

วิวัฒนาการทางกฎหมายในเรื่องการหย่าขาดจากการสมรส

1. วิวัฒนาการเรื่องการหย่าตามกฎหมายต่างประเทศ

1.1 กฎหมายโรมัน (Roman Law)

การสมรสตามกฎหมายอาจถูกทำให้สิ้นสุดลงโดยความตายของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยการยกเลิกการสมรส (annulment) หรือโดยการหย่า การหย่าถือเป็นวิธีการที่ถูกนำมาใช้น้อยที่สุดในบรรดาเหตุที่ทำให้การสมรสสิ้นสุดลงทั้งสามประการข้างต้น เมื่อคู่สมรสปรารถนาที่จะยุติการสมรสระหว่างกัน แต่การยกเลิกการสมรสกลับไม่เป็นที่ยอมรับ ดังนั้นบางครั้งคู่สมรสจึงตัดสินใจที่จะฆ่าตัวตายหรือแม้แต่ฆาตกรรมคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมากกว่าที่จะทำการหย่า เหตุผลหนึ่งของการกระทำดังกล่าวก็คือการที่สังคมถือว่า การหย่านั้นเป็นตราบาปซึ่งคนเหล่านั้นมองว่าการหย่าเป็นเรื่องที่เลวร้ายกว่าอาชญากรรมที่รุนแรงเสียอีก ด้วยเหตุผลในเรื่องตราบาปดังกล่าว ทำให้คู่สมรสหลายคู่ตกลงที่จะไม่ทำการหย่าร้าง¹

ในหลักกฎหมายโรมันนั้น ให้เสรีภาพกับคู่สมรสในการหย่าร้าง (Roman Law asserted the principle of freedom of divorce) โดยจะกระทำเมื่อใดก็ได้โดยความยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายหรือของคู่สมรสฝ่ายเดียว คู่สมรสสามารถหย่าขาดจากกันได้ตามที่ทั้งสองฝ่ายต้องการ แต่การบอกเลิกการสมรสฝ่ายเดียวที่เรียกว่า repudium นั้นจะเกิดขึ้นได้ต้องมีเหตุฟ้องหย่าอย่างเป็นธรรม (exiusta causa) กฎหมายโรมันจึงจะอนุญาตให้หย่าได้ ดังนั้นหากมีการบอกเลิกการสมรสฝ่ายเดียวโดยปราศจากเหตุ (repudium sine causa) จะมีผลทำให้ฝ่ายที่บอกเลิกการสมรสฝ่ายเดียวโดยปราศจากเหตุจะต้องถูกปรับไหมและมีผลต่อคู่สมรสดังนี้คือ²

¹ William J. O'Donnell, David A. Jones, The Law of Marriage and Marital Alternatives (U.S.A.: Lexingtonbooks, 1982), p. 115.

² Thomas, Textbook of Roman Law, (U.S.A.: North Holland Publishing Company, 1976), p.427.

1. ผลที่เกิดขึ้นกับฝ่ายภริยา คือ ต้องสูญเสียทรัพย์สินที่ตนมีอยู่ขณะทำการสมรส (dowry) และจะทำให้ภริยากลายเป็นแม่ชี (nunnery)
2. ผลที่เกิดขึ้นกับฝ่ายสามี คือ จะต้องสูญเสียทรัพย์สินของตนไปหนึ่งในสามส่วน

แม้ว่ากฎหมายโรมันจะยอมรับว่าคู่สมรสสามารถฟ้องหย่าได้ก็ตาม แต่จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าคู่สมรสจะต้องมีเหตุผลเพียงพอในการหย่าจึงจะสามารถหย่าขาดจากกันได้ ซึ่งเหตุแห่งการหย่าในกฎหมายโรมันมีดังนี้คือ³

- (1) การประพฤติดุชประเวณีหรือการกระทำชู้ กฎหมายโรมันยินยอมให้คู่สมรสหย่าขาดจากกันได้โดยเหตุที่ภริยากระทำชู้ (adultery) โดยถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิด หรือหากเพียงแค่สงสัยว่าอีกฝ่ายกระทำชู้และสามารถพิสูจน์ว่าเป็นเช่นนั้นจริงกฎหมายพยายามที่จะบังคับให้สามีหย่าขาดจากการสมรส
- (2) ความไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ กฎหมายโรมันอนุญาตให้คู่สมรสไม่ว่าจะเป็นฝ่ายสามีหรือฝ่ายภริยาฟ้องหย่าได้ในกรณีที่ฝ่ายภริยาไม่สามารถให้กำเนิดบุตรหรือเป็นหมัน กล่าวคือ ฝ่ายสามีอาจใช้สิทธิฟ้องหย่าแต่เพียงฝ่ายเดียวแก่ภริยาฐานเป็นหมันและในทำนองกลับกัน ฝ่ายภริยาอาจฟ้องหย่าสามีได้หากว่าภายหลัง 5 ปี นับจากเวลาสมรสฝ่ายภริยาไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้ อย่างไรก็ตาม ความไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้มักจะเป็นเหตุผลที่ดีเพียงพอที่จะเป็นข้ออ้างสำหรับการหย่าโดยความยินยอม (consensual divorce)
- (3) ความประพฤติที่ไม่เหมาะสมเกี่ยวกับคู่สมรส กฎหมายโรมันเปิดโอกาสให้กับคู่สมรสมากพอสมควรที่จะให้คู่สมรสอ้างเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ หากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีความประพฤติที่ไม่เหมาะสมหรือมีความประพฤติที่น่าเสื่อมเสีย เช่นการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่เหมาะสมที่โดยปกติแล้วฝ่ายหญิงมักอ้างเป็นเหตุหย่าหรือความผิดเล็กๆ น้อยๆ ฝ่ายหญิงก็สามารถให้เป็นเหตุหย่าได้เช่นกัน นอกจากนี้แล้วความประพฤติที่น่าเสื่อมเสียทั้งหลายเช่นการเสียสัตย์ด้วยความรู้ตัวผิด สามีกระทำชู้กับหญิงที่สมรสแล้ว การกระทำเหล่านี้ล้วนเป็นเหตุฟ้องหย่าทั้งสิ้น นอกจากนี้ในสมัยโบราณกฎหมายโรมันถือว่าการดื่มไวน์เป็นความผิดร้ายแรงและอาจเป็นเหตุฟ้องหย่าได้อีกด้วย

³ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เหตุฟ้องหย่า การศึกษาเปรียบเทียบในเชิงประวัติศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543), น.18.

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายโรมันจะเปิดช่องให้คู่สมรมีสติธิในการฟ้องหย่ามากก็ตาม แต่การฟ้องหย่าฝ่ายเดียวโดยอ้างความขัดแย้งเล็กๆ น้อยๆ ภายในครอบครัวที่เรียกว่า incompatibility ก็เป็นที่ยอมรับน้อยมากในกฎหมายโรมัน แต่ถึงแม้ว่าคู่สมรสจะอ้างเป็นเหตุฟ้องหย่ามิได้คู่สมรสก็อาจตกลงหย่ากันด้วยความยินยอมได้

1.2 กฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

การหย่าตามกฎหมายคอมมอนลอว์มีขึ้นในประเทศสกอตแลนด์เป็นระยะเวลาประมาณ 300 ปี ก่อนที่ประเทศอังกฤษและเวลส์จะอนุญาตให้มีการหย่ากันตามกฎหมายได้ ก่อนปี ค.ศ. 1857 ในประเทศอังกฤษและเวลส์ คู่สมรสจะหย่าได้มีเพียงวิธีเดียว โดยมีการออกเป็นพระราชบัญญัติโดยรัฐสภา ซึ่งเป็นวิธีการที่มีค่าใช้จ่ายสูง จึงมีผลทำให้บุคคลเฉพาะบางกลุ่มที่ร่ำรวยเท่านั้นที่จะใช้วิธีการเช่นนี้ได้ ในปี ค.ศ. 1857 ในประเทศอังกฤษและเวลส์ได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยสถานภาพสมรส (Matrimonial Causes Act 1857) ซึ่งอนุญาตให้มีการหย่ากันได้ ภายใต้พระราชบัญญัตินี้กล่าวว่ามีอาจฟ้องหย่าได้โดยอ้างเหตุหย่าว่าภริยากระทำชู้ แต่ภริยาจะฟ้องหย่าได้ต้องพิสูจน์ว่าสามีกระทำชู้กับญาติร่วมสายโลหิต หรือมีการสมรสซ้อน หรือกระทำโดยโหดร้ายทารุณ หรือละทิ้งร้างเกินกว่าสองปี หรือมีการข่มขืนกระทำชำเรา หรือมีข้อกล่าวหาอื่นใดเกี่ยวกับการกระทำที่ผิดธรรมชาติ หลังจากนั้นได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยสถานภาพสมรส ค.ศ. 1923 ซึ่งอนุญาตให้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายฟ้องหย่ากันด้วยเหตุที่อีกฝ่ายกระทำชู้โดยเท่าเทียมกัน⁵ ต่อมาได้มีการปฏิรูปกฎหมายในประเทศอังกฤษและเวลส์และได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยสถานภาพสมรส ค.ศ. 1937 ซึ่งเหตุหย่าตามกฎหมายพระราชบัญญัตินี้คือ การกระทำชู้ การกระทำโดยทารุณโหดร้าย การละทิ้งร้างเกินกว่าสามปี ความวิกลจริตที่ไม่อาจรักษาให้หายได้ เหตุหย่าประการสุดท้ายที่อ้างว่าอีกฝ่ายวิกลจริตนี้ถือว่าเป็นครั้งแรกที่มีการรับรองให้มีการหย่ากันได้ แม้อีกฝ่ายหนึ่งไม่มีความผิด

⁴ Sarah Havie-Clark, "Family Law (Scotland) Bill: Ground for Divorce," www.scottish.parliament.uk, (April 2005.)

⁵ Nigel Lowe, "Grounds for Divorce and Maintenance between Former Spouse," <www2.law.uu.nl/priv/cefi/Reports/pdf/England02.pdf>, (October 2002.), p.1.

ต่อมาในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจสอบและปรับปรุงกฎหมาย มีการเสนอทฤษฎีการสมรสที่แตกสลาย (Breakdown Theory) ในปี ค.ศ. 1969 ได้มีการออกพระราชบัญญัติการปฏิรูปการหย่า 1969 (The Divorce Reform Act 1969) ซึ่งได้ยกเลิกเหตุหย่าเดิมทั้งหมด และใช้เหตุหย่าใหม่ซึ่งมีเพียงเหตุเดียว คือ การสมรสนั้นต้องแตกสลายจนไม่อาจคืนดีได้ อย่างไรก็ตาม การกล่าวอ้างว่าการสมรสได้แตกสลายจนไม่อาจคืนดีได้ จะต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นว่ามีข้อเท็จจริงห้าประการที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้⁶ เหตุหย่าตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปการหย่า 1969 ได้ถูกประกาศซ้ำอีกครั้งโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยสถานภาพสมรส 1973 (The Matrimonial Causes Act 1973)⁷ ซึ่งต่อมาพระราชบัญญัติว่าสถานภาพสมรสได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ โดยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความคดีครอบครัวและสถานภาพสมรส 1984 (The Matrimonial and Family Proceedings Act 1984) แต่ยังคงเหตุฟ้องหย่าไว้เช่นเดิม ต่อมาในปี ค.ศ. 1996 ได้มี The Family Law Act 1996 ใช้บังคับเพียงบางส่วน โดยเหตุหย่ายังคงให้ใช้ตามที่ The Matrimonial Causes Act 1976 บัญญัติไว้ เหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายอังกฤษในปัจจุบันจึงมีบัญญัติไว้ใน The Matrimonial Causes Act 1976 ซึ่งมิผลใช้บังคับตั้งแต่ปี 1976 เป็นต้นมา⁸ ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดอีกครั้งในบทที่ 3

2. วิวัฒนาการเรื่องการหย่าตามกฎหมายครอบครัวไทย

ประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่ของประเทศนับถือศาสนาพุทธ ขนบธรรมเนียมประเพณี รวมถึงหลักกฎหมายในบางเรื่องย่อมได้รับอิทธิพลมาจากความเชื่อทางศาสนา รวมไปถึงหลักกฎหมายในเรื่องการหย่าก็เช่นกัน ถือว่าการที่สามีภริยาจะหย่าขาดจากกันนั้นมิใช่เป็นความผิดของคู่สมรสฝ่ายใดแต่ถือว่าเป็นเรื่องของบุญกรรมระหว่างกันเมื่อคู่สมรสหมดบุญที่ทำร่วมกันมาแล้วคู่สมรสก็หย่าขาดจากกันเห็นได้ว่ากฎหมายอนุญาตอย่างเต็มที่ในเรื่องการหย่าโดยความยินยอมจากแนวความคิดของศาสนาพุทธ สามารถสรุปได้ว่า ศาสนาพุทธไม่ห้ามการหย่า แต่มีแนว

⁶ Ibid. p. 3.

⁷ Ibid.

⁸ Bea Vershraegen, *Persons and Family* (Martinus Nijhoff press) 2004, p. 12.

คิดว่าการหย่าคือการที่คู่สมรสสิ้นบุญร่วมกัน⁹ ประเทศไทยมีกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวมานานแล้ว ซึ่งจะได้กล่าวถึงวิวัฒนาการของกฎหมายครอบครัวไทยเป็นลำดับ ดังนี้

2.1 กฎหมายลักษณะผัวเมีย

กฎหมายลักษณะผัวเมีย หรือไยการลักษณะผัวเมียนั้นได้รับแนวคิดจากพระพุทธศาสนาในเรื่องอนิจจังมาเป็นหลัก โดยถือว่าการหย่าจากกันนั้นมิใช่ความผิดของฝ่ายใด แต่หากเป็นเพราะทำบุญร่วมกันมาน้อยเท่านั้นเมื่อสิ้นบุญลงก็ต้องแยกจากกัน นักนิติศาสตร์สมัยใหม่เห็นว่าถ้อยคำดังกล่าวแคบไปเนื่องจากในกฎหมายลักษณะผัวเมียนั้นตัวบทได้มีการกล่าวถึงเรื่องบิดากับบุตรเด็กกับผู้ปกครองรวมอยู่ด้วย จึงได้มีการปรับเปลี่ยนมาใช้คำว่า กฎหมายครอบครัวในภายหลัง ประเทศไทยเราย้ายอันดับไปในสมัยสุโขทัยที่มีการรวบรวมชนชาติไทยตั้งตนเป็นอิสระนั้น กฎหมายครอบครัวของไทยเราได้รับอิทธิพลโดยตรงจากขนบธรรมเนียม ประเพณีและวัฒนธรรมของอินเดียและโดยทางอ้อมจากชนชาติขอมและมอญ¹⁰

กฎหมายผัวเมียบัญญัติขึ้นในแผ่นดินสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) เมื่อปีพุทธศักราช 1904 หรือประมาณ 600 ปีมาแล้วซึ่งภายหลังได้ถูกยกเลิกเมื่อมีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เมื่อปีพุทธศักราช 2477 การหย่าตามกฎหมายลักษณะผัวเมียนั้นค่อนข้างเคร่งครัด กล่าวคือ การที่หญิงจะหย่าได้นั้นต้องมีเหตุอันสมควรอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเหตุอันสมควรดังกล่าวนี้จะต้องอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีความผิด (fault theory) ทั้งสิ้น โดยเหตุอันสมควรที่จะก่อให้เกิดสิทธิแก่ฝ่ายหญิงที่จะขอหย่าได้นั้น จะต้องเกิดจากความผิดของฝ่ายชายเป็นสำคัญ กฎหมายลักษณะผัวเมียังไม่มีบทที่เกี่ยวกับทฤษฎีการสมรสที่แตกสลาย (breakdown theory) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ถือกำเนิดขึ้นจากกลุ่มประเทศตะวันตกเพื่อมีจุดมุ่งหมายในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักการสมรสในศาสนาคริสต์ที่ถือว่าการสมรสเป็นเรื่องศักดิ์สิทธิ์คู่สมรสไม่อาจหย่าจากกันได้ เหตุที่กฎหมายลักษณะผัวเมียมิได้รองรับเหตุหย่าที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ

⁹ ไพโรจน์ คุ้มสุริ, อิทธิพลและปรัชญาของพุทธศาสนาในกฎหมายลักษณะผัวเมียที่เกี่ยวข้องกับการหย่า, กฎหมายลักษณะครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น. 101.

¹⁰ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), น.1.

ทฤษฎีการล่มสลายที่แตกสลาย (breakdown theory) หรือ (no fault theory) นั้นน่าจะมาจากเรื่องของจารีตประเพณีดั้งเดิมของไทยที่มีลักษณะชายเป็นใหญ่ และหญิงต้องอยู่ในอำนาจปกครองของสามีหรือที่เรียกในกฎหมายลักษณะผัวเมียว่า "อยู่ในอิสระของชาย" หรือ "อำนาจอิสระของผัว" ยิ่งกว่านั้นอำนาจปกครองของสามีต่อภริยานั้นคล้ายกับการใช้อำนาจที่เรียกว่า "patria potestas" ตามกฎหมายโรมัน คือสามีมีอำนาจในการลงโทษบิดาภริยาได้หากภริยาได้กระทำความผิด อีกทั้งสามียังมีสิทธิที่จะควบคุมการคบหาสมาคมของภริยาได้ด้วย แต่จะไม่มีสิทธิห้ามภริยาไม่ให้ไปเยี่ยมเยียนบิดามารดาหรือญาติ ฉะนั้นเมื่อสามีมีความผิดบกพร่องต่อหน้าที่เสียแล้ว ภริยาจึงมีสิทธิตามกฎหมายที่จะขอหย่าได้ แต่การที่ชายเกิดอาการผิดปกติทางร่างกายอันมิได้เกิดจากความผิด เช่นเป็นคนวิกลจริตก็ดี เป็นโรคติดต่อย่างร้ายแรงก็ดี กฎหมายผัวเมียไม่ถือว่าเป็นเหตุที่จะฟ้องหย่าได้ เพราะลักษณะดังกล่าวไม่ถือว่าชายมีความผิด นอกจากนี้หากทั้งคู่ไม่ประสงค์จะอยู่กินกันอย่างสามีภริยาแล้วกฎหมายลักษณะผัวเมียยังเปิดช่องให้มีการหย่าโดยความยินยอมได้อยู่แล้ว¹¹ กฎหมายลักษณะผัวเมียนั้นได้บัญญัติให้ผัวเมียขาดจากกันไว้สี่ประการ คือ

1. ตายจากกัน การสมรสย่อมสิ้นสุดลงเมื่อคู่สมรสฝ่ายหนึ่งตายลง
2. มีเหตุทำให้ผัวเมียต้องเลิกกันเกิดขึ้นและเมื่อชายหญิงได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขบางอย่างครบถ้วนแล้ว ผัวเมียขาดกัน
3. ทำหนังสือหย่ากัน ผัวเมียขาดกัน ข้อนี้บัญญัติไว้ตามพระไอยการลักษณะผัวเมียมาตรา 65 คือ สามีภริยามีวิวาทจะหย่ากัน สามีให้หนังสือแก่ภริยา ภริยาให้หนังสือแก่สามี ต่อหน้าผู้เฒ่าผู้แก่ ท่านว่าฟังเอาหนังสือสามีภริยานั้นได้ เขาสามีภริยาขาดจากผัวเมียกัน¹² และบางกรณีสามารถหย่าขาดจากกันได้โดยตกลงหย่ากัน ทำการแบ่งทรัพย์สินระหว่างกันต่อหน้าผู้ใหญ่โดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 138 ว่า "บุตรผู้ใดบิดามารดาแต่งให้มีเฝ้าเรือนทำมาหากินอยู่ต่างหาก อยู่มาภริยาสามีหย่ากัน บินทรัพย์ต่อผู้เฒ่าผู้แก่แล้ว ภายหลังสามีภริยาซึ่งหย่ากันนั้นกลับยอมดีคืนมาอยู่ด้วยกันนั้นแล้วหาโทษมิได้ ถ้าภริยามันไปอยู่ ณ เรือนบิดามารดาฯ มิได้ยินยอมให้อยู่กินด้วยกัน แม้ตัวหญิงยินยอมก็ดี ท่านว่าหญิงนั้นไม่สิทธิเป็นภรรยา เพราะหญิงกลับมาอยู่ในเรือนบิดามารดาแล้ว สิทธิแก่บิดามารดา"

¹¹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้วเชิง อรรถที่ 3, น. 22.

¹² มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, ประมวลกฎหมาย ร. 1 จุลศักราช 1166

4. ฟ้องหย่าโดยอ้างเหตุในข้อสองข้างต้นคือมีเหตุทำให้ผัวเมียต้องเลิกกันเกิดขึ้นและได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขบางอย่างที่กฎหมายต้องการเข้ามาในฟ้อง แล้วศาลตัดสินให้ขาดกัน ผัวเมียก็ขาดกัน

นอกจากการหย่าโดยความยินยอมตามที่ได้กล่าวมาแล้ว กฎหมายลักษณะผัวเมียยินยอมให้มีการหย่าโดยไม่ยินยอมได้ด้วย โดยจะต้องมีเหตุแห่งการฟ้องหย่า ซึ่งเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย มีดังนี้คือ¹³

(1) การเลี้ยงหญิงไม่เป็นธรรม สังคมไทยในอดีตนั้นเนื่องด้วยปัจจัยหลายประการทำให้มีเฉพาะแต่ผู้ชายเท่านั้นที่จะมีโอกาสได้เล่าเรียนศึกษาหาความรู้ และการศึกษาเล่าเรียนในสมัยโบราณมักจะทำกันที่วัด จึงมีผลทำให้ส่วนใหญ่แล้วผู้หญิงต้องรับบทบาทเป็นแม่บ้านดูแลบ้านเรือนเท่านั้น ชายจึงมีหน้าที่ประกอบอาชีพหาเลี้ยงครอบครัว กฎหมายจึงได้บัญญัติให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายชายที่จะต้องเลี้ยงดูฝ่ายหญิง ซึ่งกฎหมายลักษณะผัวเมียหาได้บัญญัติไว้อย่างแจ่มชัดดังเช่นกฎหมายที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน โดยรวมแล้วคือเมื่อชายมีรายได้หรือทรัพย์สินเงินทองก็ควรจะนำมาแบ่งไว้ให้กับหญิงส่วนหนึ่ง หากไม่ปฏิบัติเช่นนั้นก็จะถือว่า ชายเลี้ยงหญิงไม่เป็นธรรม ซึ่งอย่างไรจึงจะถือว่าไม่เป็นธรรมนั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายบุคคลไป โดยศาลจะเป็นผู้ตีความคำว่าเลี้ยงหญิงไม่เป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตามนักนิติศาสตร์บางท่าน¹⁴ ก็ให้ความเห็นไว้ว่าศาลจะตีความหมายถ้อยคำดังกล่าวได้เองโดยตรงหาได้ไม่ เพราะมาตรา 55 แห่งกฎหมายลักษณะผัวเมียได้ระบุข้อเท็จจริงของการเลี้ยงหญิงไม่เป็นธรรมไว้ และศาลจะต้องตีความหรือใช้ดุลพินิจในการพิจารณาข้อเท็จจริงว่าเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 55 หรือไม่ โดยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 55 คือ ยักยอกทรัพย์สินของ ร่างหญิงไว้พันกำหนด ชายแก่ล้งขับไล่หญิงเสีย และชายเก็บเอาทรัพย์สินของไว้แต่ผู้เดียว โดยการเลี้ยงหญิงไม่เป็นธรรมดังกล่าวนี้จะต้องได้ความว่าชายมีเจตนาเอาใจออกนอกใจหญิงด้วย มิฉะนั้นจะนำมาอ้างเป็นเหตุฟ้องหย่าหาได้ไม่

(2) การทำร้ายร่างกาย แม้ชายจะมีอำนาจในการลงโทษเมียตามเดิมหญิงได้แต่จะต้องกระทำไปโดยสมควรแก่เหตุด้วย หากมีการทำโทษเกินสมควรกว่าอำนาจอิสระของชาย หญิงก็สามารถนำเรื่องดังกล่าวมาเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ นอกจากนี้เหตุหย่าในข้อนี้ยังรวมไปถึงกรณีที่สามีปฏิบัติต่อภริยาโดยไม่ให้เกียรติเป็นประจำอีกทั้งชายไม่เคารพยำเกรงบิดามารดา หรือญาติผู้ใหญ่ของฝ่ายหญิงอีกด้วย

¹³ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 3, น. 22.

¹⁴ เพ็งอ้าง, น. 23.

(3) การผิดพันทนต์บน ในกรณีมีเหตุยาเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นกรณีชายเลี้ยงดูหญิงมีเป็นธรรมก็ดี ชายไม่ยำเกรงพ่อแม่แก่หญิงและหยาบซ้ำคำดีก็ดี ชายเป็นโจรก็ดี แล้วชายได้ทำทนต์บนเป็นลายลักษณ์อักษรต่อหน้าผู้หลักผู้ใหญ่แล้วว่าจะกลับเนื้อกลับตัวเป็นคนดี แต่ปรากฏว่าได้ประพฤติผิดอีกถือว่าชายผิดทนต์บน กฎหมายลักษณะผัวเมียมาตรา 107 กำหนดว่าให้ขับชายเสีย ซึ่งในกรณีที่ชายผิดทนต์บนนี้หลวงพิศุลยสารนิติ และหลุยส์ ดูปลาตร์เห็นพ้องกันว่า หญิงไม่จำเป็นต้องฟ้องหย่าต่อศาลแต่หย่าได้ทันทีหรือขาดจากผัวเมียได้เลย¹⁵

(4) การหลอกหญิงมาเป็นเมีย กฎหมายลักษณะผัวเมียมาตรา 112 กำหนดว่าหากชายมีเมียแล้วอำพรางว่ายังไม่มีแล้วได้หญิงอื่นมาเป็นเมีย หญิงฟ้องหย่าได้ ซึ่งเหตุหย่าดังกล่าวนี้ใช้กับกรณีที่ชายนั้นมีเมียอยู่แล้วเท่านั้น อย่างไรก็ตามหากชายได้ล่อลวงหญิงที่ตกทุกข์ได้ยากไม่ว่าชายนั้นจะมีเมียแล้วหรือไม่ก็ตาม หญิงหลงเชื่อว่าชายนั้นจะช่วยทุกข์ หญิงจึงยอมเป็นเมียชายแต่ปรากฏว่าชายไม่ช่วย หญิงฟ้องหย่าได้ และยังฟ้องเรียกค่าสินไหมฐานล่อลวงมาเป็นเมียได้ด้วย แต่หากหญิงมีลูกกับชายแล้วจะหย่ากับชายไม่ได้

จากการศึกษาข้างต้นพบว่ากฎหมายลักษณะผัวเมียมิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่า การทำ การเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ คงบัญญัติไว้แต่เพียงว่าการกระทำใดเป็นเหตุฟ้องหย่า ซึ่งการกระทำบางอย่างที่กฎหมายลักษณะผัวเมียบัญญัติไว้ว่าเป็นเหตุฟ้องหย่าก็คือการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาตามกฎหมายปัจจุบัน

2.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478

ในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นโดยเฉพาะในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว กลุ่มประเทศตะวันตกได้เริ่มล่าอาณานิคมเข้าแสวงหาผลประโยชน์ในสยามประเทศมากขึ้น กลุ่มประเทศตะวันตกเห็นว่ากฎหมายของประเทศสยามในขณะนั้นมีความล้าหลังและป่าเถื่อนอยู่ มาก จึงห้ามใช้กฎหมายของประเทศสยามบังคับกับพลเมืองและคนในบังคับของตะวันตก ซึ่งถือ เป็นการสูญเสียเอกราชทางศาลที่สำคัญ ต่อมาในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงเล็งเห็นถึงภัยจากการล่าอาณานิคมของกลุ่มประเทศตะวันตก จึงได้มีการพัฒนาและปฏิรูปกฎหมายตลอดจนขนบธรรมเนียม ประเพณีต่างๆ ซึ่งชาวตะวันตกเห็นว่าเป็นการป่าเถื่อน

¹⁵ เพิ่งอ้าง, น. 26.

และล้าสมัย ให้มีความทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ เพื่อให้รอดพ้นจากการตกเป็นเมืองขึ้นของชาติตะวันตก

การแก้ไขกฎหมายในช่วงเวลานั้น เริ่มต้นจากการร่างประมวลกฎหมายอาญาก่อน จากนั้นจึงมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในภายหลัง และประกาศใช้ทีละบรรพ บรรพ 1 บรรพ 2 และบรรพ 3 ได้ร่างเป็นภาษาอังกฤษขึ้นก่อนแล้วจึงแปลเป็นภาษาไทยในภายหลัง ส่วนบรรพ 4 บรรพ 5 และบรรพ 6 นั้นได้มีต้นฉบับร่างเป็นภาษาอังกฤษอยู่เดิม แต่โดยที่ได้เร่งที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมายโดยเร็ว จึงได้ยกร่างตามแนวนร่างภาษาอังกฤษเป็นภาษาไทย แล้วประกาศใช้เป็นกฎหมาย ต่อมาทางราชการจึงได้แปลเป็นภาษาอังกฤษอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวนี้ได้เริ่มต้นร่างขึ้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว จนมาแล้วเสร็จในปลายปีพุทธศักราช 2477 ปัญหาในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวนั้นเป็นสิ่งที่ได้เถียงกันอย่างมากในเวลานั้น เนื่องจากความต้องการให้กฎหมายมีความทันสมัย ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศทางตะวันตก แต่เมื่อพิจารณาถึงสภาพสังคม วิถีชีวิตความเป็นอยู่ตลอดจนคติความเชื่อทางศาสนาของสยามในเวลานั้น แตกต่างกับทางตะวันตกโดยสิ้นเชิง โดยกฎหมายครอบครัวของตะวันตกได้รับอิทธิพลมาจากศาสนาคริสต์ที่เรียกว่ากฎหมายพระ (cannon law) โดยเฉพาะเรื่องการมีคู่สมรสเพียงคนเดียว (monogamy) ต่อมายุโรปมีการปฏิรูปศาสนา (reformation) จากเดิมที่จะฟ้องหย่าได้จะต้องอยู่บนพื้นฐานของความผิด (fault theory) เช่นกระทำชู้ หรือถูกทอดทิ้ง มาเป็นยอมรับให้มีการหย่าขาดจากกันได้โดยคู่สมรสไม่มีความผิด (no fault theory) โดยคำนึงถึงความสุขหรือความพึงพอใจในการอยู่ร่วมกันของสามีภรรยา ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวนี้ไม่ปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะผัวเมีย แต่กลับเริ่มปรากฏให้เห็นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 ซึ่ง ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวในที่ประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระประมวลกฎหมายในระเบียบวาระการประชุมว่าด้วยการตรวจพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่า "กฎหมายปัจจุบัน (หมายถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 พ.ศ. 2478) ของเราลอกเอากฎหมายแพ่งของต่างประเทศเข้ามา"¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 พ.ศ. 2478 นี้ได้กำหนดหลักการใหญ่ไว้คล้ายกับกฎหมายลักษณะผัวเมีย โดยแบ่งเป็น เหตุฟ้องหย่าที่อยู่บนพื้นฐานของความผิดของคู่สมรส กับเหตุฟ้องหย่าที่ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานความผิดของคู่สมรส

¹⁶ เพิ่งอ้าง, น. 28-29.

ก. เหตุฟ้องหย่าที่อยู่บนพื้นฐานของความผิดของคู่สมรส

(1) ภริยากระทำชำเราสามีฟ้องหย่าได้ ตามมาตรา 1500 (1) การที่ภริยากระทำชำเราเป็นเหตุหย่าที่มีมาแต่สมัยกฎหมายฉั้วเมียบ้าง ซึ่งบทที่ 8 บัญญัติว่า หญิงทำชู้นอกใจแล้ว ฝ่ายจับหญิงนอนหงาย ชายนอนคว่ำ ถ้าจะฆ่าชายนั่นเสียไซ้ให้ฆ่าหญิงนั้นเสียด้วย อย่าให้ฆ่าแต่ผู้เดียว เหตุหย่าเพราะกระทำชำเรา (adultery) เป็นความผิดร้ายแรงที่สุดของคู่สมรส แต่กฎหมายไทยรองรับให้ฟ้องหย่าได้เฉพาะแต่กรณีที่ภริยากระทำชำเราเท่านั้น ซึ่งเป็นข้อแตกต่างกับกฎหมายต่างประเทศซึ่งยอมรับว่าหากคู่สมรสพิสดารได้ว่าอีกฝ่ายกระทำชำแล้วศาลต้องพิพากษาให้หย่าขาดจากการเป็นสามีภริยา การกระทำชำเราจะต้องเป็นกรณีที่ภริยายินยอมร่วมประเวณีกับชายอื่นซึ่งมิใช่สามีตน แต่หากยังไม่ถึงกับมีการร่วมประเวณีกัน เพียงแต่กอดจูบกันหรือล่วงเกินในทางชู้สาวยังถือว่ากระทำชำเราไม่ได้¹⁷ เหตุหย่าตามอนุमतรานี้จำกัดเฉพาะเรื่องหญิงกระทำชำเราเท่านั้นจึงจะฟ้องหย่าได้ แต่หากเป็นการที่ชายนำหญิงอื่นมาเลี้ยงเป็นภริยา กฎหมายยังไม่ยอมรับให้มีการฟ้องหย่ากันโดยอาศัยอนุमतรานี้ แต่ภริยาก็คงฟ้องร้องโดยอ้างว่าเป็นการทำกรณเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงตามมาตรา 1500 (3) ได้¹⁸

(2) สามีหรือภริยาประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงหรือทำร้ายร่างกายอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีอีกฝ่ายหนึ่งถึงบาดเจ็บ หรือหมิ่นประมาทอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ เหตุฟ้องหย่าข้อนี้อยู่ในมาตรา 1500 (2) คำว่าประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง เป็นคำศัพท์กฎหมายที่มีเนื้อความไม่แน่ชัด จะให้คำนิยามโดยชัดเจนแน่นอนตายตัวไม่ได้ ต้องพิจารณาตามความรู้สึกของบุคคลทั่วไป ประกอบกับขนบธรรมเนียมประเพณีวัฒนธรรมด้วย กรณีที่ถือว่าการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง เช่นการที่ภริยายินยอมให้ชายอื่นล่วงละเมิดทำนองชู้สาว และการหมิ่นประมาทอีกฝ่ายหนึ่ง การประพฤติชั่วที่จะเป็นเหตุหย่าน่าจะหมายถึงการปฏิบัติในทางส่วนตัวที่มีผิดมีงาม เช่นหมกมุ่นในอบายมุข หมกมุ่นในสุรา นารี พาสี ก็ฟาดบัตร เป็นกัจฉวัตร ไม่ใช่เป็นครั้งคราวหรือโดยอหิยาศัยในทางสมาคม¹⁹ การประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงในอนุमतรานี้ไม่ได้บัญญัติไว้ถึงขนาดว่าเป็นความผิดทางอาญาดังมาตรา 1516 (2) ของประมวล

¹⁷ สอาด นาวีเจริญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2517), น. 167.

¹⁸ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวมฤตก. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), น. 187.

¹⁹ เพิ่งอ้าง, น. 188.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในปี พ.ศ. 2519 และ พ.ศ. 2533 แต่ส่วนใหญ่แล้วความประพฤติดังกล่าวอย่างร้ายแรงอันจะเป็นเหตุฟ้องหย่าได้นั้นมักจะเป็นความผิดอาญาด้วย ส่วนการทำร้ายร่างกายถึงบาดเจ็บนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยจงใจ มิใช่โดยประมาท ถ้าหากฝ่ายที่ถูกทำร้ายเป็นฝ่ายก่อเหตุขึ้นก่อน ฝ่ายที่ถูกทำร้ายก็จะนำเรื่องดังกล่าวมาเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้ เพราะถือว่าเป็นผู้มีส่วนก่อให้เกิดความผิดด้วย

(3) สามีหรือภริยาจงใจจะทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งเกินกว่าหนึ่งปี หรือไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูตามสมควร หรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงจนอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะอยู่กินเป็นสามีภริยาต่อไป อีกฝ่ายฟ้องหย่าได้ เป็นเหตุหย่าตามมาตรา 1500 (3) ซึ่งเป็นเหตุหย่าที่ใกล้เคียงกับกฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 55 ซึ่งยอมรับเฉพาะสามีจงใจจะทิ้งร้างเท่านั้นไม่รวมถึงกรณีที่ภริยาจงใจจะทิ้งร้างสามีด้วย ซึ่งต่างกับเหตุหย่าตามอนุมาตราในที่กำหนดให้บังคับได้กับทั้งฝ่ายสามีและภริยา การจงใจทิ้งร้างนั้นหมายถึงจงใจทอดทิ้งโดยไม่เหลียวแลเพราะหมดความรักใคร่ ส่วนการไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูตามสมควรนั้น การเลี้ยงดูจะต้องพิจารณาถึงฐานะของสามีภริยาประกอบด้วย

การประพฤติดังกล่าวเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงจนอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะอยู่กินเป็นสามีภริยากันต่อไป ได้ถูกตราขึ้นเป็นเหตุฟ้องหย่าเป็นครั้งแรกโดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ ตัวอย่างของการทำการเป็นปฏิปักษ์เช่นการที่ภริยาไม่ยอมร่วมประเวณีด้วย ก็น่าจะเป็นการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงได้²⁰

(4) ถ้าสามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกฐานลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด หรือปลอมแปลงเงินตรา หรือต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดอย่างอื่นเกินกว่าสามปี อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ เหตุหย่าตามอนุมาตรานี้มีที่มาจากกฎหมายผัวเมียบทที่ 101 ซึ่งบัญญัติว่า ชายมาสู่ขอลูกสาวหลานสาวท่าน ท่านให้หญิงเป็นเมียชายแล้ว ชายนั้นคบหาใจผู้ร้ายกิตี ท่านว่ามันเป็นคนพาล ให้พ่อตาแม่ยายขับมันไปเสีย อย่าให้อยู่ด้วยลูกสาวหลานสาวเรา ไปเมื่อหน้าจะฉิบหาย แต่มาตรา 1500 (4) มิได้จำกัดเป็นเรื่องที่สามีเป็นโจรลักทรัพย์ปล้นทรัพย์ดังเช่นกฎหมายผัวเมียเท่านั้น ถ้าภริยาประพฤติดนเป็นโจรสามีก็ถือเป็นเหตุฟ้องหย่าได้เช่นกัน²¹ เหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1500 (4) มีหลักเกณฑ์สำคัญคือจะต้องเป็นการกระทำ ความผิดทางอาญาเท่านั้น หากเป็นความผิดทางแพ่งไม่ว่าจะเป็นกรณีละเมิดหรือผิดสัญญา ก็ไม่

²⁰ เพิ่งอ้าง, น. 192.

²¹ เพิ่งอ้าง, น. 193.

อาจก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องหย่าได้ และต้องเป็นกรณีที่คำพิพากษานั้นถึงที่สุดแล้ว หากยังมีการอุทธรณ์ฎีกาต่อไปถือว่ายังไม่ใช่คำพิพากษาที่ถึงที่สุด จะนำมาเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้ นอกจากนี้ โทษดังกล่าวต้องเป็นโทษจำคุกเกินสามปีเท่านั้น และต้องมีการลงโทษจริงด้วย หากศาลพิพากษาให้จำคุกแต่มีการรอลงอาญาไว้ หรือศาลสั่งปรับหรือกักขัง หรืออยู่ภายใต้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัย ก็จะไม่ถือเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้เช่นกัน

(5) สามีนหรือภริยาผิดทณฑ์บนที่ทำให้ไว้เป็นหนังสือเรื่องความประพฤติอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ตามมาตรา 1500 (7) การทำทณฑ์บนดังกล่าวจะทำก่อนหรือหลังจากมีการประพฤติดีกฝ่ายได้ เพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ในลักษณะที่ว่าต้องรอให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประพฤติดีกฝ่ายก่อนจึงจะมาตกลงทำหนังสือทณฑ์บน แต่โดยปกติแล้วการทำทณฑ์บนมักจะทำต่อเมื่ออีกฝ่ายประพฤติดูไม่เหมาะสมแล้วอีกฝ่ายหนึ่งมาตกลงทำทณฑ์บนกัน²²

ข. เหตุฟ้องหย่าที่ไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิดของคู่สมรส

(1) สามีนหรือภริยาที่ถูกศาลสั่งว่าเป็นคนสาบสูญ และศาลยังไม่เพิกถอนคำสั่งนั้นอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ เป็นเหตุหย่าตามมาตรา 1500 (5) การสมรสหาได้สิ้นสุดลงไม่เมื่อคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสาบสูญ ถือว่าการสมรสยังคงมีอยู่หากทำการสมรสใหม่ถือว่าสมรสซ้อนกฎหมายจึงเปิดโอกาสให้คู่สมรสที่อยู่มีสิทธิฟ้องหย่าเพื่อให้การสมรสสิ้นสุดลงได้

(2) สามีนหรือภริยาที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถเพราะเหตุวิกลจริตตลอดมาเกินกว่าสามปี นับแต่วันศาลสั่งและความวิกลจริตนั้นไม่มีทางจะหายได้ ทั้งถึงขีดที่จะอยู่กินเช่นสามีภริยากันต่อไปไม่ได้อีกแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ ตามมาตรา 1500 (6) เหตุหย่าข้อนี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายตะวันตกโดยตรงซึ่งกฎหมายต่างประเทศกำหนดไว้เพียงแค่ว่าคู่สมรสวิกลจริตก็เป็นเหตุหย่าได้แล้ว ไม่ต้องรอให้ศาลมีคำสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ แต่กฎหมายไทยมีเงื่อนไข คือความวิกลจริตดังกล่าวจะต้องเกิดขึ้นหลังจากการสมรส เพราะหากคู่สมรสวิกลจริตก่อนจะมีผลทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะ และความวิกลจริตดังกล่าวนั้นจะต้องดำเนินต่อเนื่องมาเกินกว่า 3 ปี นับแต่ศาลมีคำสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ โดยอาการวิกลจริตดังกล่าวต้องไม่อาจรักษาให้หายขาดได้ เพราะการเป็นสามีภริยากันกฎหมายกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างกันไว้คือต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน แต่หากการวิกลจริตนั้นไม่อาจรักษาให้หายขาดได้และขัดขวางต่อการเป็นสามีภริยาจนคู่สมรสไม่อาจทนต่อไปได้อีก ก็สามารถอ้างเหตุดังกล่าวมาฟ้องหย่าได้

²² เพิ่งอ้าง, น. 198.

(3) สามีหรือภริยาเป็นโรคติดต่อร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งและโรค นั้นไม่มีทางที่จะหายได้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ ตามมาตรา 1500 (8) โรคที่ไม่อาจรักษาหายได้นั้น ต้องแล้วแต่แพทย์จะเป็นผู้วินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป

(4) สามีหรือภริยามีอวัยวะสืบพันธุ์ไม่สมบูรณ์ จนไม่สามารถอยู่กินด้วยกันฉัน สามีภริยาได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

2.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519

ในปี พ.ศ. 2516 โดยเฉพาะอย่างยิ่งระยะเวลาภายหลังวันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ได้มีการเรียกร้องประชาธิปไตย เรียกร้องสิทธิและเสรีภาพกันอย่างกว้างขวาง ผลแห่งการนี้ทำให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 จำต้องมีบทบัญญัติในมาตรา 28 ให้ชายและหญิงมี สิทธิเท่าเทียมกัน และมีบทเฉพาะกาลที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย เหตุนี้จึง ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2519 เป็นกฎหมายตั้งแต่วันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2519 เป็นต้นมา เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการข้างต้น

บทบัญญัติในบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 มีบทบัญญัติเพิ่มขึ้นจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิมถึง 41 มาตรา โดยมีการจัดเรียงใหม่ตั้งแต่มาตรา 1435 ถึง มาตรา 1598 และจากมาตรา 1598/1 ถึง 1528/41 โดยหลักการสำคัญของบรรพ 5 ใหม่คือ กฎหมายได้ยกเลิกบทบัญญัติต่างๆ ที่จำกัดอำนาจในการ ทำนิติกรรมของหญิงมีสามีให้มีความเท่าเทียมกันทางด้านจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา และ มีการเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยามาเป็น 2 ชนิดคือ สินส่วนตัวและสินสมรสเท่า นั้น บทบัญญัติเดิมที่ว่าสามีเป็นหัวหน้าคู่ครองเป็นผู้เลือกที่อยู่ได้ถูกตัดออกไป จึงเท่ากับว่า ปัจจุบันนี้ไม่มีใครเป็นหัวหน้าคู่ครอง สามีและภริยาต้องปรึกษากันในเรื่องที่อยู่ว่าจะอยู่กัน ณ ที่ใด อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ที่เคยอยู่กับบิดาก็แบ่งให้มารดาด้วย ทั้งบิดาและมารดาต่างมี อำนาจปกครองบุตรโดยเท่าเทียมกัน²³

²³ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 7.

ในเรื่องของเหตุฟ้องหย่าได้มีการแก้ไขและกำหนดเหตุฟ้องหย่าขึ้นใหม่ สำหรับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงได้ถูกแก้ไขโดยมาตรา 1516 (6) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ซึ่งบัญญัติว่า "สามีหรือภริยาไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควร หรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้" คำว่า "ทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง" ได้ถูกแก้ไขเล็กน้อยเป็น "ทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง" ส่วนเงื่อนไขในการฟ้องร้องที่ว่า "จนอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะอยู่กินเป็นสามีภริยาต่อไป อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้" ได้ถูกแก้ไขเป็น "ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้"

2.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533

ภายหลังจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปี พ.ศ. 2519 เพื่อให้เป็นไปตามหลักสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง ปรากฏว่ามีบทบัญญัติในหลายมาตราที่มีปัญหาในการตีความและไม่สอดคล้องกับสภาพสังคม จึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ใหม่อีกครั้งหนึ่ง เพื่อให้มีความสมบูรณ์และชัดเจนยิ่งขึ้น โดยการแก้ไขดังกล่าวได้แล้วเสร็จและประกาศใช้ในวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2533 การแก้ไขครั้งนี้ มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนหลักการที่สำคัญเช่น²⁴

1. การหมั้นจะต้องมีของหมั้น ถ้าไม่มีของหมั้นการหมั้นนั้นไม่สมบูรณ์ และของหมั้นจะตกเป็นสิทธิแก่หญิงในทันทีที่หมั้นกัน (มาตรา 1437)
2. ถ้าคู่หมั้นไม่ว่าชายหรือหญิงตายก่อนสมรสหญิงหรือฝ่ายหญิงไม่ต้องคืนของหมั้นหรือสินสอดแก่ฝ่ายชาย (มาตรา 1441)
3. สามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจจัดการสินสมรสโดยลำพัง เว้นแต่การจัดการที่สำคัญ เช่น การขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าซื้อสินสมรสที่เป็นอสังหาริมทรัพย์หรือ

²⁴ เพิ่งอ้าง, น. 8-9.

สังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้ ให้กู้ยืมเงินสินสมรส นำสินสมรสไปให้โดยเสนาหา ฯลฯ สามีและภริยาจะต้องจัดการร่วมกัน (มาตรา 1476)

4. การจัดการสินสมรสที่ต้องจัดการร่วมกันนั้น หากสามีหรือภริยาทำไปโดยลำพังฝ่ายเดียว ภริยาหรือสามีที่ไม่ได้ให้ความยินยอมมีสิทธิฟ้องให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้เหตุ หรือภายในสิบปีนับแต่วันที่ได้อำนาจนิติกรรมนั้น เว้นแต่บุคคลภายนอกจะได้กระทำโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน (มาตรา 1480)

5. การสมรสซ้อนเป็นโมฆะ ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิกล่าวอ้างขึ้นได้เองโดยไม่จำเป็นต้องให้ศาลมีคำพิพากษา (มาตรา 1479) แม้คู่สมรสจะทำการสมรสซ้อนโดยสุจริตก็ไม่มีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง (มาตรา 1499)

6. เพิ่มเติมเหตุฟ้องหย่า โดยกำหนดให้การที่สามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกและได้ถูกจำคุกเกินหนึ่งปี มาตรา 1516(4/1) และการที่สามีหรือภริยาสมัครใจแยกกันอยู่เกินสามปี ตามมาตรา 1516 (4/2) และได้เพิ่มเติมเหตุหย่าในมาตรา 1516 (5) ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่สามีหรือภริยาไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปีเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ด้วย

7. ลดอายุผู้รับบุตรบุญธรรมลงเหลือเพียงยี่สิบห้าปี เพื่อสนับสนุนให้มีการรับบุตรบุญธรรมกันมากยิ่งขึ้น (มาตรา 1598/19)

การแก้ไขหลักการสำคัญเช่นว่านี้ไม่มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับแก่การกระทำใดๆ ที่ได้กระทำขึ้นแล้วตามกฎหมายก่อนที่มีการแก้ไข เว้นแต่อาจมีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีผลย้อนหลังได้เท่านั้น สำหรับเหตุฟ้องหย่าในเรื่องการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงมิได้ถูกแก้ไขแต่อย่างใด

3. วิวัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับการหย่า

ในระยะเวลาหลายสิบปีที่ผ่านมา มีการถกเถียงว่ากฎหมายเกี่ยวกับการหย่าควรจะต้องอยู่บนหลักความผิดหรือหลักปราศจากความผิด ในอดีตกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าส่วนใหญ่ตั้งอยู่บนหลักความผิด แต่ในระยะเวลาประมาณหกสิบปีที่ผ่านมา หลายประเทศได้มีการแก้ไขกฎหมายให้เปลี่ยนไปเป็นหลักปราศจากความผิด ซึ่งที่จริงแล้วรูปแบบของกฎหมายหย่า มิได้มี

เพียงหลักความผิดและหลักปราศจากความผิดเท่านั้น แต่ยังมีหลักหรือทฤษฎีอื่นอีกด้วย หลักกฎหมายต่างๆ เกี่ยวกับการหย่ามีดังต่อไปนี้²⁵

(1) หลักความผิด หลักนี้อธิบายให้หย่าได้ก็ต่อเมื่อสามีหรือภริยาฝ่ายหนึ่ง พิสูจน์ได้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งได้กระทำความผิดโดยทางใดทางหนึ่งอย่างชัดเจนต่อฝ่ายแรก ความผิดที่ยกเป็น ตัวอย่างมากที่สุดก็คือการที่สามีหรือภริยาอีกฝ่ายได้กระทำชำเรา ภายใต้หลักความผิด การหย่าถูกใช้ เป็นการลงโทษสามีหรือภริยาฝ่ายที่กระทำความผิดหน้าที่ของการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรง ศาลจะ พิจารณามีการกระทำที่อ้างว่าเป็นความผิดต่อหน้าที่ของการเป็นสามีภริยาตามที่กฎหมาย บัญญัติไว้หรือไม่ ถ้าปรากฏว่ามีการกระทำเช่นนั้นจริง ศาลต้องพิพากษาให้หย่า และถ้าอีกฝ่าย หนึ่งไม่ได้กระทำการใดตามที่กฎหมายว่าด้วยการหย่าบัญญัติไว้เป็นความผิดสามีภริยาจะหย่า ขาดจากกันไม่ได้ ดังนั้น ฝ่ายที่สนับสนุนหลักความผิดจึงเห็นว่าหลักปราศจากความผิดไม่เห็น ความสำคัญของการสมรส โดยอนุญาตให้สามีภริยายุติการสมรสเมื่อใดก็ได้ตามที่ต้องการ และ หลักปราศจากความผิดยังมองข้ามเหตุผลของการสมรสที่ว่า การสมรสคือการเป็นหนึ่งชีวิตต่อกันอีก ด้วย²⁶ มีการวิจารณ์ว่าหลักปราศจากความผิดมิได้เยียวยาปัญหาของสามีภริยาอย่างแท้จริง เหตุ ผลที่สนับสนุนหลักความผิดอีกข้อหนึ่งก็คือกฎหมายต้องให้ความสำคัญต่อคุณค่าของสังคมและ ยับยั้งความประพฤติที่ทำลายสังคม เมื่อสามีหรือภริยาฝ่ายหนึ่งทำให้การสมรสสิ้นสุดลงและส่ง ผลร้ายต่อบุตร กฎหมายควรประกาศว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด และถ้าเป็นการเหมาะสม ก็ควรจะมีการลงโทษ²⁷

(2) หลักปราศจากความผิด หรือเป็นหลักที่บังคับให้มีการพิสูจน์เกี่ยวกับการ แดกสลายของการสมรสที่ไม่อาจกลับมาคืนดีกันได้ ภายใต้หลักนี้การหย่าจะได้รับอนุญาตก็ต่อ เมื่อได้มีการพิสูจน์ว่าการสมรสได้แตกสลายไปแล้วและไม่อาจทำให้คืนดีได้ดังเดิม หรือสามีภริยา ไม่อาจทนอยู่ร่วมกันต่อไปได้อีก หลักปราศจากความผิดมีแนวคิดว่าการหย่าจำเป็นต้องมีขึ้น เพราะสามีภริยาไม่อาจทนอยู่ร่วมกันต่อไปได้อีก ศาลจะพิพากษาให้หย่าได้ต่อเมื่อสามีหรือภริยา พิสูจน์ได้ว่าการสมรสได้แตกสลาย หรือในบางประเทศได้วางข้อสันนิษฐานไว้ว่ากรณีใดที่ถือว่าการ สมรสได้แตกสลาย ซึ่งคู่สมรสเพียงแค่วินิจฉัยว่ามีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ตามที่กฎหมายกำหนด

²⁵ Jonathan Herring, *Family Law*. (New York: Oxford University Press, 2004), p.105.

²⁶ *Ibid*, p.107.

²⁷ *Ibid*.

ไว้แล้ว เช่นกฎหมายเยอรมันวางข้อสันนิษฐานไว้ว่าการสมรสได้แตกสลาย เมื่อสามีภริยาได้แยกกันอยู่เกินกว่าสามปีแล้ว เมื่อสามีภริยาได้พิสูจน์ว่าได้แยกกันอยู่เกินกว่าสามปีแล้ว ก็เท่ากับว่าได้พิสูจน์แล้วว่าการสมรสของตนได้แตกสลาย ฝ่ายนี้เห็นว่าการที่สามีภริยาไม่อาจทนอยู่ร่วมกันต่อไปได้อีกอาจเกิดขึ้นได้ด้วยหลายสาเหตุ และจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเพ่งเล็งถึงความประพฤติของสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว เช่น สามีหรือภริยาฝ่ายที่กระทำชู้ก็อาจจะมิใช่เป็นฝ่ายผิดก็ได้ เพราะฝ่ายนั้นอาจได้รับแรงกดดันเนื่องจากความเย็นชาของอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อสามีภริยาเห็นว่าความสัมพันธ์ของทั้งสองฝ่ายเป็นไปในทางลบ และต้องการที่จะยุติความสัมพันธ์นั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องกระตุ้นให้แต่ละฝ่ายกล่าวหาอีกฝ่ายหนึ่งถึงสาเหตุที่แตกร้าง นอกจากนี้เมื่อสามีหรือภริยาฝ่ายหนึ่งต้องการหย่า ก็ไม่อาจที่จะบังคับสามีภริยาทั้งสองฝ่ายให้อยู่ร่วมกันได้ ถึงแม้กฎหมายหลักความผิดบังคับว่าการหย่าจะมีขึ้นได้เฉพาะกรณีที่พิสูจน์ได้ว่ามีความผิด การบังคับเช่นนี้ก็มิได้ทำให้ชีวิตสมรสมีความสุขขึ้น

(3) หลักการหย่าภายหลังระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งได้ผ่านพ้นไปแล้ว สามีภริยาจะได้รับอนุญาตให้หย่าได้ ภายหลังจากที่สามีภริยาได้แยกกันอยู่ครบตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้

(4) หลักการหย่าตามข้อตกลง ถ้าสามีภริยาดกลงจะหย่า การหย่าย่อมกระทำได้โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ความผิดของอีกฝ่ายหนึ่ง

(5) หลักการหย่าตามความต้องการ เมื่อสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเรียกร้องให้มีการหย่า ก็หย่าได้ทันที แต่ทั้งนี้จะต้องมีการตกลงไว้ก่อนสมรสแล้วว่า เมื่อสมรสแล้วให้ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิที่จะหย่าเมื่อใดก็ได้ตามที่ต้องการ ซึ่งจะไม่ต้องพิสูจน์ถึงความผิดของอีกฝ่ายหรือพิสูจน์ถึงการแตกสลายของการสมรสแต่อย่างใด