

บทที่ 2

ความหมายและสาระสำคัญของโมฆียะกรรม ตามบรรพ 1 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และวิวัฒนาการของการสมรส ที่เป็นโมฆียะตามกฎหมายครอบครัวไทย

เนื่องจากเหตุที่ทำให้มีผลทางกฎหมายเป็นโมฆียะ หรือเป็นโมฆียะกรรมนั้น มีการบัญญัติหลักกฎหมายไว้ใน 2 บรรพ คือในบรรพ 1 อันเป็นกรณีของหลักทั่วไปในการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรม และในบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว กรณีเหตุแห่งการสมรสที่เป็น โมฆียะ โดยเนื้อหาแห่งบทบัญญัติทั้งสองกรณีมีเนื้อหาและรายละเอียดบางส่วนที่คล้ายคลึงกัน และมีบางส่วนที่แตกต่างกัน ในบทนี้จึงกล่าวถึงความหมายและสาระสำคัญของโมฆียะกรรมตามบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งศึกษาที่มาและวิวัฒนาการของการสมรสที่เป็น โมฆียะตามกฎหมายครอบครัวไทยเพื่อจะได้ทราบถึงเจตนารมณ์ของเหตุแห่งการสมรสที่เป็น โมฆียะตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน

2.1 ความหมายและสาระสำคัญของโมฆียะกรรมตามบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.1.1 ความหมายของโมฆียกรรม

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายของคำว่า โมฆียกรรมว่า หมายถึง นิติกรรมซึ่งอาจบอกล้าง เพิกถอน หรือให้สัตยาบันได้ ถ้าบอกล้างก็เป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ถ้าให้สัตยาบันก็มีผลสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก กฎหมายเขียนเป็น โมฆียะกรรม ดังนั้น โมฆียะกรรม คือ การกระทำหรือการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมที่มีผลทำให้นิติกรรมนั้นใช้บังคับได้จนกว่าจะถูกบอกล้างหรือจนกว่าจะมีการให้สัตยาบัน

ดร.ประคบ หุตะสิงห์ ได้ให้ความหมายของคำว่า โมฆียะกรรมว่าเป็นกิจการที่สมบูรณ์ใช้บังคับกันได้ตามกฎหมายจนกว่าจะถูกบอกล้าง นิติกรรมที่เป็น โมฆียะนั้นเป็นนิติกรรมที่สร้างขึ้นโดยมิเหตุบกพร่องบางประการในเรื่องความสามารถหรือในเรื่องการแสดงเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่ง เหตุบกพร่องมิได้ทำให้นิติกรรมนั้นสูญเสียเปล่าดังเช่นในกรณีโมฆะกรรม นิติกรรมนั้นคงใช้ได้

ตามกฎหมายตลอดไปจนกว่าจะมีการบอกล้าง เมื่อมีการบอกล้างแล้วจึงถือว่านิติกรรมนั้นเป็นโมฆะเสียเปล่ามาแต่เริ่มแรก แต่ถ้าไม่ได้มีการบอกล้างจนล่วงเลยกำหนดระยะเวลาตามกฎหมาย หรือมีการให้สัตยาบันรับรู้ในนิติกรรมนั้นก็ดี นิติกรรมนั้นเป็นอันสมบูรณ์ใช้ได้ตลอดไป โดยหมดโอกาสที่จะบอกล้างทำลายความสมบูรณ์ของนิติกรรมนั้นได้ต่อไปแล้ว¹

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ได้ให้นิยามความหมายของ โมฆียะกรรมว่า หมายถึงนิติกรรมที่สมบูรณ์ใช้ได้จนกว่าจะถูกบอกล้างโดยผู้มีสิทธิบอกล้างตามกฎหมาย ถ้าไม่มีการบอกล้างภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือมีการให้สัตยาบันโดยผู้มีสิทธิให้สัตยาบัน สิทธิบอกล้างย่อมเป็นอันระงับ ถ้ามีการบอกล้างภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดนิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่มีการทำนิติกรรม²

อาจารย์ อัครวิทย์ สุมาวงศ์ ได้ให้ความหมายของคำว่า โมฆียะกรรมว่า หมายถึง นิติกรรมที่สมบูรณ์ใช้บังคับกันได้ตามกฎหมายตั้งแต่ทำนิติกรรมนั้นจนกว่าจะถูกบอกล้าง ซึ่งถ้าหากถูกบอกล้างแล้วก็จะทำให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะย้อนไปถึงเวลาเริ่มแรกที่ได้มีการทำนิติกรรมนั้นขึ้น³

2.1.2 เหตุแห่งความเป็นโมฆียะของนิติกรรมทั่วไป

2.1.2.1 เกิดจากความบกพร่องในความสามารถของบุคคล

การทำนิติกรรมโดยบุคคลผู้หย่อนความสามารถเป็นส่วนหนึ่งของนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่มิได้มีผลถึงขนาดที่ทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 153 บัญญัติว่า “การใดที่มีได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็น โมฆียะ”

เมื่อบุคคลถูกจำกัดความสามารถในการทำนิติกรรม หากฝ่าฝืนทำนิติกรรมไปแล้วนิติกรรมที่ทำไปตกเป็นโมฆียะ บุคคลถูกจำกัดความสามารถในการทำนิติกรรมมีดังต่อไปนี้

1) ผู้เยาว์

ผู้เยาว์ คือ บุคคลที่มีอายุยังไม่ครบ 20 ปีบริบูรณ์เพราะยังไม่บรรลุนิติภาวะ เว้นแต่บุคคลที่อายุยังไม่ครบ 20 ปีนั้นได้ทำการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายเมื่อมีอายุไม่น้อยกว่า 17 ปีบริบูรณ์ หรือถ้าไม่น้อยกว่านั้นหากศาลอนุญาตให้ทำการสมรสในกรณีมีเหตุสมควรก็จะพ้นจากภาวะ

¹ ประกอบ หุตะสิงห์. (2517). *คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2507 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 78.

² ศักดิ์ สนองชาติ. (2557). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 261.

³ อัครวิทย์ สุมาวงศ์ และไพโรจน์ วายุภาพ. (2557). *คู่มือการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 121.

ผู้เยาว์เพราะบรรลุนิติภาวะแล้ว ผู้เยาว์ก็ถูกหมายถือว่าเป็นผู้หย่อนความสามารถในการทำนิติกรรม เพราะเห็นว่าไม่มีความชัดเจนในชีวิตเพียงพอที่จะจัดการระมัดระวังดูแลผลประโยชน์ได้เสียของตนเองอย่างเต็มที่ กฎหมายจึงต้องคุ้มครองไม่ให้คนอื่นเอาเปรียบ โดยกฎหมายกำหนดเป็นหลักทั่วไปไว้ในมาตรา 21 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใด ๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใด ๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงปราศจากความยินยอมเช่นว่านั้นเป็น โมฆียะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” การที่กฎหมายบัญญัติดังกล่าวเพื่อที่จะให้ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ช่วยระมัดระวังผลประโยชน์ของผู้เยาว์ในการทำนิติกรรม บิดาและมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ ฉะนั้นทั้งบิดาและมารดาจะเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์⁴ ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายหรือมีเหตุที่ถูกถอนอำนาจปกครอง อำนาจปกครองนั้นก็จะไปอยู่แก่อีกฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว แต่ถ้าหากทั้งบิดามารดาตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองหมด กฎหมายให้มีการตั้งบุคคลอื่นมาเป็นผู้ปกครองของผู้เยาว์ ซึ่งผู้ปกครองผู้เยาว์นั้นจะเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์⁵

นิติกรรมบางอย่างที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษไม่ยอมให้ผู้แทนโดยชอบธรรมทำแทนผู้เยาว์หรือยินยอมให้ผู้เยาว์ทำ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลก่อน⁶ เนื่องจากนิติกรรมนั้นเป็นนิติกรรมที่สำคัญซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เยาว์ กฎหมายจึงให้ศาลเป็นผู้ควบคุมการใช้อำนาจของผู้ใช้อำนาจปกครองและผู้ปกครองอีกชั้นหนึ่ง โดยบังคับให้ขออนุญาตศาล ซึ่งศาลจะอนุญาตก็ต่อเมื่อเห็นว่าจะจะเป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์หรือมีความจำเป็นโดยแท้จริง

การให้ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม กฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าจะต้องให้แก่ใคร ฉะนั้นจะให้แก่ใครก็ได้ ผู้แทนโดยชอบธรรมสามารถให้ความยินยอมแก่ตัวผู้เยาว์ให้ไปทำนิติกรรมนั้นหรือให้ความยินยอมกับผู้ที่รับการแสดงเจตนาจากผู้เยาว์ก็ได้ ยกเว้นการฟ้องร้องหรือต่อสู้คดีในศาลในคดีแพ่ง ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมต้องทำเป็นหนังสือยื่นต่อศาลเพื่อรวมไว้ในสำนวน⁷ การให้ความยินยอมนี้ไม่มีกฎหมายกำหนดแบบ ดังนั้นอาจให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวาจา หรือโดยปริยายก็ได้ แม้ว่านิติกรรมที่ผู้เยาว์ทำไปนั้นจะมีกฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือจึงจะฟ้องร้องบังคับได้ก็ตาม การให้ความยินยอมนั้น โดยหลักทั่วไปผู้แทนโดยชอบธรรมจะต้องให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมเป็นราย ๆ เป็นครั้งคราว ไม่ใช่ให้ความยินยอมเป็นการทั่วไปว่าผู้เยาว์จะไปทำนิติกรรม

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1566 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 1598/3.

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1566 วรรคสอง.

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1585 ประกอบมาตรา 1598/3.

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1574 ประกอบมาตรา 1598/3.

⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 56.

อะไรก็ได้ทั้งนั้น ทั้งนี้เพราะกฎหมายมีเจตนาให้ผู้แทนโดยชอบธรรมช่วยระมัดระวังผลประโยชน์ได้เสียของผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมแต่ละครั้ง ถ้าให้ความยินยอมเป็นการทั่วไปแก่ผู้เยาว์แล้ว ก็จะเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย หากมีการให้ความยินยอมเป็นการทั่วไปโดยไม่จำกัดว่าเรื่องอะไร เท่ากับผู้เยาว์ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมในการทำนิติกรรมเลย ถ้าหากทำนิติกรรมนั้นไปผลจะเป็นโมฆียะ

ตามมาตรา 21 ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ว่า “ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใด ๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใด ๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงปราศจากความยินยอมเช่นนั้นเป็นโมฆียะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ฉะนั้นเมื่อมีกฎหมายบัญญัติเป็นอย่างอื่นให้ผู้เยาว์ทำนิติกรรมอย่างใดได้ ผู้เยาว์ก็สามารถทำนิติกรรมนั้นได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติถึงนิติกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้โดยล้าพังไว้ในมาตรา 22 มาตรา 23 มาตรา 24 มาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 27

2) คนไร้ความสามารถ

คนไร้ความสามารถ หมายถึง บุคคลวิกลจริตซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ถ้าเป็นคนวิกลจริตที่ศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถบุคคลนั้นเป็นคนวิกลจริตธรรมดา เป็นผู้หย่อนความสามารถอีกประเภทหนึ่ง คนที่จะมาร้องขอต่อศาลให้สั่งว่าเป็นคนไร้ความสามารถกฎหมายได้กำหนดไว้ในมาตรา 28 บัญญัติว่า “บุคคลวิกลจริตผู้ใด ถ้าคู่สมรสก็ดี ผู้บุพการี กล่าวคือ บิดา มารดา ปู่ย่า ตายาย ทวดก็ดี ผู้สืบสันดาน กล่าวคือ ลูก หลาน เหลน ลื้อ ก็ดี ผู้ปกครองหรือผู้พิทักษ์ก็ดี ผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้นอยู่ก็ดี หรือพนักงานอัยการก็ดี ร้องขอต่อศาลให้สั่งให้บุคคลวิกลจริตผู้นั้นเป็นคนไร้ความสามารถ ศาลจะสั่งให้บุคคลวิกลจริตผู้นั้นเป็นคนไร้ความสามารถก็ได้” คนไร้ความสามารถนี้เนื่องจากความวิกลจริตของบุคคลยอมทำให้บุคคลปราศจากความรู้จัก รับผิดและชอบ ทั้งนี้ด้วยเหตุธรรมชาติ แม้บุคคลจะบรรลุนิติภาวะพ้นจากการเป็นผู้เยาว์แล้ว หากเป็นบุคคลวิกลจริต กฎหมายก็ถือว่าไม่มีความสามารถซึ่งจะต้องได้รับความคุ้มครอง แต่ความวิกลจริตของบุคคลอาจไม่ประจักษ์โดยชัดแจ้งแก่คนทั้งหลาย เพื่อป้องกันผลประโยชน์ของบุคคลวิกลจริตและเพื่อผลประโยชน์ของบุคคลอื่นที่จะมามีนิติสัมพันธ์กับบุคคลวิกลจริต กฎหมายจึงบัญญัติให้ศาลมีคำสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถเสียก่อน ต่อเมื่อศาลมีคำสั่งให้บุคคลเป็นคนไร้ความสามารถ จึงจะถือได้ว่าบุคคลนั้นเป็นคนไร้ความสามารถ ซึ่งไม่มีความสามารถตามกฎหมายอย่างแท้จริง

ในการที่ศาลจะสั่งให้บุคคลใดเป็นคนไร้ความสามารถจะต้องคว่าบุคคลนั้น
วิกลจริตหรือไม่ ซึ่งคำว่าวิกลจริตนั้นไม่ได้หมายถึงเฉพาะคนที่มีจิตผิดปกติเพียงอย่างเดียว
แต่หมายความรวมถึง ‘ผู้ป่วยที่ไม่รู้เรื่องราว’ ด้วย

เมื่อศาลสั่งให้บุคคลวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถ จะมีผลทางกฎหมาย คือ

(1) การจัดให้คนไร้ความสามารถอยู่ในความอนุบาล มาตรา 28 วรรคสอง บัญญัติ
ว่า

“บุคคลซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถตามวรรคหนึ่ง ต้องจัดให้อยู่ใน
ความอนุบาล การแต่งตั้งผู้อนุบาล อำนาจหน้าที่ของผู้อนุบาล และการสิ้นสุดการเป็นผู้อนุบาล ให้
เป็นไปตามบทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายนี้” อำนาจหน้าที่ของผู้อนุบาล กฎหมายจัดให้
คนไร้ความสามารถอยู่ในความอนุบาลของผู้อนุบาล โดยนำบทบัญญัติในเรื่องผู้อนุบาลตามบรรพ 5
มาปรับใช้

(2) การใด ๆ อันคนไร้ความสามารถได้กระทำการนั้นเป็นโมฆียะ ดังมาตรา 29

บัญญัติว่า “การใด ๆ อันบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถได้กระทำการ
การนั้นเป็นโมฆียะ” บุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถจะมีผู้อนุบาลเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์
ผู้จัดการทรัพย์สินแทน ผู้อนุบาลเป็นผู้ทำนิติกรรมแทนคนไร้ความสามารถ ต่างกับเรื่องการเป็น
ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ซึ่งผู้แทนโดยชอบธรรมอาจทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์หรือจะให้ความ
ยินยอมให้ผู้เยาว์ทำด้วยตัวเองก็ได้ แต่ถ้าเป็นคนไร้ความสามารถแล้วจะทำนิติกรรมใด ๆ เองไม่ได้
ถ้าขึ้นกระทำการไปแม้ผู้อนุบาลจะยินยอมให้กระทำ การนั้นย่อมเป็น โมฆียะตามที่บัญญัติไว้ใน
มาตรา 29 ฉะนั้นนิติกรรมที่คนไร้ความสามารถจะกระทำให้ผู้อนุบาลเป็นผู้กระทำนิติกรรมนั้น
การทำนิติกรรมของผู้อนุบาลย่อมมีผลผูกพันคนไร้ความสามารถ โดยหลักแล้วผู้อนุบาลสามารถ
ทำแทนคนไร้ความสามารถได้ทุกกรณียกเว้นนิติกรรมสำคัญบางอย่างที่ทำแทนไม่ได้เว้นแต่ศาลจะ
อนุญาตก่อน¹⁰

3) บุคคลวิกลจริตที่ศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ

สำหรับบุคคลวิกลจริตที่ศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ โดยหลักแล้ว
ถือว่ายังมีความสามารถตามกฎหมาย ฉะนั้นนิติกรรมที่ทำไปจึงสมบูรณ์ แต่กฎหมายได้ให้ความ
คุ้มครองดังบัญญัติไว้ในมาตรา 30 ว่า “การใด ๆ อันบุคคลวิกลจริต ซึ่งศาลยังมิได้สั่งให้เป็น
คนไร้ความสามารถได้กระทำการนั้นจะเป็นโมฆียะต่อเมื่อได้กระทำในขณะที่บุคคลนั้น
จิตวิกลอยู่ และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้แล้วด้วยว่า ผู้นั้นเป็นคนวิกลจริต” ตามบทบัญญัติดังกล่าว

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 490/2509 (ประชุมใหญ่).

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 28. ประกอบมาตรา 1574.

เห็นได้ว่าการทำนิติกรรมของบุคคลวิกลจริตจะตกเป็นโมฆียะก็ต่อเมื่อ การนั้นได้กระทำในขณะที่บุคคลนั้นจิตวิกลอยู่ และ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้ด้วยว่า ผู้กระทำเป็นคนวิกลจริต

4) คนเสมือนไร้ความสามารถ

คนเสมือนไร้ความสามารถ หมายถึง บุคคลที่มีเหตุบกพร่องซึ่งอาจจะเป็นเหตุมาจากทางร่างกายหรือทางใจหรือจากความประพฤติก็นั้นได้ เพราะเหตุบกพร่องเหล่านั้นทำให้ไม่สามารถจัดทำกรงานโดยตนเองได้หรือถึงจะทำได้แต่ทำไปในทางที่เสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว ถ้ามีบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา 28 ร้องขอต่อศาลแล้ว ศาลสามารถสั่งให้บุคคลดังกล่าวเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถได้ คนที่ถูกศาลสั่งให้เป็นเสมือนไร้ความสามารถจะต้องมีเหตุบกพร่องประการใดประการหนึ่งตามมาตรา 32 ที่บัญญัติไว้ ส่วนผู้พิทักษ์มีการตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ให้ความยินยอมแก่ผู้ที่ศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถในการทำนิติกรรมสำคัญที่กฎหมายบัญญัติไว้¹¹ หากคนเสมือนไร้ความสามารถทำนิติกรรมดังกล่าว โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ นิติกรรมนั้นเป็นโมฆียะ

2.1.2.2 เกิดจากการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน

ความสำคัญผิดเป็นเหตุที่ทำให้การแสดงเจตนาวิปริต เมื่อเจตนาวิปริตก็เสื่อมเสีย เพราะมิใช่เจตนาอันแท้จริง ความสำคัญผิดนั้นนักกฎหมายบางท่านเรียกว่า ความผิดพลาด¹² บางท่านก็ว่าเป็นการสำคัญว่าเป็นจริงในสิ่งที่แท้ สำคัญว่าเป็นเท็จในสิ่งที่แท้จริง หรือการเชื่อไม่ตรงต่อความจริง¹³ กล่าวโดยสรุปความสำคัญผิดก็คือ การเข้าใจหรือเชื่อโดยไม่ตรงต่อความจริง โดยข้อที่สำคัญผิดนั้นจะต้องเป็นข้อที่มีอยู่ในขณะแสดงเจตนา ถ้าเพียงเชื่อคำรับรองเหตุการณ์ในอนาคตไม่ใช่สำคัญผิด เพราะเหตุการณ์ในอนาคตไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่มีอยู่ขณะแสดงเจตนาอันอาจจะสำคัญผิดได้¹⁴

ความสำคัญผิดซึ่งเป็นเหตุทำให้การแสดงเจตนาเสื่อมเสียแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

- 1) ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ตามมาตรา 156
- 2) ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน ซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ ตามมาตรา 157

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 34.

¹² พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วัฒนกุล). (2477). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 3*. ม.ป.ท.. หน้า 428.

¹³ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว.. (2478). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้*. พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง. หน้า 108.

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1492/2497.

1) ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมเป็นโมฆะ

ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมตามวรรคหนึ่ง ได้แก่ ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม และความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม เป็นต้น”

การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมจะเกิดขึ้นโดยที่ผู้แสดงเจตนาได้แสดงเจตนาออกมาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมที่ตนกระทำแสดงเจตนาออกมาผิดจากเจตนาในใจของตน โดยที่ผู้แสดงเจตนาไม่รู้ว่าจะเจตนาที่แสดงออกมาผิดจากเจตนาในใจของตนที่ต้องการจะทำนิติกรรม

สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม หมายถึง สิ่งที่จะต้องมิในนิติกรรมนั้น ๆ ถ้านิติกรรมนั้นไม่มีสิ่งนั้นแล้ว ก็จะไม่เกิดเป็นนิติกรรมขึ้นมาได้ มาตรา 156 วรรคสองได้ให้ความหมายเอาไว้ว่า ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ได้แก่ ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม และความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม เป็นต้น เหตุที่ใช้คำลงท้ายว่า “เป็นต้น” แสดงว่าไม่จำกัดอยู่เฉพาะตามสิ่งที่ได้ให้ไว้เป็นตัวอย่างนั้นเท่านั้น¹⁵ ดังนั้นจึงอาจแบ่งความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมได้ดังนี้

(1) ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรมหรือวัตถุประสงค์ของนิติกรรม อันเป็นเรื่องทำนิติกรรมไม่ตรงตามเจตนา กล่าวคือ มีเจตนาจะทำนิติกรรมอย่างหนึ่งแต่นิติกรรมที่ทำกลับมีอีกอย่างหนึ่ง เช่น ผู้ให้เช่าลงชื่อในใบมอบอำนาจโดยเข้าใจว่าเป็นใบมอบอำนาจให้เช่าหาความจริงเป็นใบมอบอำนาจให้ขายนา โดยไม่ได้ตั้งใจขายนา การมอบอำนาจเป็นโมฆะ¹⁶

(2) ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม เช่น เขียวมีเจตนาจะยกที่ดินของตนให้แก่ขาวโดยเสน่หา แต่เข้าใจผิดว่าเหลืองเป็นขาวจึงทำนิติกรรมยกที่ดินให้แก่เหลือง ดังนี้ ถือว่าสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ในกรณีความสำคัญผิดในตัวบุคคลบางกรณีอาจมิใช่ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ถ้านิติกรรมนั้นตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีไม่เป็นสาระสำคัญ เช่น ผู้ขายฝากต้องการเงินจากการขายฝากเท่านั้น ดังนั้น

¹⁵ อัครวิทย์ สุมาวงศ์ และไพโรจน์ วายูภาพ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 85.

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 828/2508.

ผู้ซื้อฝากจะเป็นใครก็ได้ไม่ใช่สาระสำคัญ แม้ผู้ขายฝากจะสำคัญผิดในตัวผู้ซื้อฝากก็ไม่ทำให้สัญญาขายฝากตกเป็นโมฆะ¹⁷

(3) ความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม หมายถึง สำคัญผิดในตัวทรัพย์สินที่จะต้องส่งมอบให้แก่กันซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรมนั้น เช่น ต้องการซื้อเครื่องรับโทรทัศน์ กลับเป็นเครื่องรับวิทยุ หรือ ต้องการซื้อม้าแข่งตัวชื่อชาญชัย กลับได้ม้าแข่งตัวชื่อชัยชาญ¹⁸

(4) ความสำคัญผิดในเนื้อหาแห่งนิติกรรม ได้แก่ ความสำคัญผิดในข้อความหรือข้อตกลงในนิติกรรม ซึ่งถ้าเป็นสาระสำคัญก็เป็นความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม เช่น โจทก์มอบอำนาจให้พนักงานสหกรณ์จำเลย นำที่ดินโจทก์ไปจดทะเบียนจำนองประกันเงินกู้ที่โจทก์กู้จากจำเลย พนักงานจำเลยนำที่ดินไปจำนองประกันหนี้คนอื่น นิติกรรมดังกล่าวเกิดจากโจทก์สำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรม นิติกรรมตกเป็น โมฆะ¹⁹

ผลของการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม มาตรา 156 วรรคหนึ่งบัญญัติให้นิติกรรมเป็นโมฆะ ทั้งนี้เพราะการแสดงเจตนาอันวิปริตไปจนอาจเรียกว่าขาดเจตนาทำนิติกรรม²⁰

2) ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน ซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 157 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินเป็น โมฆียะ

ความสำคัญผิดตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติซึ่งเป็นปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งหากมิได้มีความสำคัญผิดดังกล่าวการอันเป็นโมฆียะนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น”

ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน ซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญนั้น คือ การสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรมและทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม แต่สำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินนั้น และคุณสมบัตินั้นตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ ถ้าคุณสมบัติไม่เป็นสาระสำคัญ ย่อมไม่เป็นเหตุกระทบกระทั่งถึงความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาแต่อย่างใด

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1245/2529.

¹⁸ อธิราช วัฒนภาค. (2548). *คำอธิบาย นิติกรรมสัญญาและข้อสัญญาไม่เป็นธรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 124.

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4983/2531.

²⁰ ศักดิ์ สนองชาติ. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2*. หน้า 168.

คุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ ไม่ได้หมายความว่าเพียงลักษณะอย่างรูปร่างเนื้อตัวแต่อย่างเดียว หากแต่หมายความถึงคุณลักษณะทั้งหลายทั้งปวงที่กระทบกระเทือนถึงความเชื่อถือ ถึงคุณค่าแห่งบุคคลหรือทรัพย์สิน อันนับได้ว่าเป็นคุณสมบัติซึ่งเป็นสาระสำคัญ²¹ ต้องเป็นคุณสมบัติที่จะทำให้บุคคลหรือทรัพย์สินต่างลักษณะต่างชนิดต่างประเภทไปจากความเข้าใจของผู้ทำนิติกรรม²² โดยต้องพิจารณาเป็นราย ๆ ไป จะวางเป็นหลักเกณฑ์ตายตัวหาได้ไม่

หลักการพิจารณาคุณสมบัติของบุคคลซึ่งเป็นสาระสำคัญ

คุณสมบัติของบุคคลนั้นจะเป็นสาระสำคัญหรือไม่ อาจพิจารณาได้ดังนี้

(1) พิจารณาจากเจตนาของคู่กรณีแห่งนิติกรรมว่ามุ่งหมายถึงคุณสมบัติของบุคคลเป็นสาระสำคัญหรือไม่ เช่น ชาวต่างประเทศซึ่งเข้ามาพักอาศัยในประเทศไทยจ้างแม่ครัวคนไทย นอกจากแม่ครัวจะต้องมีคุณสมบัติในการทำอาหารได้แล้ว อาจจะต้องมีคุณสมบัติพูดภาษาต่างประเทศได้พอสมควรด้วยเพื่อรับคำสั่งจากเจ้านาย ดังนี้คุณสมบัติของแม่ครัวที่จะต้องพูดภาษาต่างประเทศได้ย่อมเป็นสาระสำคัญ²³

(2) พิจารณาจากลักษณะของนิติกรรม กล่าวคือ พิจารณาว่าตามลักษณะของนิติกรรมนั้น ๆ คุณสมบัติของบุคคลเป็นสาระสำคัญหรือไม่ โดยปกติคุณสมบัติของบุคคลซึ่งเป็นสาระสำคัญ คือ ความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการชำระหนี้หรือปฏิบัติหน้าที่ตามนิติกรรม เช่น เจียวจ้างชาวสร้างบ้านอันเป็นการจ้างทำของ ถ้าชาวไม่มีความรู้ความสามารถในการสร้างบ้านเลยแต่เจียวสำคัญผิด ย่อมเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลซึ่งเป็นสาระสำคัญ หากนิติกรรมใดถ้าการชำระหนี้หรือการปฏิบัติหน้าที่ตามนิติกรรมไม่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความสามารถ เช่น การจ้างคนงานมาทำหน้าที่แบกของ ซึ่งไม่ต้องการฝีมือเป็นพิเศษ ดังนี้ความรู้ความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ตามนิติกรรม ย่อมไม่ใช่คุณสมบัติของบุคคลซึ่งเป็นสาระสำคัญ

หลักการพิจารณาคุณสมบัติของทรัพย์สินซึ่งเป็นสาระสำคัญ

คุณสมบัติของทรัพย์สินซึ่งเป็นสาระสำคัญ ต้องเป็นคุณสมบัติที่ทำให้ทรัพย์สินต่างลักษณะ ต่างชนิด ต่างประเภทไปจากความเข้าใจของผู้ทำนิติกรรม ทั้งนี้โดยพิจารณาจากเจตนาของคู่กรณี ตามพฤติการณ์เป็นราย ๆ ไป เช่น ก. ทำสัญญาซื้อม้าแข่งจาก ข. ก็ได้ม้าตัวที่ประสงค์จะได้โดยการทำสัญญาซื้อขายกับ ข. บุคคลที่ตนตั้งใจทำสัญญาด้วย มีความเข้าใจถูกต้องในสาระสำคัญทุกอย่างแล้ว หากแต่ม้าตัวที่ไปซื้อมากลับเป็นม้าลากรดไม่ใช่ม้าแข่งโดยสำคัญผิด ดังนี้ตามปกติ

²¹ ประกอบ หุตะสิงห์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 48.

²² พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วณิกกุล). อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 432.

²³ สักดิ์ สนองชาติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 175.

อาจถือว่ามีผลสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญ สัญญาซื้อที่ดินนั้นตกเป็นโมฆียะ ก. บอกล้างได้²⁴

ความสำคัญผิดเกิดจากการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความสำคัญผิดซึ่งเกิดขึ้น โดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง การแสดงเจตนาสำคัญผิดซึ่งทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะตามมาตรา 156 และเป็นโมฆียะตามมาตรา 157 ถ้าเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้แสดงเจตนาแล้ว ผู้แสดงเจตนาจะยกเอาความสำคัญผิดนั้นมาเป็นประโยชน์แก่ตนเองไม่ได้ ดังมาตรา 158 ที่บัญญัติว่า “ความสำคัญผิดตามมาตรา 156 หรือมาตรา 157 ซึ่งเกิดขึ้นโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของบุคคลผู้แสดงเจตนา บุคคลนั้นจะถือเอาความสำคัญผิดมาใช้ประโยชน์แก่ตนไม่ได้” เช่น การประกาศขายทอดตลาดที่ดินโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี ระบุรายละเอียดของที่ดินโดยชัดแจ้งและเปิดเผยต่อประชาชนทั่วไป ผู้เข้าประมูลมีโอกาสตรวจสอบความถูกต้องได้ ผู้ซื้อที่ดินอ้างว่าตนสำคัญผิดเกี่ยวกับที่ตั้งของที่ดินจึงเข้าประมูลซื้อ ถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ซื้อ ผู้ซื้อไม่อาจอ้างความสำคัญผิดดังกล่าวมาเป็นประโยชน์แก่ตนได้²⁵

ความประมาทเลินเล่อ อาจอธิบายได้ว่าเป็นการกระทำของบุคคลที่มีความระมัดระวังอย่างที่คนธรรมดาเขาไม่ทำกัน หรือการละเว้นกระทำซึ่งบุคคลที่มีความระมัดระวังอย่างที่คนธรรมดาเขาไม่ละเว้นกระทำ ส่วนความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คือ การกระทำหรือละเว้นกระทำซึ่งบุคคลที่มีความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยก็จะไม่กระทำหรือละเว้นกระทำ²⁶ ดังนี้ ความสำคัญผิดเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจึงหมายความว่าผู้แสดงเจตนาไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างใดเลยจึงเกิดความสำคัญผิดขึ้น²⁷ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วกฎหมายจึงตัดสิทธิผู้แสดงเจตนาไม่ให้อ้างเอาความไม่สมบูรณ์ของการแสดงเจตนามาใช้ประโยชน์ เป็นการลงโทษผู้แสดงเจตนาที่แสดงเจตนาไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กฎหมายห้ามเฉพาะคู่กรณีฝ่ายที่แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนไม่ให้ยกเอาความเป็นโมฆะหรือโมฆียะไปยื่นอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ไม่ได้ห้ามอีกฝ่ายหนึ่ง ฉะนั้นอีกฝ่ายหนึ่งอ้างว่าการแสดงเจตนาเป็นโมฆะหรือโมฆียะได้

²⁴ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13, หน้า 118.

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3360-3410/2543.

²⁶ อธิราช มณีภาค, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18, หน้า 127.

²⁷ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2, หน้า 169.

2.1.2.3 เกิดจากการแสดงเจตนาเพราะถูกกลั่นแกล้ง

มาตรา 159 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาเพราะถูกกลั่นแกล้งเป็นโมฆียะ การถูกกลั่นแกล้งที่จะเป็นโมฆียะตามวรรคหนึ่ง จะต้องถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีกลั่นแกล้งดังกล่าว การอันเป็นโมฆียะนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น”

การแสดงเจตนาเพราะถูกกลั่นแกล้งนั้นเป็นการแสดงเจตนาที่ได้มาเพราะมีการใช้อุบาย หลอกลวงให้ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรม โดยผู้ที่ใช้อุบายหลอกลวงนั้นได้กล่าวข้อความเท็จหรือ แกล้งปกปิดความจริงเอาไว้ เพื่อจะหลอกลวงให้ผู้แสดงเจตนาหลงเชื่อตามที่ได้หลอกลวง ทำให้ ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมออกมาตามที่ผู้หลอกลวงนั้นต้องการ²⁸ เช่น นำสร้อยคอทองคำชุบมา หลอกลขายว่าเป็นสร้อยคอทองคำแท้ เมื่อคนที่ถูกหลอกลวงเชื่อว่าเป็นสร้อยคอทองคำแท้แล้วตกลง สนองรับคำเสนอขายสร้อยนั้น คำสนองรับนั้นเป็นการแสดงเจตนาที่ได้มาเพราะถูกกลั่นแกล้ง ซึ่งจะ เป็นโมฆียะตามมาตรา 159 วรรคหนึ่ง ในเรื่องนี้ถ้ามองด้านผู้ที่ถูกกลั่นแกล้งจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องผู้ที่ ถูกกลั่นแกล้งได้แสดงเจตนาไปโดยสำคัญผิดนั่นเอง คือเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปจากที่เป็นความจริง แล้วเกิดเจตนาที่จะทำนิติกรรมขึ้นมาโดยแสดงเจตนาออกไปตามที่มีเจตนาจริง ๆ อยู่ในใจ แต่ความสำคัญผิด ไม่ได้เกิดขึ้นมาจากการที่ผู้แสดงเจตนาเข้าใจผิดไปเอง ความสำคัญผิดเช่นนั้น เกิดขึ้นเพราะเหตุที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือว่าบุคคลภายนอกได้มาหลอกลวงให้ผู้แสดงเจตนา หลงเชื่อในข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง เมื่อหลงเชื่อเช่นนั้นแล้วผู้แสดงเจตนาจึงได้เกิดเจตนาทำ นิติกรรมและแสดงเจตนาไปเพราะความหลงผิดเช่นนั้น²⁹ ซึ่งการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดจะมีผล แตกต่างกันสุดแล้วแต่ว่าจะเป็นความสำคัญผิดในเรื่องอะไร ถ้าสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของ นิติกรรมการแสดงเจตนาขึ้นจะเป็นโมฆะ แต่ถ้าสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นคุณสมบัติของบุคคล หรือทรัพย์สินซึ่งตามปกตินับว่าเป็นสาระสำคัญการแสดงเจตนาขึ้นก็เป็นเพียงโมฆียะ

กลั่นแกล้งมี 3 ประเภท

- 1) กลั่นแกล้งถึงขนาด
- 2) กลั่นแกล้งเพื่อเหตุ
- 3) กลั่นแกล้งที่กฎหมายห้ามฟ้องร้อง³⁰

1) กลั่นแกล้งถึงขนาด

กลั่นแกล้งถึงขนาด คือกลั่นแกล้งซึ่งถ้าไม่มีการหลอกลวงเกิดขึ้นแล้วก็จะไม่มีการทำ นิติกรรมนั้นเลย เช่น นายแดงบอกขายรถยนต์ให้แก่ นายดำ โดยอ้างว่าเป็นรถใหม่ หากนายแดง

²⁸ อัครวิทย์ สุมาวงศ์ และไพโรจน์ วายูภาพ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 94.

²⁹ อัครวิทย์ สุมาวงศ์ และไพโรจน์ วายูภาพ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 95.

³⁰ อธิราช มณีภาค. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 130.

ไม่หลอกว่าเป็นรถใหม่นายคำคงไม่ซื้อ เพราะนายแดงหลอกว่าเป็นรถใหม่ นายคำจึงหลงเชื่อว่าเป็นรถใหม่ตามที่นายแดงหลอกถวงบั้น นายคำจึงตกลงซื้อ เช่นนี้ถือว่าเป็นกลฉ้อฉลถึงขนาดทำให้นิติกรรมการซื้อขายรายนี้ตกเป็นโมฆียะ

กลฉ้อฉลถึงขนาดนี้ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลโดยบุคคลภายนอก การแสดงเจตนาอันจะเป็นโมฆียะต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายได้รู้หรือควรจะรู้ถึงกลฉ้อฉลนั้น³¹ กล่าวคือ กลฉ้อฉลอาจเกิดขึ้นโดยบุคคลภายนอกเป็นผู้ทำให้เกิดกลฉ้อฉลขึ้นได้ เช่นเป็นหน้าม้าหลอกถวงบให้บุคคลหนึ่งเข้าทำนิติกรรมกับบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งนั้นรู้ถึงการหลอกถวงบของบุคคลภายนอกดังกล่าว

การแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลถึงขนาด นิติกรรมย่อมเป็นโมฆียะทุกกรณีไป โดยไม่ต้องพิจารณาถึงความเสียหายของผู้แสดงเจตนาอัน แม้ผู้แสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลจะไม่เสียหายแต่อย่างใดนิติกรรมก็ยังเป็นโมฆียะอยู่นั่นเอง

กลฉ้อฉลนี้อาจเกิดจากการแสดงเจตนาโดยการนิ่ง ซึ่งตามมาตรา 162 บัญญัติว่า “ในนิติกรรมสองฝ่าย การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจงใจนิ่งเสียไม่แจ้งข้อความจริงหรือคุณสมบัติอันคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมิได้รู้ การนั้นจะเป็นกลฉ้อฉล หากพิสูจน์ได้ว่าถ้ามิได้นิ่งเสียเช่นนั้น นิติกรรมนั้นก็คงจะมีได้กระทำให้ขึ้น” กล่าวคือฝ่ายหนึ่งรู้อยู่แล้วว่าข้อความจริงหรือคุณสมบัติในนิติกรรมที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทำกับตนนั้นเป็นการกระทำที่เสียเปรียบมากซึ่งหากคู่กรณีอีกฝ่ายได้รู้ถึงการเสียเปรียบนั้นแล้วคู่กรณีอีกฝ่ายจะไม่ทำนิติกรรมกับตนด้วยเลย แต่เพราะการที่ฝ่ายตนรู้ถึงความเสียเปรียบนั้นอยู่แล้วแต่ไม่ยอมบอกให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยนิ่งเฉยเสีย ทั้งนี้เพื่อจะเอาเปรียบอีกฝ่าย เช่นนี้ก็มีผลทำให้นิติกรรมนั้นเป็นกลฉ้อฉลถึงขนาดเช่นเดียวกัน เช่น บอกขายที่ดินที่ถูกรัฐเวนคืนไปแล้วโดยไม่บอกให้ผู้ซื้อทราบว่าที่ดินถูกรัฐเวนคืนแล้ว เช่นนี้ถือว่าเป็นกลฉ้อฉลอันเกิดจากการนิ่งและเป็น การนิ่งที่ถึงขนาดทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะได้

2) กลฉ้อฉลเพื่อเหตุ

กลฉ้อฉลเพื่อเหตุ คือ กลฉ้อฉลไม่ถึงขนาดตามมาตรา 159 วรรคแรก ซึ่งตามมาตรา 161 บัญญัติถึงกลฉ้อฉลเพื่อเหตุไว้ว่า “ถ้ากลฉ้อฉลเป็นเพียงเหตุจงใจให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งยอมรับข้อกำหนดอันหนักยิ่งกว่าที่คู่กรณีฝ่ายนั้นจะยอมรับโดยปกติ คู่กรณีฝ่ายนั้นจะบอกล้างการนั้นหาได้ไม่ แต่ชอบที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากกลฉ้อฉลนั้นได้” ดังนั้นกลฉ้อฉลเพื่อเหตุ คือ กลฉ้อฉลซึ่งไม่ถึงขนาดที่จะไม่ทำนิติกรรม เพียงแต่จงใจให้ผู้แสดงเจตนายอมรับข้อกำหนดอันหนักยิ่งกว่าที่จะยอมรับโดยปกติ ซึ่งถ้าไม่มีกลฉ้อฉลเช่นนั้นก็จะไม่ยอมรับ เช่น เจียวบอกขายเทวรูปโบราณให้ขาว ขาวชอบใจขอซื้อในราคา 50,000 บาท ซึ่งเป็นราคาที่สมควร

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 159 วรรคสอง.

แต่เจี๊หวหลงกลวงว่าเทวรูปโบราณนั้นเคยชนะการประกวดมาแล้ว ขอเพิ่มราคาอีก 10,000 บาท ขาวหลงเชื่อจึงตกลงซื้อในราคา 60,000 บาท ดังนี้เป็นกลฉ้อฉลเพื่อเหตุ กล่าวคือ กลฉ้อฉลนั้นไม่ใช่เหตุที่ทำให้ขาวซื้อเทวรูปโบราณ เป็นแต่เพียงเหตุที่ทำให้ขาวซื้อเทวรูปโบราณในราคาแพงไป 10,000 บาท จึงไม่มีผลทำให้นิติกรรมซื้อขายเทวรูปโบราณเป็น โฉฉริยะ เพราะเป็นนิติกรรมที่ขาวกระทำไปโดยความสมัครใจ ขาวมีสิทธิเพียงเรียกค่าสินไหมทดแทน เนื่องจากซื้อเทวรูปโบราณแพงไปอันเป็นการยอมรับข้อกำหนดอันหนักยิ่งกว่าปกติ จะบอกล้างนิติกรรมซื้อขายเทวรูปโบราณเสียทีเดียวไม่ได้³²

3) กลฉ้อฉลที่กฎหมายห้ามฟ้องร้อง

ตามมาตรา 1114 บัญญัติว่า “เมื่อบริษัท ได้จดทะเบียนแล้ว ผู้เข้าซื้อหุ้นจะร้องฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนการที่ตนได้เข้าซื้อซื้อ โดยยกเหตุว่าสำคัญผิดหรือต้องข่มขู่ หรือถูกกลวงล่อฉ้อฉลนั้น ท่านว่าหาอาจทำได้ไม่” บทบัญญัตินี้เป็นบทยกเว้นเรื่องการบอกล้างโฉฉริยะกรรมซึ่งนิติกรรมเกิดขึ้น โดยความสำคัญผิดเป็นโฉฉริยะกรรมที่อาจบอกล้างได้ แต่บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นบทยกเว้นในกรณีที่บริษัทได้จดทะเบียนแล้ว ผู้เข้าซื้อหุ้นจะมาเพิกถอนบอกล้างนิติกรรมการซื้อขายโดยอ้างว่าถูก กลฉ้อฉล สำคัญผิดไม่ได้³³ เนื่องจากวัตถุประสงค์คือไม่ต้องการให้ทุนของบริษัทซึ่งจดทะเบียนแล้วลดน้อยถอยลงโดยใช่เหตุ ซึ่งอาจถูกผู้เริ่มก่อการหรือผู้ถือหุ้นเดิมเอาเปรียบบุคคลภายนอกได้ กล่าวคือเมื่อเข้าซื้อหุ้นกันแล้วบริษัทจดทะเบียนแล้วหากต่างคนต่างบอกว่าสำคัญผิด บางคนบอกถูกข่มขู่ บางคนบอกว่าถูกกลฉ้อฉล เมื่อเพิกถอนหุ้นกันหมดเช่นนี้ทุนบริษัทจึงไม่มีเหลือหรือลดน้อยลงได้ และเมื่อเพิกถอนแล้วบริษัทต้องคืนเงินแก่ผู้ที่เข้ามาซื้อหุ้น เพราะถือว่านิติกรรมเป็นโฉฉริยะมาตั้งแต่แรกเริ่ม เป็นผลทำให้บุคคลภายนอกที่ติดต่อกับบริษัทได้รับความเสียหาย

2.1.2.4 เกิดจากการแสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่

มาตรา 164 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่เป็น โฉฉริยะ

การข่มขู่ที่จะทำให้การใดตกเป็นโฉฉริยะนั้น จะต้องเป็นการข่มขู่ที่จะให้ผู้ถูกข่มขู่มีมูลต้องกลัว ซึ่งถ้ามิได้มีการข่มขู่เช่นนั้น การนั้นก็คงจะมีได้กระทำขึ้น”

การข่มขู่ คือ การทำให้ผู้แสดงเจตนากลัวภัยอย่างใดอย่างหนึ่งและได้แสดงเจตนาเพราะกลัวภัยนั้น³⁴ การแสดงเจตนาที่ได้มาจากการข่มขู่เป็นการแสดงเจตนาที่ผู้ที่ถูกข่มขู่เลือกเอาว่าจะ

³² ศักดิ์ สนองชาติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 192.

³³ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และสหชน รัตนไพจิตร. (2551). *ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท* พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 160.

³⁴ ศักดิ์ สนองชาติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 199.

ยอมรับภัยที่ผู้ชู้ว่าจะก่อให้เกิดขึ้นหรือจะยอมแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่ผู้ชู้ประสงค์จะให้ทำโดยไม่เกิดภัยตามที่ถูกชู้ ผู้ที่ถูกชู้กลัวว่าจะเกิดภัยขึ้นจึงเลือกเอาทางที่จะแสดงเจตนาทำนิติกรรมตามที่ผู้ชู้ต้องการให้ตนทำ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของผู้ที่ถูกชู้ให้กระทำเช่นนั้นเป็นไปโดยขาดความสมัครใจ ผู้แสดงเจตนาถูกข่มขู่บังคับให้แสดงเจตนาทำนิติกรรมถ้าการข่มขู่ถึงขนาดแล้วก็จะทำให้การแสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นเป็น โฆษียะ

การแสดงเจตนาทำนิติกรรมเพราะถูกข่มขู่ ผู้ที่แสดงเจตนาทำนิติกรรมรู้ตัวว่ากำลังแสดงเจตนาทำนิติกรรม เพียงแต่การแสดงเจตนาทำนิติกรรมของเขานั้นเป็นไปโดยขาดความเป็นอิสระ เช่น ก. เอาปืนมาขู่ให้ ข. ลงชื่อในหนังสือรับสภาพหนี้เพื่อจะให้อายุความสะดุดหยุดลง ถ้าไม่ยอมลงชื่อจะยิงให้ตาย ข. กลัวจึงยอมลงชื่อในหนังสือรับสภาพหนี้ การแสดงเจตนาทำนิติกรรมรับสภาพหนี้นี้ย่อมเป็น โฆษียะ เพราะ ข. ไม่ได้แสดงเจตนาด้วยใจสมัคร แต่แสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่

การข่มขู่ที่จะทำให้การแสดงเจตนาเป็น โฆษียะตามวรรคสอง ของมาตรา 164 มีองค์ประกอบดังนี้

- 1) การข่มขู่ต้องเกิดขึ้น โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลภายนอกหรือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งร่วมกับบุคคลภายนอกเป็นผู้ข่มขู่
- 2) ผู้ข่มขู่ต้องมีเจตนาข่มขู่ผู้ที่แสดงเจตนาทำนิติกรรม
- 3) ผู้ที่ถูกข่มขู่มีมูลต้องกลัวภัยที่เกิดจากการข่มขู่
- 4) ภัยที่ข่มขู่จะต้องเป็นภัยที่ใกล้จะถึง
- 5) ต้องเป็นภัยที่ร้ายแรงขนาดที่จะจูงใจให้ผู้ถูกข่มขู่มีมูลต้องกลัว
- 6) ถ้าไม่มีการข่มขู่เช่นนั้น จะไม่แสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้น

การข่มขู่ที่ไม่ทำให้นิติกรรมเป็น โฆษียะ คือ การข่มขู่ที่ไม่ถือว่าเป็นการข่มขู่ กล่าวคือ บางครั้งบางลักษณะก็ไม่ถือว่าเป็นการข่มขู่อันมีผลทำให้นิติกรรมเป็น โฆษียะ การข่มขู่ดังกล่าวคือการข่มขู่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 165 ซึ่งบัญญัติว่า “การขู่ว่าจะใช้สิทธิตามปกตินิยมไม่ถือว่าเป็นการข่มขู่”³⁵ การใดที่กระทำไปเพราะนับถือยำเกรงไม่ถือว่าการนั้นได้กระทำเพราะถูกข่มขู่”³⁶ ซึ่งแยกกล่าวดังนี้

(1) การขู่ว่าจะใช้สิทธิตามปกตินิยม คือ การขู่ว่าจะใช้สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งตามปกตินิยม หมายถึง การขู่ว่าจะใช้สิทธิซึ่งผู้ชู้มีอยู่โดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น เจ้าหนี้ขู่ลูกหนี้

³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 165 วรรคหนึ่ง.

³⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 165 วรรคสอง.

ว่าหากไม่ชำระหนี้ จะฟ้องร้องให้ศาลบังคับ เช่นนี้ย่อมเป็นการขู่ที่ใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมกระทำไม่ได้ไม่ถือว่าเป็นการข่มขู่อันทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะ³⁷

(2) การกระทำเพราะนับถือยำเกรง ซึ่งไม่ถือว่าการนั้นได้กระทำเพราะถูกข่มขู่ ย่อมจะเห็นได้ว่าผู้แสดงเจตนากระทำเพราะนับถือยำเกรง หากใช่เพราะมีการข่มขู่ให้กลัวภัย แต่อย่างใดไม่ โดยความนับถือยำเกรงนั้นไม่จำกัดเฉพาะระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต เท่านั้น และจะต้องกระทำเพราะนับถือยำเกรงโดยแท้จริง

การข่มขู่โดยบุคคลภายนอก

มาตรา 166 บัญญัติว่า “การข่มขู่ยอมทำให้การแสดงเจตนาเป็นโมฆียะแม้บุคคลภายนอกจะเป็นผู้ข่มขู่”

การข่มขู่โดยบุคคลภายนอกนั้น มาตรา 166 บัญญัติว่ามีผลทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆียะ เช่นเดียวกับคู่กรณีเป็นผู้ข่มขู่ เพราะการข่มขู่ที่กฎหมายมุ่งถึงความกลัวภัยของผู้ถูกข่มขู่เป็นสำคัญ ซึ่งเป็นเหตุทำให้การแสดงเจตนาบกพร่อง มิได้เกิดด้วยความสมัครใจ ดังนั้นใครจะเป็นผู้ข่มขู่จึงมิใช่สาระสำคัญ อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายมิได้บัญญัติว่าถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาเพราะการข่มขู่ของบุคคลภายนอก นิติกรรมจะเป็นโมฆียะต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้หรือควรจะรู้ถึงการข่มขู่ที่ข่มขู่ไว้ในเรื่องกลฉ้อฉล ดังนั้นการข่มขู่โดยบุคคลภายนอก หากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรู้หรือไม่รู้ นิติกรรมก็คงเป็นโมฆียะเช่นเดียวกัน

2.1.3 ผลแห่งความเป็นโมฆียะของนิติกรรมทั่วไป

2.1.3.1 โมฆียกรรมอาจถูกบอกล้างได้

มาตรา 175 บัญญัติว่า “โมฆียกรรม นั้น บุคคลต่อไปนี้จะบอกล้างเสียก็ได้

(1) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้เยาว์ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่ผู้เยาว์จะบอกล้างก่อนที่ตนบรรลุนิติภาวะก็ได้ถ้าได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม

(2) บุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ เมื่อบุคคลนั้นพ้นจากการเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถแล้ว หรือผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ แล้วแต่กรณี แต่คนเสมือนไร้ความสามารถจะบอกล้างก่อนที่ตนจะพ้นจากการเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถก็ได้ ถ้าได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์

(3) บุคคลผู้แสดงเจตนาเพราะสำคัญผิด หรือถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่

(4) บุคคลวิกลจริตผู้กระทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะตามมาตรา 30 ในขณะที่จริตของบุคคลนั้นไม่วิกลแล้ว

³⁷ ประกอบ หุตะสิงห์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 58.

ถ้าบุคคลผู้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะถึงแก่ความตายก่อนมีการบอกล้างโมฆียะกรรม ทายาทของบุคคลดังกล่าวอาจบอกล้างโมฆียะกรรมนั้นได้

มาตรา 176 บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้วให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ก็ให้ได้รับ ค่าเสียหายชดใช้ให้แทน

ถ้าบุคคลใดได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าการใดเป็นโมฆียะ เมื่อบอกล้างแล้วให้ถือว่าบุคคล นั้นได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะนับแต่วันที่ได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าเป็นโมฆียะ

ห้ามมิให้ใช้สิทธิเรียกร้องอันเกิดแต่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามวรรคหนึ่งเมื่อพ้นหนึ่ง ปีนับแต่วันบอกล้างโมฆียะกรรม”

มาตรา 178 บัญญัติว่า “การบอกล้างหรือให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรม ย่อมกระทำได้ โดยการแสดงเจตนาแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นบุคคลที่มีตัวกำหนดได้แน่นอน”

มาตรา 181 บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมนั้นจะบอกล้างมิได้เมื่อพ้นเวลาหนึ่งปีนับแต่เวลา ที่อาจให้สัตยาบันได้ หรือเมื่อพ้นเวลาสิบปีนับแต่ได้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้น”

การบอกล้างโมฆียะกรรม คือ การแสดงเจตนาทำลายล้างนิติกรรมที่เป็น โมฆียะ ให้ตกเป็นโมฆะไม่มีผลตามกฎหมาย การบอกล้างโมฆียะกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวและเป็น นิติกรรมระงับสิทธิ³⁸ ดังนี้เมื่อมีการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวบอกล้างโมฆียะกรรมโดยผู้มีสิทธิบอกล้าง ตามกฎหมาย สิทธิและหน้าที่ตามนิติกรรมย่อมเป็นอันระงับไม่มีผลผูกพันกันต่อไป คู่กรณีได้แต่ สิทธิกลับคืนสู่ฐานะเดิม

ผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรม ต้องเป็นบุคคลตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจง ตามมาตรา 175 บุคคลอื่นนอกจากนี้ แม้จะเป็นผู้มีส่วนได้เสียก็ไม่มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรม ผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 175 ได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

(1) ผู้แทนโดยชอบธรรมซึ่งได้แก่ผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองในกรณีที่ ผู้เยาว์เป็นผู้ทำนิติกรรม

(2) กรณีผู้เยาว์ที่บรรลุนิติภาวะแล้วย่อมบอกล้างโมฆียะกรรมได้เองโดยไม่ต้องขอ ความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม หากผู้เยาว์จะบอกล้างโมฆียะกรรมก่อนที่ตนจะบรรลุนิติภาวะ ก็ย่อมทำได้ โดยต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน

(3) บุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ เมื่อบุคคลนั้นพ้นจากการเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถแล้ว เพราะกลับมา มีความสามารถบริบูรณ์ ถ้ายังหย่อนความสามารถอยู่ ผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ต้องเป็นผู้บอกล้าง

³⁸ ศักดิ์ สนองชาติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 264.

แต่คนเสมือน ไร้ความสามารถจะบอกล้างก่อนที่ตนจะพ้นจากการเป็นคนเสมือน ไร้ความสามารถก็ได้ หากได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ ส่วนคนไร้ความสามารถไม่อาจบอกล้างโมฆะกรรมได้ไม่ว่า จะได้รับความยินยอมจากผู้อนุบาลหรือไม่ก็ตาม

(4) บุคคลผู้แสดงเจตนาเพราะสำคัญผิดหรือถูกกลั่นแกล้งหรือถูกข่มขู่ ต่างมีสิทธิ บอกล้างโมฆะกรรมด้วยตนเอง โดยปกติย่อมจะแสดงเจตนาบอกล้างภายหลังจากมูลเหตุที่ทำให้ การแสดงเจตนาวิปริตนั้นสูญสิ้นไปเสียก่อน เช่น ผู้แสดงเจตนาเพราะสำคัญผิดหรือถูกกลั่นแกล้ง ย่อมจะบอกล้างโมฆะกรรมเมื่อได้ทราบถึงข้อสำคัญผิดหรือกลั่นแกล้งนั้นแล้ว เพราะถ้าหาก ไม่ทราบก็ย่อมไม่มีเหตุที่จะบอกล้างแต่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้เหมือนการให้สัตยาบัน ซึ่งจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้กระทำภายหลังจากเวลาที่มูลเหตุแห่งโมฆะได้หมดสิ้นไป³⁹ ดังนั้น ถึงแม้จะมีการบอกล้างโมฆะกรรมทั้ง ๆ ที่ไม่ทราบถึงมูลเหตุการบอกล้าง ก็มีผลเช่นเดียวกัน หรือผู้แสดง เจตนาเพราะถูกข่มขู่ ถึงแม้การข่มขู่ยังไม่สิ้นไป ถ้าผู้แสดงเจตนาข่มขู่ต่อภัยก็ย่อมมีสิทธิบอก ล้างโมฆะกรรมได้ทันที โดยไม่ต้องรอให้การข่มขู่อันเป็นมูลเหตุที่ทำให้การแสดงเจตนาวิปริตสูญสิ้น ไปเสียก่อน

(5) บุคคลวิกลจริตผู้กระทำนิติกรรมอันเป็นโมฆะตามมาตรา 30 สามารถบอกล้าง โมฆะกรรมได้ เมื่อมีความสามารถเป็นปกติ คือในขณะที่จิตไม่วิกลซึ่งอาจจะเป็นเพียงชั่วขณะใด ขณะหนึ่ง

(6) ทายาทของผู้ที่ได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมที่เป็นโมฆะบอกล้างโมฆะกรรม ที่ผู้ทำนิติกรรมถึงแก่ความตายก่อนมีการบอกล้างโมฆะกรรม

วิธีการบอกล้างโมฆะกรรม ตามมาตรา 178 อาจทำได้ดังนี้

(1) การบอกล้างโมฆะกรรม กฎหมายมิได้กำหนดแบบไว้ การบอกล้าง โมฆะกรรมจึงเป็นนิติกรรมที่ไม่มีแบบ แม้นิติกรรมที่เป็นโมฆะกรรมนั้น จะเป็นนิติกรรมที่มี แบบหรือกฎหมายบังคับให้มีหลักฐานเป็นหนังสือ การบอกล้างจะทำได้เป็นหนังสือหรือด้วยวาจา ก็ ได้⁴⁰

(2) การบอกล้างโมฆะกรรมต้องมีการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง มิใช่โดยปริยาย หรือโดยการนิ่ง⁴¹ เพราะการบอกล้างโมฆะกรรมเป็นนิติกรรมระงับสิทธิ เมื่อประสงค์จะระงับ สิทธิก็ต้องแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ไม่อาจจะแสดงเจตนาโดยการนิ่งหรือโดยปริยายได้เนื่องจากทำ ให้ไม่อาจคาดหมายได้ว่ามีเจตนาจะระงับสิทธิหรือไม่

³⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 179

⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1005/2511.

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1387/2506. และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 181/2507.

(3) การบอกล้างโมฆิยะกรรมต้องทำต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ดังมาตรา 178 บัญญัติว่า การบอกล้างโมฆิยะกรรมย่อมกระทำได้โดยการแสดงเจตนาแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีตัวกำหนดได้แน่นอน การบอกล้างต่อบุคคลอื่น เช่น ทำต่ออำเภอบนโดยไม่ได้ทำต่อคู่สัญญา นั้น การบอกล้างใช้ไม่ได้⁴² ถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายไปก่อนย่อมจะแสดงเจตนาบอกล้างแก่ทายาทหรือผู้รับประโยชน์ตามโมฆิยะกรรมนั้น⁴³

(4) การบอกล้างโมฆิยะกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา ดังนั้น การแสดงเจตนาบอกล้างจึงมีผลเมื่อไปถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ทายาท หรือผู้รับประโยชน์ หากยังไม่ถึงผู้รับการแสดงเจตนา การบอกล้างนั้นยังไม่มีผล

(5) การบอกล้างโมฆิยะกรรมไม่จำเป็นต้องบอกล้างก่อนคดีเกิด การฟ้องคดีหรือการร้องขอทรัพย์ถือเป็นการบอกล้างโมฆิยะกรรมอยู่ในตัว⁴⁴

(6) การบอกล้างโมฆิยะกรรมต้องบอกล้างเสียภายในวันและเวลาที่กำหนด ตามมาตรา 181 กล่าวคือ ต้องบอกล้างภายใน 1 ปีนับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ หรือภายใน 10 ปี นับแต่ได้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆิยะ เวลาที่อาจจะให้สัตยาบันได้หมายถึงเวลาที่มูลเหตุที่ทำให้เป็นโมฆิยะกรรมนั้นหมดสิ้นไปแล้ว เช่น ผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดได้ทราบถึงข้อสำคัญผิดนั้นแล้ว หรือผู้แสดงเจตนาโดยถูกข่มขู่ได้พ้นจากภัยอันเกิดจากการข่มขู่แล้ว หากยังคงสำคัญผิดหรือถูกข่มขู่อยู่ ยังไม่เริ่มนับว่าเป็นเวลาที่อาจจะให้สัตยาบันได้

ผลของการบอกล้างโมฆิยะกรรม

(1) โมฆิยะกรรมนั้นให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก⁴⁵ แม้โมฆิยะกรรมจะเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ใช้ได้แล้วจนกว่าจะถูกบอกล้าง แต่เมื่อถูกบอกล้างแล้วต้องถือว่าเป็นโมฆะย้อนหลังขึ้นไปจนถึงวันเริ่มต้นทำนิติกรรม มิใช่เริ่มเป็นโมฆะนับแต่วันบอกล้าง ดังนั้น โมฆิยะกรรมที่ถูกบอกล้างจึงตกเป็นโมฆะเสียเปล่า เสมือนหนึ่งมิได้มีการทำนิติกรรมกันเลยมาตั้งแต่เริ่มต้นทำนิติกรรม

(2) ให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่ถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ให้ได้รับค่าเสียหายชดเชยแทน⁴⁶ เนื่องจากโมฆิยะกรรมที่ถูกบอกล้าง แม้จะถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก แต่เวลาที่ทำนิติกรรมนั้นนิติกรรมยังสมบูรณ์ใช้ได้อยู่ การรับทรัพย์อันเกิดจากโมฆิยะกรรมจึงเป็นการรับไว้โดยมิชอบอันจะอ้างกฎหมายได้ ไม่ต้องด้วยตามมาตรา 406 ที่จะนำเรื่องลาภมิควรได้

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 819/2500.

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1675/2500.

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6396/2545.

⁴⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 176 วรรคหนึ่ง.

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 176 วรรคหนึ่ง.

มาใช้บังคับ⁴⁷ ดังนั้นในเรื่องโมฆียะกรรมที่ถูกบอกล้าง กฎหมายจึงต้องบัญญัติให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม

(3) แม้โมฆียะกรรมที่ถูกบอกล้างจะเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก การครอบครองทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆียะกรรมมาก่อนที่จะมีการบอกล้างจึงไม่เป็นการละเมิด ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายฐานละเมิดตามมาตรา 420 เพราะครอบครองในขณะที่นิติกรรมยังมีผลใช้ได้⁴⁸

2.1.3.2 โมฆียกรรมอาจให้สัตยาบันได้

มาตรา 177 บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมตามมาตรา 175 ผู้หนึ่งผู้ใดได้ให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรม ให้ถือว่าการนั้นเป็นอันสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก แต่ทั้งนี้ย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก”

มาตรา 178 บัญญัติว่า “การบอกล้างหรือให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรม ย่อมกระทำได้โดยการแสดงเจตนาแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นบุคคลที่มีตัวกำหนดได้แน่นอน”

มาตรา 179 บัญญัติว่า “การให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมนั้น จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้กระทำภายหลังเวลาที่มูลเหตุให้เป็นโมฆียะกรรมนั้นหมดสิ้นไปแล้ว

บุคคลซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถหรือบุคคลวิกลจริต ผู้กระทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะตามมาตรา 30 จะให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมได้ต่อเมื่อได้รู้เห็นซึ่งโมฆียะกรรมนั้นภายหลังที่บุคคลนั้นพ้นจากการเป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถหรือในขณะที่จริตของบุคคลนั้นไม่วิกล แล้วแต่กรณี

ทายาทของบุคคลผู้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะ จะให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมได้นับแต่เวลาที่ผู้ทำนิติกรรมนั้นถึงแก่ความตาย เว้นแต่สิทธิที่จะบอกล้างโมฆียะกรรมของผู้ตายนั้นได้สิ้นสุดลงแล้ว

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองมิให้ใช้บังคับ ถ้าการให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมกระทำโดยผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์”

มาตรา 180 บัญญัติว่า “ภายหลังเวลาอันพึงให้สัตยาบันได้ตามมาตรา 179 ถ้ามีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้เกิดขึ้นเกี่ยวกับโมฆียะกรรม โดยการกระทำของบุคคลซึ่งมีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรม ตามมาตรา 175 ถ้ามิได้สงวนสิทธิไว้แจ้งชัดประการใดให้ถือว่าเป็นการให้สัตยาบัน

(1) ได้ปฏิบัติราชการระหนึ่งแล้วทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

(2) ได้มีการเรียกให้ชำระหนี้แล้ว

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 106/2488.

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1394/2500.

- (3) ได้มีการแปลงหนี้ใหม่
- (4) ได้มีการให้ประกันเพื่อหนี้นั้น
- (5) ได้มีการโอนสิทธิหรือความรับผิดชอบทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
- (6) ได้มีการกระทำอย่างอื่นอันแสดงได้ว่าเป็นการให้สัตยาบัน⁴⁹

การให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรม คือ การรับรองความสมบูรณ์ของโมฆียะกรรม โดยสละสิทธิที่จะบอกล้าง⁴⁹ เนื่องจากมาตรา 177 บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรม ตามมาตรา 175 ผู้หนึ่งผู้ใด ได้ให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรม ให้ถือว่าการนั้นเป็นอันสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก...” อาจทำให้สงสัยในความหมายที่แท้จริง เพราะโมฆียะกรรมเป็นนิติกรรมที่ให้ถือว่าสมบูรณ์อยู่แล้วนั้น ตราบใดที่ยังไม่ถูกบอกล้างจึงมีผลใช้ได้เสมือนนิติกรรมที่สมบูรณ์ หากถูกบอกล้างโดยบุคคลผู้มีสิทธิ ความสมบูรณ์จึงจะสิ้นไป โดยถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ดังนั้นการให้สัตยาบันจึงมิใช่เหตุที่ทำให้โมฆียะกรรมเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก หากแต่เป็นการรับรองความสมบูรณ์ ซึ่งมีอยู่โดยสละสิทธิที่จะบอกล้าง อันอาจกล่าวได้ว่าการให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมเป็นนิติกรรมระงับสิทธิ กล่าวคือ ระงับสิทธิที่จะบอกล้างโมฆียะกรรม

ผู้มีสิทธิให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรม

ผู้มีสิทธิให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมต้องเป็นบุคคลหนึ่งบุคคลใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 175 ซึ่งเป็นบุคคลจำพวกเดียวกับผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรม เมื่อบุคคลใดมีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมก็ย่อมมีสิทธิให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมตามมาตรา 177 ด้วย จึงเป็นสิทธิโดยเฉพาะเจาะจงของบุคคลดังกล่าวที่สามารถเลือกระหว่างการบอกล้างโมฆียะกรรมกับการให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรม แต่อย่างไรก็ดี การให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมเป็นนิติกรรมระงับสิทธิที่จะบอกล้างโมฆียะกรรม ถ้าหากมูลเหตุที่ทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะยังไม่หมดสิ้นบุคคลย่อมไม่อาจให้สัตยาบันได้โดยสมบูรณ์ ดังนั้นมาตรา 179 จึงบัญญัติเพิ่มเติมถึงการที่บุคคลผู้มีสิทธิให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรม จะให้สัตยาบันโดยสมบูรณ์ได้เมื่อใด ดังนี้

(1) การให้สัตยาบันจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้กระทำภายหลังจากเวลาที่มูลเหตุให้เป็นโมฆียะนั้นหมดสิ้นไปแล้ว กล่าวคือ ผู้เยาว์ให้สัตยาบันเมื่อพ้นจากภาวะการเป็นผู้เยาว์ ผู้แสดงเจตนาเพราะสำคัญผิด หรือถูกกลฉ้อฉล ให้สัตยาบันเมื่อได้ทราบถึงข้อสำคัญผิดหรือกลฉ้อฉลนั้นแล้ว ผู้แสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่ให้สัตยาบันเมื่อพ้นจากการถูกข่มขู่แล้ว หากให้สัตยาบันก่อนเวลาที่มูลเหตุให้เป็นโมฆียะจะหมดสิ้นไป การให้สัตยาบันซึ่งเป็นนิติกรรมเช่นเดียวกันย่อมตกเป็นโมฆียะเช่นกัน

⁴⁹ ศักดิ์ สนองชาติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 277.

(2) คนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ หรือบุคคลวิกลจริต ผู้กระทำนิติกรรมอันเป็น โฆษียะตามมาตรา 30 ให้สัตยาบันเมื่อได้รู้เห็นซึ่ง โฆษียะกรรมนั้นภายหลังที่พ้นจากการเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือในขณะที่จริตของบุคคลนั้นไม่วิกลแล้ว แต่กรณีเฉพาะบุคคลวิกลจริตจะเห็นได้ว่าไม่จำเป็นต้องหายจากวิกลจริตโดยเด็ดขาด เพียงขณะใดขณะหนึ่งที่จริตไม่วิกลก็อาจให้สัตยาบันได้โดยสมบูรณ์

(3) ทายาทของบุคคลผู้ทำนิติกรรมอันเป็น โฆษียะ ให้สัตยาบันได้นับแต่เวลาที่ผู้ทำนิติกรรมนั้นถึงแก่ความตาย เว้นแต่สิทธิที่จะบอกล้าง โฆษียะกรรมของผู้ตายนั้นได้สิ้นสุดลงแล้ว สิทธิที่จะบอกล้าง โฆษียะกรรมย่อมสิ้นสุดเมื่อพ้นเวลา 1 ปี นับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบัน⁵⁰ การให้สัตยาบันย่อมมีกำหนดเวลา 1 ปีเช่นเดียวกัน

(4) ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล หรือผู้พิทักษ์ ให้สัตยาบันแก่ โฆษียะกรรมซึ่งกระทำโดยผู้เยาว์คนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถได้ตลอดโดยไม่ถูกจำกัดระยะเวลา

วิธีการให้สัตยาบันแก่ โฆษียะกรรม

การให้สัตยาบันแก่ โฆษียะกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา วิธีการให้สัตยาบันแก่ โฆษียะกรรม อาจทำได้ดังนี้

1) การให้สัตยาบันแก่ โฆษียะกรรม กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ ดังนั้น การให้สัตยาบันแก่ โฆษียะกรรมจึงเป็นนิติกรรมที่ไม่มีแบบ แม้นิติกรรมที่เป็น โฆษียะกรรมนั้นจะเป็นนิติกรรมที่มีแบบหรือกฎหมายบังคับให้มีหลักฐานเป็นหนังสือ การให้สัตยาบันจะทำได้เป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้

2) การให้สัตยาบันแก่ โฆษียะกรรม ต้องทำต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ดังมาตรา 178 บัญญัติว่า การให้สัตยาบันแก่ โฆษียะกรรม ย่อมกระทำได้โดยการแสดงเจตนาแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีตัวกำหนดได้แน่นอน ถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายไปก่อนย่อมจะแสดงเจตนาให้สัตยาบันแก่ทายาท

3) การให้สัตยาบันแก่ โฆษียะกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา ดังนั้น การแสดงเจตนาให้สัตยาบันจึงมีผลเมื่อไปถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือทายาทผู้สืบสิทธิ

4) การให้สัตยาบันแก่ โฆษียะกรรมโดยผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ บุคคลวิกลจริต หรือผู้แสดงเจตนาโดยวิปริต รวมตลอดถึงทายาท ต้องกระทำภายหลังเวลาที่มูลเหตุให้เป็น โฆษียะกรรมได้หมดสิ้นไปแล้ว

⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 181.

5) การให้สัตยาบันแก่โมฆิยะกรรม อาจทำได้ด้วยการแสดงเจตนา โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย⁵¹ ทั้งยังอาจแสดงเจตนาโดยการนิ่งได้ด้วยอันแตกต่างกับการบอกล้างโมฆิยะกรรมซึ่งต้องแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง

(1) การให้สัตยาบันโดยชัดแจ้ง ได้แก่ การที่ผู้มีสิทธิให้สัตยาบันบอกกล่าวแสดงเจตนาไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือทนายทนายผู้สืบสิทธิ จะทำเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้ว่าตนยอมรับรองให้สัตยาบันแก่โมฆิยะกรรมที่ทำขึ้นนั้น หรือขอสละสิทธิที่จะบอกล้างโมฆิยะกรรมนั้น

(2) การให้สัตยาบันโดยปริยาย ได้แก่ การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้มีสิทธิให้สัตยาบัน ซึ่งมิใช่เป็นการให้สัตยาบันโดยตรง แต่พฤติการณ์ถือได้ว่าเป็นการให้สัตยาบัน ดังที่มาตรา 180 บัญญัติไว้ว่า ภายหลังเวลาอันพึงให้สัตยาบันได้ตามมาตรา 179 ถ้ามีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใด เกิดขึ้นเกี่ยวกับโมฆิยะกรรมโดยการกระทำของบุคคลซึ่งมีสิทธิบอกล้างโมฆิยะกรรมตามมาตรา 175 ถ้ามิได้สงวนสิทธิไว้ชัดแจ้งประการใด ให้ถือว่าเป็นการให้สัตยาบัน เช่น ได้ปฏิบัติการชำระหนี้แล้วทั้งหมดหรือแต่บางส่วน⁵² ได้มีการเรียกให้ชำระหนี้แล้ว ได้มีการแปลงหนี้ใหม่ ได้มีการให้ประกันเพื่อหนี้ซึ่งจะเป็นการประกันด้วยบุคคลหรือทรัพย์สินก็ได้ เป็นต้น

(3) การให้สัตยาบันโดยการนิ่ง ตามหลักการแสดงเจตนาการนิ่งนั้น ไม่มีผลในทางกฎหมาย เว้นแต่เป็นการนิ่งที่ตามประเพณีหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ การนิ่งตามประเพณีซึ่งเป็นการให้สัตยาบันนั้นยังไม่เคยปรากฏ แต่การนิ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็คือ การนิ่งตามมาตรา 181 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “โมฆิยะกรรมนั้นจะบอกล้างมิได้เมื่อพ้นเวลา 10 ปี นับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ หรือเมื่อพ้นเวลา 10 ปี นับแต่ได้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆิยะนั้น” กรณีตามบทบัญญัติดังกล่าวกฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าเป็นกรณีการนิ่งของผู้มีสิทธิให้สัตยาบัน เนื่องจากการให้สัตยาบันเป็นการสละสิทธิที่จะบอกล้างโมฆิยะกรรม เมื่อผู้มีสิทธิให้สัตยาบันกลับนิ่งเฉยไม่เลือกใช้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดระหว่างการบอกล้างกับการให้สัตยาบันจนล่วงพ้นเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมถือได้ว่ายอมให้สัตยาบันแก่โมฆิยะกรรมนั้นแล้วโดยการนิ่ง หากมีเจตนาบอกล้างโมฆิยะกรรมก็คงไม่นิ่งเฉย

ผลของการให้สัตยาบันแก่โมฆิยะกรรม

โมฆิยะกรรมนั้นเมื่อผู้มีสิทธิให้สัตยาบันได้ให้สัตยาบันโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลเป็นการรับรองความสมบูรณ์ของนิติกรรม โดยไม่มีสิทธิที่จะบอกล้างให้เป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรกอีกต่อไปแม้ผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆิยะกรรมมีหลายคนหากผู้มีสิทธิให้สัตยาบันคนใดคนหนึ่งใช้สิทธิให้สัตยาบันก่อนที่จะมีการบอกล้าง สิทธิบอกล้างโมฆิยะกรรมก็ระงับสิ้นไปทั้งหมด

⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1747/2500.

⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 251/2522.

2.1.3.3 สิทธิของบุคคลภายนอกที่ได้รับความคุ้มครอง

สิทธิของบุคคลภายนอกที่ได้รับความคุ้มครอง สามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

1) กรณีบททั่วไปที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอก

มาตรา 1329 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทนและโดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ว่าผู้โอนทรัพย์สินให้จะได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยนิติกรรมอันเป็นโมฆียะและนิติกรรมนั้นได้ถูกบอกล้างภายหลัง”

จากบทบัญญัติดังกล่าวหาก โหมฆียะกรรมหรือนิติกรรมที่เป็น โหมฆียะตามบทบัญญัติมาตรา 1329 จะเกิดจากเหตุอย่างใด ๆ ก็ตาม บุคคลภายนอกผู้ได้ทรัพย์สินจากผู้โอนซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยโหมฆียะกรรม ย่อมได้รับความคุ้มครองทั้งสิ้น แต่จะต้องได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยมีค่าตอบแทนและโดยสุจริตก่อนที่จะมีการบอกล้างโหมฆียะกรรม แม้ต่อมาจะมีการบอกล้างโหมฆียะกรรม อันมีผลให้นิติกรรมเป็น โหมฆะมาแต่เริ่มแรก บุคคลภายนอกนั้นก็มิมีสิทธิดีกว่าผู้โอนโดยได้สิทธิในทรัพย์สินนั้นหากอยู่ในบังคับที่จะต้องคืนทรัพย์สินเพื่อให้คู่กรณีแห่งโหมฆียะกรรมได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่

บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต หมายความว่า บุคคลภายนอกนั้นไม่รู้หรือไม่ควรรู้ว่าการเป็น โหมฆียะ ถ้าได้รู้หรือควรรู้ว่าการเป็น โหมฆียะ เมื่อบอกล้างแล้ว มาตรา 176 วรรคสอง ให้ถือว่าบุคคลนั้นได้รู้ว่าการนั้นเป็น โหมฆะ จึงต้องถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำการโดยไม่สุจริต แม้จะได้ทรัพย์สินมาโดยเสียค่าตอบแทนก็ไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1329 บุคคลนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินเมื่อมีการบอกล้าง โหมฆียะกรรม เพื่อให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ดังนั้น การที่บุคคลภายนอกซึ่งรู้อยู่แล้วว่าผู้โอนได้ทรัพย์สินมาโดยนิติกรรมอันเป็น โหมฆียะ แต่ยังคงเข้ารับโอนเอาทรัพย์สินนั้นมาแม้จะเสียค่าตอบแทน ก็ย่อมอ้างไม่ได้ว่าตนกระทำการโดยสุจริต จึงไม่ได้รับความคุ้มครอง⁵³

2) กรณีบุคคลภายนอกผู้ได้รับความคุ้มครองการบอกล้าง โหมฆียะกรรมเพราะถูกกลั่นแกล้ง

มาตรา 160 บัญญัติว่า “การบอกล้าง โหมฆียะกรรม เพราะถูกกลั่นแกล้งตามมาตรา 159 ห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต”

จากบทบัญญัติดังกล่าวมีความหมายว่าการแสดงเจตนาเพราะถูกกลั่นแกล้งถึงขนาดซึ่งมีผลทำให้นิติกรรมตกเป็น โหมฆียะตามมาตรา 159 นั้น การบอกล้าง โหมฆียะกรรมของผู้มีสิทธิบอกล้างตามมาตรา 175 ห้ามมิให้ยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกโดยสุจริต โดยบุคคลผู้ได้รับความ

⁵³ ศักดิ์ สนองชาติ. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 2. หน้า 286.

กฎหมายแพ่งถือเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างชายหญิงคู่สมรสชาวโรมันมาอยู่ร่วมกันตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือเมื่อชายหญิงเข้าเกณฑ์วัยรุ่นตามที่กฎหมายให้ทำการสมรสได้อย่างถูกต้อง ทั้งนี้โดยมีพิกัดคำนึงว่าบุคคลเหล่านั้นจะบรรลุนิติภาวะหรือไม่ แต่หากชายหญิงคู่สมรสยังอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา การสมรสนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาก่อน⁵⁶

นอกจากนั้น ยังเป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายครอบครัวแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา ก็ได้ให้คำจำกัดความการสมรสไว้ในมาตรา 300 (A) เช่นกันว่า “การสมรสเป็นสัญญาทางแพ่งที่ทำขึ้นระหว่างชายหญิง โดยถือความยินยอมของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ความยินยอมเช่นนี้จะต้องได้รับใบอนุญาตและได้ทำขึ้นตามแบบพิธีภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้เสียก่อน ทั้งนี้เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามบทบัญญัติมาตรา 425 และบทบัญญัติใน ส่วนที่ 4 (เริ่มต้นตั้งแต่มาตรา 500 เป็นต้นไป)”⁵⁷

อย่างไรก็ดี การสมรสตามกฎหมายครอบครัวไทยมีทั้งแบบที่ไม่ต้องจดทะเบียนสมรส และแบบที่ต้องจดทะเบียนสมรส การสมรสแบบที่ไม่จดทะเบียนสมรส ได้แก่ การสมรสตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย คือ การสมรสที่มีมาก่อนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ใช้บังคับ คือก่อนวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 การสมรสย่อมสมบูรณ์โดยไม่ต้องจดทะเบียนสมรส การเป็นผัวเมียตามกฎหมายลักษณะผัวเมียมีหลักดังนี้คือ “เมื่อฝ่ายชายและหญิง(รวมทั้งผู้ปกครองของหญิง) อีกฝ่ายหนึ่งตกลงยินยอมเป็นผัวเมียกันหรือประสงค์จะเป็นผัวเมียกัน และเขาทั้งสองฝ่ายได้รับรองหรือแสดงต่อธารกำนัลว่าเขาทั้งสองเป็นผัวเมียกัน”⁵⁸ และการสมรสแบบที่ไม่ต้องจดทะเบียนสมรสก็ยังมี การสมรสที่ถูกต้องในต่างประเทศตามแบบของกฎหมายต่างประเทศด้วยส่วนการ

⁵⁶ Justinian Code Title X Marriage “Roman citizens are joined together in lawful wedlock when they are united according to law the man having reached years of puberty and the woman being of a marriageable age whether they be independent or dependent provided that in the latter case they must have the consent of the parents.”. Derenne’s History Page. (2014). *Justinian Code Title X Marriage*. (Online). Available: <http://derenne.weebly.com>. [2015, March 25].

⁵⁷ The California Family Code. Section 300 (a) “Marriage is a personal relation arising out of a civil contract between a man and a woman to which the consent of the parties capable of making that contract is necessary Consent alone does not constitute marriage Consent must be followed by the issuance of a license and solemnization as authorized by this division except as provided by Section 425 and Part 4 (commencing with Section 500).”. Find Law. (2014). *California Code, Family Code - FAM § 300*. (Online). Available: <http://codes.findlaw.com/ca/family-code/fam-sect-300.html>. [2014, March 25].

⁵⁸ กมล พัทธราวิช. (2513). *การเพิกถอนการสมรสและการขาดจากการสมรส*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 8.

สมรสแบบที่ต้องจดทะเบียนสมรส เป็นการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 คือ สมรสตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 โดยชายและหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน มีความประสงค์อยู่กันฉันสามีภริยากันชั่วชีวิต และได้มีการจดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมาย

2.2.2 วิวัฒนาการของการสมรสที่เป็นโมฆียะตามกฎหมายไทย

2.2.2.1 ความหมายของการสมรสที่เป็น โมฆียะ

เนื่องจากความหมายการสมรสที่เป็น โมฆียะนั้นในกฎหมายมิได้กำหนดไว้และไม่มีนักกฎหมายหรือนักนิติศาสตร์ท่านใดให้ความหมายไว้ จากการศึกษาบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1501 มาตรา 1502 มาตรา 1503 มาตรา 1504 มาตรา 1505 มาตรา 1506 มาตรา 1507 มาตรา 1508 มาตรา 1509 มาตรา 1510 และ มาตรา 1511 ผู้เขียนขอสรุปความหมายของการสมรสที่เป็นโมฆียะว่า หมายถึง “การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด อันจะมีผลให้การสมรสนั้นเป็นโมฆียะและการสมรสดังกล่าวจะมีผลสมบูรณ์ไม่สามารถบอกล้างหรือให้สัตยาบันได้ แต่ผู้มีส่วนได้เสียสามารถฟ้องขอให้เพิกถอนการสมรสนั้นได้อันเป็นผลให้การสมรสสิ้นสุดลงเมื่อศาลพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอน หากล่วงเลยจนพ้นกำหนดเวลาที่จะฟ้องเพิกถอนแล้ว การสมรสก็ไม่อาจจะถูกเพิกถอนได้อีกและจะมีผลสมบูรณ์ตลอดไป”

2.2.2.2 ความเป็นมาของการสมรสที่เป็น โมฆียะ

1) ตามกฎหมายมั่งราชศาสตร์

อาณาจักรล้านนา มีกฎหมายมั่งราชหรือพ่อขุนเม็งราย ปกครองบ้านเมือง ใช้รูปแบบการปกครองภายใต้กฎหมาย เรียกชื่อว่า “กฎหมายพระเจ้ามั่งราชศาสตร์” หรือ “กฎหมายมั่งราชศาสตร์” หรือ “มั่งราชศาสตร์” กฎหมายมั่งราชศาสตร์เป็นกฎหมายโบราณของล้านนา มีลักษณะโดยทั่วไปคือเป็นกฎหมายซึ่งมีที่มาจากฮิตฮอยหรือจารีตประเพณีต่าง ๆ ของสังคม (Customary Law) เช่น ความเชื่อ ค่านิยมต่าง ๆ อันเป็นบรรทัดฐานของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม กฎหมายมั่งราชศาสตร์จึงมีเรื่องราวของความเชื่อและประเพณีชาวบ้านปรากฏอยู่ในเนื้อหาของกฎหมาย⁵⁹ ในกฎหมายมั่งราชศาสตร์มีข้อกำหนดเกี่ยวกับผู้หญิง กล่าวคือ มีการกำหนดให้ผู้หญิงผู้ชายมีค่าตัว โดยผู้หญิงมีค่าตัวน้อยกว่าผู้ชายตั้งแต่เกิดมานั้น ได้สะท้อนให้เห็นว่าผู้ปกครองยอมรับว่าผู้หญิงมีฐานะต่ำกว่าผู้ชายนับแต่ถือกำเนิดมา⁶⁰ โดยสถานภาพในครอบครัวกฎหมายกำหนดให้ผู้หญิงในฐานะธิดาต้องอยู่ในความดูแลคุ้มครองของพ่อแม่ หากไม่มีพ่อแม่ผู้หญิงต้องอยู่ในความดูแลของ

⁵⁹ อติศร ศักดิ์สูง. (2550). ผู้หญิงในกฎหมายมั่งราชศาสตร์. *วารสารมนุษยศาสตร์สังคมศาสตร์มหาวิทยาลัยทักษิณ*, หน้า 73.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

ผู้หนึ่งผู้ใดเสมอ เช่น พี่สาว พี่ชาย ปู่ย่า ตายาย ญาติพี่น้อง โดยกฎหมายจะให้ความคุ้มครองหญิงที่มีผู้ปกครองมากกว่าหญิงที่ไม่มีผู้ปกครอง

ก่อนที่ชายหญิงจะทำการหมั้นการสมรสนั้น ตามกฎหมายจารีตประเพณีได้บัญญัติถึงประเพณีแ้วสาว ซึ่งถือเป็นประเพณีที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะตนของชาวล้านนาในการเปิดโอกาสให้ชายหญิงมีอิสระในการได้เลือกคู่ครอง โดยชายหญิงใดที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป⁶¹ ซึ่งถือว่าเป็นบ่าวหรือเป็นสาว บิดามารดาก็อนุญาตให้อู้อ้าวกันได้แล้ว การไปแ้วสาวนั้นมักจะไปกระทำกันเวลากลางคืนและอาจไปกันเป็นกลุ่มหรือไปคนเดียว โดยขณะที่เดินไปตามทางจะคิด สี ตี เป่าเครื่องดนตรีไปตามทางด้วย ซึ่งเครื่องดนตรีก็จะมีสะล้อ ซอ ซึง ขลุ่ย⁶² โดยหนุ่มจะอ้าหรือว่าออกมาเป็นภาษารัก⁶³ ซึ่งเป็นลักษณะของการเกี้ยวพาราสีระหว่างหนุ่มสาว เมื่อชายใดไปแ้วสาวแล้วเกิดความรู้สึกชอบพอและได้ไปมาหาสู่กันอยู่เสมอจนเกิดความคุ้นเคย และหมายว่าจะเอาเป็นเมียโดยยังไม่ล่วงเกินใด ๆ นอกจากนั้นพ่อแม่ของทั้งสองฝ่ายยังรับรู้ถึงความสัมพันธ์ของบุตรชายและบุตรสาวของตนแล้ว ต่อมาภายหลังชายกลับเปลี่ยนใจไปชอบพอกับหญิงอื่น ทำให้ฝ่ายหญิงเสื่อมเสียชื่อเสียง กฎหมายจึงบัญญัติให้ฝ่ายชายต้องชดใช้ค่าเสียหาย 52 น้ำฝ้ายกต่อเกิง⁶⁴ ถ้าหากสาวนอกจากเกิดความรู้สึกชอบพอแล้วยังยินยอมให้ชายล่วงเกิน เช่น จับมือถือแขน หรือล่วงล้ำเข้าไปในเขตธรณีประตูซึ่งเป็นห้องนอนของฝ่ายหญิงแม้ยังไม่ถูกเนื้อต้องตัวหรือถูกเนื้อต้องตัว การกระทำเช่นนี้ก็เป็นการผิดผี เมื่อมีการผิดผีแล้วต้องมีการเสียผีซึ่งมี 2 ประการ คือ เมื่อชายหนุ่มทำผิดผีมีการล่วงเกินหญิงไปแล้วและฝ่ายหญิงมีความยินยอมที่จะเป็นภรรยาที่จะต้องจัดพิธีใส่ผีหรือใส่เอา⁶⁵ ถ้าชายหนุ่มทำผิดผีแล้วและฝ่ายหญิงไม่ยินยอมเป็นภรรยา ไม่แต่งงานด้วย ก็จะต้องเสีย

⁶¹ มณี พะยอมยงค์. (2524). *วัฒนธรรมล้านนาไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ กระทรวงศึกษาธิการ. หน้า 168.

⁶² ศรีเลาเกษพรหม. (2538). *ประเพณีชีวิตคนเมือง*. เชียงใหม่: สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. หน้า 4.

⁶³ มณี พะยอมยงค์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 61. หน้า 4.

⁶⁴ คำว่า “น้ำฝ้าย” ศาสตราจารย์ ดร.ประเสริฐ ฉนกร สันนิษฐานว่าเป็นมาตราเงินชนิดหนึ่ง อ้างถึงโดย สิงฆะวรรณสัย. (2523). *กฎหมายพระเจ้าล้านนา*. เชียงใหม่: วิทยาลัยครูเชียงใหม่. หน้า 3.

คำว่า “ชากต่อเกิง หรือ ชากต่อเกิง” หมายความว่า การปรับเป็นพินัยหลวงครั้งหนึ่งของราคาปรับใหม่. อ้างถึงใน ฮักล้านนา. (2555). *กฎหมายอาณาจักรหลักคำเมืองล้านนา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.huglanna.com/index.php?topic=21.0>. [2557, 27 เมษายน].

⁶⁵ คำว่า “ใส่ผีหรือใส่เอา” หมายถึง พิธีแต่งงานซึ่งเจ้าบ่าวได้นำเงินค่าเสียผีใส่ขัน(พาน) พร้อมข้าวตอกดอกไม้ไปให้ญาติผู้ใหญ่ฝ่ายเจ้าสาว เรียกว่าเงินเสียผีหรือเงินใส่ผี โดยเป็นเงื่อนไขว่าได้เป็นผีในครัวเรือนเดียวกันแล้ว. อ้างถึงใน ฮักล้านนา. (2555). *กฎหมายอาณาจักรหลักคำเมืองล้านนา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.huglanna.com/index.php?topic=21.0>. [2557, 27 เมษายน].

ผีเช่นกัน แต่เสียผีแค่ครั้งเดียวเรียกว่าใส่ไม่เอา⁶⁶ ในกรณีที่ชายปฏิเสธไม่ยอมรับหญิงเป็นภรรยา กฎหมายได้บัญญัติให้ฝ่ายชายต้องชดใช้ค่าเสียหายแล้วทำพิธีขอสมลาโทษต่อผีบรรพบุรุษซึ่งจะ เช่นสังเวศด้วยกระบือ หมู หรือไก่⁶⁷

การแอ้วสาวในเวลากลางคืนบางครั้งอาจเป็นใจให้ชายและหญิงเกิดความพลั้งเผลอมีความสัมพันธ์ทางเพศกันจนเกิดการตั้งครรภ์ขึ้น โดยชายไม่ยินยอมรับผิดชอบ กรณีดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้ทั้งสองฝ่ายพุดจาตกลงกันก่อน หากยังตกลงกันไม่ได้ ก็ต้องนำคดีความขึ้นฟ้องร้องต่อศาล(กว่าน) ให้ขุนกว่านพิจารณาตัดสินกันต่อไป โดยในระหว่างเจรจาตกลงกันนั้น กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายชายเป็นฝ่ายที่ออกค่าใช้จ่ายในการอยู่ไฟหลังคลอด 72 น้ำผ่าครึ่ง ถ้าหากปรากฏว่าหญิงคลอดลูกตายก็ให้ชดใช้ค่าเสียหาย 330 น้ำผ่ายกต่อเก็ง⁶⁸

หลังจากประเพณีแอ้วสาวแล้วเมื่อชายหญิงตกลงที่จะอยู่ร่วมกัน ชายก็จะให้พ่อแม่ไปเจรจาหมั้นหมายสาวจากพ่อแม่ของฝ่ายหญิงให้แก่ตน การเจรจານี้เรียกว่า “พู่”⁶⁹ เมื่อพ่อแม่ของฝ่ายหญิงไม่ขัดข้องก็จะมีการจัดพิธีหมั้นหมาย⁷⁰ กัน โดยฝ่ายชายต้องเตรียมขันหมากหมั้นเป็นของฝากไว้ให้แก่ฝ่ายหญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกันในภายหลัง จะเห็นได้ว่าขนบธรรมเนียม

⁶⁶ คำว่า “ใส่ไม่เอา” หมายถึง เมื่อมีการผิดผีกันแล้ว บ่าวหรือสาวไม่เต็มใจที่จะร่วมชีวิตเป็นผัวเมียกัน การใส่ผีแบบนี้ต้องเสียเงินทองมากกว่าการใส่เอาเพราะถือว่าผิดผีแล้วไม่รับเลี้ยงดู ทำให้ฝ่ายหญิงเสียหาย จึงมีการปรับเงินค่าผีเพิ่มขึ้น แล้วแต่ทางฝ่ายหญิงจะเรียกร้องและตกลงกัน. อ้างถึงใน สักล้านนา. (2555). *กฎหมายอาณาจักรหลักคำเมืองน่าน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.huglanna.com/index.php?topic=21.0>. [2557, 27 เมษายน].

⁶⁷ ค้นว่า ผู้หญิงเป็นลูกหลานเจ้านายในราชสกุลกิติ นอกราชสกุลกิติ เป็นลูกหลานท้าวพระยา กิติ เสนาอำมาตย์ และขุน แสนหมื่น ท้าว หาญทั้งหลายกิติ บุคคลผู้ใดเล่นเป็นแล้วพ้อยบ่เอา กิติ (ไม่แต่งงานด้วย) หื้อการวะพ่อแม่ ผู้หญิงตามประดาขุณ กินขากต่อเก็งแล้วหื้อแปลงผี ฝ่ายผู้หญิงตามขุณผี ค้นว่าผีขุณกินควายหื้อแปลง 2500 ซ็อก ค้นว่าผีขุณกินหมูหื้อแปลง 1250 ซ็อก ค้นว่าผีขุณกินไก่หื้อแปลง 250 ซ็อก ขุนกินขากต่อเก็งค้นว่าในราชสกุลเข้าในผีหอหลวงซ้าหื้อได้แปลงผีหลวงแถม 2200 ซ็อก ขุนกินขากต่อเก็ง. อ้างถึงใน สิงฆะ วรรณสัย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 8.

⁶⁸ อันหนึ่ง ด้วยหลาน หลาน พี่น้อง เจ้านาย ท้าวขุนทั้งหลายอันอยู่ต่างเรือนอยู่ทีอื่นกิติ ค้นว่าชายผู้ใดไปกระทำผิดหื้อแปลงพ่อแม่เจ้าเรือนที่นั่นตามยศ ค้นว่าผู้หญิงมาน (ตั้งครรภ์) แล้วพ้อยบ่เอาหื้อแปลงค่าเดือนไฟ (อยู่ไฟหลังคลอด) 72 น้ำผ่ายกต่อเก็ง ค้นว่าออกดีเป็นแล้ว ออกดีบ่ตาย หื้อเสียค่าฟ้า 330 น้ำผ่ายกต่อเก็ง. อ้างถึงใน สิงฆะ วรรณสัย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 9.

⁶⁹ ศรีเลา เกษพรหม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 145.

⁷⁰ พิธีหมั้นหมายหรือการหมั้น หมายถึง การที่ชายสัญญาว่าจะไปแต่งงานกับบุตรสาวหรือหลานสาวของผู้อื่นในภายหน้า โดยฝ่ายชายนำขันหมากไปมอบให้กับฝ่ายหญิงทำนองมัดจำ หากมีการผิดสัญญาหมั้นจะมีการปรับไหมค่าขันหมากแล้วแต่กรณี. อ้างถึงใน ดวงจิตต์ กำประเสริฐ. (2539). *ประวัติศาสตร์กฎหมาย*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 61.

ประเพณีในล้านนาเมื่อชายหญิงรู้สึกชอบพอและตกลงที่จะเป็นสามีภรรยาแล้วก็จะมีการหมั้นและพิธีแต่งงานตามประเพณี

ดังนั้น การหมั้นตามกฎหมายล้านนาที่จะถือว่าเป็นสมบรูณ์และถูกต้องตามขนบธรรมเนียมประเพณีนั้นต้องประกอบด้วยเงื่อนไขของการหมั้นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แม้จะไม่ใช่ความซับซ้อนมากแต่ถือว่าเป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่เป็นพื้นฐานการยอมรับโดยทั่วไปของคนในสังคมล้านนามัยนั้น⁷¹ และเมื่อขนบธรรมเนียมประเพณีในล้านนาจะต้องมีการหมั้นไว้ก่อนที่จะมีการสมรส ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าเงื่อนไขของการหมั้นถือว่าเป็นเงื่อนไขของการสมรสด้วยเช่นกัน โดยเงื่อนไขของการหมั้นมีดังนี้ คือ

(1) ความยินยอม

บิดามารดาเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการอบรมเลี้ยงดูบุตรให้เจริญเติบโต เป็นบุคคลที่มีคุณภาพในสังคมและเมื่อถึงวัยอันสมควรก็จะเป็นผู้ที่จัดให้บุตรมีคู่ครองที่เหมาะสม เริ่มตั้งแต่การเปิดโอกาสให้หนุ่มสาวได้มีโอกาสในการพบปะพูดคุยแลกเปลี่ยนความคิดเห็น จนในที่สุดเมื่อถึงเวลาอันสมควร ชายหญิงที่ชอบพอกันก็ทำความตกลงที่จะใช้ชีวิตร่วมกัน โดยจัดให้มีการหมั้นหมายที่ถูกต้องตามประเพณี โดยการหมั้นหมายนั้นจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากบิดามารดาของหญิงและตัวหญิงเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นชนชั้นสูงหรือชนชั้นสามัญทั่วไป บิดามารดาต่างก็ต้องให้บุตรได้หมั้นหมายและแต่งงานกับคนที่ดีมีฐานะและขยันทำมาหากินไม่เกียจคร้าน

อย่างไรก็ตาม สังคมล้านนาโบราณก็เป็นสังคมศักดินาเช่นกัน ดังนั้นอิสระในการเลือกคู่ครองระหว่างสตรีชั้นสูงที่มียศบรรดาศักดิ์หรือมีฐานะที่ดี กับสตรีสามัญที่เป็นชาวบ้านนั้นต่างกัน การหมั้นของบุตรชายหรือหญิงของชนชั้นสูง เช่น ขุนนาง ข้าราชการ หรือ เศรษฐีผู้มีฐานะต้องอยู่ในอำนาจการตัดสินใจของบิดามารดาเป็นส่วนใหญ่ ความสมัครใจของบุตรสาวจะถูกพิจารณาในลำดับรองลงมา เนื่องจากต้องพิจารณาถึงชาติตระกูล ฐานะยศบรรดาศักดิ์ ตลอดจนความรู้ความสามารถ โดยบิดามารดาทั้งสองฝ่ายอาจตกลงทำการหมั้นหมายกันล่วงหน้าตั้งแต่ในครรภ์ หรือบิดามารดาทั้งสองฝ่ายอาจทำการตกลงกันเมื่อบุตรชายหญิงโตเป็นหนุ่มสาวก็ได้⁷²

⁷¹ อภิรักษ์ น้อยอุ้นแสน. (2543). *สถานภาพทางกฎหมายของสตรีในสังคมล้านนา พ.ศ.1839-2442 ศึกษากรณีความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 61.

⁷² ความว่า “มาตรา 1 พ่อแม่เป็นเพื่อนกัน ให้ลูกแต่งงานกัน ทั้งสองฝ่ายมีข้าวของเงินทอง ข้าคนเท่า ๆ กัน ทั้งสองคนอยากอยู่บ้านไหนก็บ้านนั้น (บ่ว่าสู บ่ว่าเชื้อ)”. อ้างถึงใน อภิรักษ์ น้อยอุ้นแสน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 71. หน้า 62.

ส่วนการเลือกคู่ครองของหญิงสามัญชนที่เป็นชาวบ้านทั่วไปนั้นมีความเป็นอิสระมากกว่า โดยการหมั้นต้องขึ้นอยู่กับความสมัครใจของชายและหญิงเป็นสำคัญ บิดามารดาของทั้งสองฝ่ายเพียงแต่ให้ความยินยอมในภายหลังเท่านั้น หากพ่อแม่ฝ่ายหญิงตกลงกับฝ่ายชายให้หมั้นหมายกับหญิงอันเป็นบุตรสาวของตน โดยปราศจากความยินยอมจากหญิงนั้น หากต่อมาภายหลังหญิงนั้นหนีไปทำให้ไม่สามารถมีการหมั้นเกิดขึ้นได้ พ่อแม่ของฝ่ายหญิงต้องเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ โดยพ่อแม่ของฝ่ายหญิงต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ฝ่ายชาย หรือในการหมั้นใดหากปราศจากความยินยอมของพ่อแม่ของฝ่ายหญิงและตัวหญิง กฎหมายไม่ถือว่าสัญญาหมั้นเกิดขึ้น⁷³

จากบทบัญญัติดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าชนบทรณนิยมประเพณีการหมั้นและการสมรสในกฎหมายมั่งรายศาสตร์ต้องได้รับความยินยอมของบิดามารดาเช่นกัน หากแต่เพียงกรณีหญิงสามัญชนจะมีอิสระในการเลือกชายคู่ครองมากกว่าหญิงชั้นสูงที่มียศถาบรรดาศักดิ์หรือมีฐานะที่ดีเท่านั้น⁷⁴

(2) อายุ

การหมั้นในกฎหมายมั่งรายศาสตร์ไม่ได้กำหนดเกณฑ์อายุของชายหญิงไว้ชัดเจน เนื่องจากบางครั้งพ่อแม่ที่เป็นเศรษฐีและเป็นสหายกัน ก็อาจทำการหมั้นตั้งแต่ที่ภริยาทั้งสองฝ่ายตั้งครรภ์ กฎหมายก็อนุญาตให้ทำได้⁷⁵ แต่สำหรับชายหญิงที่ทำการหมั้นตอนโตเป็นหนุ่มสาว แม้กฎหมายไม่ได้กำหนดอายุไว้แต่สันนิษฐานได้จากประเพณีแ่สาวว่าชายหญิงมีอายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไปนั้นสามารถที่จะทำการหมั้นและการสมรสได้และไม่ว่าชายหญิงจะอยู่ในช่วงอายุเท่าใด การหมั้นและการสมรสต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาทั้งสิ้น

เมื่อชายและหญิงตกลงที่จะหมั้นกันแล้วฝ่ายชายต้องเตรียมยกขันหมากหมั้นไปที่บ้านฝ่ายหญิง โดยขันหมากหมั้นจะประกอบไปด้วยของฝาก⁷⁶ ที่เป็นหมากพลู ลูกตาล ถั่ว

⁷³ ความว่า “อัน 1 ผู้ชายไปหมายลูกสาวท่าน พ่อแม่สาวก็สู้ เท่าสาวบ่สู้ หนี ไปสู่ที่มันพึงใจนั้น หื้อปรับไหมเอาค่า หื้อเข้าหมั้นเบื้อ...หากสาวก็บ่สู้ พ่อแม่ก็บ่สู้ อย่าหื้อหมายลูกสาวท่านไว้ สาวหนีไปเอาตัวต่างเรือน อย่าว่าเอาทำหื้อค่าของฝากเทอะ”. อ้างถึงใน อภิรัช น้อยอุ้นแสน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 71. หน้า 62.

⁷⁴ อรุณรัตน์ วิเชียรเขียว และลมูล จันทร์หอม. (2528). *รายงานการวิจัยวิเคราะห์กฎหมายล้านนาโบราณ ประชุมกฎหมายครอบครัว*. เชียงใหม่: วิทยาลัยครูเชียงใหม่. หน้า 4.

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

⁷⁶ การที่ประเพณีหมั้นของชาวล้านนาจะต้องมีขันหมากหมั้นประกอบด้วยของฝากนั้น เนื่องจากคนในสมัยก่อนนั้นชายและหญิงชอบเคี้ยวหมากตั้งแต่สมัยยังหนุ่มสาว ดังนั้นเวลาที่มิชายหนุ่มมาอู่สาว ฝ่ายสาวจะเตรียมขันหมากไว้ให้หนึ่งชุด เรียกว่า ขันหมากรวม และอีกชุดหนึ่งซึ่งเป็นขันหมากตนเอง เรียกว่า ขันหมากสาว โดยที่ว่าหมากและพลูเป็นเครื่องแสดงไมตรีจิตแก่ผู้ที่มาเยือนนั้น จึงขยายไปในพิธีหมั้นอันจะต้องรับญาติพี่น้องฝ่ายชายที่มาหมั้นหมายฝ่ายหญิง การที่ผู้ใหญ่ทางฝ่ายชายจะไปสู่ขอหญิงโดยมือเปล่าก็กระไรอยู่ จึงต้องมีทรัพย์สิน

อ้อย และของหมั้นที่เป็นทรัพย์สิน เช่น สร้อย แหวน กำไล สร้อยสังวาล การหมั้นต้องมีของหมั้น เพื่อเป็นหลักฐานและประกันว่าชายจะทำการสมรสกับหญิง ของหมั้นจะส่งมอบให้หญิงก่อนหรือ หลังพร้อมกับสินสอดในวันแต่งงานก็ได้ แล้วแต่ข้อตกลงของทั้งสองฝ่าย⁷⁷

เมื่อชายหญิงได้ตกลงหมั้นหมายกันแล้ว พ่อแม่ของทั้งสองฝ่ายจะต้องจัดพิธีกิน แยกแต่งงาน⁷⁸ หรือวันเอาผ้าเอาเมีย⁷⁹ ซึ่งฝ่ายชายต้องให้พ่อแม่มาคู่ขอหญิงเป็นภรรยาภายใน กำหนดเวลาที่กฎหมายได้บัญญัติเอาไว้ โดยระยะเวลาจะต้องพิจารณาถึงฐานะของชายแต่ละคน⁸⁰ หากไม่มีการแต่งงานภายในกำหนดถือว่าเป็นการผิดสัญญาหมั้น ดังนี้จึงต้องพิจารณาว่าชายหรือ หญิง ฝ่ายใดเป็นคนผิดสัญญาหมั้น

กรณีชายเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น หากฝ่ายชายไม่สามารถที่จะมาสมรสภายใน กำหนดเวลาดังกล่าวไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม กฎหมายถือว่าฝ่ายชายเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น กฎหมายจึงบัญญัติให้สิทธิแก่ฝ่ายหญิงที่จะบอกเลิกสัญญาหมั้นพร้อมทั้งส่งคืนค่าขันหมากแก่ชาย คู่หมั้น และหญิงมีสิทธิที่จะแต่งงานกับชายอื่นได้

กรณีหญิงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น หากฝ่ายหญิงซึ่งประกอบด้วยพ่อ แม่ และ ตัวหญิงได้รับหมั้นฝ่ายชายแล้วต่อมาภายหลังตัวหญิงได้หนีไปหาชายอื่น กรณีดังกล่าวถือว่า ก่อให้เกิดความเสียหายต่อฝ่ายชายซึ่งเป็นคู่หมั้น กฎหมายจึงให้ปรับไหมค่าขันหมาก 22,000 เบี้ย เงินค่าตัวหญิงให้ส่งคืนแก่ชายด้วย ส่วนชายอื่นที่พาหญิงหนีไปอยู่ด้วยกันนั้นให้ปรับเป็นจำนวน มากน้อย โดยถือหลักว่าชายอื่นนั้นรู้หรือไม่ว่าหญิงมีคู่หมั้นอยู่ก่อนแล้ว กล่าวคือ ถ้าหากชายอื่นรู้ว่า หญิงนั้นมีคู่หมั้นแล้วให้ปรับไหม 110,000 เบี้ย หากชายอื่นไม่รู้ให้ปรับไหม 55,000 เบี้ย⁸¹

ดังกล่าวไว้ในพานขันหมาก ซ้ำถือเป็นการแสดงโมตรีจิตที่นำไปค้ำนับต่อบิดามารดาฝ่ายหญิง. อ้างถึงใน อภิขัย น้อยอุ้นแสน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 71. หน้า 60.

⁷⁷ อ้างถึงใน อภิขัย น้อยอุ้นแสน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 71. หน้า 64.

⁷⁸ พิธีกินแยกแต่งงาน หมายถึง การแต่งงานของคนที่มียศบรรดาศักดิ์ หรือมีฐานะดี เช่น กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน เศรษฐี เป็นต้น. อ้างถึงใน ศรีเลา เกษพรหม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 45.

⁷⁹ เอาผ้าเอาเมีย หมายถึง การแต่งงานของประชาชนชาวบ้านโดยทั่วไป. อ้างถึงใน ศรีเลา เกษพรหม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 45.

⁸⁰ ความว่า “ผู้ตีหรือเสนาอำมาตย์ ท้าวพระยาผู้ใหญ่หมั้นไว้ 1 เดือนจึงสู่ขอ หากพ้นกำหนด 1 เดือนให้พ่อแม่คืน ห่อหมากและหาผ้าให้ใหม่ หากเป็นขุนหมั้นไว้ 2 เดือนจึงสู่ขอ หากพ้นกำหนด 2 เดือนให้คืนห่อหมากเสีย หาก เป็นชาวเมืองและไพร่น้อยหมั้นไว้ 3 เดือน หากพ้นกำหนด 3 เดือนให้คืนห่อหมากเสียและหาผ้าให้ใหม่ ชายคู่หมั้น ไม่มีสิทธิว่ากล่าว”. อ้างถึงใน อรุณรัตน์ วิเชียรเขียว และลมูล จันทรหอม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 74. หน้า 1.

⁸¹ ความว่า “ผีไปหมั้นเจ้าตัวและพ่อแม่ยินยอม และส่งค่าตัวแล้ว ภายหลังสาวไม่ยินยอมหนีไป ให้ใหม่ค่าห่อหมาก 22,000 เบี้ย เงินค่าตัวนั้นให้ส่งคืน ส่วนผู้ชายซึ่งหาสาวนั้นหนีไป ให้ใหม่หมั้น 55,000 เบี้ย ในกรณีที่ไม

กรณีชายไปหมั้นหญิง โดยหญิงไม่ยินยอมและพ่อแม่หญิงก็ไม่ยินยอมยกหญิงให้เป็นภรรยาชาย ถือว่าไม่มีการหมั้น หากหญิงหนีไปแต่งงานกับชายอื่น ชายจะว่ากล่าวหญิงไม่ได้ของที่ชายนำไปจะหมั้นหญิงนั้นให้ถือว่าเป็นเพียงของที่ฝากไว้เท่านั้นให้หญิงส่งคืนแก่ฝ่ายชาย⁸²

จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่า การผิดสัญญาหมั้น ในกฎหมายมั่งรายศาสตร์เทียบเท่าได้กับการผิดสัญญาสมรสนั่นเอง เพราะตามกฎหมายมั่งรายศาสตร์นั้นจะต้องมีการหมั้นก่อนที่จะมีการสมรส หากการหมั้นไม่เกิดขึ้นหรือการหมั้นเกิดขึ้นแต่มีการผิดสัญญาหมั้นจึงเท่ากับไม่มีการสมรสในภายหน้า แต่ในการผิดสัญญาหมั้นดังกล่าวจะสังเกตได้ว่า ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าหากชายผิดสัญญาหมั้นจะต้องมีการปรับไหมหรือชดใช้ค่าสินไหมให้แก่ฝ่ายหญิง โดยกฎหมายได้บัญญัติว่าฝ่ายหญิงจะต้องคืนของหมั้นให้แก่ฝ่ายชายเท่านั้น ดังนั้นเมื่อชายผิดสัญญาหมั้นทำให้หญิงเสื่อมเสียชื่อเสียง แต่เมื่อกฎหมายมิได้บัญญัติเกี่ยวกับการปรับไหมหรือชดใช้ค่าสินไหมให้แก่ฝ่ายหญิงสะท้อนให้เห็นว่าผู้หญิงมีฐานะด้อยกว่าผู้ชาย

นอกจากนี้ เมื่อการสมรสตามกฎหมายมั่งรายศาสตร์จะต้องมีการหมั้นเกิดขึ้นก่อนจึงจะทำการสมรสได้ เงื่อนไขการหมั้นในเรื่องของความยินยอมและอายุจึงเป็นเงื่อนไขประการสำคัญที่ทำให้ชายหญิงเกิดการสมรสกันได้เช่นกัน ดังนั้นหากการหมั้นดังกล่าวสมบูรณ์ในเรื่องของความยินยอมและอายุ และต่อมามีการสมรสเกิดขึ้นย่อมเป็นผลให้การสมรสสมบูรณ์ในเรื่องความยินยอมและอายุเช่นกัน แต่หากการสมรสไม่เกิดขึ้นเพราะการขาดความยินยอมไม่ว่าจะเป็นฝ่ายใดก็ตาม ถือว่าเป็นการผิดสัญญาหมั้น โดยกฎหมาย มั่งรายศาสตร์ได้มีการกำหนดผลของการผิดสัญญาหมั้นของชายและหญิงไว้เช่นกัน

2) ตามกฎหมายลักษณะฟัวเมีย

ชนชาติไทยได้ตั้งเป็นกลุ่มและตั้งเป็นประเทศในสมัยกรุงสุโขทัย ซึ่งในสมัยนั้นยังมิได้เรียกว่าประเทศไทยแต่เป็นการรวมชนชาติโดยมีกรุงสุโขทัยเป็นราชธานี ประวัติกฎหมายของกรุงสุโขทัยเท่าที่พบได้คือ ได้มีการจารึกในแท่นศิลาหรือที่เรียกว่าหลักศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงมหาราช โดยมีข้อความที่เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวมีปรากฏในศิลาจารึกด้านหน้า⁸³ โดยในสมัยกรุงสุโขทัย ประชาชนรวมทั้งกษัตริย์ได้มีระบบครอบครัวแบบง่าย ๆ และระบบครอบครัวของ

ทราบว่าหญิงมีคู่หมั้นแล้ว แต่ถ้าทราบก็ให้ใหม่ 110,000 เบี้ย". อ้างถึงใน ประเสริฐ ณ นคร. (2514). *มั่งรายศาสตร์*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เลียงเชียงจงเจริญ. หน้า 14.

⁸² อภิชาติ น้อยอุ้นแสน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 71. หน้า 62.

⁸³ พระยานิติศาสตร์ไพศาล. (2497). *หนังสือคำสอนปริญญโท ประวัติศาสตร์กฎหมาย*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 35.

กษัตริย์ความสัมพันธ์ระหว่างพ่อ แม่ พี่ น้อง ในครอบครัวไม่แตกต่างกับประชาชนเท่าใดนัก⁸⁴ หากแต่ความสัมพันธ์ของผิวเมียไม่มีความสัมพันธ์ทางครอบครัว ดังจะเห็นได้จากศิลาจารึกที่ไม่ได้จารึกเกี่ยวกับผิวเมีย ผิวเมียจึงไม่มีบทบาทในครอบครัวและสังคม นอกจากนี้ได้มีข้อความปรากฏเกี่ยวกับเมื่อผัวตายทรัพย์มรดกตกแก่บุตร⁸⁵ จึงแสดงให้เห็นว่าไม่มีการแบ่งทรัพย์ระหว่างผิวเมีย ทรัพย์มรดกของผู้ตายตกได้แก่บุตรเท่านั้น⁸⁶ ดังนั้นความสัมพันธ์ของผิวเมียและการขาดจากการสมรสในสมัยกรุงสุโขทัยจึงไม่มีการแบ่งทรัพย์สินระหว่างผิวเมีย และเมียไม่มีบทบาทในครอบครัวหรือสังคม ทุกอย่างย่อมอยู่ในอำนาจจัดการของพ่อ นอกจากนี้พ่อขุนรามคำแหงทรงบำเพ็ญพระองค์ตามธรรมเนียมประเพณีเช่นเดียวกับผู้เป็นบุตรทั้งหลาย กล่าวคือทรงปฏิบัติภารกิจช่วยเหลือพระบิดา⁸⁷ ทรงอุปการะพระบิดาและมารดา⁸⁸ ดังนั้นแสดงให้เห็นว่าได้ว่าในสมัยกรุงสุโขทัยได้มีขนบธรรมเนียมประเพณีในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างพ่อ แม่ พี่ น้อง มากกว่าความสัมพันธ์ทางผิวเมีย ซึ่งบ่งบอกถึงสตรียุคนั้นไม่มีบทบาททางครอบครัวหรือสังคมและยังแสดงให้เห็นว่าบิดาหรือบุรุษเป็นใหญ่ที่สุดในครอบครัว

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยา ปรากฏว่า เมื่อสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) ทรงตั้งกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างครอบครัวยังคงได้รับอิทธิพลจากกรุงสุโขทัย คือ พ่อยังคงเป็นใหญ่ในครอบครัว เนื่องจากอยุธยาเป็นอาณาจักรที่มีพลเมืองมากขึ้น จึงจำเป็นจะต้องมีการจัดระเบียบทางสังคมมากกว่าในอดีตจึงได้มีการออกกฎหมาย สำหรับกฎหมายซึ่งถือเป็นแม่บทสำคัญสำหรับกรุงศรีอยุธยาก็คือ “คัมภีร์พระธรรมศาสตร์” อันมีที่มาจากประเทศอินเดียตามความเชื่อในศาสนาฮินดู โดยไทยได้รับผ่านมาจากมอญซึ่งนับถือพุทธศาสนา เช่นเดียวกับไทย ศาสตราจารย์ ร.แฉงกาด์ เชื่อว่าคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ได้เข้าสู่ดินแดนของไทย ตั้งแต่ครั้งสุโขทัย ซึ่งสอดคล้องกับหลักฐานที่ปรากฏในศิลาจารึกหลักที่ 38 หรือศิลาจารึกกฎหมายลักษณะ โจร คัมภีร์พระธรรมศาสตร์นี้มีที่มาจากอินเดียตามความเชื่อในศาสนาฮินดูที่เชื่อว่า

⁸⁴ ความในศิลาจารึกตอนหนึ่งกล่าวว่า “พ่อกูชื่อขุนศรีอินทราทิตย์ แม่กูชื่อนางเสือง พี่กูชื่อบานเมือง ตูพี่น้องห้องเดียวห้าคน ผู้ชายสาม ผู้หญิงสอง”

⁸⁵ ความในศิลาจารึกตอนหนึ่งกล่าวว่า “พ่อกูตาย ยังพี่กู กูพรั้งบ่าเรอแก่พี่กู ดังพรั้งบ่าเรอแก่พ่อกู พี่กูตายจึงได้เมืองแก่กูทั้งกลม” และ ความในศิลาจารึกตอนหนึ่งกล่าวว่า “ไพร่ฟ้าหน้าใส ลูกเจ้า ลูกขุน ผู้ใดแล้ สัมหายตายกว่าเข้าเรือนพ่อเชื้อเสื้อค้ำมัน ช้างขอลูกเมียเยยข้าว ไพร่ฟ้าข้าไท ปาหมากป่าพลูก พ่อเชื่อมั่น ไว้แก่ลูกมันสิ้น”.

⁸⁶ ดวงจิตต์ กำประเสริฐ. อ่างแล้วเชิงอรอดที่ 70. หน้า 27.

⁸⁷ ความในศิลาจารึกตอนหนึ่งกล่าวว่า “กูไปตีหนังวังช้างได้ กูเอามาให้แก่พ่อกู กูไปที่บ้านที่เมือง ได้ช้างได้ของได้บัว ได้นาง ได้เงื่อน ได้ทอง กูเอามาเวนแก่พ่อกู”.

⁸⁸ ความในศิลาจารึกตอนหนึ่งกล่าวว่า “เมื่อชั่วพ่อกู กูบ่าเรอแก่พ่อกู กูบ่าเรอแก่แม่กู กูได้ตัวเนื้อ ตัวปลา กูเอามาให้แก่พ่อกู กูได้หมากส้ม หมากหวานอันใดกินอรอดดี กูเอามาให้แก่พ่อกู”.

พระพรหมเป็นผู้ถ่ายทอดหลักธรรมนี้ให้แก่มนู แล้วมนูถ่ายทอดต่อให้กับนักปราชญ์โบราณ โดยถือหลักธรรมนี้เป็นสิ่งที่มนุษย์ทุกคนต้องปฏิบัติตาม⁸⁹ หลักการใหญ่ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ได้กำหนดมุลคติเป็น 2 ประเภท คือมุลคติแห่งผู้พิพากษาและตระลาการ 10 ประการ อันเป็นกฎหมายแม่บทเกี่ยวกับอำนาจศาลและวิธีพิจารณาความ มุลคติอีกประเภทคือ มุลคติวิวาท 29 ประการ อันเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดคตินิติหน้าที่ของบุคคลที่เกิดกรณีพิพาทต่อกัน รวมเป็นมุลคติทั้งสิ้น 39 ประการ โดยพระธรรมศาสตร์กำหนดให้พระมหากษัตริย์นำมุลคติทั้ง 39 ประการนี้เป็นหลักในการบัญญัติสาขาคดีต่าง ๆ อันได้แก่บรรดาพระราชบัญญัติซึ่งพระมหากษัตริย์ได้ตราขึ้น ซึ่งสาขาคดีอันมีลักษณะเป็นราชศาสตร์ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์⁹⁰

นอกจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่ใช้ในการปกครองแผ่นดินแล้ว กฎหมายในสมัยโบราณยังจำแนกกฎเกณฑ์ เป็นพระอัยการเฉพาะเรื่อง ซึ่งความหมายของคำว่า “อัยการ” แตกต่างจากความหมายของอัยการที่ใช้ในปัจจุบัน ในกฎหมายไทยเดิมคำว่า “พระอัยการ” หรือ “พระไอยการ” หมายถึง กฎหมายพื้นฐานของแผ่นดิน (Basic law) ซึ่งทุกคนจะต้องปฏิบัติตามและหากมีปัญหาเกี่ยวกับพระอัยการ พระมหากษัตริย์ซึ่งมีหน้าที่ให้ความยุติธรรมจะต้องมีพระราชวินิจฉัยในแต่ละคดีเรียกว่า “พระราชบัญญัติ” พระราชบัญญัติแต่ละมาตราจะอ้างมุลคติเดิมเสมอ อนึ่งโดยทั่วไปพระราชบัญญัตินี้ใช้ในรัชกาลเดียวเท่านั้น ถ้าสิ้นรัชกาลนั้นพระราชบัญญัติเป็นอันล้มเลิกไป แต่บางกรณีกษัตริย์องค์ใหม่อาจนำมาใช้ต่อก็จะเรียกใหม่ว่าเป็น “พระราชกำหนด”⁹¹ ในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีศรีบรมจักรพรรดิ (พระเจ้าอู่ทอง) พระองค์ทรงบัญญัติกฎหมายเรียกว่า “พระอัยการลักษณะพยาน” เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรก เมื่อปีพุทธศักราช 1894⁹²

“พระไอยการลักษณะพัวเมีย” หรือ “พระอัยการลักษณะพัวเมีย” หรือ “กฎหมายลักษณะพัวเมีย” จัดเป็นหมวดหนึ่งซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีศรีบรมจักรพรรดิ (พระเจ้าอู่ทอง) โดยได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้ตราไว้ 2 คราว คือ “พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการพิศเมีย พุทธศักราช 1904”⁹³ ต่อมาได้โปรดเกล้าให้ตรา “พระราชบัญญัติ

⁸⁹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2552). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 85.

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

⁹¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 89. หน้า 94.

⁹² ประกอบ โชปประการ. (2513). *วิวัฒนาการทางชนบทประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เพชรสยาม. หน้า 129.

⁹³ คำประกาศกฎหมายพัวเมียมีความว่า “ศุภมัศวะ, 1904 ศกชวด นกัศตว เดือน 11 ขึ้น 5 ค่ำ จันทวาระ มีพระราชโองการมานะพระบันฑุลพระราชอาษา สมเด็จพระเจ้ารามาธิบดีศรีบรมจักรพรรดิรามาบพิตร เป็นเจ้าอยู่หัว ให้ตราพระราชกฤษฎีกาบัญญัติ คำนับเผด็จแก่เสนาพฤตตามาตยราชมนตริภิริโยธามุข ทุกกระทรวง ทบวงการทหาร

ว่าด้วยการแบ่งปันสินบริคณห์ระหว่างฝัวเมีย พุทธศักราช 1905” ซึ่งเป็นกฎหมายที่จะใช้เมื่อหย่าขาดจากกัน โดยมูลเหตุเกิดขึ้นเนื่องจากคดีฟ้องหย่าขุนไกรนารายณ์กับแม่นางเกิด⁹⁴ ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของอินเดีย กฎหมายเหล่านี้มีอิทธิพลของศาสนาฮินดูแทรกซึมอยู่ ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายยินยอมให้ชายมีภริยาได้หลายคน อันเป็นประเพณีนิยมของฮินดูที่ปฏิบัติกันอยู่ตลอดมา นอกจากนี้บทบัญญัติกฎหมายลักษณะฝัวเมียที่มีที่มาจากโบราณกษัตริย์ มีพระราชบัญญัติจัดเป็นมาตราสืบมา⁹⁵ กฎหมายลักษณะฝัวเมียจึงถือว่าเป็นกฎหมายครอบครัวที่บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของประเทศไทย ตามหลักวิชานิติศาสตร์ โดยถือว่ากฎหมายลักษณะฝัวเมียเป็นกฎหมายบัญญัติ (Enacted Law) แต่ตามคำประกาศกฎหมายได้ระบุว่ากษัตริย์พระองค์ก่อน ๆ ได้บัญญัติสืบ ๆ กันมา จึงไม่น่าจะถือว่าเป็นกฎหมายบัญญัติ แต่เป็นการนำเอาธรรมเนียมประเพณีเกี่ยวกับครอบครัวมากำหนดให้เป็นลายลักษณ์อักษร ส่วนหลักกฎหมายซึ่งเป็นความคิดและเหตุผลให้มีคำสั่งบังคับโทษนั้น คงยึดถือจารีตนิยมที่ยึดถือมาตั้งแต่ดั้งเดิมนั่นเอง ดังนั้น กฎหมายฝัวเมียจึงคงมีสภาพเป็นกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) นั่นเอง ต่อมาในปีพุทธศักราช 2206 ในแผ่นดินสมเด็จพระเอกาทศรถ ได้ทรงตรากฎหมายห้ามหญิงชายสมรสกับคนต่างด้าวไว้ใน “พระไอยการอาญาหลวงหรือพระอัยการอาญาหลวง ศก. 1976”⁹⁶ เพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ โดยเกรงว่าผู้ที่สมรสกับคนต่างด้าวจะเอาความลับในราชการไปแจ้งให้ต่างประเทศทราบ และกฎหมายดังกล่าวมีบทกำหนดโทษที่รุนแรงถึงขั้นประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต⁹⁷

พลเรือนชายชวา ประชากรยิวทั้งหลาย สมสังกัตพรรคอันมีในแคว้นแคว้นพระนครศรีอยุธยา มหาดีลกภณพรัตน์ราชธานี บุรีรมย์ ตั้งแต่สืบไปเมื่อหน้า”. อ้างถึงใน องค์การคำของคุรุสภา. (2515). *กฎหมายตราสามดวง เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์คุรุสภา. หน้า 205.

⁹⁴ เชียง เนติบัณฑิต. (2456). *กฎหมายฝัวเมีย*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พานิชกุศล. หน้า 1.

⁹⁵ คำประกาศกฎหมายฝัวเมียมีความตอนหนึ่งว่า “ในลักษณะฝัวเมียนี้ มีบาปในคำภีร์พระธรรมสารทกล่าวดังนี้ ชายมุปลิกัส วิปตติ เกทา แปลเนื้อความว่า วิปตติเกทา อันว่าปรเพทแห่งฝัวเมียอันจะเกิดอิกรเป็นมูลวิวาท ต่าง ๆ อันนักปราชญ์พึงรู้โดยสาขาคดีมีประการอันมาก อันบุรุษกษัตริย์ มีพระราชบัญญัติจักเป็นบทมาตรา สืบ ๆ มา”.

⁹⁶ ความว่า “...แลไพร่ฟ้าข้าขอบขัณฑ์เสมอทุกวันนี้ประกอบด้วย ราชะ โทษะ โมหะ โลภะ มิได้กลัวแก่บาปเหนื่อนานาประเทศ ฝ่ายอังกฤษกริด กระปิตัน วิลันดา คุลา ละวา มลายู แยกกาย แกว ประกอบด้วยทรัพย์สมบัติเป็นอันมากแลไทย มอญทุกวันนี้ ยกลูกสาว หลานสาวให้เปนเมียมฤตทิฐิ ถือผิดเป็นชอบ แล้วละฝ่ายสัมมาทิฐิเสีย และบุตรอันเกิดมานั้นก็ถือเพชไปตามพ่อก็จักกันไปสู่อบายกุมเสีย และมันจะเอากิจการบ้านเมืองไปแจ้งแก่นานาประเทศพึง...”.

⁹⁷ ความว่า “ราษฎรข้าแผ่นดินชายหญิงไทยมอญ บมีย่า บมิกัว พระราชกำหนดกฎหมายหนัพศดูข้าวของเงินทองมฤตทิฐิ อันมาค้าขายแต่นานาประเทศ นอกด้านต่างแดน แลยกลูกสาวยกหลานสาวให้เปนเมียฝรั่ง อังกฤษ

ต่อมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ เมื่อพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชทรงสถาปนากรุงรัตนโกสินทร์เป็นราชธานี กฎหมายฝั้วเมียยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ในปี พ.ศ. 2347 ได้เกิดคดีฟ้องหย่าระหว่างอำแดงป้อมกับนายบุญศรี⁹⁸ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ทรงเห็นว่าเกิดความบกพร่องคลาดเคลื่อนในตัวบทกฎหมาย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นชำระและพิจารณาสอบทานตัวบทที่ใช้อยู่กับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ให้สอดคล้องตรงความกัน เมื่อกรรมการตรวจชำระเสร็จแล้วอัครราชบัณฑิตได้เขียนด้วยหมึกบนสมุดข่อย รวม 6 ชุด ชุดละ 41 เล่ม 3 ชุดแรกเป็นต้นฉบับแท้เรียกว่าฉบับหลวง เขียนเสร็จเมื่อ พ.ศ. 2348 บนปกแต่ละเล่ม ประทับตราพระราชสีห์ ตราพระคชสีห์ และตราบัวแก้ว อีก 3 ชุดเขียนเช่นเดียวกันแต่มิได้ประทับตราเรียกว่าฉบับรองทรง เขียนเมื่อ พ.ศ. 2350 ฉบับรองทรงนี้ใช้สำหรับอ่านเขียนคัดลอก และเอาออกใช้เวลาดัดสินคดี เพื่อถนอมฉบับตัวจริงมิให้ชอกช้ำบุบสลายเร็ว⁹⁹ เรียกว่ากฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวง มีลักษณะเป็นการรวบรวมกฎหมายเดิม ๆ ขึ้นเป็นเรื่อง ๆ ตามรูปเดิมแต่ละเรื่องมีข้อความไม่ติดต่อกัน เรื่องหนึ่ง ๆ ถือเป็นกฎหมายฉบับหนึ่ง ในคำปรารภของแต่ละเรื่องกล่าวถึงเหตุแห่งการออกกฎหมายเรื่องนั้นและคำสั่งของพระเจ้าแผ่นดินที่ให้ตรากฎหมายนั้นขึ้นด้วย¹⁰⁰ ในส่วนของ กฎหมายลักษณะฝั้วเมียเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของครอบครัว ซึ่งมีบัญญัติไว้แต่โบราณพบในสมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งความสัมพันธ์นั้นอยู่ในรูปแบบประเพณีนิยมเป็นส่วนใหญ่ เป็นกฎหมายว่าด้วยการสมรสตามกฎหมาย ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การหย่า เป็นต้น โดยกฎหมายยอมรับรองภริยาหลายคน โดยแบ่งชั้นภริยาออกเป็น 3 ประการ ได้แก่

วิลังดา ฉวามลาอุยอนต่างศาสนา ท่านว่าผู้นั้นเลี่ยมหนามในแผ่นดิน แลมันเอาใจไปเพื่อแม่แก่ประจามิตค่าศึกศัตรู หมูร่ายท่านให้ลงโทษ 6 สถาน ๆ หนึ่ง คือ ให้ฟันคอ ธิบเรื่อน 1 ให้จำใส่ตรูไว้จนกว่าจะตาย 1 ให้ริบราชบาตแล้วเอาตัวลงหล้าข้าง 1 ให้ไหมจตุรคุณ 1 ให้ไหมตรีคุณ 1 ให้ไหมทวิคุณ 1 อย่าให้คู่เป็นเชียงกัน”.

⁹⁸ คดีอำแดงป้อมฟ้องหย่านายบุญศรี ปรากฏข้อเท็จจริงว่า “อำแดงป้อมทำชู้กับนายราชาอรอด แล้วมาฟ้องหย่า นายบุญศรีช่างเหล็กหลวงผู้เป็นสามี นายบุญศรีไม่ยอมหย่า แต่พระเกษมตีความในกฎหมายร่วมกับลูกขุนแล้วพิพากษาให้อำแดงป้อมหย่าขาดจากนายบุญศรีได้ นายบุญศรีจึงร้องทุกข์กล่าวโทษพระเกษมและนายราชาอรอดต่อเจ้าพระยาศรีธรรมราช เจ้าพระยาศรีธรรมราชนำความขึ้นกราบบังคมทูลพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ทรงพระกรุณาตรัสว่าหญิงนอกใจชายแล้วมาฟ้องร้องหย่าชาย ลูกขุน ปรีกษาให้หย่ากันนั้นหาเป็นยุติธรรมไม่ จึงมีพระบรมราชโองการตรัสสั่งให้เจ้าพระยาพระคลังเอากฎหมาย ของศาลหลวง มาสอบกันฉบับหอหลวงข้างที่ได้ความว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชาย หย่าได้”.

⁹⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ศูนย์ข้อมูลกฎหมายกลาง. (2547). *บทความ 200 ปีกฎหมายตราสามดวง*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 2.

¹⁰⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

เมื่อกกลางเมือง เมื่อกกลางนอก เมื่อกกลางธานี¹⁰¹ และทรงกรุณาโปรดเกล้าให้ชำระกฎหมายเก่าเรื่อง ประเพณีการทำหนังสือบริคณห์ โดยให้ตรา “พระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีแบ่งสินเดิมสินสมรส เมื่อผู้เมียหย่ากันไม่มีหนังสือบริคณห์” รวมทั้ง “พระราชบัญญัติว่าด้วยอำนาจอิสรระของบิดา มารดาผู้ปกครองหญิง” ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้ต่อมาได้อมารวมกันไว้ เรียกว่าพระไอยการลักษณะ ผู้เมียหรือพระอัยการลักษณะผู้เมียหรือกฎหมายลักษณะผู้เมีย โดยได้รวมไว้ในกฎหมายสอง เล่ม นอกจากที่กล่าวมาแล้ว กฎหมายลักษณะผู้เมียในกฎหมายสองเล่มนั้นยังมีกระจัดกระจายอยู่ใน ลักษณะอื่นอีก เช่น พระไอยการลักภากฎเมียผู้คนท่าน¹⁰² พระไอยการลักษณภู่นี้ พระไอยการ ลักษณะมรดก เป็นต้น¹⁰³ ในการรวบรวมใหม่นี้นอกจากตรวจชำระแล้วยังได้มีการแก้ไขกฎหมายให้ เข้ากับยุคสมัยด้วย กฎหมายลักษณะผู้เมียตามกฎหมายตราสามดวงนี้แม้จะเป็นกฎหมายลายลักษณ์ อักษร แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายเหมือนกับจารีตประเพณี ความสัมพันธ์ในครอบครัวสะท้อน ออกมาในรูปของกฎหมายลักษณะผู้เมียเป็นความสัมพันธ์แห่งความเหลื่อมล้ำระหว่างชายหญิง เป็นความสัมพันธ์ที่ชายเป็นใหญ่และอยู่บนพื้นฐานของการกดขี่ทางเพศและชนชั้น การกดขี่ของ ชายต่อหญิงนี้เป็น การกดขี่ที่ขอบด้วยกฎหมาย เช่น การให้อำนาจแก่สามีที่จะปราบปราม โยคีหญิง ในกรณีที่ยังทำผิด สิทธิของชายที่จะมีภริยาได้หลายคน โดยสถานภาพของสตรีต่ำมากในขณะที่ อำนาจของบิดาหรือสามีมีอย่างมากมาย

บทบัญญัติในกฎหมายลักษณะผู้เมียจะไม่มีปรากฏว่ามีกรกล่าวถึงความเป็นโมฆิยะ ของการสมรสเอาไว้แต่ในการสมรสตามกฎหมายลักษณะผู้เมียได้มีการกำหนดเงื่อนไขการสมรส คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของชายและหญิงที่จะทำการสมรสกันตามกฎหมาย โดยเงื่อนไข การสมรสบางประการนั้นนำมาสู่เหตุแห่งการสมรสที่เป็นโมฆิยะในปัจจุบัน

(1) หลักในเรื่องอายุของชายและหญิง

หลักของการสมรสในเรื่องอายุของชายและหญิง แต่เดิมในกฎหมายลักษณะผู้เมีย ไม่มีบทบัญญัติไว้ชัดเจนอย่างใด ว่าชายหรือหญิงอายุเท่าใดจึงทำการสมรสได้ ดังนั้นเมื่อพิจารณา เรื่องอายุแล้วจึงต้องอาศัยกฎหมายลักษณะอาญาเทียบเคียงเรื่องข่มขืนกระทำชำเรากำหนดว่าเป็น

¹⁰¹ สุพิศ ประณีตพลกรัง. (2550). คำเก่าในกฎหมาย. *วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์*, หน้า 126.

¹⁰² กำหนดโทษของโจรสลักพาลูกเมียผู้คนท่านไป รวมถึงแนะนำให้ลูกเมียข้ามคนอื่นหลบหนี ผู้ให้เสบียงหรือให้ความช่วยเหลือใด ๆ ทาสผู้นั้นหนีออกไปนอกเมือง และยังกำหนดความผิดของผู้ให้ความอุปการะแก่ผู้หลบหนี มาสู่ตนด้วย อีกทั้งผู้ที่อำพรางไว้เมื่อมีทาสหนีมาพึ่งตนก็ต้องโทษเช่นกัน การที่กฎหมายกำหนดความผิดเรื่อง ลักพาลูกเมียผู้คนท่านไว้อาจเป็นเพราะว่ากฎหมายลักษณะทาส ให้ผู้ชายเมียได้ พ่อแม่ชายลูกได้ นายเงินชายทาส ต่อไปได้ แต่เมียก็ดี ลูกก็ดี ทาสก็ดี ไม่สามารถโต้แย้งผู้ พ่อแม่ นายเงินได้.

¹⁰³ เชื้อยง เนติบัณฑิต. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 94. หน้า 2.

กรณีหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี ชายจะนำมาเป็นภริยาไม่ได้¹⁰⁴ โดยจากบทกฎหมายดังกล่าวนี้ห้ามมิให้ชายร่วมประเวณีหญิงแม้หญิงจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ดี ชายนั้นจะมีโทษตามกฎหมาย¹⁰⁵ แม้บิดามารดาจะยินยอมหรือให้ชายและหญิงสมรสกันอย่างไรก็ไม่เป็นผล และถ้าเป็นกรณีเด็กหญิงอายุเกินกว่า 12 ปี แต่ต่ำกว่า 14 ปี เป็นภริยาชายได้หรือไม่ นั่นไม่มีกฎหมายห้ามไว้เช่นกัน แต่ถ้าเป็นกรณีชายได้เกลี้ยกล่อมหญิงโดยลักพาไปเพื่อการประเวณีเป็นสามีภริยากันไม่ได้ เพราะกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 275 ได้ลงโทษแก่ชายที่กระทำความผิดในในกรณีดังกล่าว ดังนั้นหากหญิงอายุเกิน 12 ปี แต่ไม่ถึง 14 ปี สมภารใจเป็นภริยาชายและบิดามารดาขอให้และยินยอมให้เป็นภริยาชายก็ไม่น่าจะผิดกฎหมาย ดังนั้นจึงพอสรุปเป็นแนวทางในการกำหนดอายุหญิงที่จะสมรสหรือแต่งงานในกฎหมายลักษณะัวเมียคืออายุ 12 ปีขึ้นไป ต่อมามาตรา 244¹⁰⁶ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2474 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาชญา พ.ศ. 2474 กำหนดอายุหญิงไว้อย่างต่ำ 13 ปี ซึ่งชายใดจะกระทำชำเราด้วยไม่ได้ หญิงจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

ส่วนกรณีอายุชายที่จะทำการสมรสนั้นกฎหมายลักษณะัวเมียไม่ได้กำหนดไว้เช่นกัน ดังนั้นจึงนำมาตรา 56¹⁰⁷ และมาตรา 57¹⁰⁸ แห่งกฎหมายลักษณะอาญามาปรับใช้ ดังนี้เกณฑ์กำหนดอายุชายคือ 7 ปีขึ้นไป และมาตรา 57 ถือเอาความรู้จักผิดชอบของเด็กในการที่จะลงโทษเมื่อเด็กกระทำผิดเป็นเกณฑ์ ซึ่งเข้าใจว่าอย่างน้อยชายจะทำการสมรสได้ก็ต่อเมื่ออายุ 14 ปีบริบูรณ์

¹⁰⁴ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451). มาตรา 244 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปีให้มีโทษ”

¹⁰⁵ เชียง เนติบัณฑิต. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 94. หน้า 13.

¹⁰⁶ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2474. มาตรา 4 “ให้แก้คำว่า “สิบสองขวบ” ในมาตรา 244 245 และมาตรา 246 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาเป็น “สิบสามขวบ”.

¹⁰⁷ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451). มาตรา 56 บัญญัติว่า “ถ้าเด็กอายุยังไม่ถึงเจ็ดขวบกระทำความผิด ท่านว่ามันยังมีรู้ผิดแลชอบ อย่าให้ลงอาญาแก่มันเลย”

¹⁰⁸ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451). มาตรา 57 บัญญัติว่า “ถ้าเด็กอายุกว่าเจ็ดขวบขึ้นไป แต่ยังไม่ถึงสิบสี่ขวบ กระทำความผิด ท่านให้ศาลมีอำนาจกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดใน 3 ประการที่จะว่าต่อไปนี้ คือ

(1) ถ้าเห็นว่ามันยังไม่รู้ผิดชอบ จะให้ปล่อยตัวไปเสียก็ได้ หรือถ้าศาลเห็นว่ามันพอจะเข้าใจความรับผิดชอบได้อยู่บ้าง ให้ศาลว่ากล่าวให้มันรู้สีกตัวแล้วภาคทัณฑ์ปล่อยตัวไปก็ได้ ฉะนั้นประการหนึ่ง

(2) มอบตัวเด็กให้แก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองไป แลบังคับเรียกประกันทานบนหรือเรียกแต่ทานบนแก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองเด็กนั้น ให้สัญญาว่าจะระวังเด็กนั้นให้ประพฤติตนรักษาความเรียบร้อยตลอดเวลาที่ศาลจะกำหนดให้ไม่เกินสามปีถ้าผิดทานบน ให้ศาลปรับเงินตามที่กำหนดไว้ในทานบนไม่เกินร้อยบาทขึ้นไป ฉะนั้นประการหนึ่ง

(3) สั่งให้ส่งตัวเด็กนั้นไปไว้ในโรงเรียนดัดสันดานตลอดเวลาที่ศาลจะกำหนดให้ แต่อย่าให้เกินไปกว่าเวลาที่เด็กนั้นมีอายุครบสิบแปดขวบ ประการหนึ่ง.

แล้ว แต่อย่างไรก็ดี ความเห็นนี้อาจไม่เป็นจริงเสมอไปเพราะบางกรณีชายสมรสเมื่ออายุ 12 ปีก็ได้ ไม่มีกฎหมายใดจะบังคับห้าม¹⁰⁹ ด้วยเหตุนี้ในการกำหนดอายุของชายในการสมรสจึงไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน จะมีก็แต่กฎหมายลักษณะอาญาเท่านั้นซึ่งห้ามแต่เรื่องอายุของหญิงเท่านั้น

(2) หลักการสมรสโดยถูกหลอกลวง

หลักการของการสมรส โดยถูกหลอกลวงมีมาตั้งแต่สมัยโบราณแล้ว ตามกฎหมายลักษณะฟัวเมียได้แบ่งเป็นสองกรณี คือ

กรณีที่ 1 กรณีชายหลอกลวงหญิงว่าตนยังไม่มีภริยา หากหญิงหลงเชื่อจึงยอมเป็นภริยาชายแล้วปรากฏว่าชายมีภริยาแล้ว โดยภริยาคนก่อนได้ดีและด่าว่าภริยาคนหลังที่ถูกหลอกลวงมา หากหญิงยังไม่มีบุตรเกิดด้วยกับชายผู้หลอกลวงดังกล่าวหญิงมีอำนาจฟ้องต่อศาลให้หย่าขาดจากการเป็นสามีภริยาได้ โดยให้ชายจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่หญิงผู้ได้รับบาดเจ็บและเสียตัวจากการถูกชายหลอกลวง ถ้าหากหญิงมีบุตรอันเกิดจากชายผู้หลอกลวง ให้สิทธิหญิงเป็นภริยาชาย¹¹⁰

กรณีที่ 2 กรณีที่ชายหลอกลวงหญิงว่าจะช่วยทุกข์ยากของหญิง หญิงหลงเชื่อจึงยอมเป็นภริยาชายแล้วปรากฏว่าชายไม่ช่วยทุกข์ยากของหญิง หญิงมีอำนาจฟ้องต่อศาลให้หย่าขาดจากการเป็นสามีภริยาได้ หากพิจารณาได้ความว่าชายหลอกลวงหญิงจริง ดังนี้ให้ชายจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่หญิง¹¹¹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในกฎหมายลักษณะฟัวเมียมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมรส โดยถูกกลั่นแกล้ง แต่ในอดีตใช้คำว่าถูกหลอกลวง โดยในกฎหมายลักษณะฟัวเมียได้กล่าวถึง

¹⁰⁹ ทองเปลว ชมภูมิม และคณะนิติบัณฑิต. (2478). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว*. พระนคร: อักษรนิติ. หน้า 68.

¹¹⁰ กฎหมายลักษณะฟัวเมีย. มาตรา 112 บัญญัติว่า “ชายใดมีเมียแล้วพรางว่าหาเมียมิได้ ให้สู่ขอหญิงอื่นมาเป็นเมีย แลเมียก่อนตีค่าหญิง ซึ่งสู่ขอมาเป็นเมียนั้นเจ็บปวดไปไซ้ ถ้าหญิงผู้เจ็บมีสมภพอยู่ด้วยชายนั้น ก็ให้ว่ากล่าวยังสภาวะตระลาการให้ขาดจากฟัวเมียกัน จึงให้ไหมชายผู้พรางเท่าพ่อหลวงท่านแลให้ไหมผู้กล่าวขอนั้นกึ่งชายผู้พราง ให้แก่หญิงผู้บาดเจ็บ เหตุหญิงเสียตัวเพราะชายพ่อหลวง ถ้าหญิงเกิดบุตรด้วยชายนั้นแล้ว ให้สิทธิ์เป็นเมียชาย หญิงจะว่ากล่าวอย่าฟังฟังเลย”. อ้างถึงใน กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์. (2452). *ว่าด้วยฟัวเมีย*. พระนคร: โรงพิมพ์กองลหุโทษ. หน้า 109.

¹¹¹ กฎหมายลักษณะฟัวเมีย มาตรา 141 บัญญัติว่า “หญิงใดมีทุกข์ยาก ชายว่าจะช่วยทุกข์หญิง ๆ เชื้อฟังคำได้ร่วมประเวณีด้วยชาย ๆ ช่วยทุกข์ยากหญิงได้ หญิงนั้นคงสิทธิ์เป็นเมีย ถ้าชายพ่อหลวงหญิง ๆ ร่วมประเวณีเสียตัวแก่ชาย ๆ มิได้ช่วยทุกข์ยากหญิง หญิงมีสมภพแก่ชายนั้น ให้ร้องฟ้องว่ากล่าวยังสภาวะตระลาการ ๆ พิจารณาเป็นสัจว่าชายหลวงหญิงจริงไปไซ้ ให้ไหมชายผู้พ่อหลวงเท่าค่าตัวหญิง แล้วให้ยกหญิงกึ่งหนึ่ง กึ่งหนึ่งนั้นเปนสินไหมกึ่งพินัยกึ่งเหตุชายหลวงหญิง ให้ชายหญิงขาดจากฟัวเมียกัน ฯลฯ”.

การสมรสที่ถูกหลอกลวงดังกล่าวเป็นกรณีของเหตุฟ้องหย่าขาดจากการเป็นสามีภริยาเท่านั้น เหตุหลอกลวงดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนเป็นสามีภริยากันและต่อเนื่องมาในระหว่างเป็นสามีภริยากัน เมื่อตั้งเจตนาจากหลักของการสมรส โดยถูกหลอกลวงดังกล่าวแล้วจะเห็นว่าเหตุดังกล่าวต้องมีอยู่ในระหว่างการเป็นสามีภริยาคู่ด้วยเช่นกัน

(3) หลักของการสมรสโดยได้รับความยินยอมของบิดามารดา

หลักของการสมรสโดยได้รับความยินยอมของบิดามารดา ในกฎหมายลักษณะคู่สมรส ได้กำหนดเกี่ยวกับอำนาจในการปกครองดูแลหญิง โดยไม่มีการกล่าวถึงอำนาจปกครองดูแลชาย และในการให้ความยินยอมนี้เดิมไม่มีการระบุเกี่ยวกับอายุของหญิงในการสมรสที่ต้องได้รับความยินยอม ตามกฎหมายลักษณะคู่สมรสมาตรา 79¹¹² หมายถึง ผู้มีอำนาจเหนือหญิง เริ่มตั้งแต่บิดาที่บิดามารดายังมีได้จัดการให้มีสามี บิดามารดาเป็นอิสระแก่บุตร กล่าวคือ ธิดาอยู่ใต้อำนาจของบิดามารดา ต่อเมื่อชายใดสู่ขอบุตรท่าน ทำพิธีค้ำบับบิดามารดาตามประเพณี ถ้าบิดามารดาขอให้สามีจึงเป็นอิสระแก่ภริยา หมายความว่า ภริยาอยู่ใต้อำนาจสามี เหตุที่กฎหมายต้องบัญญัติว่าหญิงอยู่ภายใต้อำนาจอิสระของผู้ใด ก็เพื่อจะกำหนดให้ผู้ที่ทำชู้กับหญิงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ผู้ที่มียอำนาจอิสระนั้น ๆ นอกจากนี้กฎหมายยังได้ยอมรับอำนาจของผู้มีอิสระไว้ด้วย เช่น เมื่อธิดายังอยู่ใต้อำนาจบิดามารดาถ้าชายลักลอบรักใคร่ทำชู้กันในสถานบ้านเรือนบิดามารดา บิดามารดาหญิงจับได้มีอำนาจโบยตีชายไม่ถึงสาหัสโดยไม่ผิดกฎหมาย และมีอำนาจผูกมือชายไว้ว่ากล่าวตามกบิลเมือง¹¹³ อำนาจอิสระนี้เป็นอำนาจที่มีอยู่โดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นอำนาจครอบงำสังคมไทยยุคนั้น หญิงไทยสมัยนั้นมิได้มีฐานะเป็นมนุษย์หากแต่มีฐานะคล้ายเป็นสิ่งของจึงมีเจ้าของได้เมื่อแรกก็เป็นของบิดามารดา เรียกว่าบิดามารดาเป็นอิสระแก่บุตร บิดามารดาจะขายบุตรสาวเพื่อนำเงินมาแก้ไขทุกข์ยากเสียก็ได้¹¹⁴ หากบุตรหญิงใจหายบกล้ำแข็งบิดามารดาสั่งสอนมิฟัง

¹¹² กฎหมายลักษณะคู่สมรส. มาตรา 79 บัญญัติว่า “บุตรท่านบิดามารดา ยังมีได้ประกอบสามีให้ไซ้ บิดามารดาเป็นอิสระแก่บุตร ถ้าชายใดพึงใจด้วยลูกสาวท่าน ให้ค้ำบับบิดามารดาตามประเพณี ให้บิดามารดาขอให้สามี จึงจะเป็นอิสระแก่ภริยา เมื่อชายลอบรักใคร่ทำชู้ บิดามารดาจับได้โบยตีทำโทษชายมิถึงสาหัส จะโทษบิดามารดา มิได้ หากชายชู้สู่ขอค้ำบับพ่อแม่หญิง พ่อแม่หญิงแกลั้งตีโบยชาย ให้ลงโทษบิดามารดาญาติพี่น้องหญิงตามกฎหมาย”.

¹¹³ กฎหมายลักษณะคู่สมรส. มาตรา 80 บัญญัติว่า “ชายใดลอบหู้ลูกสาวท่านท่านถูกจับได้ มิให้ฆ่า แต่ให้ผูกเมืองกบิลเมือง”.

¹¹⁴ กฎหมายลักษณะคู่สมรส. มาตรา 139 บัญญัติว่า “บิดามารดาเลี้ยงหญิงผู้เป็นบุตรมาเติบโตใหญ่ ได้ทุกข์ยากประการใด จะเอาบุตรสาวไปขายเอาเงินแก้ความยากก็ได้ หากบุตรหญิงนั้นไม่รู้จักคุณ นอกใจพ่อแม่ตามชายไปโดยมิได้สมาไหวพ่อแม่ พ่อแม่ได้ความเจ็บอายนั้น ไม่คิดเอาค้ำบับนม ข้าวป้อน ค่าเลี้ยงรักษาแก่มัน”.

ก็อาจถูกบิดามารดาขบขันเสียไม่นับว่าเป็นบุตรไม่มีสิทธิรับมรดก¹¹⁵ เมื่อแต่งงานมีครอบครัวสามีก็มีอิสระเหนือภรรยา สามีจะคบตีสั่งสอนหรือจะเอาภรรยาไปขังคอกหรือนำไปขายให้ผู้อื่นเสียก็ได้ ทำให้สะท้อนเห็นภาพว่าหญิงในกฎหมายลักษณะศัวมียหากจะทำการสมรสกับชายก็จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาทั้งสิ้น และในการสมรสนี้เมื่อหญิงมีบิดามารดาอยู่แล้ว ญาติผู้อื่นไม่มีอำนาจยกหญิงให้เป็นเมียใคร โดยพ่อแม่เขาไม่ได้รู้เห็นยินยอมด้วย¹¹⁶ นอกจากนี้การที่ชายและหญิงได้มีการได้เสียหรือมีการลักพาไปนั้น ไม่ทำให้ชายและหญิงเป็นสามีภริยากันได้ โดยกฎหมายถือว่าเป็นชู้กัน¹¹⁷ กล่าวคือ กรณีที่ชายหญิงได้เสียกันเองซึ่งกรณีนี้ชายหญิงไม่ได้รับอนุญาตจากบิดามารดาแน่นอน การได้เสียกันเองนี้ เช่น การที่ชายลักพาหญิงไปจากบิดามารดา ชายหญิงยังไม่ได้เป็นสามีภริยากันจนกว่าบิดามารดาหญิงจะยินยอมยกให้หรือนับว่าชายเป็นเขย แม้ว่าก่อนหน้าชายจะเลี้ยงดูหญิงและยกของออกหน้าออกตาก็คงไม่นับว่าชายหญิงเป็นสามีภริยากัน แต่กรณีดังกล่าวมีข้อยกเว้นดังนี้

(3.1) กรณีชายหญิงลักลอบได้เสียกันที่บ้านของหญิงโดยบิดามารดาหญิงรู้แล้วเพิกเฉย กฎหมายถือว่าเป็นภริยายินยอม¹¹⁸ ดังนี้ตามกฎหมายจึงถือว่าหญิงเป็นภริยาของชาย แต่ต้องให้ชายสมาเสียก่อน โดยบิดามารดาหญิงรับสมา¹¹⁹

(3.2) กรณีชายหญิงลักลอบได้เสียกันโดยบิดามารดาหญิงไม่รู้ ปรากฏต่อมาว่าหญิงตั้งครรภ์ หากต่อมาบิดามารดาเสียชีวิต และชายหญิงอยู่กินกันสามภริยาจนเกิดลูก ถือว่าลูกเป็นชันหมากดังนี้ตามกฎหมายจึงถือว่าหญิงเป็นภริยาของชาย¹²⁰

¹¹⁵ กฎหมายลักษณะมรดก. มาตรา 23.

¹¹⁶ กฎหมายลักษณะศัวมีย. มาตรา 136 และมาตรา 137.

¹¹⁷ กฎหมายลักษณะศัวมีย. มาตรา 121 และมาตรา 133 บัญญัติว่า ชายหญิงลอบลักสมรักรัน โดยพ่อแม่หญิงมีรู้ชายพาหนีไปอยู่ ณ เรือนฝ้ายชาย ปลูกเรือนอยู่ มีลูกหรือไม่ก็ตาม ถือว่าเป็นชู้กัน หากหญิงทำชู้ชายอื่นให้ใหม่หญิงและชายชู้ และภายหลัง โดยปฐมคิดเมียให้หญิงเป็นสิทธิแก่บิดามารดาหญิง ทรัพย์สินของหญิงมิให้รับให้ทวนด้วยลวดหนังหรือจำใส่คานา”.

¹¹⁸ เข็ญ เนติบัณฑิต. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 94. หน้า 74.

¹¹⁹ กฎหมายลักษณะศัวมีย. มาตรา 82 บัญญัติว่า “ชายใดไปลอบทำชู้ด้วยลูกสาวหลานสาวท่าน มิได้กล่าวถาม แลพ่อแม่หญิงรู้ ชู้ขึ้นลงไปมาหาลูกคนคั่งนั้นไซ้ ท่านว่าคือเมียมัน ให้มันแต่งสมาพ่อแม่หญิง ฟังให้พ่อแม่หญิงรับสมา...”.

¹²⁰ กฎหมายลักษณะศัวมีย. มาตรา 84 บัญญัติว่า “ชายหญิงลอบสมรักรัน พ่อแม่หญิงมีรู้ ต่อมีท้องจึงรู้ ถ้าพ่อแม่หญิงนั้นตาย ถ้าชายหญิงอยู่ด้วยกันจนเกิดลูก ท่านว่าลูกเปนชันหมาก หญิงเปนเมียชาย”.

(3.3) กรณีชายหญิงอยู่ด้วยกัน โดยไม่ได้แต่งงาน บิดามารดา¹²¹และไม่ได้ว่ากล่าว เป็นนัยยะว่าหากบิดามารดายอมให้เขาแสดงตัวเป็นสามีภริยากันโดยเปิดเผยแล้ว ดังนี้ตามกฎหมายจึงถือว่าหญิงเป็นภริยาของชาย¹²¹

(3.4) กรณีชายหญิงแต่งงานกัน โดยไม่มีชั้นหมากมาสู่ขอหญิง ต่อมาภายหลังชายหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยาจนเกิดลูก ถือว่าลูกเป็นชั้นหมาก ดังนี้ตามกฎหมายจึงถือว่าหญิงเป็นภริยาของชาย¹²²

(3.5) กรณีชายมาสู่ขอหญิง แต่ยังไม่¹²³ได้ทำพิธีแต่งงานตามประเพณี โดยบิดามารดาหญิง¹²³ ดังนี้ตามกฎหมายจึงถือว่าหญิงเป็นภริยาของชาย¹²³

(3.6) กรณีบิดามารดาหญิงไม่ยอมยกหญิงให้เป็นภริยาชาย ต่อมาชายหญิงลักลอบได้เสียเป็นชู้กันและพากันหนีไป หลังจากนั้นจึงมาทำพิธีสมรสต่อบิดามารดาและบิดามารดาของชาย¹²⁴ ให้เป็นภริยาชาย ดังนี้ตามกฎหมายจึงถือว่าหญิงเป็นภริยาของชาย¹²⁴

จากการศึกษา ผู้เขียนเห็นว่า การสมรสตามกฎหมายลักษณะศัวมียชายหญิง ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหากไม่ได้รับความยินยอมถือว่าชายหญิงไม่เป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย แต่ทั้งนี้¹²⁵ได้มีข้อยกเว้นทั้งหกประการดังกล่าว ซึ่งมีรายละเอียดที่แตกต่างกันหลายกรณี โดยสังเกตว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองพฤติการณ์ของบิดามารดาเนื่องจากบิดามารดาเป็นผู้ที่มีอำนาจอิสระแก่หญิง เช่น การที่ชายหญิงลักลอบได้เสียเป็นชู้กันเมื่อบิดามารดาเพิกเฉยถือว่าบิดามารดายินยอมโดยปริยาย หรือกรณีชายหญิงอยู่ด้วยกัน โดยไม่ได้แต่งงาน บิดามารดา¹²⁶และไม่ได้ว่ากล่าว ถือว่าบิดามารดายอมให้แสดงตัวเป็นสามีภริยากัน เป็นต้น แต่หากบิดามารดาเสียชีวิตการที่ชายและหญิงจะเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายก็จะต้องมีบุตรด้วยกัน ดังเช่นกรณีชายหญิงลักลอบได้เสียกัน โดยบิดามารดาหญิงไม่รู้¹²⁷ ปรากฏต่อมาว่าหญิงตั้งครรภ์ หากต่อมาบิดามารดา

¹²¹ กฎหมายลักษณะศัวมีย. มาตรา 85 บัญญัติว่า “ชายหญิงรักกัน อยู่ด้วยกัน โดยไม่ได้แต่งงาน พ่อแม่หญิง¹²⁸ไม่ฟ้องร้องว่ากล่าว แลมันปลุกเรือนอยู่ด้วยกัน โดยฉันทศัวมีย หญิงเปนเมียชาย ตามกฎหมาย ถ้าไม่ได้ปลุกเรือนอยู่โดยฉันทศัวมีย หญิงไม่เปนเมียชาย”.

¹²² กฎหมายลักษณะศัวมีย. มาตรา 86 บัญญัติว่า “เขาสมรสกันด้วยกันหาชั้นหมากมิได้ พ่อแม่หญิง¹²⁹ว่ามีรู้ก็ดี แลมันปลุกเรือนอยู่กินด้วยกัน หรือมิทันได้ปลุกก็ดี แลมันเลี้ยงดูอยู่กินด้วยกัน โดยฉันทศัวมีย แลเกิดบุตรด้วยกัน ท่านว่าลูกเปนชั้นหมากแล้ว หญิงสิทธิเปนเมียชาย”.

¹²³ กฎหมายลักษณะศัวมีย. มาตรา 104 บัญญัติว่า “ชายสู่ขอลูกสาวท่าน ชายนั้นทำอา ยังมีได้แต่งการมงคล ชายหญิงสมรสกัน พ่อแม่¹³⁰ หญิงเปนเมียชายตามกฎหมาย”.

¹²⁴ กฎหมายลักษณะศัวมีย. มาตรา 121 บัญญัติว่า “พ่อแม่หญิง¹³¹ไม่ยอมยกหญิงให้เปนเมียชาย แต่ครั้นชายหญิงลอบเปนชู้กัน พากันหนีไป แล้วมาสมทาน ท่านยอมยกให้ หญิงจึงสิทธิเปนเมียชาย”.

เสียชีวิต และชายหญิงอยู่กินกันสามมีภริยาจนเกิดลูก ถือว่าลูกเป็นชั้นหมาก ดังนี้ตามกฎหมายจึงถือว่าหญิงเป็นภริยาของชาย

ต่อมาได้มีการออกประกาศพระราชบัญญัติลักพา จ.ศ. 1227 (พ.ศ. 2408) เพื่อแก้ไขหลักกฎหมายเดิมซึ่งให้อำนาจอิสระแก่บิดามารดาสามารถจำหน่ายบุตรได้ตามใจของตน โดยได้มีการจำกัดอำนาจอิสระของบิดามารดา นอกจากนี้บิดามารดาจะยกบุตรให้แก่ใคร ๆ ตามชอบใจโดยหญิงไม่ยินยอมด้วยไม่ได้ เพราะฉะนั้นการแต่งงานจึงต้องมีการตกลงถึงสามฝ่ายคือ ชาย หญิง บิดามารดาหญิง¹²⁵ โดยประกาศนี้เป็นประกาศที่อนุญาตให้หญิงอายุเกิน 20 ปีอยู่กับชายได้ตามความพอใจ หรือเป็นกรณีที่หญิงสามารถเลือกคู่ได้เอง หรือแต่งงานกับชายโดยที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา แต่กรณีดังกล่าวนั้นต้องเป็นการแต่งงานที่ถูกต้องตามประเพณี เพราะตามประกาศดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าเมื่อชายได้ลักพาหญิงไปอยู่กับชายแล้วหรือหญิงตามชายไปโดยความสมัครใจ จะทำให้ชายหญิงเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายเพราะเมื่อพิจารณาแล้วเป็นประกาศที่เปิดโอกาสให้หญิงเลือกชายที่จะแต่งงานเป็นสามีได้ โดยที่ไม่ถูกบิดามารดาบังคับให้แต่งงานกับชายอื่น โดยที่หญิงไม่ยินยอม แต่กรณีดังกล่าวมีข้อยกเว้นคือ หากหญิงมีอายุครบ 20 ปีแล้ว เมื่อหญิงนั้นเกิดในตระกูลผู้มีบรรดาศักดิ์ กล่าวคือ หญิงนั้นมีบิดามารดามีบรรดาศักดิ์สูงกว่า 400 ไร่ หญิงมีสิทธิที่จะสมรสกับชายที่มีตระกูลสูงกว่าตนหรือเสมอดนเท่านั้น¹²⁶ หากหญิงจะทำการสมรสกับชายที่มีตระกูลต่ำกว่าตนก็จะต้องให้บิดามารดาให้ความยินยอมเช่นเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อให้สิทธิบิดามารดาในอันที่จะรักษาตระกูลไว้

ที่มาของเสรีภาพในการเลือกคู่ครองของหญิงดังกล่าวเกิดจากกรณีของอำแดงเหมือน อายุ 21 ปี เป็นบุตรของนายเกต อำแดงน่วม บ้านอยู่บางม่วง แขวงเมืองนนทบุรี ถวายเรื่องราวร้องทุกข์ต่อพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ว่า อำแดงเหมือนรักใคร่ถึงได้เสียกับนายริด (สมัยก่อนใช้คำว่าปู้ซู้กัน) โดยบิดามารดาไม่รู้ ครั้นอยู่มาได้เดือน 4 ปีชวด จศก นายภูให้เข้าแก้มาสู่ขออำแดงเหมือน บิดามารดายอมยกให้เป็นภริยานายภู อำแดงเหมือนไม่ยอม บิดามารดาโกรธด่าว่าทุบตี ให้นายภูจุดไปบ้าน อำแดงเหมือนหนีได้ก็ถูกจุดไปอีกเป็นครั้งที่ 2 อำแดงเหมือนจึงถวายฎีกา รัชกาลที่ 4 จึงออกประกาศพระราชบัญญัติลักพา จ.ศ. 1227 (พ.ศ. 2408) ทรงตัดสินให้อำแดงเหมือนเป็นภริยานายริดชายผู้เดิมตามสมัครใจเพราะหญิงนั้นอายุถึง 20 ปีเศษแล้ว ควรจะเลือกหาผู้ตามใจชอบได้ แต่ให้นายริดใช้ค่าสินไหมให้กับบิดามารดาอำแดงเหมือน และทรงวินิจฉัยไว้ด้วยว่าบิดามารดาได้เป็นเจ้าของบุตรชายบุตรหญิงดังคนที่เป็นเจ้าของโค กระบือ ช้าง ม้า จะตั้งราคาขายตามชอบใจได้ หรือตั้งนายเงินเป็นเจ้าของทาสที่มีค่าตัวจึงจะขายทาสนั้นตามค่าตัวเดิมได้

¹²⁵ เข็ญ เนติบัณฑิต. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 94. หน้า 73.

¹²⁶ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 110. หน้า 51.

เมื่อบิดามารดาอาจจนจะขายบุตรต่อเมื่อบุตรยอมให้ขาย ถ้าบุตรไม่ยอมให้ขายก็ขายไม่ได้ หรือยอมให้ขายถ้าบุตรยอมรับนี้ค่าตัวเท่าไรก็ขายได้เท่านั้น นับแต่นั้นมาหญิงอายุครบ 20 ปี มีสิทธิเลือกตัวได้ตามสมควรใจ ไม่ถูกบังคับอีกต่อไป¹²⁷

ดังนี้หลักในเรื่องการให้ความยินยอมในการสมรสตามกฎหมายลักษณะหัวเมีย จึงแบ่งเป็น 2 กรณี คือ หากหญิงอายุต่ำกว่า 20 ปี ในการสมรสต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา และหากหญิงอายุ 20 ปีขึ้นไปหญิงสามารถสมรสโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาแต่กรณีดังกล่าวนี้ต้องเป็นการแต่งงานที่ถูกต้องตามประเพณี และหญิงสามารถเลือกชายที่จะแต่งงานเป็นสามีได้ โดยที่ไม่ถูกบิดามารดาบังคับให้แต่งงานกับชายอื่นโดยที่หญิงไม่ยินยอม

ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 พระองค์ทรงเป็นแบบอย่างของการมีราชินีเพียงองค์เดียว ไม่ทรงมีพระสนมหรือเจ้าจอมเลย ในรัชสมัยของพระองค์ได้มีการตรากฎหมายสำคัญฉบับหนึ่ง เรียกว่า “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะหัวเมีย พ.ศ. 2473” พระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นจุดพลิกผันโครงสร้างของครอบครัวไทย สมัยโบราณที่ผู้ชายนิยมมีภริยาหลายคนอันเป็นวัฒนธรรมตั้งแต่อดีต การจะเปลี่ยนค่านิยมในสังคมจึงต้องใช้ระยะเวลา ด้วยการตราพระราชบัญญัติในปี พ.ศ. 2473 และจะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2475 เป็นต้นไป¹²⁸ แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่มีการบังคับใช้เนื่องจาก มีประกาศลงวันที่ 18 พฤศจิกายน พ.ศ. 2474 ให้งดการใช้ไว้ก่อน โดยเนื้อหาในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการบทบัญญัติให้มีการจดทะเบียนสมรส จดทะเบียนหย่า จดทะเบียนรับรองบุตร กำหนดอายุในการสมรส กำหนดผลของการสมรสที่เป็นโมฆะ การร้องขอให้ศาลเพิกถอนการสมรส เป็นต้น¹²⁹

3) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478

ในสมัยสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 บ้านเมืองได้มีการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายและสังคม โดยประเทศไทยได้มีการพัฒนาในหลายด้าน รวมทั้งทางด้านกฎหมายด้วย ในปี พ.ศ. 2440 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายขึ้นเป็นคณะแรก เริ่มงานโดยมีกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมเป็นประธาน ส่วนกรรมการนั้นมีทั้งนักกฎหมายและที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศ เพื่อร่างบทกฎหมายลักษณะอาญา ได้มีการตรวจและปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอย่างกว้างขวาง ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่อีกคณะหนึ่ง

¹²⁷ ประกาศพระราชบัญญัติลักษพา รัชกาลที่ 4 จุลศักราช 1230.

¹²⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และกรรณิกา จรรย์แสง. (2548). *ร.แดงกาด์ กับไทยศึกษา รวมบทความแปลและบทความศึกษาผลงาน*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 181.

¹²⁹ ประกาศพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดต่าง ๆ รัชกาลที่ 7 พ.ศ. 2473.

อันประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายทั้งไทยและต่างประเทศเป็นกรรมการ เพื่อทำหน้าที่จัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระธรรมนูญศาลยุติธรรม การริเริ่มจัดทำร่างกฎหมายต่าง ๆ ของประเทศไทยจึงเริ่มตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 ดังนี้ กฎหมายลักษณะล้มละลายก็ยังคงใช้บังคับอยู่ในระหว่างการจัดทำร่างประมวลกฎหมายดังกล่าว

ต่อมา ในปี พ.ศ. 2451 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งคณะกรรมการชาวฝรั่งเศสขึ้นตรวจชำระและยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คณะกรรมการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายได้ศึกษากฎหมายไทยในกฎหมายตราสามดวง และในคำพิพากษาศาลฎีกานำมาเทียบเคียงกับหลักกฎหมายต่างประเทศ อาทิเช่น ประเทศอังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สมาพันธรัฐสวิส ประเทศอิตาลี ประเทศเนเธอร์แลนด์ สหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น โดยพิจารณาคัดเลือกเอาแต่กฎหมายหลักที่ดีและเหมาะสมกับประเทศไทยนำมายกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹³⁰ สำหรับกฎหมายตราสามดวงลักษณะล้มละลายที่ได้ตรวจชำระใหม่ในสมัยรัชกาลที่ 1 ได้ใช้บังคับมาจนถึง พ.ศ. 2477 จึงได้ยกเลิก โดยเหตุที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว พ.ศ. 2578 ซึ่งได้เริ่มจัดทำร่างตั้งแต่ต้นรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว แต่เพิ่งจะสำเร็จในปลายปี พ.ศ.2477 การร่างประมวลกฎหมายบรรพนี้ได้อาศัยกฎหมายเก่าเป็นบรรทัดฐาน แต่กรณีกฎหมายเก่าบัญญัติไว้ไม่เหมาะสมแก่กาลสมัย ก็ได้จัดการแก้ไขให้เข้ากับระบบอารยประเทศ¹³¹ คณะกรรมการร่างกฎหมายก็ได้เร่งรัดการพิจารณากร่างบรรพ 5 โดยเทียบเคียงกฎหมายของต่างประเทศคือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ สมาพันธรัฐสวิส ประเทศญี่ปุ่น และประเทศบราซิล แต่เกิดปัญหาในชั้นแรกว่านโยบายการมีภริยาจะมีได้คนเดียว ตามหลักสากลหรือมีได้หลายคนตามประเพณีของไทย จึงได้นำปัญหานี้เข้าปรึกษาในรัฐสภา รัฐสภาประชุมปรึกษากันแล้วมีมติตามเสียงข้างมากให้ภริยาได้เพียงคนเดียว คณะกรรมการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายจึงยกร่างบรรพ 5 ตามหลักการนี้ นำเสนอรัฐสภาก่อนในที่สุดพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดลทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ออกประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัว ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 เป็นต้นมา

การประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัว มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายลักษณะล้มละลายทั้งหมดโดยใช้กฎหมายใหม่แทน แต่พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ

¹³⁰ ประสพสุข บุญเดช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 4.

¹³¹ สะอาด นาวิเจริญ. (2517). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 8.

บรรพ 5 มีมาตรา 4 ระบุว่า “บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ไม่กระทบกระเทือนถึง (1) การสมรสซึ่งได้มีอยู่ก่อนการใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้และทั้งสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกิดแต่การสมรสนั้น ๆ และ (2) การใช้อำนาจปกครอง ความปกครอง การอนุบาล การรับบุตรบุญธรรม ซึ่งมีอยู่ก่อนการใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้ หรือสิทธิหรือหนี้อันเกิดแก่การนั้น ๆ” จากบทบัญญัติดังกล่าวมีผลให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ไม่กระทบกระเทือนถึงการสมรสตามกฎหมายลักษณะ Civile ฉะนั้นการสมรสที่ได้กระทำในระหว่างใช้กฎหมายลักษณะ Civile จะสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ประการใดย่อมเป็นไปตามกฎหมายนั้น เช่น ชายสัญชาติเดนมาร์กสมรสกับหญิงไทยในประเทศไทยก่อนใช้บรรพ 5 ต้องใช้กฎหมายไทยบังคับ แม้ชายจะมีภริยาอยู่แล้วกฎหมายไทยเวลานั้นก็ไม่ห้ามหญิงและชายย่อมเป็นสามีภริยากัน โดยชอบด้วยกฎหมาย¹³² เป็นต้น สำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกิดแต่การสมรสก็คงเป็นไปตามกฎหมายลักษณะ Civile ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ไม่มีผลกระทบกระเทือนถึง เช่น การแบ่งสินสมรสระหว่างสามีภริยาซึ่งสมรสกันก่อน พ.ศ.2478 ต้องแบ่งตามกฎหมายลักษณะ Civile คือ ชายหาบ หญิงคอน คือชายได้ 2 ส่วน หญิงได้ 1 ส่วน¹³³ ในด้านการเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร การเป็นผู้ปกครองเด็ก การเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งมีอยู่แล้วก่อนใช้บรรพ 5 ก็คงเป็นไปตามเดิม¹³⁴

การสมรสที่เป็นโมฆียะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 ได้กำหนดถึงการสมรสที่เป็นโมฆียะไว้ในมาตรา 1491 วรรคสอง ความว่า “ถ้าความยินยอมบกพร่อง เพราะสำคัญตัวผิดหรือมีการข่มขู่ ให้ถือว่าเป็นโมฆียะ เมื่อผู้ให้ความยินยอมอันบกพร่องนั้นร้องขอ ศาลอาจสั่งให้เพิกถอนเสียได้” โดยบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในหมวดว่าด้วยการเพิกถอนการสมรส เป็นหลักกฎหมายใหม่ ไม่เคยมีในกฎหมายลักษณะ Civile และหมวดว่าด้วยการเพิกถอนการสมรส ก็วางข้อบัญญัติแตกต่างไปจากหลักทั่วไปในเรื่องความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรม

เมื่อการสมรสที่เป็นโมฆียะไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะ Civile แต่พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะ Civile พ.ศ.2473 มาตรา 20 บัญญัติว่า “การสมรสอันใดได้จดทะเบียนแล้ว โดยการมิได้เป็นไปตามบัญญัติแห่งมาตรา 14 (4) นั้น ถ้าชายหญิงไม่ยินยอมพร้อมใจกันไซ้รู้ ท่านว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ ถ้าความยินยอมบกพร่อง (ก) เพราะสำคัญตัวกันผิด หรือ (ข) เพราะมีการข่มขู่ หรือ (ค) เพราะคู่สมรสฝ่ายหนึ่งจงใจหลอกลวงอีกฝ่ายหนึ่งให้หลงเชื่อในข้อความอันเป็นสาระสำคัญ (เว้นแต่ในข้อที่เกี่ยวกับสินทรัพย์) ซึ่งถ้ามิได้มีแล้วฝ่ายถูกหลอกลวงก็จะไม่ยอมสมรสด้วย ฉะนั้นท่านว่าการสมรสนั้น ศาลอาจสั่งให้เพิกถอนได้

¹³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 834/2485.

¹³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 524/2506.

¹³⁴ ประสพสุข บุญเดช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 4.

แต่เฉพาะเมื่อฝ่ายที่ได้ให้ความยินยอมอันบกพร่องนั้นร้องขอขึ้น อายุความในคดีเช่นว่านี้ท่านกำหนดปีหนึ่งนับแต่เวลาที่ทราบความสำคัญผิด หรือความหลอกลวงนั้น หรือเมื่อมีโอกาสจะฟ้องคดีได้” จากบทบัญญัติดังกล่าวชี้ให้เห็นว่าการสมรสอันเกิดจากความสำคัญตัวผิด หรือการข่มขู่ หรือการหลอกลวง เป็นเหตุให้ร้องขอเพิกถอนการสมรส โดยไม่ได้ระบุถึงว่าการสมรสดังกล่าวมีผลเป็นโมฆะหรือโมฆียะ แม้จะได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะผัวเมีย พ.ศ. 2473¹³⁵ แต่เนื่องจากมีประกาศลงวันที่ 18 พฤศจิกายน พ.ศ. 2474 ให้งดการใช้ไว้ก่อน ดังนั้นจึงไม่นำพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะผัวเมีย พ.ศ.2473 มาบังคับใช้ แต่เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายดังกล่าว ถือว่าเป็นที่มาของการสมรสที่เป็นโมฆียะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 มาตรา 1491 วรรคสอง

นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 การสมรสที่กฎหมายระบุว่าเป็นโมฆียะได้แก่การสมรสโดยความยินยอมบกพร่องเพราะสำคัญตัวผิด หรือโดยถูกข่มขู่ ส่วนความยินยอมบกพร่องอย่างอื่น นอกจากที่ระบุไว้ในวรรคสอง แห่งมาตรา 1491 แล้วไม่ทำให้การสมรสเป็นโมฆียะหรือไม่สมบูรณ์อย่างไรเลย กรณีเช่นนี้จะนำหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 มาใช้บังคับไม่ได้ โดยถือว่าในบรรพ 5 บัญญัติไว้เป็นพิเศษแล้ว

การสมรสอันเกิดจากความสำคัญตัวผิด ได้แก่ การเข้าใจผิดในตัวบุคคล คือ การเข้าใจผิดในตัวบุคคล อันเป็นผลให้มีได้ทำการสมรสกับบุคคลที่ตนประสงค์ เช่น นางสาวดำ ใช้ชื่อเล่นว่าเด็กอาร์ด ติดต่อกับนายแดงเฉพาะทางจดหมายโดยไม่เคยพบหน้ากันเลย จนถึงขั้นนัดหมายไปจดทะเบียนสมรสกัน ในวันนั้นนางสาวขาวปลอมตัวไปพบนายแดงและอ้างว่าตนคือเด็กอาร์ดที่ติดต่อกับนายแดงทางจดหมาย นายแดงจึงจดทะเบียนสมรสด้วย เช่นนี้การสมรสระหว่างนายแดงกับนางสาวขาวเป็นโมฆียะเพราะสำคัญผิดตัวคู่สมรส ทั้งนี้เพราะนายแดงประสงค์ที่จะสมรสกับนางสาวดำโดยเฉพาะเจาะจง นางสาวขาวหรือบุคคลอื่นจะมาแทนที่มิได้¹³⁶

การสมรสอันเกิดจากการข่มขู่ ความหนักเบาของการข่มขู่ที่จะทำให้การสมรสเป็นโมฆียะนั้นไม่มีบัญญัติไว้ในบรรพ 5 ดังนั้นผู้ที่ใช้สิทธิเพิกถอนการสมรส จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการข่มขู่ของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นไปอย่างร้ายแรงอันถึงขนาดที่จะจูงใจให้ผู้ถูกข่มขู่มีผลต้องกลัวจะเกิดความเสียหายเป็นภัยแก่ตนเอง แก่สกุลแห่งตน หรือแก่ทรัพย์สินของตน เป็นภัยอันใกล้จะถึง และอย่างน้อยร้ายแรงเท่าที่ฟังจะกลัวต่อการที่เขาข่มขู่¹³⁷

¹³⁵ มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2475.

¹³⁶ ประสพสุข บุญเดช. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 349.

¹³⁷ ทองเปลว ชมภูมิ และคณะเนติบัณฑิต. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 109. หน้า 199.

มาตรา 1491 วรรคสาม บัญญัติว่า “อายุความในคดีเช่นนี้ มีกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ทราบว่าคุณผิด หรือเมื่อมีโอกาสจะฟ้องคดี” ข้อบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นอายุความของการฟ้องเพิกถอนการสมรสสำหรับกรณีมาตรา 1491 วรรคสอง โดยมีกำหนดเพียงหนึ่งปี นับแต่วันที่ทราบว่าคุณผิด หรือนับแต่วันที่มิโอกาสจะฟ้องร้อง ถ้าหากพ้นกำหนดเวลาไปแล้วกฎหมายถือว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์จะเพิกถอนมิได้

นอกจากนี้ ในมาตรา 1488 ได้กล่าวถึงกรณีของการสมรสที่กระทำขึ้น โดยขัดต่อบทบัญญัติกฎหมาย อาจถูกเพิกถอนได้ แต่การเพิกถอนนั้นต้องเป็นไปตามคำพิพากษาของศาล โดยเฉพาะ บุคคลใดจะมากล่าวอ้างว่าการสมรสเป็นโมฆะไม่ได้ โดยบทบัญญัติดังกล่าวถือว่าเป็นบทบังคับมิใช่เป็นบทวางข้อบัญญัติไว้ในทางแนะนำ ดังนั้นแม้ว่าการสมรสจะเกิดจากความสำคัญผิดหรือการข่มขู่ แต่ถ้ายังไม่มีคำพิพากษาของศาลให้เพิกถอนการสมรสนั้นแล้ว การสมรสนั้นก็ยังมีผลตามกฎหมายต่อไป ดังที่ มาตรา 1488 บัญญัติไว้ว่า “บุคคลใดจะอ้างว่า การสมรสเป็นโมฆะหรือโมฆะไม่ได้ นอกจากศาลพิพากษาว่าเป็นเช่นนั้น” แต่ผลของการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ได้บัญญัติเรื่องการสมรสที่เป็นโมฆะและการสมรสที่เป็นโมฆะไว้ในหมวด 5 ทำให้เกิดความคลุมเครือจนต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกา พิพากษาว่า ความเป็นโมฆะและโมฆะตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นั้นไม่ใช่เรื่องโมฆะและโมฆะในตัวของมันเอง แต่เป็นเพียงเหตุให้ศาลเพิกถอนการสมรสเท่านั้น ถ้าศาลยังไม่พิพากษาเพิกถอนก็ไม่มีใครสามารถกล่าวอ้างได้¹³⁸

สำหรับกรณีอายุคู่สมรส กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าเป็นเหตุให้การสมรสมีผลเป็นโมฆะ โดยกฎหมายกำหนดว่าเป็นเงื่อนไขในการสมรสว่าชายต้องมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ และหญิงต้องมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์จึงจะทำการสมรสได้ หากชายหญิงคู่สมรสทำการสมรสโดยไม่มีอายุครบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายกำหนดไว้ว่าให้บุคคลที่กฎหมายให้อำนาจไว้สามารถขอให้ศาลเพิกถอนการสมรสได้¹³⁹

4) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519

การริเริ่มแก้ไข บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้มีมากกว่ายี่สิบปีแล้ว ในแง่ของการให้สิทธิสตรีเพิ่มมากขึ้น บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ชี้ให้เห็นถึงความเสียเปรียบในทางกฎหมายของสตรี ทำให้หญิงตกอยู่ในฐานะที่ด้อยกว่าชาย ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน แม้ว่าการที่จะชำระสะสาง บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเป็นรูปร่างขึ้นมาตั้งแต่ พ.ศ.2498 ก็ตาม การดำเนินการ

¹³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1028/2506.

¹³⁹ สะอาด นาวิเจริญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 131. หน้า 50.

พิจารณาตรวจชำระบทบัญญัติบรรพ 5 นี้ใช้เวลานาน¹⁴⁰ ต่อมาได้มีการเรียกร้องสิทธิความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงชายจากบรรดาศาสนิก โดยเฉพาะสมาคมบัณฑิตสตรีทางกฎหมาย การตรวจชำระบทบัญญัติบรรพ 5 ก็ดำเนินไปอย่างเชื่องช้า จนกระทั่งเกิดเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ขึ้น ได้มีการดำเนินการอย่างจริงจัง รัฐบาลจึงได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใหม่ เพื่อให้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 ซึ่งมาตรา 28 วรรคสอง ได้บัญญัติให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 จึงได้พยายามแก้ไขบทบัญญัติต่าง ๆ ในเรื่องครอบครัวเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันทางกฎหมาย

การสมรสที่เป็นโมฆียะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 ได้มีการเพิ่มบทบัญญัติและได้มีแก้ไขเพิ่มเติมข้อความ รวมทั้งการจัดหมวดหมู่กฎหมาย พร้อมทั้งบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนขึ้น ดังบทบัญญัติมาตรา 1503 บัญญัติว่า “เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการสมรส เพราะเหตุว่าเป็นโมฆียะ มีเฉพาะในกรณีที่อยู่สมรสทำการฝ่าฝืน มาตรา 1448 มาตรา 1505 มาตรา 1506 มาตรา 1507 และมาตรา 1509” ดังนั้นจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว การสมรสที่เป็นโมฆียะ มีอยู่ 5 กรณี คือ

(1) กรณีอายุของชายและหญิง

มาตรา 1448 บัญญัติว่า “มาตรา 1448 การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปี บริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้”

การสมรสตามมาตรา 1448 กำหนดว่าชายและหญิงต้องมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์แล้ว หรือถ้าในกรณีที่มีเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้ แต่ถ้ามีการสมรสฝ่าฝืนเงื่อนไขนี้โดยชายหรือหญิง หรือทั้งชายและหญิงอายุยังไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์ และศาลไม่ได้อนุญาตให้ทำการสมรสก่อนอายุครบกำหนดที่กฎหมายระบุ การสมรสมีผลเป็นโมฆียะ

มาตรา 1504 บัญญัติว่า “การสมรสที่เป็นโมฆียะเพราะฝ่าฝืนมาตรา 1448 ผู้มีส่วนได้เสียขอให้เพิกถอนการสมรสได้ แต่บิดามารดาหรือผู้ปกครองที่ให้ความยินยอมแล้ว จะขอให้เพิกถอนการสมรสไม่ได้

ถ้าศาลมิได้สั่งให้เพิกถอนการสมรสจนชายหญิงมีอายุครบตามมาตรา 1448 หรือเมื่อหญิงมีครรภ์ก่อนอายุครบตามมาตรา 1448 ให้ถือว่าการสมรสสมบูรณ์ มาตั้งแต่วเวลาสมรส”

¹⁴⁰ วิระดา สมสวัสดิ์. (2523). *กฎหมายของครอบครัว คำอธิบายบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519*. เชียงใหม่: โครงการตำราคณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. หน้า 11.

บทบัญญัติมาตรา 1504 เป็นกรณีของผู้มีสิทธิขอเพิกถอนการสมรส คือ ผู้มีส่วนได้เสียร้องขอให้เพิกถอนการสมรสได้ แต่หากการสมรสนั้นบิดามารดาหรือผู้ปกครองให้ความยินยอมแล้ว บิดามารดาหรือผู้ปกครองจะขอให้เพิกถอนการสมรสไม่ได้

เหตุแห่งการสมรสเกี่ยวกับอายุของกลุ่มสมรสเป็นเหตุที่เพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 ซึ่งในบรรพ 5 พ.ศ. 2478 กฎหมายระบุว่าในเรื่องของการสมรสโดยที่ชายหญิงอายุยังไม่ครบกำหนดตามกฎหมายเป็นกรณีที่เป็เหตุให้เพิกถอนการสมรสได้ โดยไม่ได้บัญญัติว่าให้การสมรสนั้นเป็นโมฆียะเหมือนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขเกี่ยวกับอายุของกลุ่มสมรสจากเดิมชายอายุ 17 ปีบริบูรณ์ หญิงอายุ 15 ปีบริบูรณ์ โดยแก้ไขเป็นชายและหญิงอายุ 17 ปีบริบูรณ์ เพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

(2) การสมรสโดยสำคัญผิดตัวคู่สมรส

มาตรา 1505 บัญญัติว่า “การสมรสที่ใดกระทำไปโดยคู่สมรสฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดคู่สมรส การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ

สิทธิขอเพิกถอนการสมรสเพราะสำคัญผิดคู่สมรสเป็นอันระงับเมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วเก้าสิบวันนับแต่วันสมรส”

จากบทบัญญัติมาตรา 1505 ในกรณีที่การสมรสได้กระทำไปโดยคู่สมรสฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดตัวคู่สมรส ตามกฎหมายบัญญัติว่าการสมรสเช่นนั้นเป็นโมฆียะ

ผู้มีสิทธิขอเพิกถอนการสมรส กฎหมายกำหนดให้เฉพาะคู่สมรสผู้ที่สำคัญผิดตัวเท่านั้นที่จะมีสิทธิขอเพิกถอนการสมรส โดยต้องใช้สิทธิขอเพิกถอนได้ภายใน 90 วันนับแต่วันสมรส

(3) การสมรสโดยถูกกลั่นแกล้ง

มาตรา 1506 บัญญัติว่า “ถ้าคู่สมรสได้ทำการสมรสโดยถูกกลั่นแกล้งอันถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีกลั่นแกล้งนั้นจะไม่ทำการสมรส การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ

ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับในกรณีที่กลั่นแกล้งนั้นเกิดขึ้นโดยบุคคลที่สาม โดยคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมิได้รู้เห็นด้วย

สิทธิขอเพิกถอนการสมรสเพราะถูกกลั่นแกล้งเป็นอันระงับเมื่อเวลาใดผ่านพ้นไปแล้วเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรใคร่ถึงกลั่นแกล้งหรือเมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วหนึ่งปีนับแต่วันสมรส”

จากบทบัญญัติมาตรา 1506 วรรคหนึ่งและวรรคสอง กรณีที่ได้ทำการสมรส โดยถูกกลั่นแกล้งอันถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีการฉ้อฉลนั้นจะไม่ทำการสมรส การสมรสเช่นนี้เป็น โมฆิยะ และกลั่นแกล้งนั้นต้องไม่เกิดขึ้น โดยบุคคลที่สาม ซึ่งคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้รู้เห็นด้วย มิฉะนั้นก็ไม่เข้าบทบัญญัตินี้ที่จะถือว่าเป็น โมฆิยะที่จะขอต่อศาลให้สั่งเพิกถอนการสมรสนั้นได้

จากบทบัญญัติมาตรา 1506 วรรคสาม เป็นกรณีผู้มีสิทธิขอเพิกถอนการสมรส ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้คู่สมรสผู้ที่ถูกกลั่นแกล้งเท่านั้นที่ขอเพิกถอนการสมรสได้ โดยมีกำหนด ระยะเวลา 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรจะได้รู้ถึงกลั่นแกล้งนั้น หรือไม่เกิน 1 ปีนับแต่วันสมรส

เหตุแห่งการสมรส โดยถูกกลั่นแกล้ง เป็นเหตุที่เพิ่มเติมขึ้นมาใหม่ในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2519 และในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมรส โดยถูกกลั่นแกล้ง แต่หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติมกฎหมายลักษณะศิวเมีย พ.ศ. 2473 มาตรา 20 บัญญัติว่า “การสมรสอันใดได้จดทะเบียนแล้ว โดยการมิได้เป็นไปตามบัญญัติแห่งมาตรา 14 (4) นั้น ถ้าชายหญิงไม่ยินยอมพร้อมใจกันไซ้รู้ ท่านว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ ถ้าความยินยอมบกพร่อง (ก) เพราะสำคัญตัวกันผิด หรือ (ข) เพราะ มีการข่มขู่ หรือ (ค) เพราะคู่สมรสฝ่ายหนึ่งจงใจหลอกลวงอีกฝ่ายหนึ่งให้หลงเชื่อในข้อความ อันเป็นสาระสำคัญ (เว้นแต่ในข้อที่เกี่ยวกับสินทรัพย์) ซึ่งถ้ามิได้มีแล้ว ฝ่ายถูกหลอกลวงก็จะไม่ ยอมสมรสด้วย ฉะนั้นท่านว่าการสมรสนั้น ศาลอาจสั่งให้เพิกถอนได้แต่เฉพาะเมื่อฝ่ายที่ได้ให้ความ ยินยอมอันบกพร่องนั้นร้องขอขึ้น อายุความในคดีเช่นว่านี้ท่านกำหนดปีหนึ่งนับแต่เวลาที่ทราบ ความสำคัญผิด หรือความหลอกลวงนั้น หรือเมื่อมีโอกาสจะฟ้องคดีได้” ได้บัญญัติถึงการสมรส อันเกิดจากการหลอกลวง แม้ไม่ได้ระบุถึงการสมรสดังกล่าวมีผลเป็น โมฆิยะหรือ โมฆิยะ แต่เป็นเหตุ ให้ร้องขอเพิกถอนการสมรสได้ ซึ่งการหลอกลวงกับการฉ้อฉลจึงถือได้ว่าเป็นพฤติการณ์ที่มี ลักษณะคล้ายคลึงกันมากจนมิอาจแบ่งแยกได้ กรณีตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ลักษณะศิวเมีย พ.ศ. 2473 ถือว่าเป็นที่มาของการสมรส โดยถูกกลั่นแกล้งตามบรรพ 5 พ.ศ. 2519

(4) การสมรสโดยถูกข่มขู่

มาตรา 1507 บัญญัติว่า “ถ้าคู่สมรสได้ทำการสมรส โดยถูกข่มขู่อันถึงขนาด ซึ่งถ้ามิได้ทำการข่มขู่เช่นนั้นจะไม่ทำการสมรส การสมรสนั้นเป็น โมฆิยะ

สิทธิขอเพิกถอนการสมรสเพราะถูกข่มขู่เป็นอันระงับเมื่อเวลาใดผ่านพ้นไปแล้ว หนึ่งปีนับแต่วันที่พ้นจากการข่มขู่”

จากบทบัญญัติมาตรา 1507 หากการสมรสที่คู่สมรสได้ทำการสมรส โดยถูกข่มขู่ อันถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีการข่มขู่เช่นนั้นจะไม่ทำการสมรส การสมรสเช่นนี้เป็น โมฆิยะ

ผู้มีสิทธิขอเพิกถอนการสมรส กฎหมายกำหนดให้ผู้สมรสที่ถูกข่มขู่เป็นผู้ขอเพิกถอนได้ โดยมีกำหนดระยะเวลา 1 ปีนับแต่พ้นจากการข่มขู่

(5) กรณีการสมรสของผู้เยาว์ที่มีได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง มาตรา 1509 บัญญัติว่า “การสมรสที่มีได้รับความยินยอมของบุคคลดังกล่าวในมาตรา 1454 การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ”

มาตรา 1454 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการสมรสให้นำความในมาตรา 1436 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

มาตรา 1436 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการหมั้นได้ต้องได้รับความยินยอมของบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) บิดาและมารดา ในกรณีที่มิทั้งบิดาและมารดา
- (2) บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มารดาหรือบิดาตาย หรือถูกถอนอำนาจปกครอง
- (3) ผู้ปกครองในกรณีที่ไม่มีบิดามารดาหรือมีบิดาหรือมารดาแต่ถูกถอน

อำนาจปกครอง

การหมั้นที่ผู้เยาว์ทำโดยปราศจากความยินยอมดังกล่าวเป็นโมฆียะ”

จากบทบัญญัติมาตรา 1509 มาตรา 1454 และมาตรา 1436 การสมรสที่ผู้เยาว์มิได้รับความยินยอมจากผู้ที่จะต้องให้ความยินยอม ตามมาตรา 1436 มีผลทำให้การสมรสที่ไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลดังกล่าวเป็นโมฆียะ

ผู้มีสิทธิขอเพิกถอนการสมรส คือบุคคลที่อาจให้ความยินยอมตามมาตรา 1454 คือ บุคคลผู้ให้ความยินยอมตามมาตรา 1436 เท่านั้น โดยสิทธิขอเพิกถอนการสมรสให้มีอายุความหนึ่งปีนับแต่วันทราบการสมรส และอายุความระงับเมื่อคู่สมรสนั้นมีอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์หรือเมื่อหญิงมีครรภ์ตามมาตรา 1504 วรรคสอง

เหตุแห่งการสมรสเกี่ยวกับการให้ความยินยอมของบิดามารดา ผู้ปกครอง เป็นเหตุที่เพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 ซึ่งในบรรพ 5 พ.ศ. 2478 กฎหมายระบุว่าเป็นกรณีที่ให้เพิกถอนการสมรสได้เช่นเดียวกับเรื่องของอายุคู่สมรส โดยไม่ได้บัญญัติว่าให้การสมรสโดยไม่ได้รับความยินยอมมีผลเป็นโมฆียะเหมือนในบรรพ 5 พ.ศ. 2519

แต่เดิมนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 ได้บัญญัติเรื่องการสมรสที่เป็นโมฆะรวมไว้กับบทบัญญัติว่าด้วยการสมรสที่เป็นโมฆียะ โดยบัญญัติไว้ในหมวด 5 ว่าด้วยเรื่อง เพิกถอนการสมรส และมีบทบัญญัติหมวด 6 ว่าด้วยเรื่อง การขาดจากการสมรส ซึ่งบัญญัติให้ความตายและการหย่าเป็นเหตุให้ขาดจากการสมรสเท่านั้น แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 ได้บัญญัติเรื่องการสมรสที่เป็นโมฆะแยกออกจากการสมรสที่เป็น

โมฆียะ โดยบัญญัติเรื่องความเป็นโมฆะของการสมรสไว้ในหมวด 5 และนำเรื่องการสมรสที่เป็นโมฆียะไปบัญญัติรวมไว้ในหมวด 6 ว่าด้วยการสิ้นสุดแห่งการสมรส ซึ่งสิ้นสุดลงได้ด้วยความตาย การหย่า หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน โดยมีบทบัญญัติมาตรา 1502 บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าการสมรสที่เป็นโมฆียะสิ้นสุดลงเมื่อศาลพิพากษาให้เพิกถอน เห็นได้ว่าการสมรสที่เป็นโมฆียะมีสถานะเป็นการสมรสที่สมบูรณ์จนกว่าจะถูกพิพากษาเพิกถอน ฉะนั้นจึงได้มีการนำเรื่องนี้ไปบัญญัติรวมไว้กับเหตุอื่น คือ ความตายและการหย่าที่ทำให้การสมรสสิ้นสุดลง¹⁴¹ โดยรวมไว้ในหมวด 6 ว่าด้วยการสิ้นสุดแห่งการสมรส อันเป็นการบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักการและสาระสำคัญที่ว่า การสมรสมีสถานะสมบูรณ์อยู่แล้ว จากนั้นจึงได้สิ้นสุดลงในภายหลัง

5) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533

ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 โดยเหตุแห่งการสมรสอันเป็นโมฆียะไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด ดังนี้ การสมรสที่เป็นโมฆียะมี 5 กรณีเหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 คือ

(1) การสมรสผิดเงื่อนไข ตามมาตรา 1448 คือ ชายหรือหญิง หรือทั้งชายและหญิงอายุยังไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์ และศาลไม่ได้อนุญาตให้ทำการสมรสก่อนอายุครบกำหนดที่กฎหมายระบุ

(2) กรณีที่การสมรสได้กระทำไปโดยคู่สมรสฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดตัวคู่สมรส ตามมาตรา 1505

(3) กรณีที่การสมรสได้ทำการสมรสโดยถูกกลั่นแกล้งอันถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีการกลั่นแกล้งนั้นจะไม่ทำการสมรส ตามมาตรา 1506

(4) การสมรสที่คู่สมรสได้ทำการสมรสโดยถูกข่มขู่ ตามมาตรา 1507

(5) การสมรสที่ผู้เยาว์มิได้รับความยินยอมจากผู้ที่จะต้องให้ความยินยอมตามมาตรา 1509

เมื่อพิจารณาตรา 1509 บัญญัติว่า “การสมรสที่ไม่ได้รับความยินยอม ของบุคคลดังกล่าวในมาตรา 1454 การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ” และ

มาตรา 1454 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการสมรสให้นำความในมาตรา 1436 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

¹⁴¹ สันตัก ศศิวิมล. (2523). *ความเป็นโมฆะของการสมรส*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 86.

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับบุคคลที่ให้ความยินยอมในการหมั้น ตามมาตรา 1436 ซึ่งนำมาใช้ในกรณีของบุคคลที่ให้ความยินยอมในการสมรสด้วยเช่นกัน ดังนี้จึงต้องพิจารณาตามบทบัญญัติ มาตรา 1436 ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

มาตรา 1436 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการหมั้นได้ ต้องได้รับความยินยอมของบุคคลดังต่อไปนี้

(1) บิดาและมารดาในกรณีที่มิทั้งบิดาและมารดา

(2) บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มารดาหรือบิดาตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองหรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจาก มารดา หรือบิดาได้

(3) ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม

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

หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครอง

การหมั้นที่ผู้เยาว์ทำโดยปราศจากความยินยอมดังกล่าวเป็น โหม้ะ”

ตามมาตรา 1436 ที่แก้ไขใหม่ พ.ศ. 2533 ได้เพิ่มบุคคลที่ให้ความยินยอมในการหมั้น คือ ผู้รับบุตรบุญธรรม โดยเป็นการเพิ่มเติมให้ชัดเจนขึ้นว่าผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมนั้นต้องได้รับความยินยอมในการหมั้นจากผู้รับบุตรบุญธรรม มิใช่จากบิดามารดา เพราะผู้รับบุตรบุญธรรมมีฐานะอย่างบิดามารดาของบุตรบุญธรรม และผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นผู้มีอำนาจปกครองแทนบิดามารดาแล้ว¹⁴² ดังนี้จึงทำให้การสมรสของผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุตรบุญธรรม ต้องได้รับความยินยอมในการสมรสจากผู้รับบุตรบุญธรรมมิใช่จากบิดามารดา

วิวัฒนาการในเรื่องความเป็น โหม้ะของการสมรสตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า แต่เดิมในอดีตไม่มีบทบัญญัติเรื่องการสมรสที่เป็น โหม้ะ แต่จากการศึกษาตามกฎหมายลักษณะฟัวเมียจะอยู่ในส่วนของเงื่อนไขการสมรส เท่าที่ปรากฏคือ กรณีอายุของคู่สมรส แม้ในกฎหมายลักษณะฟัวเมียจะไม่มีบัญญัติไว้ก็ตามแต่หากพิจารณาถึงกฎหมายลักษณะอื่นในช่วงเวลาเดียวกัน เช่น กฎหมายลักษณะอาญา ก็สามารถนำมาเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุคู่สมรสได้เช่นกัน หากเป็นกรณีการสมรสโดยถูกหลอกลวง ได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะฟัวเมียซึ่งแต่เดิมเป็นเพียงเหตุในการฟ้องหย่าเท่านั้น และในส่วนของกรณีการให้ความยินยอมในการ

¹⁴² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2528). รายงานผลการพิจารณา เรื่อง การปรับปรุงกฎหมายครอบครัว (ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่...) พ.ศ. ...). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 3.

สมรสของบิดามารดานั้น เนื่องจากในอดีตหญิงตกอยู่ในอำนาจของบิดามารดา หากหญิงแต่งงานแล้วหญิงจะตกอยู่ในอำนาจของสามี โดยอำนาจปกครองดังกล่าวถือว่าเป็นอำนาจที่มีอยู่โดยชอบด้วยกฎหมายและครอบครัวไทยในยุคอดีต ต่อมาได้มีการพัฒนาประเทศและได้มีการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับนานาอารยประเทศ จึงได้มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว พ.ศ. 2478 ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของกฎหมายในยุคปัจจุบัน โดยมีการกำหนดถึงการสมรสที่เป็นโมฆียะไว้ 2 กรณี คือ การสำคัญตัวผิดและการข่มขู่ และมีเงื่อนไขเกี่ยวกับการสมรสบางประการซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าเป็นโมฆียะแต่จากการศึกษาจะเป็นกรณีที่เป็นเหตุให้เพิกถอนการสมรสได้ ดังเช่นกรณีอายุของคู่สมรส โดยกฎหมายได้กำหนดให้ชายอายุ 17 ปีบริบูรณ์ หญิงอายุ 15 ปีบริบูรณ์ จึงจะทำการสมรสได้ ต่อมาได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 ในกฎหมายฉบับนี้ได้มีการระบุงการสมรสที่เป็น โมฆียะไว้ชัดเจนโดยแบ่งเป็น 5 กรณี คือ กรณีอายุคู่สมรส โดยได้มีการแก้ไขอายุเป็นชายและหญิงจะทำการสมรสต้องมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ กรณีการสมรสโดยสำคัญผิดตัวคู่สมรส กรณีการสมรสโดยถูกกลั่นแกล้ง การสมรสโดยถูกข่มขู่ และกรณีการสมรสของผู้เยาว์ที่มีได้รับความยินยอมจากผู้ต้องให้ความยินยอม ทั้งนี้ได้มีการระบุงถึงบุคคลผู้มีสิทธิขอเพิกถอนการสมรสและอายุความของการใช้สิทธิเพิกถอนการสมรส ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2533 โดยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับบุคคลที่ให้ความยินยอมในการหมั้นซึ่งนำมาใช้ในกรณีของบุคคลที่ให้ความยินยอมในการสมรสด้วยเช่นกัน แต่บทบัญญัติอื่นไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด ดังนี้หากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าเหตุแห่งการสมรสที่เป็น โมฆียะตามกฎหมายไทยมีวิวัฒนาการมายาวนานและมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง

แต่เนื่องจากการสมรสที่เป็นโมฆียะนั้นหากพิจารณาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะพบว่าคำว่าโมฆียะ ได้มีบัญญัติไว้ในบรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป ในลักษณะ 2 ว่าด้วยบุคคล และลักษณะ 4 ว่าด้วยนิติกรรม โดยจะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติในบรรพ 1 มีรายละเอียดที่ชัดเจนกว่าบทบัญญัติเรื่องการสมรสที่เป็นโมฆียะในบรรพ 5 แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายดังกล่าวเพื่อวิเคราะห์ความคล้ายคลึง ตลอดจนความแตกต่าง ในบทบัญญัติเรื่องโมฆียะกรรมและการสมรสที่เป็นโมฆียะดังกล่าวต่อไป