

บทที่ 2

แนวคิดและวิวัฒนาการในเรื่องการหย่าและเหตุฟ้องหย่า

ในอดีตความสัมพันธ์ของชายและหญิงในทางกฎหมายยังไม่มีความซับซ้อนและไม่มีสิ่งใดรองรับเหมือนดังเช่นปัจจุบันที่ได้มีกฎหมายกำหนดความผูกพันกันระหว่างชายและหญิงโดยเรียกว่า “การสมรส” ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ความสัมพันธ์ต่อกันอย่างมากไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงเองหรือความสัมพันธ์ต่อบุคคลภายนอก อย่างไรก็ตามการสมรสอาจสิ้นสุดลงได้เช่นกันไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม เมื่อไม่สามารถที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป โดยกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ เพื่อที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการอยู่ร่วมกันของชายและหญิงต้องทนทุกข์ทรมาน ทั้งนี้ได้กำหนดวิธีการไว้ โดยเรียกว่า “การหย่า” และสามารถแบ่งระบบการหย่าได้ดังนี้

2.1 ทฤษฎีระบบการหย่า

ในปัจจุบันสามารถกำหนดระบบการหย่าโดยทั่วไปออกได้เป็น 3 ระบบด้วยกัน คือ

2.1.1 การหย่าที่ไม่มีคู่สมรสฝ่ายใดกระทำผิดต่อหน้าที่สามีภรรยา (Mutual consent)

เหตุหย่าที่ไม่มีคู่สมรสฝ่ายใดกระทำผิดต่อหน้าที่สามีภรรยา แต่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายยินยอมหย่าขาดจากกันเอง โดยไม่ต้องมีเหตุผลใดๆ เพราะถือว่าการสมรสเป็นสัญญาทางแพ่งเมื่อคู่สมรสทั้งสองฝ่ายประสงค์จะเลิกสัญญาก็ย่อมมีสิทธิที่จะกระทำได้

2.1.2 การหย่าที่เป็นการลงโทษคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่กระทำผิดต่อหน้าที่สามีภรรยา (The fault theory)

การหย่าที่เป็นการลงโทษคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่กระทำผิดต่อหน้าที่สามีภรรยา คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจึงมีสิทธิถือเป็นข้ออ้างในการฟ้องหย่าได้ เช่น การมีชู้ การทารุณโหดร้าย การทำร้ายร่างกาย เป็นต้น

2.1.3 การหย่าที่เป็นมาตรการแก้ไขชีวิตสมรสที่แตกสลายไปแล้ว (The irretrievably broken down of marriage หรือ The no-fault theory)

ซึ่งคู่สมรสฝ่ายที่ถูกฟ้องหย่ามิได้กระทำผิดอย่างใด แต่กฎหมายเปิดโอกาสให้คู่สมรสที่ฟ้องหย่าไปเริ่มต้นชีวิตใหม่กับคนอื่น เหตุที่การสมรสแตกสลายลงแล้ว อาทิเช่น การเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง การมีสภาพร่างกายไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาล เป็นต้น¹

2.2 วิวัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าในต่างประเทศ

2.2.1 ยุคกฎหมายบาบิโลน

ในสมัยพระเจ้าฮัมมูราบี ได้จัดทำประมวลกฎหมายขึ้นฉบับหนึ่งเรียกว่า “ประมวลกฎหมายฮัมมูราบี” ซึ่งถือว่าเป็นประมวลกฎหมายที่มีความเก่าแก่ที่สุด ซึ่งในกฎหมายฉบับดังกล่าวมีการกล่าวถึงเรื่องครอบครัวว่า การสมรสระหว่างชายและหญิงเป็นไปในลักษณะคล้ายกับการซื้อขาย โดยบิดามารดาทั้งสองฝ่ายเป็นผู้จัดการโดยตลอด ซึ่งบิดาหญิงอาจนำหญิงขึ้นขายในที่สาธารณะเพื่อให้ผู้ซื้อทำการสมรสด้วย แต่จะไม่มี การสมรสหากไม่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร² และในกรณีนี้ฝ่ายชายจะต้องมอบเงินจำนวนหนึ่งให้แก่ฝ่ายหญิง ส่วนฝ่ายหญิงจะมอบเงินทุนให้แก่เครื่องประดับหรือทรัพย์สินเงินทองให้แก่หญิง และเงินทุนนี้จะตกเป็นของบุตรของหญิง ถ้าไม่มีบุตร เงินทุนดังกล่าวจะถูกส่งกลับคืนให้กับครอบครัวเดิม³ สำหรับการขาดจากการสมรสก็กระทำได้ง่าย ถ้าสามีต้องการที่จะหย่าขาดจากภริยา สามารถทำได้โดยต้องมอบเงินทุนคืนให้แก่ภริยาไป และให้ภริยาเป็นผู้ดูแลบุตรโดยสามีเป็นผู้จ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู แต่ถ้าภริยา

¹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550), น.355-356.

² กำธร กำประเสริฐ, ประวัติศาสตร์กฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ทริคการพิมพ์, 2518), น.5.

³ อุกฤษ มงคลนาวิน, ประวัติศาสตร์กฎหมายสากล, (กรุงเทพมหานคร: บพิธการพิมพ์, 2513), น.4-5.

ประพัตติชั่ว นอกจากสามีจะมีสิทธิหย่าได้แล้ว ยังมีสิทธิที่จะปกครองบุตร อีกทั้งไม่ต้องคืนเงินทุนให้กับภรรยา และยังสามารถเลี้ยงดูภรรยาไว้ในฐานะทาสได้อีกด้วย ส่วนภรียาก็อาจจะฟ้องหย่าสามีได้ ถ้าสามีโหดร้ายหรือทอดทิ้งภรรยา

2.2.2 ยุคกฎหมายยิว

ถัดจากยุคกฎหมายของชาวบาบิโลน ก็เข้าสู่ยุคกฎหมายของชาวยิว ภายใต้กฎหมายยิวนี้ ได้ยึดถือลัทธิการมีหลายเมีย "Polygamy" โดยสังเกตได้จากในคัมภีร์ไบเบิ้ล จะเห็นว่าอับราฮัมผู้นำชาวยิวและทายาทของเขามีภรรยาหลายคน ซึ่งในคัมภีร์กุรอ่าน (Koran) ที่มีต้นกำเนิดร่วมสมัยเดียวกับพวกชาวยิว และเป็นที่เคารพนับถือของชาวมุสลิมนั้นก็ได้อนุญาตให้สามีมีภรรยาได้ถึง 4 คน ซึ่งตรงกันกับการปฏิบัติของศาสนาของชาวยิว

ภายใต้กฎหมายของชาวยิวในเรื่องการหย่านั้น ในยุคดังกล่าวถือหลักว่าการสมรสนั้นไม่อาจถูกล้มล้างได้ (The indissolubility of marriage) แต่ก็ยังมีข้อยกเว้นบางประการ กล่าวคือ ถ้าสามีได้พบว่าภรรยาของเขาไม่ใช่หญิงสาวบริสุทธิ์ เขาสามารถที่จะเขียนจดหมายไม่ยอมรับ (a letter of repudiation) ส่งไปยังภรรยา และให้ภรรยาออกจากบ้านของเขาไปได้ ซึ่งเมื่อนั้นภรียาก็จะมีอิสระที่จะสามารถแต่งงานกับชายอื่นได้ การไม่ยอมรับนี้ ไม่ถือว่าขัดกับหลักการสมรสที่ไม่อาจล้มล้างได้แต่อย่างใด⁴

2.2.3 ยุคกรีก

ในยุคแรกของกรีก ยุคของพระเจ้าโซลอน (Solon) สิทธิการไม่ยอมรับดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ซึ่งเดิมเป็นสิทธิของฝ่ายสามีเท่านั้น ได้กลายมาเป็นสิทธิของทั้งสองฝ่าย คือ ในขณะที่สามีสามารถใช้สิทธิไม่ยอมรับได้โดยลำพังฝ่ายเดียวนั้น ภรียาก็สามารถใช้สิทธิขอหย่าได้โดยลำพังได้เช่นเดียวกัน โดยวิธีเสนอต่อพนักงานผู้ปกครอง (Magistrate)

⁴ Tolentino, Civil Code of Phillippines, Vo I, (Quezom City: Central Law Book Publishing Co., 1968), p. 279.

ส่วนกฎหมายในกรุงสปาร์ต้า (Sparta) ซึ่งอยู่ในยุคเดียวกันกับกรุงเอเธนส์ของกรีก ถ้าทั้งสามีและภริยาเป็นหมัน และไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ (reproduction) ชายหรือหญิงสามารถเอาคนอื่นมาแทนโดยการร้องขอของคู่สมรสฝ่ายที่ไม่เป็นหมัน⁵

2.2.4 ยุคโรมัน

ตามกฎหมายสมัยโรมันนั้น การหย่า คำตามภาษาลาติน (DIVORTIUM) ไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยปราศจากเหตุฟ้องหย่า⁶ การบอกเลิกการสมรสฝ่ายเดียวที่เรียกว่า repudium นั้น จะต้องมิเหตุให้หย่าที่เป็นธรรม กฎหมายโรมันจึงจะอนุญาตให้หย่าได้ การบอกเลิกการสมรสฝ่ายเดียวโดยปราศจากเหตุที่เรียกว่า repudium นั้น จะมีบทลงโทษตามมาคือการต้องสูญเสียทรัพย์สินที่ภริยามืออยู่เดิมในขณะทำการสมรสไป (Dowry) และฝ่ายชายก็จะสูญเสียทรัพย์สินของตนหนึ่งในสาม นอกจากนี้ฝ่ายที่บอกเลิกการสมรสฝ่ายเดียวโดยปราศจากเหตุดังกล่าวนั้นยังถูกปรับโทษอีกด้วย⁷ ฉะนั้นแม้กฎหมายโรมันจะยอมรับว่าคู่สมรสสามารถฟ้องหย่าได้แต่คู่สมรสจะต้องสามารถพิสูจน์เหตุหย่าตามที่กฎหมายโรมันกำหนดไว้ให้ด้วยว่ามีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ อย่างไรก็ตาม เหตุหย่าตามกฎหมายโรมันมีไม่มากนักเนื่องจากกฎหมายโรมันเปิดโอกาสให้หย่ากันได้ง่ายโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย โดยนักนิติศาสตร์เห็นพ้องต้องกันว่า กฎหมายโรมันเรื่องหย่านั้นค่อนข้างจะเสรีนิยม คู่สมรสจะหย่าเมื่อใดก็ได้หากคู่สมรสต้องการหย่า กล่าวโดยสรุปแล้วกฎหมายโรมันรับรองเหตุหย่าทั้งคู่สมรสที่มีความผิดและไม่มีความผิด⁸ เหตุหย่าตามกฎหมายโรมันได้แก่

⁵ *Ibid.*

⁶ Treggiari, Roman Marriage, (Great Britain: Clarendon Press, 993), p. 461.

⁷ Thomas, Textbook of Roman Law, (U.S.A. North-Holland Publishing Company, 1976), pp.426-427.

⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เหตุฟ้องหย่า: การศึกษาเปรียบเทียบในเชิงนิติศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.19.

(1) การกระทำซ้ำ

ในระยะเริ่มแรกกฎหมายโรมันอนุญาตให้มีการหย่าได้หากภริยากระทำซ้ำ อีกทั้งกฎหมายโรมันยังกำหนดหลักเกณฑ์ไว้มากกว่านั้นอีก คือ แม้เพียงแต่มีความสงสัยว่ามี การกระทำซ้ำ และสามารถพิสูจน์ได้จริงก็เป็นเหตุผลสำหรับการฟ้องหย่าได้

(2) การไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้

กฎหมายโรมันอนุญาตให้คู่สมรสไม่ว่าจะเป็นสามีหรือฝ่ายภริยาฟ้องหย่าได้ในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ เช่น เมื่อภริยาไม่สามารถให้กำเนิดบุตรหรือเป็นหมัน ฝ่ายสามีอาจใช้สิทธิฟ้องหย่าได้ ในทำนองกลับกัน ฝ่ายภริยาอาจฟ้องหย่าสามีหากว่าภายหลัง 5 ปี นับจากเวลาสมรสฝ่ายภริยาไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้ อย่างไรก็ตาม ความไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้มักจะเป็นเหตุผลที่ดีเพียงพอที่จะเป็นข้ออ้างสำหรับการหย่าโดยความยินยอม

(3) ความประพฤติที่ไม่เหมาะสมเกี่ยวกับคู่สมรส

กฎหมายโรมันเปิดโอกาสให้กับคู่สมรสมากพอสมควรที่จะให้คู่สมรสอ้างเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ หากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีความประพฤติที่ไม่เหมาะสมหรือประพฤติน่าเสื่อมเสีย ยกตัวอย่างเช่น การมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่เหมาะสมที่โดยปกติแล้วฝ่ายหญิงมักอ้างเป็นเหตุหย่าหรือความผิดเล็กๆ น้อยๆ ฝ่ายหญิงสามารถใช้เป็นเหตุหย่าได้เช่นกัน นอกจากนี้แล้วความประพฤติที่น่าเสื่อมเสียทั้งหลาย เช่น การเขียนตีด้วยความโกรธก็ตี สามีกระทำซ้ำกับหญิงที่สมรสแล้วก็ตีการกระทำเหล่านี้ล้วนเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายโรมันจะเปิดโอกาสให้คู่สมรสมีสิทธิในการฟ้องหย่ามากก็ตาม แต่การฟ้องหย่าฝ่ายเดียวโดยอ้างความขัดแย้ง เล็กๆ น้อยๆ ภายในครอบครัวที่เรียกว่า “Incompatibility” ก็เป็นที่ยอมรับน้อยมากในกฎหมายโรมัน แต่แม้คู่สมรสอ้างเป็นเหตุฟ้องหย่ามิได้คู่สมรสก็อาจตกลงหย่ากันด้วยความยินยอมทั้งสองฝ่ายได้

2.2.5 ยุคพระเจ้าจัสติเนียน

เป็นช่วงระยะเวลาที่คริสต์ศาสนาได้เกิดขึ้น และเวลานั้นการหย่าที่เกิดจากความยินยอมซึ่งกันและกันได้ถูกใช้ไปในทางที่ผิด และปรากฏอยู่บ่อยๆ ว่า หญิงบางคนได้แต่งงานถึง 8 ครั้ง ในระยะเวลาเพียง 5 ปี ดังนั้น ในสมัยของพระเจ้าจัสติเนียนจึงได้ยกเลิกการหย่าโดย

ความยินยอมเสียและได้ระบุเงื่อนไขใหม่ในการหย่าไว้ในประมวลกฎหมายพระเจ้าจัสติเนียน (The Justinian Code) ⁹ โดยได้กำหนดให้สามีสามารถขอหย่าได้ด้วยข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

(1) ภริยาได้ทราบถึงแผนการลับในการล้มล้างรัฐบาลแต่ไม่บอกกล่าวให้สามีทราบถึงแผนการดังกล่าว

(2) ภริยาได้กระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยา

(3) ภริยากระทำชู้

(4) ภริยาได้อาบน้ำกับชายอื่น หรือไปงานเลี้ยง ละครสต์ว์ โรงละคร และสถานที่อื่นใด อันเป็นการขัดต่อความประสงค์ของสามี

(5) ภริยาได้จากบ้านที่อยู่ร่วมกันไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจากสามี

สำหรับกรณีของภริยาสามารถขอหย่าด้วยข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

(1) สามีมีส่วนเกี่ยวข้องกับก่อกบฏ (Treason)

(2) สามีพยายามฆ่าภริยา หรือทราบว่าจะมีบุคคลอื่นมาปองร้ายภริยาแต่ไม่เตือนให้ภริยาทราบถึงพฤติกรรมดังกล่าว

(3) สามีอยู่กับหญิงอื่นเป็นประจำหรือส่งภริยาไปให้รวมประเวณีกับชายอื่น

(4) สามีได้กล่าวหาว่าฝ่ายหญิงกระทำชู้แต่ต้องแพ้คดีเพราะไม่สามารถพิสูจน์การกระทำชู้ของภริยาได้

(5) สามีให้การดูแลหญิงอื่นในบ้านของภริยา หรือสามีอยู่กับหญิงอื่นเป็นประจำและปฏิเสธที่จะยุติพฤติกรรมดังกล่าว ภายหลังจากที่ญาติของฝ่ายหญิงหรือบุคคลที่มีความน่าเชื่อถือได้ว่ากล่าวตักเตือนแล้ว¹⁰

2.2.6 ยุคศาสนจักร

ต่อมาเมื่ออาณาจักรโรมันล่มสลายลงก็เข้าสู่ยุคกลาง และนับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา ศาสนาคริสต์ก็เริ่มมีอิทธิพลครอบงำไปทั่วยุโรปและรวมถึงบริเตนใหญ่ด้วย ศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกได้เข้ามามีบทบาทในทุกๆ เรื่อง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการเมืองการปกครอง ชีวิตความ

⁹ Tolentino, *supra* note 4, p.280.

¹⁰ James C.Thompson, "Women in the ancient world," <[http:// www.womenintheancientworld.com/justinian's%20law.htm](http://www.womenintheancientworld.com/justinian's%20law.htm)>, (November 2005).

เป็นอยู่ วัฒนธรรม ศิลปะ ซึ่งรวมถึงเหตุฟ้องหย่าด้วย โดยได้มีการตรากฎหมายศาสนา (Canon Law) ขึ้น ซึ่งกฎหมายดังกล่าวจะไม่ยอมให้คู่สมรสหย่ากันเองได้โดยความสมัครใจหรือฟ้องหย่า เนื่องจากการสมรสเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของพระเจ้าเป็นเจ้าเพราะต้องมีการเข้าพิธีกรรมทางศาสนา มิใช่เป็นเรื่องของคนเพียงสองคน¹¹ การสมรสจึงเป็นสายสัมพันธ์ที่ไม่อาจจะทำลายลงได้ ทั้งคู่จะต้องเป็นสามีภริยาจนกว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายจากกันไปแม้กระทั่ง “การกระทำชู้” ก็ไม่สามารถยกขึ้นอ้างเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ แต่ให้สิทธิคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งอ้างเป็นเหตุให้แยกกันอยู่ที่เรียกว่า “divorce a mensa et thoro” เท่านั้น ต่อมาข้อกำหนดดังกล่าวก็ได้มีการผ่อนปรนลงโดยให้คู่สมรสอ้าง “การกระทำชู้” เพื่อเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ เพราะถือว่าคู่สมรสกระทำชู้มีความผิด (Fault) ต่อมาภายหลังในราวปลายศตวรรษที่ 15 ได้เกิดขบวนการที่สำคัญขึ้นคือ การฟื้นฟูศิลปวิทยาการ และการปฏิรูปศาสนา อันนำไปสู่ความคิดแบบเสรีนิยม ซึ่งต่อมาได้มีอิทธิพลต่อศาสนาคริสต์และลดความเข้มงวดของเหตุฟ้องหย่าลง โดยยอมรับว่าแม้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่มี ความผิดเลยก็ตามแต่หากยังคงอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยากันต่อไปแล้วคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งอาจไม่มีความสุขก็สามารถฟ้องหย่าได้ ยกตัวอย่างเช่น คู่สมรสวิกิลจรีตจนกระทั่งส่งผลต่อความสัมพันธ์ฉันสามีภริยา คู่สมรสเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง คู่สมรสไม่อาจร่วมประเวณีได้ เป็นต้น จากการศึกษาประวัติเรื่องเหตุฟ้องหย่าของยุโรปจะเห็นได้ว่ามีพัฒนาการโดยเริ่มจากการคำนึงถึงความผิดของคู่สมรสเป็นสำคัญ และจึงพัฒนาการต่อมาโดยคำนึงถึงความสุขของคู่สมรส แม้คู่สมรสเหล่านั้นจะมีได้กระทำความผิด แต่มีเหตุอันควรที่ไม่สามารถอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้¹²

2.3 วิวัฒนาการกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการหย่าตามกฎหมายของไทย

2.3.1 สมัยกรุงสุโขทัย

ในสมัยสุโขทัยเป็นที่ทราบกันดีว่าศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงนักรกฎหมายถือเป็นกฎหมายเล่มแรกของไทย โดยเรียกกฎหมายที่จารึกไว้ในหลักศิลาจารึกนี้ว่า “กฎหมายสี่บท” ซึ่งประกอบด้วย บทมรดก ที่ดิน พิจารณาความ และบทฎีกา แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการหย่านี้ยังไม่ปรากฏอยู่ในหลักศิลานี้แต่อย่างใด

¹¹ Tolentino, *supra note* 4, p.280.

¹² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิชย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8*, น.44-45.

ต่อมาในยุคสมัยเดียวกัน ชาวไทยอีกพวกหนึ่ง(ล้านนา)กลับมีกฎหมายที่กล่าวถึงการหย่านี้ นั่นคือกฎหมายพระเจ้ามังรายศาสตร์ ซึ่งได้เป็นผู้สร้างเมืองเชียงใหม่ กฎหมายฉบับนี้ได้แสดงให้เห็นว่า ในสมัยนั้นการหย่าได้กำหนดให้มี 2 วิธี เช่นเดียวกับกฎหมายในยุคปัจจุบัน โดยมีทั้งการหย่าที่เกิดจากความยินยอม และการหย่าที่ต้องอาศัยเหตุหย่า ซึ่งการหย่าที่ต้องอาศัยเหตุหย่ามีอยู่สองเรื่องด้วยกันคือ การทำร้ายร่างกาย¹³ และการละทิ้งร้าง¹⁴ เช่น สามี ทิ้งร้างภรรยาไปสามปีติดต่อกัน หรือกรณีสามีหนีราชการ ถ้าราชการเสียหายด้วยแล้ว เจ้าขุน(เจ้าเมือง)ให้หญิงแต่งงานใหม่กับชายที่ปฏิบัติราชการได้¹⁵

เป็นที่น่าสังเกตว่าเรื่องการละทิ้งร้างถือว่าเป็นเหตุหย่าที่สำคัญอย่างหนึ่งในสมัยนั้น เนื่องจากว่าได้บัญญัติไว้โดยละเอียด โดยจะเห็นได้ว่าการละทิ้งร้างตามกฎหมายดังกล่าวถูกกำหนดให้มีระยะเวลา 3 ปี และมีความเคร่งครัดเรื่องระยะเวลาเป็นอย่างมาก โดยระบุไว้ชัดเจนว่าขาดแม้แต่เพียงวันเดียวก็ไม่ได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการระบุไว้หรือไม่ระบุไว้ความหมายก็ชัดเจนอยู่แล้ว

¹³ กฎหมายพระเจ้ามังรายศาสตร์ มาตราหนึ่ง บัญญัติว่า “หากชายเลวชอบผูกมัดทูปตี ให้หัวแตกบ่าพังโดยไม่สมควร ไม่ชอบใจพอตาแม่ยาย เช่นนี้ถูกด่าข่มขืนฯ ให้โล่มันไป ธิบของมันไว้ทั้งหมด แม้จะทำมาหากินได้มาด้วย ก็ไม่แบ่งให้มันเลย เพราะมันเลวต่อเจ้าที่ให้หย่ากัน เพราะเหตุนี้”

¹⁴ กฎหมายพระเจ้ามังรายศาสตร์ มาตราหนึ่ง บัญญัติว่า “สามีละทิ้งภรรยาไว้ไม่ยอมหย่าเป็นเวลา 3 ปี ให้ตัดสินว่าหย่ากันแล้ว แต่ถ้าไม่ครบ 3 ปี ยังขาดแม้แต่วันเดียว ก็ยังเป็นภรรยาเขาอยู่ จะตัดสินว่าหย่ากันแล้ว ยังมีได้ พอครบ 3 ปี ให้ตัดสินว่าหย่าขาดกัน ให้หญิงคืนค่าตัวให้ตามที่ตกลง(ไว้เดิม) นั้นเถิด”

¹⁵ กฎหมายพระเจ้ามังรายศาสตร์ มาตราหนึ่ง บัญญัติว่า “ชายไปอยู่กินกับไพร่เมืองชายนั้นไม่สามารถทนรับราชการได้ จึงได้ละทิ้งลูกเมียไปหนึ่งปี ให้หญิงแต่งงานใหม่กับชายที่รับราชการได้ ถ้าชายคนเดิมกลับมาจะว่าอะไรก็ได้เพียงแต่ให้คืนข้าวของเงินทองที่นำมาใช้การแต่งงานนั้น แต่ถ้าหญิงแต่งงานใหม่ก่อนครบกำหนดให้ใช้เงินหนึ่งในสามค่าของหญิงให้กับผัวเก่า และให้คืนข้าวของที่นำมาใช้ในการแต่งงานด้วยหากชายหนีไปทำให้เสียราชการเจ้าขุน ให้หญิงแต่งงานใหม่กับชายที่ปฏิบัติราชการได้โดยไม่ต้องเสียค่าอะไร เพียงแต่ให้คืนข้าวของที่ผัวเก่านำมาแต่งงานด้วยเท่านั้น”

2.3.2. สมัยกรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น

กฎหมายลักษณะผัวเมียจัดเป็นหมวดหนึ่งซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานี ในสมัยสมเด็จพระเจ้ารามาธิบดีศรีบรมจักรพรรดิ (พระเจ้าอู่ทอง) โดยได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชกฤษฎีกาไว้ 2 คราว คือเมื่อ พ.ศ.1904 ว่าด้วยการผิดเมีย และต่อมาอีก 1 ปี ได้ออกพระราชบัญญัติเพิ่มเติมว่าด้วยการแบ่งปันสินบริคนระหว่างสามีภริยาเมื่อจะหย่าขาดจากกัน ต่อจากนั้น เมื่อพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชขึ้นครองราชย์ได้นำเอากฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยามาใช้ตัดสินคดีต่อไป จนถึง พ.ศ.2347 จึงได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการชำระกฎหมายทั้งปวงเสียใหม่ให้ถูกต้องเพื่อความเป็นธรรม ซึ่งเหตุที่มีการแก้ไขครั้งนั้นก็สืบเนื่องมาจากเรื่องหย่ากันเอง ปรากฏเนื้อความตามคำปรารภว่า “ศุภมัสดุ 1166 ฯลฯ พระบาทสมเด็จพระบรมราชาธิราชรามาธิบดี ฯลฯ เสด็จออกพระที่นั่งบุษบกมาลามหาจักรพรรดิพิมาน ฯลฯ จึงเจ้าพระยาศรีธรรมราชเดชะชาติอำมาตยานุชิต ๙ กราบบังคมทูลพระกรุณาด้วยข้อความ นายบุญศรี ช่างเหล็กหลวงร้องทุกข์ราชกล่าวโทษพระเกษม นายราชาอรธ ใจความว่า อำแดงป้อมภรรยา นายบุญศรี ฟ้องหย่า นายบุญศรี ไม่หย่า พระเกษมหาพิจารณาตามคำให้การ นายบุญศรี ไม่ พระเกษม พุดจาแผละโลมอำแดงป้อม และพิจารณาไม่เป็นสัจจะไม่เป็นธรรม เข้าด้วยอำแดงป้อม แล้วคิดข้อความมาให้ลูกขุนศาลหลวงปลุกษา หลวงปลุกษาว่าเป็นหญิงหย่าชาย ให้อำแดงป้อมกับนายบุญศรีขาดจากผัวเมียกันตามกฎหมาย จึงทรงพระกรุณาตรัสว่า หญิงนอกใจชายแล้วยังมาฟ้องหย่า ลูกขุนปลุกษาให้หย่ากันนั้นหาเป็นยุติธรรมไม่ จึงมีพระราชโองการตรัสสั่งให้พระคลัง เอากฎหมาย ณ สานหลวงมาสอบกับฉบับหอหลวง ฉบับข้างที่ ได้ความว่า ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชายหย่าได้ จึงมีพระราชโองการดำรัสว่า ฯลฯ พระราชกำหนดพระอัยการนั้นก็พ้นเพื่ออนวิบริตผิดซ้ำต่างกันไปเป็นอันมาก ๙ พาให้เสียความยุติธรรมสำหรับแผ่นดินไปก็มีบ้าง จึงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ชำระพระราชกำหนดบทพระอัยการ...”

ในกฎหมายลักษณะผัวเมียนี้ถือว่าการขาดจากการสมรสอาจจะเป็นไปได้ได้อย่างไรอย่างหนึ่งใน 4 กรณีนี้คือ สามีภริยาตายจากกันไป ตกลงหย่าขาดจากกันเอง ขาดจากกันโดยผลของกฎหมาย มีการฟ้องหย่าและศาลพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน¹⁶ แต่ภริยามีโรคประจำตัว

¹⁶ พระยาพิจารณาปลุกษามาตย์(สุหรัย วัชรราชัย), คำอธิบายลักษณะผัวเมีย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พิศาลบรรณินดี, 2461), น.118.

ไม่สามารถนอนร่วมกับสามีได้ จึงต่างคนต่างอยู่มาประมาณ 30 ปี เพียงเท่านั้น ไม่ถือว่าขาดจากสามีภริยากัน¹⁷

(1) สามีภริยาตายจากกัน ความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาก็สิ้นสุดลง

(2) เมื่อตกลงหย่าขาดจากกันเอง

จะเห็นได้ว่ามีแบบแห่งการหย่า คือต้องทำเป็นหนังสือและต้องทำต่อหน้าผู้เฝ้า ผู้แก่งั้นจะทำด้วยวาจาไม่ได้ แต่หากหย่ากันด้วยวาจาแล้วแยกกันไป ก็จะขาดจากกันได้โดยลักษณะร้างกัน นอกจากนี้จะต้องมีเจตนาที่จะหย่ากันจริง ๆ ด้วย(บทที่ 65,67)

(3) หย่าโดยผลของกฎหมาย

การขาดจากกันในกรณีที่ต้องมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นจึงถือว่าขาดจากกันดังจะเห็นได้จากบทที่ 49-52 เช่น สามีภริยาทะเลาะเบาะแว้งกัน สามีออกจากบ้านไป ถ้าสามีมีได้กลับมาหาหญิงอีก จนพ้นกำหนดเวลา สามีภริยาเป็นอันขาดกันได้ (บทที่ 50) ถ้าสามีส่งทรัพย์มาเยี่ยม ความสัมพันธ์ฉันสามีและภริยายังไม่สิ้นสุดลง (บทที่ 51) ถ้าสามีโกรธภริยา ออกจากบ้านที่อยู่ร่วมกับภริยา และเอาผิดพำพันเสารื้อนห่อเสีย ไปอยู่ที่อื่น หรือถ้าสามีมีสินเดิมและเก็บเอาไปเสียด้วยในเวลาทีออกจากบ้านไป สามีภริยาก็เป็นอันขาดจากกันตั้งแต่วันนั้นเลย (บทที่ 52) ในเรื่องสามีภริยาทั้งร้างกันนั้น ถ้าการจากไปอยู่ที่อื่นนั้น หากสามีภริยามีทรัพย์บริคณห์ปนกันอยู่ และสามีไม่ได้เก็บเอาไปด้วยแล้ว สามีภริยาก็ยังไม่สิ้นสุดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยา กับชนิดที่พ้นระยะเวลาอันระบุไว้ในกฎหมายจึงถือว่าขาดจากกัน (บทที่ 62) สามีไปค้าขายตามจังหวัดหัวเมืองในราชอาณาจักร ไม่ฝากของและไม่แจ้งข่าวบอกทุกข์สุขมาให้ภริยาได้ทราบบ้าง จากไปพ้นกำหนดหนึ่งปี ความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาเป็นอันสิ้นสุดลง หรือสามีฝากของมา และแจ้งข่าวให้ได้ทราบ ถ้าสามียังไม่กลับมาเมื่อพ้นกำหนดสามปี ความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาก็เป็นอันสิ้นสุดลงในกรณีสามีไปค้าขายนอกราชอาณาจักรไปเชียงใหม่ไปพังงา(ในบทนี้มีว่าไปเชียงใหม่ ไปพังงาในสมัยก่อนการเดินทางยังไม่สะดวกเหมือนเช่นปัจจุบัน เชียงใหม่และพังงาจึงถือว่าระยะทางไกลมากเปรียบเสมือนไปนอกราชอาณาจักรเช่นกัน) ไปพ้นกำหนดสามปีแล้วไม่กลับมา ความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาก็เป็นอันสิ้นสุดลง ถ้าภริยาทราบข่าวว่าสามีถูกสลัดจับไป หรือเรือไปถูกพายุในทะเลอัปปาง หรือถูกจับเป็นเชลย พ้นกำหนดระยะเวลาเจ็ดปีสามียังไม่กลับมา ความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาก็เป็นอันสิ้นสุดลง อย่างไรก็ตามการขาดจากกันในกรณีนี้มักจะเป็นเรื่องการร้างกัน

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2485

(4) การฟ้องหย่า

กรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดโดยชัดแจ้งให้ขาดจากกัน เหมือนอย่างกรณีที่ได้กล่าวแล้วนั้น เพียงแต่กล่าวไว้แต่เพียงว่า ให้จับมันไปเสีย ซึ่งจะเห็นได้ว่าถ้าเขายอมไปก็ไม่มีปัญหา แต่ถ้าเขาไม่ยอมไป ยังอ้างสิทธิเป็นัวเมียกันอยู่ก็จำต้องฟ้องศาล แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายบางบทก็อาจมีบัญญัติไว้ทั้งการหย่าโดยผลของกฎหมายและให้สามารถฟ้องหย่าได้ด้วย(บทที่ 108) การฟ้องหย่า อาจแบ่งได้ เป็น 4 กรณี

(1) สามีไม่ได้เลี้ยงภริยาด้วยความเป็นธรรม(บทที่ 70) ยักย้ายทรัพย์สินสมรสไปเป็นของตนหรือเครือญาติ(บทที่ 55)

การเลี้ยงภริยาไม่เป็นธรรม ภายหลังได้ขยายออกไปอีกมากเช่น ัวเมียกันมีบุตรหลายคน ัวไปมีเมียใหม่ เมียเดิมและเมียใหม่หึงหวงกัน ัวออกกวาจาจับไล่เมียเดิม และทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินสมบัติให้แก่เมียใหม่และบุตรของเมียใหม่ ถือว่าัวเลี้ยงเมียไม่เป็นธรรม เมียเดิมฟ้องหย่าได้¹⁸ ัวเมียทะเลาะกัน ัวเก็บทรัพย์สินไปอยู่ที่อื่น และบอกขายเรือนหอให้แก่ผู้ซื้อไปถือว่าเลี้ยงภริยาไม่เป็นธรรมให้หย่าได้¹⁹

(2) ทำร้ายร่างกายภริยาและสบประมาทไม่ยำเกรงพอตาแม่ยายหยาบซ้ำด่าทำร้าย (บทที่ 57 และ 58) และไม่ได้ขอขมาหรือทำผิดทัณฑ์บน (บทที่ 61)

(3) ประพฤติชั่ว

ชายมาสู่ขอหญิงไปเป็นภริยา เมื่อหญิงเป็นภริยาชายแล้ว ต่อมาสามีได้ไปคบหากับคนอื่น ชั่ว ให้บิดามารดาของภริยา จับสามีไปโดยไม่ให้มายุ่งเกี่ยวกับลูกสาวของตนอีกได้ (บทที่ 108)

(4) ผิดสัญญา

ชายใดหลอกหลวงหญิงว่ายังไม่มีการียา หลอกหลวงว่าจะช่วยเหลือทุกข์ยากหญิง จนหญิงยอมเป็นภริยาชาย ปรากฏต่อมาว่าชายมีการียาอยู่แล้ว และชายไม่ช่วยเหลือทุกข์ยากหญิง ถ้าหญิงยังไม่เกิดบุตร หญิงฟ้องหย่าชายได้ ถือเป็นเหตุสมควรให้หย่ากันได้ การที่ชายหลอกหลวงหญิงนั้น โดยแท้จริงชายตั้งใจจะเลี้ยงดูหญิงเป็นภริยาจริง แต่หากชายหลอกหลวงหญิงแล้วไม่เลี้ยงดูหญิงเช่นภริยา เรียกว่ากระทำอนาจารมีความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญาด้วย(บทที่ 112 และ 141)

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 138/2457, 818/2459, 124/2460

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 450/2458, 935/2496, 33/2472

เมื่อพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัยจนถึงกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายครอบครัวไทยมีลักษณะที่ยอมให้สามีภริยาที่ไม่พึงประสงค์จะอยู่ร่วมกันได้มีวิธีการขอลหย่าขาดจากกันได้ ซึ่งเรียกว่าการหย่าโดยความยินยอม นอกจากนี้หากสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ประพฤติตนไม่สมควรที่จะให้อีกฝ่ายหนึ่งอยู่ร่วมเป็นสามีภริยาต่อไป กฎหมายก็ถือว่า การเป็นสามีภริยาลิ้นสุดลง ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งยังอ้างความเป็นสามีภริยากันอยู่ กฎหมายก็ยอมให้มีการยื่นเรื่องราวโดยอ้างข้อเท็จจริงดังกล่าวเพื่อฟ้องหย่าได้

2.3.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว พ.ศ.2478

ในปี พ.ศ.2451 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระกรุณาให้ตั้งคณะกรรมการฝรั่งเศสขึ้นตรวจชำระและยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับประมวลกฎหมาย คณะกรรมการได้ศึกษาหลักกฎหมายไทยในกฎหมายตราสามดวง และในคำพิพากษาศาลฎีกาโดยนำมาเทียบเคียงกับหลักกฎหมายของต่างประเทศ อาทิเช่น อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน สวิส อิตาลี เนเธอร์แลนด์ อเมริกา และญี่ปุ่น โดยพิจารณาคัดเลือกเอาแต่หลักกฎหมายที่ดีและเหมาะสมกับประเทศไทยนำมายกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁰ สำหรับกฎหมายตราสามดวงลักษณะฝั้วเมีย ที่ได้ตรวจชำระใหม่ในสมัยรัชกาลที่ 1 ได้ใช้บังคับมาจนถึง พ.ศ.2477 จึงได้ยกเลิก โดยเหตุที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวนี้ ซึ่งได้เริ่มจัดร่างตั้งแต่ต้น รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว แต่เพิ่งจะสำเร็จในปลายปี พ.ศ.2477 การร่างประมวลกฎหมายบรรพนี้ได้อาศัยกฎหมายเก่าเป็นบรรทัดฐาน แต่กรณีกฎหมายเก่าบัญญัติไว้ไม่เหมาะสมแก่กาลสมัย ก็ได้จัดการแก้ไขให้เข้ากับระบบอารยประเทศ²¹ แต่ปัญหาที่สำคัญที่สุดในการร่างประมวลกฎหมายบรรพนี้ก็คือปัญหาว่า ควรจะอนุญาตให้ชายมีภริยาได้คนเดียวหรือหลายคน ซึ่งได้มีความเห็นเป็นสองฝ่าย คือฝ่ายหนึ่งเห็นว่าในการบัญญัติกฎหมายใหม่นี้ควรจะอนุญาตให้ชายมีภริยาได้คนเดียว ส่วนภริยาน้อยนั้นกฎหมายไม่รับรู้ ถือว่าไม่ใช่ภริยาตามกฎหมาย และขาดสิทธิต่างๆ ที่ภริยาจะพึงได้รับ เช่น การรับมรดกของสามีเป็นต้น แต่ยังคงยอม

²⁰ ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.4.

²¹ สอาด นาวีเจริญ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2517), น.8.

อนุญาตให้บิดามีอำนาจรับรองบุตรอันเกิดจากภริยาน้อยเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายได้ โดยอนุโลมตามหลักกฎหมายต่างประเทศ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นควรให้ชายมีภริยาได้หลายคนเหมือนเดิม โดยเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายให้ขัดกับความรู้สึกของประชาชนทั่วไป และประเพณีอันถือมานานแล้ว ก็น่ากลัวว่ากฎหมายนั้นจะใช้ไม่ได้ผลดี ด้วยความเห็นที่ขัดแย้งกันนี้ จึงทำให้การร่างกฎหมายบรรพนี้ล่าช้า เพราะไม่มีผู้ใดกล้าตัดสินใจให้เด็ดขาดลงไป

ปี พ.ศ. 2476 คณะกรรมาธิการของรัฐบาล ซึ่งมีพระยาศรีธรรมาธิเบศเป็นประธานร่างกฎหมายฉบับนี้ ได้นำปัญหาขึ้นสู่สภาผู้แทนราษฎร จึงได้ตกลงกัน จะยอมให้ชายมีภริยาจดทะเบียนได้เพียงคนเดียวเท่านั้น ซึ่งมีได้หมายความว่าห้ามมิให้มีภริยาได้หลายคน ซึ่งชายอาจมีภริยากี่คนก็ได้ซึ่งกฎหมายไม่ห้าม เป็นแต่กฎหมายรับรู้เพียงคนเดียวเท่านั้นและให้มีสิทธิต่างๆ ตามกฎหมายคือภริยาที่จดทะเบียน²² แต่อย่างไรก็ตาม แม้หลักการใหม่คือการให้สามีมีภริยาได้เพียงคนเดียวได้นำมาใช้บังคับ แต่สำหรับความสัมพันธ์เดิมที่ได้มีอยู่ก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2478 ผู้ร่างก็ได้คำนึงถึงด้วย โดยได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ ให้ใช้บรรพ 5 พ.ศ.2478 มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า“บทบัญญัติแห่งบรรพ 5 นี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการสมรสซึ่งได้มีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้ และทั้งความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกิดแต่การนั้นๆ หรือการใช้อำนาจปกครอง ความปกครอง การอนุบาล การรับบุตรบุญธรรม ซึ่งมิได้อยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้ หรือสิทธิ หรือหนี้อันเกิดแต่การนั้นๆ”

การหย่าเป็นเหตุทำให้การสมรสสิ้นสุดลงอย่างเป็นทางการและในปี พ.ศ.2478 กฎหมายครอบครัวก็ได้กำหนดเหตุฟ้องหย่ารวมไว้ในมาตราเดียว ตามมาตรา 1500 ดังนี้

- (1) ภริยามีสู้ สามีฟ้องหย่าได้
- (2) สามีหรือภริยาประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง หรือทำร้ายร่างกายอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่งถึงบาดเจ็บ หรือหมิ่นประมาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (3) สามีหรือภริยาจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินกว่าหนึ่งปี หรือไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูตามสมควร หรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรง จนอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะอยู่กินเป็นสามีภริยาต่อไป อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

²² ทองเปลว ชลภูมิ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, (พระนคร: โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2478), น.1-5.

(4) สามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกฐานลักทรัพย์ วิ่งราว ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด หรือปลอมแปลง เงินตรา หรือต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดอย่างอื่นเกินกว่าสามปี อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(5) สามีหรือภริยาที่ถูกศาลสั่งว่าเป็นคนสาบสูญ และศาลยังไม่เพิกถอนคำสั่งนั้น อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(6) สามีหรือภริยาที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถเพราะเหตุวิกลจริตตลอดมาเกินสามปีนับแต่วันศาลสั่ง และความวิกลจริตนั้นไม่มีทางที่จะหายได้ ทั้งถึงขีดที่จะอยู่กินเป็นสามี ภริยากันต่อไปอีกไม่ได้แล้ว อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(7) สามีหรือภริยาผิดทัศนคติบนที่ทำให้ไว้เป็นหนังสือในเรื่องความประพฤติอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(8) สามีหรือภริยาเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง อันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งและโรคนี้ไม่มีทางที่จะหายได้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(9) สามีหรือภริยามีอวัยวะส่วนสืบพันธุ์ไม่สมบูรณ์ จนมิสามารถจะอยู่ด้วยกันจนสามี ภริยาได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

ตามบรรพ 5 พ.ศ.2478 นี้ได้นำเอาหลักกฎหมายลักษณะผัวเมียในเรื่องของการสิ้นสุดการสมรสมาบัญญัติไว้ในมาตรา 1500 ด้วย เช่น เหตุฟ้องหย่าในกรณีหญิงมีชู้ การทิ้งร้าง แต่เหตุหย่าบางบทในกฎหมายลักษณะผัวเมียบางเหตุก็ไม่ได้นำมาบัญญัติไว้ในบรรพ 5 พ.ศ.2478 เช่น ชายมีศรัทธาในพระศาสนาไปบวชเป็นพระภิกษุอันเป็นเหตุหย่าได้ตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย แต่ถึงแม้จะไม่ได้นำมาบัญญัติไว้ก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าเหตุดังกล่าวอาจนำมาปรับเข้ากับเหตุหย่ากรณีจิตใจละทิ้งร้างภริยาได้ตาม มาตรา 1500(3)

2.3.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว พ.ศ.2519

สาเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ได้ใช้บังคับมานาน ประกอบกับได้มีการตื่นตัวและเรียกร้องสิทธิความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงจากบรรดาสตรี โดยเฉพาะบัณฑิตสตรีทางกฎหมาย ซึ่งตั้งแต่อยกเล็กกฎหมายลักษณะผัวเมีย และมาใช้ประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ตั้งแต่ปี พ.ศ.2478 สิทธิสตรีก็ยังไม่สมบูรณ์และเสียเปรียบบุรุษอยู่มาก²³ รัฐบาลจึงได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใหม่ เพื่อให้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2517 ซึ่งมาตรา 28 วรรค 2 ได้บัญญัติให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2519 จึงได้พยายามแก้ไขบทบัญญัติต่างๆ ในเรื่องครอบครัวเพื่อให้เกิดเท่าเทียมกันทางกฎหมายมากขึ้นจนได้มีการกำหนดเหตุฟ้องหย่าไว้ดังนี้

มาตรา 1516 เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้

(1) สามีอุปการะเลียงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันทริยาหรือภริยามีชู้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
(2) สามีหรือภริยาประพฤติชั่ว ไม่ว่าจะความประพฤติชั่วนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง

ก.ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง

ข.ได้รับความดูถูกเกลียดชังเพราะเหตุที่คงเป็นสามีหรือภริยาของฝ่ายที่ประพฤติชั่วอยู่ต่อไป หรือ

ค.ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพฐานะ และความ เป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบอีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(3) สามีหรือภริยาทำร้าย หรือทรมานร่างกายหรือจิตใจ หรือหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ ถ้าเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(4) สามีหรือภริยาจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินกว่าหนึ่งปีอีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(5) สามีหรือภริยาถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ หรือไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปี โดยไม่มีใครทราบแน่ว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(6) สามีหรือภริยาไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรหรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

²³ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, “พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5, ” วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ (กันยายน 2524), น.126.

(7) สามีหรือภริยาวิกลจริตตลอดมาเกินสามปี และความวิกลจริตนั้นมี ลักษณะยากจะหายได้ กับทั้งความวิกลจริตถึงขนาดที่จะทนอยู่ร่วมกัน ฉันทสามีภริยาต่อไปไม่ได้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(8) สามีหรือภริยาผิดทนต์บนที่ทำให้ไว้เป็นหนังสือในเรื่องความประพฤติอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(9) สามีหรือภริยาเป็นโรคติดต่อย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่ง และโรคมีลักษณะเรื้อรังไม่มีทางที่จะหายได้ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(10) สามีหรือภริยามีสภาพแห่งกายทำให้สามีหรือภริยานั้น ไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

2.3.5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว พ.ศ.2533

ได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533 โดยได้มีการเพิ่มเติมเหตุหย่าในมาตรา 1516 โดยกำหนดให้การที่สามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกและได้จำคุกเกินหนึ่งปี และการที่สามีหรือภริยาสมัครใจแยกกันอยู่เกินสามปี เป็นเหตุฟ้องหย่าได้ตาม มาตรา 1516(4/1) และ (4/2) ดังนี้

มาตรา 1516 เพิ่มเติมมีดังนี้

.....

(4/1) สามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก และได้ถูกจำคุก เกินหนึ่งปีในความผิดที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิด หรือยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดนั้นด้วย และการเป็นสามีหรือภริยากันต่อไปจะเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(4/2) สามีหรือภริยาสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันทสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดเกินสามปี หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาลเป็นเวลาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

ในปี พ.ศ.2550 ได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) โดยได้มีการเพิ่มเติมเหตุหย่าในมาตรา 1516 (1) โดยนักกฎหมายได้มีการศึกษาถึงบทบัญญัติใดในเรื่องเหตุหย่าที่ยังไม่สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและ

หญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างกันในเรื่องเพศ โดยกำหนดให้สามีและภริยามีสิทธิเท่าเทียมกันในการฟ้องหย่าเพราะประพฤตินอกใจไปร่วมประเวณีกับบุคคลอื่น โดยได้แก้ไขข้อความไว้ดังนี้ คือ

มาตรา 1516 เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้

(1) สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือสามี เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจฉน อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

2.4 เหตุฟ้องหย่าของไทยเมื่อพิจารณาตามหลักความผิดและหลักปราศจากความผิด

หากพิจารณาเหตุฟ้องหย่าของไทยตามที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เปรียบเทียบกับทฤษฎีระบบการหย่าสามารถแยกออกได้ดังนี้

2.4.1 เหตุฟ้องหย่าที่จัดอยู่ในหลักความผิดของคู่สมรส

(1) สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือสามี เป็นชู้หรือมีชู้หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจฉน อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(2) สามีหรือภริยาประพฤติชั่ว ไม่ว่าจะความประพฤติชั่วนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง

(ก) ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง

(ข) ได้รับความดูถูกเกลียดชังเพราะเหตุที่คงเป็นสามีหรือภริยาของฝ่ายที่ประพฤติชั่วอยู่ต่อไป หรือ

(ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือนร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความ เป็นอยู่ร่วมกันฉนสามีภริยามาคำนี้ประกอบ

(3) สามีหรือภริยาทำร้าย หรือทรมาณร่างกายหรือจิตใจ หรือหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ ถ้าเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(4) สามีหรือภริยาจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่ง

(4/1) สามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก และได้ถูกจำคุกเกินหนึ่งปีใน ความผิดที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิด หรือยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจด้วยใน

การกระทำคามผิดนั้น และการเป็นสามีภริยากันต่อไปจะเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร

(6) สามีหรือภริยาไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควร หรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง

(8) สามีหรือภริยาผิดทัณฑ์บนที่ทำให้ไว้เป็นหนังสือเรื่องความประพฤติ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

2.4.2 เหตุฟ้องหย่าที่จัดอยู่ในหลักประมวลจากความผิดของคู่สมรส

(4/2) สามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปีหรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งศาลเป็นเวลาเกินสามปี

(5) สามีหรือภริยาถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ หรือไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปีโดยไม่มีใครทราบแน่ว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร

(7) สามีหรือภริยาวิกลจริตตลอดมาเกินสามปี และความวิกลจริตนั้นมีลักษณะยากจะหายได้ กับทั้งความวิกลจริตถึงขนาดที่จะทนอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาต่อไปไม่ได้

(9) สามีหรือภริยาเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งและโรคนั้นมีลักษณะเรื้อรัง ไม่มีทางที่จะหายขาดได้

(10) สามีหรือภริยามีสภาพแห่งกายทำให้สามีหรือภริยานั้นไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาล

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาวิวัฒนาการทางกฎหมายเรื่องการหย่าทั้งระบบกฎหมายของไทยและต่างประเทศนั้น พบว่าระบบการหย่าได้มีการปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมและสอดคล้องกับยุคสมัยและสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังจะเห็นได้จากระบบการหย่าของต่างประเทศ ในยุคกฎหมายบาบิโลนนั้น การขาดจากการสมรสกระทำได้ง่าย ถ้าสามีต้องการหย่าขาดจากภริยาก็ทำได้โดยเพียงมอบเงินทุนคืนให้แก่ภริยา แต่ต่อมาในยุคกรีก สามีมีสิทธิไม่ยอมรับภริยาที่ไม่ใช่หญิงสาวบริสุทธิ์ ซึ่งเดิมถือเป็นสิทธิของฝ่ายสามีเท่านั้น แต่สิทธิดังกล่าวได้กลายมาเป็นสิทธิที่เท่าเทียมกันของทั้งสองฝ่ายโดยภริยาสามารถใช้สิทธิขอหย่าได้เช่นเดียวกัน ต่อมาในยุคกฎหมายโรมันการหย่าไม่อาจเกิดขึ้นได้ โดยปราศจากเหตุแห่งการหย่า กล่าวคือต้องมีการพิสูจน์เหตุหย่าด้วยว่ามีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ และเปิดโอกาสให้หย่ากันได้โดยง่ายโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย ซึ่งกฎหมายโรมันได้รับรองเหตุหย่าทั้งคู่สมรสที่มีความผิดและปราศจากความผิด แต่ในสมัย

ของพระเจ้าจัสติเนียน ปรากฏว่าการหย่าที่เกิดจากความยินยอมได้ใช้ไปในทางที่ไม่สุจริตมากขึ้น จึงได้มีการยกเลิกการหย่าโดยความยินยอมนั้นเสียและได้ระบุเงื่อนไขของการหย่านั้นไว้ด้วย จนถึงปลายศตวรรษที่ 15 ได้มีการผ่อนคลายความเข้มงวดของเหตุฟ้องหย่า โดยอนุญาตให้คู่สมรสสามารถฟ้องหย่าได้ในกรณีเกิดจากความผิดฐานทำร้ายร่างกาย การหมิ่นประมาท การจงใจละทิ้งร้าง และได้มีการยอมรับหลักการที่ว่าแม้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่มี ความผิด แต่หากอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาต่อไป คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งอาจไม่มีความสุขต้องทนทุกข์ทรมาน กฎหมายก็ได้เปิดโอกาสให้คู่สมรสฝ่ายนั้นฟ้องหย่าได้ แต่อีกฝ่ายจะไม่มี ความผิดเลยก็ตาม ตัวอย่างเช่น คู่สมรส วิกลจริต คู่สมรสเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง เป็นต้น จึงอาจกล่าวได้ว่า เหตุฟ้องหย่าของระบบกฎหมายต่างประเทศมีลักษณะที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานระบบความผิดของคู่สมรสและค่อยๆ มาสู่การ คำนึงถึงความสุขของคู่สมรสแม้คู่สมรสจะไม่มี ความผิด

สำหรับวิวัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าของไทยนั้น ตามกฎหมายลักษณะ ผัวเมียก่อนข้างเคร่งครัด โดยกำหนดให้คู่สมรสจะฟ้องหย่าได้ก็ต่อเมื่อคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กระทำผิดหน้าที่ของสามีภริยาแทบทั้งสิ้น ต่อมาเมื่อในสมัยกรุงศรีอยุธยา และกรุงรัตนโกสินทร์ ตอนต้น ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายทั้งระบบ รวมทั้งได้แก้ไขกฎหมายครอบครัวตามบรรพ 5 โดยเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศ แต่ก็ยังคงคำนึงถึงจารีตประเพณีดั้งเดิมของไทย ประกอบด้วย สำหรับในเรื่องของการหย่าซึ่งเป็นเหตุให้การสมรสสิ้นสุดลงนั้น ได้กำหนดเหตุฟ้อง หย่าไว้ และมีการแก้ไขบทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายครอบครัวเพิ่มเติม โดยคำนึงถึงสิทธิความ เท่าเทียมกันของชายและหญิงมากขึ้น จึงอาจกล่าวได้ว่าเหตุฟ้องหย่าของไทยมีวิวัฒนาการจาก การหย่าที่เกิดจากความผิดเป็นหลัก แต่ต่อมาได้มีการบัญญัติเหตุฟ้องหย่าเพิ่มเติมโดยนำหลัก ปราศจากความผิดของคู่สมรสเข้ามาเป็นเหตุฟ้องหย่าด้วย เช่นเดียวกับเหตุฟ้องหย่าในระบบ กฎหมายครอบครัวของต่างประเทศที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น