

บทที่ 2

วิวัฒนาการของข้อตกลงระหว่างสมรส

กฎหมายครอบครัวเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของสามีภรรยา ทั้งความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวและความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สิน แต่เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรณานั้นเป็นสิ่งที่มีความละเอียดอ่อนซับซ้อน ยากที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ตายตัวให้ครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ทุกด้านของสามีภรรยาทุกคู่ได้ กฎหมายครอบครัวจึงมักจะเปิดช่องให้สามีภรณาสามารถทำข้อตกลงระหว่างสมรสเพื่อกำหนดการต่างๆ ระหว่างกันหรือกำหนดความสัมพันธ์ให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ โดยอาศัยหลักเสรีภาพของการแสดงเจตนา และภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายอนุญาตไว้ ซึ่งหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ได้มีวิวัฒนาการเรื่อยมาพร้อมกับกฎหมายครอบครัวในแต่ละยุคสมัย โดยมีหลักเกณฑ์ที่เหมือนและแตกต่างกันดังจะกล่าวต่อไปนี้

1. วิวัฒนาการของข้อตกลงระหว่างสมรสตามกฎหมายต่างประเทศ

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์พัฒนาขึ้นมาจากบรรดากฎหมายที่ใช้อยู่ในภาคพื้นยุโรป หลังจากที่จักรวรรดิโรมันล่มสลายลง โดยในชั้นแรกยังมีอิทธิพลของกฎหมายโรมันหลงเหลืออยู่ แต่ถูกนักกฎหมายพื้นเมืองเปลี่ยนแปลงนำเอากฎหมายท้องถิ่นขึ้นมาใช้ จนกระทั่งถึงศตวรรษที่ 11 ได้มีการศึกษาค้นคว้ากฎหมายโรมันอย่างกว้างขวาง เริ่มจากการศึกษาที่มหาวิทยาลัยโบโลญญาทางตอนเหนือของอิตาลีแล้ววิชากฎหมายโรมันก็ได้แพร่หลายนำไปศึกษาค้นคว้าในสถาบันต่างๆ กฎหมายโรมันจึงได้ฟื้นกลับมาามีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายของบรรดาประเทศในภาคพื้นยุโรปอีกครั้งหนึ่ง ยกเว้นประเทศอังกฤษเพียงประเทศเดียวที่กฎหมายโรมันไม่ได้แพร่อิทธิพลเข้าไปถึงโดยตรง แต่ก็ได้รับไปโดยทางอ้อมผ่านกฎหมายศาสนาคริสต์¹

ตามกฎหมายโรมัน ห้ามการสมรสระหว่างบุคคลต่างชั้นวรรณะ เช่น ระหว่างคนในตระกูลขุนนางกับสามัญชน ระหว่างชาวโรมันกับคนต่างชาติ ชายหญิงจะสมรสกันได้ต้องไม่เป็นคนวิกลจริต ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต มีอายุไม่ต่ำกว่าที่กำหนดและถ้าฝ่ายใดอยู่ใต้การ

¹ "Civil Law", Encyclopaedia Britannica, 1979, Macropaedia, Vol.4, pp.660-661

ปกครองของหัวหน้าครอบครัว ก็ต้องได้รับความยินยอมจากหัวหน้าครอบครัว และตามกฎหมายโรมันผู้หญิงจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของผู้ชาย เมื่อเกิดมาก็จะอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดาหรือหัวหน้าครอบครัว เมื่อสมรสก็ต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของสามีหรือผู้ปกครอง² ในเรื่องทรัพย์สินของสามีภริยาตามกฎหมายโรมันมีหลักการทั่วไปว่า สามีภริยามีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินของตนเอง เนื่องจากในสมัยนั้นระบบการมีทรัพย์สินร่วมกันของสามีภริยายังไม่เป็นที่รู้จัก มีข้อยกเว้นเฉพาะทรัพย์สินบางประเภทของภริยาที่สามีมีสิทธิใช้สอยดูแล เช่น ทรัพย์สินกองทุน (Dowry or Dos) และทรัพย์สินที่สามีให้แก่ภริยาก่อนสมรส (Donatio ante nuptias)³

ระบบการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามกฎหมายโรมันขึ้นอยู่กับจารีตประเพณีของแต่ละท้องถิ่นและคู่สมรสสามารถเลือกใช้ระบบกฎหมายเรื่องทรัพย์สินที่มีอยู่ในท้องถิ่นนั้นได้ ซึ่งการที่กฎหมายให้สิทธิคู่สมรสสามารถเลือกใช้ระบบทรัพย์สินให้แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ เรียกว่า ระบบตามสัญญา (Regime Conventional) เนื่องจากเป็นเรื่องของการที่กฎหมายให้เสรีภาพแก่คู่สมรสในการทำข้อตกลงกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างกัน ซึ่งสิทธิดังกล่าวของคู่สมรสมีกำหนดไว้ตั้งแต่ในช่วงศตวรรษที่ 16 จากแนวคิดที่ว่าไม่มีระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาระบบใดเพียงระบบเดียวที่สามารถใช้ได้เหมาะสมกับความต้องการของทุกครอบครัว⁴ อาจกล่าวได้ว่าการที่กฎหมายโรมันให้คู่สมรสสามารถเลือกใช้ระบบทรัพย์สินให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายนั้นเป็นแม่แบบของประเทศต่างๆ ในการให้โอกาสคู่สมรสตกลงเลือกระบบทรัพย์สินให้แตกต่างไปจากระบบกฎหมายตามที่คู่สมรสเห็นสมควร⁵ เห็นได้จากปัจจุบันประเทศต่างๆ ในกลุ่มซีวิลลอว์ เช่น สวิตเซอร์แลนด์ เยอรมันและฝรั่งเศส กำหนดให้สามีภริยาสามารถทำสัญญาก่อนหรือระหว่างสมรสเพื่อเลือกระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาระบบใดระบบหนึ่งจากที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อนำมาใช้บังคับกับคู่สมรสของตน

² William L. Burdick , The Principle of Roman Law and Their Relation to Modern Law , (New York : The Lawyer Co-operative Publishing Co., 1938) , p.263

³ Barry Nicholas , An Introduction to Roman Law , (Oxford : Clarendon Press, 1975) , pp.80-89

⁴ Amos and Walton's, Introduction to French Law, 3rd edition, (Oxford: Clarendon Press, 1967) , p.269

⁵ ยุพาพรรณม์ กิจวัตร, "การจัดการสินสมรส", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น. 15

เยอรมันเป็นประเทศหนึ่งที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยตั้งแต่ศตวรรษที่ 12 เป็นต้นมา เยอรมันได้รับเอากฎหมายโรมันเข้ามาปรับใช้ตามที่สอนกันอยู่ในมหาวิทยาลัยชั้นนำต่างๆ ในยุโรปสมัยนั้น โดยกฎหมายโรมันเข้ามาในเยอรมันพร้อมกับกฎหมายศาสนา(Canon Law)เนื่องจากมหาวิทยาลัยที่มีการสอนกฎหมายโรมันมีการสอนกฎหมายศาสนาด้วย กฎหมายศาสนาทำให้กฎหมายโรมันเข้ากับคำสอนของศาสนาคริสต์และความคิดเห็นด้านศีลธรรมของคนในสมัยนั้นได้ดีขึ้น โดยเยอรมันรับเอากฎหมายโรมันเข้ามาใช้มากในเรื่องนิติกรรม ละเมิด สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์และรับเอากฎหมายศาสนามาใช้มากในเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวและมรดก โดยรับเอามาใช้ปะปนกับกฎหมายดั้งเดิมของชนชาติเยอรมันเอง⁶ ต่อมาได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเมื่อปี ค.ศ.1896 ซึ่งในส่วนของกฎหมายครอบครัวประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ประกาศใช้เป็นฉบับแรกนี้ กำหนดให้สามีเป็นหัวหน้าครอบครัวเป็นผู้เลือกที่อยู่อาศัยและมีอำนาจให้ความยินยอมหรือบอกล้างนิติกรรมบางอย่างที่ทำโดยภริยาได้ (มาตรา 1354,1358,1924) อันแสดงให้เห็นถึงความไม่เสมอภาคระหว่างชายหญิง ซึ่งคล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศต่างๆ ในช่วงเวลานั้น จนกระทั่งเยอรมันได้ประกาศใช้กฎหมาย The Basic Law of the Federal Republic of Germany ในปี ค.ศ.1949 ซึ่งมีฐานะเป็นเหมือนกฎหมายรัฐธรรมนูญของเยอรมัน โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาและถือเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายครอบครัว คือ มาตรา 3 เรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศ โดยบทบัญญัติในมาตรา 3⁷ กำหนดให้บุคคลทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมาย ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และบุคคลทุกคนจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ หรือได้รับการกระทำที่ไม่เท่าเทียมกันไม่ว่าจะโดยเหตุผลเรื่องเพศ เชื้อชาติ สัญชาติ ภาษา ถิ่นที่อยู่และพื้นฐานทางสังคม ความเชื่อหรือ

⁶ E.J.Cohn,Manual of German Law , (New York:Oceana Publication Inc., 1968) , para.28(d)-30

⁷ Article 3 (1) All men are equal before the law
 (2) Men and women have equal legal rights.
 (3) No person shall suffer prejudice or gain preferment by reason of sex,descent,race,language,home and social origins,beliefs or religious or political convictions

ศาสนา หรือลัทธิการปกครองและมาตรา 6⁸ กำหนดให้สถาบันครอบครัวได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐ⁹ ส่งผลให้กฎหมายอื่นๆ ต้องแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมาย The Basic Law ดังกล่าว ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาได้มีการประกาศใช้กฎหมาย Equal Right of Men and Women in the Field of Civil Law เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 1957¹⁰ เพื่อแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จากเดิมที่ให้อำนาจชายผู้เป็นสามีมีอำนาจเหนือหญิงซึ่งเป็นภริยา เป็นให้สามีภริยามีสิทธิเท่าเทียมกันและในเรื่องระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยามีการแก้ไขใหม่ โดยแบ่งออกเป็นระบบตามกฎหมายและระบบตามสัญญา และในระบบตามสัญญานี้ สามีภริยาสามารถตกลงเลือกระบบทรัพย์สินที่จะนำมาใช้ระหว่างกันได้ โดยเลือกระหว่างระบบแยกทรัพย์สินและระบบสินบริคณห์ หลังจากทีประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้มีการแก้ไขในปี ค.ศ. 1957 เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ชายหญิงมีความเสมอภาคกัน บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายครอบครัวก็อนุญาตให้สามีภริยาทำข้อตกลงระหว่างสมรสกำหนดความสัมพันธ์ในเรื่องต่างๆ ได้ เช่น ตกลงกำหนดให้ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นสินส่วนตัวของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ตกลงแบ่งแยกทรัพย์สินระหว่างกัน ตกลงไม่ให้มีสินสมรสเกิดขึ้นในระหว่างเป็นสามีภริยา เป็นต้น

ประเทศญี่ปุ่น เป็นอีกประเทศหนึ่งในทวีปเอเชียที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ กฎหมายครอบครัวของญี่ปุ่นถูกบัญญัติไว้ในส่วนที่ 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น (The Civil Code of Japan) โดยความสัมพันธ์ในครอบครัวมีวิวัฒนาการมาตามลำดับ กล่าวคือ¹¹

ในช่วงก่อนสงครามโลกความสัมพันธ์ในครอบครัวตามกฎหมายญี่ปุ่นให้อำนาจชายผู้เป็นสามีเป็นหัวหน้าครอบครัวและอำนาจหน้าที่ในการปกครองดูแลจะถูกรวมไว้ที่หัวหน้าครอบครัวทั้งหมด สมาชิกอื่นๆ จะได้รับการคุ้มครองจากหัวหน้าครอบครัว โดยหัวหน้าครอบครัว

⁸ Article6(1) Marriage and the family enjoy the special protection of governmental institutions.

⁹ A.G.Chloros , The Reform of Family Law in Europe , (The Netherlands:Kluwer,1978), p.111

¹⁰ Werner F. Ebke & Matthew W. Finkin , Introduction to German Law , (The Hague : Kluwer Law International ,1996) , p.251

¹¹ Hiroshi Oda , Basic Japanese Laws , (Butterworths London,1992) , pp.232-233

มีอำนาจกำหนดที่อยู่ของสมาชิกในครอบครัว ควบคุมการรับสมาชิกใหม่และขับไล่สมาชิกออกจากครอบครัว ในเรื่องของทรัพย์สินหัวหน้าครอบครัวจะผูกขาดอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของครอบครัว ความสัมพันธ์ในครอบครัวตามกฎหมายญี่ปุ่นจะเป็นไปตามลำดับชั้นอย่างเคร่งครัด ดังนั้น สมาชิกในครอบครัวจะอยู่ในฐานะต่ำกว่าบิดาและบุตรชายคนโตที่ได้รับการคาดหวังว่าจะสืบทอดการเป็นหัวหน้าครอบครัวต่อบิดาของเขา สมาชิกของครอบครัวที่เป็นผู้หญิงจะมีสถานะต่ำกว่าผู้ชาย ภริยาจะไม่มีความสามารถใด ๆ ในทางกฎหมายและถูกจัดอยู่ในกลุ่มคนที่ไร้ความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งอิทธิพลหรืออำนาจของผู้ชายที่มีในครอบครัวมีผลกระทบต่อระบบสังคมทั้งหมด และทำให้ในช่วงนี้ไม่ปรากฏว่ากฎหมายอนุญาตให้สามีภริยาทำข้อตกลงระหว่างสมรสได้ เนื่องจากอำนาจทุกอย่างรวมอยู่ที่ชายผู้เป็นสามีและหัวหน้าครอบครัวทั้งหมดแล้ว จนกระทั่งหลังจากสิ้นสุดสงครามโลก การปฏิรูปกฎหมายครอบครัวเป็นสิ่งที่ได้รับการพิจารณาดำเนินการเป็นลำดับแรกๆ รวมทั้งได้มีการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ โดยในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 24 วรรค 2 ซึ่งมีหลักการว่า “กฎหมายที่เกี่ยวกับการเลือกคู่สมรส สิทธิในทรัพย์สิน การเลือกที่อยู่อาศัย การหย่าและเรื่องอื่นๆ เกี่ยวกับการสมรสและครอบครัวต้องประกาศใช้โดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเสมอภาคทางเพศ”¹² และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว ในประมวลกฎหมายแพ่งได้มีการแก้ไขใหม่ โดยมีหลักการสำคัญดังนี้

1. สมาชิกในครอบครัวมีความเสมอภาคกัน
2. ความไม่เสมอภาคระหว่างระหว่างชายหญิงตามกฎหมายเดิมถูกเปลี่ยนเป็นให้สามีภริยามีสิทธิเท่าเทียมกันในทรัพย์สินและในการเลี้ยงดูอบรมสั่งสอนบุตร
3. บุตรชายคนโตที่เคยมีฐานะที่มีอภิสิทธิ์ในกฎหมายเดิมถูกแก้ไขใหม่ให้มีความเสมอภาคกับบุตรคนอื่น ๆ ในครอบครัว
4. บทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจตามกฎหมายของภริยาถูกตัดทิ้งไปจากประมวลกฎหมายแพ่ง

¹² Article 24 (para 2) “With regard to choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and the family, laws shall be enacted from the standpoint of individual dignity and the essential equality of the sexes.”

หลังจากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งให้สามีภริยามีสิทธิเท่าเทียมกัน ปรากฏว่ามีการบัญญัติหลักเกณฑ์ของสัญญาระหว่างสามีภริยาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 754 โดยกำหนดให้สามีภริยาสามารถบอกล้างสัญญานั้นได้ในระหว่างที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่ แต่สิทธิของบุคคลภายนอกย่อมไม่เสื่อมเสียไปเพราะการบอกล้างนั้น¹³

สำหรับประเทศต่างๆ ที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ในอดีตตามกฎหมายคอมมอนลอว์ดั้งเดิมมีหลักสำคัญว่า สามีภริยามีฐานะเป็นบุคคลคนเดียวกันตามกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีความเป็นหนึ่งเดียวกันของสามีภริยา (The Unity of Spouse)¹⁴ โดยฝ่ายชายหรือสามีเท่านั้นที่มีอำนาจจัดการทรัพย์สิน เนื่องจากสามีเป็นผู้คุ้มครองดูแลครอบครัว ในขณะที่ภริยาจะถูกจำกัดความสามารถในการกระทำการต่างๆ ซึ่งเป็นไปในลักษณะที่ด้อยกว่าชายในแทบทุกด้าน โดยเฉพาะในเรื่องทรัพย์สินในครอบครัวซึ่งจะเป็นกรรมสิทธิ์ของสามีทั้งหมดนับแต่ชายหญิงสมรสกัน หญิงซึ่งเป็นภริยาจะไม่มีสิทธิในทรัพย์สิน แม้ว่าทรัพย์สินเหล่านั้นจะเป็นของตนเองก็ตาม โดยหญิงมีสามีไม่สามารถรับโอนหรือจำหน่ายทรัพย์สินใดๆ ได้โดยอิสระ ไม่ว่าจะเป็นที่ดินหรือสิ่งของต่างๆ จนเคยมีคำกล่าวที่ว่าสามีเท่านั้นที่จะพูดได้ว่า “What’s yours is mine , What’s mine’s my own”¹⁵ และจากหลักความเป็นหนึ่งเดียวกันของสามีภริยาและการที่สามีภริยาเป็นบุคคลคนเดียวกันในสายตาของกฎหมายนี้เอง มีผลทำให้ภริยาไม่สามารถทำสัญญากับสามีของเธอในฐานะที่เป็นบุคคลอีกคนหนึ่งแยกต่างหากจากกันและไม่สามารถทำสัญญากับบุคคลภายนอกได้โดยลำพัง แต่ในขณะที่เดียวกันสามีมีความสามารถอย่างสมบูรณ์ในการทำสัญญากับบุคคลภายนอกและสามารถเข้าทำสัญญาได้โดยลำพัง ซึ่งการถูกจำกัดสิทธิเช่นนี้ทำให้ผู้หญิงที่สมรสแล้วในสมัยนั้นต้องอยู่ในสภาวะที่ยากลำบากเพราะไม่สามารถจัดการทรัพย์สินและไม่สามารถทำข้อตกลงใดๆ ได้โดยลำพังและยิ่งลำบากมากขึ้นในการจัดการธุรกิจของตัวเอง¹⁶

¹³ Article 754 “In case a contract is entered into between husband and wife, it may be avoided by either of them at any time during the subsistence of marriage; however, the rights of third persons may not be prejudiced thereby”

¹⁴ Kate Standley , Family Law , (London :The Macmillan Press Ltd.,1993) , p.21

¹⁵ Margaret Puxon , The Family and the law , (Great Britain : Richard Clay and Company,Ltd.,1963) , p.215

¹⁶ Susan M. Blake , Law of Marriage , (London : Barry Rose Publishers Ltd.,1982) , pp.21-22

จนกระทั่งในช่วงศตวรรษที่ 18 หลักกฎหมายครอบครัวในอังกฤษเริ่มมีการพัฒนา มากขึ้น ข้อตกลงแยกกันอยู่ของสามีภริยามีผลบังคับได้ตามกฎหมาย ในขณะที่ศาลยุติธรรม ก็ยอมรับหลักการที่สามีต้องอุปการะเลี้ยงดูภริยาหลังจากที่ตกลงแยกกันอยู่ในสหรัฐอเมริกา แม้ว่า มลรัฐส่วนใหญ่จะปฏิเสธที่จะยอมรับให้ข้อตกลงระหว่างสามีภริยาที่มีลักษณะเป็นการชักจูงหรือนำไปสู่การแยกกันอยู่ให้มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย แต่มลรัฐส่วนใหญ่ก็ยอมรับข้อตกลงที่มี ลักษณะดังนี้ (1) ข้อตกลงที่เป็นผลมาจากการคืนดีหรือปรองดองกันของคู่สมรส (2) ข้อตกลง แยกกันอยู่ที่สามีภริยาทำขึ้นเมื่อมีความตั้งใจแน่วแน่ที่จะยุติชีวิตสมรส ซึ่งทั้งสองหลักการนี้เป็น ตัวอย่างของข้อตกลงระหว่างสมรส (Postnuptial agreement) ¹⁷

ต่อมาในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม สภาพสังคมเริ่ม เปลี่ยนแปลงไป ผู้หญิงมีโอกาสไปทำงานทำนอกรับและมีส่วนหารายได้มาเลี้ยงดูครอบครัว สถานภาพของผู้หญิงในครอบครัว จึงเริ่มมีความสำคัญเท่าเทียมกับชายมากขึ้น ¹⁸ ในช่วงกลาง ศตวรรษที่ 19 ประเทศอังกฤษจึงเริ่ม มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายต่างๆ ให้สอดคล้องกับ สถานะภาพที่เปลี่ยนไปของผู้หญิง และได้มีการตรากฎหมายใหม่ออกใช้บังคับอีกหลายฉบับ เช่น The Matrimonial Causes Act 1857 และ The Married Women's Property Act 1870 ¹⁹ ซึ่งล้วน เป็นกฎหมายที่ให้สิทธิแก่หญิงที่สมรสแล้วในการจัดการทรัพย์สินของตนเองระหว่างสมรส

การตรากฎหมายขึ้นใหม่ของประเทศอังกฤษช่วยแก้ปัญหาเกี่ยวกับสถานะของผู้หญิง ที่สมรสแล้วได้เป็นลำดับ ดังนี้ ตามกฎหมาย The Matrimonial Causes Act 1857 (M.C.A.1857) กำหนดให้ผู้หญิงที่สมรสแล้วมีอำนาจทำสัญญาได้ด้วยตนเองในกรณีศาลสั่งให้แยกกันอยู่กับ สามี และตามกฎหมาย The Married Women's Property Act 1882 (M.W.P.A.1882) กำหนดให้ หญิงที่สมรสแล้วสามารถทำสัญญาผูกพันสินส่วนตัวของตนเองและในที่สุดเมื่อมีการประกาศใช้ กฎหมาย The Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act 1935 (L.R(M.W.&T.)A.1935) ได้กำหนดให้หญิงที่สมรสแล้วมีความสามารถอย่างสมบูรณ์ในการทำสัญญาเหมือนกับหญิงโสด

¹⁷ Donnell , William J.O' and Jones, David A. , The Law of Marriage and Marital Alternatives , (U.S.A. : D.C. health and company , 1982) , p.184

¹⁸ Harold T. Christensen , "Family" , The World Book Encyclopedia ,1977, pp.27-29

¹⁹ P.M.Bromley and N.V.Lowe , Bromley's Family Law , 7th edition , (London: Butter worths,1987) , pp.498-501

ดังนั้น ปัจจุบันสามีและภริยาต่างก็มีความสามารถในการทำสัญญาได้เหมือนบุคคลที่ยังไม่สมรส ซึ่งการที่กฎหมายยอมรับให้หญิงที่สมรสแล้วมีความสามารถในการทำสัญญาแตกต่างหากจากสามีของเธออาจเป็นไปได้ว่าเพื่อให้หญิงนั้นสามารถทำสัญญากับสามีของตนได้ แต่ก็ทำให้เกิดปัญหาบางประการตามมา เนื่องจากศาลไม่ค่อยจะเต็มใจยอมรับข้อตกลงที่ทำขึ้นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว เพราะเห็นว่าอยู่ภายใต้อำนาจบังคับและไม่ชัดเจนในเรื่องค่าตอบแทน แต่สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ หากศาลยอมบังคับตามทุกอย่างที่สามีภริยาพูดจากตกลงกัน ชีวิตสมรสก็คงจะดำรงอยู่ได้ยาก เว้นแต่จะเป็นข้อตกลงที่ชัดเจนเป็นหนังสือ²⁰

ขณะที่ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักความเป็นหนึ่งเดียวกันของสามีภริยาถูกใช้บังคับมาจนถึง ปี ค.ศ.1950 ในบางมลรัฐ เช่น มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ศาลสูงของมลรัฐได้ตัดสินให้สัญญาจ้างในธุรกิจของภริยาที่จ้างสามีของเธอเองเป็นลูกจ้างตกเป็นโมฆะ และยังมีหลายคดีที่ศาลตัดสินให้สัญญาระหว่างสามีภริยาไม่มีผลบังคับเพราะขัดกับหลักความเป็นหนึ่งเดียวกันของสามีภริยา²¹ ต่อมาศาลในมลรัฐเท็กซัส อนุญาตให้หญิงมีสามีทำสัญญากับบุคคลภายนอกผูกพันสินส่วนตัว โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากศาลของมลรัฐก่อน โดยมีแนวคิดที่ว่า หลักการที่ว่าสามีภริยาเป็นบุคคลคนเดียวกันถูกสร้างขึ้นตามกฎหมายคอมมอนลอว์ยุคเก่า หลักข้อนี้ถูกนำมาใช้ในความเป็นจริงในความหมายที่ว่าสามีภริยาเป็นบุคคลคนเดียวกันและคนเดียวคนนั้นก็คือสามี แต่หลักการดังกล่าวสำหรับปัจจุบันเป็นแนวคิดที่ลดคุณค่าของหญิงมีสามีทำให้ผู้หญิงไม่อยู่ในฐานะที่จะทำสัญญาผูกพันธุรกิจของตนเองได้ แต่แม้ว่าศาลในหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกาจะยอมรับความ

²⁰ Susan M. Blake , Law of Marriage , p.22

²¹ Bendler V. Bendler , 69A.2d 302,305 (N.J.1949)

Contracts between husband and wife have been deemed objectionable, not only because they are inconsistent with the common-law doctrine of unity of person and interest , “but because they introduce the disturbing influence of bargain and sale into the marriage relation , and induce a separation rather than a unity of interests.” Wilder V. Brooks , 10 Minn. 50 (Gil.32) , 88 Am.Dec40[Minn.1865]

The integrity of the marriage relation is of primary concern to society. That is the principle of the statutory provision that continues the common law mutual disability of a husband wife to contract inter se and to sue each other.

สมบูรณ์ของสัญญาที่สร้างขึ้นโดยหญิงที่สมรสแล้ว ศาลก็ยังคงถือหลักว่าสัญญาระหว่างสามีภริยาเป็นโมฆะ เพราะกระตุ้นให้เกิดการหย่าร้างยังขัดแย้งกับนโยบายของรัฐ จนกระทั่งในภายหลังได้มีการยกเลิกหลักเกณฑ์ที่ล้าสมัยนี้ไป เมื่อสามีภริยาต้องการทำสัญญาระหว่างกันก่อนที่จะสมรส และต่อมามลรัฐต่างๆ เริ่มทยอยยอมรับหลักการของสัญญาระหว่างสมรส เช่น เพนซิลวาเนีย นิวเจอร์ซีย์ แมสซาชูเซต และตั้งแต่ปี ค.ศ. 1985 เป็นต้นมา ศาลในบางมลรัฐยอมรับให้สัญญาระหว่างสมรสบังคับได้ตามกฎหมาย เมื่อทำตามหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับสัญญาก่อนสมรส ซึ่งนับเป็นปัญหาที่น่าสนใจในประวัติศาสตร์กฎหมายของอเมริกา ว่าทำไมศาลจึงใช้เวลานานหลายปีกว่าจะยอมรับสัญญาระหว่างสมรสได้เหมือนกับที่ยอมรับสัญญาก่อนสมรส²²

โดยทั่วไปข้อตกลงระหว่างสมรสจะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของสามีและภริยา และศาลจะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าข้อตกลงระหว่างสมรสนั้นใช้บังคับได้หรือไม่ โดยพิจารณาจาก 3 ประเด็น ดังนี้²³

1. สามีภริยาได้เปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดเกี่ยวกับทรัพย์สินและรายได้ของตนแล้วหรือไม่
2. ข้อตกลงนั้นเกิดจากการหลอกลวงหรือบังคับข่มขู่หรือไม่
3. ข้อตกลงนั้นยุติธรรมกับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือไม่

ปัจจุบันมลรัฐส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับหลักการของข้อตกลงระหว่างสมรสอย่างกว้างขวาง โดยในบางมลรัฐมีการบัญญัติกฎหมาย (Statutes) อนุญาตให้สามีภริยาทำข้อตกลงระหว่างสมรสไว้อย่างชัดเจน เช่น มินเนโซตา ในขณะที่บางมลรัฐ เช่น เพนซิลวาเนีย ยอมรับหลักการของข้อตกลงระหว่างสมรสไว้ไม่ชัดเจนเท่าใดนัก โดยใช้หลักของสัญญาทั่วไปมาปรับ ศาลบางแห่งจะใช้แนวคำพิพากษามาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความถูกต้องสมบูรณ์ของข้อตกลงระหว่างสมรส และบางมลรัฐอยู่ระหว่างการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการของข้อตกลงระหว่างสมรส²⁴

²² Ronald B. Standler , “Prenuptial and Postnuptial Contract Law in the USA” , <www.rbs2.com/od/agreements>

²³ < www.marriage.about.com/od/agreements>

²⁴ <[www. Equalityinmarriage.org/dmpost.html](http://www.Equalityinmarriage.org/dmpost.html)>

2. วิวัฒนาการของข้อตกลงระหว่างสมรสตามกฎหมายไทย

ประเทศไทยมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวมาตั้งแต่สมัยโบราณ แต่เริ่มมีการตราเป็นกฎหมายอย่างชัดเจนในสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานี ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการผิดเมีย พ.ศ.1904 พระราชบัญญัติเพิ่มเติมว่าด้วยการแบ่งปันสินบริคณฑ์ระหว่างผัวเมีย พ.ศ. 1905 โดยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในครั้งนั้นอยู่ในรูปแห่งประเพณีนิยมเป็นส่วนใหญ่²⁵ จนกระทั่งถึงสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราราชกำหนดกฎหมายต่างๆ ที่กระจัดกระจายอยู่ตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาและจัดหมวดหมู่ใหม่ ตราขึ้นเป็นกฎหมายเรียกว่ากฎหมายตราสามดวง ซึ่งประกอบด้วยกฎหมายลักษณะต่างๆ โดยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวถูกบัญญัติไว้เป็นลักษณะหนึ่งในกฎหมายตราสามดวง คือ กฎหมายลักษณะผัวเมียหรือพระไอยการลักษณะผัวเมียและได้ใช้บังคับเรื่อยมา จนกระทั่งถึงรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งคณะกรรมการฝรั่งเศสขึ้นตรวจชำระและยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น คณะกรรมการได้ศึกษาหลักกฎหมายไทยในกฎหมายตราสามดวงและคำพิพากษาศาลฎีกาเทียบเคียงกับหลักกฎหมายต่างประเทศ เช่น อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ อิตาลี เนเธอร์แลนด์ อเมริกาและญี่ปุ่น โดยพิจารณาคัดเลือกเอาแต่หลักกฎหมายที่ดีและเหมาะสมกับประเทศไทยมาร่างเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁶ และได้มีการทยอยประกาศใช้กฎหมายบรรพต่างๆ เรื่อยมา จนถึงรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล มีความจำเป็นที่จะต้องประมวลกฎหมายใหม่ให้มีความสมบูรณ์เยี่ยงอารยประเทศ ประกอบกับเพื่อให้ประเทศไทยได้เอกราชทางศาล จึงได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการชำระสะสางเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวขึ้น โดยอ้างอิงเทียบเคียงกับกฎหมายลักษณะผัวเมียและหลักกฎหมายต่างประเทศ เช่น กฎหมายประเทศเยอรมัน อังกฤษ ฝรั่งเศส สวิสเซอร์แลนด์ ญี่ปุ่นและ

²⁵ ชาติชาย อัครวิบูลย์ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว , พิมพ์ครั้งที่ 3 , (กรุงเทพมหานคร:บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด,2544) , น.17

²⁶ ประสพสุข บุญเดช , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว , พิมพ์ครั้งที่ 15 , (กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา,2550) , น. 4

บราซิล เป็นต้น และได้ตราขึ้นเป็นบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478²⁷

หลังจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 ใช้บังคับมาได้ประมาณ 20 ปี คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 20 กันยายน 2498 ให้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นชำระสะสางประมวลกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามระบอบประชาธิปไตย และต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 โดยมีบทบัญญัติมาตรา 28 วรรค 2 กำหนดหลักการสำคัญให้ชายหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน จึงได้มีการชำระสะสางกฎหมายครอบครัวให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาทบทวนแก้ไขบทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ดำเนินการเรื่อยมาโดยมีการเปลี่ยนแปลงคณะกรรมการไปหลายคณะ จนในที่สุดได้ดำเนินการปรับปรุงแก้ไขแล้วเสร็จและมีการประกาศใช้บังคับ ในวันที่ 15 ตุลาคม 2519²⁸ แต่เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 กระทำไปด้วยความเร่งรีบเพื่อให้ทันกำหนดเวลาสองปีที่บังคับไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงมีบทบัญญัติหลายมาตราที่มีความบกพร่องไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความขัดข้องและไม่สะดวกในการดำรงสถานะในครอบครัว²⁹ จึงได้มีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ให้ถูกต้องเหมาะสมยิ่งขึ้น โดยได้ดำเนินการแล้วเสร็จและประกาศให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 กันยายน 2533 เป็นต้นไป และได้ใช้บังคับเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

2.1 กฎหมายลักษณะผัวเมีย

กฎหมายลักษณะผัวเมียหรือพระไอยการลักษณะผัวเมียในกฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายครอบครัวที่กำหนดหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ในครอบครัวตามจารีตประเพณีของสังคมในสมัยนั้น บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายลักษณะผัวเมียไม่มีการจัดหมวดหมู่ที่ชัดเจน

²⁷ ชาติชาย อัครวิบูลย์ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25 , น.17-18

²⁸ ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล , การชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และสรุปสาระสำคัญในการแก้ไข , วารสารกฎหมาย , คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฉบับกฎหมายครอบครัว 2520 , น. 129-132

²⁹ ประสพสุข บุญเดช , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26 , น. 8

มีเพียงเลขมาตราเรียงลำดับกันไป เนื้อหาของกฎหมายส่วนใหญ่กล่าวถึงข้อพิพาทระหว่างสามีภริยาโดยเฉพาะเรื่องที่มีสามีขี้ หรือชายอื่นมาล่วงเกินภริยา ซึ่งกฎหมายได้กำหนดโทษปรับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนและกำหนดวิธีการลงโทษเอาไว้ กฎหมายลักษณะผัวเมียอนุญาตให้สามีภริยาได้หลายคนในขณะเดียวกัน โดยทุกคนเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายแต่มีฐานะลดหลั่นกันไปตามลำดับ ได้แก่ เมียกลางเมือง เมียกลางนอก และเมียกลางทาศี³⁰ โดยชายหญิงที่เป็นสามีภริยาจะต้องอยู่กินกันฉันสามีภริยา³¹ หรือได้มีการเลี้ยงดูกันฉันสามีภริยา³²

ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาตามกฎหมายลักษณะผัวเมียกำหนดให้ชายผู้เป็นสามีเป็นหัวหน้าครอบครัว ภริยามีสภาพเหมือนทรัพย์สินหนึ่งของสามี ดังที่ปรากฏในกฎหมายว่าสามีมีอำนาจอิสระเหนือภริยา กล่าวคือ มีอำนาจว่ากล่าวปกครองภริยาและฝ่ายภริยาจำต้องอยู่ในขอบเขตการเลี้ยงดูของสามี³³ ถ้าภริยาทำผิดสามีมีอำนาจลงโทษโดยตีภริยาได้³⁴ และสามีแต่ฝ่ายเดียวมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรและภริยา โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้ภริยาต้องอุปการะเลี้ยงดูสามีแต่อย่างใด ในเรื่องความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างสามีภริยานี้ กฎหมายลักษณะผัวเมียมิได้มีบทบัญญัติที่อนุญาตให้สามีภริยาทำข้อตกลงระหว่างสมรสกำหนดความสัมพันธ์ให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติ ข้อตกลงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของสามีภริยาที่อาจเกิดขึ้นตามกฎหมายลักษณะผัวเมียนั้น เป็นเพียงข้อตกลงระหว่างสามีกับผู้ใหญ่ของฝ่ายภริยาที่มีลักษณะเป็นการทำพันธบัตรไว้ให้กับผู้ใหญ่ของฝ่ายหญิงเท่านั้น โดยอาจเกิดขึ้นในกรณีที่สามีประพฤติหยาบซำด่าตีภริยาหรือพ่อแม่หรือผู้ใหญ่อีกฝ่ายหญิง ซึ่งกฎหมายกำหนดให้สามีต้องขอขมาทำพันธบัตรเกี่ยวกับพฤติกรรมดังกล่าว หากไม่ทำถือว่าขาดจากการเป็นสามีภริยา ปรากฏตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 61 กำหนดว่า “เมื่อชายหยาบซำด่าตีภริยาและพ่อแม่และผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงแล้วไม่ขอขมาทอนบ่นให้ถือขาดจากเป็นสามีภริยา ให้ส่งคืนสินชายที่บริคณห์แล้วขับไล่ หากเมื่อใดทรัพย์สินยังคงบริคณห์อยู่กับหญิง ให้ถือว่าหญิงยังเป็นเมียชายอยู่” และในกรณีที่สามีภริยาจะหย่ากันและผู้ใหญ่ไต่สวนเห็นว่าสามีเป็นฝ่ายผิดและสามีได้ทำพันธบัตรไว้แล้ว ผู้ใหญ่ของฝ่ายหญิง ปรากฏตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 69 กำหนดว่า “สามีภริยาจะหย่า

³⁰ กฎหมายลักษณะผัวเมีย บท.ก.

³¹ กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 85(87)

³² กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 86(88)

³³ หลวงพิศลยสารนิติ , ลักษณะผัวเมียบกับลักษณะมรรฎกโดยย่อ , (พระนคร:2456),น. 29

³⁴ กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 60

กัน ให้ผู้ใหญ่ไต่สวนดู หากชายผิดให้ชายทำหนังสือทานบนแก่ผู้ใหญ่ญาติพี่น้องฝ่ายหญิง ภายหลังผิดทานบนให้ปฏิบัติตามหนังสือทานบนนั้น”

แม้ว่ากฎหมายลักษณะผัวเมียจะมีได้อุญาตให้สามีภริยาทำข้อตกลงระหว่างสมรส กำหนดความสัมพันธ์ให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ก็ให้สิทธิแก่สามีภริยาที่จะทำข้อตกลงยุติความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาของตน โดยกำหนดให้สามีภริยาสามารถตกลงหย่าร้างกันได้ เนื่องจากในสมัยนั้นกฎหมายครอบครัวได้รับอิทธิพลจากแนวคิดทางพุทธศาสนาและถือว่าการหย่าขาดจากการสมรสเกิดจากการที่คู่สมรสได้ทำบุญร่วมกันมาเพียงแค่นั้น เมื่อหมดสิ้นบุญวาสนาต่อกันก็ต้องหย่าขาดจากกัน โดยในกฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 67 กำหนดหลักการทั่วไปของการหย่าร้างไว้ว่า “ภริยาสามีมิชอบเนื้อพึ่งใจกัน เขาจะหย่ากันใช้ตามน้ำใจเขา เหตุว่าเขาทั้งสองนั้นสิ้นบุญกันแล้วจะจำใจให้อยู่ด้วยกันมิได้” ซึ่งตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย สามีภริยาสามารถตกลงหย่าร้างกันได้ 2 วิธี คือ ตกลงทำหนังสือหย่าให้แก่กัน ปรากฏตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 65 ว่า “สามีภริยาวิวาหะจะหย่ากัน สามีให้หนังสือแก่ภรรยา ภรรยาให้หนังสือแก่สามีต่อหน้าผู้เฒ่าผู้แก่ ท่านให้ฟังเอาหนังสือสามีภรณานันได้” และตกลงหย่ากันโดยแบ่งทรัพย์สินระหว่างกันต่อหน้าผู้ใหญ่ โดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือ ปรากฏตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 138(131) “สามีภริยาหย่ากัน โดยมีเข้าเรือนทำมาหากินต่างหาก บันทรัพย์ต่อผู้เฒ่าผู้แก่แล้ว ต่อมากลับคืนดี โดยหญิงยินยอม แต่บิดามารดาหญิงไม่ยินยอมแล้วไซ้รู้ หญิงนั้นไม่เป็นภริยาชาย”

ในส่วนของทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา กฎหมายลักษณะผัวเมีย จำแนกทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

1. สินเดิม (สินเดิม) หมายถึง ทรัพย์ของชายก็ดี หญิงก็ดี ซึ่งได้มีมาก่อนที่ได้เป็นสามีภริยากัน สินเดิมนั้นก็มีนัยอันเดียวกับที่เรียกว่าทุนนั่นเอง สินเดิมจะเป็นทรัพย์มากน้อยเท่าใดก็ตาม แต่จะต้องเป็นทุนได้ในการที่อยู่กินด้วยกัน³⁵

2. สินสมรส (สินสมรส) หมายถึง ทรัพย์สินประเภทที่สามีภริยาได้มาระหว่างสมรส ได้แก่ ทรัพย์สินที่หาได้มาในระหว่างที่เป็นสามีภริยากันตามกฎหมายแล้วและยังไม่ได้หย่ากัน โดยทรัพย์สินที่ได้มาระหว่างสมรสนั้นจะได้มาจากฝ่ายใดหรือน้ำพักน้ำแรงของใครด้วยเหตุใด

³⁵ หลวงพิศลสารนิติ , อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 33 , น. 19

ไม่สำคัญ เป็นสินสมรสทั้งสิ้นตั้งแต่ของรับไหว้ลงมา³⁶ นอกจากนั้น สินสมรสยังหมายรวมถึง ทรัพย์สินที่เป็นดอกผลของสินเดิมของสามีหรือภริยาด้วย ถ้าดอกผลนั้นเกิดขึ้นในระหว่างสมรส ไม่ว่าจะเป็นดอกผลธรรมดาหรือดอกผลดินนัยก็ถือว่าเป็นสินสมรส³⁷

กฎหมายลักษณะผัวเมียถือหลักว่าทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาจะไม่แยกกันจนกว่า สามีภริยาจะหย่าขาดจากกัน³⁸ เนื่องจากทรัพย์สินระหว่างสามีภริยามีไว้เพื่อประโยชน์ในครอบครัว เพราะเมื่อชายหญิงสมรสกันแล้ว ทั้งสองฝ่ายต้องร่วมทุกข์สุขทุรอนเดียวกัน³⁹ การจัดแบ่ง ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาออกเป็นสินเดิมกับสินสมรสนั้นก็เพื่อประโยชน์ในการแบ่งทรัพย์สิน ระหว่างคู่สมรสและทายาทในกรณีที่มีการสมรสสิ้นสุดลง แต่ในสภาพสังคมสมัยนั้นผู้หญิงอยู่ใน สภาพที่ด้อยกว่าชายมาก รวมถึงสิทธิและอำนาจของสตรีในการจัดการทรัพย์สินภายในครอบครัว ด้วย ดังนั้น แม้กฎหมายลักษณะผัวเมียจะแยกทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาออกเป็นสินเดิมกับ สินสมรส แต่ในส่วนของการจัดการดูแลและครอบครองทรัพย์สินเหล่านั้นจะเป็นอำนาจหน้าที่ของ สามีเท่านั้น⁴⁰ ซึ่งสอดคล้องกับสภาพสังคมในสมัยนั้นที่ผู้ชายมีโอกาสได้รับการศึกษาอบรมและ เป็นฝ่ายออกไปทำงานหาเงินเลี้ยงครอบครัว จึงอยู่ในฐานะที่จะสามารถดูแลและจัดการทรัพย์สิน ในครอบครัวได้ดีกว่า ในขณะที่ผู้หญิงอยู่ฐานะที่ด้อยกว่า ทั้งไม่มีโอกาสได้รับการศึกษาและต้อง อยู่ภายใต้การปกครองดูแลของสามี จึงไม่อยู่ในภาวะที่จะสามารถบริหารจัดการทรัพย์สิน ในครอบครัวได้ ในกฎหมายลักษณะผัวเมียจึงไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติที่ให้สิทธิสามีภริยา ทำข้อตกลงระหว่างสมรสกำหนดความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินให้แตกต่างกันไปจากที่กฎหมาย บัญญัติได้

³⁶ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ , เลิกเซอร์ของพระเจ้าฟ้าง้าว , (กรุงเทพมหานคร:กรุงเทพ บรรณการ ,2468) , น. 68,70

³⁷ ยูพาพรรณ กิจวัตร , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5 , น. 33

³⁸ ไพโรจน์ ไพบูลย์ , “มาตรการคุ้มครองสถาบันครอบครัวตามกฎหมายครอบครัวไทย: ศึกษากรณีการแยกสินสมรส”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543) ,น. 30

³⁹ เสนีย์ ปราโมช , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก พุทธศักราช 2508 , (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2508) ,น.146

⁴⁰ พระยาพิชารณาปฤชามาตย์ , คำอธิบายลักษณะผัวเมีย , (พระนคร:โรงพิมพ์พิศาล บรรณนิติ , 2461) , น. 55-57

อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินในภายหลังซึ่งศาลได้พิจารณาย้อนไปถึงหลักเกณฑ์ในกฎหมายลักษณะผัวเมีย ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 185/2492 วินิจฉัยว่า “กฎหมายลักษณะผัวเมียไม่ได้บัญญัติไว้ว่าให้มีการแยกสินบริคนห์ โดยไม่ได้ฟ้องหย่า แต่ก็ไม่มีบทบังคับไว้ว่าถ้ายังไม่ได้หย่าจะต้องบริคนห์ทรัพย์สินกันเสมอไปจะแยกมิได้...” และ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 890/2517 วินิจฉัยว่า “กฎหมายลักษณะผัวเมียไม่ได้บังคับว่าคู่สมรสที่ยังไม่หย่าขาดกัน จะทำสัญญาแบ่งทรัพย์สินกันไม่ได้ แต่ในกรณีทำสัญญากันเมื่อใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 (พ.ศ. 2478) แล้ว ก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่ง มาตรา 1461 ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นโมฆะและมีผลให้สินบริคนห์ส่วนที่แยกออกเป็นของสามีหรือภริยาตกเป็นสินส่วนตัวของฝ่ายนั้น ...”

ซึ่งหากพิจารณาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจะเห็นว่าในทางปฏิบัติสามีภริยาตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย สามารถทำข้อตกลงระหว่างสมรสเพื่อแบ่งแยกสินสมรส ก่อนที่การสมรสจะสิ้นสุดลงได้

2.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478

เมื่อมีการประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 โดยพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 มาตรา 3 ที่กำหนดให้เพิ่มบทบัญญัติ บรรพ 5 ตั้งแต่มาตรา 1435 ถึงมาตรา 1598 เข้าเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 เป็นต้นไป ทำให้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายลักษณะผัวเมียทั้งหมดและให้ใช้บทบัญญัติในบรรพ 5 นี้แทนแต่ไม่กระทบกระเทือนถึงการสมรสที่ได้มีอยู่ก่อนใช้บทบัญญัตินี้และความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกิดจากการสมรสนั้น รวมทั้งการใช้อำนาจปกครอง ความปกครอง การอนุบาล การรับบุตรบุญธรรม ซึ่งมีอยู่ก่อนใช้บทบัญญัตินี้

โครงสร้างของบรรพ 5 พ.ศ. 2478 มีความแตกต่างจากกฎหมายลักษณะผัวเมียเนื่องจากการจัดแบ่งหมวดหมู่ชัดเจน โดยแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ ลักษณะ 1 การสมรส ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร และลักษณะ 3 ค่าอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน ปี 2443 จะเห็นว่า บรรพ 5 ของไทย จัดลำดับไว้ในลักษณะ

เดียวกัน⁴¹ แต่สำหรับเนื้อหาของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวนี้ ท่านศาสตราจารย์สะอาด นาวิเจริญ มีความเห็นว่าเป็นกฎหมายที่ยึดหลักตามกฎหมายลักษณะผัวเมียเป็นส่วนมาก ดังที่ปรากฏในคำบรรยายของท่านว่า “กฎหมายว่าด้วยครอบครัวที่ใช้ก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 คือ กฎหมายลักษณะผัวเมีย กฎหมายลักษณะผัวเมียนี้เป็นกฎหมายเก่าแก่บัญญัติขึ้นหลายยุคหลายสมัย ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ปรากฏในคำอธิบายประกอบร่างว่า กฎหมายว่าด้วยครอบครัวนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับลักษณะแห่งท้องถิ่นในเรื่องครอบครัว ประเทศหนึ่งๆ ก็มีประเพณีของตนเอง ข้อนี้ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ค่อนข้างจะแตกต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพก่อนๆ ซึ่งมีหลักกฎหมายคล้ายคลึงกับของประเทศอื่นๆ ปรากฏตามร่างว่า ร่างขึ้นโดยอาศัยเทียบเคียงกฎหมายลักษณะผัวเมียและหลักกฎหมายต่างประเทศ เช่น กฎหมายเยอรมัน อังกฤษ ฝรั่งเศส สวิต ญี่ปุ่นและบราซิล เป็นต้น คือ เลือกลักษณะกฎหมายต่างประเทศที่เห็นว่าเหมาะสมมาประกอบการร่าง แต่ฉบับที่ประกาศใช้เป็นกฎหมายปรากฏว่ายึดหลักในกฎหมายลักษณะผัวเมียเป็นส่วนมากยิ่งขึ้น ไม่เหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ถึง 4 ซึ่งคล้ายกับคัดลอกจากกฎหมายเยอรมัน”⁴²

ในขณะที่นักกฎหมายบางท่าน เช่น ท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย มีความเห็นแตกต่างกัน ดังที่ท่านได้ให้ข้อสังเกตไว้เมื่อกล่าวถึงที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ของไทยที่เป็นกฎหมายเก่าแก่ๆ ของไทยมีเพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 1534 (มาตรา 1562 ปัจจุบัน) ที่ห้ามบุตรหลานฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรืออาญา นอกนั้นล้วนเทียบเคียงมาจากกฎหมายต่างประเทศทั้งสิ้น⁴³

ในส่วนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 ได้บัญญัติไว้ในลักษณะ 1 หมวด 3 ว่าด้วยสัมพันธ์แห่งสามีภริยา โดยกำหนดให้สามีภริยาจำต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกัน

⁴¹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ , 60 ปี กฎหมายครอบครัวไทย , วารสารนิติศาสตร์ , 26 มิถุนายน 2539 , น. 260-270

⁴² สะอาด นาวิเจริญ , คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว , (ธนบุรี:การพิมพ์ธนบุรี, 2510) , น. 9-10)

⁴³ ชวลิต ไสภณวัต, “ความเป็นบิดามารดาและบุตร”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2523) , น. 52

(มาตรา 1453) และกำหนดให้สามีเป็นหัวหน้าในคู่ครอง เป็นผู้เลือกที่อยู่อาศัยและเป็นผู้อำนวยการในเรื่องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดู (มาตรา 1454) แต่แม้ว่าตามบทสันนิษฐานของกฎหมายหรือที่เป็นอยู่ตามพฤติการณ์โดยมากชายย่อมเป็นหัวเรี่ยวหัวแรงในการเลี้ยงดูก็ดี แต่ก็อาจไม่เป็นเช่นนั้นเสมอไป เช่น ในกรณีที่ชายยากไปได้เศรษฐกิจเป็นภริยา ความอุปการะเลี้ยงดูก็คงมาจากฝ่ายหญิง แต่ส่วนการเลือกภูมิลำเนาที่อยู่ที่ดีหรือที่อำนวยความสะดวกในเรื่องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูก็ดี ก็ยังคงเป็นหน้าที่ของชายผู้เป็นสามีนั้น⁴⁴ ในส่วนของความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ตามบรรพ 5 พ.ศ. 2478 บัญญัติไว้ในลักษณะ 1 หมวด 4 โดยเป็นไปตามระบบสินบริคณห์⁴⁵ มีการแยกทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่

1. สินส่วนตัว ตามมาตรา 1464 ได้แก่ (1) ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อนสมรส และคู่สมรสได้ทำสัญญาก่อนสมรสแยกไว้เป็นสินส่วนตัว (2) ทรัพย์สินอันเป็นเครื่องใช้สอยส่วนตัวตามฐานะและเครื่องมือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการประกอบวิชาชีพของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (3) ทรัพย์สินที่ฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างเป็นสามีภริยาโดยทางพินัยกรรมหรือยกให้โดยเสน่หา เมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้นั้นได้แสดงไว้ให้เป็นสินส่วนตัว (4) ดอกผลของสินส่วนตัว (5) ของหมั้น

2. สินเดิม ตามมาตรา 1463 ได้แก่ (1) ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่แล้วก่อนสมรส (2) ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างเป็นสามีภริยาโดยทางพินัยกรรมหรือยกให้โดยเสน่หา เมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้นั้นได้แสดงว่าเป็นสินเดิม

3. สินสมรส ตามมาตรา 1466 ได้แก่ ทรัพย์สินทั้งหมดที่คู่สมรสได้มาระหว่างสมรส นอกจากที่ระบุไว้เป็นสินเดิมหรือสินส่วนตัว และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยว่าทรัพย์สินเป็นสินสมรสหรือไม่ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นสินสมรส

4. สินบริคณห์ ตามมาตรา 1462 ได้แก่ สินเดิมและสินสมรส

ในระหว่างเป็นสามีภริยากัน สามีจะเป็นผู้มีอำนาจจัดการสินบริคณห์ (มาตรา 1468) ภริยาจะทำนิติกรรมผูกพันสินบริคณห์ไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากสามีก่อน ทั้งนี้ เพราะเหตุว่าความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาตามมาตรา 1454 ถือว่า สามีเป็นหัวหน้าในคู่ครอง เป็นผู้เลือกที่

⁴⁴ พระยาพลาถกูธรรมพิชัย , คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2480 , (กรุงเทพมหานคร:มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง) , น. 29

⁴⁵ หยุต แสงอุทัยและเสริม วินิจฉัยกุล , กฎหมายเปรียบเทียบ กฎหมายไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ชั้นปริญญาโท , (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2516) , น. 46

อยู่และเป็นผู้อำนวยความสะดวกในเรื่องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดู กฎหมายจึงให้อำนาจสามีเป็นผู้จัดการสินบริคณห์⁴⁶ แต่มีข้อยกเว้นในกรณีที่สามีภริยาได้ทำสัญญาก่อนสมรสไว้ว่าให้ภริยาเป็นผู้จัดการหรือให้จัดการร่วมกัน ก็ต้องเป็นไปตามสัญญานั้น ส่วนทรัพย์สินที่เป็นสินส่วนตัว ฝ่ายใดเป็นเจ้าของฝ่ายนั้นย่อมมีอำนาจจัดการโดยลำพัง (มาตรา 37, มาตรา 1486) สำหรับสินบริคณห์เมื่อการสมรสสิ้นสุดลงไม่ว่าด้วยการตายหรือหย่าขาดจากกัน ทรัพย์สินจะต้องแยกกันไม่รวมบริคณห์กันต่อไป โดยถือหลักกว่า ทรัพย์สินของฝ่ายไหนมีมาก่อนเป็นสินเดิม เมื่อหย่าขาดหรือตายจากกัน ต้องคืนสินเดิมให้ฝ่ายนั้น ส่วนทรัพย์สินที่เป็นสินสมรสเพราะได้มาระหว่างสมรส ต้องแบ่งกันตามส่วนในกฎหมายคล้ายกับการเลิกหุ้นส่วน เมื่อใครมีทุนมาลงไว้เท่าใด ย่อมได้รับคืนไป ส่วนที่เป็นกำไรเหลืออยู่ก็แบ่งกันไปตามส่วน⁴⁷

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาระหว่างสมรสของสามีภริยาขึ้นเป็นครั้งแรก ในมาตรา 1461 ที่กำหนดว่า “สัญญาใดที่สามีภริยาได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยากันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกล้างเสียในเวลาใดที่เป็นสามีภริยากันอยู่หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากันก็ได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต” อันเป็นการรับรองสิทธิให้สามีภริยาตกลงทำสัญญาไว้ต่อกันในระหว่างสมรสได้ โดยสัญญานั้นจะมีผลผูกพันสามีภริยาตลอดไปจนกว่าจะบอกล้าง ในส่วนเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรสนั้น เนื่องจากมาตรา 1461 มิได้บัญญัติว่าต้องเป็นสัญญาเกี่ยวกับเรื่องใดโดยเฉพาะ เพราะตัวบทใช้คำว่า “สัญญาใด” ดังนั้น สัญญาที่ทำไว้ต่อกันระหว่างเป็นสามีภริยานั้นจึงทำได้ทั้งในเรื่องทรัพย์สินและเรื่องอื่นๆ ดังที่ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1246/2509(ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า

“.....

คำว่า “สัญญาใด” ตามมาตรา 1461 นี้ หมายถึง สัญญาทุกประเภทที่สามีภริยาได้ทำต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยากัน เพราะมิได้มีบทบัญญัติระบุไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าจะต้องเป็นสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเท่านั้น หาก “สัญญาใด” ตามมาตรา 1461 หมายถึงสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาโดยเฉพาะแล้วก็น่าจะได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1458 ถึงกรณีที่สามีภริยาทำสัญญาก่อนสมรสกันไว้เป็นพิเศษเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา.....”

⁴⁶ พระยาพกลางกูรธรรมพิจัย , อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 44 , น. 63

⁴⁷ เส็นีย์ ปราโมช , อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 39 , น. 93

ในเรื่องเนื้อหาของสัญญาระหว่างสมรสนี้ นักนิติศาสตร์บางท่าน มีความเห็นว่าสามี ภริยาไม่สามารถทำสัญญาระหว่างสมรสในเรื่องต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะให้ทำเป็น สัญญาก่อนสมรสได้ ซึ่งได้แก่ กรณีตามมาตราต่อไปนี้

มาตรา 1464(1) บัญญัติว่า “สินส่วนตัว ได้แก่ ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อน สมรสและคู่สมรสได้ทำสัญญาก่อนสมรส จะได้กำหนดให้ภริยาเป็นผู้จัดการหรือจัดการร่วมกัน”

มาตรา 1469 บัญญัติว่า “สามีมีสิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับการสงวน บำรุง รักษาหรือการ ใดๆ เพื่อประโยชน์แก่สินบริคณห์ และถ้าภริยาจะฟ้องคดีเช่นนี้ ต้องได้รับอนุญาตจากสามีก่อน เว้นแต่สัญญาก่อนสมรสกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และหนี้อันเกิดแต่การฟ้องคดีนั้นต้องใช้จ่าย จากสินบริคณห์”

มาตรา 1473 วรรคแรก บัญญัติว่า “นอกจากจะมีสัญญาก่อนสมรสไว้เป็นอย่างอื่น สามีมีอำนาจจำหน่ายสินบริคณห์ได้”

ทั้งนี้ เนื่องจากกรณีต่างๆ เหล่านี้เป็นเรื่องสำคัญ จึงต้องทำสัญญาไว้ตั้งแต่ก่อนเป็น สามีภริยา เพราะเมื่อเป็นสามีภริยากันแล้ว ฝ่ายหนึ่งอาจตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของอีกฝ่ายหนึ่ง และ ยินยอมทำสัญญาให้ตนเสียเปรียบหรือเสียหายได้โดยง่าย จึงไม่ชอบที่จะทำสัญญาในเรื่องสำคัญ เหล่านี้ในระหว่างเป็นสามีภริยากัน แม้อาจบอกล้างได้ แต่การบอกล้างหรือไม่ก็อาจตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของอีกฝ่ายหนึ่งได้อีก และถ้ากฎหมายประสงค์จะให้ทำสัญญาระหว่างสมรสในเรื่อง เหล่านี้ได้ ก็น่าจะได้ระบุไว้ในกฎหมายเช่นเดียวกัน⁴⁸

เนื่องจากมาตรา 1461 มิได้กำหนดแบบของสัญญาระหว่างสมรสเอาไว้ ดังนั้น สามี ภริยาจึงสามารถทำสัญญาระหว่างสมรสด้วยวาจาหรือจะเป็นหนังสือก็ได้ เว้นแต่ สัญญานั้น เข้าลักษณะเป็นสัญญาอย่างอื่นที่กฎหมายกำหนดแบบเอาไว้ ก็ต้องทำตามแบบของสัญญานั้นจึง จะสมบูรณ์ เช่น สามีทำสัญญาระหว่างสมรสยกที่ดินให้ภริยา สัญญานั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จึงจะสมบูรณ์ นอกจากนั้นสัญญาระหว่างสมรสจะต้องอยู่ ภายใต้อำนาจบังคับแห่งบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องนิติกรรมสัญญาโดยอาจตกเป็นโมฆะ โมฆียะได้ตาม บทบัญญัตินั้นๆ เช่น สัญญาว่าสมรสที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมาย หรือเป็น พันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมิได้ทำตามแบบที่ กฎหมายกำหนด ย่อมตกเป็นโมฆะ

⁴⁸ โชค จารุจินดา , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว , (กรุงเทพมหานคร:มหาวิทยาลัยรามคำแหง,2516) , น. 102

สัญญาระหว่างสมรสที่ทำขึ้นนั้น สามีหรือภริยาสามารถบอกล้างได้ในระหว่างที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่หรือภายในกำหนด 1 ปี นับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยา ซึ่งตามมาตรา 1461 บัญญัติไว้ให้บอกล้างสัญญาระหว่างสมรสได้โดยอาศัยเพียงเหตุที่เป็นสัญญาซึ่งสามีภริยาทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยากันเท่านั้น การบอกล้างจึงทำได้สะดวก ไม่ต้องอาศัยเหตุเสื่อมเสียแห่งเจตนาตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในเรื่องการไม่มีเจตนา สำคัญผิด กลฉ้อฉลและข่มขู่ ผู้บอกล้างสัญญาระหว่างสมรสต้องพิสูจน์แต่เพียงว่าสัญญานั้นได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างที่เป็นสามีภริยากันเท่านั้น⁴⁹ และเนื่องจากกฎหมายมิได้กำหนดแบบของการบอกล้างเอาไว้ จึงสามารถบอกล้างด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือ หรือแม้แต่บอกล้างโดยปริยายก็สามารถทำได้ โดยการบอกล้างนั้นจะมีผลทำให้สัญญาระหว่างสมรสสิ้นความผูกพัน เสมือนหนึ่งไม่เคยทำสัญญาไว้ต่อกันเลย และไม่อาจบังคับให้สามีภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาแม้ในช่วงระยะเวลาก่อนบอกล้าง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต

บทบัญญัติในมาตรา 1461 แห่งบรรพ 5 พ.ศ. 2478 เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญาระหว่างสมรส แต่ในกรณีที่สามีภริยาทำสัญญาระหว่างสมรสในเรื่องเฉพาะที่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้ด้วย สัญญาระหว่างสมรสที่ทำขึ้น นอกจากจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของมาตรา 1461 แล้ว ยังต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติเฉพาะของเรื่องนั้นด้วย ซึ่งในบรรพ 5 นี้ กำหนดหลักเกณฑ์ความตกลงของสามีภริยาที่มีลักษณะเป็นข้อตกลงระหว่างสมรสไว้ 2 กรณี ได้แก่

1. มาตรา 1486 บัญญัติว่า “เมื่อได้แยกทรัพย์สินไว้เป็นสินส่วนตัว โดยความตกลงโดยอำนาจกฎหมาย หรือโดยคำสั่งศาลแล้วให้ใช้ข้อบังคับดังต่อไปนี้

.....”

ตามมาตรา 1486 สามีภริยาสามารถทำความตกลงแบ่งแยกทรัพย์สินไว้เป็นสินส่วนตัวได้ ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาระหว่างสมรส จึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญาระหว่างสมรสในมาตรา 1461 และผลของสัญญานั้นต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องการแบ่งแยกทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา เช่น สามีหรือภริยาต่างมีกรรมสิทธิ์มีอำนาจจัดการต่างๆ เกี่ยวกับสินส่วนตัวนั้นได้โดยลำพัง (มาตรา 1486(1))

ในเรื่องการทำสัญญาระหว่างสมรสเพื่อตกลงแบ่งแยกสินบริคณห์ระหว่างสามีภริยา ท่านอาจารย์โชค จารุจินดา มีความเห็นว่าไม่สามารถทำได้ ดังที่ปรากฏในคำอธิบายของท่าน เมื่อ พ.ศ. 2516 โดยท่านให้ข้อสังเกตว่า การแบ่งสินบริคณห์ออกเป็นส่วนตัวมีกฎหมายบัญญัติ

⁴⁹ เสนีย์ ปราโมช , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 39 , น. 88

ไว้โดยเฉพาะว่าจะทำได้ก็แต่โดยร้องขอให้ศาลมีคำสั่งและต้องมีเหตุตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1472 ประกอบมาตรา 1471 เท่านั้น ผลแห่งการแบ่งสินบริคณห์ออกเป็นส่วนเท่ากับเป็นการแยกสินบริคณห์ ทรัพย์ที่แยกออกเป็นของสามีภริยาเป็นสินส่วนตัวของฝ่ายนั้นตามมาตรา 1487 หากจะรวมเป็นสินบริคณห์กันต่อไปอีกจะต้องร้องขอให้ศาลมีคำสั่งตามมาตรา 1485 แต่ถ้าให้แยกสินบริคณห์ออกเป็นส่วนได้โดยสัญญาที่ทำได้ต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยาตามมาตรา 1461 ก็อาจกลับมารวมกันได้ด้วยการบอกล้างสัญญาเสียเท่านั้น อันเป็นการขัดต่อมาตรา 1485 จึงเห็นว่าการแยกสินบริคณห์ออกเป็นส่วนจะทำโดยสัญญาที่ทำได้ต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยามิได้⁵⁰ อย่างไรก็ตาม ในภายหลังได้มีคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวนี้ ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ 890/2517 วินิจฉัยว่า กฎหมายลักษณะผัวเมียไม่ได้บังคับว่า คู่สมรสที่ยังไม่หย่าขาดกัน จะทำสัญญาแบ่งทรัพย์สินกันไม่ได้ แต่ในกรณีทำสัญญากันเมื่อใช้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 (พ.ศ.2478) แล้ว ก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่ง มาตรา 1461 ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นโมฆะและมีผลให้สินบริคณห์ ส่วนที่แยกออกเป็นของสามีหรือภริยาตกเป็นสินส่วนตัวของฝ่ายนั้น ตามมาตรา 1487 ทรัพย์สินที่ได้มาใหม่ก็เป็นสินส่วนตัวและสิทธิบอกล้างสัญญาแบ่งทรัพย์สินระหว่างสมรส โดยสภาพเป็นการเฉพาะตัวของคู่สัญญาโดยแท้ ตามมาตรา 1600 เมื่อคู่สัญญาถึงแก่กรรม สิทธิดังกล่าวย่อมระงับสิ้นไปไม่ตกทอดไปยังทายาท

คำพิพากษาฎีกาที่ 1720/2518 วินิจฉัยว่า สามีภริยาตกลงทำพินัยกรรมคนละฉบับ แยกให้ทรัพย์แก่บุคคล 2 คน ต่างหากจากกัน ข้อตกลงแบ่งทรัพย์สินดังกล่าวถือว่าเป็นสัญญา ระหว่างสมรสย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 ซึ่งให้ใช้บังคับได้อยู่ตราบที่สามีหรือภริยายังมิได้บอกล้างและมีผลทำให้เป็นการแยกสินบริคณห์ตาม มาตรา 1487 คือส่วนที่แยกออกเป็นของสามีหรือภริยาตกเป็นสินส่วนตัวของฝ่ายนั้น และต่างฝ่ายต่างมีกรรมสิทธิ์ มีอำนาจจำหน่ายสินส่วนตัวนั้นได้โดยลำพัง ตามมาตรา 1486

จากแนวคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าตามบรรพ 5 พ.ศ. 2478 สามีภริยาสามารถตกลงแบ่งสินบริคณห์ระหว่างสมรสได้ โดยข้อตกลงนั้นมีลักษณะเป็นสัญญา ระหว่างสมรสตาม มาตรา 1461 และต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าว สามีหรือภริยาจึงสามารถบอกล้างสัญญานั้นได้ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด แต่หากไม่มีฝ่ายใดบอกล้างสัญญานั้นย่อมผูกพันตลอดไป

⁵⁰ โชค จารุจินดา , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48 , น. 102

2. มาตรา 1500 (7) “สามีหรือภริยาผิดทนต์บนที่ทำให้ไว้เป็นหนังสือในเรื่องความประพฤติอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้”

ทนต์บนที่สามีภริยาทำไว้ต่อกันตามมาตรา 1500(7) กฎหมายจำกัดว่าจะต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับความประพฤติเท่านั้น ซึ่งท่านอาจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้ยกตัวอย่างการทำทนต์บนระหว่างสามีภริยาที่สังเกตเห็นส่วนมากว่าเป็นเรื่องที่ภริยาหึงหวงไม่ต้องการให้สามีไปสนใจผู้หญิงอื่น บางคนถึงกับทำทนต์บนว่า สามีจะมองผู้หญิงอื่นไม่ได้ ส่วนทางด้านภริยา ทนต์บนมักจะเกี่ยวไปทางที่ภริยามีนิสัยชอบเล่นไฟ จึงทำทนต์บนไว้ว่าจะไม่หมกมุ่นในการพนัน⁵¹ โดยทนต์บนนั้นจะต้องทำไว้เป็นหนังสือและโดยปกติฝ่ายไหนทำฝ่ายนั้นก็จะเป็นผู้ลงชื่อไว้แต่ฝ่ายเดียว แต่แม้กระนั้นลักษณะก็เป็นสัญญาอยู่เหมือนกัน⁵² ทนต์บนเรื่องความประพฤติที่สามีภริยาทำไว้ต่อกันนี้ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดทนต์บนที่ไว้ไว้ อีกฝ่ายใช้เป็นเหตุฟ้องหย่าได้ ดังตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 344/2479 วินิจฉัยว่า “สัญญาทานบนที่ชายทำไว้ให้แก่หญิงว่าจะยอมเลิกกับบ่อนุกรรยานั้น เมื่อชายทำผิดทานบน หญิงถือเอาเป็นเหตุฟ้องหย่าได้และสัญญาเช่นนี้ศาลยอมรับบังคับบัญชาให้”

2.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 ประกาศใช้ตามพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ซึ่งกำหนดให้ยกเลิกบทบัญญัติ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 และให้ใช้บังคับบทบัญญัติ บรรพ 5 ที่ได้ตรวจชำระใหม่นี้แทน บรรพ 5 พ.ศ. 2519 นี้มีหลักการสำคัญคือ ให้ความเสมอภาคเท่าเทียมกันของสามีภริยาเพื่อให้สอดคล้องกับการปกครองระบอบประชาธิปไตยและหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 ที่กำหนดให้ชายหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน โดยยังคงจัดแบ่งบทบัญญัติของกฎหมายออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ การสมรส บิดามารดากับบุตรและค่าอุปการะเลี้ยงดู เช่นเดียวกับบรรพ 5 พ.ศ. 2478

ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาตามบรรพ 5 นี้ ยังคงกำหนดให้สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกัน(มาตรา 1461) และกำหนดให้สามีหรือภริยา

⁵¹ เสนีย์ ปราโมช , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 39 , น. 198

⁵² เสนีย์ ปราโมช , เพิ่งอ้าง , น. 199

เป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์คู่สมรสของตนที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ(มาตรา 1463) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่เคยบัญญัติไว้ในกฎหมายเดิม นอกจากนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ จึงได้ยกเลิกบทบัญญัติที่ให้อำนาจสามีเป็นหัวหน้าในครอบครัว เป็นผู้เลือกที่อยู่และเป็นผู้อำนวยความสะดวกในเรื่องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูตามมาตรา 1454 (เดิม) และยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 1456(เดิม)ที่กำหนดให้ภริยาที่ประกอบอาชีพอยู่ก่อนสมรส ต้องได้รับความยินยอมจากสามีหากจะประกอบอาชีพต่อไปภายหลังการสมรส เนื่องจากการจำกัดสิทธิของหญิงที่เป็นภริยา ในส่วนของทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาได้มีการยกเลิกบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิในการทำนิติกรรมของหญิงมีสามี โดยกำหนดให้หญิงมีสามีมีสิทธิในการจัดการสินสมรสร่วมกับสามีและสามารถทำนิติกรรมได้ด้วยตนเอง สามีภริยามีอำนาจจัดการทรัพย์สินอย่างเท่าเทียมกัน มีการยกเลิกสินบริคณห์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเดิมและกำหนดให้ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ สินส่วนตัวและสินสมรส โดยในส่วนของสินส่วนตัว ถ้าเป็นของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายนั้น มีอำนาจบริหารจัดการได้โดยลำพัง(มาตรา 1473) สำหรับสินสมรส เว้นแต่จะได้ทำสัญญาก่อนสมรสกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น สามีและภริยาเป็นผู้จัดการสินสมรสร่วมกัน(มาตรา 1476)

บรรพ 5 พ.ศ. 2519 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ของสัญญาระหว่างสมรสไว้ในมาตรา 1469 ที่กำหนดว่า “สัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินใดที่สามีภริยาได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยากันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกล้างเสียในเวลาใดที่เป็นสามีภริยากันอยู่หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากันก็ได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต” ซึ่งสิ่งที่แตกต่างจากหลักเกณฑ์ของสัญญาระหว่างสมรสตามมาตรา 1461(เดิม) ในบรรพ 5 พ.ศ. 2478 คือ ได้กำหนดชัดเจนว่าต้องเป็นสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินเท่านั้น โดยตัวบทใช้ข้อความที่ชัดเจนว่า “สัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินใด” ในส่วนของหลักเกณฑ์อื่นๆ ยังคงเป็นไปตามกฎหมายเดิม กล่าวคือ สัญญาระหว่างสมรสตามมาตรา 1469 กฎหมายมิได้กำหนดแบบจึงสามารถทำได้ทั้งด้วยวาจาและเป็นหนังสือ เว้นแต่ สัญญาระหว่างสมรสที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดแบบไว้ เช่น สัญญาให้หรือสงฆ์ทรัพย์สิน สัญญาซื้อขายหรือสงฆ์ทรัพย์สิน ก็จะต้องทำตามแบบของสัญญานั้นๆ สัญญาระหว่างสมรสต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติในเรื่องหลักเกณฑ์ทั่วไปของนิติกรรมสัญญา หากสามีภริยาทำสัญญาระหว่างสมรสที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือพ้นวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญานั้นเป็นโมฆะ

สัญญาาระหว่างสมรสตามมาตรา 1469 สามีหรือภริยาสามารถบอกล้างได้ ทุกเมื่อในระหว่างที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่หรือภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยา โดยการบอกล้างนั้นกฎหมายมิได้กำหนดเหตุของการบอกล้างและมีได้กำหนดแบบของการบอกล้างไว้ ดังนั้น สามีและภริยาจึงสามารถบอกล้างสัญญาาระหว่างสมรสได้โดยไม่ต้องอาศัยเหตุผลใดๆ เพียงแต่เป็นสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างสมรสก็สามารถบอกล้างได้และการบอกล้างอาจทำได้ด้วยวาจา เป็นหนังสือหรือแสดงพฤติกรรมการอื่น ๆ ที่แสดงให้เห็นว่าไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญานั้นต่อไป แต่การบอกล้างย่อมไม่กระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต

นอกจากหลักเกณฑ์ของสัญญาาระหว่างสมรสเกี่ยวกับทรัพย์สินของสามีภริยา ในมาตรา 1469 แล้ว บรรพ 5 พ.ศ. 2519 ยังได้บัญญัติถึงสัญญาาระหว่างสมรสไว้ในอีก 2 มาตรา ได้แก่

มาตรา 1482 บัญญัติว่า “ในกรณีจะมีสัญญาก่อนสมรสหรือสัญญาาระหว่างสมรสจะระบุให้สามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้จัดการสินสมรสแต่ฝ่ายเดียวหรือไม่ก็ตาม อีกฝ่ายหนึ่งก็ยังมีอำนาจจัดการบ้านเรือนหรือจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับครอบครัวได้

.....”

มาตรา 1483 บัญญัติว่า “ในกรณีมีสัญญาก่อนสมรสหรือมีสัญญาาระหว่างสมรสหรือมีคำสั่งศาลอนุญาตให้สามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้จัดการสินสมรสไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ถ้าสามีหรือภริยาซึ่งมีอำนาจจัดการสินสมรสนั้นจะกระทำหรือกำลังกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในการจัดการสินสมรสอันถึงเห็นได้ว่าจะเกิดความเสียหายถึงขนาด อีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้ศาลสั่งห้ามมิให้กระทำนั้นได้”

บทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าว เป็นเรื่องของการจัดการสินสมรส ซึ่งโดยหลักในมาตรา 1476 กำหนดให้สามีภริยาเป็นผู้จัดการสินสมรสร่วมกัน เว้นแต่จะได้ทำสัญญาก่อนสมรสกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ทำให้อาจมีข้อสงสัยเกี่ยวกับข้อความในมาตรา 1476 ว่าจะหมายความว่าเฉพาะสัญญาก่อนสมรสเท่านั้นหรือไม่ที่ตกลงเรื่องการจัดการสินสมรสของสามีภริยาให้ผิดไปจากบทกฎหมายได้ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1482 และมาตรา 1483 แล้วจะเห็นว่าสามีและภริยาสามารถทำสัญญาาระหว่างสมรสกำหนดการจัดการสินสมรสให้แตกต่างไปจากกฎหมายได้⁵³ เช่น ตกลงให้สามีหรือภริยาแต่ฝ่ายเดียวเป็นผู้จัดการสินสมรส

⁵³ ยุพาพรรณ กิจวัตร , อ่างแล้ว เชียงธรรมที่ 5 , น. 143

สำหรับการตกลงแบ่งแยกสินบริคณห์ระหว่างสามีภริยาซึ่งเป็นสัญญาระหว่างสมรสอย่างหนึ่งที่บรรพ 5 พ.ศ. 2478 อนุญาตให้ทำได้ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1486(เดิม) แต่ในบรรพ 5 พ.ศ. 2519 นี้ ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติที่กำหนดให้คู่สมรสสามารถทำความตกลงระหว่างสมรสแบ่งทรัพย์สินไว้เป็นสินส่วนตัวอย่างชัดแจ้งเหมือนเช่นที่บัญญัติไว้ในบรรพ 5 พ.ศ. 2478 ทำให้มีปัญหาคือสงสัยเกิดขึ้นว่ากฎหมายครอบครัวในบรรพ 5 พ.ศ. 2519 สามีภริยาสามารถตกลงแบ่งแยกสินสมรสในระหว่างเป็นสามีภริยาได้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้มีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 ฝ่าย⁵⁴ ดังนี้

ฝ่ายที่เห็นว่า สามีภริยาไม่สามารถตกลงแบ่งแยกสินสมรสในระหว่างที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่ ให้เหตุผลว่า หากผู้ร่างกฎหมายต้องการให้ทำได้ก็คงจะบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดแจ้งดังเช่นที่บรรพ 5 พ.ศ. 2478 อนุญาตไว้ การที่บรรพ 5 พ.ศ. 2519 ไม่ได้บัญญัติไว้เช่นนั้น ก็ย่อมแสดงว่าไม่ต้องการให้ทำสัญญาแยกสินสมรสได้นอกจากจะมีเหตุหรือพฤติการณ์จำเป็นที่กฎหมายบัญญัติให้แยกได้เท่านั้น หากไม่มีเหตุจะตกลงแบ่งกันเองเหมือนตกลงหย่าไม่ได้ เพราะการยินยอมหย่ามีตัวบทว่าไว้ให้ทำได้แต่ตกลงแยกสินสมรสหาได้มีกฎหมายเขียนไว้ไม่ การปล่อยให้คู่สมรสสามารถตกลงแยกสินสมรสได้เองย่อมขัดกับหลักการที่จะให้ทรัพย์สินอันเป็นสินสมรสรวมกันไว้เป็นกองกลางเพื่อใช้ประโยชน์ร่วมกันในครอบครัวเป็นการที่ท่านอาจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เห็นว่า กฎหมาย"ยอมให้ชายหญิงเป็นสามีภริยากันแต่กาย แต่หย่ากันในทางทรัพย์สิน"

ฝ่ายที่เห็นว่า สามีภริยาสามารถตกลงแบ่งสินสมรสในระหว่างที่ยังเป็นสามีภริยากันได้ มีเหตุผลว่า หากจะยอมให้สามีภริยาสามารถแยกสินสมรสได้ เฉพาะแต่กรณีตามมาตรา 1484 มาตรา 1491 และมาตรา 1598/17 อาจจะเป็นการตีความแคบไป การทำสัญญาแยกสินสมรสเมื่อไม่ขัดต่อมาตรา 113(เดิม) และไม่มีกฎหมายห้ามไว้โดยตรงย่อมสามารถทำได้⁵⁵

อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยในกรณีที่เป็นข้อสงสัยดังกล่าว คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 79/2529 วินิจฉัยว่า

⁵⁴ ไพโรจน์ กัมพูสิริ , "ฎีกาวิเคราะห์: การตกลงแยกสินสมรสในขณะที่ชายหญิงยังมีฐานะเป็นสามีภริยากันอยู่" , วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 17 ฉบับที่ 1 (มกราคม 2530) , น. 118-122

⁵⁵ ชาติชาย อัครวิบูลย์และสมบุญ ชัยเดชสุริยะ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว , (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2521) , น. 192

“โจทก์และจำเลยที่ 1 เป็นสามีภริยากัน ต่างประสงค์จะแบ่งที่ดินสินสมรสซึ่งถือกรรมสิทธิ์ร่วมกันอยู่ออกเป็นสัดส่วน ได้มีการออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ดินดังกล่าวส่วนใหญ่ในชื่อโจทก์แล้วขายไป โดยจำเลยที่ 1 รู้เห็นด้วย ต่อมาจำเลยที่ 1 ได้รับหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ดินส่วนที่เหลือคือที่พิพาทในชื่อของจำเลยที่ 1 ผู้เดียว ดังนี้ ถือได้ว่าโจทก์กับจำเลยที่ 1 ได้ตกลงแบ่งที่ดินทั้งแปลงออกเป็นของแต่ละฝ่ายแล้วที่พิพาทจึงหมดสภาพจากการเป็นสินสมรสตกเป็นสินส่วนตัวของจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 ย่อมมีอำนาจขายที่พิพาทโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากโจทก์ เมื่อจำเลยที่ 1 ขายที่พิพาทให้แก่จำเลยที่ 3 โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องขอให้เพิกถอนหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่พิพาทและการจดทะเบียนชื่อขายระหว่างจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 3”

จากแนวคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว ตามบรรพ 5 พ.ศ. 2519 สามีภริยาจึงสามารถตกลงแบ่งแยกสินสมรสระหว่างกันได้ ซึ่งจะมีผลให้ทรัพย์สินที่ตกลงแบ่งแยกนั้นพ้นจากการเป็นสินสมรสและกลายเป็นสินส่วนตัวของแต่ละฝ่าย

แม้ว่าคำพิพากษาฎีกาที่ 79/ 2519 จะมีได้วินิจฉัยไปถึงว่า ข้อตกลงแบ่งแยกสินสมรสของสามีภริยาเป็นสัญญาระหว่างสมรสหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับคำพิพากษาฎีกาที่ 890/2517 ซึ่งวินิจฉัยถึงสัญญาแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ตามหลักเกณฑ์ของบรรพ 5 พ.ศ. 2478 ว่าไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 1461(เดิม) ตราบใดที่สามีภริยายังไม่ได้บอกล้างย่อมต้องถือว่ายังใช้บังคับได้อยู่เสมอ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าข้อตกลงแบ่งแยกสินสมรสตามบรรพ 5 พ.ศ. 2519 มีลักษณะเป็นสัญญาระหว่างสมรสเกี่ยวกับทรัพย์สินของสามีภริยาตามมาตรา 1469

สำหรับการทำทณฑ์บนเรื่องความประพฤติระหว่างสามีภริยา ที่เคยบัญญัติไว้ในบรรพ 5 พ.ศ. 2478 นั้น ในบรรพ 5 นี้ ก็ยังคงบัญญัติไว้เช่นเดิมในมาตรา 1516(8) ในเรื่องเหตุฟ้องหย่า โดยยังคงกำหนดให้ทณฑ์บนระหว่างสามีภริยาจะต้องทำเป็นหนังสือ และจะต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับความประพฤติเท่านั้น แต่บรรพ 5 พ.ศ. 2519 กำหนดให้ สัญญาระหว่างสมรสตามมาตรา 1469 ต้องเป็นสัญญาในเรื่องทรัพย์สินเท่านั้น จึงมีปัญหว่าทณฑ์บนเรื่องความประพฤติจะถือเป็นสัญญาระหว่างสมรสตามมาตรา 1469 ที่สามีภริยาสามารถบอกล้างได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในบทที่ 3 ต่อไป

2.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2533

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2533 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 มีการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งหมด 77 มาตรา มีทั้งที่เป็นการแก้ไขหลักการสำคัญ แก้ไขหลักการเล็กน้อย และแก้ไขถ้อยคำให้ชัดเจนยิ่งขึ้น⁵⁶

ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาตามบรรพ 5 พ.ศ. 2533 ในหลักการสำคัญยังคงบัญญัติเช่นเดียวกับกฎหมายเดิม โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่วิกลจริตตามมาตรา 1464 และบัญญัติมาตรา 1464/1 เพิ่มเติมขึ้นมา⁵⁷ ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา บรรพ 5 พ.ศ. 2533 ยังคงกำหนดให้แบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาออกเป็น 2 ประเภท คือ สิ้นส่วนตัวและสิ้นสมรส โดยกำหนดให้สิ้นส่วนตัวของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายนั้นมีอำนาจจัดการ(มาตรา 1473) ในส่วนการจัดการสิ้นสมรสได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยกำหนดให้สามีภริยาต้องจัดการสิ้นสมรสร่วมกันเฉพาะในกรณีสำคัญๆ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 1476 (1)-(8) เช่น ขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าซื้อสิ้นสมรสที่เป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้ ให้กู้ยืมเงินสิ้นสมรส ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นสิ้นสมรสเกิน 3 ปี เป็นต้น ซึ่งนอกจากการจัดการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1476 สามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจจัดการสิ้นสมรสได้โดยลำพัง แต่หากสามีหรือภริยาจัดการสิ้นสมรสจนเกิดความเสียหายถึงขนาด อีกฝ่ายอาจร้องขอให้ศาลสั่งห้ามมิให้กระทำการนั้นได้(มาตรา 1483)

บรรพ 5 พ.ศ. 2533 กำหนดหลักเกณฑ์ของสัญญาระหว่างสมรสไว้ในมาตรา 1469 โดยมีได้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเดิมในบรรพ 5 พ.ศ.2519 แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ต่างๆ จึงเหมือนเช่นที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเดิม กล่าวคือ สัญญาระหว่างสมรสตามมาตรา 1469 จะต้องเป็นสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินเท่านั้น โดยสามีภริยาสามารถตกลงทำสัญญาระหว่างสมรสในเรื่องทรัพย์สินระหว่างกันได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา แต่ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาดังกล่าวกฎหมายมิได้กำหนดแบบเอาไว้ แต่ใน

⁵⁶ ประสพสุข บุญเดช , อ่างแล้ว เชียงอรุณที่ 26 ,น. 8

⁵⁷ กำชัย จงจักรพันธ์ , รายงานวิจัยเสริมหลักสูตร เรื่อง กฎหมายครอบครัว พ.ศ. 2519 : กฎหมายครอบครัว พ.ศ. 2533 , (กรุงเทพมหานคร:คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2533), น. 29

กรณีที่เป็นสัญญาในเรื่องที่กฎหมายกำหนดแบบไว้เป็นการเฉพาะก็จะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด สามีหรือภริยาสามารถบอกล้างสัญญาระหว่างสมรสได้เสมอในระหว่างที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่และภายในกำหนด 1 ปี นับแต่การสมรสสิ้นสุดลง การบอกล้างสามารถทำได้ทั้งด้วยวาจาเป็นหนังสือ หรือการแสดงให้เห็นปรากฏว่าไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญานั้นอีกต่อไป เนื่องจากกฎหมายมิได้กำหนดแบบของการบอกล้างเอาไว้ แต่การบอกล้างสัญญาระหว่างสมรสย่อมไม่กระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริต

สำหรับการทำสัญญาระหว่างสมรสเพื่อตกลงเกี่ยวกับอำนาจในการจัดการสินสมรสของสามีภริยา บรรพ 5 พ.ศ. 2533 ได้ตัดข้อความเกี่ยวกับสัญญาก่อนสมรสและสัญญาระหว่างสมรสออกจากบทบัญญัติในมาตรา 1482 และ 1483 เนื่องจากตามหลักการของบรรพ 5 ที่แก้ไขใหม่นี้ สามีภริยามีอำนาจจัดการสินสมรสได้โดยลำพังอยู่แล้ว ซึ่งทำให้ในบรรพ 5 พ.ศ. 2533 มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงสัญญาระหว่างสมรสอยู่เพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 1469

นอกจากสัญญาระหว่างสมรสเกี่ยวกับทรัพย์สินตามมาตรา 1469 ในบรรพ 5 พ.ศ. 2533 สามีภริยายังสามารถทำข้อตกลงระหว่างสมรสในเรื่องอื่นๆ ได้ เช่น ข้อตกลงระหว่างสมรสกำหนดทัศนคติบนเรื่องความประพฤติ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 1516(8) โดยยังคงหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับกฎหมายเดิม กล่าวคือ สามีภริยาต้องทำทัศนคติบนเป็นหนังสือ และหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดทัศนคติบนที่ให้ไว้ อีกฝ่ายใช้เป็นเหตุฟ้องหย่าได้ นอกจากนี้ในเรื่องความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างสามีภริยาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา หากสามีภริยามีเหตุทำให้ไม่สามารถอยู่ร่วมกันได้ ก็สามารถทำข้อตกลงแยกกันอยู่ได้ และเนื่องจากกฎหมายมิได้กำหนดแบบไว้ สามีภริยาจึงอาจทำข้อตกลงแยกกันอยู่ด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ โดยอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของนิติกรรมสัญญา และตามบทบัญญัติในมาตรา 1516(4/2) ได้กำหนดให้สามีภริยาที่สมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกิน 3 ปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ ซึ่งเป็นหลักการใหม่ที่บัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกในบรรพ 5 พ.ศ. 2533 นี้และเป็นผลอย่างหนึ่งของข้อตกลงระหว่างสมรสเพื่อแยกกันอยู่โดยสมัครใจ ซึ่งรายละเอียดในเรื่องต่างๆ ดังกล่าว ผู้เขียนจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทที่ 3 ต่อไป

