

## บทที่ 4

**เหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2550)**

การที่สามีภริยาจะหย่าขาดจากกันนั้น สามารถทำได้ 2 กรณี คือ การหย่าโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายกับการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ซึ่งการหย่าโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายนั้น ต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานอย่างน้อยสองคน โดยการหย่าจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้จดทะเบียนการหย่าแล้ว<sup>1</sup> ส่วนการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลนั้นต้องเป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 บัญญัติไว้ จะอาศัยเหตุอื่นนอกเหนือจากนี้มาเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้

อย่างไรก็ตาม การหย่าทั้ง 2 วิธีนี้ใช้กับกรณีการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ถ้าเป็นการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสกัน หากต้องการสิ้นสุดความสัมพันธ์ย่อมทำได้โดยการแยกจากกันไป

**4.1 เหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2550)**

การหย่าขาดจากการสมรสโดยคำพิพากษาจะต้องมีคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องต่อศาลเพื่อขอหย่า โดยอาศัยเหตุหย่าเพียงเหตุเดียวหรือหลายเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 1516 เท่านั้น คู่สมรสจะอาศัยเหตุอื่นใดนอกจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ สำหรับแนวความคิดในการกำหนดเหตุหย่าตามกฎหมายนั้น อาจเกิดขึ้นได้หลายประการ คือ<sup>2</sup>

ก. เพื่อเป็นมาตรการลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดต่อหน้าที่ของการเป็นสามีภริยากัน ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวจะต้องเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงหรือต่อเนื่องถึงขนาดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากัน ตามแนวคิดหลักความผิด

---

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1531

<sup>2</sup> ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น. 370.

ข. เพื่อเป็นมาตรการแก้ไขปัญหาความแตกสลายของชีวิตครอบครัว ซึ่งทำให้คู่สมรส ไม่อาจอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป โดยไม่ต้องคำนึงว่าเหตุแห่งการหย่านั้นจะเกิดขึ้นเพราะความผิด ของคู่สมรสฝ่ายใดหรือไม่ เพียงแต่อ้างเหตุแห่งการฟ้องหย่าตามที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อม เพียงพอ ตามแนวคิดหลักปราศจากความผิด

เหตุฟ้องหย่าของกฎหมายไทย สำหรับอ้างอิงเป็นเหตุในการฟ้องหย่าและเป็นหลัก ในการพิจารณาตัดสินคดีของศาลนั้น มีปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 แยกเป็น 12 กรณี กล่าวคือ

(1) สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทนหรือสามี เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจฉน อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

เหตุหย่าในกรณีนี้ได้มีการแก้ไขโดยการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2550 เพิ่มเติมสิทธิสตรีในการฟ้องหย่าโดยอาศัย เหตุจากการกระทำชู้ เพื่อให้มีความสอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมแห่งสิทธิระหว่างชายและ หญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่าง ทางเพศ อันเป็นหลักที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ความผิดเรื่องการกระทำชู้ ถือได้ว่าเป็นความประพฤติมิชอบที่มีความร้ายแรงที่สุด และอาจกล่าวได้ว่าเป็นเหตุหรือเงื่อนไขในการฟ้องหย่าที่ได้รับการยอมรับในประเทศต่างๆ มาก ที่สุดประเภทหนึ่ง โดยคำว่า “อุปการะเลี้ยงดู” หมายถึง การให้ความช่วยเหลือแก่หญิงหรือชาย อื่น ที่มีคู่สมรสของตนในสิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีพไม่ว่าจะเป็นการให้เงินทองหรือเครื่องอุปโภค บริโภคหรือทรัพย์สินอื่นใดเพื่อเป็นปัจจัยในการดำรงชีพ และต้องเป็นการอุปการะเลี้ยงดูฉันทนหรือสามีเท่านั้น โดยไม่คำนึงในเรื่องระยะเวลาในการให้ความช่วยเหลือ อย่างไรก็ตาม แม้ว่า สามีหรือภริยาจะอุปการะเลี้ยงดูคู่สมรสอีกฝ่ายและครอบครัวโดยไม่ขาดตกบกพร่องก็ตาม แต่คู่ สมรสอีกฝ่ายก็ยังสามารถอ้างเหตุดังกล่าวฟ้องหย่าได้เช่นกัน ถือเป็นกรณลงโทษพฤติกรรมที่นอกหลุ่ นอกทางของคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด ส่วนคำว่า “ยกย่อง” คือ การแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดย ปริยาย ให้บุคคลทั่วไปรู้ว่าบุคคลผู้นั้นเป็นภริยาหรือสามีของตน อาจไม่ถึงขั้นต้องจดทะเบียน สมรส เช่น การยินยอมให้บุตรใช้ชื่อสกุลของตน การพามาอยู่ในบ้านและอยู่กินกันฉันทนหรือสามีภริยา เป็นต้น เหตุหย่ากรณีสามีหรือภริยา ยกย่องผู้อื่นฉันทนหรือสามีนั้นสามารถแยกพิจารณา ต่างหากจากเหตุหย่ากรณีอุปการะเลี้ยงดูได้ แม้สามีหรือภริยาจะไม่ได้เลี้ยงดูหญิงหรือชายอื่นเลย ก็ตาม แต่หากมีพฤติกรรมยกย่องหญิงหรือชายอื่นนั้นเช่นภริยาหรือสามีของตนแล้ว คู่สมรสอีก ฝ่ายก็สามารถฟ้องหย่าได้ และหากมีข้อเท็จจริงว่าคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดได้เลี้ยงดูหญิงหรือชาย

อื่นนั้นด้วยแล้ว ก็อาจถือเป็นข้อเท็จจริงประกอบว่าคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดได้ยกย่องหญิงหรือชายอื่นฉันทริยาหรือสามีด้วย โดยไม่ต้องคำนึงว่าหญิงหรือชายอื่นที่ได้รับการเลี้ยงดูหรือได้รับการยกย่องนั้น จะมีเจตนาสุจริตหรือไม่เพราะกฎหมายถือเอาพฤติกรรมของคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดเป็นสำคัญ ส่วนเหตุฟ้องหย่ากรณีมีชู้<sup>3</sup> นั้น หมายถึง กรณีที่หญิงมีสามีร่วมประเวณีกับชายอื่นที่มีชู้สามีตนโดยสมัครใจ

สำหรับกรณี “เป็นชู้” และ “ร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดน” กฎหมายได้แก้ไขเพิ่มเติมเข้ามาใหม่ จากเดิมซึ่งมีเพียงกรณีภริยามีชู้เท่านั้น อาจเพราะต้องการให้ครอบคลุมกรณีที่สามีไปร่วมประเวณีกับภริยาผู้อื่นก็เป็นได้ในกรณีเป็นชู้ และเพื่อรองรับลักษณะการกระทำชู้ให้มีความชัดเจนอันจะอ้างเป็นเหตุฟ้องหย่าด้วย โดยกรณีเป็นชู้<sup>3</sup> นั้น ต้องคำนึงถึงเจตนาของสามี(คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด) เป็นสำคัญ กล่าวคือ สามี (คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด) ต้องรู้ด้วยว่าหญิงที่สมัครใจร่วมประเวณีกับตนนั้นได้มีสามีแล้วด้วย

อย่างไรก็ตาม เหตุฟ้องหย่าตามอนุมาตรา<sup>3</sup> นี้ ยังคงมีปัญหาในการตีความอยู่หลายประการ รวมไปถึงการปรับใช้กฎหมาย ที่ต้องอาศัยความเป็นไปทางสังคมในปัจจุบัน และวินิจฉัยบริบท เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดในส่วนต่อไป

(2) สามีหรือภริยาประพฤติชั่ว ไม่ว่าจะความประพฤติชื่อนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง

(ก) ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง

(ข) ได้รับความดูถูกเกลียดชังเพราะเหตุที่คงเป็นสามีภริยาของฝ่ายที่ประพฤติชั่วอยู่ต่อไป หรือ

(ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพ ฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ

“ ความประพฤติชั่ว (misconduct) ” หมายถึง ความประพฤติปฏิบัติที่ฝ่าฝืนศีลธรรมหรือจารีตประเพณีซึ่งวิญญูชนรู้สึกได้ว่าเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ทั้งนี้ ไม่คำนึงว่าจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ก็ตาม<sup>3</sup> ความประพฤติชื่อนั้นอาจจะเป็นการกระทำครั้งเดียวก็ได้ แต่ที่สำคัญต้องเป็นเหตุที่ถึงขนาดให้ฝ่ายที่ฟ้องหย่าได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง หรือได้รับ

<sup>3</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), น.389.

ความดูถูกเกลียดชัง หรือได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร เมื่อเอาสภาพ ฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาพิจารณาประกอบ โดยคำนึงถึงเฉพาะความรู้สึกของคู่สมรส นั้นๆ มิใช่ตามมาตราฐานวิญญูชน เช่น สามีเป็นปลัดอำเภอซึ่งเป็นข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ แต่ภริยากลับกระทำความผิดในข้อหาเป็นเจ้าของผู้ดูแลและผู้จัดการสถานการค้าประเวณี และขอหาขายหรือให้บริการเทปและวัสดุโทรทัศน์โดยไม่ได้รับอนุญาต จนศาลฎีกามีคำพิพากษาให้จำคุก ถือเป็นการประพฤติดุชฉิวและทำให้ได้รับความอับอาย ขายน่าอย่างแรง กับได้รับความดูถูกเกลียดชัง สามีฟ้องหย่าได้<sup>4</sup> แต่ในกรณีภริยาไปเที่ยวผู้ชาย โดยไม่ได้รับความชัดเจนว่าเป็นปกติวิสัยหรือไม่ มีความสัมพันธ์กันอย่างไร และไปกับชายดังกล่าวเพียงลำพังหรือไม่นั้น ไม่ถือว่าเข้าหลักเกณฑ์ที่สามีจะฟ้องหย่าตามอนุมาตรานี้ได้<sup>5</sup>

(3) สามีหรือภริยาทำร้ายหรือทรมานร่างกาย หรือจิตใจ หรือหมิ่นประมาท หรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่ง หรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ถ้าเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

คำว่า “บุพการี” คือ พ่อแม่ ปู่ย่า ตายาย ทวด โดยถือตามสายโลหิต แม้ว่าจะมิใช่บุพการีโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม กฎหมายได้ขยายขอบเขตความคุ้มครองจากเฉพาะคู่สมรสไปยังบุพการีของคู่สมรสด้วย เนื่องจากอิทธิพลของประเพณีไทยโบราณที่สามีภริยาจะต้องเคารพญาติผู้ใหญ่ของอีกฝ่ายเสมือนกับญาติผู้ใหญ่ฝ่ายตน

สำหรับการทำร้ายต้องเป็นการกระทำโดยจงใจ หากทำต่อร่างกายจะต้องปรากฏบาดแผลและต้องมีลักษณะร้ายแรงด้วย ดังนั้น หากสามีภริยาทะเลาะกัน ภริยาข่วนหน้าสามี เลือดออกซิบๆ ไม่อาจอ้างเป็นเหตุหย่าได้ ส่วนกรณีทำต่อจิตใจ คือ การทำให้เกิดความรู้สึกปวดร้าว เสียใจ ทุกข์ทรมานใจ หรือเกิดความรู้สึกหวาดกลัว เช่น ภริยาตั้งครรภ์ สามีมีความยินดีที่จะได้ทายาทไว้สืบสกุล ต่อมาภริยาทะเลาะกับสามี ต้องการแก้งสามีจึงไปทำแท้ง สามีต้องได้รับความเสียหายเป็นอันมาก การกระทำความดังกล่าวเป็นการทำร้ายจิตใจสามี และเนื่องจากภริยาไม่มีสิทธิที่จะทำแท้งได้โดยลำพังจึงเป็นการร้ายแรงที่สามีจะฟ้องหย่าได้<sup>6</sup> เป็นต้น

ส่วนการหมิ่นประมาท หรือเหยียดหยาม หมายถึงการใส่ความให้คู่สมรส หรือบุพการีของคู่สมรสต้องเสียหายแก่ชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น เกลียดชัง ซึ่งแม้จะเป็นข้อความจริงก็ตาม เช่น

<sup>4</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 116/2547

<sup>5</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1581/2542

<sup>6</sup> ประสพสุข บุญเดช, อ่างแล้ว เขิงอรรถที่ 3, น.398.

สามีหมิ่นประมาทบิดาของภริยาว่า “โคจรของหลวงสมานนี้เลวทั้งโคจร คบไม่ได้” เป็นการหมิ่นประมาทบุพการีภริยาอย่างร้ายแรง ภริยาฟ้องหย่าได้<sup>7</sup>

(4) สามีหรือภริยาจงใจละทิ้งอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินหนึ่งปี อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

“การละทิ้งร้าง (desertion)” คือ การที่สามีหรือภริยาแยกกันอยู่ต่างหาก ตามเจตนาของคู่สมรสฝ่ายที่ถูกฟ้อง โดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สมรสฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่า และไม่มีเหตุผลอันสมควรในการแยกกันนั้นด้วย กรณีนี้กฎหมายถือเอาระยะเวลาหนึ่งปีเป็นสำคัญในการพิจารณา โดยคู่สมรสต้องมีได้ตกลงสมัครใจแยกกันอยู่ หรือเพียงแต่ความยินยอมของคู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่าที่ให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง แยกไปอยู่ต่างหาก ย่อมไม่อาจถือได้ว่าคู่สมรสมีเจตนาแยกกันอยู่ จึงไม่มีสิทธิฟ้องหย่า

(5) สามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก และได้ถูกจำคุกเกินหนึ่งปีในความผิดที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิดหรือยินยอมรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดนั้นด้วย และการเป็นสามีหรือภริยากันต่อไปจะเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย หรือเดือดร้อนเกินควร อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

เหตุฟ้องหย่าในกรณีนี้ อาศัยแนวคิดที่ว่า การสมรสได้แตกสลายจนไม่อาจกลับคืนดีได้อีกแล้ว ซึ่งประกอบไปด้วยเงื่อนไขสำคัญ 4 ข้อ คือ

(ก) สามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก

(ข) ต้องถูกจำคุกมาแล้วเป็นเวลาเกินกว่า 1 ปี

(ค) คู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่าต้องมีได้มีส่วนก่อให้เกิด หรือยินยอมรู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิดที่ทำให้ต้องรับโทษจำคุกนั้น

(ง) การเป็นสามีหรือภริยากันต่อไป จะเป็นเหตุให้คู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่าได้รับความเสียหาย หรือเดือดร้อนเกินควร

(6) สามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่ เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งศาลเป็นเวลาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ เหตุฟ้องหย่าในเรื่องนี้ แบ่งพิจารณาได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

(ก) สามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่ เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี ถือได้ว่าการสมรสนั้นแตกสลายจนไม่อาจกลับคืนดีได้อีกฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

<sup>7</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1290/2514

(ข) กรณีสามีและภริยาแยกกันอยู่ตามคำสั่งศาลเป็นเวลาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(7) สามีหรือภริยาถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ หรือไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปีโดยไม่มีใครทราบว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

เหตุฟ้องหย่ากรณีนี้ บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นการรับรองการสิ้นสุดของการสมรส โดยให้โอกาสแก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งที่ยังอยู่ได้เริ่มต้นชีวิตใหม่

(8) สามีหรือภริยาไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรหรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ถ้ากระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 กำหนดให้สามีภริยามีหน้าที่ต้องช่วยเหลือ อุปการะเลี้ยงดูกัน (maintenance and support) ตามความสามารถและฐานะของตน โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ในแต่ละกรณี และการที่ไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูจนทำให้อีกฝ่ายเดือดร้อนเกินควรคาดหมาย เมื่อเอาสภาพ ฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบถือเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ แต่ในกรณีที่สามีไม่จ่ายเงินให้ภริยาเหมือนแต่ก่อน แต่ก็ได้มอบเงินให้ลูกหรือคนใช้ไว้เพื่อให้ใช้จ่ายในบ้าน ภริยาได้ใช้เงินนั้นไม่เดือดร้อน ไม่เป็นการไม่ช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูตามควร จึงไม่เป็นเหตุหย่า<sup>8</sup>

ส่วนการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง คือ การกระทำที่ขัดขวางต่อการดำเนินชีวิตครอบครัวอย่างปกติสุขและอาจเป็นอันตรายต่อร่างกาย จิตใจ สุขภาพ หรืออนามัยของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นเพียงคำพูด เช่น ภริยาเขียนจดหมายขู่สามีว่าจะจ้างคนให้เอาน้ำกรดมาสาดหน้าสามี<sup>9</sup> หรืออาจเป็นการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจก็ตาม แต่ต้องถึงขนาดที่คู่สมรสอีกฝ่ายเดือดร้อนเกินควร เมื่อเอาสภาพ ฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบด้วย

(9) สามีหรือภริยามีวิกลจริตตลอดมาเกินสามปี และความวิกลจริตนั้นมีลักษณะที่ยากจะหายได้กับทั้งความวิกลจริตถึงขนาดที่จะทนอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาต่อไปไม่ได้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ เหตุหย่าในกรณีคู่สมรสวิกลจริตนั้น ย่อมเป็นไปตามหลักปราศจากความผิดซึ่งประกอบไปด้วยเงื่อนไขสำคัญ 3 ประการ คือ

<sup>8</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 853/2520

<sup>9</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 539/2511

- (ก) วิกลจริตติดต่อกันเป็นเวลาเกินกว่า 3 ปี
- (ข) ความวิกลจริตที่ยากจะหาย
- (ค) ถึงขนาดที่จะนอนอยู่ร่วมกันต่อไปไม่ได้
- (10) สามีหรือภริยาผิดทัศนคติบนที่ทำให้ไว้เป็นหนังสือในเรื่องความประพฤติ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

“ทัศนคติบน (bond)” คือ การทำข้อตกลงเป็นหนังสือให้ไว้แก่อีกฝ่ายหนึ่งว่าจะไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการผิดเงื่อนไขที่ไว้ไว้ โดยการทำทัศนคติบนต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความประพฤติที่ดี (bond of good behavior) เท่านั้น และต้องไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังในกรณีที่ภริยาทำทัศนคติบนว่าจะอยู่ร่วมบ้านกับสามี แต่ต่อมาภริยาประพฤติผิดทัศนคติบน ซึ่งทัศนคติบนดังกล่าวไม่ใช่ทัศนคติบนเกี่ยวกับความประพฤติ ไม่เป็นเหตุหย่า<sup>10</sup>

- (11) สามีหรือภริยาเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง อันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่ง และโรคมีลักษณะเรื้อรังไม่มีทางหายได้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

โรคที่นำมาอ้างเป็นฟ้องหย่านั้น ต้องเป็นโรคติดต่อร้ายแรง (contagious and dangerous disease) อันอาจเป็นภัยต่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง และต้องเป็นโรคที่ไม่อาจรักษาให้หายได้ เช่น โรคเอดส์ เป็นต้น

- (12) สามีหรือภริยามีสภาพร่างกายทำให้สามีหรือภริยานั้นไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

เนื่องจากกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้สามีหรือภริยาจะต้องอยู่กินฉันท์สามีภริยา ซึ่งหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสภาพร่างกายที่ไม่อาจร่วมประเวณีได้ ย่อมเป็นการผิดความมุ่งหมายของการสมรส ดังนั้น เหตุฟ้องหย่ากรณีนี้จึงให้สิทธิเฉพาะคู่สมรสฝ่ายที่มีสภาพร่างกายปกติเท่านั้นที่จะมีสิทธิฟ้องหย่า

#### 4.2 การประพฤติดีประเวณีของสามีหรือภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516(1)

นับตั้งแต่วันที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มีผลบังคับ<sup>11</sup> ความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภริยาตามที่บัญญัติกฎหมายกำหนดไว้ นั้น เกิดขึ้นเมื่อชายและ

<sup>10</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2040/2519

<sup>11</sup> ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478



ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เห็นว่า การกระทำชู้ต้องถึงขนาดร่วมประเวณีกัน<sup>13</sup> โดยเป็นเรื่องระหว่างเพศตรงกันข้ามและต้องเกิดจากความสมัครใจของชายและหญิงนั้น

ศาสตราจารย์ สอาด นาวิเจริญ<sup>14</sup> เห็นว่า การกระทำชู้ต้องเป็นกรณีที่ชายหรือหญิงสมัครใจร่วมประเวณีกับหญิงหรือชายอื่นที่มีใช้คู่สมรสของตน ถ้าเพียงแต่กอดจูบลูบคลำถือเป็นเรื่องทำนองชู้สาว

ศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช เห็นว่า เรื่องการผิดประเวณีคือการร่วมเพศกันระหว่างชายกับหญิงตามวิถีธรรมชาติ ไม่ใช่การกระทำชำเราที่อาจกระทำต่อบุคคลเพศเดียวกันได้<sup>15</sup> และต้องเป็นการกระทำโดยสมัครใจ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ<sup>16</sup> เห็นว่า กฎหมายครอบครัวนั้นเป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษจากกฎหมายลักษณะอื่นโดยสิ้นเชิง กฎหมายบังคับว่าคู่กรณีจะต้องมีเพศต่างกัน ซึ่งสัญญาอื่นไม่บังคับในเรื่องเดียวกันนี้ การกระทำชู้จึงเป็นกรณีสามีหรือภริยาไปร่วมประเวณีกับเพศตรงข้ามซึ่งมิใช่คู่สมรสของตน

อาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์<sup>17</sup> เห็นว่า การทำชู้หมายถึงการร่วมประเวณีกันระหว่างชายและหญิง มิใช่เป็นแต่การล่วงเกินทำนองชู้สาวเท่านั้นและต้องกระทำโดยความสมัครใจ

จากความหมายของการประพฤติดัดประเวณีตามความเห็นของนักกฎหมายครอบครัวข้างต้น ผู้เขียนสรุปได้ว่า กรณีจะเป็นการประพฤติดัดประเวณีหรือการกระทำชู้นั้น ต้องถึงขนาดที่มีการร่วมประเวณีกันโดยความสมัครใจระหว่างชายหรือหญิงกับบุคคลเพศตรงกันข้ามซึ่งมิใช่คู่สมรสของตน ซึ่งต่างจากคำว่ากระทำชำเราที่อาจกระทำต่อบุคคลเพศเดียวกันได้

<sup>13</sup> การล่วงเกินภริยาทำนองชู้สาวมิใช่เป็นการทำชู้ การเป็นชู้หมายถึงการร่วมประเวณีกับเมียท่าน ส่วนการล่วงเกินในทำนองชู้สาวเป็นเรื่องจับมือถืออก และเช่นเดียวกับการกระทำชู้ที่ผู้ล่วงเกินจะต้องเป็นเพศตรงกันข้าม ถ้าเป็นเพศเดียวกันทำการล่วงเกินกันจะกล่าวว่าเป็นการล่วงเกินในทำนองชู้สาวไม่ได้

<sup>14</sup> สอาด นาวิเจริญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พ.ศ.2510, น. 221.

<sup>15</sup> ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 381.

<sup>16</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.1.

<sup>17</sup> ชาติชาย อัครวิบูลย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 374.

ค. ความหมายตามคำพิพากษาศาลฎีกา

เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 339/2509 เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยได้ ช่มชู้ขึ้นซ้ำเรากริยาใจทักโดยกริยาใจทักไม่สมัครใจ อันเป็นการล่วงเกินในทางชู้สาว มิใช่กรณีกริยา ทำชู้ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1505 วรรค 2 บัญญัติถึงกรณีสามีมีสิทธิจะ ฟ้องเรียกค่าทดแทนจากผู้ล่วงเกินกริยาไปนันทานองชู้สาวได้อันมิใช่เรื่องกริยามิชู้แต่เป็นเรื่อง กริยาถูกล่วงเกินโดยไม่สมัครใจฉะนั้น จึงไม่จำเป็นต้องให้ศาลพิพากษาให้สามีกริยาหย่ากัน เสียก่อน

ลักษณะของการกระทำชู้นั้น ไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาศาลฎีกาได้ให้คำนิยามไว้ คง เพราะหากกล่าวถึงการกระทำชู้แล้วย่อมเป็นที่เข้าใจได้ทั่วไป ซึ่งหากพิจารณาจากคำพิพากษาศาล ฎีกาที่ 339/2509 อาจกล่าวถึงลักษณะของการกระทำชู้ได้ว่าเป็นกรณีที่ชายหรือหญิงสมัครใจร่วม ประเวณีกับบุคคลอื่นซึ่งมิใช่คู่สมรสตน

อนึ่ง ผู้เขียนได้ศึกษาพบว่าเมื่อพิจารณากฎหมายครอบครัวไทยตั้งแต่โบราณจนถึง บรรพ 5 ในปีพ.ศ. 2533 เห็นได้ว่ากฎหมายครอบครัวไทยไม่เคยรับรองให้กริยาฟ้องหย่าสามีบน ฐานความผิดในกรณีที่สามีไปร่วมประเวณีกับหญิงอื่นที่มีชู้กริยาของตนได้เลย หรืออาจกล่าวได้ ว่าความผิดฐานมิชู้ใช้นั้นใช้เฉพาะกับกริยาเท่านั้น สืบเนื่องจากจารีตประเพณีไทยแต่เดิมที่ยอมรับ ให้สามีมีกริยาได้มากกว่าหนึ่งคน<sup>18</sup> โดยนักกฎหมายท่านหนึ่งได้กล่าวไว้ว่า

“ถ้าหญิงไปร่วมประเวณีด้วยชายอื่น เรียกว่ากริยามิชู้ แต่ถ้าผู้ไปร่วมประเวณีกับ หญิงอื่นไม่เห็นมีที่ใดเรียกว่าชายผู้ชู้ไปมิชู้ ฉะนั้นจึงเป็นอันเข้าใจว่าที่เรียกว่าชู้ นั้น ตามกฎหมาย เดิมก็ดี ตามประมวลกฎหมายแพ่งฯ บรรพ 5 ก็ดี หมายเฉพาะแต่เรื่องหญิงซึ่งมีสามีแล้วไปร่วม ประเวณีด้วยชายอื่นโดยสมัครใจเท่านั้น”<sup>19</sup>

<sup>18</sup> ก่อนมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 กฎหมาย ลักษณะผิดเมียซึ่งเป็นกฎหมายประเพณีได้รับรองว่ากริยาน้อยที่อยู่กินกับสามีนั้น ถือว่าเป็นกริยา ที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน โดยมีการบัญญัติถึงหน้าที่ของสามีในการเลี้ยงดูบรรดากริยาทั้งหลาย ไว้ปรากฏในบทที่ 74 ความว่า “ราษฎรทั้งหลายในแคว้นแคว้นเสมามณฑลให้เลี้ยงดูลูกเมียพี่น้อง พ้องพันธุ้จูงชอบโดยธรรม บางคนมีเมียสอง สามคนก็ดี เมื่อเกิดลาภได้ไร่นาเรือกสวน สรรพ ทรัพย์ทั้งหลาย ควรให้แก่เมียเดิมสองส่วน ให้แก่เมียกลางหนึ่งส่วน ให้แก่เมียสุดกึ่งส่วน ”

<sup>19</sup> พระยาพลาถกูธรรมพิชัย, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมรดก, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2480), น.114.

ด้วยเหตุที่คำว่า “มีชู้หรือทำชู้” เป็นถ้อยคำที่คนทั่วไปในสังคมมีความเข้าใจกันดีถึงความหมายและลักษณะของการกระทำ จึงไม่ปรากฏบทนิยามศัพท์ของคำว่ามีชู้หรือทำชู้ในกฎหมายครอบครัวว่ามีความหมายเช่นไร อย่างไรก็ดี นักกฎหมายบางท่านตั้งข้อสังเกตไว้ว่าการให้คำนิยามดังกล่าว อาจเกิดจากนักกฎหมายเพียงคนเดียวหรือเพียงไม่กี่คนเท่านั้นที่พยายามจะให้คำนิยามไปในทางให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายชาย และด้วยอิทธิพลของการให้คำนิยามหรือความหมายของคำว่ามีชู้โดยคนแรกๆ ก็ส่งผลมีอิทธิพลต่อนักกฎหมายรุ่นต่อมา<sup>20</sup> แม้ต่อมาจะมีการแก้ไขบรรพ 5 ในเรื่องเหตุฟ้องหย่า เพื่อยกระดับสิทธิสตรีให้มากขึ้นแต่ก็ยังคงไม่เท่าเทียมกับชาย โดยกฎหมายให้สิทธิภริยาในการฟ้องหย่าสามีในกรณีที่มีชู้ไป อุปลาระเลี้ยวดู หรือยกย่องหญิงอื่นชั้นภริยา แทนที่จะใช้คำว่า มีชู้ เช่นเดียวกับกรณีเหตุหย่าภริยา จึงเท่ากับว่าหากสามีไปร่วมประเวณีกับหญิงอื่น แต่ถ้ามิได้ถึงขั้นอุปลาระเลี้ยวดู หรือยกย่องแล้ว ภริยาจะอ้างเป็นเหตุหย่ากรณีกระทำชู้ไม่ได้ ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่าเหตุฟ้องหย่าข้อนี้เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ กระทั่งในปัจจุบัน ได้มีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมบรรพ 5 เหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516(1) กรณีประพฤติดุจริตเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงและหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ<sup>21</sup> โดยกำหนดให้สามีและภริยามีสิทธิเท่า

<sup>20</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เหตุฟ้องหย่า การศึกษาเปรียบเทียบในเชิงนิติศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.74.

<sup>21</sup> เหตุผลที่ประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว คือ “โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 1445 มาตรา 1446 มาตรา 1447/1 วรรคสาม มาตรา 1516(1) และมาตรา 1523 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

เทียมกันในการฟ้องหย่าอันมีเหตุมาจากการประพฤติผิดประเวณี ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 1516(1) ว่า “สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันภริยาหรือสามี เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดน อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้” กรณีตามบทบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนขอแยกพิจารณา ดังนี้

(ก) อุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องฉันภริยาหรือสามี

การที่สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันภริยาหรือสามีนั้น ถือว่าเป็นการกระทำความผิดต่อการสมรส (matrimonial offence) ที่สำคัญที่สุด เนื่องจากส่งผลกระทบต่อทั้งในด้านความสัมพันธ์และด้านทรัพย์สินอันมีผลต่อความมั่นคงของครอบครัว โดยลักษณะของการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องนั้นมีความคล้ายคลึงกันมากซึ่งนักกฎหมายได้ให้ความเห็นถึงลักษณะของการกระทำดังกล่าวอย่างหลากหลาย ดังปรากฏในรายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี ได้กล่าวว่า การยกย่อง คือการกระทำเพื่อให้คนทั้งหลายรู้ว่าหญิงนั้นเป็นภริยาของตน<sup>22</sup> ไม่ว่าจะกระทำด้วยวาจาหรือการประพฤติปฏิบัติต่อกัน ส่วน ดร.ประกอบ หุตะสิงห์ เห็นว่าการอุปการะเลี้ยงดูให้เงิน ปลูกบ้านให้อยู่ก็ถือเป็นการยกย่องอยู่ในตัวแล้ว<sup>23</sup> ผู้เขียนเห็นว่า ความหมายของการยกย่องนั้นต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและวัฒนธรรม จารีตประเพณีท้องถิ่นประกอบกับพฤติการณ์ว่าการกระทำดังกล่าวนั้น มีความชัดเจนถึงขนาดที่จะทำบุคคลทั่วไปทราบว่าเป็นภริยาหรือสามีของเราด้วย ในทางวิชาการได้กล่าวถึงลักษณะของการอุปการะเลี้ยงดูไว้ว่า หมายถึง การให้ความช่วยเหลือผู้อื่นที่มีใช้คู่สมรสตนในสิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีพ ไม่ว่าจะเป็นการให้เงินทองไว้ใช้จ่ายใช้สอย ให้เครื่องอุปโภคบริโภคหรือทรัพย์สินอื่นใดเพื่อเป็นปัจจัยในการดำรงชีพ และต้องเป็นการอุปการะเลี้ยงดูฉันภริยาหรือสามีเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสามีหรือภริยาจะอุปการะเลี้ยงดูคู่สมรสอีกฝ่ายและครอบครัวโดยไม่ขาดตกบกพร่องก็ตาม แต่คู่สมรสอีกฝ่ายก็ยังสามารถอ้างเหตุดังกล่าวฟ้องหย่าได้เช่นกัน ถือเป็นกรณลงโทษพฤติกรรมที่นอกเหนือจากของคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด

<sup>22</sup> ตามบรรพ 5 พ.ศ.2519 มาตรา1516(1) “ สามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันภริยา หรือภริยา มีชู้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้”

<sup>23</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครั้งที่ 793-24/2516 เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม พ.ศ. 2516

ส่วนการยกย่องผู้อื่นฉันภริยาหรือสามีนั้น คือการที่สามีหรือภริยาได้แสดงออกไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าหญิงหรือชายอื่นนั้นเป็นภริยาหรือสามีของตน ซึ่งการยกย่องนี้อาจไม่ถึงขั้นต้องจดทะเบียนสมรส แต่อาจเป็นการพาไปเที่ยวกับเพื่อน ๆ ของตน การแนะนำให้กับผู้บังคับบัญชาว่าหญิงนั้นเป็นภริยาของตน การยินยอมให้บุตรใช้นามสกุลของตน หรือการพาไปไหว้บิดา มารดาของตน รวมถึงการพามาอยู่ในบ้านและอยู่กินกันฉันสามีภริยา เป็นต้น โดยเหตุหย่ากรณีสามีหรือภริยา ยกย่องผู้อื่นฉันภริยาหรือสามีนั้นสามารถแยกพิจารณาต่างหากจากเหตุหย่ากรณีอุปการะเลี้ยงดูได้ กล่าวคือ แม้สามีหรือภริยาจะไม่ได้เลี้ยงดูหญิงหรือชายอื่นเลยก็ตาม แต่หากมีพฤติกรรมการยกย่องหญิงหรือชายอื่นนั้นเช่นภริยาหรือสามีของตนแล้ว คู่สมรสอีกฝ่ายก็สามารถฟ้องหย่าได้ เนื่องจากคู่สมรสมีหน้าที่ที่ต้องซื่อสัตย์ต่อกัน จะไปยกย่องหญิงหรือชายอื่นนอกจากคู่สมรสของตนไม่ได้ และหากมีข้อเท็จจริงว่าคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดได้เลี้ยงดูหญิงหรือชายอื่นนั้นด้วยแล้ว ก็อาจถือเป็นข้อเท็จจริงประกอบว่าคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดได้ยกย่องหญิงหรือชายอื่นฉันภริยาหรือสามีด้วย ทั้งนี้ ไม่ต้องคำนึงว่าหญิงหรือชายอื่นที่ได้รับการเลี้ยงดูหรือได้รับการยกย่องนั้น จะมีเจตนาสุจริตหรือไม่เพราะกฎหมายถือเอาพฤติกรรมการยกย่องฝ่ายที่กระทำผิดเป็นหลัก

อย่างไรก็ตาม กรณีมีปัญหาสำคัญที่ต้องวิเคราะห์ คือ คำว่า "ผู้อื่น" ที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติกฎหมายนั้น หมายถึง บุคคลที่มีเพศตรงกันข้ามเสมอไปหรือไม่นั้น เดิมที่ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2550 กำหนดความว่า " สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันภริยาหรือสามี หรือเป็นชู้ หรือมีชู้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ " ต่อมาพลเรือเอกประเสริฐ บุญทรงได้มีการเสนอแปรญัตติเป็น "สามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันภริยา หรือเป็นชู้ ภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันสามี หรือมีชู้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้" เพื่อความชัดเจนแต่ถูกโต้แย้งว่าอาจไม่ครอบคลุมในประเด็นที่สามีไปอุปการะเลี้ยงดูชายอื่นฉันสามี หรือภริยาไปอุปการะเลี้ยงดูหญิงอื่นฉันภริยา<sup>24</sup> อาจคิดได้ว่าวัตถุประสงค์ของการแก้ไขกฎหมายนี้ต้องการให้ครอบคลุมถึงกรณีของกลุ่มบุคคลรักร่วมเพศด้วยหรือไม่ ในกรณีนี้ นักกฎหมายครอบครัวมีความเห็นแตกต่างกัน 2 ฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายแรก<sup>25</sup>

<sup>24</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่...) พ.ศ. ... เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน พ.ศ. 2550

<sup>25</sup> เป็นความเห็นของนักกฎหมายครอบครัวส่วนใหญ่ เช่น ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ศาสตราจารย์ สอาด นาวิเจริญ ศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช อาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ เป็นต้น

เห็นว่าหลักการของกฎหมายครอบครัวนั้นถือคุณสมบัติของคู่สมรสเป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ คู่สามีภริยาตามกฎหมายครอบครัวไทยเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น เช่นเดียวกับการอุปการะเลี้ยงดู หรือยกย่องผู้อื่นชั้นสามีภริยาที่อยู่ภายใต้หลักการของกฎหมายครอบครัว จึงต้องเป็นเรื่องระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศตรงข้ามกันเท่านั้น ส่วนฝ่ายที่สอง<sup>26</sup> เห็นว่ากรณีเหตุหย่าอันเนื่องมาจากการประพฤติดีประเวณีของสามีภริยานั้น อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำละเมิดจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งกับบุคคลภายนอกที่มากกระทำละเมิดเป็นสำคัญ โดยให้สิทธิแก่คู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำละเมิดสามารถฟ้องหย่าและเรียกค่าทดแทนจากคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดและจากบุคคลภายนอกที่มากกระทำละเมิดตนได้ จึงมิใช่เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาตามหลักกฎหมายครอบครัวโดยตรงดังเช่นเรื่องการสมรส ดังนั้น บุคคลภายนอกที่มากกระทำละเมิดจึงอาจเป็นได้ทั้งบุคคลที่มีเพศตรงกันข้ามหรือเพศเดียวกันกับคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด จากการศึกษาผู้เขียนมีความเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายครอบครัวไทยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงซึ่งผูกสัมพันธ์เป็นสามีภริยากัน ซึ่งถือเป็นลักษณะเฉพาะพิเศษกว่ากฎหมายประเภทอื่น เนื่องจากได้มีการกำหนดเพศของคู่สัญญาไว้ด้วย และแม้ว่ากรณีเหตุฟ้องหย่าอันเนื่องมาจากการประพฤติดีประเวณีของสามีภริยา จะเป็นการนำมาซึ่งการสิ้นสุดของการสมรส แต่ก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายครอบครัวที่ยังคงอยู่ภายใต้หลักการเช่นเดียวกันกับการสมรส กล่าวคือ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ดังนั้น เจอนไขของเหตุฟ้องหย่าอันเนื่องมาจากการประพฤติดีประเวณีของสามีภริยา จึงเป็นเรื่องของความสัมพันธ์เชิงคู่สมรสระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศตรงกันข้ามเท่านั้น

(ข) เป็นชู้

การเป็นชู้ (adulterer) หมายถึงเฉพาะกรณีที่สามีสมรสใจร่วมประเวณีกับหญิงอื่นที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วเช่นกัน โดยต้องคำนึงถึงเจตนาของสามี(คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด) เป็นสำคัญ กล่าวคือ สามี (คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด) ต้องรู้ดีว่าหญิงที่สมรสใจร่วมประเวณีกับตนนั้นได้มีสามีแล้ว เนื่องจากการเป็นชู้ นั้นถือว่าการล่วงละเมิดสิทธิในครอบครัวของสามีหญิง

<sup>26</sup> ความเห็นของนักกฎหมายบางท่าน เช่น ท่านเยาวรัตน์ เตมีศรีสุข (ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำสำนักประธานศาลฎีกา) , “ประเด็นชวนคิดตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่: เรื่องค่าทดแทนกรณีการหมั้นและการหย่า” ,วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ 2, 5, น.21, (ม.ย.-ก.ค.2551).

นั้นด้วย ซึ่งหากสามี (คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด) ไม่ทราบว่าเป็นหญิงอื่นนั้นก็มีสามีอยู่แล้วโดยเข้าใจว่าเป็นหญิงโสด ย่อมไม่ถือว่าเป็นชู้

การเป็นชู้ย่อมเป็นเรื่องที่ชายไปร่วมประเวณีกับหญิงที่มีสามีถูกต้องตามกฎหมาย หากว่าสามีของหญิงนั้นเป็นเพียงสามีตามพหุติชนแล้ว ย่อมไม่ถือว่าเป็นการทำชู้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการเนื่องมาจากเป็นการเลือนลอยที่จะทราบได้ว่าชายผู้นั้นเป็นสามีที่แท้จริงของหญิงที่สมภารใจมาร่วมประเวณี และอาจก่อให้เกิดช่องทางการสมรู้ร่วมคิดกันระหว่างหญิงที่สมภารใจมาร่วมประเวณีและชายที่อ้างตนเป็นสามีของหญิงนั้นในการเรียกค่าเสียหายจากสามี (คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด) ได้ และการเป็นชู้แม้จะเป็นการกระทำแค่ครั้งเดียวก็ถือเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ แตกต่างจากการที่สามีไปร่วมประเวณีกับหญิงโสดหรือหญิงหม้ายที่ต้องกระทำเป็นอาชญากรรมจึงจะเป็นเหตุฟ้องหย่า ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคงเพราะการเป็นชู้ถือเป็นการละเมิดสิทธิของชายผู้เป็นสามีของหญิงนั้นด้วย จึงถือเป็นเหตุร้ายแรงอันทำให้เกิดสิทธิที่จะหย่าได้ทันที

เดิมทีการเป็นชู้ถือเป็นเหตุที่ภริยาฟ้องหย่าสามีได้อยู่แล้ว เพราะถือว่าเป็นการประพฤตินอกใจ แต่การที่กฎหมายเพิ่มเติมเข้ามาในเหตุฟ้องหย่าใน (1) นี้ มีจุดประสงค์เพื่อให้ภริยามีสิทธิฟ้องเรียกค่าทดแทนจากสามีและจากภริยาชายอื่นที่มาร่วมทำชู้กันได้ ตามมาตรา 1523<sup>27</sup> ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้หย่าขาดจากกันเพราะเหตุนี้ อย่างไรก็ตามภริยาชายอื่น (ผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่า) นั้น จะต้องรู้ว่าสามี(คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด)มีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วด้วยเพราะต้องคำนึงถึงเจตนาของภริยาชายอื่น(ผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่า)นั้น ในการล่วงละเมิดสิทธิในครอบครัวของภริยาเป็นสำคัญด้วย

### (ค) มีชู้

การมีชู้<sup>28</sup> (adultery) หมายถึง กรณีที่หญิงมีสามีร่วมประเวณีกับชายอื่นที่มีใช้สามีตนโดยสมภารใจ ซึ่งสังคมสยามแต่เดิมได้ตั้งข้อรังเกียจการที่หญิงมีชู้เป็นอย่างมาก จนถึงขนาดที่

<sup>27</sup> มาตรา 1523 วรรคแรก “เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา 1516 (1) ภริยาหรือสามีมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น ”

<sup>28</sup> การมีชู้ถือเป็นความผิดสากลที่มีลักษณะร้ายแรงที่สุดของคู่สมรส ทั้งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (ยกเว้นประเทศอิตาลี) ต่างถือว่าการมีชู้เป็นเหตุหย่าข้อแรกและเป็นเหตุหย่าที่มีลักษณะเด็ดขาด (absolute grounds) อย่างไรก็ตามความผิดฐานมีชู้ในกฎหมายไทยรับรองเพียงสิทธิฝ่ายสามีเท่านั้นในการฟ้องหย่ากรณีภริยา มีชู้

กฎหมายลักษณะฆราวาสให้ฆ่าเมียและชายชู้ได้<sup>29</sup>ตามหลักหวงห้ามทางประเวณีโดยห้ามภริยา  
ร่วมประเวณีกับชายอื่น กระทั่งในปัจจุบัน เหตุหย่าภริยาที่มีชู้ยังคงใช้บังคับเรื่อยมา

แต่หากภริยามีชู้ ฝ่ายภริยาไม่อาจอ้างเป็นเหตุหย่าได้ ทำให้คำว่า “สามีมีชู้” ไม่ปรากฏใน  
เหตุหย่าของกฎหมายครอบครัวไทย ซึ่งต่างจากกฎหมายต่างประเทศที่รับรองสิทธิของคู่สมรส  
อย่างเท่าเทียม หากคู่สมรสไม่ว่าจะเป็นสามีหรือภริยากระทำชู้ คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

<sup>29</sup> กฎหมายลักษณะฆราวาส บพที่ 8 ตรว่า “หญิงนอกใจผัว ผัวจับหญิงนอนหงาย  
ชายนอนคว่ำ ถ้าจะฆ่าชายนั้นเสียใช้ ให้ฆ่าหญิงนั้นเสียด้วย อย่าให้ฆ่าแต่ผู้เดียว ถ้าฆ่าแต่หญิงใช้  
ให้ไหม้ผัวตามบันดาศักดิ์เป็นพิไนยหลวง”

กรณีกฎหมายสั่งให้ฆ่าคนนี้ ถือเป็นเรื่องที่แปลกมาก แสดงให้เห็นว่าสังคมโบราณ  
รังเกียจหญิงมีชู้มาก แม้ในปัจจุบันชายสามีจะฆ่าชายชู้และฆ่าภริยาตามกฎหมายลักษณะฆราวาส  
ไม่ได้แล้ว แต่ก็สามารถอ้างเป็นเหตุป้องกันชื่อเสียงหรือบันดาลโทษเพื่อแก้ตัวในทางอาญาได้  
ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 378/2479 ที่ว่าคืนวันเกิดเหตุจำเลยไปอาบน้ำเพื่อทำงาน ครั้น  
กลับมาไม่พบภรรยาได้ก็เที่ยวตามหาจนไปพบภรรยาตนกำลังนอนร่วมประเวณีกับผู้ตายในมุ้ง จึง  
คว้ามืดที่วางอยู่ปลายตีนมุ้งแล้วโถมเข้าคร่อมผู้ตายทั้งสองจนมุ้งชายคลุมผู้ตายทั้งสองไว้ แล้ว  
จำเลยก็แทงด้วยมีดไม่เลือกจนภรรยาและชายชู้ถึงแก่ความตายทั้งสองคน ศาลฎีกาตัดสินว่าการที่  
ภรรยาออกใจสามีโดยไปกระทำชู้ด้วยผู้อื่น ย่อมแสดงให้เห็นว่าภรรยาได้ร่วมมือกับชายชู้ทำลาย  
เกียรติยศของสามี โดยถือกันว่าเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของชายอย่างร้ายแรงและการทำชู้ของ  
ภรณานั้นจะสำเร็จได้ก็ต้องมีฝ่ายชายชู้มาร่วมมือด้วย ฉะนั้นทั้งชายชู้และภรรยาต่างได้ชื่อว่าการ  
การทำชู้ขึ้น เมื่อจำเลยฆ่าผู้ตามทั้งสองตายในขณะร่วมประเวณีกันอยู่ จึงไม่มีโทษตามมาตรา 50  
เพราะได้ชื่อว่าเป็นการป้องกันเกียรติยศพอสมควรแก่เหตุ หรือกรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 419-  
420/2474 แม้ว่าผู้ตายซึ่งกำลังทำชู้กับนางฉันทรรยาจำเลยนั้น ได้ถูกจำเลยฟันจนตกจากเตียง  
แล้ว แต่จำเลยก็ยังคงฟันซ้ำอีกจนตาย นางฉันทรรยาเข้าแย่งขวานจากจำเลย จำเลยจึงฟันนางฉันทรรยา  
ด้วย ศาลฎีกาเห็นว่าการกระทำของจำเลยนั้นเป็นการซุกมุนพัลวันและติดต่อเนื่องในขณะเดียวกัน  
การที่นางฉันทรรยาจากจำเลยนั้นก็เป็นการยากที่จะหยิ่งใจนางฉันทรรยาได้ว่าแย่งเพื่อห้ามไม่ให้ทำ  
ร้ายผู้ตายหรือแย่งขวานส่งให้ผู้ตายทำร้ายจำเลย หรือนางฉันทรรยาทำร้ายจำเลยเองก็ได้ จำเลยจึง  
จำเป็นต้องป้องกันตัว ฟันตะไป ไม่ว่าจะถูกนางฉันทรรยาหรือนายฮกตรงไหน ดังนี้ นับว่าจำเลยได้ฆ่า  
นายฮกตายเป็นการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียง และที่ทำร้ายนางฉันทรรยาก็เป็นการป้องกันตัวพอสมควร  
แก่เหตุ หรือกรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1650/2479 ผู้ตายไปหาภริยาจำเลยเพื่อทำชู้กัน จำเลย  
พบผู้ตายบนเรือนแต่ไม่ใช่ขณะร่วมประเวณีกัน จำเลยจึงทำร้ายผู้ตายบนเรือน ผู้ตายวิ่งหนีแต่

สำหรับภาระการพิสูจน์ในเรื่องนี้ เดิมที่เกิดความยากลำบากในการพิสูจน์มาก เนื่องจากตามปกติแล้วการกระทำผู้มักกระทำในที่ลับ เพียงแต่พิสูจน์ว่าชายหญิงคบหากันในทางชู้สาว ย่อมไม่เพียงพอที่ศาลจะรับฟังว่าเป็นการกระทำชู้กัน เพราะไม่มีใครเห็นในเวลาที่เขาหญิงร่วมประเวณีกัน<sup>30</sup> โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ชัดเจนโดยปราศจากข้อสงสัย (proof beyond reasonable doubt) ว่าจำเลยมีชู้ เช่น พิสูจน์ว่าบุตรที่เกิดมามีชื่บุตรของตนเพราะมีหมู่เลือดอื่นหรือจำเลยตั้งครรภ์ในขณะที่โจทก์ไปอยู่ ณ ที่อื่น เป็นต้น ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า ในคดีเรื่องชายหาว่าหญิงมีชู้ ถ้าพิจารณาได้ความชัดแจ้งแน่แท้ใจไม่ได้แล้ว ต้องตัดสินยกผลประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่หญิงเช่นเดียวกับเกณฑ์ลงโทษในทางอาญา<sup>31</sup> อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันแนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์นี้ได้เปลี่ยนแปลงไป ไม่ต้องมีการพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยดังเช่นในอดีตแล้ว เพียงแต่มีพยานพฤติเหตุแวดล้อมกรณีที่เชื่อได้ว่าชายและหญิงรักใคร่ชอบพอกันในทางชู้สาวและไปอยู่ด้วยกันสองต่อสองในที่ลับ ย่อมเพียงพอที่ศาลจะรับฟังได้ว่าภริยามีชู้แล้ว แม้ว่าจะไม่มีประจักษ์พยานรู้เห็นในเวลาที่เขาหญิงร่วมประเวณีก็ตาม โดยหลักการที่เปลี่ยนแปลงใหม่ของศาลฎีกานี้เป็นไปในทำนองเดียวกับต่างประเทศ เช่น คดีของศาลสหรัฐอเมริกา ที่ภริยาเดินทางโดยทางเรือจากสหรัฐไปยุโรปโดยไม่ฟังคำทัดทานของสามีหลังจากกลับมามีบ้านแล้ว ภริยามีปฏิริยาเย็นชากับสามีและบอกกับสามีว่าตนรักใคร่ชอบพอกับชายที่พบบนเรือ ชายดังกล่าวเดินทางมาสหรัฐและพักแรมในโรงแรมกับภริยาหลายครั้ง คดีฟังได้ว่าภริยามีชู้<sup>32</sup>

#### (ง) ร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดน

เหตุหย่าในกรณีนี้ไม่ปรากฏในกฎหมายครอบครัวไทยมาก่อน โดยกฎหมายเพิ่มเติมเข้ามาใหม่ในกรณีที่สามีหรือภริยาไปร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดน ให้ถือเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อไม่ให้มีการหลอมน้ำและเกิดความเป็นธรรมจากคำว่า “เป็นชู้” (สามีไปลวงประเวณีกับภริยาของผู้อื่น) และ “มีชู้” (หญิงมีสามีไปร่วมประเวณีกับชายอื่น) ดังนั้น การที่สามี

---

จำเลยยังไล่แทงผู้ตายต่อไปจนถึงตาย ดังนี้ เรียกว่าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันเกียรติยศของจำเลย แต่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุ

<sup>30</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 96-97/2485

<sup>31</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 540/128

ดู ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น.386.

<sup>32</sup> Husband v. Wife, Supreme Court of Delaware, 1968 253 A. 2 d 63.

ไปร่วมประเวณีกับหญิงอื่นที่ยังไม่มีครอบครัวเป็นอาจณ ภริยาก็สามารถฟ้องหย่าสามีได้โดยอาศัยเหตุหย่านี้ และสามารถเรียกค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาฝ่ายที่กระทำผิดและจากผู้อื่นซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่าได้ด้วย<sup>33</sup>

ทั้งนี้ คำว่า “เป็นอาจณ” เป็นเงื่อนไขสำคัญของเหตุฟ้องหย่าในกรณีนี้ เพราะการฟ้องหย่าควรต้องมีเหตุที่มีลักษณะร้ายแรงที่คู่สมรสไม่อาจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้อย่างปกติสุขอีกต่อไป สำหรับประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ คำว่า “ผู้อื่น” ตามเหตุหย่าในกรณีสุดท้ายของอนุมาตรานี้มีความหมายเพียงใด โดยหมายถึงเฉพาะบุคคลที่มีเพศตรงกันข้ามเท่านั้น หรือรวมไปถึงบุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันกับคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดด้วย ซึ่งในประเด็นนี้คงต้องพิจารณาความหมายของคำว่า “ร่วมประเวณี” ว่ามีความหมายอย่างไร กล่าวคือ คำว่าร่วมประเวณีนั้น คือการร่วมเพศกันระหว่างชายกับหญิงตามวิถีธรรมชาติ ไม่ใช่การกระทำชำเราที่อาจกระทำต่อบุคคลเพศเดียวกันได้ ซึ่งหากพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติกฎหมายที่ว่า “..ร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจณ” แล้ว คำว่า “ผู้อื่น” นั้นถูกบังคับโดยคำว่าร่วมประเวณีนั่นเอง ดังนั้น เงื่อนไขของเหตุฟ้องหย่าอันเนื่องมาจากการประพฤติดผิดประเวณีของสามีภริยาโดยเหตุร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจณนี้ จึงเป็นเรื่องของความสัมพันธ์เชิงคู่สวระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศตรงกันข้ามเท่านั้น

การบัญญัติคำว่า “ร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจณ” แยกต่างหากจากคำว่า “เป็นชู้” หรือ “มีชู้” นั้น อาจมีความเห็นที่แตกต่างกันไป ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่ากรที่กฎหมายบัญญัติคำว่า “ร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจณ” แยกต่างหากจากคำว่า “เป็นชู้” หรือ “มีชู้” นั้น ย่อมเป็นเพียงเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อเพิ่มสิทธิให้กับภริยาในการฟ้องหย่าสามีในกรณีที่สามีไปมีความสัมพันธ์ในทางชู้สาวกับหญิงอื่นเป็นประจำ แต่เงื่อนไขในกรณีนี้คงจะไม่นำมาใช้ในกรณีที่ภริยาไปร่วมประเวณีกับชายอื่นซึ่งมิใช่คู่สมรสตน เพราะถือเป็นความผิดฐานมีชู้อันเป็นเหตุฟ้องหย่าอยู่แล้ว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า น่าจะไม่ต้องพิจารณาตามข้อความนี้อีก แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากเรื่องเหล่านี้เป็นเรื่องใหม่ที่เพิ่งจะแก้ไข ปัญหาการตีความจากคำถามหรือข้อสงสัยข้างต้น ยังไม่สามารถฟันธงชี้ขาดให้ชัดเจนได้ คงต้องรอให้มีคดีขึ้นสู่ศาล และศาลมีคำพิพากษาชั้นฎีกาลงมาเป็นบรรทัดฐานเพื่อยึดถือเป็นแนวทางต่อไป

เนื่องจากเหตุฟ้องหย่าตาม มาตรา 1516 (1) ที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่มีความคล้ายคลึงกับของเดิมอยู่บางประการ แนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาจึงสามารถนำมาปรับใช้ได้เท่าที่ไม่

<sup>33</sup> สรุปจากรายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่..) พ.ศ. .. เมื่อวันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ. 2550

ขัดต่อกฎหมายใหม่ กรณีสามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูผู้อื่นนั้น ต้องเป็นการให้ความช่วยเหลือในสิ่งที่จำเป็นแก่การดำรงชีพ และจะต้องเป็นการอุปการะเลี้ยงดูในฐานะภริยาหรือสามี และแม้หญิงอื่นนั้นจะมีความสัมพันธ์ทางชู้สาวมาก่อนที่สามีจะสมรสกับภริยาก็ตาม แต่หากสามียังคงอุปการะเลี้ยงดูหญิงอื่นนั้นโดยเปิดเผยเป็นภริยาภายหลังจากสมรสแล้ว ภริยาก็ยังมีสิทธิฟ้องหย่าได้<sup>34</sup> ส่วนกรณีสามีหรือภริยายกย่องผู้อื่นชั้นภริยาหรือสามี ต้องเป็นการแสดงออกโดยเปิดเผยต่อบุคคลทั่วไปได้ทราบว่าเป็นภริยาหรือสามีของตนด้วย เช่น สามีพาหญิงนั้นไปไหว้บิดามารดาของตนเอง เมื่อถึงวันสำคัญในรอบปี<sup>35</sup> หรือแม้แต่กรณีที่กระทำไปเพราะเชื่อว่าตนนับถือศาสนาอิสลามซึ่งมีสิทธิมีภริยาได้ 4 คนก็ตาม แต่เมื่อมิได้อยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะใช้กฎหมายอิสลามบังคับได้แล้ว ถือว่าสามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นชั้นภริยาอันเป็นเหตุฟ้องหย่าได้<sup>36</sup>

ส่วนกรณีภริยามีชู้ ปัจจุบันแนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาเกี่ยวกับภาวะการพิสดารในคดีการกระทำชู้ได้เปลี่ยนแปลงไป ไม่ต้องพิสดารโดยปราศจากข้อสงสัยอีกต่อไปแล้ว เพียงแต่มีพยานพฤติเหตุแวดล้อมในกรณีที่เชื่อได้ว่าชายหญิงรักใคร่ชอบพอกันในทางชู้สาว และไปอยู่ด้วยกันตามลำพังในที่ลับที่มีโอกาสที่จะร่วมประเวณีกันได้ คดีก็ฟังได้ว่าภริยามีชู้<sup>37</sup>

ส่วนกรณีสามีเป็นชู้ หรือ สามีหรือภริยาร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นประจำนั้น เป็นเหตุฟ้องหย่าที่กฎหมายเพิ่มเติมขึ้นใหม่ ซึ่งไม่เคยปรากฏในกฎหมายไทยมาก่อนจึงยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาวางแนวทางวินิจฉัยไว้ถึงพฤติการณ์ของเหตุดังกล่าว คงต้องอาศัยการตีความกฎหมายและศึกษาเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวถัดไป

สำหรับการประพฤติดิประเวณีของคู่สมรส ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงที่กระทบต่อความเป็นอยู่ของสามีและภริยา เป็นการละเมิดหรือผิดหน้าที่ของสามีภริยาตามกฎหมายที่เข้าลักษณะเงื่อนไขเหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516(1) นอกจากนี้ยังเป็นการกระทำที่ผิดแปลกไปจากปกติของบุคคลทั่วไปในการดำรงชีวิตครอบครัว ผิดศีลธรรมและขัดจารีตประเพณีอีกด้วย หลายประเทศยอมรับให้คู่สมรสฝ่ายที่มีได้เป็นผู้กระทำผิดสามารถอ้างการกระทำชู้ (adultery) เป็นเงื่อนไขในการฟ้องหย่าได้

<sup>34</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2940/2524

<sup>35</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3741/2536

<sup>36</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2308/2527

<sup>37</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1151/2529

เนื่องจากการประพจน์ผิดประเวณีของคู่สมรสนั้น ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดหน้าที่ไว้โดยตรง หากแต่ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 ประกอบกับหลักทางศาสนา แนวปฏิบัติ จารีตประเพณีประกอบกัน

#### 4.2.2 ความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างสามีและภรรยา

ก. บทบัญญัติกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461<sup>38</sup> มาตรา 1461 ได้กำหนดหน้าที่ของสามีภริยาระหว่างกันไว้โดยชัดแจ้ง แบ่งเป็น 3 กรณี กล่าวคือ (1) หน้าที่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา นักกฎหมายครอบครัวหลายท่านได้อธิบายความหมายของหน้าที่ดังกล่าวไว้ ดังนี้<sup>39</sup>

ศาสตราจารย์พิเศษประสพสุข บุญเดช ได้ให้ความหมายไว้ว่าการอยู่กินฉันสามีภริยานั้น ตามปกติประเพณีย่อมเป็นที่รู้จักกันไป กล่าวคือ การอยู่ร่วมบ้านเดียวกัน (to share a common home) การร่วมชีวิตในการครองเรือน (domestic life) และการร่วมประเวณีต่อกันด้วย หากเพียงพูดคุยรับประทานอาหารแต่มิได้ร่วมประเวณีกันก็ไม่ถือว่าเป็นการอยู่กินฉันสามีภริยา แต่ทั้งนี้ การอยู่กินกันยอมแล้วแต่ประเพณีของสามีภริยาจะพึงประพฤติปฏิบัติต่อกันด้วย โดยคำนึงถึงอายุ สุขภาพ ฐานะทางสังคมและสถานะทางการเงินของสามีภริยา

รองศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ได้อธิบายว่าเป็นกรณีที่สามีภริยาจะต้องหลับนอนร่วมประเวณี ตลอดจนประพฤติปฏิบัติต่อกันเหมือนที่สามีภริยาทั่วไปกระทำต่อกัน

รองศาสตราจารย์ ดร.รัชฎา เอกบุตร ได้อธิบายไว้ว่าเป็นกรณีที่ชายหญิงจะไม่อยู่ร่วมกันในลักษณะญาติหรือเพื่อน แต่จะต้องอยู่ด้วยกันฉันสามีภริยา คือต้องมีการหลับนอนร่วมประเวณีกัน

จากคำอธิบายของนักกฎหมายครอบครัวข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหน้าที่ดังกล่าวหมายถึงกรณีที่คู่สมรสได้ประพฤติปฏิบัติต่อกันอย่างสามีภริยา อาศัยอยู่ได้ชายคาเดียวกัน มี

<sup>38</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 บัญญัติว่า

“ สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา

สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน “

<sup>39</sup> อัจฉริยา สัมพัฒน์วรชัย, “ การแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวของสามีภริยาตามกฎหมายครอบครัวไทย : ศึกษากรณีใช้เป็นมาตรการชะลอการหย่าร้าง”, ( วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546 ), น. 20-22.

การร่วมประเวณีกัน ทั้งนี้ คำนึงถึงการประพฤติปฏิบัติตนระหว่างสามีภริยาแต่ละคู่แตกต่างกันไปด้วย

(2) หน้าที่ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน<sup>40</sup> หมายถึง ลักษณะหน้าที่ในการกระทำมากกว่าทางการเงิน กล่าวคือ เป็นหน้าที่ที่ไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินเงินทอง สามีภริยาต้องช่วยกันปฏิบัติหน้าที่ในครอบครัวเพื่อให้ครอบครัวดำรงอยู่ได้ด้วยความสะดวก โดยการช่วยเหลือนั้นจะต้องเป็นไปตามสมควรและเหมาะสม เช่น การจัดการดูแลบ้านเรือนให้เรียบร้อย ดูแลบุตรของตนเอง ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งล้มป่วยหรือทุพพลภาพ สามีหรือภริยาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีหน้าที่ดูแลเอาใจใส่ ตลอดจนรักษาพยาบาลตามความสามารถของตน หน้าที่นี้จึงเป็นหน้าที่คู่สมรสแต่ละฝ่ายเสียสละตนเองและให้กำลังใจอีกฝ่ายหนึ่งในเวลาที่ชีวิตส่วนตัวหรือชีวิตสมรสประสบอุปสรรค

(3) หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน<sup>41</sup> เป็นหน้าที่ในการเกื้อกูลให้ชีวิตสมรสอยู่ด้วยกันโดยปกติสุข เช่น การให้สิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีพซึ่งอาจเป็นเงินทอง เครื่องอุปโภค หรือทรัพย์สินอื่นใดที่เป็นปัจจัยในการดำรงชีพ หน้าที่ดังกล่าวจึงเป็นหน้าที่ในทางทรัพย์สิน การอุปการะเลี้ยงดูเป็นหน้าที่ที่ทั้งสามีและภริยาจะต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกันอย่างเท่าเทียมกัน หากฝ่ายใดมีความสามารถทางการเงินเหนือกว่าจะต้องเป็นฝ่ายให้การอุปการะเลี้ยงดูแก่คู่สมรสของตนที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะหารายได้มาเลี้ยงชีพ

(4) หน้าที่ต้องซื่อสัตย์ต่อคู่สมรส แม้ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดเจน แต่การซื่อสัตย์ต่อคู่สมรสถือว่าเป็นพื้นฐานสำคัญที่ทำให้สามีหรือภริยาทำหน้าที่ของตนได้สมบูรณ์ หากพิจารณาหน้าที่ของสามีภริยาตามมาตรา 1461 วรรคแรก ที่กำหนดให้สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยานั้น ประกอบกับกรณีมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดห้ามชายหรือหญิงสมรสซ้อน<sup>42</sup> ถือเป็นการกำหนดหน้าที่ของคู่สมรสที่ต้องร่วมประเวณีกับคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของตนเท่านั้น หน้าที่ดังกล่าวคือ หน้าที่ต้องซื่อสัตย์ในประเวณีต่อคู่สมรสของตน<sup>43</sup>

<sup>40</sup> เพิ่งอ้าง, น. 22.

<sup>41</sup> เพิ่งอ้าง, น. 22.

<sup>42</sup> มาตรา 1452 “ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้”

<sup>43</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 15, น.200.

## ข. หลักศาสนา

เนื่องจากครอบครัวถือเป็นหน่วยหนึ่งในสังคม ย่อมมีพื้นฐานลักษณะความสัมพันธ์ที่แตกต่างกันไปตามแต่ละสังคม ซึ่งเหตุพื้นฐานของการประพฤติผิดประเวณีนั้นอาจเป็นผลสืบเนื่องมาจากความแตกต่างกันทางสังคม วัฒนธรรมและจารีตประเพณี หรือความเชื่อทางศาสนาที่มีส่วนในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวก็เป็นได้ สำหรับประเทศไทยนั้นให้เสรีภาพในการนับถือศาสนาโดยประชากรส่วนใหญ่ของประเทศนับถือศาสนาพุทธ รองลงมาคือศาสนาอิสลามและคริสต์ตามลำดับ ทำให้กฎหมายครอบครัวไทยได้รับแนวคิดจากหลักคำสอนทางพระพุทธศาสนาดังจะเห็นจากบทบัญญัติกฎหมายที่มีความสอดคล้องกับหลักทางศาสนาพุทธด้วย ดังนั้นผู้เขียนจะศึกษาหลักของศาสนาในส่วนที่เกี่ยวกับครอบครัว ดังนี้

### 1 ศาสนาพุทธ<sup>44</sup>

ตามทฤษฎีของพระพุทธศาสนา ชีวิตครอบครัวจะอยู่ร่วมกันได้อย่างราบรื่นจะต้องมีการจัดระบบแบบแผนในครอบครัว สามีและภริยาจะต้องพยายามปรับตัวเข้าหากันและประพฤติปฏิบัติต่อกันด้วยดี ตามหลักธรรมในการปฏิบัติที่เรียกว่า “หลักของทิศหก” ที่กล่าวถึงบุคคลประเภทต่างๆที่เราต้องเกี่ยวข้องกับสัมพันธทางสังคมดุจทิศที่อยู่รอบตัว กล่าวคือ ทิศที่หนึ่ง บุรุษทิศ ทิศเบื้องหน้าหรือทิศตะวันออก ได้แก่มารดา บิดา เพราะเป็นผู้มีอุปการคุณแก่เรามาก่อน ทิศที่สอง ทักษิณทิศ ทิศเบื้องขวาหรือทิศใต้ ได้แก่ครู อาจารย์ เพราะเป็นทักษิณโยนบุคคลซึ่งควรแก่การบูชา ทิศที่สาม ปัจฉิมทิศ ทิศเบื้องหลังหรือทิศตะวันตก ได้แก่บุตร ภริยา เพราะมีขึ้นในภายหลังและคอยเป็นกำลังสนับสนุนอยู่ข้างหลัง ทิศที่สี่ อุตตรทิศ ทิศเบื้องซ้ายหรือทิศเหนือ ได้แก่มิตรสหาย เพราะเป็นผู้ช่วยให้ข้ามพ้นอุปสรรค ภัยอันตราย และเป็นกำลังสนับสนุนให้บรรลุความสำเร็จ ทิศที่ห้า เภฏฐิมทิศ ทิศเบื้องล่าง ได้แก่คนรับใช้และคนงาน เพราะเป็นผู้ช่วยทำการงานต่างๆ เป็นฐานกำลังให้ และทิศที่หก อุปริมทิศ ทิศเบื้องบน ได้แก่สมณพราหมณ์หรือพระสงฆ์ เพราะเป็นผู้สูงด้วยคุณธรรมและเป็นผู้นำทางจิตใจ

สำหรับทิศที่สาม ปัจฉิมทิศ ทิศเบื้องหลังหรือทิศตะวันตกอันได้แก่ บุตรและภริยานั้น ได้กล่าวถึงหน้าที่ของสามีและภริยาที่พึงปฏิบัติ อนุเคราะห์ สงเคราะห์ต่อกันไว้ ดังนี้

<sup>44</sup> บุญแทน ชันศรี, “ศึกษาเปรียบเทียบหลักคำสอนเกี่ยวกับการครองเรือนในพุทธศาสนาและศาสนาอิสลาม”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2539), น. 56.

หน้าที่ของสามีห้าประการตามหลักทศก ได้แก่<sup>45</sup>

(1) สัมมานนา ยกย่องให้เกียรติสมฐานะที่เป็นภริยา คือการกล่าวยกย่องให้เป็นที่ปรากฏในหมู่ญาติมิตร รับรองว่าเป็นภริยาตนโดยเปิดเผย ไม่ปิดบังอำพรางด้วยกลัวว่าใครจะติฉินนินทา

(2) อวิมานนา ไม่ดูหมิ่นภริยา คือไม่แสดงอาการกริยาเป็นเชิงหมิ่นประมาท ไม่ใช่จลาจลหาบคายต่อภริยา ให้ความนับถือภริยาว่าเป็นคู่ร่วมทุกข์ร่วมสุข

(3) อนติจริยา ไม่ประพฤติล่วงใจภริยา คือไม่ประพฤตินอกใจภริยา ไม่ทำชู้ด้วยหญิงอื่น มีความยินดีอยู่เฉพาะภริยาของตน โดยหลักปฏิบัติในข้อนี้พระพุทธเจ้าได้ตรัสเน้นไว้มาก ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายสามีหรือภริยาก็ตามเพราะการที่สามีภริยาจะครองรักกันได้อย่างมีความสุขนั้น ทั้งสองฝ่ายจะต้องมีความรัก มีความซื่อสัตย์ต่อกัน ไม่ประพฤติตนนอกใจอีกฝ่ายหนึ่ง มิฉะนั้นจะอยู่ด้วยความกินแหนงแคลงใจไม่มีวันจะปกติสุขไปได้ นำมาซึ่งความยุ่งยากและปัญหาครอบครัวในที่สุด

(4) อีสสริยโวลัคคะ มอบความเป็นใหญ่ในงานบ้าน คือมอบกิจการในบ้านเรือนตลอดจนทรัพย์สินเงินทองให้ภริยามีสิทธิจัดการแทนตนได้

(5) อลังการูปปทานะ หาเครื่องแต่งตัวมาให้เป็นของขวัญตามโอกาส คือหาเสื้อผ้าและเครื่องประดับตกแต่งอื่นๆมาให้ภริยาแต่งตามสมควรแก่กำลังความสามารถของตนที่จะทำได้

หน้าที่ของภริยาห้าประการตามหลักทศก ได้แก่<sup>46</sup>

(1) สุตังวิทิตกัมมานตา จัดงานบ้านให้เรียบร้อย คือไม่บกพร่องในงานบ้านงานเรือน ต้องจัดการให้เป็นที่เรียบร้อย

(2) สุตังคหิตปริชณะ สงเคราะห์ญาติมิตรทั้งสองฝ่ายด้วยดี คือรู้จักต้อนรับปราศรัยญาติมิตรของสามีและของตน รู้จักแบ่งปันลาภและช่วยทำกิจกรรมตามกำลัง

(3) อนติจาริณี ไม่ประพฤติล่วงใจสามี คือไม่ประพฤติตนนอกใจสามี ไม่คบชู้กับชายอื่น มีความยินดีอยู่เฉพาะคู่ของตน

(4) สัมภตานุรักขนา รักษาทรัพย์สมบัติที่หามาได้ คือการเก็บรักษาไว้มิให้สูญหายซึ่งทรัพย์สิ่งใดที่สามีหามาได้และมอบให้ตนจัดการ ไม่ใช่จ่ายฟุ่มเฟือย

(5) ทักขานลสา ขยันเอาการเอางาน คือกิจการสิ่งใดที่เป็นหน้าที่ของตนก็จัดทำให้สำเร็จเรียบร้อยด้วยดี

<sup>45</sup> เพิ่งอ้าง, น.56.

<sup>46</sup> เพิ่งอ้าง, น. 57-58.

ดังจะเห็นได้ว่าเหตุหย่าตามกฎหมายครอบครัวในกรณีประพฤติดีประเวณีกับหน้าที่ของสามีและภริยาตามหลักของศาสนาพุทธนั้น มีความสอดคล้องใกล้เคียงกัน กล่าวคือ หน้าที่ของสามีตามหลักทศก “อนติจริยา” การไม่ประพฤตินอกใจภริยา ไม่ทำชู้ด้วยหญิงอื่น มีความยินดีอยู่เฉพาะภริยาของตน และหน้าที่ของภริยาตามหลักทศก “อนติจารินี” การไม่ประพฤติตนนอกใจสามี ไม่คบชู้กับชายอื่น มีความยินดีอยู่เฉพาะสามีของตนนั้น ตรงกับหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัวที่คู่สมรสมีหน้าที่ต้องซื่อสัตย์ต่อกัน หากคู่สมรสบกพร่องต่อหน้าที่ดังกล่าวแล้ว ย่อมนำมาซึ่งเหตุหย่ากรณีประพฤติดีประเวณีได้

## 2. ศาสนาอิสลาม<sup>47</sup>

อิสลามเริ่มต้นตั้งแต่มีมนุษย์คนแรกในโลก คือ อาดัม โดยคำว่า “อิสลาม” เป็นคำภาษาอาหรับซึ่งแปลว่า การยอมจำนน การปฏิบัติตาม และการนอบน้อม ศาสนาอิสลาม จึงมีความหมายว่า เป็นศาสนาแห่งการยอมนอบน้อมจำนนต่อพระเจ้า คือ อัลลอฮ์ โดยเชื่อว่าอัลลอฮ์คือพระเจ้าผู้สร้างโลกและในทุกยุคสมัยอัลลอฮ์จะแต่งตั้งศาสนทูตของพระองค์เพื่อทำหน้าที่สั่งสอนผู้คนให้รู้จักพระเจ้าที่แท้จริง และปฏิบัติตามข้อบัญญัติของพระองค์ตามที่ปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอาน ทั้งนี้ บรรดาศาสนามาก่อนหน้าศาสดามุฮัมมัดนั้นยังมิได้เรียกชื่อเป็นศาสนาอิสลามดังเช่นปัจจุบันนี้ กระทั่งยุคของศาสดามุฮัมมัดที่ท่านได้เผยแพร่ข้อบัญญัติจากอัลลอฮ์ภายใต้ชื่อเรียกว่า อิสลาม หรือศาสนาอิสลามดังเช่นปัจจุบัน ทำให้มีผู้เข้าใจผิดว่าศาสนาอิสลามเป็นศาสนาที่เพิ่งเกิดขึ้นใหม่เมื่อประมาณ 1,400 กว่าปีที่ผ่านมานี้

อิสลาม เป็นคำสอนที่อัลลอฮ์ได้กำหนดให้แก่มวลมนุษยชาติในโลกนี้ ไม่ใช่คำสอนที่ถูกกำหนดขึ้นมาเฉพาะกลุ่มชนชาวอาหรับเท่านั้น เพียงแต่ว่าศาสดามุฮัมมัดเป็นชาวอาหรับ จึงเริ่มเผยแพร่จากบริเวณถิ่นที่อยู่ของท่าน คือ บริเวณคาบสมุทรอาหรับ และขยายออกสู่ดินแดนต่างๆทั่วโลก รวมทั้งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้จากคาบสมุทรอาหรับผ่านเข้าสู่เปอร์เซียและอาศัยพ่อค้าจากคาบสมุทรอาหรับและเปอร์เซียที่นำสินค้าเข้ามาขายยังแหลมมลายู อันได้แก่ อินโดนีเซียและมาเลเซีย รวมถึงตอนใต้ของประเทศไทยด้วย ต่อมาในสมัยรัตนโกสินทร์ อิสลามได้ขยายเข้าสู่ภาคกลางและภูมิภาคอื่นๆในประเทศไทย โดยการอพยพและการย้ายถิ่นฐานของมุสลิมภายในประเทศไทย นอกจากนี้ยังมีมุสลิมชาวต่างชาติที่เข้ามาตั้งถิ่นฐานในประเทศไทยด้วย เช่น ชาวเปอร์เซีย เป็นต้น

<sup>47</sup> “ศาสนาอิสลาม,” <[http://www.dra.go.th/dra\\_new/religion\\_islam.](http://www.dra.go.th/dra_new/religion_islam.)>, 18

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภรรยา ศาสนาอิสลามยอมรับให้สามีมีภรรยาได้ถึงสี่คน ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าจะต้องให้ความเป็นธรรมและยุติธรรมในระหว่างภรรยาของเขาได้ปรากฏตามคัมภีร์อัลกุรอานที่มีข้อความดังต่อไปนี้ “ จงแต่งงานกับสตรีที่ดีที่สุดแก่พวกเจ้าสองคนหรือสามคน หรือสี่คน แต่ถ้าพวกเจ้าเกรงว่าจะให้ความยุติธรรมไม่ได้ก็จงแต่งงานกับหญิงเดียว ” (อัลกุรอานบทที่ 4 โองการที่ 3) โดยหลักการนี้เป็นข้อกำหนดที่จะจำกัดจำนวนภรรยาของผู้ชายไว้ โดยมี "ความยุติธรรม" เป็นเงื่อนไขสำคัญ ขณะเดียวกันก็เพื่อที่จะให้มุสลิมได้นำหลักการอิสลามไปใช้ในการแก้ปัญหาสังคมในบางสถานการณ์ที่จำเป็น เช่น ในกรณีที่ภรรยาป่วยเป็นโรคเรื้อรังไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ภรรยาได้อย่างสมบูรณ์ หรือในกรณีที่ผู้ชายต้องล้มตายไปเป็นจำนวนมากในการทำสงครามจนก่อให้เกิดหญิงหม้ายและเด็กกำพร้า<sup>48</sup> ดังนั้น ภริยาคนแรกในศาสนาอิสลามจึงไม่ถือเป็นเมียหลวง ภริยาคนที่สอง สาม และสี่ในศาสนาอิสลามก็ไม่ถือว่าเป็นเมียน้อยเช่นกัน<sup>49</sup>

ปัจจุบันประเทศไทยในบริเวณสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้ คือจังหวัดยะลา นราธิวาส ปัตตานี และสตูล ได้ใช้กฎหมายอิสลามบังคับเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวและมรดก โดยมีตะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้ใช้ ซึ่งเป็นผลมาจากการมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ. 2489 ด้วยเหตุที่สี่จังหวัดชายแดนภาคใต้คือจังหวัดยะลา นราธิวาส ปัตตานี และสตูล มีประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลามซึ่งมีหลักคำสอนในเรื่องเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกที่แตกต่างไปจากหลักคำสอนทางพระพุทธศาสนา<sup>50</sup> บทบัญญัติกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมีความสอดคล้องกับหลักคำสอนตามพระพุทธศาสนาจึงไม่สามารถอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้ต้องตามประสงค์ จึงได้มีการผ่อนปรนให้ประชาชนที่นับถือศาสนาอิสลามในสี่จังหวัดเหล่านั้นได้ประพฤติปฏิบัติตามลัทธิ

<sup>48</sup> “ทำไม่ในอิสลามผู้ชายได้รับอนุญาตให้มีภรรยามากกว่า 1 คน,”

<http://www.muslimthai.com/main/1428/content.php?category=20&id=335>, 8 October 2009.

<sup>49</sup> หนังสือพิมพ์ไทยแลนด์นิวส์ดาร์ลุสลาม ฉบับทดลองที่ 13, <<http://www.muslim4peace.net/dp/files/2552-09-18.pdf>>, 18 October 2009.

<sup>50</sup> เช่น สามีอาจมีภรรยาได้หลายคน (polygamous marriage) ซึ่งขัดกับกฎหมายครอบครัว บรรพ 5 ที่สามีหรือภริยามีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายได้เพียงคนเดียวเท่านั้น หรือการขาดจากการสมรสอาจทำได้โดยพิธีตอละก์ (talak) คือสามีเปล่งวาจาตอละก์ต่อภริยาโดยตรงหรือโดยปริยายต่อส่วนหนึ่งของร่างกายภริยา 3 ตอละก์ หรือหากสามีร่วมประเวณีกับมารดาภริยาโดยสำคัญผิดว่าเป็นภริยาตนก็ถือว่าเป็นการตัดพะซัค ทำให้สามีขาดจากการสมรสกับภริยา เป็นต้น

ศาสนาของตน เนื่องจากในศาสนาอิสลามนั้น คัมภีร์สำคัญทางศาสนาเปรียบเสมือนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งตามคติอิสลามถือว่ามีผลบังคับสูงกว่ากฎหมายที่ราชาเป็นผู้ตราขึ้นเสียอีก<sup>51</sup> ดังนั้นในปัจจุบันนี้ถ้ากรณีเป็นเรื่องเกี่ยวกับครอบครัวหรือมรดก ระหว่างคนที่นับถือศาสนาอิสลามด้วยกันในพื้นที่จังหวัดดังกล่าว ต้องใช้กฎหมายอิสลามบังคับแทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6

### 3 ศาสนาคริสต์

ศาสนาคริสต์มีพระเยซูเป็นศาสดาแห่งศาสนา โดยมีการยอมรับนับถือหลักธรรมที่ปรากฏในพระคัมภีร์ของชนชาวยิวที่เรียกว่า บัญญัติ 10 ประการ ซึ่งต่อมาได้กลายมาเป็นข้อบังคับและแบบแผนในการดำเนินชีวิตของคนยุโรปในยุคกลาง จนกระทั่งท้ายที่สุดก็กลายมาเป็นกฎหมายศาสนา (Cannon Law)

การสมรสในศาสนาคริสต์ถือเป็นศีลศักดิ์สิทธิ์ประการหนึ่งที่ชาวคริสต์ต้องปฏิบัติตาม และเป็นพิธีกรรมอันศักดิ์สิทธิ์ที่พระเจ้าเป็นผู้เชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงเข้าด้วยกัน โดยได้อธิบายไว้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยานั้น เป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายของพระเจ้า ผู้เป็นเจ้าของ ซึ่งชายและหญิงคู่ดังกล่าวไม่อาจตกลงเลิกกันได้เอง ด้วยเหตุนี้ทำให้การหย่าร้างกลายเป็นเรื่องต้องห้ามของชาวคริสต์ที่ไม่อาจจะล่วงละเมิดได้ หลักศาสนาคริสต์ในเรื่องการหย่าร้างนี้มีอิทธิพลต่อกฎหมายครอบครัวของประเทศในแถบยุโรป เช่น ประเทศอังกฤษในช่วงยุคที่ชาวนอร์แมนปกครองได้นำเอากฎหมายศาสนา (Cannon Law) มาใช้กับเรื่องการสมรสและการหย่า โดยภายใต้บังคับของกฎหมายศาสนานั้น ความผูกพันทางการสมรสถือได้ว่าเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ซึ่งไม่อาจทำให้สิ้นสุดลงได้ กฎหมายอังกฤษจึงไม่ยอมให้มีการหย่าร้างโดยถือว่าการหย่าร้างเป็นการขัดต่อพระประสงค์ของพระเจ้า<sup>52</sup>

<sup>51</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น.6.

<sup>52</sup> เสรี พงศ์พิศ, ศาสนาคริสต์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2511), น.229.

#### 4.2.3 คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการประพุดิติดประเวณีของสามีภรรยา

(1) ต้องมีการสมัครใจร่วมประเวณี คือ เป็นการร่วมประเวณีกันโดยความยินยอมร่วมใจระหว่างเพศตรงกันข้าม มิใช่เกิดจากการข่มขืนกระทำชำเรา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 339/2509 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1505 วรรค 2 บัญญัติถึงกรณีสามีมีสิทธิจะฟ้องเรียกค่าทดแทนจากผู้ล่วงเกินภรรยาไปในทำนองชู้สาวได้อันมิใช่เรื่องภริยามีชู้แต่เป็นเรื่องภริยาถูกล่วงเกินโดยไม่สมัครใจฉะนั้น จึงไม่จำเป็นต้องให้ศาลพิพากษาให้สามีภริยาหย่ากันเสียก่อน

เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยได้ข่มขืนชำเราภริยาโจทก์โดยภริยาโจทก์ไม่สมัครใจ จึงเป็นการล่วงเกินในทางชู้สาวมิใช่กรณีภริยาทำชู้

(2) ต้องเป็นเพศตรงข้าม คือ ถ้อยคำตามเพศที่มีมาโดยกำเนิดเป็นสำคัญ แม้จะมีการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศแล้วก็ตาม แต่ไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิที่จะขอเปลี่ยนแปลงเพศโดยกำเนิดได้

เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ผู้ร้องเป็นชายโดยกำเนิด แม้จะได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นหญิงแล้วก็ตาม แต่ก็ไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องที่จะขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งมิใช่กรณีที่ผู้ร้องจะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมาย ฉะนั้นผู้ร้องจะขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ร้องเปลี่ยนเพศมาเป็นหญิงไม่ได้

(3) อุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องฉันสามีหรือภริยา คือ การให้ความช่วยเหลือแก่หญิงหรือชายอื่นที่มิใช่คู่สมรสของตนฉันภริยาหรือสามีในสิ่งที่จำเป็นแก่การดำรงชีพ หรือการแสดงออกไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้บุคคลทั่วไปรู้ว่าบุคคลผู้นั้นเป็นภริยาหรือสามีของตน เช่น การยินยอมให้บุตรใช้ชื่อสกุลของตน การพามาอยู่ในบ้านและอยู่กินกันฉันสามีภริยา เป็นต้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2308/2527 ก่อนจำเลยที่ 1 จดทะเบียนสมรสกับโจทก์จำเลยที่ 1 ได้เสียกับนางต.มีบุตรด้วยกันหนึ่งคนหลังจากจดทะเบียนสมรสกับโจทก์ 2 วัน จำเลยที่ 1 กลับไปจดทะเบียนสมรสกับนางต.ซ้อนขึ้นอีก โดยอ้างว่าเพื่อให้เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของจำเลยที่ 1 นอกจากนี้นางต.ยังไปๆมาๆที่บ้านจำเลยและจำเลยที่ 1 ยังส่งเสียให้เงินไปใช้จ่าย ดังนี้ ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 อุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันสามีภริยา ซึ่งเป็นเหตุให้โจทก์ฟ้องหย่าได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516(1)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 764/2534 จำเลยมีบุตรด้วยกันกับนางรำพึง 2 คน โดยเฉพาะบุตรคนที่สองคลอดก่อนโจทก์สมรสกับจำเลยเพียงเดือนเศษและปรากฏตามทะเบียนบ้านหมายเลข ๑.5 ด้วยว่าจำเลยในฐานะเจ้าของบ้านได้แจ้งชื่อบุตรคนที่สองเข้าไปอยู่ในทะเบียนบ้านที่ซอยรางน้ำซึ่งเป็นร้านขายยาระบุว่า จำเลยเป็นบิดาและนางรำพึงเป็นมารดา หลังจากสมรสกับจำเลยแล้ว จำเลยมีพฤติการณ์กลับบ้านดึกเป็นประจำเมื่อโจทก์ทวงถาม จำเลยไม่ยอมรับ จึงได้จ้างนายอาคมให้ช่วยสืบพฤติการณ์ของจำเลยจนพบว่าจำเลยยังคงติดต่อและมีความสัมพันธ์ฉันสามีภริยากับนางรำพึงที่บ้านเลขที่ 66/1 ถนนรองเมือง ซอย 3 ครั้นโจทก์ไปสอบถามเพื่อนบ้านของนางรำพึงก็ได้ความตรงกันว่านางรำพึงเป็นภริยาจำเลย ตามพฤติการณ์และพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบมีเหตุผลเชื่อถือว่า ภายหลังจากจำเลยสมรสกับโจทก์แล้วจำเลยยังคงติดต่อไปมาหาหาให้การอุปการะเลี้ยงดูและยกย่องนางรำพึงฉันภริยาด้วยอีกคนหนึ่ง ทั้งนางรำพึงยังโทรศัพท์ไปหาจำเลยเกี่ยวกับเรื่องบุตร และจำเลยเป็นผู้แจ้งชื่อบุตรเข้าไปในทะเบียนบ้าน เมื่อปิดร้านแล้วมักออกไปนอกบ้านตามลำพัง และกลับถึงบ้านในยามวิกาล การกระทำดังกล่าวของจำเลย โจทก์จึงอ้างเหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516(1) ฟ้องหย่าจำเลยได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6558/2542 การที่จำเลยกับป. สามีโจทก์ พักอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกันในห้องที่ย่านชุมชนชุมชน โดยเปิดเผย และมีความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาจนมีบุตรด้วยกัน โดยบุตรก็ใช้นามสกุล ของ ป. ด้วยนั้น เป็นพฤติการณ์ที่แสดงโดยเปิดเผยว่าจำเลยมีความสัมพันธ์กับ ป. ในทำนองชู้สาวแล้วโดยไม่จำเป็นต้องออกงานสังคมร่วมกับ ป. แต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3596/2546 โจทก์จดทะเบียนสมรสกับจำเลยที่ 1 มีบุตรด้วยกัน 2 คน ต่อมาจำเลยที่ 1 ไปจดทะเบียนสมรสกับจำเลยที่ 2 และอยู่กินด้วยกันอย่างเปิดเผย โดยยังมีได้หย่าขาดกับโจทก์ โจทก์จึงมีสิทธิฟ้องหย่าได้ถือเป็นที่จำเลยที่ 1 อุปการะเลี้ยงดูและยกย่องจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นหญิงอื่นฉันภริยาอันเป็นเหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516(1)

เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3731/2533 โจทก์ได้หญิงรับใช้ในบ้านของโจทก์เป็นภริยามาเป็นเวลานาน ถือได้ว่าโจทก์อุปการะเลี้ยงดูและยกย่องหญิงอื่นฉันภริยาอยู่ จึงมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่โจทก์ทำให้จำเลยซึ่งเป็นคู่หมั้นไม่สมควรสมรสกับโจทก์ จำเลยมิใช่เป็นฝ่ายผิด สัญญาหมั้นจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้โดยไม่ต้องคืนของหมั้น

(4) เป็นชู้ คือ กรณีที่สามีสมัครใจร่วมประเวณีกับหญิงอื่นที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงเจตนาของสามีเป็นสำคัญที่ต้องรู้ด้วยว่าหญิงที่สมัครใจร่วมประเวณีกับตนนั้นได้มีสามีแล้ว

ไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกา

(5) มีชู้ คือ กรณีที่หญิงมีสามีสมัครใจร่วมประเวณีกับชายอื่นที่มีคู่สามีตน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 324/2473 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยมีชู้ ขอให้ริบทรัพย์ เพราะโจทก์ไม่ได้ไปมาหาสู่กับจำเลยประมาณปีเศษ บัดนี้จำเลยมีครรภ์ตั้ง ๖ เดือนแล้ว โดยในทางพิจารณาโจทก์นำสืบไม่ได้ว่าจำเลยมีครรภ์กับชู้คนใด ทั้งฟ้องโจทก์ก็ไม่กล่าวอ้างว่าจำเลยท้องกับใคร จำเลยนำสืบได้ว่าก่อนเกิดเหตุ ๖-๗ เดือน โจทก์ไปมาหาสู่จำเลยในเวลาค่าคืน ดังนี้ศาลเดิมเห็นว่าโจทก์จำเลยได้ห่างเหินกันมานานแล้ว เมื่อปรากฏว่าจำเลยมีครรภ์ ต้องถือว่าจำเลยมีชู้ จึงตัดสินให้ริบทรัพย์จำเลย แต่ศาลฎีกาและศาลอุทธรณ์ตัดสินต้องกันกลับศาลเดิมว่า โจทก์นำสืบไม่ได้ว่าจำเลยมีท้องกับชู้ เมื่อจำเลยไม่มีชู้แล้วก็ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยเรื่องริบทรัพย์ ให้ยกฟ้องเสีย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2791/2515 โจทก์ฟ้องว่า นางสดศรีเป็นภริยาของโจทก์ จำเลยได้พานางสดศรีเข้าไปร่วมประเวณีในโรงแรม จำเลยเป็นชู้กับนางสดศรีโดยโจทก์มิได้ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจ โจทก์ยอมมีสิทธิตามวรรคสองของมาตรา 1505 นี้ ซึ่งมีความว่า "สามีจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ล่วงเกินภริยาไปในทำนองชู้สาวก็ได้" บทบัญญัตินี้ไม่จำกัดว่าภริยาจะสมัครใจหรือยินยอมให้ล่วงเกินด้วยหรือไม่ แสดงว่าเรื่องภริยาสมัครใจหรือยินยอมให้ล่วงเกิน ไม่ทำให้สามีหมดสิทธิที่จะฟ้องผู้ล่วงเกินได้ การล่วงเกินในทำนองชู้สาวย่อมมีความหมายรวมถึงการทำชู้ด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2936/2522 ตามคำบรรยายฟ้องของโจทก์นั้นแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งการกระทำของจำเลยเฉพาะการนอนกอดกันกับภริยาโจทก์ ส่วนในตอนต่อไปที่ว่าจำเลยยังลักลอบเล่นชู้กับภริยาโจทก์เรื่อยมา จนในที่สุดได้พาภริยาโจทก์ไปอยู่กับจำเลยนั้น ฟ้องโจทก์ไม่ได้แสดงโดยแจ้งชัดพอที่จะถือเป็นข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา จึงต้องถือว่าโจทก์มุ่งประสงค์จะเรียกค่าทดแทนจากจำเลยสำหรับการที่จำเลยไปนอนกอดกันกับภริยาโจทก์เป็นหลัก แต่ศาลฎีกาเห็นว่า การนอนกอดกันกับภริยาของผู้อื่นเพราะรักใคร่กันในทางชู้สาว หรือกระทำถึงขั้นร่วมประเวณีกับภริยาของผู้อื่น ก็ล้วนแต่ต้องถือว่าได้ล่วงเกินภริยาของเขาไปในทำนองชู้สาวทั้งสิ้น ที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยนั้นจึงเป็นการชอบแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1151/2529<sup>53</sup> โจทก์และจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นสามีภริยากันมี ปัญหาครอบครัวกันมาตลอด จำเลยที่ 1 ผู้เป็นภริยาได้ไปมีความสัมพันธ์ทางชู้สาวกับจำเลยที่ 2 โดยนัดพบปะกันในสถานที่ต่างๆ ในคืนวันเกิดเหตุจำเลยที่ 1 มาค้างคืนบ้านจำเลยที่ 2 โดยลำพัง และไม่มีผู้ใดพักอยู่ที่บ้านหลังนั้นอีกเลย ดังนั้นถือว่าจำเลยที่ 1 เป็นชู้กับจำเลยที่ 2 โจทก์จึงมีสิทธิฟ้องหย่าได้และมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากจำเลยทั้งสองได้ด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 391/2538 การที่จำเลยทั้งสองพากันเข้าไปในโรงแรมมารูด จะให้รับฟังเป็นอย่างอื่นไปไม่ได้นอกจากไปร่วมประเวณีกัน มิฉะนั้นแล้วย่อมไม่มีเหตุที่จำเลยทั้งสองควรพากันเข้าไปในสถานที่เช่นนั้นถึงสองครั้งสองคราว ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยที่ 1 เป็นชู้กับจำเลยที่ 2 โจทก์จึงมีสิทธิฟ้องหย่าจำเลยที่ 1 ได้

(6) ร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดน คือ กรณีสามีสมัครใจร่วมประเวณีกับหญิงอื่นที่ยังไม่มีครอบครัว หรือกรณีภริยาสมัครใจร่วมประเวณีกับชายอื่นเป็นปรกติ เสมอๆ

ไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกา

#### 4.2.4 ข้อยกเว้นเหตุฟ้องหย่ากรณีประพฤติดิดประเวณีของสามีภริยา

กรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นอย่างภริยาหรือสามี เป็นชู้ หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นซึ่งมิใช่คู่สมรสของตนเป็นอาจิดนนั้น คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมมีสิทธิในการฟ้องหย่าได้ อย่างไรก็ตาม สิทธิในการฟ้องหย่าดังกล่าวย่อมระงับไปตาม ข้อยกเว้นสองประการ กล่าวคือ

ประการแรก คู่สมรสฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่าได้ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจกับคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด<sup>54</sup>

<sup>53</sup> จากคำพิพากษาดังกล่าวมีการใช้คำศัพท์ที่สับสน คือ ใช้คำว่า “เป็นชู้” แทนที่คำว่า “มีชู้” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากรณีดังกล่าว คงไม่เกิดขึ้นอีกตามมาตรา 1516 (1) เนื่องจากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขแห่งการฟ้องหย่ากรณีเป็นชู้ และมีชู้แยกออกจากกันชัดเจน

<sup>54</sup> ตามมาตรา 1517 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “เหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 (1) และ (2) ถ้าสามีหรือภริยาแล้วแต่กรณี ได้ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำที่เป็นเหตุหย่านั้น ฝ่ายที่ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจนั้นจะยกเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้”

ข้อยกเว้นเหตุฟ้องหย่ากรณีนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่อง “ความยินยอมของผู้เสียหาย ย่อมไม่ก่อให้เกิดการละเมิด” หรือ (volenti non fit injuria) ซึ่งถือเป็นหลักสากล โดยการยินยอม (consent) หมายถึงการแสดงกริยาอาการให้ปรากฏชัดแจ้งที่จะอนุญาตให้กระทำ<sup>55</sup> ส่วนการรู้เห็นเป็นใจ (connive) หมายถึงการให้บริการและความสะดวกต่างๆ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม<sup>56</sup> กรณีคู่สามีภริยาสองคู่ที่ต่างสมัครใจที่จะสลับคู่ร่วมประเวณีกัน ชายซึ่งไปนอนกับภริยาของผู้อื่นถือว่าเป็นชู้ และหญิงซึ่งไปนอนกับชายอื่นก็ถือว่าเป็นชู้ แต่กรณีดังกล่าวนี้เป็นการยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอ้างเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้ หรือการที่สามียินยอมให้ภริยาไปร่วมประเวณีกับชายอื่น ต่อมาชายชู้ที่นั้นตาย ภริยาจึงไปร่วมประเวณีกับชายอื่นอีก สามีมีสิทธิฟ้องหย่าภริยาได้ ไม่ถือว่าเป็นการยินยอมให้ภริยามีชู้กับชายคนหลังอีก<sup>57</sup> หรือขณะที่สามีสมรสกับหญิงอื่นนั้น ภริยาไม่ทราบเรื่อง การที่ภริยาเห็นภาพถ่ายงานมงคลสมรสระหว่างสามีกับหญิงอื่นในภายหลังแล้วไม่ได้โต้แย้งคัดค้านแต่อย่างใด ยังถือไม่ได้ว่าภริยายินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจอันจะทำให้หมดสิทธิฟ้องหย่า<sup>58</sup> หรือการที่ชายและหญิงจดทะเบียนสมรสเป็นสามีภริยาตามกฎหมายเพื่อประโยชน์บางอย่าง โดยที่มีข้อตกลงว่าจะไม่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยากก็ตาม หากสามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันภริยาอีก ภริยาก็ย่อมมีสิทธิฟ้องหย่าสามีได้ และในข้อเท็จจริงเดียวกันนั้น หากเป็นกรณีที่สามีไปร่วมประเวณีกับหญิงอื่นเป็นอาชญากรรมแล้ว ภริยาก็มีสิทธิฟ้องหย่าได้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี การล่อลวงหนึ่งเฉยโดยไม่แสดงปฏิกริยาอะไร หรือการวางกับดัก (entrapment) เพื่อที่จะจับผิดนั้น ไม่ถือว่าเป็นการยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจแต่อย่างใด เช่น สามีสงสัยว่าภริยามีชู้จึงแกล้งบอกว่าจะไปต่างจังหวัด แต่แอบซ่อนตัวอยู่ในเมือง ตกดึกจึงกลับเข้าบ้านพบว่าภริยานอนอยู่กับชายชู้ จะถือว่าสามีรู้เห็นเป็นใจหรือยินยอมให้ภริยามีชู้ไม่ได้

ประการที่สอง คู่สมรสฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่าได้ให้อภัยกับการกระทำของคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด<sup>59</sup>

<sup>55</sup> ประสพสุข บุญเดช , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 , น. 439.

<sup>56</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>57</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 55/2465

<sup>58</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3596/2546

<sup>59</sup> ตามมาตรา 1518 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สิทธิฟ้องหย่าย่อมหมดไปในเมื่อฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่าได้กระทำการอันแสดงให้เห็นว่าได้ให้อภัยในการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นเหตุให้เกิดสิทธิฟ้องหย่าแล้ว”

การให้อภัย (Condonation) ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2519 เป็นครั้งแรก โดยหมายถึงการให้คู่สมรสฝ่ายที่ทำผิดกลับคืนสู่ฐานะในทางครอบครัวดังเดิม โดยคู่สมรสฝ่ายที่ให้อภัยได้รู้ถึงข้อเท็จจริงทั้งหมดเกี่ยวกับการกระทำผิดและมีเจตนาที่ยกโทษให้ หรืออาจกล่าวได้ว่าคู่สมรสฝ่ายที่ให้อภัยมีเจตนาที่จะไม่ใช้สิทธิของตนในการฟ้องหย่าคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดนั่นเอง<sup>60</sup> เหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้การให้อภัยเป็นเหตุทำให้สิทธิฟ้องหย่าหมดสิ้นไปก็เพราะว่าหากยินยอมให้คู่สมรสฝ่ายที่ให้อภัยแล้วกลับคำตัดสินของตนเองได้แล้วย่อมไม่เป็นธรรมแก่คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดที่พร้อมจะกลับตัว ทั้งนี้เนื่องจากการเป็นสามีภริยากันนั้น ต่างฝ่ายย่อมต้องมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันและกัน เมื่อได้ให้คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดได้กลับคืนสู่ฐานะในทางครอบครัวดังเดิมแล้ว ทำให้ได้รับประโยชน์หรืออาจได้รับประโยชน์จากสิทธิอันเนื่องมาจากการสมรสเหล่านั้นได้ จึงถือได้ว่าไม่เป็นธรรมหากคู่สมรสฝ่ายที่ได้ให้อภัยแล้วนั้นจะมายกเลิกการตัดสินใจในภายหลังได้อีก ทั้งนี้หลักเกณฑ์การให้อภัยของคู่สมรสฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่า นั้น จะประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการ คือ<sup>61</sup>

(1) คู่สมรสฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่าจะต้องแสดงกริยาอาการอย่างชัดเจนพอที่จะทำให้คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดได้กลับคืนสู่ฐานะในทางครอบครัวเช่นดังเดิม (fact of reinstatement) แต่เพียงการยกโทษให้ไม่ว่าจะกล่าวโดยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น น่าจะไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการให้อภัย คู่สมรสฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่าต้องไม่เพียงแต่ตั้งใจจะยกโทษให้เท่านั้น แต่จะต้องแสดงให้เห็นที่ปรากฏอย่างชัดเจนแก่คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดด้วยว่าให้คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่จะมีการกระทำผิดนั้นเกิดขึ้น เช่น ภริยาใช้มีดแทงสามีตั้งแต่ก่อนที่จะมีบุตรด้วยกัน แต่สามีเห็นว่าเป็นภริยาและมีบุตรด้วยจึงไม่ร้องทุกข์กล่าวโทษ แสดงว่าสามีได้ให้อภัยภริยาแล้ว<sup>62</sup> หรือกรณีภริยามีผู้ สามีแสดงกริยาอาการที่บ่งบอกว่ายกโทษให้และกลับร่วมประเวณีกับภริยาดังเดิม อย่างไรก็ตาม การที่ภริยาไปร่วมประเวณีกับชายอื่นแต่ครั้งนั้น ถือว่า

<sup>60</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 764/2534 ก่อนที่โจทก์จดทะเบียนสมรสกับจำเลย โจทก์หาได้มีความสัมพันธ์กับจำเลยในฐานะสามีภริยาตามกฎหมายไม่ โจทก์ยอมไม่มีสิทธิใดๆ ในฐานะภริยาจำเลย แม้โจทก์จะทราบว่าจำเลยมีความสัมพันธ์กับจำเลยกับ ร. และมีบุตรด้วยกัน ก่อนที่โจทก์จะจดทะเบียนสมรสกับจำเลย ก็ไม่อาจถือได้ว่าโจทก์ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำดังกล่าว โจทก์จึงอ้างการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516(1) ได้

<sup>61</sup> ประสพสุข บุญเดช , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 , น. 443.

<sup>62</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3822/2524

เป็นการทำชู้ที่แยกต่างหากจากกัน หากสามีให้อภัยในการทำชู้ครั้งหนึ่งจะถือว่าให้อภัยในการทำชู้ครั้งอื่นๆด้วยไม่ได้

(2) คู่สมรสฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่าจะต้องมีเจตนาที่จะยกโทษ (intention to forgive) ให้กับคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด โดยการที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายกลับมาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาดังเดิม

(3) คู่สมรสฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่าจะต้องได้รับรู้ถึงความผิดที่ได้กระทำลงไปโดยตลอด (knowledge of offence) ด้วย โดยคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดนั้นจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทั้งหมดเพื่อให้คู่สมรสฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่าได้พิจารณาและชั่งน้ำหนักว่าสมควรจะให้อภัยหรือไม่ มิฉะนั้นแล้วไม่อาจถือได้ว่าเป็นการให้อภัย เช่น กรณีสามียังคงอุปการะเลี้ยงดูหญิงอื่นฉันภริยาต่อไปโดยที่ภริยาเข้าใจว่าสามีมิได้ข้องเกี่ยวกับหญิงอื่นแล้วและได้ยกโทษให้ นั้น จะถือว่าภริยาได้ให้อภัยการกระทำชู้ของสามีแล้วไม่ได้<sup>63</sup>

แต่หากว่าการกระทำของสามีหรือภริยาเป็นไปเพื่อมนุษยธรรมตามธรรมชาติและตามที่เห็นสมควรในสถานการณ์เช่นนั้น มิได้มีเจตนาที่จะให้อภัยจะถือว่าให้อภัยแล้วไม่ได้ เช่น สามีกระทำทารุณโหดร้ายต่อภริยาแล้วได้เข้ารับรักษาตัวอยู่ในสถานพักฟื้น ซึ่งต่อมาสถานพักฟื้นอนุญาตให้สามีกลับบ้านอย่างกระชั้นชิด ภริยาจึงได้ยินยอมรับสามีกลับบ้านเพราะขณะนั้นสามียังป่วยเป็นเวลาหนึ่งเดือนโดยระหว่างนั้นมีได้มีการร่วมประเวณีกัน<sup>64</sup>

สำหรับข้อยกเว้นเหตุฟ้องหย่าโดยการให้อภัยนี้ ถือเป็นหลักสากลที่มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมในกรณีที่มีการพิพาทภายในครอบครัว จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วโลกรวมทั้งประเทศไทยด้วย

<sup>63</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3190/2549 การยินยอมและให้อภัยที่จะยกเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้ตาม มาตรา 1517วรรค 1 และมาตรา 1518 หมายถึงคู่สมรสฝ่ายที่ยินยอมและให้อภัยได้ทราบข้อเท็จจริงทั้งหมดเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดสิทธิฟ้องหย่า นั้น แต่แสดงให้เห็นปรากฏอย่างชัดเจนว่าอนุญาตให้กระทำหรือจะไม่ใช้สิทธิฟ้องหย่า ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสาเหตุที่โจทก์ไม่ฟ้องหย่าจำเลยแต่แรกทีทราบเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างจำเลยกับ ส. เนื่องจากโจทก์ไม่ทราบแน่ชัดและไม่คาดคิดว่าจำเลยจะจริงจังกับ ส. เพราะขณะนั้นจำเลยยังมีหญิงอื่นอีกหลายคน กระทั่งเมื่อโจทก์ทราบว่าจำเลยกับ ส. มีบุตรด้วยกันจึงนำมาฟ้องเป็นคดี พฤติการณ์ของโจทก์ถือไม่ได้ว่าโจทก์เคยยินยอมหรือให้อภัยในเรื่องที่จำเลยอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่อง ส. ฉันภริยา โจทก์จึงมีสิทธิฟ้องหย่าด้วยเหตุดังกล่าวได้

<sup>64</sup> Swan v. Swan (1953) 2 All E.R. 854.

#### 4.2.5 ค่าทดแทนอันเนื่องมาจากการประทุติผิดประเวณีของสามีหรือภริยา

สิทธิในการเรียกร้องเอาค่าทดแทนของสามีหรือภริยาผู้เป็นโจทก์ย่อมเกิดขึ้นภายหลังจากศาลมีคำพิพากษาให้คู่สามีภริยาหย่าขาดจากกันได้โดยอาศัยเหตุตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการประทุติผิดประเวณีตามมาตรา 1516 (1) สามีหรือภริยาผู้เป็นโจทก์ย่อมมีสิทธิในการเรียกร้องเอาค่าทดแทนจากคู่สมรสที่เป็นฝ่ายกระทำผิด และจากบุคคลภายนอกผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้นได้ ตามมาตรา 1523 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>65</sup> อย่างไรก็ตาม มาตรา 1523 ให้สิทธิแก่สามีหรือภริยาผู้เป็นโจทก์ในการใช้สิทธิเรียกเอาค่าทดแทนเท่านั้น การฟ้องขอให้ศาลบังคับให้จำเลยระงับความสัมพันธ์ในทางชู้สาวกับสามีของตนย่อมไม่อาจทำได้ ทั้งโดยสภาพคำขอบังคับก็ไม่เปิดช่องให้ทำได้<sup>66</sup>

ในกรณีสามีเป็นฝ่ายประทุติผิดประเวณีโดยการมีภริยาน้อย เป็นชู้ หรือไปร่วมประเวณีกับหญิงอื่นเป็นอาชื่อนั้น ภริยาผู้อยู่มีสิทธิในการเรียกเอาค่าทดแทนจากสามีและจากหญิงอื่นผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่อง หรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้นได้ภายหลังจากศาลได้มีคำพิพากษาให้คู่สามีภริยาหย่าขาดจากกัน โดยภริยาผู้เป็นโจทก์ต้องฟ้องหย่าสามีโดยอาศัยเหตุหย่าอันเนื่องมาจากสามีไปอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นชั้นภริยา หรือเป็นชู้กับภริยาของผู้อื่น หรือไปร่วมประเวณีกับหญิงอื่นเป็นอาชื่อนั้น พร้อมทั้งฟ้องเรียกเอาค่าทดแทนจากสามีและค่าทดแทนจากหญิงอื่นผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้นเป็นจำเลยร่วมกัน ดังนั้น หญิงบริการก็อาจถูกเรียกเอาค่าทดแทนจากภริยาได้ หากศาลได้มีคำพิพากษาให้สามีภริยาหย่าขาดจากกันอันเนื่องมาจากสามีไปร่วมประเวณีกับหญิงบริการคนนั้นๆเป็นอาชื่อนั้น โดยที่หญิงบริการนั้นรู้อยู่แล้วว่าสามีนั้นมีภริยาแล้ว เช่นเดียวกับกรณีที่สามีไปร่วมประเวณีกับหญิงบริการซึ่งไม่เข้า

<sup>65</sup> มาตรา 1523 บัญญัติว่า “ เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา 1516 (1) ภริยาหรือสามีมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น

สามีจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในทำนองชู้สาวก็ได้ และภริยาจะเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาวก็ได้

ถ้าสามีหรือภริยายินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการตามมาตรา 1516 (1) หรือให้ผู้อื่นกระทำการตามวรรคสอง สามีหรือภริยานั้นจะเรียกค่าทดแทนไม่ได้ ”

<sup>66</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4014/2530

หน้าจำนวนสิบคนเป็นอาจิดน ภริยาสามารถฟ้องหย่าสามีและเรียกเอาค่าทดแทนจากสามีและจากหญิงบริการคนที่สิบเอ็ดผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่าได้ แม้ว่าหญิงบริการคนที่สิบเอ็ดนั้นจะร่วมประเวณีกับสามีเป็นครั้งแรกก็ตาม เพราะกฎหมายถือเอาการกระทำ “เป็นอาจิดน” เป็นสำคัญ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าหญิงอื่นผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้นจะต้องเป็นคนเดียวกันหรือไม่ หรือในกรณีสามีไปจดทะเบียนสมรสซ้อนและอยู่กับภรรยาคนเดิมสามีภริยากับภริยาคนที่สอง ภริยาคนแรกสามารถฟ้องหย่าสามีได้โดยถือว่าสามีไปอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันทริยา ทั้งยังมีสิทธิเรียกเอาค่าทดแทนจากสามีและภริยาคนที่สองได้ด้วยตามมาตรา 1523 หรือกรณีชายหญิงสมรสในต่างประเทศโดยทำถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมายในประเทศนั้นๆ แม้ว่าจะไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย แต่ถือได้ว่าเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศนั้นแล้ว ย่อมไม่อาจทำการสมรสกับบุคคลอื่นได้อีก ถ้าหากสามีไปจดทะเบียนสมรสกับภริยาคนที่สอง ภริยาคนแรกมีสิทธิฟ้องหย่าและเรียกเอาค่าทดแทนจากสามีและภริยาคนที่สองได้เช่นกัน<sup>67</sup> อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ภริยาไม่ประสงค์จะหย่าขาดจากสามีแล้ว ก็ไม่อาจฟ้องเรียกเอาค่าทดแทนจากสามีหรือจากหญิงผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้นได้ คงมีสิทธิเพียงเรียกเอาค่าทดแทนจากภริยาน้อยที่แสดงตนโดยเปิดเผยว่ามีความสัมพันธ์ในทางองชู้สาวกับสามี ( openly holds herself out as having affairs with the husband)<sup>68</sup> เนื่องจากมาตรา 1523 วรรคสอง มิได้มีเงื่อนไขว่าภริยาจะต้องฟ้องหย่าสามีก่อนจึงจะฟ้องเรียกเอาค่าทดแทนจากหญิงอื่นนั้นได้<sup>69</sup> แม้สามีภริยาจะไม่ได้อยู่ร่วมกันฉันทริยาและได้มีการฟ้องหย่ากันอยู่ก็ตาม ภริยาก็ยังคงมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกเอาค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยว่ามีความสัมพันธ์กับสามีในทางองชู้สาวได้<sup>70</sup> ส่วนการกำหนดจำนวนค่าทดแทนนั้นต้องพิจารณาจากความเสียหายที่ภริยาพึงได้รับ ประกอบกับพฤติการณ์แห่งคดีและสถานะของคู่สมรสเป็นหลักด้วย<sup>71</sup> ซึ่งศาลอาจสั่งให้ชำระค่าทดแทนเป็นเงินก้อนครั้งเดียว (lump sum) หรือแบ่งชำระเป็นงวด (periodical payment) ก็ได้ ตามมาตรา 1525 วรรคแรก อย่างไรก็ตาม หากผู้ที่จะต้องชำระค่าทดแทนนั้นเป็นคู่สมรสของสามีหรือภริยาผู้เป็นโจทก์ ในการกำหนดจำนวนค่าทดแทนนั้น ศาลจะต้องคำนึงถึงจำนวนทรัพย์สินที่คู่สมรสผู้เป็นโจทก์จะได้รับไปอันเนื่องมาจากการแบ่งสินสมรสเพราะการหย่าด้วย ตาม

<sup>67</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6051/2540

<sup>68</sup> ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 3, น.479.

<sup>69</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2940/2538

<sup>70</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4130/2548

<sup>71</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6558/2542

มาตรา 1525 วรรคสอง แต่สำหรับกรณีที่มีสามีเป็นคู่กับภริยาผู้อื่น หรือร่วมประเวณีกับหญิงอื่น เป็นอาชญากรรมนั้น แม้จะเป็นการละเมิดสิทธิในครอบครัวของภริยากก็ตาม แต่โดยปกติการกระทำดังกล่าวย่อมกระทำในที่ลับ จึงไม่ถือเป็นเหตุที่ภริยาจะฟ้องเรียกเอาค่าทดแทนจากหญิงอื่นนั้น เนื่องจากไม่เข้าเงื่อนไขที่ว่าแสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่ามีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาวนั่นเอง

สำหรับในกรณีที่ภริยาประพฤติดูผิดประเวณี สิทธิของสามีที่จะเรียกเอาค่าทดแทนจากภริยาและชายอื่นผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่าอันเนื่องมาจากภริยาไปอุปการะเลี้ยงดู หรือยกย่องชายอื่นอันสามี หรือมีชู้ หรือไปร่วมประเวณีกับชายอื่นเป็นอาชญากรรมนั้น สามีจะต้องฟ้องภริยาและชายอื่นผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่าเป็นจำเลยร่วมกัน และจะต้องฟ้องเรียกเอาค่าทดแทนมาในคราวเดียวกันกับการฟ้องหย่าด้วย ดังนั้น หากสามีภริยาไปตกลงหย่ากันโดยความยินยอมแล้ว จะมาฟ้องเพื่อเรียกเอาค่าทดแทนอีกไม่ได้<sup>72</sup> อีกทั้งการเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1523 วรรคแรก ต้องเป็นกรณีที่ภริยาสมัครใจกระทำชู้กับชายอื่น ไม่ใช่เป็นกรณีถูกข่มขืนกระทำชำเรา<sup>73</sup> และหากสามีไม่ประสงค์จะหย่าขาดจากภริยาแล้วนั้นก็ไม้อาจจะฟ้องเรียกเอาเฉพาะค่าทดแทนจากภริยาและชายอื่นผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่าอันนั้นตามวรรคหนึ่งได้ อย่างไรก็ตาม สามีอาจฟ้องเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่าอันนั้นได้ในฐานะล่วงเกินภริยาในทำนองชู้สาวตามมาตรา 1523 วรรคสอง<sup>74</sup> ซึ่งสำหรับกรณีการล่วงเกินภริยาในทำนองชู้สาว (wrongfully taken liberties with wife)<sup>75</sup> นั้น หมายถึงการกระทำที่ชายอื่นกระทำต่อภริยาเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายด้วยความมุ่งหมายในทางเพศ และมีความหมายรวมถึงการกระทำชู้ด้วย<sup>76</sup> ดังเช่น การจับเนื้อต้องตัวกันในทำนองชู้สาว แม้ว่ายังไม่ถึงกับมีการร่วมประเวณีกันก็ตาม สามีก็มีสิทธิเรียกเอาค่าทดแทนจากชายอื่นนั้นได้โดยไม่ต้องฟ้องหย่าภริยา<sup>77</sup> การหลับนอนและอยู่กินในบ้านเดียวกัน<sup>78</sup> หรือการร่วมประเวณีจนเป็นเหตุให้ภริยาใจทกถึงแก่ความตาย แม้ว่าภริยาจะยินยอมซึ่งเป็นเรื่องมีชู้ แต่เมื่อภริยาใจทกถึงแก่ความตายย่อมทำให้การสมรสสิ้นสุดลง โจทก์จึงไม่ต้องฟ้องหย่าและไม่อาจใช้สิทธิเรียกเอาค่า

<sup>72</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3120/2530

<sup>73</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 339/2509

<sup>74</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2791/2515

<sup>75</sup> ประสพสุข บุญเดช, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น.476.

<sup>76</sup> ชาติชาย อัครวิบูลย์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 425.

<sup>77</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2936/2522

<sup>78</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8764/2538

ทดแทนตามมาตรา 1523 วรรคหนึ่งได้ แต่เมื่อการล่วงเกินในทำนองชู้สาวตามมาตรา 1523 วรรคสองมีความหมายรวมถึงการทำชู้ด้วยซึ่งสิทธิในการเรียกค่าทดแทนนี้มิได้มีเงื่อนไขว่าสามีจะต้องฟ้องหย่าภริยาเสียก่อน ดังนั้น เมื่อชายอื่นเป็นชู้กับภริยาโจทก์ โจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้องเรียกเอาค่าทดแทนจากชายอื่นนั้นได้<sup>79</sup> เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ แตกต่างกับสิทธิของภริยาในการเรียกเอาค่าทดแทนจากหญิงผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่า ที่มาตรา 1523 วรรคสองบัญญัติเงื่อนไขว่าหญิงผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้นต้องมีการแสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาวด้วย ซึ่งการที่สามีเป็นชู้ หรือไปร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาชื่อนั้น มักจะกระทำโดยลับ จึงไม่ถึงเป็นการแสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่ามีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาว

สำหรับการล่วงเกินภริยาในทำนองชู้สาว ความยินยอมสมัครใจของภริยาย่อมไม่ถือเป็นสาระสำคัญ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวถือเป็นการกระทำละเมิดสิทธิของสามี<sup>80</sup> หากชายอื่นมาช่มชื่นกระทำชำเราภริยาก็ถือว่าเป็นการล่วงเกินในทางชู้สาว ซึ่งสามีมีสิทธิเรียกเอาค่าทดแทนจากชายอื่นนั้นได้ แม้ว่าจะไม่มีคำพิพากษาให้สามีภริยานั้นหย่าขาดจากกันก็ตาม<sup>81</sup> สำหรับการเรียกเอาค่าทดแทนนั้น มีวัตถุประสงค์คือถือเป็นการทดแทนสำหรับสามีที่สูญเสียภริยาไปและทดแทนสำหรับความเสียหายที่กระทบต่อความรู้สึก ชื่อเสียงและเกียรติภูมิของสามี ซึ่งการกำหนดจำนวนค่าทดแทนให้ได้ตามสมควรนั้น ศาลต้องพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งคดี และความสัมพันธ์ของคู่สมรส ประกอบกับฐานานุรูปแห่งผู้ต้องได้รับความเสียหาย<sup>82</sup> เช่นเดียวกับกรณีภริยาฟ้องเรียกค่าทดแทนจากสามีและหญิงอื่นผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่าตนเอง

อนึ่ง ตามบทบัญญัติมาตรา 1523 วรรคท้าย สิทธิในการฟ้องเรียกเอาค่าทดแทนกรณีสามีหรือภริยาประพฤตินิดประเวณีนี้ย่อมไม่อาจมีขึ้น หากสามีหรือภริยายินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจให้คู่สมรสของตนไปอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นจนภริยาหรือสามี เป็นชู้ มีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาชื่อน หรือสามียินยอมให้ชายอื่นล่วงเกินภริยาของตนในทำนองชู้สาว หรือภริยายินยอมให้หญิงอื่นแสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาว แต่ขณะที่สามีจัดพิธีมงคลสมรสกับหญิงอื่นโดยที่ภริยาไม่ทราบเรื่อง แม้ภริยาจะได้เห็นภาพถ่ายพิธีมงคลสมรสในภายหลังโดยมิได้คัดค้าน ก็ไม่พอพียงว่าภริยาเห็นเป็นใจให้สามีกับหญิง

<sup>79</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 320/2530

<sup>80</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1113/2514

<sup>81</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 339/2509

<sup>82</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 320/2530

นั้นอยู่กินเป็นสามีภริยากัน<sup>83</sup> อย่างไรก็ตาม ชายอื่นหรือหญิงอื่นผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น จะต้องทราบด้วยว่าสามีหรือภริยานั้นมีคู่สมรสที่ชอบโดยกฎหมายแล้ว แต่ยังคงจงใจกระทำละเมิดต่อคู่สมรสนั้นอยู่เอง ดังเช่น ปัจจุบัน หญิงที่สมรสแล้วมีสิทธิที่จะเลือกใช้คำนำหน้านามว่า “นางสาว” หรือ “นาง” ก็ได้ การที่หญิงมีสามีเลือกที่จะใช้คำนำหน้านามว่า “นางสาว” และใช้นามสกุลของตนเอง ทำให้ชายอื่นผู้ซึ่งไปร่วมประเวณีด้วยเข้าใจผิดคิดว่ายังเป็นหญิงโสดอยู่ กรณีเช่นนี้ ถือว่าชายอื่นนั้นมิได้จงใจกระทำละเมิดต่อสามีจึงไม่ต้องชดใช้ค่าทดแทนให้แก่สามีของหญิงนั้น เป็นต้น<sup>84</sup>

สำหรับอายุความในการฟ้องเรียกเอาค่าทดแทนนี้ มาตรา 1529<sup>85</sup> บัญญัติไว้ว่ามีกำหนดเวลาหนึ่งปี นับแต่วันที่สามีหรือภริยาผู้เป็นโจทก์ได้รู้ หรือควรได้รู้ถึงพฤติการณ์ที่คู่สมรสของตนไปอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นอันภริยาหรือสามี เป็นชู้ หรือมีชู้ หรือไปร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดน หรือการที่ชายอื่นล่วงเกินภริยาของตนในทำนองชู้สาว หรือการที่หญิงอื่นแสดงตนโดยเปิดเผยว่ามีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาว เว้นแต่จะเป็นการกระทำที่มีลักษณะต่อเนื่องตลอดมาจนถึงวันฟ้อง ที่แม้โจทก์จะทราบถึงความสัมพันธ์ในทำนองชู้สาวระหว่างสามีโจทก์กับจำเลยมานานเกินกว่าหนึ่งปีแล้ว แต่สามีโจทก์และจำเลยยังคงอยู่กินฉันสามีภริยาตลอดมาจนถึงวันฟ้อง แสดงว่าความสัมพันธ์ในทำนองชู้สาวระหว่างสามีโจทก์กับจำเลยยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องตลอดมาจนถึงวันฟ้อง คดีจึงไม่ขาดอายุความ<sup>86</sup>

<sup>83</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3596/2546

<sup>84</sup> ประสพสุข บุญเดช , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 , น. 483.

<sup>85</sup> มาตรา 1529 บัญญัติว่า “ สิทธิฟ้องร้องโดยอาศัยเหตุในมาตรา 1516 (1) (2) (3) หรือ (6) หรือมาตรา 1523 ย่อมระงับไปเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันผู้กล่าวอ้างรู้หรือควรรู้ความจริงซึ่งตนอาจยกขึ้นกล่าวอ้าง

เหตุอันจะยกขึ้นฟ้องหย่าไม่ได้แล้วนั้น อาจนำสืบสนับสนุนคดีฟ้องหย่าซึ่งอาศัยเหตุอย่างอื่น ”

<sup>86</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6851/2537

#### 4.2.6 การประพาศิตประเวณีของสามีภริยาเปรียบเทียบกับเหตุฟ้องหย่ากรณีการประพาศิต

โดยสภาพสังคมไทยที่นิยมระบบ “ผัวเดียว เมียเดียว” หรือ “monogamy” นั้น สามีและภริยาจึงต้องมีหน้าที่ซื่อสัตย์ต่อกันและกัน การประพาศิตประเวณีของสามีหรือภริยาจึงเป็นเรื่องที่สังคมไม่ให้การยอมรับ และหากการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุที่ถึงขนาดให้คู่สมรสอีกฝ่ายต้องได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง หรือได้รับความดูถูกเกลียดชัง หรือได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร เมื่อเอาสภาพ ฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาพิจารณาประกอบแล้ว อาจถือได้ว่าเป็นการประพาศิตชั่วตามมาตรา 1516(2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>87</sup>ได้

สำหรับกรณีนี้ที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประพาศิตประเวณีและมีลักษณะการประพาศิตชั่วด้วย เช่น การที่ภริยาไปมีความสัมพันธ์ทางชู้สาวกับชายอื่น ถือได้ว่าเป็นการประพาศิตชั่วเป็นเหตุให้สามีได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง เป็นเหตุหย่าได้<sup>88</sup> หรือกรณีที่สามีภริยาแยกกันอยู่โดยสามีกับบุตรอยู่ประเทศไทย ส่วนภริยาอยู่ประเทศสหรัฐอเมริกาตามลำพัง แต่เมื่อสามีไปเยี่ยมภริยาตามปกติกลับพบชายอื่นพักอาศัยร่วมห้องกับภริยาถึงสองคราว และเมื่อภริยาเดินทางกลับมาประเทศไทยก็มากับชายอื่นและเช่าอพาร์ทเมนต์อยู่ด้วยกันแทนที่จะไปอยู่บ้านสามี<sup>89</sup> เป็นต้น หรืออาจเป็นการกระทำหลายอย่างประกอบกันอย่างต่อเนื่อง เช่น สามีไปรักหญิงอื่นนอกใจภริยา หาเหตุตำหนิภริยาเรื่อยๆ บางครั้งใช้ทำร้ายภริยาเอาผิดขวาง ผลักไล่ภริยาออกนอกบ้านและห้ามมิให้กลับมาโดยขู่ว่าจะขึ้นรถกลับมาจะทำร้ายและไม่แยแสเอาใจใส่ทำเหมือนไม่ใช่สามี

<sup>87</sup> มาตรา 1516 “ เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้

(2) สามีหรือภริยาประพาศิตชั่ว ไม่ว่าจะความประพาศิตชื่อนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง

(ก) ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง หรือ

(ข) ได้รับความดูถูกเกลียดชังเพราะเหตุที่คงเป็นสามีภริยาของฝ่ายที่ประพาศิตช้อยู่ต่อไป หรือ

(ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพ ฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนี้ประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

<sup>88</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 529/2525

<sup>89</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 195/2543

ภริยากัน<sup>90</sup> หรือแม้กระทั่งความรักระหว่างเพศเดียวกัน ในกรณีที่สามีอุปการะเลี้ยงดู หรือยกย่องชายอื่นฉันภริยาหรือสามี แม้ว่าชายอื่นนั้นจะผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้ว ก็ยังถือว่าเป็นชายอยู่ และเพศของบุคคลไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้<sup>91</sup> เช่นเดียวกับกรณีที่ภริยาอุปการะเลี้ยงดู หรือยกย่องหญิงอื่นฉันสามีหรือภริยา ย่อมอาจถือได้ว่าเป็นการประพฤตชั่วได้เช่นกัน เป็นต้น

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า คู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่าควรเลือกที่จะอาศัยการประพฤตผิดประเวณีของคู่สมรสอีกฝ่ายเป็นเหตุในการฟ้องหย่าเนื่องจากเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้หย่ากัน เพราะเหตุแห่งการกระทำชำแล้ว คู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่ามีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากคู่สมรสฝ่ายที่ถูกฟ้องหย่าและผู้ที่เป็นเหตุแห่งการหย่าได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1523 วรรคแรก<sup>92</sup>

#### 4.2.7 การประพฤตผิดประเวณีของสามีภริยาเปรียบเทียบกับกรกระทำกรเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรง

การประพฤตผิดประเวณีถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำต่อผิดหน้าที่สามีภริยาที่จะต้องซื่อสัตย์ต่อคู่สมรสของตนอันมีลักษณะเป็นการกระทำกรเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรงด้วยเช่นกัน

สำหรับเหตุฟ้องหย่าในมาตรา 1516(6) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>93</sup> นั้น เป็นกรณีการกระทำกรเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรง ซึ่งกฎหมายมิได้ให้คำนิยามไว้แต่ประการใด จึงต้องมีการตีความกฎหมายกันในเวลาปรับใช้

การตีความของนักกฎหมายครอบครัว กล่าวคือ

<sup>90</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2495

<sup>91</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524

<sup>92</sup> มาตรา 1523 วรรคแรก “ เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา 1516(1) ภริยาหรือสามีมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่อง หรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่า นั้น ”

<sup>93</sup> มาตรา 1516(6) “ สามีหรือภริยาไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรหรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ถ้ากระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ ”

ศาสตราจารย์พิเศษประสพสุข บุญเดช เห็นว่า “การกระทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรงนั้น หมายถึงการกระทำที่ขัดขวางต่อการที่ชายและหญิงจะดำเนินชีวิตครอบครัวอย่างปกติสุขและอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายและจิตใจ สุขภาพหรืออนามัยของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง”<sup>94</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ เห็นว่า “เฉพาะคำว่า ทำการเป็นปฏิปักษ์ นั้น มีความหมายกว้าง หากไม่กำหนดขอบเขตไว้บ้างอาจจะมีคู่สมรสอ้างเอาเหตุหย่าข้อนี้ในลักษณะครอบจักรวาล ยิ่งต้องการหาเรื่องหย่าขาดจากอีกฝ่ายด้วยแล้ว การกระทำการเป็นปฏิปักษ์ระหว่างกันนั้นต้องเป็นเรื่องอย่างร้ายแรง คือ กระทำต่อกันในลักษณะที่ปกติสามีภริยาจะไม่ประพฤติปฏิบัติต่อกัน และผลแห่งการประพฤติทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควร”<sup>95</sup>

อาจารย์สหัส สิงหวิริยะ เห็นว่า “การทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรงนั้น ถือว่าไม่สมควรที่จะอยู่ร่วมกันเป็นสามีภริยากัน เช่น เมื่อจดทะเบียนสมรสกันแล้วทางฝ่ายภริยาไม่ยอมให้สามีเข้าไปร่วมเตียงนอนด้วยเลย คือไม่ยอมร่วมประเวณี หรือถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนี้ประกอบ อีกฝ่ายฟ้องหย่าได้ เช่น ภริยาเป็นเจ้าของบ้านอันเป็นสินส่วนตัว ไม่ยอมให้สามีเข้ามาอยู่ในบ้าน โยนเสื้อผ้าอีกฝ่ายหนึ่งออกนอกบ้าน ปิดประตูไม่ยอมให้เข้าบ้าน เป็นต้น”<sup>96</sup>

การตีความตามคำพิพากษา

ศาลฎีกาได้เคยมีคำวินิจฉัยคดีในเรื่องเกี่ยวกับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรงไว้ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5347/2538

“การทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรง หมายความว่า การกระทำที่เป็นอุปสรรคหรือขัดขวางที่สามีหรือภริยาจะดำเนินชีวิตครอบครัวอย่างปกติสุข หรือการกระทำที่เป็นอุปสรรคหรือขัดขวางต่อความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเกี่ยวกับความเป็นอยู่ร่วมกัน อันอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่กายและจิตใจของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ฉะนั้นการที่จำเลยผู้เป็นภริยามีหนังสือร้องเรียนรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของโจทก์ผู้เป็นสามี โดยเล่าประวัติตั้งแต่เริ่มแรกที่โจทก์จำเลยมีความสัมพันธ์กันจนกระทั่งได้จดทะเบียนสมรสกัน ตลอดจนความประพฤติของโจทก์

<sup>94</sup> ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.425-426.

<sup>95</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 15*, น.208.

<sup>96</sup> สหัส สิงหวิริยะ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549), น.67.

กับหญิงอื่นในระหว่างชีวิตสมรส และเกี่ยวกับข้อความตามความจริงจึงเป็นการกล่าวป้องกันส่วน  
ได้เสียของจำเลย มิให้โจทก์แสดงต่อบุคคลภายนอกว่าจำเลยมิใช่ภริยาโจทก์ "ไม่ถือว่าจำเลย  
กระทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรง โจทก์จึงยังไม่มีสิทธิฟ้องหย่าจำเลย"

หากพิจารณาถึงความหมายของการกระทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากัน  
อย่างร้ายแรงจากการตีความของนักกฎหมายครอบครัวและคำพิพากษาศาลฎีกาแล้ว เข้าใจได้ว่า  
การประพฤติผิดประเวณีของสามีหรือภริยาถือเป็นการกระทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามี  
ภริยากันอย่างร้ายแรงด้วย เนื่องจากการประพฤติผิดประเวณีของสามีหรือภริยานั้น ถือเป็นการ  
กระทำผิดต่อหน้าที่สำคัญตามกฎหมายของสามีภริยาที่ต้องมีหน้าที่ต้องซื่อสัตย์ต่อคู่สมรสของตน  
การกระทำซึ่งดังกล่าวจึงถือเป็นกรณีร้ายแรงที่โดยปกติแล้วสามีและภริยาจะไม่ประพฤติปฏิบัติต่อกัน  
เนื่องจากเป็นการกระทำที่ขัดขวางสามีและภริยาในการดำเนินชีวิตครอบครัวอย่างปกติสุข ซึ่ง  
ผลของการกระทำดังกล่าวนั้นอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ อนามัยของร่างกายและจิตใจของคู่  
สมรสอีกฝ่าย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีที่มีข้อเท็จจริงชัดเจนว่าคู่สมรสฝ่ายที่ถูกฟ้องได้  
ประพฤติผิดประเวณีหรือมีการกระทำซึ่งขึ้น คู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่าสามารถเลิกฟ้องโดยอาศัย  
เหตุในเรื่องการประพฤติผิดประเวณีตามมาตรา1516(1)แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้