

คำทดแทนในเรื่องการหมั้นตามกฎหมายครอบครัว

นางสาวสุวรรณา กณะยอด

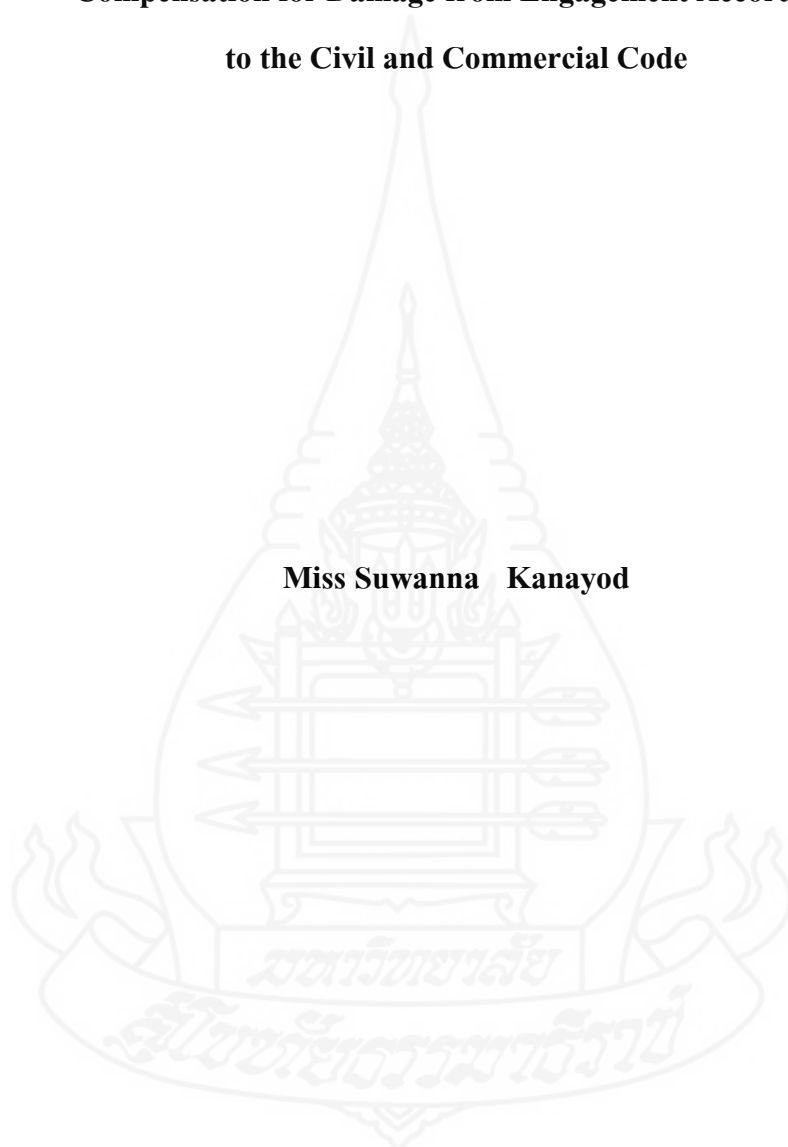


วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2556

**Compensation for Damage from Engagement According
to the Civil and Commercial Code**

Miss Suwanna Kanayod



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Business Law

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2013

ชื่องานวิจัย คำทดแทนในเรื่องการหมั้นตามกฎหมายครอบครัว

ผู้วิจัย นางสาวสุวรรณา คณะยอด รหัสนักศึกษา 2544000678 ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา (1) รองศาสตราจารย์วิวัฒน์ รักษ์ปวงชน (2) รองศาสตราจารย์วรุฒิ เทพทอง ปีการศึกษา 2556

บทคัดย่อ

การวิจัยเรื่องคำทดแทนในเรื่องการหมั้นตามกฎหมายครอบครัว มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงความเป็นมาของประเพณีการหมั้น ประวัติเกี่ยวกับการหมั้นตลอดจนแนวคิดเกี่ยวกับการหมั้น กฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นตั้งแต่อดีตจนถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว หมวด 1 การหมั้น ฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน กฎหมายการหมั้นของต่างประเทศทั้งในระบบคอมมอนลอว์ คือ กฎหมายอังกฤษ และอเมริกา และระบบซีวิลลอว์ คือกฎหมายโรมัน เยอรมัน ฝรั่งเศส เกลาติได้ และได้หวั่น เพื่อวิเคราะห์กฎหมายคำทดแทนในเรื่องการหมั้นของกฎหมายครอบครัวไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

การวิจัยเรื่องนี้เป็นการศึกษาทางกฎหมาย โดยการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร ซึ่งทำการค้นคว้าจากหนังสือ ตำราที่เกี่ยวข้อง บทความทางกฎหมาย ทั้งของไทยและต่างประเทศ คำพิพากษาของศาลฎีกา เว็บไซต์ อินเทอร์เน็ตตลอดจนความเห็นของนักนิติศาสตร์ นำเสนอข้อมูลโดยใช้วิธีเขียนเชิงพรรณนาและวิเคราะห์

ผลการวิจัยพบว่า การที่กฎหมายไทยรับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาและให้คู่หมั้นมีสิทธิเรียกคำทดแทนความเสียหายจากการหมั้นตามความเสียหายที่แท้จริงได้นั้นถือว่ามีความเหมาะสมกับสภาพของสังคม เพราะได้คุ้มครองการสมรสให้เป็นไปโดยอิสระควบคู่กันไปด้วย เนื่องจากไม่ต้องชดเชยค่าเสียหายที่สูงเกินไปจนต้องยอมสมรสด้วยสภาวะที่จำใจ ซึ่งส่งผลดีมากกว่าประเทศที่ไม่รับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญา แม้ว่ากฎหมายการหมั้นของไทยจะมีความเหมาะสมกับสภาพของสังคม แต่ก็ไม่ใช่ว่ากฎหมายการหมั้นจะไม่มีบทบาทพร้อมในการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการหมั้นซึ่งพบปัญหาสามประการดังนี้ ประการแรก คำว่า “เหตุสำคัญ” ในการบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 และมาตรา 1443 มิได้มีความหมายที่ชัดเจนครอบคลุมถึงการการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรส ประการที่สอง การที่บทบัญญัติในมาตรา 1444 จำกัดสิทธิการเรียกคำทดแทนเฉพาะกรณีที่เป็นการกระทำชั่วร้ายแรงต้องได้กระทำ “ภายหลังการหมั้น” เท่านั้น ทำให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำชั่วร้ายแรงไม่มีสิทธิเรียกคำทดแทนจากคู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วร้ายแรง หากการกระทำชั่วร้ายแรงนั้นได้กระทำ “ก่อนการหมั้น” ประการที่สาม การที่บทบัญญัติในมาตรา 1446 จำกัดขอบเขตการเรียกคำทดแทนของคู่หมั้นผู้ถูกละเมิดสิทธิซึ่งเรียกได้เฉพาะกรณีที่ผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา “ได้รู้หรือควรจะได้รู้” ถึงการหมั้นเท่านั้น หากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราปฏิเสธว่า “ไม่รู้” ถึงการหมั้นนั้น ก็ทำให้หลุดพ้นจากความรับผิด ซึ่งเป็นปัญหาช่องว่างของกฎหมาย

คำสำคัญ การหมั้น คำทดแทน

Thesis title: Compensation for Damage from Engagement According to the Civil and Commercial Code

Researcher: Miss Suwanna Kanayod; **ID:** 2544000678; **Degree:** Master of Laws;

Thesis advisor: (1) Wikorn Rakpuangchon , Associate Professor; (2) Voravuth Thaptong, Associate Professor;

Academic year: 2013

Abstract

The objectives of this research is to study the origin and historical background of engagement custom, the concepts of engagement, as well as the laws related to engagement particularly the Civil and Commercial Code, Book 5 Family, Chapter 1 Engagement, which is being in forced at the present. Moreover, the research aims to study engagement in foreign laws including the common law, which are British and American laws, the Roman law and such civil law as German, French, South Korean and Taiwanese laws, in order to analyze the compensation for damage from engagement under Thai family law when compared with those of foreign laws.

This legal research was qualitative and documentary research approach with data collected from documentary evidence consist of Thai and foreign data, which were researched from textbooks, legal articles, judgments of the Supreme Court, internet websites, as well as opinions of jurists. Data are presented through writings in the descriptive and analytical method.

Research results have discovered that the fact that Thai laws welcome engagement as an agreement and allow fiance/fiancee the right to ask for compensation as per actual damages from engagement is still considered appropriate to the present society, since this covers the freedom of marriage concurrently as well. This is because one party do not need to pay excessive compensation which may result to forced marriage. This brings more positive results than the approach that do not welcome engagement as an agreement. However, it does not mean that the Thai engagement laws do not have any flaw in giving justice to the persons related to the engagement, in which three issues were found as follows. Firstly, the provisions of section 1442 and section 1443 define the term “important event” too widely, and do not state the extent regarding the motive or the person who caused the event. Secondly, the provision of section 1444 limits the right to ask for compensation only in the cases that are extremely cruel actions, which must occur “after the engagement” only. This makes the fiance/fiancee who exercises the right to call off the agreement receive damages from extremely cruel actions, and do not have the right to ask for compensation from the fiance/fiancee who acted cruelly, if the extremely cruel actions happened “before the engagement”. Lastly, the provision of section 1446 limits the extent of asking for compensation of the damaged fiance/fiancee, which can be asked for only in the case that the person has raped or attempted to rape while “knowing or should have known” about the engagement. In some circumstances, if the person that has raped or attempted to rape rejects by stating “do not know” about the engagement, the person is free from the crime, which is a gap in the law.

Keywords: Engagement, Compensation

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความอนุเคราะห์จากท่านรองศาสตราจารย์วิกรม รักษ์ปวงชน ที่ให้ความกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ตลอดเวลาอันมีค่าให้คำแนะนำความรู้ทางด้าน กฎหมายครอบครัวและให้กำลังใจมาโดยตลอด ท่านอาจารย์ ดร.ประพันธ์ ทรัพย์แสง ประธาน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และท่านรองศาสตราจารย์รวุฒิ เทพทอง กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ตลอดเวลาอันมีค่าได้กรุณาให้ข้อเสนอแนะในประเด็นต่างๆ และติติงข้อบกพร่องที่เป็นประโยชน์ เพื่อนำไปปรับปรุงแก้ไข ตลอดจนให้ความเมตตาแนะนำปลการแก่ผู้เขียน ซึ่งช่วยให้วิทยานิพนธ์ ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดีผู้เขียนต้องขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ที่เคารพทั้งสามท่านเป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอขอบคุณในน้ำใจของพินิ(นราธิป) พี่ดา(ลัดดาวรรณ) พี่เอก(อาทิตย์) ตลอดจน พี่น้องและเพื่อนๆ ทั้งหลายที่ผู้เขียนไม่สามารถกล่าวนามได้ทั้งหมดในที่นี้ ซึ่งคอยให้กำลังใจ อยู่ตลอดเวลาผู้เขียนรู้สึกทราบบ้างซึ่งในความปรารถนาดีของทุกท่านเป็นอย่างยิ่ง

นอกจากนี้ยังมีบุคคลสำคัญที่สุดในชีวิตที่ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคือ คุณแม่ สุเนตร เทพนรินทร์ มารดาผู้ล่วงลับผู้ที่อยู่ในหัวใจทุกวินาที ไม่ว่าจะท้อแท้เพียงใดกำลังใจจาก พระคุณของแม่ทำให้ผู้เขียนมีความวิริยะอุตสาหะ พร้อมทั้งคุณพ่อ และขอบคุณน้องชาย ที่คอย ให้กำลังใจแก่ผู้เขียนสุดท้ายนี้บุคคลที่จะต้องกล่าวขอบขอบคุณคือตัวผู้เขียน

อนึ่ง ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์กับผู้ที่ศึกษาค้นคว้า ผู้เขียนขอขอบความดีทั้งหมด แต่ มารดาบิดา ครู อาจารย์ ทุกท่านที่ประสิทธิประสาทวิชากรให้ และหากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขออ้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และต้องขออภัยไว้ ณ ที่นี้ด้วย

สุวรรณา คณะยอด

พฤษภาคม 2556

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1. ความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์การวิจัย.....	4
3. ขอบเขตการวิจัย.....	4
4. ระเบียบวิธีวิจัย.....	5
5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
บทที่ 2 แนวคิดและวิวัฒนาการของการหมั้นและคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้น.....	6
1. คำจำกัดความของครอบครัว.....	6
2. หน้าที่ของครอบครัว.....	7
2.1 สร้างสรรค์สมาชิกใหม่ (reproduction).....	7
2.2 บำบัดความต้องการทางเพศ (sexual gratification).....	7
2.3 เลี้ยงดูผู้เยาว์ให้เติบโตขึ้นในสังคม (maintenance of immature children or raising the young).....	7
2.4 ให้การอบรมสั่งสอนแก่เด็กให้รู้จักระเบียบของสังคม (socialization).....	8
2.5 ให้ความรักและความอบอุ่น (affection).....	8
3. ความหมายของการหมั้นและคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้น.....	8
3.1 ความหมายของการหมั้น.....	8
3.2 ความหมายของคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้น.....	10
4. แนวคิดของการหมั้นและคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้น.....	12
4.1 แนวคิดของการหมั้น.....	12
4.2 แนวคิดของคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้น.....	15
5. วิวัฒนาการของการหมั้นและคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นตามกฎหมายครอบครัวไทย.....	17
5.1 กฎหมายล้านนา.....	17

ช
สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
5.2 กฎหมายลักษณะผิดเมีย	20
5.2.1 ค่าทดแทนในการหมั้น	25
5.2.2 สรุปการหมั้นตามกฎหมายลักษณะผิดเมีย	27
5.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478	29
5.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519	34
5.5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533	35
5.6 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2550	37
บทที่ 3 ลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นตามกฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย	38
1. ลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นตามกฎหมายต่างประเทศ	38
1.1 ประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law)	38
1.1.1 กฎหมายโรมัน (Roman Law)	38
1.1.2 กฎหมายเยอรมัน (German Law)	44
1.1.3 กฎหมายฝรั่งเศส (French Law)	53
1.1.4 กฎหมายเกาหลีใต้ (South Korean Law)	57
1.1.5 กฎหมายไต้หวัน (Taiwan Law)	60
1.2 ประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law)	63
1.2.1 กฎหมายอังกฤษ	63
1.2.2 กฎหมายสหรัฐอเมริกา (America Law)	69
1.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนในเรื่องการหมั้น ระหว่างระบบซีวิลลอว์กับระบบคอมมอนลอว์	77
2. ลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นตาม กฎหมายครอบครัวไทย	80
2.1 ลักษณะของการหมั้น	80
2.1.1 เงื่อนไขของการหมั้น	82
2.1.2 แบบของการหมั้น	91
2.1.3 ผลของการหมั้น	94

ฉ
สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2 ค่าทดแทนในเรื่องการหมั้น.....	95
2.2.1 ค่าทดแทนกรณีผิดสัญญาหมั้น.....	96
2.2.2 ค่าทดแทนกรณีบอกเลิกสัญญาหมั้น.....	109
2.2.3 ค่าทดแทนที่คู่หมั้นมีสิทธิเรียกได้จากผู้อื่น.....	120
2.3 สิทธิในการเรียกค่าทดแทน.....	132
2.3.1 ค่าทดแทนที่เป็นสิทธิเฉพาะตัว.....	132
2.3.2 ค่าทดแทนที่ไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัว.....	133
2.4 หลักเกณฑ์การคำนวณค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้น.....	133
3. วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนในเรื่องการหมั้น	
ระหว่างกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทย.....	135
3.1 ลักษณะของการหมั้น.....	135
3.2 ค่าทดแทนในเรื่องการหมั้น.....	137
บทที่ 4 ปัญหาค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นตามกฎหมายไทย.....	143
1. ปัญหาของ “เหตุสำคัญ” ตามมาตรา 1442 และมาตรา 1443.....	143
2. ปัญหาในมาตรา 1444 ที่กฎหมายกำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายที่ได้กระทำชั่วอย่างร้ายแรง “ภายหลังการหมั้น” ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนต่อคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้น อันเป็นเหตุให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่สามารถเรียกค่าทดแทนได้ หากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้น ได้กระทำ “ก่อนการหมั้น”.....	147
2.1 ข้อดีของการให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นมีสิทธิเรียกให้คู่หมั้น ฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรง “ก่อนการหมั้น”.....	148
2.2 ข้อเสียของการไม่ให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นมีสิทธิเรียกให้คู่หมั้น ฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงที่ได้กระทำ “ก่อนการหมั้น”.....	150

ญ
สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3. ปัญหาในมาตรา 1446 ซึ่งกำหนดให้ชายหรือหญิงคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิ เรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืน กระทำชำเราคู่หมั้นของตนเฉพาะกรณีที่ ผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ^{รู้} หรือควร ^{จะ} รู้ถึงการหมั้นเท่านั้น	151
บทที่ 5 บทสรุปและเสนอแนะ	155
1. บทสรุป	155
1.1 การหมั้นไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย และกฎหมายไม่รับรองการฟ้องร้องคดี ในการเรียกค่าทดแทนความเสียหายฐานผิดสัญญาหมั้น	156
1.2 การหมั้นไม่มีผลบังคับทางกฎหมายแต่ถ้าคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความ เสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนได้	157
1.3 การหมั้นมีผลบังคับทางกฎหมาย เมื่อคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย จากการผิดสัญญาหมั้นของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย สามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้	157
1.4 การหมั้นมีผลบังคับทางกฎหมาย เมื่อคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย จากการผิดสัญญาหมั้นของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย สามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนได้อย่างกว้างขวาง	158
2. ข้อเสนอแนะ	160
2.1 ควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 1442 และมาตรา 1443 ให้มีความหมายที่ชัดเจน โดยให้ขยายความหมายของคำว่า “เหตุสำคัญ” ที่จะบอกเลิกสัญญาหมั้นได้นั้น ครอบคลุมถึงการการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือการเพิกเฉย ต่อการสมรส	160
2.2 ควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 1444 โดยให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ที่ได้รับความเสียหายและผลกระทบจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงมีสิทธิเรียก ค่าทดแทนจากคู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ไม่ว่าจะได้กระทำ “ก่อนการหมั้น” หรือ “ภายหลังการหมั้น”	162

ฉ
สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2.3 ควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 1446 ให้ชายหรือหญิงคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิ มีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืน กระทำชำเราคู่หมั้นของตน ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายาม ข่มขืนกระทำชำเราจะรู้หรือไม่รู้ถึงการหมั้นนั้น ได้ด้วย.....	163
บรรณานุกรม.....	166
ภาคผนวก.....	173
ก ตารางเปรียบเทียบการแก้ไขด้วยทกกฎหมาย.....	174
ข ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวลักษณะ 1 การสมรส หมวด 1 การหมั้น.....	181
ประวัติผู้วิจัย.....	185



บทที่ 1

บทนำ

1. ความสำคัญของปัญหา

สถาบันครอบครัวเป็นหน่วยของสังคมที่เล็กที่สุดแต่ต้องถือว่าเป็นหน่วยสำคัญที่สุด เพราะหน้าที่ที่สำคัญๆ ของครอบครัวคือ หน้าที่ในการผลิตสมาชิกใหม่ให้แก่สังคมหน้าที่ในการอบรมเลี้ยงดูสมาชิกใหม่ ตลอดจนหน้าที่ที่ท้าทายใจแก่สมาชิกในครอบครัว ครอบครัวจึงเป็นสถาบันที่สำคัญอย่างยิ่งในการพัฒนาคุณภาพประชากรของประเทศ วิธีการที่จะจูงใจให้มนุษย์มาร่วมกันทำหน้าที่เหล่านี้ได้แก่การสมรส แต่ก่อนที่จะมีการสมรสกันนั้นส่วนใหญ่แล้วคู่สมรสจะต้องผ่านพิธีการที่ถือปฏิบัติกันจนเป็นประเพณีอย่างหนึ่งประเพณีนี้ก็คือการหมั้น (engagement) ซึ่งเป็นวงจรอันดับแรกในการเริ่มต้นดำเนินชีวิตครอบครัว การหมั้นถือเป็นประเพณีที่เก่าแก่ของไทยมาแต่ครั้งโบราณ การหมั้นเริ่มมีขึ้นมาเมื่อใดนั้นไม่มีหลักฐานปรากฏชัดเจน เมื่อชายและหญิงเจริญวัยก้าวเข้าสู่วัยหนุ่มสาว วัยผู้ใหญ่ หากชายหญิงมีความรักใคร่ชอบพอกันก็เป็นธรรมดาของมนุษย์ ที่ต้องการมีคู่ครอง มีครอบครัว ก่อนที่จะมาอยู่รวมกันเป็นครอบครัวนั้น ชายอาจจะใช้เวลาศึกษา อุนิสัยใจคอ ความประพฤติกของหญิงผู้รักว่าเหมาะสม หรือพร้อมจะร่วมทุกข์ร่วมสุขกับตนหรือไม่ ส่วนหญิงนั้นอาจต้องศึกษาอุปนิสัยใจคอของชายที่ตนจะทำการสมรสด้วยว่า เป็นอย่างไร ถ้าหากทำการสมรสแล้วจะเป็นพ่อบ้านที่ดีและจะเป็นพ่อที่เป็นแบบอย่างที่ดีของลูกได้หรือไม่ เมื่อทั้งชายและหญิงมีความเชื่อมั่นว่าต่างคนต่างต้องการครองชีวิตร่วมกันแล้ว ฝ่ายชายจะต้องเป็นฝ่ายไปหมั้นฝ่ายหญิงเพื่อให้โอกาสแต่ละฝ่ายได้เตรียมเนื้อเตรียมตัว และจะเป็นการขยายระยะเวลาในการศึกษาอุปนิสัยกันให้นานยิ่งขึ้นก่อนที่จะมีการสมรสกัน แต่ในทางปฏิบัติของสังคมยุคปัจจุบันหญิงไม่ต้องต้องเก็บเนื้อเก็บตัวเฝ้าเรือนเหมือนสังคมสมัยก่อนเพราะชายหญิงในสังคมปัจจุบันได้มีโอกาสพบเจอกันมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการศึกษาเล่าเรียนร่วมกัน การทำงานร่วมกัน และยังมีเทคโนโลยีที่สามารถติดต่อสื่อสารกันได้ง่ายขึ้น จึงทำให้ชายหญิงได้ศึกษานิสัยใจคอกันมาพอสมควรแล้วทั้งคู่อาจจะตกลงแต่งงานและจดทะเบียนสมรสกันโดยไม่มีพิธีการหมั้น หรือจะทำการหมั้นพอเป็นพิธีและแต่งงานในวันเดียวกันหรือจะหมั้นกันไว้ก่อนแล้วค่อยสมรสกันในภายหลังก็ย่อมทำได้เสมอ เพราะกฎหมายก็มิได้บังคับว่าชายหญิงที่จะทำการสมรสกันนั้นจะต้องผ่านการหมั้นมาก่อนแต่อย่างใด เพราะฉะนั้นการที่จะมาอ้างว่าต้องทำการหมั้นไว้ก่อนเพื่อให้โอกาส

ชายและหญิง ได้ศึกษาอุปนิสัยกันและทำความรู้จักคุ้นเคยกัน จึงไม่ตรงกับข้อเท็จจริงและไม่สอดคล้องกับสังคมยุคปัจจุบันเท่าใดนัก

แม้ว่าสภาพสังคมจะเปลี่ยนแปลงไปจากในอดีต แต่บทบาทของการหมั้นในสังคมไทย ยังคงมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าการสมรส จะเห็นได้จากกฎหมายไทยฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้ก็ยังรับรองการหมั้นว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษอย่างหนึ่ง การหมั้นจึงเป็นการที่ชายหญิงทำสัญญาว่าจะทำการสมรสและอยู่กินกันฉันท์สามีภริยาตามกฎหมาย การหมั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายครอบครัว แต่เดิมความสัมพันธ์ทางครอบครัวอยู่ในบังคับของกฎหมายลักษณะฟัวเมียซึ่งเป็นกฎหมายลักษณะหนึ่งของกฎหมายตราสามดวง¹ ที่ใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2347 กฎหมายลักษณะฟัวเมียถูกยกเลิกโดยการตราบทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ออกมาใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478² ต่อมาก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวในปี พ.ศ. 2519 โดยการตราพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตราชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ต่อมาก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวในปี พ.ศ. 2533 และครั้งสุดท้ายได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวโดยตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2550 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 13 กันยายน 2550 เป็นต้นมา³ จนถึงฉบับปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวมีกฎหมายในเรื่องการหมั้นบัญญัติอยู่ในมาตรา 1435 ถึงมาตรา 1447/2 รวมทั้งหมด 15 มาตรา

¹ ครั้นในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ประเทศไทยเรายังคงใช้กฎหมายเก่าของกรุงศรีอยุธยาอยู่ตลอดมาจนกระทั่งในปี พ.ศ. 2347 ได้เกิดคดีฟ้องชำระระหว่างอำแดงป้อมกับนายบุญศรี โดยอำแดงป้อมเป็นชู้กับนายราชาอรอด แล้วมาฟ้องอำานายบุญศรีช่างเหล็กหลวงผู้เป็นสามี นายบุญศรีไม่ยอมหย่า แต่พระเกษมตีความในกฎหมายร่วมกับลูกขุน แล้วพิพากษาให้อำแดงป้อมหย่าขาดจากนายบุญศรีได้ นายบุญศรีจึงร้องทุกข์กล่าวโทษพระเกษมและนายราชาอรอดต่อเจ้าพระยาศรีธรรมราช เจ้าพระยาศรีธรรมราชนำความขึ้นกราบบังคมทูลพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชทรงพระกรุณาตรัสว่าหญิงนอกใจชายแล้วมาฟ้องหย่าชาย ลูกขุนปรึกษาให้หย่ากันนั้นหาเป็นยุติธรรมไม่ จึงมีพระบรมราชโองการตรัสสั่งให้เจ้าพระยาพระคลังเอากฎหมายของศาลหลวงมาสอบกับฉบับหอหลวงข้างที่ได้ความว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่าฟัว ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชายหย่าได้” ทรงเห็นว่าเกิดความบกพร่องคลาดเคลื่อนในตัวบทกฎหมาย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งอาลักษณ์ลูกขุน และราชบัณฑิตฯ รวม 11 คน ให้ตรวจชำระด้วยบทกฎหมายต่างๆ ที่มีอยู่ในหอหลวงให้ถูกต้องตามความยุติธรรม และจัดเป็นหมวดหมู่แล้วให้อาลักษณ์ชุบเส้นหมึกสามฉบับเก็บไว้ที่ห้องเครื่องฉบับหนึ่งหอหลวงฉบับหนึ่ง และศาลหลวงอีกฉบับหนึ่ง ปัดตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ และบัวแก้วทุกเล่มเป็นสำคัญเรียกว่า กฎหมายตราสามดวงโปรดดู ประสพสุข บุญเดช *หลักกฎหมายครอบครัว* กรุงเทพฯ วิทยุชน 2555 หน้าแรก

² “เรื่องเดียวกัน” หน้า 11

³ เขารัตน์ เตมีศรีสุข “ประเด็นชวนคิดตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ : ค่าทดแทนกรณีการหมั้นและการหย่า” *วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์* 2, 5 (มิถุนายน-กรกฎาคม 2551) : 15-25 หน้า 16

จากการที่ประเทศไทยได้ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมาแล้วหลายครั้ง การแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นแต่ละครั้งย่อมแตกต่างกันไปตามยุคตามสมัยสะท้อนให้เห็นถึงสภาพของสังคม และวัฒนธรรมตลอดจนความต้องการของประชาชนในยุคสมัยนั้น กฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นได้ปรับปรุงแก้ไขครั้งสุดท้ายเมื่อ พ.ศ. 2550 ที่ใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 13 กันยายน 2550 จนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้ (พ.ศ. 2557) ไม่มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในเรื่องการหมั้นให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจสังคม และวัฒนธรรมของคนในสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ย่อมทำให้ความต้องการของคนในสังคมเปลี่ยนแปลงไปด้วย ผู้เขียนจึงเห็นว่ามิบบทบัญญัติเรื่องค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นที่ยังมีปัญหามาสนใจหลายประการ ควรจะได้รับการปรับปรุงแก้ไข ดังนี้ ประการแรก ปัญหาของคำว่า “เหตุสำคัญ” ตามมาตรา 1442 และมาตรา 1443 ที่มีได้มีความหมายที่ชัดเจนครอบคลุมไปถึงการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรส ซึ่งอาจทำให้คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรสของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธิอ้างเหตุดังกล่าวบอกเลิกสัญญาหมั้น ประการที่สองปัญหาในมาตรา 1444 คือ การที่กฎหมายกำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายที่ได้กระทำชั่วอย่างร้ายแรง “ภายหลังการหมั้น” ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนต่อคู่หมั้นฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาหมั้น อันจะเป็นเหตุให้คู่หมั้นฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาหมั้นไม่สามารถเรียกค่าทดแทนได้หากคู่หมั้นฝ่ายที่ได้กระทำชั่วอย่างร้ายแรง “ก่อนการหมั้น” ประการที่สามปัญหาเรื่องช่องว่างของกฎหมายในมาตรา 1446 ที่กำหนดให้คู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตนได้เฉพาะกรณีและผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา “ได้รู้หรือควรได้รู้” ถึงการหมั้นเท่านั้น แต่ถ้าผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา “ไม่ได้รู้” ถึงการหมั้นนั้น คู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิจะเรียกค่าทดแทนไม่ได้ ซึ่งจะเป็นการเปิดช่องของกฎหมายให้ผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ยกเอาเป็นข้อต่อสู้ขึ้นอ้างได้ว่า “ไม่ได้รู้” ถึงการหมั้นนั้นเพื่อให้ตนเองหลุดพ้นจากการที่จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนให้แก่คู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิ

2. วัตถุประสงค์

2.1 เพื่อศึกษาความเป็นมาของประเพณีการหมั้น ประวัติเกี่ยวกับการหมั้นตลอดจนแนวคิดเกี่ยวกับการหมั้น โดยละเอียด

2.2 เพื่อศึกษาถึงความเป็นมาของกฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นตั้งแต่อดีตจนถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว หมวด 1 การหมั้น ฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน โดยละเอียด

2.3 เพื่อวิเคราะห์กฎหมายค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นของกฎหมายครอบครัวไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศทั้งในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์

2.4 เพื่อนำผลที่ได้จากการศึกษาวิเคราะห์ไปใช้ปรับปรุงแก้ไขด้วยกฎหมายในเรื่องการหมั้น เพื่อให้กฎหมายการหมั้นของไทยมีประสิทธิภาพและเหมาะสมเกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการหมั้นทุกฝ่าย

3. ขอบเขตการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาเรื่องค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นและเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้องตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายครอบครัวไทย โดยศึกษาตั้งแต่ความเป็นมาของประเพณีการหมั้น ประวัติการหมั้นตลอดจนแนวคิดเกี่ยวกับการหมั้น ศึกษากฎหมายล้านนา กฎหมายลักษณะ Civile จนถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว หมวด 1 การหมั้น ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน และได้วิเคราะห์ปัญหาค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นของกฎหมายครอบครัวไทยเปรียบเทียบกับค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นตามกฎหมายต่างประเทศโดยแยกเป็นประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ รวมทั้งศึกษาจากบทความทางวิชาการ คำพิพากษาศาลฎีกา หนังสือคำอธิบายเกี่ยวกับการหมั้นและหนังสืออื่นๆที่เกี่ยวข้อง วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้องและข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์และสุดท้ายได้นำเสนอแนะแนวทางที่ได้จากการศึกษาวิเคราะห์มาปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นของกฎหมายครอบครัวไทยให้มีประสิทธิภาพและเหมาะสมเป็นประโยชน์ต่อสังคมต่อไป

4. ระเบียบวิธีวิจัย

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ(Qualitative Research) โดยวิจัยทางเอกสาร(Documentary Research) เอกสารข้อมูลที่จะนำมาศึกษามีทั้งของไทยและต่างประเทศโดยได้ทำการค้นคว้าจากหนังสือตำราที่เกี่ยวข้องและบทความทางกฎหมาย คำพิพากษาของศาลฎีกา เว็บไซต์อินเทอร์เน็ตตลอดจนความเห็นของนักนิติศาสตร์ สำหรับการเขียนวิทยานิพนธ์จะใช้วิธีเขียนเชิงพรรณนาและวิเคราะห์ (descriptive and analytical method) โดยจะรวบรวมข้อมูลต่างๆ มาวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อนำไปสู่การสรุปประเด็นปัญหาซึ่งน่าจะได้แสดงความคิดเห็นและเสนอแนะแนวทางที่ควรจะเป็นต่อไป

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

5.1 ทราบความเป็นมาของประเพณีการหมั้น ประวัติดังกล่าวเกี่ยวกับการหมั้นตลอดจนแนวคิดเกี่ยวกับการหมั้น

5.2 ทราบความเป็นมาของกฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นตั้งแต่อดีตจนถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว หมวด 1 การหมั้น ฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

5.3 ทราบถึงข้อดีข้อเสียที่ได้จากการวิเคราะห์กฎหมายค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นของกฎหมายครอบครัวไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศทั้งในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์

5.4 นำข้อเสนอแนะไปใช้ในการปรับปรุงแก้ไขตัวบทของกฎหมายในเรื่องค่าทดแทนการหมั้น เพื่อให้กฎหมายการหมั้นของไทยมีประสิทธิภาพและเหมาะสมเกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการหมั้นทุกฝ่าย

บทที่ 2

แนวคิดและวิวัฒนาการของการหมั้นและคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้น

ในบทนี้ผู้เขียนได้ศึกษาค้นคว้าถึงคำจำกัดความของครอบครัว หน้าที่ของครอบครัว ความหมายของการหมั้นและคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้น แนวคิดของการหมั้นและคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นวิวัฒนาการของการหมั้นและคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นตามกฎหมายครอบครัวไทยตั้งแต่อดีตจนกระทั่งประมวลกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน คือ กฎหมายล้าเนา กฎหมายลักษณะพัวเมีย กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2519 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2533 และ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2550 รวมถึงได้ศึกษาข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการหมั้น เพื่อจะนำมาเป็นข้อมูลให้เกิดความเข้าใจในเบื้องต้นที่จะนำไปวิเคราะห์ในบทต่อไป

1. คำจำกัดความของครอบครัว

เนื่องจากว่าครอบครัวมีความสำคัญเช่นใดการหมั้นก็มีความสำคัญคู่กันเพราะการหมั้นเป็นขั้นตอนแรกของการเริ่มต้นครอบครัว Burgess กับ Locke ได้ให้คำจำกัดความของครอบครัวว่าจะต้องมีลักษณะสำคัญ 4 ประการดังต่อไปนี้คือ⁴

1.1 ครอบครัวประกอบด้วยบุคคลที่มารวมกันโดยการสมรส หรือมีความผูกพันทางสายโลหิต หรือการมีบุตรบุญธรรม การสมรสแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภรรยา ส่วนความผูกพันทางสายโลหิต คือ ความสัมพันธ์ระหว่างพ่อแม่และลูก รวมทั้งบุตรบุญธรรมด้วย

1.2 สมาชิกของครอบครัวเหล่านี้อยู่รวมกันภายในครัวเรือนเดียวกัน หรือบางครั้งก็แยกกันไปอยู่ต่างหาก ในสมัยโบราณครัวเรือนหนึ่งจะมีสมาชิก 3-4-5 ชั่วอายุคน ปัจจุบันครัวเรือน (โดยเฉพาะในประเทศที่พัฒนาแล้ว) จะมีครอบครัวขนาดเล็ก ประกอบด้วยสามีภรรยา และลูกอีกหนึ่งหรือสองสามคนขึ้นไปหรือไม่มีเลย

⁴ สุพัตรา สุภาพ สังคมและวัฒนธรรมไทย คำนิยม : ครอบครัว : ศาสนา : ประเพณี กรุงเทพมหานคร
ไทยวัฒนาพาณิชย์ 2518 หน้า 23

1.3 ครอบครัวเป็นหน่วยของการโต้ตอบติดต่อระหว่างบุคคล เช่น สามีภรรยา พ่อแม่ ลูก พี่น้อง โดยสังคมแต่ละแห่งจะกำหนดบทบาทของแต่ละครอบครัวไว้ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับประเพณีของแต่ละแห่ง ซึ่งหมายความว่า ไม่ใช่เพียงต่างคนต่างกิน ต่างคนต่างอยู่ ต่างคนต่างมีปฏิริยาเชิงสัมพันธ์ต่อกัน เช่น รักกัน เอาใจใส่กัน สั่งสอนกัน จิตใจผูกพันกัน เป็นต้น

1.4 ครอบครัวถ่ายทอดรักษาวัฒนธรรม สมาชิกจะถ่ายทอดและรับแบบของความประพฤติในการปฏิบัติต่อกัน เช่น ระหว่างสามีภรรยา และลูก และเมื่อผสมผสานกับวัฒนธรรมที่นอกเหนือไปจากครอบครัว ก็จะได้แบบของความประพฤติที่สมาชิกปฏิบัติต่อกันและต่อผู้อื่น

สรุปได้ว่าครอบครัวประกอบด้วยชายหญิงที่มาอยู่รวมกันโดยการสมรสและได้มีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยการเป็นสามีภรรยา โดยจะมีลูกหรือไม่ก็ได้

2. หน้าที่ของครอบครัว⁵

2.1 **สร้างสรรค์สมาชิกใหม่ (reproduction)** เพื่อให้สังคมสามารถดำรงอยู่ได้เพราะสังคมจะต้องมีสมาชิกใหม่ทดแทนสมาชิกเดิมที่ตายไป หน้าที่นี้มีความสำคัญมาก ถ้าไม่มีการสร้างสมาชิกใหม่สังคมนั้นๆ ก็จะต้องสูญหายไป ทั้งนี้การมีสมาชิกใหม่ก็ต้องมีให้สมดุลกับทรัพยากรภายในประเทศด้วย

2.2 **บำบัดความต้องการทางเพศ (sexual gratification)** ซึ่งจะออกมาในรูปของการสมรส เป็นการลดปัญหาทางเพศบางอย่าง เช่น การข่มขืน การเป็นชู้ การสมรสจึงเป็นสิ่งจำเป็นในสังคมที่มีการจัดระเบียบ เพราะการสมรส คือ วิธีหนึ่งที่สังคมเข้ามาควบคุมความสัมพันธ์ทางเพศให้อยู่ในขอบเขต แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าความต้องการมีความสัมพันธ์ทางเพศเพียงอย่างเดียวจะต้องทำให้มนุษย์มีครอบครัวเสมอไป เพราะมนุษย์มีทางระบายออกทางอื่นๆ ได้โดยไม่ต้องมีครอบครัว เพราะการสมรสให้มากกว่าความพอใจในเรื่องความสัมพันธ์ทางเพศ

2.3 **เลี้ยงดูผู้เยาว์ให้เติบโตขึ้นในสังคม (maintenance of immature children or raising the young)** จะเห็นได้ว่าไม่มีสถาบันใดทำหน้าที่นี้ได้ดีกว่าสถาบันครอบครัว เพราะความรัก ความอบอุ่น เด็กจะหาที่อื่นใดเสมือนครอบครัวนั้นยากมาก พ่อแม่ส่วนใหญ่มีความรักลูก ย่อมประคับประคองเลี้ยงดูลูกของตนเป็นอย่างดี แม้จะยากคิมีเงินก็ตาม ครอบครัวก็จะเลี้ยงดูบุตรตั้งแต่แรกเกิดจนกระทั่งเติบโต ครอบครัวจึงเป็นสถาบันที่สำคัญมากต่อระบบการพัฒนาทางร่างกายและจิตใจของเด็กให้เจริญเติบโตอย่างสมบูรณ์ไม่เป็นปัญหาสังคม

⁵ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 60-62

2.4 ให้การอบรมสั่งสอนแก่เด็กให้รู้จักระเบียบของสังคม (socialization) ครอบครัวเป็นแหล่งอบรมเบื้องต้นที่มีอิทธิพลต่อเด็กมากที่สุด เป็นสถาบันที่เตรียมตัวเด็กให้ออกไปเผชิญกับสิ่งแวดล้อมที่พ้นไปจากบ้าน

2.5 ให้ความรักและความอบอุ่น (affection) ครอบครัวเป็นแหล่งที่สมาชิกได้รับความรักและความอบอุ่นอย่างบริสุทธิ์ใจ เป็นแหล่งที่ให้ประกันว่า จะมีคนที่เรารักและรักเราเสมอ เช่น ความรักของสามีภรรยา หรือความรักของพ่อแม่ที่มีต่อลูก เป็นแหล่งให้กำลังใจและปลุกปลอบใจเพื่อให้สมาชิกสามารถฟันอุปสรรคไปได้

3. ความหมายของการหมั้นและคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้น

3.1 ความหมายของการหมั้น

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 คำว่า “หมั้น” หมายความว่า “มอบสิ่งของให้ฝ่ายหญิงเพื่อแสดงความมั่นหมายว่าจะแต่งงานด้วย การที่ฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น เมื่อหมั้นแล้วของหมั้นตกเป็นสิทธิแก่หญิงเรียกของที่มอบให้นั้นว่าของหมั้นถ้าเป็นทองเรียกว่าทองหมั้นถ้าเป็นแหวนเรียกว่าแหวนหมั้นผู้ที่หมั้นกันแล้วเรียกว่าคู่หมั้น”⁶

แม้ว่าการหมั้นจะไม่มีคำนิยามไว้ในบทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการหมั้นไว้ อาทิเช่น

นายขยงยุทธ กาฬกาญจน์ ได้ให้ความหมายของการหมั้นไว้ว่า “การหมั้น” หมายถึง การที่ชายหญิงทำสัญญาว่าจะทำการสมรสกัน⁷

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 763/2526 ได้ให้ความหมายของการหมั้นไว้ว่า “การหมั้นเป็นสัญญาฝ่ายชายทำกับฝ่ายหญิงโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อชายกับหญิงหรือความตกลงที่จะทำการสมรสกัน”

⁶ “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542” ค้นคืน 2 พฤศจิกายน 2556 จาก <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-41-search.asp>

⁷ นายขยงยุทธ กาฬกาญจน์ “เงื่อนไขในการหมั้น” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 4, 1 (25 กันยายน 2518) : 114-125 หน้า 115

ศาสตราจารย์สอาด นาวิเจริญ อธิบายว่า “การหมั้นเป็นสัญญาว่าจะทำการสมรสกันหรือความตกลงที่จะทำการสมรสกัน”⁸

ศาสตราจารย์พิเศษประสพสุข บุญเดช อธิบายว่า “การหมั้นนั้น ถ้าจะให้ความหมายในทางกฎหมายแล้วหมายความรวมถึงการที่ชายหญิงทำสัญญาว่าจะทำการสมรสกันและอยู่กินกันฉันสามีภริยา (an agreement to get married and live together as husband and wife)”⁹

รองศาสตราจารย์ ดร.รัศญา เอกบุตร ได้ให้ความหมายของสัญญาหมั้นไว้ว่า “สัญญาหมั้น คือ สัญญาที่ฝ่ายชายกับฝ่ายหญิงตกลงกันว่าชายหญิงจะทำการสมรสกันตามกฎหมาย (การสมรสตามกฎหมาย คือ การจดทะเบียนสมรสตามมาตรา 1457)¹⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่งสัญญาหมั้นคือ สัญญาที่ฝ่ายชายจองตัวหญิงไว้เพื่อทำการสมรสกันตามกฎหมายต่อไป”¹¹

ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความหมายไว้ว่า “การหมั้น หมายความว่า การที่ชายหญิงทำสัญญาว่าจะทำการสมรสกัน การหมั้นแตกต่างกับการสมรส เหมือนกับความแตกต่างระหว่างสัญญาจะซื้อกับสัญญาซื้อขายเด็ดขาด คือเป็นสัญญาจองกันไว้ก่อน ยังไม่ถึงขั้นเด็ดขาด”¹²

ประเพณีไทยในอดีตนั้นก่อนที่จะมีการหมั้นจะต้องมีการ “สู่ขอ” เสียก่อน ผู้ที่ได้รับมอบหมายให้มาสู่ขอตามธรรมเนียมประเพณีไทยเรียกว่า “เต่าแก่” ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นผู้ใหญ่ที่มีฐานะดี มีผู้ให้การเคารพนับถือ และเป็นที่ยอมรับของพ่อแม่หรือผู้ปกครองของทั้งสองฝ่ายเป็นอย่างดี รวมทั้งรู้จักอุปนิสัยใจคอของฝ่ายชายเป็นอย่างดี เพราะตัวเต่าแก่จะเป็นผู้รับรองในตัวฝ่ายชายหลังจากได้มีการเจรจาสู่ขอเป็นที่ตกลงกันเรียบร้อยแล้ว ขั้นตอนต่อไปจึงจะเป็นการหมั้นแล้ว ค่อยจัดงานแต่งงานภายหลัง การหมั้นเป็นพิธีการเพื่อให้โอกาสทั้งหญิงและชายคู่หมั้นได้ศึกษาอุปนิสัยใจคอกันมากขึ้น มีการกำหนดฤกษ์ยามในวันหมั้น รวมทั้งกำหนดสินสอดทองหมั้น หรือที่เรียกว่า “ขันหมากหมั้น”ตามธรรมเนียมการหมั้นนั้น เทียบกับการจองหรือวางมัดจำไว้นั่นเอง หญิงที่ถูกหมั้นถือว่าได้ถูกจองไว้แล้ว จะไปรับหมั้นชายอื่น หรือผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงจะยกให้ใครอื่นอีกไม่ได้

⁸ สอาด นาวิเจริญ คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว กรุงเทพมหานคร นิติบรรณการ 2517 หน้า 12

⁹ ประสพสุข บุญเดช คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว กรุงเทพมหานคร สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2550 หน้า 48

¹⁰ การสมรสตามกฎหมาย คือ การจดทะเบียนสมรสตามมาตรา 1457 “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น”

¹¹ รัศญา เอกบุตร คำอธิบายกฎหมายครอบครัว : การหมั้นกรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน 2555 หน้า 1

¹² เสนีย์ ปราโมช ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ครอบครัวมฤคก พระนคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2508 หน้า 17

ประเพณีเกี่ยวกับการหมั้นถือกันว่าฝ่ายชายจะต้องมาหมั้นฝ่ายหญิงก่อนการแต่งงานมีลักษณะเป็นการขอหญิงมาเป็นภรรยาชาย¹³

จากการศึกษาถึงความหมายของการหมั้นตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา บทความทางวิชาการและความเห็นของนักวิชาการทางด้านกฎหมายครอบครัวที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ประกอบกับบทบัญญัติในมาตรา 1437 ตามกฎหมายครอบครัวไทย พอสรุปได้ว่าการหมั้นคือ สัญญาที่ฝ่ายชายส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงในขณะหมั้น เพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น โดยตกลงกันว่าจะทำการสมรสกันต่อไป

3.2 ความหมายของคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้น

ความหมายของคำว่า “คำทดแทน” (compensation) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว กฎหมายไม่ได้มีบทบัญญัติไว้ชัดเจนว่าหมายถึงอะไร จึงต้องเทียบเคียงกับคำที่มีความหมายใกล้เคียงกัน ซึ่งคนส่วนใหญ่ใช้กัน โดยทั่วไปตามพจนานุกรม ดังนี้

“ค่า” (นาม) หมายถึงจำนวนเงินที่เป็นราคาสິงของหรือบริการเป็นต้น เช่น ค่าจ้าง ค่าเช่า ค่าโดยสาร ค่าอาหาร¹⁴

“ทดแทน” หมายถึงความว่า ตอบแทน ชดใช้ หรือชดเชยสิ่งที่เสียไป¹⁵

หากพิจารณาจากความหมายของคำทั้งสองดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับบทบัญญัติของคำทดแทนการหมั้นในมาตรา 1440¹⁶แล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่าคำทดแทนในเรื่องการหมั้นหมายถึง จำนวนเงินของฝ่ายที่กระทำความผิดสัญญาหมั้นหรือกระทำการใดๆตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าให้ชดใช้หรือชดเชยให้แก่คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย เว้นแต่ในกรณีที่หญิงคู่หมั้นเป็นฝ่ายที่เสียหาย ศาลอาจชี้ขาดว่าของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นเป็นคำทดแทนทั้งหมดหรือเป็นส่วนหนึ่งของคำทดแทนที่หญิงพึงได้รับหรือศาลอาจให้คำทดแทนโดยไม่คำนึงถึงของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นก็ได้

¹³ ไพโรจน์ กัมพูสิริ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2528 หน้า 1

¹⁴ ราชบัณฑิตยสถาน พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 กรุงเทพมหานคร นานมีบุ๊คส์ พับลิเคชั่นส์ 2546 หน้า 241

¹⁵ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 499

¹⁶ มาตรา 1440 วรรคท้าย บัญญัติว่า “ในกรณีที่หญิงเป็นผู้มีสิทธิได้คำทดแทน ศาลอาจชี้ขาดว่าของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นเป็นคำทดแทนทั้งหมดหรือเป็นส่วนหนึ่งของคำทดแทนที่หญิงพึงได้รับ หรือศาลอาจให้คำทดแทนโดยไม่คำนึงถึงของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นก็ได้”

ไม่เพียงแต่คำว่า “ค่าทดแทน” เท่านั้นที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายครอบครัวไทย แต่ยังคงมีคำอื่นๆ ที่มีความหมายใกล้เคียงกัน ทว่าไม่นำมาใช้กับการเรียกค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นแต่นำไปใช้กับการเรียกค่าทดแทนทางกฎหมายอย่างอื่น เช่น

คำว่า “ค่าเสียหาย” (damages) หมายถึง เงินที่ชดใช้ให้แก่ผู้เสียหายเพื่อความเสียหายอันได้เกิดขึ้น¹⁷

ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนกร ได้ให้ความหมายของคำว่า “ค่าเสียหาย” ไว้ว่า หมายถึง จำนวนเงินที่ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระให้แก่เจ้าหนี้เป็นการชดใช้ความเสียหาย ความเสียหายอาจเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือสิทธิอื่นๆ แต่การแก้ไขหรือชดใช้ค่าเสียหายส่วนใหญ่จะต้องชดใช้กันด้วยเงิน ค่าเสียหายนี้ศาลจะต้องคำนวณให้ว่าเจ้าหนี้ควรจะได้รับเป็นจำนวนเท่าใดโดยถือความเสียหายเป็นหลัก¹⁸

คำว่า “ค่าสินไหมทดแทน” หมายถึง เงินที่ต้องชดใช้เพื่อทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินหรือแก่บุคคลอันเนื่องมาจากการละเมิด หรือการผิดสัญญา รวมทั้งทรัพย์สินที่ต้องคืนให้แก่ผู้เสียหายด้วย เช่น ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้¹⁹

ศาสตราจารย์พิเศษ ไพโรจน์ วายุภาพ ให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง การชดใช้แก่ผู้เสียหายเพื่อทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นทุกอย่างไม่ใช่เฉพาะแต่การชดใช้เป็นจำนวนเงิน คำว่าสินไหมทดแทนจึงมีความหมายกว้างกว่าค่าเสียหาย จึงกล่าวได้ว่าค่าเสียหายเป็นส่วนหนึ่งของค่าสินไหมทดแทน²⁰

¹⁷ “พจนานุกรม แปลภาษา” ค้นคืน 11 เมษายน 2556 จาก

<http://th.w3dictionary.org/index.php?q=%E0%B8%84%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B9%80%E0%B8%AA%E0%B8%B5%E0%B8%A2%E0%B8%AB%E0%B8%B2%E0%B8%A2>

¹⁸ โสภณ รัตนกร คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2553 หน้า 165

¹⁹ “Longdodict” Retrieved April 11, 2013 from :
http://dict.longdo.com/search/*%E0%B8%84%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B9%84%E0%B8%AB%E0%B8%A1*

²⁰ ไพโรจน์ วายุภาพ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ กรุงเทพมหานคร สำนักอบรมศึกษา กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2552 หน้า 197

4. แนวคิดของการหมั้นและคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้น

4.1 แนวคิดของการหมั้น

Robert R. Bell ซึ่งเป็นนักมานุษยวิทยาได้ศึกษาเกี่ยวกับการสมรสว่า “การหมั้นเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการนัดพบและการเกี่ยวพาราตี” (the final stage in the process of dating and courtship) โดยอธิบายว่าการที่ชายหรือหญิงจะได้พบกับคนที่ตนพึงพอใจ เพื่อการเลือกสรรเป็นคู่ครองถึงขั้นสมรสกันนั้น โดยทั่วไปมักจะผ่านกระบวนการเกี่ยวพาราตี (dating courtship process) หรือจะกล่าวให้เข้าใจง่ายๆ ก็คือจะต้องมีการจีบกันก่อน โดยในขั้นแรกจะมีการนัดหมายพบปะพูดคุยกันหลายๆ คน หรือเป็นกลุ่มก่อนเป็นครั้งเป็นคราว ต่อมาเมื่อเกิดความชอบพอกันเป็นส่วนตัวก็จะเปลี่ยนไปเป็นการนัดหมายเฉพาะกับคนที่ตนชอบพอเพียงคนเดียวเป็นประจำ (going steady) จนในขั้นสุดท้าย เมื่อชายและหญิงมีความเข้าใจต่อกัน จนเกิดเป็นความรักต่อกันถึงขั้นแน่ใจว่าจะทำการสมรสเป็นสามีภริยากันแล้วจึงได้ทำการหมั้นกันขึ้น²¹ โดยมีลำดับขั้นตอนความสัมพันธ์ของชายหญิงจนถึงการหมั้นดังนี้

การนัดหมาย (dating) ซึ่งหนุ่มสาวในปัจจุบันนี้มักจะใช้คำทับศัพท์ว่า “มีเดท” หรือ “ออกเดท” นั่นก็คือการที่เราไปกับบุคคลที่เรารัก การนัดหมายมักจะมีการสิ้นสุดในตัวของมันเอง โดยไม่มีข้อผูกพัน เพราะการนัดหมายเป็นการพักผ่อนหย่อนใจเพลิดเพลินและใช้ระยะเวลาอันสั้น และเมื่อหมดช่วงระยะเวลาของการนัดหมายแล้วทั้งสองฝ่ายจะไม่มีข้อผูกพันกันต่อไปอีก²² การนัดหมายมักจะยึดเอาตัวเองเป็นหลักมากกว่าจะยึดเอาความพึงพอใจของทั้งสองฝ่าย เพราะมักจะคำนึงว่าผู้ที่ตนนัดหมายด้วยนั้นจะทำให้ตนพึงพอใจได้แค่ไหน หากเกิดความพึงพอใจแล้ว อาจเริ่มมีการนัดหมายเจอกันเป็นนัดครั้งที่สอง ชายหญิงจะมีข้อตกลงกันว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่ออกไปนัดพบกับคนอื่นหรือถ้าออกไปก็ต้องแจ้งให้กันและกันทราบ สภาพการณ์เช่นนี้ไม่เป็นการนัดหมายต่อไป แต่จะกลายเป็นสัมพันธ์ภาพแบบใหม่ขึ้นมา²³ เป็นความสัมพันธ์ที่มีข้อผูกพันโดยการแสดงความเป็นเจ้าของ มีความหึงหวงในตัวอีกฝ่ายหนึ่ง กล่าวได้ว่า เป็นการนัดหมายแบบมีความสัมพันธ์ที่ลึกซึ้ง โดยสานความสัมพันธ์ต่อจากการเป็นคนแปลกหน้า กลายเป็นคนที่รู้จักกันท้ายที่สุดกลายมาเป็นคนรัก ซึ่งเลยจากขั้นการนัดหมายธรรมดาเพราะมีข้อผูกพันต่อกัน แต่บางคนอาจจบความสัมพันธ์ลงแบบคนแปลกหน้าหลังพ้นจากการนัดหมาย กล่าวคือ ไม่ได้มาเจอกันอีกเลย

²¹ Robert R. Bell. *Marriage and Family Interaction* (Homewood: The Dorsey Press, 1975) p.95.

²² สุพัตรา สุภาพ *สังคมและวัฒนธรรมไทย ค่านิยม : ครอบครัว : ศาสนา : ประเพณี* หน้า 46

²³ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 48

การนัดหมายเป็นประจำ (going steady) คือการที่ชายหญิงเปลี่ยนการนัดหมายจากหลายๆคน มาเป็นการนัดหมายกับคนเพียงคนเดียว โดยธรรมชาติของความรักการที่คนเราไปเที่ยวไหนมาไหนกับใครเป็นประจำก็ย่อมแสดงว่ามีความชอบพอต่อกัน (แต่ก็ไม่ได้เป็นหลักประกันว่า จะต้องมีการแต่งงานกันเสมอไป) การนัดหมายเป็นประจำของชายหญิงจึงเป็นระยะเวลาที่ได้ศึกษาถึงทัศนคติ บุคลิกภาพ อารมณ์ และความคิดว่าพอจะมีนิสัยใจคอเข้ากันได้มากน้อยเพียงไร เป็นความสัมพันธ์ที่อาจจะพัฒนาไปสู่ขั้นตอนของการหมั้นหมาย

Emory Stephen กล่าวว่า การเกี่ยวพาราตี (Courtship) เป็นวิธีการที่นำไปสู่การมีคู่ครองหรือมีครอบครัววิธีหนึ่ง โดยในยุคแรกๆ การเกี่ยวพาราตีจะออกมาในรูปแบบของการร้องรำทำเพลง เต้นรำ ซึ่งบางครั้งก็ออกมาในรูปแบบของการบูชาเทพเจ้า หรือไม่ก็ออกมาในรูปแบบของการแสดงความเก่งกล้าสามารถ เช่น เป็นนักรบ หรือเป็นอัศวินเพื่อนำชัยชนะมามอบให้กับหญิงที่ตนรัก²⁴ สมัยก่อนพ่อแม่มีอิทธิพลอย่างสูงในการเกี่ยวพาราตี คอยสอดส่องควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างหนุ่มสาวอย่างใกล้ชิด เพราะสมัยนั้นพ่อแม่เป็นผู้รับผิดชอบและกำหนดการแต่งงานของบุตร จึงพยายามเข้าไปมีส่วนร่วมในการเลือกคู่ครองให้กับบุตรของตนในสมัยต่อมาหนุ่มสาวมีแนวโน้มที่จะเลือกคู่ครองตามความพึงพอใจของตนเองได้โดยอิสระมากขึ้น

ในสมัยก่อนฝ่ายชายเท่านั้นที่จะเป็นฝ่ายไปเกี่ยวพาราตีหญิง ส่วนหญิงนั้นไม่มีสิทธิ์ที่จะไปรักใคร่ชอบพอกับหรือเกี่ยวพาราตีชายก่อน เพราะถือเป็นเรื่องเสื่อมเสียเกียรติอย่างร้ายแรง น่าอับอาย และเป็นที่ยึดติณินทา ถ้าหญิงไปรักใคร่ชอบพอกับชายใดก่อนก็ต้องเก็บอาการซ่อนเร้นไว้ ไม่กล้าแสดงออกเพื่อคงความเป็นกุลสตรีไว้ การเลือกคู่ครองในสมัยก่อนจะยึดหลักฐานะและเกียรติภูมิ เพื่อความมั่นคงในชีวิตสมรส โดยพ่อแม่มักจะส่งเสริมและเลือกสรรบุคคลที่ตนคิดว่ามีฐานะทัดเทียมกันกับตน เหมือนดัง คำพังเพยที่ว่า “หงส์ต้องอยู่กับหงส์” “กาต้องอยู่กับกา” ด้วยเหตุดังกล่าวนี้จึงมีหนุ่มสาวจำนวนไม่น้อยสมรสโดยไม่ได้รักกันเลย หรือบางคนหลังจากสมรสแล้ว จึงได้เกิดความรักต่อกัน หรือบางคนอาจจะไม่ได้รักกันเลย เพราะเป็นการทำตามใจของพ่อแม่ ผู้ปกครองหรือผู้ใหญ่ ผู้ใหญ่ พ่อแม่ผู้ปกครองจึงเป็นบุคคลที่มีอิทธิพลสูง โดยเฉพาะพ่อแม่ฝ่ายของหญิง ฉะนั้นชายจึงพยายามทำให้พ่อแม่ฝ่ายหญิงชอบพอสืบต่อกัน แม้ตัวหญิงจะไม่ยินยอม พ่อแม่ก็สามารถบังคับหญิงได้²⁵ พูดอย่างง่ายๆ ก็คือเข้าทางพ่อแม่หญิงนั่นเอง ความรักในสมัยก่อนจึงไม่ใช่เรื่องสำคัญเท่าใดนัก การแต่งงานเป็นหน้าที่ของลูกที่จะต้องทำตามใจพ่อแม่ผู้ปกครอง เพื่อตอบแทนบุญคุณในฐานะลูกที่ดี

²⁴ Emory S. Bogardus *Sociology* New York The Macmillan Company 1954 p.69

²⁵ สุพัตรา สุภาพ *สังคมและวัฒนธรรมไทย คำนิยม : ครอบครัว : ศาสนา : ประเพณี* หน้า 45

ในสังคมปัจจุบันนี้การเกี่ยวพาราตี คือการที่หนุ่มสาวพยายามแสวงหาบุคคลที่ตรงกับที่เขามุ่งหวังไว้ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยในระยะแรกๆ จะเป็นการเลือกบุคคลที่ตนพอใจ จนกระทั่งถึงระดับที่ตนคิดว่าจะเลือกมาเป็นคู่ครอง การแต่งงานของหนุ่มสาวจึงขึ้นอยู่กับความรักเป็นสำคัญโดยถือว่า “ถ้าไม่มีความรักต่อกันแล้วจะอยู่ด้วยกันได้อย่างไร” ซึ่งเป็นความคิดในสังคมประชาธิปไตยแบบเสรี หนุ่มสาวมีโอกาสพบปะเจอกันได้ง่ายขึ้นและมีเสรีภาพในการเลือกคู่ครองได้ด้วยตนเอง การเกี่ยวพาราตี จึงขึ้นอยู่กับความรักและความเสน่หาต่อกันระหว่างชายหญิง ความถูกต้องถูกใจกัน ความรักแบบหนุ่มสาว (Romantic Love) โดยชายจะเปลี่ยนจากการพยายามทำให้พ่อแม่ฝ่ายหญิงชอบพอในตนเอง มาเป็นการพยายามเอาอกเอาใจและหาหนทางเพื่อที่จะชนะใจหญิง ในระยะแรกหญิงอาจจะมีเงินขายและสงวนท่าทีเนื่องจากไม่แน่ใจว่าชายจะจริงใจหรือแค่เพียงเจ้าชู้ตามประสาชาย จนกว่าหญิงจะแน่ใจจึงจะแสดงความรักต่อชายออกไป

สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับการหมั้นในสังคมไทยถือปฏิบัติกันมาแต่โบราณมักเริ่มขึ้นเมื่อฝ่ายชายจัดผู้ใหญ่ไปพุดจาสุ่ยขอหญิง เมื่อฝ่ายหญิงตกลงยินยอมก็จะมีการตกลงในข้อเรียกร้องของฝ่ายหญิงในเรื่องสินสอดของหมั้น และอื่นๆถ้าจะให้มีการหมั้น ฝ่ายชายก็นำขันหมากหมั้นซึ่งเป็นขันใส่ของหมั้นที่ประกอบด้วยหมากพลูและทรัพย์สินเงินทองอันเป็นการประกันว่าชายจะมาแต่งงานกับหญิง และตกลงนัดหมายกำหนดวันแต่งงานต่อไป ซึ่งเห็นได้ว่ากระบวนการดังกล่าวไม่ได้เป็นไปตามขั้นตอนของการเกี่ยวพาราตี เพราะบิดามารดาหรือผู้ใหญ่ผู้ใหญ่เป็นคนเข้ามาดำเนินการในเรื่องคู่ครองให้กับชายหญิง แต่ในสังคมปัจจุบันสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้ชายหญิงได้มีโอกาสสนิทสนมใกล้ชิดกันเองมากขึ้น อาจนำแนวคิดที่ว่า การหมั้นเป็นขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการเกี่ยวพาราตีมาอธิบายเรื่องการหมั้นได้โดยตรงและสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันมากที่สุด ในบางรายไม่นิยมการหมั้นแต่ข้ามขั้นตอนจากการเป็นแฟนไปเป็นสามีภรรยา โดยกำหนดวันแต่งงานและจดทะเบียนสมรสในวันเดียวกันเลยก็มี หรืออาจหาฤกษ์เพื่อกำหนดพิธีหมั้นและแต่งงานในวันเดียวกันซึ่งก็ไม่ใช่เรื่องแปลกในสังคมปัจจุบันที่มีให้เห็นได้ทั่วไปอาจเป็นเพราะสภาพสังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรมที่ได้เปลี่ยนแปลงไป

หลังจากที่ผู้เขียนได้ศึกษาถึงความหมายของการหมั้นและคำทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นรวมถึงแนวคิดเกี่ยวกับการหมั้น โดยมีกระบวนการเกี่ยวพาราตีซึ่งเป็นกระบวนการที่จะนำไปสู่ขั้นตอนของการหมั้นอย่างละเอียดแล้วนั้น เนื้อหาต่อไปจึงเป็นการกล่าวถึงสาระของการหมั้น

การหมั้น (engagement) คือการที่ชายหญิงมีข้อตกลงกันว่าปรารถนาจะแต่งงานเพื่ออยู่ร่วมกันในอนาคต การหมั้นหมายถึงถือว่าเป็นข้อผูกพันที่แน่นอนที่สุดรองจากการสมรส

การหมั้นเกิดขึ้นหลังจากที่ชายหญิงที่รักใคร่ชอบพอกันได้ศึกษาถึงลักษณะนิสัยใจคอ ความชอบต่างๆ ของกันและกันดีพอแล้ว จนเกิดความรักใคร่กัน เข้าใจกัน ถึงขนาดที่สามารถตัดสินใจได้แล้วว่าต้องการจะใช้ชีวิตคู่ด้วยกันตลอดไปจึงตกลงหมั้นกันไว้ก่อน อาจกล่าวได้ว่าการหมั้นเป็นหัวเลี้ยวหัวต่อของการแต่งงานนอกจากนี้การหมั้นยังถือว่าเป็นการทดสอบขั้นสุดท้าย (final testing) ก่อนการแต่งงาน เพราะเป็นระยะที่ชายหญิงจะมีโอกาสใกล้ชิดและเรียนรู้อีกฝ่ายหนึ่งอย่างจริงจัง²⁶

ประเพณีแต่โบราณของไทยยึดถือปฏิบัติกันมาโดยตลอดว่าก่อนที่หญิงจะมาอยู่กินเป็นภรรยาชาย ฝ่ายชายจะต้องไปขอพ่อแม่ผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงโดยการหมั้นเสียก่อน การหมั้นก็เพื่อเป็นหลักประกันในคำมั่นสัญญาว่าชายจะไปทำการสมรสกับหญิงภายในเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ด้วยเหตุที่สังคมต้องการให้พิธีหมั้นมีหลักฐานที่เป็นรูปธรรมชัดเจน จึงได้สร้างแนวปฏิบัติให้มีพิธียกขันหมาก ในขันหมากจะมีการให้ของหมั้นและสินสอด เพราะความสมัครใจของชายหญิงคู่หมั้นหรือความยินยอมของผู้ใหญ่มีลักษณะที่พิสูจน์ได้ยาก²⁷ จึงใช้ของหมั้นเป็นหลักฐาน โดยฝ่ายชายจะต้องนำทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นมามอบให้แก่หญิงในวันหมั้น เพื่อเป็นหลักประกันว่าจะทำการสมรสกับหญิงนั้นจึงจะเป็นการหมั้นที่สมบูรณ์ตามมาตรา 1437 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน (พ.ศ. 2557)

4.2 แนวคิดของค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้น

ค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นตามกฎหมายครอบครัวไทยมีขึ้นเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นอันมีสาเหตุมาจากการผิดสัญญาหมั้น โดยส่วนใหญ่แล้วหากมีการผิดสัญญาหมั้นเกิดขึ้นหญิงจะเป็นฝ่ายได้รับความเสียหายมากกว่าชาย เพราะขณะที่เกิดการผิดสัญญาหมั้นนั้นอาจหมายถึงการได้แต่งงานกันตามประเพณีแล้ว แต่ยังไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันทางกฎหมายถือว่าชายหญิงยังอยู่ในฐานะของคู่หมั้น ทั้งที่พฤติกรรมของชายหญิงได้ใช้ชีวิตอยู่กินกันเคียงสามีภรรยาและหญิงก็ได้ตกเป็นภรรยาชายแล้ว เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจใช้ชีวิตให้เป็นปกติสุขร่วมกันได้ จึงมีการผิดสัญญาหมั้นกันเกิดขึ้น หากอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นก็เป็นเหตุให้เรียกค่าทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหาย กฎหมายจึงกำหนดขอบเขตของการเรียกค่าทดแทนไว้ให้สามารถเรียกจากกันได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ตามมาตรา 1440

²⁶ วรรณภา ศรีบุญวงศ์การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2534 หน้า 60

²⁷ ไพโรจน์ กัมพูสิริ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2528 หน้า 3

ค่าทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงแห่งชายหรือหญิง ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้น บิดามารดาหรือบุคคล ผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาได้ใช้จ่ายหรือต้องตกเป็นลูกหนี้ เนื่องในการเตรียมการสมรสโดยสุจริตและตามสมควรตลอดจนค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้นได้จัดการทรัพย์สิน หรือการอื่นอันเกี่ยวแก่อาชีพหรือทางทำมาหาได้ของตนไปโดยสมควร ด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรส²⁸ ค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นนอกจากจะมีขึ้นเพื่อเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาหมั้นโดยตรงแล้ว ยังมีขึ้นเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคู่หมั้นฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาหมั้น เพราะการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงภายหลังการหมั้นของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมาตรา 1444 ได้กำหนดให้คู่หมั้นผู้กระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนแก่คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิเลิกสัญญาเสมือนเป็นผู้ผิดสัญญาหมั้นค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นอีกกรณีหนึ่ง คือ ค่าทดแทนที่คู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกร้องจากผู้ซึ่งได้ล่วงเกินคู่หมั้นของตนทางประเวณีตามมาตรา 1445 และมาตรา 1446 แต่เดิมนั้นกฎหมายให้สิทธิแก่ชายคู่หมั้นฝ่ายเดียวเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นซึ่งได้ล่วงเกินหญิงคู่หมั้นของตนทางประเวณี ในปี พ.ศ. 2550 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้หญิงคู่หมั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ล่วงเกินชายคู่หมั้นของตนทางประเวณีได้ จึงทำให้หญิงคู่หมั้นมีสถานะเท่าเทียมกับชายคู่หมั้น หลักการเรียกค่าทดแทนตามกฎหมายใหม่จึงมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่หมั้น โดยมองว่าประเวณีของคู่หมั้นนั้นคู่หมั้นอีกฝ่ายเป็นเจ้าของอีกฝ่ายจึงมีสิทธิห้ามมิให้บุคคลอื่นล่วงเกินคู่หมั้นของตน ด้วยเหตุนี้สถานการณ์เป็นคู่หมั้นจึงอาจมีการละเมิดกันได้ หากผู้อื่นมีความสัมพันธ์ทางเพศกับคู่หมั้นของตนไม่ว่าฝ่ายหลังนี้จะสมัครไม่ก็ตาม คู่หมั้นจึงมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้อื่นนั้นได้²⁹

การชดใช้ค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญาหมั้นตามกฎหมายครอบครัวไทย ศาลจะกำหนดให้ชดใช้เป็นตัวเงิน หรือในกรณีที่หญิงเป็นผู้มีสิทธิได้ค่าทดแทน ศาลอาจชี้ขาดว่าของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นเป็นค่าทดแทนทั้งหมด หรือเป็นส่วนหนึ่งของค่าทดแทนที่หญิงพึงได้รับ หรือศาลอาจให้ค่าทดแทนโดยไม่คำนึงถึงของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นก็

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3366/2525 จำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น โจทก์ขอมมีสิทธิเรียกให้จำเลยรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียง ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการเตรียมการสมรส หรือเรียกค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากได้จัดการทรัพย์สิน หรือการอื่นอันเกี่ยวแก่อาชีพหรือทางทำมาหาได้ด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรส

“สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา” ค้นคืน 4 ตุลาคม 2556 จาก

http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/jud/th/thsc/2525/cd_11613.pdf

²⁹ ไพโรจน์ กัมพูศิริคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553 หน้า 73-75

ค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นมีขึ้นเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการผิดสัญญาหมั้นมากกว่าจะมุ่งป้องปรามไม่ให้มีการผิดสัญญาหมั้นเกิดขึ้น ถ้ากฎหมายมุ่งป้องปรามไม่ให้มีการผิดสัญญาหมั้นเกิดขึ้นแต่เพียงอย่างเดียวก็จะกลายเป็นการบังคับให้เกิดการสมรสกันโดยไม่มีควมสมัครใจ กล่าวคือ กฎหมายในเรื่องการหมั้นเปิดโอกาสให้คู่หมั้นสามารถเลือกที่จะตัดสินใจผิดสัญญาหมั้นได้โดยอิสระเสรี ไม่ต้องเกรงว่าจะถูกบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งก็คือการสมรสหรือกลัวว่าจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนมากจากการผิดสัญญาหมั้น กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองการสมรสของบุคคลให้เกิดจากการสมัครใจอย่างแท้จริง แต่ในขณะเดียวกัน ก็ต้องหาหลักเกณฑ์ที่จะใช้ในการคำนวณค่าทดแทนเพื่อให้คู่สัญญาหมั้นที่เสียหายได้รับการเยียวยาความคุ้มกันไปด้วย

5. วิวัฒนาการของการหมั้นและค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นตามกฎหมายครอบครัวไทย

การหมั้นเป็นขนบธรรมเนียมประเพณีอันเก่าแก่ของไทย หากชายหญิงที่รักใคร่ชอบพอกันเมื่อถึงเวลาอันสมควรประสงค์จะมีการสมรสกันจะต้องให้ชายและหญิงหมั้นกันไว้เสียก่อนถึงจะมีการจัดพิธีสมรสในเวลาต่อมา เป็นประเพณีที่สังคมไทยได้ยึดถือปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นเวลาช้านาน ต่อมาเมื่อสภาพสังคม เศรษฐกิจ มีความเจริญขึ้น จึงได้มีการบันทึกหลักเกณฑ์ขนบธรรมเนียมประเพณีการหมั้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นเพื่อให้คนในสังคมได้ยึดถือปฏิบัติเป็นแนวเดียวกัน จะเห็นได้จากเนื้อหาในกฎหมายล้านนาและกฎหมายลักษณะพัวเมียได้มีการกล่าวถึงการหมั้นไว้ก่อนแล้วกระทั่งมาถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หมวด 1 การหมั้น ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้ โดยเรียบเรียงวิวัฒนาการของการหมั้นและค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นตามกฎหมายครอบครัวไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันได้ดังนี้

5.1 กฎหมายล้านนา

อาณาจักรล้านนาเป็นอาณาจักรที่ตั้งอยู่ในพื้นที่ภาคเหนือตอนบนของประเทศไทยทางภาคใต้ของจีน เป็นอาณาจักรที่มีพัฒนาการและประวัติความเป็นมาต่อเนื่องกว่า 700 ปี เริ่มจากได้มีการสถาปนาราชธานี ณ เมืองเชียงใหม่ ในปีจุลศักราช 625 (ปีออก พ.ศ. 1839) ต่อมาอาณาจักรล้านนาได้ตกเป็นเมืองขึ้นของพม่าในระหว่างปี พ.ศ. 2101 – 2317 และได้เปลี่ยนมาเป็นเมืองขึ้นของไทยนับแต่ปี พ.ศ. 2317 จนในที่สุดได้กลายเป็นดินแดนส่วนหนึ่งของไทยในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว³⁰

³⁰ พิธีชัย ไชยแสงชูสกุล และอรุณรัตน์ วิเชียรเขียว กฎหมายล้านนาโบราณ: วิเคราะห์ระบบโครงสร้างและเนื้อหาของบทบัญญัติที่จารในใบลาน 12 เล่ม กรุงเทพมหานคร สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2531 เล่ม 1 หน้า 18-28

ล้านนา หมายถึง ดินแดนที่มีน่านับล้าน หรือมีที่นาเป็นจำนวนมาก อาณาจักรล้านนา มีภาษา ตัวหนังสือ วัฒนธรรม และประเพณีเป็นของตนเอง มีความเจริญรุ่งเรืองในหลายๆ ด้าน ในด้านนิติศาสตร์พบว่ามีกฎหมายบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายล้านนามีทั้งบทบัญญัติในทางปกครอง ทางแพ่ง ทางอาญาและวิธีพิจารณาความ จากการศึกษาพบว่ากฎหมายล้านนาเป็นกฎหมายที่ใช้มาตั้งแต่สมัยอาณาจักรล้านนาเป็นเอกราชจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์³¹

กฎหมายในยุคแรกที่ก่อตั้งอาณาจักรล้านนามีที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณี คัมภีร์ธรรมศาสตร์³² ซึ่งเป็นคัมภีร์กฎหมายเก่าแก่ของอินเดีย ที่ถูกมอญดัดแปลงให้เหมาะสมกับสภาพของตนไปบ้างแล้ว ได้จารลงบนใบลานและคัดลอกสืบทอดกันมาเก็บไว้ในวัดต่างๆ ของประเทศไทยเช่น มังรายศาสตร์ ก่อตั้งขึ้นโดยพระเจ้ามังรายเป็นหนังสือใบลานที่เก่าแก่ที่สุดต้นฉบับเดิมเขียนเป็นภาษาไทยเหนือ มังรายศาสตร์เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า วินิจฉัยมังราย หมายความว่า เป็นคำพิพากษาของ พระเจ้ามังราย ผู้แต่งพระเจ้ามังรายหรือพระยามังราย กษัตริย์แห่งอาณาจักรล้านนาไทย มังรายศาสตร์เป็นกฎหมายที่ให้คุณค่าทางนิติศาสตร์หลายประการ ให้ความรู้ทางประวัติศาสตร์ กฎหมายแต่ละบทมีเหตุผลประกอบ และยังสอดแทรกคุณค่าทางจริยธรรมเข้าไปอีก

กฎหมายล้านนากล่าวถึงการหมั้นหมายว่า³³ เป็นกรณีที่ชายเอาของฝาก(ของหมั้น) ไปให้กับฝ่ายหญิงเพื่อหมั้นหมายกันไว้ เมื่อหมั้นกันแล้วให้จัดพิธีแต่งงานภายในที่กำหนดเวลาไว้ โดยได้กำหนดระยะเวลาไว้แตกต่างกันตามฐานะของฝ่ายชายกล่าวคือ หากชายเป็นเจ้าขุน ผู้ดีหรือเศรษฐี หมั้นหญิงไว้แล้วให้จัดพิธีแต่งงานภายในกำหนดเวลา 1 เดือน หากชายเป็นนายสิบ นายกว้น หมั้นหญิงไว้แล้วให้จัดพิธีแต่งงานภายในกำหนดเวลา 2 เดือน หากชายเป็นไพร่หรือสามัญชนหมั้นหญิงไว้แล้วให้จัดทำพิธีแต่งงานภายในกำหนดเวลา 3 เดือน หากพ้นกำหนดฝ่ายชาย

³¹ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 52

³² คัมภีร์ธรรมศาสตร์ เป็นกฎหมายที่นักปราชญ์ พราหมณ์ผู้หนึ่งในชมพูทวีปเป็นผู้แต่งไว้หลายพันปีมาแล้ว ผู้แต่งมีนามว่า "มनु" ในทางสากลเรียกกฎหมายนี้ว่ากฎหมายมनु หรือธรรมศาสตร์ฮินดู เป็นคัมภีร์ทางศาสนาฮินดูในอินเดีย เป็นคัมภีร์ที่วางกฎเกณฑ์ไว้เป็นหลักธรรม เป็นกฎหมายธรรมชาติที่ให้ทุกคนต้องปฏิบัติตาม เพื่อให้สังคมมนุษย์อยู่ด้วยกันได้อย่างปกติสุข ประเทศไทยได้ใช้กฎหมายคัมภีร์พระธรรมศาสตร์สืบมาแต่โบราณ หลักกฎหมายนี้สันนิษฐานว่า เข้ามาสู่ประเทศไทยพร้อมกับพระพุทธศาสนา สมัยเมื่อชาวอินเดียได้พากันอพยพเข้ามายังสุวรรณภูมิ ระหว่างปี พ.ศ.270 - 300 ชาวอินเดียได้นำศิลปวิทยาการต่าง ๆ ตลอดจนศาสนาพราหมณ์ และหลักพระธรรมศาสตร์เข้ามาด้วย “เกร็ดความรู้จากสารานุกรมไทย” ค้นคืน 7 มีนาคม 2556 http://www.baanjomiyut.com/library/knowledge_of_encyclopedias/246.html

³³ พิธีชัย ไชยแสงสุขกุล และอรุณรัตน์ วิเชียรเขียว กฎหมายล้านนาโบราณ: วิเคราะห์ระบบโครงสร้างและเนื้อหาของบทบัญญัติที่จารในใบลาน เล่ม 2 หน้า 37-38

ไม่มาบอกกล่าวให้ทราบและไม่ไปแต่งงานได้แต่กันทำฝ่ายหญิงไว้เช่นนี้ ให้พ่อแม่พี่น้องของฝ่ายหญิงหาคู่ใหม่ให้แก่หญิงนั้น ผู้มาหมั้นคนเดิมจะกล่าวอะไรมิได้³⁴

กรณีได้หมั้นหมายกันแล้วหญิงหนีไป กฎหมายสันนาถือว่าชายเป็นฝ่ายที่ต้องเสียหาย แต่ก็ให้พิจารณาถึงจิตใจของหญิงประกอบด้วยว่าได้ให้ความยินยอมในการหมั้นนั้นหรือไม่ โดยแยกพิจารณาเป็น 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก กรณีพ่อแม่ฝ่ายหญิงพึงพอใจ แต่ตัวหญิงไม่พึงพอใจเมื่อได้หมั้นหมายแล้วหญิงหนีไปให้ปรับไหมฝ่ายหญิงเป็นค่าห่อ(ขัน)หมาก 11,000 เบี้ย ส่วนค่าห่อ(ขัน)หมากให้คืน

ประการที่สอง กรณีพ่อแม่ฝ่ายหญิงและตัวหญิงก็พึงพอใจ เมื่อได้หมั้นแล้วหญิงหนีไปให้ปรับไหมฝ่ายหญิง 22,000 เบี้ย ส่วนค่าห่อ(ขัน)หมากให้คืน

ประการที่สาม กรณีพ่อแม่หญิงรับหมั้นหมายไว้แต่หญิงไม่รู้หากภายหลังหญิงหนีไปอย่าให้ปรับไหมไม่คืนค่าห่อ(ขัน)หมาก และให้ยกเลิกการหมั้นหมายนั้น

ดังนั้น พอจะเป็นที่เข้าใจได้ว่ากฎหมายสันนาได้นำหลักความพึงพอใจของหญิงมาเป็นเกณฑ์ในการคิดค่าปรับไหมด้วย กล่าวคือ หากได้มีการหมั้นหมายและหญิงพอใจถ้าหญิงหนีไปกับชายอื่นซึ่งถือได้ว่าหญิงผิดสัญญาหมั้นกฎหมายให้ปรับไหมฝ่ายหญิงสูงกว่ากรณีที่มีการหมั้นหมายและหญิงไม่พอใจกฎหมายให้ปรับไหมเบากว่ากรณีที่ยังหญิงพอใจ

กรณีชาย มีหญิงที่ได้หมั้นหมายแล้วหนีไปอยู่ด้วย หากไม่รู้ว่าเป็นหญิงที่ผู้อื่นได้หมั้นหมายไว้แล้วให้ปรับไหม 55,000 เบี้ย กรณีที่ไม่ได้มีการหมั้นหมาย แต่ชายหญิงรักชอบกันชายช่วยทำงานให้กับฝ่ายหญิงแม้ต่อมามีชายอื่นมาขอหญิงนั้นก็ไม่ต้องปรับไหม หากให้แต่งงานกันให้ปรับไหมฝ่ายหญิงสองเท่าแต่ถ้าชายหญิงรักกันพ่อแม่ก็รู้มีงานก็ไปช่วยทำให้ หากเขาได้ถูกเนื้อต้องตัวกันให้จัดการแต่งงานให้ และในกรณีที่พ่อแม่และตัวหญิงไม่พึงพอใจในตัวชายผู้ขอหมั้นหมาย มิให้ทำการหมั้นหมายให้คืนค่าห่อ (ขัน)หมากแก่ชายไป

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการหมั้นในกฎหมายสันนาอยู่หลายประการ ดังนี้
 ประการแรก การหมั้นในกฎหมายสันนาฝ่ายชายจะต้องเป็นฝ่ายไปหมั้นหญิง
 ประการที่สอง การหมั้นจะต้องมีของหมั้นจึงจะถือว่าเป็นการหมั้นที่สมบูรณ์
 ประการที่สาม เมื่อมีการหมั้นหมายกันไว้แล้วจะต้องจัดพิธีแต่งงานภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

³⁴ประเสริฐ ฒ นคร มังรายศาสตร์ (เรียบเรียงเป็นภาษาปัจจุบันจากต้นฉบับวัดเส้าไห้ จังหวัดสระบุรี พ.ศ. 2342)

ประการที่สี่ กฎหมายได้กำหนดระยะเวลาในการจัดพิธีแต่งงานโดยกำหนดตามฐานะทางสังคมของฝ่ายชาย อาจเป็นเพราะว่าชายที่มีฐานะไม่ดีหรือไม่ร่ำรวยจะต้องใช้ระยะเวลาในการเตรียมตัวและหาทรัพย์สินเงินทองมาเพื่อประกอบพิธีแต่งงาน ซึ่งแตกต่างจากชายที่มีฐานะร่ำรวยก็ไม่ต้องใช้เวลาในการหาทรัพย์สินเงินทองเพราะมีพร้อมอยู่แล้วนั่นเองทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ฝ่ายชายจะต้องแต่งงานภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหลังจากมีการหมั้นหมายแล้วนั้น จะเป็นการกำหนดรายละเอียดเชิงลึกของการหมั้นที่เป็นเรื่องส่วนตัวเกินไป

ประการที่ห้า กฎหมายได้นำหลักความพึงพอใจของหญิงมาเป็นเกณฑ์ในการคิดค่าปรับใหม่ด้วยกล่าวคือ หากได้มีการหมั้นหมายและหญิงพอใจถ้าหญิงหนีไปกับชายอื่นถือได้ว่าหญิงผิดสัญญาหมั้นกฎหมายให้ปรับใหม่ฝ่ายหญิงสูงกว่ากรณีที่มีการหมั้นหมายและหญิงไม่พอใจกฎหมายให้ปรับใหม่เบากว่ากรณีที่หญิงพอใจ

ประการที่หก การหมั้นหมายที่พ่อแม่ของหญิงรับไว้โดยหญิงไม่รู้กฎหมายให้ยกเลิกการหมั้นแต่ไม่ให้คืนค่าขันหมาก ซึ่งเป็นข้อสงสัยว่าพ่อแม่หญิงจะได้ประโยชน์จากชายโดยอาศัยความไม่รู้ของหญิง แต่ถ้าพิจารณากลับกันว่ากฎหมายให้เป็นโทษแก่ชายที่อาศัยเหตุไม่ให้หญิงรู้ถึงการหมั้นหมายมาเป็นข้ออ้างเพื่อทำการสมรสก็อาจจะพอเข้าใจได้

สำหรับเกณฑ์ในเรื่องอายุชายและหญิงที่จะหมั้นกันได้นั้น กฎหมายล้าหน้าไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนดังเช่นกฎหมายในปัจจุบัน พ่อแม่แต่ละฝ่ายอาจจะตกลงให้บุตรชายและบุตรสาวของตนหมั้นกันตั้งแต่เมื่อบุตรของตนยังอยู่ในครรภ์ หรือหมั้นกันเมื่อโตเป็นหนุ่มเป็นสาวก็อาจจะทำได้ อย่างไรก็ตาม หากมีการผิดสัญญาหมั้นเกิดขึ้น กฎหมายก็นำหลักความพึงพอใจของหญิงมาประกอบการพิจารณาในการปรับใหม่ตามเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

5.2 กฎหมายลักษณะฟัวเมีย

ก่อนที่จะรู้จักกฎหมายลักษณะฟัวเมียเราควรจะรู้จักความเป็นมาของคำว่า “ฟัวเมีย” เสียก่อน นักประวัติศาสตร์ลงความสันนิษฐานพ้องกัน โดยมากกว่าการสมรสระหว่างชายกับหญิงสมัยศักดินาบรรพ์ ครั้งยังเป็นป่าเถื่อนไม่เหมือนดังประเพณีที่เป็นอยู่ทุกวันนี้คือ แล้วแต่ความพอใจของชายหญิงจะกระทำการสมรสเมื่อใดก็ได้ ชายไม่ถือว่าหญิงนั้นเป็นเมีย หญิงก็ไม่ถือว่าชายนั้นเป็นฟัว คือไม่เป็นตัวเป็นตนกันลงไปได้ บุตรที่เกิดมาก็มีรู้ว่าใครเป็นบิดา หรือแล้วแต่ชายจะบังคับเอาหญิงมาสมรสได้โดยกำลังวังชาอย่างใดก็ได้ คล้ายกับสัตว์เดรัจฉาน สมัยเป็นป่าเถื่อนเช่นนี้ ล่วงพ้นมาแล้ว เมื่อมนุษยรัฐจักรวรรดิกรีซแล้ว การสมรสจึงเป็นกิจลักษณะดีขึ้น โดยลำดับ³⁵

³⁵ พระยารัษฎานุประดิษฐ์ คำนวณอายุกฎหมายลักษณะฟัวเมีย พระนคร โสภณพิพิธรัตนนคร 2472 หน้า 21-22

ตามพจนานุกรม ผัว คือ ชายที่มีเมียเป็นคู่ครอง เมีย คือ หญิงที่อยู่กินกับชาย มนุษย์และสัตว์มีสองเพศ คือ เพศผู้เพศเมีย ชายเพศผู้ หญิงเพศเมีย เมื่ออยู่กินด้วยกันน่าจะเรียกว่า “ผู้เมีย” ตามเพศ แต่เรียกว่า “ผัวเมีย” ผู้เพี้ยนมาเป็นผัวฟังเพราะคิส่วนสัตว์ยังถูกเรียกว่า “ผู้เมีย” อยู่ เป็นคำเก่ารุ่นเดียวกับคำว่า พ่อแม่ ปู่ย่า ตายาย มิ่งกุสุลัยอิ ต่อมาเปลี่ยนใช้คำว่า “ภริยา” หรือ “ภรรยา” แทน “เมีย” ควรใช้คำว่า “ภัสดา” แทน “ผัว” เป็น “ภัสดาภริยา” หรือ “ภัสดาภรรยา” ซึ่งแปลว่า “ผู้เลี้ยงดูและผู้ได้รับการเลี้ยงดู” คำว่าภัสดาเป็นศัพท์สูงจะว่าเป็นราชาศัพท์ก็ไม่ใช่เพราะไม่มีใช้ เคยได้ยินใช้บ้างในเรื่องหนังสือสูง จึงไม่นิยมใช้กันผัวคนใดถูกเรียกว่าภัสดา คงกินไม่ได้นอนไม่หลับไปหลายวันแต่ใช้คำว่าสามีแทนเป็น “สามีภริยา” หรือ “สามีภรรยา” ความจริงคำว่า สามีหรือสวามีแปลว่าเจ้าของ ไม่คู่กับคำว่าภริยาหรือภรรยาซึ่งแปลว่าผู้ได้รับการเลี้ยงดูแต่ตรงกับความเป็นจริงในสมัยโบราณคือ ผัวเป็นเจ้าของเมีย เอาเมียขายเป็นทาสหรือเอาไปซัดดอกไว้กับ นายเงินได้ เมียเลยกลายเป็นทรัพย์ขายแก่เงินได้ ปัจจุบันกลับกันเมียเป็นเจ้าของผัวคอยติดตาม หวงแหนกันท่าตลอดเอาไว้ไม่อยู่ประกาศขายเลหลังผัวตามที่เคยมีข่าว³⁶

กฎหมายลักษณะผัวเมียในสมัยโบราณมีชื่อเรียกว่าพระไอยการลักษณะผัวเมีย ประกาศใช้เมื่อ พ.ศ. 1904 สมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอยู่หัว) เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย สมัยกรุงศรีอยุธยาใช้สืบมาจนถึงรัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ โดยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ปฐมกษัตริย์แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ได้โปรดเกล้าฯ ให้ชำระรวบรวมกฎหมายเก่าทั้งหมดเพราะมีความผิดพลาดคลาดเคลื่อนจากหลักความยุติธรรมบางประการ เรื่องมาจากคดีของอำแดงป้อม(นางป้อม) กับนายบุญศรี ช่างเหล็กหลวงผู้เป็นสามี โดยอำแดงป้อมเป็นคู่กันกับนายราชาอรธ แล้วมาฟ้องอำแดงป้อมบุญศรีผู้เป็นสามี นายบุญศรี ไม่ยอมหย่า นายบุญศรี ให้การแก่พระเกษมว่าอำแดงป้อมนอกใจทำชู้กับนายราชาอรธแล้วมาฟ้องอำแดงป้อมไม่ได้พิจารณาทำให้การนายบุญศรี พิจารณาไม่เป็นสัตย์เข้าด้วยอำแดงป้อม พระเกษมตีความในกฎหมายร่วมกับลูกขุน โดยคัดข้อความมาให้ลูกขุนศาลหลวงพิพากษาว่าเป็นหญิงอย่าขาย แล้วพิพากษาให้อำแดงป้อมอย่าขาดจากผัวเมียกันกับนายบุญศรี ทรงรับสั่งว่า หญิงนอกใจชายแล้วมาฟ้องอย่าลูกขุนพิพากษาให้อย่างันหาเป็นการยุติธรรมไม่ จึงมีพระบรมราชโองการตรัสสั่งให้เจ้าพระยาพระคลังเอากฎหมายของศาลหลวงมาสอบกับฉบับหอหลวงข้างที่ได้ความว่า “ชายหาผิดมิได้หญิงขอย่าผัว ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชายหย่าได้” ทรงเห็นว่าเกิดความบกพร่องในตัวกฎหมายบัญญัติไว้ผิดไม่ใช่ผู้พิพากษาคัดสินผิด³⁷ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งอาลักษณ์ลูกขุนและราชบัณฑิตย รวม 11 คน ให้ตรวจชำระด้วยบทกฎหมายต่างๆ ที่มีอยู่ในหอหลวงให้ถูกต้องตาม

³⁶ ปลื้ม โชติขจรช่างกูร“ผัวเมีย” บทกฎหมายห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม(23 เมษายน) : 51-64 หน้า 51

³⁷ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 53

ความยุติธรรม และจัดเป็นหมวดหมู่แล้วให้อาลักษณ์ชุบเส้นหมึกสามฉบับ เก็บไว้ที่ห้องเครื่องฉบับหนึ่งหอหลวงฉบับหนึ่งและศาลหลวงอีกฉบับหนึ่ง ปิตตราพระราชสิทธิ์ พระคชสิทธิ์ และบัวแก้ว ทุกเล่มเป็นสำคัญ เรียกว่า กฎหมายตราสามดวง³⁸ แล้วได้รวมเอากฎหมายลักษณะฝ่าฝืนนี้ไว้เป็นกฎหมายลักษณะหนึ่งในกฎหมายตราสามดวงซึ่งได้ประกาศใช้เป็นหลักแก่แผ่นดินเมื่อวันที่ 31 มกราคม จุลศักราช 1166 (พ.ศ. 2348)³⁹

กฎหมายลักษณะฝ่าฝืนเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในครอบครัว ได้แก่ สามี ภริยา บุตร บิดามารดา ทั้งในทางแพ่งและอาญา เช่น การสมรส การเป็นคู่ (ใช้เฉพาะหญิงผู้เป็นภริยามีคู่) การข่มขืนกระทำชำเราหญิงและเด็กหญิง ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การชดใช้ค่าเสียหาย และการลงโทษกรณีละเมิด และข้อห้ามต่างๆ ตามกฎหมาย⁴⁰

กฎหมายลักษณะฝ่าฝืนมิได้มีบทกฎหมายที่กล่าวถึงการหมั้นไว้โดยตรง แต่ได้กล่าวถึงการที่ชายนำขันหมากซึ่งได้รวมขันหมากหมั้นอยู่ด้วยไปสู่ขอหญิง⁴¹ การหมั้นตามประเพณีแต่โบราณของไทยนั้นเริ่มขึ้นเมื่อฝ่ายชายจัดผู้ใหญ่ไปพุดจาสู่ขอหญิงอันเป็นการกล่าวถามทาบถามผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงเสียก่อนว่าเต็มใจจะให้หญิงแต่งงานด้วยหรือไม่ เมื่อฝ่ายหญิงเต็มใจและตอบตกลงแล้ว ผู้ใหญ่ทั้งสองฝ่ายก็จะตกลงกันในเรื่องสินสอดของหมั้นและเรื่องอื่นๆ เกี่ยวกับการแต่งงานของชายหญิงนั้น โดยประเพณีการกล่าวถามทาบถามนี้ฝ่ายชายจะต้องยกขันหมากไปด้วย เรียกว่า “ขันหมากกล่าวถาม” ถ้าฝ่ายหญิงปฏิเสธการสู่กล่าวถามก็ล้มเลิกไป แต่ถ้าฝ่ายหญิงยินยอมตกลงด้วย ฝ่ายชายต้องแต่งขันหมากไปอีก คราวนี้เรียกว่า “ขันหมากหมั้น” เมื่อหญิงได้รับขันหมากหมั้นแล้วก็ถือว่าเป็นคำมั่นสัญญาว่าจะได้ทำการสมรสกันและเมื่อถึงวันแต่งงานก็ต้องแต่งขันหมากแต่งงานอีกต่างหาก⁴² ขันหมากที่ชายนำไปในวันแต่งงานนี้ เรียกว่า “ขันหมากใหญ่” กฎหมายลักษณะฝ่าฝืนได้กล่าวถึงขันหมากทั้ง 3 ชนิดนี้ในบทที่ 114 โดยมีข้อความว่าบทที่ 114 “ชายใดได้สู่ขอลูกสาวหลานสาวท่าน แลเอาขันหมากสามขันไปกล่าวถาม พ่อแม่ พี่น้องหญิงรับเอาไว้ว่าให้ลูกสาวหลานสาวแก่ท่านๆ คำนับไว้ในกำหนดซึ่งว่ากล่าวกันไว้วันนั้นยังเปนเมียชาย ถ้าชายใดทำสู่สู่หญิงนั้น ท่านว่าผิดเมียท่านในขันหมาก ท่านให้เอาขันหมากตั้งใหม่ ขันหมากกล่าวถามนั้น

³⁸ ประสพสุข บุญเดช คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว กรุงเทพมหานคร สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2550 หน้า 2

³⁹ วินัย พงศ์ศรีเพียร (บรรณาธิการ)กฎหมายตราสามดวง: หน้าต่างสังคมไทย กรุงเทพมหานครสามลดา 2549 หน้า

⁴⁰ กฎหมายตามสามดวงฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 1 กรุงเทพมหานครราชบัณฑิตยสถาน 2550 หน้า 16

⁴¹ วรรณฤ ศรีบุญพงศ์การหมั้น : วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย หน้า 36

⁴² เสริม วินิจฉัยกุล คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว พ.ศ. 2492 พระนคร มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง หน้า 10

11 ชั้น ชั้นหมากหมั้น 50 ชั้น เปน 61 ชั้น ให้ตีค่าชั้นหมากกล่าวถามนั้นชั้นละเฟื้อง ให้ตีค่าชั้นหมากหมั้นนั้นชั้นละหลัง เอาชั้นหมากทั้งนั้นบวกกันเข้าแล้วให้ไหมทวิคูณ ยกทุนให้เจ้าของเหลือนั้น เปนสินไหมถึงพิไนยถึง ถ้าถึงกำหนดซึ่งว่ากล่าวนัดหมายกันไว้ นั้น ชายมิได้เอาชั้นหมากใหญ่ มาแต่งงานตามสัญญานัด ท่านว่าหญิงนั้นมิได้เป็นเมียชายเลย หญิงมีผู้ตัวอื่นหาโทษมิได้ แลชั้นหมาก 3 ชั้นนั้นชายจะคืนเอามิได้ เหตุว่าพ้นกำหนดซึ่งว่ากล่าวนั้นแล้ว”

ข้อความที่ว่า “เอาชั้นหมากสามชั้นไปกล่าวถาม” สันนิษฐานว่า ชั้นหมากกล่าวถามมีอันเดียว ส่วนชั้นหมากหมั้นมีสองชั้น คือ ภายหลังจากที่กล่าวถามแล้วเมื่อหญิงตกลงก็ต้องนำชั้นหมากที่แต่งของหมั้นนำไปหมั้น กับชั้นหมากที่นำไปตอนแต่งงานหรือชั้นหมากใหญ่ กฎหมายลักษณะฟัวเมียบทใดกล่าวถึงชายให้หมั้นชั้นหมากสามชั้นไปสู่ขอลูกสาวหลานสาวท่าน หรือข้อความคล้ายๆ อย่างนี้เป็นที่เข้าใจได้ว่า หมายความว่าได้กล่าวถามและหมั้นกันเสร็จแล้ว⁴³

ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายเกี่ยวกับชั้นหมากไว้ว่า “ประเพณีดั้งเดิมมักจะเริ่มด้วยฝ่ายชายนำชั้นหมากไปกล่าวถามทาบตามคู่ก่อน เมื่อผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงตกลงด้วยแล้ว จึงจะเชิญชั้นหมากไปหมั้น และเมื่อได้หมั้นกันเป็นเวลาพอสมควรแล้ว จึงจะเชิญชั้นหมากใหญ่ไปประกอบพิธีแต่งงานสมรสกัน กว่าจะแต่งงานกันได้จึงต้องผ่านชั้นหมากมาถึง 3 ชั้น ที่เรียกกันว่าชั้นหมากนั้นชั้นหมากนี้ ก็เพราะชั้นหมากแต่ละชั้นที่เชิญไปตามประเพณีจะบรรจุหมากพลูสำหรับไปกินกัน สมัยก่อนคนไทยยังกินหมากได้ไม่ผิดวัฒนธรรม คนโบราณใช้ชั้นหมากเป็นภาชนะใส่ทุกสิ่งทุกอย่างรวมทั้งหมากพลู บุหรี่ และของอย่างอื่น เขียนหมากมีขึ้นที่หลังใช้สำหรับคนอยู่กับที่ไม่เดินทางไปไหนมาไหน ส่วนชั้นหมากเป็นภาชนะที่ใส่สิ่งของไปไหนมาไหน เวลาไปประกอบพิธีเกี่ยวกับการสมรส จึงใช้ชั้นเป็นภาชนะสำหรับใส่ของต่างๆ หมากและชั้นเป็นของประจำตามประเพณีในสมัยก่อน ไม่ต่างอะไรกับที่คนในสมัยปัจจุบันนี้ไปไหนมาไหน ถ้าเป็นผู้ชายต้องพกซองบุหรี่ แต่ถ้าเป็นผู้หญิงก็ต้องถือกระเป๋าใส่เครื่องมือปลอมหน้าตามแบบฝรั่งสำหรับชั้นหมากหมั้น นอกจากหมากพลูที่นำไปเลี้ยงกันแล้ว โดยปกติจะบรรจุแหวนทองสิ่งของที่นำไปหมั้นผู้หญิงด้วย นอกจากนั้นยังบรรจุของมีมงคลเช่นดอกกรัก ดอกบานไม่รู้โรย และใบเงิน ใบทองเป็นต้น เป็นการให้สืลให้พรแก่คู่หมั้นให้รักกันไปจนวันตาย และให้ทำมาหากินได้เป็นเศรษฐกิจด้วยกัน”⁴⁴

สำหรับเรื่องของหมั้น กฎหมายลักษณะฟัวเมียมิได้มีการกล่าวถึงเลย คงมีเฉพาะแต่เรื่อง “ชั้นหมากหมั้น” ตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ชั้นหมากหมั้นจึงน่าจะมีความหมายถึง “ของหมั้น” นั่นเอง ชั้นหมากหมั้นเป็นชั้นใส่ของหมั้นที่ประกอบไปด้วยทรัพย์สินเงินทอง และหมากพลู

⁴³ พระขรรค์บัณฑิตสิทธิเสรีณี กฎหมายฟัวเมีย พระนครบำรุงนุกุลกิจ 2473 หน้า 141-142

⁴⁴ เสนีย์ ปราโมช ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ครอบครัวมฤคก หน้า 17-18

อันเป็นธรรมเนียม แต่โบราณด้วยหมายเอาหมากพลูเป็นการต้อนรับแขกไมตรี⁴⁵ ในอดีตนั้น จะเรียกของหมั้นว่า “ทองหมั้น” เพราะเดิมจะใช้ทองคำหมั้นกัน ครั้นต่อมาจึงใช้เงินหรือทรัพย์สิน อย่างอื่นแทนทองคำ จึงได้มีคำเรียกกันขึ้นใหม่ว่า “ของหมั้น”⁴⁶

ส่วนในเรื่องสินสอดตามที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะฟัวเมีย เป็นราคาค่าตัวหญิง ที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองหญิงจะเรียกแก่ฝ่ายชายเป็นค่าที่เขาเลี้ยงดูหญิงนั้นจนเติบโตแล้วแต่จะตกลงกัน จะเรียกสินสอดก็ได้ หรือไม่เรียกก็ได้⁴⁷ แต่ก็ไม่มีความแน่ชัดว่าให้สินสอดกันตอนใด ตามศัพท์ในกฎหมายเรียกสินสอดว่า “สินหัวบัวนาง” กฎหมายลักษณะฟัวเมียได้กล่าวถึงสินสอด มีข้อความว่า

บทที่ 106 “ชายใดให้ไปสู่ออกลูกสาวหลานสาวหลานสาวท่าน ชายได้ให้สินสอด แลขันหมากใหญ่แล้ว ยังมีได้อยู่กินด้วยกัน ชายลอบทำทูลาจารย์แก่หญิง ๆ นั้นพันแทงตายไซ้ไร หาโทษมิได้ แลขันหมากสินสอดเครื่องอันแต่งมานั้น ให้ได้แก่พ่อแม่หญิงนั้น”

บทที่ 109 “ชายใดขอลูกสาวหลานสาวหลานสาวท่านเปนเมีย ชายได้ให้สินสอด แล้วยังมิได้แต่งการมงคล ชายนั้นยังมิได้ไปอยู่หลับนอนด้วยหญิง แลชายนั้นตาย ท่านให้ทำสินสอดนั้นเป็นสองส่วน ก็นให้ชายส่วนหนึ่ง ตกอยู่แก่หญิงส่วนหนึ่ง ถ้าหญิงตายท่านว่าสินสอดนั้น ให้ไว้แก่บิดามารดาหญิงจงสิ้น ถ้าหญิงได้เสียตัวแก่ชายๆตาย สินสอดนั้นให้ตกอยู่แก่หญิงจงสิ้น เพราะวาสินนั้นเป็นสินหัวบัวนางให้ไว้แก่หญิงแล”

การแต่งงานตามธรรมเนียมแต่โบราณถือว่าราคาของหญิงอยู่ที่สินสอด และถือว่าของหมั้นเป็นส่วนหนึ่งของสินสอด มิได้มีการแบ่งแยกกันเหมือนอย่างในปัจจุบันนี้ จะเห็นได้จากประกาศเรื่องสินสอดหรือของหมั้นในระหว่างฟัวเมียลงวันที่ 21 มิถุนายน ร.ศ. 119 ซึ่งไม่ให้หญิงต้องคืนสินสอดเมื่อหย่ากับชายอันเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายลักษณะฟัวเมียบทที่ 68 โดยมีข้อความว่า “ด้วยแต่เดิมมาเมื่อฟัวเมียจะอย่าขาดจากกันด้วยประการใดประการหนึ่ง ก็มีกฎหมายบังคับให้คืนสินสอดแก่ชายบ้างบางคราว ไม่ให้คืนบ้างบางคราว แลส่วนทองหมั้นหรือของหมั้นนั้นก็ได้อินิจฉัยไปว่าเป็นส่วนสินสอดที่ชายได้ให้ไว้แก่หญิงเปนวงประจำ ตั้งแต่นั้นต่อไปจำเภาะแต่ในเรื่องฟัวเมียจะหย่ากันด้วยประการใดๆ ก็ดี อย่าให้ฝ่ายหญิงคืนสินสอดทองหมั้นหรือของหมั้นนั้นเลย หญิงจะมีบุตรก็ดีให้เหมือนคู่จเดิมด้วยกัน..”⁴⁸

⁴⁵ กรมศิลปากร นานาสาระวัฒนธรรมไทย เล่ม 2 กรุงเทพมหานคร อาทิตย์ โพรดักส์กรุ๊ป 2544 หน้า 60

⁴⁶ พิศลยสารนิติ, หลวง, ลักษณะฟัวเมียกับลักษณะมรฎกโดยย่อ พระนคร เจริญผล 2456 หน้า 22

⁴⁷ พิจารณาปฤชามาตย์, พระยา, ลักษณะฟัวเมีย พระนครพิศาลบรรณนิคิ์ 2461 หน้า 249

⁴⁸ วรรณภู ศรีบุญพงษ์ การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย หน้า 38-39

5.2.1 ค่าทดแทนในเรื่องการหมั้น

ภายหลังที่ชายหญิงได้หมั้นหมายกันแล้ว กฎหมายลักษณะฟัวเมียมิได้บัญญัติถึงเรื่องค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นไว้โดยเฉพาะ แต่ก็พอที่จะเทียบเคียงได้จากการริบของหมั้น การชดใช้ค่าเสียหาย การปรับไหม การลงโทษชายชู้ไว้ดังนี้

1) เมื่อชายได้หมั้นหมายหญิงไว้แล้ว ชายผิดสัญญาหมั้นไม่นำขันหมากใหญ่มาแต่งงานภายในกำหนด ฝ่ายหญิงมีสิทธิริบของหมั้น โดยมีบทบัญญัติของกฎหมายไว้ในบทที่ 114 “ชายใดได้สู่ขอลูกสาวหลานสาวท่าน แลเอาขันหมากสามชั้นไปกล่าวถาม พ่อแม่พี่น้องหญิงรับเอาไว้ว่าให้ลูกสาวหลานสาวแก่ท่านๆ คำนับไว้ในกำหนดซึ่งว่ากล่าวกันไว้นั้น ยังเป็นเมียชาย ถ้าชายใดทำชู้หญิงนั้น ท่านว่าผิดเมียท่านในขันหมาก ท่านให้เอาขันหมากตั้งใหม่ ขันหมากกล่าวถามนั้น 11 ชั้น ขันหมากหมั้น 50 ชั้น เปน 61 ชั้น ให้ตีค่าขันหมากกล่าวถามนั้นชั้นละเฟื้อง ให้ตีค่าขันหมากหมั้นนั้นชั้นละสลึง เอาขันหมากทั้งนั้นบวกกันเข้าแล้วให้ใหม่ทวีคูณ ยกทุนให้เจ้าของเหลือนั้นเปนสินไหมถึงพิไนยถึง ถ้าถึงกำหนดซึ่งว่ากล่าวนัดหมายกันไว้นั้น ชายมิได้เอาขันหมากใหญ่มาแต่งงานตามสัญญานัด ท่านว่าหญิงนั้นมิได้เป็นเมียชายเลย หญิงมีชู้ผู้อื่นหาโทษมิได้ แลขันหมาก 3 ชั้นนั้นชายจะคืนเอามิได้ เหตุว่าพ้นกำหนดซึ่งว่ากล่าวนั้นแล้ว”

2) เมื่อชายหญิงได้หมั้นหมายกันแล้ว หากหญิงผิดสัญญาหมั้นด้วยการทำชู้กับชายอื่น ให้ชายคู่หมั้นคิดค่าปรับเป็นสองเท่าของค่าขันหมากที่นำมาสู่ขอหญิง โดยมีบทบัญญัติของกฎหมายไว้ในบทที่ 116 “ชายใดได้สู่ขอลูกสาวหลานสาวท่าน ถึงหลบฝาก แลหญิงมีชู้ด้วยชายอื่น ก็ตีตามชายอื่นไปก็ตี ท่านว่าให้ชายผู้สู่ขอคิดเอาค่าขันหมากแต่แรกมาสู่ขอ เท่าถึงขันหมากหมั้นเอาหนึ่งเปนสอง ถ้าชายผู้สู่ขอเห็นหญิงทำชู้ด้วยชายอื่น พ้นทางหญิงชายบาดเจ็บถึงตายไซ้ ท่านว่าชายผู้สู่ขอนั้นเลมิด ให้ลงโทษตามพระอัยการ ผู้ร้ายพ้นทางโดยบาดเจ็บถึงตายนั้น”

3) กรณีที่หญิงมีคนรักอยู่ก่อนแล้ว บิดามารดาขอกหญิงให้ชายผู้มาสู่ขอโดยไม่ถามหญิง หากถึงกำหนดแต่งงานหญิงไม่ยอมเป็นเมียชาย บิดามารดาต้องคืนของหมั้น และใช้ค่าเสียหายให้แก่ชายผู้มาสู่ขอ โดยมีบทบัญญัติของกฎหมายไว้ในบทที่ 130 “ชายหญิงพรหมจารีรักใคร่กัน พ่อแม่มีรู้ แลชายอื่นมาสู่ขอหญิงนั้น พ่อแม่ยกให้ชายผู้สู่ขอได้แต่งการมีขันหมาก ครั้นถึงกำหนดให้หญิงนั้นลงเรือน แลหญิงนั้นมิลง แลชายชู้ซึ่งพ่อแม่หญิงมิได้ยกให้ นั้น ภาเอาหญิงไปแลมันเก็บเอาทรัพย์สิ่งของไปด้วยชายชู้นั้น ท่านให้เอาขันหมากหมั้นตั้งใหม่พ่อแม่หญิงทวีคูณ แล้วให้ใช้ค่าหอ แลสิ่งของท่านจงเต็ม เพราะพ่อแม่หญิงมิได้ถามลูกสาวตน ส่วนชายผู้กาไปนั้น ให้ใหม่ให้พ่อแม่หญิงนั้น เปนเบียดเสียดยอมแปลงให้หญิงสิทธิ์แก่ชายผู้กา เพราะว่าหญิงชายนั้นรักใคร่กันอยู่ก่อนแล้ว”

4) ในขณะที่หญิงได้หมั้นหมายกับชายอยู่นั้น แม้ว่าหญิงจะยังไม่ได้เสียตัวเป็นเมียชาย ถ้าหากมีชายอื่นมาข่มขืนกระทำชำเราหญิงหรือเป็นผู้กับหญิงจะเป็นการ “ผิดเมียในชั้นหมาก” กฎหมายลักษณะผิดเมียได้กำหนดให้มีบทลงโทษทั้งทางอาญาและทางแพ่งโดยมีบทบัญญัติของกฎหมายไว้ในบทที่ 105 ใจความว่า “ชายใดผู้ขอลูกสาวหลานสาวท่าน บิดามารดาหญิงยินยอมให้ชายได้ให้ชั้นหมากหมั้น นั้นจะทำการ ยังมีได้ทำการ ชายอื่นบังอาจว่าตนเรียวแรง กุมเกาะเบาะจะแลงหญิงนั้นด้วยแรงตน ข่มขืนหญิงนั้นถึงชำเราก็ดี มิได้ถึงชำเราก็ดี พิจารณาเป็นสัจใช้ ท่านว่าชายล่วงพระราชอาญาความเมืองท่าน ให้ส่งหญิงนั้นให้แก่บิดามารดา แล้วให้ทวนชายต้นเหตุด้วยลวดหนัก 50 ที ถ้ามีพวกเพื่อนไปด้วยให้ทวนคนละ 25 ที จงทุกคน ให้ไหมชายต้นเหตุโดยผิดเมียท่านในชั้นหมากนั้นจึงควร” และบทที่ 114 “ชายใดได้ผู้ขอลูกสาวหลานสาวท่าน แลเอาชั้นหมากสามชั้นไปกล่าวถาม พ่อแม่พี่น้องหญิงรับเอาไว้ว่าให้ลูกสาวหลานสาวแก่ท่านๆ คำนับไว้ในกำหนดซึ่งว่ากล่าวกันไว้ นั้น ยังเป็นเมียชาย ถ้าชายใดทำผู้หญิงนั้น ท่านว่าผิดเมียท่านในชั้นหมาก ท่านให้เอาชั้นหมากตั้งใหม่ ชั้นหมากกล่าวถามนั้น 11 ชั้น ชั้นหมากหมั้น 50 ชั้น เป็น 61 ชั้น ให้ตีค่าชั้นหมากกล่าวถามนั้นชั้นละเฟื้อง ให้ตีค่าชั้นหมากหมั้นนั้นชั้นละหลัง เอาชั้นหมากทั้งนั้นบวกกันเข้าแล้วให้ไหมทวิคูณ ยกทุนให้เจ้าของเหลือนั้นเป็นสินไหมถึงพิไนยถึง...”

นอกจากนี้ มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาซึ่งตัดสินคดีเกี่ยวกับการผิดสัญญาหมั้นตามบทบังคับของกฎหมายลักษณะผิดเมียไว้ดังนี้

คำพิพากษาของศาลแพ่งเมื่อ พ.ศ. 2452 ในคดีระหว่าง เนื่องพิศาล โจทก์ จินฮกหลี จำเลย (กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้เสด็จประทับบัลลังก์พิจารณาคำพิพากษาคดีนี้) โจทก์ฟ้องเรียกของหมั้น คือ เครื่องรูปพรรณราคา 16,600 บาท ซึ่งโจทก์ได้หมั้นลูกสาวจำเลยเพื่อให้แต่งงานเป็นภรรยาบุตรโจทก์ จำเลยต่อสู้ว่าโจทก์ผิดสัญญาโดยจำเลยได้ตั้งเงื่อนไขให้โจทก์จัดการแต่งงานบุตรโจทก์กับบุตรจำเลยตามธรรมเนียมถึงสามครั้งแล้ว โจทก์ก็ไม่ได้จัดการตามหน้าที่ของโจทก์ทางพิจารณาได้ความว่าโจทก์จำเลยสัญญากันว่าบุตรชายโจทก์กับบุตรสาวจำเลยจะแต่งงานกัน และโดยเหตุที่ทั้งฝ่ายหญิงและชายก็ยังมีอายุน้อย จึงตกลงกันว่าจะแต่งงานในเวลา 1 ปี ครั้นได้ 1 ปี จำเลยได้ให้ผู้มีชื่อไปเตือนโจทก์ให้กำหนดการแต่งงานโจทก์ขอเลื่อนไปอีก 3 เดือนนับว่าบุตรคนโตของโจทก์พึงถึงแก่กรรม ดูเป็นการนำเกลียดที่จะแต่งงานในระหว่างนั้น ครั้น 3 เดือนล่วงผ่านไป จำเลยก็ส่งคนไปเตือนอีก โจทก์ขอผลัดต่อไป โดยกล่าวว่าบุตรโจทก์มีความประสงค์จะอุปสมบท ขอให้ได้อุปสมบทเสียก่อน พอสึกออกมาแล้วจึงค่อยแต่งงานกันแต่บุตรโจทก์ก็หาได้บวชไม่ จนเวลาล่วงพ้นมา 3 ปี นับตั้งแต่นั้นกันปัญหาจึงมีว่าโจทก์ผิดสัญญาแล้ว ศาลแพ่งวินิจฉัยว่าเรื่องบวชไม่ได้มีในข้อสัญญาแต่งงานแต่ชั้นเดิม โจทก์ไม่มีอำนาจที่จะบังคับบุตรสาวจำเลยให้คอยบุตรชายโจทก์บวชและสึกเสียก่อน อีกนัยหนึ่งบุคคลย่อมไม่มีสิทธิที่จะเลื่อนกำหนดเวลา

ซึ่งตนมีหน้าที่ต้องประพฤติตามสัญญา ไม่เลือกว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาจะแต่งงานหรือสัญญาจะใช้หนี้ก็ดูเดียวกัน จึงพิพากษาว่า โจทก์เป็นผู้ผิดสัญญาและ โจทก์ต้องรับผลแห่งการผิดสัญญานั้น ให้ยกฟ้องโจทก์⁴⁹

คำพิพากษาฎีกาที่ 748/2448 ในคดีระหว่างนายบุญ โจทก์ นายกลัด จำเลย ชาย ได้มอบทองคำหนัก 6 บาท เพื่อเป็นของหมั้นแก่หญิงไว้แล้ว ไปแต่งงานกับหญิงอื่นเสียก่อน แล้วจึงมาฟ้องขอแต่งงานกับหญิงที่หมั้นไว้อีก ศาลวินิจฉัยว่าชายไม่ปฏิบัติตามสัญญาหมั้นเมื่อได้หมั้นกับหญิงแล้วยังไปแต่งงานกับหญิงอื่นเป็นการผิดสัญญาหมั้นและการที่ชายผิดสัญญานี้เป็นเหตุเพียงพอที่ฝ่ายหญิงจะรับทองหมั้นเสียได้โดยมีบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะฟัวเมีย (บทที่ 114) “ถ้าถึงกำหนดซึ่งว่ากล่าวนัดหมายกัน ไว้แล้ว ชายมิได้เอาขันหมากใหญ่มาแต่งงานตามสัญญานัดทานว่าหญิงนั้นมิได้เป็นเมียชายเลย หญิงมีผู้อื่นหาโทษมิได้ แลขันหมาก 3 ชั้นนั้นชายจะคืนเอามิได้เหตุว่าพ้นกำหนดซึ่งว่ากล่าวนั้นแล้ว...”⁵⁰

คำพิพากษาฎีกาที่ 692/2456 ในคดีระหว่าง อำแดงพวง โจทก์ อำแดงหนูใหญ่ จำเลย ฝ่ายชายนำเงินไปหมั้นหญิงต่อบิดาของหญิง ต่อมาบิดาหญิงตาย หญิงมีผู้ ศาลพิพากษาว่าเมื่อบิดาซึ่งเป็นผู้รับหมั้นตาย ตัวหญิงต้องเป็นผู้คืนของหมั้นให้แก่ชาย ในฐานะที่หญิงเป็นบุตรต้องได้รับมรดกของบิดาและในฐานะที่หญิงเป็นผู้ผิดสัญญาด้วย และให้ปรับชายชู้เหนือขันหมาก

คำพิพากษาฎีกาที่ 995/2462 ในคดีระหว่าง นายเวน โจทก์ นางเทียน จำเลย ชายต้องพิพาทในคดีอาญาแล้วได้ไปสู่ขอหญิงเป็นภรรยา ทั้งๆที่ฝ่ายหญิงทราบว่าชายต้องคดีอยู่แต่ก็ยังตกลงรับทองหมั้นของชายไว้ ครั้นถึงกำหนดแต่งงาน ชายต้องราชทัณฑ์มาแต่งงานไม่ได้ ศาลวินิจฉัยว่าชายไม่ผิดสัญญาหมั้น หญิงไม่มีสิทธิรับของหมั้นไว้⁵¹

5.2.2 สรุปการหมั้นตามกฎหมายลักษณะฟัวเมีย

การหมั้นตามกฎหมายลักษณะฟัวเมียคือการที่ฝ่ายชายนำสิ่งของไปมอบให้ฝ่ายหญิงหรือที่เรียกว่าขันหมาก เพื่อเป็นสัญญาว่าชายจะแต่งงานกับหญิงนั้น ผู้เขียนพอจะสรุปการหมั้นตามกฎหมายลักษณะฟัวเมียได้ว่า

1) ถ้าชายได้หมั้นหมายหญิงไว้แล้ว ในระหว่างหมั้นชายไปแต่งงานกับหญิงอื่นหรือผิดสัญญาหมั้นกับหญิงที่ได้หมั้นหมายไว้ หญิงมีสิทธิรับของหมั้นไว้ได้

2) ถ้าในระหว่างหมั้นหากหญิงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น ไม่ยอมแต่งงานอยู่กับชายหรือหญิงมีผู้ ชายคิดค่าขันหมากได้เป็นสองเท่า เป็นที่น่าสังเกตว่าถ้าหากหญิงผิดสัญญาหมั้น

⁴⁹ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 41

⁵⁰ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 40-41

⁵¹ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 41

ต่อชาย หญิงมีสิทธิเพียงริบของหมั้นตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 1. ทั้งนี้เมื่อเปรียบเทียบกับข้อ 2. จะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะผัวเมียได้ให้การคุ้มครองสิทธิของชาย หรือเยียวยาความเสียหายให้แก่ชายค่อนข้างมากกว่าหญิง

3) ถ้าในระหว่างหมั้นหญิงยังมีได้เป็นเมียชาย แต่ถ้ามีชายใดมาทำชู้หรือข่มขืน หญิงก็เรียกว่าเป็นการผิดเมียในชั้นหมั้นของชายคู่หมั้น ซึ่งกฎหมายให้ปรับไหมและลงโทษชายอื่นนั้น

4) ในกรณีที่พ่อแม่หญิงรับหมั้นไว้โดยหญิงไม่ยินยอมเป็นเมียชาย ให้ปรับไหมพ่อแม่หญิงเป็นสองเท่าของชั้นหมั้น รวมทั้งให้ใช้ค่าเสียหายด้วย

จากการที่ผู้เขียน ได้ศึกษาถึงเรื่องค่าทดแทนการหมั้นในกฎหมายลักษณะผัวเมียตามที่กล่าวมาข้างต้นเป็นที่น่าสังเกตได้ว่ากฎหมายลักษณะผัวเมียได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของชาย หรือเยียวยาความเสียหายให้แก่ชายค่อนข้างมากกว่าหญิง เพราะถ้าชายได้หมั้นหมายหญิงไว้แล้ว ในระหว่างหมั้นชายไปแต่งงานกับหญิงอื่นหรือผิดสัญญาหมั้นกับหญิงที่ได้หมั้นหมายไว้ หญิงมีสิทธิเพียงแคร์ิบของหมั้นไว้ แต่ถ้าในระหว่างหมั้นหากหญิงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้นไม่ยอมแต่งงานอยู่กินกับชายหรือหญิงมีชู้ ชายมีสิทธิคิดค่าชั้นหมั้นได้เป็นสองเท่าหากจะให้เกิดความยุติธรรมกับหญิง เพียงแต่ให้หญิงคืนชั้นหมั้นให้กับชายก็เพียงพอแล้ว เพราะเมื่อชายผิดสัญญาหมั้นหญิงเองก็ได้แคร์ิบของหมั้นมิได้รับของหมั้นเพิ่มขึ้นอีกเป็นสองเท่าแต่ถ้าจะมองว่าของหมั้นนั้นเป็นของชายอยู่แล้ว หากหญิงผิดสัญญาหมั้นแล้วชายได้รับของหมั้นคืนจากหญิง ก็เท่ากับว่าชายเสมอตัว หญิงจึงต้องชดใช้ให้ชายเพิ่มขึ้น แต่ก็ยังไม่พอที่จะรับฟังได้ เพราะสังคมไทยถือว่าหญิงเป็นฝ่ายเสียหายมากกว่าชาย

พฤติการณ์อย่างไรที่จะถือว่าเป็นการกระทำผิดสัญญาหมั้นหรือไม่นั้น ได้มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาเป็นแนวทางในการตัดสินไว้แล้ว จะเห็นได้ว่าก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว พ.ศ. 2478 นั้น เรามีหลักกฎหมายในเรื่องของสัญญาหมั้นที่ใช้บังคับเป็นรูปเป็นร่างอยู่ก่อนแล้ว การหมั้นเป็นขนบธรรมเนียมประเพณีมาแต่โบราณ (volksrecht) และเป็นขนบธรรมเนียมประเพณีที่สังคมใช้อำนาจบังคับคือเป็นกฎหมายประเพณีด้วย⁵² เมื่อสภาพสังคม วัฒนธรรมและสภาพเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป ประกอบกับโดยระยะเวลากฎหมายประเพณีจึงค่อยๆ วิวัฒนาการเป็นระบบกฎหมายที่สลับซับซ้อน และมีเนื้อหาเพิ่มมากขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคม วัฒนธรรม และสภาพเศรษฐกิจในแต่ละยุคแต่ละสมัย

⁵² ปรีดา เกษมทรัพย์ กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป กรุงเทพมหานคร ภาพพิมพ์ 2526 หน้า 7

5.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว พ.ศ. 2478

การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัว พ.ศ. 2478 เป็นจุดเริ่มต้นในการรวบรวมกฎหมายครอบครัวที่ใช้บังคับมาตั้งแต่อดีตประกอบกับความต้องการปรับปรุงกฎหมายที่จะใช้บังคับให้ทันสมัยมากขึ้น จึงเป็นจุดเริ่มต้นในการร่างกฎหมายอย่างเป็นทางการเพื่อให้เป็นกฎหมายฉบับที่สมบูรณ์ที่สุดในการนำมาใช้บังคับกับประชาชน ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงให้ความสำคัญเกี่ยวกับเนื้อหาความเป็นมาของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัว พ.ศ. 2478 ก่อนข้างมาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัว พ.ศ. 2478 อันเป็นกฎหมายสารบัญญัติ (substantive law) เริ่มร่างครั้งแรกใน ร.ศ. 127 ตรงกับ พ.ศ. 2451 ในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว⁵³ ครั้นต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดลมีความจำเป็นที่จะต้องประมวลกฎหมายใหม่ให้มีความสมบูรณ์เยี่ยงอารยประเทศ ประกอบกับเพื่อให้ได้เอกราชในทางศาล เนื่องจากมีคนต่างด้าวเข้ามาอาศัยอยู่ในกรุงสยามเป็นจำนวนมากรัฐบาลของประเทศต่างๆ ไม่มีความไว้วางใจในกฎหมายและการใช้อำนาจในทางศาลจึงได้เข้าแทรกแซงในการพิจารณาพิพากษาพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดลจึงได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการชำระสะสางเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวขึ้น ได้มีการอ้างอิงเทียบเคียงกฎหมายลักษณะฟัวเมียและกฎหมายต่างประเทศ เช่น กฎหมายเยอรมัน อังกฤษ ฝรั่งเศส สวิส ญี่ปุ่น และบราซิล เป็นต้น⁵⁴ และได้ตราขึ้นเป็นบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ณ วันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2478 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478⁵⁵ โดยการตราพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ กรมร่างกฎหมาย⁵⁶

⁵³ “วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี” ค้นคืน 3 กรกฎาคม 2556 จาก

<http://th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%A1%E0%B8%A7%E0%B8%A5%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B9%81%E0%B8%9E%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B8%9E%E0%B8%B2%E0%B8%93%E0%B8%B4%E0%B8%8A%E0%B8%A2%E0%B9%8C>

⁵⁴ สอาด นาวิจิตรญู คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 8

⁵⁵ ชาดิชชา อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว กรุงเทพมหานคร วิทยุชน 2552 หน้า 19-20

⁵⁶ พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว มีพระราชประสงค์ที่จะทำให้การชำระสะสางกฎหมายต่างๆ เป็นไปอย่างรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จึงทรงจัดระเบียบวิธีในการชำระสะสางกฎหมายเสียใหม่จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ประกาศตั้ง “กรมร่างกฎหมาย” สังกัดกระทรวงยุติธรรม ขึ้นเมื่อวันที่ 27 ตุลาคม พ.ศ. 2466 ซึ่งนับเป็นครั้งแรกที่ได้มีการจัดตั้งองค์กรที่มีหน้าที่ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายโดยตรงขึ้นในประเทศไทยต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ได้มีประกาศพระบรมราชโองการเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2475 ให้โอน “กรมร่างกฎหมาย” ในสังกัดกระทรวงยุติธรรมไปขึ้นตรงต่อ “คณะกรรมการราษฎร” เพื่อความสะดวกในการดำเนินการออกกฎหมาย และในปีต่อมาได้มีการตรา

ได้ให้คณะกรรมการร่างกฎหมายชาวต่างประเทศประกอบด้วยนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสล้วนๆ ทั้งนี้ เพราะว่าเป็นสมัยนั้นอิทธิพลของฝรั่งเศสยังมีเหนือสยามอย่างมาก ไทยจึงจำต้องยอมตั้งชาวฝรั่งเศส เป็นผู้ร่างกฎหมาย แต่คณะกรรมการร่างกฎหมายชุดแรกก็ทำงานล่าช้าเป็นอย่างมาก จึงได้มีการตั้ง คณะกรรมการร่างกฎหมายขึ้นมาอย่างต่อเนื่องถึง 4 ชุดเพื่อให้เรามีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับแรกที่สมบูรณ์แบบที่สุจริตประกอบกับความล่าช้านี้ คณะกรรมการร่างกฎหมายต้องคำนึงเสมอ ว่าบทบัญญัติแต่ละเรื่องเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยหรือไม่ โดยเฉพาะในการร่างบรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว ต้องใคร่ครวญกันอย่างหนักทีเดียวเพราะครอบครัวตะวันตกและครอบครัวไทยนั้น ต่างกันราวกับหน้ามือหลังมือ หลายๆ เรื่องจำต้องเปลี่ยนแปลงวิถีชีวิตคนไทยไปจากเดิมก็ได้ พยายามให้กระทบกระเทือนน้อยที่สุด เช่น การรับหลักการเรื่องผัวเดียวเมียเดียว (monogamy) เข้า มา ก็เพียงกำหนดว่าการจดทะเบียนสมรสซ้อน (bigamy) เป็นโมฆะ แต่ไม่ถึงกับเป็นความผิดอาญา เช่นในหลายๆ ประเทศ⁵⁷

ในระหว่างการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 พ.ศ.2478 มีปัญหา หลายประการที่ทำให้เกิดความล่าช้า คือ

ประการแรกปัญหาการมีภรรยาหลายคนของชาย ซึ่งกฎหมายเก่ามิได้กำหนด ห้ามไว้ว่าชายจะมีภรรยาได้กี่คน ใครอยากมีภรรยามากและหาเลี้ยงได้ก็มีไป เมื่อสังคมเจริญขึ้น การติดต่อสื่อสารถึงกันได้มากขึ้น ประเพณีบางอย่างในสังคมไทยก็ได้เปลี่ยนไป หญิงสามารถ ทำงานหาเลี้ยงตัวเองได้โดยไม่ต้องพึ่งพาผู้ชาย และหญิงก็ไม่นิยมที่จะเป็นเมียของชาย เพราะ

“พระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476 โดยโอนงานของ “กรมร่างกฎหมาย” มาเป็นงานของ คณะกรรมการกฤษฎีกา และให้คณะกรรมการกฤษฎีกาทำหน้าที่ร่างกฎหมายขึ้นตามแนวทางของสถาบันที่ปรึกษาราชการแผ่นดินในสมัยรัชกาลที่ 5 และ Conseil d'Etat ของประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป โดยองค์กรดังกล่าวจะทำหน้าที่ร่างกฎหมายและให้ความเห็นทางกฎหมายแก่รัฐบาล และหน่วยงานของรัฐแทนกรมร่างกฎหมาย รวมทั้งมีอำนาจในการพิจารณาเรื่องที่ราษฎรได้รับความเสียหายจากการกระทำตามหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือคดีปกครองด้วย เพื่อให้คณะกรรมการกฤษฎีกาปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ กฎหมายดังกล่าวได้จัดตั้ง “สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา” ขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็น หน่วยธุรการและให้บริการทางวิชาการแก่คณะกรรมการกฤษฎีกา จึงนับได้ว่า “สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา” ได้มีการ จัดตั้งขึ้นเป็นทางการ

“ฐานข้อมูลการเมืองการปกครอง สถาบันพระปกเกล้า” ค้นคืน 3 กรกฎาคม 2556 จาก

<http://www.kpi.ac.th/wiki/index.php/%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%A1%E0%B8%A3%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2>

⁵⁷ “วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี” ค้นคืน 3 กรกฎาคม 2556 จาก

<http://th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%A1%E0%B8%A7%E0%B8%A5%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B9%81%E0%B8%9E%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B8%9E%E0%B8%B2%E0%B8%93%E0%B8%B4%E0%B8%8A%E0%B8%A2%E0%B9%8C>

สังคมปัจจุบันไม่ค่อยให้การยอมรับหญิงที่มีสถานะเป็นเมียช้อยไม่เหมือนกับสังคมสมัยก่อนที่การมีเมียหลายคนเป็นเรื่องปกติ ดังนั้นควรจะกำหนดขีดขึ้นการมีภรรยาของชายหลายคนหรือจะกำหนดให้ชายมีภรรยาได้เพียงคนเดียว เนื่องด้วยเป็นปัญหาสำคัญเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมประเพณีของคนทั่วไป ต่อมาในปี พ.ศ.2476 คณะกรรมการของรัฐบาลซึ่งเจ้าพระยาศรีธรรมราชเป็นประธานร่างประมวลกฎหมายบรรพณีได้นำปัญหานี้ขึ้นมาสู่สภาผู้แทนราษฎร จึงได้ตกลงเป็นอันเด็ดขาดตามความเห็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่าจะยอมให้ชายมีภริยาจดทะเบียนได้เพียงคนเดียวเท่านั้น อย่างไรก็ตามข้อตกลงนี้มีไว้ให้หมายความว่าจะเป็นการห้ามขาดมิให้ชายมีภริยาได้หลายคน ชายอาจมีภริยาก็คนที่ได้ กฎหมายนี้มีได้ห้าม เป็นแต่กฎหมายจะรับรู้เพียงคนเดียวเท่านั้นที่ถือว่าเป็นภริยามีสิทธิชอบธรรมตามกฎหมาย คือภริยาที่จดทะเบียนส่วนภริยาอื่นๆ นั้นกฎหมายไม่รับรู้ ข้อตกลงนี้มีผลพาดพิงไปถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก คือภริยาที่จดทะเบียนเท่านั้นที่จะมีสิทธิได้รับมรดกของสามี ส่วนภริยาอื่นๆหาสิทธิไม่ นอกจากสามีจะได้ทำพินัยกรรมยกให้ไว้⁵⁸

ประการที่สอง ปัญหาเรื่องการบังคับใช้กฎหมายว่าควรจะใช้อุบายฉบับเก่าหรือกฎหมายฉบับใหม่บังคับ ในเรื่องสิทธิต่างๆ ของสามีภริยาซึ่งมีอยู่แล้วตลอดจนการสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา การใช้อำนาจปกครอง การอนุบาล การรับบุตรบุญธรรม ซึ่งมีอยู่ก่อนใช้ประมวลกฎหมายบรรพณี คือเกี่ยวข้องกับปัญหาเรื่องกฎหมายมีผลย้อนหลัง ปัญหาเรื่องต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วนี้มีไว้เป็นปัญหาแต่เฉพาะย้อนหลังเท่านั้นไม่ ยังมีผลพาดพิงไปถึงภายหน้าด้วย เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันจึงมีปัญหาว่าจะใช้อุบายฉบับใดบังคับ สำหรับปัญหานี้เมื่อได้ดูตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายบรรพณีแล้วก็สามารถหาข้อยุติได้แล้วว่าจะต้องใช้อุบายฉบับใดบังคับ คือมาตรา 4 ได้บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งบรรพณีไม่กระทบกระเทือนถึง (1) การสมรสซึ่งได้มีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายบรรพณี และทั้งสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกิดแต่การสมรสนั้นๆ (2) การใช้อำนาจปกครอง ความปกครองการอนุบาล การรับบุตรบุญธรรม ซึ่งมีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายบรรพณี หรือสิทธิและหนี้อันเกิดแต่การนั้นๆ” ประกอบกับมาตรา 5 ซึ่งบัญญัติฐานะของภริยาที่จะสมบูรณ์ตามกฎหมาย คือก่อนหน้าที่จะใช้ประมวลกฎหมายบรรพณีปรากฏว่าชายได้มีภริยาหลายคน จะถือว่าคนไหนเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ก็อาจพิสูจน์ได้โดยบันทึกในทะเบียนตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ปัญหาข้อนี้ยังมีต่อไปอีกว่าถ้าสมมุติว่า ตั้งแต่วันใช้ประมวลกฎหมายบรรพณีแล้ว ความสัมพันธ์หรือความเป็นอยู่ของชายกับภริยาหลายคน ตามที่เขามีสิทธิตามกฎหมายก็ยังคงมีอยู่ต่อไป เมื่อชายนั้นมรณลงจะใช้อุบายฉบับใดบังคับ ปัญหาข้อนี้

⁵⁸ ทองเปลว ชลภูมิ และคนอื่นๆ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 (ครอบครัว) พระนคร อักษรนิติ 2478 หน้า 4

จะวินิจฉัยได้ตามมาตรา 4 และมาตรา 5 คือประมวลกฎหมายบรรพนี้จะใช้กับเรื่องใหม่ที่ยังไม่เกิดหรือเกิดในวันใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้ ส่วนเรื่องเก่าต่อเนื่องกันมาตามกฎหมายเก่าก็ยังไม่ใช้กฎหมายเก่าบังคับ ทั้งนี้เพื่อป้องกันการกระทบกระเทือนถึงสิทธิและความรู้สึกของประชาชนทั่วไป ฉะนั้นจึงเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่บัญญัติมาตราทั้งสองป้องกันไว้เพื่อจัดปัญหาดังกล่าว⁵⁹ ฉะนั้นปัญหาเรื่องจะใช้กฎหมายฉบับเก่าหรือกฎหมายฉบับใหม่มาใช้บังคับนั้น จึงควรพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป หากในกรณีที่จะนำกฎหมายเก่ามาใช้บังคับก็ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายใหม่หรือไม่มีกฎหมายใหม่บัญญัติไว้ ถ้ามีกฎหมายใหม่บัญญัติไว้ ก็จะต้องใช้กฎหมายใหม่ ถ้าไม่มีกฎหมายใหม่บัญญัติไว้ก็จะต้องใช้กฎหมายฉบับเก่ามาบังคับโดยอนุโลม

ประการที่สาม ปัญหาว่าจะใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้บังคับตลอดทั่วราชอาณาจักรหรือไม่ หรือจะมีข้อยกเว้นเช่นอย่างกฎหมายเดิมที่ยกเว้นไม่ใช้บังคับแก่บริเวณ 7 หัวเมือง⁶⁰ หากยอมให้ประชาชนในบริเวณ 7 หัวเมืองใช้กฎหมายเดิมบังคับผู้ร่างกฎหมายกลัวว่าจะกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งรัฐ เนื่องจากจะเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญมาตรา 1 “สยามประเทศเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้” เพราะการยกเว้นให้ใช้กฎหมายบังคับได้ในบางแห่งเช่นนี้ เป็นการคิดหลักการในการออกกฎหมายเพราะกฎหมายที่ออกจากสภานิติบัญญัติจะต้องเป็นกฎหมายที่ได้บังคับได้กับประชาชนทุกคนในราชอาณาจักรไม่มีผู้ใดได้รับการยกเว้นด้วยเหตุนี้หากมีการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายในบางพื้นที่จะเป็นการแสดงให้เห็นว่า กฎหมายที่ออกมาไม่ศักดิ์สิทธิ์ มีการยกเว้นบังคับและทำให้เห็นว่าประเทศสยามยังมีอาณาเขตบางส่วนที่อำนาจนิติบัญญัติควบคุมไปไม่ถึง อย่างไรก็ตามคณะผู้ร่างกฎหมายก็คำนึงถึงศาสนา ธรรมเนียม ประเพณี เพราะถือว่าเป็นส่วนสำคัญในการออกประมวลกฎหมายนี้ประกอบด้วยหลักรัฐศาสตร์ การปกครองและหลักแห่งการออกกฎหมาย ผู้ปกครองที่ดีของบ้านเมืองจะต้องโอนอ่อนผ่อนตามในเรื่องศาสนา ถ้าด้วยผู้ปกครองบ้านเมืองเอาใจใส่เรื่องศาสนาสนับสนุนดีแล้วการปกครองก็เป็นที่เรียบร้อย ประชาชนก็นับถือและยกย่องว่าเป็นผู้ปกครองบ้านเมืองที่ดีเพราะบริเวณ 7 หัวเมือง ประชาชนนับถือศาสนาอิสลามเขาถือเอาศาสนาเป็นกฎหมายเลยทีเดียว กฎหมายไทยถ้าขัดกับศาสนาของเขาแล้ว ในบางเรื่องจะต้องยอมให้ใช้ศาสนาของเขาบังคับเมื่อถือตามหลักนี้ก็จะเห็นว่าถ้าตรากฎหมายนี้ให้ใช้บังคับได้ทั่วไปแล้วจะเป็นการกระทบกระเทือนถึงประชาชนอีก 2-3 ล้านคน ซึ่งนับว่าเป็นจำนวนที่มากพอที่ไม่ควรจะละเลย หากจะกล่าวว่าการบังคับใช้กฎหมายบริเวณ 7 หัวเมืองจะเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นก็เป็นการอันฟังไม่ได้ ทั้งนี้หาก

⁵⁹ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 5-7

⁶⁰ ตามกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ.120 ยกเว้นกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกไม่ให้ใช้บังคับนั้นคือ เมืองตานี เมืองหนองจิก เมืองยะหริ่ง เมืองสาบบุรี เมืองยะลา เมืองรามัญ และเมืองระแงะ

พิจารณาตามมาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญ ที่ได้บัญญัติให้ประชาชนมีเสรีภาพในการนับถือศาสนา และเมื่อชาวอิสลามก็เป็นคนไทยมีเสรีภาพในการนับถือศาสนาอิสลาม การจะไปบังคับให้เขาใช้กฎหมายซึ่งขัดกับศาสนา จึงเป็นการตัดเสรีภาพของเขาตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงเป็นการส่งเสริมความสงบสุขเรียบร้อยระหว่างประชาชน จึงไม่ควรที่จะใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้บังคับกับบริเวณ 7 หัวเมือง⁶¹ ปัญหาว่าจะใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้บังคับตลอดทั่วราชอาณาจักรหรือไม่ จึงได้มีข้อยุติโดยมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติให้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 บัญญัติว่า บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณหัวเมือง ร.ศ.120 ในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วยครอบครัว”⁶² (ได้มีพระราชกำหนด พ.ศ. 2486 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2477 ในมาตรา 3 ให้ยกเลิกการใช้กฎหมายอิสลามดังกล่าวเสีย ต่อมาก็ได้มีการนำกลับมาบังคับใช้กันใหม่ โดยการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 แต่ทั้งนี้จำกัดเฉพาะบุคคลที่นับถือศาสนาอิสลามในจังหวัดดังกล่าวเท่านั้น ไม่ขยายไปถึงชาวอิสลามในจังหวัดอื่นๆ และใช้ได้เฉพาะในกรณีที่อยู่ความเป็นชาวอิสลามใน 4 จังหวัดที่ว่านี้ด้วยกันทั้งสองฝ่าย)

เมื่อปัญหาในการร่างกฎหมายทุกอย่างคลี่คลายลงแล้วคณะกรรมการร่างกฎหมาย จึงได้เริ่มจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 ขึ้น โดยเหตุผลของการจัดทำนั้นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ 3 ประการ คือประการแรก เพื่อรวบรวมบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยลายลักษณ์อักษรเดียวกัน ซึ่งกระจัดกระจายในพระราชกำหนดต่างๆ เข้าไว้เป็นหมวดหมู่ในประมวลกฎหมายเดียวกันประการต่อมา บทบัญญัติทางกฎหมายหลายฉบับของประเทศสยามโบราณเกินไป ไม่สอดคล้องกับแนวคิดสมัยใหม่ ประการสุดท้าย การจัดทำประมวลกฎหมายจะเป็นโอกาสให้ได้

⁶¹ ทองเปลว ชลภูมิ และคนอื่นๆ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 (ครอบครัว) หน้า 8-11

⁶² ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายหรือประเพณีหัวเมืองมรดก เป็นการแน่นอนศาลกรมท่าซ้ายจึงใช้กฎหมายไทยบังคับ แต่ชนชาติแขก นับถือศาสนาอิสลามมีกฎหมายและประเพณีแน่นอน ในเรื่องหัวเมืองมรดก ศาลกรมท่าขวาจึงใช้กฎหมายอิสลามสำหรับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวและมรดกในจังหวัดชายแดนภาคใต้ ของประเทศไทยนั้นจะปรากฏเป็นหลักฐานครั้งแรก เมื่อปี พ.ศ. 2444 ในกฎหมายข้อบังคับ สำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ.120 ทั้งหมด 32 ข้อ ข้อที่ 32 มีใจความว่า ให้ใช้พระราชกำหนดกฎหมายทั้งปวงในความอาญาและความแพ่ง แต่ความแพ่ง ซึ่งเกี่ยวข้องกับศาสนาอิสลาม เรื่องหัวเมืองที่ดี และเรื่องมรดกที่ดี ซึ่งคนนับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้งโจทก์จำเลย หรือเป็นจำเลย ให้ใช้กฎหมายอิสลามในการพิจารณาพิพากษาและให้โตะการซึ่งเป็นผู้รู้และเป็นต้นถือ ในศาสนาอิสลาม เป็นผู้พิพากษาดมกฎหมายอิสลามนั้น สำหรับการให้กฎหมายอิสลาม ลักษณะครอบครัวและมรดกในปัจจุบันก็เป็นตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 เป็นต้น

“กลุ่มผู้หญิงกับสันติภาพ” คั่นคืน 5 กรกฎาคม 2556 จาก <https://sites.google.com/site/wepeaceyala/kdhmay-xislam>

ตรวจชำระบทกฎหมายที่มีอยู่ รวมทั้งนำเอาหลักประกฎหมายใหม่ๆ ที่ยังไม่เคยมีอยู่ในกฎหมายสยามมาบัญญัติรวมไว้ด้วย⁶³ เมื่อคณะกรรมการร่างกฎหมายได้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 เสร็จสิ้นแล้ว รัฐบาลได้นำเสนอร่างกฎหมายเพื่อให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาให้ความเห็นชอบและในที่สุดก็ได้มีพระบรมราชโองการให้ตราพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 โดยให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478⁶⁴ รวมทั้งสิ้น 10 มาตรา คือ มาตรา 1435 ถึง มาตรา 1444

5.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว พ.ศ. 2519

โดยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 พ.ศ. 2478 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่ากฎหมายเก่า) ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานรัฐบาลจึงได้ตั้งคณะกรรมการชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นตามบรรพ 5 นี้ ได้มีการชำระสะสางมาตั้งแต่ พ.ศ. 2497 ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 28 วรรคสอง ได้บัญญัติให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และบทเฉพาะกาลมาตรา 236 ได้บัญญัติว่า “ในระหว่างที่ยังมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ เพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ซึ่งต้องไม่เกินสองปีนับแต่วันใช้รัฐธรรมนูญนี้ มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 28 วรรคสอง” มาใช้บังคับ(ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 7 ตุลาคม 2517 และมาตรา 28 วรรคสอง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน”) จึงมีความจำเป็นที่จะต้องสะสางบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติดังกล่าว จึงประกาศพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ณ วันที่ 5 ตุลาคม 2519⁶⁵ (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่ากฎหมายใหม่) ท่านอาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ ได้ให้ข้อสังเกตในกรณีของวันที่กฎหมายใช้บังคับว่าพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้ไว้ ณ วันที่ 5 ตุลาคม 2519 แต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาลงในวันที่ 15 ตุลาคม 2519 ซึ่งพิเคราะห์แล้วจะเห็นว่ากรณีมีผลใช้บังคับจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ วันที่ 16 ตุลาคม 2519 จะมิกลายเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 ที่กำหนดบทเฉพาะกาลให้มีภายใน 2 ปี นับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยใช้บังคับหรือข้อควรคิดคือว่าพระราชบัญญัติให้ใช้นั้นเป็นกฎหมายแล้วตั้งแต่วันที่มีการประกาศคือ วันที่ 5 ตุลาคม 2519 การมี

⁶³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน 2552 หน้า 205-206

⁶⁴ วรนาถ ศรีบุญพงศ์ *การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย* หน้า 43

⁶⁵ ชาติชาย อัครวิบูลย์ *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว* หน้า 20

ผลใช้บังคับนั้นเป็นผลสืบเนื่องจากการมีกฎหมายนั่นเองจึงไม่ขัดกับบทเฉพาะกาลมาตรา 236 ดังกล่าว⁶⁶

การใช้ชื่อพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ที่ใช้คำว่า “ตรวจชำระใหม่” ก็เพื่อให้เข้าใจว่าไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมของเก่าแต่เป็นการยกเลิกกฎหมายเดิมทิ้งฉบับแล้วยกร่างขึ้นใหม่ที่ได้ตรวจชำระแทนเพื่อให้ตรงกับความเป็นจริง⁶⁷

โดยส่วนตัวของผู้เขียนแล้วเห็นว่าแม้จะมีการยกร่างขึ้นใหม่หมดทั้ง 13 มาตรา แต่ก็มีเค้าโครงเดิมของกฎหมายเก่าที่มีอยู่ 10 มาตรานั้นทั้งหมด เพียงแต่มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเดิมที่ไม่ได้กำหนดไว้และแบ่งแยกเนื้อหาในบทบัญญัติออกมาเป็นมาตราใหม่ รวมถึงมีการปรับปรุงกฎหมายให้มีความชัดเจนรัดกุมและเป็นระเบียบมากขึ้น แต่หากสังเกตดูดีๆ ก็พบว่าการยกร่างกฎหมายขึ้นใหม่ครั้งนี้ ไม่ได้ยึดเจตนาที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน เพียงแต่ดำเนินการให้ทันตามกำหนดระยะเวลา 2 ปีเท่านั้น จะเห็นได้จากมาตรา 1445 และมาตรา 1446 ก็ยังคงกำหนดให้สิทธิเฉพาะชายเท่านั้น

5.5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว พ.ศ. 2533

การประกาศใช้ “พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533” ในราชกิจจานุเบกษาฉบับวันที่ 26 กันยายน 2533 เป็นการเปิดศักราชใหม่ของกฎหมายลักษณะครอบครัวไทยอีกหนหนึ่ง⁶⁸ หนแรกเริ่มจากกฎหมายลักษณะฝ่าฝืนมีอายุการใช้บังคับ 132 ปี หนที่ 2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ประกาศใช้ พ.ศ. 2478 มีอายุการใช้บังคับ 41 ปี หนที่ 3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2519 (ซึ่งต่อไปผู้เขียนจะเรียกว่ากฎหมายเก่า) มีอายุการใช้บังคับ 14 ปี และการแก้ไขกฎหมายครั้งนี้ นับเป็นหนที่ 4 โดยตราเป็นพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 (ซึ่งต่อไปผู้เขียนจะเรียกว่ากฎหมายใหม่) วัตถุประสงค์การร่างกฎหมายครอบครัวแต่ละฉบับจะแตกต่างกันไปแต่ยุคสมัย การร่างกฎหมายครอบครัวแต่ละครั้งก็สะท้อนให้เห็นถึงสภาพของสังคม ตลอดจนความต้องการของประชาชนในยุคสมัยนั้น เหตุนี้จึงไม่เป็นการ

⁶⁶ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 21

⁶⁷ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 20

⁶⁸ ไพโรจน์ กัมพูสิริ *รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน 2555 หน้า 81

เกินเลยที่จะกล่าวว่ากฎหมายครอบครัวเป็นเครื่องมือที่ดีที่สุดในการทำความรู้จักประเทศที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับอยู่⁶⁹

เหตุผลสำหรับการแก้ไขกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้องกับกรหมั้นคือ โดยที่บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความสมบูรณ์ของการหมั้นและผลของการหมั้นนั้น ยังไม่สอดคล้องและไม่เอื้ออำนวยต่อสภาพความเป็นอยู่ปัจจุบัน สมควรปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมยิ่งขึ้น รวมทั้งเหตุผลจากความเป็นมาเกี่ยวเนื่องกับกฎหมายเก่าที่ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2519 กล่าวคือ เนื่องจากการตรวจชำระกฎหมายเก่าเป็นไปอย่างเร่งรีบเพื่อให้ทันกำหนดเวลา 2 ปีที่บังคับไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 มาตรา 236 จึงมีบทบัญญัติหลายมาตราที่มีความบกพร่องไม่เหมาะสม เช่น ก่อให้เกิดปัญหาต้องตีความและศาลฎีกาก็ยังไม่มีบรรทัดฐานหรือมีปัญหาเวลาจะปฏิบัติตามตัวบท เป็นต้น เพียง 4 เดือนหลังจากประกาศใช้บังคับกฎหมายเก่า กระทรวงยุติธรรมจึงได้เสนอให้คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวขึ้น คณะรัฐมนตรีได้มีมติแต่งตั้งคณะกรรมการชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว เมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2520 คณะกรรมการดังกล่าวได้พิจารณาปรับปรุงบรรพ 5 ทั้งบรรพ และเสนอให้คณะรัฐมนตรีรับหลักการในวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ.2526 จากนั้นรัฐบาลได้ส่งร่างกฎหมายไปให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณา ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาเสร็จและส่งร่างกลับไปให้เลขาธิการคณะรัฐมนตรีในวันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ. 2528⁷⁰ จากนั้นก็เป็นขั้นตอนการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรและของวุฒิสภา ในที่สุดร่างพระราชบัญญัติก็ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในวันที่ 11 กรกฎาคม พ.ศ. 2533 นายกรัฐมนตรีจึงนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ต่อมาจึงได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับวันที่ 26 กันยายน พ.ศ. 2533 ใช้บังคับกฎหมายต่อไป โดยสรุปแล้วการร่างกฎหมายใหม่ฉบับนี้ใช้เวลาทั้งหมด 14 ปี เกือบจะเท่ากับระยะเวลาที่กฎหมายเก่าใช้บังคับอยู่(คือ 14 ปี) เท่ากับว่ามีการร่างและพิจารณากฎหมายฉบับล่าสุดนี้ควบคู่ไปกับการใช้กฎหมายเก่าเนื่องจากการเริ่มชำระสะสางกฎหมายฉบับนี้ 1 ปี หลังจากการประกาศใช้⁷¹ การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายใหม่ในครั้งนี้ได้สำเร็จและใช้บังคับในวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2533

⁶⁹ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 81

⁷⁰ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 55-56

⁷¹ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 82

5.6 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว พ.ศ. 2550

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 1445 มาตรา 1446 มาตรา 1447/1 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงและหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ทั้งนี้ ผู้เขียนได้เปรียบเทียบให้เห็นถึงความเปลี่ยนแปลงของตัวบทกฎหมายเฉพาะมาตราที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมตั้งแต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 ถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2550⁷²

⁷² ภาคผนวก ก. ตารางเปรียบเทียบการแก้ไขตัวบทกฎหมาย

บทที่ 3

ลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนในเรื่องการหมั้น ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

ในบทนี้ผู้เขียนได้ศึกษาค้นคว้าถึงลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนในเรื่องการหมั้น โดยศึกษาทั้งกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายครอบครัวไทย ในการศึกษากฎหมายต่างประเทศนั้นจะแยกออกเป็นกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) เช่น หลักกฎหมายของประเทศโรมัน เยอรมัน ฝรั่งเศส เกาหลีใต้ และไต้หวัน และกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น หลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ และอเมริกาพร้อมทั้งวิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นระหว่างกฎหมายทั้งสองระบบ

ส่วนลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นในกฎหมายครอบครัวไทย ซึ่งบัญญัติรับรองเรื่องการหมั้นไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว หมวด 1 มาตรา 1435 ถึงมาตรา 1447/2 รวมทั้งสิ้น 15 มาตรา⁷³ ซึ่งประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์สำคัญๆ คือ เงื่อนไขในการหมั้น แบบของการหมั้น ผลของการหมั้น ค่าทดแทนในเรื่องการหมั้น หลักเกณฑ์ในการคำนวณค่าทดแทนและสิทธิในการฟ้องเรียกค่าทดแทน พร้อมทั้งวิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นระหว่างกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเข้าใจกฎหมายในเรื่องการหมั้นที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้ให้กระจ่างยิ่งขึ้น อันจะนำไปสู่การวิเคราะห์ปัญหาในบทต่อไปได้เป็นอย่างดี

1. ลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นตามกฎหมายต่างประเทศ

1.1 ประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law)

1.1.1 กฎหมายโรมัน (Roman Law)

กฎหมายโรมันถือเป็นต้นกำเนิดให้เกิดความเป็นมาของกฎหมายทั่วโลกทั้งนี้ไม่ว่า

⁷³ ภาคผนวก ข. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2550 บรรพ 5 ครอบครัว หมวด 1 การหมั้น มาตรา 1435 ถึงมาตรา 1447/2

จะเป็นกฎหมายเยอรมัน สวิส ฝรั่งเศส สเปน ฝรั่งเศส โปรตุเกส รวมทั้งประเทศต่างๆ ในอเมริกา กลางและอเมริกาใต้ ก็มีต้นตอการร่างมาจากกฎหมายโรมันทั้งสิ้น จึงถือได้ว่ากฎหมายโรมันเป็น หัวใจสำคัญของความเป็นมาเกี่ยวกับกฎหมายทั้งปวง แม้อันปัจจุบันอาณาจักรโรมันจะได้ล่มสลาย ไปแล้ว แต่เพื่อเป็นการให้เกียรติกฎหมายที่เป็นแม่แบบของกฎหมายทั่วโลก ประกอบกับกฎหมาย ดังกล่าวก็มีเนื้อหาที่ทำให้ทราบถึงวิวัฒนาการของการหมั้นในอดีต ผู้เขียนจึงได้ศึกษาถึงประวัติ ของการหมั้นในกฎหมายโรมัน ก่อนอื่นควรจะทราบถึงสภาพความเป็นอยู่ สภาพสังคม และ การเมืองการปกครองในสมัยโรมันเสียก่อนว่าสมัยโรมันนั้นมีการปกครองกันอย่างไรบ้าง การปกครองในแต่ละยุคนั้นเป็นเช่นใดโรมันสามารถแบ่งการปกครองออกเป็น 2 ยุค ด้วยกันคือ ยุคแรก เรียกว่า โรมันในสมัยสาธารณรัฐมีผู้นำคนสำคัญ คือ จูเลียส ซีซาร์ (Julius Caesar) มีความสามารถ ด้านการรบมากโดยสามารถแผ่ขยายอาณาเขตรบชนะกรีก อียิปต์ เอเชียไมเนอร์แอฟริกา และสเปน ได้หมด กฎหมายสิบสองโต๊ะ (Law of the Twelve Tables) ก็เกิดขึ้นในยุคนี้อันเป็นมรดกทางการ ปกครองสำคัญที่ชาวโรมันทิ้งไว้ให้คนรุ่นหลังซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกของโลก กล่าวคือ เมื่อ ประมาณ 450 ก่อนคริสต์ศักราช ได้มีการนำกฎหมายที่สืบทอดกันมาตามประเพณีมาเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร นั่นก็คือ กฎหมายสิบสองโต๊ะ ยุคที่สองเรียกว่าโรมันในสมัยจักรวรรดิเริ่มต้นขึ้นเมื่อ ตอนที่ออกตาเวียน ขึ้นปกครองโรมัน จึงเปลี่ยนการปกครองเป็นระบอบกษัตริย์ และสถาปนาตนเองเป็นกษัตริย์ ชื่อว่า ออกุสตุส ซีซาร์ (Caesar Augustus)⁷⁴ ดังนั้นเมื่อก้าวถึงกฎหมายโรมัน แล้วคงไม่มีนักกฎหมายคนใดปฏิเสธได้ว่ากฎหมายโรมันเป็นต้นกำเนิดของระบบกฎหมายที่สำคัญ ในโลกแทบทุกระบบ ความเป็นหนึ่งของกฎหมายโรมัน ถึงจุดที่ยืนยันได้ว่าในสมัยโบราณนั้นมี เพียงกฎหมายโรมันเท่านั้นที่มีวิชาการทางนิติศาสตร์เป็นเลิศ เนื่องจากมีพื้นฐานมาจากหลักที่ว่า ระบบกฎหมายเป็นระบบควบคุมสังคม ไม่มีสังคมใดจะอยู่กันอย่างสงบเรียบร้อยวันแต่จะมี กฎหมาย⁷⁵

กฎหมายแพ่งโรมันได้รับปรัชญาวิชาการมาจากปรัชญาพลาโต ตัวพลาโตเองก็ได้กล่าวถึงการหมั้นตลอดจนทรัพย์สินที่ให้ต่อกันในการหมั้น พลาโตได้พยายามชักชวนให้ชายหญิง ทำการหมั้นกัน (และสมรสกันต่อไป) โดยไม่ต้องพะวงถึงความแตกต่างในด้านฐานะการเงินเพราะ ใน “อุดมรัฐ” ของกรีกแล้วจะไม่มีประชาชนคนไหนต้องประสบกับความขัดสนในปัจจุบันนี้ พลาโต ยังได้เสนอว่าหากชายคนไหนเห็นแก่ทรัพย์สินในการตกลงจะสมรสกับหญิงแล้วควรจะมีโทษปรับ

⁷⁴ “Thanaporn 21 Justanother Wordpress.com site” ค้นคืน 6 กันยายน 2556 จาก

<http://thanaporn21.wordpress.com/%E0%B8%A5%E0%B8%B3%E0%B8%94%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B9%80%E0%B8%AB%E0%B8%95%E0%B8%B8%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%93%E0%B9%8C%E0%B8%9E%E0%B8%B1%E0%B8%92%E0%B8%99%E0%B8%B2%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3/>

⁷⁵ รองพล เจริญพันธ์ กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป กรุงเทพมหานคร เจริญวิทย์การพิมพ์ 2520 หน้า 52-53

ตามกรณี แล้วท้ายสุดเขาได้กำหนดตัวญาติพี่น้องฝ่ายหญิงที่จะรับหมั้นได้อย่างสมบูรณ์ตามกฎหมาย⁷⁶

การหมั้น (sponsalia) ในกฎหมายโรมันประกอบด้วยสัญญาของฝ่ายชายและฝ่ายหญิง (sponsalia consisted of two actionable stipulations) แต่เดิมคำสัญญาของชายเป็นเพียงแต่ตกลงจะใช้ราคาเป็นค่าตัวหญิง (promise to pay the price) ต่อมาจึงพัฒนาเป็นคำสัญญาว่าจะสมรสกับหญิง (promise to marry) การหมั้นเป็นประเพณีที่มีการเจรจาตกลงกันระหว่างสองครอบครัวซึ่งเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมาย ทั้งสองฝ่ายจึงมีอำนาจฟ้องร้องเมื่ออีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง ความมุ่งหมายของการฟ้องก็เพื่อให้มีการชดเชยความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นมิใช่ให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เมื่อมีการฟ้องร้องศาลจะพิจารณาว่ามีเหตุอันควรในการผิดสัญญาหมั้นหรือไม่หากไม่มีเหตุอันควร ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายและให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาชดเชยเป็นตัวเงิน⁷⁷

ประเพณีการหมั้นก่อนจะมีการแต่งงานนั้น ชาวโรมันได้ถือปฏิบัติกันมาอย่างเป็นปกติสืบทอดต่อกันมาอย่างยาวนาน วัฒนธรรมในการตัดสินใจเรื่องต่างๆ ของครอบครัวขึ้นอยู่กับอยู่ภายใต้การควบคุมของหัวหน้าครอบครัว (familias patres) ซึ่งเป็นเสมือนผู้มีพลังอันยิ่งใหญ่ในครอบครัวสามารถที่จะบังคับ ยินยอม หรือไม่ให้ความยินยอมในการแต่งงานของบุตรสาวรวมทั้งสามารถบังคับให้หย่าร้างได้⁷⁸ ยุคสมัยที่น่าศึกษามากที่สุดในกฎหมายโรมันน่าจะเป็นยุค Bas-Empire การหมั้นจะทำในรูปของสัญญาที่เรียกว่า Sponsio ซึ่งมีรากฐานมาจากความเชื่อในทางศาสนา และอิทธิพลของประเพณีตะวันออก กล่าวคือ ชายหญิงซึ่งเป็นคู่กรณีได้มาร่วมในพิธีหมั้น โดยตกลงยอมรับผลผูกพันว่าจะเป็นสามีภริยากันในอนาคต โดยการสาบานต่อหน้าสิ่งศักดิ์สิทธิ์ แม้ว่ารูปแบบของการหมั้นด้วยพิธีทางศาสนาเช่นนี้ จะไม่ก่อให้เกิดผลบังคับให้ต้องทำการสมรสก็ตาม แต่หากบุคคลดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามคำสาบานที่ตนได้ลั่นวาจาไปแล้วก็เท่ากับเป็นการกระทำผิดต่อศาสนาด้วย นอกจากนี้พิธีหมั้นดังกล่าวได้ให้สิทธิแก่ชายและหญิงที่จะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งผิดคำสาบาน ต่อมาการหมั้นในรูปของ sponsio ได้เปลี่ยนแปลงพัฒนาเป็น stipulation ซึ่งยังคงรักษารูปแบบอันเคร่งครัดของ Sponsio อยู่ เพียงแต่ได้ตัดพิธีทางศาสนาออกไป ความผูกพันของ stipulation คู่หมั้นจะต้องปรากฏตัวในขณะที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นว่าจะแต่งงาน โดยความผูกพันนี้มาจากคำพูดในรูปของคำถามและคำตอบ เช่น

⁷⁶ Plato *The Laws* Penguin Book 1975 p.211,254-255 อ้างถึงใน ไพโรจน์ กัมพูสิริ *คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว* กรุงเทพมหานคร นิติธรรม 2548 หน้า 17

⁷⁷ Percy Ellwood Corbett *The Roman law of marriage* Darmstadt Scientia Verlag Aalen 1979 p. 11-15

⁷⁸ ประชุม โจนจาย *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น* โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร 2541 หน้า 98-107

ถามว่า “ท่านจะยอมผูกพันตนเองกับหญิงคนนี้หรือไม่” อีกฝ่ายก็จะตอบว่า “ข้าพเจ้ายอมผูกพัน” การถามและการตอบดังกล่าวจะใช้ภาษาอะไรก็ได้ คู่หมั้นอาจจะไม่ใช่ภาษาเดียวกันก็ได้ เพียงแต่ให้คู่กรณีทั้งสองเข้าใจในความหมายของคำพูดที่แต่ละฝ่ายได้เปล่งวาจาออกมาก็เป็นอันเพียงพอแล้ว ในกฎหมายโรมันคู่หมั้นมีสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ คือ ไม่ยอมสมรสได้ ซึ่งอาจแสดงเจตนาโดยการเปล่งคำพูดที่มีความหมายถึงการไม่เลือกอีกฝ่ายเป็นคู่สมรสต่อไป อย่างไรก็ตาม หากฝ่ายที่ไม่ยอมสมรสไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่อีกฝ่าย และในระหว่างที่การหมั้นยังมีอยู่หากหญิงคู่หมั้น ไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นก็จะต้องถูกลงโทษฐานมีชู้⁷⁹

การหมั้นตามกฎหมายโรมันมีหลักเกณฑ์บางประการคือ⁸⁰

1) อายุของชายหญิงจะต้องเจริญวัยถึงระดับที่จะมีความเข้าใจในสิ่งที่ตนกระทำ ซึ่งตามกฎหมายพระเจ้าจัสติเนียนสันนิษฐานว่าอายุที่เจริญวัยเพียงพอคือ เจ็ดปีบริบูรณ์

2) สำหรับบุตรชาย หัวหน้าครอบครัวจะทำการหมั้น โดยขัดต่อเจตนาของบุตรชายมิได้ ส่วนบุตรหญิงนั้นอยู่ในฐานะที่ต่างจากบุตรชาย หัวหน้าครอบครัวอาจทำให้การหมั้น หรือแม้กระทั่งการสมรสของบุตรหญิงสิ้นสุดลงได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเจตนาของบุตรหญิง แม้กฎหมายจะมีข้อความบางตอนระบุว่าบุตรหญิงต้องยินยอมด้วย แต่ก็ถือกันว่าบุตรหญิงได้ยินยอมแล้วถ้าหากไม่คัดค้านและบุตรหญิงจะคัดค้านได้เฉพาะเมื่อหัวหน้าครอบครัวได้เลือกชายคู่หมั้นที่ไม่เหมาะสมแก่ฐานะของตนและมีความประพฤติไม่ดี

3) ในกรณีที่บุตรชายหรือบุตรหญิงได้ริเริ่มในเรื่องครอบครัวเองนั้นในการหมั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่มิอำนาจให้ความยินยอมในการสมรส คือบิดาหรือหัวหน้าครอบครัวด้วย ซึ่งตราบเท่าที่การหมั้นยังต้องทำตามรูปแบบของ stipulation บุตรหญิงไม่มีความสามารถตามกฎหมายที่จะก่อความผูกพันได้เอง การหมั้นจะทำกับหัวหน้าครอบครัวของหญิง ซึ่งยอมแสดงอยู่ในตัวว่าหัวหน้าครอบครัวได้ให้ความยินยอม ในกรณีเช่นนี้ ฝ่ายที่เป็นฝ่ายหญิงจึงไม่ใช่ตัวหญิงเองแต่เป็นหัวหน้าครอบครัวของหญิง

4) การหมั้นที่ทำกับคนวิกลจริตไม่สมบูรณ์ การเป็นคนวิกลจริตหลังจากการหมั้นแล้วแม้จะไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของการหมั้น แต่ก็เป็นการห้ามของการสมรส การผิดสัญญาหมั้นในกรณีเช่นนี้จึงถือได้ว่าเป็นเหตุผลอันสมควร (just reason) ซึ่งทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบหากไม่ยอมสมรส

⁷⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว กรุงเทพมหานคร นิติธรรม 2548 หน้า 17-18

⁸⁰ Percy Ellwood Corbett *The Roman law of marriage* 1979 p.2-8

5) การหมั้นจะต้องไม่ขัดต่อข้อห้ามการสมรส ดังนั้นการหมั้นระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันในระดับที่กฎหมายห้ามไว้ เช่น ระหว่างผู้ปกครองกับบุตรหญิงในปกครอง จึงเป็นการหมั้นที่ไม่สมบูรณ์

ถึงแม้การหมั้นจะทำในรูปของ stipulation แต่เมื่อแนวคิดว่าการสมรสโดยเสรีรวมไปถึงการหย่าโดยเสรีพัฒนามากขึ้น ผลผูกพันของการหมั้นก็ลดความสำคัญลง การหมั้นในรูปของ stipulation ยังคงเป็นเหตุแห่งการฟ้องร้องได้อยู่ในระยะหนึ่ง แต่ต่อมามีหลักว่าเสรีภาพที่จะทำการหมั้นหรือการสมรสสิ้นสุดลงเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของสาธารณะ(public interest) ข้อตกลงของเอกชนแม้จะอยู่ในรูปแบบที่เคร่งครัดของ stipulation ก็ไม่อาจจะบังคับให้ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปอันนี้ได้⁸¹ การกำหนดให้เสียค่าปรับในกรณีที่ไม่มีสมรสตามสัญญาหมั้นเพื่อเป็นการบีบบังคับทางอ้อมย่อมตกเป็นโมฆะ กฎหมายโรมันถือว่าเป็นการไม่ซื่อตรงที่จะบังคับให้มีการสมรสด้วยข้อผูกมัดในเรื่องเบี่ยงปรับ(it was considered dishonest that marriage be enforced by the tie of penalty)ในสมัยต่อมาเฉพาะเพียงความยินยอมธรรมดา (simple consent) ก็ก่อให้เกิดเป็นสัญญาหมั้นได้⁸² ไม่จำเป็นต้องทำการถามและการตอบในรูปแบบของ stipulation

สำหรับการให้ทรัพย์สินในการหมั้น ชาวโรมันมีธรรมเนียมปฏิบัติในการให้ทรัพย์สินคือการนำทรัพย์สินมาแลกเปลี่ยนกันระหว่างคู่หมั้นมีมาแต่ดั้งเดิมแล้ว ในกฎหมายปี ค.ศ.319 มีข้อความที่กล่าวถึง การคืนทรัพย์สินเมื่อฝ่ายที่รับทรัพย์สินไว้ผิดสัญญาหมั้น และการรับทรัพย์สินเมื่อฝ่ายที่ให้ทรัพย์สินผิดสัญญาหมั้น ต่อมาในปี ค.ศ. 336 มีกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สิน เมื่อคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายก่อนสมรส การให้ทรัพย์สินแลกเปลี่ยนกันนี้มีได้มุ่งหมายให้เป็นหลักประกันสัญญาจะสมรสหรือเป็นการเพิ่มกำลังเพื่อบังคับอีกฝ่ายให้ทำการสมรส โดยอาศัยการรับทรัพย์สินเมื่อผิดสัญญา⁸³ และไม่ใช่เงื่อนไขหรือรูปแบบที่จะต้องทำให้เกิดผลสมบูรณ์ในการหมั้นแต่เป็นการให้เพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งเกิดความพึงพอใจเท่านั้น การที่ทรัพย์สินมีผลเป็นหลักประกันหากผิดสัญญาหมั้นเกิดขึ้นเองตามลักษณะของการยึดถือ

ในสมัยจักรวรรดิ (คริสต์ศตวรรษที่ 4) มีธรรมเนียมปฏิบัติที่ชายคู่หมั้นจะให้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาแก่หญิงคู่หมั้นนั้น เรียกว่า arra sponsalicia การให้ arra เป็นธรรมเนียมของตะวันออก(Eastern institution) ซึ่งมีที่มาจาก การให้ค่าตัวหญิง (bride price) อันเป็นส่วนประกอบสำคัญของการหมั้นในทางตะวันออก⁸⁴ การให้ arra เพื่อเป็นหลักประกันการ

⁸¹ Ibid., pp. 11-15

⁸² Adolf Berger *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia The American Philosophical Society, 1953), p.713

⁸³ Percy Ellwood Corbett *The Roman law of marriage* 1979 p.19

⁸⁴ Ibid. p.19

หมั้นได้เข้ามาแทนที่การให้ทรัพย์สินแลกเปลี่ยนกันในการหมั้น ซึ่งได้กลายเป็นธรรมเนียมของชาวโรมันในเวลาต่อมา

กฎหมายโรมันในสมัยจักรวรรดิ Byzantine มีหลักเกี่ยวกับ *arra sponsalicia* ว่า *arra* เป็นทรัพย์สินที่ชายคู่หมั้นให้แก่หญิงคู่หมั้นหรือผู้แทนเพื่อเป็นหลักประกันว่าชายตั้งใจจะสมรสกับหญิงนั้น ชายจะถูกริบทรัพย์สินหากปฏิเสธที่จะทำการสมรส และจะได้รับทรัพย์สินคืนเป็น 2 เท่าหากหญิงผิดสัญญาหมั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายโรมันถือว่า *arra* เป็นเพียงส่วนประกอบที่ไม่สำคัญของการหมั้นเท่านั้น⁸⁵

แม้การให้ *arra* จะไม่ใช่สิ่งจำเป็นในการหมั้น แต่เมื่อฝ่ายชายมีการให้ *arra* กับฝ่ายหญิงแล้วจะมีผลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายปี ค.ศ. 380 ระบุให้คืน *arra* เมื่อคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายก่อนสมรส เว้นแต่คู่หมั้นนั้นได้ผิดสัญญาหมั้นก่อนแล้ว ต่อมากฎหมายกำหนดเปลี่ยนแปลงหน้าที่ในการคืน *arra* โดยพิจารณาถึงอายุและฐานะครอบครัวของหญิงคู่หมั้น หากหญิงคู่หมั้นซึ่งมีอายุสิบปีบริบูรณ์แล้ว ผิดสัญญาหมั้น โดยไม่มีเหตุผลอันควร หญิงจะต้องคืนทรัพย์สินเป็น 4 เท่าของ *arra* ที่ได้รับไว้ หากหญิงมีอายุไม่ถึงสิบปีก็ให้คืนกันตามปกติจนกระทั่งปี ค.ศ. 472 มีกฎหมายยกเลิกการคืนทรัพย์สินเป็น 4 เท่าของ *arra* ที่ได้รับไว้โดยกำหนดให้คืนทรัพย์สินเป็น 2 เท่าแทน แต่ทั้งนี้ก็ไม่ตัดสิทธิของคู่สัญญาที่จะกำหนดให้คืนกันมากกว่านั้นก็ได้อย่างที่ตีกฎหมายรับรองการริบ *arra* เท่านั้น การตกลงให้ริบทรัพย์สินอย่างอื่นนอกจาก *arra* จะตกเป็นโมฆะ กฎหมายในปี ค.ศ. 472 นี้มีข้อความที่ให้นำหลักการคืน *arra* เช่นเดียวกันนี้ไปใช้กับกรณีที่ชายเป็นฝ่ายได้รับ *arra* ด้วยโดยอนุโลม ซึ่งเป็นส่วนที่นักกฎหมายโรมันในสมัยจักรวรรดิบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นจากธรรมเนียมของตะวันออกที่กำหนดให้ชายเท่านั้นจะเป็นฝ่ายให้ *arra* สำหรับกรณีที่มิเหตุอันควรในการเลิกสัญญาหมั้น กฎหมายให้คืน *arra* กันตามปกติ เหตุอันควรที่กฎหมายรับรองก็เช่นการมีความสัมพันธ์หรือมีสถานะส่วนบุคคลที่จะทำให้การสมรสไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความประพฤติน่าอับอายหรือผิดศีลธรรม การมีศาสนาต่างกัน ความไร้สมรรถภาพทางเพศหรือเหตุอันควรอื่นๆ แต่หากคู่หมั้นได้ทราบเหตุเหล่านี้ก่อนหมั้นแล้วจะต้องรับผิดคืน *arra* เป็น 2 เท่าด้วย⁸⁶

⁸⁵ Ibid. p.20

⁸⁶ Ibid. p.22

1.1.2 กฎหมายเยอรมัน (German Law)

รูปแบบเริ่มแรกของสัญญาสมรสในหมู่ชนเผ่าเยอรมันแต่ดั้งเดิม คือ การซื้อหญิงมาเป็นภริยาชาย (Frauenkauf, wife purchase) การสมรสเป็นนิติกรรม (Juristic act) ซึ่งทำขึ้นระหว่างชายและญาติของชายฝ่ายหนึ่งกับหญิงหรือผู้มีอำนาจปกครอง (mundium) เหนือหญิงและญาติของหญิงอีกฝ่ายหนึ่ง โดยตัวหญิงเองเข้ามามีส่วนร่วมเพียงเป็นวัตถุแห่งการซื้อขาย(object of the sale) เท่านั้น ไม่ใช่เป็นฝ่ายในสัญญา สัญญาซื้อหญิงมาเป็นภริยาแม้จะมีความมุ่งหมายที่พิเศษแตกต่างจากสัญญาซื้อขายอื่น แต่ก็ยังคงลักษณะของการซื้อขายอยู่ กล่าวคือ มีการแลกเปลี่ยนของกับราคาโดยชายจะเป็นฝ่ายให้ราคาค่าตัวหญิง (wittum, dower) แก่บิดาหรือผู้ปกครองของหญิงเพื่อแลกเปลี่ยนกับการมีอำนาจปกครองเหนือหญิง⁸⁷

ในเรื่องลักษณะทางกฎหมายของการหมั้นนั้นยังเป็นปัญหาที่ถกเถียงกันอยู่มากในวงการนิติศาสตร์ของเยอรมัน โดยอาจจะแยกเป็นแนวคิดที่สำคัญๆ คือ⁸⁸

1) ตามแนวคิดที่ยึดถือกันมาแต่เดิมเห็นว่าการหมั้นเกิดขึ้นจากสัญญา เพราะฉะนั้นจึงนำบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมมาใช้บังคับได้ เนื้อหาของสัญญาหมั้นเป็นเรื่องของความผูกพันที่มีต่อกันว่าจะทำการสมรสในอนาคต ซึ่งแม้จะฟ้องร้องบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้แต่ก็ต้องถือว่าเป็นหน้าที่ทางกฎหมายอย่างแท้จริง

2) แนวคิดต่อมาคือ แนวคิดที่ว่าการหมั้นเป็นสัญญาตามกฎหมายครอบครัว อันเป็นแนวคิดที่แตกต่างไปจากทัศนะข้างต้น ซึ่งอธิบายว่าการหมั้นเกิดขึ้นจากสัญญาและก่อให้เกิดหน้าที่ในทางกฎหมายที่จะต้องทำการสมรส แต่เนื่องจากลักษณะที่เป็นส่วนบุคคลโดยเฉพาะของการหมั้นทำให้นำบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมมาใช้บังคับได้อย่างจำกัดและเป็นการใช้โดยอนุโลมเท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นแนวคิดที่อยู่ตรงกลางระหว่างแนวคิดที่ว่าการหมั้นเป็นนิติกรรมสัญญากับแนวคิดที่ว่าการหมั้นไม่เป็นนิติกรรมสัญญา

3) แนวคิดที่เป็นไปตามทฤษฎีของข้อเท็จจริงในการเกิดสัญญา ซึ่งเห็นว่าการหมั้นต้องเกิดจากเจตนาของทั้งสองฝ่ายที่มีความพึงพอใจและเห็นพ้องต้องกัน แต่เป็นการเห็นพ้องต้องกันซึ่งมิใช่เป็นในทางนิติกรรม แต่เป็นสัญญาในทางสังคมด้วยเหตุนี้จึงนำบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมมาใช้บังคับไม่ได้เลย ซึ่งถือว่าเป็นแนวคิดที่ตรงกันข้ามกับแนวคิดที่ว่าสัญญาหมั้นเป็นนิติกรรมสัญญาตามแนวคิดที่หนึ่ง

⁸⁷ Rudolf Huebner *A History of Germany Private Law* (Boston: Little Brown, 1918), pp.595-596

⁸⁸ Dieter Schwab *Familienrecht* (München:C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1986), p.23

4) ส่วนอีกแนวคิดหนึ่งมองว่า การหมั้นเป็นนิติสัมพันธ์ที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้เพื่อการที่จะเตรียมทำสัญญา นิติสัมพันธ์นี้ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องทำการสมรสแต่กฎหมายได้คุ้มครองความไว้วางใจในระหว่างผู้เป็นคู่หมั้น จึงปรากฏว่า มาตรา 1297 ถึงมาตรา 1301 ได้กำหนดบทบัญญัติเป็นกรณีพิเศษสำหรับความรับผิดชอบต่อความไว้วางใจก่อนทำสัญญา

แนวคิดที่ว่า การหมั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (gesetzliches) นี้ Canalis เป็นผู้เสนอไว้ในหนังสือชื่อว่า *Das Verlobnis als gesetzliches Rechtsverhältnis* ซึ่งจัดพิมพ์ขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1965 จุดที่ Canalis ย้ำเป็นพิเศษคือ การหมั้นนั้นจะไม่ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของคู่กรณี หากการหมั้นจะเป็นการหมั้นตามกฎหมายก็แต่โดยการทำให้เกิดองค์ประกอบในเรื่องของความเชื่อถือและไว้วางใจขึ้นมา และคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งมีความเชื่อถือและไว้วางใจ เช่นนั้น องค์ประกอบในเรื่องความเชื่อถือและไว้วางใจที่ว่านี้ก็คือ “การแสดงออกซึ่งความพร้อมที่จะแต่งงาน” โดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แสดงออก และอีกฝ่ายหนึ่งแสดงตอบ โดยฝ่ายแรกนั้นรับรู้ได้ว่ามีความเชื่อถือและไว้วางใจต่อการแสดงออกของตนแล้ว ที่ว่ามี “ความพร้อมที่จะแต่งงาน” นั้นอาจเป็นการแสดงออกซึ่งทำให้เข้าใจได้เช่นนั้น เนื่องจากเรื่องนี้ไม่ขึ้นอยู่กับเจตนาเพียงการกระทำแต่ละการกระทำก็อาจจะเพียงพอที่จะเป็นฐานสำหรับความเชื่อถือและไว้วางใจแล้ว⁸⁹

หากพิจารณาตามแนวคิดของ Canalis ก็จะมีผลว่าหน้าที่ในการชดใช้ค่าเสียหาย จะไม่ขึ้นอยู่กับประเด็นที่ว่า คู่กรณีได้ทำการหมั้นกันโดยมีการแสดงเจตนาถูกต้องตามหลักนิติกรรมหรือไม่การหมั้นจะเป็น “นิติสัมพันธ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นเอกเทศ และนิติสัมพันธ์นี้เกิดขึ้นโดยแยกเป็นอิสระจากเจตนาของคู่กรณี” เมื่อมีพฤติกรรมการอันแสดงถึงความพร้อมที่จะแต่งงานแล้วก็จะเป็ผลให้ “มีความผูกพันหรือเกิดนิติสัมพันธ์” แล้วมีผู้วิจารณ์ว่าการแสดงออกซึ่งความพร้อมที่จะแต่งงานอันเป็นฐานสำหรับความเชื่อถือและไว้วางใจตามแนวคิดของ Canalis เป็นเงื่อนไขที่ค่อนข้างจะเลือนลอย แต่ส่งผลในทางกฎหมายอย่างน่ากลัว อย่างไรก็ดีตามคำสอนส่วนใหญ่และในทางปฏิบัติก็มีได้ถือตามแนวคิดที่ว่านี้⁹⁰

สำหรับ Schwab นั้น กล่าวถึงลักษณะทางกฎหมายของการหมั้นว่า ตามความเข้าใจในสมัยใหม่ การตกลงว่าจะสมรสกันไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องทำการสมรสอีกต่อไปแล้ว การหมั้นมิได้เป็นเรื่องของการแสดงเจตนาในความหมายที่เคร่งครัด เพราะได้ก่อผลทาง

⁸⁹ Hans-Wolfgang Strätz *Der Verlobungskuss und seine Folgenrechtsgeschichtlich besehen : nebst drei Anhängen* (Konstanz : Universitätsverlag Konstanz, 1979) , pp.18-19

⁹⁰ Ibid.

กฎหมายขึ้นโดยไม่ต้องคำนึงว่าเป็นผลที่มีเจตนาจะให้เกิดขึ้นหรือไม่ ด้วยเหตุนี้การหมั้นจึงเป็นการกระทำที่คล้ายกับนิติกรรม และจะนำบทบัญญัติว่าด้วยการแสดงเจตนามาใช้ได้โดยอนุโลมเท่านั้น ในอีกด้านหนึ่งนั้นจะถือว่าการหมั้นเป็นเพียงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองความไว้วางใจอย่างเดียวก็ไม่ได้ เนื่องจากมีผลที่กำหนดถึงสถานะของบุคคลด้วย⁹¹

ส่วน Beitzke ซึ่งเป็นนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงมากในทางกฎหมายครอบครัว ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ตามระบบซึ่งมีผลบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งนั้น เราคงหลีกเลี่ยงไปไม่ได้ว่าการหมั้นนั้นก่อตั้งขึ้นจากการตกลงที่เป็นไปตามข้อความคิดทั่วไปในเรื่องสัญญา ฉะนั้นการหมั้นจึงอยู่ใต้บังคับของกฎเกณฑ์ทางสัญญาเฉพาะข้อต่างๆ แต่ลักษณะของการหมั้นไม่ได้สิ้นสุดอยู่ที่สัญญาอันนี้ ลักษณะของการหมั้นคือ การมีนิติสัมพันธ์ถาวรอันจะพึงเกิดขึ้นจากการสมรสในอนาคตและยังให้ความเห็นต่อไปว่า การหมั้นเป็นสัญญาที่มีลักษณะของกฎหมายบุคคล (Personenrechtlicher Natur) เพราะฉะนั้นจึงเป็นไปตามหลักของกฎหมายนี้⁹²

เมื่อพิจารณาจากแนวความคิดของนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงต่างๆ ในเรื่องลักษณะทางกฎหมายของการหมั้นเยอรมัน พอสรุปแนวคิดใหญ่ๆ ในเรื่องนี้ได้ 2 แนวคือ แนวที่หนึ่งเห็นว่าการหมั้นเป็นสัญญาซึ่งก็อาจมีเหตุผลที่แตกต่างแยกย่อยๆ กันออกไปอีก และแนวคิดที่สองเห็นว่าการหมั้นเป็นนิติสัมพันธ์ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้เพื่อคุ้มครองความไว้วางใจที่ชายและหญิงมีต่อกัน ส่วนตามทฤษฎีข้อเท็จจริงที่มองว่าการหมั้นเป็นเพียงปรากฏการณ์ทางชีวิตสังคมจะนำเรื่องของนิติกรรมสัญญามาใช้บังคับนั้น ดูจะมีความสำคัญน้อยมากอีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับกฎหมาย

การให้ความเห็นเป็นที่ยุติว่าการหมั้นเป็นสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาจจะไม่ก่อประโยชน์แต่อย่างใด ในเมื่อวิชาการทางกฎหมายยังต้องการข้อถกเถียงและความเห็นที่ต่างกัน แต่การมีความเห็นเป็นเบื้องต้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ดีและควรกระทำเพราะหากไม่มีความเห็นเบื้องต้นก็จะไม่มีความเห็นที่ต่อยอดและแตกแขนงออกไปจนท้ายสุดความเห็นนั้นจะกลายเป็นความเห็นที่เป็นประโยชน์และคนส่วนใหญ่ยอมรับได้ ในเรื่องลักษณะทางกฎหมายของการหมั้น ผู้เขียนมีความเห็นเป็นเช่นเดียวกับ Beitzke ที่ให้ความเห็นว่าตามระบบกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น การหมั้นเกิดขึ้นจากการตกลงที่เป็นไปตามข้อความคิดในเรื่องของสัญญา เมื่อเป็นเรื่องของสัญญาแล้วเจตนาจะถูกมองข้ามไปไม่ได้ ซึ่งข้อเท็จจริงในการเกิดสัญญาก็แสดงให้เห็นอยู่แล้วว่า ผู้ที่เข้ามาเป็นคู่หมั้นกันได้ก่อนนิติสัมพันธ์ขึ้นด้วยความพึงพอใจและความสมัครใจของตนเองอย่างแท้จริง แม้ในเนื้อหาของ

⁹¹ Dieter Schwab *Familienrecht* , p.23

⁹² Günther Beitzke *Familienrecht* (München : C.H. Beck, 1966), p.25

นิติสัมพันธ์นั้นจะเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดไว้ตายตัวแล้วก็ตาม และเป็นที่น่าสังเกตว่า Beitzke เห็นว่า การหมั้นมีลักษณะเป็นสัญญาในกฎหมายบุคคลก็น่าจะตรงกับข้อเท็จจริงอยู่มากทีเดียว เพราะเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลโดยยึดถือความพึงพอใจที่มีต่อกคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินใจเข้าทำสัญญา แม้ว่าเนื้อหาของบทบัญญัติของการหมั้นจะอยู่ในกฎหมายครอบครัว แต่ก็หาได้เป็นเรื่องของกฎหมายครอบครัวไม่ เพราะบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวจะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีการสมรสแล้วเท่านั้น การหมั้นเป็นเพียงขั้นตอนก่อนที่จะมีการสมรสเท่านั้นแต่การหมั้นได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ถาวรแห่งสภาพความเป็นคู่หมั้นหรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ การหมั้นเป็นสัญญาที่ก่อสถานะของบุคคลให้เกิดขึ้น ที่ Beitzke กล่าวว่า การหมั้นเป็นเรื่องของกฎหมายบุคคลก็น่าจะตรงกับข้อเท็จจริงในเรื่องนี้มากที่สุด

การหมั้นเป็นพิธีกรรมอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็นสัญญาและมีผลบังคับได้ โดยเฉพาะเจาะจง แต่ก็อาจจะมีการเรียกร้องค่าเสียหายหรือให้ค่าเสียหายแก่กันได้ ซึ่งในขณะนั้นกฎหมายของแต่ละแคว้นยังมีความแตกต่างกันอยู่ในเรื่องการเรียกร้องค่าเสียหาย โดยในบางแคว้น เช่น บริติชเซีย ยอมให้เรียกค่าเสียหายได้อย่างกว้างขวางและให้กำหนดเบี้ยปรับในกรณีผิดสัญญาหมั้นได้ด้วย การที่กฎหมายมีผลให้บังคับได้โดยเฉพาะเจาะจงเช่นนี้ไม่เป็นที่ยอมรับอีกต่อไป ในสังคมเยอรมันหลังจากได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งในปี ค.ศ. 1900⁹³ แต่ก่อนที่จะกล่าวถึงบทบัญญัติในเรื่องการหมั้นฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวความคิดของนักกฎหมายที่ได้กล่าวถึงความจำเป็นมาและเหตุผลในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายจนกระทั่งเกิดกฎหมายการหมั้นฉบับปัจจุบัน(ค.ศ.2013)

จากการศึกษาเชิงประวัติศาสตร์ของ strätz ได้แสดงให้เห็นว่าเหตุแห่งความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีที่มาจากแนวคิดเกี่ยวกับการแต่งงานที่เป็นเรื่องเฉพาะตัว แนวคิดนี้เกิดขึ้นในอังกฤษและได้แพร่หลายมาสู่ภาคพื้นทวีปนับแต่ศตวรรษที่ 16 จนมีผลคล้อยตามกันมากในเวลาต่อมา โดยมีการอธิบายว่า ความรักอันสามิภริยานั้นมิได้เป็นข้อกำหนดพฤติกรรมอันมีสาเหตุเนื่องมาจากการแต่งงาน หากแต่เป็นเงื่อนไขสำหรับการแต่งงานในหนังสือคู่มือการแต่งงานของ Daniel Defoes ซึ่งจัดพิมพ์เป็นภาษาเยอรมัน ในปี ค.ศ. 1740 กล่าวถึงการแต่งงานว่าการแต่งงานจะไม่ถือว่าชอบด้วยกฎหมาย หากไม่มีความรักที่มาจากใจจริง โดยไม่มีการบิดเบือน และเป็นความรักอันมั่นคงซึ่งเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการทำพิธีแต่งงาน นอกจากนี้ แนวคิดของยุค โรแมนติก (The Romantic period) ก็มีส่วนในการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวในวรรณคดีโรแมนติกจะเน้นถึงความสัมพันธ์ระหว่างเพศแบบคำนึงถึงใจเขาใจเรา หากเป็นเรื่องของจิตใจแล้ว การบังคับให้เป็นไป

⁹³ W.J. Brockelbank The nature of the promise to marry : a study in comparative law, 41 Illinois law review 1,19(1946) อ้างถึงใน วรรณฎ บุญศรีพงศ์ การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย 2534 หน้า 71

ตามกฎหมาย โดยให้ปฏิบัติตามคำพูดโดยปราศจากความรู้สึกนั้นเป็นเรื่องที่ไม่อาจจะยอมรับได้⁹⁴ จึงอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดในยุคโรแมนติกให้ความสำคัญในเรื่องของความรู้สึกพึงพอใจระหว่างบุคคลยิ่งกว่าเรื่องของสัญญาโดยมองข้ามเรื่องที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาแม้จะได้มีการตกลงกันไว้แล้วก็ตาม

ในที่สุด strätz ก็ได้ข้อยุติว่า แนวความคิดข้างต้นนี้ไม่อาจจะยกงามได้เต็มที่ ในสภาพความเป็นจริงของกฎหมาย ไม่เพียงแต่น้ำหนักของจารีตประเพณีทางกฎหมายเท่านั้นที่เป็นอุปสรรค หากแต่รวมถึงความต้องการตามธรรมชาติของการดำรงชีวิตมนุษย์เอง แนวคิดดังกล่าวนี้จะอยู่ร่วมกันได้ในความนึกคิดเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงย่อมมีความแตกต่างในหลักการของจุดยืน 2 ลักษณะคือ จุดยืนหนึ่ง เห็นว่า การแต่งงานเป็นเรื่องของหัวใจ และเรื่องของหัวใจย่อมไม่ทนต่อการที่มีหนี้สินผูกพันส่วนอีกจุดยืนหนึ่ง เห็นว่าค่าใช้จ่ายทั้งหลายที่เสียไปโดยเปล่าประโยชน์ไม่ควรที่จะตกเป็นภาระหนักแก่บุคคลซึ่งบังเอิญหลงเชื่อในถ้อยคำของผู้ที่มีหัวใจโลเล ความแตกต่างในหลักการทั้งสองนี้นำไปสู่การประนีประนอมที่เป็นตัวกำหนดโครงสร้างของกฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นซึ่งแยกตัวออกจากโครงสร้างระบบกฎหมายลักษณะนี้⁹⁵

ต่อไปจะได้กล่าวถึงบทบัญญัติในเรื่องการหมั้นของเยอรมันซึ่งจัดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นประมวลกฎหมายแพ่งที่เริ่มร่างเมื่อ ค.ศ. 1881 (พ.ศ. 2424) และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1900 (พ.ศ. 2443) นับเป็นโครงการขนานดหิมมาและไม่ปรากฏมาก่อนในประวัติศาสตร์โลก โครงการหนึ่ง กับทั้งกลายมาเป็นแม่แบบของประมวลกฎหมายแพ่งแห่งประเทศอื่นๆ ที่ใช้ระบบชีวิตลอร์ อาทิ โปรตุเกส จีนแผ่นดินใหญ่ ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ ไต้หวัน กรีซ ยูเครน และรวมถึงประเทศไทยเองด้วย⁹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติได้รับรองการหมั้นอยู่ในมาตรา 1297 ถึงมาตรา 1302 รวมทั้งสิ้น 6 มาตรา อยู่ในหมวดแรกของส่วนที่ว่าด้วยการสมรส

⁹⁴ Hans-Wolfgang Strätz *Der Verlobungskuss und seine Folgenrechtsgeschichtlich besehen : nebst drei Anhängen*, pp.29-30

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ “wikipedia” ค้นคืน 6 กันยายน 2556 จาก

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:EcF87FAyJcJl.th.wikipedia.org/wiki/%E0%B9%80%E0%B8%9A%E0%B8%B7%E0%B8%AD%E0%B8%A3%E0%B9%8C%E0%B9%81%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B9%8C%E0%B8%A5%E0%B8%B5%E0%B9%80%E0%B8%8A%E0%B8%AA%E0%B9%80%E0%B8%81%E0%B9%80%E0%B8%8B%E0%B8%97%E0%B8%8B%E0%B9%8C%E0%B8%9A%E0%B8%B8%E0%B8%84+%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B9%80%E0%B8%A2%E0%B8%AD%E0%B8%A3%E0%B8%A1%E0%B8%B1%E0%B8%99%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%95%E0%B8%A3%E0%B8%B2+1297&cd=1&hl=th&ct=clnk&gl=th>

ในเบื้องต้นนั้น การหมั้นจะก่อเกิดขึ้นก็โดยเป็นไปตามหลักของสัญญา สัญญาหมั้นในกฎหมายเยอรมันไม่มีแบบ เมื่อมีการให้คำมั่นสัญญาอย่างจริงจังว่าจะแต่งงานกันก็เป็นการหมั้นแล้วการให้แหวนกันก็ดี การประกาศโดยเปิดเผยกันก็ดี มิได้เป็นสาระสำคัญของการเกิดขึ้นของสัญญาหมั้น โดยปกติการหมั้นจะเกิดขึ้นเสมอเมื่อชายหญิงได้ให้คำมั่นสัญญาว่าจะทำการสมรสกัน⁹⁷ ทั้งนี้สัญญาหมั้นเป็นนิติกรรมที่เป็นเรื่องส่วนบุคคลอย่างยิ่ง(höchstpersonliches Rechtsgeschäft) ชายหญิงคู่หมั้นจึงต้องเป็นผู้ทำสัญญาด้วยตนเอง โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องความสามารถของบุคคลและความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา⁹⁸

เมื่อได้ทำการหมั้นแล้ว ผลของการหมั้นไม่เป็นหลักฐานที่จะเข้าสู่การฟ้องร้องบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งทำการสมรสได้ และข้อสัญญาที่จะให้ชำระค่าปรับแก่กัน หากมีเหตุการณ์ที่ไม่มีการสมรสข้อสัญญาเช่นว่านั้นย่อมตกเป็นโมฆะ(มาตรา 1297)⁹⁹ และเป็นที่น่าสังเกตว่าก่อนที่จะใช้ประมวลกฎหมายแพ่งนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ไม่ได้รับรองการบังคับคดีในเรื่องการสมรสเป็นเวลานานแล้ว¹⁰⁰

มาตรา 1298¹⁰¹ ได้กำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายที่ยกเลิกสัญญาหมั้น หรือถอนการหมั้นต้องรับผิดชอบชำระเงินค่าทดแทนให้แก่คู่หมั้นฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญา หากว่าการบอกเลิกสัญญาหมั้นนั้นไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า “เหตุสำคัญ” (Wichtigen Grund, serious ground) ทั้งนี้ค่าทดแทนที่กฎหมายบัญญัติให้เรียกได้คือ ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากค่าใช้จ่ายหรือการตกเป็นหนี้ด้วยการคาดหมายว่าจะมีการสมรส และให้บุคคลที่สามที่อยู่ในสถานะ

⁹⁷ Günther Beitzke *Familienrecht* (München: C.H. Beck, 1966), p.25

⁹⁸ Dieter Schwab *Familienrecht*, p.26

⁹⁹ Article 1297 (Non-actionability, Nullity of a Promise to Pay a Penalty)

(1) No action for entering into of a marriage may be base on an engagement.

(2) The promise to pay a penalty for the eventuality that the marriage is not entered into is void.

¹⁰⁰ Günther Beitzke *Familienrecht* (München: C.H. Beck, 1966), p.24

¹⁰¹ Article 1298 (Duty of compensation in the case of revocation)

(1) If an engaged person revokes the engagement, he must reimburse the other engaged person and the parents of the other engaged person, and also third parties who acted in place of the parents, for the damage arising from the fact that in expectation of the marriage they incurred outlays or liabilities. He must also compensate the other engaged person for the damage suffered by the latter because in expectation of the marriage he has taken other measures affecting his property or his earnings.

(2) The damage is to be compensated for only to the extent that the outlays, the entering into the obligations and the other measures were reasonable in the circumstances.

(3) The duty to compensate does not arise if there is a compelling reason for the revocation.

เป็นผู้ปกครองซึ่งได้ใช้จ่ายหรือตกเป็นหนี้ด้วยการคาดหมายว่าจะมีการสมรสเรียกค่าทดแทนได้ด้วย หรือค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่คู่หมั้นได้กระทำการซึ่งมีผลกระทบต่อทรัพย์สินหรืออาชีพทางทำมาหาได้ด้วยการคาดหมายว่าจะมีการสมรส โดยความเสียหายที่จะได้รับการชดใช้มีขอบเขตเฉพาะการใช้จ่ายตามความเป็นจริงเท่านั้น การที่ต้องตกเป็นหนี้ หรือการกระทำที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์

การถอนหมั้นหรือการยกเลิกสัญญาหมั้นย่อมเกิดขึ้นได้เสมอ แต่การถอนหมั้นโดยไม่มีเหตุสำคัญหรือการที่ตนได้ก่อเหตุสำคัญอันนำไปสู่การถอนหมั้นของอีกฝ่ายหนึ่ง จะทำให้เกิดหน้าที่ในการรับผิดชอบใช้ค่าทดแทน องค์ประกอบของสิทธิเรียกร้องอันมีความสำคัญที่จะชี้ไปในทางใดทางหนึ่งก็คือ ความผิด (Fehler, wrong) ในการถอนหมั้นหรือเป็นสาเหตุให้มีการถอนหมั้นในเรื่องนี้ Schwab อธิบายว่า กล่าวโดยแท้จริงแล้วการถอนหมั้นโดยไม่มีเหตุสำคัญแทบจะเป็นไปไม่ได้เลย คู่หมั้นที่มีความโน้มเอียงกับคู่หมั้นของตนได้สิ้นสุดลงไปแล้ว หรือหมดความรักความอาลัยที่มีต่อกันแล้ว มีเหตุผลที่หนักแน่นหรืออาจจะเรียกว่าเป็นหน้าที่ที่ได้ที่จะต้องปฏิเสธการสมรส แต่ในความหมายที่เคร่งครัดแล้ว กฎหมายไม่ประสงค์จะรวมกรณีเหล่านี้ไว้ในคำว่า “เหตุสำคัญ” การเปลี่ยนแปลงในทางอติวิสัยของคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งต่อคู่หมั้นของตนนั้น ในตัวเองนั้นจึงไม่เพียงพอที่จะเรียกว่าเป็นเหตุสำคัญ¹⁰²

การใช้จ่ายหรือตกเป็นหนี้ที่สามารถเรียกจากกันได้ เช่น การจัดซื้อเครื่องเรือนต่างๆ การจองตั๋วเพื่อจะเดินทางไปสัมนิมน การใช้จ่ายในการจัดงานเลี้ยงเพื่อฉลองสมรส หรือการเช่าบ้านที่จะอาศัยอยู่ด้วยกัน แต่การกระทำเฉพาะเรื่องเหล่านั้นจะต้องเป็นการกระทำด้วยความคาดหมายว่าจะมีการสมรสเกิดขึ้นในอนาคต สำหรับค่าใช้จ่ายที่จะเรียกค่าทดแทนไม่ได้คือค่าใช้จ่ายที่แม้จะไม่มีสมรสก็ต้องเกิดขึ้นอยู่แล้ว ส่วนการกระทำที่มีผลกระทบต่อทรัพย์สินหรืออาชีพ เช่น การออกจากงานการขายทรัพย์สินที่มีค่า การเลิกกิจการ¹⁰³

ทั้งนี้ กฎหมายก็ไม่ได้ให้เรียกค่าทดแทนหากมีการผิดสัญญาหมั้นทุกกรณีไป ถ้าหากมีเหตุอันสมควรในการเลิกสัญญาหมั้น หน้าที่ในการชดใช้ค่าทดแทนก็จะไม่เกิดขึ้น กล่าวคือฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทน และกฎหมายได้จำกัดการให้ค่าทดแทนเท่าที่เป็นการกระทำที่สมควรแก่พฤติการณ์ อันจะกล่าวได้ว่า เป็นการคุ้มครองความไว้วางใจเฉพาะในขอบเขตที่พอจะยอมรับได้ การหมั้นไม่ได้เป็นการประกันโดยแน่นอนว่าจะมีการสมรสในอนาคต ด้วยเหตุนี้ถ้าบุคคลใดได้ดำเนินการทางการเงินไปโดยไม่ระมัดระวังว่าคู่หมั้น

¹⁰² Dieter Schwab *Familienrecht* , p.26

¹⁰³ Ibid., pp.26-27

อีกฝ่ายหนึ่งอาจจะกลับคำก็ได้ ความเสียหายจากความไม่ระมัดระวังเช่นนี้จะเป็นความเสี่ยงภัยของ คู่หมั้นเอง¹⁰⁴

มาตรา 1299¹⁰⁵ ได้กำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาหมั้นมีสิทธิเรียก ค่าทดแทนความเสียหายต่างๆ จากคู่หมั้นฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญาได้ หากว่าสาเหตุแห่งการบอกเลิก สัญญาหมั้นนั้นเกิดจากความผิดของคู่หมั้นฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญา เช่นเดียวกับการบอกเลิกสัญญา หมั้นโดยปราศจากเหตุสำคัญในมาตรา 1298

นอกจากสิทธิในการเรียกค่าทดแทนตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว มาตรา 1300 ก็ได้ให้สิทธิแก่หญิงคู่หมั้นผู้ไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายใดมาก่อนกล่าวคือเป็นผู้ที่ไม่มี มลทินมาก่อนเมื่อได้ยอมอยู่กินฉันสามีภริยากับชายคู่หมั้น หรือได้เสียตัวให้กับชายคู่หมั้น หญิงคู่หมั้นนั้นย่อมมีสิทธิที่จะเรียกค่าทดแทนเป็นจำนวนเงินตามสมควรเพื่อความเสียหาย ซึ่งไม่เกี่ยวกับความเสียหายทางการเงิน(non-Financial damage) การเรียกค่าทดแทนดังกล่าวต้องอยู่ ภายใต้อำนาจตามมาตรา 1298 และมาตรา 1299 และสิทธิเช่นนี้เป็นสิทธิความเสียหายเฉพาะตัว ของหญิง หรืออาจจะเรียกได้ว่าเป็นค่าทดแทนการเสียตัวของหญิง (loss of virginity) ซึ่งไม่อาจโอน ให้แก่กันได้ และจะตกทอดแก่ทายาทก็ต่อเมื่อได้มีการรับรองโดยสัญญาหรือได้มีการฟ้องคดี ต่อศาลแล้ว

การให้สิทธิแก่หญิงคู่หมั้นเช่นนี้มีที่มาจากแนวคิดในสมัยก่อนซึ่งหญิงคู่หมั้น ที่ได้เสียตัวให้กับชายคู่หมั้นแล้วจะได้รับการดูแลจากสังคม เกิดความอับอาย รวมทั้งเสีย โอกาสในการแต่งงานในภายหน้าด้วยแต่การลงโทษทางสังคมเช่นนี้มีจำนวนน้อยลงมาก ในปัจจุบัน¹⁰⁶ จึงมีการเสนอความเห็นกันว่า แนวคิดนี้ไม่ควรจะเป็นที่ยอมรับอีกต่อไป และความ พยายามในรูปแบบใหม่ๆ ที่จะให้เหตุผลสนับสนุนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 1299 โดยอ้างว่าหญิงต้อง เสียเกียรติมากกว่าชายก็ดูจะไม่สอดคล้องกับฐานะของหญิงในสังคมสมัยใหม่ซึ่งมีความเท่าเทียม กันนี้¹⁰⁷ ทำให้เกิดเป็นปัญหาว่าจะขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญ(The Basic Law)หรือไม่ในเมื่อรัฐธรรมนูญ แห่งเยอรมันตามมาตรา 3 กำหนดว่าชายหญิงจะต้องมีสิทธิโดยเท่าเทียมกัน¹⁰⁸ ในเรื่องนี้ ศาลแพ่ง

¹⁰⁴ Ibid., p.27

¹⁰⁵ Article 1299 (Revocation by reason of fault of the other party)

If one engaged person causes the other to revoke by reason of the fault of the former, and this fault is a compelling reason for the revocation, then under section 1298 (1) and (2) he is obliged to pay damages.

¹⁰⁶ Dieter Schwab *Familienrecht*, p.28

¹⁰⁷ W.Müller Freienfels *Family Law and the Law of Succession in Germany*, 16 International and Comparative Law Quarterly 407,412 (1967)

¹⁰⁸ Article 3 (Equality)

สูงสุดแห่งสหพันธ์เยอรมันได้ให้คำวินิจฉัยว่า ควรให้มาตรา 1300 มีผลบังคับต่อไป และศาลให้เหตุผลในการปฏิบัติต่อชายและหญิงแตกต่างกันว่าหญิงเป็นฝ่ายลงทุนมากกว่าชาย เนื่องจากหญิงมีโอกาสตั้งครรภ์จากการมีเพศสัมพันธ์ การถอนหมั้นจึงกระทบต่อความรู้สึกของหญิงมากกว่าชายซึ่งมีผลต่อไปว่าจากการถอนหมั้นนั้น ทำให้โอกาสที่จะแต่งงานใหม่ของหญิงลดลงมากกว่าของชาย¹⁰⁹

โดยที่กฎหมายกำหนดว่าหญิงคู่หมั้นจะเรียกค่าทดแทนได้เมื่อเป็นผู้ที่ไม่มีมลทินมาก่อนที่จะได้อยู่กินกับชายคู่หมั้น จึงเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าอย่างไรที่จะเรียกว่ามีหรือไม่มีมลทิน ตามความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่แล้วเห็นว่า กรณีที่เรียกว่ามีมลทินก็คือกรณีที่หญิงคู่หมั้นได้เคยมีเพศสัมพันธ์นอกสมรสมาก่อนที่จะมามีความสัมพันธ์โดยสมัครใจกับชายคู่หมั้น และแม้แต่เป็นความสัมพันธ์กับชายคู่หมั้นคนก่อน ก็ถือว่ามีมลทินแล้ว อย่างไรก็ตามชายคู่หมั้นจะอ้างความมีมลทินนั้นไม่ได้ หากคนเป็นผู้ก่อตั้งเอง นอกจากนี้มีความพยายามที่จะอธิบายในอีกแนวทางหนึ่งโดยพิจารณาว่า คำว่าไม่มีมลทินเป็นปัญหาเกี่ยวกับชื่อเสียงในทางสังคม ศาลแห่งราชอาณาจักรในอดีตเคยใช้แนวเช่นนี้โดยพิจารณาประเด็นที่ว่า “แม้ในสายตาของบุคคลที่สามยังไม่อาจจะพูดในแง่ดีเกี่ยวกับฝ่ายหญิงในแง่ของศีลธรรมได้อย่างถนัดปาก”¹¹⁰ ในที่สุดปัญหาในการเรียกค่าทดแทนเกี่ยวกับความบริสุทธิ์ (unblemished) ของหญิงก็เป็นที่ยุติเมื่อเยอรมันได้มีการยกเลิกมาตรา 1300¹¹¹ หญิงจึงไม่สามารถเรียกค่าทดแทนในกรณีนี้ได้อีกต่อไปตามกฎหมายฉบับปัจจุบัน(ค.ศ. 2013)

มาตรา 1301¹¹² ในกฎหมายเยอรมันได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการคืนทรัพย์สินที่คู่หมั้นได้ให้ไว้แก่กันว่า ถ้าการสมรสไม่ได้เกิดขึ้นคู่หมั้นแต่ละคนมีสิทธิเรียกร้องให้คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งคืนทรัพย์สินที่ตนได้ให้ไว้เพื่อเป็นของขวัญหรือของหมั้นได้ โดยให้เป็นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยการคืนลาภมิควรได้ ถ้าการหมั้นได้สิ้นสุดลงเพราะความตายของคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้สันนิษฐานว่าสิทธิที่จะเรียกคืนทรัพย์สินนั้นหมดไป จึงเป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายไม่ได้

(2) Men and women are equal. The state supports the effective realization of equality of

Women and men and works towards abolishing present disadvantages.

¹⁰⁹ Dieter Schwab *Familienrecht*, p.28

¹¹⁰ Ibid., p.29

¹¹¹ Article 1300 (repealed)

¹¹² Article 1301 (Return of the presents)

If the marriage does not take place, each engaged person may require the other to return what the former gave as a present or as a sign of the engagement, under the provisions on the return of unjust enrichment. In case of doubt it should be assumed that the claim for return is to be excluded if the engagement ends as a result of the death of one of the engaged persons.

นำความผิดของคู่หมั้นที่ทำให้การหมั้นต้องสิ้นสุดลงมากำหนดผลเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินด้วย ไม่ว่าคู่หมั้นจะเป็นฝ่ายผิดหรือไม่ ก็จะมีสิทธิเรียกทรัพย์สินที่ตนให้แก่คู่หมั้นอีกฝ่ายคืนได้¹¹³ ตามหลักการเช่นนี้คู่หมั้นที่ตกเป็นจำเลยในคดีฟ้องให้รับผิดใช้ค่าทดแทนจึงอาจจะฟ้องแย้งคู่หมั้นผู้เป็นโจทก์เพื่อเรียกทรัพย์สินคืนก็ได้¹¹⁴

และมาตรา 1302¹¹⁵ ซึ่งเป็นมาตราสุดท้ายในกฎหมายว่าด้วยการหมั้น ได้วางกำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิเรียกร้องค่าทดแทนและสิทธิในการเรียกทรัพย์สินคืนตามมาตรา 1298 ถึงมาตรา 1301 โดยกฎหมายให้มีกำหนดอายุความ 2 ปี นับแต่วันที่การหมั้นได้สิ้นสุดลง

1.1.3 กฎหมายฝรั่งเศส (French Law)

สำหรับระบบครอบครัวของประเทศฝรั่งเศสในสมัยโบราณนั้นอาจจะกล่าวได้ว่าได้รับอิทธิพลมาจากรูปแบบของกระแสนองกระแสนี้ด้วยกัน ประการแรกมาจากการที่สังคมของชาวฝรั่งเศสในสมัยนั้นได้แบ่งพลเมืองออกเป็นชนชั้น เรียกได้ว่าเป็นอิทธิพลของสภาพสังคมที่มีส่วนมากกระทบต่อโครงสร้างของครอบครัว ประการที่สองครอบครัวได้รับอิทธิพลมาจากฝ่ายศาสนาจักร สรุปแล้วครอบครัวของชาวฝรั่งเศสก่อนการปฏิวัติในปี 1789 นั้นถูกกำหนดโดยทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายศาสนานั้นเอง¹¹⁶ การแบ่งชนชั้นออกเป็นสามระดับคือ ชุนนาง พระ และไพร่ ทำให้เกิดการยึดมั่นในครอบครัวเดิม ชายหญิงจะสมรสกับพวกที่อยู่ในชนชั้นเดียวกันเท่านั้น ปราบกฏการณ์เช่นนี้ก่อให้เกิดระบบครอบครัวที่ปิดตนเองโดยถือเอาการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายมาเป็นกฎเกณฑ์และปรากฏ ในระบบครอบครัวแบบนี้จะมีบิดาเป็นใหญ่ถืออำนาจเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว บุตรทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้การปกครองของบิดา บางทีแม้ว่าบุตรคนนั้นจะบรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม อย่างไรก็ตามฝ่ายศาสนาจักรได้ลดหย่อนเงื่อนไขบางประการที่ฝ่ายรัฐเข้มงวดอยู่เช่น การอนุญาตให้ชายหญิงที่บรรลุนิติภาวะแล้วสามารถทำการสมรสกันได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาของแต่ละฝ่าย

ในอดีตช่วงก่อนการปฏิวัติ ประเทศฝรั่งเศสได้รับรองการหมั้นให้เป็นสัญญาอย่างหนึ่งในกฎหมาย อาจจะเป็นเพราะว่าการหมั้นเป็นเรื่องสำคัญที่ชายและหญิงจะผูกพันเป็นสามีภรรยากันไปในอนาคต เท่ากับเป็นการที่คู่หมั้นได้ปฏิบัติตามคำบัญชาของพระเจ้าในเรื่องของ การขยายเผ่าพันธุ์ พิธีหมั้นเมื่อมีความเชื่อทางศาสนาเข้ามาเกี่ยวข้อง จำเป็นที่จะต้องให้มีผล

¹¹³ K.W. Ryan *An Introduction to Civil Law*(Law Book Co. : of Australasia 1962), p.244

¹¹⁴ Günther Beitzke *Familienrecht*, p.21

¹¹⁵ Article 1302 (Limitation)

The limitation period of the claims specified in sections 1298 to 1301 commences on the Breaking off of the engagement.

¹¹⁶ Alex Weill *Droit civil: Introduction générale* (Paris : Dalloz, 1973), p.49-50.

ผูกพันกันอย่างจริงจัง ด้วยเหตุนี้ จึงรับรองให้อยู่ในรูปของสัญญา จึงจะมีผลบังคับในทางกฎหมาย ได้มากที่สุดการหมั้นเป็นสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาสมรส ข้อแตกต่างคือสัญญาหมั้น เป็นข้อตกลงว่าจะทำการสมรสในภายภาคหน้าส่วนสัญญาสมรสนั้นเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ ให้ทำการในทันทีทันใด¹¹⁷ เมื่อสัญญาหมั้นเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์แล้ว คู่หมั้นทั้งสองฝ่ายมีความผูกพัน ที่จะต้องทำการสมรสในวันเวลาที่กำหนดไว้หากไม่ได้กำหนดก็ต้องทำการสมรสภายในเวลา อันสมควร หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาหมั้นหรือผิดสัญญาหมั้นฝ่ายคริสตจักรก็จะ เข้ามาบังคับให้ชดใช้ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น จึงอาจ เป็นไปได้ว่าการสมรสจะกระทำไปเพื่อปฏิบัติตามสัญญา โดยมองข้ามความสมัครใจของชายหญิง ที่จะเป็นสามีภรรยา กัน ด้วยเหตุนี้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันจึงไม่มีบทบัญญัติ กฎหมายในเรื่องการหมั้นอีกต่อไป

การที่ประมวลกฎหมายแพ่งไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการหมั้น ในระยะแรกๆ ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าการหมั้นจะมีฐานะเป็นอย่างไรเมื่อกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปเช่นนี้ นักกฎหมายบางท่านได้เสนอความเห็น ว่า ถึงแม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่การหมั้นก็เป็นสัญญา ธรรมดาอันหนึ่งซึ่งหากมีการผิดสัญญาก็ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งที่ว่า “หากไม่ปฏิบัติตาม ข้อผูกมัดใดๆ ที่จะต้องกระทำการหรือเว้นกระทำการเข้านี้มีสิทธิที่จะฟ้อง เรียกค่าเสียหายและผลประโยชน์ได้” (มาตรา 1142)¹¹⁸ ความเห็นเช่นว่านี้ จึงเปิดทางให้ศาลนำ หลักสัญญาทั่วไปมาใช้ในการตัดสินข้อพิพาทในเรื่องการผิดสัญญาหมั้น แต่ก็มีศาลเพียงจำนวน น้อยเท่านั้นที่ได้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งในการตัดสินคดี¹¹⁹

ปัญหาว่าเมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องการหมั้น หากเกิดความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นเกิดขึ้น ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ อย่างไรนั้นได้เป็นที่ยุติลงเมื่อศาลสูงแห่งฝรั่งเศส (The Court of Cassation) ได้ตัดสินคดีพิพาทระหว่าง Miss Bouvier โจทก์กับ Mr. Coutreau จำเลย ข้อพิพาทมีอยู่ว่าจำเลยจะให้เงินจำนวน 20,000 ฟรังก์ แก่ โจทก์เพื่อเป็นสินสอด แต่ต่อมาจำเลยได้เปลี่ยนใจที่จะไม่แต่งงานกับโจทก์ โจทก์จึงฟ้องเรียกเงิน จำนวน 20,000 ฟรังก์ จากจำเลยเพื่อเป็นค่าเสียหายสำหรับการผิดสัญญาจะสมรส จำเลยได้โต้แย้ง โจทก์ว่า การหมั้นไม่มีผลในทางกฎหมายและการผิดสัญญานี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่โจทก์ที่จะฟ้อง

¹¹⁷ K.W. Ryan *An Introduction to Civil Law*, p.243

¹¹⁸ Article 1142

Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

¹¹⁹ W.J. Brockelbank *The nature of the promise to marry : a study in comparative law*, 41 *Illinois law review* 1,19(1946), p.20 อ้างถึงใน วรรณภู บุญศรีพงษ์ *การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย* 2534 หน้า 66

เรียกค่าเสียหายศาลชั้นต้นได้ตัดสินให้จำเลยชำระเงินให้แก่โจทก์จำนวน 6,000 ฟรังก์ จำเลยอุทธรณ์และศาลอุทธรณ์ได้พิพากษากลับ โจทก์จึงคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ดังกล่าวต่อศาลสูง ในประเด็นที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าการหมั้นไม่มีผลตามกฎหมายและไม่ทำให้เกิดสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหาย ศาลสูงได้พิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์โดยให้เหตุผลว่าที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าการหมั้นในทุกกรณีไม่มีผลตามกฎหมายและสัญญาเช่นนี้ขัดต่อหลักที่ว่าในขณะที่ทำการสมรสบุคคลจะต้องมีอิสระภาพอย่างเต็มที่ (absolute liberty) กล่าวได้ว่าเป็นหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลได้ยึดถือตลอดมาโดยไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อหลักนี้ ศาลอุทธรณ์ก็เคยวินิจฉัยว่าการผิดข้อตกลงเช่นนี้อาจจะก่อให้เกิดสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ในบางพฤติการณ์ซึ่งจะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (real injury) ในคดีเหล่านั้น การฟ้องร้องคดีมิได้มีมูลฐานอยู่ที่ความสมบูรณ์แห่งสัญญาหมั้น แต่มีมูลฐานอยู่ที่ความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นและเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่สำหรับคดีนี้โจทก์มิได้มีความเสียหายเช่นนั้น ศาลสูงจึงพิพากษาขึ้นให้ยกฟ้องโจทก์¹²⁰ เป็นที่น่าสังเกตว่าในคดีนี้หากโจทก์นำสืบในเรื่องความเสียหายให้ศาลเห็นว่าการผิดสัญญาหมั้นของจำเลยนั้นส่งผลกระทบต่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์อย่างไรบ้าง โจทก์ก็น่าจะชนะคดีและได้รับชดใช้ค่าเสียหายจากจำเลย

ประกอบกับการที่ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการหมั้นไว้ในกฎหมายแพ่งเป็นผลมาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการสมรสบังคับไว้ว่า การสมรสที่ทำโดยปราศจากความยินยอมโดยอิสระ (free consent) ของทั้งชายและหญิงหรือของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง การสมรสเช่นนั้นเป็นโมฆะตามมาตรา 180¹²¹ ด้วยเหตุนี้หากจะบังคับให้คู่หมั้นต้องทำการสมรสตามวัตถุประสงค์ของสัญญาหมั้นก็จะเป็นการขัดแย้งกับเงื่อนไขในมาตรา 180 และถือได้ว่าการสมรสนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

เมื่อการหมั้นไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแล้ว การฟ้องร้องบังคับในกรณีผิดสัญญาหมั้นก็ไม่สามารถที่กระทำได้อีกต่อไปเช่นกัน แต่ศาลฝรั่งเศสก็เห็นว่าหากการผิดสัญญา

¹²⁰ Ibid., p.24-26 อ้างถึงใน วรรณานู บุญศรีพงศ์ การหมั้น : วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย 2534 หน้า 66-67

¹²¹ Article 180

Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'und'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage.

S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage.

หมั้นเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง ผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนให้แก่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย โดยศาลให้นำหลักทั่วไปในเรื่องละเมิด มาใช้บังคับซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 1382¹²² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งว่า “การกระทำใดๆ ซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น กฎหมายกำหนดให้ผู้ซึ่งกระทำโดยความผิดของตนต้องชดใช้ค่าเสียหาย” (Every act of man that causes injury to another obligates the one by whose fault it happens to repair the injury.)

หากกล่าวถึงการหมั้นตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงเป็นที่เข้าใจว่าการหมั้นเป็นการกระทำอย่างหนึ่งซึ่งไม่มีอำนาจบังคับในทางหนี้ (no obligatory force) ความผูกพันทางกฎหมายจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อได้มีการสมรสแล้วเท่านั้น ก่อนการสมรสทุกอย่างเป็นเพียงแค่คำสนทนาชายหญิงจะต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงในการตัดสินใจที่จะทำการสมรส โดยไม่มีสิ่งใดมาขวางกั้น¹²³

นอกจากนี้กฎหมายฝรั่งเศสมีหลักในเรื่องทรัพย์สินที่คู่หมั้นได้ให้ไว้แก่กันในการหมั้นว่าเมื่อแผนการที่จะทำการสมรสได้ล้มเลิกไปคู่หมั้นทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องคืนทรัพย์สินให้แก่กัน ไม่ว่าจะเป็นแหวนหมั้น จดหมายโต้ตอบที่แลกเปลี่ยนกันหรือทรัพย์สินอื่นๆ¹²⁴ แต่การพิจารณาถึงความผิด (faute) ของคู่หมั้นก็ต้องมีอยู่ด้วยจะกล่าวให้ชัดเจนก็คือการนำเอาความผิดของคู่หมั้นมาประกอบในการพิจารณาคืนทรัพย์สิน ทั้งนี้หากคู่หมั้นฝ่ายใดได้เป็นผู้กระทำการละเมิดการหมั้น ก็จะไม่มีความผิดคืนทรัพย์สินที่ได้ให้ไว้แก่กันนั้น และอาจจะต้องคืนทรัพย์สินที่ได้รับไว้จากการหมั้นนั้นด้วย การละเมิดการหมั้นอย่างไรจึงจะเรียกว่ามีเหตุอันสมควร เช่นต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดในคดีอาญา มีการเปลี่ยนแปลงทางฐานะเป็นอย่างมาก มีการร่วมประเวณีกับผู้อื่น บิดามารดาไม่ให้ความยินยอมแก่คู่หมั้นซึ่งเป็นผู้เยาว์ ส่วนพฤติการณ์ที่จะต้องรับผิดชอบละเมิดหากมีการปฏิเสธการสมรส เช่น ตัดสินใจปฏิเสธการสมรสอย่างกระทันหัน โดยไม่มีเหตุอันจะอ้างได้แม้แต่น้อย เมื่อคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งได้เตรียมพิธีสมรสไว้แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการซื้อชุดวิวาห์ การตกแต่งบ้านเพื่ออาศัยอยู่ด้วยกัน พฤติการณ์เหล่านี้ศาลมองว่าไม่เป็นการผิดสัญญาหมั้นแต่เป็นการฉ้อฉลหลอกลวง ซึ่งมีผลให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียเงินทองโดยเปล่าประโยชน์หรือค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปหาญาติหรือไปยังสถานที่ที่จะทำการสมรสโดยไม่มี

¹²² Article 1382

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

¹²³ Colin ใน Das Fiancailles et des Promesses de Mariage 1887, p.22 อ้างถึงใน วรรณภา บุญศรีพงศ์ การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย 2534 หน้า 69

¹²⁴ Marcel Planiol *Treatise on the Civil Law* (Louisiana State Law Institute, 1956), p.457

ประโยชน์อันใด ศาลก็เคยให้ค่าเสียหายในกรณีนี้มาแล้ว และยิ่งไปกว่านั้นศาลฝรั่งเศสยอมรับความเสียหายทางศีลธรรม (moral injury) ด้วย ในกรณีที่ได้รับความเสียหายจากการดูถูกดูแคลนเหยียดหยามนินทา ได้รับความอับอายขายหน้าต่อสังคม หรือต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงเพราะถูกปฏิเสธการสมรส

ในการฟ้องให้รับผิดฐานละเมิด คู่หมั้นผู้เป็นโจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของการหมั้นและความผิดของจำเลย โดยจำเลยจะได้รับผิดก็ต่อเมื่อได้ปฏิเสธการสมรสด้วยจิตใจที่โลเลไม่แน่นอน ไม่มีความซื่อสัตย์หรือทรยศต่อคู่หมั้นของตน¹²⁵ นอกจากนี้ฝ่ายโจทก์จะต้องนำสืบต่อศาลเหมือนกับหลักการของคดีละเมิดทั่วไป โดยต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำความผิดกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับ

ผู้เขียนพอจะสรุปหลักการของกฎหมายของฝรั่งเศสที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ได้ว่า กฎหมายฝรั่งเศสมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองการสมรสให้เป็นไปโดยอิสระเสรีมากที่สุด รวมทั้งพยายามให้การสมรสนั้นเกิดจากความยินยอมโดยสมัครใจ ฝรั่งเศสจึงได้ตัดบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นออกไปเนื่องจากเกรงว่าการสมรสนั้นจะกระทำไปเพื่อปฏิบัติตามสัญญาหมั้น จึงส่งผลให้การหมั้นไม่มีผลเป็นสัญญาในทางกฎหมายอีกต่อไป หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ “การหมั้นไม่มีผลในตัวเอง” (La Promesses de Mariage est nulle en soi) คู่หมั้นจึงปฏิเสธที่จะไม่สมรสก็ได้ แม้การหมั้นจะไม่มีผลเป็นสัญญาตามกฎหมายแต่ถ้าปฏิเสธการสมรสโดยปราศจากเหตุอันสมควรและทำให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย ผู้ที่ปฏิเสธก็อาจถูกฟ้องร้องต่อศาลในข้อหาละเมิดตามมาตรา 1382 ได้จึงเป็นที่ชัดเจนว่าการหมั้นในกฎหมายฝรั่งเศสไม่ใช่ Legal contract อีกต่อไป การเรียกค่าเสียหายจึงถือหลักการใช้สิทธิเกินส่วนในละเมิด

1.1.4 กฎหมายเกาหลีใต้ (South Korean Law)

กฎหมายเกาหลีใต้ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องการหมั้นไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งบรรพ การสมรส ส่วนที่ 1 ว่าด้วยการหมั้นในมาตรา 800-806 รวม 7 มาตราโดยผู้เขียนจะอธิบายให้เห็นลักษณะของเนื้อหาในเรื่องการหมั้นที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแต่ละมาตราดังนี้

กฎหมายเกาหลีใต้ได้กำหนดเงื่อนไขในเรื่องอายุของบุคคลที่จะทำการหมั้นไว้ว่าผู้ใดที่บรรลุนิติภาวะแล้ว สามารถที่จะทำการหมั้นได้โดยอิสระตามมาตรา 800¹²⁶ กำหนดอายุของผู้เยาว์ที่ประสงค์จะทำการหมั้นไว้ว่า ถ้าเป็นผู้ชายจะต้องมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ ถ้าเป็นผู้หญิงจะต้องมีอายุครบ 16 ปีบริบูรณ์และผู้เยาว์ดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือ

¹²⁵ Petit Dictionnaire de Droit, p.412 อ้างถึงใน วรรณภู บุญศรีพงศ์ การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย 2534 หน้า 70

¹²⁶ Article 800 (Freedom of Matrimonial Engagement)

Any adult person may freely enter into a matrimonial engagement.

ผู้ปกครองของทั้งสองฝ่ายเสียก่อนจึงจะทำการหมั้นได้ตามมาตรา 801¹²⁷ สำหรับการหมั้นของ คนไร้ความสามารถนั้น จะทำการหมั้นได้ก็ต่อเมื่อจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือ ผู้ปกครองเสียก่อนตามมาตรา 802¹²⁸

กฎหมายเกาหลีใต้ได้รับรองหลักการในเรื่องการคุ้มครองการสมรส ไว้เช่นเดียวกับกับหลักการของกฎหมายในประเทศอื่นๆ ผลของการหมั้นตามกฎหมายเกาหลีใต้ ห้ามมิให้ฟ้องร้องต่อศาลของบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งทำการสมรส(มาตรา 803)¹²⁹

หากมีเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้เกิดขึ้นแก่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง คู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกการหมั้นได้(มาตรา 804)¹³⁰

1) ถ้าคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกพิพากษาลงโทษไม่น้อยกว่าการรอลงโทษจำคุก

¹²⁷ Article 801 (Eligible Age for Matrimonial Engagement)

A male who has attained full eighteen years of age and a female who has attained full sixteen years of age may enter into a matrimonial engagement upon the consent of his or her parents or guardian. The Provisions of Article 808 shall apply mutatis mutandis to this case.

¹²⁸ Article 802 (Matrimonial Engagement for Incompetent)

An incompetent may enter into a matrimonial engagement upon consent of his or her parents or guardian. The provisions of Article 808 shall apply mutatis mutandis to this case.

¹²⁹ Article 803 (Prohibition of Compulsory Performance of Matrimonial Engagement)

No person may claim to the court for compulsory performance of a matrimonial engagement.

¹³⁰ Article 804 (Reasons for Dissolution of Matrimonial Engagement)

In a case where any one of the reasons as provided in the following subparagraphs is attributable to any one party to a matrimonial engagement, the other party may dissolve such engagement:

1. If one of the parties has been sentenced to punishment of not less than suspension of qualification;
2. If one of the parties has been adjudicated as incompetent or quasi-incompetent after the conclusion of matrimonial engagement;
3. If one of the parties has been suffering from venereal disease, incurable psychosis or any other incurable malignant disease;
4. If one of the parties is engaged to or has married a person other than the party to the engagement after the conclusion of matrimonial engagement;
5. If one of the parties has committed adultery with another person after the conclusion of matrimonial engagement;
6. If the death and life of one of the parties has been unknown for one year or more after the conclusion of matrimonial engagement;
7. If one of the parties has refused or delayed marriage without due reason; and
8. If there exists any other serious reason.

- 2) ถ้ามีคำพิพากษาให้คู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถหรือเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถภายหลังจากการหมั้น
- 3) ถ้าคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความทุกข์ทรมานจากโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ วิกฤตจิตจนไม่สามารถรักษาให้หายขาดได้ หรือเป็นโรคร้ายแรงใดๆ ที่ไม่สามารถรักษาให้หายได้
- 4) ถ้าคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้หมั้นหรือแต่งงานกับบุคคลอื่นภายหลังจากการหมั้น
- 5) ถ้าคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ร่วมประเวณีกับบุคคลอื่นภายหลังจากการหมั้น
- 6) ถ้าไม่รู้ว่าคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังมีชีวิตอยู่หรือไม่เป็นเวลาหนึ่งปี หรือมากกว่านั้นภายหลังจากการหมั้น
- 7) ถ้าคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธการสมรสหรือทำการสมรสล่าช้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

8) ถ้ามีเหตุร้ายแรงอื่นๆเกิดขึ้น

วิธีการบอกเลิกการหมั้นตามกฎหมายเกาหลีใต้จะมีผลก็ต่อเมื่อได้แสดงเจตนาไปยังคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง หากในกรณีที่ไม้อาจแสดงเจตนาเช่นนั้นได้ การหมั้นจะเสมือนถูกบอกเลิกเมื่อคู่หมั้นฝ่ายที่สามารถบอกเลิกการหมั้นได้รู้ถึงเหตุแห่งการบอกเลิกนั้นแล้ว (มาตรา 805)¹³¹

เมื่อได้มีการบอกเลิกการหมั้นระหว่างคู่หมั้นแล้ว คู่หมั้นฝ่ายที่บอกเลิกอาจเรียกให้คู่หมั้นอีกฝ่ายที่ละเลยไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในการหมั้น ซึ่งเป็นเหตุให้บอกเลิกการหมั้นรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ และคู่หมั้นฝ่ายที่ละเลยไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทางจิตใจนอกเหนือจากค่าเสียหายทางทรัพย์สินด้วย ค่าเสียหายทางจิตใจไม่อาจตกทอดให้แก่ทายาท เว้นแต่จะได้ทำสัญญาเกี่ยวกับความเสียหายไว้แล้ว หรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว(มาตรา 806)¹³²

¹³¹ Article 805 (Method of Dissolution of Matrimonial Engagement)

Dissolution of a matrimonial engagement shall be effected by the declaration of intention of one party to the other party: Provided, That in a case where a party is unable to make any declaration of intention to the other party, such engagement shall be deemed to have been dissolved when the cause of such dissolution becomes known to the dissolving party.

¹³² Article 806 (Dissolution of Matrimonial Engagement and Claims for Damages):

1. When a matrimonial engagement has been dissolved between parties, one party may claim against the other party in negligence the damages therefrom.

1.1.5 กฎหมายไต้หวัน (Taiwan Law)

บทบัญญัติของกฎหมายครอบครัวในประเทศไต้หวันหรือประเทศสาธารณรัฐจีน (Republic of China) คือประมวลกฎหมายแพ่งส่วนที่ 4 ว่าด้วยครอบครัวซึ่งได้ร่างขึ้นในจีนแผ่นดินใหญ่และได้นำมาใช้บังคับในประเทศไต้หวัน เมื่อไต้หวันได้สถาปนาเป็นสาธารณรัฐภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ดังนั้นประเพณีท้องถิ่นของไต้หวันจึงมิได้มีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายครอบครัวของไต้หวันเลย กฎหมายครอบครัวของไต้หวันจึงเป็นการผสมผสานกันระหว่างแนวคิดความสัมพันธ์ทางครอบครัวตามประเพณีจีนกับหลักเกณฑ์ของประเทศทางตะวันตก¹³³ กฎหมายครอบครัวของไต้หวันได้มีการประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1930 โดยมีผลเมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1931 และได้มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2002 ในส่วนของการหมั้นนั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 972 ถึงมาตรา 979-2 รวม 10 มาตราโดยผู้เขียนจะอธิบายให้เห็นลักษณะของเนื้อหาในเรื่องการหมั้นที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแต่ละมาตราดังนี้

ตามกฎหมายไต้หวัน ข้อตกลงที่จะทำการหมั้นจะต้องกระทำโดยการร่วมใจกันระหว่างชายและหญิง(มาตรา 972)¹³⁴ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพในเรื่องการหมั้นและกฎหมายไต้หวันยอมรับการหมั้นระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น¹³⁵

กฎหมายไต้หวันได้กำหนดเงื่อนไขในเรื่องอายุของผู้ที่จะทำการหมั้นไว้ว่า ถ้าหากผู้ชายอายุยังไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์ และผู้หญิงอายุยังไม่ครบ 15 ปีบริบูรณ์ จะไม่สามารถทำการหมั้นได้ (มาตรา 973)¹³⁶ และถ้าหากผู้ที่จะทำการหมั้นดังกล่าวยังเป็นผู้เยาว์อยู่ก็จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อน(มาตรา 974)¹³⁷

2. In paragraph (1), the negligent party shall be liable for damages from mental anguish in addition to property damages.

3. Claims for damages from mental anguish may not be assigned or succeeded: Provided, That this shall not apply to the case where a contract concerning indemnity has already been entered into between the parties or a legal action on a claim for damages has been instituted.

¹³³ Chang-fa Lo *The legal culture and system of Taiwan*(Alphen aan den Rijn, Netherlands : Kluwer Law International, 2006), p.138

¹³⁴ Article 972

An agreement to marry shall be made by the male and the female parties in their own [con]cord.

¹³⁵ Chang-fa Lo *The legal culture and system of Taiwan*, p.139

¹³⁶ Article 973

A male who has not reached his seventeenth year of age and a female her fifteenth [ma]y not make an agreement to marry.

¹³⁷ Article 974

Where a minor makes an agreement to marry, he shall obtain the consent of his statutory agent in advance.

ส่วนผลของการหมั้น เมื่อมีการหมั้นแล้วกฎหมายได้วันก็ได้มีบทบัญญัติที่คุ้มครองการสมรสไว้เช่นเดียวกันกับหลักการของกฎหมายในประเทศอื่นๆ โดยกฎหมายกำหนดให้คู่หมั้นไม่อาจฟ้องต่อศาลขอบังคับให้กระทำตามสัญญาหมั้นได้(มาตรา 975)¹³⁸

เมื่อมีการหมั้นเกิดขึ้นแล้ว หากมีเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้เกิดขึ้นแก่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกการหมั้นได้(มาตรา 976)¹³⁹

- 1) เมื่อมีการหมั้นเกิดขึ้นแล้วคู่หมั้นได้หมั้นหรือได้สมรสกับผู้อื่น
- 2) เมื่อคู่หมั้นมีเจตนาที่จะเพิกเฉยต่อการสมรสตามวันที่ได้ตกลงกันไว้
- 3) เมื่อไม่มีความแน่นอนว่าคู่หมั้นจะยังมีชีวิตอยู่หรือไม่เป็นเวลาเกินกว่าหนึ่งปี
- 4) เมื่อคู่หมั้นเป็นโรคร้ายแรงและไม่สามารถรักษาให้หายได้
- 5) เมื่อคู่หมั้นเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์หรือเป็นโรคที่น่ารังเกียจอื่นๆ
- 6) เมื่อมีการหมั้นเกิดขึ้นแล้วคู่หมั้นกลายเป็นคนไร้ความสามารถอย่างถาวร
- 7) เมื่อมีการหมั้นเกิดขึ้นแล้วคู่หมั้นมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่น
- 8) เมื่อมีการหมั้นเกิดขึ้นแล้วคู่หมั้นต้องคำพิพากษาให้ถูกลงโทษจำคุก
- 9) เมื่อมีเหตุร้ายแรงอื่นๆเกิดขึ้น

¹³⁸ Article 975

No demand shall be made to force the performance of an agreement to marry.

¹³⁹ Article 976

Where one of the betrothed parties is found in one of the following conditions, the [other] party may dissolve the agreement to marry:

- (1) Where, having made an agreement to marry, the party made another agreement to marry or concluded a marriage with another person;
- (2) Where the party willfully fails to observe the appointed date of marriage;
- (3) Where the party's life has been uncertain for over a year;
- (4) Where the party gets a serious and incurable disease;
- (5) Where the party gets a venereal or other loathsome disease;
- (6) Where, having made the agreement to marry, the party becomes permanently disabled;
- (7) Where, having made the agreement to marry, the party had sexual intercourse with a third person;
- (8) Where, having made the agreement to marry, the party was sentenced to imprisonment;
- (9) Where other grave reasons exist.

In the case where a person intends to dissolve an agreement to marry according to the provisions of the preceding paragraph, and if the circumstances do not allowed him to declare such intention to the other party, it is not necessary for him to do so, and he is no longer bound by the agreement since the conditions described in the preceding paragraph have occurred.

ในกรณีที่คู่หมั้นได้มีเจตนาที่จะยกเลิกการหมั้นตามบทบัญญัติของวรรคก่อน และหากสถานการณ์ไม่เปิดช่องให้แสดงเจตนาเช่นนั้นแก่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง คู่หมั้นผู้นั้น ก็ไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนายกเลิกการหมั้น และไม่ต้องผูกพันตามการหมั้นนั้นนับแต่เหตุใด เหตุหนึ่งข้างต้นในวรรคก่อน ได้เกิดขึ้นแล้ว

เมื่อได้มีการบอกเลิกการหมั้นแล้ว คู่หมั้นผู้สุจริตอาจเรียกค่าทดแทนเพื่อความเสียหายจากอีกฝ่ายหนึ่งที่เกิดความเสียหายขึ้น และอาจจะเรียกค่าทดแทนเป็นเงิน ตามสมควรสำหรับความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินก็ได้ สิทธิเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายอันมิใช่ ตัวเงินไม่อาจจะโอนไปยังบุคคลอื่นหรือตกทอดแก่ทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้ โดยการทำสัญญาหรือผู้เสียหายได้เริ่มต้นฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว(มาตรา 977)¹⁴⁰

การบอกเลิกการหมั้นโดยปราศจากเหตุบอกเลิกการหมั้นตามที่กฎหมาย ได้กำหนดไว้ในมาตรา 976 คู่หมั้นที่ล้มเลิกการหมั้นจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าทดแทนความเสียหาย ที่เกิดขึ้นแก่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งด้วย(มาตรา 978)¹⁴¹ และกำหนดให้คู่หมั้นที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิ เรียกร้องค่าทดแทนเป็นเงินตามสมควรสำหรับความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินได้อีกด้วย หากตนไม่มี ส่วนรู้เห็นก่อให้เกิดความเสียหายนั้น สิทธิเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินดังกล่าว ไม่อาจจะโอนไปยังบุคคลอื่นหรือตกทอดไปยังทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้โดยการ ทำสัญญาหรือผู้เสียหายได้เริ่มต้นฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว(มาตรา 979)¹⁴²

¹⁴⁰ Article 977

Where an agreement to marry has been dissolved in accordance with the provisions of the preceding article, the innocent party may claim compensation from the other party who is at fault for damage thus sustained.

In the case provided in the preceding paragraph, the injured party may still claim an equitable compensation in money for a non-pecuniary loss.

The right to claim in the preceding paragraph shall not be assigned to others or be passed to heirs, unless it has been acknowledged by a contract or unless an action has been commenced.

¹⁴¹ Article 978

One party to an agreement to marry, who breaks it without any of the grounds provided in Article 976, shall be liable to compensate the other party for any damage thus sustained.

¹⁴² Article 979

In the case provided in the preceding article, the injured party may still claim an equitable compensation in money for a non-pecuniary loss, provide that he is not at fault.

The claim in the preceding paragraph shall not be assigned to others or be passed to heirs, unless it has been acknowledged by a contract or unless an action has been commenced.

ส่วนในเรื่องการคืนของหมั้นนั้นตามมาตรา 979-1¹⁴³ ได้วางกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้ว่า คู่หมั้นอาจเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งคืนของหมั้นได้เมื่อการหมั้นไม่มีผลและเป็นโมฆะ การหมั้นได้ถูกบอกเลิกหรือถูกบอกล้าง

กฎหมายได้กำหนดระยะเวลาของอายุความในการเรียกร้องค่าทดแทนไว้ว่า การเรียกร้องค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นและการเรียกของหมั้นคืนตามมาตรา 977 ถึงมาตรา 979-1 ให้มีกำหนดอายุความสองปี(มาตรา 979-2)¹⁴⁴

1.2 ประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law)

1.2.1 กฎหมายอังกฤษ

แต่เดิมกฎหมายอังกฤษมีหลักคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ได้รับรองการหมั้น (engagement to marry, betrothal) หรือสัญญาจะสมรส (agreement to marry, promise to marry, contract to marry) ว่าเป็นสัญญาอย่างหนึ่งที่มีผลตามกฎหมาย หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา (breach of promise) ไม่ยอมสมรสกับอีกฝ่ายหนึ่งโดยปราศจากเหตุอันสมควร (justification) หรือไม่มีข้อต่อสู้ (defense) ที่จะรับฟังได้ คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะฟ้องบังคับให้ฝ่ายที่ผิดสัญญารับผิดชดใช้ค่าเสียหายได้ การฟ้องคดีผิดสัญญาจะสมรสก่อให้เกิดผลเสียหลายประการ อังกฤษจึงได้ออก The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 มาใช้บังคับซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหายกเลิกการฟ้องร้องคดีผิดสัญญาจะสมรส โดยผู้เขียนจะขอกล่าวถึงการรับรองการหมั้นเป็นสัญญาตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เดิมก่อน ต่อจากนั้นก็กล่าวถึง The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเป็นลำดับถัดไป

การหมั้นหรือสัญญาจะสมรสตามกฎหมายอังกฤษอยู่ภายใต้หลักกฎหมายในเรื่องสัญญาเหมือนกับสัญญาอื่นๆ แต่สัญญาจะสมรสก็มีลักษณะพิเศษ (peculiar characteristics) บางประการเพราะเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวอย่างยิ่ง (highly personal) และเป็นสัญญาที่ไม่เกี่ยวกับพาณิชย์ (non-commercial)¹⁴⁵

¹⁴³ Article 979-1

One party may claim the other party for returning gift presented for betrothal when the agreement to marry is null and void, or dissolved, or annulled.

¹⁴⁴ Article 979-2

The claim pursuant to the provisions in Article 977 through Article 979-1 shall be extinguished if it is not exercised within two years.

¹⁴⁵ Bromley, Peter Mann. *Bromley's family law* (London : Butterworths, 1998), p.24

ตามกฎหมายอังกฤษสัญญาจะสมรสเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ ไม่จำเป็นต้องทำสัญญาจะสมรสเป็นลายลักษณ์อักษรหรือมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรในทางปฏิบัติมักจะกระทำโดยปากเปล่า หรือแม้แต่โดยพฤติการณ์ก็อาจแสดงให้เห็นโดยปริยายว่ามีสัญญาจะสมรสเกิดขึ้นแล้วได้ เช่น การที่คู่หมั้นมีการกระทำเหมือนดังเช่นการเป็นคู่หมั้น โดยเป็นที่รับรู้กันในหมู่เพื่อนฝูง เท่านั้นก็เพียงพอแล้วที่จะเกิดสัญญาจะสมรส แม้ว่าจะไม่มีคำเสนอและคำสนองตอบรับที่ชัดเจนก็ตามและคู่หมั้นอาจจะให้คำมั่นว่าจะสมรสในวันที่กำหนดไว้แน่นอน หรือเมื่อเหตุการณ์ซึ่งจะเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอน หรืออาจจะตกลงบนเงื่อนไขการเกิดของเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นก็ได้¹⁴⁶

เมื่อสัญญาจะสมรสเกิดขึ้นแล้วหากคู่หมั้นฝ่ายในฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา กล่าวคือไม่ยอมสมรสโดยปราศจากเหตุอันสมควร (Justification) หรือไม่มีข้อต่อสู้ (defense) ที่จะรับฟังได้ คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งที่เสียหายสามารถฟ้องให้ฝ่ายที่ผิดสัญญารับผิดได้ เหตุอันสมควรหรือข้อต่อสู้ในคดีผิดสัญญาจะสมรสจะเป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาทั่วไปหรืออาจจะเป็นข้อต่อสู้ในเรื่องสัญญาจะสมรส โดยเฉพาะก็ได้ เช่น การที่คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งมีความประพฤติเสื่อมเสีย (bad character) ซึ่งในด้านของหญิงหมายถึงการที่หญิงนั้นเคยเสียตัวให้ชายอื่นก่อนหมั้น หรือการที่ฝ่ายหนึ่งมีสุขภาพทางจิตใจหรือทางกายไม่สมบูรณ์ (mental or bodily infirmity) ทำให้ไม่เหมาะสมกับการสมรส ซึ่งกรณีเหล่านี้จะต้องไม่ใช่เหตุที่คู่หมั้นฝ่ายที่ปฏิเสธการสมรสรู้อยู่แล้วในขณะหมั้น¹⁴⁷

ค่าเสียหายที่โจทก์ในคดีผิดสัญญาจะสมรสมีสิทธิเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งชดใช้ได้ คือ¹⁴⁸

1) ค่าเสียหายเพื่อทดแทนความเสียหายจากการไม่ได้สมรส (loss of marriage) โดยโจทก์อาจเรียกค่าเสียหายสำหรับการใช้ชีวิตคู่ ค่าเสียหายสำหรับการสูญเสียสถานะของผู้ที่มีคู่สมรส รวมถึงการสูญเสียค่าอุปการะเลี้ยงดูที่จะได้รับด้วย การประเมินค่าการได้เป็นคู่สมรสของจำเลยจะต้องพิจารณาถึงจำนวนทรัพย์สินและฐานะทางสังคมของจำเลยประกอบด้วย เพราะเรื่องดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าฐานะของโจทก์จะเป็นเช่นใดหากจำเลยไม่ได้ทำผิดสัญญา และโจทก์เรียกค่าเสียหายทางการเงินอื่นๆ ได้อีกด้วย เช่น ค่าใช้จ่ายเพื่อซื้อทรัพย์สินที่จะไร้ประโยชน์ถ้าไม่ได้มีการสมรส

¹⁴⁶ Edward Lea Johnson *Family Law* (London: Sweet & Maxwell, 1965), p. 17

¹⁴⁷ วรนาถ บุญศรีพงษ์ การหมั้น : วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย หน้า 93

¹⁴⁸ Bromley, Peter Mann. *Bromley's family law*, p. 16

2) ค่าเสียหายเพื่อเป็นการลงโทษหรือค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง (exemplary damages) ศาลจะให้ค่าเสียหายประเภทนี้เพื่อทดแทนความรู้สึกเจ็บปวดของโจทก์ (injured feelings) รวมทั้งอาจจะให้เพื่อเป็นการลงโทษจำเลยอีกด้วย ในกรณีของโจทก์ที่เป็นหญิงซึ่งยอมให้จำเลยร่วมประเวณีกับตนโดยเชื่อในคำมั่นสัญญาของจำเลยว่าจะสมรสด้วย เป็นเหตุให้โจทก์ต้องเจ็บปวด เสียความภูมิใจ และอาจสูญเสียโอกาสที่จะสมรสกับบุคคลอื่น ข้อเท็จจริงลักษณะนี้จะทำให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายเพิ่มสูงขึ้นตามความเสียหายที่เกิดขึ้นกับความรู้สึก ชื่อเสียงและสุขภาพของโจทก์

3) ค่าเสียหายพิเศษเพื่อทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สิน (special damage affecting property) โจทก์ในคดีผิดสัญญาจะสมรสอาจพิสูจน์ถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับทรัพย์สินเป็นพิเศษได้ เช่น จำเลยอาจจะสัญญากับโจทก์ว่าจะยกทรัพย์สินให้โจทก์ในวันสมรส การที่โจทก์ต้องเสียหายนั้นเห็นได้ชัดว่ามีได้เป็นสิ่งที่ห่างไกลเกินไป แต่เป็นผลมาจากการไม่ได้สมรสนั่นเอง จำเลยจึงต้องชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้

พึงสังเกตได้ว่าการเรียกค่าเสียหายในสัญญาจะสมรสที่กล่าวมาข้างต้น มิได้เป็นค่าเสียหายเพื่อทดแทนความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น แต่รวมถึงค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินด้วย อีกทั้งยังรวมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วและที่คาดว่าจะเกิดขึ้นด้วย การเรียกค่าเสียหายในคดีผิดสัญญาจะสมรสจึงไม่มีกฎเกณฑ์และขอบเขตที่แน่นอนตายตัว โดยมีข้อคืออยู่ว่าฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการที่อีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาจะสมรสย่อมจะได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างกว้างขวาง แต่ข้อเสียก็มีอยู่ว่าโดยสภาพลักษณะของความเสียหายทำให้ยากต่อการกำหนดจำนวนค่าเสียหาย เนื่องจากต้องพิจารณาถึงฐานะทางสังคมและทรัพย์สินของจำเลยมาประกอบเข้ากับพฤติการณ์ที่มีการผิดสัญญาจะสมรสด้วย เมื่อไม่มีกฎเกณฑ์และขอบเขตที่แน่นอนในการเรียกค่าเสียหาย จึงเป็นช่องทางที่จะเปิดโอกาสให้ฝ่ายโจทก์เรียกร้องค่าเสียหายได้อย่างกว้างขวางและเรียกได้เป็นจำนวนเงินที่สูง และอาจทำให้โจทก์ที่ไม่มีความสุจริตได้อาศัยเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์จนเกินควร นอกจากนี้แล้วยังจะทำให้ฝ่ายที่ไม่เต็มใจสมรสไม่กล้าที่จะถอนตัวจากการหมั้นเพราะกลัวว่าจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนที่สูงจนเกินไป อันเป็นเหตุทำให้ต้องจำยอมสมรสโดยไม่มี ความสมัครใจ จากข้อเสียดังกล่าวทำให้มีการพิจารณาทบทวนในเรื่องสัญญาจะสมรสว่ามีความเหมาะสมหรือไม่อย่างไร จนท้ายที่สุดได้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมาย โดยได้ยกเลิกผลบังคับของสัญญาจะสมรส และมีการประกาศใช้ The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 แทนหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เดิม

บัญญัติกฎหมาย The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 เป็นไปตามคำแนะนำของ The Law Commission ซึ่งมีเหตุผลอยู่สองประการในการยกเลิกผลบังคับของสัญญาจะสมรส และไม่รับรองการฟ้องร้องฐานผิดสัญญาจะสมรสเป็นสัญญาอีกต่อไป เหตุผลประการ

แรกคือหลักกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เปิดโอกาสให้มีการเรียกร้องค่าเสียหายในลักษณะที่เป็นการแสวงหาผลประโยชน์จนเกินไป (The Law Commission ใช้คำว่า การเรียกร้องในลักษณะที่เป็นการขูดทอง) เหตุผลประการที่สองคือ ความมั่นคงของการสมรสมีความสำคัญต่อสังคมเป็นอย่างมาก กฎหมายจึงไม่ควรสนับสนุนสิทธิในการฟ้องคดีซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความหวั่นกลัวและผลักดันให้บุคคลจำเป็นต้องทำการสมรสโดยฝ่าฝืนความสมัครใจ แม้ในทางปฏิบัติอาจจะมีการโต้แย้งว่าความกลัวที่ว่ามีได้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจริงและชายหญิงคู่นั้นจะไม่ถูกกีดกันด้วย เหตุนี้หากประสงค์จะยุติการหมั้นซึ่งตนพบว่าไม่เป็นที่พึงพอใจแต่กระนั้นความสำคัญก็ยังคงอยู่ที่ว่าชายหญิงควรมีอิสระที่จะทำการหมั้นสิ้นสุดลง (โดยไม่มีความรับผิดชอบในเรื่องค่าเสียหาย) การจะคงผลในสัญญาของการหมั้นไว้จึงไม่เป็นที่พึงปรารถนา¹⁴⁹

The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1971 ผลบังคับประการสำคัญของ The Law Reform คือได้เปลี่ยนแปลงหลักคอมมอนลอว์เดิมในเรื่องการหมั้นหรือสัญญาจะสมรส โดยไม่รับรองว่าเป็นสัญญาอีกต่อไป โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 1¹⁵⁰ว่า “ข้อตกลงระหว่างบุคคลสองคนว่าจะสมรสกันจะไม่มีผลเป็นสัญญาซึ่งก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายเวลส์ ไม่ว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับสัญญาสมรสนั้น”

แม้ว่าการหมั้นจะไม่มีผลเป็นสัญญาและการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจะกระทำไม่ได้ แต่ The Law Reform ก็ได้มีการวางบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สินของคู่นั้นไว้หากมีข้อพิพาทระหว่างคู่นั้นเกิดขึ้น กล่าวคือ มาตรา 2¹⁵¹ ได้กำหนดวิธีระงับข้อพิพาทไว้ดังนี้

¹⁴⁹ Law Commission Reports *Breach of Promise of Marriage* Law Com No.26 (Oxfordshire: Professional Books,1979), pp.6-7 อ้างถึงใน วรรณานู บุญศรีพงศ์ *การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย* 2534 หน้า 98

¹⁵⁰ Section 1 (Engagements to marry not enforceable at law.)

(1) An agreement between two persons to marry one another shall not under the law of England and Wales have effect as a contract giving rise to legal rights and no action shall lie in England and Wales for breach of such an agreement, whatever the law applicable to the agreement.

¹⁵¹ Section 2 (Property of engaged couples.)

(1) Where an agreement to marry is terminated, any rule of law relating to the rights of husbands and wives in relation to property in which either or both has or have a beneficial interest, including any such rule as explained by section 37 of the Matrimonial Proceedings and Property Act 1970, shall apply, in relation to any property in which either or both of the parties to the agreement had a beneficial interest while the agreement was in force, as it applies in relation to property in which a husband or wife has a beneficial interest.

(2) Where an agreement to marry is terminated, section 17 of the Married Women's Property Act 1882 and section 7 of the Matrimonial Causes (Property and Maintenance) Act 1958 (which sections confer power on a judge of the High Court or a county court to settle disputes between husband and wife about property) shall apply, as if the parties were

1) เมื่อข้อตกลงจะสมรสสิ้นสุดลง ให้นำหลักกฎหมายในเรื่องสิทธิของสามีภริยาเกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายมีสิทธิอันเป็นคุณประโยชน์อยู่ (beneficial interest) รวมทั้งหลักที่บัญญัติไว้ในมาตรา 37¹⁵² แห่ง The Matrimonial Proceedings and Property Act 1970 มาใช้บังคับกับทรัพย์สินซึ่งคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายมีสิทธิอันเป็นคุณประโยชน์อยู่ ในระหว่างที่ข้อตกลงจะสมรสมีผลเสมือนดังที่ใช้กับทรัพย์สินซึ่งสามีภริยามีสิทธิอันเป็นคุณประโยชน์อยู่

2) เมื่อข้อตกลงจะสมรสสิ้นสุดลง ให้นำบทบัญญัติมาตรา 17¹⁵³ แห่ง The Married Women Property Act 1882 และมาตรา 7¹⁵⁴ แห่ง The Matrimonial Causes (Property and Maintenance) Act 1958 (ซึ่งมาตราเหล่านี้กำหนดอำนาจศาลในการระงับข้อพิพาทระหว่างสามีภริยาเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สิน) มาใช้บังคับกับข้อพิพาทระหว่างคู่หมั้นหรือการเรียกร้องโดยคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในทรัพย์สินซึ่งคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายมีสิทธิอันเป็นคุณประโยชน์อยู่ในระหว่างที่ข้อตกลงจะสมรสมีผล เสมือนดังว่าคู่หมั้นนั้นได้สมรสกันแล้ว แต่การยื่นคำร้องโดย

married, to any dispute between, or claim by, one of them in relation to property in which either or both had a beneficial interest while the agreement was in force; but an application made by virtue of this section to the judge under the said section 17, as originally enacted or as extended by the said section 7, shall be made within three years of the termination of the agreement.

¹⁵² Section 37 (Contributions by spouse in money or money's worth to the improvement of property)

It is hereby declared that where a husband or wife contributes in money or money's worth to the improvement of real or personal property in which or in the proceeds of sale of which either or both of them has or have a beneficial interest, the husband or wife so contributing shall, if the contribution is of a substantial nature and subject to any agreement between them to the contrary express or implied, be treated as having then acquired by virtue of his or her contribution a share or an enlarged share, as the case may be, in that beneficial interest of such an extent as may have been then agreed or, in default of such agreement, as may seem in all the circumstances just to any court before which the question of the existence or extent of the beneficial interest of the husband or wife arises.

¹⁵³ Section 17

“In any question between husband and wife as to the title to or possession of property, either party... may apply by summons or otherwise in a summary way to any judge of the High Court... and the judge may make such order with respect to the property in dispute, and as to the costs of and consequent on the application as he thinks fit...”

¹⁵⁴ มาตรา 7 แห่ง The Matrimonial Causes (Property and Maintenance) Act 1958 เพิ่มเดิมบทบัญญัติในมาตรา 17 แห่ง The Married Women Property Act 1882 เกี่ยวกับอำนาจของศาลในการมีคำสั่งในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา และให้ศาลมีอำนาจรวมถึงการสั่งขายทรัพย์สินด้วย โดยมีข้อความตอนหนึ่งว่า “For the avoidance of doubt it is hereby declared that any power conferred by the said section seventeen to make orders with respect to any property includes power to order a sale of the property”

อาศัยความในมาตรานี้ต่อศาลตามมาตรา 17 ที่กล่าวข้างต้น ไม่ว่าจะตามที่บัญญัติอยู่เดิมหรือตามที่เพิ่มเติมโดยมาตรา 7 ที่กล่าวข้างต้น จะต้องกระทำภายในสามปีนับแต่ข้อตกลงจะสมรสสิ้นสุดลง

การที่ The Law Reform ได้บัญญัติให้คู่หมั้นมีสิทธิในทรัพย์สินเสมือนกับเป็นสามีภริยากัน เป็นการวางมาตรการเยียวยาให้ฝ่ายที่มีส่วนร่วมในการซื้อหรือปรับปรุงทรัพย์สิน ในระหว่างที่มีฐานะเป็นคู่หมั้นกันอยู่ต้องได้รับความเสียหายหากทรัพย์สินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของอีกฝ่ายหนึ่ง จะเห็นได้ว่าแม้การหมั้นจะไม่มีผลเป็นสัญญาอันจะเรียกค่าเสียหายได้เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมสมรส แต่กฎหมายก็ได้ให้ทางออกไว้อย่างเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน โดยพิเคราะห์ถึงฐานะของคู่หมั้นว่าใกล้เคียงกับบุคคลที่เป็นสามีภริยากัน ไม่ว่าจะการหมั้นจะสิ้นสุดลงด้วยเหตุที่ทั้งสองฝ่ายยินยอม หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดข้อตกลงหรือได้ถึงแก่ความตายไปก่อน¹⁵⁵ ดังนั้นแม้ว่าคู่หมั้นที่ได้ให้ทรัพย์สินไว้จะเป็นฝ่ายผิดสัญญาจะสมรสโดยไม่มีเหตุอันควรก็ไม่ถูกตัดสิทธิในการเรียกทรัพย์สินคืน

เป็นเรื่องธรรมดาที่บุคคลซึ่งอยู่ในฐานะคู่หมั้นจะมีการให้ทรัพย์สินแก่กัน หลักกฎหมายของ The Law Reform จะมีการวินิจฉัยเสียก่อนว่าการให้ทรัพย์สินที่คู่หมั้นกระทำแก่กันนั้นเป็นการให้โดยเด็ดขาด (absolute gift) หรือเป็นการให้โดยมีเงื่อนไข (conditional gift) โดยทั่วไปแล้วการปรับปรุงบ้านช่วยกัน การซื้อเฟอร์นิเจอร์ การร่วมกันซื้อรถยนต์ ถือว่าเป็นการให้โดยมีเงื่อนไขเนื่องจากพฤติการณ์มุ่งหวังว่าจะใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินร่วมกันภายหลังการสมรสแล้ว ส่วนการให้แหวนหมั้นแม้จะถือว่าเป็นลักษณะการให้ที่มีเงื่อนไขแต่หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ก็ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการให้โดยเด็ดขาดเว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าเป็นการให้แหวนหมั้นโดยมีเงื่อนไขว่าจะเรียกกลับคืนหากไม่มีการสมรสเกิดขึ้นไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ¹⁵⁶ ในขณะที่ถ้าเป็นทรัพย์สินหรือสิ่งของซึ่งมอบให้แก่กันเนื่องในวันเทศกาลต่างๆ ถือว่าทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้รับโดยเด็ดขาดเนื่องจากพฤติการณ์เป็นการให้แก่ผู้รับในฐานะส่วนตัวไม่ได้มุ่งหวังว่าจะใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินร่วมกันภายหลังจากการสมรส

สรุปว่าการหมั้นหรือสัญญาจะสมรสตามกฎหมายอังกฤษปัจจุบัน แตกต่างไปจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เดิมในลักษณะที่ตรงกันข้ามเลยทีเดียว ซึ่งตามหลักคอมมอนลอว์เดิมรับรองการหมั้นให้มีผลเป็นสัญญาที่คู่กรณีสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาจะสมรสได้อย่างกว้างขวาง ไม่มีขอบเขตจำกัดใดๆ ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินและทั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วและความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นในขณะที่ The Law Reform ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับปัจจุบัน กำหนดสถานะของการหมั้นว่าไม่มีผลเป็น

¹⁵⁵ Bromley, Peter Mann. *Bromley's family law*, p.20

¹⁵⁶ วรรณภา บุญศรีพงศ์ การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย หน้า 107

สัญญาตามกฎหมายอีกต่อไป แต่ก็เชื่อว่ากฎหมายจะเด็ดขาดโดยไม่สามารถให้คู่กรณีฟ้องร้องบังคับอะไรได้เลยหาไม่ ยังคงมีผลบังคับอยู่ในทางกฎหมาย หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่หมั้นก็นำหลักการเป็นเจ้าของทรัพย์สินในระหว่างสามีภริยามาใช้บังคับกับสิทธิอันเป็นคุณประโยชน์ในทรัพย์สินซึ่งได้มาในระหว่างการหมั้น ในทางความแตกต่างที่เปลี่ยนแปลงไปเช่นนี้ของหลักคอมมอนลอว์เดิมกับ The Law Reform กฎหมายปัจจุบัน จะเห็นได้ว่ากฎหมายเดิมมีจุดยืนอยู่ที่การคุ้มครองฝ่ายที่ต้องเสียหายจากการหมั้นซึ่ง โดยส่วนใหญ่ก็คือฝ่ายหญิง ส่วนกฎหมายปัจจุบันมีจุดยืนอยู่ที่การคุ้มครองการสมรสให้เป็นไปโดยอิสระ โดยไม่ให้ผลบังคับทางสัญญาของการหมั้นมาเป็นที่กีดขวางการตัดสินใจยุติการหมั้น

1.2.2 กฎหมายสหรัฐอเมริกา (America Law)

แต่เดิมหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของอเมริกาได้รับรองว่าการหมั้นเป็นสัญญาอย่างหนึ่งซึ่งเรียกว่าสัญญาจะสมรส เช่นเดียวกับหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ คู่หมั้นฝ่ายที่ต้องเสียหายเพราะถูกปฏิเสธการสมรสอาจเรียกค่าเสียหายจากคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งได้ โดยใช้สิทธิฟ้องร้องในฐานะผิดสัญญาจะสมรส (action for breach of promise of marriage) สัญญาจะสมรสแตกต่างไปจากสัญญาทั่วไป คือวัตถุประสงค์ของสัญญาจะสมรสนั้นแตกต่างจากสัญญาทั่วไปโดยสิ้นเชิงและความสัมพันธ์ที่สัญญาจะสมรสก่อให้เกิดขึ้นก็แตกต่างกันโดยสิ้นเชิงกับความสัมพันธ์ที่สัญญาทั่วไปจะก่อให้เกิดขึ้น ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษในตัวเอง สัญญาจะสมรสมีจุดกำเนิดมาจากกฎหมายธรรมชาติ (natural law) และเป็นรากฐานของสังคม แต่กระนั้นก็มีจุดเริ่มต้นเป็นเช่นเดียวกับสัญญาทั่วไป โดยเริ่มจากสัญญาจะต้องมีคำเสนอ และคำสนองที่ถูกต้องตรงกันทั้งสองฝ่าย ไม่จำเป็นต้องทำตามแบบแต่อย่างใด เพียงแต่ชายหญิงมีเจตนาตรงกันและมีความยินยอมซึ่งกันและกัน (mutuality) ก็เพียงพอที่จะก่อผลเป็นสัญญาโดยสมบูรณ์แล้ว¹⁵⁷ โดยเป็นไปตามเงื่อนไขในเรื่องความสามารถของบุคคลและอยู่ภายใต้หลักความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา ชายหญิงอาจจะแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ในกรณีที่เป็นสัญญาจะสมรสโดยปริยายนั้นอาจจะอนุมานได้จากการแสดงออกและการกระทำต่างๆ ตลอดจนการยอมรับความสัมพันธ์ระหว่างชายหญิง

เมื่อสัญญาจะสมรสเกิดขึ้นสมบูรณ์แล้ว หากคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่ทำการสมรสโดยไม่มีข้อต่อสู้ (Defense) ที่จะรับฟังได้ คู่หมั้นที่ปฏิเสธการสมรสย่อมตกเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น ข้อต่อสู้ที่จะนำมาอ้างได้ในคดีผิดสัญญาจะสมรสอาจเป็นข้อต่อสู้ภายใต้หลักกฎหมายเช่นเดียวกับสัญญาทั่วไป และอาจเป็นข้อต่อสู้ตามลักษณะพิเศษของสัญญาจะสมรส

¹⁵⁷ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 112-113

ก็ได้ กล่าวคือ เมื่อการสมรสเป็นวิถีทางสำหรับการอยู่กินฉันสามีภริยา ข้อเท็จจริงอันใดที่จะมีผลเป็นการขัดขวางความมุ่งหมายนี้ย่อมเป็นข้อต่อสู้ที่ใช้ได้เช่นกัน¹⁵⁸

การดำรงชีวิตอยู่ของผู้หญิงในช่วงศตวรรษที่ 19 จะขึ้นอยู่กับ การสมรส ผู้หญิงที่ถูกล้มเลิกการสมรส ทำให้กลายเป็นผู้หญิงที่ไม่น่าปรารถนาของชายอื่นที่จะมาสมรสด้วย ดังนั้นสังคมและศาลจึงได้นำเงื่อนไขที่ว่านั้นมารับรองให้หญิงคู่หมั้น ซึ่งโดยมากมักจะเป็นฝ่ายโจทก์ ในคดีผิดสัญญาจะสมรสสามารถฟ้องร้องชายคู่หมั้นได้ โดยศาลจะพิจารณาในแง่ที่ว่าถ้าหากโจทก์ได้สมรสแล้วและต่อมารสมรสนั้นสิ้นสุดลง โจทก์ควรจะได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูเท่าไร¹⁵⁹

สำหรับค่าเสียหายที่จะเรียกร้องได้นั้น หลักคอมมอนลอว์ของอเมริกา ยอมให้โจทก์ในคดีผิดสัญญาจะสมรสซึ่งเกือบทั้งหมดเป็นหญิง เรียกร้องค่าเสียหายได้อย่างกว้างขวาง โดยอาจจะแบ่งประเภทของค่าเสียหายได้ดังนี้¹⁶⁰

1) ค่าเสียหายเพื่อเป็นค่าทดแทน (compensatory damages) การให้ค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาจะสมรสมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักการที่ใช้ในการฟ้องร้องค่าเสียหายในคดีผิดสัญญาทั่วไป กล่าวคือ โจทก์ย่อมมีสิทธิจะได้รับชดใช้ค่าเสียหายเท่าที่จะทำให้อุบัติอยู่ในฐานะเสมือนกับว่าได้ทำการสมรสแล้ว โดยนำโอกาสทางสังคมและประโยชน์ที่คาดว่าโจทก์จะได้รับหากโจทก์ได้ทำการสมรสกับจำเลยมาพิจารณาประกอบการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ หรือกล่าวโดยเฉพาะก็คือเป็นค่าเสียหายสำหรับการสูญเสียประโยชน์ในทางทรัพย์สินหรือในทางสังคมที่จะได้จากการสมรส (for the loss of the pecuniary and social advantages of the promised marriage) นอกจากนี้ยังรวมถึงค่าเสียหายสำหรับความเสียหายอย่างใด ๆ ที่เกิดจากการใช้จ่ายเพื่อเตรียมการสมรส ค่าเสียหายสำหรับการที่ต้องสูญเสียหน้าที่การเงินหรืออาชีพเพราะว่าเชื่อถือในสัญญาจะสมรสนั้น ค่าเสียหายต่อชื่อเสียง (loss of reputation) ความเจ็บปวดทางจิตใจ ความอับอายอับยศอดสู หรือความภาคภูมิใจที่เสียไป (mental anguish, or humiliation, mortification, or wounded pride) เหล่านี้เป็นค่าเสียหายที่ให้สิทธิแก่โจทก์เรียกร้องให้จำเลยชดใช้ได้ทั้งสิ้น

ตัวอย่างคำพิพากษาที่โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาจะสมรส เช่น

¹⁵⁸ W.J. Brockelbank The nature of the promise to marry : a study in comparative law, 41 Illinois law review 1,19(1946), p.7 อ้างถึงใน วรรณภู บุญศรีพงศ์ การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย 2534 หน้า 112

¹⁵⁹ Gallo, Nancy R. Introduction to family law (N.Y. : Thomson/Delmar Learning, 2004), p.115

¹⁶⁰ American Jurisprudence "Breach of Promise", pp.726-723 อ้างถึงใน วรรณภู บุญศรีพงศ์ การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย 2534 หน้า 113-114

ความเสียหายที่เป็นตัวเงินและผลประโยชน์ทางสังคมจากสัญญาจะสมรส เช่น ในคดี Tron v. Tetick ได้ยื่นคำพิพากษาที่ให้จำเลยต้องชดเชยค่าเสียหายแก่โจทก์ในคดีผิดสัญญา จะสมรสจำนวน 8,000 เหรียญ โดยศาลได้กล่าวว่า ในการกำหนดค่าเสียหายที่โจทก์ควรได้รับ ลูกขุนควรพิจารณาจากตำแหน่งทางสังคมของจำเลย สิทธิและสิทธิพิเศษในทางการเงินและสังคม ที่โจทก์จะได้รับหากโจทก์ได้สมรสกับจำเลย และฐานะที่โจทก์จะได้รับซึ่งเป็นผลมาจากการ สมรส¹⁶¹

ความเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายเพื่อการเตรียมการสมรสหรือความเสียหายต่อ อาชีพ เช่นคดี Schilling v. Ostonหญิงได้เสนอพยานหลักฐานว่าชายได้สัญญาว่าจะทำการสมรสกับเธอ หลังจากนั้นเธอก็ได้จัดเตรียมชุดเจ้าสาวและได้บอกปฏิเสธนักเรียนที่จะมาเรียนดนตรีและภาษา กับ เธอด้วย ต่อมาชายคู่หมั้นได้ปฏิเสธการสมรส ศาลชั้นต้นมีการพิจารณาคืบพยาน (Trial Court) ได้ ชี้แนะลูกขุนในการกำหนดค่าเสียหายว่าควรพิจารณาถึงความเสียหายในเรื่องเวลาและค่าใช้จ่าย ใดๆ ที่เกิดขึ้นเพื่อเตรียมการสมรส และความเสียหายในทางธุรกิจจากการปฏิเสธการสอนดนตรี และภาษา ซึ่งเป็นผลจากการผิดสัญญาจะสมรสของชาย¹⁶²

ความเสียหายต่อชื่อเสียง เช่นคดี Smith v. Hawkins ยื่นคำพิพากษาให้จำเลย ชำระเงิน 35,000 เหรียญแก่โจทก์ในคดีผิดสัญญาจะสมรส โดยจำเลยชั่งจูงให้โจทก์ร่วมประเวณี ในระหว่างสัญญาจะสมรส ศาลได้กล่าวถึงการกำหนดค่าเสียหายที่ลูกขุนควรพิจารณาคือ อารมณ์ ความรู้สึกในการสูญเสียโอกาส และความเสียหายต่อชื่อเสียงที่เป็นผลมาจากการผิดสัญญา จะสมรส¹⁶³

ความเสียหายต่อความเจ็บปวดรวดร้าวทางจิตใจ เช่นคดี Kugling v. Williamson ยื่นคำพิพากษาให้จำเลยชำระค่าเสียหาย 4,000 เหรียญในคดีผิดสัญญาจะสมรสศาลแถลงว่า ลูกขุนทำถูกต้องที่ตัดสินในเรื่องค่าเสียหายโดยพิจารณาจากความเจ็บปวดรวดร้าวทางจิตใจที่เป็น ผลจากการผิดสัญญา¹⁶⁴ หรือคดี Katsurav.Saletopulosการรับฟังพยานหลักฐานที่โจทก์บอกพ่อแม่ และน้องสาวของเธอ และเธอได้เขียนจดหมายถึงเพื่อนที่ประเทศกรีซว่า เธอได้หมั้นกับจำเลย เป็นการ

¹⁶¹ thron v.tetrick(1923) 93 W Va 455, 116 SE 762. อ้างถึงใน จักรพงษ์ จิตภักดี คำทดแทนในเรื่องการหมั้น 2554 หน้า 49-50

¹⁶² Schilling v. Oston(1920) 30 Del (7 Boyce) 524,108 A 741.อ้างถึงใน จักรพงษ์ จิตภักดี คำทดแทนในเรื่องการ หมั้น 2554 หน้า 50

¹⁶³ Smith v. Hawkins(1926) 120 Kan 518,243 P1018.อ้างถึงใน จักรพงษ์ จิตภักดี คำทดแทนในเรื่องการหมั้น 2554 หน้า 50

¹⁶⁴ Kugling v. Williamson(1950)0231 Minn 135, 42 NW2d 534.อ้างถึงใน จักรพงษ์ จิตภักดี คำทดแทนในเรื่องการ หมั้น 2554 หน้า 50

รับฟังพยานหลักฐานของศาลชั้นต้นที่ถูกต้อง เพราะเป็นแนวโน้มที่จะแสดงถึงการทำให้โจทก์ขายหน้า และการเสียความรู้สึกเมื่อเธอถูกปฏิเสธการสมรส¹⁶⁵

2) ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างร้ายแรง (aggravated damages) หากมีการผิดสัญญาจะสมรสและผลจากการผิดสัญญาจะสมรสนั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่โจทก์ พฤติการณ์ที่ศาลเห็นว่าเป็นความเสียหายอย่างร้ายแรงก็เช่น การที่โจทก์ถูกจำเลยล่อลวงในทางประเวณี (seduction) การล่อลวงหญิงในทางประเวณี ตามหลักคอมมอนลอว์หมายถึง การที่ชายล่อลวงหญิงซึ่งเป็นสาวบริสุทธิ์ให้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับตนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful intercourse) ไม่ว่าจะโดยวิธีการชักจูง ครอบงำ ให้สัญญา ให้สินบน หรือวิธีใดๆ ที่ไม่มีการบังคับ (without employment of force) โดยอาศัยสัญญาจะสมรส การที่โจทก์ตั้งครรภ์กับจำเลยเพราะถูกจำเลยล่อลวงในทางประเวณีและต้องทำแท้งตามคำแนะนำของจำเลย การที่โจทก์ต้องติดคามโรคจากจำเลยโดยจำเลยรู้ว่าคุณตนเป็นโรคเช่นนั้น หรือการที่โจทก์ถูกจำเลยกล่าวหาว่ามีชู้หญิงบริสุทธิ์ในการปฏิเสธการสมรสแต่จำเลยไม่อาจจะพิสูจน์ได้

3) ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damages) การให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจจะมีได้ในบางพฤติการณ์ โดยปกติจะไม่มีกรณีเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษจากกันในเรื่องสัญญา แต่ถ้าหากโจทก์นำเรื่องการผิดสัญญาไปฟ้องในเรื่องละเมิดได้ ก็อาจจะมีกรณีเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษได้¹⁶⁶

เชิงลงโทษมีลักษณะเป็นค่าเสียหายที่เพิ่มขึ้นนอกเหนือจากค่าเสียหายที่โจทก์พิสูจน์ได้ โดยมีวัตถุประสงค์อยู่สองประการ ประการแรกเพื่อลงโทษผู้กระทำละเมิดที่มีพฤติกรรมนำคำหนักให้เข็ดหลาบจนไม่กล้าที่จะหวนกลับมาทำพฤติกรรมเช่นเดิมอีก ประการต่อมาคือมุ่งปราบปรามมิให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่างและเพื่อมิให้มีพฤติกรรมเช่นเดียวกันนี้อีก ค่าเสียหายชนิดนี้จะกำหนดขึ้นในกรณีที่พฤติกรรมของผู้กระทำละเมิดมีความชั่วร้ายมาก โดยเป็นการจงใจกระทำละเมิดต่างๆ ที่รู้ว่าหากทำไปแล้วจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแต่ก็ไม่แยแสใส่ใจกับผลของการกระทำนั้น¹⁶⁷ พฤติการณ์ที่จะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีผิดสัญญาจะสมรสได้นั้นส่วนใหญ่มักจะเป็นกรณีของกลฉ้อฉล (fraud) หรือมีเจตนาร้าย กลฉ้อฉลในที่นี้ หมายถึง การทำสัญญาจะสมรสโดยไม่ได้มีความตั้งใจว่าจะทำการสมรสตามที่ให้สัญญาไว้ ส่วนเจตนาร้าย หมายถึง การกระทำผิดอย่างจงใจโดยปราศจากเหตุอันควรหรือข้อแก้ตัวที่ไม่อาจจะรับฟังได้

¹⁶⁵ Katsurav.Saletopulos (1914) 96 Neb 83, 146 NW 1022.อ้างถึงใน จักรพงษ์ จิตภักดี *ค่าทดแทนในเรื่องการหมั้น* 2554 หน้า 50-51

¹⁶⁶ มานิตย์ จุมปา *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน 2552 หน้า 111

¹⁶⁷ ปริญญาวัน ชมเสวก *ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด* (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2550) หน้า 23

ตัวอย่างเช่นคดี John v. Travis ในการเสนอพยานหลักฐานของคดีผิดสัญญาจะสมรสปรากฏว่าจำเลยทำสัญญาจะสมรสโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ไม่สมควรและปราศจากความตั้งใจที่จะทำการสมรส และจำเลยได้ทำผิดสัญญาโดยปราศจากเหตุอันสมควรที่จะอ้างได้ ศาลได้กล่าวว่า โจทก์ควรจะได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษสำหรับข้อเท็จจริง¹⁶⁸ เช่นกรณีนี้ คดี Smith v. Hawkins ยืนยันคำพิพากษาให้จำเลยในคดีผิดสัญญาจะสมรสชำระเงินจำนวน 35,000 เหรียญ ซึ่งศาลได้กล่าวว่า เมื่อจำเลยทำสัญญาโดยมีเจตนาชั่วร้ายและมีวัตถุประสงค์ที่เกิดจากกลฉ้อฉล ดังนั้นก็ควรให้มีการชดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ¹⁶⁹

เมื่อพิจารณาในเรื่องค่าเสียหายของหลักคอมมอนลอว์ทั้งสามประการที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการทำผิดสัญญาจะสมรส นำไปสู่ผลให้อีกฝ่ายหนึ่งเรียกค่าเสียหายได้อย่างกว้างขวางเป็นพิเศษยิ่งกว่าสัญญาธรรมดาทั่วไป ค่าเสียหายคดีผิดสัญญาจะสมรสมีลักษณะเป็นการลงโทษที่ไม่มีความแน่นอนกำหนดตายตัวไม่ได้ (punitive, vague, unliquidated character) นอกจากนี้ยังมีลักษณะของค่าเสียหายในคดีละเมิดรวมอยู่ด้วย โดยเห็นได้จากกรณีที่มีการให้ค่าเสียหายเพิ่มเติมขึ้น (aggravation of damages) หากมีการล่วงละเมิดในทางประเวณีหรือมีการกล่าวอ้างข้อต่อสู้อันเป็นที่เสื่อมเสียแก่ชื่อเสียงของหญิง ด้วยลักษณะเช่นนี้ค่าเสียหายในคดีผิดสัญญาจะสมรสจึงไม่ได้จำกัดเฉพาะที่เป็นไปตามหลัก ซึ่งใช้กับสัญญาทั่วไป กล่าวคือ แม้จุดกำเนิดของรูปแบบในการฟ้องร้องจะเกิดจากมูลสัญญา แต่ค่าเสียหายที่จะเรียกร้องได้นั้นมีส่วนที่เกิดจากมูลละเมิดอยู่ด้วย ขอบเขตของค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้เรียกได้อย่างกว้างขวางเช่นนี้ ผลที่ตามมาในคดีก็คือมีการฟ้องร้องกันโดยชายมักจะตกเป็นจำเลย ชายจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่หญิงเป็นจำนวนเงินที่สูงและอาจมีการระงับข้อพิพาทนอกศาลโดยการตกลงกันเองเนื่องจากชายเกรงกลัวว่าหากมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลจะทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง เกิดความอับอายตามมา ชายจึงมักจะยอมตกลงกับหญิงนอกศาล สถานการณ์ของการตกลงกันเองก็ตกอยู่ในสภาพอย่างเดียวกันโดยส่วนใหญ่จะมีผลให้ชายต้องจ่ายเงินเป็นจำนวนมากส่วนทางด้านหญิงก็ถือโอกาสในสถานการณ์เช่นนี้เรียกร้องเอาค่าเสียหายให้สูงเท่าที่จะเป็นไปได้ ในที่สุดการฟ้องร้องฐานผิดสัญญาจะสมรสได้กลายเป็นเครื่องมือในการข่มขู่เพื่อเรียกร้องเอาเงิน (instrument of oppression and blackmail) ในบางครั้งเพียงแค่หญิงขู่ว่าจะฟ้องคดี ชายก็เกิดความเกรงกลัวและยอมตกลงจ่ายเงินเป็นจำนวนมากให้แก่หญิงเพื่อระงับข้อพิพาทไม่ให้นำคดีขึ้นสู่ศาล จนกลายเป็นปัญหาการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กระทั่ง

¹⁶⁸ Johnson v. Travis (1885) 33 Minn 231,22 NW 624. อ้างถึงใน จักรพงษ์ จิตภักดี คำทดแทนในเรื่องการหมั้น 2554 หน้า 52

¹⁶⁹ Smith v. Hawkins (1926) 120 Kan 518, 243 P 1018 อ้างถึงใน จักรพงษ์ จิตภักดี คำทดแทนในเรื่องการหมั้น 2554 หน้า 52

นำไปสู่การยกเลิกหลักคอมมอนลอว์ในหลายรัฐของสหรัฐอเมริกา โดยได้บัญญัติหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ตั้งแต่ปี ค.ศ.1935 เป็นต้นมาชื่อว่า Heartbalm Statutes หรือบางทีก็เรียกว่า Heart Balm, heart-balm หรือ Heart-Balm Statutes ซึ่งมีความหมายตามถ้อยคำว่า “กฎหมายยารักษาหัวใจ” ชื่อที่เรียกกันนี้เป็นการล้อเลียนไปถึงภาวะที่ตกอยู่ในอาการของคนหัวใจสลาย (broken heart)

เหตุผลที่รัฐต่างๆ บัญญัติ Heartbalm Statutes ออกมาบังคับใช้นั้น อาจพิจารณาได้เป็น 3 ประการ คือ

ประการแรก โจทก์ในคดีผิดสัญญาจะสมรสมักได้รับค่าเสียหายจำนวนมาก อันมีสาเหตุมาจากลักษณะของค่าเสียหายที่จะเรียกร้องได้อย่างไม่มีขอบเขตประกอบกับความจริงที่ว่าลูกขุนซึ่งมีอาการหวั่นไหวง่ายอาจจะใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการกำหนดค่าเสียหาย เมื่อมีการฟ้องคดีผิดสัญญาจะสมรสตามหลักคอมมอนลอว์ โจทก์ในคดีผิดสัญญาจะสมรสมีสิทธิเรียกให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายได้ทั้งในลักษณะที่เป็นค่าเสียหายในทางสัญญาและทางละเมิด กล่าวคือเป็นค่าเสียหายเพื่อทดแทนค่าใช้จ่ายที่เสียไป ความเจ็บปวดทางจิตใจและอารมณ์ ความเสียหายต่อชื่อเสียง ความอับอายขายหน้า ตลอดจนการสูญเสียประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับหากมีการสมรสเกิดขึ้น และเมื่อมีการพิจารณาถึงฐานะความมั่งคั่งของจำเลยในการกำหนดค่าเสียหายด้วย ก็ยังมีความเป็นไปได้สูงที่จะกำหนดให้ค่าเสียหายแก่โจทก์จำนวนมาก นอกจากนั้นในคดีเช่นนี้ลูกขุนค่อนข้างมีดุลพินิจอย่างมากในการกำหนดค่าเสียหาย เป็นไปได้ว่าลูกขุนจะมีอารมณ์ไม่พอใจเป็นการส่วนตัวและต้องการแสดงความเห็นอกเห็นใจโจทก์ด้วยการให้ค่าเสียหายเป็นจำนวนมาก อีกทั้งความอื้อฉาวของเรื่องอาจจะมีผลให้ลูกขุนนำสิ่งที่ไม่ควรพิจารณาเช่น ความสวยของโจทก์มาประกอบในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายด้วย

ประการที่สอง ฝ่ายชายซึ่งมักจะตกเป็นจำเลยในคดีผิดสัญญาจะสมรสเกิดความกลัวว่าจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนมาก รวมทั้งกลัวความอื้อฉาวเสื่อมเสียที่เกิดตามมาในภายหลัง ทำให้หญิงอาศัยความกลัวนี้เป็นช่องทางที่จะเรียกเอาเงินจากชายโดยนำคดีผิดสัญญาจะสมรสมาฟ้องศาลหรือขู่ว่าจะฟ้องศาลต่างๆ ที่ไม่มีมูลเพียงพอเพื่อให้ชายยอมตกลงกับตนนอกศาล โดยชายจะต้องจ่ายเงินเป็นจำนวนมาก เพื่อให้เรื่องพิพาทยุติลง การฟ้องคดีผิดสัญญาจะสมรสจึงกลายเป็นเครื่องมือในการขู่เรียกเอาเงิน (blackmail) หรือเป็นทางที่จะบีบบังคับให้มีการสมรสต่างๆ ที่ชายหญิงมิได้สมัครใจ และโดยที่ศาลและลูกขุนมักจะรับฟังว่ามีการตกลงจะสมรสกันแล้ว โดยอนุมานจากพยานหลักฐานที่แสดงถึงการอยู่ร่วมกันของชายหญิง โดยกฎหมายก็ไม่ได้มีบทบัญญัติให้ต้องมีพยานหลักฐานยืนยันเป็นพิเศษ (corroboration) โจทก์ที่ฉลาดจึงสามารถจะทำให้เรื่องครบองค์ประกอบของการฟ้องคดีได้ นอกจากนี้แล้วจำเลยในคดีผิดสัญญาจะสมรสก็ไม่อาจจะยกข้อต่อสู้ได้อย่างเต็มที่เท่าใดนัก เพราะมีหลักกฎหมายอยู่ว่าถ้าข้อต่อสู้นั้น

รับฟังไม่ได้ก็เป็นเหตุให้ตนต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเพิ่มขึ้นอีก ปัจจัยเหล่านี้ยิ่งส่งผลให้การใช้สิทธิฟ้องร้องโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมีความเป็นไปได้มากขึ้น

ประการที่สาม ด้วยเหตุที่สภาพของสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป ตามทัศนคติของสังคมทุกวันนี้มองว่าการตกเป็นฝ่ายที่ถูกละเมิดสัญญาจะสมรสมิได้มีความเสียหายถึงขนาดที่สมควรจะได้รับการเยียวยาโดยผ่านศาลอีกต่อไป ศาลและนักกฎหมายได้ตระหนักว่าสัญญาจะสมรสไม่ใช่เรื่องในทางทรัพย์สิน(property transaction)แต่เป็นการสอดประสานความรักเข้าด้วยกัน(union of love)ในปัจจุบันจึงเห็นว่าการหมั้นจะเป็นช่วงเวลาที่มีความสำคัญก็ต่อเมื่อชายหญิงจะสามารถตัดสินใจได้ว่าตนมีความต้องการที่จะใช้ชีวิตร่วมกับอีกฝ่ายหนึ่งอย่างแท้จริงในระหว่างนี้จำเป็นจะต้องให้ชายหญิงมีอิสระในการปฏิเสธการสมรสโดยปราศจากการถูกลงโทษใดๆทั้งสิ้น

จะเห็นได้ว่าวิธีการเยียวยาซึ่งกฎหมายได้เคยรับรองเพื่อคุ้มครองฝ่ายที่เสียหายได้กลับกลายมาเป็นข้อเสียเพราะความไม่สุจริตของบุคคลที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองเอง และในที่สุดแล้วปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ทวีความรุนแรงเกินกว่าที่กฎหมายจะยอมรับได้ เมื่อมีข้อเสียมากกว่าข้อดี ผู้บัญญัติกฎหมายจึงเลือกที่จะใช้วิธีเด็ดขาดโดยยกเลิกผลในทางสัญญาของการหมั้นดังที่ปรากฏอยู่ใน Heartbalm Statutes ของรัฐต่างๆ ในปัจจุบันสหรัฐอเมริกาบัญญัติ Heartbalm Statutes ออกมาใช้บังคับหรือมีคำพิพากษาที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการยกเลิกการฟ้องร้องฐานผิดสัญญาจะสมรสจำนวน 28มลรัฐคือ อลาบามา แคลิฟอร์เนีย โคโลราโด คอนเนตทิคัต เดลาแวร์ ดิสทริกออฟโคลัมเบีย ฟลอริดา อินเดียนา เคนทักกี เมน แมริแลนด์ แมสซาชูเซตส์ มิชิแกน มินนิโซตา มอนแทนา เนวาดา นิวแฮมป์เชอร์ นิวเจอร์ซีย์ นิวยอร์ก นอร์ทดาโกตา โอไฮโอ เพนซิลเวเนีย ยูทาห์ เวอร์มอนต์ เวอร์จิเนีย เวสเวอร์จิเนีย วิสคอนซิน และไวโอมิง¹⁷⁰

¹⁷⁰Alabama (Ala.Code § 6-5-330 (1975)); California (Cal.Civ.Code § 43.5 (Deering 1998)); Colorado (Colo.Rev.Stat. § 13-20-202 (1997)); Connecticut (Conn.Gen.Stat. Ann. § 52-572b (West 1991)); Delaware (Del.Code Ann. tit. 10 § 3924 (1996)); District of Columbia (D.C.Code Ann. § 16-923 (1998)); Florida (Fla.Stat. Ann. § 771.01 (West 1991)); Indiana (Ind.Code Ann. § 34-12-2-1 (Michie 1998)); Maine (Me.Rev.Stat. Ann. tit. 14, § 854 (West 1980)); Maryland (Md.Code Ann., Cts. & Jud. Proc. § 5-801(1997)) and (Md.Code Ann., Fam. Law § 3-102 (1997)); Massachusetts (Mass.Gen.Laws Ann. Ch. 207, § 47A (West 1987)); Michigan (Mich.Comp.Laws Ann. § 600.2901 (West 1998)); Minnesota (Minn.Stat. Ann. § 553.03 (West 1998)); Montana (Mont.Code Ann. § 27-1-602 (1997)); Nevada (Nev.Rev.Stat. § 41.380 (1995)); New Hampshire (N.H.Rev.Stat. Ann § 508:11 (1997)); New Jersey (N.J.Stat. Ann. § 2A:23-1 (West 1987)); New York (N.Y.Civ. Rights Law § 80-a (McKinney 1992)); North Dakota (N.D.Cent.Code § 14-02-06 (1997)); Ohio (Ohio Rev.Code Ann. § 2305.29 (Anderson 1997)); Pennsylvania (23 Pa.Cons.Stat. Ann. § 1902 (West 1998)); Utah (Jackson v. Brown, 904 P.2d 685 (Utah 1995)); Vermont (Vt.Stat. Ann. tit. 15, § 1001 (1997)); Virginia (Va.Code Ann. § 8.01-220 (Michie 1997)); West Virginia (W.Va.Code § 56-3-2a (1997)); Wisconsin (Wis.Stat. Ann. § 768.01 (West 1993)); Wyoming (Wyo.Stat. Ann. § 1-23-101 (Michie 1977)).

“Findlaw” Retrieved December 27, 2013 from:

ใน Heartbalm Statutes ส่วนใหญ่จะบัญญัติไว้ในมาตราแรกว่า ให้ยกเลิกสิทธิการฟ้องร้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายสำหรับการผิดสัญญาจะสมรส¹⁷¹

เมื่อสัญญาจะสมรสไม่อาจฟ้องเรียกค่าเสียหายได้อีกต่อไป จะเป็นช่องทางให้ผู้ที่ไม่สุจริตหลอกลวงผู้อื่นโดยอาศัยความไว้วางใจจากสัญญาจะสมรสเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน เงินทอง ผลประโยชน์อื่นๆ จนกระทั่งความสัมพันธ์ทางเพศ เมื่อสมประโยชน์อย่างที่ตั้งใจไว้แล้วก็ยกเลิกสัญญาจะสมรส โดยที่ไม่มีสิ่งใดมาเป็นหลักยึดให้ผู้ที่ไม่สุจริตเกิดความเกรงกลัวต่อการกระทำเช่นนั้น ในเรื่องนี้ได้มีนักกฎหมายให้ความเห็นไว้อย่างน่าสนใจว่า “ถ้าการผิดสัญญาจะสมรสไม่ก่อให้เกิดสิทธิการฟ้องร้องได้เลย ประตุสำหรับการกระทำที่ฉ้อฉลหลอกลวงทั้งหลายก็จะเปิดออก เหมือนเช่นที่การฟ้องร้องตามสัญญาได้เคยเป็นมาแล้ว ในขณะที่ถ้าการฟ้องร้องได้ถูกยกเลิกไป ชายก็อาจจะใช้ความคุ้มกันเช่นนี้เป็นวิธีการทำให้หญิงต้องเสียหาย โดยขอบเขตของความเสียหายจะขึ้นอยู่กับใจชายเท่านั้น การเกี่ยวพาราสีทั้งหมดอาจจะเป็นการหลอกลวง คำสัญญาจะสมรสของชายเป็นเพียงเครื่องมือเพื่อให้ได้มาซึ่งอาหาร เงินทอง ของขวัญ ความช่วยเหลือสำหรับงานของตน หรือจนกระทั่งความสัมพันธ์ทางเพศ หลังจากหญิงคู่หมั้นได้ซื้อชุดเจ้าสาวไว้แล้ว ได้เข้าบ้านเพื่อจะใช้เป็นที่อยู่หลังการสมรสได้ปฏิเสธงานที่จะให้ผลกำไรได้เตรียมการทั้งหลายในการสมรสจนถึงกับได้ส่งบัตรเชิญมาร่วมพิธีไปแล้ว หรือกล่าวอย่างสั้นๆ ก็คือ เมื่อหญิงได้เปลี่ยนแปลงฐานะของตนโดยเชื่อถือนในสัญญาโดยสุจริตแล้วชายก็อาจจะไม่ยอมสมรส และด้วยการกระทำนี้ทำให้หญิงต้องรับทั้งนี้สินและความอับอายโดยลำพัง” ซึ่งผู้เขียนก็มีความเห็นเป็นเช่นเดียวกับความเห็นข้างต้น ว่าการหลอกลวงโดยอาศัยสัญญาจะสมรสน่าจะเป็นมูลคดีในทางละเมิด ซึ่งมีได้อยู่ในความประสงค์ที่ Heartbalm Statutes จะยกเลิกสิทธิการฟ้องร้อง และโดยความเป็นธรรมดาควรจะต้องรับรองสิทธิเช่นนี้อยู่ต่อไป

ในรัฐซึ่งมีการประกาศใช้ Heartbalm Statutes ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการให้ค่าเสียหายในคดีผิดสัญญาจะสมรสอย่างกว้างขวางจะคลี่คลายและหายไปในที่สุดแต่ในบางมลรัฐที่ยังคงใช้หลักคอมมอนลอว์อยู่ การเผชิญปัญหาเช่นว่านี้คงเป็นเรื่องที่ไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้ จึงจำเป็นที่จะต้องหาวิธีการแก้ไข โดยพยายามจำกัดขอบเขตของการฟ้องร้องฐานผิดสัญญาจะสมรสด้วยมาตรการต่างๆ เช่น มาตรการแรกฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐจะออกกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในการฟ้องร้องหรือจำกัดประเภทของค่าเสียหายที่จะเรียกร้องได้ มาตรการที่สองศาลจะวางแนวทางให้มีการจำกัดประเภทของค่าเสียหายที่จะเรียกร้องได้ไม่ให้กว้างขวางเหมือนเช่นหลักคอมมอนลอว์

<http://caselaw.findlaw.com/ky-supreme-court/1164543.html>

¹⁷¹ วรนาถ บุญศรีพงศ์ การหมั้น : วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย 2534 หน้า 120

เดิม ตัวอย่างเช่นมลรัฐอิลลินอยส์จะไม่สามารถเรียกค่าเสียหายบางประเภทจากกันได้ ส่วนมลรัฐเทนเนสซียก็ได้มีกฎหมายกำหนดให้จำเลยมีอายุเกินกว่า 60 ปี ในขณะที่มีการฟ้องร้องคดี จำเลยไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เป็นการซ้ำเติมหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษ และในมลรัฐวอชิงตันก็ได้มีการยกเลิกการเรียกค่าเสียหายที่เป็นการคาดหวัง(expectation damages)¹⁷²

ผลของการประกาศใช้ Heartbalm Statutes ทำให้การฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายในคดีผิดสัญญาจะสมรสไม่สามารถจะกระทำได้อีกต่อไป แต่ก็มีได้ตัดสิทธิในเรื่องการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ไว้แก่กันเนื่องมาจากสัญญาจะสมรส โดยให้เป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องลามิควรรได้

จากการศึกษากฎหมายสหรัฐอเมริกาทั้งหมดแสดงให้เห็นว่าหลักคอมมอนลอว์เดิมของอเมริกา การหมั้นหรือสัญญาจะสมรสประสบกับปัญหาการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายโดยไม่ชอบอันเนื่องมาจากการเหยียดอายุให้ค่าเสียหายที่กว้างขวางจนเกินไป การนำหลักของสัญญามาใช้กับการหมั้นมิได้เป็นไปได้ด้วยความระมัดระวัง โดยมุ่งจะคุ้มครองฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการหมั้นมากเกินไปจนก่ออันตรายแก่การคุ้มครองการสมรสที่จะต้องเป็นไปอย่างอิสระซึ่งไม่ควรจะมีสิ่งใดมาขัดขวางการตัดสินใจ เมื่อผู้ที่ไม่เต็มใจจะสมรสจะต้องเลือกระหว่างการชดใช้เงินเป็นจำนวนมากและการเข้าสู่ชีวิตการสมรสที่ปราศจากความสุข ไม่ว่าจะการตัดสินใจเลือกอย่างใดอย่างหนึ่งก็เกิดจากการฝืนใจทั้งสิ้น ปัญหาเช่นนี้คงจะไม่เกิดขึ้นถ้ากฎหมายได้จำกัดขอบเขตของการเรียกค่าเสียหายในคดีผิดสัญญาจะสมรสให้อยู่ในกรอบที่เหมาะสมมาตั้งแต่แรก การประกาศใช้ Heartbalm Statutes เพื่อยกเลิกการฟ้องร้องผิดสัญญาจะสมรสเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาที่เด็ดขาดสำหรับปัญหาที่สุกงอมเต็มที่แล้ว แต่ผลบังคับของกฎหมายดังกล่าวก็ตัดสิทธิของผู้สุจริตไปด้วยเช่นกัน ทั้งๆที่จุดเริ่มต้นของปัญหาอยู่ที่ผู้ไม่สุจริตเท่านั้น อย่างไรก็ตามในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาก็ยังคงรับรองผลของการหมั้นตามคอมมอนลอว์เดิม เพียงแต่มีการวางกรอบในการเรียกค่าเสียหายให้จำกัดยิ่งขึ้น ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาอย่างเช่นที่เคยเป็นมานั่นเอง

1.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นระหว่างระบบซีวิลลอว์กับระบบคอมมอนลอว์

จากการที่ได้ศึกษาบทบัญญัติในเรื่องการหมั้นทั้งในระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์ ต่างก็มีวิวัฒนาการและลักษณะที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ ในระบบซีวิลลอว์กฎหมายเยอรมันเกาหลีใต้ ไต้หวัน มีบทบัญญัติรับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่ง กฎหมายฝรั่งเศสแต่เดิมเคยรับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ต่อมาเมื่อฝรั่งเศสได้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งก็ปรากฏว่าไม่มีการรับรองการหมั้นเป็นสัญญาอีกต่อไป ส่วนกฎหมายการ

¹⁷² Gallo, Nancy R. *Introduction to family law*, p.116

หมั้นของโรมันนั้นผู้เขียนจะไม่ขอนำมาเปรียบเทียบเนื่องจากว่าในปัจจุบันโรมันได้ล่มสลายไปแล้ว เหตุที่ได้กล่าวถึงกฎหมายโรมันไว้ในลักษณะของการหมั้น เพราะว่ากฎหมายโรมันเป็นต้นแบบของกฎหมายทั่วโลก และมีวิวัฒนาการของการหมั้นผู้เขียนจึงอยากให้รู้ถึงวิวัฒนาการของการหมั้นจากประเทศที่เป็นต้นแบบของกฎหมายทั่วโลก

ในระบบคอมมอนลอว์ การหมั้นของอังกฤษและอเมริกาตามหลักคอมมอนลอว์ เดิมเคยรับรองผลของการหมั้นไว้เป็นสัญญาอย่างหนึ่งเรียกว่าสัญญาจะสมรส เมื่อคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธการสมรสกับคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งโดยปราศจากเหตุอันสมควร คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิเสธการสมรสมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้อย่างกว้างขวาง เมื่ออังกฤษได้มีการประกาศใช้ The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 และสหรัฐอเมริกาได้มีการประกาศใช้ Heartbalm Statutes ในมลรัฐต่างๆ มากกว่าครึ่งหนึ่งของประเทศ จึงส่งผลให้การหมั้นหรือสัญญาจะสมรสไม่มีฐานะเป็นสัญญาตามกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์อีกต่อไปและไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายกรณีที่มีการปฏิเสธการสมรสอีกต่อไป แต่บางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาก็เลือกใช้วิธีจำกัดขอบเขตของค่าเสียหายในคดีผิดสัญญาจะสมรสการหมั้นจะไม่มีผลเป็นสัญญา แต่จะมีผลเท่าที่กฎหมายรับรองไว้เท่านั้น ในส่วนของกฎหมายอังกฤษได้กำหนดให้คู่หมั้นมีสิทธิอันเป็นคุณประโยชน์ในทรัพย์สิน (beneficial interest) เสมือนผู้ที่เป็นสามีภริยากัน รวมทั้งให้สิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ไว้แก่กันได้ ในกรณีที่มีการหมั้นสิ้นสุดลง แม้ว่าคู่หมั้นจะเป็นฝ่ายผิดก็ตาม เว้นแต่แหวนหมั้นซึ่งถือว่าเป็นการให้โดยเด็ดขาด ในขณะที่กฎหมายอเมริกาก็ยังคงรับรองสิทธิในการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ไว้แก่กันได้ในระหว่างหมั้นได้ โดยเป็นไปตามหลักกฎหมายลาภมิควรได้หรือการให้โดยมีเงื่อนไข ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ทั้งนี้เห็นได้ว่ากฎหมายทั้งสองประเทศก็ไม่ได้ปฏิเสธผลของการหมั้นโดยเด็ดขาดเสียทีเดียว เพราะอย่างน้อยที่สุดการหมั้นก็ได้ก่อให้เกิดความผูกพันในทางทรัพย์สินบางประการ โดยกฎหมายอังกฤษคำนึงถึงการที่คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งอาจจะมีส่วนร่วมในการซื้อหรือปรับปรุงทรัพย์สินซึ่งเป็นของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง จึงได้กำหนดให้นำหลักที่ใช้กับกรณีของสามีภริยามาใช้กับคู่หมั้นด้วย ขณะที่กฎหมายอเมริกาได้กำหนดให้นำหลักกฎหมายลาภมิควรได้หรือการให้โดยมีเงื่อนไขมาใช้ในการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ไว้แก่กันของคู่หมั้นด้วย

จะเห็นได้ว่าประเทศในระบบซีวิลลอว์มีบทบัญญัติรับรองการหมั้นเป็นสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่ง ยกเว้นกฎหมายฝรั่งเศสที่ไม่ได้รับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาในระบบของประมวลกฎหมายแม้กฎหมายฝรั่งเศสจะมีจุดยืนที่แตกต่างจากประเทศในระบบซีวิลลอว์ด้วยกันแต่ฝรั่งเศสก็ยังรับรองสิทธิของผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการหมั้นโดยศาลได้นำหลักละเมิดทั่วไปตามมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้ ซึ่งมีผลเป็นว่าหากคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธการสมรสโดยปราศจากเหตุอันควรจะอ้างได้ และการปฏิเสธการสมรสนั้น

เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง คู่หมั้นนั้นย่อมมีความผิดและมีหน้าที่จะต้องชดเชยค่าเสียหายโดยเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบทางละเมิด ดังนั้นความแตกต่างของจุดยืนนี้ก็มิได้แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงเสียทีเดียวและมีได้มีความสำคัญเท่าใดนัก ส่วนกฎหมายเยอรมัน เกาหลีใต้ และได้หวั่นกฎหมายรับรองการหมั้นเป็นสัญญา แต่ก็เป็นการรับรองผลของการหมั้นให้เป็นไปอย่างระมัดระวัง โดยคำนึงถึงหลักการอยู่ 2 ประการควบคู่กันไป คือ คำนึงว่าผู้ที่ไม่เต็มใจจะสมรสจะไม่ถูกบังคับให้ต้องทำการสมรสโดยไม่สมัครใจด้วยการที่ต้องชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนมากมาบีบบังคับ กับการคำนึงว่าผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นก็จะต้องได้รับชดเชยค่าเสียหายอยู่ในขอบเขตที่เหมาะสมไม่กว้างขวางเกินไป หลักการ 2 ประการที่ดำเนินควบคู่กันไป ในระบบชีวิตลอร์ว่ ไม่ปรากฏปัญหาว่า การหมั้นได้กลายเป็นอุปสรรคในการตัดสินใจสมรสหรือเป็นสาเหตุให้ต้องมีการชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนมากแต่อย่างใด ถือเป็นกรให้ความเป็นธรรมแก่คู่หมั้นทั้งฝ่ายที่ปฏิเสธการสมรสและฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิเสธการสมรส

ในเรื่องค่าเสียหายนี้ สังเกตได้ว่ากฎหมายของระบบชีวิตลอร์ว่มีได้รับรองให้มีการเรียกค่าเสียหายในลักษณะที่เป็นกำไรซึ่งควรจะได้ (*lucrum cessans*) เช่น การเรียกให้ชดเชยค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ในทางทรัพย์สินหรือขาดโอกาสทางสังคมที่คาดหวังว่าจะได้รับหากมีการสมรสเกิดขึ้น แต่จะรับรองเฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว (*damnum emergens*) เท่านั้น ทำให้ค่าเสียหายในเรื่องการหมั้นในระบบชีวิตลอร์ว่ไม่กว้างขวางและหลากหลายเหมือนอย่างในระบบคอมมอนลอร์ว่ที่ให้เรียกค่าเสียหายได้อย่างกว้างขวางและเป็นค่าเสียหายที่ไม่มีความแน่นอนกำหนดตายตัวไม่ได้ เช่น มีสิทธิได้รับค่าเสียหายทดแทนความเสียหายที่เป็นตัวเงินคือ ค่าเสียหายในการเตรียมการสมรส ค่าเสียหายที่เกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพ และค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน คือ ความอับอาย ความเสื่อมเสียชื่อเสียงจากการที่อีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา นอกจากนี้ อาจได้รับค่าเสียหายเพิ่มขึ้นจากความร้ายแรงของการผิดสัญญาหรือค่าเสียหายในเชิงลงโทษอีกด้วย ในที่สุดการเรียกค่าเสียหายโดยไม่มีขอบเขตจำกัดก็เกิดปัญหาการใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายโดยไม่ชอบ จนกระทั่งปัญหาได้สุกงอมเต็มที่แล้วจึงนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงกฎหมายแบบเด็ดขาดโดยยกเลิกหลักคอมมอนลอร์ว่เดิม

อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายทั้งสองระบบจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง ในลักษณะที่มีการรับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาและมีการกำหนดค่าเสียหายที่จะเรียกได้ไว้ในประมวลกฎหมายกับลักษณะที่ไม่รับรองการหมั้นเป็นสัญญา แต่ก็ยังคงให้สิทธิในการเรียกคืนทรัพย์สินแต่อาจจะอยู่ในจุดที่อ่อนแอกว่าในระบบชีวิตลอร์ว่ เพราะเป็นการเรียกคืนทรัพย์สินของคนที่มีกรรมสิทธิ์อยู่แล้วส่วนความเสียหายอย่างอื่นที่เกิดขึ้นจริงๆ ก็ไม่อาจจะเรียกได้ ในระบบชีวิตลอร์ว่เป็นการใช้กฎหมายอย่างระมัดระวัง โดยให้ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเรียกค่าเสียหายได้

ไม่ใช่เฉพาะทรัพย์สินของตนที่มีกรรมสิทธิ์อยู่เท่านั้น แต่สามารถเรียกค่าเสียหายต่อชื่อเสียง ค่าใช้จ่ายเนื่องในการเตรียมการสมรส ทั้งนี้ต้องอยู่ในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งถือว่าเป็นจุดที่ แข็งแรงกว่าในระบบคอมมอนลอว์ และเป็นลักษณะของการใช้กฎหมายอย่างพยายาม ประนีประนอมระหว่างฝ่ายที่ปฏิเสธการสมรสและฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิเสธการ สมรสให้สมดุลกันทั้งสองฝ่าย

อย่างไรก็ดี กฎหมายทั้งสองระบบ ก็มีจุดมุ่งหมายที่สำคัญยิ่งอย่างเดียวกันคือ ค้ำครองการสมรสให้เป็นไปโดยอิสระ การฟ้องคดีบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งทำการสมรสตามสัญญา นั้นไม่อาจจะกระทำได้ในกฎหมายทั้งสองระบบ การสมรสจะต้องกระทำโดยปราศจากสิ่งอื่นใด มาบีบบังคับตัวบุคคล การสมรสจะต้องเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของบุคคลที่จะทำการสมรส

2. ลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นตามกฎหมายครอบครัวไทย

2.1 ลักษณะของการหมั้น

การหมั้น หมายความว่า การที่ชายหญิงทำสัญญาว่าจะทำการสมรสกันและอยู่กิน ด้วยกันฉันสามีภริยา (an agreement to get married and live together as husband and wife)¹⁷³ ศาลฎีกาได้ให้ความหมายของการหมั้นไว้ว่า “การหมั้น เป็นสัญญาซึ่งฝ่ายชายทำกับฝ่ายหญิงโดยชอบ ด้วยกฎหมายเพื่อชายกับหญิงจะทำการสมรสกัน”¹⁷⁴ การหมั้นจึงเป็นสัญญาที่ชายหญิงเกือบจะ สมรสกันแต่ยังไม่ถึงขั้นสมรสเป็นเพียงการจองตัวหญิงไว้ก่อนที่จะสมรส แต่การสมรสกฎหมาย ไม่ได้บังคับว่าต้องทำการหมั้น กฎหมายไทยได้บัญญัติรับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาที่มีลักษณะ พิเศษอย่างจริงจังและเป็นระบบตั้งแต่เริ่มมีการใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ พ.ศ.2478 โดยได้มีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นเรื่อยมา ในปี พ.ศ. 2519 ได้ตราพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ พ.ศ. 2519 ในปี พ.ศ.2533 ได้ตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2533 และแก้ไขปรับปรุงครั้งสุดท้ายในปี พ.ศ.2550 ได้ตราพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2550 จึงนับได้ว่าประเทศไทย ได้มีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับการหมั้น ตั้งแต่ปี พ.ศ.2478 มาแล้ว 4 ครั้ง ปัจจุบัน

¹⁷³ ประสพสุข บุญเดช คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว 2550 หน้า 48

¹⁷⁴ “สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา” ค้นคืน 12 ตุลาคม 2556 จาก

มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการหมั้นอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครั้ว หมวด 1 มาตรา 1435 ถึงมาตรา 1447/2 รวมทั้งสิ้น 15 มาตรา

การหมั้นมีความสำคัญในตัวของมันเองโดยประเพณี และประเพณีนี้เองที่ส่งผลอย่างมากให้กำหนดเป็นกฎหมาย เนื่องจากการหมั้นเป็นเรื่องของขนบธรรมเนียมประเพณีเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่จะนำไปสู่การสมรส การมีครอบครัว เป็นความสัมพันธ์ทางจิตใจ กฎหมายที่ออกมารับรองการหมั้นให้เป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ จึงต้องระมัดระวังอย่างยิ่ง เพราะกำลังเข้าไปจัดการวางระเบียบเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางส่วนตัวของชายหญิงคู่หนึ่ง ผลของความผิดพลาดหรือความบกพร่องในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการหมั้น อาจจะไปปัญหาไปสู่การสมรสทำให้การสมรสไม่เป็นปกติ เป็นผลนำไปสู่โครงสร้างของครอบครัวให้สั่นคลอนได้ในอนาคต ซึ่งเป็นการยากยิ่งกว่าการจัดการวางระเบียบในทางสัญญาต่างๆ ระหว่างเอกชนกับเอกชน ดังนั้นสัญญาหมั้นจึงมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากสัญญาทั่วไปหลายประการ เช่น

ประการแรก การขอให้ปฏิบัติตามสัญญา ในสัญญาทั่วไปนั้นเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ เช่น สัญญาซื้อขายหากผู้ซื้อชำระเงินแล้วแต่ผู้ขายไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญา ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิฟ้องบังคับให้ผู้ขายส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินนั้นได้¹⁷⁵ หรือผู้ซื้อไม่ยอมชำระเงินหากผู้ขายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินให้แล้วผู้ขายย่อมฟ้องบังคับให้ผู้ซื้อชำระเงินให้แก่ตนได้¹⁷⁶ แต่ในสัญญาหมั้น หากคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาหมั้น กล่าวคือ ไม่ยอมสมรสด้วย อีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่มีสิทธิร้องขอให้ศาลบังคับฝ่ายที่ไม่ยอมสมรสให้ทำการสมรสได้

ประการที่สอง การตกลงเรื่องเบี่ยงปรับ ในสัญญาทั่วไปคู่สัญญาสามารถที่จะตกลงกันเรื่องเบี่ยงปรับได้ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา เช่น ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ภายในกำหนด หรือการตกลงรับเบี่ยงปรับในกรณีวางมัดจำกันไว้¹⁷⁷ แต่ในกรณีสัญญาหมั้นมาตรา 1438 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า คู่สัญญาหมั้นไม่อาจที่จะตกลงในเรื่องเบี่ยงปรับเมื่อมีการผิดสัญญาหมั้นต่อกันได้ หากได้ตกลงกัน ข้อตกลงว่าจะให้เบี่ยงปรับนี้จะเป็นโมฆะ

ประการที่สาม การเรียกค่าทดแทนในกรณีมีการผิดสัญญาหมั้น การทำนิติกรรมสัญญาทั่วไปนั้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหม

¹⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 วรรคแรก “ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะ ร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิด ขอให้ทำเช่นนั้นได้”

¹⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 461 “ผู้ขายจำต้องส่งมอบทรัพย์สินซึ่งขายนั้นให้แก่ผู้ซื้อ”
มาตรา 486 “ผู้ซื้อจำต้องรับมอบทรัพย์สินที่ตนได้รับซื้อและใช้ราคาตามข้อสัญญาซื้อขาย”

¹⁷⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 หมวด 3 มัดจำและกำหนดเบี่ยงปรับ มาตรา 379 ถึงมาตรา 385

ทดแทนเพื่อความสะดวกจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้อย่างกว้างขวาง โดยไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่าค่าทดแทนนั้นจะเรียกได้ในกรณีใดบ้าง¹⁷⁸ ไม่เหมือนกับสัญญาหมั้นที่ฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งจะฟ้องเรียกค่าทดแทนความเสียหายได้เฉพาะในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 1440 เท่านั้น จะฟ้องเรียกค่าทดแทนต่อนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้

ประการที่สี่ การเรียกค่าทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียง การผิดสัญญาธรรมดาไม่เป็นเหตุให้เรียกค่าทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียง แต่สัญญาหมั้นเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับความรู้สึก จิตใจของมนุษย์ การที่ฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาหมั้น อาจเกี่ยวโยงเป็นผลให้เกิดความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงได้ ไม่เหมือนกับสัญญาทั่วๆ ไป เช่นสัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างนำ กฎหมายจึงได้กำหนดไว้ในมาตรา 1440(1) ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้รับความสะดวกจากการผิดสัญญาหมั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงได้

ประการที่ห้า การเรียกค่าทดแทนจากบุคคลภายนอก ในสัญญาหมั้นกฎหมายได้กำหนดให้สิทธิชายและหญิงคู่หมั้นที่จะเรียกค่าทดแทนจากบุคคลอื่นที่ล่วงเกินหญิงคู่หมั้นหรือชายคู่หมั้นทางประเวณีไม่ว่าคู่หมั้นเองจะสมัครใจยินยอมหรือไม่ก็ตาม กรณีเช่นนี้เป็นการให้สิทธิเรียกร้องตามมาตรา 1445 และมาตรา 1446 ซึ่งสิทธิเรียกร้องดังกล่าวเกิดจากการที่กฎหมายรับรองสถานะของชายและหญิงคู่หมั้นให้มีสิทธิเรียกร้องจากบุคคลภายนอกได้เป็นกรณีพิเศษ จึงมีลักษณะแตกต่างไปจากการใช้สิทธิเรียกร้องในลักษณะที่เป็นบุคคลสิทธิตามหลักสัญญาทั่วไป

2.1.1 เงื่อนไขของการหมั้น

เกี่ยวกับเรื่องเงื่อนไขของการหมั้น กฎหมายได้บัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้งใน 2 กรณี คือ เงื่อนไขในเรื่องเกณฑ์อายุของชายและหญิงที่จะทำการหมั้นไว้ในมาตรา 1435 และเงื่อนไขในเรื่องผู้มีอำนาจที่จะให้ความยินยอมในการหมั้นนั้นต้องเป็นบุคคลตามมาตรา 1436 ส่วนเรื่องกฎหมายไม่ได้บัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้ง คือ เงื่อนไขในเรื่องความสามารถของบุคคลเงื่อนไขในเรื่องเพศของบุคคลที่จะทำการหมั้นและเงื่อนไขในเรื่องความยินยอมของคู่หมั้น

¹⁷⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 วรรคแรก “การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความสะดวกตามที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้”

วรรคสอง “เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความสะดวก อันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือ ควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”

1) เงื่อนไขในเรื่องของอายุ

ชายและหญิงคู่หมั้นจะทำการหมั้นกันตามอำเภอใจไม่ได้ เว้นแต่ชายและหญิงนั้นจะเป็นผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้ว¹⁷⁹ ทั้งนี้เพื่อให้การจัดระเบียบของประชากรในสังคมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และประสิทธิผล กฎหมายจึงได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องอายุของชายและหญิงที่จะทำการหมั้นไว้ในมาตรา 1435 วรรคแรกบัญญัติว่า “การหมั้นจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว” การที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เช่นนี้ก็เพราะว่าชายหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี ยังอยู่ในวัยที่ยังไม่รู้เรื่องของการหมั้นและการสมรส มีประสบการณ์ชีวิตที่ไม่มากนัก แต่เมื่อชายและหญิงมีอายุครบ 17 ปี บริบูรณ์แล้ว ย่อมมีความพร้อมทางสรีระ ไม่ว่าจะเป็นการมีเพศสัมพันธ์การครองเรือน การให้กำเนิดบุตร และถือว่ามีความรู้สึกลึกซึ้งที่จะเป็นผู้ใหญ่ได้พอสมควรแล้ว เกณฑ์อายุจึงเป็นคุณสมบัติข้อหนึ่งซึ่งแสดงถึงความพร้อมทั้งทางร่างกายและจิตใจของชายและหญิง กฎหมายจึงยินยอมให้ทำการหมั้น ประกอบกับกฎหมายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขว่าการหมั้นจะต้องมีระยะเวลาานเท่าใดจึงจะทำการสมรสได้ เช่น คู่หมั้นอาจจะมีการหมั้นและทำพิธีสมรสในวันเดียวกันนั่นเอง หรือเมื่อหมั้นแล้วจะทำการสมรสในวันใดก็สามารถทำได้ การกำหนดเงื่อนไขเรื่องอายุของการหมั้นไว้ดังกล่าวเพื่อให้สอดคล้องกับเงื่อนไขของการสมรสตามมาตรา 1448 ซึ่งบัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้”

บทบัญญัติในมาตรา 1435 วรรคแรกนี้ไม่ได้ห้ามเฉพาะชายและหญิงที่จะทำการหมั้นกันจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 17 ปีบริบูรณ์ แต่ยังห้ามไปถึงบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองของชายหรือหญิงที่จะทำสัญญาหมั้นให้กับชายและหญิงที่มีอายุไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์ด้วย

ผลของการฝ่าฝืนเงื่อนไขในเรื่องอายุนั้นการหมั้นจะตกเป็น โฆษะตาม มาตรา 1435 วรรคสองซึ่งบัญญัติว่า “การหมั้นที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่งเป็น โฆษะ” ในขณะที่ถ้าเป็นกรณีของการสมรสจะเป็น โฆษะเท่านั้น (มาตรา 1448 ประกอบกับมาตรา 1503¹⁸⁰) การที่กฎหมายกำหนดผลไว้ต่างกันก็ด้วยเหตุที่การหมั้นยังไม่ทำให้ชายหญิงมีความผูกพันกันมากนัก แต่การสมรสมีผลให้ชายหญิงมีส่วนได้ส่วนเสียและเกิดความสัมพันธ์ต่างๆ กันแล้ว หากจะให้มิมีผล

¹⁷⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะ เมื่อมีอายุสิบปีบริบูรณ์”

¹⁸⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1503 “เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการสมรสเพราะเหตุว่าเป็น โฆษะ มีเฉพาะในกรณีที่คู่สมรสทำการฝ่าฝืน มาตรา 1448...”

เป็นโมฆะก็จะเกิดความเสียหายแก่ชายหญิงรวมตลอดถึงบุตรที่จะคลอดออกมาด้วย¹⁸¹ อย่างไรก็ตามก็อาจจะสังเกตเห็นว่าความเป็นไปได้ที่ชายหญิงจะฝ่าฝืนเงื่อนไขนี้มีอยู่ในชั้นหมั้นมากกว่าในชั้นสมรส เพราะการสมรสจะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนสมรสแล้วเท่านั้น ในการจดทะเบียนสมรสเจ้าพนักงานซึ่งเป็นนายทะเบียนย่อมต้องพิจารณาถึงคุณสมบัติในเรื่องอายุของชายหญิงด้วย ซึ่งหากปรากฏว่าชายหญิงยังมีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด นายทะเบียนก็จะไม่รับจดทะเบียนสมรสให้ (มาตรา 1458 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามี ภริยากัน และต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย”)

ส่วนกรณีของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะโดยการสมรสตามมาตรา 20¹⁸² ต่อมาหากการสมรสดังกล่าวได้สิ้นสุดลงในภายหลัง ชายหญิงประสงค์ที่จะทำการหมั้น แต่อายุของชายและหญิงในขณะที่จะหมั้นอายุยังไม่ถึง 17 ปีบริบูรณ์ แม้จะได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองตามมาตรา 1436 ก็ตาม ก็ไม่สามารถที่จะทำการหมั้นได้ หากฝ่าฝืนทำการหมั้นลงไป การหมั้นนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1435 วรรคสอง เช่นกัน

2) เงื่อนไขในเรื่องความยินยอมของบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองในกรณีที่ผู้เยาว์จะทำการหมั้น

ชายและหญิงที่มีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์แล้ว ประสงค์ที่จะทำการหมั้น กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ เพราะเห็นว่าบุคคลที่มีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ นั้นมีความพร้อมทางด้านสรีระไม่ว่าจะเป็นการมีเพศสัมพันธ์ การให้กำเนิดบุตร สภาพร่างกายของบุคคลอยู่ในวัยที่เจริญเติบโตแล้ว แต่ประเด็นหนึ่งที่กฎหมายไม่อาจจะมองข้ามได้เลยก็คือ แม้ว่าบุคคลที่มีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์นั้นจะมีความพร้อมทางด้านร่างกายในการสืบพันธุ์ แต่วัยดังกล่าวก็ยังมีประสบการณ์ชีวิตที่น้อยมาก ความรู้สึกนึกคิดยังไม่กว้างไกล การตัดสินใจอาจจะเป็นเพราะอารมณ์ชั่ววูบ จากความใคร่ หรือจากอาการใจเร็วควนไฉ่ของวัยรุ่น ดังนั้นการที่จะให้คนในวัยนี้ตัดสินใจเรื่องมีครอบครัวด้วยตนเองอาจทำให้เกิดความผิดพลาดในชีวิตได้ ซึ่งโดยปกติแล้วผู้ที่อยู่ในครอบครัวที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่อยู่ในระดับกลางและระดับสูงนั้นอายุ 17-18 ปี มักจะอยู่ในวัยแห่งการศึกษา และสำหรับผู้ที่อยู่ในครอบครัวที่มีฐานะทางเศรษฐกิจต่ำ ก็จะพึ่งพังกาการศึกษาภาคบังคับระดับมัธยมเพียงไม่กี่ปี ยังไม่ทันจะทำงานเก็บหอมรอมริบพอเป็นทุนทรัพย์

¹⁸¹ ชาติชาย อัครวิบูลย์ และสมบุรณ์ ชัยเดชสุริยะคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว(ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2521 หน้า 77

¹⁸² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20 “ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรสหากการ สมรสนั้นได้ทำตามบทบัญญัติ มาตรา 1448”

ที่จะตั้งครอบครัวได้เลย และส่วนใหญ่ก็ยังคงต้องพึ่งพาอาศัยบิดามารดา การให้ผู้หลักผู้ใหญ่ซึ่งมีประสบการณ์ชีวิตและผ่านโลกมาก่อนเข้ามามีส่วนร่วมในการช่วยคลี่คลายเห็นชอบเรื่องชีวิตครอบครัวของบุคคลในวัยนี้ก็เป็นการสมควร กฎหมายจึงได้กำหนดเงื่อนไขอีกอย่างหนึ่งควบคู่กันไปกับเงื่อนไขของมาตรา 1435 นั่นก็คือมาตรา 1436 ซึ่งจะทำให้อำนาจปกครองในการหมั้นของผู้เยาว์สมบูรณ์ กล่าวคือ ชายและหญิงที่มีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์แล้วจะทำการหมั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลดังต่อไปนี้

(1) มาตรา 1436 (1) “บิดาและมารดา ในกรณีที่มีทั้งบิดามารดา” ผู้เยาว์จะทำการหมั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดาและมารดา ในกรณีที่มีทั้งบิดามารดา นั่นก็หมายความว่าบิดาและมารดายังมีชีวิตอยู่ทั้งสองคน และอยู่ร่วมกัน โดยทั้ง 2 ฝ่ายมีอำนาจปกครองครบถ้วนเหมือนกัน หรือบิดามารดาทั้งสองแยกกันอยู่โดยการตกลงกันเองหรือแยกกันอยู่ชั่วคราวตามคำสั่งของศาลก็จะต้อง ได้รับความยินยอมจากบุคคลทั้งสองเนื่องจากบิดามารดายังมีได้อย่าขาดจากกัน อีกทั้งบิดามารดาที่จะให้ความยินยอมนี้จะต้องเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เพราะหากว่าไม่ได้เป็นบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมไม่มีอำนาจปกครองอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมแต่ประการใด

(2) มาตรา 1436 (2) “บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มารดาหรือบิดาตายหรือถูกถอนอำนาจปกครอง หรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดาหรือบิดาได้” ในกรณีที่ผู้เยาว์ประสงค์จะทำการหมั้นอาจขอความยินยอมจากบิดาหรือมารดาที่เหลืออยู่เพียงคนเดียวนั้นได้ กล่าวคือ

ก หากมารดาหรือบิดาถึงแก่ความตายไม่ว่าจะเป็นการตายโดยทางธรรมชาติหรือตายโดยผลของกฎหมายหรือศาลมีคำสั่งให้เป็นคนสาบสูญ หรือถูกถอนอำนาจปกครองไปแล้ว มารดาหรือบิดาที่ยังมีชีวิตอยู่หรือไม่ได้ถูกถอนอำนาจปกครองจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์เพียงคนเดียว จึงมีอำนาจที่จะให้ความยินยอมให้ผู้เยาว์ทำการหมั้นได้โดยลำพังเพียงคนเดียว

ข มารดาหรือบิดาไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอมได้ กรณีการไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอมได้เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการให้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์อยู่กับมารดาหรือบิดาแต่เพียงฝ่ายเดียวตามมาตรา 1566 คือการที่มารดาหรือบิดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ต้องเข้ารับรักษาตัวในโรงพยาบาลเพราะจิตฟั่นเฟือน ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา หรือบิดาและมารดาตกลงกันตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ตกลงกันได้ว่าให้ใครเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่ผู้เดียว นอกจากนี้การที่มารดาหรือบิดาเป็นคนวิกลจริตจนไม่สามารถให้ความยินยอมให้ผู้เยาว์ทำการหมั้นได้ หรือ

เจ็บป่วยเข้าชั้นโคม่าสลบไสลไม่ได้สติ เหล่านี้ถือได้ว่าไม่อยู่ในสภาพที่อาจให้ความยินยอมได้ เช่นเดียวกัน กรณีเช่นนี้บุตรผู้เยาว์ขอความยินยอมเฉพาะกับบิดาหรือมารดาที่มีสภาพเป็นปกติอยู่ แต่ผู้เดียวในขณะที่ตนทำการหมั้นได้

ค โดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดาหรือบิดาได้ พฤติการณ์ที่ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดาหรือบิดาได้นั้น เช่น กรณีที่มารดาหรือบิดา แยกกันอยู่โดยมิได้จดทะเบียนหย่าขาดจากกัน แต่บุคคลทั้งสองขาดการติดต่อกันเป็นเวลานานและไม่ทราบว่ไปตั้งถิ่นฐานอยู่ที่แห่งหนตำบลใด ผู้เยาว์ประสงค์จะทำการหมั้นก็อาจต้องขอความยินยอมจากบิดาหรือมารดาที่ตนได้อยู่ด้วยแต่ผู้เดียว

(3) มาตรา 1436 (3) “ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม” กรณีที่ผู้เยาว์จะทำการหมั้นกฎหมายไม่ได้ระบุว่า ผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมต้องขอความยินยอมจากทั้งบิดามารดาและผู้รับบุตรบุญธรรม จึงน่าจะตีความได้ว่า ไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากบิดามารดาอีก เพราะบิดามารดาหมดอำนาจปกครองบุตรนับตั้งแต่วันที่มีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้ว บุตรบุญธรรมจึงมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1598/28¹⁸³ ฉะนั้น เมื่อบุตรบุญธรรมที่เป็นผู้เยาว์จะทำการหมั้นจึงต้องได้รับความยินยอมของผู้รับบุตรบุญธรรมแต่เพียงผู้เดียว

(4) มาตรา 1436 (4) “ผู้ปกครอง ในกรณีที่ไม่มีบุคคลซึ่งอาจให้ความยินยอมตาม (1) (2) และ(3) หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครอง” กรณีที่ผู้ปกครองจะเป็นผู้ให้ความยินยอมในการหมั้นของผู้เยาว์นี้ก็เช่น ผู้เยาว์ไม่มีบิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรม หรือบิดามารดาทั้งสองตายหรือหาบิดามารดาไม่พบ หรือมีแต่บิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรมดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครองไป ผู้เยาว์จึงไม่มีผู้ใช้อำนาจปกครอง ฉะนั้น หากผู้เยาว์จะทำการหมั้นจะต้องมีการตั้งผู้ปกครองโดยคำสั่งของศาลเสียก่อน เมื่อมีผู้ปกครองแล้วผู้เยาว์จึงมาขอความยินยอมจากผู้ปกครองให้ทำการหมั้น ผู้เยาว์เช่นว่านี้จะมาขออนุญาตศาลให้ตนทำการหมั้นไม่ได้เพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เหมือนกรณีของการสมรสที่จะอนุโลมใช้มาตรา 1456¹⁸⁴ ประกอบมาตรา 1454¹⁸⁵ ในกรณีขออนุญาตศาลให้ทำการสมรสได้

¹⁸³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 “บุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตร ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น แต่ไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ ในครอบครัวที่ได้กำเนิดมา ในกรณีเช่นนี้ ให้บิดามารดาโดยกำเนิด หมดอำนาจปกครองนับแต่เวลาที่เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว”

¹⁸⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1456 “ถ้าไม่มีผู้ที่มีอำนาจให้ความยินยอมตาม มาตรา 1454 หรือมีแต่ไม่ให้ความยินยอมหรือไม่อยู่ในสภาพที่อาจให้ความ ยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมได้ ผู้เยาว์ อาจร้องขอต่อศาลเพื่ออนุญาตให้ทำการสมรส”

การให้ความยินยอมของบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองในกรณีการหมั้นของผู้เยาว์ กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ว่าความยินยอมจะต้องทำให้ลักษณะใด ดังนั้นบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองอาจจะให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวาจา หรือโดยวิธีอื่น อันแสดงให้เห็นว่าให้ความยินยอมโดยปริยาย (tacit) เช่น การให้ความร่วมมือในการจัดพิธีหมั้น การพยักหน้า เป็นต้น

ผลของการหมั้นที่ผู้เยาว์ทำการหมั้น โดยปราศจากความยินยอมจากบุคคลที่กฎหมายระบุไว้ในมาตรา 1436(1) (2) (3) และ (4) นั้น กฎหมายถือว่าตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 1436 วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติว่า “การหมั้นที่ผู้เยาว์ทำโดยปราศจากความยินยอมดังกล่าวเป็น โมฆียะ” เป็นการบัญญัติไว้ให้รัดกุมเพื่อที่จะไม่ให้ผู้เยาว์ทำการหมั้น ได้ตามอำเภอใจ หากผู้เยาว์ทำการหมั้น โดยปราศจากความยินยอมจากบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองสามารถบอกล้างการหมั้น ได้ ทั้งนี้เมื่อมีการบอกล้างแล้ว การหมั้นนั้นถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก

3) เงื่อนไขในเรื่องความสามารถของบุคคล

เงื่อนไขเรื่องความสามารถของบุคคลกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนแจ้งว่าบุคคลที่จะทำการหมั้นจะต้องมีลักษณะเช่นใด ในกรณีที่คนวิกลจริต หรือบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถตามมาตรา 28¹⁸⁶ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถตามมาตรา 32¹⁸⁷ จะทำการหมั้นได้หรือไม่อย่างไร เนื่องจากคนวิกลจริต หรือคนไร้ความสามารถไม่อาจรับรู้หรือมีความเข้าใจ เรื่องการหมั้นได้ว่าจะต้องปฏิบัติตัวหรือมีความสามารถรับผิดชอบอย่างไรต่อผลของการหมั้น เมื่อการหมั้นระหว่างชายและหญิงจะนำไปสู่การสมรสกฎหมายจึงได้กำหนดข้อห้ามของการสมรสไว้ในมาตรา 1449 ซึ่งบัญญัติว่า “การสมรสจะกระทำมิได้ถ้าชายหรือหญิงเป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ” ดังนั้นเมื่อคนวิกลจริต หรือบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ไม่สามารถที่จะทำการสมรสกันได้ บุคคลดังกล่าวก็ไม่สามารถที่จะทำการ

¹⁸⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1454 “ผู้เยาว์จะทำการสมรสให้นำความใน มาตรา 1436 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

¹⁸⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 28 วรรคแรก “บุคคลวิกลจริตผู้ใด ถ้าผู้สมรสก็ดี ผู้บุพการี กล่าวคือ บิดามารดา ปู่ย่า ตายาย ทวดก็ดี ผู้สืบสันดาน กล่าวคือ ลูก หลาน เหลน ลื้อก็ดีผู้ปกครองหรือผู้พิทักษ์ก็ดี ผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้น อยู่ก็ดี หรือพนักงานอัยการก็ดี ร้องขอต่อศาลให้สั่งให้บุคคลวิกลจริต ผู้นั้นเป็นคนไร้ความสามารถศาลจะสั่งให้บุคคลวิกลจริตผู้นั้นเป็นคน ไร้ความสามารถก็ได้”

¹⁸⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 32 วรรคแรก “บุคคลใดมีกายพิการหรือมีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือประพฤติดุร้ายสุรุ่ยสุร่ายเสเพลเป็นอาชญา หรือติดสุรายาเมา หรือมีเหตุอื่นใดทำนองเดียวกันนั้น จนไม่สามารถจะจัดทำกรงาน โดย ตนเองได้หรือจัดการไปในทางที่อาจจะเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของ ตนเองหรือครอบครัว เมื่อบุคคลตามที่ระบุไว้ใน มาตรา 28 ร้องขอ ต่อศาล ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้นเป็นคนเสมือน ไร้ความสามารถก็ได้”

หมั้นได้คู่กัน เพราะเป็นข้อห้ามของการสมรสที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง และเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงตกเป็น โฆษะตามมาตรา 150¹⁸⁸

ส่วนกรณีของคนเสมือนไร้ความสามารถกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ให้เป็นข้อห้ามของการสมรสอาจจะเป็นเพราะว่าอาการหรือพฤติกรรมของคนเสมือนไร้ความสามารถนั้นไม่หนักหนามากนัก เช่นกายพิการหรือมีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือประพฤตีสุรุ่ยสุร่ายเสเพลเป็นอาชญา หรือติดสุรายาเมา ซึ่งไม่เหมือนกับอาการหรือพฤติกรรมของคนไร้ความสามารถชายหญิงคู่หมั้นที่จะทำการหมั้นกันนั้น อาจตัดสินใจได้เองว่าจะรับอาการหรือพฤติกรรมของคู่หมั้นที่จะทำการหมั้นด้วยนั้นได้หรือไม่และจะสามารถใช้ชีวิตร่วมกันในอนาคตได้หรือไม่ หากเกิดปัญหาขึ้นภายหลังได้ทำการหมั้นหรือได้สมรสกันแล้วถือได้ว่าเกิดขึ้นเพราะเคราะห์กรรมที่ตนได้ตัดสินใจเลือกเอง

4) เงื่อนไขในเรื่องเพศที่จะทำการหมั้น

เงื่อนไขในเรื่องเพศที่จะทำการหมั้นนี้แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าคู่หมั้นที่จะเข้าทำสัญญาหมั้นนั้นจะต้องเป็นเพศหญิงกับเพศชาย หรือเพศหญิงกับเพศหญิง หรือเพศชายกับเพศชาย แต่จะสังเกตได้จากบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 1435 วรรคแรก มาตรา 1441 มาตรา 1442 และมาตรา 1443 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวของกฎหมายเนื้อหาจะพูดถึงเฉพาะการหมั้นระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ดังนั้นการที่ชายหรือหญิงนำทรัพย์สินไปมอบให้แก่บุคคลที่เป็นเพศเดียวกัน โดยมีเจตนาว่าจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา กฎหมายไม่ถือว่าเป็นการหมั้น หรือแม้แต่ชายหรือหญิงที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว กฎหมายก็ไม่รับรองให้บุคคลนี้ได้เปลี่ยนเพศเป็นหญิงหรือชาย แต่ยังเป็นเพศชายหรือหญิงตามกำเนิดเช่นเดิม ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ดังนั้นบุคคลดังกล่าวจึงไม่สามารถที่จะหมั้นกับบุคคลเพศเดียวกันได้เช่นกัน เหตุที่คู่หมั้นจะต้องเป็นบุคคลต่างเพศกันเช่นนี้ เนื่องจากสัญญาหมั้นเป็นสัญญาที่นำไปสู่การสมรส ซึ่งกฎหมายได้รับรองเฉพาะการสมรสระหว่างเพศชายกับเพศหญิงเท่านั้น และเมื่อการสมรสเป็นการอยู่กินฉันสามีภริยาตามวิถีทางธรรมชาติของมนุษย์ที่จะต้องมีการร่วมประเวณีเพื่อสืบเผ่าพันธุ์มีลูกมีหลานกันต่อไป ดังนั้นกฎหมายครอบครัวไทยจึงถือว่าการหมั้นและการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันเป็นการขัดกับจุดประสงค์ในการสร้างครอบครัว อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงตกเป็น โฆษะตามมาตรา 150

5) เงื่อนไขในเรื่องความยินยอมของคู่หมั้น

¹⁸⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดย กฎหมายเป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็น โฆษะ”

เงื่อนไขในข้อนี้กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเช่นเดียวกันกับเงื่อนไขในเรื่องความสามารถของบุคคลและเงื่อนไขในเรื่องเพศ แม้ว่าการหมั้นจะเป็นเรื่องส่วนตัวของชายหญิง แต่อาจมีประเพณีของไทยแต่ดั้งเดิมที่บิดามารดาหรือผู้หลักผู้ใหญ่จะเข้ามาจัดการเรื่องการหมั้นหรือการสมรสให้กับบุตรหลาน กฎหมายไทยจึงเปิดโอกาสให้บุคคลอื่นนอกจากตัวคู่หมั้นเข้ามาเป็นคู่สัญญาในการหมั้นได้ ดังจะเห็นได้จากที่กฎหมายใช้คำว่า “ฝ่ายชาย” “ฝ่ายหญิง” ตามบทบัญญัติในมาตรา 1437 หรือที่กฎหมายใช้คำว่า “ฝ่ายใด” “ฝ่ายหนึ่ง” ตามบทบัญญัติในมาตรา 1439 ดังนั้นคำว่า “ฝ่าย” ในที่นี้มีได้จำกัดแต่เฉพาะตัวชายหรือหญิงที่หมั้นกันเท่านั้น แต่ยังคงหมายความรวมถึงบุคคลอื่นๆ ที่มีความสัมพันธ์กับชายหรือหญิงที่อาจเป็นผู้ทำสัญญาหมั้นและจัดการการสมรสให้ บทบัญญัติในเรื่องนี้ที่เห็นได้ชัดเจนที่สุด คือ มาตรา 1440(2) ที่กำหนดให้บิดามารดาและผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดา สามารถเรียกค่าทดแทนความเสียหายเนื่องในการเตรียมการสมรสได้ แต่ถ้าหากบิดามารดาหรือผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดา ได้จัดการหมั้น โดยปราศจากความยินยอมของชายหรือหญิงแล้ว จะมีผลทางกฎหมายเป็นอย่างใดนั้นมีความเห็นของนักกฎหมายแตกต่างกันแยกออกเป็น 2 ฝ่าย ดังนี้¹⁸⁹

ฝ่ายแรกเห็นว่า การหมั้นเป็นการทำสัญญาว่าชายหญิงจะสมรสกัน จึงต้องเป็นการแสดงความประสงค์โดยชายและหญิงเอง ที่จะต้องยินยอมในการทำสัญญาหมั้น หากปราศจากความยินยอมของชายและหญิงก็ไม่มีผลเป็นการหมั้นเพราะขาดคู่สัญญา

ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. รัตนา เอกบุตร มีความเห็นในเรื่องนี้ว่า “หากชายหญิงมิได้ยินยอมในการหมั้น สัญญาหมั้นไม่เกิด เพราะการหมั้นเป็นการตกลงให้ชายหญิงสมรสกันตามกฎหมาย เมื่อชายหญิงมิได้ยินยอมหมั้น ย่อมแสดงอย่างชัดเจนว่าชายหญิงมิได้ต้องการสมรสกันและเมื่อพิจารณาจากรรคแรกของมาตรา 1437 ซึ่งบัญญัติว่า “การหมั้นจะสมบูรณ์เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น” จึงเห็นได้ว่า การหมั้นจะเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อหญิงได้รับของหมั้นจากฝ่ายชาย หากหญิงมิได้ยินยอมรับของหมั้น สัญญาหมั้นย่อมเกิดขึ้นไม่ได้”¹⁹⁰

ฝ่ายที่สองเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากชายและหญิง เพียงความยินยอมของชายหรือหญิงฝ่ายเดียวก็เกิดเป็นสัญญาหมั้นแล้ว

ท่านศาสตราจารย์พิเศษประสพสุข บุญเดช อธิบายว่า “ในกรณีที่ผู้ใหญ่ฝ่ายชายและผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงทำสัญญาหมั้นกัน โดยได้รับความยินยอมจากเฉพาะตัวชายหรือตัวหญิงที่จะเป็นคู่หมั้นฝ่ายเดียว เช่น ผู้ใหญ่ฝ่ายชายและผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงทำสัญญาหมั้น โดยชายที่เป็นคู่หมั้น

¹⁸⁹ ชาดิชาช อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 74-75

¹⁹⁰ รัตนา เอกบุตร คำอธิบายกฎหมายครอบครัว: การหมั้น หน้า 9

ฝ่ายเดียวยินยอม แต่หญิงที่เป็นคู่หมั้นไม่ยินยอมด้วยเช่นนี้ สัญญาหมั้นเกิดขึ้นได้ โดยมีผู้ใหญ่ฝ่ายชายและผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงรวมทั้งชายคู่หมั้นที่ให้ความยินยอมผูกพันเป็นสัญญาหมั้น ส่วนหญิงคู่หมั้นที่ไม่ยินยอมไม่ต้องผูกพันในสัญญาหมั้นดังกล่าวจะนั้น การที่หญิงมิได้สมัครใจยินยอมด้วยในการที่บิดาของตนรับหมั้นไว้กับชาย เมื่อหญิงนั้นตามชายอื่นไป หญิงและชายอื่นนั้นหาต้องรับผิดชอบค่าทดแทนให้แก่ชายคู่หมั้นไม่”¹⁹¹ ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาในกรณีนี้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 629/2480 ศาลวินิจฉัยว่า “หญิงมิได้สมัครใจยินยอมด้วยในกรณีที่บิดามารดาของตนรับหมั้นไว้กับชาย เมื่อหญิงตามชายอื่นไปหญิงและชายนั้นไม่ต้องรับผิดชอบ”¹⁹²

สำหรับผู้เขียนเห็นพ้องกับความเห็นฝ่ายแรก ทั้งนี้เพราะการหมั้นได้ก่อให้เกิดสถานะของบุคคลเป็นการเฉพาะตัวเช่นเดียวกับการสมรส ดังนั้นตัวชายและหญิงจึงต้องยินยอมในการหมั้นด้วยกันทั้งสอง หากชายและหญิงมิได้ยินยอม การหมั้นนั้นไม่เกิดขึ้นตามหลักกฎหมายทั่วไป ข้อตกลงที่บิดามารดาหรือผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาของชายหรือหญิงที่ได้กระทำกับอีกฝ่ายหนึ่ง จึงไม่ผูกพันให้ชายหรือหญิงที่มีได้ยินยอมในการหมั้นนั้นต้องรับผิดชอบ แต่บิดามารดาหรือผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาของชายหรือหญิงจะต้องรับผิดชอบแก่อีกฝ่ายหนึ่งตามมูลหนี้สัญญาทั่วไป เมื่อชายและหญิงได้ยินยอมในการหมั้นแล้ว บิดามารดาหรือผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาฝ่ายชายและฝ่ายหญิง จึงสามารถทำการหมั้นแทนชายและหญิงได้ ผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาฝ่ายชายก็สามารถส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงได้ตามความในมาตรา 1437 หรือบิดามารดาหรือผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาของหญิงก็สามารถรับของหมั้นที่ฝ่ายชายจะส่งมอบหรือโอนให้แก่หญิงได้ในฐานะที่เป็นตัวแทนของหญิง มิใช่ในฐานะฝ่ายหญิงซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 1437 ที่กำหนดให้ฝ่ายชายจะต้องส่งมอบหรือโอนของหมั้นให้แก่หญิง ประกอบกับบทบัญญัติในมาตรา 1441 ซึ่งใช้คำว่า “คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งตาย...อีกฝ่ายหนึ่งจะเรียก...” นั่นก็หมายความว่าถ้าชายหรือหญิงคู่หมั้นตาย ชายหรือหญิงคู่หมั้นที่ยังมีชีวิตอยู่จะเรียกค่าทดแทนไม่ได้ เพราะฉะนั้นคำว่า “ฝ่ายหนึ่ง” ตามความหมายของมาตรา 1441 จึงไม่ได้หมายความว่าถึงบิดามารดา หรือผู้ปกครองของชายหรือหญิงคู่หมั้น แต่หมายถึงตัวของชายหญิงคู่หมั้น โดยเฉพาะ เพราะหากบิดามารดา หรือผู้ปกครองของชายหรือหญิงคู่หมั้นได้ถึงแก่ความตาย การหมั้นระหว่างชายหญิงก็ยังคงดำเนินการต่อไปได้ แต่ถ้าหากว่าชายหรือหญิงคู่หมั้นตายการหมั้นก็สิ้นสุดลง ดังนั้นความยินยอมของชายและหญิงจึงเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้การหมั้นเกิดขึ้น บิดามารดาหรือผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาเป็นเพียงผู้กระทำการแทน

¹⁹¹ ประสพสุข บุญเดช คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว 2550 หน้า 64-65

¹⁹² ชชาติชัช อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 74-75

เท่านั้น อีกทั้งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1198/2492¹⁹³ ศาลวินิจฉัยว่า“การหมั้นเป็นประเพณีมาแต่ดั้งเดิม และในสมัยก่อน โดยปกติชายหาได้ทำการหมั้นหญิงด้วยตนเองไม่ ผู้ใหญ่ฝ่ายชายไปทำการหมั้น กับผู้ใหญ่ฝ่ายหญิง คือ ต่างฝ่ายต่างทำการแทนตัวชายและหญิง” การที่ผู้เขียนมีความเห็นเป็นเช่นนี้ เนื่องจากประเพณีการหมั้นที่ถือปฏิบัติมาแต่เดิมซึ่ง โดยปกติชายและหญิงมักจะไม่ได้ทำการหมั้น ด้วยตนเอง แต่ผู้ใหญ่ของทั้งสองฝ่ายมักจะทำการแทนชายและหญิงคู่หมั้นนั่นเอง

2.1.2 แบบของการหมั้น

แบบของการหมั้นที่กฎหมายได้กำหนดไว้ในปัจจุบัน เพื่อให้เกิดความ สมบูรณ์แห่งการหมั้นมีลักษณะเดียว คือ การหมั้นจะต้องมีของหมั้นมีจะนั้นจะกลายเป็นการหมั้น ที่ไม่สมบูรณ์ไม่สามารถที่จะเรียกค่าทดแทนหากเกิดกรณีผิดสัญญาหมั้น ได้ เกี่ยวกับแบบของ การหมั้นนี้ มาตรา 1437 ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า “การหมั้นจะสมบูรณ์เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบ หรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิง เพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น” ของหมั้น ที่ฝ่ายชายจะให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสนั้นจะเป็นทรัพย์สินชนิดใดก็ได้ กฎหมายไม่ได้ จำกัดประเภทของทรัพย์สินที่จะหมั้นไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่กฎหมายก็ได้ให้ความหมายของคำว่า ทรัพย์สินไว้ในมาตรา 138 บัญญัติว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มี รูปปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้” โดยส่วนใหญ่แล้วนิยมให้ทองคำหรือทองรูปพรรณหมั้นกัน หรือ อาจจะเป็นเงินตรา ที่ดิน บ้าน รถยนต์ หรือสิทธิเรียกร้องต่างๆก็ได้ ของหมั้นจะมีมูลค่าหรือราคา มากน้อยเพียงใดก็ได้ กฎหมายไม่ได้กำหนดเอาไว้ฝ่ายชายจะต้องส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นของหมั้น ให้แก่ตัวหญิงมิใช่ให้กับฝ่ายหญิงแต่ผู้ที่จะนำของหมั้นมาให้แก่หญิงนั้นในดับทกฎหมายใช้คำว่า “ฝ่ายชาย” ดังนั้นอาจหมายถึงตัวชายคู่หมั้น บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม ผู้ปกครอง หรือบุคคล อื่นผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาตามมาตรา 1440(2) และการส่งมอบทรัพย์สินนั้นจะต้อง ส่งมอบในขณะที่ทำการหมั้น หากนำมามอบให้กันภายหลังกฎหมายไม่ถือว่าเป็นของหมั้น การ หมั้นนั้น ไม่สมบูรณ์ หรือในกรณีที่ชายได้ทำสัญญาคู่หมั้นไว้ให้แก่หญิงเพื่อเป็นของหมั้น สัญญาคู่ จึงไม่ใช่ของหมั้นเพราะสัญญาคู่เป็นเพียงสัญญาที่จะให้ทรัพย์สินที่เป็นของหมั้นในวันข้างหน้า ไม่ได้ส่งมอบให้แก่กันในขณะที่หมั้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1852/2506 ของหมั้นต้องเป็น ทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายได้ให้แก่หญิงแล้ว ถ้าให้ทรัพย์สินไว้ส่วนหนึ่งและสัญญาว่าจะนำมามอบให้ ในวันหลังอีก ก็เป็นของหมั้นเฉพาะส่วนที่ให้ไว้แล้ว ส่วนที่ยังไม่ได้มอบให้ไม่เป็นของหมั้น หญิง จะฟ้องเรียกทรัพย์สินที่ฝ่ายชายสัญญาจะมอบให้อีกนั้นไม่ได้ ถ้าฝ่ายชายได้มอบของหมั้นให้บ้างแล้ว และสัญญาว่าจะนำของหมั้นที่ยังขาดมามอบให้อีก ถ้าหากฝ่ายชายไม่นำมามอบให้ตามที่ตกลงกัน ฝ่ายหญิงจะปฏิเสธ ไม่ยอมสมรส โดยถือว่าฝ่ายชายผิดสัญญาหมั้นก็ได้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่

¹⁹³ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 75

1089/2492 ส่วนทรัพย์สินที่ฝ่ายชายนำมาหมั้นหญิงนั้น จะเป็นกรรมสิทธิ์ของชายคู่หมั้น บิดามารดาญาติพี่น้องของฝ่ายชาย หรือของบุคคลอื่นซึ่งยินยอมให้ชายนำมาใช้เป็นของหมั้นก็ได้ แต่ถ้าหากฝ่ายชายนำทรัพย์สินมาหมั้น โดยที่เจ้าของทรัพย์สินนั้นไม่ยินยอมหรือไม่รู้เห็นหญิงยอมไม่มีสิทธิในของหมั้นนั้น เจ้าของก็มีสิทธิตามเอาทรัพย์สินคืนได้ตามมาตรา 1336¹⁹⁴ แต่หากชายเอาทรัพย์สินของผู้อื่นมาหมั้น โดยเจ้าของทรัพย์สินนั้นให้ยืมไปหมั้นเป็นของหมั้นชั่วคราวของหมั้นนั้นจะตกเป็นสิทธิแก่หญิงในทันที เจ้าของทรัพย์สินไม่มีสิทธิเรียกคืนจากหญิงได้ ในกรณีที่ฝ่ายชายไม่ยอมคืนให้ตามที่ได้ตกลงกันไว้ เจ้าของทรัพย์สินก็ชอบที่จะเรียกร้องเอาจากชายเอง ไม่มีผลกระทบต่อหญิงคู่หมั้น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1198/2492

อนึ่งมีข้อนำพิจารณาว่าของหมั้นเหมาะสมกับสภาพในสังคมปัจจุบันมากน้อยเพียงใดหากย้อนกลับไปดูกฎหมายหมั้นในมาตรา 1436 ของปี พ.ศ. 2478 และกฎหมายการหมั้นในมาตรา 1437 ของปี พ.ศ. 2519 ก็ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าการหมั้นจะต้องมีของหมั้นหรือไม่ทำให้เกิดปัญหาโต้เถียงกันมาโดยตลอดระหว่างนักกฎหมาย จนกระทั่งได้มีการแก้ไขตัวบทกฎหมายในปี พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นมาตราที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้การแก้ไขตัวบทกฎหมายดังกล่าวได้ทำให้เกิดความชัดเจนว่าการหมั้นจะต้องมีของหมั้นไม่เช่นนั้นจะไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย จึงเป็นการตัดปัญหาที่โต้เถียงกันมาเป็นเวลายาวนานนี้ออกไป การที่จะพิจารณาว่าของหมั้นเหมาะสมกับสภาพในสังคมปัจจุบันมากน้อยเพียงใดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อมีการผิดสัญญาหมั้นหรือบอกเลิกสัญญาหมั้น โดยสภาพทางเพศแล้วปกติหญิงจะเป็นฝ่ายได้รับความเสียหายมากกว่าชาย ของหมั้นจะเป็นหนทางหนึ่งที่จะช่วยคุ้มครองหญิงในเวลาที่ชายผิดสัญญาหมั้นหรือเมื่อหญิงเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาหมั้นเท่ากับว่าของหมั้นเป็นเงินที่จะบรรเทาความเสียหายให้แก่หญิง หากชายทิ้งขว้างไม่ยอมรับกับหญิงของหมั้นจึงเป็นมาตรการคุ้มครองหญิงอย่างหนึ่งที่สอดคล้องกับสภาพสังคมปัจจุบันของหมั้นจึงควรจะเป็นเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของสัญญาหมั้นอย่างหนึ่ง

คุณหญิงพูนพิสมัย ดิศกุล ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ไว้ว่า “เมื่อพูดจากันเรียบร้อยแล้ว ฝ่ายชายก็ให้ผู้ใหญ่นำสินสอดไปหมั้นหญิงเพื่อเป็นการประกันสัญญาว่าจะไม่ทิ้งขว้างหย่าร้าง เพราะฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายเสียเปรียบทั้งทางกายและทางใจ มีความรู้สึกเจ็บอายมากกว่า ดังนั้นการมีเงินกันทิ้งไว้ให้ก็ควรเป็นการสมควรอยู่ในบางกรณีทีผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงบางรายก็

¹⁹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 บัญญัติว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอย และจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

เก็บเงินของหมั้นเป็นของตนเอง โดยอ้างว่าเป็นค่าเลี้ยงดู เป็นเหตุให้อาจถูกกล่าวว่าเป็นการขายตัว อันนี้เป็นความผิดของผู้ใหญ่ที่ไม่ดี หาใช่เป็นเพราะประเพณีไม่ดีไม่¹⁹⁵

กฎหมายบังคับว่าการให้ของหมั้นฝ่ายชายจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อจะทำการสมรสกันตามกฎหมายกับหญิงคู่หมั้น กล่าวคือ การจดทะเบียนสมรสกันตามมาตรา 1457 การให้ของหมั้นเพื่อแต่งงานและอยู่กินกันตามประเพณีกฎหมายไม่ถือว่าทรัพย์สินที่ให้ไว้แก่กันนั้นเป็นของหมั้น เป็นการหมั้นที่ไม่สมบูรณ์ หากเกิดการผิดสัญญาหมั้นขึ้นจะเรียกร้องค่าทดแทนจากกันไม่ได้ โดยปกติการสมรสจะประกอบด้วยการทำพิธีแต่งงานซึ่งเป็นเรื่องของขนบธรรมเนียมประเพณี และการจดทะเบียนสมรส ซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมาย เราตกอยู่ภายใต้กฎของสังคมทั้งสองเรื่องนี้ แต่เรื่องหนึ่งไม่มีสภาพบังคับ ในขณะที่อีกเรื่องหนึ่งมีสภาพบังคับได้เท่าที่กฎหมายกำหนดไว้

ส่วนเรื่องของสินสอดไม่ใช่องค์ประกอบหรือเงื่อนไขของสัญญาหมั้น การหมั้นโดยปราศจากสินสอดจึงเป็นการหมั้นที่มีความสมบูรณ์ มาตรา 1437 วรรคสามได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องของสินสอดไว้ว่า “สินสอดเป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงแล้วแต่กรณี เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส ถ้าไม่มีการสมรสโดยมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิง หรือโดยมีพฤติการณ์ซึ่งฝ่ายหญิงต้องรับผิดชอบ ทำให้ชายไม่สมควรหรือไม่อาจสมรสกับหญิงนั้น ฝ่ายชายเรียกสินสอดคืนได้” ดังนั้นทรัพย์สินที่ฝ่ายชายนำมามอบให้เป็นสินสอดจะเป็นทรัพย์สินชนิดใดก็ได้ กฎหมายไม่ได้กำหนดประเภทของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นสินสอดไว้โดยเฉพาะเจาะจง สินสอดจะมีราคามากน้อยเพียงใดก็ได้แต่บิดามารดาหรือบุคคลอื่นผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาจะเรียกร้องเอากับชาย สินสอดไม่จำเป็นต้องส่งมอบในขณะที่ทำการสมรสไม่เหมือนกับของหมั้นที่ต้องส่งมอบให้ในขณะที่หมั้นมิฉะนั้นการหมั้นจะไม่สมบูรณ์ ส่วนสัญญาจะให้สินสอดนั้นทำกันไว้ก่อนสมรสและจะส่งมอบกันเมื่อใดก็ได้แล้วแต่จะตกลงกัน เมื่อกล่าวถึงสินสอดความสำคัญจึงอยู่ที่ข้อตกลงจะให้สินสอดไม่ใช่อยู่ที่การส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นสินสอด แต่เมื่อกล่าวถึงของหมั้นความสำคัญอยู่ที่การส่งมอบทรัพย์สินในขณะที่หมั้นเพราะถ้าไม่มีการส่งมอบก็ไม่เป็นของหมั้น หากมีสัญญาสินสอดแล้วต่อมาฝ่ายชายไม่ยอมให้สินสอดตามที่ตกลงกันไว้ ฝ่ายหญิงย่อมฟ้องเรียกเอาสินสอดได้ หรือการให้สินสอดโดยทำสัญญาไว้ให้แก่กันก็สามารถที่จะฟ้องกันตามกฎหมายได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2237/2519 “จำเลยคู่ขอบุตรสาว โจทก์ให้สมรสกับบุตรชายของจำเลยโดยไม่คำนึงถึงการจดทะเบียนค่าสินสอดชำระให้ในวันแต่งงานบางส่วน ที่ขาดอยู่นั้นได้ทำสัญญาทำให้โจทก์ไว้ บุตรโจทก์จำเลยอยู่กินด้วยกัน 1 ปีแล้วได้เลิกร้างกันไป แม้เงินที่ลงไว้ในสัญญาจะไม่ใช้สินสอด

¹⁹⁵ พจนานุกรม คติคุณ ประเพณีไทย พระนคร โรงพิมพ์ศรีหงส์ 2491 หน้า 34

ตามความหมายของมาตรา 1436 แต่จำเลยได้ตกลงให้เงินตอบแทนแก่โจทก์ในการที่บุตรสาวของโจทก์จะแต่งงานอยู่กับบุตรชายของจำเลยโดยทำสัญญาคู่ไว้ไว้ จำเลยต้องชำระเงินตามสัญญาคู่ ต่างจากการหมั้นหากไม่มีการส่งมอบของหมั้นในขณะที่หมั้นหญิงจะฟ้องร้องเรียกเอาของหมั้นไม่ได้”

สินสอดจึงเป็นทรัพย์สินที่ให้เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรสกับชาย ถ้อยคำในคำฟ้องอาจจะไม่ตรงกับที่เข้าใจกันตามประเพณีว่าสินสอดมีลักษณะเป็นค่าที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองได้เลี้ยงดูตัวหญิงมาจนกระทั่งได้มีโอกาสมาสมรสกับชาย แต่ในคำฟ้องกฎหมายชวนให้เข้าใจได้ว่าสินสอดมีลักษณะเป็นค่าที่ตอบแทนการที่หญิงยอมสมรสด้วย ควรจะให้สินสอดแก่หญิงมากกว่าไม่ใช่ให้แก่บิดามารดาหรือผู้ปกครอง

ส่วนการคืนของหมั้นหรือสินสอดจะต้องพิจารณาถึงประเภทของทรัพย์สินที่เรียกคืนว่าเป็นเงินตราหรือทรัพย์สินอื่น ความสุจริตหรือทุจริตในขณะที่ถูกเรียกคืนอันมีผลทำให้ฝ่ายหญิงอ้างเอาประโยชน์จากดอกผลรวมทั้งความเสียหายบุบสลายมาเป็นข้อโต้แย้งไม่คืนแก่ฝ่ายชายจากเหตุแห่งความสุจริตหรือทุจริตนั้นได้ ประกอบกับหากทรัพย์สินที่เรียกคืนเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายชายมากกว่าขณะที่ให้แก่ฝ่ายหญิง ฝ่ายชายต้องมีหน้าที่อย่างไรบ้างเป็นการตอบแทนที่ฝ่ายหญิงคืนทรัพย์สินให้ กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคืนของหมั้นหรือสินสอดไว้ใน มาตรา 1437 วรรคสี่ว่า “ถ้าจะต้องคืนของหมั้นหรือสินสอดตามหมวดนี้ให้นำบทบัญญัติ มาตรา 412 ถึง มาตรา 418 แห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม” เป็นที่น่าสังเกตว่า มาตรา 1437 วรรคสี่ การคืนของหมั้นหรือสินสอดให้นำบทบัญญัติ ว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับ แต่มิได้นำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอายุความในการเรียกคืนตาม มาตรา 419 ว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับ อาจจะเป็นเพราะว่ากฎหมายได้กำหนดอายุความเกี่ยวกับการเรียกคืนของหมั้นไว้โดยเฉพาะแล้วใน มาตรา 1447/2 แต่มาตราดังกล่าวนี้ก็ไม่ได้กำหนดอายุความเกี่ยวกับการเรียกคืนสินสอดไว้ จึงต้องนำหลักทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องอายุความมาใช้บังคับในการเรียกคืนสินสอด คือ มีอายุความ 10 ปี ตาม มาตรา 193/30 นับแต่วันที่อาจใช้สิทธิเรียกร้องได้

2.1.3 ผลของการหมั้น

เมื่อการหมั้นได้ทำถูกต้องตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้สัญญาหมั้นก็มีผลสมบูรณ์คู่สัญญาหมั้นแต่ละฝ่ายต่างมีความผูกพันตามสัญญาหมั้นในอันที่จะต้องทำการสมรส เป็นสามีภรรยาตามกฎหมายต่อไป โดยปกติเมื่อมีการหมั้นแล้วมักจะไม่มีกำหนดวันที่จะสมรสแน่นอนตายตัว เพราะหากกำหนดระยะเวลาไว้เช่นนั้น เมื่อถึงเวลาเกิดมีปัญหขึ้นกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำให้ไม่สามารถที่จะทำการสมรสได้ ตามกฎหมายถือว่าฝ่ายที่ไม่ยอมสมรสนั้นผิดสัญญาหมั้น อย่างไรก็ตามถ้ามิได้กำหนดเวลาทำการสมรสกันไว้ก็ต้องถือว่าคู่สัญญาจะต้องมาทำการ

สมรสกันในเวลาอันสมควรหลังจากที่ได้หมั้นหมายไว้แล้วหรือภายหลังจากที่ได้มีการทวงถาม หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธการสมรสโดยไม่มีเหตุอันควรจะอ้างได้ ฝ่ายนั้นจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา หมั้น คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งจะฟ้องร้องฝ่ายที่ผิดสัญญาหมั้นให้ทำการสมรสกับตนไม่ได้เด็ดขาด เพราะสภาพแห่งสัญญาไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้ จึงไม่สามารถที่จะบังคับโดยเฉพาะเจาะจงได้ หรือ แม้แต่สัญญาทั่วไปหากสภาพแห่งสัญญาไม่ได้เปิดช่องให้ทำได้ก็ไม่สามารถที่จะฟ้องร้องบังคับให้ ปฏิบัติตามสัญญาได้ (มาตรา 213 วรรคแรก ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้อง ขอตศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้)

นอกเหนือจากการหมั้นจะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งทำการ สมรสด้วยได้แล้ว เพื่อเป็นการป้องกันการสมรสที่เกิดจากความไม่สมัครใจ เนื่องจากกฎหมายเกรงว่าจะมีการตกลงให้เบียดเบียนสูงเกินไป แล้วทำให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาหมั้นตกอยู่ในภาวะที่ต้องจำใจ ยอมสมรสด้วยทั้งนี้เพื่อมิให้ตนต้องจ่ายเบียดเบียนให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งตามที่ได้ตกลงกันไว้ ดังนั้น กรณี ที่ชายหญิงมีข้อตกลงไว้ระหว่างกันว่าหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาหมั้นไม่ยอมสมรสกับอีกฝ่าย ฝ่ายที่ผิดสัญญาหมั้นนั้นยินยอมจะให้เบียดเบียน บัญญัติไว้ว่าข้อตกลงในการให้เบียดเบียน นั้นเป็นโมฆะตามมาตรา 1438 “การหมั้นไม่เป็นเหตุที่จะร้องขอให้ศาลบังคับให้สมรสได้ ถ้าได้มี ข้อตกลงกันไว้ว่าจะให้เบียดเบียนเมื่อผิดสัญญาหมั้นข้อตกลงนั้น เป็น โมฆะ”

2.2 ค่าทดแทนในเรื่องการหมั้น

เมื่อชายหญิงได้ทำการหมั้นกันและการหมั้นนั้นมีผลสมบูรณ์ตามที่กฎหมาย รับรองแล้ว ถ้าคู่หมั้นฝ่ายใดผิดสัญญาหมั้นคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาหมั้นรับ ผิดใช้ค่าทดแทน และค่าทดแทนที่จะเรียกจากกันได้นั้นจะต้องเป็นค่าทดแทนความเสียหายหากไม่ มีความเสียหายจะเรียกค่าทดแทนต่อกันไม่ได้ ดังนั้น การฟ้องเรียกค่าทดแทน คู่หมั้นที่ถูกปฏิเสธ การสมรสหรือคู่หมั้นที่บอกเลิกสัญญาหมั้นจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นให้ได้ว่าตนเสียหายอย่างไร บ้าง ประกอบกับการหมั้นนั้นจะต้องเป็นการหมั้นที่สมบูรณ์ตามกฎหมายด้วยกล่าวคือ จะต้องเป็น การหมั้นของชายและหญิงที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ถ้าคู่หมั้นเป็นผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอม จากผู้ปกครองตามมาตรา 1436 เสียก่อน ฝ่ายชายจะต้องมีของหมั้นไปมอบไว้ให้แก่หญิงในขณะ หมั้นตามมาตรา 1437 โดยชายและหญิงคู่หมั้นเป็นผู้ให้ความยินยอมสมัครใจในการหมั้นนั้น และ คู่หมั้นทั้งสองฝ่ายจะต้องมีเจตนาที่จะสมรสกันตามกฎหมาย แม้เจตนาที่จะสมรสกันตามกฎหมายนี้ คู่หมั้นทั้งสองฝ่ายจะไม่ได้พูดคุยตกลงกันในระหว่างหมั้น แต่โดยพฤติการณ์แล้วคู่หมั้นมีเจตนา ที่จะสมรสกันตามกฎหมาย เช่น ได้มีการจัดพิธีแต่งงาน มีการเชิญแขกมาร่วมพิธีแต่งงาน มีการ ปรับปรุงที่อยู่อาศัยเพื่อใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันภายหลังจากแต่งงาน ส่วนเรื่องการจดทะเบียนสมรสนั้น อาจจะเป็นเรื่องที่กระทำภายหลังจากการจัดพิธีแต่งงานกันตามประเพณีก็ได้ พฤติการณ์ที่คู่หมั้น

ทั้งสองฝ่ายแสดงออกต่อกันเหล่านี้ ย่อมเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการทำให้เป็นการหมั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายซึ่งถ้าไม่มีการหมั้นตามกฎหมาย คู่หมั้นก็ไม่อาจที่จะฟ้องเรียกค่าทดแทนจากกันได้ เพราะอยู่นอกขอบเขตที่กฎหมายรับรอง

ส่วนการปฏิเสธการสมรสโดยมีเหตุอันสมควร ไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญาหมั้นเป็นเพียงแค่การบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 และมาตรา 1443 เท่านั้นฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญาหมั้นจะเรียกค่าทดแทนจากฝ่ายที่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่ได้ เพราะถือว่ามีเหตุสำคัญอันเกิดขึ้นแก่ฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญาทำให้ฝ่ายที่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาไม่สมควรสมรสด้วยการที่คู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นแม้จะมีผลเท่ากับเป็นการปฏิเสธการสมรสก็มีใช่การผิดสัญญาหมั้น แต่อาจเป็นวิธีการที่ทำให้การหมั้นสิ้นสุดลง แม้การบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 และมาตรา 1443 นั้นจะทำให้ชายหญิงคู่หมั้นไม่สามารถเรียกค่าทดแทนต่อกันได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นของกฎหมายไว้ในมาตรา 1444 ว่าถึงแม้อีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ผิดสัญญาหมั้นแต่ถ้าพฤติการณ์ที่คู่หมั้นฝ่ายนั้นได้กระทำเป็นการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงต่อคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ก็ให้คู่หมั้นผู้กระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนเสมือนเป็นผู้ผิดสัญญาหมั้นได้เช่นกัน หากคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งได้บอกเลิกสัญญาหมั้นแล้ว จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นว่า การผิดสัญญาหมั้นกับการบอกเลิกสัญญาหมั้นมีลักษณะที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ดังนั้น การนำ “เหตุแห่งการปฏิเสธการสมรส” มาประกอบการพิจารณาจึงมีความสำคัญอย่างมากในการตัดสินว่ากรณีใดเป็นการผิดสัญญาหมั้นกรณีใดเป็นการบอกเลิกสัญญาหมั้นที่ผู้เขียนพยายามอธิบายถึงความแตกต่างระหว่างการผิดสัญญาหมั้นกับการบอกเลิกสัญญาหมั้นนั้นก็เพราะทั้งสองกรณีมีผลนำไปสู่การเรียกค่าทดแทนในลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงการเรียกค่าทดแทนโดยละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.1 ค่าทดแทนกรณีผิดสัญญาหมั้น

คำว่า “ผิดสัญญาหมั้น” ในที่นี้หมายความว่า เมื่อชายและหญิงทำสัญญาหมั้นกันแล้วการที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นปฏิเสธการสมรสโดยไม่มีเหตุอันสมควรที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย เช่น หากมีการหมั้นแล้วตกลงกันว่าจะสมรสกันภายในเวลาที่กำหนด เมื่อถึงเวลาที่กำหนดชายหรือหญิงคู่หมั้นได้ปฏิเสธการสมรสโดยไม่มีเหตุอันสมควรที่จะอ้างได้ หรือการที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นได้ไปทำการสมรสกับบุคคลอื่น ถือว่าฝ่ายที่ปฏิเสธการสมรสเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น สำหรับสัญญาหมั้นที่ไม่ได้กำหนดวันเวลาที่จะทำการสมรสไว้ ถือว่าสัญญาหมั้นดังกล่าวมีข้อตกลงกันว่าจะทำการสมรสกันในเวลาอันควรหรือจะทำการสมรสกันเมื่อคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มีการทวงถาม คู่หมั้นฝ่ายที่ไม่ยอมสมรสจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิเสธการสมรสสามารถเรียกค่าทดแทนจากคู่หมั้นฝ่ายที่ผิดสัญญาหมั้นได้ ซึ่งแตกต่างกับกรณีการ

ปฏิเสธการสมรสโดยมีเหตุอันสมควร ไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญาหมั้นเป็นเพียงแต่การบอกเลิกสัญญาหมั้นเท่านั้น

การเรียกค่าทดแทนเนื่องจากการผิดสัญญาหมั้นหรือผิดข้อตกลงเกี่ยวกับการสมรส นั้นกฎหมายบัญญัติไว้เป็นกรณีพิเศษตามมาตรา 1439 ว่า “เมื่อมีการหมั้นแล้ว ถ้าฝ่ายใดผิดสัญญาหมั้นอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกให้รับผิดใช้ค่าทดแทน ในกรณีที่ฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้นให้คืนของหมั้นแก่ฝ่ายชายด้วย” จะเห็นว่ากฎหมายบังคับให้เรียกค่าทดแทนได้เฉพาะกรณีที่มีการหมั้นเท่านั้น ฉะนั้นหากชายและหญิงตกลงกันว่าจะทำการสมรสหรือจดทะเบียนสมรสกันโดยไม่มีการหมั้นแล้ว แม้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงอีกฝ่ายหนึ่งก็เรียกค่าทดแทนไม่ได้¹⁹⁶ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1971/2517) และไม่มีบทมาตราใดบัญญัติว่าในกรณีที่ไม่มีการหมั้น หากฝ่ายใดผิดสัญญาจะสมรสให้ฝ่ายนั้นรับผิดใช้ค่าทดแทนอย่างเช่นกรณีที่มีการหมั้น ฉะนั้นเมื่อโจทก์และจำเลยตกลงกันว่าจะสมรสหรือจดทะเบียนสมรสโดยไม่มีการหมั้น จึงอยู่นอกขอบเขตที่กฎหมายรับรอง แม้จำเลยไม่ปฏิบัติตามที่ตกลงกันไว้ โจทก์ก็ไม่มีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากจำเลยได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2532) ดังนั้นค่าทดแทนกรณีผิดสัญญาหมั้นจะเรียกได้ก็ต่อเมื่อมีการหมั้นแล้วเท่านั้น สำหรับค่าทดแทนที่จะเรียกกัน ได้ก็เฉพาะแต่กรณีที่อยู่ในขอบเขตที่กฎหมายรับรองไว้ โดยกำหนดรายละเอียดของค่าทดแทนไว้ในมาตรา 1440 เท่านั้น ซึ่งก็หมายความว่า การเรียกค่าทดแทนดังกล่าวมีต้นเหตุมาจากการผิดสัญญาหมั้นตามมาตรา 1439 นั่นเอง ส่วนค่าทดแทนอย่างอื่นที่อยู่นอกเหนือขอบเขตที่กฎหมายรับรองนั้น ไม่อาจที่จะเรียกเอาจากกันได้ กล่าวคือ ค่าทดแทนที่จะเรียกได้ตามที่กฎหมายรับรองจึงเป็นค่าทดแทนในกรณีดังต่อไปนี้

1) ค่าทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงแห่งชายหรือหญิงค่าทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงแห่งชายหรือหญิงตามมาตรา 1440 (1) นี้ถือว่าเป็นข้อยกเว้นจากการผิดสัญญาต่างๆ ไป ซึ่งสัญญาต่างๆ ไปนั้นกฎหมายไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาเรียกร้องค่าเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงได้ แต่ในกรณีการผิดสัญญาหมั้น ตามมาตรา 1440(1) ได้กำหนดให้เรียกจากกันได้ เพราะสัญญาหมั้นมีลักษณะพิเศษที่มีผลเกี่ยวโยงอันอาจเกิดความเสียหายต่อร่างกายหรือชื่อเสียงของอีกฝ่ายหนึ่งได้¹⁹⁷ เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับจิตใจของมนุษย์ กฎหมายจึงต้องบัญญัติเป็นข้อยกเว้นให้เรียกเอาค่าทดแทนจากกันได้

¹⁹⁶ ประสพสุข บุญเดช คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว 2550 หน้า 81-82

¹⁹⁷ โชค จารุจินดา คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร

สำหรับค่าทดแทนความเสียหายต่อภยานั้น ท่านอาจารย์ประสพสุข บุญเดช ได้ให้ความหมายไว้ว่า “ความเสียหายต่อภยาน หมายถึง การที่หญิงคู่หมั้นถูกชายคู่หมั้น กอดจูบลูบคลำล่วงเกินทางชู้สาว เช่น หญิงคู่หมั้นถูกชายคู่หมั้นร่วมประเวณี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2626/2518) หรือหญิงคู่หมั้นได้เข้าพิธีแต่งงานและไปอยู่กินกับชายคู่หมั้นแล้ว ชายไม่ยอม จดทะเบียนสมรสกับหญิง(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 982/2518) นั่นถือว่าเป็นความเสียหายต่อภยานของ หญิงคู่หมั้นที่ชายคู่หมั้นต้องชดเชยค่าทดแทนให้”¹⁹⁸ หากชายและหญิงได้ทำการหมั้นกันโดยถูกต้อง ตามประเพณีและตามกฎหมายแล้วถือว่าเป็นเรื่องธรรมดาของคู่หมั้นที่จะต้องมีการใกล้ชิด สนิทสนมกัน มีกิจกรรมที่ต้องทำร่วมกันสองต่อสอง มีการถูกเนื้อต้องตัวกันตั้งแต่อย่างน้อยที่สุดจนถึง มากที่สุด ตามธรรมชาติของมนุษย์เมื่อเกิดความรักก็ย่อมมีใจคิดถึงกัน อยากเห็นหน้ากัน อยาก พูจากัน อยากอยู่ใกล้ชิดกับคนรักและเมื่อได้อยู่ใกล้กันแล้วก็มักจะอดใจไม่ไหวที่จะแสดงออกถึง ความรักที่มีต่อกันน้อยบ้างมากบ้างอาจจะเลยเถิดไปถึงขั้นของการเสียตัวของหญิงก็มีหรือหากมีการ หมั้นกันไปนานๆ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะได้รับความเสียหายไปแล้วในระหว่างการหมั้น โดยเฉพาะ หญิงนั้นอาจจะได้เสียตัวให้แก่ชายคู่หมั้น เนื่องจากหญิงมั่นใจว่าได้ปรับเปลี่ยนสถานะมาเป็น คู่หมั้นกันแล้ว การยับยั้งชั่งใจที่จะรักษาวลสงวนตัวกับชายจึงลดน้อยลงเพราะคิดว่าการเสียตัวให้กับ ชายที่ตนจะได้แต่งงานด้วยอยู่แล้วคงไม่เสียหายอะไร อันเป็นการคาดหวังของหญิงเกี่ยวกับการ สมรสที่จะมีขึ้นในอนาคต หรือแม้กระทั่งในสภาพสังคมปัจจุบันนี้ชายและหญิงบางคู่อาจมีการ เสียตัวให้แก่กันก่อนที่จะทำการหมั้นเสียด้วยซ้ำไป เมื่อตกลงหมั้นกันแล้วการมีความสัมพันธ์ ทางเพศระหว่างคู่หมั้นจึงเกิดขึ้นได้เกือบตลอดเวลา กฎหมายได้สังเกตเห็นถึงธรรมชาติของมนุษย์ ในเรื่องนี้ จึงได้บัญญัติให้เรียกค่าทดแทนความเสียหายต่อภยานได้ อีกทั้งการที่หญิงได้เสียตัวให้กับ ชายคู่หมั้นแล้ว หญิงจะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิดไม่ได้เพราะเป็นเรื่องที่หญิงยินยอม สมครใจ (คำพิพากษาศาลฎีกา 1971/2517) กฎหมายจึงได้กำหนดเรียกค่าทดแทนในกรณีนี้ไว้เป็น พิเศษ แม้ว่าในปัจจุบันค่านิยมเรื่องการเสียตัวของหญิงจะได้เสื่อมคลายลงไปมากแล้ว แต่คนส่วน ใหญ่ในสังคมก็ยังคงมองว่าหญิงยอมอยู่ในฐานะที่เสียหายมากกว่าชายเพราะหญิงเป็นฝ่ายที่มี โอกาสตั้งครรรภ์ หญิงต้องรับผิดชอบและแก้ปัญหาเรื่องต่างๆที่เกิดขึ้นตามมาภายหลังจากที่ได้เสีย ตัวให้กับชายคู่หมั้นเมื่อชายคู่หมั้นได้ผิดสัญญาหมั้น ดังเช่นตัวอย่างคำพิพากษาในเรื่องนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2519 จำเลยได้หมั้นโจทก์และกำหนด จะแต่งงานกันหลังจากโจทก์ไว้ทุกข์ให้บิดาโจทก์แล้ว 3 ปี ระหว่างนั้นโจทก์ตั้งครรรภ์กับจำเลย จำเลยแนะนำให้ทำแท้งเมื่อโจทก์ทำแท้งแล้วเกิดป่วยหนัก จำเลยกลับหลบหน้าไปแต่งงานกับหญิง อื่น โจทก์ได้รับความเสียหายทางร่างกาย ชื่อเสียง และต้องเจ็บป่วยเสียเงินค่ารักษาโดยจำเลยมิได้

¹⁹⁸ ประสพสุข บุญเดช คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว 2550 หน้า 85

สนใจเมื่อหายป่วยแล้ว ผู้ที่ทราบเรื่องไม่มีผู้ใดประสงค์จะแต่งงานกับโจทก์อีกจำเลยจึงต้องใช้ค่าทดแทนความเสียหายดังกล่าวส่วนของหมั้นอันมีราคาเพียงเล็กน้อยนั้นย่อมตกเป็นสิทธิแก่โจทก์ ผู้เสียหายอยู่แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1439 วรรคท้ายจำเลยจะอ้างว่าโจทก์ได้ของหมั้นเป็นการเพียงพอแล้วหาได้ไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 311/2522 ชายผิดสัญญาหมั้นฝ่ายชายคือตัวชายบิดาและมารดาซึ่งไปหมั้นหญิงต้องร่วมกันใช้ค่าทดแทนความเสียหายต่อกาย โดยที่หญิงตกเป็นภริยาชายแม้ด้วยความสมัครใจ ความเสียหายต่อชื่อเสียงและที่ได้เตรียมการสมรสกับชาย

ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับท่านอาจารย์ประสพสุข บุญเดช ว่าความเสียหายต่อกายนั้นน่าจะหมายถึงหญิงคู่หมั้นได้เสียตัวให้แก่ชายคู่หมั้น แต่ถ้าหากชายคู่หมั้นเพียงแต่ถูกเนื้อต้องตัวหรือกอดจูบลูบคลำหญิงคู่หมั้นยังไม่ถึงขั้นเสียตัวให้แก่กัน การกระทำเช่นนั้นจะถือว่าเกิดความเสียหายต่อกายของหญิงคู่หมั้นก็ควรจะเกินสมควรไปที่จะเรียกร้องค่าทดแทน การจับมือถือแขน การกอดคอ หอมแก้มกันนั้นเป็นเรื่องปกติธรรมดาไปแล้วไม่ว่าจะเป็นระหว่างชายหญิงระหว่างเพื่อน ก็มีการกระทำเช่นนั้นอยู่แล้วในสภาพสังคมปัจจุบันนี้ แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่หญิงคู่หมั้นได้ทำร้ายร่างกายของชายคู่หมั้น เช่นการใช้มีดไล่แทงชายคู่หมั้น หรือการเจตนาขับรถชนชายคู่หมั้นจนได้รับบาดเจ็บ ไม่น่าจะถือว่าเป็นความเสียหายต่อกายของชายคู่หมั้นที่จะเรียกเอาค่าทดแทนจากหญิงคู่หมั้นได้ ในกรณีเช่นนี้น่าจะเป็นเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงทำให้ชายคู่หมั้นมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 และมีสิทธิเรียกค่าทดแทนเพราะเหตุจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 1444 มากกว่า

สำหรับค่าทดแทนความเสียหายต่อชื่อเสียงนั้น ท่านอาจารย์ประสพสุข บุญเดช ได้ให้ความหมายไว้ว่า “ความเสียหายต่อชื่อเสียง หมายถึง การที่ชายคู่หมั้นหรือหญิงคู่หมั้นได้รับความอับอายขายหน้า เลื่อมเสียเกียรติยศชื่อเสียง เช่นหญิงคู่หมั้นไม่ยอมสมรสกับชายคู่หมั้นชายคู่หมั้นอาจได้รับความรังเกียจจากหญิงอื่นว่ามีข้อบกพร่องในด้านนิสัยความประพฤติ รวมทั้งได้รับความอับอายขายหน้าต่อเพื่อนฝูง หญิงคู่หมั้นจึงต้องใช้ค่าทดแทนความเสียหายต่อชื่อเสียงนี้ให้แก่ชายคู่หมั้น”¹⁹⁹ ค่าทดแทนความเสียหายต่อชื่อเสียงนั้นอาจเกิดขึ้นได้ทั้งแก่ชายหรือหญิงคู่หมั้นดังเช่นตัวอย่างคำพิพากษาในเรื่องนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3366/2525 จำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น โจทก์ยอมมีสิทธิเรียกให้จำเลยรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนได้ตามมาตรา 1439 และมาตรา 1440 (1) ค่าทดแทนความเสียหายต่อกายและชื่อเสียงของโจทก์นั้น ศาลล่างทั้งสองกำหนดให้โจทก์โดยพิเคราะห์ถึงการศึกษาศาล

¹⁹⁹ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 85

อาชีพและรายได้ของโจทก์ ฐานะของครอบครัวของโจทก์และการที่โจทก์เป็นหญิงมาอยู่กินกับจำเลยจนมีบุตร แต่จำเลยไม่ยอมจดทะเบียนสมรสด้วยโจทก์ต้องได้รับความอับอายเสียชื่อเสียง ทั้งเป็นการยากที่จะสมรสใหม่และตามประเพณีจีนหญิงที่แต่งงาน 2 ครั้ง ถือว่าเป็นเรื่องที่น่าอับอายมากจึงกำหนดค่าเสียหายให้โจทก์เป็นเงิน 200,000 บาท นับว่าเหมาะสมแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5777/2540 การที่โจทก์จำเลยได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาแล้วโจทก์ต้องเลิกร้างจากจำเลยด้วยเหตุที่จำเลยผิดสัญญาหมั้น ย่อมเกิดความเสียหายต่อกายและชื่อเสียงของโจทก์ซึ่งเป็นหญิงในการที่จะทำการสมรสใหม่ โจทก์จึงมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากจำเลยได้ตามมาตรา 1439 และมาตรา 1440 (1)

สรุปว่าค่าทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงตามมาตรา 1440 (1) กฎหมายไม่ระบุเฉพาะว่าคู่หมั้นฝ่ายใดจะเป็นฝ่ายได้รับค่าทดแทน กฎหมายบัญญัติให้คู่หมั้นทั้งสองฝ่ายมีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้เหมือนกัน ทั้งนี้หากคู่หมั้นผู้เป็นโจทก์สามารถนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าตนได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นนั้น แต่ถ้าหากนำสืบแล้วไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าได้รับความเสียหายอย่างไรการกล่าวอ้างลอยๆว่าได้รับความเสียหายยังไม่เพียงพอที่ศาลจะรับฟังได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3868/2531) ทั้งนี้เพราะการที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นผิดสัญญาหมั้นต่อกันหาเป็นผลก่อให้เกิดความเสียหายแก่กายหรือชื่อเสียงของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งเสมอไปไม่ และค่าทดแทนนั้นจำกัดเฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่กายหรือชื่อเสียงเท่านั้น ชายหรือหญิงคู่หมั้นไม่อาจที่จะเรียกค่าทดแทนความเสียหายต่อจิตใจในการที่จะต้องปราศจากคู่สมรสอันทำให้เกิดความผิดหวัง ความอ้างว้างความโศกเศร้าเสียใจหรือความเหงาหงอยได้

2) ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้น บิดามารดา หรือผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาได้ใช้จ่ายหรือต้องตกเป็นลูกหนี้เนื่องในการเตรียมการสมรสโดยสุจริตและตามสมควร

เมื่อชายหญิงได้หมั้นกันแล้วก็ต้องมีการจัดเตรียมการสมรสซึ่งจะต้องมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นหากชายหรือหญิงคู่หมั้นผิดสัญญาหมั้นฝ่ายที่ได้ใช้จ่ายหรือต้องตกเป็นลูกหนี้เนื่องในการเตรียมการสมรสสามารถที่จะเรียกร้องเอาค่าทดแทนความเสียหายในส่วนนี้ได้ตามมาตรา 1440 (2) คำพิพากษาของศาลฎีกาที่เคยวินิจฉัยมาโดยตลอดเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสนั้นสามารถแยกออกได้เป็นสองกรณีคือ

กรณีแรกที่ศาลถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรส คือ ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นที่ชายหรือหญิงคู่หมั้น บิดามารดา หรือผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาได้ใช้จ่ายออกไปเพื่อเตรียมการที่ชายหญิงจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยากัน โดยตรง²⁰⁰ เช่นค่าชุดแต่งงาน

²⁰⁰ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 87

ค่าซ่อมแซมบ้านเพื่อเป็นเรือนหอ ค่าซื้อที่นอน หมอน มุ้ง เครื่องครัว เครื่องใช้ประจำบ้านที่เตรียมไว้ใช้ร่วมกันระหว่างชายหญิงภายหลังจากที่ได้ทำการสมรสแล้ว เหล่านี้จัดได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสโดยตรง ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรส

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1217/2496 จำเลยได้ดำเนินการขอร้องฝ่ายหญิงจนได้มีการเหยียบเรือนตามประเพณีท้องถิ่นแล้ว โดยฝ่ายจำเลยได้นำหมากพลูและผ้าขาวไปเคารพฝ่ายหญิง และได้กำหนดนัดวันทำพิธีสมรสแล้ว เป็นการตกลงโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยการหมั้น และการตกลงทำการสมรสแล้วทุกประการ เมื่อโจทก์เตรียมข้าวของต่างๆ เป็นต้นว่า ที่นอนและหมอนเครื่องแต่งตัวและอาหารสำหรับเลี้ยงผู้ที่มาในวันงาน ถึงวันกำหนดแต่งงาน ฝ่ายจำเลยหาได้มาตามกำหนดไม่คงมีแต่แขกผู้มาร่วมในงานประมาณ 10-20 คน จำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญาจะปฏิเสธไม่รับผิดหาได้ไม่ จำเลยจึงต้องรับผิดใช้ค่าทดแทนสำหรับค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสดังกล่าว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2165/2538 การที่หญิงหมั้นกับชายโดยชอบด้วยกฎหมายและเมื่อแต่งงานตามประเพณีแล้ว หญิงชวนชายไปจดทะเบียนสมรสหลายครั้ง หญิงย่อมต้องการอยู่กับชายโดยชอบด้วยกฎหมาย การที่บิดามารดาและพี่ของชายนั้นไล่หญิงออกจากบ้านหลังจากนั้นชายก็มีได้ กระทำการใดเพื่อให้หญิงกลับมาอยู่กับกันสามีภริยาชายนั้น จึงผิดสัญญาหมั้น หญิงและชายต่างมีฐานะดีในการจัดงานเลี้ยงแต่งงานมีการเชิญแขกประมาณ 600 คน และเลี้ยงโต๊ะจีนการที่หญิงซื้อชุดแต่งงานเพื่อเข้าพิธีจำนวน 4 ชุดเป็นเงิน 28,000 บาท เป็นการใช้จ่ายอันสมควรในการเตรียมการสมรสเรียกค่าทดแทนได้ หญิงซื้อผ้ารับไหว้เพื่อให้ญาติผู้ใหญ่ฝ่ายชายตามประเพณีมิใช่ค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสอันจะเรียกค่าทดแทนได้

กรณีที่สองที่ศาลไม่ถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรส เช่น ค่าใช้จ่ายเลี้ยงดูพระและแขกที่มาร่วมงานในวันสมรส ค่าโต๊ะเก้าอี้รับแขก ค่าหมากพลู ค่าซื้อผ้ารับไหว้ ค่าอาหารและค่าเลี้ยงแขกในวันหมั้นหรือวันแต่งงาน ค่ารถไปหมั้นหรือไปแต่งงาน เพราะเห็นว่าค่าใช้จ่ายเหล่านี้แม้จะมีการจัดงานเลี้ยงฉลองกันเป็นประเพณีใหญ่โตหรือไม่ใหญ่โต หรือจะไม่จัดงานเลี้ยงกันเลยชายหญิงก็สามารถอยู่กับกันเป็นสามีภรรยากันได้²⁰¹ ส่วนค่าใช้จ่ายที่มีใช้ค่าใช้จ่ายเนื่องในการสมรสในกรณีอื่นๆ เช่น เงินที่ฝ่ายชายมอบให้ฝ่ายหญิงเพื่อซื้อบ้านอยู่อาศัย ไม่มีลักษณะเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรส แต่เป็นข้อตกลงนำเอามาเป็นกองทุนเพื่อใช้เป็น

²⁰¹ ไพโรจน์ กัมพูศิริ คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครั 2548 หน้า 65-66

ที่อยู่อาศัยและทำมาหากินระหว่างชายกับหญิงหลังจากแต่งงานกันแล้ว เมื่อไม่มีการจดทะเบียนสมรสฝ่ายหญิงจะต้องคืนเงินจำนวนนี้ให้ฝ่ายชาย²⁰²

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าไม่ใช่ค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรส

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 90/2512 ค่าเลี้ยงดูแขกในวันทำพิธีแต่งงานไม่ใช่เป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสอันจะเรียกค่าทดแทนกันได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2086/2518 ชายผิดสัญญาหมั้น ค่าอาหารเลี้ยงพระและแขกในวันแต่งงานไม่ใช่ค่าใช้จ่ายเนื่องในการสมรส ศาลกำหนดค่าทดแทนค่าเสียหายเกี่ยวกับชื่อเสียง โดยพิเคราะห์ฐานะและสภาพความเป็นอยู่ของหญิง แต่หักจำนวนเงินหมั้นที่ได้รับไว้แล้ว

นอกเหนือจากค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสแล้วกฎหมายยังได้กำหนดให้ฝ่ายที่ต้องตกเป็นลูกหนี้ในการเตรียมการสมรสมีสิทธิเรียกค่าทดแทนความเสียหายที่ตนต้อง“ตกเป็นลูกหนี้” เพราะเหตุแห่งการผิดสัญญาหมั้นของอีกฝ่ายหนึ่งได้ด้วย เช่น หญิงคู่หมั้นตั้งตัวซุกวิว่าไว้แล้วแต่ยังไม่ได้ชำระเงินหรือการไปกู้ยืมเงินจากบุคคลอื่นมาเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรส อย่างไรก็ตามนี้คงกล่าวจะถึงกำหนดชำระแก่เจ้าหนี้แล้วหรือไม่ ไม่ใช่ข้อสำคัญฝ่ายที่ตกเป็นลูกหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกจากฝ่ายที่ผิดสัญญาหมั้นได้²⁰³

ท่านศาสตราจารย์ไพโรจน์ กัมพูสิริ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายเนื่องในการเตรียมการสมรสว่า “ศาลสามารถใช้ดุลพินิจตามวรรคท้ายของมาตรา 1440 เพื่อกำหนดค่าทดแทนให้พอควรได้และยังมีมาตรา 1447 วรรคแรก คอยกำหนดขอบเขตไว้อีก ค่าใช้จ่ายเหล่านี้จึงควรจะเรียกกันได้เพราะตามประเพณีการสมรสค่าใช้จ่ายเหล่านี้ต้องเกิดขึ้นค่อนข้างแน่นอน อย่างเช่น การจัดพิธีเลี้ยงพระและแขกในวันแต่งงาน ถ้าเรียกร้องมาเป็นจำนวนมากไปศาลสามารถปรับจำนวนเงินลงตามที่เห็นสมควรได้ สำหรับค่าขนมวันหมั้น ค่ารถวันหมั้นนั้น ศาลควรกำหนดให้โดยพิจารณาถึงฐานะ ตลอดจนชื่อเสียงของชายและหญิงคู่หมั้นว่าเลี้ยงกันในพิธีสมรสสมควรจะเป็นไปอย่างไร เช่น ชายไปหมั้นหญิงซึ่งอยู่ต่างจังหวัดคาร์ถวันไปหมั้นควรจะเป็นอย่างไร ในวันหมั้นนั้นมีแขกมาร่วมในพิธีหมั้นก็คน ค่าใช้จ่ายที่เสียไปในการรับรองแขกวันนั้นควรจะเป็นเท่าไรจึงจะสมควรแก่ฐานะทางการเงินของฝ่ายที่ต้องเสียไป หากมีการต้องเสียค่าทดแทนศาลก็สามารถกำหนดจำนวนที่ต้องชดใช้ได้ตามควรแก่ฐานะและชื่อเสียงของหญิงที่ได้

²⁰² ชาดิชชา อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 102

²⁰³ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 101

เสียไป เพราะแม้แต่ความเสียหายแก่กาย ศาลยังสามารถกำหนดความเสียหายเป็นตัวเงินให้ได้ (คำพิพากษาฎีกา 3366/2525)²⁰⁴

ท่านศาสตราจารย์สอาด นาวิเจริญ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายเนื่องในการเตรียมการสมรสว่า “ในการชดใช้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวนี้ ข้าพเจ้าเห็นว่าฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบต้องชดใช้เงินที่เขาเสียไปเต็มจำนวน โดยฝ่ายที่ได้รับค่าทดแทนต้องมอบสิ่งของเหล่านั้นให้แก่ฝ่ายที่ชดใช้ค่าทดแทนไป ถ้าไม่ให้ส่งมอบสิ่งของดังกล่าวแล้วก็ยากที่จะบังคับให้ชดใช้ค่าทดแทนกันได้ เพราะจะทำให้ใช้เงินอีกจำนวนหนึ่งเป็นค่าเสียหาย ก็เป็นเรื่องที่ฝ่ายนั้นเสียเงินไปโดยได้ของมาทำเงินที่เสียไปแล้ว ถ้าให้เป็นค่าเสียหายอีกจะเป็นการให้ฝ่ายนั้นได้กำไรและถ้าจะให้ฝ่ายรับผิดชอบชดใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวน โดยฝ่ายที่ได้ค่าทดแทนไม่ต้องคืนสิ่งของ ก็จะเป็นการให้ฝ่ายที่ได้ค่าทดแทนได้กำไรเป็นสิ่งที่ของทั้งหมดไม่มีหลักกฎหมายในที่ใดเลยที่จะบังคับให้ใช้ เป็นกำไรนอกเหนือไปจากค่าทดแทนหรือค่าเสียหาย”²⁰⁵

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยมาโดยตลอดว่าค่าเลี้ยงพระและค่าเลี้ยงแขกในวันแต่งงาน ค่าหมากพลูและขนมในวันหมั้น ค่าพาหนะและค่าเลี้ยงแขกในวันหมั้น โต๊ะเก้าอี้ชุดรับแขกที่ซื้อในวันหมั้น และค่าสิ่งของต่างๆ ในพิธีแต่งงานไม่เป็นค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการเป็นสามีภริยาของชายหญิงโดยตรง ศาลไม่อนุญาตให้เรียกค่าทดแทนความเสียหายจากค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้ ด้วยเหตุที่เกรงว่าจะมีการเรียกร้องค่าทดแทนที่กว้างขวางเกินไปหรืออาจเรียกร้องค่าทดแทนเป็นจำนวนเงินสูงเกินไป อาจเป็นการบีบบังคับทางอ้อมให้คู่หมั้นฝ่ายที่ต้องชดใช้ค่าทดแทนยอมสมรสโดยไม่สมัครใจเพราะกลัวว่าจะต้องชดใช้ค่าทดแทนในจำนวนเงินที่สูงจนเกินไป แต่ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับท่านศาสตราจารย์ไพโรจน์ กัมพูศิริ เนื่องจากเห็นว่าค่าใช้จ่ายเหล่านี้เป็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็นเพราะสังคมไทยนิยมจัดงานแต่งงานซึ่งถือว่าเป็นประเพณีที่สืบทอดกันมายาวนานว่าหากชายหญิงจะอยู่กินเป็นสามีภริยากันจะต้องให้สังคมได้รับรู้ซึ่งเป็นการรับรองการสมรสทางสังคมอีกวิธีหนึ่งนอกเหนือไปจากการจดทะเบียนสมรส เมื่อสังคมได้รับรู้ว่าชายหญิงได้แต่งงานกันแล้ว โอกาสที่จะเกิดปัญหาในชีวิตสมรสก็น้อยกว่าการสมรสที่ไม่ได้เปิดเผยให้สังคมรับรู้ หรือโอกาสที่จะเกิดการหย่าร้างก็น้อย ดังนั้นหากค่าใช้จ่ายเหล่านี้ไม่ใช่ค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสที่จะเรียกค่าทดแทนได้ อาจทำให้คู่หมั้นฝ่ายที่ต้องเตรียมการสมรสไม่ยากที่จะต้องจัดพิธีสมรสตามประเพณี เพราะหากอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติตามประเพณีจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ความเสียหายจึงตกแก่คู่หมั้นผู้ปฏิบัติตามประเพณีอย่างแน่นอน อีกทั้งตัวบทกฎหมายในตอนที่ท้ายของมาตรา 1440(2))

²⁰⁴ ไพโรจน์ กัมพูศิริ คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว 2548 หน้า 66

²⁰⁵ สอาด นาวิเจริญ คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 30

ก็ได้วางขอบเขตไว้อย่างชัดเจนในเรื่องความ “สุจริตและตามสมควร” ว่าจะต้องเป็นค่าใช้จ่ายที่กระทำไปโดย “สุจริต” และ “ตามสมควร” หากคู่หมั้นผู้ฟ้องคดีได้กระทำไปโดยไม่สุจริต เช่น ได้ใช้จ่ายไปโดยรู้ก่อนแล้วว่าอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอมสมรสด้วย หรืออีกฝ่ายหนึ่งได้ถอนหมั้นหรือได้ประกาศยกเลิกการสมรสไปแล้ว หรือรู้มาบ้างแล้วว่าอีกฝ่ายหนึ่งไปจดทะเบียนสมรสกับบุคคลอื่น แต่ก็ยังค้นหุ้จจัดซื้อสิ่งของต่างๆ เพื่อเตรียมการสมรสโดยมุ่งหวังที่จะเรียกร้องเอาค่าทดแทนภายหลัง ย่อมถือได้ว่ากระทำการโดยไม่สุจริต คู่หมั้นฝ่ายที่ไม่สุจริตจะเรียกค่าทดแทนในส่วนนี้ไม่ได้ ส่วนคำว่า “ตามสมควร” คงจะหมายถึงฐานะของฝ่ายที่เรียกค่าทดแทนว่าค่าใช้จ่ายหรือการตกเป็นหนี้สูงเกินฐานะหรือไม่ หากสูงเกินไปศาลย่อมลดลงได้²⁰⁶ เช่น หญิงคู่หมั้นมีฐานะดีการที่หญิงซื้อชุดแต่งงานเพื่อเข้าพิธีจำนวน 4 ชุด เป็นเงิน 28,000 บาท ถือว่าเป็นการใช้จ่ายอันสมควรในการเตรียมการสมรสเรียกค่าทดแทนในส่วนนี้ได้ ค่าใช้จ่ายหรือหนี้สินเนื่องในการเตรียมการสมรสนั้นจะต้องเป็นไปตามสมควรแก่ฐานะ อาชีพ การศึกษาแห่งฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงผู้ที่มีสิทธิเรียกค่าทดแทน ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยมาโดยตลอดนั้นจะเห็นได้ว่าหนี้หรือค่าใช้จ่ายที่ไม่เกี่ยวกับการเป็นสามีภริยาของชายหญิงโดยตรงนั้นไม่ถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสที่เรียกร้องค่าทดแทนได้ ผู้เขียนเห็นว่าหากศาลวินิจฉัยว่าค่าใช้จ่ายในพิธีหมั้นหรือพิธีแต่งงานไม่เป็นค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการเป็นสามีภริยาของชายหญิงโดยตรง แม้ว่าจะไม่มีการจัดพิธีหมั้นหรือพิธีแต่งงานชายหญิงก็อยู่กินเป็นสามีภริยากันได้นั้น หากมองย้อนกลับกันอีกเหตุผลหนึ่งจะเห็นว่าถ้าหากชายหญิงจะไม่อยู่กินเป็นสามีภริยากันก็จะไม่มีการจัดพิธีหมั้นหรือพิธีแต่งงานหนี้หรือค่าใช้จ่ายในพิธีดังกล่าวก็จะไม่เกิดขึ้น ดังนั้นการจัดพิธีเช่นนี้ก็เพื่อให้ชายหญิงได้อยู่กินเป็นสามีภริยากัน

สำหรับการกำหนดค่าทดแทนความเสียหายเนื่องในการเตรียมการสมรสนั้น ผู้เขียนก็มีความเห็นเป็นเช่นเดียวกับท่านศาสตราจารย์สอาด นาวิเจริญ เนื่องจากเห็นว่าค่าใช้จ่ายเหล่านี้ฝ่ายที่ฟ้องร้องเรียกค่าทดแทนยังมีสิ่งของที่ได้ซื้อหรือที่ได้สร้างขึ้นมา เช่น เรือนหอ เพื่อเตรียมการสมรสสิ่งของเหล่านี้ยังเก็บไว้ใช้ประโยชน์ได้ต่อไปก็ไม่ควรจะได้ค่าทดแทนในส่วนนี้ แต่ถ้าหากไม่ต้องการสิ่งของนั้นแล้วจะนำสิ่งของเหล่านั้นออกไปขายขาดทุนอยู่เท่าใดก็เป็นจำนวนเงินค่าทดแทนที่ฝ่ายผิดสัญญาจะต้องชดใช้ให้แก่ฝ่ายที่ฟ้องร้อง หรือหากเห็นว่าสิ่งของนั้นเก็บไว้ก็ไม่มีความประโยชน์กับฝ่ายที่ฟ้องร้องแล้วก็คืนสิ่งของให้กับฝ่ายที่ต้องชดใช้ค่าทดแทนแล้วให้ฝ่ายที่ฟ้องร้องได้รับค่าทดแทนเท่ากับจำนวนเงินที่ได้ใช้จ่ายไปในการซื้อสิ่งของนั้น ประกอบกับหากมีการฟ้องร้องเรียกค่าทดแทนที่สูงเกินไปศาลก็สามารถที่จะใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดค่าทดแทนให้พอสมควรได้ตามบทบัญญัติในตอนท้ายของมาตรา 1440 เพราะแม้แต่ค่าทดแทนความเสียหาย

²⁰⁶ ชาติชาย อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 101

ต่อภายหลังหรือชื่อเสียงซึ่งเป็นเรื่องที่พิจารณาได้ยากไม่ว่าในชั้นศาลยังกำหนดความเสียหายออกมาเป็นตัวเงินได้ แล้วเหตุใดศาลจะกำหนดค่าทดแทนในหนี้หรือค่าใช้จ่ายจากการเตรียมการสมรสออกมาเป็นตัวเงินไม่ได้ อีกทั้งตามมาตรา 1447 วรรคแรก บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในตัวของว่า “ค่าทดแทนอันจะพึงชดใช้แก่กันตามหมวดนี้ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์” ศาลจึงมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าทดแทนได้อย่างอิสระโดยพิจารณาตามควรแก่พฤติการณ์

ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องในการเตรียมการสมรส ไม่จำกัดเฉพาะชายหรือหญิงคู่หมั้นเท่านั้นที่เรียกค่าทดแทนได้กฎหมายยังเปิดโอกาสให้บิดามารดา หรือผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดามีสิทธิที่จะเรียกค่าทดแทนในส่วนนี้ได้ด้วย เนื่องจากตามพฤติการณ์ของกลุ่มหมั้นส่วนใหญ่แล้วจะเห็นว่าในประเพณีของไทยผู้หลักผู้ใหญ่ได้เข้ามาจัดการเตรียมพิธีสมรสให้ด้วย อาจเป็นเพราะคู่หมั้นยังไม่มีทรัพย์สิน เงินทองเพียงพอที่จะมาจัดการเตรียมการสมรสด้วยตนเอง จึงต้องพึ่งพาผู้ปกครองให้เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรส ประกอบกับประเพณีถึงแม้ว่าบางกรณีชายหญิงคู่หมั้นจะมีฐานะทางการเงินที่มั่นคงแล้วก็ตาม แต่ก็ยังต้องให้ผู้ใหญ่เข้ามาจัดการเรื่องต่างๆ ให้เพื่อความเป็นสิริมงคลและเป็นการให้เกียรติแก่ผู้ใหญ่อีกด้วย²⁰⁷ กฎหมายจึงได้สังเกตเห็นพฤติการณ์ของกลุ่มหมั้นในข้อนี้ จึงบัญญัติให้บิดามารดา หรือผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดามีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้ด้วย ดังเช่นตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 763/2526 สิ้นสุดเป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงเพื่อตอบแทนการที่หญิงยินยอมสมรส โจทก์และง.เป็นฝ่ายชายตกลงทำสัญญาหมั้นกับจำเลยทั้งสามฝ่ายหญิงและมอบสินสอดให้เพื่อไห้. กับจำเลยที่ 3 สมรสกัน โจทก์ซึ่งเป็นคู่สัญญาหมั้นมีอำนาจฟ้องจำเลยทั้งสามฐานผิดสัญญาหมั้นและเรียกสินสอดคืนได้ การหมั้นเป็นสัญญาซึ่งฝ่ายชายทำกับฝ่ายหญิงโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อชายกับหญิงจะทำการสมรสกัน มาตรา 1439 บัญญัติถึงผู้มีสิทธิเรียกร้องให้รับผิดชอบใช้ค่าทดแทนและคืนของหมั้นในกรณีผิดสัญญาหมั้นไม่ว่าฝ่ายชายหรือหญิงแล้วแต่กรณี มิได้บัญญัติแต่เฉพาะชายหรือหญิงคู่หมั้นเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้องได้ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง

3) ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้นได้จัดการทรัพย์สินหรือการอื่นอันเกี่ยวแก่อาชีพหรือทางทำมาหาได้ของตนไปโดยสมควรด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรส

ค่าทดแทนกรณีผิดสัญญาหมั้น ประการสุดท้ายที่จะเรียกกันได้คือค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่ชายหรือหญิงได้จัดการทรัพย์สินหรือกิจการของตนไป

²⁰⁷ ไพโรจน์ กัมพูศิริ คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครั 2548 หน้า 67

โดยสมควรด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรสตามมาตรา 1440 (3) กล่าวคือ เมื่อการหมั้นเป็นเส้นทางที่จะนำไปสู่การสมรส ดังนั้นหากมีการหมั้นแล้ว เป็นเรื่องธรรมดาที่ชายหญิงจะเตรียมการวางแผนเกี่ยวกับการดำเนินชีวิตครอบครัวต่อไป ถ้าหากคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาหมั้น คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งก็อาจได้รับความเสียหายจากการวางแผนเตรียมการต่างๆ ด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรสนั้น ย่อมมีสิทธิเรียกให้คู่หมั้นฝ่ายที่ผิดสัญญาหมั้นรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายได้ ซึ่งความเสียหายในข้อนี้แบ่งออกได้เป็น 3 ประเภทคือ

(1) ความเสียหายที่เกิดจากการจัดการทรัพย์สิน เช่น ได้ขายบ้าน ขายที่ดิน หรือทรัพย์สินอื่นๆ ในราคาตลาด เพื่อย้ายไปใช้ชีวิตอยู่กับผู้ที่คาดว่าจะได้สมรสด้วย แต่ถ้าชายทรัพย์สินได้กำไรหรือไม่ถือว่าเป็นความเสียหาย ฝ่ายที่ผิดสัญญาหมั้นไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายในส่วนนี้

(2) ความเสียหายที่เกี่ยวข้องอาชีพ เช่น กรณีที่หญิงคู่หมั้นประกอบอาชีพเป็นแพทย์ทางด้านความงามเปิดกิจการคลินิกด้านความงาม หรือหญิงคู่หมั้นประกอบอาชีพเปิดกิจการร้านเสริมสวย เมื่อได้หมั้นกับชายคู่หมั้นแล้วได้เลิกกิจการโดยขายอุปกรณ์เครื่องมือเครื่องใช้เกี่ยวกับอาชีพทั้งหมด เพื่อที่จะเตรียมตัวมาเป็นแม่บ้านหรือเตรียมตัวไปอยู่กับชายคู่หมั้นภายหลังที่ได้ทำการสมรสหรือการสละสิทธิที่ได้รับเรียกให้เข้ารับราชการหรือลาออกจากราชการเพื่อเตรียมจะสมรสกับคู่หมั้นที่อยู่ต่างจังหวัดหรืออยู่ต่างประเทศ

(3) ความเสียหายที่เกี่ยวกับทางทำมาหาได้ เช่น ได้ลาออกจากการไปทำการสมรสเป็นสามีภริยากันในต่างจังหวัด หรือย้ายสถานที่ทำงานจากจังหวัดหนึ่งเพื่อไปหางานใหม่ในจังหวัดเดียวกับผู้ที่ตนจะได้ทำการสมรสด้วย หากไม่ลาออกจากการไปหางานใหม่ก็จะได้เลื่อนขั้นเงินเดือนหรือเลื่อนตำแหน่งงาน เมื่อคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาหมั้นจึงต้องชดใช้ค่าทดแทนความเสียหายในส่วนนี้ด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3366/2525 หลังจากแต่งงานแล้ว โจทก์ได้ลาออกจากงานบริษัท เมื่อจำเลยไม่ยอมจดทะเบียนสมรส โจทก์ยอมมีสิทธิเรียกค่าทดแทนความเสียหายในการที่ไม่ได้ทำงานดังกล่าวได้ แต่เมื่อต่อมาโจทก์ได้เข้าทำงานใหม่ แม้จะลาออกจากงานอีกครั้งหนึ่ง ก็มีใช้ด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรสใหม่ ในระยะนั้นทั้งสองฝ่ายขัดแย้งกันอย่างรุนแรงจนเป็นที่เห็นได้ชัดว่าไม่อาจจะจดทะเบียนสมรสกันได้แน่นอนจึงไม่กำหนดค่าทดแทนในตอนนี้นำให้แก่โจทก์

เกี่ยวกับค่าทดแทนในข้อนี้ด้วยทนายไม่ได้บัญญัติไว้ว่าการจัดการทรัพย์สินหรือกิจกรรมของผู้เสียหายจะต้องกระทำไปโดยสุจริตเหมือนกับการเรียกค่าทดแทนความเสียหายเนื่องในการเตรียมการสมรส ตัวอย่างเช่น ชายได้ประกาศถอนหมั้นหญิงแล้ว หรือหญิงรู้ว่าชาย

ไปสมรสกับบุคคลอื่นแล้วก็ดี หญิงยังฝืนจัดการขายทรัพย์สินหรือกิจการของตนไปในราคาขาดทุน กรณีนี้ย่อมถือว่าหญิงนำความเสียหายมาสู่ตนเอง ทั้งที่หญิงรู้อยู่แล้วว่าจะไม่มีการสมรสเกิดขึ้น จึงเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต แม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้บัญญัติเรื่องความสุจริตไว้ในมาตรา 1440 (3) แต่ก็ต้องจัดการไปโดยสมควรด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรส หญิงจึงไม่อาจที่จะเรียกค่าทดแทนความเสียหายในส่วนนี้ได้ การที่ศาลจะกำหนดค่าทดแทนอันพึงชดใช้แก่กันคนนำหลักค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้น แต่การไม่ชำระหนี้ หรือความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษที่อีกฝ่ายหนึ่งได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าตามมาตรา 222²⁰⁸ กับการใช้หลักพิจารณาว่าฝ่ายผู้เสียหายมีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหาย การใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใด ให้นำพฤติการณ์เป็นประมาทว่าฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อภัยน้อยกว่ากันตามมาตรา 223²⁰⁹ มาใช้บังคับไม่ได้ เพราะการผิดสัญญาหมั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้ใช้ค่าทดแทนได้เฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่ง โดยเฉพาะตามมาตรา 1440, 1444 ถึงมาตรา 1446 จึงไม่ใช่มูลหนี้ในทางทรัพย์สินอันเกิดแต่การผิดสัญญาดังเช่นกรณีทั่วไปอีกทั้งไม่ใช่เรื่องของมูลหนี้อันเกิดแต่การถูกระงับละเมิดโดยตรงอันจะนำหลักการตามมาตรา 438²¹⁰, 442²¹¹ มาใช้บังคับ²¹²

การเรียกค่าทดแทนความเสียหายตามข้อนี้ถือว่าเป็นความเสียหายที่เกิดแก่ส่วนตัวของชายหญิงคู่หมั้นเพราะกระทบในเรื่องทรัพย์สิน อาชีพหรือทางทำมาหาได้ ซึ่งเกี่ยวโยงกับการดำรงชีวิตของชายหญิงคู่หมั้น โดยตรง เช่นเดียวกับกรณีการเรียกค่าทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียง กฎหมายจึงได้จำกัดสิทธิเฉพาะชายหรือหญิงคู่หมั้นเท่านั้นที่จะเรียกค่าทดแทนความเสียหายในข้อนี้ได้ ไม่เหมือนกับกรณีการเรียกค่าทดแทนค่าใช้จ่ายเนื่องในการเตรียมการสมรสตามมาตรา 1440(2) ที่เปิดโอกาสให้บิดามารดา หรือผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดา

²⁰⁸ มาตรา 222 วรรคแรก “การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้”

วรรคสอง เจ้าหน้าที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหาย อันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”

²⁰⁹ ตามมาตรา 223 “มาใช้บังคับไม่ได้บัญญัติว่า “ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซ้ ท่านว่าหนี้อันจะต้องใช้ ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้น ต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาท ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้น เพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อภัยน้อยกว่ากันเพียงไร...”

²¹⁰ มาตรา 438 “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด...”

²¹¹ มาตรา 442 “ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่ง อย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วยไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติ แห่ง มาตรา 223 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม”

²¹² ชาดิชาช อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 101

มีสิทธิที่จะเรียกค่าทดแทนได้ด้วย เมื่อชายหรือหญิงคู่หมั้นเท่านั้นเป็นผู้มีสิทธิเรียกค่าทดแทน ดังนั้นการผิดสัญญาหมั้นจึงเกิดขึ้นได้จากชายหรือหญิงคู่หมั้นทั้ง 2 กรณีคือ

กรณีที่ชายเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น หญิงเป็นฝ่ายฟ้องเรียกค่าทดแทนความเสียหายแต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าหญิงไม่ได้รับความเสียหายอะไรเลย กล่าวคือหญิงไม่ได้รับความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียง ไม่ได้ออกค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสและไม่ได้จัดการทรัพย์สินหรือกิจกรรมใดๆของตน การที่ชายผิดสัญญาหมั้นเมื่อหญิงไม่ได้รับความเสียหายอะไรเลย หญิงก็หาที่จะเรียกค่าทดแทนได้ไม่ ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงของหมั้นซึ่งตกเป็นสิทธิแก่หญิงตั้งแต่มือหมั้นกันแล้ว หญิงชอบที่จะรับของหมั้นไว้ได้เพราะเหตุแห่งการสัญญาหมั้นของชาย

กรณีที่หญิงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น โดยหญิงไม่ยอมสมรสกับชาย เช่น ไปสมรสกับชายอื่น หญิงจะต้องคืนของหมั้นให้แก่ชาย เพราะของหมั้นเป็นทรัพย์สินที่ชายให้ไว้แก่หญิงโดยมีเงื่อนไขว่าหญิงจะต้องสมรสกับชาย เมื่อหญิงเป็นฝ่ายที่ทำผิดเงื่อนไขเองโดยไม่ยอมสมรสกับชาย หญิงจะต้องคืนของหมั้นให้แก่ชายตามที่กฎหมายระบุไว้ในมาตรา 1439

ส่วนการกำหนดค่าทดแทนในการผิดสัญญาหมั้นทั้งสามกรณีในมาตรา 1440 นี้ กฎหมายได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในมาตรา 1440 วรรคสองว่า “ในกรณีที่หญิงเป็นผู้มีสิทธิได้ค่าทดแทน ศาลอาจชี้ขาดว่าของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นเป็นค่าทดแทนทั้งหมด หรือเป็นส่วนหนึ่งของค่าทดแทนที่หญิงพึงได้รับ หรือศาลอาจให้ค่าทดแทนโดยไม่คำนึงถึงของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นก็ได้” ค่าทดแทนจะเรียก้องได้มากหรือน้อยเพียงใด คู่หมั้นผู้ฟ้องร้องคดีต้องมีหน้าที่นำสืบเพื่อพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามีกรณีหมั้นเกิดขึ้นสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว และผลจากการผิดสัญญาหมั้นนั้นเป็นเหตุให้ตนได้รับความเสียหายอย่างไรบ้าง ศาลจะใช้ดุลพินิจชี้ขาดว่าสมควรจะได้อะไร ในกรณีที่หญิงเป็นผู้มีสิทธิได้ค่าทดแทนความเสียหาย หากปรากฏว่าความเสียหายที่หญิงได้รับนั้น เป็นความเสียหายเพียงเล็กน้อย ศาลจะถือว่าของหมั้นที่หญิงได้รับไว้แล้วนั้นเป็นการเพียงพอต่อความเสียหายแล้วศาลก็จะไม่กำหนดค่าทดแทนเพิ่มให้อีก หรือจะให้เป็นส่วนหนึ่งของค่าทดแทนที่หญิงพึงได้รับ หรือหากความเสียหายที่หญิงได้รับนั้นเป็นความเสียหายร้ายแรง ศาลอาจให้ค่าทดแทนโดยไม่คำนึงถึงของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นก็ได้

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการกำหนดค่าทดแทน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2086/2518 ชายผิดสัญญาหมั้น ค่าอาหารเลี้ยงพระและแขกในวันแต่งงานไม่ใช่ค่าใช้จ่ายเนื่องในการสมรส ศาลกำหนดค่าทดแทนค่าเสียหายเกี่ยวกับชื่อเสียง โดยพิเคราะห์ฐานะและสภาพความเป็นอยู่ของหญิง แต่หักจำนวนเงินหมั้นที่ได้รับไว้แล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2519 จำเลยได้หมั้นโจทก์และกำหนดจะแต่งงานกันหลังจากโจทก์ไว้ทุกข์ให้บิดาโจทก์แล้ว 3 ปี ระหว่างนั้นโจทก์ตั้งครรถ์กับจำเลย จำเลยแนะนำให้ทำแท้งเมื่อโจทก์ทำแท้งแล้วเกิดป่วยหนัก จำเลยกลับหลบหน้าไปแต่งงานกับหญิงอื่น โจทก์ได้รับความเสียหายทางร่างกาย ชื่อเสียง และต้องเจ็บป่วยเสียเงินค่ารักษาโดยจำเลยมิได้สนใจเมื่อหายป่วยแล้วผู้ที่ทราบเรื่องไม่มีผู้ใดประสงค์จะแต่งงานกับโจทก์อีกจำเลยจึงต้องใช้ค่าทดแทนความเสียหายดังกล่าวส่วนของหมั้นอันมีราคาเพียงเล็กน้อยนั้นย่อมตกเป็นสิทธิแก่โจทก์ ผู้เสียหายอยู่แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1439 วรรคท้ายจำเลยจะอ้างว่าโจทก์ได้ของหมั้นเป็นการเพียงพอแล้วหาได้ไม่

ท่านอาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ ให้ข้อสังเกตไว้ว่า “กฎหมายใช้คำว่า “หญิง” จึงไม่หมายความรวมถึงค่าทดแทนที่ฝ่ายหญิง เช่น บิดามารดาหรือผู้กระทำการในฐานะ เช่น บิดามารดาจะเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1440(2) เพราะบุคคลดังกล่าวไม่มีสิทธิได้รับของหมั้นตกเป็นสิทธิ แม้ว่าอาจจะได้รับสินสอดซึ่งมีมูลค่ามากศาลก็ไม่อาจนำมาคิดคำนวณว่าเป็นส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดของค่าทดแทนได้แต่อย่างใด”²¹³ ผู้เขียนก็เห็นด้วยกับข้อสังเกตของท่านอาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ ว่าค่าทดแทนที่ฝ่ายหญิง เช่น บิดามารดาหรือผู้กระทำการในฐานะ เช่น บิดามารดา เรียกค่าทดแทนความเสียหายมานั้น ศาลไม่อาจที่จะนำเอาราคาของของหมั้นที่หญิงคู่หมั้นได้รับหมั้นไว้แล้ว มาคิดคำนวณเป็นค่าทดแทนให้กับบิดามารดาหรือผู้กระทำการในฐานะ เช่น บิดามารดา มีข้อที่น่าสังเกตอีกประการหนึ่งในมาตรา 1440 วรรคสองนี้กฎหมายกล่าวถึงเฉพาะกรณีที่หญิงเป็นผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทนเท่านั้น แต่ไม่ได้กล่าวถึงในกรณีที่ชายเป็นผู้มีสิทธิได้รับค่าทดแทน หากหญิงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้นของหมั้นที่หญิงคืนให้แก่ชายนั้นก็น่าจะเป็นค่าทดแทนหรือเป็นส่วนหนึ่งของค่าทดแทนที่ชายพึงได้รับเช่นกัน

2.2.2 ค่าทดแทนกรณีบอกเลิกสัญญาหมั้น

การบอกเลิกสัญญาหมั้นนั้นจะเห็นได้ว่าคู่หมั้นฝ่ายที่ไม่ต้องการสมรส เนื่องจากเล็งเห็นว่าหากสมรสกันต่อไปอาจจะทำให้เกิดความเสียหายในอนาคตหรือทำให้ชีวิตสมรสไม่ราบรื่นเป็นผู้ที่บอกเลิกสัญญาหมั้นหรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือเป็นผู้ที่ปฏิเสธการสมรส แต่มีเหตุอันสมควรที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย จึงไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญาหมั้นแต่เป็นการบอกเลิกสัญญาหมั้นแทน โดยจะต้องมีเหตุสำคัญที่เกิดขึ้นกับคู่หมั้นผู้ถูกบอกเลิกสัญญาหมั้นจนทำให้คู่หมั้นผู้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่อาจจะทำการสมรสด้วยได้ แต่ถ้าเหตุสำคัญนั้นไม่ร้ายแรงมากนักแต่คู่หมั้นผู้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่อาจจะยอมรับเหตุนั้นได้กฎหมายก็ให้สิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ เมื่อบอกเลิกสัญญาหมั้นแล้วก็จะเรียกค่าทดแทนต่อกันไม่ได้ แต่ถ้าเหตุนั้น

²¹³ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 104

เป็นเหตุสำคัญที่เกิดจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของกลุ่มนั้นผู้ถูกบอกเลิกสัญญาหมั้น กลุ่มนั้นผู้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นจึงจะมีสิทธิที่จะเรียกค่าทดแทนจากกลุ่มนั้นผู้ถูกบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ ดังนั้นการบอกเลิกสัญญาหมั้น จึงมีทั้งกรณีที่สามารถเรียกค่าทดแทนได้กับกรณีที่ไม่สามารถเรียกค่าทดแทนได้ คือ

1) กรณีที่กลุ่มนั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นเพราะมีเหตุสำคัญเมื่อมีการหมั้นแล้ว ต่อมาเกิดเหตุสำคัญ (Substantial Ground) ขึ้นกับหญิงกลุ่มนั้นทำให้ชายไม่ยอมสมรสกับหญิงนั้น ตามมาตรา 1442 บัญญัติว่า“ในกรณีมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงกลุ่มนั้นทำให้ชายไม่สมควรสมรสกับหญิงนั้น ชายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้และให้หญิงคืนของหมั้นแก่ชาย” หรือเกิดเหตุผลสำคัญขึ้นกับชายกลุ่มนั้นทำให้หญิงไม่ยอมสมรสกับชายนั้น ตามมาตรา 1443 บัญญัติว่า“ในกรณีมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่ชายกลุ่มนั้นทำให้หญิงไม่สมควรสมรสกับชายนั้น หญิงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้โดยมีต้องคืนของหมั้นแก่ชาย” ชายหรือหญิงกลุ่มนั้นจะปฏิเสธการสมรสโดยอ้างเหตุผลสำคัญนั้นก็ได้ แม้จะมองว่าฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาหมั้นเป็นฝ่ายปฏิเสธการสมรสแต่กฎหมายไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญาหมั้น ฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาหมั้นจึงไม่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าทดแทนในทางตรงกันข้าม ถ้าฝ่ายที่บอกเลิกสัญญานำคดีไปฟ้องศาล ศาลวินิจฉัยว่าเหตุอันไม่ใช่เหตุสำคัญฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาก็จะกลายเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น ต้องชดใช้ค่าทดแทนให้กับฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญา การบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือกลุ่มนั้นอาจจะแสดงเจตนาต่อกันโดยตรงหรือปริยายก็ได้ อย่างไรก็ตามบางจึงจะถือว่าเป็นเหตุสำคัญ ตามปกติต้องถือตามความคิดเห็นของคนธรรมดาทั่วไปเป็นเกณฑ์ เช่น เล่นการพนันเสพยาเสพติดหรือการที่หญิงไปเที่ยวกลางคืนเป็นประจำเหล่านี้โดยปกติแล้วคนทั่วไปย่อมเห็นเป็นเหตุสำคัญ แต่มีบางกรณีที่คนทั่วไปอาจไม่เห็นว่าเหตุสำคัญ แต่ถ้ากลุ่มนั้นเห็นว่าเป็นเหตุสำคัญแล้ว ต้องบอกกล่าวให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งทราบก่อนทำการหมั้น²¹⁴

ส่วนของกลุ่มนั้นนั้นหากชายเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาหญิงต้องคืนของหมั้นให้แก่ชาย แต่ถ้าหญิงเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาหญิงไม่ต้องคืนของหมั้นให้แก่ชาย ทั้งนี้เหตุสำคัญนั้นจะต้องเกิดขึ้นแก่ตัวชายหญิงกลุ่มนั้นเท่านั้น ถ้าเหตุสำคัญไปเกิดขึ้นกับบิดามารดาของชายหญิงกลุ่มนั้น เช่น บิดาของหญิงตายเพราะติดโรคร้ายแรงชายจะถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาไม่ได้ เพราะโรคร้ายแรงนั้นไม่ได้เกิดแก่ตัวหญิงกลุ่มนั้น กรณีรวมถึงการที่กลุ่มนั้นรู้ว่ามีความสำคัญเกิดขึ้นแก่ตนแต่กลับใช้สิทธิไปบอกเลิกสัญญาหมั้นกับกลุ่มนั้นฝ่ายที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาเสียก่อน โดยอ้างเหตุสำคัญนั้นเพื่อไม่ยอมทำการสมรส เช่นรู้ว่าตนเป็นโรคติดต่อร้ายแรง หรือกระทำความผิดอาญา แทนที่จะเป็นฝ่ายถูกบอกเลิกสัญญาแต่กลับเป็นฝ่ายไปใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา

²¹⁴ รัศญา เอกบุตร คำอธิบายกฎหมายครอบครัวการหมั้น กรุงเทพมหานคร วิญญูชน 2551 หน้า 88

หมั้นเพื่อที่ตนจะได้ของหมั้นนั้น จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต กรณีเช่นนี้ถือว่าตนเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น

รองศาสตราจารย์ ดร. รัชฎา เอกบุตร ได้ให้ความหมายของคำว่า เหตุสำคัญ หมายถึง เหตุที่จะมีผลกระทบต่อสมรสของชายหญิงคู่หมั้นนั้นอันจะก่อความไม่สงบสุขขึ้นในชีวิตครอบครัวต่อไป เหตุสำคัญนี้อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของตนเอง หรือของบุคคลอื่นซึ่งก่อให้เกิดแก่ตน หรือเกิดจากภัยธรรมชาติ หรืออุบัติเหตุก็ได้²¹⁵

การที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้ว่าเหตุสำคัญนั้นมีอะไรบ้าง เพียงแต่บัญญัติไว้ให้มีความหมายกว้างๆ เนื่องจากอาจจะเห็นว่าการหมั้นเป็นกระบวนการที่ยังไม่เคร่งครัดจนเกินไป ยังไม่มีความผูกพันแน่นหนาเหมือนการสมรส ยังไม่มีลูกด้วยกัน จึงเปิดโอกาสให้ถอนหมั้นได้ง่าย เพื่อให้เสรีภาพแก่คู่หมั้นในการไปเลือกคู่ครองคนอื่นที่คิดว่าจะไม่เกิดปัญหาครอบครัวขึ้นในอนาคต เป็นการตัดปัญหาตั้งแต่เบื้องต้น โดยไม่ต้องนำทฤษฎีมาบีบบังคับมากมายเหมือนเช่นการสมรส เพราะสถานะระหว่างชายหญิงคู่หมั้นกับสถานะระหว่างชายหญิงคู่สมรสนั้นแตกต่างกันแต่ก็พอที่จะนำเหตุหย่าตามมาตรา 1516²¹⁶ ของคู่สมรสมาเทียบเคียงกับการถอนหมั้นได้ ทั้งนี้ก็ต้องพิจารณาถึงสถานการณ์ที่แตกต่างกัน คงจะเทียบเคียงกัน ไม่ได้ทุกกรณี กล่าวคือ

²¹⁵ “เรื่องเดียวกัน” หน้า 87

²¹⁶ มาตรา 1516 เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้

(1) สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือสามี เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิน อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(2) สามีหรือภริยาประพฤติชั่ว ไม่ว่าความประพฤติชั่วนั้นจะเป็นความ ผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง

(ก) ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง

(ข) ได้รับความดูถูกเกลียดชังเพราะเหตุที่คงเป็นสามีหรือภริยาของฝ่าย ที่ประพฤติชั่วอยู่ต่อไป หรือ

(ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันทริยามาคำนึงประกอบ

อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(3) สามีหรือภริยาทำร้าย หรือทรมานร่างกายหรือจิตใจ หรือหมิ่น ประมาทหรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ ถ้าเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(4) สามีหรือภริยาจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินหนึ่งปี อีกฝ่ายหนึ่ง นั้นฟ้องหย่าได้

(4/1) สามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก และได้ถูกจำคุก เกินหนึ่งปีในความคิดที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิด หรือยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดนั้นด้วย และการเป็นสามี ภริยากันต่อไปจะเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกิน ควร อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(4/2) สามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกัน ฉันทริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของ ศาลเป็นเวลาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(5) สามีหรือภริยาถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ หรือไปจากภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปี โดยไม่มีใครทราบแน่ว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(1) เทียบเคียงกับมาตรา 1516 (1) คู่หมั้นอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่น เสมือนว่าเป็นคู่หมั้นของตน หรือเป็นคู่หรือมีคู่ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจคน อีกฝ่ายหนึ่ง ถอนหมั้นได้ การอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นที่ไม่ใช่สามีหรือภริยาของตนเสมือนว่าเป็นสามีหรือภริยานั้นถือเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ เพราะพฤติการณ์ของบุคคลโดยทั่วไปจะอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องบุคคลเฉพาะที่เป็นคู่สมรสเท่านั้น การไปอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นต่อไปในทางไม่ซื่อสัตย์ต่อคู่สมรส ถ้าหากสามีหรือภริยาเพียงแต่ไปหลงรักผู้อื่นยังไม่มี การอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นอีกฝ่ายหนึ่งจะถือเอาเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้ ส่วนการหมั้นหากชายหรือหญิงคู่หมั้นอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นเสมือนว่าเป็นคู่หมั้นของตน ซึ่งขัดแย้งกับพฤติการณ์ของบุคคลโดยทั่วไปจะอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องบุคคลเฉพาะที่ตนรักเท่านั้น แม้การหมั้นจะไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูกันเหมือนการสมรส แต่การอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นก็ต่อไปในทางไม่ซื่อสัตย์ต่อคู่หมั้น เป็นการแบ่งใจไปรักผู้อื่น หรือหลงรักผู้อื่น อันจะก่อให้เกิดปัญหาและสร้างความแตกร้างในชีวิตสมรสต่อไป เพราะความรักเป็นพื้นฐานที่สำคัญของการสมรส เมื่อคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งไปรักผู้อื่นแล้วคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งน่าจะถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการถอนหมั้นได้ แต่ถ้าคู่หมั้นจะอ้างเหตุสำคัญว่าตนไม่มีความรักให้แก่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งแล้วหรือเพราะไม่อยากแต่งงานเฉยๆ มาเป็นเหตุในการถอนหมั้นไม่ได้ ส่วนการที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นไปเป็นคู่หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นนั้น ไม่ต้องพูดถึงเพราะเป็นการกระทำที่หนักยิ่งกว่าการหลงรัก

(6) สามีหรือภริยาไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควร หรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อกรที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอา สภาพ ฐานะและความ เป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ อีกฝ่าย หนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(7) สามีหรือภริยามีวิกลจริตตลอดมาเกินสามปี และความวิกลจริตนั้นมี ลักษณะยากจะหายได้ กับทั้งความวิกลจริต ถึงขนาดที่จะทนอยู่ร่วมกัน ฉันสามีภริยาต่อไปไม่ได้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(8) สามีหรือภริยาผิดทณฑ์บนที่ทำให้ไว้เป็นหนังสือในเรื่องความ ประพฤติอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(9) สามีหรือภริยาเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่าย หนึ่งและโรคนั้นมีลักษณะเรื้อรัง ไม่มีทางที่จะหายได้ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(10) สามีหรือภริยามีสภาพแห่งกษัตริย์ทำให้สามีหรือภริยานั้น ไม่อาจร่วม ประเวณีได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

มาตรา 1517 เหตุฟ้องหย่าตาม มาตรา 1516 (1) และ (2) ถ้าสามี หรือภริยา แล้วแต่กรณี ได้ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจ ในการกระทำที่เป็นเหตุ หย่านั้น ฝ่ายที่ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจนั้นจะยกเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้

เหตุฟ้องหย่าตาม มาตรา 1516 (10) ถ้าเกิดเพราะการกระทำของอีก ฝ่ายหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งนั้นจะยกเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้

ในกรณีฟ้องหย่าโดยอาศัยเหตุแห่งการผิดทณฑ์บนตาม มาตรา 1516 (8) นั้น ถ้าศาลเห็นว่าความประพฤติของสามี หรือภริยาอันเป็นเหตุให้ทำทณฑ์บน เป็นเหตุเล็กน้อยหรือไม่สำคัญเกี่ยวแก่การอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาโดยปกติสุข ศาลจะไม่พิพากษาให้หย่าก็ได้

ผู้อื่นเสียอีกจึงถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ ตามหลักการเดิมนั้นชายคู่หมั้นไปร่วมประเวณีกับหญิงอื่นประเพณีไม่ถือว่าเป็นเรื่องชั่วช้าน่าละอายอะไร แต่ในสภาพสังคมปัจจุบันหลักการเช่นนี้ได้เปลี่ยนไปแล้วเพราะการที่ถือว่าชายคู่หมั้นไปร่วมประเวณีกับหญิงอื่นในระหว่างการหมั้นมีความร้ายแรงน้อยกว่าหญิงคู่หมั้นไปร่วมประเวณีกับชายอื่นเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ไม่สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง²¹⁷

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3731/2533 โจทก์ได้หญิงรับใช้ในบ้านโจทก์เป็นภริยามาเป็นเวลานานถึงได้ว่าโจทก์อุปการะเลี้ยงดูและยกย่องหญิงอื่นจนภริยาอยู่ จึงมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่โจทก์ทำให้จำเลยซึ่งเป็นคู่หมั้นของโจทก์ไม่สมควรสมรสกับโจทก์จำเลยมิใช่เป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น จึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้โดยไม่ต้องคืนของหมั้นให้แก่โจทก์

(2) เทียบเคียงกับมาตรา 1516 (2) คู่หมั้นประพฤตชั่ว ไม่ว่าจะความประพฤติชั่วนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรงหรือได้รับความดูถูกเกลียดชังเพราะเหตุที่คงเป็นคู่หมั้นของฝ่ายที่ประพฤตชั่วอยู่ต่อไป หรือได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร เช่น ชายเป็นคนเจ้าชู้ชอบสำส่อนกับหญิงไปทั่วกระทั่งลูกเมียชาวบ้านก็ไม่เว้น แม้ไม่ใช่ความผิดทางอาญา แต่ก็ป็นสาเหตุให้หญิงคู่หมั้นได้รับความอับอายขายหน้า ถือเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้

(3) เทียบเคียงกับมาตรา 1516 (3) ชายหรือหญิงคู่หมั้นทำร้าย หรือทรมานร่างกายหรือจิตใจ หรือหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นการร้ายแรง เช่น ชายค่าทอนบุพการีของหญิงด้วยวาจาหยาบคายเสียหายต่อชื่อเสียงของครอบครัวหญิง หรือชายได้ทุบตีทำร้ายร่างกายหญิง หรือหญิงเอาแหวนหมั้นไปทำลายต่อหน้าชายคู่หมั้นในทำนองที่เป็นการเหยียดหยาม เหล่านี้ถือเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 640/2494 ชายหญิงทำพิธีแต่งงานกันตามประเพณี แต่หญิงไม่ยอมหลับนอนร่วมประเวณีกับชายจนสามภริยา โดยแยกไปนอนเสียคนละห้องกับชายอยู่มาประมาณ 10 วัน มารดาของหญิงบอกให้ชายพาหญิงเข้าห้องเอาเองชายจึงเข้าไปจับเอาหญิงออกมาจากห้องที่หญิงนอน หญิงจួយแจกันตีศีรษะชายแตกโลหิตออกแจกันหักแล้วยังใช้แจกันตีชายถูกโหนกแก้มเป็นบาดแผลต้องเย็บถึง 7 เข็ม ชายจึงกลับบ้านและไม่ยอมจดทะเบียนสมรสกับหญิงตั้งนี้ถือว่ากรกระทำของหญิงเป็นเหตุผลสำคัญอันพอที่จะทำให้ชายปฏิเสธไม่ยอมสมรสด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1441 ได้ ชายจึงมีสิทธิเรียกของหมั้นคืนจากหญิงได้

²¹⁷ชาติชาย อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 99

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1235/2506 ชายคู่หมั้นหมั้นประมาทหญิงคู่หมั้นซึ่งเป็นการร้ายแรงตามความหมายในเหตุอย่า ย่อมเป็นเหตุผลสำคัญอันเกิดแก่ชายคู่หมั้นซึ่งหญิงคู่หมั้นจะไม่ยอมสมรสกับชายนั้นโดยมีต้องคั้นของหมั้นได้

(4) เทียบเคียงกับมาตรา 1516 (4) ชายหรือหญิงคู่หมั้นจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินหนึ่งปี โดยธรรมชาติของคนรักกันหรือคนที่เป็ญคู่หมั้นกันนั้น ย่อมหาโอกาสที่จะอยากอยู่ใกล้ชิดสนิทสนมกัน เพื่อเรียนรู้นิสัยใจคอของกันและกัน หากอีกฝ่ายหนึ่งพยายามหนีหน้าไม่ยอมให้พบ เป็นการเอาใจออกห่างจากกันซึ่งผิดวิสัยของคนที่กำลังจะแต่งงานกัน ถือเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้

ก เทียบเคียงกับมาตรา 1516 (4/1) ชายหรือหญิงคู่หมั้นต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกและได้ถูกจำคุกเกินหนึ่งปี ถือเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ แต่ถ้ำคู่หมั้นได้มีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิด หรือยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดนั้นด้วย คู่หมั้นฝ่ายนั้น ไม่อาจจะยกเอาเหตุสำคัญเช่นนี้ขึ้นกล่าวอ้างเพื่อบอกเลิกสัญญาหมั้น เพราะถือหลักการที่ว่าต่างฝ่ายต่างไม่มีความบริสุทธิ์จะตำหนิซึ่งกันและกันหาได้ไม่

ข เทียบเคียงกับมาตรา 1516 (4/2) ชายหรือหญิงคู่หมั้นสมครใจแยกกันอยู่ เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาลเป็นเวลาเกินสามปี ข้อนี้จะเห็นได้ว่าชายหรือหญิงคู่หมั้นยังไม่มีหน้าที่ต้องอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา โดยเฉพาะฝ่ายหญิงพึงต้องรักนวลสงวนตัวอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาก่อนการสมรสหากมีการตกลงกันกลับจะเป็นการขัดต่อวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีของไทยเสียยิ่งกว่า ดังนั้น ข้อตกลงที่ว่าให้แยกกันอยู่ก่อนสมรสจึงไม่น่าจะมีขึ้นได้ หากมีข้อตกลงดังกล่าวขึ้นจริงก็หาใช่เหตุสำคัญในอันที่จะให้สิทธิบอกเลิกการหมั้นแก่ฝ่ายที่ทอดทิ้งไม่ยอมกลับมาอยู่กินด้วยกัน สำหรับการแยกกันอยู่ตามคำสั่งศาลตามมาตรา 1462 ก็ไม่อาจมีได้เช่นกัน เพราะชายหญิงคู่หมั้นยังมีได้มีฐานะเป็นสามีภริยากันแต่อย่างใด²¹⁸

(5) เทียบเคียงกับมาตรา 1516 (5) ชายหรือหญิงคู่หมั้นถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ หรือ ไปจากภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปี โดยไม่มีใครทราบแน่ว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร โดยวิสัยธรรมดาของคนรักกัน จะไปทำกิจธุระอยู่ ณ แห่งหนใดก็จะต้องแจ้งข่าวคราวให้กับคู่หมั้นของตนทราบ ซึ่งการที่คู่หมั้นถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญหรือคู่หมั้นไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปี ถือว่าเป็นระยะเวลาที่นานมากทีเดียว ผู้เขียนเห็นว่าไม่ต้องหายตัวไปเป็นเวลาถึงสามปีก็ได้ เพียงแต่คู่หมั้นหายตัวไปเป็นเวลาหนึ่งปีก็ถือว่านานพอสมควรแล้วสำหรับบุคคลที่อยู่ในสถานะคู่หมั้นกัน การที่จะให้คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งอดทนรอโดยไม่มีการกำหนด

²¹⁸ ชาติชาย อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 118

ระยะเวลาเพื่อที่จะทำการสมรสด้วยนั้นจะเป็นการรอคอยที่เลื่อนลอยจนเกินไป โดยไม่ทราบว่าจะเหตุที่หายไปนั้นเป็นเพราะอะไร อาจจะตกอยู่ในอันตราย หรืออาจจะไม่มีใจให้แก่คู่หมั้นของตนแล้วจึงต้องการหนีหน้าหรือดีตัวออกห่างไป อีกทั้งไม่ทราบว่าคู่หมั้นที่หายสาบสูญไปนั้นจะกลับมาเมื่อใด อันจะเป็นการตัดเสรีภาพคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งในการเลือกหาคู่ครองคนใหม่ จึงน่าจะถือเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไว้ก่อนหน้านี้อีกแล้ว

(6) เทียบเคียงกับมาตรา 1516 (6) ชายหรือหญิงคู่หมั้นไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควร หรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นคู่หมั้นกันอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความ เป็นอยู่ร่วมกันล้นคู่หมั้นมาค้ำประกันประกอบ สถานะของบุคคลที่เป็นคู่หมั้นยังไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่ อุปการะเลี้ยงดูกันเหมือนเช่นกรณีของกลุ่มสมรส ส่วนการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นคู่หมั้นกันนั้น น่าจะต้องพิจารณาถึงเหตุที่ทำปฏิปักษ์ว่าเหมาะสมกับสถานะของบุคคลที่เป็นคู่หมั้นหรือไม่ เช่น การที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นไปทำการหมั้นซ้อนกับผู้อื่นอีก หรือการที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นทำหมั้น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง แม้การหมั้นจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะร่วมประเวณี กันแต่หากคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งประสงค์จะมีบุตรก็ไม่ได้ ถือได้ว่ากระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการ อยู่ร่วมกันล้นคู่หมั้น อีกฝ่ายหนึ่งย่อมถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้แต่หาก หญิงคู่หมั้นปฏิเสธไม่ยอมให้ชายคู่หมั้นร่วมประเวณี ชายจะถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิก สัญญาหมั้นไม่ได้ เพราะสถานะของคู่หมั้นยังไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิที่จะร่วมประเวณีกันได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 234/2508 การที่ชายคู่หมั้นเลี้ยงหญิงโสเภณีไว้เป็นภริยา อยู่ในบ้านเป็นการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อจิตใจหญิงคู่หมั้นอย่างร้ายแรง จึงเป็นเหตุผลสำคัญ อันเกิดแก่ชายคู่หมั้น หญิงคู่หมั้นจึงมีสิทธิขอถอนหมั้นและมีสิทธิจะไม่ต้องคืนของหมั้น

(7) เทียบเคียงกับมาตรา 1516 (7) ชายหรือหญิงคู่หมั้นวิกลจริตตลอดมา เกินสามปี และความวิกลจริตนั้นมี ลักษณะยากจะหายได้ กับทั้งความวิกลจริตถึงขนาดที่จะทนอยู่ ร่วมกันล้นคู่หมั้นต่อไปไม่ได้ ผู้เขียนเห็นว่าในสถานะของบุคคลที่เป็นคู่หมั้นกันนั้น ความวิกลจริต ที่เกิดขึ้นแก่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งไม่ต้องถึงขนาดสามปี แต่หากมีลักษณะของอาการที่รักษาให้หายยาก ถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ เพราะหากต้องรอรักษาความวิกลจริตนั้น ให้หายโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ก็จะกีดกันคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งที่รอจะสมรสให้ไม่ได้รับการสมรส และจะเป็นการขัดกับกฎหมายมาตรา 1449 ที่ห้ามมิให้ทำการสมรสกับบุคคลวิกลจริต

ยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 483/2533 จำเลยที่ 3 ไม่ยอมจดทะเบียนสมรสกับโจทก์ ที่อ้างว่าโจทก์ที่ 1 มีสติไม่บริบูรณ์เหมือนคนธรรมดา และคล้ายกับปัญญาอ่อน แต่พฤติการณ์

ยังไม่พอฟังว่าโจทก์ที่ 1 เป็นเช่นนั้น อันจะเป็นข้ออ้างที่มีเหตุสำคัญในการไม่ยอมจดทะเบียนสมรส จำเลยจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น จำเลยทั้งสามตกลงรับหมั้นจากฝ่ายโจทก์พร้อมทั้งรับของหมั้นไว้เรียบร้อยแล้วแม้จำเลยที่ 1 ที่ 2 ได้มอบของหมั้นทั้งหมดให้แก่จำเลยที่ 3 เมื่อจำเลยที่ 3 ไม่ยอมจดทะเบียนสมรสกับโจทก์ที่ 1 อันเป็นการผิดสัญญาหมั้นจำเลยทั้งสามซึ่งรับของหมั้นไว้ก็ต้องร่วมกันคืนของหมั้นแก่ฝ่ายโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1036/2524 การที่จำเลยพาโจทก์ไปเที่ยวนอกบ้านทั้งในระยะเวลาก่อนหมั้นและหลังหมั้น ทั้งกว่าจำเลยจะแต่งงานกับโจทก์ก็เป็นเวลาภายหลังหมั้นนานถึง 5 เดือนเศษนั้น จำเลยย่อมทราบดีพอสมควรว่าโจทก์มีนิสัย อารมณ์และความประพฤติอย่างไร ฉะนั้นแม้โจทก์จะเป็นโรคจิตประสาทอย่างอ่อน มีอาการเปลี่ยนแปลงทางอารมณ์ก็ตามแต่โรคของโจทก์ก็ไม่น่าเป็นอุปสรรคในการแต่งงาน สามารถรักษาหายได้และพูดคุยกับคนอื่นรู้เรื่อง เมื่อจำเลยแต่งงานและอยู่กินกันสามมีภริยากับโจทก์เป็นเวลา 3 เดือนเศษแล้ว จะอ้างนิสัย อารมณ์และความประพฤติของโจทก์มาปฏิเสธไม่ยอมไปจดทะเบียนสมรสกับโจทก์ย่อมไม่มีเหตุที่จะรับฟังพฤติการณ์ดังกล่าวถือว่าไม่ได้ว่าเหตุที่ไม่มีการสมรสโดยมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่โจทก์ โจทก์จึงไม่ต้องคืนของหมั้น

(8) เทียบเคียงกับมาตรา 1516 (8) ชายหรือหญิงคู่หมั้นผิดทัศนคติบนที่ทำให้ไว้เป็นหนังสือในเรื่องความประพฤติชายหรือหญิงคู่หมั้นได้ทำทัศนคติบนไว้ต่อกัน เช่น ชายชอบเล่นการพนันเป็นประจำ หรือชอบดื่มเหล้าเป็นประจำ หรือชอบเที่ยวกลางคืน สำสอนกับผู้หญิงอื่น ไม่เลิกหน้าหรือชอบทุบตีทำร้ายหญิงคู่หมั้น ชายจึงได้ทำทัศนคติบนไว้เป็นหนังสือให้แก่หญิงคู่หมั้น หากชายผิดทัศนคติบนที่ได้ทำไว้ต่อหญิง ฝ่ายหญิงถือเอาเหตุที่ชายผิดทัศนคติบนเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ แต่การทำสัญญาทัศนคติบนจะต้องทำในเรื่องของความประพฤติเท่านั้น จะทำสัญญาที่ไม่เกี่ยวกับความประพฤติของคู่หมั้นไม่ได้ เช่น ชายสัญญาว่าจะซื้อกระเป๋าให้แก่หญิงคู่หมั้นแล้วไม่ซื้อให้ตามที่สัญญาไว้ หรือชายสัญญาว่าจะพาหญิงไปเที่ยวที่ภูกระดึงตอนปีใหม่ แต่ชายก็ไม่ได้ปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ให้ไว้กับหญิงคู่หมั้น เช่นนี้หญิงคู่หมั้นจะถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่ได้ เพราะไม่เกี่ยวกับเรื่องความประพฤติแต่อย่างใด อีกทั้งทัศนคติบนที่ทำไว้ต่อกันนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ จะทำด้วยวาจาไม่ได้

ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้กล่าวไว้ว่า “ทัศนคติบนต้องทำไว้เป็นหนังสือ ข้อนี้ น่าจะต้องอนุโลมมาใช้สำหรับคู่หมั้นด้วยเหมือนกัน เพราะถ้าไม่ถึงขนาดเกณฑ์ให้ทำไว้เป็นหนังสือ อาจเป็นเพราะว่าไม่ได้ถือเอาเป็นเหตุสำคัญมาแต่เริ่มต้น”²¹⁹

²¹⁹ เสนีย์ ปราโมช ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัวมรดก หน้า 52

อนึ่ง ทักษะบนที่ทำไว้ต่อกันระหว่างคู่หมั้นนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะ เช่น หญิงให้ชายทำทักษ์บนว่าชายจะไม่เลี้ยงดูบิดามารดาหรือไม่ต้องยุ่งเกี่ยวกับครอบครัวของชายอีก หากชายผิดทักษ์บนเลี้ยงดูบิดามารดาหรือยุ่งเกี่ยวกับครอบครัว หรือหญิงให้ชายทำทักษ์บนว่าชายจะไม่ส่งเสียเลี้ยงดูบุตรที่เกิดจากภริยาเก่าของชาย หากชายผิดทักษ์บนส่งเสียเลี้ยงดูบุตร หญิงคู่หมั้นจะถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่ได้เพราะสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะไม่สามารถบังคับได้

(9) เทียบเคียงกับมาตรา 1516 (9) ชายหรือหญิงคู่หมั้นเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งและโรคมีลักษณะเรื้อรัง ไม่มีทางที่จะหายได้ เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้เพราะกลัวว่าจะเป็นภัยต่อสุขภาพของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น เป็นโรคภูมิแพ้ขั้นรุนแรง เป็นวัณโรคอย่างร้ายแรง เป็นโรคเอดส์ เหล่านี้ถือว่าเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงโดยสภาพของคู่หมั้นยังไม่ได้อยู่กินฉันสามีภริยา อาจจะยังไม่มีความสัมพันธ์ทางประเวณีด้วยกัน แม้จะไม่ใช้โรคติดต่ออย่างร้ายแรงแต่มีลักษณะอาการเรื้อรังและรักษาให้หายยาก เช่น มะเร็ง (ลูคีเมีย) โรคเรื้อน หรือเป็นอัมพาต น่าจะถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ เพราะหากปล่อยให้ทำการสมรสต่อไปก็จะไม่มีความสุขและต้องเสียค่าใช้จ่ายในการรักษาจำนวนมาก ซึ่งไม่แน่ว่าจะรักษาให้หายขาดจากโรคดังกล่าวได้หรือไม่ อันเป็นการขัดขวางความเจริญทางด้านเศรษฐกิจของครอบครัวที่จะก่อร่างสร้างตัวขึ้นในอนาคตผู้เขียนยังเห็นว่ามิใช่เฉพาะโรคติดต่อและโรคที่รักษาให้หายขาดได้เท่านั้นที่จะอ้างเป็นเหตุถอนหมั้นได้ อาจจะหมายความรวมถึงสภาพร่างกายของคู่หมั้นด้านอื่นๆ ด้วยเช่น ทำการหมั้นกันแล้ว ต่อมาคู่หมั้นตาบอด เป็นใบ้หูหนวก หรือสภาพร่างกายพิการ เหล่านี้ก็น่าจะถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้

(10) เทียบเคียงกับมาตรา 1516 (10) ชายหรือหญิงคู่หมั้นมีสภาพร่างกายทำให้คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาลการที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะสามีภริยาต้องอยู่กินร่วมกันและมีความสัมพันธ์ทางเพศกันอันเป็นเรื่องปกติธรรมดาของมนุษย์ แม้แต่สมรสกันแล้ว กฎหมายยังบังคับว่าจะต้องไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาลจึงจะฟ้องหย่าได้ แล้วนับประสาอะไรกับบุคคลที่มีสถานะเป็นเพียงคู่หมั้นจะถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นกันไม่ได้ เพราะโดยธรรมชาติของมนุษย์เรื่องความสัมพันธ์ทางเพศถือว่าเป็นเรื่องที่สำคัญสำหรับช่วงเริ่มต้นของชีวิตสมรส ดังนั้น หากคู่หมั้นมีอวัยวะเพศไม่สมบูรณ์ อวัยวะเพศเสื่อมสมรรถนะหรือหมดความรู้สึก หรืออวัยวะเพศถูกตัด คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้

2) กรณีที่คู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นเพราะการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของคู่หมั้นภายหลังการหมั้น กฎหมายได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1444 ว่า “ถ้าเหตุอันทำให้คู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นเป็นเพราะการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งได้กระทำภายหลังการหมั้นคู่หมั้นผู้กระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้น ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนแก่คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นเสมือนเป็นผู้ผิดสัญญาหมั้น” กฎหมายใช้คำว่า “เสมือนเป็นผู้ผิดสัญญาหมั้น” แสดงให้เห็นว่าไม่ใช่เรื่องผิดสัญญาหมั้น แต่การเรียกค่าทดแทนให้เรียกได้อย่างเดียวกับกรณีผิดสัญญาหมั้น²²⁰ ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวอธิบายมาแล้วว่าการบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่ใช่เป็นการผิดสัญญาหมั้น ฉะนั้นโดยหลักการแล้วคู่หมั้นจะเรียกเอาค่าทดแทนจากกันไม่ได้ แต่มาตรา 1444 กำหนดไว้ให้เป็นข้อยกเว้นของมาตรา 1442 และมาตรา 1443 โดยเปิดโอกาสให้ชายหรือหญิงคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 ,1443 มีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้ถ้าเหตุแห่งการบอกเลิกสัญญาหมั้นนั้นเป็นเพราะการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งได้กระทำภายหลังการหมั้นกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการสิ้นสุดของสัญญาหมั้นและการเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1444 ต้องเกิดจากการบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 ,1443 เสียก่อน ดังนั้น การที่จะเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1444 ได้จึงต้องมีหลักเกณฑ์สำคัญอยู่ 2 ประการคือ

ประการแรก คือ ความประพฤติของคู่หมั้นผู้ถูกบอกเลิกสัญญาต้องเป็นการกระทำชั่วอย่างร้ายแรง โดยพิจารณาจากความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไปว่าการกระทำที่เป็นเหตุบอกเลิกสัญญานั้น เป็นเรื่องร้ายแรงหรือเป็นสิ่งที่ไม่สมควรกระทำหรือไม่ เช่น ชอบเล่นการพนันเป็นอาชิม ชอบเที่ยวล่าสอนกับผู้อื่นไม่เลือกหน้า เป็นชู้กับสามีหรือภริยาผู้อื่น ดิตยาเสพติด เป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมโดยเป็นผู้ค้ายาเสพติดชอบกระทำชำเราทารุณต่อคนหรือสัตว์ กระทำความผิดอาญาโดยการปล้นทรัพย์ น้อ โกง หรือฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา พฤติกรรมเหล่านี้ถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้การกระทำชั่วอย่างร้ายแรงไม่ว่าจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่นั้นไม่ใช่สาระสำคัญเพราะมิได้คำนึงถึงผลของการกระทำ แต่คำนึงถึงลักษณะที่ได้กระทำชั่วว่าเป็นการร้ายแรงหรือไม่เป็นข้อสำคัญ ถ้าเป็นเรื่องที่ตามความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไปไม่ถือว่าเป็นการกระทำชั่วอย่างร้ายแรง แต่คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้น ถือเอาความประพฤติเรื่องใดเป็นสาระสำคัญหรือไม่หรืออาจจะยอมรับความประพฤติเช่นนั้นได้แต่ต้องแจ้งเหตุที่ถือเอาเป็นสาระสำคัญนั้นให้แก่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งทราบล่วงหน้าไว้ก่อน จึงจะถือเอาเป็นเหตุบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ การกระทำชั่วอย่างร้ายแรงแม้ไม่ถึงกับเป็นการผิดสัญญาหมั้น แต่ก็มีกรรมรุนแรงมากกว่าเหตุสำคัญในกรณีอื่น ในกรณีที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นได้กระทำการอันแสดงให้เห็นว่าได้ให้อภัย

²²⁰ ชาดิชาช อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 121

ในการที่อีกฝ่ายหนึ่งได้ร่วมประเวณีกับผู้อื่น แม้มิได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ก็มีผลให้ไม่อาจบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ เทียบเคียงได้กับการสมรส มาตรา 1518 “สิทธิฟ้องหย่าย่อมหมดไปในเมื่อฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่าได้ กระทำการอันแสดงให้เห็นว่าได้ให้อภัยในการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นเหตุให้เกิดสิทธิฟ้องหย่าแล้ว” แต่การแสดงการให้อภัยต่อผู้ซึ่งร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตนอาจถือว่าเป็นการปลดหนี้ตามมาตรา 340 วรรคแรก “ถ้าเจ้าหนี้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ให้ ท่านว่าหนี้นั้นก็พ้นอันระงับสิ้นไป”

ประการที่สอง คือ การกระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้นคู่หมั้นจะต้องได้กระทำภายหลังการหมั้น คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งจึงจะมีสิทธิอ้างเหตุนี้เรียกให้รับผิดชอบใช้ค่าทดแทนได้ เช่น เมื่อหมั้นกันแล้วหญิงคู่หมั้นไปร่วมประเวณีกับชายอื่น ถือได้ว่าหญิงกระทำชั่วอย่างร้ายแรง ชายคู่หมั้นย่อมปฏิเสธการสมรสกับหญิงและสามารถอ้างเหตุที่หญิงคู่หมั้นไปร่วมประเวณีกับชายอื่นบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ตามมาตรา 1442 พร้อมกับเรียกให้รับผิดชอบใช้ค่าทดแทนตามมาตรา 1440 เพราะเหตุที่หญิงกระทำชั่วอย่างร้ายแรงตามมาตรา 1444 และให้หญิงคืนของหมั้นให้แก่ชายคู่หมั้นเพราะถือว่าฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้นตามมาตรา 1439 ถ้าหากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้นได้กระทำก่อนการหมั้นจะเรียกค่าทดแทนไม่ได้ เช่น กรณีที่ชายคู่หมั้นไปปล้นทรัพย์ของผู้อื่นก่อนที่จะมาทำสัญญาหมั้นกับหญิงเมื่อหมั้นแล้วหญิงจึงได้รู้ว่าชายเป็นผู้ร้ายในคดีปล้นทรัพย์ หญิงคู่หมั้นมีสิทธิเพียงแต่บอกเลิกสัญญาหมั้น โดยอ้างว่ามีเหตุสำคัญอันเกิดแก่ชายคู่หมั้นเท่านั้น หญิงคู่หมั้นจะเรียกให้ชายรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนไม่ได้ เพราะเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นนั้นได้กระทำก่อนทำสัญญาหมั้น ในกรณีเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นความบกพร่องของกฎหมายอย่างยิ่ง ที่ไม่ให้สิทธิในการเรียกค่าทดแทนเพียงเพราะว่าเหตุนี้ได้กระทำก่อนทำสัญญาหมั้น ทั้งๆที่ผลของการกระทำนั้นได้ส่งผลกระทบต่อหญิงคู่หมั้นภายหลังการหมั้น ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงปัญหาของข้อห้ามในการเรียกค่าทดแทนกรณีการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงที่ได้กระทำก่อนทำสัญญาหมั้น โดยละเอียดอีกครั้งในบทที่ 4 เพื่อที่จะนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงแก้ไข เสนอแนะต่อไป

อนึ่ง คู่หมั้นฝ่ายที่ต้องการจะบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่ว่ากรณีใดก็ตามจะต้องแสดงเจตนาให้อีกฝ่ายทราบอย่างชัดเจนไม่ว่าจะบอกกล่าวด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือก็ได้ จะนิ่งเฉยหรือกระทำการอย่างอื่น (เช่น ไปสมรสกับบุคคลอื่น) เพื่อให้เข้าใจโดยปริยายว่าตนได้บอกเลิกสัญญาหมั้นไม่ได้ ไม่เช่นนั้นแล้วอีกฝ่ายอาจจะถือว่าผิดสัญญาหมั้นหรืออาจจะเข้าใจว่าคู่หมั้นของตนไม่ถือว่าเป็นเหตุสำคัญก็ได้ นอกจากนี้ยังจะต้องแสดงเจตนาบอกเลิกภายในเวลาอันสมควร

หลังจากเหตุสำคัญนี้ ไม่ใช่ปล่อยให้ไว้ 2-3 เดือนหลังจากทราบเหตุแล้วถึงมาบอกเลิก สรุปแล้ว การบอกเลิกสัญญาหมั้นจะต้องแสดงเจตนาต่ออีกฝ่ายโดยชัดแจ้งและไม่ชักช้า²²¹

ท่านอาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ ได้ให้ข้อพิจารณาระหว่างเหตุสำคัญตาม มาตรา 1442, 1443 กับการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงตามมาตรา 1444 ไว้ดังนี้²²²

ลักษณะที่เหมือนกัน

(1) เป็นเหตุให้บอกเลิกสัญญาหมั้นได้

(2) เหตุดังกล่าวเกิดได้ทั้งชายและหญิงคู่หมั้น

(3) เหตุดังกล่าวไม่ต้องกระทำต่อคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง

(4) การกระทำชั่วอย่างร้ายแรงเป็นเหตุอย่างหนึ่งในเหตุสำคัญ

(5) หากเหตุดังกล่าวเกิดแก่หญิงคู่หมั้น ชายคู่หมั้นมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้น และเรียกของหมั้นคืนจากหญิงคู่หมั้นได้

ลักษณะที่แตกต่างกัน

(1) เหตุสำคัญเกิดได้ทั้งก่อนหรือหลังการหมั้น แต่การกระทำชั่วอย่างร้ายแรง ต้องเกิดขึ้นหลังการหมั้น

(2) เหตุสำคัญไม่ต้องเป็นการกระทำทุกกรณีไป แต่การกระทำชั่วอย่างร้ายแรง ต้องเกิดจากการกระทำของคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะ ไม่รวมถึงบุคคลอื่น เช่น บิดามารดา ผู้ปกครอง

(3) เหตุสำคัญไม่ให้สิทธิเรียกค่าทดแทน แต่การกระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้อง รับผิดชอบใช้ค่าทดแทนเมื่อมีการบอกเลิกสัญญาหมั้นแล้ว

2.2.3 ค่าทดแทนที่คู่หมั้นมีสิทธิเรียกได้จากผู้อื่น

1) กรณีที่คู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นอันเกิดจากผู้อื่นได้ร่วมประเวณีกับ คู่หมั้นของตน กฎหมายได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1445 ว่า “ชายหรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทน จากผู้ซึ่งได้ร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตน โดยรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้น เมื่อได้บอกเลิกสัญญา หมั้นแล้วตามมาตรา 1442 หรือมาตรา 1443 แล้วแต่กรณี” เป็นการเรียกค่าทดแทนที่กฎหมาย กำหนดให้ชายหรือหญิงคู่หมั้นมีสิทธิเรียกได้จากบุคคลที่สาม ตามกฎหมายเก่าได้ให้สิทธิเรียก ค่าทดแทนในเรื่องนี้เฉพาะชายคู่หมั้นเท่านั้นเนื่องจากมีเหตุผลอยู่ในแง่ที่ว่านอกจากประเพณีไทย เราจะถือเรื่องความบริสุทธิ์ของหญิงก่อนสมรสเป็นเรื่องสำคัญแล้ว แม้แต่ชายคู่หมั้นยังไม่มีสิทธิ ร่วมหลับนอนกับหญิงคู่หมั้นตนเอง โฉนชายอื่นซึ่งไม่มีความผูกพันกับหญิงนั้นในทางกฎหมาย

²²¹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวยุค 2548 หน้า 81

²²² ชาติชาย อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 121

แต่ประการใด จึงจะทำการซึ่งเท่ากับละเมิดศักดิ์ศรีของชายคู่หมั้นได้เล่า ทั้งการที่หญิงสมัครใจทำ เช่นนี้เท่ากับเป็นการร่วมมือกับชายอื่นใช้และปล่อยร่างกายตนเอง ละเมิดชายคู่หมั้น²²³ แต่ปัจจุบันกฎหมายได้มีการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญประกอบกับสภาพสังคมในปัจจุบันจึงได้เพิ่มเติมให้หญิงมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกับชาย โดยหญิงมีสิทธิในการเรียกค่าทดแทนในกรณีที่ผู้อื่นได้ร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตนได้ เพื่อมิให้เลือกปฏิบัติเพราะเหตุมีความแตกต่างในเรื่องเพศ ชายหรือหญิงคู่หมั้นจึงมีสิทธิเรียกค่าทดแทนในกรณีนี้ได้อย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งการเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1445 มีองค์ประกอบสำคัญอยู่สามประการคือ

ประการแรก ต้องมีการร่วมประเวณีกับชายหรือหญิงคู่หมั้น

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542²²⁴ ได้อธิบายความหมายของคำว่า “ประเวณี” ไว้ดังนี้ (นาม)การเสพสังวาส การร่วมรส (กริยา) ประพฤติผิดเมียผู้อื่น เรียกว่าล่วงประเวณี คำว่า “ร่วมประเวณี” (กริยา) การเสพสังวาส เป็นพัวเมียกัน ส่วนคำว่า “สังวาส” (กริยา) ร่วมประเวณี มักใช้คำว่าร่วมสังวาส หรือเสพสังวาส ดังนั้น คำว่า “ประเวณี” “ร่วมประเวณี” และคำว่า “สังวาส” มีความหมายในทางกริยาว่า ประพฤติผิดเมียผู้อื่น เสพสังวาส เป็นพัวเมียกัน หรือร่วมประเวณี จากความหมายดังกล่าวจึงน่าจะเป็นการร่วมเพศกันระหว่างชายกับหญิง เพราะเป็นการประพฤติผิดเมียผู้อื่น น่าจะมีลักษณะที่เป็นการกระทำต่อกันแบบธรรมชาติของการเป็นพัวเมียกัน คือใช้อวัยวะสืบพันธุ์ของชายสอดเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง

สัญญาหมั้นเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดสถานะของบุคคลเช่นเดียวกับการสมรส เมื่อชายหรือหญิงมีสถานะความเป็นคู่หมั้นกันแล้ว สถานะความเป็นคู่หมั้นนี้จะก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ทั้งในทางทรัพย์สินและสิทธิในตัวคู่หมั้น แม้สถานะความเป็นคู่หมั้นจะยังไม่ให้สิทธิในการร่วมประเวณีกันระหว่างคู่หมั้นแต่คู่หมั้นก็ต้องซื่อสัตย์และหวงแหนประเวณีไว้ให้เฉพาะแก่คู่หมั้นซึ่งจะกลายเป็นคู่สมรสของตนในอนาคต ไม่ปล่อยเนื้อปล่อยตัวให้ผู้อื่นมาร่วมทางประเวณี การร่วมประเวณีนั้นชายหรือหญิงคู่หมั้นจะต้องยินยอมสมัครใจด้วย ถ้าความยินยอมในการร่วมประเวณีกระทำไปเพราะการตอบแทนผู้มีพระคุณ มีสาเหตุบีบบังคับมาจากความยากจน แค้นแค้น หรือถูกหลอกลวงว่าจะให้ทรัพย์สินก็ได้ก็ล้อยตามจนยอมให้ร่วมประเวณี ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6)²²⁵ ถือว่าถูกใช้กำลังประทุษร้าย เป็นเหตุให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืน

²²³ ไพโรจน์ กัมพูสิริ คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครอง 2548 หน้า 73

²²⁴ “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542” ค้นคืน 28 พฤศจิกายน 2556 จาก

<http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-40-search.asp>

²²⁵ มาตรา 1(6) "ใช้กำลังประทุษร้าย" หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กาย หรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้ หมายความว่ารวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ใน ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช่เหตุทำให้มีนเมา การสะกดจิตหรือ วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

ได้ เหล่านี้ไม่ถือว่าเกิดจากความสมัครใจอย่างแท้จริง คู่หมั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้ล่วงเกินทางประเวณีกับคู่หมั้นของตนได้

ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายน่าจะมีเจตนารมณ์ให้เกิดความเสมอภาคในทางเพศโดยให้ชายหรือหญิงคู่หมั้นมีสิทธิเท่าเทียมกันในการเรียกค่าทดแทนจากชายหรือหญิงอื่นที่ร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตนได้เพราะตัวบทกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ซึ่ง” ซึ่งเป็นความหมายที่ไม่จำกัดเรื่องเพศแต่คำว่า “ผู้ซึ่ง” จะต้องสอดคล้องสัมพันธ์กับคำว่า “ร่วมประเวณี” ซึ่งเป็นคำที่กฎหมายบังคับไว้ อีกชั้นหนึ่ง ดังนั้นคำว่า “ร่วมประเวณี” จะต้องเป็นการร่วมประเวณีโดยวิถีทางตามธรรมชาติของการเป็นผิวเมีย กล่าวคือการใช้อวัยวะสืบพันธุ์ของชายสอดเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง ชายหรือหญิงคู่หมั้นจึงจะใช้สิทธิเรียกค่าทดแทนในเรื่องนี้ได้ เมื่อมีการร่วมประเวณีกันแล้วก็ไม่ต้องคำนึงถึงว่าชายหรือหญิงจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ (ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยได้เข้าไปในของลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลี เช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จความหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 แล้ว การที่ทางพิจารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิของจำเลยออกมาอยู่ที่ของลับของผู้เสียหายหรือที่ของลับของจำเลยนั้นเป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่ เป็นอีกส่วนหนึ่ง ไม่เป็นเหตุให้เห็นว่าจำเลยกระทำชำเราไม่สำเร็จหรือเป็นเพียงขั้นพยายาม) ตามคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการร่วมประเวณีกันชายหรือหญิงจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ จึงไม่ใช่สาระสำคัญ ขอเพียงแต่เป็นการกระทำตามวิถีทางของธรรมชาติเท่านั้น ส่วนการกระทำที่ไม่ใช่วิถีทางตามธรรมชาติ เช่นการนำเอาอวัยวะสืบพันธุ์สอดเข้าไปในทวารหนัก(Sodomy) การใช้ปากกับอวัยวะสืบพันธุ์(Oral sex)การถูไถเสียดสีอวัยวะสืบพันธุ์ของชายอยู่ในร่องอกของหญิง (mammary intercourse) การกระทำกับอวัยวะสืบพันธุ์ด้วยมือ หรือการกระทำอื่นใดที่ได้กระทำกับอวัยวะสืบพันธุ์ การกระทำเหล่านี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิง หรือชายกับชายหรือหญิงกับหญิง ถือว่าเป็นกามกิจที่กระทำเพื่อกระตุนกามารมณ์ หรือเพื่อถึงแก่ความเสียหายสุดขั้ว เป็นพฤติกรรมที่แสดงออกถึงการนอกใจคู่หมั้นของตนชายหรือหญิงคู่หมั้นถือเอาเป็นเหตุบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 หรือมาตรา 1443 แล้วแต่กรณีได้ แต่จะใช้สิทธิเรียกค่าทดแทนไม่ได้

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 การชำเราหญิงของลับของชายต้องล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง ไม่ใช่ช่องทวารหนัก แต่สิทธิในเรื่องนี้ไม่ได้ครอบคลุมไปถึงบิดามารดา หรือผู้ปกครองแต่อย่างใด เป็นสิทธิเฉพาะตัวของชายหรือหญิงคู่หมั้น

ประการที่สอง ผู้ซึ่งร่วมประเวณีได้รู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้น

เนื่องจากความหมายของการร่วมประเวณีตามมาตรา 1445 นี้ เป็นการร่วมประเวณีที่เกิดขึ้นจากความสมัครใจ คู่หมั้นอาจหลอกลวงผู้ซึ่งร่วมประเวณีว่าตนยังไม่ได้ทำการหมั้นหมายหรือยังไม่มีพันธะใดๆก็เป็นได้ การเรียกเอาค่าทดแทนจากผู้ซึ่งร่วมประเวณีที่ไม่ได้รู้ถึงการหมั้นนั้นมาก่อน ก็จะไม่ยุติธรรมกับผู้ซึ่งร่วมประเวณีเพราะไม่ได้ไปซึ้งใจ หลอกลวง ช่มเหงให้ชายหรือหญิงคู่หมั้นร่วมประเวณีด้วยแต่ประการใด กฎหมายจึงบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าผู้ซึ่งร่วมประเวณีจะต้องได้รู้ถึงการหมั้นนั้น ถ้าไม่รู้ถึงการหมั้นจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดชอบค่าทดแทนได้ อันเป็นการให้โอกาสผู้ซึ่งร่วมประเวณี การพิจารณาเกี่ยวกับพฤติการณ์ของผู้ซึ่งร่วมประเวณีว่าได้รู้ถึงการหมั้นหรือไม่นั้น เป็นหน้าที่ของคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิเรียกค่าทดแทนที่จะนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าผู้ซึ่งร่วมประเวณีนั้นได้รู้ถึงการหมั้นแล้ว เช่น ผู้ซึ่งร่วมประเวณีเป็นเพื่อนกับชายหรือหญิงคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือเป็นคนในหมู่บ้านเดียวกัน หรือทำงานสถานที่เดียวกัน หรือตามสภาพสังคมในปัจจุบันนี้ที่เทคโนโลยีสามารถรู้ข้อมูลเรื่องส่วนตัวของผู้อื่นได้อย่างง่ายดาย หากมีการเผยแพร่ภาพส่วนตัวต่างๆ เช่น กรณีของเฟซบุ๊ก(Facebook) อย่างนี้จึงเป็นไปได้ว่าผู้ซึ่งร่วมประเวณีจะไม่ได้รู้ถึงการหมั้นนั้น

ปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปมีอยู่ว่าการที่ผู้ซึ่งร่วมประเวณีได้รู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นแล้วจะต้องรู้ลึกไปถึงว่าคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิเรียกค่าทดแทนเป็นใครด้วยหรือไม่นั้น มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

ท่านศาสตราจารย์ประสพสุข บุญเดช ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “ซึ่งในกรณีที่ชายคู่หมั้นจะเรียกค่าทดแทนนั้นต้องปรากฏว่าหญิงคู่หมั้นได้ยินยอมร่วมประเวณีกับชายอื่น และชายอื่นนั้นจะต้องรู้หรือควรรู้ว่าหญิงนั้นได้หมั้นแล้ว และรู้ว่าคู่หมั้นเป็นใครด้วย เพียงแต่รู้ว่าหญิงมีคู่หมั้น แต่ไม่รู้ว่าชายคู่หมั้นนั้นเป็นใคร ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ชายคู่หมั้นเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นได้”²²⁶

ท่านอาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “เห็นว่า ตามมาตรา 1445 ปี 2519 บัญญัติไว้ชัดเจนว่าต้องรู้หรือควรรู้ว่าหญิงได้หมั้นกับชายคู่หมั้นนั้นแล้ว คือบุคคลที่ตนร่วมประเวณีด้วยได้หมั้นกับชายหรือหญิงใด ตามบทบัญญัติปัจจุบันแม้จะมีได้กำหนดเช่นนั้น แต่มีข้อความว่า “รู้ถึงการหมั้นนั้น” แสดงว่าผู้กระทำต้องรู้หรือควรรู้ว่าบุคคลที่ตนร่วมประเวณีด้วยได้หมั้นกับชายหรือหญิงคู่หมั้นที่มีสิทธิเรียกค่าทดแทน มิใช่เพียงแต่รู้หรือควรรู้ว่าได้หมั้นแล้วเท่านั้น”²²⁷

²²⁶ ประสพสุข บุญเดช คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว 2550 หน้า 102

²²⁷ ชาติชาย อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 108

ด้วยความเคารพต่อท่านอาจารย์ทั้งสองผู้เขียนมีความเห็นไปคนละทางกับท่านอาจารย์ทั้งสองว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องรู้ว่าคู่หมั้นของผู้ที่ร่วมประเวณีด้วยนั้นเป็นใคร เพียงแต่รู้ว่ามีการหมั้นแล้วยังร่วมประเวณีกับผู้ที่มีพันธะก็ถือว่าไม่บริสุทธิ์ใจ แม้ว่าความยินยอมจะไม่เป็นละเมิด แต่การกระทำนั้นก็เกิดจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ชายหรือหญิงคู่หมั้นก็ได้รับความเสียหายอยู่ดี เพราะสิทธิของชายหรือหญิงคู่หมั้นได้ถูกละเมิดแล้ว เรื่องละเมิดไม่ต้องอาศัยเจตนาชั่วร้ายของผู้กระทำแต่ควรจะต้องพุ่งเป้าไปในทางชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ถูกละเมิดสิทธิ ดังนั้น เพียงแค่การได้รู้ว่ามีการหมั้นก็เป็นการเพียงพอแล้วในการที่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งจะใช้สิทธิเรียกค่าทดแทน เนื่องจากสภาพสังคมปัจจุบันนี้แตกต่างจากสมัยก่อนที่ชายและหญิงสามารถพบเจอกันได้ง่ายไม่ว่าจะเป็นการไปท่องเที่ยวตามสถานบันเทิงแล้วเกิดอารมณ์จากสิ่งชั่วยุแม้จะได้ออกกันว่ามีคู่หมั้นแล้ว หากต่างฝ่ายต่างถือว่าคงไม่เป็นไรเพียงมีความสัมพันธ์ชั่วคราวก็ยินยอมร่วมประเวณีกันไป เพราะคิดว่าคู่หมั้นผู้มีสิทธิเรียกค่าทดแทนคงไม่มีทางทราบได้กรณีอย่างนี้ก็มิใช่เช่นกัน หากยึดหลักการให้ผู้ซึ่งร่วมประเวณีจะต้องรู้ว่าผู้ที่ตนร่วมประเวณีด้วยหมั้นกับใครนั้น เป็นการเปิดโอกาสให้ชายหรือหญิงคู่หมั้นกับผู้ซึ่งร่วมประเวณีเกิดการนอกใจกันได้ง่ายขึ้น แต่ถ้าหากผู้ซึ่งร่วมประเวณีไม่ได้รู้ถึงการหมั้นนั้นเลยก็สมควรอยู่ที่จะไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทน

ประการที่สาม ชายหญิงคู่หมั้นจะต้องบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 หรือมาตรา 1443 แล้วแต่กรณีเสียก่อน

การที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นจะเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1445 ได้ นั้น ชายหรือหญิงคู่หมั้นจะต้องบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 หรือมาตรา 1443 แล้วแต่กรณีเสียก่อน และค่าทดแทนที่จะเรียกได้นั้นต้องเป็นกรณีที่คู่หมั้นของตนร่วมประเวณีกับผู้อื่น โดยเรียกเอาจากผู้ซึ่งร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตนเท่านั้น ชายหรือหญิงคู่หมั้นสามารถอ้างเหตุที่คู่หมั้นของตนไปร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากคู่หมั้นของตนได้ตามมาตรา 1444 หากได้บอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 หรือมาตรา 1443 แล้วแต่กรณี แม้ว่าผู้ซึ่งร่วมประเวณีจะไม่ได้รู้ถึงการหมั้น ซึ่งมีผลทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนตามมาตรา 1445 ก็ตาม หรือกรณีที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจให้คู่หมั้นของตนร่วมประเวณีกับผู้อื่นนั้น ชายหรือหญิงคู่หมั้นจะยกเหตุแห่งการร่วมประเวณีนั้นขึ้นอ้างว่ามีเหตุสำคัญอันเกิดแก่คู่หมั้นของตน เพื่อบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 หรือมาตรา 1443 แล้วแต่กรณีไม่ได้ และไม่มีสิทธิเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1444 หรือมาตรา 1445 แต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุปก็คือการเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1445 ชายหรือหญิงคู่หมั้นจะต้องเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตน โดยคู่หมั้นผู้มีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้บอกละเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 หรือมาตรา 1443 แล้วเท่านั้น หากสาเหตุในการ

บอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 หรือมาตรา 1443 นั้นเป็นเหตุอย่างอื่นไม่ใช่เหตุที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นไปร่วมประเวณีกับผู้อื่นที่ไม่มีสิทธิที่จะเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1445

2) กรณีที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นเรียกค่าทดแทนได้จากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตนโดยคู่หมั้นของตนไม่ได้ยินยอมหรือสมัครใจ กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 1446 ว่า “ชายหรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตน โดยรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องบอกเลิกสัญญาหมั้น” การเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1446 มีองค์ประกอบสำคัญอยู่สามประการคือ

ประการแรก ต้องมีการข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราชายหรือหญิงคู่หมั้น

การข่มขืนกระทำชำเราภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Rape” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้อธิบายความหมายของคำว่า “ข่มขืน” (กริยา) บังคับ, ใจ, ทุเรศ, ส่วนคำว่า “ชำเรา” (กริยา) ร่วมประเวณี, กระทำการร่วมเพศ สืบเนื่องจากความหมายของทั้งสองคำแล้วการข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรามีลักษณะเป็นการกระทำที่คนหนึ่งได้ใช้กำลังบังคับอีกคนหนึ่งให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย หรือใช้กลวิธีใดๆก็ตามที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งยินยอมจำนนในกิจกรรมทางเพศ ซึ่งขัดกับความต้องการหรือความตั้งใจของผู้ที่ถูกกระทำทางเพศนั้น เป็นการกระทำเพื่อสนองความต้องการทางเพศโดยผู้ที่ถูกกระทำไม่มีความยินยอมสมัครใจ ในบางครั้งอาจจะยินยอมแต่ไม่สมัครใจก็เป็นได้ เช่น ยินยอมให้กระทำชำเราเพราะถูกข่มขู่ หรืออาจถูกกลล่อลล เหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นเกิดจากความสมัครใจอย่างแท้จริง ชายหรือหญิงคู่หมั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตนได้ ส่วนชายหรือหญิงคู่หมั้นที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรานั้นย่อมมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราตนได้ตามบทบัญญัติว่าด้วยละเมิดมาตรา 420²²⁸

การข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในมาตรา 1446 จำกัดเฉพาะการกระทำที่เกิดขึ้นระหว่างชายกับหญิง ซึ่งเป็นการกระทำต่อกันแบบธรรมชาติ คือใช้อวัยวะสืบพันธุ์ของชายสอดเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง ส่วนการกระทำที่ไม่ใช่วิถีทางตามธรรมชาติ เช่น การนำเอาอวัยวะสืบพันธุ์สอดเข้าไปในทวารหนัก (Sodomy) การใช้ปากกับอวัยวะสืบพันธุ์ (Oral sex) การถูไถเสียดสีอวัยวะสืบพันธุ์ของชายอยู่ในร่องอก

²²⁸ มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

ของหญิง (mammary intercourse) การกระทำกับอวัยวะสืบพันธุ์ด้วยมือ หรือการกระทำอื่นใดที่ได้กระทำกับอวัยวะสืบพันธุ์ การกระทำเหล่านี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิง หรือชายกับชาย หรือหญิงกับหญิง ถือว่าเป็นกามกิจที่กระทำเพื่อกระตุ้นกามารมณ์ หรือเพื่อถึงแก่ความเสียวสุดยอด พฤติกรรมเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา เพราะไม่ใช่การกระทำต่อกันแบบธรรมชาติ แต่เป็นพฤติกรรมที่แสดงออกถึงการนอกใจคู่หมั้นของตน ชายหรือหญิงคู่หมั้นถือเอาเป็นเหตุบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 หรือมาตรา 1443 แล้วแต่กรณีได้ แต่จะใช้สิทธิเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1446 ไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 การชำเราหญิงของลับของชายต้องล่วงล้ำเข้าในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงไม่ใช่ช่องทวารหนัก แต่สิทธิในเรื่องนี้ไม่ได้ครอบคลุมไปถึงบิดามารดา หรือผู้ปกครองแต่อย่างใด เป็นสิทธิเฉพาะตัวของชายหรือหญิงคู่หมั้น)

ส่วนการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น กระทำชำเราเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276²²⁹ วรรคสองและมาตรา 277²³⁰ วรรคสอง ซึ่งได้มีการปรับปรุงแก้ไขใหม่ในปี พ.ศ. 2550 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 จึงใช้เป็นบรรทัดฐานในทางอาญาไม่ได้อีกต่อไป แต่ผู้เขียนเห็นว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 ยังใช้บังคับกับทางแพ่งได้ การที่คำว่า “กระทำชำเรา” ในกฎหมายอาญาที่ได้มีการแก้ไขปรับปรุงให้มีความหมายที่กว้างขวางมากขึ้นไม่น่าจะนำความหมายเหล่านั้นมาใช้บังคับกับคดีแพ่งตามมาตรา 1446 ได้ เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายแตกต่างกัน

ปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปมีอยู่ว่าหญิงข่มขืนกระทำชำเราชายได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะเป็นปัญหา เพราะหลักมีอยู่แล้วว่าต้องเป็นการกระทำต่อกันแบบธรรมชาติ คืออาจเป็นการใช้อวัยวะเพศของหญิงทำกับอวัยวะเพศของชาย หรืออวัยวะเพศของชายทำกับ

²²⁹ มาตรา 276 วรรคแรก “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงสี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

วรรคสอง “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ากระทำให้เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

²³⁰ มาตรา 277 วรรคแรก “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงสี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

วรรคสอง “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ากระทำให้เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

อวัยวะเพศของหญิงก็ได้ ดังนั้นหากหญิงกระทำให้ชายยอมจำนนด้วยกลวิธีใดๆก็ตาม แล้วทำให้อวัยวะสืบพันธุ์ของชายแข็งตัวจนสอดเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงได้ ก็ถือว่าหญิงข่มขืนกระทำชำเราชาย โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าชายหรือหญิงจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ ไม่สำคัญ (ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยได้เข้าไปในของลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลี เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จความหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 แล้ว การที่ทางพิจารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิของจำเลยออกมาอยู่ที่ของลับของผู้เสียหายหรือที่ของลับของจำเลยนั้นเป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่ เป็นอีกส่วนหนึ่ง ไม่เป็นเหตุให้เห็นว่าจำเลยกระทำชำเราไม่สำเร็จหรือเป็นเพียงชั้นพยายาม) ประกอบกับผู้ร่างกฎหมายอ้างเหตุผลทางการแพทย์ว่าหญิงสามารถข่มขืนกระทำชำเราชายได้โดยทำให้อวัยวะเพศของชายแข็งตัว แม้ชายจะอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขืนได้ก็ตาม²³¹

สำหรับการพยายามข่มขืนกระทำชำเรานั้น กระทำถึงขั้นไหนจึงจะถือว่าเป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา เทียบเคียงได้กับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 80²³² วรรคแรก คือได้ลงมือกระทำงานใกล้ถึงความผิดสำเร็จ ถ้ากระทำโดยการกอดจูบ ลูบคำ ไซร์ชอกคอ กระทำต่อเนื้อตัว ร่างกายโดยตรง สัมผัส จับต้องอวัยวะเพศ การจับนม หรือทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ เหล่านี้เป็นการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278²³³ เท่านั้นยังไม่ถึงชั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ชายหรือหญิงคู่นั้นจะเรียกค่าทดแทนจากผู้อื่น ไม่ได้กฎหมายถือว่ายังไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิของคู่นั้น การเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1446 นี้มาจากมูลละเมิดเพราะไม่ได้เกิดจากความยินยอม ยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2516 จำเลยแอบเข้ามาถอดหญิงผู้เสียหายและพุดขอกระทำชำเราผู้เสียหายร้องขึ้น จำเลยเอามือปิดปากผู้เสียหายกดผู้เสียหายนอนลงที่พื้นเรือน แล้วขึ้นคร่อมเอาหัวเข้ากอดต้นขาไว้ ขณะนั้นผู้เสียหายนอนหงายนุ่งกระโจมอกอยู่ จำเลยก้มลงกัดที่แก้มและถลกผ้าชั้นขึ้น ผู้เสียหายดิ้นอย่างแรงจนหลุดแล้ววิ่งร้องไห้ลงเรือนไป ดังนี้ ลักษณะการกระทำของจำเลยดังกล่าวยังไม่อยู่ในวิสัยที่จำเลยจะกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราคงเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11065/2554 จำเลยใช้กำลังประทุษร้ายกดตัวผู้เสียหายลงกับพื้น ใช้มือชกที่บริเวณท้องและปากของผู้เสียหาย แล้วจำเลยฉีกกระชากกระโปรง

²³¹ ชาติชาย อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 110

²³² มาตรา 80 วรรคแรก “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายาม กระทำความผิด”

²³³ มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดย ชูเชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่า ตนเป็นบุคคลอื่น”

ของผู้เสียหายจนขาด ผู้เสียหายร้องให้คนช่วยและมีผู้เข้าช่วยเหลือลักษณะการกระทำของจำเลย ยังไม่อยู่ในวิสัยที่จำเลยจะกระทำซ้ำเราผู้เสียหายได้ จึงไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเรา แม้จำเลยให้การรับสารภาพถึงโทษจำเลยไม่ได้แต่การกระทำของจำเลยดังกล่าว เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278

หากเป็นกรณีที่ผู้ซึ่งกระทำได้ลงมือกระทำจนเลยไปถึงขั้นใกล้ความผิดจะสำเร็จแล้ว ชายหรือหญิงคู่นั้นเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเราได้เพราะกฎหมายถือว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิของคู่นั้น ตามคำพิพากษาศาลฎีกา 1436/2523 ชายจำเลยอายุ 30 ปี ผู้เสียหายเป็นเด็กหญิงอายุ 8 ปี จำเลยใส่ร้ายวะเพศในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ผู้เสียหายเจ็บร้องขึ้น จำเลยใช้ร้ายวะถูไถอยู่ภายนอกจนสำเร็จความใคร่ เป็นการแสดงเจตนาที่จำเลยจะกระทำ แต่ทำตลอดแล้วไม่บรรลุผลเพราะอวัยวะเพศของจำเลยใหญ่ไม่อาจล้วงล้ำเข้าไปได้ เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเรา ไม่ใช่เพียงแต่อนาจาร

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11065/2554 ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกา ผู้เขียนมีความเห็นเป็นอย่างอื่นว่าการข่มขืนกระทำซ้ำเราเป็นความผิดที่รัฐประจักษ์ว่า ผู้กระทำที่ตัดสินใจกระทำนั้นแสดงว่ามีอาการ “หน้ามืดตามัว” ขึ้นมาแล้วไม่มีทางที่จะยับยั้งกลางคันได้ด้วยตนเองอย่างแน่นอน จะต้องพยายามกระทำไปตลอดจนสำเร็จ ดังนั้น การที่จำเลยใช้กำลังประทุษร้ายกดตัวผู้เสียหายลงกับพื้นใช้มือชกที่บริเวณท้องและปากของผู้เสียหาย แล้วจำเลยฉีกกระชากกระโปรงของผู้เสียหายจนขาด ผู้เสียหายร้องให้คนช่วยและมีผู้เข้าช่วยเหลือซึ่งหากไม่มีคนเข้ามาช่วย จำเลยอาจกระทำไปจนสำเร็จ ถือว่าเป็นสภาวะที่อันตรายอย่างยิ่งโดยไม่ต้องรอว่าให้ถึงขั้น “เอาอวัยวะเพศมาจ่อแต่ยังไม่ล้วงล้ำเข้าไป” เพื่อให้โอกาสแก่จำเลยในการที่จะ “ยกเลิก” ความตั้งใจ เพราะอาการลักษณะอย่างนี้ไม่มีทางล้มเลิกได้อย่างแน่นอน แต่ศาลพิจารณาว่าไม่สามารถลงโทษผู้ร้ายฐานพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเราได้ การยับยั้งความผิดลักษณะอย่างนี้คงเกิดขึ้นไม่ได้ คงต้องให้หญิงผู้เสียหายถูกกระทำซ้ำเราไปเสียก่อนเป็นแน่ เพราะระยะห่างระหว่าง “การจ่อ” ซึ่งศาลถือว่าเป็นการพยายามกับ “ล้วงล้ำ” ซึ่งศาลถือเป็นความผิดสำเร็จนั้นห่างกันไม่ถึง 1 องศา ซึ่งหากเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1436/2523 ศาลพิจารณาว่าเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเรา จะเห็นได้ว่าจำเลยไม่ได้คิดจะยกเลิกการกระทำซ้ำเราด้วยตนเองเลย แม้แต่น้อย แต่เป็นเพราะอวัยวะเพศของจำเลยใหญ่ไม่อาจล้วงล้ำเข้าไปได้นั่นเอง ถ้าหากอวัยวะเพศของจำเลยไม่ใหญ่ก็อาจล้วงล้ำเข้าไปสำเร็จแล้ว คำวินิจฉัยของศาลทั้งสองตัวอย่างแม้ศาลจะตัดสินต่างกัน แต่ลักษณะอาการของผู้กระทำความผิดก็ไม่แตกต่างกัน เพียงแต่ฎีกาที่ 1436/2523 มี “การจ่อ” แล้ว แต่ฎีกาที่ 11065/2554 ผู้กระทำก็พยายามจนถึงขีดสุดแต่มีเหตุอย่างอื่นมาทำให้ไม่มี

“การจ่อ”ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าฎีกาททั้งสองตัวอย่างจึงน่าจะเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเหมือนกันตามเหตุผลที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น

ประการที่สอง ผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้คำทดแทนต้องรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้น ผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้คำทดแทนต้องรู้หรือควรจะรู้ว่าผู้ถูกกระทำได้มีการหมั้นแล้ว ส่วนเรื่องของผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้คำทดแทนจะรู้หรือไม่รู้ว่าคู่หมั้นของผู้ถูกกระทำเป็นใคร ยังเป็นปัญหาที่นักกฎหมายได้ให้ความเห็นไว้แตกต่างกันแบ่งออกเป็นสองฝ่าย

ฝ่ายแรก เห็นว่าผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้คำทดแทนจะต้องรู้ว่าคู่หมั้นของผู้ถูกกระทำเป็นใครด้วย ชายหรือหญิงคู่หมั้นจึงจะมีสิทธิเรียกคำทดแทนจากผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้คำทดแทนได้

ท่านอาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “ในข้อนี้กฎหมายบัญญัติแตกต่างจากมาตรา 1446 เดิม ที่เพียงแต่กำหนดว่า “รู้หรือควรจะรู้ว่าหญิงได้หมั้นแล้ว” โดยไม่คำนึงว่าจะรู้หรือไม่ว่าได้หมั้นกับชายใด ทั้งนี้เพื่อให้ขอบเขตของความรับผิดชอบเป็นไปตามหลักการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อบุคคลผู้ที่ตนต้องรับผิดชอบ หากไม่รู้ว่าชายหรือหญิงที่ตนกระทำต่อได้หมั้นแล้วก็ดี หรือแม้จะรู้ว่าหมั้นแล้วแต่ไม่อาจจะรู้ได้ว่าหมั้นกับใคร ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อชายหรือหญิงคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง”²³⁴

ฝ่ายที่สอง เห็นว่าผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้คำทดแทนไม่จำเป็นต้องรู้ว่าคู่หมั้นของผู้ถูกกระทำเป็นใคร ชายหรือหญิงคู่หมั้นก็มีสิทธิเรียกคำทดแทนจากผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้คำทดแทนได้

ท่านศาสตราจารย์ประสพสุข บุญเดช ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “บุคคลอื่นจะต้องรู้หรือควรจะรู้ว่าหญิงหรือชายมีคู่หมั้นแล้ว แต่ไม่จำเป็นต้องรู้ว่าคู่หมั้นเป็นใคร ทั้งนี้เพราะการข่มขืนหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรามิได้เกิดจากความผิดของหญิงคู่หมั้นหรือชายคู่หมั้น แต่เป็นการละเมิดสิทธิของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งโดยตรง กรณีเช่นนี้จึงไม่จำเป็นต้องถึงขนาดรู้ว่าคู่หมั้นเป็นใคร เพียงแต่รู้ว่าหญิงหรือชายมีคู่หมั้นก็เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของคู่หมั้นได้แล้ว”²³⁵

ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “ชายที่เป็นคู่หมั้นอันหมั้นจะรู้หรือไม่รู้ว่าหญิงเป็นคู่หมั้นของชายอื่น ไม่เป็นข้อสำคัญ ถึงจะไม่รู้ก็ยังคงรับผิดชอบใช้คำทดแทน เพราะชายคู่หมั้นได้รับความเสียหายแล้ว เนื่องจากการที่ไปล่วงเกินหญิงคู่หมั้นของเขา ที่จะถือดังนี้ก็ตีไปทางหนึ่ง เพราะการที่จะปฏิเสธว่าไม่รู้ นั้น ปฏิเสธได้ง่ายๆ ดีไม่ดีกว่าเอา

²³⁴ ชาติชาย อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 111

²³⁵ ประสพสุข บุญเดช คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว 2550 หน้า 104

เป็นหลักปฏิเสธตลอดไปถึงคดีทำชู้กับเมียเขาด้วย แต่ยังไม่เคยพบบรรทัดฐานคำพิพากษาเรื่องใดที่ยอมให้คนโง่เป็นชู้กับเมียคนอื่นได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบ ส่วนที่ว่าเวลานี้มีทะเบียนสมรสให้ดูว่าใครเป็นเมียใครนั้น ในทางปฏิบัติยังไม่เคยได้ยินว่า มีชายชู้ที่หนีไปจดทะเบียนสมรสเสียก่อนที่จะลงมือทำชู้กับเมียเขา เรื่องอย่างนี้ทะเบียนสมรสไม่ได้เป็นเครื่องยับยั้งได้เลย แต่การที่ไม่รู้ว่าหญิงเป็นคู่หมั้นของชายอื่นนั้น อาจเป็นสำคัญเกี่ยวกับการที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหาย เพราะตามหลักในมาตรา 438 ว่าด้วยการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด ท่านให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดได้ตามความหนักเบาของการทำละเมิด เพราะฉะนั้น ถ้าไปเป็นชู้กับคู่หมั้นของเขาโดยไม่รู้ หรือโดยถูกหญิงหลอกว่าไม่ได้หมั้นไว้กับใคร ศาลอาจพิพากษาให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนเพียงเล็กน้อยก็ได้ ซึ่งถ้าทำไปทั้งๆ ที่รู้ก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง²³⁶

สังเกตเห็นว่าตามมาตรา 1446 กฎหมายใช้คำว่า “...โดยรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้นได้...” ฉะนั้นผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนจะต้องรู้ถึงการหมั้นนั้น โดยไม่จำเป็นต้องรู้ว่าคู่หมั้นของผู้ถูกระทำเป็นใครชายหรือหญิงคู่หมั้นก็มีสิทธิค่าทดแทนจากผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทน

ผู้เขียนมีความเห็นว่าผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนจะต้องรู้ถึงการหมั้นนั้นหรือไม่ ไม่ใช่เรื่องสำคัญอะไร เพราะการข่มขืนหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้เกิดจากความผิดของคู่หมั้นผู้ถูกระทำแต่เป็นการละเมิดสิทธิของชายหรือหญิงคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งโดยตรงเรื่องละเมิดไม่ต้องอาศัยเจตนาชั่วร้ายของผู้กระทำแต่ควรจะต้องพุ่งเป้าไปในทางชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ถูกละเมิดสิทธิต้องเข้าใจด้วยการข่มขืนกระทำชำเรานั้น เป็นลักษณะอาการของคนหน้ามืดตามัว อาการเช่นนี้ไม่มีจิตสำนึกว่าใครจะมีพันธะกับใครอยู่แล้ว เมื่อผู้กระทำไม่ได้คำนึงถึงความเสียหายเลย ดังนั้นความเสียหายย่อมเกิดขึ้นกับผู้ถูกระทำอย่างแน่นอน ชายหรือหญิงคู่หมั้นของผู้ถูกระทำก็ต้องถูกละเมิดสิทธิอยู่ดี การที่จะไปพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนจะต้องรู้ถึงการหมั้นนั้นหรือไม่เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนอ้างเหตุไม่รู้ถึงการหมั้นนั้น เพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดก็เป็นได้ ซึ่งไม่ยุติธรรมกับชายหรือหญิงคู่หมั้นผู้ถูกละเมิดสิทธิเสียเลย หากคู่หมั้นผู้ถูกละเมิดสิทธินั้นยังคงมีความประสงค์ที่จะสมรสกับคู่หมั้นฝ่ายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นความบกพร่องของกฎหมายอย่างยิ่ง ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงข้อบกพร่องของกฎหมาย ที่กำหนดให้ผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนจะต้องรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้นเสียก่อน ชายหรือหญิงคู่หมั้นผู้ถูกละเมิด จึงจะฟ้องร้องเรียกค่าทดแทนได้ โดยละเอียดอีกครั้งในบทที่ 4 เพื่อที่จะนำไปสู่การเปลี่ยนแปลง แก้ไข เสนอแนะต่อไป

²³⁶ เสนีย์ ปราโมช ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัวมรดก หน้า 44-45

ประการที่สาม ชายหรือหญิงคู่หมั้นเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนโดยไม่ต้องบอกเลิกสัญญาหมั้น

ท่านอาจารย์ไพโรจน์ กัมพูสิริ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “เพราะกฎหมายไม่ต้องการบังคับให้ชายคู่หมั้นที่ต้องการจะเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นแต่ไม่ต้องการเลิกกับหญิงคู่หมั้นจำต้องบอกเลิกกับหญิง หากไปวางเงื่อนไขว่าการเรียกร้องค่าทดแทนในกรณีที่หญิงไม่ได้สมัครใจมีประเวณีกับบุคคลอื่น จะต้องยกเลิกสัญญาหมั้นเสียก่อนแล้ว จะเป็นการไม่ยุติธรรมแก่หญิงคู่หมั้นและไม่เปิดโอกาสให้ชายคู่หมั้นเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นได้โดยไม่จำเป็นต้องบอกเลิกสัญญาหมั้นและแม้ชายจะบอกเลิกสัญญาหมั้นก็ตามชายจะเรียกค่าทดแทนจากหญิงคู่หมั้นไม่ได้ เพราะเป็นการบอกเลิกเนื่องจากมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงตามมาตรา 1442 ไม่ใช่เป็นการบอกเลิกเพราะการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของหญิงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1444”²³⁷

ท่านอาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “มีเหตุผลทำนองเดียวกับการที่สามีจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในทำนองชู้สาว หรือภริยาเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาวโดยไม่ต้องฟ้องหย่าตามมาตรา 1523 วรรคสอง เหตุผลที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ เพราะเหตุดังกล่าวมิได้เกิดจากความสมัครใจของคู่หมั้นของตน ทั้งคู่หมั้นกลับตกเป็นเหยื่อของอาชญากรจึงอยู่ในฐานะที่น่าเห็นใจ หากกฎหมายบังคับให้การใช้สิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้กระทำความผิดดังกล่าวต้องบอกเลิกสัญญาหมั้นเสียก่อน ย่อมเป็นการซ้ำเติมให้เกิดความเศร้าใจเสียยิ่งขึ้น ซึ่งเป็นเรื่องที่ควรให้อภัยและสมรสกันไปโดยไม่ตัดสิทธิที่จะเรียกค่าทดแทน”²³⁸

กล่าวโดยสรุปชายหรือหญิงคู่หมั้นที่จะใช้สิทธิเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1446 ได้จะต้องมีหลักเกณฑ์ทั้งสามประการที่กล่าวมา คือ ต้องมีการข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราชายหรือหญิงคู่หมั้นของตน และผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนต้องรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้น และชายหรือหญิงคู่หมั้นจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนโดยจะบอกเลิกสัญญาหมั้นหรือไม่ก็ได้

การเรียกค่าทดแทนที่ได้กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่ามีทั้งกรณีที่ไม่สามารถเรียกค่าทดแทนได้ คือ การบอกเลิกสัญญาเพราะมีเหตุสำคัญตามมาตรา 1442 หรือมาตรา 1443 แล้วแต่กรณี ส่วนกรณีที่สามารถเรียกค่าทดแทนได้ คือ การเรียกค่าทดแทนกรณีผิดสัญญาหมั้นตามมาตรา 1439 การเรียกค่าทดแทนกรณีที่คู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นเพราะการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งภายหลังการหมั้นตามมาตรา 1444 การเรียก

²³⁷ ไพโรจน์ กัมพูสิริ คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครอง 2548 หน้า 76-77

²³⁸ ชาติชาย อัครวิบูลย์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครอง หน้า 111

ค่าทดแทนตามมาตรา 1445 กรณีนี้เป็นการเรียกค่าทดแทนได้ทั้งสองอย่างไม่ว่าจะเรียกจากคู่หมั้นของตนหรือจากผู้อื่นที่ได้ร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตนส่วนกรณีที่ผู้อื่นได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตนตามมาตรา 1446 เป็นการเรียกค่าทดแทนจากบุคคลที่สามเท่านั้น จะเรียกค่าทดแทนจากคู่หมั้นผู้ถูกกระทำไม่ได้ ทำได้แต่เพียงการบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 หรือมาตรา 1443 เท่านั้น

2.3 สิทธิในการเรียกค่าทดแทน

2.3.1 ค่าทดแทนที่เป็นสิทธิเฉพาะตัว

สิทธิเรียกร้องโดยปกติทั่วไป แม้จะเป็นสิทธิเฉพาะตัวก็สามารถโอน หรือ ตกทอดไปถึงทายาททางมรดกได้ แต่ในเรื่องสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนเนื่องจากการหมั้นมีอยู่หลาย ประการที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นสิทธิเฉพาะตัว ที่ไม่อาจโอนหรือตกทอดไปถึงทายาท ซึ่งมีอยู่ 5 กรณี ดังนี้

1) ค่าทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงแห่งชายหรือหญิงนั้น ตาม มาตรา 1440 (1)

2) ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้นได้จัดการทรัพย์สิน หรือการอื่นอันเกี่ยวแก่อาชีพหรือทางทำมาหาได้ของตนไปโดยสมควร ด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรส ตามมาตรา 1440 (3)

3) ค่าทดแทนกรณีมีเหตุอันทำให้คู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นเป็นเพราะการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งได้กระทำภายหลังการหมั้น คู่หมั้นผู้กระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้น ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทน แก่คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นเสมือนเป็นผู้ผิดสัญญาหมั้นตามมาตรา 1444

4) ชายหรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตน โดยรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้น เมื่อได้บอกเลิกสัญญาหมั้นแล้วตาม มาตรา 1442 หรือ มาตรา 1443 แล้วแต่กรณี ตามมาตรา 1445

5) ชายหรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตน โดยรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1446

สิทธิเรียกค่าทดแทนทั้ง 5 กรณีดังกล่าวข้างต้น มีลักษณะที่เหมือนกันคือ เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นเฉพาะกับชายหรือหญิงคู่หมั้น โดยตรงและมีผลกระทบแก่ชายหรือหญิงคู่หมั้นเท่านั้น ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก ส่วนเรื่องของการ โอนหรือการสืบทอดสิทธิเรียกร้อง

ค่าทดแทนนั้น ตัวบทกฎหมายก็ได้ห้ามโดยเด็ดขาด ยังคงมีข้อยกเว้นอยู่บางประการไว้ในตอนท้ายของมาตรา 1447วรรคสองว่า “เว้นแต่สิทธินั้น จะได้รับสภาพกันไว้เป็นหนังสือ หรือผู้เสียหายได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธิ นั้นแล้ว” ตัวอย่างเช่น ชายทำสัญญาหมั้นกับหญิง ต่อมาหญิงคู่หมั้นได้ร่วมประเวณีกับนายเสียโดยสมัครใจ โดยนายเสียก็ทราบว่ายกให้หมั้นกับชายคู่หมั้น เมื่อชายบอกเลิกสัญญาหมั้นกับหญิงตามมาตรา 1442 แล้ว ชายมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากบุคคลที่สามคือนายเสียได้ เมื่อนายเสียได้ทำหนังสือรับสภาพกันไว้กับชายคู่หมั้นว่าจะชดใช้ค่าทดแทนให้ 100,000 บาท ภายในกำหนด 2 เดือน กรณีเช่นนี้ ชายคู่หมั้นสามารถที่จะโอนสิทธิเรียกร้องตามหนังสือรับสภาพกันฉบับดังกล่าวให้แก่นายกระตังได้ เข้าข้อยกเว้นของมาตรา 1447 วรรคสอง

2.3.2 ค่าทดแทนที่ไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัว

นอกเหนือจากค่าทดแทนที่เป็นสิทธิเฉพาะตัวแล้วยังมีค่าทดแทนอีกประเภทหนึ่งที่ทำให้สิทธิกับบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาของชายหรือหญิงคู่หมั้นเรียกค่าทดแทนได้ด้วย ในทางปฏิบัติของสังคมไทยถือว่าการหมั้นไม่ใช่เรื่องเฉพาะตัวของชายหรือหญิงคู่หมั้น จะมีผู้หลักผู้ใหญ่เข้ามาเกี่ยวข้องจัดเตรียมการสมรสให้ ซึ่งจะต้องมีค่าใช้จ่ายที่บุคคลเหล่านั้นได้ใช้จ่ายไปหรือต้องตกเป็นลูกหนี้เพื่อเตรียมการสมรสให้แก่ลูกหลาน กฎหมายถือว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นผู้ได้รับความเสียหายเช่นกัน กฎหมายจึงกำหนดให้มีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้ ตามมาตรา 1440 (2) บัญญัติว่า “ทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้น บิดามารดาหรือบุคคลผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาได้ใช้จ่ายหรือต้องตกเป็นลูกหนี้ เนื่องในการเตรียมการสมรสโดยสุจริตและตามสมควร” สิทธิเรียกค่าทดแทนดังกล่าวสามารถโอน หรือตกทอดไปถึงทายาททางมรดกได้โดยไม่จำเป็นต้องรับสภาพกันไว้เป็นหนังสือ หรือผู้เสียหายได้เริ่มฟ้องคดีไปแล้ว จะเห็นได้จากมาตรา 1447 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้เป็นข้อยกเว้นว่า “สิทธิเรียกร้องค่าทดแทนตามหมวดนี้ นอกจากค่าทดแทนตาม มาตรา 1440 (2) ไม่อาจโอนกันได้และไม่ตกทอดไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้เป็นหนังสือ หรือผู้เสียหายได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธิ นั้นแล้ว”

2.4 หลักเกณฑ์การคำนวณค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้น

การคำนวณค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการหมั้นตามกฎหมายครอบครัวว่าด้วยการหมั้น ได้ให้อำนาจแก่ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางและเป็นอิสระ ดังจะเห็นได้จากที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในมาตรา 1447 วรรคแรกว่า “ค่าทดแทนอันจะพึงชดใช้แก่กันตามหมวดนี้ ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์” ทั้งนี้ต้องเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ไม่ใช่เป็นค่าเสียหายที่ควรจะได้ด้วยการคาดหมายว่าหากมีการสมรสเกิดขึ้น โดยในการคำนวณค่าทดแทนอันเนื่องมาจากการผิดสัญญาหมั้น ค่าทดแทนอันเนื่องมาจากการบอกเลิกสัญญาหมั้นเพราะเหตุ

สำคัญเกิดแก่ชายหรือหญิงคู่หมั้นที่เป็นการกระทำชั่วอย่างร้ายแรง หรือค่าทดแทนอันเนื่องมาจากผู้ซึ่งร่วมประเวณีกับชายหรือหญิงคู่หมั้น โดยศาลจะพิเคราะห์ถึงอาชีพ การศึกษา รายได้ ตลอดจนฐานะของครอบครัวผู้เสียหายมาประกอบการพิจารณา

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2519 จำเลยหมั้น โจทก์ด้วยแหวนเพชร 1 วง เงินสด 400 บาท ส้ม 24 ผล ขนมจันอับ 2 ห่อ หลังจากหมั้นแล้ว โจทก์ได้ตั้งครรภ์กับจำเลยและได้ทำแท้ง จำเลยไม่ให้เงินค่ารักษาและต่อมาจำเลยได้แต่งงานกับหญิงอื่น จำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น โจทก์เป็นฝ่ายเสียหายทางร่างกาย ชื่อเสียงและต้องเจ็บป่วย เสียเงินค่ารักษาโดยจำเลยมิได้สนใจ เมื่อหายป่วยแล้ว ผู้ที่ทราบเรื่องไม่มีผู้ใดประสงค์จะแต่งงานด้วย โจทก์เป็นฝ่ายเสียหายและนำสืบได้ตามฟ้อง สมควรคิดค่าทดแทนให้ตามฟ้อง ที่จำเลยแก้ฎีกาว่าโจทก์ได้แหวนเพชร 1 วงราคา 4,200 บาท และเงินสด 400 บาท เป็นของหมั้นเป็นการเพียงพอแล้วนั้นเห็นว่าของหมั้นดังกล่าวมีราคาเพียงเล็กน้อยนั้นย่อมตกเป็นสิทธิแก่โจทก์ผู้เสียหายอยู่แล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3366/2525 จำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น โจทก์ยอมมีสิทธิเรียกให้จำเลยรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1439, 1440 ค่าทดแทนความเสียหายต่อกายและชื่อเสียงของโจทก์นั้น ศาลล่างทั้งสองกำหนดให้โจทก์โดยพิเคราะห์ถึงการศึกษ อาชีพและรายได้ของโจทก์ ฐานะของครอบครัวของโจทก์และกรณีที่โจทก์เป็นหญิงมาอยู่กินกับจำเลยจนมิบุตร แต่จำเลยไม่ยอมจดทะเบียนสมรสด้วยโจทก์ต้องได้รับความอับอายเสียชื่อเสียงทั้งเป็นการยากที่จะสมรสใหม่และตามประเพณีจีนหญิงที่แต่งงาน 2 ครั้ง ถือว่าเป็นเรื่องที่น่าอับอายมากจึงกำหนดค่าเสียหายให้โจทก์เป็นเงิน 200,000 บาท นับว่าเหมาะสมแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5777/2540 การที่โจทก์จำเลยได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาแล้วโจทก์ต้องเลิกร้างจากจำเลยด้วยเหตุที่จำเลยผิดสัญญาหมั้น ย่อมเกิดความเสียหายต่อกายและชื่อเสียงของโจทก์ซึ่งเป็นหญิงในการที่จะทำการสมรสใหม่ โจทก์จึงมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากจำเลยได้ตามมาตรา 1439 และมาตรา 1440 (1) เมื่อคำนึงถึงการที่โจทก์ไม่เคยผ่านการสมรสมาก่อน โจทก์มีฐานะพอสมควร มีการศึกษาระดับปริญญาตรี จำนวนเงินค่าทดแทนที่ศาลล่างกำหนดให้ 250,000 บาท นับว่าเหมาะสมแก่พฤติการณ์แล้ว

3. วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นระหว่างกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทย

จากการที่ได้ศึกษาค้นคว้าถึงลักษณะของการหมั้นและค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นของประเทศต่างๆ ทั้งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์(Civil Law) และระบบคอมมอนลอว์(Common Law) รวมทั้งการหมั้นในกฎหมายครอบครัวไทยได้แสดงให้เห็นถึงวิวัฒนาการของกฎหมาย ตลอดจนลักษณะต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นความคล้ายคลึงและความแตกต่างกันของกฎหมายในแต่ละประเทศ โดยแยกวิเคราะห์เปรียบเทียบได้ดังนี้

3.1 ลักษณะของการหมั้น

กฎหมายไทยได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการหมั้นไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัว ตั้งแต่มาตรา 1435 ถึงมาตรา 1447/2 รวมทั้งสิ้น 15 มาตรา โดยได้รับรองว่าการหมั้นเป็นสัญญาอย่างหนึ่งในกฎหมายครอบครัว ดังเกิดได้จากด้วยบทในมาตราต่างๆจะใช้คำว่า “สัญญาหมั้น” แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไทยได้รับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญา แต่เป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษในกฎหมายครอบครัว เพราะเป็นสัญญาที่เกิดจากความชอบพอกันหรือความพึงพอใจในตัวคู่สัญญาด้วยกันเอง จึงได้ตกลงทำสัญญาหมั้นกันไว้ก่อน ด้วยการคาดหมายว่าจะได้ทำการสมรส ถือได้ว่าเป็นสัญญาที่มีผลต่อการดำเนินชีวิต ไม่มีเรื่องเงินทอง ธุรกิจ หรือผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้องให้เกิดเป็นสัญญาตั้งแต่แรกเหมือนสัญญาทั่วไป หลักการสำคัญที่จะทำให้การหมั้นตามกฎหมายครอบครัวไทยมีผลสมบูรณ์จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 1437 วรรคแรก คือ ฝ่ายชายจะต้องส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะทำการสมรสกับหญิงนั้น หากมิได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิง การหมั้นนั้นก็จะมีผลตามกฎหมายคือ ไม่มีสัญญาเกิดขึ้นนั่นเอง จึงเห็นได้ว่าของหมั้นเป็นสาระสำคัญของการหมั้นตามกฎหมายครอบครัวไทย

ในระบบคอมมอนลอว์ การหมั้นของอังกฤษและอเมริกาเกือบทุกมลรัฐแต่เดิมเคยรับรองผลของการหมั้นไว้เป็นสัญญาอย่างหนึ่งเรียกว่า “สัญญาจะสมรส” โดยมีจุดเริ่มต้นเป็นเช่นเดียวกับสัญญาทั่วไป เริ่มจากสัญญาจะต้องมีคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกันทั้งสองฝ่าย ไม่จำเป็นต้องทำตามแบบแต่อย่างใด เพียงแต่ชายหญิงมีเจตนาตรงกันก็เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ แต่จะแตกต่างจากสัญญาทั่วไปบางประการคือ เป็นสัญญาไม่มีเรื่องเงินทอง ธุรกิจ หรือผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้องให้เกิดเป็นสัญญาตั้งแต่แรกเหมือนสัญญาทั่วไป เมื่อมีการปฏิเสธการสมรสโดยปราศจากเหตุอันสมควร คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิเสธการสมรสมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้อย่างกว้างขวาง เมื่ออังกฤษได้มีการประกาศใช้ The Law Reform (Miscellaneous Provisions)

Act 1970 และสหรัฐอเมริกาได้มีการประกาศใช้ Heartbalm Statutes ในมลรัฐต่างๆ มากกว่าครึ่งหนึ่งของประเทศ จึงส่งผลให้การหมั้นหรือสัญญาจะสมรสไม่มีฐานะเป็นสัญญาตามกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์อีกต่อไป

ในระบบซีวิลลอว์ กฎหมายเยอรมัน เกาหลีใต้ และไต้หวัน มีบทบัญญัติรับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่ง การหมั้นตามกฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิดสถานะของบุคคลคือสถานะของกลุ่มหมั้นระหว่างชายกับหญิง การหมั้นจะก่อเกิดขึ้นก็โดยเป็นไปตามหลักของสัญญา “สัญญาหมั้น” ในกฎหมายดังกล่าวไม่มีแบบ เมื่อมีการให้คำมั่นสัญญาว่าจะทำการสมรสกัน โดยชายหญิงมีเจตนาต้องตรงกัน ถือว่าเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ ทั้งนี้สัญญาหมั้นเป็นนิติกรรมที่เป็นเรื่องส่วนบุคคลอย่างยิ่ง ชายหญิงคู่หมั้นจึงต้องเป็นผู้ทำสัญญาด้วยตนเอง โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องความสามารถของบุคคล และความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา เมื่อมีการหมั้นที่สมบูรณ์สิทธิหน้าที่ของกลุ่มหมั้นที่เกิดขึ้นจะเป็นไปตามบทบัญญัติในเรื่องการหมั้น โดยเฉพาะ สังเกตได้ว่าโครงสร้างของการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการหมั้นในประเทศดังกล่าว มีลักษณะเป็นเช่นเดียวกับโครงสร้างของกฎหมายในเรื่องการหมั้นไทย

สำหรับกฎหมายฝรั่งเศสแม้จะอยู่ในประเทศของระบบซีวิลลอว์ แต่ก็มีจุดยืนที่แตกต่างจากประเทศในระบบซีวิลลอว์ด้วยกัน คือไม่ได้รับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาในระบบของประมวลกฎหมาย แต่เดิมฝรั่งเศสเคยรับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ต่อมาเมื่อฝรั่งเศสได้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งก็ปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงการหมั้นเลย สถานะของการหมั้นจึงไม่ได้เป็นสัญญาอีกต่อไป ประกอบกับการมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมรสบังคับไว้ว่าชายหญิงที่จะทำการสมรสกันได้จะต้องมีความสมัครใจและยินยอมที่จะสมรสโดยอิสระ (free consent) ด้วยเหตุนี้หากจะบังคับให้คู่หมั้นต้องทำการสมรสตามวัตถุประสงค์ของสัญญาหมั้นก็จะเป็นการขัดต่อหลักการสมรส เมื่อกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้รับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาอีกต่อไป โครงสร้างของกฎหมายฝรั่งเศสจึงแตกต่างกับ โครงสร้างของกฎหมายครอบครัวไทยที่ได้รับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญา

การหมั้นก่อให้เกิดสถานะของบุคคลคือสถานะของกลุ่มหมั้นระหว่างชายกับหญิง การหมั้นตามกฎหมายประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะประเทศนั้นจะยอมรับการหมั้นอยู่ในสถานะที่เป็นสัญญาหรือไม่ก็ตาม แต่ทุกประเทศก็มีจุดยืนที่เหมือนกันคือ ยอมรับว่าการหมั้นย่อมเกิดขึ้นด้วยการแสดงเจตนาที่ต้องตรงกันของชายกับหญิง แม้ว่ากฎหมายครอบครัวไทยจะกำหนดให้การหมั้นมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะทำการสมรสกับหญิงนั้น หากมิได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิง การหมั้นนั้นก็จะมีผลตามกฎหมายคือไม่มีสัญญาหมั้นเกิดขึ้น แต่พฤติการณ์ของชายหญิงก่อน

ที่จะมีการหมั้นก็ต้องอาศัยการตกลงยินยอมร่วมกันของทั้งชายและหญิง การที่กฎหมายครอบครัวไทยได้กำหนดให้ของหมั้นเป็นสาระสำคัญแห่งความสมบูรณ์ของการหมั้น ทำให้การหมั้นตามกฎหมายครอบครัวไทยมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างไปจากการหมั้นของประเทศอื่นๆ เนื่องจากประเทศอื่นๆ ไม่ต้องการส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่กัน และมีได้ถือสาระสำคัญของ ของหมั้นเป็นความสมบูรณ์แห่งสัญญาดังเช่นกฎหมายครอบครัวไทย การมอบทรัพย์สินให้แก่กันในการหมั้นจึงเป็นเพียงธรรมเนียมปฏิบัติเท่านั้นเอง

3.2 ค่าทดแทนในเรื่องการหมั้น

ตามกฎหมายครอบครัวไทยมาตรา 1439 เมื่อการหมั้นมีผลสมบูรณ์ หากคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาหมั้น และการผิดสัญญาหมั้นนั้นเป็นเหตุให้คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งนั้นมีสิทธิเรียกให้รับผิดใช้ค่าทดแทน ซึ่งค่าทดแทนที่จะเรียกได้จะต้องเป็นค่าทดแทนตามมาตรา 1440 เท่านั้น ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้เรียกได้ 3 ประการคือประการแรก ค่าทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงแห่งชายหรือหญิง ประการที่สอง ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้น บิดามารดา หรือผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาได้ใช้จ่ายหรือต้องตกเป็นลูกหนี้เนื่องในการเตรียมการสมรสโดยสุจริตและตามสมควรประการที่สาม ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้น ได้จัดการทรัพย์สินหรือการอื่นอันเกี่ยวแก่อาชีพหรือทางทำมาหาได้ของตนไปโดยสมควรด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรส

นอกจากการเรียกค่าทดแทนในกรณีมีการผิดสัญญาหมั้นตามมาตรา 1439 แล้วกฎหมายครอบครัวไทยตามมาตรา 1444 ยังได้กำหนดให้สามารถเรียกค่าทดแทนในกรณีที่มีการบอกเลิกสัญญาหมั้นเพราะเหตุสำคัญ และเหตุสำคัญนั้นจะต้องเป็นการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงภายหลังการหมั้น คู่หมั้นผู้กระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องรับผิดใช้ค่าทดแทนแก่คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นเสมือนเป็นผู้ผิดสัญญาหมั้น บทบัญญัติในมาตรา 1444 มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายเยอรมันมาตรา 1299 ได้กำหนดให้ฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาหมั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนความเสียหายต่างๆ จากฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญาได้ หากว่าสาเหตุแห่งการบอกเลิกสัญญาหมั้นนั้นเกิดจากความผิดของฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญา เช่นเดียวกับกรณีที่บอกเลิกสัญญาหมั้น โดยปราศจากเหตุสำคัญ นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งได้วันมาตรา 977 ก็ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีเนื้อหาทำนองเดียวกันว่า เมื่อได้มีการบอกเลิกการหมั้นแล้ว คู่หมั้นผู้สุจริตอาจเรียกค่าทดแทนเพื่อความเสียหายจากอีกฝ่ายหนึ่งที่เกิดความเสียหายขึ้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายประเทศต่างๆ ที่ได้กล่าวมานั้น คู่หมั้นผู้ปฏิเสธการสมรสจะมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อคู่หมั้นฝ่ายนั้นมีความผิดจนกระทั่งเป็นสาเหตุให้เกิดการปฏิเสธการสมรส ตามกฎหมายครอบครัวไทยความผิดนั้นจะต้องขนาดที่เป็นการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงจึงจะเรียกค่าทดแทนได้

สิทธิเรียกค่าทดแทนอีกกรณีหนึ่งตามกฎหมายครอบครัวไทย คือ สิทธิของชายหญิงคู่หมั้นในการเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้มาร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตนตามมาตรา 1445 และสิทธิของชายหญิงคู่หมั้นในการเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตนตามมาตรา 1446 บทบัญญัติทั้งสองมาตราเป็นการให้สิทธิแก่คู่หมั้นในการเรียกค่าทดแทนจากบุคคลที่สามที่ได้ล่วงเกินคู่หมั้นของตนทางประเวณี ไม่ว่าคู่หมั้นของตนนั้นจะยินยอมสมัครใจหรือถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือถูกพยายามข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายครอบครัวไทยถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของคู่หมั้นจึงให้คู่หมั้นผู้ถูกละเมิดสิทธินั้นเรียกค่าทดแทนจากบุคคลที่สามที่ได้ กรณีการให้สิทธิของชายหญิงคู่หมั้นเรียกค่าทดแทนจากบุคคลที่สามที่ได้ล่วงเกินคู่หมั้นของตนทางประเวณีตามมาตรา 1445 และมาตรา 1446 ในกฎหมายต่างประเทศไม่มีกฎหมายของประเทศใดเลยที่มีบทบัญญัติไว้เช่นนี้ ดังนั้นกฎหมายทั้งสองมาตราจึงเป็นบทบัญญัติที่ตราขึ้นเฉพาะของกฎหมายไทยอย่างแท้จริง

กฎหมายเยอรมันตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 1298 ได้กำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาหมั้น หรือถอนการหมั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนให้แก่คู่หมั้นฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญา หากว่าการบอกเลิกสัญญาหมั้นนั้นปราศจากเหตุอันสมควร ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า “เหตุสำคัญ” (Wichtigen Grund, serious ground) หรือข้อต่อสู้ในการปฏิเสธการสมรสนั้นรับฟังไม่ได้ คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเรียกให้รับผิดชอบใช้ค่าทดแทนได้

กฎหมายเยอรมันตามมาตรา 1298 ได้กำหนดประเภทของค่าทดแทนที่ให้เรียกได้ไว้ 2 ประเภท คือ ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากค่าใช้จ่ายหรือการตกเป็นหนี้ด้วยการคาดหมายว่าจะมีการสมรส และค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่คู่หมั้นได้กระทำการซึ่งมีผลกระทบต่อทรัพย์สินหรืออาชีพทางทำมาหาได้ด้วยการคาดหมายว่าจะมีการสมรส ทั้งนี้ความเสียหายที่จะได้รับการชดเชยจำกัดเฉพาะการใช้จ่ายตามความเป็นจริง การที่ต้องตกเป็นหนี้หรือการกระทำที่สมควรแก่พฤติการณ์ ความแตกต่างของประเภทค่าทดแทนที่จะเรียกจากกันได้ระหว่างกฎหมายเยอรมันกับกฎหมายครอบครัวไทย กล่าวคือ

กฎหมายเยอรมันกำหนดประเภทของค่าทดแทนได้ 2 ประเภทตามที่กล่าวมาแล้ว แต่ไม่มีค่าทดแทนประเภทความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงแห่งชายหรือหญิงเหมือนอย่างกฎหมายครอบครัวไทยระบุไว้ในมาตรา 1440(1) เช่น กรณีที่หญิงอาจจะได้ร่วมประเวณีกับชายในระหว่างเป็นคู่หมั้น หรือชายได้หมั้นหมายกับหญิง โสเภณีโดยไม่ทราบมาก่อนว่าหญิงเป็นโสเภณี กรณีเหล่านี้ย่อมทำให้เกิดความเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงตามกฎหมายครอบครัวไทย แต่เดิมกฎหมายเยอรมันเคยบัญญัติบทกฎหมายเกี่ยวกับค่าทดแทนในกรณีที่หญิงสูญเสียความบริสุทธิ์ให้กับชายคู่หมั้นไว้ในมาตรา 1300 ให้หญิงคู่หมั้นผู้บริสุทธิ์ที่สมัครใจอยู่กับกันฉันสามีภริยา

กับชายคู่หมั้นสามารถเรียกค่าทดแทนอันมิใช่ตัวเงินจากชายคู่หมั้นที่ไม่ยอมสมรสโดยปราศจากเหตุสำคัญหรือเป็นเหตุทำให้หญิงบอกเลิกสัญญาหมั้นด้วยความผิดของตนได้ แต่ก็ได้มีการยกเลิกกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าทดแทนความบริสุทธิ์ (unblemished) ของหญิง หญิงจึงไม่สามารถเรียกค่าทดแทนในกรณีนี้ได้อีกต่อไปตามกฎหมายฉบับปัจจุบัน หากแม้เยอรมันไม่มีการยกเลิกมาตรา 1300 กฎหมายทั้งสองมาตราก็แตกต่างกันอยู่ดี เพราะมาตรา 1440(1) มิได้กำหนดว่าหญิงคู่หมั้นจะต้องเป็นผู้บริสุทธิ์หรือไม่มีมลทินมาก่อน อีกทั้งยังไม่ได้กำหนดว่าหญิงจะต้องสมัครใจอยู่กับกันจนสามิภริยากับชายคู่หมั้นเหมือนที่กฎหมายเยอรมันบัญญัติไว้

กฎหมายเยอรมันยอมรับว่าค่าใช้จ่ายในการจัดงานเลี้ยงเพื่อฉลองสมรสเป็นค่าใช้จ่ายที่สามารถเรียกค่าทดแทนความเสียหายได้ ส่วนกฎหมายครอบครัวไทยศาลฎีกาได้วางแนววินิจฉัยไว้ว่าค่าใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสจะต้องเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อให้ชายหญิงได้อยู่กินเป็นสามีภริยากันโดยตรง เช่น ค่าซื้อที่นอนหมอนมุ้ง ค่าชุดแต่งงาน ค่าซ่อมแซมบ้านเพื่อเป็นเรือนหอ ส่วนค่าใช้จ่ายในพิธีแต่งงาน เช่น ค่าอาหารเลี้ยงพระและแขกที่มาร่วมงานในวันหมั้นหรือวันแต่งงาน กฎหมายครอบครัวไทยไม่ถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อให้ชายหญิงได้อยู่กินเป็นสามีภริยากันโดยตรง จึงไม่สามารถเรียกค่าทดแทนความเสียหายจากกันได้เพราะไม่ใช่ค่าใช้จ่ายเนื่องในการเตรียมการสมรส

ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกา โดยส่วนตัวของผู้เขียนเห็นด้วยกับกฎหมายเยอรมันที่ยอมรับว่าค่าใช้จ่ายในการจัดงานเลี้ยงเพื่อฉลองสมรสเป็นค่าใช้จ่ายที่สามารถเรียกค่าทดแทนความเสียหายได้ เนื่องจากว่าหากมีการจัดงานพิธีเพื่อเตรียมการสมรสค่าใช้จ่ายประเภทนี้ก็จะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน ศาลไม่ควรเด็ดขาดถึงขั้นที่กำหนดว่าค่าใช้จ่ายประเภทนี้ไม่สามารถเรียกได้ เพราะศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจได้โดยอิสระในการกำหนดค่าทดแทนความเสียหายตามความเป็นธรรมที่เกิดขึ้น โดยมีบทบัญญัติของกฎหมายให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์(มาตรา 1447 วรรคแรก)

สำหรับกฎหมายเกาหลีใต้และไต้หวันจะมีลักษณะที่แตกต่างไปจากกฎหมายครอบครัวไทย คือ กฎหมายเกาหลีใต้ได้กำหนดเหตุที่จะบอกเลิกสัญญาหมั้นไว้เป็นการเฉพาะให้คู่หมั้นบอกเลิกการหมั้นได้หากมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 804 เมื่อได้มีการบอกเลิกการหมั้นตามเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ตามมาตรา 806 ได้กำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายที่บอกเลิกการหมั้น มีสิทธิเรียกให้คู่หมั้นอีกฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในเรื่องการหมั้นอันเป็นเหตุให้บอกเลิกการหมั้นรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ส่วนกฎหมายไต้หวันก็ได้กำหนดเหตุที่จะบอกเลิกสัญญาหมั้นไว้เป็นการเฉพาะให้คู่หมั้นบอกเลิกการหมั้นได้หากมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นเดียวกันในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 976 หากการบอก

เลิกการหมั้นเป็นไปโดยปราศจากเหตุบอกเลิกการหมั้นตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ คู่หมั้นที่ล้มเลิกการหมั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งด้วยตามมาตรา 978 ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายครอบครัวไทยที่ไม่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดเหตุที่จะบอกเลิกสัญญาหมั้นไว้เป็นการเฉพาะ โดยให้เหตุสำคัญนั้นเป็นเรื่องดุลพินิจของศาล

กฎหมายเกาหลีใต้และกฎหมายไต้หวัน ไม่ได้จำกัดประเภทของค่าทดแทนไว้เหมือนอย่างกฎหมายครอบครัวไทย โดยกฎหมายเกาหลีใต้ได้กำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเรียกค่าทดแทนความเสียหายทางทรัพย์สิน และความเสียหายทางจิตใจด้วยตามมาตรา 806 ส่วนกฎหมายไต้หวันได้กำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเรียกค่าทดแทนความเสียหายทางทรัพย์สินและความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินได้อีกด้วยตามมาตรา 977

ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสแม้จะไม่ได้รับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาในระบบประมวลกฎหมายของประเทศ แต่ก็ได้มีการคุ้มครองฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเหมือนกันกับกฎหมายครอบครัวไทย ศาลฝรั่งเศสเห็นว่าหากการผิดสัญญาหมั้นเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับคู่หมั้น อีกฝ่ายหนึ่ง ผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนให้แก่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย โดยศาลให้นำหลักทั่วไปในเรื่องละเมิดมาใช้บังคับ ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งว่า “การกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ผู้ก่อกำเนิดการกระทำโดยความผิดของตนต้องชดใช้ความเสียหาย”

ในระบบคอมมอนลอว์แต่เดิมเคยรับรองการหมั้นหรือสัญญาจะสมรสไว้เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง กฎหมายอังกฤษสามารถเรียกค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายเนื่องจากการผิดสัญญาจะสมรสจากกันได้ คือ ค่าเสียหายเพื่อทดแทนความเสียหายจากการไม่ได้สมรส ค่าเสียหายเพื่อเป็นการลงโทษ และค่าเสียหายพิเศษเพื่อทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สิน ในขณะที่กฎหมายอเมริกาเกือบทุกมลรัฐกำหนดให้เรียกค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายเนื่องจากการผิดสัญญาจะสมรสจากกันได้ คือ ค่าเสียหายเพื่อเป็นค่าทดแทน ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างร้ายแรง และค่าเสียหายเชิงลงโทษ แม้ชื่อของการเรียกค่าเสียหายจะแตกต่างกัน แต่ลักษณะของการให้ค่าเสียหายของกฎหมายทั้งสองประเทศก็มีความเหมือนกันคือให้ค่าเสียหายในคดีผิดสัญญาจะสมรสไว้อย่างกว้างขวาง ทั้งค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วและค่าเสียหายที่คาดหวังว่าจะได้หากมีการสมรส

การที่กฎหมายอังกฤษและกฎหมายอเมริกาเกือบทุกมลรัฐ แต่เดิมเคยให้ค่าเสียหายในคดีผิดสัญญาจะสมรสไว้อย่างกว้างขวางเช่นนี้ ผลที่ตามมาในคดีก็คือมีการฟ้องร้องกันโดยชายมักจะตกเป็นจำเลย ชายจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่หญิงเป็นจำนวนเงินที่สูง และอาจมีการระงับข้อพิพาทนอกศาลโดยการตกลงกันเองเนื่องจากชายเกรงกลัวว่าหากมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลจะทำให้

เสื่อมเสียชื่อเสียง เกิดความอับอายตามมา ชายจึงมักจะยอมตกลงกับหญิงนอกศาล สถานการณ์ของการตกลงกันเองก็ตกอยู่ในสภาพอย่างเดียวกันโดยส่วนใหญ่จะมีผลให้ชายต้องจ่ายเงินเป็นจำนวนมาก จึงเลือกที่จะสมรสต่างๆที่มีได้สมครใจ ส่วนทางด้านหญิงก็ถือโอกาสในสถานการณ์เช่นนี้เรียกร้องเอาค่าเสียหายให้สูงเท่าที่จะเป็นไปได้ ในที่สุดการฟ้องร้องฐานผิดสัญญาจะสมรสได้กลายเป็นเครื่องมือในการข่มขู่เพื่อเรียกร้องเอาเงิน จนกลายเป็นปัญหาการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีข้อเสียมากกว่าข้อดีผู้บัญญัติกฎหมายจึงเลือกที่จะใช้วิธีเด็ดขาดโดยยกเลิกผลในทางสัญญาของการหมั้น โดยอังกฤษประกาศใช้ The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 แทนหลักกฎหมายเดิม ส่วนสหรัฐอเมริกาในหลายรัฐก็ประกาศใช้ Heartbalm Statutes แทนหลักกฎหมายเดิม

การประกาศใช้ The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 ของอังกฤษและการประกาศใช้ Heartbalm Statutes ในหลายมลรัฐของอเมริกา ส่งผลให้การหมั้นหรือสัญญาจะสมรสไม่มีฐานะเป็นสัญญาตามกฎหมายอีกต่อไปและไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายกรณีที่มีการปฏิเสธการสมรสอีกต่อไป แม้การหมั้นจะไม่มีผลเป็นสัญญาแต่จะมีผลเท่าที่กฎหมายรับรองไว้โดยอังกฤษได้กำหนดให้คู่หมั้นมีสิทธิอันเป็นคุณประโยชน์ในทรัพย์สิน (beneficial interest) เสมือนผู้ที่เป็นสามีภริยากัน รวมทั้งให้สิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ไว้แก่กันได้ ในกรณีที่มีการหมั้นสิ้นสุดลง แม้ว่าคู่หมั้นจะเป็นฝ่ายผิดก็ตาม เว้นแต่แหวนหมั้นซึ่งถือว่าเป็นการให้โดยเด็ดขาด ในขณะที่กฎหมายอเมริกาที่ยังคงรับรองสิทธิในการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ไว้แก่กันในระหว่างหมั้นไว้ได้ โดยเป็นไปตามหลักกฎหมายลาภมิควรได้หรือการให้โดยมีเงื่อนไข ทั้งนี้กฎหมายทั้งสองประเทศก็ไม่ได้ปฏิเสธการมีผลของการหมั้นโดยเด็ดขาดเสียทีเดียว เพราะอย่างน้อยที่สุดการหมั้นก็ได้ก่อให้เกิดความผูกพันในทางทรัพย์สินบางประการ โดยกฎหมายอังกฤษคำนึงถึงการที่คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งอาจจะมีส่วนร่วมในการซื้อหรือปรับปรุงทรัพย์สินซึ่งเป็นของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง จึงได้กำหนดให้นำหลักที่ใช้กับกรณีของสามีภริยามาใช้กับคู่หมั้นด้วย ขณะที่กฎหมายอเมริกาได้กำหนดให้นำหลักกฎหมายลาภมิควรได้หรือการให้โดยมีเงื่อนไขมาใช้ในการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ไว้แก่กันของคู่หมั้นด้วย ในทางความแตกต่างที่เปลี่ยนแปลงไปเช่นนี้ของระบบกฎหมายทั้งสองประเทศ แสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายเดิมมีจุดยืนอยู่ที่การคุ้มครองฝ่ายที่ต้องเสียหายจากการหมั้นซึ่งโดยส่วนใหญ่ก็คือฝ่ายหญิง ส่วนหลักกฎหมายปัจจุบันมีจุดยืนอยู่ที่การคุ้มครองการสมรสให้เป็นไปโดยอิสระ โดยไม่ให้ผลบังคับทางสัญญาของการหมั้นมาเป็นสิ่งกีดขวางการตัดสินใจยุติการหมั้น

การฟ้องคดีพิสดังญาหมั้นตามกฎหมายครอบครัวไทยไม่ได้ก่อให้เกิดปัญหาและความเสียหายเหมือนอย่างหลักกฎหมายเดิมของอังกฤษและของอเมริกา ที่ให้ค่าเสียหายในคดีพิสดังญาจะสมรสไว้อย่างกว้างขวาง จนเกิดปัญหาการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในกฎหมายครอบครัวไทยได้กำหนดให้เรียกค่าทดแทนความเสียหายได้เฉพาะในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 1440 เท่านั้น โดยจะต้องเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง มิได้มีแนวคิดให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายเรียกค่าทดแทนความเสียหายเกินกว่าความเสียหายที่ได้รับ เป็นการใช้กฎหมายโดยระมัดระวังเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่คู่หมั้นทั้งฝ่ายที่ปฏิเสธการสมรสและฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายจากการปฏิเสธการสมรส แต่ถ้าหากเปรียบเทียบให้ค่าเสียหายในคดีพิสดังญาจะสมรสระหว่างกฎหมายใหม่ของอังกฤษและของอเมริกากับกฎหมายครอบครัวไทย ก็ยังถือว่ากฎหมายทั้งสองประเทศอยู่ในจุดที่อ่อนแอกว่ากฎหมายครอบครัวไทย เพราะกฎหมายครอบครัวไทยพยายามสอดประสานระหว่างการใช้ค่าทดแทนความเสียหายที่ไม่มากจนเกินไปควบคู่ไปกับการคุ้มครองการสมรสให้สมดุลกัน แต่กฎหมายทั้งสองประเทศมุ่งโดยตรงต่อการคุ้มครองการสมรสให้เป็นไปโดยอิสระเสียมากกว่า

ลักษณะของการหมั้นและพฤติการณ์อันเป็นเหตุในการเรียกค่าทดแทนของประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ได้รับรองผลของการหมั้นไว้เป็นสัญญา หรือประเทศที่ไม่ได้รับรองผลของการหมั้นไว้เป็นสัญญาก็ตาม แม้มีความแตกต่างและคล้ายคลึงกันอยู่บ้างแต่ท้ายที่สุดแล้วทุกประเทศมีจุดยืนเดียวกัน คือ คุ้มครองการสมรสให้เป็นไปโดยอิสระปราศจากสิ่งกีดขวาง จะเห็นได้จากกฎหมายของแต่ละประเทศที่มีเนื้อหาไปในทำนองมุ่งคุ้มครองการสมรสเช่นเดียวกัน กฎหมายครอบครัวไทยในมาตรา 1438 การหมั้นไม่เป็นเหตุที่จะร้องขอให้ศาลบังคับให้มีการสมรสได้ ถ้าได้มีข้อตกลงกันไว้ว่าจะให้เบี่ยงปรับในเมื่อพิสดังญาหมั้น ข้อตกลงนั้นตกเป็นโมฆะ กฎหมายเยอรมันในมาตรา 1297 ผลของการหมั้นไม่สามารถที่จะฟ้องร้องบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งทำการสมรสได้ และข้อสัญญาที่จะให้ชำระเบี่ยงปรับแก่กันในกรณีที่ไม่มีการสมรส ข้อสัญญาเช่นนั้นย่อมตกเป็นโมฆะกฎหมายเกาหลีใต้ในมาตรา 803 ได้รับรองหลักการในเรื่องการคุ้มครองการสมรสไว้ว่าการหมั้นไม่สามารถที่จะฟ้องต่อศาลขอบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งทำการสมรสได้ ส่วนกฎหมายไต้หวันก็ได้มีบทบัญญัติที่คุ้มครองการสมรสไว้เช่นเดียวกันกับหลักการของกฎหมายในประเทศอื่นๆ โดยกฎหมายกำหนดให้คู่หมั้นไม่อาจร้องขอให้ศาลบังคับให้กระทำตามสัญญาหมั้นได้ ไว้ในมาตรา 975 สำหรับกฎหมายฝรั่งเศสกฎหมายแพ่งมาตรา 180 ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการสมรสบังคับไว้ว่าชายหญิงที่จะทำการสมรสกันได้จะต้องมีความสมัครใจและยินยอมที่จะสมรสโดยอิสระ

บทที่ 4

ปัญหาค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นตามกฎหมายไทย

การที่กฎหมายครอบครัวไทย ได้รับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาและให้คู่หมั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนความเสียหายจากการหมั้นตามความเสียหายที่แท้จริงได้นั้น ถือว่ามีความเหมาะสมกับสภาพของสังคม เพราะได้คุ้มครองการสมรสให้เป็นไปโดยอิสระควบคู่กันไปด้วย เนื่องจากไม่ต้องชดเชยค่าเสียหายที่สูงเกินไปจนต้องยอมสมรสด้วยสภาวะที่จำใจ จึงส่งผลดีมากกว่าประเทศที่ไม่ได้รับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญา อย่างไรก็ตามแม้ว่ากฎหมายการหมั้นของไทยจะมีความเหมาะสมกับสภาพของสังคมแล้ว แต่ก็เชื่อว่ากฎหมายการหมั้นจะไม่มีบทบาทพร่องในการอำนวยความสะดวกธรรมชาติให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการหมั้น ซึ่งจากการวิจัยพบปัญหาหลายประการดังนี้

1. ปัญหาของ “เหตุสำคัญ” ตามมาตรา 1442 และมาตรา 1443

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึงเรื่อง “เหตุสำคัญ” ในการบอกเลิกสัญญาหมั้นไว้ในมาตรา 1442 ว่า “ในกรณีมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงคู่หมั้นทำให้ชายไม่สมควรสมรสกับหญิงนั้น ชายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้และให้หญิงคืนของหมั้นแก่ชาย” และมาตรา 1443 ว่า “ในกรณีมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่ชายคู่หมั้นทำให้หญิงไม่สมควรสมรสกับชายนั้น หญิงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้โดยมีต้องคืนของหมั้นแก่ชาย”

มีนักวิชาการหลายท่านได้กล่าวถึงความหมายของคำว่า “เหตุสำคัญ” ไว้ดังนี้

อาจารย์โชค จารุจินดา ได้กล่าวไว้ว่า “เหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงหรือชายนั้น หมายความว่าอย่างไร ข้อนี้ตัวบทไม่ได้อธิบายไว้ จึงต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ เช่นถ้ามีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น ซึ่งถ้าสมรสกันแล้ว จะถึงขนาดไม่อาจครองกันได้โดยปกติสุข หรือเป็นภัย หรือเสื่อมเสียแก่อีกฝ่ายหนึ่ง หรือไม่อาจอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภริยาได้ ก็น่าจะถือได้ว่าเป็นเหตุผลสำคัญ”²³⁹

อาจารย์ไพโรจน์ กัมพูสิริ ได้กล่าวไว้ว่า “เหตุสำคัญนี้ หมายถึง เหตุอันจะมีผลให้การใช้ชีวิตสมรสร่วมกันดำเนินต่อไปอย่างไม่สงบสุข ก็จะต้องมีความสำคัญถึงขนาดและส่งผล

²³⁹ โชค จารุจินดา คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัว สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2516 หน้า 42

กระทบอย่างรุนแรงต่อการดำเนินชีวิตครอบครัวและเหตุสำคัญนี้จะเกิดจากอุบัติเหตุ จากบุคคลภายนอก หรือจากการกระทำของตนเองก็ได้²⁴⁰

ศาสตราจารย์พิเศษประสพสุข บุญเดช เห็นว่า “แม้เหตุสำคัญอันเกิดแก่ชายคู่หนึ่งเกิดขึ้นเพราะความผิดของหญิงคู่หนึ่งเอง หญิงคู่หนึ่งก็ยังมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นเสียได้โดยไม่ถือว่าหญิงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น เช่นหญิงคู่หนึ่งขับรถชนตีไปกับชายคู่หนึ่ง แต่ขับโดยประมาทอย่างร้ายแรง รถยนต์คว่ำ ชายคู่หนึ่งตาบอดทั้งสองข้าง หญิงคู่หนึ่งก็ยังมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นกับชายคู่หนึ่งที่พิการนี้ได้”²⁴¹

รองศาสตราจารย์ ดร.รัฐภา เอกบุตร กล่าวว่า “หากเกิดเหตุสำคัญขึ้นกับฝ่ายหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งยอมบอกเลิกสัญญาหมั้นได้แม้ว่าเหตุสำคัญที่เกิดขึ้นนั้นตนจะเป็นผู้ก่อเหตุก็ตาม เพราะหากไม่ให้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาหมั้นแก่ฝ่ายที่ไม่สมควรสมรสแล้ว จะทำให้เขากลับเป็นผู้ผิดสัญญาหมั้นหากเขาไม่ยอมสมรสด้วย จึงเป็นการบังคับทางอ้อมให้เขาสมรสด้วย ซึ่งไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ให้มีการสมรสโดยสมัครใจ ส่วนการกระทำที่คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งก่อขึ้นอันเป็นเหตุสำคัญนั้น คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งยอมมีสิทธิที่จะดำเนินคดีตามกฎหมายได้อยู่แล้วทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา”²⁴²

วิเคราะห์ตามเนื้อหาของกฎหมายในมาตรา 1442 และมาตรา 1443 ประกอบกับความเห็นของนักวิชาการทางด้านกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของคำว่า “เหตุสำคัญ” หมายถึง เหตุอันจะมีผลให้การใช้ชีวิตสมรสร่วมกันดำเนินต่อไปอย่างไม่สงบสุข กล่าวคือจะต้องมีความสำคัญถึงขนาดและส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อการดำเนินชีวิตครอบครัวและเหตุสำคัญนี้จะเกิดจากอุบัติเหตุ จากบุคคลภายนอกหรือจากการกระทำของตนเองก็ได้ แต่จากเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองมาตราแล้ว คำว่า “เหตุสำคัญ” ในการบอกเลิกสัญญาหมั้นมิได้มีความหมายที่ชัดเจนครอบคลุมไปถึงการการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือการเพิกเฉยต่อการสมรส ซึ่งถือว่าเป็นปัญหาของ “เหตุสำคัญ” ในการบอกเลิกสัญญาหมั้นเช่นกัน เพราะการที่คู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง บิดพลิ้ว หรือเพิกเฉยต่อการสมรสไม่ยอมที่จะสมรสกับคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งเสียที ไม่ว่าจะการสมรสล่าช้า หรือการเพิกเฉยต่อการสมรสนั้น จะเป็นเพราะเหตุใดๆก็ตาม หากได้หมั้นหมายกันไว้นานพอสมควรแล้ว หรือคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งได้มีการทวงถามถึงการสมรสแล้ว แต่คู่หมั้นฝ่ายที่ถูก

²⁴⁰ ไพโรจน์ กัมพูสิริ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว นิติธรรม กรุงเทพมหานคร 2538 หน้า 75

²⁴¹ ประสพสุข บุญเดช คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว กรุงเทพมหานคร สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2550 หน้า 98-99

²⁴² รัฐภา เอกบุตร คำอธิบายกฎหมายครอบครัว การหมั้น หน้า 94

ทวงถามก็ยังคงเพิกเฉย หรือมีพฤติกรรมที่บิดพลิ้วต่อการสมรสมาโดยตลอด กรณีเช่นนี้ก็ทำให้ คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งที่ต้องอดทนรอว่าเมื่อไหร่จะได้ทำการสมรส เกิดความเสียหายหลายประการ ในขณะที่ต้องดำรงสถานะความเป็นคู่หมั้นกันอยู่ เช่น การที่คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งต้องเสียเวลาอดทนรอ คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อทำการสมรสด้วยโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา หรือการที่จะต้องขาดโอกาส ในการคบหาคู่ครองคนใหม่

ปัญหาของการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรส เกิดขึ้นได้ไม่ยากนักในสภาพสังคมยุคปัจจุบันนี้ ต้นเหตุหลักๆ ของปัญหานี้จะมาจากการไปหลงรักผู้อื่นที่ไม่ใช่คู่หมั้นของตนแล้วต้องการจะเอาใจออกห่างจากคนรัก ต้องการหนีหน้า การเบียด หน่ายคนรักหรือการหมดความรักความอาลัยต่อคนรักอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว หรือยังมีความต้องการที่จะ คบหาแบบเพื่อเลือกอยู่ จึงไม่ยอมตัดสินใจสมรสกับคู่หมั้นของตน เนื่องจากสภาพสังคมในปัจจุบัน ทั้งชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันไม่ว่าทางด้านการประกอบสัมมาอาชีพ ที่จะต้องอยู่ในสถานที่ ทำงานเดียวกัน การศึกษาเล่าเรียนในสถาบันเดียวกัน หรือแม้กระทั่งการดำเนินชีวิตอยู่ในสถานที่ ต่างๆ เช่น ห้างสรรพสินค้า สถานบันเทิง สถานที่ท่องเที่ยว ซึ่งทั้งชายและหญิงสามารถเข้าถึง สถานที่เหล่านั้นได้อย่างเท่าเทียมกัน ประกอบกับการมีเทคโนโลยีที่สามารถติดต่อสื่อสารกันได้ สะดวกยิ่งขึ้น จึงทำให้ชายและหญิงมีโอกาสพบปะพูดคุยกันได้ง่ายขึ้น อันจะนำไปสู่การสาน ความสัมพันธ์กับผู้อื่นที่มีใจคู่หมั้นของตน จนกระทั่งนำไปสู่ความสัมพันธ์แบบชู้สาวและทำให้เกิด การเปลี่ยนใจได้ในเวลาต่อมา

ในเรื่องของการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรสโดยมี สาเหตุมาจากการไปหลงรักผู้อื่นที่ไม่ใช่คู่หมั้นของตน จะถือเอาเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญา หมั้นได้หรือไม่ ศาสตราจารย์สอาด นาวิเจริญ ได้กล่าวไว้ว่า “ถ้าชายหลงรักหญิงอื่นเข้าพเจ้าเห็นว่า หญิงไม่ยอมสมรสด้วยได้ เพราะเป็นการแสดงว่าชายเอาใจออกห่างจากหญิง เป็นข้อสำแดง ล่วงหน้าว่าจะเกิดความไม่เป็นปกติสุขในการเป็นสามีภรรยา”²⁴³

ในการถอนหมั้นหรือเป็นสาเหตุให้มีการถอนหมั้นในเรื่องนี้ Schwab อธิบายว่า กล่าว โดยแท้จริงแล้วการถอนหมั้น โดยไม่มีเหตุสำคัญแทบจะเป็นไปไม่ได้เลย คู่หมั้นที่มีความ โน้มเอียง กับคู่หมั้นของตนได้สิ้นสุดลงไปแล้ว หรือหมดความรักความอาลัยที่มีต่อกันแล้ว มีเหตุผลที่หนัก แน่นหรืออาจจะเรียกว่าเป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิเสธการสมรส แต่ในความหมายที่เคร่งครัดแล้ว กฎหมายไม่ประสงค์จะรวมกรณีเหล่านี้ไว้ในคำว่า “เหตุสำคัญ” การเปลี่ยนแปลงในทางอัตวิสัยของ คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งต่อคู่หมั้นของตนนั้น ในตัวมันเองจึงไม่เพียงพอที่จะเรียกว่าเป็นเหตุสำคัญ

²⁴³ สอาด นาวิเจริญ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว หน้า 13

ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับท่านทั้งสองว่า ในเมื่อขั้นตอนในขณะนั้นนั้น กฎหมายได้ยึดหลักในเรื่องของหัวใจ ความรัก หรือความสมัครใจของกลุ่มนั้นเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของการแสดงเจตนาในการหมั้น เพราะถ้าหากไม่มีความสมัครใจรักใคร่ต่อกันแล้ว การหมั้นนั้น กฎหมายก็ไม่อาจจะยอมรับได้ เพราะกลัวว่าจะส่งผลให้ชีวิตสมรสของกลุ่มนั้นเกิดความเจ็บปวดต่อไปในอนาคต แต่เมื่อถึงขั้นตอนของการเลิกสัญญาหมั้นกลับมองข้ามเรื่องความรักว่าไม่ใช่สาเหตุสำคัญ ทั้งที่จริงแล้วถ้าหากไม่มีความรักให้แก่กันก็จะกลายเป็นการแต่งงานโดยไม่สมัครใจ ที่แย่ที่สุดแล้วกฎหมายก็บังคับให้ทำการสมรสกันโดยไม่สมัครใจ

การสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรสนั้นเป็นปัญหาที่มีความสำคัญและได้ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่หมั้นฝ่ายหนึ่ง เพราะปัญหานี้ก่อให้เกิดความรู้สึกไม่มั่นคงขึ้นกับคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งที่ต้องอดทนรอ เพื่อจะได้ทำการสมรสกับคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งที่มีพฤติกรรมบิดพลิ้วให้มีการสมรสล่าช้า หรือมีพฤติกรรมที่เพิกเฉยต่อการสมรส และปัญหานี้ย่อมเกิดขึ้นได้ไม่ยากนักในสภาพสังคมยุคปัจจุบันนี้ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาแล้วนั้น ตัวอย่างเช่น ชายได้หมั้นหมายหญิงไว้แล้วโดยไม่มีการกำหนดระยะเวลาว่าจะทำการสมรสกับหญิงคู่หมั้นเมื่อใด จนกระทั่งได้ล่วงเลยระยะเวลาจากการหมั้นมาเป็นเวลา 2 ปีแล้ว ชายก็ยังเพิกเฉยต่อการสมรส ฝ่ายหญิงได้มีการทวงถามถึงการสมรสไปหลายครั้งหลายครา ฝ่ายชายก็อ้างกับฝ่ายหญิงว่ายังไม่มีความพร้อม ให้หญิงคู่หมั้นรอไปก่อน โดยไม่มีความแน่นอนว่าจะทำการสมรสกับหญิงคู่หมั้นเมื่อใด หรือกรณีที่หญิงคู่หมั้นได้หมั้นหมายกับชายคู่หมั้นไว้แล้ว หญิงคู่หมั้นเกิดปมใจไปชอบพอกับชายอื่น เมื่อชายคู่หมั้นได้ทวงถามถึงการสมรส หญิงคู่หมั้นก็มีพฤติกรรมบิดพลิ้วไม่ยอมทำการสมรส หรือมีพฤติกรรมที่เพิกเฉยต่อการสมรส โดยที่ชายคู่หมั้นไม่ทราบถึงสาเหตุว่าหญิงคู่หมั้นได้ปมใจให้ชายอื่นแล้ว และหญิงคู่หมั้นเองก็ไม่กล้าบอกถึงสาเหตุที่ไม่อยากจะสมรสให้กับชายคู่หมั้น ทราบ อาจเป็นเพราะกลัวว่าชายคู่หมั้นจะเสียใจ หรืออาจจะต้องการคบหาดูใจกับชายอื่นไปด้วย ในลักษณะแบบคบเพื่อเลือก เพื่อให้เกิดความแน่ใจจึงจะตัดสินใจว่าจะทำการสมรสกับผู้ใด แม้ว่าการปมใจให้ผู้อื่นนั้นจะยังไม่ถึงขั้นร่วมประเวณีกับผู้อื่นอันถือว่าเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ แต่การปมใจให้กับผู้อื่นที่ไม่ใช่คู่หมั้นของตน หรือการหนีหน้าตีตัวออกห่างคู่หมั้น ก็ถือว่าเป็นการไม่ซื่อสัตย์ต่อคู่หมั้นของตนกรณีเช่นนี้หากคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งมีความประสงค์จะทำการสมรส เพื่อต้องการมีบุตร หรือเพื่อต้องการสร้างครอบครัว ย่อมถือได้ว่าพฤติการณ์ของการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรสนั้น ทำให้คู่หมั้นฝ่ายนั้นเกิดความเสียหาย เสียเวลา และเสียโอกาสในการคบหาคู่ครองคนใหม่

การที่กฎหมายการหมั้นทั้งสองมาตรามีเนื้อหาไม่ชัดเจนโดยไม่ให้คำว่า “เหตุสำคัญ” นั้นครอบคลุมไปถึงการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรสด้วยนั้น

จะเกิดปัญหาทำให้คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งที่ต้องอดทนรอเพื่อทำการสมรสกับคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถบอกเลิกสัญญาหมั้นได้หากมีการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือมีการเพิกเฉยต่อการสมรส จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาวิเคราะห์หามาจะเห็นได้ว่ากฎหมายต่างประเทศนั้นให้ความสำคัญในเรื่องของการสมรสล่าช้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร หรือเพิกเฉยต่อการสมรสเป็นอย่างมากโดยให้ถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้โดยทีเดียว ดังเช่น กฎหมายเกาหลีใต้ที่กำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจบอกเลิกการหมั้นได้ หากมีเหตุใดเหตุหนึ่งตามมาตรา 804 (7) บัญญัติว่า “เมื่อคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธการสมรสหรือทำการสมรสล่าช้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร” และกฎหมายไต้หวันที่กำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจบอกเลิกการหมั้นได้ หากมีเหตุใดเหตุหนึ่งตามมาตรา 976(2) บัญญัติว่า “เมื่อคู่หมั้นมีเจตนาที่จะเพิกเฉยต่อการสมรสตามวันที่ได้ตกลงกันไว้” ดังนั้น หากทำการสมรสล่าช้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร หรือมีเจตนาที่จะเพิกเฉยต่อการสมรส กฎหมายทั้งสองประเทศให้ถือว่าเป็นเหตุสำคัญที่ทำให้ชายหรือหญิงคู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นได้

กฎหมายการหมั้นของไทยในอดีตได้ให้ความสำคัญกับปัญหาการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรสเป็นอย่างมาก จะเห็นได้จากกฎหมายล้านนาได้กำหนดระยะเวลาในการสมรสไว้ภายหลังจากการหมั้น เพื่อป้องกันปัญหาการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรส หากพ้นกำหนดฝ่ายชายไม่มาบอกกล่าวให้ทราบหรือไม่ไปแต่งงานภายในกำหนดกฎหมายล้านนาได้กำหนดให้พ่อแม่พี่น้องของฝ่ายหญิงหาคู่ใหม่ให้แก่หญิง จากเหตุผลหลายประการของสภาพสังคมในปัจจุบันที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางด้านจิตใจได้ง่ายยิ่งขึ้น ประกอบกับเพื่อคุ้มครองการสมรสให้เป็นไปโดยสมัครใจ กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันจึงต้องให้ความสำคัญกับปัญหาการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรส โดยให้คู่หมั้นถือเอาเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้เพราะได้ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งตามที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วนั้น

2. ปัญหาในมาตรา 1444 การที่กฎหมายกำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายที่ได้กระทำชั่วอย่างร้ายแรง “ภายหลังการหมั้น” ต้องรับผิดชอบค่าทดแทนต่อคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้น อันเป็นเหตุให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่สามารถเรียกค่าทดแทนได้ หากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้นได้กระทำ “ก่อนการหมั้น”

เมื่อมีการหมั้นเกิดขึ้นตามกฎหมายแล้ว คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นจะอาศัยเหตุเพราะการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาหมั้น และให้คู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนแก่นั้นได้ นั้น กฎหมายมาตรา 1444 บังคับว่าการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้นจะต้องได้กระทำ “ภายหลังการหมั้น” เท่านั้น แต่ถ้าการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงได้กระทำ “ก่อนการหมั้น” ถึงแม้จะส่งผลอย่างร้ายแรงในอนาคตหลังจากได้หมั้นแล้ว คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นซึ่งเป็นฝ่ายได้รับความเสียหายและได้รับผลกระทบจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงจากการที่คู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงได้กระทำขึ้นมา “ก่อนการหมั้น” ก็ไม่สามารถอ้างสิทธิตามกฎหมายในการเรียกค่าทดแทนได้

ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายไม่ควรเคร่งครัดจนเกินไป ขนาดที่ต้องระบุว่า การกระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องเป็นการกระทำ “ภายหลังการหมั้น” เท่านั้น จึงจะสามารถบอกเลิกสัญญาหมั้นและเรียกค่าทดแทนจากกันได้ ขึ้นชื่อว่ากระทำชั่วอย่างร้ายแรงก็ถือว่าหนักมากพออยู่แล้ว สำหรับคู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายและผลกระทบจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้น กฎหมายยังต้องมาระบุไว้ดีกว่าการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องเป็นการกระทำ “ภายหลังการหมั้น” เท่านั้น กฎหมายควรจะคุ้มครองคู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรง “ก่อนการหมั้น” นั้นด้วย แต่ทั้งนี้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นจะต้องไม่ทราบถึงการกระทำชั่วอย่างร้ายแรง “ก่อนการหมั้น” ของคู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้นมาก่อน แต่ถ้าคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ทราบถึงการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงที่ได้กระทำ “ก่อนการหมั้น” นั้นมาก่อนแล้ว ยังคงรับหมั้นกับคู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงก็ไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะเรียกค่าทดแทนได้ตามกฎหมายในมาตรา 1444 ทั้งนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงการที่จะให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นมีสิทธิเรียกให้คู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนแม้การกระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้นจะได้กระทำ “ก่อนการหมั้น” โดยแยกออกเป็นข้อดีและข้อเสียดังนี้

2.1 ข้อดีของการให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นมีสิทธิเรียกให้คู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรง “ก่อนการหมั้น”

เมื่อมีการหมั้นแล้ว คู่หมั้นทั้งสองฝ่ายย่อมมีความประสงค์จะทำการสมรสกันต่อไป แต่ก่อนที่คู่หมั้นจะได้ทำการสมรสกันนั้นอาจมีเหตุการณ์ซึ่งคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่ทราบมาก่อนว่าคู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้น ได้กระทำชั่วอย่างร้ายแรงมา “ก่อนการหมั้น” ยกตัวอย่างเช่น กรณีชายหรือหญิงคู่หมั้นได้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา หรือมีพฤติกรรมที่เสื่อมเสียอย่างร้ายแรง เช่น ดินยาเสพติดค้าขายสินค้าผิดกฎหมาย ทูจจริต หรือ โกง หลอกหลวงก่อนที่จะมาหมั้นกับคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้น โดยที่คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นมิได้ทราบถึงการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้นมาก่อน และคู่หมั้นฝ่ายที่

กระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้น ก็ไม่เคยแจ้งให้ทราบมาก่อน หากภายหลังจากมีการหมั้นแล้วคู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงได้ถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย หรือถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุก เพราะเหตุจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรง“ก่อนการหมั้น” นั้น ทำให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้น ต้องได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสังคม เสียหายต่อทรัพย์สินที่ได้ใช้จ่ายในการจัดพิธีแต่งงานตามประเพณี ซึ่งหากคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นเป็นหญิงก็อาจได้เสียเนื้อเสียตัวเป็นภรรยาของชายไปแล้ว เพราะในขณะนั้นอาจหมายถึงการที่คู่หมั้นได้เข้าพิธีแต่งงานตามประเพณี อยู่กินด้วยกันตามแบบสามีภรรยาแล้ว แต่ยังไม่มีการจดทะเบียนสมรส กฎหมายจึงให้อยู่ในสถานะของคู่หมั้น ถือได้ว่าความเสียหายได้เกิดขึ้นกับคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นแล้ว เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่คู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย หรือถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุก เพราะเหตุจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงมา “ก่อนการหมั้น” หากคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นอ้างเหตุจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงมา “ก่อนการหมั้น” เรียกให้คู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนได้ ก็จะเกิดความเป็นธรรมกับคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นเนื่องจากความเสียหายได้เกิดขึ้นแล้ว กฎหมายก็ควรจะเยียวยาให้คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหาย ประกอบกับเพื่อให้ความยุติธรรมกับประเพณีดำเนินสอดคล้องกัน ไปกล่าวคือ คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นที่ปฏิบัติตามประเพณีก็จะได้จัดเตรียมการสมรสโดยไม่ต้องเกรงกลัวว่าจะเรียกค่าทดแทนไม่ได้อีกต่อไป หากมีเหตุการณ์ที่คู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงได้กระทำไว้ “ก่อนการหมั้น”

ผู้เขียนเห็นว่ากระทำชั่วอย่างร้ายแรงมา “ก่อนการหมั้น” ที่ส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้น ถือเป็นเรื่องที่ไม่เห็นใจความคาดหมายซึ่งย่อมเกิดขึ้นได้เสมอในระหว่างที่เป็นคู่หมั้นกัน ยังมีอีกหลายกรณีที่การกระทำชั่วอย่างร้ายแรง“ก่อนการหมั้น” ได้ส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นภายหลังจากการหมั้น เช่น กรณีที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นมีความวิตถารทางเพศ หรือเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง เนื่องจากสถานะของความเป็นคู่หมั้นไม่ได้ให้สิทธิที่จะต้องร่วมประเวณี คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นอาจมาทราบในภายหลังจากที่เข้าพิธีแต่งงานแล้วซึ่งถือได้ว่าความเสียหายได้เกิดขึ้นกับคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นแล้ว หรือกรณีที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นได้เป็นชู้กับสามีหรือภรรยาผู้อื่น หรือกรณีที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นมีหนี้สินส่วนตัว โดยคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่ทราบถึงพฤติการณ์เหล่านี้มาก่อน ภายหลังจากการหมั้นหรือแต่งงานตามประเพณีกันแล้วจึงได้ทราบถึงถึงพฤติการณ์ดังกล่าว ซึ่งคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นก็ได้รับความเสียหายแล้ว

2.2 ข้อเสียของการไม่ให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นมีสิทธิเรียกให้คู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงที่ได้กระทำ “ก่อนการหมั้น”

จากตัวอย่างเดียวกันที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ในข้อ 2.1 กล่าวคือ กรณีชายหรือหญิง คู่หมั้นได้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา หรือมีพฤติกรรมที่เสื่อมเสียอย่างร้ายแรง เช่น ดิตยาเสพติดค้าขายสินค้าผิดกฎหมาย ทูจริต น้อ โกง หลอกหลวงก่อนที่จะมาหมั้นกับคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้น โดยที่คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นมิได้ทราบถึงการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้นมาก่อน หากภายหลังจากการหมั้นแล้วคู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงได้ถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย หรือถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุก ทำให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้น ต้องได้รับความเสื่อมเสีย อับอายขายหน้าต่อสังคม เสียหายต่อทรัพย์สินที่ได้ใช้จ่ายในการจัดพิธีแต่งงานตามประเพณี ซึ่งหากคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นเป็นหญิงก็อาจได้เสียเนื้อเสียตัวเป็นภรรยาของชายไปแล้ว เพราะในขณะนั้นอาจหมายถึงการที่คู่หมั้นได้เข้าพิธีแต่งงานตามประเพณี อยู่กินด้วยกันตามแบบสามีภรรยาแล้ว แต่ยังไม่มีการจดทะเบียนสมรส ถือได้ว่าความเสียหายได้เกิดขึ้นกับคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นแล้ว หากกฎหมายไปกำหนดให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่มีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรง “ก่อนการหมั้น” นั้น อาจส่งผลเสียทำให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่กล้าที่จะใช้จ่ายในการเตรียมการสมรสตามประเพณี เพราะกลัวว่าจะเรียกค่าทดแทนเสียหายไม่ได้ หากวันใดวันหนึ่งเกิดมีเหตุการณ์ที่คู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงได้กระทำไว้ “ก่อนการหมั้น”

จากการที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงข้อดีและข้อเสียของการไม่ให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นมีสิทธิเรียกให้คู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรง “ก่อนการหมั้น” เห็นว่าการไม่ให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นมีสิทธิเรียกให้คู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรง “ก่อนการหมั้น” นั้น มีข้อดีมากกว่าข้อเสียตามเหตุผลที่กล่าวมาแล้ว ประกอบกับกฎหมายต่างประเทศได้กำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาหมั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนความเสียหายจากคู่หมั้นฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญาได้ หากว่าสาเหตุแห่งการบอกเลิกสัญญาหมั้นนั้นเกิดจากความผิดของคู่หมั้นฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญาโดยไม่ได้มีการกำหนดว่าความผิดนั้นจะเป็นการกระทำ “ก่อนการหมั้น” หรือ “หลังการหมั้น” เช่น กฎหมายเยอรมันมาตรา 1299 ได้กำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาหมั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนความเสียหายต่างๆ จากคู่หมั้นฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญาได้ หากว่าสาเหตุแห่งการบอกเลิกสัญญาหมั้นนั้นเกิดจากความผิดของคู่หมั้นฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญา

กฎหมายเกาหลีใต้ก็ได้กำหนดให้คู่หมั้นฝ่ายบอกเลิกการหมั้นมีสิทธิเรียกให้คู่หมั้นอีกฝ่ายที่ละเลยไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในการหมั้น ซึ่งเป็นเหตุให้บอกเลิกการหมั้นรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ โดยไม่มีการกำหนดเหตุแห่งการบอกเลิกการหมั้นนั้นจะเป็นการกระทำ “ก่อนการหมั้น” หรือ “หลังการหมั้น” ซึ่งเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 804 “หากมีเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้เกิดขึ้นแก่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกการหมั้นได้”(1) “ถ้าคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกพิพากษาลงโทษไม่น้อยกว่าการรอลงโทษจำคุก”(3) “ถ้าคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความทุกข์ทรมานจากโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ วิกฤตจิตจนไม่สามารถรักษาให้หายขาดได้ หรือเป็นโรคร้ายแรงใดๆ ที่ไม่สามารถรักษาให้หายได้” และมาตรา 806 “เมื่อได้มีการบอกเลิกการหมั้นระหว่างคู่หมั้นแล้ว คู่หมั้นฝ่ายที่บอกเลิกอาจเรียกให้คู่หมั้นอีกฝ่ายที่ละเลยไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในการหมั้น ซึ่งเป็นเหตุให้บอกเลิกการหมั้นรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นได้”

การตีบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 1444 กำหนดให้การกระทำชั่วอย่างร้ายแรงต้องเป็นการกระทำ “ภายหลังการหมั้น” เท่านั้น คู่หมั้นจึงจะเรียกค่าทดแทนจากกันได้ ถือเป็นความไม่ยุติธรรมอย่างยิ่งสำหรับคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นซึ่งได้รับความเสียหายและผลกระทบจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้น โดยตรงซึ่งได้กระทำมา “ก่อนการหมั้น” นั้น ประกอบกับกฎหมายต่างประเทศทั้งกฎหมายเยอรมันและกฎหมายเกาหลีใต้ได้อำนวยความยุติธรรมให้แก่คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย โดยมีเจตนาพุ่งเป้าไปที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมากกว่าที่จะไปพุ่งเป้าว่าเป็นการกระทำ “ก่อนการหมั้น” หรือ “หลังการหมั้น” จึงจะเป็นการอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นได้

3. ปัญหาในมาตรา 1446 ซึ่งกำหนดให้ชายหรือหญิงคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตน เฉพาะกรณีและผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราหรือควรจะมีรู้ถึงการหมั้นเท่านั้น

การกำหนดให้ชายหรือหญิงคู่หมั้นมีสิทธิในการเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตน ถือเป็นบทบัญญัติเฉพาะของกฎหมายไทยอย่างแท้จริงที่ให้สิทธิแก่ชายหรือหญิงคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิเรียกค่าทดแทนจากบุคคลอื่นได้ กฎหมายไทยถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของชายหรือหญิงคู่หมั้นโดยตรง เพราะแม้แต่สถานะความ

เป็นคู่หมั้นยังไม่มีสิทธิขึ้นใจเพื่อร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตนแล้วเหตุใดผู้อื่นจึงจะมีสิทธิมากกว่าตน ซึ่งไม่มีกฎหมายครอบครัวยุคใหม่ในประเทศไทยใดเลยที่กำหนดให้คู่หมั้นที่ถูกละเมิดมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากบุคคลอื่นได้

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นมิได้สมัครใจยินยอม แต่ถูกขู่เชิญด้วยประการใดๆ หรือโดยถูกใช้กำลังประทุษร้ายหรือตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เพื่อสนองความใคร่ของผู้ซึ่งกระทำ กฎหมายในมาตรา 1446 กำหนดว่าผู้ซึ่งกระทำจะต้องรู้หรือควร จะรู้ถึงการหมั้นนั้นเสียก่อน ชายหรือหญิงคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิจึงจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งกระทำได้แต่ถ้าหากว่าผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตน ไม่รู้มาก่อนเลยว่าผู้ถูกกระทำได้มีการหมั้นแล้ว ผู้ซึ่งกระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิ ซึ่งไม่เป็นธรรมต่อคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิอย่างยิ่ง เพราะ การข่มขืนกระทำชำเราถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคล ทำร้ายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทำร้ายร่างกายและจิตใจของคู่หมั้นฝ่ายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราให้เกิดความเจ็บปวด ความอับอายขายหน้า ถูกคู่หมั้นดูแคลนจากสาธารณชน ซึ่งความเสียหายที่คู่หมั้นผู้ถูกกระทำได้รับนี้สามารถเรียกให้ ผู้ซึ่งกระทำชดใช้ค่าทดแทนในกรณีละเมิดและเรียกให้รับผิดชอบในทางอาญาได้ เมื่อความเสียหาย ได้เกิดขึ้นกับคู่หมั้นที่ถูกกระทำแล้ว คู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิก็ย่อมได้รับความเสียหายด้วย เพราะ กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิอาจเรียกค่าทดแทนจากบุคคลอื่นได้โดย ไม่จำเป็นต้องมีการบอกเลิกสัญญาหมั้น ดังนั้น หากว่าชายหรือหญิงคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิ ยังคง มีความรัก ความสงสารต่อกัน เข้าใจว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมิได้เกิดจากความสมัคร และยังมีความ ประสงค์จะสมรสอยู่กันเป็นสามีภรรยากันไปกับคู่หมั้นที่ถูกกระทำชำเรา การที่กฎหมายปิดช่อง โดยไม่กำหนดให้คู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งกระทำในกรณีที่ผู้ซึ่งกระทำมิได้ รู้ถึงการหมั้นนั้น ก็เท่ากับว่าเป็นการทำร้ายสภาพจิตใจของชายหรือหญิงคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิด้วย เพราะในสายตาของสังคมไทยถือว่าการหยามหน้าหรือหมิ่นศักดิ์ศรีคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิ อย่างร้ายแรง จะสังเกตได้จากความเป็นมาในอดีตของกฎหมายมาตรานี้ที่มีเจตนาจะปกป้อง เกียรติยศ ศักดิ์ศรีของคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิ โดยกฎหมายการหมั้นในปี พ.ศ. 2478 มาตรา 1443 กำหนดให้ชายคู่หมั้นเท่านั้นเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นผู้ล่วงเกินหญิงคู่หมั้นทางประเวณี กฎหมาย การหมั้นในปี พ.ศ. 2519 มาตรา 1446 กำหนดให้เฉพาะชายคู่หมั้นเท่านั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทน จากชายอื่นซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราหญิงคู่หมั้น ต่อมากฎหมาย การหมั้นในปัจจุบันจึงได้ให้สิทธิอย่างเท่าเทียมกันทั้งชายและหญิงคู่หมั้นในการเรียกค่าทดแทน จากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตน ฉะนั้น การจะรู้ หรือไม่รู้ถึงการหมั้นไม่ใช่ประเด็นสำคัญ เนื่องจากความเสียหายได้เกิดขึ้นแล้ว เพราะแม้แต่มาตรา

1523 วรรคสอง²⁴⁴ ก็ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าหญิงอื่นจะต้องรู้ว่าชายมีภรรยาแล้ว เพียงแค่แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่ามีความสัมพันธ์ในทำนองชู้สาว ภริยาก็สามารถเรียกค่าทดแทนได้ หรือสามีจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในทำนองชู้สาวก็ได้ แต่มาตรา 1446 กระทบการร้ายแรงถึงขั้นข่มขืนกระทำชำเรา ก็ควรจะให้คู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งกระทำ ได้ แม้ว่าผู้ซึ่งกระทำความผิดจะรู้หรือไม่รู้ถึงการหมั้นนั้นก็ตาม

ผู้เขียนเห็นว่าหากกฎหมายนำหลักที่ว่าผู้ซึ่งกระทำความผิดจะต้องรู้หรือควรได้รู้ถึงการหมั้นเท่านั้น มาเป็นหลักเกณฑ์ในการให้สิทธิแก่คู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิเรียกค่าทดแทน โดยไม่คำนึงถึงสภาพจิตใจ เกียรติยศ ศักดิ์ศรีของคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิซึ่งมีความประสงค์จะสมรสกับ คู่หมั้นฝ่ายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา เป็นการไม่ยุติธรรมต่อชายหรือหญิงคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิ อย่างยิ่ง และจะเป็นการเปิดช่องของกฎหมายให้ผู้ซึ่งกระทำความผิด กล่าวอ้างได้ว่าไม่รู้ถึงการหมั้น นั้น เพื่อให้ตนเองหลุดพ้นจากการที่จะต้องรับผิดชอบค่าทดแทนต่อคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิ

อย่างไรก็ตามการที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นสองทางโดยเปิดโอกาสให้ชายหรือหญิง คู่หมั้นจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นหรือไม่ก็ได้ นั้น เป็นการยึดมั่นในเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่ต้องการให้การสมรสเป็นไปโดยสมัครใจและอิสระ โดยดัดบทใช้คำว่า“โดยไม่จำเป็นต้องบอกเลิก สัญญาหมั้น” ข่มแสดงว่าคู่หมั้นอาจบอกเลิกสัญญาหมั้นเสียก็ได้ โดยถือเอาการที่คู่หมั้นอีกฝ่าย หนึ่งถูกข่มขืนกระทำชำเราเป็นเหตุสำคัญอันเกิดแก่ตัวคู่หมั้นนั้น แต่คู่หมั้นจะเรียกค่าทดแทนจาก กันไม่ได้เพราะไม่ใช่การกระทำชั่วอย่างร้ายแรงตามมาตรา 1444 ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่ดีอย่างยิ่งเพราะ การที่คู่หมั้นถูกข่มขืนหรือถูกพยายามข่มขืนกระทำชำเราจากผู้อื่นโดยไม่สมัครใจเป็นเรื่องที่น่าเห็น ใจ หากคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งยังคงมีความรัก ความสงสาร ความเห็นอกเห็นใจต่อกันอยู่ กฎหมาย ก็ไม่ได้บีบบังคับว่าจะต้องบอกเลิกสัญญาหมั้นเสียก่อนจึงจะเรียกค่าทดแทนจากผู้อื่นที่กระทำชำเรา คู่หมั้นของตนได้ ดังนั้นแม้จะไม่บอกเลิกสัญญาหมั้น คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งก็ยังคงมีสิทธิเรียก ค่าทดแทนได้ แต่หากชายหรือหญิงคู่หมั้นประสงค์จะบอกเลิกสัญญาหมั้นกฎหมายก็ไม่บังคับ โดย ถือเอาเหตุที่คู่หมั้นของตนมีประเวณีกับผู้อื่นเป็นเหตุสำคัญที่ตนไม่สามารถสมรสกับชายหรือหญิง คู่หมั้นนั้นต่อไปได้ แม้คู่หมั้นของตนจะไม่ได้ยินยอมสมัครใจมีประเวณีกับผู้อื่นก็ตามชายหรือหญิง คู่หมั้นนั้นมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 หรือมาตรา 1443 แล้วแต่กรณี แต่ไม่มีสิทธิ เรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1444 เพราะไม่ใช่การกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของคู่หมั้นผู้ถูกกระทำ แต่อย่างใด ในทางกลับกันหากคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งได้รู้เห็นเป็นใจให้ผู้อื่นข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้น

²⁴⁴มาตรา 1523 วรรคสอง“สามีจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในทำนองชู้สาวก็ได้และ ภริยาจะเรียก ค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผย เพื่อแสดงว่าตน มีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาวก็ได้”

ของตน นอกจากจะไม่มีสิทธิเรียกค่าทดแทนแล้ว คู่หมั้นอีกฝ่ายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นและเรียก
ค่าทดแทนจากคู่หมั้นฝ่ายที่รู้เห็นเป็นใจกับผู้อื่นได้ตามมาตรา 1444



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาวิจัยในเรื่องการหมั้นมาทั้งหมด การหมั้น คือ การที่ชายหญิงตกลงกันว่าจะสมรสกัน โดยในแต่ละประเทศจะมีธรรมเนียมประเพณีเกี่ยวกับการหมั้นที่ถือปฏิบัติสืบทอดกันมาแตกต่างกัน เช่น บางประเทศมีการให้ทรัพย์สินเป็นของหมั้น การให้ของขวัญ หรือบางประเทศอาจเพียงแต่ตกลงกัน ด้วยเหตุนี้จึงมีการบัญญัติกฎหมายรับรองในเรื่องการหมั้น เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการหมั้นทุกฝ่าย ต่อมาแนวคิดให้การคุ้มครองบุคคลในเรื่องการหมั้นในบางประเทศได้เปลี่ยนแปลงไป อันเนื่องมาจากกฎหมายบางประเทศมุ่งคุ้มครองฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย โดยเฉพาะฝ่ายหญิงนั้นมากเกินไป โดยให้เรียกค่าทดแทนความเสียหายได้อย่างกว้างขวาง อาจทำให้คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งไม่กล้าที่จะปฏิเสธการสมรสเนื่องจากกลัวว่าจะต้องชดเชยค่าเสียหายที่สูง จนอาจต้องตัดสินใจสมรสกับอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่สมัครใจก็เป็นที่ได้ ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้ประเทศเหล่านั้นได้มีการยกเลิกผลบังคับทางกฎหมายของสัญญาหมั้น ไม่ให้มีการเรียกค่าทดแทนความเสียหายได้อีกต่อไป ในขณะที่บางประเทศซึ่งธรรมเนียมประเพณีเกี่ยวกับการหมั้นยังมีความสำคัญกับวิถีชีวิตอยู่ ก็ยังคงรับรองผลบังคับทางกฎหมายของสัญญาหมั้น ทั้งนี้ไม่ว่าประเทศที่ได้มีการยกเลิกผลบังคับทางกฎหมายของสัญญาหมั้น หรือประเทศที่ยังรับรองผลบังคับทางกฎหมายของสัญญาหมั้นอยู่ แต่ท้ายที่สุดทุกประเทศมีจุดมุ่งหมายเดียวกัน คือ การมุ่งคุ้มครองการสมรสที่จะต้องเกิดขึ้นจากความสมัครใจและเป็นอิสระของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย การหมั้นในทุกประเทศจึงมิใช่สิ่งที่จะผูกมัดให้บุคคลต้องทำการสมรสได้

ลักษณะการหมั้นและค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นของกฎหมายต่างประเทศตามที่ผู้เขียนได้ค้นคว้ามาทั้งหมด ทั้งในระบบคอมมอนลอว์ คือ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และระบบซีวิลลอว์คือ ประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส เกาหลีใต้ ไต้หวัน สามารถแบ่งประเภทอย่างกว้างๆ ได้เป็น 4 ประเภทดังต่อไปนี้

1.1 การหมิ่นไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย และกฎหมายไม่รับรองการฟ้องร้องคดีในการเรียกค่าทดแทนความเสียหายฐานผิดสัญญาหมิ่น

การหมิ่นไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย และกฎหมายไม่รับรองการฟ้องร้องคดีในการเรียกค่าทดแทนความเสียหายฐานผิดสัญญาหมิ่นเช่น กฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษและกฎหมายในมลรัฐต่างๆ ของสหรัฐอเมริกาจำนวน 28 มลรัฐในปัจจุบัน โดยแต่เดิมกฎหมายอังกฤษและมลรัฐต่างๆ ของสหรัฐอเมริกาได้เคยรับรองการหมิ่นให้มีผลบังคับทางกฎหมาย เมื่อคู่หมิ่นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ผิดสัญญาจะสมรส หรือปฏิเสธการสมรสโดยไม่มีเหตุอันสมควร คู่หมิ่นอีกฝ่ายหนึ่งสามารถฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายได้อย่างกว้างขวาง ค่าเสียหายที่อาจฟ้องเรียกจากกันได้้นอกจากจะเป็นค่าเสียหายที่แท้จริง ทั้งค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินและค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน โจทก์ในคดีผิดสัญญาจะสมรสยังสามารถฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ที่คาดหมายจะได้รับ หากได้ทำการสมรสด้วยการนำฐานะทางสังคมและทรัพย์สินของจำเลยมาประกอบพิจารณาเข้ากับค่าเสียหายด้วยและรวมถึงการเรียกค่าเสียหายเพื่อเป็นการลงโทษหรือค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง (exemplary damages) จากการที่ระบบคอมมอนลอว์เดิมเปิดโอกาสให้ฝ่ายโจทก์เรียกค่าเสียหายได้อย่างกว้างขวางและเรียกค่าเสียหายได้เป็นจำนวนเงินที่สูง จะเป็นช่องทางทำให้โจทก์ที่ไม่มี ความสุจริตได้อาศัยสิทธิของกฎหมายเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์จนเกินควร นอกจากนี้แล้วยังทำให้ฝ่ายที่ไม่เต็มใจสมรสไม่กล้าที่จะถอนตัวจากการหมิ่นเพราะกลัวว่าจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนที่สูงจนเกินไป อันเป็นเหตุทำให้ต้องจำยอมสมรสโดยไม่มี ความสมัครใจ

จากข้อเสียดังกล่าวทำให้มีการพิจารณาทบทวนในเรื่องสัญญาจะสมรสว่ามีความเหมาะสมหรือไม่อย่างไร เมื่อวิธีการเยียวยาซึ่งกฎหมายได้เคยรับรองเพื่อคุ้มครองฝ่ายที่เสียหายได้กลับกลายมาเป็นข้อเสียเพราะความไม่สุจริตของบุคคลที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองเอง จนท้ายที่สุดแล้วปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ทวีความรุนแรงเกินกว่าที่กฎหมายจะยอมรับได้ เมื่อมีข้อเสียมากกว่าข้อดี ผู้บัญญัติกฎหมายจึงเลือกที่จะยกเลิกผลบังคับทางกฎหมายของสัญญาจะสมรส โดยประเทศอังกฤษได้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายด้วยการยกเลิกผลบังคับทางกฎหมายของสัญญาจะสมรส และมีการประกาศใช้ The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 มลรัฐต่างๆ ของสหรัฐอเมริกาจำนวน 28 มลรัฐก็ได้ประกาศใช้ Heartbalm Statutes แทนหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เดิม ทำให้การฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายในคดีผิดสัญญาจะสมรสจึงไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป

1.2 การหมั้นไม่มีผลบังคับทางกฎหมายแต่ถ้าคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนได้

การหมั้นไม่มีผลบังคับทางกฎหมายแต่ถ้าคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนได้เช่น กฎหมายฝรั่งเศส แต่เดิมประเทศฝรั่งเศสได้เคยรับรองการหมั้นให้เป็นสัญญาอย่างหนึ่งในกฎหมาย ต่อมาเมื่อฝรั่งเศสได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งก็ปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการหมั้นเลย เนื่องจากกฎหมายฝรั่งเศสมุ่งหมายที่จะให้การสมรสเป็นไปโดยอิสระปราศจากสิ่งใดมาบีบบังคับในเรื่องของหัวใจ ซึ่งอาจจะเกรงกลัวว่าการสมรสจะกระทำไปเพื่อปฏิบัติตามสัญญาหมั้น โดยมองข้ามความสมัครใจของชายหญิงที่จะเป็นสามีภรรยากัน ประกอบกับการที่ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการหมั้นไว้ในกฎหมายแพ่งเป็นผลมาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการสมรสบังคับไว้ว่าชายหญิงที่จะทำการสมรสกันได้จะต้องมีความสมัครใจ และยินยอมที่จะสมรสโดยอิสระ (free consent) ตามมาตรา 180 ด้วยเหตุนี้หากจะบังคับให้คู่หมั้นต้องทำการสมรสตามวัตถุประสงค์ของสัญญาหมั้นก็จะเป็นการขัดแย้งกับเงื่อนไขในมาตรา 180 การหมั้นตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงเป็นเพียงคำสนทนาเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายที่จะฟ้องคดีต่อศาลได้ แต่ถ้าคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนได้ โดยกฎหมายฝรั่งเศสให้นำหลักทั่วไปในเรื่องละเมิดมาใช้บังคับ ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งว่า “การกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ผู้ก่อกวนให้ผู้อื่นซึ่งกระทำโดยความผิดของตนต้องชดใช้ความเสียหาย” (Every act of man that causes injury to another obligates the one by whose fault it happens to repair the injury.)

1.3 การหมั้นมีผลบังคับทางกฎหมาย เมื่อคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนได้เฉพาะกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้

การหมั้นมีผลบังคับทางกฎหมาย เมื่อคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น กฎหมายเยอรมัน กฎหมายครอบครัวไทยและกฎหมายในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกา เช่น มลรัฐอิลลินอยส์ มลรัฐวอชิงตัน ได้จำกัดขอบเขตในการเรียกค่าทดแทนเฉพาะเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น

กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายครอบครัวไทย กฎหมายทั้งสองประเทศมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันอย่างมาก โดยได้รับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาอย่างหนึ่งที่มีผลบังคับทางกฎหมายได้ แต่จะมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากสัญญาทั่วไป กล่าวคือ จะไม่นำกฎหมายในเรื่องนี้หรือเรื่องสัญญาทั่วไปมาใช้บังคับกับสัญญาหมั้น เมื่อคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นของกลุ่มหมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง กลุ่มหมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น คือ ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากค่าใช้จ่ายหรือการตกเป็นหนี้ด้วยการคาดหมายว่าจะมีการสมรส หรือค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่คู่หมั้นได้กระทำการซึ่งมีผลกระทบต่อทรัพย์สินหรืออาชีพทางทำมาหาได้ด้วยการคาดหมายว่าจะมีการสมรส โดยค่าทดแทนที่จะได้รับการชดเชยกฎหมายจำกัดเฉพาะความเสียหายที่แท้จริง หรือการกระทำที่สมควรแก่พฤติการณ์ และในการนี้ก็มุ่งคุ้มครองการสมรสให้เป็นไปโดยอิสระ เช่นเดียวกับกฎหมายประเทศต่างๆ ด้วยการบัญญัติกฎหมายให้การหมั้นไม่สามารถที่จะฟ้องร้องบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งทำการสมรสได้ และข้อสัญญาที่จะให้ชำระเบี้ยปรับแก่กัน ในกรณีที่ไม่มี การสมรส ข้อสัญญาเช่นนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ

สำหรับในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาได้จำกัดขอบเขตในการเรียกค่าทดแทนในคดีผิดสัญญาจะสมรสไว้มิให้เรียกค่าทดแทนอย่างกว้างขวางเกินไป เช่น มลรัฐอิลลินอยส์บัญญัติว่าไม่อนุญาตให้มีการฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) ค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง (exemplary damages) ค่าเสียหายที่เป็นการแก้แค้น (vindictive damages) หรือค่าเสียหายอย่างร้ายแรงที่เพิ่มขึ้น (aggravated damages) ในคดีผิดสัญญาจะสมรสในมลรัฐอูชิงตันได้มีการยกเลิกค่าเสียหายที่เป็นการคาดหวัง (expectation damages)

1.4 การหมั้นมีผลบังคับทางกฎหมาย เมื่อคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นของกลุ่มหมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง กลุ่มหมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนได้อย่างกว้างขวาง

การหมั้นมีผลบังคับทางกฎหมาย เมื่อคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นของกลุ่มหมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง กลุ่มหมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนได้อย่างกว้างขวาง เช่น กฎหมายเกาหลีใต้ กฎหมายไต้หวัน และกฎหมายในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกา

กฎหมายเกาหลีใต้ และกฎหมายไต้หวัน ได้บัญญัติรับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญา และมีผลบังคับทางกฎหมายและได้ให้คู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกการหมั้นได้ โดยกฎหมายทั้งสองประเทศได้กำหนดเหตุที่จะบอกเลิกการหมั้นไว้โดยเฉพาะเจาะจง เมื่อได้มีการบอกเลิกการหมั้นระหว่างคู่หมั้นตามกฎหมายเกาหลีใต้แล้วคู่หมั้นอีกฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในเรื่องการ

หมั้นอันเป็นเหตุให้บอกเลิกการหมั้นต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่ทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่คู่หมั้นฝ่ายที่บอกเลิกการหมั้น กฎหมายเกาหลีใต้ได้กำหนดให้เรียกค่าทดแทนความเสียหายในทางทรัพย์สินและค่าเสียหายในทางจิตใจได้ด้วย ส่วนกฎหมายไต้หวัน เมื่อได้มีการบอกเลิกการหมั้นแล้ว คู่หมั้นผู้สุจริตอาจเรียกค่าทดแทนเพื่อความเสียหายจากคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งที่เกิดความเสียหายขึ้น ค่าทดแทนที่จะเรียกได้อาจจะเป็นค่าทดแทนความเสียหายทั้งที่เป็นเงินและค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งสองประเทศไม่ได้กำหนดประเภทของค่าทดแทนความเสียหายได้โดยเฉพาะเจาะจง แต่ได้กำหนดค่าทดแทนความเสียหายไว้อย่างกว้างๆ

ในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกา เมื่อมีการผิดสัญญาจะสมรสเกิดขึ้น ฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายยังคงฟ้องเรียกค่าทดแทนได้อย่างกว้างขวาง ตามหลักของกฎหมายคอมมอนลอว์ เดิมอยู่

สำหรับกฎหมายครอบครัวไทยได้รับรองเรื่องการหมั้นไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ในมาตรา 1435 ถึงมาตรา 1447/2 การหมั้นตามกฎหมายครอบครัวไทย คือ สัญญาที่ฝ่ายชายจงตัวหญิงไว้ก่อนเพื่อจะทำการสมรสต่อไป เจื่อนใจของบุคคลที่จะทำการหมั้นจะต้องมีอายุ 17 ปี บริบูรณ์ ไม่เช่นนั้นแล้วกฎหมายถือว่าเป็นโมฆะ (มาตรา 1435) และผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม ผู้ปกครอง หรือบุคคลผู้อยู่ในฐานะเช่นบิดามารดา (มาตรา 1436)

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่กฎหมายครอบครัวไทยได้รับรองการหมั้นไว้เป็นสัญญาและวางกรอบในการเรียกค่าทดแทนได้เฉพาะเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ถือว่ามีความเหมาะสมและเป็นผลดีมากกว่าผลเสีย ด้วยเหตุผลหลายประการดังนี้

ประการแรก คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นมีสิทธิได้รับค่าทดแทนที่ไม่กว้างขวางเกินไป

ประการที่สอง ค่าทดแทนที่คู่หมั้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะเรียกร้องได้เป็นค่าทดแทนที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเท่านั้นตามมาตรา 1440 คู่หมั้นจะเรียกค่าทดแทน นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้

ประการที่สาม กฎหมายจำกัดขอบเขตค่าทดแทนที่จะเรียกได้ต้องเป็นไปโดยสุจริตและตามสมควร เช่น ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องในการเตรียมการสมรสจะต้องเกิดขึ้นโดยสุจริตและตามสมควรด้วย(มาตรา 1440(2)) และค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการจัดการทรัพย์สินหรือการอื่นอันเกี่ยวแก่อาชีพหรือทางทำมาหาได้ก็จะต้องเป็นไปตามสมควรด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรส (มาตรา 1440(3))

ประการที่สี่ กฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้โดยอิสระในการกำหนดค่าทดแทนความเสียหายตามความเป็นธรรมที่เกิดขึ้น โดยมีบทบัญญัติของกฎหมายให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์(มาตรา 1447)

จากการศึกษามาทั้งหมดจะเห็นได้ว่ากฎหมายครอบครัวไทยยึดหลักความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงกับผู้เสียหายมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา เพื่อกำหนดค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายที่เรียกร้องค่าทดแทนย่ำใจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายเกินสมควร หรืออาศัยการฟ้องคดีเป็นเครื่องมือแสวงหาผลประโยชน์โดยไม่สุจริตและเพื่อเป็นมาตรการคุ้มครองการสมรสที่จะต้องเป็นไปโดยอิสระและต้องเกิดขึ้นจากความยินยอมสมัครใจของชายหญิงคู่หมั้น กล่าวคือ ให้คู่หมั้นฝ่ายที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าจะทำการสมรสต่อไปหรือไม่ โดยไม่มีเรื่องของค่าทดแทนความเสียหายที่จะต้องชดใช้สูงเกินไปมาบีบบังคับ จนต้องตัดสินใจสมรสด้วยสภาวะที่จำใจ และให้ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงควบคู่กันไปด้วย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวการรับรองการหมั้นให้มีผลผูกพันทางกฎหมาย ของกฎหมายครอบครัวไทยจึงเป็นผลดีมากกว่าผลเสีย เพราะเป็นจุดที่ยืนอยู่ตรงกลางหากเปรียบเทียบระหว่างประเทศที่ได้ยกเลิกหลักคอมมอนลอว์ที่ให้การหมั้นไม่มีผลบังคับในทางกฎหมายอีกต่อไป และประเทศที่รับรองการหมั้นให้มีผลบังคับในทางกฎหมายที่ให้เรียกค่าทดแทนความเสียหายอย่างกว้างขวาง

ถึงแม้ว่าการหมั้นในกฎหมายครอบครัวไทยจะมีความเหมาะสมและดำเนินไปควบคู่กับการคุ้มครองการสมรสให้เป็นไปโดยอิสระอย่างสอดคล้องกันแล้วก็ตาม แต่ก็เชื่อว่าจะไม่มีความบกพร่องในการอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นกับผู้ที่เกี่ยวข้องกับการหมั้น ซึ่งจากผลของการศึกษาวิเคราะห์ทำให้เห็นถึงความบกพร่องและนำไปสู่ข้อเสนอแนะต่อไป

2. ข้อเสนอแนะ

2.1 ควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 1442 และมาตรา 1443 ให้มีความหมายที่ชัดเจน โดยให้ขยายความหมายของคำว่า “เหตุสำคัญ” ที่จะบอกเลิกสัญญาหมั้นได้นั้น ครอบคลุมถึงการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือการเพิกเฉยต่อการสมรส

เจตนารมณ์ของคำว่า “เหตุสำคัญ” ในกฎหมายมาตรา 1442 และมาตรา 1443 นั้น หมายถึง เหตุอันจะมีผลให้การใช้ชีวิตสมรสร่วมกันดำเนินต่อไปอย่างไม่สงบเหตุสำคัญนี้จะเกิดจากอุบัติเหตุ จากบุคคลภายนอกหรือจากการกระทำของตนเองก็ได้ เมื่อเกิดเหตุสำคัญขึ้นกับคู่หมั้น

ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งสามารถอ้างเหตุสำคัญนั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ แต่ถ้าหากเกิดปัญหาการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรสของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งจากเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองมาตรานี้อาจไม่ครอบคลุมถึงหมายความของการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรส ที่จะทำให้คู่หมั้นยกเอา “เหตุสำคัญ” นี้ขึ้นกล่าวอ้างในการบอกเลิกสัญญาหมั้น

การสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรส ที่เกิดขึ้นในสภาพสังคมยุคปัจจุบันนี้ สาเหตุหลักๆ น่าจะมาจากการไปหลงรักผู้อื่นที่ไม่ใช่คู่หมั้นของตนแล้ว ต้องการจะเอาใจออกห่างจากคนรัก ต้องการหนีหน้า การเบื่อหน่ายคนรักหรือการหมดความรักความอาลัยที่มีต่อคนรักอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว หรือยังมีความต้องการที่จะคบแบบเพื่อเลือกอยู่ จึงไม่ยอมตัดสินใจสมรสกับคู่หมั้น ของคุณลักษณะเช่นนี้ก่อให้เกิดความรู้สึกไม่มั่นคงขึ้นกับคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งที่ต้องอดทนรอ เพื่อจะได้ทำการสมรสกับคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งที่มีพฤติกรรมบิดพลิ้วให้มีการสมรสล่าช้า หรือมีพฤติกรรมที่เพิกเฉยต่อการสมรส เป็นปัญหาที่มีความสำคัญและได้ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่หมั้นฝ่ายหนึ่ง ประกอบกับเพื่อคุ้มครองการสมรสให้เป็นไปโดยสมัครใจกฎหมายจึงควรมีความหมายที่ชัดเจนให้เหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นครอบคลุมไปถึงการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรส เนื่องจากด้วยเหตุผลของสภาพสังคมในยุคปัจจุบันที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 นั้น ลักษณะของปัญหาเช่นนี้ย่อมเกิดขึ้นได้ไม่ยากนักหากคู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งมีพฤติกรรมบิดพลิ้วไม่ยอมทำการสมรส หรือมีพฤติกรรมที่เพิกเฉยต่อการสมรสกฎหมายก็ควรจะให้ถือว่าเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ โดยที่ไม่ต้องรอให้คู่หมั้นฝ่ายที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาจะต้องเกิดความเสียหายเสียก่อน หรือจะต้องให้พบหลักฐานเสียก่อนว่าคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งปันใจให้กับผู้อื่น หรือมีการร่วมประเวณีกับผู้อื่น

ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายครอบครัวไทยในมาตรา 1442 และมาตรา 1443 ใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ.2519 โดยไม่มีการปรับปรุงแก้ไข ตลอดระยะเวลา 38 ปีที่ผ่านมา ซึ่งเข้าใจได้ว่าการร่างกฎหมายในสมัยก่อนคงจะสอดคล้องกับสภาพสังคมของสมัยนั้น แต่ในปัจจุบันสภาพสังคมเศรษฐกิจได้เปลี่ยนแปลงไป ไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมของผู้คนในสังคมที่ต้องประกอบสัมมาอาชีพ สภาพจิตใจของผู้คนที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวมากขึ้นเพื่อความอยู่รอดของชีวิตตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลง ดังนั้น เพื่อให้กฎหมายสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันและเกิดความเป็นธรรมต่อคู่หมั้นทั้งสองฝ่าย จึงควรที่จะปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 1442 และมาตรา 1443 ให้มีความหมายที่ชัดเจนขึ้น โดยการเพิ่มเติมเนื้อหาในฉบับที่ให้การสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุ

อันสมควร หรือการเพิกเฉยต่อการสมรสเป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ จากที่กฎหมายเดิมบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 1442 “ในกรณีมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงคู่หมั้นทำให้ชายไม่สมควรสมรสกับหญิงนั้น ชายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้และให้หญิงคืนของหมั้นแก่ชาย”

มาตรา 1443 “ในกรณีมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่ชายคู่หมั้นทำให้หญิงไม่สมควรสมรสกับชายนั้น หญิงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้โดยมีต้องคืนของหมั้นแก่ชาย”

ควรจะปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายเป็นดังนี้

มาตรา 1442 วรรคหนึ่ง “ในกรณีมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงคู่หมั้นทำให้ชายไม่สมควรสมรสกับหญิงนั้น ชายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้และให้หญิงคืนของหมั้นแก่”

วรรคสอง “เหตุสำคัญตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึงการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร การเพิกเฉยต่อการสมรส หรือเหตุร้ายแรงอื่นๆ”

มาตรา 1443 วรรคหนึ่ง “ในกรณีมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่ชายคู่หมั้นทำให้หญิงไม่สมควรสมรสกับชายนั้น หญิงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้โดยมีต้องคืนของหมั้นแก่ชาย”

วรรคสอง “เหตุสำคัญตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึงการสมรสล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร การเพิกเฉยต่อการสมรส หรือเหตุร้ายแรงอื่นๆ”

2.2 ควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 1444 โดยให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาที่ได้รับ ความเสียหายและผลกระทบจากการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากคู่หมั้นฝ่ายที่ กระทำชั่วอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ไม่ว่าจะได้กระทำ “ก่อนการหมั้น” หรือ “ภายหลังการหมั้น”

การกระทำชั่วอย่างร้ายแรงที่ได้กระทำก่อนการหมั้น เช่น คู่หมั้นกระทำความผิด อาญาร้ายแรง ดิฉญาเสพติด เป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง เป็นชู้กับสามีหรือภรรยาคนอื่น คู่หมั้น มีรสนิยมทางเพศที่วิตถาร หรือคู่หมั้นมีพฤติกรรมที่เสื่อมเสียอย่างร้ายแรง เช่น ค้าขายสินค้าผิด กฎหมาย ทูจริต ฉ้อโกง หลอกหลวง ตามที่ได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 4 เมื่อผลของการกระทำชั่วอย่าง ร้ายแรง “ก่อนการหมั้น” นั้นทำให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้รับความเสียหายโดยตรง เช่น การที่ได้ใช้จ่ายในการเตรียมการสมรส การที่หญิงได้เสียตัวให้กับชายคู่หมั้น การที่ต้องอับอาย ขายหน้าต่อสังคม การที่ต้องทนทุกข์ทรมานกับการกระทำที่ตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้น หรือต้องเสียเวลา และขาดโอกาสในการคบหาผู้อื่นมาเป็นคู่ครองในขณะที่เป็นคู่หมั้นกันนั้น หากกฎหมายไม่เปิด ช่องทางให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำชั่วอย่าง ร้ายแรง “ก่อนการหมั้น” เรียกค่าทดแทนได้เช่นเดียวกับกรณีที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำชั่ว อย่างร้ายแรง “หลังการหมั้น” จะเป็นการไม่ยุติธรรมอย่างยิ่งสำหรับคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา หมั้น ซึ่งได้รับความเสียหายแล้วนั้น ในเมื่อเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการให้การสมรสเป็นไป

โดยอิสระของทั้งชายและหญิงคู่หมั้นกฎหมายก็ไม่ควรจะมีเนื้อหาในตัวของที่มีลักษณะบีบบังคับคู่หมั้น ซึ่งจะทำให้คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่กล้าที่จะใช้จ่ายในการจัดเตรียมการสมรสตามประเพณี เพราะกลัวว่าจะเรียกค่าทดแทนความเสียหายไม่ได้ หากมีเหตุการณ์ที่คู่หมั้นฝ่ายที่กระทำชั่วอย่างร้ายแรงได้กระทำไว้“ก่อนการหมั้น”

กฎหมายการหมั้นมาตรา 1444 เริ่มบังคับใช้ตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2519 โดยการตราพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ซึ่งประเทศไทยได้ใช้กฎหมายมาตรานี้มาเป็นระยะเวลา 37 ปีแล้ว โดยไม่มีการปรับปรุงแก้ไขใดๆ ผู้เขียนเห็นว่าสมควรแก่เวลาแล้ว ที่จะมีการแก้ไขกฎหมายการหมั้นในมาตรา 1444 เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับคู่หมั้นทุกฝ่ายและรักษาไว้ซึ่งขนบธรรมเนียมประเพณีของการหมั้น จึงควรที่จะแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายจากที่กฎหมายเดิมบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 1444 “ถ้าเหตุอันทำให้คู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นเป็นเพราะการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งได้กระทำภายหลังการหมั้นคู่หมั้นผู้กระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้น ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทน แก่คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นเสมือนเป็นผู้ผิดสัญญาหมั้น”

ควรจะแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายเป็นดังนี้

มาตรา 1444 “ถ้าเหตุอันทำให้คู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นเป็นเพราะการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งคู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นไม่ทราบถึงการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้นมาก่อน คู่หมั้นผู้กระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนแก่คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นเสมือนเป็นผู้ผิดสัญญาหมั้น”

2.3 ควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 1446 ให้ชายหรือหญิงคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตน ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราจะรู้หรือไม่รู้ถึงการหมั้นนั้นได้ด้วย

โดยสภาพสังคมในปัจจุบันนี้ ทำให้ผู้คนมีโอกาสพบเจอกันได้ง่ายและสามารถติดต่อสื่อสารกันได้สะดวกขึ้น เช่น โทรศัพท์ สังคมออนไลน์ หรือโซเชียลเน็ตเวิร์ค (Social Network) โดยไม่มีผู้หลักผู้ใหญ่มาคอยช่วยกลั่นกรองเป็นหูเป็นตาให้เหมือนกับสังคมในสมัยก่อนที่ชายหญิงจะมีโอกาสพบเจอกันในแต่ละครั้งชายต้องไปที่บ้านของหญิง เมื่อสภาพสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปเช่นนี้ประตูแห่งการกระทำความผิดต่างๆก็เปิดช่องให้กระทำได้ง่ายขึ้น ดังนั้นผู้ซึ่งกระทำความผิดย่อมไม่มีทางรู้หรือไม่สนใจใคร่รู้ว่าผู้ถูกกระทำจะได้มีการหมั้นแล้วหรือไม่ หากได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของผู้อื่น ผู้ซึ่งกระทำความผิดอาจกล่าวอ้างว่าไม่รู้ว่าคุณถูกกระทำได้มีการหมั้นแล้วเพื่อให้ตนเองหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ ภาระหน้าที่

ในการพิสูจน์จึงต้องตกแก่คู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิหากพิสูจน์ให้ศาลเห็นไม่ได้ว่าผู้ซึ่งกระทำ ความผิดได้รู้หรือควรได้รู้ถึงการหมั้นนั้น ผู้ซึ่งกระทำความผิดก็ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนแก่ คู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิ ซึ่งเป็นความไม่ยุติธรรมอย่างยิ่งกับคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิ เนื่องจากใน สายตาของสังคมไทยถือว่าการหย่าหน้า หรือหมั้นประมาทต่อคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิอย่าง ร้ายแรง อีกทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตรานี้ตั้งแต่อดีตจนถึงกฎหมายปัจจุบัน มีเจตนาที่จะ ปกป้อง เกียรติยศ ศักดิ์ศรีของคู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิ ซึ่งยังคงมีความประสงค์จะสมรสอยู่กันเป็น สามิภรรยาอยู่กับคู่หมั้นผู้ถูกระทำ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4

มีนักวิชาการซึ่งเห็นว่าควรตัดข้อความที่กำหนดในมาตรา 1446 ว่า “...โดยรู้หรือ ควรจะรู้ว่าหญิงได้หมั้นแล้ว...” ออกไปเนื่องจากลักษณะของการกระทำตามมาตรานี้เป็นความผิด ทางอาญาจึงควรต้องรับผิดชอบไม่ว่าจะรู้หรือไม่ก็ตาม²⁴⁵

ตามความเห็นดังกล่าวของนักวิชาการ แสดงให้เห็นว่ามีเจตนาที่จะให้ผู้ซึ่งได้ ช่มจีนกระทำชำเรา หรือพยายามช่มจีนกระทำชำเราคู่หมั้นของผู้อื่นที่ไม่รู้ถึงการหมั้นต้องรับผิดชอบ ใช้ ค่าทดแทนด้วย เพราะการตัดข้อความที่กำหนดในมาตรา 1446 ว่า “...โดยรู้หรือควรจะรู้ว่าหญิงได้ หมั้นแล้ว...” (เป็นกฎหมายเก่าที่ใช้บังคับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2519 แต่เดิมกำหนดให้เฉพาะชายเท่านั้นที่จะ เรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ช่มจีนกระทำชำเรา หรือพยายามช่มจีนกระทำชำเราหญิงคู่หมั้น) ก็เท่ากับเป็นการเปิดช่องให้ผู้ซึ่งกระทำที่ไม่รู้ถึงการหมั้นต้องรับผิดชอบด้วย ซึ่งผู้เขียน ก็มีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นดังกล่าว เพียงแต่อาจจะไม่มีการตัดข้อความออก เพื่อป้องกัน มิให้เกิดปัญหาถกเถียงกันอีกในภายหลังกฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าจะต้องรู้หรือไม่รู้ถึงการ หมั้นนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะปรับปรุงแก้ไขเนื้อหาในฉบับกฎหมายให้ชัดเจนยิ่งขึ้น อันมี เจตนาไปในทำนองเดียวกันว่าให้คู่หมั้นที่ถูกละเมิดสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ช่มจีนกระทำ ชำเรา หรือพยายามช่มจีนกระทำชำเราได้ แม้ผู้ซึ่งกระทำจะไม่รู้ถึงการหมั้นนั้นก็ตาม

จึงควรจะแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายให้ชัดเจนยิ่งขึ้น เพื่อให้เกิดความ เป็นธรรมต่อคู่หมั้นฝ่ายที่ถูกละเมิดสิทธิ จากที่กฎหมายเดิมบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 1446 “ชายหรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ช่มจีนกระทำ ชำเรา หรือพยายามช่มจีนกระทำชำเราคู่หมั้นของตน โดยรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้นได้ โดยไม่ จำต้องบอกเลิกสัญญาหมั้น”

²⁴⁵ สหัส สังหวิริยะคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 กรุงเทพมหานคร นิติบรรณการ 2540

ควรจะแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายเป็นดังนี้

มาตรา 1446 “ชายหรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตนโดยรู้หรือไม่รู้ถึงการหมั้นนั้นก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องบอกเลิกสัญญาหมั้น”

ตามความเห็นและข้อเสนอแนะที่กล่าวมาทั้งหมดน่าจะทำให้การเรียกค่าทดแทนในเรื่องการหมั้นมีความเหมาะสมในการอำนวยความสะดวกให้กับผู้ที่เกี่ยวข้องกับการหมั้นและสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน เป็นการรักษาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายให้คงอยู่ โดยการสอดประสานกันระหว่างการคุ้มครองการสมรสให้เป็นไปโดยอิสระและการคุ้มครองฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นดำเนินควบคู่กันไปอย่างระมัดระวัง



บรรณานุกรม



บรรณานุกรม

- กรมศิลปากร (2544) *นานาสาระวัฒนธรรมไทย เล่ม 2* กรุงเทพมหานคร อาทิตย์ โพรคักส์กรุ๊ป
 ชาติชาย อัครวิบูลย์ (2552) *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*
 พิมพ์ครั้งที่ 14 กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
- ชาติชาย อัครวิบูลย์ และสมบุญ ชัยเดชสุริยะ (2521) *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*
บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519) กรุงเทพมหานคร
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- โชค จารุจินดา (2516) *คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว*
 กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- ทองเปลว ชลภูมิ และคนอื่นๆ (2478) *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5*
(ครอบครัว) พระนคร อักษรนิติ
- ประชุม โฉมฉาย (2541) *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น* โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน
 คณะนิติศาสตร์ กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ประสพสุข บุญเดช (2550) *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*
 พิมพ์ครั้งที่ 14 กรุงเทพมหานคร สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
 _____ (2555) *หลักกฎหมายครอบครัว* พิมพ์ครั้งที่ 14 กรุงเทพฯ วิญญูชน
- ประเสริฐ ฉนกร (2521) *มังรายศาสตร์ (เรียบเรียงเป็นภาษาปัจจุบันจากต้นฉบับวัดเส้าไห้ จังหวัด*
สระบุรี พ.ศ. 2342) กรุงเทพมหานคร บุรพาสาส์
- ปรีดาเกษมทรัพย์ (2526) *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพมหานคร ภาพพิมพ์
 พระยารามบัณฑิตสิทธิเสรีณี (2473) *กฎหมายฝัวเมีย* พิมพ์ครั้งที่ 4 พระนคร บำรุงนุกุลกิจ
- พระยาวิწყนัยสุนทร (2472) *คำอธิบายกฎหมายลักษณะฝัวเมีย* พระนคร โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒ
 ธานกร
- พิจารณาปฤชามาตย์, พระยา, (2461) *ลักษณะฝัวเมีย* พระนคร พิศาลบรรณินดี
- พิณนัย ไชยแสงชูสุขกุล และอรุณรัตน์ วิเชียรเขียว (2531) *กฎหมายล้านนาโบราณ: วิเคราะห์*
ระบบโครงสร้างและเนื้อหาบทบัญญัติที่จารในใบลาน กรุงเทพมหานคร สถาบันไทย
 คดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- พูนพิศมัย ดิศกุล (2491) *ประเพณีไทย* พิมพ์ครั้งที่ 2 พระนคร โรงพิมพ์ศรีหงส์

- ไพโรจน์ กัมพูสิริ (2528) คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบคร้ว
กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- _____. (2548) คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบคร้ว
พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพมหานคร นิติธรรม
- _____. (2553) คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบคร้ว
พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- _____. (2555) รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบคร้ว พิมพ์ครั้งที่ 3
กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
- ไพโรจน์ วายุภาพ (2552) คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 8
กรุงเทพมหานคร สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- มานิตย์ จุมปา (2552) ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
- ราชบัณฑิตยสถาน (2546) พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 กรุงเทพมหานคร
บริษัทนานมีบุ๊คส์ จำกัด
- รองพล เจริญพันธ์ (2520) กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป กรุงเทพมหานคร เจริญวิทย์การพิมพ์ 2520
- รัศฎา เอกบุตร (2555) คำอธิบายกฎหมายครอบคร้ว : การหมั้น พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร
สำนักพิมพ์วิญญูชน
- วินัย พงศ์ศรีเพียร (2549) กฎหมายตราสามดวง: หน้าต่างสังคมไทย กรุงเทพมหานคร สามลดา
- สอาด นาวิเจริญ (2517) คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบคร้ว
กรุงเทพมหานคร นิติบรรณการ
- สหัส สิงหวิริยะ (2540) คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบคร้ว
กรุงเทพมหานคร นิติบรรณการ
- สุพัตรา สุภาพ (2518) สังคมและวัฒนธรรมไทย ค่านิยม : ครอบคร้ว : ศาสนา : ประเพณี
กรุงเทพมหานคร ไทยวัฒนาพานิชย์
- โสภณ รัตนกร (2553) คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป
พิมพ์ครั้งที่ 10 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติบรรณการ
- เสนีย์ ปราโมช (2508) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ครอบคร้วมฤคก พระนคร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- เสริม วินิจฉัยกุล (2493) คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบคร้ว พ.ศ. 2492 พระนคร
มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส (2552) ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย พิมพ์ครั้งที่ 8 กรุงเทพมหานคร
วิญญูชน

- หลวงพิศลขสารนิตติ (2456) *ลักษณะผิวเมียกับลักษณะมรรทุกโดยย่อ* พระนคร เจริญผล
- นายขยงยุทธ กาฬกาญจน์ (2518) “เงื่อนไขในการหมั้น” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*
4, 1 (25 กันยายน) : 114-125
- ปลื้ม โชติขจรยางกูร ม.ป.ป. “ผิวเมีย” *บทความกฎหมาย ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม*
(23 เมษายน): 51-64
- เขารัตน์ เตมีศรีสุข (2551) “ประเด็นชวนคิดตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่: ค่าทดแทนกรณีการหมั้น
และการหย่า” *วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์* 2, 5 (มิถุนายน-กรกฎาคม) : 15-25
- วรนาถ ศรีบุญพงศ์ (2534) “การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย” *วิทยานิพนธ์
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*
- จักรพงษ์ จิตภักดี (2554) “ค่าทดแทนในเรื่องการหมั้น” *วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*
- ปริญญาวัน ชมเสวก (2550) “ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด” *วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*
- <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-41-search.asp> “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน
พ.ศ.2542” ค้นคืน 2 พฤศจิกายน 2556
- [http://th.w3dictionary.org/index.php?q=%E0%B8%84%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B9%80
%E0%B8%AA%E0%B8%B5%E0%B8%A2%E0%B8%AB%E0%B8%B2%E0%B8
A2](http://th.w3dictionary.org/index.php?q=%E0%B8%84%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B9%80%E0%B8%AA%E0%B8%B5%E0%B8%A2%E0%B8%AB%E0%B8%B2%E0%B8%A2) “พจนานุกรม แปลภาษา” ค้นคืน 11 เมษายน 2556
- [http://dict.longdo.com/search/*%E0%B8%84%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%AA%E0
B8%B4%E0%B8%99%E0%B9%84%E0%B8%AB%E0%B8%A1*](http://dict.longdo.com/search/*%E0%B8%84%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B9%84%E0%B8%AB%E0%B8%A1*) “Longdo dict”
Retrieved April 11, 2013
- http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/jud/th/thsc/2525/cd_11613.pdf “สำนักงาน
คณะกรรมการกฤษฎีกา” ค้นคืน 4 ตุลาคม 2556
- http://www.baanjomut.com/library/knowledge_of_encyclopedias/246.html “เกร็ดความรู้ จาก
สารานุกรมไทย” ค้นคืน 7 มีนาคม 2556
- [http://th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%A1%E0%B8
A7%E0%B8%A5%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0
B8%B2%E0%B8%A2%E0%B9%81%E0%B8%9E%E0%B9%88%E0%B8%87%
E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B8%9E%E0%B8%B2%E0%B8%9
3%E0%B8%B4%E0%B8%8A%E0%B8%A2%E0%B9%8C](http://th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%A1%E0%B8%A7%E0%B8%A5%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B9%81%E0%B8%9E%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B8%9E%E0%B8%B2%E0%B8%93%E0%B8%B4%E0%B8%8A%E0%B8%A2%E0%B9%8C) “วิกิพีเดีย สารานุกรม
เสรี” ค้นคืน 3 กรกฎาคม 2556

<http://www.kpi.ac.th/wiki/index.php/%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%A1%E0%B8%A3%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2> “ฐานข้อมูลการเมืองการปกครองสถาบันพระปกเกล้า” ค้นคืน 3 กรกฎาคม 2556

<http://th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%A1%E0%B8%A7%E0%B8%A5%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B9%81%E0%B8%9E%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B8%9E%E0%B8%B2%E0%B8%93%E0%B8%B4%E0%B8%8A%E0%B8%A2%E0%B9%8C> “วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี” ค้นคืน 3 กรกฎาคม 2556

<https://sites.google.com/site/wepeaceyala/kdhmay-xislam> “กลุ่มผู้หญิงกับสันติภาพ” ค้นคืน 5 กรกฎาคม 2556

<http://thanaporn21.wordpress.com/%E0%B8%A5%E0%B8%B3%E0%B8%94%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B9%80%E0%B8%AB%E0%B8%95%E0%B8%B8%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%93%E0%B9%8C%E0%B8%9E%E0%B8%B1%E0%B8%92%E0%B8%99%E0%B8%B2%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3/> “Thanaporn 21 Justanother Wordpress.com site” ค้นคืน 6 กันยายน 2556

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:EcFf87FAylcJ:th.wikipedia.org/wiki/%E0%B9%80%E0%B8%9A%E0%B8%B7%E0%B8%AD%E0%B8%A3%E0%B9%8C%E0%B9%81%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B9%8C%E0%B8%A5%E0%B8%B5%E0%B9%80%E0%B8%8A%E0%B8%AA%E0%B9%80%E0%B8%81%E0%B9%80%E0%B8%8B%E0%B8%97%E0%B8%8B%E0%B9%8C%E0%B8%9A%E0%B8%B8%E0%B8%84+%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B9%80%E0%B8%A2%E0%B8%AD%E0%B8%A3%E0%B8%A1%E0%B8%B1%E0%B8%99%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%95%E0%B8%A3%E0%B8%B2+1297&cd=1&hl=th&ct=clnk&gl=th> “wikipedia” ค้นคืน 6 กันยายน 2556

<http://caselaw.findlaw.com/ky-supreme-court/1164543.html> “Findlaw” Retrieved December 27, 2013

- http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/jud/th/thsc/2500/cd_12134.pdf “สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา” คั่นคืน 12 ตุลาคม 2556
- <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-40-search.asp> “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542” คั่นคืน 28 พฤศจิกายน 2556
- American Jurisprudence “Breach of Promise”, pp.726-723 อ้างถึงใน วรรณภู ศรีบุญวงศ์ (2534) “การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- Law Commission Reports *Breach of Promise of Marriage* Law Com No.26 (Oxfordshire: Professional Books,1979), pp.6-7 อ้างถึงใน วรรณภู ศรีบุญวงศ์ (2534) “การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- W.J. Brockelbank (1946) *The nature of the promise to marry : a study in comparative law*, 41 Illinois law review 1,19 อ้างถึงใน วรรณภู ศรีบุญวงศ์ (2534) “การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- Plato *The Laws* Penguin Book 1975 p.211,254-255 อ้างถึงใน ไพโรจน์ กัมพูสิริ (2548) *คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว* กรุงเทพฯ นิติธรรม
- Petit Dictionnaire de Droit, p.412 อ้างถึงใน วรรณภู ศรีบุญวงศ์ (2534) “การหมั้น: วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- Adolf Berger (1953). *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society.
- Alex Weill (1973) *Droit civil: Introduction générale* 3. ed Paris: Dalloz.
- Bromley, Peter Mann. (1998) *Bromley's family law* 9th ed. London : Butterworths.
- Chang-fa Lo (2006) *The legal culture and system of Taiwan* (Alphen aan den Rijn, Netherlands : Kluwer Law International.
- Dieter Schwab (1986) *Familienrecht* München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung
- Edward Lea Johnson (1965) *Family Law* 2d ed. London: Sweet & Maxwell.
- Emory S. Bogardus. (1954). *Sociology*. 4th ed. New York: The Macmillan.
- Gallo, Nancy R. (2004) *Introduction to family law* N.Y. : Thomson/Delmar Learning

Günther Beitzke (1966) *Familienrecht* München: C.H. Beck

Hans-Wolfgang Strätz (1979) *Der Verlobungskuss und seine Folgen rechtsgeschichtlich
besehen : nebst drei Anhängen* Konstanz : Universitätsverlag Konstanz

K.W. Ryan (1962) *An Introduction to Civil Law* Law Book Co. : of Australasia

Marcel Planiol (1956) *Treatise on the Civil Law* Louisiana State Law Institute

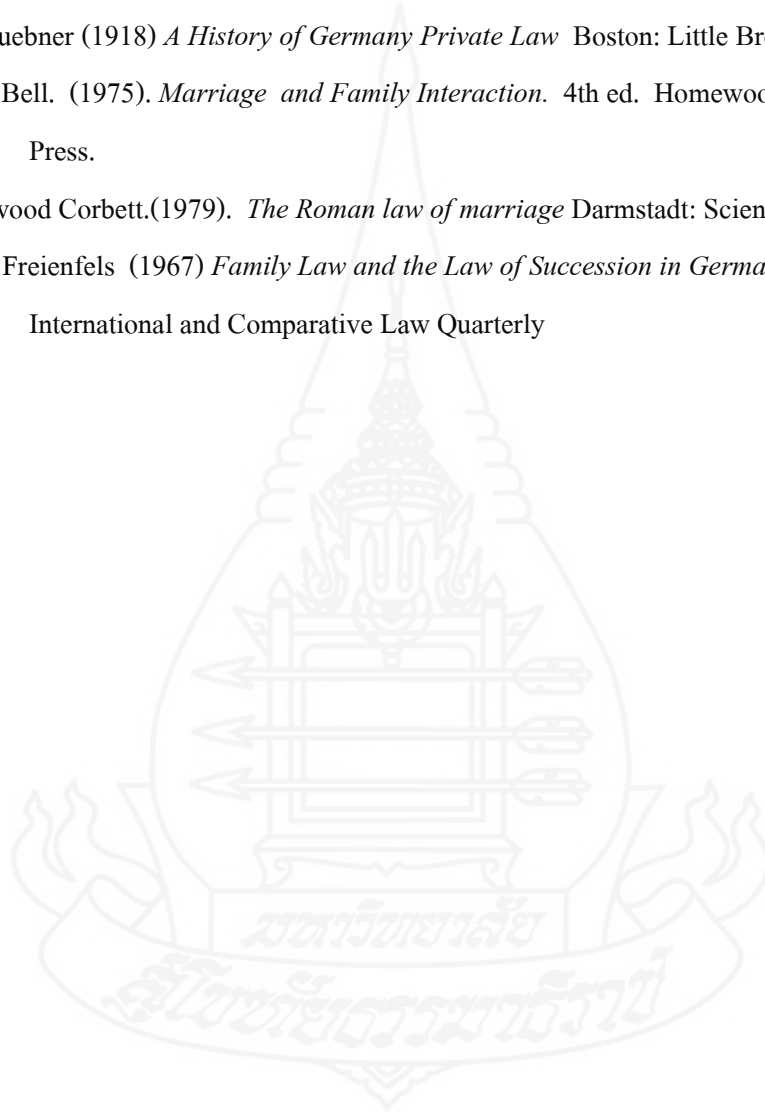
Rudolf Huebner (1918) *A History of Germany Private Law* Boston: Little Brown

Robert R. Bell. (1975). *Marriage and Family Interaction*. 4th ed. Homewood: The Dorsey
Press.

Percy Ellwood Corbett.(1979). *The Roman law of marriage* Darmstadt: Scientia Verlag Aalen.

W.Müller Freienfels (1967) *Family Law and the Law of Succession in Germany* ,16

International and Comparative Law Quarterly



ภาคผนวก



ภาคผนวก ก
ตารางเปรียบเทียบการแก้ไขด้วยทฤษฎีหมาย



ตารางเปรียบเทียบการแก้ไขกฎหมายการหมั้นจากอดีตจนถึงปัจจุบัน

พระราชบัญญัติให้ใช้ บทบัญญัติบรรพ 5 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ พ.ศ. 2477 ตราไว้ ณ วันที่ 27 พฤษภาคม 2478	พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระ ใหม่ พ.ศ. 2519 ให้ไว้ ณ วันที่ 5 ตุลาคม 2519	พระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติมประมวล กฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 ให้ไว้ ณ วันที่ 8 กันยายน 2533	พระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติมประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2550 ให้ไว้ ณ วันที่ 30 สิงหาคม 2550
<p>มาตรา 1435 การหมั้นจะทำได้ต่อเมื่อ ชายมีอายุสิบเจ็ดปี บริบูรณ์ และหญิงมี อายุสิบห้าปีบริบูรณ์ ถ้าชายหรือหญิง ยังไม่บรรลุนิติภาวะต้อง ได้รับความยินยอมของบิดา มารดาก่อนจึงจะหมั้นได้ ถ้าบิดาหรือมารดาตาย ต้องได้รับความยินยอม จากผู้ที่ยังอยู่ ถ้าชายหรือหญิง อยู่กับบิดาหรือมารดา ต้องได้รับความยินยอมของ บิดาหรือมารดานั้น ถ้ามีผู้ปกครอง ต้องได้รับความยินยอม ของผู้ปกครอง</p> <p>มาตรา 1436 ของ หมั้น คือทรัพย์สิน ซึ่งฝ่ายชายให้ไว้แก่ฝ่าย หญิง เพื่อเป็นหลักฐาน และประกันว่าจะสมรส</p>	<p>มาตรา 1435 การหมั้นจะทำ ได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบ เจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว การหมั้นที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติ วรรคหนึ่งเป็น โหมฆะ</p> <p>มาตรา 1436 ผู้เยาว์จะทำการ หมั้นได้ต้องได้รับความยินยอม ของบุคคลดังต่อไปนี้ (1) บิดาและมารดา ในกรณี ที่มีทั้งบิดามารดา (2) บิดาหรือมารดาในกรณีที่ มารดาหรือบิดาตาย หรือถูกถอน อำนาจปกครอง (3) ผู้ปกครองในกรณีที่ไม่มี บิดามารดาหรือมีบิดาหรือมารดา แต่ถูกถอนอำนาจปกครอง การหมั้นที่ผู้เยาว์ทำโดย ปราศจากความยินยอมดังกล่าวเป็น โมฆียะ</p> <p>มาตรา 1437 ของหมั้นเป็น ทรัพย์สินที่ฝ่ายชายให้ไว้แก่ฝ่าย หญิงเพื่อเป็นหลักฐานการหมั้น</p>	<p>มาตรา 1436 ผู้เยาว์จะทำการ หมั้นได้ต้องได้รับความ ยินยอมของ บุคคล ดังต่อไปนี้ (1) บิดาและ มารดา ในกรณีที่มิทั้ง บิดามารดา (2) บิดาหรือ มารดา ในกรณีที่มารดา หรือบิดาตายหรือถูก ถอนอำนาจปกครอง หรือไม่อยู่ในสภาพ หรือฐานะที่อาจให้ ความยินยอม หรือโดย พฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจ ขอความยินยอมจาก มารดาหรือบิดาได้ (3) ผู้รับบุตรบุญ ธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์ เป็นบุตรบุญธรรม (4) ผู้ปกครอง ใน กรณีที่ไม่มีบุคคลซึ่ง อาจให้ความยินยอม</p>	<p>มาตรา 1445 ชาย หรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียก ค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ ร่วมประเวณีกับคู่หมั้น ของตน โดยรู้หรือควรจะ รู้ถึงการหมั้นนั้น เมื่อได้ บอกเลิกสัญญาหมั้นแล้ว ตามมาตรา 1442 หรือ มาตรา 1443 แล้วแต่กรณี</p> <p>มาตรา 1446 ชาย หรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียก ค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ ข่มขืนกระทำชำเราหรือ พยายามข่มขืนกระทำ ชำเราคู่หมั้นของตน โดยรู้ หรือควรจะรู้ถึงการหมั้น นั้นได้โดยไม่ต้องบอก เลิกสัญญาหมั้น</p> <p>มาตรา 1447/1 สิทธิเรียกร้องค่าทดแทน ตามมาตรา 1445 และ มาตรา 1446 ให้มีอายุ</p>

<p>พระราชบัญญัติให้ใช้ บทบัญญัติบรรพ 5 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ พ.ศ. 2477 ตราไว้ ณ วันที่ 27 พฤษภาคม 2478</p>	<p>พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระ ใหม่ พ.ศ. 2519 ให้ไว้ ณ วันที่ 5 ตุลาคม 2519</p>	<p>พระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติมประมวล กฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 ให้ไว้ ณ วันที่ 8 กันยายน 2533</p>	<p>พระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติม ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2550 ให้ไว้ ณ วันที่ 30 สิงหาคม 2550</p>
<p>กับหญิงนั้น เมื่อคู่หมั้นได้ สมรสแล้ว ของหมั้นย่อม ตกเป็นสิทธิแก่หญิง สินสอด คือ ทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชาย ให้แก่บิดามารดาหรือ ผู้ปกครองฝ่ายหญิง เพื่อ ตอบแทนการที่หญิงยอม สมรสถ้าไม่มีการสมรส ชายเรียกคืนได้</p> <p>มาตรา 1437 การ หมั้นนั้น ไม่เป็นเหตุที่จะ ร้องขอให้ศาลบังคับให้ สมรสได้</p> <p>ถ้าได้มีคำมั่นไว้ ว่าจะให้เบี้ยปรับในเมื่อ ผิดสัญญาหมั้นคำมั่นนั้น เป็น โฉงะ</p> <p>มาตรา 1438 เมื่อ มีการหมั้นแล้ว ถ้าฝ่ายใด ผิดสัญญาหมั้น ฝ่ายนั้น ต้องรับผิดใช้ค่าทดแทน</p>	<p>และประกันว่าจะสมรสกับหญิง นั้น ของหมั้นให้ตกเป็นสิทธิแก่ หญิง เมื่อได้ทำการสมรสแล้ว สินสอดเป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่าย ชายให้แก่บิดามารดาหรือ ผู้ปกครองฝ่ายหญิงเพื่อตอบแทน การที่หญิงยอมสมรส ถ้าไม่มีการ สมรส ชายเรียกคืนได้</p> <p>มาตรา 1438 การหมั้นไม่ เป็นเหตุที่จะร้องขอให้ศาลบังคับ ให้สมรสได้ ถ้าได้มีข้อตกลงกันไว้ ว่าจะให้เบี้ยปรับในเมื่อผิดสัญญา หมั้น ข้อตกลงนั้นเป็น โฉงะ</p> <p>มาตรา 1439 เมื่อมีการหมั้น แล้ว ถ้าฝ่ายใดผิดสัญญาหมั้นอีก ฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกให้รับผิดใช้ค่า ทดแทนในกรณีที่มีของหมั้น ถ้า ฝ่ายชายผิดสัญญาหมั้นให้ของหมั้น ตกเป็นสิทธิแก่หญิง ถ้าฝ่ายหญิง ผิดสัญญาหมั้นให้สินของหมั้น แก่ฝ่ายชาย</p> <p>มาตรา 1440 ค่าทดแทน นั้นอาจเรียกได้ ดังต่อไปนี้</p>	<p>ตาม (1) (2) และ (3) หรือมีแต่บุคคลดังกล่าว ถูกถอนอำนาจปกครอง การหมั้นที่ผู้ชาย ทำโดยปราศจากความ ยินยอมดังกล่าวเป็น โมฆะ</p> <p>มาตรา 1437 การหมั้นจะสมบูรณ์ เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบ หรือ โอนทรัพย์สินอัน เป็นของหมั้นให้แก่ หญิงเพื่อเป็นหลักฐาน ว่าจะสมรสกับหญิงนั้น เมื่อหมั้นแล้วให้ ของหมั้นตกเป็นสิทธิ แก่หญิง</p> <p>สินสอด เป็น ทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชาย ให้แก่บิดามารดาผู้รับ บุตรบุญธรรมหรือ ผู้ปกครองฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี เพื่อตอบ แทนการที่หญิงยอม สมรส ถ้าไม่มีการ สมรส โดยมีเหตุสำคัญ</p>	<p>ความหกเดือนนับแต่วันที่ ชายหรือหญิงคู่หมั้นรู้ หรือควรรู้ถึงการกระทำ ของผู้อื่นอันจะเป็นเหตุ ให้เรียกค่าทดแทนและ รู้ตัวผู้จะพึงใช้ค่าทดแทน นั้น แต่ต้องไม่เกินห้าปี นับ ตั้งแต่วันที่ผู้อื่นนั้นได้ กระทำการดังกล่าว</p>

<p>พระราชบัญญัติให้ใช้ บทบัญญัติบรรพ 5 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ พ.ศ. 2477 ตราไว้ ณ วันที่ 27 พฤษภาคม 2478</p>	<p>พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระ ใหม่ พ.ศ. 2519 ให้ไว้ ณ วันที่ 5 ตุลาคม 2519</p>	<p>พระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติมประมวล กฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 ให้ไว้ ณ วันที่ 8 กันยายน 2533</p>	<p>พระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติม ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2550 ให้ไว้ ณ วันที่ 30 สิงหาคม 2550</p>
<p>มาตรา 1439 ค่า ทดแทนนั้น อาจเรียก ได้ดังต่อไปนี้</p> <p>(1) ทดแทนความ เสียหายต่อกาย หรือ ชื่อเสียงแห่งชายหรือ หญิง</p> <p>(2) ทดแทน ค่าใช้จ่ายซึ่งคู่หมั้น บิดา มารดาหรือผู้ปกครอง ของผู้นั้นได้ใช้จ่ายไป โดยสุจริตเนื่องในการ เตรียมการสมรส</p> <p>(3) ทดแทนความ เสียหายเนื่องจากการที่ ชายหรือหญิงได้จัดการ ทรัพย์สินหรือกิจการของ ตนไป โดยมุ่งหมายว่า จะได้สมรส</p> <p>ในกรณีที่หญิง เป็นผู้เสียหาย ให้ของ หมั้นนั้นตกเป็นสิทธิแก่ หญิง แต่ศาลอาจชี้ ขาดว่าของหมั้นนั้นเป็น ค่าทดแทนเพียงพอแล้ว ก็ได้</p>	<p>(1) ทดแทนความเสียหาย ต่อกายหรือชื่อเสียงแห่งชายหรือ หญิงนั้น</p> <p>(2) ทดแทนความเสียหาย เนื่องจากการที่คู่หมั้น บิดามารดา หรือบุคคลผู้กระทำการในฐานะ เช่นบิดามารดาได้ใช้จ่ายหรือต้อง ตกเป็นลูกหนี้เนื่องในการ เตรียมการสมรส โดยสุจริตและ ตามสมควร</p> <p>(3) ทดแทนความเสียหาย เนื่องจากการที่คู่หมั้นได้จัดการ ทรัพย์สินหรือการอื่นอันเกี่ยวแก่ อาชีพหรือทางทำมาหาได้ของคน ไปโดยสมควรด้วยการคาดหมายว่า จะได้มีการสมรส</p> <p>ในกรณีที่หญิงเป็นผู้มีสิทธิ ได้ค่าทดแทน ศาลอาจชี้ขาดว่าของ หมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นเป็น ค่าทดแทนทั้งหมดหรือเป็นส่วน หนึ่งของค่าทดแทนที่หญิงพึง ได้รับ หรือศาลอาจให้ค่าทดแทน โดยไม่คำนึงถึงของหมั้นที่ตก เป็นสิทธิแก่หญิงนั้นก็ได้</p> <p>มาตรา 1441 ถ้าคู่หมั้นฝ่าย หนึ่งตายก่อนสมรสอีกฝ่ายหนึ่งจะ</p>	<p>อันเกิดแก่หญิง หรือ โดยมีพฤติการณ์ซึ่งฝ่าย หญิงต้องรับผิดชอบ ทำ ให้ชายไม่สมควร หรือไม่อาจสมรสกับ หญิงนั้น ฝ่ายชายเรียก สินสอดคืนได้</p> <p>ถ้าจะต้องคืนของ หมั้นหรือสินสอดตาม หมวดนี้ให้นำ บทบัญญัติมาตรา 412 ถึงมาตรา 418 แห่ง ประมวลกฎหมายนี้ว่า ด้วยลามกมิควรได้มาใช้ บังคับ โดยอนุโลม</p> <p>มาตรา 1439 เมื่อ มีการหมั้นแล้ว ถ้าฝ่าย ใดผิดสัญญาหมั้นอีก ฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกให้ รับผิดชอบค่าทดแทน ใน กรณีที่ฝ่ายหญิงเป็นฝ่าย ผิดสัญญาหมั้นให้สิน ของหมั้นแก่ฝ่ายชาย ด้วย</p>	

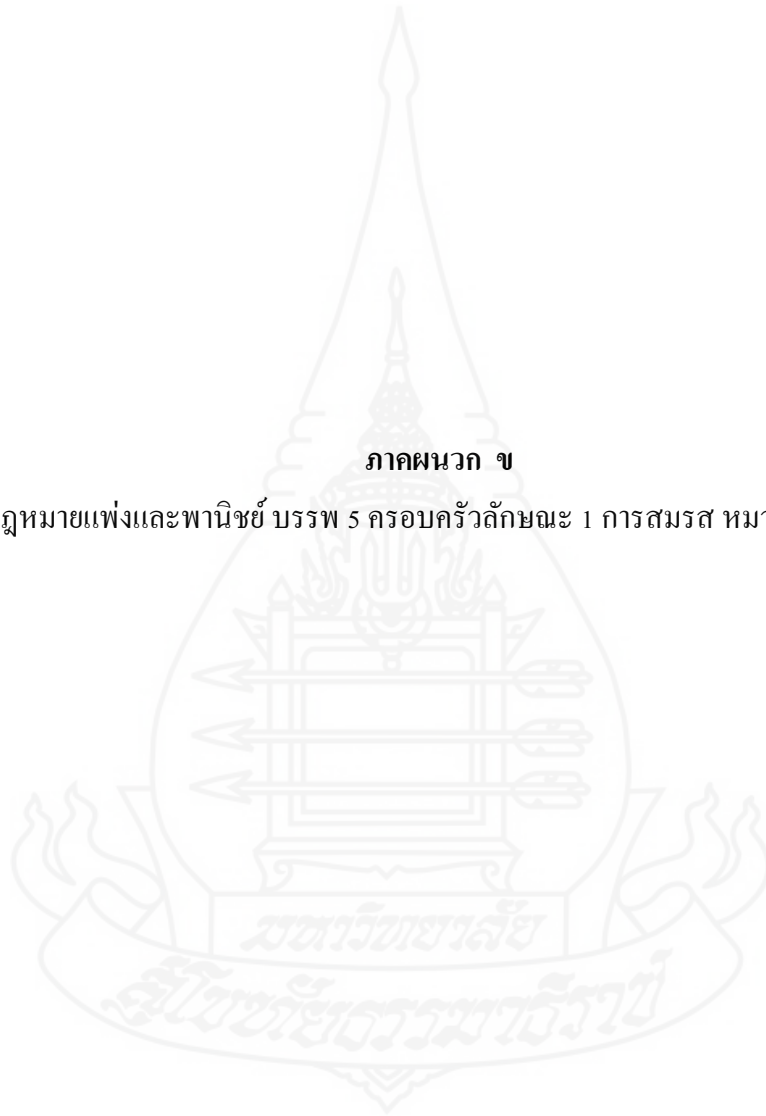
<p>พระราชบัญญัติให้ใช้ บทบัญญัติบรรพ 5 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ พ.ศ. 2477 ตราไว้ ณ วันที่ 27 พฤษภาคม 2478</p>	<p>พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระ ใหม่ พ.ศ. 2519 ให้ไว้ ณ วันที่ 5 ตุลาคม 2519</p>	<p>พระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติมประมวล กฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 ให้ไว้ ณ วันที่ 8 กันยายน 2533</p>	<p>พระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติม ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2550 ให้ไว้ ณ วันที่ 30 สิงหาคม 2550</p>
<p>มาตรา 1440 ถ้า คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งตายก่อน สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจะ เรียกร้อยค่าทดแทนมิได้ ส่วนของหมั้นนั้นถ้าหญิง ตาย ให้ฝ่ายหญิงคืนแก่ ฝ่ายชาย แต่ถ้าชายตายไม่ ต้องคืนของหมั้น เว้น แต่มีสัญญาไว้เป็นอย่าง อื่น</p> <p>มาตรา 1441 ถ้า ชายไม่ยอมสมรสกับ หญิงคู่หมั้น โดยมีเหตุผล สำคัญอันเกิดแต่หญิงนั้น ให้หญิงคืนของหมั้นแก่ ชาย และชายหญิงจะ เรียกร้อยค่าทดแทนจากกัน ไม่ได้</p> <p>มาตรา 1442 ถ้า หญิงไม่ยอมสมรสกับ ชายคู่หมั้น โดยมีเหตุผล สำคัญอันเกิดแต่ชายนั้น หญิงไม่ต้องคืนของหมั้น และชายหญิงจะเรียกร้อยค่า ทดแทนจากกัน ไม่ได้</p>	<p>เรียกร้อยค่าทดแทนมิได้ ในกรณีที่ มีของหมั้น ถ้าหญิงตายให้ฝ่าย หญิงคืนแก่ฝ่ายชาย แต่ถ้าชาย ตายไม่ต้องคืนของหมั้น</p> <p>มาตรา 1442 ในกรณีมีเหตุ สำคัญอันเกิดแก่หญิงคู่หมั้น ทำให้ ชายไม่สมควรสมรสกับหญิงนั้น ชายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ และให้หญิงคืนของหมั้นแก่ชาย</p> <p>มาตรา 1443 ในกรณีมีเหตุ สำคัญอันเกิดแก่ชายคู่หมั้นทำให้ หญิงไม่สมควรสมรสกับชายนั้น หญิงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้น ได้โดยมิต้องคืนของหมั้นแก่ชาย</p> <p>มาตรา 1444 ถ้าเหตุอันทำให้ คู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นเป็น เพราะการกระทำชั่วอย่างร้ายแรง ของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งได้กระทำ ภายหลังการหมั้น คู่หมั้นผู้กระทำ ชั่วอย่างร้ายแรงนั้นต้องรับผิดชอบ ทดแทนแก่คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิก สัญญาหมั้น เสมือนเป็นผู้ผิด สัญญาหมั้น</p>	<p>มาตรา 1441 ถ้า คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งตาย ก่อนสมรสอีกฝ่ายหนึ่ง จะเรียกร้อยค่าทดแทน มิได้ ส่วนของหมั้น หรือสินสอดนั้นไม่ว่า ชายหรือหญิงตาย หญิง หรือฝ่ายหญิง ไม่ต้องคืนให้แก่ฝ่าย ชาย</p> <p>มาตรา 1447 ค่า ทดแทนอันจะพึงชดใช้ แก่กันตามหมวดนี้ให้ ศาลวินิจฉัยตามควรแก่ พฤติการณ์</p> <p>สิทธิเรียกร้อยค่า ทดแทนตามหมวดนี้ นอกจากค่าทดแทน ตามมาตรา 1440 (2) ไม่ อาจโอนกันได้และไม่ ตกทอดไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับ สภาพกันไว้เป็น หนังสือหรือผู้เสียหาย ได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธิ นั้นแล้ว</p>	

<p>พระราชบัญญัติให้ใช้ บทบัญญัติบรรพ 5 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ พ.ศ. 2477 ตราไว้ ณ วันที่ 27 พฤษภาคม 2478</p>	<p>พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระ ใหม่ พ.ศ. 2519 ให้ไว้ ณ วันที่ 5 ตุลาคม 2519</p>	<p>พระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติมประมวล กฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 ให้ไว้ ณ วันที่ 8 กันยายน 2533</p>	<p>พระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติม ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2550 ให้ไว้ ณ วันที่ 30 สิงหาคม 2550</p>
<p>มาตรา 1443 ชายคู่หมั้นของหญิงอาจ เรียกค่าทดแทนจากชาย อื่น ผู้ทำการล่วงเกิน หญิงคู่หมั้นในทาง ประเวณี</p> <p>มาตรา 1444 การฟ้องเรียกค่าทดแทน ตามหมวดนี้ให้ผู้เสียหาย เท่านั้นฟ้องได้ทายาทจะ ฟ้องหรือรับมรดกความ ต่อไปมิได้เว้นแต่ค่า ทดแทนตามมาตรา 1439 (2) ห้ามมิให้นำคดี มาฟ้องเมื่อพ้นกำหนดหก เดือนนับแต่วันพิพากษา หมั้น</p>	<p>มาตรา 1445 ชายคู่หมั้นอาจ เรียกค่าทดแทนจากชายอื่นซึ่งได้ ร่วมประเวณีกับหญิงคู่หมั้นโดยรู้ หรือควรรู้ว่าหญิงได้หมั้นกับ ชายคู่หมั้นนั้นแล้วได้ เมื่อชาย คู่หมั้นได้ออกเลิกสัญญาหมั้นตาม มาตรา 1442 แล้ว</p> <p>มาตรา 1446 ชายคู่หมั้นอาจ เรียกค่าทดแทนจากชายอื่นซึ่งได้ ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายาม ข่มขืนกระทำชำเราหญิงคู่หมั้น โดย รู้หรือควรรู้ว่าหญิงได้หมั้นแล้ว ได้โดยไม่ต้องบอกเลิกสัญญา หมั้น</p> <p>มาตรา 1447 ค่าทดแทนอัน จะพึงขอใช้แก่กันตามหมวดนี้ให้ ศาลวินิจฉัยตามควรแก่ พฤติการณ์</p> <p>สิทธิเรียกร้องค่าทดแทนตาม มาตรา 1440(1)หรือ(3) มาตรา 1444 มาตรา 1445 หรือมาตรา 1446 นั้น ไม่อาจโอนกันได้และไม่ ตกสืบไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธิ นั้นจะได้รับสภาพกันไว้เป็น หนังสือหรือผู้เสียหายได้เริ่มฟ้อง</p>	<p>มาตรา 1447/1 สิทธิเรียกร้องค่า ทดแทนตามมาตรา 1439 ให้มี อายุความหกเดือนนับ แต่วันที่พิพากษาหมั้น สิทธิเรียกร้องค่า ทดแทนตามมาตรา 1444 ให้มีอายุความหก เดือนนับแต่วันรู้หรือ ควรรู้ถึงการกระทำชั่ว อย่างร้ายแรงอันเป็น เหตุให้ออกเลิกสัญญา หมั้นแต่ต้องไม่เกินห้า ปีนับแต่วันกระทำการ ดังกล่าว</p> <p>สิทธิเรียกร้องค่า ทดแทนตามมาตรา 1445 และมาตรา 1446 ให้มีอายุความหกเดือน นับแต่วันที่ชายคู่หมั้นรู้ หรือควรรู้ถึงการกระทำ ของชายอื่นอันจะเป็น เหตุให้เรียกค่าทดแทน และรู้ตัวผู้จะพึงใช้ค่า ทดแทนนั้น แต่ต้องไม่ เกินห้าปีนับแต่วันที่</p>	

<p>พระราชบัญญัติให้ใช้ บทบัญญัติบรรพ 5 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ พ.ศ. 2477 ตราไว้ ณ วันที่ 27 พฤษภาคม 2478</p>	<p>พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระ ใหม่ พ.ศ. 2519 ให้ไว้ ณ วันที่ 5 ตุลาคม 2519</p>	<p>พระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติมประมวล กฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 ให้ไว้ ณ วันที่ 8 กันยายน 2533</p>	<p>พระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติม ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2550 ให้ไว้ ณ วันที่ 30 สิงหาคม 2550</p>
	<p>คดีตามสิทธินั้นแล้ว สิทธิเรียกร้องค่าทดแทน ตามความในหมวดนี้ให้มีอายุความ หกเดือน</p>	<p>ชายอื่นได้กระทำการ ดังกล่าว</p> <p>มาตรา 1447/2 สิทธิเรียกคืนของหมั้น ตามมาตรา 1439 ให้มี อายุความหกเดือนนับ แต่วันที่พิศัญญาหมั้น สิทธิเรียกคืนของ หมั้นตามมาตรา 1442 ให้มีอายุความหกเดือน นับแต่วันที่ได้ออกเลิก สัญญาหมั้น</p>	

ภาคผนวก ข

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวลักษณะ 1 การสมรส หมวด 1 การหมั้น



ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บรรพ 5 ครอบครัวลักษณะ 1 การสมรส หมวด 1 การหมั้น

มาตรา 1435 การหมั้นจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปี บริบูรณ์แล้ว การหมั้นที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่งเป็นโมฆะ

มาตรา 1436 ผู้เยาว์จะทำการหมั้นได้ต้องได้รับความยินยอมของบุคคล ดังต่อไปนี้

(1) บิดาและมารดา ในกรณีที่มิทั้งบิดามารดา
(2) บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มารดาหรือบิดาตายหรือถูกถอนอำนาจปกครอง หรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม หรือโดย พุทธิการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดาหรือบิดาได้

(3) ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม

(4) ผู้ปกครอง ในกรณีที่ไม่มีบุคคลซึ่งอาจให้ความยินยอมตาม (1)(2) และ (3) หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครอง

การหมั้นที่ผู้เยาว์ทำโดยปราศจากความยินยอมดังกล่าวเป็นโมฆียะ

มาตรา 1437 การหมั้นจะสมบูรณ์เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิง เพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น

เมื่อหมั้นแล้วให้ของหมั้นตกเป็นสิทธิแก่หญิง

สินสอด เป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส ถ้าไม่มีการสมรสโดยมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิง หรือโดยมีพฤติการณ์ซึ่ง ฝ่ายหญิงต้องรับผิดชอบ ทำให้ชายไม่สมควรหรือไม่อาจสมรสกับหญิงนั้น ฝ่ายชายเรียกสินสอดคืนได้

ถ้าจะต้องคืนของหมั้นหรือสินสอดตามหมวดนี้ให้นำบทบัญญัติ มาตรา 412 ถึง มาตรา 418 แห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้ บังคับโยนุโลม

มาตรา 1438 การหมั้นไม่เป็นเหตุที่จะร้องขอให้ศาลบังคับให้สมรสได้ ถ้าได้มีข้อตกลงกันไว้ว่าจะให้เขียนปรับในเมื่อผิดสัญญาหมั้นข้อตกลงนั้น เป็นโมฆะ

มาตรา 1439 เมื่อมีการหมั้นแล้ว ถ้าฝ่ายใดผิดสัญญาหมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง มีสิทธิเรียกให้รับผิดชอบใช้ค่าทดแทน ในกรณีที่ฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายผิดสัญญา หมั้นให้คืนของหมั้นแก่ฝ่ายชายด้วย

มาตรา 1440 ค่าทดแทนนั้นอาจเรียกได้ ดังต่อไปนี้

(1) ทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงแห่งชายหรือหญิงนั้น
 (2) ทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้น บิดามารดาหรือบุคคล ผู้กระทำการ ในฐานะเช่นบิดามารดาได้ใช้จ่ายหรือต้องตกเป็นลูกหนี้ เนื่อง ในการเตรียมการสมรสโดยสุจริต และตามสมควร

(3) ทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้นได้จัดการทรัพย์สิน หรือการอื่นอัน เกี่ยวแก่อาชีพหรือทางทำมาหาได้ของตนไปโดยสมควร ด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรส

ในกรณีที่หญิงเป็นผู้มีสิทธิได้ค่าทดแทน ศาลอาจชี้ขาดว่าของหมั้นที่ ตกเป็นสิทธิแก่หญิง นั้นเป็นค่าทดแทนทั้งหมด หรือเป็นส่วนหนึ่งของ ค่าทดแทนที่หญิงพึงได้รับ หรือศาลอาจให้ค่า ทดแทน โดยไม่คำนึงถึง ของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นก็ได้อีก

มาตรา 1441 ถ้าคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งตายก่อนสมรส อีกฝ่ายหนึ่งจะเรียกร้อง ค่าทดแทนมิได้ ส่วนของหมั้นหรือสินสอดนั้น ไม่ว่าชายหรือหญิงตาย หญิง หรือฝ่ายหญิงไม่ต้องคืนให้แก่ฝ่ายชาย

มาตรา 1442 ในกรณีมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงคู่หมั้นทำให้ชายไม่สมควรสมรสกับหญิง นั้น ชายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้และให้หญิงคืนของ หมั้นแก่ชาย

มาตรา 1443 ในกรณีมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่ชายคู่หมั้นทำให้หญิงไม่สมควรสมรสกับชาย นั้น หญิงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้โดยมิต้องคืนของ หมั้นแก่ชาย

มาตรา 1444 ถ้าเหตุอันทำให้คู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นเป็นเพราะ การกระทำชั่วอย่าง ร้ายแรงของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งซึ่ง ได้กระทำภายหลัง การหมั้นคู่หมั้นผู้กระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้น ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทน แก่คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิ บอกเลิกสัญญาหมั้นเสมือนเป็นผู้ผิดสัญญาหมั้น

มาตรา 1445 ชายหรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ร่วมประเวณีกับคู่หมั้น ของตนโดยรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้น เมื่อได้บอกเลิกสัญญาหมั้นแล้วตาม มาตรา 1442 หรือ มาตรา 1443 แล้วแต่กรณี

มาตรา 1446 ชายหรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตน โดยรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องบอกเลิกสัญญาหมั้น

หมายเหตุอ่านมาตรา 1446 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพรบ. แก้ไขเพิ่มเติมปปพ.(ฉบับที่ 16) พ.ศ.2550

มาตรา 1447 ค่าทดแทนอันจะพึงชดใช้แก่กันตามหมวดนี้ ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์

สิทธิเรียกร้องค่าทดแทนตามหมวดนี้นอกจากค่าทดแทนตาม มาตรา 1440 (2) ไม่อาจโอนกันได้และไม่ตกทอดไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้น จะได้รับสภาพกันไว้เป็นหนังสือ หรือผู้เสียหายได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธิ นั้นแล้ว

มาตรา 1447/1 สิทธิเรียกร้องค่าทดแทนตาม มาตรา 1439 ให้มีอายุ ความหกเดือนนับแต่วันที่ผิดสัญญาหมั้น

สิทธิเรียกร้องค่าทดแทนตาม มาตรา 1444 ให้มีอายุความหกเดือนนับแต่ วันรู้ หรือควรรู้ถึงการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงอันเป็นเหตุให้บอกเลิกสัญญา หมั้น แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันกระทำการดังกล่าว

สิทธิเรียกร้องค่าทดแทนตาม มาตรา 1445 และ มาตรา 1446 ให้มีอายุความหกเดือน นับแต่วันที่ชายหรือหญิงคู่หมั้นรู้หรือควรรู้ถึงการกระทำของผู้อื่น อันจะเป็นเหตุให้เรียกค่าทดแทนและรู้ตัวผู้จะพึงใช้ค่าทดแทนนั้น แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ผู้อื่นนั้น ได้กระทำการดังกล่าว

มาตรา 1447/2 สิทธิเรียกคืนของหมั้นตาม มาตรา 1439 ให้มีอายุ ความหกเดือนนับแต่วันที่ผิดสัญญาหมั้น

สิทธิเรียกคืนของหมั้นตาม มาตรา 1442 ให้มีอายุความหกเดือนนับแต่วัน ที่ได้บอกเลิกสัญญาหมั้น

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	นางสาวสุวรรณา คณะยอด
วัน เดือน ปีเกิด	6 กุมภาพันธ์ 2525
สถานที่เกิด	อำเภอหนองบัวแดง จังหวัดชัยภูมิ
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2548
สถานที่ทำงาน	มหาวิทยาลัยราชภัฏชัยภูมิ อำเภอเมือง จังหวัดชัยภูมิ
ตำแหน่ง	นิติกรปฏิบัติการ

