

ปัญหาเงื่อนไขแห่งการสมรส : ศึกษากรณีหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น



นายกฤติทัต ฉายไสว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2556

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR) are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

THE PROBLEMS OF CONDITIONS OF MARRIAGE : THE CASE STUDY OF WOMAN  
WHOSE HUSBAND DIED OR MARRIAGE ENDED BY THE OTHER MEANS

Mr. Kriditat Chaisawai



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2013

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาเงื่อนไขแห่งการสมรส : ศึกษากรณีหญิงที่สามีตาย  
หรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น

โดย

นายกฤติทัต ฉายไสว

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร. ศันันท์กรณ์ โสดีพันธุ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร. ศันันท์กรณ์ โสดีพันธุ์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(รองศาสตราจารย์ ดร. รัชฎา เอกบุตร)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ดร. มานิตย์ วงศ์เสวี)

กฤติทัต ฉายไสว : ปัญหาเงื่อนไขแห่งการสมรส : ศึกษากรณีหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น. (THE PROBLEMS OF CONDITIONS OF MARRIAGE : THE CASE STUDY OF WOMAN WHOSE HUSBAND DIED OR MARRIAGE ENDED BY THE OTHER MEANS) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร. ศนันทกรณ โสติพันธุ์, 157 หน้า.

การสมรสแม้จะมีขึ้นตามครรลองของธรรมชาติ แต่กฎหมายก็ได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้ เนื่องจากครอบครัวเป็นสถาบันทางสังคมที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง ซึ่งการสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขแห่งการสมรสนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ โมฆียะ หรือมีผลตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวเฉพาะกรณีหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น ซึ่งกฎหมายห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ภายในระยะเวลา 310 วันนับแต่การสมรสเดิมสิ้นสุดลง เว้นแต่เข้ากรณียกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสในลักษณะดังกล่าวถือเป็นการจำกัดสิทธิในการสมรสของหญิง และไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน นอกจากนี้หากมีการสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าวเกิดขึ้น กฎหมายยังได้กำหนดให้สันนิษฐานว่าเด็กที่เกิดในช่วงเวลานั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีใหม่ ซึ่งนับเป็นการก่อให้เกิดภาวะแก่ชายผู้ถูกสันนิษฐานมากเกินไปสมควร

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ แนวความคิด และปัญหาของเงื่อนไขแห่งการสมรสของกฎหมายไทยโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายของอังกฤษ สาธารณรัฐสิงคโปร์ สาธารณรัฐอินเดีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ซึ่งจากการศึกษาพบว่าประเทศต่างๆ ไม่มีหรือต่างก็ได้ได้ยกเลิกเงื่อนไขที่ห้ามมิให้หญิงทำการสมรสเดิมสิ้นสุดลงทำการสมรสใหม่ เว้นแต่สาธารณรัฐอินโดนีเซียซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสเป็นตามหลักกฎหมายอิสลามที่กำหนดให้ต้องมีระยะเวลาพักรอ แต่เมื่อเปรียบเทียบแล้วจะพบว่ามียุทธศาสตร์น้อยกว่าที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กับประเทศญี่ปุ่นที่แม้จะยังคงมีเงื่อนไขห้ามมิให้หญิงทำการสมรสเดิมสิ้นสุดลงทำการสมรสใหม่ก่อนพ้นกำหนด 6 เดือนนับแต่การสมรสเดิมสิ้นสุด ซึ่งแม้เป็นระยะเวลาที่น้อยกว่าที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่ในญี่ปุ่นก็ได้มีความพยายามที่จะยกเลิกหรือแก้ไขหลักเกณฑ์ดังกล่าว รวมทั้งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้กำหนดให้การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขนี้สามารถเพิกถอนได้ และมีให้ใช้บทสันนิษฐานความเป็นบิดาแก่เด็กที่เกิดจากการสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขนี้ด้วย

ดังนั้นผู้เขียนจึงได้เสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาด้วยการ ยกเลิกมาตรา 1453 ที่ห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ภายในระยะเวลา 310 วัน และแก้ไขบทสันนิษฐานความเป็นบิดาในมาตรา 1537 โดยมีให้ใช้บทสันนิษฐานความเป็นบิดาในกรณีที่มีการสมรสใหม่และเด็กเกิดภายใน 310 วันนับแต่การสมรสเดิมสิ้นสุดลง หรือการสมรสนั้นเป็นโมฆะและศาลมีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิติศ \_\_\_\_\_

ปีการศึกษา 2556

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก \_\_\_\_\_

# # 5486000034 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: FAMILY LAW / CONDITIONS OF MARRIAGE

KRIDITAT CHAISAWAI: THE PROBLEMS OF CONDITIONS OF MARRIAGE : THE CASE STUDY OF WOMAN WHOSE HUSBAND DIED OR MARRIAGE ENDED BY THE OTHER MEANS. ADVISOR: PROF. DR. SANUNKORN SOTTHIBANDHU, 157 pp.

Though the marriage occurs by the mean of nature, the law determines condition of marriage because family is social institute which must be protected by the law. Marriage which breaches condition of marriage shall become void, voidable, or effected by the law. In case of woman whose husband died or marriage ends by the other means, the law prevents her to remarry in 310 days after the former marriage has ended except some allowed case. That condition of remarriage can be counted as limited of right to marriage of women and it is not match with society nowadays. Furthermore, if there is the marriage in breach of condition, the law shall assume that the children born among that time to be rightful child of the new husband who has been given too much burden more than deserve.

This study emphasizes in historical backgrounds, principles and problems on condition of marriage in Thai law by compare with British law, Law of Republic of Singapore, Law of Republic of India, Federal law of Federal Republic of Germany, Law of the Fifth Republic of France, Japanese law and Law of Republic of Indonesia. From the study, we found that most of the countries have repealed condition of remarriage except Indonesia which her Islamic law rules waiting period before remarriage but when that period is shorter than Civil and Commercial code of Thailand. In Japanese law, there remains condition of remarriage which prevents remarriage before 6 months after the termination of former marriage. Although this period in Japanese law is shorter than in Civil and Commercial code of Thailand, there are efforts to cancel or revise this condition. So the Civil code of Japan rules that marriage which breaches this condition may be annulled and shall not use presumption of fatherhood with child who is born from the annulled marriage.

In consequence, we suggest solution for those problems mentioned above by repeal article 1453 of Civil and Commercial Code of Thailand which prohibit remarriage of women in 310 days and revise the presumption of fatherhood in article 1537 by exception of presumption of fatherhood in case of the mother remarry and children is born in 310 days after termination of former marriage, or the marriage is void and the court rules the void of that marriage.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2013

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่กรุณาให้คำปรึกษา แนะนำ แก้ไข ปรับปรุง รวมทั้งให้ความช่วยเหลือต่างๆ ตั้งแต่การเริ่มต้นหาหัวข้อวิทยานิพนธ์จนกระทั่งสำเร็จเป็นรูปเล่มดังที่ปรากฏนี้ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณไว้ ณ ที่นี้

รวมทั้งขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ผู้สอนกฎหมายครอบครัว และมรดกแก่ผู้เขียนเมื่อครั้งปริญญาตรี ที่ได้กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และรองศาสตราจารย์ ดร.รัศมิ์ เอกบุตร ผู้สอนกฎหมายครอบครัวเปรียบเทียบในชั้นปริญญาโท ซึ่งผู้เขียนได้นำประเด็นปัญหาในชั้นเรียนมาพัฒนาเป็นหัวข้อวิทยานิพนธ์นี้ กับอาจารย์ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนได้ให้คำปรึกษาและคอยแนะนำจนทำให้วิทยานิพนธ์มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณ แพทย์หญิงกนกวรรณ คนหาญ ที่คอยให้กำลังใจแก่ผู้เขียน รวมทั้งมารดาและพี่สาวที่สนับสนุนการศึกษาแก่ผู้เขียนเยี่ยงกุลบุตรที่ดีเสมอมา

ท้ายที่สุดผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์แก่สังคมและวงการนิติศาสตร์บ้างพอสมควร และใคร่ขอยกคุณงามความดีทั้งหมดของวิทยานิพนธ์เล่มนี้แด่ ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี พนมยงค์ รัฐบุรุษอาวุโส ผู้เป็นแรงบันดาลใจของผู้เขียน รวมทั้งบรรดาคณาจารย์ทั้งที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้แก่ผู้เขียน แต่หากวิทยานิพนธ์นี้มีความผิดพลาดหรือบกพร่องประการใดล้วนเกิดจากความอ่อนด้อยของผู้เขียนเองทั้งสิ้น ซึ่งผู้เขียนขออ้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 สมมุติฐานของการวิจัย.....	2
1.3 วัตถุประสงค์.....	2
1.4 ขอบเขตการศึกษา.....	2
1.5 วิธีการศึกษา .....	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	3
บทที่ 2 วิวัฒนาการทางกฎหมายเรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมาย ครอบครัวไทย.....	4
2.1 วิวัฒนาการทางกฎหมายในเรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายต่างประเทศ.....	4
2.1.1 เงื่อนไขแห่งการสมรส .....	6
2.1.2 การสิ้นสุดการสมรส.....	7
2.2 วิวัฒนาการทางกฎหมายในเรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายครอบครัวไทย.....	8
2.2.1 กฎหมายมั่งรายศาสตร์ .....	8
2.2.2 กฎหมายลักษณะผิวเมีย.....	10
2.2.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478.....	12
2.2.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519.....	16
2.2.5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533.....	17
2.2.6 วิวัฒนาการเรื่องการสมรสใหม่ของหญิงที่สามิตาย .....	18
บทที่ 3 เงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายไทย .....	21
3.1 เงื่อนไขแห่งการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533 .....	22
3.1.1 ชายและหญิงต้องมีอายุ 17 ปี บริบูรณ์ .....	22

3.1.2 ชายหรือหญิงต้องไม่เป็นคนวิกลจริต หรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ .....	23
3.1.3 ชายและหญิงมิได้เป็นญาติสืบสายโลหิตต่อกัน .....	24
3.1.4 ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจะสมรสกันไม่ได้ .....	25
3.1.5 ชายหรือหญิงมิได้เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น .....	25
3.1.6 ชายและหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน .....	26
3.1.7 หญิงหม้ายจะสมรสใหม่ได้ต่อเมื่อขาดจากการสมรสเดิมแล้วไม่น้อยกว่า 310 วัน .....	26
3.1.8 ผู้เยาว์จะทำการสมรสได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง .....	27
3.2 เงื่อนไขเกี่ยวกับการแสดงเจตนา .....	28
3.2.1 การสมรสโดยสำคัญผิดตัวคู่สมรส .....	28
3.2.2 การสมรสโดยถูกกลฉ้อฉล .....	29
3.2.3 การสมรสโดยถูกข่มขู่ .....	30
3.3 หญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1453 .....	31
3.3.1 ความหมายของคำว่า “ตาย” และ “การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น” .....	32
3.3.2 ระยะเวลาที่ห้ามการสมรสและวิธีการนับ .....	35
3.3.3 ข้อยกเว้นที่หญิงสามารถทำการสมรสใหม่ได้ .....	36
3.3.3.1 คลอดบุตรแล้วในระหว่างนั้น .....	37
3.3.3.2 สมรสกับคู่สมรสเดิม .....	38
3.3.3.3 มีใบรับรองแพทย์ประกาศนียบัตรหรือปริญญาซึ่งเป็นผู้รักษาโรคในสาขาเวชกรรมได้ตามกฎหมายว่ามีได้ตั้งครรรภ์ .....	39
3.3.3.4 มีคำสั่งของศาลให้สมรสได้ .....	39
3.3.4 ผลการฝ่าฝืนเงื่อนไข .....	40
3.3.5 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา .....	41
3.3.6 ผลในทางส่วนตัว .....	43
3.3.7 ผลในทางทรัพย์สิน .....	43
3.4 กฎหมายอิสลามที่ใช้ใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ .....	44
3.4.1 ความเป็นมาในการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย .....	45
3.4.2 เงื่อนไขแห่งการสมรส .....	47



3.4.2.1 คู่สมรสชายและคู่สมรสหญิง .....	47
3.4.2.2 วลีของคู่สมรสหญิง .....	54
3.4.2.3 พยานในการสมรส .....	56
3.4.2.4 อีญาบและกอบูล .....	57
3.4.3 ผลการฝ่าฝืนเงื่อนไข .....	58
3.4.4 ข้อห้ามการสมรสใหม่ของหญิง .....	60
3.4.5 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา .....	62
3.5 เปรียบเทียบเงื่อนไขแห่งการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533 กับกฎหมายอิสลามที่ใช้ใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ .....	62
3.5.1 เงื่อนไขแห่งการสมรสที่ถือว่าการสมรสเป็นสถาบัน .....	62
3.5.1.1 เพศของคู่สมรส .....	62
3.5.1.2 การสมรสกับบุคคลต้องห้ามบางประเภท .....	63
3.5.1.3 การสมรสซ้อน .....	65
3.5.2 เงื่อนไขแห่งการสมรสที่ถือว่าการสมรสเป็นสัญญา .....	65
3.5.2.1 เกณฑ์อายุ .....	65
3.5.2.2 ความยินยอมและการแสดงเจตนาในการสมรส .....	65
3.5.3 ข้อห้ามมิให้นายทะเบียนทำการจดทะเบียนสมรส .....	66
3.5.3.1 การสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม .....	66
3.5.3.2 หญิงที่การสมรสเดิมสิ้นสุดลง .....	66
บทที่ 4 เงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายต่างประเทศ .....	67
4.1 ระบบคอมมอนลอว์ .....	67
4.1.1 ประเทศอังกฤษ .....	67
4.1.1.1 เงื่อนไขแห่งการสมรส .....	67
4.1.1.2 ผลการฝ่าฝืนเงื่อนไข .....	69
4.1.1.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา .....	70
4.1.2 ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ .....	71
4.1.2.1 เงื่อนไขแห่งการสมรส .....	72
4.1.2.2 ผลการฝ่าฝืนเงื่อนไข .....	84

4.1.2.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา.....	86
4.1.3 ประเทศสาธารณรัฐอินเดีย.....	87
4.1.3.1 เจื่อนใจแห่งการสมรส.....	87
4.1.3.2 ผลการฝ่าฝืนเจื่อนใจ.....	89
4.1.3.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา.....	92
4.2 ระบบซีวิลลอว์.....	93
4.2.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	93
4.2.1.1 เจื่อนใจแห่งการสมรส.....	93
4.2.1.2 ผลการฝ่าฝืนเจื่อนใจ.....	99
4.2.1.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา.....	102
4.2.2 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	104
4.2.2.1 เจื่อนใจแห่งการสมรส.....	105
4.2.2.2 ผลการฝ่าฝืนเจื่อนใจ.....	108
4.2.2.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา.....	110
4.2.3 ประเทศญี่ปุ่น.....	112
4.2.3.1 เจื่อนใจแห่งการสมรส.....	113
4.2.3.2 ผลการฝ่าฝืนเจื่อนใจ.....	115
4.2.3.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา.....	118
4.2.4 ประเทศสาธารณรัฐอินโดนีเซีย.....	119
4.2.4.1 เจื่อนใจแห่งการสมรส.....	119
4.2.4.2 ผลการฝ่าฝืนเจื่อนใจ.....	124
4.2.4.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา.....	124
บทที่ 5 วิเคราะห์เปรียบเทียบเจื่อนใจแห่งการสมรสตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ และ ปัญหาเกี่ยวกับเจื่อนใจแห่งการสมรสในกรณีหญิงที่สามีตาย หรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น	125
5.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบเจื่อนใจแห่งการสมรสตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ.....	125
5.1.1 เจื่อนใจแห่งการสมรสที่ถือว่าการสมรสเป็นสถาบัน.....	125
5.1.1.1 เพศของคู่สมรส.....	125

5.1.1.2 การสมรสกับบุคคลต้องห้ามบางประเภท .....	126
5.1.1.3 การสมรสซ้อน .....	128
5.1.2 เงื่อนไขแห่งการสมรสที่ถือว่าการสมรสเป็นสัญญา .....	128
5.1.2.1 เกณฑ์อายุ .....	128
5.1.2.2 ความยินยอมและการแสดงเจตนาในการสมรส .....	129
5.1.3 ข้อห้ามมิให้นายทะเบียนทำการจดทะเบียนสมรส .....	131
5.1.3.1 การสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม .....	131
5.1.3.2 หญิงที่การสมรสเดิมสิ้นสุด .....	132
5.2 ปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการสมรสในกรณีหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วย ประการอื่น .....	133
5.2.1 ข้อห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ .....	133
5.2.2 ระยะเวลาที่ห้ามมิให้สมรสใหม่ .....	136
5.2.3 ผลของการฝ่าฝืนทำการสมรสใหม่ .....	138
5.2.4 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา .....	139
บทที่ 6 สรุปและเสนอแนะ .....	143
6.1 สรุป .....	143
6.2 เสนอแนะ .....	147
รายการอ้างอิง .....	150
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	157

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ครอบครัวถือเป็นหน่วยพื้นฐานของสังคม ซึ่งเริ่มขึ้นเมื่อชายและหญิงได้ทำการสมรสกัน ภายใต้เงื่อนไขแห่งการสมรสที่กฎหมายกำหนด เพราะครอบครัวเป็นสถาบันทางสังคมที่กฎหมายต้องให้การคุ้มครอง ดังนั้นจึงจำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับการสมรส ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนเงื่อนไขหนึ่งเงื่อนไขใดย่อมนำไปสู่การสมรสที่เป็นโมฆะ การสมรสที่เป็นโมฆียะ หรือในบางกรณีการสมรสนั้นก็ยังคงสมบูรณ์ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่กำหนดผลของการฝ่าฝืนเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้เป็นกรณีๆ ไป

แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสใดๆ นั้น ก็ควรจะต้องสอดคล้องกับสภาพสังคม ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ของบุคคลที่ต้องการจะสมรสรวมทั้งเป็นการส่งเสริมการสร้างสถาบันครอบครัว ซึ่งปัจจุบันสังคมไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงทางสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม รวมถึงการพัฒนาทางเทคโนโลยี ดังสะท้อนได้จากทัศนคติเกี่ยวกับการใช้ชีวิตคู่ โดยมีอัตราการจดทะเบียนสมรสและการหย่าร้าง ในปี 2551 - 2555 ดังนี้ จำนวนการสมรสในปี 2551 จำนวน 318,496 คู่ ปี 2552 จำนวน 300,878 คู่ ปี 2553 จำนวน 285,944 คู่ ปี 2554 จำนวน 308,048 คู่ และปี 2555 จำนวน 314,388 คู่ ในขณะที่อัตราการหย่าร้างในปี 2551 มีจำนวน 109,084 คู่ ปี 2552 จำนวน 109,277 คู่ ปี 2553 จำนวน 108,428 คู่ และปี 2554 จำนวน 109,312 คู่ และปี 2555 เพิ่มขึ้นเป็น 111,377 คู่<sup>1</sup> ซึ่งจากข้อมูลของสำนักงานสถิติแห่งชาติดังกล่าวได้แสดงให้เห็นว่าอัตราการสมรสของคนไทยมีแนวโน้มที่ค่อนข้างลดลง ในขณะที่การหย่าร้างมีอัตราเพิ่มสูงขึ้นทุกปี

ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสเกี่ยวกับการสมรสใหม่ของหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น โดยกำหนดระยะเวลาห้ามทำการสมรสจนกว่าจะพ้นกำหนด 310 วันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลง ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าเงื่อนไขดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อหญิงที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงแล้วต้องการจะสมรสใหม่ ซึ่งไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมไทยในปัจจุบันที่มีคู่หย่าร้างมากขึ้นดังกล่าวแล้ว ทั้งนี้เหตุที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวก็

---

<sup>1</sup>สำนักงานสถิติแห่งชาติ, การจดทะเบียนสมรส/การจดทะเบียนหย่า [ออนไลน์], 18 สิงหาคม 2556. แหล่งที่มา <http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/BaseStat/basestat.html>.

เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาว่าบุตรที่อาจเกิดมาในระหว่างนั้นเป็นบุตรของสามีเดิมหรือสามีคนใหม่ ซึ่งในอดีตการที่จะพิสูจน์ถึงความเป็นบิดากับบุตรนับเป็นเรื่องที่ยากลำบาก กฎหมายจึงได้กำหนดห้ามไว้ แต่ในปัจจุบันเทคโนโลยีได้มีการพัฒนาขึ้นมา การที่จะตรวจพิสูจน์โดยใช้วิธีทางวิทยาศาสตร์นั้นก็ไม่ได้ลำบากแต่อย่างใด ดังนั้นการที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลง ด้วยประการอื่นนั้น เห็นว่าเป็นเงื่อนไขแห่งการสมรสที่เกินสมควรและไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมปัจจุบัน

## 1.2 สมมุติฐานของการวิจัย

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการสมรส ในกรณีหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน

## 1.3 วัตถุประสงค์

1. เพื่อศึกษาถึงปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการสมรส ในกรณีหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นว่ามีปัญหาใดบ้าง
2. เพื่อศึกษากฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการสมรส ทั้งที่เป็นกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์ เปรียบเทียบ และแสวงหาแนวทางการใช้การตีความที่เหมาะสม
3. เพื่อให้มีการแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการสมรสให้สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน

## 1.4 ขอบเขตการศึกษา

การวิจัยครั้งนี้มุ่งมั่นจะศึกษาถึงหลักการของกฎหมายที่ว่าด้วยเงื่อนไขแห่งการสมรส โดยทำความเข้าใจแนวคิดรวมถึงประวัติความเป็นมาของเงื่อนไขแห่งการสมรส เพื่อจะได้ทราบถึงที่มาและพัฒนาการของกฎหมายประกอบการพิจารณาเกี่ยวกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไปซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการสมรส โดยจะทำการศึกษากฎหมายไทยคือ กฎหมายมั่งรายศาสตร์ กฎหมายลักษณะผัวเมีย กฎหมายอิสลาม และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเฉพาะบรรพ 5 ครอบครัว ตลอดถึงคำพิพากษาศาลฎีกาและคำอธิบายในทางวิชาการของผู้ทรงคุณวุฒิโดยจะทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศได้แก่ ประเทศอังกฤษ สาธารณรัฐสิงคโปร์

สาธารณรัฐอินเดีย สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีสาธารณรัฐฝรั่งเศสประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐอินโดนีเซียเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการใช้การตีความและแก้ไขกฎหมายของประเทศไทย

### 1.5 วิธีการศึกษา

การดำเนินการวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลทางด้านเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้มาจากการค้นคว้าในหนังสือ บทความ วารสาร โดยข้อมูลเหล่านี้ได้มาจากห้องสมุดต่างๆ เช่น ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและห้องสมุดสัญญา ธรรมศักดิ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รวมทั้งข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงปัญหาที่เกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการสมรส ในกรณีหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นว่ามีปัญหาใดบ้าง
2. ทำให้ทราบถึงหลักการของกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการสมรส ทั้งที่เป็นกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ โดยนำมาวิเคราะห์ เปรียบเทียบ เพื่อให้ได้แนวทางการใช้การตีความที่เหมาะสม
3. ทำให้สามารถเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการสมรสให้มีความสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน

## บทที่ 2

### วิวัฒนาการทางกฎหมายเรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมาย ครอบครัวไทย

กฎหมายครอบครัวถือเป็นกฎหมายที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของกฎหมายธรรมชาติมากที่สุด ทั้งยังได้รับความสนใจจากศาสนาต่างๆ จนถึงกับหลายศาสนาเข้ามามีบทบาทกำหนดและควบคุมกฎหมายครอบครัวโดยตรงด้วย เช่นบางศาสนามีความคิดว่าการสมรสเป็นกิจกรรมภายใต้การบริหารของพระเจ้าดังคำกล่าวที่ว่า “Marriages are made in heaven” ที่เป็นเช่นนี้เพราะการสมรสเป็นสถาบันที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุดในชีวิตมนุษย์ และมีบทบาทที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมและอารยธรรมของมนุษย์มากกว่าสถาบันอื่นใดทั้งสิ้น<sup>1</sup>

#### 2.1 วิวัฒนาการทางกฎหมายในเรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายโรมันได้แบ่งประเภทการสมรสเป็น 2 ประเภท คือ Manus marriage และ Free marriage ดังนี้

1. Manus marriage<sup>2</sup> เป็นการสมรสธรรมดาที่เกิดขึ้นทั่วไปในยุคแรก แต่ได้ลดความสำคัญลงเรื่อยๆ ในยุคสาธารณรัฐ Manus marriage อาจเกิดขึ้นได้ด้วยวิธีต่อไปนี้

1.1 Coemptio เป็นการซื้อหญิงที่จะสมรส ซึ่งชายจะซื้อหญิงนั้นเช่นเดียวกับซื้อทรัพย์สินอื่นๆ โดยที่ครอบครัวของฝ่ายหญิงเป็นผู้ขาย

1.2 Confarreatio เป็นการสมรสที่มีพิธีกรรมทางศาสนาโดยกระทำต่อหน้าหัวหน้านักบวช ด้วยการร่วมกินขนมปังก้อนเดียวกัน การสมรสแบบนี้กระทำในหมู่ชนชั้นสูงและคณะ

---

<sup>1</sup>สันทัต ศะศิวิณช. “กติกาแห่งการสมรสนั้นปรับปรุงได้เสมอ”. วารสารนิติศาสตร์ 16 , 3 (กันยายน 2529) : 52.

<sup>2</sup>Plessis, Paul du and Andrew Borkowski. Textbook on Roman Law. Fourth edition. (New York :Oxford University Press, 2010), p. 122-123.

นักบวช ถือว่าเป็นหนึ่งในพิธีกรรมของการเข้าสู่ความเป็นชนชั้นสูง บุตรที่เกิดจากการสมรสชนิดนี้เท่านั้นที่สามารถครองตำแหน่งระดับสูงทางการเมืองได้

- 1.3 Usus เป็นการสมรสที่เกิดขึ้นจากการอยู่ร่วมกันระหว่างชายและหญิงเป็นเวลา 1 ปี แม้ว่าไม่ได้จัดพิธีสมรสก็ตาม โดยสันนิษฐานว่าคู่สมรสแสดงเจตนายินยอมที่จะสมรส โดยการอยู่ร่วมกัน แต่อย่างไรก็ตามหากหญิงมิได้อยู่ร่วมกับชายต่อเนื่องกันเป็นเวลา 3 คืน ใน 1 ปี การสมรสนั้นจะถูกสันนิษฐานว่าเป็นการสมรสประเภท Free marriage มิใช่การสมรสประเภท Manus marriage

ผลทางกฎหมายในการสมรสประเภท Manus marriage นั้นกำหนดให้สามีหรือ Paterfamilias มีอำนาจเหนือภริยาเช่นเดียวกันกับที่บิดามีอำนาจเหนือบุตร (Potestas) เช่น ภริยาจะไม่มีสิทธิในทรัพย์สินของตนเองและไม่สามารถครอบครองทรัพย์สินได้เว้นแต่ทรัพย์สินที่เป็นของใช้ส่วนตัว โดยทรัพย์สินที่หญิงครอบครองก่อนสมรสจะตกเป็นของสามีทันทีที่สมรสตามกฎหมายว่าด้วยสินเดิม (Dowry) เช่นเดียวกับทรัพย์สินที่ได้รับในระหว่างสมรส ทั้งนี้ภริยาไม่มีสิทธิทำสัญญาใดๆ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากสามี รวมถึงไม่สามารถฟ้องร้องหรือดำเนินการทางกฎหมายได้ ยิ่งไปกว่านั้น การสมรสแบบ Manus marriage ยังเป็นการตัดขาดหญิงออกจากครอบครัวเดิมโดยสิ้นเชิง แต่อย่างไรก็ตามสามีไม่มีอำนาจที่จะกำหนดความเป็นความตายของภริยาได้ ไม่สามารถขายภริยาเป็นทาสได้ ไม่สามารถมอบภริยาให้แก่เจ้านาย หรือให้ผู้ได้รับอุปการะภริยาของตนได้

2. Free marriage<sup>3</sup> หมายถึงการสมรสที่ภริยาเป็นอิสระทางกฎหมายจากสามี สามีไม่มีอำนาจเหนือภริยา ซึ่งการสมรสประเภทนี้เป็นวิธปฏิบัติในปลายยุคสาธารณรัฐ

Free marriage เกิดขึ้นโดยการอยู่ร่วมกันของชายและหญิงโดยการประกาศตนว่าเป็นสามีภริยากันนับแต่วันที่อยู่ร่วมกันซึ่งต่างจากการสมรสแบบ Usus โดย Ulpian นักกฎหมายผู้มีชื่อเสียงเห็นว่าเจตนาของคู่สมรสสำคัญกว่าข้อเท็จจริงที่อยู่ร่วมกันโดยกล่าวว่า “เพราะเจตนามิใช่เพราะนอนร่วมกันจึงเป็นการสมรส” ซึ่งหลักฐานของการสมรสประเภทนี้ เป็นได้ทั้งวิธีสมรสตามประเพณีและการแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ โดยการสมรสประเภทนี้จะถือว่าไม่มีสินเดิมติดตัวหญิงและจะสามารถกระทำได้เฉพาะระหว่างชาวโรมันด้วยกันเท่านั้น

ผลทางกฎหมายของการสมรสประเภท Free marriage นั้นไม่ได้ทำให้ฝ่ายหญิงเปลี่ยนตระกูลแต่ยังคงถือว่าอยู่ในตระกูลเดิมของตนและยังอยู่ใต้อำนาจของ Paterfamilias เช่นเดิม แต่หญิงมีสิทธิครอบครองทรัพย์สินของตนเองและทรัพย์สินที่ได้มาระหว่างสมรสก็ถือเป็นของหญิงด้วย รวมทั้งมีอำนาจทำสัญญาและดำเนินคดีทางกฎหมายได้ด้วยตัวเอง ตัวอย่างเช่น Gaia Afrania

<sup>3</sup> Ibid., p.124-125.



ภริยาของวุฒิสมาชิกผู้หนึ่งที่ได้รับค่าเสียหายจากการฟ้องร้อง แม้ว่าเธอจะมีชื่อเสียงในทางลบ เนื่องจากการขัดขวางการทำงานของตุลาการ จึงทำให้เกิดการออกกฎหมายห้ามสตรีเป็นตัวแทนในการฟ้อง เนื่องจากฝ่ายสามีที่ทำการสมรสประเภท Free marriage จะไม่ได้ครอบครองทรัพย์สินของภริยาโดยทันที สามีจึงต้องโน้มน้าวภริยาให้มอบทรัพย์สินเป็นของขวัญแก่ตน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาการหลอกลวง ดังนั้นจึงเป็นเหตุให้มีการตรากฎหมายห้ามมิให้สามีภริยามอบของขวัญที่มีมูลค่าสูงให้แก่กัน

### 2.1.1 เงื่อนไขแห่งการสมรส

1. กฎหมายโรมันห้ามการสมรสระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดานอย่างเด็ดขาด แม้ว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวจะเกิดขึ้นจากการรับอุปการะก็ตาม เช่นเดียวกับการห้ามพี่น้องและลูกพี่ลูกน้องลำดับแรกสมรสกัน แต่อย่างไรก็ตามการสมรสระหว่างลูกพี่ลูกน้องลำดับที่สอง และการสมรสระหว่างพี่น้องบุญธรรมได้รับการยอมรับใน ค.ศ. 49 สมัยจักรพรรดิ Claudius<sup>4</sup>

2. กฎหมายโรมันกำหนดอายุของชายหญิงที่จะทำการสมรส โดยถือเอาเกณฑ์ทางกายภาพที่จะสามารถมีความสัมพันธ์ทางเพศได้เป็นสำคัญ ซึ่งได้มีการกำหนดแตกต่างกันในแต่ละสมัย โดยอายุที่ยอมรับกันเป็นส่วนมากคือในสมัยของซีเซโรได้กำหนดให้หญิงสามารถหมั้นได้เมื่ออายุครบ 10 ปี และสมรสได้เมื่ออายุครบ 12 ปี<sup>5</sup> ส่วนชายจะสมรสได้เมื่อพ้นจากการปกครองของผู้ปกครองเมื่ออายุครบ 14 ปี<sup>6</sup>

3. ความสามารถทางกฎหมายในการสมรส (Conubium) ชายโรมันที่สมรสกับหญิงที่มีเชื้อชาวโรมัน จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายโรมัน กล่าวคือภริยาและบุตรจะได้รับสัญชาติโรมัน (หลัก patria potestas)<sup>7</sup> ในขณะที่หากเป็นหญิงโรมันทำการสมรสกับชายที่มีเชื้อชาวโรมันสามีของหญิงนั้นจะมีได้สัญชาติโรมันแต่จะถือว่าบุตรเป็นชาวโรมัน (Ius Gentium)<sup>8</sup>

<sup>4</sup>Treggiari, Susan. *Roman Marriage :Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, (New York: Oxford University Press, 1993), p.37-38.

<sup>5</sup>Ibid., p.41.

<sup>6</sup>Ibid., p.42.

<sup>7</sup>Ibid., p.46.

<sup>8</sup>Ibid., p.47.

4. การรับอนุภรรยา (Concubinatus) อาจนับเป็นการสมรสรูปแบบพิเศษในกฎหมายโรมัน<sup>9</sup>
5. ภริยาทาส (Cuntubernium) ทาสกับเสรีชนนั้นมีโอกาสทำการสมรสกันได้ หากแต่จะต้องรับเป็นภริยาทาส<sup>10</sup>
6. การอยู่ร่วมกันระหว่างชายหญิงที่เป็นเสรีชน และหญิงนั้นมีโซโสภาณี จะถูกสันนิษฐานว่าชายและหญิงได้แสดงเจตนาในการสมรส เว้นแต่จะมีหลักฐานเป็นอย่างอื่น<sup>11</sup>

### 2.1.2 การสิ้นสุดการสมรส<sup>12</sup>

การสมรสตามกฎหมายโรมันจะสิ้นสุดลงด้วยการหย่าความตาย การตกเป็นเชลยสงครามการถูกจับเป็นทาส และการถูกเนรเทศ ซึ่งทำให้บุคคลสูญเสียความสามารถในการสมรสไป

ทั้งนี้เมื่อสามีตาย ตามธรรมเนียมโรมันซึ่งต่อมาได้ตราเป็นกฎหมายตาม praetorian edict กำหนดให้ภริยาหม้ายต้องไว้ทุกข์เป็นเวลา 10 เดือน เรียกว่า legitimum tempus<sup>13</sup> หรือ tempus lugendi<sup>14</sup> ห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่เพื่อมิให้เป็นการหยามเกียรติวิญญาณสามีที่ล่วงลับ และป้องกันมิให้บุตรที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างนั้นตกเป็นบุตรของสามีใหม่ เว้นแต่หญิงได้คลอดบุตรแล้วจึงจะถือว่าการไว้ทุกข์ได้สิ้นสุดลง เนื่องจากการให้กำเนิดบุตรถือเป็นเหตุอันควรยินดีที่สามารถยับยั้งความทุกข์ได้

ในปี ค.ศ. 380 และ ค.ศ. 381จักรพรรดิ Theodosius ได้ตรากฎหมาย 2 ฉบับ ที่ขยายระยะเวลาการไว้ทุกข์ดังกล่าวจาก 10 เดือน เป็น 1 ปี โดยมีโทษและค่าปรับสำหรับผู้ฝ่าฝืนหลังจากนั้นการเปลี่ยนช่วงระยะเวลาดังกล่าวก็ได้รับอิทธิพลจากศาสนาคริสต์ในเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการเป็นหม้าย โดยให้ความเคารพแก่หญิงหม้ายที่ไม่ทำการสมรสใหม่ตามที่ปรากฏในคัมภีร์ของศาสนา

<sup>9</sup> Ibid., p.52.

<sup>10</sup> Ibid., p.53.

<sup>11</sup> Ibid., p.56.

<sup>12</sup> Ibid., p.435.

<sup>13</sup> Ibid., p.493.

<sup>14</sup> Arjava, Antti. *Woman and Law in Late Antiquity*. (New York :Oxford University Press, 1996), p.168.

คริสต์ โดยเชื่อว่าคู่สมรสจะได้พบกันอีกครั้งในชีวิตหลังความตาย ดังนั้นจึงต้องดำรงพันธะของการสมรสภายหลังจากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิตไปแล้ว<sup>15</sup>

นอกจากนั้น บิชอป John Chrysostom ได้กล่าวว่าทุกคนควรรังเกียจหญิงหม้ายที่สมรสใหม่ แต่อย่างไรก็ตามผู้ตรากฎหมายชาวโรมันก็ได้ตรากฎหมายใดที่เป็นการต่อต้านการสมรสใหม่ แม้กระทั่งจักรพรรดิจัสติเนียน (Justinian) ถึงจะทรงเชิดชูความเป็นหม้าย แต่ก็ทรงเห็นว่าการสมรสใหม่ถือเป็นเรื่องธรรมดา<sup>16</sup>

## 2.2 วิวัฒนาการทางกฎหมายในเรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายครอบครัวไทย

### 2.2.1 กฎหมายมั่งรายศาสตร์

มั่งรายศาสตร์ เป็นกฎหมายของพญามั่งรายปฐมกษัตริย์แห่งอาณาจักรล้านนา ผู้ทรงสถาปนาเมืองเชียงใหม่โดยพระองค์ทรงอาศัยกฎใน “ธรรมศาสตร์” ซึ่งตามคติของชมพูทวีปถือว่าสากลพิภพอยู่ภายใต้กฎธรรมชาติดันแปรเปลี่ยนมิได้ คือ “ธรรม” ซึ่งพระมุนีนำมาเผยแพร่แก่มนุษย์ทั้งหลายในรูปธรรมศาสตร์มาปรับใช้ให้เข้ากับรูปคดีในการตัดสินหรือพิพากษาความ นอกจากนั้นยังมีกฎหมายอีกประเภทหนึ่งคือ “ราชศาสตร์” ซึ่งเป็นการรวบรวมข้อความที่กษัตริย์ได้วินิจฉัยไว้จัดเข้าเป็นหมวดหมู่ในลักษณะเดียวกับธรรมศาสตร์และรวมเข้าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับธรรมศาสตร์ ซึ่งสันนิษฐานว่าพญามั่งรายได้รับธรรมศาสตร์มาจากอาณาจักรทริภุชชัยและรวบรวมเข้ากับคำพิพากษาของพระองค์แล้วให้ตราเป็นกฎหมายเพื่อให้ผู้ปกครองบ้านเมืองในยุคหลังใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยคดี<sup>17</sup> โดยมั่งรายศาสตร์ที่ค้นพบมีหลายฉบับ เช่น ฉบับนอตอง และฉบับวัดเชียงหมั้น จังหวัดเชียงใหม่ โดยฉบับเก่าแก่ที่สุดที่ค้นพบคือ ฉบับวัดเสาไห้ จังหวัดสระบุรีโดยน้อยคัมภีระ เป็นผู้คัดไว้ที่ลพบุรี เมื่อ พ.ศ. 2343 แต่ทั้งนี้จะไม่มีการทราบได้ว่าข้อความตอนใดเขียนขึ้นในปีใด เนื่องจากกษัตริย์ยุคหลังหากจะเปลี่ยนแก้ข้อความใหม่ก็มักจะคัดข้อความเดิมลงไว้แล้วเขียนข้อความเพิ่มเติมลงไว้ข้างหลัง<sup>18</sup>

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายโบราณล้านนาอีกหลายฉบับ เช่น ธรรมศาสตร์ราชกือนาเป็นการรวบรวมข้อความกฎหมายที่มีมาก่อนหลายๆ แห่งด้วยกัน ธรรมศาสตร์หลวงซึ่งมีข้อความหลายตอนแสดง

<sup>15</sup> Ibid., p.168.

<sup>16</sup> Ibid., p.170.

<sup>17</sup> ประเสริฐ ณ นคร, มั่งรายศาสตร์ (พระนคร : โรงพิมพ์เสียงเชียงจงเจริญ, 2514), หน้า (18)-(19).

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า (21).

ว่าคัดลอกมาจากมังรายศาสตร์ และธรรมศาสตร์ปรณจาดด้วยแบ่งควัตระกูล ผัวเมียพ่อแม่ลูกซึ่งเป็นกฎหมายโบราณล้านนาว่าด้วยครอบครัวและมรดก รวมถึงกฎหมายพระเจ้าล้านนด้วยเนื่องจากน่านเป็นเมืองหนึ่งของอาณาจักรล้านนาจึงต้องใช้กฎหมายตามที่เชียงใหม่ประกาศ เป็นต้น โดยกฎหมายเหล่านี้ส่วนใหญ่มีข้อกำหนดที่คล้ายคลึงกันแต่จะแตกต่างกันในเรื่องค่าปรับหรือรายละเอียด รวมทั้งแต่ละฉบับอาจให้ความสำคัญในแต่ละเรื่องแตกต่างกันบ้าง แต่ทั้งนี้ถือได้ว่ากฎหมายของล้านนาผูกพันกับหลักในทางพุทธศาสนาโดยถือว่าชายและหญิงจะเป็นสามีภริยากันได้ก็เพราะมีอิจฉัตถมาและอาลัยฉัตถมา กล่าวคืออิจฉัตถมาเป็นตัวผูกชายและหญิงให้อยู่ในสังสารวัฏแบ่งเป็นบุพภาคฉัตถมาคือจิตใจของชายและหญิงรักใคร่กันและอัปปริภาคฉัตถมาคือชายและหญิงได้ให้ของแก่กันได้จับเนื้อต้องตัวกันและได้ปฏิญาณต่อกัน ส่วนอาลัยฉัตถมาหมายถึงความผูกพันต่อกัน เมื่อชายและหญิงอยู่ด้วยกันย่อมมีความรักในลูกและภริยาเป็นอาลัย เป็นรักดีฉัตถมาเป็นเชือกผูกมัด หากแม่ไม่มีลูกแต่ก็อาลัยรักในทรัพย์สินบ้านเรือนเปรียบเสมือนดังเป็นลูกฉะนั้น<sup>19</sup>

กฎหมายมังรายศาสตร์ได้กำหนดกรณีที่ทำให้ถือว่าการสมรสนั้นไม่บังเกิดผล โดยเป็นการพิจารณาในแง่มูลเหตุจูงใจภายนอกเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นภายหลังการพูดจาตกลงกันระหว่างฝ่ายชายและฝ่ายหญิงแล้ว ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

#### 1. กรณีเป็นความผิดของฝ่ายหญิง<sup>20</sup>

กรณีที่ 1 หากชายไปหมั้นเจ้าตัวและพ่อแม่ยินยอม และส่งค่าตัวแล้ว ภายหลังสาวไม่ยินยอมหนีไปให้ใหม่ห่อหมาก 22,000 เบี้ย เงินค่าตัวสาวนั้นก็ให้ส่งคืน ส่วนฝ่ายชายซึ่งพาสาวหนีไปให้ใหม่มัน 55,000 เบี้ย ในกรณีที่ไม่ทราบหาหญิงมีคู่หมั้นแล้ว แต่ถ้าพอจะทราบก็ใหม่ 110,000 เบี้ยตามที่กำหนดในมังรายศาสตร์ ฉบับวัดเสาให้ หน้า 14

กรณีที่ 2 ชายหญิงชอบพอกัน พ่อแม่ให้เอาห่อหมากเงินค่าแต่งแล้ว หญิงเกิดเสียดายภายหลัง หนีออกไปอยู่เรือนท่าน ห่อหมากทั้งหมดให้คบเท่าเอาเถิดตามที่กำหนดในมังรายศาสตร์ ฉบับนอตอง ไบลานที่ 13 หน้า 7-8

กรณีที่ 3 หมายหมั้นสาว พ่อแม่ให้แล้ว สาวก็ยินยอม แต่สาวหนีไปเสีย ให้คืนเป็นเงิน เท่าที่ให้ฝากนั้น หากชายทำผิดคลองเมือง ให้ขับไล่ออกไปตามที่กำหนดในมังรายธรรมศาสตร์ ฉบับวัดช้างค้ำ หน้า 12

<sup>19</sup>พิธิณัย ไชยแสงสุขกุล, กฎหมายครอบครัว เปรียบเทียบกฎหมายมังรายศาสตร์กับกฎหมายตรา 3 ดวง (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528) หน้า 22.

<sup>20</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

## 2. กรณีเป็นความผิดของฝ่ายชาย<sup>21</sup>

การสมรสด้วยขันหมากเป็นประเพณีที่ถือปฏิบัติโดยบุคคลในสังคมทุกชั้นไม่ว่าจะเป็นผู้รับราชการไพร่ข้าทาส ย่อมมีความรับผิดชอบในครรถ้องสังคมเท่าๆกัน ถือได้ว่าเป็นความทัดเทียมทางบุคคลภาพ (personality) ที่ระบุชัดเจนว่าไม่เกี่ยวข้องกับฐานันดรเลย ซึ่งกฎหมายล้านนาอ้างหลักนิติธรรม (บุคคลทุกฐานันดรประกอบการใดๆ อยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเดียวกัน) แก่เรื่องนี้ไว้ ฝ่ายชายถือเป็นฝ่ายเสนอ ฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายสนองตอบ เมื่อปัจจัยสนองตอบไม่ยอมรับ ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังจากนั้น การสมรสก็จะมีต่อไปไม่ได้ แต่ยิ่งร้ายกว่านั้น ถ้าหากฝ่ายชายเสนอแล้ว ฝ่ายหญิงสนองตอบแล้ว ฝ่ายชายกลับละเลยไม่กระทำการให้บรรลุผลด้านการแต่งงานเป็นฝั่งเป็นฝาไป ก็ย่อมเป็นความผิดของฝ่ายชายผู้เสนออย่างแท้จริง ซึ่งผู้สนองเป็นฝ่ายเสียหายในชื่อเสียงเกียรติยศต่อบุคคลภายนอกและทางจิตใจ อันสมควรจะได้รับค่าชดใช้ความเสียหายดังกล่าวดังปรากฏในกฎหมายพระเจ้าล้านนฉบับเมืองไชยน์นทบุรินทร์ ได้แบ่งเป็น 3 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 หากชายใดหมั้นหมายแล้ว ภายหลังไม่แต่งงานด้วย ไม่ว่าจะหญิงนั้นจะเป็นลูกหลานไพร่ไทข้าเจ้าคนนายข้าท้าว คนขุนก็ดี น้ำเงินในเรือนก็ดี ให้ชดใช้เงินแก่พ่อแม่หญิง 52 น้ำผาครึ่งหนึ่ง<sup>22</sup>

กรณีที่ 2 หากชายใดหมั้นหมายแล้วภายหลังไม่แต่งงานด้วย ไม่ว่าจะหญิงนั้นจะเป็นลูกหลานราชินิกุลหลานท้าวพระยาเสนาอำมาตย์ขุนแสนท้าวหาญให้คารวะพ่อแม่หญิงตามขุนนางบรรดาศักดิ์ ให้เช่นไหว้ผีบรรพบุรุษของฝ่ายหญิงด้วยควาย หมู ไก่

กรณีที่ 3 หากชายใดแฉ้วสาวจนตั้งครรภ์แล้วไม่สนใจ ให้เสียค่าใช้จ่ายอยู่ไฟหลังคลอด 72 น้ำผาครึ่งหนึ่ง ทำให้หญิงตายไปให้ชดใช้ค่าตัวหญิง 330 น้ำผาครึ่งหนึ่ง

### 2.2.2 กฎหมายลักษณะผัวเมีย

กฎหมายลักษณะผัวเมียเป็นกฎหมายซึ่งตราไว้เมื่อครั้งกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานี ในรัชสมัยสมเด็จพระเจ้ารามาธิบดีศรีบรมจักรพรรดิ (พระเจ้าอู่ทอง) ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชกฤษฎีกาไว้ 2 คราว คือ เมื่อ พ.ศ. 1904 ว่าด้วยการผิดเมีย และต่อมาอีก 1 ปี เมื่อ พ.ศ. 1905 พระราชบัญญัติเพิ่มเติมว่าด้วยการแบ่งปันสินบริคณห์ระหว่างผัวเมียเมื่อจะหย่าขาดจากกัน

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 12-13.

<sup>22</sup> น้ำผา หมายถึงอัตราเงิน

เนื่องจากคดีฟ้องหย่าระหว่างขุนไกรนารายณ์กับแม่นางเกิด ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช เมื่อ พ.ศ. 2347 ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ชำระกฎหมายเก่าเรื่องประเพณีทำหนังสือบริคณห์ พร้อมทั้งได้ตราบทบัญญัติว่าด้วยวิธีแบ่งสินเดิมแบ่งสินสมรสของผัวเมียเมื่อหย่ากันโดยไม่มีหนังสือบริคณห์ด้วย และว่าด้วยอำนาจอิสระของบิดามารดา บทบัญญัติทั้งปวงนี้ได้เอามารวมกันเรียกว่ากฎหมายลักษณะผัวเมีย<sup>23</sup>

นอกจากกฎหมายลักษณะผัวเมียอันเป็นหลักสำคัญในกฎหมายเก่าแล้ว ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องผัวเมียกระจัดกระจายอยู่ในลักษณะอื่นอีก เช่น ลักษณะลักพา ลักษณะกู้หนี้ ลักษณะมฤตกลักษณะศักดินาทหารหัวเมือง เป็นต้น ซึ่งอยู่ในกฎหมายราชบุรีที่ได้ยกกฎหมายเดิมมาจัดรวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่ รวมถึงยังมีอยู่ในพระราชบัญญัติรัชกาลที่ 4 พระราชบัญญัติรัชกาลที่ 5 พระราชบัญญัติรัชกาลที่ 6 และพระราชบัญญัติรัชกาลที่ 7 ด้วย<sup>24</sup>

ซึ่งตามกฎหมายลักษณะผัวเมียนั้นได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้ในลักษณะของข้อห้ามมิให้ทำการสมรส โดยกำหนดบุคคลบางจำพวกมิให้สามารถทำการสมรส ดังนี้<sup>25</sup>

#### 1. ชายที่ห้ามทำการสมรส

1.1 พระภิกษุและสามเณร ถ้ามีเรียกว่า ปราชิก มีโทษตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 41

1.2 คนที่เกี่ยวข้องเป็นญาติกันไม่สามารถทำการสมรสกันได้ ตามกฎหมายลักษณะผัวเมียบทที่ 36 มีว่า “พ่อ แม่ ลูก พี่ น้อง ยายหลาน ลุง หน้า หลาน ฯลฯ ทำชู้กันไซ้ให้ทำพลอยผู้นั้น เสียในทะเล”

#### 2. หญิงที่ห้ามทำการสมรส

2.1 หญิงที่อายุต่ำกว่า 12 ขวบ แม่ฝ่ายหญิงและบิดามารดาจะยินยอมหรือตักแตงยกให้ อย่างไรก็ไม่มีผลสำเร็จเพราะขัดต่อกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 244 ที่ห้ามกระทำชำเราเด็กหญิงต่ำกว่า 12 ปี

<sup>23</sup> พลังกูรธรรมพิชัย, พระยา, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมฤตก (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2477), หน้า 1-2.

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 2-3.

<sup>25</sup> เซียง, กฎหมายผัวเมีย (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์พานิชกุลผล, 2456) หน้า 12-14.

2.2 หญิงที่มีสามีแล้ว จะสมรสอีกไม่ได้เรียกว่า มีชู้ตามกฎหมายลักษณะฟัวเมียบทที่ 4

2.3 หญิงที่อยู่ใต้อำนาจอิสระของบิดามารดาจะทำการสมรสไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากบิดามารดาตามกฎหมายลักษณะฟัวเมียบทที่ 81 และ 84

2.4 หญิงที่เป็นทาสจะทำการสมรสไม่ได้ ตามกฎหมายลักษณะทาสบทที่ 10 เว้นแต่ชายจะได้ไถ่ค่าตัวทาสนั้นก่อน

นอกจากนี้ยังห้ามมิให้หญิงหม้ายทำการสมรสในช่วงเวลาภายหลังที่สามีเสียชีวิต ตามกฎหมายลักษณะฟัวเมีย บทที่ 30 โดยการที่หญิงหม้ายสามีตายมีสามีใหม่ในระหว่างที่ศพสามียังหงายอยู่ในโลงถือเป็นเรื่องทำชู้เหนือผีอันเป็นการนำบัดสติถึงขนาดให้มีการปรับไหมลงโทษ<sup>26</sup>

โดยเรื่องชู้เหนือผีมีอยู่ในกฎหมายลักษณะฟัวเมียบทที่ 30 ซึ่งมีความว่า “ฟัวตายหงายไว้ทั้งโลง ศพยังอยู่กับเรือ นหญิงเมียนั้นน้ำตาตกและคล้อยใจกำหนดชักเอาชายนอน และผู้ตายหงายรับกันอยู่ดั่งนั้น ถ้าพี่น้องชายผู้ตายรู้เห็นเอาความมาฟ้องร้อง เมื่อสวนสับขับแท้แท้จริงไซ้ ให้หม้ายชู้เป็นเบี้ยสิบแสนให้แก่ญาติพี่น้องผู้ตาย” ดั่งนั้นญาติของผู้ตายจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้อง แต่ทั้งนี้ไม่เคยมีปรากฏว่าได้มีใครยกคดีเรื่องชู้เหนือผีขึ้นฟ้องร้องกัน เคยแต่เพียงยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อมิให้ภริยาผู้ตายเป็นผู้จัดการมรดก แต่เนื่องจากมิใช่ประเด็นโดยตรง ศาลจึงไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว<sup>27</sup>

### 2.2.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 นั้นคณะกรรมการร่างกฎหมายได้พิจารณากร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 โดยเทียบเคียงกับกฎหมายของต่างประเทศคือ เยอรมัน ฝรั่งเศส อังกฤษ สวิส ญี่ปุ่น และบราซิล<sup>28</sup> ซึ่งในส่วนของเงื่อนไขแห่งการสมรสนั้นได้กำหนดไว้ในหมวด 2 ของลักษณะ 1 ดังนี้

<sup>26</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวมฤตก (พระนคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), หน้า 60.

<sup>27</sup> พลังกูรธรรมพิชัย, พระยา, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมฤตก, หน้า 86.

<sup>28</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556), หน้า 4.

## 1. เงื่อนไขตามมาตรา 1445<sup>29</sup>

1.1 ชายหญิงจะทำการสมรสกันได้ต่อเมื่อชายมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ และหญิงมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์ หากชายและหญิงทำการสมรสก่อนอายุครบกำหนดดังกล่าวการสมรสนั้นย่อมอาจถูกเพิกถอนได้ตามมาตรา 1489 แต่ถ้าบิดามารดาหรือผู้ปกครองได้ให้ความยินยอมแล้วจะร้องขอให้เพิกถอนการสมรสนั้นไม่ได้ และถ้าไม่มีการเพิกถอนการสมรสจนชายและหญิงมีอายุครบตามที่กำหนด หรือหญิงตั้งครรภ์ก่อนอายุครบกำหนด ให้ถือว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์มาแต่เวลาทำการสมรส<sup>30</sup>

1.2 ชายหญิงมิได้เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา เนื่องจากเหตุผลสำคัญทางการแพทย์รวมทั้งเป็นเรื่องที่กระทบต่อความรู้สึกของสังคม ซึ่งตามกฎหมายเก่าคือกฎหมายฉั้วเมียบ บทที่ 36 กำหนดว่า หากพ่อแม่ลูก พี่น้อง ยายหลาน ตาหลาน ลูกน้ำหลานทำชู้กัน ท่านให้ทำแพลงเสียในทะเล ให้เช่นประตูเมือง 4 ประตู ด้วยไก่ 8 ตัว และให้พระสงฆ์พราหมณ์สวดมนตร์ทำพิธีระงับอุบาทว์จัญไร ผนฟ้าจะได้ตกเป็นประโยชน์แก่คนทั้งหลาย<sup>31</sup>

<sup>29</sup>มาตรา 1445 การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อ

- (1) ชายมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ และหญิงมีอายุสิบห้าปีบริบูรณ์แล้ว
  - (2) ชายหญิงมิได้เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา
  - (3) ชายหรือหญิงมิได้เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่นอยู่
  - (4) ชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน
  - (5) ชายหรือหญิงไม่เป็นคนวิกลจริต
- หญิงหม้ายจะสมรสใหม่ได้เมื่อการสมรสครั้งก่อนสิ้นไปแล้วไม่น้อยกว่าสามร้อยสิบวัน แต่ความข้อนี้มีให้ใช้บังคับ เมื่อ
- (ก) มีบุตรเกิดในระหว่างนั้น
  - (ข) สมรสกับคู่หย่าเดิม หรือ
  - (ค) มีคำสั่งของศาลให้สมรสได้

<sup>30</sup>เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวรวมถดก, หน้า 160.

<sup>31</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 57-58.



1.3 ชายหรือหญิงมิได้เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่นอยู่ขณะนี้ต้องบังคับไว้ เพราะตามกฎหมายเก่า ชายมีภริยาได้หลายคน แต่ภายหลังที่ใช้บรรพ 5 แล้วเป็นนโยบายของกฎหมายที่จะให้ผู้ชายมีภริยาได้คนเดียว จึงต้องบัญญัติเป็นเงื่อนไขไว้ว่าชายหญิงจะทำการสมรสได้ต่อเมื่อไม่มีภริยาหรือสามีอยู่ก่อน<sup>32</sup>

1.4 ชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันมีฉะนั้นศาลอาจเพิกถอนการสมรสได้เช่น บิดาทำพินัยกรรมยกทรัพย์ให้บุตรชายโดยมีเงื่อนไขว่าบุตรจะต้องทำการสมรสเสียก่อน บุตรจึงไปทำการสมรสกับหญิงแบบหลอกๆ เพื่อรับมรดกตามพินัยกรรม เช่นนี้ถือเป็นการสมรสที่ปราศจากความยินยอม<sup>33</sup>

1.5 ชายหรือหญิงไม่เป็นคนวิกลจริตความจริงข้อนี้เป็นเรื่องไม่มีความยินยอมนั่นเอง เพราะคนวิกลจริตย่อมไม่รู้ใจตนเองพอที่จะให้ความยินยอมได้ ทั้งนี้เพียงแค่ว่าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวเป็นคนวิกลจริตก็เป็นเหตุทำให้การสมรสเสื่อมเสียแล้ว และความวิกลจริตนั้นไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาแสดงว่าผู้วิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถแต่อย่างใด<sup>34</sup>

1.6 หญิงหม้ายจะสมรสใหม่ได้เมื่อการสมรสครั้งก่อนสิ้นไปแล้วไม่น้อยกว่า 310 วัน แต่ความข้อนี้มีให้ใช้บังคับเมื่อมีบุตรเกิดในระหว่างนั้นหรือเป็นกาสมรสกับคู่หย่าเดิมหรือมีคำสั่งของศาลให้สมรสได้ เนื่องจากเกรงว่าหากหญิงคลอดบุตรจะไม่ทราบว่าเด็กเป็นบุตรของสามีเก่าที่ตายไปหรือสามีใหม่ เพราะฉะนั้นจึงกำหนดให้รอไปให้พ้นกำหนด 310 วัน อันเป็นกำหนดเวลาที่บุตรของสามีเก่าจะคลอดออกมาได้แล้วจึงจะสามารถทำการสมรสใหม่ได้ เว้นแต่เมื่อเข้ากรณียกเว้นซึ่งยอมที่จะไม่มีปัญหาว่าเด็กเป็นบุตรของชายใด<sup>35</sup>

## 2. เงื่อนไขตามมาตรา 1446<sup>36</sup>

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 58.

<sup>33</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 59-60.

<sup>34</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 60.

<sup>35</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 60-61.

<sup>36</sup> มาตรา 1446 ผู้รับบุตรบุญธรรม จะสมรสกับบุตรบุญธรรมนั้นไม่ได้

ห้ามมิให้ผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบุตรบุญธรรม เพราะผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่ในฐานะบิดามารดาของบุตรบุญธรรม ซึ่งแม้ไม่เกี่ยวกับเหตุผลทางการแพทย์แต่ถือเป็นเรื่องที่น่าเกลียด<sup>37</sup>

### 3. เงื่อนไขตามมาตรา 1447 และมาตรา 1448<sup>38</sup>

ชายหรือหญิงผู้ยังไม่บรรลุนิติภาวะจะสมรสต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา เนื่องจากแม่ในชั้นการหมั้นจะได้รับความยินยอมจากผู้ใหญ่แล้ว มาในชั้นจดทะเบียนสมรสก็ต้องได้รับความยินยอมอีก ซึ่งความยินยอมนั้นจะให้ได้โดยลงลายมือชื่อในทะเบียนขณะจดทะเบียนสมรส หรือทำเป็นหนังสือระบุนามผู้จะสมรสและลงลายมือชื่อผู้ให้ความยินยอม หรือถ้ามีเหตุจำเป็นจะให้ความยินยอมโดยแสดงด้วยวาจาต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนก็ได้ ความยินยอมเมื่อให้แล้วถอนไม่ได้<sup>39</sup>

### 4. เงื่อนไขตามมาตรา 1449<sup>40</sup>

การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนแล้ว เนื่องจากตามกฎหมายเก่า โดยเฉพาะตามประกาศรัชกาลที่ 4 ชายหญิงเป็นสามีภริยากันเพราะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยเปิดเผยประจักษ์แจ้งต่อคนทั่วไปเท่านั้น ดังนั้นบรรพ 5 จึงกำหนดให้จดทะเบียนสมรส<sup>41</sup>

<sup>37</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

<sup>38</sup> มาตรา 1447 ชายหรือหญิงผู้ยังไม่บรรลุนิติภาวะจะสมรสให้นำมาตรา 1435 สามารถทักทายมาบังคับโดยอนุโลม

มาตรา 1448 ผู้ให้ความยินยอมจะให้ได้โดย

- (1) ลงลายมือชื่อในทะเบียนขณะจดทะเบียนสมรส
- (2) ทำเป็นหนังสือระบุนามผู้จะสมรสและลงลายมือชื่อผู้ให้ความยินยอมหรือ
- (3) ถ้ามีเหตุจำเป็นจะให้ความยินยอมโดยแสดงด้วยวาจาต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนก็ได้ ความยินยอมเมื่อให้แล้วถอนไม่ได้

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 62-63.

<sup>40</sup> มาตรา 1449 การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนแล้ว

<sup>41</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 64-65.

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีหลักการเช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น เช่น การห้ามขายหรือหญิงทำการสมรสอีกในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่แล้ว ตามมาตรา 1445 (3) หลักการดังกล่าวก็มีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1326 หลักการที่ห้ามมิให้ชายหรือหญิงที่เป็นคนวิกลจริตทำการสมรส ตามมาตรา 1445 (5) หลักการดังกล่าวก็มีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1325 หลักการห้ามสมรสระหว่างญาติสืบสายโลหิตตามมาตรา 1445 (2) หลักการดังกล่าวก็มีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1327 หรือหลักการที่ว่า การสมรสจะกระทำได้อีกต่อเมื่อชายและหญิงยินยอมตามมาตรา 1445 (4) หลักการดังกล่าวก็มีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1332 เป็นต้น<sup>42</sup>

## 2.2.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519

เนื่องจากภายหลังเหตุการณ์วันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ได้มีการเรียกร้องประชาธิปไตย เรียกร้องสิทธิและเสรีภาพกันขนานใหญ่ จึงทำให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2517 จำต้องมีบทบัญญัติในมาตรา 28 ให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และมีบทเฉพาะกาลที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันภายในเวลาไม่เกิน 2 ปีนับแต่วันใช้รัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงได้มีการแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญดังกล่าว ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติให้ใช้บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2519 จึงได้ตราออกใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2519 เป็นต้นมา ซึ่งจากตรวจชำระใหม่นั้นทำให้มีมาตราเพิ่มขึ้นจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิม รวม 41 มาตรา โดยได้จัดเรียงลำดับเสียใหม่ตั้งแต่มาตราต้นจนถึงมาตราสุดท้าย คือตั้งแต่มาตรา 1435 จนถึงมาตราสุดท้ายของบรรพ 5 เดิม คือมาตรา 1598 และจากมาตรา 1598/1 จนถึง มาตรา 1598/41<sup>43</sup> โดยในส่วนของเงื่อนไขแห่งการสมรสนั้นยังคงถูกกำหนดไว้ในหมวด 2 ของลักษณะ 1 ตามเดิม แต่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนเป็นมาตรา 1448 – มาตรา 1460 โดยมีการแก้ไขในสาระสำคัญ ดังนี้

1. แก้ไขอายุของหญิงที่จะสามารถทำการสมรสได้ โดยแก้ไขจากอายุ 15 ปีบริบูรณ์ เป็นอายุ 17 ปีบริบูรณ์ ให้เท่ากับเพศชายตามมาตรา 1448

<sup>42</sup> ราชละเอียดโปรดอ่าน ทองเปลว ชลภูมิ, หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก (พระนคร : ไทยเกษม, 2478), หน้า 192-195.

<sup>43</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 7.

2. เพิ่มเติมกรณีบุคคลไร้ความสามารถไม่ให้นำการสมรสตามมาตรา 1449
3. ในการพิจารณาญาติสืบสายโลหิตที่ต้องห้ามมิให้สมรสนั้นได้แก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยไม่ให้คำนี้ว่าจะเป็นญาติชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ตามมาตรา 1450
4. การห้ามมิให้สมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมนั้นได้มีการแก้ไขถ้อยคำเสียใหม่ เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นว่าเป็นเชิงห้ามทั้งสองฝ่าย มิใช่แต่เฉพาะฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 1451
5. ในกรณีข้อห้ามเรื่องการสมรสซ้อนได้มีการแก้ไขถ้อยคำเสียใหม่เพื่อให้เกิดความชัดเจนตามมาตรา 1452
6. เรื่องความยินยอมของคู่สมรสได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้คู่สมรสต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏ โดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วยตามมาตรา 1458
7. ตัดคำว่า “หญิงหม้าย” ออก โดยบัญญัติข้อห้ามหญิงที่สามีตายหรือหญิงที่การสมรสได้สิ้นสุดลงเพื่อให้ความหมายชัดเจนขึ้น กับเพิ่มเหตุที่หญิงจะสมรสได้ขึ้นอีกหนึ่งเหตุคือการมีใบรับรองแพทย์ตามมาตรา 1453
8. ในกรณีของผู้เยาว์ที่ต้องได้รับความยินยอมได้มีการแก้ไขถ้อยคำเพื่อให้เกิดความชัดเจนตามมาตรา 1454

นอกจากนี้ยังมีการแก้ไขบทสันนิษฐานความเป็นบิดา โดยมาตรา 1537 กำหนดให้สันนิษฐานว่าเด็กที่เกิดจากหญิงที่ทำการสมรสใหม่ฝ่าฝืนมาตรา 1453 และคลอดบุตรภายใน 310 วันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ ซึ่งต่างจากมาตรา 1492 บรรพ 5 เดิมที่ให้สันนิษฐานไว้ว่าเป็นบุตรของสามีคนก่อน

## 2.2.5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533

ในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบคลุม เมื่อปี พ.ศ. 2519 ที่มีหลักการให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันนั้น เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวกระทำไปด้วยความเร่งรีบเพื่อให้ทันกำหนดเวลาสองปีที่บังคับไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จึงมีบทบัญญัติในกฎหมายหลายมาตราที่มีความบกพร่องไม่เหมาะสมก่อให้เกิดความขัดข้องและไม่สะดวกในการดำรงสถานะในครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการหมั้น การ

สมรส การจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การเป็นโมฆะของการสมรส การหย่า การเป็นบิดา มารดากับบุตร การเป็นผู้ปกครองและบุตรบุญธรรม จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวยุคใหม่ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2523 ซึ่งได้ตราออกใช้บังคับเมื่อวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2533 เป็นต้นมา โดยมี บทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมรวม 77 มาตรา เช่น การสมรสซ้อนเป็นโมฆะโดยผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิกล่าว อ่างขึ้นได้เองโดยไม่จำเป็นต้องให้ศาลมีคำพิพากษา แม้คู่สมรสจะทำการสมรสซ้อนโดยสุจริตก็ไม่มี สิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>44</sup> เป็นต้น แต่ทั้งนี้ไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติม ในส่วนที่ว่าด้วยเงื่อนไขแห่งการสมรสในหมวด 2 ของลักษณะ 1 แต่อย่างใด

## 2.2.6 วิวัฒนาการเรื่องการสมรสใหม่ของหญิงที่สามีตาย

ในอดีตสังคมไทยได้อนุญาตให้ชายมีภริยาหลายคน แต่กำหนดห้ามหญิงที่มีสามีแล้วมิให้ทำ การสมรสอีก เพราะจะถือว่าเป็นการ “มีคู่” ตามกฎหมายลักษณะผัวเมียบทที่ 4 และห้ามมิให้หญิง หมายทำการสมรสในช่วงเวลาภายหลังที่สามีเสียชีวิต ตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 30 โดยการ ที่หญิงหม้ายสามีตายมีสามีใหม่ในระหว่างที่ศพสามียังวางอยู่ในโลงถือเป็นเรื่องทำชั่วเหนือผีอันเป็น การนำบาปศีลถึงขนาดให้มีการปรับไหมลงโทษ<sup>45</sup>

เรื่องชั่วเหนือผีนั้นมีบัญญัติอยู่ในกฎหมายลักษณะผัวเมียบทที่ 30 ซึ่งมีความว่า “ผัวตายหงาย ไว้ทั้งโลง ศพยังอยู่กับเรือน หญิงเมียนั้นน้ำตาตกและคล้อยใจกำหนดชักเอาชายมานอน และผู้ตาย หมายรับกันอยู่ตั่งนั้น ถ้าพี่น้องชายผู้ตายรู้เห็นเอาความมาฟ้องร้อง เมื่อสวนลับซบแท้แพ้จริงไซ้ไร ให้หม้ายชู้เป็นเบียดเบียนให้แก่ญาติพี่น้องเผ่าผีผู้ตาย” ดังนั้นญาติของผู้ตายจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้อง แต่ทั้งนี้ไม่เคยมีปรากฏว่าได้มีใครยกคดีเรื่องชั่วเหนือผีขึ้นฟ้องร้องกัน เคยแต่เพียงยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เพื่อมิให้ภริยาผู้ตายเป็นผู้จัดการมรดก แต่เนื่องจากมิใช่ประเด็นโดยตรง ศาลจึงไม่ได้วินิจฉัยใน ประเด็นดังกล่าว<sup>46</sup>

<sup>44</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 8-9.

<sup>45</sup> เสถียร ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวมฤตก, หน้า 60.

<sup>46</sup> พลังกูรธรรมพิชัย, พระยา, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมฤตก, หน้า 86.

ในขณะที่คัมภีร์ธรรมศาสตร์ปกรณ์ซึ่งเป็นกฎหมายครอบครัวของล้านนา<sup>47</sup> ได้กำหนดจำพวกหญิงที่ไม่ควรจะล่วงเกินได้แก่ ผู้หญิงแก่ ผู้หญิงเป็นโรค ผู้หญิงวิกลจริต ผู้หญิงท้องแก่ ผู้หญิงในระหว่างอยู่ไฟ ผู้หญิงมีหนี้สิน ผู้หญิงอดอยาก ผู้หญิงที่อยู่กับแม่ ผู้หญิงที่อยู่กับพ่อ ผู้หญิงที่อยู่กับนาย ผู้หญิงที่อยู่กับพี่สาว ผู้หญิงที่อยู่กับพี่ชาย ผู้หญิงที่อยู่กับน้องชาย ผู้หญิงที่อยู่กับป้า ผู้หญิงที่อยู่กับลุง ผู้หญิงที่อยู่กับน้า ผู้หญิงที่อยู่กับอาผู้ชาย ผู้หญิงที่อยู่กับอาผู้หญิง ผู้หญิงทั้งหลายนี้ไม่ควรที่ชายใดจะไปล่วงเกิน หากใครทำต้องถูกลงโทษ หากไปล่วงละเมิดแม่ร้างแม่หม้ายก็ปรับไหมตามตระกูล<sup>48</sup> นอกจากนี้ธรรมศาสตร์ฉบับวัดปากกอก อำเภอสารภี จังหวัดเชียงใหม่ ยังได้กำหนดกรณีของหญิงที่หย่ากับสามีหรือที่สามีเสียชีวิตว่า “แม่ร้างแม่หม้ายอยู่กลางบ้าน ผู้ 1 มาเอาบ่ถามเจ้าบ้าน ไหม 50 เฟื้อง แล้วแต่งที่เปนเมียมันผู้นั้นแล ผู้ยิงผู้ตายเสีย ฟีน้องผู้ 1 มาลักเอาเป็นเมีย บ่ถามฟีน้อง ไหม 50 เฟื้อง แล้วช้บหนีเสีย อย่าให้เปนเมียมันแล”<sup>49</sup>

จะเห็นว่าสังคมไทยห้ามมิให้หญิงมีสามีหลายคนในเวลาเดียวกัน มิฉะนั้นจะถือเป็นการมีคู่ แม้กฎหมายของล้านนาหรือมังรายศาสตร์จะถือว่าหญิงหม้ายเป็นหญิงที่ไม่ควรล่วงเกิน แต่หากชายใดไปล่วงเกินก็เพียงถูกปรับไหมและให้แต่งงานให้ถูกต้องเท่านั้น เว้นเสียแต่ในกรณีของการทำชู้เหนือผีตามกฎหมายลักษณะผู้เมียที่คงเป็นการให้เกียรติผู้ตายในระหว่างที่ยังไม่เสร็จการบำเพ็ญกุศลหรือฌาปนกิจเท่านั้น แต่ก็ไม่เคยปรากฏว่าศาลได้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวเลยแต่อย่างใด ทั้งนี้อาจเป็นเพราะอิทธิพลของพุทธศาสนาซึ่งเชื่อในเรื่องของบุญทำกรรมแต่ง ดังปรากฏในกฎหมายลักษณะผู้เมีย บทที่ 47 ว่า “ภริยาสามีมิชอบเนื้อฟิงใจกัน เขาจะหย่ากันไสร้ตามใจเขา เหตุว่าเขาทั้งสองนั้นสิ้นบุญกันแล้วจะจำให้อยู่ด้วยกันนั้นมิได้” และตามกฎหมายมังรายศาสตร์ก็เห็นว่าชายและหญิงจะเป็นสามีภริยากันได้ก็เพราะมีอิจฉาตณหาและอาลัยตณหา กล่าวคืออิจฉาตณหาเป็นตัวผู้ชายและหญิงให้อยู่ในสังสารวัฏแบ่งเป็นบุพภาคตณหาคือจิตใจของชายและหญิงรักใคร่กันและอัปปริภาค

<sup>47</sup>ราชบัณฑิตยสถาน, ธรรมศาสตร์ปกรณ์ จากด้วยแบ่งค้วตระกูล ผู้เมียพ่อแม่ลูก ฉบับราชบัณฑิตยสถาน (กรุงเทพมหานคร : ราชบัณฑิตยสถาน, 2551) หน้า 71-72.

<sup>48</sup>“หญิงทั้งหลาย ผู้ถ้าหนึ่ง หญิงซึ่งเป็นพยาธิหนึ่ง เป็นบ้าหนึ่ง มานแก่หนึ่ง ผู้กรรมเดือนหนึ่ง ผู้หาผู้หญิงหนึ่ง ผู้ฮีบเข้ากันแกงหนึ่ง หญิงผู้อยู่ในแม่หนึ่ง หญิงผู้อยู่ในพ่อหนึ่ง ผู้อยู่ในนายหนึ่ง ผู้อยู่ในพี่หญิงหนึ่ง ผู้อยู่ในพี่ชายหนึ่ง ผู้อยู่ในน้องชายหนึ่ง ผู้อยู่ในป้าหนึ่ง ผู้อยู่ในลุงหนึ่ง ผู้อยู่ในน้าหนึ่ง ผู้อยู่ในอาวหนึ่ง ผู้อยู่ในอาหนึ่ง คำนี้นหญิงทั้งหลาย 12 คนนี้ บัควรช่มลักษณะชายตาแล ผู้ใดหากได้กระทำควรใส่ทัณฑกรรม และบใช้สาวแลเป็นแม่ฮ้างแม่หม้าย ตัวเขาหากสอนตัวเขา ตระกูลก็ตามตระกูล กรกุลถอยก็ตามกรกุล ควรฮ้างใส่สินไหมแล มะนุญชิวาสนันนี้แล”

<sup>49</sup>อรุณรัตน์ วิเชียรเขียว และ ลมุล จันทน์หอม, รายงานการวิจัยวิเคราะห์กฎหมายล้านนา ประชุมกฎหมายครอบครัว (เชียงใหม่, วิทยาลัยครูเชียงใหม่, 2528) หน้า 8.

ตัณหาคือชายและหญิงได้ให้ของแก่กัน ได้จับเนื้อต้องตัวกันและได้ปฏิญาณต่อกัน ส่วนอาลัยตัณหา หมายถึงความผูกพันต่อกัน เมื่อชายและหญิงอยู่ด้วยกันย่อมมีความรักในลูกและภริยาเป็นอาลัย เป็นรักดีตัณหาเป็นเชือกผูกมัด หากแม่ไม่มีลูกแต่ก็อาลัยรักในทรัพย์สินบ้านเรือนเปรียบเสมือนดังเป็นลูก ซึ่งจะแตกต่างจากศาสนาคริสต์ที่เชื่อเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการเป็นหม้าย และถือว่าการสมรสเป็น พันธสัญญาแห่งความรักระหว่างชายหนึ่งกับหญิงหนึ่ง และแม้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย อีกฝ่ายก็ต้องดำรงพันธะของการสมรสต่อไปเพื่อจะได้พบกันอีกครั้งในชีวิตหลังความตาย



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

### บทที่ 3

## เงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายไทย

การสมรสถือเป็นสัญญาทางแพ่งอย่างหนึ่ง โดยชายและหญิงจะต้องแสดงเจตนาให้ถูกต้องตรงกันเพื่อก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมาย แต่การสมรสแตกต่างจากสัญญาธรรมดาต่างๆ ไป เพราะนอกเหนือจากสัญญาแล้วการสมรสนี้ยังก่อให้เกิดสถาบันทางสังคม (social institution) ขึ้นมาด้วย ในสัญญาธรรมดาคู่สัญญาอาจกำหนดเงื่อนไขข้อตกลง หรือข้อกำหนดใดๆ ก็ได้ เว้นแต่จะเป็นการขัดต่อกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในการสมรสนั้น สภาวะและผลแห่งการสมรสส่วนใหญ่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้คู่สมรสไม่อาจตกลงกันให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ เว้นแต่ในเรื่องสัญญาก่อนสมรสที่เกี่ยวกับทรัพย์สินตามมาตรา 1465 เท่านั้น นอกจากนี้กฎหมายยังได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรส (conditions of marriage) ไว้ อีกด้วย<sup>1</sup> ทั้งนี้เพราะแม้การสมรสของมนุษย์จะมีขึ้นตามครรลองของธรรมชาติแต่ก็ขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ที่มนุษย์วางขึ้นเอง ไม่ว่าจะกฎเกณฑ์นั้นจะเป็นลักษณะของกฎเกณฑ์ประเพณีหรือกฎหมายก็ตาม แต่ก็วางขึ้นเพื่อกำหนดให้การสมรสเป็นมาตรการซึ่งแยกเอาสามีภริยาก่อหนึ่งออกจากการแก่งแย่ง ประเวณีในสังคมมนุษย์ โดยคุ้มครองมิให้บุคคลอื่นมาละเมิดทางประเวณี และในขณะเดียวกันก็ ควบคุมให้คู่สมรสปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ของตนเช่นเดียวกับคู่สมรสอื่นๆ จะต้องปฏิบัติ ดังนั้นรัฐจึง ต้องกำหนดนโยบายหรือกฎเกณฑ์ต่างๆ ขึ้นเป็นกติกาสำหรับการสมรส เพื่อให้การสมรสเป็นไปอย่าง เหมาะสมและเป็นประโยชน์ต่อคู่สมรสตลอดถึงสังคมส่วนรวม โดยการกำหนดเป็นเงื่อนไขแห่งการ สมรส ซึ่งในแต่ละสังคมอาจกำหนดไว้แตกต่างกันไปตามแนวความคิดและขนบธรรมเนียมประเพณี ของสังคมนั้นๆ<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 113-114.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 115.



### 3.1 เงื่อนไขแห่งการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้ในหมวด 2 ลักษณะ 1 การสมรส บรรพ 5 ครอบคลุม โดยกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้ 8 ประการ<sup>3</sup> ดังนี้

#### 3.1.1 ชายและหญิงต้องมีอายุ 17 ปี บริบูรณ์

กฎหมายกำหนดให้การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุ 17 บริบูรณ์ ตามมาตรา 1448<sup>4</sup> เพราะโดยทางสรีระวิทยาชายหรือหญิงมีอายุต่ำกว่า 17 ปี จะยังไม่มีภาวะเจริญเติบโตในทางร่างกาย จิตใจ และสมองอย่างเต็มที่ ยังไม่ค่อยมีความรู้สึกรู้สึกคิดในการครองเรือน การช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันและการจัดการทรัพย์สิน กฎหมายจึงกำหนดอายุขั้นต่ำของคู่สมรสไว้ว่าจะต้องมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ เพื่อให้โตพอที่จะรับผิดชอบในเรื่องการสมรสได้<sup>5</sup> เนื่องจากการสมรสเป็นเรื่องส่วนตัวที่จะมีผลผูกพันผู้นั้นกับคู่สมรสไปจนกว่าจะตายหรือหย่าขาดจากกัน เป็นเรื่องที่จะต้องไปรับภาระเลี้ยงดูบุตรธิดาและเกี่ยวพันกับสินสมรสเข้ากับบุคคลภายนอก เหตุนี้การจะกำหนดว่าชายหญิงควรจะสมรสได้เมื่ออายุเท่าไรจึงเป็นเรื่องสำคัญ กล่าวคืออายุที่กำหนดเป็นเกณฑ์จะต้องชี้ถึงความพร้อมในทางร่างกายและจิตใจ แต่กระนั้นในกรณีที่มีเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้ตามความในตอนที่ท้ายของมาตรา 1448 เหตุอันสมควรเช่นว่านี้ เช่น ได้เสียก่อนหญิงมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ และหญิงตั้งครรภ์ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนอายุครบเกณฑ์ได้<sup>6</sup> เป็นต้น

การสมรสที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นย่อมตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 1503<sup>7</sup> ทำให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถขอให้เพิกถอนการสมรสได้ เว้นแต่บิดามารดาหรือผู้ปกครองที่ให้ความยินยอมแล้ว

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 115.

<sup>4</sup> **มาตรา 1448** การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 115-116.

<sup>6</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบคลุม (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 105.

<sup>7</sup> **มาตรา 1503** เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการสมรส เพราะเหตุว่าเป็นโมฆียะ มีเฉพาะในกรณีที่คู่สมรสทำการฝ่าฝืนมาตรา 1448 มาตรา 1505 มาตรา 1506 มาตรา 1507 และมาตรา 1509

จะขอให้เพิกถอนการสมรสไม่ได้ และถ้าหากศาลมิได้เพิกถอนการสมรสที่เป็นโมฆียะนั้นเพราะเหตุดังกล่าวข้างต้นหรือเมื่อหญิงมีครรภ์ก่อนอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ แล้วให้ถือว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์มาตั้งแต่เวลาสมรสแล้วตามมาตรา 1504<sup>8</sup> แม้ในเวลาดังกล่าวชายหรือหญิงจะมีอายุไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์ก็ตาม

### 3.1.2 ชายหรือหญิงต้องไม่เป็นคนวิกลจริต หรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ

บุคคลวิกลจริตทั้งที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถและที่ศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถจะทำการสมรสไม่ได้ตามมาตรา 1449<sup>9</sup> โดย “บุคคลวิกลจริต” คือบุคคลที่มีอาการจิตไม่ปกติอย่างหนักและหมดสติในทุกสิ่งทุกอย่างโดยมีอาการอยู่ประจำ ส่วน “คนไร้ความสามารถ” คือบุคคลวิกลจริตตามคำสั่งศาล ซึ่งบุคคลวิกลจริตนั้นย่อมไม่รู้สำนึกในการที่ตนเองกระทำ ขาดสติในการพิจารณาก่อนการร้องเรียนต่างๆ ดังนั้นย่อมจะไม่สามารถพิจารณาก่อนการร้องเรียนอย่างรอบครอบถึงการเริ่มต้นก่อสร้างครอบครัว ย่อมไม่รู้สำนึกหรือเข้าใจผลที่จะตามมาภายหลังจดทะเบียนสมรส เพราะจริตที่วิกลนั้นย่อมไร้ซึ่งเจตนาอย่างสิ้นเชิง<sup>10</sup> จะเห็นว่าคนวิกลจริตเป็นคนที่ไม่มีความรู้สึกผิดชอบในการเป็นคู่ครอง รวมทั้งไม่สามารถใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ของสามีภริยาได้ นอกจากนี้ความวิกลจริตเป็นกรรมพันธุ์ที่จะถ่ายทอดไปยังบุตรที่เกิดมา หากยอมให้มีการสมรสกับคนวิกลจริตแล้วประชากรที่จะเพิ่มขึ้นมาแทนที่จะเป็นประโยชน์แก่ประเทศชาติกลับกลายเป็นคนวิกลจริตไปเสียหมดอันเป็น

<sup>8</sup>มาตรา 1504 การสมรสที่เป็นโมฆียะเพราะฝ่าฝืนมาตรา 1448 ผู้มีส่วนได้เสียขอให้เพิกถอนการสมรสได้แต่บิดามารดาหรือผู้ปกครองที่ให้ความยินยอมแล้วจะขอให้เพิกถอนการสมรสไม่ได้

ถ้าศาลมิได้สั่งให้เพิกถอนการสมรสจนชายหญิงมีอายุครบตามมาตรา 1448 หรือเมื่อหญิงมีครรภ์ก่อนอายุครบตามมาตรา 1448 ให้ถือว่าการสมรสสมบูรณ์มาตั้งแต่เวลาสมรส

<sup>9</sup>มาตรา 1449 การสมรสจะกระทำมิได้ถ้าชายหรือหญิงเป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ

<sup>10</sup>ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 101.

ภาระแก่สังคมที่จะต้องเลี้ยงดูคนวิกลจริตเหล่านี้ กฎหมายจึงได้ห้ามมิให้คนวิกลจริตทำการสมรส<sup>11</sup> การสมรสที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1495

### 3.1.3 ชายและหญิงมิได้เป็นญาติสืบสายโลหิตต่อกัน

ชายและหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตทั้งโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ตาม โดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากแต่ให้พิจารณาความเป็นญาติดังกล่าวตามสายโลหิต ห้ามมิให้ทำการสมรสกันตามที่กำหนดในมาตรา 1450<sup>12</sup> ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ก็ด้วยเหตุผลในทางการแพทย์ที่จะทำให้บุตรที่เกิดมาจากการสมรสดังกล่าวเป็นโรคปัญญาอ่อนหรือมีสุขภาพไม่แข็งแรง เพราะบุคคลเหล่านี้มี ยีนส์ (genes) เหมือนกันมากเกินไป นอกจากนั้นยังมีเหตุผลในทางศีลธรรมประกอบด้วย เพราะการที่ญาติสืบสายโลหิตหรือพี่น้องร่วมบิดามารดาสมรสกันย่อมจะกระทบกระเทือนความรู้สึกของสังคม ในทางศีลธรรมอันเป็นข้อห้ามทางศีลธรรมด้วย ซึ่งญาติทางสายโลหิตที่กฎหมายห้ามมิให้ทำการสมรสกันนั้นมี 4 ประเภท ดังนี้

1. ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป คือ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย และทวด เช่น บุตรสาวสมรสกับบิดาไม่ได้
2. ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงลงมา คือ บุตร หลาน หลาน และสื้อ เช่น บิดาสมรสกับบุตรสาวไม่ได้ มารดาสมรสกับบุตรชายไม่ได้ ปู่สมรสกับหลานสาวไม่ได้
3. พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน เช่น พี่ชายสมรสกับน้องสาวไม่ได้
4. พี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดา เช่น พี่ชายสมรสกับน้องสาวต่างมารดาไม่ได้

การสมรสที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1495<sup>13</sup>

<sup>11</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 118-119.

<sup>12</sup> **มาตรา 1450** ชายหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 121.

### 3.1.4 ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจะสมรสกันไม่ได้

ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมห้ามมิให้ทำการสมรสกันตามมาตรา 1451<sup>14</sup> เพราะกฎหมายกำหนดให้ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมมีความสัมพันธ์เช่นเดียวกับบิดามารดาและบุตร ถ้ามีการสมรสย่อมเป็นการกระทบกระเทือนความรู้สึกทางสังคมและขนบธรรมเนียมประเพณีแต่เนื่องจากผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมไม่มีความสัมพันธ์ในทางสืบสายโลหิตต่อกัน จึงไม่มีเหตุผลในทางการแพทย์ที่ห้ามมิให้ทำการสมรส ทั้งยังน่าจะไม่ถึงขนาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายจึงมิได้บัญญัติให้การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าวนี้ตกเป็นโมฆะหรือตกเป็นโมฆียะแต่อย่างใด ดังนั้นจึงต้องถือว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์ แต่มีผลทำให้การรับบุตรบุญธรรมเป็นอันยกเลิกไปโดยบทบัญญัติของกฎหมาย คงเหลือเพียงสถานะเดียวคือเป็นสามีภริยากันเท่านั้น<sup>15</sup>

### 3.1.5 ชายหรือหญิงมิได้เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น

ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้ เนื่องจากเป็นการสมรสซ้อนตามมาตรา 1452<sup>16</sup> โดยการสมรสซ้อนอันเป็นเหตุให้การสมรสตกเป็นโมฆะนั้นจะต้องมีการสมรสที่สมบูรณ์อยู่แล้วจึงจะต้องห้ามมิให้ทำการสมรสซ้อนเข้ามาอีก ฉะนั้นหากชายและหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส ชายหรือหญิงคู่นี้ก็มิได้เป็นสามีภริยากันตามกฎหมายจึงไม่ต้องห้ามที่ชายหรือหญิงจะไปจดทะเบียนสมรสกับบุคคลอื่น แต่ในกรณีที่ชายหรือหญิงมีคู่สมรสอยู่แล้วแต่การสมรสนั้นเป็นโมฆะหรือโมฆียะ ชายหรือหญิงเช่นว่านี้ไม่อาจสมรสใหม่ได้จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอนการสมรสที่เป็นโมฆียะเสียก่อน เพราะแม้การสมรสจะเป็นโมฆะก็ตามแต่บุคคลใดจะกล่าวอ้างว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะไม่ได้จนกว่าศาลพิพากษาว่าเป็นโมฆะ หรือผู้มีส่วนได้เสียกล่าวอ้างในกรณีการสมรสซ้อนเสียก่อนมาตรา 1496 และมาตรา 1497 ส่วนการสมรสที่เป็นโมฆียะนั้นเป็นการสมรสที่สมบูรณ์จนกว่าจะถูกศาลพิพากษาให้เพิกถอนตามมาตรา 1502 ดังนั้นหากชายหรือหญิงฝ่าฝืนทำการสมรสไปการสมรสซ้อนนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ<sup>17</sup>

<sup>14</sup> มาตรา 1451 ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจะสมรสกันไม่ได้

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 123.

<sup>16</sup> มาตรา 1452 ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 124.

### 3.1.6 ชายและหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน

การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันตามมาตรา 1458 โดยต้องแสดงการยินยอมต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย<sup>18</sup> โดยความยินยอมเช่นว่านี้ต้องเป็นความยินยอมในการเป็นสามีภริยากันจริงๆ ไม่ใช่เป็นการยินยอมในการร่วมประเวณีเท่านั้น<sup>19</sup>

การที่กฎหมายกำหนดให้ชายและหญิงต้องแสดงความยินยอมเป็นสามีภริยากันต่อหน้านายทะเบียนนี้เท่ากับเป็นการห้ามมิให้ตั้งตัวแทนไปทำการสมรส เพื่อยุติปัญหาที่อาจโต้แย้งในภายหลังว่าชายหรือหญิงที่ตั้งตัวแทนนั้นเปลี่ยนใจไม่ยินยอมสมรสในขณะที่มีการจดทะเบียน และตัดปัญหาการข่มขู่ให้ทำการสมรสด้วย เพราะถ้าเป็นการข่มขู่แล้วเมื่อไปถึงนายทะเบียนเพื่อจดทะเบียนสมรส ชายหรือหญิงผู้ถูกข่มขู่ย่อมมีโอกาสบอกกล่าวให้พ้นจากการข่มขู่ได้ หากชายหรือหญิงตั้งตัวแทนให้ไปจดทะเบียนสมรสและนายทะเบียนยอมรับจดทะเบียนให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะ เพราะถือว่าชายหรือหญิงที่ตั้งตัวแทนดังกล่าวมิได้ยินยอมเป็นสามีภริยากัน แต่ถ้าชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันและไปจดทะเบียนสมรสด้วยตนเองทั้งสองคนแต่นายทะเบียนบกพร่องมิได้บันทึกความยินยอมนั้นไว้ ความบกพร่องของนายทะเบียนดังกล่าวจะไม่ร้ายแรงถึงขนาดทำให้การสมรสเป็นโมฆะ เพราะความสำคัญของเงื่อนไขแห่งการสมรสขึ้นอยู่กับความยินยอมของตนเองของชายและหญิง การกำหนดให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมของบุคคลทั้งสองไว้เป็นเพียงหลักฐานเพื่อพิสูจน์ถึงความยินยอมเท่านั้น<sup>20</sup>

### 3.1.7 หญิงหม้ายจะสมรสใหม่ได้ต่อเมื่อขาดจากการสมรสเดิมแล้วไม่น้อยกว่า 310 วัน

การห้ามมิให้หญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นทำการสมรสใหม่ก่อนสิ้นระยะเวลา 310 วัน ตามมาตรา 1453<sup>21</sup> มิใช่เพราะถือเป็นเรื่องบัดสี แต่เป็นเพราะเกรงว่าเมื่อหญิง

<sup>18</sup> มาตรา 1458 การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันและต้องแสดงการ ยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย

<sup>19</sup> ทองเปลว ชลภูมิ, หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก, หน้า 79.

<sup>20</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 128.

<sup>21</sup> มาตรา 1453 หญิงที่สามีตายหรือที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นจะทำการสมรสใหม่ได้ ต่อเมื่อการสิ้นสุดแห่งการสมรสได้ผ่านพ้นไปแล้วไม่น้อยกว่าสามร้อยสิบวัน เว้นแต่

นั้นสมรสใหม่เกิดมีบุตรออกมาจะเป็นบุตรของสามีเก่าหรือสามีคนใหม่ ฉะนั้นจึงได้ห้ามไว้ว่าหญิงที่เคยสมรสมาแล้วแต่สามีตายหรือหย่าขาดจากสามีหรือศาลเพิกถอนการสมรสจะสมรสใหม่ในทันทีไม่ได้ จะต้องรอให้ระยะเวลาไม่น้อยกว่า 310 วันได้ผ่านพ้นไปเสียก่อน ซึ่งระยะเวลา 310 วันนี้เป็นระยะเวลานานที่สุดที่ทารกจะอยู่ในครรภ์มารดาได้ แต่ทั้งนี้หากเป็นกรณีตามข้อยกเว้นใน(1) – (4) หญิงจะสามารถทำการสมรสได้ทันทีโดยไม่ต้องรอกำหนดระยะเวลา 310 วัน แต่อย่างไร<sup>22</sup>

### 3.1.8 ผู้เยาว์จะทำการสมรสได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง

ผู้เยาว์จะทำการสมรสได้เมื่อได้รับความยินยอมของบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามมาตรา 1454<sup>23</sup> โดยจะต้องได้รับความยินยอมของบุคคลดังต่อไปนี้

1. บิดาและมารดา ในกรณีที่มิทั้งบิดามารดา
2. บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มารดาหรือบิดาตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองหรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดาหรือบิดาได้
3. ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม
4. ผู้ปกครอง ในกรณีที่ไม่มีบุคคลซึ่งอาจให้ความยินยอมตาม ข้อ 1. ข้อ 2. และ ข้อ 3. หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครอง

เนื่องจากผู้เยาว์ยังอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง ซึ่งบิดามารดาหรือผู้ปกครองอยู่ในฐานะที่จะตัดสินใจในการเลือกคู่ครองให้แก่บุตรที่ยังอ่อนอายุได้ดีกว่าตัวบุตรเอง นอกจากนี้โดยส่วนใหญ่บิดามารดามักจะต้องให้ความช่วยเหลือด้านการเงินเกี่ยวกับการสมรสของ

(1) คลอดบุตรแล้วในระหว่างนั้น

(2) สมรสกับคู่สมรสเดิม

(3) มีใบรับรองแพทย์ประกาศนียบัตรหรือปริญญาซึ่งเป็นผู้ประกอบการรักษาโรคในสาขาเวชกรรมได้ตามกฎหมายว่ามีได้มีครรภ์ หรือ

(4) มีคำสั่งของศาลให้สมรสได้

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 131.

<sup>23</sup> มาตรา 1454 ผู้เยาว์จะทำการสมรสให้นำความในมาตรา 1436 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

บุตรจึงสมควรที่จะต้องรับรู้ในเรื่องนี้ และทั้งยังเป็นการให้เกียรติแก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองด้วย มาตรา 1454 จึงกำหนดให้ผู้เยาว์จะทำการสมรสได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองก่อน<sup>24</sup>

ทั้งนี้การสมรสที่มีได้รับความยินยอมดังกล่าวข้างต้นจะตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 1509<sup>25</sup>

### 3.2 เงื่อนไขเกี่ยวกับการแสดงเจตนา

นอกจากทั้ง 8 กรณี ตามที่กำหนดในหมวด 2 เงื่อนไขแห่งการสมรสดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีผู้เห็นว่าเงื่อนไขแห่งการสมรสนั้นมีได้จำกัดเฉพาะที่กำหนดไว้ในหมวด 2 เท่านั้น เนื่องจากหมวดดังกล่าวมีทั้งข้อกำหนดที่เป็นเงื่อนไขจริงๆ ที่มีการลงโทษ อันหมายถึงหากมีการฝ่าฝืนแล้วจะทำให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะแล้วแต่กรณี รวมถึงมีการกำหนดข้อห้ามมิให้นายทะเบียนทำการจดทะเบียนสมรสให้ชายหญิงที่มีคุณสมบัติบางประการ แต่ข้อห้ามหรือเงื่อนไขประเภทนี้หากมีการฝ่าฝืนและนายทะเบียนได้จดทะเบียนสมรสให้โดยไม่ทราบข้อเท็จจริงก็ไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของการสมรสนั้นแต่อย่างใด นอกจากนี้ในหมวด 5 ว่าด้วยความเป็นโมฆะของการสมรสก็ได้มีการหยิบยกเอาเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในหมวด 2 เพียง 4 มาตรา มากำหนดให้การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขนั้นตกเป็นโมฆะ และในหมวด 6 ว่าด้วยการสิ้นสุดแห่งการสมรสก็ได้กำหนดให้การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขในหมวด 2 เพียง 2 มาตรา ตกเป็นโมฆียะ ทั้งยังได้เพิ่มเหตุที่จะทำให้การสมรสตกเป็นโมฆียะอีก 3 กรณี ซึ่งเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับการแสดงเจตนา คือการสมรสโดยสำคัญผิดตัวคู่สมรส การสมรสโดยถูกกลฉ้อฉล และการสมรสโดยถูกข่มขู่<sup>26</sup> โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 3.2.1 การสมรสโดยสำคัญผิดตัวคู่สมรส

การสมรสโดยสำคัญผิดตัวคู่สมรสนี้ ได้แก่การสำคัญผิดตัวคู่สมรสในลักษณะที่เป็นคนละคนไปเลย คือเข้าใจผิดคิดว่าได้สมรสกับบุคคลที่ตนต้องการทำการสมรสด้วย แต่ความจริงปรากฏว่าเป็นอีกบุคคลหนึ่งหาใช่คนที่ตนคิดไว้ไม่ เมื่อเข้าลักษณะผิดฝาผิดตัวไปแล้วถือว่าเกิดการสำคัญผิดขึ้นทันที

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 133.

<sup>25</sup> มาตรา 1509 การสมรสที่มีได้รับความยินยอมของบุคคลดังกล่าวในมาตรา 1454 การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ

<sup>26</sup> รายละเอียดโปรดอ่าน ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 95-98.

ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าถึงขนาดหรือไม่ เหตุนี้ในถ้อยบัญญัติแห่งมาตรา 1505<sup>27</sup> จึงไม่มีการกล่าวถึงขนาดของการสำคัญผิดเหมือนกับที่ต้องมีการพิจารณาถึงขนาดของกลฉ้อฉลและขนาดของการข่มขู่ในมาตรา 1506 และมาตรา 1507 ตามลำดับ เช่น คิดว่าได้จดทะเบียนสมรสกับบุคคลที่ตนต้องการจะสมรสด้วยแต่ปรากฏว่าบุคคลที่ตนทำการสมรสด้วยนั้นเป็นพี่น้องฝาแฝดมิใช่บุคคลที่ตนต้องการจะสมรสด้วยแต่ต้น การสมรสนั้นย่อมจะต้องตกเป็นโมฆียะ โดยกฎหมายได้ให้หลักการสำคัญผิดอยู่ในกรอบของตัวบุคคลเท่านั้น จึงไม่ใช่คำว่า “สำคัญผิดในตัวบุคคล” ซึ่งอาจจะทำให้เข้าใจกว้างขวางไปถึงการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลด้วย เท่ากับว่าหากมีการสำคัญผิดในคุณสมบัติของคู่สมรสอีกฝ่ายแล้วจะไม่มีผลกระทบใดๆ ถึงความสมบูรณ์แห่งการสมรสนั้น เช่น สำคัญผิดในฐานะทางการเงินในความฉลาด ในอาชีพ หรือในสัญชาติ เพราะการสำคัญผิดเหล่านี้มิได้ทำให้การดำเนินชีวิตครอบครัวมีอุปสรรคแต่อย่างใด หากแต่ถือเป็นเพียงมูลเหตุจูงใจให้ทำการสมรสเท่านั้น ทั้งนี้การเพิกถอนการสมรสที่เป็นโมฆียะดังกล่าวจะต้องกระทำภายใน 90 วันนับแต่วันจดทะเบียนสมรส เพราะถือเป็นระยะเวลาพอสมควรที่คู่สมรสน่าจะรู้ความจริง โดยมีได้นับตั้งแต่วันที่รู้หรือควรจะรู้ว่าตนสำคัญผิด ดังนั้นหากระยะเวลา 90 วัน ผ่านพ้นไปแล้ว แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าจะเพ่งทราบบว่าสำคัญผิดก็ตามก็จะขอให้ศาลเพิกถอนไม่ได้<sup>28</sup>

สำหรับบุคคลที่สามารถจะใช้สิทธิขอให้ศาลเพิกถอนการสมรสที่กระทำไปโดยสำคัญผิดตัวนี้ มาตรา 1508 จำกัดแต่เฉพาะคู่สมรสที่สำคัญผิดเท่านั้น<sup>29</sup>

### 3.2.2 การสมรสโดยถูกกลฉ้อฉล

ในขณะที่การสมรสโดยสำคัญผิดเกิดขึ้นจากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดไปเอง แต่ในเรื่องกลฉ้อฉลกลับมีคู่สมรสฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกทำให้อีกฝ่ายสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของการมีชีวิตครอบครัว การสมรสดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 1506<sup>30</sup> โดยคำว่า “ถูกกลฉ้อ

<sup>27</sup> มาตรา 1505 การสมรสที่ได้กระทำไปโดยคู่สมรสฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดตัวคู่สมรสการสมรสนั้นเป็นโมฆียะ

สิทธิขอเพิกถอนการสมรสเพราะสำคัญผิดตัวคู่สมรสเป็นอันระงับเมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วเก้าสิบวันนับแต่วันสมรส

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 162-164.

<sup>29</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 164.

<sup>30</sup> มาตรา 1506 ถ้าคู่สมรสได้ทำการสมรสโดยถูกกลฉ้อฉลอันถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีกลฉ้อฉลนั้นจะไม่ทำการสมรส การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ



ฉล” คือถูกอุบายหลอกลวงจนได้แสดงเจตนาทำการสมรสไป อนึ่งกลฉ้อฉลนี้จะต้อง “ถึงขนาด” กล่าวคือหากคู่สมรสฝ่ายแรกไม่ได้ใช้อุบายหลอกลวงแล้วฝ่ายหลังก็จะไม่ทำการสมรสด้วยอย่างเด็ดขาด การที่จะพิจารณาว่ากลฉ้อฉลที่เกิดขึ้นนั้นถึงขนาดหรือไม่ จะต้องพิจารณาลักษณะส่วนตัวของฝ่ายที่ถูกหลอกลวงเสียก่อนว่าข้ออ้างว่าถูกหลอกลวงนั้นเมื่อไม่เป็นจริงแล้วจะมีผลทำให้ฝ่ายนี้ลำบากใจมากน้อยแค่ไหนในการอยู่กินร่วมกับอีกฝ่ายหนึ่ง หากมีผลอย่างมากก็ควรจะมีสิทธิขอเพิกถอนหมายความว่าข้อที่หลอกลวงนั้นเป็นจุดชี้ขาดการตัดสินใจสมรสของฝ่ายหลังนี้ โดยพิจารณาองค์ประกอบในเรื่องของนิติกรรมตามมาตรา 167 ที่ให้พิเคราะห์ถึงเพศ อายุ ฐานะ อนามัย และภาวะแห่งจิตของฝ่ายที่ถูกกลฉ้อฉล ตลอดจนพฤติการณ์ทั้งปวงอันอาจเป็นน้ำหนักแก่การนั้นด้วย และที่สำคัญก็คือจะต้องนำสภาพแวดล้อมทางสังคมของฝ่ายที่ขอเพิกถอนมาพิจารณาประกอบด้วย เท่ากับว่านอกจากจะพิจารณาตามอรรถวิสัยซึ่งเจ้าตัวจะต้องพิสูจน์ให้ได้แล้ว ยังต้องคำนึงถึงภาวะวิสัยด้วยในลักษณะที่มองการสมรสเป็นสถาบันทางสังคมที่บ้านเมืองเข้าไปรับผิดชอบอยู่จึงไม่สามารถปล่อยให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอ้างข้อฉ้อฉลที่ไม่มีน้ำหนักหรืออ้างเอาตามอารมณ์เปลี่ยนแปรมาทำลายการสมรสไปได้โดยง่ายเกินไป<sup>31</sup>

อนึ่งกลฉ้อฉลในการสมรสอาจจะเกิดจากบุคคลที่สามก็ได้ แต่จะมีผลต่อการสมรสก็ต่อเมื่อคู่สมรสอีกฝ่าย (ฝ่ายที่ไม่ได้ถูกหลอกลวง) ได้รับความเสียหาย เช่น ตนเองได้ทราบหรือเป็นผู้บอกให้บุคคลที่สามไปหลอกลวงคู่สมรสอีกฝ่าย เป็นต้น สำหรับระยะเวลาการเพิกถอนนั้นจะต้องกระทำภายใน 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรได้รู้ถึงกลฉ้อ หรือภายใน 1 ปีนับแต่สมรส มิฉะนั้นสิทธิขอเพิกถอนการสมรสจะเป็นอันระงับ

### 3.2.3 การสมรสโดยถูกข่มขู่

ในบรรดาความเสื่อมเสียของเจตนาที่แสดงออกในการสมรสนั้น การข่มขู่นับได้ว่ามีผลกระทบต่อการแสดงเจตนามากที่สุด ทำให้เจตนาวิปริตมากกว่าเหตุอื่น เพราะเป็นการทำลายความสมัครใจของคู่สมรสฝ่ายที่ถูกข่มขู่โดยสิ้นเชิง ซึ่งมีผลทำให้การสมรสตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 1507<sup>32</sup> โดยการ

---

ความในวรรคหนึ่ง ไม่ใช่บังคับในกรณีที่กลฉ้อฉลนั้นเกิดขึ้นโดยบุคคลที่สามโดยคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมิได้รู้เห็นด้วย

สิทธิขอเพิกถอนการสมรสเพราะถูกกลฉ้อฉลเป็นอันระงับเมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรได้รู้ถึงกลฉ้อฉล หรือเมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วหนึ่งปีนับแต่วันสมรส

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 164-165.

<sup>32</sup> **มาตรา 1507** ถ้าคู่สมรสได้ทำการสมรสโดยถูกข่มขู่อันถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีการข่มขู่เช่นนั้นจะไม่ทำการสมรส การสมรสนั้นเป็นโมฆียะ

ข่มขู่ดังกล่าวต้องถึงขนาด หมายความว่าหากไม่มีการข่มขู่แล้วจะไม่มีการสมรสเกิดขึ้นได้เลย การพิจารณาว่าถึงขนาดหรือไม่นั้นต้องพิจารณาตามห้การข่มขู่ในเรื่องนิติกรรมดั่งบัญญัติในมาตรา 164 ถึงมาตรา 167 กล่าวคือภัยที่ขู่ให้กลัวนั้นต้องร้ายแรงและใกล้จะถึง จะเป็นภัยแก่ตนเองโดยตรงแก่สกุลหรือแก่ทรัพย์สินก็ได้<sup>33</sup> ทั้งนี้เฉพาะคู่สมรสที่ถูกข่มขู่เท่านั้นที่จะขอเพิกถอนการสมรสได้ โดยจะต้องขอเพิกถอนภายใน 1 ปีนับแต่พ้นจากการข่มขู่

นอกจากนี้ยังมีผู้เห็นว่าแม้ไม่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงแต่หากการสมรสขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ไม่สามารถทำการสมรสได้<sup>34</sup> เช่น พระภิกษุสามเณร ตามกฎหมายลักษณะผ้าเหลืองจะทำการสมรสมิได้ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ไม่ได้กล่าวถึง แต่จะถือไม่ได้ว่ากฎหมายอนุญาตให้พระภิกษุสามเณรสามารถทำการสมรสได้ เพราะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนถึงขนาดทำให้บ้านเมืองสิ้นศาสนาจึงต้องถือว่าเป็นเงื่อนไขข้อหนึ่งที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้<sup>35</sup> เป็นต้น

### 3.3 หญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1453

กฎหมายบัญญัติว่าหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นจะทำการสมรสใหม่ได้ ต่อเมื่อการสิ้นสุดแห่งการสมรสได้ผ่านพ้นไปแล้วไม่น้อยกว่า 310 วันเว้นแต่

1. คลอดบุตรแล้วในระหว่างนั้น
2. สมรสกับคู่สมรสเดิม

---

สิทธิขอเพิกถอนการสมรสเพราะถูกข่มขู่เป็นอันระงับ เมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วหนึ่งปีนับแต่วันที่พ้นจากการข่มขู่

<sup>33</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 167.

<sup>34</sup> โปยม เลขยานนท์, คำบรรยายวิชาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), หน้า 19.

<sup>35</sup> เสนีย์ ปราโมช,ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวมรดก, หน้า 69.

3. มีใบรับรองแพทย์ประกาศนียบัตรหรือปริญญาซึ่งเป็นผู้ประกอบการรักษาโรคในสาขาเวชกรรมได้ตามกฎหมายว่ามีได้มีครรภ์หรือ

4. มีคำสั่งของศาลให้สมรสได้

ตามกฎหมายลักษณะฉัวเมียบทที่ 30 การที่หญิงหม้ายสามีตายมีสามีใหม่ในระหว่างที่ศพยังหลงอยู่ในโลงถือเป็นเรื่องทำชั่วเหนือฝืนเป็นการนำบัดสีถึงขนาดให้มีการปรับโทษกันประจานกัน<sup>36</sup> แต่มาถึงสมัยที่ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นี้ ข้อบัญญัติที่มีให้หญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นทำการสมรสใหม่ก่อนสิ้นระยะเวลา 310 วัน น่าจะมีถือว่าเป็นเรื่องนำบัดสีแต่คงเป็นเพราะเกรงว่าเมื่อหญิงนั้นสมรสใหม่เกิดมีบุตรออกมาจะไม่รู้ว่าเป็นบุตรของสามีเก่าหรือสามีคนใหม่ ดังนั้นมาตรา 1453 จึงได้ห้ามไว้ว่าหญิงที่เคยสมรสมาแล้วแต่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดด้วยประการอื่นจะสมรสใหม่ในทันทีไม่ได้ จะต้องรอให้ระยะเวลาอย่างน้อย 310 วัน ได้ผ่านพ้นไปเสียก่อน ซึ่งระยะเวลา 310 วัน นี้เป็นเวลานานที่สุดที่ทารกจะอยู่ในครรภ์มารดาได้<sup>37</sup> เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นตามที่กำหนดไว้ใน อนุมาตรา (1) – (4) ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

### 3.3.1 ความหมายของคำว่า “ตาย” และ “การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น”

คำว่า “ตาย” ต้องถือตามข้อยุติทางการแพทย์ ซึ่งปัจจุบันทางการแพทย์ถือกันว่า บุคคลถึงแก่ความตายเมื่อแกนสมองตาย สมองหยุดทำงานแล้วไม่มีทางกลับมาทำงานได้อีก ย่อมถือได้ว่าบุคคลถึงแก่ความตายแล้ว เพราะในกรณีเช่นนี้มีข้อเท็จจริงฟังได้ว่าชีวิตของบุคคลนั้นย่อมล่วงไปโดยไม่อาจฟื้นคืนมาได้อีกแน่แท้<sup>38</sup>

นอกจากนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 62 ได้กำหนดให้บุคคลซึ่งศาลได้มีคำสั่งให้เป็นคนสาบสูญให้ถือว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย บุคคลที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญย่อมสิ้นสภาพบุคคลโดยนิตินัย ซึ่งกฎหมายถือเสมือนว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตายแล้ว ทั้งนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ผู้มีส่วนได้เสียและเพื่อประโยชน์แก่ความแน่นอนทางกฎหมาย ดังนั้นจึงมีปัญหาว่าการเป็นคนสาบสูญจะเป็นเหตุให้การสมรสสิ้นสุดลงตามมาตรา 1501 ที่บัญญัติว่า “การสมรสย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย การหย่า หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน” ด้วยหรือไม่

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 60.

<sup>37</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 131.

<sup>38</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักกฎหมาย บุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2553), หน้า 31.

ดร.สมทบ สุวรรณสุทธิ ได้ให้ความเห็นว่า การเป็นคนสาบสูญจะทำให้การสมรสขาดจากกันหรือไม่ เป็นปัญหาที่น่าคิด นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่าเมื่อคนสาบสูญเป็นคู่สมรสการสมรสย่อมขาดจากกัน เพราะเหตุว่าคนสาบสูญกฎหมายถือว่าเป็นคนตาย และความตายเป็นเหตุให้ขาดจากการสมรส คู่สมรสของคนสาบสูญจึงไปทำการสมรสใหม่ได้ แต่ให้ขอฟ้องหย่าตามมาตรา 1500 (5) (ปัจจุบันคือ มาตรา 1516(5) ) เสียก่อน แต่ในความเห็นส่วนตัวของ ดร.สมทบ เห็นว่าการเป็นคนสาบสูญไม่ทำให้การสมรสขาดจากกัน เพราะเมื่อพิเคราะห์ดูความมุ่งหมายและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแล้วคำว่า “ตาย” น่าจะหมายถึงความตายธรรมดา ไม่ใช่ความตายโดยกฎหมาย ฉะนั้นเมื่อคู่สมรสฝ่ายหนึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญซึ่งมีผลเป็นเพียงคนตายโดยสันนิษฐานยังหาทำให้การสมรสขาดจากกันไม่ หากเป็นเพียงเหตุหย่าอย่างหนึ่งในจำนวนหลายอย่างที่ระบุไว้ในมาตรา 1500 (ปัจจุบันคือ มาตรา 1516 ) ซึ่งคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจะอาศัยอ้างเพื่อฟ้องร้องยังโรงศาลขอหย่าขาดจากการสมรสในเมื่อตนมีความประสงค์จะสมรสใหม่เท่านั้น<sup>39</sup>

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ให้ความเห็นว่า “การขาดจากสามีภริยาตามมาตรา 1516(5) ฝ่ายที่ยังอยู่ต้องฟ้องหย่าจึงจะขาดจากสามีภริยากันได้ ไม่ถือว่าขาดกันโดยสาบสูญเสมือนหนึ่งว่าตายตามมาตรา 1501 เพื่อตัดปัญหาที่อาจเกิดตามมาได้มากมาย”<sup>40</sup>

รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล ให้ความเห็นว่า “ตามมาตรา 1501 ใช้คำว่า “ความตาย” ต้องหมายถึง “ตายตามธรรมชาติ” ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 1516(5) มิฉะนั้นแล้วมาตรา 1516(5) ก็จะเป็นหมัน และขัดต่อมาตรา 1452 ทำให้การสมรสเป็นโมฆะตามมาตรา 1495 ดังนั้นถ้าหากว่าสามีถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญแล้วหญิงไปทำการสมรสโดยไม่ได้ฟ้องหย่าก่อน ผลเป็นไปตามมาตรา 1452 ประกอบกับมาตรา 1495”<sup>41</sup>

ผศ.ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ ได้ให้ความเห็นว่า “สำหรับปัญหาว่าการสมรสสิ้นสุดลงหรือไม่นั้น หากพิเคราะห์ดูความในมาตรา 1516 (5) ประกอบกับมาตรา 1501 แล้วก็พอวินิจฉัยได้ว่า การสิ้นสุดแห่งการสมรสตามมาตรา 1501 มุ่งหมายถึงกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งตายตามธรรมชาติเท่านั้น”<sup>42</sup>

<sup>39</sup>สมทบ สุวรรณสุทธิ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), หน้า 21-22.

<sup>40</sup>จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 16.

<sup>41</sup>ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2548), หน้า 261.

<sup>42</sup>กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักกฎหมาย บุคคล, หน้า 196.

อาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ ได้ให้ความเห็นว่า “ความหมายของคำว่า “ตาย” ในที่นี้หมายถึง การสิ้นชีวิตโดยหมดลมหายใจ ไม่หมายรวมถึงการสิ้นสภาพบุคคลโดยที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 62 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลซึ่งศาลได้มีคำสั่งให้เป็นคนสาบสูญ ให้ถือว่าถึงแก่ความตาย” เพราะการเป็นคนสาบสูญยังไม่ได้ตายจริงๆ ทั้งไม่ได้ทำให้การสมรสสิ้นสุด อย่างมากเป็นเพียงเหตุที่หญิงจะฟ้องขอหย่าได้ตามมาตรา 1516 (5) เท่านั้น”<sup>43</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.วารี นาสกุล และ อาจารย์เบญจวรรณ ธรรมรัตน์ เห็นว่า “คำว่า “ตาย” ในที่นี้หมายถึง การตายตามธรรมชาติ คือ การหมดลมหายใจไม่ใช่สาบสูญซึ่งกฎหมายถือเสมือนหนึ่งว่าตาย”<sup>44</sup>

ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดที่ว่า คำว่า “ตาย” ตามมาตรา 1453 นี้ หมายถึง การตายตามธรรมชาติเท่านั้น ไม่รวมถึงบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นบุคคลสาบสูญแต่อย่างใด

สำหรับ “การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น” นั้น การสมรสจะสิ้นสุดลงด้วยเหตุหลายประการตามมาตรา 1501 ซึ่งบัญญัติว่า “การสมรสย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย การหย่า หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน” ในที่นี้คงมุ่งหมายเฉพาะกรณีหย่า หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอนการสมรสเท่านั้น ดังนั้นจึงมีปัญหว่าการสิ้นสุดการสมรสจะรวมถึงกรณีที่มีการสมรสตกเป็นโมฆะด้วยหรือไม่<sup>45</sup>

อาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ ได้ให้ความเห็นว่า “การที่ศาลแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะกฎหมายไม่รับรองผลของการสมรสนั้นเลย”<sup>46</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ได้ให้ความเห็นว่า “มาตรา 1453 นี้ห้ามเฉพาะฝ่ายหญิงเป็นหญิงซึ่งเคยมีสามีและต่อมาสามีตายหรือการสมรสของหญิงสิ้นสุดลงด้วยเหตุอื่น ซึ่งเมื่อพิจารณาตามมาตรา 1501 แล้ว นอกจากการสมรสจะสิ้นสุดลงด้วยความตายแล้ว ยังอาจจะสิ้นสุดลงด้วยการหย่าหรือศาลพิพากษาให้เพิกถอนด้วยเหตุโมฆียะ อย่างไรก็ตามข้อห้ามตามมาตรา 1453 นี้ น่าจะรวมถึงกรณีที่มีการสมรสของหญิงสิ้นสุดลงด้วยเหตุโมฆะด้วย เนื่องจากความเป็นโมฆะก็เป็นเหตุหนึ่ง

<sup>43</sup> ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2552), หน้า 144.

<sup>44</sup> วารี นาสกุล และเบญจวรรณ ธรรมรัตน์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว (กรุงเทพฯ : พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2554), หน้า 80.

<sup>45</sup> ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 144.

<sup>46</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 145.

ทำให้การสมรสสิ้นสุดลง เมื่อหญิงตกอยู่ในข้อเท็จจริงดังกล่าว หญิงที่ว่านี้จะสมรสใหม่ไม่ได้จนกว่าระยะเวลาสามร้อยสิบวันจะผ่านพ้นไปนับแต่วันที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลง”<sup>47</sup>

ดังนั้นจะเห็นได้ว่านักกฎหมายมีความเห็นเป็น 2 นัย กล่าวคือ<sup>48</sup>

ฝ่ายแรก เห็นว่าในบรรพ 5 ใหม่ได้แบ่งแยกความเป็นโมฆะของการสมรสกับการสิ้นสุดแห่งการสมรสไว้คนละหมวด โดยประสงค์ให้มีผลและการให้ความคุ้มครองแตกต่างกัน เมื่อมาตรา 1453 บัญญัติไว้เฉพาะกรณีการสมรสสิ้นสุดลงก็ย่อมไม่มีความหมายรวมถึงการสมรสที่เป็นโมฆะ ดังนั้นหญิงจึงทำการสมรสได้แต่หากคลอดบุตรภายใน 310 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาแสดงการสมรสเป็นโมฆะ เด็กนั้นก็จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ตามมาตรา 1538 และจะนำมาตรา 1537 อันเป็นบทสันนิษฐานกรณีการสมรสฝ่าฝืนมาตรา 1453 ว่าเป็นบุตรโดยชอบของสามีคนใหม่ไม่ได้

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า ตามมาตรา 1453 น่าจะเข้าใจต่อจากมาตรา 1452 ที่ว่าหญิงจะทำการสมรสระหว่างมีคู่สมรสไม่ได้ ซึ่งรวมถึงกรณีขาดจากคู่สมรสเดิมแล้วต้องรอให้พ้นกำหนด 310 วันนับแต่วันที่สามีถึงแก่ความตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงไม่เว้นเรื่องศาลเพิกถอนโดยคำพิพากษา ซึ่งตามมาตรา 1536 วรรคสองก็หมายถึงคำพิพากษาดังนั้นมาตรา 1537 ที่ว่าสิ้นสุดลงก็ควรรวมถึงโมฆะและเพิกถอนด้วยตามคำพิพากษา รวมทั้งการแสดงเจตนาด้วย

### 3.3.2 ระยะเวลาที่ห้ามการสมรสและวิธีการนับ

เหตุที่กฎหมายห้ามมิให้ทำการสมรสภายในระยะเวลา 310 วันนั้น เนื่องจากมีข้อกังวลว่าหญิงอาจจะตั้งครรภ์กับสามีเดิมในขณะที่มาสมรสกับสามีคนใหม่ ยิ่งไปกว่านั้นหากหญิงคลอดบุตรภายในระยะเวลาที่อาจสันนิษฐานได้ว่าเป็นบุตรของสามีคนใดคนหนึ่งก็อาจยังเกิดความยุ่งยากทั้งในทางปฏิบัติและในทางกฎหมายตามมา เช่น หลังจากหย่าขาดจากสามีคนแรกเพียงเดือนเดียวหญิงจะสมรสใหม่กับสามีคนที่สอง อีกแปดเดือนต่อมาหลังจากการสมรสใหม่หญิงคลอดบุตรออกมาจะเห็นได้ว่าหากพิจารณาจากระยะเวลาตั้งครรภ์ของหญิง เด็กอาจจะเป็นบุตรของสามีคนใดคนหนึ่งก็ได้เพราะคลอดภายใน 310 วันนับแต่หย่าขาดจากสามีคนแรกและคลอดในระหว่างการสมรสกับสามี

<sup>47</sup>ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 110.

<sup>48</sup>ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 144.

คนที่สอง และตลอดเกินหกเดือนนับแต่วันสมรสกับสามีคนที่สองอีกด้วย<sup>49</sup> โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาและเริ่มนับวันสิ้นสุดแห่งการสมรส ดังนี้<sup>50</sup>

1. ความตาย ย่อมถือว่าสิ้นสุดลงในทันทีที่ชายผู้เป็นสามีถึงแก่ความตาย
2. การหย่า แยกพิจารณาเป็น 2 กรณี
  - 2.1 การหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ย่อมมีผลนับแต่เวลาที่จดทะเบียนหย่าเป็นต้นไปตามมาตรา 1531 วรรคหนึ่ง ดังนั้น จดทะเบียนหย่าเมื่อใดการสมรสก็สิ้นสุดลงเมื่อนั้น
  - 2.2 การหย่าโดยคำพิพากษาของศาล มีผลแต่เวลาที่คำพิพากษาถึงที่สุดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1531 วรรคสอง ดังนั้นคำพิพากษาของศาลที่ให้หย่าขาดจากการเป็นสามีภริยากันถึงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 147 ในวันใดการสมรสก็สิ้นสุดลงวันนั้น
3. ศาลพิพากษาให้เพิกถอน ถือว่าการสมรสสิ้นสุดลงในวันที่คำพิพากษาถึงที่สุดตามมาตรา 1511 ดังนั้นคำพิพากษาของศาลให้เพิกถอนถึงที่สุดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 147 ในวันใดการสมรสก็สิ้นสุดลงวันนั้น

### 3.3.3 ข้อยกเว้นที่หญิงสามารถทำการสมรสใหม่ได้

ข้อยกเว้นที่กำหนดให้หญิงสามารถทำการสมรสใหม่ได้โดยไม่ต้องรอให้พ้นกำหนดระยะเวลา 310 วัน ได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

<sup>49</sup>ไพโรจน์ กัมพูสิริ และรัชฎา เอกบุตร, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 45.

<sup>50</sup>สมชัย ชีฆาอุตมากร, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับสมบูรณ์ (กรุงเทพฯ : พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2554), หน้า 91.

### 3.3.3.1 คลอดบุตรแล้วในระหว่างนั้น

เมื่อหญิงคลอดบุตรแล้วปัญหาในเรื่องว่าเด็กเป็นบุตรของสามีคนใดย่อมหมดไปจึงทำให้สามารถทำการสมรสใหม่ได้ทันทีโดยไม่ต้องรอให้พ้นระยะเวลา 310 วันอีก

แต่เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้กำหนดคำนิยามหรือให้ความหมายของคำว่า “คลอด” ไว้ ดังนั้นจึงมีปัญหาเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “คลอด” ตามมาตรา 15 ว่าทารกจะต้องหลุดพ้นจากครรภ์มารดาหรือไม่ จึงจะได้ชื่อว่าเป็นการคลอดเสร็จสมบูรณ์ ซึ่งประเด็นดังกล่าว นักนิติศาสตร์ไทยยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่<sup>51</sup>

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ให้ความเห็นว่า “คำว่าคลอดแล้วต้องเข้าใจว่าคลอดหมดแล้วทั้งตัว ทุกๆ ส่วนของร่างกายทารกได้พ้นจากร่างกายของมารดาแล้ว แต่ไม่ต้องตัดสายรกซึ่งไม่ถือว่าเป็นส่วนของร่างกายทารก”<sup>52</sup>

ดร.สมทบ สุวรรณสุทธิ ให้ความเห็นว่า “ตัวบทใช้คำว่า “คลอด” โดยมีได้มีคำขยาย จึงทำให้คิดว่าทารกที่คลอดจากครรภ์มารดาแล้ว แต่ยังมีได้ถูกตัดขาดจากรกนั้นก็น่าจะถือว่ามีสภาพบุคคลแล้ว เพราะทารกนั้นไม่ได้มีชีวิตหรือร่างกายร่วมกับมารดาแล้ว แต่ครั้งเมื่อได้พิจารณาตัวบทภาษาอังกฤษมาตรา 15 ซึ่งใช้คำว่า “with the full completion of birth” ประกอบกันจึงทำให้เข้าใจแจ่มชัดขึ้นว่า การคลอดนั้นต้องการเป็นการคลอดที่สำเร็จเรียบร้อยบริบูรณ์แล้วทารกจึงเริ่มมีสภาพบุคคล ในประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 31 เกี่ยวกับการเริ่มสภาพบุคคลก็บัญญัติทำนองเดียวกันว่าต้องเป็น “naissance accomplie” และตามกฎหมายสวิสจะไม่ถือว่าเป็นการคลอดที่เสร็จเรียบร้อยบริบูรณ์ หากยังมีได้ทำการตัดสายสะดือทารกนั้น”<sup>53</sup>

รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ โสวิไลกุล ให้ความเห็นว่า “ต้องถือเอาการคลอดออกหมดตัวจึงจะเป็นการคลอดสำเร็จ มิฉะนั้นจะเป็นปัญหาการคลอดบางส่วน ส่วนไหนบ้างจึงจะถือเป็นการคลอดเพียงแต่ศีรษะไหลและตัวยังอยู่ในช่องคลอดของมารดาจะถือว่าคลอดแล้วไม่ได้ แต่ออกมาแค่นั้นจึงจะเป็นคลอดแล้ว ย่อมเป็นปัญหาตลอดไป ถ้าไม่ถือเอาการคลอดออกจนหมดตัวเป็นเกณฑ์”<sup>54</sup>

<sup>51</sup> ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล, หน้า 14-15.

<sup>52</sup> จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล, หน้า 5.

<sup>53</sup> สมทบ สุวรรณสุทธิ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล, หน้า 4-5.

<sup>54</sup> ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล, หน้า 15.



ผศ.ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติได้ให้ความเห็นว่า “ที่ว่าคลอดแล้วนั้น คือการคลอดเสร็จบริบูรณ์ตามหลักวิชาแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นการคลอดธรรมชาติ หรือคลอดโดยวิธีทำคลอดด้วยความช่วยเหลือของแพทย์ หรือโดยการผ่าหน้าท้องมารดา ก็ถือหลักทำนองเดียวกันว่าการคลอดย่อมสำเร็จเมื่อทารกมีความเป็นอยู่แยกจากครรภ์มารดาแล้ว แม้จะยังมีได้ถูกตัดขาดจากรกของมารดา หรือยังมีได้ตัดสายสะดือก็ตาม”<sup>55</sup>

ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของ อาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ ที่อธิบายว่า “การที่แพทย์ผ่าท้องเอาเด็กออกมา ก็ถือเป็นการคลอดบุตรแล้วเหมือนกัน ซึ่งทางแพทย์เรียกว่า Caesarean Operation การที่เด็กไม่อาจมีชีวิตได้ในขณะทำการคลอด ถือว่าเป็นการคลอดบุตรแล้วตาม (1) นี้ ซึ่งไม่ต้องถึงขนาดว่าต้อง “อยู่รอด” เหมือนมาตรา 15”<sup>56</sup>

### 3.3.3.2 สมรสกับคู่สมรสเดิม

หญิงที่ทำการสมรสใหม่กับสามีเดิมย่อมเป็นเรื่องที่ไม่น่าสงสัยว่าจะมีบุตรกับบุคคลอื่น เพราะเมื่อหย่ากับสามีและเมื่อสมรสกับสามีคนที่หย่านั้น ก็ไม่น่าจะมีเหตุอันควรสงสัยว่าหญิงจะไปร่วมประเวณีจนเกิดบุตรกับชายอื่น เพราะถ้าประเวณีเช่นนั้นสามีคงไม่รับเลี้ยงคู่อีก ฉะนั้นจึงไม่มีการจำเป็นอย่างใดที่จะต้องรอถึง 310 วันให้เป็นการเสียเวลา<sup>57</sup>

แต่ทั้งนี้คงมีปัญหาในทางวิชาการว่า คำว่า “คู่สมรสเดิม” จะมีความหมายรวมถึงคู่สมรสที่การสมรสเป็นโมฆะหรือไม่ซึ่งนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าไม่มีความหมายรวมถึง เพราะถือเท่ากับว่าการสมรสนั้นเสียเปล่ามาแต่ต้น แต่หากมีการสมรสใหม่ก็ไม่ขัดกับมาตรา 1453 เพราะไม่ใช่กรณีที่มีการสมรสแล้วการสมรสสิ้นสุดลงแต่อย่างใด การที่ศาลแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะ กฎหมายไม่รับรองผลของการสมรสนั้นเลย เพียงแต่หากมีปัญหาเรื่องบุตรก็มีมาตรา 1538 บัญญัติไว้เป็นพิเศษเท่านั้น ดังนั้นแม้จะทำการสมรสกับชายเดิมหรือชายอื่นแม้ไม่ผ่านระยะเวลา 310 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาแสดงการสมรสเป็นโมฆะก็ทำได้ และไม่ต้องด้วยข้อสันนิษฐานเรื่องบุตรตามมาตรา 1537

<sup>55</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักกฎหมาย บุคคล (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2553), หน้า 21.

<sup>56</sup> ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 145.

<sup>57</sup> ทองเปลว ชลภูมิ, หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก, หน้า 81.

คงนำบทสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายซึ่งเป็นสามีมารดาตามมาตรา 1536 วรรคสองมาบังคับ<sup>58</sup>

### 3.3.3.3 มีใบรับรองแพทย์ประกาศนียบัตรหรือปริญญาซึ่งเป็นผู้รักษาโรคในสาขาเวชกรรมได้ตามกฎหมายว่ามีได้ตั้งครรภ์

ในข้อนี้ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ<sup>59</sup>

1. มีใบรับรองแพทย์ว่าหญิงมิได้มีครรภ์
2. แพทย์นั้นต้องเป็นแพทย์มีประกาศนียบัตรหรือปริญญา
3. แพทย์นั้นต้องเป็นผู้ประกอบการรักษาโรคได้ตามกฎหมาย

ทั้งนี้เพราะเมื่อมีใบรับรองแพทย์ว่าหญิงมิได้ตั้งครรภ์ ปัญหาของเด็กที่อาจจะคลอดตามมาหลังจากสมรสกับสามีใหม่จึงเป็นอันสิ้นสุดไป<sup>60</sup>

### 3.3.3.4 มีคำสั่งของศาลให้สมรสได้

เป็นกรณีที่หญิงต้องการสมรสใหม่ก่อนครบระยะเวลา 310 วันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลง แต่ไม่อาจอาศัยข้อเท็จจริงตามอนุมาตรา (1) - (3) ได้ จึงต้องยื่นขออนุญาตต่อศาลแต่กฎหมายมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้ ดังนั้นจึงมีปัญหาว่าศาลจะใช้เกณฑ์ใดในการพิจารณาอนุญาตให้หญิงสามารถทำการสมรสได้ ซึ่งนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความเห็นแตกต่างกัน ดังนี้

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ให้ความเห็นว่า “เรื่องจะเป็นอย่างไรศาลจึงจะสั่งให้หญิงหม้ายทำการสมรสใหม่ได้ กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ ปัญหาจึงมีว่าศาลจะสั่งอนุญาตให้ทำการสมรสใหม่โดยอาศัยเหตุว่าหญิงหม้ายอยู่คนเดียวเปลี่ยวใจนัก หรือไม่มีใครจะหาเลี้ยง ดังนี้จะได้หรือไม่ เมื่อดูตามความมุ่งหมายของตัวบท เหตุที่ห้ามมิให้หญิงหม้ายทำการสมรสใหม่จนกว่าจะพ้น

<sup>58</sup>ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 145.

<sup>59</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 145-146.

<sup>60</sup>ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 111.

กำหนด 310 วัน เป็นเรื่องจะป้องกันมิให้เกิดปัญหาว่าลูกที่เกิดมาเป็นลูกของใคร เมื่อเป็นเช่นนี้ เหตุผลที่ศาลจะสั่งอนุญาตให้สมรสใหม่ จึงน่าจะหันเข้าหาความมุ่งหมายของตัวบท มิใช่จะอาศัยเหตุอะไรก็ได้ คือเช่นถ้าหญิงหม้ายพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนเป็นหมั้น ไม่สามารถมีบุตรได้ หรือไม่ได้มีบุตร ค้ำครรภ์กับผัวเก่า ดังนั้นศาลจะอนุญาตให้มีผัวใหม่”<sup>61</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.วารี นาสกุล และ อาจารย์เบญจวรรณ ธรรมรัตน์ ให้ความเห็นว่า “ในกรณี จำเป็นหญิงอาจขอต่อศาลให้ทำการสมรสภายใน 310 วันได้ อย่างไรก็ดีจะเรียกว่ากรณีจำเป็นก็คงต้อง ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราวๆ ไป ประกอบกับดุลพินิจของศาล เช่น หญิงมีครรภ์กับคู่สมรสเดิมแต่ ภายหลังการหย่าไม่สามารถจะหาเลี้ยงตัวเองได้จึงจำเป็นต้องหาผู้อื่นมาอุปการะเลี้ยงดูตน ซึ่งหาก ศาลเห็นสมควรก็จะสั่งอนุญาตให้หญิงนั้นทำการสมรสก่อนการสิ้นสุดของการสมรสครั้งก่อนจะพ้น 310 วัน”<sup>62</sup>

อาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ ให้ความเห็นว่า “ใน (4) แม้หญิงตั้งครรภ์ ศาลก็อาจอนุญาตได้ โดยพิเคราะห์ถึงประโยชน์สุขของเด็กเป็นสำคัญ เช่น หญิงเพิ่งตั้งครรภ์เพียง 1 เดือน น่าเชื่อว่าจะ เป็น บุตรของชายที่ขออนุญาตให้สมรส”<sup>63</sup>

นอกจากนี้ ยังมีแนวคิดให้เพิ่มเติมข้อยกเว้น เช่น หญิงที่ได้พ้นวัยเจริญพันธุ์ไปแล้วเพราะการ ตั้งครรภ์ไม่เป็นประเด็น รวมทั้งกรณีที่ฝ่ายชายยินยอมที่จะสมรสกับหญิงนั้นโดยไม่ต้องรอให้การสมรส ครั้งก่อนสิ้นสุดไป 310 วัน ก็ควรอนุโลมให้สมรสได้โดยไม่ต้องไปขอต่อศาลให้มีคำสั่ง<sup>64</sup> เป็นต้น

### 3.3.4 ผลการฝ่าฝืนเงื่อนไข

การสมรสของหญิงหม้ายที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขตามมาตรา 1453 นี้ กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ว่าผลจะ เป็นอย่างไร ฉะนั้นจึงต้องถือว่าเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ตลอดไปโดยไม่เป็นโมฆะหรือโมฆียะ และบุตร ที่เกิดมาภายใน 310 วันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงนั้น มาตรา 1537 ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็น

<sup>61</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 61.

<sup>62</sup> วารี นาสกุล และเบญจวรรณ ธรรมรัตน์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 81.

<sup>63</sup> ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 146.

<sup>64</sup> วิชา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว (กรุงเทพฯ : คปไฟ, 2546), หน้า 60.

บุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่นั้น<sup>65</sup> ซึ่งต่างจากมาตรา 1492 บรรพ 5 เดิม ซึ่งบัญญัติว่าเมื่อสมรสแล้วจะเลิกร้างเสียเพราะถ้อยคำที่ให้ต่อนายทะเบียนตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 1445 วรรค 2 ไม่เป็นความจริงนั้นมิได้ แต่บุตรที่เกิดภายใน 310 วันนับแต่วันที่ภริยาขาดจากสามีคนก่อนให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรของสามีคนก่อน<sup>66</sup>

### 3.3.5 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา

เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหมายถึงเด็กที่เกิดระหว่างสมรส โดยกฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีมารดา ไม่ว่าเด็กนั้นจะเกิดหลังจากการสมรสนั้นเป็นระยะเวลาเท่าไรก็ตาม รวมถึงกรณีที่เด็กเกิดภายใน 310 วันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลง<sup>67</sup> ซึ่งโดยปกติแล้วเด็กเกิดภายหลังการสมรสสิ้นสุดลงไม่อาจสันนิษฐานได้เสมอไปว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เคยเป็นสามี เพราะเมื่อการสมรสสิ้นสุดแล้ว มารดาย่อมมีอิสระที่จะมีความสัมพันธ์กับชายใดก็ได้ จึงยากที่จะกำหนดตายตัวว่าเด็กเกิดหลังจากสิ้นสุดลงในทุกกรณีเป็นบุตรของชายใด การที่จะกำหนดให้ชัดเจนว่าเด็กเป็นบุตรของชายผู้เคยเป็นสามีจึงต้องมีขอบเขตจำกัด จะกำหนดให้เด็กที่เกิดหลังจากการสมรสสิ้นสุดเป็นบุตรตลอดไปย่อมไม่ถูกต้องกับความเป็นจริงและไม่เป็นธรรมแก่ชายผู้เคยเป็นสามี ในขณะที่ยิวกันการไม่กำหนดให้บุตรที่เกิดในสภาวะเช่นนี้เป็นบุตรของผู้ใดเลยก็ถือเป็นการไม่คุ้มครองแก่เด็ก ฉะนั้นเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและสอดคล้องกับความเป็นจริง กฎหมายจึงกำหนดข้อสันนิษฐานให้เด็กที่เกิดภายใน 310 วันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลง เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เคยเป็นสามี<sup>68</sup> ข้อสันนิษฐานนี้ให้ปรับใช้ทั้งกรณีที่การสมรสนั้นเป็นโมฆะด้วยตามความในวรรคสอง

นอกจากนั้นในกรณีที่หญิงทำการสมรสใหม่ภายในระยะเวลา 310 วันนับแต่การสมรสเดิมสิ้นสุด ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 1453 อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับบุตรของหญิงนั้น แต่กฎหมายกลับ

<sup>65</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 132.

<sup>66</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวมรดก, หน้า 169.

<sup>67</sup> มาตรา 1536 เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่มีการสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามี แล้วแต่กรณี

ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับแก่บุตรที่เกิดจากหญิงก่อนที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะ หรือภายในระยะเวลาสามร้อยสิบวันนับแต่วันนั้น

<sup>68</sup> รัศภา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดา และบุตร (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2555), หน้า 7-8.

ไม่ได้บัญญัติบทบังคับ (Sanction) ไว้ว่าถ้าผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษอย่างใด หรือจะถูกบังคับหรือตัดสิทธิอย่างใด การสมรสที่ฝ่าฝืนจะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะหรือไม่ก็ไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดไว้เลย ฉะนั้นการที่หญิงสมรสฝ่าฝืนมาตรา 1453 จึงเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ตามกฎหมาย และเพื่อขจัดปัญหาเกี่ยวกับเด็กที่เกิดมาภายในระยะเวลาดังกล่าว มาตรา 1537 จึงบัญญัติให้สันนิษฐานว่าเด็กที่เกิดจากหญิงที่สมรสฝ่าฝืนมาตรา 1453 กล่าวคือ สมรสใหม่ภายใน 310 วันหลังจากการสมรสเดิมสิ้นสุดลง เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีคนใหม่<sup>69</sup> การที่กฎหมายวางข้อสันนิษฐานเช่นนี้ เพื่อมิให้เด็กที่เกิดมาประสบปัญหาการมีบิดา 2 คนในเวลาเดียวกัน คืออาจเป็นบุตรของสามีเดิมเพราะเกิดภายใน 310 วันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลง และเป็นบุตรของสามีคนใหม่เนื่องจากการสมรสครั้งใหม่ ถึงแม้ตามข้อเท็จจริงอาจจะมีข้อสงสัยหรือมีความไม่แน่นอนว่าเด็กอาจเป็นบุตรของสามีคนใดคนหนึ่งก็ได้ กฎหมายจึงขจัดปัญหาด้วยการห้ามนำข้อสันนิษฐานในมาตรา 1536 ที่ว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเดิมมาใช้บังคับ แต่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กเป็นบุตรของสามีคนใหม่ แม้แต่เด็กเองก็อาจฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตร ก็จะมีผลให้เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเดิมตามข้อสันนิษฐานในมาตรา 1536 ต่อไป<sup>70</sup>

แต่มาตรา 1537 นั้น เป็นเพียงบทสันนิษฐานของกฎหมายเท่านั้นชายผู้เป็นสามีคนใหม่จึงอาจจะไม่รับเด็กนั้นเป็นบุตรของตนก็ได้ เพราะในตอนท้ายของมาตรา 1537 บัญญัติว่า “ทั้งนี้ เว้นแต่มีคำพิพากษาของศาลแสดงว่าเด็กมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่นั้น” ดังนั้นชายผู้เป็นสามีคนใหม่จึงต้องฟ้องเด็กและมารดาาร่วมกันเป็นจำเลย และนำสืบพิสูจน์ว่าเด็กนั้นมิใช่บุตรของตนตามเหตุที่กำหนดในมาตรา 1539<sup>71</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>69</sup> มาตรา 1537 ในกรณีที่หญิงทำการสมรสใหม่นั้นเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 1453 และคลอดบุตรภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กที่เกิดแต่หญิงนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ และห้ามมิให้นำข้อสันนิษฐานในมาตรา 1536 ที่ว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเดิมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เว้นแต่มีคำพิพากษาของศาลแสดงว่าเด็กมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่นั้น

<sup>70</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 12-13.

<sup>71</sup> ชาติชัย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 454.

### 3.3.6 ผลในทางส่วนตัว

บุตรที่มีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาจากบิดามารดาตามมาตรา 1564<sup>72</sup> นั้น จะต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาเท่านั้น โดยกฎหมายกำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูแก่บุตรผู้เยาว์รวมทั้งหน้าที่ในการให้การศึกษาแก่บุตรตามฐานะและความสามารถของบิดามารดาจนกว่าบุตรจะบรรลุนิติภาวะ ดังนั้นตราบเท่าที่ยังไม่มีการฟ้องคดีปฏิเสธไม่รับเด็กเป็นบุตร หรือการฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตร ชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีมารดาที่ถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็ก ย่อมมีหน้าที่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาด้วย และหากชายนั้นละเลยหน้าที่ดังกล่าวบุคคลอื่นย่อมสามารถสอดเข้าจัดการแทนได้ตามมาตรา 397 ส่วนชายผู้เป็นบิดาที่แท้จริงของเด็กนั้น ตราบเท่าที่ยังไม่ถูกสันนิษฐานโดยกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลให้เป็นบิดาของเด็ก ชายนั้นย่อมไม่มีหน้าที่ในการให้การอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่เด็กนั้นแต่อย่างใด

### 3.3.7 ผลในทางทรัพย์สิน

ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย คู่สมรสอีกฝ่ายย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรเพียงผู้เดียว แต่หากผู้ใช้อำนาจปกครองที่ยังมีชีวิตอยู่ประสงค์จะทำการสมรสใหม่ อาจทำให้เกิดความยุ่งยากในแง่ของทรัพย์สินที่จะปะปนกันระหว่างทรัพย์สินของบุตรที่มีอยู่เดิมกับทรัพย์สินที่ได้รับมรดกจากบิดาหรือมารดาผู้ตาย กับทรัพย์สินของมารดาหรือบิดาที่ยังมีชีวิตอยู่และทรัพย์สินของคู่สมรสคนใหม่กฎหมายจึงบัญญัติมาตรา 1579<sup>73</sup> ขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์โดยกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจปกครองที่จะทำการสมรสกระทำการดังต่อไปนี้

<sup>72</sup>มาตรา 1564 บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์

<sup>73</sup>มาตรา 1579 ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายและมีบุตรที่เกิดด้วยกันและคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจะสมรสใหม่ ถ้าคู่สมรสนั้นได้ครอบครองทรัพย์สินอันเป็นสัดส่วนของบุตรไว้อย่างถูกต้องแล้ว จะส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุตรในเมื่อสามารถจัดการก็ได้ หรือมิฉะนั้นจะเก็บรักษาไว้เพื่อมอบให้บุตรเมื่อถึงเวลาอันสมควรก็ได้ แต่ถ้าทรัพย์สินใดเป็นจำพวกที่ระบุไว้ในมาตรา 456 หรือที่มีเอกสารเป็นสำคัญ ให้ลงชื่อบุตรเป็นเจ้าของรวมในเอกสารนั้น ก่อนที่จะจัดการดังกล่าวคู่สมรสนั้นจะทำการสมรสมิได้

ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลจะมีคำสั่งให้คู่สมรสดังกล่าวทำการสมรสไปก่อนก็ได้ คำสั่งศาลเช่นว่านี้ ให้ระบุไว้ด้วยว่าให้คู่สมรสปฏิบัติกรแบ่งแยกทรัพย์สินและทำบัญชีทรัพย์สิน ตามความในวรรคหนึ่งภายในกำหนดเวลาเท่าใด ภายหลังจากการสมรสนั้นด้วย

1. ส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นสัดส่วนของบุตรที่ตนได้ครอบครองไว้อย่างถูกต้องให้แก่บุตรในเมื่อบุตรสามารถจัดการเองได้ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้บุตรบรรลุนิติภาวะเสียก่อน หรือหากบุตรยังไม่สามารถจัดการเองได้ ผู้ใช้อำนาจปกครองอาจเก็บรักษาไว้เพื่อมอบให้บุตรเมื่อถึงเวลาอันสมควร

2. หากทรัพย์สินนั้นเป็นจำพวกที่ระบุในมาตรา 456 ซึ่งได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ เรือที่มีระวางตั้งแต่ 5 ตันขึ้นไป แพ สัตว์พาหนะ หรือเป็นทรัพย์สินที่มีเอกสารเป็นสำคัญ เช่น หุ้นในบริษัทมีใบหุ้นเป็นเอกสารสำคัญ ผู้ใช้อำนาจปกครองที่ยังมีชีวิตอยู่จะต้องลงชื่อบุตรเป็นเจ้าของรวมในเอกสารนั้นๆ

บิดาหรือมารดาผู้ใช้อำนาจปกครองที่ยังมีชีวิตอยู่จะต้องกระทำการดังกล่าว มิฉะนั้นจะทำการสมรสใหม่ไม่ได้ แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควรศาลอาจสั่งให้บิดาหรือมารดาทำการสมรสไปก่อนก็ได้ แต่จะต้องแบ่งแยกทรัพย์สินให้เสร็จภายในเวลาที่ศาลกำหนดไว้ภายหลังการสมรส<sup>74</sup>

### 3.4 กฎหมายอิสลามที่ใช้ใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้

กฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายทางศาสนาอันมีมูลฐานมาจากศาสนาอิสลาม ซึ่งเชื่อว่าอัลเลาะห์เป็นผู้สร้างสรรพสิ่งทั้งปวงในสากลจักรวาล โดยมีนบีมุฮัมมัดเป็นศาสดาองค์สุดท้ายของพระองค์ โดยกฎหมายอิสลามมีที่มาจากอัลเลาะห์และคัมภีร์อัลกุรอานซึ่งเป็นโองการที่อัลเลาะห์ทรงประทานความ دلใจให้เป็นที่ประจักษ์แก่ดวงหทัยของนบีมุฮัมมัดในที่หลายสถานและกาลต่างกันรวมเวลานานถึง 23 ปี และใช้อย่างแพร่หลายในประเทศต่างๆ ที่มีมุสลิม<sup>75</sup> ดังนั้นหลักกฎหมายอิสลามจึงไม่ใช่กฎหมายบ้านเมืองของประเทศหนึ่งประเทศใดโดยเฉพาะ และไม่ใช่กฎหมายที่ผ่านกระบวนการตราของสภานิติบัญญัติแต่เป็นข้อบัญญัติที่อัลเลาะห์ประทานให้แก่มุสลิมมาเป็นเวลาช้านาน เป็น

---

ในกรณีที่การสมรสได้กระทำไปโดยมิได้ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง หรือในกรณีที่คู่สมรสไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลดังกล่าวในวรรคสอง เมื่อความปรากฏแก่ศาลเอง หรือเมื่อญาติของผู้เยาว์หรืออัยการร้องขอ ศาลมีอำนาจสั่งให้ถอนอำนาจปกครองจากคู่สมรสนั้น หรือจะมอบให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดทำบัญชีและลงชื่อบุตรเป็นเจ้าของรวมในเอกสารดังกล่าวแทนโดยให้คู่สมรสเสียค่าใช้จ่ายก็ได้

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ให้ถือว่าบุตรบุญธรรมของคู่สมรสที่ตายไปและมีชีวิตอยู่ทั้งสองฝ่ายเป็นบุตรที่เกิดจากคู่สมรส

<sup>74</sup> รัชฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดา และบุตร, หน้า 159.

<sup>75</sup> กระทรวงยุติธรรม, การสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2525) หน้า 331-332.

หลักการที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัยและสภาพอยู่เป็นนिरันตร์ บรรดามุสลิมผู้ศรัทธาทั้งหลายไม่ว่าจะอยู่ในประเทศใดล้วนยึดถือคัมภีร์อัลกุรอานซึ่งถือเป็นธรรมนูญศาสนบัญญัติที่สำคัญยิ่งในศาสนาอิสลาม สำหรับประเทศไทยได้มีการจัดทำคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับกระทรวงยุติธรรม) พ.ศ.2484 ซึ่งเป็นเพียงการรวบรวมหลักการในศาสนาอิสลามเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกที่ปรากฏอยู่ในคัมภีร์อัลกุรอาน ชุมนนะฮ์ของนบีมุฮัมมัดมดีเอกฉันท์(อิจญ์มาอ) และหลักการเทียบเคียง (กียาส) ดังนั้นคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกจึงมีสถานะเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายครอบครัวและมรดกอิสลาม<sup>76</sup> โดยหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก(ฉบับกระทรวงยุติธรรม) พ.ศ.2483 ถือเป็นฉบับแรกของประเทศไทย และต่อมาสำนักงานศาลยุติธรรมได้พัฒนาให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นโดยการจัดทำคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) พ.ศ. 2554 ซึ่งถือเป็นการจัดทำคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกครั้งที่ 2 ของประเทศไทยและเป็นครั้งแรกของศาลยุติธรรมนับแต่แยกตัวออกจากกระทรวงยุติธรรมเมื่อ พ.ศ. 2543 เป็นต้นมา ดังนั้นในปัจจุบันข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม และตะเตะยุติธรรม ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในเขตพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล จึงใช้คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) พ.ศ. 2554 ในการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกที่คู่ความเป็นอิสลามศาสนิก<sup>77</sup>

### 3.4.1 ความเป็นมาในการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

ประเทศไทยยอมรับการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นทางการภายใต้รัฐประศาสนโยบายของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่ทรงมีพระมหากรุณาธิคุณต่อราษฎรชาวไทยมุสลิม โดยทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ตรากฎหมายเรียกว่า “ข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120” สำหรับจัดการปกครองในหัวเมืองทั้ง 7 คือ เมืองปัตตานี เมืองหนองจิก เมืองยะหริ่ง เมืองสาย เมืองยะล่อ เมืองรามัน และเมืองระแงะ โดยกำหนดให้ใช้

<sup>76</sup> คาวินิจฉัยประธานฎีกาที่ ยช.14/2542 วินิจฉัยว่า การร้องขอเป็นผู้ปกครองผู้เยาว์ เมื่อปรากฏว่าผู้เยาว์เป็นอิสลามศาสนิกอยู่ในจังหวัดนราธิวาส ต้องบังคับตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ซึ่งบัญญัติไว้โดยเฉพาะตามหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งต้องมีตะเตะยุติธรรมเป็นผู้ชี้ขาดกฎหมายอิสลาม กรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลเยาวชนและครอบครัว

<sup>77</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือหลักกฎหมายอิสลาม ว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม), (กรุงเทพมหานคร: ชวนพิมพ์ 50, 2554) หน้า 118.



กฎหมายอิสลามในการพิจารณาคดีครอบครัวและมรดกของอิสลามศาสนิกในหัวเมืองดังกล่าว และต่อมาใน ร.ศ. 125 (พ.ศ. 2449) ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้จัดตั้งมณฑลปัตตานี โดยแบ่งหัวเมืองทั้ง 7 ออกเป็น 4 จังหวัดคือ

- 1.เมืองปัตตานี เมืองยะหริ่ง และเมืองหนองจิก รวมเป็นจังหวัดปัตตานี
- 2.เมืองสาย เป็นจังหวัดสายบุรี
- 3.เมืองยะลา เมืองรามันรวมเป็นจังหวัดยะลา
- 4.เมืองระแงะ เป็นจังหวัดนราธิวาส

ต่อมาได้มีการยุบจังหวัดสายบุรี เป็นอำเภอสายบุรีขึ้นกับจังหวัดปัตตานีจนถึงปัจจุบัน

สำหรับจังหวัดสตูลแรกเริ่มมิได้รวมอยู่ในหัวเมืองทั้ง 7 ดังกล่าวข้างต้น แต่ภายหลังได้มีการตราของมหาอำมาตย์เอกเจ้าพระยาอภัยราชามหายุติธรรม เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ลงวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2460 ให้ใช้กฎหมายอิสลามในจังหวัดสตูลด้วย ดังนั้นจึงนับรวมจังหวัดสตูลอยู่ในเขตของการใช้กฎหมายอิสลามตามข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 ด้วยรวมเรียกว่า “เขต 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้”<sup>78</sup>

ภายหลังประเทศไทยประกาศใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 ใน พ.ศ.2478 แต่รัฐมีนโยบายชัดเจนที่จะให้ประชาชนใน 4 จังหวัดภาคใต้ คือจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ได้ประกอบศาสนกิจให้เป็นไปตามลัทธิศาสนาอิสลาม จึงยกเว้นไม่ให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 มาใช้ใน 4 จังหวัดภาคใต้ตามพระราชบัญญัติให้ใช้บรรพ 5 มาตรา 6 และพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6 มาตรา 4 ทำให้การใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่กระทบกระเทือน “ข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120” ที่ใช้บังคับมาตั้งแต่สมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวในส่วนที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดก

ในปี พ.ศ. 2486 ซึ่งอยู่ในช่วงระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐบาลนโยบายรัฐนิยมและชาตินิยมมาใช้โดยเห็นว่าสมควรขยายบทบัญญัติ บรรพ 5 และบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ทั่วถึงเพื่อความมั่นคงและวัฒนธรรมของชาติ โดยมาตรา 3 ของพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 ได้ยกเลิก มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 และมาตรา 3 ของพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ

<sup>78</sup>รายละเอียดโปรดอ่าน ณรงค์ ศิริปะชะนะ, ความเป็นมาของกฎหมายอิสลามและค้ำตะยุติธรรม, (กรุงเทพมหานคร: บพิธ, 2518) หน้า 1-7.

บรรพ 6 ได้ยกเลิก มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6 ส่งผลให้มีการยกเลิกการใช้กฎหมายอิสลามที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดกและยกเลิกอำนาจและหน้าที่ของตะเภายุติธรรมตั้งแต่นั้นมาประชาชนมุสลิมทั้งหมดใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกเช่นเดียวกับประชาชนชาวไทยทั้งประเทศ

เมื่อสิ้นสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศอังกฤษในฐานะผู้ชนะสงครามเริ่มเข้ามามีบทบาทต่อปัญหาความขัดแย้งในภูมิภาคจังหวัดชายแดนภาคใต้ยิ่งขึ้น และสถานการณ์ทางการเมืองในจังหวัดชายแดนภาคใต้ก็อยู่ในภาวะหัวเลี้ยวหัวต่อ ประกอบกับจอมพล ป. พิบูลสงครามหมดอำนาจลงพร้อมกับแนวความคิดรัฐนิยมและชาตินิยม รัฐบาลในสมัยนั้นจึงออกพระราชกฤษฎีกาว่าการด้วยศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม พ.ศ.2488 และประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 มีผลใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน<sup>79</sup>

### 3.4.2 เจื่อนไขแห่งการสมรส

คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) พ.ศ. 2554 ได้กำหนดเจื่อนไขแห่งการสมรส ไว้ในข้อ 32 – 55 หมวด 2 เจื่อนไขแห่งการสมรส ลักษณะ 1 การสมรส บรรพ 1 ครอบครัว โดยถือว่าการสมรสจะต้องประกอบด้วยเจื่อนไข ดังต่อไปนี้

#### 3.4.2.1 คู่สมรสชายและคู่สมรสหญิง

ชายและหญิงที่จะสมรสต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายอิสลาม ดังนี้

##### 1. คู่สมรสชาย

กฎหมายอิสลามกำหนดให้ชายที่มีความต้องการทางเพศอย่างมากและมีสิ่งจำเป็นสำหรับการเข้าสู่ชีวิตสมรสพึงทำการสมรส แต่ถ้าไม่มีความต้องการทางเพศการสมรสก็เป็นเพียงสิ่งที่กฎหมาย

<sup>79</sup>สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือหลักกฎหมายอิสลาม ว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม), หน้า 116-117.

อนุญาตให้ทำได้เท่านั้น และถ้าหากชายมีเหตุอันเป็นอุปสรรคต่อการร่วมประเวณีชนิดถาวร ชายนั้นพึงเป็นโสด<sup>80</sup>

“สิ่งที่จำเป็นสำหรับการเข้าสู่ชีวิตสมรส” คือสิ่งที่ใช้เป็นเครื่องอุปโภคและบริโภคที่จำเป็นสำหรับตนและภริยาในวันสมรสกับมะฮัร<sup>81</sup> ซึ่งเป็นทรัพย์สินหรือสิ่งที่ถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ชายมีหน้าที่ชำระแก่หญิงเนื่องแต่การสมรส<sup>82</sup> โดยทรัพย์สินหรือสิ่งที่ถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ใช้เป็นมะฮัรต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้<sup>83</sup>

1. สะอาดบริสุทธิ์ตามกฎหมาย หมายความว่าไม่เป็นทรัพย์สินห้ามยืมถือและไม่เป็น “นะญิส” ซึ่งหมายถึง สิ่งถือได้ว่าเป็นสิ่งสกปรก ห้ามสัมผัส และต้องขจัดออกไปโดยการทำความสะอาด
2. มีประโยชน์
3. ส่งมอบแก่ผู้รับได้
4. เป็นกรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์ของผู้เป็นเจ้าของ

ทั้งนี้หากชายใดไม่มีสิ่งที่จำเป็นสำหรับการเข้าสู่ชีวิตสมรส และมีความต้องการทางเพศปกติ ชายนั้นพึงเป็นโสด แต่ถ้ามีความต้องการทางเพศอย่างมากให้พึงหลีกเลี่ยงการสมรสและลดความต้องการนั้นด้วยการถือศีลอดหากไม่สำเร็จจึงลดด้วยการสมรส<sup>84</sup>

การสมรสตามกฎหมายอิสลามนั้น ชายที่จะสมรสต้องเป็นผู้ที่นับถือศาสนาอิสลาม และในขณะที่สมรสรู้ว่าหญิงไม่เป็นบุคคลต้องห้ามสำหรับตนในการสมรส<sup>85</sup> และพึงสมรสกับหญิงพรหมจารี<sup>86</sup> ที่เคร่งครัดในการปฏิบัติตามหลักการอิสลาม มีรูปโฉมสวยงามพอสมควร ร่ารวยทรัพย์สินสามารถมีบุตรได้มาก หรือมีเชื้อสายหรือวงศ์ตระกูลที่ดีตามที่ศนะอิสลาม และพึงไม่สมรสกับหญิงที่

<sup>80</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 35

<sup>81</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 36

<sup>82</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 275

<sup>83</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 276

<sup>84</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 37

<sup>85</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 47(1)

<sup>86</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 42

เกิดจากการผิดประเวณี หรือที่เป็นญาติใกล้ชิด หรือที่เป็นบุตรของผู้ฟาสึก<sup>87</sup> อันหมายถึงผู้ที่ฝ่าฝืนหลักการสำคัญยิ่งที่ถือว่าผู้ฝ่าฝืนเป็นผู้ทำบาปใหญ่ หรือหลักการสำคัญที่ถือว่าผู้ที่ฝ่าฝืนเป็นผู้ทำบาปเล็กแต่เป็นชนิดที่แสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นธรรมของผู้ทำเป็นกิจวัตรหรืออาจิมและมีปริมาณที่คาดว่ามันน้อยกว่าการทำความดีที่ได้ทำมาแล้ว และยังไม่ได้ทำการไถ่บาปที่ถูกต้องตามกฎหมาย<sup>88</sup> ด้วยวิธีดังต่อไปนี้<sup>89</sup>

1. เปล่งวาจาขอขมาโทษจากอัลเลาะห์
2. โทมนัสในความผิดของตนอย่างสุดซึ้ง
3. สมาทานจิตในอันจะสังวรตนไม่กระทำความผิดที่เป็นบาปนั้นอีกต่อไป
4. ขอขมาโทษต่อผู้เสียหายในกรณีที่มีผู้เสียหาย ไม่ว่าจะผู้เสียหายจะยกโทษให้หรือไม่ก็ตาม

ในกรณีประทุษร้ายต่อทรัพย์จะต้องคืนหรือใช้ราคาทรัพย์ หรือในกรณีประทุษร้ายต่อร่างกายถึงฟกช้ำบาดเจ็บหรือตาย ถ้าผู้เสียหายเรียกร้อง ผู้ฟาสึกจะต้องได้ชำระหรือรับว่าจะชำระซึ่งค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายด้วย

กฎหมายอิสลามได้กำหนดให้ชายพึงเลือกสมรสกับหญิงตามลำดับคุณสมบัติดังต่อไปนี้<sup>90</sup>

1. เครื่องครัดในการปฏิบัติตามหลักการอิสลาม
2. มีรูปโฉมสวยงามพอสมควร
3. ร่ำรวยทรัพย์
4. สามารถมีบุตรได้มาก

นอกจากนั้นกฎหมายอิสลามได้กำหนดให้ชายสามารถมีภริยาในขณะเดียวกันได้ไม่เกิน 4 คน แต่ถ้าชายเห็นว่าตนไม่มีความสามารถที่จะให้ความเป็นธรรมในการแบ่งเวรอยู่กับภริยาได้ ห้ามมิให้

<sup>87</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 43

<sup>88</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(22)

<sup>89</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(23)

<sup>90</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 44

มีภริยามากกว่า 1 คน แม้การมีภริยามากกว่า 1 คนแต่ไม่เกิน 4 คน ของชายนั้นจะมีผลตามกฎหมายก็ตาม<sup>91</sup>

ทั้งนี้กฎหมายอิสลามอนุญาตให้ชายมีภริยาได้ 4 คน โดยห้ามมิให้ชายที่มีภริยาอยู่แล้ว 4 คน สมรสกับหญิงอื่นอีก เว้นแต่ชายนั้นได้ขาดการสมรสจากภริยาคนใดคนหนึ่งเสียก่อน และในกรณีที่ชายสมรสกับหญิง 5 คนโดยทำการสมรสในครั้งเดียวกันให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะ แต่ถ้าทำการสมรสครั้งละ 1 คน ให้เฉพาะการสมรสลำดับที่ 5 เท่านั้นเป็นโมฆะ<sup>92</sup>

## 2. คู่สมรสหญิง

หญิงที่อยู่ในสภาวะไม่ต้องการผู้ช่วยเหลือในค่าครองชีพที่จำเป็นและมีความต้องการทางเพศปกติ กฎหมายอิสลามกำหนดให้หญิงนั้นพึงเป็นโสด แต่ถ้าหญิงมีความต้องการทางเพศอย่างมากให้หญิงนั้นพึงสมรส แต่ถ้าถึงขนาดทำให้หญิงนั้นมีความรู้สึกว่ามีความเป็นไปได้มากกว่าตนจะผิดประเวณี ถ้ายังไม่สมรส กฎหมายกำหนดให้หญิงนั้นต้องสมรสโดยเร็ว เว้นแต่หญิงที่ไม่อยู่ในสภาวะดังกล่าวและต้องการที่จะอุทิศตนเพื่อทำสิ่งที่เป็นการแสดงความภักดีต่ออัลเลาะห์โดยตรงพึงหลีกเลี่ยงการสมรส<sup>93</sup>

ส่วนหญิงที่อยู่ในสภาวะไม่ต้องการผู้ช่วยเหลือในค่าครองชีพที่จำเป็นและมีความต้องการทางเพศปกติที่รู้ตัวว่าถ้าตนสมรสจะไม่สามารถทำหน้าที่ภริยาได้หญิงนั้นต้องห้ามสมรส แต่ถ้าไม่รู้ตัวว่าจะไม่สามารถทำหน้าที่ภริยาได้หญิงนั้นพึงเป็นโสด เว้นแต่หญิงมีความต้องการทางเพศอย่างมากให้พึงสมรส<sup>94</sup>

การสมรสตามกฎหมายอิสลามนั้น หญิงที่จะสมรสต้องเป็นผู้ที่นับถือศาสนาอิสลาม หรือเป็นชาวคัมภีร์ที่ยึดมั่นอยู่ในหลักการดั้งเดิมของศาสนาของตนอันได้แก่ ชาวบนิอิสรออิลที่เป็นผู้สืบสันดานของชาวบนิอิสรออิล และนับถือศาสนาที่เป็นต้นตำหรับของศาสนายูดาหรือศาสนาคริสต์ในปัจจุบัน<sup>95</sup> ไม่ว่าหญิงนั้นจะเป็นชาวคัมภีร์หรือผู้ที่ไม่ได้นับถือศาสนาอิสลามที่ไม่ใช่ชาวคัมภีร์ที่อาศัยอยู่

<sup>91</sup>คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 40

<sup>92</sup>คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 41

<sup>93</sup>คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 38

<sup>94</sup>คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 39

<sup>95</sup>คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 47(2) วรรคแรก

ในรัฐอิสลามภายใต้สนธิสัญญาคนต่างด้าวที่ต้องจ่ายค่าต่างด้าว และต้องปฏิบัติตามกฎหมายอิสลาม และอยู่ภายใต้ข้อปฏิบัติตามกฎหมายอิสลาม (ซิมมียะฮ์)<sup>96</sup> หรือเป็นผู้ที่ไม่ได้นับถือศาสนาอิสลามที่ไม่มีสนธิสัญญาใดๆ ในเรื่องของสันติภาพ สงบศึก ขออาศัยในรัฐอิสลามชั่วคราว หรือความปลอดภัยของชาวมุสลิมกับรัฐอิสลาม หรือผู้นับถือศาสนาอิสลาม และเป็นพลเมืองของรัฐที่ไม่เป็นรัฐอิสลาม (ฮัตร์บียะฮ์)<sup>97</sup> ก็ตาม

แต่ถ้าหญิงชาวคัมภีร์เช่นว่านั้นเป็นชาวบเนียนีฮรอฮิล ที่ไม่ได้เป็นผู้สืบสันดานของชาวบเนียนีฮรอฮิล คู่สมรสชายจำเป็นที่จะต้องรู้หรือแน่ใจก่อนว่า ต้นตระกูลของหญิงนั้นเข้ารับนับถือศาสนาเช่นว่านั้นก่อนที่หลักการศาสนานั้นจะถูกยกเลิกและทดแทนด้วยหลักการศาสนาของอัลเลาะห์ในยุคถัดมา และก่อนที่หลักการศาสนานั้นจะถูกเป็ยงเบน<sup>98</sup>

รวมทั้งหญิงนั้นจะต้องไม่เป็นหญิงที่กฎหมายห้ามมิให้ชายทำการสมรสด้วย ไม่ว่าจะเป็ยงเบนประเภทห้ามตลอดไป หรือประเภทห้ามชั่วคราว<sup>99</sup>

#### 1. หญิงที่ห้ามมิให้ชายสมรสด้วยตลอดไปมีดังต่อไปนี้<sup>100</sup>

ศาสนาอิสลามห้ามทำการสมรสเป็นการถาวรกับผู้ที่มีความสัมพันธ์กับชายโดยแบ่งเป็น 3 ประเภท ดังนี้

##### 1.1 ความสัมพันธ์ทางญาติ หญิงที่ต้องห้ามมิให้ชายทำการสมรสด้วยมี 7 กรณี ได้แก่

1. มารดา

2. บุตรสาว

3. พี่สาวหรือน้องสาว

4. พี่น้องของบิดา

<sup>96</sup>คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(63)

<sup>97</sup>คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(64)

<sup>98</sup>คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 47(2) วรรคสอง

<sup>99</sup>คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 47(6)

<sup>100</sup>รายละเอียดโปรดอ่าน ดลมนรรจน์ บากา และ แวอูเซ็ง มะเตเฮาะ, อิสลามศึกษาเบื้องต้น, (ปัตตานี: วิทยาลัยอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2536) หน้า 162-164.

5.พี่น้องของมารดา

6.บุตรสาวของพี่ชายหรือน้องชาย

7.บุตรสาวของพี่สาวหรือน้องสาว

1.2 ความสัมพันธ์เนื่องจากดื่มน้ำนมร่วมกัน โดยผู้ที่ถูกห้ามสมรสด้วยในประเภทนี้มี 2 กรณี ได้แก่

1.แม่นม

2.พี่น้องที่ร่วมดื่มน้ำนมจากแม่นมคนเดียวกัน โดยอิสลามถือว่าผู้ที่ดื่มน้ำนมจากแม่นมคนเดียวกันเป็นพี่น้องกัน

1.3 ความสัมพันธ์ทางการสมรส ผู้ที่ห้ามสมรสด้วยมี 4 กรณี ได้แก่

1.มารดาของภรรยา

2.บุตรสาวของภรรยาทั้งที่เป็นบุตรโดยการสืบเชื้อสายและจากการดื่มน้ำนม

3.ภรรยาของบิดา

4.ภรรยาของบุตร

2. หญิงที่ห้ามมิให้ชายสมรสด้วยเพียงชั่วคราวมีดังต่อไปนี้

2.1 ห้ามการสมรสกับหญิงที่เป็นพี่น้องหรือเป็นน้าหลานในคราวเดียวกันทั้ง 2 คน

1.1 ห้ามสมรสกับหญิงที่เป็นพี่น้องกันในคราวเดียวกัน

1.2 ห้ามสมรสกับหญิงที่เป็นน้าหลานในคราวเดียวกัน

2.2 ห้ามชายที่มีภริยาครบ 4 คนแล้ว ทำการสมรสกับคนที่ 5 ในขณะที่ไม่ได้หย่าขาดจากคนใดคนหนึ่งจากทั้ง 4 คนดังกล่าว แต่เมื่อหย่าแล้วก็ย่อมสามารถสมรสกับคนใหม่ได้

2.3 ชายที่ไม่สามารถให้ความยุติธรรมแก่ภริยาได้ก็ให้มีภริยาเพียงคนเดียว แต่ถ้าหากมีความสามารถเมื่อใดก็มีสิทธิจะมีภริยามากกว่า 1 คนได้

2.4 หญิงที่เป็นภริยาของผู้อื่น เว้นแต่หญิงนั้นได้หย่ากับสามีและพ้นระยะฮัยฎแล้ว

2.5 ผู้บูชาเจร็ด หมายถึงหญิงที่ห้ามสมรสด้วยเว้นแต่หญิงนั้นได้หันมานับถืออิสลาม และห้ามหญิงมุสลิมสมรสกับชายชาวคัมภีร์ (ยิวหรือคริสเตียน) แต่อนุญาตให้ชายมุสลิมสมรสกับหญิงชาวคัมภีร์ได้

2.6 ผู้ใดหย่ากับภริยาครบ 3 ครั้งติดต่อกัน ห้ามไม่ให้คืนดีกันจนกว่าภริยาจะได้สมรสและอยู่กินกับชายอื่นฉันทามีภริยาแล้วและได้หย่ากับสามีใหม่ เมื่อหญิงนั้นพ้นระยะอิດดะฮ์จึงจะสามารถสมรสกับสามีคนเดิมได้

### 3. ความยินยอมของคู่สมรส

ชายและหญิงต้องทราบโดยชัดแจ้งว่าตนจะสมรสกับผู้ใด แต่มีจำเป็นต้องถึงขั้นรู้จักหรือเห็นตัวตนของบุคคลนั้น<sup>101</sup> หากคู่สมรสนั้นเป็นผู้มีสติปัญญาเยี่ยงวิญญูชนกล่าวคือ ไม่เป็นผู้วิกลจริตหรือมีจิตฟั่นเฟือน และบรรลุนิติภาวะแล้วกล่าวคือ พ้นจากความเป็นผู้เยาว์ด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้<sup>102</sup>

1. มีอายุครบ 15 ปี บริบูรณ์
2. น้ำกามเคลื่อนด้วยประการใดๆ
3. การมีประจำเดือน

การสมรสนั้นจะต้องได้รับยินยอมที่จะเป็นสามีภริยาจากผู้ที่สมรสนั้นด้วย<sup>103</sup> ยกเว้นกรณีที่วลีมุญญิบดีร์ (บิดาหรือผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป) ทำการสมรสให้หญิงพรหมจารีกับชายที่คู่ควรไม่ว่าจะทำการสมรสด้วยตนเองหรือโดยตัวแทน แม้ว่าการตั้งตัวแทนไม่ได้กำหนดตัวคู่สมรสชายให้ด้วยและไม่ได้รับความยินยอมจากหญิงการสมรสนั้นย่อมสมบูรณ์ เว้นแต่

1. วลีเป็นปฏิปักษ์หรือเป็นผู้ประสงค์ร้ายต่อหญิงนั้นอย่างชัดแจ้ง หรือชายนั้นเป็นปฏิปักษ์หรือเป็นผู้ประสงค์ร้ายต่อหญิงนั้นแม้โดยไม่ชัดแจ้งก็ตาม
2. ไม่สามารถชำระมะฮัรแห่งการสมรสนั้นได้ในขณะสมรส

<sup>101</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 47(3)

<sup>102</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(15)

<sup>103</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 47(4)



### 3. ชายนั้นไม่คู่ควรกับหญิง

หากเป็นกรณีใดกรณีหนึ่งดังกล่าวข้างต้น การสมรสนั้นไม่มีผลตามกฎหมาย<sup>104</sup>

### 4. คู่สมรสต้องไม่อยู่ในสภาพผู้เอี้ยะห์รอม

คู่สมรสต้องไม่อยู่ในสภาพผู้เอี้ยะห์รอม<sup>105</sup> คือมิได้อยู่ในสภาพของผู้ที่อยู่ในบังคับของกฎหมายอิสลามที่ว่าด้วยผู้ที่ได้เข้าสู่กระบวนการทำฮัจญ์หรือการทำอุมเราะฮ์<sup>106</sup> กล่าวคือมิได้อยู่ในระหว่างการประกอบศาสนกิจที่สำคัญได้แก่ การทำฮัจญ์<sup>107</sup> หรือการทำอุมเราะฮ์ซึ่งเป็นศาสนกิจที่สำคัญน้อยกว่าฮัจญ์ โดยต้องกระทำที่นครเมกกะ ราชอาณาจักรซาอุดีอาระเบีย<sup>108</sup>

#### 3.4.2.2 วลีของคู่สมรสหญิง

วลี คือ ผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณี<sup>109</sup> โดยวลีของคู่สมรสหญิงต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้<sup>110</sup>

1. เป็นชาย ซึ่งเป็นเครือญาติแต่มีผู้ใช้สืบสันดานของคู่สมรสหญิง เช่น บิดา ปู่ ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป พี่ชายหรือน้องชายร่วมบิดามารดา หรือ พี่ชายหรือน้องชายร่วมแต่บิดา เป็นต้น<sup>111</sup>
2. เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามในกรณีที่คู่สมรสหญิงนับถือศาสนาอิสลาม และไม่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามในกรณีที่คู่สมรสหญิงไม่นับถือศาสนาอิสลาม

<sup>104</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 74

<sup>105</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 47(5)

<sup>106</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(45)

<sup>107</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(43)

<sup>108</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(44)

<sup>109</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(35)

<sup>110</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 60

<sup>111</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 58

3. ไม่เป็นผู้ไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ
4. ไม่เป็นผู้ฟาสึก กล่าวคือ มิใช่ผู้ฝ่าฝืนหลักการศาสนาอิสลามและยังไม่ได้ทำการไถ่บาป<sup>112</sup>
5. ไม่เป็นผู้วิกลจริต เว้นแต่กรณีวิกลจริตเพียงครั้งคราวและช่วงเวลาสั้นมาก
6. ไม่อยู่ในสภาพผู้เอี้ยะห์รอมคือ มิได้อยู่ในระหว่างการประกอบศาสนกิจที่สำคัญได้แก่ การทำฮัจญ์ และการทำอุมเราะฮ์ ซึ่งต้องกระทำที่นครเมกกะ ราชอาณาจักรซาอุดีอาระเบีย<sup>113</sup>
7. บรรลุสถานภาวะแล้ว คืออายุครบ 15 ปีบริบูรณ์ หรือน้ำกามเคลื่อน<sup>114</sup>
8. มีสติสัมปชัญญะ เว้นแต่การไร้ความรู้สึกรหรือหมดสติในระยะเวลาไม่เกิน 3 วัน ซึ่งในกรณีเช่นว่านี้ให้ยับยั้งการสมรสไว้ก่อนจนกว่าสตินั้นจะได้สติ แต่ถ้าคู่สมรสหญิงมีความจำเป็นต้องสมรสในช่วงเวลานี้ให้หาลิอาหม ซึ่งได้แก่ ประมุขของประเทศที่มีการสมรส หรือผู้รักษาการแทน หรือผู้อยู่ในตำแหน่งรองจากบุคคลดังกล่าว รวมถึงตะเีตะยุดิธรรมและกอฎีซึ่งเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการตามกฎหมายอิสลาม (วลีฮาгим) นอกจากนี้ยังรวมถึงผู้รับมอบอำนาจจากบุคคลดังกล่าวด้วย (วลีอาหมอื่นนอกเหนือจากวลีฮาгим)<sup>115</sup> ให้เป็นผู้ทำการสมรสแทน
9. ทำการสมรสโดยสมัครใจ

ในกรณีที่ว่าลิมูญญิบัตร์ (บิดาหรือผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป) และหญิงประสงค์จะให้มีการสมรสกับชายคนละคนซึ่งทั้ง 2 คน เป็นชายที่คู่ควรกับหญิง ให้ถือตามความประสงค์ของวลิมูญญิบัตร์<sup>116</sup> เว้นแต่ในกรณีที่มิใช่หญิงพรหมจารีและไม่เป็นผู้ไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หญิงอาจร้องขอให้หาลีอ์กร็อบ (ญาติในลำดับต่ำกว่าวลิมูญญิบัตร์) ทำการสมรสให้ตนกับชายที่ต้องการได้ และหากหาลีอ์กร็อบไม่ทำการสมรสให้ หญิงอาจร้องขอต่อวลีอาหมให้ทำการสมรสให้ได้<sup>117</sup>

<sup>112</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 22

<sup>113</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(45)

<sup>114</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(15)

<sup>115</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 77

<sup>116</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 80

<sup>117</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 81

ทั้งนี้ บีมุฮัมมัดกล่าวว่า “หญิงใดที่ทำการสมรส โดยที่ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง ของนาง ถือว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ (ท่านกล่าวเช่นนี้ 3 ครั้ง)” รายงานโดยอะบู ดาวูด และอัตติรมีชีย์ และอีกวาระหนึ่งกล่าวว่า “การสมรสจะไม่ถูกต้อง เว้นแต่มีผู้ปกครองอยู่ร่วมด้วย” รายงาน โดยอะบู ดาวูด และอัตติรมีชีย์ เช่นกัน<sup>118</sup>

### 3.4.2.3 พยานในการสมรส

การสมรสนั้นจะต้องมีพยานอย่างน้อย 2 คน ที่มีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้<sup>119</sup>

1. เป็นชาย
2. นับถือศาสนาอิสลาม
3. บรรลุศาสนภาวะ
4. เป็นผู้สติปัญญาเยี่ยงวิญญูชน
5. ไม่เป็นผู้พิการในอวัยวะถึงขนาดส่งผลต่อการรับรู้ข้อเท็จจริงหรือต่อการให้การ
6. มีความน่าไว้วางใจในความเป็นธรรม ถ้าหาไม่ได้ให้เป็นเพียงบุคคลที่มีลักษณะเช่นว่านี้เท่าที่มองเห็นโดยทั่วไปและเท่าที่หาได้ในเมืองนั้น
7. ไม่อยู่ในสถานะของผู้ที่ไม่น่าจะเป็นกลางอย่างชัดเจน
8. รู้ภาษา หนังสือ หรืออาณัติสัญญาณ ซึ่งใช้ในการทำอียาบและกอบูลเป็นอย่างดี

แต่ทั้งนี้ ห้ามมิให้ญาติของคู่สมรสหญิงเป็นพยาน แม้ว่ลนั้นจะได้มอบอำนาจให้ผู้อื่นเป็นวิลีแทนตนแล้วก็ตาม<sup>120</sup> และในขณะที่ทำการสมรสนั้นพยานจะต้องเห็นตัวผู้ทำอียาบและกอบูล หรือได้เห็นหนังสือหรืออาณัติสัญญาณ ซึ่งใช้ในการทำอียาบและกอบูลโดยชัดแจ้ง<sup>121</sup>

<sup>118</sup> มุนีร์ มุฮัมมัด. กฎหมายอิสลาม.(กรุงเทพมหานคร :สำนักพิมพ์สายสัมพันธ์, 2521) หน้า 103-104.

<sup>119</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 87

<sup>120</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 89

<sup>121</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 88

ทั้งนี้เป็มฮัมมัดได้กล่าวว่า “การสมรสจะใช้ไม่ได้ เว้นแต่ว่าจะมีผู้ปกครองและพยานชายที่ยุติธรรมสองคนร่วมอยู่ด้วย” รายงานโดยอิมามอะหมัด และอัล-บัยหะกี<sup>122</sup>

#### 3.4.2.4 อีญาบและกอบูล

อีญาบคือ การเปล่งวาจาเสนอการสมรสหรือการกระทำอื่นที่ใช้แทนการเปล่งวาจาเช่นนั้น

กอบูลคือ การเปล่งวาจาสนองรับการสมรสหรือการกระทำอื่นที่ใช้แทนการเปล่งวาจาเช่นนั้น

ทั้งนี้การสมรสจะเกิดขึ้นได้ก็ด้วยอีญาบของวลีของคู่สมรสหญิงหรือตัวแทน และกอบูลของคู่สมรสชายหรือตัวแทน หรือวลีของคู่สมรสชายในกรณีที่คู่สมรสชายเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ<sup>123</sup>

อีญาบและกอบูลจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้กระทำดังต่อไปนี้

1. ในการทำอีญาบนั้น ได้ใช้คำที่มีความหมายชัดเจนว่า ผู้ทำอีญาบได้ทำการสมรสคู่สมรสชายกับคู่สมรสหญิงโดยไม่มี ความหมายอย่างอื่นรวมอยู่ด้วย ซึ่งถ้าเป็นภาษาอาหรับจะต้องเป็นคำที่มาจากรากศัพท์คำว่า “อินกาห์” หรือ “ตัจวีญ์” แต่ถ้าเป็นภาษาอื่นให้ใช้คำที่มาจาก การเปล่งวาจาจากคำ เช่นว่านั้นอันได้แก่คำว่า “สมรส” หรือ “แต่งงาน” ในภาษาไทย และต้องไม่ เป็นคำที่มีความหมายว่า เป็นการกระทำในอนาคต
2. ในการทำกอบูลนั้นจะต้องใช้คำที่มีความหมายชัดเจนว่า ผู้ทำกอบูลได้รับการสมรสที่ผู้ทำอีญาบนั้นเสนอมา โดยไม่มี ความหมายเป็นอย่างอื่น
3. ในกรณีที่ทำอีญาบก่อนทำกอบูล ในอีญาบนั้นต้องปราศจากข้อความนอกเรื่องในท่ามกลางและเมื่อสิ้นสุดการทำอีญาบนั้น และในกอบูลนั้นต้องปราศจากข้อความนอกเรื่องในเบื้องต้นและท่ามกลางการทำกอบูลนั้น
4. ในอีญาบนั้นต้องมีการระบุนามหรือสรรพนามของคู่สมรสชาย และระบุว่าได้กระทำแทน วลี ถ้าตัวแทนวลีเป็นผู้ทำ

<sup>122</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 107.

<sup>123</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 52

5. ในกอบูลนั้นต้องมีการระบุนามของคู่สมรสชาย ถ้าตัวแทนหรือวลีของคู่สมรสชายนั้นเป็นผู้ทำ
6. ทำติดต่อกันโดยพลัน ไม่ว่าจะทำอียาบหรือกอบูลก่อน
7. ในอียาบนั้นต้องมีการระบุนามของคู่สมรสหญิง หรือระบุสรรพนามพร้อมชี้ตัวคู่สมรสหญิง เว้นแต่บิดามีบุตรหญิงเพียงคนเดียวและเป็นวลีเอง ในกรณีเช่นว่านี้จะใช้คำว่า “บุตรหญิงของฉัน” ก็ได้
8. ผู้ทำมีสติสัมปชัญญะ มีสติปัญญาเยี่ยงวิญญูชนและไม่ได้บอกจากการเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามในระหว่างการทำ
9. ภาษาที่ใช้ในการทำอียาบและกอบูล เป็นภาษาที่ผู้ทำทั้งสองฝ่ายและพยานเข้าใจ
10. ในอียาบและกอบูลนั้นต้องไม่มีเงื่อนไขและเงื่อนไขเวลา

ถ้าการทำการสมรสใดที่ผู้ทำอียาบหรือผู้ทำกอบูลเป็นใบ้ สามารถใช้อาณัติสัญญาสัญญาณที่เป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปแทนการเปล่งวาจาได้ ถ้าแสดงอาณัติสัญญาณเช่นว่านั้นไม่ได้ และไม่สามารถตั้งตัวแทนได้ จะใช้การเขียนหรือใช้อาณัติสัญญาณที่เป็นที่เข้าใจเฉพาะผู้เชี่ยวชาญด้านนั้นแทนก็ได้<sup>124</sup>

### 3.4.3 ผลการฝ่าฝืนเงื่อนไข

การสมรสจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้กระทำกาสมรสถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามเท่านั้น ในกรณีที่มีการสมรสไม่สมบูรณ์โดยที่ชายและหญิงไม่ทราบถึงความไม่สมบูรณ์นั้น ให้ถือว่าชายและหญิงเป็นสามีภริยากันจนกว่าได้ทราบถึงความไม่สมบูรณ์นั้น ส่วนในกรณีที่การสมรสไม่สมบูรณ์เนื่องจากการหลอกลวงคู่สมรสชายให้เข้าใจผิด หรือการที่ชายไม่ทราบในสิ่งใดๆ ที่กฎหมายบัญญัติให้ชายนั้นต้องทราบอย่างถูกต้องชัดเจนก่อนการสมรสให้ถือว่าชายและหญิงนั้นเป็นสามีภริยากันจนกว่าชายนั้นจะได้ทราบถึงความเข้าใจผิด หรือได้ทราบอย่างถูกต้องในสิ่งเช่นว่านั้นการสิ้นสุดการสมรสด้วยเหตุเช่นว่านี้ เป็นการสิ้นสุดการสมรสประเภทบาอินเล็ก<sup>125</sup> กล่าวคือเป็นกรณีที่ชายและหญิงจะกลับคืนกันได้ก็เฉพาะโดยการสมรสใหม่ซึ่งเป็นการสมรสปกติที่ไม่ประกอบด้วยเงื่อนไขใดๆ<sup>126</sup>

<sup>124</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 53

<sup>125</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 33

<sup>126</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(51)(ข)

ในกรณีที่มีการเสพเมณุกันระหว่างคู่สมรสในการสมรสที่ไม่สมบูรณ์ ซึ่งการไม่สมบูรณ์นั้นเกิดจากเหตุที่ไม่ถือว่าเป็นเหตุที่ทำให้การสมรสนั้นไม่สมบูรณ์อย่างชัดเจน ให้ถือว่าการเสพเมณุนั้นเป็นการเสพเมณุนิรโทษ คือการเสพเมณูที่ผิดกฎหมายแต่กฎหมายได้ยกเว้นโทษให้<sup>127</sup> และให้คู่สมรสชายชำระมะฮัฎร์อันควรแก่คู่สมรสหญิงแทนที่มะฮัฎร์ที่ระบุในการสมรส แต่ถ้าความไม่สมบูรณ์นั้นเกิดจากเหตุที่ถือว่าเป็นเหตุที่ทำให้การสมรสนั้นไม่สมบูรณ์อย่างชัดเจนให้ถือว่าการเสพเมณุนั้นเป็นการเสพเมณุนิรโทษ และคู่สมรสชายไม่ต้องชำระมะฮัฎร์ให้คู่สมรสหญิง แม้จะได้ระบุไว้ในการทำสมรส<sup>128</sup>

มะฮัฎร์อันควรคือมะฮัฎร์ที่จะต้องมอบให้แก่หญิงซึ่งมีคุณค่าเหมาะสมกับหญิงที่เป็นผู้รับ โดยในการกำหนดคุณค่าของมะฮัฎร์อันควรนั้น ให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติของท้องถิ่นและคุณสมบัติของหญิงนั้นในด้านต่างๆ รวมกัน และให้เทียบเคียงกับมะฮัฎร์ที่ดีที่สุดและสามารถทราบได้ ที่บรรดาญาติหญิงของหญิงนั้นที่อยู่ในลำดับแรกสุดของลำดับความใกล้ชิดต่อไปนี้ตามลำดับเคยได้รับมา ทั้งนี้เพื่อให้ได้มาซึ่งมะฮัฎร์ที่เหมาะสมกับหญิงนั้นมากที่สุด<sup>129</sup>

1. พี่หญิงหรือน้องหญิงร่วมบิดามารดา
2. พี่หญิงหรือน้องหญิงร่วมแต่บิดา
3. บุตรหญิงของพี่ชายหรือน้องชายร่วมบิดามารดาและผู้สืบสันดานของพี่ชายหรือน้องชายนั้นในสายชายที่เป็นเพศหญิงตามลำดับชั้น
4. บุตรหญิงของพี่ชายหรือน้องชายร่วมแต่บิดาและผู้สืบสันดานของพี่ชายหรือน้องชายนั้นในสายชายที่เป็นเพศหญิงตามลำดับความใกล้ชิด
5. พี่หญิงหรือน้องหญิงร่วมบิดามารดาของบิดา
6. พี่หญิงหรือน้องหญิงร่วมแต่บิดาของบิดา
7. บุตรหญิงของพี่ชายหรือน้องชายร่วมบิดามารดาของบิดาและผู้สืบสันดานของพี่หรือน้องชายนั้นในสายชายที่เป็นเพศหญิงตามลำดับชั้น

<sup>127</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(34)

<sup>128</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 34

<sup>129</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(48)

8. บุตรหญิงของพี่ชายหรือน้องชายร่วมแต่บิดาของบิดาและผู้สืบสันดานของพี่หรือน้องชายนั้นในสายชายที่เป็นเพศหญิงตามลำดับชั้น
9. มารดา
10. พี่หญิงหรือน้องหญิงร่วมแต่มารดา
11. ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปที่เป็นเพศหญิงตามลำดับชั้น
12. พี่หญิงหรือน้องหญิงของมารดา
13. บุตรหญิงของพี่หญิงหรือน้องหญิงร่วมแต่มารดา
14. บุตรหญิงของพี่ชายหรือน้องชายของมารดา
15. หญิงที่เป็นบุคคลภายนอกและอยู่ในบริเวณใกล้เคียง

#### 3.4.4 ข้อห้ามการสมรสใหม่ของหญิง

อิตตะฮ์ คือ ช่วงระยะเวลาที่หญิงไม่มีสิทธิสมรสกับชายอื่นนอกจากชายที่ทำให้เกิดอิตตะฮ์ หรือไม่มีสิทธิสมรสกับชายทุกคนแล้วแต่กรณี อันเนื่องจากการสิ้นสุดการสมรสตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือการร่วมเพศ หรือการเสพเมถุนนิรโทษ<sup>130</sup> ในกรณีดังต่อไปนี้

1. กรณีที่หญิงสิ้นสุดจากการสมรสในขณะที่มีครรภ์หรือกรณีที่หญิงเสพเมถุนนิรโทษกับชายแล้วตั้งครรภ์ และเป็นที่ยัดเจนหรือเป็นไปได้ว่าทารกในครรภ์นั้นเป็นบุตรของสามีหรือชายนั้นซึ่งอิตตะฮ์นี้มีระยะเวลาตั้งแต่วันแต่วันขาดจากการสมรสหรือเสพเมถุนนิรโทษจนสิ้นสุดการตั้งครรภ์ ยกเว้นในกรณีแท้งบุตรที่สิ่งซึ่งแท้งออกมานั้นเป็นเพียงก้อนเลือดหรือก้อนเนื้อที่ไม่มีรูปลักษณ์ที่พอจะมองออกกว่าเป็นสิ่งที่จะพัฒนาเป็นมนุษย์ ในกรณีเช่นนี้ถือว่าหญิงที่แท้งนั้นไม่ได้อยู่ในขั้นตั้งครรภ์ที่กล่าวข้างต้น

2. กรณีที่หญิงสิ้นสุดจากการสมรสเนื่องจากสามีตาย แม้ขณะสามีตายหญิงนั้นอยู่ในช่วงอิตตะฮ์หรือจัญญะฮ์(หมายถึง อิตตะฮ์ที่เกิดจากการสิ้นสุดการสมรสประเภทหรือจัญญะฮ์<sup>131</sup> คือการสิ้นสุด

<sup>130</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 298

<sup>131</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(52)

การสมรสที่สามีภริยาคู่หย่ากลับคืนกันได้ด้วยการคืนดีในระยะอดตะฮ์หรือการสมรสใหม่<sup>132</sup>)ของสามี นั้นก็ตามซึ่งอดตะฮ์นี้มีระยะเวลา 4 เดือน กับ 10 วันนับตั้งแต่วันที่สามีตายในทุกรณี ยกเว้นกรณีหญิง นั้นเป็นหญิงมีครรภ์ตามกรณีแรก

### 3. กรณีที่หญิงนั้น

3.1 สิ้นสุดการสมรสด้วยเหตุอื่นนอกจากเหตุสามีตาย และในการสมรสนั้นหญิงได้ร่วมเพศหรือเสพเมถุนกับสามีแล้วในทุกรณี หรือ

3.2 ร่วมเพศหรือเสพเมถุนนิรโทษกับชาย

ทั้งสองกรณีเช่นนี้จะต้องเป็นที่แน่ชัดว่าหญิงไม่มีครรภ์ ซึ่งในกรณีที่หญิงอยู่ในวัยมีประจำเดือนและมีประจำเดือนปกติอดตะฮ์นี้มีระยะเวลา 3 ช่วงว่างระหว่างการมีประจำเดือนหรือการมีเลือดนิฟาส(เลือดที่หลังออกมาทางช่องคลอดหลังการคลอดหรือการแท้งบุตร<sup>133</sup>)กับการมีประจำเดือนโดยเริ่มนับตั้งแต่วันที่สิ้นสุดจากการสมรสหรือการร่วมเพศหรือการเสพเมถุนนิรโทษ หรือในกรณีที่หญิงนั้นเป็นหญิงที่อยู่ในวัยก่อนหรือหลังวัยมีประจำเดือนหรือมีประจำเดือนไม่ปกติอดตะฮ์จะมีระยะเวลา 3 เดือนนับตั้งแต่วันที่สิ้นสุดการสมรสหรือการร่วมเพศหรือเสพเมถุนนิรโทษแล้วแต่กรณี<sup>134</sup>

หญิงใดสงสัยว่าตนเองตั้งครรภ์ โดยเริ่มสงสัยในขณะที่ยังอยู่ในระยะอดตะฮ์กรณีที่ 2. และ 3. ห้ามหญิงนั้นสมรสกับชายอื่นจนกว่าจะไม่มีข้อสงสัยใดๆ ถ้ายังขึ้นสมรสการสมรสนั้นเป็นโมฆะ แม้ปรากฏในภายหลังว่าไม่ได้ตั้งครรภ์ก็ตาม

แต่ถ้าเริ่มสงสัยในขณะที่ได้พ้นจากระยะอดตะฮ์นั้นแล้ว หญิงพึงยับยั้งการสมรสไว้ก่อนจนกว่าจะหมดสิ้นข้อสงสัยเช่นว่านั้น แต่ถ้าหญิงได้ทำการสมรส การสมรสนั้นก็ยังมีผลตามกฎหมาย เว้นแต่ปรากฏในภายหลังว่าได้ตั้งครรภ์มาก่อนการสมรส

หญิงใดมีข้อสงสัยว่าอาจตั้งครรภ์หลังจากได้สมรสกับชายอื่นแล้วการสมรสนั้นมีผลตามกฎหมาย เว้นแต่ปรากฏในภายหลังว่าได้ตั้งครรภ์มาก่อนการสมรส<sup>135</sup>

<sup>132</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1 (50)

<sup>133</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 1(57)

<sup>134</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 299

<sup>135</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 300



### 3.4.5 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา

บุตรที่เกิดจากการเสพเมถุนระหว่างชายกับหญิงนอกสมรส ยกเว้นบุตรที่เกิดจากการเสพเมถุนนรีโทษจะไม่ถือเป็นบุตรของชาย แต่ให้ถือเป็นบุตรของหญิงที่เป็นมารดาเท่านั้น

บุตรที่เกิดในสมรสแต่เกิดหลังจากการเสพเมถุนกันของสามีภริยาไม่ถึง 6 เดือนบริบูรณ์ และไม่เป็นที่แน่ชัดว่าเป็นสายโลหิตของสามีหรือไม่ ให้ถือว่าไว้ก่อนว่าเป็นบุตรนอกสมรสของสามี<sup>136</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับหญิงที่การสมรสเดิมสิ้นสุดลง แม้หญิงนั้นได้พ้นจากระยะอดดะฮ์แล้วและไม่ได้สมรสใหม่ แต่ได้ถูกร่วมเพศนรีโทษหรือเสพเมถุนนรีโทษโดยชายอื่น และหญิงนั้นคลอดบุตรที่เมื่อนับจากการร่วมเพศนรีโทษหรือเสพเมถุนนรีโทษนั้นแล้วได้ระยะเวลาไม่ถึง 6 เดือน ให้ถือว่าเด็กเป็นบุตรของสามีถ้ามีความเป็นไปได้และไม่มีหลักฐานที่จะชี้ให้เห็นเป็นอย่างอื่น แต่ถ้าครบ 6 เดือนให้ถือว่าเด็กเป็นบุตรของชายที่ร่วมเพศนรีโทษหรือเสพเมถุนนรีโทษนั้นถ้ามีความเป็นไปได้และไม่มีหลักฐานที่จะชี้ให้เห็นเป็นอย่างอื่น<sup>137</sup>

## 3.5 เปรียบเทียบเงื่อนไขแห่งการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533 กับกฎหมายอิสลามที่ใช้ใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้

### 3.5.1 เงื่อนไขแห่งการสมรสที่ถือว่าการสมรสเป็นสถาบัน

#### 3.5.1.1 เพศของคู่สมรส

แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจน แต่จากข้อบัญญัติในกฎหมายตราที่กล่าวถึงเงื่อนไขแห่งการสมรส กฎหมายจะใช้คำว่าชายหญิงอยู่ทุกมาตรา อันแสดงให้เห็นโดยปริยายว่าเงื่อนไขเรื่องเพศนี้มีอยู่แน่นอน<sup>138</sup> ซึ่งตรงกับกฎหมายอิสลามที่กำหนดให้คู่สมรสจะต้องเป็นชายและหญิงเท่านั้น<sup>139</sup> การรักร่วมเพศทั้งชายกับชายหรือหญิงกับหญิงถือเป็นการผิดหลักศาสนา ดังรายงานของอิมามศอดิก ในหนังสือศะวาบูล อะมัล ระบุว่านบีมุฮัมมัดกล่าวว่า “เมื่อครั้งที่กลุ่มชน

<sup>136</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 315

<sup>137</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 300 วรรคท้าย

<sup>138</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 100.

<sup>139</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 46(1)

นบีลู่ได้แสดงพฤติกรรมอันชั่วช้าแห่งการรกร่วมเพศจากการโสมมแห่งการกระทำ ทำให้แผ่นดินต้อง รำไห้และภวานาวิงวอนต่ออัลเลาะห์ กระทั่งน้ำตาได้หลั่งถึงฟากฟ้าและท้องฟ้าก็ได้รำไห้ในความชั่วช้า ดังกล่าวเช่นนั้น จนกระทั้งน้ำตาได้หลั่งถึงบัลลังค์ของพระองค์ แล้วพระองค์ทรงบัญชาให้ทอ้งฟ้าด้วยการส่งก้อนหินหล่นทับใส่พวกเขาจุดตั้งสายฝนและให้แผ่นดินสุบพวกเขาไป” ซึ่งถือเป็นอุทาหรณ์ให้ ดำรงชีวิตตามแนวทางที่ถูกต้องตามกฎเกณฑ์ธรรมชาติและหลักการศาสนา<sup>140</sup>

### 3.5.1.2 การสมรสกับบุคคลต้องห้ามบางประเภท

#### บุคคลประเภทที่ 1 บุคคลไร้ความสามารถ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1449 ได้กำหนดห้ามมิให้บุคคลวิกลจริตหรือ บุคคลไร้ความสามารถทำการสมรส แต่กฎหมายอิสลามมิได้กำหนดเงื่อนไขดังกล่าว เพียงแต่ กำหนดให้ชายที่มีเหตุอันเป็นอุปสรรคต่อการร่วมประเวณีชนิดถาวรพึงเป็นโสด<sup>141</sup> เพราะตามทัศนะ อิสลามถือว่าการให้กำเนิดบุตรเป็นเป็นเป้าหมายอันสูงส่งดังที่อัลเลาะห์ได้ตรัสไว้ในโองการที่ 223 ของซูเราะฮ์อัลละอะกะเราะฮ์ว่า “บรรดาสตรีของพวกเจ้าคือแหล่งเพาะปลูกของพวกเจ้า ดังนั้นพวก เจ้าจงเข้าสู่แหล่งเพาะปลูกของพวกเจ้าเถิด ตามที่พวกเจ้าประสงค์ และจงประกอบ (ความดีงามและ การขัดเกลาลูกหลานที่ดีเป็นเสปียง) ไว้สำหรับตัวของพวกเจ้าเอง และพวกเจ้าจงยำเกรงอัลเลาะห์เถิด และพึงรู้เถิดว่าแท้จริงพวกเจ้าจะต้องพบกับพระองค์อย่างแน่นอน และเจ้าจงแจ้งข่าวดีแก่ศรัทธาชน ทั้งหลายเถิด”<sup>142</sup>

#### บุคคลประเภทที่ 2 เครื่องญาติ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1450 ห้ามเฉพาะญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป หรือลงมา และพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดาเท่านั้น แต่กฎหมายอิสลาม

<sup>140</sup> อิบรอฮีม อาแว. “นบีลู่ (อ.)”. สาส์นจากฟากฟ้า (MESSAGE OF QURAN) 3 , 10 (กรกฎาคม – กันยายน 2553) : 118-129.

<sup>141</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 35 วรรคท้าย

<sup>142</sup> มุฮัมมัดนาอิม ประดับญาติ. “ความสำคัญของครอบครัวในคัมภีร์อัลกุรอาน”. สาส์นจากฟากฟ้า (MESSAGE OF QURAN) 3 , 10 (กรกฎาคม – กันยายน 2553) : 24-35.

ห้ามขายทำการสมรสกับหญิงที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตและหญิงที่เกี่ยวข้องพันทาง การสมรสหรือ การเสพเมณรวมตลอดถึงผู้สืบสายโลหิตและผู้สืบสันดานด้วย ดังนี้<sup>143</sup>

1. ผู้สืบสายโลหิตของชายนั้น
2. ผู้สืบสันดานของชายนั้น
3. พี่หญิงหรือน้องหญิงร่วมบิดามารดา ร่วมแต่บิดาหรือร่วมแต่มารดาของชายนั้น
4. พี่หญิงหรือน้องหญิงของผู้สืบสายโลหิตของชายนั้น
5. ผู้สืบสันดานของพี่ชายหรือน้องชาย หรือของพี่หญิง หรือน้องหญิงของชายนั้น
6. หญิงที่เคยเป็นภริยาของผู้สืบสายโลหิตของชายนั้น
7. ผู้สืบสายโลหิตของภริยาของชายนั้น
8. ผู้สืบสันดานของภริยาของชายนั้น ถ้าภரியานั้นได้เสพเมณกับชายนั้นแล้ว
9. หญิงผู้เคยเป็นภริยาของผู้สืบสันดานของชายนั้น
10. ผู้สืบสายโลหิตหรือผู้สืบสันดานของหญิงที่เคยเสพเมณนิรโทษกับชายนั้น
11. หญิงที่เคยเสพเมณนิรโทษกับผู้สืบสายโลหิตหรือผู้สืบสันดานของชายนั้น

รวมทั้งยังกำหนดว่าผู้ใดที่เคยดื่มน้ำนมของหญิงใด ห้ามมิให้ผู้นั้นหรือผู้สืบสันดานรวมทั้งคู่ สมรสของบุคคลดังกล่าวสมรสกับหญิงและชายที่เสพเมณกับหญิงนั้นอันเป็นเหตุให้เกิดน้ำนม รวมทั้ง ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปของหญิงหรือชายนั้น และห้ามมิให้ผู้นั้นหรือผู้สืบสันดานสมรสกับเครือญาติของหญิงและของชายนั้นด้วย<sup>144</sup>

นอกจากนี้ยังห้ามสมรสกับพี่หญิงน้องหญิงป้า อาหญิง และน้ำหญิงของภริยาเฉพาะ ในช่วงระยะเวลาที่ยังอยู่ในสมรสกับภริยา<sup>145</sup>

<sup>143</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 51

<sup>144</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 48

<sup>145</sup> คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับสำนักงานศาลยุติธรรม) ข้อ 50

### 3.5.1.3 การสมรสซ้อน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1452 ห้ามชายและหญิงทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่แล้ว ดังนั้นชายและหญิงจึงสามารถมีคู่สมรสได้เพียงครั้งละ 1 คน ซึ่งเป็นไปตามแนวของการสมรสแบบสามีภริยาเดียว (monogamy) ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอิสลามที่ใช้แนวคิดแบบสามีหนึ่งคนมีภริยาได้หลายคน (polygamy) จึงกำหนดให้ชายสามารถมีภริยาในขณะเดียวกันได้มากที่สุดถึง 4 คน

## 3.5.2 เจื่อนใจแห่งการสมรสที่ถือว่าการสมรสเป็นสัญญา

### 3.5.2.1 เกณฑ์อายุ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 กำหนดให้ชายและหญิงต้องมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ เว้นแต่มีเหตุอันสมควรให้ก่อนนั้นได้แต่กฎหมายอิสลามมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ ดังคำพิพากษาศาลจังหวัดยะลา คดีแพ่งหมายเลขแดงที่ 28/2535 แม้ผู้ร้องอายุเพียง 16 ปี 6 เดือน เมื่อสมรสตามหลักกฎหมายอิสลามถูกต้องแล้ว โดยได้รับความยินยอมของบิดามารดา ถือว่าการสมรสดังกล่าวถูกต้องตามกฎหมายแล้ว<sup>146</sup>

### 3.5.2.2 ความยินยอมและการแสดงเจตนาในการสมรส

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้การสมรสจะสามารถกระทำได้เมื่อชายและหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันและแสดงความยินยอมต่อหน้านายทะเบียนตามมาตรา 1458 นอกจากนั้น การแสดงเจตนาทำการสมรสจะต้องไม่มีเหตุบกพร่อง กล่าวคือมิได้เป็นการสำคัญผิดตัวคู่สมรส ตามมาตรา 1505 ถูกกลฉ้อฉลตามมาตรา 1506 หรือถูกข่มขู่ให้ทำการสมรสตามมาตรา 1507 รวมทั้งกรณีที่คู่สมรสเป็นผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรมตามมาตรา 1509 แต่กฎหมายอิสลามกำหนดแต่เพียงให้ชายและหญิงต้องทราบดีว่าตนจะสมรสกับใครเท่านั้นแต่มีจำต้องรู้จักหรือเห็นตัวในวันแต่ในกรณีที่บรรลุนิติภาวะแล้วและมีสติปัญญาเพียงพอจนจำต้องได้รับความยินยอมของคู่สมรสฝ่ายนั้นด้วย แต่หากเป็นการสมรสที่กระทำโดยวิสามัญบัตร (บิดาหรือผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป) ของฝ่ายหญิงแล้วการสมรสนั้นไม่จำต้องได้รับความยินยอมจากหญิงอีก โดยการสมรสจะต้องกระทำอัญญาบ (การเปล่งวาจาเสนอการสมรส) โดยวลีของคู่สมรสหญิงหรือ

<sup>146</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือหลักกฎหมายอิสลาม ว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม), หน้า 22.

ตัวแทนและกอบูล (การเปล่งวาจาสนองรับการสมรส) โดยคู่สมรสชายหรือตัวแทน หรืออวลีของคู่สมรสชายในกรณีที่คู่สมรสชายเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถต่อหน้าพยานที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายอิสลามกำหนดอย่างน้อย 2 คน

### 3.5.3 ข้อห้ามมิให้นายทะเบียนทำการจดทะเบียนสมรส

#### 3.5.3.1 การสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดห้ามการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม ตามมาตรา 1451 แต่กฎหมายอิสลามมิได้กำหนดห้ามการสมรสอันเนื่องแต่ความสัมพันธ์ดังกล่าว หากแต่ได้กำหนดห้ามการสมรสอันเนื่องมาจากการดื่มน้ำนม กล่าวคือ หากผู้ใดเคยดื่มน้ำนมของหญิงใด ห้ามมิให้ผู้นั้นหรือผู้สืบสันดาน รวมทั้งคู่สมรสของบุคคลดังกล่าวสมรสกับหญิงนั้นและชายที่เสพเมถุนกับหญิงนั้นอันเป็นเหตุให้เกิดน้ำนม รวมทั้งผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปของหญิงหรือชายนั้น และห้ามมิให้ผู้นั้นหรือผู้สืบสันดานของผู้นั้นสมรสกับเครือญาติของหญิงและของชายนั้นตามที่กฎหมายอิสลามกำหนด

#### 3.5.3.2 หญิงที่การสมรสเต็มสิ้นสุดลง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดห้ามมิให้หญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นทำการสมรสใหม่จนกว่าจะพ้นระยะเวลา 310 วัน เว้นแต่เข้ากรณียกเว้นตามมาตรา 1453 ซึ่งกฎหมายอิสลามก็ห้ามหญิงที่อยู่ในระยะอิดดะฮ์ทำการสมรสใหม่จนกว่าจะหลุดพ้นจากระยะอิดดะฮ์แล้วเช่นกันซึ่งระยะอิดดะฮ์คือช่วงระยะเวลาที่หญิงไม่มีสิทธิสมรสกับชายอื่นนอกจากชายที่ทำให้เกิดอิดดะฮ์ หรือไม่มีสิทธิสมรสกับชายทุกคนแล้วแต่กรณีกล่าวคือ ในกรณีที่การสมรสสิ้นสุดลงเนื่องจากความตายจะมีระยะเวลาอิดดะฮ์ 4 เดือน กับ 10 วันนับตั้งแต่วันที่สามีตาย หรือกรณีการสมรสสิ้นสุดลงในขณะที่หญิงตั้งครรภ์จะมีระยะเวลาอิดดะฮ์ตั้งแต่วันแต่วันขาดจากการสมรสจนสิ้นสุดการตั้งครรภ์ยกเว้นทั้งบุตรในระหว่างนั้น หรือกรณีที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นนอกจากความตายจะมีระยะเวลาอิดดะฮ์ 3 ช่วงว่างระหว่างการมีประจำเดือนหรือการมีเลือดนิฟาส เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้เป็นที่แน่ชัดว่าหญิงมิได้ตั้งครรภ์กับบุคคลอื่นก่อนสมรส ซึ่งหากฝ่าฝืนทำการสมรสในระยะอิดดะฮ์การสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะแม้ปรากฏในภายหลังว่าไม่ได้ตั้งครรภ์ก็ตาม

## บทที่ 4

### เงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายต่างประเทศ

#### 4.1 ระบบคอมมอนลอว์

##### 4.1.1 ประเทศอังกฤษ

ในปัจจุบันชาวอังกฤษจำนวนมากเลือกจะอยู่ด้วยกันมากกว่าที่จะจดทะเบียนสมรสผลก็คือทำให้การสมรสลดลงเรื่อยๆ ทั้งยังมีแนวโน้มอื่นได้แก่ การจดทะเบียนสมรสจำนวนมากเป็นการสมรสครั้งที่สอง อายุของผู้สมรสครั้งแรกสูงขึ้น และการสมรสสิ้นสุดลงด้วยการหย่าร้าง ความกังวลเกี่ยวกับสถาบันการสมรสมักจะถูกหยิบยกขึ้นมาอภิปรายในขั้นตอนการปฏิรูปกฎหมาย เมื่อมีผู้ต้องการปรับปรุงกฎหมายการสมรสให้เป็นเสรีนิยมมากขึ้น หย่ากัง่ายขึ้น หรือการปฏิรูปสิทธิในทรัพย์สินของผู้ใช้ชีวิตคู่ที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส หรือปฏิรูประบบสัญญาก่อนสมรส และการนำการจดทะเบียนหุ้นส่วนทางแพ่ง (Civil Partnership) มาใช้ซึ่งถูกมองว่าเป็นการบ่อนทำลายการสมรส

รัฐบาลอังกฤษสนับสนุนสถาบันการสมรสเนื่องจากเชื่อว่าการสมรสสร้างความมั่นคงให้แก่สังคมและเป็นสิ่งแวดล้อมที่ดีที่สุดในการเลี้ยงดูบุตร แม้ว่าพ่อแม่เลี้ยงเดี่ยวและสามีภริยาที่ไม่ได้ทำการสมรสอาจเลี้ยงดูบุตรของตนให้เติบโตมาประสบความสำเร็จได้ก็ตาม แต่การสมรสยังเป็นรากฐานสำคัญอันมั่นคงที่สุดในการเลี้ยงดูบุตรและเป็นทางเลือกของประชาชนส่วนใหญ่ในอังกฤษ

การสมรสมิใช่สัญญาที่จะกระทำขึ้นและยกเลิกโดยอาศัยเพียงแค่เจตนาของคู่สมรสแต่รัฐได้มีผลประโยชน์เข้าไปเป็นบุคคลที่สามด้วยเหตุดังกล่าวนี้เองจึงได้มีกฎหมายใช้บังคับเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการสมรส<sup>1</sup>

##### 4.1.1.1 เงื่อนไขแห่งการสมรส

เพื่อให้การสมรสเป็นผลคู่สมรสจะต้องมีความสามารถที่จะสมรสและต้องทำตามรูปแบบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสมรส มิฉะนั้นการสมรสจะเป็นโมฆะ ซึ่งตาม Matrimonial Causes Act 1973 มาตรา 11 กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้ดังต่อไปนี้<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Standley, Kate. *Family Law*. 5 ed. (New York : Palgrave Macmillan, 2006), p. 25

## 1. มิได้อยู่ในลำดับญาติที่ต้องห้าม

การสมรสจะเป็นโมฆะ หากคู่สมรสมีความสัมพันธ์กันในลำดับญาติที่ต้องห้าม ไม่ว่าจะป็นญาติโดยสายโลหิตหรือทางการสมรส ซึ่งตาม Marriage Act 1949 กำหนดห้ามการสมรสระหว่างบิดามารดากับบุตร ปู่ย่าตายายกับหลานพี่กับน้อง หลงปู่ย่าอาากับหลานภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้มีการลดข้อบังคับการห้ามสมรสระหว่างญาติที่มีได้สัมพันธ์ทางสายโลหิต เช่น ลูกเลี้ยงสามารถสมรสกับพ่อเลี้ยงหรือแม่เลี้ยง หลงปู่ย่าอาเขยสามารถสมรสกับหลานที่เป็นญาติทางการสมรสได้ เป็นต้น และในกรณีการสมรสกับลูกเลี้ยงจะสามารถสมรสได้ก็ต่อเมื่อลูกเลี้ยงมีอายุ 21 ปีขึ้นไป และลูกเลี้ยงต้องไม่อยู่ในความปกครองของพ่อเลี้ยงหรือแม่เลี้ยงก่อนอายุ 18 ปี ส่วนบุตรบุญธรรมให้ถือเช่นเดียวกับความสัมพันธ์ทางสายโลหิต แต่มีข้อบังคับน้อยกว่ากล่าวคือ พี่บุญธรรมสามารถสมรสกับน้องบุญธรรมได้

ทั้งนี้การสมรสถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนพึงจะกระทำได้เมื่อถึงวัยอันสมควรดังในกรณีพิพาทของสามีกับลูกสะใภ้ได้ร่วมกันฟ้องร้องรัฐบาลอังกฤษว่าละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของการสมรสตามมาตรา 12 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 (The European Convention on Human Rights) เนื่องจากลูกสะใภ้ต้องการจะสมรสกับบิดาของสามีภายหลังการสมรสเดิมสิ้นสุดลงแต่นายทะเบียนปฏิเสธการจดทะเบียนสมรสด้วยเหตุผลว่าสามีแก่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ตัดสินให้ทั้งสองสามารถสมรสกันได้และตัดสินว่าอังกฤษละเมิดมาตรา 12 ของอนุสัญญาดังกล่าว โดยหลังจากที่มีคำพาดพิงดังกล่าว รัฐบาลอังกฤษได้ทำการปรับปรุงกฎหมายและแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าว เมื่อเดือน พฤศจิกายน ค.ศ. 2005<sup>3</sup>

## 2. อายุไม่ต่ำกว่า 16 ปี

การสมรสจะเป็นโมฆะหากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอายุไม่ครบ 16 ปีบริบูรณ์ แต่การสมรสก่อนอายุดังกล่าวก็อาจมีผลได้โดยคำสั่งศาลและความยินยอมของบิดามารดาหรือผู้ปกครองหรือหน่วยงานรัฐบาลท้องถิ่นในกรณีที่เด็กอยู่ในความปกครองของหน่วยงานเหล่านั้น

<sup>2</sup>Ibid., p.26-28.

<sup>3</sup>B and L v. United Kingdom (Application No. 36536/02) [2006] 1FLR 35

### 3. มิได้เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น

บุคคลที่จะสมรสต้องไม่มีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้วมิฉะนั้นการสมรสการสมรสซ้อนจะตกเป็นโมฆะ และคู่สมรสที่ทำการสมรสซ้อนถือว่าได้กระทำความผิดกฎหมายอาญาด้วย แม้ว่าฝ่ายนั้นจะมีเหตุผลอันเชื่อได้ว่าคู่สมรสอีกฝ่ายได้ตายไปแล้ว การสมรสใหม่ก็ยังเป็นโมฆะ และแม้ว่าคู่สมรสเดิมได้ตายจริงๆในภายหลังการสมรสครั้งใหม่ก็เป็นโมฆะเช่นเดียวกัน หากคู่สมรสเชื่อว่าอีกฝ่ายหายตัวไปและสงสัยว่าจะตายต้องยื่นคำร้องเพื่อให้ประกาศการสันนิษฐานว่าตายและสิ้นสุดการสมรส เมื่อศาลมีคำสั่งจึงจะสามารถทำการสมรสใหม่ได้ โดยการสมรสใหม่จะมีผลแม้ว่าคู่สมรสเดิมจะกลับปรากฏตัวขึ้นก็ตาม

#### 4.1.1.2 ผลการฝ่าฝืนเงื่อนไข

การฝ่าฝืนเงื่อนไขทั้ง 3 ประการดังกล่าวข้างต้นยอมทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะ นอกจากนี้มาตรา 12 แห่ง Matrimonial Causes Act 1973 ยังได้กำหนดเหตุที่จะทำให้การสมรสเป็นโมฆะไว้ดังนี้<sup>4</sup>

1. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถ
2. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดเจตนาจะสมรส
3. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีเจตนาบกร่องเนื่องจากความสำคัญผิด สภาพจิตไม่ปกติ หรือถูกกดดัน
4. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสภาพจิตวิกลในขณะสมรส ไม่ว่าจะวิกลจิตชั่วคราวหรือต่อเนื่อง ตามที่บัญญัติใน Mental Health Act 1983
5. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีโรคติดต่อทางเพศร้ายแรง
6. ในขณะที่ทำการสมรสนั้นหญิงได้ตั้งครรภ์กับบุคคลอื่นที่มีไขคู่สมรส
7. คู่สมรสกำลังอยู่ในขั้นตอนการร้องขอแปลงเพศ ตาม Gender Recognition Act 2004
8. ในกรณีที่เพศซึ่งได้รับมาจาก Gender Recognition Act 2004 มีไขเพศเดียวกันกับขณะที่ทำการสมรส

<sup>4</sup>Ibid., p. 34.



#### 4.1.1.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา

ตาม Birth and Deaths Registration Act 1953 มาตรา 10 กำหนดให้เด็กที่เกิดจากหญิงที่สมรสแล้วเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสของมารดา การสันนิษฐานนี้ใช้กับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์หรือคลอดในระหว่างสมรสหรือคลอดในระหว่างระยะเวลาที่เหมาะสมภายหลังการถึงแก่ตายหรือการหย่า

แต่อย่างไรก็ตาม การสันนิษฐานทางกฎหมายดังกล่าวมีความสำคัญน้อยมากในปัจจุบัน เนื่องจากการพิสูจน์ทางพันธุกรรมจากกรดดีออกซีไรโบนิวคลีอิก (Deoxyribonucleic acid) หรือ DNA มีความแม่นยำเกือบร้อยละ 100 ในการพิสูจน์ความเป็นบิดา และในความเป็นจริงแล้วศาลอุทธรณ์จะไม่รับฟังการสันนิษฐานจนกว่าจะมีการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ดังกล่าว

ทั้งนี้การดำเนินการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ตาม Family law reform Act 1969 มาตรา 20 กำหนดให้กระบวนการพิจารณาคดีที่จำเป็นต้องพิสูจน์ความเป็นบิดามารดานั้นศาลอาจอาจใช้ดุลพินิจหรือเมื่อมีการร้องขอให้ดำเนินการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์เพื่อยืนยันว่าคู่กรณีฝ่ายใดเป็นบิดามารดาหรือไม่และผู้ร้องขอจำต้องมอบตัวอย่างสารจากร่างกายอันจำเป็นต่อการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์เพื่อดำเนินการดังกล่าว และตามศาลมีอำนาจที่จะเพิกถอนหรือเปลี่ยนวิธีพิสูจน์ที่กำหนดไว้แล้วก็ได้<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Ibid., p. 273-274.

#### 4.1.2 ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์

จุดเริ่มต้นของกฎหมายครอบครัวสิงคโปร์คือ Letters Patent ซึ่งถูกเรียกทั่วไปว่าเป็นกฎบัตรที่ 2 แห่งความยุติธรรม (Second Charter of Justice) ตราขึ้นภายใต้พระปรมาภิไธยของกษัตริย์แห่งอังกฤษ ในวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ. 1826 กฎหมายนี้ถูกนำมาใช้ในอาณานิคม Colony of the Straits Settlements ซึ่งสิงคโปร์เป็นส่วนหนึ่งของอาณานิคมดังกล่าว กฎหมายอังกฤษในขณะนั้นได้ถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันความยุติธรรมและการกดขี่ข่มเหงต่อชนพื้นเมือง ซึ่งในแง่ของกฎหมายครอบครัวนั้นศาลได้นำเอากฎหมายอังกฤษว่าด้วยการรับมรดก บุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย และการสมรส รวมทั้งเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องเท่าที่ไม่ขัดต่อขนบธรรมเนียม ประเพณี ศาสนา พิธีกรรม และวิถีชีวิตของชาวจีน ชาวมุสลิม และชาวฮินดู มาใช้บังคับและในเวลาต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติได้เข้ามาทำการแทรกแซงหลายครั้ง เช่น กำหนดระบบการสมรสตามกฎหมายเป็นทางเลือกเพิ่มเติม ซึ่งการแทรกแซงเหล่านี้ได้สะสมมากขึ้นเรื่อยๆ จนเป็นเหตุทำให้มีการตรา Women's Charter ในปี ค.ศ.1961 กำหนดให้บุคคลทุกคนในสิงคโปร์และผู้ถือสัญชาติสิงคโปร์ที่พำนักอยู่นอกประเทศต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่กำหนดให้มีการสมรสแบบสามีภรรยาเดียว<sup>6</sup>

ทั้งนี้ก่อนใช้บังคับ Women's Charter นั้น สิงคโปร์มีระบบการสมรสอย่างน้อย 7 ระบบ ได้แก่ การสมรสแบบจีน (Chinese) การสมรสแบบมุสลิม (Muslim) การสมรสแบบฮินดู (Hindu) การสมรสแบบซิกข์ (Sikh) การสมรสแบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) การสมรสแบบคริสเตียน (Christian Marriage Ordinance) และแบบกฎหมายแพ่งที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (Civil Marriage Ordinance) ซึ่งผู้พิพากษาจะเชี่ยวชาญในการวินิจฉัยการสมรสแบบจีน เนื่องจากชาวจีนได้นำคดีขึ้นฟ้องร้องสู่ศาลเกี่ยวกับการแบ่งมรดกและแบ่งผลประโยชน์ของบุตรและภริยาภายหลังที่สามีเสียชีวิต ซึ่งการสมรสแบบจีนที่อนุญาตให้ชายสามารถมีอนุภริยาได้ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรและการรับมรดกของทายาท ปัญหาเช่นเดียวกันนี้ยังได้เกิดขึ้นกับการสมรสในแบบฮินดู แต่ในขณะที่การสมรสแบบซิกข์ไม่มีคดีขึ้นสู่ศาลโดยตรง ส่วนการสมรสแบบมุสลิมอนุญาตให้ชายมีภริยาได้หลายคนโดยมีมากที่สุดถึง 4 คน และจะกระทำเฉพาะในกลุ่มผู้นับถือศาสนาอิสลามโดยไม่จำเป็นต้องได้รับการแทรกแซงจากองค์กรนิติบัญญัติ<sup>7</sup> ส่วนระบบคริสเตียนและระบบการสมรสตามกฎหมายแพ่งนั้นได้ถูกปรับเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของ Women's Charter ร่วมกับกฎหมายอังกฤษเพื่อจัดความสัมพันธ์ระหว่างระบบกฎหมายและการสมรสข้ามเชื้อชาติที่มีมากขึ้นทำให้ฝ่ายนิติ

<sup>6</sup>Kenneth Wee Kim Seng. Singapore Law Series No.2 : Family Law. (Singapore : Malaya Law Review, 1976), p. 1.

<sup>7</sup>Ibid., p. 2-3.

บัญญัติตรากฎหมาย Women's Charter ขึ้นใช้บังคับในวันที่ 15 กันยายน ค.ศ. 1961 โดยเจตนาารมณ์ของกฎหมายนี้คือกำหนดอำนาจเหนือระบบกฎหมายครอบครัวของบุคคลที่มีใช้มุสลิมทั้งหมดในสิงคโปร์ กำหนดหน่วยงานที่รับผิดชอบและออกใบรับรองการสมรส และเงื่อนไขแห่งการสมรส เป็นต้น โดยมีพื้นฐานจากกฎหมายอังกฤษเพื่อใช้กับคนทุกเชื้อชาติทุกศาสนา ยกเว้นชาวมุสลิมจะมีได้อยู่ใต้บังคับของ Women's Charter แต่จะบังคับใช้ตามหลักกฎหมายอิสลาม<sup>8</sup>

#### 4.1.2.1 เงื่อนไขแห่งการสมรส

Women's Charter ได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรส ดังนี้

##### 1. ชายและหญิงมิได้เป็นมุสลิม

Women's Charter ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนในสิงคโปร์ รวมทั้งบุคคลผู้มีสัญชาติสิงคโปร์ซึ่งพำนักอยู่ต่างประเทศด้วยแต่จะไม่ใช้บังคับกับบุคคลผู้ได้สมรสตามกฎหมายอิสลามหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นใดในสิงคโปร์หรือมาเลเซียที่เกี่ยวข้องกับการสมรสของชาวมุสลิม

ทั้งนี้การสมรสระหว่างบุคคลผู้เป็นมุสลิมจะไม่ถูกจดทะเบียนตามมาตรา 3 แห่ง Women's Charter<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Ibid., p. 7.

<sup>9</sup> Section 3 (1) Except as otherwise provided, this Act shall apply to all persons in Singapore and shall also apply to all persons domiciled in Singapore.

(2) Parts II to VI and Part X and sections 181 and 182 shall not apply to any person who is married under, or to any marriage solemnized or registered under, the provisions of the Muslim law or of any written law in Singapore or in Malaysia providing for the registration of Muslim marriages.

(3) Notwithstanding subsection (2), sections 4, 5 and 6 shall apply to any person who contracts or purports to contract any such marriage during the subsistence of a marriage registered or deemed to be registered under the provisions of this Act or which was contracted under a law providing that or in contemplation of which the marriage is monogamous.

(4) No marriage between persons who are Muslims shall be solemnized or registered under this Act.

(5) For the purposes of this Act, a person who is a citizen of Singapore shall be deemed, until the contrary is proved, to be domiciled in Singapore.

## 2. ไม่เคยทำการสมรสก่อนวันที่ 15 กันยายน ค.ศ. 1961

การสมรสที่ขัดต่อบทบัญญัติในมาตรา 4<sup>10</sup> ย่อมเป็นโมฆะตามมาตรา 5 (1) ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

1. บุคคลผู้ที่ได้สมรสโดยถูกต้องตามกฎหมาย ศาสนา จารีต หรือการอยู่ร่วมกันกับคู่สมรสก่อนวันที่ 15 กันยายน ค.ศ. 1961 จะไร้ความสามารถในการสมรสกับผู้อื่น นอกจากคู่สมรสเดิม

2. บุคคลทุกคนที่ได้สมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ศาสนา จารีต หรือการอยู่ร่วมกันกับคู่สมรส และได้ยุติสภาพของการสมรสนั้น ในวันที่ 15 กันยายน ค.ศ. 1961 หากภายหลังได้สมรสใหม่ ย่อมไร้ความสามารถที่จะสมรสกับผู้อื่นตามกฎหมายนี้

3. บุคคลผู้ที่ยังไม่ได้สมรสในวันที่ 15 กันยายน ค.ศ. 1961 และภายหลังจากนั้นได้กระทำการสมรสตามกฎหมายอื่นใด ศาสนา จารีต หรือการอยู่ร่วมกัน ย่อมไร้ความสามารถจะสมรสกับผู้อื่นตามกฎหมายอื่น ศาสนา จารีต และการอยู่ร่วมกัน

หากชายที่ได้สมรสตามกฎหมาย ศาสนา จารีต หรือการอยู่ร่วมกัน และระหว่างการสมรสนั้น ได้มีความสัมพันธ์กับหญิงอื่น หญิงที่มีความสัมพันธ์ภายหลังนั้นย่อมไม่ถือเป็นภริยาและไม่มีสิทธิใน

---

<sup>10</sup>section 4 (1) Every person who on 15th September 1961 is lawfully married under any law, religion, custom or usage to one or more spouses shall be incapable, during the continuance of that marriage or marriages of contracting a valid marriage under any law, religion, custom or usage with any person other than such spouse or spouses.

(2) Every person who on 15th September 1961 is lawfully married under any law, religion, custom or usage to one or more spouses and who subsequently ceases to be married to that spouse or all the spouses shall, if he thereafter marries again, be incapable during the continuance of that marriage of contracting a valid marriage with any other person under any law, religion, custom or usage.

(3) Every person who on 15th September 1961 is unmarried and who after that date marries under any law, religion, custom or usage shall be incapable during the continuance of that marriage of contracting a valid marriage with any other person under any law, religion, custom or usage.

(4) Nothing in this section shall affect the operation of Part III in relation to marriages solemnized in Singapore after 15th September 1961.

การรับมรดกของชายนั้น แต่ความข้อนี้จะไม่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบที่จะต้องจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูแต่อย่างใด<sup>11</sup>

### 3. อายุขั้นต่ำสำหรับการสมรส

การสมรสระหว่างบุคคลผู้มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ย่อมเป็นโมฆะตามมาตรา 9<sup>12</sup> เว้นแต่การสมรสนั้นจะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีหรือผู้ที่รัฐมนตรีมอบหมาย โดยการใช้ดุลพินิจออกทะเบียนสมรสเป็นการพิเศษ และอนุญาตให้ประกอบพิธีสมรสแม้ว่าคู่สมรสจะอายุต่ำกว่า 18 ปี ได้ตามมาตรา 21 (2)<sup>13</sup>

ทั้งนี้หากไม่ได้ทำการสมรสภายใน 1 เดือนนับแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีหรือผู้ที่รัฐมนตรีมอบหมายการอนุญาตนั้นถือเป็นโมฆะ<sup>14</sup>

<sup>11</sup>section 5 (1) Every marriage contracted in Singapore or elsewhere in contravention of section 4 shall be void.

(2) If any male person lawfully married under any law, religion, custom or usage shall, during the continuance of that marriage, contract a union with a woman, that woman shall have no right of succession or inheritance on the death intestate of such male person.

(3) Nothing in this section shall affect the liability of any person to pay such maintenance as may be directed to be paid by him under any written law.

<sup>12</sup>section 9 A marriage solemnized in Singapore or elsewhere between persons either of whom is below the age of 18 years shall be void unless the solemnization of the marriage was authorised by a special marriage licence granted by the Minister under section 21.

<sup>13</sup>section 21 (2) The Minister may, in his discretion, grant a special marriage licence under this section authorising the solemnization of a marriage although any party to the marriage is below the age of 18 years.

<sup>14</sup>section 21 (3) If the marriage authorised by a special marriage licence under this section is not solemnized within one month from the date of the licence, the licence shall become void.

#### 4.มิได้อยู่ในลำดับญาติที่ต้องห้าม

การสมรสระหว่างชายกับหญิงที่อยู่สุดมรกแรกของตารางที่ 1 ท้าย Women’s Charter หรือระหว่างหญิงกับชายที่อยู่ในสุดมรกที่สองของตารางที่ 1 ท้าย Women’s Charter ย่อมเป็นโมฆะตามมาตรา 10 (1)

เครือญาติและญาติทางการสมรสที่ต้องห้ามสำหรับการสมรส<sup>15</sup>

มารดา (Mother)	บิดา (Father)
บุตรสาว (Daughter)	บุตรชาย (Son)
ย่า (Father’s mother)	ปู่ (Father’s father)
ยาย (Mother’s mother)	ตา (Mother’s father)
บุตรสาวของบุตรชาย (Son’s daughter)	บุตรชายของบุตรชาย (Son’s son)
บุตรสาวของบุตรสาว (Daughter’s daughter)	บุตรชายของบุตรสาว (Daughter’s son)
พี่สาว/น้องสาว (Sister)	พี่ชาย/น้องชาย (Brother)
มารดาของภรรยา (Wife’s mother)	บิดาของสามี (Husband’s father)
บุตรสาวของภรรยา (Wife’s daughter)	บุตรชายของสามี (Husband’s son)
ภรรยาของบิดา (Father’s wife)	สามีของมารดา (Mother’s husband)
ภรรยาของบุตรชาย (Son’s wife)	สามีของบุตรสาว (Daughter’s husband)
ภรรยาของปู่ (Father’s father’s wife)	สามีของย่า (Father’s mother’s husband)
ภรรยาของตา (Mother’s father’s wife)	สามีของยาย (Mother’s mother’s husband)
มารดาของบิดาภรรยา (Wife’s father’s mother)	บิดาของบิดาสามี (Husband’s father’s father)
มารดาของมารดาภรรยา (Wife’s mother’s mother)	บิดาของมารดาสามี (Husband’s mother’s father)
บุตรสาวของบุตรชายของภรรยา (Wife’s son’s daughter)	บุตรชายของบุตรชายของสามี (Husband’s son’s son)
บุตรสาวของบุตรสาวของภรรยา (Wife’s daughter’s daughter)	บุตรชายของบุตรสาวของสามี (Husband’s daughter’s son)
ภรรยาของบุตรชายของบุตรชาย (Son’s son’s wife)	สามีของบุตรสาวของบุตรชาย (Son’s daughter’s husband)
ภรรยาของบุตรชายของบุตรสาว (Daughter’s son’s wife)	สามีของบุตรสาวของบุตรสาว (Daughter’s daughter’s husband)

<sup>15</sup> FIRST SCHEDULE: Kindred and Affinity Prohibited Degrees of Relationship

พี่สาว/น้องสาวของบิดา (Father's sister)	พี่ชาย/น้องชายของบิดา (Father's brother)
พี่สาว/น้องสาวของมารดา (Mother's sister)	พี่สาว/น้องสาวของมารดา (Mother's brother)
บุตรสาวของพี่ชาย/น้องชาย (Brother's daughter)	บุตรชายของพี่ชาย/น้องชาย (Brother's son)
บุตรสาวของพี่สาว/น้องสาว (Sister's daughter)	บุตรชายของพี่สาว/น้องสาว (Sister's son)

นอกจากที่ได้ระบุไว้ในตารางที่ 1 รัฐมนตรีอาจอนุญาตให้ประกอบพิธีสมรสระหว่างเครือญาติของคู่สมรสได้ หากเห็นว่าการสมรสนั้นสามารถกระทำได้ตามกฎหมาย ศาสนา จารีต และการอยู่ร่วมกัน หากไม่มี Women's Charter และการสมรสดังกล่าวจะมีผลสมบูรณ์ตามมาตรา 10<sup>16</sup>

### 5.มิได้เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น

การสมรสระหว่างบุคคลผู้ที่เคยสมรสตามกฎหมาย ศาสนา จารีต และการอยู่ร่วมกันมาก่อน ถือเป็น การสมรสซ้อน การสมรสนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 11<sup>17</sup>

<sup>16</sup>section 10 (1) A marriage solemnized in Singapore or elsewhere between a man and any of the persons mentioned in the first column of the First Schedule, or between a woman and any of the persons mentioned in the second column of that Schedule, shall be void.

(2) Notwithstanding subsection (1) and the First Schedule, the Minister may, in his discretion, grant a licence under this section for a marriage to be solemnized, notwithstanding the kindred or affinity of the parties, if the Minister is satisfied that the marriage is valid under the law, religion, custom or usage which would have been applicable to the parties thereto if this Act had not been enacted.

(3) A marriage solemnized under such a licence shall be valid.

<sup>17</sup>section 11 A marriage solemnized in Singapore or elsewhere between persons either of whom is at the date of the marriage married under any law, religion, custom or usage to any other person shall be void.

## 6. เป็นการสมรสระหว่างชายและหญิง

กฎหมายห้ามการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน ดังนั้นหากในขณะที่ทำการสมรสนั้น คู่สมรสมีชายและหญิงการสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะ แต่หากการสมรสนั้นเป็นการสมรสระหว่างผู้ที่อยู่ในกระบวนการแปลงเพศกับบุคคลเพศตรงข้ามจะถือว่าเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ ทั้งนี้เพศของคู่สมรสให้ถือตามบัตรประจำตัวประชาชนเป็นหลักฐานขั้นต้น ส่วนบุคคลผู้กำลังอยู่ในกระบวนการแปลงเพศจะถือว่าเป็นเพศที่กำลังจะเปลี่ยนแปลงไปนั้นตามมาตรา 12<sup>18</sup>

## 7. ความยินยอมของชายและหญิง

ชายและหญิงจะต้องมีเจตนายินยอมที่จะสมรสซึ่งกันและกัน โดยเจตนาดังกล่าวต้องเป็นเจตนาโดยอิสระ ในการสมรสจะต้องมีพยานอย่างน้อย 2 คน และกระทำต่อนายทะเบียนหรือผู้ที่ได้รับอนุญาต มิเช่นนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 22<sup>19</sup>

<sup>18</sup> **section 12** (1) A marriage solemnized in Singapore or elsewhere between persons who, at the date of the marriage, are not respectively male and female shall be void.

(2) It is hereby declared that, subject to sections 5, 9, 10, 11 and 22, a marriage solemnized in Singapore or elsewhere between a person who has undergone a sex re-assignment procedure and any person of the opposite sex is and shall be deemed always to have been a valid marriage.

(3) For the purpose of this section —

(a) the sex of any party to a marriage as stated at the time of the marriage in his or her identity card issued under the National Registration Act (Cap. 201) shall be prima facie evidence of the sex of the party; and

(b) a person who has undergone a sex re-assignment procedure shall be identified as being of the sex to which the person has been re-assigned.

(4) Nothing in subsection (2) shall validate any such marriage which had been declared by the High Court before 1st May 1997 to be null and void on the ground that the parties were of the same sex.

<sup>19</sup> **section 22.** (1) Every marriage solemnized in Singapore shall be void unless it is solemnized —



## 8. การสมรสของผู้เยาว์ต้องได้รับความยินยอม

การสมรสของผู้เยาว์คือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปีบริบูรณ์ จะกระทำมิได้หากไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลในตารางที่ 2 ท้าย Women’s Charter ซึ่งแยกเป็นกรณีๆ ดังต่อไปนี้

### ความยินยอมในการสมรสของผู้เยาว์<sup>20</sup>



(a) on the authority of a valid marriage licence issued by the Registrar or a valid special marriage licence granted by the Minister; and

(b) by the Registrar or a person who has been granted a licence to solemnize marriages.

(2) Every marriage shall be solemnized in the presence of at least 2 credible witnesses.

(3) No marriage shall be solemnized unless the person solemnizing the marriage is satisfied that both the parties to the marriage freely consent to the marriage.

<sup>20</sup> SECOND SCHEDULE: CONSENTS REQUIRED TO THE MARRIAGE OF A MINOR

#### PART I— WHERE THE MINOR IS LEGITIMATE

Circumstances	Person or persons whose consent is required

<p>1. Where both parents are living:</p> <p>(a) if parents living together:</p> <p>(b) if parents are divorced or separated by order of court or by agreement:</p> <p>(c) if one parent has been deserted by the other:</p> <p>(d) if both parents have been deprived of custody of minor by order of court:</p>	<p>both parents;</p> <p>the parent to whom the custody of the minor is committed by order of any court or by the agreement, or, if the custody of the minor is so committed to one parent during part of the year and to the other parent during the rest of the year, both parents;</p> <p>the parent who has been deserted;</p> <p>the person to whose custody the minor is committed by order of court.</p>
<p>2. Where one parent is dead:</p> <p>(a) if there is no other guardian:</p> <p>(b) if a guardian has been appointed by the deceased parent:</p>	<p>the surviving parent;</p> <p>the surviving parent and the guardian if acting jointly, or the surviving parent or the guardian if the parent or guardian is the sole guardian of the minor.</p>
<p>3. Where both parents are dead:</p>	<p>the guardians or guardian appointed by the deceased parents or by the court under the Guardianship of Infants Act (Cap. 122).</p>

## ส่วนที่ 1 ผู้เยาว์เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย

พฤติการณ์/กรณี	บุคคลที่ต้องให้ความยินยอม
1.กรณีบิดามารดายังมีชีวิต (ก) ถ้าบิดามารดาอยู่ด้วยกัน (ข) ถ้าบิดามารดาหย่าหรือแยกกันอยู่ โดยคำสั่งศาลหรือสัญญา	ทั้งบิดาและมารดา บิดาหรือมารดาผู้มีอำนาจปกครองตาม คำสั่งศาลหรือสัญญาหรือถ้าให้อำนาจ ปกครองแก่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นระยะเวลาหนึ่งในแต่ละปี และอีกฝ่าย เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองในระยะเวลาที่ เหลือของปี ต้องได้รับความยินยอมจากทั้ง

Circumstances	Person or persons whose consent is required
1. If the mother of the minor is alive:	the mother or, if she has by order of court been deprived of the custody of the minor, the person to whom the custody of the minor has been committed by order of court.
2. If the mother of the minor is dead:	the guardian appointed by the mother, or by the court.

## PART III— WHERE THE MINOR IS A TRANSFERRED CHILD

Circumstances	Person or persons whose consent is required
If the father, mother, legal guardian or guardian of the transferred child is not available or does not give his consent:	he person whose particulars are registered with the protector under the Children and Young Persons Act (Cap. 38) as the person who has the care, custody or control of such transferred child.

(ค) ถ้าบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกทิ้งร้างจากอีกฝ่าย	2 ฝ่าย บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกทิ้งร้าง
(ง) ถ้าทั้งบิดาและมารดาถูกเพิกถอนอำนาจปกครองตามคำสั่งศาล	บุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ตามคำสั่งศาล
2. กรณีบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต (ก) ถ้าไม่มีผู้ปกครองอื่น (ข) ถ้ามีผู้ปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายที่เสียชีวิต	บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ยังมีชีวิต บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ยังมีชีวิตและผู้ที่ใช้อำนาจปกครองร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่ง หรือบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ยังมีชีวิตหรือผู้ปกครองที่มีอำนาจปกครองผู้เยาว์แต่เพียงผู้เดียว
3. กรณีบิดาและมารดาเสียชีวิต	ผู้ปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งจากบิดามารดา หรือตามคำสั่งศาลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยอำนาจปกครองผู้เยาว์ (Guardianship of Infants Act)

ส่วนที่ 2 ผู้เยาว์เป็นบุตรไม่ชอบด้วยกฎหมาย

พฤติการณ์/กรณี	บุคคลที่ต้องให้ความยินยอม
1. กรณีมารดาของผู้เยาว์มีชีวิต	มารดา หรือบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองตามคำสั่งศาลถ้ามารดาถูกเพิกถอนอำนาจปกครอง
2. กรณีมารดาของผู้เยาว์เสียชีวิต	ผู้ปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งจากมารดาหรือที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาล

ส่วนที่ 3 ผู้เยาว์เป็นเด็กที่ถูกโอน

พฤติการณ์/กรณี	บุคคลที่ต้องให้ความยินยอม
1. กรณีไม่มีบิดา มารดา หรือผู้ปกครองหรือบุคคลดังกล่าวไม่อาจให้ความยินยอม	บุคคลที่จดทะเบียนเป็นผู้อุปถัมภ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็กและเยาวชน (Children and Young Persons Act) ผู้มีหน้าที่ดูแล ใช้อำนาจปกครอง และควบคุม

	เด็กที่รับโอน
--	---------------

แต่หากผู้ที่ต้องให้ความยินยอมนั้นได้ปฏิเสธที่จะให้ความยินยอม ศาลสูงอาจให้ความยินยอมแทนได้และให้ถือว่าคำสั่งศาลมีผลเช่นเดียวกับความยินยอมของบุคคลที่ต้องให้ความยินยอมนั้นโดยผู้ที่ต้องการสมรสจะต้องยื่นคำร้องต่อศาลสูง และต้องส่งสำเนาคำร้องนั้นไปยังบุคคลผู้ไม่ให้ความยินยอมนั้นด้วย คำสั่งศาลดังกล่าวนี้ให้ถือเป็นที่สุด แต่อย่างไรก็ตามหากผู้เยาว์เคยสมรสมาแล้ว การสมรสของผู้เยาว์ไม่จำเป็นจะต้องได้รับความยินยอมอีกแต่อย่างไร ตามที่กำหนดในมาตรา 13<sup>21</sup>

<sup>21</sup> **section 13** (1) Subject to this section, a marriage licence under section 17 or a special marriage licence under section 21 for the marriage of a minor shall not be issued or granted without the consent of a person mentioned in the Second Schedule who is authorised to give such consent.

(2) If the Registrar or, in the case of a proposed marriage by special marriage licence, the Minister is satisfied that the consent of any person whose consent is so required cannot be obtained by reason of absence or inaccessibility or by reason of his being under any disability —

- (a) the necessity for the consent of that person shall be dispensed with, if there is any other person whose consent is also required; and
- (b) if the consent of no other person is required, the Registrar or the Minister may dispense with the necessity of obtaining any consent, or the High Court may, on application being made, consent to the marriage, and the consent of the High Court so given shall have the same effect as if it had been given by the person whose consent cannot be so obtained.

(3) If any person whose consent is required refuses his consent, the High Court may, on application being made, consent to the marriage, and the consent of the High Court so given shall have the same effect as if it had been given by the person whose consent is so refused.

(4) An application to the High Court under this section shall be made to a judge in chambers.

(5) When an application is made to the High Court in consequence of a refusal to give consent, notice of the application shall be served upon the person who refused to give consent.

(6) Notwithstanding anything to the contrary in this Part, consent to the marriage of a minor shall not be necessary if the minor has been previously married.

(7) There shall be no appeal from an order of a judge under this section.

อนึ่งนายทะเบียนจะไม่ทำการออกทะเบียนสมรสจนกว่าจะเป็นที่แน่ใจว่าผู้ที่ต้องการจะสมรส นั้นไม่มีความบกพร่องตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 17 (2)<sup>22</sup> ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

1. ผู้ที่ต้องการจะสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีถิ่นพำนักอยู่ในสิงคโปร์อย่างน้อย 15 วันก่อนยื่นขอจดทะเบียนสมรส

2. ความชอบด้วยเงื่อนไขของการสมรส

2.1 คู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีอายุ 21 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป หรือเคยหย่าร้าง หรือเป็นหม้าย หรือการสมรสครั้งก่อนเป็นโมฆะแล้วแต่กรณี

2.2 ในกรณีที่คู่สมรสเป็นผู้เยาว์ซึ่งไม่เคยสมรสมาก่อน ต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากบุคคลที่ระบุไว้ในตารางที่ 2 ท้าย Women's Charter หรือศาลสูงมีคำสั่งให้ความยินยอมตามมาตรา 13

2.3 คู่สมรสทั้งสองฝ่ายมิได้มีอายุต่ำกว่า 18 ปี

2.4 ไม่มีเหตุที่ทำให้การสมรสนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

---

<sup>22</sup>Section 17 (2) The Registrar shall not issue a marriage licence until he has been satisfied by statutory declaration made by each of the parties to the proposed marriage —

(a) that one of the parties has been resident within Singapore for at least 15 days preceding the date of the notice;

(b) that —

(i) each of the parties is 21 years of age or above, or, if not, is divorced or is a widower or widow or has had his or her previous marriage declared null and void, as the case may be; or

(ii) if either party is a minor who has not been previously married — the consent of the appropriate person mentioned in the Second Schedule has been given in writing, or has been dispensed with, or the consent of the High Court has been given in accordance with section 13;

(c) that neither party is below the age of 18 years;

(d) that there is no lawful impediment to the marriage; and

(e) that neither of the parties to the intended marriage is married under any law, religion, custom or usage to any person other than the person with whom such marriage is proposed to be contracted.

2.5 คู่สมรสมีเจตนาจะสมรสภายใต้กฎหมาย ศาสนา จารีต และการอยู่ร่วมกัน และมีได้เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น

#### 4.1.2.2 ผลการฝ่าฝืนเงื่อนไข

เหตุที่ทำให้การสมรสเป็นโมฆะ มีดังต่อไปนี้<sup>23</sup>

1. เป็นการสมรสที่ไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 3 (4), 5, 9, 10, 11, 12 และ 22 กล่าวคือ
  - 1.1 ชายหรือหญิงเป็นมุสลิม (ฝ่าฝืนมาตรา 3(4)) เนื่องจาก Women's Charter ไม่ใช่บังคับกับชาวมุสลิม เพราะการสมรสของชาวมุสลิมต้องสมรสตามกฎหมายอิสลาม
  - 1.2 ชายหรือหญิงได้ทำการสมรสก่อนวันที่ 15 กันยายน 1961 (ฝ่าฝืนมาตรา 5) การสมรสก่อนวันที่ 15 กันยายน 1961 ซึ่งเป็นวันที่ประกาศใช้ Women's Charter นั้น แม้มิได้จดทะเบียนตาม Women's Charter แต่ก็ถือว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์และมีผลอยู่ต่อไป ดังนั้นจึงถือว่าบุคคลดังกล่าวมีคู่สมรสอยู่แล้วจึงไม่สามารถสมรสได้อีก
  - 1.3 ชายหรือหญิงอายุต่ำกว่า 18 ปี (ฝ่าฝืนมาตรา 9) การสมรสนั้นย่อมเป็นโมฆะ
  - 1.4 การสมรสระหว่างชายกับหญิงที่เป็นเครือญาติหรือญาติทางการสมรสตามตารางที่ 1 ท้าย Women's Charter (ฝ่าฝืนมาตรา 10) การสมรสนั้นย่อมเป็นโมฆะ
  - 1.5 ชายหรือหญิงเป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น (ฝ่าฝืนมาตรา 11) ถือเป็นการสมรสซ้อนการสมรสนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ
  - 1.6 เป็นการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน (ฝ่าฝืนมาตรา 12) การสมรสนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงบุคคลที่แปลงเพศแล้วหรืออยู่ในระหว่างแปลงเพศ

---

<sup>23</sup> **section 105** A marriage which takes place after 1st June 1981 shall be void on the following grounds only:

- (a) that it is not a valid marriage by virtue of sections 3 (4), 5, 9, 10, 11, 12 and 22; or
- (b) where the marriage was celebrated outside Singapore, that the marriage is invalid —
  - (i) for lack of capacity; or
  - (ii) by the law of the place in which it was celebrated.

1.7 ชายหรือหญิงมิได้มีเจตนายินยอมที่จะสมรส หรือไม่มีพยานหรือมิได้กระทำต่อนายทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนด (ฝ่าฝืนมาตรา 22) การสมรสนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ

2. เมื่อการสมรสเกิดขึ้นนอกสิงคโปร์ และการสมรสนั้นไม่สมบูรณ์

2.1 เนื่องจากความบกพร่องเรื่องความสามารถ

2.2 เนื่องจากกฎหมายของประเทศที่ทำการสมรส

เหตุที่ทำให้การสมรสเป็นโมฆียะ มีดังต่อไปนี้<sup>24</sup>

1. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถ
2. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจงใจที่จะปฏิเสธการสมรส
3. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ยินยอมจะสมรส แต่ถูกข่มขู่ สำคัญผิด หรือมีสภาพจิตไม่ปกติขณะทำการสมรส
4. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอาการป่วยทางจิตในขณะให้ความยินยอมในการสมรสตาม Mental Disorders and Treatment Act และอาการดังกล่าวไม่เหมาะสมต่อการสมรส
5. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นโรคติดต่อร้ายแรงทางเพศ

---

<sup>24</sup> **section 106** A marriage which takes place after 1st June 1981 shall be voidable on the following grounds only:

- (a) that the marriage has not been consummated owing to the incapacity of either party to consummate it;
- (b) that the marriage has not been consummated owing to the wilful refusal of the respondent to consummate it;
- (c) that either party to the marriage did not validly consent to it, whether in consequence of duress, mistake, unsoundness of mind or otherwise;
- (d) that at the time of the marriage either party, though capable of giving a valid consent, was suffering (whether continuously or intermittently) from mental disorder within the meaning of the Mental Disorders and Treatment Act (Cap. 178) of such a kind or to such an extent as to be unfit for marriage;
- (e) that at the time of the marriage the respondent was suffering from venereal disease in a communicable form;
- (f) that at the time of the marriage the respondent was pregnant by some person other than the petitioner.



## 6. ขณะสมรสหญิงได้ตั้งครรภ์กับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ชายคู่สมรส

### 4.1.2.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา

แม้การสมรสถูกเพิกถอนหรือสิ้นสุดลงด้วยประการใดๆ เด็กที่เกิดจากการสมรสย่อมถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายนั้น

แต่ทั้งนี้เด็กที่เกิดจากการสมรสอันเป็นโมฆะจะยังคงถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย หากในขณะทำการสมรสคู่สมรสเชื่อว่าการสมรสสมบูรณ์<sup>25</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

<sup>25</sup> **section 111** (1) Where a marriage is annulled, any child who would have been the legitimate child of the parties to the marriage if it had been dissolved, instead of being annulled, at the date of the decree shall be deemed to be their legitimate child, notwithstanding the annulment.

(2) The child of a void marriage born on or after 2nd May 1975 shall be deemed to be the legitimate child of his parents if, at the date of such void marriage, both or either of the parties reasonably believed that the marriage was valid.

### 4.1.3 ประเทศสาธารณรัฐอินเดีย

การสมรสคือการแสดงเจตนาระหว่างชายกับหญิงที่จะเข้าสู่การสมรสเพื่อใช้ชีวิตร่วมกันและแบ่งปันประสบการณ์ชีวิตระหว่างกันโดยการสมรสต้องกระทำให้สาธารณชนรับทราบ เนื่องจากการสมรสได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่บางประการ เช่น สิทธิการรับมรดก โดยเงื่อนไขแห่งการสมรสต้องเป็นไปตามที่กำหนดใน The Hindu Marriage Act 1955<sup>26</sup>

#### 4.1.3.1 เงื่อนไขแห่งการสมรส

มาตรา 5 แห่ง The Hindu Marriage Act 1955 ได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสระหว่างชาวฮินดูไว้ดังนี้<sup>27</sup>

##### 1. ชายและหญิงมิได้เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น

ชายและหญิงต้องไม่มีคู่สมรสอยู่ในขณะทำการสมรสตามมาตรา 5 (i)<sup>28</sup>

##### 2. ความยินยอมของชายและหญิง

ชายและหญิงต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม และไม่มีโรคทางจิตที่เป็นอุปสรรคต่อการใช้ชีวิตคู่และการให้กำเนิดบุตร รวมทั้งต้องไม่เป็นคนวิกลจริต หรือโรคลมบ้าหมูกำเริบในขณะทำการสมรส ตามมาตรา 5 (ii)<sup>29,30</sup>

<sup>26</sup>Derrett, J. Duncan M. Introduction to modern Hindu law. (India: Oxford University Press, 1963), p. 136.

<sup>27</sup>section 5 Conditions for a Hindu marriage.

A marriage may be solemnized between any two hindus, if the following conditions are fulfilled, namely:-

<sup>28</sup>section 5 (i) neither party has a spouse living at the time of the marriage

<sup>29</sup>section 5 (i) neither party has a spouse living at the time of the marriage

<sup>30</sup>section 5 (ii) at the time of the marriage, neither party-

(a) is incapable of giving a valid consent to it in consequence of unsoundness of mind;  
or

### 3. ชายและหญิงต้องมีอายุตามที่กฎหมายกำหนด

ชายต้องมีอายุ 21 ปีบริบูรณ์ และหญิงต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ ในขณะที่ทำการสมรสตาม มาตรา 5 (iii)<sup>31</sup>

### 4. ห้ามสมรสกับบุคคลต้องห้าม

ชายและหญิงต้องไม่อยู่ในความสัมพันธ์ที่ต้องห้ามสำหรับการสมรส เว้นแต่จารีตประเพณี หรือกฎหมายของทั้งสองฝ่ายอนุญาตให้ทำการสมรสได้ตามมาตรา 5 (iv)<sup>32</sup> ซึ่งความสัมพันธ์ที่ต้องห้าม สำหรับการสมรส ได้แก่กรณีดังนี้

1. ผู้ที่จะสมรสฝ่ายหนึ่งเป็นบุพการีของอีกฝ่าย
2. ที่จะสมรสฝ่ายหนึ่งเป็นภริยาหรือสามีของบุพการีหรือผู้สืบสันดานของอีกฝ่าย
3. ที่จะสมรสฝ่ายหนึ่งเป็นภริยาของพี่ชาย/น้องชาย หรือบิดา หรือพี่ชาย/น้องชายของ มารดาหรือปู่/ตา หรือพี่ชาย/น้องชายของย่า/ยาย ของอีกฝ่าย
4. ทั้งสองฝ่ายเป็นพี่ชาย/น้องชายกับน้องสาว/พี่สาว หรือลุง/น้า/อาชายกับหลานสาว หรือ ป้า/น้า/อาหญิงกับหลานชาย หรือระหว่างบุตรของพี่กับน้อง<sup>33</sup>

---

(b) though capable of giving a valid consent, has been suffering from mental disorder of such a kind or to such an extent as to be unfit for marriage and the procreation of children; or

(c) has been subject to recurrent attacks of insanity or epilepsy

<sup>31</sup>section 5 (iii) the bridegroom has completed the age of twenty one years and the bride the age of eighteen years at the time of the marriage

<sup>32</sup>section 5 (iv.) the parties are not within the degrees of prohibited relationship unless the custom or usage governing each of them permits of a marriage between the two

<sup>33</sup>section 3(g) "degrees of prohibited relationship"-two persons are said to be within the "degrees of prohibited relationship"--

(i) if one is a lineal ascendant of the other; or

(ii) if one was the wife or husband of a lineal ascendant or descendant of the other ; or

(iii) if one was the wife of the brother or of the father's or mother's brother or of the grandfather's or grandmother's brother of the other; or

(iv) if the two are brother and sister, uncle and niece, aunt and nephew, or children of brother and sister or of two brothers or of two sisters ;

## 5. ห้ามสมรสกับเครือญาติ

ชายและหญิงต้องไม่อยู่ในลำดับญาติที่ต้องห้าม เว้นแต่จารีตประเพณีหรือกฎหมายของทั้งสองฝ่ายอนุญาตให้ทำการสมรสได้ตามมาตรา 5 (v)<sup>34</sup> โดยลำดับญาติที่ต้องห้ามหมายถึงบุคคลที่เป็นทายาทซึ่งอยู่ภายใน 3 ลำดับชั้นของสายมารดา หรือภายใน 5 ลำดับชั้นของสายบิดา ทั้งนี้ให้เริ่มนับจากบุคคลที่ต้องการตรวจสอบเป็นลำดับชั้นที่ 1 แล้วนับถอยกลับขึ้นไป โดยทั้งสองฝ่ายจะถือว่าเป็นญาติที่ต้องห้าม เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบรรพบุรุษหรือบุพการีของอีกฝ่ายภายในลำดับชั้นที่กำหนด หรือทั้งสองฝ่ายมีบรรพบุรุษหรือบุพการีอยู่ในลำดับชั้นที่กำหนดร่วมกัน<sup>35</sup>

### 4.1.3.2 ผลการฝ่าฝืนเงื่อนไข

#### การสมรสที่เป็นโมฆะ

การสมรสจะเป็นโมฆะ เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างและศาลพิพากษาให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะ เนื่องจากการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 5 (i), (iv) และ (v) ได้แก่กรณีดังต่อไปนี้<sup>36</sup>

1. ชายและหญิงทำการสมรสซ้อน กล่าวคือ ทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรส ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 5 (i)
2. สมรสกับบุคคลต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ทำการสมรสกับภริยาหรือสามีของบุพการี เป็นต้น ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 5 (iv)
3. สมรสกับญาติที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้ทำการสมรส ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 5 (v)

<sup>34</sup> section 5 (v) the parties are not sapindas of each other, unless the custom or usage governing each of them permits of a marriage between the two.

<sup>35</sup> section 3 (f) (i) "sapinda relationship" with reference to any person extends as far as the third generation (inclusive) in the line of ascent through the mother, and the fifth (inclusive) in the line of ascent through the father, the line being traced upwards in each case from the person concerned, who is to be counted as the first generation;  
(ii) two persons are said to be "sapindas" of each other if one is a lineal ascendant of the other within the limits of sapinda relationship, or if they have a common lineal ascendant who is within the limit

<sup>36</sup> section 11 Void marriages.  
Any marriage solemnized after the commencement of this Act shall be null and void and may, on a petition presented by either party thereto against the other party, be so declared by a decree of nullity if it contravenes any one of the conditions specified in clauses (i), (iv) and (v) of section 5.

### การสมรสที่เป็นโมฆียะ

การสมรสจะตกเป็นโมฆียะ ด้วยเหตุดังต่อไปนี้<sup>37</sup>

1. การสมรสเนื่องจากสำคัญผิดในสาระสำคัญของคู่สมรสอีกฝ่าย

---

<sup>37</sup> **section 12 Voidable marriages.**

(1) Any marriage solemnized, whether before or after the commencement of this Act, shall be voidable and may be annulled by a decree of nullity on any of the following grounds, namely:-

- (a) that the marriage has not been consummated owing to the impotence of the respondent ; or
- (b) that the marriage is in contravention of the condition specified in clause (ii) of section 5 ; or
- (c) that the consent of the petitioner, or where the consent of the guardian in marriage of the petitioner was required under section 5 as it stood immediately before the commencement of the Child Marriage Restraint (Amendment) Act, 1978, (2 of 1978) the consent of such guardian was obtained by force or by fraud as to the nature of the ceremony or as to any material fact or circumstances concerning the respondent; or
- (d) that the respondent was at the time of the marriage pregnant by some person other than the petitioner.

(2) Notwithstanding anything contained in sub-section (1), no petition for annulling a marriage-

- (a) on the ground specified in clause (c) of sub-section (1) shall be entertained if-
  - (i) the petition is presented more than one year after the force had ceased to operate or, as the case may be, the fraud had been discovered; or
  - (ii) the petitioner has, with his or her full consent, lived with the other party to the marriage as husband or wife-after the force had ceased to operate or, as the case may be, the fraud had been discovered;
- (b) on the ground specified in clause (d) of sub-section (1) shall be entertained unless the court is satisfied-
  - (i) that the petitioner was at the time of the marriage ignorant of the facts alleged;
  - (ii) that proceedings have been instituted in the case of a marriage solemnized before the commencement of this Act within one year of such commencement and in the case of marriages solemnized after such commencement within one year from the date of the marriage; and
  - (iii) that marital intercourse with the consent of the petitioner has not taken place since the discovery by the petitioner of the existence of the said ground.

2. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความสามารถบกพร่องในการให้ความยินยอม หรือมีความทรمانจากโรคทางจิตในลักษณะที่ไม่เหมาะสำหรับการสมรสและการให้กำเนิดบุตรหรือ เป็นคนวิกลจริตหรือโรคลมบ้าหมูกำเริบซึ่งเป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5(2)

3. ความยินยอมของคู่สมรสหรือของผู้ปกครองได้มาโดยการบังคับข่มขู่ หรือถูกกลฉ้อฉลให้สำคัญผิดในสาระสำคัญของอีกฝ่าย แต่ทั้งนี้ห้ามมิให้เพิกถอนการสมรสถ้าการขอเพิกถอนการสมรสนั้นกระทำขึ้นภายหลัง 1 ปีนับจากที่พ้นจากการบังคับข่มขู่ หรือทราบถึงกลฉ้อฉลนั้น หรือได้ให้สัตยาบันภายหลังจากที่พ้นจากการบังคับข่มขู่ หรือทราบถึงกลฉ้อฉลนั้นแล้ว

4. ในขณะที่สมรสหญิงนั้นอยู่ในระหว่างตั้งครรภ์กับบุคคลอื่นที่มีเชื้อสายคู่สมรสแต่ทั้งนี้การสมรสยังคงมีผล จนกว่าจะเป็นที่พอใจแก่ศาลว่า

4.1 ในขณะที่สมรสนั้นชายไม่รู้ข้อเท็จจริงที่ว่าหญิงอยู่ในระหว่างตั้งครรภ์

4.2 ต้องดำเนินการเพิกถอนการสมรสภายใน 1 ปีนับจากวันที่ทำการสมรส และ

4.3 ชายต้องไม่ร่วมประเวณีกับหญิงตั้งแต่ทราบเหตุดังกล่าว

การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขแห่งการสมรสดังกล่าวนอกจากจะทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะแล้ว ในบางกรณียังได้กำหนดบทลงโทษในทางอาญาไว้ด้วย กล่าวคือการสมรสซ้อนนอกจากจะตกเป็นโมฆะแล้ว ยังถือเป็นความผิดประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย มาตรา 494 และมาตรา 495 ด้วย<sup>38</sup> รวมถึงการฝ่าฝืนเงื่อนไขอื่นๆ อีก กล่าวคือ

1. การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขเรื่องอายุของคู่สมรส ซึ่งกำหนดให้ชายต้องมีอายุ 21 ปีบริบูรณ์ และหญิงต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 5 (iii) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 15 วัน หรือปรับไม่เกิน 1,000 รูปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

2. การสมรสกับบุคคลต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 5 (iv) หรือสมรสกับญาติที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้ทำการสมรสซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 5 (v) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 รูปี หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>39</sup>

<sup>38</sup> section 17 Punishment of bigamy.

Any marriage between two Hindus solemnized after the commencement of this Act is void if at the date of such marriage either party had a husband or wife living; and the provisions of sections 494 and 495 of the Indian Penal (45 of 1860) Code shall apply accordingly.

<sup>39</sup> Section 18 Punishment for contravention of certain other conditions for a Hindu marriage.

Every person who procures a marriage of himself or herself to be solemnized under this Act in contravention of the conditions specified in clauses (iii), (iv) and (v) of section 5 shall be punishable-

(a) in the case of a contravention of the condition specified in clause (iii) of section 5, with simple imprisonment which may extend to fifteen days, or with fine which may extend to one thousand rupees, or with both;

#### 4.1.3.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา

เด็กที่เกิดจากการสมรสที่โมฆะจะถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายถ้าการสมรสนั้นสมบูรณ์ ส่วนเด็กที่เกิดหรือตั้งครรภ์ก่อนศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนการสมรสเป็นโมฆะจะถือเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรส ถ้าการสมรสได้สิ้นสุดลงก่อนที่จะมีคำพิพากษาดังกล่าว แม้ภายหลังจะมีคำพิพากษาให้เพิกถอนการสมรสนั้นก็ตาม<sup>40</sup>



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

---

(b) in the case of a contravention of the condition specified in clause (iv) or clause (v) of section 5, with simple imprisonment which may extend to one month, or with fine which may extend to one thousand rupees, or with both;

<sup>40</sup> **section 16 Legitimacy of children of void and voidable marriages.**

(1) Notwithstanding that a marriage is null and void under section 11, any child of such marriage who would have been legitimate if the marriage had been valid, shall be legitimate, whether such child is born before or after the commencement of the Marriage Laws.

(2) Where a decree of nullity is granted in respect of a voidable marriage under section 12, any child begotten or conceived before the decree is made, who would have been the legitimate child of the parties to the marriage if at the date of the decree it had been dissolved instead of being annulled, shall be deemed to be their legitimate child notwithstanding the decree of nullity.

## 4.2 ระบบซีวิลลอว์

### 4.2.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการแก้ไขกฎหมายครอบครัวหลายครั้ง เนื่องจากจากอิทธิพลและทัศนคติที่หลากหลายตามอุดมการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ค่านิยมที่เคยนับถือมากก่อนในศตวรรษที่ 19 ได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิง ด้วยแนวคิดที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 20 โดยมาตรา 6 แห่งกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญ(The Basic Law หรือ Grundgesetz) ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสถาบันการสมรสและสถาบันครอบครัว โดยมีมาตรการป้องกันการตรากฎหมายใหม่ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารที่อาจมีผลกระทบต่อสถาบันการสมรสและสถาบันครอบครัว (Ehe und Familie) นอกจากนี้ มาตรา 3 (2) แห่งกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญของเยอรมัน (The Basic Law) ได้บัญญัติรับรองเรื่องสิทธิความเท่าเทียมกันของชายและหญิงซึ่งได้ขยายความโดย Equal Rights Act (Gleichberechtigungsgesetz) ค.ศ. 1957 ซึ่งทำให้ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายครอบครัว<sup>41</sup>

#### 4.2.1.1 เงื่อนไขแห่งการสมรส

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (German Civil Code หรือ Bürgerlichen Gesetzbuch เรียกโดยย่อว่า BGB) ได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้ ดังนี้

##### 1. ชายและหญิงต้องบรรลุนิติภาวะ

การสมรสนั้นชายและหญิงต้องบรรลุนิติภาวะ ซึ่งตามมาตรา 2 กำหนดให้บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ 18 ปีบริบูรณ์<sup>42</sup> แต่ศาลครอบครัวอาจอนุญาตให้ทำการสมรสได้แม้ผู้แทนโดยชอบธรรม

<sup>41</sup> Foster, G. Nigel. German Law and Legal System.(London : Blackstone Press Limited, 1993), p. 263.

<sup>42</sup>Section 2 Beginning of majority (Eintritt der Volljährigkeit)

Majority begins at the age of eighteen.



หรือผู้ปกครองจะคัดค้านก็ตาม หากผู้คัดค้านไม่มีเหตุผลที่เพียงพอ แต่ทั้งนี้ผู้ที่ต้องการสมรสต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 16 ปี และผู้ที่จะสมรสด้วยอีกฝ่ายต้องบรรลุนิติภาวะแล้วโดยยื่นคำขอต่อศาลครอบครัวเพื่อขอยกเว้นหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ชายและหญิงต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 1303 (2)<sup>43</sup> ทั้งนี้เมื่อศาลอนุญาตให้ทำการสมรสแล้วก็ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองอีกแต่อย่างใด<sup>44</sup>

## 2. ชายหรือหญิงต้องไม่เป็นผู้ไร้ความสามารถ

มาตรา 1304 กำหนดห้ามมิให้คนไร้ความสามารถ (Geschäftsunfähigkeit) ตามมาตรา 104 No.2<sup>45</sup> ทำการสมรสตั้งนั้นเมื่อชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถจึงไม่สามารถทำการสมรสได้<sup>46</sup>

<sup>43</sup>Reimann, Mathias and Zekoll, Joachim. Introduction to German law. Second edition. (Hague, Netherland : Kluwer Law International, 1996), p. 254.

### <sup>44</sup>Section 1303 Marriageable age (Ehemündigkeit)

- (1) A marriage should not be entered into before the parties reach the age of majority.
- (2) The family court, on application, may grant exemption from this provision if the applicant has reached the age of sixteen and his future spouse is of full age.
- (3) Where the legal representative of the applicant or another person with care for the person of the child objects to the application, the family court may grant exemption only if the objection is not based on weighty reasons.
- (4) If the family court grants exemption under subsection (2), the applicant no longer requires the prior consent of the legal representative or of another person with care for the person of the child in order to enter into marriage.

### <sup>45</sup>Section 1304 Incapacity to contract (Geschäftsunfähigkeit)

A person is incapable of contracting if

2. he is in a state of pathological mental disturbance, which prevents the free exercise of will, unless the state by its nature is a temporary one.

### <sup>46</sup>Section 1304 Incapacity to contract (Geschäftsunfähigkeit)

เนื่องจากการสมรสจะนำมาซึ่งหน้าที่ความรับผิดชอบและกระบวนการทางกฎหมายอีกจำนวนมาก ดังนั้นกฎหมายจึงห้ามมิให้คนไร้ความสามารถทำการสมรส ส่วนคนเสมือนไร้ความสามารถจะสมรสได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์เสียก่อน<sup>47</sup>

### 3. ชายหรือหญิงมิได้เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น

ในระหว่างที่มีคู่สมรสอยู่แล้วชายหรือหญิงย่อมไม่สามารถทำการสมรสใหม่ได้<sup>48</sup> หากฝ่าฝืนทำการสมรสไปการสมรสนั้นย่อมจะถูกเพิกถอน (Aufhebungsgründe) ตามมาตรา 1314 (1)<sup>49</sup> เว้นแต่การสมรสครั้งก่อนนั้นอยู่ในระหว่างกระบวนการหย่าหรือถูกเพิกถอนการสมรส โดยการประกาศเพิกถอนการสมรสหรือหย่าร้างนั้นถึงที่สุดภายหลังการสมรสครั้งใหม่ การสมรสครั้งหลังนี้จึงจะไม่สามารถเพิกถอนได้ ตามมาตรา 1315 (2) No. 1<sup>50</sup>

---

A person who is incapable of contracting may not enter into a marriage.

<sup>47</sup> Foster, G. Nigel. *German Law and Legal System*, p. 264.

<sup>48</sup> Section 1306 Existing marriage or Civil Partnership (Bestehende Ehe oder Lebenspartnerschaft)

A marriage may not be entered into if a marriage or a Civil Partnership exists between one of the persons who intend to be married to each other and a third party.

<sup>49</sup> Section 1314 (1) A marriage may be annulled if it was entered into contrary to the provisions of sections 1303, 1304, 1306, 1307 and 1311.

<sup>50</sup> Section 1315 (2) (Eine Aufhebung der Ehe ist ferner ausgeschlossen) 1. in the case of a breach of section 1306, if, before the new marriage is entered into, the dissolution by divorce or the annulment of the former marriage or the annulment of the Civil Partnership is pronounced and this pronouncement becomes final and absolute after the new marriage is entered into

#### 4. ชายและหญิงมิได้เป็นญาติสืบสายโลหิตต่อกัน

ระหว่างผู้สืบสายโลหิตโดยตรง หรือระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือพี่น้องคนร่วมแต่บิดาหรือมารดา ต้องห้ามมิให้ทำการสมรสกัน แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1307<sup>51</sup>

#### 5. ชายและหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน

มาตรา 1310 บัญญัติให้การสมรสนั้นชายและหญิงต้องแสดงเจตนา (erklären) ต่อนายทะเบียนว่าตนประสงค์จะสมรส และหากไม่มีความบกพร่องของเงื่อนไขแห่งการสมรสแล้วนายทะเบียนจะปฏิเสธการสมรสไม่ได้<sup>52</sup> เว้นแต่การสมรสนั้นจะมีเหตุให้เพิกถอนการสมรสได้ตามมาตรา 1314 (2)<sup>53</sup> ซึ่งได้แก่เหตุต่อไปนี้

---

##### <sup>51</sup>Section 1307 Relationship by blood (Verwandtschaft)

A marriage may not be entered into between relatives in direct line and between brothers and sisters of the whole blood and of the half blood. This continues to apply if the relationship is extinguished as the result of adoption.

##### <sup>52</sup>Section 1310 Jurisdiction of the registrar of births, deaths and marriages, curing defective marriages (Zuständigkeit des Standesbeamten, Heilung fehlerhafter Ehen)

(1) Marriage is entered into only if the parties contracting the marriage declare before the registrar that they wish to enter into the marriage. The registrar may not refuse his cooperation in the entering into of the marriage if the requirements for the marriage are satisfied; he must refuse his cooperation if it is obvious when the marriage is entered into would be voidable under section 1314 (2).

##### <sup>53</sup>Section 1314 Grounds of annulment (Aufhebungsgründe)

(2) In addition, a marriage may be annulled if

1. a spouse was in a state of unconsciousness or temporary mental disturbance on the occasion of the marriage;
2. a spouse did not know, on the occasion of the marriage, that a marriage was taking place;

1. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้สติสัมปชัญญะ หรือจริตวิกลในขณะที่ทำการสมรส
2. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ทราบว่าขณะนั้นได้กระทำการสมรสอยู่
3. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกกลฉ้อฉลให้สมรสโดยไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงที่ควรทราบเกี่ยวกับการสมรสนั้น ซึ่งถ้าหากได้รู้แล้วย่อมจะไม่เข้าทำการสมรส กรณีนี้ไม่รวมถึงการหลอกลวงในเรื่องของสภาพทางการเงินหรือกลฉ้อฉลที่กระทำโดยบุคคลที่สามอันไม่เกี่ยวข้องกับคู่สมรสอีกฝ่าย
4. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกข่มขู่ถึงขนาดให้สมรส
5. คู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีข้อตกลงก่อนสมรสว่าจะไม่กระทำหน้าที่สามีภริยาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1353 (1) ที่กำหนดให้การสมรสมีผลตลอดชีวิต คู่สมรสต้องใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน และมีหน้าที่รับผิดชอบร่วมกันในการใช้ชีวิตคู่<sup>54</sup>

ทั้งนี้การแสดงเจตนาต่อหน้านายทะเบียนนั้นคู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะต้องปรากฏตัวต่อหน้านายทะเบียนพร้อมกันซึ่งภายในระยะเวลาการแสดงเจตนา นั้นจะมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดด้วยไม่ได้ และต้องดำเนินการดังกล่าวด้วยตนเองไม่สามารถมอบอำนาจให้บุคคลอื่นได้<sup>55</sup> โดยนายทะเบียนจะ

- 
3. a spouse was induced to enter into the marriage by deceit as to circumstances such as, if he had known the factual position and if he had correctly appreciated the nature of marriage, would have prevented him from entering into the marriage; this does not apply where the deceit relates to financial circumstances or was exercised by a third party without the knowledge of the other spouse;
  4. a spouse was unlawfully induced to enter into the marriage by duress;
  5. both spouses were in agreement on the occasion of the marriage that they did not intend to create a duty under section 1353 (1).

<sup>54</sup>**Section 1353 Conjugal community (Eheliche Lebensgemeinschaft)**

(1) Marriage is entered into for life. The spouses have a mutual duty of conjugal community; they are responsible for each other.

<sup>55</sup>**Section 1311 Personal declaration (Persönliche Erklärung)**

The parties contracting the marriage must make the declarations under section 1310 (1) in person and both must be present at the same time. The declarations may not be made subject to a condition or a stipulation as to time.

ถามคู่สมรสแต่ละฝ่ายว่ามีเจตนาจะสมรสกับอีกฝ่ายหรือไม่ และเมื่อทั้งสองฝ่ายตอบยืนยันจึงจะถือว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์ตามกฎหมาย ทั้งนี้ต้องมีพยานหนึ่งคนหรือสองคนตามที่คู่สมรสต้องการด้วย<sup>56</sup>

#### 6. ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจะสมรสกันไม่ได้

กฎหมายห้ามมิให้ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมทำการสมรสกันแต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงกรณีที่มีการรับบุตรบุญธรรมนั้นสิ้นสุดลงตามนัยมาตรา 1308 (1)

นอกจากนี้ศาลครอบครัวอาจอนุญาตให้ทำการสมรสได้เมื่อมีการยื่นคำร้องขอหากจุดประสงค์ของการรับบุตรบุญธรรมเป็นไปเพื่อการสมรสในอนาคตแต่ช้อยกเว้นนี้จะถูกปฏิเสธหากมีเหตุผลที่ฟังขึ้นในการห้ามสมรสตามมาตรา 1308 (2)<sup>57</sup>

---

#### <sup>56</sup>Section 1312 Marriage ceremony (Trauung)

On the occasion of the marriage, the registrar should ask the parties contracting the marriage separately whether they intend to enter into marriage with each other and, after the parties contracting the marriage have answered this question in the affirmative, state that they are now, by operation of law, lawfully joined spouses. The marriage may be effected in the presence of one or two witnesses if the parties contracting the marriage so wish.

#### <sup>57</sup>Section 1308 Adoption (Annahme als Kind)

(1) A marriage should not be entered into between persons whose relationship in the meaning of section 1307 was created by adoption. This does not apply if the adoption relationship has been dissolved.

(2) The family court may, on application, grant exemption from this provision if the adoption created a collateral relationship between the applicant and his future spouse. The exemption should be refused if compelling reasons prevent the entering into of the marriage.

#### 4.2.1.2 ผลการฝ่าฝืนเงื่อนไข<sup>58</sup>

การสมรสจะเพิกถอนได้ก็ต่อเมื่อมีคำสั่งศาลครอบครัวจากการยื่นคำร้องของคู่กรณี การสมรสจะสิ้นสุดลงเมื่อคำสั่งศาลถึงที่สุดตามมาตรา 1313<sup>59</sup> เหตุแห่งการเพิกถอนการสมรสมีดังต่อไปนี้<sup>60</sup>

การสมรสจะถูกเพิกถอนเมื่อขัดแย้งกับเงื่อนไข ดังต่อไปนี้<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup>Reimann, Mathias and Zekoll, Joachim. Introduction to German law. Second edition, p. 254.

<sup>59</sup>**Section 1313 Annulment by judicial decision (Aufhebung durch richterliche Entscheidung)**

A marriage may be annulled only by a judicial decision on petition. The marriage is dissolved when the decision becomes final and absolute. The conditions under which a petition for annulment may be made follow from the following provisions.

<sup>60</sup>**Section 1314 Grounds of annulment (Aufhebungsgründe)**

(1) A marriage may be annulled if it was entered into contrary to the provisions of sections 1303, 1304, 1306, 1307 and 1311.

(2) In addition, a marriage may be annulled if

1. a spouse was in a state of unconsciousness or temporary mental disturbance on the occasion of the marriage;

2. a spouse did not know, on the occasion of the marriage, that a marriage was taking place;

3. a spouse was induced to enter into the marriage by deceit as to circumstances such as, if he had known the factual position and if he had correctly appreciated the nature of marriage, would have prevented him from entering into the marriage; this does not apply where the deceit relates to financial circumstances or was exercised by a third party without the knowledge of the other spouse;

4. a spouse was unlawfully induced to enter into the marriage by duress;

5. both spouses were in agreement on the occasion of the marriage that they did not intend to create a duty under section 1353 (1).

<sup>61</sup>**Section 1315 Exclusion of annulment (Ausschluss der Aufhebung)**

1. ชายหรือหญิงยังไม่บรรลุนิติภาวะตามมาตรา 1303 เว้นแต่ในกรณีที่คู่สมรสซึ่งเป็นผู้เยาว์ที่มีอายุมากกว่า 16 ปี และศาลได้เห็นชอบให้การสมรสนั้นสมบูรณ์ภายหลังจากที่คู่สมรสมีอายุครบเกณฑ์และแสดงเจตนาจะให้การสมรสนั้นมีผลต่อไป (ให้สัตยาบัน) แล้วจะเพิกถอนภายหลังไม่ได้

---

(1) An annulment of the marriage is excluded

1. in the case of a breach of section 1303, where the requirements of section 1303 (2) were satisfied on the occasion of the marriage and the family court, as long as the spouse is not of full age, ratifies the marriage or if the spouse, after he is of full age, has indicated that he intends to continue the marriage (confirmation);

2. in the case of a breach of section 1304, if the spouse, after the incapacity to contract ends, has indicated that he intends to continue the marriage (confirmation);

3. in the case of section 1314 (2) no. 1, if the spouse, after the unconsciousness or the mental disturbance ends, has indicated that he intends to continue the marriage (confirmation);

4. in the cases of section 1314 (2) no. 2 to 4, if the spouse, after discovery of the mistake or the deceit or after the position of constraint ends, has indicated that he intends to continue the marriage (confirmation);

5. in the cases of section 1314 (2) no. 5, if the spouses, after the marriage, lived together as spouses.

The confirmation of a person incapable of contracting is ineffective. The confirmation of a minor, in the case of a breach of section 1304 and in the case of section 1314 (2) no. 1, is subject to the approval of his legal representative; if the legal representative refuses the approval without weighty reasons, the family court may, on the application of the minor, substitute the approval.

(2) An annulment of the marriage is further excluded

1. in the case of a breach of section 1306, if, before the new marriage is entered into, the dissolution by divorce or the annulment of the former marriage or the annulment of the Civil Partnership is pronounced and this pronouncement becomes final and absolute after the new marriage is entered into;

2. in the case of a breach of section 1311, if the spouses, after entering into the marriage, lived together as spouses for five years, or, if one of them died earlier, until the death of that spouse, but for a minimum of three years, unless at the end of the five years or at the time of the death a petition for annulment has been made.

2. ชายหรือหญิงเป็นคนที่ไร้ความสามารถที่ไม่สามารถทำนิติกรรมใดได้ (Geschäftsunfähigkeit) ตามมาตรา 1304 เว้นแต่เมื่อคู่สมรสพ้นจากสภาพการเป็นคนไร้ความสามารถ แสดงเจตนาว่าจะให้การสมรสนั้นมีผลต่อไป (ให้สัตยาบัน) แล้วจะเพิกถอนภายหลังไม่ได้

3. ชายหรือหญิงเป็นคู่สมรสของบุคคลอื่นตามมาตรา 1306 เว้นแต่การสมรสครั้งก่อนนั้นอยู่ในระหว่างกระบวนการหย่าหรือถูกเพิกถอนการสมรส โดยการประกาศเพิกถอนการสมรสหรือหย่าร้างนั้นถึงที่สุดภายหลังการสมรสครั้งใหม่ การสมรสครั้งหลังนี้จะไม่สามารถเพิกถอนได้

4. ชายและหญิงเป็นญาติสืบสายเลือดต่อกันตามมาตรา 1307

5. ชายและหญิงมิได้แสดงความยินยอมเป็นสามีภริยากันตามมาตรา 1311 เว้นแต่เมื่อคู่สมรสอยู่กินกันในฐานะสามีภริยาเกิน 5 ปี หรือหากมีฝ่ายใดตายก่อนหน้านั้นแล้วอยู่กินกันมากกว่า 3 ปี

#### กรณีเจตนาวิปริตได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

1. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอยู่ในสถานะที่ไม่ได้สติสัมปชัญญะ หรือจิตวิกลในขณะที่ทำการสมรส

2. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่รู้ว่าขณะนั้นได้กระทำการสมรสอยู่

3. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกกลฉ้อฉลให้สมรสโดยไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงที่ควรทราบเกี่ยวกับการสมรสนั้น ซึ่งถ้าหากได้รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องดังกล่าวแล้วย่อมจะไม่เข้าทำการสมรส กรณีนี้ไม่รวมถึงสภาพทางการเงินหรือกลฉ้อฉลที่กระทำโดยบุคคลที่สามอันไม่เกี่ยวข้องกับคู่สมรสอีกฝ่าย

4. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกข่มขู่ถึงขนาดให้สมรส

5. คู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีข้อตกลงก่อนสมรสว่าจะไม่กระทำหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1353 (1)

นอกจากนั้นในกรณีของการสมรสใหม่ภายหลังจากที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกประกาศให้ถึงแก่ความตายเนื่องจากเป็นบุคคลสาบสูญ<sup>62</sup> คู่สมรสอีกฝ่ายย่อมสามารถทำการสมรสใหม่ได้เพราะถือว่าการสมรสเดิมได้สิ้นสุดแล้วแต่หากภายหลังปรากฏว่าคู่สมรสเดิมยังคงมีชีวิตอยู่ การสมรสครั้งหลังจะถูกเพิกถอนเนื่องจากถือเป็นการสมรสซ้อนตามมาตรา 1306 ก็ต่อเมื่อคู่สมรสใหม่ทั้งคู่ทราบอยู่แล้ว

<sup>62</sup>Title 4 Remarriage after declaration of death (Wiederverheiratung nach Todeserklärung)



ในขณะที่สมรสว่าคู่สมรสที่ถูกประกาศให้ถึงแก่ความตายนั้นยังมีชีวิตอยู่ในขณะที่ถูกประกาศให้ถึงแก่ความตายเนื่องจากการสาบสูญนั้น<sup>63</sup>

ทั้งนี้คู่สมรสเดิมต้องร้องขอให้เพิกถอนการสมรสครั้งหลังภายใน 1 ปีนับจากคู่สมรสฝ่ายที่ทำ การสมรสใหม่ทราบว่าคู่สมรสเดิมยังมีชีวิตอยู่<sup>64</sup>

#### 4.2.1.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา

กฎหมายกำหนดให้ชายที่สมรสกับมารดาของเด็กในช่วงเวลา (Zeitpunkt) ที่เด็กเกิดเป็น บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นตามมาตรา 1592 No. 1<sup>65</sup> นอกจากนี้กฎหมายยังได้กำหนด

---

##### <sup>63</sup>Section 1319 Annulment of the previous marriage (Aufhebung der bisherigen Ehe)

(1) Where a spouse, after the other spouse has been declared dead, enters into a new marriage, then, if the spouse declared dead is still alive, the new marriage may be annulled for breach of section 1306 only if both spouses knew when the marriage was entered into that the spouse declared dead was still alive at the date of the declaration of death.

(2) On the entering into of the new marriage, the earlier marriage is dissolved, unless both spouses of the new marriage knew when the marriage was entered into that the spouse declared dead was still alive at the date of the declaration of death. It remains dissolved even if the declaration of death is cancelled.

##### <sup>64</sup>Section 1320 Annulment of the new marriage (Aufhebung der neuen Ehe)

(1) If the spouse declared dead is still alive, then notwithstanding section 1319, his former spouse may petition for the annulment of the new marriage, unless he knew when the marriage was entered into that the spouse declared dead was still alive at the date of the declaration of death. The annulment may be petitioned for only within one year. The period begins on the date on which the spouse of the former marriage obtained knowledge that the spouse declared dead was still alive. Section 1317 (1) sentence 3 and (2) applies with the necessary modifications.

(2) The consequences of the annulment are governed by section 1318 with the necessary modifications.

##### <sup>65</sup>Section 1592 Paternity (Vaterschaft)

The father of a child is the man

1. who is married to the mother of the child at the date of the birth,

ความเป็นบิดาในกรณีที่การสมรสสิ้นสุดลงเนื่องจากความตาย โดยให้ถือว่าเด็กที่เกิดภายใน 300 วัน นับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงเนื่องจากความตาย รวมถึงกรณีที่ตั้งครรภ์เกิน 300 วันด้วย ให้ถือว่า ชายนั้นเป็นบิดาของเด็ก ตามมาตรา 1593 ประกอบมาตรา 1592 No. 1

แต่หากหญิงนั้นได้ทำการสมรสใหม่และคลอดบุตรซึ่งอาจเป็นได้ทั้งบุตรของสามีเดิมเนื่องจาก อยู่ในระยะเวลา 300 วัน และอาจเป็นบุตรของสามีใหม่ ตามมาตรา 1592 No. 1 ให้ถือว่าเด็กเป็น บุตรของสามีคนใหม่แต่หากมีผู้ร้องให้พิสูจน์ความเป็นบิดา และในที่สุดพิสูจน์ได้โดยไม่อาจอุทธรณ์ว่า สามีคนใหม่มิใช่บิดาของเด็กเด็กจึงจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีเดิม<sup>66</sup>

แต่อย่างไรก็ตามข้อสันนิษฐานทั้งสองกรณีดังกล่าวข้างต้นจะไม่นำมาใช้หากผลการพิสูจน์ถึง ที่สุดแล้วปรากฏว่าชายนั้นมิใช่บิดาของเด็ก รวมทั้งห้ามมิให้นำข้อสันนิษฐานความเป็นบิดามาใช้กับ กรณีที่เด็กเกิดหลังจาก 1 ปีนับแต่ศาลมีคำพิพากษาให้หย่าร้างถึงที่สุด<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup>Section 1593 Paternity in the case of dissolution of the marriage by death (Vaterschaft bei Auflösung der Ehe durch Tod)

Section 1592 no. 1 applies with the necessary modifications if the marriage has been dissolved by death and within 300 days after the dissolution a child is born. If it is certain that the child was conceived more than 300 days before its birth, this period of time is conclusive. If a woman who has entered into a further marriage gives birth to a child that would be both the child of the former husband under sentences 1 and 2 and the child of the new husband under section 1592 no. 1, it is to be regarded only as the child of the new husband. If the paternity is challenged and if it is finally and non-appealably established that the new husband is not the father of the child, then it is the child of the former husband.

<sup>67</sup>Section 1599 Non-existence of paternity (Nichtbestehen der Vaterschaft)

(1) Section 1592 nos. 1 and 2 and section 1593 do not apply if, by reason of contestation, it has been finally and non-appealably established that the man is not the father of the child.

(2) Section 1592 no. 1 and section 1593 also do not apply if the child is born after a divorce petition is pending at court and a third person, at the latest before the end of one year after the decree granting the divorce petition has become final and absolute, acknowledges paternity; section 1594 (2) does not apply. In addition to the declarations necessary under sections 1595 and 1596, the acknowledgement requires the approval of the man who is married to the mother at the date of the birth; this approval is governed by section 1594 (3) and (4), section 1596 (1) sentences 1 to 3, (3) and (4), section 1597 (1) and (2) and section 1598 (1) with the necessary

#### 4.2.2 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (French Civil Code : CODE NAPOLEON) นั้นเดิมทีมิได้ให้คำนิยามของการสมรสไว้แต่ในมุมมองของผู้ตรากฎหมายเห็นว่าครอบครัวนั้นเป็นการร่วมมือกันที่เป็นธรรมชาติมากที่สุดโดยมีจุดเริ่มต้นจากการสมรส ภายใต้วัตถุประสงค์ของการให้กำเนิดบุตรโดย portalis อธิบายว่าการสมรสคือ การร่วมกันระหว่างชายและหญิงที่ตกลงใจจะสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพื่อช่วยกันแบกรับภาระแห่งชีวิตและร่วมแบ่งปันชะตากรรมของกันและกัน<sup>68</sup> แต่อย่างไรก็ตามเมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม 2013 รัฐสภาฝรั่งเศสได้ผ่านกฎหมายให้คนรักเพศเดียวกันสามารถทำการสมรสกันได้ ซึ่งได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อกฎหมายครอบครัวของฝรั่งเศสอย่างมาก โดยมีการเพิ่มเติมคำจำกัดความการสมรสให้เปิดกว้างและชัดเจนมากขึ้นในมาตรา 143<sup>69</sup> กำหนดว่าการสมรสเป็นสัญญาที่เกิดโดยบุคคลสองคนไม่ว่าจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศ รวมทั้งได้ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงถ้อยคำในตัวบทมาตราที่กำหนดให้เพศเป็นเงื่อนไขสำคัญในการจดทะเบียนสมรส เช่น มาตรา 144 ซึ่งกำหนดอายุของชายและหญิงก็ได้ทำการตัดคำที่บ่งบอกเพศออกไป เป็นต้น<sup>70</sup>

---

modifications. The acknowledgement becomes effective at the earliest when the decree granting the petition for divorce becomes final and absolute.

<sup>68</sup> Halperin, Jean-Louis. French Civil Code, translated by Tony Weir. (Wiltshire : UCL Press, 2006), p. 20-21.

<sup>69</sup> JORF n°0114 du 18 mai 2013

**Article 1 I.** - Le chapitre Ier du titre V du livre Ier du code civil est ainsi modifié :

1° Il est rétabli un article 143 ainsi rédigé :

« Art. 143.-Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. » ;

<sup>70</sup> คำนำพร เชื้อนทา. “ว่าด้วย เพศสภาพ เสมอภาค ภราดรภาพ”. วารสารนิติสังคมศาสตร์ 6 , 1 (มกราคม – มิถุนายน 2556) : 97-98.

#### 4.2.2.1 เงื่อนไขแห่งการสมรส

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้กำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้ ดังนี้

##### 1. บุคคลที่จะสมรสต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์

บุคคลที่จะทำการสมรสได้ต้องมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 144<sup>71</sup> เว้นแต่มีเหตุผลสำคัญอัยการอนุญาตให้บุคคลที่อายุยังไม่ถึงเกณฑ์ดังกล่าวทำการสมรสได้<sup>72</sup> ซึ่ง JORF n°0114 du 18 mai 2013 ได้แก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเดิมซึ่งกำหนดเฉพาะชายและหญิงให้หมายความรวมถึงบุคคลเพศเดียวกันให้สามารถทำการสมรสกันได้ด้วย<sup>73</sup>

##### 2. ความยินยอมในการสมรส

บุคคลที่จะทำการสมรสต้องยินยอมที่จะเข้าทำการสมรส เนื่องจากกฎหมายห้ามมิให้ทำการสมรสหากปราศจากความยินยอมของคู่สมรสตามมาตรา 146<sup>74</sup>

<sup>71</sup> **Art. 144** A male and a female may not contract marriage before they have completed their eighteenth year.

<sup>72</sup> **Art. 145** Nevertheless, the Government procurator of the place where a marriage is to be celebrated may grant dispensations as to age for serious reasons.

<sup>73</sup> JORF n°0114 du 18 mai 2013

**Article 11.** -Le chapitre Ier du titre V du livre Ier du code civil est ainsi modifié :

2° L'article 144 est ainsi rédigé :

« Art. 144.-Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus. » ;

<sup>74</sup> **Art. 146** There is no marriage where there is no consent.

### 3. ห้ามสมรสซ้อน

กฎหมายกำหนดห้ามมิให้บุคคลทำการสมรสใหม่ หากการสมรสครั้งก่อนยังไม่สิ้นสุดตามมาตรา 147<sup>75</sup>

### 4. ความยินยอมของบิดามารดา

ผู้เยาว์จะทำการสมรสไม่ได้หากไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดา แต่หากบิดามารดามีข้อขัดแย้งมีอาจตกลงกันได้ให้ถือว่าได้ให้ความยินยอมแล้วตามมาตรา 148<sup>76</sup>

ทั้งนี้หากบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายหรือไม่อาจแสดงเจตนาได้ ความยินยอมของมารดาหรือบิดาแต่เพียงฝ่ายเดียวก็ถือว่าเพียงพอแล้วตามมาตรา 149<sup>77</sup> หากทั้งบิดาและมารดาถึงแก่ความตายหรือไม่อาจแสดงเจตนาได้ ให้ปู่ย่าตายายเป็นผู้ที่จะต้องให้ความยินยอมแทนตามมาตรา 150<sup>78</sup> แต่หากไม่ปรากฏบุคคลดังกล่าวข้างต้นหรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากสภาครอบครัวตามมาตรา 159<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Art. 147 No one may contract a second marriage before the dissolution of the first.

<sup>76</sup> Art. 148 Minors may not contract marriage without the consent of their father and mother; in case of disagreement between the father and mother, that division implies consent.

<sup>77</sup> Art. 149 Where one of the two is dead or is unable to express his or her intention, the consent of the other suffices.

It is not necessary to produce the records of death of the father or mother of one of the future spouses where the spouse or the father and mother of the deceased certify the death under oath.

Where the present residence of the father or mother is unknown, and where he or she has not been heard from for one year, the marriage may be celebrated if the child and the parent who consents make declaration of this under oath.

All of which shall be mentioned on the record of marriage.

A false oath taken in the cases specified in this Article and the following Articles of this Chapter shall be punished by the penalties enacted by Article 363 [ Article 434-13] of the Penal Code.

<sup>78</sup> Art. 150 Where the father and mother are dead or are unable to express their intention, the grandfathers and grandmotherstake their place; where there is disagreement

## 5. ห้ามสมรสกับญาติสืบสายโลหิต

กฎหมายห้ามมิให้บุพการีสมรสกับผู้สืบสันดาน และห้ามญาติทางการสมรสมิให้ทำการสมรสกันตามมาตรา 161<sup>80</sup> รวมถึงห้ามมิให้ลูกนำหรืออาทำการสมรสกับหลาน และห้ามมิให้ป้าหรืออาทำการสมรสกับหลาน<sup>81</sup> โดย JORF n°0114 du 18 mai 2013 ได้แก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเดิมให้รวมถึงทั้งหลานชายและหลานสาวสำหรับทั้งสองกรณี<sup>82</sup> ทั้งนี้ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม<sup>83</sup>

---

between a grandfather and a grandmother in the same lineage, or wherethere is disagreement between the two lineages, that division implies consent.

Where the present residence of the father and mother is unknown and where they have not been heard from for one year, the marriage may be celebrated if the grandfathers and grandmothers, together with the child himself, make declaration of this under oath. It shall be likewise where, if one or several grandfathers or grandmothers give their consent to the marriage, the present residence of the other grandfathers or grandmothers I unknown and they have not been heard from for one year.

<sup>79</sup> **Art. 159** Where there are no father, or mother, or grandfathers, or grandmothers, or where all are unable to express their intention, minors under eighteen years may not contract marriage without the consent of the family council.

<sup>80</sup> **Art. 161** In direct lineage, marriage is prohibited between all ascendants and descendants and the relatives by marriage in the same lineage.

<sup>81</sup> **Art. 162** Marriage is further prohibited between uncle and niece, aunt and nephew.

<sup>82</sup> JORF n°0114 du 18 mai 2013

**Article 1** I. - Le chapitre Ier du titre V du livre Ier du code civil est ainsi modifié :

3° L'article 162 est complété par les mots : « , entre frères et entre sœurs » ;

4° L'article 163 est ainsi rédigé :

« Art. 163.-Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce. »

<sup>83</sup> **Art. 163** Marriage is further prohibited between uncle and niece, aunt and nephew, whether the relationship be legitimate or illegitimate.

#### 4.2.2.2 ผลการฝ่าฝืนเงื่อนไข

การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าวอาจถูกร้องให้เพิกถอนการสมรสได้ โดยคู่สมรสหรือผู้มีส่วนได้เสีย ดังกรณีต่อไปนี้<sup>84</sup>

1. ทำการสมรสขณะที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 144 แต่ทั้งนี้จะเพิกถอนการสมรสดังกล่าวไม่ได้หากพ้น 6 เดือนนับจากที่คู่สมรสฝ่ายนั้นบรรลุนิติภาวะ หรือเมื่อภริยาที่เป็นผู้เยาว์ได้ตั้งครรภ์ภายใน 6 เดือนนับแต่สมรส<sup>85</sup> ซึ่งกรณีดังกล่าวแม้แต่บิดามารดา บุพการีและครอบครัว ก็จะไม่สามารถเพิกถอนการสมรสได้<sup>86</sup>

2. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ให้ความยินยอมในการสมรสซึ่งเป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขแห่งการสมรสมาตรา 146

3. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้วซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 147 คู่สมรสที่ทำการสมรสซ้อนนั้นอาจขอให้เพิกถอนการสมรสครั้งหลังได้ไม่ว่าในเวลาใดๆ<sup>87</sup> แต่หากคู่สมรสใหม่กล่าวอ้างว่าการสมรสครั้งก่อนไม่สมบูรณ์ ศาลจะต้องวินิจฉัยผลของการสมรสครั้งที่แล้วก่อน<sup>88</sup>

<sup>84</sup> **Art. 184** A marriage contracted in violation of the provisions contained in Articles 144, 146,"146-1," 147, 161, 162 and 163 may be attacked either by the spouses themselves, or by all those who have an interest therein, or by the Government procurator.

<sup>85</sup> **Art. 185** However, a marriage contracted by spouses who did not yet have the required age, or of whom one of the two had not reached that age, may no longer be attacked :

1° where six months have elapsed since that spouse or the spouses have reached the competent age;

2° where the wife, who did not have that age, has conceived before six months elapsed.

<sup>86</sup> **Art. 186** The father, the mother, the ascendants and the family when they have consented to the marriage contracted in the circumstances referred to in the preceding Article, may not be admitted to apply for its annulment.

<sup>87</sup> **Art. 188** A spouse to whose detriment a second marriage was contracted, may apply for its annulment even during the lifetime of the spouse who was bound to him or her.

<sup>88</sup> **Art. 189** Where the new spouses raise the invalidity of the first marriage, the validity or invalidity of that marriage must be judged beforehand.

4. คู่สมรสเป็นญาติตามที่กำหนดห้ามไว้ในมาตรา 161 มาตรา 162 และมาตรา 163

5. การสมรสที่มีได้รับความยินยอมจากบิดามารดาซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 148 คู่สมรสฝ่ายที่ต้องได้รับความยินยอมรวมทั้งบิดามารดาหรือผู้ที่ต้องให้ความยินยอมอาจเพิกถอนการสมรสนั้นได้<sup>89</sup> แต่สิทธิในการเพิกถอนการสมรสนั้นจะสิ้นไป ถ้าผู้ต้องให้ความยินยอมนั้นได้ทราบและให้ความเห็นชอบภายหลัง หรือได้ทราบแล้วมิได้คัดค้านภายใน 5 นับแต่สมรส หรือพ้นระยะเวลา 5 ปีนับแต่คู่สมรสที่เป็นผู้เยาว์บรรลุนิภาวะ<sup>90</sup>

6. การสมรสที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกข่มขู่ หรือถูกบังคับโดยบุพการี รวมถึงการสำคัญผิดในตัวบุคคล หรือสำคัญผิดในความสามารถของบุคคล คู่สมรสฝ่ายนั้นอาจร้องขอให้เพิกถอนการสมรสได้<sup>91</sup> โดยจะต้องเพิกถอนภายใน 5 ปีนับแต่สมรส หรือเมื่อคู่สมรสได้ทราบถึงความสำคัญผิด หรือพ้นจากการข่มขู่<sup>92</sup>

<sup>89</sup> **Art. 182** A marriage contracted without the consent of the father and mother, of the ascendants or of the family council, where this consent was necessary, may be attacked only by those whose consent was required, or by the one of the spouses who needed that consent.

<sup>90</sup> **Art. 183** An application for annulment may no longer be instituted by the spouses or the parents whose consent was required, whenever the marriage was expressly or tacitly approved by those whose consent was necessary, or where five years has elapsed without claim on their part since they have had knowledge of the marriage. Nor may it be instituted by the spouse where five years has elapsed without claim on his or her part, since he or she has reached the competent age to consent to the marriage by himself or herself.

<sup>91</sup> **Art. 180** A marriage contracted without the free consent of the two spouses, or of one of them, may be attacked only by the spouses, or by the one whose consent was not free, or by the Government procurator\*. The use of coercion on the spouses or one of them, even resulting from reverential fear towards an ascendant, constitutes a case of annulment of the marriage.

Where there was a mistake as to the person, or as to essential capacities of the person, the other spouse may apply for annulment of the marriage.

<sup>92</sup> **Art. 181** In the case of the preceding Article, the application for annulment may no longer be admissible after a period of five years as from the marriage or since the spouse acquired his or her full freedom or the mistake was discovered by him or her.



การสมรสที่ถูกเพิกถอนนั้นย่อมส่งผลต่อคู่สมรสทั้งสองฝ่ายแต่ทั้งนี้ให้การสมรสนั้นมีผลเฉพาะฝ่ายที่สุจริตเท่านั้น<sup>93</sup> รวมทั้งให้ผลของการสมรสนั้นมีผลบุตรด้วยแม้ว่าคู่สมรสจะไม่สุจริตทั้งสองฝ่ายก็ตาม โดยให้ผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนดอำนาจปกครองแก่บุตรนั้น<sup>94</sup>

#### 4.2.2.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา<sup>95</sup>

กฎหมายกำหนดให้เด็กที่เกิดระหว่างสมรสเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีมารดาตามมาตรา 312<sup>96</sup> แต่ในกรณีการฟ้องหย่าหรือแยกกันอยู่การสันนิษฐานความเป็นบิดานั้นจะไม่นำไปใช้กับเด็กที่เกิดหลัง 300 วันนับจากวันที่ข้อตกลงซึ่งทำให้กระบวนการหย่าร้างนั้นสำเร็จ และน้อยกว่า 180 วันหลังจากการยกคำร้องขึ้นสุดท้ายหรือการประนีประนอม

ทั้งนี้การสันนิษฐานความเป็นบิดาจะใช้บังคับ เมื่อเด็กมีสถานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสทั้งสองและไม่มีบุคคลอื่นรับว่าเป็นบิดา<sup>97</sup> แต่หากในขณะแจ้งเกิดมิได้ระบุว่าสามีมารดา

---

<sup>93</sup> **Art. 201** A marriage which has been declared void produces, nevertheless, its effects with regard to the spouses, where it was contracted in good faith.

Where good faith exists only on the part of one spouse, the marriage produces its effects only in favour of that spouse.

<sup>94</sup> **Art. 202** It also produces its effects with regard to the children, even though none of the spouses was in good faith.

The judge shall rule on the exercise of parental authority as in matters of divorce.

<sup>95</sup> Paragraph 2 Of the Presumption of Paternity

<sup>96</sup> **Article 312** A child conceived or born in wedlock has the husband as his father.

<sup>97</sup> **Article 313** In case of petition for divorce or for judicial separation, the presumption of paternity shall not apply to a child born more than three hundred days after the date of either the approval of the agreement which regulates the whole consequences of the divorce or of the provisional measures taken under Article 250-2, or of the ordonnance denon-conciliation, and less than one hundred and eighty days following either the final dismissal of the petition or a reconciliation.

The presumption of paternity regains however its full force, as of right, where the child has the apparent status of a legitimate child with regard to each spouses and where paternity is not established with respect to a third person.

เป็นบิดาของเด็กต้องห้ามมิให้สันนิษฐานว่าบุคคลนั้นเป็นบิดาของเด็ก<sup>98</sup> และเมื่อกรณีไม่เข้าบทสันนิษฐานดังกล่าวข้างต้นให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัย<sup>99</sup>



---

<sup>98</sup> **Article 314** The presumption of paternity shall be set aside where the record of birth of the child does not indicate the husband as the father and the child has no apparent status with respect to him.

<sup>99</sup> **Article 315** Where the presumption of paternity is set aside in the circumstances provided for in Articles 313 and 314, its effects may be reinstated in court in the way provided for in Article 329.

### 4.2.3 ประเทศญี่ปุ่น

เนื่องจากความจำเป็นทางการเมืองโดยเฉพาะปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตทำให้ญี่ปุ่นในสมัยรัฐบาลเมจิต้องรับระบบกฎหมายตะวันตก กล่าวเฉพาะการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งถือได้ว่ามีลักษณะพื้นฐานตามแบบฉบับกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและดัดแปลงแก้ไขเพิ่มเติมตามแบบฉบับกฎหมายแพ่งเยอรมัน รวมทั้งยอมรับบทบาททางกฎหมายจารีตประเพณีของญี่ปุ่นเองด้วย โดยประกาศใช้กฎหมาย 3 บรรพแรกคือบททั่วไป ทรัพย์สิน และหนี้ เมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 1896 บรรพครอบครัวและมรดกประกาศใช้เมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1898 จึงถือได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับสมบูรณ์มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1898<sup>100</sup>

สองบรรพสุดท้ายของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น คือบรรพครอบครัวและมรดกนั้นได้ร่างขึ้นโดยอ้างอิงจากจารีตประเพณีในครอบครัวของชาวญี่ปุ่น ซึ่งบรรพเหล่านี้ประกอบด้วยกฎหมายหลายข้อที่พ้นสมัยไปแล้ว แม้กระทั่งในเวลาที่ยังร่างกฎหมายนั้นขึ้นมา โดยที่ครอบครัวทั่วไปมีลักษณะเป็นครอบครัวเดี่ยวที่มีเพียงบิดามารดาและบุตร ยกเว้นในเขตชนบทเท่านั้นที่ยังคงความเป็นครอบครัวขยายอยู่ แต่ในประมวลกฎหมายเมื่อร่างขึ้นกลับดำรงระบบของครอบครัวขยายที่นำโดยเจ้าบ้าน (koshu) ซึ่งมีอำนาจมาก สมาชิกครอบครัวไม่มีอิสระส่วนตัวและทรัพย์สินทั้งหมดอยู่ในสิทธิปกครองของเจ้าบ้าน ก่อนที่จะสมรสต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าบ้านรวมทั้งเจ้าบ้านอาจสั่งให้สมาชิกครอบครัวไปพักอาศัยอยู่ที่ใดก็ได้ และผู้ที่ขัดขืนอำนาจจะถูกขับไล่ออกจากครอบครัวซึ่งเท่ากับการตัดออกจากกองมรดก โดยสถานะทางกฎหมายของเจ้าบ้านนั้นถือเป็นตำแหน่งที่มีอภิสิทธิ์ที่จะสืบทอดแก่บุตรชายคนโต ซึ่งลำดับการสืบทอด (katoku sozoku) ได้ถูกผูกขาดโดยทายาทตามกฎหมายเพียงคนเดียวที่จะรับสืบทอดทรัพย์สินทั้งหมด โดยสมาชิกครอบครัวคนอื่น ๆ จะไม่มีสิทธิด้วย ระบบนี้มีข้อดีในด้านการป้องกันมิให้ที่ดินถูกแบ่งส่วนมากเกินไปแต่หลักการดังกล่าวก็ถือได้ว่าล้าสมัยไปแล้วแม้ในเวลาที่ยังร่างกฎหมายนั้นก็ตามดั่งนั้นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงได้มีการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 4 และ 5 เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยเฉพาะในเรื่องศักดิ์ศรีของปัจเจกบุคคล และความเท่าเทียมทางเพศ ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 1947<sup>101</sup>

<sup>100</sup> อิตะ จุงโซ, “การรับกฎหมายสมัยใหม่จากตะวันตกในประเทศญี่ปุ่น : ศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 67.

<sup>101</sup> Noda Yosiyuki. Introduction to Japanese Law. translated by Anthony H. Angelo. (University of Tokyo Press, 1976), p. 200-201.

#### 4.2.3.1 เงื่อนไขแห่งการสมรส

ประมวลกฎหมายแพ่งญาปุ่ได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรส ดังนี้

##### 1. ชายและหญิงต้องมีอายุตามที่กฎหมายกำหนด

อายุขั้นต่ำของการสมรสสำหรับชายและหญิงนั้น กฎหมายได้กำหนดไว้แตกต่างกันกล่าวคือ ชายจะสมรสได้เมื่ออายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ และหญิงจะสมรสได้เมื่ออายุ 16 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 731<sup>102</sup>

##### 2. ชายและหญิงมิได้เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น

บุคคลที่มีคู่สมรสอยู่แล้วจะทำการสมรสมิได้ เพราะถือเป็นการสมรสซ้อนตามมาตรา 732<sup>103</sup>

##### 3. หญิงจะสมรสใหม่ได้เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลา 6 เดือน

กฎหมายห้ามมิให้หญิงที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอนทำการสมรสใหม่ จนกว่าจะพ้นระยะเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอนเว้นแต่ในกรณีที่หญิงนั้นตั้งครร์ก่อนการสิ้นสุดหรือการเพิกถอนการสมรสครั้งก่อนและได้คลอดบุตรแล้ว ตามมาตรา 733<sup>104</sup>

<sup>102</sup> Article 731 (Marriageable Age)

A man who has attained 18 years of age, and a woman who has attained 16 years of age may enter into marriage.

<sup>103</sup> Article 732 (Prohibition of Bigamy)

A person who has a spouse shall not enter into another marriage.

<sup>104</sup> Article 733 (Period of Prohibition of Remarriage)

(1) A woman may not remarry unless six months have passed since the day of dissolution or rescission of her previous marriage.

#### 4. ห้ามการสมรสระหว่างเครือญาติ

กฎหมายห้ามมิให้มีการสมรสระหว่างบุพการีและผู้สืบสันดาน รวมทั้งระหว่างเครือญาติใน 3 ลำดับชั้น เช่นลุงจะสมรสกับหลานสาวมิได้ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการสมรสระหว่างบุตรบุญธรรมกับเครือญาติของผู้รับบุตรธรรมตามมาตรา 734<sup>105</sup>

ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายได้ห้ามการสมรสระหว่างญาติทางการสมรสที่เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานของคู่สมรสอีกฝ่ายด้วย แม้ว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวจะสิ้นสุดลงแล้วก็ต้องห้ามมิให้สมรสตามมาตรา 735 เช่น ชายจะไม่สามารถสมรสกับมารดาของภริยาได้แม้ว่าการสมรสนั้นจะสิ้นสุดแล้วเป็นต้น<sup>106</sup>

#### 5. ข้อห้ามการสมรสของบุตรบุญธรรม

กฎหมายห้ามมิให้มีการสมรสระหว่างบุตรบุญธรรมหรือคู่สมรสของบุตรบุญธรรมหรือผู้สืบสันดานของบุตรบุญธรรมหรือคู่สมรสของผู้สืบสันดานเหล่านั้น กับผู้รับบุตรบุญธรรมหรือบุพการีของผู้รับบุตรบุญธรรม แม้ว่าความสัมพันธ์นั้นจะสิ้นสุดลงก็ตามถือว่าต้องห้ามมิให้ทำการสมรส ตามมาตรา 736<sup>107</sup>

---

(2) In the case where a woman had conceived a child before the cancellation or dissolution of her previous marriage, the provision of the preceding paragraph shall not apply.

#### <sup>105</sup> Article 734 (Prohibition of Marriage between Close Relatives)

(1) Neither lineal relatives by blood nor collateral relatives by blood within the third degree of kinship may marry; provided that this shall not apply between an adopted child and his/her collateral relatives by blood through adoption.

(2) The preceding paragraph shall also apply after the termination of a family relationship pursuant to the provision of Article 817-9.

#### <sup>106</sup> Article 735 (Prohibition of Marriage between Lineal Relatives by Affinity)

Lineal relatives by affinity may not marry. This shall also apply after the termination of a relationship by affinity pursuant to the provisions of Article 728 or Article 817-9.

#### <sup>107</sup> Article 736 (Prohibition of Marriage between Adoptive Parent and Child etc.)

Even after the termination of a family relationship pursuant to the provision of Article 729, an adopted child or spouse of adopted child, or a lineal descendant or spouse of a lineal descendant, may not marry an adoptive parent or his/her lineal ascendant.

## 6. ความยินยอมของบิดามารดา

กฎหมายกำหนดให้การสมรสของผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมของบิดาและมารดา เว้นแต่ในกรณีที่บิดาหรือมารดาไม่สามารถให้ความยินยอมได้หรือไม่ทราบว่ามีผู้ใดเป็นบิดาหรือมารดา หรือบิดามารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิตแล้วหรือไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ให้ถือว่าความยินยอมของมารดาหรือบิดาแต่เพียงฝ่ายเดียวก็เพียงพอต่อการสมรสแล้วตามมาตรา 737<sup>108</sup>

## 7. การสมรสของคนไร้ความสามารถ

คนไร้ความสามารถไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้อนุบาลก่อนที่จะทำการสมรสตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 738<sup>109</sup>

### 4.2.3.2 ผลการฝ่าฝืนเงื่อนไข<sup>110</sup>

#### การสมรสที่เป็นโมฆะ

การสมรสจะเป็นโมฆะในกรณีต่อไปนี้<sup>111</sup>

---

#### <sup>108</sup> Article 737 (Parental Consent for Marriage of Minor)

(1) A minor shall obtain the consent of both parents to marry.

(2) If one parent does not consent, the consent of the other parent is sufficient.

This shall also apply if one parent is unknown, has died, or is unable to indicate his/her intent.

#### <sup>109</sup> Article 738 (Marriage of Adult Ward)

An adult ward does not require the consent of his/her guardian of adult to marry.

<sup>110</sup> Ibid., p. 152-153.

#### <sup>111</sup> Article 742 (Grounds on Which Marriage is Void)

Marriage shall be void only in the following cases:

(i) if one of the parties has no intention to marry due to mistaken identity or other cause;

or

(ii) if the parties do not lodge notification of marriage; provided however, that the effect of marriage shall not be prevented merely because notification was not given in the form prescribed in paragraph (2) of Article 739.

1. เมื่อสำคัญผิดในลักษณะของบุคคลหรือด้วยเหตุอื่นใด เมื่อปรากฏว่าคู่สมรสไม่ได้มีเจตนาจะสมรสกัน
2. เมื่อคู่สมรสมีได้จดทะเบียนสมรสให้ถูกต้อง แต่หากความบกพร่องของการจดทะเบียนสมรสนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากขั้นตอนการจดทะเบียนของคู่สมรสหรือพยานซึ่งต้องเป็นบุคคลผู้บรรลุนิติภาวะแล้วอย่างน้อย 2 คน แม้เป็นการขัดเงื่อนไขในมาตรา 739 (2)<sup>112</sup> แต่ให้การสมรสนั้นมีผลสมบูรณ์ต่อไป

### การบอกล้างการสมรส

การสมรสอาจถูกบอกล้างได้ในกรณีดังต่อไปนี้<sup>113</sup>

---

#### <sup>112</sup> Article 739 (Notification of Marriage)

(2) The notification in the preceding paragraph shall be given by document with the signatures of both parties and not less than two adult witnesses, or given orally by these persons.

#### <sup>113</sup> Article 743 (Rescission of Marriage)

Marriage may not be annulled, unless pursuant to the provisions of Articles 744 to 747 inclusive.

#### Article 744 (Rescission of Unlawful Marriage)

(1) Either of the parties, their relatives, or a public prosecutor may make a claim to the family court to rescind a marriage if it violates the provisions of Articles 731 to 736 inclusive; provided, however, that a public prosecutor may not claim this after the death of one of the parties.

(2) A spouse or previous spouse of a party to a marriage that violates the provisions of Article 732 or Article 733 may claim for rescission of marriage.

#### Article 745 (rescission of Marriage in Violation of Marriageable Age)

(1) When a person of non-marriageable age reaches marriageable age, a claim for rescission of a marriage that violates the provisions of Article 731 may not be made.

(2) A person of non-marriageable age may claim rescission of marriage within a further three months after he/she has reached marriageable age; provided that this shall not apply if he/she has ratified the marriage after reaching marriageable age.

#### Article 746 (Rescission of Marriage Formed within the Period of Prohibition of Remarriage)

A claim for rescission may not be made for a marriage that violates the provisions of Article 733 if six months have passed from the day on which the previous marriage was cancelled or rescinded, or if a woman has conceived a child after remarriage.

#### Article 747 (Rescission of Marriage by Fraud or Duress)

(1) A person who has married due to fraud or duress may make a claim for rescission of marriage to the family court.

1. ชายหรือหญิงทำการสมรสในขณะที่อายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดกล่าวคือชายทำการสมรสก่อนอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ หรือหญิงทำการสมรสก่อนอายุครบ 16 ปีบริบูรณ์ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 731 คู่สมรสหรือญาติของคู่สมรสรวมทั้งอัยการอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อบอกล้างการสมรสนั้นได้ แต่ห้ามอัยการยื่นคำร้องเช่นนั้นหากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิตแล้วตามมาตรา 744 (1) โดยคู่สมรสฝ่ายที่ทำการสมรสในขณะที่อายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ถ้าอายุถึงเกณฑ์ที่กำหนดแล้วยังมิได้ให้สัตยาบันจะต้องยื่นคำร้องเพื่อบอกล้างการสมรสนั้นภายใน 3 เดือนนับแต่อายุถึงเกณฑ์ที่กำหนด คือชายมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ และหญิง 16 ปีบริบูรณ์ตามมาตรา 745

2. ชายหรือหญิงทำการสมรสซ้อนเนื่องจากชายหรือหญิงนั้นมีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้วซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 732 คู่สมรสหรือญาติของคู่สมรสรวมทั้งอัยการอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อบอกล้างการสมรสนั้นได้ แต่ห้ามอัยการยื่นคำร้องเช่นนั้นหากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิตแล้วตามมาตรา 744 (1) นอกจากนั้นคู่สมรสเดิมยังมีสิทธิยื่นบอกล้างการสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าวได้เช่นกัน ตามมาตรา 744 (2)

3. หญิงทำการสมรสใหม่ก่อนพ้นกำหนดระยะเวลา 6 เดือนนับแต่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอนซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 733 คู่สมรสหรือญาติของคู่สมรสรวมทั้งอัยการอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อบอกล้างการสมรสนั้นได้ แต่ห้ามอัยการยื่นคำร้องเช่นนั้นหากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิตแล้วตามมาตรา 744 (1) นอกจากนั้นคู่สมรสเดิมยังมีสิทธิยื่นบอกล้างการสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าวได้เช่นกัน ตามมาตรา 744 (2) แต่อย่างไรก็ตามการยื่นคำร้องบอกล้างการสมรสที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 733 นี้จะกระทำมิได้หากพ้น 6 เดือนนับแต่วันที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอน หรือในกรณีที่หญิงได้ตั้งครรภ์ภายหลังจากการสมรสใหม่ ตามมาตรา 746

4. การสมรสระหว่างเครือญาติที่กฎหมายห้ามมิให้ทำการสมรสตามมาตรา 734 และมาตรา 735 คู่สมรสหรือญาติของคู่สมรสรวมทั้งอัยการอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อบอกล้างการสมรสนั้นได้ แต่ห้ามอัยการยื่นคำร้องเช่นนั้นหากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิตแล้วตามมาตรา 744 (1)

5. การสมรสของผู้เยาว์กระทำขึ้นโดยปราศจากความยินยอมของบิดามารดาซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 737 คู่สมรสหรือญาติของคู่สมรสรวมทั้งอัยการอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อบอกล้างการสมรสนั้นได้ แต่ห้ามอัยการยื่นคำร้องเช่นนั้นหากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิตแล้วตามมาตรา 744 (1)

---

(2) The claim for rescission of marriage pursuant to the preceding paragraph lapses upon the passage of three months after the party has discovered the fraud or escaped the duress, or upon ratification.



6. การสมรสที่เกิดจากกลฉ้อฉลหรือถูกข่มขู่คู่สมรสฝ่ายที่ถูกกลฉ้อฉลหรือข่มขู่อาจร้องต่อศาลเพื่อบอกกล่าวการสมรสนั้นได้ แต่ทั้งนี้สิทธิในการบอกกล่าวดังกล่าวย่อมระงับไปหากคู่สมรสได้ให้สัตยาบัน หรือมิได้บอกกล่าวภายใน 3 เดือนนับแต่ทราบถึงกลฉ้อฉลหรือพ้นจากการถูกข่มขู่ นั้น ตามมาตรา 747

#### 4.2.3.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา<sup>114</sup>

กฎหมายกำหนดให้สันนิษฐานว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ในระหว่างสมรสเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีมารดา รวมถึงเด็กที่เกิดภายใน 300 วันหลังจากการสมรสสิ้นสุดลง หรือถูกเพิกถอนให้สันนิษฐานว่าได้ตั้งครรภ์ระหว่างสมรสด้วย ตามมาตรา 772<sup>115</sup>

แต่หากหญิงนั้นทำการสมรสใหม่ก่อนพ้นระยะเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอนอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 733 (1) และได้คลอดบุตรซึ่งอาจเป็นบุตรของสามีเดิมและสามีคนใหม่ กฎหมายห้ามมิให้สันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น แต่ให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 773<sup>116</sup>

<sup>114</sup> Ibid., p. 157.

<sup>115</sup> **Article 772 (Presumption of Child in Wedlock)**

(1) A child conceived by a wife during marriage shall be presumed to be a child of her husband.

(2) A child born after 200 days from the formation of marriage or within 300 days of the day of the dissolution or rescission of marriage shall be presumed to have been conceived during marriage.

<sup>116</sup> **Article 773 (Determination of Paternity by Court)**

In the case where a woman gives birth in violation of the provisions of paragraph (1) of Article 733, if the paternity of the child cannot be determined pursuant to the provisions of the preceding Article, the court shall determine paternity of the child.

#### 4.2.4 ประเทศสาธารณรัฐอินโดนีเซีย

การสมรสในอินโดนีเซียเป็นไปตามกฎหมาย Law of the Republic of Indonesia Number 1 of the Year 1974 On Marriage โดยกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้กับชาวอินโดนีเซียทั้งหมดโดยไม่คำนึงถึงศาสนา ทั้งนี้ก่อนที่จะมีการใช้กฎหมายดังกล่าวได้มีความแตกต่างของกฎหมายที่เกี่ยวกับการสมรสของชาวยุโรปและชาวจีนรวมถึงชาวอินโดนีเซียที่นับถือศาสนาคริสต์ ในขณะที่ประชากรส่วนใหญ่เป็นมุสลิม ซึ่งต้องปฏิบัติตามจารีตประเพณีและกฎหมายอิสลามทั้งนี้วัตถุประสงค์ที่สำคัญของการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวกับการสมรสดังกล่าวก็เพื่อเป็นการประมวลกฎหมายให้เป็นระบบและมีความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายของอินโดนีเซีย รวมทั้งเป็นการปรับปรุงสถานะทางสังคมของประเทศหญิงด้วย<sup>117</sup>

##### 4.2.4.1 เจือนไซแห่งการสมรส

กฎหมายอินโดนีเซียถือว่าการสมรส คือพันธะทางกายภาพและจิตวิญญาณระหว่างชายกับหญิงในฐานะสามีและภรรยา โดยมีวัตถุประสงค์ในการสร้างครอบครัวที่มีความสุขและยั่งยืนบนพื้นฐานความศรัทธาในพระเจ้า<sup>118</sup> ภายใต้เจือนไซแห่งการสมรสดังต่อไปนี้

#### 1. ความยินยอมของบิดามารดา

การสมรสแม้จะเป็นสัญญาระหว่างคู่สมรส แต่ถ้าบุคคลที่ทำการสมรสนั้นอายุต่ำกว่า 21 ปี จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดาและมารดา เว้นแต่ในกรณีที่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิตหรือไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมดังกล่าวได้ ให้ถือว่าความยินยอมของมารดาหรือบิดาที่มีชีวิตอยู่หรือสามารถให้ความยินยอมได้เพียงแค่ฝ่ายเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้ว แต่หากทั้งบิดามารดาเสียชีวิตแล้วหรือไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมได้ จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง ผู้อุปการะ หรือญาติสายโลหิตเดียวกันที่มีชีวิตและสามารถให้ความยินยอมได้

<sup>117</sup>The Law Library of Congress. **Indonesia: Inter-Religious Marriage** [Online]. Available from : <http://www.loc.gov/law/help/religious-marriage.php#prohibition> [2013,December 15]

<sup>118</sup>**Article 1** Marriage is a physical and spiritual bond between a man and a woman as husband and wife, having the purpose of establishing a happy and lasting family founded on the Belief in God Almighty.

เมื่อบุคคลดังกล่าวในวรรคก่อนไม่ให้ความยินยอม หรือในกรณีที่มีข้อขัดแย้งระหว่างบุคคลที่  
ต้องให้ความยินยอมนั้น ให้ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือภูมิลำเนาของผู้ที่จะสมรสเป็นผู้มีอำนาจอนุญาตให้  
ทำการสมรสได้ แต่ทั้งนี้ศาลต้องรับฟังบุคคลที่จำต้องให้ความยินยอมนั้นก่อนตามมาตรา 6<sup>119</sup>

## 2. ชายต้องมีอายุครบ 19 ปี และหญิงต้องมีอายุ 16 ปี

การสมรสจะกระทำได้เมื่อชายมีอายุครบ 19 ปีบริบูรณ์ และหญิงมีอายุครบ 16 ปีบริบูรณ์  
แต่ทั้งนี้อาจสมรสก่อนอายุถึงเกณฑ์ที่กำหนดดังกล่าวได้ โดยจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลตาม  
มาตรา 7<sup>120</sup>

---

### <sup>119</sup> Article 6

(1) A marriage shall be founded upon agreement between the marriage candidates.

(2) Marriage of a person under the age of 21 years shall require the consent of both  
parents.

(3) When one of the parents has deceased or is not in a position to state his or her will,  
it shall suffice that the consent referred to in paragraph (2) be obtained of the surviving parent or  
of the parent who is in the position to state his or her will.

(4) When both parents have deceased or are unable to state their will, the consent may  
be obtained from the guardian, the supporter or a relative by consanguinity in direct ascendance,  
as long as such persons are still living and in a position to state their will.

(5) In the event of the difference among the persons referred to in paragraph (2), (3) and  
(4) of this article, or when one or more of them has not made a statement, the Court having  
jurisdiction over the domicile of the person to be married may, at the request of the latter grant  
approval after hearing the persons referred to in paragraphs (2), (3) and (4) of this article.

(6) The provisions of paragraphs (1) through (5) of this article are applicable in so far as  
the law of the respective religions and beliefs of the parties concerned do not prescribe  
otherwise.

### <sup>120</sup> Article 7

### 3. บุคคลต้องห้ามมิให้ทำการสมรส

กฎหมายห้ามการสมรสระหว่างบุคคลตามที่กำหนดในมาตรา 8 ดังต่อไปนี้<sup>121</sup>

1. ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา
2. ผู้ร่วมสายโลหิตในลำดับรอง ได้แก่ พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน พี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดา และพี่น้องของปู่ย่าตายาย
- 3.ญาติทางการสมรส ได้แก่ บิดามารดาของคู่สมรส ลูกเลี้ยง ลูกเขย ลูกสะใภ้ พ่อเลี้ยง และแม่เลี้ยง
4. บุคคลที่มีความสัมพันธ์เนื่องจากการเลี้ยงดู ได้แก่ แม่นม ผู้ที่มน้ำนม พี่น้องร่วมแม่นมเดียวกัน พี่น้องของแม่นม

---

(1) A marriage is only allowed when the male marriage candidate has reached the age of 19 years and the female marriage candidate the age of 16 years.

(2) In deviation from the provision in paragraph (1) of this article, dispensation may be petitioned to the Court or other authority designated by the parents of both the male and female marriage candidate.

<sup>121</sup> **Article 8** A marriage is prohibited between two persons:

- a. who are related by consanguinity either in the direct ascending or descending line;
- b. who are related by consanguinity in a collateral line, namely: marriage between a brother and sister, between a person and a brother or sister of one of such person's parents, and between a person and a brother or sister of one of such person's grandparents.
- c. who are relate by marriage, namely between a person and such person's parent-in-law, step-child, son-or daughter-in-law or step-father or mother;
- d. who are related by fosterage, namely marriage between a person and such person's foster-parent, foster-child, foster-brother or -sister or foster-aunt/-uncle;
- e. when the male marriage candidate has already a wife or wives and the female marriage candidate is a sibling or an aunt or niece of his wife or of one of his wives;
- f. having a relationship prohibiting them from marriage according to their religions or when prohibited by any other applicable regulation.

5. ในกรณีที่ชายมีภริยาแล้ว ห้ามชายสมรสกับพี่น้อง หรือป้า/น้า/อาหญิง หรือหลานสาวของภริยา
6. บุคคลที่ต้องห้ามสมรสตามหลักศาสนาหรือกฎหมายที่ใช้บังคับ

#### 4. ห้ามการสมรสซ้อน

บุคคลที่สมรสแล้วจะสมรสซ้อนได้อีกไม่ได้ ตามมาตรา 9<sup>122</sup> ยกเว้นกรณีที่ศาลอนุญาตให้ชายมีภริยามากกว่าหนึ่งคนได้ได้ตาม มาตรา 3 วรรค (2)<sup>123</sup> โดยชายจะต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเหนือภูมิลำเนาของตนและศาลอาจอนุญาตให้ชายมีภริยาได้มากกว่าหนึ่งคน ถ้าครบองค์ประกอบ ดังนี้<sup>124</sup>

1. ภริยาไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวในฐานะภริยาได้สมบูรณ์
2. ภริยาทรมานจากการทุพพลภาพหรือโรคที่ไม่สามารถรักษาให้หายได้

---

<sup>122</sup> **Article 9** A person still joined in matrimony with another person cannot remarry except in cases as referred to in article 3 paragraph (2) and article 4 of this Law.

<sup>123</sup> **Article 3**

(1) In principle, a man may be married to one woman only. A woman shall be married to only one man.

(2) The Court may permit a husband to have more than one wife, if the parties concerned so wish.

<sup>124</sup> **Article 4**

(1) A husband intending to have more than one wife as referred to in article 3 paragraph (2), is required to submit a petition to the court having jurisdiction over his domicile

(2) The Court referred to in paragraph (1) of this article shall only grant permission to a husband wishing to have more than one wife if:

- a. his wife is unable to perform her conjugal duties;
- b. his wife suffers from a physical infirmity or an incurable disease;
- c. his wife can not bear children

3. ภริยาไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้

### 5. ห้ามสามีภริยาที่หย่าร้างทำการสมรสกันอีก

สามีภริยาที่หย่าร้างกันและต่อมาได้สมรสใหม่และหย่าร้างอีกครั้ง ห้ามมิให้ทำการสมรสกันอีกตราบเท่าที่ศาสนาและความเชื่อไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นตามที่บัญญัติในมาตรา 10<sup>125</sup>

### 6. ห้ามมิให้หญิงหม้ายทำการสมรสใหม่ภายหลังการสิ้นสุดการสมรส

หญิงที่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงจะทำการสมรสใหม่ทันทีไม่ได้ หากแต่จะต้องมีช่วงระยะเวลาพักรอ (Waiting-period) ตามมาตรา 11 ของ Law of the Republic of Indonesia Number 1 of the Year 1974 On Marriage<sup>126</sup> และตามมาตรา 39 ของกฎหมาย Government of the Republic of Indonesia Number 9 of the Year 1975 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุบัญญัติได้กำหนดให้หญิงหม้ายที่สามีตายจะต้องรอนครบกําหนด 130 วันนับแต่วันที่สามีตาย ถ้าหญิงหม้ายโดยการหย่าหากหญิงนั้นยังมีประจำเดือนจะต้องรอนครมีประจำเดือนครบ 3 ครั้งในระยะเวลาอย่างน้อย 90 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้หย่าเสียก่อน และสำหรับหญิงที่หมดประจำเดือนแล้วจะต้องรอนครบกําหนด 90 วัน ในกรณีหญิงหม้ายที่มีครรภ์จะต้องรอให้คลอดบุตรเสียก่อนจึงจะทำการสมรสใหม่ได้<sup>127</sup>

<sup>125</sup> **Article 10** A divorced couple having subsequently remarried and redivorced each other, shall not be allowed to enter matrimony with each other again, in so far as their respective religions and beliefs do not provide otherwise.

<sup>126</sup> **Article 11** A waiting-period shall apply to women whose marriage has been dissolved. The length of such waiting-period will be further regulated by Government Regulation.

<sup>127</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า

#### 4.2.4.2 ผลการฝ่าฝืนเงื่อนไข

หากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความบกพร่องในเงื่อนไขแห่งการสมรสข้อหนึ่งข้อใดจะทำให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะตามมาตรา 22<sup>128</sup>

#### 4.2.4.3 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา

กฎหมายกำหนดให้เฉพาะเด็กที่เกิดจากการสมรสตามกฎหมายเท่านั้นที่จะถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดาและมารดา<sup>129</sup> ส่วนบุตรนอกสมรสจะมีความสัมพันธ์เฉพาะกับมารดาและญาติของมารดาเท่านั้น<sup>130</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

<sup>128</sup> **Article 22** A marriage may be nullified by non-fulfilment of the preconditions for marriage on the part of either of the parties.

<sup>129</sup> **Article 42** A legitimate child is a child born out of or resulting from a legal marriage.

<sup>130</sup> **Article 43** A child born out wedlock has only civil relations with its mother and the mother's relatives.

## บทที่ 5

### วิเคราะห์เปรียบเทียบเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ และปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการสมรสในกรณีหญิงที่สามีตาย หรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น

#### 5.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

##### 5.1.1 เงื่อนไขแห่งการสมรสที่ถือว่าการสมรสเป็นสถาบัน

###### 5.1.1.1 เพศของผู้สมรส

จุดมุ่งหมายของการสมรสคือการสร้างครอบครัว ดังนั้นกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่จึงกำหนดให้การสมรสต้องเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิง โดยกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ เช่น สิงคโปร์ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าการสมรสจะสามารถกระทำได้เฉพาะระหว่างชายกับหญิงเท่านั้นและให้การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันตกเป็นโมฆะตามมาตรา 12 (1) แห่ง Women's Charter 1961 เว้นแต่เป็นการสมรสระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ในระหว่างกระบวนการแปลงเพศจะถือว่าเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ ในขณะที่อินเดียแม้ไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนแต่จากบทบัญญัติ The Hindu Marriage Act 1955 ทำให้เข้าใจได้ว่าการสมรสจะสามารถกระทำได้เฉพาะระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น

ส่วนกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์ คือ เยอรมัน ญี่ปุ่น อินโดนีเซีย รวมถึงประเทศไทย กฎหมายไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขเรื่องเพศของผู้สมรสไว้ชัดเจน แต่กฎหมายก็ได้ใช้คำในลักษณะ “ชาย” กับ “หญิง” ซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่าการสมรสจะสามารถกระทำได้เฉพาะระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น โดยเฉพาะอินโดนีเซียที่ระบุว่าสมรสคือพันธะทางกายภาพและจิตวิญญาณระหว่างชายกับหญิง และสำหรับประเทศไทยถือว่าเพศของบุคคลต้องยึดถือเอาตามเพศที่มีมาโดยกำเนิดเท่านั้น ไม่รวมถึงการแปลงเพศ<sup>1</sup> ดังนั้นหากเป็นการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันไม่ว่าจะทำการแปลงเพศหรือไม่ก็ตามการสมรสนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ

แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันหลายประเทศได้ออกกฎหมายอนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้ กล่าวคือเมื่อวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 2013 รัฐสภาฝรั่งเศสได้อนุมัติร่างกฎหมาย

---

<sup>1</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 เพศของบุคคลธรรมดาตามกฎหมายรับรองและถือเอาตามกำเนิด หญิงตามพจนานุกรมคือคนที่ออกลูกได้ผู้ร้องเป็นชายรับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศ แต่ก็ไม่สามารถมีลูกได้ ไม่มีกฎหมายให้ผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศโดยใช้สิทธิทางศาล



อนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสกันได้ ซึ่งนับเป็นประเทศที่ 14 ต่อจาก เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม สเปน แคนาดา แอฟริกาใต้ นอร์เวย์ สวีเดน โปรตุเกส ไชล์แลนด์ อาร์เจนตินา เดนมาร์ก อูรุกวัย และนิวซีแลนด์ ที่อนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้<sup>2</sup> และเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2013 สภาผู้แทนราษฎรอังกฤษได้ผ่านกฎหมาย Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 ที่อนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้<sup>3</sup>

### 5.1.1.2 การสมรสกับบุคคลต้องห้ามบางประเภท

แต่ละประเทศย่อมกำหนดเงื่อนไขสำหรับห้ามบุคคลบางประเภทมิให้ทำการสมรส ซึ่งอาจมีรายละเอียดที่เหมือนหรือคล้ายกัน โดยแยกพิจารณาได้ 2 ประเภท ดังนี้

#### บุคคลประเภทที่ 1 บุคคลไร้ความสามารถ

กฎหมายอังกฤษได้กำหนดให้การสมรสที่เกิดขึ้นโดยคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถหรือเป็นคนวิกลจริตไม่ว่าจริงหรือไม่จริงนั้นจะวิกลชั่วคราวหรือต่อเนื่อง ให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆียะตาม Matrimonial Causes Act 1973 มาตรา 12 ซึ่งคล้ายกับสิงคโปร์ที่กำหนดให้การสมรสที่มีคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถจะทำให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆียะ ตาม Women's Charter มาตรา 106 และอินเดียที่กำหนดให้ชายและหญิงต้องไม่บกพร่องในเรื่องความสามารถและไม่มีโรคทางจิตที่เป็นอุปสรรคต่อการใช้ชีวิตคู่และให้กำเนิดบุตร รวมทั้งต้องไม่เป็นคนวิกลจริต หรือโรคลมบ้าหมู ตามมาตรา 5(2) แห่ง The Hindu Marriage Act 1955 ส่วนประมวลกฎหมายเยอรมันกำหนดห้ามมิให้คนไร้ความสามารถทำการสมรสตามมาตรา 1304 มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆียะ และอาจถูกเพิกถอนได้

ส่วนประเทศญี่ปุ่นได้อนุญาตให้คนไร้ความสามารถทำการสมรสได้ โดยประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 738 ได้กำหนดโดยชัดเจนว่าคนไร้ความสามารถไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของผู้อนุบาลก่อนที่จะทำการสมรสแต่อย่างใด นอกจากนั้นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและกฎหมายของอินโดนีเซียต่างก็ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้เลย

<sup>2</sup>ไพโรจน์ กัมพูสิริ. “การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน”. *วารสารนิติศาสตร์* 42, 2 (มิถุนายน 2556) : 429.

<sup>3</sup>The National Archives. *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* [Online]. Available from :<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents> [2013,December 15]

แต่สำหรับประเทศไทยนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1449 กำหนดห้ามมิให้บุคคลวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถทำการสมรส มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 1495

### บุคคลประเภทที่ 2 เครื่องญาติ

เงื่อนไขที่มีกำหนดในกฎหมายของทุกประเทศ แต่อาจแตกต่างกันรายละเอียดกล่าวคือ กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ คือ อังกฤษสิงคโปร์ และอินเดียต่างกำหนด ห้ามการสมรสระหว่างเครือญาติทั้งโดยสายโลหิตและทางการสมรส กล่าวคือ กฎหมายอังกฤษโดย Marriage Act 1949 ได้ห้ามการสมรสระหว่างเครือญาติทั้งโดยสายโลหิตและทางการสมรส ได้แก่ บิดามารดากับบุตร ปู่ย่าตายายกับหลานพี่กับน้อง ลุงป้าหน้าอากับหลาน และภายหลังได้ลดเงื่อนไขข้อห้ามการห้ามสมรสระหว่างเครือญาติที่มีได้สัมพันธ์ทางสายโลหิตลงกล่าวคือได้อนุญาตให้พ่อเลี้ยงแม่เลี้ยงสามารถสมรสกับลูกเลี้ยงหรือลุงป้าหน้าอาเขยสามารถสมรสกับหลานของญาติทางการสมรสได้ เป็นต้น ส่วน Women's Charter ของสิงคโปร์ได้กำหนดลำดับเครือญาติและญาติทางการสมรสที่ต้องห้ามสำหรับการสมรสไว้โดยละเอียดในตารางท้าย Women's Charter ซึ่งกว้างขวางกว่าทุกประเทศและอินเดียได้ห้ามการสมรสกับญาติฝ่ายมารดาภายใน 3 ลำดับชั้น หรือญาติฝ่ายบิดาภายใน 5 ลำดับชั้น ตามมาตรา 5 (4) แห่ง The Hindu Marriage Act 1955

ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1307 ได้ห้ามการสมรสระหว่างผู้สืบสายโลหิตโดยตรง พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดาเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 161 ที่กำหนดห้ามมิให้ทำการสมรสระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดาน และห้ามการสมรสระหว่างญาติทางการสมรส รวมถึงห้ามมิให้ลุงป้าหน้าอาสมรสกับหลานด้วยเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 734 ที่ห้ามมิให้มีการสมรสระหว่างบุพการีและผู้สืบสันดาน รวมทั้งญาติภายใน 3 ลำดับชั้น เช่นลุงจะสมรสกับหลานสาวมิได้ยิ่งไปกว่านั้นประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้ห้ามการสมรสระหว่างญาติทางการสมรสที่เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานของคู่สมรสอีกฝ่ายด้วยแม้ว่าการสมรสนั้นจะสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม เช่น ชายไม่สามารถสมรสกับมารดาของอดีตภรรยาได้ เป็นต้น ในขณะที่อินโดนีเซียนอกจากจะกำหนดห้ามการสมรสระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดาน และระหว่างผู้ร่วมสายโลหิตลำดับรองและญาติทางการสมรสแล้ว ยังให้รวมถึงแม่หมั้นและผู้ร่วมตม้น้ำนมซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายอิสลาม ตามมาตรา 8 แห่ง Law of the Republic of Indonesia Number 1 of the Year 1974

สำหรับประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1450 ห้ามเฉพาะญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาและพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดาเท่านั้น หากฝ่าฝืนการสมรสจะตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1495

### 5.1.1.3 การสมรสซ้อน

ทุกประเทศที่ใช้ระบบการสมรสแบบสามีภริยาเดี่ยวย่อมจะต้องกำหนดเงื่อนไขที่ห้ามมิให้คู่สมรสทำการใหม่ในขณะที่ตนมีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วกล่าวคือกฎหมายกำหนดให้ผู้ที่จะสมรสต้องไม่มีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้วดังที่กำหนดในกฎหมาย Matrimonial Causes Act 1973 มาตรา 11 (b) ของอังกฤษ และมาตรา 11 แห่ง Women's Charter ของสิงคโปร์ รวมทั้งมาตรา 11 แห่ง The Hindu Marriage Act 1955 ของอินเดียล้วนกำหนดให้การสมรสซ้อนนั้นตกเป็นโมฆะ และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดห้ามบุคคลที่การสมรสครั้งก่อนยังไม่สิ้นสุดลงมิให้ทำการสมรสใหม่ตามมาตรา 147 รวมถึงประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นที่ห้ามบุคคลที่มีคู่สมรสอยู่แล้วทำการสมรสซ้อนตามมาตรา 732 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ห้ามบุคคลที่มีคู่สมรสอยู่แล้วทำการสมรสซ้อนเช่นกันตามมาตรา 1306 เว้นแต่การสมรสครั้งก่อนนั้นอยู่ในระหว่างกระบวนการหย่าหรือถูกเพิกถอนการสมรส โดยการประกาศเพิกถอนการสมรสหรือหย่าร้างนั้นถึงที่สุดภายหลังการสมรสครั้งใหม่ การสมรสครั้งหลังจึงจะไม่สามารถเพิกถอนได้ตามมาตรา 1315(2) No.1 และสำหรับประเทศไทยห้ามการสมรสซ้อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1452 หากฝ่าฝืนการสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 1495

อนึ่งตามกฎหมายของอินเดีย นอกจากการสมรสซ้อนจะตกเป็นโมฆะดังกล่าวแล้ว ยังได้กำหนดให้การสมรสซ้อนเป็นความผิดทางอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย มาตรา 494 และมาตรา 495 อีกด้วย

แต่สำหรับ Law of the Republic of Indonesia Number 1 of the Year 1974 ของอินโดนีเซีย แม้ในมาตรา 3 (1) จะกำหนดให้ชายที่มีภริยาแล้วไม่สามารถสมรสได้อีก มิฉะนั้นการสมรสจะเป็นโมฆะตามมาตรา 22 แต่ทั้งนี้ชายสามารถขออนุญาตสมรสกับหญิงอื่นเพิ่มได้อีก โดยยื่นคำร้องต่อศาลในกรณีที่มีภริยาไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของภริยาได้สมบูรณ์หรือมีกายทุพพลภาพหรือเป็นโรคที่ไม่สามารถรักษาให้หายได้หรือไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ตามที่กำหนดในมาตรา 4

## 5.1.2 เงื่อนไขแห่งการสมรสที่ถือว่าการสมรสเป็นสัญญา

### 5.1.2.1 เกณฑ์อายุ

เงื่อนไขเกี่ยวกับอายุของชายและหญิงที่จะทำการสมรสนั้นถูกกำหนดในทุกประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศจะใช้เกณฑ์อายุที่แตกต่างกันกล่าวคือ อังกฤษกำหนดผู้ที่จะสมรสทั้งสองฝ่ายต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 16 ปีบริบูรณ์ มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆะ เว้นแต่การสมรสนั้นได้กระทำตามคำสั่งศาลและความยินยอมของบิดามารดาหรือผู้ปกครองส่วนสิงคโปร์กำหนดอายุขั้นต่ำในการสมรสสำหรับชาย

และหญิงต้องไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆะ เว้นแต่การสมรสนั้นได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตาม Women's Charter มาตรา 21 และอินโดนีเซียกำหนดให้ชายต้องมีอายุครบ 19 ปีบริบูรณ์ และหญิงต้องมีอายุครบ 16 ปีบริบูรณ์ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 22 แห่ง Law of the Republic of Indonesia Number 1 of the Year 1974 ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1303 กำหนดให้ชายและหญิงที่จะสมรสต้องบรรลุนิติภาวะแล้วกล่าวคือมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ แต่ทั้งนี้ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสได้หากผู้ที่ต้องการจะสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอายุไม่ต่ำกว่า 16 ปี และผู้ที่สมรสอีกฝ่ายบรรลุนิติภาวะแล้ว มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆะซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้ ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 144 กำหนดให้บุคคลที่จะทำการสมรสต้องมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ หรืออาจสมรสก่อนนั้นได้หากมีเหตุผลสำคัญที่ควรอนุญาตให้สมรสได้ตามมาตรา 145 มิฉะนั้นการสมรสอาจถูกเพิกถอนตามมาตรา 184 แต่ทั้งนี้จะเพิกถอนการสมรสไม่ได้หากพ้น 6 เดือนนับจากที่คู่สมรสฝ่ายนั้นบรรลุนิติภาวะ หรือเมื่อหญิงได้ตั้งครรภ์ภายใน 6 เดือนนับแต่สมรส ส่วนญี่ปุ่นได้กำหนดเกณฑ์อายุระหว่างชายกับหญิงแตกต่างกันกล่าวคือ ชายจะสมรสได้เมื่ออายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ ส่วนหญิงจะสมรสได้เมื่ออายุครบ 16 ปีบริบูรณ์ มิฉะนั้นการสมรสดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้โดยคู่สมรสฝ่ายที่อายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดอาจยื่นคำร้องเพื่อขอเพิกถอนการสมรสได้ภายใน 3 เดือนหลังจากที่อายุถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ตามมาตรา 745 และในอินเดียนอกจากจะกำหนดให้การสมรสจะกระทำได้เมื่อชายต้องมีอายุ 21 ปีบริบูรณ์ และหญิงต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ แล้วยังได้กำหนดให้การฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าวนี้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 15 วัน หรือปรับไม่เกิน 1,000 รูปี หรือทั้งจำทั้งปรับตามมาตรา 18 (a) แห่ง The Hindu Marriage Act 1955 อีกด้วย

สำหรับประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 กำหนดให้ชายและหญิงต้องมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ เว้นแต่มีเหตุอันสมควรให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้ หากฝ่าฝืนการสมรสจะตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1503

### 5.1.2.2 ความยินยอมและการแสดงเจตนาในการสมรส

เงื่อนไขนี้ถูกกำหนดในกฎหมายของทุกประเทศเนื่องจากเจตนาของคู่สมรสย่อมถือเป็นสาระสำคัญของการสมรส ซึ่งกฎหมายอังกฤษกำหนดให้การสมรสที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดเจตนาในการสมรสให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ และให้รวมถึงการสมรสที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีเจตนาบกพร่องเนื่องจากความสำคัญผิด สภาพจิตไม่ปกติ หรือถูกกดดัน ตามมาตรา 12 ของ Matrimonial Causes Act 1973 ด้วย ส่วนมาตรา 22 (3) แห่ง Women's Charter ของสิงคโปร์กำหนดให้ชายและหญิงจะต้องมีเจตนายินยอมจะสมรสซึ่งกันและกัน โดยเจตนาดังกล่าวต้องเป็นเจตนาโดยอิสระ (Freely

consent) มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 22 (1) ส่วน The Hindu Marriage Act 1955 ของอินเดีย นอกจากจะกำหนดให้ชายและหญิงต้องให้ความยินยอมตามมาตรา 12 (1) (c) แล้ว ยังกำหนดให้ต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอมและต้องไม่มีโรคทางจิตที่เป็นอุปสรรคต่อการใช้ชีวิตคู่และการให้กำเนิดบุตร รวมทั้งต้องไม่เป็นคนวิกลจริต หรือโรคลมบ้าหมู ตามมาตรา 12 (1) (b) ด้วย มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆียะ ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1314 (2) กำหนดให้ชายและหญิงต้องยินยอมเป็นสามีภริยากัน โดยแสดงเจตนาต่อหน้านายทะเบียนตามมาตรา 1311 มิฉะนั้นการสมรสนั้นอาจถูกเพิกถอนได้ตามมาตรา 1314 (1) และหากชายกับหญิงมีข้อตกลงก่อนสมรสว่าจะไม่กระทำหน้าที่ของการเป็นสามีภริยาตามที่กฎหมายกำหนด หรือชายและหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกกลั่นแกล้งให้สมรสโดยไม่ทราบข้อเท็จจริงที่ควรทราบเกี่ยวกับการสมรสนั้น ซึ่งถ้าหากทราบข้อเท็จจริงเช่นนั้นย่อมจะไม่เข้าทำการสมรส หรือถูกข่มขู่จนถึงขนาดให้ทำการสมรส ให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 1314 (2) ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 146 กำหนดไว้ชัดเจนว่าจะไม่มีการสมรสหากปราศจากความยินยอมจากคู่สมรส และหากการแสดงเจตนาในการสมรสนั้นเป็นไปโดยที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกข่มขู่ หรือถูกบังคับ รวมถึงการสำคัญผิดในตัวบุคคลหรือความสามารถของบุคคล คู่สมรสฝ่ายนั้นสามารถร้องขอให้เพิกถอนการสมรสได้ ภายใน 5 ปีนับแต่การสมรส หรือเมื่อคู่สมรสทราบถึงความสำคัญผิดหรือพ้นจากการข่มขู่ และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 742 กำหนดให้การสมรสที่ปราศจากเจตนาที่จะสมรสกันระหว่างชายกับหญิงตกเป็นโมฆะ ส่วนการสมรสซึ่งเกิดจากกลั่นแกล้งหรือการข่มขู่ตามมาตรา 747 นั้นจะสามารถบอกล้างการสมรสได้ภายใน 3 เดือนนับแต่ทราบถึงกลั่นแกล้งหรือพ้นจากการถูกข่มขู่ ส่วนอินโดนีเซียถือว่าการสมรสเป็นสัญญาระหว่างคู่สมรส ตามมาตรา 6 วรรค (1) ดังนั้นจึงต้องได้รับความยินยอมของคู่สมรสด้วย มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 22 ของ Law of the Republic of Indonesia Number 1 of the Year 1974

นอกจากนี้ในกรณีที่คู่สมรสเป็นผู้เยาว์ย่อมจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่ง Women's Charter ของสิงคโปร์กำหนดให้การสมรสของผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปีบริบูรณ์จะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลที่กำหนดในตารางที่ 2 ท้าย Women's Charter แต่หากบุคคลดังกล่าวปฏิเสธที่จะให้ความยินยอมให้ศาลสูงเป็นผู้ให้ความยินยอมแทนตามมาตรา 13 (3) แต่หากผู้เยาว์เคยสมรสมาก่อนแล้วการสมรสนั้นไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลที่กำหนดอีกตามมาตรา 13 (6) และอินเดียกำหนดให้การสมรสต้องได้รับความยินยอมของผู้ปกครองด้วยและยินยอมเช่นนั้นต้องปราศจากการบังคับข่มขู่ หรือถูกฉ้อฉล มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆียะตาม The Hindu Marriage Act 1955 มาตรา 12 (1) (c) ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเนื่องจากกำหนดเงื่อนไขว่าการสมรสนั้นชายและหญิงต้องบรรลุนิติภาวะแล้ว ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรม เว้นแต่เป็นกรณีที่

คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เยาว์ที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 16 ปีบริบูรณ์ และอีกฝ่ายบรรลุนิติภาวะแล้วการสมรสนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากศาล ซึ่งบิดามารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรมอาจให้ความยินยอมหรือคัดค้านการสมรสนั้นก็ได้อีก แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลตามมาตรา 1303 ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดให้ผู้เยาว์จะทำการสมรสได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากบิดามารดาตามมาตรา 148 หรือจากบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 149 หรือจากปู่ย่าตายายในกรณีที่บิดามารดาเสียชีวิตแล้วตามมาตรา 150 และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นกำหนดให้การสมรสของผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดาและมารดา เว้นแต่ในกรณีที่บิดาหรือมารดาไม่ให้ความยินยอม หรือไม่ทราบว่าผู้ใดเป็นบิดาหรือมารดา หรือบิดาหรือมารดาเสียชีวิต หรือไม่สามารให้ความยินยอมได้ ให้ถือว่าความยินยอมของบิดาหรือมารดาเพียงคนเดียวก็เพียงพอต่อการสมรสแล้วตามมาตรา 737 มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆียะและอาจถูกเพิกถอนได้ และอินโดนีเซียกำหนดให้การสมรสของบุคคลที่อายุต่ำกว่า 21 ปี จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง หรือศาลตามมาตรา 6 วรรค (2) – (6) แล้วแต่กรณี มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 22 ของ Law of the Republic of Indonesia Number 1 of the Year 1974

ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยกำหนดให้การสมรสจะสามารถกระทำได้เมื่อชายและหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันและแสดงความยินยอมต่อหน้านายทะเบียนตามมาตรา 1458 มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1496 นอกจากนี้การแสดงเจตนาทำการสมรสจะต้องไม่มีเหตุบกพร่อง กล่าวคือมิได้เป็นการสมรสโดยสำคัญผิดตัวคู่สมรสตามมาตรา 1505 ถูกกลฉ้อฉลตามมาตรา 1506 ถูกข่มขู่ให้ทำการสมรสตามมาตรา 1507 รวมทั้งในกรณีที่คู่สมรสเป็นผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรมตามมาตรา 1509 มิฉะนั้นการสมรสจะตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 1503

### 5.1.3 ข้อห้ามมิให้นายทะเบียนทำการจดทะเบียนสมรส

#### 5.1.3.1 การสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม

กฎหมายอังกฤษกำหนดห้ามมิให้ผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบุตรบุญธรรมโดยให้ถือเช่นเดียวกับความสัมพันธ์ทางสายโลหิต แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างพี่น้องบุญธรรมที่สามารถทำการสมรสกันได้ และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันห้ามมิให้ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมทำการสมรสกัน เว้นแต่การรับบุตรบุญธรรมนั้นได้สิ้นสุดลงตามมาตรา 1308 เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 736 ห้ามมิให้ทำการสมรสระหว่างบุตรบุญธรรมหรือคู่สมรสของ

บุตรบุญธรรมหรือผู้สืบสันดานของบุตรบุญธรรมหรือคู่สมรสของผู้สืบสันดานเหล่านั้น กับผู้รับบุตรบุญธรรมหรืออุปการีของผู้รับบุตรบุญธรรม แม้ว่าการรับบุตรบุญธรรมนั้นจะสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม

ในขณะที่กฎหมายของสิงคโปร์ อินเดีย ฝรั่งเศส และอินโดนีเซียมิได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมไว้ แต่เนื่องจากกฎหมายอินโดนีเซียใช้หลักการของศาสนาอิสลามจึงห้ามการสมรสระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์เนื่องจากการเลี้ยงดู เช่นห้ามสมรสกับแม่นม หรือพี่น้องร่วมแม่นมเดียวกัน เป็นต้น ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 ของ Law of the Republic of Indonesia Number 1 of the Year 1974

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้กำหนดห้ามการสมรสเฉพาะระหว่างตัวผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมเท่านั้นตามมาตรา 1451 และหากผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมทำการสมรสกันการสมรสนั้นยังคงมีผลสมบูรณ์ต่อไป แต่การรับบุตรบุญธรรมจะเป็นอันยกเลิกไปตามมาตรา 1592/32

### 5.1.3.2 หญิงที่การสมรสเดิมสิ้นสุด

เงื่อนไขข้อนี้ประเทศส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขแห่งการสมรสหรือบ้างก็ได้ยกเลิกไปแล้ว กล่าวคือทั้งในอังกฤษสิงคโปร์ และอินเดียไม่ได้กำหนดเป็นข้อห้ามหรือเงื่อนไขแต่อย่างใด หากแต่ได้กำหนดกรณีที่ยังได้ทำการสมรสในขณะที่ตนตั้งครรภ์กับบุคคลอื่นที่มีคู่สมรสให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆียะ ตาม Matrimonial Causes Act 1973 มาตรา 12 ของอังกฤษ และ Women's Charter มาตรา 106 (f) ของสิงคโปร์ และ The Hindu Marriage Act มาตรา 12 (1) (d) ของอินเดีย

ส่วนเยอรมันและฝรั่งเศส เดิมมีกฎหมายห้ามมิให้หญิงที่การสมรสสิ้นสุดลงทำการสมรสใหม่ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ทั้งสองประเทศได้ยกเลิกเงื่อนไขดังกล่าวไปแล้วจึงทำให้ในปัจจุบันไม่มีเงื่อนไขหรือข้อห้ามในลักษณะดังกล่าวอีก ดังนั้นหญิงที่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงจึงสามารถสมรสใหม่ได้ทันที โดยคงเหลือเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในมาตรา 733 ที่ห้ามหญิงที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอนมิให้ทำการสมรสใหม่จนกว่าจะพ้นระยะเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอน เว้นแต่ในกรณีที่หญิงตั้งครรภ์และได้คลอดบุตรแล้ว หากหญิงทำการสมรสใหม่ก่อนพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ผู้มีส่วนได้เสียจะสามารถบอกล้างการสมรสนั้นได้ภายในระยะเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอน เว้นแต่หญิงได้ตั้งครรภ์ภายหลังการสมรสใหม่ตามมาตรา 746 และอินโดนีเซียกำหนดห้ามหญิงที่การสมรสเดิมสิ้นสุดสมรสใหม่จนกว่าจะพ้นระยะเวลาพักรอ ซึ่งมีระยะเวลา 130 วันนับแต่สามีถึงแก่ความตาย

หรือมีประจำเดือนครบ 3 ครั้งในระยะเวลาอย่างน้อย 90 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้หย่าหรือครบกำหนด 90 วันกรณีหญิงที่หมดประจำเดือนและหากหญิงอยู่ในระหว่างตั้งครรภ์จะต้องรอให้คลอดบุตรเสียก่อนจึงจะสามารถทำการสมรสใหม่ได้ ตามมาตรา 39 ของ Government of the Republic of Indonesia Number 9 of the Year 1975

ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยกำหนดห้ามมิให้หญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นทำการสมรสใหม่จนกว่าจะพ้นระยะเวลา 310 วันนับแต่การสมรสเดิมสิ้นสุดลง เว้นแต่เข้ากรณียกเว้นตามมาตรา 1453 และหากหญิงได้ทำการสมรสโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าวการสมรสนั้นก็ยังคงสมบูรณ์มิได้ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะแต่อย่างใด เพียงแต่จะส่งผลถึงการสันนิษฐานความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดในช่วงระยะเวลาดังกล่าวตามมาตรา 1537 เท่านั้น

## 5.2 ปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการสมรสในกรณีหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น

### 5.2.1 ข้อห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้กำหนดห้ามมิให้หญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นทำการสมรสใหม่ภายใน 310 วันนับแต่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงตามมาตรา 1453 ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวได้เป็นที่ถกเถียงถึงเสรีภาพของหญิงที่จะสมรสใหม่ตั้งแต่ในชั้นของการตรากฎหมาย แต่เนื่องจากผู้ตรากฎหมายต้องการคุ้มครองบุตรที่อาจเกิดในระยะเวลาดังกล่าวจึงจำต้องกำหนดห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ในช่วงเวลานั้น โดยอ้างอิงวิชาทางการแพทย์กับหลักกฎหมายต่างประเทศที่ใช้กันอยู่ในขณะนั้น แต่เนื่องจากกฎหมายเป็นสิ่งที่มิวิวัฒนาการตามการเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายครอบครัวซึ่งเป็นกฎหมายที่สัมพันธ์กับชีวิตมนุษย์มากที่สุดจึงทำให้หลายประเทศได้ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าว ซึ่งรวมถึงประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่มีอิทธิพลต่อมาตรา 1453 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเยอรมันกับฝรั่งเศสได้ทำการยกเลิกเงื่อนไขที่เป็นข้อห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ไปแล้วเนื่องจากขัดกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 (The European Convention on Human Rights) ที่ได้กำหนดให้ความคุ้มครองชีวิตการสมรสโดยมาตรา 12 ของอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้บุคคลที่มีอายุอันสมควรมีสิทธิทำการสมรสและสร้างครอบครัวได้ และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเคยตัดสินให้กฎหมายที่ห้ามมิให้ทำการสมรสใหม่ถือว่า



ขัดต่อมาตราดังกล่าว<sup>4</sup> โดยเฉพาะกฎหมายของเยอรมันถือว่าสิทธิในการสมรสจะถูกห้ามได้เฉพาะเหตุที่จำเป็นเท่านั้น ซึ่งบุคคลที่ย่าร้างนั้นย่อมมีสิทธิที่จะสมรสใหม่ได้<sup>5</sup>

ยิ่งไปกว่านั้นแม้กระทั่งในสังคมอินเดียซึ่งแต่เดิมได้มีการจำกัดสิทธิของหญิงหม้ายโดยห้ามมิให้ทำการสมรสใหม่ ด้วยเหตุผลเพียงว่าเคยผ่านการสมรสมาแล้ว และบุตรที่เกิดจากการสมรสใหม่จะเป็นบุตรนอกสมรสและไม่มีสิทธิในการรับมรดก ดังปรากฏในคำปรารภของกฎหมาย The Hindu Widow's Re-marriage Act 1856<sup>6</sup> จึงได้นำไปสู่การตรากฎหมายดังกล่าวขึ้น โดยกำหนดไว้ชัดเจนในมาตรา 1 ว่าการสมรสที่ไม่สมบูรณ์หรือการสมรสที่มีขอบด้วยกฎหมายไม่อาจเกิดขึ้นได้เพียงเพราะเหตุว่าหญิงนั้นเคยสมรสหรือหมั้นมาแล้วและสามีเสียชีวิตในระหว่างสมรส ทั้งนี้กฎหมายหรือจารีตประเพณีใดที่ขัดกับหลักการดังกล่าวต้องห้ามมิให้นำมาใช้บังคับอีกต่อไป<sup>7</sup> ในกรณีที่หญิงนั้นบรรลุนิติภาวะแล้วการสมรสใหม่นั้นไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของบิดามารดาอีก<sup>8</sup> แต่หากหญิงยังคงเป็นผู้เยาว์อยู่การสมรสใหม่ต้องได้รับความยินยอมจากบิดา หรือปู่ หรือมารดา หรือพี่ชาย หรือญาติที่เป็นชายในลำดับถัดไปตามลำดับ<sup>9</sup> มิฉะนั้นการสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะ แต่ทั้งนี้กฎหมายกำหนดให้ต้อง

<sup>4</sup>F v Switzerland 1987

<sup>5</sup>Youngs, R. English, French and German Comparative Law. (London : Cavendish Publishing Limited, 1998), p. 155-162.

<sup>6</sup>Ministry of Law.THE HINDU WIDOW'S RE-MARRIAGE ACT 1856 [Online]. Available from : [http://bdlaws.minlaw.gov.bd/print\\_sections\\_all.php?id=9](http://bdlaws.minlaw.gov.bd/print_sections_all.php?id=9) [2013, December 12]

<sup>7</sup>**Marriage of Hindu widows legalized**

1. No marriage contracted between Hindus shall be invalid, and the issue of no such marriage shall be illegitimate, by reason of the woman having been previously married or betrothed to another person who was dead at the time of such marriage, any custom and any interpretation of Hindu law to the contrary notwithstanding.

<sup>8</sup>**Consent to re-marriage of major widow**

In the case of a widow who is of full age, or whose marriage has been consummated, her own consent shall be sufficient consent to constitute her re-marriage lawful and valid.

<sup>9</sup>**Consent to re-marriage of minor widow**

7. If the widow re-marrying is a minor whose marriage has not been consummated, she shall not re-marry without the consent of her father, or if she has no father, of her paternal

สันนิษฐานไว้ก่อนว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์ จนกว่าจะพิสูจน์และศาลมีคำสั่งให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะ<sup>10</sup> และยังได้กำหนดให้ผู้ที่ทำการสนับสนุนการสมรสที่ขัดต่อการใช้ความยินยอมของบิดามารดาในการสมรสของผู้เยาว์นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือเสียค่าปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>11</sup>

นับแต่ประเทศไทยได้ทำการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในปี พ.ศ. 2478 แม้จะมีการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลายครั้ง แต่ในส่วนของเงื่อนไขแห่งการสมรสกลับมีการแก้ไขเพียงครั้งเดียวคือพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2519 ซึ่งปัจจุบันสังคมไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงทางสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม โดยเฉพาะทัศนคติเกี่ยวกับการใช้ชีวิตคู่ซึ่งพิจารณาจากอัตราการจดทะเบียนสมรสและการหย่าร้างในปี 2551 - 2555 ดังนี้ จำนวนการสมรสในปี 2551 จำนวน 318,496 คู่ ปี 2552 จำนวน 300,878 คู่ ปี 2553 จำนวน 285,944 คู่ ปี 2554 จำนวน 308,048 คู่ และปี 2555 จำนวน 314,388 คู่ ในขณะที่อัตราการหย่าร้างใน ปี 2551 มีจำนวน 109,084 คู่ ปี 2552 จำนวน 109,277 คู่ ปี 2553 จำนวน 108,428 คู่ และปี 2554 จำนวน 109,312 คู่ และปี 2555 เพิ่มขึ้นเป็น 111,377 คู่ ซึ่งข้อมูลของสำนักงานสถิติแห่งชาติดังกล่าวได้แสดงให้เห็นว่าอัตราการสมรสของคนไทยมีแนวโน้มที่ลดลง ในขณะที่การหย่าร้างมีอัตราเพิ่มสูงขึ้น ดังนั้นเพื่อเป็นการส่งเสริมสถาบันครอบครัว การที่จะกำหนดกติกาหรือเงื่อนไขแห่งการสมรสจึงจะต้องกระทำให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของสังคมด้วย เพราะการห้ามมิให้หญิงที่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงทำการสมรสใหม่ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1453 นั้นย่อมเป็นการจำกัดสิทธิของหญิงที่

---

grandfather, or if she has no such grandfather, of her mother, or, failing all these, of her elder brother, or failing also brothers, of her next male relative.

#### <sup>10</sup>Effect of such marriage

And all marriages made contrary to the provisions of this section may be declared void by a Court of law; Provided, that in any question regarding the validity of a marriage made contrary to the provisions of this section, such consent as is aforesaid shall be presumed until the contrary is proved, and that no such marriage shall be declared void after it has been consummated.

#### <sup>11</sup>Punishment for abetting marriage made contrary to this section

All persons knowingly abetting a marriage made contrary to the provisions of this section shall be liable to imprisonment for any term not exceeding one year or to fine or to both.

ต้องการจะทำการสมรสใหม่ และเป็นอุปสรรคต่อการสร้างครอบครัวของหญิงที่เคยหย่าร้างหรือการสมรสเดิมสิ้นสุดลง

### 5.2.2 ระยะเวลาที่ห้ามมิให้สมรสใหม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1453 ได้กำหนดห้ามหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นสมรสใหม่ภายใน 310 วันนับแต่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงซึ่งเหตุที่กำหนดระยะเวลาดังกล่าวเพราะถือว่าเป็นระยะเวลาที่สิ้นสงสัยว่าหญิงนั้นอาจมีบุตรติดกับสามีเดิม โดยเรื่องระยะเวลานั้นเป็นสิ่งที่ได้เถียงกันมากในชั้นตรากฎหมาย เพราะเกี่ยวกับการเกิดของบุตร โดยมีบางความเห็นเสนอให้กำหนดเพียง 300 วัน และบางความเห็นเสนอให้กำหนดถึง 350 วัน แต่โดยอาศัยวิชาแพทย์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบกับต่างประเทศในขณะนั้นนั่นกล่าวคือ ญี่ปุ่นกำหนดห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ภายในระยะเวลา 6 เดือน ส่วนเยอรมัน อาเจนไตน์ และบราซิลห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ภายในระยะเวลา 10 เดือน และสวิสเซอร์แลนด์ห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ภายในระยะเวลา 300 วันนับแต่การสมรสเดิมสิ้นสุดลง ดังนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงกำหนดให้ใช้ระยะเวลา 310 วัน เป็นเกณฑ์ที่ต้องห้ามมิให้ทำการสมรสใหม่เพื่อป้องกันปัญหาในเรื่องบุตรที่อาจเกิดตามมาได้<sup>12</sup>

ทั้งนี้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเคยกำหนดห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ภายในระยะเวลา 10 เดือนนับจากการสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงตามมาตรา 1313 (เดิม)<sup>13</sup> และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเคยกำหนดห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ได้จนกว่าจะพ้นระยะเวลา 10 เดือนนับแต่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงตามมาตรา 228 (เดิม)<sup>14</sup> แต่ปัจจุบันทั้ง 2 ประเทศได้ยกเลิกเงื่อนไขดังกล่าวไปแล้ว เนื่องจากขัดกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 (The European Convention on Human Rights) ที่ให้ความคุ้มครองชีวิตการสมรสดังที่ได้อธิบายในหัวข้อที่แล้ว และญี่ปุ่นก็มีความพยายามที่จะปฏิรูปกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่

<sup>12</sup>รายละเอียดโปรดอ่าน ทองเปลว ชลภูมิ, หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก, หน้า 80-83.

<sup>13</sup> **section 1313** A woman cannot conclude a second marriage until ten months after the dissolution or annulment of her first marriage, unless in the meantime she has given birth to a child.

<sup>14</sup> **Art. 228** A woman cannot contract a new marriage until ten months have elapsed from the dissolution of the preceding marriage.

เปลี่ยนแปลงไป โดยในปี ค.ศ. 1996 กระทรวงยุติธรรมได้เสนอให้แก้ไขกฎหมายครอบครัวและมรดก ต่อสมานิติบัญญัติในหลายเรื่อง โดยเฉพาะมาตรา 733 ที่ห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ภายใน 6 เดือนนับแต่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอน ซึ่งเป็นประเด็นที่มีการโต้แย้งมาอย่างต่อเนื่องและยาวนาน<sup>15</sup> ถึงขนาดมีความพยายามที่จะยกเลิกมาตราดังกล่าวไปทั้งมาตราโดยสิ้นเชิง แต่ร่างกฎหมายที่เสนอแก้ไขในปี ค.ศ. 1996 ก็มีได้นำความคิดดังกล่าวไปใช้ เพียงแต่ได้เสนอให้ทำการแก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้<sup>16</sup>

“1. หญิงจะทำการสมรสใหม่มิได้จนกว่าจะพ้น 100 วันนับแต่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอน

2. หากหญิงได้คลอดบุตรหลังการสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอน ความในข้อ (1) จะบังคับใช้มิได้

การเพิกถอนการสมรสที่ขัดต่อข้อกำหนดการสมรสใหม่จะกระทำมิได้หากพ้น 100 วันนับแต่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอน หรือหญิงได้ตั้งครรภ์ภายหลังการสมรสใหม่”

การเสนอให้แก้ไขมาตรา 733 ดังกล่าวก็เพื่อลดระยะเวลาที่ห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ให้สั้นลงจากเดิมที่กำหนดไว้ 6 เดือน ให้เหลือเพียง 100 วัน โดยมาตราดังกล่าวนี้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการทับซ้อนของการสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย และนับตั้งแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1947 เป็นต้นมา ก็ได้มีประเด็นว่าเงื่อนไขแห่งการสมรสข้อนี้ขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวหรือไม่เนื่องจากเงื่อนไขแห่งการสมรสนี้ใช้บังคับเฉพาะกับฝ่ายหญิงเท่านั้น ซึ่งประเด็นนี้ได้เป็นที่อภิปรายถึงความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขในมาตรา 733 และมาตราที่เกี่ยวข้องกับการสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยฝ่ายที่เห็นว่าการกำหนดระยะเวลาเพียง 100 วัน ก็เพียงพอแล้วที่จะหลีกเลี่ยงการทับซ้อนการสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับการสนับสนุนมายาวนาน ได้ให้เหตุผลในการอธิบาย ดังต่อไปนี้

<sup>15</sup> Oda Hiroshi. *Japanese Law*. Third edition.(Oxford University Press, 2009), p.202-203.

<sup>16</sup> the Draft reads as follows:

- (1) A woman may not remarry unless 100 days have passed since the date of the dissolution or rescission of her previous marriage.
- (2) If a woman gives birth to a baby after the cancellation or dissolution of her previous marriage, the provision of the preceding paragraph shall not apply.

A claim for rescission of a marriage that violates the provisions for remarriage may not be made if 100 days have passed from the date on which the previous marriage was cancelled or rescinded, or if a woman has conceived a child after remarriage.

1. เพียง 100 วันก็เพียงพอ เพราะการแยกกันอยู่ตามจริงย่อมมีก่อนการหย่าร้าง
2. คดีที่เกี่ยวข้องกับการทับซ้อนของการสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นมีจำนวนน้อย<sup>17</sup>

แต่อย่างไรก็ตามข้อเสนอในการปฏิรูปกฎหมายนี้ถูกคัดค้านอย่างรุนแรงจากสมาชิกสภานิติบัญญัติฝ่ายอนุรักษ์นิยมจึงทำให้ร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นอันตกไป<sup>18</sup> ดังนั้นในปัจจุบันญี่ปุ่นจึงยังคงใช้หลักเกณฑ์สำหรับเรื่องนี้ตามเดิม คือห้ามมิให้หญิงที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอนทำการสมรสใหม่จนกว่าจะพ้นระยะเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอนเว้นแต่ในกรณีที่ยุติการตั้งครรภ์และได้บุตรแล้ว

ส่วนอินโดนีเซียได้กำหนดห้ามหญิงที่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงมิให้ทำการสมรสใหม่ในทันที หากแต่จะต้องมีช่วงระยะเวลาพักรอ (Waiting-period) ซึ่งมีระยะเวลา 130 วันนับแต่วันที่สามีถึงแก่ความตายหรือในกรณีการหย่ากำหนดให้หญิงต้องมีประจำเดือนครบ 3 ครั้งในระยะเวลาอย่างน้อย 90 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้หย่าเสียก่อน ส่วนหญิงที่หมดประจำเดือนแล้วจะต้องรอจนครบกำหนด 90 วัน แต่ในกรณีที่ยุติการตั้งครรภ์จะต้องรอให้คลอดบุตรเสียก่อนจึงจะสามารถทำการสมรสใหม่ได้<sup>19</sup>

ซึ่งจะเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ยังคงมีข้อกำหนดที่ห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ และได้ทำการกำหนดระยะเวลาไว้นานที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

### 5.2.3 ผลของการฝ่าฝืนทำการสมรสใหม่

เนื่องจากเยอรมันได้ยกเลิกมาตรา 1313 (เดิม) ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และฝรั่งเศส ได้ยกเลิกมาตรา 228 (เดิม) ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแล้ว จึงทำให้หญิงที่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงสามารถสมรสใหม่ได้ทันที เช่นเดียวกับกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ ได้แก่ อังกฤษ สิงคโปร์ และอินเดียต่างก็มีได้กำหนดเงื่อนไขหรือข้อห้ามการสมรสเกี่ยวกับหญิงที่จะสมรสใหม่ภายหลังการสมรสเดิมสิ้นสุดลงแต่อย่างใด ดังนั้นการสมรสใหม่ของหญิงภายหลังจากที่การ

<sup>17</sup>Satoh Yayohi. "CURRENT ISSUES REGARDING THE JAPANESE CIVIL LAW PERTAINING TO FAMILY LAW," *Ankara Law Review* Vol. 5 No. 2 (Winter 2008), pp. 129-152

<sup>18</sup>Oda Hiroshi. *Japanese Law*. Third edition. (Oxford University Press, 2009), p.202.

<sup>19</sup>ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 132.

สมรสเดิมสิ้นสุดลงย่อมเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ มิได้ตกเป็นโหมฆะหรือโหมฆียะเพียงเพราะเหตุที่หญิงนั้นเคยสมรสมาก่อนแต่อย่างใด หากแต่อังกฤษ สิงคโปร์ และอินเดียต่างก็ได้กำหนดให้กรณีที่หญิงทำการสมรสในขณะที่ตนตั้งครรรภ์กับสามีเดิมหรือบุคคลอื่นที่มีไช่ขายคู่สมรสจะทำให้การสมรสนั้นตกเป็นโหมฆียะตาม Matrimonial Causes Act 1973 มาตรา 12 ของอังกฤษ หรือตกเป็นโหมฆียะตาม Women's Charter มาตรา 106 (f) ของสิงคโปร์ และ The Hindu Marriage Act 1955 มาตรา 12 (1) (d) ของอินเดีย

ส่วนญี่ปุ่นหากหญิงทำการสมรสใหม่ก่อนพ้นกำหนดระยะเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอนซึ่งเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติในมาตรา 733 คู่สมรสใหม่หรือผู้มีส่วนได้เสียสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อบอกกล่าวการสมรสนั้นได้ตามมาตรา 744 (1) รวมทั้งคู่สมรสเดิมก็มีสิทธิยื่นคำร้องขอบอกกล่าวการสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าวได้เช่นกันตามมาตรา 744 (2) แต่ทั้งนี้จะต้องกระทำภายใน 6 เดือนนับแต่วันที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอน และห้ามมิให้เพิกถอนการสมรสนั้นหากหญิงตั้งครรรภ์ภายหลังการสมรสครั้งใหม่ ตามมาตรา 746 แห่งประมวลกฎหมายญี่ปุ่น ในขณะที่อินโดนีเซียกำหนดให้การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขแห่งการสมรสที่ว่าด้วยระยะเวลาพักรอนั้นตกเป็นโหมฆะตามมาตรา 22 แห่ง Law of the Republic of Indonesia Number 1 of the Year 1974

สำหรับประเทศไทยนั้นข้อห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1453 หมวด 2 เงื่อนไขแห่งการสมรสแต่การสมรสที่ฝ่าฝืนมาตรา 1453 กลับมีผลสมบูรณ์มิได้ตกเป็นโหมฆะหรือโหมฆียะแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงเห็นว่าข้อกำหนดดังกล่าวไม่ควรถือเป็นเงื่อนไขแห่งการสมรส เป็นแต่เพียงข้อห้ามมิให้นายทะเบียนทำการจดทะเบียนสมรสเท่านั้นเพราะเงื่อนไขแห่งการสมรสที่แท้จริงจะต้องมีบทลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนอันได้แก่โหมฆะหรือโหมฆียะดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ระบุไว้ในมาตรา 1495 และมาตรา 1503

#### 5.2.4 บทสันนิษฐานความเป็นบิดา

ความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นแม้จะมีขึ้นโดยข้อสันนิษฐานของกฎหมายก็ตาม แต่ย่อมจะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อชายผู้ถูกสันนิษฐานให้เป็นบิดาของเด็กนั้น ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536<sup>20</sup> ได้กำหนดข้อสันนิษฐานสำหรับเด็กที่เกิดในระหว่างสมรสว่าให้เป็น

<sup>20</sup> มาตรา 1536 เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวัน นับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามี แล้วแต่กรณี

บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีมารดา นอกจากนั้นยังได้กำหนดให้รวมถึงเด็กที่เกิดภายใน 310 วันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลงให้ถือเป็นบุตรของชายที่เคยเป็นสามีนั้นด้วย และตามมาตรา 1537<sup>21</sup> ได้กำหนดให้กรณีที่หญิงทำการสมรสใหม่ก่อนพ้นกำหนดระยะเวลา 310 วัน ตามมาตรา 1453 แล้วคลอดบุตรภายในระยะเวลานั้น กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ เว้นแต่มีคำพิพากษาของศาลแสดงว่าเด็กมิใช่บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ จึงจะถือว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเก่าตามมาตรา 1536 จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาได้อย่างกว้างขวาง ทั้งนี้แม้ชายผู้ถูกสันนิษฐานให้เป็นบิดาของเด็กนั้นจะสามารถฟ้องปฏิเสธไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ตามมาตรา 1539<sup>22</sup> แต่ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดบทสันนิษฐานที่กว้างขวางเกินไปนั้น ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์และรังแต่จะเป็นภาระแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงถ้อยคำในที่ใช้ในฉบับมาตรา 1453 ก็มีความไม่ชัดเจนได้ก่อให้เกิดปัญหาในการใช้การตีความ “หญิงที่สามีตายหรือที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น จะทำการสมรสใหม่ได้ต่อเมื่อการสิ้นสุดแห่งการสมรสได้ผ่านพ้นไปแล้วไม่น้อยกว่า 310 วัน...” โดยมีปัญหาว่า “การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น” นั้นจะรวมถึงกรณีการสมรสที่เป็นโมฆะและศาลได้พิพากษาแสดงแล้วว่าการสมรสเป็นโมฆะด้วยหรือไม่ ซึ่งประเด็นปัญหานี้ยังไม่มีข้อยุติ หากแต่นักกฎหมายได้แยกเป็น 2 ความเห็น กล่าวคือ<sup>23</sup>

---

ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับแก่บุตรที่เกิดจากหญิงก่อนที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะ หรือภายในระยะเวลาสามร้อยสิบวันนับแต่วันนั้น

<sup>21</sup>มาตรา 1537 ในกรณีที่หญิงทำการสมรสใหม่นั้นเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 1453 และคลอดบุตรภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กที่เกิดแต่หญิงนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ และห้ามมิให้นำข้อสันนิษฐานในมาตรา 1536 ที่ว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเดิมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เว้นแต่มีคำพิพากษาของศาลแสดงว่าเด็กมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่นั้น

<sup>22</sup>มาตรา 1539 ในกรณีที่สันนิษฐานว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีตามมาตรา 1536 มาตรา 1537 หรือมาตรา 1538 ชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีจะไม่รับเด็กเป็นบุตรของตนก็ได้ โดยฟ้องเด็กกับมารดาเด็กร่วมกันเป็นจำเลยและพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้อยู่ร่วม กับมารดาเด็กในระยะเวลาตั้งครุภคคือระหว่างหนึ่งร้อยแปดสิบวันถึงสามร้อยสิบ วันก่อนเด็กเกิด หรือตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้เพราะเหตุอย่างอื่น

แต่ถ้าในขณะที่ฟ้องมารดาเด็กไม่มีชีวิตอยู่ จะฟ้องเด็กแต่ผู้เดียวเป็นจำเลยก็ได้ถ้าเด็กไม่มีชีวิตอยู่ไม่ว่ามารดาของเด็กจะมีชีวิตอยู่หรือไม่ จะยื่นคำร้องขอให้ศาลแสดงว่าเด็กนั้นไม่เป็นบุตรก็ได้ ในกรณีที่มารดาของเด็กหรือทายาทของเด็กยังมีชีวิตอยู่ ให้ศาลส่งสำเนาคำร้องนี้ไปให้ด้วย และถ้าศาลเห็นสมควรจะส่งสำเนาคำร้องไปให้อัยการพิจารณาเพื่อดำเนินคดีแทนเด็กด้วยก็ได้

<sup>23</sup>ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า

ฝ่ายแรก เห็นว่า ในบรรพ 5 ใหม่ได้แบ่งแยกความเป็นโมฆะของการสมรสกับการสิ้นสุดแห่งการสมรสไว้คนละหมวด โดยประสงค์ให้มีผลและการให้ความคุ้มครองแตกต่างกัน เมื่อมาตรา 1453 บัญญัติไว้เฉพาะกรณีการสมรสสิ้นสุดลงก็ย่อมไม่มีความหมายรวมถึงการสมรสที่เป็นโมฆะ ดังนั้นหญิงจึงทำการสมรสได้แต่หากคลอดบุตรภายใน 310 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาแสดงการสมรสเป็นโมฆะ เด็กนั้นก็เป็นผู้เกิดโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ ตามมาตรา 1538 และจะนำมาตรา 1537 อันเป็นบทสันนิษฐานกรณีการสมรสฝ่าฝืนมาตรา 1453 ว่าเป็นบุตรโดยชอบของสามีคนใหม่ไม่ได้

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า ตามมาตรา 1453 น่าจะเข้าใจต่อจากมาตรา 1452 ที่ว่าการสมรสระหว่างมีคู่สมรสไม่ได้ ขาดจากคู่สมรสเดิมแล้วต้อง 310 วัน ตายหรือสิ้นสุดลงไม่เว้นเรื่องศาลเพิกถอนโดยคำพิพากษา ซึ่งตามมาตรา 1536 ก็หมายถึงคำพิพากษาดังกล่าว ตามวรรคสองมาตรา 1537 ที่ว่าสิ้นสุดลงก็ควรรวมถึงโมฆะและเพิกถอนด้วยตามคำพิพากษา รวมทั้งการแสดงเจตนา

ส่วนการสันนิษฐานความเป็นบิดาตามหลักกฎหมายของต่างประเทศนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดให้ชายที่สมรสกับมารดาของเด็กในระยะเวลาที่เด็กเกิดนั้นเป็นบิดาของเด็ก ส่วนเด็กที่เกิดภายใน 300 วันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลงจะถือว่าชายนั้นเป็นบิดาของเด็กเฉพาะกรณีที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยความตายเท่านั้น และหากหญิงได้ทำการสมรสใหม่และคลอดบุตรซึ่งอาจเป็นได้ทั้งบุตรของสามีเดิมและบุตรของสามีคนใหม่จะถูกถือว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของสามีคนใหม่ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าสามีคนใหม่นั้นมิใช่บิดาของเด็กจึงจะถือว่าเด็กเป็นบุตรของสามีเดิม ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดให้เด็กที่เกิดระหว่างสมรสนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีมารดา แต่ห้ามมิให้ใช้บทสันนิษฐานความเป็นบิดาสำหรับเด็กที่เกิดหลัง 300 วันนับแต่การฟ้องหย่าหรือแยกกันอยู่ รวมทั้งถ้าในขณะแจ้งเกิดมิได้ระบุว่าสามีมารดาเป็นบิดาของเด็กก็ต้องห้ามมิให้สันนิษฐานว่าชายนั้นเป็นบิดาของเด็ก ซึ่งเมื่อกรณีไม่เข้าข้อสันนิษฐานข้างต้นแล้วต้องให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดความเป็นบิดานั้น ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นกำหนดให้สันนิษฐานว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ในระหว่างสมรสถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีมารดา รวมถึงเด็กที่เกิดภายใน 300 วันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอนก็ให้สันนิษฐานว่าเป็นการตั้งครรภ์ในระหว่างสมรสด้วย แต่ถ้าหญิงทำการสมรสใหม่ก่อนพ้นระยะเวลา 6 เดือนนับแต่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอน และได้คลอดบุตรซึ่งอาจจะเป็นบุตรของสามีเดิมและสามีคนใหม่ทับซ้อนกัน กฎหมายได้กำหนดห้ามมิให้ใช้บทสันนิษฐานความเป็นบิดาสำหรับเด็กนั้น แต่ให้เป็นหน้าที่ของศาลในการวินิจฉัยความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ยิ่งไปกว่านั้นแม้มาตรา 10 แห่ง Birth and Deaths Registration Act 1953 ของอังกฤษจะกำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์หรือคลอดในระหว่างสมรสนั้นเป็นบุตรของคู่สมรสมารดา รวมถึง



เด็กที่เกิดภายในระยะเวลาที่เหมาะสมภายหลังจากที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายหรือทำการหย่าก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้วศาลอุทธรณ์จะไม่รับฟังการสันนิษฐานนั้นจนกว่าจะมีการพิสูจน์ความเป็นบิดาโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกำหนดข้อสันนิษฐานไว้กว้างอย่างขวาง ซึ่งเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ที่ถูกสันนิษฐานมากเกินไปสมควร

ดังนั้นจึงควรทบทวนบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้องเงื่อนไขแห่งการสมรสในกรณีหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น รวมทั้งบทสันนิษฐานความเป็นบิดาให้สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน

## บทที่ 6 สรุปและเสนอแนะ

### 6.1 สรุป

การสมรสถือเป็นสถาบันที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุดในชีวิตมนุษย์ รวมทั้งมีบทบาทเกี่ยวข้องกับศีลธรรมและอารยธรรมของมนุษย์มากกว่าสถาบันอื่น และแม้มนุษย์จะอยู่ภายใต้กฎธรรมชาติในเรื่องของการสืบพันธุ์เช่นเดียวกับสัตว์อื่นๆ แต่มนุษย์ก็ได้พัฒนามากฎเกณฑ์ดังกล่าวในรูปแบบของขนบธรรมเนียมประเพณีและกฎหมาย เพื่อกำหนดให้การสมรสเป็นมาตรการแยกเอาสามีภริยาคู่หนึ่งออกมาจากการแก่งแย่งประเวณีในสังคม ดังนั้นกฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขแห่งการสมรสของแต่ละสังคมหรือแม้กระทั่งในช่วงเวลาที่ต่างกันอาจมีความแตกต่างกันบ้างขึ้นอยู่กับค่านิยมและทัศนคติของสังคมในช่วงนั้นๆ กล่าวเฉพาะสังคมไทยในอดีตก่อนที่จะใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในปี พ.ศ. 2478 สังคมไทยอยู่ภายใต้อิทธิพลของพุทธศาสนาซึ่งเชื่อในเรื่องของบุญทำกรรมแต่ง<sup>350</sup> โดยเฉพาะมังรายศาสตร์ที่ถือว่าชายและหญิงจะเป็นสามีภริยากันได้ก็เพราะมีอิจฉาตัมหาและอาลัยตัมหา กล่าวคืออิจฉาตัมหาเป็นตัวผูกชายและหญิงให้อยู่ในสังสารวัฏแบ่งเป็นบุพภาคตัมหาคือจิตใจของชายและหญิงรักใคร่กันและอุปปริภาคตัมหาคือชายและหญิงได้ให้ของแก่กัน ได้จับเนื้อต้องตัวกัน และได้ปฏิญาณต่อกัน ส่วนอาลัยตัมหาหมายถึงความผูกพันต่อกัน เมื่อชายและหญิงอยู่ด้วยกันย่อมมีความรักในลูกและภริยาเป็นอาลัย เป็นรักดีตัมหาเป็นเชือกผูกมัด หากแม่ไม่มีลูกแต่ก็อาลัยรักในทรัพย์สินบ้านเรือนเปรียบเสมือนดังเป็นลูก ซึ่งตามกฎหมายลักษณะผัวเมียบทที่ 4 และบทที่ 25 ได้ห้ามเฉพาะฝ่ายหญิงมิให้มีสามีหลายคน แต่มิได้ห้ามฝ่ายชายที่จะมีภริยาได้หลายคน จนกระทั่งมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 จึงได้เปลี่ยนหลักการมาเป็นระบบสามีภริยาเดียวตามแนวคิดตะวันตก ส่วนการห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่นั้นนอกจากจะมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาว่าเด็กเป็นบุตรของสามีเก่าหรือสามีคนใหม่แล้ว ยังมีพื้นฐานมาจากหลักการของศาสนาคริสต์ที่ถือว่าการสมรสเป็นพันธสัญญาแห่งความรักระหว่างชายกับหญิง แม้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายอีกฝ่ายก็ต้องดำรงพันธะของการสมรสต่อไป เพื่อจะได้พบกันอีกครั้งในชีวิตหลังความตาย

<sup>350</sup> กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 47 ภริยาสามีมิชอบเนื้อฟึงใจกัน เขาจะหย่ากันไซ้รัตามใจเขา เหตุว่าเขาทั้งสองนั้นสิ้นบุญกันแล้วจะจำให้อยู่ด้วยกันนั้นมิได้

สำหรับประเทศไทยนับแต่ได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ใน พ.ศ. 2478 แม้จะมีการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลายครั้งก็ตาม แต่ในส่วนของเงื่อนไขแห่งการสมรสกลับมีการแก้ไขเพียงครั้งเดียวคือ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2519 โดยกำหนด “เงื่อนไขแห่งการสมรส” ไว้ในลักษณะ 1 หมวด 2 แต่อย่างไรก็ตามหากใช้ผลของการฝ่าฝืนเงื่อนไขหรือข้อกำหนดเป็นเกณฑ์ในการแบ่งจะสามารถแบ่งได้ 3 ประเภท คือหากฝ่าฝืนแล้วทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะ หากฝ่าฝืนแล้วทำให้การสมรสตกเป็นโมฆียะ และหากฝ่าฝืนแล้วการสมรสยังคงมีผลสมบูรณ์เพียงแต่กฎหมายกำหนดผลอย่างอื่นไว้แทน ดังนี้

#### เงื่อนไขที่อาจทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะมี 4 ประการ

1. สมรสกับบุคคลวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถ
2. สมรสกับญาติสืบสายโลหิต
3. สมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่
4. สมรสโดยปราศจากความยินยอม

#### เงื่อนไขที่อาจทำให้การสมรสตกเป็นโมฆียะมี 5 ประการ

1. สมรสขณะอายุต่ำกว่า 17 ปีบริบูรณ์
2. ผู้เยาว์สมรสโดยไม่ได้รับความยินยอม
3. สมรสโดยสำคัญผิดตัวคู่สมรส
4. สมรสโดยถูกกลั่นแกล้ง
5. สมรสโดยถูกข่มขู่

#### ข้อห้ามมิให้นายทะเบียนทำการจดทะเบียนสมรส มี 2 ประการ

1. การสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม
2. หญิงที่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงไม่เกิน 310 วันจะสมรสใหม่

นับเป็นระยะเวลาหลายทศวรรษที่สังคมไทยได้เผชิญกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม โดยเฉพาะทัศนคติเกี่ยวกับการใช้ชีวิตคู่ที่อัตราการสมรสมีแนวโน้มที่ลดลง ในขณะที่การหย่าร้างมีอัตราเพิ่มสูงขึ้นทุกปี ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าอัตราการสมรสนั้นย่อมรวมทั้งการสมรสครั้งแรกและการสมรสใหม่ของบุคคลที่เคยผ่านการสมรสมาก่อน ดังนั้นเพื่อส่งเสริมการสร้างสถาบันครอบครัว เงื่อนไขแห่งการสมรสจึงควรกำหนดให้เหมาะสมและสอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของสังคมดังกล่าว เพราะการห้ามมิให้หญิงที่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงทำการสมรสใหม่ภายในระยะเวลาที่กำหนด

ไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1453 ถือเป็นกำกวดสิทธิของหญิงที่จะทำการสมรสใหม่และนับเป็นอุปสรรคของการสร้างครอบครัวใหม่สำหรับหญิงที่เคยหย่าร้างหรือการสมรสเดิมสิ้นสุดลง ซึ่งจากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศพบว่า แม้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะเคยกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในมาตรา 1313 ห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ภายในระยะเวลา 10 เดือนนับจากการสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลง<sup>351</sup> และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเคยกำหนดไว้ในมาตรา 228 ห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่จนกว่าจะพ้นระยะเวลา 10 เดือนนับแต่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลง<sup>352</sup> แต่ในปัจจุบันทั้ง 2 ประเทศได้ยกเลิกเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว เหลือเพียงญี่ปุ่นซึ่งแม้จะยังคงมีเงื่อนไขในเรื่องนี้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 733 ที่กำหนดห้ามมิให้หญิงทำการสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอนทำการสมรสใหม่ จนกว่าจะพ้นระยะเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอน<sup>353</sup> แต่ประเด็นนี้ก็เป็นที่ถกเถียงและพยายามยกเลิกเรื่อยมาจนนำไปสู่การเสนอร่างกฎหมายโดยกระทรวงยุติธรรมต่อสภานิติบัญญัติในปี ค.ศ. 1996 เพื่อแก้ไขมาตรา 733 ให้ลดระยะเวลาที่ห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ให้สั้นลงจากเดิมที่กำหนดไว้ 6 เดือน ให้เหลือเพียง 100 วัน แต่เนื่องจากร่างกฎหมายดังกล่าวได้ถูกคัดค้านอย่างรุนแรงจากสมาชิกสภานิติบัญญัติฝ่ายอนุรักษ์นิยมจึงทำให้ร่างกฎหมายนั้นเป็นอันตกไป<sup>354</sup> ส่วนกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ ได้แก่ อังกฤษ สิงคโปร์ และอินเดียต่างก็มิได้กำหนดเงื่อนไขหรือข้อห้ามการสมรสเกี่ยวกับกรณีหญิงที่ต้องการจะสมรสใหม่ภายหลังการสมรสเดิมสิ้นสุดลงแต่อย่างใด หากแต่ได้กำหนดให้กรณีหญิงทำการสมรสในขณะที่ตั้งครรภ์บุคคลอื่นที่มีใช้คู่สมรสจะทำให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆียะเท่านั้น

ท้ายที่สุดเมื่อศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้กำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาไว้อย่างกว้างขวางกล่าวคือเป็นการมุ่งหาข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่เด็กเป็นหลัก และปล่อยให้

<sup>351</sup> **section 1313** A woman cannot conclude a second marriage until ten months after the dissolution or annulment of her first marriage, unless in the meantime she has given birth to a child.

<sup>352</sup> **Art. 228** A woman cannot contract a new marriage until ten months have elapsed from the dissolution of the preceding marriage.

<sup>353</sup> **Article 733 (Period of Prohibition of Remarriage)**

(1) A woman may not remarry unless six months have passed since the day of dissolution or rescission of her previous marriage.

(2) In the case where a woman had conceived a child before the cancellation or dissolution of her previous marriage, the provision of the preceding paragraph shall not apply.

<sup>354</sup> Oda Hiroshi. *Japanese Law*. Third edition. (Oxford University Press, 2009), p.202.

ภาระแก่ชายที่ถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาที่จะต้องมีหน้าที่ฟ้องปฏิเสธไม่รับเด็กเป็นบุตรตามมาตรา 1539 ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายต่างประเทศที่ล้วนวางข้อจำกัดการสันนิษฐานความเป็นบิดามีให้กว้างขวางเกินไป เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดให้เฉพาะเด็กที่เกิดภายใน 300 วันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลงเนื่องจากชายถึงแก่ความตายเท่านั้น ที่จะถูกสันนิษฐานว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายนั้น<sup>355</sup> ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสวางข้อจำกัดไว้ว่าหากในขณะแจ้งเกิดมิได้ระบุว่าสามีมารดาเป็นบิดาของเด็กจะต้องถือว่าต้องห้ามมิให้สันนิษฐานว่าบุคคลดังกล่าวนั้นเป็นบิดาของเด็ก<sup>356</sup> และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นกำหนดให้สันนิษฐานว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ในระหว่างสมรสถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีมารดา รวมถึงเด็กที่เกิดภายใน 300 วันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอน ให้สันนิษฐานเป็นการตั้งครรภ์ในระหว่างสมรสด้วย<sup>357</sup> แต่หากหญิงทำการสมรสใหม่ก่อนพ้นระยะเวลา 6 เดือนนับแต่การสมรสครั้งก่อนสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอนและได้คลอดบุตรซึ่งอาจเป็นบุตรของสามีเดิมและสามีคนใหม่ กฎหมายห้ามมิให้สันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้น แต่ให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยถึงความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>358</sup> และยิ่งไปกว่านั้นแม้ Birth and Deaths Registration Act 1953 ของอังกฤษ

---

<sup>355</sup> **Section 1593 (Paternity in the case of dissolution of the marriage by death)**

Section 1592 no. 1 applies with the necessary modifications if the marriage has been dissolved by death and within 300 days after the dissolution a child is born. If it is certain that the child was conceived more than 300 days before its birth, this period of time is conclusive. If a woman who has entered into a further marriage gives birth to a child that would be both the child of the former husband under sentences 1 and 2 and the child of the new husband under section 1592 no. 1, it is to be regarded only as the child of the new husband. If the paternity is challenged and if it is finally and non-appealably established that the new husband is not the father of the child, then it is the child of the former husband.

<sup>356</sup> **Article 314** The presumption of paternity shall be set aside where the record of birth of the child does not indicate the husband as the father and the child has no apparent status with respect to him.

<sup>357</sup> **Article 772 (Presumption of Child in Wedlock)**

(1) A child conceived by a wife during marriage shall be presumed to be a child of her husband.

(2) A child born after 200 days from the formation of marriage or within 300 days of the day of the dissolution or rescission of marriage shall be presumed to have been conceived during marriage.

<sup>358</sup> **Article 773 (Determination of Paternity by Court)**

จะกำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาไว้ แต่ศาลอุทธรณ์จะไม่รับฟังการสันนิษฐานจนกว่าจะมีการพิสูจน์ความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์<sup>359</sup>

## 6.2 เสนอแนะ

จากการศึกษาเรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรสทั้งในระบบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์เปรียบเทียบแล้วพบว่ามีปัญหาที่น่าสนใจอยู่หลายประการตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 5 ซึ่งผู้เขียนมีข้อเสนอแนะที่จะเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาต่างๆ ดังนี้

1. เรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรสในกรณีหญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นตามมาตรา 1453 นั้นถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิของหญิงที่ต้องการจะสมรสใหม่มากเกินไปสมควร เพราะวัตถุประสงค์ของมาตราดังกล่าวก็เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ว่าเด็กที่เกิดในช่วงระยะเวลา 310 วันนั้นเป็นบุตรของสามีเก่าหรือสามีคนใหม่เท่านั้น ซึ่งในอดีตการตรวจพิสูจน์ความเป็นบิดาอาจเป็นเรื่องที่กระทำได้ยาก กฎหมายจึงจำเป็นต้องกำหนดขึ้นเป็นเงื่อนไขแห่งการสมรสห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่จนกว่าจะพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวไปแล้ว แต่ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ในปัจจุบันจึงทำให้การตรวจพิสูจน์ความเป็นบิดาด้วยวิธีการตรวจสอบพันธุกรรมจากกรดดีออกซีไรโบนิวคลีอิก (Deoxyribonucleic acid) หรือ DNA เป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ง่ายและมีความถูกต้องแน่นอนสามารถยืนยันได้ว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของใคร ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดห้ามมิให้หญิงที่สามีตายหรือการสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นมิให้ทำการสมรสใหม่จนกว่าจะพ้นกำหนดระยะเวลา 310 วันนับแต่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงอีกต่อไป เพราะการคงข้อกำหนดเช่นนี้ไว้รังแต่จะเป็นอุปสรรคต่อการสร้างสถาบันครอบครัวอันเป็นหน่วยพื้นฐานของสังคมสำหรับหญิงที่ต้องการสมรสใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันที่สังคมไทยมีแนวโน้มของอัตราการสมรสที่ลดลง ในขณะที่อัตราการหย่าร้างกลับเพิ่มสูงขึ้นทุกปี ดังนั้นผู้เขียนจึงเสนอให้ยกเลิกมาตรา 1453<sup>360</sup> ทั้งมาตราเช่นเดียวกับที่

---

In the case where a woman gives birth in violation of the provisions of paragraph (1) of Article 733, if the paternity of the child cannot be determined pursuant to the provisions of the preceding Article, the court shall determine paternity of the child.

<sup>359</sup> Ibid., p. 273-274.

<sup>360</sup> มาตรา 1453 หญิงที่สามีตายหรือที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นจะทำการสมรสใหม่ได้ ต่อเมื่อการสิ้นสุดแห่งการสมรสได้ผ่านพ้นไปแล้วไม่น้อยกว่าสามร้อยสิบวัน เว้นแต่

(1) คลอดบุตรแล้วในระหว่างนั้น

เยอรมันและฝรั่งเศสที่ได้ทำการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งถือเป็นต้นแบบของมาตรา 1453 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยต่างก็ได้ทำการยกเลิกเงื่อนไขในเรื่องนี้แล้ว รวมทั้งญี่ปุ่นก็มีความพยายามที่จะยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในประเด็นนี้เช่นกัน

2. เรื่องการสันนิษฐานความเป็นบิดา เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยกำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาไว้กว้างขวาง โดยปล่อยให้เป็นการแก้ไขที่ถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่จะต้องมีหน้าที่ในการฟ้องปฏิเสธไม่รับเด็กเป็นบุตรตามมาตรา 1539 ซึ่งแตกต่างจากต่างประเทศที่ล้วนวางข้อจำกัดการสันนิษฐานความเป็นบิดาไว้มิให้กว้างขวางเกินไป ดังนั้นผู้เขียนจึงเสนอให้แก้ไขมาตรา 1537<sup>361</sup> โดยเพิ่มข้อยกเว้นของการสันนิษฐานความเป็นบิดาสำหรับกรณีหญิงได้ทำการสมรสใหม่ภายใน 310 วันนับแต่การสมรสเดิมสิ้นสุดลง โดยให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดความเป็นบิดาเช่นเดียวกับที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น<sup>362</sup> นอกจากนี้ยังให้รวมถึงกรณีที่มีการสมรสนั้นเป็นโมฆะและศาลมีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะด้วย เพื่อยุติข้อโต้แย้งในเชิงวิชาการและทำให้เกิดความแน่นอนชัดเจนในการตีความกฎหมาย เพราะแม้การสมรสที่ตกเป็นโมฆะจะมีใช้การสิ้นสุดการสมรสตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1501<sup>363</sup> ก็ตาม แต่โดยเหตุผลในความเป็นจริงแล้วการสมรสที่เป็น

(2) สมรสกับคู่สมรสเดิม

(3) มีใบรับรองแพทย์ประกาศนียบัตรหรือปริญญาซึ่งเป็นผู้ประกอบการรักษาโรคในสาขาเวชกรรมได้ตามกฎหมายว่าให้มีครรภ์ หรือ

(4) มีคำสั่งของศาลให้สมรสได้

<sup>361</sup>มาตรา 1537 ในกรณีที่หญิงทำการสมรสใหม่นั้นเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 1453 และคลอดบุตรภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่มีการสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กที่เกิดแต่หญิงนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ และห้ามมิให้นำข้อสันนิษฐานในมาตรา 1536 ที่ว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเดิมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เว้นแต่มีคำพิพากษาของศาลแสดงว่าเด็กมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่นั้น

<sup>362</sup>Article 773 (Determination of Paternity by Court)

In the case where a woman gives birth in violation of the provisions of paragraph (1) of Article 733, if the paternity of the child cannot be determined pursuant to the provisions of the preceding Article, the court shall determine paternity of the child.

<sup>363</sup>มาตรา 1501 การสมรสย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย การหย่า หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน

โมฆะก็สมควรได้รับการปฏิบัติหรือคุ้มครองในลักษณะเดียวกับการสมรสที่สิ้นสุดลงด้วยความตาย การหย่า หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน ดังนั้นผู้เขียนจึงเสนอให้แก้ไขมาตรา 1537 ดังนี้

“มาตรา 1537 ในกรณีที่หญิงทำการสมรสใหม่และคลอดบุตรภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง หรือนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดถึงความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบุคคลนั้น”

จากข้อเสนอแนะดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าการทบทวนและแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยเงื่อนไขแห่งการสมรสในกรณีการสมรสใหม่ของหญิงที่การสมรสเดิมสิ้นสุดลงและบทสันนิษฐานความเป็นบิดานั้น จะสามารถจัดอุปสรรคของการสมรสอันเป็นการส่งเสริมการสร้างสถาบันครอบครัว รวมทั้งการจำกัดขอบเขตการสันนิษฐานความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายอย่างเพียงพอและเหมาะสมภายใต้บริบทของการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ ด้วยการกำหนดมิให้ใช้ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาในกรณีที่หญิงได้ทำการสมรสใหม่และคลอดบุตรภายใน 310 วันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงหรือศาลพิพากษาว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ใช้กระบวนการพิสูจน์ความจริงให้ปรากฏในชั้นศาลว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของบุคคลใด โดยให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย โดยเฉพาะแก่ชายที่จะถูกสันนิษฐานให้เป็นบิดาของเด็ก ก่อนที่จะถูกก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ของความเป็นบิดา เช่น หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ หน้าที่ในการให้การศึกษาแก่บุตรตามฐานะและความสามารถของบิดา เป็นต้น



## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระเจ้าลูกยาเธอ. ว่าด้วยฝั้วเมีย. พระนคร : โรงพิมพ์กองทัพอากาศ, ร.ศ. 128.

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระเจ้าบรมวงศ์เธอ. เปิดพระรูป เล็กเซอร์กฎหมายที่ดินและกฎหมายฝั้วเมีย. พระนคร : โรงพิมพ์จันทน์หว้า สพานหัน, 2502.

กิตติศักดิ์ ปรกติ. หลักกฎหมาย บุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

คำนवर เชื้ออนทา. ว่าด้วย เพศสภาพ เสมอภาค ภารตรูปภาพ. วารสารนิติสังคมศาสตร์ 6 , 1 (มกราคม – มิถุนายน 2556) : 97-98.

จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.

จิตติ ดิงศภัทย์. การสมรสเป็นโมฆะ. วารสารนิติศาสตร์ 16, 3 (กันยายน 2529) : 1-4.

จิรวรรณ สุวรรณสุจริต. ผลของการสมรสที่เป็นโมฆะ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ชาติชาย อัครวิบูลย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

เซียง. กฎหมายฝั้วเมีย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์พานิชคุณผล, 2456.

ณรงค์ ศิริปะชะนะ, ความเป็นมาของกฎหมายอิสลามและดาโต๊ะยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร: บพิธ, 2518.

ดลมนรจน บากา และ แวอูเซ็ง มะแตเฮาะ, อิสลามศึกษาเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 2. ปัตตานี: วิทยาลัยอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2536.

- ทองเปลว ชลภูมิ. หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก. พระนคร : ไทยเกษม, 2478.
- ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.
- ประสพสุข บุญเดช. สมรสสองต้องห้าม. วารสารนิติศาสตร์ 20, 4 (ธันวาคม 2533) : 19-35.
- ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548.
- ประเสริฐ ณ นคร, มั่งรายศาสตร์. พระนคร : โรงพิมพ์เลี้ยงเชิงจงเจริญ, 2514.
- พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา. หลักกฎหมายครอบครัว. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.
- พลากรธรรมพิชัย, พระยา.กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมรดก. พระนคร : โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2477.
- พินัย ไชยแสงสุขกุล, กฎหมายครอบครัว เปรียบเทียบกฎหมายมั่งรายศาสตร์กับกฎหมายตรา 3 ดวง. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.
- พิศลยสารนิติ, หลวง. ลักษณะผู้เมีย กับ ลักษณะมรดก. พระนคร : โรงพิมพ์เจริญผล, 2457.
- โพยม เลขยานนท์. วิชาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว. พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ และรัชฎา เอกบุตร. คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยครอบครัว. กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศัทธิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน. วารสารนิติศาสตร์ 42, 2 (มิถุนายน 2556) : 429.
- ยุติธรรม, กระทรวง.การสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2525.

- มุณีร มุฮัมมัด. กฎหมายอิสลาม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สายสัมพันธ์, 2521.
- รัศฎา เมธาวิกุล. ความยินยอมในการสมรส. วารสารนิติศาสตร์ 16, 3 (กันยายน 2529) : 43-51.
- รัศฎา เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดา และบุตร. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555.
- ราชบัณฑิตยสถาน, ธรรมศาสตร์ปกณ จาด้วยแบ่งครัวตระกูล ผู้เมียพ่อแม่ลูก ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. กรุงเทพมหานคร : ราชบัณฑิตยสถาน, 2551.
- ลินจี หะวานนท์. คำสอนกฎหมายครอบครัว. กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521.
- วารี นาสกุล และเบญจวรรณ ธรรมรัตน์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2554.
- วิษณุชัย ธรรมประดิษฐ์. “การรับรองบุตร”ในมาตรา 1627 ป.พ.พ. วารสารนิติศาสตร์ 22 , 1 (มีนาคม 2535) : 93-104.
- วินัยสุนทร,พระยา. คำอธิบายกฎหมายลักษณะผู้เมีย. พระนคร : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2472ใ
- วิมลศิริ ชำนาญเวช. บิดามารดากับบุตร. วารสารนิติศาสตร์ 20, 4 (ธันวาคม 2533) : 36-49.
- วิระดา สมสวัสดิ์. กฎหมายครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร:โครงการจัดพิมพ์คปไฟ, 2546.
- สมชัย ทีฆาอุตมากร. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2554.
- สมทบ สุวรรณสุทธิ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล. พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514
- สมพร พรหมหิตาธร. กฎหมายครอบครัว. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.
- สมรภัช พรหมมา และประเสริฐ ถิมประเสริฐ. กฎหมายครอบครัว. กรุงเทพมหานคร:พิมพ์อักษร, 2545.
- สันทัต ศะศิวิณช. กติกาแห่งการสมรสที่ปรับปรุงได้เสมอ. วารสารนิติศาสตร์ 16, 3 (กันยายน 2529) : 52-57.

สะอาด นาวิเจริญ. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.  
กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์ นิติบรรณการ, 2517.

สุนีย์ มัลลิกะมาลย์ และคนอื่นๆ. วิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบสองร้อยปี ภาค 3 : ภาค  
กฎหมายสารบัญญัติ. กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายวิจัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.

เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวรวมฤตก. พระนคร : สำนักพิมพ์  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508.

สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือหลักกฎหมายอิสลาม ว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม).  
กรุงเทพมหานคร:ชวนพิมพ์ 50, 2554.

สำนักงานสถิติแห่งชาติ, การจดทะเบียนสมรส/การจดทะเบียนหย่า [ออนไลน์]. 2556.แหล่งที่มา  
<http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/BaseStat/basestat.html>[18 สิงหาคม  
2556]

อมร จันทรสุมบูรณ์. ความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย และความเป็นบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.  
วารสารนิติศาสตร์ 1, 2 (กันยายน 2512) : 110-143.

อรุณรัตน์ วิเชียรเขียว และ ลมูล จันทน์หอม, รายงานการวิจัยวิเคราะห์กฎหมายล้านนา ประชุม  
กฎหมายครอบครัว. เชียงใหม่: วิทยาลัยครูเชียงใหม่, 2528.

อิบรอฮีม อาแว. นบีลู่ (อ.). สารสันจากฟากฟ้า (MESSAGE OF OURAN)3,10 (กรกฎาคม -  
กันยายน 2553) : 118-129.

ออิตะ จุงโซ. การรับกฎหมายสมัยใหม่จากตะวันตกในประเทศญี่ปุ่น : ศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของ  
ประเทศไทย.วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
,2530.

## ภาษาต่างประเทศ

- Arjava, A. Woman and Law in Late Antiquity. New York :Oxford University Press, 1996.
- Bell, J. , Boyron, S., Whittaker, S., Bell, A., Freedland, M. and Hargreaves, S. Principles of French law. Second edition. Oxford : Oxford University Press, 1998.
- Bermann, G. A. and Picard, E. Introduction to French law. Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Kluwer Law International, 2008.
- Blauwhoff R. J. Foundational facts, relative truths : a comparative law study on children's right to know their genetic origins. Antwerp : Intersentia, 2009.
- Cabinet Secretariat. Civil Code (Act No. 89 of 1896) [Online]. Available from :[http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/CC4\\_2.pdf](http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/CC4_2.pdf) [2013, February 16]
- Cohn, J. E. Manual of German Law Volume I. Second completely revised edition. London : Oceana Publications, 1968
- Cretney, S. Law, Law Reform and the Family. New York :Oxford University Press, 1998.
- Derrett, J. Duncan M. Introduction to modern Hindu law. India: Oxford University Press, 1963.
- Foster, N. G. German Law and Legal System. London : Blackstone Press Limited, 1993
- Fuchs, R. G. Contested Paternity : Constructing Families in Modern France. Baltimore : Johns Hopkins University Press, 2010.
- German Federal Ministry of Justice .German Civil Code BGB [Online]. Available from: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/german\\_civil\\_code.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf) [2012, November 11]
- Halperin, Jean-Louis. French Civil Code. translated by Tony Weir. Wiltshire :UCL Press, 2006.

- Kelly, E. and Bodington, O. E. The French law of marriage, marriage contracts, and divorce, and the conflict of laws arising therefrom. Second edition. London : Stevens and Sons, 1895.
- Kenneth Wee Kim Seng. Singapore Law Series No.2 : Family Law. Singapore: Malaya Law Review, 1976.
- Lawson, H. F., Anton, E. A. and Brown, N. L. Introduction to French Law. Third edition. London :Oxford University Press, 1967.
- LE SERVICE PUBLIC DE LA DIFFUSION DU DROIT. CIVIL CODE[Online]. Available from :[http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code\\_22.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf) [2012, November 11]
- LE SERVICE PUBLIC DE LA DIFFUSION DU DROIT. LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe [Online]. Available from: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=9EA50CA8BABC738E6C6C5A81DEED7158.tpdjo07v\\_2?cidTexte=JORFTEXT00027414540&dateTexte=29990101](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=9EA50CA8BABC738E6C6C5A81DEED7158.tpdjo07v_2?cidTexte=JORFTEXT00027414540&dateTexte=29990101)[2013, December 12]
- Ministry of Law. THE HINDU WIDOW'S RE-MARRIAGE ACT 1856 [Online]. Available from : [http://bdlaws.minlaw.gov.bd/print\\_sections\\_all.php?id=9](http://bdlaws.minlaw.gov.bd/print_sections_all.php?id=9) [2013, December 12]
- Noda Yosiyuki. Introduction to Japanese Law. translated by Anthony H. Angelo. Japan:University of Tokyo Press, 1976.
- Oda Hiroshi. Basic Japanese Law. Oxford : Clarendon Press, 1997.
- Oda Hiroshi. Japanese Law. Third edition. York :Oxford University Press, 2009.
- Plessis, P. and Andrew, B. Textbook on Roman Law. Fourth edition. New York :Oxford University Press, 2010.
- Reimann, M. and Zekoll, J. Introduction to German law. Second edition. Hague, Netherland : Kluwer Law International, 1996.

Satoh Yayohi. CURRENT ISSUES REGARDING THE JAPANESE CIVIL LAW PERTAINING TO FAMILY LAW, Ankara Law Review Vol. 5 No. 2 (Winter 2008): pp. 129-152.

Scribd HQ. Law of the Republic of Indonesia Number 1 of the Year 1974 On Marriage [Online]. Available from : <http://www.scribd.com/doc/53066173/Undang-undang-Republik-Indonesia-No-1-Tahun-1974-Tentang-an> [2013, December 12]

Singapore Government. WOMEN'S CHARTER [Online]. Available from : <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;ident=79de5f46-1398-4406-93f8-47c31de8c7b7;page=0;query=DocId%3Af0897dd7-1f3a-45a9-b1e7ba30fef2dbba%20%20Status%3Ainforce%20Depth%3A0;rec=0#legis> [2013, February 16]

Standley, K. Family Law. 5 ed. New York : Palgrave Macmillan, 2006.

The Law Library of Congress. Indonesia: Inter-Religious Marriage [Online]. Available from: <http://www.loc.gov/law/help/religious-marriage.php#prohibition> [2013, December 15]

The National Archives. Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 [Online]. Available from : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents> [2013, December 15]

The National Archives. Matrimonial Causes Act 1973 [Online]. Available from : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18> [2012, November 11]

Treggiari, S. Roman Marriage: Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian. New York: Oxford University Press, 1993.

Youngs, R. English, French and German Comparative law. London : Cavendish Publishing Limited, 1998.

### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายกฤติทัต (ปิยะณัฐ) ฉายใสว เกิดเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ. 2529 ที่จังหวัดกาฬสินธุ์ สำเร็จการศึกษาชั้นปริญญาตรีศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อ พ.ศ. 2551 และได้รับประกาศนียบัตรหลักสูตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 33 กับวุฒิบัตรหลักสูตรทนายผู้ทำคำรับรองลายมือชื่อและเอกสาร รุ่นที่ 14 จากสภาทนายความ ประกาศนียบัตรหลักสูตรการสร้างบุคลากรผู้ที่มีความรู้เฉพาะทางด้านการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า จากกรมทรัพย์สินทางปัญญา และวุฒิบัตรหลักสูตรบัญชีสำหรับนักกฎหมายภาษีรุ่นที่ 7 จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ณ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ ในปีการศึกษา 2554 ทั้งนี้ภายหลังจากที่สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีได้ทำงานด้านกฎหมายที่บริษัท ดีบีบี เอ (1991) จำกัด (มหาชน) บริษัท เนชั่นแนล เพาเวอร์ ซัพพลาย จำกัด (มหาชน) และบริษัท เอส แอนด์ พี ซินดิเคท จำกัด (มหาชน) ตามลำดับ ปัจจุบันทำงานในตำแหน่งที่ปรึกษากฎหมาย (Legal Advisor) ประจำบริษัท แม็คกรุ๊ป จำกัด (มหาชน)



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY