



โครงการทุนสนับสนุนการจัดทำตำราและหนังสือ
สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

คำอธิบายกฎหมายครอบครัว

Family Law

อาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีป



โครงการทุนสนับสนุนการจัดทำตำราและหนังสือ

สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ชื่อหนังสือ	คำอธิบายกฎหมายครอบครัว Family Law
ผู้แต่ง	กมลนัยน์ ชลประทีน
พิมพ์ครั้งที่ 1	กันยายน 2564 จำนวน 5,000 เล่ม
ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ	

กมลนัยน์ ชลประทีน.

คำอธิบายกฎหมายครอบครัว = Family law.-- เชียงราย : โครงการทุนสนับสนุนการจัดทำตำราและหนังสือ สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2565. 468 หน้า.

1. กฎหมายครอบครัว. I. ชื่อเรื่อง.

346.015

ISBN 978-616-470-060-4

ผู้จัดพิมพ์	โครงการทุนสนับสนุนการจัดทำตำราและหนังสือ สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง 333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมืองเชียงราย จังหวัดเชียงราย 57100 โทรศัพท์: 0 5391 7897 ต่อ 8080 อีเมล: mlii@mfu.ac.th เว็บไซต์: mlii.mfu.ac.th
ผู้จัดจำหน่าย	บริษัท ซีเอ็ดดูเคชั่น จำกัด (มหาชน)
ออกแบบปก	นางสาวผกากรอง ปิ่นทะนัน
ออกแบบรูปเล่ม	นางสาวรุ่งอรุณ รุ่งรัตนกาล
พิมพ์ที่	สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
ราคา	260 บาท

หนังสือเล่มนี้เป็นลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง การผลิตและการลอกเลียนหนังสือเล่มนี้ไม่ว่ารูปแบบใดทั้งสิ้น
ต้องได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

คำนิยม

กฎหมายแพ่ง เรื่อง ครอบครัวเป็นหน่วยย่อยพื้นฐานของสังคมไทย ซึ่งโดยปกติมักประกอบด้วยสามีภริยาและบุตร ความสัมพันธ์ในเรื่องครอบครัว การหมั้น การสมรส ฯลฯ กฎหมายครอบครัวได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมใหม่มาหลายครั้ง การที่อาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีน ได้ใช้ความอุตสาหะในการเรียบเรียงหนังสือคำอธิบายกฎหมายครอบครัวเล่มนี้ จึงเป็นประโยชน์และมีคุณค่าในวงการศึกษากฎหมายอย่างมาก

จุดเด่นของหนังสือเล่มนี้ คือ ได้มีการรวบรวม (ร่าง) พระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ..... และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ๒๕๕๘ มาเรียบเรียงอย่างเป็นระบบ ทำให้ค้นคว้าและเข้าใจง่าย

ในฐานะที่อาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีน เป็นลูกศิษย์ที่ใกล้ชิดมาตั้งแต่เป็นนักศึกษาในสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง จึงรู้จักอาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีน เป็นอย่างดี ในความเป็นผู้สนใจงานวิชาการอย่างจริงจัง ประกอบเป็นผู้มุ่งมั่นในเป้าหมายของชีวิตและความขยันหมั่นเพียร จึงสามารถสอบได้เป็นเนติบัณฑิตไทยภายในระยะ ๑ ปี ทันทีที่จบปริญญาตรี อาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีน จึงเป็นเนติบัณฑิตไทยคนแรกของสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง และได้รับทุนการศึกษาจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงในการศึกษาต่อในระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิต จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีน สามารถผลิตผลงานในหนังสือเล่มนี้ที่มีความลุ่มลึกในทางความคิดทางวิชาการ อีกทั้งยังลึกซึ้งและละเอียดคม มิใช่เพียงงานรวบรวมคำพิพากษาศาลฎีกาเท่านั้น เชื่อว่าผลงานหนังสือเล่มนี้จะเป็นประโยชน์ต่อนักศึกษาและผู้สนใจที่ต้องการใช้ความรู้ทางกฎหมายครอบครัวในการเรียน เตรียมตัวสอบและค้นคว้า

ผมถือโอกาสนี้แสดงความยินดีกับอาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีน ที่ได้เรียบเรียงหนังสือคำอธิบายกฎหมายครอบครัวที่ทรงคุณค่าทางวิชาการเล่มนี้

รองศาสตราจารย์ ดร.ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล

คำนำ

เอกสารประกอบการสอน “วิชากฎหมายครอบครัว” ฉบับนี้ จัดทำขึ้นเพื่อใช้เป็นเอกสารประกอบการสอนของผู้เขียน ที่ได้รับมอบหมายจากสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ให้เป็นผู้สอนในรายวิชากฎหมายครอบครัว ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๕๘ เป็นต้นมา จนถึงปัจจุบัน

หากเอกสารประกอบการสอนฉบับนี้มีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใด โปรดเสนอแนะและแจ้งให้ผู้เขียนทราบได้ E-mail: kamonnai.cho@mfu.ac.th จักขอบคุณเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาข้อเสนอแนะของผู้อ่านด้วยความรอบคอบและจะดำเนินการปรับปรุงในโอกาสต่อไป

อาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีน
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
๑๔ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๖๔

สารบัญ

บทที่ ๑ ความทั่วไป	๑
๑.๑ ความทั่วไปของครอบครัว	๑
๑.๒ ประวัติศาสตร์กฎหมายครอบครัว	๔
๑.๓ กฎหมายอิสลาม	๑๒
บทที่ ๒ การหมั้น	๑๕
๒.๑ ความทั่วไปของการหมั้น	๑๕
๒.๒ เงื่อนไขการหมั้น	๒๐
๒.๒.๑ เงื่อนไขอายุของคู่หมั้น	๒๐
๒.๒.๒ เงื่อนไขความยินยอม	๒๓
๒.๓ แบบของสัญญาหมั้น	๒๗
๒.๔ สินสอด	๓๔
๒.๕ คู่สัญญาหมั้น	๔๐
๒.๖ การเรียกคืนของหมั้นหรือสินสอด	๔๐
๒.๗ การผิดสัญญาหมั้น	๔๕
๒.๘ การเรียกค่าทดแทนกรณีการผิดสัญญาหมั้น	๔๗
๒.๘.๑ ค่าทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงแห่งชายหรือหญิง	๔๙
๒.๘.๒ ค่าทดแทนความเสียหายจากการใช้จ่ายหรือต้องตกเป็นลูกหนี้ เนื่องในการเตรียมการสมรสโดยสุจริตและตามสมควร	๕๑
๒.๘.๓ ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้นได้จัดการทรัพย์สินหรือการอื่น อันเกี่ยวแก่อาชีพหรือทางทำมาหาได้ของตนไปโดยสมควรด้วยการคาดหมายว่า จะได้มีการสมรส	๕๓
๒.๙ การระงับของสัญญาหมั้น	๕๖
๒.๙.๑ การยินยอมเลิกสัญญาหมั้นของคู่หมั้นทั้งสองฝ่าย	๕๖
๒.๙.๒ ชายหรือหญิงคู่หมั้นถึงแก่ความตายก่อนสมรส	๕๖
๒.๙.๓ การเลิกสัญญาหมั้น อันเนื่องมาจากเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงหรือชายคู่หมั้น	๕๗
๒.๑๐ ค่าทดแทนในการเลิกสัญญาหมั้น	๖๑
๒.๑๐.๑ ค่าทดแทนในกรณีการบอกเลิกสัญญาหมั้น เพราะการกระทำชั่วร้ายแรง ของชายหรือหญิงคู่หมั้น	๖๒
๒.๑๐.๒ ค่าทดแทนที่เรียกจากผู้ล่วงเกินชายหรือหญิงคู่หมั้นในทางประเวณี	๖๓

สารบัญ (ต่อ)

๒.๑๑ อายุความ.....	๖๙
๒.๑๑.๑ อายุความเรียกร้องค่าทดแทน	๖๙
๒.๑๑.๒ อายุความเรียกคืนของหมั้น	๗๑

บทที่ ๓ การสมรส๗๓

๓.๑ ความหมายของการสมรส.....	๗๓
๓.๒ เงื่อนไขการสมรส.....	๗๕
๓.๒.๑ เงื่อนไขเรื่องอายุ.....	๗๖
๓.๒.๒ เงื่อนไขเรื่องความสามารถ.....	๗๘
๓.๒.๓ ห้ามสมรสกับญาติสายโลหิต	๗๙
๓.๒.๔ ห้ามผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบุตรบุญธรรม.....	๘๐
๓.๒.๕ ห้ามมิให้สมรสซ้อน.....	๘๑
๓.๒.๖ หญิงหม้ายทำการสมรสก่อนครบระยะเวลา ๓๑๐ วัน นับแต่ขาดจากการสมรสเดิม	๘๓
๓.๒.๗ ผู้เยาว์จะทำการสมรสได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม	๘๕
๓.๒.๘ ชายหญิงยินยอมสมรสกัน	๘๘
๓.๓ แบบแห่งการสมรส	๙๐
๓.๔ การสมรสในต่างประเทศ	๙๒
๓.๕ การสมรสในเหตุฉุกเฉิน	๙๓

บทที่ ๔ ความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวระหว่างสามีภรรยา.....๙๕

๔.๑ หน้าที่ระหว่างสามีภรรยา.....	๙๖
๔.๑.๑ การกินอยู่ด้วยกันฉันสามีภรรยา	๙๖
๔.๑.๒ การช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดู	๙๗
๔.๒ การแยกกันอยู่ชั่วคราว	๑๐๐
๔.๒.๑ การทำข้อตกลงแยกกันอยู่ของสามีภรรยา	๑๐๐
๔.๒.๒ การแยกกันอยู่ชั่วคราวด้วยคำสั่งศาล.....	๑๐๑
๔.๒.๓ การสิ้นสุดของการแยกกันอยู่.....	๑๐๔
๔.๓ การเป็นผู้อุปการะหรือผู้พิทักษ์ของคู่สมรส	๑๐๕
๔.๔ การอุปการะเลี้ยงดูคู่สมรสที่วิกลจริต	๑๐๖

สารบัญ (ต่อ)

๔.๕ บทบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวของสามีภรรยา.....	๑๐๘
๔.๕.๑ การใช้คำนำหน้านามและชื่อสกุลของหญิงที่สมรสแล้ว	๑๐๘
๔.๕.๒ สัญชาติของคู่สมรส	๑๑๐
๔.๕.๓ ภูมิลำเนาของคู่สมรส	๑๑๒

บทที่ ๕ ทรัพย์สินและหนี้สินระหว่างสามีภรรยา.....๑๑๓

๕.๑ สัญญาก่อนสมรส.....	๑๑๔
๕.๑.๑ การทำสัญญาก่อนสมรส.....	๑๑๖
๕.๑.๒ การเปลี่ยนแปลงข้อความในสัญญาก่อนสมรส	๑๑๘
๕.๑.๓ ผลของสัญญาก่อนสมรสต่อบุคคลภายนอก	๑๑๙
๕.๒ สัญญาระหว่างสมรส.....	๑๒๐
๕.๓ ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา	๑๒๔
๕.๓.๑ สินส่วนตัว	๑๒๕
๕.๓.๒ การจัดการสินส่วนตัว	๑๓๓
๕.๓.๓ สินสมรส.....	๑๓๔
๕.๓.๔ การจัดการสินสมรสที่สำคัญ.....	๑๔๒
๕.๔ หนี้สินของสามีภรรยา.....	๑๖๙
๕.๔.๑ หนี้ส่วนตัวของสามีภรรยา.....	๑๖๙
๕.๔.๒ หนี้ร่วมระหว่างสามีภรรยา.....	๑๗๒
๕.๔.๓ หนี้ระหว่างสามีภรรยาด้วยกันเอง	๑๗๙
๕.๔.๔ การชำระหนี้ร่วมของสามีภรรยา.....	๑๘๒
๕.๔.๕ กรณีศาลมีคำพิพากษาให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งล้มละลาย.....	๑๘๕
๕.๕ การแยกสินสมรส.....	๑๘๗
๕.๕.๑ เหตุของการแยกสินสมรส	๑๘๗
๕.๕.๒ การยกเลิกการแยกสินสมรส	๑๙๐
๕.๕.๓ กรณีสินสมรสไม่เหลืออยู่แล้ว.....	๑๙๒

บทที่ ๖ การสมรสเป็นโมฆะ.....๑๙๓

๖.๑ การสมรสเป็นโมฆะ.....	๑๙๓
๖.๒ เหตุของการสมรสเป็นโมฆะ.....	๑๙๕
๖.๓ คำพิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะ.....	๑๙๙
๖.๔ การกล่าวอ้างการสมรสที่เป็นโมฆะ.....	๒๐๑

สารบัญ (ต่อ)

๖.๕ การจ้งนายทะเบียนถึงการสมรสที่เป็นโมฆะ.....	๒๐๔
๖.๖ ผลของการสมรสเป็นโมฆะ	๒๐๖

บทที่ ๗ การสิ้นสุดการสมรส.....๒๑๕

๗.๑ การสิ้นสุดการสมรสด้วยการตายของคู่สมรส.....	๒๑๕
๗.๒ การสมรสเป็นโมฆียะ	๒๑๖
๗.๒.๑ การเพิกถอนการสมรสที่เป็นโมฆียะ	๒๑๗
๗.๒.๒ เหตุของการสมรสเป็นโมฆียะ	๒๑๘
๗.๒.๓ ผลของการเพิกถอนการสมรสที่เป็นโมฆียะ	๒๒๘
๗.๓ การสิ้นสุดการสมรสด้วยการหย่า.....	๒๓๑
๗.๓.๑ การหย่าด้วยความยินยอม.....	๒๓๑
๗.๓.๒ เหตุฟ้องหย่า.....	๒๓๖
๗.๓.๓ ข้อยกเว้นเหตุฟ้องหย่า	๒๖๓
๗.๓.๔ เหตุฟ้องหย่าหมดไปเมื่อใดให้อภัย	๒๖๕
๗.๓.๕ อายุความฟ้องหย่า	๒๖๗
๗.๓.๖ การฟ้องหย่าของคู่สมรสวิกลจริต	๒๖๙
๗.๔ ผลของการหย่า.....	๒๗๒
๗.๔.๑ การใช้อำนาจปกครองบุตร	๒๗๒
๗.๔.๒ การออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร	๒๗๕
๗.๕ การเรียกค่าทดแทน	๒๗๖
๗.๕.๑ ค่าทดแทนกรณีมาตรา ๑๕๑๖ (๑)	๒๗๖
๗.๕.๒ การเรียกค่าทดแทนกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งก่อเหตุเพื่อให้มีการฟ้องหย่า.....	๒๗๘
๗.๖ การเรียกค่าเลี้ยงชีพ	๒๗๙
๗.๖.๑ ค่าเลี้ยงชีพกรณีเหตุแห่งการหย่าเกิดจากความผิดของคู่สมรสฝ่ายหนึ่ง	๒๗๙
๗.๖.๒ การเรียกค่าเลี้ยงชีพกรณีคู่สมรสฝ่ายหนึ่งวิกลจริตหรือเป็นโรคติดต่อร้ายแรง	๒๘๑
๗.๖.๓ สิทธิในการเรียกค่าเลี้ยงชีพหมดไป เพราะการสมรสใหม่	๒๘๒
๗.๗ ผลของการหย่า.....	๒๘๒
๗.๗.๑ การนับเวลาผลของการหย่า	๒๘๒
๗.๗.๒ การแบ่งทรัพย์สินของสามีภริยา.....	๒๘๓
๗.๗.๓ การจัดการสินสมรสในส่วนที่ขาด.....	๒๘๕
๗.๗.๔ การรับผิดชอบในหนี้ร่วม	๒๘๗
๗.๗.๕ อายุความสิทธิเรียกร้องระหว่างสามีภริยา.....	๒๘๘

สารบัญ (ต่อ)

บทที่ ๘ บิดามารดาบุตร.....๒๘๙

๘.๑ การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย.....	๒๘๙
๘.๑.๑ กรณีเด็กเกิดระหว่างสมรสหรือสิ้นสุดการสมรส.....	๒๘๙
๘.๑.๒ กรณีหญิงสมรสฝ่าฝืนมาตรา ๑๔๕๓ และคลอดบุตรระหว่างนั้น.....	๒๙๒
๘.๑.๓ กรณีหญิงสมรสฝ่าฝืนมาตรา ๑๔๕๒ และคลอดบุตรระหว่างนั้น.....	๒๙๓
๘.๒ การฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร.....	๒๙๔
๘.๒.๑ ชายฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรด้วยตนเอง.....	๒๙๔
๘.๒.๒ กรณีทายาทของชายฟ้องคดีแทน.....	๒๙๙
๘.๓ การปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย.....	๓๐๑
๘.๔ กรณีเด็กเกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชาย.....	๓๐๒
๘.๕ การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร.....	๓๐๕
๘.๕.๑ ขั้นตอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร.....	๓๐๕
๘.๕.๒ กรณีชายไม่สมควรมีอำนาจปกครองบุตร.....	๓๑๐
๘.๕.๓ การขอถอนอำนาจปกครองของผู้ปกครอง.....	๓๑๒
๘.๕.๔ การขอถอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร.....	๓๑๓
๘.๕.๕ ข้อเสนอขึ้นสู่ศาลว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย.....	๓๑๔
๘.๕.๖ การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร.....	๓๒๐
๘.๕.๗ ผลของการพิพากษาให้เด็กเป็นบุตรของชาย.....	๓๒๓
๘.๕.๘ กรณีศาลพิพากษาเพิกถอนการสมรสเป็นโมฆียะ.....	๓๒๖

บทที่ ๙ สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาบุตร.....๓๒๗

๙.๑ สิทธิในการใช้ชื่อสกุลของบุตร.....	๓๒๗
๙.๒ คดีอุทลุม.....	๓๒๙
๙.๓ หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูระหว่างบิดามารดากับบุตร.....	๓๓๔
๙.๓.๑ หน้าที่ของบุตรในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา.....	๓๓๔
๙.๓.๒ หน้าที่ของบิดามารดาในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร.....	๓๓๖
๙.๓.๓ การฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูระหว่างบิดามารดาบุตร.....	๓๓๙
๙.๔ อำนาจปกครองของบิดามารดา.....	๓๔๒
๙.๔.๑ อำนาจปกครองของบิดามารดาของบุตรผู้เยาว์.....	๓๔๒
๙.๔.๒ สิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครอง.....	๓๔๙
๙.๔.๓ ผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตร.....	๓๕๖

สารบัญ (ต่อ)

๙.๕ อายุความ.....	๓๗๕
๙.๖ การถอนอำนาจปกครอง.....	๓๗๖
๙.๖.๑ เหตุในการถอนอำนาจปกครอง.....	๓๗๖
๙.๖.๒ การคืนอำนาจปกครอง.....	๓๗๗
๙.๖.๓ ผลของการถอนอำนาจปกครอง.....	๓๗๘

บทที่ ๑๐ ผู้ปกครอง.....๓๗๙

๑๐.๑ การตั้งผู้ปกครอง.....	๓๗๙
๑๐.๒ คุณสมบัติของผู้ปกครอง.....	๓๘๒
๑๐.๓ จำนวนของผู้ปกครอง.....	๓๘๕
๑๐.๔ การเริ่มเป็นผู้ปกครอง.....	๓๘๕
๑๐.๕ สิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ในปกครอง.....	๓๘๖
๑๐.๕.๑ การทำบัญชีทรัพย์สินของผู้อยู่ในปกครอง.....	๓๘๖
๑๐.๕.๒ ก่อนศาลยอมรับบัญชี ผู้ปกครองทำกิจการใดไม่ได้ เว้นแต่จำเป็น.....	๓๘๘
๑๐.๕.๓ หน้าที่ในการแจ้งให้ศาลทราบ กรณีผู้ปกครองมีหนี้ที่เป็นคุณหรือโทษ ต่อผู้อยู่ในปกครอง.....	๓๘๙
๑๐.๕.๔ การคุ้มครองทรัพย์สินของผู้อยู่ในปกครอง.....	๓๘๙
๑๐.๕.๕ ผู้ปกครองมีฐานะทำนองเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครอง.....	๓๙๑
๑๐.๕.๖ ข้อยกเว้นการไม่มีสิทธิรับบำเหน็จของผู้ปกครอง.....	๓๙๔
๑๐.๖ การสิ้นสุดความปกครองและการเป็นผู้ปกครอง.....	๓๙๕
๑๐.๖.๑ การสิ้นสุดการปกครอง.....	๓๙๕
๑๐.๖.๒ การสิ้นสุดความเป็นผู้ปกครอง.....	๓๙๖
๑๐.๖.๓ เหตุการณ์ถอนผู้ปกครอง.....	๓๙๗
๑๐.๖.๔ ผู้มีสิทธิขอถอนผู้ปกครอง.....	๓๙๘
๑๐.๗ ผลของการสิ้นสุดความปกครอง.....	๓๙๙
๑๐.๗.๑ ผู้ปกครองส่งมอบทรัพย์สินและบัญชี.....	๓๙๙
๑๐.๗.๒ กรณีผู้ปกครองและผู้อยู่ในปกครองมีเงินค้ำให้กัน.....	๔๐๐
๑๐.๗.๓ ผู้อยู่ในปกครองมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้ปกครอง.....	๔๐๐
๑๐.๘ ผู้อนุบาล.....	๔๐๑
๑๐.๘.๑ ผู้อนุบาลของคู่สมรส.....	๔๐๑
๑๐.๘.๒ ผู้อนุบาลซึ่งเป็นบิดามารดาหรือบุคคลอื่น.....	๔๐๒

สารบัญ (ต่อ)

บทที่ ๑๑ บุตรบุญธรรม	๔๐๕
๑๑.๑ คุณสมบัติของผู้รับบุตรบุญธรรม.....	๔๐๖
๑๑.๒ เงื่อนไขการรับบุตรบุญธรรม	๔๐๗
๑๑.๒.๑ เงื่อนไขความยินยอม.....	๔๐๗
๑๑.๒.๒ การเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลคนเดียว	๔๑๕
๑๑.๓ การรับบุตรบุญธรรม.....	๔๑๖
๑๑.๓.๑ การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม.....	๔๑๖
๑๑.๓.๒ ผลของการรับบุตรบุญธรรม	๔๑๘
๑๑.๔ การเลิกรับบุตรบุญธรรม.....	๔๒๑
๑๑.๔.๑ การเลิกรับบุตรบุญธรรมด้วยความตกลง.....	๔๒๑
๑๑.๔.๒ การเลิกรับบุตรบุญธรรมเพราะการสมรส.....	๔๒๓
๑๑.๔.๓ การฟ้องเลิกรับบุตรบุญธรรม	๔๒๔
๑๑.๔.๔ อายุความในการฟ้องเลิกรับบุตรบุญธรรม.....	๔๒๙
๑๑.๔.๕ การฟ้องเลิกรับบุตรบุญธรรมของบุตรบุญธรรม	๔๓๐
๑๑.๔.๖ ผลของคำพิพากษา	๔๓๐
๑๑.๔.๗ ผลของการเลิกรับบุตรบุญธรรม	๔๓๑
บทที่ ๑๒ ค่าอุปการะเลี้ยงดู	๔๓๓
๑๒.๑ การเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู.....	๔๓๔
๑๒.๒ การเปลี่ยนแปลงเพิกถอนค่าอุปการะเลี้ยงดู.....	๔๓๖
๑๒.๓ การชำระค่าอุปการะเลี้ยงดู	๔๓๙
๑๒.๔ สิทธิในการได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดู.....	๔๔๐
บรรณานุกรม	๔๔๒
ดัชนีค้นคำ	๔๔๕
ดัชนีค้นคำพิพากษา.....	๔๔๙

๑.๑ ความทั่วไปของครอบครัว

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ มีได้บัญญัติถึงนิยามคำว่า “ครอบครัว” ว่า หมายความว่าอะไร จึงต้องใช้นิยามในความหมายทั่วไปตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้ให้นิยามคำว่าครอบครัวว่าหมายถึง “สถาบันพื้นฐานของสังคมที่ประกอบด้วยสามี ภรรยาและหมายความรวมถึงลูกด้วย” นั้นแสดงให้เห็นว่า นิยามคำว่าครอบครัวของไทย ยังมีสื่อถึงความสัมพันธ์ที่แคบ ไม่ได้ครอบคลุมถึง ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา แต่ครอบคลุมเพียงความสัมพันธ์ในสังคมเล็ก ๆ ที่ประกอบไปด้วย บิดา มารดาและบุตรเท่านั้น แต่ในขณะเดียวกัน ก็สื่อถึงความสัมพันธ์ในลักษณะของบิดา มารดา บุตรต่อกันเป็นทอด ๆ ไป

“ครอบครัว เกิดจากอะไร”

ครอบครัวเกิดจากการที่บุคคลทุกคนมีความอ่อนไหวในตนเองและต้องการที่พึ่งพาอาศัย ทั้งทางกายและทางจิตใจ ไม่อาจอยู่ได้ด้วยตัวเองเพียงลำพัง รวมถึงการมีสัญชาตญาณที่จะดำรงเผ่าพันธุ์และสืบทอดวัฒนธรรมประเพณีแก่ลูกหลาน เมื่อมีการสั่งสมมาเป็นทอด ๆ จึงถือได้ว่าครอบครัวเป็นสังคมขนาดเล็กที่มีความสมบูรณ์ในตัวเอง แม้จะเป็นสังคมที่มีความสัมพันธ์เพียงไม่กี่คนก็ตาม ซึ่งความสัมพันธ์ของครอบครัวมีภารกิจหลัก ๒ ประการ ได้แก่ “ภารกิจด้านชีวภาพ” กล่าวคือ การตอบสนองความสัมพันธ์ทางเพศที่มนุษย์ต้องการสืบเผ่าพันธุ์ ในการบัญญัติหน้าที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวของสามีภริยาจึงได้กำหนดให้การร่วมประเวณีระหว่างสามีภริยาเป็นหน้าที่ที่หากฝ่ายใดไม่ปฏิบัติ อีกฝ่ายมีสิทธิฟ้องหย่าโดยอ้างเหตุดังกล่าวได้ เมื่อเป็นเช่นนั้น

กฎหมายครอบครัวของไทยจึงครอบคลุมเพียง การสมรสของคู่สมรสที่ต่างเพศกัน ด้วยการสนองภารกิจในส่วนแรก ทำให้เข้าใจได้ว่าคู่สมรสไม่อาจเป็นเพศเดียวกันได้ จึงอนุมานได้ว่าการสมรสต้องมาจากบุคคลต่างเพศกัน หากเป็นบุคคลเพศเดียวกันทำการสมรสคงไม่สามารถมีบุตรร่วมกันได้โดยธรรมชาติ อีกทั้ง บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ใช้คำว่า ชายและหญิงในหลายส่วน เพราะหากกฎหมายเปิดโอกาสให้ทุกเพศสามารถทำการสมรสได้ บรรพ ๕ น่าจะใช้คำว่า “ผู้ใด” เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญามากกว่า

ภารกิจในส่วนที่สอง “ภารกิจด้านร่างกาย จิตใจและสติปัญญา” ตามที่กล่าวข้างต้นว่า บุคคลทุกคนต้องการที่พักพิงและไม่อาจอยู่ได้ด้วยตนเองเพียงลำพัง เมื่อเกิดมานุษยย่อมต้องการการดูแลเอาใจใส่ ไม่อาจเติบโตมาได้ด้วยตนเอง บิดามารดาจึงมีหน้าที่ในการพุ่มพักดูแลบุตรนับแต่เมื่อคลอดจนกระทั่งบรรลุนิติภาวะ ต้องให้การสนับสนุนบุตรทั้งด้านร่างกาย จิตใจและสติปัญญาที่ต้องมีสิ่งสอนเพื่อให้บุตรสามารถดำรงตนในสังคมด้วยตนเองต่อไปได้ แต่กว่าจะถึงความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร ต้องพิจารณาให้ก่อนว่า **“เมื่อคนเราจะมีครอบครัวต้องเริ่มจากอะไร”** ส่วนใหญ่มักเริ่มจากการมีความรักที่ทั้งสองฝ่ายมาเจอกัน ทำความรู้จักกัน รักกัน คบหาดูใจกัน ซึ่งสถานะเหล่านี้กฎหมายไม่ได้กำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมายไว้ แต่เมื่อใดก็ตามที่ทั้งคู่ได้ร่วมกันทำสัญญาหมั้นและสัญญาสมรส^๑ ความสัมพันธ์ในทางกฎหมายจึงได้เกิดขึ้นโดยความสัมพันธ์นี้จะเริ่มขึ้นเมื่อมีการหมั้นตามแบบหรือเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ตลอดจนการสมรสที่ได้ดำเนินการทางทะเบียน ก่อให้เกิดทั้ง **“ความสัมพันธ์ในทางส่วนตัว”** เช่น การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน และ **“ความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สิน”** ที่จากเดิมก่อนสมรสต่างฝ่ายต่างดูแลทรัพย์สินของตนเองด้วยตนเอง แต่เมื่อทำการสมรสทั้งสองต่างมีหน้าที่จัดการทรัพย์สินร่วมกันและเมื่อทั้งสองมีบุตรก็จะเกิดความเปลี่ยนแปลงทางสถานะจากสามีภริยา กลายเป็นสถานะบิดามารดาที่มีทั้งสิทธิและหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อบุตร เช่น การว่ากล่าวตักเตือนและลงโทษตามสมควร

^๑ สัญญาหมั้นหรือสัญญาสมรสแตกต่างจากการทำนิติกรรมสัญญาโดยทั่วไป กล่าวคือ การทำสัญญาหมั้นหรือสัญญาสมรสเป็นการแสดงเจตนาโดยมีวัตถุประสงค์ในการก่อสถานะของบุคคลมิได้มุ่งโดยตรงต่อการเคลื่อนไหวก่อให้เกิดสิทธิในทางทรัพย์สิน ดังนั้น แม้ใช้คำว่า “สัญญา” แต่ก็ไม่อาจฟ้องร้องบังคับให้ปฏิบัติได้อย่างนิติกรรมสัญญาทั่วไป

ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ ๗ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า ๑.

การเรียกคืนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิ และสุดท้ายกรณีขาดจากความสัมพันธ์ อย่างการขาดจากการสมรส กฎหมายก็ได้กำหนดกระบวนการในการขาดจากการสมรสไว้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ความสัมพันธ์ในรูปแบบของครอบครัวที่ประกอบไปด้วยบิดามารดากับบุตร ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ยังได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์ที่เทียมสถานะบิดามารดากับบุตร เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม หรือความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้เยาว์^๒ ในกรณีที่ผู้เยาว์ไม่มีบิดามารดาหรือมีแต่ถูกทอดอำนาจปกครอง เป็นต้น

นอกจากนี้ ด้วยความสัมพันธ์ที่เปราะบางตามกฎหมายครอบครัว จึงมักมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน การก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์อย่างใด ๆ ที่กระทบถึงความสัมพันธ์ลักษณะครอบครัวจึงอาจตกเป็นโมฆะได้ง่ายกว่าความสัมพันธ์ในรูปแบบอื่น การตกลงทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของครอบครัวก็ไม่อาจกำหนดวัตถุประสงค์แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายมากนัก เพราะอาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ที่ทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะตามบทบัญญัติทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๐ ประกอบมาตรา ๑๕๑ เช่น การทำสัญญาจ้างหญิงเพื่อให้มาเป็นภริยา ตน กฎหมายมิได้มีบทบัญญัติชัดเจนในการห้ามจ้างหญิงมาเป็นภริยา กรณีจึงเป็นการทำนิติกรรมต่างจากที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา ๑๕๑ แต่ด้วยวัตถุประสงค์ของนิติกรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หากการที่กฎหมายไม่บัญญัติห้ามชัดเจนและเปิดช่องว่างให้ชายสามารถจ้างหญิงคนใดก็ได้มาเป็นภริยา สังคมคงขาดความสงบสุข ดังนั้นการทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวจึงทำได้ยากกว่าการทำนิติกรรมจากความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินที่กำหนดวัตถุประสงค์แตกต่างจากกฎหมายได้มากกว่า

ความสัมพันธ์ทางครอบครัวมีความแตกต่างในแต่ละสังคมและวัฒนธรรมสูง เช่น ความสัมพันธ์ในแบบของไทยมักจะเลี้ยงดูบุตรแบบประคบประหงมหรือบางครอบครัวถือคติ **“รักวัวให้ผูก รักลูกให้ตี”** แม้บุตรจะบรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม ในขณะที่วัฒนธรรมตะวันตก เมื่อถึงวัยหนึ่ง บิดามารดามักจะปล่อยให้ลูกมีอิสระในการใช้ชีวิตและเริ่มทำมาหากินเร็วกว่าสังคมไทย แต่สังคมไทยยึดหลักการเดิมมาตั้งแต่สมัยสุโขทัยที่บิดามารดามีอิสระเหนือบุตร สามารถกำหนด

^๒ คำว่า “ผู้ปกครอง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ มิได้มีความหมายถึงบิดามารดาเสมอไป แต่ผู้ปกครองเป็นบุคคลที่ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งให้เป็นผู้ดูแลผู้เยาว์ที่ไม่มีบิดามารดาหรือมีบิดามารดาแต่ถูกทอดอำนาจปกครอง

ได้ว่าบุตรจะกินอยู่ ใช้ชีวิตแม้กระทั่งเลือกคู่ครองก็ต้องอยู่ภายใต้การยินยอมของบิดามารดา แม้จะยังสืบทอดวัฒนธรรมดังกล่าวมาถึงปัจจุบันแต่ก็ผ่อนคลายเป็นบ้างแล้ว ทั้งนี้ ไม่ว่ารูปแบบ วัฒนธรรมการเลี้ยงดูบุตรแบบใดจะดีกว่ากัน แต่ก็ไม่สามารถลอกเลียนแบบกันได้ เพราะพื้นฐานทาง สังคมและวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน

๑.๒ ประวัติศาสตร์กฎหมายครอบครัว

กฎหมายครอบครัวของไทย ตั้งแต่สมัยสุโขทัย สมัยอยุธยา ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศ อินเดีย ผ่านขอมและมอญมาอีกทอดหนึ่ง^๓ สังคมในยุคนั้นจึงเรียกได้ว่าเป็นสังคม “**บิดาธิปไตย**”^๔ ในความหมายนี้ คือ บิดาเป็นใหญ่ในครอบครัว การใช้ชีวิตครอบครัวผู้ชายจึงมีอำนาจควบคุม ผู้หญิงและสมาชิกอื่นในครอบครัว เป็นผู้ที่มีอำนาจสูงสุดที่ควบคุมกิจการต่าง ๆ ได้ทั้งครอบครัว โดย หญิงซึ่งเป็นภริยาในสมัยนั้นไม่มีบทบาททางสังคม ผู้ชายในสมัยนั้นเห็นผู้หญิงเป็นเพียงคนรับใช้ หรือสิ่งของและไม่มีสิทธิในออกความคิดเห็นใดๆ แม้จะเกี่ยวข้องกับการจัดการภายในครอบครัว ก็ตาม โดยการสร้างครอบครัวในสมัยนั้นไม่เน้นการสมรส แต่เน้นที่การอยู่ร่วมกันระหว่างบิดา มารดากับบุตร ที่ให้อำนาจแก่บิดาที่จะเป็นผู้กำหนดถิ่นที่อยู่ รวมถึงการจัดการทรัพย์สินใน ครอบครัวและในขณะนั้นยังไม่มีแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา จึงมีคำกล่าวในทำนองที่ว่า สามีภริยาเสมือนเป็นบุคคลเดียวกัน เพราะภริยาถูกลอมรวมอยู่ภายใต้สามี ซึ่งในช่วงของสังคม ชายเป็นใหญ่อาจเป็นเพราะสมัยนั้นชายต้องทำศึกสงครามและทำมาหาเลี้ยงครอบครัว ในขณะที่ หญิงมักต้องอยู่ดูแลบ้านเรือน

^๓ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบาย กฎหมายครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ ๒๓ สำนักอบรมและศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, หน้า ๒.

^๔ คำว่า “บิดาธิปไตย” (Paternalism) โดยคำว่า Paternalism มีรากศัพท์มาจากภาษาละติน โดยคำว่า Pater หมายถึง บิดา ซึ่งเมื่อรวมกับคำว่า -ism หมายถึง ลัทธิ จึงเป็นคำว่าบิดาธิปไตย แต่ทั้งนี้ คำว่า บิดาธิปไตยมีความหมายแตกต่างจากระบบนิยามชาย หรือ Patriarchy ที่หมายถึงระบบสังคมที่ลักษณะบางอย่าง แสดงออกถึงการให้คุณค่าความเป็นชายมากกว่าหญิงและที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันทางเพศ

Kurian, George Thomas (2011). The encyclopedia of political science. Washington: CQ Press.

จนกระทั่ง มีคติประวัติศาสตร์ระหว่างอำแดงป้อมกับนายบุญศรี ที่อำแดงป้อมซึ่งเป็นภริยาของนายบุญศรีได้ทำชู้กับนายราชาอรธและอำแดงป้อมได้ฟ้องหย่านายบุญศรี เพื่อไปใช้ชีวิตคู่ร่วมกับนายราชาอรธ ต่อมา พระเกษมและลูกขุนได้มีคำพิพากษาให้อำแดงป้อมหย่าขาดจากนายบุญศรี แต่นายบุญศรีไม่ยอมหย่าและได้กล่าวโทษพระเกษมและนายราชาอรธต่อเจ้าพระยาศรีธรรมราช โดยเจ้าพระยาศรีธรรมราชกราบบังคมทูลต่อพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ ๑ พระองค์ทรงพระกรุณาตรัสว่า **“การที่หญิงนอกใจแล้วมาร้องฟ้องหย่าชายสามี ลูกขุนปรึกษาให้หย่ากันนั้นยุติธรรมไม่”** จึงได้มีพระบรมราชโองการตรัสสั่งให้นำกฎหมายมาตรวจเสียใหม่ พบว่า พระเกษมมิได้ตัดสินผิดไปจากตัวบทกฎหมาย แต่กลับพบว่าตัวบทกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ตนเองที่มีความผิดเพี้ยนและคลาดเคลื่อน^๕ จึงเห็นว่าหากไม่ได้รับการแก้ไข จะส่งผลให้กฎหมายไม่อาจดำรงความยุติธรรม จึงได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในชื่อ **“กฎหมายลักษณะผัวเมีย”** ซึ่งเป็นกฎหมายลักษณะหนึ่งของกฎหมายตราสามดวงที่ประกอบไปด้วยพระราชสีห์ พระคชสีห์และพระบัวแก้ว^๖

ในระหว่างการบังคับใช้กฎหมายลักษณะผัวเมียนั้น กฎหมายอนุญาตให้ชายเป็นใหญ่ในครอบครัว^๗ โดยเป็นผู้มีอำนาจและกฎหมายคุ้มครองศักดิ์ศรีชายมากกว่าหญิง^๘ ชายมีภริยาได้หลายคน แต่ภริยาต้องมีสามีเพียงคนเดียว^๙ หากภริยามีชายอื่นเรียกว่า **“ชู้”** และเป็นความผิด

^๕ บทกฎหมายที่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชได้มีพระบรมราชโองการตรัสสั่งให้แก้ไข บัญญัติว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชาย หย่าได้” ซึ่งหมายความว่า แม้ชายมิได้กระทำผิด แต่หญิงต้องการหย่าก็หย่าได้ ซึ่งทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่ยุติธรรม

^๖ กฎหมายลักษณะผัวเมีย ถูกตราขึ้นใช้บังคับในแผ่นดินสมเด็จพระรามาธิบดี (อยู่ทอง) ต่อมามีการชำระสะสางในรัชกาลที่ ๑ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ในปี พ.ศ. ๒๓๔๘

อมร จันทรสมบูรณ์, “อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม ๑๔ ตอน ๒, สิงหาคม ๒๕๓๘, หน้า ๗๒-๗๓.

^๗ สมชาย กษิติประดิษฐ์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๗), หน้า ๑.

^๘ พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา, หลักกฎหมายครอบครัว, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๓), หน้า ๑.

^๙ กฎหมายลักษณะผัวเมีย มาตรา ๗๐ บัญญัติว่า

“มาตราหนึ่ง ผัวเมียอยู่ด้วยกัน ผัวไปค้าได้เมียใหม่มาด้วย ชายทำเคียดแค้นเมื่อก่อนและหย่ากันใช้ ให้แบ่งสินนั้นกึ่ง เพราะเมื่อก่อนนั้นหาโทษมิได้ ผู้ขายนั้นอาธรรม”

ที่ต้องขอขมาสามี^{๑๐} สามีมีสิทธิลงโทษภริยาได้ตามสมควร^{๑๑} ในฐานะที่ชายเป็นหัวหน้าครอบครัว^{๑๒} แต่ภริยาไม่อาจลงโทษสามีได้ เป็นต้น

ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร กฎหมายกำหนดให้บิดามารดามีอิสระเหนือบุตร กล่าวคือ หากบุตรสาวมีอายุไม่เกิน ๒๐ ปีบริบูรณ์ การหาคู่สมรสต้องขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของบิดามารดาและเมื่อใดที่หญิงทำการสมรสกับชาย หญิงต้องอยู่ภายใต้อิสระของสามี นอกจากนี้ กฎหมายลักษณะผัวเมียไม่มีการกำหนดอายุขั้นต่ำที่จะทำการสมรส หากชายหญิงอยู่ในวัยรู้ได้เองสักก็สามารถทำการสมรสได้^{๑๓} นอกจากนี้ การสมรสระหว่างพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดายังเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายลักษณะผัวเมีย ในส่วนของการขาดจากการสมรสทำได้ง่ายกว่ากฎหมายครอบครัวตามบรรพ ๕^{๑๔} เช่น ชายออกบวช^{๑๕} หญิงออกบวชเป็นชี^{๑๖}

หมายความว่า ผัวเมียอยู่ด้วยกัน แต่หากชายมีเมียใหม่และต้องการหย่าก็หย่าได้ แม้หญิงไม่ผิด

^{๑๐} กฎหมายลักษณะผัวเมีย มาตรา ๖๐ บัญญัติว่า

“สามีภริยาอยู่ด้วยกัน ภริยามีความผิด สามีจะปรามปรามตีโบย หญิงจะเอาโทษแก่สามีนั้นมิได้ ถ้าภริยาด่าว่าหย่าข่าแก่สามี ให้ภริยาเอาข้าวตอกดอกไม้ไปขอโทษสามี”

^{๑๑} ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบาย กฎหมายครอบครัว, หน้า ๓.

^{๑๒} การยกย่องให้ชายเป็นหัวหน้าครอบครัว (pater familias) มีมาตั้งแต่สมัยกฎหมายโรมัน โดยให้ชายเป็นใหญ่ในครอบครัว แต่หญิงไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ทรงสิทธิ ซึ่งกฎหมายสิบสองโต๊ะได้กำหนดให้ชายเป็นผู้ชี้เป็นชี้ตายเหนือภริยาและบุตร รวมถึงทาส

สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, “หลักเกณฑ์ว่าด้วยหัวหน้าครอบครัว (pater familias) ตามหลักกฎหมายโรมัน”, ครอบครัว งานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ กัมพูสิริ รวมข้อเขียนที่ระลึกในโอกาสอายุครบ ๖๐ ปี ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา), หน้า ๒๒.

^{๑๓} พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ให้นิยามของคำว่า “เดียงสา” ว่าหมายถึง ภาษา, รู้ความ, รู้ผิดรู้ชอบตามปรกติสามัญ

^{๑๔} การหย่าโดยยินยอมตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย อาจทำได้ ๓ วิธี ได้แก่

มาตรา ๖๕ คู่สมรสแต่ละฝ่ายให้หนังสือหย่าแก่กันต่อหน้าผู้ใหญ่

มาตรา ๖๖ สามีให้หนังสือหย่าแก่ภริยาและภริยายอมรับต่อหน้าพยาน

มาตรา ๑๓๘ คู่สมรสประกาศการหย่าพร้อมทั้งแบ่งทรัพย์สินระหว่างกันต่อหน้าผู้ใหญ่

^{๑๕} ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบาย กฎหมายครอบครัว, หน้า ๓.

^{๑๖} สมชาย กษิติประดิษฐ์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว, หน้า ๒.

หรือขายเก็บข้าวของลงจากเรือนแล้วเอามิดพรำพันเสารือน ย่อมถือเป็นอันขาดจากการสมรส^{๑๗} เป็นต้น ที่กฎหมายให้การขาดจากการสมรสสามารถทำได้ง่ายอาจเป็นเพราะการสมรสในสมัยนั้น ไม่ต้องดำเนินการทางทะเบียนอย่างในปัจจุบัน การสมรสทำได้เพียงการให้ความยินยอมและแสดงต่อสาธารณชนเท่านั้นว่าทั้งสองเป็นสามีภริยากัน หากต่อมามีการหย่าขาดจากกันให้มีการแบ่งสินสมรสออกเป็น ๓ ส่วน ให้ชาย ๒ ส่วน หญิง ๑ ส่วน^{๑๘} และแม้ว่าชายจะมีภริยาหลายคนแต่การแบ่งสินสมรสก็ยังคงแบ่งเช่นเดิม คือ ชาย ๒ ส่วน หญิง ๑ ส่วน โดยให้หญิงแบ่งใน ๑ ส่วนนั้นเป็นจำนวนเท่า ๆ กันในแต่ละคน

ในเวลาต่อมาได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ เดิม โดยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๕ ได้ตั้งคณะกรรมการตรวจชำระและยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยแก้ไขกฎหมายลักษณะผัวเมีย ในส่วนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสำคัญ คือ การเปลี่ยนมาใช้นโยบายการมีภริยาได้คนเดียว หรือ **“นโยบายผัวเดียวเมียเดียว”**^{๑๙} ซึ่งทำให้กฎหมายครอบครัวของไทยมีความเป็นสากลมากขึ้น^{๒๐} แต่ทั้งนี้ การชำระกฎหมายใหม่มิได้กระทบถึงความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาที่ได้ทำการสมรสตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย หากทำการสมรสตามกฎหมายลักษณะผัวเมียโดยชอบก่อนประกาศใช้กฎหมายครอบครัว

^{๑๗} กฎหมายลักษณะผัวเมีย มาตรา ๕๑ บัญญัติว่า

“ภริยามีครั้งโกรธทุ้มเถียงเคียดกันแลชายโกรธหญิง เกบเอาสินเดิมแลสิ่งของลงจากเรือนหนีหญิงแล้วเอามิดพรำพันเสารือนเสารือนเสีย แลชายไปอยู่ณะเรือนมานดาก็ดี ฟืน้องพ้องพันธุ์แห่งชายก็ดี ท่านว่าชายไปวันเดียวนั้นขาดจากผัวเมียกัน...”

^{๑๘} กฎหมายลักษณะผัวเมีย มาตรา ๖๘ บัญญัติว่า

“๖๘ มาตราหนึ่ง ผัวเมียอยู่ด้วยกัน ต่างคนต่างผิดใจจะหย่าร้างไซ้ ให้หญิงส่ง (สินสอด) ช้นหมากแก่ชาย ถ้ามีลูกด้วยกันไซ้ ท่านมิให้ส่งช้นหมากสินสอดแก่ชายเลย ให้เรียกสินเดิมทั้งสองข้าง สินสมรสไซ้ให้แหวกปันเป็นสามส่วน ให้ชายสองส่วนให้หญิงส่วนหนึ่ง....”

^{๑๙} กฎหมายลักษณะผัวเมีย อนุญาตให้ชายมีภริยาหลายคนได้และถือว่าชอบด้วยกฎหมาย และได้มีการกำหนดลำดับของภริยา ได้แก่

ก. เมียกลางเมือง คือ เมียหลวงที่บิดามารดาของชายกุมมือให้เป็นภริยาหลวงของลูกชาย

ข. เมียกลางนอก คือ อนุภริยาหรือเมียน้อย บิดามารดาชายมิได้กุมมือ

ค. เมียทาสี คือ เมียทาสีลำดับต่ำที่สุดในบรรดาเมียทั้งหมด

^{๒๐} อมร จันทรมบูรณ์, “อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย”, หน้า ๗๔-๘๐.

บรรพ ๕ ก็ให้คู่สมรสนั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายลักษณะผัวเมียต่อไป หากสมรสในขณะ บังคับใช้กฎหมายลักษณะผัวเมียและชายมีภริยาหลายคน แม้ต่อมาบรรพ ๕ ได้แก้ไขบทบัญญัติให้ สามีมีภริยาได้คนเดียว การสมรสของสามีที่มีภริยาหลายคนก็ยังคงสมบูรณ์ เพราะเป็นการสมรส โดยชอบด้วยกฎหมายในระหว่างการบังคับใช้กฎหมายลักษณะผัวเมีย แต่ในส่วนของการขาดจาก การสมรสต้องพิจารณาว่าเหตุในการฟ้องหย่านั้นเกิดขึ้นในขณะบังคับใช้กฎหมายฉบับใดให้บังคับ ใช้กฎหมายฉบับนั้น เช่น สมรสตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย แต่สามีมีชู้ขณะที่บังคับใช้บรรพ ๕ หากมีการฟ้องหย่าต้องบังคับใช้เหตุหย่าตามที่บรรพ ๕ กำหนด ไม่อาจหย่าด้วยวิธีการตาม กฎหมายลักษณะผัวเมียได้ นอกจากนี้ หากชายหญิงสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายลักษณะผัวเมีย ต่อมาเมื่อมีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ แต่ชายทำการจดทะเบียน สมรสกับหญิงใหม่ ย่อมเป็นการสมรสซ้อน ชายย่อมไม่อาจได้อ้างว่า การสมรสตามกฎหมาย ลักษณะผัวเมียไม่มีการจดทะเบียนสมรสจึงทำการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายบรรพ ๕ ชอบ ด้วยกฎหมาย เพราะขณะที่ชายจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ นั้น ชายมีภริยาชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วและการสมรสตามกฎหมายลักษณะผัวเมียยังคงสมบูรณ์ การสมรสครั้งหลังจึงเป็นการสมรสซ้อน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๕๔/๒๕๓๙ ตามกฎหมายลักษณะผัวเมียอนุญาตให้ชาย มีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายได้หลายคนในเวลาเดียวกัน ทั้งได้จัดลำดับชั้นของภริยาตามวิธีการที่ ชายได้หญิงนั้นมาเป็นภริยาออกเป็น ๓ ประเภทด้วยกัน แต่ไม่ว่าจะเป็นภริยาในลำดับชั้นใดก็ตาม ต่างก็ถือว่าเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยกันทั้งสิ้น ผู้ตายกับโจทก์ได้อยู่กินกันฉันสามีภริยา มาตั้งแต่ปี ๒๔๖๔ ก่อนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ เดิม มีผลบังคับใช้ และตาม พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระ ใหม่ พ.ศ. ๒๕๐๙ มาตรา ๕ บัญญัติว่า บทบัญญัติบรรพ ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ ท้ายพระราชบัญญัตินี้ ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ของการหมั้น การ สมรส ฯลฯ ที่ได้มีอยู่แล้วในวันใช้บังคับบทบัญญัติบรรพ ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ ท้ายพระราชบัญญัตินี้ เมื่อมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าผู้ตายกับโจทก์อยู่กิน เป็นสามีภริยากันโดยเปิดเผย เป็นที่รู้จักกันทั่วไปและมีได้ทั้งร่างกายแต่อย่างใด ผู้ตายกับโจทก์จึง

ยังเป็นสามีภริยากันเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ตลอดมา ส่วนจำเลยนั้นเพิ่งอยู่กินกับผู้ตาย เมื่อปี ๒๔๙๑ ซึ่งเป็นเวลาภายหลังจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ เดิม ใช้บังคับแล้ว แต่เมื่อรับฟังได้ว่าผู้ตายกับโจทก์ยังเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วการที่ผู้ตายได้จดทะเบียนสมรสกับจำเลยอีกเช่นนี้ การสมรสระหว่างจำเลยกับผู้ตายจึงเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ ๕ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. ๒๕๑๙ มาตรา ๑๔๕๒ และมาตรา ๑๔๙๖ ที่ใช้บังคับในขณะนั้น

ต่อมา ในปีพ.ศ. ๒๕๑๖ ได้มีการเรียกร่องสิทธิเสรีภาพให้เท่าเทียมกัน^{๒๑} จึงได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายครอบครัวจากบรรพ ๕ เดิมในหลายมาตรา ในปีพ.ศ. ๒๕๑๗ โดยกำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันและหลักเน้นไปที่การมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างสามีและภริยา และลดบทบาทชายจากการเป็นหัวหน้าครอบครัว และเพิ่มบทบาทของหญิงในการจัดการภายในครอบครัว ดังนั้น หากต้องมีการจัดการทรัพย์สิน เลือกลั่นที่อยู่ รวมถึงอำนาจปกครองบุตร สามีภริยามีอำนาจร่วมกันในการตัดสินใจ แนวความคิดที่ว่าสามีภริยาเป็นบุคคลเดียวกันเปลี่ยนแปลงเป็นสามีภริยาต่างบุคคลกันและต่างฝ่ายต่างมีสิทธิจัดการภายในครอบครัว นอกจากนี้ ยังได้มีการลดประเภทของทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเหลือเพียงสินส่วนตัวและสินสมรส จากเดิมที่ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยามี ๔ ประเภท^{๒๒} ได้แก่

ก. สินส่วนตัว คือ ทรัพย์สินซึ่งเป็นเครื่องใช้สอยส่วนตัว ของหมั้นที่ชายมอบให้และทรัพย์สินที่ผู้ให้ระบุว่าเป็นสินส่วนตัว

ข. สินสมรส คือ ทรัพย์สินที่ได้มาระหว่างสมรส

ค. สินเดิม คือ ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่แล้วก่อนสมรสหรือผู้ให้ระบุให้เป็นสินเดิม

ง. สินบริคณห์ คือ ทรัพย์สินของทั้งสามีและภริยา ทั้งสินส่วนตัว สินสมรสและสินเดิมรวมกัน เรียกว่าสินบริคณห์

^{๒๑} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๑๗ มาตรา ๒๘ วรรคสอง บัญญัติว่า

“ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน”

^{๒๒} พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๑๐) พ.ศ. ๒๕๓๓.

ภายหลังจากนั้น ในปีพ.ศ. ๒๕๓๓ ได้มีการแก้ไขกฎหมายครอบครัว บรรพ ๕ เกิดขึ้นอีกครั้ง โดยแก้ไขทั้งแบบของการหมั้น การคั่นของหมั้นและสินสอด การลดอายุผู้รับบุตรบุญธรรม เป็นต้น ดังนั้น เมื่อมีการประกาศใช้บรรพ ๕ ฉบับใหม่ การกระทำใดที่ได้กระทำลงแล้วโดยชอบตามบรรพ ๕ เดิมให้เป็นไปตามกฎหมายฉบับเดิมก่อนแก้ไขกฎหมาย โดยกฎหมายครอบครัวได้มีการแก้ไขเรื่อยมา เนื่องด้วยเหตุผลของความไม่เท่าเทียมกันของชายหญิง ในปี พ.ศ. ๒๕๕๐^{๒๓} และกฎหมายครอบครัวฉบับที่ได้รับการแก้ไขล่าสุด คือ ฉบับที่มีการแก้ไขในปี พ.ศ. ๒๕๕๑^{๒๔} โดยเพิ่มเติมหลักการคุ้มครองผู้เยาว์

หากเปรียบเทียบแนวคิดกฎหมายครอบครัวในช่วงเริ่มต้นกับในยุคปัจจุบัน จะพบว่ามีความแตกต่างกันอย่างมาก เมื่อสถานการณ์ในโลกเปลี่ยนแปลงไป สังคมเปลี่ยนแปลงตาม แม้กระทั่งความสัมพันธ์ในส่วนของครอบครัวที่โลกในยุคปัจจุบันให้ความสำคัญกับสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะกลุ่มเสรีนิยมมองว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันไม่ว่าเชื้อชาติใด ศาสนาใด เพศใด ซึ่งในประเด็นเรื่องเพศเป็นที่ถกเถียงอย่างมากในยุคหลัง โดยมองว่าแท้จริงแล้วเพศมีความหลากหลายมิใช่จำกัดเฉพาะเพียงชายหญิงเท่านั้น จนไม่อาจจำแนกได้อย่างตายตัวว่ามีเพศใดบ้างในโลกปัจจุบันมองว่า “อัตลักษณ์ทางเพศ” (Gender Identity) คือ การรับรู้ว่าตนเองต้องการเป็นผู้ชายหรือผู้หญิง ซึ่งบางคนอาจมีอัตลักษณ์ทางเพศตรงกับอวัยวะเพศในเวลาเกิดอย่าง “คนข้ามเพศ” (Transgender) โดยเห็นว่า”เพศวิถี” (Sexual Orientation) คือ ความรู้สึก รสนิยมทางเพศ รวมถึงความพึงพอใจทางเพศที่มีต่อบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นรักต่างเพศ รักเพศเดียวกัน รักทั้งเพศชายและเพศหญิง และไม่ฝักใฝ่ทางเพศ^{๒๕} ปัจจุบันจึงมีการเรียกกลุ่มเพศหลากหลายว่า “LGBTQIA+”^{๒๖}

^{๒๓} พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๑๖) พ.ศ. ๒๕๕๐.

^{๒๔} ก่อนมีการพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๑๙) พ.ศ. ๒๕๕๑.

^{๒๕} LGBTQ ความหลากหลายที่ต้องเข้าใจ. สืบค้นเมื่อ ๑๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔, จาก https://www.petcharavejhospital.com/th/Article/article_detail/LGBTQ

^{๒๖} กลุ่มเพศหลากหลายหรือ LGBTQIA+ ย่อมาจาก L - Lesbian กลุ่มผู้หญิงรักผู้หญิง, G - Gay กลุ่มชายรักชาย, B - Bisexual หรือกลุ่มที่รักได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง, T - Transgender คือกลุ่มคนข้ามเพศ จากเพศชายเป็นหญิง หรือเพศหญิงเป็นชาย, Q - Queer คือ กลุ่มคนที่พึงพอใจต่อเพศใดเพศหนึ่ง โดยไม่ได้จำกัดในเรื่อง

ปัจจุบัน ประเทศไทยมีการผลักดันให้เกิดการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน โดยมีการเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายให้บุคคลเพศเดียวกันมีสิทธิในการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายและมีสิทธิอื่น ๆ อย่างคู่สมรสทั่วไป จึงได้มีการเสนอใช้ “ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ...” มีสาระสำคัญว่า เห็นควรอนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันจดทะเบียนแล้วมีสิทธิอย่างคู่สมรสชายหญิง ทั้งการใช้สิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย การลดหย่อนภาษี การรับมรดกของคู่ชีวิต เป็นต้น ต่อมา มีข้อเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ โดยใช้คำว่า “บุคคล” แทนคำว่าชายหญิง เพื่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยผู้เสนอได้ให้ความเห็นว่า “คำว่าคู่ชีวิตไม่ได้ถูกบัญญัติมีอยู่ในกฎหมายอื่น ๆ เป็นคำใหม่ จึงทำให้พระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ ไม่สามารถทำให้คู่ชีวิตได้รับการปกป้องดูแลและรับสิทธิ์เหมือนคู่สมรส”^{๒๗} เช่น สิทธิในการดำเนินการตั้งครรภ์แทน เพราะเห็นว่าการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันไม่สามารถให้กำเนิดบุตรตามธรรมชาติได้ เป็นต้น^{๒๘} ซึ่งการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในหลายประเทศเริ่มเปิดกว้างและให้การยอมรับ เช่น ประเทศอังกฤษ และอีกหลายประเทศในสหภาพยุโรป^{๒๙}

ผู้เขียนเห็นว่า ในปัจจุบันแนวคิดในเรื่องของความสัมพันธ์ในครอบครัวเปลี่ยนแปลงไปมาก ในส่วนของการสมรสระหว่างชายหญิง จากเดิมที่ภริยาอยู่ในอำนาจอิสระของสามี เปลี่ยนแปลงมาเป็นสามีภริยาต่างมีอิสระในความสัมพันธ์ต่อกัน ปัจจุบันสามีภริยาต่างฝ่ายต่างมีอำนาจในการจัดการภายในครอบครัวตราบเท่าที่ไม่ส่งผลกระทบเสียหายต่อครอบครัวและ

เพศ, I – Intersex ภาวะเพศกำกวม, A – Asexual เพศที่ไร้ความรู้สึก และเครื่องหมาย + คือ เครื่องหมายบอกหมายถึง เพศอื่น ๆ ที่ยังมีได้กล่าวถึงหรือเพศที่ยังไม่เกิดขึ้นมา แต่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

แก่ความหมายทุกตัวย่อ LGBTQIA+ มันคืออะไรกันนะ. สืบค้นเมื่อ ๑๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔, จาก <https://today.line.me/th/v2/article/wwPpVR>

^{๒๗} ธัญวรัตน์ กมลวงศ์วัฒน์, ๒๕๖๓, “ครูธัญ” ปลุกสภาเริ่มต้นแก้ไข มาตรา ๑๔๔๘ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ทุกเพศสมรสได้ สืบค้นวันที่ ๑๙ มกราคม ๒๕๖๔ สืบค้นจาก <https://voicetv.co.th/read/LcJMSFq4b>

^{๒๘} ชวินโรจน์ อธิพัชรพร, วรชมน ไตรยศักดา, ๒๕๖๓, “เข้าใจความต่าง ร่าง แก้ไข ป.พ.พ. มาตรา ๑๔๔๘ เพื่อ #สมรสเท่าเทียม และร่าง พ.ร.บ. คู่ชีวิต” สืบค้นวันที่ ๑๙ มกราคม ๒๕๖๔ สืบค้นจาก

<https://thestandard.co/differences-between-marriage-equality-and-partner-act/>

^{๒๙} ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสอง)”, รวมบทความ กฎหมายลักษณะครอบครัว, หน้า ๓๖๘-๓๗๐.

ไม่ขัดต่อกฎหมาย ความรักระหว่างสามีภริยาในปัจจุบัน จึงดำเนินไปในรูปแบบที่แตกต่างจากยุคก่อนอย่างเห็นได้ชัด โดยต่างฝ่ายต่างต้องการอิสระและเสรีภาพในความสัมพันธ์ต่อกัน แต่ยังคงไว้ซึ่งความผูกพันในทางกฎหมายที่มีความสัมพันธ์ที่ไม่ผูกมัดกันมากจนเกินไป ไม่มีฝ่ายใดอยู่ภายใต้การควบคุมหรืออำนาจของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่กลุ่มเพศหลากหลายได้รับการยอมรับในสังคมมากขึ้น ดังนั้น ปัญหาความสงบเรียบร้อยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศหลากหลายมีแนวโน้มที่จะเปลี่ยนแปลงไปในอนาคตตามยุคสมัย แม้กลุ่มอนุรักษ์นิยมยังคงเห็นว่าการสมรสจะมีขึ้นได้ตามกฎหมายเฉพาะชายหญิงเท่านั้น แต่ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาความสงบเรียบร้อยไม่ควรถูกผูกขาดอยู่ในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง เพียงแต่การแก้ไขกฎหมายซึ่งกระทบต่อความสัมพันธ์ในครอบครัวนั้นเป็นประเด็นที่มีความอ่อนไหวจึงพิจารณาเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักไม่ได้ กฎหมายจึงต้องให้ความสำคัญไปถึงบุคคลที่จะเข้ามามีความสัมพันธ์กับครอบครัวด้วย ดังเช่นประเด็นที่ถกเถียงกันในเรื่องของการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรของบุคคลเพศเดียวกัน จะเห็นได้ว่าความรักระหว่างบุคคลเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่สังคมปัจจุบันยอมรับได้ แต่การจดทะเบียนรับเด็กมาเป็นบุตรของบุคคลเพศเดียวกัน ยังมีข้อกั่วงวลในเรื่องของความรู้สึกของเด็กที่เติบโตมาในครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันว่าแท้จริงแล้วเด็กจะยอมรับได้หรือไม่ หรือเด็กประสงค์ที่จะเติบโตในครอบครัวที่ผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นชายหญิง ความสนใจของเด็กในการมีสิทธิเลือกครอบครัวย่อมเป็นสิ่งที่กฎหมายละเลยไม่ได้ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขกฎหมายในส่วนของการกำหนดเพศหรือไม่กำหนดเพศของคู่สมรสยังเป็นสิ่งที่ต้องดำเนินอย่างค่อยเป็นค่อยไป เพื่อให้สังคมที่ประกอบไปด้วยความคิดที่หลากหลายได้มีการปรับตัว อีกทั้ง การแก้ไขกฎหมายอย่างค่อยเป็นค่อยไปตามลำดับจะทำให้ทราบถึงปัญหา เพื่อนำมาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสมได้ในอนาคต

๑.๓ กฎหมายอิสลาม

กฎหมายอิสลาม เป็นกฎหมายที่บังคับแก่ผู้นับถือศาสนาอิสลามเท่านั้น และผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอิสลามนั้นจะต้องมีภูมิลำเนาเฉพาะพื้นที่ใน ๔ จังหวัดชายแดนใต้และนับถือศาสนาอิสลามด้วยกันทั้งคู่ ได้แก่ จังหวัดสตูล ปัตตานี ยะลา และนราธิวาสเท่านั้น ตามมาตรา ๑^{๓๐}

^{๓๐} กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก มาตรา ๑ บัญญัติว่า

ดังนั้น ถ้าฟังเพียงบุคคลที่นับถือศาสนาอิสลาม แต่มีภูมิลำเนาในจังหวัดอื่น ๆ นอกเหนือจาก ๔ จังหวัดที่กล่าวมานี้ บุคคลเหล่านี้ได้อยู่ภายใต้บังคับของบรรพ ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้อยู่ภายใต้กฎหมายอิสลามแต่อย่างใด

กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกอนุญาตให้ชายมีภริยาหลายคนได้ ตามมาตรา ๕๓^{๓๑} แต่ทั้งนี้ ชายที่จะมีภริยาหลายคนได้กฎหมายกำหนดว่าต้องสามารถดูแลภริยาทุกคนได้เป็นอย่างดีและเท่าเทียม อีกทั้งต้องได้รับการยินยอมจากภริยาคนแรก ตามมาตรา ๗๑^{๓๒} และชายที่สามารถมีภริยาหลายคนได้นั้น จะต้องไม่เป็นบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ แต่หากชายที่เป็นคนวิกลจริตหรือคนเสมือนไร้ความสามารถกฎหมายอิสลามอนุญาตให้มีภริยาได้ แต่มีได้เพียงคนเดียว^{๓๓} ตามมาตรา ๕๓ วรรคท้าย^{๓๔} และในส่วนของอายุขั้นต่ำที่จะทำการสมรส กฎหมายมิได้กำหนดไว้แต่อย่างใด การหย่าตามกฎหมายอิสลามอาจจะทำได้โดยพิธีตอลัก โดยให้ชายเปล่งวาจาโดยชัดแจ้งหรือปริยายต่อส่วนใดของร่างกายภริยา^{๓๕}

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. ๒๕๔๙ กำหนดให้การฟ้องคดีแพ่ง การพิจารณาคดีในกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก คู่ความทั้งสองฝ่ายจะต้องนับถือศาสนาอิสลามตามมาตรา ๓ ตอนต้น^{๓๖}

“พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. ๒๕๔๙”

^{๓๑} กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก มาตรา ๕๓ บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ชายผู้มีภริยาแล้ว ๔ คน หรือทาสที่มีภริยาอยู่แล้ว ๑ คน สมรสกับหญิงอื่นอีก...”

^{๓๒} กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก มาตรา ๗๑ บัญญัติว่า

“ให้สามีผู้มีภริยาตั้งแต่ ๒ คนขึ้นไปปันเวรอยู่ร่วมกับภริยาแต่ละคนโดยเสมอภาค”

^{๓๓} มะเนาะ ยูเด็น, หลักกฎหมายอิสลาม, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มิตรสยาม, ๒๕๒๕).

^{๓๔} กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก มาตรา ๕๓ วรรคท้าย บัญญัติว่า

“ชายผู้วิกลจริตหรือเสมือนไร้ความสามารถมีภริยาได้เพียงคนเดียวเท่านั้น”

^{๓๕} สมชาย กษิตปรีดิษฐ์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว, หน้า ๔.

^{๓๖} กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก มาตรา ๓ บัญญัติว่า

“ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกของศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลยหรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท...”

และคดีจะต้องพิจารณาโดยมีตะเฑาะฎิธรรม (ผู้พิพากษาคดีในกฎหมายอิสลาม) ร่วมพิจารณาด้วย และการพิจารณาพิพากษาคดีในส่วนของกฎหมายอิสลามต้องกระทำโดยตะเฑาะฎิธรรมเท่านั้น หากคดีใดต้องพิจารณาตามกฎหมายอิสลาม ถ้าไม่มีตะเฑาะฎิธรรมร่วมพิจารณาคดีถือเป็นการพิจารณาคดีที่ไม่ชอบ แต่ไม่ชอบเฉพาะส่วนของกฎหมายอิสลามเท่านั้น มิใช่ไม่ชอบทั้งคดี^{๓๗} และตามมาตรา ๔^{๓๘} กำหนดให้คำวินิจฉัยชี้ขาดของตะเฑาะฎิธรรมในข้อกฎหมายอิสลามเป็นอันเด็ดขาดในคดีนั้น ไม่มีสิทธิอุทธรณ์ฎีกา นอกจากนี้ ในกรณีที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯ มิได้มีบทบัญญัติถึงเรื่องใดเป็นการเฉพาะ ให้การพิจารณาคดีแพ่งนั้นบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แทน^{๓๙}

^{๓๗} ปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอื่นเป็นอำนาจของผู้พิพากษา

พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา, หลักกฎหมายครอบครัว, หน้า ๒๐๔.

^{๓๘} กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก มาตรา ๔ บัญญัติว่า

“การพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นตามความในมาตรา ๓ ให้ตะเฑาะฎิธรรมหนึ่งนาย นั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษาให้ตะเฑาะฎิธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม และลงลายมือชื่อในคำพิพากษาที่พิพากษาคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นด้วย คำวินิจฉัยชี้ขาดของตะเฑาะฎิธรรมในข้อกฎหมายอิสลามให้เป็นอันเด็ดขาดในคดีนั้น”

^{๓๙} ในกรณีที่คู่ความเป็นอิสลามศาสนิกที่อยู่ ๔ จังหวัดชายแดนใต้ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เว้นแต่เรื่องอายุความ

พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา, หลักกฎหมายครอบครัว, หน้า ๒๐๔.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๕๗๔/๒๕๔๑ แม้โจทก์และจำเลยเป็นอิสลาม ศาสนิกอยู่ในจังหวัดนราธิวาส ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขต จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. ๒๕๔๙ มาตรา ๓ บัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้นก็ตาม แต่เนื่องจากกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและ มรดกไม่มีบัญญัติไว้ว่าทรัพย์สินที่ซื้อมาระหว่างสมรสเป็นสินสมรสระหว่างผู้ซื้อกับคู่สมรส หรือเป็นสินส่วนตัวของผู้ซื้อ จึงต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับแก้กรณีปัญหา

๒.๑ ความทั่วไปของการหมั้น

การหมั้นโดยหลักเป็นการทำสัญญาระหว่างฝ่ายชายและฝ่ายหญิงว่าจะทำการสมรสกัน และสัญญาว่าจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาในอนาคต ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีได้นิยามความหมายของคำว่า “การหมั้น” แต่ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยให้ความหมายของคำว่า การหมั้นว่า “การหมั้นเป็นสัญญาที่ฝ่ายชายทำกับฝ่ายหญิงโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อชายและหญิงนั้นจะทำการสมรสกัน”^{๔๐} สัญญาหมั้นจึงยังไม่ใช่การสมรส แต่เป็นเพียงการจองตัวหญิงเพื่อการสมรสในภายหน้า ทั้งนี้ กฎหมายมิได้บังคับว่าก่อนจะทำการสมรสต้องทำสัญญาหมั้นก่อน^{๔๑} เพียงแต่ว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงได้ทำสัญญาหมั้น ทั้งคู่ต้องตกอยู่ภายใต้สัญญาหมั้น^{๔๒} หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาหมั้นโดยไม่มีเหตุอันควร อีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิเรียกร้องในค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการบอกเลิกสัญญาหมั้นนั้น แต่หากมิได้ทำสัญญาหมั้นก็ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของสัญญาดังกล่าว ชายหญิงทั้งสองจึงมีสิทธิทำการสมรสได้ตามปกติโดยไม่จำเป็นต้องมีสัญญาหมั้นเท่านั้นเอง โดยประโยชน์ที่เกิดจากการหมั้นก่อนการสมรสในสมัยโบราณเป็นการเปิดโอกาสให้ชายหญิงสนิทสนมคุ้นเคยกัน หากชายหญิงทำการสมรสกันเลย

^{๔๐} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๖๓/๒๕๒๖ การหมั้นเป็นสัญญาซึ่งฝ่ายชายทำกับฝ่ายหญิงโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อชายกับหญิงจะทำการสมรสกันสิ้นสุดเป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงเพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส

^{๔๑} ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ครอบครัว, หน้า ๑๒.

^{๔๒} สมชาย กษิติประดิษฐ์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว, หน้า ๑๗.

โดยมิได้มีการหมั้นก่อนอาจมีระยะเวลาที่ไม่เพียงพอในการทำความรู้จักกันเสียใจด้วยกัน^{๔๓} แต่ทั้งนี้ ในอดีตชายหญิงมักทำการหมั้นก่อนการสมรสเป็นเวลานาน ซึ่งต่างจากปัจจุบันที่หลายคู่นิยมหมั้น ช่วงเช้าและสมรสกันในช่วงเย็นในวันเดียวกัน การหมั้นในปัจจุบันจึงเป็นเพียงการทำพิธีเท่านั้น จากนิยามที่ศาลฎีกาให้ จะพบว่า การทำสัญญาหมั้นใช้คำว่า “ฝ่าย” นั้นแสดงว่าการหมั้นอาจมิใช่ เรื่องที่ผูกพันเพียงชายและหญิงเท่านั้น แต่อาจผูกพันบุคคลอื่นที่เข้ามาเกี่ยวข้องและมีฐานะเป็น คู่สัญญาหมั้นด้วย ซึ่งจะกล่าวในลำดับต่อไป

การหมั้นนั้นได้รับการยอมรับตั้งแต่สมัยโรมันที่มีจักรพรรดิจัสติเนียน ที่ให้ชายหญิงทำการ หมั้นได้โดยการสาบานต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ว่า ชายคนนี้ หญิงคนนี้ คือ คู่หมั้นที่จะทำการสมรสกันใน อนาคต โดยชายจะมอบของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักประกันว่าจะมีการสมรสกับหญิงนั้น หาก ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงหมั้นกันแล้ว ต่อมาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาหมั้น อีกฝ่ายหนึ่งสามารถฟ้อง เรียกค่าเสียหายได้ ซึ่งวิธีการหมั้นนั้นจะทำได้โดยการที่ฝ่ายชายให้ทรัพย์สินแก่ฝ่ายหญิงเพื่อเป็น หลักฐานว่าจะมีการสมรสในอนาคต แต่ทั้งนี้ในสมัยนั้น การที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาหมั้นแล้วอีก ฝ่ายสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ เป็นผลให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาหมั้นจำใจยอมสมรสด้วย อาจเป็น เพราะไม่มีเงินมากพอที่จะชำระค่าเสียหาย การใช้ชีวิตคู่ที่ไม่เต็มใจไม่อาจทำให้ครอบครัวมีความสุขได้ จนกระทั่งต่อมา มีแนวคิดใหม่ว่าการกำหนดค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญาหมั้นเป็นการ ไม่เหมาะสม จึงได้ยกเลิกการเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญาหมั้น^{๔๔}

ในส่วนของประเทศไทย การหมั้นมีมายาวนานเช่นกัน นับแต่กฎหมายล้านนา^{๔๕} โดย เห็นว่าชายหญิงก่อนทำการสมรสจะต้องมีการหมั้นกันเสียก่อน^{๔๖} แต่เดิมกฎหมายลักษณะผัวเมีย เห็นว่าบิดามารดามีอิสระเหนือบุตรสาวที่อายุยังไม่ถึง ๒๐ ปีบริบูรณ์ บิดามารดาสามารถเลือกได้ ว่าตนจะให้ความยินยอมแก่บุตรสาวหรือไม่ในการหมั้นหรือสมรสกับชาย หากชายใดที่บิดามารดา

^{๔๓} วิชากรณ แสงมณีและประเสริฐ สิวานันท์, ประเพณีและกฎหมาย, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เดือน สยาม, ๒๕๒๕), หน้า ๓๒๒.

^{๔๔} ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบาย กฎหมายครอบครัว, หน้า ๔๓.

^{๔๕} ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “ข้อคิดเกี่ยวกับการหมั้น”, รวมบทความ กฎหมายลักษณะครอบครัว, (กรุงเทพฯ: สำนักกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๕๙), หน้า ๖๑.

^{๔๖} บาทหลวง เดอ ชัวซีย์, จดหมายเหตุรายวัน การเดินทางไปสู่ประเทศสยาม ในปี ค.ศ. ๑๖๘๕ และ ค.ศ. ๑๖๘๖ แปลโดย สันต์ ท. โกมลบุตร, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ก้าวหน้า, ๒๕๑๖), หน้า ๕๗๒.

ไม่ยอมรับ บุตรสาวก็ไม่อาจหมั้นหรือทำการสมรสได้ ซึ่งการหมั้นนั้น กฎหมายลักษณะผัวเมียได้กำหนดวิธีการหมั้นว่าเป็นการที่ฝ่ายชายนำขันหมากสามชั้นไปสู่ขอหญิง โดยใช้หมากพลูเป็นของค่านับและใช้ขันเป็นภาชนะ จึงเกิดคำว่า “ขันหมาก” ขึ้น^{๔๗} โดยชั้นแรก เรียกว่า “**ขันหมากกล่าวถาม**” คือ ขันหมากที่ฝ่ายชายยกไปกล่าวถามหญิงว่าจะทำการหมั้นกับตนหรือไม่ หากปฏิเสธ การหมั้นก็เป็นอันยกเลิกไป แต่หากหญิงยินยอม ชายก็จะยกขันหมากที่สอง เรียกว่า “**ขันหมากหมั้น**” ซึ่งเป็นขันหมากที่หากหญิงรับไว้จะถือว่าเป็นคำมั่นว่าหญิงจะสมรสกับชายในอนาคตและขันหมากสุดท้าย “**ขันหมากใหญ่**” จะมอบให้ในวันสมรส^{๔๘} กล่าวโดยสรุป การหมั้นแต่เดิมต้องทำโดยเปิดเผย เพื่อให้บุคคลอื่นทราบว่าเขาคอนี้มีคู่ที่จะสมรสในภายหน้า การหมั้นจึงก่อให้เกิดสิทธิในการหวงกันมิให้บุคคลอื่นก้าวล่วง ซึ่งคำพิพากษาเดิม กำหนดให้การหมั้นต้องกระทำโดยเปิดเผยและเป็นที่รับรู้ อีกทั้งกฎหมายเดิมมิได้กำหนดว่าจะต้องมีการให้ของหมั้นแต่อย่างใด^{๔๙} แต่ในปัจจุบัน การหมั้นไม่จำเป็นต้องต้องทำโดยเปิดเผย หากการหมั้นนั้นเป็นการแสดงความประสงค์ของชายและหญิงจะสมรสกันในอนาคต แม้มิได้มีผู้ใหญ่เป็นสักขีพยาน สัญญาหมั้นย่อมสมบูรณ์ หากต่อมาฝ่ายหนึ่งไม่ยอมทำการสมรส อีกฝ่ายสามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนได้ อย่างไรก็ตาม ไม่อาจฟ้องบังคับให้สมรสตามสัญญาได้ เพราะกฎหมายไม่เปิดช่องให้กระทำ^{๕๐}

^{๔๗} โรงเรียนกฎหมาย กระทรวงยุติธรรม, คำสอนโรงเรียนกฎหมาย, (พระนคร, ๒๔๗๖-๒๔๗๙), หน้า ๒๐.

^{๔๘} ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบาย กฎหมายครอบครัว, หน้า ๔๔.

^{๔๙} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๓๔/๒๕๓๕

^{๕๐} ไพโรจน์ กัมพูสิริ, บทความเรื่อง “ลักษณะพิเศษของสัญญาหมั้น” วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ ๑, ๒๕๒๘, หน้า ๑-๑๙.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๙๐๕/๒๕๔๓ พฤติการณ์ที่จำเลยซื้อแหวนเรือนทองฝังเพชรมอบให้โจทก์ตลอดจนการจองสถานที่จัดงานพิธีสมรสและพิมพ์บัตรเชิญงานสมรสรวมทั้งการติดต่อผู้ใหญ่ให้มาเป็นเจ้าภาพในงานพิธีสมรส ล้วนแสดงให้เห็นว่าจำเลยประสงค์จะสมรสกับโจทก์ การให้แหวนกันดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการหมั้นและเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะมีการสมรสกันในเวลาต่อมาแม้การหมั้นจะมีได้จัดพิธีตามประเพณีหรือมีผู้ใหญ่ทั้งสองฝ่ายมาร่วมเป็นสักขีพยานก็เป็นการหมั้นโดยสมบูรณ์ตามกฎหมาย เมื่อจำเลยไปสมรสกับ น. โดยมีได้สมรสกับโจทก์ จำเลยจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น

ด้วยบทบัญญัติกฎหมายทั้งในส่วนของการหมั้นและการสมรสที่ใช้คำว่า “ชายและหญิง” จึงไม่อาจตีความได้ว่าการหมั้นและการสมรสจะเกิดขึ้นแก่บุคคลเพศเดียวกัน เช่น สัญญาหมั้นระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิงได้ ซึ่งเพศชายหรือหญิงนั้นให้ถือเอาเพศสภาพในขณะเกิดเป็นสำคัญ แม้ชายได้แปลงเพศเป็นหญิง แต่ไม่อาจมีลูกได้ก็ไม่ถือว่าเป็นหญิง^{๔๑} และชายเท่านั้นที่เป็นฝ่ายขอหมั้นหญิง หญิงไม่อาจเป็นฝ่ายขอหมั้นชายได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๕๗/๒๕๒๔ ผู้ร้องเป็นชายโดยกำเนิด แม้จะได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นหญิงแล้วก็ตาม แต่ก็ไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องที่จะขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งมิใช่เป็นกรณีที่ผู้ร้องจะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมาย ฉะนั้น ผู้ร้องจะขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ร้องเปลี่ยนเพศมาเป็นหญิงไม่ได้

อาจารย์ประสพสุข บุญเดช ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการหมั้นระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิงว่า สัญญาหมั้นนั้นตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา ๑๕๐ เพราะสัญญาหมั้นดังกล่าวขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน^{๔๒} ดังนั้น ก่อนการวินิจฉัยด้วยบทกฎหมายต้องพิจารณาให้ดีกว่าก่อนว่า

^{๔๑} กิตติศักดิ์ ปรกติ, “เกย์ vs กฎหมาย” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ฉบับที่ ๒ ปีที่ ๓๓ ๒๕๒๖, หน้า ๑๐๘.

^{๔๒} ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบาย กฎหมายครอบครัว, หน้า ๕๑.

มาตราดังกล่าวบังคับใช้เพียงคำว่า “**ขายและหญิง**” ซึ่งหมายความถึง ชายและหญิงคู่หมั้น หรือใช้คำว่า “**ฝ่ายชายและฝ่ายหญิง**” ซึ่งจะมีความหมายที่กว้างกว่า เพราะคำว่าฝ่ายชายและฝ่ายหญิงนั้น ครอบคลุมทั้ง ชายคู่หมั้น หญิงคู่หมั้น บิดามารดา และบุคคลผู้กระทำในฐานะเช่นเดียวกับ บิดามารดาของชายและหญิงคู่หมั้น การใช้คำเหล่านี้เป็นสิ่งที่ต้องพึงระวังในการวินิจฉัยตัวบทกฎหมาย ซึ่งจะกล่าวต่อไปในมาตรา ๑๔๓๗

การหมั้นแท้จริงแล้วเป็นสัญญาหรือไม่ สัญญาหมั้นถือเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง แต่เป็นสัญญาพิเศษมิได้อยู่ภายใต้หลักนิติกรรมสัญญาทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากสมมติว่ากฎหมายให้สิทธิในการฟ้องบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาหมั้นเหมือนกับการฟ้องร้องบังคับสัญญาทั่วไป โดยกำหนดให้คู่สัญญาดกอยู่ภายใต้บังคับของหลัก “**สัญญาต้องเป็นสัญญา**” (Pacta Sunt Servanda)^{๕๓} โดยมองว่าก่อนหน้าที่สัญญาหมั้นจะสมบูรณ์ ต่างฝ่ายต่างมี “**เสรีภาพในการแสดงเจตนา**” (Freedom of Contract)^{๕๔} แล้ว แต่เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงร่วมกันทำสัญญาขึ้น ทั้งคู่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของสัญญาดังกล่าวและต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ทำขึ้นร่วมกัน หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาอีกฝ่ายสามารถฟ้องร้องต่อศาล เพื่อให้ฝ่ายนั้นปฏิบัติตามสัญญา การบังคับใช้กฎหมายคงส่งผลกระทบต่อครอบครัวมิใช่น้อย ถ้าก่อนทำการสมรสคู่สัญญาหมั้นคนใดคนหนึ่งขาดความสมัครใจที่จะสมรส แต่จำต้องทำการสมรสเพราะกฎหมายบังคับให้ต้องปฏิบัติตามสัญญา ดังนั้น สัญญาหมั้นจึงไม่อาจบังคับให้ปฏิบัติตามได้อย่างนิติกรรมสัญญาทั่วไป ที่จะเปิดโอกาสให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ได้ผิดสัญญาหมั้นฟ้องร้องบังคับให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาให้ปฏิบัติตามสัญญา โดยอ้างหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา การบังคับใช้กฎหมายคงมีปัญหายิ่งกว่าการเรียกร้องค่าเสียหายแบบกฎหมายเดิมเสียอีก ประกอบกับกฎหมาย

^{๕๓} หลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (Pacta Sunt Servanda) เป็นความเกี่ยวพันระหว่างหลักเสรีภาพในการทำสัญญากับผลของสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะกำหนดผลของสัญญาอย่างไรก็ได้และเมื่อกำหนดไว้แล้ว กฎหมายจึงรับรองให้สัญญามีผลดังเจตนา

ศันนักรัตน์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ ๒๐ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน), หน้า ๒๙๕.

^{๕๔} หลัก “เสรีภาพในการแสดงเจตนา” (Freedom of Contract) มีสองความหมาย ได้แก่ เสรีภาพที่จะตกลงเข้าทำสัญญาและความหมายที่หมายถึง เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว

ศันนักรัตน์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรมสัญญา, หน้า ๒๙๑.

กำหนดชัดแจ้งว่า การสมรสต้องอาศัยความยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๕๘ จากที่กล่าวข้างต้นจึงสรุปได้ว่า “สัญญาหมั้นเป็นเพียงสัญญาพิเศษที่ไม่อาจฟ้องร้องบังคับให้ปฏิบัติได้อย่างสัญญาทั่วไป” และการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหมั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังไม่เปิดช่องให้เรียกร้องค่าเสียหายทางจิตใจ

บางประเทศโดยเฉพาะประเทศที่การหมั้นต้องมีการสาบานต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์หรือต้องประกอบพิธีทางศาสนา มีแนวคิดที่ว่า มนุษย์ทุกคนต้องดำรงเผ่าพันธุ์ตามคำสั่งของพระเจ้า เมื่อได้กล่าวกับพระเจ้าแล้วต้องปฏิบัติตาม แต่ในปัจจุบันก็ได้มีการยกเลิกหลักการนี้แล้ว เพราะเป็นการบังคับจิตใจให้สมรส แต่ไม่ได้เกิดจากความยินยอม

๒.๒ เจือนไขการหมั้น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ครอบครัว กำหนดเงื่อนไขของการหมั้นไว้ ๒ ประการ ได้แก่ อายุของคู่หมั้นและความยินยอมของบิดามารดาคู่หมั้น

๒.๒.๑ เจือนไขอายุของคู่หมั้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมวด ๑ การหมั้น มาตรา ๑๔๓๕ บัญญัติว่า

“การหมั้นจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว

การหมั้นที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่งเป็นโมฆะ”

จากตัวบทกฎหมายจะเห็นว่า การกำหนดอายุของคู่หมั้นกำหนดให้ทั้งชายและหญิงต้องอายุครบ ๑๗ ปีบริบูรณ์ จึงจะทำการหมั้นได้ ดังนั้น หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายอายุไม่ครบ ๑๗ ปีบริบูรณ์ตามที่กฎหมายกำหนด การหมั้นจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๔๓๕ วรรคสองที่กฎหมายกำหนดอายุในส่วนของการหมั้นเป็นเพราะว่าคู่หมั้นต้องทราบข้อเท็จจริงของการหมั้นเป็นอย่างดีว่า เมื่อทำสัญญาหมั้นแล้วจะเกิดภาระหน้าที่ตามกฎหมายที่ตนต้องปฏิบัติตามอย่างไร เช่น เมื่อหมั้นกันแล้ว คู่หมั้นอีกฝ่ายคาดหวังได้ว่าจะมีการสมรสในอนาคต และเมื่อทำการสมรสลำดับต่อไปจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดอย่างไร เช่น หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน การร่วมประเวณีกับคู่สมรส เป็นต้น เมื่อกฎหมายกำหนดหน้าที่ของ

คู่หมั้นไว้ ผู้ที่จะทำสัญญาหมั้นได้จึงต้องอยู่ในวัยที่รู้เดียงสาแล้ว ต้องมีการเจริญเติบโตทางร่างกาย และจิตใจ อีกทั้ง การหมั้นเป็นการเฉพาะตัวที่คู่สัญญาหมั้นต้องดำเนินการเอง ไม่อาจมอบอำนาจให้ใครทำแทนได้ ดังนั้น คู่สัญญาหมั้นจึงต้องเข้าใจว่าสิ่งที่ตนทำอยู่คืออะไร ทำแล้วมีผลอย่างไร กฎหมายจึงเห็นสมควรที่ผู้ใหญ่จะเข้ามาถ่วงดุลอีกชั้นหนึ่งเพื่อประโยชน์ของผู้เยาว์ หากใช่เป็นการที่ผู้ใหญ่ก้าวล่วงเรื่องส่วนตัวของผู้อื่นไม่^{๕๕}

กรณีที่ผู้เยาว์อายุไม่ถึง ๑๗ ปีบริบูรณ์กฎหมายกำหนดให้การหมั้นนั้นตกเป็นโมฆะและไม่เปิดโอกาสให้ร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลอนุญาตทำสัญญาหมั้นได้ซึ่งแตกต่างจากสมรสที่กฎหมายอนุญาตให้ร้องขอต่อศาลเพื่อทำการสมรสเมื่อมีเหตุอันควรก่อนผู้เยาว์อายุครบ ๑๗ ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา ๑๔๔๘ และหากต่อมาผู้เยาว์ขาดจากการสมรสที่ศาลอนุญาต แต่ผู้เยาว์ยังคงอายุไม่ครบ ๑๗ ปีบริบูรณ์ ผู้เยาว์ก็ไม่อาจทำสัญญาหมั้นเองได้ เพราะกฎหมายกำหนดไว้ว่าการหมั้นของบุคคลอายุไม่ครบ ๑๗ ปีบริบูรณ์ตกเป็นโมฆะ แม้ผู้เยาว์นั้นจะบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสแล้วก็ตาม หรือในกรณีที่ผู้เยาว์อายุครบ ๑๗ ปีบริบูรณ์ภายหลังการขาดจากการสมรสครั้งแรกและต้องการหมั้นกับบุคคลอื่น ผู้เยาว์ต้องขอความยินยอมจากบิดามารดาอีกครั้ง แม้ตนจะบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสแล้วก็ตาม ดังนั้น การหมั้นและการสมรสต้องแยกเงื่อนไขออกจากกัน หรือในกรณีที่ผู้เยาว์ทำการหมั้นก่อนอายุครบ ๑๗ ปีบริบูรณ์ การหมั้นตกเป็นโมฆะ แม้ต่อมาผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะก็ไม่อาจให้สัตยาบันเพื่อการหมั้นนั้นกลับมาสมบูรณ์ได้ เพราะขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๗๒^{๕๖} ที่ว่า “**โมฆะกรรมนั้นไม่อาจให้สัตยาบันแก้กันได้....**” โดยสัญญาหมั้นที่เป็นโมฆะถือว่าสัญญาหมั้นนั้นไม่เคยเกิดขึ้นเลย นอกเสียจากว่า ผู้เยาว์จะทำสัญญาหมั้นใหม่อีกครั้งหนึ่ง เมื่ออายุครบและได้รับความยินยอมตามที่กฎหมายกำหนด

^{๕๕} จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ ๓, (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, ๒๕๒๖), หน้า ๕๘.

^{๕๖} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๗๒ วรรคแรก บัญญัติว่า

“โมฆะกรรมนั้นไม่อาจให้สัตยาบันแก้กันได้ และผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะยกความเสียเปล่าแห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างก็ได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๐๗๒/๒๕๔๗ (ประชุมใหญ่) ในขณะที่ อ. ทำการหมั้นกับ บ. นั้น บ. อายุยังไม่ครบ ๑๗ ปีบริบูรณ์ โดยมีอายุเพียง ๑๕ ปีเศษ การหมั้นดังกล่าวจึงฝ่าฝืนบทบัญญัติ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๓๕ วรรคหนึ่ง ย่อมตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา ๑๔๓๕ วรรคสองนอกจากนี้มาตรา ๑๗๒ วรรคสอง บัญญัติว่าถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรมให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับ เมื่อข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าโจทก์ทราบว่ บ. อายุไม่ครบ ๑๗ ปี จำเลยและ บ. จึงต้องคืนของหมั้นและสินสอดให้แก่โจทก์ตามมาตรา ๔๑๒ และ ๔๑๓ โดยจะถือว่าโจทก์ชำระหนี้ตามอำเภอใจตามมาตรา ๔๐๗ หาได้ไม่ ดังนั้น การที่โจทก์จำเลยซึ่งเป็นบิดาและมารดาของ อ. และ บ. ทำบันทึกข้อตกลงจะคืนสินสอดและของหมั้นแก่โจทก์ จึงมีมูลหนี้และใช้บังคับได้ หาได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นว่าการพิจารณาถึงการเรียกคืนทรัพย์สินของหมั้นในกรณีคู่หมั้นอายุไม่ครบ ๑๗ ปีบริบูรณ์ตามมาตรา ๑๔๓๕ ว่าการคืนทรัพย์สินนั้นต้องคืนฐานลาภมิควรได้^{๕๗} กล่าวคือ การคืนทรัพย์สินของหมั้นต้องพิจารณาว่าคู่หมั้นฝ่ายที่ฟ้องเรียกคืนรู้ข้อเท็จจริงถึงอายุคู่สัญญาหมั้นหรือไม่ หากทราบข้อเท็จจริงเป็นอย่างดีว่าคู่สัญญาหมั้นตนอายุไม่ครบ ๑๗ ปีบริบูรณ์ ถือว่าคู่หมั้นฝ่ายดังกล่าวได้ทำการชำระหนี้เป็นการอันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย ตามมาตรา ๔๑๑^{๕๘} และการชำระหนี้หนี้เป็นการชำระหนี้ตามอำเภอใจ ตามมาตรา ๔๐๗^{๕๙} ไม่อาจเรียกร้องให้ฝ่ายผิดสัญญาหมั้นคืนทรัพย์สินของหมั้นให้แก่ตนได้ เพราะถือว่าสิ่งที่

^{๕๗} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๑๒ บัญญัติว่า

“ถ้าทรัพย์สินซึ่งได้รับไว้เป็นลาภมิควรได้นั้นเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ท่านว่าต้องคืนเต็มจำนวนนั้น เว้นแต่เมื่อบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต จึงต้องคืนลาภมิควรได้เพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน”

^{๕๘} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๑๑ บัญญัติว่า

“บุคคลใดได้กระทำการเพื่อชำระหนี้เป็นการอันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ท่านว่าบุคคลนั้นหาอาจเรียกร้องคืนทรัพย์สินได้ไม่”

^{๕๙} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๐๗ บัญญัติว่า

“บุคคลใดได้กระทำการอันใดตามอำเภอใจเหมือนหนึ่งว่าเพื่อชำระหนี้โดยรู้ว่าคุณตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระ ท่านว่าบุคคลผู้นั้นหาไม่มีสิทธิจะได้รับคืนทรัพย์สินไม่”

มอบให้ทั้งที่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุ และการให้ทรัพย์สินไปนั้น ไม่ถือว่าสัญญาหมั้นเกิดขึ้นแต่เป็นสัญญาให้โดยเสน่หาที่จะเรียกคืนได้ต่อเมื่อมีเหตุเนรคุณ ตามมาตรา ๕๓๑^{๖๐} เท่านั้น แต่ในกรณีที่ผู้ฟ้องไม่ทราบข้อเท็จจริงเรื่องอายุของคู่สัญญาหมั้น สามารถฟ้องเรียกคืนทรัพย์สินของหมั้นคืนได้ตามหลักกฎหมายว่าด้วยลามาภิไธยได้

๒.๒.๒ เจือนไขความยินยอม

หากชายหญิงบรรลุนิติภาวะแล้วประสงค์จะทำสัญญาหมั้นก็คงไม่มีปัญหาใดในทางกฎหมาย แต่ในกรณีที่ผู้เยาว์ที่มีอายุ ๑๗ ปีบริบูรณ์ขึ้นไป ประสงค์จะทำสัญญาหมั้นนั้น จะต้องได้รับความยินยอมเสียก่อน มิฉะนั้นถือว่าสัญญาหมั้นตกเป็นโมฆียะ ตามมาตรา ๑๔๓๖ ที่บัญญัติว่า

“ผู้เยาว์จะทำการหมั้นได้ต้องได้รับความยินยอมของบุคคลดังต่อไปนี้

(๑) บิดาและมารดา ในกรณีที่มิทั้งบิดามารดา

(๒) บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มารดาหรือบิดาตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองหรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดาหรือบิดาได้

(๓) ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม

(๔) ผู้ปกครอง ในกรณีที่ไม่มีบุคคลซึ่งอาจให้ความยินยอมตาม (๑) (๒) และ

(๓) หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครอง

การหมั้นที่ผู้เยาว์ทำโดยปราศจากความยินยอมดังกล่าวเป็นโมฆียะ”

^{๖๐} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕๓๑ บัญญัติว่า

“อันผู้ให้จะเรียกถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพฤตินั้นท่านว่าอาจจะเรียกได้แต่เพียงในกรณีดังจะกล่าวต่อไปนี้

(๑) ถ้าผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดฐานอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา หรือ

(๒) ถ้าผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียง หรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง หรือ

(๓) ถ้าผู้รับได้บอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ ในเวลาที่ผู้ให้ยากไร้และผู้รับยังสามารถจะให้ได้”

กรณีการหมั้นของผู้เยาว์ตามมาตรา ๑๔๓๖ ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลเหล่านี้ ได้แก่

๑. บิดาและมารดา ในกรณีที่ผู้เยาว์มีทั้งบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง หากผู้เยาว์ต้องการหมั้นจะต้องขอความยินยอมจากบิดามารดาทั้งสองคน ขาดความยินยอมของคนใดคนหนึ่งไม่ได้ ถือว่าการหมั้นนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๒. บิดาหรือมารดา ในกรณีที่ผู้เยาว์มีเพียงบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่ง อาจเป็นเพราะบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งตาย หรือคนใดคนหนึ่งถูกถอนอำนาจปกครองจนเหลือเพียงคนเดียวที่มีอำนาจปกครอง หรือคนใดคนหนึ่งไม่อยู่ในสภาพที่อาจให้ความยินยอมได้ ซึ่งการมีบิดาหรือมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองคนเดียว ตามมาตรา ๑๕๖๖ เป็นกรณีที่บิดาหรือมารดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถและศาลได้กำหนดให้บุคคลที่ยังปกติเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเพียงคนเดียว แม้กระทั่งบิดาหรือมารดาวิกลจริตก็ไม่อาจให้ความยินยอมในการหมั้นได้ ต้องให้บิดาหรือมารดาที่ยังปกติอยู่เป็นผู้ให้ความยินยอม การไม่อยู่ในสภาพที่อาจให้ความยินยอมได้นั้น รวมถึงการป่วยไม่ได้สติด้วย หรือคนใดคนหนึ่งไม่อาจให้ความยินยอมได้ เช่น ไม่ทราบว่าเป็นบิดาหรือมารดานั้นอยู่ ณ แห่งหนใด เพราะหายไปจากถิ่นที่อยู่ ไม่แน่ใจว่ายังมีชีวิตอยู่หรือไม่ หากบิดาหรือมารดาเพียงแค่อย้ายไปอาศัยอยู่ ณ ต่างประเทศ แต่ผู้เยาว์ยังสามารถติดต่อสื่อสารได้ ยังไม่อาจถือได้ว่า ผู้นั้นไม่อาจให้ความยินยอม จนต้องให้อีกคนที่อาศัยในประเทศไทยให้ความยินยอมฝ่ายเดียว กรณีเช่นนี้ผู้เยาว์ต้องขอความยินยอมจากทั้งบิดาและมารดา

แต่ในกรณีที่ผู้เยาว์มีบิดามารดาครบทั้งสองคน แต่บิดามารดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ผู้เยาว์ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดาแต่เพียงผู้เดียว หากผู้เยาว์ต้องการหมั้นให้ขอความยินยอมจากมารดาคนเดียวก็สามารถทำสัญญาหมั้นได้

๓. ผู้รับบุตรบุญธรรม กรณีที่ผู้เยาว์อยู่ภายใต้การดูแลของผู้รับบุตรบุญธรรม บิดามารดาได้หมดอำนาจปกครองไปแล้วตั้งแต่วันที่จดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ไม่ว่าบิดามารดาที่แท้จริงยังมีชีวิตอยู่หรือไม่ อำนาจปกครองผู้เยาว์ก็อยู่ที่ผู้รับบุตรบุญธรรมเพียงผู้เดียว โดยมาตรา ๑๕๙๘/๒๘ กำหนดให้บุตรบุญธรรมอยู่ในฐานะเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมาย

๔. ผู้ปกครอง ในกรณีที่ผู้เยาว์ไม่มีผู้ใช้อำนาจปกครองอาจเป็นเพราะบิดามารดา หรือผู้รับบุตรบุญธรรมถูกถอนอำนาจปกครองไปแล้ว ซึ่งโดยหลักเมื่อศาลมีคำสั่งถอนอำนาจปกครองบุคคลเหล่านี้ ศาลจะมีคำสั่งแต่งตั้งผู้ปกครองให้ผู้เยาว์เลย หรือกรณีบิดาและมารดาถึงแก่ความตาย โดย

ก.) บิดามารดาอาจกำหนดในพินัยกรรมว่าภายหลังจากตนตายจะให้ผู้ใดเป็นผู้ปกครองบุตรแทนตน หรือ

ข.) ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งผู้ปกครอง เพื่อให้มีอำนาจปกครองผู้เยาว์แทนบิดามารดาที่แท้จริง

หากผู้เยาว์ต้องการทำสัญญาหมั้น ศาลจะแต่งตั้งผู้ปกครอง เมื่อศาลมีคำสั่งแต่งตั้งแล้ว ผู้เยาว์ก็สามารถขอความยินยอมจากผู้ปกครองดังกล่าวได้ หรือในกรณีที่บิดามารดา หรือผู้รับบุตรบุญธรรมไม่ยินยอมให้มีการหมั้นโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ผู้เยาว์สามารถร้องขอต่อศาลให้ถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรมและร้องขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ปกครองใหม่ เพื่อขอความยินยอมแทนบุคคลเหล่านั้นได้ แต่ผู้เยาว์ไม่มีสิทธิร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลอนุญาตให้ทำสัญญาหมั้นโดยตรงเช่นเดียวกับการสมรสได้

เมื่อกฎหมายได้กำหนดอำนาจในการให้ความยินยอมทำสัญญาหมั้นแก่บุคคลเหล่านี้ หากผู้เยาว์ทำสัญญาหมั้น โดยมิได้ขอความยินยอมก่อน ตามมาตรา ๑๔๓๖ กำหนดให้การหมั้นที่ไม่ได้รับความยินยอม ตกเป็นโมฆียะ แสดงว่า มิใช่ว่าสัญญาหมั้นนั้นจะไม่อยู่ภายใต้บังคับของหลักนิติกรรมสัญญาทั่วไปเสียทีเดียว เพราะเมื่อสัญญาหมั้นตกเป็นโมฆียะ ผู้เยาว์มีสิทธิบอกล้างได้อย่างนิติกรรมทั่วไป หากได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม หรือรอเวลาให้ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะแล้ว จึงบอกล้างสัญญาหมั้นเอง ตามมาตรา ๑๗๕ (๑) หรือผู้เยาว์อาจให้สัตยาบันในสัญญาหมั้นภายหลังจากที่ตนบรรลุนิติภาวะแล้วก็ได้ ตามมาตรา ๑๗๗ ส่วนของบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม ผู้ปกครองเป็นผู้มีสิทธิในการบอกล้างหรือให้สัตยาบันได้ โดยอาศัยบทบัญญัติมาตราเดียวกัน

การให้สัตยาบันในสัญญาหมั้นที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขในการขอความยินยอมของผู้เยาว์ ในกรณีที่มิทั้งบิดาและมารดา ทั้งสองคนต้องให้สัตยาบันด้วยกันทั้งคู่ หากคนใดคนหนึ่งให้สัตยาบัน แต่อีกบุคคลหนึ่งไม่ยินยอม สัญญาหมั้นที่ตกเป็นโมฆียะนั้นก็ไม่อาจสมบูรณ์ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้การใช้สิทธิในการให้สัตยาบันของบิดามารดาต้องเป็นไปในทางเดียวกัน แต่ในกรณีของการบอกล้าง

สัญญาหมั้นที่ตกเป็นโมฆียะ บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งสามารถบอกล้างได้โดยลำพัง และหากฝ่ายใดบอกล้างแล้วถือว่า สัญญาหมั้นเป็นโมฆะมาแต่ต้น อีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจให้สัตยาบันเพื่อให้สัญญาหมั้นมีผลสมบูรณ์ได้ โดยวิธีการให้ความยินยอมกฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีที่ชัดเจน การให้ความยินยอมจึงอาจทำได้โดยชัดแจ้งหรือปริยายก็ได้ ทั้งการให้ความยินยอมด้วยวาจา ด้วยกิริยาหรือลายลักษณ์อักษร แต่หากเป็นการบอกล้างสัญญาหมั้นที่เป็นโมฆียะจะต้องบอกล้างโดยชัดแจ้งต่อบุคคลที่มีตัวตนแน่นอนเท่านั้น ตามมาตรา ๑๗๘ เช่น คู่หมั้นของบุตรผู้เยาว์ ในขณะที่การให้สัตยาบันในสัญญาหมั้นที่เป็นโมฆียะสามารถแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือปริยายก็ได้ ตามมาตรา ๑๘๐ (๖) เป็นต้น จะเห็นได้ว่า เงื่อนไขเรื่องอายุของคู่สัญญาหมั้นเป็นเงื่อนไขที่เข้มงวดกว่าเงื่อนไขการขอความยินยอม โดยกำหนดผลให้ผู้ฝ่าฝืนเงื่อนไขเรื่องอายุของคู่สัญญาหมั้นตกเป็นโมฆะทันที ไม่อาจบอกล้างหรือให้สัตยาบันได้แม้ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม ตามมาตรา ๑๗๒ โดยถือว่าสัญญาหมั้นไม่เคยเกิดขึ้นเลย จึงไม่มีสัญญาให้ต้องบอกล้างหรือให้สัตยาบัน

นอกจาก ๒ เงื่อนไขข้างต้นที่ได้กล่าวถึงเงื่อนไขเรื่องอายุของคู่สัญญาหมั้นและเงื่อนไขความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมแล้วนั้น กฎหมายยังมีเงื่อนไขอื่นที่แม้มิได้กำหนดชัดแจ้งในตัวบทกฎหมาย แต่หากมีการฝ่าฝืนย่อมมีผลทางกฎหมายเช่นกัน ได้แก่

ก. การหมั้นของบุคคลวิกลจริต แม้กฎหมายมิได้กำหนดห้ามคนวิกลจริตทำการหมั้นอย่างชัดแจ้ง แต่กฎหมายครอบครัวห้ามมิให้คนวิกลจริตทำการสมรส ตามมาตรา ๑๔๔๙ หากคนวิกลจริตสามารถทำสัญญาหมั้น ก็จะนำไปสู่การสมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

ข. การหมั้นของญาติสืบสายโลหิต ทั้งโดยตรงขึ้นไปและโดยตรงลงมา ได้แก่ ปู่ ย่า ตา ยาย ลูก หลาน เหลน เป็นต้น จากเดิมที่กฎหมายลักษณะผัวเมียอนุญาตให้พี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดาทำการหมั้นและสมรสได้ แต่ในปัจจุบันกฎหมายครอบครัว มีบัญญัติห้ามชัดแจ้งในส่วนของการสมรส ตามมาตรา ๑๔๕๐ แม้มิได้ห้ามโดยตรงถึงการหมั้นของญาติสืบสายโลหิตก็ตาม แต่ก็เข้าใจได้ว่าการหมั้นของญาติสืบสายโลหิตก็ทำไม่ได้เช่นกัน

ค. การหมั้นกับบุคคลอื่นทั้งที่ตนมีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้ว กฎหมายครอบครัวในส่วนของการหมั้นมิได้ห้ามชัดแจ้งเกี่ยวกับการทำสัญญาหมั้นของบุคคลที่มีคู่สมรสอยู่แล้ว แต่ในเมื่อทำสัญญาหมั้นก็เพื่อการสมรสในอนาคต จึงห้ามมิให้ทำสัญญาหมั้นกับบุคคลอื่นทั้งที่ตนมีคู่สมรสอยู่แล้ว อันนำไปสู่การสมรสซ้อนในอนาคต ซึ่งกฎหมายกำหนดให้การสมรสครั้งแรกเป็นโมฆะ ตามมาตรา ๑๔๕๒

ทั้งสามกรณีข้างต้น นอกจากจะไม่ชอบด้วยบทบัญญัติตามกฎหมายครอบครัวแล้ว ยังไม่ชอบด้วยหลักการทำนิติกรรมและสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๕๐ ที่ห้ามมิให้ทำนิติกรรมหรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

๒.๓ แบบของสัญญาหมั้น

สัญญาหมั้นแท้จริงแล้วไม่มีแบบที่แน่นอน กฎหมายมิได้กำหนดวิธีการแสดงเจตนาหมั้น ดังนั้น การหมั้นทำได้ด้วยการกล่าววาจาหรือมีลายลักษณ์อักษรก็ได้ เพียงแต่กฎหมายกำหนดแบบของสัญญาหมั้นว่า การทำสัญญาหมั้นต้องมีการมอบของหมั้น จากเดิม ชายนำเพียงหมากพลูและผ้าขาวไปสู่ขอหญิง แต่ในปัจจุบัน กฎหมายกำหนดให้ของหมั้นต้องเป็นทรัพย์สิน ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีมูลค่ามากหรือน้อยก็สามารถเป็นของหมั้นตามที่กฎหมายกำหนดได้ แต่ที่สำคัญ ทั้งคู่ต้องมีเจตนาจะสมรสให้ถูกต้องตามกฎหมายในอนาคต เพราะ “การสมรสในทางกฎหมาย หมายถึง การจดทะเบียนสมรสตามแบบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น” ซึ่งไม่รวมถึงการจัดพิธีเลี้ยงฉลองมงคลสมรส^{๖๑} ตามความหมายในพจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถานและต้องมีใช้เพียงอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนอีกด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๘๘๖/๒๕๕๕ โจทก์และจำเลยที่ ๑ ไม่มีเจตนาที่จะสมรสกันจริง การที่โจทก์มอบทรัพย์สินให้แก่จำเลยทั้งสองจึงถือเป็นการให้ เพื่อให้จำเลยที่ ๑ อยู่กินฉันสามีภริยากับโจทก์เท่านั้น หาใช่เป็นการหมั้นไม่ เพราะการหมั้นถือเอาการสมรสซึ่งจะต้องจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายเป็นสาระสำคัญ ดังนี้ ทรัพย์สินที่โจทก์มอบให้แก่จำเลยทั้งสองดังกล่าวจึงมิใช่ของหมั้นและสิ้นสุดที่ให้เนื่องจาก การหมั้นหากจะฟังว่าจำเลยที่ ๑ ไม่ยอมอยู่กินฉันสามีภริยากับโจทก์ก็ไม่ถือเป็นการผิดสัญญาหมั้น จำเลยทั้งสองไม่จำเป็นต้องคืนทรัพย์สินรวมทั้งใช้ค่าทดแทนให้แก่โจทก์เพราะเหตุดังกล่าว

^{๖๑} ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบาย กฎหมายครอบครัว, หน้า ๕๒-๕๓

แบบของสัญญาหมั้นได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๓๗
วรรคแรกและวรรคสองที่บัญญัติไว้ว่า

**“การหมั้นจะสมบูรณ์เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่
หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น**

เมื่อหมั้นแล้วให้ของหมั้นตกเป็นสิทธิแก่หญิง”

จากบทบัญญัติมาตรา ๑๔๓๗ จะเห็นว่ากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายชายต้องส่งมอบหรือโอน
ทรัพย์สินของหมั้นให้แก่หญิง เพื่อเป็นหลักฐานว่าชายและหญิงจะทำการสมรสในภายภาคหน้า
ดังนั้น การส่งมอบหรือโอนของหมั้นจะต้องทำในวันที่มีการหมั้นและหญิงได้รับของหมั้นไว้ เพื่อให้
กรรมสิทธิ์ในของหมั้นตกแก่หญิง เช่น ชายมอบแหวนเพชรเป็นของหมั้นแก่หญิงในวันทำการหมั้น
กรรมสิทธิ์ในแหวนเพชรจึงตกแก่หญิงในทันทีที่ได้มีการทำสัญญาหมั้น เป็นต้น แต่การทำข้อตกลง
ว่าจะส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินของหมั้นให้ภายหลัง ไม่ถือว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นของหมั้น แต่เป็น
การให้โดยเสน่หา หากต่อมาภายหลังหญิงไม่ยินยอมที่จะทำการสมรสตามสัญญาฝ่ายชายไม่อาจ
เรียกของหมั้นคืนได้ เพราะสัญญาให้ระงับได้ด้วยเหตุเนรคุณ เช่น ชายตกลงว่าจะมอบที่ดินให้แก่
หญิงเป็นของหมั้น แต่ในวันหมั้น ชายได้ส่งมอบโฉนดที่ดินให้แก่หญิง ถือว่าที่ดินแปลงดังกล่าวมิใช่
ของหมั้น เพราะการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินต้องดำเนินการทางทะเบียนและของหมั้นชายจะต้อง
มอบให้หญิงในวันหมั้นหรืออาจก่อนหน้านั้นได้ แต่ต้องมีใช้ภายหลังจากการหมั้น ส่วนของหมั้นนั้น
ไม่จำเป็นต้องมีมูลค่ามากแต่ต้องเป็นทรัพย์สิน กล่าวคือ เป็นวัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่าง แต่มีราคา
และอาจถือเอาได้ ฉะนั้น ของหมั้นอาจเป็นสิทธิเรียกร้องอย่างใดก็ได้ เช่น ชายโอนสิทธิเรียกร้องใน
หนี้ที่ดินมีต่อ นาย ก ในฐานะที่ดินเป็นเจ้าหนี้ของนาย ก ให้แก่หญิงก็ทำได้ เป็นต้น

ในส่วนของการโอนกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินของหมั้นให้แก่หญิง ชายอาจโอนให้แก่หญิง
ก่อนวันทำการหมั้นได้ แต่ต้องมีใช้การตกลงให้หลังวันหมั้น เมื่อฝ่ายชายส่งมอบทรัพย์สินหรือโอน
กรรมสิทธิ์ในของหมั้นให้แก่หญิงและหญิงได้รับไว้แล้วในเวลาทำสัญญา กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของ
หมั้นจะตกแก่หญิงทันที หญิงอาจนำทรัพย์สินของหมั้นดังกล่าวไปใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย
โอน หรือนำไปหาผลประโยชน์อย่างใดก็ได้ในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ ดังนั้น การที่ชายจะส่งมอบ
หรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแก่หญิงได้นั้น ชายต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินขณะทำการ
ส่งมอบหรือโอนหรืออาจเป็นทรัพย์สินของบุคคลอื่นก็ได้ ถ้าบุคคลดังกล่าวยินยอมให้ชายนำมาเป็น

ของหมั่นได้ มิเช่นนั้น เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีสิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินได้เสมอ^{๖๒} ตามมาตรา ๑๓๓๖^{๖๓} เช่น บิดามารดาขายยกทรัพย์สินให้แก่หญิงเพื่อเป็นของหมั่น โดยหลักของหมั่นไม่จำเป็นต้องเป็นกรรมสิทธิ์ของชายเสมอไป ในเมื่อกฎหมายใช้คำว่า “ฝ่ายชาย” ซึ่งมีได้หมายถึงชายคู่หมั้นเพียงคนเดียว ในทางกลับกัน หากทรัพย์สินที่นำมาเป็นของหมั่นนั้นมิใช่ของชายและฝ่ายชาย เช่น ชายขโมยแหวนมาจากเพื่อน เพื่อมอบให้แก่หญิงเป็นของหมั่น โดยที่เพื่อนของชายมิได้ยินยอมให้นำแหวนของตนมาเป็นของหมั่น เพื่อนของชายย่อมมีสิทธิติดตามเอาแหวนคืนได้เสมอ ในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เป็นต้น แต่ในกรณีที่ของหมั่นเป็นเงินและหญิงรับไว้โดยสุจริต หญิงย่อมได้รับความคุ้มครอง เจ้าของเงินติดตามเอาเงินคืนจากหญิงมิได้ ตามมาตรา ๑๓๓๑^{๖๔} ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า เมื่อชายส่งมอบทรัพย์สินของหมั่นที่มีใช้เงินให้แก่หญิงแต่ทรัพย์สินดังกล่าวมิใช่กรรมสิทธิ์ของชายและเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมิได้ยินยอมให้นำทรัพย์สินของตนมาเป็นของหมั่น หญิงจะได้รับความคุ้มครอง ตามมาตรา ๑๔๓๗ โดยถือได้หรือไม่ว่าหญิงได้รับมอบทรัพย์สินของหมั่นและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของหมั่นโอนแก่หญิงทันที และสิทธิของหญิงกับเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ใครมีสิทธิดีกว่ากัน

ในประเด็นที่ชายนำทรัพย์สินของผู้อื่นมาเป็นของหมั่นแก่หญิง โดยเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่ยินยอม ผู้เขียนเห็นว่า กรณีเช่นนี้ต้องนำ “หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน”^{๖๕}

^{๖๒} ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบาย กฎหมายครอบครัว, หน้า ๕๖-๕๗.

^{๖๓} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๓๖ บัญญัติว่า

“ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

^{๖๔} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๓๑ บัญญัติว่า

“สิทธิของบุคคลผู้ได้เงินตรามาโดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าเงินนั้นมิใช่ของบุคคลซึ่งได้อोनให้มา”

^{๖๕} “หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” เป็นกรณีที่ผู้รับโอนจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็เฉพาะจากผู้โอนซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือเป็นผู้มีสิทธิโอนเท่านั้น หากผู้โอนไม่มีสิทธิ ดังนี้ กรรมสิทธิ์ย่อมไม่อาจโอนไปยังผู้รับโอนได้และในกรณีที่ผู้โอนไม่มีสิทธิโอน เจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมมีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนจากผู้รับโอนได้เสมอโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า เจ้าของกรรมสิทธิ์ได้สมัครใจส่งมอบทรัพย์สินนั้นไว้แก่ผู้โอนหรือทรัพย์สินนั้นถูกพรากไปจากผู้มีสิทธิโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ประการใด

มาปรับใช้ ในเมื่อชายผู้โอนไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ตนขโมยมา หญิงในฐานะผู้รับโอนย่อมไม่มีสิทธิตามกฎหมายรองรับเช่นกัน ดังนั้น เมื่อผู้โอนทรัพย์สินไม่มีสิทธิจำหน่ายโอน ผู้ที่มารับโอนทรัพย์สินจากบุคคลนั้นย่อมไม่ได้กรรมสิทธิ์ เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืนจากหญิงได้ นอกจากนี้ ยังมีกรณีอื่นที่ไม่มีผลให้ทรัพย์สินกลายเป็นของหมั้นและตกเป็นกรรมสิทธิ์ของหญิง เช่น การเช่าทรัพย์สินมาเพื่อแสดงในวันหมั้น แม้ชายทำท่าทีว่าส่งมอบให้หญิง ทรัพย์สินดังกล่าวก็มิได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของหญิงอันถือเป็นของหมั้นแต่อย่างใด เพราะถือว่าชายมิได้มีเจตนาส่งมอบทรัพย์สินให้หญิงอย่างของหมั้น^{๖๖}

กรณีที่หญิงมีส่วนในการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่นำมาหมั้น หากหญิงเป็นเจ้าของทรัพย์สินทั้งหมด ทรัพย์สินดังกล่าวไม่อาจเป็นของหมั้นได้ เพราะกฎหมายกำหนดว่าฝ่ายชายต้องเป็นผู้ให้ของหมั้นแก่หญิง แต่หากว่าทรัพย์สินที่นำมาเป็นของหมั้นชายและหญิงมีกรรมสิทธิ์ร่วมกัน เฉพาะส่วนของชายเท่านั้นที่ตกเป็นของหมั้นแก่หญิง เช่น ชายและหญิงนำเงินส่วนตัวของทั้งคู่มารวมกันเพื่อแสดงแก่แขกในงานหมั้นรวมเป็นเงิน ๑,๐๐๐,๐๐๐ บาทโดยฝ่ายชายวางเงินจำนวน ๕๐๐,๐๐๐ บาท หญิงวางเงินจำนวน ๕๐๐,๐๐๐ บาท ถือว่าทรัพย์สินที่ตกเป็นของหมั้นแก่หญิงมีเพียง ๕๐๐,๐๐๐ บาท ซึ่งเป็นส่วนที่ฝ่ายชายเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์และได้ส่งมอบให้ในฐานะของหมั้น หรือในกรณีการโอนกรรมสิทธิ์ทางทะเบียน เช่น ฝ่ายชายตกลงมอบที่ดินให้แก่หญิง ๕ ไร่ โดยได้ทำการโอนกรรมสิทธิ์ในวันหมั้นแล้ว ๓ ไร่ อีก ๒ ไร่จะโอนให้ในวันพิธีมงคลสมรส กรณีนี้ถือว่าที่ดินซึ่งเป็นของหมั้นมีเพียงที่ดิน ๓ ไร่ที่โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่หญิงในวันหมั้นเท่านั้น ในส่วนของที่ดิน ๒ ไร่ หากต่อมาฝ่ายชายโอนให้แก่หญิง ถือเป็นสัญญาให้โดยเสนหา มิใช่ของหมั้นที่ชายอาจเรียกคืนได้ เพราะการผิดสัญญาหมั้น แต่การเรียกคืนจะต้องมีเหตุเรณูคุณ และการส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินของหมั้นนั้นจะต้องเป็นการให้โดยมีเจตนาที่จะสมรสกัน หากการส่งมอบหรือโอนของหมั้นมิได้มีเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะทำการสมรสในอนาคต ถือว่าสัญญาหมั้นไม่เกิดและทรัพย์สินที่ส่งมอบหรือโอนให้แก่หญิงก็มีใช่ของหมั้น หากหญิงไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดด้อย่อมทำได้ เพราะไม่มีการสมรสตามกฎหมายเกิดขึ้น

กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต เปรียบเทียบหลักกฎหมายเยอรมัน อังกฤษและไทย, เอกสารประกอบการศึกษา วิชากฎหมายลักษณะทรัพย์สินและที่ดิน, คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า ๗๖.

^{๖๖} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๙๕๔/๒๕๔๙

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๙๒/๒๕๔๐ โจทก์ตกลงแต่งงานกับจำเลยที่ ๓ โดยวิธีผูกข้อมือ แสดงว่าโจทก์และจำเลยที่ ๓ มิได้มีเจตนาจะทำการสมรสโดยจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๕๗ ดังนั้น ทรัพย์สินที่โจทก์มอบให้จำเลยทั้งสามจึงไม่ใช่ของหมั้นเพราะไม่ใช่ทรัพย์สินที่โจทก์มอบให้จำเลยทั้งสามเพื่อเป็นหลักฐานการหมั้นและประกันว่าจะสมรสกับจำเลยที่ ๓ และไม่ใช่สินสอดเพราะไม่ใช่ทรัพย์สินที่โจทก์ให้แก่จำเลยที่ ๑ และที่ ๒ บิดามารดาของจำเลยที่ ๓ เพื่อตอบแทนการที่จำเลยที่ ๓ ยอมสมรสตามมาตรา ๑๔๓๗ โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกคืน

การที่จำเลยที่ ๓ ไม่ยอมให้โจทก์ร่วมหลับนอนนั้นเป็นสิทธิของจำเลยที่ ๓ เพราะการสมรสระหว่างโจทก์และจำเลยที่ ๓ จะทำได้ต่อเมื่อจำเลยที่ ๓ ยินยอมเป็นสามีภริยากับโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๕๘ การที่จำเลยที่ ๓ ไม่ยินยอมหลับนอนกับโจทก์ไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์ หรือผิดสัญญาหมั้นโจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าทดแทนหรือค่าเสียหายจากจำเลยทั้งสามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๓๙ และมาตรา ๑๔๔๐

ข้อสังเกตจากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ การผูกข้อมือในพิธีมงคลสมรสและชายหญิงได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาไม่ใช่การสมรสตามกฎหมาย เพราะการสมรสที่กฎหมายกำหนด คือ การจดทะเบียนสมรสเท่านั้น เมื่อชายและหญิงมิได้นำพาต่อการจดทะเบียนสมรส เพียงแค่ทำพิธีและอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาเลย ทั้งสองจึงไม่ได้มีสถานะเป็นสามีภริยาที่จะต้องทำหน้าที่ตามกฎหมายกำหนด การที่หญิงไม่ยอมร่วมหลับนอน ไม่เป็นความผิด ดังนั้น เมื่อไม่มีเจตนาจะจดทะเบียนสมรสกันตั้งแต่ต้น สัญญาหมั้นจึงไม่เกิด สิ่งใดที่ให้ไปเรียกคืนไม่ได้ เพราะหญิงไม่ได้ประพฤตินิรคุณ

ตามที่กล่าวข้างต้นว่า เมื่อหญิงมีกรรมสิทธิ์ในของหมั้นนับแต่วันหมั้น หากหญิงรับไว้แล้วโดยชอบ หญิงสามารถทำอะไรก็ได้กับตัวทรัพย์สินของหมั้นในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ แต่เมื่อทรัพย์สินของหมั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่หญิงจะมีปัญหาเรื่องของดอกผล ค่าเช่าหรือการเสียภาษีที่เมื่อหญิงได้สิ่งใดมาต้องเสียภาษีจากทรัพย์สินที่ได้มาด้วย โดยถือว่าหน้าที่ในการเสียภาษีเป็นของหญิง ซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินขณะนั้นและหากต่อมามีทรัพย์สินของหมั้นมีดอกผล ดอกผลก็จะตกเป็นประโยชน์แก่หญิงในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์เช่นกัน ดังนั้น กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของหมั้นจะเกิดขึ้นได้

ด้วยการหมั้นที่ทำถูกต้องตามแบบและเงื่อนไขของกฎหมาย เพราะหากทำการหมั้นไม่ถูกต้อง สัญญาหมั้นไม่เกิด ทรัพย์สินก็ได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของหญิงแต่อย่างใด ทั้งนี้หญิงจะต้องคืนทรัพย์สินของหมั้นแก่ฝ่ายชายหรือไม่ขึ้นอยู่กับความสุจริตของหญิงด้วย และตามมาตรา ๑๔๓๗ การหมั้นที่ได้มีการส่งมอบของหมั้นในวันหมั้นและหญิงได้รับไว้แล้ว ผู้ส่งมอบของหมั้นมิได้หมายความว่าความถึงชายคู่หมั้นเพียงคนเดียว แต่รวมถึงบิดามารดาชายและบุคคลผู้กระทำการในฐานะเช่นเดียวกับชายด้วย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าใครบ้างที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาหมั้นกับหญิง

เดิม สัญญาหมั้นเป็นสัญญาระหว่างฝ่ายชายกับฝ่ายหญิงที่อาจไม่เกี่ยวกับชายกับหญิงคู่หมั้นโดยตรง แต่เป็นการดำเนินการระหว่างผู้ใหญ่ทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ ผู้ใหญ่ของชายและหญิงคู่หมั้นจัดการหมั้นเองได้ โดยไม่ต้องถามความยินยอมด้วย แต่ต่อมามีการยกเลิกแก้ไขการหมั้นต้องอาศัยความยินยอมของชายหญิงคู่หมั้น หากคนใดไม่ยินยอมในการหมั้นจะไม่ผูกพันในการรับผิดชอบ เมื่อไม่มีการสมรสเกิดขึ้นตามที่คาดหมาย เช่น หญิงคู่หมั้น บิดามารดาฝ่ายหญิงและบิดามารดาฝ่ายชาย ร่วมกันจัดงานหมั้นโดยชายมิได้ยินยอม หากต่อมาชายผิดสัญญาหมั้นไม่ยอมสมรสด้วยตามที่ตกลง ให้ถือว่าฝ่ายชายต้องรับผิดชอบแต่ชายคู่หมั้นเองไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในค่าทดแทนที่สูญหาย การสมรสไม่เกิดขึ้น

ดังนั้น การหมั้นเป็นการตกลงสัญญาร่วมกัน โดยกฎหมายใช้คำว่า “ฝ่าย” นั้นหมายความว่า คู่สัญญาหมั้นอาจมีได้หลายคน มิใช่เพียงชายหญิงคู่หมั้นเท่านั้น

คู่สัญญาหมั้นมี ๓ ประเภท ได้แก่

ก. ชายหญิงซึ่งเป็นคู่หมั้น เมื่อหมั้นกันแล้วต้องปฏิบัติตามสัญญาหมั้นว่าจะสมรสกัน แต่หากไม่มีการสมรสเกิดขึ้นก็ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับให้มีการสมรสตามสัญญาได้ แต่ฝ่ายที่มีผิดสัญญาหมั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากฝ่ายผิดสัญญา ซึ่งการที่ชายฟ้องหญิงคู่หมั้นหรือหญิงฟ้องชายคู่หมั้นโดยตรง มักเป็นกรณีที่ไม่มิผู้ใหญ่คนอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องที่ต้องรับผิดชอบร่วมกับฝ่ายผิดสัญญาหมั้น

ข. บิดามารดาของชายและหญิงคู่หมั้น ที่เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยความยินยอมหมั้นของชายและหญิงเอง แม้บิดามารดาของทั้งสองฝ่ายจะมีใช้คู่หมั้นแต่ถือว่าเป็นคู่สัญญาหมั้น ไม่ว่าชายหรือหญิงนั้นบรรลุนิติภาวะแล้วหรือไม่ หากบิดามารดาเข้ามาเป็นคู่สัญญาหมั้นและมีเหตุที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาหมั้น อีกฝ่ายฟ้องร้องบิดามารดาของฝ่ายผิดสัญญาหมั้น เพื่อให้รับผิดชอบในค่าทดแทนได้

ค. บุคคลผู้กระทำการในฐานะเช่นเดียวกับบิดามารดาของชายหญิงคู่หมั้น อาจจะเป็นผู้ปกครองของชายหญิง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมของชายหญิง หรืออาจเป็นญาติผู้ใหญ่ที่ใกล้ชิดสนิทสนมกับชายหรือหญิงก็ได้ แต่สำคัญที่ว่าเป็นบุคคลที่ใกล้ชิดกับชายหรือหญิงคู่สัญญาหมั้นจริง ๆ จนถึงขนาดเข้ามากระทำการในฐานะคู่สัญญาหมั้นได้ เพราะบุคคลเหล่านี้ หากฝ่ายของตนผิดสัญญาหมั้น ตนอาจต้องรับผิดชอบร่วมกันในค่าทดแทนการผิดสัญญาหมั้น จึงต้องมีใช้เพียงเจ้าแก่หรือผู้ใหญ่ที่ถูกเชิญเข้ามาเป็นประธานในงานหมั้น

ประเด็นสำคัญในส่วนของการหมั้น คือ เจตนาที่จะสมรสกันภายหลังจากการหมั้น การแสดงเจตนาในการหมั้นเป็นสิ่งสำคัญแสดงให้เห็นถึงความคาดหวังว่าจะมีการสมรสในอนาคต นอกจากนี้ การแสดงเจตนาในการหมั้น หากเกิดขึ้นด้วยเหตุอื่นที่ผิดเพี้ยนไป เช่น ชายข่มขู่ให้หญิงทำการหมั้นกับตน หรือชายหลอกให้หญิงหมั้นกับตน หรือชายสำคัญผิดในตัวบุคคลต้องการหมั้นกับน้องสาว แต่กลับทำสัญญาหมั้นกับพี่สาวฝาแฝด นิติกรรมทั้งหลายเหล่านี้ไม่สมบูรณ์ ตกเป็นโมฆียะ เมื่อหญิงหลุดพ้นจากสถานการณ์ที่ถูกข่มขู่หรือทราบข้อเท็จจริงที่ถูกหลอก หญิงมีสิทธิบอกล้างสัญญาหมั้นได้^{๒๗} แต่ในเรื่องของการสมรสเป็นข้อยกเว้นของการตกเป็นโมฆียะในกรณีเหล่านี้ หากการสมรสเกิดขึ้นโดยสำคัญผิดในตัวบุคคล แม้ว่าตามหลักทั่วไปของนิติกรรมสัญญา การสำคัญผิดในตัวบุคคลถือเป็นการสำคัญผิดในสาระสำคัญ อันเป็นผลให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ แต่ในส่วนของกฎหมายครอบครัว การสมรสโดยสำคัญผิดในตัวบุคคล ซึ่งหมายความว่าถึง เจตนาสมรสกับบุคคลหนึ่งแต่กลับไปแสดงเจตนาเพื่อสมรสกับอีกบุคคลหนึ่งโดยสำคัญผิดไป สัญญาสมรสนั้นเป็นเพียงโมฆียะเท่านั้น ดังนั้น การหมั้นที่แสดงเจตนาว่าจะสมรสในอนาคต ตัวบุคคลเป็นสาระสำคัญอย่างมาก เพราะอาจ เป็นผลให้สัญญาหมั้นหรือสัญญาสมรสสมบูรณ์หรือไม่ก็ได้

ประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้องกับการหมั้น อย่างการหมั้นระหว่างบุตรบุญธรรมกับผู้รับบุตรบุญธรรม กฎหมายก็มีได้กำหนดห้าม เพียงแต่ว่าเป็นสิ่งที่ไม่ควรทำและกระทบต่อความรู้สึกของบุคคลทั่วไป แต่ทั้งนี้ การหมั้นระหว่างบุตรบุญธรรมกับผู้รับบุตรบุญธรรมมิได้ถึงกับทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะการรับบุตร

^{๒๗} การหมั้นที่เกิดจากการใช้กลฉ้อฉล ข่มขู่ สำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ มิได้บัญญัติถึงโดยตรงและชัดเจน แต่ให้นำความในส่วนของการแสดงเจตนาบกพร่องมาบังคับใช้ได้โดยอนุโลม เพราะเหตุทั้งหลายเหล่านี้เป็นเหตุสำคัญในการบอกเลิกสัญญาหมั้นได้ทั้งสิ้น ด้วยเหตุโมฆียกรรม

บุญธรรมเป็นเพียงการเทียมความสัมพันธ์ในรูปแบบของพ่อแม่ลูกเท่านั้น ทั้งสองมิได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกันจริง ดังนั้น หากมีการสมรสระหว่างบุตรบุญธรรมกับผู้รับบุตรบุญธรรม การสมรสย่อมสมบูรณ์ตามมาตรา ๑๕๔๘/๓๒

๒.๔ สิ้นสุด

สิ้นสุดและของหมั้นไม่ใช่สาระสำคัญในการสมรส ไม่ว่าชายหญิงจะทำการหมั้นหรือไม่ ย่อมทำการสมรสตามกฎหมายได้เสมอ เพราะการหมั้นมิใช่เงื่อนไขของการสมรส แต่เมื่อใดก็ตามที่ชายหญิงตกลงให้มีการทำสัญญาหมั้น สัญญาหมั้นนั้นจะผูกพันสองฝ่ายให้ปฏิบัติตาม ดังที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ว่า การทำสัญญาหมั้นนั้น ต้องมอบทรัพย์สินอันเป็นของหมั้น แต่ไม่จำเป็นต้องมีสินสอดแต่อย่างใด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๓๗ วรรคสามได้ให้นิยามคำว่าสินสอดว่า

“สินสอด เป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงแล้วแต่กรณี เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส ถ้าไม่มีการสมรสโดยมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงหรือ โดยมีพฤติการณ์ ซึ่งฝ่ายหญิงต้องรับผิดชอบทำให้ชายไม่สมควรหรือไม่อาจสมรสกับหญิงนั้น ฝ่ายชายเรียกสินสอดคืนได้”

จากนิยามข้างต้นจะเห็นได้ว่า สินสอดเป็นทรัพย์สินที่ **“ฝ่ายชาย”** มอบให้ **“ฝ่ายหญิง”** ซึ่งมาตรา ๑๔๓๗ ได้ระบุว่าฝ่ายหญิง ได้แก่ บิดามารดาหญิง ผู้รับบุตรบุญธรรมของหญิงและผู้ปกครองของหญิง แต่มิได้รวมถึงหญิงคู่หมั้น เพื่อตอบแทนการที่ **“หญิง”** ยอมสมรสกับชาย นอกจากนี้ การให้สินสอดเป็นการให้เพื่อตอบแทนแก่ผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงที่ผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงเลี้ยงดูหญิงจนเติบโตใหญ่ กระทั่งมาสมรสกับ **“ชาย”** จากเดิม ที่การให้สินสอดถูกมองว่าเป็นการให้ค่าตัวหญิงและเป็นที่ถกเถียงว่าเป็นการซื้อตัวหญิงหรือไม่ หรือถูกเรียกว่าเป็นค่าน้ำนมที่ฝ่ายหญิงจะเรียกจากฝ่ายชาย ซึ่งไม่ได้ต่างกันมากกับการให้ค่าตัวหญิง จนกระทั่ง ร่างบรรพ ๕ ใหม่ จึงได้มีการหารือและให้ความเห็นว่าสินสอดยังควรมีอยู่หรือไม่ โดยมีฝ่ายให้การสนับสนุนว่า สินสอดยังควรมีอยู่ เพราะถือเป็นธรรมเนียมประเพณีที่มีมานานับแต่สมัยกฎหมายลักษณะผัวเมีย เพื่อระลึกถึงบุญคุณของบิดามารดาที่เลี้ยงหญิงมาจนเติบโตใหญ่และได้สมรส กฎหมายครอบครัวจึงยังคงไว้ซึ่งการให้

สินสอด ด้วยลักษณะของสินสอดมีความแตกต่างจากของหมั้น ตั้งแต่ผู้รับสินสอดและวัตถุประสงค์ในการให้สินสอด โดยลักษณะของสินสอดมีดังต่อไปนี้

ก. **สินสอดต้องเป็นทรัพย์สิน**^{๖๘} ด้วยลักษณะของการที่สินสอดต้องเป็นทรัพย์สินจึงไม่ต่างจากของหมั้นที่ต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างแต่มีราคาและอาจถือเอาได้ทั้งตัวทรัพย์สิน เช่น เงิน แหวนเพชร ทอง หรือสิทธิเรียกร้องอย่างใด ๆ เป็นต้น แต่ความแตกต่างของการมอบสินสอดและของหมั้น คือ สินสอดไม่จำเป็นต้องมอบให้ฝ่ายหญิงในวันที่ทำสัญญาหมั้น มอบให้ภายหลังก็ได้ แต่ต้องมีการตกลงว่าจะให้สินสอดก่อนสมรส หากตกลงว่าจะให้สินสอดหลังสมรส สิ่งนั้นมิใช่สินสอด แต่เป็นการให้โดยเสน่หา^{๖๙} ดังนั้น หากฝ่ายชายไม่ส่งมอบสินสอดให้ตามที่ตกลง ฝ่ายหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกสินสอดได้ด้วย ในขณะที่ของหมั้นต้องให้แก่หญิงในวันทำสัญญาหมั้นเท่านั้น หากสิ่งใดตกลงว่าจะให้หลังวันทำสัญญาหมั้น ไม่เรียกว่าของหมั้นและไม่อาจฟ้องเรียกได้ในฐานะของหมั้น แต่ในกรณีของสินสอด เช่น ฝ่ายชายตกลงฝ่ายหญิงว่า หากหญิงหมั้นกับชาย ฝ่ายชายจะโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ๑ ไร่ให้แก่ฝ่ายหญิง เมื่อฝ่ายชายไม่โอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้ตามสัญญาภายหลังการสมรส “ฝ่ายหญิง” ไม่ว่าจะเป็นบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณี สามารถฟ้องเรียกให้ฝ่ายชายโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินสินสอดแก่ตนได้ ในทางกลับกัน หากเปรียบเทียบที่ดินผืนนี้เป็นของหมั้นที่ชายสัญญาว่าจะโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่หญิงในฐานะของหมั้น หญิงคู่หมั้นไม่อาจฟ้องเรียกในฐานะที่ทรัพย์สินนั้นเป็นของหมั้น

^{๖๘} พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ให้ความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” (อังกฤษ: property, (โบราณ) propriety) หมายความว่า วัตถุทั้งที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ เช่น บ้าน ที่ดิน เป็นวัตถุมีรูปร่าง ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง

^{๖๙} ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบาย กฎหมายครอบครัว, หน้า 65