

กฎหมายเกี่ยวกับการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสในประเทศไทย

1. กฎหมายตราสามดวง

ก่อนที่จะได้มีการตรากฎหมายตราสามดวงขึ้นนั้น ประเทศไทยในสมัยกรุงสุโขทัยที่มีการรวบรวมชนชาติไทยตั้งตัวเป็นอิสระนั้น กฎหมายครอบครัวของไทยได้รับอิทธิพลโดยตรงจากขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมของอินเดียและโดยทางอ้อมจากชนชาติขอมและมอญ โดยปรากฏในศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงที่ได้จัดทำขึ้นในระหว่างปี พ.ศ. 1828 ถึง พ.ศ. 1835 แสดงว่าระบบครอบครัวเป็นไปอย่างง่าย ๆ เน้นหนักไปทางบิดา มารดา พี่ และน้องมากกว่า การสมรส ไม่มีการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ทรัพย์สินรดกตกทอดแก่บุตร สตรีไม่มีบทบาทในครอบครัวหรือในสังคม บิดามารดาเป็นใหญ่ในครอบครัว¹

ครั้นต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยา ความสัมพันธ์ทางครอบครัวก็ยังคงเป็นไปเช่นเดียวกับสมัยกรุงสุโขทัย แต่เมื่อเมื่อชุมชนขยายตัวมากขึ้น มีความจำเป็นต้องตรากฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวออกมาใช้บังคับ² โดยเป็นกฎหมายที่สืบเนื่องมาจากการอาศัยจารีตประเพณี บังคับและเริ่มมีการตราเป็นกฎหมายเมื่อปี พ.ศ. 1904 ในรัชสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีศรีบรมจักรพรรดิ (พระเจ้าอู่ทอง) โดยบทกฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหาเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเป็นหลักใหญ่ และแสดงฐานะของสามีเป็นหัวหน้าในครอบครัว เป็นผู้มีอำนาจเสร็จเด็ดขาดและคุ้มครองศักดิ์ศรีของสามียิ่งกว่าภริยา เช่น การกระทำที่ถือว่าผิดภริยาผู้อื่น เช่น สามีไม่อยู่ขึ้นไปหาภริยาผู้อื่นถึงในเรือน ไปหาภริยาผู้อื่นในที่ลับ ลักลอบพูดจากับภริยาผู้อื่น หรือไปหาภริยาผู้อื่นถึงในห้องนอน หรือกรณีสามีภริยามีเรื่องราวกัน กฎหมายกลับคุ้มครองสามีโดยถือว่าสามีอยู่ในฐานะที่สูงกว่า เช่น ในกฎหมายลักษณะผัวเมีย มาตรา 60 บัญญัติว่า สามีภริยาอยู่ด้วยกัน ภริยามีความผิด สามีจะปราบปรามตีโบย หูญจะเอาโทษแก่สามีนั้นมิได้

¹ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549), น. 1.

²เพ็ญอ่าง, น.1.

ถ้าภริยาค่าว่าหยาบเข้าแก่สามี ให้ภริยาเอาข้าวตอกดอกไม้ไปขอโทษสามี ตามบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งถึงความไม่เท่าเทียมกันของสามีภริยา³

ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่การตรากฎหมายดังกล่าวนั้นเป็นการนำเอากฎหมายคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของอินเดียผ่านทางมอญมาใช้บังคับ กฎหมายลักษณะผัวเมียในขณะนั้นจึงได้รับอิทธิพลจากศาสนาพราหมณ์และศาสนาฮินดูอยู่มาก ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายยินยอมให้ชายมีภริยาได้หลายคนอันเป็นประเพณีนิยมของฮินดูที่ปฏิบัติกันอยู่ตลอดมา⁴

ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ปฐมกษัตริย์แห่งจักรีวงศ์ได้ทรงโปรดเกล้าฯ ให้ชำระกฎหมายเก่าที่มีมาแต่โบราณ⁵ ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ทรงเห็นว่าเกิดความบกพร่องคลาดเคลื่อนในตัวบทกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้น จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตรวจชำระตัวบทกฎหมายต่างๆ ที่มีอยู่ในหอหลวงให้ถูกต้องตามความยุติธรรมและจัดเป็นหมวดหมู่ เรียกว่า กฎหมายตราสามดวง สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวเป็นกฎหมายลักษณะหนึ่งที่เรียกว่า กฎหมายลักษณะผัวเมีย⁶ ทั้งนี้ กฎหมายลักษณะผัวเมียมีหลักการที่เกี่ยวกับจำนวนคู่สมรสที่น่าสนใจดังต่อไปนี้

กฎหมายตราสามดวงได้อนุญาตให้ชายมีภริยาได้หลายคนในขณะเดียวกัน ภริยาเหล่านี้มีฐานะลดหลั่นกันเป็นลำดับชั้นคือ 1. เมียกลางเมือง เป็นหญิงอันบิดามารดากุมมือให้เป็นเมียชายมีฐานะเป็นภริยาหลวง 2. เมียกลางนอก คืออนุภริยา หรือภริยาน้อยซึ่งชายขอหญิงมาเลี้ยงเป็นอนุภรรยาหลั่นเมียกลางเมืองลงมา และ 3. เมียกลางทาสี คือหญิงใดมีทุกข์ยากชายช่วยไถ่มาได้เห็นหมดหน้าเลี้ยงเป็นเมีย⁷

³พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, หลักกฎหมายครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543), น.11.

⁴ประสพสุข บุญเดช, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.1.

⁵พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.11.

⁶ประสพสุข บุญเดช, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.2.

⁷พระไอยการลักษณะผัวเมีย หมวด 1

กฎหมายลักษณะผัวเมียได้กำหนดถึงความผิดของการมีชู้ไว้ โดยกำหนดเฉพาะกรณีของหญิงซึ่งมีสามีแล้วเป็นผู้กระทำ แต่ในส่วนของชายซึ่งมีภริยาแล้วเป็นผู้กระทำนั้นไม่เป็นที่ปรากฏ โดยหากหญิงซึ่งมีสามีแล้วนั้นกระทำการในลักษณะที่เป็นการทำชู้กับชายอื่นนอกจากสามีตนแล้ว กฎหมายก็ลงโทษได้โดยเป็นโทษในลักษณะของการประจาน นอกจากนั้นแล้ว ก็ยังได้กำหนดโทษสำหรับชายซึ่งมาทำชู้กับภริยาของคนอื่น แต่ทั้งนี้ เป็นโทษในการเรียกสินไหมในทางแพ่ง⁸ แต่ทั้งนี้ หากเป็นกรณีที่ถ้าสามีจับได้ในขณะทำชู้ สามีจะฆ่าทั้งชายชู้และภริยาก็ได้⁹ และสามีก็มีสิทธิฟ้องเรียกเบี้ยปรับจากชายชู้ได้ 2 ครั้งแต่จะฟ้องเรียกจากการกระทำครั้งต่อไปไม่ได้¹⁰ เป็นต้น

ดังข้อกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายตราสามดวงนั้นไม่ได้บัญญัติถึงความผิดฐานสมรสซ้อนไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายตราสามดวงนั้นมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการมีชู้อยู่ แต่มีลักษณะการเรียกค่าเสียหายจากชายชู้ในทางแพ่งมากกว่าจะมุ่งให้เป็นการลงโทษทางอาญา แต่ทั้งนี้ ผลที่กฎหมายในขณะนั้นประสงค์จะบังคับก็คือหญิงจะมีสามีมากกว่าคราวละหนึ่งคนไม่ได้นั่นเอง

⁸ถ้าชายใดทำชู้ด้วยเมียกลางเมือง ให้ใหม่จนเต็มโดยราชกฤษฎีกา ถ้าชายใดทำชู้ด้วยเมียกลางนอกให้ใหม่โดยพระราชกฤษฎีกาเดิม ทำ 5 ส่วนยกเสียส่วน 1 เอา 4 ส่วน ถ้าชายใดทำชู้ด้วยเมียกลางทาสี ให้ใหม่โดยพระราชกฤษฎีกา ทำ 5 ส่วนยกเสีย 2 ส่วน เอาสามส่วน

ส่วนหญิงอันร้ายให้เอาเฉลวปะหน้า ทัดดอกชบาแดงสองหู ร้อยดอกชบาเปนม้าลาย ใส่ศิศะคอก ให้นายฉะมอติส่งนำหน้าประจานสามวัน ถ้าจู่ได้โทษประจาน ให้ไต่ตามกระเสียรอายุศหมหญิงเป็นข้าหย้าข้างหลวง ถ้าชายผัวมันยังรักเมียมันมิให้ประจานไซ้ ให้เอาสินไหมเข้าพระคลังหลวง

ถ้าหญิงนั้นยังทำชู้ด้วยชายผู้เดียวนั้น ถึงสองถ้าเล่าไซ้ ให้ใหม่ทวิคูณ ถ้าทำชู้เปลี่ยนชายอื่น ให้ใหม่ชายชู้นั้นโดยปรถมผิดเมีย ส่วนหญิงนั้นให้โกนศิศะแปดแฉก เอาขึ้นหาหย่างประจาน แล้วให้ทเวนรอบตลาดแล้วให้ทวนด้วยลวดหนัง 20 ที่ ถ้าผัวมันยังรักเมียมันแลมิให้ลงโทษแก่เมียมันไซ้ ให้เอาสินไหมเข้าพระคลังหลวง ถ้าหญิงนั้นยังทำชู้ด้วยชายอื่นเล่าไซ้ ท่านมิให้ใหม่ชายชู้นั้นเลย ส่วนหญิงนั้นให้ลงโทษดุจเดียว แล้วให้สักรูป ชายหญิง ไว้ในแก้ม ถ้าชายผัวมันยังรักเมียมัน และมีให้ลงโทษไซ้ให้สักทั้ง หญิงชาย นั้นแล

⁹พระไอยการลักษณะผัวเมีย มาตรา 8

¹⁰พระไอยการลักษณะผัวเมีย มาตรา 5

ทั้งนี้ แม้ว่ากฎหมายตราสามดวงจะกำหนดให้ชายสามารถมีภริยาได้มากกว่าหนึ่งคนก็ตาม แต่จำนวนของชายซึ่งมีภริยาหลายคนนั้นก็มีย่อยมากในสังคมสมัยนั้น ประกอบกับประเทศไทยเป็นประเทศซึ่งมีพุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติกลับสนับสนุนให้ชายและหญิงมีคู่สมรสคนเดียว¹¹ ดังนั้น สังคมไทยจึงเป็นสังคมที่มีแนวโน้มของการเป็นสังคมผัวเดียวเมียเดียวและไม่ยอมรับการกระทำอันถือว่าการผิดลูกเมียคนอื่นตั้งแต่ขณะใช้กฎหมายตราสามดวงแล้ว

2. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ด้วยในปี พ.ศ. 2451 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งคณะกรรมการฝรั่งเศสขึ้นตรวจชำระและยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น โดยคณะกรรมการได้ศึกษาหลักกฎหมายไทยในกฎหมายตราสามดวง และในคำพิพากษาฎีกานำมาเทียบเคียงกับหลักกฎหมายต่างประเทศ อาทิเช่น อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน สวิต อิตาลี เนเธอร์แลนด์ อเมริกา และญี่ปุ่น โดยพิจารณาคัดเลือกเอาแต่หลักกฎหมายที่ดีและเหมาะสมกับประเทศไทยนำมายกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น¹² โดยในส่วนที่เกี่ยวกับการสมรสและครอบครัวนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ในบรรพ 5 ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง ดังนี้

2.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว (เดิม) นั้นพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดลได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการชำระสะสางขึ้น โดยอ้างอิง

¹¹ หลุยส์ ดูปลาตร์, สถานะของหญิงมีสามีในประเทศสยาม, แปลโดย ไพโรจน์ กัมพูสิริ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น.4-5.

¹² ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.4.

เทียบเคียงกฎหมายลักษณะผัวเมีย และหลักกฎหมายต่างประเทศ เช่น กฎหมายเยอรมัน อังกฤษ ฝรั่งเศส สวิส ญี่ปุ่น และบราซิล เป็นต้น และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478¹³

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิม นี้ ได้มีหลักการสำคัญแตกต่างจากกฎหมายตราสามดวง คือ การกำหนดให้ชายมีภริยาได้เพียงคนเดียวเท่านั้น ส่วนหญิงก็จะมีสามีได้คนเดียวเช่นเดิมและการสมรสจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายต่อเมื่อมีการจดทะเบียนสมรสต่อเจ้าพนักงาน แต่แม้จะมีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น ชายก็ยังฝ่าฝืนเงื่อนไขอยู่เสมอ กล่าวคือ แม้มีคู่สมรสอยู่แล้วยังแอบไปจดทะเบียนสมรสซ้อนอีก ซึ่งแม้การกระทำเช่นนี้กฎหมายจะกำหนดให้การสมรสครั้งหลังเป็นโมฆะก็ตาม แต่บุคคลใดจะอ้างว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะไม่ได้ นอกจากศาลจะพิพากษาว่าเป็นเช่นนั้น¹⁴ ซึ่งผลก็คือถือว่าการสมรสซ้อนนี้ยังสมบูรณ์อยู่ จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาว่าเป็นโมฆะ ซึ่งนับว่าปัญหานี้เป็นปัญหาสำคัญเพราะเท่ากับกฎหมายสนับสนุนให้ชายจดทะเบียนสมรสซ้อนกับหญิงอื่นได้โดยหญิงอื่นก็เต็มใจที่จะยอมจดทะเบียนสมรสซ้อน¹⁵

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิม นี้ถือได้ว่าเป็นการวางหลักบรรทัดฐานทางสังคมไทยให้มีคู่สมรสเพียงคนเดียว แต่ด้วยเหตุที่แต่เดิมนั้นกฎหมายตราสามดวงได้อนุญาตให้ชายมีภริยาได้หลายคน ดังนั้นแม้ว่ากฎหมายจะได้กำหนดหลักการใหม่ขึ้น แต่ก็ต้องคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ได้มีภริยาหลายคนก่อนการบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิม ให้ภริยาเหล่านั้นยังคงถือว่าเป็นภริยาของชายอยู่ ซึ่งหากไม่กำหนดไว้เช่นนั้นแล้ว ก็ย่อมก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมสำหรับเหล่าภริยานั้นๆ เนื่องจากสถานะความเป็นภริยานั้นย่อมเกี่ยวพันถึงสิทธิหลายประการ เช่น สิทธิในการรับมรดกหากสามีเสียชีวิตลง ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยมรดกในขณะนั้นก็ได้มีการบัญญัติรองรับถึงกรณีการแบ่งมรดกของเจ้ามรดกที่มีภริยาโดยถูกต้องตามกฎหมายหลายคนไว้เป็นการเฉพาะกรณี โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1636¹⁶

¹³ชาติชาย อัครวิบูรณ์, สมบูรณ์ ชัยเดชสุริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519), (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2525), น.1-2.

¹⁴ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1488 ตามบทบัญญัติบรรพ 5 เดิม

¹⁵พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 3, น.16.

¹⁶เพ็ญอ้าง, น.15-16.

แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าจะถือได้ว่าเป็นการวางบรรทัดฐานทางสังคมขึ้นใหม่ แต่ด้วยเหตุที่ได้กล่าวข้างต้นว่าต้องให้ศาลเป็นผู้พิพากษาให้การสมรสครั้งหลังเป็นโมฆะเท่านั้น ผู้มีส่วนได้เสียจะกล่าวอ้างความเป็นโมฆะเองไม่ได้นั้นย่อมส่งผลให้ความพยายามในการวางบรรทัดฐานใหม่ดังกล่าวนี้ยังไม่เป็นรูปธรรมเท่าใดนัก

2.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5

เหตุที่ทำให้ต้องมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 อีกครั้งนั้น เนื่องจากการเรียกร้องสิทธิ เสรีภาพ และประชาธิปไตยในช่วงปี พ.ศ. 2516 ซึ่งการเรียกร้องดังกล่าวส่งผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จำต้องมีบทบัญญัติในมาตรา 28 ซึ่งกำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ซึ่งส่งผลต่อเนื่องให้ต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 จึงได้ตราออกใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 ตุลาคม 2519 เป็นต้นมาพร้อมกับพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2519¹⁷

ถึงแม้ว่าบทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 จะมีบทบัญญัติมาตราเพิ่มขึ้นจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิม ถึง 41 มาตรา¹⁸ และได้กำหนดให้ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้ (มาตรา 1452) ก็ตาม แต่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการห้ามการจดทะเบียนสมรสซ้อนที่มีปัญหาว่าต้องให้ศาลพิพากษาให้การสมรสเป็นโมฆะเท่านั้นก็ยังคงไม่ได้รับการแก้ไข และยังเป็นปัญหาอยู่เช่นเดียวกับเมื่อขณะใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิม

นอกจากนั้นแล้ว การสมรสซ้อนนั้นหากฝ่ายชายเป็นผู้กระทำก็ถือว่าเป็นกรณีสามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันภริยา หรือถ้าฝ่ายหญิงเป็นผู้กระทำก็ถือว่าเป็นกรณีภริยามีชู้ อันเป็นเหตุให้อีกฝ่ายฟ้องหย่าได้แม้ว่าจะไม่ได้มีการทอดทิ้งอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม ทั้งนี้ปรากฏตามมาตรา 1516 (1) แต่ต้องไม่ใช่กรณีที่สามีหรือภริยารู้เห็นเป็นใจให้อีกฝ่ายกระทำการตามมาตรา 1516 (1) ดังกล่าว ซึ่งหากรู้เห็นเป็นใจแล้ว ฝ่ายนั้นจะนำเรื่องดังกล่าว

¹⁷ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.7.

¹⁸ เพิ่งอ้าง, น.7.

มาอ้างเป็นเหตุฟ้องหย่าและเรียกค่าทดแทนใดๆ ไม่ได้ (มาตรา 1517 วรรค 1 ประกอบ มาตรา 1523 วรรค 3) ซึ่งการรู้เห็นเป็นใจนี้เพียงแต่รู้ว่าจะมีพฤติการณ์เกิดขึ้นแล้วจึงเสีย ก็ถือว่าเป็นการรู้เห็นเป็นใจแล้ว ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเป็นการสนับสนุนให้กระทำความผิดในทางอาญา และไม่จำเป็นต้องถึงกับให้ความยินยอมตามหลักในทางแพ่งแต่อย่างใด¹⁹

นอกจากนั้นแล้วการหย่าเพราะเหตุตามมาตรา 1516 (1) ดังกล่าวข้างต้นนั้นก่อให้เกิดสิทธิแก่ฝ่ายที่ฟ้องหย่าในการเรียกค่าทดแทนจากคู่หย่าได้ และยังสามารถเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่น หรือชายชู้ แล้วแต่กรณีได้ ทั้งนี้ปรากฏตามมาตรา 1523²⁰ ซึ่งมาตราดังกล่าวนี้น่าจะคล้ายคลึงกับมาตรา 1505 ของบรรพ 5 เดิม แต่บรรพ 5 เดิม นั้นกำหนดให้สิทธิเฉพาะสามีเท่านั้น ที่มีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากชู้หรือภริยา ภริยาจะเรียกค่าทดแทนจากสามีหรือหญิงอื่นที่สามีไปยกย่องหรืออุปการะฉันท์ภริยาไม่ได้ แต่ทั้งนี้ การเรียกค่าทดแทนนั้นจะเรียกก่อนฟ้องหย่าไม่ได้ และฝ่ายที่ฟ้องต้องไม่รู้เห็นเป็นใจ ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น²¹

2.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่แก้ไขในปี พ.ศ. 2533

เนื่องจากเหตุที่การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เมื่อปี พ.ศ. 2519 นั้นกระทำไปด้วยความเร่งรีบเพื่อให้ทันกำหนดระยะเวลา 2 ปี ที่บังคับไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จึงทำให้มีบทบัญญัติหลายมาตราที่มีความบกพร่องไม่เหมาะสม และไม่สะดวกในการดำรงสถานะในครอบครัวในหลายประการ

¹⁹ชาติชาย อัครวิบูลย์, สมบูรณ์ ชัยเดชสุริยะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.274-278.

²⁰มาตรา 1523 บัญญัติว่า

เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา 1516 (1) ภริยาหรือสามีมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาและจากหญิงอื่นหรือชู้ แล้วแต่กรณี

สามีจะเรียกค่าทำแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในการทำชู้สาวก็ได้ และภริยาจะเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในการทำชู้สาวก็ได้

ถ้าสามีหรือภริยายินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการตามมาตรา 1516 (1) หรือให้ผู้อื่นกระทำการตามวรรคสอง สามีหรือภரியานั้นจะเรียกค่าทดแทนไม่ได้

²¹ชาติชาย อัครวิบูลย์, สมบูรณ์ ชัยเดชสุริยะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.302-303.

กระทรวงยุติธรรมจึงได้เสนอให้คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวเมื่อปี พ.ศ. 2520 และคณะกรรมการก็ได้พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมจนแล้วเสร็จและได้เสนอไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2526 แต่ด้วยเหตุที่มีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลหลายครั้ง ประกอบกับที่เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์พื้นฐานของสังคมเป็นส่วนใหญ่ คณะรัฐมนตรีจึงต้องพิจารณาเรื่องนี้โดยละเอียดรอบคอบ ซึ่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 นั้นก็ได้ตราออกใช้บังคับในวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2533 เป็นต้นมา โดยได้มีบทบัญญัติที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมรวม 77 มาตรา ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการสมรสชื่อนั้นก็ได้แก้ไขให้ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิกล่าวอ้างขึ้นได้เองโดยไม่จำเป็นต้องให้ศาลมีคำพิพากษา โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1497 และแม้ว่าคู่สมรสจะทำการสมรสซ้อนโดยสุจริตก็ไม่มีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1499²² อันเป็นการปฏิเสธอย่างสิ้นเชิงถึงสิทธิในการสมรสซ้อนตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากที่การสมรสครั้งหลังจะเป็นโมฆะโดยผู้มีส่วนได้เสียสามารถกล่าวอ้างขึ้นได้เองแล้ว คู่สมรสในการสมรสครั้งแรกก็สามารถนำเหตุดังกล่าวมาเป็นเหตุฟ้องหย่า และเรียกค่าทดแทนได้เช่นเดียวกับที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ก่อนที่มีการแก้ไขนั่นเอง

3. กฎหมายอาญา

3.1 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทยที่ประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. 2451 เป็นกฎหมายที่จัดทำขึ้นตามแบบอย่างของประเทศภาคพื้นยุโรป การร่างกฎหมายลักษณะอาญาในครั้งนั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้มาแต่เดิม เข้าสู่ระบบกฎหมายแบบรัฐสมัยใหม่ก็ได้ โดยกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่นำมาเป็นแนวประกอบการร่างกฎหมายในครั้งนั้นได้แก่ กฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 ประมวลกฎหมายเยอรมัน ค.ศ. 1870 พร้อมทั้งความเห็นทางกฎหมายที่มีต่อประมวลกฎหมาย

²²ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.8-9.

อาณาดังกล่าว นอกจากนี้ยังมีประมวลกฎหมายอาญาที่นำมาอ้างอิงมากเป็นพิเศษ ซึ่งได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาอังการี ว่าด้วยความผิดอุกฤษโทษและมรรยโทษ ค.ศ. 1978 ประมวลกฎหมายอาญาอังการี ว่าด้วยความผิดลหุโทษ ค.ศ. 1979 ประมวลกฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1881 ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี ค.ศ. 1880 ประมวลกฎหมายอาญาอียิปต์ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1904 ร่างประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น ฉบับปรับปรุงแก้ไข ค.ศ. 1903 และร่างที่ได้ตรวจชำระแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างไม่ได้ผูกพันที่ใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะ แม้ว่าจะได้มีการนำเอาแบบอย่างจากประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลีและเนเธอร์แลนด์มาอย่างมากที่สุดก็ตาม²³

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้นไม่ได้กำหนดให้การสมรสซ้อนเป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด ทั้งนี้อาจด้วยเหตุที่ว่าสังคมไทยในขณะนั้นยังอนุญาตให้ชายมีภริยาได้หลายคนอยู่²⁴ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวนั้น ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2478 ซึ่งเป็นภายหลังจากที่ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาได้ประกาศบังคับใช้แล้ว แต่อย่างไรก็ดี เมื่อมีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และกฎหมายได้เปลี่ยนหลักการไปเป็นว่าให้ชายมีภริยาได้เพียงคนเดียว (monogamous union) โดยได้บัญญัติเป็นเงื่อนไขไว้ในมาตรา 1452 ว่าชายหญิงจะทำการสมรสได้ต่อเมื่อไม่มีภริยาหรือสามีอยู่ก่อน และเพื่อให้หลักการนี้มีประสิทธิภาพ กฎหมายจึงต้องบัญญัติไว้ด้วยว่าการสมรสจะต้องจดทะเบียนจึงจะสมบูรณ์ ทั้งนี้ให้นายทะเบียนสมรสได้มีโอกาสสอบถามว่ามีภริยาหรือสามีอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ หากมีภริยาหรือสามีอยู่ก่อนแล้ว นายทะเบียนก็จะไม่จดทะเบียนสมรสให้ และบุคคลนั้นถ้ามีคู่สมรสอยู่แล้วแต่กลับไปแจ้งกับนายทะเบียนว่ายังเป็นโสดไม่มีคู่สมรส บุคคลที่แจ้งก็มีความผิดทางอาญารฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน ซึ่งคู่สมรสเดิมและคู่สมรสใหม่ที่ไม่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยมีอำนาจฟ้องขอให้ลงโทษได้เพราะถือว่าเป็นผู้เสียหาย ทั้งนี้ การสมรสในขณะที่ชายหรือหญิงมีคู่สมรสอยู่แล้วนั้นเป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเป็นการที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายแย่งคู่สมรสของบุคคลอื่น ก่อให้เกิด

²³ ยอร์ช ปาดูซ์, บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (G. Padoux) เกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, แปลโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2546), น.127.

²⁴ เฟิงอ้าง, น.88.

ความแตกร้างในครอบครัวเดิม²⁵ ทั้งนี้ ความผิดฐานแจ้งความเท็จนั้นปรากฏตามมาตรา 118 ซึ่งได้บัญญัติไว้ ดังนี้

“มาตรา 118 ผู้ใดเอาความอย่างใดใดที่มันรู้ว่าเป็นความเท็จ แลอาจทำให้ผู้อื่นหรือสาธารณชนเสียหายได้นั้นมาแจ้งแก่เจ้าพนักงาน ทานว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษานุโทษเป็นสามสถาน คือสถานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินกว่าหกเดือน สถานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าห้าร้อยบาท สถานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามาแล้วด้วยกัน”

ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา 118 ดังกล่าวนี้ได้มีการแก้ไขโดยการเพิ่มเติมวรรค 2 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พุทธศักราช 2477 (ฉบับที่ 3) ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการแจ้งเท็จต่อเจ้าพนักงานเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญา ซึ่งมีโทษหนักกว่าความผิดตามวรรคแรก แต่ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่การแจ้งความเท็จแก่นายทะเบียนว่าไม่เคยสมรสมาก่อนนั้นไม่ใช่การแจ้งเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญา การแจ้งเท็จดังกล่าวนี้จึงเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 118 วรรคแรก เท่านั้น โดยกรณีวรรคแรกนั้นเป็นกรณีแจ้งความเท็จทั่วไป โดยมีรายละเอียดขององค์ประกอบการกระทำความผิดคล้ายคลึงกับบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ในชั้นนี้จึงขอกล่าวโดยสังเขป กล่าวคือการแจ้งเท็จตามมาตรา 118 เจ้าพนักงานจะต้องมีตำแหน่งหน้าที่ ที่จะรับแจ้งความนั้นๆ เช่น การไปแจ้งต่อเจ้าพนักงานตรวจคนเข้าเมืองว่าของหายไม่ผิดตามมาตรานี้ เพราะเจ้าพนักงานตรวจคนเข้าเมืองไม่มีอำนาจหน้าที่รับแจ้ง เป็นต้น และการแจ้งนั้นจะกระทำโดยวาจาหรือโดยลายลักษณ์อักษรก็ได้ และข้อความนั้นจะเป็นเท็จก็ต่อเมื่อข้อความนั้นไม่ตรงต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงๆ และอาจทำให้นुकคลอื่นหรือประชาชนเสียหาย และความผิดฐานนี้เป็นความผิดสำเร็จเมื่อแจ้ง ส่วนเจ้าพนักงานจะเชื่อหรือไม่นั้นไม่สำคัญ²⁶

3.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ด้วยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้นได้มีการประกาศใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2451 แต่ต่อมาเมื่อพฤติการณ์ของประเทศไทยเปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมากจึงได้มีการ

²⁵ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.127-128.

²⁶ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548), น.256-257.

ประกาศใช้ประมวลกฎหมายฉบับใหม่ในปี พ.ศ. 2500 ซึ่งก็คือประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน เพื่อเป็นการปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญาเดิมให้มีความเหมาะสมกับกาลสมัย²⁷

แต่ถึงแม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา แต่กฎหมายอาญาฉบับใหม่ก็ได้มีการบัญญัติให้การสมรสซ้อนเป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด แต่แม้ว่าจะมิได้มีการบัญญัติความผิดดังกล่าวไว้โดยตรง แต่หากมีการกระทำการจดทะเบียนสมรสซ้อนขึ้น แม้ผู้กระทำจะมิมีความผิดฐานสมรสซ้อน แต่ก็อาจเป็นความผิดฐานอื่นได้ ซึ่งศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาในหลายคดีว่าการกระทำความผิดดังกล่าวนั้นมีความผิดฐานแจ้งความเท็จ ตามมาตรา 137 โดยมาตรา 137 นั้นได้บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 137 ผู้ใดแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ดังจะเห็นได้ว่ามาตรานี้มีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 118 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาเดิม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ทั้งนี้ ความผิดตามมาตรานี้มีองค์ประกอบดังนี้

องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำคือ แจ้งข้อความแก่เจ้าพนักงานซึ่งเป็นผู้ถูกกระทำ มีพฤติการณ์ประกอบคือเป็นข้อความเท็จและอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย

การแจ้งคือทำให้เจ้าพนักงานได้ทราบ โดยถ้อยคำที่พูด ที่เขียนหรือด้วยกริยาอื่นก็ได้ เช่น แสดงตัวพิมพ์รูปพรรณสัณฐานตัวกับตัวที่ขอโอน (ฎีกาที่ 790/2467 8 ธศ.547) เป็นต้น และข้อสำคัญคือเจ้าพนักงานผู้รับข้อความต้องได้ทราบข้อความนั้น เพียงแต่ข้อความที่แจ้งไปถึงเจ้าพนักงานแต่เจ้าพนักงานยังไม่ทราบ ก็ยังไม่เป็นความผิดสำเร็จเป็นแต่เพียงชั้นพยายามเท่านั้น เช่น พูดบอกข้อความแก่เจ้าพนักงาน แต่เจ้าพนักงานไม่ได้ยิน หรือได้ยินแต่กำลังหลับในอยู่ไม่รู้เรื่อง หรือไม่เข้าใจภาษาต่างประเทศที่แจ้ง เป็นต้น ถ้าเจ้าพนักงานได้ทราบข้อความแล้ว แม้ไม่เกิดผลอย่างใด เช่น เจ้าพนักงานไม่เชื่อแม้แต่น้อย เพราะรู้ความจริงอยู่แล้ว (ฎีกาที่ 459/2472 13 ธศ.552) ก็เป็นความผิดสำเร็จ²⁸

²⁷หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น.1.

²⁸จิตติ ดิงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 6. (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), น.138-140.

ส่วนข้อความอันเป็นเท็จนั้น หมายความว่า เป็นข้อเท็จจริงในอดีตหรือปัจจุบันที่ไม่ตรงต่อความจริง ไม่ใช่คำมั่นสัญญาหรือคำรับรองถึงข้อเท็จจริงที่จะมีขึ้นต่อไปในอนาคต ซึ่งในขณะที่กล่าวข้อความตามที่สัญญาหรือรับรองไว้ยังไม่เป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว²⁹

และองค์ประกอบในส่วนที่ว่า “ซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย” นั้นไม่ใช่ผลของการกระทำ แต่เป็นพฤติการณ์ประกอบการกระทำ จึงไม่จำเป็นต้องเกิดความเสียหายขึ้นจริง เพียงแต่อาจเกิดผลเช่นนั้นได้ก็ถือว่าครบองค์ความผิดแล้ว แต่โดยเหตุที่องค์ประกอบส่วนนี้เป็นพฤติการณ์ที่น่าจะเกิด มิใช่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วซึ่งผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริงนั้นได้ พฤติการณ์ประกอบการกระทำนี้จึงไม่ใช่ข้อเท็จจริงตามมาตรา 59 วรรค 3 ที่ผู้กระทำได้รู้ เพียงแต่ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงต่างๆ แห่งการกระทำนั้น ส่วนอาจเสียหายหรือไม่นั้นต้องวินิจฉัยตามความรู้ของคนทั่วไปที่รู้ข้อเท็จจริงเหล่านั้น³⁰

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าการแจ้งเท็จต่อนายทะเบียนว่ายังไม่เคยสมรส เพื่อให้นายทะเบียนยินยอมจดทะเบียนสมรสให้ ทั้งที่ในความเป็นจริงนั้นผู้กระทำได้ทำการจดทะเบียนสมรสอยู่ก่อนแล้วนั้น ย่อมเป็นการกระทำอันครบองค์ประกอบความผิดฐานแจ้งความเท็จดังกล่าว เพราะการแจ้งเท็จดังกล่าวนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ ต่อทั้งตัวคู่สมรสในการสมรสครั้งแรกเพราะกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นได้บัญญัติชัดแจ้งไว้เพื่อประสงค์คุ้มครองคู่สมรสตามการจดทะเบียนครั้งแรกอยู่แล้ว และผู้ที่ทำการสมรสด้วยในครั้งหลังนั้นก็ย่อมได้รับความลำบากเสียหายจากการจดทะเบียนสมรสอันเป็นโมฆะเสียเปล่าดังกล่าว ทั้งนี้ ได้มีคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เช่น ชายมีภริยาจดทะเบียนอยู่แล้ว จดทะเบียนสมรสกับหญิงอีกโดยแจ้งต่อนายทะเบียนว่าไม่เคยสมรสมาก่อน เป็นความผิดตามมาตรา ๑๓๗ เป็นผู้เสียหายฟ้องได้ (ฎีกาที่ 2614/2518 2518 ฎ.3111, ที่ 5052/2530 2530 ฎ.3021) ภริยาเดิมก็เป็นผู้เสียหายฟ้องได้เช่นกัน (ฎีกาที่ 2583/2522 2522 ฎ.709)³¹ และถึงแม้ว่ามาตรา 137 นี้จะมุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องของความเด็ดขาดและความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐ³² ก็ตาม แต่ก็ถือว่าทั้งคู่สมรสเดิมและผู้ที่ถูกหลงให้สมรสครั้งหลังนั้นก็ถือได้ว่า

²⁹ เฟื่องอ้าง, น.142.

³⁰ จิตติ ดิงศภิทัย, เฟื่องอ้าง, น.147-148.

³¹ เฟื่องอ้าง, น.157.

³² คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545).

เป็นผู้ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการกระทำความผิดอาญา และเป็นผู้เสียหายซึ่งสามารถฟ้องผู้กระทำความผิดได้

ทั้งนี้ นอกจากความผิดฐานแจ้งความเท็จดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นแล้ว ยังมีฐานความผิดอีกมาตราหนึ่งซึ่งสมควรนำมาพิจารณาประกอบด้วย ซึ่งก็คือความผิดฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ ตามมาตรา 267 ซึ่งบัญญัติว่า “มาตรา 267 ผู้ใดแจ้งให้เจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่จดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชน หรือเอกสารราชการ ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำหรับใช้เป็นพยานหลักฐาน โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

สำหรับองค์ประกอบของความผิดฐานนี้ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร ได้จำแนกไว้ดังนี้ คือ³³ การที่บุคคลแจ้งให้เจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่จดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการซึ่งมีวัตถุประสงค์สำหรับใช้เป็นพยานหลักฐาน โดยเจตนาแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จในเอกสารดังกล่าว

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลแจ้งให้เจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่จดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการซึ่งมีวัตถุประสงค์สำหรับใช้เป็นพยานหลักฐาน

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

“การกระทำ” คือ การแจ้งให้เจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่จดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการซึ่งมีวัตถุประสงค์สำหรับใช้เป็นพยานหลักฐาน

“แจ้งให้จด” อาจเป็นการแจ้งให้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือแจ้งด้วยวาจาก็ได้

“เจ้าพนักงานผู้รับแจ้ง” ต้องเป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่รับแจ้งจดข้อความ

“เจ้าพนักงาน” ในที่นี้มีความหมายกว้าง กล่าวคือ อำนาจอริบ่างอย่างอาจมีกฎหมายมอบหมายให้บุคคลที่มีชื่อเจ้าพนักงานในความหมายทั่วไปเป็นผู้ใช้ได้

“ข้อความอันเป็นเท็จ” คือ ข้อความที่ไม่ตรงกับความเป็นจริง

“เอกสารมหาชน” หมายถึง เอกสารที่เป็นพยานหลักฐานแก่ประชาชน เช่น ทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัท บัญชีสวัสดิภาพนะของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง

³³ เฟิงอ้าง, น.438-439.

“เอกสารราชการ” หมายความว่า เอกสารซึ่งเจ้าพนักงานได้ทำขึ้นหรือรับรองในหน้าที่ และให้หมายความรวมถึงสำเนาเอกสารนั้นๆ ที่เจ้าพนักงานได้รับรองในหน้าที่ด้วย

องค์ประกอบภายในของฐานความผิดนี้ คือ เจตนาแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความ อันเป็นเท็จลงในเอกสารดังกล่าว กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่าข้อความที่แจ้งให้เจ้าพนักงานจดนั้น เป็นข้อความอันเป็นเท็จ และผู้กระทำความผิดต้องการแจ้งให้เจ้าพนักงานจดลงในเอกสารมหาชน หรือเอกสารราชการนั้น

คำว่า “โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน” ไม่ใช่ข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบ แต่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางอาญา ฉะนั้น ผู้กระทำจึงไม่จำเป็นต้องรู้ ข้อเท็จจริงนี้

ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบแห่งความผิดดังกล่าวข้างต้นแล้ว การจดทะเบียน สมรสซ้อน ซึ่งต้องมีการแจ้งความเท็จเพื่อให้เจ้าพนักงานจดข้อความดังกล่าวลงในทะเบียนสมรส ก็น่าจะเป็นความผิดตามมาตรา 137 นี้ แต่ทั้งนี้ ที่ศาลได้พิพากษาลงโทษเพียงความผิดฐาน แจ้งความเท็จตามมาตรา 137 นั้น อาจเกิดได้จากเหตุที่แต่เดิมฐานความผิดตามมาตรา 267 นี้ ไม่เคยมีอยู่ในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จึงทำให้มีเพียงแนวคำพิพากษาฎีกา ที่พิพากษาให้การสมรสซ้อนเป็นความผิดฐานแจ้งความเท็จ ตามมาตรา 118 (ซึ่งก็คือความผิด ตามมาตรา 137 ตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน) ซึ่งอาจส่งผลให้ต่อมาแม้มีการประกาศใช้ กฎหมายอาญารูปใหม่แล้ว แต่โจทก์ก็ยังคงอ้างคำฟ้องโดยระบุลงในคำฟ้องแต่เพียงความผิด ฐานแจ้งความเท็จดังเช่นที่เคยเป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญาเดิม แต่มิได้ระบุขอให้ ลงโทษฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ ตามมาตรา 267 ซึ่งศาลก็ย่อมต้องพิพากษาลงโทษไม่เกินคำขอ

4. ลักษณะของการกระทำที่น่าจะกำหนดเป็นความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยา

กับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสสำหรับประเทศไทยในอนาคต

4.1 เหตุผลในการบัญญัติความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสตาม กฎหมายไทย

โดยที่กฎหมายอาญาจัดเป็นกฎหมายมหาชนว่าด้วยความผิดและโทษอาญา เป็นบทบัญญัติถึงความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนกับรัฐแม้การกระทำความผิดบางอย่างจะได้กระทำ

ตรงต่อเอกชนให้ได้รับอันตรายเสียหายก็ดี การกระทำความผิดนั้นก็ยังได้ชื่อว่ากระทบกระเทือนต่อมหาชนเป็นส่วนรวม ถึงขนาดที่รัฐต้องเข้าดำเนินการป้องกันและปราบปรามได้เอง โดยไม่ต้องให้ผู้ใดมาร้องทุกข์กล่าวโทษ ยกเว้นความผิดบางประเภทที่เรียกว่าความผิดอันยอมความได้เท่านั้น ซึ่งเป็นความผิดที่มีลักษณะประกอบด้วยเหตุผลอันเป็นส่วนตัวของผู้เสียหายบางประการ ควรที่รัฐจะเข้าไปดำเนินการก็ต่อเมื่อเอกชนผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ขึ้นก่อน³⁴ ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายอาญานั้นเป็นเครื่องมือควบคุมความประพฤติของมนุษย์ ซึ่งมีภารกิจในการคุ้มครองสังคม โดยเป็นการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม ตลอดจนปราบปรามและป้องกันการกระทำความผิด แต่โดยที่กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีสภาพในเชิงบังคับที่รุนแรงที่สุด ดังนั้นการใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นเครื่องมือคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เพราะหากมีการบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นใช้อย่างพร่ำเพรื่อแล้ว สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะถูกกระทบกระเทือนเกินความจำเป็น อันไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย กฎหมายอาญาจึงไม่เพียงแต่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่กฎหมายอาญาจะต้องเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย³⁵

ทั้งที่กฎหมายอาญามีความสำคัญต่อสังคมดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่การบัญญัติฐานความผิดตามกฎหมายอาญานั้นกลับไม่สามารถหากฎเกณฑ์ตายตัวที่เหมาะสมในอันที่จะจำแนกว่าการกระทำใดสมควรจะถูกบัญญัติเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาได้

ในการที่จะกำหนดว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญานั้น รัฐจะต้องพิจารณาถึงหลายสิ่งประกอบกันไป ทั้งนี้ จารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรม นั้น ถือเป็นส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายอาญา เพราะเหตุที่ว่า หากกฎหมายมีความสอดคล้องกับเรื่องดังกล่าวแล้ว การบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายก็จะเป็นไปโดยง่าย เพราะผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายย่อมจะต้องคำนึงได้ว่าตนมิได้ฝ่าฝืนแต่เพียงบทบัญญัติของกฎหมาย แต่กำลังฝ่าฝืนมาตรการอื่นๆ ที่ควบคุมสังคมอยู่ด้วย เช่นจารีตประเพณี ศีลธรรม และศาสนา เป็นต้น แต่ถึงแม้ว่า จารีตประเพณี ศีลธรรมและศาสนานั้นจะมีส่วนสำคัญในการบัญญัติกฎหมายก็ตาม แต่ก็มิใช่หลักจารีตประเพณี ศีลธรรมและศาสนาอีกหลายประการ

³⁴ จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10. (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น.2.

³⁵ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น.40-42.

ที่ไม่ได้ถูกบัญญัติเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา และความผิดอาญาบางความผิดก็ไม่ผิดจารีตประเพณี ศีลธรรมหรือหลักของศาสนา เช่นความผิดหลอกลวง เป็นต้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญากับจารีตประเพณี ศีลธรรมและศาสนานั้นไม่ได้มีความสอดคล้องกันในทุกกรณี หากแต่ต้องมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมอย่างอื่นมาประกอบการพิจารณาด้วย

แม้ว่าในการบัญญัติกฎหมายอาญาจะไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัวดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ซึ่งก็คือไม่อาจนำเอาเพียงแต่เหตุผลในทางศีลธรรม หรือจารีตประเพณีมาเป็นหลักเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายอาญาได้ แต่ก็มีผู้ที่พยายามกำหนดหลักการสำคัญในการพิจารณาว่าการกระทำใดที่ควรถือเป็นความผิดทางอาญาได้อย่างน่าสนใจ และเป็นที่ยอมรับในหมู่นักวิชาการ ซึ่งผู้นั้นก็คือเฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้มีอยู่ด้วยกันทั้งหมด 6 ประการ ดังนี้³⁶

1. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
2. ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ
3. การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือการถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
4. หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
5. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถ ทั้งในด้านคุณภาพและปริมาณ
6. ไม่มีมาตรการการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายกับกรณีที่เกิดขึ้น

ด้วยเหตุที่บรรทัดฐานทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่เป็นสังคมที่ในครอบครัวนั้นเป็นวัฒนธรรมที่ถือชายเป็นใหญ่ หรือเรียกว่า ปิตาธิปไตย และมีค่านิยมให้ชายในสังคมมีอำนาจ

³⁶เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2549), น.4-5, see also Herbert L. Packer, The Limits of The Criminal Sanction, (California: Stanford University Press, 1986), p. 296.

เหนือภริยาของตน อันเป็นการได้รับอิทธิพลมาจากวัฒนธรรมของอินเดียโดยผ่านทางมอญ³⁷ แต่จากการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงทางสังคม จน ณ ปัจจุบันได้มีการตื่นตัวเกี่ยวกับเรื่องสิทธิความเสมอภาคระหว่างชายหญิงในสังคม จนสามารถกล่าวได้ว่าค่านิยมที่ได้รับมาจากอินเดียดังกล่าว ซึ่งมีมาตั้งแต่สมัยสุโขทัยนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิงแล้ว และการกระทำที่แสดงถึงความไม่เสมอภาคระหว่างชายหญิงนั้นถือว่าไม่อาจยอมรับได้ในปัจจุบัน

ดังที่กล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นที่มีใช้คู่สมรส การสมรสซ้อน การมีคู่สมรสมากกว่าหนึ่งคน ตลอดจนการมีชู้³⁸ นั้นในปัจจุบันนั้นถือเป็นการกระทำความผิดต่อสถาบันครอบครัว ซึ่งเป็นหน่วยพื้นฐานของทุกสังคม และอาจทำให้เกิดความแตกร้างและไม่สามารถยอมรับได้ ทั้งนี้สามารถดูได้จากทั้งบทบัญญัติกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยซึ่งไม่ยอมรับการกระทำอันถือเป็นการสมรสซ้อนโดยบัญญัติให้การสมรสซ้อนนั้นเป็นโมฆะ ทั้งยังกำหนดให้การมีชู้³⁸ นั้นถือเป็นเหตุแห่งการหย่าได้ รวมทั้งกรณีความรุนแรงในครอบครัวที่เกิดขึ้นในครอบครัวของสังคมไทยโดยมีสาเหตุทั้งจากการมีชู้ หรือการสมรสซ้อน หรือแม้กระทั่งการที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไปอยู่กินฉันสามีภริยากับบุคคลอื่น³⁸ และหากได้มีการกำหนดฐานความผิดทางอาญาเพื่อคุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสตามกฎหมายและความมั่นคงผาสุกของสถาบันครอบครัวขึ้นก็ไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษประการต่างๆ และหากได้มีการบัญญัติความผิดอาญาขึ้นเพื่อคุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสตามกฎหมายและความมั่นคงผาสุกของสถาบันครอบครัว ย่อมไม่เป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องลงไปแต่อย่างใด ทั้งนี้การจะบัญญัติความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นที่มีใช้คู่สมรสนั้นก็น่าจะผ่านกฎเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นได้ แต่ที่น่าพิจารณาคือมีมาตรการควบคุมอื่นๆ หรือไม่ ก่อนที่จะได้มีการบัญญัติการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้น ให้เป็นความผิด

ด้วยเหตุที่ ในปัจจุบัน หากมีผู้ใดมีคู่สมรสมากกว่าหนึ่งคนโดยการจดทะเบียนสมรสซ้อนแล้ว ศาลฎีกาก็เคยได้พิพากษาให้ผู้ที่ทำกรจดทะเบียนสมรสซ้อนดังกล่าว³⁸ นั้นมีความผิดตามกฎหมายอาญามาตรา 137 ฐานแจ้งความเท็จ และการกระทำความผิดดังกล่าวยังอาจ

³⁷ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น.54-56.

³⁸ “บทสะท้อนความรุนแรงในครอบครัวไทย,” <<http://www.friendsofwomen.net/information%20centre/statistics%202.htm>>

เข้าองค์ประกอบความผิดฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ ตามมาตรา 267 อีกมาตราหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดีบทบัญญัติทั้งสองนั้นก็ยังไม่มี ความเหมาะสมเพียงพอในการใช้เพื่อยับยั้งปราบปรามการกระทำซึ่งเป็นการบ่อนทำลาย ความผาสุกของสถาบันครอบครัวได้ โดยเหตุดังต่อไปนี้ คือ

1. บทบัญญัติมาตรา 137 ฐานแจ้งความเท็จ และความผิดฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ ตามมาตรา 267 นั้นมิได้มี วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการสมรสและความมั่นคงของสถาบันครอบครัวเป็นการเฉพาะ หากแต่ เป็นบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอย่างอื่น กล่าวคือมุ่งคุ้มครองความถูกต้องของ ข้อมูลซึ่งรัฐจะได้รับจากการแจ้งจากประชาชน ทั้งเพื่อเป็นการเก็บข้อมูลและเพื่อความถูกต้อง แม่นยำในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานของรัฐ

2. บทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้นไม่สามารถใช้บังคับได้อย่างถูกต้องเหมาะสม ตามปัญหา ที่เกิดขึ้นจริง กล่าวคือ สามารถปรับใช้ลงโทษสำหรับกรณีที่มีการยื่นจดทะเบียนสมรสครั้งที่สอง โดยการแจ้งเท็จต่อเจ้าพนักงานเท่านั้น แต่ไม่สามารถนำไปลงโทษผู้ซึ่งอยู่กินฉันสามีภริยา กับบุคคลอื่นทั้งที่ตนมีคู่สมรสอยู่แล้ว โดยการอยู่กินฉันสามีภริยาดังกล่าวนั้นมิได้มีการนำไป จดทะเบียนสมรส ทั้งยังไม่สามารถนำผู้กระทำการสมรสครั้งที่สองโดยการแจ้งเท็จ ที่ได้กระทำลงในต่างประเทศ กล่าวคือมีการกล่าวเท็จต่อเจ้าพนักงานของรัฐต่างชาติ และผู้กระทำ กลับมาอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้ซึ่งได้สมรสด้วยในครั้งหลัง กรณีเช่นนี้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้น ก็ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำได้เช่นกัน เป็นต้น

3. เมื่อเทียบอัตราโทษกับกฎหมายอังกฤษหรืออเมริกาแล้วจะเห็นว่าอัตราโทษ ของประเทศไทยจะน้อยกว่า ซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำไม่มีความเกรงกลัวการกระทำความผิด แต่ทั้งนี้ หากมีบทบัญญัติใดที่ตรงต่อปัญหามากกว่านี้ ถึงแม้บทลงโทษจะรุนแรงน้อยกว่า แต่ก็อาจใช้ แก้ปัญหาได้ตรงประเด็นกว่าก็เป็นได้ ทั้งนี้ก็เนื่องจากว่ากฎหมายอาญานั้น นอกจาก มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องปรามมิให้ผู้อื่นซึ่งยัง มิได้ลงมือกระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวความผิด และไม่กล้ากระทำความผิด ดังนั้น หากแม้ ได้มีการกำหนดบทบัญญัติซึ่งตรงต่อปัญหา แม้ว่าโทษจะไม่สูงกว่าที่มีอยู่เดิมแต่ก็อาจมีประโยชน์ มากกว่าก็เป็นได้

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะสามารถนำมาปรับใช้เพื่อควบคุมการกระทำ ดังกล่าวได้อีก จึงเห็นควรให้มีการบัญญัติเป็นฐานความผิดทางอาญาขึ้น เพื่อคุ้มครองสถาบัน ครอบครัว

4.2 ขอบเขตความรับผิดชอบเกี่ยวกับการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสที่ควรนำมาบัญญัติใช้สำหรับประเทศไทยในอนาคต

ดังที่ได้ศึกษาแล้วว่าในต่างประเทศนั้นมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสอยู่ในหลายฐานความผิด กล่าวคือ ความผิดฐานสมรสซ้อน หรือ bigamy ความผิดฐานมีคู่สมรสมากกว่าหนึ่งคน หรือ polygamy ความผิดฐานสมรสกับบุคคลที่สมรสแล้ว หรือ Marrying a bigamist ความผิดฐานมีชู้ หรือ adultery และความผิดฐานผิดประเวณี หรือ fornication ซึ่งตามสังคมไทยแล้วเห็นว่ายังไม่ควรที่จะนำบทบัญญัติทั้งสามมาบัญญัติเป็นความผิดเสียทั้งหมด ด้วยเหตุที่ความผิดบางฐานนั้นรัฐต่างประเทศได้บัญญัติขึ้นด้วยเหตุของความเชื่อทางสังคม และศาสนาที่ต่างจากประเทศไทย ดังนั้น การบัญญัติความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสเพื่อใช้สำหรับประเทศไทยนั้นควรพิจารณาถึงโครงสร้างขึ้นมาใหม่ โดยเทียบเคียงจากฐานความผิดของต่างประเทศประกอบกับพิจารณาถึงสภาพสังคมของประเทศไทย เพื่อความเหมาะสมสำหรับใช้เป็นฐานความผิดตามกฎหมายอาญาของไทย

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงของปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ที่ยังไม่มีบทบัญญัติทางอาญาใดที่จะสามารถปรับใช้กับกรณีการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรส โดยไม่มีการแจ้งเท็จต่อเจ้าพนักงานเพื่อจดทะเบียนสมรสซ้อน ทั้งที่การกระทำดังกล่าวนี้สร้างความเสียหายแก่ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการสมรสตามกฎหมายและความผาสุกของสถาบันครอบครัว ดังนั้น ในการกำหนดขอบเขตของความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสที่สมควรนำมาใช้บังคับในประเทศไทยในอนาคตจึงสมควรกำหนดให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ ความผิดฐานมีชู้ หรือ adultery ของมลรัฐอลาบามา่านั้นมีขอบเขตที่เหมาะสมกับกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ที่สถาบันครอบครัวต้องเสียไปอย่างมากจากการที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไปอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นโดยที่ไม่ได้มีการจดทะเบียนสมรสซ้อนขึ้น ซึ่งสมควรนำมาพิจารณาประกอบการกำหนดขอบเขตฐานความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรส แต่อย่างไรก็ดี เห็นควรที่จะทำการแยกความรับผิดชอบของผู้ซึ่งสมรสแล้ว และผู้ซึ่งยังมิได้สมรสออกจากกัน โดยพิจารณาในแต่ละองค์ประกอบไป ดังนี้

1. บทบัญญัติสำหรับผู้กระทำซึ่งสมรสแล้ว

1.1 องค์ประกอบในส่วนของตัวผู้กระทำ

แม้ว่าในสังคมไทยแต่เดิมนั้นกฎหมายตราสามดวงจะอนุญาตให้มีภริยาได้โดยชอบด้วยกฎหมายได้หลายคน แต่กฎหมายตราสามดวงนั้นได้ถูกยกเลิกไป โดยได้มีการบัญญัติกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นใช้บังคับแทนกฎหมายตราสามดวงที่ถูกยกเลิกไป ซึ่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้กำหนดอนุญาตให้บุคคลทุกคนสามารถมีคู่สมรสได้เพียงคนเดียวโดยไม่มีการแบ่งแยกเพศ ดังนั้นองค์ประกอบในส่วนที่เกี่ยวกับผู้กระทำความผิดนั้น สมควรจะเป็นการกำหนดโดยไม่ระบุถึงเพศของผู้กระทำเช่นกัน เพราะเนื่องจากว่าแม้ในสังคมไทยนั้นมักจะพบว่าฝ่ายชายจะเป็นผู้กระทำการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสมากกว่าฝ่ายหญิง แต่ก็ไม่ใช่ว่าจะไม่มีการกระทำความผิดกล่าวโดยฝ่ายหญิงแต่อย่างใด ดังนั้น ตัวผู้กระทำความผิดที่สมควรกำหนดลงในฐานความผิดนี้ก็คือ “ผู้ใด” นั่นเอง และควรให้การ “ซึ่งมีคู่สมรสอยู่แล้ว” หรือ “ซึ่งได้สมรสอยู่แล้ว” นั้นเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดในส่วนของตัวผู้กระทำ เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้ที่ทำการสมรสแล้วนั้นมีหน้าที่ต้องเป็นผู้ดูแลรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสตามกฎหมายและความมั่นคงผาสุกของสถาบันครอบครัวของตน และเป็นการแสดงอย่างชัดเจนว่า บทบัญญัตินี้มุ่งคุ้มครองการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น หากผู้ใดแม้ได้อยู่กินฉันสามีภริยากัน ตราบใดที่ไม่มีการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายหากมีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไปอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นอีก ก็ไม่ถือว่าฝ่ายนั้นได้กระทำความผิดตามบทบัญญัตินี้ เนื่องจากไม่มีการสมรสตามกฎหมายซึ่งบทบัญญัตินี้มุ่งประสงค์คุ้มครองเกิดขึ้นตั้งแต่แรกนั่นเอง

1.2 ลักษณะการกระทำ

ด้วยการจะบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมา ก็เพื่อมุ่งจะให้คุ้มครองถึงความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสตามกฎหมายและความมั่นคงผาสุกของสถาบันครอบครัวและความเป็นหนึ่งเดียวกันของครอบครัว อันเป็นหน่วยพื้นฐานของสังคม ไม่ใช่การบัญญัติขึ้นเพื่อเป็นความผิดบทหนักของความผิดฐานแจ้งความเท็จ ตามมาตรา 137 หรือบทหนักของความผิดฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ ตามมาตรา 267 แต่อย่างใด กล่าวคือ ไม่ใช่บทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น หากแต่มุ่งคุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสตามกฎหมายและความมั่นคงผาสุกของสถาบันครอบครัว ซึ่งหากมีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดกลับไปอยู่กินฉันสามีภริยากับบุคคลอื่นไม่ว่าการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นนั้นจะได้มีการจดทะเบียนสมรสครั้งหลังหรือไม่ ก็ย่อมทำให้เกิดความเสื่อมลงของความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสตามกฎหมายและความมั่นคงผาสุกของสถาบันครอบครัวซึ่งได้มี

การก่อตั้งขึ้นมาแล้ว ดังนั้น ลักษณะของการกระทำที่สมควรจะบัญญัติขึ้นนั้นจึงไม่สมควรที่จะมุ่งเน้นถึงเรื่องของการคุ้มครองเจ้าพนักงาน (มาตรา 137) หรือมุ่งคุ้มครองความถูกต้องของข้อมูลในเอกสารราชการหรือเอกสารมหาชน (มาตรา 267) แต่ควรบัญญัติให้มีขอบเขตกว้างกว่าแค่การจดทะเบียนสมรส แต่อย่างไรก็ดี การจะลงโทษทางอาญากับผู้ซึ่งมีคู่สมรสแล้วที่ไปมีเพศสัมพันธ์กับผู้อื่นเพียงชั่วคราวก็น่าจะเป็นการกำหนดฐานความผิดที่กว้างเกินไป ทั้งนี้ ความผิดพลาดเพียงบางครั้งคราวของคู่สามีภริยานั้น อาจมีการรวมขอมยอมให้อภัยกันได้ แต่หากมีการดำเนินคดีอาญากับฝ่ายซึ่งไปมีเพศสัมพันธ์ชั่วคราวถึงขนาดต้องจำคุกแล้ว ครอบครัวยิ่งก็คือ คู่สมรส ตลอดจนบุตรหลานก็อาจได้รับความยากลำบาก ทั้งนี้ ด้วยเห็นว่าสิ่งที่บ่อนทำลายสถาบันครอบครัวยิ่งกว่าการมีเพศสัมพันธ์ชั่วคราวก็คือ การที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไปลุ่มหลงติดพันกับบุคคลอื่นมากกว่าบุคคลในครอบครัว ดังนั้นจึงควรกำหนดให้องค์ประกอบในส่วนของ การกระทำนั้น คือ “กระทำความผิดที่มิใช่คู่สมรสของตน และอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นนั้น”

ทั้งนี้ การกระทำซึ่งถือได้ว่าเป็นการ “อยู่กินฉันสามีภริยา” อันเป็นองค์ประกอบของความผิดอาญาฐานนี้ย่อมต้องพิจารณาเทียบเคียงตามความหมายที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 ซึ่งหมายถึงการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาตามประเพณี อันเป็นที่รู้จักกันทั่วไปว่าหมายถึงการอยู่ร่วมบ้านเดียวกัน (to share a common home) ร่วมชีวิตในการครองเรือน (domestic life) และทั้งร่วมประเวณีต่อกันด้วย หากอยู่ด้วยกัน พุดคุยกัน รับประทานอาหารร่วมกัน แต่ไม่ได้ร่วมประเวณีด้วยก็ไม่ถือว่าได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา การอยู่กินด้วยกันนี้ย่อมแล้วแต่ประเพณีของผู้เป็นสามีภริยาจะพึงประพฤติปฏิบัติต่อกันโดยทั่วๆ ไป ทั้งนี้โดยคำนึงถึงอายุ สุขภาพ ฐานะทางสังคม และสภาวะทางการเงินของสามีภริยาด้วย เช่น สามีเป็นคนขับเครื่องบินโดยสาร 4-5 วันจึงจะกลับมาเมืองไทยทีหนึ่ง อย่างนี้ถือได้ว่าได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาแล้ว³⁹

1.3 องค์ประกอบภายใน

เจตนา

1.4 โทษ

หากศึกษาจากกฎหมายของอังกฤษแล้ว จะเห็นว่าความผิดฐานสมรสซ้อนนั้นมีอัตราโทษค่อนข้างสูง คือจำคุกไม่เกิน 7 ปี แต่ทั้งนี้ก็นเนื่องมาจากวัฒนธรรม จารีตประเพณีของอังกฤษที่การกระทำความผิดดังกล่าวนี้นี้ได้ถูกต้องห้ามมาโดยตลอด ซึ่งต่างจากสังคมไทยซึ่งเดิม

³⁹ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.155-156.

เคยเป็นสังคมที่อนุญาตให้ชายมีภริยาได้มากกว่าหนึ่งคน และไม่มีธรรมเนียมในการคุ้มครองรูปแบบพิธีการสมรส ดังเช่นประเทศซึ่งนับถือศาสนาคริสต์ และหากพิจารณาจากมลรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกา ความผิดฐานสมรสซ้อน หรือ bigamy ฐานมีชู้ หรือ adultery และฐานผิดประเวณี หรือ fornication นั้นมีระวางโทษไม่สูงเท่าใดนัก เช่น มลรัฐยูทาห์ซึ่งมีประวัติศาสตร์พื้นฐานในการต่อต้านการมีคู่สมรสมากกว่าหนึ่งคนยังกำหนดอัตราโทษในความผิดฐานสมรสซ้อนไว้ที่เป็นความผิดระดับ felony ลำดับชั้นที่สาม ซึ่งไม่ถือว่าเป็นโทษที่รุนแรงมาก ทั้งการบัญญัติกฎหมายใหม่นั้นก็เพื่อให้มีการกำหนดโทษที่ครอบคลุมถึงตัวปัญหาที่แท้จริงมากกว่าเพื่อมุ่งลงโทษอย่างรุนแรงต่อบุคคลซึ่งกระทำการดังกล่าว ด้วยเหตุที่ว่าหากลงโทษเป็นการรุนแรงเกินไป การบัญญัติความผิดฐานนี้อาจกลายเป็นโทษต่อตัวสถาบันครอบครัวเสียเอง เนื่องจากจะทำให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งต้องถูกลงโทษรุนแรง เช่น อาจถูกจำคุกเป็นเวลานาน หรือถูกเรียกให้ชำระค่าปรับในอัตราสูง ซึ่งสุดท้ายแล้วบาปเคราะห์ก็จะตกลงไปยังครอบครัว ตลอดจนคู่สมรสของตัวผู้กระทำความผิดเองอีกครั้งหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดี ก็ไม่สมควรจะกำหนดโทษให้มีความรุนแรงน้อยไปกว่าอัตราโทษของบทบัญญัติทางอาญาที่สามารถนำมาปรับใช้ได้ในปัจจุบัน อันได้แก่ความผิดฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการตามมาตรา 267 ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่าคุณธรรมทางกฎหมายที่บทบัญญัติใหม่มุ่งคุ้มครองนั้นมีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัติเดิมที่นำมาปรับใช้ เพื่อให้บุคคลมีความเกรงกลัว ไม่กล้ากระทำหรือไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำ และเป็นการช่วยส่งเสริมความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสตามกฎหมายและความมั่นคงในสถาบันครอบครัว ดังนั้นจึงสมควรให้มีระวางโทษ “จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งเห็นว่าเป็นอัตราโทษที่สมควรอยู่

นอกจากการกำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดของผู้ซึ่งสมรสแล้ว ก็สมควรกำหนดให้บุคคลซึ่งมีเพศสัมพันธ์และอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้ซึ่งสมรสแล้วต้องมีความผิดด้วย ทั้งนี้ก็เนื่องจากว่าบุคคลดังกล่าวนั้นย่อมเป็นส่วนหนึ่งซึ่งกระทำให้ความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสตามกฎหมาย และความมั่นคงผาสุกของสถาบันครอบครัวของผู้ซึ่งต้องเสื่อมเสียลง และหากไม่ได้มีการบัญญัติขึ้นเป็นอีกมาตราหนึ่งอย่างชัดแจ้ง บุคคลดังกล่าวนั้นก็ไม่ต้องรับผิดทางอาญาแม้ว่าจะมีปรากฏอยู่ในมาตราก่อนหน้านี้ก็ตาม ทั้งนี้เพราะว่าเมื่อบุคคลดังกล่าวนั้นกลายเป็นองค์ประกอบภายนอกของมาตราใดโดยที่ไม่มีข้อกำหนดชัดแจ้งให้ต้องรับผิดก็เท่ากับว่ากฎหมาย

ไม่ประสงค์จะเอาผิดกับบุคคลนั้น⁴⁰ โดยในการบัญญัติเป็นความผิดนั้น เห็นสมควรให้แยกเป็นความผิดในอีกมาตราหนึ่ง หรือแบ่งแยกออกเป็นอีกรวรรคหนึ่งเพื่อความชัดเจน ดังนี้

2. บทบัญญัติสำหรับผู้ซึ่งยังมิได้สมรสซึ่งกระทำชำเราและอยู่กินฉันสามีภริยากับบุคคลซึ่งสมรสแล้ว

2.1 องค์ประกอบในส่วนของผู้กระทำความผิด

ผู้ซึ่งต้องรับผิดตามบทบัญญัติมาตรานี้ก็คือ “ผู้ใด” โดยไม่ระบุเพศ เช่นเดียวกันกับความผิดที่ใช้สำหรับผู้ซึ่งสมรสแล้ว ทั้งนี้เพื่อความสอดคล้องกัน และควรกำหนดให้ชัดเจนว่าต้องเป็นผู้ที่ยังมิได้สมรส ทั้งนี้เนื่องจากว่าหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำนั้นได้สมรสแล้วก็จะเข้าเป็นความผิดตามมาตราแรกไปโดยไม่ต้องมีการตีความกันอีกว่าจะจะเป็นความผิดบทใดกันแน่ ดังนั้นในส่วนของผู้กระทำนั้นจึงควรจะใช้ “ผู้ใด ซึ่งยังมิได้สมรส” เป็นองค์ประกอบความผิดในส่วนของตัวผู้กระทำความผิดฐานนี้

2.2 องค์ประกอบภายนอกในส่วนของกรกระทำ

ด้วยเหตุที่บทบัญญัติมาตรานี้จะต้องสามารถใช้บังคับเพื่อแก้ไขปัญหาของการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรส โดยมุ่งลงโทษบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นผู้ที่อยู่กินฉันสามีภริยากับผู้ซึ่งได้สมรสแล้วเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแรกที่มุ่งลงโทษฝ่ายที่มีคู่สมรสแล้ว และมาตรานี้ยังต้องร่างขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหอันเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวที่กฎหมายอาญาในปัจจุบันยังไม่สามารถปรับบทเพื่อลงโทษได้ ซึ่งก็คือมีการอยู่กินฉันสามีภริยากันโดยมิได้มีการแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานเพื่อจดทะเบียนสมรสซ้อน เช่นเดียวกับการร่างกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษผู้กระทำฝ่ายที่เป็นผู้สมรสแล้วข้างต้น องค์ประกอบภายนอกในส่วนของกรกระทำสำหรับบทบัญญัติมาตรานี้จึงควรกำหนดไปในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ “กระทำชำเราผู้อื่นซึ่งสมรสแล้ว และอยู่กินฉันสามีภริยากับบุคคลเช่นนั้น”

2.3 องค์ประกอบภายใน

เจตนา

2.4 โทษ

สำหรับอัตราโทษนั้นก็เห็นสมควรให้ต้องรับโทษเท่ากับฝ่ายที่มีคู่สมรสแล้วเป็นผู้กระทำตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ทั้งนี้เนื่องจากว่าความผิดฐานนี้เป็นการที่จะเกิดได้โดยทั้งสองฝ่ายร่วมกันกระทำขึ้นมา (แม้ว่าจะไม่ได้ร่วมรับผิดตามบทบัญญัติมาตราเดียวกันก็ตาม) จึงเห็นสมควร

⁴⁰ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่36, น.711-724.

ให้ต้องรับโทษในอัตราเดียวกันกับบทบัญญัติแรก คือ “จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

สำหรับในส่วนของเหตุยกเว้นโทษนั้น แม้ว่ากฎหมายอังกฤษนั้นได้กำหนดให้มีเหตุยกเว้นโทษกรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายไม่อยู่ด้วยเป็นระยะเวลาติดต่อกัน 7 ปี และไม่รู้ว่าคุณคณนั้นมีชีวิตอยู่ระหว่างเวลานั้นหรือไม่ก็ตาม แต่ด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นได้กำหนดถึงเหตุฟ้องหย่าไว้ตามมาตรา 1516 โดยใน (4) นั้นกำหนดให้สามารถฟ้องหย่าได้กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทิ้งร้างไปเกิน 1 ปี และได้กำหนดใน (5) ให้สามารถฟ้องหย่าได้ในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ หรือไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกิน 3 ปี โดยไม่มีใครทราบแน่ชัดว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร ซึ่งเป็นระยะเวลาสั้นกว่าที่กำหนดไว้ตามกฎหมายของอังกฤษ จึงเห็นควรให้ดำเนินการหย่าให้ถูกต้องตามกฎหมายแพ่งเสียก่อนที่จะดำเนินการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นหรือสมรสใหม่ และไม่เห็นด้วยที่จะให้มีการกำหนดเป็นข้อยกเว้นโทษในลักษณะดังกล่าวตามที่กฎหมายของประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ เพราะจะทำให้เป็นการไม่เคารพถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่

สำหรับข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมายอาญามีฐานมีชู้ (adultery) ของมลรัฐอลาบามาที่นำมาเป็นแบบอย่างในการกำหนดขอบเขตของความผิดนี้ ที่บัญญัติไว้ว่า หากผู้กระทำได้กระทำความผิดโดยมีเหตุผลสมควรว่า ผู้กระทำและอีกบุคคลหนึ่งนั้นเป็นผู้ที่ยังไม่ได้สมรส ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานมีชู้ (adultery) นั้น เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายของประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีของการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบแห่งความผิด ตามมาตรา 59 วรรคสาม ซึ่งผู้กระทำไม่ต้องรับผิด โดยเทียบเคียงได้กับคำพิพากษาฎีกาที่ 6405/2539 (ฎ.ส.ล. 10 น. 182.) เป็นจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย ซึ่งมีอายุ 14 ปี 4 เดือน โดยผู้เสียหายยินยอม แต่จำเลยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายอายุ 17 ปี (เพราะผู้เสียหายมีรูปร่างใหญ่ ตัวสูงเท่าจำเลย พุดจาฉะฉานเหมือนผู้ใหญ่ อีกทั้งยังทำงานที่โรงงานผลไม้กระป๋องซึ่งจะรับคนอายุ 17 ปีขึ้นไปเท่านั้นเข้าทำงาน) เท่ากับไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ตาม ป.อ. มาตรา 277 วรรคแรก ถือว่าจำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิดมาตรา 277 วรรคแรก ทั้งนี้ตามหลักใน ป.อ. มาตรา 59 วรรคสาม หมายเหตุฎีกาที่ 4665/2547 น.1634 ก็ตัดสินว่ากรณีเช่นนี้จำเลยไม่ผิด มาตรา 277 วรรคแรก และมาตรา 317 วรรคสาม เพราะขาดเจตนา ตามมาตรา 59 วรรคสาม⁴¹ ดังนั้น ในการจะบัญญัติ

⁴¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น.149.

เป็นความผิดตามกฎหมายของประเทศไทยจึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติข้อยกเว้นความผิดดังกล่าว ตามที่มลรัฐอิตาลีมาได้บัญญัติไว้

ในประการสุดท้าย แม้ความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสนี้จะมุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่มีความสำคัญต่อสังคมโดยรวม คือคุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสตามกฎหมาย และความมั่นคงผาสุกของสถาบันครอบครัวก็ตาม แต่การใช้ชีวิตคู่หนึ่งนอกจากจะต้องช่วยเหลืออุปการะดูแล และเอื้ออาทรซึ่งกันและกันแล้ว การให้อภัยแก่กันก็เป็นองค์ประกอบหนึ่งให้การสมรสและชีวิตครอบครัวสามารถดำรงอยู่ได้ ดังนั้น แม้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งจะได้เคยกระทำผิดพลาดลงไป แต่หากสามารถแก้ไขกลับตัวได้ และคู่สมรสอีกฝ่ายยินดีให้อภัยก็ไม่สมควรที่รัฐจะยังขึ้นลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่ได้กระทำผิดอยู่ ดังนั้น ความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสที่เหมาะสมสำหรับใช้บังคับในประเทศไทยนั้นก็สมควรเป็นความผิดที่สามารถยอมความกันได้ ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้คู่สมรสฝ่ายที่ได้พลาดพลั้งกระทำผิดไปได้กลับตัวและกลับมาดูแลคู่สมรสและครอบครัวของตนได้โดยไม่ต้องได้รับโทษทางอาญา แต่ในทางกลับกัน ความผิดซึ่งบุคคลซึ่งยังมิได้สมรสที่อยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นซึ่งสมรสแล้วได้ก่อขึ้นนั้น เป็นการกระทำที่ทำขึ้นทั้งที่รู้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่การสมรสของผู้อื่น อันเป็นการทำลายสถาบันครอบครัวของผู้อื่นอย่างชัดแจ้ง แต่ผู้กระทำก็ยังฝืนกระทำลงไปโดยไม่คำนึงถึงผลเสียที่จะตามมา และยังไม่เห็นว่ามีเหตุผลพิเศษอันใดที่จะนำมาพิจารณาสมควรให้การกระทำดังกล่าวนั้นจะสามารถยินยอมให้อภัยได้ ดังนั้น จึงเห็นสมควรให้บทบัญญัติความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสนั้นเป็นความผิดที่ยอมความได้ เฉพาะความผิดที่จะลงโทษต่อฝ่ายที่มีคู่สมรสแล้วเท่านั้น แต่สำหรับความผิดของผู้ที่ยังมิได้สมรสที่อยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นซึ่งสมรสแล้วนั้นไม่สมควรให้มีการยอมความได้

ดังนั้น บทบัญญัติความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสที่ควรบัญญัติขึ้นใช้ในประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ควรบัญญัติไว้ดังนี้

“ผู้ใดซึ่งมีคู่สมรสอยู่แล้ว กระทำชำเราผู้อื่นซึ่งมิใช่คู่สมรสของตน และอยู่กินฉันสามีภริยากับบุคคลนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรส ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดกระทำชำเราผู้อื่นที่ซึ่งมีคู่สมรสแล้ว และอยู่กินฉันสามีภริยากับบุคคลนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้มีคู่สมรสแล้ว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดตามวรรคแรก เป็นความผิดอันยอมความได้”

อนึ่ง ในการดำเนินคดีอาญาใน “ความผิดอันยอมความได้” นั้นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 ได้บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 95 ในกรณีความผิดอันยอมความได้ ถ้าผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ภายในสามเดือน นับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด เป็นอันขาดอายุความ” ทั้งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121 วรรคสอง ได้กำหนดว่าใน “คดีความผิดต่อส่วนตัว” หากผู้เสียหายไม่ร้องทุกข์ พนักงานสอบสวนจะทำการสอบสวนไม่ได้ และเมื่อไม่มีการสอบสวน พนักงานอัยการก็จะฟ้องคดีไม่ได้ ปราบปรามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120 ดังนั้น ผู้เสียหายจึงเป็นส่วนสำคัญในการเริ่มต้นการดำเนินคดีใน ความผิดอันยอมความได้ดังกล่าว จึงสมควรจะพิจารณาว่าผู้ใดจะถือเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรส และในความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้มีคู่สมรสแล้ว

โดยในการพิจารณาว่าผู้ใดเป็นผู้เสียหายนั้น มีหลักเกณฑ์ดังนี้⁴²

1. มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น
2. บุคคลนั้นเป็น “ผู้เสียหายโดยพฤตินัย” ซึ่งหมายความว่าได้รับความเสียหายเดือดร้อน ยุ่งยาก เพราะการกระทำความผิดนั้น⁴³
3. บุคคลนั้นเป็นผู้เสียหายตามกฎหมาย กล่าวคือเป็น “ผู้เสียหายโดยนิตินัย” หมายความว่าไม่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้น หรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดนั้น หรือเกี่ยวข้องพัวพันกับการกระทำความผิดนั้น

ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรส และความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้ที่ซึ่งสมรสแล้วเกิดขึ้นแล้ว การพิจารณาว่าผู้ใดเป็นผู้เสียหายย่อมได้แก่ผู้ที่เป็น “ผู้เสียหายโดยพฤตินัย” และเป็น “ผู้เสียหายโดยนิตินัย” ดังกล่าว

สำหรับความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสนั้น มีผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสมควรพิจารณาว่าเป็นผู้เสียหายหรือไม่ ได้แก่ ตัวคู่สมรสของผู้กระทำความผิด และผู้ซึ่งผู้กระทำความผิดได้ไปอยู่กินฉันสามีภริยาด้วยในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่แล้ว และสำหรับ

⁴² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: จีรัชการพิมพ์, 2549), น.49.

⁴³ เฟิงอ้าง, น.50.

ความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้มีคู่สมรสแล้ว ได้แก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งของผู้ที่ผู้กระทำ ความผิดไปอยู่กินฉันสามีภริยาด้วยนั่นเอง

ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรสนั้น แยกพิจารณาได้ดังนี้

1. คู่สมรสตามกฎหมายของผู้กระทำความผิดนั้น ย่อมได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดโดยตรง เนื่องจากผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จะต้องอุปการะคู่สมรส เมื่อผู้กระทำความผิดไปอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่น ผู้กระทำความผิดย่อมละเลยการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว และทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่สมรสตามกฎหมาย

อนึ่ง คู่สมรสที่จะถือว่าได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นจะต้องเป็นคู่สมรสตามกฎหมายของผู้กระทำความผิดเท่านั้น ทั้งนี้บทบัญญัติมาตรานี้กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกำหนดให้มีการมีคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายเป็นองค์ประกอบภายนอกในส่วนของตัวผู้กระทำ ดังนั้น หากการสมรสครั้งแรกมิใช่การสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย กล่าวคือมิได้มีการจดทะเบียนสมรส ย่อมส่งผลให้การกระทำของผู้กระทำนั้นไม่เป็นความผิดตั้งแต่แรก เนื่องจากขาดองค์ประกอบความผิด

2. ผู้ที่มีใช้คู่สมรสของผู้กระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำความผิดไปอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่น ทั้งนี้ ไม่ว่าบุคคลผู้นั้นจะรู้หรือไม่ว่าผู้ที่ตนอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้นั้นมีคู่สมรสแล้วหรือไม่ และไม่ว่าจะได้มีการจดทะเบียนสมรสซ้อนขึ้นหรือไม่ ย่อมไม่ถือเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดตามมาตรา 151 เนื่องจากบทบัญญัติความผิดนี้มุ่งคุ้มครองเฉพาะการสมรสตามกฎหมายและความมั่นคงผาสุกของสถาบันครอบครัวซึ่งเกิดขึ้นจากการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น การอยู่กินฉันสามีภริยาที่เกิดขึ้นในครั้งหลังนั้นย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติมาตรานี้

สำหรับผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้มีคู่สมรสแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าบุคคลที่ได้รับความเสียหายนั้นย่อมได้แก่คู่สมรสของบุคคลที่ผู้กระทำความผิดได้ไปอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้นั้นเอง ทั้งนี้ เนื่องจากคู่สมรสนั้นย่อมมีสิทธิได้รับการอุปการะจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง และเมื่อผู้กระทำความผิดไปอยู่กินฉันสามีภริยากับคู่สมรสของผู้อื่น ย่อมทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งต้องเสียหายจากการถูกละเมิดความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสตามกฎหมายของตน และไม่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูดังกล่าว