

บทที่ 5

การวิเคราะห์มิติเรื่องประเพณีจากกฎหมายครอบครัว (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5)¹

ที่มาของกฎหมายครอบครัว

พระไอยการลักษณะฝ่าฝืนหรือกฎหมายครอบครัวได้บัญญัติขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยสมเด็จพระราชาธิบดีที่ 1 (อู่ทอง) ในปีพุทธศักราช 1904 เป็นการนำเอาธรรมเนียมประเพณี ที่เกี่ยวกับครอบครัวมากำหนดให้เป็นลายลักษณ์อักษร ส่วนหลักกฎหมายซึ่งเป็นความคิดและเหตุผล ให้มีคำบังคับลงโทษนั้น คงยึดถือจารีตนิยมที่ยึดถือกันมาตั้งแต่ดั้งเดิม กฎหมายลักษณะฝ่าฝืนจึง เป็นกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law)²

ในสมัยรัชกาลของ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช โปรดให้มีการชำระด้วยกฎหมายต่าง ๆ และรวมพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนบรรจุไว้ในกฎหมายตราสามดวง ความสัมพันธ์ในครอบครัวที่สะท้อนออกมาในรูปของกฎหมายลักษณะฝ่าฝืนนี้เป็นความสัมพันธ์ แห่งความเหลื่อมล้ำระหว่างชายหญิง เป็นความสัมพันธ์ที่ชายเป็นใหญ่และอยู่บนพื้นฐานของการกดขี่ทางเพศและชนชั้น การกดขี่ของชายต่อหญิงนี้เป็นการกดขี่ที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การให้อำนาจ แก่สามีที่จะ “ปราบปรามโภยตีหญิง” ในกรณีที่หญิงทำผิด สิทธิของชายที่จะมีภรรยาที่คนอื่นก็ได้ สิ้นสมรส ที่ชายจะมีส่วนแบ่งมากกว่าหญิง การลงโทษที่รุนแรงเมื่อหญิงมีชู้ กฎหมายลักษณะฝ่าฝืนใน กฎหมายตราสามดวงนี้น่าจะมีรากเหง้ามาจากอิทธิพลวัฒนธรรมอินเดียที่สถานภาพของสตรีต่ำมาก ในขณะที่อำนาจของบิดาหรือสามีมีอย่างกว้างขวางเกือบไร้ขอบเขต³

¹ ข้อกฎหมายในบทนี้ ผู้ศึกษาตรวจสอบจาก วิริยะ คชเสนี, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติชายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์สุตราไพศาล, 2545)

² ประลอง บุญปิ่น, กฎหมายครอบครัว : พื้นฐานความรู้ของประชาชนเกี่ยวกับบทบัญญัติที่สำคัญ และพฤติกรรมในการปฏิบัติ, (เชียงใหม่ : คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2528), หน้า 11.

³ วิระดา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 11.

ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 4 ทรงตราพระราชบัญญัติ
ผู้ขายเมียที่กำหนดว่า “สามีจะขายภริยาโดยที่ภริยาไม่ยินยอมด้วย เหมือนสมัยก่อนหาได้ไม่” ส่วน
บทบัญญัติว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างผู้ขายเมียอื่น ๆ ก็ยังคงเดิม ต่อมาเมื่ออิทธิพลของต่างชาติที่เข้ามา
ติดต่อกับประเทศไทยนับแต่สมัยรัชกาลที่ 4 ทำให้รัชกาลที่ 5 ต้องปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้เป็นที่
ยอมรับของประเทศมหาอำนาจ มิฉะนั้นราชการทางการศาลที่ประเทศไทยสูญเสียไปตั้งแต่สมัย
รัชกาลที่ 4 จะไม่ได้กลับคืนมา การชำระกฎหมายเพื่อให้ทันสมัยในรัชกาลที่ 5 มีชาวต่างชาติ
ประกอบด้วย ชาวอังกฤษ ฝรั่งเศส เบลเยียม ญี่ปุ่น และลังกา เป็นที่ปรึกษา ร่างกฎหมายต่าง ๆ เป็น
จำนวนมากของกฎหมายไทยนั้น ได้รับอิทธิพลทั้งจากกฎหมายภาคพื้นยุโรป อาทิ กฎหมายอังกฤษ
กฎหมายฝรั่งเศส รวมทั้งจารีตประเพณีเดิมของไทยด้วย โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ บรรพ 5 และ 6 ว่าด้วยเรื่องครอบครัวและมรดก¹ การปฏิรูปกฎหมายไทยดำเนินเรื่อยมา
จนถึงสมัยรัชกาลที่ 6 ก็ยังไม่แล้วเสร็จ จนกระทั่งรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว
รัชกาลที่ 7 การชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเสร็จสิ้นที่ 6 บรรพ ใน พ.ศ. 2477 และ
กฎหมายลักษณะผู้ขายเมียก็ถูกยกเลิกและมีการประกาศใช้กฎหมายครอบครัว ในปี พ.ศ.2478

ความพยายามแก้ไขบทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีมา
หลายสิบปีแล้วในแง่ของการให้สิทธิแก่สตรีเพิ่มมากขึ้นประมวลกฎหมายนี้มีความเสียเปรียบในทาง
กฎหมายของผู้หญิง ซึ่งหญิงมีสามีและหญิงซึ่งยังไม่มีสามีอยู่หลายประการ นับแต่อายุของผู้ที่จะทำ
การหมั้นและสมรสกำหนดให้ชายหญิงแตกต่างกัน การเป็นหัวหน้าครอบครัวการใช้อำนาจปกครองบุตร
การจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาและการหย่า ประเด็นเหล่านี้ชี้ให้เห็นสภาพที่หญิงตกอยู่ใน
ฐานะที่ด้อยกว่าชายมาโดยตลอด ซึ่งขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนหลักการประชาธิปไตย ในปี พ.ศ. 2513
ได้มีการยื่นข้อแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา การจัดการประเภท
ของทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา²

ในปี พ.ศ. 2514 และ 2516 เกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองทางโดยขบวนการของนักศึกษา
ที่เรียกร้องประชาธิปไตย เป็นผลให้ต้องรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เพื่อใช้
เป็นระเบียบในการปกครองบ้านเมือง ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรค 2 ได้กำหนดว่า
“ชายหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ซึ่งมีผลทำให้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของหญิงในขณะเป็นภริยาชาย เป็นการขัดแย้งกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ
ซึ่งมีผลเป็นโมฆะ จึงต้องมีการแก้ไขให้เหมาะสม และได้มีการประกาศใช้บทบัญญัติบรรพ 5 ใหม่

¹ “ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย” <http://www.chula.ac.th/college/law/thistory.htm>, (9 กันยายน 2546)

² วิระดา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 10-13.

เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2519 และต่อมาก็ได้มีการแก้ไข บางส่วนของข้อกำหนด
ในบรรพ 5 และประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2533

ข้อยกเว้นในการบังคับประมวลกฎหมายว่าด้วยครอบครัว เนื่องจากบทบัญญัติในบรรพ
5 ได้บัญญัติจากธรรมเนียมประเพณีบางส่วนรวมถึงการนำหลักกฎหมายประเทศอื่น ๆ มาปรับปรุง
ปรากฏว่าหัวเมืองที่อยู่ภาคใต้ที่ประชาชนส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม มีปัญหาบางประการเกี่ยวกับการ
การปกครอง จึงได้มีการจัดระเบียบการปกครองเป็นพิเศษ ในเขตจังหวัด ปัตตานี นราธิวาส ยะลา
และ สตูล ความแพ่งที่เกี่ยวข้องด้วยศาสนาอิสลามเรื่องผัวเมีย มรดก ที่คนนับถือศาสนาอิสลามเป็น
โจทก์ จำเลย ให้ใช้กฎหมายอิสลาม¹

การศึกษาวิเคราะห์มีติเรื่องประเพณีจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย
เรื่องกฎหมายครอบครัวเป็นการสรุปและถอดความภาษาทางกฎหมาย เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจ
ของบุคคลทั่วไป และในส่วนของกรวิเคราะห์นั้นเป็นรูปแบบของการวิเคราะห์จากตัวบท (Text)
เพื่อศึกษาความสัมพันธ์เชิงอำนาจหญิงชายว่าภายใต้บริบทของกฎหมายว่ามีความไม่เสมอภาคทาง
เพศอย่างไรและกฎหมายมีข้อด้อยและอคติทางเพศที่ส่งผลกระทบต่อผู้หญิงอย่างไร โดยการศึกษา
เป็นการศึกษาภายใต้กรอบแนวคิดของสตรีนิยมสายเสรีนิยม (Liberal Feminist) และแนวคิดของ
สตรีนิยมสายถึงรากเหง้า (Radical Feminist) ซึ่งทั้ง 2 แนวคิดมีความเหมือนกันคือการให้ผู้หญิง
เป็นจุดศูนย์กลาง ดังนั้นในการวิเคราะห์ในบทนี้จึงเป็นการศึกษาผู้หญิงภายใต้บริบทของกฎหมาย

แนวคิดสตรีนิยมสายเสรีนิยมให้ความสำคัญกับเรื่องสิทธิและความเท่าเทียมกันของ
ผู้หญิง โดยเฉพาะพื้นที่ทางกฎหมาย เพื่อให้เกิดสิทธิของปัจเจกชนในการต่อสู้ผ่านพื้นที่ทางกฎหมายนี้
จะทำให้ผู้หญิงมีโอกาสทางสังคมมากขึ้นทั้งในพื้นที่สาธารณะและพื้นที่ส่วนตัว ส่วนแนวคิด
สตรีนิยมสายถึงรากเหง้า มองว่าโครงสร้างทางสังคมแบบปิตาธิปไตยเป็นพื้นฐานของการกดขี่ผู้หญิง
ความรู้ที่ถูกสร้างมาเป็นผลผลิตของโครงสร้างปิตาธิปไตย โดยใช้แง่มุมของผู้ชายและผลประโยชน์
ของผู้หญิง ยุทธศาสตร์ของการต่อสู้คือการให้ความสำคัญกับเสียงของผู้หญิงและประสบการณ์ของ
ผู้หญิง และพื้นที่สำคัญที่ผู้ชายกดขี่ผู้หญิงคือพื้นที่ของเรื่องประเพณี (Sexuality)² ซึ่งกรอบแนวคิด
ทั้ง 2 เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการวิเคราะห์ในตัวบทของกฎหมายครอบครัว บรรพ 5 ประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ของไทย

¹ ประสงค์ บุญปั้น, กฎหมายครอบครัว : พื้นฐานความรู้ของประชาชนเกี่ยวกับบทบัญญัติที่สำคัญและ
พฤติกรรมในการปฏิบัติ, หน้า 13-15.

² ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, คำบรรยายประกอบการสอนกระบวนวิชา “Gender & Sexuality”, (เชียงใหม่ :
หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาสตรีศึกษา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ภาคการศึกษาที่ 2/2547)

การวิเคราะห์กฎหมายครอบครัว บรรพ 5

ลักษณะ 1 การสมรส

หมวด 1 การหมั้น

เงื่อนไขของการหมั้น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบทบัญญัติของบรรพ 5 ได้กำหนดเงื่อนไขของการหมั้น และความสัมพันธ์ของชายหญิงคู่หมั้นไว้ดังนี้

อายุของชายหญิง การหมั้นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อชายหญิงอายุ 17 ปีบริบูรณ์การหมั้นที่ฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ถือเป็นโมฆะ (มาตรา 1435)

การได้รับความยินยอม ผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมของบุคคลดังต่อไปนี้

1. บิดามารดาในกรณีที่มีทั้งบิดามารดา
2. บิดาหรือมารดาในกรณีที่บิดาหรือมารดาถูกถอนอำนาจปกครอง
3. ผู้ปกครองในกรณีที่ไม่มีบิดามารดา หรือมีบิดาหรือมารดา แต่ถูกถอนอำนาจปกครอง

การหมั้นที่ผู้เยาว์ทำโดยปราศจากความยินยอมดังกล่าวเป็นโมฆะ (มาตรา 1436)

ของหมั้น การหมั้นต้องมีของหมั้น ของหมั้นเป็นทรัพย์สินที่ฝ่ายชายให้ไว้แก่ฝ่ายหญิง เพื่อเป็นหลักประกันว่าชายจะสมรสกับหญิง (มาตรา 1437)

การบังคับให้สมรสการหมั้นไม่เป็นเหตุที่จะร้องขอให้ศาลบังคับให้สมรสได้ (มาตรา 1438)

การผิดสัญญาหมั้น เมื่อมีการหมั้นฝ่ายหนึ่งแล้ว ถ้าฝ่ายใดผิดสัญญาหมั้นอีกฝ่าย มีสิทธิเรียกร้องให้รับผิดชอบใช้ค่าทดแทน (มาตรา 1439)

การบอกเลิกสัญญาหมั้น ในกรณีที่มีเหตุสำคัญแก่หญิงคู่หมั้นทำให้ชายไม่สมควรสมรสแก่หญิงคู่หมั้นนั้น ชายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ และให้หญิงคืนของหมั้นแก่ชาย และในกรณีที่มิเหตุสำคัญแก่ชายคู่หมั้นทำให้หญิงไม่ควรสมรสกับชายนั้น หญิงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นโดยมิต้องคืนของหมั้นแก่ฝ่ายชาย (มาตรา 1442)

ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตายก่อนการสมรส คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งตายก่อนการสมรสอีกฝ่ายหนึ่ง จะเรียกร้องค่าทดแทนมิได้ ในกรณีที่มิของหมั้น ถ้าหญิงตายให้คืนแก่ชาย แต่ถ้าชายตายไม่ต้องคืนของหมั้น (มาตรา 1441)

สิทธิของชายคู่หมั้นต่อชายอื่น ชายคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากชายอื่น ซึ่งได้ร่วม ประเวณีกับหญิงคู่หมั้น โดยรู้หรือควรจะรู้หญิงได้หมั้นกับชายคู่หมั้นแล้ว (มาตรา 1445) เมื่อชาย คู่หมั้นได้บอกเลิกสัญญาหมั้น และชายคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นซึ่งได้ข่มขืน กระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนหรือกระทำชำเราหญิงคู่หมั้น โดยรู้หรือควรจะรู้ว่าหญิงได้หมั้นแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องบอกเลิกสัญญาหมั้น (มาตรา 1446)¹

ในทัศนะของสตรีนิยมเห็นว่า ในมาตรา 1437 ที่กำหนดไว้ว่า “การหมั้นจะสมบูรณ์ เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สิน อันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรส กับหญิงนั้น” ดังนั้นของหมั้นหรือการหมั้นจึงไม่ใช่แค่การมอบทรัพย์สินให้กับฝ่ายหญิงเพื่อเป็น การสัญญาว่าฝ่ายชายจะทำการสมรสด้วยเท่านั้นแต่กระบวนการทั้งหมดนี้ทำให้ผู้ชายได้สิทธิใน การครอบครองประเวณีของผู้หญิง และแสดงตัวต่อสาธารณะว่าฝ่ายชายได้ครอบครองผู้หญิง คนนี้ไว้แล้ว การไม่ได้กำหนดค่านิยมของ “การหมั้น” หรือ “ของหมั้น” หรือไม่ได้มีการกำหนด ระยะเวลา หมั้นหมายไว้แน่นอน ทำให้การหมั้นเป็นเครื่องมือทางสังคมที่กักขังผู้หญิงเอาไว้และเป็น สัญญาผูกพัน ที่ผู้หญิงจะต้องอยู่ในกรอบเรื่องประเวณีอย่างเคร่งครัดเพื่อไม่ให้เกิดข้อครหา ในทาง ตรงกันข้าม ถ้าผู้ชายไปมีเพศสัมพันธ์กับหญิงคนอื่นภายใต้ระบบสังคมแบบปิตาธิปไตยการ กระทำลักษณะนี้ ไม่ได้เป็นการนอกใจผู้หญิงแต่เป็นเพียงแค่ “การหาเสกหาเลย” และในทัศนะของ คนทั่วไปก็จะมองว่าผู้ชายเข้าสู่เป็นเรื่องธรรมดา ดังนั้นกระบวนการหมั้นจึงเป็นคุกทางสังคมที่ขัง ผู้หญิงเอาไว้

ข้อบัญญัติทางกฎหมายก็ไม่ยินยอมให้ฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายหมั้นฝ่ายชาย ประเด็นนี้ทำให้ เห็นถึงการวางตำแหน่งของผู้หญิงให้เป็นฝ่ายตอบสนองในประเด็นเรื่องทางเพศ (Sexuality) ผู้หญิง ไม่สามารถเป็นฝ่ายเริ่มในกระบวนการเกี่ยวพาราสีหรืออาจจะกล่าวได้ว่าในกระบวนการของเรื่อง ประเวณีผู้หญิงไม่มีสิทธิที่จะเป็นฝ่ายเริ่มต้น มโนทัศน์เรื่องประเวณีที่เข้มงวดนี้ส่วนหนึ่งน่าจะมา จากสมัยรัชกาลที่ 5 ที่เริ่มมีวัฒนธรรม “วิกทอเรียน” เข้ามาซึ่งถือเป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญในเรื่อง ทัศนคติทางเพศของสังคมไทย การให้คุณค่ากับพรหมจรรย์เป็นสิ่งสูงสุดในชีวิตผู้หญิง และสร้าง ให้ผู้หญิงเป็นเพศอ่อนแอ เหยื่อยุคโลกโดยลำพังไม่ได้ สร้างความเป็นสุภาพบุรุษให้ผู้ชาย² กระบวนการ ทางสังคมทุกอย่างล้วนถูกสร้างขึ้นมาจากอคติในทางเพศ และด้วยค่านิยมในเรื่องเพศที่แตกต่าง กันของผู้หญิงและผู้ชาย เรื่องของการมีเพศสัมพันธ์ฝ่ายชายมักจะต้องการมีเพศสัมพันธ์กับผู้หญิง

¹ ประลอง บุญปิ่น, กฎหมายครอบครัว: พื้นฐานความรู้ของประชาชนเกี่ยวกับบทบัญญัติที่สำคัญและ พฤติกรรมในการปฏิบัติ, หน้า 35-37.

² นิธิ เอียวศรีวงศ์, “สังวาส ในความหมายที่มากกว่า ร่วมประเวณี”, <http://www.manager.co.th>, (14 กันยายน 2546)

หลาย ๆ คน แต่ฝ่ายหญิงต้องการที่จะรักษาพรหมจรรย์ของตนเองจนถึงวันแต่งงาน¹ คุณค่าในเรื่องเพศสัมพันธ์ที่แตกต่างกันอย่างสุดขั้วแบบนี้ สะท้อนให้เห็นถึงทัศนคติของผู้ชายที่ต้องการมีเพศสัมพันธ์ในแบบที่ไม่อยากรับผิดชอบ ในขณะที่ผู้หญิงต้องการความรับผิดชอบต่อการใช้เพศสัมพันธ์

เมื่อชายไปหมั้นหญิงแล้วทั้งคู่ก็เป็นคู่สัญญาการหมั้นที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญานั้น ไม่ใช่ชายเท่านั้นที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาหมั้น ซึ่งถ้าจะให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญไทย ที่ให้ความเสมอภาคกันระหว่างหญิงชาย ควรจะแก้เป็น “ของหมั้นเป็นทรัพย์สินที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดให้ไว้แก่กัน” หรือ “ชายและหญิงให้ไว้แก่กัน” หรือตัดทิ้งไปเลยโดยไม่ต้องระบุรับรองการหมั้นที่ชายเป็นผู้締ตราผู้หญิงไว้ อันเนื่องมาจากไม่มีการกำหนดระยะเวลาของการสมรสหลังจากที่ฝ่ายชายหมั้นฝ่ายหญิง ซึ่งในการหมั้นนี้น่าจะมีหนังสือสัญญาที่ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงทำไว้ร่วมกันว่าจะให้มีการจดทะเบียนสมรสเมื่อใด เช่น นาย ก. ไปหมั้นนางสาว ข. ทั้งคู่ต้องทำหนังสือสัญญาว่า ภายในวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2547 ทั้งคู่จะจดทะเบียนสมรสกัน เป็นต้น การทำหนังสือสัญญาว่าทั้งคู่จะสมรสกัน ทำให้ผู้หญิงไม่ต้องยึดติดอยู่กับคำสัญญาแบบปากเปล่าของผู้ชายว่าวันหนึ่งจะยกขันหมากมาสู่ขอ

ในมาตรา 1437 วรรค 3 ระบุว่า “สินสอด เป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส ถ้าไม่มีการสมรสโดยมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงหรือโดยมีพฤติการณ์ ซึ่งฝ่ายหญิงต้องรับผิดชอบทำให้ชายไม่สมควรหรือไม่อาจสมรสกับหญิงนั้นฝ่ายชายเรียกสินสอดคืนได้” ประเด็นเรื่อง “สินสอด” วิระดา สมสวัสดิ์² ได้แสดงความเห็นไว้ว่า กฎหมายมาตรานี้แง่มุมหนึ่งสะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของบิดามารดาต่อการตัดสินใจของตัวผู้หญิง ที่จะต้องมีการตอบแทนกัน โดยการตีราคาค่าตัวของผู้หญิงในส่วนทรัพย์สินที่ใช้หมั้นนั้นก็เสมือนการวางจ่ายค่าสินค้าที่จะซื้อจะขายกันล่วงหน้า³ ในประเด็นเรื่องสินสอดหรือของหมั้นนี้จะเห็นได้ว่าก็มีข้อบัญญัติในกฎหมายล้าเนาเหมือนกัน แสดงว่าสินสอดหรือของหมั้น ไม่ใช่มีความหมายว่าเป็นแค่ของขวัญเหมือนกับกำไลของขวัญวันเกิด หรือการให้ของขวัญวันปีใหม่ ที่แสดงความขอบคุณให้กับพ่อแม่ฝ่ายหญิง แต่ของหมั้นหรือสินสอดเป็นทรัพย์สินที่ใช้แลกการมีสิทธิในตัวผู้หญิงจากพ่อแม่ฝ่ายหญิง และกฎหมายลักษณะฝั้วเมียในกฎหมายตราสามดวง⁴ ได้ระบุเหตุผลที่ในการเรียกค่าสินสอดว่า เป็นค่าทดแทนที่บิดามารดาได้เลี้ยง

¹ บทสัมภาษณ์ Kritaya Archavanijkul. “LET’S TALK ABOUT SEX : Victorian Values Leave Their Mark”, <http://www.nationmultimedia.com>, (14 กันยายน 2546)

² วิระดา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 39.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 37-39.

คูหญิงมาจนเติบโต จนได้เป็นภรรยาของชาย¹ บางเหตุผลอธิบายว่าพรหมจรรย์ของผู้หญิงมีค่าที่ต้องรักษา หากพลาดพลั้งเสียหายนก็จะได้รับการติฉินนินทาและอาจไม่มีชายใดเลือกเป็นคู่ครองการเรียกร้องสินสอดจากฝ่ายชายจึงเป็นการชดเชยในการเสียพรหมจรรย์ให้กับชาย² สำหรับจำนวนเงินหรือทรัพย์สินที่เรียกร้องเป็นค่าสินสอด อาจสูงหรือต่ำมากจะถือเอาการมีชาติตระกูลและการเป็น กุลสตรีของหญิงเป็นสำคัญ³ ดังนั้นสินสอดจึงเป็นสิ่งที่ใช้วัดคุณค่าของผู้หญิง ที่จะสะท้อนให้เห็นการแบ่งขั้วที่ชัดเจนระหว่าง “ผู้หญิงดี” กับ “ผู้หญิงเลว” โดยใช้เงื่อนไขเรื่องทางเพศ (Sexuality) เป็นมาตรฐานในการตัดสินผู้หญิง โดยคุณค่าในตัวของผู้หญิงถูกวัดโดยผ่านทรัพย์สินในการหมั้นหรือค่าสินสอด และอุดมการณ์ในเรื่องทางเพศก็คือระบบของจารีตประเพณีในการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของผู้หญิงให้อยู่ในพื้นที่ทางสังคมจำกัด เพื่อป้องกันการเกิดข้อครหาในเรื่องเพศ

มาตรา 1445 เรื่องการเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นที่ได้ร่วมประเวณีหรือพยายามข่มขืนหญิงคู่หมั้น เนื่องจากสังคมไทยยังพิจารณาว่า พรหมจรรย์หรือการมีเพศสัมพันธ์กับชายอื่นเป็นเรื่องร้ายแรงจนถึงกับต้องถอนหมั้นหรือต้องหย่าร้างกัน ความบริสุทธิ์ของหญิงเป็นเรื่องสำคัญยิ่งกว่าความคิดความเป็นคนของผู้หญิงจึงทำให้เกิดบทบัญญัตินี้ขึ้นมา ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการปกป้อง “ศักดิ์ศรี” ของผู้ชายที่ถูกหลอกจากชายอื่น แล้วยังสืบเนื่องมาจากความคิดค่านิยมที่ทำให้ผู้ชายเป็นเจ้าของประเวณีของผู้หญิง ทั้งนี้ชายคู่หมั้นจะเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นที่ได้ร่วมประเวณีกับหญิงคู่หมั้นได้ก็ต่อเมื่อชายคู่หมั้นได้บอกเลิกสัญญาหมั้นกับหญิงคู่หมั้น ถ้าชายคู่หมั้นไม่ได้บอกเลิกสัญญาหมั้น อาจจะเป็นการแสดงว่าไม่ถือเป็นการไม่เสียหาย หากเป็นเช่นนั้นกฎหมายก็ไม่ให้สิทธิในการที่จะเรียกร้อง ค่าทดแทนจากชายอื่น

ในทางตรงข้าม หากชายคู่หมั้นไปร่วมประเวณีกับหญิงอื่น เป็นเรื่องที่น่าสงสัยว่าหญิงคู่หมั้น มีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นและเรียกค่าทดแทน อ้างสิทธิว่า มีการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของชาย คู่หมั้นได้หรือไม่ การจะเรียกค่าค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่ได้ร่วมประเวณีกับชายคู่หมั้น โดยที่หญิงนั้นรู้หรือควรจะรู้ว่าชายนั้นได้หมั้นกับหญิงคู่หมั้นแล้วนั้น ไม่มีบทบัญญัติใดให้โอกาสไว้สำหรับผู้หญิงเลย ทั้งนี้เพราะผู้ร่างกฎหมายเคารพและรักษาสิทธิเสรีภาพของการที่จะเกี่ยวสวามิภักดิ์ของเพศชายไว้ จึงได้ละเลยสิทธิของหญิงคู่หมั้นโดยสิ้นเชิง กฎหมายได้สะท้อนให้เห็นถึงการมีทวิ

¹ พิธีชัย ไชยแสงสุกุล และ อำนาจ พรหมอนันต์, กฎหมายแห่งราชอาณาจักรสยาม, (กรุงเทพฯ : มูลนิธิโตโยต้า ประเทศไทยญี่ปุ่น, 2537), หน้า 433.

² เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมรดก, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2506), หน้า 31-32.

³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 32.

มาตรฐานสำหรับเสรีภาพทางเพศระหว่างหญิงชายที่สังคมกำหนดไว้ ถ้าหากการไปมีเพศสัมพันธ์กับผู้อื่น เป็นสิ่งไม่เหมาะสมก็ควรที่จะถือเป็นมาตรฐานได้ว่าฝ่ายใดกระทำเป็นเหตุสำคัญให้อีกฝ่ายบอกเลิกสัญญาหมั้นได้เช่นกัน¹

มาตรา 1446 เมื่อหญิงคู่หมั้นถูกข่มขืนกระทำชำเรา หรือถูกพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ชายคู่หมั้นมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 และชายคู่หมั้นมีสิทธิที่จะเรียกค่าทดแทนต่อชายอื่นผู้ได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราหญิงคู่หมั้น โดยที่ชายนั้นรู้หรือควรจะรู้ว่าหญิงนั้นได้หมั้นกับชายคู่หมั้นแล้ว ถ้าชายคู่หมั้นไม่บอกเลิกสัญญาหมั้นก็ทำได้และยังมีสิทธิที่จะเรียกค่าทดแทนจากชายผู้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา เหมือนกรณีของมาตรา 1445 การที่กฎหมายไทยให้สิทธิชายคู่หมั้นเรียกร้องค่าเสียหายจากชายอื่นเป็นการอ้างเหตุว่าชายคู่หมั้นเป็นฝ่ายเสียหาย ถูกหลบหลู่ศักดิ์ศรีและถูกละเมิดสิทธิในทางประเวณี จึงมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนจากชายอื่นที่ละเมิดสิทธิของชายคู่หมั้น ประเด็นนี้ถือได้ว่ากฎหมายกคจีผู้หญิงถือเสมือนว่าผู้หญิงเป็นเป็นทรัพย์สินของฝ่ายชายซึ่งไม่ได้มีความแตกต่างกับกฎหมายลักษณะหัวเมีย และยังซ้ำเติมผู้หญิงในฐานะเป็นผู้เสียหายทั้งกายและใจรวมถึงชื่อเสียง เมื่อฝ่ายหญิงถูกข่มขืนยังให้สิทธิฝ่ายชายในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ ซึ่งการถูกละเมิดทางเพศไม่ได้เป็นความผิดของฝ่ายหญิงและชี้ให้เห็นว่ากฎหมายมิได้ตระหนักถึงความเป็นคนว่าสำคัญยิ่งกว่าพรหมจรรย์หรือสิ่งอื่นใด และน่าสนใจว่าค่าทดแทนที่ชายจะเรียกนี้ หากจะเรียกตามมาตรา 1440 วรรค 1 คือ การทดแทนความเสียหายต่อชื่อเสียงศาลจะใช้ดุลยพินิจอย่างไร การที่หญิงคู่หมั้นถูกข่มขืนไม่น่าจะทำให้ชาย คู่หมั้นเสียหายต่อชื่อเสียงมากเท่ากับตัวผู้หญิง แต่น่าเชื่อได้ว่าศาลจะมีความเห็นว่าชายคู่หมั้นเสียหายชื่อเสียงเพราะให้ความสำคัญว่าหญิงคู่หมั้นเสื่อมเสีย การที่หญิงคู่หมั้นถูกข่มขืนจึงทำให้ชายคู่หมั้น เสียชื่อเสียง² เสมือนว่าชายคู่หมั้นถูกลบหลู่ศักดิ์ศรี

กฎหมายในมาตรา 1445 และมาตรา 1446 แสดงให้เห็นถึงหญิงคู่หมั้นตกเป็นสมบัติแก่ชายคู่หมั้นโดยสมบูรณ์ เพราะกฎหมายไม่ได้มีการระบุถึงบิดามารดาหรือผู้ปกครองของฝ่ายหญิงเลย ข้อสำคัญกฎหมายไม่ได้ให้ความสำคัญกับหญิงคู่หมั้นที่ถูกข่มขืนหรือถูกพยายามข่มขืน ความเป็นตัวตนของผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมทางเพศนี้ถูกทำให้ทำให้เป็นเพียงวัตถุ การถูกละเมิดทางเพศเปรียบเสมือนสินค้าที่มีค่าหนีเป็นของที่เสื่อมราคา และต้องได้รับการชดใช้แก่ชายคู่หมั้นด้วยทรัพย์สินเงินทอง ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเนื้อตัวร่างกายจิตใจของผู้หญิง ไม่ได้ถูกกฎหมายรองรับ ความเสียหาย ที่เกิดขึ้นกับตัวผู้หญิง ประเด็นนี้จึงเป็นการตอกย้ำถึงการให้ระบบคุณค่าของหญิงที่

¹ วิระดา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 45-47.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 47-48.

ผู้ชายสามารถ ซื้อผ้ามัดยของหมั้นหรือสินสอด บทบัญญัติในมาตรา 1445 และ มาตรา 1446 มีนัยแฝง ที่กฎหมายมองว่าผู้หญิงเป็นผู้อ่อนแอต้องมีผู้คุ้มครอง ก่อนหมั้นผู้หญิงมีบิดามารดา เป็นผู้ดูแลปกป้องหลังจากฝ่ายชายจ่ายทรัพย์สินเพื่อแลกกับการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในเนื้อตัวร่างกายผู้หญิง ในรูปแบบของหมั้น สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของผู้หญิงคู่หมั้นถือเป็นกรรมสิทธิ์แก่ชายคู่หมั้นอย่างสมบูรณ์และชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้ระบอบปิตาธิปไตย (Patriarchy) ดังนั้นกฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นก็คือ ผลผลิตหนึ่งของการครอบงำและจัดการเรื่องทางเพศ (Sexuality) ของผู้หญิงซึ่งการครอบงำนี้ไม่ใช่แค่กระทำผ่านวัฒนธรรมเท่านั้น แต่ผ่านบทบัญญัติของกฎหมายด้วย

กฎหมายการหมั้นนี้แท้ที่จริงก็คือการสร้างกรอบเรื่องประเวณีให้อยู่ในรูปของข้อบังคับทางสังคม กรอบของเรื่องประเวณีที่ขอบธรรมของคนในสังคมไม่เคยมีการระบุหรือบัญญัติไว้ในที่ใด ๆ แต่กรอบเหล่านี้เป็นสิ่งที่ฝังแน่นอยู่ในมโนสำนึกของคนทั่วไปที่ถูกสั่งสอนกันมาและการเป็นเรื่องที่ถูกทำให้ยอมรับในที่สุด ผู้ชายก็จะมีกรอบเรื่องประเวณีอยู่ชุดหนึ่งและผู้ชายก็จะรู้ว่าผู้หญิงก็จะมีกรอบเรื่องประเวณีอีกชุดหนึ่ง การที่ผู้ชายเรียนรู้กรอบประเวณีที่เป็นของผู้หญิงไม่ใช่ว่าผู้ชายจะให้ความสำคัญหรือเคารพในกรอบนั้น แต่เป็นเพราะเป็นการศึกษาเพื่อพยายามผ่านเข้าไปในกรอบประเวณีของผู้หญิง เมื่อผู้ชายเรียนรู้ว่าผู้หญิงที่ดีจะรักษาวงศ์วานตัวและจะยอมมีเพศสัมพันธ์ภายใต้สถาบันการแต่งงาน การที่ผู้ชายอยากมีเพศสัมพันธ์กับผู้หญิงผู้ชายก็จะกล่อมผู้หญิงว่า การมีเพศสัมพันธ์นี้เป็นเรื่องของความรักและยินดีที่จะรับผิดชอบอีก 5 วันจะไปขอหมั้นหรืออีก 2 เดือนจะไปขอสู่ขอแต่งงานตามประเพณี ถ้าผู้หญิงยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วยตัวผู้หญิงก็รู้ว่าเป็นสิ่งที่ไม่ดีที่ตัวเองมีเพศสัมพันธ์นอกกรอบ แต่เมื่อได้คำมั่นจากผู้ชายนั้นก็หมายความว่าเพศสัมพันธ์ในครั้งนั้นเป็นเพศสัมพันธ์แม้จะเป็นเพศสัมพันธ์ที่อยู่นอกกรอบแต่ก็อยู่ชิดกับกรอบมากที่สุด การหมั้นก็เป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการกล่อมผู้หญิง หลาย ๆ กรณีที่ผู้ชายข่มขืนผู้หญิงแล้วกล่อมผู้หญิงว่าจะมาหมั้นมาขอสู่ขอแต่งงานและรับผิดชอบ แต่เนื้อที่คือการอาศัยช่องทางของกฎหมายที่มีไว้เพื่อผู้ชายหลบหนีจากความผิด และแม้ว่าในทางสังคมวัฒนธรรมจะไม่มีมีการบัญญัติเรื่องประเวณีที่ขอบธรรมเอาไว้ แต่ถ้าพิจารณากันให้ลึกซึ้งก็จะพบว่าข้อกฎหมายที่แท้ก็คือ บทบัญญัติกรอบเรื่องประเวณีทางวัฒนธรรม

หมวด 2 การสมรส

เงื่อนไขแห่งการสมรส¹

¹ คู่มารตรา 1448-1460

ในการที่ชายและหญิงจะสมรสกันนั้นกฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ 8 ประการคือชายและหญิงต้องมีอายุ 17 ปี การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ ศาลพิพากษาให้เพิกถอนได้ แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร เช่นหญิงอายุ 16 ปี ตั้งครรภ์แล้วศาลอาจอนุญาตให้หญิงนั้นทำการสมรสก่อนอายุครบกำหนดได้

ชายหรือหญิงต้องไม่เป็นคนวิกลจริต การสมรสของคนวิกลจริตเป็นโมฆะ แต่ต้องให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะด้วย

ชายและหญิงต้องไม่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงต่อกันหรือเป็นพี่น้องกัน เช่นปู่สมรสกับหลานสาวไม่ได้ บิดาสมรสกับบุตรสาวไม่ได้ พี่ชายสมรสกับน้องสาวต่างมารดาไม่ได้ หากฝ่าฝืนสมรสกัน การสมรสนั้นเป็นโมฆะ แต่อาจสมรสกับหลานสาวได้เพราะไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงต่อกัน

ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรธรรมจะสมรสกันไม่ได้ ถ้าบุคคลทั้งสองสมรสกัน การสมรสนั้นสมบูรณ์แต่มีผลทำให้การรับบุตรบุญธรรมเป็นอันยกเลิกไป

ชายหรือหญิงจะสมรสซ้อนไม่ได้ หากชายหรือหญิงทำการสมรสซ้อน การสมรสครั้งที่สองดังกล่าวเป็นโมฆะ คู่สมรสในการสมรสครั้งแรกมีสิทธิกล่าวอ้างว่าการสมรสครั้งที่สองเป็นโมฆะได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล แต่อย่างไรก็ดีเพื่อตัดปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับบุตรที่เกิดจากการสมรสซ้อน และบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตควรรักษาสิทธิต่อศาลเพื่อให้มีคำพิพากษา แสดงว่าการสมรสซ้อนนี้เป็นโมฆะจะเหมาะสมมากกว่า

ชายและหญิงทั้งสองคนต้องยินยอมเป็นสามีภริยากัน มิฉะนั้นการสมรสเป็นโมฆะ เช่นข้าราชการชายจดทะเบียนสมรสกับหญิงเพื่อต้องการให้ได้สิทธิเข้าอยู่ในบ้านพักข้าราชการที่จัดเฉพาะบุคคลมีครอบครัวแล้วเท่านั้น โดยบุคคลทั้งสองมิได้มีเจตนาจะสมรสกัน การสมรสดังกล่าวเป็นโมฆะ

หญิงหม้ายจะสมรสใหม่ได้ต่อเมื่อเวลาไม่น้อยกว่า 310 วันนับแต่ขาดจากการสมรสเดิมได้ผ่านพ้นไปแล้ว แต่ถ้าหญิงหม้ายฝ่าฝืนไปทำการสมรสก่อนระยะเวลาดังกล่าวการสมรสนั้นไม่สมบูรณ์ นอกจากนี้หญิงหม้ายมีสิทธิสมรสใหม่ได้ทันทีถ้าได้คลอดบุตรแล้ว สมรสกับคู่หย่าของตน มิใช่รับรองแพทย์ว่ามีได้ตั้งครรรภ์ หรือมีคำสั่งศาลให้สมรสได้

ผู้เยาว์ต้องได้รับความยินยอมของบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองให้ทำการสมรส มิฉะนั้นการสมรสนั้นเป็นโมฆียะ ถ้าบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองไม่ให้ความยินยอมผู้เยาว์มีสิทธิร้องขอต่อศาลให้อนุญาตให้ทำการสมรสได้ หากบิดาถึงแก่ความตายเหลือแต่มารดาเพียงคนเดียว มารดามีอำนาจให้ความยินยอมให้ผู้เยาว์ทำการสมรสได้โดยลำพัง แต่ถ้าบิดาและ

มารดาทั้งสองถึงแก่ความตายไปหมดแล้วและไม่มี การตั้งผู้ปกครองให้ผู้เยาว์ ผู้เยาว์ต้องได้รับ อนุญาต จากศาลก่อนจึงจะทำการสมรสได้¹

ความหมายของการสมรสในประเทศไทยกฎหมายไม่ได้มีคำจำกัดความ ตามประมวล กฎหมายแพ่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความไว้ในมาตรา 4100 ว่า “การสมรส เป็นความสัมพันธ์ทางส่วนตัวที่เกิดจากสัญญาในทางแพ่ง ระหว่างชายหนึ่งและหญิงหนึ่ง ซึ่ง จำเป็นต้องมีความยินยอมของคู่สัญญาที่มีความสามารถในการทำสัญญานั้นด้วย ความยินยอมแต่เพียง อย่างเดียวจะไม่ก่อให้เกิดการสมรสขึ้นได้ แต่จะต้องมีการออกใบอนุญาตและการทำพิธีตามที่ ประมวลกฎหมายนี้ให้อำนาจไว้ติดตามมาด้วย”

คู่สมรสฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นชายและอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหญิง บุคคลเพศเดียวกัน ไม่สามารถสมรสกันได้ ในมาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุ ครบ...” ปัญหาที่ยุ่ยากอาจเกิดขึ้นในกรณีที่มีการแปลงเพศโดยการผ่าตัด ในเรื่องนี้ศาลอังกฤษมี ความเห็นว่า เนื่องจากสภาพบุคคลเริ่มตั้งแต่บุคคลนั้นคลอด สภาพบุคคลดังกล่าวรวมทั้งเพศของ บุคคลนั้นด้วย เพศจึงไม่อาจมีการเปลี่ยนแปลงภายหลังจากเมื่อคลอดออกมาแล้ว ได้ไม่ว่าด้วยวิธีการ ใด ๆ แต่ในสหรัฐอเมริกาศาลสูงแห่งรัฐนิวเจอร์ซีย์ วินิจฉัยว่าชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นผู้หญิงและได้ ทำการสมรสกับชายอื่นนั้นเพื่อประโยชน์แห่งการสมรสต้องถือว่าเป็นหญิงและชายอื่นนั้นต้องถือว่าเป็นสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ในประเทศไทยกฎหมายไม่ได้รับรองเพศที่นอกเหนือไปจากชายและหญิง ไม่มีกฎหมายให้ผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศโดยใช้สิทธิทางกรศาล (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524)²

เงื่อนไขเรื่องการมีคู่สมรสอยู่แล้ว มาตรา 1452 บัญญัติ ว่า “ชายหรือหญิงจะทำการสมรส ในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้” หมายถึงว่าชายหรือหญิงที่มีคู่สมรสอยู่ไม่ได้ขาดจากการสมรส ในขณะที่นั้นจะทำการสมรสใหม่ไม่ได้ แม้ว่าตามทางข้อเท็จจริงนั้นคู่สมรสไม่มีความสัมพันธ์ เกี่ยวข้องกันแล้ว แต่เมื่อยังไม่ขาดจากการสมรสตามกฎหมายก็ถือว่าเป็นคู่สมรส คู่สมรสอาจจะอยู่คนละ ที่คนละแห่งและตัดความสัมพันธ์กันไปแล้ว แม้ถึงขนาดว่าหากตายก็ไม่ไปงานศพ แต่ถ้ายังไม่มีการ หย่าอย่างถูกต้องตามบทบัญญัติของกฎหมายก็ถือว่าเป็นคู่สมรสกันอยู่ และกฎหมายห้ามสมรส ใหม่ จนกว่าจะมีการขาดจากการสมรสโดยถูกต้อง

การที่มีข้อบัญญัติของกฎหมายนี้เพราะเป็นนโยบายที่จะให้ชายและหญิงมีคู่สมรสเพียง คนเดียวเนื่องจากก่อน พ.ศ. 2478 นั้น กฎหมายไทยอนุญาตให้ชายมีภริยาได้หลายคนเมื่อประกาศใช้ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ. 2477 แล้วก็ยังคุ้มครองชายและหญิงที่

¹ ประสพสุข บุญเดช, หลักกฎหมายครอบครัว, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2543), หน้า 29-32.

² ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, (พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2541), หน้า 112-114.

สมรสกันก่อน 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 แต่หลังจากที่ประกาศใช้ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2477 แล้ว บทบัญญัติห้ามผู้มีคู่สมรสแล้วทำการสมรสอีกซึ่งหมายถึงว่า ผู้ซึ่งมีคู่สมรสที่สมรสกันมาก่อนกฎหมายประกาศใช้ก็คนที่ได้แต่จะสมรสอีกเมื่อกฎหมาย ประกาศใช้แล้วไม่ได้ หรือผู้ซึ่งสมรสภายหลังกฎหมายประกาศใช้จะสมรสอีกกับคนใหม่ในเมื่อยัง ไม่ได้ขาดจากการสมรสกับคนเก่าไม่ได้

นโยบายที่จะให้สังคมไทยมีผิวเดียวเมียวเดียวนั้น เริ่มมีแนวคิดนี้เกิดขึ้นในรัชสมัยของ พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 เพราะพระองค์ทรงได้รับการศึกษาในประเทศ ตะวันตกซึ่งมีระบบครอบครัวแบบคู่ครองเดียว (Monogamous Marriage) ประกอบกับช่วงเวลานั้น มีการปฏิรูปกฎหมายและศาลไทย “ให้เจริญก้าวหน้าเหมือนกับนานาอารยประเทศ” เพื่อที่จะได้ เอกราชทางการศาลกลับคืนมา จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้ชายมีภริยาได้คนเดียว เพื่อที่จะได้คู่เป็นประเทศที่ไม่ล่าหลัง¹ แนวพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว เกี่ยวกับสถานะของสตรีและการปฏิรูปกฎหมาย แนวพระราชประสงค์ของรัชกาลที่ 6 ที่เห็นได้ชัด จากบทความ เรื่อง “เครื่องหมายแห่งความรุ่งเรืองคือ สภาพแห่งสตรี” และมีความสำคัญตอนหนึ่ง กล่าวว่า “ในชั้นที่เจริญขึ้นมา ชายก็เป็นผู้บัญญัติกฎหมายแบบธรรมเนียมประเพณีขึ้นมาเพื่อความ สะดวกของตน ทำให้สตรีเสียเปรียบทุกประการ” อย่างไรก็ตามแม้พระองค์จะทรงเห็นด้วยกับแนวคิด การมีผิวเดียวเมียวเดียว ตามอย่างอารยประเทศตะวันตก แต่ตลอดรัชสมัยของพระองค์ได้ทรงคัดค้าน และยับยั้งร่างกฎหมายดังกล่าวมาโดยตลอด โดยเกรงว่าถ้าประกาศกฎหมายนี้ออกมาประชาชนจะ ไม่ปฏิบัติตามทำให้กฎหมายไม่ได้รับการเคารพและปฏิบัติไม่ได้ ถือเป็น การลบหลู่กฎหมายและ ยังจะก่อให้เกิดปัญหาลูกนอกสมรส ดังนั้นตลอดรัชกาลที่ 6-7 จึงไม่อาจประกาศใช้พระราชบัญญัติ จดทะเบียนครอบครัวได้ แม้จะมีการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาหลายครั้ง²

กฎหมายไม่ได้ต้องการให้คนมีคู่สมรสมากกว่าหนึ่งคน แต่เพราะบุคคลอาจไปทำการ สมรสกับคนหลาย ๆ คนในที่ต่าง ๆ กัน ซึ่งการสมรสซ้อนทำได้โดยไม่มี ความผิดทางอาญานาน สมรสซ้อน แต่จะผิดเพียงแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานซึ่งมิโทษไม่สูงและในกฎหมาย ครอบครัวยังได้บัญญัติไว้ว่า ถึงแม้การสมรสผิดเงื่อนไขจะเป็น โฆษณาก็ตามแต่เดิมตั้งแต่ใช้กฎหมาย ครอบครัวฉบับ พ.ศ. 2477 (และแม้ช่วงที่ใช้กฎหมายครอบครัว ฉบับ พ.ศ. 2519 ก็ตาม) จะต้องไป ร้องขอต่อศาล ให้มีคำสั่งแสดงว่าเป็น โฆษณาก่อนจึงจะมีผลให้การสมรสนี้เป็น โฆษณ³ ก่อนที่ศาลจะ

¹ ชัยนันท์ นันทพันธ์ (2519), อ้างใน วิระดา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 157.

² นันทิรา จำภิบาล, นโยบายเกี่ยวกับผู้หญิงไทยในสมัยสร้างชาติของจอมพล ป. พิบูลสงคราม พ.ศ. 2481-2487, หน้า 40-43.

³ ดู มาตรา 1495 และ มาตรา 1496

มีคำสั่งแสดงว่าการสมรสนั้นเป็น โฆษะ ก็ต้องถือว่าเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ เกิดผลตามกฎหมาย เหมือนกรณีสมรสปกติทั่ว ๆ ไป เช่น เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาก็ต้อง อยู่กินด้วยกัน อุปการะเลี้ยงดูกัน ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภรณาก็เป็นไปตามบทบัญญัติของการสมรส จนกว่าศาลจะมีคำสั่งแสดงการสมรสให้เป็น โฆษะ โดยทั่ว ๆ ไปการสมรสย้อนครั้งหลัง ๆ จะไม่เป็นที่เปิดเผยและทราบกันเป็นการทั่ว ๆ ไปเหมือนกับการสมรสครั้งแรกที่ไม่คิดเรื่องเงื่อนไขของกฎหมาย จึงทำให้ผู้สมรสคนแรกหรือผู้มีส่วนได้เสียไม่อาจไปร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งแสดงการสมรสครั้งหลังให้เป็น โฆษะ แต่อย่างไรก็ดีแม้ว่าคู่สมรสจะรู้ถึงการสมรสย้อนของตนก็ตามแต่ก็มักจะคิดว่าเป็นเรื่องที่น่าอับอาย เสียเวลา และยุ่งยาก จึงไม่กระทำตามสิทธิที่ตนมี ไม่ไปยื่นต่อศาลขอให้มีการสมรสครั้งหลังของคู่สมรสเป็น โฆษะ

วิธีที่จะแก้ไขปัญหาของการสมรสย้อน อาทิ การระบุในบัตรประชาชนว่า บุคคลผู้นั้นมีคู่สมรสหรือไม่ เมื่อจะทำการสมรสก็ต้องแสดงบัตรประจำตัวประชาชน แต่กระทรวงมหาดไทยที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ก็ไม่มีการกำหนดเช่นนี้ ทั้ง ๆ ที่ได้มีผู้เสนอข้อป้องกันมามากมายและนานแล้ว เหมือนกับจะเป็นเจตนาของผู้ร่างกฎหมายและนายทะเบียนของรัฐที่ต้องการจะปล่อยให้ เป็นช่องว่างทำให้บุคคลสมรสได้หลายครั้ง หรือมีเมียได้หลายคน อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่อง สถานะภาพของคู่สมรสยังเชื่อมโยงประเด็นสถานะภาพของผู้หญิงอีกด้วย เพราะผู้หญิงต้องเปลี่ยนคำ นำ นามานหลังสมรส ในขณะที่ไม่มีการเปลี่ยนคำนำ นามานของผู้ชายที่สมรสแล้ว¹

ในทัศนะของนักสตรีนิยมเห็นว่ากระบวนการหรือเงื่อนไขในการสมรสระหว่างหญิงชาย เท่านั้น โดยที่เพศเดียวกันไม่อาจจดทะเบียนรับรองการสมรสตามกฎหมายได้ เป็นการละเมิดสิทธิพลเมืองเพราะการจดทะเบียนสมรสมีผลประโยชน์หรือสิทธิที่คู่สมรสจะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายหรือการรับรองอื่น ๆ ทางสังคมอีกมากมาย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการรับมรดก ผู้รับผลประโยชน์จากการประกันชีวิต สิทธิในการรักษาพยาบาลในกรณีคู่สมรสคู่ใดคนหนึ่งเป็นข้าราชการ และผลประโยชน์อื่น ๆ อีกหลายเรื่องประเด็นเรื่อง สังคมหรือรัฐมีทัศนะว่าการแต่งงานควรเป็นไปเพื่อการสืบลูกสืบหลาน แต่สังคมหรือรัฐไม่มองว่าการแต่งงานเป็นเรื่องของอารมณ์ความรู้สึก และสังคมไม่กล้ายอมรับ อย่างเต็มที่ว่าการแต่งงานเป็นสิ่งที่ตอบสนองความต้องการทางเพศของมนุษย์ผู้ชายด้วย ดังนั้นด้วยมาตรฐานทางศีลธรรม จารีตประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาการแต่งงานในเพศเดียวกันจึงเป็นสิ่งที่ไม่สมควรอันที่จริงการแต่งงานในเพศเดียวกัน ทั้งนี้การแต่งงานก็เป็นมายาคติในกรอบเรื่อง ประเพณีที่ขอบธรรม นอกเหนือไปจากนั้นคนที่มีเพศที่ไม่ใช่ผู้หญิงหรือผู้ชายหรือมีเพศสภาพต่างไปจากเดิมก็จะมีชุดมายาคติอย่างหนึ่งออกมาต่อต้านไม่ว่าจะเป็นการนำเสนอข่าวว่าผู้ที่ผิดเพศมีอารมณ์ที่

¹ วีระดา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 56-58.

รุนแรง ข่าวกองคู่เกย์ ที่ฆ่ากันหรือข่าวของคู่ทอมตีฆ่ากัน ก็ถูกนำเสนอไปในทิศทางที่ว่าเป็นเพราะความผิดปกติทางจิตใจ ทำให้มีการกระทำที่รุนแรง แง่มุมในด้านลบต่าง ๆ ถูกนำเสนอมาอย่างต่อเนื่องทำให้คนในสังคมมีทัศนคติที่ไม่ดีต่อคนกลุ่มนี้ ทั้ง ๆ ที่ข่าวผิวซอมเมียหรือผิวฆ่าเมียมีจำนวนมากว่าแต่ข่าวแบบนี้ ดูเหมือนจะเป็นเรื่องปกติที่พบได้ตามหน้าหนังสือพิมพ์ทั่วไป ผิดกับข่าวที่เกิดความรุนแรงระหว่าง คนเพศเดียวกันที่จะได้รับความสนใจอย่างมากและมีแง่มุมในด้านลบติดตามมาเสมอ

การสมรสซ้อนก็เป็นปัญหาที่หน่วยงานของรัฐไม่เคยคิดที่จะแก้ปัญหา ไม่มีหน่วยงานไหนเปิดโอกาสให้คู่สมรสตรวจสอบสถานะว่าคู่ที่จะสมรสของตนเองเคยจดทะเบียนสมรสที่ไหนแล้วบ้างหรือแม้กระทั่งตรวจสอบว่าคู่สมรสของตัวเองไม่ได้เป็นผู้ที่หนีคดีความมาจากที่ไหน เพราะนโยบายของรัฐบาลไม่เคยใส่ใจต่อจุดเริ่มของสถาบันครอบครัวและนโยบายที่ใส่ใจต่อผู้หญิง

เงื่อนไขของการสมรสในเรื่องของการให้หญิงม่ายรอ 310 วันถึงจะสมรสใหม่ได้ ซึ่งเรื่องนี้เป็นภาระละเมิดสิทธิมนุษยชนอีกประเด็นหนึ่งในกฎหมายสมรส การแต่งงานมีเรื่องของอารมณ์ความรู้สึกและเป็นความสมัครใจของคู่สมรส ถ้าหญิงม่ายตั้งท้องแล้วลูกในท้องเป็นลูกของสามีเก่าถ้าเขาต้องการจะแต่งงานกันกฎหมายไม่มีสิทธิที่จะไปห้ามสิทธิเสรีภาพของเขา แล้วถ้ามีความจำเป็นที่จะต้องแต่งงานอย่างนั้นคงจะต้องทำแท้งเพื่อให้ได้สิทธิซึ่งการแต่งงาน กฎหมายข้อนี้ควรจะเข้าถึงความพึงพอใจของคู่สมรสเป็นสำคัญ แต่โดยเงื่อนไขสำคัญที่มีข้อกำหนดแบบนี้ขึ้นมา ก็เพื่อพิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของผู้ชายเป็นหลัก การที่หญิงม่ายต้องรอถึง 310 วันก็เพื่อความมั่นใจกับผู้ชายที่เป็นสามีเก่าและชายคนใหม่ที่จะมาสมรสกับหญิงคนนั้นว่าถ้าผู้หญิงท้องเด็กในท้อง ก็สืบสายโลหิตมาจากชายคนเก่า ชายคนใหม่ก็ควรจะไปหาผู้หญิงคนอื่นหรือบังคับให้หญิงทำแท้ง หรือหาทางออกอย่างอื่นซึ่งโดยหลักของกฎหมายข้อนี้ก็เกินไปเพื่อผู้ชาย

หมวด 3 ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา

ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาตามกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขของความสัมพันธ์ในคู่สามีภรรยาไว้ดังนี้

การอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา สามีภรรยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะ (มาตรา 1461) สามีภรรยาในที่นี้ต้องหมายถึงสามีภรรยาที่ได้จดทะเบียนสมรสกันแล้ว การอยู่กินด้วยกันนี้ไม่ได้หมายความว่าอยู่ร่วมชายคาเดียวกัน แต่หมายถึงการต้องปฏิบัติหน้าที่สามีภรรยาในการร่วมประเวณีกันด้วย ภรรยาจะกล่าวหาว่าสามีบุกรุกเข้าไปหาตนและหาว่าข่มขืนไม่ได้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เอาผิดเฉพาะผู้ที่ข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่

ภรรยาของตน สามีที่ข่มขืนภริยาของตนจึงไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ภริยาต้องยินยอมให้สามี ร่วมประเวณีตามความประสงค์ ถ้าไม่ยอมร่วมประเวณีอาจถือได้ว่าเป็นการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรง เป็นเหตุให้ฟ้องหย่าได้ตาม มาตรา 1516 (6) ¹

การแยกกันอยู่ชั่วคราว หากสามีภริยาทะเลาะวิวาทหรือทำร้ายร่างกายกันจนถึงขนาดจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมาก ฝ่ายที่ได้รับอันตรายหรือความเสียหายมีสิทธิร้องต่อศาลให้สั่งอนุญาตให้ตนแยกอยู่ต่างหากชั่วคราวได้ (มาตรา 1462) และศาลอาจสั่งให้ให้มีการชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูให้ด้วยก็ได้ นอกจากนี้สามีภริยาอาจทำข้อตกลงระหว่างกันเองเพื่อแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวก็ได้ ข้อตกลงนี้ใช้บังคับได้แม้จะตกลงกันด้วยวาจาที่ตามระหว่างที่แยกกันอยู่นี้สามีภริยาต่างหมัดหน้าที่ในการอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยไม่ถือว่าเป็นการจงใจทิ้งร้างกัน แต่ถ้าหากแยกกันอยู่ตามคำสั่งศาลเกินสามปี สามีหรือภริยาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีสิทธิฟ้องหย่าได้²

ในกรณีที่ศาลสั่งให้สามีหรือภริยาเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ (มาตรา 1463) ถ้าศาลได้สั่งให้สามีหรือภริยาเป็นคนไร้ความสามารถ ภริยาหรือสามีย่อมเป็นผู้อุปการะ ถ้าศาลสั่งให้ให้เป็นเสมือนคนไร้ความสามารถ ภริยาหรือสามีย่อมเป็นผู้พิทักษ์ตามกฎหมาย แต่มีข้อยกเว้นอยู่ว่าเมื่อผู้มีส่วนได้ส่วนเสียหรืออัยการร้องขอและถ้ามีเหตุสำคัญศาลจะตั้งผู้อื่นเป็นผู้อุปการะหรือผู้พิทักษ์ก็ได้ หลักสำคัญที่ศาลจะแก้ไขไม่ให้สามีหรือภริยาเป็นผู้อุปการะหรือผู้พิทักษ์ต้องมีเหตุสำคัญ ถ้าเหตุที่อ้างไม่สำคัญก็จะไม่เป็นเหตุที่จะแก้ไขหลักกฎหมายได้ เหตุสำคัญก็คือเหตุที่จะไม่ทำให้เกิดประโยชน์แก่ผู้อยู่ในความอุปการะหรือผู้พิทักษ์ได้ เช่น สามีหรือภริยาติดยาเสพติดภริยามีชู้หรือประพฤติดนไม่ดี³

คู่สมรสเป็นคนวิกลจริต คู่สมรสเป็นคนวิกลจริตและสามีหรือภริยาไม่อุปการะเลี้ยงดูไม่หาแพทย์รักษาหรือรักษาผิดวิธี บิดามารดาบุตรหลานของคู่สมรสที่วิกลจริตมีอำนาจเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูแทน หรือขอให้มีคำสั่งเพื่อคุ้มครองโดยบังคับให้จัดการรักษาพยาบาลที่เหมาะสมได้ (มาตรา 1465)

กฎหมายกำหนดให้สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา แต่ไม่มีคำอธิบายว่าฉันสามีภริยาว่าเป็นอย่างไร ไม่ว่าจะตามความเข้าใจของคนทั่วไปหรือแนวทางที่คำพิพากษาศาลฎีกาน่าจะมีความหมายว่า การอยู่กินฉันสามีภริยา คือ การร่วมประเวณีกัน ซึ่งถ้าภรรยาไม่ยอมกฎหมายก็อนุญาตให้สามีใช้กำลังข่มขืนบังคับ ซึ่งการบังคับร่วมประเวณีถือว่ากฎหมายให้ความสำคัญเพราะ

¹ สหส สิงหวิริยะ, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, (พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 66.

² ดู มาตรา 1516 (4/2) (การสิ้นสุดแห่งการสมรส)

³ สหส สิงหวิริยะ, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, หน้า 71-72.

กฎหมายได้ละโทษให้แก่สามีในการข่มขืนภรรยา ดังนั้นความหมายของคำว่าอยู่ด้วยกันฉันสามีภริยา กฎหมายได้ให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ชายที่จะควบคุมหรือปลดปล่อยความต้องการทางเพศของสามี ซึ่งการอยู่ร่วมกันในฐานะที่เป็นสามีและภรรยาต้องไม่กระทำตนเหมือนนายกับบ่าว หรืออุปการี ญาติผู้ใหญ่ คอยอบรมสั่งสอน หรือมีการลงโทษกัน¹ และการบังคับร่วมประเวณีจึงเป็น ความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่กฎหมายให้สิทธิแก่สามี แม้ข้อความในภาพรวมดูเหมือนว่าจะมี ความยุติธรรม แต่กฎหมายที่เป็นข้อปลีกย่อยกลับสนับสนุนให้เกิดความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศ

ในอดีตกฎหมายลักษณะพิวเมียในกฎหมายตราสามดวง กฎหมายกำหนดให้สามีมี อำนาจอิสระเหนือภริยามีอำนาจว่ากล่าวสั่งสอนและบังคับภริยาของตนได้ ทั้งยังมีอำนาจ ปรามปรามตีภริยาของตนเมื่อภริยาของตนกระทำผิด สามีภริยาคือเป็นบุคคลคนเดียวกันในทาง กฎหมาย เพราะถือว่าสถานะของภริยาได้ถูกนำมารวมไว้กับสามีผู้ซึ่งมีหน้าที่ปกป้องคุ้มครองดูแล รักษาภริยา เมื่อประกาศใช้บรรพ 5 ใน พ.ศ. 2478 กฎหมายก็ยังถือว่าสามีเป็นหัวหน้าในครอบครัว เป็นผู้เลือกที่อยู่และเป็นผู้อำนวยความสะดวกในการช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดู ภริยาถ้าไม่ได้รับอนุญาตจาก สามีจะทำการใด ที่จะผูกพันสินบริคณห์ไม่ได้ เท่ากับว่าหญิงมีสามี (Feme Covert) มีสิทธิน้อยกว่า หญิงโสด (Feme Sole)² และในกฎหมายมังรายศาสตร์เรื่อง ข้อกฎหมายหลาย ๆ ข้อก็เป็นเรื่องของ การกำหนดกรอบให้ผู้หญิงปฏิบัติตาม โดยนัยของกฎหมายผู้หญิงที่อยู่ภายใต้กฎหมายมังรายศาสตร์ จำต้องอยู่ภายใต้การปกครองของผู้ชายทุกกรณี ไม่ว่าผู้หญิงคนนั้นจะอยู่ในสถานะภาพที่โสด แต่งงานแล้วหรือ เป็นม่ายก็ตาม เมื่อข้ามมิติเรื่องเวลามาถึงกฎหมายครอบครัว บรรพ 5 ก็ จะ เห็นได้ว่าประเด็นเรื่อง ผู้หญิงต้องเชื่อฟังหรือต้องอยู่ภายใต้อำนาจของผู้ปกครองหรือสามีก็ไม่ได้ เปลี่ยนไปเลย แสดงว่าความเป็นผู้หญิง “ไทย” ไม่ว่าในมิติเวลาไหน ผู้ก็ตกอยู่ในมายาคติของความ เป็นเมียเป็นแม่ที่ดี ซึ่งเป็นรูปแบบของโครงสร้างทางสังคมที่ให้ผู้ชายควบคุมผู้หญิงเอาไว้

อำนาจของสามีที่เหนือกว่าภริยา ชี้ให้เห็นว่าสังคมไทยในสมัยนั้นชายเป็นผู้กุมอำนาจทุก อย่างในสังคมไม่ว่าจะเป็นในครอบครัว ในชุมชน หรือระดับประเทศและการใช้ความรุนแรงเป็น เครื่องมือรองรับอำนาจก็มีอยู่ในทุกระดับเช่นกัน แต่แม้ว่าการอนุญาตให้สามีโบยตีเพื่อสั่งสอนภริยา ไม่ปรากฏในบทบัญญัติในกฎหมายครอบครัวฉบับ พ.ศ. 2477 แต่ก็ยังคงมีบทบัญญัติที่ให้สามีเป็น หัวหน้าครอบครัวเป็นผู้เลือกถิ่นที่อยู่ เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร จนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 ให้สิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง และบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ. 2519 จึงได้ยกเลิกบทบัญญัติเหล่านั้น

¹ วิชา สมนวาศดี, กฎหมายครอบครัว, หน้า 65.

² ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 152.

การอยู่ร่วมกันตามมาตรา 1461 หมายถึงการต้องร่วมประเวณีกันด้วย หากภริยาปฏิเสธ ไม่ยอมร่วมหลับนอนกับสามี แล้วสามีใช้กำลังบังคับภริยา ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้คำนึงถึง สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของภริยา ในทางตรงกันข้ามกลับให้สิทธิสามีที่จะละเมิดภริยา โดยระบุว่า ความผิดฐานข่มขืนนั้นเป็นความผิดที่ชายกระทำต่อหญิงที่มีภรรยาเท่านั้น กฎหมายจึงมุ่งที่จะให้ ภรรยาทำหน้าที่ต้องสนองตอบทางเพศเสมอ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจที่จะควบคุมผู้หญิง และเคยมีการอ้างเอาเหตุว่า ภริยาปฏิเสธที่จะร่วมหลับนอนด้วย เป็นการทำการปฏิบัติต่อความเป็นสามีภริยา อย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุฟ้องหย่า

ในระหว่างที่อยู่กินด้วยกันตามมาตรา 1461 วรรค 2 สามีภรรยาต้องช่วยเหลืออุปการะ เลี้ยงดูกัน แต่ปัจจุบันทั้งสองฝ่ายจะต้องช่วยกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับฐานะและความสามารถของตนด้วย บทบัญญัติเรื่องความสามารถ และฐานะของคู่สมรสต้องนำมาพิจารณาประกอบการอุปการะเลี้ยงดูนี้ เพิ่มเติมขึ้นมาในกฎหมายใหม่ทำให้ดูมีเหตุผลกว่าบทบัญญัติเก่า ซึ่งบัญญัติไว้ลอย ๆ เพียงว่า สามี ภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกัน โดยไม่ได้บัญญัติเรื่องความสามารถและฐานะของคู่สมรสเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่มีบทบัญญัติให้สามีเป็นผู้อำนวยความสะดวกในการช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันนั้น เป็นบทบัญญัติที่ล้ำสมัยมากไม่อาจใช้ได้กับสังคมปัจจุบันซึ่งมีการยอมรับกัน โดยตัวเลขของ สำนักงานสถิติแห่งชาติปรากฏแล้วว่าผู้หญิงก็มีส่วนหารายได้ให้กับครอบครัวอย่างมาก เมื่อ เปรียบเทียบรวมกับตัวเลขทั้งสองเพศ และแม้จะไม่ได้แสดงตัวเลขของผู้หญิงที่ทำงานบ้านซึ่งถือว่าเป็น ผู้หารายได้ให้กับครอบครัวด้วยแม้ไม่ใช่ธุรกิจ แต่ก็เพราะงานของผู้หญิงก็สามารถลดรายจ่ายในการจ้าง ผู้ทำงานบ้าน ซึ่งเสมือนกับเพิ่มรายได้ให้กับครอบครัวในขณะเดียวกัน¹ ซึ่งข้อกฎหมายที่ กำหนดให้สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกัน เป็นประเด็นปัญหาสำหรับผู้หญิงอย่างมากเพราะ สังคมในอดีตผู้หญิง ผู้หญิงชนชั้นกลางหรือชนชั้นสูงเป็นกลุ่มคนที่ไม่ต้องใช้แรงงาน ผู้หญิงกลุ่ม นี้มีโอกาสได้เรียนเย็บปัก ถักร้อย เพื่อเตรียมตัวเป็นแม่บ้านที่ดีให้กับสามี แต่ในขณะที่ผู้หญิง ชาวบ้านต้องออกไปทำงานในภาคเกษตรเช่นเดียวกับสามี และยังต้องทำงานบ้านอีกด้วยแต่สังคม ในอดีตผู้หญิงในบ้านหลังหนึ่งจะมีหลายคนที่จะช่วยกันทำงานบ้าน พอมาถึงยุคเศรษฐกิจในสังคม ปัจจุบันผู้หญิงก็ต้องออกไปทำงานนอกบ้านเช่นผู้ชาย แต่ครอบครัวในสังคมเมืองสมาชิกใน ครอบครัวมีแต่ พ่อแม่ลูก ผู้หญิง คนเดียวที่อยู่ในฐานะเมียและแม่จึงต้องรับภาระงานบ้านทั้งหมด ที่ ผู้หญิงต้องรับภาระงานบ้านทั้งหมดก็เพราะระบบการแบ่งงานกันทำตามเพศ ในอดีตผู้หญิงชนชั้นกลาง หรือชนชั้นสูงสามารถรับภาระงานบ้านได้เพราะมีข้าทาสไพร่คอยรับใช้ และปัจจุบันผู้หญิงชนชั้น กลางหรือชนชั้นสูงก็ยังมี แม่บ้าน คนทำงานบ้านที่จะช่วยแบ่งเบาภาระงานบ้าน แต่ประชากร

¹ วิชา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 65-66.

ส่วนใหญ่ของประเทศไทยเป็นคนชนชั้นล่างที่ต้องดิ้นรนในทางเศรษฐกิจ ดังนั้นผู้หญิงในสังคมเมืองส่วนใหญ่จึงเป็นผู้แบกรับภาระงานบ้านและงานนอกบ้าน นอกจากภาระทางกายแล้วผู้หญิงยังต้องรับภาระทางใจอีกด้วยไม่ว่าจะเป็นการเอาใจสามีการอดทนต่อสิทธิทางสังคมที่ให้อิสระทางเพศแก่ผู้ชาย ถือได้ว่าผู้หญิงชนชั้นล่างในสังคมไทยที่อยู่ในสถานะเมียและแม่คือมนุษย์ที่ทรหดและแข็งแกร่งที่สุด

ในทัศนะของนักสตรีนิยมกฎหมายข้อนี้เป็นกฎหมายที่รองรับระบบการสมรสแบบคู่เดียวเมียเดียว เพราะการกำหนดให้คู่สมรสเลี้ยงดูกันตลอดไป สะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายมองคนแบบปัจเจกนิยม โดยไม่ได้เอารากฐานทางสังคมวัฒนธรรมมาเชื่อมโยงให้เห็นความสัมพันธ์ของคนในครอบครัว เพราะในครอบครัวไม่ได้หมายถึง พ่อ แม่ ลูก แต่ครอบครัวส่วนใหญ่ในสังคมไทยประกอบไปด้วยคนกลุ่มใหญ่ที่บ้านหลังหนึ่งมีคนอยู่ด้วยกันหลายคนและผู้หญิงในสังคมไทยส่วนใหญ่ก็ต้องแต่งงานเข้าบ้านสามี เพราะฉะนั้นผู้หญิงไม่เพียงแต่จะต้องดูแลสามีเท่านั้นผู้หญิงยังจะต้องดูแลครอบครัวของสามีอีกด้วย

การที่ผู้หญิงต้องรับภาระงานนอกบ้านและในบ้าน ถ้าหากย้อนกลับไปมองโครงสร้างทางสังคมก็จะทำให้เห็นถึงการกดขี่ที่ผู้หญิงต้องเผชิญ นับแต่กระบวนการสร้างเด็กผู้หญิงและเด็กผู้ชาย ให้แตกต่างกันส่งผลถึงสิทธิและโอกาสในการเข้าถึงทางการศึกษาและการเลือกสาขาวิชาที่เรียน ที่สุดก็จะพบว่าผู้หญิงกับผู้ชายที่อยู่ในสถานะเท่าเทียมกัน โอกาสในการเข้าถึงงานโอกาสในการมีความก้าวหน้าในอาชีพการงานของผู้ชายจะสูงกว่าผู้หญิง ดังนั้นสถานะทางเศรษฐกิจของกลุ่มสมรส จะมีความแตกต่างกัน ส่งผลให้เกิดความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ผู้ชายอยู่เหนือกว่าในทางเศรษฐกิจ และถ้าผู้หญิงต้องหรือต้องเลี้ยงดูรวมไปถึงต้องทำงานบ้านทำให้ความสามารถในการทำงานหรือทุ่มเทให้กับงานมีน้อยลงเพราะผู้หญิงมีงานและภาระที่มากขึ้น ประเด็นเรื่องงานบ้านก็เป็นเรื่องที่สำคัญเพราะว่า งานบ้านถูกมองว่าเป็นงานที่ใคร ๆ ทำก็ได้เป็นงานที่ไม่ต้องใช้ทักษะมากมาย และกระบวนการทางสังคมก็ได้สร้างการแข่งขันกันทำตามเพศ เพราะฉะนั้นงานบ้านทั้งหลายจึงตกเป็นความรับผิดชอบของภรรยา และงานบ้านยังถูกมองว่าเป็นงานที่ไม่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจ ทั้ง ๆ ที่ ถ้าจ้างคนสวน คนทำงานบ้าน มาทำหน้าที่นี้แทนภรรยา ก็จะเป็นจำนวนเงินไม่น้อยในแต่ละเดือน¹ ด้วยความสัมพันธ์ที่ผู้ชายถูกยกย่องให้เป็นเสาหลักของครอบครัว กิจกรรมในบ้านที่ถูกมองว่า ไม่สำคัญหรือไม่ใช่เรื่องใหญ่จึงตกเป็นภาระรับผิดชอบของภรรยา การมีลูกทำให้ภรรยาทำงานนอกบ้านได้ไม่เต็มที่และอาจมีรายได้จากงานประจำน้อยลงหรืออาจจะต้องลาออกจากงานมาเป็นแม่บ้านเลย ๆ ส่งผลให้ผู้หญิงต้องพึ่งพิงรายได้จากผู้ชาย ทำให้ฝ่ายชายกลายเป็นหัวหน้า

¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 66.

ครอบครัวที่เป็น ผู้หารายได้หลักและด้วยความสัมพันธ์เชิงอำนาจนี้ทำให้ฝ่ายชายมีอำนาจที่เหนือกว่าฝ่ายหญิง ซึ่งการมีอำนาจเหนือกว่าส่งผลถึงความสัมพันธ์ในครอบครัวที่อาจจะก่อให้เกิดความรุนแรงต่อผู้หญิงได้เพราะการที่ผู้หญิงด้อยอำนาจกว่า ทำให้ผู้หญิงอยู่ในฐานะที่ต้องยอมและเป็นฝ่ายตามทุกครั้ง และการต้องยอมอดทนนี้หลาย ๆ กรณีก็เพราะผู้หญิงถูกสอนให้อดทนเพื่อเห็นแก่ลูก ดังนั้นความเป็นเมียและเป็นแม่คือพื้นฐานของการกดขี่ผู้หญิง และเมื่อลูก ๆ เติบโตขึ้นมา ก็จะซึมซับความเป็นผู้หญิงความเป็นผู้ชายจากพ่อและแม่ภาระงานที่พ่อและแม่ทำ โดยกระบวนการทั้งหมดนี้คือการผลิตซ้ำความไม่เสมอภาคทางเพศ โดยมีจุดเริ่มจากพื้นที่ในครอบครัว

การแยกกันอยู่ตาม มาตรา 1462 เป็นหลักการของกฎหมายคริสต์ศาสนา ที่ไม่ยอมให้คู่สมรสหย่าขาดจากกัน เพียงแต่อนุญาตให้แยกที่กินอยู่หลับนอนจากกันได้เท่านั้นในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่น ฝรั่งเศส กฎหมายเดิมให้สิทธิแก่ภริยาเท่านั้นที่จะร้องขออนุญาตให้ตนแยกที่กินอยู่หลับนอนจากสามีที่ทารุณโหดร้ายหรือใช้อำนาจของหัวหน้าครอบครัวในทางที่ผิด

ในการทำข้อตกลงเพื่อแยกกันอยู่นี้สามีภริยาอาจทำข้อตกลงกันด้วยวาจาหรือโดยลายลักษณ์อักษรก็ได้ โดยหลักการสำคัญก็คือสามีภริยาตกลงที่จะแยกกันอยู่ต่างหากจากกัน (Agree to Live Apart) นอกจากนี้อาจมีข้อตกลงอื่นมาประกอบด้วยก็ได้ ในอังกฤษการทำข้อตกลงเพื่อแยกกันอยู่นี้ข้อตกลงประกอบที่เรียกว่า ข้อตกลงเกี่ยวกับการอุปการะเลี้ยงดูภริยา มีข้อแม้ว่าภริยาจะต้องไม่ยุ่งเกี่ยวทางชู้สาวกับชายอื่น (Dum Casta Clause) โดยสามีตกลงที่จะชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูภริยาตลอดไปตราบเท่าที่ภริยายังครองชีวิตที่บริสุทธิ์อยู่ (Chaste Life) หากภริยาไปปร่วมประเวณีกับชายอื่นแล้วสามีก็หมดหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูภริยาต่อไป¹

การยื่นคำขอต่อศาลเพื่อขอให้ตนแยกทางกันอยู่ต่างหากจากสามีหรือภริยาเป็นการชั่วคราว เป็นมาตรการในการลดความขัดแย้งในครอบครัว โดยยังไม่ประสงค์ที่จะหย่าขาดจากกัน ซึ่งอาจเป็นด้วยเหตุผล เรื่อง บุตรธิดา หรือเป็นการรักษาชื่อเสียงและสถานะทางสังคมไว้ โดยทางกฎหมายของไทยก็ไม่ได้แตกต่างอะไรกันกับกรณีของอังกฤษที่แม้จะแยกกันอยู่แต่ภริยา จำต้องรักษาตัวโดยไม่ให้ชายอื่นมาร่วมประเวณี เพราะการแยกกันอยู่ก็ยังคงถือว่าทั้งคู่ยังเป็นคู่สมรสกัน

ในกรณีภริยามีชู้สามีมีสิทธิที่จะฟ้องหย่าและเรียกค่าทดแทนจากภริยาได้ นอกจากนี้หากสามีพบเห็นภริยาขณะทำชู้กับชายชู้ สามีมีสิทธิป้องกันชื่อเสียงเกียรติยศของตนโดยอาจฆ่าภริยาและชายชู้ได้² ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1390/2493 แม้การกระทำชู้ผ่านไปแล้วแต่ภริยายังอยู่ในห้องกับชายชู้ สามีพึงประคองเข้าไป ชายชู้วิ่งหนีลงเรือนไปได้ สามีใช้ปืนยิงชายชู้หมดกระสุนไปถึง 5 นัด

¹ ประสพสุข บุญเดช, ถ้อยคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 159-161.

² คำพิพากษาฎีกาที่ 378/2479

แล้วยังฟันกริชอย่างไม่ไว้ชีวิต มีบาดแผล 9 แผล กริชไปถึงแก่ความตายไม่เป็นการกระทำโดยการป้องกัน แต่เป็นการบันดลโทสะ ศาลลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ได้

ประสพสุข บุญเดช ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับข้อแตกต่างของกรณีการมีชู้ของสามีและกริชไว้หนังสือ : คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ว่า

“การที่สามีมีภริยาน้อยมีความร้ายแรงน้อยกว่าการที่ภริยามีชู้ เพราะแม้สามีมีภรรยาอย่างน้อยจนเกิดบุตรด้วยกัน ทั้งสามีและภรรยาอย่างน้อยก็ได้เกี่ยวข้องในครอบครัวแต่อย่างใด แต่หากภริยามีชู้และเกิดบุตรกับชายชู้บุตรที่เกิดขึ้นเป็นบุตรที่เกิดมาระหว่างสมรสต้องถือเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามี หากที่สามีจะฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรของตนได้ ทั้งหากสามีเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กหรือยอมให้มีการแจ้งการเกิดว่าเด็กเป็นบุตรของตนแล้วกฎหมายก็ห้ามมิให้สามีฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรด้วย บุตรจึงต้องเป็นบุตรของสามีตลอดไป อันเป็นความขมขื่นของสามีอย่างมาก สิทธิในการป้องกันชื่อเสียงของสามีจึงต้องแตกต่างจากกริช”¹

ประเด็นนี้ในทัศนะของนักสตรีนิยมเห็นว่าเป็นเรื่องของการเป็นเจ้าของประเวณีโดยสามี การใช้อำนาจของสามีในการตัดสินใจหรือลงโทษผู้อื่น ถูกทำให้เป็นเรื่องที่ยอมรับได้ในกฎหมายที่อาศัยหลักแห่ง “ความยุติธรรม” จากคำพิพากษากฎีกานี้จะเห็นได้ว่า หลักของความยุติธรรมแอบอิงอยู่กับเพศชาย ข้อวิเคราะห์ของประสพสุข บุญเดช ก็เป็นการวิเคราะห์ด้วยความเป็นชายและมีคติในการอธิบายที่อยู่บนพื้นฐานของความเป็นชาย ที่ไม่คำนึงถึงความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ การวิเคราะห์นี้เป็นรูปแบบของการคาดหวัง ผู้หญิงต้องเป็นแบบที่สังคมต้องการก็คือความต้องการรักษาสิทธิของผู้ชายในการเป็นเจ้าของประเวณีของผู้หญิง เพื่อเป็นหลักประกันว่าลูกที่เกิดมาจะต้องเป็นลูกของผู้เป็นสามีเท่านั้น แสดงว่าสายเลือดของผู้เป็นสามีเป็นสิ่งสำคัญกว่าสายเลือดของภริยา ความสัมพันธ์เชิงอำนาจในเรื่องประเวณีนี้ก่อให้เกิดความรุนแรงในหลาย ๆ มิติต่อผู้หญิง ไม่ว่าผู้หญิงจะอยู่ในสถานะใด

ในการอยู่ร่วมกันของสามีภริยาก็ยังมีกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องที่ยังคงเป็นการริดรอนความเสมอภาคระหว่างเพศในเรื่องการใช้นำหน้านามสตรี โดย พระราชกฤษฎีกาให้ใช้นำหน้านามสตรี พ.ศ. 2460 ข้อ 1 บัญญัติว่า สตรีทั่วไปทุกคนชั้นบรรดาศักดิ์ (ก) ถ้าเป็นผู้ยังไม่เป็นสามี ให้ใช้คำว่า “นางสาว” เป็นนำหน้านามเดิมและนามสกุลของตนเอง บทบัญญัติข้อ 1 (ข) บังคับให้ใช้

¹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า

คำว่า “นาง” เป็นคำนำหน้านามแล้วนำเอานามสกุลของสามีเข้ามาประกอบ หญิงที่สมรสแล้วจะต้องใช้คำนำหน้านามว่า “นาง” ตลอดไปแม้การสมรสจะเป็น โหมะหรือ โหมะยะก็ตาม คำสั่งศาลก็ตาม หรือมีการหย่าขาดจากการเป็นสามีภริยากัน หญิงนั้นจะต้องใช้คำนำหน้าว่า “นาง” ตลอดไปจะกลับมาใช้ “นางสาว” ไม่ได้¹ ประเด็นคำถามสำคัญคือทำไมกฎหมายถึงจะต้องให้ผู้หญิงเป็น “นาง” หรือ “นางสาว” สังคมต้องการผลประโยชน์อะไรจากความเป็นนางหรือนางสาว ซึ่งเรื่องนี้โยงไปถึงเรื่องของพรหมจรรย์ สังคมอดีต “นางสาว” คือผู้ที่ยังไม่ได้สมรสยอมเป็นผู้หญิง “บริสุทธิ์” “นาง” หมายถึง ผู้หญิงที่สมรสแล้วมีสามีแล้วเป็นผู้หญิงที่ “ไม่บริสุทธิ์” ดังนั้นความบริสุทธิ์หรือไม่บริสุทธิ์ของ ผู้หญิงโยงกลับไปสู่เรื่องของความสัมพันธ์กันระหว่างหญิงชาย ผู้หญิงที่เป็นนางสาว ย่อมเป็นผู้หญิง บริสุทธิ์ที่ผู้ชายมีสิทธิเลือก ผู้หญิงไม่บริสุทธิ์คือผู้หญิงที่มีสามีที่ผู้ชายทั่วไปไม่ควรข้องเกี่ยว แสดงว่าคำนำหน้านามของผู้หญิงเป็นเรื่องผลประโยชน์ในทางเพศของผู้ชาย ผู้หญิงที่มีคำนำหน้าว่า “นาง” คือผู้หญิงที่มีเจ้าของและไม่บริสุทธิ์ การที่ผู้ชายจะไปข้องเกี่ยวลึกลับซึ่งผิดทั้งทางศีลธรรมและ ผิดกฎหมาย ดังนั้นคำนำหน้านามของผู้หญิงจึงเป็นการตีตราต่อผู้หญิง ซึ่งการใช้คำนำหน้านามของผู้หญิงมีลักษณะเหมือนกับกฎหมายมังรายศาสตร์ ในกฎหมายลักษณะเมีย ที่แบ่งผู้หญิงเป็น 2 กลุ่มคือ ผู้หญิงที่มีสวกับผู้หญิงที่ไม่มีสว ด้วยข้อความมังรายศาสตร์และกฎหมายครอบครัว บรรพ 5 สะท้อนให้เห็นว่าประเพณีของผู้หญิงเป็นเรื่องสำคัญสำหรับสังคมที่เป็นของผู้ชาย

ประเด็นเรื่อง การใช้นามสกุลของสามีหลังแต่งงานของผู้หญิงได้เปลี่ยนแปลงไป เพราะเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน พ.ศ. 2546 ได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่วินิจฉัยมาตรา 12 พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่ ตามคำร้องของนางพนินทรา ภัคเกษม และคณะที่ยื่นผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความ โดยที่ประชุมมีมติ 13 เสียง ต่อ 2 เสียง เห็นว่า “มาตราดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 30 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540” ที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะ เหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้”²

¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 173.

² กฤตกรธ สวรรณกาญจน์, “สิทธิในนามสกุล” <http://www.thaingo.org>, (18 กุมภาพันธ์ 2547)

ดังนั้นประเด็นเรื่องการใช้นามสกุลหรือไม่ใช้นามสกุล เป็นเรื่องของสิทธิโอกาสสำหรับ ผู้หญิงว่าจะเลือกใช้ของใคร แต่สังคมมักจะมีข้อถกเถียงเรื่องการเลือกใช้นามสกุลของฝ่ายหญิง ว่าถ้าลูกที่เกิดมามีสิทธิที่จะเลือกใช้นามสกุลของพ่อหรือแม่ได้อาจจะทำให้เกิดสับสน ถ้าคนหนึ่งมี ลูกหลายคนและลูกใช้คนละนามสกุล ในความเป็นจริงถ้าเป็นครอบครัวที่ระบบผัวเดียวเมียเดียว ก็ไม่น่าจะสร้างปัญหาเพราะในหลักฐานใบเกิดหรือทะเบียนบ้าน จะต้องปรากฏทั้งชื่อและนามสกุล ของแม่อยู่แล้วหรือของพ่ออยู่แล้ว นอกจากนั้นยังขึ้นอยู่กับจริยธรรมและการฝึกฝนอบรมเลี้ยงดูอีกด้วย

การเลือกใช้นามสกุลหลังจดทะเบียนสมรสของฝ่ายหญิง จึงเป็นทางเลือกสำหรับผู้หญิง เพราะเมื่อผู้หญิงตกลงใจที่จะแต่งงานนั้นหมายถึงว่าหน้าที่ความรับผิดชอบกำลังรออยู่และการ เรียกร้องแบบนี้ทำให้รู้ว่าชายและหญิงเท่าเทียมกันแล้ว และเป็นทางเลือกที่ดีสำหรับครอบครัวที่มีลูก สาวเพียงคนเดียว และทำให้สังคมตระหนักและยอมรับถึงความเท่าเทียมกันในสิทธิและเสรีภาพ

ความเป็นจริงทางสังคม คำนำนานาม หรือ ว่า นามสกุล ก็เป็นเพียงเป็นปลายเหตุของการแก้ปัญหาความไม่เสมอภาคทางเพศที่ปรากฏในหลาย ๆ พื้นที่ทางสังคมรวมถึงพื้นที่ในกฎหมาย ซึ่งที่สำคัญต้องเริ่มต้นตั้งแต่ครอบครัว ทักษะคิด ค่านิยม โดยการตั้งคำถามว่าจะทำอย่างไรที่จะให้ผู้หญิง กับผู้ชายให้ความเคารพในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไม่ทำร้าย ไม่เอาเปรียบกัน เพราะว่าการที่ใ้ ใครคนใดคนหนึ่งไปอยู่ภายในอาณัติ หรือมีสถานะที่ต่ำต่อกว่าอีกฝ่ายหนึ่งมันส่งผลให้เกิดการทำร้าย หรือความรุนแรงในครอบครัว แต่ถ้าหากว่าสถานะใกล้เคียงกันหรือมีความเสมอภาคระหว่างเพศ ความรุนแรงที่เกิดขึ้นในครอบครัวก็จะลดน้อยลงไปด้วย การพยายามเรียกร้องสิทธิเสรีภาพของ ผู้หญิงในทางกฎหมายจึงไม่ได้เป็นการเรียกร้องอย่างไม่มีหลักการ เพราะการเรียกร้องในประเด็น ต่าง ๆ เป็นการเรียกร้องเพื่อสิทธิความเสมอภาคในความเป็นมนุษย์

หมวด 4 ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา

บทบัญญัติในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมในหลักการใหญ่ ๆ ให้เปลี่ยนไปจากกฎหมายครอบครัวที่มีมาแต่เดิมหลายประการด้วยกันทั้งนี้สืบเนื่องมาจากเจตนารมณ์ ที่จะให้สิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงชายตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ.2517 บทบัญญัติที่เคยให้อำนาจ ชายเหนือหญิงก็ถูกตัดทิ้งและเปลี่ยนแปลงเสียใหม่โดยให้หญิงเข้ามามีส่วนเท่า ๆ กับชาย อย่างไรก็ตาม กฎหมายใหม่ก็ให้โอกาสคู่สมรสที่จะตกลงทำสัญญาเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายในส่วน ที่ว่าด้วยทรัพย์สินได้ ในขณะที่เดียวกันก็คุ้มครองสัญญาก่อนสมรสที่ได้ทำมาก่อนการประกาศใช้ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ.2519 ด้วย โดยถือว่าสัญญา ก่อนสมรสนั้นสมบูรณ์มีผลบังคับใช้ แม้ว่าจะมีข้อตกลงที่ขัดต่อหลักการของกฎหมายใหม่ก็ตาม

เช่น ให้อำนาจแก่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่จะจัดการสินสมรสแต่ผู้เดียวและคู่สมรสมีสิทธิที่จะทำข้อตกลงเปลี่ยนแปลงเพิกถอนสัญญาก่อนสมรสที่ได้ทำก่อนวันใช้บังคับบทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ได้ โดยปฏิบัติตามขั้นตอนที่พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ได้ระบุไว้คือ ต้องได้รับอนุญาตจากศาลเสียก่อนแล้วศาลจะแจ้งคำสั่งศาลที่อนุญาตให้แก่นั้นแก่นายทะเบียนสมรส เพื่อให้ นายทะเบียนสมรสจดไว้ในทะเบียนสมรสว่าศาลอนุญาตให้แก่นายทะเบียนสมรสได้ เมื่อคู่สมรสนำหนังสือสัญญาก่อนสมรส ซึ่งมีข้อตกลงเปลี่ยนแปลงเพิกถอนสัญญาก่อนสมรสไปยื่นต่อ นายทะเบียนสมรส ณ ที่้องที่ทำการสมรสเพื่อให้ นายทะเบียนสมรสจัดการเปลี่ยนแปลงเพิกถอนสัญญาก่อนสมรสว่า มีข้อความอย่างไรบ้างในทะเบียนสมรส พร้อมกับแนบต้นฉบับสัญญาก่อนสมรสซึ่งมีขอเปลี่ยนแปลงไว้ท้ายทะเบียนสมรสด้วย¹

ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

สัญญาก่อนสมรสในเรื่องทรัพย์สิน บุคคลที่รัวรายหรือมีธุรกิจการค้ามากอาจทำสัญญาก่อนสมรสในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายกำหนดไว้ได้ เช่น ก่อนจดทะเบียนสมรส ชายและหญิงทำสัญญากันว่า ค่าเช่าที่ดิน ที่ภริยามียู่ก่อนสมรสให้เป็นของภริยา แต่เพียงผู้เดียว สัญญาเช่นว่านี้ใช้บังคับได้ (มาตรา 1465)

การเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในสัญญาก่อนสมรส เมื่อได้มีคำสั่งศาลถึงที่สุดแล้วให้เปลี่ยนแปลงเพิกถอนสัญญาก่อนสมรสแล้ว ให้ศาลแจ้งไปยังนายทะเบียนสมรสเพื่อจดแจ้งไว้ในทะเบียนสมรส (มาตรา 1467)

ผลของสัญญาก่อนสมรสอันมีต่อบุคคลภายนอก การที่สามีภรรยาทำความตกลงเลือกระบบทรัพย์สินตามสัญญา ยกเว้น ไม่ใช้ระบบทรัพย์สินตามกฎหมายที่กำหนดไว้โดยการทำสัญญาก่อนสมรสนั้น สัญญาก่อนสมรสดังกล่าวมีผลผูกพันแต่เฉพาะสามีภริยาที่เป็นคู่สัญญากันเท่านั้น สำหรับบุคคลภายนอกแล้วระบบทรัพย์สินของสามีภริยานี้ต้องถือระบบทรัพย์สินตามกฎหมายเหมือนเช่นปกติทั่วไป เว้นแต่บุคคลภายนอกจะทราบการทำสัญญาก่อนสมรส (มาตรา 1468)

สัญญาระหว่างสมรสในเรื่องทรัพย์สิน ในระหว่างสมรสสามีภริยาขอมทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินได้เหมือนอย่างบุคคลอื่นทำสัญญากัน สัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินนี้คือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งหนึ่ง

¹ วิจารณ์ สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 71-72.

เป็นทรัพย์สิน รวมถึงสัญญาที่สามีภริยาทำการแบ่งสินสมรสกัน โดยจะแบ่งสินสมรสทั้งหมดหรือเฉพาะส่วนก็ได้ (มาตรา 1469)

ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเป็นระบบสินบริคณฑ์ (Community Property) โดยทรัพย์สินที่หามาได้ในระหว่างสมรสถือเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมระหว่างสามีภริยา ส่วนทรัพย์สินที่มีอยู่ก่อนสมรสเป็นกรรมสิทธิ์โดยเด็ดขาดของสามีหรือภริยาที่เป็นเจ้าของ ตามมาตรา 1470 ได้กำหนดให้ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ

1. สินส่วนตัว (Separate Property) คือ ทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของกลุ่มสมรส คือ สินส่วนตัวของสามี (Separate Property of Husband) กับสินส่วนตัวที่เป็นของภริยา (Separate Property of Wife)

2. สินสมรส (Community Property) คือทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันของกลุ่มสมรส สินส่วนตัว มาตรา 1471 ได้กำหนดทรัพย์สินที่เป็นสินส่วนตัวไว้ 4 ชนิดคือ

ทรัพย์สินที่กลุ่มสมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีอยู่ก่อนสมรส โดยไม่มีความจำเป็นต้องตกลงกันก่อนสมรสว่าให้เป็นสินส่วนตัว

ทรัพย์สินที่เป็นเครื่องใช้สอยส่วนตัว เครื่องแต่งกาย หรือเครื่องประดับกายตามสมควรแก่ฐานะ หรือเครื่องมือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพอของกลุ่มสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ทรัพย์สินที่กลุ่มสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างสมรสโดยการรับมรดกหรือโดยการให้โดยเสน่หา

ทรัพย์สินที่เป็นของหมั้น¹

หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษดั้งเดิมนั้นก็ยึดถือแนวความคิดที่ว่าสามีภริยาเป็นคนคนเดียวกันและสามีเป็นคนจัดการดูแลเพราะเป็นตัวแทนของกลุ่มสมรสในเกือบทุกกิจการ ภริยาไม่มีสิทธิยึดถือทรัพย์สินเป็นสินต่างหากจากสามีเลย ในขณะที่ทางฝรั่งเศสซึ่งยึดหลักกฎหมายโรมันมีหลักการที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิงประเทศทางกลุ่มนี้ถือว่าชายหญิงที่เป็นคู่สมรสกันนั้นไม่ใช่คนคนเดียวกัน หญิงแยกออกมามีฐานะที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินเป็นการส่วนตัวได้ (แม้ว่าบทบัญญัติส่วนใหญ่จะให้อำนาจแก่ฝ่ายชายมากกว่าหญิง) และทรัพย์สินที่ได้มาจากการยกให้โดยเสน่หาหรือมรดกก็จะเป็สินส่วนตัวของฝ่ายนั้น เป็นที่น่าสังเกตว่าไทยแม้ว่าจะได้รับอิทธิพลจากฝรั่งเศสอย่างมากในการชำระสะสางแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ. 2477 โดยเฉพาะอย่างยิ่งบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวก็น่าจะได้รับอิทธิพลในเรื่องการสมรสมิได้ทำให้ชายหญิง

¹ ประสพสุข บุญเดช, ถ้อยคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 195-205.

รวมเป็นคนเดียวกันบ้าง แต่ก็หาเป็นเช่นนั้นไม่ จนกระทั่งมีการชำระแก้ไขบรรพ 5 พ.ศ. 2519 จึงได้เปลี่ยนหลักการเดิมที่ว่า ชายหญิงเป็นคนๆเดียวกันผู้ใดให้ทรัพย์สินแก่สามีก็ถือว่าเป็นให้ภริยาคือ ๑๗ มาเป็นหลักที่ถือว่าชายหญิงเป็นคนละคนกัน ชายไม่ได้เป็นตัวแทนของกลุ่มสมรสที่ทำการแทนหญิงทั้งหมด แต่หญิงก็เป็นกลุ่มสมรสอีกคนหนึ่งซึ่งมีส่วนในการดำเนินการต่าง ๆ ซึ่งเป็นกิจการของการสมรสเหมือนกับชาย ทรัพย์สินที่ได้มาโดยมรดกหรือการให้โดยเสน่หาก็คงถือว่าเป็นสินส่วนตัวของฝ่ายนั้น อีกฝ่ายไม่มีส่วนได้เป็นสินสมรสด้วย การให้สามีก็ถือว่าเป็นของสามี ส่วนตัวภริยาไม่ได้ส่วนแบ่งด้วย และการให้ภริยาก็ถือว่าทรัพย์สินนั้นเป็นสินส่วนตัวของภริยา สามีไม่มีส่วนด้วย นอกจากว่าจะมีการระบุในพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้ว่าเป็นสินสมรส¹

การจัดการสินส่วนตัว สินส่วนตัวของกลุ่มสมรสฝ่ายใดกลุ่มสมรสนั้นเป็นผู้จัดการ กลุ่มสมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธิเกี่ยวข้องด้วย (มาตรา 1473) สินสมรส มีอยู่ 3 ชนิด คือ

ทรัพย์สินที่กลุ่มสมรสได้มาระหว่างสมรส

ทรัพย์สินที่กลุ่มสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างสมรสโดยพินัยกรรมหรือการให้เป็นหนังสือเมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือระบุว่าป็นสินสมรส

ทรัพย์สินที่เป็นดอกผลของสินส่วนตัว (มาตรา 1474)

สิทธิในการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ในการจัดการสินสมรสนั้นสามีหรือภริยาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีอำนาจในการจัดการสินสมรสได้โดยลำพัง เว้นแต่การจัดการที่สำคัญเท่านั้นที่สามีและภริยาจะต้องจัดการร่วมกันทั้งสองคน ซึ่งมีหลัก 8 ประการคือ

1. ขาย แลกเปลี่ยน ขายฝาก ให้เช่าซื้อ จำนอง ปลดจำนอง หรือโอนสิทธิจำนอง ซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้
2. ก่อตั้งหรือกระทำที่สุดสิ้นลงทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งภาระจำยอมสิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน หรือภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์
3. ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เกินสามปี
4. ให้กู้ยืมเงิน
5. ให้โดยเสน่หา เว้นแต่การให้ที่พอควรแก่ฐานะานุรูปของครอบครัวเพื่อการกุศล เพื่อการตั้งکم หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา
6. ประนีประนอมยอมความ
7. มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย
8. นำทรัพย์สินไปเป็นประกันหรือหลักประกันต่อเจ้าพนักงานหรือศาล (มาตรา 1476)

¹ วิชา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 92-93.

การจัดการสินสมรส ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือจัดการสินสมรสร่วมกัน และการยินยอม หรือ ไม่ยินยอมของกลุ่มสมรสในการจัดการสินสมรส¹

ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ชายและหญิงที่มาอยู่กินด้วยกัน ฉันทามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย แต่ทรัพย์สินที่ชายและหญิงคู่นี้ลงทุนร่วมแรง ทำมาหาได้ด้วยกันถือว่าเป็นเจ้าของร่วมกัน มีส่วนแบ่งคนละครึ่งเท่ากัน² หนี้สินร่วมของสามีภริยา หนี้สินระหว่างสามีภริยาที่จะต้องรับผิดชอบร่วมกันมีอยู่ 4 ชนิด

1. หนี้เกี่ยวกับการจัดการบ้านเรือนและจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับครอบครัว การอุปการะเลี้ยงดู ตลอดถึงการรักษาพยาบาลบุคคลในครอบครัวและการศึกษาของบุตรตามสมควรแก่ศักยภาพ
2. หนี้ที่เกี่ยวข้อกับสินสมรส
3. หนี้ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการทำงานซึ่งสามีภริยาทำด้วยกัน
4. หนี้ที่สามีหรือภริยาก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียว

หนี้สินส่วนตัวของสามีหรือภริยา หนี้ส่วนตัวที่สามีหรือภริยาก่อไว้ก่อนสมรสหรือระหว่างสมรส เจ้าหนี้ต้องบังคับชำระหนี้เอาจากสินส่วนตัวของกลุ่มสมรสฝ่ายที่เป็นลูกหนี้ก่อน เมื่อไม่พอจึงชำระด้วยสินสมรสที่เป็นส่วนตัวของฝ่ายนั้น (มาตรา 1488)

หนี้สินร่วมระหว่างสามีภริยา ถ้าสามีและภริยามีหนี้สินร่วมกัน เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากสินสมรสและสินส่วนตัวของทั้งสองฝ่าย³

สามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาให้ล้มละลาย กรณีที่สามีหรือภริยามีหนี้สินล้นพ้นตัวตั้งแต่ห้าหมื่นบาทและไม่ชำระหนี้จนถูกเจ้าหนี้ฟ้องล้มละลาย ต่อมาศาลพิพากษาให้ล้มละลาย ให้สินสมรสส่วนที่เป็นของสามีหรือภริยาในวันที่ศาลพิพากษาให้ล้มละลาย (มาตรา 1491)

การแยกสินสมรส การแยกสินสมรสอาจแยกโดย คำสั่งของศาลให้สามีหรือภริยาเป็นผู้จัดการสินสมรส สามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาให้ล้มละลาย หรือกลุ่มสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถ และศาลไม่เห็นควรให้กลุ่มสมรสเป็นผู้อนุบาล (มาตรา 1484)

การรวมสินสมรสใหม่ สามีหรือภริยาร้องต่อศาลให้ยกเลิกการแยกสินสมรส หรือถ้าสามีหรือภริยาพ้นจากการเป็นบุคคลล้มละลาย การแยกสินสมรสก็ถือเป็นอันสิ้นสุด (มาตรา 1492/1)

¹ ดู มาตรา 1477-1486

² คำพิพากษาฎีกาที่ 2013 /2523

³ ดู มาตรา 1489-1490 และ มาตรา 219

การช่วยกันออกค่าใช้จ่ายในกรณีที่ไม่มีสินสมรสเหลืออยู่แล้ว หากคู่สมรสทั้งสองฝ่ายไม่มีสินสมรสแต่มีสินส่วนตัว ทั้งสามภริยาต้องช่วยกันเฉลี่ยออกค่าใช้จ่ายในครอบครัว ตามสินส่วนตัวที่แต่ละคนมีอยู่ มีมากออกมากมีน้อยออกน้อย (มาตรา 1493)

ในประเด็นเรื่องสินสมรส วิระดา สมสวัสดิ์¹ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า การที่กฎหมายปัจจุบันให้สิทธิสามีและภริยาจัดการสินสมรสร่วมกัน เฉพาะในกรณีที่กฎหมายเห็นว่าจะกระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์ของสินสมรสอย่างมาก จึงจำเป็นที่จะต้องให้คู่สมรสทั้ง 2 ฝ่ายช่วยกันคิดไตร่ตรอง แต่ก็มีประเด็นน่าสังเกตอยู่ที่ว่ากฎหมายไม่ได้ระบุถึงการซื้อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้ ว่าคู่สมรสจะต้องจัดการร่วมกันซึ่งอาจจะเป็นเพราะว่าผู้ร่างกฎหมายคิดว่าเป็นการได้ประโยชน์ ซึ่งก็ไม่จริงทุกกรณีไปหรืออาจจะเป็นการนึกไม่ถึงจึงไม่มีการบัญญัติไว้และละเว้นไม่ระบุถึงการจำนอง เพราะคิดว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยซึ่งในความเป็นจริงแล้วอาจจะเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมีค่า เช่น เครื่องประดับ ฯลฯ

บทบัญญัติการให้สิทธิคู่สมรสในการจัดการสินสมรสร่วมกันตามกฎหมายครอบครัวนี้ที่จริงก็คือการให้โอกาสในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจเรื่องสำคัญของครอบครัว คือการจัดการทรัพย์สินระดับครอบครัว ซึ่งก็คือการมีส่วนร่วมทางการเมืองในระดับหนึ่งเท่านั้นเอง² แต่กระนั้นด้วยโครงสร้างทางสังคมที่ไม่ค่อยเปิดโอกาสหรือยอมรับผู้หญิงในพื้นที่สาธารณะ ดังนั้นปัญหาของผู้หญิงจึงมีปัญหาเรื่องโครงสร้างทางสังคมที่ปิดกั้นโอกาสของผู้หญิงอยู่

บทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาไม่ได้เกิดขึ้นมาลอย ๆ แต่ทว่ามีที่มาจากบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงชายในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 ซึ่งถูกยกกร่างขึ้นมาในช่วงเวลาที่กระแสประชาธิปไตยสูงมาก การเรียกร้องสิทธิสตรีโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการจัดการทรัพย์สินของภริยาก็ได้เริ่มก่อตัวมาจากกลุ่มสตรีระดับสูงที่มีความรู้ทางกฎหมาย มีฐานะทางสังคม มีการศึกษามีธุรกิจทรัพย์สินตั้งแต่ประมาณปี พ.ศ. 2510 ดังนั้นจึงจำต้องพิจารณาที่มาของบทบัญญัติ และความเป็นไปได้ในการใช้บทบัญญัติคุ้มครองสิทธิของสตรีด้วย ถ้าสถานะเงื่อนไขของสังคมยังไม่เอื้ออำนวยก็ต้องแก้ไขในรอบด้าน มิใช่แก้ไขจุดเดียว เพราะการจะให้หลักประกันสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงชาย การยอมรับผู้หญิงเป็นมนุษย์เท่ากับผู้ชายเป็นมนุษย์นั้น นอกจากจะมาจากกฎหมายแล้ว ยังต้องมาจากระบบคิดคือค่านิยมและวัฒนธรรมที่มาจากการเมือง ที่ให้โอกาสให้อำนาจในการตัดสินใจแก่หญิงชายเท่ากัน มาจากระบบเศรษฐกิจที่ผู้หญิงผู้ชายสามารถควบคุมปัจจัยในการผลิต ได้รับการจัดสรรผลประโยชน์ ได้มีโอกาสทำการผลิต

¹ วิระดา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 130.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 105.

อย่างเท่าเทียมกัน ระบบสังคมที่ให้ออกาสผู้หญิงผู้ชายในการศึกษาเล่าเรียน และได้รับการยอมรับ มีสถานภาพเท่าเทียมกัน เป็นต้น¹

การแยกส่วนตัวออกไปก่อนการสมรสเป็นไปเพื่อการป้องกันเพื่อไม่ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ได้ทรัพย์สินของผู้ที่จะเป็นสามีหรือภรรยา แต่ความเป็นจริงทางสังคมก็จะพบว่าความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยามีเรื่องของการกำหนดหน้าที่อยู่ในจารีตและวัฒนธรรม ผู้ชายถูกคาดหวังจากสังคมว่าจะต้องเป็นผู้นำของครอบครัว (แม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้ให้สิทธินั้นแล้ว) ภรรยาจะต้องเป็นผู้ตามที่คอยปรนนิบัติรับใช้สามี และแม้ว่าถ้ามีกรณีที่ผู้หญิงเป็นฝ่ายหาเลี้ยงครอบครัว สามีก็ไม่จำเป็นต้องเป็นฝ่ายปรนนิบัติรับใช้ภรรยา โดยหลักเกณฑ์ของกฎหมายความสัมพันธ์ในครอบครัวเป็นความพยายามที่จะให้เกิดความเท่าเทียมกันแต่กระนั้นความเท่าเทียมกันก็อยู่เฉพาะในกฎหมายในบางข้อบัญญัติเท่านั้น การต่อสู้เพื่อสิทธิสตรีผ่านกฎหมายเป็นการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งความเท่าเทียม สิทธิ เสรีภาพ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือการเป็นได้อย่างผู้ชาย

พื้นที่ของครอบครัวเป็นหน่วยทางสังคมที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคทางเพศ และยังเป็นพื้นที่ที่สำคัญที่จะถ่ายทอดวัฒนธรรมชายเป็นใหญ่ นักสตรีนิยมสายถึงรากเหง้าคนสำคัญอย่าง Sulamith Firestone (ซูลามิธ ไฟร์สโตน) กล่าวในงานเขียนที่ชื่อว่า “The Dialectic of Sex : The Case for Feminist Revolution” Firestone เสนอว่า หน้าที่ในการสืบพันธุ์ของผู้หญิงและผู้ชายทำให้เกิดการกระจายอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกัน การมีประจำเดือน การคลอดลูกที่เจ็บปวด การให้นมหรือเลี้ยงลูก ทำให้ผู้หญิงต้องพึ่งพิงผู้ชายเพื่อการมีชีวิตรอด นอกจากนี้การที่ผู้หญิงซึ่งเป็นครึ่งหนึ่งของเผ่าพันธุ์มนุษย์ ที่ต้องให้กำเนิดและเลี้ยงลูก ทำให้ผู้หญิงมีสภาพเป็นชนชั้นทาสที่ต้องรักษาไว้ซึ่งเผ่าพันธุ์เพื่อให้อิสระแก่มนุษย์อีกครั้งหนึ่ง (ผู้ชาย) ได้อยู่ในโลกของธุรกิจ และหน้าที่การสืบพันธุ์ของผู้หญิงได้ถูกทำให้กลายเป็นสถาบันเพื่อผลประโยชน์ของผู้ชาย ทางออกก็คือ การทำลายระบบที่ผู้หญิงต้องพึ่งพาผู้ชาย หรือระบบชนชั้นทางเพศ คือการควบคุมการเจริญพันธุ์โดยอาศัยเทคโนโลยีเข้าช่วย²

ประเด็นเรียกร้องของ Firestone ก็คือ ประเด็นเรื่องประเด็น ที่ผู้หญิงควรจะหลุดจากกรอบนี้ซึ่งจะเป็นทางที่ปลดปล่อยผู้หญิงจากโครงสร้างทางสังคมที่ไม่เท่ากัน ทางหนึ่งก็คือการเลิกทำหน้าที่สืบพันธุ์ หรือนัยหนึ่งก็คือการตัดขาดจากผู้ชาย ประเด็นที่ผู้ศึกษาต้องการนำเสนอคือ ประเด็นเรื่องประเด็นตามแนวคิดของ Firestone การจะแก้ปัญหาคความเสมอภาคระหว่างหญิงชายในพื้นที่ทางกฎหมายก็ควรจะแก้ไขหรือมีชื่อเรียกร้องเพื่อให้มีความคุ้มครองพิเศษในเรื่องประเด็นด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อบัญญัติกฎหมายไทยมีข้อกฎหมายที่กดขี่ผู้หญิงในเรื่องประเด็นหลายข้อ นับแต่

¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 105-106.

² Sulamith Firestone, (1972) อ้างใน วารุณี ภูริสินสิทธิ, สตรีนิยม : ขบวนการและแนวคิดทางสังคมแห่งศตวรรษที่ 20, หน้า 92-93.

การหมั้น เหตุฟ้องหย่า กฎหมายข่มขืน รวมถึงการละเมิดทางเพศที่มีบทลงโทษที่เบามาก ฯลฯ ดังนั้น การปลดปล่อยผู้หญิงในทุก ๆ มิติรวมทั้งในพื้นที่ทางกฎหมาย จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องตระหนักถึง มิติเรื่องประเวณี และเรื่องประเวณีก็เป็นเรื่องสำคัญมากพอ ๆ กับการให้สิทธิความเสมอภาค แก่ผู้หญิงในพื้นที่ทางกฎหมายด้วย

หมวด 5 ความเป็นโมฆะของการสมรส

กฎหมายครอบครัว บรรพ 5 ได้บัญญัติถึงเงื่อนไขต่าง ๆ ของการสมรสไว้หลายประการ ในกรณีที่มีการสมรสผิดเงื่อนไขก็มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดผลแตกต่างกันออกไปแล้วแต่ กรณีว่าผิดเงื่อนไขในกรณีใดผลของการสมรสผิดเงื่อนไขในกรณีหนึ่งอาจจะทำให้การสมรสนั้น เป็นโมฆะ แต่อาจจะเป็นโมฆะหากผิดเงื่อนไขในอีกกรณีหนึ่ง

การร้องขอต่อศาลให้พิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะ มาตรา 1494 บัญญัติว่า “การสมรส จะเป็นโมฆะก็แต่เฉพาะที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้” มาตรา 1496 บัญญัติว่า “คำพิพากษาของศาลเท่านั้น ที่จะแสดงว่าการสมรสที่ฝ่าฝืนมาตรา 1449 มาตรา 1450 และมาตรา 1458 เป็นโมฆะ คู่สมรส บิดา มารดา หรือผู้สืบสันดานของคู่สมรสอาจร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะถ้าไม่มีบุคคล ดังกล่าว ผู้มีส่วนได้เสียจะร้องขอให้ยุติการเป็นผู้ร้องขอต่อศาลก็ได้

บทบัญญัติเบื้องต้นนี้ทำให้การสมรสซึ่งกฎหมายระบุว่าเป็นโมฆะนั้นแตกต่างจากนิติ กรรมอย่างอื่นที่เป็นโมฆะ กล่าวคือ การสมรสที่กฎหมายระบุว่าเป็นโมฆะนั้นจะต้องยื่นร้องขอต่อศาล ให้พิพากษาว่าเป็นโมฆะจึงจะทำให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะ ในขณะที่นิติกรรมอย่างอื่นเป็นโมฆะ นั้นบุคคลใดจะกล่าวอ้างก็ได้โดยไม่ต้องร้องขอให้ศาลสั่ง ถ้ากฎหมายระบุไว้ว่ากรณีเช่นนั้นเป็น โมฆะก็ถือว่าเป็นโมฆะเสียเปล่าตั้งแต่แรกสำหรับกรณีการสมรสเป็นโมฆะนั้นแม้ว่ากฎหมายจะ ระบุว่าเป็นโมฆะแต่กฎหมายก็ห้ามมิให้บุคคลกล่าวอ้างเอาได้ตามลำพัง ต้องมีผู้ที่กฎหมายระบุ ว่าเป็นผู้ที่อาจร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะได้เท่านั้นที่ไปร้องขอต่อศาลให้พิพากษา ให้เป็นโมฆะได้ ยกเว้นการสมรสที่ทำในขณะที่ชายหรือหญิงมีคู่สมรสอยู่แล้ว เพิ่งได้รับการแก้ไข ใหม่ในปี พ.ศ. 2533 ว่าบุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งจะกล่าวอ้างขึ้นหรือร้องขอให้ศาล พิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะก็ได้

มีผู้ให้เหตุผลไว้ว่าเนื่องจากเรื่องของครอบครัวเป็นเรื่องที่ไม่ควรให้กล่าวอ้างเป็นโมฆะ ง่าย ๆ เพราะมีผลถึงกับทำให้ครอบครัวแตกแยกถูกทำลายและกระทบกระเทือนสังคมในวงกว้าง จึงยกเว้นให้โมฆกรรม ของการสมรสแตกต่างจากโมฆกรรมของนิติกรรมอย่างอื่น โดยทั่วไป

คือ ต้องให้ศาลพิพากษาเสียก่อนและบุคคลจึงจะกล่าวอ้างได้ว่าการสมรสนั้นเป็น โฆษะ เพื่อให้เรื่องยกขึ้นและเสียเวลาขึ้นอีก โคนคาดหวังว่าอาจจะช่วยรักษาครอบครัวไว้ได้ ความจริงแล้วจะเห็นว่า ปัญหาเรื่องความแตกแยกของครอบครัวตั้งอยู่บนเงื่อนไขหลายอย่าง เพียงการกำหนดให้ศาลยื่นมือเข้ามาทำหน้าที่พิพากษาว่าการสมรสใดจะเป็น โฆษะหรือไม่ แทนที่จะให้กล่าวอ้างกันได้ในระหว่าง คนที่เกี่ยวข้องเองก็คงจะไม่ช่วยรักษาครอบครัวได้เสมอแต่เป็นการประวิงเวลา “การแตกแยก” ตามกฎหมายให้ช้าออกไปอีกเล็กน้อยเท่านั้นเอง¹

เหตุทำให้การสมรสเป็น โฆษะ มีอยู่ 4 กรณีคือ

1. การสมรสที่ชายหรือหญิงเป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ
2. การสมรสที่ชายหรือหญิงเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงต่อกันหรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วม บิดาหรือมารดา
3. การสมรสซ้อน
4. การสมรสที่ชายหรือหญิงไม่ยินยอมเป็นสามีภริยากัน

การกล่าวอ้างว่าการสมรสใดเป็น โฆษะ แม้การสมรสจะเป็น โฆษะก็ตาม ผู้มีส่วนได้เสียต้องนำคดีมาฟ้องให้ศาลพิพากษาแสดงว่าการสมรสนั้นเป็น โฆษะเว้นแต่การสมรสซ้อนเท่านั้น จึงจะกล่าวอ้างกันเองได้²

ผลของการสมรสที่เป็น โฆษะ การสมรสที่เป็น โฆษะถือว่าเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มแรกคู่สมรสไม่มีความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินต่อกัน สินสมรสและสินส่วนตัวไม่เกิด ในกรณีที่การสมรสเป็น โฆษะ แต่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งทำการสมรสโดยสุจริต คู่สมรสที่สุจริตมีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้ หญิงแม้จะสมรสโดยสุจริตก็ไม่มีสิทธิรับมรดกชายในฐานะทายาทโดยธรรม สำหรับบุตรที่เกิดจากการสมรสเป็น โฆษะนั้น บุตรถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาไม่ว่าการสมรสนั้นจะเป็น โฆษะเพราะเหตุใดก็ตาม³

ผลของการสมรสที่โฆษะในระหว่างหญิงชาย

¹ วิชา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า134-135.

² ดู มาตรา 1496 - 1497

³ ดู มาตรา 1498 – 1499 และ มาตรา 1536 วรรค 2 และมาตรา 1538

วิเคราะห์ สมสวัสดิ์¹ ได้ให้คำอธิบายในเชิงวิพากษ์ข้อกฎหมายว่า การที่ผลของการสมรสที่เป็น โฉมะ ทำให้มีข้อผูกพันที่หญิงชายอาจจะต้องดำเนินการอยู่ 5 กรณี คือ

1. เรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา มาตรา 1498 “การสมรสที่เป็น โฉมะ ไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ในกรณีที่การสมรสเป็น โฉมะ ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดมีหรือได้มาไม่ว่าก่อนหรือหลังการสมรสรวมทั้งดอกผลคงเป็นของฝ่ายนั้นส่วนบรรดาทรัพย์สิน ที่ทำมาหาได้ร่วมกันให้แบ่งคนละครึ่งเว้นแต่ศาลจะเห็นสมควรสั่งเป็นประการอื่นเมื่อได้พิเคราะห์ถึงภาระในการหาเลี้ยงชีพ และฐานะของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ตลอดจนพฤติการณ์อื่นที่ปรากฏแล้ว”

ในระหว่างสามีภริยานั้นถ้าการสมรสเป็น โฉมะก็ไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ใด ๆ ทางทรัพย์สินที่จะถือว่าเป็นทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามบทบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแต่อย่างใด ถ้าเกิดมีการใช้ทุนร่วมกันจัดซื้อทรัพย์สินสิ่งใดมาใช้สอยก็ใช้บทบัญญัติกรรมสิทธิ์รวมทั่ว ๆ ไปและ ไม่ถือเอาหลักกฎหมายเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาใช้บังคับ ซึ่งหมายถึงว่าฝ่ายใดได้ทรัพย์สินอย่างใดมาทรัพย์สินนั้นก็ เป็นของฝ่ายนั้น ไม่ถือว่าเป็นสินสมรส

2. สิทธิที่ได้มาเพราะการสมรสโดยสุจริต การสมรสที่เป็น โฉมะเพราะวิกลจริตหรือเป็นคนไร้ความสามารถตามมาตรา 1450 หรือชายหรือหญิงไม่ยินยอมเป็นสามีหรือภริยากันและวรรค 2 ของมาตรา 1499 แม้ว่าการสมรสนั้นจะเป็น โฉมะแต่ก็ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิต่าง ๆ ที่คู่สมรสผู้ที่สมรสโดยสุจริตได้มา ประเด็นมีว่าก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เป็น โฉมะ ถ้าหากคู่สมรสทั้ง 2 ฝ่ายสมรสโดยสุจริต สิทธิที่คนทั้งสองได้มาเพราะการสมรสก็ได้รับการคุ้มครองว่าจะไม่เสียไปเพราะการสมรสเป็น โฉมะหรือไม่ ซึ่งคงเกิดในกรณีการสมรสผิดเงื่อนไขกรณีเดียวที่จะเกิดขึ้นได้ว่าทั้ง 2 ฝ่ายสุจริตไม่รู้ว่ามีเหตุที่ทำให้การสมรสเป็น โฉมะ คือ ชายหญิงเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรง ขึ้นไปหรือลงมา เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา โดยถือตามสายโลหิตไม่คำนึงว่าจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากพิจารณาว่าทั้งชายและหญิงสุจริต และสิทธิที่ได้มามีได้กระทบกระเทือนใครก็น่าจะอนุโลม มาเข้ากรณีตามมาตรา 1499 วรรค 1 คือไม่เสียสิทธิที่ได้มาเพราะการสมรสก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เป็น โฉมะแต่ถ้าเป็นกรณีของสิทธิเรียกค่าทดแทนและค่าเลี้ยงชีพนั้น แน่นนอนว่าต้องเป็นฝ่ายเดียวที่สุจริตจึงจะเรียกค่าทดแทนและค่าเลี้ยงชีพจาก อีกฝ่ายหนึ่งได้

อย่างไรก็ตามถ้าเป็นสิทธิที่ได้มาหลังจากศาลพิพากษาถึงที่สุดให้เป็น โฉมะแล้วไม่ได้รับการยกเว้น กรณีนี้เป็นการบ่งเฉพาะตัวคู่สมรสมิให้เกี่ยวกับบุคคลภายนอก ดังนั้นเพียงแต่

¹ วิเคราะห์ สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 133.

ศาลพิพากษาถึงที่สุดว่าการสมรสเป็น โฉมและนายทะเบียนสมรสยังไม่ได้บันทึกไว้ก็ตาม ถือว่าการสมรสเป็น โฉมก็ตามจึงไม่ได้สิทธิแม้ว่าคู่สมรสนั้นสุจริต

3. ถ้าคู่สมรสฝ่ายเดียวทำการสมรสโดยสุจริตฝ่ายนั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้ หมายถึงว่ามีคู่สมรสฝ่ายหนึ่งที่ไม่สุจริต คือรู้ข้อเท็จจริงที่ทำให้การสมรสเป็น โฉมทั้ง 4 กรณีดังที่ได้กล่าวข้างต้น

ฝ่ายที่ทำการสมรสโดยสุจริตมีสิทธิเรียกค่าทดแทน ซึ่งหมายความถึงค่าทดแทนที่กฎหมายระบุไว้ในมาตรา 1440 คือ

ค่าทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงแห่งชายหรือหญิงนั้น

ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้น บิดามารดา หรือบุคคล ผู้กระทำการในฐานะ เช่นบิดามารดาได้ใช้จ่ายหรือต้องตกเป็นลูกหนี้เนื่องในการเตรียมการสมรสโดยสุจริตและตามสมควร

ถ้าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้น ได้จัดการทรัพย์สินหรือการอื่นอันเกี่ยวแก่อาชีพหรือทางทำมาหาได้ของตนไปโดยสมควรด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรส

แต่ถ้าหญิงเป็นผู้มีสิทธิได้ค่าทดแทนศาลอาจชี้ขาดว่าของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นเป็นค่าทดแทนทั้งหมดหรือเป็นส่วนหนึ่งของค่าทดแทนที่หญิงพึงได้รับ หรือศาลอาจให้ค่าทดแทนโดยไม่คำนึงถึงของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นได้ ค่าทดแทนที่กฎหมายให้สิทธิแก่คู่สมรสผู้ที่สุจริตเรียกจากคู่สมรสผู้ที่ไม่สุจริตมีในกรณีที่การสมรสเป็น โฉมและมีฝ่ายหนึ่งไม่สุจริต ถ้าทั้งสองฝ่ายสุจริตก็จะไม่มีสิทธิเรียกค่าทดแทนใด ๆ จากกันและกัน

4. หากมีฝ่ายหนึ่งสมรสโดยสุจริตนอกจากฝ่ายนั้นไม่เสียสิทธิที่ได้มาเพราะการสมรสแล้วยังมีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทน และสิทธิเรียกค่าเลี้ยงชีพจากคู่สมรสฝ่ายที่ไม่สุจริตอีกด้วย ตามมาตรา 1499 วรรค 2 ถ้าฝ่ายที่ทำการสมรสโดยสุจริตนั้นต้องยากจนลง เพราะไม่มีรายได้พอจากทรัพย์สินหรือจากการงานตามที่เคยทำก่อนมีคำพิพากษาศาลถึงที่สุด แสดงว่าการสมรสเป็น โฉมหรือก่อนที่จะได้รู้ว่าการสมรสของตนเป็น โฉมถ้าหากว่าฝ่ายที่ทำการสมรสโดยสุจริตยากจนลงแต่แล้วยังมีรายได้จากทรัพย์สินหรือการงานที่เคยทำ ก็ไม่มีสิทธิเรียกค่าเลี้ยงชีพคือยากจนลงเพราะ ไม่มีรายได้จากทรัพย์สินหรือการงานที่เคยทำ

ค่าเลี้ยงชีพที่กำหนดให้เป็นการแก้ไขจากกฎหมายครอบครัวฉบับ พ.ศ. 2477 ในการที่ให้สิทธิแก่ทั้ง 2 ฝ่าย ไม่ได้ระบุว่าให้เฉพาะหญิงเหมือนเก่าซึ่งก็ทำให้ชายได้สิทธิเพิ่มมากขึ้นเป็นบทบัญญัติที่มีความคิดเห็นกว้างขวางขึ้น ไม่คับแคบเหมือนเก่าที่กำหนดว่าถ้าเป็นชายแล้วจะต้องอดทนและมีความสามารถจะเลี้ยงชีพได้เสมอจนไม่ต้องใช้สิทธิเรียกค่าเลี้ยงชีพจากภริยาหรือขณะเดียวกันก็พิจารณาว่าจะเป็นการเสียเกียรติชาย ถ้าจะเรียกค่าเลี้ยงชีพจากหญิง ฯลฯ เป็นการยกเพศชายและกดเพศหญิง เพราะการพิจารณาตัดสินเรื่องความสามารถของบุคคลนั้นต้องใช้หลักการ

ให้ความเสมอภาคระหว่างเพศ ซึ่งมีความหมายว่าพิจารณาในฐานะที่บุคคลนั้นเป็นมนุษย์คนหนึ่ง ไม่ได้พิจารณาว่าบุคคลนั้นเป็นเพศอะไร แต่พิจารณาว่าบุคคลนั้นจะทำงานนั้นอย่างนี้ได้หรือไม่ให้บุคคลนั้นพิสูจน์ตัวเอง ไม่ใช่ว่าพอเห็นว่าเป็นหญิงแล้วก็จะคิดหรือตัดสินโดยไม่เปิดโอกาสพิสูจน์ความสามารถ เช่น ผู้ชายบางคนอาจจะทำงานบ้านได้ดี ในขณะที่ผู้หญิงบางคนก็อาจจะทำงานกับเครื่องจักรกลได้ดี ถ้าหากเอาเพศมาเป็นเครื่องชี้ขาดตัดสินแล้วก็เป็นการใช้กติกาสถาปัตยกรรม เพราะความสามารถของมนุษย์ไม่ได้อยู่ที่เพศและลักษณะเฉพาะประจำเพศเป็นสิ่งที่สังคมสร้างขึ้น มา หรือที่เรียกว่ากระบวนการสร้างความเป็นหญิงเป็นชาย

5. การใช้อำนาจปกครองบุตรและค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร ตามมาตรา 1499/1 ในกรณีที่มีการสมรสเป็น โฆษะถ้าคู่สมรสจะตกลงกันว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด หรือใครจะเป็นผู้ออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรอย่างไร เป็นจำนวนเท่าใด ให้ทำข้อตกลงเป็นหนังสือ

หากตกลงกันไม่ได้ก็ให้ร้องขอให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดและในการพิจารณาชี้ขาด ถ้าศาลเห็นว่า มีเหตุที่จะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสนั้นได้ ตามมาตรา 1582 ก็ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถโดยคำสั่งศาล หรือใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับตัวผู้เยาว์โดยมิชอบหรือประพฤติชั่วร้าย ศาลจะสั่งเองหรือจะสั่งเมื่อญาติของผู้เยาว์หรืออัยการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองเสียบางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้ หรือถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองล้มละลายหรือจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ในทางที่ผิดจนอาจจะเป็นภัย ศาลจะสั่งเองหรือสั่งเมื่อญาติของผู้เยาว์หรืออัยการร้องขอให้ถอนอำนาจจัดการทรัพย์สินก็ได้¹

คำพิพากษาของศาลในเรื่องค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการสมรสที่เป็น โฆษะ ศาลอาจจะสั่งให้ของหมั้นที่ชายให้แก่ฝ่ายหญิงเป็นค่าทดแทนจากความเสียหายนั้น ในทัศนะของนักสตรีนิยมจะมองว่าเป็นความสัมพันธ์เชิงอำนาจในเรื่องเพศ ที่สะท้อนให้เห็นถึงวัฒนธรรมการซื้อผู้หญิงของผู้ชาย การตัดสินของศาลไม่ได้คำนึงถึงวัฒนธรรมในเรื่องทางเพศ การสมรสที่เป็น โฆษะสำหรับผู้หญิง ก็เปรียบเสมือนการหย่า การหย่าสำหรับผู้หญิงในสังคมก็คือหญิงมาย ความสูญเสียของผู้หญิงในบางครั้งเป็นการสูญเสียทางจิตใจและยากที่จะชดเชย ถ้าศาลจะสั่งให้ของหมั้นที่หญิงได้รับเป็นค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นกับร่างกายชื่อเสียงรวมทั้งเรื่องจิตใจของผู้หญิงมันเป็นการชดเชยที่ไม่เพียงพอ และในประเด็นค่าทดแทนจากการสมรสที่เป็น โฆษะโดยชดเชยด้วยของหมั้น ก็เป็นคนละเรื่องกับการหมั้นการแต่งงาน ซึ่งในกฎหมายไม่ได้บอกถึงค่าชดเชยที่หญิงควรได้รับ แต่เป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งสามารถสรุปได้ว่าแม้กฎหมายในบางครั้งอาจจะยุติธรรม แต่ทั้งกระบวนการยุติธรรมเป็นความยุติธรรมเฉพาะเพศชายเท่านั้น

¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 138 -146.

หมวด 6 การสิ้นสุดแห่งการสมรส

การสิ้นสุดการสมรส มี 3 กรณี

1. การตายไม่ต้องไปขอคำสั่งศาล ไม่ต้องไปจดทะเบียนหย่า¹ กฎหมายถือว่าการตายของกลุ่มสมรสคนใดคนหนึ่งเป็นอันสิ้นสุดแห่งการสมรสโดยที่ไม่ต้องไปร้องต่อศาล ความตายในที่นี้หมายถึงความตายโดยธรรมชาติเท่านั้น ไม่ได้หมายถึงความตายทางกฎหมายคือการสาบสูญซึ่งจะเป็นเหตุในการฟ้องหย่าเท่านั้น²

2. ศาลสั่งเพิกถอนการสมรสจึงจะสิ้นสุด³ ศาลสั่งเพิกถอนเพราะ กรณีที่อายุไม่ครบ 17 ปี กรณีสมรสสำคัญผิดตัว กรณีของการสมรสผิดคนอาจจะเกิดจาก เช่น คนที่เป็นคู่แฝด คนที่คิดว่าจะแต่งงานด้วยอาจจะเป็นคนพี่ แต่พอสมรสไปแล้วรู้ความจริงว่าคนที่สมรสด้วยเป็นแฝดผู้น้อง

3. สิ้นสุดโดยการหย่า⁴ การหย่าก็มีได้ 2 อย่าง คือ

การหย่าด้วยความยินยอม คู่สมรสนั้นตกลงยินยอมในการทำหนังสือสัญญาหย่าร้างกัน โดยความสมัครใจของทั้ง 2 ฝ่าย แต่ถ้าการสมรสไม่มีทะเบียนคือ สมรสก่อนปี พ.ศ. 2478 ไม่ต้องจดทะเบียน ซึ่งเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปในหมู่ญาติพี่น้อง โดยที่ไม่ได้มีการจดทะเบียนอย่างถูกต้อง ก็ถือว่าเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายเพราะอาศัยการรับรองจากประเพณีและการรับรู้ของสังคม

การหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ในกรณีที่คู่สมรสตกลงกันไม่ได้ก็ต้องร้องขอต่อศาล โดยศาลก็พิจารณารับฟ้องตามเหตุแห่งการฟ้องหย่า

เหตุแห่งการฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 เมื่อคู่สมรสจะฟ้องหย่าต้องอ้างเหตุดังนี้

1. เหตุที่สามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันทนภรรยาหรือภริยามิใช่ อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะฟ้องหย่าได้

ถ้าภริยาจะฟ้องหย่าได้ก็ต่อเมื่อสามีไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงอื่น และอุปการะยกย่องหญิงอื่นฉันทนภรรยา อาทิ การพาผู้หญิงคนนั้นไปทำความรู้จักกับญาติพี่น้อง เพื่อนหรือคนทั่วไป โดยการแนะนำนั้นเสมือนผู้หญิงคนนั้นเป็นภรรยาตนเอง และอุปการะเลี้ยงดูผู้หญิงคนนั้น ถ้าไม่ตรงตามเงื่อนไขนี้ก็จะไม่เข้าตามมาตราที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่า แต่ในทางกลับกันถ้าภริยามิใช่

¹ มาตรา 1501

² วิชา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 147.

³ มาตรา 1502

⁴ มาตรา 1503

เพียงครั้งเดียวสามีสามารถฟ้องหย่าได้ทันที กฎหมายข้อนี้เป็นกฎหมายที่เอื้อให้ผู้ชายล่าสอนทางเพศ ให้สิทธิผู้ชายที่จะมีเสรีภาพทางเพศ เป็นเจ้าของและควบคุมประเวณีของหญิง เพราะเหตุหย่าที่ผู้หญิงจะยกมาอ้างนั้นเป็นเรื่องที่ผู้หญิงต้องอดทนจนถึงที่สุดกับความรู้สึกทางจิตใจ การที่กฎหมายกำหนดว่าฝ่ายชายยกย่องหญิงอื่นฉันทริยา แสดงว่าผู้ชายต้องมีพฤติกรรมที่เอาใจออกห่างภริยามาเป็นระยะเวลานาน เพราะการจะเอาผู้หญิงคนใหม่ไปให้ใครต่อใครรู้จักจนถึงขั้นยกย่องผู้หญิงคนใหม่เหมือนเป็นภรรยาของตนอีกคนหนึ่ง ซึ่งกระบวนการหรือกิจกรรมกว่าที่ผู้ชายจะยอมรับผู้หญิงคนใหม่ อย่างออกหน้าออกตาและให้คนในสังคมยอมรับผู้หญิงคนใหม่นี้ โดยกระบวนการนี้ใช้เวลานาน ดังนั้นกฎหมายในข้อนี้จึงเสมือนเป็นการบังคับให้ผู้หญิงอดทนกับพฤติกรรมการนอกใจของสามี และให้โอกาสผู้ชายหาผู้หญิงคนใหม่ ในทางตรงกันข้ามฝ่ายหญิงไม่ต้อง ยกย่องชายอื่นฉันทริยา แต่แค่มีชู้แค่ครั้งเดียวสามีก็สามารถฟ้องหย่าภริยาได้ กฎหมายข้อนี้จึงเป็นกฎหมายที่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญในเรื่องสิทธิความเสมอภาค เพราะเห็นได้อย่างชัดเจนว่ากฎหมายมีข้อกำหนดที่แตกต่างกันระหว่างเพศ และเป็นกฎหมายที่มีอคติทางเพศมองเพศหญิงในฐานะผู้ที่ต้องยอมรับกับความล่าสอนของสามี ซึ่งกฎหมายข้อนี้ควรจะแก้ไขให้ถูกต้องและสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยระบุว่า แม้ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีชู้อีกฝ่ายมีสิทธิที่จะฟ้องหย่าได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1151/2529 โจทก์สามี จำเลยเป็นภรรยา มีปัญหาทางครอบครัว ไม่ได้ร่วมหลับนอนและร่วมรับประทานอาหารเย็นอย่างสามีภรรยาทั่วไป จำเลยคือภรรยาได้ไปมีความสัมพันธ์ทางชู้สาวกับจำเลยที่สองคือชายอื่น โดยนัดพบปะกันตามสถานที่ต่าง ๆ และในเหตุคือจำเลยที่หนึ่งคือภรรยาไปค้างที่บ้านจำเลยที่สองคือผู้ชายอื่น โดยลำพังและไม่มีผู้ใดพักอยู่ที่บ้านหลังนั้นเลย ดังนั้นถือได้ว่าจำเลยที่หนึ่งเป็นชู้กับจำเลยที่สอง โจทก์มีสิทธิฟ้องหย่าได้และเรียกค่าทดแทนจากจำเลยทั้งสองได้ด้วย การตัดสินใจแบบนี้คือการสันนิษฐานไว้ก่อน โดยที่ยังไม่มีใครเห็นเลยว่ามี การหลับนอนร่วมประเวณีกัน แต่สันนิษฐานเลยว่าจะต้องมีการหลับนอนร่วมประเวณีกัน โดยไม่มีประจักษ์พยานรู้เห็นและถือว่าเป็นการมีชู้ นอกจากว่าอยู่ด้วยกันสองคนที่บ้านหลังนั้น คำพิพากษามีอคติอย่างมากและมองในด้านลบที่เป็นประโยชน์เฉพาะการรักษาผลประโยชน์ทางประเวณีของสามี ดังนั้นเจตคติ ทศนคติของศาลจึงเป็นเรื่องสำคัญที่สุดที่จะมีผลของคำตัดสินที่ไม่ยุติธรรม¹

กฎหมายครอบครัวยังมีการเลือกปฏิบัติระหว่างหญิงชายอยู่ กรณี เหตุหย่า ผู้ชายเห็นผู้หญิงไปกับผู้ชายคนอื่น เดินเข้าโรงแรม ก็ไปฟ้องเป็นเหตุหย่าว่ามีชู้ แต่ผู้หญิงเวลาจะฟ้องชายว่ามีหญิงอื่น จะต้องปรากฏว่า ชายสามีทำการยกย่องหญิงอีกคนหนึ่งเทียบเท่า ให้การเลี้ยงดู พาไปออกงาน มีประจักษ์พยานรู้ชัดเจนเป็นหลักเป็นฐานเป็นทางการเป็นต้น

¹ วิชา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 173.

2. สามีกรรยาประพตชั่ว ไม่ว่าจะความประพตชั่วนั้น จะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความอับอายชาน้อย่างร้ายแรง (มาตรา 1516/2/ก) ซึ่งการประพตชั่วร้ายแรง ที่ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายได้รับความอับอาย ก็จะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลที่จะตัดสินว่าข้ออ้างเพียงพอ ที่จะถือเป็นความประพตชั่วหรือไม่ และแตกต่างไปตามสภาพของแต่ละกรณี เช่น การดื่มสุราแล้ว เมาอาละวาดเป็นที่น่าสังเวชแก่ผู้พบเห็น อาจจะถือว่าเป็นการประพตชั่วสำหรับคู่สมรสที่ไม่เคยมีการดื่มสุราอาละวาดเช่นนั้น ในขณะที่เดียวกันอาจไม่เป็นการประพตชั่วสำหรับคู่สมรสที่ทําเป็นปกติวิสัยอยู่แล้ว ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับว่าโจทก์จะพิสูจน์ได้หนักแน่นเพียงไรว่าตนได้รับความอับอายร้ายแรง

ได้รับความอับอายหรือเกลียดชัง เพราะเหตุที่คงเป็นสามีหรือกรรยาของฝ่ายที่ประพตชั่วอยู่ต่อไป (มาตรา 1516/2/ข) เหตุฟ้องหย่าในข้อนี้ความประพตชั่วนั้น ไม่ว่าจะเป็ความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายได้รับการอับอายหรือเกลียดชัง จึงจะเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ เช่น สามีถูกจับว่าเป็นข้าราชการ ที่ทุจริตและมีความผิดให้ออกจากราชการ ก็เพียงพอที่จะเป็นเหตุให้ฟ้องหย่าได้

ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร เมื่อเอาสภาพฐานะความเป็นอยู่ร่วมกัน ฉันทสามีกรรยามาคำนี้ประกอบ (มาตรา 1516/2/ค) ความเสียหายหรือความเดือดร้อนที่คู่สมรส อีกฝ่ายได้รับต้องพิจารณาจากสภาพฐานะและความเป็นอยู่ของคู่สมรสแต่ละคู่ซึ่งมีความแตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น สามีไปเล่นมั่วทุกวันหยุด การเล่นมั่วแม้ว่าจะเป็นการพนันที่ไม่ผิดกฎหมาย แต่ก็ถือว่าเป็นอูบายมุข การเล่นมั่วของสามีทำให้ทรัพย์สินที่ช่วยกันหาร้อยหรือลงไปทุกวัน ถึงกับมีหนี้สิน ไม่สนใจครอบครัว เกิดความระหองระแหงในบ้าน เพราะการมั่วเมาในการพนันมั่วของสามี ก็เป็นเหตุให้ฟ้องหย่าได้ตามกฎหมายข้อนี้²

3. สามีหรือกรรยาทำร้าย หรือทรมานร่างกายหรือจิตใจ หรือหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยาม อีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ถ้าเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ (มาตรา 1516/3)

ในทางกฎหมายไม่ได้ระบุว่ากรรยาทำร้ายร่างกายนั้นต้องถึงขนาดบาดเจ็บ แต่ระบุว่าถ้าร้ายแรงถึงจะเป็นเหตุฟ้องหย่า ซึ่งก็ต้องดูตามพฤติการณ์แต่ละกรณีว่าที่ร้ายแรงนั้นขนาดไหน ซึ่งศาลจะเป็นผู้ตัดสิน

คำพิพากษาฎีกาที่ 605/2471 คู่สมรสต่างทุ่มเถียงกันขึ้นแล้วคู่สมรสเมีย เมียใช้ไม้ตีพริกตีหัว คู่สมรสเอาไม้พินตีศรีษะเมียมีบาดแผลไม่ถึงสาหัส ดังนี้ไม่เป็นเหตุที่เมียจะฟ้องหย่าได้

¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 175.

² เรื่องเดียวกัน. หน้าเดียวกัน.

คำพิพากษาฎีกาที่ 539/2511 ฎีกาอ้างถึงคดีถึงสามใจความว่า สามีเป็นสัตว์ป่าในร่างมนุษย์ ถือว่าเป็นการหมิ่นประมาทสามีอย่างร้ายแรงแล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 1121/2514 การที่จำเลยพูดกับเพื่อนถึงโจทก์ที่เป็นภริยาว่า “กูเบื่อแล้ว ของไม่ดี ของเก่าแล้ว กูไม่เอาแล้ว” โดยพูดเมื่อโจทก์และบิดามารดาโจทก์ ไม่ประสงค์จะให้จำเลย อยู่กินเป็นสามีภริยากับโจทก์แล้วดังนั้นเป็นคำพูดกระทบกระเทือน ไม่ถือเป็นการหมิ่นประมาทโจทก์ อย่างร้ายแรง¹

4. สามีหรือภริยาอาจใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งเกินหนึ่งปี อีกฝ่ายฟ้องหย่าได้ (มาตรา 1516/4) การละทิ้งร้างหมายถึงการเจตนาตั้งใจจะละทิ้งไปของคู่สมรสเอง มิได้ถูกบังคับจาก เหตุจำเป็นอื่น เช่นถูกส่งไปทำงานหรือต้องไปรับราชการยังที่ไกล ๆ²

4.1 สามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกและได้ถูกจำคุกเกินหนึ่งปีในความผิด ที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิดหรือยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดนั้นด้วย และการเป็นสามีภริยากันต่อไปจะเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควรอีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้³ (มาตรา 1516/4/1)

4.2 สามีและภริยาสมรสใจแยกกันอยู่ เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้ โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาลเป็นเวลาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ฟ้องหย่าได้ (มาตรา 1516/4/2)

5. สามีหรือภริยาถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ หรือไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลา เกินสามปีโดยไม่มีใครทราบแน่ชัดว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ (มาตรา 1516/5)

ในกรณีฐานะของการสมรสนี้ กฎหมายกลับไม่ถือว่าการสาบสูญจะทำให้บุคคลขาดจากการสมรสแต่บัญญัติให้เป็นเพียงเหตุที่จะฟ้องหย่าเท่านั้น ซึ่งขัดกับบทบัญญัติทั่วไปของการสาบสูญ ตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 64 ที่มีผลว่าการสาบสูญมีผลเท่ากับว่า ตายไปแล้ว⁴

6. สามีหรือภริยาไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรหรือ ทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรงทั้งนี้ ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่ง

¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 178-180.

² เรื่องเดียวกัน. หน้า 185-186.

³ มาตรา 1516 (4/1) และ (4/2) เพิ่มโดยมาตรา 25 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม ป.พ.พ. (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533, มาตรา 1516 (5) แก้ไขโดยมาตรา 26 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม ป.พ.พ. (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533

⁴ วิระดา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 190.

เดือดร้อนควรรวมเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่ง นั้นฟ้องหย่าได้ (มาตรา 1516/6)

การอุปการะเลี้ยงดูไม่น่าจะหมายถึงเฉพาะการให้เงินทองทรัพย์สินเท่านั้น ถ้าฝ่ายที่ไม่ได้ ให้เงินทองทรัพย์สิน แต่ได้ช่วยเหลือดูแลจัดการบ้านเรือน ก็ถือได้ว่าได้มีส่วนช่วยในการลด ค่าใช้จ่าย เท่ากับว่าเป็นการเพิ่มรายได้เพราะงานบ้านก็เป็นงานที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจเหมือนกัน¹

7. สามีหรือภริยามีวิกลจริตตลอดมาเกินสามปี และความวิกลจริตนั้นมีลักษณะยากจะหาย ได้ กับทั้งความวิกลจริตถึงขนาดที่จะทนอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาต่อไปไม่ได้ อีกฝ่ายหนึ่ง ฟ้องหย่า ได้ (มาตรา 1516/7)

บทบัญญัตินี้กำหนดถึงความร้ายแรงของความวิกลจริต ตั้งแต่ประเด็นระยะเวลา อาการ เรื้อรัง และความเดือดร้อนที่กระทบกระเทือนอีกฝ่ายหนึ่ง ความวิกลจริตนั้นทำให้การสมรสดำเนินต่อไป ไม่ได้จึงเป็นเหตุฟ้องหย่า ประเด็นเรื่องวิกลจริตนั้นไม่ใช่ความผิด และผู้วิกลจริตนั้นควรได้รับความเห็นใจจากคู่สมรสด้วยซ้ำไป ไม่สมควรที่กฎหมายจะสนับสนุนให้คู่สมรสแยกทางกัน²

8. สามีหรือภริยาผิดทัณฑ์บนที่ทำให้ไว้เป็นหนังสือในเรื่องความประพฤติ อีกฝ่ายหนึ่ง ฟ้องหย่าได้ (มาตรา 1516/8)

9. สามีหรือภริยาเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่ง และโรคลักษณะเรื้อรัง ไม่มีทางที่จะหายได้อีก อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้ (มาตรา 1516/9)

10. สามีหรือภริยามีสภาพร่างกาย ทำให้สามีหรือภริยานั้นไม่อาจร่วมประเวณี ได้ตลอด กาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ (มาตรา 1516/10)

สภาพร่างกายทำให้สามีหรือภริยาไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาลนี้ไม่รวมถึงภาวะจิตใจ ที่ทำให้สามีหรือภริยาไม่มีความรู้สึกในทางเพศ หรือไม่ยอมมีความสัมพันธ์ทางเพศกับคู่สมรส ซึ่งอาจไปฟ้องหย่าในข้ออื่นได้ อย่างไรก็ตามเหตุฟ้องหย่าข้อนี้น่าจะมีเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นเกี่ยวกับ ระยะเวลาหรือเหตุผลสิ่งแวดล้อมอย่างอื่นประกอบด้วย เช่น ถ้าคู่สมรสนั้นอายุสูงมากจนไม่น่าจะ คำนึงถึงเรื่องการร่วมประเวณีอีกแล้ว³

ในคำพิพากษาฎีกาเห็นได้ชัดว่าคำตัดสินของศาลไม่สอดคล้องกับเจตนาของกฎหมาย และ เห็นได้ชัดถึงความมีอคติต่อผู้หญิง ตั้งแต่กฎหมายและผู้ใช้กฎหมาย มีหลายข้อบัญญัติที่มีการแก้ไข แต่ผู้ชายก็ยังได้ประโยชน์ตลอด ส่งผลให้ผู้หญิงกลายเป็นผู้ที่ต้องยอมรับสภาพ เงื่อนไขของกฎหมาย ในเรื่องเหตุแห่งการหย่าที่เป็นเรื่องลำเอียงของผู้หญิงที่จะอ้างเหตุนั้น อาทิถ้าผู้ชายไม่อาจร่วมประเวณี

¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 191.

² เรื่องเดียวกัน. หน้า 193.

³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 195.

ได้ แล้วผู้หญิงจะยกเหตุนี้มาเป็นข้ออ้างในการฟ้องหย่า ซึ่งกฎหมายให้การรับรองแต่สังคมไม่ยอมรับรับรองเพราะกรอบของประเพณีที่ขอบรรณคดีให้ผู้หญิงไม่มีความรู้สึกทางเพศ ผู้หญิงที่แสดงออกทางเพศมากที่สุดคือผู้หญิงที่มีร่างกายและจิตใจคิดปกติ เพราะกรอบของเรื่องประเพณีได้สร้างให้ผู้หญิงอยู่ ในฐานะผู้รองรับการร่วมประเพณี และประเพณีของผู้หญิงนั้นก็เพื่อการให้กำเนิดทายาท และนี่คือค่านิยมของสังคมที่เข้าไปยึดเหยียดให้กับผู้หญิง การใช้ชีวิตครอบครัวในของผู้หญิงผู้หญิงจะถูกตั้งสอนเพื่อให้อดทนจนถึงที่สุดเพื่อรักษาความเป็นครอบครัว

ในทัศนะของนักสตรีนิยมในเรื่องของการฟ้องหย่า เห็นได้ว่าหลักปรัชญาทางกฎหมายมองความเป็นผู้หญิงและความเป็นผู้ชายในฐานะมนุษย์เหมือนกัน ดังนั้นพอมองคน 2 เพศเป็นมนุษย์เหมือนกันก็ควรจะมีสิทธิ มีเสรีภาพเท่า ๆ กัน (แต่ในกฎหมายหลาย ๆ ข้อก็ไม่ได้มีความเท่าเทียมกัน) ดังนั้นความเป็นมนุษย์เพศหญิงจึงไม่ได้มีความสำคัญไปกว่าการเป็นมนุษย์ หมายความว่า

ในความเป็นผู้หญิงตั้งอยู่บนโครงสร้างทางสังคมที่กำหนดให้ผู้หญิงมีความแตกต่างและต่ำกว่าผู้ชาย กระบวนการทางสังคมมีสิ่งที่เรียกว่าชุดความรู้ที่สร้างผู้หญิงอยู่ชุดหนึ่ง และในขณะที่เดียวกันก็จะมีชุดความรู้ที่สร้างผู้ชายอีกชุดหนึ่ง ซึ่งทั้ง 2 ชุดความรู้นี้อาจจะมีบางส่วนที่คาบเกี่ยวกันบ้าง แต่แน่นอนว่ากระบวนการในการสร้างมนุษย์ผู้หญิงตั้งแต่การเด็กผู้หญิงคลอดออกมา ก็มีชุดความรู้ที่ฝังแน่นในหัวของพ่อแม่ญาติพี่น้องและสังคมที่จะคาดหวังและควรจะทำปฏิบัติกับเด็กผู้หญิงคนนี้อย่างไร เริ่มตั้งแต่เสื้อผ้าของเด็กผู้หญิงที่ต้องแตกต่างกับเด็กผู้ชาย ของเล่นที่ต่างกัน การเลี้ยงดูอบรม การสั่งสอนที่ต่างกัน การศึกษา งานบ้าน บุคลิกลักษณะ มารยาททางสังคม การมีประจำเดือน เรื่องประเพณี การคลอดลูก การเลี้ยงลูก การดูแลลูกดูแลสามี จนกระทั่งการอบรมสั่งสอนลูกของตัวเอง กระบวนการทั้งหมดนี้ เป็นกระบวนการทางสังคมที่สร้างความแตกต่างระหว่างเพศหญิงกับชายตั้งแต่เกิดจนตาย

ทัศนะของนักสตรีนิยมสายถึงรากเหง้ามองว่าประสบการณ์ของผู้หญิงเป็นประสบการณ์ที่แตกต่างกับผู้ชายอย่างมหาศาล แต่พื้นที่ทางกฎหมายกลับมองไม่เห็นความแตกต่างกันนี้ กฎหมายมองว่าผู้หญิงก็คือมนุษย์เฉกเช่นเดียวกับผู้ชาย ดังนั้นพื้นที่ของกฎหมายจึงไม่มีประสบการณ์ของผู้หญิงเข้าไปร่วมด้วย ดังนั้นกฎหมายในหลาย ๆ หมวดหรือกฎหมายลักษณะการหย่า ข้อบัญญัติทางกฎหมายบางข้อจึงเป็นเรื่องที่ผู้หญิงไม่มีสิทธิที่จะยกมาอ้างได้ เช่น สภาพแห่งการที่ไม่อาจร่วมประเพณีได้ตลอดกาล เพราะถ้าผู้หญิงยกเหตุนี้มาอ้างเท่ากับว่าตัวผู้หญิงยอมรับกับศาลและกับสังคมว่าตัวเองเป็นผู้หญิง “ร่าน” ขาดการมีเพศสัมพันธ์ไม่ได้ แต่ขณะเดียวกันกลับเป็นความชอบธรรมสำหรับผู้ชายที่จะยกเหตุนี้มาอ้างเพื่อการฟ้องหย่าเพราะดูเหมือนจะเป็นเรื่องร้ายแรงมากสำหรับผู้ชาย และผู้ชายก็จะอ้างว่าไม่ใช่เพราะเป็นคนมักมากในกามแต่ต้องการมีทายาทและภรรยา ไม่อาจตอบสนองได้ ดังนั้นแนวคิดเรื่อง มาตรการพิเศษทางกฎหมายสำหรับผู้หญิง (Special

Treatment Approach) จึงเป็นเรื่องที่ควรคำนึงด้วย เพราะเพศของผู้หญิงมีลักษณะเฉพาะในทางชีวภาพ หลักการเรื่องความเสมอภาคทางเพศจึงต้องแยกกฎหมายอื่นที่กำหนดให้มีการปฏิบัติต่อเพศชาย หญิงต่างกัน และกฎหมายควรจะเข้าถึงประสบการณ์ของผู้หญิงมากกว่าที่เป็นอยู่

ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร

หมวด 1 บิดามารดา¹

การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดามาตรา 1456 บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้ มีการสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น” ดังนั้นไม่ว่าจะปรากฏบิดา ตามกฎหมายหรือไม่ก็ตามเด็กที่เกิดจากหญิงก็เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิง แม้จะไม่ได้ สมรสแต่มีเด็กเกิดออกมา หญิงนั้นก็เป็นการบิดาตามกฎหมายของเด็ก ถ้าจะเป็นบุตรชอบด้วย กฎหมายของบิดา ก็คือกรณีแรก เกิดระหว่างการสมรส สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเกิดระหว่างการสมรส เป็นบุตรของพ่อ ส่วนกรณีที่สอง ภายใน 310 วัน นับแต่การสมรสสิ้นสุดลง สามีภรรยาอยู่ ด้วยกันมีลูก สันนิษฐานว่าบุตรที่เกิดมาเป็นของสามี² ฉะนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่สามี ฟ้อง ได้ว่าไม่รับเป็นบุตร เพราะต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าอาจจะเป็นบุตรผู้อื่น หรือถ้าคู่สมรสเลิกกัน ไปแล้วภริยาลอดกลายใน 310 วัน ก็เป็นอดีตสามี ก็ฟ้องได้แต่ต้องมีเหตุ ถ้าไม่มีเหตุจะฟ้องว่าไม่รับ เด็กเป็นบุตรไม่ได้ ต้องมีเหตุว่า “ไม่ได้อยู่ร่วมกับมารดาเด็กในระยะเวลาที่ตั้งครรภ์ได้ คือ ก่อนเกิด 180- 310 วันคือเวลาที่ตั้งครรภ์ฟ้องปฏิเสธได้ว่าไม่รับเด็กเป็นบุตร หรือมีเหตุอื่นอะไรก็แล้วแต่ เช่น เป็น หมัน ไม่เคยนอนกับภรรยาเลย สามีมีปัญหาบางอย่าง ฉะนั้นบุตรที่เกิดมาในระหว่างสมรสก็ไม่ใช่บุตร ของสามี สามีก็อาจไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ ในส่วนของเด็กกฎหมายก็ให้สิทธิเด็กที่จะปฏิเสธความเป็น บุตรได้ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าตนมิได้เป็นบุตรสืบสายโลหิตของสามีของมารดา แต่มีสิทธิฟ้อง สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นพ่อเด็กและเป็นสามีของมารดา³

เด็กเกิดนอกสมรส ตามมาตรา 1547 เด็กที่เกิดนอกสมรส คือเกิดจากบิดามารดาที่มีได้ สมรสกัน จะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่ต้น สำหรับบิดานั้นเด็กจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย 3 กรณี คือ

¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 213-232.

² คู่มือมาตรา 1536 วรรค 1.

³ วีระดา สมสวัสดิ์, การฟ้องมรมาสาสมัครกฎหมายเพื่อผู้หญิง, หน้า 157-182.

1. บิดามารดาได้สมรสกันภายหลัง เด็กจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดานับแต่วันที่ บิดามารดาสมรสกัน ผลของกฎหมายข้อนี้ทำให้เด็กอยู่ในฐานะเป็นบุตรนอกกฎหมายมาโดยตลอด ฐานะชอบด้วยกฎหมายมาเริ่มตั้งแต่วันสมรสของบิดามารดา ไม่ย้อนหลังไปนับตั้งแต่วันที่เด็กเกิด ทั้งนี้หมายความว่าไม่ได้มีการกระทำอย่างอื่นที่มีผลทำให้เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายมาก่อนหน้านี้ ซึ่งน่าจะผ่อนปรนกันว่า หากบิดารับรองเมื่อทำการสมรสว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของตน ฐานะการเป็นบุตร ชอบด้วยกฎหมายก็น่าจะเริ่มนับตั้งแต่เด็กเกิด เพราะถ้าเป็นบิดาและบุตรกันแล้วก็ย่อมมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตและทางกฎหมายตั้งแต่เริ่มคลอดแล้ว การที่บิดามารดาไม่ได้สมรสกัน ไม่ควรจะทำให้มีผลกระทบกระเทือนถึงบุตรที่เกิดออกมาด้วย แต่กฎหมายอาจจะคิดว่ามีทางออกให้ แล้วสำหรับผู้ที่มีได้สมรสคือบิดาอาจจดทะเบียนรับรองบุตรได้ ซึ่งช่องว่างยังมีอยู่เพราะบิดาอาจ ไม่ได้จดทะเบียนรับรองบุตรเนื่องจากไม่รู้ข้อเท็จจริงว่า คนมีบุตรกับหญิงนั้นก็ไม่ได้ เมื่อได้มารู้ ภายหลังต้องการจะสมรสก็น่าจะให้ฐานะของการเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายย้อนหลังไปมีผลตั้งแต่ เด็กเกิดได้ แทนที่จะให้มีผลนับแต่จดทะเบียนสมรสที่มีผลกระทบกระเทือนต่อตัวเด็กอย่างมาก เพราะอาจทำให้เด็กเสียสิทธิหลายอย่างก็ได้¹

2. บิดาได้จดทะเบียนว่าเป็นบุตร กรณีนี้หมายความว่า บิดามารดาไม่จำเป็นต้อง สมรสกันก็สามารถทำให้บุตรที่เกิดมา มีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ โดยการที่บิดา จดทะเบียนว่าเป็นบุตร

อย่างไรก็ตามผลของการจดทะเบียนรับว่าเป็นบุตรนี้ กฎหมายกำหนดให้เริ่มแต่ วันจดทะเบียนเป็นต้นไป เช่นเดียวกับการสมรสของบิดามารดาที่ได้กล่าวไปข้างต้นนี้แล้วว่า น่าจะให้ มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่เด็กเกิดได้ ที่น่าสังเกตก็คือ เมื่อได้จดทะเบียนรับว่าเป็นบุตรแล้วกฎหมาย ห้ามมิให้ถอนการจดทะเบียนนั้น ดังนั้นถ้าเด็กมิใช่บุตรสืบสายโลหิตของบิดาแต่ได้มีการจดทะเบียน รับว่าเป็นบุตรก็มีทางออกเพียงทางเดียว เด็กอาจจะปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้โดยอาศัย เงื่อนไขที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อเรื่องการปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย

การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรมีข้อพิจารณา บิดาจะจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วย กฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของเด็กและมารดาเด็ก ตามมาตรา 1548 กำหนดว่าในกรณี ที่เด็กและมารดาเด็กไม่ได้มาให้ความยินยอมต่อหน้านายทะเบียนให้นายทะเบียนแจ้งการขอ จดทะเบียนของบิดาไปยังเด็กและมารดา²

¹ วิชา สมนิติ, กฎหมายครอบครัว, หน้า 216.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 217.

การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรไว้ว่าจะเป็นประโยชน์แก่เด็กฝ่ายเดียว หากแต่มีประโยชน์ต่อฝ่ายบิดาผู้จดทะเบียนด้วย ในขณะที่เดียวกันกฎหมายจึงให้มีโอกาสทำการคัดค้านได้ว่าผู้จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรนั้นมิใช่บิดา เช่น เด็กอาจเป็นผู้มีฐานะดีได้ทรัพย์สินสมบัติที่เป็นมรดกมาจากฝ่ายมารดาหรือญาติอื่น ๆ มากมาย ถ้าเกิดมีบิดาชอบด้วยกฎหมายขึ้นมา ก็หมายถึงว่าผู้เป็นบิดานั้นจะอยู่ในฐานะเป็นทายาทตามกฎหมายของกองมรดกของเด็กด้วยและหน้าที่ของบุตรที่กฎหมายระบุให้มีต่อบิดามารดาก็มี เช่น ต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา เป็นต้น หากว่าเป็นบิดาจริงก็ไม่เสียอะไรแต่ถ้าไม่ใช่บิดาแล้วหวังผลประโยชน์มาจดทะเบียนมารับเด็กว่าเป็นบุตรก็ไม่สมควรให้เกิดขึ้น

เมื่อศาลพิพากษาให้บิดาจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรได้ และบิดาได้นำคำพิพากษาไปขอจดทะเบียนต่อนายทะเบียนให้นายทะเบียนดำเนินการจดทะเบียนได้

เมื่อมีการแจ้งการขอจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายไปยังเด็กและมารดาแล้ว ไม่ว่าจะเด็กหรือมารดาจะคัดค้านการจัดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรหรือไม่ก็ตาม เด็กหรือมารดาเด็กอาจแจ้งให้นายทะเบียนฉบับที่กล่าวได้ว่าผู้จดทะเบียนไม่สมควรเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบางส่วนหรือทั้งหมด ซึ่งต้องทำใน 90 วัน

3. การที่ศาลพิพากษาให้เป็นบุตร เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้อีกกรณี คือ มีการฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรแล้วศาลพิพากษาให้รับเด็กเป็นบุตร ซึ่งตามมาตรา 1556 ไม่ได้กำหนดโทษที่จะฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรอย่างชัดเจน แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตลอดทุกวรรคแล้ว ก็สรุปได้ว่าผู้เป็นโจทก์ก็ฟ้องคดีให้รับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่

เด็กเป็นผู้ฟ้องเองในกรณีที่บรรลุนิติภาวะ และต้องฟ้องภายใน 1 ปีนับแต่บรรลุนิติภาวะ

เด็กอายุ 15 ปีบริบูรณ์ฟ้องเองโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม

ผู้สืบสันดานของเด็กเป็นผู้ฟ้องคดีให้รับเด็กเป็นบุตรได้

เหตุที่จะฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตร

ตามมาตรา 1555 กำหนดว่าการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายให้มีได้แต่ในกรณีต่อไปนี้

เมื่อมีการข่มขืนกระทำชำเรา นุศคร่า หรือหน่วงเหนี่ยวกักขังหญิงมารดา โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้¹

¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 218-221.

การข่มขืนกระทำชำเรา จูดคร่าหรือหน่วงเหนี่ยวกักขังหญิงมารดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในระยะเวลาที่หญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้ หมายถึง ระยะเวลาซึ่งอาจอาศัยหลักทางการแพทย์คือ 180-310 วัน ก่อนเด็กเกิด การจูดคร่าหน่วงเหนี่ยว กักขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คงต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป การที่บุคคลหนึ่งมีอาชีพเป็นตำรวจกักขังผู้หญิงไว้ ก็เชื่อว่าตำรวจจะมีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำได้ ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ต้องนำมาพิจารณาประกอบ เช่น ผู้หญิงคนนั้นทำผิดกฎหมายข้อใดหรือไม่ แต่ถ้าหากตำรวจมีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะกักขังหญิงผู้นั้นไว้ ตำรวจก็หาอำนาจที่จะข่มขืนผู้หญิงคนนั้นไม่ ถ้ากระทำไปในระยะเวลาที่หญิงอาจตั้งครรภ์ก็เข้าเหตุที่จะฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้

การที่หญิงตั้งครรภ์ขึ้นมาในระยะเวลาที่ถูกข่มขืน จูดคร่า หน่วงเหนี่ยวกักขัง เป็นแต่เพียงสาเหตุที่จะฟ้องคดีได้กับเด็กเป็นบุตรเท่านั้นผู้ถูกฟ้องมีสิทธิที่จะพิสูจน์ว่า แม้จะมีการจูดคร่า ข่มขืนหรือหน่วงเหนี่ยวกักขังดังกล่าวแต่ผู้ถูกฟ้องก็ไม่อาจเป็นบิดาของเด็กได้ เช่น เป็นหมัน หรือไม่ได้ร่วมประเวณีกับหญิงในระยะนั้น เป็นต้น

เมื่อมีการลักพาหญิงมารดาไปในทางผู้สาวหรือ มีการล่อลวงร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้

การล่อลวงร่วมประเวณีไม่ใช่การข่มขืนเพราะการล่อลวงนี้หญิงยินยอมเพราะถูกหลอก เช่น หญิงถูกชายหลอกว่าจะสมรสด้วย สาเหตุนี้ก็เช่นกัน ผู้ถูกฟ้องอาจจะต่อสู้ว่าตนไม่อาจเป็นบิดาของเด็กด้วยเหตุผลบางประการ ศาลก็มีหน้าที่วินิจฉัยว่าเหตุผลของฝ่ายใดมีน้ำหนักมากกว่ากัน

เมื่อมีเอกสารของบิดาแสดงว่า เด็กนั้นเป็นบุตรของตน

เมื่อปรากฏในทะเบียนคนเกิดว่าเด็กเป็นบุตร โดยมีหลักฐานว่าบิดาเป็นผู้จดทะเบียนนั่นเอง หรือรู้เห็นยินยอมในการแจ้งเกิดนั้น

เมื่อบิดามารดาได้อยู่กินกันอย่างเปิดเผยในระยะเวลาซึ่งหญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ได้ การอยู่กินกันอย่างเปิดเผยไม่จำเป็นต้องอยู่ด้วยกันที่บ้านเดียวกันตลอดเวลาการไปมาหาสู่และมาอยู่ด้วยบางวัน โดยเป็นที่รู้กันทั่วไปว่าคนทั้งสอง “อยู่กิน” ด้วยกัน คือมีความสัมพันธ์กันสามิภริยา การลักลอบได้เสียกันและไม่เคยอยู่ร่วมเรือนเดียวกันฉันสามิภริยาไม่ถือว่าเป็นการอยู่ด้วยกันอย่างเปิดเผย

เมื่อได้มีการร่วมประเวณีกับหญิงมารดา ในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้ และไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของชายอื่น บทบัญญัติมาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นมาใหม่วัตถุประสงค์ที่จะเพื่อเป็นการความคุ้มครองให้ชายปิดความรับผิดชอบง่าย ๆ ถ้ามีการร่วมประเวณีในระยะ 180-310 วันก่อนเด็กคลอดและหญิงนั้นไม่มีการร่วมประเวณีกับชายอื่นก็เป็นเหตุฟ้องให้ชายรับเด็กเป็นบุตรได้ ทั้งนี้หญิงก็ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีการร่วมประเวณีกันจริง แล้วในขณะที่เดียวกันหญิงก็ไม่ได้มีความสัมพันธ์กับชายอื่นด้วย ข้ออ้างข้อนี้หญิงมารดาอาจอ้างได้เสมอ แม้ว่าหญิง

มารดาจะมีอาชีพเป็นหญิงโสเภณีก็ตาม ถ้าฝ่ายหญิงพิสูจน์ได้ว่าในช่วงระยะเวลานั้นไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นใดเลย¹

ทัศนะของนักสตรีนิยมสายถึงรากเหง้า Adrienne Rich (แอนเดรีย ริช) ให้ความสำคัญในเรื่องความเป็นแม่ของผู้หญิง เธอเขียนหนังสือชื่อ “Of Women Born : Motherhood as Experience and Insituation” Rich เสนอว่าระบบชายเป็นใหญ่ได้เข้ามาครอบงำสังคมในทุก ๆ ด้าน ไม่ว่าจะเป็นความรู้หรือพฤติกรรมต่าง ๆ ของคนในสังคม รวมทั้งควบคุมอำนาจการสืบพันธุ์ของผู้หญิงด้วย เช่น การที่ผู้ชายเป็นผู้ควบคุมกฎหมายและเทคนิควิทยา ในเรื่องเกี่ยวกับการคุมกำเนิด การทำแท้ง สูติเวช นรีเวชวิทยา และการทดลองการสืบพันธุ์นอกมดลูก นอกจากนี้ระบบชายเป็นใหญ่ได้ทำให้ความเป็นแม่กลายเป็นสถาบัน รวมทั้งกามารมณ์ระหว่างหญิงและชาย (Heterosexuality) ก็ถูกทำให้เป็นสถาบันด้วย ผู้หญิงถูกทำให้เชื่อว่าถ้าใครไม่ได้เป็นแม่ก็ไม่ได้เป็นผู้หญิงที่แท้จริง และทำให้เชื่อว่าการเป็นแม่เป็นงานเดียวของผู้หญิงสถาบันความเป็นแม่และกามารมณ์ระหว่างหญิงชายได้ สร้างกฎเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ทำให้ทางเลือกถูกสร้างขึ้นหรือถูกปิดกั้น กฎหรือเงื่อนไขเหล่านี้ไม่ใช่ “ความจริง” Rich เสนอว่า ประสบการณ์ต่าง ๆ ในความเป็นแม่หรือกามารมณ์ระหว่างหญิงชายได้ถูกนำไปปรับใช้ผลประโยชน์ของผู้ชายและถ้าพฤติกรรมใดคุกคามสถาบันทั้ง 2 นี้ เช่น การมีลูกไม่มีพ่อ การทำแท้ง หญิงรักร่วมเพศ จะถูกมองว่าเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนหรือเป็นอาชญากรรม สถาบันความเป็นแม่ปรับใช้ผลประโยชน์ของผู้ชายโดยไม่ได้ให้ความสำคัญหรือคำนึงถึงชีวิต ความเป็นตัวตนของผู้หญิงเลย²

ประเด็นของ Rich คือผู้หญิงต้องตกอยู่ใต้อำนาจโครงสร้างทางสังคม โดยเฉพาะในเรื่องเพศสัมพันธ์ภาคบังคับระหว่างหญิงชาย (Heterosexual) และความเป็นแม่ (Motherhood) 2 มโนทัศน์นี้เป็นเรื่องสำคัญสำหรับนักสตรีนิยมสายถึงรากเหง้า กฎหมายในเรื่องบิดามารดากับบุตร เกิดพื้นที่ในการแย่งชิงอำนาจ ทั้งในเรื่องของการมีสิทธิในบุตร และการไม่ยอมรับบุตร การต้องการมีสิทธิในบุตร หรือการที่ฝ่ายหญิงต้องการให้ฝ่ายชายยอมรับบุตร มีเรื่องของผลประโยชน์มาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นประเด็นทางเศรษฐกิจ หรือประเด็นเกี่ยวกับจารีต ที่ผู้หญิงต้องการความรับผิดชอบจากผู้ชายเพื่อไม่ให้ตนเองต้องตกอยู่ในสภาวะถูกกดดันจากสังคมว่า ท้องแล้วหาพ่อเด็กไม่ได้ หรือเหตุผลต่าง ๆ ที่จะกดดันผู้หญิง ประเด็นสำคัญก็เป็นไปอย่างที่ Rich นำเสนอคือ เรื่องของความเป็นแม่ และเพศสัมพันธ์ระหว่างหญิงชาย ประเด็นเรื่องความเป็นแม่คือเรื่องของประสบการณ์ที่ผู้ชายเข้าไม่ถึงและเป็นเรื่องเฉพาะเพศ เพศสัมพันธ์ระหว่างหญิงชายก็เป็นเรื่องที่ทำให้ผู้หญิงต้องตกอยู่ในโครงสร้างของการกดขี่ ในแนวคิดของนักสตรีนิยมถือว่า ถ้าผู้หญิงหลุดไปจาก 2 ประเด็นนี้ก็จะทำให้

¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 219-224.

² Adrienne Rich. (1986), อ้างใน วารุณี ภูริสินสิทธิ, สตรีนิยม : ขบวนการและแนวคิดทางสังคมแห่งศตวรรษที่ 20, หน้า 96-97.

ผู้หญิง หลุดพ้นจากการกดขี่ของผู้ชาย การไม่มีเพศสัมพันธ์กับผู้ชาย ก็จะต่อเนื่องไปถึงเรื่องการไม่ต้องมีลูก ก็คือการเลิกเป็นแม่ทางกายภาพหรือการไม่ต้องคลอดลูกก็คือการหลุดจากความ เป็นแม่ทาง “ธรรมชาติ” และแนวทางนี้ก็เป็นอีกแนวคิดหนึ่งเพื่อปลดปล่อยผู้หญิงจากโครงสร้างที่ผู้ชายสร้างและ กำหนดทุกอย่าง

หมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดากับบุตร¹

1. สิทธิของบุตรต่อบิดามารดา

สิทธิที่จะใช้ชื่อสกุลของบิดา ตามมาตรา 1561 วรรค 2 จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติไว้ว่า ในกรณีที่บิดาไม่ปรากฏ บุตรมีสิทธิที่จะใช้ชื่อสกุลมารดา แต่ถ้ามีบิดาต้องใช้ชื่อสกุลของบิดา ซึ่งเป็นการให้ความสำคัญกับนามสกุลของฝ่ายชายมากกว่า ในการแก้ไขกฎหมายครอบครัว พ.ศ. 2519 เป็นการถอยหลังเข้าคลองเพราะจะต้องใช้ของบิดาเท่านั้น ในกรณีที่ไม่มีพ่อเท่านั้นจึงจะใช้ นามสกุลแม่ได้ บรรพ 5 ของกฎหมายครอบครัวปี พ.ศ. 2478 ไม่ได้บอกว่าจะให้ใช้ ชื่อสกุลของบิดา คือสิทธิที่จะใช้ชื่อสกุล อันเป็นสิทธิอันแรกของบุตรต่อบิดามารดา

สิทธิของบุตรที่จะฟ้องบุพการี สิทธิที่จะฟ้องคดีไม่ว่าแพ่งอาญา ฟ้องคดีบุพการีเรียกว่า “คดีอุทลุม” ฟ้องได้แต่ต้องผ่านพนักงานอัยการ ให้พนักงานอัยการทำแทน ลูกจะฟ้องโดยตรงไม่ได้ เป็นคดีอุทลุม ต้องให้อัยการฟ้อง

สิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดู และการศึกษาตามสมควรจากบิดามารดาในขณะที่เป็นผู้เยาว์ ยกเว้นทุพพลภาพแล้วหาเลี้ยงตัวเองไม่ได้ นี่คือนิติสิทธิของบุตรต่อบิดามารดา เมื่อมีสิทธิแล้วคนชอบ พูกว่าหน้าที่ คืออุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา พ่อแม่เลี้ยงดูลูกเมื่อเป็นผู้เยาว์ให้การศึกษาเท่านั้น ถ้าทุพพล ภาพแล้วเล่นดนตรีเก่งมาก เป็นคารามีรายได้ ก็ไม่ต้องเลี้ยงจะอุปการะเลี้ยงดูก็ต่อเมื่อเป็นผู้เยาว์หรือ ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตัวเองไม่ได้ แต่บุตรต้องเลี้ยงดูพ่อแม่ ไม่มีเงื่อนไขอะไรยกเว้น

2. หน้าที่ของบุตรต่อบิดามารดา

มาตรา 1563 บัญญัติว่า “บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา” ตามวัฒนธรรมประเพณี ได้เน้นเรื่องความกตัญญูต่อบิดามารดามาก และมีข้อมูลว่าเด็กผู้หญิงในภาคเหนือจำนวนไม่น้อย ยอมไปหรือยอมให้บิดามารดาขายเพื่อเอาไปค้าประเวณี หรือขายบริการทางเพศก็เพื่อจะได้เงินมา

¹ วิชา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 232-247.

จนเจ้าครอบครัว บิดามารดาก็มักใช้วัฒนธรรมประเพณีเรื่องความกตัญญูมาเป็นข้อเรียกร้องให้เด็กผู้หญิงยอม “ต้องได้” หรือ “ไปนอก” (การขายตัว)

3. สิทธิของบิดามารดาต่อบุตร

มาตรา 1563 ที่ระบุหน้าที่ของบุตรว่าต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา หมายถึงเป็นสิทธิของบิดามารดาที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตร

มาตรา 1566 ให้อำนาจปกครองบุตรอยู่กับบิดามารดาทั้ง 2 ฝ่ายซึ่งตามกฎหมายครอบครัวเก่า พ.ศ. 2474 ให้บิดามีอำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียว

4. อำนาจปกครอง

บิดามารดาเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตร

อำนาจปกครองตามมาตรา 1567 วรรค 1 คือ มีสิทธิกำหนดที่อยู่อาศัยของบุตร

มีสิทธิทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน

ให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถ

เรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย

มีสิทธิจัดการทรัพย์สินของบุตร

ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิทำหน้าที่แทนบุตรได้

ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิใช้เงินได้ของบุตร

อำนาจปกครองนี้ มีเรื่องการทำโทษคว่ำว่ากล่าวสั่งสอน เรื่องการให้ทำการงานตามสมควร กำหนดที่อยู่ของบุตร ความที่เป็นเด็กก็จำเป็นต้องมีคนดูแล ในบางกรณีเด็กไม่มีคนดูแลเพราะพ่อแม่ตายทั้งสองคนหรือยังอยู่ แต่คุณสมบัตินี้ไม่ดีมีปัญหาก็ต้องมีผู้ปกครอง ในที่นี้คำว่า ผู้ปกครอง ก็คือคนอื่น ไม่ใช่พ่อแม่ ถ้าเป็นบิดามารดาจะต้องเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเห็นความคิดของกฎหมายเลยว่า พ่อแม่ลูกความสัมพันธ์ตั้งอยู่ฐานอำนาจผู้ปกครอง คือต้องเป็นผู้เยาว์จึงจะต้องการ ผู้ปกครอง ไม่มีบิดามารดาหรือถูกถอนอำนาจปกครองไป แล้วญาติหรือพนักงานอัยการยื่นขอต่อศาลให้ตั้ง หรือทำพินัยกรรมของบิดามารดาที่ตายทีหลังและตั้งไว้ ก็ไปให้ศาลตั้งเป็นผู้ปกครองตามนั้น นั่นคือ ลูกแท้ลูกตามสายโลหิต ก็จะมีลูกอุปโลก เป็นลูกสมมุติขึ้นก็คือบุตรบุญธรรม

5. นิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองจะต้องขออนุญาตจากศาล

ตามมาตรา 1574

ขาย แลกเปลี่ยน ขายฝาก ให้เช่าซื้อ จำนอง ปลดจำนอง หรือโอนสิทธิจำนอง ซึ่ง
อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้

6. ผู้จัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์เป็นบุคคลอื่น

มาตรา 1577 บัญญัติว่า บุคคลใดจะ โอนทรัพย์สินให้ผู้เยาว์โดยพิทักษ์กรรมหรือโดย
เสนาห์ซึ่งมีเจตนาให้บุคคลอื่น นอกจากผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้จัดการจนกว่าผู้เยาว์จะบรรลุนิติ
ภาวะก็ได้ ผู้จัดการนั้นต้องเป็นผู้ซึ่งผู้โอนระบุชื่อไว้หรือให้ศาลสั่ง

7. การสิ้นสุดอำนาจปกครอง

มาตรา 1578 คือ ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะ

มาตรา 1582 คือ ผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นหรือเสมือนเป็นคนไร้ความสามารถ

ผู้ใช้อำนาจปกครอง ใช้อำนาจแก่ผู้เยาว์โดยมิชอบ

ผู้ใช้อำนาจปกครองประพฤติชั่วร้าย

ผู้ใช้อำนาจปกครองล้มละลายหรือจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ไปในทางที่ผิด

8. เมื่ออำนาจปกครองสิ้นไป

กรณีผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะ หรืออำนาจของผู้ปกครองสิ้นไป ต้องริบมอทรัพย์สินที่จัดการและ
บัญชี

9. ผู้ใช้อำนาจปกครองจะสมรสใหม่

มาตรา 1589 บัญญัติว่า ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองเหลือเพียง 1 คน เพราะคนหนึ่งถึงแก่ความตาย
และผู้ที่ยังอยู่จะสมรสใหม่ ผู้ที่ยังอยู่นั้นคงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง

กฎหมายเรื่องสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดากับบุตร เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ที่พ่อแม่
และลูก กฎหมายในหมวดนี้มีความโน้มเอียงทางเพศตั้งแต่ข้อแรกที่บังคับให้บุตรต้องใช้นามสกุล
ของบิดา ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจาก พระราชบัญญัตินามสกุล ที่ภริยาจะต้องใช้นามสกุลของสามี
ดังนั้นบุตรก็ต้องถูกบังคับให้ใช้นามสกุลของบิดาไปด้วย แม้ว่าในกลางปี พ.ศ. 2546 จะมีการอนุญาต
ให้ภริยาเลือกที่จะใช้นามสกุลของตนเองหรือสามีก็ได้ ดังนั้นเพื่อให้เหมาะสมกับการอนุญาตให้ภริยา
เลือกใช้นามสกุลของตัวเองหรือของสามี บุตรที่เกิดมาสามีหรือภริยาก็ควรจะเลือกให้บุตรใช้นามสกุล
ของคนใดคนหนึ่งก็ได้หรือเมื่อบุตรมีวุฒิภาวะพอบุตรก็ควรจะมิตินิติที่จะเปลี่ยนนามสกุลของตัวเอง
ตามสกุลของบิดาหรือมารดาก็ได้

การบังคับให้บุตรใช้นามสกุลของบิดาก็แสดงถึงการให้ความสำคัญกับสายเลือดของผู้ชายมากกว่า แสดงว่าการมีบุตรก็เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของผู้ชายที่ต้องการให้มีผู้สืบสกุลของตนเอง ดังนั้นความเป็นเมียความเป็นแม่จึงมีหน้าที่หลักคือ การรองรับอารมณ์ทางเพศและผลิตทายาทให้กับผู้ชาย

ทัศนคติของนักสตรีนิยมสายถึงรากเหง้า สถาบันการแต่งงานคือพื้นที่ของการกดขี่ผู้หญิง สิทธิและเสรีภาพของผู้หญิงจะถูกครีโกลงไปและเกือบจะไร้ซึ่งอำนาจต่อรอง ภายใต้สถาบันการแต่งงานสิทธิแรกของผู้หญิงสูญเสียคือสิทธิในการต่อรองที่จะยอมหรือไม่ยอมมีเพศสัมพันธ์กับผู้ชาย และกฎหมายไทยก็ไม่ได้ให้อำนาจหรือสิทธิใด ๆ แก่ผู้หญิงที่จะปฏิเสธการมีเพศสัมพันธ์กับผู้ชาย เพราะกฎหมายให้อำนาจแก่ผู้ชายในการที่จะบังคับข่มขืนภริยาของตนเองได้ ซึ่งปัญหาทางข้อกฎหมายนี้ก็จะสอดคล้องกับวัฒนธรรมและความเป็นจริงในสังคม อาทิ เรื่องสุขภาพอนามัยของผู้หญิง ภายใต้วัฒนธรรมที่เอื้อให้ผู้ชายสำส่อนทางเพศ ทำให้ผู้ชายมีโอกาสที่จะไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้หญิงอื่น หรือกับหญิงค้าบริการทางเพศ ซึ่งอาจจะมีโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ที่จะนำไปสู่ภริยาได้ และผู้หญิงก็ไม่มีสิทธิที่จะปฏิเสธการมีเพศสัมพันธ์ได้ทุกครั้ง การต่อรองที่จะให้ผู้ชายใช้ทุกยางอนามัยก็เชื่อว่าผู้หญิงจะต่อรองได้ทุกครั้งเหมือนกัน และถ้าผู้หญิงตั้งครรภ์ในขณะที่ตัวเองมีโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์อยู่ เด็กที่อยู่ในครรภ์ก็ต้องรับเชื้อนั้นเหมือนกัน ถ้าเด็กคลอดออกมาอาจจะเป็นเด็กที่มีความผิดปกติทางร่างกาย นั่นก็หมายถึงผู้หญิงทำหน้าที่ไม่สมบูรณ์ ความผิดจึงไปตกที่ผู้หญิงซึ่งอาจจะทำให้ผู้หญิงถูกสามีทิ้งก็ได้ สุภายิตไทยที่ว่า “หมามันยังรักลูกของมัน” เป็นสุภายิตที่เอาความเป็นแม่ที่เลวไปเปรียบเทียบกับหมา ซึ่งสุภายิตนี้ไม่ได้ใช้กับผู้ชายเพราะว่าสังคมจะมองว่าคนสุดท้ายที่ควรจะอยู่กับลูกก็คือแม่ ไม่ใช่พ่อ ผู้หญิงในฐานะคนที่อุ้มท้องลูก 9 เดือน และยังต้องให้นมลูกกินอีกนับปี คือผู้ที่สังคมคาดหวังที่สุดว่าจะต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูลูก เพราะฉะนั้นในทางสังคมวัฒนธรรมลูกคือความรับผิดชอบที่ยิ่งใหญ่สำหรับแม่ แต่ในทางกฎหมายลูกคือภาวะที่อยู่ตรงกลางที่อยู่ระหว่างพ่อกับแม่ ที่พ่อแม่ต่างมีสิทธิในตัวลูกเท่า ๆ กัน เพราะฉะนั้นควรมีมาตรการทางกฎหมายที่เป็นมาตรการพิเศษที่จะเรียกร้องความรับผิดชอบจากผู้ชายในฐานะที่ต้องรับผิดชอบบุตรของตนรวมถึงรับผิดชอบมารดาของบุตรด้วยที่ไม่ใช่แค่การจ่ายค่าเลี้ยงดู แก่บุตรควรจ่ายค่าเลี้ยงดูแก่มารดาของบุตรด้วยในกรณีที่คู่สมรสแยกทางกัน ถ้าเป็นในทัศนะของผู้ศึกษาก็ควรจะเป็น 2 ใน 3 ของรายรับของผู้ชาย โดย 1 ส่วนสำหรับบุตร อีก 1 ส่วนสำหรับมารดาของบุตร ซึ่งเป็นเหตุที่สมควรแก่ความรับผิดชอบ

หมวด 3 ความปกครอง¹

1. การอยู่ในความปกครองมาตรา 1585 บัญญัติว่า บุคคลจะตกอยู่ในความปกครองเมื่อเป็นผู้เยาว์และยังไม่ได้ทำการสมรส
ไม่มี หรือ บิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครอง
กรณีที่ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจปกครองบางส่วน
2. ผู้ตั้งผู้ปกครอง ตามมาตรา 1586 ผู้ปกครองอาจตั้งขึ้นโดยคำสั่งศาลซึ่งมี 2 กรณี
ญาติของผู้เยาว์หรืออัยการร้องขอต่อศาลให้ศาลตั้งผู้ปกครองให้
ศาลมีคำสั่งตามพินัยกรรมของบิดามารดาที่ตายที่หลังได้ระบุชื่อไว้ในพินัยกรรมให้เป็น
ผู้ปกครอง
3. ผู้ที่จะเป็นผู้ปกครองได้ มาตรา 1587 บุคคลผู้บรรลุนิติภาวะแล้วอาจถูกตั้งเป็นผู้ปกครองได้เว้นแต่บุคคลต่อไปนี้
ผู้ที่ศาลสั่งว่าเป็นคนไร้ หรือเสมือนไร้ความสามารถ
เป็นบุคคลล้มละลาย
ผู้ไม่เหมาะสมที่จะปกครองผู้เยาว์หรือทรัพย์สินของผู้เยาว์ (ภายใต้ดุลพินิจของศาล)
ผู้ที่มีหรือเคยมีคดีในศาลกับผู้เยาว์
ผู้ซึ่งบิดาหรือมารดาที่ตายได้ระบุชื่อห้ามไว้มิให้เป็นผู้ปกครอง
ในการถอดถอนผู้ปกครองก็คือ บุคคลที่ถูกระบุไว้ในมาตรา 1587 โดยปกติผู้ปกครองมีเพียง 1 คน แต่ถ้ามีข้อพิพาทให้ตั้งผู้ปกครองหลายคนหรือกรณีที่มีผู้ร้องขอโดยมีเหตุผลสมควร
มาตรา 1509 กำหนดให้ศาลตั้งผู้ปกครองได้ตามจำนวนที่ศาลเห็นว่าจำเป็นและมาตรา 1519 กำหนดว่า
ความเป็นผู้ปกครองนั้นเริ่มตั้งแต่วันทราบคำสั่งตั้งของศาล
4. หน้าที่ของผู้ปกครอง
ให้ผู้ปกครองรีบทำบัญชีทรัพย์สินของผู้อยู่ในปกครองให้เสร็จภายใน 3 เดือนและต้อง
ทำต่อหน้าพยานและรับรองความถูกต้องอย่างน้อย 2 คน ต้องยื่นสำเนาบัญชีทรัพย์สินที่ตนรับรอง
ว่าถูกต้องต่อศาลฉบับหนึ่งภายใน 10 วัน

¹ วิชา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 249-257.

ถ้าผู้ปกครองไม่ทำบัญชีทรัพย์สินหรือศาลไม่พอใจในบัญชีเพราะทำด้วยความเลินเล่อหรือไม่สุจริตศาลอาจสั่งถอนผู้ปกครองนั้นได้

ก่อนที่ศาลยอมรับบัญชีนั้นห้ามมิให้ผู้ปกครองทำกิจการใดเว้นแต่เร่งร้อนและจำเป็นให้แจ้งหนี้ระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ในปกครองให้ศาลทราบก่อนลงมือทำบัญชีทรัพย์สิน

ถ้าศาลเห็นสมควรหรือผู้มีส่วนได้เสีย อัยการร้องขอศาลอาจสั่งให้ผู้ปกครองหาประกันอันสมควรในการจัดการทรัพย์สินและแถลงถึงความเป็นอยู่ของทรัพย์สิน

ถ้าผู้ปกครองได้ทรัพย์สินมีค่าโดยมรดกหรือการให้โดยเสน่หา ผู้ปกครองต้องทำบัญชีทรัพย์สินส่งต่อศาล

ผู้ปกครองต้องทำบัญชีทรัพย์สินส่งต่อศาลปีละครั้ง

ตามมาตรา 1564 ผู้ปกครองต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควร

เงินของผู้อยู่ในปกครองยอมใช้ได้ตามสมควรเพื่ออุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษา

ถ้าผู้อยู่ในปกครองมีอายุเกิน 15 ปีบริบูรณ์ เมื่อผู้ปกครองจะทำกิจการใดที่สำคัญให้ปรึกษาผู้ที่อยู่ใต้ปกครอง

สิทธิของผู้ปกครองตามมาตรา 1598 วรรค 2 คือกำหนดที่อยู่ผู้เยาว์ ทำโทษว่ากล่าวสั่งสอนผู้เยาว์ตามสมควรทำการทำงานตามความสามารถ เรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา 1598/7 ความเป็นผู้ปกครองสิ้นสุดเมื่อ ผู้ปกครองตาย ลาออก (ซึ่งศาลต้องอนุญาต) ไร้หรือเสมือนไร้ความสามารถเป็นคนล้มละลาย ผู้ปกครองถูกถอนโดยคำสั่งศาล โดยผู้ร้องขอให้ศาลถอนผู้ปกครอง ถ้าผู้อยู่ในปกครองมีอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปีบริบูรณ์ สามารถร้องขอต่อศาลได้ (กรณีนี้หมายความว่าสามารถทำนิติกรรมนี้ได้เองโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง)

เมื่อความเป็นผู้ปกครองสิ้นสุดให้ผู้ปกครองรีบส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้อยู่ในปกครองหรือผู้ปกครองใหม่และทำบัญชีในการจัดการทรัพย์สินส่งมอบภายในเวลา 6 เดือน และในมาตรา 1598/4 ห้ามมิให้ผู้ปกครองได้รับบำเหน็จเว้นแต่มีข้อกำหนดไว้ในพินัยกรรม หรือผู้ปกครองจะร้องขอต่อศาลให้บำเหน็จโดยให้ศาลพิเคราะห์ถึงพฤติการรายได้ และฐานะความเป็นอยู่ของผู้ปกครองและผู้อยู่ในปกครอง

กฎหมายที่เกี่ยวกับการปกครองผู้เยาว์เกิดขึ้นเพราะผู้เยาว์ไม่สามารถดูแลตัวเองได้ดังนั้นจะต้องมีผู้ปกครอง นักสตรีนิยมคนสำคัญของสตรีนิยมสายมาร์กซิสต์ (Marxist Feminism) คือ Frederick Engels (เฟรดเดอริก เองเกิลส์) ได้ให้ทัศนะในการปกครองเด็กที่น่าสนใจในงานเขียนชื่อ “The Origin of the Family, Private Property and the State” Engels ได้พูดถึงสถาบันครอบครัวว่าระบบครอบครัวแบบผิวเคียวเมียเคียวทำให้สถานะของผู้หญิงเลวร้ายมากขึ้น และภรรยาในครอบครัว

แบบผิวเดียวเมียวเดียวทำให้ผู้หญิงมีสภาพไม่ต่างจากโสเภณีมากนักต่างกันที่โสเภณีได้รับเงินเป็นค่าตอบแทนที่เหมือนกับสินค้า แต่ภรรยาขายตัวเองเป็นทาสครั้งเดียวและตลอดไป Engels เสนอว่าการปลดปล่อยผู้หญิง จะทำได้ก็ต้อนำเพศหญิงทั้งหมดเข้าไปสู่การผลิตสาธารณะ และงานส่วนตัวภายในครอบครัว เช่นงานบ้านต้องถูกเปลี่ยนให้เป็นงานของสังคม การดูแลและให้การศึกษาแก่เด็ก ๆ ต้องเป็นเรื่องของสาธารณะ ภาระที่เกี่ยวกับงานบ้านและการเลี้ยงดูถูกเป็นเรื่องที่สังคมต้องเข้าไปรับผิดชอบเพื่อที่ผู้หญิงจะสามารถออกไปสู่การทำงานนอกบ้าน เพื่อให้ผู้หญิงเข้าไปมีส่วนร่วมในการผลิตทางเศรษฐกิจได้ Engels เชื่อว่าการกดขี่ที่ผู้หญิงได้รับอยู่เกิดจากระบบเศรษฐกิจของสังคมโดยรวม ไม่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างหญิงชาย เพราะฉะนั้น Engels จึงเรียกร้องให้ผู้หญิงเข้าร่วมในการต่อสู้เปลี่ยนแปลงที่โครงสร้างของระบบเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรมที่เป็นอยู่คือระบบทุนนิยม เมื่อสังคมมีเศรษฐกิจที่เป็นธรรมแล้วผู้หญิงก็จะหลุดพ้นจากการถูกเอาเปรียบด้วย¹

หมวด 4 บุตรบุญธรรม²

กฎหมายไทยสนับสนุนการรับบุตรบุญธรรม แต่ในขณะเดียวกันบทบัญญัติก็เปิดช่องให้ให้มีการเอาเด็กไทยไปเป็นบุตรบุญธรรมจำนวนมาก และมีหลาย ๆ กรณีกลายเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นกับเด็ก อาทิ การถูกล่วงละเมิดทางเพศ การไม่ได้รับการเลี้ยงดูอย่างเอาใจใส่ ฯลฯ

1. ผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรม

มาตรา 1589/19 กำหนดว่า ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี เพราะจะเป็นพ่อเป็นแม่คน จะต้องมีความวิญญูและจะต้องแก่กว่าบุตรบุญธรรมอย่างน้อย 15 ปี จึงจะเป็นพ่อแม่กันได้ อายุ 25 ปี ก็รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้อายุไม่เกิน 10 ปี

2. เงื่อนไขการรับบุตรบุญธรรม ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมต้องมีจากบุคคลต่อไปนี้

ผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม หากผู้นั้นอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปี
บิดาและมารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม

¹ Frederick Engels. (1845), อ้างใน วารุณี ภูริสินสิทธิ์, สตรีนิยม : ขบวนการและแนวคิดทางสังคมแห่งศตวรรษที่ 20, หน้า 74-77.

² วิชา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 259-266.

ศาลอนุญาตให้แทน กรณีที่ถูกปฏิเสธความยินยอมอย่างไรเหตุผล

ได้รับความยินยอมจากสถานสงเคราะห์

ถ้าผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมมีคู่สมรส ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรส

ผู้จะรับบุตรบุญธรรมถ้ามีคู่สมรสต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรส

มาตรา 1598/26 ห้ามมิให้บุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีก ถ้าผู้รับบุตรบุญธรรม คู่สมรสก็ต้องยินยอมด้วยและตัวเด็กถ้าเป็นผู้เยาว์ ก็ต้องให้พ่อแม่ยินยอมและจะเป็นบุตรบุญธรรม ของคนหลายคนก็ได้ เมื่อเป็นบุตรบุญธรรมแล้วฐานะที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นทายาทโดยธรรม คือ รับมรดกได้ และไม่เสียสิทธิในครอบครัวเดิมและสิทธิในครอบครัวใหม่ด้วย เรื่องนามสกุล ก็แล้วแต่ที่จะตกลงกัน บุตรบุญธรรมมีสิทธิเท่ากับบุตรชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นบุตรบุญธรรมจะใช้นามสกุลของผู้รับบุตรบุญธรรมก็ได้ ถ้าจะเป็นสามีภรรยาด้วยกันก็เลิกบุตรบุญธรรมเปลี่ยนสถานะ เป็นภรรยาหรือสามี

ในส่วนของการสมรส บทของกฎหมายบัญญัติห้ามบุตรบุญธรรมกับผู้รับบุตรบุญธรรม สมรสกัน แต่ไม่ได้บอกผลจะเป็นอะไร ไม่มีบอกผลจะเป็นโมฆะ ความเป็นบุตรบุญธรรมขาดจากกัน ซึ่งก็ต้องยกเลิกฐานะของบุตรบุญธรรมก่อน

3. ความสัมพันธ์ระหว่างบุตรธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรม

มาตรา 1598/28 กำหนดให้ผู้รับบุตรบุญธรรมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา 1598/29 การรับบุตรบุญธรรม ไม่ก่อให้เกิดสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะ ทายาทโดยธรรมเพราะเหตุรับการรับบุตรบุญธรรมนั้น

มาตรา 1598/30 หากบุตรบุญธรรมตาย ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิเรียกเอาทรัพย์สินที่ตนได้ ให้แก่บุตรบุญธรรมคืนจากกองมรดกจากบุตรบุญธรรม บทบัญญัตินี้ชี้ให้เห็นเจตนารมณ์ ของกฎหมายว่า ไม่ต้องการให้ทายาทอื่นของบุตรบุญธรรมได้ประโยชน์จากทรัพย์สินของผู้รับบุตรบุญ ธรรม

4. การเลิกรับบุตรบุญธรรม

การตกลงกันระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม

มีการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม

การฟ้องเลิกรับบุตรบุญธรรม ในมาตรา 1598/33 เพราะความเป็นพ่อแม่ตัดกันไม่ได้ เป็นสายโลหิตอยู่พ่อแม่เป็นทายาทโดยธรรม แต่ผู้รับบุตรบุญธรรมรับมรดกไม่ได้ เขาไม่มีสิทธิเป็น ทายาทโดยธรรมถ้าเด็กรับมรดกมาแล้ว พ่อเด็กเป็นเจ้าของมรดก ก็ถือว่าทายาทของเด็กเป็นใครบ้าง เรียงลำดับ

ตามความสำคัญที่กฎหมายคิดอันดับตามความสำคัญ แต่ที่กฎหมายคิดอาจจะไม่ใช่ความสำคัญตามความเป็นจริงก็ได้

5. อายุความฟ้องเลิกคดีรับบุตรบุญธรรม

1 ปี นับแต่วันที่ผู้ขอเลิกรับบุตรบุญธรรมรู้ หรือควรได้รู้ข้อเท็จจริง อันเป็นเหตุให้เลิกการ
นั้น

10 ปี นับแต่เหตุการณ์นั้นเกิดขึ้น

6. ผลของการเลิกรับบุตรบุญธรรม

เป็นไปโดยคำพิพากษาของศาล มีตั้งแต่เวลาที่คำพิพากษาถึงที่สุด

โดยความยินยอมของทั้ง 2 ฝ่ายมีผลตั้งแต่ได้จดทะเบียนการเลิกรับแล้ว

บุตรบุญธรรมกลับคืนสู่ฐานะอย่างสมบูรณ์ในครอบครัวเดิมของตน

การรับบุตรบุญธรรมมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ข้อดีเป็นการดีสำหรับครอบครัวที่ไม่มีบุตรแล้ว ต้องการอุปการะเด็กเพื่อนำไปเลี้ยงดูเหมือนลูก ข้อเสียคือเนื่องจากบุตรบุญธรรมไม่ใช่ลูกในสายเลือด ดังนั้นกฎหมายจึงได้เปิดช่องว่างไว้ให้ ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมสามารถสมรสกันได้แต่ต้องยกเลิกสถานะบุตรบุญธรรมก่อน ถ้าเกิดกรณีเช่นนี้แสดงว่าคู่สมรสนั้นจะต้องอายุห่างกันอย่างน้อย 15 ปี และนี่ก็บ่งบอกถึงความสัมพันธ์เชิงอำนาจ เพราะตามวัฒนธรรมแล้วในคู่สมรสผู้ชายมักจะมีอายุมากกว่าผู้หญิง ดังนั้นจึงเป็นไปได้มากที่ผู้รับบุตรบุญธรรมจะเป็นผู้ชายที่จะแต่งงานกับลูกสาวบุญธรรม

ความสัมพันธ์เชิงอำนาจจะระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมในทัศนะของนักสตรีนิยมมองว่า การแต่งงานกันระหว่างพ่อบุญธรรมกับลูกสาวบุญธรรมเป็นความสัมพันธ์เชิงอำนาจ ที่เกิดระหว่างผู้ใหญ่กับเด็ก กรณีข่มขืนที่เป็นข่าวตามหนังสือพิมพ์ที่พ่อได้ข่มขืนลูกสาวในได้เกิดขึ้นหลายครั้ง และมักจะอ้างว่าเกิดขึ้นเพราะความเมาและที่เลวร้ายไปกว่านั้นคือ เพราะความแค้นที่มีต่อภรรยาที่หนีไป ลูกสาวจึงกลายเป็นความชั่วร้ายของภรรยาที่ทิ้งไว้ให้ ความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างพ่อบุญธรรมกับลูกสาวบุญธรรมจึงเป็นเรื่องที่อาจจะเกิดการล่วงละเมิดทางเพศขึ้นได้ง่าย เช่นเดียวกัน เพราะลูกสาวบุญธรรมไม่ใช่ลูกโดยสายเลือดที่ความประสงค์ของพ่อบุญธรรมตั้งแต่เริ่มรับ อาจจะต้องการอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษาเท่านั้น หรืออาจจะตั้งใจตั้งแต่แรกที่จะรับเอาลูกสาวบุญธรรมมาเป็นเมียในอนาคต ส่วนลูกสาวบุญธรรมก็จะมีวิธีคิดอีกอย่างหนึ่งคือการเคารพบูชา เพราะถือว่าเขาไม่ใช่พ่อแท้ ๆ แต่อุทิศสาค์เลี้ยงดู ซึ่งก็เป็นการง่ายที่พ่อบุญธรรมจะละเมิดทางเพศ

ต่อลูกสาวบุญธรรมเพราะการยอมของลูกสาวบุญธรรมก็คือการตอบแทนพระคุณอย่างหนึ่ง ซึ่งกฎหมายก็ได้เปิดช่องว่างไว้ให้แล้ว

ลักษณะ 3 ค่าอุปการะเลี้ยงดู¹

บุคคลที่จะได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดู

1. สามิภริยา ระหว่างที่อยู่กินด้วยกัน² ก่อนที่จะมีการแก้กฎหมายครอบครัว เมื่อ พ.ศ. 2519 กฎหมายครอบครัวฉบับเก่าได้กำหนดให้สามิเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูและยังกำหนดให้สามิเป็น หัวหน้าครอบครัวอีกด้วย ดังนั้นภริยายอมไม่ต้องอุปการะสามิ แต่เมื่อแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ จึงได้ให้มีความเท่าเทียมกันในเรื่องอุปการะเลี้ยงดูว่าทั้งชายและหญิงต่างต้องอุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถของผู้ให้และฐานะของผู้รับ

ระหว่างแยกกันอยู่ตามคำสั่งศาล³ เมื่อการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ หรือทำลายความผาสุกอย่างมากของสามิ หรือภริยาและฝ่ายที่จะต้องรับอันตรายหรือความเสียหาย อาจร้องต่อศาลให้ต่างคนต่างอยู่ ศาลอาจกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูให้ฝ่ายหนึ่ง

ข้อที่น่าสังเกตว่าการแก้กฎหมายที่จะเป็นประโยชน์ฝ่ายชายอยู่แล้วจะแก้กฎหมายได้ง่ายดาย ต่างจากการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ได้ประโยชน์แก่ฝ่ายหญิงซึ่งจะต้องฟันฝ่าอุปสรรคนานาประการ ทั้ง ๆ ที่การแก้ไขก็เพื่อจะให้เกิดความเป็นธรรมเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีของมนุษย์ก็ตาม

เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งวิกลจริต หากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งวิกลจริต และอีกฝ่ายหนึ่งไม่อุปการะเลี้ยงดู มาตรา 1464 ระบุว่า บุคคลผู้เป็นคู่สมรส บุพการี ผู้สืบสันดาน หรือผู้ปกครอง หรือผู้พิทักษ์ อาจฟ้องคู่สมรสอีกฝ่ายเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่ผู้วิกลจริต

2. บิดามารดากับบุตร

¹ วิชา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, หน้า 267-269.

² มาตรา 1461 วรรค 2

³ มาตรา 1462

ในกรณีบิดามารดากับบุตรนี้ มาตรา 1563 ระบุว่า บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา และในมาตรา 1564 ระบุว่า บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตร ในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์

บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้บรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพ และหาเลี้ยงตนเองไม่ได้เท่านั้น

3. ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม

ฐานะของบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1595/28 ระบุว่า มีอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น ในขณะที่ไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวที่ได้กำเนิดมา

มาตรา 1598/33 วรรค 4 ระบุว่า คดีฟ้องเลิกการรับบุตรบุญธรรมอาจมีได้ในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งไม่อุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่ง

ภายใต้สถาบันการแต่งงานระหว่างคู่สมรสนอกเหนือไปจากการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยายังมีเรื่องของความรับผิดชอบผูกพันกันไปอีกนานแม้กระทั่งหย่ากันไปแล้ว ในระหว่างที่หญิงชายยังเป็นคู่สมรสกันอยู่ต่างฝ่ายก็ต้องดูแลซึ่งกันและกัน แต่การดูแลอุปการะซึ่งกันและกันไม่ได้มีการกำหนดหน้าที่โดยข้อกฎหมายเพราะฉะนั้นการอุปการะดูแลกันและกันจึงเป็นเรื่องทางวัฒนธรรม จารีตประเพณี ที่จะเป็นเครื่องกำหนดหน้าที่ของแต่ละฝ่าย และประเด็นที่สำคัญคือการแบ่งงานกันทำตามความเป็นเพศสภาพ (Gender Division of Labor) นักสตรีนิยมสายสังคมนิยม (Socialist Feminists) อย่าง Heidi Hardmann (ไฮดี ฮาร์ดมันน์)¹ เสนอว่า การแบ่งงานกันตามเพศ (Job Segregation) เป็นสาเหตุหลักที่ทำให้ผู้หญิงถูกกดขี่ อุดมการณ์ชายเป็นใหญ่สร้างความเชื่อว่าผู้หญิงมีหน้าที่ในการดูแลบ้านและดูแลลูก ด้วยความเชื่อนี้ทำให้ทำให้ผู้หญิงได้รับค่าจ้างในตลาดแรงงานต่ำ การที่ผู้หญิงได้รับค่าจ้างแรงงานต่ำทำให้ผู้หญิงต้องพึ่งพาผู้ชาย เป็นการผลักดันให้ผู้หญิงต้องแต่งงาน เมื่อผู้หญิงแต่งงานก็ต้องทำงานบ้านและดูแลลูก ทำให้สถานะของผู้หญิงในตลาดแรงงานด้อยลง เพราะไม่สามารถทำงานได้อย่างเต็มที่เมื่อเปรียบเทียบกับผู้ชาย ในขณะที่ผู้ชายได้ประโยชน์จากสภาพเช่นนี้ ไม่ว่าจะเป็ค่าแรงงานที่สูงขึ้นและมีคนมาทำงานบ้านให้

ข้อเรียกร้องของ Hardmann คือ การเปลี่ยนแปลงสถาบันทางสังคมต่าง ๆ ในทางกว้าง และเปลี่ยนนิสัยความเคยชินที่ฝังรากลึกในผู้หญิงและผู้ชาย สังคมที่ควรจะเป็นคือสังคมที่ตระหนักว่าการพึ่งพิงกันระหว่างผู้หญิงและผู้ชายเป็นเสรีภาพไม่ใช่ความน่าอับอาย บุคคลลักษณะของการ

¹ ดู Heidi Hardmann, “Capitalism, Patriarchy and Job Segregation by Sex” (1979) , “The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism” (1981), อ้างใน วารุณี ภูริสินสิทธิ, สตรีนิยม : ขบวนการและแนวคิดทางสังคมแห่งศตวรรษที่ 20, หน้า 122.

ดูแลเอาใจใส่เป็นเรื่องสากลที่เกิดขึ้นได้ทั้งในผู้หญิงและผู้ชาย ไม่ใช่พฤติกรรมที่ถูกนำมาใช้ในการกดขี่ และผู้หญิงไม่ต้องสนับสนุนอิสรภาพที่ผิดๆของผู้ชายโดยการแบกรับงานบ้านและดูแลลูกแต่เพียงผู้เดียวอีกต่อไป¹

สรุปท้ายบท

กฎหมายครอบครัวของไทยได้บัญญัติขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยา พ.ศ. 1904 ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 1 ได้มีการชำระกฎหมายใหม่เรียกว่า พระไอยการลักษณะฝ่าฝืนของกฎหมายตราสามดวง และในสมัยรัชกาลที่ 5 ก็ได้มีการชำระกฎหมายเพื่อให้ทันสมัย โดยได้รับอิทธิพลทั้งจากกฎหมายยุโรป อาทิ กฎหมายอังกฤษ กฎหมายฝรั่งเศส รวมทั้งจารีตประเพณีเดิมของไทยด้วย และมีการประกาศใช้กฎหมายครอบครัวในปี พ.ศ. 2478 ต่อมาก็ได้มีการแก้ไขกฎหมายครอบครัวขึ้นใหม่ เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 ที่ได้กำหนดว่า “ชายหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” และได้มีการประกาศใช้บทบัญญัติบรรพ 5 ใหม่เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2519 และต่อมาก็ได้มีการแก้ไขบางส่วนของข้อกฎหมายในบรรพ 5 และประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2533

การศึกษาวเคราะห์การวิเคราะห์มิติเรื่องประเวณีจากจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยเรื่องกฎหมายครอบครัวเป็นการสรุปและถอดความภาษาทางกฎหมายเพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจของบุคคลทั่วไป และในส่วนของบทวิเคราะห์นั้นเป็นการวิเคราะห์จากตัวบท (Text) ภายใต้กรอบแนวคิดของสตรีนิยม 2 สำนักคือ แนวคิดสตรีนิยมสายเสรีนิยม (Liberal Feminist) และแนวคิดสตรีนิยมสายถึงรากเหง้า (Radical Feminist)

จากการวิเคราะห์กฎหมายครอบครัว บรรพ 5 พบว่ามีกฎหมายที่สะท้อนวัฒนธรรมชายเป็นใหญ่ในหลาย ๆ ข้อ ซึ่งมีทั้งข้อกฎหมายที่แสดงออกถึงความมื่อคติทางเพศอย่างชัดเจนและข้อแอบแฝง ในบทบัญญัติของกฎหมายที่รองรับผลประโยชน์ของผู้ชาย โดยกฎหมายครอบครัวนี้มีการแก้ไขครั้งสุดท้าย เมื่อ พ.ศ. 2533 ณ วันนี้เป็นเวลา 14 ปี ซึ่งถือว่าเป็นเวลานานเพราะสังคมไทยมีความเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ความเจริญก้าวหน้าทางสังคมก็ควรที่จะเจริญก้าวหน้าไปพร้อมกับสิทธิมนุษยชนและสิทธิของผู้หญิงในทางกฎหมายด้วย

กฎหมายครอบครัว บรรพ 5 มีข้อกฎหมายที่ยังแสดงถึงความไม่เท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายหมั้นที่มีประเด็นสำคัญคือเรื่อง “สินสอด” ซึ่งก็เป็นรูปแบบของการซื้อกรรมสิทธิ์และ

¹ Heidi Hardmann, อังโน วารุณี ภูริสินสิทธิ์, สตรีนิยม : ขบวนการและแนวคิดทางสังคมแห่งศตวรรษที่ 20, หน้า 122-126.

ประเวณีของผู้หญิงจากพ่อแม่ การสมรสกฎหมายก็ไม่รับรองสิทธิพลเมืองที่คนเพศเดียวกันไม่สามารถแต่งงานกันได้ การสมรสช่อนก็เป็นปัญหาที่รัฐไม่คำนึงถึงสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลของผู้หญิง ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาก็โยงไปสู่เรื่องของ คำนำหน้านาม และนามสกุล และข้อกฎหมายที่ย่ำอูคมการณ์ความเป็นเมียและความเป็นแม่ของผู้หญิง เหตุแห่งการหย่าก็แสดงให้เห็นถึงมาตรฐานช่อนของกฎหมาย นอกจากข้อกฎหมายที่มีความไม่เท่าเทียมกันทางเพศแล้ว กระบวนการยุติธรรมก็บิดเบือนเจตนาของข้อกฎหมาย คำพิพากษาของศาลหลาย ๆ คดีได้ทำให้เห็นว่า อูคมการณ์ชายเป็นใหญ่ในสังคมไทยยังคงฝังรากลึก

จากความไม่ยุติธรรมในพื้นที่ทางกฎหมายและความไม่เท่าเทียมกันทางเพศในสังคม นักสตรีนิยมหลายคน อาทิ Sulamith Firestone ได้เสนอให้ผู้หญิงการเลิกทำหน้าที่สืบพันธุ์ และ Adrienne Rich ก็มีแนวคิดเหมือนกันคือ การเลิกเป็นเมียและเลิกคลอดลูก ส่วน Frederick Engels นักสตรีนิยมสายมาร์กซิส เสนอว่า ภาวะที่เกี่ยวกับงานบ้านและการเลี้ยงดูลูกเป็นเรื่องที่สังคมต้องเข้าไปปรับผิดชอบเพื่อที่ผู้หญิงจะสามารถออกไปสู่การทำงานนอกบ้าน หรือข้อเสนอของ Heidi Hardmann ที่ให้เลิกแบ่งงานกันตามเพศ ข้อเสนอของนักสตรีนิยมเหล่านี้มีมโนทัศน์อย่างเดียวกันคือการรื้อระบบโครงสร้างของสังคมใหม่

ต้องยอมรับอย่างหนึ่งว่าแนวคิดสตรีนิยมเป็นแนวคิดแบบตะวันตก ที่มีฐานที่แน่นของการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพมาอย่างยาวนาน ไม่ว่าจะเป็นการเรียกร้องสิทธิของคนผิวสี รวมถึงการเรียกร้องสิทธิสตรี จะเห็นได้ว่าประเด็นเรื่องสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ในสังคมมีพัฒนาการในทิศทางที่ดีขึ้นเรื่อยมา แม้การเรียกร้องสิทธิเสรีภาพนั้นจะยังไม่มีผลสัมฤทธิ์ ถึงระดับที่สามารถรื้อโครงสร้างของสังคมได้ แต่ก็ได้ทำให้สิทธิของคนรวมถึงสิทธิของผู้หญิงตะวันตกมีที่มทางมากขึ้นเมื่อเทียบกับสังคมไทย การที่สังคมไทยรับเอาแนวคิดสตรีนิยมเข้ามาและด้วยฐานของสิทธิเสรีภาพของคนในสังคมไทยยังไม่เข้มแข็งพอ ส่งผลให้ขบวนการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพของผู้หญิงขาดกำลังร่วม ดังนั้นประเด็นปัญหาความไม่เท่าเทียมกันทางเพศคนส่วนใหญ่อังยังไม่ตระหนัก แม้กระทั่งตัวผู้หญิงเองก็ไม่ตระหนัก ถึงปัญหาที่ตัวเองเผชิญ ซึ่งนักสตรีนิยมบางสายเรียกว่า “ผู้หญิงที่มีจิตสำนึกผิดพลาด”¹ ดังนั้นประเด็นการเคลื่อนไหวปัญหาผู้หญิงในสังคมไทยหลาย ๆ ครั้งจึงไม่ได้รับการสนับสนุนจากสังคมกระแสหลัก ทั้งนี้ประเด็นปัญหาของผู้หญิงไม่ใช่ปัญหาเฉพาะเพศเท่านั้นแต่เป็นปัญหาของผู้ชายด้วย เพราะบริบทของชีวิตผู้ชายย่อมมีผู้หญิงเป็นองค์ประกอบ การแก้ไขปัญหาของผู้หญิงไม่ใช่เพื่อผู้หญิงโดยเฉพาะ ตัวอย่างเช่น ถ้ามีการแก้ไขกฎหมายการล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้หญิงให้มีโทษจำคุก

¹ จลาตชาย รมิตานนท์, คำบรรยายประกอบการสอนกระบวนวิชา “Gender in Development”, (เชียงใหม่ : หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาสตรีศึกษา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ภาคการศึกษาที่ 2/2544)

และ มีค่าปรับที่สูงมาก นั่นหมายถึงผู้หญิงที่เป็นลูกสาว เป็นเมีย พี่ น้อง ของผู้ชาย ก็จะได้รับ ความคุ้มครองและมีความปลอดภัยมากขึ้น ดังนั้นขบวนการเคลื่อนไหวสิทธิสตรีหรือขบวนการเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิมนุษยชน จึงเป็นขบวนการเคลื่อนไหวทางสังคมที่ตอบสนองความเป็นมนุษย์ผู้หญิงและมนุษย์ผู้ชายที่จะนำมาซึ่งความสุขของสังคม

มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่