

ข้อกำหนดและบทบัญญัติเรื่องสัญญาก่อนสมรส

๑.๑ ความหมายและคำนิยามในเรื่องสัญญาก่อนสมรส

ก่อนที่จะให้ความหมายและคำนิยามในเรื่องสัญญาก่อนสมรส ต้องเข้าใจเสียก่อนว่า บางประเทศเป็นเรื่องสัญญาก่อนสมรสจริง ๆ แต่บางประเทศสัญญาดังกล่าวนี้อาจทำก่อนหรือหลังสมรสก็ได้ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

หลักกฎหมายไทย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๕๘ วรรค ๑ บัญญัติว่า "ถ้าสามีภริยามีใจทำสัญญากันไว้ในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในเรื่องทรัพย์สินนั้น ให้บังคับตามบทบัญญัติในหมวดนี้"

หลักกฎหมายต่างประเทศ

ก. หลักกฎหมายฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๓๕๓ บัญญัติว่า "คู่สมรสอาจบอกกล่าวในลักษณะทั่วไปว่า เมื่อสมรสแล้วจะอยู่ภายใต้ระบบทรัพย์สินระบบใดระบบหนึ่งที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งนี้"

ในกรณีที่ไม่มีข้อกำหนดพิเศษที่เป็นการยกเว้นหรือแก้ไขระบบสินบริคณฑ์ ให้นำบทบัญญัติในส่วนที่ ๑ ของหมวดที่ ๒ มาใช้บังคับ" (หมายความว่าถ้าไม่มีสัญญาก่อนสมรสตกลงกันไว้ เป็นพิเศษในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ก็ให้ใช้ระบบตามกฎหมายซึ่งเป็นระบบสินบริคณฑ์)

มาตรา ๑๓๕๕ บัญญัติว่า "สัญญาสมรส (Le Contrat de Mariage) ต้องกระทำก่อนพิธีสมรส และจะมีผลต่อเมื่อใจทำพิธีสมรสแล้ว"

และมาตรา ๑๓๘๗ วรรค ๑ บัญญัติว่า "หลังจากที่ได้ใช้ระบบทรัพย์สิน
มาแล้วเป็นเวลา ๒ ปี ไม่วาจะเป็นระบบตามกฎหมายหรือระบบตามสัญญา คู่สมรส
ทั้ง ๒ ฝ่ายอาจตกลงกันเพื่อประโยชน์ของครอบครัวแก้ไขระบบทรัพย์สินหรือเปลี่ยนแปลง
ระบบทรัพย์สินทั้งหมดก็ได้ การตกลงนี้ต้องกระทำต่อ Notaire และนำมาให้ศาลใน
เขตภูมิลำเนาสั่งอนุญาต"^๑

ข. หลักกฎหมายเยอรมัน

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๑๔๓๒ บัญญัติว่า "คู่สมรสอาจกำหนด
สิทธิในทรัพย์สินระหว่างกันโดยทำสัญญาเรียกว่าสัญญาสมรส (Marriage - Contract)
และโดยเฉพาะภายหลังสมรสก็อาจทำสัญญายกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงสถานะในทรัพย์สิน
ระหว่างกันได้"^๒



ค. หลักกฎหมายอิตาลี

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๑๕๙ บัญญัติว่า "ความสัมพันธ์ในเรื่อง
ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาอาจเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สมรสหรือโดยกฎหมาย"

มาตรา ๑๖๒ บัญญัติว่า "สัญญาสมรสต้องทำเป็น Public Act มิฉะนั้น
จะตกเป็นโมฆะ

คู่สมรสไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ภายหลังที่ได้ทำพิธีสมรส"^๓

^๑ Emmanuel Vergé, Dalloz Code Civil, (Paris : Jurisprudence
Générale Dalloz, 1968), p. 580 - 581

^๒ The German Civil Code, (Translated and Annotated by Chung Hui
Wang; London : Stevens and Sons, 1907), p. 344

^๓ Mario Beltramo Giovanni E. Longo and John H. Merryman,
(Translator), The Italian Civil Code, (New York : Oceana
Publications, Inc., 1969), p. 46

ง. หลักกฎหมายสวิส

ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา ๑๗๙ บัญญัติว่า "สัญญาสมรสอาจกระทำ
ได้ก่อนหรือหลังพิธีสมรส

คู่สมรสต้องระบุในสัญญาเลือกระบบทรัพย์สินระบบใดระบบหนึ่ง ตามบทบัญญัติ
แห่งกฎหมายนี้ สัญญาที่กระทำในระหว่างสมรสไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก
ซึ่งได้มีอยู่เหนือทรัพย์สินของคู่สมรส"^๔

จ. หลักกฎหมายญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา ๗๕๕ บัญญัติว่า "ถ้าสามีภริยาไม่ได้ทำ
สัญญาก่อนการจดทะเบียนสมรส (prior to the notification of marriage)
เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในเรื่องทรัพย์สินนั้น
ให้บังคับตามบทบัญญัติที่จะกล่าวต่อไป"^๕

ฉ. หลักกฎหมายจีน

ประมวลกฎหมายแพ่งจีน มาตรา ๑๐๐๔ บัญญัติว่า "สามีภริยาอาจทำสัญญา
ก่อนหรือหลังสมรส (before or after marriage) เลือกใช้ระบบทรัพย์สินระบบใด
ระบบหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายนี้ เป็นระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส"^๖

^๔ Georges Scyboz et Jean Gauthier, Code Civil Suisse et Code des Obligations, (10 th ed.; Lausanne : Librairie Payot, 1967),

p. 103

^๕ The Civil Code of Japan, (Supreme Court of Japan; Tokyo : 1959),

p. 141

^๖ A Compilation of The Laws of The Republic of China, Volume I,

(Taipei : 1967), p. 276

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยจะเห็นว่าสัญญาก่อนสมรสต้องทำก่อนสมรส คือก่อนการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น หรืออย่างช้าที่สุดในขณะที่จดทะเบียนสมรส บทบัญญัติที่แสดงว่า "สัญญาก่อนสมรส" ต้องทำก่อนสมรส คือมาตรา ๑๕๕ ซึ่งใช้คำว่า "สัญญา ก่อนสมรส" (The Ante - Nuptial Agreement) และนอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของบรรดากฎหมายที่ชี้ให้เห็นว่า สัญญาก่อนสมรสต้องทำก่อนสมรสเท่านั้น โดยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ มีสัญญาซึ่งทำโดยคู่สมรสถืออย่างหนึ่งซึ่งเรียกว่า "สัญญาระหว่างสามีภรรยา" (agreement between husband and wife during marriage) ตามมาตรา ๑๕๖๑ ซึ่งบัญญัติว่า "สัญญาใดที่สามีภรรยาได้ทำไว้ต่อกัน ในระหว่างเป็นสามีภริยากันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะบอกกลางเสียในเวลาใดที่เป็นสามีภริยากันอยู่ หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากันก็ได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต"

สำหรับหลักกฎหมายต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ก็แล้วแต่เจตนารมณ์ของบรรดากฎหมายว่าจะใ้ควางบทบัญญัติไปในรูปใด ซึ่งขึ้นอยู่กับระบบทรัพย์สินของแต่ละประเทศควยว่ามีระบบ มีระบบตามสัญญาหรือระบบเผื่อเลือกหรือไม่ เช่น ตามกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส สวิต และจีนนั้น คู่สมรสอาจทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาก่อนหรือหลังสมรสก็ได้ แต่ตามกฎหมายอิตาลี แม้จะใช้คำว่า "สัญญาสมรส" แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของมาตราอื่นประกอบก็จะเห็นว่า สัญญาดังกล่าวนั้นต้องกระทำก่อนการสมรสเท่านั้น ซึ่งเรื่องนี้กฎหมายญี่ปุ่นได้บัญญัติไว้ชัดเจน เหมือนกับกฎหมายไทยว่า สัญญา ก่อนสมรสต้องทำก่อนสมรสเท่านั้น

สรุป เมื่อพิจารณาจากกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศแล้วจะเห็นว่า ในเรื่องสัญญาก่อนสมรสนั้นจะต้องทำขึ้นก่อนทำการสมรสหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับกฎหมายแต่ละประเทศว่าจะได้บัญญัติไว้ในทำนองใด กล่าวคือ บางประเทศก็เป็นสัญญาก่อนสมรสจริง ๆ เช่น ไทย ญี่ปุ่น อิตาลี แต่บางประเทศก็อาจจะทำก่อนหรือหลังการสมรสก็ได้ เช่น เยอรมัน สวิต จีน และมีข้อสังเกตว่า ไม่วาจะเป็นกฎหมายไทยหรือกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในเรื่องนี้จะเห็นได้ว่า สัญญาก่อนสมรสนี้จะทำความตกลงได้
 โดยเฉพาะความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเท่านั้น ซึ่งอาจจะเป็นการ
 เลือกระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา หรือแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องทรัพย์สินระหว่าง
 สามีภริยาให้ผิดแผกแตกต่างไปจากระบบตามกฎหมาย เพื่อที่จะให้ตรงกับหัวข้อใน
 วิทยานิพนธ์นี้ สำหรับประเทศที่อนุญาตให้ทำสัญญานี้ได้ก่อนสมรสเท่านั้น ผู้เขียนจะใช้
 คำว่า "สัญญาก่อนสมรส" (The Ante - Nuptial Agreement) แต่สำหรับ
 ประเทศที่อนุญาตให้ทำสัญญานี้ได้ก่อนหรือหลังสมรส ผู้เขียนจะใช้คำว่า "สัญญาคู่สมรส"
 (Marriage - Contract) ซึ่งอาจให้ความหมายหรือคำนิยามได้ว่า

สัญญาก่อนสมรส คือสัญญาที่คู่สมรสในอนาคตได้ทำความตกลงล่วงหน้า
 ก่อนทำการสมรสในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

สัญญาคู่สมรส คือสัญญาที่คู่สมรสได้ทำความตกลงก่อนหรือหลังทำการสมรส
 ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

แต่ในเรื่องนี้ต้องเข้าใจควยว่า สำหรับประเทศที่อนุญาตให้ทำสัญญาได้ก่อน
 หรือหลังสมรสนั้น ในบทบัญญัติกฎหมายของประเทศนั้น ๆ จะใช้คำว่า "สัญญาสมรส" ซึ่ง
 ตามหลักกฎหมายต่างประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ถือว่าสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามี
 ภริยา ก็เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาสมรสนั่นเอง โดยจะต้องนำไปรับรองว่าได้มีการทำสัญญา
 สมรสไปให้แก่นายทะเบียนเมื่อทำพิธีสมรส (มาตรา ๑๓๔๔ วรรค ๑)^๗ แต่ที่ผู้เขียนใช้
 คำว่า "สัญญาคู่สมรส" ก็เพื่อจะให้ปรับเข้ากับกฎหมายไทยในเรื่องสัญญาก่อนสมรส
 เพราะนักนิติศาสตร์ไทยเห็นว่า สัญญาสมรสก็คือการทำการสมรสระหว่างชายหญิง ซึ่ง

^๗ไปรับรองดังกล่าวนี้ได้จัดทำขึ้นโดย Notaire กล่าวคือ การทำสัญญาคู่สมรสตาม
 กฎหมายฝรั่งเศส ในขั้นแรกนั้นต้องกระทำต่อหน้า Notaire ก่อน สำหรับ
 Notaire (โนแตร) ก็ได้แก่เจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ในการจดทะเบียนเอกสารสัญญา
 หรือพินัยกรรม, โปรดดูความละเอียดเรื่องโนแตร เขียนโดย ศาสตราจารย์ เอญัต
 ในหนังสือนิติศาสตร์ปีที่ ๖ เล่ม ๗ พ.ศ. ๒๔๗๕ หน้า ๖๘๖ - ๖๘๗

จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ทำการจดทะเบียนแล้ว แต่ความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยานั้นเป็นผลที่สืบเนื่องมาจากการทำการสมรส และจะมีผลใช้บังคับกันเมื่อทำการสมรสแล้ว

๑.๒ วัตถุประสงค์ในการทำสัญญาก่อนสมรส

การที่กฎหมายเปิดโอกาสให้สามีภริยาทำสัญญาก่อนสมรสได้ ก็เพื่อเปิดโอกาสให้คู่สมรสในอนาคตได้ตกลงกำหนดสิทธิในการจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส หรือกำหนดสภาพแห่งทรัพย์สินแต่ละอย่างว่าจะเป็นที่ทรัพย์สินประเภทใด อันเป็นการผ่อนคลายนานาใจของสามี และยกย่องให้สามีและภริยามีสิทธิเท่าเทียมกัน เพราะตามหลักทั่วไปแล้วอำนาจจัดการสินบริคคหยอมตกอยู่กับสามี (มาตรา ๑๔๖๘) และหญิงมีสามีจะทำนิติกรรมผูกพันสินบริคคห์ต้องได้รับอนุญาตจากสามีก่อน มิฉะนั้นนิติกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆียะ (มาตรา ๓๔) ซึ่งในบางครั้งจะเห็นได้ว่าหญิงที่ร่ำรวย มีความรู้ และดำเนินกิจการค้าใหญ่โต เช่น โรงแรม บริษัท ฯลฯ แต่เมื่อไปทำการสมรสกับชายที่ไม่มีความรู้ในการดำเนินกิจการเหล่านี้ เวลาจะไปทำนิติกรรมอะไรที่ผูกพันสินบริคคห์ก็ต้องได้รับอนุญาตจากสามีก่อน ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความยุ่งยากและไม่ทันคอบเหตุการณ โดยเฉพาอย่างยิ่งในกรณีที่สามีไม่อนุญาตให้ทำสัญญาค้างกล่าว กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้แก่ไซบหมญญิตคังกล่าวได้ โดยมีเจตนารมย์ที่จะคุ้มครองสถาบันครอบครัว แต่อย่างไรก็ตามต้องเข้าใจว่าเรื่องสิทธิในการทำสัญญาก่อนสมรส กฎหมายให้สิทธิแก่คู่สมรสทั้งหญิงและชาย แต่ในทางปฏิบัติแล้วชายมักจะไม่ทำสัญญาก่อนสมรส เพราะอำนาจในการจัดการสินบริคคห์ตามกฎหมายยอมตกแก่ชาย (สามี) อยู่แล้ว แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าคู่สมรสมักไม่นิยมทำสัญญาก่อนสมรส โดยเฉพาะหญิง ซึ่งอาจจะเป็นเพราะไม่รู้กฎหมาย หรือรู้กฎหมายแต่ไม่กล้าที่จะทำสัญญาค้างกล่าว เพราะเกรงว่าชายอาจจะคิดว่าตนถูกคูกูถูกหรือไม่ไว้วางใจ และไม่ยอมทำการสมรสด้วย เหตุการณ์ทำนองนี้ไม่ปรากฏเฉพาะในประเทศไทยเท่านั้น แม้ในต่างประเทศ เช่น ฝรั่งเศส สมัยก่อนนี้ ในมณฑล Midi และ Normandie ประชาชนมักจะทำสัญญาก่อนสมรสกันมาก เพื่อจะหลีกเลี่ยงระบบที่ตรงกันข้ามจาก

จารีตประเพณีท้องถิ่น เพราะถ้าไม่มีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่น คู่สมรสก็ต้องใช้ระบบตามกฎหมาย ดังนั้นในแคว้นเหล่านี้จึงได้มีการทำสัญญาก่อนสมรสกันเป็นจำนวนมาก^๔ อย่างไรก็ดี จำนวนสัญญาก่อนสมรสไคลลดลงจาก ๑๑๐,๓๘๗ ราย ในปี ค.ศ. ๑๘๘๒ เหลือเพียง ๗๖,๕๒๕ ราย ในปี ค.ศ. ๑๙๐๓ เปรียบเทียบกับการสมรสในระยะเวลาดังกล่าวโดยที่ไม่มีสัญญามีระหว่าง ๑๗๐,๖๓๐ ราย ถึง ๒๓๘,๔๗๒ ราย ในปี ค.ศ. ๑๙๐๓ และในปี ค.ศ. ๑๙๑๓ มีการสมรส ๒๘๘,๐๐๐ ราย แต่ที่ทำสัญญาก่อนสมรสมีเพียง ๖๘,๗๘๓ ราย เท่านั้น^๕ และแม้แต่ในประเทศจีน ประชาชนส่วนใหญ่ก็ไม่ให้ความสนใจในการทำสัญญาคู่สมรส^๖

ในเรื่องสัญญาก่อนสมรสนี้ เหตุที่คู่สมรสไม่นิยมทำสัญญาก่อนสมรสกัน ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากคู่สมรสไม่รู้อะไรหรือไม่เข้าใจกฎหมาย แต่ถ้ามองว่าคู่สมรสมีความสุจริตใจต่อกัน และทำให้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว สัญญาก่อนสมรสนี้จะคุ้มครองสถาบันครอบครัวให้มีความมั่นคงยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ฝ่ายหญิงเป็นผู้ที่ดำเนินกิจการค้าที่สำคัญ ๆ เช่น โรงแรม บริษัทจัดสรรที่ดิน ฯลฯ ดังนั้นถ้าหากมีวิธีการใดที่จะทำให้คู่สมรสเข้าใจในเรื่องนี้แล้ว ท่อไปคู่สมรสก็คงจะนิยมทำสัญญาก่อนสมรสกันมากยิ่งขึ้น

^๔ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก่อนแก้ไข ปี ค.ศ. ๑๘๖๕ สัญญาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยานี้จะทำให้คู่สมรสเท่านั้น โดยมาตรา ๑๓๕๕ บัญญัติว่า "สัญญาก่อนสมรสนั้น เมื่อทำพิธีสมรสแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้"

^๕ Marcel Planiol, Traité Élémentaire de Droit Civil, Tome Troisième, (Paris : 1937), p. 9

^๖ V.Y. Chiu, Marriage Laws and Customs of China, (Hong Kong : New Asia College, 1966), p. 165

๑.๓ ระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา (Matrimonial Régime)

เหตุที่จะต้องนำเรื่องระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยามากกล่าวไว้ เพราะระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา เป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากในกฎหมายครอบครัวของนานาประเทศ โดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา การมีระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาที่เหมาะสมกับเหตุการณ์ในปัจจุบันและสอดคล้องกับวัฒนธรรมของชาติ โดยคำนึงถึงหลักความยุติธรรมและความเสมอภาคของมนุษย์ จึงเป็นเรื่องที่ส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีระหว่างสามีภริยา และเป็นการช่วยส่งเสริมสถาบันครอบครัวให้มีความมั่นคงยิ่งขึ้น อันจะมีผลช่วยก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงทางสังคมแก่ประเทศในชั้นปลาย ที่จำเป็นต้องกล่าวถึงเรื่องระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ก็เพราะเหตุว่าในกฎหมายต่างประเทศได้มีการแยกระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาออกเป็นหลายระบบ ซึ่งมีผลทำให้เข้าใจเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาก็ยิ่งขึ้น แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งของเราไม่มีที่ใดใช้คำว่าระบบเลย ทำให้เกิดปัญหาว่าตามกฎหมายไทยมีระบบทรัพย์สินหรือไม่ เพราะเรื่องสัญญาก่อนสมรสหรือสัญญาคู่สมรสส่วนใหญ่เป็นเรื่องการกำหนดระบบทรัพย์สินตามสัญญาทั้งสิ้น

๑.๓.๑ ความหมายของระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

ระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา มิได้หมายความเฉพาะกฎเกณฑ์เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเท่านั้น แต่หมายถึงกฎเกณฑ์ความผูกพันระหว่างบุคคลภายนอกกับสามีภริยานั้นด้วย ส่วนใหญ่ของบทบัญญัติเรื่องระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาก็คือการกำหนดประเภททรัพย์สินว่าทรัพย์สินของสามีหรือภริยาประกอบด้วยอะไรบ้าง รวมทั้งสิทธิในการจัดการและจำหน่ายทรัพย์สินของสามีหรือภริยา

ระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ในประเทศไทยใดประเทศหนึ่งอาจมีความหมายกว้างหรือแคบก็ได้แล้วแต่บทบัญญัติของกฎหมายในประเทศนั้นประกอบด้วยอะไรบ้าง บางประเทศความหมายของระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาอาจมีความหมายเฉพาะกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเท่านั้น บางประเทศก็มีบทบัญญัติกว้างขวาง และมีความหมายรวมถึงความสามารถในการจัดการทรัพย์สิน หรือ

ความผูกพันในทางทรัพย์สินต่อบุคคลภายนอกด้วย^{๑๑}

๑.๓.๒ ความมุ่งหมายในการกำหนดระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

(๑) ความมุ่งหมายประการที่ ๑ คือการคำนึงถึงผลประโยชน์และความ เป็นธรรมระหว่างสามีภริยา ในข้อนี้มีระบบทรัพย์สิน ๒ ระบบที่มีความมุ่งหมายขัดแย้งกัน ระบบแรกให้อำนาจสามีมากกว่าภริยา โดยเห็นว่าในครอบครัวสามีย่อมมี อำนาจมากกว่าภริยา ระบบนี้เรียกว่า "ระบบรวมทรัพย์สิน" (Union des biens, Union of property) คือให้สามีเป็นเจ้าของทรัพย์สินทั้งหมดที่คู่สมรสจัดหามาได้ ระหว่างสมรส

ระบบ Union of property เคยใช้ในเยอรมันสมัยก่อนที่เรียกว่า Imperial Code แต่ต่อมาได้อนุปรนลงมาคือให้ภริยายังคงเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ ตนจัดหาได้ (แต่ไม่มีสิทธิจัดการ) และได้ให้ภริยามีสิทธิได้รับมรดกส่วนใหญ่ของสามี ในเมื่อสามีตายลง ระบบ Union of property ได้สลับเนื่องมาจากหลักตามกฎหมาย โรมันที่ถือเสมือนว่า ภริยาเป็นผู้เยาว์และสามีเป็นผู้ปกครอง^{๑๒}

ระบบที่สอง ถือความเสมอภาคระหว่างชายหญิง เมื่อทำการสมรส โดยได้รับ อิทธิพลมาจากหลักกฎหมายทางคริสต์ศาสนา ซึ่งถือว่าบุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง ย่อมมีฐานะเท่าเทียมกัน

^{๑๑} ดร.อมร จันทรสมบูรณ์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เปรียบเทียบลักษณะครอบครัว ชั้นปริญญาโททางนิติศาสตร์, (พิมพ์โรเนียว : ๒๕๑๔), หน้า ๓๕

^{๑๒}

Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law, (London : Oxford at the Clarendon Press, 1965), p. 82

หลักความเสมอภาคระหว่างชายหญิงเมื่อทำการสมรสกัน^{๑๓} นำไปสู่ระบบทรัพย์สินที่แตกต่างกันสองประการ คือ

๑. ก่อให้เกิดระบบสินบริคณห์ (Régime de la communauté) ซึ่งจะมีการแบ่งสินสมรสโดยเท่าเทียมกัน (หรือทรัพย์สินที่ฝ่ายหญิงหามาได้) เมื่อขาดจากการสมรส

๒. ก่อให้เกิดระบบแยกทรัพย์สิน (Régime de la séparation des biens) คู่สมรสแต่ละฝ่ายต่างรักษาทรัพย์สินไว้เป็นของตนเองและต่างจัดการทรัพย์สินของตนเอง

(๒) ความมุ่งหมายประการที่ ๒ คือ การรักษาดุลประโยชน์และทรัพย์สินของภริยา ระบบแยกทรัพย์สินโดยสมบูรณ์เป็นหลักประกันในความเสมอภาคระหว่างสามีภริยาได้โดยสมบูรณ์ แต่ระบบแยกทรัพย์สินบางระบบ โดยที่ผู้บัญญัติกฎหมายเกรงว่าภริยาอาจจัดการได้ไม่ถูกต้อง เพราะขาดประสบการณ์ ซึ่งอาจเป็นเหตุให้เกิดความผิดพลาดได้ เมื่อเป็นเช่นนั้นย่อมจะมีผลกระทบกระเทือนถึงครอบครัวเป็นการส่วนรวมควย เพราะฉะนั้นกฎหมายจึงจำกัดความสามารถของภริยาบางประการ กล่าวคือแม้จะเป็นการกระทำต่อสินส่วนตัว ภริยาก็จะต้องขออนุญาตสามีก่อน (Incapacité Velléienne) เช่น ห้ามจำหน่ายทรัพย์สินส่วนตัวประเภทที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์บางประเภทที่ระบุไว้ หรือบางกรณีก็ห้ามจำหน่ายทรัพย์สินดังกล่าวเฉพาะในกรณีที่ไม่มีความตอบแทน

การรักษาสิทธิและดุลประโยชน์ของภริยาอีกประการหนึ่ง ได้แก่การเปิดโอกาสให้มีการตกลงกันว่าจะใช้ระบบทรัพย์สินอย่างไร เช่น ระบบสหทรัพย์สิน (Union of property) ซึ่งระบบนี้ทรัพย์สินยังคงเป็นของภริยา แต่สามีมีอำนาจจัดการและมีสิทธิ

^{๑๓}

P.M. Bromley, Family Law, (4 th ed.; London : Butterworths, 1971), p. 347 - 365

เก็บกิน โดยหลักการทรัพย์สินของภริยาจะไม่เพิ่มพูนขึ้น แต่ก็ไม่สูญหายหรือลดลง หรือระบบ
 สนิมบริคณห์ (Community of property) ระบบนี้สามีมีอำนาจจัดการสินมรดก
 แต่อาจมีข้อยกเว้นให้ภริยาเป็นผู้จัดการได้ในบางเรื่อง อย่างไรก็ตาม ระบบนี้มีหลัก
 อยู่ว่าจะต้องมีการแบ่งทรัพย์สินที่เพิ่มพูนขึ้นหรือแบ่งส่วนทรัพย์สินที่ขาดไปในระหว่างสมรส
 สามีและภริยาจึงมีส่วนได้เสียร่วมกันในผลของการจัดการทรัพย์สิน

ระบบอีกระบบหนึ่งคือ ระบบเอกทรัพย์สิน (Unité des biens, Unity
 of property) ซึ่งระบบนี้นักนิติศาสตร์บางท่านก็อธิบายรวม ๆ กันกับระบบสหทรัพย์สิน
 แต่ความจริงมีข้อแตกต่างกันคงจะไต่ถลาในภายหลัง

(๓) ความมุ่งหมายประการที่ ๓ คือ เพื่อผลประโยชน์ของบุตร อย่างไรก็ตาม
 ในเรื่องระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาไม่มีความมุ่งหมายที่จะรักษาผลประโยชน์
 โดยตรงของบุตรมากนัก เพราะผลประโยชน์ส่วนมากเป็นเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูหรือ
 สิทธิในการรับมรดกมากกว่า

(๔) ความมุ่งหมายประการที่ ๔ เพื่อผลประโยชน์ของบุคคลภายนอก
 บทบัญญัติในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา มีความมุ่งหมายที่จะรักษาผลประโยชน์ของ
 บุคคลภายนอกอยู่มาก เช่น บทบัญญัติให้เจ้าหนี้สามารถที่จะเรียกร้องให้ชำระหนี้ได้
 ทั้งจากทรัพย์สินส่วนตัวและทรัพย์สินที่เป็นสินมรดก เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ
 พินิชัย ของไทย มาตรา ๑๔๔๓ มีวิธีการที่ให้เจ้าหนี้องขอต่อศาลให้แยกสินมรดก
 ออกเป็นส่วนหนึ่งของลูกหนี้เพื่อกำเนนการไปตามคำพิพากษาได้ นอกจากนี้ในกรณีคู่สมรส
 เป็นบุคคลล้มละลาย สินมรดกย่อมแยกจากกันโดยอำนาจของกฎหมาย (มาตรา ๑๔๔๔)
 ซึ่งตามปกติเราทราบแล้วว่า เมื่อสามีล้มละลายภริยามักจะร่ำรวย และเป็นที่เข้าใจกัน
 โดยปริยายว่าภริยามักจะรู้เห็นเป็นใจในการล้มละลาย คือ การฉ้อโกง เจ้าหนี้ บางมลรัฐ
 ของสวิสถือว่าการที่สามีล้มละลายแล้ว สินมรดก ส่วนของภริยาจะต้องนำมารวมรับผิดชอบ
 นั้นด้วย และที่เห็นได้ชัดคือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพินิชัยของไทย มาตรา ๑๔๕๔
 วรรค ๑ และมาตรา ๑๔๖๑ ซึ่งบัญญัติว่า สัญญาก่อนสมรสและสัญญาระหว่างสมรสไม่มีผล
 ต่อบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต และนอกจากนั้นในหลาย ๆ ประเทศได้จำกัดการ

จดทะเบียนนิติกรรม หรือการจำนอง จำนำ ในระหว่างสามีภริยากัน^{๑๔}

นอกจากความมุ่งหมายทั้ง ๔ ประการแล้ว ก็ยังมีผลประโยชน์อย่างอื่นอีก คือ ผลประโยชน์ของครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีระบบทรัพย์สินที่วางหลักในการแยกอสังหาริมทรัพย์ออกจากสังหาริมทรัพย์ หรือจำกัดสิทธิบางประการ ในการจัดการทรัพย์สินของสามี เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา ๑๔๗๓ (๑) สามีจะจำหน่ายสินเค็มของภริยาต้องได้รับความยินยอมจากภริยาเสียก่อน

กล่าวโดยสรุป การที่ประเทศไทยจะบัญญัติระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ในรูปใด และจะป้องกันและรักษาผลประโยชน์ของฝ่ายใด ย่อมขึ้นอยู่กับเงื่อนไขหลายประการ ทั้งในด้านสังคมและเศรษฐกิจ โดยคำนึงถึงจารีตประเพณีในท้องถิ่น ความจำเป็นในทางสังคมและการดำเนินชีวิตของประชาชนในท้องถิ่นต่าง ๆ เช่น ในประเทศกลุ่มสแกนดิเนเวียน ใช้ระบบสินบริคตเป็นหลัก ก็เพราะเหตุว่าประเทศเหล่านั้นเป็นประเทศที่ประชาชนมีอาชีพทางทะเล เช่น ทำการเดินเรือหรือทำการประมง ดังนั้น ฝ่ายภริยาจึงเป็นผู้จัดการทรัพย์สิน ตามความเป็นจริง เป็นผู้ที่ใช้จ่ายและแสวงหารายได้บางส่วนใช้ในครอบครัว แต่ประเทศบางประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศหรือเมืองที่มีการพาณิชย์เป็นหลัก ก็ใช้ระบบสินบริคตเฉพาะทรัพย์สินที่หามาได้ในระหว่างสมรส ซึ่งเรียกว่า *Communauté d'acquêts* ซึ่งหมายความรวมถึงดอกผลหรือรายได้ที่เกิดจากสินส่วนตัวของคู่สมรสด้วย สำหรับกฎหมายไทยได้รวมสินบริคตโดยเอาสินเค็มของทั้งสองฝ่ายมาให้สามีจัดการ ก็เพราะประเพณีของเรามีอยู่ว่า ฝ่ายชายเป็นผู้หาเลี้ยงครอบครัว เป็นหัวหน้าของครอบครัว

อย่างไรก็ดี สมควรจะกล่าวไว้ด้วยว่า ไม่ว่าประเทศไทยจะได้นำระบบทรัพย์สินใดไว้ในกฎหมายแล้วก็ตาม ระบบทรัพย์สินที่ได้กำหนดไว้ บทบัญญัติของ

005882

^{๑๔} คร.อมร จันทรสมบุรณ์, เรื่องเค็ม, หน้า ๔๒ - ๔๓

กฎหมายก็มีไคคงฐานะหรือลักษณะของระบบทรัพย์สินนั้นไว้โดยสมบูรณ์ แต่กฎหมายได้กำหนดควิธีการของระบบทรัพย์สินอื่นผสมอยู่ด้วย ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความเหมาะสมตามที่ไคกล่าวมาแล้ว

๑.๓.๓ ปัญหาสำคัญของเรื่องระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

ระบบทรัพย์สินของนานาประเทศมีหลายระบบ แต่ไม่ว่าจะเป็นระบบใดก็ตาม มีปัญหาสำคัญที่สืบเนื่องจากระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาดังนี้ คือ

๑. ความสัมพันธ์เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน กล่าวคือ เมื่อสมรสแล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาจะตกอยู่แก่ฝ่ายใด
๒. ความสัมพันธ์เกี่ยวกับสิทธิจัดการและจำหน่าย กล่าวคือ เมื่อสมรสแล้วสิทธิในการจัดการกับจำหน่ายทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาทั้งสองฝ่ายจะตกอยู่แก่ฝ่ายใด
๓. ความสัมพันธ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบในหนี้ กล่าวคือ เมื่อสมรสแล้วหนี้ที่สามีภริยาทั้งสองฝ่ายได้ก่อขึ้น ความรับผิดชอบในหนี้้นั้นตกอยู่แก่ฝ่ายใด
๔. ความสัมพันธ์เกี่ยวกับการแบ่งทรัพย์สิน เมื่อสามีภริยาขาดจากการสมรสทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาจะจัดการแบ่งกันอย่างไร^{๑๕}

๑.๓.๔ ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามระบบต่าง ๆ

การที่จะพิจารณาวาระบบทรัพย์สินใดเป็นอย่างไร เราต้องพิจารณาแยกชื่อของระบบทรัพย์สินที่ใช้ในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ออกจากการจัดแบ่งระบบทรัพย์สินตามทฤษฎี เพราะว่ากฎหมายของประเทศหนึ่งอาจจะใช้ชื่อเรียกระบบทรัพย์สินตามกฎหมายของตน โดยมีหลักเกณฑ์เป็นพิเศษ เช่น ชื่อในกฎหมายอาจเรียกว่าเป็นระบบสินบริคณฑ์ แต่โดยเนื้อหาอาจใกล้เคียงและเป็นระบบเอกทรัพย์โดยทางทฤษฎีก็ได้

^{๑๕} ไค เอียนฮุย, คำบรรยายกฎหมายลักษณะครอบครัวจีน, (ไทเป : โรงพิมพ์ซิงฮุยซังหัง, ๑๙๕๕), หน้า ๑๒๕

เพราะฉะนั้น เมื่อพิจารณาถึงระบบทรัพย์สินที่บัญญัติในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ แล้ว อาจกล่าวได้โดยทั่ว ๆ ไปว่า ปัจจุบันนี้ระบบทรัพย์สินในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มีได้ใช้หลักการของระบบโคแนอนเพียงระบบเดียว แต่เป็นระบบที่ผสมจากหลักการในระบบต่าง ๆ เสมอ^{๑๖}

นอกจากนั้นการจักแบ่งระบบทรัพย์สินอาจแบ่งได้โดยอาศัยหลักเกณฑ์ต่างกัน เช่น การแบ่งโดยคำนึงถึง เหตุผลของกฎหมาย เช่น พิจารณาเอาเรื่อง "กรรมสิทธิ์ของทรัพย์สิน" มาเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งระบบทรัพย์สินนั้น หรือการแบ่งโดยอาศัยหลักใน ทางเศรษฐกิจ คือพิจารณาดู "ฐานะของหญิงมีสามี" การแบ่งโดยคำนึงถึงเหตุผลประการหลังดูจะทำความเข้าใจได้ง่ายกว่าวิธีอื่น และสามารถแบ่งระบบทรัพย์สินได้ดังต่อไปนี้ คือ

(๑) ระบบที่ฐานะของสามีกลืนฐานะของฝ่ายหญิงทั้งหมด (Absorbition)^{๑๗} ทรัพย์สินของภริยาจะกลายเป็นของสามีทั้งหมด (ระบบนี้เข้าใจว่าไม่มีอยู่แล้วในกฎหมายลายลักษณ์อักษร) แต่อาจจะมีอยู่ก็แต่ในประเทศที่ไม่เจริญ ระบบนี้เป็นระบบดั้งเดิมใช้อยู่ในต้นสมัยโรมัน และเป็นระบบที่เคยใช้อยู่ในแถบประเทศกลุ่ม Anglo Saxson

(๒) ระบบเอกทรัพย์ (Unity of property)^{๑๘} หลักการของระบบนี้คือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของภริยาโอนไปเป็นของสามีทั้งหมด โดยมีเงื่อนไขว่าต้องชดเชยคืนให้ครบตามมูลค่า (การคืนเป็นการคืนตามมูลค่า ไม่ใช่เป็นการคืนทรัพย์สินอันนั้น หรือคืนตัวทรัพย์สินที่มีลักษณะเหมือนกัน (In Kind)) แต่ความสัมพันธ์กับบุคคลภายนอก

^{๑๖} Georges Ripert et Jean Boulanger, Traité de Droit Civil, (Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956), p. 824

^{๑๗} P.M. Bromley, op.cit., p. 350

^{๑๘} ประมวลกฎหมายแพ่งจีน มาตรา ๑๐๘๒ - ๑๐๘๓

เช่น เจ้านี้ ในระบบ เอกทรัพย์จะถือว่าทรัพย์สินของสามีภริยาเป็นก้อนเดียวกัน ระบบ เอกทรัพย์มีลักษณะ เป็นระบบสหทรัพย์ตามความหมายอย่างกว้าง

(๓) ระบบสหทรัพย์ (Union of property)^{๑๙} มีหลักอยู่ว่า สามี เป็นผู้ที่มีอำนาจจัดการทรัพย์สินของภริยา และเป็นผู้มีสิทธิได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินของภริยา โดยกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังเป็นของภริยาอยู่

ในระบบสหทรัพย์คงมีข้อที่พอสั่งแยกได้ก็คือ อาจมีการแยกสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ที่มีตัวตน ออกจากสังหาริมทรัพย์ประเภทเงินตราหรือประเภท โภคทรัพย์ โดยสังหาริมทรัพย์ประเภทเงินตราหรือโภคทรัพย์จะจัดระบบให้อยู่ใน ระบบเอกทรัพย์ เพราะทรัพย์สินประเภทนี้ตามปกติไม่อาจจัดการได้โดยกรรมสิทธิ์ ไม่นับว่ายังผู้มีอำนาจจัดการ

(๔) ระบบสินบริคณห์ (Community of property)^{๒๐} ระบบสินบริคณห์ นี้มีหลักสำคัญอยู่ว่า เมื่อขาดจากการสมรสจะต้องเอาทรัพย์สินมาแบ่งกัน บางประเทศก็ กำหนดให้แบ่งครึ่ง บางประเทศก็กำหนดให้สามีได้รับส่วนแบ่งมากกว่าภริยา อย่างไรก็ตามระบบนี้สามีจะมีได้รับประโยชน์ไปทั้งหมดแต่เพียงฝ่ายเดียว

ระบบนี้แบ่งได้เป็น ๒ ประเภท คือ

ก. ระบบสินบริคณห์ทั่วไป (Universal Community of Property) หมายถึงการนำทรัพย์สินของสามีและภริยาเข้ามารวมกันเกือบทั้งหมด โดยถือกรรมสิทธิ์ร่วมกัน รวมตลอดทรัพย์สินซึ่งสามีและภริยาหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหามาได้ในระหว่างสมรส โดยมีได้แยกไว้เป็นสินส่วนตัว^{๒๑}

^{๑๙} ประมวลกฎหมายแพ่งจีน มาตรา ๑๐๐๔ - ๑๐๓๐

^{๒๐} ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันปัจจุบัน

^{๒๑} Black's Law Dictionary, (4 th ed.; St. Paul : Minn. West Publishing Co.; 1951), p. 351

ข. ระบบสินบริคณฑ์เฉพาะส่วนเพิ่มพูน (Community of Acquisition)^{๒๒}
 ตามระบบนี้เอาทรัพย์สินมารวมกันเฉพาะทรัพย์สินที่ได้เพิ่มพูนขึ้นเท่านั้น กล่าวคือ เป็น
 ส่วนกำไรหรือส่วนที่เพิ่มพูนขึ้นของกองทรัพย์สินระหว่างสามีและภรรยา

(๕) ระบบกองทุนของสามี (Dotal)^{๒๓} คือการที่มีทรัพย์สินของ
 ฝ่ายหญิง (อาจทั้งหมดหรือบางส่วน) ที่สามีโอน และสามีเป็นผู้ใช้อำนาจจัดการและ
 เป็นผู้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่เป็น dot หลักการของระบบ Dotal อาจผสม
 กับระบบอื่นได้ ยกเว้นในระบบที่ ๑ แม้แต่ระบบเอกทรัพย์ที่ชายเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์
 ในทรัพย์สินของฝ่ายหญิงทั้งหมด ก็อาจผสมกันได้โดยให้มีส่วนโอนไม่ได้

(๖) ระบบแยกทรัพย์สิน (Seperate of property)^{๒๔} คือระบบที่
 แต่ละฝ่ายเป็นอิสระจากกัน ยังคงเป็นเจ้าของ เป็นผู้รับประโยชน์และเป็นผู้จัดการใน
 ทรัพย์สินส่วนตัวของตนในระบบแยกทรัพย์สิน โดยมีเงื่อนไขว่าคุณสมรสจะต้องเฉลี่ยภาระใน
 ครอบครัวเดียวกัน ระบบแยกทรัพย์สินอาจผสมกับระบบสินบริคณฑ์หรือระบบ Dotal
 ก็ได้ ที่ว่าผสมกับระบบสินบริคณฑ์คือ ต่างฝ่ายต่างเป็นเจ้าของและจัดการทรัพย์สินไป
 แต่คอกองผลที่เพิ่มพูน ต้องเอามาแบ่ง เมื่อการสมรสขาดจากกัน หรือผสมในระบบ Dotal
 คือให้มียากองทุนและกองทุนนี้สามีมีอำนาจจัดการและรับประโยชน์ แต่ทรัพย์สินส่วนตัวเหลือ
 สามีและภรรยาต่างฝ่ายมีอำนาจจัดการโดยตนเอง

ทั้ง ๖ ระบบนี้เป็นแนวความคิดใหญ่ ๆ แต่อาจกล่าวได้ว่าระบบทรัพย์สิน
 ระหว่างสามีภรรยาของประเทศนั้น ไม่มีระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาที่มีหลักเกณฑ์

^{๒๒} ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๔๕๔

^{๒๓} ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๕๔๐ - ๑๕๔๑ ก่อนแก้ไข ค.ศ. ๑๘๖๕
 แต่ปัจจุบันให้เลิกไปแล้ว

^{๒๔} ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น จีน และสวิส

ของระบบทรัพย์สินโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายเพียงระบบใดระบบเดียว เช่นในกฎหมายอิตาลี ระบบตามกฎหมายเป็นระบบผสมระหว่างระบบกองทุนของสามีกับระบบสินบริคณห์ เฉพาะ ส่วนเพิ่มพูน ส่วนกฎหมายชิลี ระบบตามกฎหมายเป็นระบบผสมระหว่างระบบสินบริคณห์ เฉพาะส่วนเพิ่มพูนกับระบบแยกทรัพย์สิน ดังนั้นหลักเกณฑ์ของระบบใดจะผสมกับระบบใด และจะผสมกันมากน้อยเพียงใด ก็ยอมแล้วแต่ผู้บัญญัติกฎหมายในแต่ละประเทศจะเห็นว่า เหมาะสมกับประเทศของตน กล่าวคือ

๑. ผู้บัญญัติกฎหมายอาจให้ระบบใดเป็นระบบตามกฎหมาย (Statutory Régime) เพียงระบบเดียว โดยไม่มีระบบตามสัญญา (Contractual Régime) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าระบบเพื่อเลือก (Conventional Régime) แต่ยอมให้ คู่สมรสมีเสรีภาพในการทำสัญญาก่อนสมรสแก้ไขได้ หมายความว่าถ้าสามีภริยามิได้ทำ สัญญาก่อนสมรสแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินก็ให้ใช้ ระบบทรัพย์สินตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และโดยทั่วไปแล้วกฎหมายที่บัญญัติให้มีระบบตาม กฎหมายเพียงระบบเดียว จะยอมให้คู่สมรสมีเสรีภาพอย่างมากในการทำสัญญาก่อนสมรส โดยวางเงื่อนไขไว้เป็นหลักทั่วไป เช่น ห้ามทำสัญญาก่อนสมรสที่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน บทบัญญัติของกฎหมายเช่นนี้ แม้จะมีระบบเดียว แต่ก็เป็นกฎหมายที่ให้เสรีภาพในการแก้ไข

ตัวอย่างของประเทศที่ใช้ระบบนี้ เช่น

ก. ญี่ปุ่น ระบบตามกฎหมายได้แก่ระบบแยกทรัพย์สิน แต่เปิดโอกาสให้ คู่สมรสทำสัญญาก่อนสมรสให้แตกต่างไปจากระบบตามกฎหมายได้

ข. เนเธอร์แลนด์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งของเนเธอร์แลนด์ มิได้แยก ระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาไว้แต่อย่างใด โดยในการสมรสถ้าสามีภริยามิได้ทำ สัญญาก่อนสมรสไว้เป็นประการใดแล้ว ก็ให้ใช้ระบบทรัพย์สินตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ อันเป็นระบบที่ทรัพย์สินมาระคนปนกัน ซึ่งเรียกว่า Communauté อันได้แก่ระบบ สินบริคณห์นั่นเอง

๒. ผู้บัญญัติกฎหมายอาจบัญญัติให้มีระบบตามกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกัน ก็มีระบบตามสัญญา (Contractual Régime) หรือระบบเพื่อเลือก (Conventional Régime) โดยกฎหมายอาจบัญญัติให้มีหลายระบบ เช่น ๒ ระบบ หรือ ๓ ระบบ (พวกที่กำหนดไว้ ๓ ระบบ ระบบที่ ๓ มักจะเป็นระบบกองทุนของสามี ซึ่งเป็นระบบตามประเพณีมาก่อน) ทั้งนี้ก็เพื่อความสะดวกแก่คู่สมรสในการที่จะตกลงเลือกระบบทรัพย์สินของตนในการทำการสมรส แทนที่จะต้องมาเขียนเป็นรายละเอียดเหมือนกับในการทำสัญญาก่อนสมรส โดยถ้าไม่มีสัญญาก่อนหรือหลังสมรสเลือกระบบทรัพย์สินไว้เป็นอย่างอื่นก็ใช้ระบบตามกฎหมาย^{๒๔} แต่ระบบทรัพย์สินที่สามีภริยากำหนดขึ้นตามสัญญาก่อนหรือหลังสมรสนั้น ต้องเป็นระบบที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เลือกเท่านั้น จะกำหนดระบบที่กฎหมายไม่ได้อนุญาตไว้ไม่ได้ ทั้งนี้เพราะเกรงว่าสามีภริยาจะกำหนดระบบทรัพย์สินของตนขึ้นตามความพอใจ อาจจะทำให้ขาดหลักเกณฑ์และมีระบบมากเกินไป จนทำให้บุคคลภายนอกเกิดความยุ่งยากในการติดต่อสัมพันธ์ด้วย แต่ขณะเดียวกัน ประเทศส่วนใหญ่ที่กำหนดให้มีหลายระบบให้เลือกรับนี้ แต่ละระบบที่ให้เลือกรับก็อาจกำหนดหลักเกณฑ์ปลีกย่อยลงไปให้ทำสัญญาก่อนหรือหลังสมรสแตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้

ตัวอย่างของประเทศที่ใช้ระบบนี้ เช่น

ก. เยอรมัน ระบบตามกฎหมายได้แก่ระบบสหทรัพย์สิน และมีระบบตามสัญญาหรือระบบเพื่อเลือก ๔ ระบบ^{๒๕} คือ

๑. ระบบสินบริคณห์ทั่วไป (General community of goods)
๒. ระบบสินบริคณห์เฉพาะส่วนสินสมรส (Community of income and profits)

^{๒๔}

J. Ernest Schuster, The Principles of German Civil Law,
(London : Oxford at the Clarendon Press, 1907), p. 497

^{๒๕}

Ibid., p. 510

๓. ระบบสินบริคณห์เฉพาะส่วนสังหาริมทรัพย์ (Community of movables)

๔. ระบบแยกทรัพย์สิน (Seperation of goods)

ข. ฝรั่งเศส ระบบตามกฎหมายได้แก่ระบบสินบริคณห์ และมีระบบ
เพื่อเลือกหรือระบบตามสัญญา ๓ ระบบ คือ

๑. ระบบสินบริคณห์ตามสัญญา

๒. ระบบแยกทรัพย์สิน

๓. ระบบแบ่งปันผลประโยชน์ (หนักไปทางระบบสินบริคณห์ ข้อแตกต่าง
คือต่างคนต่างมีอำนาจจัดการ)

ค. สวิต ระบบตามกฎหมายได้แก่ระบบสหทรัพย์สิน (Marital System)
และมีระบบตามสัญญาหรือระบบเพื่อเลือก ๒ ระบบ คือระบบสินบริคณห์ (Community
Property System) และระบบแยกทรัพย์สิน (Seperate Estate System)
สำหรับระบบแยกทรัพย์สินในความหมายหนึ่งเป็นระบบเพื่อเลือก และอีกทางหนึ่งเป็น
การใช้ระบบแยกทรัพย์สินในฐานะที่เป็นวิธีการคุ้มครองสิทธิของภริยาและเจ้าหนี้ ซึ่ง
อาจเป็นการแยกโดยผลของกฎหมายหรือโดยคำสั่งศาล

ง. จีน ระบบตามกฎหมายได้แก่ระบบสหทรัพย์สิน และกฎหมายจีนมีระบบ
ตามสัญญาหรือระบบเพื่อเลือกอยู่ ๓ ระบบ^{๒๓} คือ

๑. ระบบสินบริคณห์ (Joint Property System)

๒. ระบบเอกทรัพย์สิน (Unified Property System)

๓. ระบบแยกทรัพย์สิน (Seperate Property System) ระบบ
แยกทรัพย์สินของจีนเหมือนกับของสวิต กล่าวคือ เป็นระบบสำหรับเพื่อเลือกและเป็น
วิธีการ เฉพาะสำหรับแก้ปัญหาในกรณีพิเศษ ซึ่งในกรณีหลังนี้การใช้ระบบแยกทรัพย์สิน

๒๓

V.Y. Chiu, op.cit., p.156 - 157

อาจเป็นไปโดยผลของกฎหมายหรือโดยคำสั่งศาล (ประมวลกฎหมายแพ่งจีน มาตรา ๑๐๐๘ ถึง ๑๐๑๑)^{๒๔}

๑. ไม่มีระบบตามกฎหมายเลย มีแต่ระบบตามสัญญาหรือระบบเพื่อเลือก
 แດอย่างเคียว โดยคู่สมรสต้องทำสัญญาก่อนสมรส หรือมิฉะนั้นก็ตกลงเลือกระบบทรัพย์สิน
 ของตนในขณะที่ทำการสมรส เป็นการบังคับให้เลือก โดยนายทะเบียนจะทำการสอบถาม
 ในขณะที่ทำการสมรส ส่วนวิธีตกลงอาจแตกต่างกันรายละเอียด เช่นร่างกฎหมายของ
 บราซิล เคยเสนอรระบบเพื่อเลือกไว้ ๔ ระบบ^{๒๕} คือ

๑. ระบบสินบริคณห์ทั่วไป
๒. ระบบสินบริคณห์เฉพาะส่วนเพิ่มพูน
๓. ระบบกองทุนของสามี
๔. ระบบแยกทรัพย์สิน

ผู้เสนอความคิดเช่นนี้เห็นว่า การใช้ระบบตามสัญญาแต่อย่างเดียวยจะเป็น
 การเตือนให้คู่สมรสระมัดระวังผลประโยชน์ของตนก่อนทำการสมรส แต่อย่างไรก็ตาม
 หลักการนี้ไม่ได้รับการยอมรับและได้ถูกแก้ไขให้มีระบบตามกฎหมายขึ้นด้วย นอกจากนี้
 ได้เคยมีผู้เสนอให้แกกฎหมายในอิตาลีและฝรั่งเศสให้เป็นไปตามแนวที่ไม่มีระบบตาม
 กฎหมาย แต่ไม่เป็นที่ยอมรับ

สรุป ในปัจจุบันนี้อาจกล่าวได้ว่าระบบทรัพย์สินที่ใช้นั้นมากได้แก่ระบบ
 สินบริคณห์ เช่น ฝรั่งเศส เบลเยียม ฮอลแลนด์ สเปน โปรตุเกส นอร์เวย์ เดนมาร์ก
 สวีเดน ฟินแลนด์ สวิส เม็กซิโก ระบบแยกทรัพย์สิน เช่น อังกฤษ อิตาลี รัสเซีย

^{๒๔} ไต้เอียนฮุย, เรื่องเคิม, หน้า ๑๒๖

^{๒๕} M.A. Coelho Rodrigues, Projet de Code Brésilien Rédigé,
 (Genève : 1894), p. 58

รุมานีเย ญูปุ่น และระบบสหทรัพย์ เช่น จีน เยอรมัน ส่วนระบบ Dotal ซึ่งเป็นระบบที่เกิดจากจารีตประเพณีสมัยโบราณนั้น กฎหมายบางประเทศยังยอมรับบังคับไว้ในฐานะที่เป็นระบบตามกฎหมายจารีตประเพณี เช่น ในอิตาลี และอเมริกาใต้บางประเทศ และถ้าหากพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่า ระบบที่สามมีพื้นฐานของภริยาไม่มีที่ไรแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าไม่มีประเทศใดที่ใช้ระบบใดระบบหนึ่งแต่เพียงระบบเดียว

๑.๔ ระบบทรัพย์สินและทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามกฎหมายไทย

๑.๔.๑ ประวัติและความเป็นมาของระบบทรัพย์สินและทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

กฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวของแต่ละประเทศมีลักษณะแตกต่างกันไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยอาศัยหลักศาสนา จารีตประเพณี และวัฒนธรรมของประเทศนั้น ๆ

สำหรับประเทศไทยก็มีกฎหมายดังกล่าวนี้มาเป็นเวลานานแล้ว ซึ่งเป็นที่รู้จักกันทั่วไปในชื่อของ "กฎหมายลักษณะตัวเมีย" ในปัจจุบันนี้เรื่องตัวเมียได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว (แต่ก่อนเราใช้คำว่า "กฎหมายตัวเมีย" แต่นักนิติศาสตร์สมัยใหม่เห็นว่าถ้อยคำนี้แคบไป เพราะในกฎหมายตัวเมียมีตัวบทกล่าวถึงเรื่องบิดากับบุตร เด็กกับผู้ปกครองอยู่ด้วย ในภายหลังจึงได้ใช้คำว่า "กฎหมายครอบครัว")

กฎหมายตัวเมียได้บัญญัติขึ้นในแผ่นดินสมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ (พระเจ้าอู่ทอง) เมื่อ พ.ศ. ๑๘๐๔ หรือประมาณ ๖๐๐ ปีเศษมานี้ เลิกไปเมื่อใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ คือตั้งแต่วันที่ ๑ ตุลาคม ๒๔๗๘ เป็นต้นมา^{๓๐}

^{๓๐} พระวรภักดีพินัย, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (พระนคร : โรงพิมพ์ของสมาคมสังคมนิติศาสตร์แห่งประเทศไทย, ๒๕๐๔), หน้า ๘๘

หลักกฎหมายของไทยในอดีตดังกล่าวนี้ ปรากฏว่าได้กล่าวถึงระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาไว้ด้วย เป็นระบบเกาแกที่โซมาหลายยุคหลายสมัย หลายชั่วอายุคน คือตั้งแต่ครั้งสมัยกรุงสุโขทัย สมัยกรุงศรีอยุธยา และจนกระทั่งสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ซึ่งในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์นี้ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชโปรดเกล้าฯ ตั้งกรรมการขึ้นชำระสะสางรวบรวมตัวบทกฎหมายเกาแกของไทยตั้งแต่ดั้งเดิม รวมเข้าเป็นหมวดหมู่ไว้ เมื่อ จ.ศ. ๑๑๑๖ (พ.ศ. ๒๓๔๙) เรียกชื่อว่า "กฎหมายตรา ๓ ดวง"

กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาดั้งเดิมของไทยนี้บัญญัติถึง "ระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา" ไว้ด้วย ดังที่พระวรวงศ์วิบูลย์ได้กล่าวไว้ดังต่อไปนี้^{๑๑}

... เรื่องนี้บัญญัติในปี พ.ศ. ๑๘๐๕ ด้วเมียบทที่ ๗๒ ว่า "สองสมรสด้วยกัน มีบริคนทั้งสองข้างและตัวทรัพย์สิน เกินนั้นหนีตายก็ดี เรือลมไฟไหม้ก็ดี เล่นเบี้ยเสียก็ดี แดงไปค้าขายขาดทุนก็ดี และสิ้นเกินนั้นฉิบหายด้วยประการใด ๆ ก็ดี ท่านให้เอาสินสมรสใช้เกินอันฉิบหายนั้นจงถวน เหลือนั้นเป็นสมรส

ถ้าสิ้นเกินเขียนหนังสือไว้เปล่า ๆ (ระบุไว้ในบริคนสนธิ แต่ไม่มีตัวทรัพย์สินจริง) ไม่ให้เอาสินสมรสใช้สิ้นเกินเลย

หรือเอาสินเกินให้ลูกหลานพี่น้องไปก็เสมอคู่จเดียว (คือฝ่ายนั้นจะเอาสินสมรสมาใช้สินเกินที่ยกให้ไปนั้นไม่ได้)

ถ้าแลเอาสมรสใช้สินเกินไซ้ ไครมากให้ไครมาก ไครน้อยให้ไครน้อย (ตามส่วนสินเกิน) ถ้าหาสินสมรสมิได้ เป็นภักแก่เขาทั้งสองฝ่าย

ถ้าหาสมรสมิได้มีแต่สินเกินข้างหนึ่งมากไซ้ ให้เอาใช้เกินข้างชาคนั้นตามส่วนมากและน้อย ถ้าสินเกินหญิงก็ดี สินเกินชายก็ดี แหงเขาทั้งสองสิ้นเสียด้วยกัน ท่านมิให้หาแก่กันเลย (หลักฐานเรื่องสินบริคนหตงทำเป็นหนังสือจึงจะใช้ได้)

^{๑๑} พระวรวงศ์วิบูลย์, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (พิมพ์ครั้งที่ ๑,

พระนคร : โรงพิมพ์วิบูลย์กิจ, ๒๔๕๖), หน้า ๖๗ - ๖๘

อนึ่ง หญิงก็ดี ชายก็ดี (โตมรคก) ให้เอาเป็นสินสมรส ญาติให้สังสินแก่ หญิงก็ดี ชายก็ดี เมื่อวันมีแขก (วันแต่งงาน) ให้เอาเป็นเค็ม ถ้าให้เมื่อมาอยู่เป็น ผู้เมียแล้วให้เอาเป็นสมรส

อนึ่ง สินที่นอนและเหล้าเขาของกินเลี้ยงผู้เถาผู้แ้ววันมีแขก มีพ่อจะเอา แยกกัน ถ้าหยากันก็ดี คายจากกันก็ดี ให้อยกเสีย

ผู้เมียบทที่ ๗๔ ราษฎรทั้งหลายในแคว้นแควนเสมามณฑลให้เลี้ยงลูกเมีย โดยธรรม บางคนมีเมียสองคนสามคนก็ดี เมื่อเกิดมีลูกได้ทรัพย์ควรให้แก่เมียเค็ม สองส่วน เมียกลางส่วนหนึ่ง เมียสุกกิ่งส่วน

ในปี จ.ศ. ๑๑๖๖ ใ้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องแบ่งทรัพย์ระหว่าง ผู้เมียนี้เพิ่มเติมนอกกว่า การแบ่งคงให้แบ่งตามกฎหมายเค็มในปี พ.ศ. ๑๙๐๕ แต่ให้เลิก ไม่ต้องทำหนังสือบริคณห์ เรื่องทรัพย์อย่างแต่ก่อน หนังสือบริคณห์ตามกฎหมายเก่า การที่ จะกำหนดว่าอะไร เป็นสินเค็ม บังคับให้คู่สมรสทำหนังสือระบรายละเอียดไว้ หนังสือนั้น เรียกว่า "บริคณห์" ถ้าฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายไม่บริคณห์ไว้แล้ว ต้องถือว่าฝ่ายนั้นหรือ คู่สมรสนั้นไม่มีสินเค็ม ต่อมาความนิยมทำหนังสือบริคณห์เริ่มจืดจางไป ผู้เมียชั้นหลัง หาได้ทำหนังสือบริคณห์ไว้เป็นหลักไม่ เมื่อปี จ.ศ. ๑๑๖๖ จึงได้ยกเลิกเสีย โดยอนุญาต ให้สืบขอเท็จจริงไคว่าใครมีสินเค็มหรือไม่มี

นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของไทยอีกท่านหนึ่งได้อธิบายเรื่องระบบทรัพย์สิน ระหว่างสามีภริยาของไทยในอดีตไว้ดังนี้ คือ "The former Thai matrimonial regime was based upon the idea of community of property"^{๓๒}

ดังนี้ จะเห็นได้ว่าคนไทยใคร่จกกับคำว่าระบบทรัพย์สินมาเป็นเวลา นานแล้ว

^{๓๒} ศัญญา ธรรมศักดิ์, "ฐานะของสตรีไทยตามกฎหมายครอบครัว", นิติศาสตร์, (เล่ม ๒ ตอน ๑ : ๒๕๑๓), หน้า ๕๑

ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ปรากฏในคำอธิบายประกอบร่างว่า กฎหมายว่าด้วยครอบครัวนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับลักษณะท้องถิ่นในเรื่องครอบครัว ประเทศหนึ่ง ๆ ก็มีประเพณีของตนเอง ข้อนี้ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ คอนขางจะแตกต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพก่อน ๆ ซึ่งมีหลักกฎหมายคล้ายคลึงกับของประเทศอื่น

ปรากฏตามร่างว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ร่างขึ้นโดยอาศัยเทียบเคียงกฎหมายลักษณะฉัวเมีย และหลักกฎหมายต่างประเทศ เช่น กฎหมายเยอรมัน อังกฤษ ฝรั่งเศส สวิส ญี่ปุ่น และบราซิล เป็นต้น คือเลือกเอากฎหมายต่างประเทศที่เห็นว่าเหมาะสมมาประกอบการร่าง แต่ฉบับที่ประกาศใช้เป็นกฎหมายปรากฏว่าอีกหลักในกฎหมายลักษณะฉัวเมียเป็นส่วนมาก ไม่เหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ - ๔ ที่คล้ายกับคัดลอกจากกฎหมายเยอรมัน^{๓๓}

แม้กฎหมายลักษณะฉัวเมียถูกยกเลิกไปแล้ว แต่พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ มาตรา ๔ มีข้อบัญญัติอยู่ว่า บทบัญญัติในบรรพนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการสมรสซึ่งมีอยู่ก่อนวันที่ใช้ประมวลกฎหมายนี้ และความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกิดแก่การสมรสนั้น ๆ และอื่น ๆ อีก ฉะนั้น เพื่อที่จะทราบพื้นฐานที่มาของกฎหมายในเรื่อง "ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ควรจะไต่พิจารณาเปรียบเทียบบทบัญญัติเรื่อง "ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับบทบัญญัติเรื่อง "ทรัพย์สินระหว่างฉัวเมีย" ตามกฎหมายเก่าว่ามีความแตกต่างกันประการใดบ้าง

^{๓๓} สอาด นาวิเจริญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว, (พระนคร : โรงพิมพ์การพิมพ์ธนบุรี, ๒๕๐๔), หน้า ๑๐

๑.๘.๒ ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามกฎหมายลักษณะฉ้อฉล พ.ศ. ๑๙๐๘

ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ใช้คำว่า "ทรัพย์สินระหว่างฉ้อฉล" นั้น ได้จัดแบ่งไว้เป็นประเภทดังนี้ คือ

๑. สิ้นเค็ม คือทรัพย์สินซึ่งชายหรือหญิงนำมาใช้ร่วมกันระหว่างที่เป็นฉ้อฉลกัน เช่น วัว ควาย ช่าง มา ซาหาค ที่บ้าน ที่ไร่ ที่นา เรือ เกวียน เป็นต้น ถ้าเป็นเงินตรา นำติดตัวมา ได้เรียกเงินนั้นว่า "ทุน" ดังนั้นสิ้นเค็มและทุนจึงเป็นสินประเภทเดียวกัน

๒. สิ้นสมรส คือทรัพย์สินหรือเงินตรา ซึ่งฉ้อฉลทำมาหาได้ เพิ่มขึ้นจากสิ้นเค็มและทุน เมื่อภายหลังที่ทำการสมรสแล้ว

บิดามารดา ญาติชายหรือหญิง ให้ทรัพย์สินแก่ชายหรือหญิงในวันสมรส สิ่งนั้นเป็นสิ้นเค็มของฝ่ายนั้น

ถ้าให้เมื่อเป็นฉ้อฉลแล้วเป็นสิ้นสมรส ถ้าได้มรดกหรือทรัพย์สินมาเมื่อเป็นฉ้อฉลแล้ว เป็นสิ้นสมรส

เครื่องหลับนอน เหล้า ข้าว ของกิน เลี้ยงกันวันงานสมรส สูญสิ้นไปไม่ให้เอามาคิดเป็นสิ้นเค็มหรือสิ้นสมรสของฝ่ายใด (บทที่ ๗๒)^{๓๔}

นอกจากนี้ ตามกฎหมายลักษณะฉ้อฉล พ.ศ. ๑๙๐๘ ยังได้บัญญัติถึงเรื่องสินสอดและขันหมากไว้ ซึ่งโดยปกติเมื่อฝ่ายชายและฝ่ายหญิงตกลงทำสัญญาหมั้นกันนั้น เป็นธรรมเนียมที่ฝ่ายหญิงจะเรียกสินสอดและของหมั้นจากฝ่ายชาย ซึ่งเรื่องสินสอดและขันหมากนี้ไม่จัดว่าเป็นทรัพย์สินระหว่างฉ้อฉล โดยขันหมากนั้นถือว่าเป็นเพียงของกำนัล โดยให้หมากพลูเป็นของกำนัล ชั้นเป็นภาระที่ทันทานและสะดวกในการถือ จึงใช้ขันใส่ ทำให้เกิดมีคำว่าขันหมากขึ้น ส่วนสินสอดนั้นก็ถือเป็นค่าที่ฝ่ายหญิงเรียกเอา

^{๓๔} พระวรภักดีพิบูลย์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, เรื่องเค็ม, หน้า ๑๑๒

จากฝ่ายชาย เพราะเหตุผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงไ้เลี้ยงดูหญิงมาจนเติบโต พุดง่าย ๆ ก็คือ เป็นเงินค่าเลี้ยงดูที่ผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงไ้เลี้ยงดูหญิงมาจนโต สินสอดนี้ เป็นเรื่อง ที่แล้วแต่ฝ่ายชายฝ่ายหญิงจะตกลงกัน ไม่มีกำหนดกฎเกณฑ์ในกฎหมาย ในกฎหมาย ลักษณะตัวเมียบางแห่งใช้คำว่า "สินหิ้วนาง" คำว่าสินหิ้วนางคือสินสอดนั่นเอง^{๓๕}

๑.๔.๓ ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้

ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาที่ประกอบกันเข้าเป็นระบบทรัพย์สิน ได้แก่

- (๑) สินส่วนตัว
- (๒) สินบริคณห์ ซึ่งไ้แก่สินเคิมและสินสมรส

สินส่วนตัว (มาตรา ๑๔๖๔) ไ้แก่

- (๑) ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อนสมรส และคู่สมรสไ้ทำสัญญา ก่อนสมรสแยกไว้เป็นสินส่วนตัว
- (๒) ทรัพย์สินอันเป็นเครื่องใช้สอยส่วนตัวตามฐานะ หรือเครื่องมือ เครื่องใช้ที่จำเป็นในการประกอบวิชาชีพของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
- (๓) ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไ้มาระหว่าง เป็นสามีภริยาโดยทาง พินัยกรรม หรือยกให้โดยเสนหา เมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้ันไ้แสดงไว้ให้เป็น สินส่วนตัว
- (๔) ดอกผลของสินส่วนตัว
- (๕) ของหมั้น

สินบริคณห์ (มาตรา ๑๔๖๒ วรรค ๒) คือสินเคิมและสินสมรส

^{๓๕} หลวงจํารูญเนติศาสตร์, คำสอนครอบครัว (ตัวเมีย) ชั้นปริญญาตรีทางนิติศาสตร์, (พิมพ์โรเนียว : ๒๔๙๖), หน้า ๑๙ - ๑๘

สินเคิม (มาตรา ๑๔๖๓) ใ้แก่ทรัพย์สิน

(๑) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่แล้วก่อนสมรส

(๒) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไ้มาระหว่าง เป็นสามีภริยาโดยทางพินัยกรรม หรือยกให้โดยเสนาหา เมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้นั้นไ้แสดงไว้ว่าให้เป็นสินเคิม

สินสมรส (มาตรา ๑๔๖๖) ใ้แก่ทรัพย์สินทั้งหมดที่คู่สมรสไ้มาระหว่างสมรส

นอกจากที่ระบุไว้ว่าเป็นสินเคิมหรือสินส่วนตัว ตามมาตรา ๑๔๖๓ หรือ ๑๔๖๔

ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยว่า ทรัพย์สินอย่างหนึ่ง เป็นสินสมรสหรือมีไซ้ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นสินสมรส

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า กฎหมายใหม่ต่างจากกฎหมายเก่าที่ว่า ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ใ้เพิ่ม "สินส่วนตัว" เข้ามาอีก นับว่าเป็นข้อแตกต่างที่สำคัญยิ่งของกฎหมายเก่าและกฎหมายใหม่ การที่กฎหมายลักษณะฉัวเมียไม่มีบัญญัติเรื่อง "สินส่วนตัว" ไว้ น่าจะเนื่องจากกฎหมายลักษณะฉัวเมียมีความประสงค์ที่จะให้ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ไม่มีการแบ่งแยกกันนั่นเอง กล่าวคือ กฎหมายถือว่า ไม่วาจะเป็นทรัพย์สินที่มีมาก่อนสมรส หรือที่เพิ่มพูนขึ้นระหว่างสมรสก็ตาม ก็ให้ถือว่าเป็นทรัพย์สินของฉัวและเมียด้วยกันทั้งนั้น คงจะเห็นไ้จากที่กฎหมายลักษณะฉัวเมียบัญญัติว่า "ตราบู่เทาชายหญิงยังเป็นฉัวเมียกันอยู่ ทรัพย์สินระหว่างฉัวเมียจะไม่แยกจากกันเลย จนกวาฝ่ายหนึ่งจะตายจากไป จึงแยกออกเป็นส่วนของฉัวและของเมีย" ส่วนสินสอดคนนั้นไ้บัญญัติให้สินสอดตกเป็นของบิดามารดาหรือผู้ปกครองของฝ่ายหญิง (มาตรา ๑๔๖๓) สำหรับชั้นหมานั้นความจริงเป็นของมีราคาน้อยตกแดงขึ้นตามประเพณีและถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสินสอด จึงตกเป็นของบิดามารดาหรือผู้ปกครองของฝ่ายหญิง เช่นกัน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงประวัติและความเป็นมาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ แล้ว จะเห็นไ้ว่ามีพื้นฐานดั้งเดิมจากกฎหมายลักษณะฉัวเมีย แต่ไ้ประยุกต์ให้เข้ากับยุคสมัย โดยผสมกับระบบทรัพย์สินของกฎหมายต่างประเทศ เช่น เยอรมัน และญี่ปุ่น เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายของอารยประเทศ โดยที่ยังคงรักษาจารีตประเพณีอันดีงามของไทยไว้อย่างมั่นคง

๑.๔.๔ ระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ไม่มีที่ใดใช้คำว่าระบบ แต่พิจารณาตามทฤษฎีได้ว่า ผู้ร่างโครงการกฎหมายโดยอาศัยความรู้ในเรื่องระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา หาโครงการโดยขาดความรู้ความเข้าใจไม่ แต่เหตุที่ไม่ใช้คำว่า "ระบบ" อาจเป็นเพราะ

(๑) ผู้ร่างใ้ระบบหลายระบบมาผสมกัน โดยพิจารณาถึงความเหมาะสมตามพื้นฐานทางชีวิตและความเป็นอยู่แต่ดั้งเดิม และในปัจจุบันของไทย

(๒) ผู้ร่างประสงค์ให้ใช้กฎหมายเป็นอย่างเดียวกันหมด คือมีแต่ระบบตามกฎหมายเท่านั้น ไม่มีระบบเพื่อเลือกหรือระบบตามสัญญา ฉะนั้น จึงหาจำเป็นที่จะต้องใช้คำว่า "ระบบ" ไม่

ควยเหตุนี้จึงไม่ปรากฏคำว่า "ระบบ" ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ถือว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติขึ้นโดยมีระบบเช่นกัน แต่เป็นระบบตามกฎหมาย กล่าวคือ คู่สมรสไม่มีโอกาสเลือกใช้ระบบอื่นใดได้ นอกจากระบบตามกฎหมายเท่านั้น

เมื่อพิจารณาว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติถึงทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาไว้เป็น "ระบบ" ดังได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ในลำดับต่อไปจะได้พิจารณาว่า "ระบบ" ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้นั้นเป็นระบบอะไร

จากการที่ได้พิจารณาหุ้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ หมวด ๔ เรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาในแต่ละมาตราแล้ว จะเห็นได้ว่าโดยหลักใหญ่แล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้ระบบสินบริคณห์ (Community of property) ซึ่งแม่ตามกฎหมายไทยในอดีตก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ได้มีแนวความคิดในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาว่า เป็นระบบสินบริคณห์เช่นกัน^{๓๖}

^{๓๖} สัญญา ธรรมศักดิ์, เรื่องเดียวกัน หน้าเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ดี ก็มีไว้เป็นระบบสินบริคณห์ล้วน ๆ แต่มีระบบทรัพย์สินระบบอื่น ๆ ผสม
อยู่ด้วย

ที่เห็นว่า บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตาม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นระบบสินบริคณห์ ก็เพราะบทบัญญัติในบรรพ ๕
ลักษณะ ๑ หมวด ๔ (ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา) และลักษณะ ๑ หมวด ๖ (การ
ขาดจากการสมรส) ได้กำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญของระบบสินบริคณห์ไว้
ครบถ้วน คือทรัพย์สินของสามีและภริยาซึ่งได้มาในระหว่างสมรสต้องนำมาระคนปนกัน
ซึ่งได้แก่สินสมรสอันถือได้ว่าทั้งสองฝ่ายเป็นเจ้าของร่วมกัน อำนาจจัดการสินบริคณห์
โดยปกติตกอยู่กับสามี (มาตรา ๑๔๖๔) แต่อำนาจนี้อาจตกอยู่กับภริยาได้โดยภริยา
ร้องขอศาล ถ้าสามีจัดการทรัพย์สินไม่ค้ำจนเกิดความเสียหายถึงขนาดไม่อุปการะ
เลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่ง มีหนี้สินล้นพ้นตัวประการหนึ่ง (มาตรา ๑๔๗๑) และถ้าคู่สมรสได้
ทำสัญญาก่อนสมรสไว้ว่าให้ภริยามีอำนาจจัดการสินบริคณห์แต่เพียงผู้เดียวหรือให้อำนาจ
ภริยาจัดการร่วมกับสามีแล้ว เช่นนี้ อำนาจจัดการสินบริคณห์ก็ย่อมเป็นไปตามสัญญาก่อน
สมรส กฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยากับบัญญัติไว้ชัดแล้ว
ว่า แต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันในเรื่องทรัพย์สินอย่างไร รวมตลอดสิทธิและหน้าที่
ของสามีภริยาที่มีต่อบุคคลภายนอกในเรื่องนี้ด้วย แม้แต่ในกรณีสามีภริยาขาดจากการ
สมรส ไม่ว่าจะโดยการหย่า หรือตาย ก็จะต้องมีการแบ่งสินสมรส ซึ่งโดยปกติก็แบ่งกัน
คนละครึ่ง เว้นแต่ชายหรือหญิงมีสินเดิมฝ่ายเดียว อีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสินเดิม ก็ให้ชายหรือ
หญิงฝ่ายที่มีสินเดิมได้สองส่วน ฝ่ายที่ไม่มีสินเดิมได้หนึ่งส่วน (มาตรา ๑๕๑๗)

ในทางทฤษฎีระบบสินบริคณห์แบ่งแยกได้ออกเป็น ๒ ชนิด คือ ระบบ
สินบริคณห์ทั่วไป (Universal Community of Property) และระบบสินบริคณห์
เฉพาะส่วนเพิ่มพูน (Community of Acquisition) ปัญหาจึงมีว่า ระบบสินบริคณห์
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เป็นชนิดใด ในปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายไทย
ใช้ระบบสินบริคณห์ชนิดแรก เพราะทรัพย์สินของสามีภริยาเกือบทุกชนิดจะเข้ามารวมกัน
ในขณะที่ทำการสมรส รวมตลอดถึงทรัพย์สินที่จะได้มาในระหว่างสมรส ก็มาบริคณห์กันด้วย

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ระบบสินบริคหของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้น ไม่อาจถือได้ว่าเป็นระบบสินบริคหหลวน ๆ แต่ได้นำวิธีการและหลักเกณฑ์ของระบบทรัพย์สินอื่น ๆ มาบัญญัติไว้ และเมื่อได้ศึกษาโดยละเอียดแล้ว พบว่ามีระบบทรัพย์สินต่อไปนี้รวมอยู่ด้วย คือ

(๑) ระบบสหทรัพย์

(๒) ระบบแยกทรัพย์สิน

ทรัพย์สินส่วนที่จัดได้ว่าอยู่ในระบบสหทรัพย์ ได้แก่สินเคิมของภริยา (ในทางทฤษฎีระบบสินบริคหแต่ละ ๆ นั้น ไม่มีบทบัญญัติเรื่องสินเคิม) สินเคิมนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๖๒ ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสินบริคห และเมื่อเป็นสินบริคห สามีย่อมมีอำนาจจัดการ ซึ่งหมายความว่าสามียมีสิทธิที่จะนำไปหาผลประโยชน์ได้ แต่ภริยายังเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในสินเคิมอยู่ตลอดไป แม้จะขาดจากการสมรสแล้วก็ตาม

ต่อไปก็ถึงปัญหาที่ว่า มีระบบแยกทรัพย์สินผสมอยู่ด้วยนั้น ปัญหาที่พิจารณาแล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจน กล่าวคือ สิ้นส่วนตัวของคู่สมรสนั้น แต่ละฝ่ายยังคงเป็นเจ้าของโดยสมบูรณ์ สามีหรือภริยาทางมีอำนาจจัดการและจำหน่ายสินส่วนตัวได้โดยลำพัง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๒.(๑) ฉะนั้น ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสินส่วนตัวของแต่ละฝ่ายจึงนับได้ว่ามีหลัก เกณฑ์ตามระบบแยกทรัพย์สินอย่างครบถ้วน

๑.๔.๕ การทำสัญญาก่อนสมรสถือว่าเป็นการ เปลี่ยนระบบทรัพย์สินโดยระบบตามสัญญาหรือระบบเพื่อเลือกหรือไม่

ในปัญหานี้ จะเห็นได้ว่าสัญญาก่อนสมรสไม่มีผลเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินแต่อย่างใด ระบบทรัพย์สินยังคงเดิม กฎหมายเพียงแต่ให้โอกาสแก่คู่สมรสที่จะทำสัญญา ก่อนสมรสแยกทรัพย์สินของแต่ละฝ่ายไว้เป็นของตน เพื่อที่ตนจะได้มีอำนาจและสิทธิเด็ดขาดในทรัพย์สินนั้น ไม่ต้องเอาไปปนกันประการหนึ่ง กับอีกประการหนึ่ง เพื่อให้โอกาสแก่ภริยาที่จะทำหน้าที่แทนสามี เกี่ยวกับสินบริคหได้

แม้ว่า ตามบทบัญญัติในมาตรา ๑๔๔๖ จะมีแนวโน้มว่า เปิดโอกาสให้เปลี่ยนระบบได้ เพราะใช้คำว่า "เมื่อได้แยกทรัพย์สินไว้เป็นสินส่วนตัวโดยความตกลง

(agreement)" จึงน่าจะหมายถึงการเปลี่ยนระบบทรัพย์สินโดยสัญญาหรือข้อตกลง ซึ่งมีชื่อเรื่องสัญญาก่อนสมรส เพราะกฎหมายใช้คำว่าความตกลง (agreement) มีชื่อ ante - nuptial agreement ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๕๔

มาตรา ๑๔๕๖ บัญญัติว่า "เมื่อได้แยกทรัพย์สินไว้เป็นสินส่วนตัว โดยความตกลง โดยอำนาจกฎหมาย หรือโดยคำสั่งของศาล ให้ใช้ข้อบังคับต่อไปนี้

(๑) สามีหรือภริยาทางมีกรรมสิทธิ์ มีอำนาจจัดการและจำหน่ายสินส่วนตัวนั้นได้โดยลำพัง

ถ้าภริยาอนุญาตให้สามีจัดการสินส่วนตัวของตน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าภริยาได้ยอมให้สามีเก็บคอกผลจากทรัพย์สินนั้นมาใช้สอยในการบ้านเรือนได้

(๒) ในกรณีที่สินบริคคหมดแล้ว สามีหรือภริยาต้องออกค่าใช้จ่ายสำหรับการบ้านเรือนตามส่วนมากและน้อยแห่งสินส่วนตัวของตน..."

แต่เมื่อดูเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว เห็นว่าไม่น่าจะแปลเช่นนั้นได้ เพราะการอนุญาตให้ทำสัญญาเปลี่ยนระบบทรัพย์สินยอมเป็นเรื่องใหญ่ที่จะต้องกล่าวไว้โดยเฉพาะ และระบุให้ชัดเจนว่ากฎหมายเปิดโอกาสให้เปลี่ยนระบบได้ มีชื่อกล่าวขึ้นลอย ๆ เช่นนี้ เพราะจะทำให้เกิดเป็นข้อสงสัย และไม่อาจใช้กฎหมายได้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่า คำว่า "ความตกลง" ในมาตรา ๑๔๕๖ ไม่หมายความว่าความตกลงเกี่ยวกับการเปลี่ยนระบบทรัพย์สิน แต่ที่แท้ก็คือ สัญญาก่อนสมรสที่ระบุให้แยกทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อนสมรสไว้เป็นสินส่วนตัวตามมาตรา ๑๔๖๔ (๑) นั้นเอง

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าตามกฎหมายไทยเราที่มีระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเช่นเดียวกัน โดยใช้ระบบสินบริคคเป็นระบบตามกฎหมาย แต่เปิดโอกาสให้คู่สมรสทำสัญญาก่อนสมรสผิดแผกแตกต่างไปจากระบบตามกฎหมายได้ ส่วนคู่สมรสจะทำสัญญาก่อนสมรสได้แค่ไหนเพียงใค่นั้น เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณากันต่อไป

การที่ระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาของประเทศไทยมีระบบตามกฎหมายนี้เป็นหลักการที่ถูกต้องและตรงกับภาวะในสังคมไทย ระบบตามกฎหมายเป็นระบบที่ให้

ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายและก่อให้เกิดประโยชน์ร่วมกัน เนื่องจากมีบุคคลเป็นจำนวนมาก ที่สมรสกันโดยไม่เข้าใจระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเลย จึงได้มีบทบัญญัติเป็นการคุ้มครองทั่ว ๆ ไปไว้ การที่จะนำหลักการในเรื่องระบบตามสัญญาหรือระบบเพื่อเลือก มาใช้ในประเศไทยนั้นเห็นว่าไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง ถึงแม้ประเทศไทยจะเจริญก้าวหน้า ทั้งในด้านเศรษฐกิจและสังคมกว่าเมื่อเริ่มใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ คือราว ๓๕ ปีมาแล้วก็ตาม แมว่าการมีระบบตามสัญญาหรือระบบเพื่อเลือก เป็นการ เปิดโอกาสให้คู่สมรสได้มีโอกาสเลือกหรือคิดว่าตนเองเหมาะสมกับระบบใด ซึ่งขึ้นอยู่กับตัวบุคคลและความสามารถในการจัดการทรัพย์สินของแต่ละฝ่ายด้วย เพื่อให้คู่สมรส รัจะมีทรัพย์สินผลประโยชน์ของตนเสียแต่ก่อนสมรส แต่จะนำมาใช้ในเมื่อถึงไทยนั้นเห็นว่า ไม่ได้ ประการแรกชาวไทยยังมีการศึกษากฎหมายครอบครัวน้อยมาก มีบุคคลที่สมรสกัน มากมาย โดยที่ไม่ทราบถึงเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยามีอะไรบ้าง และอีก ประการหนึ่ง นายทะเบียนสมรส (นายอำเภอ) ก็จะไม่มีความเข้าใจดีนัก และอาจ จะไม่สนใจไต่ถามในรายละเอียดก็ได้ และแม้แต่นายอำเภอจะมีความสามารถมีความ สนใจ แต่บางครั้งโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคานต่างจังหวัด ก็ไม่ทราบว่าจจะรักษาผล ประโยชน์ของคู่สมรสได้อย่างไร แต่ทั้งนี้ ความกฎหมายของเรานั้นไม่คอยกว่านานา ประเทศ โดยเปิดโอกาสให้คู่สมรสทำสัญญาก่อนสมรสแตกต่างจากระบบตามกฎหมายได้ แต่ควรที่จะแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องสัญญาก่อนสมรสให้ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาที่ว่า คู่สมรสจะทำสัญญาก่อนสมรสได้แค่ไหนเพียงใด ถ้าหากว่าท่านนอกเหนือจากที่กฎหมาย บัญญัติไว้ ก็คิดว่าที่จะปล่อยให้คู่สมรสทำไปก่อน เสร็จแล้วพอมมีปัญหาให้เป็นหน้าที่ของ ศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัย ซึ่งจะทำให้ไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมา เพื่อที่จะส่งเสริมสถาบันทางครอบครัว

๑.๕ ประวัติความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในคานที่เกี่ยวกับสัญญาก่อนสมรส

๑.๕.๑ หลักทั่วไป

ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในคานที่เกี่ยวกับสัญญาก่อนสมรส สืบเนื่อง มาจากหลักที่ว่า สามีเป็นหัวหน้าในครอบครัว เป็นผู้เลือกที่อยู่ เป็นผู้มีอำนาจจัดการทรัพย์สิน

ระหว่างสามีภริยา เป็นผู้อำนวยความสะดวกในเรื่องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกัน ซึ่งเป็นหลักที่ถือกันอยู่ในประเทศต่าง ๆ ที่ได้มีกฎหมายขึ้นมาเป็นเวลานานนับพัน ๆ ปี ทั้งในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณี

สำหรับระบบที่ให้สามีมีอำนาจมากกว่าภริยา เพราะเห็นว่าในครอบครัวจะต้องมีหัวหน้าซึ่งเป็นใหญ่ที่สุดในบ้าน สามียอมเป็นหัวหน้าโดยธรรมชาติ เป็นผู้คุ้มครองภริยาเท่า ๆ กับคุ้มครองบุตร ดังนั้น จึงมีอำนาจหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สิน มีสิทธิและหน้าที่กำหนดค่าใช้จ่ายในครอบครัว เป็นผู้ให้ความดูแลและจัดการผลประโยชน์โดยทั่วไปของครอบครัว ระบบที่ถือว่าสามีเป็นใหญ่นี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายเก่าที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายในยุคต่อ ๆ มา ซึ่งได้แก่

ก. กฎหมายของชาวโรมัน (Roman Law) ซึ่งครอบครัวตามกฎหมายโรมันเป็น Legal Unit หัวหน้าครอบครัวเรียกว่า Paterfamilias ซึ่งเป็นบุคคล (full person) เพียงคนเดียว บุคคลในครอบครัวที่เรียกว่า Patria Potestas เกิดขึ้นโดยการถือกำเนิดจาก Roman Marriage (พิธีสมรสของปฏิบัติตามเงื่อนไขในกฎหมายโรมันเท่านั้นที่จะทำให้การสมรสสมบูรณ์) ภริยาอยู่ในฐานะคล้ายกับเป็นบุตรสาวคนหนึ่งของสามี และบุตรของเขาแม่จะบรรลุนิติภาวะแล้วเป็นประชาชนที่มีสิทธิตามกฎหมายมหาชนก็ตาม ยอมขึ้นอยู่กับอำนาจเค็ดซาคของเขาแต่ผู้เดียว

การสมรสตามกฎหมายโรมันมีอยู่ ๒ อย่าง^{๓๙} คือ ๑. การสมรสที่สามีไม่ได้อำนาจเค็ดซาค ๒. การสมรสที่สามีได้อำนาจเค็ดซาค (Manus) การสมรสที่สามีไม่ได้ Manus ภริยาจะยังอยู่กับครอบครัวเดิม คือบิดา และเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนได้ ยกเว้นทรัพย์สินที่เป็นกองทุนของสามี (Dotal) ที่

^{๓๙} Girard, Manuel Élémentaire de Droit Romain, (1 re ed.; Paris : 1896), p. 143

หญิงหรือบิดาของหญิงยกให้ชาย การสมรสที่สามีได้ Manus หญิงจะต้องไปอาศัยอยู่กับสามี ทรัพย์สินทั้งหมดเป็นของสามีทั้งหมด หญิงจะกลายเป็นผู้อยู่ในความอุปถัมภ์ของสามีและไม่สามารถมีสิทธิและใช้สิทธิได้ สัญญาระหว่างสามีและภริยาจะทำได้ ทรัพย์สินที่เพิ่มพูนขึ้นจากทรัพย์สินเดิมเป็นของหญิงจะเป็นของสามีทั้งหมด Dotal ที่บิดาของหญิงให้แก่ชาย (ซึ่งเป็นการให้โดยตรงแก่ชาย) ก็จะเป็นของชายโดยแท้จริง แม้ว่าต่อมาชายและหญิงจะได้อพยพออกจากกัน ชายก็ไม่ต้องคืน Dotal ให้แก่หญิง ถ้าหญิงตายลงไม่มีบุตร ชายก็เอาไป กล่าวโดยทั่วไปการสมรสที่ชายได้ Manus ภริยามีฐานะเหมือนเป็นลูกสาวของชาย เมื่อชายตายก็มีสิทธิได้รับมรดกจากสามี เสมือนเป็นบุตรสาวคนหนึ่งของชาย^{๓๘}

ข. นอกจากนี้ ระบบเรื่องสามีเป็นใหญ่กว่าภริยานี้ก็อาจกล่าวได้ว่าได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายนโปเลียน (Code Napoléon) ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่มีชื่อเสียง และได้ถูกยึดถือเป็นแบบอย่างในการร่างประมวลกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เกือบทั่วโลก ประมวลกฎหมายนโปเลียนได้ประกาศใช้เป็นทางการเมื่อวันที่ ๒๑ มีนาคม ค.ศ. ๑๘๐๔ แต่เดิมประมวลกฎหมายนี้เรียกว่า "ประมวลกฎหมายแพ่งของชาวฝรั่งเศส" (Code Civil des Français) ตามประมวลกฎหมายนี้บัญญัติให้หญิงมีสามีมีฐานะค้ำกว่าสามีมาก ทั้งนี้เนื่องจากอิทธิพลของนโปเลียนที่มีความเคยชินกับจารีตประเพณีของชาวเกาะคอร์ซิกา ซึ่งเป็นบ้านเกิดเมืองนอนของนโปเลียน โดยที่ประชาชนในเกาะนั้นถือว่าสามียอมมีอำนาจเด็ดขาดในครอบครัว แต่บทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้รับการแก้ไขปรับปรุงหลายครั้ง และครั้งหลังที่สุดได้แก่การแก้ไขเมื่อปี ค.ศ. ๑๘๖๕ ซึ่งทำให้หญิงมีสามีมีสิทธิเท่าเทียมกับสามีมากขึ้น^{๓๙}

^{๓๘}

Barry Nicholas, loc.cit.

^{๓๙}

ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน, ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากถ), (พระนคร : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, ๒๕๑๔), หน้า ๑๔ - ๒๑

ค. นอกจากนี้ยังอาจกล่าวได้ว่า หลักนี้ได้รับอิทธิพลมาจากจารีตประเพณี และวัฒนธรรมของชาวจีนซึ่งมีอิทธิพลไม่น้อยต่อการวางประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศต่าง ๆ ในเอเชีย เช่น เกาหลี ญี่ปุ่น ฯลฯ

ชาวจีนมีความเชื่อถือหรือความคิดเกี่ยวกับครอบครัวอยู่ ๓ ประการ คือ

๑. ครอบครัวมีลักษณะคล้าย ๆ รัฐเล็ก ๆ รัฐหนึ่ง หน่วยของสังคมคือครอบครัว ในครอบครัวหนึ่งบิดาเป็นผู้มีอำนาจแต่ผู้เดียวในการปกครองครอบครัว (Autocrat) บิดาสามารถขายลูกไปเป็นทาสก็ได้ กฎหมายและขนบธรรมเนียมจีนมีส่วนส่งเสริมอำนาจของบิดามากกว่าจำกัดอำนาจของบิดา

๒. ชาวจีนให้ความเคารพโดยถืออาวุโสเป็นสำคัญ เพราะเหตุที่เชื่อกันว่า คนเรายังอายุมากก็ยิ่งฉลาด รู้จักโลกมากกว่าคนที่มีอายุน้อย

๓. ชาวจีนเชื่อในปรัชญาจุดแรกเริ่มกำเนิดของโลกว่ามี ๒ สิ่งผสมพันธุกันคือ Yin กับ Yong Yin มีคุณลักษณะแบบหญิงหมองคล้ำ อ่อนแอ ไม่กระฉับกระเฉง ส่วน Yong มีคุณลักษณะเป็นชาย สว่างไสว เข้มแข็ง กระฉับกระเฉง ว่องไว ชาวจีนเชื่อว่า แม่โดยธรรมชาติเพศหญิงและชายจำเป็นต่อกันและกัน แต่ธรรมชาติย่อมต้องให้สิ่งหนึ่งมีค่ามากกว่าสิ่งหนึ่งแน่นอน โดยถือตามหลักปรัชญาดังกล่าวนี้ นักปราชญ์และสังคมจีน จึงคิดค้นหาทางให้หญิงแสดงอาการต่าง ๆ เพื่อยอมรับว่าอ่อนแอกว่าชาย วิธีการเช่นนี้ทำให้เด็กหญิงน้อยหน้าตั้งแต่เกิด ทำให้ภริยาต่ำต้อยกว่าสามีและบุตรชาย^{๕๐} แม่แต่ขงจื้อเองก็สอนว่า "เพศชายนั้นธรรมชาติสร้างมาให้แข็งแรง จึงมีแต่ความคุณความดี ส่วนเพศหญิงธรรมชาติสร้างมาให้อ่อนโยน จึงมีแต่ประโยชน์" หญิงจึงเป็นแต่ผู้รับใช้และถูกปกครอง และจะได้รับการยกย่องก็ต่อเมื่อได้เป็นแม่คน

^{๕๐} เศรษฐาธิ วงศ์โกมลเชษฐ์, ประวัติปรัชญาจีน, (พระนคร : โรงพิมพ์สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, ๒๕๐๕), หน้า ๑๘ - ๒๐

การยอมให้ชายมีภริยามากและการหย่าร้างมีอยู่ทั่วไป เพราะถือว่าเป็นสิ่งธรรมดา ไม่นับศีลธรรมแต่ประการใด^{๔๑} และมีปรัชญาจีนอีกบทหนึ่งซึ่งสนับสนุนหลักนี้ก็คือ ตาม ประเพณีจีนถือว่า "สามีเป็นจ้าวชีวิตและจิตใจของหญิงภริยา"^{๔๒}

ความเชื่อหรือความคิดเกี่ยวกับครอบครัว ๓ ประการนี้ทำให้เกิดหลัก ปรัชญาที่เรียกว่า Five Relationships หรือกฎแห่งความสัมพันธ์ ๕ ประการ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างจักรพรรดิกับราษฎร ความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตร ระหว่าง พี่ชายกับน้องชาย ระหว่างสามีกับภริยา ระหว่างเพื่อนกับเพื่อน

ในทางตรงกันข้ามกับระบบจารีตประเพณีและความไม่เสมอภาคระหว่าง สามีภริยา ก็มีอีกระบบหนึ่งซึ่งถือเอาความเสมอภาคระหว่างชายหญิงเป็นหลัก ซึ่งถือว่า บุคคลทุกคนมีฐานะเท่าเทียมกันไม่ว่าจะมีเพศ หรือเชื้อชาติต่างกันก็ตาม ระบบนี้มี รากฐานหรืออิทธิพลมาจากกฎหมายทางศาสนา (Cannon Law) ซึ่งหมายถึง ศาสนาคริสต์ ก่อนสิ้นจักรวรรดิโรมัน ศาสนาคริสต์มีอิทธิพลมากในยุโรป เพราะเป็น ศาสนาของทางราชการ ไมว่าจะเป็นประเทศที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือจารีต ประเพณีก็ตาม หลักเกณฑ์บางอย่างที่ทางศาสนาวางไว้จะเข้าไปแทรกอยู่โดยทั่วไป

กฎหมายศาสนามาจากคัมภีร์ Bible ซึ่งเคมิใช้เฉพาะในวงการของ นักบวช แต่ในสมัยกลางสังคมของชาวโรมันกลับไปสู่ยุคดั้งเดิมอีก คือไม่มีระเบียบใด ๆ ทั้งสิ้น กลุ่มคริสต์ศาสนิกชนที่เคร่งศาสนาจึงหันมายึดคำสอนในคัมภีร์ Bible แทน หลักเกณฑ์ต่าง ๆ มีนักบวชเป็นผู้ตีความ บางที Pope ก็จะเป็นผู้วางกฎเกณฑ์ต่าง ๆ

^{๔๑} เคชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, แบบเรียนสังคมวิทยา ประวัติศาสตร์ทั่วไป ประโยค มัชฌิมศึกษาตอนปลาย ของกระทรวงศึกษาธิการ, (พระนคร : โรงพิมพ์คุรุสภา, ๒๕๐๕), หน้า ๕๕

^{๔๒} ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร, สิทธิของสตรีในกฎหมายไทย, (พระนคร : โรงพิมพ์สำนัก ทำเนียบนายกรัฐมนตรี, ๒๕๑๐), หน้า ๕๑

เป็นแนวปฏิบัติไว้ในฐานะเป็นตัวแทนของพระเจ้า สังฆราชหรือเจ้าอาวาสก็อาศัย คัมภีร์ดังกล่าวเป็นแนวทาง เพื่อวางกฎเกณฑ์ต่าง ๆ สำหรับคริสต์ศาสนิกชนในเขต ของตนปฏิบัติ

ในที่สุดหลักเกณฑ์เหล่านี้ก็ถูกรวบรวมขึ้นใน ค.ศ. ที่ ๑๖ เรียกว่า Corpus Juris Cononici ซึ่งต่อมา Pope Benoît ที่ ๑๕ ได้จัดทำเป็น ประมวลขึ้น สำหรับคริสต์ศาสนาทางกลุ่มลาตินให้ชื่อว่า Codex Juris Cononici ประกาศใช้เมื่อวันที่ ๒๗ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๕๑๗ ประมวล (Codex) ดังกล่าว ผู้ประมวลได้คำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงของทางสังคมและประเพณี แม้ว่าใน Codex จะไม่ได้ทำการปฏิรูปมากมายนัก

อิทธิพลของกฎหมายศาสนาที่มีมากที่สุดก็ได้แก่เรื่องการสมรส (Marriage) โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ ๑. เงื่อนไขของการสมรส ๒. พิธีการสมรส ๓. ผลของ การสมรสกับทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา ๔. การขาดจากการสมรส

กฎหมายทางศาสนาถือว่าชายหญิงมีความเสมอภาคกัน หญิงอาจจะ ขอแยกกันอยู่กับสามีได้ (Séparation de Corps) โดยเหตุผลเดียวกับที่สามี ขอแยกกันอยู่กับหญิง แต่กฎหมายศาสนาไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับทรัพย์สินของ สามีภรรยาไว้อย่างใด และปล่อยให้เป็นเรื่องของทางบ้านเมืองที่จะบัญญัติกฎหมาย ขึ้นเอง^{๔๓}

หลักความเสมอภาคระหว่างชายหญิงเมื่อทำการสมรสกันแล้ว นำไปสู่ ระบบทรัพย์สินที่แตกต่างกัน ๒ ประการ คือ

๑. ก่อให้เกิดระบบสินบริคณ์ (Régime de la communauté) ซึ่ง จะมีการแบ่งสินสมรสโดยเท่าเทียมกัน (หรือทรัพย์สินที่ฝ่ายหญิงหามาได้) เมื่อขาดจาก การสมรส

^{๔๓} ดร.อมร จันทรสมบูรณ์, เรื่องเดิม, หน้า ๒๑, ๒๖

๒. ก่อให้เกิดระบบแยกทรัพย์สิน (Régime de la séparation des biens) คู่สมรสแต่ละฝ่ายต่างรักษาทรัพย์สินไว้เป็นของตนเองและต่างจัดการทรัพย์สินของตนเอง

ระบบสินบริคณห์ซึ่งมีหลักการแบ่งสินบริคณห์เท่ากัน เมื่อขาดจากการสมรสหนักไปในทางให้สามีเป็นผู้จัดการทรัพย์สิน แต่ก็ยังมีกรณีที่ยังมีกริยาอาจเข้าจัดการสินบริคณห์ได้ในบางกรณี เช่น ในกรณีที่มีการทำสัญญาคู่สมรส ส่วนระบบแยกทรัพย์สินนั้นบางประเทศอาจจะจัดให้เป็นระบบตามกฎหมาย (Régime légal) หรือเป็นระบบตามสัญญา (Contractual Regime) กล่าวคือเปิดโอกาสให้คู่สมรสทำสัญญาก่อนสมรสให้ใช้ระบบแยกทรัพย์สินได้

ในระยะหลังได้มีการเรียกร้องความเสมอภาคระหว่างสามีภริยามากขึ้น เพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิและมีความอิสระเท่าเทียมกันจริง ๆ โดยพยายามจะให้ระบบแยกทรัพย์สินเป็นระบบตามกฎหมาย (Régime légal) ถึงกับในปี ค.ศ. ๑๙๐๘ สตรีชาวฝรั่งเศสได้จัดการเผาประมวลกฎหมายแพ่ง ณ ที่สาธารณะ เพราะเห็นว่ากฎหมายแพ่งในขณะนั้นไม่มีความเสมอภาค คือมิได้ใช้ระบบแยกทรัพย์สินให้เป็นระบบตามกฎหมาย และได้เคยมีสตรีในเยอรมันเสนอว่าสตรีควรมีสิทธิเป็นหัวหน้าครอบครัวได้ควย ตามแนวความคิดนี้โดยยอมรับว่าครอบครัวหนึ่งต้องมีหัวหน้าครอบครัวเพียงคนเดียว เพราะถ้ามีสองคน ความแตกแยกกันก็จะมีขึ้นได้ แต่ผู้ที่เป็นหัวหน้าครอบครัวอาจเป็นชายหรือเป็นหญิงก็ได้ โดยพิจารณาว่าใครมีทรัพย์สินมากองทุนมากกว่า หรือใครจะเป็นผู้มีรายได้มาเลี้ยงครอบครัวมากกว่ากัน และนอกจากนี้ยังมีผู้เคยเสนอให้ใช้ระบบหัวหน้าครอบครัวรวมที่เรียกว่า Systeme de la communauté universelle de principe de l'action conjointe คือเอาทรัพย์สินมารวมกันหมดแล้วร่วมกันจัดการแบบหุ้นส่วน^{๔๔}

^{๔๔} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๘

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากรณีที่กฎหมายในปัจจุบันเปิดโอกาสให้สามีภริยาทำสัญญาก่อนสมรสได้นั้น ก็สืบเนื่องมาจากอิทธิพลของกฎหมายศาสนาที่ถือหลักความเสมอภาคระหว่างชายหญิง ทำให้สตรีที่ไปหาสิทธิพยายามเรียกร้องที่จะให้มีสิทธิเท่าเทียมกับชาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคานาสติทางครอบครัว แต่ความจริงแล้วหลักความเสมอภาคของบุคคลเป็นหลักทางอุคคติ (Realistic) เพราะตามธรรมชาติของมนุษย์จะมีความเสมอภาคกันมิได้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องทางกำลังร่างกายหรือทางสติปัญญา อันที่จริงหลักความเสมอภาคของชายหญิง เมื่อทำการสมรสกันแล้ว ได้มีการยอมรับกันในสมัยปลาย ๆ ของกฎหมายโรมัน โดยคำนึงถึงว่าสตรีก็มีความสำคัญในครอบครัวเช่นเดียวกับชาย มีส่วนทำให้ครอบครัวเจริญหรือเสื่อมลง มีส่วนในการดูแลให้การศึกษาแก่บุตร และการที่สตรีทำงานในบ้านก็เป็นการช่วยให้ฝ่ายชายออกไปทำงานนอกบ้านได้ และในคานาที่เกี่ยวกับการทำสัญญาก่อนสมรสนั้น ก็เคยมีบัญญัติไว้แล้วในกฎหมายเกา คือประมวลกฎหมายฮัมมูราบี (The Code of Hammurabi) อันเป็นกฎหมายของชาวบาบิโลน (Babylonian Law) ซึ่งในคานครอบครัวกฎหมายฮัมมูราบีบัญญัติไว้ว่า สามีภริยาเป็นบุคคลคนเดียวกันโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับหนี้สินแล้ว สามีภริยาจะต้องรับผิดชอบกัน เช่นสามีจะต้องรับผิดชอบในหนี้สินที่ภริยาของตนก่อขึ้น แมว่าหนี้สินนั้นจะก่อขึ้นก่อนการสมรสก็ตาม อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับนี้อนุญาตให้คู่สมรสทำสัญญาจำกัดความรับผิดชอบในเรื่องหนี้สินขึ้นได้ กล่าวคืออาจทำสัญญาซึ่งมีบทบัญญัติไม่ให้ภริยาจำต้องรับผิดชอบในเรื่องหนี้สินที่สามีก่อขึ้นก่อนสมรส^{๔๕} ซึ่งก็เป็นการแสดงว่าตามกฎหมายเกา ยอมรับถึงหลักความเสมอภาคระหว่างชายหญิงเหมือนกัน แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันก็ยอมรับว่า ในครอบครัวหนึ่งจะต้องมีหัวหน้าครอบครัวเพียงคนเดียว ซึ่งได้แก่สามี ซึ่งเป็นหัวหน้าในครอบครัวและเป็นผู้มีอำนาจจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา แต่ก็ได้ผ่อนปรนอำนาจของสามีให้น้อยลงกว่าเดิม กล่าวคือเปิดโอกาสให้สามี

ภริยาทำสัญญาถอนสมรสที่จะจำกัดอำนาจของสามีลงได้ ซึ่งจะทำให้มากน้อยเพียงใด
ย่อมขึ้นอยู่กับผู้บัญญัติกฎหมายของแต่ละประเทศ

๑.๕.๒ ประวัติสัญญาถอนสมรสตามกฎหมายไทย

ชนบทรรมนิยมประเพณีไทย ตั้งแต่สมัยโบราณถือว่าในครอบครัวแล้ว
ชายเป็นข้างเทาหน้า และตามกฎหมายไทยแต่เดิม คือกฎหมายลักษณะตัวเมีย สตรีนั้น
มีแต่การระและหน้าที่ ส่วนสิทธิแทบจะไม่มีเลย สตรีมีสภาพเหมือนทรัพย์สินชิ้นหนึ่งของ
ชายผู้เป็นสามีเท่านั้นเอง ก่อนแผ่นดินพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวนั้น เมื่อ
สามีประสงค์จะขายภริยาเมื่อใด ในราคาเท่าใด ก็ขายได้ แต่พระบาทสมเด็จพระ
จอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเห็นว่า กฎหมายเก่าไม่ยุติธรรม ถึงกับมีพระราชดำรัสว่า
กฎหมายเก่าเห็นว่า "ผู้หญิงเป็นควาย ผู้ชายเป็นคน" จึงโปรดเกล้าฯ ให้ยกเลิก
และทรงตรากฎหมายขึ้นใหม่โดยใช้ชื่อว่า "พระราชบัญญัติตัวชายเมีย" จ.ศ. ๑๒๒๖
ซึ่งมีความสำคัญว่า สามีจะขายภริยาก็ได้ ถ้าหากภริยายินยอมด้วย ถ้าสามีขายภริยา
โดยภริยามิได้เห็นชอบด้วยแล้ว สามีย่อมมีความผิด ยิ่งกว่านั้นตามกฎหมายใหม่ฉบับนั้น
สามีจะจำหน่ายภริยาโดยความยินยอมของภริยาคงก็ได้ นอกจากนี้สามียังมีอำนาจโดย
เด็ดขาดเหนือภริยาคด้วย กล่าวคือ มีอำนาจเขียนตี สั่งสอนภริยาได้ตามอัชฌาสัย
อาทิเช่น ในคดีหนึ่งภริยาคว่าสามีอย่างหยาบซ่า ตามกฎหมายให้ภริยาเอาเข้าตอก
คอกไม้ขอโทษต่อสามี และสามีจะเขียนตีสั่งสอนก็ได้ แต่ถ้ามามีเขียนตีภริยาถึงกระดูก
แขนหัก สามียอมมีโทษ (ฎีกาที่ ๕๔๑/๒๔๕๔) ดังนั้น จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายไทย
สมัยโบราณ สามีมีอำนาจเด็ดขาดเหนือภริยา ภริยาคลายเป็นสมบัติชิ้นหนึ่งของสามี
แต่กฎหมายปัจจุบันคือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ให้ยกเลิกหลักนี้
ไปหมดแล้ว^{๔๖}

^{๔๖} ชานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๒

อนึ่ง ในที่นี้ไซ้ว่าเฉพาะกฎหมายไทยเท่านั้นที่ให้อำนาจอันเด็ดขาดแก่สามี
แม่ตามกฎหมายอังกฤษเองก็ให้อาณาสิทธิแก่สามีในการที่จะเขียนคำสั่งสอนภริยาได้คู่กัน
แต่ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ไม่เรียกว่าเขียนคตินั้นจะมีขนาดใหญ่กว่าขนาดหัวแม่มือของสามี
มิได้^{๕๗}

ตามกฎหมายเก่าในเรื่องระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาไม่มีปัญหา
เหมือนกับในสมัยปัจจุบัน เพราะว่าไม่มี "สินส่วนตัว" ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เมื่อไม่มี
สินส่วนตัวก็ไม่เกิดปัญหาหรือเกิดความยุ่งยากที่จะต้องทำสัญญาถอนสมรสแยกทรัพย์สิน
ระหว่างสามีภริยาเพื่อให้เป็นสินส่วนตัวของสามีหรือภริยา ดังนั้น ตามกฎหมายเก่า
สัญญาถอนสมรสจึงยังไม่เป็นที่รู้จักกัน ฉะนั้นภริยาจะแยกทรัพย์สินส่วนตัวออกจาก
กองทรัพย์สินของสามีภริยาโดยสัญญาถอนสมรสจึงทำไม่ได้ อันเป็นเหตุให้ภริยาที่เป็น
คนร่ำรวย และมีทรัพย์สินมากขณะสมรสอาจถูกสามีล้างผลาญทรัพย์สินไปได้โดยง่าย

และเป็นที่น่าสังเกตุว่า ตามกฎหมายลักษณะฉัวเมียมิได้กล่าวถึงเรื่องสำคัญ
เรื่องหนึ่งในกฎหมายฉัวเมีย คือเรื่องอำนาจจัดการทรัพย์สินระหว่างฉัวเมีย คือเพียงแต่
ได้กล่าวถึงลักษณะทรัพย์สินระหว่างฉัวเมียว่ามีประเภทต่าง ๆ อะไรบ้าง แต่มิได้กล่าว
ไว้ ณ ที่ใดเลยว่ใครเป็นผู้มีอำนาจจัดการทรัพย์สินเหล่านั้น และเมื่อคนคู่จากกฎหมาย
ที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ เช่น กฎหมายลักษณะลักพา ประกาศพระราชบัญญัติฉัวชายเมีย
จ.ศ. ๑๒๒๖ ประกาศเรื่องสินสอดและของหมั้นในระหว่างฉัวเมีย ร.ศ. ๑๑๘ ฯลฯ
ก็ไม่ปรากฏว่าได้บัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวแต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้พอสันนิษฐานได้ว่าที่กฎหมายมิได้มีบทบัญญัติถึง
อำนาจจัดการทรัพย์สินระหว่างฉัวเมียว่าตกอยู่แก่ใคร ก็เพราะในเรื่องนี้คงไม่มีปัญหา
อันจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้เพราะจารีตประเพณีไทยถือกันมาช้านานตลอดจนถึง

๕๗

Sir Alfred Denning, The Changing Law, (London : Stevens and
Sons Ltd., 1953), p. 79

สมัยนั้นว่า ชายเป็นหัวหน้าในครอบครัว เป็นใหญ่ในการจัดการทรัพย์สินของตัวเมียทั้งปวง
เปรียบประดุจช่างเตาหน้า หญิงเป็นเพียงแม่บ้านจัดการงานบ้านและครัวเรือนเท่านั้น
ไม่ออกไปทำงานนอกบ้าน และที่ไม่เกิดความยุ่งยากขึ้นในสมัยนั้นก็เพราะตัวเมียต่าง
รักใคร่ปรองดองกันดี เมียมักยอมเป็นช่างเตาหลังของตัวเสมอ การหย่าขาดจากกัน
ก็มีน้อย การจัดการทรัพย์สินก็ไม่ยุ่งยากนัก และความสังเกตของบาทหลวงชาว
ฝรั่งเศสที่มาพำนักอยู่ในประเทศไทยชั่วคราวในแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์มหาราช
เห็นว่าหญิงไทยนั้นปรนนิบัติสามีดีเป็นที่ยิ่ง อบรมบุตร ดูแลกิจการบ้านเรือนทุกอย่างไป
สามีก็เปรียบเสมือนเจ้าบ้านและเจ้าหัวใจโดยแท้^{๔๔} ดังนั้นจึงเป็นที่เข้าใจกันทั่วไปว่า
ตัวมีอำนาจจัดการทรัพย์สินระหว่างตัวเมียโดยเด็ดขาด คงจะสังเกตได้จากคำพิพากษา
ศาลฎีกาในสมัยนั้นกล่าวไว้ทำให้เข้าใจเช่นนั้น เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๘/๒๔๙๔ คดีระหว่าง นางเขียน นางเสงี่ยมที่ ๑
นางเขียนะเคียนที่ ๒ นายเขียนะชา ผู้รองชัศทรัพย์สิน วินิจฉัยว่า หญิงมีสามีทำสัญญาค่าประกัน
หนี้เงินกู้ไว้โดยมิได้รับอนุญาตของสามี สัญญานั้นไม่ผูกพันสินบริคนท์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๐๘/๒๔๙๔ คดีระหว่าง นางนัม คักคณา โจทก์
นางหลี่ แซง่า จำเลย วินิจฉัยว่า หญิงมีสามีทำสัญญากู้เงินและทำสัญญายอมความกับ
ผู้อื่น โดยฝ่ายเจ้าหนี้ไม่มีหลักฐานแสดงว่าสามีได้ยินยอมอนุญาตด้วยดังนี้ ทานวานิติกรร
มนั้นหาผูกพันถึงสินบริคนท์ไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๓๘/๒๔๙๗ วินิจฉัยว่า เมียไปกู้หนี้โดยมิได้รับอนุญาต
จากตัว นิติกรรมนั้นยอมไม่ผูกพันสินบริคนท์ เมียเคยไปซื้อของเล็ก ๆ น้อย ๆ มาใช้ใน
ครอบครัวแล้วตัวก็ชำระหนี้แทนให้ไป ภายหลังเมียไปกู้เงินเข้ามา พฤติการณ์ดังนี้ ยัง
ไม่พอจะฟังว่าตัวยินยอมอนุญาตในการกู้เงินนั้น

แต่อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายลักษณะตัวเมีย แม้ว่าภริยาจะไม่ได้เป็น
ผู้จัดการทรัพย์สินรวมของสามีภริยาก็คือ ภริยาก็ยังมีอำนาจก่อให้เกิดหนี้ขึ้นโดยตนเอง

^{๔๔} ขานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่อง เกม, หน้า ๔

โดยที่สามีไม่ใคร่เห็นควย และหนั้นก็ผูกพันกองทรัพย์สินของสามีภริยา เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๓/๒๔๙๐ คดีระหว่าง นางพิจิตรจำนงค์ (ยิง) โจทก์ นางชอย แสงเนตร จำเลย วินิจฉัยว่า สามีหรือภริยาจำหน่ายสินสมรสไปเพื่อกิจการของครอบครัวโดยสุจริตนั้นต้องรับผิดชอบร่วมกัน ฝ่ายใดจะขอกลับสมรสของตนไว้หาได้ไม่ แต่หาได้จำหน่ายไปโดยมิชอบ และอีกฝ่ายหนึ่งมิใคร่เห็นยินยอมควยไซ้ร ฝ่ายนั้นมีสิทธิเรียกร้องขอกลับสมรสฝ่ายตนออกได้ ที่คืนสินสมรสซึ่งมีหนี้เป็นภาระติดพันอยู่นั้น เมื่อภริยาได้รับส่วนแบ่งปันไป ภริยาต้องช่วยไช้หนี้ด้วยตามส่วน

ฉะนั้น จึงไม่ปรากฏตามกฎหมาย เกาของไทยนับแต่สมัยกรุงสุโขทัย เป็นต้นมา จนกระทั่งถึงกรุงรัตนโกสินทร์ในยุคต้นก่อนไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ฉบับโค ปีโค ก็ตาม ที่มีเรื่อง "สัญญาถอนสมรส" กรณีที่จะเกิดสัญญาถอนสมรสได้นั้น จะต้องมีพื้นฐานมาจากการที่กฎหมายรับรองว่าสามีและภริยาต่างก็อยู่ในฐานะทัดเทียมกัน มีสิทธิเหมือนกัน หากฝ่ายชายเป็นช่างเท้าหนา และฝ่ายหญิง เป็นช่างเท้าหลัง หรือถือว่า "ชายหยาบ หญิงคอน" เสียแล้ว ก็หามีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติถึงเรื่องการทำสัญญาถอนสมรสเอาไว้มิ

แต่ในปัจจุบัน ภริยาต้องออกไปทำงานนอกบ้าน ไม่ต้องเลี้ยงดูบุตรด้วยตนเอง และดูแลบ้านอย่างแตกอน กฎหมายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติในเรื่อง "สินส่วนตัว" และการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาไว้ เหตุที่กฎหมายใหม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสินส่วนตัว น่าจะเนื่องจากได้รับอิทธิพลจากกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับระบบแยกทรัพย์สิน เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สมรส เพราะส่วนที่เรียกว่าสินส่วนตัวนี้ คู่สมรสต่างฝ่ายต่างมีอำนาจจัดการได้โดยลำพังตนเอง (มาตรา ๑๔๕๖) และตามกฎหมายใหม่ให้อำนาจแก่สามีแต่เพียงผู้เดียวในการจัดการสินบริคณห์ ทั้งนี้เนื่องจากความคิดที่ตกทอดมาแต่สมัยโบราณที่ว่า สามีเป็นหัวหน้าครอบครัว โดยหลักคั้งกล่าวได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๕๔ ว่า "สามีเป็นหัวหน้าในครอบครัว เป็นผู้เลือกที่อยู่ และเป็นผู้อำนวยการในเรื่องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดู" ฉะนั้น จึงควรมีอำนาจมากกว่าภริยาในการจัดการสินบริคณห์ ซึ่งจะเห็นได้ว่า เมื่อสมรสกันสามีภริยาได้นำทรัพย์สินมา

รวมกัน ทรัพย์สินดังกล่าวได้แก่สินเดิมซึ่งรวมอยู่ในสินบริคณห์ และนอกจากนี้ยังมีทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งได้มาภายหลังการสมรส อาจจะเป็นผลประโยชน์ที่เกิดจากสินเดิมของทั้งสองฝ่าย หรือเป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยประการอื่น ซึ่งทรัพย์สินประเภทหลังนี้ได้แก่สินสมรส และทรัพย์สินดังกล่าวจำต้องมีใครคนใดคนหนึ่งเป็นผู้จัดการ ซึ่งตามปกติ ในฐานะที่สินบริคณห์เป็นทรัพย์สินร่วมกันระหว่างสามีภริยา ฉะนั้น ทั้งสองคนจึงน่าจะเป็นผู้จัดการทรัพย์สินร่วมกัน แต่เนื่องจากการเป็นเจ้าของรวมเกี่ยวกับสินบริคณห์โดยเฉพาะสินสมรส แตกต่างกับการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์รวมตามบรรพ ๘ และการที่จะให้ทั้งสามีและภริยามีอำนาจจัดการทรัพย์สิน อาจก่อให้เกิดความยุ่งยากมาก เช่น สามีทำสัญญาให้นาย ก. เช่าบ้านหลังหนึ่ง ภริยาไม่ทราบและได้ทำสัญญาให้นาย ข. เช่าบ้านหลังเดียวกันนั้นในเวลาเดียวกัน มีปัญหาระหว่างนาย ก. และนาย ข. ซึ่งเป็นผู้เช่าทั้งคู่ ใครจะมีสิทธิดีกว่ากัน ก็ต้องถือตามลำดับเวลาก่อนหลัง ถ้ามีการจดทะเบียนก็เช่นเดียวกัน และในกรณีนี้ผู้เช่ารายที่เสียสิทธิไปอาจเกิดความเสียหาย และเรียกค่าเสียหายเอาจากสามีหรือภริยาซึ่งเป็นคู่สัญญาของตน ค่าเสียหายนั้นยอมเป็นหนี้รวมของสามีและภริยา เพราะเป็นหนี้ซึ่งเกิดขึ้นในระหว่างสมรส และเป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องกับสินบริคณห์ (มาตรา ๑๔๘๒ (๒)) ซึ่งจะต้องเอาใช้จากสินบริคณห์และสินส่วนตัวของทั้งสองฝ่าย (มาตรา ๑๔๘๐) ซึ่งหนี้ไม่พ้นจากการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของสามีภริยาแทนที่จะเกิดผลดี ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกก็ทำให้บุคคลภายนอกพบแต่ความไม่แน่นอนในการทำนิติกรรมใด ๆ กับสามีหรือภริยา ในที่สุดเวลาจะทำนิติกรรมใด ๆ ก็จะต้องกระทำต่อหน้าสามีหรือภริยาทั้งสองคน หรือมิฉะนั้นก็ต้องมีหนังสือให้ความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งมาแสดง ยิ่งจะทำให้เกิดความไม่สะดวกยิ่งขึ้น ฉะนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงจากขอยุ่งยากและขัดแย้งดังกล่าวมาแล้ว กฎหมายจึงต้องมอบอำนาจจัดการสินบริคณห์ให้แก่คู่สมรสคนใดคนหนึ่ง ซึ่งตามกฎหมายของเราก็มอบให้แก่สามีเพราะว่าจารีตประเพณีของเรามีอยู่ว่าฝ่ายชายเป็นผู้หาเลี้ยงครอบครัว เป็นหัวหน้าครอบครัว และเป็นผู้ตัดสินใจในการดำเนินชีวิตนั่นเอง

แต่ทั้งนี้กฎหมายใหม่นี้ก็ยังเห็นใจฝ่ายหญิง โดยมีบทบัญญัติพิเศษเพิ่มเติม เพื่อความเป็นธรรม กล่าวคือสามีภริยาอาจตกลงจัดประเภททรัพย์สินเสียใหม่ หรือให้ภริยาเป็นผู้มีอำนาจจัดการสินบริคณห์แต่เพียงผู้เดียวหรือร่วมกับสามีก็ยอมทำได้ ด้วยวิธีทำสัญญาก่อนสมรสยกเว้นเอาไว้อตามมาตรา ๑๔๖๔ และในกรณีอื่น ๆ อีก ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป อันเป็นการผ่อนคลายหรือจำกัดอำนาจของสามี และให้ภริยามีอำนาจทัดเทียมกับสามีในการจัดการทรัพย์สินได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ตามกฎหมายใหม่ ยอมรับหลักเรื่องความเสมอภาคระหว่างสามีภริยา แต่ยังไม่ถึงหลักที่ว่าสามีก็ยังเป็นหัวหน้าในครอบครัวนั่นเอง

๑.๖ บทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาก่อนสมรส

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีอยู่หลายมาตราด้วยกัน คือตั้งแต่ มาตรา ๑๔๕๔ ถึงมาตรา ๑๔๖๐ ซึ่งถือได้ว่าเป็นมาตราหลัก คือ

(๑) ถ้าสามีภริยามีได้ทำสัญญากันไว้ในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในเรื่องทรัพย์สินนั้น ให้บังคับตามบทบัญญัติในหมวดนี้ ถ้าข้อความใดในสัญญาก่อนสมรสขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือทำให้กฎหมายประเทศอื่นบังคับเรื่องทรัพย์สินนั้น ข้อความนั้น ๆ เป็นโมฆะ (มาตรา ๑๔๕๔)

(๒) ข้อความใดในสัญญาก่อนสมรสไม่มีผลเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกผู้ทำการ โดยสุจริต

เมื่อสมรสแล้ว จะเปลี่ยนแปลงสัญญาก่อนสมรสนั้นไม่ได้ นอกจากจะ ใ้ได้รับอนุญาตจากศาลในกรณีก่อรับด้วยเหตุผล (มาตรา ๑๔๕๕)

(๑) สัญญาก่อนสมรสเป็นโมฆะ

๓.๑ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สมรสและพยานอย่างน้อย

๒ คน

๓.๒ ถ้าได้ทำขึ้นแล้ว แต่ต่อมามิได้มีการสมรส (มาตรา ๑๔๖๐)

นอกจากสัญญาถอนสมรสนี้แล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังอนุญาตให้สามีภริยาทำสัญญาในระหว่างที่เป็นสามีภริยากันได้อีกด้วย ดังจะเห็นได้จากมาตรา ๑๔๖๑ ที่บัญญัติว่า

"สัญญาใดที่สามีภริยาได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยากันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกกลางเสียในเวลาใดที่เป็นสามีภริยากันอยู่ หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากันก็ได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต"

กรณีนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อนุญาตให้ทำสัญญาถอนสมรสยกเว้นหลักทั่วไป มีรวมกันทั้งสิ้น ๔ มาตรา ซึ่งสมควรจะได้อธิบายมากล่าวไว้เพื่อประกอบการพิจารณาด้วย ก่อนที่จะได้วิเคราะห์กันต่อไป คือ

มาตรา ๑๔๖๔ บัญญัติว่า "สินส่วนตัว" ได้แก่

- (๑) ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อนสมรส และคู่สมรสได้ทำสัญญาถอนสมรสแยกไว้เป็นสินส่วนตัว
- (๒)
- (๓)
- (๔)
- (๕)

มาตรา ๑๔๖๕ บัญญัติว่า "สามีเป็นผู้จัดการสินบริคณห์ เว้นแต่ในสัญญาถอนสมรสจะได้อำหนดให้ภริยาเป็นผู้จัดการหรือให้จัดการร่วมกัน"

มาตรา ๑๔๖๘ บัญญัติว่า "สามีมีสิทธิฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการสงวน บำรุงรักษา หรือการใด ๆ เพื่อประโยชน์แก่สินบริคณห์ และถ้าภริยาจะฟ้องคดีเช่นนี้ ต้องได้รับอนุญาตจากสามีก่อน เว้นแต่สัญญาถอนสมรสกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และหนี้อันเกิดจากการฟ้องคดีนั้นต้องชำระจากสินบริคณห์"

มาตรา ๑๔๗๓ วรรคแรก บัญญัติว่า "นอกจากจะมีสัญญาถอนสมรสไว้เป็นอย่างอื่น สามีมีอำนาจจำหน่ายสินบริคณห์ได้"