

บทที่ 1

บทนิยามและสาระสำคัญของการสมรส

ความหมายของการสมรส

1. ความหมายทั่วไป

1.1 ความหมายตามพจนานุกรม

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้นิยามการสมรสว่า คือการแต่งงาน ซึ่งหมายถึง การที่พิธีให้บ่าวสาวอยู่กินเป็นัวเมียกัน¹

1.2 ความหมายทางสังคมวิทยา

ในทางสังคมวิทยาถือว่า การสมรสนั้นเป็นอาการที่แสดงออกให้ปรากฏในสังคมว่า ชายหญิงตกลงที่จะให้มีเพศสัมพันธ์ต่อกัน เพื่อก่อให้เกิดสภาพครอบครัวขึ้น จะโดยวิธีใดวิธีหนึ่งก็ได้ อันสามารถทำให้สังคมนั้น ๆ ยอมรับการกระทำที่เรียกว่า การสมรสนั้น²

1.3 ความหมายทางมนุษยวิทยา

ในทางมนุษยวิทยา เห็นว่า การสมรสนั้นเป็นสัญญาที่ฝ่ายชายหญิงมีความยินดีที่จะมีความสัมพันธ์กันไม่ว่าโดยการสมรสหรือไม่ก็ตาม แต่มีวัตถุประสงค์ในการก่อความสัมพันธ์กัน² ประการ คือ ต้องการมีบุตรด้วยกัน และ ร่วมกันเลี้ยงดูบุตรนั้น³

2. ความหมายตามกฎหมาย

กฎหมายของประเทศต่าง ๆ กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข ความสมบูรณ์ของการสมรสแตกต่างกันออกไปตามระบบกฎหมายของประเทศนั้น จึงต้องพิจารณาว่าประเทศนั้น ๆ ยอมรับว่าอย่างไรคือการสมรสตามกฎหมาย

ประมวลกฎหมายศาสนาคริสต์ มาตรา 1082 วรรค 1 บัญญัติ "การสมรสคือการอยู่ร่วมกันตลอดชีพระหว่างชายหญิง เพื่อการให้กำเนิดบุตร" บทนิยามนี้เป็นหลักสำคัญแห่งการ

¹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์การศาสนา, 2513), หน้า 868 และ 426.

^{2,3} บุญลือ วันทายนต์, ครอบครัวและวงศ์วาน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทประชาชน จำกัด, 2525), หน้า 113.

สมรสของคริสเตียน 4

Lord Penzance ได้ตีความการสมรสไว้ในคดี Hyde V. Hyde (1866) ว่า "การสมรสหมายถึงการอยู่ร่วมกันชั่วชีวิตด้วยความสมัครใจของชายคนหนึ่งกับหญิงคนหนึ่ง โดยการละเว้นจากบุคคลอื่นทั้งปวง" 5 ซึ่งเป็นคำนิยามที่ได้รับการยอมรับและถูกอ้างตลอดมาในศาลอังกฤษ และ ในตำรากฎหมายต่าง ๆ

P.M. Bromley นักกฎหมายอังกฤษกล่าวว่า "การสมรส หมายถึง การตกลงระหว่างชายหนึ่งและหญิงหนึ่ง เพื่อก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามกฎหมายทั้งสามารถบังคับตามสิทธิหน้าที่ และ ก่อฐานะของบุคคลในสังคมเกี่ยวกับครอบครัว" 6

จะเห็นว่า ตามกฎหมายอังกฤษ การสมรสจะต้องมีองค์ประกอบ 4 ประการ คือ 1. จะต้องมีความสมัครใจ (Voluntary) 2. เป็นการร่วมชีวิตกันถาวร (Capable of lasting for the parties' joint lives) 3. ระหว่างชายและหญิง (Between persons of the opposite sex) 4. เป็นการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว (Monogamous)⁷

นักกฎหมาย ชาวอเมริกันบางท่านให้คำนิยามการสมรสไว้ดังนี้

การสมรสคือ "... สภาพหรือความสัมพันธ์แห่งสถานะทางแพ่งของชายหนึ่งกับหญิงหนึ่งที่อยู่ร่วมกันตามกฎหมาย เพื่อบุปฏิบัติหน้าที่อันเกิดขึ้นโดยกฎหมายตามฐานะ ของตนคืออีกฝ่ายหนึ่ง และ ต่อครอบครัว ในเมื่อความสัมพันธ์ร่วมกันนั้นก่อขึ้นมาโดยจุดมุ่งหมายทาง เพศโดย เฉพาะ ..."

การสมรสเป็น "... สัญญาตามแบบอันกำหนดไว้โดยกฎหมายอันมีผลให้ชายและหญิงที่สามารถทำสัญญา เช่นนั้นได้มีความผูกพันต่อกันที่จะมีชีวิตร่วมกันไปตลอดชีพในสถานะความเป็นอยู่ร่วมกันอันพึง เป็นไประหว่างสามีภรรยา"⁸

4 สันตต์ ศะศิวิทย์, "ความเป็นโมฆะของการสมรส" (วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 53.

5 S.M. Cretney, Principles of Family Law, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell Ltd. 1984), p. 61.

6 P.M. Bromley, Family Law, 6th ed. (London: Butterworths, 1981), p. 16.

7 P.J. Page, Family Law, 3rd ed. (London: M&E hand books, 1986), p. 5

8 สันตต์ ศะศิวิทย์, "ความเป็นโมฆะของการสมรส," หน้า 51-52.

ประมวลกฎหมายแพ่งแห่งรัฐแคลิฟอร์เนียมาตรา 4100 บัญญัติว่า "การสมรสเป็นความสัมพันธ์ส่วนบุคคลระหว่างชายหนึ่งกับหญิงหนึ่ง เกิดขึ้นนอกเหนือสัญญาทางแพ่งซึ่งความยินยอมของคู่สัญญาเป็นสิ่งจำเป็น ละทิ้งความยินยอมไม่ก่อให้เกิดการสมรส จะต้องได้รับอนุญาต และการพิทักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 4213 ⁹

ได้มีการสรุปความหมายของการสมรสว่า คือ การกระทำ พิธีการ หรือกรรมวิธี ซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมายของสามีและภรรยา หรือเป็นการรวมกันแห่งกายภาพแห่งกฎหมายและแห่งศีลธรรมระหว่างชายและหญิงในสังคมของชีวิตที่สมบูรณ์เพื่อก่อตั้งครอบครัว ¹⁰ ซึ่งเป็นการมองการสมรสในแง่ความสัมพันธ์ของชายและหญิงที่จะร่วมชีวิตเพื่อก่อตั้งครอบครัว โดยพิธีการ ซึ่งได้รับการยอมรับจากสังคมและกฎหมาย

กฎหมายไทยมิได้นิยามคำว่า การสมรสไว้ มีผู้ให้ความหมายในทางกฎหมายของการสมรสว่าหมายถึง การที่ชายและหญิงสมัครใจเข้าอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยากันชั่วชีวิต โดยจะไม่เกี่ยวข้องทางชู้สาวกับบุคคลอื่นได้อีก ¹¹ ซึ่งเป็นความหมายที่ตรงกับบทนิยามการสมรสซึ่งได้รับการยกย่องว่ามีความหมายดีเลิศของ Lord Penzance ในคดี Hyde V. Hyde (1866)

เป็นการยากที่จะให้นิยามที่แน่นอนต่อสิ่งที่เปลี่ยนความสัมพันธ์ทางเพศไปสู่การเป็นคู่สมรสที่กฎหมายยอมรับและเป็นครอบครัวในที่สุด หลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาคือ มีความสัมพันธ์ทางเพศ มีระยะเวลาอยู่ร่วมกัน และเป็นทรงครองโดยสภาพแวดล้อมทางสังคมของคู่สมรสนั่นเอง ¹² อีกทั้งมีกฎหมายบัญญัติรับรองความสัมพันธ์นั้น ดังนั้นบทนิยามของการสมรสในระบุมกฎหมายต่าง ๆ จึงแตกต่างกันออกไปตามประเพณีและกฎหมายของประเทศในระบุมกฎหมายนั้น

สาระสำคัญของ การสมรส

1. ความสำคัญของสถาบันครอบครัว

ครอบครัวเป็นสถาบันเก่าแก่และเป็นสถาบันมูลฐานที่มีมาตั้งแต่โบราณกาลก่อนสถาบันการเมือง การปกครอง และ สถาบันศาสนา ครอบครัวเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับมนุษย์

⁹ Sturt J. Faber, Handbook of Family Law 4th with Forms (California: Micheal Lekov, 1982), p.7.

¹⁰ "Marriage", Encyclopaedia Britannica, 1979, Macropaedia, Vol.15, p. 753.

¹¹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2529), หน้า 90.

¹² Max Rheinstein and Rene Konig, International encyclopaedia of Comparative Law Vol 4.: persons and family (Paris: The Hauge, 1980) pp. 39-40.

เพราะครอบครัวเริ่มต้นจากการสมรส ซึ่งมีขึ้นเพื่อตอบสนองต่อความต้องการทางเพศ อันเป็น
 คุณสมบัติของสิ่งมีชีวิตทั้งหลายที่จะต้องมีการสืบพันธุ์คือ ๆ กันไป และการสมรสก่อให้เกิดบุตร
 ซึ่งต้องได้รับความทะนุถนอมเลี้ยงดูเอาใจใส่จากบุคคลอื่นเป็นเวลานานแรมปี จึงจะมีชีวิต
 อยู่รอด และสามารถช่วยตัวเองได้ ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บิดามารดาของทารก เป็นรากฐานอัน
 มั่นคงของความสัมพันธ์ทางครอบครัว นอกจากนี้ ครอบครัวยังเป็นการแสดงออกซึ่งเอกลักษณ์
 ของตัวเองต่อสังคม ครอบครัวที่ดีจึงเป็นคุณอย่างยิ่งต่อสังคม และครอบครัวที่ช่วยกัน
 อย่างยิ่งต่อสังคมเช่นกัน

ประเทศชาติจะมีคุณค่ามากน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับคุณค่าของพลเมืองซึ่งต่าง
 เป็นสมาชิกของแต่ละครอบครัวในชาติ พลเมืองที่มีบุคลิกภาพเป็นบุคคลดี มีสมรรถภาพสูง ชยัน
 ชัยแข็งในการทำหน้าที่ มีระเบียบวินัย มีศีลธรรม และ เคารพกฎหมายบ้านเมืองย่อมเป็น
 ผลต่อความเจริญรุ่งเรืองของประเทศชาติ บุคลิกภาพหรือผลรวมแห่งรูปแบบความประพฤติของ
 บุคคล ตลอดจนค่านิยมทางสังคมเป็นสิ่งที่มนุษย์ได้มาด้วยการเรียนรู้จากความสัมพันธ์กับคนอื่น
 ในสังคม สิ่งแวดล้อมทางสังคมหน่วยแรกที่ทำหน้าที่ถ่ายทอดมรดกทางวัฒนธรรมและเสริมสร้าง
 หล่อหลอมบุคลิกภาพของบุคคล ก็คือ ครอบครัวนั่นเอง เด็กจะเรียนรู้วิถีประเพณีปฏิบัติตน
 จากครอบครัว เพราะไม่มีบุคคลใดที่ให้ความรักความอบอุ่นแก่เด็ก มีความอดทน เสียสละและ
 ห่วงดีต่อเด็กยิ่งกว่าพ่อแม่ของเด็กได้ สังคมคอมมิวนิสต์อย่างสหภาพโซเวียตและสาธารณรัฐ
 ประชาชนจีนในอดีตเคยเห็นว่า ครอบครัวเป็นสิ่งคุกคามต่ออุดมการณ์คอมมิวนิสต์ จึงพยายาม
 ทำลายระบบครอบครัว เพื่อให้ทุกคนมีความเสมอภาคตั้งแต่เกิด และลดความสำคัญ
 ของครอบครัว เป็นผลให้มีการทอดทิ้งทารกกันมาก เป็นภาระของรัฐในการเลี้ยงดูอบรม เกิด
 ปัญหาทั้งทางจิตวิทยาและสังคมวิทยามากมาย ปัจจุบันจึงเป็นที่ยอมรับกันว่า ครอบครัวที่ดีและ
 มั่นคงการมีส่วนสำคัญในการสร้างสมาชิกที่ดีให้แก่สังคม และสร้างพลเมืองดีให้แก่ประเทศชาติ
 เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศให้เจริญยิ่งขึ้นไป

2. ประวัติความเป็นมาของกฎหมายครอบครัวไทย

แต่เดิมประเทศไทยไม่มีกฎหมายครอบครัวเป็นลายลักษณ์อักษร ในเรื่อง
 ครอบครัว พระมหากษัตริย์ของไทยใช้จารีตประเพณีและคัมภีร์พระธรรมศาสตร์บังคับ สมัย
 กรุงศรีอยุธยาในรัชกาลสมเด็จพระรามาธิบดีศรีบรมจักรพรรดิ (พระเจ้าอู่ทอง) ได้ตรา
 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยเรื่องผิดเมียขึ้นในเบ็มหาศักราช 1904 (จ.ศ. 723) และต่อมาในเบ็มหา
 ศักราช 1905 (จ.ศ. 724) ได้ตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการแบ่งปันสินบริคณ์ในเมื่อผ่าเมีย
 จะหย่าจากกัน¹³ หลังจากนั้นกว้างเว้นไปถึง 400 ปีเศษ ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์กฎหมาย
 ที่ใช้อยู่เป็นกฎหมายเก่าสมัยกรุงศรีอยุธยาซึ่งเหลือจากการถูกทำลายในคราวเสียกรุงศรีอยุธยา
 เพียง 1 ใน 10 ส่วนเท่านั้น จนกระทั่งใน จ.ศ. 1166 (พ.ศ. 2347) รัชสมัยของ
 พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ได้มีคดีเกิดขึ้นเรื่องหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นถึงความบกพร่อง

¹³ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารประกอบการสอนคดีวิชากฎหมาย
 แห่ง 3: ครอบครัว-มรดก (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2527), หน้า 7.

ของกฎหมายที่ใช้อยู่ เป็นเหตุให้มีการชำระกฎหมายครั้งใหญ่ กล่าวคือ มีคดีฟ้องหย่าระหว่าง อาแดงบ่อม โจทก์ กับนายบุญศรี ช่างเหล็กหลวง จำเลย โดยอาแดงบ่อมซึ่งเป็นชู้กับนายราชา อรรถมาฟ้องหย่านายบุญศรี นายบุญศรีไม่หย่า พระเกษมพิจารณาแล้วตีความในกฎหมายให้ลกชน ปรีชาทันแล้ว ตัดสินว่าเป็นหญิงหย่าชาย ให้อาแดงบ่อมกับนายบุญศรีขาดจากหัวเมียกันตาม กฎหมาย นายบุญศรีจึงร้องทุกข์ต่อพระยาศรีธรรมราช กล่าวโทษพระเกษมและนายราชาอรรถ พระยาศรีธรรมราชมีความชกกราบบังคมทูล พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกทรง พระราชดำริว่า หญิงนอกใจชายแล้วมาฟ้องหย่า ศาลตัดสินให้หย่าได้ ไม่ยุติธรรม จึงรับสั่ง ให้เชิญตัวบทมาตรวจสอบ พบข้อความว่า "หญิงหย่าชายได้" จึงเห็นว่าเกิดความบกพร่อง คลาดเคลื่อนของกฎหมาย ทรงโปรดเกล้าแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นตรวจชำระและพิจารณาสอบสวนตัวบทที่ใช้อยู่กับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ จัดระเบียบเข้าเป็นลักษณะมีหมวดหมู่และมาตรา เพื่อให้คนทั้งหลายเข้าใจง่ายขึ้น แล้วเขียนไว้ในสมุดข่อยประทับตราสามดวงไว้เป็นสำคัญ เรียกว่ากฎหมายตราสามดวง ประกาศใช้เมื่อ พ.ศ. 2348 ¹⁴

ในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวและพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีการประกาศพระราชบัญญัติในเรื่องหัวเมียอีกหลายฉบับ ซึ่งส่วนมากมักเป็น กรณีที่เกิดขึ้นแล้วไม่มีกฎหมายบังคับใช้ พระมหากษัตริย์จึงทรงวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐาน ¹⁵

ส่วนทางทวีปยุโรป เกิดการปฏิวัติทางอุตสาหกรรม ฝรั่งเศสยุโรปต่างล่า ประเทศต่าง ๆ ในทวีปเอเชีย แอฟริกา และหมู่เกาะในมหาสมุทรแปซิฟิกเป็นอาณานิคม เพื่อ แสวงหาวัตถุดิบป้อนโรงงานในประเทศของตนและระบายสินค้าที่ผลิตได้ พระบาทสมเด็จพระ จอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงต้องคำนึงนโยบายเพื่อความอยู่รอดของประเทศชาติ ลงนามสนธิ สัญญาเบาริงกับอังกฤษ เมื่อ พ.ศ. 2398 ยอมให้สิทธิสภาพนอกอาณาเขต การให้สิทธิสภาพ นอกอาณาเขต หมายถึง ชาวต่างชาติมีสิทธิพิเศษไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ตน ไปพำนักอยู่ แต่ปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศที่ตนสังกัดและขึ้นต่อศาลกงสุลของประเทศตน ซึ่งต่อมาประเทศตะวันตกได้ตีความ "คนในบังคับ" คลุมถึงชาวอาณานิคมที่อยู่ภายใต้การปกครอง ของตนและคนไทยหรือคนจีนที่มีภูมิลำเนาในประเทศไทย แต่ไปจดทะเบียนเป็นคนในบังคับของประเทศตะวันตก ทำให้ไทยเสียอธิปไตยทางศาล เป็นอุปสรรคต่อการบริหารและพัฒนาบ้านเมือง และอาจเป็นอันตรายต่อเอกราชของประเทศชาติด้วย สาเหตุที่ชาวต่างชาติเรียกร้องสิทธิสภาพ นอกอาณาเขต ก็โดยอ้างว่า ระบบกฎหมายและการศาลของไทยมีข้อบกพร่อง ล้าสมัยไม่ เหมาะสม ไม่เป็นระเบียบ วิธีการพิจารณาคดีป่าเถื่อนทารณ ไม่อำนวยการยุติธรรม หลัก ประกันความปลอดภัยทางกฎหมายยังไม่เพียงพอ ทางเดียวที่ไทยจะได้เอกราชทางกฎหมายและ

¹⁴ ลัทธพร ณัฐบุณย์, "สิทธิและหน้าที่ของสตรีตามกฎหมายไทยในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์," (วิทยานิพนธ์ปริญญาอักษรศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2519), หน้า 69-71.

¹⁵ กระทรวงยุติธรรม, การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระปิยะมหาราช (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2511), หน้า 8.

ทางศาลกลับมาก็คือ การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลไทย ให้ได้มาตรฐานที่ชาวต่างชาติยอมรับ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงเร่งปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลไทย โดยเริ่มจากจัดระบบศาลยุติธรรมให้เป็นระเบียบ และปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายไทยให้เป็นระบบเดียวกับที่ใช้ในทวีปยุโรป โดยเลือกใช้ระบบกฎหมายของประเทศในยุโรปที่ใช้ประมวลกฎหมายเป็นหลักในการร่าง¹⁶ ในส่วนของงานร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เริ่มต้นปลายรัชกาลที่ 5 และเริ่มทำอย่างจริงจังในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ด้วยพระปรีชาญาณของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่ประเทศไทยเข้าร่วมสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยเข้ากับฝ่ายพันธมิตร เมื่อสงครามสิ้นสุดลง ไทยจึงมีโอกาสเรียกร้องขอแก้ไขสนธิสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับประเทศต่าง ๆ ได้สำเร็จ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย ใน พ.ศ. 2475 รัฐบาลได้เร่งรัด จัดทำประมวลกฎหมายจนครบถ้วนใน พ.ศ. 2478 การแก้ไขสนธิสัญญาเพื่อความเสมอภาคและยุติธรรมสำเร็จบริบูรณ์ใน พ.ศ. 2481¹⁷

ในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยเรื่องครอบครัว มีนักกฎหมายหลายท่านเห็นว่า ยึดหลักกฎหมายลักษณะฟัวเมียเป็นส่วนใหญ่ แม้จะได้หลักกฎหมายต่างประเทศมาพิจารณาด้วย แต่ก็ยังคงยึดถือหลักกฎหมาย ประเพณี และวัฒนธรรมของไทยที่มีมาแต่ดั้งเดิมอยู่ อย่างไรก็ตามมีนักกฎหมายท่านหนึ่งไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว โดยเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ของไทย เมื่อได้ตรวจดูแล้วพบว่ามิที่เป็นกฎหมายเก่าแท้ ๆ ของไทยเพียงมาตราเดียวคือ มาตรา 1534 (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ตรงกับมาตรา 1562) ที่ห้ามบุตรหลานฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา นอกนั้นล้วนเทียบเคียงมาจากกฎหมายต่างประเทศทั้งสิ้น โดยมีเหตุผลที่ควรเชื่อว่าในสถานการณ์ที่ไทยต้องยอมให้สิทธินอกอาณาเขตแก่ชาวต่างชาติ การที่จะได้เอกราชทางกฎหมายและการศาลกลับมานั้นจำเป็นต้องปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลไทยให้อยู่ในระดับที่ประเทศตะวันตกยอมรับ รวมถึงเปลี่ยนแปลงยกถอนธรรมเนียมเก่าและกฎหมายเก่าที่ยุโรปคิดเห็นว่าเป็นข้อกีดขวางความเจริญของบ้านเมืองหรือที่ไม่เป็นประโยชน์ แม้จะมีมาแต่โบราณก็ต้องเปลี่ยนแปลงให้สมควรแก่การ และเพิ่มเติมธรรมเนียมและกฎหมายใหม่เพื่อความเจริญของบ้านเมือง เมื่อพิจารณากฎหมายลักษณะฟัวเมียซึ่งมีประเพณีเก่าของไทยเรื่องใหญ่เรื่องเดียวที่ขัดแย้งกับกฎหมายของอารยประเทศ คือ การยอมให้ชายมีภรรยาได้หลายคน อันแสดงถึงความกตัญญูไม่เสมอภาคทางเพศ ในเรื่องนี้ประเทศตะวันตกถือระบบฟัวเดียเมียเดียเป็นกฎแห่งประชาชนที่เจริญแล้ว และเป็นหลักแห่งมนุษยธรรมที่ควรให้มนุษย์มีความเสมอภาคทางเพศ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 จึงกำหนดให้ชายมีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายได้เพียงคนเดียว เช่นเดียวกับ ประเทศตะวันตก ล้มล้างประเพณีและกฎหมายเก่า ที่เคยให้ชายมีภรรยาได้หลายคน เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักฐานอ้างอิง (Reference) ที่มีอยู่ที่กรมร่างกฎหมาย หรือ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พบว่ากฎหมาย

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

¹⁷ ชวลิต โสภณวัต, "ความเป็นบิดามารดาและบุตร" (วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 49.

ต่างประเทศที่ใช้เป็นหลักในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 คือกฎหมายแพ่งของสวิตเซอร์แลนด์ ญี่ปุ่น และฝรั่งเศส โดยมีของสเปน อังกฤษ บราซิล และเดนมาร์ก เป็นอยู่บ้างเล็กน้อย ในการบัญญัติ บรรพ 5 แต่ละเรื่อง ย่อมต้องบัญญัติตามกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งทันสมัยมีเหตุผลกว่า 18

3. อิทธิพลของศาสนาที่มีต่อกฎหมายครอบครัว

ศาสนาคือกฎข้อบังคับที่ กำหนดไว้ให้มนุษย์ประพฤติปฏิบัติในคำสั่งสอนที่เชื่อกันว่าเป็นคัมภีร์ความดี งดเว้นการกระทำความชั่ว หรืองดเว้นการกระทำใด ๆ ที่ศาสนาแห่งศาสนาห้ามปรามไว้ เพื่อหวังความสุขที่จะได้รับในภพหน้า ศาสนาจึงเป็นส่วนหนึ่งของระบบสังคมที่ควบคุมความประพฤติของบุคคลให้เป็นไปตามทวนองคลองธรรม บุคคลย่อมได้รับอิทธิพลจากบทบัญญัติของศาสนา ในเรื่องความเชื่อและศรัทธา โดยเฉพาะเกี่ยวกับชีวิตครอบครัว เพราะมนุษย์แรกเกิดก็อยู่ภายใต้การดูแลของครอบครัว ครอบครัวก็อบรมเกี่ยวกับศาสนา เช่น จารีตประเพณี ลัทธิ ธรรมเนียมต่าง ๆ ศาสนาเป็นเครื่องผูกครอบครัวให้อยู่ในศีลธรรมอันดี อันแสดงถึงหลักความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา ระหว่างบิดามารดาและบุตร ส่วนกฎหมายคือข้อบังคับของรัฐหรือประเทศที่ใช้บังคับความประพฤติทั้งหลายของบุคคลในรัฐของตนอันเกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกัน หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามจะมีความผิดและถูกลงโทษ ทั้งศาสนาและกฎหมายต่างก็กำหนดความประพฤติของมนุษย์ ที่แสดงออกมามีเหมือนกัน ถ้ามนุษย์ฝ่าฝืนกฎข้อบังคับแล้วย่อมจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษเช่นกัน เพียงแต่ผลร้ายหรือบทลงโทษทางกฎหมายรุนแรงและเด็ดขาดกว่าคำสั่งสอนในทางศาสนา หลักธรรม คัมภีร์ต่าง ๆ หรือคำสั่งสอนของนักปราชญ์เจ้าลัทธิต่าง ๆ ซึ่งมุ่งสอนการดำเนินชีวิตและความเป็นอยู่ในสังคม เป็นที่ยอมรับปฏิบัติกันทั่วไปจึงได้พัฒนามาเป็นกฎหมายบ้านเมือง ดังนั้นกฎหมายและศาสนาจึงเข้ามาปะปนกันมีอิทธิพลต่อกัน รัฐจะบัญญัติกฎหมายที่สืบมาบังคับใช้กับประชาชน ก็ต้องคำนึงถึงศาสนาด้วย ประชาชนจึงจะเคารพและปฏิบัติตามได้อย่างมีระเบียบเรียบร้อย การที่ศาสนาเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันมากขึ้น ศาสนาจึงมีอิทธิพลต่อกฎเกณฑ์ระเบียบสังคมมนุษย์ ในบางยุคบางศาสนาผู้นำทางศาสนาก็ก้าวล้ำเข้าไปเป็นกฎหมายของผู้นับถือศาสนา¹⁹ นอกจากนั้นทฤษฎีกฎหมายหลายทฤษฎีมีรากฐานมาจากความคิดในทางศาสนา²⁰

3.1 ศาสนาคริสต์ เป็นศาสนาที่มีต้นกำเนิดมาจากภาคพื้นยุโรป แถบประเทศปาเลสไตน์ของยิวเมื่อประมาณ 2,000 ปีมาแล้ว โดยมีพระเยซูเป็นศาสดาแห่งศาสนา เมื่อประกาศศาสนาคริสต์แล้ว ได้ยอมรับเอาหลักธรรมในทางศาสนายูดาห์ (Udah) ที่ปรากฏอยู่ในคัมภีร์เก่า (old Testament) ซึ่งเรียกว่า บัญญัติ 10 ประการ (Ten Commandments)

18 เรื่องเดียวกัน, หน้า 52 - 55.

19 บุญลือ วันทายนต์, สังคมวิทยาศาสนา (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518), หน้า 108.

20 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: บริษัทวิศวรรีเพาเวอร์พอยท์จำกัด, 2528), หน้า 383.

เป็นส่วนหนึ่งของศาสนา แต่บัญญัติ 10 ประการนี้ไม่ใช่กฎหมาย เป็นเพียงข้อห้ามและแนวปฏิบัติ ตามคําสอนของศาสนาเท่านั้น ผู้ฝ่าฝืนไม่มีโทษทางบ้านเมือง ความศรัทธาในหลักศาสนาคริสต์ที่มีมานานร้อย ๆ ปี ทำให้ศาสนากลายเป็นข้อบังคับและส่วนหนึ่งของชีวิตสังคมยุโรปกลางยุคกลาง ในที่สุดจึงได้กลายเป็นกฎหมายศาสนา (Cannon Law) ใช้บังคับแก่คริสต์ศาสนิกชน หากใครฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษตามกฎหมายศาสนา ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 10 เป็นต้นไป กฎหมายศาสนาคริสต์เจริญมากที่สุด ผู้นำศาสนา (พระสันตะปาปา) สามารถใช้ศาสนาเป็นเครื่องมือครอบงำฝ่ายบริหารประเทศได้²¹

ก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 16 ศาสนจักรมีอำนาจมากและมีการใช้อำนาจแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบหลายประการ จึงทำให้คริสต์ศาสนิกชนบางพวกมีปฏิริยาคัดค้านและแยกไปตั้งนิกายใหม่ ๆ เป็นเหตุให้ศาสนาคริสต์แตกแยกออกเป็นนิกายต่าง ๆ ศาสนาจักรเดิมก็ปรับปรุงตนเอง และรู้จักกันในระยะต่อมาว่า "ศาสนาจักรโรมันคาทอลิก" ศาสนาคริสต์เริ่มเสื่อมอำนาจลงหลังจากสงครามศาสนา 200 ปี²² ครั้นถึงคริสต์ศตวรรษที่ 18 ชาวยุโรปเลิกมงายเรื่องศาสนา หันกลับมาเชื่อในเหตุผลและวิทยาศาสตร์ มีการปรับปรุงกฎหมายและออกกฎหมายใหม่ ๆ ซึ่งเป็นรากฐานของกฎหมายในปัจจุบันมากมาย

ศาสนาคริสต์แม้จะเผยแพร่ออกไปนอกทวีปยุโรป แต่ก็มิได้เผยแพร่ออกไปในลักษณะที่เป็นกฎหมาย เพราะในระยะนั้นฝ่ายอาณาจักรได้ครอบงำเล็กกฎหมายศาสนาคริสต์และแยกอำนาจในการปกครอง การใช้อำนาจ ออกจากฝ่ายคริสตจักรแล้ว ดังนั้นอิทธิพลของศาสนาคริสต์ในนานาประเทศนอกจากประเทศในยุโรปกลางแล้ว จึงเป็นเพียงแนวความคิดในการร่างกฎหมายบางเรื่องเท่านั้น การเผยแพร่วินัยศาสนาคริสต์ออกสู่นานาประเทศโดยหมอสอนศาสนามีมากในคริสต์ศตวรรษที่ 15-19 ในรัสเซียหลังจาก 15 ปีแห่งการต่อต้านศาสนา นิกายออร์ทอดอกซ์ตะวันออกยังคงมีอยู่และมีขนาดเท่าพรรคคอมมิวนิสต์ทีเดียว ส่วนในสหรัฐอเมริกาหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ศาสนาที่มีคนนับถือมากที่สุดคือ ศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก มีผู้นับถือถึง 45 ล้านคน สำหรับประเทศไทย ศาสนาคริสต์แพร่เข้ามาในช่วงสมัยรัชกาลที่ 4 โดยหมอสอนศาสนาเข้ามาพร้อมกับความเจริญทางด้านเทคโนโลยีและการค้าขาย เมื่อประเทศไทยเริ่มหันไปปรับปรุงกฎหมายจารีตนครบาลให้ทัดเทียมนานาประเทศ ได้ส่งบุตรหลานไปศึกษากฎหมายจากประเทศในยุโรปซึ่งศาสนาคริสต์เคยมีอิทธิพลอย่างมาก และในการปรับปรุงกฎหมายก็ได้ใช้กฎหมายของประเทศในยุโรปเป็นหลักในการร่าง เป็นส่วนใหญ่นำแนวความคิดของศาสนาคริสต์และกฎหมายศาสนาคริสต์จึงได้แทรกซึมเข้ามาในประเทศไทย²³

อิทธิพลของศาสนาคริสต์ที่มีอยู่เหนือกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เป็นอิทธิพลโดยทางอ้อมกล่าวคือ ประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก รับเอาความคิดจากกฎหมาย

²¹ วิษณุ เครืองาม, ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 32.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 386, 396.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 413-414.

ศาสนาบาบัพฏิว่าวันกฏหมายของคนหลายเรื่อง ไม่ว่าจะ เป็นกฏหมายแพ่ง กฏหมายอาญา กฏหมายรัฐธรรมนูญ และกฏหมายปกครอง ในส่วนของกฏหมายครอบครัว อิทธิพลของกฏหมาย ศาสนามีอยู่มากที่สุดในเรื่องการสมรส โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ เงื่อนไขการสมรส, พิธีการสมรส, ผลของการสมรสกับทรัพย์สินของสามีภรรยา และ การขาดจากการสมรส²⁴ เช่น หลักการ กำหนดเงื่อนไขการหย่าร้างไว้ให้กระทำได้ยาก กฏหมายห้ามการคุมกำเนิดและการทำแท้ง หรือหลักหัวเดียวเมียเดียว (Monogamy)

3.2 ศาสนาอิสลาม เป็นศาสนาที่มีแหล่งกำเนิดในกรุงเมกกะ (Mecca) ประเทศซาอุดีอาระเบียเมื่อประมาณ 1,300 ปีเศษล่วงมาแล้ว ในสมัยที่นับถือศาสดาได้ทรง ประกาศศาสนาอิสลาม วางหลักการให้ชาวอาหรับมีพระเจ้าองค์เดียวคือ พระอัลเลาะห์ ทำให้ ชาวอาหรับสามารถรวมกันได้ทางจิตใจและ เกิดความรู้สึกเป็นชาติเดียวกัน มีการเผยแพร่ ศาสนาออกไปในดินแดนส่วนอื่น ๆ จนกลายเป็นจักรวรรดิที่มีอาณาเขตกว้างขวาง ศาสนานี้เองมีสภาพเป็นกฏหมายของบ้านเมืองโดยปริยาย เป็นกฏหมายที่กำหนดถึงหน้าที่ของ ประชาชนที่มีต่อพระเจ้า เพื่อนบ้านของคน สังคมและครอบครัว ตลอดจนความประพฤติ ในด้านจริยธรรม รวมทั้งกฏหมายอาญาคด้วย²⁵

สำหรับหน้าที่ต่อพระเจ้าเป็นเจ้าของเป็น 2 ภาค คือ ภาคทฤษฎี เรียกว่า "อิมาน" แปลว่า "การเชื่อถือโดยการเลื่อมใสพร้อมที่จะปฏิบัติตามหลักนั้น ๆ" และ ภาคปฏิบัติ เรียกว่า "อัมล" แปลว่า "การกระทำ"²⁶

กฏหมายศาสนาอิสลามมีอิทธิพลแพร่ขยายไปเกือบทั่วโลก มีผู้นับถือศาสนาอิสลาม มากกว่า 400 ล้านคน ซึ่งต่างก็ยึดหลักปฏิบัติต่อกันตามกฏหมายอิสลามทั้งสิ้น แม้ว่าประเทศ อิสลามต่าง ๆ จะยอมรับนับถือกฏหมายอิสลามก็จริง แต่การนำกฏหมายมาใช้รวมทั้งการออก กฏหรือระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ย่อมแตกต่างกันออกไป โดยเฉพาะเมื่อโลกมีความเจริญขึ้น การแก้ไขปรับปรุงกฏหมายต่าง ๆ ได้ยอมรับและ เลียนแบบอย่างของกฏหมายประเทศตะวันตก ทั้งสิ้น ยกเว้นกฏหมายแพ่งเกี่ยวกับบุคคลครอบครัวและมรดกเท่านั้น ยังคงรักษาทบบัญญัติของ กฏหมายเดิมไว้เป็นส่วนใหญ่

อิทธิพลของศาสนาอิสลามแพร่เข้ามาในประเทศไทยทางพรมแดนภาคใต้ ที่อยู่ติดกับ ประเทศมาเลเซีย ซึ่งเป็นประเทศที่มีประชาชนส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม ประชาชนทาง ภาคใต้ของประเทศไทยส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม องค์พระมหากษัตริย์

²⁴ อมร จันทรสมบูรณ์, กฏหมายแพ่งครอบครัวเปรียบเทียบ, เอกสารคำ บรรยายชั้นปริญญาโทวิชากฏหมายแพ่งเปรียบเทียบ 3 (อัสสาเนา), หน้า 21, 23-26.

²⁵ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ระบบกฏหมายไทยและต่างประเทศ, หน้า 401, 404.

²⁶ บคอรี บินรามฎู, คำบรรยายกระบวนวิชากฏหมายอิสลาม, (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์ยูไนเต็ดโปรดักชั่น จำกัด, 2521) หน้า 8-9.

ของไทยได้ดำเนินหลักรัฐประศาสน์นโยบาย อันสำแดงถึงพระมหากรุณาธิคุณที่มีต่อพสกนิกรของพระองค์ ให้ใช้กฎหมายอิสลามในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่ง เกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกของศาลชั้นต้นใน 4 จังหวัดภาคใต้ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์และจำเลย หรือเป็นผู้เสนอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดก

3.3 ศาสนาพุทธ เป็นศาสนาที่กำเนิดขึ้นในดินแดนที่เรียกว่า ชมพูทวีป หรือ อินเดียสมัยโบราณเมื่อประมาณ 2,500 ปีกว่ามาแล้ว มีพระพุทธเจ้าเป็นองค์ศาสนา

คำสั่งสอนของพระพุทธเจ้าแบ่งเป็น 2 หมวด คือ ธรรมเป็นศาสนานำว่าควรดเว้นสิ่งนี้ ควรทำสิ่งนี้ หรือ เป็นศาสนที่ให้รู้ในสิ่งจะ คือความจริงหรือของจริง ไม่มีการวางบทลงโทษ ส่วนวินัยเป็นคำสั่งให้เว้นไม่ทำ หรือไม่อนุญาตให้ทำ มีการวางบทลงโทษผู้ละเมิดหนักเบาต่าง ๆ กัน เมื่อพระพุทธเจ้าจะปรินิพพาน ได้ทรงตั้งธรรมที่ทรงแสดงแล้ว และวินัยที่ทรงบัญญัติแล้วให้เป็นศาสนาแทนพระองค์ เมื่อทรงล่วงลับไปแล้ว มิได้ทรงตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดขึ้นแทนพระองค์ ต่อมาในพุทธศตวรรษที่ 5 จึงมีการจารึกคำสั่งสอนของพระองค์เป็นตัวอักษร เรียกว่า ไตรปิฎก เป็นคัมภีร์หนึ่งในพุทธศาสนา พุทธศาสนาแยกออกเป็น 2 สาขาใหญ่ คือ พุทธศาสนาสายเถรวาทหรือหินยาน²⁷ ที่ถือรักษาระมวินัยดั้งเดิมไม่ถอนล้าขบทั้งหมด ดังที่นับถือกันอยู่ในประเทศลังกา ไทย พม่า ลาว เขมร กับพุทธศาสนาสายอักษริยาหรือมหายาน²⁸ ซึ่งนับถือคัมภีร์ต่างออกไปและมีการล้าขบกันตามหมู่คณะ ดังที่ได้นับถือในธิเบต จีน ญี่ปุ่น เป็นต้น พุทธศาสนาแผ่เข้ามาในประเทศไทยทั้ง 2 สาย แต่คนไทยส่วนใหญ่ นับถือสายเถรวาทหรือหินยาน

ศาสนาพุทธเป็นศาสนาสำคัญประจำชาติไทย ประชาชนไทยนับถือศาสนาพุทธถึง 90 กว่าเปอร์เซ็นต์ มีหลักธรรมซึ่งเปลี่ยนแปลงสังคมให้เป็น "อารยะ" และ "วัฒนธรรม" มากยิ่งขึ้น กล่าวได้ว่าสังคมไทยนี้เป็นสังคมพุทธ เพราะศิลปะ วรรณคดี ประเพณี มารยาท และทัศนคติความคิดต่าง ๆ เกิดจากอิทธิพลของพุทธศาสนาทั้งสิ้น นอกจากนั้น ทางด้านกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายครอบครัว ซึ่งเป็นกฎข้อบังคับที่สะท้อนจากขนบธรรมเนียมประเพณีมากที่สุด ก็น่าจะได้อิทธิพลมาจากพุทธศาสนาบ้างไม่มากนักน้อย และโดยที่พุทธศาสนาเกิดในประเทศอินเดีย ลักษณะสังคมของอินเดียยุคนั้น ก็เข้ามามีอิทธิพลในพุทธศาสนาด้วย²⁹

ศาสนานในพุทธศาสนา เป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดระบบหรือเงื่อนไขแห่งสังคมบางประการ ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายครอบครัวของไทย กล่าวโดยสังเขปได้ดังต่อไปนี้

27 หินยาน แปลว่า ยวดยานที่คับแคบ

28 มหายาน แปลว่า ยวดยานที่ใหญ่

29 ลาพรรณ นามบุพบุลลือ, "ลัทธิและหน้าที่ของสตรีตามกฎหมายไทยในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์," หน้า 14.

ระบบความเชื่อถือ ศรัทธาคือความเชื่อในพุทธศาสนานั้น ให้เชื่อ โดยปัญญาคือความรู้ และพิจารณาโดยใช้เหตุผล ความเชื่อที่สำคัญคือความเชื่อถือในพระรัตนตรัย คือ พระพุทธ พระธรรม พระสงฆ์ และเชื่อใน กรรม หรือบุญบาป ความดีความชั่ว ตลอดจนถึงผลของกรรม

ระบบความประพฤติ สอนให้ทำความดี เว้นความชั่ว ทักษิณใจให้มองผ่าน บริสุทธิ ไม่ให้คบคนพาล ให้คบบัณฑิต ให้บูชาคนที่ควรบูชา

ระบบความเคารพนับถือเชื่อฟัง สอนให้เคารพนับถือในบิดามารดา ในญาติ ผู้ใหญ่ในตระกูล ในครูอาจารย์ ในผู้เจริญด้วยคุณ ด้วยวัย หรือโดยชาติวุฒิ

ระบบการปฏิบัติหน้าที่เกื้อกูลต่อกัน เป็นไปตามหลักทศก ซึ่งได้แก่ ทิศ เบื้องหน้า หมายถึงบิดามารดา ทิศเบื้องขวา หมายถึงอาจารย์ ทิศเบื้องหลัง หมายถึงภริยา ทิศเบื้องซ้ายหมายถึงมิตร ทิศเบื้องต่ำหมายถึงบ่าวหรือคนรับใช้ และทิศเบื้องบนหมายถึง สมณะพรหมณ์ ได้สอนให้ฟังปฏิบัติชอบต่อกัน ดังเช่นแสดงถึงทิศเบื้องหน้า คือ บิดามารดา ให้ อนุเคราะห์ที่บุตรธิดาด้วยสถาน 5 คือ

- (1) ห้ามมิให้ทำความชั่ว
- (2) ให้ตั้งอยู่ในความดี
- (3) ให้ศึกษาศิลปวิทยา
- (4) หากภริยาที่สมควรให้
- (5) มอบทรัพย์ให้ในสมัย

สอนให้บุตรธิดาบำรุงท่านด้วยสถาน 5 คือ

- (1) ท่านได้เลี้ยงมาแล้ว เลี้ยงท่านตอบ
- (2) ทักษิณแทนท่าน
- (3) ดำรงวงศ์สกุล
- (4) ประพฤติตนให้เป็นคนควรรับทรัพย์มรดก
- (5) เมื่อท่านล่วงลับไปแล้วทำบุญอุทิศให้ท่าน

ทิศเบื้องหลัง คือ ภริยา สอนให้สามีบำรุงด้วยสถาน 5 คือ

- (1) ด้วยยกย่องนับถือว่าเป็นภริยา
- (2) ด้วยไม่ด่าทอ
- (3) ด้วยไม่ประพฤติกว้างใจ
- (4) ด้วยมอบความเป็นใหญ่
- (5) ด้วยให้เครื่องแต่งตัว

และสอนให้ภริยาอนุเคราะห์สามีด้วยสถาน 5 คือ

- (1) จัดการงานดี
- (2) สงเคราะห์คนช่าง เคียงของสามีดี
- (3) ไม่ประพฤติล่วงใจ
- (4) รักษาทรัพย์ที่สามีหามาได้ไว้
- (5) ขยันไม่เกียจคร้านในกิจการทั้งปวง

สอนให้มิสังกหัตถ์ 4 คือ ธรรมเป็นที่ตั้งแห่งความสงเคราะห์ดีเห็นยว
น้ำใจกัน ได้แก่

- (1) ทาน ให้ปันสิ่งของของตน
- (2) ปิยวาจา เจรจาว่าจาที่อ่อนหวาน
- (3) อติจริยา ประพฤติสิ่งที่ เป็นประโยชน์
- (4) สมานัตตา วางตนเสมอไม่ถือตัว

ระบบการปกครอง พุทธศาสนามีส่วนช่วยเสริมสร้างระบบการปกครอง
โดยธรรม สอนพระมหากษัตริย์ให้ปกครองด้วยธรรม เป็นต้นว่า ทศพิธราชธรรม และสอนให้
ประชาชนทราษพลี คือ ถวายเป็นของหลวง เช่น ภาษีอากร เป็นต้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว พุทธศาสนาเข้ามามีอิทธิพล
โดยตรงต่อบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยมีเนื้อหาบางประการของพุทธศาสนาสอดแทรกอยู่
ในกฎหมายครอบครัว เช่น ป.พ.พ.มาตรา 1461 กำหนดหน้าที่ของสามีภริยาที่จะต้องอุปการะ
เลี้ยงดูกัน เป็นไปตามหลักธรรมการเกื้อกูลกันของสามีภริยา มาตรา 1563 และ 1564
กำหนดหน้าที่ของบิดามารดาที่จะต้องเลี้ยงดูบุตร และบุตรมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา
มาตรา 1452 และ 1496 กำหนดให้ชายหญิงมีคู่สมรสได้เพียงคนเดียว สอดคล้องกับหลักธรรม
ซึ่งสอนให้สามีภริยาซื่อสัตย์ต่อกัน ไม่ประพฤติล่วงใจซึ่งกันและกัน และไม่แย่งคู่ครองของผู้อื่น
นอกจากนั้นหลักในพุทธศาสนาได้สอนกฎแห่งอนิจจัง ซึ่งหมายถึงความไม่เที่ยงแท้ของทุกสิ่งใน
โลก มีเกิดแล้วย่อมมีการดับสลายไป ก็ส่งผลถึงต่อบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าที่ให้มี
การหย่าด้วยความยินยอมได้ ได้มีการตีความหลักธรรมในทางศาสนา เพื่อนำไปใช้ในกระบวนการ
ทางกฎหมาย การสร้างสรรค์ชีวิตครอบครัวในสังคมไทยให้มีความสุขและปลอดภัย จึงมีความ
สอดคล้องกับพุทธศาสนาอย่างใกล้ชิดตลอดมา

4. วัตถุประสงค์ของการสมรส

วัตถุประสงค์หลักและเป็นสากลของการสมรสระหว่างชายกับหญิง มีดังนี้ 30

30 อธิลลิตา อภิวิชัยกุล, "การอยู่กินฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนสมรส"
(วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญาโทมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 13-14.

1. เพื่อการรับรู้และยอมรับความสัมพันธ์ทางเพศของมนุษย์ (Sexual Gratification) และ เพื่อกำหนดคู่เพศสัมพันธ์ให้เห็นตัวตนได้ชัดเจนและแน่นอน
2. เพื่อผลิตสมาชิกใหม่ให้สังคมหรือเพื่อให้กำเนิดบุตร (Children Production)
3. เพื่อการร่วมมือในทุก ๆ ทาง เช่น ทางเศรษฐกิจ การปกครอง และ ความเป็นปึกแผ่นในหมู่วงศ์ญาติ (Coordination)
4. เพื่อสร้างครอบครัว (Household or Family Formation) โดยตกลงร่วมกันทำหน้าที่ของครอบครัวทั้ง 4 หน้าที่ คือ เพศสัมพันธ์ ผลิตสมาชิกใหม่ เศรษฐกิจและการอบรมสั่งสอน หรือ ให้การศึกษา และ เพื่อการมีสถานที่อยู่กินหลับนอนร่วมกัน
5. เพื่อสืบทอดสมบัติ (Property Handing)
6. เพื่อให้ได้รู้จักตนเองและวางตนได้ถูกต้อง เพื่อการมีจุดยืนที่ค้ำในสังคม (Self Identity)
7. เพื่อการเป็นทายาทที่ถูกต้องตามกฎหมายของสังคม (กฎหมายประเพณี) หรือเพื่อสืบทอดสกุล

5. นโยบายของรัฐเกี่ยวกับการสมรส

การสมรสเป็นสถานะที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุดในชีวิตมนุษย์ และมีบทบาทเกี่ยวข้องกับศีลธรรมและอารยธรรมของมนุษย์มากกว่าสถาบันอื่นใดทั้งสิ้น เป็นพื้นฐานสำคัญของประเทศที่ให้กำเนิดพลเมืองและอบรมเลี้ยงดูให้เป็นพลเมืองที่ดีมีคุณภาพ จึงมีความสำคัญต่อการดำรงอยู่ และความเจริญก้าวหน้าของประเทศ การสมรสของมนุษย์แม้มีขนบธรรมเนียมประเพณีหรือกฎหมายก็ตาม กฎหมายวางขึ้นเพื่อกำหนดให้การสมรสเป็นมาตรการแยกเอาชายหญิงที่เป็นสามีภริยากันคนหนึ่งออกจากการแข่งขันแย่งชิงกันในสังคมมนุษย์ โดยคุ้มครองมิให้บุคคลอื่นมาละเมิดทางประเวณี และในขณะเดียวกันก็ควบคุมให้คู่สมรสปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ของตน เช่นเดียวกับที่คู่สมรสอื่น ๆ จะต้องปฏิบัติ ดังนั้นรัฐจึงต้องกำหนดนโยบายหรือกฎต่าง ๆ ขึ้นเป็นกติกาสถาพรบการสมรส เพื่อให้การสมรสเป็นไปอย่างเหมาะสม เป็นประโยชน์ต่อคู่สมรสเองและสังคมส่วนรวม โดยการกำหนดเป็นเงื่อนไขของการสมรส ซึ่งในแต่ละประเทศ แต่ละสังคม อาจกำหนดแตกต่างกันไปตามแนวความคิดของชนบทร่วมประเพณี ของสังคมนั้น ๆ นอกจากกฎหมายครอบครัวไม่ได้หยักอยู่กับที่ มันแปรไปตามที่สังคมจะเปลี่ยนแปลงไป นโยบายของรัฐเกี่ยวกับการสมรสจึงอาจเปลี่ยนแปลงไปตามเวลาและความต้องการของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

เงื่อนไขของการสมรส จำแนกตามผลของการประพฤตินิดเงื่อนไขตามกฎหมายไทย ได้เป็น 3 กรณี คือ

5.1 การประพฤตินิดเงื่อนไขที่ทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1496 บัญญัติว่า "การสมรสที่ฝ่าฝืน มาตรา 1449 มาตรา 1450 มาตรา 1452 และมาตรา 1458 เป็นโมฆะ" เงื่อนไขของการสมรสอันกรณีนี้ได้แก่

ก. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเป็นบุคคลวิกลจริต หรือ เป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1499 บัญญัติว่า "การสมรสกระทำมิได้ถ้าชายหรือหญิง เป็นบุคคลวิกลจริต หรือ เป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ"

เนื่องจากการสมรสก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในทางครอบครัว จึงมีความสำคัญว่าการตัดสินใจตามหลักทั่วไป บุคคลวิกลจริตหรือบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถเป็นบุคคลที่ไม่มีความรู้สึกผิดชอบในการเป็นคู่ครองของกันและกัน ไม่สามารถใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ของสามีภรรยาได้ นอกจากนี้ ความวิกลจริตเป็นกรรมพันธุ์ที่ถ่ายทอดไปยังบุตรรัฐจึงกำหนดเป็นเงื่อนไขห้ามคนวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถทำการสมรส

ข. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสืบสาโลหิต ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1450 บัญญัติว่า "ชายหญิงที่เป็นญาติสืบสาโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือ ร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสาโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะ เป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่"

การที่รัฐกำหนดหลักเกณฑ์นี้ เป็นเงื่อนไขเนื่องจากเหตุผลในทางการแพทย์ว่าการสมรสของคนซึ่งสืบสาโลหิตเดียวกัน จะมีผลให้บุตรที่เกิดมามีความไม่ปกติทางสมอง หรือมีสุขภาพไม่แข็งแรง อีกทั้งก่อให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับสถานภาพและบทบาทของบุคคลในครอบครัว และ เป็นการขัดต่อสามัญสำนึกและศีลธรรมของประชาชนเป็นข้อห้ามทางสังคม (Social Taboos) ที่เป็นสาภกยอมรับกันทั่วไป

ค. หลักเกณฑ์การมีคู่สมรสได้ครั้งละคนเดียว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1452 บัญญัติว่า "ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้"

เป็นเงื่อนไขห้ามการสมรสซ้อน เพราะ เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทำให้ความสัมพันธ์ที่มีอยู่ในครอบครัวเดิมแตกร้าวได้ หลักเกณฑ์นี้เป็นรูปแบบการสมรสแบบพัวเดียวเมียเดียว (Monogamy)

ง. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยินยอมของผู้สมรส ประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ มาตรา 1458 บัญญัติว่า "การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน และต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย"

เป็นหลักเกณฑ์ที่กําหนดเพื่อป้องกันการบังคับให้มีการสมรส โดยที่ชายหญิงไม่มีความสมัครใจ เพราะการสมรสเป็นการทําสัญญาที่เป็นเรื่องเฉพาะตัวของชายและหญิง โดยสมัครใจ จึงต้องให้ชายหญิงยินยอมที่จะเป็นสามีภริยากัน ไม่ว่าจะเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้วหรือไม่ก็ตาม และไม่อาจให้ความยินยอมแทนกันได้

เนื่องจากการสมรสมีลักษณะพิเศษ มีผลเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นภาคีในสัญญาสมรสอย่างกว้างขวาง และมีประเด็นเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตลอดจนปัญหาเรื่องมนุษยธรรมเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยอย่างมาก ฉะนั้น การสมรสที่มีลักษณะต้องห้ามบางประการดังกล่าวข้างต้น อาจเป็นภัยต่อประโยชน์ส่วนรวมของสังคมได้ กฎหมายจึงต้องกําหนดมาตรการขึ้นมาควบคุมมิให้มีการอยู่กินร่วมกันระหว่างชายหญิง หรือแม้มีการจดทะเบียนสมรสกันแล้วก็ต้องถือว่าไม่มีการสมรสนั้น การสมรสที่เป็นโมฆะ ถือว่าไม่มีการสมรสเกิดขึ้นตั้งแต่ต้น

5.2 การประพาศึกคิดเงื่อนไขที่กําให้การสมรสตกเป็นโมฆะ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1503 บัญญัติว่า "เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการสมรสเพราะเหตุว่าเป็นโมฆะ มีเฉพาะในกรณีที่คู่สมรสทำการฝ่าฝืน มาตรา 1448 มาตรา 1505 มาตรา 1506 มาตรา 1507 และมาตรา 1509" เงื่อนไขของการสมรสในกรณีนี้ได้แก่

ก. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับอายุของคู่สมรส ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 บัญญัติว่า "การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุครบ สิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้"

การที่กฎหมายกําหนดอายุของผู้สมรสไว้ เนื่องจากเห็นว่า ผู้ที่จะทำการสมรสควรมีความเจริญเติบโตทั้งทางร่างกาย จิตใจ และปัญญา เพราะมีผลต่อความสามารถของคู่สมรสที่จะรับผิดชอบต่อครอบครัว โดยทั่วไปกําหนดไว้เฉพาะอายุขั้นต่ำ (Minimum Age) ของคู่สมรสเท่านั้น

ข. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญชาติ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1505 บัญญัติว่า "การสมรสที่ได้กระทำไปโดยคู่สมรสฝ่ายหนึ่งสัญชาติคู่สมรส การสมรสนั้นเป็นโมฆะ..."

ตามหลักทั่วไป การแสดงเจตนาที่สัญชาติในสิ่งซึ่ง เป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมย่อมมีผลเป็นโมฆะ ตามมาตรา 119 แต่การสมรสซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางส่วน

ตัว ทรัพย์สิน และบุตร รวมตลอดถึงบุคคลภายนอก กฎหมายไม่ประสงค์ให้มีการทำลาย การสมรสได้ง่าย ๆ จึงกำหนดผลเบาว่า กล่าวคือ การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ

ค. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการถกฉ้อฉล ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1506 บัญญัติว่า "ถ้าผู้สมรสได้ทำการสมรสโดยถกฉ้อฉลถึงขนาด ซึ่งถ้ามิได้มี ถกฉ้อฉลนั้นจะ ไม่ทำการสมรส การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ..."

ถ้าผลเหตุจงใจให้แสดง เจตนาทำการสมรสโดยสำคัญผิด เป็นไป โดยถกฉ้อฉล กฎหมายคุ้มครองใหม่การขอให้เพิกถอนได้ ถกฉ้อฉลนั้นจะต้องถึงขนาดว่า หากมิได้มีถกฉ้อฉลแล้ว จะไม่ทำการสมรส โดยพิจารณาในด้านความรู้สึกนึกคิดของ ผู้ถกฉ้อฉลเป็นเกณฑ์ 31

ง. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการถกข่มขู่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1507 บัญญัติว่า "ถ้าผู้สมรสได้ทำการสมรสโดยถกข่มขู่อันถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีการข่มขู่ นั้นจะ ไม่ทำการสมรส การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ..."

หากผู้สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดง เจตนาทำการสมรสไปโดยถกข่มขู่มีผล ให้การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ โดยการข่มขู่ที่มีลักษณะ และหลักเกณฑ์เดียวกับหลักทั่วไป

จ. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความยินยอมของบิดามารดา ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์มาตรา 1509 บัญญัติว่า "การสมรสที่ไม่ได้รับความยินยอมของบุคคลดังกล่าวใน มาตรา 1454 การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ"

เป็นการกำหนดให้บิดามารดา หรือ ผู้ปกครองของผู้เยาว์เป็นผู้ให้ ความยินยอมในกรณีที่ผู้เยาว์ทำการสมรส หากผู้เยาว์ทำการสมรสโดยปราศจากความยินยอม ดังกล่าว การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ

จะเห็นว่า เหตุที่กฎหมายบัญญัติให้การสมรสตกเป็นโมฆียะ มีลักษณะ เป็น การนำความเสียหายมาสู่ผู้สมรสเป็นการเฉพาะตัวมากกว่า ซึ่งตัวผู้สมรสนั้นเองอาจยอมรับ เมื่อการสมรสมีผลแล้ว กฎหมายจึงวางมาตรการที่ให้โอกาสผู้สมรสหรือผู้มีส่วนได้เสียตัดสินใจ ว่าต้องการให้มีการสมรสต่อไปหรือไม่

5.3 การประพาศินคิดเงื่อนไข แต่การสมรสสมบูรณ์ ได้แก่กรณีต่อไปนี้

31 ซาคิซาย อัครวิบูลย์ และ สมบูรณ์ ชัยเศรษฐิยะ, คำอธิบายประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์วิริล สนิทวงศ์, 2525), หน้า 250 - 251.

ก. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1451 บัญญัติว่า "ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม จะสมรสกันไม่ได้" แต่หากมีการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม การสมรสนั้นก็ยังมีผลสมบูรณ์ เพียงแต่การรับบุตรบุญธรรมย่อมเป็นอันยกเลิกไป (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1589/32)

ความเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม เป็นเรื่องที่กฎหมายก่อตั้งสถานะขึ้นใหม่สิทธิและหน้าที่ต่อกันลักษณะเดียวกับบิดามารดากับบุตร จึงไม่เป็นการสมรสที่จะห้ามการสมรสกัน เพราะ เป็นการขัดต่อความรู้สึกนึกคิดในทางสังคมและประเพณี อย่างไรก็ตาม ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม มิได้มีความผูกพันในทางสายโลหิตจึงไม่มีเหตุผลในทางกฎหมายที่ห้ามมิให้สมรสกัน ดังนั้นหากมีการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม การสมรสนั้นก็มีผลสมบูรณ์ เพียงแต่การรับบุตรบุญธรรมย่อมเป็นอันยกเลิกไป

ข. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสมรสใหม่ของหญิงที่สามมีตายหรือการตาย
สิ้นสุดลงด้วยประการอื่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1453 บัญญัติว่า "หญิงที่สามมีตายหรือที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น จะทำการสมรสใหม่ได้ต่อเมื่อการสมรสได้ผ่านพ้นไปแล้วไม่น้อยกว่าสามร้อยสิบวัน..."

เป็นเงื่อนไขที่กำหนดขึ้นเพื่อขยับขึงมิให้หญิงที่สามมีตายหรือที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น ทำการสมรสใหม่ก่อนสิ้นระยะเวลา 310 วัน ซึ่งเป็นระยะเวลาที่มีเหตุผลในทางกฎหมายว่า ยังอยู่ในช่วงที่จะปฏิสนธิ และคลอดบุตรจากการสมรสครั้งก่อน จึงบัญญัติห้ามไว้เพื่อคุ้มครองบุตร การสมรสที่ผ่านพ้นเงื่อนไขนี้ยังมีผลสมบูรณ์ เพียงแต่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุตรที่เกิดภายใน 310 วัน นับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุด เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีใหม่

นโยบายของรัฐเกี่ยวกับการสมรส จะกำหนดเป็นเงื่อนไข ข้อย้ำซึ่งมีผลหนักเบาต่างกัน กฎหมายของประเทศต่าง ๆ อาจกำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้แตกต่างกันออกไปบ้าง แต่ส่วนใหญ่มักจะกำหนดไว้คล้ายคลึงกัน

6. ลักษณะของการสมรสตามกฎหมาย

กฎหมายไทยถือว่า การสมรสเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง โดยบัญญัติเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้ใน ป.พ.พ. บรรพ 5 นัยหลักความสมัครใจของคู่สัญญามาใช้ โดยกำหนดให้ การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันตามมาตรา 1458 และกำหนดแบบของการสมรสโดยการจดทะเบียนตามมาตรา 1457 แม้การสมรสจะมีเงื่อนไข แบบ หรือ การปฏิบัติการณ์ที่แตกต่างไปจากสัญญาทั่วไป ก็เป็นนโยบายของรัฐที่ต้องการกำหนดสิทธิ และหน้าที่ของคู่สมรสไว้ล่วงหน้า เพราะ เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

การสมรสก่อให้เกิด "ฐานะ" หรือ "สถานะ" ของบุคคล ฐานะหรือสถานะ เป็นสภาวะความสัมพันธ์ทางกฎหมายของบุคคลต่อสังคม เป็นความสัมพันธ์ส่วนตัวทางกฎหมาย ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วมีลักษณะถาวร และไม่อาจถูกกำหนดเปลี่ยนแปลงได้โดยเจตจำนงของ คู่กรณี การสมรสแม้จะต้องมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกัน แต่ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ต้องเป็นไปตามข้อกำหนดของรัฐ โดยคู่กรณีไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามความต้องการ ของตนเองได้ ประเทศในยุโรปตะวันตกซึ่งนับถือศาสนาคริสต์มีการถกเถียงกันว่า การสมรส เป็นสัญญาหรือไม่ตั้งแต่อดีต อาจเนื่องมาจากอิทธิพลทางศาสนาได้เข้าครอบงำและสร้าง ความคิดว่า การสมรสเป็นสถาบันเหนือเจตนาของคู่สมรสและพ้นจากการก้าวถอยของรัฐ กฎหมายถือหลักความเสมอภาคและต่อต้านระบบศักดินา ทำให้การสมรสมีลักษณะทางแพ่ง เป็นการตอบโต้ฝ่ายคริสตจักร สำหรับกฎหมายไทยถือว่าการสมรสเป็นสัญญาอย่างหนึ่งในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์และไม่มีปัญหาที่ต้องถกเถียงว่า การสมรสเป็นสัญญาหรือไม่นั้น อาจ เป็นเพราะฝ่ายพุทธจักรมิได้เข้ามายุ่งเกี่ยวกับกิจการทางโลก อย่างไรก็ตามมีผู้ให้ทัศนะว่าควร ถือว่าการสมรสมีลักษณะผสมกันระหว่างความเป็นสัญญาและสถาบัน โดยเป็นสัญญาเพราะ การสมรสต้องอาศัยความสมัครใจของชายหญิง และเป็นสถาบันโดยที่คู่สมรสได้สร้างครอบครัว ขึ้น ซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎระเบียบของกฎหมายครอบครัว อันหลดพ้นจากอำนาจเจตนาของคู่ กรณี 32

7. รูปแบบของการสมรส (Formation of Marriage)

แบบของการสมรสเป็นสิ่งที่รัฐกำหนดขึ้น เพื่อควบคุมการสมรสให้เป็นไปตาม เงื่อนไขต่าง ๆ ตามนโยบายของรัฐ ในกฎหมายบางระบบถือว่าเป็นสาระสำคัญและเป็น การบังคับ ถ้าการสมรสไม่ได้ทำตามแบบที่กำหนดไว้อย่างถูกต้องหรือขาดสาระสำคัญแม้ในบาง ขั้นตอน ก็อาจถือว่าการสมรสเป็นโมฆะ ในปัจจุบันสากลประเทศถือการจดทะเบียนเป็น แบบของการสมรส โดยมีหลักเกณฑ์รายละเอียดแตกต่างกันออกไปตามหลักการของแต่ละ ประเทศ

7.1 แบบของการสมรสในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law

กฎหมายครอบครัวของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ได้รับอิทธิพลจากกฎหมาย ศาสนาคริสต์อย่างมาก และ จากกฎหมายโรมันทางอ้อม แบบของการสมรสในกฎหมายอังกฤษ มีถึง 4 แบบ คือ แบบตามพิธีการของบ้านเมือง แบบพิธีตามลัทธิศาสนาที่มีใช้เองกลัดกัน แบบ พิธีตามลัทธิศาสนาเซิร์ชออฟพองแลนด์ และแบบพิธีตามลัทธิเควกเกอร์และยิว³³ เดิมตาม กฎหมายอังกฤษเป็นไปตาม Common Law Marriage เพียงแต่คู่สมรสแสดงเจตนาเป็นสามี ภริยากันและยึดถือเจตนา นั้น การสมรสก็ถูกต้องสมบูรณ์ตามกฎหมายศาสนาและกฎหมายบ้าน เมือง ต่อมาในปี ค.ศ. 1563 มีมติของ Council of Trent ให้การสมรสของผู้นับถือ

³² ไพโรจน์ กัมพลศิริ, กฎหมายลักษณะครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 32 - 39.

³³ S.M. Cretney, Principles of Family Law, pp. 28-29.

ศาสนาคริสต์นิกายคาทอลิกจะต้องทำต่อหน้าพระประจำตำบล (Parish Priest) และพยานอีก 2 คน ถ้าไม่ประกอบพิธีสมรสต่อหน้าพระ การสมรสนั้นถือว่าเป็นการสมรสลับ (Clandestine Marriage) และเป็นโมฆะ แบบพิธีการนี้ได้รับการรับรองโดยบัญญัติของกฎหมาย Lord Hardwicke's Act ในปี 1753 ว่า การสมรสจะต้องทำตามแบบพิธีของศาสนาของ Church of England โดยประกอบพิธีสมรสต่อหน้าพระ มีพยาน 2 คน และประกาศชื่อคู่สมรสต่อหน้าสาธารณะ จนกระทั่งปี ค.ศ. 1836 มีบทบัญญัติของกฎหมาย Marriage Act กำหนดให้การสมรสต้องกระทำต่อเจ้าหน้าที่ทะเบียน (Superintendent Registrar)

แบบของการสมรสในประเทศสหรัฐอเมริกา มีความแตกต่างกันไปตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ แบ่งได้เป็น 2 รูปแบบคือ Informal Legal Marriage โดยคู่สมรสแสดงเจตนาในการเป็นสามีภรรยา และยึดถือเจตนาอัน และ Formal Legal Marriage เป็นการสมรสที่ต้องมีใบอนุญาตการสมรสและมีการจดทะเบียนโดยมีพยานรับรอง ซึ่งมีพิธีการขั้นตอนแตกต่างกันออกไปในแต่ละรัฐ

7.2 แบบของการสมรสในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ระบบกฎหมาย Civil Law ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน ตามกฎหมายของฝรั่งเศสกำหนดให้การสมรสต้องปฏิบัติตามกฎหมายบ้านเมือง ดังนั้น แม้จะได้มีการประกอบพิธีสมรสตามศาสนาแล้วก็ตามยังต้องประกอบพิธีตามแบบของบ้านเมือง ซึ่งมีขั้นตอนและพิธีการมาก การสมรสจึงจะถูกต้องสมบูรณ์ตามกฎหมาย

การสมรสในประเทศเยอรมัน คล้ายคลึงกับฝรั่งเศส คือ ถือเอาการสมรสตามแบบของบ้านเมือง โดยการจดทะเบียนสมรสเป็นสำคัญ แม้จะมีการประกอบพิธีทางศาสนาแล้ว ต้องทำพิธีตามแบบบ้านเมืองด้วย โดยมีขั้นตอนและพิธีการมากเช่นเดียวกัน

7.3 แบบของการสมรสตามกฎหมายไทย การสมรสของไทยตั้งแต่โบราณจนถึงก่อนปี พ.ศ. 2478 ถือเอาความยินยอมที่จะเป็นสามีภรรยาและการอยู่กินร่วมกันโดยเปิดเผยเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย จนกระทั่งได้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ขึ้นบังคับใช้ตั้งแต่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 กำหนดรูปแบบการสมรสให้เฉพาะเมียเดียว และให้การจดทะเบียนสมรสเป็นแบบแห่งการสมรสแต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่คำนึงถึงพิธีทางศาสนาหรือทางประเพณีอื่นใด ดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1475 บัญญัติว่า "การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมิชอบได้แต่เฉพาะ เมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น" อย่างไรก็ตาม การสมรสก่อนวันที่ 1 ตุลาคม 2478 แม้ไม่จดทะเบียนสมรสกัน ก็ถูกต้องสมบูรณ์ตามกฎหมาย เนื่องจาก พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 มาตรา 4(1) บัญญัติไว้ว่า กฎหมายนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการสมรสซึ่งได้มีอยู่ก่อนวันที่ใช้ประมวลกฎหมายนี้ และทั้งความสัมพันธ์ในครอบครัว อันเกิดแต่การสมรสนั้น ๆ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่มีผลใช้บังคับตั้งแต่ 1 ตุลาคม 2478 ไม่มีผลย้อนหลังบังคับให้ชายหญิงที่เป็นสามีภรรยากันอยู่แล้วในวันที่กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับ ต้องมาจดทะเบียนสมรสกันอีก

8. ผลของการสมรสตามกฎหมาย

การสมรสตามกฎหมายมีผลทำให้ชายและหญิงมีฐานะ เป็นสามีภริยากัน ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังนี้

8.1 ความสัมพันธ์ทางส่วนตัว (consortium) กฎหมายกำหนดสิทธิและหน้าที่ในทางส่วนตัวระหว่างสามีภริยาไว้หลายประการดังต่อไปนี้

ก. สามีภริยาต้องอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาและอุปการะเลี้ยงดูกัน (mutual duty to cohabit and maintain each other) การสมรสมีวัตถุประสงค์ให้ชายหญิงอยู่ร่วมกันก่อตั้งสถาบันครอบครัวมีลูกหลานสืบสกุลต่อไป บทบัญญัติของกฎหมายจึงกำหนดให้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยถือเอาการปฏิบัติตามประเพณีเป็นหลักซึ่งเป็นที่รู้ทั่วไปว่าหมายถึง การอยู่ร่วมบ้านเดียวกัน (to share a common home) ร่วมชีวิตในการครองเรือน (domestic life) และทั้งร่วมประเวณี โดยคำนึงถึงอายุ สุขภาพ ฐานะทางสังคม และสภาวะทางการเงินของสามีภริยาด้วย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ในมาตรา 1461 แต่หากการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือทำลายความผาสุกอย่างมากของสามีภริยา ฝ่ายที่จะต้องได้รับอันตราย หรือ ความเสียหายอาจร้องขอให้ศาลสั่งให้แยกกันอยู่ได้ชั่วคราวตามมาตรา 1462 การอยู่ร่วมกันของสามีภริยาแต่ไม่ได้ร่วมประเวณีด้วย ไม่ได้ถือว่าได้อยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา ซึ่งอีกฝ่ายย่อมฟ้องหย่า โดยอ้างว่ากระทำการเป็นปฏิบัตย์ต่อการเป็นสามีภริยาได้ ตามมาตรา 1516(6) และมีผลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 คือ ภริยาจะฟ้องสามีคดีความผิดข่มขืนกระทำการที่เราไม่ได้ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจงใจจะทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกิน 1 ปี ก็เป็นเหตุฟ้องหย่าได้ตามมาตรา 1516(4) แต่การที่สามีภริยาไม่ได้หลับนอนร่วมเพศกัน แต่อยู่คนละบ้านในบริเวณเดียวกันไม่เป็นการทิ้งร้างกัน (คดีพิพากษาฎีกาที่ 882/2518) จึงฟ้องหย่าตามมาตรา 1516(4) ไม่ได้ แต่อาจเข้ากรณีมาตรา 1516(6) คือ กระทำการเป็นปฏิบัตย์ต่อการเป็นสามีภริยากัน

กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 215 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1353 ก็ได้บัญญัติให้สามีภริยาต้องอยู่กินกันฉันสามีภริยา ตามหลักกฎหมายอังกฤษก็บัญญัติให้คู่สมรสต้องอยู่กินฉันสามีภริยา มิฉะนั้นการสมรสเป็นโมฆะ การจงใจจะทิ้งร้างเกิน 2 ปี เป็นเหตุให้ฟ้องหย่าได้ แต่การแยกกันอยู่เนื่องมาจากสุขภาพใช้เป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้³⁴ นอกจากนี้ ความไร้สมรรถภาพทางเพศเป็นเหตุร้องขอให้ศาลสั่งเพิกถอนการสมรสได้³⁵ เช่นเดียวกับหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ในเรื่องนี้ตามกฎหมายไทยถือเป็นเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516(10)

ส่วนหน้าที่ของสามีภริยาในการอุปการะเลี้ยงดูกัน หมายถึง การให้ความช่วยเหลือในสิ่งที่จำเป็นแก่การดำรงชีพ ร่วมกันทำหน้าที่หาเลี้ยงครอบครัว และ การจัดการบ้านเรือน

³⁴ S.M. Cretney, Principles of Family Law, pp.138,141-142

³⁵ Ibid., p.63.

รวมทั้งอุปการะเลี้ยงดูครอบครัวโดยคนึงถึง อายุ สุขภาพ รายได้ ทรัพย์สินของคู่สมรสและฐานะทางสังคมตลอดจนความสามารถทั้งทางร่างกายและจิตใจของคู่สมรสในการประกอบกิจการงานด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย การที่สามีหรือภริยาไม่อุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าอุปการะเลี้ยงดูได้ตามมาตรา 1589/38 หรือถือเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ตามมาตรา 1516 (6) ตามกฎหมาย Common Law ของอังกฤษและอเมริกาก็มีหลักในกรณีที่สามีทุพพลภาพ หรือ ไม่อาจพึ่งพาตนเองได้ รวมทั้งให้ค่าใช้จ่ายของครอบครัว และ ค่าศึกษาเล่าเรียนของบุตรเป็นความรับผิดชอบ ซึ่งเรียกร้องจากทรัพย์สินส่วนร่วมกันของสามีภริยาได้ และให้สามีมีหน้าที่จัดหาสิ่งจำเป็นในการดำรงชีพแก่ภริยาและบุตร³⁶ ในสหรัฐอเมริกา มลรัฐเวอร์จิเนีย การไม่อุปการะเลี้ยงดูคู่สมรสเป็นความผิดทางอาญาด้วย (Section 20, Virginia Code) ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 216 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1356 และ 1357 กำหนดหน้าที่ของสามีภริยาในการอุปการะเลี้ยงดูกันไว้ ส่วนหลักกฎหมายอิสลาม มีบทบัญญัติของพระคัมภีร์อัลกุรอานเกี่ยวกับการยังชีพและครอบครัว กำหนดให้ชายเป็นผู้รับผิดชอบในการหาเลี้ยงครอบครัวในข้อ 3.34 ว่า "ชายเป็นฝ่ายยังชีพให้แก่อนุภพ เนื่องจากบทอัลลอฮ์ได้ทรงอำนวยการให้ฝ่ายหนึ่งมีความพิเศษกว่าอีกฝ่ายหนึ่งอันยังให้ชายเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายจากสินทรัพย์ของตน..." และกำหนดหน้าที่ของสามีภริยา รวมทั้งบิดามารดากับบุตร ไว้เป็นหลักปฏิบัติ

นอกจากนี้ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่ง เป็นบุคคลไร้ความสามารถ เสมือนไร้ความสามารถหรือวิกลจริต คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ดูแลปกครองและอุปการะตามสมควร

ข. หญิงมีสามีต้องเปลี่ยนคำนำหน้านามและการใช้ชื่อสกุลของสามี
พระราชกฤษฎีกา ให้ใช้คำนำหน้านามสตรี พ.ศ. 2460 ข้อ 1 บัญญัติให้สตรีที่ยังไม่มีสามีใช้คำนำหน้านามและนามสกุลของตนว่า "นางสาว" และ ให้สตรีที่สมรสแล้ว ใช้คำนำหน้านามว่า "นาง" ตลอดไป แม้ว่าการสมรสจะเป็นโหมชะ โหมฮียะ หรือการสมรสสิ้นสุดด้วยประการใดก็ตาม จะกลับมาใช้ "นางสาว" อีกไม่ได้ ในประเทศแถบยุโรปตะวันตก และ ประเทศอื่น ๆ ก็มีหลักการเปลี่ยนคำนำหน้านามของสตรีที่สมรสแล้วเช่นเดียวกัน เช่น เปลี่ยนจาก "Miss" เป็น "Mrs."

สตรีที่สมรสแล้ว นอกจากต้องเปลี่ยนคำนำหน้านามแล้ว พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 บัญญัติว่า "หญิงที่มีสามีให้ใช้ชื่อสกุลของสามี" มีปัญหาว่าบทบัญญัตินี้เป็นการกำหนดสิทธิหรือเป็นหน้าที่ของสตรีที่สมรสแล้ว หากเป็นสิทธิ สตรีที่สมรสแล้วย่อมจะใช้สิทธิหรือไม่ใช้สิทธินั้นก็ได้ หากเป็นหน้าที่ หญิงมีสามีทุกคนต้องใช้ชื่อสกุลของสามี ในเรื่องนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตีความว่าหญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามี ให้แก่ชื่อคำนำหน้านามของหญิงเป็น "นาง" และเปลี่ยนไปใช้นามสกุลของสามีทันที ก่อนหน้านั้นนายทะเบียนอำเภออาจจะแก้ไขเพราะมีระเบียบทะเบียนราษฎรว่า การแก้ไขคำนำหน้านามและนามสกุลของหญิงมีสามี ต้องให้

³⁶ Homer H. Clark, Jr., The Law of Domestic Relations in the United States (Minnesota:West Publishing Co., 1968), pp.186,189.

หญิงนั้นยื่นคำร้อง ถ้าไม่ยื่นคำร้องก็แก้ไม่ได้ แต่ในปัจจุบันมีระเบียบว่าให้นายทะเบียนแก้ค่านามหน้านามและนามสกุลของหญิงมีสามีได้ทันที เพื่อให้ตรงกับความเป็นจริงที่มีการจดทะเบียนสมรส โดยมีเหตุผลเพื่อความมั่นคงของสถาบันครอบครัว และเป็นหลักการสากลที่ประเทศต่าง ๆ ก็กำหนดให้หญิงมีสามีใช้นามสกุลของสามี เช่นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1335 ให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามี แต่มีสิทธิที่จะเพิ่มชื่อสกุลของตนไว้หลังนามสกุลของสามีได้

ส่วนชายนั้นไม่ว่าจะสมรสแล้วหรือยังโสด ก็ใช้ค่านามหน้านามว่า "นาย" เสมอ เป็นเหตุให้สามารถแสดงตนว่ายังโสด และจดทะเบียนสมรสซ้อนได้ง่าย เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดการนำรูปแบบการสมรส ระบบัวเดียวเมียเดียวมาใช้ ไม่เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ค. สัญชาติของสามีภริยา การสมรสมิได้ทำให้สัญชาติของสามีภริยาเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม แต่เป็นวิถีทางหนึ่งที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสัญชาติได้ เช่นหญิงต่างด้าวสมรสกับชายไทย หากประสงค์จะได้สัญชาติก็ให้ยื่นคำขอตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย กรณีหญิงไทยสมรสกับชายต่างด้าวก็อาจสละสัญชาติไทยได้ หากกฎหมายแห่งประเทศของสามีนั้น หญิงอาจถือสัญชาติของสามีได้ โดยหญิงนั้นแสดงความจำนงโดยชัดแจ้งที่จะสละสัญชาติไทยต่อนายทะเบียนสมรส ทั้งนี้เป็นไปตาม พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ซึ่งหลักการนี้มีบัญญัติอยู่ใน British Nationality Act 1948 ของอังกฤษเช่นกัน

ง. การใช้สิทธิปกป้องความสัมพันธ์ทางส่วนตัวของสามีภริยาต่อบุคคลอื่น ความสัมพันธ์ทางส่วนตัวของสามีภริยานั้น นอกจากเป็นสิทธิและหน้าที่ของสามีภริยาที่มีต่อกันแล้ว ยังรวมถึงหน้าที่ของบุคคลอื่น ที่จะไม่กระทำการใด ๆ ซึ่งกระทบกระเทือนถึงความสัมพันธ์ส่วนตัวของสามีภริยาอีกด้วย ตามกฎหมายไทย คู่สมรสอาจใช้สิทธิได้ในกรณีต่อไปนี้

(1) สิทธิในการเรียกค่าทดแทน จากผู้ที่เข้ามามีความสัมพันธ์ฉันสามีภริยา หรือ ฉันท้สาวกับคู่สมรสของตน หรือการเรียกค่าทดแทนจากชายซึ่งล่วงเกินภริยาทางอนช้สาว หรือหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยว่ามีความสัมพันธ์กับสามีทางอนช้สาว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1523 แต่ถ้าสามีหรือภริยานั้น รู้เห็นเป็นใจยินยอมให้มีการกระทำดังกล่าวจะ เรียกค่าทดแทนไม่ได้

(2) สิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนการขาดไร้อุปการะ ตามกฎหมายในกรณีที่บุคคลภายนอกกระทำความผิดเป็นเหตุให้ คู่สมรสของตนถึงแก่ความตายโดยสามีภริยา มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงค้กันตามกฎหมาย หากบุคคลภายนอกทำความผิดเป็นเหตุให้ คู่สมรสฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนในการขาดไร้อุปการะได้ (ป.พ.พ. มาตรา 443 วรรคท้าย)

สิทธินี้มีเฉพาะ คู่สมรสที่จดทะเบียนกันโดยถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ชายหญิงที่อยู่กันฉันสามีภริยา โดยมีได้จดทะเบียนสมรส ไม่มีสิทธินี้ และแม้จะจ่ายค่าทศพ

คู่สมรสที่ตายไปแล้ว ก็ไม่มีสิทธิเรียกค่าทำศพจากผู้ที่มาทำละเมิดทำให้สามีตาย เพราะการทำศพเป็นหน้าที่ของทายาท ผู้ที่มีคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย มีทายาท ไม่มีหน้าที่ทำศพ จึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าทำศพ ทคนใดจ่ายไปแล้วคืน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 212-213/2525)

(3) สิทธิของสามีที่จะฟ้องคดีอาญาแทนภริยา กรณีที่ภริยาเป็นผู้เสียหาย เมื่อได้อนุญาตโดยชัดแจ้งจากภริยา (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 4) สามีสามารถฟ้องคดีอาญาแทนภริยาได้ และมีอำนาจในการจัดการแทน ในคดีอาญาที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เสียหาย เนื่องจากถูกทำร้ายถึงตาย หรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจัดการเองได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2))

8.2 ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน การอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา ย่อมมีส่วนเกี่ยวข้องทางทรัพย์สิน ในอันที่จะนำมาใช้สอย หรือเกิดทรัพย์สินเพิ่มพูนขึ้น หรือเกิดหนี้สินขึ้น กฎหมายจึงต้องกำหนดกฎเกณฑ์ในทางทรัพย์สินที่เนื่องมาจากความเป็นสามีภริยา ทั้งระหว่างคู่สมรสและกับบุคคลภายนอกด้วยดังนี้

ก. บังคับตามสัญญาก่อนสมรส (ante-nuptial contracts)
แม้กฎหมายจะได้กำหนดเงื่อนไข สิทธิ หน้าที่ และความสัมพันธ์คู่สมรสไว้ โดยไม่ให้อำนาจคู่สมรสที่จะกำหนดกันขึ้นเอง แต่ในเรื่องความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน ป.พ.พ. ให้สิทธิคู่สมรสที่จะกำหนดเงื่อนไขในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนสมรสได้ แต่ต้องอยู่ภายในขอบเขตของบทบัญญัติ มาตรา 1468-1476, 1482 และ 1483 ทั้งนี้เพราะระบบกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินตามกฎหมายไทยเป็นระบบตามกฎหมาย (Statutory regime) โดยคู่สมรสมีเสรีภาพในการทำสัญญาแก้ไขได้ เสรีภาพในการแก้ไขจะมีมากน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐ อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายเปิดช่องให้ทำสัญญาก่อนสมรสได้ ก็ขอบจะกล่าวได้ว่าไม่มีผู้ใดนิยมทำสัญญาก่อนสมรสเลย แม้แต่ในต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศแม่บทของกฎหมายไทย

การทำสัญญาก่อนสมรส จะทำได้ก็แต่เฉพาะในเรื่องที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้เท่านั้น เช่นในเรื่องการจัดการสินสมรส จะทำสัญญาก่อนสมรสว่า ให้ชายหรือหญิง เป็นผู้จัดการสินสมรสแต่เพียงผู้เดียว ก็ย่อมทำได้ แต่หากทำสัญญาก่อนสมรสว่า ทรัพย์สินที่ชายหญิงได้มาระหว่างสมรส ที่จะถูกจัดจำแนกเข้าเป็นสินสมรสนั้น ถือเป็นสินส่วนตัวของหญิง หรือให้มารดาของหญิง เป็นผู้จัดการสินสมรสแต่เพียงผู้เดียว หรือถ้าขาดจากการสมรสโดยการหย่า เพราะสามีอุปการะเลี้ยงดู หรือยกย่องหญิงอื่นจนภริยา ให้สินสมรสส่วนที่เป็นของสามีตกเป็นส่วนของภริยา เช่นนี้ไม่น่าจะทำได้ ทั้งนี้เพราะระบบความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ถือได้ว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน³⁷ สัญญาก่อนสมรสจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด ทำได้เฉพาะ เรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา และต้องเป็นเรื่องที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้เท่านั้น

³⁷ ไพโรจน์ กัมพลศิริ, กฎหมายลักษณะครอบครัว, หน้า 40.

สัญญาก่อนสมรสจะต้องจัดแจ้งไว้ในทะเบียนสมรสหรือทะเบียนไว้
ในท้ายทะเบียนสมรสพร้อมกับการจดทะเบียนสมรส และเมื่อสมรสแล้วจะเปลี่ยนแปลงเพิกถอน
สัญญาก่อนสมรสไม่ได้ นอกจากจะได้รับอนุญาตจากศาล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครอง
การแสดงเจตนาอันศักดิ์สิทธิ์ของคู่กรณีก่อนการสมรส ทั้งนี้เพราะเป็นสัญญาที่ทำขึ้นในขณะที่
ชายหญิงยังไม่มีฐานะเป็นสามีภริยากัน ยังมีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกัน อีกทั้งมีเวลาและโอกาส
ไตร่ตรองถึงผลได้ผลเสียอย่างรอบคอบ นอกจากนี้ยังให้การคุ้มครองบุคคลภายนอก โดยบัญญัติ
ให้ข้อความในสัญญาก่อนสมรส ไม่มีผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดย
สุจริต ไม่ว่าจะได้เปลี่ยนแปลงเพิกถอนโดยคำสั่งศาลหรือไม่ก็ตาม

ข. บังคับตามสัญญาระหว่างสมรส สามีภริยาสามารถทำสัญญา
เกี่ยวกับทรัพย์สินในระหว่างที่เป็นสามีภริยากัน ให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายได้
เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาพิเศษแตกต่างจากกรณีในสัญญาอื่น ๆ กฎหมายจึงมี
ได้กำหนดหลักเกณฑ์สาระสำคัญ และแบบไว้อย่างสัญญาก่อนสมรส และคู่สมรสฝ่ายใด
ฝ่ายหนึ่งจะบอกล้าง เมื่อใดก็ได้ระหว่างที่เป็นสามีภริยากัน แต่การบอกล้างสัญญา
ระหว่างสมรสนี้ไม่มีผลกระทบกระเทือนบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต

ค. การจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ถ้าคู่สมรสมีได้ทำ
สัญญาก่อนสมรสหรือสัญญาระหว่างสมรส การจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา
ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งแยกเป็น 2 กรณี คือ อำนาจจัดการ
สินส่วนตัวและอำนาจจัดการสินสมรส

สินส่วนตัวคือ ทรัพย์สินที่บัญญัติไว้ใน ป.พ.พ. มาตรา 1471
สินส่วนตัวนี้จัดอยู่ในระบบแยกทรัพย์สิน (Separation of goods) กล่าวคือ ผู้เป็นเจ้าของ
ของทรัพย์สินมีความเป็นอิสระในการได้รับประโยชน์ อำนาจในการจัดการสิน
ส่วนตัวจึงได้แก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของสินส่วนตัวนั้น

สินสมรสคือ ทรัพย์สินที่บัญญัติไว้ใน ป.พ.พ. มาตรา 1474
เป็นทรัพย์สินที่สามีภริยามีกรรมสิทธิ์ร่วมกัน อำนาจจัดการสินสมรสจึงได้แก่ทั้งสองฝ่ายเป็น
ผู้จัดการร่วมกัน เว้นแต่จะมีสัญญาก่อนสมรสกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น (ป.พ.พ. มาตรา 1476)
จะเห็นว่าการจัดการสินสมรสใช้ระบบสินบริคณฑ์โดยมีได้กำหนดระบบเพื่อเลือกไว้ แต่ให้
เสรีภาพคู่สมรสที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ โดยการทำสัญญาก่อนสมรส หรือสัญญา
ระหว่างสมรส

ง. ความรับผิดชอบในหนี้สิน สามีภริยาอาจก่อหนี้ขึ้นก่อนการสมรส
หรือระหว่างการสมรส ความรับผิดชอบในหนี้สินของสามีภริยาแยกเป็น 2 กรณี คือ

(1) หนี้สินระหว่างสามีภริยากันเอง ย่อมเกิดขึ้นได้ทั้งก่อน
การสมรส และระหว่างการสมรส ไม่ว่าจะ เป็นหนี้ที่เกิดจากสัญญา หรือ จากกฎหมาย หรือ
จากการละเมิด หนี้สินระหว่างสามีภริยาแม้ยังมีอยู่แต่ในทางปฏิบัติไม่มีประโยชน์ที่จะฟ้อง

บังคับตามหนี้สินที่มีอยู่ต่อกัน เพราะกฎหมายกำหนดว่าในระหว่างที่เป็นสามีภริยากัน ฝ่ายใดจะ ยึดทรัพย์สินของอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ เว้นแต่ค่าอุปการะเลี้ยงดู และ ค่าชดเชยธรรมเนียมที่มีได้ ชำระความค้ำพิพากษาของศาล (ป.พ.พ. มาตรา 1487) เพื่อมิให้เกิดความแตกร้างของ ครอบครัว แต่ที่ยกเว้นค่าอุปการะเลี้ยงดู และค่าชดเชยธรรมเนียมก็เพื่อประโยชน์ในการครองชีพ การยึดทรัพย์สินจะทำได้คือ เมื่อขาดจากการสมรสกันแล้ว

(2) หนี้สินระหว่างสามีภริยากับบุคคลภายนอก หากเป็นหนี้ คู่สมรสฝ่ายใดก่อนขึ้นเป็นการส่วนตัว ฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวแต่ผู้เดียวโดยเจ้าหนี้บังคับ ชำระได้จากสินส่วนตัวของฝ่ายนั้นก่อน เมื่อไม่พอจึงจะบังคับจากสินสมรสส่วนหนึ่งของฝ่ายนั้น แต่ถ้าเป็นหนี้ร่วมของสามีภริยาตามมาตรา 1490 คู่สมรสทั้งสองฝ่ายต้องรับผิดชอบร่วมกัน โดยเจ้าหนี้บังคับชำระหนี้ได้จากสินสมรสและสินส่วนตัวของคู่สมรส โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะต้อง บังคับจากทรัพย์สินประเภทใดก่อน และอาจบังคับจากทรัพย์สินของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจนครบจำนวน หนี้ได้

8.3 สิทธิในการรับมรดก กฎหมายไทยกำหนดให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มีฐานะทายาทโดยธรรมของคู่สมรสผู้ตาย มีสิทธิรับมรดกร่วมกับทายาทของเจ้ามรดกทุกลำดับ โดยได้รับส่วนแบ่งเสมือนทายาทชั้นบุตร (ป.พ.พ. มาตรา 1629 และ 1635)

สิทธิในการรับมรดกของคู่สมรสนี้ เป็นหลักสากลที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ของประเทศต่าง ๆ จะแตกต่างกันก็เพียงรายละเอียด เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บัญญัติให้สามีภริยามีสิทธิรับมรดกของกันและกัน ตามส่วนแบ่งที่กำหนดไว้ในมาตรา 1931 กล่าวคือ

- ก. มีสิทธิได้รับ $\frac{1}{4}$ ของกองมรดก ในกรณีที่มีทายาทลำดับที่ 1
คือ บุตร
- ข. มีสิทธิได้รับ $\frac{1}{2}$ ของกองมรดก ในกรณีที่มีทายาทลำดับที่ 2
คือ บิดามารดา
- ค. ถ้าไม่มีทายาทลำดับที่ 1 และ 2 มีสิทธิได้รับทั้งหมด

การสมรสนอกจากจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางส่วนตัว ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินและสิทธิในการรับมรดกซึ่งกันและกันแล้ว ยังก่อให้เกิดผลทางกฎหมายในการทำให้ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะ ทำให้บุตรที่เกิดมาเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดสิทธิพิเศษตามกฎหมายอื่นอีก เช่น สิทธิของสามีภริยาในการได้รับลดหย่อนภาษีประเภทคู่สมรสและ บุตร และการที่สามีภริยากระทำความผิดอาญาต่อกันในความผิดฐานลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฉ้อโกง โกงเจ้าหนี้ ยักยอก รับของโจร ทำให้เสียทรัพย์ และบุกรุก ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางกฎหมาย

จากการที่กฎหมายกำหนดรูปแบบการสมรสเป็นแบบผัวเดียวเมียเดียว และให้การจดทะเบียนสมรสเป็นแบบแห่งการสมรสแต่เพียงอย่างเดียว ดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า "การสมรสตามกฎหมายนี้จะมีขึ้นได้แต่เฉพาะ เมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น" ทำให้การสมรสที่จดทะเบียนสมรสเท่านั้นเป็นการสมรสตามกฎหมายไทย แต่ด้วยพื้นฐานทางวัฒนธรรม และค่านิยมของสังคมไทยที่คุ้นเคยกับระบบการสมรสเดิม ที่ยอมให้ชายมีภริยาได้หลายคน ตลอดจนวิธีการจดทะเบียนที่หลวม ก่อให้เกิดการสมรสซ้อนได้อย่างง่าย ๆ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ต่อไป