

ความสมบูรณ์ของสัญญาก่อนสมรส

๒.๑ สัญญาก่อนสมรสเป็นสัญญาพิเศษแตกต่างจากสัญญาธรรมดา

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในเรื่องสัญญาก่อนสมรส จะเห็นได้ว่าสัญญา
ก่อนสมรสนั้นมีลักษณะพิเศษหลายประการที่แตกต่างจากหลักทั่วไปของสัญญา กล่าวคือ

ก. ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาทั่วไป คู่สัญญาย่อมมีเสรีภาพที่จะ
ทำสัญญายกเลิก แก้ไข เปลี่ยนแปลงสัญญาอย่างไรก็ได้ตามความพอใจของคู่สัญญา
แต่สัญญาก่อนสมรสนั้น เมื่อสมรสแล้ว จะเปลี่ยนแปลงได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาล
ในกรณีก่อรั่วภัยเหตุผล (มาตรา ๑๔๕๔ วรรค ๒)

ข. ถ้าขอความในสัญญาก่อนสมรสขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรม
อันดีของประชาชน หรือว่าให้ใช้กฎหมายประเทศอื่นบังคับในเรื่องทรัพย์สิน ข้อความ
นั้น ๆ เป็นโมฆะ (มาตรา ๑๔๕๕ วรรค ๒) ซึ่งในกรณีนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้
บัญญัติไว้เป็นพิเศษให้เฉพาะข้อความนั้น ๆ เป็นโมฆะ โดยไม่ต้องสันนิษฐานตาม
พฤติการณ์แห่งกรณีว่าคู่กรณีใดเจตนาจะให้ส่วนที่สมบูรณ์นั้นแยกออกจากส่วน
ที่ไม่สมบูรณ์ตามมาตรา ๑๓๕ หรือไม่

จากลักษณะพิเศษของสัญญาก่อนสมรสนี้ ทำให้เกิดปัญหาว่าสัญญาก่อนสมรส
จะต้องนำหลักทั่วไปของสัญญา เช่น ในเรื่องความสามารถ การแสดงเจตนา ฯลฯ
มาใช้บังคับด้วยหรือไม่

สำหรับปัญหาที่ว่าสัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเป็นส่วนหนึ่ง
ของกฎหมายครอบครัว หรือนิติกรรมสัญญานั้น มีทฤษฎีอยู่ ๒ ทฤษฎี คือ^๑

^๑ คร.อมร จันทรสมบูรณ์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เปรียบเทียบลักษณะ
ครอบครัว ชั้นปริญญาโททางนิติศาสตร์, (พิมพ์โรเนียว : ๒๕๑๔), หน้า ๓๖

ทฤษฎีแรก เป็นทฤษฎีของเยอรมัน ซึ่งเห็นว่าเรื่องครอบครัวเป็นเรื่องพิเศษ จึงบัญญัติแยกไว้จากหลักเรื่องนิติกรรม เป็นบทบัญญัติอีกส่วนหนึ่งต่างหาก และเห็นว่าระบบทรัพย์สินแฉะจะเป็นเรื่องทรัพย์สิน แต่ก็เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายครอบครัว ค้วยเหตุนี้จึงนำมาบัญญัติรวมกันไว้ในที่เดียวกัน

แต่อีกทฤษฎีหนึ่ง เห็นว่าระบบทรัพย์สินมีลักษณะเป็นสัญญา เหมือน ๆ กับการสมรสซึ่งเป็นเรื่องสัญญาสมรสเหมือนกัน เป็นทฤษฎีของฝรั่งเศสและประเทศลาตินส่วนมาก และได้นำเรื่องสัญญาสมรสไปบัญญัติไว้ในบรรพที่ว่าค้วยเอกเทศสัญญา รวมทั้งเรื่องระบบทรัพย์สินค้วย ส่วนเรื่องการสมรส การหย่า ความเป็นบิดามารดากับบุตร ได้บัญญัติไว้ในบรรพ ๑ เรื่องหลักทั่วไปในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคล เหตุผลของทฤษฎีนี้เห็นว่าการสมรสหรือการตกลงในเรื่องระบบทรัพย์สิน เป็นเรื่องต้องมีความยินยอม คือมีการแสดงเจตนาค้วยใจสมัคร ซึ่งเป็นหลักในเรื่องการทำสัญญา

ใน ๒ ทฤษฎีนี้ ความเห็นทางฝ่ายเยอรมันเป็นอันถูกต้องกว่า คือกฎหมายครอบครัว ต้องถือว่าแยกจากเรื่องสัญญา ซึ่งตามกฎหมายจีนก็ได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกับกฎหมายเยอรมัน โดยผู้บัญญัติกฎหมายจีนเห็นว่า สัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการสมรส ดังนั้นประมวลกฎหมายแพ่งว่าค้วยครอบครัว (บรรพ ๔) จึงไม่ดำเนินการตามหลักทั่วไปของบรรพ ๑ ว่าค้วยหลักทั่วไป เช่น เรื่องบุคคล ทรัพย์สิน นิติกรรม ฯลฯ ทั้งไม่ดำเนินการตามหลักกฎหมายว่าค้วยความสามารถของบุคคลค้วย^๒ แต่อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่า ในทุกประเทศ ไม่ว่าจะถือว่าสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่าง

^๒ ใต้เขียนอยู่, คำบรรยายกฎหมายลักษณะครอบครัวจีน, (ไทเป : โรงพิมพ์ชิงสุ่ยซังหัง, ๑๙๕๕), หน้า ๑๒๗

สามีภริยาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายครอบครัว หรือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเอกเทศสัญญา ก็ตาม สัญญาก่อนสมรสหรือสัญญาคู่สมรสจะมีลักษณะไม่เหมือนกับสัญญาโดยทั่ว ๆ ไป กล่าวคือสัญญาธรรมดาเป็นสัญญาที่ไหลแต่เฉพาะคู่สัญญาที่ไ้เข้ามากระทำการนั้น (Res Inter) แต่สัญญาก่อนสมรสหรือสัญญาคู่สมรสเป็นสัญญาที่มีผลรวมทบบัญญัติของกฎหมายซึ่งมีผลบังคับแก่บุคคลทั่ว ๆ ไป (Alios Acta)

สำหรับกฎหมายไทยนั้นอาจกล่าวได้ว่าถือตามแนวของกฎหมายเยอรมัน และจีน โดยแยกกฎหมายครอบครัวออกจากลักษณะสัญญา แต่ก็เป็นกรแยกไม่เด็ดขาด เพราะได้มีบทบัญญัติเรื่องความสามารถของหญิงมีสามีในบรรพ ๑ ควบ โดยไม่ได้นำมาบัญญัติรวมกันไว้ในกฎหมายครอบครัว ดังนั้นเราอาจกล่าวได้ว่า สัญญาก่อนสมรส เป็นสัญญาพิเศษ แต่อย่างไรก็ตามสัญญาก่อนสมรสก็คือสัญญาอย่างหนึ่ง จึงต้องตกอยู่ในบังคับแห่งหลักทั่วไปของสัญญา เว้นแต่กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษแตกต่างออกจากหลักสัญญาทั่ว ๆ ไป ก็ต้องบังคับตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ ดังนั้นสัญญาก่อนสมรสจะสมบูรณ์หรือไม่ก็ต้องประกอบด้วยหลักทั่วไปของสัญญา เช่น ความสามารถของคู่สัญญา หรืออาจตกเป็นโมฆียะ ถ้าได้มีการแสดงเจตนาโดยบกพร่อง เช่นสำคัญผิด ถูกหลอฉ้อ หรือถูกข่มขู่ ฯลฯ ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสก็ได้ถือหลักนี้เช่นเดียวกัน ดังนั้นสัญญาคู่สมรสของฝรั่งเศส ถ้าหากคู่สัญญาใดแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด ถูกหลอฉ้อ หรือถูกข่มขู่ ฯลฯ ก็ต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไป^๗

๗

Emmanuel Vergé et Georges Ripert, "Contrat de Mariage",

Dalloz Encyclopédie Juridique Répertoire de Droit Civil, Tome I,

(Paris : Jurisprudence Générale Dalloz, 1951), p. 1022

๒.๒ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประกอบภายนอกของสัญญาก่อนสมรส

ความสมบูรณ์ของนิติกรรม นอกจากจะต้องเข้าหลักเกณฑ์องค์ประกอบภายในเกี่ยวกับข้อความหรือเนื้อหาภายในของนิติกรรม เช่นต้องมีวัตถุที่ประสงค์ที่ชอควายกฎหมาย และไม่เป็นการพนันวิสัยแล้ว ยังต้องเข้าหลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประกอบภายนอก หรือแบบของนิติกรรมอีกด้วย ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๕ บัญญัติว่า "การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่มีกฎหมายบังคับไว้ การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ" หมายความว่าโดยหลักการแล้วนิติกรรมทั่วไปย่อมสมบูรณ์โดยมีการแสดงเจตนา เพราะกฎหมายถือว่าเจตนาเป็นปัจจัยหรือส่วนประกอบอันจำเป็นยิ่งของนิติกรรม แต่สำหรับนิติกรรมบางชนิดที่กฎหมายได้กำหนดแบบที่จะต้องปฏิบัติเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมนั้น ๆ เพียงแต่มีการแสดงเจตนาเพียงอย่างเดียวก็จะต้องปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้อีกด้วย มิฉะนั้นจะเป็นโมฆะ^๔ นอกจากนั้นนิติกรรมอาจจะตกเป็นโมฆะตามที่กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษ เรื่องสัญญาก่อนสมรสนี้กฎหมายได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประกอบภายนอกซึ่งอาจจะแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

๑. แบบในการทำสัญญาก่อนสมรส
๒. ทำขึ้นแล้วต้องมีการสมรส

๒.๒.๑ แบบในการทำสัญญาก่อนสมรส

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๖๐ (๑) บัญญัติว่า "สัญญาก่อนสมรสเป็นโมฆะ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อคู่สมรสและพยานอย่างน้อย ๒ คน"

^๔ คร. จี. เสวทรบุษยกุล, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม ๑, (พระนคร : โรงพิมพ์แสงทองการพิมพ์, ๒๕๑๒), หน้า ๓๗

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติเรื่องแบบในการทำสัญญาก่อนสมรส จะเห็นได้ว่า สัญญาก่อนสมรสเป็นสัญญาพิเศษ โดยผู้ที่ทำสัญญาคือคู่สมรสของลงลายมือชื่อด้วยตนเอง แศตาคู่สมรสเช่นชื่อไม่ได้ ก็ดำเนินการตามมาตรา ๕^๕ คือพิมพ์ลายนิ้วมือ แงงใด หรือทำเครื่องหมายอื่น และมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้ด้วย ๒ คน และรวมทั้งพยานในสัญญา ๒ คนด้วย

แบบในการทำสัญญาก่อนสมรสหรือสัญญาคู่สมรสตามกฎหมายต่างประเทศ

ก. หลักกฎหมายฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๓๔๔ บัญญัติว่า "สัญญาคู่สมรสจะต้องกระทำต่อหน้า Notaire โดยมีบุคคลที่เป็นคู่กรณีหรือตัวแทนมาปรากฏตัว และให้ความยินยอมพร้อมกัน

เมื่อลงนามในสัญญาแล้วโนแตร์จะมอบหนังสือสำคัญให้แก่คู่กรณีโดยไม่คิดค่าธรรมเนียม และโนแตร์จะประกาศสถานที่อยู่ ชื่อ นามสกุล คุณสมบัติของผู้ที่จะสมรสพร้อมทั้งวันเดือนปีของสัญญา

ใบรับรองนี้จะต้องนำไปให้แก่นายทะเบียนสมรสเมื่อทำพิธีสมรส

ถ้าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าในขณะที่มีการสมรสหรือในภายหลังกการสมรส สัญญาคู่สมรสจะต้องประกาศโฆษณาตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์

^๕ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔ วรรค ๓ บัญญัติว่า "ลายพิมพ์นิ้วมือ แงงใด หรือเครื่องหมายอื่นทำนอง เช่นว่านั่นก็ดี ทำลงในเอกสาร หากมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้ด้วยสองคนแล้ว ทานว่าเสมอกับลงลายมือชื่อ"

^๖ โนแตร์ (Notaire) ได้แก่งานเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ในการจดทะเบียนเอกสารสัญญา หรือพิธีกรรม โปรดดูความละเอียดเรื่องโนแตร์ เขียนโดยศาสตราจารย์ เอญัก ในหนังสือนิติศาสตร์ปีที่ ๖ เล่ม ๓ พ.ศ. ๒๔๙๕ หน้า ๖๔๖ - ๖๕๓

ที่กำหนดไว้สำหรับการจดทะเบียนพาณิชย์"^๗

ข. หลักกฎหมายเยอรมัน

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๑๔๓๔ บัญญัติว่า "สัญญาคู่สมรสคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องไปกระทำที่ศาล หรือที่หน้า Notary Public"^๘

ค. หลักกฎหมายสวิส

ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา ๑๔๑ บัญญัติว่า "สัญญาคู่สมรสจะออกให้ในแบบที่มีการรับรองที่ถูกต้อง (ทำเป็นหนังสือ) และลงลายมือชื่อโดยคู่สมรสกับผู้แทนโดยชอบธรรมของคู่สมรส หลักการนี้ให้ใช้บังคับถึงการแก้ไข และการเพิกถอนสัญญาด้วยสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการสมรสที่กระทำระหว่างสมรสต้องอยู่ภายใต้บังคับว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากพนักงานเจ้าหน้าที่

สัญญาเหล่านี้จะไต่ถามบุคคลภายนอกได้ ต่อเมื่อกระทำการตามข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนว่าด้วยระบบทรัพย์สิน"^๙

ง. หลักกฎหมายอิตาลี

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๑๖๒ บัญญัติว่า "สัญญาก่อนสมรสจะต้องทำโดยเอกอภิมหาชน (Public Act) มิฉะนั้นถือว่าเป็นโมฆะ"

^๗ Emmanuel Vergé, Dalloz Code Civil, (Paris : Jurisprudence Générale Dalloz, 1968), p. 580

^๘ The German Civil Code, (Translated and Annotated by Chung Hui Wang; London : Stevens and Sons, 1907), p. 344

^๙ Georges Scyboz et Jean Gauthier, Code Civil Suisse et Code des Obligations, (10 th ed.; Lausanne : Librairie Payot, 1967),

และมาตรา ๒๖๕๕ บัญญัติว่า "เอกสารมหาชน (Public Act) หมายถึงเอกสารที่ทำตามแบบโดย Notary หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในท้องถิ่นที่ใดทำ และเอกสารนั้นเป็นเอกสารที่กฎหมายกำหนดให้กระทำขึ้น"^{๑๐}

จ. หลักกฎหมายญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ไม่ได้กำหนดแบบในการทำสัญญาก่อนสมรส เพียงแต่มาตรา ๗๕๖ บัญญัติว่า "ถ้าสามีและภริยาใดทำสัญญาแตกต่างไปจากระบบตามกฎหมาย สัญญาคงกล่าวจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ทายาทของคู่สมรสหรือบุคคลภายนอกไม่ได้ เว้นแต่จะได้มีการจดทะเบียนก่อนจดทะเบียนสมรส"^{๑๑}

ฉ. หลักกฎหมายจีน

ประมวลกฎหมายแพ่งจีน มาตรา ๑๐๐๗ บัญญัติว่า "การทำ การแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญาที่เกี่ยวกับระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาต้องทำเป็นหนังสือ" และมาตรา ๑๐๐๘ วรรค ๑ บัญญัติว่า "การทำ การแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญาที่เกี่ยวกับระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกไม่ได้ เว้นแต่จะได้จดทะเบียน"^{๑๒}



^{๑๐} Mario Beltramo Giovanni E. Longo and John H. Merryman, (Translator), The Italian Civil Code, (New York : Oceana Publications, Inc., 1969), p. 46, 687

^{๑๑} The Civil Code of Japan, (Supreme Court of Japan; Tokyo : 1959), p. 141

^{๑๒} A Compilation of the Laws of the Republic of China, Volume I, (Taipei : 1967), p. 277

สำหรับในเรื่องแบบของการทำสัญญาก่อนสมรสหรือสัญญาคู่สมรสนั้นอาจสรุปได้ว่า กฎหมายของทุกประเทศได้กำหนดแบบในการทำสัญญาดังกล่าว ยกเว้นประเทศญี่ปุ่น ถ้าไม่ทำก็ยอมตกเป็นโมฆะ ซึ่งแบบในการทำสัญญาก็แตกต่างกันไป แล้วแต่บัญญัติกฎหมายจะได้อำนาจไว้ เช่น บางประเทศคงทำเป็นหนังสือ บางประเทศคงไปทำที่ศาลหรือทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในเรื่องนี้ นอกจากนี้ บางประเทศจะคงมีการทำสัญญากันใน ๒ ระดับ เช่น ตามกฎหมายฝรั่งเศส (มาตรา ๑๓๘๕) การทำสัญญาคู่สมรสต้องไปกระทำต่อหน้าโนแตรก่อน ซึ่งในระดับนี้คล้าย ๆ เป็นคนร่างของชอตกกลง เมื่อทำสัญญาเสร็จแล้ว โนแตรจะออกใบรับรองให้ และใบรับรองดังกล่าวเมื่อทำพิธีสมรสจะต้องมอบให้แก่นายทะเบียนสมรส

ส่วนจะคงมีการจดทะเบียนหรือไม่นั้นก็แล้วแต่กฎหมายแต่ละประเทศ กล่าวคือ บางประเทศเช่นญี่ปุ่น จีน สวิต ไม่ถือว่าการจดทะเบียนเป็นแบบของสัญญากล่าวคือ จะจดทะเบียนหรือไม่ก็ได้ ถ้าไม่จดทะเบียนก็ผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาคือสามีกฎหมายเท่านั้น แต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีภายนอกไม่ได้ ส่วนบางประเทศได้กำหนดเป็นแบบว่า จะมีการจดทะเบียนด้วย มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะ เช่น ฝรั่งเศส

๒.๒.๑.๑ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เยาว์ต้องได้รับความยินยอมหรือไม่
 มีปัญหาว่าการทำสัญญาก่อนสมรส เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เยาว์ จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อนหรือไม่
 ในกรณีที่คู่สมรสในอนาคตเป็นผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมาย เมื่อจะทำสัญญาก่อนสมรส ก็ย่อมจะสามารถทำได้โดยลำพัง เพราะเป็นบุคคลที่มีความสามารถ แต่ถ้ายุติสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เยาว์หรือทั้งสองฝ่ายเป็นผู้เยาว์ เช่น ชายอายุ ๑๘ ปี หญิงอายุ ๑๗ ปี จะทำสัญญาก่อนสมรส มีปัญหาวาจะคงได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อนหรือไม่

กฎหมายไทยไม่ได้อนุญาตเรื่องนี้ไว้ในบทบัญญัติเรื่องสัญญาก่อนสมรส เหมือนกฎหมายต่างประเทศ เช่น

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๔๔ บัญญัติว่า "ผู้เยาว์ไม่สามารถ
ทำสัญญาคู่สมรสได้โดยปราศจากความยินยอมของบิดาและมารดา ถ้ามีความเห็นแตกต่าง
กันระหว่างบิดาและมารดา ให้ถือว่ายินยอม"

ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา ๑๔๐ บัญญัติว่า "ผู้ที่มีความสามารถ
เท่านั้นที่สามารถกระทำ แก่ใจ หรือเพิกถอนสัญญาคู่สมรส
ผู้เยาว์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม"

ประมวลกฎหมายแพ่งจีน มาตรา ๑๐๐๖ บัญญัติว่า "การทำ เปลี่ยนแปลง
หรือยกเลิกระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ถ้าปรากฏว่าคู่กรณีเป็นผู้เยาว์ต้องได้รับ
ความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม"

ดังนั้น เมื่อกฎหมายได้บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วก็ทำให้ปัญหาในเรื่องนี้หมดไป
แต่ถึงแม้ว่ากฎหมายไทยจะไม่ได้บัญญัติไว้ก็ตาม แต่เมื่อถือว่าสัญญาก่อนสมรสเป็นสัญญา
อย่างหนึ่ง เมื่อกฎหมายในเรื่องนี้ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษก็นำหลักทั่วไปในเรื่อง
สัญญามาใช้ มีนักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่า^{๑๓} การทำหนังสือสัญญาก่อนสมรส กฎหมาย
มิได้บัญญัติว่าจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองด้วย เมื่อสัญญา
ดังกล่าวเป็นสัญญาเฉพาะตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๒๓ บัญญัติ
ว่า "ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้นซึ่งเป็นการต้องทำเองเฉพาะตัว" ดังนั้น ถ้า
คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เยาว์ก็สามารถจะทำสัญญาดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องได้รับ
ความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม แต่ผู้เขียนเห็นว่าการทำสัญญาก่อนสมรส ถ้าคู่สมรส
ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เยาว์ ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน เพราะ
ถึงแม้ว่าสัญญาก่อนสมรสเป็นสัญญาที่ผู้จะทำการสมรสต้องเป็นผู้ทำสัญญาคด้วยตนเอง แต่

^{๑๓} อนุนิติ ใจสมุทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ ว่าด้วยบุคคล,
(นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : โรงพิมพ์ของสมาคมสังคมนิติศาสตร์แห่งประเทศไทย,
๒๕๑๕), หน้า ๑๗๙, ๔๕๔

แต่อย่างไรก็ตาม ขอบัญญัติเช่นนี้เป็นแต่เพียงวางขอบัญญัติเป็นพิเศษ เฉพาะเรื่องการให้ความยินยอม ไม่ใช่เป็นการวางขอบัญญัติในเรื่องความสามารถไว้เป็นอย่างอื่น ฉะนั้น ในกรณีที่ผู้เยาว์ทำสัญญาก่อนสมรสโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง การทำสัญญาดังกล่าวก็ย่อมจะตกเป็นโมฆียะตามหลักทั่วไป

๒.๒.๑.๒ การตั้งตัวแทนในการทำสัญญาก่อนสมรส

ในเรื่องการทำสัญญาก่อนสมรส กฎหมายกำหนดแบบพิธีในการทำสัญญาว่าต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สมรส และมีพยานอย่างน้อย ๒ คนลงลายมือชื่อ (มาตรา ๑๔๖๐ (๑)) ปัญหาอาจเกิดขึ้นว่า เมื่อกฎหมายกำหนดแบบว่าต้องให้คู่สมรสลงลายมือชื่อแล้ว หากคู่สมรสแต่งตั้งตัวแทนในการทำสัญญาก่อนสมรส การลงลายมือชื่อของตัวแทนจะทำให้สัญญาสมบูรณ์ได้หรือไม่

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะตัวแทน จะเห็นได้ว่า ไม่มีบทบัญญัติที่ห้ามไว้ว่าในกรณีใดบ้างที่ตั้งตัวแทนไม่ได้ เพียงแต่มาตรา ๗๕๗ บัญญัติว่า "อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการคั้งนั้น" ซึ่งในเรื่องตัวแทนนี้อาจวางหลักได้ว่า บุคคลใดที่สามารถจะทำกิจการด้วยตนเองได้ตามกฎหมายแล้ว ก็อาจที่จะตั้งตัวแทนทำการนั้นได้ แต่อย่างไรก็ตามก็เป็นที่ยอมรับของนักนิติศาสตร์ว่า หลักดังกล่าวนี้มีข้อยกเว้นอยู่หลายประการ ที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ เมื่อมีธรรมเนียมประเพณีพิเศษ หรือตามลักษณะแห่งกิจการที่ทำนั้น ย่อมเห็นได้ว่าต้องทำด้วยตนเองแล้วที่ตั้งตัวแทนไปทำการนั้นไม่ได้ เช่น เจ้าบ่าวในการสมรสจะตั้งตัวแทนไปเข้าพิธีแทนตัวยอมทำไม่ได้^{๑๕}

^{๑๕} ไซยเจริญ สันติศิริ, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า
จัดการงานนอกสั่ง, (พระนคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, ๒๕๐๔), หน้า ๑๖ - ๑๘

ถึงแม้ว่าความเห็นดังกล่าวจะไม่ได้วินิจฉัยถึงปัญหาข้างต้นโดยตรงก็ตาม แต่ผู้เขียนก็เห็นว่า การทำสัญญาก่อนสมรสเป็นสิทธิเฉพาะตัวที่จะตั้งตัวแทนไปทำการแทนไม่ได้ ดังกล่าวเช่นนี้ก็เพราะเมื่อพิจารณาเรื่องแบบในการทำสัญญาก่อนสมรสตามมาตรา ๑๔๖๐ (๑) ซึ่งบัญญัติว่า "สัญญาก่อนสมรสเป็นโมฆะ ถ้ามีใครทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อ คู่สมรส ฯลฯ" แสดงให้เห็นว่าสัญญาก่อนสมรสเป็นสัญญาเฉพาะตัว โดยผู้ที่เป็นคู่สัญญาจะต้องกระทำการด้วยตนเอง นอกจากนี้สัญญาก่อนสมรสเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาสมรส เมื่อสัญญาสมรสจะแต่งตั้งผู้อื่นไปทำการสมรสแทนไม่ได้ ดังนั้นสัญญาก่อนสมรสซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ก็ย่อมจะทำได้เช่นเดียวกัน

สำหรับหลักกฎหมายต่างประเทศที่กว้างหลักไว้แตกต่างจากกฎหมายไทย ได้แก่กฎหมายฝรั่งเศส ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นการสมรสไม่สามารถตั้งตัวแทนได้ คู่สมรสจะต้องไปทำการสมรสด้วยตนเอง แต่สำหรับสัญญาคู่สมรสยอมให้ตั้งตัวแทนได้ โดยประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๓๕๔ บัญญัติว่า "สัญญาคู่สมรสจะต้องกระทำต่อหน้า Notaire โดยมีบุคคลที่เป็น คู่กรณีหรือตัวแทน มาปรากฏตัวและให้ความยินยอมพร้อมกัน" แต่ตัวแทนดังกล่าวต้องเป็นตัวแทนรับมอบอำนาจ เฉพาะการและต้องทำเป็น กรมธรรม์ ซึ่งต้องระบุและกำหนดรายละเอียดให้ชัดเจน^{๑๖}

๒.๒.๒ ทำขึ้นแล้วต้องมีการสมรส

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๖๐ (๒) บัญญัติว่า "สัญญาก่อนสมรสเป็นโมฆะ ถ้าใครทำขึ้นแล้วแต่ ต่อมามิได้มีการสมรส" ซึ่งหมายความว่า สัญญาก่อนสมรสจะมีผลบังคับต่อเมื่อได้มีการสมรส การสมรสเปรียบเสมือนเงื่อนไขบังคับก่อนของสัญญาก่อนสมรส หากยังมิได้มีการสมรส สัญญาก่อนสมรสก็ยังไม่เกิดผลบังคับ และอาจ

^{๑๖} Marcel Planiol, Traité Élémentaire de Droit Civil, Tome Troisième, (Paris : 1937), p. 10

สิ้นผลไปโดยตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๔๖๐ (๒) ได้ ส่วนระยะเวลาานเท่าใด
 หลังจากการทำสัญญาก่อนสมรสแล้วยังไม่มีการสมรส จึงจะเป็นเหตุให้สัญญาก่อนสมรส
 ตกเป็นโมฆะนั้น กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ แต่พอจะวางหลักได้ว่าตราบิตที่คู่สัญญายังมี
 เจตนาจะทำการสมรสกันอยู่ และไม่ได้มีเจตนาเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อความใน
 สัญญาก่อนสมรส สัญญาก่อนสมรสนั้นก็ยังไม่ตกเป็นโมฆะ ถ้อยคำที่ว่า "มิได้มีการสมรส"
 หมายถึงคู่สัญญาไม่ประสงค์จะทำการสมรสกันอีกต่อไปนั่นเอง แต่มีข้อสังเกตว่ากฎหมาย
 มิได้บังคับให้คู่สมรสในอนาคตที่จะทำ สัญญาก่อนสมรสนั้น จะต้องทำการหมั้นกันแล้ว
 จึงจะทำสัญญาได้ ฉะนั้น ในรายที่มีคู่ทำสัญญาหมั้นต่อกันก็ย่อมทำสัญญาก่อนสมรสได้^{๑๓}

สำหรับเรื่องนี้ ตามกฎหมายฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ทำนองเดียวกับ
 กฎหมายไทย กล่าวคือ สัญญาคู่สมรสยอมตกเป็นโมฆะ ถ้าทำไว้นานและไม่มีมีการสมรส
 ส่วนการที่จะถือว่านานแค่ไหน ให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจ^{๑๔} ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมาย
 ฝรั่งเศสได้วางหลักไว้รัดกุมกว่ากฎหมายไทย แต่อย่างไรก็ตาม ถ้ามีปัญหาเช่นนี้เกิดขึ้น
 ในประเทศไทยแล้ว ผู้ที่จะเป็นผู้วินิจฉัยก็ได้แก่ศาลนั่นเอง

๒.๓ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประกอบภายใน

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประกอบภายในของสัญญาก่อนสมรส หมายถึง
 เนื้อหาของสัญญาก่อนสมรสซึ่งคู่สัญญาจะมีเสรีภาพทำกันใดแค่นั้นเพียงใด สัญญา
 ก่อนสมรสเป็นบทบัญญัติที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นำมาบัญญัติไว้ใน
 บรรพ ๕ โดยที่สัญญาก่อนสมรสนี้ไม่เคยรู้จักกันเลยในกฎหมายเก่า ฉะนั้น การที่มี
 บทบัญญัติในกฎหมายใหม่เช่นนี้ จึงเป็นการ เปิดโอกาสให้สามีภริยาจัดระบบทรัพย์สิน
 ของตนเอง ถ้าไม่ทำสัญญาก่อนสมรสเอาไว้ ก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย

^{๑๓} อนุมิติ ใจสมุทร, เรื่องเดิม, หน้า ๔๕๗

^{๑๔} Emmanuel Vergé et Georges Ripert, op.cit., p. 1033

แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในเรื่องนี้เขียนไว้ไม่ชัดเจนทำให้เกิดปัญหา และคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ก็มีอยู่เพียง ๒ เรื่องเท่านั้นและก้ำกึ่งแย้งกัน จึงไม่อาจวางหลักเกณฑ์แน่นอนได้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๕๕ บัญญัติว่า "ถ้าสามีภริยามิได้ทำสัญญากันไว้ในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในเรื่องทรัพย์สินนั้น ให้บังคับตามบทบัญญัติในหมวดนี้"

ถ้าขอความไต่ในสัญญาก่อนสมรสชี้ต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือว่าให้ใช้กฎหมายประเทศอื่นบังคับในเรื่องทรัพย์สินนั้น ข้อความนั้น ๆ เป็นโมฆะ"

เมื่อพิจารณาจากมาตรา ๑๔๕๕ วรรค ๑ แล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ ทำให้เกิดปัญหายุ่งยาก กล่าวคือ คู่สมรสจะทำสัญญาก่อนสมรสยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาได้ทุกเรื่อง หรือเฉพาะที่กฎหมายบัญญัติอนุญาตให้ทำได้ และจะทำสัญญาก่อนสมรสยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในคานอื่นนอกจากเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาได้หรือไม่ เช่น คู่สมรสในอนาคตได้ทำสัญญาก่อนสมรสว่า เมื่อขาดจากการสมรสแล้ว ให้สินสมรสตกเป็นของภริยาแต่ผู้เดียวรวมทั้งสินเดิมของสามี หรือทำสัญญาก่อนสมรสละสิทธิในการ เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร หรือทำสัญญาก่อนสมรสว่าถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย ให้ทรัพย์สินรดกตกทอดแก่อีกฝ่ายหนึ่งแต่ผู้เดียว เป็นปัญหาว่าการทำสัญญาดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ เพราะมาตรา ๑๔๕๕ วรรค ๑ ไม่ได้บัญญัติว่าทำได้แค่ไหนเพียงใด นอกจากบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๕๕ วรรค ๒ ว่า "ถ้าขอความไต่ในสัญญาก่อนสมรสชี้ต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือว่าให้ใช้กฎหมายประเทศอื่นบังคับในเรื่องทรัพย์สินนั้น ข้อความนั้น ๆ เป็นโมฆะ"

สำหรับเรื่องเสรีภาพของคู่สมรสในอนาคตในการทำสัญญาก่อนสมรสตามกฎหมายไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติ มาตรา ๑๔๕๕ วรรค ๒ แล้ว อาจจะแยกหลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประกอบภายในของสัญญาก่อนสมรสได้ดังนี้ คือ

- ก. สัญญาก่อนสมรสต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี
ของประชาชน
- ข. สัญญาก่อนสมรสจะไร้กฎหมายประเทศอื่นบังคับในเรื่องทรัพย์สินไม่ได้
ถ้าหากว่าข้อความ (Clause) ใดในสัญญาก่อนสมรสขัดต่อบทบัญญัติ
ดังกล่าว ข้อความนั้น ๆ ย่อมตกเป็นโมฆะ

๒.๓.๑ ความเห็นของนักนิติศาสตร์ว่าจะทำสัญญาก่อนสมรสได้แค่ไหนเพียงใด
ก่อนที่จะกล่าวว่าอะไรคือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของ
ประชาชนนั้น เรามาพิจารณาความเห็นนักนิติศาสตร์เกี่ยวกับเสรีภาพในการทำสัญญา
ก่อนสมรสเสียก่อน เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในเรื่องนี้โดยตรง ความเห็น
ของนักนิติศาสตร์เกี่ยวกับปัญหาว่าจะทำสัญญาก่อนสมรสได้แค่ไหนเพียงใต้นั้น อาจแยก
พิจารณาได้ดังนี้ คือ

ความเห็นที่ ๑^{๑๘} เห็นว่าถ้าสามีภริยาทำสัญญาก่อนสมรสกันไว้ ก็ไม่จำเป็นต้อง
ใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ บังคับในเรื่องทรัพย์สิน
ระหว่างสามีภริยา โดยกล่าวว่า

"เฉพาะในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยานี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ บรรพ ๕ บัญญัติอนุญาตให้สามีภริยาหาความตกลงกันให้แตกต่างไปจากที่กฎหมาย
บัญญัติไว้ได้ กล่าวคือไม่จำเป็นต้องใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕
บังคับในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา เท่ากับเป็นบทบัญญัติพิเศษ คุ้มครองเสรีภาพ
ของบุคคลที่จะกระทำการต่าง ๆ ใดตามความสมัครใจ โดยมีมาตรา ๑๔๕๔ ถึงมาตรา
๑๔๖๐ บัญญัติเป็นหลักไว้" และในอีกตอนหนึ่งกล่าวอธิบายไว้ว่า

^{๑๘} คมกริช วัฒนเสถียร, คู่มือนักศึกษาว่าด้วยกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ ถึง ๖
เล่ม ๒, (พิมพ์ครั้งที่ ๓; พระนคร : โรงพิมพ์สุทธิสารการพิมพ์, ๒๕๐๖), หน้า

"๑. ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา กฎหมายให้สามีภรรยาทำสัญญา
ก่อนสมรส เพื่อจัดการทรัพย์สินให้เป็นพิเศษ แยกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด
ก็จะต้องบังคับตามข้อสัญญาก่อนสมรสนั้น

๒. ต่อเมื่อสามีภรณามีได้ทำสัญญากันไว้เป็นพิเศษก่อนสมรส ความสัมพันธ์
ระหว่างสามีภรรยาในเรื่องที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน จึงให้บังคับตามบทบัญญัติประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕...."

ตามความเห็นนี้ที่ว่า ไม่จำเป็นต้องใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ บรรพ ๕ บังคับในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา ถ้าสามีภรรยาทำความตกลง
กันให้แยกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ นั้น ย่อมเป็นการแสดงว่าเจ้าของความเห็นนี้
เห็นว่า สัญญาก่อนสมรสทำได้กว้างขวาง ไม่มีข้อจำกัดจะเปลี่ยนระบบทรัพย์สินระหว่าง
สามีภรรยาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เสียก็ได้ กล่าวคือให้ถือตามเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญ

ความเห็นที่ ๒^{๒๐} เห็นว่ากฎหมายยอมให้คู่สมรสทำสัญญาก่อนสมรสใน
เรื่องความสัมพันธ์ในทรัพย์สินได้เฉพาะแต่กรณีที่มีบัญญัติไว้ในลักษณะ ๑ หมวด ๔ เท่านั้น
และการทำสัญญาผิดแยกจากมาตราต่าง ๆ ที่กฎหมายระบุไว้สำหรับกรณีใด มาตราใด
ทำได้ กรณีใด มาตราใดทำไม่ได้ เป็นปัญหาใหญ่ ทานผู้นี้ได้กล่าวอธิบายไว้ดังนี้

"มาตรา ๑๔๔๔ บัญญัติว่า ถ้าสามีภรณามีได้ทำสัญญากันไว้ในเรื่อง
ทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาในเรื่องทรัพย์สินนั้นให้
บังคับตามบทบัญญัติในหมวดนี้ ตามข้อบัญญัติดังกล่าวยอมแสดงว่า กฎหมายยอมให้คู่สมรส
ทำสัญญาก่อนสมรสในเรื่องความสัมพันธ์ในทรัพย์สินได้ ถ้าหากไม่ทำสัญญากันไว้ ก็ต้อง
เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ อนึ่ง ข้อความตอนท้ายที่ระบุไว้ "ให้บังคับตามบทบัญญัติ
ในหมวดนี้" ย่อมเป็นข้อแสดงความหมายอยู่ในตัวว่า ยอมให้ทำสัญญาในเรื่องทรัพย์สิน
ได้เฉพาะแต่กรณีที่มีบัญญัติไว้ในหมวดนี้ไม่กินความถึง เรื่องทรัพย์สินในหมวดอื่น ถ้าหาก

^{๒๐} สอาก นาวีเจริญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วย
ครอบครัว, (พระนคร : โรงพิมพ์การพิมพ์ชนบุรี, ๒๕๐๔), หน้า ๑๒๓ - ๑๒๒

กฎหมายให้คลุมถึงทรัพย์สินในหมวดอื่นด้วย ก็จะต้องใช้คำว่า "ให้บังคับตามบทบัญญัติ
 ในประมวลกฎหมายนี้" ต้องระบิว่ฎีกาหมายให้ทำสัญญาสมรสให้ผิดแยกแตกต่างจาก
 บทบัญญัติในลักษณะครอบครัวนี้ได้เฉพาะแต่ความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินในลักษณะ ๑
 หมวด ๔ เท่านั้น ไม่ได้เปิดช่องให้ทำสัญญาผิดแยกจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ในลักษณะ
 ครอบครัวนี้ในกรณีอย่างอื่นด้วย ฉะนั้น ถ้าทำสัญญากันเกี่ยวกับกรณีอื่น ก็ย่อมเป็นการ
 ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน สัญญานั้นคงตกเป็นโมฆะ
 ตามมาตรา ๑๑๓ สัญญาถอนสมรสนี้เป็นระบอบใหม่ ไม่เหมือนกฎหมายเก่า และยังไม่
 มีแบบอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา ฉะนั้น ในการบรรยายจึงเป็นไปในทางแสดงความคิด
 เห็นของข้าพเจ้า ขอให้นักศึกษาระวังใช้ความใคร่ครวญของตนเองให้มาก.....
 ข้อที่เป็นปัญหาใหญ่ก็คือการทำสัญญาผิดแยกจากมาตราต่าง ๆ ที่กฎหมายระบุไว้สำหรับ
 กรณีใด ในมาตราใดทำได้ และกรณีใด มาตราใดทำไม่ได้ โดยเห็นเป็นการขัดต่อ
 ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามต้นร่างกฎหมายปรากฏว่า
 ยากที่จะวางขอบัญญัติระบุไว้ จึงไข้บัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ ให้อยู่ในความวินิจฉัยของ
 ศาล...ข้าพเจ้าจะยกกรณีตามมาตราต่าง ๆ ขึ้นกล่าวว่า การทำสัญญาแตกต่างไป
 จากบทบัญญัติเป็นการทำได้และไม่ได้เพียงใด ขอให้เข้าใจว่ายังไม่เคยมี แบบอย่าง
 คำพิพากษาในศาล และจะอาศัยเทียบเคียงแบบอย่างของต่างประเทศก็ยาก เพราะระบบ
 ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาของแต่ละประเทศที่ข้าพเจ้าได้อ่านมาเป็นคนละรูป"

ตามความเห็นที่ ๒ นี้ จะเห็นได้ว่าแตกต่างกับความเห็นที่ ๑ คือ เห็นว่า
 กฎหมายยอมให้สามีภริยาทำสัญญาถอนสมรสในเรื่องความสัมพันธ์ในทรัพย์สินได้เฉพาะ
 แต่กรณีที่มีบัญญัติไว้ในลักษณะ ๑ หมวด ๔ เท่านั้น และทำสัญญาผิดแยกจากมาตราต่าง ๆ
 ที่กฎหมายระบุไว้บางมาตราทำได้ บางมาตราทำไม่ได้

ความเห็นที่ ๓^{๒๑} ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายและ
 วิจัยเรื่องสัญญาถอนสมรสว่าจะทำได้กว้างขวางแค่ไหน ไว้ดังต่อไปนี้

^{๒๑}ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว
มฤตก, (พระนคร : โรงพิมพ์ของสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, ๒๕๐๔),
 หน้า ๘๕ - ๘๖

"๑. ปัญหาสำคัญมีว่า สัญญาถอนสมรสจะทำได้เป็นการยกเว้นบทบัญญัติในกฎหมายใดแค่นั้นเพียงใด เช่น ทำสัญญาถอนสมรสไว้ว่า เมื่อชายหญิงหย่าขาดจากกัน ให้ทรัพย์สินสมบัติทั้งหมดตกเป็นของหญิงฝ่ายเดียว ไม่ให้คืนสินเค็มแก่ชาย และไม่ให้ชายได้ส่วนแบ่งในสินสมรส สัญญาเช่นนี้จะใช้ได้หรือไม่ ความไม่แน่นอนในตัวบท ทำให้เกิดทฤษฎีที่จะโต้เถียงแตกต่างกันได้ถึง ๓ ประการ

ทฤษฎีแรกถือความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาเป็นใหญ่ เพราะฉะนั้น สัญญาถอนสมรสจะทำให้ผิดแผกแตกต่างไปจากบทบัญญัติในกฎหมายอย่างไรก็ได้ สัญญาถอนสมรสตามตัวอย่างข้างต้นจึงใช้ได้ ผลจึงเป็นว่าถ้าใครทำสัญญากันไว้คั้งนั้นก่อนสมรส เมื่อคู่สมรสหย่าขาดหรือตายจากกัน ฝ่ายชายจะไม่ได้คืนสินเค็มคืน และไม่มีส่วนแบ่งในสินสมรสเลย

แต่ตามมาตรา ๑๔๔๔ วรรค ๒ ข้อความในสัญญาถอนสมรสตกเป็นโมฆะถ้าขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อนี้อาจยกมาโต้เถียงทฤษฎีแรกได้ว่าไม่เป็นทฤษฎีที่ถูกต้อง เพราะถ้ามบทบัญญัติในกฎหมายที่ใดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การทำสัญญายกเว้นจะต้องตกเป็นโมฆะ แต่ทฤษฎีแรกอธิบายว่า ความในวรรค ๒ เป็นเรื่องอื่น ไม่เกี่ยวกับการทำสัญญายกเว้นบทบัญญัติในกฎหมาย มีตัวอย่างเช่น ชายหญิงทำสัญญาถอนสมรสไว้ต่อกันว่า เมื่อทำการสมรสกันแล้วให้นำทรัพย์สินของทั้งสองฝ่ายไปค้ำเงินเดือน หรือตั้งสมาคมลบล้างศาสนา ข้อความในสัญญาถอนสมรสทั้งนี้ต่างหากที่เป็นโมฆะ เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งไม่เกี่ยวกับการทำสัญญายกเว้นบทบัญญัติในกฎหมายคั้งตัวอย่างข้างต้น

๒. แต่แนวความคิดตามทฤษฎีที่ ๑ ไปไม่รอด เพราะมีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินไว้เป็นอย่างอื่น เรื่องตามตัวอย่างข้างต้นที่ชายหญิงทำสัญญาถอนสมรสไว้ว่า เมื่อหย่ากันให้ทรัพย์สินทั้งหมดตกเป็นสิทธิแก่หญิง ไม่ให้ชายได้ส่วนแบ่งอะไรเลยนั้น มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๕/๒๔๖๕ ตัดสินว่าเป็นสัญญาขัดต่อกฎหมายลักษณะฉ้อโกง มาตรา ๒๔ จะยกสัญญาเช่นนี้มาหักล้างกฎหมายไม่ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้จึงเกิดทฤษฎีที่ ๒ เป็นแนวความคิดว่า การทำสัญญายกเว้นบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

นั้น จะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ถ้าบทใดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน บทนั้นจะทำสัญญาก่อนสมรสยกเว้นไม่ได้ ข้อสัญญาเช่นนี้ตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๔๕๕ วรรค ๒ และมาตรา ๑๑๔

แต่ทฤษฎีที่ ๒ นี้ ก่อความไม่แน่นอนให้เกิดขึ้นในการตีความบทบัญญัติในกฎหมาย จนถึงขนาดที่ไม่เป็นการตอบปัญหาว่า จะทำสัญญาก่อนสมรสให้ผิดแยกแตกต่างกับบทบัญญัติในกฎหมายใดแค่ไหนเพียงใด เพราะเมื่อจะต้องดูเป็นเรื่อง ๆ ไปแล้วก็ไม่แน่ว่าเรื่องไหนจะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ และปัญหายังมีต่อไปว่า ใครจะเป็นคนดู ใครจะเป็นคนวินิจฉัยว่ากฎหมายบทไหนเป็นบทที่จะทำสัญญาก่อนสมรสให้ผิดแยกแตกต่างไปไม่ได้ เช่น มาตรา ๑๔๖๔ (๔) ในหมวด ๔ บัญญัติว่าคอกผลของสินส่วนตัวให้นับเป็นสินส่วนตัว ถ้าทำสัญญาก่อนสมรสเกินเลยออกไปถึงสินบริคณห์ว่า คอกผลอันเกิดจากสินบริคณห์ของฝ่ายใดให้ตกเป็นสินส่วนตัวของฝ่ายนั้น ข้อสัญญาอย่างนี้จะสมบูรณ์หรือไม่ ถ้าถือหลักว่าต้องดูเป็นเรื่อง ๆ ไป ก็ไม่มีใครนอกจากศาลจะให้คำตอบเป็นการแน่นอนได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ในการที่จะทำสัญญาก่อนสมรสให้ผิดแยกแตกต่างไปจากตัวบท จึงไม่มีใครจะรู้ได้แน่นอนว่า เขียนลงไปแล้ว ต่อมามีคดีฟ้องร้องกันถึงโรงศาล ศาลจะวินิจฉัยอย่างไร ควญเหตุนี้ตามที่มาตรา ๑๔๕๕ บัญญัติไว้ว่า บทบัญญัติในหมวด ๔ จะใช้บังคับต่อเมื่อมิได้มีสัญญาก่อนสมรสตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นนั้น ในทางปฏิบัติจึงแทบจะไม่มีความหมายอะไรเลยสำหรับคนธรรมดา แต่ในทางทฤษฎีแห่งกฎหมาย ในการที่ย่อมให้ทำสัญญาก่อนสมรสยกเว้นบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้ง ๖ บรรพนั้น หลักเกณฑ์ในมาตรา ๑๑๑, ๑๑๔ กับบัญญัติไว้กว้าง ๆ เช่นเดียวกัน คือยอมให้ทำสัญญาก่อนยกเว้นได้ นอกจากจะเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ปัญหายังยากมีต่อไปอีก เพราะตามมาตรา ๑๔๕๕ การที่จะทำสัญญาก่อนยกเว้นได้นั้น ตัวบทจำกัดเฉพาะบทบัญญัติในหมวด ๔ จึงไม่ขยายไปถึงบทบัญญัติในหมวดอื่นที่สำคัญมากกว่ามาก เช่น บทบัญญัติในหมวด ๖ ที่บังคับไว้ว่า เมื่อหย่าขาดจากกันให้คืนสินเดิมแก่คู่สมรส และโดยทั่วไปให้แบ่งสินสมรสคนละครึ่ง ข้อความที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๕๕

คลุมไปไม่ถึง เพราะจำกัดไว้เฉพาะบทบัญญัติในหมวด ๔ เท่านั้น เพราะฉะนั้นเกี่ยวกับการคืนสินเค็มและแบ่งส่วนในสินสมรสจึงจะทำสัญญาก่อนสมรสให้ผิดแยกเป็นอันโดยอาศัย มาตรา ๑๕๕๘ วรรค ๑ ไม่ได้ แต่มาตรา ๑๑๔ ก็เป็นบทบังคับทั่วไปที่จะนำมาใช้บังคับได้ แล้วก็จะเกิดเป็นปัญหาค้างเค็มว่า บทบัญญัติในหมวด ๖ ที่ให้คืนสินเค็มแก่คู่สมรสและให้แบ่งสินสมรสกันคนละครึ่งเมื่อหย่ากันนั้น เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เช่น ชายหญิงทำสัญญาก่อนสมรสไว้ว่า เมื่อหย่ากัน แขนที่จะแบ่งสินสมรสกันคนละครึ่งตามมาตรา ๑๕๑๓ ให้ฝ่ายชายได้สินสมรสเพียง ๑ ใน ๑๐ หรือ ๑ ใน ๑๐๐ ปัญหาย่อมจะเกิดขึ้นเช่นเดียวกันว่า ข้อสัญญาเช่นนี้จะตกเป็นโมฆะหรือไม่

หลักทั่วไปนั้นพอจะกล่าวได้ว่า กฎหมายครอบครัวมรดกมีส่วนเกี่ยวข้องกับ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอยู่ไม่น้อยทีเดียว เพราะในเบื้องต้น ถ้ากฎหมายไม่คอยกำกัดเหตุร้ายที่จะทำให้ครอบครัวแตกแยกทำลายแล้ว เมื่อครอบครัว เป็นรากฐานของสังคมแห่งชาติตั้งอยู่ไม่ได้ ชาตีก็น่าจะต้องพลอยล้มไปควย ในทางปฏิบัติ เห็นกันอยู่ว่า เรื่องทรัพย์สินสมบัติในครอบครัว เป็นเหตุก่อความแตกร้างในครอบครัวอยู่เสมอ เห็นได้ง่าย ๆ ว่า ถ้ามีการทำสัญญาก่อนสมรสไม่ให้ชายได้คืนสินเค็มหรือได้ ส่วนแบ่งในสินสมรส เมื่อหย่าขาดจากกันหรือตายจากกัน ฝ่ายชายซึ่งเป็นสามีมีหน้าที่ หาเลี้ยงครอบครัวก็จะละเลยไม่ทำมาหากิน แล้วครอบครัวนั้นก็ตั้งอยู่และเจริญก้าวหน้าไปไม่ได้ เพราะฉะนั้น บทบัญญัติเกี่ยวกับการคืนสินเค็มและแบ่งสินสมรสระหว่าง คู่สมรส จึงเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๕/๒๔๖๕ แต่ทั้งนี้ก็กล่าวได้แต่เพียงเป็นหลัก ทั่ว ๆ ไป โดยอาศัยตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินไว้ ถ้าเรื่องเกิดขึ้นใหม่เกี่ยวกับ ทั่วหน้า สัญญาก่อนสมรสที่ทำไว้ผิดแยกแตกต่างกับทั่วหน้าจะใช้ได้หรือไม่ ก็มีแต่ศาล เท่านั้นที่จะเป็นผู้วินิจฉัยได้

๓. ทฤษฎีที่ ๓ ถือเครงครัดไปในทางตรงข้ามกับทฤษฎีที่ ๑ คือถือว่า บทบัญญัติในเรื่องครอบครัว เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี

ของประชาชนทั้งนั้น เพราะฉะนั้น จะทำสัญญาก่อนสมรสให้ผิดแผกแตกต่างไปไม่ได้ เว้นแต่ตัวบทจะอนุญาตให้ทำได้ เช่น ในมาตรา ๑๔๖๕ เป็นต้น ที่มีบัญญัติว่า สามีเป็นผู้จัดการสินบริคณห์ เว้นแต่ในสัญญาก่อนสมรสจะได้อำนาจให้ภริยาเป็นผู้จัดการหรือให้จัดการร่วมกัน

ปัญหาว่า ทฤษฎีที่ ๓ ดังกล่าวมา อย่างไหนจะถูกตองนั้น ทฤษฎีที่ ๑ ให้ความศักดิ์สิทธิ์แก่เจตนามากเกินไป และปรับไม่ลงรอยกับคำพิพากษาฎีกาซึ่งได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐาน ส่วนทฤษฎีที่ ๓ ไม่ให้ความศักดิ์สิทธิ์แก่เจตนาเสียเลย และเป็นการขัดแย้งกับบทบัญญัติในมาตรา ๑๔๕๔ โดยตรง จึงเหลือแต่ทฤษฎีที่ ๒ ซึ่งน่าจะเป็นทฤษฎีที่ถูกตอง แม่การใช้จะตองประกอบอุปสรรคในการตีความบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม"

ความเห็นที่ ๔^{๒๒} อธิบายว่า "มาตรา ๑๔๕๔ วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า "ถ้าสามีภริยามีได้ทำสัญญากันไว้ในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในเรื่องทรัพย์สินนั้น ให้บังคับตามบทบัญญัติในหมวดนี้" (คือหมวด ๔)

หากจะแยกขอบัญญัติในมาตรา ๑๔๕๔ ออกมาพิจารณาน่าจะได้อความดังนี้

(๑) ถ้าสามีภริยามีได้ทำสัญญากันไว้ในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนสมรส ให้บังคับตามบทบัญญัติในหมวด ๔ กล่าวคือกรณีทั่ว ๆ ไปที่คู่สมรสมิได้ตกลงทำสัญญาในเรื่องทรัพย์สินไว้ก่อนสมรส ก็ให้ใช้กฎหมายเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ซึ่งบัญญัติวางหลักไว้แล้วในหมวด ๔

(๒) ถ้าสามีภริยาได้ทำสัญญาไว้เป็นพิเศษก่อนสมรส ก็ตองบังคับตามสัญญาพิเศษนั้น

(๓) กฎหมายมาตรา ๑๔๕๔ มิได้บัญญัติจำกัดขอบเขตของสัญญาก่อนสมรสไว้เลยว่า สัญญาก่อนสมรสที่จะตกลงทำกันนั้น จะตองเป็นเรื่องเฉพาะที่มีบัญญัติไว้ใน

^{๒๒} อนุมติ ใจสมุทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญา,

(พระนคร : โรงพิมพ์อักษรบริกาาร, ๒๕๑๔), หน้า ๑๔ - ๑๕

หมวด ๔ เท่านั้น เพียงแต่บัญญัติว่าหากมิได้ทำสัญญาพิเศษไว้ก่อนสมรส ให้ใช้หมวด ๔ บังคับ คู่สมรสจึงอาจทำสัญญาก่อนสมรสเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาที่บัญญัติไว้ในหมวดอื่น เช่นในหมวด ๖ ก็ได้ ข้อสำคัญจึงพึงพิจารณาว่า "ถ้าข้อความใดในสัญญาก่อนสมรสขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อความนั้น ๆ เป็นโมฆะ" (มาตรา ๑๔๕๘ วรรค ๒) หรือมาตรา ๑๑๔ บัญญัติว่า "การใดเป็นการผิดแผกแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว เพียงแต่เหตุเท่านั้น การนั้นหาเป็นโมฆะไม่" ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่ว่า มาตรา ๑๔๕๘ มิได้บัญญัติว่า ทำสัญญาพิเศษในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ในมาตราใด หมวดใดไม่ได้ แต่เป็นเรื่องว่า ถ้าไม่ทำสัญญากันไว้ ก็บังคับตามกฎหมาย (หมวด ๔) ถ้าทำสัญญากันไว้ก็บังคับตามสัญญา หากสัญญายังบังคับไม่ได้ก็เพราะเหตุอื่น (แต่ไม่ใช่เพราะตกลงถึงเรื่องที่ยังบัญญัติไว้ในหมวดอื่นไม่ได้) เป็นต้นว่า เป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถ เช่นเวลานั้นวิกลจริต ตามมาตรา ๓๒ แม้เป็นผู้เยาว์ก็ทำสัญญาก่อนสมรสได้ ตามมาตรา ๒๓, ๑๔๕๘ (ผู้เยาว์ตกลงหมั้นต้องได้รับความยินยอมตามมาตรา ๑๔๓๕ ผู้เยาว์ทำสัญญาก่อนสมรส เป็นการทํานิติกรรมบังคับควมตามมาตรา ๒๑ ตอนท้าย, ๒๓) หรือแสดงเจตนาวิปริต (มาตรา ๑๓๗) อันเป็นเหตุให้สัญญาก่อนสมรสเป็นโมฆียะ หรือเป็นโมฆะ เพราะสำคัญผิดตามมาตรา ๑๑๔ หรือผิดแบบมาตรา ๑๑๕ ประกอบมาตรา ๑๔๖๐ หรือโมฆะเพราะเหตุอื่น ก็เป็นเรื่องสัญญาเสียไปเพราะเหตุอื่น"

เท่าที่ยกหลักกฎหมายขึ้นมาและนำความเห็นของนักกฎหมายมากล่าวไว้เบื้องต้น ก็เพื่อเป็นข้อพิจารณาว่าสัญญาก่อนสมรสในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ทำได้กว้างขวางเพียงใด ตามความเห็นแรกและความเห็นสุดท้ายเห็นว่า กฎหมายใดให้เสรีภาพแก่คู่สมรสในอนาคตที่จะทำสัญญาก่อนสมรสในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาได้ทุกเรื่อง และเมื่อมีสัญญาก่อนสมรสกันไว้เช่นนั้นแล้วก็ไม่จำเป็นต้องใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ บังคับในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ส่วนความเห็นที่สองเห็นว่า กฎหมายยอมให้

ทำสัญญาในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามภริยาได้แต่เฉพาะกรณีที่มีบัญญัติไว้ในหมวด ๔ เท่านั้น ส่วนความเห็นที่สามเห็นว่า การทำสัญญายกเว้นบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามภริยานั้น จะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไปตามมาตราที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรานั้นจะทำสัญญาก่อนสมรสยกเว้นไม่ได้ เป็นโมฆะตามมาตรา ๑๔๕๘ วรรค ๒ โดยให้เป็นหน้าที่ของศาลเป็นผู้วินิจฉัย

เมื่อพิจารณาเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาก่อนสมรสตามความเห็นของนักนิติศาสตร์แล้ว อาจสรุปได้ดังนี้ คือ

๑. ทำสัญญาก่อนสมรสเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในค้ำอื่นนอกจากเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามภริยา เช่น สิทธิในการเป็นหัวหน้าครอบครัว การใช้อำนาจปกครองบุตร การรับมรดก ฯลฯ นักนิติศาสตร์เห็นว่า จะทำสัญญาก่อนสมรสผิดแผกแตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

๒. ทำสัญญาก่อนสมรสเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามภริยา มีความเห็นของนักนิติศาสตร์แบ่งออกได้เป็น ๒ ฝ่าย คือ

ก. ฝ่ายแรกเห็นว่า ทำสัญญาก่อนสมรสได้แต่เฉพาะในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามภริยา ดังที่มีบัญญัติไว้ในหมวด ๔ ลักษณะ ๑ บรรพ ๕ เท่านั้น

ข. ฝ่ายที่ ๒ เห็นว่า ทำสัญญาก่อนสมรสเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามภริยาได้ทุกเรื่อง ไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องที่มีบัญญัติไว้ในหมวด ๔ เท่านั้น เพราะกฎหมายไม่ได้ห้าม และเมื่อมีสัญญาก่อนสมรสกันไว้ เรื่องทรัพย์สินระหว่างสามภริยาก็ไม่จำเป็นต้องใช้บทบัญญัติในบรรพ ๕

ซึ่งทั้ง ๒ กรณีถ้าได้ทำนอกเหนือจากนี้ ข้อตกลงในสัญญาก่อนสมรสย่อมตกเป็นโมฆะ โดยถือว่าข้อตกลงนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา ๑๔๕๘ วรรค ๒

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากความเห็นของนักนิติศาสตร์ ไม่ว่าจะ เป็นฝ่ายไหนก็ตาม จะเห็นได้ว่ามีประเด็นสำคัญที่ยอมรับว่า สัญญาก่อนสมรสนั้น ไม่ว่าจะ

ทำอย่างไรก็ตามต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งทำให้เกิดปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นั้น มีความหมายแค่นั้นเพียงใด ซึ่งอะไรคือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทนิยามหรือวิเคราะห์ศัพท์ไว้ในที่ใดเลย

๒.๓.๒ อะไรคือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

สำหรับปัญหานี้ ได้มีผู้ทรงคุณวุฒิในวิชานิติศาสตร์ได้ให้คำอธิบายไว้ดังต่อไปนี้ คือ

ความเห็นที่ ๑^{๒๓} อธิบายว่า "การที่จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติข้อใดจะต้องควยลักษณะที่ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ปัญหาที่จะวางหลักโดยเฉียบขาดหาได้ไม่ จะพูดได้ก็เพียงเป็นเลา ๆ ว่า กฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องด้วยผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวแก่กรณีโดยเฉพาะแล้ว นับอยู่ในพวกที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และในส่วนศีลธรรมอันดีนั้น ก็คือศีลธรรมตามที่นิยมกันในหมูชนทั่วไป ซึ่งในที่สุดก็จะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ที่ว่า กฎหมายเกี่ยวข้องด้วยผลประโยชน์ของมหาชนนั้น กล่าวในเบื้องต้นก็คือ กฎหมายทั้งหลายซึ่งนับเนื่องอยู่ในพวกที่เรียกว่ากฎหมายมหาชน (Public Law) มีอาทิเช่น กฎหมายเกี่ยวกับราชการปกครอง กฎหมายเกี่ยวกับราชการภาษีอากร เป็นต้น แม้ในกฎหมายที่อยู่ในพวกกฎหมายเอกชน (Private Law) ก็ยังมีบทที่นับว่าเกี่ยวข้องด้วยผลประโยชน์ของมหาชนอยู่มาก มีอาทิเช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับควยสภาพและความสามารถของบุคคล บทบัญญัติว่าควยครอบครัวและอำนาจในครอบครัว บทบัญญัติในเรื่องทรัพย์สิน ซึ่งเกี่ยวข้องควยเศรษฐกิจ บทบัญญัติเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของบุคคลภายนอก เหล่านี้เป็นต้น"

^{๒๓} พระยาเทพพิฑูร (บุญช่วย วชิรกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ ๑ - ๒, (พิมพ์ครั้งที่ ๓; พระนคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, ๒๕๐๑),
หน้า ๔๐๓ - ๔๐๔

ความเห็นที่ ๒^{๒๔} อธิบายว่า "ที่ว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น จะต้องเข้าใจอย่างไร กฎหมายไม่ว่างที่จะเคร่งครัดหรือเข้มงวดไว้อย่างกว้าง ๆ เลย ถึงกระนั้นก็ดี ในประเทศเป็นจำนวนมากเขาดูกันว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น หมายความว่ารวมถึงสิ่ง ๒ อย่าง คือ การคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน และการคุ้มครองส่วนได้เสียทั่วไปของหมู่ประชาชน

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นไม่ได้มีอยู่ทั้งหมดในบทกฎหมาย กล่าวคือ การที่การใด ๆ จะเป็นโมฆะนั้น ไม่จำเป็นจะต้องขัดต่อบทกฎหมายที่มีบัญญัติไว้ โดยชัดว่า จะต้องเป็นโมฆะ เราก็คงยังพบบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในลักษณะต่อไปนี้ ในกฎหมายแพ่งคืออายุแห่งความสามารถเกณฑ์ในการสมรส อำนาจอิสระของสามีในภริยา และอำนาจอิสระของบิดาในบุตร ระเบียบการรับมรดกแบบพินัยกรรม การรับผิดชอบโดยการละเมิด ในลักษณะทั้งหลายเหล่านี้ เราจะทำความตกลงขัดกับกฎหมายไม่ได้ และนอกจากนั้นความตกลงนี้เป็นโมฆะ ไม่ใช่แต่เพียงเป็นโมฆียะ"

ความเห็นที่ ๓^{๒๕} อธิบายไว้ว่า "ลักษณะอย่างไรจึงจะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ยากที่จะให้วิเคราะห์ศัพท์ได้ แต่พอจะเห็นได้ว่า เรื่องใดมิได้เกี่ยวกับส่วนได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณี โดยเฉพาะ แต่อาจจะกระทบกระทั่งพาดพิงไปถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่น เรื่องนั้นพอจะจัดได้ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน"

^{๒๔} เอช. เอกูต์, คำอธิบายธรรมศาสตร์ชั้นปริญญาตรีทางนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, (พระนคร : ๒๔๗๕), หน้า ๗๑ - ๗๗

^{๒๕} ม.ร.ว. เส็นีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม ๑, (แก้ไขเพิ่มเติม ๒๕๐๕; พระนคร : โรงพิมพ์อักษรสาสน์, ๒๕๐๕), หน้า ๑๔๘

ความเห็นที่ ๘๒ อธิบายไว้ว่า

"ข้อ ๑ อะไร เป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น อธิบายว่าเป็น ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้ เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ และข้อที่ควรจกจำก็คือ ที่ต้องการให้สังคมดำรงอยู่นั้น ก็เพื่อจะได้คุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนี้ไต่กว้างขึ้นเพื่อสาเหตุ ๒ ประการ คือ ก. สาเหตุทางการเมือง ข. สาเหตุทางเศรษฐกิจ ดังจะได้อธิบายเป็นข้อ ๆ โดยย่อ ดังนี้

ก. ความสงบเรียบร้อยทางการเมืองนั้น ไต่กว้างขึ้นเพื่อปกป้องรักษาสถาบันของสังคม อันมีอยู่ ๓ สถาบัน คือ รัฐ ครอบครัว และตัวเอกชนเอง

๑. ปกป้องรักษาความมั่นคงของรัฐ ไต่แก่กฎหมายมหาชนที่ตั้งสถาบันของรัฐ คือรัฐธรรมนูญ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ (เช่น พระราชบัญญัติเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน) กฎหมายมหาชนเกี่ยวกับการเก็บภาษีอากร เพื่อไต่มาซึ่งรายได้ของรัฐ กฎหมายมหาชนอันเป็นกฎหมายอาญาเพื่อรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัยในรัฐ บทบัญญัติเหล่านี้ยอมถือว่าเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชน นิติกรรมของเอกชนจะมีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายมหาชนเหล่านี้ไม่ได้ หากฝ่าฝืนนิติกรรมดังกล่าวจะไม่มีผลตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นโมฆะ

๒. ปกป้องรักษาความมั่นคงของครอบครัว หมายถึงกฎหมายเอกชนอันเป็นกฎหมายแพ่ง แต่เกี่ยวข้องกับสถาบันของครอบครัว ไต่แก่ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตร เหล่านี้ยอมเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน อันเอกชนจะทำนิติกรรมแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ นอกจากกฎหมายเกี่ยวกับระบบครอบครัวนั้นเอง จะไต่ระบอบอนุญาตให้ทำนิติกรรมแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เช่น

๒๖
ดร. จิต เศรษฐบุตร, เรื่องเดิม, หน้า ๒๑ - ๒๔

เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในเรื่องทรัพย์สินนั้น มาตรา ๑๕๕ บัญญัติว่า สามีและภริยาอาจทำความตกลงต่างกับกฎหมายที่บัญญัติไว้ได้ แต่ต้องทำก่อนการสมรส และยังมีข้อความต่อไปอีกว่าต้องไม่เอากฎหมายประเทศอื่นมาใช้แทน และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย

๓. ปกป้องรักษาความมั่นคงของเอกชนเอง กล่าวคือ นิติกรรมจะเป็นโมฆะ หากมีวัตถุประสงค์หรือสิทธิของบุคคลตามที่กฎหมายมหาชนได้มอบหมายให้เพื่อรักษาความมั่นคงของเอกชน เช่น สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน พ.ศ. ๒๕๑๑ ตั้งแต่มาตรา ๒๔ ถึง ๔๔ เป็นต้น

๔. ความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ นั้น วางขึ้นเพื่อรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสังคมและของเอกชนเอง

๑. ปกป้องรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสังคมนั้น โดยมากใช้ในกรณีผูกเงินหรือภาวะบังคับ เช่นกฎหมายห้ามแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศผิดจากอัตราที่ทางการกำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อรักษามูลค่าของเงินตราของสังคม หรือว่ากฎหมายห้ามนำสินค้าบางชนิดออก หรือนำสินค้าบางชนิดเข้าซึ่งนอกหรือในประเทศ เป็นการปกป้องรักษาการผลิตของสินค้านั้น เป็นต้น

๒. ปกป้องรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเอกชนนั้น มีเช่นกฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ๑๐๐ ละ ๑๕ ต่อปี (มาตรา ๖๕๕ และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. ๒๔๗๕) พระราชบัญญัติควบคุมการเช่าเคหะและที่ดิน พ.ศ. ๒๕๐๔ และอื่น ๆ อีก"

ข้อ ๒ อะไร เป็นศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น อธิบายว่าเป็นหลักบังคับเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณีซึ่งอาจแตกต่างกันแล้วแต่ท้องถิ่นและในสมัยต่าง ๆ กัน และขอยกตัวอย่างในคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งชี้ว่านิติกรรมบางชนิดในสมัยหนึ่งถือว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แล้วต่อมาอีกสมัยหนึ่งกลับถือว่าวัตถุประสงค์ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ๑. สัญญาให้ค่าบ่าเห็นใจแก่แม่สื่อ (Courtage matrimonial) ในสมัยกลางศตวรรษที่ ๑๕ ถือว่ามีวัตถุประสงค์

ชัคคอสีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ต่อมาคราวต้นศตวรรษที่ ๒๐ กลับถือว่าการจัดตั้ง
สำนักงานเพื่อให้หญิงชายเข้าพบและแต่งงานกัน เป็นการขบถกฏหมาย สัญญาให้
คาบ่าเห็นใจเพราะจักให้มีการสมรสได้จึงไม่ชัคคอสีลธรรมอันดีของประชาชน หรือว่า
สัญญาจ้างคนในท่าคอบทมีมือในโรงละคร (Contrat de claqué) ในสมัยต้น
ศตวรรษที่ ๑๙ ถือว่ามีวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ชัคคอสีลธรรมอันดีของประชาชน ครั้นกลางศตวรรษ
ที่ ๑๙ กลับถือว่ามีวัตถุประสงค์ไม่ชัคคอสีลธรรมอันดีของประชาชน อนึ่ง นิติกรรม
บางชนิด ศาลฝรั่งเศสถือว่ามิมีวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ชัคคอสีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ไม่
ทราบว่าเป็นศาลของเราจะวินิจฉัยเช่นเดียวกันหรือไม่ เพราะอยู่ในท้องถิ่นต่างกัน เช่น
สัญญาระหว่างแพทย์กับ เกสักรที่จะให้คาบ่าเห็นใจซึ่งกันและกันในการแนะนำคนไข้ให้
ไปรักษาและไปซื้อยาซึ่งกันและกัน ดังนี้ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ข้าพเจ้ามีความเห็นว่า หลักบังคับตามธรรมเนียมประเพณี
ซึ่งกฎหมายห้ามมิให้บุคคลทำนิติกรรมมีวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ฝ่าฝืนนั้น น่าจะต้องอยู่ในระดับสูง
กว่าธรรมเนียมประเพณีธรรมดาอยู่บ้าง เพราะจะทำให้แนวโน้มปัญหาเช่นนี้จะได้
สม่ำเสมอไม่กลับไปกลับมา

อนึ่ง ข้าพเจ้าขอให้อสังกตคำว่า ศีลธรรมอันดีต่างกับธรรมะ อันเป็น
ความนึกคิดของมนุษย์ว่า อะไรดี อะไรชั่ว ซึ่งไม่เปลี่ยนแปลงแล้วแต่กาลเทศะ
อย่างเช่นศีลธรรมอันดี แต่จะแน่นอนตราบเท่าที่มนุษย์ยังคงเป็นมนุษย์อยู่ในโลกนี้

ต่อไปนี้จะได้เสนอตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งขอแบ่งออกเป็น
๒ จำพวก เพราะในบางกรณีกฎหมายได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรห้ามไว้ และในบาง
กรณีกฎหมายมิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรห้ามไว้ แต่ศาลวินิจฉัยว่าชัคคอสีลธรรมอันดี
เรียกรอยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ข้อ ๑ กรณีที่กฎหมายได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ห้ามไว้ คือ

(๑) การกู้เงินเพื่อทำการค้าเงินเถื่อน เป็นที่ทราบว่ามิพระราชบัญญัติ
ลงโทษทางอาญาแก่ผู้ค้าเงินเถื่อน ดังนั้นการกู้เงินนั้นเป็นโมฆะ ผู้ให้กู้เงินฟ้องเรียกเงิน
จากผู้กู้ศาลไม่ได้อ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๐๗/๒๔๔๗ ระหว่างนายทองฟู สุขฟู โจทก์
นายอินทร์ อ่อนวิจารย์ กับพวก จำเลย)

(๒) จำเลยต้องการเช่าที่ดินของสำนักงานทรัพย์สิน จึงได้ติดต่อกับบุคคลหลายคนและรวมทั้งโจทก์ด้วย ในที่สุดได้ติดต่อกับนายประเชิมุ รับราชการแผนกควบคุมผลประโยชน์สำนักงานทรัพย์สิน จำเลยกับโจทก์และนายประเชิมุได้ตกลงกันว่า จะจัดทำให้ **ชาวจำเลย**ยอมจะจ่ายเงินให้แก่โจทก์และนายประเชิมุ ปรากฏว่านายประเชิมุใช้ตำแหน่งหน้าที่ช่วยเหลือจำเลยซึ่งผิดกฎหมาย (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๔๔) สัญญาที่ทำไว้จึงโมฆะ โจทก์ฟ้องเรียกเงินจำเลย ศาลจึงยกฟ้อง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๓๑/๒๔๘๙ ระหว่างนายอามา พสุวัต โจทก์ นายลอเซียง แซเฮง จำเลย)

ข้อ ๒ ในกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติห้ามไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ศาลวินิจฉัยว่า นิติกรรมมีวัตถุประสงค์ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๑๓ เช่น

(๑) โจทก์ฟ้องจำเลยในคดีอาญาแผ่นดินฐานแจ้งความเท็จ และระหว่างพิจารณาคดีก็คุกคามไต่ความตกลงท่อนาศาล โดยศาลได้บันทึกไว้ ความว่า จำเลยโอนที่ดิน ๑ แปลง ให้โจทก์ ส่วนโจทก์จะถอนฟ้องคดีอาญาแผ่นดินนี้ และจะไม่ฟ้องในคดีแพ่งเกี่ยวกับเรื่องนี้ด้วย ต่อมาโจทก์ฟ้องจำเลยทางแพ่งตามข้อตกลงดังกล่าว ศาลวินิจฉัยว่า ข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามมาตรา ๑๑๓ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๘๑/๒๔๘๑ ระหว่างนางแมว เครือหอม โจทก์ นางจอน เครือหอม จำเลย) ทั้งนี้อาจถือได้ว่าเป็นการค้าความ เพราะไม่ปรากฏว่าความผิดฐานแจ้งความเท็จก่อความเสียหายอันใดแก่โจทก์ การถอนฟ้องจึงทำให้โจทก์ได้ที่ดินมา ๑ แปลง อนึ่ง ควรสังเกตว่า หากการกระทำความผิดทางอาญามีผลก่อให้เกิดความเสียหายทางละเมิดแล้ว ผู้กระทำความผิดทางอาญาได้ทำสัญญาใช้ค่าเสียหายให้ดังนี้ สัญญาดังกล่าวมิได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ ใช้บังคับได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๘/๒๕๐๘ ระหว่าง นางพุด อุ่นทา โจทก์ นายหิม จุฬสุริ จำเลย ความว่าจำเลยทำให้เกิดเพลิงไหม้ทรัพย์สินโจทก์โดยประมาท โจทก์เสียหาย จำเลยจึงทำสัญญาจ่ายเงินโจทก์ เป็นการชดเชยค่าเสียหาย ต่อมาจำเลยไม่ใช้ โจทก์ฟ้องให้ชำระค่าเสียหาย เพราะเป็นการทดแทนค่าเสียหายระหว่างกัน)

(๒) โจทก์เป็นเลขานุการร้านสหกรณ์เบตงจำกัดสินไช้ ได้ให้ความสะดวกแก่จำเลยในการที่ให้นำสุกรมายขายให้ร้านสหกรณ์เบตงจำกัดสินไช้สำเร็จ เพื่อเป็นการสมนาคุณ จำเลยจึงได้ทำสัญญากู้ยืมจากโจทก์ไป โดยความจริงไม่มีการส่งมอบเงินไปตามสัญญาแต่ประการใด บัดนี้โจทก์ฟ้องจำเลยให้ชำระเงินตามสัญญาหนี้รายนี้ ศาลวินิจฉัยว่า สัญญานี้เป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นมูลหนี้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๔๔/๒๔๔๘ ระหว่างนายแปลก อักษรกุล โจทก์ นายภัทร สวากร จำเลย)

(๓) โจทก์ทำสัญญาประกันภัยกับจำเลยในกรมธรรม์ประกันภัยมีข้อความว่า ให้เสนอขอพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการชั้ขาดก่อน ศาลวินิจฉัยว่า ข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๓๒/๒๕๐๓ ระหว่าง นางสาวยุพา แซ่ฟอง โจทก์ บริษัทพิทักษ์ภัยประกันภัย จำกัด จำเลย)

(๔) โจทก์และจำเลยได้ตกลงกัน คือ โจทก์จ่ายเงินให้จำเลยเพื่อฟ้องนายหะเรื่องแย่งกรรมสิทธิ์ที่ดิน ถ้าคดีแพ้นายหะ เงินที่โจทก์จ่ายให้จำเลยเป็นอันพับไป ถ้าจำเลยชนะคดี จำเลยยอมยกกรรมสิทธิ์ที่ดินให้โจทก์ ๒ แปลง ปรากฏว่าจำเลยชนะคดี จำเลยจึงทำสัญญายกกรรมสิทธิ์ที่ดินให้โจทก์ ต่อมาจำเลยกลับประกาศขายที่ดินให้แก่ผู้อื่น โจทก์จึงฟ้องคดีตามข้อตกลงนี้ ศาลวินิจฉัยว่า สัญญารายนี้เป็นการแสวงหาผลประโยชน์จากผู้อื่นใหม่เป็นความกัน นับว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาจึงเป็นโมฆะ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๐/๒๔๔๒ ระหว่าง นายสะอาด โจทก์ นางหะ จำเลย)

ความเห็นที่ ๕^{๒๗} อธิบายว่า "ความสงบเรียบร้อย" และ "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" มีความหมายอย่างไร อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

^{๒๗} ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน, คำบรรยายกฎหมายแพ่งว่าด้วยจัดการงานนอกสั่งและลากมิควรถูก, (นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : ศรีเมืองการพิมพ์, ๒๕๑๕), หน้า ๕๔ - ๖๐

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public order-l'ordre public)

การที่จะให้คำนิยามหรือหาขอบเขตความหมายที่แท้จริงของคำว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" ย่อมจะทำได้ไม่ง่ายนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความหมายของคำนี้ ในประเทศต่าง ๆ ย่อมผิดแผกแตกต่างกันออกไป

อนึ่ง "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" ไม่ได้หมายความถึงเฉพาะ ในกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงกรณีที่ไม่ มีกฎหมายบัญญัติไว้ด้วย ซึ่งกรณีหลังนี้ย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้อง เป็นผู้วินิจฉัยว่า กรณีใดจึงจะนำเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาใช้บังคับ โดยศาลจะใช้ ดุลยพินิจตามที่เห็นสมควร

จากเหตุผลที่ได้อธิบายมาแล้ว จะเห็นได้ว่า ความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน อาจมีที่มาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยตรง หรือมีที่มาจากเหตุอื่น ๆ ก็ได้ ซึ่งอาจแบ่งออกได้ดังนี้ คือ

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการเมือง การปกครอง

(L'ordre public politique) ซึ่งหมายความถึงอำนาจที่เกี่ยวกับการปกครอง ประเทศตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจ ตุลาการ ผู้ใดจะทำความตกลงกันเองเพื่อให้มีผลเป็นการยกเลิก เปลี่ยนแปลง แก้ไข อำนาจทั้งสามของรัฐยอมทำไม่ได้ หรือจะทำความตกลงกันเพื่อให้การบริหาร หรือ การปกครองของรัฐ เปลี่ยนแปลงหรือทำให้ผิดแผกแตกต่างจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย ยอมทำไม่ได้ เช่น คู่สัญญาทำความตกลงกันไม่ยอมรับอำนาจของฝ่ายปกครองในท้องถิ่น หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น กฎหมายอาญา หรือไม่ยอมรับรององค์กรและอำนาจของ ศาลยอมทำไม่ได้ ถ้าขึ้นทำไปความตกลงนั้นยอมเป็นโมฆะ

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางคานครอบครัว

เนื่องจากสถาบันครอบครัวเป็นสถาบันที่ควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ เพราะฉะนั้นบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดกโดยทั่วไปจึง เป็นกฎหมาย พิเศษ ซึ่งคู่สัญญาจะตกลงเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือยกเลิกตามอำเภอใจไม่ได้

จริงอยู่ แม้ว่าโดยทั่วไปคู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการทำสัญญาก็จริง แต่สำหรับเรื่องกฎหมายครอบครัวแล้ว เสรีภาพของคู่สัญญาในการทำข้อตกลงจะมีแต่เฉพาะบางกรณีเท่านั้น นอกจากนี้ความตกลงนั้น ๆ จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายพิเศษที่ควบคุมการนั้นเท่านั้น เช่นการทำสัญญาก่อนสมรส คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะทำหรือไม่ทำสัญญาประเภทนี้ก็ได้ แต่ถาคู่สัญญาที่มีความประสงค์จะกระทำ สัญญานั้น จะต้องทำไปตามแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้หรืออนุญาตไว้เท่านั้น

นอกจากนี้กฎหมายยังมีบัญญัติห้ามไว้โดยแจ้งชัดอีกบางประการ เช่น คู่สัญญาจะทำความตกลงกันเองเพื่อเปลี่ยนแปลงอำนาจอิสระของสามี หรืออำนาจปกครองยอมทำไม่ได้

ในกฎหมายเรื่องมรดกก็เช่นเดียวกัน การจำหน่ายทรัพย์สิน ซึ่งจะมีผลต่อเมื่อผู้จำหน่ายถึงแก่ความตายแล้ว จะทำได้ก็เฉพาะแต่โดยพินัยกรรมเท่านั้น จะทำความตกลงกันเองแบบสัญญาทั่วไปไม่ได้

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางค่านวิชาชีพ

วิชาชีพบางประเภท เช่นวิชาชีพนายความเป็นวิชาชีพที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อย เพราะฉะนั้นจึงยึดถือกันเป็นประเพณีว่า การที่นายความทำความตกลงโอนลูกความให้แก่อีกสักคน หรือการที่นายความตกลงกับลูกความโดยกำหนดจำนวนเงินค่าจ้างโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับจากผลแห่งคำพิพากษาก็ จะกระทำมิได้

(๑) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๕๖/๒๔๗๘ โจทก์จ้างจำเลยทำงานในบ้านเครื่องพิมพ์ดีดของโจทก์ โดยมีข้อสัญญาว่า เมื่อออกจากบ้านโจทก์ไปแล้ว ห้ามมิให้จำเลยไปทำการ เป็นช่างแกะซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดในบ้านอื่นในกรุงเทพฯ ฯ เช่นนี้ไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (ถ้าห้ามทำงานในบ้านอื่น ๆ เลยเป็นโมฆะ)

(๒) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๒๓/๒๔๗๗ นายความทำสัญญากับลูกความว่าความแพ้มเอาค่าจ้าง ถาชนะจึงจะเอาค่าจ้าง เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ไม่ขัดต่อศีลธรรม

อันดีหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตามมาตรา ๑๑๓ และไม่ผิดต่อพระราชบัญญัติ
 หมายความ ทั้งไม่มีลักษณะคล้ายสัญญาการพนัน

การพนันนั้นต้องเป็นไปในทำนองการแสวงหาผลประโยชน์โดยอาศัยการ
 เสี่ยงโชคอย่างเคี้ยว ไม่ต้องลงแรงอย่างใด และไม่เกี่ยวกับส่วนใดเสียในทางที่ชอบ
 ส่วนข้อตกลงที่อาศัยเหตุไม่แน่นอนเป็นการกำหนดค่าจ้างนั้น ไม่เรียกว่าเป็นการพนัน
 หรือเสี่ยงโชคเลย เพราะถ้าถือคั้งนั้นแล้ว สัญญามีเงื่อนไขจะไข้ไม่ได้

เหตุผลที่ห้ามการทำสัญญาค้างกลาวนี้ เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและ
 ชักต้อหลักความเป็นอิสระของวิชาชีพนายความ ทำให้นายความผูกพันตนกับชตากรรม
 ของคดี เป็นเหตุกระตุ้นให้นายความหาทางกระทำในสิ่งที่ไม่บังควร เพื่อผลสำเร็จ
 แห่งคดีอื่นตนจะได้รับประโยชน์ โดยคิดคำนวณเป็นเปอร์เซ็นต์ เพราะฉะนั้นสัญญา
 ประเภทนี้จะต้องตกเป็นโมฆะ

(๓) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๓๑/๒๔๘๖ สัญญาจ้างว่าความตกลงกันว่า
 เมื่อเรียกร่องเงินแสนบาท จะให้ค่าจ้างสองหมื่น ถือเป็นหลักคำนวณมากน้อยตามส่วน
 ที่จะได้ คั้งนี้ถือว่เป็นข้อสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่พิพาท ขัดต่อพระราชบัญญัติ
 หมายความ มาตรา ๑๒ (๒) ย่อมเป็นโมฆะ และจะเรียกค่าจ้างตามสมควรไมใดควย
 พระราชบัญญัติหมายความ มาตรา ๑๒ (๒) นั้นแยกได้เป็น ๒ กรณี คือ ปลูกความโดย
 หามูลมิได้ อย่างหนึ่ง และแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่พิพาทอีกอย่างหนึ่ง และทั้งสองอย่าง
 นี้เป็นเรื่องขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

(๔) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๕๓/๒๕๐๐ จำเลยจ้างนายความทำ
 เรื่องราวเรียกร่องคาปฏิกรรมสงครามจากรัฐบาลไทย มอบให้นายความเป็นตัวแทน
 โดยทำสัญญาเป็นหนังสือจะจ่ายค่าจ้างร้อยละ ๑๐ ของจำนวนค่าทำขวัญที่จำเลยได้รับจริง
 สัญญานี้ไม่เป็นโมฆะ เพราะสัญญารายนี้ไม่ใช่เป็นการจ้างนายความให้หาความ หากแต่
 เป็นเรื่องจ้างให้ทำกิจการนอกโรงศาล มิใช่เป็นการรับจ้างในหน้าที่นายความ อาจ
 ตกลงว่าจ้างกันได้ตามประสงค์ ไม่มีกฎหมายห้าม

(๕) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๔๘/๒๕๐๓ การที่โจทก์คิดจากเปอร์เซ็นต์
 ของจำนวนทุนทรัพย์ ก็เป็นเพียงโจทก์อาศัยเป็นเกณฑ์คำนวณค่าจ้างว่าความของโจทก์

ว่าคดีชนิดใด โจทก์จะเรียกค่าจ้างคิดเป็นเปอร์เซ็นต์เท่าใดของทุนทรัพย์ที่ฟ้อง เท่านั้น
หาใช่เป็นสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจำเลยจะพึงได้รับเมื่อชนะคดี
ไม่ จึงไม่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติหนายความ พ.ศ. ๒๔๙๙ มาตรา ๑๒ (๒) และ
ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (เรียกค่าจ้าง ๒๐% ของ
จำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้อง เป็นเงิน ๒๔,๒๐๐ บาท)

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางคานเศรษฐกิจ

ทฤษฎีว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้เข้าไปแทรกแซง
การทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับคานเศรษฐกิจมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในระยะหลังนี้ กล่าวคือ
เสรีภาพทางเศรษฐกิจถูกจำกัดลง ซึ่งหมายความรวมถึงเสรีภาพทั้งทางคานการค้า
และทางคานอุตสาหกรรมด้วย เพราะรัฐได้ตรากฎหมายออกมาจำกัดเสรีภาพในการ
ทำสัญญามากยิ่งขึ้นทุกที เพราะฉะนั้นความตกลงใด ๆ ที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนเป็นการ
ขัดต่อบทบัญญัติดังกล่าวมาแล้ว ย่อมถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๙/๒๕๐๑ สัญญาให้ค่าตอบแทน โดยมีข้อตกลง
ให้โจทก์ยื่นประมูลสูงกว่าจำเลยเพื่อที่จำเลยจะได้รับประมูลนั้น เป็นแต่เพียงล่อให้
ผู้ประมูลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้ให้ราคาต่ำที่สุดเท่านั้น เป็นนโยบายของการประมูลไม่ใช่
ล่อลวงให้หลงเชื่อ ผู้ให้ประมูลยอมทอไขว้จรรยาบรรณของตนประกอบควย และมีสิทธิที่
จะให้หรือไม่ให้ผู้ประมูลยื่นคำ สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยดังกล่าว ไม่ขัดต่อความสงบ
เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี เป็นเพียงพาณิชย์นโยบาย

นอกจากนี้ความตกลงใด ๆ ที่ทำขึ้นเป็นการหลีกเลียง หรือปิดบังการ
เสียภาษีอากรให้แก่รัฐก็ถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย ซึ่ง
อาจพิจารณาได้ทั้งทางคานเศรษฐกิจและทางคานการเมือง เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๔๔/๒๕๐๑ (ประชุมใหญ่) การที่ได้รับอนุญาต
ให้ส่งชาวไปต่างประเทศนั้น เป็นสิทธิเฉพาะตัว จะโอนหรือซื้อขายกันไม่ได้ โจทก์
โอนขายใบอนุญาตให้ส่งชาวไปต่างประเทศให้จำเลย การที่จำเลยต้องเสียเงินให้โจทก์

เป็นเงินถึงหกแสนเศษเช่นนี้ ย่อมเป็นผลกระทบกระเทือนถึงราคาข้าว ซึ่งในที่สุด
 ผู้ผลิตจะได้รับน้อยลง โดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามีมติว่า สัญญาระหว่างโจทก์ จำเลย
 ชัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นโมฆะตามประมวล
 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๓ โจทก์จะเรียกร้องเอาเงินตามเช็คก็ไม่ได้
 ส่วนที่จำเลยฟ้องแย้งนั้น โดยที่สัญญาระหว่างโจทก์ จำเลย ชัดต่อความสงบเรียบร้อย
 และศีลธรรมอันดีของประชาชน จำเลยจ่ายไปโดยรู้ตัวว่าจะเรียกคืนไม่ได้ (โจทก์
 ได้รับเงินตามเช็คไปแล้ว ๓ ฉบับ เป็นเงิน ๑๘๐,๑๘๗.๕๐ บาท)

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

แม้ว่าหลักความสงบเรียบร้อยทางด้านเศรษฐกิจดูเหมือนจะจำกัดเสรีภาพ
 ของเอกชนในการทำสัญญาที่จริง แต่ถาพิจารณาทางด้านสังคมแล้ว หลักความสงบ
 เรียบร้อยของประชาชนได้ให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
 อย่างมาก เพราะฉะนั้นความตกลงใดที่ทำให้บุคคลสูญเสียความเป็นมนุษย์หรือศักดิ์ศรี
 ของความเป็นมนุษย์แล้ว ความตกลงนั้นย่อมเป็นโมฆะ ความตกลงดังกล่าว เช่น
 ความตกลงที่มนุษย์ยินยอมสละความเป็นมนุษย์ เช่น ยอมมีชีวิตอย่างสัตว์ หรือสัญญา
 จ้างแรงงานที่ทำงานตลอดชีวิตก็ทำไม่ได้เช่นกัน เพราะทำให้มนุษย์มีลักษณะเป็นทาส

ศีลธรรมอันดีของประชาชน

โดยทั่วไปแล้ว การที่จะถือว่าการใดเป็นการชัดต่อศีลธรรมอันดีของ
 ประชาชนน่าจะได้มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว การที่จะถือว่า
 การใดชัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องเป็นผู้วินิจฉัย
 โดยคำนึงถึงความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ในสังคมนั้น ๆ เป็นหลัก ซึ่งการวินิจฉัยใน
 บางเรื่องจะทำให้เกิดความลำบากอย่างยิ่ง เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๒๕/๒๔๕๒ เจ้าของที่ดินได้โอนการฟ้องร้อง
 ขอให้เพิกถอนหนังสือสัญญาซื้อขายที่ดิน ระหว่างเจ้าของที่ดินกับจำเลยให้โจทก์ ซึ่ง
 ไม่ใช่เป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง จึงเท่ากับขายความ เป็นการผิดศีลธรรมอันดี ไม่มี

กฎหมายสนับสนุนให้โอนกันได้ และไม่ใช้เป็นการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่น มอบอำนาจหรือแต่งตั้งความไว้ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องในนามตนเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘๑๓/๒๕๐๕ ชายมีภริยาอยู่แล้ว และยังมีภรรยาด้วยกัน ถ้าตกลงกับหญิงอื่นว่าจะอยู่กินเป็นสามีภริยากัน ชักกับมาตรา ๑๔๔๕ (๓) ข้อตกลงครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อประสงค์ของประชาชน ย่อมตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๓ ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๕/๒๕๔๔ แม่หญิงนั้นจะมีได้ปฏิบัติตามข้อตกลงก็ไม่มีนิติสัมพันธ์ที่จะต้องรับผิดชอบชดเชยนั้น ถ้าหญิงนั้นเรียกร้องเอาเงินทองเพื่อการนี้ ตกลงยอมอยู่กินเป็นภริยาและชายนั้นก็ส่งมอบเงินทองให้ตามที่ตกลงกัน การส่งมอบนี้ยอมเป็นการกระทำเพื่อชำระหนี้ด้วยวัตถุประสงค์ซึ่งฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีดังกล่าว ถ้าหญิงนั้นไม่ยอมอยู่กินเป็นภริยาคับ ชายนั้นก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องทรัพย์สิน ตามมาตรา ๔๑๑

ยิ่งกว่านั้น หลักศีลธรรมอันดีโดยทั่วไปมีความหมายใกล้เคียงกับหลักความสงบเรียบร้อยมาก จนอาจกล่าวได้ว่าเรื่องใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน มักจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยด้วย เช่น ความตกลงที่ทำให้มนุษย์เสื่อมศักดิ์ศรี (ทำตัวเป็นสัตว์ หรือสัตว์ประหลาด) นอกจากจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยแล้ว ยังขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

ดังนั้น หลักศีลธรรมอันดีจึงมีความหมายกว้างขวางมาก และยืดหยุ่นได้ อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่า โดยทั่วไปแล้วหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน มักเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศ หรือทางครอบครัว เช่น การทำความตกลงกันระหว่างชายหญิงว่าจะมีความสัมพันธ์ทางเพศกันโดยไม่ยอมทำการสมรส ความตกลงเช่นนี้ยอมขัดต่อศีลธรรมอันดี

นอกจากเรื่องความสัมพันธ์ทางครอบครัวแล้ว ก็น่าจะได้แก่กิจการที่กระทบกระเทือนต่อศาสนา หรือหลักศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นเรื่องขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนได้เช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาตามอธิบายของท่านผู้ทรงคุณวุฒิและคำพิพากษาศาลฎีกา
 ดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว พอสรุปความหมายไควว่า คำว่า "ขัดต่อความสงบเรียบร้อย
 ของประชาชน" และ "ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน" อาจแยกกันได้ กล่าวคือ
 นิติกรรมนั้นอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่อาจไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี
 ของประชาชนก็ได้ โดยนิติกรรมหรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบ
 เรียบร้อยของประชาชนหมายความว่า เรื่องใดที่มีได้เกี่ยวควยส่วนได้เสียของเอกชน
 ผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ หากแต่เป็นเรื่องเกี่ยวควยผลประโยชน์ได้เสียทั่วไปของรัฐ
 และสังคมหรือเกี่ยวควยผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน
 เรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน และการคุ้มครองส่วนได้เสีย
 ของประชาชนในทางการเมืองและทางเศรษฐกิจ ย่อมถือได้ว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ
 ความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่อย่างไรก็ตามก็เป็นที่ยอมรับว่ากฎหมายที่อยู่ใน
 พวกกฎหมายเอกชน ก็ยังมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องควยผลประโยชน์ของมหาชนรวมอยู่ควย

ส่วนการที่จะถือว่านิติกรรมหรือข้อตกลงใด มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อ
 ศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น หมายความว่า ขัดต่อความรู้สึกในทางศีลธรรมอันดีของ
 ประชาชนทั่ว ๆ ไป โดยถือเอาความรู้สึกนึกคิดอันดีและปานกลางของบุคคลทั่วไป เป็น
 เกณฑ์

อย่างไรก็ตาม ก็เป็นที่ยอมรับว่าสถาบันครอบครัวเป็นสถาบันที่ควรได้รับ
 ความคุ้มครองเป็นพิเศษ ดังนั้น ถึงแม้ว่าโดยหลักทั่วไปแล้วกฎหมายยอมรับหลักความ
 ศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนา (Théorie de la liberté de la Volonté) กล่าวคือ
 ยอมรับว่าคุณสัญญาต้องมีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างไรก็ได้ แต่สำหรับกฎหมายครอบครัว
 แล้วคงถือว่าคุณสัญญาจะตกลงกันแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกตามอำเภอใจไม่ได้
 คุณสัญญาจะมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสถาบันครอบครัวได้ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่ง
 กฎหมายพิเศษที่ว่าควยการนั้นอนุญาตให้ทำได้เท่านั้น

สำหรับปัญหาว่าคุณสมรสในอนาคตจะมีเสรีภาพในการทำสัญญาก่อนสมรส
 ได้แค่ไหนเพียงใดนั้น ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ ๒ เรื่อง คือ

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๕๕/๒๔๖๕ คดีระหว่าง นางหลิน ผู้ปกครอง
นายเหม โจทก์ นางสี จำเลย

ขอเท็จจริงได้ความว่า โจทก์ฟ้องขอแบ่งมรดกของนายเรือเอกหนาย
ผู้มรณะภาพ เป็นส่วนของนายเหม บุตรของนายเรือเอกหนาย เป็นราคา ๒,๗๒๕ บาท
๕๕ สตางค์ จากจำเลย ผู้เป็นภริยานายเรือเอกหนาย

จำเลยให้การว่า นายเรือเอกหนายได้ทำสัญญาให้จำเลยต่อหน้า
เจ้าแก้วเมื่อวันแต่งงานว่า ถ้านายเรือเอกหนายหย่าร้างหรือตองพลัดพรากจากจำเลย
ควยประการใด ๆ ให้ทรัพย์สินของนายเรือเอกหนาย เป็นสิทธิแก่จำเลยทั้งสิ้น ไม่ให้
บุตรของนายเรือเอกหนาย ซึ่งเกิดกับภริยาก่อนฟ้อง โจทก์หาว่ามีอำนาจฟ้องเรียก
ทรัพย์สินรายนี้ไม่

ศาลจังหวัดระยองพิจารณาได้ความว่า นายเรือเอกหนาย ผู้มรณะภาพ
มีทรัพย์สินเป็นสินสมรสคือเรือนตามบัญชีหมายเลขที่ ๑๕ ราคา ๘๐๐ บาท และฟ้องว่า
นายเรือเอกหนาย ได้ทำสัญญายกทรัพย์สินให้เป็นสิทธิแก่จำเลยแล้ว โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง
เรียกทรัพย์สินรายนี้ได้ จึงพิพากษายกฟ้อง โจทก์

โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ศาลหลวงพิเศษเห็นว่าที่นายเรือเอกหนาย
ทำสัญญายกทรัพย์สินให้จำเลยนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายใช้ไม่ได้ จึงพิพากษาคลับคำพิพากษา
ศาลเดิม ให้เอาเรือนหมายเลข ๑๕ มาขายทอดตลาด แล้วแบ่งสินสมรสเป็นของจำเลย
๑ ส่วน เป็นของนายเรือเอกหนาย ๒ ส่วน ส่วนของนายเรือเอกหนาย ให้แบ่งมรดก
เป็น ๒ ภาค ภาคหนึ่งให้จำเลยผู้เป็นภริยานายเรือเอกหนาย ภาคหนึ่งให้นายเหม
โจทก์ กับนายพิน นายแซม นางสาวเลื่อน บุตรของนายเรือเอกหนาย คนละเท่า ๆ กัน
จำเลยทูลเกล้า ฯ ถวายฎีกาขอให้ยกฟ้องโจทก์ตามคำพิพากษาของ
ศาลเดิม

กรรมการศาลฎีกาได้ประชุมปรึกษาคดีเรื่องนี้แล้ว เห็นว่าข้อที่
นายเรือเอกหนาย ทำสัญญาว่าเมื่อหย่าร้างกับจำเลยก็ดี หรือตองพลัดพรากกับจำเลย
ควยประการใดก็ดี ยอมยกทรัพย์สินของนายเรือเอกหนาย ให้แก่จำเลยทั้งหมดนั้น เป็น
สัญญาอันฝ่าฝืนกฎหมาย เพราะมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแล้ว ผู้เมียจะหย่ากันก็ต้อง

คินสินเคิมและแบ่งสินสมรสตามลักษณะตัวเมีย บทที่ ๖๘ ตัวหรือเมียตายก็ต้องคินสินเคิม และแบ่งสินสมรสตามลักษณะมรดก บทที่ ๒๑ จะยกข้อสัญญาบางอย่างมิให้ของคินสินเคิมหรือแบ่งสินสมรสนั้นไม่ได้ ที่ศาลอุทธรณ์ศาลหลวงพิเศษพิพากษาให้แบ่งสินสมรสและแบ่งมรดก นายเรือเอกหนายนั้นชอบแล้ว ไหยฎีกาของจำเลยเสีย

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๐๘/๒๔๘๓ คดีระหว่าง นายพัน บุญช่วย โจทก์ นางสมจัน นิลลอย นายหนู ชูช่วย จำเลย

จำเลยฎีกาคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ ลงวันที่ ๓๐ ธันวาคม พ.ศ. ๒๔๘๒ คดีนี้โจทก์ฟ้องขอหย่าและขอแบ่งทรัพย์สินซึ่งเป็นสินสมรสจากนางสมจัน จำเลย เป็นราคา ๖๐๐ บาท โดยกล่าวว่า จำเลยทั้งสองเป็นชู้กัน

นางสมจันจำเลยให้การต่อสู้ว่า ทรัพย์สินที่โจทก์ฟ้องขอแบ่งเป็นสินเคิมของจำเลย และว่าโจทก์มีสัญญาห้ามขันทักให้จำเลยไว้ ไม่มีสิทธิจะไต่สวนแบ่งสินสมรสส่วนขอหย่า นางสมจันจำเลยยอมหย่ากับโจทก์ โจทก์จำเลยไม่ศรัทธาใจว่ากล่าวในเรื่องชายชู้ต่อไป ศาลจังหวัดและศาลอุทธรณ์พิจารณาทิ้งข้อเท็จจริงตงกันว่า โจทก์กับนางสมจันจำเลยทำการสมรสกันเมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๓ ก่อนทำการสมรส นางสมจันจำเลยเป็นหญิงหม้าย ฝ่ายโจทก์มีภริยาแล้ว เมื่อโจทก์จะทำการสมรสกับนางสมจัน โจทก์ได้ทำหนังสือห้ามขันทักให้นางสมจันไว้ว่า "ถ้าโจทก์ไปคินคักกับภริยาเคิม ยอมให้สินสมรสตกได้กับนางสมจันฝ่ายเดียว" เมื่อโจทก์ทำการสมรสแล้วได้อยู่กินกับนางสมจันได้ ๓ - ๔ ปี ก็กลับไปคินคักอยู่กับภริยาเคิมของโจทก์

ในระหว่างที่โจทก์กับนางสมจันอยู่กินด้วยกัน ใ้ปลูกเรือนหลังที่โจทก์ฟ้องขอแบ่งนี้ แต่ใ้เอาตัวไม้เรือนหลังเก่าซึ่งเป็นสินเคิมของนางสมจันใช้ เป็นราคาราว ๓๐ บาท ส่วนที่ดินที่ปลูกเรือนกับที่นาที่โจทก์ฟ้องขอแบ่งนั้น เคิมเป็นของนางเปี้ยกมารดาของนางสมจัน นางเปี้ยกตายเมื่อ พ.ศ. ๒๔๘๑ นางสมจันเป็นผู้รับมรดก เรือนที่ดินที่ปลูกเรือน และที่นา จึงเป็นสินสมรสในระหว่างโจทก์กับนางสมจันจำเลย

ศาลจังหวัดควินฉินยว่า หนังสือห้ามขันทักที่โจทก์ทำให้นางสมจันจำเลยในเวลาที่จะทำการสมรสกันนั้น เรียกว่า สัญญาถอนสมรส สัญญาถอนสมรสซึ่งจะใช้ได้ตามกฎหมาย

ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คดีนี้โจทก์กับนางสมจิ้น
 สมรสกันเมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๓ ซึ่งเป็นเวลาก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 บรรพ ๕ จึงต้องวินิจฉัยตามกฎหมายลักษณะฉั้วเมียเกา กฎหมายลักษณะฉั้วเมียเกา
 อนุญาตให้ชายมีภริยาได้หลายคน การที่นางสมจิ้นจำเลยให้โจทก์ทำสัญญาว่าจะไม่
 กลับไปคืนคักกับภริยาเดิม จึงเป็นนิติกรรมที่ผิดศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นโมฆะตาม
 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๓ พิพากษาให้โจทก์กับนางสมจิ้นจำเลย
 หย่าขาดจากสามีภริยากัน ให้เอาเรือน ที่ดิน ที่ปลูกเรือน และที่นา ประมูลราคาหรือ
 ขายทอดตลาด เอาเงินแบ่งกันคนละครึ่ง แรกก่อนจะแบ่งให้หักค่าไม่เรือนเก่าให้
 นางสมจิ้นจำเลย ๓๐ บาท ส่วนค่าธรรมเนียมให้ทางพิงไป จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์
 วินิจฉัยว่าหนังสือทักขณที่โจทก์ทำให้นางสมจิ้นฝ่าฝืนกฎหมายลักษณะฉั้วเมีย บทที่ ๒๕
 เพราะกฎหมายฉั้วเมียว่า ฉั้วเมียหย่ากันต้องคืนสินเคิมและแบ่งสินสมรสกัน หนังสือ
 ทักขณที่โจทก์ทำให้อำเลยจึงตกเป็นโมฆะตามแบบอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘๕/๒๔๖๕
 แต่ศาลอุทธรณ์เห็นว่า โจทก์สู้บไมไควว่าโจทก์มีสินเคิมมาอยูกนกับจำเลย โจทก์จึงควร
 ไคสินสมรสหนึ่งส่วน จำเลยไค ๒ ส่วน

ส่วนขอที่จำเลยอุทธรณ์ว่า จำเลยเป็นภริยาว่าง โจทก์ไม่มีสิทธิจะไค
 แบ่งสินสมรสนั้น เป็นขอที่ไมไคไคเถียงกันมาแต่ศาลชั้นต้น เพิงจะมากลาวในชั้นอุทธรณ์
 ไมรับวินิจฉัย ศาลอุทธรณ์จึงพิพากษาแก้คำพิพากษาศาลจังหวัด ให้แบ่งสินสมรสให้โจทก์
 ๑ ส่วน นางสมจิ้นจำเลย ๒ ส่วน นอกจากนี้คงยื่นตามศาลจังหวัด ให้โจทก์เสีย
 ค่าธรรมเนียมและคาคทนายแทนจำเลย ๒๕ บาท

นางสมจิ้นจำเลยฎีกาคักคานคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมายว่า
 หนังสือทักขณที่โจทก์ทำให้อำเลยก่อนสมรสไมเป็นโมฆะ และว่าจำเลยไคไคเถียงมา
 ในศาลชั้นต้นแล้วว่าโจทก์ไมควรไคสินสมรส

ศาลฎีกาไคพรอมกันประชุมปรึกษาฎีกาจำเลยแล้ว ปัญหาข้อแรกมีอยูว่า
 ทักขณที่โจทก์ทำให้นางสมจิ้นจำเลย เป็นโมฆะหรือไม ก่อนที่จะวินิจฉัยปัญหานี้ จะตอง
 พิจารณาเสียก่อนว่า วัตถุประสงค์ทักขณที่กล่าวมานั้นเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๑๓ หรือ

เป็นแต่เพียงผิดแผกแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา ๑๑๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมาย ๒ มาตรานั้น บัญญัติไว้ดังนี้

"มาตรา ๑๑๓ บัญญัติว่า การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมายก็ดี เป็นการพนันวิสัยก็ดี เป็นการชักขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะกรรม"

"มาตรา ๑๑๔ การใดเป็นการผิดแผกแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว เพียงแต่เหตุเท่านั้น ท่านว่าการนั้นหาเป็นโมฆะไม่"

ส่วนทัณฑ์พินทุ์โจทก์ทำให้นางสมใจจำเลยมีข้อความว่า "ถ้าโจทก์กลับไปคืนค้ำกับภริยาเคิม ยอมให้สินสมรสตกไคกับนางสมใจฝ่ายเคียว" ดังนี้

ศาลฎีกาเห็นว่า "ทัณฑ์พินทุ์โจทก์มีวัตถุประสงค์เพียงแต่ว่า ถ้าโจทก์กลับไปคืนค้ำกับภริยาเคิมแล้ว ให้สินสมรสที่เกิขึ้นตกไคแก่นางสมใจเท่านั้น มิใช่ห้ามไม่ให้โจทก์กลับไปคืนค้ำกับภริยาเคิมของโจทก์ และทั้งวัตถุประสงค์ที่กล่าวนี้มีค้ำกับกฎหมายใด ๆ ห้ามไม่ให้ทำเช่นนั้น ส่วนกฎหมายลักษณะตัวเมีย บทที่ ๖๔ ที่ศาลอุทธรณ์ยกขึ้นอ้างก็เพียงแต่บัญญัติไว้ว่า "วลา ตัวเมียหยากันโให้แบ่งสินสมรสเป็น ๓ ส่วน ชายไค ๒ ส่วน หญิง ๑ ส่วน ถาหญิงมีทุนสินเคิมฝ่ายเคียว ชายหาทุนมิไค ให้หญิงไค ๒ ส่วน ชายไค ๑ ส่วน วลา" แต่ตามกฎหมายที่กล่าวมานี้มิไคห้ามโดยชัดแจ้งว่า ไม่ให้ตกลงแบ่งปันเป็นอยางอื่น หรือสละสิทธิที่จะไม่เอาสินสมรสนั้นเสีย และบทกฎหมายนี้เกียวควยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ วัตถุประสงค์ของทัณฑ์พินทุ์โจทก์ทำให้นางสมใจจำเลย จึงเป็นแต่เพียงผิดแผกแตกต่างกับกฎหมายลักษณะตัวเมียที่กล่าวแล้ว จึงไม่เป็นโมฆะ

ส่วนในขอศีลธรรมอันคั้นนั้น เลา วัตถุประสงค์ของทัณฑ์พินทุ์มิไคห้ามไม่ให้โจทก์กลับไปคืนค้ำกับภริยาเคิม เพียงแต่มีเงื่อนไขไว้ว่า ถ้าโจทก์กลับไปคืนค้ำแล้ว โจทก์สละสิทธิไม่เอาสินสมรสที่เกิขึ้นเท่านั้น จึงไม่เป็นการผิดศีลธรรมอันดีของประชาชน คังกลาวนั้น ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๕๕/๒๔๖๕ คดีระหวาง นางหลิน ผู้ปกครอง

นายเหม โจทก์ นางสี จำเลย ที่ศาลกลางอ้าง เป็นแบบอย่างนั้น เป็นเรื่องที่ศาลฎีกาได้พิพากษาคตามหลักกฎหมายเดิมก่อนในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ - ๒ แต่เมื่อต่อมาภายหลังที่ได้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ศาลก็ต้องวินิจฉัยคดีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังที่วินิจฉัยมาแล้ว จึงอ้างคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวนี้มาเป็นแบบอย่างไม่ได้ เมื่อทัศนคติที่โจทก์ทำให้จำเลยไม่เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๓ แล้ว ทัศนคตินั้นก็อันใช้ได้ โจทก์ไม่มีสิทธิจะไต่สนมรสตามฟ้อง จึงพิพากษาแก้คำพิพากษาศาลกลางในข้อที่แย้งสนมรสให้โจทก์นั้น ให้ยกเสีย นอกจากนี้คงให้เป็นไปตามศาลกลาง และให้โจทก์เสียค่าธรรมเนียมและค่าทนาย ๓ ศาล ๑๐๐ บาท แทนจำเลยด้วย

ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย ได้มีบันทึกความเห็นท้ายฎีกาว่า ปัญหาที่ว่า ทัศนคติซึ่งทำเมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๓ ซึ่งมีข้อความว่า "ถ้าโจทก์ไปคืนค้ำกับภริยาเดิม ยอมให้สนมรสตกได้กับนางส้มจีนฝ่ายเดียว" เป็นสัญญาที่ใช้ได้ตามกฎหมายหรือไม่ สัญญานี้มีลักษณะเป็นสัญญาถอนสนมรส ซึ่งก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ยังไม่เป็นที่รู้จักกันในประเทศไทย แต่ก็พอเทียบได้กับสัญญาในลักษณะหนี้กรรมค้ำอันอยู่ใต้งบังคับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ และ ๒ ซึ่งพอจะจัดเข้าได้กับเรื่องเบี่ยงปรับ ที่เรารู้จักกันมาแล้ว นอกจากนี้ตามความคิดเห็นในทางกฎหมายของเรานั้นมีอยู่ก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ได้ถือว่าทรัพย์สินระหว่างสามีภริยามีทำนองคล้ายหุ้นส่วน ซึ่งเท่ากับ เป็นสัญญากรรมค้ำนั่นเองซึ่งคู่กรณีอาจตกลงกันได้ตามใจสมัคร เมื่อปรากฏว่าสามีสมัครใจที่จะไม่รับส่วนแบ่งในสนมรสในเมื่อตนกลับไปคืนค้ำกับภริยาเดิม (ซึ่งสำหรับขอเท็จจริงจะต้องว่าไม่ได้เป็นภริยาของโจทก์ต่อไปแล้ว) ก็จะต้องบังคับให้เป็นไปตามนั้น ตรงกันข้ามถ้าภริยาเดิมยังอยู่กินด้วยกันอยู่จะต้องถือว่าสัญญานั้น เป็นโมฆะ เพราะเท่ากับบังคับให้หย่าขาดกับภริยาเดิม ฉะนั้น แม้ใน พ.ศ. ๒๔๗๓ ซึ่งเป็นขณะที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น ก็ถือไม่ได้ว่าสัญญานี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เมื่อนับว่าสัญญานี้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว จึงมีข้อที่ควรพิจารณาว่าในขณะที่ขอให้งับค้ำตามสัญญา ข้อความในสัญญา

ได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามความคิดเห็นในปัจจุบันนี้หรือไม่ ทั้งนี้เพราะแม้ว่าสัญญาจะสมบูรณ์มาแต่ต้นก็ดี แต่ถากายหลัง เมื่อความคิดเห็นของประชาชนเปลี่ยนแปลง ปรากฏว่าสัญญานั้นกลับมีข้อความขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว สัญญานั้นก็กลายเป็นโมฆะเหมือนกัน แต่โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ มาตรา ๑๔๕๕ ยอมให้คู่สมรสทำสัญญาก่อนสมรสได้ตามใจสมัคร ซึ่งจะต้องรวมถึงการที่คู่สมรสจะทำสัญญาก่อนสมรสละสิทธิที่เรียกร้องเอาสินสมรสในบางกรณีด้วย จึงต้องถือว่าทัศนคติในคดีนี้ไม่เป็นโมฆะ ฉะนั้น ที่ศาลฎีกาบังคับให้เป็นไปตามทัศนคตินี้ จึงต้องถือว่าชอบด้วยเหตุผลแล้ว

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองเรื่องแล้ว ตามฎีกาแรกนั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า สามีทำสัญญากับภริยาเมื่อวันแต่งงานว่า ถ้ายาร่างหรือต้องพลัดพรากจากภริยาด้วยประการใด ๆ ยอมยกทรัพย์สินของสามีให้แก่ภริยาทั้งสิ้น เป็นสัญญาฝ่าฝืนกฎหมายลักษณะฉ้อโกง บพที่ ๒๘ และลักษณะมรดก บพที่ ๒๑ กล่าวคือ เป็นการทำสัญญาก่อนสมรส ให้แบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาผิดแยกไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งแล้ว จึงตกเป็นโมฆะ แต่ไม่ได้อ้างถึงว่าจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ แต่ตามฎีกาหลังนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กฎหมายลักษณะฉ้อโกง บพที่ ๒๘ ซึ่งมีบัญญัติในข้อแบ่งสินสมรสระหว่างสามีภริยานั้น หาเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ และตามกฎหมายก็มิได้ห้ามโดยชัดแจ้งว่า ไม่ให้ตกลงแบ่งปันกันเป็นอย่างอื่นหรือสละสิทธิที่จะไม่เอาสินสมรสนั้นเสีย ซึ่งถ้าปรับกฎหมายบทนี้เข้ากับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ในปัจจุบันก็ได้แกมาตรา ๑๕๑๓ ซึ่งบัญญัติว่า "การแบ่งสินสมรสนั้น ให้ชายและหญิงได้ส่วนเท่ากัน เว้นแต่ชายหรือหญิงมีสินเคิมฝ่ายเดียว อีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสินเคิม ก็ให้ชายหรือหญิงฝ่ายที่มีสินเคิมได้สองส่วน ฝ่ายที่ไม่มีสินเคิมได้หนึ่งส่วน" และไม่มีบทบัญญัติให้ทำสัญญาก่อนสมรสผิดแยกไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ แต่ถ้าถือตามฎีกาหลัง สัญญาที่ชายหญิงทำก่อนสมรสผิดแยกแตกต่างกับกฎหมายมาตรานี้ก็ไม่ตกเป็นโมฆะ สำหรับฎีกาหลังนั้น มีข้ออ้างถึงเหตุประการแรกก็คือว่า ที่ศาลฎีกาใช้คำว่า "ทำทัศนคติ" น่าจะ

ไม่ถูกต้อง เพราะเหตุว่าในเรื่องที่พิมพ์นั้นทำได้เฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับความประพฤติอันจะมีผลให้เป็นเหตุฟ้องหย่าได้เท่านั้น ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๕๐๐ (๗) ว่า "สามีหรือภริยาผิดที่พิมพ์ที่ทำให้ไว้เป็นหนังสือ เป็นเรื่องความประพฤติ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้" แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วจะเห็นว่า ความจริงก็เป็นเรื่องที่สามีภริยาได้ทำสัญญาถอนสมรสเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาผิดแยกแตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ และต่อมาก็ไม่เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาใดวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ ดังนั้น ถ้าถือตามบรรทัดฐานของศาลฎีกาแล้ว ก็หมายความว่าศาลฎีกาเห็นว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยานั้น ไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นคู่สมรสในอนาคตอาจจะทำสัญญาถอนสมรสตกลงกันอย่างไรก็ได้ แม้จะผิดแตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ย่อมมีผลใช้บังคับได้ แต่ศาลฎีกายังคงรักษาแนวโน้มนว่าจะทำได้เฉพาะในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเท่านั้น ซึ่งท่านศาสตราจารย์ หยุค แสงอุทัย ก็เห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลฎีกานี้ และเห็นว่ามาตรา ๑๕๕๘ ย่อมให้คู่สมรสในอนาคตทำสัญญาถอนสมรสได้ตามใจสมัคร

สำหรับปัญหาว่า คู่สมรสในอนาคตจะมีเสรีภาพในการทำสัญญาถอนสมรสได้แค่ไหนเพียงใต้นั้น ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายครอบครัว เป็นกฎหมายพิเศษที่มีลักษณะกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสถาบันครอบครัว สัญญาใด ๆ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยานั้นจะทำได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายอนุญาตให้ทำได้เท่านั้น ดังนั้นสัญญาถอนสมรสจะทำได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายใดระบุอนุญาตให้ทำสัญญาแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัตินั้น ๆ ได้เท่านั้น ถ้าทำนอกเหนือไปจากที่กฎหมายใดอนุญาตไว้ ย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๕๕๘ วรรค ๒ โดยถือว่าเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น สัญญาถอนสมรสจะทำได้ก็เกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามที่มีบัญญัติไว้ในลักษณะ ๑ หมวด ๔ เท่านั้น จะทำสัญญาถอนสมรสในเรื่องอื่นที่ไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา หรือไม่ใช่เรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามที่มีบัญญัติอนุญาตไว้ในหมวด ๔ แล้ว ย่อมทำไม่ได้ เหตุที่กล่าวเช่นนั้นก็เพราะเมื่อพิจารณา

จากถ้อยคำในมาตรา ๑๔๕๕ และมาตราอื่น ๆ ในประมวลแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ลักษณะ ๑ หมวด ๔ เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเกี่ยวกับทรัพย์สินจะเห็นได้ว่า สัญญาก่อนสมรสเป็นเพียงข้อยกเว้นของระบบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาก่อนสมรสไม่อาจเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินตามกฎหมายได้ เหตุที่กล่าววว่าสัญญา ก่อนสมรสเป็นข้อยกเว้นของระบบทรัพย์สินตามกฎหมาย ก็เพราะว่า ถ้าหากกฎหมาย มีเจตนารมณ์ที่จะอนุญาตให้คู่สมรสทำสัญญาก่อนสมรสได้ตามอำเภอใจแล้ว ก็ย่อมจะ ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติมาตราต่าง ๆ ขยายความเรื่องการทำสัญญาก่อนสมรส ไว้ในมาตราเหล่านั้นอีก คือมาตรา ๑๔๖๔ (๑), ๑๔๖๕, ๑๔๖๘ และ ๑๔๗๓ วรรค ๑ ซึ่งล้วนแต่ใช้คำว่า "ถ้า" เท่านั้น คำว่า "ถ้า" อย่างนั้น "ถ้า" อย่างนี้ ย่อมจะแสดง ให้เห็นว่าในเรื่องนั้น ๆ อาจให้กระทำในทางตรงกันข้ามได้ คือคำว่า "ถ้า" เป็น ข้อยกเว้นในเรื่องนั้น ๆ

ดังนั้น จึงเห็นว่า คู่สมรสในอนาคตจะทำสัญญาก่อนสมรสในเรื่องทรัพย์สิน ระหว่างสามีภริยาได้เฉพาะใน ๔ กรณีเท่านั้น คือ

(๑) แยกทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อนสมรสไว้เป็นสินส่วนตัว

(มาตรา ๑๔๖๔ (๑))

(๒) ให้ภริยาเป็นผู้จัดการสินบริษัท หรือจัดการสินบริษัทร่วมกัน

(มาตรา ๑๔๖๕)

(๓) ทำสัญญาก่อนสมรสให้ภริยามีสิทธิฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการสงวน บำรุง รักษา หรือการใด ๆ เพื่อประโยชน์แก่สินบริษัทได้ โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากสามี ก่อน (มาตรา ๑๔๖๘)

(๔) ให้ภริยามีอำนาจจำหน่ายสินบริษัทได้ (มาตรา ๑๔๗๓ วรรค ๑)

ถ้าหากว่าใครทำสัญญาก่อนสมรสนอกเหนือไปจากที่กฎหมายได้อนุญาตให้ ทำได้ ย่อมถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ขอความนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๔๕๕ วรรค ๒ ซึ่งมีข้อสังเกตว่ากฎหมาย ใช้คำว่า "ขอความ (Clause) ในสัญญาก่อนสมรสเป็นโมฆะ" มิได้ให้สัญญาก่อนสมรส

เป็นโมฆะทั้งฉบับ เพราะฉะนั้น หากข้อความในสัญญาส่วนใดเป็นโมฆะ ข้อความในส่วนอื่นที่ไม่เข้าลักษณะต้องห้ามก็ย่อมมีผลใช้บังคับได้ ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าคู่กรณีมีเจตนาที่จะให้ส่วนที่สมบูรณ์แยกออกจากต่างหากจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์ตามมาตรา ๑๓๕ หรือไม่ แต่ถ่าสัญญาก่อนสมรสเป็นโมฆะทั้งฉบับ เช่นไม่ทำตามแบบ การบังคับในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาจะต้อง เป็นไปตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้โดยละเอียดแล้ว ในหมวด ๔ ทั้งแต่มาตรา ๑๔๕๘ - ๑๔๘๓

ตัวอย่าง นายสายัณห์ได้ทำสัญญาก่อนสมรสกับนางสนธยา ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้ โดยมีข้อความในสัญญาดังต่อไปนี้ คือ

๑. ให้ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อนสมรสตกเป็นสินส่วนตัวของฝ่ายนั้น
๒. เมื่อสมรสแล้วให้นางสนธยาเป็นผู้จัดการสินบริคณห์แต่ผู้เดียว
๓. เมื่อขาดจากการสมรสให้สินสมรสตกเป็นของนางสนธยาแต่ผู้เดียว
๔. เมื่อสมรสแล้วยอมให้นายสายัณห์มีภริยาน้อยได้ ๒ คน

ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า ข้อความของสัญญาตามข้อ ๓ และข้อ ๔ ย่อมตกเป็นโมฆะ โดยถือว่าข้อความในสัญญาข้อที่ ๓ เป็นข้อความที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และข้อความในสัญญาข้อที่ ๔ เป็นข้อความที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา ๑๔๕๘ วรรค ๒ ส่วนข้อความในสัญญาข้อที่ ๑ และ ๒ นั้น มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย เพราะเหตุว่ากฎหมายอนุญาตให้ทำได้

สำหรับบทบัญญัติที่กำหนดให้เฉพาะข้อความในสัญญาก่อนสมรสเป็นโมฆะนี้มีหลักกฎหมายต่างประเทศซึ่งได้วางหลักไว้ เช่นเดียวกับกฎหมายไทย คือ กฎหมายฝรั่งเศสและอิตาลีที่มีคำพิพากษาศาลยุติธรรมสูงสุด (ประชุมใหญ่) ลงวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๘๘๒ วินิจฉัยว่า สัญญาก่อนสมรสซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ประสงค์แห่งสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ แต่ข้อสัญญาในส่วนอื่นก็ต้องถือว่ายังมีผลสมบูรณ์อยู่^{๒๔}

๒.๓.๓ เสรีภาพในการทำสัญญาก่อนสมรสหรือสัญญาคู่สมรสตามกฎหมาย
ต่างประเทศ

เนื่องจากระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามกฎหมายต่างประเทศ ไม่เหมือนกับกฎหมายไทย โดยอาจจะมีระบบตามกฎหมายและมีระบบตามสัญญา หรือระบบเผื่อเลือกหลายระบบ หรืออาจจะมีระบบตามกฎหมายอย่างเดียว เหมือนกับกฎหมายไทย แต่เปิดโอกาสให้คู่สมรสทำสัญญาก่อนสมรสให้ผิดแผกแตกต่างไปจากระบบตามกฎหมายได้^{๒๘} ดังนั้นปัญหาเรื่อง เสรีภาพในการทำสัญญาก่อนสมรสหรือสัญญาคู่สมรสตามกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนจะกล่าว เฉพาะระบบทรัพย์สินที่ปรับเข้ากับกฎหมายไทย คือระบบสินบริคห์เท่านั้น สำหรับปัญหาเรื่อง เสรีภาพหรือหลักเกณฑ์ขององค์ประกอบภายใน ในการทำสัญญาก่อนสมรสหรือสัญญาคู่สมรสตามกฎหมายต่างประเทศ อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

๑. ทำสัญญาก่อนสมรสหรือสัญญาคู่สมรสเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในเรื่องอื่น นอกจากเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา
๒. ทำสัญญาก่อนสมรสหรือสัญญาคู่สมรสเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

๒.๓.๓.๑ ปัญหาที่ว่าตามกฎหมายต่างประเทศจะทำสัญญาก่อนสมรสหรือสัญญาคู่สมรส
เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในเรื่องอื่นนอกจากเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาได้หรือไม่ เช่น จะทำสัญญากวเว้นหลักกฎหมายในเรื่องสิทธิในการ เป็นหัวหน้าครอบครัวของสามี (Marital Authority) สิทธิการใช้อำนาจปกครอง (Parental Authority) หรือลำดับในการรับมรดก (the order of succession) ได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากลักษณะของบทบัญญัติในเรื่องระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าการทำสัญญากังกล่าวนี้จะทำได้แต่เฉพาะเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามี

^{๒๘} โปรดดูรายละเอียดในบทที่ ๑ หน้า ๒๐ - ๒๓ ของวิทยานิพนธ์นี้

ภริยาเท่านั้น^{๓๐} โดยบางประเทศได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายว่าจะทำสัญญา ยกเว้นบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ เช่น

ก. กฎหมายฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๓๘๘ บัญญัติว่า "สามีภริยา ไม่สามารถทำสัญญาคู่สมรสที่มีผลกระทบกระเทือนต่ออำนาจหน้าที่สามีภริยาของอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น สิทธิของสามีที่มีเหนือภริยาและบุตร หรือสิทธิในการเป็นหัวหน้าครอบครัว หรือสิทธิ ในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองของคู่เยาว์และการเป็นผู้ปกครอง หรือข้อห้ามอื่นใดที่ บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้"

และมาตรา ๑๓๘๙ บัญญัติว่า "สามีภริยาไม่อาจทำสัญญาซึ่งมีผลต่อการ เปลี่ยนลำดับการรับมรดก ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้ ไม่ว่าจะเกี่ยวกับสิทธิใน การรับมรดกของคู่สัญญา หรือบุตร หรือผู้สืบสันดานของเขาก็ตาม แต่หลักนี้ไม่ใช่กับการให้ ในระหว่างมีชีวิตหรือโดยพินัยกรรมซึ่งทำตามที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายนี้ และภายใต้ พดติการณที่ยอมให้ทำได้"

ข. กฎหมายอิตาลี

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๑๖๐ บัญญัติว่า "คู่สมรสไม่อาจตกลง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของหัวหน้าครอบครัว หรือสิ่งซึ่งกฎหมายให้อำนาจแก่คู่สมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอยู่แล้ว"

สำหรับเหตุผลของกฎหมายฝรั่งเศสที่บัญญัติห้ามทำสัญญาในเรื่องอื่นนอกจาก เรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาไว้ ก็เพื่อป้องกันการทำสัญญาจำกัดอำนาจหน้าที่ตาม กฎหมาย โดยกฎหมายฝรั่งเศสถือว่า อำนาจของสามีหรือความสามารถของหญิงมีสามี ถูกพันกับการสมรส แม้แต่ระบบแยกทรัพย์สินเอง การจำหน่ายทรัพย์สินของภริยาโดย

^{๓๐} โปรดดูรายละเอียดในบทที่ ๑ หน้า ๔ - ๖ ของวิทยานิพนธ์นี้

ภริยาเองยังต้องได้รับความยินยอมจากสามี^{๓๑} ถึงแม้ว่าตามบทบัญญัติกฎหมายของ ประเทศอื่นจะไม่ได้บัญญัติห้ามไว้โดยตรง เหมือนฝรั่งเศสและอิตาลีก็ตาม แต่เมื่อพิจารณา จากบทบัญญัติกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ในเรื่องนี้แล้วจะเห็นได้ว่า คู่สมรสจะทำสัญญา กอนสมรสหรือสัญญาคู่สมรสในเรื่องอื่นนอกจากเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาไม่ได้ เช่น ตามกฎหมายเยอรมันและสวีต ไม่มีบทบัญญัติห้ามไว้โดยตรง ทั้งนี้ก็เพราะว่า กฎหมายเยอรมันและสวีตไม่มีหลักเรื่องความสามารถผูกพันกับทรัพย์สิน สำหรับกฎหมายจีน และญี่ปุ่นก็ได้บัญญัติโดยชัดแจ้งว่าต้อง เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเท่านั้น

๒.๓.๓.๒ การทำสัญญากอนสมรสหรือสัญญาคู่สมรสในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน ระหว่างสามีภริยา สำหรับประเด็นนี้อาจแยกพิจารณาออกได้เป็น ๒ กรณี คือ

ก. ทำสัญญาแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายได้อย่างอิสระ กล่าวคือ จะทำสัญญา ยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายอย่างไรก็ได้

ข. ทำสัญญาแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายได้แต่เฉพาะที่กฎหมายอนุญาตให้ ทำได้ หรือภายใต้เงื่อนไขบางประการที่กฎหมายบัญญัติไว้

ก. ทำสัญญาแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายได้อย่างอิสระ เช่น ตามกฎหมาย ญี่ปุ่น ไม่ได้บัญญัติระบบเผื่อเลือกไว้ แต่กฎหมายญี่ปุ่นเปิดโอกาสให้ทำสัญญากอนสมรสตกลง ให้แตกต่างไปจากระบบตามกฎหมายได้ ระบบตามกฎหมายญี่ปุ่นได้แก่ระบบแยกทรัพย์สิน (มาตรา ๗๖๒) ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับระบบตามกฎหมายของญี่ปุ่นมีอยู่เพียง ๓ มาตรา เท่านั้น คือมาตรา ๗๖๐ - ๗๖๒ และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตราเหล่านี้แล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติว่า ในกรณีใดทำได้ ในกรณีใดทำไม่ได้ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่ายอมให้ทำสัญญากอนสมรสยกเว้นบทบัญญัติในระบบตาม กฎหมายได้อย่างกว้าง โดยขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สมรสในอนาคต เช่น

มาตรา ๗๖๒ บัญญัติว่า "ทรัพย์สินของสามีหรือภริยากอนสมรส และทรัพย์สิน ของสามีหรือภริยาที่ได้มาในระหว่างสมรสเป็นทรัพย์สินส่วนตัว (seperate property)

^{๓๑} ดร.อมร จันทรสมบุรณ์, เรื่องเดิม, หน้า ๕๐

ในกรณีที่ส่งสัญญาทรัพย์สินนั้นจะเป็นของสามีหรือภริยา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นเจ้าของร่วมกัน (co - ownership)"

ดังนั้น ถ้าหากว่าในกรณีที่มีข้อสงสัยว่าจะเป็นสินส่วนตัวหรือไม่ ก็ให้สันนิษฐานว่าเป็นทรัพย์สินร่วมกัน ส่วนการจัดการทรัพย์สินร่วมกัน ย่อมเป็นไปตามหลักทั่วไปในเรื่องกรรมสิทธิ์รวม ซึ่งถือว่าเจ้าของรวมมีสิทธิร่วมกันในการจัดการทรัพย์สิน และทางมีสิทธิในการจัดการโดยปกติ เช่น การจัดการรักษาดูแลของเจ้าของรวมก็มีสิทธิจัดการได้ทั้งสองคน เว้นแต่จะได้ตกลงเป็นอย่างอื่น เป็นต้น^{๓๒}

ข. ทำสัญญาแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายได้เฉพาะเท่าที่กฎหมายได้อนุญาตหรือภายใต้เงื่อนไขบางประการที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ ในกรณีนี้กฎหมายจะบัญญัติไว้อย่างแจ่มชัดว่าในกรณีใดทำได้ กรณีใดทำไม่ได้ โดยอาจจะเป็นการตกลงยกเว้นบทบัญญัติของระบบตามกฎหมายหรือระบบเพื่อเลือกก็ได้ เช่น

๑. ในระบบสินบริคณห์โดยสัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๔๘๓ บัญญัติว่า "คู่สมรสอาจทำสัญญาคู่สมรสแก้ไขระบบสินบริคณห์ตามกฎหมายได้ในเมื่อไม่ขัดต่อ มาตรา ๑๓๘๓, ๑๓๘๔, ๑๓๘๕

โดยปกติคู่สมรสอาจทำสัญญาได้ในเรื่องดังต่อไปนี้

- ๑) กำหนดกองสินบริคณห์ให้มีเฉพาะสังหาริมทรัพย์และส่วนเพิ่มพูน
- ๒) เปลี่ยนแปลงแก้ไขเกี่ยวกับการปกครองทรัพย์สิน
- ๓) กำหนดให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งไป

โดยเสียค่าตอบแทน

๔) กำหนดให้คู่สมรสมีสิทธิได้รับประโยชน์จากกองสินบริคณห์เมื่อขาดจากการสมรส โดยมีใจความผิดของผู้ที่ได้รับประโยชน์

^{๓๒} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๔๕

๕) ให้คู่สมรสมีส่วนแบ่งในกองสินบริคณห์ไม่เท่ากัน

๖) ให้โชกองสินบริคณห์ทั่วไป

บทบัญญัติของระบบสินบริคณห์ตามกฎหมายยังคงใช้บังคับอยู่เท่าที่ไม่ได้กล่าวไว้ในสัญญาคู่สมรส"

กล่าวคือ ตามมาตรา ๑๔๘๗ ได้วางหลักทั่วไปในการอนุญาตให้คู่สมรสทำสัญญาผิดแผกแตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยบัญญัติไว้เลยว่าในกรณีใดจะทำได้บ้าง เช่น ตามมาตรา ๑๔๘๗ (๔) ยอมให้ทำสัญญาการให้ทรัพย์สินในอนาคตได้ ซึ่งตามหลักทั่วไปแล้วกฎหมายไม่อนุญาตให้ทำสัญญาการให้ทรัพย์สินในอนาคต แต่อนุญาตให้ทำในสัญญาคู่สมรสได้^{๓๓} และนอกจากนี้บทบัญญัติในระบบทรัพย์สินนั้น ๆ ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมไว้อีกว่าในกรณีใดที่อนุญาตให้ทำสัญญาแตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ เช่น

มาตรา ๑๕๐๓ บัญญัติว่า "คู่สมรสสามารถตกลงว่าจะจัดการทรัพย์สินร่วมกันได้"

นิติกรรมที่เป็นการจำหน่ายหรือจัดการทรัพย์สินรวม จะต้องกระทำโดยมีการลงชื่อร่วมกันทั้งสามีและภรรยา และทั้งสามีและภรรยาธิบดีชอบร่วมกันในนิติกรรมนั้น"

มาตรา ๑๕๐๔ บัญญัติว่า "โดยสัญญาคู่สมรส คู่สมรสสามารถจะมอบหมายอำนาจซึ่งกันและกันที่จะจัดการทรัพย์สินรวม"

นิติกรรมที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินซึ่งฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้กระทำไป แต่เพียงฝ่ายเดียวยอมให้ยื่นคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้"

นิติกรรมที่เกี่ยวกับการจำหน่ายทรัพย์สินรวมต้องกระทำโดยได้รับความยินยอมร่วมกันจากคู่สมรสทั้งสองฝ่าย"

มาตรา ๑๕๐๕ บัญญัติว่า "คู่สมรสสามารถตกลงว่าสามีเป็นผู้จัดการสินส่วนตัวของภรรยา"

^{๓๓}

Marcel Planiol, op.cit., p. 15

สิทธิของสามีนี้อำนาจให้คู่สมรสมีสิทธิใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินส่วนตัวของคู่สมรสแต่ละฝ่าย และทำให้ค่าใช้จ่ายในการรักษาทรัพย์สินอยู่เหนือสินส่วนตัวที่เกี่ยวข้องด้วย"

๒. ในระบบสินบริคณห์ตามกฎหมายสวีต

กฎหมายสวีตได้บัญญัติไว้ทำนองเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ ใ้ระบุไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายเลยว่ากรณใดทำได้ กรณใดทำไม่ได้ เช่น

ประมวลกฎหมายแพ่งสวีต มาตรา ๒๓๓ บัญญัติว่า "คู่สมรสสามารถแก้ไขกองสินบริคณห์ โดยกำหนดไว้ในสัญญาคู่สมรสได้ว่า ทรัพย์สินใดหรือประเภทใด เช่น อสังหาริมทรัพย์จะไม่ให้รวมอยู่ในกองสินบริคณห์ ทรัพย์สินที่ไม่ได้รวมอยู่ในกองสินบริคณห์ อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เรื่องการแบ่งแยกทรัพย์สิน"

มาตรา ๒๓๔ บัญญัติว่า "คู่สมรสสามารถกำหนดโดยสัญญาคู่สมรสว่า ทรัพย์สินที่ไม่รวมอยู่ในกองสินบริคณห์ และทรัพย์สินนั้น เป็นของภริยาจะอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ว่าควยสหทรัพย์"

ข้อกำหนดดังกล่าวให้สันนิษฐานว่าภริยาได้ยอมให้สามีโดยสัญญาคู่สมรสนั้น ให้มีอำนาจจัดการและมีสิทธิเก็บกินในทรัพย์สินของภริยา"

มาตรา ๒๓๕ บัญญัติว่า "คู่สมรสสามารถกำหนดโดยสัญญาคู่สมรสว่า กองสินบริคณห์ให้เหลือแต่เฉพาะส่วนที่เพิ่มพูน ยกเว้นกรณีที่ได้ทรัพย์สินนั้นมาเพื่อแทนที่ของเดิม ทรัพย์สินที่ได้มาระหว่างสมรส ถือว่าเป็นทรัพย์สินเพิ่มพูน และอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของสินบริคณห์"

สินเดิมของคู่สมรสแต่ละฝ่ายรวมทั้งทรัพย์สินที่ตกมาเป็นของคู่สมรสในระหว่างสมรส ยอมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ว่าควยสหทรัพย์"

๓. ในระบบสินบริคณห์ทั่วไปตามกฎหมายเยอรมัน

ทรัพย์สินทั้งหมดของสามีภริยาจะมารวมกันเป็นกองสินบริคณห์ ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีมาก่อนหรือได้มาภายหลังการสมรส ยกเว้นสินส่วนตัว (reserved - property)^{๓๘} และกฎหมายได้บัญญัติอนุญาตให้คู่สมรสทำสัญญาแก้ไขได้ โดยจะบัญญัติ

^{๓๘} Ernest J. Schuster, The Principles of German Civil Law, (London : Oxford at the Clarendon Press, 1907), p. 511

อนุญาตไว้เป็นกรณี ๆ ไป เช่น

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๑๔๐ บัญญัติว่า "ทรัพย์สินส่วนตัว
ไม่รวมอยู่ในกองสินบริคณห์

โดยสัญญาคู่สมรส คู่สมรสอาจตกลงให้ทรัพย์สินใดเป็นสินส่วนตัวของคู่สมรส
ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ ฯลฯ"

๔. ในระบบสินบริคณห์ตามกฎหมายจีน

กฎหมายจีนจะระบุไว้เลยว่าในกรณีใดที่อนุญาตให้ทำได้ เช่น
ประมวลกฎหมายแพ่งจีน มาตรา ๑๐๔๑ วรรค ๑ บัญญัติว่า "สามีและภริยาอาจกำหนด
โดยสัญญาคู่สมรส ให้เฉพาะรายได้เป็นสินบริคณห์"

แต่บางประเทศกฎหมายได้บัญญัติอนุญาตให้ทำได้อย่างกว้าง ๆ
แต่จะต้องไม่ขัดกับหลักทั่วไปที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ เช่น ในระบบสินบริคณห์ตามกฎหมาย
อิตาลี

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๒๑๖ บัญญัติว่า "คู่สมรส
สามารถทำสัญญา เป็นพิเศษ เกี่ยวกับกองสินบริคณห์ได้ ในกรณีที่ไม่มีสัญญา เช่นนี้ให้นำ
บทบัญญัติว่าด้วยกรรมสิทธิ์รวมโดยทั่ว ๆ ไปมาใช้บังคับ

แต่ในทุก ๆ กรณีให้เป็นไปตามบทบัญญัติที่จะกล่าวต่อไป (มาตรา
๒๑๗ - ๒๓๐)"

สรุป เมื่อพิจารณาเรื่องเสรีภาพหรือขอบข่ายในการทำสัญญาก่อนสมรส
หรือสัญญาคู่สมรสตามหลักกฎหมายไทยและต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าสัญญาก่อนสมรส
หรือสัญญาคู่สมรสจะทำได้แต่เฉพาะความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเท่านั้น
ส่วนจะทำได้แค่นั้นเพียงใด ก็ยอมแล้วแต่บทบัญญัติของกฎหมายแต่ละประเทศ เมื่อ
พิจารณาในคานกฎหมายไทยแล้ว กฎหมายได้บัญญัติไว้กว้าง ๆ ทำให้เกิดความเห็นของ
นักนิติศาสตร์แบ่งออกเป็นหลายฝ่าย ถึงแม้ว่าตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แท้จริงแล้ว
ต้องการที่จะให้ทำสัญญาก่อนสมรสได้แต่เฉพาะในกรณีที่อนุญาตให้ทำได้เท่านั้น ดังนั้น
เพื่อที่จะให้ปัญหานี้หมดไป ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา ๑๔๕ เสียใหม่

โดยระบุไว้ให้ชัดเจนว่าในกรณีใดอนุญาตให้ทำได้ กรณีใดทำไม่ได้ เหมือนกับกฎหมายฝรั่งเศสและสวีเดน คือกว่าที่จะปล่อยให้คู่สมรสทำสัญญาถอนสมรสกันไปก่อนแล้วปล่อยให้ เป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้วินิจฉัยว่า สัญญาถอนสมรสฉบับใดขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น

๒.๓.๔ ห้ามใช้กฎหมายประเทศอื่นบังคับในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๕๔ วรรค ๒ บัญญัติว่า "ถ้าข้อความใดในสัญญาถอนสมรสขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือทำให้ใช้กฎหมายประเทศอื่นบังคับในเรื่องทรัพย์สินนั้น ข้อความนั้น เป็นโมฆะ" เช่น ทำสัญญาถอนสมรสให้ใช้กฎหมายฝรั่งเศสบังคับในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา หรือทำสัญญากันไว้ว่า ถ้ายากันให้แบ่งทรัพย์สินตามกฎหมายสวีเดน เป็นต้น

การที่จะนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับได้เพียงใดนั้น ตามหลักแล้ว ย่อมเป็นปัญหาของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ มาตรา ๕ บัญญัติว่า "ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" ซึ่งตรงกับหลักการในมาตรา ๑๕๕๔ วรรค ๒ ตอนต้น แต่เหตุที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ บัญญัติให้ข้อความในสัญญาที่ใช้กฎหมายประเทศอื่นบังคับในเรื่องทรัพย์สินตกเป็นโมฆะไปทั้งหมดนั้น อาจเป็นเพราะผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ นี้ถือลัทธิชาตินิยม ไม่คำนึงถึงว่ากฎหมายประเทศอื่นจะดีกว่ากฎหมายไทยหรือไม่ หรืออาจเป็นเพราะว่าบทบัญญัติในบรรพ ๕ ได้ร่างขึ้นตามจารีตประเพณีของไทย ไม่ต้องการให้ใครนำประเพณีของประเทศอื่นมาใช้บังคับนอกเหนือ จึงวางเป็นหลักตายตัวไว้ ไม่เปิดช่องให้เดินสายกลางได้เหมือนที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติชักรันแห่งกฎหมาย^{๓๕} นอกจากนี้การที่ผู้ร่าง

^{๓๕} ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, เรื่องเดิม, หน้า ๘๓

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ใ้บัญญัติห้ามไว้เช่นนี้ ก็คงเนื่องจากเกรง
 ความยุ่งยากที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้พิพากษาในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม
ตามความในวรรค ๒ นี้เห็นว่าน่าจะมุ่งเฉพาะการสมรสระหว่างคนไทยด้วยกันเท่านั้น
 ถ้าเป็นการสมรสระหว่างชาวต่างประเทศด้วยกันหรือระหว่างชาวต่างประเทศกับคนไทย
 แม้จะทำการในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาก่อนสมรสจะสมบูรณ์หรือไม่ก็จะต้อง
 ไปพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งจะได้อธิบายไว้
 อีกส่วนหนึ่งต่างหาก

มีนักนิติศาสตร์บางท่านซึ่งตีความเรื่อง เสรีภาพในการทำสัญญาก่อนสมรส
 ว่า คู่สมรสในอนาคตอาจทำสัญญาก่อนสมรสยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องทรัพย์สิน
 ระหว่างสามีภริยาได้ทุกเรื่อง เห็นว่า ถึงแม้อันนี้ไม่อาจทำสัญญาก่อนสมรสให้มีข้อความ
 ให้ใช้กฎหมายประเทศอื่นบังคับในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยากก็ตาม แต่การห้ามนี้
 ห้ามเฉพาะการอ้างอิงเท่านั้น คือมีความหมายเฉพาะการห้ามมิให้นำมาใช้โดยไม่เขียน
 เป็นรายละเอียดเท่านั้น แต่ถาเอาข้อความในกฎหมายต่างประเทศมาเขียนเป็น
 รายละเอียดในสัญญาโดยไม่ไ้ระบุว่า เป็นกฎหมายของประเทศใด เห็นว่ามีผลใช้บังคับ
 ได้ตามกฎหมาย แต่ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น
 เพราะเหตุว่าคู่สมรสในอนาคตจะทำสัญญาก่อนสมรสได้แต่เฉพาะที่กฎหมายบัญญัติอนุญาต
 ให้ทำได้เท่านั้น ซึ่งเมื่อตีความโดยเคร่งครัดเช่นนี้แล้ว คู่สมรสในอนาคตก็ไม่สามารถ
 ทำสัญญาก่อนสมรสให้นำกฎหมายประเทศอื่นมาบังคับในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา
 ไม่ว่าจะเป็นการอ้างโดยตรงหรือลอกเอาข้อความมาเขียนไว้เป็นรายละเอียด โดย
 ไม่ไ้ระบุว่า เป็นกฎหมายของประเทศใดก็ตาม ย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๔๕๔
 วรรคสอง

มีข้อสังเกตว่า ในกรณีที่สัญญาก่อนสมรสมีข้อความให้ใช้กฎหมายประเทศอื่น
 บังคับในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยานั้น สัญญาก่อนสมรสอาจไม่เป็นโมฆะทั้งฉบับ
 โดยตกเป็นโมฆะเฉพาะข้อความนั้น ส่วนข้อความอื่นที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ย่อมมีผล
 สมบูรณ์

กฎหมายต่างประเทศบางประเทศ ก็ให้มีบทบัญญัติห้ามไม่ให้ทำสัญญา
ก่อนสมรส หรือสัญญาคู่สมรสโดยอ้างอิงกฎหมายต่างประเทศมาบังคับในเรื่องทรัพย์สิน
ระหว่างสามีภริยา เช่น

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๑๔๓๓ วรรค ๑ บัญญัติว่า
"ห้ามมิให้ทำสัญญาเกี่ยวกับสถานะทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา โดยอ้างอิงถึง
กฎหมายที่เลิกใช้แล้วหรือกฎหมายต่างประเทศ"

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๑๖๑ บัญญัติว่า "คู่สมรสไม่สามารถ
ทำสัญญาโดยมีข้อกำหนดที่มีลักษณะทั่ว ๆ ไปว่า ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างสามี
ภริยา ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนจะอยู่ภายใต้กฎหมายซึ่งคู่สมรสนั้นไม่ได้ยึดไว้บังคับ
หรืออยู่ภายใต้จารีตประเพณี แต่คู่สมรสต้องแสดงออกโดยแน่ชัดถึงข้อความในสัญญา ซึ่ง
โดยสัญญานั้นตนประสงค์จะให้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา"

แต่บางประเทศก็ไม่ให้มีบทบัญญัติห้ามไว้ และในเมื่อกฎหมายไม่ห้ามก็เข้าใจ
ว่าทำได้ เช่น ฝรั่งเศส

๒.๔ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาก่อนสมรสตามที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ตามกฎหมายไทย

๒.๔.๑ ถ้ามีสัญญาก่อนสมรสให้สามีภริยาจัดการสินบริคณห์ร่วมกัน ถ้าเกิดมีความเห็น
ขัดแย้งกัน จะแก้ปัญหาอย่างไร

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๖๘ บัญญัติว่า "สามีเป็น
ผู้จัดการสินบริคณห์ เว้นแต่ในสัญญาก่อนสมรสจะกำหนดให้ภริยาเป็นผู้จัดการหรือให้จัดการ
ร่วมกัน" ดังนั้น ถ้ามีสัญญาก่อนสมรสให้ภริยาเป็นผู้จัดการสินบริคณห์ ภริยาก็ย่อมมีอำนาจ
จัดการสินบริคณห์แต่ผู้เดียว โดยภริยา (หญิงมีสามี) ย่อมสามารถที่จะทำนิติกรรมผูกพัน
สินบริคณห์ได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากสามีตามมาตรา ๓๘ อีก เพราะมีอำนาจตาม
สัญญาที่จะจัดการสินบริคณห์ ส่วนสามีย่อมไม่มีอำนาจ (ไม่ใช่ไม่มีความสามารถ) จัดการ
สินบริคณห์เลยแม้แต่น้อยของตน เพราะทำสัญญาคงตัดอำนาจของตนไปสิ้นแล้ว
นอกจากนี้คู่สมรสในอนาคตอาจทำสัญญาก่อนสมรสให้จัดการสินบริคณห์ร่วมกันก็ได้ ตาม

มาตรา ๑๔๖๔ และผู้เขียนเห็นว่าสามีสามีภริยาอาจจะตกลงกันให้แต่ละฝ่ายมีอำนาจจัดการเพียงบางส่วนได้ เช่นอาจตกลงว่าให้ภริยามีอำนาจจัดการสินบริคค์หรือร่วมมีอำนาจจัดการสินบริคค์ที่มีมูลค่าไม่เกิน ๒๐,๐๐๐ บาท หรือให้ภริยามีอำนาจจัดการสินสมรสแต่ผู้เดียว ส่วนสามีคงมีอำนาจจัดการสินเคิมของทั้งสองฝ่ายก็ยอมทำได้ ซึ่งไม่เป็นการขัดกับบทบัญญัติในมาตรา ๑๔๖๔ แต่เป็นการตีความภายในขอบเขตแห่งบทบัญญัติในมาตรา ๑๔๖๔ ให้กว้างออกไปเท่านั้น

มีปัญหาวาถ้าสัญญาถอนสมรสให้สามีสามีภริยาจัดการสินบริคค์ร่วมกัน แล้วเกิดความขัดแย้งกันจะแก้ปัญหาอย่างไร เพราะไม่มีเสียงของฝ่ายใดเป็นเสียงชี้ขาด โดยเฉพาะในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุผลจะนำมาตรา ๑๔๗๕ มาแก้ปัญหานี้ได้หรือไม่ โดยมาตรา ๑๔๗๕ บัญญัติว่า "เมื่อฝ่ายใดต้องให้ความยินยอมหรือลงชื่อกับอีกฝ่ายหนึ่งในเรื่องจัดทรัพย์สิน (disposal of property) แต่ไม่ให้ความยินยอมหรือไม่ยอมลงชื่อโดยปราศจากเหตุผล อีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอศาลให้สั่งอนุญาตได้"

สำหรับปัญหาที่ว่าจะนำมาตรา ๑๔๗๕ มาใช้ได้หรือไม่ มีความเห็นของนักนิติศาสตร์ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

ความเห็นที่ ๑^{๓๖} เห็นว่า "ศาลจะนำมาตรา ๔๓, ๑๔๗๕ มาใช้บังคับได้หรือไม่ เป็นเรื่องที่ควรรอดูกันต่อไป แต่พึงสังเกตว่ามาตรานี้อยู่ในเรื่องการจำหน่ายสินบริคค์ไม่ไช่การจัดการ ส่วนมาตรา ๔๓ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดการสินบริคค์ก็มีผลเพียงแต่ให้ภริยาร้องขอศาลให้ตนจัดการแ่สวนของตนในสินบริคค์ไม่เกี่ยวไปถึงสินบริคค์ทั้งหมดดังที่เป็นปัญหา"

ความเห็นที่ ๒^{๓๗} เห็นว่า "ขอให้สังเกตว่า มาตรา ๑๔๗๕ ใช้คำว่าจัดทรัพย์สิน ไม่ใ้ใช้คำว่าจัดการทรัพย์สิน คำว่าจัดทรัพย์สินกินความกว้างกว่าจัดการ

^{๓๖} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๑๔

^{๓๗} สอาก นาวีเจริญ, เรื่องเคิม, หน้า ๑๔๑

ทรัพย์สิน (ไม่ได้ให้คำอธิบายว่ากินความแค่ไหนเพียงใด)"

ความเห็นที่ ๓^{๓๘} เห็นว่า "คำว่าจัดทรัพย์สินนี้ ถ้าพิจารณาตามความหมายของมาตรา ๑๔๙ แล้วมีความหมายกว้างออกไปอีก กล่าวคือ รวมทั้งการจัดการและการจำหน่ายทรัพย์สินด้วย"

สำหรับในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่าคำว่า "จัดทรัพย์สิน" มีความหมายกว้างคลุมถึงการจัดการและการจำหน่ายทรัพย์สิน เพราะคำว่า "จัด" คือการทำให้เรียบร้อย ฉากกฎหมายมีวัตถุประสงค์ของการให้ข้อความว่า "จัดทรัพย์สิน" หมายความว่าจำหน่ายทรัพย์สินอย่างเดียวกันน่าจะใช้คำว่า "จำหน่าย" แทนคำว่า "จัด" เสียเลยที่เดียว จะดีกว่าทั้งไว้ให้มีปัญหาเช่นนี้

ปัญหาในด้านการใช้ถ้อยคำนี้ ถ้าพิจารณารูปศัพท์อย่างเคร่งครัดจะเห็นคำว่า "จัดทรัพย์สิน" มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า "จัดการทรัพย์สิน" มากกว่า "จำหน่ายทรัพย์สิน" ฉะนั้น มาตรา ๑๔๙ จึงน่าจะใช้ได้กับการจัดการทรัพย์สิน

อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายใช้คำว่า "จัดทรัพย์สิน" ก็ต้องตีความให้กว้างคลุมไปถึงการจัดทรัพย์สินประการอื่นในลักษณะที่ทำให้ทรัพย์สินมีความเป็นระเบียบเรียบร้อยด้วย ซึ่งการจัดทรัพย์สินนั้นนอกจากการจัดการทรัพย์สินแล้ว ก็น่าจะได้แก่การจำหน่ายทรัพย์สิน เพราะฉะนั้นมาตรา ๑๔๙ จึงน่าจะใช้บังคับได้ทั้ง ๒ กรณี กล่าวคือ เมื่อสามีหรือภริยาฝ่ายใดเป็นฝ่ายต้องให้ความยินยอมหรือลงชื่อกับอีกฝ่ายหนึ่งในเรื่อง "จัดการทรัพย์สินหรือจำหน่ายทรัพย์สิน" แต่ไม่ให้ความยินยอมหรือไม่ยอมลงชื่อโดยปราศจากเหตุผล อีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอศาลให้สั่งอนุญาตได้

ฉะนั้น มาตรา ๑๔๙ จึงเป็นบทบัญญัติที่สามารถแก้ปัญหาคำถามในกรณีนี้

๑. ถ้าสามีหรือภริยาที่มีสิทธิเป็นผู้จัดการสินบริคหด้วยกันและมีความเห็นไม่ตรงกันในเรื่องการจัดการหรือการจำหน่ายทรัพย์สินโดยปราศจากเหตุผล อีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอศาลให้สั่งอนุญาตได้

^{๓๘} คมกริช วัฒนเสถียร, เรื่องเคม, หน้า ๘๖๔

๒. ในกรณีที่จัดการทรัพย์สินแต่ผู้เดียว แต่การจัดการหรือจำหน่ายทรัพย์สิน จำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งให้ความยินยอมหรือลงชื่อด้วย และฝ่ายนั้นไม่ให้ความยินยอมหรือไม่ยอมลงชื่อโดยปราศจากเหตุผล อีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอศาลให้สั่งอนุญาตได้

การที่ต้องตีความมาตรา ๑๔๕ ไปทั้งสองทาง เพราะเข้าใจว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายน่าจะเป็นเช่นที่กล่าวมาแล้ว ถ้าตีความคำว่า "จัดทรัพย์สิน" หมายถึงจำหน่ายทรัพย์สินแต่เพียงอย่างเดียว ถ้ามีปัญหาขัดแย้งไม่ลงรอยเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินขึ้นมา ก็จะไม่มีความแก้ปัญหาคำได้ เพราะจะร้องขอศาลให้เป็นคนกลางให้ก็ได้ ทกลงก็เลยทำอะไรไม่ได้ ซึ่งอาจเป็นชนวนให้เกิดการขัดแย้งกันอย่างรุนแรงได้ระหว่างสามีภริยา ซึ่งได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักว่า กรณีตามมาตรา ๑๔๕ นั้น ใช้ในกรณีที่สามีไม่อนุญาตให้ภริยาฟ้องคดีอื่นเกี่ยวกับสินบริภคณ์ตามมาตรา ๑๔๖ โดยปราศจากเหตุผลด้วย คำนับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๘๓/๒๕๐๘ คดีระหว่าง นางริ้วอิสลาม โจทก์ นายกาเข้ม อิสลาม ผู้ร้อง นายบาระเฮ็ม อิสลาม จำเลย วินิจฉัยว่า ภริยาฟ้องคดีเรียกที่ดินอันเป็นสินบริภคณ์จากบุคคลภายนอกโดยไม่ได้รับอนุญาตจากสามี เพราะคดีจะขาดอายุความ ถ้าปรากฏว่าสามีไม่ยอมอนุญาตโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ภริยาย่อมร้องขอให้ศาลสั่งอนุญาตให้ฟ้องคดีได้ ตามมาตรา ๑๔๕" เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลฎีกากังกล่าวข้างต้น ก็ทำให้ข้อสงสัยในปัญหานี้หมดไป เพราะศาลฎีกาแปลว่า คำว่า "จัดทรัพย์สิน" นี้ รวมถึงการจัดการและการจำหน่ายด้วย

๒.๔.๒ ปัญหาว่าในกรณีที่มิได้สัญญาก่อนสมรสกำหนดแต่เพียงว่า ให้ภริยาเป็นผู้มีอำนาจจัดการสินบริภคณ์ ภริยาจะมีอำนาจจำหน่ายและฟ้องคดีเกี่ยวกับสินบริภคณ์หรือไม่

ในเรื่องนี้ ถ้าพิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ แล้ว จะเห็นได้ว่าอำนาจจัดการสินบริภคณ์ อำนาจจำหน่ายสินบริภคณ์ และอำนาจฟ้องคดีเกี่ยวกับสินบริภคณ์ ได้แยกออกเป็นคนละส่วนต่างหากจากกัน และกฎหมายได้บัญญัติแยกไว้คนละมาตรา โดย

มาตรา ๑๔๖ บัญญัติว่า "สามีเป็นผู้จัดการสินบริภคณ์ เว้นแต่ในสัญญา ก่อนสมรสจะได้อำนาจให้ภริยาเป็นผู้จัดการหรือให้จัดการร่วมกัน"

มาตรา ๑๔๖๔ บัญญัติว่า "สามีมีสិทธิฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการสงวน บำรุงรักษา หรือการใด ๆ เพื่อประโยชน์แก่สินบริคคหต์ และถ้าภริยาจะฟ้องคดีเช่นนั้น ต้องได้รับอนุญาตจากสามีก่อน เว้นแต่สัญญาก่อนสมรสกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และหนี้อันเกิดจากการฟ้องคดีนั้นต้องชำระจากสินบริคคหต์"

และมาตรา ๑๔๗๓ วรรค ๑ บัญญัติว่า "นอกจากจะมีสัญญาก่อนสมรสไว้เป็นอย่างอื่น สามีมีอำนาจจำหน่ายสินบริคคหต์ได้"

๒.๔.๒.๑ ทำสัญญาก่อนสมรสระบุแต่เพียงให้ภริยาเป็นผู้มีอำนาจจัดการสินบริคคหต์ ภริยาจะมีอำนาจจำหน่ายสินบริคคหต์หรือไม่

สำหรับเรื่องอำนาจจัดการและอำนาจจำหน่าย นักนิติศาสตร์ตีความว่า อำนาจจัดการ (management) สินบริคคหต์ อำนาจจำหน่าย (dispose) สินบริคคหต์ เป็นคนละส่วนต่างหากจากกัน

โดยอาจารย์เสนีย์เห็นว่า^{๓๘} การจัดการทรัพย์สิน หมายถึง การกระทำแก่ทรัพย์สินในทางบำรุงรักษา สงวนไว้ หรือทำให้เพิ่มพูนได้ประโยชน์ยิ่งขึ้น โดยไม่ทำให้ทรัพย์สินสูญหาย ทำลายไป หรือจำหน่ายจ่ายโอนไป และเห็นว่า การจำหน่าย มีความหมายเป็นอย่างเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๓๓๖ เกี่ยวกับอำนาจจำหน่ายของเจ้าของกรรมสิทธิ์ คือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินรวมทั้งการทำลายทรัพย์สิน ซึ่งอาจารย์ สอาด^{๔๐} ก็เห็นในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ เห็นว่า การจัดการสินบริคคหต์ ได้แก่การทนบำรุง ซ่อมแซม รักษาจัดการให้เกิดผลประโยชน์ เช่น จ้างช่างมาซ่อมแซม จ้างคนมาปลูกตึกเพื่อให้เช่า จัดการทำสัญญาให้เช่า เอาเงินในหุยม รัับจ่านอง จ่าน่า เป็นต้น และการจำหน่าย ก็คือการโอนกรรมสิทธิ์หรือความเป็นเจ้าของทรัพย์สินให้แก่ผู้อื่น ได้แก่การขาย การให้ การแลกเปลี่ยน



^{๓๘} ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, เรื่องเดิม, หน้า ๑๑๒, ๑๒๓

^{๔๐} สอาด นาวิเจริญ, เรื่องเดิม, หน้า ๑๗๖, ๑๘๐

ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๐๐/๒๔๔๔ คดีระหว่าง นางจิบ ทองโอ โจทก์ นายทิม นายจาง จำเลย โจทก์ฟ้องว่า โจทก์เป็นภริยาของจำเลยที่ ๑ แต่ได้หย่ากันแล้ว โดยจำเลยที่ ๑ ได้ทิ้งโจทก์ไปมีภริยาใหม่ แล้วจำเลยที่ ๒ ได้เอาที่สวนอันเป็นสินเดิมของโจทก์ขายให้แก่จำเลยที่ ๒ โดยโจทก์มิได้รู้เห็นยินยอมด้วย ขอให้ศาลสั่งเพิกถอนสัญญาซื้อขายและแก่ทะเบียนให้เป็นของโจทก์

จำเลยที่ ๑ ระบุว่าที่สวนเป็นสินเดิมของโจทก์จริง แต่จำเลยมีสิทธิขายได้ เพราะเป็นสามีโจทก์

จำเลยที่ ๒ ให้การว่า จำเลยที่ ๑ เป็นหนี้จำเลยที่ ๒ โดยโจทก์รู้เห็นในการกู้และการที่จำเลยที่ ๑ กู้ไปก็เพื่อใช้จ่ายในครอบครัว เมื่อจำเลยที่ ๒ ทวงหนี้ โจทก์กับจำเลยที่ ๑ จึงยอมตกลงโอนที่สวนรายพิพาทให้แก่จำเลยที่ ๒ การโอนได้ทำโดยสุจริต โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง เพราะเป็นภริยา จำเลยที่ ๑ บังคับมีสิทธิจัดการสินบริคณห์

ศาลชั้นต้นตัดสินว่า สวนรายพิพาทเป็นสินเดิมของโจทก์ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องและโจทก์มิได้รู้เห็นยินยอมในสัญญาซื้อขายที่พิพาท ให้เพิกถอนสัญญาซื้อขายและแก่ทะเบียนในชื่อโจทก์ เป็นเจ้าของ

ศาลอุทธรณ์ชี้ขาดว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๖๔ ให้อำนาจสามีเป็นผู้จัดการสินบริคณห์ สามีจึงมีอำนาจจำหน่ายได้ ข้อบัญญัติในมาตรา ๑๔๗๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นบทบัญญัติภายในระหว่างสามีภริยา ซึ่งถ้าไม่ได้รับคามยินยอมแล้ว ก็มีผลเพียงการหักใช้สินเดิมในกรณีหย่าตามมาตรา ๑๕๑๕ เท่านั้น จะนำไปลดล้างสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ซื้อทรัพย์สินนั้นโดยสุจริตไม่ได้ โจทก์จึงไม่มีสิทธิขอให้เพิกถอนได้ พิพากษากลับให้ยกฟ้อง

โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาเห็นว่า ที่โจทก์อ้างว่า โจทก์กับจำเลยที่ ๑ หย่าขาดกันแล้ว เพราะจำเลยที่ ๑ ได้ละทิ้งตนไปมีภริยาใหม่นั้น ไม่ปรากฏว่ามีเหตุหย่ากันแต่อย่างใด เพียงสามีละทิ้งไปได้กับหญิงอื่นหาทำให้ขาดจากการ เป็นสามีภริยากันไม่ เมื่อฟังว่า

โจทก์กับจำเลยที่ ๑ ยังเป็นสามีภริยากันอยู่ โจทก์จะมีสิทธิฟ้องคดีนี้หรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ หมวด ๔ อันว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นตอน ๆ คือการจัดการสินบริภคหนึ่ง และการจำหน่ายสินบริภคอีกตอนหนึ่ง มาตรา ๑๔๖๔ อยู่ในตอนว่าด้วยการจัดการสินบริภค มาตรา ๑๔๗๓ อยู่ในตอนว่าด้วยการจำหน่ายสินบริภค การจำหน่ายสินบริภคนั้น หากคลุมถึงการที่ภริยาจะฟ้องคดีในเรื่องจำหน่ายสินบริภคตามมาตรา ๑๔๗๓ ไม่ เพราะภริยามีสิทธิเช่นนั้นอยู่แล้วในฐานะเป็นเจ้าของทรัพย์สิน การที่กฎหมายบัญญัติห้ามสามีจำหน่ายสินเคิมของภริยานอกจากจะได้รับอนุญาตนั้นจะนำ มาตรา ๑๔๖๔ มาบังคับไม่ได้ มิฉะนั้น มาตรา ๑๔๗๓ ก็จะไม่ใช้และไม่ให้ความคุ้มครองแก่ภริยาแต่ประการใด เพราะสามีอาจไม่อนุญาตให้ภริยาฟ้องตน ส่วนมาตรา ๑๔๑๕ ที่ศาลอุทธรณ์อ้าง เป็นเรื่องการชดเชยทรัพย์สินกันในเวลาขาดจากสามีภริยา จะขอมาแปลคดีสิทธิภริยาซึ่งกฎหมายให้อ่านอาจไว้ตามมาตรา ๑๔๗๓ หาได้ไม่

อีกประการหนึ่ง มาตรา ๓๔ ก็เป็นบทบัญญัติทั่วไป หาใช่บทเฉพาะในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเช่นดังมาตรา ๑๔๖๔ และ ๑๔๗๓ ไม่ จึงควรต้องแปลอ่านอาจฟ้องของภริยาตามมาตรา ๑๔๗๓ ให้เป็นข้อยกเว้นของมาตรา ๓๔ อนึ่ง มาตรา ๓๔ เป็นแต่ห้ามการทำการผูกพันสินบริภค แต่ในเรื่องนี้ภริยาฟ้องเพื่อให้ได้สินบริภคกลับคืนมา มาตรา ๓๔ จึงหากคลุมถึงกรณีนี้ที่ภริยาฟ้องตามมาตรา ๑๔๗๓ ไม่ ภริยาจึงมีสิทธิฟ้องคดีนี้ได้โดยไม่ต้องรับความยินยอมจากสามี

แต่การที่จะชี้ขาดว่า โจทก์กับจำเลยที่ ๒ มีสิทธิดีกว่ากันอย่างไรนั้น ศาลฎีกาเห็นว่า ถ้าจำเลยที่ ๒ ได้ซื้อไปโดยสุจริต คือไม่รู้ว่า เป็นสินเคิมของโจทก์ซึ่งทำให้จำเลยที่ ๑ ไม่มีสิทธิขายแล้ว จำเลยที่ ๒ ก็ย่อมมีสิทธิดีกว่าโจทก์ ถ้าจำเลยที่ ๒ รู้ว่าเป็นสินเคิมของโจทก์ ๆ ก็มีสิทธิขอให้ทำลายการโอนได้ เพราะจำเลยที่ ๒ ไม่ได้ใช้สิทธิโดยสุจริต ศาลชั้นต้นมิได้กระประเด็นให้สืบในข้อนี้ จึงพิพากษายกคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ให้ศาลชั้นต้นดำเนินการพิจารณาไม่ประเด็นดังกล่าว แล้ววินิจฉัยชี้ขาดตามข้อกฎหมายที่ศาลฎีกาได้วางไว้

คำพิพากษาศาลฎีกา เรื่องนี้ได้ตัดสินวางหลักกฎหมายในประเด็นสำคัญที่กำลังพิจารณาอยู่คือ ใดแยกอำนาจจัดการออกจากอำนาจจำหน่าย และถือว่าอำนาจในการฟ้องคดีเป็นอำนาจอุปกรณ คือการฟ้องคดีเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินเรื่องหนึ่ง และการฟ้องคดีเกี่ยวกับการจำหน่ายทรัพย์สินก็อีกเรื่องหนึ่ง และอำนาจฟ้องคดีของภริยาอยู่ในมาตรา ๑๔๖๔ ซึ่งรวมอยู่ในเรื่องการจัดการ (มาตรา ๑๔๖๔ - ๑๔๖๕) มิใช่เป็นเรื่องจำหน่ายสินบริคณห์ แต่เป็นเรื่องการจัดการสินบริคณห์

เมื่อพิจารณาจากความเห็นของนักนิติศาสตร์และคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวข้างต้น นำมาปรับเข้ากับปัญหาที่ไต่ตั้งไว้ คือ ถ้าสัญญาทอนสมรสกำหนดให้ภริยาเป็นผู้มีอำนาจจัดการสินบริคณห์แต่ไม่ได้เขียนว่ามีอำนาจจำหน่าย ภริยาก็ย่อมไม่มีอำนาจจำหน่ายมีแต่อำนาจจัดการ ถ้าเป็นเรื่องจำหน่ายก็คงเป็นอำนาจของสามี ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนไม่เห็นด้วย โดยเห็นว่าอำนาจจัดการนั้นควรจะรวมถึงอำนาจจำหน่ายด้วย ถึงแม้ในบทบัญญัติของกฎหมายจะแยกอำนาจจัดการและอำนาจจำหน่ายเป็นคนละส่วนต่างหากจากกันก็ตาม เพราะว่า

ก. เมื่อพิจารณาจากมาตรา ๑๔๓๕ ซึ่งใช้คำว่า "จัดทรัพย์สิน" โดยไม่ได้ใช้คำว่าจัดการหรือจำหน่าย แต่นักนิติศาสตร์และคำพิพากษาศาลฎีกาก็ตีความว่า คำว่าจัดทรัพย์สินมีความหมายกว้าง คือรวมทั้งจัดการและจำหน่าย ซึ่งในข้อนี้ถ้าพิจารณาจากตัวบทภาษาอังกฤษซึ่งใช้คำว่า disposal ในมาตรา ๑๔๓๕ และคำว่า dispose ในมาตรา ๑๔๓๓ แล้ว จะเห็นว่ามีความหมายอย่างเดียวกันคือหมายถึงการจำหน่ายเท่านั้น แสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเราเขียนไว้ไม่ชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาขึ้น

ข. มาตรา ๑๔๓๐ บัญญัติว่า "แม้สามีเป็นผู้จัดการสินบริคณห์ก็ตาม ภริยาก็ยังมีอำนาจจัดการบ้านเรือน ฯลฯ" ซึ่งอำนาจจัดการบ้านเรือนบางครั้งก็อาจจะเป็นการจัดการในทางจำหน่ายได้ เช่น การขายหนังสือพิมพ์ หรือขวดที่ไม่ใช่แล้ว

ค. ในเรื่องอำนาจของผู้จัดการมรดก ในบรรพ ๖ จะเห็นว่าไม่มีคำว่าจำหน่าย แต่ผู้จัดการมรดกย่อมสามารถใช้สิทธิทั้งในการจัดการและรวมทั้งการจำหน่าย

ทรัพย์สินด้วย เพื่อประโยชน์แก่องมรดก ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๖๔ - ๑๓๖๕/๒๔๔๑
วินิจฉัยว่า ผู้จัดการมรดกตามพินัยกรรมแต่ละคนมีอำนาจจำหน่ายทรัพย์สินแก่องมรดกได้
ฉะนั้น การที่ผู้จัดการมรดกคนหนึ่งคนใดจำหน่ายทรัพย์สินและรับเงินไว้ ผู้จัดการมรดกอื่น
ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องของการรักษาเงินด้วยไม่ต้องรับผิดชอบ (มาตรา ๑๓๑๕)

นอกจากนี้ยังมีนักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่า การจำหน่าย (dispose, disposal) ในที่นี้ก็คือการโอนกรรมสิทธิ์หรือความเป็นเจ้าของแห่งทรัพย์สินไปให้บุคคลอื่น เช่น การขาย ให้ แลกเปลี่ยน จึงแตกต่างจากการจัดการ (management) ตามมาตรา ๑๔๖๔ ซึ่งมุ่งไปในทางดูแลรักษาทรัพย์สิน การซ่อมแซม หรือทำกรวยอย่างใด ๆ ให้ทรัพย์สินมีสภาพดีขึ้น แต่ถ้าจะพูดกันให้ถูกต้อง การจัดการมีความหมายกว้างมาก อาจจะรวมการจำหน่ายด้วยก็ได้^{๔๑}

สรุป คำว่าจัดการ ในความหมายอย่างกว้างก็ต้องรวมถึงจำหน่ายด้วย
ดังนั้น แม้ว่าสัญญาอนสมรสกำหนดให้ภริยามีอำนาจจัดการสินบริคคห้อย่างเดียว แต่
ไม่ได้กำหนดให้มามีอำนาจจำหน่ายด้วย ภริยาก็ย่อมมีอำนาจจำหน่ายได้เหมือนกับในกรณี
สามีเป็นผู้จัดการสินบริคคห ซึ่งถ้าตีความว่าอำนาจจัดการรวมทั้งอำนาจจำหน่ายด้วยก็
ไม่เป็นการเสียหายแก่สามี เพราะเหตุว่าถ้าภริยาจะจำหน่ายทรัพย์สินบางอย่างตามที่
ระบุไว้ในมาตรา ๑๔๗๓ วรรค ๒ ผู้เขียนก็เห็นว่าภริยาก็ต้องได้รับความยินยอมจาก
สามีก่อนเช่นเดียวกัน

หลักเรื่องการจัดการและจำหน่ายตามหลักกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับ เรื่องการจัดการและจำหน่ายตามหลักกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียน
จะขอกล่าวเฉพาะระบบทรัพย์สินที่เหมือนกับกฎหมายไทย คือระบบสินบริคคคเท่านั้น

^{๔๑} คมกริช วัฒนเสถียร, เรื่องเดิม, หน้า ๔๖๒

ก. หลักกฎหมายฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๘๒๑ บัญญัติว่า "สามีเป็นผู้จัดการ
กองสินบริภคณห์แต่ผู้เดียว แต่จะต้องรับผิดชอบถ้าหากได้จัดการทรัพย์สินไม่ดี

สามีมีอำนาจจำหน่ายทรัพย์สินรวม แต่ต้องกระทำโดยสุจริตและไม่เข้า
ข้อยกเว้นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้"

มาตรา ๑๘๒๒ บัญญัติว่า "สามีไม่สามารถจำหน่ายโดยไม่มีค่าตอบแทน
ในระหว่างมีชีวิตซึ่งทรัพย์สินในกองสินบริภคณห์ โดยปราศจากความยินยอมของภริยา
แม้ว่าจะเป็นการจำหน่ายเพื่อบุตรของคู่สมรส"

ข. หลักกฎหมายเยอรมัน

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๑๔๔๓ บัญญัติว่า "สามีเป็นผู้จัดการ
กองสินบริภคณห์ ฯลฯ แต่ในการจำหน่ายกองสินบริภคณห์บางอย่าง สามีต้องได้รับความ
ยินยอมจากภริยาก่อน"

เช่น มาตรา ๑๔๔๕ บัญญัติว่า "สามีจะจำหน่ายที่ดินที่อยู่ในกองสินบริภคณห์
ต้องได้รับความยินยอมจากภริยาก่อน ฯลฯ"

ค. หลักกฎหมายอิตาลี

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๒๒๐ บัญญัติว่า "สามีเท่านั้นที่มีอำนาจ
จัดการทรัพย์สินในระบบสินบริภคณห์ และมีอำนาจฟ้องคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินนี้ แต่ไม่อาจจะ
จำหน่ายจ่ายโอนหรือจำนองทรัพย์สิน ซึ่งกรรมสิทธิ์ตกอยู่แก่กองสินบริภคณห์ เว้นแต่
การโอนไปโดยมีค่าตอบแทน"

ง. หลักกฎหมายสวีต

ประมวลกฎหมายแพ่งสวีต มาตรา ๒๑๖ วรรค ๑ บัญญัติว่า "สามีเป็นผู้
จัดการสินบริภคณห์"

มาตรา ๒๑๓ วรรค ๑ บัญญัติว่า "สามีและภริยาสามารถที่จะจำหน่ายทรัพย์สินในกองสินบริคณห์ได้โดยกระทำร่วมกัน หรือด้วยความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่ง"

จ. หลักกฎหมายญี่ปุ่น

สำหรับกฎหมายญี่ปุ่นไม่มีปัญหาในเรื่องจัดการและจำหน่าย เพราะเหตุว่าระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามกฎหมายญี่ปุ่นเป็นระบบแยกทรัพย์สิน ซึ่งคู่สมรสต่างฝ่ายต่างก็มีสิทธิจัดการและจำหน่าย

ฉ. หลักกฎหมายจีน

ประมวลกฎหมายแพ่งจีน มาตรา ๑๐๓๒ บัญญัติว่า "สามีเป็นผู้จัดการสินบริคณห์ แต่ค่าใช้จ่ายเนื่องจากการจัดการให้เอาไปจากกองสินบริคณห์"

มาตรา ๑๐๓๓ วรรคแรก บัญญัติว่า "สามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง จึงจะจำหน่ายสินบริคณห์ได้ แต่ถ้าเป็นการจำหน่ายเนื่องจากความจำเป็นในการจัดการ ก็ไม่อยู่ในข้อจำกัดดังกล่าว"

สำหรับเหตุผลที่กฎหมายจีนบัญญัติว่า การจำหน่ายสินบริคณห์ต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง ก็เพราะเหตุว่าการจำหน่ายสินบริคณห์เป็นการใช้สิทธิในส่วนที่สำคัญที่สุดในสินบริคณห์ แต่หากจะต้องทำการจำหน่ายโดยเป็นผลจากการจัดการ ก็ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง^{๔๒}

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายต่างประเทศแล้วจะเห็นว่า กฎหมายไค้บัญญัติแยกเรื่องอำนาจจัดการกับอำนาจจำหน่ายเป็นคนละส่วน แต่เหตุผลที่ต้องแยกก็คล้ายคลึงกับกฎหมายไทย กล่าวคืออำนาจจำหน่ายเป็นเรื่องการใช้สิทธิในส่วนที่สำคัญของทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา เพราะเป็นการจำหน่ายจ่ายโอนตัวทรัพย์สินในกองสินบริคณห์ให้หมดไป

^{๔๒} ไค้เอียนฮุย, เรื่องเกิม, หน้า ๑๓๖

คังนั้น เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง กฎหมายจึงบัญญัติให้ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ยอมรับว่าอำนาจจัดการในทางจำหนายก็มีได้

๒.๔.๒.๒ ทำสัญญาก่อนสมรสระบบแต่เพียงให้ภริยามีอำนาจจัดการสินบริคณห์ แต่ไม่ใคร่ระบุให้มื่ออำนาจฟ้องคดีเกี่ยวกับสินบริคณห์ด้วย ภริยาจะมีอำนาจฟ้องคดีหรือไม่

สำหรับ เรื่องการฟ้องคดีเกี่ยวกับสินบริคณห์ ได้มีนักนิติศาสตร์ให้ความเห็นไว้ดังนี้ คือ

อาจารย์สอาด^{๔๓} พูดแต่เพียงว่า ส่วนคนภายนอกจะฟ้องสามีหรือภริยาเป็นจำเลยได้เพียงไร กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ ทั้งนี้เนื่องจากว่าเป็นเรื่องสิทธิของคนภายนอก เมื่อเขามีสิทธิต่อสามีหรือภริยาอย่างไร เขาก็ย่อมมีอำนาจฟ้องสามีหรือภริยาได้ตามสิทธิของเขาเหมือนกับฟ้องบุคคลอื่น ๆ

อาจารย์เสนีย์เห็นว่า^{๔๔} การฟ้องคดีเพื่อประโยชน์ตามมาตรา ๑๔๖๔ นั้น ที่จริงก็เป็นเรื่องจัดการสินบริคณห์นั่นเอง เมื่อมีมาตรา ๑๔๖๔ เป็นหลักทั่วไปว่าให้สามีเป็นผู้จัดการสินบริคณห์ นาจะต้องรวมอำนาจฟ้องคดีเกี่ยวกับสินบริคณห์อยู่ในตัว แต่เมื่อมีมาตรา ๑๔๖๕ บัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจงก็ไปอีกอย่างหนึ่งที่ทำให้หมกบังนหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับการสงวนสินบริคณห์ หมายความว่าถ้าไม่ฟ้องคดีสงวนไว้ จะเสียสิทธิในสินบริคณห์ไป เช่น มีผู้เช่าครอบครองที่ดินสินบริคณห์โดยปรบักษ์เกือบจะครบ ๑๐ ปี ถ้าไม่ฟ้องขับไล่ เสียก่อนผู้ครอบครองอาจได้กรรมสิทธิ์โดยครอบครองปรบักษ์ตามมาตรา ๑๓๔๒ การฟ้องคดีเกี่ยวกับการบำรุงรักษา เช่นมีคนขับรถมาชนรถยนต์สินบริคณห์เสียหายจึงฟ้องคดีให้ซ่อมแซมหรือเรียกเวาคาเสียหายที่เสียไปมาซ่อมแซมในคดีตามเดิม

^{๔๓} สอาด นาวิเจริญ, เรื่องเคิม, หน้า ๑๓๔

^{๔๔} ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, เรื่องเคิม, หน้า ๑๑๔ - ๑๑๖

แต่ด้วยเหตุเขียนไว้กว้างถึงการฟ้องคดีเกี่ยวกับการใด ๆ เพื่อประโยชน์แก่สันนิษฐานด้วย
เช่น จ้างผู้รับเหมามาสร้างตึกแถวในที่ดินสันนิษฐาน ผู้รับเหมานิติสัญญา จึงฟ้องคดีตาม
มาตรา ๒๑๓ ให้ผู้รับเหมามาสร้างตึกให้ หรือมิฉะนั้นให้คนอื่นสร้างให้โดยคิดเอาค่าใช้จ่าย
จากผู้รับเหมา คดีนี้ถึงแม้จะไม่ใช่เป็นเรื่องสงวน หรือบำรุงรักษาที่ดินสันนิษฐาน สามีก็
ฟ้องได้ เพราะเป็นเรื่องที่จะทำประโยชน์ให้แก่ที่ดินสันนิษฐาน แต่ตามสัญญาทอนสมรส
กำหนดให้ภริยาเป็นผู้จัดการสันนิษฐาน แต่ไม่ได้กำหนดไว้ให้ภริยามีอำนาจฟ้องคดีเพื่อ
ประโยชน์แก่สันนิษฐานโดยลำพัง การที่ภริยาจะฟ้องคดีเช่นนี้ ปรับเข้ากับถ้อยคำในค้ำบท
ไม่ได้ อาจต้องตีความตามมาตรา ๑๔๖๘ ว่าภริยาจะฟ้องคดีเกี่ยวกับสันนิษฐานได้หรือไม่ เมื่อ
ได้รับอนุญาตจากสามี เว้นแต่จะมีสัญญาทอนสมรสให้ฟ้องคดีได้

ในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของอาจารย์เสนีย์ ตอนต้นที่ว่า
มาตรา ๑๔๖๘ เป็นบทบัญญัติเพิ่มเติมอำนาจของผู้จัดการสันนิษฐาน กล่าวคือ ใครมีอำนาจ
จัดการสันนิษฐานก็ย่อมมีอำนาจที่จะฟ้องคดีเกี่ยวกับสันนิษฐานได้ด้วย ซึ่งคำพิพากษา
ศาลฎีกาที่ ๒๐๐/๒๔๔๔ ก็ได้อธิบายไว้ในทำนองเดียวกัน ดังนั้นถึงแม้สัญญาทอนสมรสจะ
ไม่ได้กำหนดไว้ว่าให้ภริยามีสิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับสันนิษฐานด้วย แต่เมื่อภริยาเป็นผู้มีอำนาจ
จัดการสันนิษฐาน ถ้าตีความว่าไม่มีอำนาจฟ้องคดีเกี่ยวกับการนี้ก็จะแคบไปและขัดกับ
หลักความเป็นจริง เพราะหน้าที่ของผู้จัดการสันนิษฐานก็ต้องเป็นผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดี
เกี่ยวกับการจัดการตามมาตรา ๑๔๖๘ ได้ด้วย มิฉะนั้นจะเป็นเรื่องแปลกถ้าหากว่า
ภริยาในฐานะผู้จัดการสันนิษฐานจะต้องกลับมาขออนุญาตสามีฟ้องคดี ตามมาตรา ๑๔๖๘
อีก และในเรื่องนี้ก็ได้เป็นการมอบอำนาจอย่างตัวการตัวแทนซึ่งในกรณีเช่นนั้นต้อง
ตีความโดยเคร่งครัด แต่ในเรื่องสามีภริยาเป็นเรื่องที่กฎหมายเปิดโอกาสให้สิทธิที่จะ
ทำอะไรก็ได้ ก็ควรจะทำอะไรก็ได้หลายอย่างรวมทั้งการฟ้องคดีด้วย มิฉะนั้นก็จะไม่
สมเหตุสมผล และเห็นว่าตามที่มาตรา ๑๔๖๘ บัญญัติว่า "ถ้าภริยาจะฟ้องคดีเช่นนี้
ต้องได้รับอนุญาตจากสามีก่อน" นั้น หมายถึงภริยาในกรณีธรรมดา กล่าวคือภริยาที่
ไม่ได้เป็นผู้จัดการสันนิษฐาน ถ้าเป็นภริยาซึ่งเป็นผู้จัดการสันนิษฐานหน้าจะมีสิทธิตามที่
กล่าวมาแล้ว

สรุป ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายไทยได้บัญญัติแยกอำนาจจัดการ
อำนาจฟ้องคดี และอำนาจจำหน่าย ออกไว้เป็นคนละส่วนต่างหากจากกัน ทำให้เกิด
การตีความแตกต่างกันออกไป แต่เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วน่าจะ
เป็นว่า อำนาจจัดการ รวมทั้งอำนาจฟ้องคดี และอำนาจจำหน่ายสินบริคณห์ค่วย หรือ
อาจจะแบ่งเรื่องอำนาจจัดการออกได้เป็น ๓ กรณี คือ

๑. อำนาจจัดการสินบริคณห์ทั่ว ๆ ไป
๒. อำนาจจัดการสินบริคณห์ในทางฟ้องคดี
๓. อำนาจจัดการสินบริคณห์ในทางจำหน่าย

ดังนั้น เพื่อที่จะให้ปัญหาในเรื่องนี้หมดไป ผู้เขียนเห็นว่าควรจะแก้ไข
บทบัญญัติในเรื่องนี้ให้ชัดเจน

๒.๔.๓ ถ้าได้มีการทำสัญญาก่อนสมรสให้ภริยา เป็นผู้มื่ออำนาจจัดการสินบริคณห์
ต่อมาได้มีการแยกสินบริคณห์ไม่ว่าโดยกรณีใดก็ตาม ภายหลังกาลสั่งให้รวมกันต่อไป
จะถือว่าภரியานั้นยัง เป็นผู้มื่ออำนาจจัดการสินบริคณห์ต่อไปตามเดิมหรือไม่

การแยกสินบริคณห์นั้น อาจจะแยกกันโดยคำสั่งศาลหรือแยกกันโดยอำนาจ
ของกฎหมาย ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

๑. การแยกสินบริคณห์ ตามมาตรา ๑๔๗๒ ซึ่งบัญญัติว่า "เมื่อเกิดพฤติการณ์
ดังกล่าวในมาตราก่อน หรือปรากฏว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะทำความเสียหายให้แก่สินบริคณห์
ฝ่ายที่มีสิทธิจะร้องตามมาตราก่อนหรือฝ่ายที่จะได้รับความเสียหายอาจร้องขอให้ศาล
สั่งแบ่งสินบริคณห์ออกเป็น ส่วน เสียก็ได้"

๒. การแยกสินบริคณห์ตามมาตรา ๑๔๘๓ ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าสามีหรือภริยา
ถูกยึดทรัพย์ตามคำพิพากษา และเจ้าหนี้ไม่ได้รับใช้หนี้เต็มจำนวน เจ้าหนี้อาจร้องขอต่อ
ศาลให้แยกสินบริคณห์ออกเป็น ส่วนของลูกหนี้เพื่อดำเนินการไปตามคำพิพากษาได้"

๓. การแยกสินบริคณห์โดยผลของกฎหมายตามมาตรา ๑๔๘๔ ซึ่งบัญญัติว่า
"ถ้าสามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาให้ล้มละลาย สินบริคณห์ยอมแยกจากกันโดยอำนาจ
กฎหมาย นับแต่วันที่ศาลพิพากษาให้ล้มละลายนั้น"

และมาตรา ๑๔๔๕ บัญญัติว่า "เมื่อใดแยกสินบริคณฑ์โดยกรณีใดก็ตาม
ถ้าสามีหรือภริยารองขอ ศาลอาจสั่งให้รวมกันต่อไปได้"

สำหรับปัญหานี้ ก่อนอื่นเราต้องพิจารณาผลของการแยกสินบริคณฑ์เสีย
ก่อนว่ามีผลประการใด ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

๑. เมื่อมีการแยกสินบริคณฑ์ ให้นำวิธีแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา
เหมือนกับกรณีที่มีการหย่าตามมาตรา ๑๕๑๓ ถึง ๑๕๑๘ มาใช้บังคับโดยอนุโลมในฐาณะ
บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง คือการแบ่งสินสมรสของแบ่งคนละส่วนกรณีมีหรือไม่มี
สินเคิมมาทั้งสองฝ่าย ถ้ามีสินเคิมฝ่ายเดียว ฝ่ายนั้นได้สินสมรส ๒ ส่วน อีกฝ่ายได้
ส่วนเดียว และในการคั้นสินเคิมนั้นต้องมีการชักสินสมรสหรือเฉลี่ยสินเคิมมาใช้ด้วย

๒. หลังจากการแยกสินบริคณฑ์แล้ว ทรัพย์สินที่แต่ละฝ่ายได้ไปโดยการแบ่ง
ก็ตกเป็นสินส่วนตัวของฝ่ายนั้น โดยแต่ละฝ่ายย่อมมีสิทธิจัดการและจำหน่ายสินส่วนตัว
เหล่านั้นได้โดยลำพัง (มาตรา ๑๔๔๖, ๑๔๔๗).

อนึ่ง ถ้าฝ่ายใดใดทรัพย์สินเพิ่มพูนขึ้นมาโดยที่ทรัพย์สินนั้นมิได้เป็นดอกผล
ของสินส่วนตัว เช่น ถูกฉ้อตเตอร์ หรือมีผู้ยกทรัพย์สินให้โดยมิได้มีหนังสือยกให้ระบุว่า
ให้เป็นสินเคิมหรือสินส่วนตัว หรือใครรับมรดกโดยไม่มีพินัยกรรมระบุว่าให้เป็นสินเคิม
หรือสินส่วนตัว ถึงแม้จะได้มาภายหลังจากที่แยกสินบริคณฑ์กันแล้วก็ตาม ก็เห็นว่าน่าจะ
เป็นสินสมรส ซึ่งต้องแบ่งให้อีกฝ่ายหนึ่งตามส่วน เมื่อแบ่งแล้วแต่ละส่วนจึงตกเป็น
สินส่วนตัวของแต่ละฝ่ายไป ทั้งนี้เพราะว่าแม่จะมีคำสั่งศาลให้แยกสินบริคณฑ์หรือ
สินบริคณฑ์แยกออกจากกันโดยอำนาจของกฎหมายก็ตาม อันมีผลให้สามีภริยาแยกกัน
ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน แต่การสมรสก็ยังไม่ขาดจากกัน ดังนั้นทรัพย์สินที่ไ้เข้ามาในลักษณะ
ดังกล่าวจึงเป็นทรัพย์สินที่ไ้เข้ามาในระหว่างสมรสตามมาตรา ๑๔๖๖ และไม่มีกฎหมายใด
เลยที่บัญญัติว่า ทรัพย์สินที่ไ้เข้ามาหลังจากมีการแยกสินบริคณฑ์แล้วให้เป็นสินส่วนตัวของ
ฝ่ายที่ไ้เข้ามา

๓. การแยกสินบริคณฑ์นั้น ถ้าไม่มีคำสั่งศาลให้รวมก็คงยังมีผลอยู่ตลอดไป

และต่างฝ่ายก็มีสิทธิที่จะจัดการและจำหน่ายได้ และถ้าต่อมามีการขาดจากการสมรส ก็ไม่จำเป็นต้องแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยากันอีก เพราะแบ่งแยกไว้เป็นสัดส่วน ตั้งแต่โคแยกสินบริคคหฺแล้ว เป็นต้นมา

แต่ถ้าสามีหรือภริยาร้องขอและศาลสั่งให้รวมตามมาตรา ๑๔๔๕ แล้ว ผลจะเป็นอย่างไรเกี่ยวกับทรัพย์สิน เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งเรื่องนี้ถ้าจะให้ถือว่าทรัพย์สินที่มารวมนั้นคงเป็นสินส่วนตัวของแต่ละฝ่ายอยู่ก็ไม่ได้แน่ เพราะถ้าตีความเช่นนั้น การรวมกันใหม่ก็จะมีผลอะไร เพราะเมื่อเป็นสินส่วนตัว แต่ละฝ่ายก็ย่อมมีอำนาจจัดการและจำหน่ายได้เองอยู่แล้ว ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นศาลจะสั่งให้รวมกันเพื่อประโยชน์อันใด

ครั้นถ้าให้เป็นสินสมรสทั้งหมดก็จะขัดข้องที่ว่า ทรัพย์สินที่เป็นสินเดิม และสินส่วนตัวมาแต่แรก จะมีต้องกลายเป็นสินสมรสไปควยหรือ ซึ่งไม่น่าจะเป็นไปได้ ทั้งไม่มีกฎหมายใดบัญญัติไว้เช่นนั้นควย

อนึ่ง ถ้าจะให้ถือว่าทรัพย์สินของแต่ละฝ่ายเป็นสินเดิมของแต่ละคนใหม่ ตามความเห็นของนักนิติศาสตร์บางท่านก็น่าจะเป็นไปได้ เพราะจะทำให้ทรัพย์สินที่เคยเป็นสินส่วนตัวและสินสมรสอยู่ก่อนมากลายเป็นสินเดิมไปควยอำนาจอะไร เพราะสินเดิมนั้นต้องเป็นทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีมาก่อนสมรส และแม้จะมองในแง่เพื่อประโยชน์ของความยุติธรรม ก็เห็นว่าการแปลเช่นนี้ไม่ก่อให้เกิดความยุติธรรมเสมอไป เพราะอาจมีกรณีสินเดิมฝ่ายสามีไม่มีสินเดิมมาเลย แต่ภริยามีสินเดิม เมื่อมีการแยกสินบริคคหฺ ฝ่ายชายก็ได้อำนาจไปแล้วจำนวนหนึ่ง ต่อมาเมื่อมีคำสั่งศาลให้รวมเช่นนี้ ก็จะทำให้กลายเป็นมีสินเดิมขึ้นมา ซึ่งจะมีบทบาทอย่างมากในการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา เมื่อขาดจากการสมรส

ดังนั้น ในกรณีนี้จะถือว่า คำสั่งศาลที่สั่งให้รวมนั้นมีผลย้อนหลังไปในอดีตจนถึงวันที่มีการสมรสควย คือเท่ากับมีผลเสมือนดังว่าไม่เคยมีคำสั่งศาลให้แยกสินบริคคหฺเลย กล่าวคือในเวลาแบ่งทรัพย์สินกันตอนขาดจากการสมรสนั้นก็ตองดูตอนสมรสว่าฝ่ายใดมีสินเดิมหรือสินส่วนตัวมาเท่าไร แล้วจึงแบ่งไปตามนั้น ทั้งนี้แม้จะไม่มีกฎหมายสนับสนุนชัดแจ้งให้แปลเช่นนี้ก็ตาม แต่ถาจะแปลเป็นอย่างอื่น ก็ไม่มี

กฎหมายบัญญัติไว้ เช่นเดียวกัน อันอาจถือได้ว่าเป็นของไหวของกฎหมาย และถ้าจะ
ตีความตามจารีตประเพณีก็ไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องที่บัญญัติขึ้นใหม่ไม่มีจารีตประเพณี
มาแต่เดิม ครั้นจะนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับก็ไม่มี กรณีจึงต้องบังคับ
ตามหลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law) ซึ่งจะเป็นธรรม
หรือไม่ ต้องพิจารณาในตอนที่มาจากการสมรส อันเป็นวิธีแก้กฎหมายได้บัญญัติ
เอาไว้แล้ว ดังนั้นการแปลให้คู่กรณีกลับคืนสู่สถานะเดิมจึงใกล้เคียงกับความถูกต้อง
มากที่สุด อันเป็นการตีความมาตรา ๑๔๔๕ ให้มีผลใช้บังคับได้ และใช้ได้อย่าง
ยุติธรรมที่สุดด้วย ซึ่งถ้าตีความเช่นนั้นแล้ว เมื่อมีการรวมสินบริภคหญิงใหม่ และเคยมี
สัญญาอนสมรสให้ภริยาเป็นผู้มีอำนาจจัดการสินบริภค ภริยาก็ย่อมมีอำนาจจัดการ
สินบริภคนั้นต่อไปตามเดิม

๒.๕ สัญญาระหว่างสมรส

๒.๕.๑ ลักษณะของสัญญาระหว่างสมรส

แต่เดิมสามีภริยาจะทำสัญญาในระหว่างที่ยังอยู่กินด้วยกันหาได้ไม่ เพราะ
กฎหมายถือว่าผู้เมียเท่ากับคน ๆ เดียวกัน (husband and wife are
considered one person in law) แล้วจะทำสัญญากับตนเองได้อย่างไร^{๔๕} แต่
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ อนุภาคให้สามีภริยาทำสัญญาระหว่าง
สมรสได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๖๑ ว่า "สัญญาใดที่สามีภริยาได้ทำไว้ต่อกัน
ในระหว่างเป็นสามีภริยากันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกกลางเสียในเวลาใดที่เป็นสามี
ภริยากันอยู่ หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับตั้งแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากันก็ได้
แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต"

^{๔๕} พระยาศาส์กรีกพงศักรมพิลาศ มนุญษายุกติสภาบดี, คำบรรยายกฎหมายครอบครัว,
(พระนคร : โรงพิมพ์คุรุสภา, ๒๕๑๐), หน้า ๔๒ - ๔๓

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่าสัญญาระหว่างสมรสมีลักษณะพิเศษ
ดังนี้ คือ

๑. ฝ่ายใดจะบอกกลางเสียในเวลาใดในระหว่างที่เป็นสามีภริยากันอยู่
หรือภายในกำหนด ๑ ปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากันก็ได้
๒. การบอกกลางนั้นไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการ
โดยสุจริต

เหตุที่ต้องนำเรื่องสัญญาระหว่างสมรสมากล่าวไว้ เพราะนักนิติศาสตร์
บางท่านเห็นว่า สามีภริยาอาจทำสัญญาระหว่างสมรสในเรื่องใดก็ได้ ไม่จำเป็นต้อง
เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา โดยเฉพาะอาจทำสัญญาระหว่างสมรสใน
เรื่องที่กฎหมายอนุญาตให้ทำสัญญาก่อนสมรสได้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา
๑๔๖๑ แล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาระหว่างสมรสมีลักษณะที่แตกต่างกับสัญญาก่อนสมรสมาก
เพราะสัญญาระหว่างสมรสเป็นสัญญาที่คู่สมรสได้ทำขึ้นในระหว่างสมรส แต่สัญญาก่อน
สมรสเป็นสัญญาที่คู่สมรสในอนาคตได้ทำขึ้นก่อนสมรส

๒.๕.๒ เสรีภาพในการทำสัญญาระหว่างสมรส

สำหรับปัญหาว่า สัญญาระหว่างสมรสคู่สมรสจะมีเสรีภาพทำกันได้แค่ไหน
เพียงใด อาจแยกพิจารณาออกได้เป็น ๒ กรณี คือ

๑. จะทำสัญญาระหว่างสมรสในเรื่องที่กฎหมายอนุญาตให้ทำสัญญา
ก่อนสมรส ยกเว้นเอาไว้ได้หรือไม่ เช่น ระหว่างสมรสทำสัญญาให้ภริยาเป็นผู้มีอำนาจ
จัดการสินบริคณห์ ฯลฯ

๒. จะทำสัญญาระหว่างสมรสได้แต่เฉพาะในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามี
ภริยา หรือรวมทั้งที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในค่านอื่นด้วย เช่น สัญญาที่หมั้นที่สามีทำให้
ไว้แก่ภริยาในเรื่องความประพฤติในระหว่างสมรส สามีจะอาศัยมาตรา ๑๔๖๑
บอกกลางเสียได้หรือไม่ หรือทำสัญญาให้ภริยาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ฯลฯ

๓. จะทำสัญญาระหว่างสมรสในเรื่องอื่นซึ่งมิได้เกี่ยวกับความสัมพันธ์
ระหว่างสามีภริยาได้หรือไม่

เรื่องเสรีภาพหรือขอบข่ายในการทำสัญญาระหว่างสมรส ได้มีนักนิติศาสตร์ให้ความเห็นไว้ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

๑. ความเห็นที่ ๑^{๔๖} เห็นว่า จะทำสัญญาระหว่างสมรสในเรื่องที่อาจทำสัญญาก่อนสมรสได้ เช่น สัญญาระหว่างสมรสจะเป็นข้อตกลงในเรื่องการจัดการทรัพย์สินได้ มาตรา ๑๔๕๔ วรรค ๑ บัญญัติว่า "ถ้าสามีภริยามีได้ทำสัญญากันไว้ในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในเรื่องทรัพย์สินนั้นให้บังคับตามบทบัญญัติในหมวดนี้" ซึ่งดูประหนึ่งว่าเรื่องจัดการทรัพย์สินนั้นจะต้องตกลงกันได้ก่อนสมรสเท่านั้น ดังนั้นก็ไม่น่าจะตกลงในสัญญาระหว่างสมรสได้ แต่จะดูข้อความในมาตรา ๑๔๕๔ วรรค ๑ ตอนท้ายที่ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในเรื่องทรัพย์สินนั้นให้บังคับตามบทบัญญัติในหมวดนี้ คำว่า "ในหมวดนี้" ย่อมหมายถึงมาตรา ๑๔๖๑ ด้วย และในมาตรา ๑๔๖๑ ไม่ได้จำกัดว่า จะทำสัญญาในเรื่องการจัดการทรัพย์สินไม่ได้ (หมายถึงเฉพาะเรื่องที่อยู่ในชายจะทำสัญญาก่อนสมรสได้) ดังนั้นก็น่าจะทำได้ แต่อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกกลางใจเท่านั้น และขอสรุปท้ายก็คือว่า สัญญาระหว่างสมรสตามมาตรา ๑๔๖๑ ต้องเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินเท่านั้น (ตามหมวด ๔) แต่ไม่รวมถึงสัญญาอย่างอื่น เช่น สัญญาที่ตีพิมพ์ตามมาตรา ๑๕๐๐ (๗)

๒. ความเห็นที่ ๒^{๔๗} เห็นว่า สัญญาก่อนสมรสตามมาตรา ๑๔๕๔ กล่าวทำนองว่าต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สิน แต่สัญญาระหว่างสมรสตามมาตรา ๑๔๖๑ ไม่ว่าไว้เช่นนั้น จึงอาจเป็นเรื่องอะไรก็ได้ คืออาจเป็นได้ทั้งสัญญาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินและทางอื่น ๆ แต่เมื่อย้อนไปดูมาตรา ๑๔๕๔ ตามที่กล่าวถึงบทบัญญัติในหมวด ๔ ซึ่งรวมถึงมาตรา ๑๔๖๑ เป็นเรื่องทรัพย์สิน ถ้าเป็นเรื่องอื่นนอกจากนั้นไม่น่าจะอยู่ในบังคับของมาตรา ๑๔๖๑ ปัญหาที่ว่าสัญญาที่ตีพิมพ์ที่สามีทำไว้แก่ภริยาในเรื่อง

^{๔๖} ดร.อมร จันทรสมบุญ, เรื่องเดิม, หน้า ๘๗

^{๔๗} ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, เรื่องเดิม, หน้า ๘๘, ๑๔๘

ความประพฤติ สามีจะอาศัยมาตรา ๑๔๖๑ บอกกลางเสียได้หรือไม่ เพื่อจะไต่ประพฤติ
 เหลวไหลไต่ตามสบาย เห็นว่ามาตรา ๑๔๖๑ อยู่ในหมวด ๔ อันว่าด้วยทรัพย์สิน
 ระหว่างสามีภริยา และเป็นบทบัญญัติไว้ออกเนื่องมาจากสัญญาก่อนสมรสอันเป็นเรื่อง
 เกี่ยวกับทรัพย์สิน คุณตามตัวบทที่ว่านี้จึงน่าจะตีความว่า สัญญาที่สามีภริยาจะบอกกลาง
ไต่ตามมาตรา ๑๔๖๑ นั้นจะต้องเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินเท่านั้น ไม่น่าจะขยาย
 มาถึงทรัพย์สินอันเป็นสัญญาเกี่ยวกับความประพฤติ นอกจากนั้นถ้าฝ่ายที่ทำทรัพย์สินจะ
 บอกกลางเสียเมื่อใดก็ได้ เมื่อทำผิดทรัพย์สินไต่ตามใจชอบแล้ว ความที่บัญญัติไว้ใน
 มาตรา ๑๕๐๐ (๓) ก็จะต้องเป็นหมั้น เพราะเมื่อใดฝ่ายที่ทำทรัพย์สินจะทำผิดทรัพย์สิน
 ก็จะต้องบอกกลางเสียทุกครั้งไป เป็นอันว่าจะใช้มาตรา ๑๕๐๐ (๓) บังคับไม่ได้เลย

ความเห็นที่ ๓ เห็นว่า ถึงแม้เป็นสามีภริยากันแล้ว สามีภริยาก็ก็น่า
 สูญเสียสิทธิที่เอกชนทั่วไปมีต่อกัน เกี่ยวกับการทำนิติกรรมและสัญญาต่อกัน ฉะนั้น จึง
 อาจทำนิติกรรมและสัญญาต่อกันได้คงปกติ หากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา ๑๔๖๑
 จะเห็นได้ว่า "นิติกรรมอื่น" นอกจากสัญญา ไม่อยู่ในขอบัญญัติของมาตรา ๑๔๖๑ เหตุนี้
 จึงมีข้อคิดในเบื้องต้นว่า นิติกรรมอื่นที่ไม่ใช่สัญญา สามีภริยาจะทำให้กันได้หรือไม่

จากที่กล่าวมานั้นเห็นว่า สามีภริยาไม่สูญเสียสิทธิอันใดในการทำนิติกรรม
 สัญญาต่อกัน ฉะนั้นจึงทำได้ตามปกติ เช่น ทำพินัยกรรมยกทรัพย์ (เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว
 โดยเคร่งครัด ไม่ใช่สัญญา ไม่ใช่มาตรา ๑๔๖๑ บังคับ) นิติกรรมฝ่ายเดียวชนิดอื่นก็
 เห็นจะทำให้กันได้ตามปกติ แต่ไม่บังคับด้วยมาตรา ๑๔๖๑ ซึ่งบัญญัติว่า "สัญญา"
 จึงใช้บังคับได้เฉพาะสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างเป็นสามีภริยาเท่านั้น และจะใช้บังคับสัญญา
ที่ทำไว้ก่อนสมรส ไม่ว่าเป็นสัญญาทั่วไปหรือสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินตามมาตรา ๑๔๕๔
ด้วยไม่ได้

๔๘ อนุมติ ใจสมุทร, เรื่องเดิม, หน้า ๑๖

ปัญหาเบื้องต้นมีว่า สัญญาพวกใดบ้างที่จะต้องบังคับด้วยมาตรานี้ คำตอบ
 น่าจะแน่นอนว่า ทุก ๆ สัญญาไม่ว่าจะเป็นเอกเทศสัญญา ในบรรพ ๓ ที่สามมีกริยาทำ
 ต่อกัน หรือสัญญาพิเศษต่าง ๆ ที่มีบัญญัติไว้ในบรรพอื่น ตลอดทั้งสัญญานอกแบบนอกบท
 เช่น สัญญาแลกเปลี่ยน (นัยมาตรา ๑๑๔) หากสามมีกริยาทำขึ้นในระหว่างเป็นสามมีกริยา
 แล้ว อยู่ในบังคับมาตรา ๑๒๖๑ ทั้งสิ้น

เมื่อพิจารณาจากความเห็นของนักนิติศาสตร์ เกี่ยวกับเรื่องเสรีภาพในการ
 ทำสัญญาระหว่างสมรส นักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่า อาจจะทำสัญญาระหว่างสมรสใน
 เรื่องที่กฎหมายอนุญาตให้ทำสัญญาก่อนสมรสได้ โดยให้เหตุผลว่า มาตรา ๑๒๖๑ อยู่ใน
 หมวดเดียวกับมาตรา ๑๔๕๕ ซึ่งเป็นเรื่องสัญญาก่อนสมรส และตามมาตรา ๑๒๖๑ ก็
 ไม่ได้บัญญัติห้ามเอาไว้ แต่ผู้เขียนเห็นว่า การตีความเช่นนี้จะไม่ถูกต้องตาม
 เจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะเหตุความหมิ่นฉ้อต่าง ๆ ที่อนุญาตให้ทำสัญญาก่อนสมรส
 ได้ คือมาตรา ๑๒๖๔ (๑) มาตรา ๑๒๖๕, มาตรา ๑๒๖๘ มาตรา ๑๔๗๓ วรรค ๑
 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า "ต้องเป็นเรื่องยกเว้นเอาไว้โดยสัญญาก่อนสมรสเท่านั้น"
 จึงเห็นว่าสัญญาระหว่างสมรสนั้นไม่อาจทำได้เฉพาะในเรื่องที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้
 ก็แต่เฉพาะโดยสัญญาก่อนสมรส เท่านั้น

สำหรับปัญหาว่า สัญญาระหว่างสมรสจะทำได้เฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้อง
 ความสัมพันธ์ระหว่างสามมีกริยา หรือรวมทั้งในเรื่องอื่นด้วย มีนักนิติศาสตร์บางท่าน
 เห็นว่าสัญญาระหว่างสมรสจะทำในเรื่องใดก็ได้ ไม่จำเป็นจะต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้อง
 ความสัมพันธ์ระหว่างสามมีกริยาเท่านั้น ซึ่งเรื่องนี้ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาคัดสินไว้
 ในทำนองเดียวกัน คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๔๖/๒๕๐๔ (ประชุมใหญ่) คดีระหว่าง
 นางเพ็ญศรี เอี่ยมอราม โจทก์ พันตรีวิสาร เอี่ยมอราม จำเลย

โจทก์ฟ้องว่าโจทก์จำเลยเป็นสามมีกริยากัน มีบุตร ๒ คน จำเลยผิดสัญญา
 ไม่ยอมให้ศาลเลี้ยงดู ขอให้ศาลบังคับ

จำเลยให้การว่า จำเลยได้ส่งเงินให้โจทก์ทุกเดือน กงค่างแต่เดือน
 สิงหาคม ๒๕๐๕ มาเท่านั้น ขอชำระให้เดือนละ ๓๐๐ บาท

ศาลกะประเค้นให้จำเลยนำสืบ กับต่อมาจำเลยยื่นคำร้องว่า โจทก์จำเลย
ยังเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย โจทก์จำเลยได้ทำสัญญาขณะเป็นสามีภริยากัน
จำเลยชอบกลางสัญญา ถือว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง

ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง

โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับให้จำเลยชำระเงินค่าเลี้ยงดูบุตร
แก่โจทก์

จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีนี้มีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยว่า จำเลย
จะบอกกลางสัญญาที่โจทก์นำมาฟ้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๖๑
ได้หรือไม่

มาตรา ๑๔๖๑ บัญญัติว่า "สัญญาใดที่สามีภริยาได้ทำไว้ต่อกัน ในระหว่าง
เป็นสามีภริยากันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกกลางเสียในเวลาใดที่เป็นสามีภริยากันอยู่
หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากันก็ได้ แต่ไม่กระทบ
กระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต"

ศาลฎีกาเห็นว่า คำว่า "สัญญาใด ๆ" ตามมาตรา ๑๔๖๑ นี้ หมายถึง
สัญญาทุกประเภท ที่สามีภริยาได้ทำต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยากัน เพราะมิได้มี
บทบัญญัติระบุไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าจะต้องเป็นสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามี
ภริยาเท่านั้น หาก "สัญญาใด ๆ" ตามมาตรา ๑๔๖๑ หมายถึงสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สิน
ระหว่างสามีภริยาโดยเฉพาะแล้ว ก็น่าจะได้บัญญัติไว้โดยชัดเจน เช่นเดียวกับที่บัญญัติ
ไว้ในมาตรา ๑๔๕๕ ถึงกรณีที่สามีภริยาทำสัญญาก่อนสมรสกันไว้เป็นพิเศษเกี่ยวกับ
ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่เห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริงฟัง
ได้ว่า สัญญาที่โจทก์นำมาฟ้อง เป็นสัญญาที่โจทก์จำเลยทำต่อกันในระหว่างเป็นสามี
ภริยากัน จะเป็นสัญญาในเรื่องใดก็ตาม เมื่อโจทก์จำเลยยังเป็นสามีภริยากันอยู่
จำเลยย่อมมีสิทธิบอกกลางสัญญาใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๖๑

ปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยต่อไปมีว่า การบอกกลางสัญญาของจำเลยตามคำร้อง
ที่จำเลยยื่นต่อศาล ไม่ได้ออกกลางต่อโจทก์โดยตรง จะมีผลเป็นการบอกกลางตามกฎหมาย
หรือไม่

ศาลฎีกาเห็นว่า การบอกกลางสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา ๑๔๖๖ นี้ สามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกกลางเสียในเวลาใดก็ได้ ระหว่าง
ที่เป็นสามีมียากันอยู่ ทั้งไม่มีกฎหมายบังคับว่าจะต้องบอกกลางก่อนถูกอีกฝ่ายหนึ่งฟ้อง
การที่จำเลยยื่นคำร้องต่อศาลขอบอกกลางสัญญาที่โจทก์นำมาฟ้องก็เพราะโจทก์ได้นำคดี
มาศาลแล้ว ในคำร้องของจำเลยก็ขอให้ศาลส่งสำเนาคำร้องให้โจทก์ และโจทก์ก็
ได้รับสำเนาคำร้องของจำเลยแล้ว ผลก็คือโจทก์ได้รับคำบอกกลางสัญญาจากจำเลย
โดยตรง การบอกกลางของจำเลยจึงชอบด้วยกฎหมาย เทียบตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่
๔๓/๒๔๔๘ คดีระหว่าง นายพจน์ พันสัชย์ โจทก์ นางปิ่น อินตะพันธ์ จำเลย นายเลย
เมืองสองวงศ์ ผู้ร้องสอด

และที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า แม้จะสมมุติว่าจำเลยบอกกลางได้ การบอกกลาง
จะมีผลตั้งแต่วันที่จำเลยบอกกลางเป็นต้นไป หากกระทำให้ขอตกลงที่มีอยู่ในสัญญาก่อน
การบอกกลางหมดความผูกพันไปแต่อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาก็ไม่เห็นพ้องด้วย เพราะการ
บอกกลางสัญญา ย่อมมีผลให้สัญญาที่ทำไว้ต่อกันสิ้นความผูกพัน เสมือนหนึ่งโจทก์จำเลย
ไม่เคยทำสัญญาไว้ต่อกันเลย จึงไม่มีทางจะบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาในช่วงระยะ
เวลาก่อนบอกกลางได้อีก

คดีมีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยต่อไปว่า เมื่อตามฟ้องโจทก์และคำให้การจำเลย
คดีมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยว่าจำเลยค้างชำระเงินตามสัญญาหรือไม่เพียงประเด็นเดียว
การที่จำเลยยื่นคำร้องขอบอกกลางสัญญา และศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง
เพราะสัญญาถูกบอกกลางแล้ว เป็นการวินิจฉัยนอกประเด็น หากขอด้วยวิธีพิจารณาไม่

ศาลฎีกาพิจารณาเห็นว่า แม้ในชั้นต้นประเด็นแห่งคดีจะมีเพียงประเด็น
เดียวว่า จำเลยค้างชำระเงินตามสัญญาหรือไม่ก็ แต่เมื่อจำเลยยื่นคำร้องบอกกลาง
สัญญา ก็ทำให้เกิดประเด็นเรื่องอำนาจฟ้องของโจทก์ขึ้นมาว่า เมื่อสัญญาที่โจทก์นำ

มาฟ้องถูกกลางเสียแล้ว โจทก์จะมีอำนาจฟ้องและดำเนินคดีต่อไปหรือไม่ ศาลฎีกาเห็นว่า อำนาจฟ้องคดี เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้จำเลยมิได้ให้การต่อสู้ไว้ ศาลมีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้ ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นให้โจทก์ชนะคดี ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย

พิพากษากลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ให้บังคับคดีไปตามพิพากษาศาลชั้นต้น

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาแล้ว ผู้เขียนไม่เห็นด้วยที่ศาลฎีกาคิดความว่า มาตรา ๑๔๖๑ ใช้บังคับกับสัญญาทุกประเภทที่สามมีบริยาได้ทำต่อกันในระหว่างสมรส โดยไม่จำเป็นจะต้องเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามมีบริยาตามบรรพ ๕ แต่เห็นว่าสัญญาระหว่างสามมีบริยาตามมาตรา ๑๔๖๑ นั้น จะต้องเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามมีบริยาเท่านั้น เพราะเหตุว่ามาตรา ๑๔๖๑ อยู่ในหมวด ๔ อันว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามมีบริยา และเป็นบทบัญญัติไว้อธิบายมาจากสัญญาก่อนสมรสอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สิน แต่อาจจะเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามมีบริยาในเรื่องอะไรก็ได้ เช่น อาจจะทำสัญญาให้โดยเสนหาในระหว่างที่เป็นสามมีบริยากันอยู่ก็ได้ แต่จะต้องไม่ขัดกับหลักทั่วไปในเรื่องสัญญา และบทบัญญัติพิเศษที่บัญญัติไว้ในบรรพ ๕

สรุป เรื่องเสรีภาพหรือชอบขายในการทำสัญญาระหว่างสมรส อาจวางหลักได้ดังนี้ คือ

๑. จะทำสัญญาระหว่างสมรสในเรื่องที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้เฉพาะในสัญญาก่อนสมรสไม่ได้
๒. สัญญาระหว่างสมรสจะทำได้แต่เฉพาะความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามมีบริยาเท่านั้น แต่ในเรื่องอะไรก็ได้ และจะต้องปฏิบัติตามหลักทั่วไปในเรื่องสัญญา และไม่ขัดกับบทบัญญัติในบรรพ ๕

๒.๕.๓ ผลในระหว่างครุณี

๒.๕.๓.๑ คสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจบอกกลางใจ

สัญญาระหว่างสมรสนั้นเมื่อทำแล้วมีผลบังคับใช้ระหว่างสามีภริยา แต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกกลางสัญญาในเวลาใดในระหว่างที่เป็นสามีภริยากันอยู่ หรือภายใน ๑ ปี นับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากันก็ได้ สำหรับเหตุผลที่กฎหมายยอมให้บอกกลาง ก็เพราะเห็นว่ากรณีที่ชายหญิงสมรสกัน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจตกอยู่ในอิทธิพลของฝ่ายหนึ่งใดเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอิทธิพลในด้านความเสนาหา

แต่การบอกกลางตามมาตรา ๑๔๖๖ นี้ ต้องเข้าใจว่าเป็นคนละเรื่องต่างหากจากกรณีที่สามีบอกกลางนิติกรรมผูกพันสินบริคณห์ที่ภริยาได้ทำกับบุคคลภายนอก โดยไม่ได้รับอนุญาตจากสามี อันมีผลทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆียะ (มาตรา ๓๔) ซึ่งตามมาตรา ๑๓๗ วรรค ๒ บัญญัติว่า "โมฆียะกรรมอันหญิงมีสามีได้ทำลงนั้น ท่านว่าสามีจะบอกกลางเสียก็ได้" ซึ่งจะเห็นว่ากฎหมายให้สิทธิบอกกลางเฉพาะแก่สามีเท่านั้น และการบอกกลางตามมาตรา ๑๓๗ เป็นการบอกกลางสัญญาที่หญิงมีสามีทำขึ้นกับบุคคลภายนอก แต่ตามมาตรา ๑๔๖๖ เป็นเรื่องการบอกกลางสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างสามีภริยา และเป็นสัญญาที่สมบรูณ์มาตั้งแต่ต้น ซึ่งโดยหลักการไม่อาจให้สัหายับหรือบอกกลางแก่กันได้ ดังนั้นการบอกกลางตามมาตรา ๑๔๖๖ นี้จึงเป็นเหตุผลพิเศษในกฎหมาย เพราะบัญญัติให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกกลางเสียก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงเหตุผลประการใด ซึ่งตามหลักทั่วไป สัญญาเมื่อทำขึ้นแล้ว จะสิ้นสุดไปก็โดยผลแห่งกฎหมายหรือเจตนาาร่วมกันระหว่างครุณีเท่านั้น และการบอกกลางโมฆียะกรรมนั้นโดยทั่วไปก็ต้องมีเหตุบกพร่องเป็นโมฆียะตามกฎหมายจึงจะบอกกลางได้ ฉะนั้น สัญญาระหว่างสมรสจึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่สัญญาประสงค์จะให้ผูกพันกันต่อไปหรือไม่ก็ได้ สุกแล้วแต่ใจของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่ฝ่ายเดียว ดังนั้นถ้าสามีภริยาทำสัญญากันระหว่างสมรส แม้จะมีไซ้เพราะทำไปด้วยความหลงใหลเสนาหา ก็อาจบอกกลางกันได้ทั้งสิ้น ฝ่ายที่ต้องการให้สัญญามีผลต่อไปก็ไม่มีทางที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายโดยทางอื่น จะฟ้องว่าอีกฝ่ายหนึ่งทำละเมิดโดยจงใจบอกกลางสัญญาก็ทำไม่ได้ เพราะเป็นการบอกกลางโดยอำนาจที่

กฎหมายให้ไว้ ซึ่งไม่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิดตามมาตรา ๔๒๐

แต่อย่างไรก็ตาม การบอกกลางนี้มีกำหนดเวลาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๖๑ กล่าวคือจะต้องบอกกลางในระหว่างที่เป็นสามีภริยากันอยู่ หรือภายในกำหนด ๑ ปี นับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากัน ซึ่งในเรื่องกำหนดระยะเวลาบอกกลางนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๗๒/๒๔๔๖ คดีระหว่าง พระยาปริตานฤเบศร์ โจทก์ นางหลี่ พันธพัก จำเลย

ข้อเท็จจริงได้ความว่า โจทก์จำเลยเป็นสามีภริยากัน โจทก์ได้ลงชื่อจำเลยในโฉนดที่ดินพิพาทในระหว่างเป็นสามีภริยากัน ในลักษณะให้ กอนไช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ต่อมาศาลพิพากษาให้หย่า โจทก์ได้บอกกลางสัญญาให้กรรมสิทธิ์กับจำเลยแล้ว จึงมาฟ้องคดีนี้ให้ชี้ความชื่อจำเลยออกจากโฉนดที่ดินของโจทก์เสีย

ศาลแพ่งและศาลอุทธรณ์ยกมาตรา ๑๔๖๑ มาปรับคดีนี้ว่า โจทก์บอกกลางสัญญาให้ได้ แม้จะเกินกว่า ๑๐ ปีแล้ว จะนำเรื่องลักษณะการให้ตามบรรพ ๓ มาใช้บังคับไม่ได้ โจทก์จึงขอเพิกถอนชื่อจำเลยออกจากโฉนดได้

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า มาตรา ๑๔๖๑ ระบุว่า สัญญาใดที่สามีภริยาทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยากันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกกลางเสียก็ได้ มาตรานี้มีได้ระบุงำกัคว่า เฉพาะแต่สัญญาซึ่งจะต้องมีการปฏิบัติกันตามสัญญาต่อไป เมื่อกฎหมายระบุว่า สัญญาที่ทำไว้ต่อกันไว้ "ลอย ๆ" ก็ย่อมมีความหมายว่า สัญญาใด ๆ ที่ทำไว้ต่อกัน ไม่ว่าจะปฏิบัติกันต่อไปหรือไม่ ก็ย่อมอยู่ในขอบข่ายที่จะบอกกลางตามมาตรา ๑๔๖๑ ได้ทั้งสิ้น และตามมาตรา ๑๔๖๑ ระบุไว้ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกกลางสัญญาที่ทำไว้ต่อกันได้ในเวลาใด ๆ ในระหว่างที่เป็นสามีภริยากันอยู่ หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากัน ฉะนั้น แม่ว่าจำเลยจะมีชื่อรวมอยู่ ๑๐ ปีแล้ว คดีโจทก์ก็ไม่ขาดอายุความ จึงให้เพิกถอน ยืนตามศาลแพ่งและศาลอุทธรณ์

จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ เห็นได้ว่าแม้สามีลงชื่อภริยาในโฉนดที่ดินที่ตน ส่วนของตนให้แก่ภริยาเป็นเวลา ๑๐ ปีมาแล้ว เมื่อต่อมาหย่ากัน สามีก็ยังใช้สิทธิบอกกลาง

ได้ภายใน ๑ ปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่า การบอกกลาง
ในมาตรา ๑๕๖๑ เป็นบทบัญญัติพิเศษยกเว้นบทบัญญัติเรื่องอายุความในการบอกกลาง
โมฆียะกรรมทั่ว ๆ ไป ซึ่งตามหลักโมฆียะกรรมทั่ว ๆ ไปแล้วจะต้องบอกกลางอย่างช้า
ที่สุดภายใน ๑๐ ปี นับแต่เมื่อได้ทำโมฆียะกรรมนั้น (มาตรา ๑๕๓) มิฉะนั้นก็จะขาด
อายุความบอกกลางอันจะมีผลทำให้นิติกรรมนั้นสมบูรณ์ตลอดไป

แต่มีข้อสงสัย ๑. สัญญาที่จะบอกกลางใดตามมาตรา ๑๕๖๑ นี้ จะต้องเป็น
สัญญาที่ชายหญิงทำไว้ต่อกันในระหว่างที่เป็นสามีภริยา เพราะฉะนั้น ถ้าทำสัญญาภายหลัง
ที่ใดหย่ากันแล้ว จะอาศัยมาตรา ๑๕๖๑ นี้เพื่อบอกกลางกันไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่
๗๖๓/๒๕๕๗ คดีระหว่าง นางคาหรือคำคา ไชยชนะนะ โจทก์ พลตำรวจแสน วงศ์อินตะ
หรือชั้นแก้ว จำเลย)

เมื่อขาดจากการเป็นสามีภริยาหนึ่งปีล่วงไปแล้ว การใช้สิทธิบอกกลาง
ตามมาตรา ๑๕๖๑ ย่อมหมดไป ต่อจากนั้นคู่กรณีจะต้องผูกพันกันต่อไปตามสัญญา เมื่อมี
การผิดสัญญาก็ย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา ๓๕๖ การเรียกค่าเสียหายฐาน
ผิดสัญญา ย่อมเรียกได้ทั้งกรณีธรรมดา การฟ้องขอให้บังคับตามสัญญาก็เป็นไปตามหลัก
ทั่วไป

๒.๕.๓.๒ การบอกกลางเป็นสิทธิเฉพาะตัวหรือไม่

ปัญหาว่า การบอกกลางจะถือว่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวระหว่างสามีภริยาหรือ
จะตกทอดแก่ทายาทด้วย ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิบอกกลาง สัญญาระหว่างสมรส ตามมาตรา
๑๕๖๑ นี้ย่อมมีอยู่เฉพาะคู่สมรสทั้งสองฝ่าย แมว่าจะเป็นผู้ใดเปรียบในผลแห่งสัญญา
ก็ตาม ซึ่งการบอกกลางสัญญานั้น ตามหลักทั่วไปในมาตรา ๑๓๗ ทายาทของฝ่ายที่มีสิทธิ
บอกกลางย่อมมีสิทธิบอกกลางด้วย แมว่าเรื่องโมฆียะกรรมที่หญิงมีสามีทำลง จะมีมาตรา
๑๓๗ วรรค ๒ บัญญัติแยกไว้ต่างหากโดยให้เป็นอำนาจของสามีแต่เพียงผู้เดียวที่จะ
บอกกลาง โดยไม่กล่าวถึงเรื่องทายาทก็ตาม แต่นักกฎหมายส่วนมากก็เห็นว่ามาตรา ๑๓๗
วรรค ๒ ไม่เป็นข้อคัดสิทธิทายาทของสามีหรือหญิงมีสามีที่จะบอกกลางนิติกรรมที่ตกเป็น
โมฆียะกรรมนั้นได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้มาตรา ๑๕๖๑ ไม่ได้บัญญัติไว้เช่นนั้น

และกฎหมายบัญญัติไว้ เป็นพิเศษยกเว้นจากหลักทั่วไปของสัญญา เป็นการให้สิทธิเฉพาะ
 สามีกฎียาซึ่งแล้วแต่ความพอใจของคู่สมรสว่า เขาจะพอใจให้คู่สมรสของเขาได้รับ
 ประโยชน์จากข้อสัญญาหรือไม่ ดังนั้นจึงเห็นว่าสิทธิบอกกลางเป็นสิทธิเฉพาะตัวระหว่าง
 สามีกฎียาเท่านั้น ไม่ตกทอดไปถึงทายาท ซึ่งมีนักนิติศาสตร์หลายท่านก็เห็นเช่นนี้^{๕๘}

๒.๕.๓.๓ ผลของการบอกกลาง

มาตรา ๑๔๖๑ เพียงแต่บัญญัติว่าบอกกลางได้ แต่ไม่ได้บอกถึงผลของการ
 บอกกลางว่าเป็นอย่างไร ในกรณีนี้เห็นว่าน่าจะอนุมานเอาผลของการบอกกลางไม่มีกรรม
 ตามมาตรา ๑๓๘ มาใช้บังคับ กล่าวคือ มีผลทำให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก
 โดยอาศัยหลักมาตรา ๔ ในเรื่องเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งความเห็น
 นี้ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๔๖/๒๕๐๔ (ประชุมใหญ่) สนับสนุนโดยได้วินิจฉัยไว้
 ตอนหนึ่งว่า "การบอกกลางสัญญายอมมีผลทำให้สัญญาที่ทำไว้ตกกันสิ้นความผูกพัน
เสมือนหนึ่งว่าโจทก์จำเลยไม่เคยทำสัญญาไว้ต่อกันเลย จึงไม่มีทางจะบังคับให้จำเลย
ปฏิบัติตามสัญญาในช่วงระยะเวลาก่อนบอกกลางได้อีก" และใช้กับสัญญาทุกประเภทไม่ว่า
 จะเป็นสัญญาซึ่งจะต้องมีการปฏิบัติตามข้อสัญญาต่อไปหรือไม่ ฉะนั้นในกรณีสัญญาประเภท
 ที่ปฏิบัติตามการชำระหนี้เสร็จสิ้นไปแล้ว เช่น การยกให้โดยเสนหา คู่สมรสจึงอาจบอกกลาง
 ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๗๒/๒๕๔๖)

๒.๕.๔ ผลต่อบุคคลภายนอก

ผลการบอกกลางสัญญาระหว่างสามีกฎียาย่อมมีผลอยู่เฉพาะคู่สัญญา แต่ไม่มี
ผลกระทบต่อกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต (มาตรา ๑๔๖๑ ตอนท้าย)
 เช่น สามีกฎียาทำหนังสือสัญญายกแหวนเพชรซึ่งเป็นสินเดิมของตนโดยระบุให้เป็นสินส่วนตัว

^{๕๘} ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, เรื่องเดิม, หน้า ๕๑

สอาด นาวิเจริญ, เรื่องเดิม, หน้า ๑๕๑

ของภริยา และไต่ส่งมอบแหวนเพชรให้แก่ภริยาแล้ว แหวนเพชรนั้นย่อมตกเป็นสินส่วนตัวของภริยาตามมาตรา ๑๔๖๔ (๓) ทั้งนี้ ถ้าหากภริยาเอาไปขายให้แก่บุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต กล่าวคือ ไม่ทราบถึงสัญญาค้ำกล่าว บุคคลภายนอกย่อมไต่กรรมสิทธิ์ในแหวนนั้น แม้อ้อมสามีจะบอกกลางสัญญาที่ยกแหวนเพชรให้แก่ภริยา บุคคลภายนอกผู้ซื้อโดยสุจริตก็ไม่ต้องคืนแหวน แต่เมื่อสามีบอกกลางการยกให้แล้วก็อันไม่มีสัญญา ยกให้แก่กันระหว่างสามีภริยา ภริยาก็ต้องรับผิดชอบหรือชดเชยราคาแหวน

๒.๕.๕ ขอแตกต่างระหว่างสัญญาก่อนสมรสกับสัญญาระหว่างสมรส

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติเรื่องสัญญาก่อนสมรสและสัญญาระหว่างสมรส อาจสรุปขอแตกต่างได้ดังนี้ คือ

๑. สัญญาก่อนสมรสต้องทำขึ้นก่อนสมรส แต่สัญญาระหว่างสมรสทำขึ้นหลังจากที่ไต่สมรสแล้ว จนถึงวันที่ขาดจากการสมรส
๒. สัญญาก่อนสมรสทำแล้วจะเปลี่ยนแปลงในระหว่างสมรสไม่ได้ เว้นแต่จะไต่รับอนุญาตจากศาล ในกรณีที่อปรคัยเหตุผลเท่านั้น แต่สัญญาระหว่างสมรสบอกกลางไต่ตลอดเวลาที่เป็นสามีภริยา และภายใน ๑ ปีนับแต่วันที่ขาดจากความเป็นสามีภริยา
๓. สัญญาก่อนสมรสทำได้แต่เฉพาะความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาและเท่าที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้เท่านั้น และสัญญาระหว่างสมรสก็ทำได้เฉพาะความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเช่นเดียวกัน แต่ในเรื่องอะไรก็ได้ แต่ต้องไม่ขัดกับหลักทั่วไปในเรื่องสัญญา เช่น ทำสัญญาให้ ก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องให้ และตามบทบัญญัติพิเศษในบรรพ ๕ อีกด้วย

๒.๕.๖ สัญญาระหว่างสมรสตามกฎหมายต่างประเทศ

การทำสัญญาระหว่างสมรสตามกฎหมายต่างประเทศนั้น บางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติห้ามหรืออนุญาตให้สามี

ภริยาทำสัญญาระหว่างสมรสไว้เป็นบทบัญญัติทั่ว ๆ ไปเหมือนกับกฎหมายไทย แต่จะมี
บัญญัติไว้เป็นเรื่อง ๆ ไปว่ากรณีไหนทำได้หรือไม่ได้ เช่น

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๕๕๕ บัญญัติว่า "สัญญาซื้อขาย
ระหว่างคู่สมรสจะทำได้เฉพาะใน ๓ กรณีต่อไปนี้ คือ

๑. สัญญาซึ่งคู่สมรสฝ่ายหนึ่งโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง
ยอมมีสิทธิได้รับชำระราคาในกรณีที่แยกกันอยู่โดยคำสั่งศาล

๒. สัญญาซึ่งสามีโอนทรัพย์สินแก่ภริยาโดยมีเหตุที่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่า
จะไม่ได้แยกกันอยู่ เช่นในกรณีเพื่อทดแทนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกโอนไปหรือเงินซึ่งเป็น
ของภริยา ถ้าอสังหาริมทรัพย์หรือเงินนั้นไม่ได้เป็นสินบริคณห์

๓. สัญญาซึ่งภริยาโอนทรัพย์สินแก่สามีเพื่อเป็นการชำระเงินกองทุนของ
สามี และเป็นกรณีที่ไมรวมอยู่ในสินบริคณห์

นอกจาก ๓ กรณีนี้ให้ทายาทของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีผลประโยชน์
ทางอ้อมยอมมีสิทธิ "

หรือในเรื่องใหม่มีมาตรา ๑๐๘๖ บัญญัติว่า "การให้ซึ่งทำขึ้นระหว่างคู่สมรส
ในระหว่างสมรส แม้ถือได้ว่าเป็นสัญญาให้ระหว่างมีชีวิต ย่อมอาจถูกเพิกถอนได้เสมอ
การให้เหล่านี้จะถูกเพิกถอนไม่ได้เมื่อปรากฏว่ามีบุตร"

อย่างไรก็ดี ถ้าเป็นการทำสัญญาระหว่างสมรสในเรื่องที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน
ระหว่างสามีภริยา ก็ต้องไปพิจารณาในเรื่องการทำสัญญาคู่สมรส

แต่บางประเทศก็ได้บัญญัติไว้กว้าง ๆ เหมือนกับกฎหมายไทย เช่น
กฎหมายญี่ปุ่น กล่าวคือประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา ๗๕๒ บัญญัติว่า "สัญญาใดที่
สามีภริยาได้ทำไว้ต่อกันในระหว่าง เป็นสามีภริยากันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกกลาง
เสียในเวลาใดที่เป็นสามีภริยากันอยู่ก็ได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิบุคคลภายนอก
ผู้ทำการโดยสุจริต" เมื่อพิจารณาจากกฎหมายญี่ปุ่นแล้วจะเห็นว่าบัญญัติคล้ายคลึงกับ
กฎหมายไทย แต่แตกต่างกันที่ว่าตามกฎหมายญี่ปุ่นนั้นได้อนุญาตให้บอกกลางได้เฉพาะใน
ระหว่างที่เป็นสามีภริยากันอยู่เท่านั้น