means to live together under the representation or appearance of being married. The relationships referred to herein include blood relationships without regard to legitimacy, and relationship of parent and child by adoption.

¹⁷⁶ ความผิดอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม คือมีระวางโทษสูงสุดไม่เกิน 5 ปี

¹⁷⁷ Chapter 272: Section 17. Incestuous marriage or sexual activities

โลหิตกันไม่ว่าจะเป็นบิดามารดากับบุตร ปู่ย่าตายาย ลุงป้า น้าอา กับหลานหรือเหลน หรือมลรัฐอิลลินอยส์ (Illinois) ที่ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการร่วมประเวณีระหว่างบุคคลในครอบครัวไว้ในมาตรา 5/11-11¹⁷⁸ โดยกำหนดห้ามบุคคลร่วมประเวณีกับบุตรร่วมสายโลหิต บุตรบุญธรรม หรือลูกเลี้ยง ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือต่อพี่น้องที่ร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาของตน ในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ได้บัญญัติโทษจำคุกไว้เกี่ยวกับความผิดฐานร่วมประเวณีกับบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ในกรณีทำการสมรสหรือร่วมประเวณีกับบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์เป็นญาติร่วมสายโลหิตเดียวกันกับตนในฐานะบุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ลุง ป้า น้า อา หรือหลาน โดยไม่คำนึงว่าความเป็นญาตินั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่¹⁷⁹ เป็นต้น

Persons within degrees of consanguinity within which marriages are prohibited or declared by law to be incestuous and void, who intermarry or have sexual intercourse with each other, or who engage in sexual activities with each other, including but not limited to, oral or anal intercourse, fellatio, cunnilingus, or other penetration of a part of a person's body, or insertion of an object into the genital or anal opening of another person's body, or the manual manipulation of the genitalia of another person's body, shall be punished by imprisonment in the state prison for not more than 20 years.

¹⁷⁸ Section 5/11-11. Sexual relations within Families.

(a) A person commits sexual relations within families if he or she:

(1) Commits an act of sexual penetration as defined in section 12-12 of this code, and

(2) The person knows that he or she is related to the other person as follow:

(i) Brother or sister, either of the whole blood or half blood; or (ii) Father or mother, when the child, regardless of legitimacy and regardless of whether the child was of the whole blood or half blood or was adopt, was 18 years of age or over when the act was committed; or (iii) Stepfather or stepmother, when the stepchild was 18 years of age or over when the act was committed.

(b) Sentence. Sexual relations within families is a class 3 felony.

¹⁷⁹ Section 225.25. Incest.

ในประเทศเยอรมัน การร่วมประเวณีกันระหว่างญาติที่ใกล้ชิดอันจะถือเป็นความผิดทางอาญานั้นจำกัดเฉพาะความเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงเท่านั้น โดย The German Penal Code มาตรา 173 วางหลักว่าการร่วมประเวณีกันระหว่างบิดามารดา ปู่ย่าตายาย ลูก หลาน เหลนนั้น ถือเป็นกรกระทำผิดทางอาญาซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับ¹⁸⁰

ส่วนประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หมวดความผิดต่อศีลธรรม (Offences Against Morals) โดยห้ามบุคคลร่วมประเวณีกับญาติร่วมสายโลหิตเดียวกันซึ่งมีฐานะความสัมพันธ์กับตนภายในระดับชั้นที่ 3¹⁸¹ กฎหมายอาญาบัญญัติให้การร่วมประเวณีระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันนั้น เป็นความผิดอาญาเฉพาะแต่การกระทำระหว่าง

A person is guilty of incest when he or she marries or engages in sexual intercourse or deviate sexual intercourse with a person whom he or she knows to be related to him or her either legitimately or out of wedlock, as an ancestor, descendant, brother or sister of either the whole or the half blood, uncle, aunt, nephew or niece. Incest is a class f felony.

¹⁸⁰ Section 12. Crimes Against Personal Status, Marriage and the Family.

173. Sexual Intercourse between Relatives.

(1) Whoever completes an act of sexual intercourse with a consanguine descendant shall be punished with imprisonment for not more than three years or a fine.

(2) Whoever completes an act of sexual intercourse with a consanguine relative in an ascending line shall be punished with imprisonment for not more than two years or a fine; this also shall apply if the relationship as a relative has ceased to exist. Consanguine siblings who complete an act of sexual intercourse with each other shall be similarly punished.

(3) Descendants and siblings shall not be punished pursuant to this provision if they were not yet eighteen years of age at the time of the act.

¹⁸¹ Article 230 of the Criminal Code. Chapter XVI: Offences Against Morals.

A person who has carnal relations with a lineal blood relative or collateral blood relative within the third degree of relationship shall be punished with imprisonment for not more than 5 years.

ญาติร่วมสายโลหิตเท่านั้น โดยระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ซึ่งคำว่า “ฐานะความสัมพันธ์ระดับชั้นที่ 3” นั้น หมายถึง ความสัมพันธ์เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาของบุคคลดังกล่าวภายในสามรุ่น คือ ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด บิดา มารดา ลูก หลาน เหลนของบุคคลดังกล่าว¹⁸²

สำหรับประเทศไทย ถือว่าการร่วมประเวณีระหว่างญาติเป็นเรื่องต้องห้าม โดยกฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 36 ถึงกับบัญญัติว่า “พ่อแม่พี่น้องยายหลาน ลูกนำหลานทำชู้กันไซ้รู้ ท่านว่าละเมิดให้ลงโทษตามโทษานุโทษ”¹⁸³ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าปัจจุบันจะมีกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1450 บัญญัติห้ามการสมรสระหว่างญาติสืบสายโลหิต และประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติห้ามกระทำชำเรา หรือกระทำอนาจารกับผู้สืบสันดานหรือผู้อยู่ในปกครองซึ่งอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมหรือไม่ตามมาตรา 285 ก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ครอบคลุมในกรณีการร่วมประเวณีระหว่างบุคคลในครอบครัวที่มีอายุเกินกว่า 15 ปีได้ และแม้ประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ที่ห้ามกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กในครอบครัวที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมหรือไม่ แต่ก็ยังไม่ห้ามการร่วมประเวณีโดยสมัครใจระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่มีอายุเกินกว่า 18 ปี

3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่า กรณีการประพฤติผิดประเวณีของสามีหรือภริยา ตามระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ และระบบกฎหมายซีวิล ลอว์

ปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าทั้งในระบบคอมมอน ลอว์ และระบบซีวิล ลอว์ มีความคล้ายคลึงกัน จากเดิมที่การหย่าตั้งอยู่บนฐานความผิดของคู่สมรสเป็นสำคัญได้มีการปฏิรูปเปลี่ยนแปลงโดยยอมรับเอาหลักการสมรสที่แตกสลายลงมาเป็นเงื่อนไขสำคัญในการหย่า ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์เปรียบเทียบ ดังต่อไปนี้

¹⁸² “A Compilation of The Laws of The Republic of China”, Volume 2., The Criminal Code and Its Related Laws, p. 247, (1967).

¹⁸³ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น.128.

3.3.1 รูปแบบของกฎหมาย

ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ เป็นระบบกฎหมายที่เกิดขึ้นจากจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาล ดังนั้น จึงเป็นระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับการหย่านั้น มีความแตกต่างจากกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ กฎหมายเกี่ยวกับการหย่ามีลักษณะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเกิดขึ้นจากฝ่ายนิติบัญญัติ มิได้เกิดจากแนวจารีตประเพณีหรือคำพิพากษาของศาลดังเช่นกฎหมายทั่วไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่กฎหมายเกี่ยวกับการหย่าจำเป็นต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น เนื่องจากต้องการให้มีหลักในการตัดสินที่สอดคล้องไปในแนวทางเดียวกัน โดยมีมาตรฐานเดียวกัน เพราะโดยสภาพของคดีหย่า ย่อมมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไปในแต่ละกรณี หากไม่มีหลักกฎหมายเป็นแนวทางแล้ว ปล่อยให้เป็นการดุลยพินิจของผู้พิพากษาเพียงลำพัง ผลของการตัดสินอาจแตกต่างกันไปไม่มีแนวทางที่แน่นอน

สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าในประเทศอังกฤษถูกบัญญัติไว้ใน The Matrimonial Causes Act 1973 และ The Family Law Act 1996 ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายเกี่ยวกับการหย่ามีความแตกต่างกันไปตามแต่ละมลรัฐ ทั้งนี้ สมาคมเนติบัณฑิตอเมริกันได้มีการเสนอกฎหมายแม่แบบ The Uniform Marriage and Divorce Act (UMDA) โดยแนะนำให้มลรัฐต่าง ๆ นำกฎหมายแม่แบบดังกล่าวไปประกาศหรือปรับใช้เป็นกฎหมายภายในของแต่ละมลรัฐ เช่น มลรัฐหลุยส์เซียน่า ได้นำไปบัญญัติไว้ใน The Civil Code หรือมลรัฐนิวยอร์กได้นำไปบัญญัติไว้ใน Domestic Relations Law เป็นต้น ส่วนประเทศแคนาดา กฎหมายเกี่ยวกับการหย่าได้ถูกบัญญัติไว้ใน The Divorce Act 1985 (2nd supp.)

ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ ซึ่งเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายเกี่ยวกับการหย่าย่อมถูกบัญญัติไว้ให้มีความแน่นอน การฟ้องหย่าจึงต้องอาศัยเหตุเพียงพอที่กฎหมายมีบัญญัติไว้เท่านั้น เหตุใดที่นอกเหนือจากข้อบัญญัติของกฎหมายย่อมไม่อาจนำมาอ้างเพื่อฟ้องหย่าได้ ดังเช่น ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ที่มี The Swiss Code of Civil Law, Part 2: Family Law หรือประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนที่มี Marriage Law of the People's Republic of China เป็นต้น

อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องหย่าทั้งในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ และระบบกฎหมายซีวิล ลอว์นั้น มีลักษณะรูปแบบกฎหมายเหมือนกัน คือ เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอันมีที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยกัน

3.3.2 ทฤษฎีกฎหมาย

แต่เดิมกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าตั้งอยู่บนหลักความผิด (fault theory) โดยทั้งระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ และระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ต่างถือว่าการหย่าเป็นการลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด ดังนั้น คู่สมรสฝ่ายที่เป็นผู้ก่อเหตุย่อมไม่มีสิทธิอาศัยการกระทำดังกล่าวฟ้องหย่าคู่สมรสอีกฝ่ายได้ แต่ต่อมาในแถบประเทศยุโรปได้มีการปฏิรูปกฎหมายภายในประเทศของตน แนวคิดของกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าจากเดิมที่ยึดถือตามหลักความผิด ได้เปลี่ยนแปลงไปยอมรับในหลักปราศจากความผิด (no fault theory) ที่ถือความผาสุกของคู่สมรสเป็นสำคัญ และยอมรับว่าการหย่าเป็นมาตรการในการแก้ไขการสมรสที่ได้แตกสลายลงแล้ว โดยทั้งประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ และระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ ต่างยอมรับและเห็นว่าเป็นการเปิดโอกาสให้คู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่าได้ไปเริ่มต้นชีวิตคู่ใหม่กับบุคคลอื่น แม้ว่าคู่สมรสฝ่ายที่ถูกฟ้องหย่าจะมีได้กระทำผิดเลยก็ตาม

ประเทศสวีเดนแลนด์ถือเป็นประเทศแรกที่มีการบัญญัติหลักปราศจากความผิดไว้ในกฎหมาย มาตรา 142 วรรคแรกของประมวลกฎหมายแพ่งสวีเดน ค.ศ. 1912 มีหลักว่า สามีหรือภริยาฟ้องหย่ากันได้เมื่อปรากฏว่าความสัมพันธ์ที่คู่สมรสมีต่อกันเกิดความตึงเครียดอย่างยิ่ง จนไม่อาจทนใช้ชีวิตร่วมกันต่อไปได้

ปัจจุบันหลักปราศจากความผิดได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย หลายประเทศได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าให้เหตุแห่งการฟ้องหย่าเป็นไปตามหลักปราศจากความผิดเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หลักความผิดไม่ได้ถูกตัดออกไปโดยสิ้นเชิงหากแต่คงไว้เพื่อเป็นเงื่อนไขในการพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงตามที่กล่าวอ้าง หรือเป็นข้อยกเว้น ดังเช่น ประเทศอังกฤษที่กำหนดเหตุหย่าไว้เพียงประการเดียว คือ การสมรสที่ได้แตกสลายลงอย่างสิ้นเชิงตามหลักปราศจากความผิด แต่กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขในการพิสูจน์ถึงการสมรสที่แตกสลายลงแล้วด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักความผิด เช่น การกระทำชู้ การทิ้งร้าง เป็นต้น หรือในบางประเทศแคนาดาที่มีเหตุหย่าตามหลักปราศจากความผิดเพียงกรณีเดียวเท่านั้น คือ การสมรสได้แตกสลายลงอย่างสิ้นเชิง ซึ่งมีเกณฑ์ในการพิสูจน์ตามหลักความผิด เช่น การกระทำชู้ หรือการมีพฤติกรรมที่โหดร้ายทั้งทางร่างกายหรือจิตใจต่อคู่สมรสในลักษณะที่ไม่อาจทนใช้ชีวิตสมรสร่วมกันต่อไปได้อีก เป็นต้น หรือในประเทศเยอรมันที่เหตุหย่าในปัจจุบันเป็นไปตามหลักปราศจากความผิด คือ คู่สมรสจะฟ้องหย่าได้ต่อเมื่อมีการแยกกันอยู่ไม่น้อยกว่าระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด แต่ก็มีข้อยกเว้นที่คู่สมรสอาจฟ้องหย่าได้ก่อนครบระยะเวลาตามที่กฎหมาย

กำหนด หากการคงอยู่ต่อไปของชีวิตสมรสจะทำให้คู่สมรสฝ่ายที่ประสงค์จะฟ้องหย่าต้องทุกข์ทรมานแสนสาหัสจากการกระทำของอีกฝ่าย ซึ่งเป็นไปตามหลักความผิด

3.3.3 วัฒนธรรมและความเชื่อทางศาสนา

อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการหย่าในแต่ละประเทศ ส่วนใหญ่มีที่มาจากอิทธิพลของวัฒนธรรมและศาสนา โดยเหตุนี้การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าในแต่ละประเทศจึงมีความสอดคล้องกันกับวัฒนธรรมและความเชื่อทางศาสนาในประเทศนั้นๆ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน ทำให้วัฒนธรรมและความเชื่อทางศาสนาไม่ได้มีอิทธิพลต่อกฎหมายมากนักเหมือนดังเช่นอดีต

พิจารณาจากประเทศที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาคริสต์ นิกายโรมันคาทอลิก เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น ในอดีตเชื่อว่าการสมรสเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์เพราะเป็นเรื่องของพระเจ้าเป็นเจ้าของและเชื่อว่าการหย่าเป็นบาป ทำให้การหย่าไม่อาจทำได้นั้น แต่ในปัจจุบันความเชื่อดังกล่าวได้คลายความเคร่งครัดลงไปมาก ทำให้สามีภริยาสามารถหย่าขาดจากกันได้ง่ายขึ้น ขณะที่ประชากรที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายอื่นๆ ก็ไม่เชื่อว่าการหย่าเป็นบาป หรือสำหรับประเทศที่นับถือศาสนาพุทธ ซึ่งมีความเชื่อว่าการหย่าคือการที่สามีภริยาสิ้นบุญต่อกัน เมื่อสามีภริยาทำบุญร่วมกันมาเพียงนั้น กฎหมายจึงอนุญาตให้มีกรหย่าขาดจากกันได้โดยสะดวก เช่น ประเทศไทย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศที่มีประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม กฎหมายอิสลามจะถูกนำมาบังคับใช้โดยผู้ชายจะมีสถานะทางสังคมที่เป็นใหญ่กว่าผู้หญิงและได้รับการรับรองสิทธิต่างๆตามกฎหมายอิสลามมากกว่าผู้หญิง เช่น ตามกฎหมายอิสลาม สามีอาจมีภริยาได้หลายคน (polygamous marriage)¹⁸⁴ หรือการหย่าขาด

¹⁸⁴ ตามพระคัมภีร์เกี่ยวกับศาสนาอิสลามนั้นปรากฏชัดว่าการมีภริยามากกว่าหนึ่งคนนั้นมีได้ถือว่าเป็นสิ่งที่น่าตำหนิ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องปฏิบัติตนต่อภริยาทุกคนอย่างยุติธรรมโดยสมบูรณ์ เนื่องจากความจำเป็นทางสังคม กล่าวคือ เพื่อเพิ่มจำนวนการเกิดให้พอดีกับจำนวนการตายที่ต้องสูญเสียไปในการสงคราม ทั้งเป็นการให้ความช่วยเหลืออารักขาแก่หญิงหม้าย หญิงชรา หรือเชลยศึกสาวที่ได้รับความลำบากอันเนื่องมาจากสงคราม นอกจากนี้หญิงสาวใดที่ไม่ได้ทำการสมรส หรือสมรสต่ำกว่าฐานะทางสังคมของนางแล้ว ย่อมถือกันว่าเป็นการเสื่อมเสียต่อวงศ์ตระกูลอย่างยิ่ง

จากกันสามารถทำได้ง่าย เป็นสิทธิของสามีที่สามารถหย่าขาดจากภริยาได้ทุกเมื่อแม้ภริยาจะมีได้กระทำผิดเลยก็ตาม โดยพิธีตอละก์ (talak) คือ การที่สามีประกาศหย่ากับภริยาโดยตรงหรือโดยปริยายต่อส่วนของร่างกายภริยา 3 ตอละก์ เป็นต้น แม้ในประเทศอิหร่านจะมีการตรา Iranian Civil Code ที่แสดงให้เห็นถึงความพยายามที่จะผสมระหว่างหลักกฎหมายศาสนา (Shari'a Law) กับหลักกฎหมายแพ่ง คือ หากสามีต้องการหย่าขาดจากภริยา สามีต้องยื่นคำร้องต่อศาล และศาลต้องนำคดีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยก่อนที่จะมีคำพิพากษาเสมอ ซึ่งถือเป็นประเด็นที่แตกต่างกับการหย่าโดยวิธีตอละก์ (talaq) ตามหลักกฎหมายศาสนา แต่สำหรับเงื่อนไขในการฟ้องหย่าระหว่างสามีและภริยานั้น ยังคงได้อิทธิพลจากกฎหมายศาสนา กล่าวคือ สิทธิในการหย่าของสามีนั้นกฎหมายมิได้กำหนดเงื่อนไขในการฟ้องหย่าไว้ ขณะที่สิทธิในการหย่าของภริยาจะมีขึ้นได้ต้องอาศัยเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอิทธิพลทางวัฒนธรรมและความเชื่อทางศาสนาที่มีต่อกฎหมายค่อนข้างมาก

3.3.4 การใช้ดุลยพินิจของศาล

สืบเนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีฟ้องหย่ามักมีลักษณะเฉพาะ แตกต่างกันไปในแต่ละคดี ทั้งระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ และซีวิล ลอว์ จึงเห็นควรที่จะให้เป็นหน้าที่ของศาลในการ

ดู ศิริ ว.อัศวนนท์ ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลประจำกระทรวง, กฎหมายเรื่องเมียมาก, ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม.

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันประเทศที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลามมีแนวโน้มที่จะกำหนดให้สามีมีภริยาได้เพียงคนเดียว เช่น ประเทศบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา เลบานอน ตูนิเซีย ตุรกี และอินโดนีเซีย ที่สามีจะมีภริยามากกว่าหนึ่งคนได้จะต้องปรากฏว่าภริยาเดิมของตนไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ในฐานะภริยาได้ หรือมีร่างกายพิการ หรือเป็นโรคที่รักษาไม่หาย หรือไม่อาจให้กำเนิดทายาทได้ ซึ่งสามีต้องได้รับคำสั่งอนุญาตจากศาลให้ทำการสมรสใหม่ได้ และต้องได้รับความยินยอมให้ทำการสมรสใหม่ได้จากภริยาเดิม ทั้งต้องรับรองด้วยว่าสามารถอุปการะเลี้ยงดูภริยาและบุตรทุกคนได้เท่าเทียมกันด้วย

Article 3-5, Law of the Republic of Indonesia Number 1 of the Year 1974 on Marriage.

พิจารณา โดยบัญญัติกฎหมายเพื่อให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลยพินิจได้กว้างขวางภายใต้กรอบของกฎหมายที่กำหนดไว้ ดังเช่น ประเทศอังกฤษ ที่มีเหตุหย่าเพียงเหตุเดียว คือ กรณีที่ชีวิตสมรสได้แตกสลายจนไม่สามารถจะกลับมาคืนดีกันได้อีกต่อไป โดยกฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ให้คู่สมรสที่เป็นฝ่ายยื่นคำร้องขอหย่าเป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการนำเสนอข้อเท็จจริงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าว ถือเป็นเพียงตัวอย่างที่จะใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาเท่านั้น แต่อาจไม่ใช่สิ่งที่จะสามารถยืนยันได้โดยลำพังว่าชีวิตการสมรสนั้นได้แตกสลายจนไม่อาจกลับมาคืนดีกันได้อีก หรือในประเทศเยอรมัน ที่ถือว่าการสมรสที่แตกสลายลงแล้วเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ แต่แม้ว่าคู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่าจะพิสูจน์ได้ถึงเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วก็ตาม แต่ศาลอาจมีดุลยพินิจไม่อนุญาตให้คู่สมรสหย่าขาดจากกันก็ได้ หากศาลเห็นว่าการคงอยู่ร่วมกันของคู่สมรสนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อบุตรผู้เยาว์ หรือกรณีมีสถานการณ์พิเศษอย่างยิ่งที่สำคัญมากกว่าการหย่าเกิดกับฝ่ายที่ถูกฟ้องหย่า หรือการอุปการะเลี้ยงดูที่จำเป็นอย่างยิ่ง แต่ทั้งนี้ กฎหมายก็จำกัดการใช้ดุลยพินิจของศาลอีกชั้นหนึ่ง ที่จะไม่นำมาบังคับกับกรณีสามีภริยาที่ได้แยกกันอยู่เป็นระยะเวลาเกินกว่าห้าปีแล้ว หรือในประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ที่ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวาง โดยกำหนดเหตุหย่าไว้ในกรณีมีเหตุอันสมควรที่ไม่อาจรอคอยจนกระทั่งครบกำหนดระยะเวลาสี่ปีของการแยกกันอยู่ ซึ่งเหตุอันสมควรดังกล่าวกฎหมายมิได้กำหนดแนวทางไว้เฉพาะ เพียงแต่ต้องเป็นเหตุที่ร้ายแรงและคู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่าต้องมีได้เป็นผู้อ่อน

3.3.5 กรณีการประพาศติผิดประเวณีของสามีหรือภริยา

ในอดีต การกระทำชู้ถ้อยเป็นเหตุหย่าสากลที่มีปรากฏในกฎหมายเกือบทุกประเทศในโลก ทั้งประเทศที่เป็นระบบกฎหมายหมายคอมมอน ลอร์ และซีวิล ลอร์ เนื่องมาจากเหตุหย่ากรณีกระทำชู้ถ้อยนั้น ตั้งอยู่บนฐานของหลักความผิดอันเป็นหลักสำคัญของเหตุหย่าในยุคแรก ต่อมาเกิดการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับการหย่า โดยยอมรับหลักปราศจากความผิดที่มุ่งถึงความผาสุกของชีวิตสมรสเป็นสำคัญ ยอมให้คู่สมรสสามารถหย่าขาดจากกันได้แม้ว่าคู่สมรสอีกฝ่ายจะมีได้กระทำผิด ในหลายประเทศจึงได้มีการปฏิรูปกฎหมายภายในประเทศของตนให้มีความสอดคล้องกับหลักปราศจากความผิด โดยในบางประเทศได้มีการกำหนดเหตุหย่าทั้งที่ตั้งอยู่บนหลักความผิดและหลักปราศจากความผิดประกอบกัน เช่น มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือบางประเทศกำหนดเหตุหย่าไว้ตามหลักปราศจากความผิดเพียงเหตุเดียว

แต่หลักความผิดก็มิได้ถูกตัดขาดโดยสิ้นเชิง โดยยังคงนำมาเป็นเงื่อนไขหรือเป็นข้อยกเว้น เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน เป็นต้น

สำหรับความหมายของการกระทำชู้ นั้น เป็นที่เข้าใจได้โดยทั่วไปว่าหมายถึงการสมัครใจร่วมประเวณีระหว่างบุคคลที่สมรสแล้วกับบุคคลอื่นที่มีเพศตรงกันข้ามซึ่งมิใช่คู่สมรสของตน ดังนั้น หากเป็นกรณีกระทำชู้ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน หลายประเทศถือว่าการกระทำดังกล่าวมิใช่ “การกระทำชู้” อันเป็นเหตุหย่าตามกฎหมาย แต่อาจเข้าลักษณะเหตุหย่าอื่น เช่น “การประพฤติชั่ว” เป็นต้น เว้นแต่ในประเทศแคนาดา และมลรัฐแมสซาชูเซต ประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีการตีความกฎหมายให้การกระทำชู้ระหว่างเพศเดียวกันเป็นเหตุหย่าได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสที่ได้มีการแก้ไขใหม่ โดยให้สิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสระหว่างเพศเดียวกันมีสถานะเท่าเทียมกันกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสต่างเพศ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากรณีการตีความดังกล่าวมีความเหมาะสม เพราะเมื่อมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสเช่นคู่สมรสชายหญิงแล้ว หากมีการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวก็สมควรที่จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายเช่นเดียวกับคู่สมรสชายหญิงด้วย

ด้วยสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในปัจจุบัน จึงต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีความเหมาะสมกับกระแสสังคม โดยในหลายประเทศได้ยอมรับในเรื่องของความเบี่ยงเบนทางเพศ โดยออกกฎหมายเพื่อเป็นการลดอคติและการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มคนรักร่วมเพศ และเป็นการรับรองสิทธิของผู้ที่รักร่วมเพศ ให้มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศทั่วไป ซึ่งได้แก่ประโยชน์ต่างๆ ที่คู่สมรสทั่วไปพึงมีพึงได้ เช่น สิทธิทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส สิทธิในการเป็นทายาทโดยธรรม สิทธิที่จะได้ลดหย่อนภาษี เป็นต้น สำหรับประเทศอังกฤษได้มีการออก The Civil Partnership Act 2004 ที่กฎหมายรับรองให้บุคคลที่รักร่วมเพศมีสถานะเป็น “หุ้นส่วนชีวิต” ซึ่งมีสิทธิและหน้าที่คล้ายกับคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัวอังกฤษ ซึ่งรวมไปถึงกรณีการยุติการเป็นหุ้นส่วนชีวิต (dissolution) ที่เทียบเท่าได้กับการหย่า (divorce) ด้วย เช่นเดียวกับหลายมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีการตระหนักถึงสถานะทางกฎหมายของคู่รักร่วมเพศ จึงกำหนดให้คู่รักร่วมเพศมีสถานะทางกฎหมายซึ่งแบ่งออกเป็นหลายประเภท กล่าวคือ “คู่สมรส (married)” ในมลรัฐแมสซาชูเซต “การอยู่ร่วมกัน (civil unions)” ในมลรัฐเวอร์มอนต์ “หุ้นส่วนชีวิต (domestic partnerships)” ในมลรัฐอริโซนา มลรัฐมินเนโซตา มลรัฐโอเรกอน เป็นต้น และ “ความสัมพันธ์ในเชิงต่างตอบแทน (reciprocal beneficiary relationships)” ในมลรัฐฮาวาย สำหรับประเทศเยอรมัน ได้ออกกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนคู่อชีวิตระหว่างบุคคลเพศเดียวกันโดยการอนุญาตให้คนเพศเดียวกันจดทะเบียนเป็นคู่อชีวิตกันได้ อันเป็นการแสดงถึงการ

ยอมรับในเรื่องความเบี่ยงเบนทางเพศ ส่วนประเทศสวีเดนและนอร์เวย์ได้มีการออกกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิต (federally registered partnership) ซึ่งส่งผลให้คู่รักร่วมเพศที่ได้จดทะเบียนมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัวทุกประการ ในประเทศฝรั่งเศส มีบทบัญญัติกฎหมาย เรียกว่า PACS ที่รับรองสถานะทางกฎหมายของการอยู่ร่วมกัน (civil unions) ของคู่รักซึ่งมีความเบี่ยงเบนทางเพศ (same-sex couples) ให้มีสิทธิอันพึงได้ตามกฎหมายบางประการเช่นเดียวกับสิทธิของคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัว อย่างไรก็ตาม การออกกฎหมายเพื่อรองรับสิทธิของบุคคลรักร่วมเพศดังกล่าว มิได้กระทบต่อหลักการของกฎหมายครอบครัวที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิง เว้นแต่ในมลรัฐแมสซาชูเซต ประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น การกระทำชู้ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันจึงไม่อาจถือเป็นเหตุหย่าตามกฎหมายครอบครัวได้

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ประเทศต่างๆ ที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วข้างต้นนั้นได้ออกกฎหมายรับรองสถานะของคู่รักร่วมเพศให้มีสิทธิเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศนั้น ย่อมไม่กระทบต่อหลักการของกฎหมายครอบครัวที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิง เนื่องจากการออกกฎหมายเฉพาะต่างหากจากกฎหมายครอบครัว ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศแคนาดาที่เป็นกรณีการแก้ไขกฎหมายครอบครัวในเรื่องของการสมรส ดังนั้น ในการตีความบทบัญญัติกฎหมายครอบครัวแคนาดา ต้องคำนึงถึงความสอดคล้องระหว่างสิทธิและหน้าที่ด้วย เมื่อกฎหมายแคนาดารับรองให้คู่รักร่วมเพศสมรสกันได้โดยมีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศตามกฎหมายครอบครัว ก็ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายเช่นเดียวกับคู่สมรสชายหญิงด้วย ศาลแคนาดาจึงตีความบทบัญญัติกฎหมายเรื่องเหตุหย่า กรณีการกระทำชู้ให้รวมถึงการกระทำชู้ระหว่างเพศเดียวกันด้วย

ในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ประเทศอังกฤษ ถือเอาการกระทำชู้เป็นแนวทางในการพิสูจน์ถึงการแตกสลายลงของชีวิตสมรสเช่นเดียวกับประเทศแคนาดา ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา หลายมลรัฐยังคงยึดถือการกระทำชู้เป็นเหตุหย่า ทั้งที่เป็นเหตุหย่าลักษณะเด็ดขาด เช่น มลรัฐนิวยอร์ก และเหตุหย่าที่มีลักษณะไม่เด็ดขาด เช่น มลรัฐอลาสกา ที่แม้ว่าจะมีกฎหมายบัญญัติให้มีการฟ้องหย่าโดยอาศัยเหตุการกระทำชู้ได้ก็ตาม และแม้ว่าจำเลยจะให้การสารภาพว่าได้มีการกระทำชู้จริงแล้ว แต่โดยลำพังเพียงคำรับสารภาพของจำเลยนั้น ไม่เพียงพอที่ศาลจะรับฟังเพื่อมีคำพิพากษาให้มีการหย่ากันได้

ส่วนระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ประเทศเยอรมัน ได้นำเอาหลักความผิดมาเป็นข้อยกเว้นการหย่าในกรณีที่ยังไม่ครบกำหนดระยะเวลาแยกกันอยู่ แต่ถ้าปล่อยให้ความสัมพันธ์ฉัน

สามีภริยาของคู่สมรสคงอยู่ต่อไปแล้ว จะต้องเป็นการทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสต่อคู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่า ศาลก็สามารถอนุญาตให้หย่าได้ ซึ่งการกระทำข้างต้นถือเป็นความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสได้ เช่นเดียวกับประเทศสวีเดนและนอร์เวย์ ที่กฎหมายกำหนดเหตุหย่าในกรณีมีเหตุอันสมควรที่ไม่อาจรอคอยจนกระทั่งครบกำหนดระยะเวลาสี่ปีของการแยกกันอยู่ได้ ซึ่งการกระทำข้างต้นถือเป็นเหตุสมควรดังกล่าว ทั้งนี้ คู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่าต้องมีได้เป็นผู้ก่อขึ้น ส่วนประเทศฝรั่งเศส ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำข้างต้นเป็นเหตุหย่า แต่การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงต่อหน้าที่ของการเป็นสามีภริยา ถือเป็นความผิดที่ศาลจะอนุญาตให้มีการหย่าได้ตามหลักความผิด หากศาลพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวส่งผลให้การคงอยู่ต่อไปของการสมรสต้องทุกข์ทรมาน สำหรับกฎหมายครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้กำหนดเหตุหย่าไว้ทั้งที่อยู่บนหลักความผิดและหลักปราศจากความผิด แต่มีข้อแตกต่างกัน คือ กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้ความผิดฐานกระทำขี้เป็นเหตุหย่าประการแรก ขณะที่เหตุหย่าในสาธารณรัฐประชาชนจีนมีเหตุหย่าอันเนื่องมาจากการสมรสซ้อนเป็นเหตุหย่าประการแรก แต่ไม่มีความผิดฐานกระทำขี้ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการสมรสซ้อนถือได้ว่าเป็นการกระทำขี้ แต่ถ้าฟังเพียงกระทำขี้ หากไม่ถึงกับมีการสมรสซ้อน ย่อมไม่เข้าเงื่อนไขอันเป็นเหตุหย่าประการแรกตามกฎหมายจีน แต่อาจเข้าเงื่อนไขของเหตุหย่าในกรณีที่มีพฤติการณ์อื่นที่ส่งผลกระทบต่ออารมณ์ชีวิตของคู่สมรสได้ ส่วนประเทศอิหร่านที่ได้อิทธิพลของกฎหมายอิสลามมาใช้บังคับกับเรื่องการหย่านั้น โดยหลักของศาสนาอิสลามชายผู้เป็นสามีสามารถมีภริยาได้ถึงสี่คน กฎหมายอิสลามไม่ถือได้ว่าเป็นการกระทำขี้แต่อย่างใด ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่สามีต้องปฏิบัติ คือ "จะต้องให้ความยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกัน" ซึ่งหมายถึงการเลี้ยงดูภริยาและบุตร มิฉะนั้นภริยามีสิทธิในการฟ้องหย่าสามีได้หากสามีนั้นไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูภริยาของตนได้อย่างเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม กฎหมายให้สิทธิเฉพาะฝ่ายสามีเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีภริยากระทำขี้ กฎหมายอิสลามให้ลงโทษด้วยการฝังภริยาผู้นั้นไว้ถึงไหล่แล้วขว้างด้วยก้อนหินจนกระทั่งเสียชีวิต แต่ทั้งนี้จะต้องมีการพิสูจน์ว่าภริยาได้มีการกระทำขี้จริงโดยมีพยานยืนยันถึง 4 คน และชายที่เป็นผู้จะต้องถูกเปิดเผยตัวต่อที่สาธารณะด้วย ส่วนบทลงโทษสำหรับชายผู้ก่อการฝังร่างชายผู้นั้นในดินถึงเอวและขว้างด้วยก้อนหินจนเสียชีวิตเช่นเดียวกัน