

บทที่ 5

วิเคราะห์เปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่า กรณีการประพาศติผิดประเวณีของสามีหรือภริยาตาม กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายครอบครัวไทย พร้อมทั้งปัญหาบางประการ

5.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่า กรณีการประพาศติผิดประเวณีของสามีหรือภริยา ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายครอบครัวไทย

กฎหมายเกี่ยวกับการหย่าของประเทศในระบบคอมมอน ลอร์ ระบบซีวิล ลอร์ และกฎหมายครอบครัวไทยนั้น ย่อมมีทั้งแนวความคิดที่คล้ายคลึงกันและแตกต่างกัน สืบเนื่องจากความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ สภาพสังคมและความเชื่อทางศาสนา ส่งผลต่ออิทธิพลทางความคิด โดยผู้เขียนได้ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่า เฉพาะในกรณีการประพาศติผิดประเวณีของสามีหรือภริยา ดังนี้

5.1.1 ทฤษฎีกฎหมาย

การสิ้นสุดการสมรสโดยคำพิพากษาศาลตามกฎหมายครอบครัวไทยนั้น จะต้องอาศัยเหตุหย่าตามที่กฎหมายกำหนดไว้ซึ่งวางอยู่บนหลักความผิด เช่น การประพาศติชั่ว การละทิ้งร้าง เป็นต้น และหลักปราศจากความผิด เช่น กรณีคู่สมรสวิกลจริต เป็นต้น สำหรับการกระทำชู้ชู้ นั้น ถือเป็นเหตุหย่าที่ตั้งอยู่บนหลักความผิด เช่นเดียวกับกฎหมายครอบครัวไทย สำหรับกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายญี่ปุ่น และกฎหมายสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้กำหนดเหตุหย่าที่ตั้งอยู่บนฐานของหลักความผิดและหลักปราศจากความผิด แต่เฉพาะกฎหมายฝรั่งเศสที่เพียงแต่หลักความผิดโดยลำพังไม่เป็นเหตุให้ศาลฟังมาลงโทษทันทีทันใด หากแต่ต้องพิจารณาด้วยการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุให้ชีวิตการสมรสแตกสลายลงจนไม่อาจกลับคืนดีได้ด้วย ศาลจึงจะพิพากษาให้หย่าได้¹ ซึ่งต่างจากกฎหมายไทยที่ตามแนวคำพิพากษาศาลไทยใช้หลักความผิดอย่างเคร่งครัด² หากพิสูจนได้ว่ามีการกระทำชู้ ศาลพิพากษาให้หย่าได้ทันที ดังนั้น ตามกฎหมายฝรั่งเศสการ

¹ Bea Vershragen, *Persons and Family*, (Martinus Nijhoff press, 2004), p.9.

² จิตราวัลย์ แยมกลีบ, “ การทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรง ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2549), น.127.

กระทำผู้จึงไม่อาจถือว่าเป็นเหตุฟ้องหย่าโดยเด็ดขาดอีกต่อไป เนื่องจากศาลจะต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำผู้ดังกล่าวนั้นได้ส่งผลให้การสมรสต้องแตกสลายลงจนมิอาจกลับฟื้นคืนดีได้อีกหรือไม่ โดยอาจนำความประพฤติของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมาพิจารณาเปรียบเทียบกับความร้ายแรงของการกระทำผู้³

ส่วนกฎหมายอังกฤษได้กำหนดเหตุหย่าให้อยู่บนหลักการสมรสที่แตกสลายลงไม่อาจกลับคืนดีได้ (breakdown of marriage) เพียงอย่างเดียว ทั้งนี้ คู่สมรสฝ่ายที่ประสงค์จะหย่าต้องพิสูจน์ให้ได้ข้อเท็จจริงปรากฏต่อศาลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วยซึ่งมีทั้งที่เป็นหลักความผิด เช่น การกระทำผู้ เป็นต้น และหลักปราศจากความผิด เช่น การแยกกันอยู่เกินกว่าห้าปี เป็นต้น เช่นเดียวกับเหตุหย่าของประเทศแคนาดาที่มีเงื่อนไขในการฟ้องหย่าเพียงเหตุเดียวเท่านั้น คือ การสมรสได้แตกสลายลงอย่างสิ้นเชิง (breakdown of marriage) โดยต้องมีการพิสูจน์ถึงเงื่อนไขตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ซึ่งก็มีทั้งหลักความผิดและหลักปราศจากความผิด

สำหรับเหตุฟ้องหย่าในประเทศสหรัฐอเมริกา มีทั้งหลักความผิดและหลักปราศจากความผิด แม้ว่าจะมีการสนับสนุนให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงจากหลักความผิดไปเป็นหลักปราศจากความผิดก็ตาม แต่เหตุฟ้องหย่าในหลายมลรัฐยังคงยึดตามหลักความผิดด้วย เช่น มลรัฐนิวยอร์ก เป็นต้น

ส่วนเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายเยอรมันในปัจจุบันได้วางเงื่อนไขในการฟ้องหย่าว่า จะต้องแยกกันอยู่จนครบระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อันเป็นหลักปราศจากความผิดเพียงอย่างเดียว ซึ่งเหมือนกับกฎหมายสวิสเซอร์แลนด์ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเยอรมันได้นำเอาหลักความผิดมาเป็นข้อยกเว้นในกรณีเร่งด่วน ซึ่งคู่สมรสฝ่ายที่ประสงค์จะหย่าไม่อาจรอจนครบระยะเวลาตามกฎหมายได้⁴

สำหรับกฎหมายประเทศอิหร่าน เนื่องจากอิทธิพลของศาสนาอิสลามที่ให้ความสำคัญกับเพศชายมากกว่าเพศหญิง แม้ว่ากฎหมายจะให้สามีและภริยามีสิทธิในการฟ้องหย่า แต่ก็รับรองสิทธิระหว่างสามีกับภริยาไม่เท่าเทียมกัน เงื่อนไขในการฟ้องหย่าระหว่างสามี

³ Frederique Ferrand, "Grounds for divorce and maintenance between former spouse", (September, 2002), pp. 18-19.

⁴ 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.

และภริยานั้น กฎหมายบัญญัติไว้ต่างกัน กล่าวคือ สิทธิในการหย่าของสามีนั้นกฎหมายมิได้กำหนดเงื่อนไขในการฟ้องหย่าไว้ ขณะที่สิทธิในการหย่าของภริยาจะมีขึ้นได้ต้องอาศัยเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งประกอบไปด้วยหลักความผิดและหลักปราศจากความผิด เช่น กรณีสามีไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูเป็นระยะเวลาอย่างน้อยหกเดือน กรณีสามีทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ กรณีสามีเป็นโรคติดต่อที่ไม่อาจรักษาหายได้ กรณีสามีไม่สามารถทำให้มีบุตรได้ ภายหลังจากสมรสไปแล้วห้าปี เป็นต้น

5.1.2 เงื่อนไขในการฟ้องหย่ากรณีการประพฤติผิดประเวณีของสามีหรือภริยา

กฎหมายครอบครัวไทยมุ่งให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ฝ่ายที่ประสงค์จะฟ้องหย่าเป็นสำคัญ โดยมีได้คำนึงถึงความสำคัญของชีวิตการสมรสเท่าใดนัก กล่าวคือ กรณีการประพฤติผิดประเวณีของสามีหรือภริยานั้น หากมีลักษณะอุปการะเลี้ยงดูฉันภริยาหรือสามี การเป็นหุ้นหรือมีหุ้น หรือการร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดน คู่สมรสฝ่ายที่มีได้กระทำผิดก็สามารถฟ้องหย่าได้

ขณะที่กฎหมายต่างประเทศให้ความสำคัญในเรื่องของเหตุหย่าควบคู่ไปกับชีวิตการสมรส ดังเช่นในประเทศอังกฤษและแคนาดา ที่กฎหมายวางหลักไว้ว่าการที่ศาลจะอนุญาตให้หย่าได้นั้น ต้องมีเงื่อนไขอยู่สองประการ คือ คู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้กระทำผิด เป็นเหตุให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป กับชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายลงจนไม่สามารถกลับคืนดีกันอีก

ส่วนกฎหมายเยอรมัน ได้นำหลักการสมรสที่แตกสลายลงจนไม่อาจกลับฟื้นคืนดีได้มาเป็นเหตุหย่าโดยมีเงื่อนไขว่าถ้าปล่อยให้ความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาของคู่สมรสดังกล่าวคงอยู่ต่อไปแล้ว จะเป็นการทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสต่อคู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่า ซึ่งความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสดังกล่าวเกิดจากการกระทำของคู่สมรสอีกฝ่าย

กฎหมายแพ่งสวีตได้ยึดหลักการเช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน คือ หลักการสมรสที่แตกสลายลงจนไม่อาจกลับฟื้นคืนดีได้เป็นเหตุหย่า และเหตุฟ้องหย่าดังกล่าวต้องร้ายแรงถึงขนาดโดยไม่ได้เกิดขึ้นจากฝ่ายผู้ที่ฟ้องหย่าด้วย

กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและญี่ปุ่น การกระทำผิดไม่อาจเป็นเหตุหย่าได้โดยลำพัง โดยศาลต้องคำนึงด้วยว่าการกระทำดังกล่าวส่งผลให้การสมรสต้องแตกสลายลงจนมิอาจกลับฟื้นคืนดีได้อีก หรือเป็นเหตุที่สร้างความยุ่งยากต่อชีวิตการสมรส

สำหรับประเทศอิหร่าน ซึ่งใช้กฎหมายอิสลามนั้น สามีอาจมีภริยาชอด้วยกฎหมายได้ถึงสี่คน การที่สามีไปมีภริยาอีกเป็นคนที่สอง สาม หรือสี่ จึงไม่ถือเป็นกรณีกระทำผิดที่ภริยาจะ

ฟ้องหย่าสามีโดยอาศัยเหตุดังกล่าวได้⁵ ทั้งนี้ ภริยาควรมีสติธิในการฟ้องหย่าสามีได้หากสามีนั้นไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูภริยาของตนได้อย่างเท่าเทียมกัน สำหรับกรณีภริยากระทำชู้นั้น ตามกฎหมายอิสลามให้ลงโทษด้วยการฝังภริยาผู้นั้นไว้ถึงไหล่แล้วขว้างด้วยก้อนหินจนกระทั่งเสียชีวิต แต่ทั้งนี้จะต้องมีการพิสูจน์ว่าภริยาได้มีการกระทำชู้จริงโดยมีพยานยืนยันถึง 4 คน และชายที่เป็นชู้จะต้องถูกเปิดเผยตัวต่อที่สาธารณะด้วย ส่วนบทลงโทษสำหรับชายชู้คือการฝังร่างชายชู้ในดินถึงเอวและขว้างด้วยก้อนหินจนเสียชีวิตเช่นเดียวกัน

5.1.3 หน้าที่ของสามีภริยา

ตามกฎหมายครอบครัวไทย กำหนดให้สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตนเอง⁶ ทั้งมีหน้าที่ต้องซื่อสัตย์ต่อคู่สมรสของตน⁷ อันเป็นพื้นฐานสำคัญที่ทำให้สามีหรือภริยาทำหน้าที่ของตนได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้น การประพฤติผิดประเวณีจึงถือเป็นความผิดร้ายแรงต่อหน้าที่ของสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เหตุหย่าตามกฎหมายต่างประเทศส่วนใหญ่ได้มีการกล่าวถึงหน้าที่ของสามีภริยาไว้คงมีเพียงกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ที่วางหลักของเหตุฟ้องหย่าให้มีความสัมพันธ์กับหน้าที่ของสามีภริยา กล่าวคือ สามีภริยามีหน้าที่ต้องซื่อสัตย์ต่อกัน ต้องอุปการะเลี้ยงดู ให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน⁸ มีหน้าที่รับผิดชอบร่วมกันในการจัดหาปัจจัย สิ่งของเครื่องใช้สำหรับครอบครัว และการดำเนินชีวิตของครอบครัวตามกรอบของศีลธรรม ทั้งการให้การศึกษาและ

⁵ ผู้เขียนเห็นว่า แต่หากเป็นกรณีสามีไปมีความสัมพันธ์เชิงชู้สาวกับหญิงอื่นเป็นคนที่ห้าหรือมากกว่านั้น ภริยาอาจฟ้องหย่าสามีโดยอาศัยเหตุกระทำชู้ได้

⁶ มาตรา 1461 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁷ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดเจนถึงหน้าที่ต้องซื่อสัตย์ต่อคู่สมรส (fidelity) แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ตามมาตรา 1461 วรรคแรก ประกอบกับบทบัญญัติกฎหมายที่ห้ามชายหรือหญิงสมรสซ้อน ตามมาตรา 1452 ถือเป็นกรกำหนดหน้าที่ให้คู่สมรสต้องซื่อสัตย์ต่อกัน

⁸ Article 212 Spouses mutually owe each other fidelity, support and assistance.

เตรียมพร้อมอนาคตของบุตรร่วมกัน⁹ ในกรณีไม่มีสัญญาก่อนสมรส คู่สมรสต้องร่วมกันรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในครอบครัวตามสัดส่วนรายได้ของตน¹⁰ และมีหน้าที่อยู่กินฉันสามีภริยาด้วย¹¹ หากสามีหรือภริยากระทำผิดหน้าที่ดังกล่าว อันมีลักษณะร้ายแรงหรือหลายครั้ง กระทั่งส่งผลให้ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีหรือภริยากันต่อไปได้ ย่อมถือเป็นเหตุฟ้องหย่าได้

5.1.4 การฟ้องหย่าโดยคู่สมรสที่เป็นฝ่ายผิด

เนื่องจากเหตุหย่ากรณีประพฤติผิดประเวณีตามกฎหมายไทยตั้งอยู่บนหลักความผิด การหย่าจึงเป็นไปเพื่อลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดเป็นสำคัญ โดยในมาตรา 1516 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า คู่สมรสที่จะกล่าวอ้างเหตุหย่ากรณีดังกล่าวนั้น ต้องเป็นคู่สมรสฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิด

ด้วยแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องเหตุหย่าตามหลักความผิดที่มีมาแต่ในอดีต ประกอบกับ อิทธิพลด้านสังคมและศาสนา แม้ว่าในปัจจุบันหลายประเทศจะได้ออมรับหลักการแตกสลายของชีวิตสมรสอย่างไม่อาจกลับคืนได้ แต่อย่างไรก็ตาม หลายประเทศยังคงถือหลักทั่วไปว่า คู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่าต้องไม่มีส่วนร่วมในการกระทำผิดตามเหตุที่กล่าวอ้างนั้นด้วย (free from guilt) เช่น ประเทศอังกฤษ ที่กำหนดว่าคู่สมรสฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอหย่าต่อศาลจะต้องไม่มี

⁹ Article 213 Spouses are responsible together for the material and moral guidance of the family. They shall provide for the education of the children and shall prepare their future.

¹⁰ Article 214 Where an ante-nuptial agreement does not regulate the contribution of the contribution of the spouses to marriage expenses, they shall contribute to them in proportion to their respective means.

Where one of the spouses does not fulfill his or her obligation he or she may be compelled by the other to do so in the manner provided for the Code of Civil Procedure.

¹¹ Article 215 Spouses mutually oblige themselves to a commodity of living...

ส่วนร่วมในการกระทำผิดนั้น¹² หรือตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถฟ้องหย่าได้ เมื่อมีข้อเท็จจริงที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงหรือหลายครั้งต่อหน้าที่ของการเป็นสามีภรรยา จนส่งผลให้ไม่อาจใช้ชีวิตร่วมกันจนสามีภรรยาต่อไปได้อีก โดยข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ต้องมีสาเหตุมาจากคู่สมรสอีกฝ่ายเป็นผู้ก่อ¹³ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ประเทศญี่ปุ่นได้วางหลักในเรื่องสิทธิของคู่สมรสที่เป็นฝ่ายฟ้องหย่าไว้แตกต่างจากหลักข้างต้นที่กล่าวไปแล้ว โดยมาตรา 770 (5) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้อนุญาตให้คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดสามารถฟ้องหย่าได้ ปรากฏตามคำพิพากษาของศาลสูงสุดของประเทศญี่ปุ่นในปี ค.ศ. 1987 กรณีที่สามีภรรยาคนหนึ่งรับเด็กหญิงมาเป็นบุตรบุญธรรม แต่ต่อมาสามีไปมีความสัมพันธ์กับมารดาโดยกำเนิดของเด็กหญิงคนดังกล่าวและอยู่กินกับมารดาของเด็กหญิงนั้นเลย สามีกับภรรยาได้แยกกันอยู่เป็นเวลาเกินกว่า 30 ปี โดยสามีมีฐานะร่ำรวยแต่ไม่ยอมอุปการะเลี้ยงดูภรรยา ทั้งที่ภรรยาไม่มีทรัพย์สินใดๆ เมื่อสามีเป็นฝ่ายฟ้องหย่า ศาลล่างไม่อนุญาตให้หย่าเนื่องจากสามีเป็นฝ่ายกระทำผิดต้องรับผิดชอบต่อการล่มสลายของการสมรส แต่ศาลสูงสุดอนุญาตให้หย่าขาดจากกันได้ เนื่องจากเห็นว่าสามีและภรรยาได้แยกกันอยู่เป็นระยะเวลาอันยาวนานและไม่มีบุตรผู้เยาว์¹⁴ ต่อมาในปี ค.ศ. 2002 ศาลสูงของโตเกียวได้มีคำพิพากษาในแนวทางเดียวกันกับปีค.ศ. 1987 กรณีสามีภรรยาได้สมรสกันในปีค.ศ. 1974 มีบุตรด้วยกันสองคน จนกระทั่งในปีค.ศ. 1985 สามีได้ระบุว่าภรรยาของตนไปสนิทสนมกับชายอื่น จนไม่อยากจะเห็นหน้าภรรยาของตนอีกต่อไป สามีจึงได้ย้ายออกจากบ้านไปอยู่กับภรียน้อยในปี ค.ศ. 1996 โดย

¹² ในปี ค.ศ.1857 ประเทศอังกฤษประกาศใช้ The Matrimonial Causes Act 1857 ศาลไดวอร์ส (divorce court) เป็นผู้ที่มีอำนาจพิพากษาคดีหย่าแทนที่ศาลศาสนา โดยยึดถือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาให้สามีภรรยาหย่าขาดจากกันได้ คู่สมรสฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอหย่าต้องมีได้เป็นผู้กระทำผิดตามเหตุที่อ้าง และการดำเนินการขอหย่านี้มีได้เกิดมาจากการตกลงสมรู้ร่วมคิดกันระหว่างคู่สมรส เพื่อหาทางหลีกเลี่ยงการบังคับชำระหนี้ในสินสมรสนั้น

ดู มานิตย์ วงศ์เสวี , “สัญญาหย่า: วิเคราะห์ลักษณะและขอบเขต”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น. 11.

¹³ 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.

¹⁴ Hiroshi Oda , Japanese Law ,(Oxford University Press ,1999), pp. 384-385.

แยกกันอยู่กับภริยานับตั้งแต่วันนั้นเป็นต้นมา กระทั่งในปีค.ศ. 2000 สามิได้ยื่นฟ้องหย่าภริยาต่อศาล โดยศาลชั้นต้นฟังว่าสามิคือคู่สมรสฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบต่อการแตกสลายของการสมรส จึงไม่มีสิทธิขอหย่า ยกคำร้อง แต่ศาลสูงพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นโดยให้เหตุผลว่าคู่สมรสได้แยกกันอยู่เกินกว่าหกปีแล้ว โดยไม่มีบุตรผู้เยาว์ที่ยังพึ่งตัวเองไม่ได้และภริยาประกอบอาชีพครู มีรายได้เดือนละ 350,000 เยน ทั้งสามิยื่นข้อเสนอที่จะให้การช่วยเหลือด้านการเงินกับภริยา และให้บ้านที่เคยอยู่อาศัยร่วมกันโดยตกลงจะชำระหนี้จำนองส่วนที่เหลือให้ทั้งหมด ศาลสูงเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่อาจถือว่าสามิใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการสมรสได้แตกสลายลงอย่างไม่อาจฟื้นฟูกลับคืนดีได้อีกแล้ว จึงพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน¹⁵

หากพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลสูงญี่ปุ่น เห็นได้ว่าศาลได้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องการแตกสลายของการสมรสอย่างไม่อาจกลับฟื้นคืนดีได้ ตามมาตรา 770 (5) มาปรับใช้เพื่ออนุญาตให้มีการหย่า โดยศาลญี่ปุ่นถือว่าการแตกสลายของการสมรสย่อมมีน้ำหนักมากกว่าที่จะต้องคำนึงว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิดที่ทำให้การสมรสแตกสลายลง

5.1.5 หลักความยินยอม

ภายใต้แนวคิดของกฎหมายครอบครัวไทยและระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย แม้ว่ากรณีการประพฤติดีประเวณีจะถือเป็นเหตุหย่าตามหลักความผิด แต่ในการพิจารณาของศาลนั้น จะนำหลักความยินยอมมาใช้ควบคู่ด้วยเสมอ กล่าวคือ แม้ว่าศาลจะรับคำฟ้องของโจทก์ไว้พิจารณาแล้ว หากต่อมาโจทก์และจำเลยแถลงต่อศาลว่าต้องการทำสัญญาประนีประนอมขอหย่าขาดจากกัน ศาลก็ต้องมีคำพิพากษาตามยอมให้โจทก์และจำเลยหย่าขาดจากกันโดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่อ้างว่ามีการประพฤติดีประเวณีดังกล่าวอีก

สำหรับประเทศอังกฤษ¹⁶ เมื่อสามิภริยาได้ยื่นคำร้องขอหย่าต่อศาลแล้ว จะเข้าสู่ช่วงระยะเวลาในการไตร่ตรองและการพิจารณาการหย่า (period for reflection and consideration)¹⁷

¹⁵ Ritsumeikan Law Review , (Tokyo High Court ,26 June 2002), Hanrei-Jiho no. 1801 ,p.80.

¹⁶ Michael Freeman , The Family Law Act 1996 , Sweet and Maxwell's Legislation Handbook, (London: Sweet and Maxwell ,1996) , pp.17-20.

¹⁷ ในมาตรา 7 แห่ง The Family Law Act 1996 ได้กำหนดระยะเวลา 9 เดือน นับจาก 14 วัน หลังจากวันที่ศาลได้รับคำร้องขอหย่า ซึ่งช่วงระยะเวลาดังกล่าวประกอบไปด้วย

เพื่อให้สามีภริยาดังกล่าวได้มีโอกาสไตร่ตรองถึงการสมรสที่ผ่านมาและได้เปิดโอกาสให้ไกล่เกลี่ยกลับคืนดีกัน รวมทั้งร่วมกันทำข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดการเรื่องการเงิน บุตร และเรื่องจำเป็นในอนาคต

ส่วนในประเทศเยอรมัน แม้ว่าสามีภริยาต้องการหย่าขาดจากกันอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์อันสามีภริยาจะแตกสลายลงจนไม่อาจกลับคืนดีได้อีก แต่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจที่จะไม่พิพากษาให้สามีภริยาดังกล่าวหย่าขาดจากกันได้ หากศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์¹⁸

ตามกฎหมายแพ่งสวิส กรณีที่สามีภริยายื่นคำร้องขอหย่าร่วมกันต่อศาล แม้จะมีสัญญาหย่าที่ได้มีการตกลงกันเป็นที่เรียบร้อยแล้วก็ตาม แต่สามีภริยายังคงมีหน้าที่พิสูจน์ถึงการสมรสที่แตกสลายลงจนไม่อาจกลับคืนดีได้ด้วย ศาลจึงจะพิจารณาพิพากษาให้หย่าขาดจากกันได้

ช่วงระยะเวลาแรก คือ ช่วงเวลาของการไตร่ตรอง (period for reflection) เป็นช่วงเวลาที่กำหนดขึ้นเพื่อให้สามีภริยาได้ร่วมกันไตร่ตรองถึงการสมรสที่ผ่านมา เปิดโอกาสให้มีการไกล่เกลี่ยกลับคืนดี

ช่วงระยะเวลาที่สองคือช่วงเวลาของการพิจารณา (period for consideration) เป็นช่วงเวลาที่กำหนดขึ้นเพื่อให้คู่สมรสได้ตกลงกันในเรื่องต่างๆที่จะต้องจัดการในอนาคต เช่น เรื่องการเงิน การอุปการเลี้ยงดูบุตร เป็นต้น

Section 7 Period for reflection and consideration

(1) Where a statement has been made, a period for the parties

(a) to reflect on whether the marriage can be saved and to have an opportunity to effect a reconciliation, and

(b) to consider what arrangements should be made for the future,

must pass before an application for a divorce order or for a separation order may be made by reference to that statement.

(2) That period is to be known as the period for reflection and consideration.

(3) The period for reflection and consideration is nine months beginning with the fourteenth day after the day on which the statement is received by the court....

<http://www.familylaw.co.uk>.

¹⁸ Martindale-Hubbell, Martindale-Hubbell International Law Digest, (U.S.A.:2001), p.15.

ส่วนกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หากสามีภริยาตกลงจะหย่าขาดจากกัน ศาลจะทำการซักถามถึงความต้องการหย่าและให้สามีภริยาเสนอคำร้องขอหย่าอีกครั้งต่อศาลเมื่อเวลาผ่านไปสามเดือน พร้อมทั้งแสดงต่อศาลให้เห็นว่าทั้งสามีภริยาดังกล่าวมีเจตนาที่จะหย่าขาดจากกันจริง ศาลจึงจะพิพากษาหย่าให้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าสามีภริยาดังกล่าวสมรสมาแล้วเกินกว่าหกเดือน ดังเช่นกฎหมายเก่า

สำหรับประเทศในภูมิภาคเอเชีย เช่น ประเทศญี่ปุ่น สามีภริยาที่ประสงค์จะหย่าต้องผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ศาลครอบครัวก่อนทุกคดี จะยื่นฟ้องต่อศาลในทันทีไม่ได้ ซึ่งการหย่าโดยวิธีดังกล่าวภาษาญี่ปุ่นเรียกว่า *chotie*¹⁹ อันเป็นวิธีพิจารณาที่มีลักษณะเฉพาะอย่างหนึ่ง

5.1.6 องค์ประกอบของบทบัญญัติและการตีความเหตุฟ้องหย่ากรณีการประทุษร้ายประเวณี

(1) สมัครใจร่วมประเวณี

สืบเนื่องจากเหตุหย่ากรณีการประทุษร้ายประเวณีของสามีหรือภริยาตามกฎหมายไทยเป็นไปตามหลักความผิด ดังนั้นคู่สมรสฝ่ายที่ถูกฟ้องหย่าต้องมีเจตนาที่จะกระทำความผิดด้วย กล่าวคือ ต้องสมัครใจหรือยินยอมร่วมประเวณีกับหญิงหรือชายอื่นที่มีใช้คู่สมรสของตน แต่ถ้าเป็นการกอดจูบลูบคลำถือเป็นเพียงเรื่องการล่วงเกินในทางของคู่สมรสเท่านั้น²⁰

สอดคล้องกับแนวคิดของกฎหมายต่างประเทศที่ถือว่าการกระทำชู้ต้องเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจและต้องถึงขั้นที่มีการร่วมประเวณีกัน ดังเช่น มลรัฐนิวยอร์ก ที่การกระทำชู้ (adultery) ต้องถึงขนาดที่มีการร่วมประเวณีกันโดยสมัครใจของคู่สมรสกับบุคคลอื่น โดยที่คู่สมรสอีกฝ่ายมิได้ยินยอม หากเป็นเพียงการล่วงเกินทางชู้สาวไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำชู้ได้ เป็นต้น

¹⁹ Tadaki Matsukawa , La Famille Et Le Droit Au Japan Collection Etudes Juridiques Comparatives, (Paris: Economica, 1991) , p.65.

²⁰ ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 339/2509 “จำเลยได้ข่มขืนข้าเราภริยาโจทก์โดยภริยาโจทก์ไม่สมัครใจ จึงเป็นการล่วงเกินในทางชู้สาวมิใช่กรณีภริยาทำชู้

อย่างไรก็ดี อาจมีบางมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีแนวคิดในเรื่องดังกล่าวแตกต่างกันไป ดังเช่นในมลรัฐหลุยส์เซียน่าที่ถือว่าเพียงแค่สัมผัสทางกายในเชิงชู้สาวบ่อยครั้ง อาจถือเป็นการกระทำชู้ได้ แม้ว่าจะมิได้มีการร่วมประเวณีกันก็ตาม เป็นต้น

(2) กระทำต่อผู้อื่นซึ่งมิใช่คู่สมรส

เป็นที่เข้าใจตรงกันทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศว่าการกระทำชู้ย่อมหมายถึงการสมครใจร่วมประเวณีกับผู้อื่นที่มีเพศตรงข้ามและมีคู่สมรสของตน หากแต่ว่าในปัจจุบันด้วยสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เกิดพฤติกรรมความรักร่วมเพศ (homosexual) และความต้องการที่จะสมรสกับบุคคลที่มีเพศเดียวกันมากขึ้น ศาลของประเทศแคนาดาจึงได้ตีความกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสที่ได้มีการแก้ไขใหม่²¹ ที่ได้รับรองถึงความสมบูรณ์ของการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันให้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายดังเช่นคู่สมรสระหว่างชายหญิง²² โดยการปรับใช้เหตุหย่ากรณีกระทำชู้ให้ครอบคลุมกรณีความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีเพศเดียวกันด้วย กล่าวคือ ยอมรับถึงการกระทำชู้ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ปราบกฏตามคำพิพากษาของศาลสูงบริติชโคลัมเบีย กรณีภริยาได้ฟ้องหย่าสามีเมื่อเธอพบว่าสามีมีความสัมพันธ์เชิงชู้สาวกับชายอื่น โดยศาลได้นิยามความหมายของการกระทำชู้ว่าให้หมายรวมถึงความสัมพันธ์เชิงชู้สาวระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันด้วย

อนึ่ง กฎหมายครอบครัวไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2533 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2550 กรณีเหตุหย่าอันเนื่องมาจากการประพฤติผิดประเวณีของสามีและภริยา โดยกฎหมายให้สิทธิฟ้องหย่าคู่สมรสฝ่ายที่ไปกระทำชู้กับผู้อื่น ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่ายังคงมีความเห็นต่างของนักกฎหมายครอบครัวในการตีความกฎหมาย ซึ่งจะขอกล่าวต่อไปในหัวข้อ 5.2

²¹ Civil Marriage Act 2005 ;Assented to July 20th, 2005.

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

(3) อุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องฉันสามีหรือภริยา เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีเป็นอาจฉิน

จากที่ผู้เขียนได้ศึกษาพบว่าเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายไทยอันเนื่องมาจากการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันสามีหรือภริยานั้น ไม่อาจพบได้ในประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ คงเพราะบทบัญญัติกฎหมายและบริบททางสังคมของไทยในอดีตที่ให้สิทธิในการฟ้องหย่าของสามีและภริยาไม่เท่าเทียมกัน โดยสามีมีสิทธิที่จะฟ้องหย่าภริยาได้ หากภริยามีชู้ แต่สิทธิของภริยาที่จะฟ้องหย่าสามีในกรณีกระทำชู้ นั้น ต้องถึงขนาดที่สามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันภริยาด้วย เนื่องจากสมัยก่อนสามีเป็นบุคคลที่ทำงานเลี้ยงดูภริยาและบุตร การอุปการะเลี้ยงดูถือเป็นปัจจัยสำคัญในการดำรงชีพและมีความเกี่ยวข้องกับสินสมรสด้วย และการที่สามียกย่องหญิงอื่นฉันภริยาย่อมเป็นการกระทบต่อสิทธิของภริยาโดยตรง แต่ในปัจจุบันสภาพทางสังคมเปลี่ยนแปลงไป ภริยามีบทบาทสำคัญในการหาเลี้ยงบุคคลในครอบครัว กฎหมายจึงได้แก้ไขให้สิทธิของสามีและภริยาเท่าเทียมกันในการกล่าวอ้างเหตุหย่าในกรณีนี้

ส่วนเหตุหย่าอันเนื่องมาจากการเป็นชู้ มีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจฉินล้วนแต่เป็นการกระทำชู้ ที่มีการแบ่งลักษณะของการกระทำว่าหากสามีเป็นชู้กับภริยาผู้อื่น เรียกว่าเป็นชู้ แต่หากภริยาไปมีความสัมพันธ์เชิงชู้สาวกับชายอื่นไม่ว่าชายนั้นจะมีภริยาหรือไม่ก็ตาม เรียกว่า มีชู้ และหากสามีไปร่วมประเวณีกับหญิงอื่นเป็นประจำ ก็อาจถือเป็นเหตุหย่าได้

ขณะที่บทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศให้สิทธิแก่คู่สมรสอย่างเท่าเทียมกันในการฟ้องหย่าอันเนื่องมาจากการกระทำชู้

(4) การกระทำที่เกิดขึ้นเป็นประจำ

ตามกฎหมายครอบครัวไทย เหตุหย่าอันเนื่องมาจากการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันภริยาหรือสามี การเป็นชู้หรือการมีชู้ ไม่จำกัดเวลาว่าจะต้องเป็นเวลานานเท่าใด²³ แต่เหตุหย่าในกรณีร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจฉินนั้น ต้องมีลักษณะการกระทำที่ติดเป็นนิสัย หรือกระทำสม่ำเสมอเป็นประจำ

²³ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), น.382.

สำหรับเหตุหย่ากรณีกระทำชำเราตามกฎหมายประเทศอังกฤษและกฎหมายประเทศแคนาดา มิได้มีการจำกัดในเรื่องระยะเวลาหรือการกระทำบ่อยครั้ง หากแต่ต้องเป็นการกระทำที่ถึงขนาดไม่อาจจะทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป (intolerability)

ส่วนประมวลแพ่งฝรั่งเศส ถือว่าการกระทำชำเราเป็นการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงต่อหน้าที่ของการเป็นสามีภรรยา ศาลจะอนุญาตให้มีการหย่าได้เมื่อมีข้อเท็จจริงที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงหรือหลายครั้งต่อหน้าที่ของการเป็นสามีภรรยา จนส่งผลให้ไม่อาจใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภรรยาต่อไปได้อีก

5.2 ปัญหาบางประการในกรณีการประพาศิตประเวณีของสามีหรือภรรยาตามกฎหมายครอบครัวไทย

เหตุหย่ากรณีการประพาศิตประเวณีของสามีและภรรยาตามกฎหมายไทย ยังคงมีปัญหาทั้งในเชิงทฤษฎีและเชิงปฏิบัติหลายประการ ดังต่อไปนี้

5.2.1 ทฤษฎีกฎหมาย

เหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายไทยกรณีการกระทำชำเราถือตามหลักความผิดที่มุ่งลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดเป็นสำคัญ ขณะที่ในหลายประเทศได้มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อส่งเสริมให้มีการใช้เหตุฟ้องหย่าที่เป็นหลักการสมรสที่แตกสลายลงอย่างสิ้นเชิงแทน และพยายามยกเลิกหลักความผิด ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือว่าเหตุฟ้องหย่าตามหลักความผิดมีความเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยในปัจจุบันหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาสภาพสังคมไทยกับสังคมของต่างประเทศมีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง โดยเฉพาะแนวคิดในเรื่องเกี่ยวกับการหย่าที่ชาวพุทธมีความเชื่อว่าการหย่าคือการที่สามีภรรยาสิ้นบุญที่เคยทำมาร่วมกัน และไม่ถือเป็นบาป ขณะที่ชาวคริสต์เชื่อว่าการหย่าเป็นบาปเนื่องจากเป็นการผิดคำสัตย์ที่เคยให้ไว้ต่อพระเจ้า ด้วยอิทธิพลทางด้านศาสนาส่งผลให้การหย่าตามกฎหมายไทยไม่ยึดตามหลักความผิดอย่างเดียวนั้น แต่ยังมีหลักการหย่าโดยความยินยอม และหลักการหย่าโดยปราศจากความผิด ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะในประเทศที่พลเมืองส่วนใหญ่นับถือศาสนาคริสต์ ที่ไม่มีการหย่าโดยอาศัยหลักความยินยอม ดังนั้น แนวคิดในเรื่องการหย่าตามหลักปราศจากความผิดจึงมีขึ้นเพื่อใช้ผ่อนคลายความเคร่งครัดดังกล่าว

5.2.2 ความหมายของการประพจน์ผิดประเวณีของสามีหรือภรรยา

หากพิจารณาเหตุหย่ากรณีกระทำชำเราตามบทบัญญัติกฎหมายไทย มาตรา 1516 (1) “สามีหรือภรรยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นชั้นภรรยาหรือสามี เป็นผู้หรือมีผู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดน” นั้น จะพบว่ามีปัญหาในการตีความถ้อยคำกฎหมายอยู่หลายประการ กล่าวคือ

ประเด็นแรก คำว่า “ผู้อื่น” ที่ปรากฏในบทบัญญัติกฎหมายจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องเป็นบุคคลเพศตรงกันข้ามกับคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด ซึ่งหากเป็นกรณีที่สามีหรือภรรยาไปอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องบุคคลอื่นที่มีเพศเดียวกันกับตนชั้นสามีหรือภรรยา หรือกรณีที่ไปร่วมประเวณีกับผู้อื่นซึ่งมีเพศเดียวกันเป็นอาจิดนก็ตามจะถือเป็นเหตุหย่าในกรณีกระทำชำเราหรือไม่ คำว่า “ผู้อื่น” ตามบทบัญญัติกฎหมายที่แก้ไขใหม่มีลักษณะที่คลุมเครือ เกิดปัญหาในการตีความซึ่งนักกฎหมายครอบครัวมีความเห็นต่างแบ่งออกเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายแรก เห็นว่า คำว่า “ผู้อื่น” นั้น หมายถึงบุคคลภายนอกที่มีเพศตรงกันข้ามกับคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดเท่านั้น²⁴ ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายครอบครัวไทย เพราะเป็นเรื่องการผิดประเวณี คือการร่วมเพศกันระหว่างชายกับหญิงตามวิธีธรรมชาติ ไม่ใช่การกระทำชำเราที่อาจกระทำต่อบุคคลเพศเดียวกันได้²⁵ ส่วนฝ่ายที่สอง เห็นว่า กฎหมายใหม่แก้ไขจากบัญญัติเดิมที่ว่าสามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นชั้นภรรยาเปลี่ยนเป็นผู้อื่นซึ่งอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้²⁶ ถ้อยคำของกฎหมายสามารถตีความไปในทางที่ครอบคลุมถึงกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน โดยจะเห็นจากคำว่า “ผู้อื่น” แทนคำว่า “หญิงอื่น” นับว่าเป็นการสอดคล้องกับหลักแห่งความเสมอภาคระหว่างหญิงชาย ทั้งยังแสดงให้เห็นถึงการที่สังคมยอมรับกลุ่มคนที่รักเพศเดียวกันด้วย²⁷ หากพิจารณาความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้คำจำกัดความว่าการร่วมประเวณี หมายถึง การเสพสังวาส, เป็นผัวเมียกัน เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา”

²⁴ ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น. 374.

²⁵ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 22, น. 381.

²⁶ วิมลศิริ ชำนาญเวช, “การหมั้นตามกฎหมายครอบครัวที่แก้ไขใหม่ พ.ศ. 2550” , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 37, ฉบับที่ 1, น. 23.

²⁷ อาจารย์ มีสิทธิ์, “เหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516(1) ที่แก้ไขใหม่”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 37, ฉบับที่ 1, น. 31.

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276²⁸ การกระทำดังกล่าวไม่ได้จำกัดว่าผู้กระทำและผู้ถูกระทำจะต้องมีเพศตรงกันข้ามเสมอ ดังนั้น การกระทำชำเราโดยบุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันย่อมเกิดขึ้นได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาหลักการของกฎหมายครอบครัวไทยที่ได้บัญญัติกฎหมายไว้บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงซึ่งผูกสัมพันธ์เป็นสามีภริยากัน จะเห็นได้ว่ากฎหมายครอบครัวมีลักษณะเฉพาะพิเศษกว่ากฎหมายประเภทอื่นที่ได้มีการกำหนดเพศของคู่สัญญาไว้ด้วย ดังนั้น ในการตีความถ้อยคำกฎหมายในเรื่องครอบครัวจึงต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะพิเศษนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม อาจต้องอาศัยความเป็นไปในสังคม ประกอบกับวินิจฉัยบริบทและเจตนารมณ์ของการแก้ไขกฎหมายประกอบกัน

ประเด็นต่อมา พิจารณาถึงความเข้าใจหรือการขัดกันของตัวบท คำว่า “เป็นชู้” “มีชู้” และ “ร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดน” มีลักษณะเช่นไร และมีความแตกต่างกันอย่างไร พิจารณาความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของคำว่า “เป็นชู้” หมายถึงการร่วมประเวณีกับภริยาผู้อื่น ซึ่งย่อมหมายถึงภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย แม้ว่าจะจะเป็นสามีภริยาที่สมรสกันตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย โดยมีได้จดทะเบียนสมรสกันก็ตาม การสมรสดังกล่าวก็ยังคงสมบูรณ์ในปัจจุบันนี้ด้วยโดยที่ไม่ต้องไปจดทะเบียนสมรสกันอีก ซึ่งหากมีชายอื่นมาร่วมประเวณีกับภริยาของตน ถือว่าชายอื่นนั้นเป็นชู้หรือกรณีที่มีสามีภริยาสมรสกันในประเทศ (foreign marriage) นั้น หากว่าการสมรสนั้นได้ทำตามแบบที่กฎหมายแห่งท้องที่ที่ทำการสมรสได้กำหนดไว้แล้ว ย่อมถือได้ว่าคู่สมรสนั้นเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายไทยด้วย ดังนั้น หากมีชายอื่นใดมาร่วมประเวณีกับภริยาของตนแล้ว ถือได้ว่าเป็นชู้ตามกฎหมายครอบครัวไทย เช่นเดียวกับการสมรสตามหลักกฎหมายอิสลามในเขตพื้นที่จังหวัดภาคใต้²⁹ ที่ใช้บังคับระหว่างสามีภริยาที่นับถือศาสนาอิสลามด้วยกัน³⁰ เมื่อเข้าพิธีสมรสตามหลักศาสนาอิสลามแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้จะมีได้มีการจดทะเบียนสมรสก็ตาม ซึ่งในกรณีเหตุเกิดนอกพื้นที่จังหวัดภาคใต้ เช่น สามีเป็นมุสลิมอยู่ที่จังหวัดปัตตานี มีภริยาสองคน หากต่อมาสามีได้ย้ายภูมิลำเนาไปอยู่นอกพื้นที่จังหวัดภาคใต้ โดยไปมีภริยาเพิ่ม หรือไปร่วมประเวณีกับหญิงอื่นซึ่งสมรสแล้ว กรณีนี้ต้องบังคับ

²⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 คำว่า “กระทำชำเรา หมายถึงการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น”

²⁹ กล่าวคือ จังหวัดยะลา นราธิวาส ปัตตานี และสตูล

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1898/2512

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ภริยาฟ้องหย่าสามีโดยอาศัยเหตุอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันทนภริยา หรือเป็นชู้ได้ หรือหากสามีไปร่วมประเวณีกับหญิงอื่นเป็นอาชญา นอกพื้นที่ที่จังหวัดภาคใต้ ภริยาต้องฟ้องหย่าสามีโดยอาศัยเหตุร่วมประเวณีกับหญิงอื่นเป็นอาชญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากที่ผู้เขียนได้กล่าวข้างต้น ลำพังเพียงการที่ชายไปร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งเป็นคนรักของชายอื่นนั้น จึงไม่เรียกว่า “เป็นชู้” ส่วนคำว่า “มีชู้” หมายถึงการร่วมประเวณีกับชายอื่นที่มีใช้สามีของตน โดยไม่ต้องคำนึงว่าชายอื่นนั้นจะมีภริยาแล้วหรือไม่ เช่น หากสามีนัดกลุ่มเพื่อนไปต่างจังหวัดโดยตกลงกันว่าจะพาหญิงอื่นที่ไม่ใช่ภริยาของตนไป แต่ปรากฏว่าทุกคนกลับพาภริยาของตนมาโดยที่เพื่อนในกลุ่มต่างไม่รู้จักรภริยาของเพื่อน และได้มีการสลับคู่ร่วมประเวณีกัน ซึ่งการกระทำดังกล่าวของสามีไม่ถือว่าเป็นชู้ เนื่องจากไม่ทราบว่าหญิงนั้นมีสามีแล้วและไม่ใช้กรณีคู่สามีภริยาต่างฝ่ายต่างสมัครใจสลับคู่นอนกันที่จะถือว่าการกระทำของสามีนั้นเป็นชู้ นอกจากนี้ จากกรณีตัวอย่างยังไม่เข้าใจเงื่อนไขที่ภริยาจะฟ้องหย่าสามีได้ เนื่องจากว่ามีได้ร่วมประเวณีเป็นอาชญา หากแต่การกระทำของภริยานั้น ถือว่ามีชู้อันเป็นเหตุให้สามีฟ้องหย่าได้ เพราะการที่ภริยาไปร่วมประเวณีกับชายอื่นที่มีใช้สามีของตนก็เพียงพอที่จะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานมีชู้แล้ว เนื่องจากตามกฎหมายครอบครัวไทยในอดีตปรากฏคำว่า “มีชู้” ซึ่งถือเป็นเหตุฟ้องหย่าภริยาอันเนื่องมาจากการกระทำนอกใจแต่เพียงฝ่ายเดียว เหตุที่บทบัญญัติของกฎหมายเป็นเช่นนี้ คงเป็นเพราะแนวคิดแบบปิตาธิปไตย คือ ผู้ชายเป็นใหญ่ ทำให้สังคมไทยในอดีตต่างยอมรับกันว่าภรรยาจะไปมีความสัมพันธ์กับผู้หญิงอื่นซึ่งมีใช้ภริยาของตนนั้น ถือเป็นเรื่องธรรมดา แต่ถ้าผู้หญิงไปมีชู้ถือเป็นการผิดร้ายแรงทำไม่ได้ สามีมีสิทธิฟ้องหย่าได้

อนึ่ง สำหรับการสมรสในต่างประเทศ ซึ่งในปัจจุบันมีบางประเทศให้การยอมรับถึงการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการสมรส เช่น ประเทศแคนาดา เป็นต้น กรณีย่อมอาจเกิดขึ้นได้ว่าหากชายกับชายที่สมรสกันตามกฎหมายแคนาดาได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทย แล้วชายซึ่งเป็นภริยาตามกฎหมายแคนาดานั้นมามีความสัมพันธ์เชิงชู้สาวกับชายไทยที่สมรสแล้ว หากภริยาคนไทยประสงค์ที่จะฟ้องหย่าสามีของตน ผู้เขียนเห็นว่ากรณีดังกล่าวนี้ ไม่น่าจะใช้การเป็นชู้กับชายที่เป็นภริยาตามกฎหมายแคนาดา แม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 20 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การสมรสซึ่งได้ทำถูกต้องตามแบบที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการสมรสนั้น ย่อมเป็นอันสมบูรณ์ ” ตามหลักการกระทำที่จะถือว่าเป็นการสมรสหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายแห่งท้องที่ที่ทำการสมรส (lex loci celebrationis) ก็ตาม แต่ทั้งนี้ กฎหมายนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบ

เรียบริ้อยหรือศีลธรรมอันดีของประเทศไทย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ความว่า “ ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม ” ซึ่งกฎหมายครอบครัวไทยวางหลักเกี่ยวกับการสมรสไว้ว่าคู่สมรสต้องเป็นชายกับหญิงเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ภริยาคนไทยอาจฟ้องหย่าสามีโดยอาศัยเหตุที่ว่าเป็นการประพฤติชั่ว หรือการกระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยาได้ แต่ไม่สามารถเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1523 ได้ นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าในทางกลับกัน ชายผู้เป็นสามีตามกฎหมายแคนาดาก็ไม่อาจใช้สิทธิทางศาลฟ้องหย่าชายซึ่งเป็นภริยาของตนได้ เนื่องจากเหตุหย่าต้องเป็นไปตามกฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ยื่นฟ้องหย่า³¹ เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ไม่ยอมรับการสมรสระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันแล้ว จึงไม่มีเหตุให้ต้องฟ้องหย่ากันอีก

ในปัจจุบันได้มีการแก้ไขกฎหมายครอบครัวไทย เพื่อรับรองสิทธิของสามีและภริยาให้เท่าเทียมกันในการฟ้องหย่าอันเนื่องมาจากการกระทำชู้ โดยยังคงเหตุฟ้องหย่าในกรณีสามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นชั้นภริยาและกรณีภริยามีชู้ไว้ และได้บัญญัติเพิ่มเหตุฟ้องหย่าในกรณี “อุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นชั้นภริยาหรือสามี” “เป็นชู้” และ “ร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดน” ด้วย

สำหรับการร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดนและการมีชู้ นั้น มีลักษณะพฤติการณ์ที่คล้ายกัน แต่สำหรับการมีชู้ นั้น แม้ภริยากระทำแค่เพียงครั้งเดียวยอมเพียงพอที่สามีจะถือเป็นเหตุหย่าภริยาได้แล้ว เหตุหย่าในกรณีร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดนถูกบัญญัติขึ้นมาซ้ำซ้อนหรือขัดกันกับคำว่า “มีชู้” หรือไม่ อย่างไร

³¹ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติว่า “ศาลสยามจะไม่พิพากษาให้หย่ากัน เว้นแต่กฎหมายสัญชาติแห่งสามีและภริยาทั้งสองฝ่ายยอมให้หย่าได้ เหตุหย่าให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ยื่นฟ้องหย่า ”