

วิเคราะห์เปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่าเรื่องการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายครอบครัวไทย และปัญหาบางประการในเรื่องการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง

1. วิเคราะห์เปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่าเรื่องการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายครอบครัวไทย

1.1 เหตุฟ้องหย่าของกฎหมายต่างประเทศที่เทียบเคียงได้กับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงตามกฎหมายครอบครัวไทย

1.1.1 ประเทศอังกฤษ และสกอตแลนด์

เหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายอังกฤษและสกอตแลนด์ มีหลักเกณฑ์คล้ายกัน โดยในปัจจุบันมีหลักเกณฑ์เบื้องต้นว่า จะต้องเป็นกรณีที่ชีวิตสมรสได้แตกสลายจนไม่สามารถจะกลับมาคืนดีกันได้อีกต่อไป และกฎหมายได้บัญญัติหลักเกณฑ์ต่อไปว่า ศาลไม่อาจจะพิพากษาได้ว่าชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายจนไม่อาจจะกลับคืนดีกันได้ เว้นแต่คู่สมรสฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอยานั้นจะนำสืบให้เป็นที่น่าพอใจแก่ศาลถึงเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งในห้าเหตุ¹ ดังที่กล่าวไว้บทที่ 3 ซึ่งเหตุหย่า

¹ เหตุหย่าทั้งห้าประการ มีดังนี้

- (1) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งกระทำชู้ และคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป
- (2) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งประพฤติตนในลักษณะที่ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะทนอยู่ร่วมกับฝ่ายแรกได้อีกต่อไป
- (3) คู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้ละทิ้งร้างคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไปเป็นระยะเวลาสองปีติดต่อกัน
- (4) คู่สมรสได้มีการแยกกันอยู่เป็นระยะเวลาสองปีติดต่อกันและคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งตกลงหรือยินยอมที่จะให้ศาลมีคำพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน
- (5) คู่สมรสนั้นได้มีการแยกกันอยู่จากกันเป็นระยะเวลาห้าปีติดต่อกัน

ประการหนึ่งของกฎหมายอังกฤษที่ใกล้เคียงกับการทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงตามกฎหมายไทย คือ จำเลยประพฤติตนในลักษณะที่ทำให้โจทก์ไม่สมควรที่จะอยู่ร่วมกันกับจำเลยต่อไป²

คำว่า “ความประพฤติ” (behavior) ของผู้ถูกฟ้องหย่าอันจะทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจที่จะทนอยู่ร่วมด้วยได้อีกต่อไปนั้น ศาลอังกฤษในคดี Young v Young (1964) และ Ogden v Ogden (1969) ตีความไว้ว่า “ความประพฤตินั้นจะต้องร้ายแรงและมีอิทธิพลทำให้คู่สมรสไม่สามารถอยู่ร่วมกันได้” (“such grave and weighty conduct as renders the continuance of matrimonial cohabitation virtually impossible”)³ ในคดี Katz v Katz (1972) ศาลอังกฤษได้วางแนววินิจฉัยไว้ว่า “ความประพฤติ” มิได้หมายความว่าเพียงแต่เรื่องของความรักใคร่ หรือสภาพจิตใจ เช่น ความรู้สึกสะอิดสะเอียนที่มีต่อการมีเพศสัมพันธ์ หรือความรู้สึกที่ว่าภริยาไม่ให้ความรักตอบแทนต่อความรักของสามี ทั้งมิใช่สิ่งที่สามีคิดว่าภริยาควรเป็นอย่างไร ความประพฤติในที่นี้คือการกระทำ หรือการปฏิบัติของคนหนึ่งซึ่งส่งผลกระทบต่ออีกคนหนึ่ง ความประพฤติเช่นว่านี้ อาจแสดงออกในรูปแบบของการกระทำหรือการละเว้นกระทำ หรืออาจจะเป็นความประพฤติที่เกิดขึ้นเรื่อยมาและความประพฤตินั้นจะต้องมีส่วนเกี่ยวข้องกับการสมรสด้วย”⁴

คดีที่ศาลอังกฤษพิพากษายกฟ้อง เพราะกรณีไม่อาจถือได้ว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งประพฤติตนในลักษณะที่ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป เช่น คดี Richards v Richards (1972) ภริยาฟ้องหย่าสามีโดยอ้างว่าความเจ็บป่วยของสามีทำให้สามีเป็นคนขี้หงุดหงิดและเจ็บขริบ ความเจ็บป่วยเป็นต้นเหตุทำให้สามีรบกวนภริยาในเวลากลางคืน เขาจะลุกขึ้นมาเนื่องจากเป็นโรคนอนไม่หลับ และสามีเคยตีภริยาที่ศีรษะ 4-5 ครั้งทำให้ได้รับบาดเจ็บ ศาลพิพากษายกฟ้อง⁵

² The respondent has behaved in such a way that the petitioner cannot reasonably be expected to live with the respondent.

³ P.M. Bromley and N.V. Lowe Bromley's Family Law. (London : Butterworth, 1987), p.181.

⁴ *Ibid*, p.182.

⁵ *Ibid*, p.185.

คดีที่ศาลอังกฤษพิพากษาให้หย่า เพราะกรณีถือได้ว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้ประพฤติดนในลักษณะที่ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป เช่น คดี Katz v Katz (1972) ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสามีเป็นโรคซึมเศร้าอย่างรุนแรง และต้องอยู่ในโรงพยาบาลโรคประสาทระยะหนึ่ง สามีทำให้ภริยารู้สึกต่ำต้อยต่อหน้าผู้อื่นและต่อว่าภริยาว่าร่านต่อหน้าบุตร ทำให้ภริยาอยู่ในภาวะเป็นทุกข์จนถึงขนาดที่ทำให้ตัดสินใจพยายามฆ่าตัวตายกรณีเช่นนั้นศาลอังกฤษมีคำพิพากษาให้หย่าได้⁶ คดี Thurlow v Thurlow (1976) เป็นคดีที่ภริยาป่วยเป็นโรคจิตและไม่สามารถทำหน้าที่ต่างๆในครัวเรือนได้มากขึ้นเรื่อยๆ และมีการขว้างปาสิ่งของใส่มารดาของสามี เผาสิ่งของในเครื่องทำความร้อน และเดินเตร็ดเตร่ไปตามถนน อันเป็นเหตุให้สามีรู้สึกเครียดและเป็นห่วง ในที่สุดภริยาได้ล้มป่วยอย่างฉับพลัน สามีไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้จึงตัดสินใจส่งตัวภริยาเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล และหลังจากเข้ารับการรักษาก็มิดีขึ้น สามีจึงฟ้องหย่าโดยอ้างเหตุหย่าว่าเขาไม่อาจจะทนอยู่ร่วมกับภริยาได้อีกต่อไป ศาลพิพากษาให้หย่าได้⁷ คดี Slon v Slon (1969) ภริยาไม่ต้องการมีบุตร จึงบังคับให้สามีสำเร็จความใคร่นอกช่องคลอดเป็นประจำ เช่นนี้ ถือว่าภริยาทำการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยา เป็นเหตุหย่าได้⁸ คดี Archard v Archard (1972) ขณะที่สามีภริยาทำการสมรสกันนั้น คู่สมรสทั้งสองฝ่ายนับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก ซึ่งมีความเชื่อว่าการคุมกำเนิดโดยใช้เครื่องป้องกันเป็นบาป หากไม่ประสงค์จะมีบุตรก็ต้องใช้วิธีคุมกำเนิดโดยวิธีตามธรรมชาติ ต่อมาภริยาได้รับคำแนะนำจากแพทย์ว่าไม่ควรตั้งครรภ์เป็นเวลาสองปี และให้คุมกำเนิดโดยใช้เครื่องป้องกันขณะมีเพศสัมพันธ์ ส่วนสามีก็ได้รับคำแนะนำจากพระว่า หากจะต้องมีเพศสัมพันธ์โดยใช้เครื่องป้องกันการคุมกำเนิด สามีก็ไม่ควรที่จะมีเพศสัมพันธ์กับภริยา ความขัดแย้งลักษณะเช่นนี้ศาลอังกฤษเคยอนุญาตให้หย่าขาดจากกันได้ โดยให้เหตุผลว่าความขัดแย้งของทั้งสองฝ่ายเกิดขึ้นจากความเชื่อซึ่งมีเหตุผล ทั้งสองทำการสมรสบนพื้นฐานความเข้าใจว่าพวกเขาจะไม่ใช้วิธีการคุมกำเนิดแบบไม่เป็นไปตามธรรมชาติตามความเชื่อทางศาสนา ภริยาจึงไม่อาจดำเนินสามีได้ต่อการที่เราไม่ยอมเปลี่ยนความเชื่อ ในทางกลับกันสามีก็ไม่อาจดำเนินภริยาได้ต่อการที่ภริยาปฏิเสธที่จะมีเพศสัมพันธ์โดยไม่มีการคุมกำเนิดโดยใช้เครื่องป้องกันอันเนื่องจากเหตุผลทางสุขภาพ อย่างไรก็ตาม

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5,

ดี จากข้อเท็จจริงที่ว่าภริยาต้องทนทุกข์ต่อความประพฤติของสามีที่ปฏิเสธที่จะร่วมประเวณี จึงมีอาจห้ามเธอในการที่จะกล่าวว่าเธอไม่อาจทนอยู่ร่วมกับสามีได้อีกต่อไปอันเนื่องมาจากความประพฤติของเขา⁹

เหตุฟ้องหย่าอันเนื่องมาจากความประพฤติของผู้ถูกฟ้องหย่าซึ่งมีผลทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจที่จะทนอยู่ร่วมด้วยได้อีกต่อไปที่กล่าวมาข้างต้นนี้ นอกจากจะใกล้เคียงกับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงแล้ว ยังมีความหมายรวมถึงการกระทำที่มีได้เกิดโดยเจตนาด้วย

1.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

เหตุหย่าตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการแบ่งเหตุหย่าไว้เป็นสองประเภท ประเภทแรกคือ เหตุหย่าที่เกิดจากความผิดของคู่สมรส (fault-based divorce) กับเหตุหย่าที่ไม่ได้เกิดจากความผิดของคู่สมรส¹⁰ (no-fault divorce) มีลักษณะเช่นเดียวกับเหตุหย่าของกฎหมายไทย โดยเหตุหย่าของประเทศสหรัฐอเมริกาประการหนึ่งที่อาจเทียบเคียงได้กับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาตามกฎหมายครอบครัวไทย คือ การละทิ้งร้างโดยทางอ้อม (constructive desertion) ซึ่งหลักกฎหมายนี้ไม่มีในกฎหมายไทย โดยการละทิ้งโดยทางอ้อมนี้เป็นกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งกระทำการใดๆ เพื่อบีบบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งออกไปจากชีวิตของตน โดยที่ฝ่ายแรกไม่ได้ละทิ้งอีกฝ่ายหนึ่งไป เช่น การที่สามีเปลี่ยนกุญแจบ้านใหม่เพื่อให้ภริยาเข้าบ้านไม่ได้ ทำให้ภริยาต้องย้ายออกไปอยู่ที่อื่น เช่นนี้ไม่ถือว่าภริยาเป็นฝ่ายละทิ้งร้างสามีไป แต่ถือว่าสามีเป็นผู้ที่ละทิ้งร้างภริยาไปโดยทางอ้อม กรณีเช่นนี้หากเกิดขึ้นในประเทศไทยอาจจะไม่สามารถปรับข้อเท็จจริงเข้ากับการละทิ้งร้างตาม มาตรา 1516 (4) ได้ แต่อาจถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงได้

นอกจากนี้การทำทารุณโหดร้ายของประเทศสหรัฐอเมริกายังหมายความว่ารวมถึงการที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งเอาเปรียบคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งทางด้านเศรษฐกิจด้วย เช่นการที่ไม่ยอมให้อีกฝ่ายทำงานหรือการไม่ช่วยเหลือค่าใช้จ่ายในครอบครัว กรณีถือว่ามีน่าจะเป็นการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงได้เช่นกัน

⁹ P.M. Bromley and N.V. Lowe, *supra* note 3, pp.186-187.

¹⁰ William J. O'Donnell, David A. Jones, The Law of Marriage and Marital Alternatives (U.S.A.: Lexingtonbooks,1982), p.118.

1.1.3 ประเทศเยอรมัน

เหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายเก่าของเยอรมันที่ใกล้เคียงกับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาตามกฎหมายไทย คือมาตรา 1568¹¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งวางหลักว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องหย่าได้ ถ้าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้กระทำการรบกวนความสัมพันธ์ฉันสามีภริยา จนถึงขนาดที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่อาจทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป ซึ่งการกระทำดังกล่าวได้แก่ การผิดหน้าที่ของสามีภริยาอย่างร้ายแรง (grave breach of marital duty) ความประพฤติที่ไม่ซื่อสัตย์ (dishonest conduct) และความประพฤติที่ผิดศีลธรรม (immoral conduct) นอกจากนี้แล้วการกระทำที่มีผลให้อีกฝ่ายได้รับความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัส (gross ill-treatment) ก็ถือว่าเป็นการการผิดหน้าที่ของสามีภริยาอย่างร้ายแรง

เหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายใหม่ของเยอรมันซึ่งมีการแก้ไขเมื่อปี ค.ศ. 1977 ที่ใกล้เคียงกับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาตามกฎหมายไทย คือมาตรา 1565¹² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งวางหลักว่า ในกรณีที่แยกกันอยู่เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ศาลจะอนุญาตให้หย่าได้ ถ้าปรากฏว่าการดำรงคงอยู่ต่อไปของการสมรสจะทำให้ผู้ฟ้องหย่าได้รับความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัส อันเนื่องมาจากการกระทำของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง

¹¹ Section 1568 Either spouse may petition for divorce if the other spouse has, by any grave breach of marital duty, or by dishonest or immoral conduct, disturbed the conjugal relations to such an extent that the petitioner cannot be expected to continue the marriage. Gross ill-treatment is also deemed to be a grave breach of duty.

¹² Section 1565 (i) Divorce may be granted if the marriage has been broken down. The marriage is deemed to be broken down when the matrimonial community of the spouse is no longer in existence and there can be no expectation that the spouses will be able to recreate their fellowship. (ii) If the spouses have been separated for less than a year, the marriage may only be dissolved if the continuation of the marriage would result in unreasonable hardship to the petitioner owing to cause attributable to the other spouse.

1.1.4 ประเทศญี่ปุ่น

เหตุฟ้องหย่าทั้งห้าประการตามมาตรา 770¹³ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นนั้น อาจกล่าวได้ว่าไม่มีเหตุฟ้องหย่าเหตุใดที่เทียบเคียงได้โดยตรงกับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงของไทยเลย สำหรับเหตุฟ้องหย่าประการหนึ่งตามกฎหมายญี่ปุ่น คือกรณีตามมาตรา 770 (5) ซึ่งวางหลักว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ เมื่อปรากฏเหตุร้ายแรงอย่างใดเกิดขึ้น อันเป็นเหตุที่สร้างความยุ่งยากต่อการดำเนินชีวิตสมรสร่วมกันนั้น เห็นว่ากฎหมายญี่ปุ่นมิได้บังคับว่าจะต้องมีการกระทำหรือความประพฤติของผู้ที่ถูกฟ้องหย่าเป็นองค์ประกอบของเหตุฟ้องหย่าหรือเงื่อนไขในการฟ้องร้อง อีกทั้งเหตุฟ้องหย่านี้เป็นหลักปราศจากความผิดอีกด้วย ในขณะที่กฎหมายครอบครัวไทยถือว่าการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ของคู่สมรสฝ่ายหนึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของมาตรา 1516 (6) และเป็นหลักความผิด ดังนั้นจึงมีอาจกล่าวได้ว่า มาตรา 770 (5) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น เป็นบทบัญญัติที่เทียบเคียงได้กับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง อย่างไรก็ตาม ในการบังคับใช้กฎหมายตามแนวคำพิพากษาของศาลญี่ปุ่นที่ตัดสินเกี่ยวกับเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 770 (5) มีหลายกรณีที่คู่กรณีฟ้องร้องว่าอีกฝ่ายหนึ่งกระทำความผิด เช่น ดิดสุราเรื้อรัง หรือปฏิบัติอย่างโหดร้ายต่อบิดา

¹³ Article 770 Husband or wife can bring an action for divorce only in the following case;

- (1) If his or her spouse has committed an act of infidelity;
- (2) If he or she has been deserted maliciously by his or her spouse;
- (3) If it is unknown for three years or more whether his or her spouse is alive or dead;
- (4) If his or her spouse is afflicted with severe mental disease without prospect of recovery;
- (5) If there exists any other grave reason for which it is difficult for him or her to continue the marriage.

Even in case where any or all of the grounds mentioned in items 1 to 4 inclusive of the preceding paragraph exist, the Court may dismiss the action for divorce if it deems the continuance of the marriage proper in view of all the circumstances.

มารดาของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง¹⁴ ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ถือเป็นการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาได้

1.1.5 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

ในอดีตตั้งแต่ปี ค.ศ. 1912 เป็นต้นมาจนถึงปี ค.ศ. 2000 เหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์มีอยู่หลายประการ แต่เหตุฟ้องหย่าประการหนึ่งที่อาจเทียบเคียงได้กับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงก็คือ เหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 142 วรรคสอง¹⁵ ซึ่งวางหลักว่าเมื่อความแตกร้างภายในครอบครัวเกิดจากความผิดของฝ่ายหนึ่งเป็นสำคัญ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

อย่างไรก็ดี เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ. 2000 เหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 142 วรรคสอง ข้างต้นได้ถูกตัดออกไป กฎหมายที่แก้ไขใหม่มิได้บังคับว่าจะต้องมีการกระทำผิดของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเงื่อนไขในการฟ้องร้อง โดยกฎหมายใหม่ของสวิตเซอร์แลนด์นี้ชักจูงคู่สมรสที่ต้องการหย่าให้ร่วมกันยื่นคำร้องขอหย่า แทนที่จะเป็นการฟ้องร้องโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว แต่ถ้ากรณีจำเป็นต้องยื่นคำร้องเพียงฝ่ายเดียวก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขต่อไปนี้เป็นคือ (ก) ตามมาตรา 114 เมื่อได้แยกกันอยู่เกินกว่าสี่ปี หรือ (ข) ตามมาตรา 115 ถ้าแยกกันอยู่น้อยกว่าสี่ปี ต้องเป็นกรณีที่สามีหรือภริยาที่ต้องการหย่ามีเหตุผลสมควรว่าไม่ควรที่จะเป็นสามีภริยากันต่อไป หากพิจารณาเฉพาะถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 115 ดังกล่าว จะพบว่าบทบัญญัตินี้ไม่ตรงกับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยา อย่างไรก็ดี ในการบังคับใช้กฎหมาย เหตุผลสมควรที่จะนำมาอ้างในการหย่านี้อาจเป็นได้ทั้งเหตุความผิดของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเหตุอื่นใดที่มีสาเหตุความผิดก็ได้ ดังนั้นหากมีเหตุความผิดของฝ่ายหนึ่งเกิดขึ้นอันถือเป็นการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาอย่างร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอหย่าได้ตามมาตรา 115 ดังกล่าวข้างต้น

¹⁴ Hiroshi Oda, Japanese Law (Oxford University Press, 1999), p.384.

¹⁵ Article 142 Either the husband or the wife can sue for a divorce, where the conjugal relations are so seriously strained that life in common has become intolerable.

Where the domestic disturbances are principally the fault of the one of the parties, the suit can only be instituted by the other.

1.1.6 ประเทศฝรั่งเศส

เหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายฝรั่งเศสที่ใกล้เคียงกับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง ก็คือเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 242¹⁶ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งวางหลักเกณฑ์ไว้กว้างๆ ว่า คู่สมรสฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องหย่าได้เมื่อมีข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งอันเป็นสาเหตุมาจากอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นเป็นการละเมิดหน้าที่ของการเป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง และส่งผลให้สามีหรือภริยาไม่อาจทนอยู่ร่วมกันต่อไปได้

1.1.7 ประเทศโปแลนด์

เหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายโปแลนด์ในปัจจุบันมีเพียงเหตุเดียวก็คือ การสมรสได้แตกสลายอย่างสิ้นเชิงจนไม่อาจแก้ไขหรือกลับคืนดีกันได้ ผู้เขียนเห็นว่าเงื่อนไขดังกล่าวไม่สามารถเทียบเคียงได้กับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง เพราะไม่มีการบังคับว่าการสมรสที่แตกสลายนั้นจะต้องเกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายที่ถูกฟ้องเท่านั้น หากการสมรสแตกสลายไม่ว่าเกิดจากการสาเหตุใดก็ตามก็ฟ้องขอหย่ากันได้ทั้งสิ้น กฎหมายโปแลนด์มิได้บังคับว่าจะต้องมีการกระทำหรือความประพฤติของผู้ที่ถูกฟ้องหย่าเป็นองค์ประกอบสำคัญของเหตุฟ้องหย่าหรือเงื่อนไขในการฟ้องร้อง อีกทั้งเหตุฟ้องหย่านี้เป็นหลักปราศจากความผิดอีกด้วย ฝ่ายที่ฟ้องหย่าไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความผิดของอีกฝ่ายหนึ่ง เพียงแค่พิสูจน์ว่าการสมรสได้แตกสลายอย่างสิ้นเชิงและตลอดไปก็ครบหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม ในการบังคับใช้กฎหมาย เช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่นและสวีเดนดังกล่าวก่อนหน้านี้ หากสามีหรือภริยาได้กระทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยา อีกฝ่ายหนึ่งย่อมอ้างบทบัญญัตินี้ในการฟ้องหย่าได้

¹⁶ Article 242 Divorce may be petitioned by a spouse for facts ascribable to the other where those facts constitute a serious or renewed violation of the duties and obligations of marriage and render unendurable the continuance of community life.

1.2 ความแตกต่างในเรื่องการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงระหว่างกฎหมายครอบครัวไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

จากการที่ได้ศึกษาถึงเหตุแห่งการฟ้องหย่าตามกฎหมายของประเทศต่างๆ ทั้งระบบ Common Law และระบบ Civil Law ทำให้ทราบถึงความเหมือนและความแตกต่างของแนวความคิดและหลักเกณฑ์ของเหตุฟ้องหย่า ซึ่งอาจเปรียบเทียบได้ดังนี้

1.2.1 ทฤษฎีกฎหมาย

ตามกฎหมายครอบครัวไทย การหย่าขาดจากการสมรสมีได้โดยความยินยอมกับโดยคำพิพากษาของศาล ในการฟ้องหย่าเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษา คู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องจะต้องอ้างเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 ซึ่งมีทั้งหลักปราศจากความผิดและหลักความผิด เช่น กรณีที่สามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปรกติสุขเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ ตามมาตรา 1516 (4) เป็นบทบัญญัติที่อยู่ภายใต้หลักปราศจากความผิด ส่วนเหตุฟ้องหย่าที่เป็นหลักความผิดมีหลายกรณี เช่น สามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันภริยาหรือภริยามีชู้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ เป็นต้น สำหรับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงเป็นเหตุฟ้องหย่าที่ถือว่าเป็นหลักความผิด

ตามกฎหมายอังกฤษมีหลักเกณฑ์เบื้องต้นว่าการสมรสจะต้องแตกสลายจนไม่อาจกลับคืนดีกันได้ ศาลจึงจะอนุญาตให้หย่าทำให้อาจเข้าใจได้ว่าเป็นหลักปราศจากความผิดแต่เพียงอย่างเดียวความจริงแล้วสามีหรือภริยาที่ฟ้องหย่าจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย ซึ่งข้อเท็จจริงที่จะต้องพิสูจน์นี้มีทั้งหลักความผิดและหลักปราศจากความผิดเช่นเดียวกับกฎหมายไทย โดยข้อเท็จจริงสามประการแรกเป็นหลักความผิด ได้แก่ การกระทำชู้ ความประพฤติที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งทนอยู่ร่วมด้วยต่อไปไม่ได้ และการละทิ้งร้าง ส่วนข้อเท็จจริงสองประการสุดท้ายเป็นหลักปราศจากความผิดซึ่งได้แก่ การแยกกันอยู่เกินกว่าสองปีและอีกฝ่ายหนึ่งไม่คัดค้านการหย่า กับการแยกกันอยู่เกินกว่าห้าปี

สำหรับเหตุฟ้องหย่าของประเทศสหรัฐอเมริกา มีทั้งหลักความผิดและหลักปราศจากความผิด แม้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกามีการส่งเสริมและแนะนำให้มลรัฐต่างๆ เปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับเหตุฟ้องหย่าจากหลักความผิดไปเป็นหลักปราศจากความผิด และหลายมลรัฐก็ได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายให้เป็นไปตามแนวคิดข้างต้น แต่ก็ยังมีอยู่หลายมลรัฐที่ยังไม่ยกเลิกเหตุฟ้องหย่าที่เป็นหลักความผิด แม้กระทั่งมลรัฐนิวยอร์ก ซึ่งเป็นมลรัฐที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศก็ยังคงมีเหตุฟ้องหย่าที่เป็นหลักความผิดอยู่

สำหรับกฎหมายเยอรมันในปัจจุบันใช้หลักปราศจากความผิดเป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการขอหย่าหรือฟ้องหย่า โดยอนุญาตให้สามีภริยาที่สมรสใจหย่าสามารถหย่าได้เมื่อพ้นระยะเวลาของการแยกกันอยู่ไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ถ้าทั้งสองฝ่ายไม่สมรสใจหย่า ก็ต้องให้พ้นระยะเวลาของการแยกกันอยู่ไม่น้อยกว่าสามปี จึงจะอนุญาตให้หย่าได้ สำหรับเหตุฟ้องหย่าอันเนื่องมาจากความผิดของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 1565 ซึ่งมีใจความว่า ถ้าการดำรงคงอยู่ต่อไปของการสมรสจะเป็นการทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสต่อคู่สมรสฝ่ายหนึ่ง อันเนื่องมาจากการกระทำของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง จะถูกนำมาใช้เป็นเหตุฟ้องหย่าเมื่อเป็นกรณีร้ายแรงเร่งด่วน เนื่องจากสามีภริยายังแยกกันอยู่ไม่ครบตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากสามีภริยาได้แยกกันอยู่เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วก็สามารถฟ้องหย่าได้โดยอ้างเหตุในเรื่องแยกกันอยู่อันเป็นหลักปราศจากความผิด และไม่จำเป็นต้องอ้างว่าอีกฝ่ายกระทำความผิด จึงอาจกล่าวได้ว่า โดยรวมแล้วเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายเยอรมันเป็นหลักปราศจากความผิด และเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1565 ซึ่งเทียบเคียงได้กับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงอันเป็นหลักความผิดจะถูกนำมาอ้างฟ้องร้องกันในกรณีเร่งด่วน

สำหรับกฎหมายญี่ปุ่นและฝรั่งเศสใช้หลักการหย่าโดยความยินยอม หลักปราศจากความผิด และหลักความผิดเช่นเดียวกันกับกฎหมายครอบครัวไทย แต่หลักความผิดของกฎหมายฝรั่งเศสนั้นไม่นำมาใช้เพื่อลงโทษฝ่ายที่ทำผิดทันทีทันใดดังเช่นกฎหมายไทย เช่น การกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นเหตุให้ฟ้องหย่าได้ทันทีอีกต่อไป ศาลจะต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำที่โจทก์กล่าวหาว่าได้นำมาสู่การสมรสได้แตกสลายจนไม่อาจจะคืนดีได้หรือไม่ หากส่งผลเช่นนั้น ศาลจึงจะมีคำพิพากษาให้หย่ากันได้¹⁷ แต่ตามแนวคำพิพากษาของศาลไทย ใช้หลักความผิดอย่างเคร่งครัด หากสามีสามารถพิสูจน์ได้ว่าภริยากระทำผิด ศาลก็พิพากษาให้หย่าได้ทันที อนึ่งตามกฎหมายไทยนั้นการกระทำฐานนอกจากจะเป็นเหตุฟ้องหย่าโดยตรงแล้ว ยังถือว่าการกระทำฐานเป็นการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาอีกด้วย สำหรับกฎหมายฝรั่งเศสมิได้บัญญัติไว้โดยตรงและโดยเฉพาะว่าการกระทำฐานเป็นเหตุฟ้องหย่า แต่ถือว่าการกระทำฐานเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อหน้าที่ในการเป็นสามีภริยากัน ซึ่งรวมถึงหน้าที่ที่จะต้องซื่อสัตย์ต่อกัน และ

¹⁷ Frederique Ferrand, "Grounds for Divorce and maintenance between Former Spouse," <www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/pdf/France02.pdf>, (September, 2002), p.18

ทำให้ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้ต่อไปตามมาตรา 242 ซึ่งเทียบเคียงได้กับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง

ส่วนกฎหมายสวีเดนแลนดันนอกจากจะไม่มีบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงแล้ว กฎหมายสวีดยังยกเลิกหลักความผิดอีกด้วย กฎหมายเกี่ยวกับการหย่าของสวีเดนในปัจจุบัน จึงอยู่กับหลักปราศจากความผิดแต่เพียงอย่างเดียว สำหรับเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายโปแลนด์ก็เป็นหลักปราศจากความผิดเช่นเดียวกันกับกฎหมายสวีเดน

1.2.2 เงื่อนไขในการฟ้องหย่า

การทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงนั้น กฎหมายครอบครัวไทยคุ้มครองฝ่ายที่ฟ้องหย่าแต่เพียงฝ่ายเดียว มิได้ให้ความสำคัญกับชีวิตสมรส กล่าวคือ หากการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควร อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

ในขณะที่กฎหมายของต่างประเทศที่ศึกษามา จะให้ความสำคัญกับชีวิตสมรสมากกว่าที่จะให้ความสำคัญกับความเดือดร้อนของผู้ฟ้องหย่าแต่เพียงฝ่ายเดียว เช่น กฎหมายญี่ปุ่น กำหนดว่าเหตุร้ายแรงนั้นต้องเป็นเหตุที่สร้างความยุ่งยากต่อการดำเนินชีวิตสมรสร่วมกัน และกฎหมายโปแลนด์ใช้คำว่าสมรสได้แตกสลายแล้ว และการแตกสลายของสมรสนั้นเป็นไปอย่างสิ้นเชิงและตลอดไปถึงขนาดที่คู่สมรสไม่อาจที่จะกลับมาคืนดีกันได้อีก ส่วนกฎหมายอังกฤษวางหลักว่าการที่ศาลจะอนุญาตให้หย่าได้นั้น นอกจากผู้ฟ้องหย่าจะต้องพิสูจน์ว่าไม่มีเหตุผลที่จะต้องทนอยู่ร่วมกับคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งอันเนื่องมาจากความประพฤติของอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์สำคัญอีกประการหนึ่งที่ศาลจะต้องพิจารณาคือ ชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายจนไม่สามารถจะกลับคืนดีกันได้อีกต่อไปหรือไม่ หากมีข้อเท็จจริงครบทั้งสองประการ ศาลจึงจะอนุญาตให้หย่าได้ กฎหมายฝรั่งเศสวางหลักเกณฑ์ว่าการละเมิดต่อหน้าที่ของการเป็นสามีภริยาอันจะเป็นเหตุฟ้องหย่าได้นั้นต้องส่งผลให้ทั้งสองฝ่ายไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้อีกต่อไป

1.2.3 ลักษณะของบทบัญญัติและการตีความ

ตามกฎหมายครอบครัวไทย ปัญหาประการหนึ่งของการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง ก็คือเป็นบทบัญญัติที่ได้มีความหมายเป็นการเฉพาะ ดังเช่นอนุมาตราอื่นที่มีความหมายเป็นการเฉพาะว่าการกระทำที่เป็นเหตุฟ้องหย่าคือการกระทำใด การทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงจึงเป็นเหตุฟ้องหย่าที่เปิดช่องให้คู่

สมรสฝ่ายที่ต้องการหย่า อ้างเหตุกระทบกระทั่งกันเพียงเล็กน้อยภายในครอบครัวมาฟ้องหย่าอีกฝ่ายหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ดี ตามหลักกฎหมายของต่างประเทศที่ศึกษามา บางประเทศมีบทบัญญัติที่มีความหมายกว้างยิ่งกว่าบทบัญญัติในเรื่องการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงตามกฎหมายไทยเสียอีก เช่น กฎหมายเยอรมันมิได้ให้คำจำกัดความไว้ โดยเฉพาะว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องหย่าต้องมีลักษณะอย่างไร จึงจะเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ โดยกฎหมายเยอรมันถือว่า การกระทำใดๆก็ตามของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งที่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา จนถึงขนาดไม่อาจจะทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป หากผืนอยู่ต่อไปจะเป็นการทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสต่อผู้ฟ้องหย่า เป็นเหตุฟ้องหย่าได้ ส่วนกฎหมายสวิส ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายสวิสปัจจุบันที่เทียบเคียงได้กับการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง เหตุฟ้องหย่าของกฎหมายสวิสเป็นหลักปราศจากความผิด ด้วยเหตุนี้ผู้ร่างกฎหมายจึงตั้งใจให้กฎหมายเกี่ยวกับการหย่ามีความเกี่ยวข้องกับประเด็นในเรื่องความผิดของคู่สมรสให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงของแต่ละคดีเป็นคดี ๆ ไป¹⁸ มาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสวางหลักว่า ในกรณีแยกกันอยู่น้อยกว่าสี่ปี การหย่าโดยการยื่นคำร้องเพียงฝ่ายเดียวจะกระทำได้ เฉพาะในกรณีที่มิเหตุผลสมควรว่าไม่ควรให้ความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาดำเนินต่อไป ทั้งนี้กฎหมายมิได้กำหนดเป็นการเฉพาะว่าการกระทำอย่างใดถือเป็นเหตุฟ้องหย่า ทั้งมิได้กำหนดด้วยว่าความผิดของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งถือเป็นเหตุฟ้องหย่า หมายความว่าสาเหตุอะไรก็ตามที่ทำให้ไม่สมควรที่จะอยู่กันฉันสามีภริยาต่อไปก็สามารถนำมาเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ทั้งสิ้น สำหรับกฎหมายโปแลนด์มีเหตุฟ้องหย่าเพียงเหตุเดียวคือ การสมรสได้แตกสลายอย่างสิ้นเชิงจนไม่อาจแก้ไขได้ ในการพิจารณาพิพากษาศาลจะต้องพิจารณาลักษณะสองประการคือการสมรสนั้นได้แตกสลายแล้ว และการแตกสลายของการสมรสนั้นเป็นไปอย่างสิ้นเชิง และเป็นการถาวร ซึ่งดูเหมือนว่ากฎหมายโปแลนด์จะมีความหมายกว้างที่สุด เมื่อเทียบกับกฎหมายของประเทศอื่นๆ

1.2.4 การฟ้องหย่าโดยคู่สมรสที่เป็นฝ่ายผิด

¹⁸ Heinz Hausheer, Stephan Wolf "Grounds for Divorce and maintenance between Former Spouse," <www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/pdf/Swiss02.pdf>, (September, 2002), p. 12.

ตามกฎหมายไทยการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาเป็นหลักความผิด การหย่าเป็นการลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิด ฝ่ายที่กระทำผิดจึงไม่อาจอ้างการกระทำของตน เพื่อฟ้องหย่าได้

อย่างไรก็ดี ตามมาตรา 770 (5) ของประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น กำหนดสิทธิในการ ฟ้องหย่าแตกต่างจากหลักกฎหมายไทยที่กล่าวไว้ข้างต้น โดยอนุญาตให้ฝ่ายที่กระทำผิดสามารถ ฟ้องหย่าได้ตามคำพิพากษาของศาลสูงสุดของประเทศญีปุ่นในคดีหนึ่งเมื่อปี ค.ศ. 1987 ศาลสูง สุดอนุญาตให้ฝ่ายที่ผิดฟ้องหย่าได้ ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า สามีภริยาคนหนึ่ง ได้รับเด็กหญิงสองคนมาเป็นบุตรบุญธรรม ต่อมาปรากฏว่าสามีไปมีความสัมพันธ์กับมารดาเดิม ของเด็กหญิงทั้งสองคนดังกล่าว และเมื่อภริยาทราบเรื่อง สามีก็ได้ไปอยู่กินกับมารดาของเด็กหญิง ทั้งสอง สามีและภริยาได้แยกกันอยู่เป็นเวลาเกินกว่า 30 ปี สามีเป็นคนร่ำรวยแต่ไม่อุปการะเลี้ยงดู ภริยาโดยภริยาไม่มีทรัพย์สินใดๆ สามีเป็นฝ่ายฟ้องหย่า ศาลล่างไม่อนุญาตให้หย่าเนื่องจาก สามีเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบต่อการล่มสลายของการสมรส ศาลสูงสุดให้เหตุผลว่า เมื่อทั้งสอง ฝ่ายได้แยกกันอยู่เป็นระยะเวลานานและไม่มีบุตรผู้เยาว์ จึงควรอนุญาตให้หย่าได้¹⁹ ต่อมาในปี ค.ศ. 2002 ศาลสูงของโตเกียวได้มีคำพิพากษาในแนวเดียวกับคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1987 ที่ กล่าวมาข้างต้น โดยข้อเท็จจริงได้ความว่า สามีภริยาได้ทำการสมรสกันในปี ค.ศ. 1974 และมี บุตรด้วยกัน 2 คน ต่อมาเมื่อประมาณปี ค.ศ. 1985 สามีเริ่มสงสัยว่าภริยาอาจจะมีความสัมพันธ์กับ ชายอื่น ทำให้สามีรู้สึกว่าเขาไม่ชอบหน้าภริยา ต่อมาสามีไปมี ภริยาน้อย และได้ย้ายออกจากบ้านไปอยู่ที่อพาร์ทเมนต์กับภริยาน้อยในปี ค.ศ. 1996 โดยแยกกัน อยู่กับภริยานับแต่วันที่ย้ายออกไป ต่อมาในเดือนมกราคม ปี ค.ศ. 2000 สามีตัดสินใจที่จะหย่า ขาดจากภริยาและได้ยื่นคำร้องต่อศาล ภริยาให้การต่อสู้ว่าความสัมพันธ์อันสามีภริยานั้นยังมิได้ แดกสลายลง หรือถ้าถือว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวได้แตกสลายลงไปแล้ว ความแตกสลายนั้นก็มี สาเหตุมาจากการกระทำของสามี ศาลจึงไม่ควรอนุญาตให้หย่าเพราะสามีเป็นฝ่ายกระทำผิด ศาลชั้นต้นฟังว่าสามีคือคู่สมรสฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบต่อการแตกสลายของการสมรส จึงไม่มีสิทธิขอ หย่า ให้ยกคำร้อง สามีอุทธรณ์ต่อศาลสูง ศาลสูงพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดย ให้เหตุผลว่าคู่สมรสได้แยกกันอยู่เกินกว่าหกปีแล้ว คู่สมรสนี้ไม่มีบุตรผู้เยาว์ที่ยังพึ่งตนเองไม่ได้ และภริยามีรายได้เดือนละ 350,000 เยน จากการเป็นครูสอนภาษาอังกฤษ สามีได้ยื่นข้อเสนอ หลายข้อในการที่จะให้เงินช่วยเหลือภริยา รวมทั้งให้บ้านที่เคยอยู่อาศัยร่วมกันให้แก่ภริยาด้วย

¹⁹ Hiroshi Oda, *Supra* Note 14, pp. 384-385.

และสามิตกลงจะชำระหนี้จำนวนส่วนที่เหลือทั้งหมด ศาลสูงเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่อาจถือได้ว่าสามียื่นคำร้องโดยไม่สุจริต เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการสมรสได้แตกสลายแล้วจึงพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน²⁰

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลญี่ปุ่นข้างต้นแล้ว อาจมีข้อสงสัยว่าในคดีที่คู่สมรสฝ่ายที่กระทำผิดเป็นฝ่ายฟ้องหย่าเสียเองแล้ว ศาลญี่ปุ่นอนุญาตให้หย่าได้อย่างไร ข้อนี้อธิบายได้ว่า มาตรา 770 (5) เป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักการแตกสลายของการสมรส ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่ศาลญี่ปุ่นนำมาปรับใช้เพื่ออนุญาตให้หย่าคือหลักการแตกสลายของการสมรส ศาลญี่ปุ่นจึงถือว่าการแตกสลายของการสมรสย่อมมีน้ำหนักกว่าคำถามที่ว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิดที่ทำให้การสมรสแตกสลายลง อย่างไรก็ตามประเด็นในเรื่องความรับผิดชอบต่ออีกฝ่ายหนึ่งอันเนื่องมาจากการกระทำผิดของตนก็ยังคงถูกนำมาพิจารณา ซึ่งเป็นคนละประเด็นกับการอนุญาตให้หย่าหรือไม่

1.2.5 การประพาศศีลธรรมที่กระทบต่อความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยา

ตามแนวคำพิพากษาฎีกาของไทย การประพาศศีลธรรมอาจเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ เช่นภริยาพาชายชู้มาร่วมประเวณี ถือได้ว่าภริยาประพาศศีลห้า และเป็นการกระทำตามมาตรา 1516 (1) ประพาศชั่วตามมาตรา 1516 (2) และทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงตามมาตรา 1516 (6) แต่การประพาศศีลธรรมแต่เพียงอย่างเดียว หากไม่กระทบต่อความสัมพันธ์ฉันสามีภรณาก็ไม่ถือเป็นเหตุฟ้องหย่า ซึ่งต้องวิเคราะห์เป็นกรณีๆ ไป อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็มีได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภรณานั้นหมายความว่ารวมถึงการประพาศศีลธรรมทั่วไป แต่เป็นที่เข้าใจได้ว่าการประพาศศีลธรรมที่กระทบต่อความสัมพันธ์ฉันสามีภรณานั้น จึงเป็นการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภรณากันอย่างร้ายแรง

สำหรับกฎหมายเยอรมันในอดีตปี ค.ศ. 1900 มีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในมาตรา 1568 ว่าการประพาศศีลธรรมเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ หากการกระทำนั้นเป็นการรบกวนความสัมพันธ์ฉันสามีภรณาจนถึงขนาดที่ทำให้ไม่สามารถทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป

1.2.6 เจตนาของฝ่ายที่ถูกฟ้องหย่า

มาตรา 1516 (6) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้คำว่าทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภรณากันอย่างร้ายแรง (commit acts seriously adverse to the

²⁰ Ritsumeikan Law Review, p.125-127. (Tokyo High Court, 26 June 2002), Hanrei-Jiho No.1801, p.80.

relationship of husband and wife) คำว่า “ทำการ” หรือ commit act ย่อมเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือจงใจ

แต่ตามหลักกฎหมายอังกฤษมีความแตกต่างกับกฎหมายครอบครัวไทยในแง่ของเจตนาหรือความจงใจของผู้กระทำกล่าวคือ กฎหมายอังกฤษใช้คำว่ามีพฤติกรรมหรือความประพฤติ (behavior) ซึ่งหมายความว่าคู่สมรสฝ่ายที่มีพฤติกรรมหรือความประพฤติอันทำให้อีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถอยู่ร่วมกันต่อไปได้นั้น ไม่จำเป็นต้องมีเจตนาหรือจงใจที่จะมีพฤติกรรมหรือความประพฤติเช่นนั้น อาจเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นเรื่อยมาโดยที่ไม่รู้ตัวและไม่ได้ตั้งใจให้เกิดขึ้นก็ได้ เช่น ภริยาป่วยและมีพฤติกรรมอันเนื่องมาจากความเจ็บป่วยที่กระทบต่อความสัมพันธ์อันสามีภริยา²¹ ก็ถือว่า มีพฤติกรรมเกี่ยวกับภริยาอันทำให้สามีไม่อาจทนอยู่ได้อีกต่อไป ดังนั้นการที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งประพฤติตนจนทำให้อีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถอยู่ร่วมกันต่อไปได้อันเป็นเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายอังกฤษ นอกจากจะเทียบเคียงได้กับการทำการเป็นปฏิปักษ์อย่างร้ายแรงต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาแล้ว ยังรวมถึงกรณีอื่นๆ ที่สามีหรือภริยาไม่ได้ตั้งใจจะให้พฤติกรรมอันเป็นการกระทบต่อความสัมพันธ์อันสามีภริยาเกิดขึ้นได้อีกด้วย

1.2.7 หน้าที่ของสามีหรือภริยา

หน้าที่ของสามีหรือภริยาตามกฎหมายครอบครัวไทยมีบัญญัติไว้ในมาตรา 1461 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือสามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา และสามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถ และฐานะของตน กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ว่าการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาหมายถึง การทำผิดต่อหน้าที่ของสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลฎีกา การทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาก็คือการทำผิดต่อหน้าที่ของสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สำหรับเหตุฟ้องหย่าของกฎหมายต่างประเทศที่ศึกษามาส่วนใหญ่จะมีได้กล่าวถึงหน้าที่ของสามีภริยาเลย มีเพียงประเทศฝรั่งเศสและโปแลนด์ที่วางหลักของเหตุฟ้องหย่าให้เกี่ยวพันกับหน้าที่ของสามีภริยา กล่าวคือ กฎหมายฝรั่งเศสวางหลักว่าสามีหรือภริยาอาจฟ้องหย่าได้เมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นสาเหตุมาจากอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งข้อเท็จจริงนั้นเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง หรือหลายครั้ง ต่อหน้าที่ของการเป็นสามีภริยา และส่งผลให้ไม่อาจทนอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาต่อไปได้

²¹ Thurlow v Thurlow (1976)

สำหรับหน้าที่ของสามีภริยาตามกฎหมายฝรั่งเศสได้แก่²² สามีภริยามีหน้าที่ที่จะต้องซื่อสัตย์ต่อกัน อุปการะเลี้ยงดูและให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน มีหน้าที่ร่วมกันในการจัดหาวัสดุ ปัจจัย สิ่งของ เครื่องใช้สำหรับครอบครัว นำพาครอบครัวไปในทางที่ถูกศีลธรรม ให้การศึกษาและเตรียมการสำหรับอนาคตของบุตร ในกรณีที่ไม่ได้สัญญาก่อนสมรส สามีภริยาต้องออกค่าใช้จ่ายในครัวเรือนตามสัดส่วนรายได้ของตน และต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา สำหรับประเทศโปแลนด์ ศาลวางหลักว่ากรณีที่เกิดว่าการสมรสได้แตกสลาย ได้แก่ การที่คู่สมรสเพิกเฉยต่อหน้าที่ที่เกิดจากการสมรส (neglect of duties arising from the marriage contract) การสิ้นสุดความผูกพันทุกอย่างระหว่างกัน และได้อยู่ร่วมกันอีกต่อไป (severance of all ties and cessation of cohabitation) และการปฏิเสธที่จะทำหน้าที่ที่จำเป็นของการเป็นสามีหรือภริยากัน (refusal to take up the principal duties inherent in marriage)²³ สำหรับหน้าที่ของสามีภริยาตามกฎหมายญี่ปุ่น มาตรา 752 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นวางหลักว่า สามีภริยาต้องอยู่กิน

²² Article 212 Spouses mutually owe each other fidelity, support, and assistance.

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

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

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

Article 215 Spouses mutually oblige themselves to a community of living. ...

²³ Dominik Lasok, Polish Family Law: Netherland (A.W. Sijthoff Printing, 1968) p.109.

กันฉันสามีภริยา และต้องให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน²⁴ แต่เหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายญี่ปุ่นมิได้กำหนดว่าการทำผิดต่อหน้าที่ของสามีภริยาจะเป็นเหตุฟ้องหย่าได้

1.2.8 การกระทำที่เกิดขึ้นเป็นประจำ

การทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงนั้น คำว่าร้ายแรงหมายความว่า รุนแรง กฎหมายก็มีได้วางหลักว่าการกระทำที่ไม่รุนแรงแต่เกิดขึ้นเป็นประจำ ถือว่าเป็นการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาได้ จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ศึกษามายังไม่ปรากฏว่ามีคดีใดที่ศาลพิพากษาว่าการกระทำที่ไม่รุนแรงแต่เกิดขึ้นเป็นประจำเป็นการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยา

สำหรับกฎหมายต่างประเทศมีเพียงประเทศฝรั่งเศสประเทศเดียว ที่วางหลักเกณฑ์ไว้ในกฎหมายว่าการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นประจำก็อาจเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ โดยบทบัญญัติแห่งมาตรา 242 วางหลักว่า สามีหรือภริยาฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องหย่าได้ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งได้กระทำละเมิดอย่างร้ายแรงหรือเป็นประจำต่อหน้าที่ของการเป็นสามีภริยา และส่งผลให้ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้อีกต่อไป

1.2.9 หลักความยินยอม

ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่า การทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงเป็นเหตุหย่าที่เป็นหลักความผิด แต่อย่างไรก็ดีภายใต้ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยและแนวคิดของกฎหมายครอบครัวไทย ศาลนำหลักความยินยอมมาใช้ควบคู่ไปด้วย เช่นโจทก์ฟ้องหย่าจำเลยต่อศาล ศาลรับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้ว ต่อมาโจทก์จำเลยไปศาลและแถลงต่อศาลว่าต้องการทำสัญญาประนีประนอมกันโดยต้องการหย่าขาดจากกัน ศาลก็จะมีคำพิพากษตามยอมให้หย่า โดยไม่ต้องบังคับให้โจทก์พิสูจน์ถึงการกระทำที่โจทก์อ้างว่าเป็นการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาแต่อย่างใด

ตามกฎหมายต่างประเทศเฉพาะประเทศที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาคริสต์ประเทศเหล่านั้นไม่ใช้หลักความยินยอม แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้สามีภริยายื่นคำร้องขอหย่าร่วมกันก็ตาม เช่น ประเทศสวิตเซอร์แลนด์อนุญาตให้สามีภริยายื่นคำร้องขอหย่าร่วมกันและสัญญาหย่าที่มีการตกลงกันเรียบร้อยแล้วทุกข้อ แต่การยื่นคำร้องดังกล่าวยังไม่พอเพียงที่ศาลจะอนุญาตให้หย่าได้ สามีภริยายังต้องพิสูจน์ด้วยว่าการสมรสได้แตกสลายจนไม่อาจคืนดีได้

²⁴ Article 752 Husband and wife shall cohabit, and shall cooperate and aid each other.

ประเทศฝรั่งเศสแม้กฎหมายวางหลักว่าสามีภริยาสามารถหย่ากันได้โดยความยินยอม แต่เมื่อพิจารณาขั้นตอนของการหย่าและอำนาจของศาลแล้ว พบว่าสามีภริยาไม่มีสิทธิในการหย่าโดยอิสระเหมือนดังเช่นสามีภริยาที่ต้องการหย่าตามระบบกฎหมายไทย กล่าวคือ การหย่าจะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้ทำการสมรสกันมาแล้วเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าหกเดือน โดยศาลจะทำการซักถามสามีภริยา หากสามีภริยายังยืนยันที่จะหย่า ศาลจะให้สามีภริยายื่นคำร้องขอหย่าเข้ามาอีกครั้ง เมื่อเวลาผ่านไปแล้วไม่น้อยกว่าสามเดือน และเมื่อสามีภริยายื่นคำร้องเข้ามาอีกครั้งหนึ่งแล้วและแสดงให้เห็นว่าทั้งสองฝ่ายต้องการจะหย่ากันจริง ศาลจึงจะพิพากษาให้หย่าขาดจากกันได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่าสัญญาหย่ามิได้คุ้มครองผลประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์หรือสามีภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ศาลอาจจะไม่อนุญาตให้หย่าก็ได้

2. ปัญหาวางประการในเรื่องการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง

การทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงนั้น ยังคงมีปัญหาทั้งในทางปฏิบัติและในทางทฤษฎีอยู่หลายประการ ดังนี้

2.1 ทฤษฎีหลักความผิด

เหตุฟ้องหย่าในเรื่องการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาเป็นหลักความผิด ในขณะที่ระบบกฎหมายส่วนใหญ่ต่างพยายามยกเลิกเหตุฟ้องหย่าที่เป็นหลักความผิดและส่งเสริมให้ใช้เหตุฟ้องหย่าที่เป็นหลักปราศจากความผิดแทน จึงมีปัญหาว่าเหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบันแล้วหรือไม่

2.2 เงื่อนไขในการฟ้องร้อง

ปัญหาของการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงอีกประการหนึ่งก็คือ การกระทำนั้นถ้าถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรก็ฟ้องหย่ากันได้ ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดที่ทั้งสองฝ่ายไม่อาจทนอยู่ร่วมกันจนสามีภริยากัน เงื่อนไขที่ว่าถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรนี้ อาจทำให้เกิดความสับสนในทางปฏิบัติ เป็นเหตุให้มีการ

อ้างพฤติกรรมเล็กๆ น้อยๆ หรือการกระทำอย่างใดก็ตามที่เพียงแค่ทำให้การอยู่กันฉันสามีภริยาเป็นไปโดยไม่ราบรื่นมาเป็นเหตุฟ้องหย่าตามอนุมาตรานี้ได้ และผลจากการนี้ทำให้คู่สมรสกลับมีความแตกร้างกันมากยิ่งขึ้นเนื่องจากการที่เป็นคติความกันในศาล และยังมีผลทำให้คดีขึ้นสู่ศาลโดยไม่จำเป็น บางคดีที่ขึ้นสู่ศาลฎีกาแล้วแม้ศาลฎีกาไม่อนุญาตให้หย่า แต่ก็เป็นกรยากที่คู่สมรสจะกลับไปใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาอย่างปกติสุขได้อีกภายหลังจากที่มีการต่อสู้คดีกันมาแล้วเป็นเวลานานหลายปี

เงื่อนไขในการฟ้องร้องที่ว่าถ้าการกระทำนั้น ถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพ ฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้นั้น เห็นได้ว่ากฎหมายต้องการปกป้องฝ่ายที่ฟ้องหย่าและการลงโทษฝ่ายที่ถูกฟ้อง โดยมีได้คำนึงถึงชีวิตสมรส จึงสมควรพิจารณาว่าหากกำหนดเงื่อนไขในการฟ้องร้องเสียใหม่ให้ฟ้องร้องกันยากขึ้นว่า การกระทำนั้นต้องถึงขนาดที่สามีภริยาไม่อาจทนอยู่ร่วมกันต่อไปได้ จะเหมาะสมกว่าหรือไม่

2.3 ความหมายของการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง และหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัย

เหตุฟ้องหย่าในเรื่องการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง เป็นเหตุฟ้องหย่าที่ได้มีความหมายเป็นการเฉพาะว่าหมายถึงการกระทำใด และลักษณะใด เหตุฟ้องหย่าเหตุนี้มีความแตกต่างจากเหตุฟ้องหย่าตามอนุมาตราอื่นซึ่งมีความหมายชัดเจนในตัวเอง เช่น ภริยามีชู้ยอมหมายถึงหญิงนั้นมีเพศสัมพันธ์กับชายอื่นซึ่งมิใช่สามีของตน เป็นต้น ดังนี้ จึงมีปัญหว่า การกระทำอย่างไรจึงถือว่าเป็นการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยา ซึ่งต้องวินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป ในปัจจุบันสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปจากสังคมสมัยก่อนในขณะที่มีการร่างกฎหมายเกี่ยวกับเหตุฟ้องหย่าในเรื่องการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง ในปัจจุบันมีปัญหาระหว่างสามีภริยาที่แปลกประหลาดเกิดขึ้นมากมาย และปัญหาดังกล่าว ทำให้สามีภริยาไม่อาจทนอยู่ด้วยกันได้ แต่ปัญหาระหว่างสามีภริยาเหล่านี้กลับเป็นการไม่แน่ว่าจะฟ้องหย่ากันโดยอ้างว่าอีกฝ่ายหนึ่งทำการเป็นปฏิปักษ์ได้ จึงมีปัญหว่าบทบัญญัติในปัจจุบันเพียงพอที่จะใช้เป็นหลักเกณฑ์วินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นใหม่ หรือสมควรที่จะแก้ไขกฎหมายให้มีความชัดเจนขึ้น ปัญหาที่สืบเนื่องจากปัญหาดังกล่าวข้างต้นคือ ในการวินิจฉัยว่าการกระทำอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันนั้น ใช้

หลักเกณฑ์ใดในการวินิจฉัย เช่น การทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงนั้น จะหมายถึงกรณีที่สามีหรือภริยาฝ่ายหนึ่งกระทำผิดต่อหน้าที่ของสามีหรือภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพียงเท่านั้นหรือไม่ หากคู่สมรสมิได้กระทำผิดต่อหน้าที่ของสามีหรือภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่กระทำผิดต่อหน้าที่ของสามีหรือภริยาตามหลักศาสนา หรือวัฒนธรรม หรือหลักธรรมในการครองเรือน จะถือว่าการกระทำผิดต่อหน้าที่ดังกล่าวนี้เป็นการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยาได้หรือไม่