

แนวความคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการเกี่ยวกับการทำให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย

2.1 แนวความคิดจากระบบกฎหมายตะวันตก

2.1.1 ระบบครอบครัวในกฎหมายโรมัน

ความเป็นครอบครัวในโรมันจัดว่าเป็นหน่วยพื้นฐานทางกฎหมาย การติดต่อระหว่างรัฐกับบุคคลจะผ่านทางครอบครัวในแง่ของการหาผู้สืบทอดตำแหน่งทางการบริหาร การจัดตั้งกองทัพ การทำทะเบียนราษฎร และการเก็บภาษีอากร ในแต่ละครอบครัวจึงมีคนเดียวที่เป็นบุคคลที่สมบูรณ์แบบตามกฎหมาย ซึ่งก็คือ เจ้าบ้าน หรือหัวหน้าครอบครัวเป็นผู้ชายผู้มีอาวุโสสูงสุด (Paterfamilias)¹ ส่วนคนอื่น ๆ ที่เหลือในครอบครัวนั้นขึ้นอยู่กับอำนาจของหัวหน้าครอบครัว (Alieni juris)² แม้ว่าคนอื่น ๆ จะเป็นราษฎรมีสิทธิโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายมหาชนก็ตาม³

ทั้งนี้ ตามระบบกฎหมายโรมัน กฎหมายครอบครัวในยุคโรมันมีลักษณะเป็นเพียงกฎหมายก่อตั้งครอบครัวซึ่งว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการสร้างครอบครัวและวิธีการเข้าสู่ครอบครัวหรือออกจากครอบครัวเท่านั้น เหตุผลเนื่องมาจากลักษณะของอำนาจที่อยู่พิเศษชายเป็นใหญ่ โดยอำนาจปกครองครอบครัวจะอยู่ที่บิดาในการกำหนดความสัมพันธ์ภายในครอบครัวได้ตลอดเวลา⁴

ด้วยเหตุนี้เอง สถานะของความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาจึงมีความสำคัญ การกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการทำให้เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาจึงมีวัตถุประสงค์

¹พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมศัพท์และภาษิตกฎหมาย ลาดิน-ไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 660. และประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2541), น. 96.

²หมายถึง ผู้ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้อื่น จะตรงข้ามกับผู้บรรลุนิติภาวะ (sui juris). โปรดดู พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมศัพท์และภาษิตกฎหมาย ลาดิน-ไทย, น. 52.

³ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 96.

⁴W.W. Buckland and Arnold D. McNair, Roman Law and Common law. A comparison in outline, 2nd edition revised by P.H. Lawson (Cambridge University press, 1952 reprinted 1974), pp. 38 – 39.

เพื่อให้เด็กได้รับอำนาจปกครองของบิดาเป็นประการสำคัญ สืบเนื่องจากครอบครัวโรมันจะให้ อำนาจปกครองสมบูรณ์แบบและเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแก่บิดาในการปกครองครอบครัว (Patria Potestas) ผู้เป็นบิดาหรือหัวหน้าครอบครัวจะมาจากบุพการีซึ่งเป็นผู้ที่มีอายุไล่ที่สุดที่ยังมีชีวิตอยู่ โดยอำนาจปกครองจะมีเหนือลูกหลานตราบนานกว่าชีวิตจะหาไม่ และการใช้อำนาจนี้ยังครอบคลุม ไปถึงผู้เข้ามาเป็นสมาชิกของครอบครัวในฐานะบุตรบุญธรรมด้วย

การใช้อำนาจนี้ไม่เฉพาะแต่เพียงการปกครองบุตรเท่านั้น บิดายังมีสิทธิเหนือเนื้อตัว ร่างกายของลูกหลาน นอกจากนี้ยังมีอำนาจในการตัดสินใจ ตลอดจนเป็นผู้ครอบครองและจัดการ ทรัพย์สิน ผู้หญิง เด็ก และข้าทาสบริวาร โดยมีอำนาจอย่างเต็มที่ หากสมาชิกในครอบครัวคนใด ได้กระทำความผิด หัวหน้าครอบครัวก็จะทำหน้าที่ตุลาการ สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างเต็มที่ ไม่ว่าจะเป็นการเนรเทศ กำจัดออกไปจากครอบครัว ลดฐานะให้เป็นทาส หรือแม้แต่จะลงโทษ ประหารบุตรของตนเองก็ได้

การที่ครอบครัวโรมันให้ความสำคัญแก่ผู้ที่เป็นหัวหน้าครอบครัว ซึ่งในแต่ละครอบครัว จะมีได้เพียงคนเดียว ทายาทผู้ที่จะสืบทอดการเป็นผู้ทรงอำนาจ Patria Potestas จึงถูกจำกัดแต่ เฉพาะทายาทผู้เป็นชายและต้องเป็นบุตรที่เกิดจากการสมรสอันชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ ต้องเป็นการเกิดโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเป็นบุตรที่เกิดจากบิดามารดาซึ่งเป็นราษฎรโรมัน และ บิดาจะต้องมีสิทธิที่จะสมรสตามกฎหมายโรมันได้ อีกทั้งการสมรสนั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย เอกชนด้วย บุตรที่เกิดมาจึงจะได้สัญชาติโรมันโดยกำเนิด⁵ สำหรับบุตรที่เป็นหญิงจะไม่มีสิทธิ ได้รับ Patria Potestas อย่างเด็ดขาด หญิงโรมันจะไม่มีอำนาจอิสระเลย จะต้องอยู่ภายใต้การ ปกครองของญาติที่เป็นชายคนใดคนหนึ่ง หรือภายใต้สามีเท่านั้น และยิ่งถ้าเป็นบุตรนอกสมรสก็ จะยิ่งไม่มีโอกาสได้เป็นทายาทผู้สืบทอดได้เลย

อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่เกิดมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะเป็นผลให้เด็ก ไม่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดา ซึ่งการอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของหัวหน้าครอบครัวถือว่า มีความสำคัญในแง่ที่ว่า บุตรซึ่งอยู่ในอำนาจของบิดาย่อมสามารถปฏิบัติตนในฐานะราษฎรโรมัน คนหนึ่ง เช่น อาจดำรงตำแหน่งทางบริหารและในฐานะดังกล่าวอาจใช้อำนาจบริหารเหนือบิดา ของตนได้⁶

⁵ ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 1, น. 107.

⁶ เฟิงฮ้าง, น. 95.

สมัยก่อนสิ้นจักรวรรดิโรมัน บุตรที่จะมีสิทธิและหน้าที่โดยสมบูรณ์จะต้องเป็นบุตรที่เกิดในระหว่างการสมรสของบิดามารดาเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อได้รับอิทธิพลของศาสนาคริสต์ โดยถือหลักว่าการสมรสเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ซึ่งกระทำได้ครั้งเดียวในชีวิตและจะไม่มีการหย่าขาดจากกัน ในระยะนั้น การอยู่ร่วมกันระหว่างชายและหญิงโดยไม่ทำการสมรสจึงเป็นสิ่งพึงรังเกียจ บุตรที่เกิดมาจะถูกเรียกอย่างเหยียดหยามว่า “ลูกไม่มีพ่อ” (Bastards) ดังนั้น เพื่อป้องกันมิให้ชายหญิงอยู่ด้วยกันโดยมิได้ทำการสมรส จักรพรรดิโรมันจึงได้ใช้วิธีจำกัดสิทธิของเด็กที่จะเกิดนอกสมรส⁷ ทางแก้ปัญหาก็ใช้กันเพื่อรับรองให้บุตรนอกสมรสของชายมีสถานะเทียบเท่ากับบุตรชอบด้วยกฎหมายก็คือการรับบุตรนอกสมรสของตนเป็นบุตรบุญธรรมแทน แต่ความเป็นบุตรบุญธรรมก็มิได้ทำให้เด็กนั้นมีสถานะความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด⁸

ต่อมาด้วยความมุ่งหมายที่จะปรับปรุงฐานะตามกฎหมายของบุคคลซึ่งเกิดนอกสมรสให้ดีขึ้น จักรพรรดิหลายพระองค์ได้ใช้วิธีการต่าง ๆ เพื่อให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายภายหลังการเกิด (Legitimation) ทั้งนี้ การเกิดขึ้นของสถานะของบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายภายหลังการเกิดนั้นย่อมเกิดขึ้นได้ด้วยการรับรองบุตร ซึ่งมีหลายวิธีด้วยกัน แต่จะปรากฏรูปแบบใหญ่ ๆ อยู่ 2 รูปแบบ⁹ คือ

1. การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายโดยผลจากการสมรสของบิดามารดาในภายหลัง (Legitimation per subsequens matrimonium)¹⁰

รูปแบบนี้เกิดขึ้นในสมัยจักรพรรดิ Constantine (ค.ศ. 307-337) ได้เริ่มนำกฎหมายใหม่มาใช้บังคับ โดยเป็นวิธีการทำให้เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแต่เดิม ทางเดียวที่จะทำให้

⁷ เนื่องจากในสมัยนั้น การที่ชายหญิงอยู่กินกันโดยมิได้สมรสเป็นที่แพร่หลายอย่างมาก จึงมีความพยายามที่จะรองรับสถานะของความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดขึ้นในขณะที่บิดามารดามิได้ทำการสมรสกัน เพื่อให้บุตรที่เกิดมาเข้ามาอยู่ในอำนาจปกครองของบิดา และได้รับสิทธิในการเป็นทายาทอย่างสมบูรณ์. โปรดดู Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, (Oxford University press : First published 1962), pp. 84-85.

⁸ W.W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra note 4*, pp. 42-43.

⁹ อันทิสย์ โสติพันธ์, “การเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายในแบบ Subsequens matrimonium และในแบบ rescriptum principis”, *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 21 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2534) น. 280-281.

¹⁰ Barry Nicholas, *supra note 7*, and James Mackintosh, Edinburgh W. Green and son, *Roman Law in Modern Practice*, (Limited law Publishers 1934), pp.110-113.

บุตรนอกสมรสเข้ามาอยู่ในอำนาจปกครองของบิดา ก็คือการที่บิดาได้นำเด็กนั้นมาอุปการะเลี้ยงดู โดยรับเป็นบุตรบุญธรรม เว้นแต่บิดาจะมีบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อนแล้ว แต่กฎหมายใหม่ที่นำมาใช้ในกรณีที่ยังสามารถอยู่กันโดยมิได้ทำการสมรส เด็กสามารถเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาได้โดยบิดามารดาทำการสมรสกันในภายหลัง ซึ่งกฎหมายนี้จำกัดเฉพาะเด็กที่เกิด ณ วันที่กฎหมายนี้มีผลใช้บังคับ และเฉพาะกรณีที่ชายผู้เป็นบิดาไม่มีภริยาตามกฎหมายและไม่มีบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อนแล้วเท่านั้น¹¹ แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวยังต้องการหลักฐานเป็นหนังสือและความยินยอมของเด็กมาประกอบด้วย (เว้นเสียแต่เด็กยังเป็นทารกอยู่ ก็จะถือว่าเด็กให้ความยินยอมโดยปริยาย)¹²

นอกจากนี้ บุตรนอกสมรสที่มีสิทธิจะได้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายนั้นจะต้องปรากฏว่าเป็นบุตรแท้ ๆ ของชายผู้เป็นบิดาด้วย แต่บุตรที่เกิดจากหญิงโสเภณี และบุตรที่เกิดจากการ ผิดประเวณีจะไม่มีทางได้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเลย อย่างไรก็ตาม สำหรับชาวโรมัน วัตถุประสงค์ของกฎหมายในรูปแบบนี้ต้องการลดการอยู่ร่วมกันโดยมิได้ทำการสมรสของชายหญิงลง โดยการ กระตุ้นให้ชายหญิงเข้าสู่การสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายมากยิ่งขึ้น¹³

ประเทศต่าง ๆ ที่ได้รับหลักการทำให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายโดยการสมรสของ บิดามารดาในภายหลังมาใช้บังคับ เช่น ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ ไม่ว่าจะเป็นประเทศ ฝรั่งเศส เยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ หรือแม้แต่ประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบคอมมอนลอว์ จึงถือได้ว่า วิธีการสมรสของบิดามารดาในภายหลังเป็นวิธีที่แพร่หลายมากที่สุด เป็นวิธีที่รู้จักของแทบทุกระบบ กฎหมาย

2. การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายโดยคำสั่งของอำนาจรัฐ (Legitimation per rescriptum principis)

แบบนี้เกิดขึ้นในสมัยจักรพรรดิ Justinian (ค.ศ. 527-565) ก็ได้นำวิธีให้เด็กเป็นบุตร ชอบด้วยกฎหมายโดยพระบรมราชโองการของจักรพรรดิ (Imperial rescript) และให้สิทธิ บางอย่างแก่เด็กนอกสมรสด้วย เช่น สิทธิในการได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูและสิทธิในการรับมรดก เมื่อบิดาตายโดยไม่มีพินัยกรรมหรือไม่มีทายาท วิธีนี้จะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อบิดามารดาไม่สามารถ

¹¹ James Mackintosh, Edinburgh W. Green and son, *supra* note 10, p. 112.

¹² "Legitimation by Subsequent Marriage" <<http://www.heraldica.org/topics/royalty/legmatsub.htm>> p. 1.

¹³ James Mackintosh, Edinburgh W. Green and son, *supra* note 10.

ทำการสมรสกันได้ เช่น ชายหญิงที่อยู่กินกันโดยมิได้ทำการสมรส (บางตำราก็ว่าอยู่กินกันโดยหญิงมีสถานะเป็นนางบำเรอ) หญิงมารดาได้ถึงแก่ความตายหรือไม่อาจสืบหาตัวได้โดยไม่ทันได้มีการสมรสกัน หรือกรณีที่ชายไม่ได้ตั้งใจจะสมรสกับหญิง เป็นต้น แต่วิธีนี้ต้องมีการยื่นคำขอต่อองค์จักรพรรดิเพื่อให้องค์จักรพรรดิออกพระบรมราชโองการ โดยมีเงื่อนไขต้องแสดงให้เห็นว่าชายผู้เป็นบิดาไม่มีบุตรชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อนในขณะที่ยื่นคำขอต่อองค์จักรพรรดิด้วย (แต่ในช่วงรอยต่อระหว่างยุคกลางและยุคสมัยใหม่ตอนต้น พระราชอำนาจนี้ได้ส่งผ่านไปยังผู้ปกครองแคว้นในสมัยนั้นด้วย)¹⁴

สำหรับการทำให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายโดยอาศัยอำนาจของรัฐนั้น ในปัจจุบันได้เปลี่ยนไปตามสภาพของบ้านเมืองโดยขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายและระบบการปกครอง เช่น อาจออกเป็นคำสั่งของประมุขของรัฐหรือออกเป็นกฎหมายเฉพาะของฝ่ายบริหารหรือโดยคำพิพากษาของศาล เป็นต้น ซึ่งรูปแบบนี้ยังได้รับการยอมรับจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เป็นอย่างมากเช่นกัน

ทั้งนี้ วิธีการทำให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายทั้งสองวิธี ไม่ว่าจะเป็นการสมรสของบิดามารดาในภายหลังกับโดยอาศัยอำนาจของรัฐ ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารหรืออำนาจของฝ่ายตุลาการ แล้วแต่ว่าประเทศใดจะรับเอาวิธีการใดไปใช้ กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสและครอบครัวของโรมันได้ตกทอดไปยังประเทศต่าง ๆ ในยุโรป โดยอิทธิพลของการปกครองของโรมันเองก็ได้ขยายอาณาเขตไปในทวีปยุโรป ผสมผสานกับอิทธิพลของศาสนาคริสต์ที่เข้ามาแทรกซึมอยู่ทั่วไป

สำหรับในสมัยปัจจุบัน ระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้มีการพัฒนาวิธีการทำให้เด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายไปบ้างเล็กน้อย แต่โดยที่หลักการใหญ่ ๆ ก็ยังคงหลักการเดิมที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมัน

2.1.2 กฎหมาย Canon Law

ในวัฒนธรรมตะวันตก กฎหมาย Canon Law หรือ Ecclesiastical Law (กฎหมายศาสนาจักร) เป็นกฎและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับศาสนาคริสต์ รวมถึงข้อประพฤติปฏิบัติของชาวคริสต์ในนิกายโรมันคาทอลิกและนิกายแองกลิกัน ซึ่งมีเจ้าหน้าที่เฉพาะของทางศาสนาจักรเป็นผู้รวบรวม

¹⁴Barry Nicholas, *supra* note 7.

จากหลักคำสอนทางศาสนาและกฎข้อบังคับต่าง ๆ ขึ้นเป็นประมวลกฎหมายและประกาศใช้¹⁵ ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายศาสนจักรจะไม่มีบทบาทโดยตรงในการบังคับใช้แก่ประชาชนทั่วไป เพราะกฎหมายบ้านเมืองได้เข้ามาแทนที่ แต่ในเรื่องเกี่ยวกับคริสตศาสนิกชน กฎหมายศาสนจักรยังมีผลใช้บังคับอยู่ในส่วนที่เกี่ยวกับการภายในศาสนา และในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชนทั่วไปนั้น ถึงแม้กฎหมายศาสนจักรจะไม่ได้บังคับใช้โดยตรง แต่หลักการและอิทธิพลของระบบนี้ก็มิแทรกอยู่ในกฎหมายของประเทศตะวันตกไม่น้อย¹⁶

แต่เดิม หลักในเรื่องความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายศาสนจักร สืบเนื่องจากระบบกฎหมายศาสนจักรไม่ได้รับรองถึงการอุกฉกรรจ์กันโดยมิได้สมรส หากแต่จะเป็นการขยายความรับรองไปถึงสถานะของเด็กในการเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายจากการสมรสของบิดามารดาเท่านั้น¹⁷ (เนื่องจากแนวความคิดของระบบนี้จะยอมรับเฉพาะการสมรสที่เกิดขึ้นโดยชอบแล้วเท่านั้น โดยถือว่าการสมรสเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่จะต้องประกอบพิธีโดยนักบวชในศาสนา โดยมีพิธีส่วนหนึ่งกระทำในโบสถ์ การแสดงความยินยอมของชายและหญิงที่จะเป็นสามีภริยากันก็ต้องกระทำต่อหน้านักบวชผู้ประกอบพิธี เพราะฉะนั้น บุตรที่เกิดจากการสมรสที่ถูกต้องแล้วเท่านั้นจึงจะถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย)¹⁸

¹⁵ ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายศาสนจักรหรือประมวลกฎหมายพระ ได้เริ่มมีขึ้นในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 20 โดยนิกายโรมันคาทอลิกได้มีความพยายามที่จะจัดทำประมวลกฎหมายพระขึ้นซึ่งใช้เวลากว่า 2,000 ปีในการพัฒนาระบบ ทำให้ระบบดังกล่าวมีความซับซ้อน ทำให้เกิดความยุ่งยากในการแปลความและนำไปใช้ในการอ้างอิง

โปรดดู <<http://www.nationmaster.com/encyclopedia/Canon-law>> และ <<http://www.newadvent.org/cathen/09056a.htm>>

¹⁶ รัชฎา เมธาวิกุล, "บุตรนอกสมรส," (วิทยานิพนธ์ ชั้นปริญญาโท ภาค 2 ทางนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น. 34.

¹⁷ James Mackintosh, Edinburgh W. Green and son, *supra* note 10, pp.113 -114.

¹⁸ หลังจากที่ยุโรปตะวันตกได้ล่มสลาย ศาสนจักรคริสเตียนเป็นสถาบันเดียวที่คงดำรงอยู่ สืบต่อจากสมัยจักรวรรดิโรมันถึงสมัยกลาง ประชาชนของยุโรปซึ่งไม่อาจพึ่งพาจักรวรรดิโรมันในทางปกครองได้อีกต่อไปก็ยังได้อาศัยศาสนจักรโรมันคาทอลิกเป็นที่พึ่งทางจิตใจและทางวัฒนธรรม ต่อมา ด้วยเหตุนี้เองแม้ว่ายุโรปจะแบ่งแยกการปกครองออกเป็นแคว้นเล็กแคว้นน้อย แต่ในแง่ของความเชื่อทางศาสนาและวัฒนธรรม ยุโรปยังเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันภายใต้การนำของศาสนจักรโรมันคาทอลิกซึ่งมีศูนย์กลางอยู่ที่กรุงโรม. โปรดดู ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2539), น. 134-135.

จนกระทั่งถึงปลายศตวรรษที่ 12 กฎหมายศาสนจักรได้ผ่อนคลายความเคร่งครัดของแนวความคิดเดิมลง โดยให้สิทธิแก่บุตรนอกสมรสในการจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งรวมถึงให้สิทธิแก่เด็กที่เกิดจากการลักลอบได้เสียกัน ด้วยวิธีที่บิดามารดาได้ทำการสมรสกันในภายหลัง แต่จะต้องไม่ใช่กรณีของเด็กที่เกิดจากการเป็นชู้หรือเกิดจากการที่บิดามารดาเป็นญาติสนิทกัน¹⁹ (การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายโดยวิธีที่บิดามารดาทำการสมรสกันในภายหลันั้นได้เริ่มต้นขึ้นในกฎหมาย Canon Law สมัยใหม่ ซึ่งจะต้องปรากฏว่าบิดามารดาต้องมีเสรีภาพที่จะทำการสมรสกันในเวลาที่เด็กเกิดด้วย (Canon 1139 เล่ม 4 ส่วนที่ 1 ลักษณะ 7 หมวด 8)²⁰)

อย่างไรก็ดี การก่อให้เกิดสถานะความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวมีประเด็นข้อโต้แย้งกันอยู่ว่า จะถือว่าวันใดเป็นวันที่เด็กมีสถานะความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ระหว่างวันที่เด็กเกิดกับวันที่เด็กปฏิสนธิ ซึ่งความเห็นส่วนใหญ่ในแนวความคิดนี้เห็นว่าควรจะต้องพิจารณาวันที่มีการปฏิสนธิเป็นสำคัญ ซึ่งบุตรที่ได้รับการรับรองให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายจะได้รับสิทธิอย่างเต็มที่ในครอบครัวและสิทธิต่าง ๆ ที่จะตามมา

ทั้งนี้ ในกฎหมายศาสนจักรได้พยายามผสมผสานหลักเกณฑ์ใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์เดิม โดยกำหนดให้การสมรสที่เกิดขึ้นในภายหลังกสามารถมีผลย้อนหลังไปจนถึงก่อนวันที่เด็กเกิดหรือก่อนวันที่มีการปฏิสนธิได้ (แต่ข้อสันนิษฐานนี้ยังมีการถกเถียงกันอย่างมากในกฎหมายของ Scots Law ซึ่งไม่เห็นด้วยกับหลักเกณฑ์นี้ โดยเห็นว่าการกำหนดให้การสมรสมีผลย้อนหลังได้นั้นไม่ใช่รากฐานที่แท้จริงของหลักการสมรส)²¹

2.2 วิวัฒนาการเกี่ยวกับการทำให้บุตรนอกสมรสเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ตามกฎหมายต่างประเทศ

ผลจากการนำผลงานทางกฎหมายของจักรพรรดิ Justinian มาศึกษาและบังคับใช้กันในอิตาลีตอนเหนือช่วงราวคริสต์ศตวรรษที่ 11 ซึ่งเป็นยุคแห่งการฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (Renaissance) หลังจากที่ได้ตกต่ำในยุคกลาง กฎหมายโรมันในยุคแห่งการฟื้นฟูนี้ทำให้ประเทศในภาคพื้นยุโรปตะวันตกมีแนวความคิดและกฎเกณฑ์ทางกฎหมายคล้ายคลึงกัน ทำให้โลกมีระบบกฎหมายยิ่งใหญ่ที่มีที่มาจากยุโรป 2 ระบบด้วยกัน คือ (1) ระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งยังคงรักษา

¹⁹ James Mackintosh, Edinburgh W. Green and son, *supra note* 10.

²⁰ <<http://www.heraldica.org/topics/royalty/legmatsub.htm>>

²¹ James Mackintosh, Edinburgh W. Green and son, *supra note* 10, p. 114.

กฎหมายและจารีตประเพณีของตนอย่างเหนียวแน่น โดยที่ไม่ยอมรับจารีตโรมัน แต่ในหลายเรื่อง ก็ยังคงได้รับอิทธิพลของกฎหมายโรมันมาเช่นกัน และ (2) ระบบกฎหมาย Civil Law (ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่มีฐานมาจากการฟื้นฟูกฎหมายโรมัน หรือเรียกอีกอย่างว่า Romanistic) ซึ่งแพร่ขยายไปทั่วภาคพื้นยุโรปและที่อื่น ๆ²²

ทั้งนี้ ในส่วนของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยส่วนใหญ่แล้วจะได้หลักการมาจากกฎหมายในระบบ Civil Law โดยที่มีหลักการของระบบกฎหมาย Common Law อยู่เล็กน้อย

2.2.1 ระบบกฎหมาย Common Law²³

แม้ว่าระบบกฎหมาย Common Law จะมีแนวความคิดและวิวัฒนาการทางด้านกฎหมาย ตลอดจนจารีตประเพณีเป็นของตนเอง แต่ในเรื่องกฎหมายครอบครัวและแนวความคิดในเรื่องความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ระบบกฎหมายนี้ก็ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน อยู่พอสมควรและนำมาผสมผสานกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของตน โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับสถานะของความเป็นบุตรนอกสมรส ปรากฏว่ากฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษ ในสมัยก่อนไม่ยอมรับฐานะความเป็นบุตรนอกกฎหมาย โดยถือว่าบุตรจำพวกนี้เป็น "Nullius filius" (nobody's child) หมายถึง บุตรนอกสมรสหรือลูกไม่มีพ่อ ซึ่งรับมรดกของบิดาไม่ได้²⁴ โดยที่แต่เดิมจะวางหลักเกณฑ์ไว้อย่างเข้มงวดมาก จนเด็กที่เกิดมาในฐานะเป็นบุตรนอกสมรสแทบจะไม่มีสภาพเป็นสมาชิกของครอบครัวได้ โดยถือกันอย่างเคร่งครัดและไม่ยอมให้บุตรนอกสมรสที่เกิดก่อนการสมรสของบิดามารดาได้รับการแก้ไขสถานะแม้ด้วยการสมรสในภายหลังของบิดามารดา การทำให้เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายจะกระทำได้โดยวิธีเดียวคือการออกเป็นกฎหมายพิเศษของรัฐสภา

²² ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 17.

²³ W.W. Buckland and Arnold D. McNair, Roman Law and Common law. A comparison in outline, 2nd edition revised by P.H. Lawson (Cambridge University press, 1952 reprinted 1974), pp. 39 - 46. ; P.M. Bromley's & N.V. Lowe, Family Law, 8th edition (London : Butterworths, 1992), pp. 280 - 283. and Stephen M. Cretney, Family Law, 3rd edition, (London : Sweet & Maxwell, 1997), pp. 53 - 54.

²⁴ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 625.

ต่อมาฐานะของบุตรนอกสมรสก็ได้รับการเอาใจใส่จากชุมชนมากขึ้น แต่ก็เกิดความรังเกียจแก่ชุมชน เพราะเป็นภาวะที่ชุมชนจะต้องเลี้ยงดู ความเป็นบุตรนอกสมรสคงยังอยู่ในฐานะที่สังคมรังเกียจ อย่างไรก็ตามก็ได้มีกฎหมายที่ออกมารองรับสิทธิของบุตรนอกสมรสซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้บัญญัติสาระสำคัญที่เป็นคุณแก่บุตรนอกสมรสขึ้นมาเรื่อยๆ จนบุตรนอกสมรสอยู่ในฐานะที่ดีขึ้น แม้แต่การจดทะเบียนบุตรนอกสมรสก็มีกฎหมายห้ามแสดงรายการที่จะปรากฏให้เห็นถึงความด้อยฐานะหรือความเป็นบุตรนอกสมรสให้แก่บุคคลทั่วไปในเอกสารแสดงการเกิด

ในปัจจุบัน การแยกแยะความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายกับบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ที่ว่า เด็กจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดา ก็ต่อเมื่อบิดามารดาได้สมรสกันในเวลาที่เกิดปฏิสนธิหรือในเวลาที่เกิด (ซึ่งเป็นบทสันนิษฐานที่อาจถูกโต้แย้งหักล้างได้โดยพยานหลักฐานว่าชายไม่อาจเป็นบิดาของเด็ก)²⁵ กล่าวคือ แม้จะปรากฏว่าในทางความเป็นจริงหญิงมารดาจะได้ตั้งครรภ์ก่อนการสมรสก็ตาม แต่ถ้าเด็กได้คลอดภายหลังจากที่ได้มีการสมรสกัน เด็กก็จะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีมารดา หรืออีกกรณีหนึ่ง แม้จะปรากฏว่าเด็กได้ปฏิสนธิในวันที่มีการสมรส แต่ต่อมากการสมรสได้สิ้นสุดลงด้วยเหตุใด ๆ (เช่น การหย่ากันหรือสามีได้เสียชีวิตลง) ก่อนเด็กจะคลอดออกมาก็ตาม ก็ต้องถือว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เคยเป็นสามีมารดา²⁶

ในส่วนของอำนาจปกครองดูแลบุตร แต่เดิมบิดาอยู่ในฐานะผู้ปกครองของบุตรชอบด้วยกฎหมายและมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการปกครองดูแลบุตรและกำหนดการศึกษาและศาสนาให้แก่บุตรของตน สิทธิดังกล่าวจะสิ้นสุดลงเมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะหรืออาจจะสิ้นสุดก่อนหน้านั้นในบางกรณี ในทางปฏิบัติบิดามารดาจะใช้สิทธิดังกล่าวร่วมกันอย่างเท่าเทียมกัน ยกเว้นในกรณีของบุตรนอกสมรส มารดามีสิทธิในการปกครองดูแลบุตรนอกสมรสของตนแต่เพียงผู้เดียว (เช่น กฎหมายอังกฤษ The Children Act 1989, section 2)²⁷ อย่างไรก็ตาม สิทธิของบิดามารดาในการปกครองดูแลบุตร ส่วนใหญ่แล้วจะต้องอยู่ภายใต้รัฐสวัสดิการที่รัฐจัดให้เพื่อการคุ้มครองเด็ก ในขณะที่สิทธิของบิดามารดาอาจถูกยกเลิกได้ในบางโอกาส แต่บิดามารดาก็ไม่สามารถพ้นภาระในการดูแลบุตรที่ยังเป็นทารกได้²⁸

²⁵ Stephen M. Cretney, *supra* note 23, p. 53.

²⁶ P.M. Bromley's & N.V. Lowe, *supra* note 23, p. 280.

²⁷ Stephen M. Cretney, *supra* note 23, pp. 176-177.

²⁸ W.W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note 4, p. 39.

2.2.2 ระบบกฎหมาย Civil Law²⁹

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law หรือประเทศที่มีที่มาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งได้รับแนวความคิดและกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเอกรชนมาจากกฎหมายโรมันโบราณ ในเรื่องของแนวความคิดในกฎหมายครอบครัวของระบบกฎหมายนี้ก็มีความแตกต่างไปจากระบบกฎหมาย Common Law มากมายนัก เนื่องจากต้นตอที่มาของทั้งสองระบบต่างก็รับเอาอิทธิพลมาจากที่เดียวกัน หากแต่ลักษณะของแนวความคิดแรกเริ่มในเรื่องดังกล่าวมีความแตกต่างกัน อันเนื่องมาจากสภาพทางสังคม เศรษฐกิจ การเมืองและการปกครอง

สำหรับหลักในเรื่องความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ระบบกฎหมาย Civil Law ยอมรับหลักเกณฑ์ของกฎหมายโรมันที่ว่า "pater est quem nuptiae demonstrant" สถานะความเป็นบิดาย่อมเกิดขึ้นจากการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้น เด็กที่เกิดในระหว่างการสมรสของบิดามารดา หรือในกรณีที่มีการตั้งครรภ์เกิดขึ้นในระหว่างที่มีการสมรส แต่เด็กเกิดมาภายหลังจากที่มีการสมรสได้สิ้นสุดลง เด็กย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย³⁰ อย่างไรก็ตาม ในกรณีของบุตรนอกสมรส หรือบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นบิดาก็อาจจะได้รับการรับรองให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายได้ 2 วิธี คือ

วิธีแรก โดยการรับรองบุตรอย่างเป็นทางการของบิดาด้วยความสมัครใจ

วิธีที่สอง โดยกระบวนการทางศาล ในช่วงยุคก่อนปฏิวัติฝรั่งเศส ความเป็นบิดาเกิดขึ้นได้ด้วยการฟ้องร้องของหญิงมารดาโดยกล่าวหาว่าจำเลยเป็นบิดาของเด็ก ซึ่งชายผู้ถูกกล่าวหาอาจต่อสู้ได้ว่าหญิงประพฤติดนล้ำสอนเป็นที่รู้จักอยู่ทั่วไป ทั้งนี้ เนื่องจากสาระของคำพิพากษาศาลจะเป็นการก่อตั้งสถานะความเป็นบิดา อีกทั้งยังเป็นการให้อำนาจบิดาในการเลี้ยงดูเด็ก แต่ทว่าแนวคิดในอดีต บุตรนอกสมรสก็ยังไม่มียุติธรรมที่จะสืบทอดทรัพย์สินของบิดาในกรณีที่บิดาถึงแก่กรรม โดยไม่ได้ทำพินัยกรรม ซึ่งกฎหมายในยุคปฏิวัติได้เปลี่ยนแปลงสถานภาพตรงนี้อย่างสิ้นเชิง โดยการให้บุตรนอกสมรสมีสิทธิในการเป็นทายาทสืบทอดมรดกเช่นเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมาย³¹

การฟ้องคดีเพื่อก่อตั้งสถานะความเป็นบิดาจะได้รับการอนุญาตในบางกรณีเท่านั้น ซึ่งตรงจุดนี้เองที่บทสันนิษฐานความเป็นบิดาไม่อาจจะนำมาใช้ได้ ทั้งนี้ อุปสรรคสำคัญในการฟ้อง

²⁹K.W. Ryan, *An Introduction to the Civil Law*. (Sydney, Australia : Halstead press, 1962), pp. 275-284.

³⁰*Ibid*, p. 275.

³¹*Ibid*, p. 277.

คดีดังกล่าวซึ่งชายสามารถอ้างขึ้นเพื่อโต้แย้งหักล้างบทสันนิษฐานความเป็นบิดาจะประกอบไปด้วย ข้อโต้แย้งเรื่องการประพฤติผิดประเวณีของมารดา หลัก exception plurium concubentium ซึ่งเป็น ข้อต่อสู้ว่าหญิงมีคนรักหลายคนในเวลาเดียวกัน³² หญิงมีความสัมพันธ์กับชายอื่นในช่วงเวลาที่มีการตั้งครรภ์ และการไม่อาจเป็นบิดาได้ด้วยวิธีการพิสูจน์เลือด

แต่เด็กที่เป็นผลจากการประพฤตินอกใจสามีหรือเกิดจากการร่วมประเวณีของพี่น้อง ร่วมบิดามารดาเดียวกัน การรับรองความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายไม่อาจเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะเป็น การรับรองบุตรด้วยความสมัครใจหรือโดยกระบวนการทางศาล แต่ก็อาจเกิดขึ้นได้ทางอ้อมจาก กระบวนการอื่น³³

2.3 วิวัฒนาการเกี่ยวกับการทำให้บุตรนอกสมรสเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ตามกฎหมายครอบครัวไทย

2.3.1 กฎหมายลักษณะผัวเมียและกฎหมายลักษณะมรดก

ในสมัยโบราณตั้งแต่ยุคกรุงสุโขทัยจนถึงกรุงศรีอยุธยาเป็นต้นมา กฎหมายก็คือ “หลักธรรมะ” และจารีตประเพณีในสังคมนั้น ๆ³⁴ โดยถือว่ากฎหมายกับธรรมะเป็นเรื่องเดียวกัน แยกจากกันไม่ได้ สำหรับกฎหมายซึ่งถือเป็นแม่บทอันสำคัญเมื่อครั้งกรุงศรีอยุธยาก็คือ คัมภีร์ พระธรรมศาสตร์ (หรือธรรมสัทธัมในภาษาบาลี) อันมีที่มาจากประเทศอินเดียตามความเชื่อใน ศาสนาฮินดู โดยไทยได้รับผ่านมาจากมอญซึ่งนับถือพุทธศาสนาเช่นเดียวกับไทย³⁵ ทั้งนี้ เริ่มต้น จากการที่อาณาจักรอยุธยาเข้ายึดครองอาณาจักรทวารวดีเก่าของมอญ ซึ่งเป็นดินแดนของ ผู้ที่นับถือพุทธศาสนา แต่หลังจากตั้งอาณาจักรอยุธยาและได้รับขณะเขมรในเวลาต่อมา ทำให้ อารยธรรมเขมรเข้ามามีบทบาทในอยุธยาเป็นอย่างมาก³⁶ ด้วยเหตุนี้เองประเทศไทยในอดีตตั้งแต่ สมัยกรุงสุโขทัยและกรุงศรีอยุธยา จึงได้รับอิทธิพลโดยตรงจากขนบธรรมเนียมประเพณีและ วัฒนธรรมทั้งของอินเดีย มอญ และเขมร

³² พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 1, น. 303.

³³ K.W. Ryan, *supra* note 29, p. 277.

³⁴ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 63-64.

³⁵ เพิ่งอ้าง, น. 87.

³⁶ เพิ่งอ้าง, น. 81.

ในส่วนของกฎหมายครอบครัวก็เช่นกัน ลักษณะของความเป็นครอบครัวไทยจะเป็นไปอย่างง่าย ๆ ไม่ซับซ้อน ต่อมาเมื่อชุมชนขยายตัวมากขึ้น เกิดความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวมาใช้บังคับ จึงมีการนำกฎหมายคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของอินเดียผ่านทางมอญมาใช้บังคับ โดยกฎหมายลักษณะผัวเมียก็เป็นหนึ่งในกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวหลายฉบับที่ประกาศใช้ ซึ่งกฎหมายเหล่านี้มีอิทธิพลของศาสนาพราหมณ์หรือฮินดูแทรกซึมอยู่ทั่วไป

พอถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ประเทศไทยยังคงใช้กฎหมายเก่าของกรุงศรีอยุธยา โดยอาศัยความจำเป็นและการคัดลอกกันมาตามเอกสารที่หลงเหลือจากการถูกทำลายเมื่อครั้งกรุงศรีอยุธยา ซึ่งมีจำนวนน้อยมาก จนกระทั่งใน พ.ศ. 2347 (จุลศักราช 1166)³⁷ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตรวจชำระบทกฎหมายต่าง ๆ ที่มีอยู่ให้ถูกต้องและจัดเป็นหมวดหมู่เรียกว่า "กฎหมายตรา 3 ดวง" ซึ่งประกอบไปด้วยกฎหมายลักษณะต่าง ๆ โดยรวมถึงกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัว ที่เรียกว่า "กฎหมายลักษณะผัวเมีย" อันเป็นการชำระสะสางกฎหมายเก่าทั้งหลายทั้งปวงและนำมารวมกันไว้³⁸

แต่นอกจากกฎหมายลักษณะผัวเมียนั้นเป็นหลักสำคัญในกฎหมายเก่าแล้ว ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องผัวเมียกระจัดกระจายอยู่ในลักษณะอื่นอีกในกฎหมายราชบุรีซึ่งเป็นการยกกฎหมายเดิมมาจัดรวมไว้เป็นหมวดหมู่ เช่น กฎหมายลักษณะลักพา กฎหมายลักษณะมฤตก เป็นต้น

หลักการส่วนใหญ่ของกฎหมายลักษณะผัวเมียจะเน้นที่ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเป็นหลัก โดยที่ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร ให้เห็นเป็นรูปธรรมชัดเจนอย่างกฎหมายครอบครัวในปัจจุบัน แต่กฎหมายลักษณะผัวเมียของไทย

³⁷ คดีที่เป็นต้นเหตุให้นำมาซึ่งการชำระสะสางกฎหมายในสมัยนั้นคือ คดีอำแดงป้อมฟ้องหย่านายบุญศรีช่างเหล็กหลวง ทั้ง ๆ ที่ตนได้ทำชู้กับนายราชาอรรด และศาลได้พิพากษาให้หย่าได้ตามที่อำแดงป้อมฟ้อง โดยอาศัยการพิจารณาคดีตามบทกฎหมายที่มีความว่า "ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชาย หย่าได้" พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกทรงเห็นว่าคำพิพากษาของศาลนั้นเป็นการขัดกับหลักความยุติธรรม และทรงสงสัยว่ากฎหมายที่ศาลยกขึ้นใช้เป็นกฎหมายฉบับที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อน จึงมีพระบรมราชโองการให้ชำระสะสางกฎหมายใหม่ เพื่อนำไปสู่ความถูกต้อง. โปรดดู ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2526), น. 20.

³⁸ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว พิมพ์ครั้งที่ 14, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด พลสยามพริ้นติ้ง, 2547), น. 1-2.

จะไม่มีทางเลือกปฏิบัติในเรื่องบุตรนอกสมรส และการให้การเลี้ยงดู ตลอดจนการให้สิทธิในการรับมรดก โดยถือว่าเด็กที่เกิดจากหญิงใดก็ตามเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีของหญิงเสมอ ขอแต่ให้บิดามารดาเป็นพ่อแม่ที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาอย่างเปิดเผยเท่านั้น บุตรที่เกิดจึงจะเป็นบุตรของชายผู้นั้น แต่ถ้าหากเด็กเกิดแต่หญิงอื่นที่ชายไม่ยกย่องเป็นภริยาแล้ว เด็กนั้นก็ไม่ใช่บุตรของชาย

กรณีที่เป็นพ่อแม่ที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายลักษณะพ่อแม่เมียนั้นก็ได้แก่การที่ได้มีการสู่ขอแต่งงานกัน กล่าวคือ เมื่อชายฝ่ายหนึ่งและหญิง (หรือผู้ปกครองหญิง) อีกฝ่ายหนึ่งตกลงยินยอมเป็นพ่อแม่กัน หรือประสงค์จะเป็นพ่อแม่กัน และเขาทั้งสองฝ่ายได้รับรองหรือแสดงต่อสาธารณชนว่าเขาทั้งสองเป็นพ่อแม่กัน ดังจะเห็นได้จากกฎหมายลักษณะพ่อแม่ มาตรา 119 ซึ่งมีว่า "ชายใดพึงใจลูกสาวหลานสาวท่าน ให้ผู้เฒ่าผู้แก่ไปสู่ขอเป็นค่านับแก่บิดามารดาหญิง บิดามารดาหญิงยกบุตรสาวหลานสาวนั้นให้แก่ชายผู้สู่ขอ ทำการมงคลแล้ว ชายนั้นมิก็จลาจลไป ยังมีได้มาอยู่ด้วยหญิง ถ้าชายกลับมาไซ้ ท่านให้ส่งตัวหญิงนั้นให้แก่ชาย"³⁹ และมาตรา 29 บัญญัติว่า "บุตรท่านบิดามารดายังมีได้ประกอบสามีภริยาให้ไซ้ บิดามารดานั้นเป็นอิสระแก่บุตร ถ้าชายพึงใจด้วยบุตรท่าน ให้ค่านับบิดามารดาตามประเพณี ถ้าบิดามารดาทำให้สามีจึงเป็นอิสระแก่มารดา"

ถ้าพูดถึงพฤติการณ์ลักลอบกันแล้วก็จะต้องมีการอยู่กินด้วยกัน ซึ่งมาตรา 84 บัญญัติไว้ว่า "สองลอบสมรสด้วยกันมิได้สู่ขอเป็นชั้นหมากเป็นค่านับแลพ่อแม่หญิงมิรู้ตัวมิท้องลูกจึงรู้ ถ้าชายหญิงสมรสอยู่ด้วยกันเกิดลูกชายหญิง ท่านว่าลูกนั้นเป็นชั้นหมาก" ก็แสดงว่าลูกนั้นเป็นลูกชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้มาตรา 85 ก็บัญญัติอีกว่า "ผู้งโพร่ฟ้าข้าคนทั้งหลายหาชั้นหมากมิได้ รักใคร่กันอยู่ด้วยกันเปล่า ๆ พ่อแม่พี่น้องแห่งหญิงมิได้ร้องฟ้องว่ากล่าว แลมันปลุกเรือนบ้างต่างเรือนแฝงอยู่กินด้วยกันฉันพ่อแม่หาบุตรมิได้ก็ตีหญิงสิทธิ์เป็นเมียชาย ถ้าแลผู้ใดมิได้ปลุกเรือนอยู่มิได้ทำเลี้ยงกันโดยฉันพ่อแม่เมีย ท่านว่ามิได้เป็นเมียสิทธิ์แก่ชายเลย" แสดงว่า ถ้าพ่อแม่ยอมให้เขาแสดงตัวเป็นพ่อแม่กันโดยเปิดเผยแล้ว ก็เป็นพ่อแม่กันได้ ลูกก็เป็นลูกของชาย แต่ถ้าแสดงว่าไม่เป็นพ่อแม่กันแล้ว ลูกนั้นก็ไม่ใช่ลูกของชาย⁴⁰

อนึ่ง บางที่ชายหญิงได้ร่วมประเวณีกัน แต่กฎหมายก็ไม่ถือว่าเป็นพ่อแม่ เช่น ชายหญิงที่ลักลอบได้เสียกันในทางลับแล้วชายไม่ยอมรับว่าเป็นพ่อแม่ เป็นต้น ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1003

³⁹ เข็ญ, กฎหมายพ่อแม่ ดำเนินความตามกฎหมายลักษณะพ่อแม่และลักษณะอื่น ๆ ในกฎหมายราชบุรี ประกาศ พ.ร.บ. รัชกาลที่ 4 ที่ 5 และที่ 6 และคำพิพากษาศาลฎีกา ศก 117 ถึง 131. (พระนคร : โรงพิมพ์พานิชคุณผล, 2456), น. 3-4.

⁴⁰ เห่งอ้าง, น. 74-75.

ศก 123 (ในคดีระหว่างอำแดงซิม โจทก์ อำแดงก๊ำ จำเลย) “น้อยแก้วไปสมมะละกับอ๊ปปี้ ซึ่งเป็นทาสของมารดา ต่อมาอ๊ปปี้มีครรภ์ เมื่อเกิดไล่เลี้ยงกันขึ้น น้อยแก้วไม่รับรองว่าอ๊ปปี้เป็นเมีย และไม่รับรองว่ามีท้องเพราะน้อยแก้ว ถึงการเป็นจริงอย่างไรก็ดี ศาลฎีกาตัดสินว่า ลูกอ๊ปปี้ไม่ใช่บุตรน้อยแก้วตามกฎหมาย คดีนี้เป็นคดีมรดกก็จริง แต่ปัญหาข้อแรกมีว่า อ๊ปปี้เป็นเมียน้อยแก้วหรือมิใช่” ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ เมื่อชายไม่รับรองแล้ว ศาลไม่วินิจฉัยถึงความประสงค์ของทั้งสองซึ่งแสดงต่อกันเฉพาะตัว น้อยแก้วอาจสัญญากับอ๊ปปี้ว่าจะเลี้ยงดูเป็นเมียก็ได้ แต่ไม่เป็นผลในทางกฎหมาย เพราะความประสงค์แต่อย่างเดียวยังไม่ทำให้เป็นผัวเมียกัน

ทั้งนี้ การรับรองหรือแสดงต่อธารกำนัลเป็นข้อสำคัญมาก และนอกจากกล่าวด้วยวาจาแล้ว ยังอาจเกิดจากการกระทำหลายประการ ประการที่แน่นอนที่สุดก็คือ “พิธีแต่งงาน” และการเลี้ยงดูและให้การยกย่องหญิงว่าเป็นภริยา ก็เป็นการรับรองอย่างหนึ่งเช่นกัน ซึ่งการแต่งงานนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ทำเป็นพิธีอย่างไร จะทำตามประเพณีนิยมของผู้คนในท้องถิ่นหรือจะทำพิธีอย่างใด ๆ ที่พึงเข้าใจได้ว่าเป็นการแต่งงานก็ได้⁴¹ ซึ่งเท่ากับว่าโดยสภาพแล้ว หากเกิดบุตรขึ้นชายผู้เป็นสามีย่อมต้องทราบอยู่แล้วว่าเด็กที่เกิดจากภริยาเป็นบุตรของตน

แต่ในกรณีที่ชายยังไม่ทราบหรือยังไม่รับรองว่าเด็กเป็นบุตรของตนหรือไม่เนื่องจากหญิงไม่ใช่ภริยาที่อยู่กินด้วยกันอย่างเปิดเผยหรือไม่ใช่ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 922-923/2464 ที่วินิจฉัยว่า การที่ชายหญิงหลับนอนด้วยกันบ่อย ๆ โดยไม่ปิดบังใครนั้น เพียงเท่านั้น ยังไม่พอที่จะให้วินิจฉัยว่า เขาต้องได้เป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 60/2521 วินิจฉัยว่า หญิงชายลอบได้เสียกันจนเกิดบุตร ไม่มีการแสดงว่าชายจะเลี้ยงดูหญิง และไม่ได้แสดงออกต่อบุคคลทั่วไปว่าอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ไม่เป็นภริยาชายตามกฎหมายลักษณะผัวเมียก่อนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต่อมาชายจดทะเบียนสมรสกับหญิงอื่น เป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย หญิงที่จดทะเบียนสมรสด้วยย่อมเป็นทายาทและเป็นผู้จัดการมรดกเมื่อชายตายได้

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยในอดีตมีแนวคิดในเรื่องบุตรนอกสมรสแล้ว กล่าวคือ หากมารดาไม่ได้เป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของชายซึ่งต้องเป็นไปตามหลักการเป็นผัวเมียในสมัยนั้น หากเกิดบุตร บุตรนั้นย่อมมิใช่บุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชาย⁴² อย่างไรก็ตาม แม้จะมีสถานะของความเป็นบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในสมัยนั้น

⁴¹ เฟิงฮ้าง, น. 7.

⁴² เบญจพล สาธิตสมิตพงษ์, “สิทธิของบุตรนอกสมรส,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.16.

ก็ได้มีการรับรองถึงสิทธิของบุตรประเภทนี้อยู่เช่นกัน ตามที่ได้มีการยกขึ้นในทางดำราโดยอาศัยแนวทางของคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งพระยาพलगกูธรรมพิชัย⁴³ ได้เขียนไว้ในส่วนที่ว่าด้วยกฎหมายมรดก เป็นการกล่าวถึงสิทธิในการเป็นทายาทของบุตรที่จะได้รับมรดกของบิดาโดยมีสาระสำคัญว่า

“บุตรหญิง บุตรชาย คือผู้สืบสายโลหิตย่อมได้รับมรดกของบิดามารดาตนที่ตาย ลูกที่เกิดทางลับไม่รับว่าเป็นลูกของชาย (แต่เป็นลูกของหญิงคือแม่เด็กเสมอ) ลูกเกิดทางลับนี้ถ้าพ่อรับรองแล้วว่าเป็นบุตรก็เป็นบุตรตามกฎหมาย ตามนัยแห่งฎีกาที่ 1003-123, 666/2472⁴⁴)...”

เท่ากับว่า การรับรองลูกที่เกิดทางลับดังที่ปรากฏนั้นเข้าใจว่าหมายถึงการรับรองโดยพฤติการณ์ เช่น การยินยอมให้ใช้ชื่อสกุลของบิดา หรือลงชื่อชายว่าเป็นบิดาของเด็กในสำมะโนครัว โดยที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานที่แน่ชัดว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการรับรองบุตร อย่างไรก็ตาม สิทธิของบุตรในทางมรดกแม้ว่าจะจะเป็นบุตรนอกสมรสก็ตาม ก็ได้รับการยอมรับมาโดยตลอด ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติบรรพ 5 ในปัจจุบัน มาตรา 1627 ก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิในทางมรดกของบุตรนอกสมรส แต่ทว่ามิใช่เป็นการรับรองถึงความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาแต่อย่างใด

⁴³พระยาพलगกูธรรมพิชัย, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมรดก, คำสอน ภาค 4 ชั้นปริญญาตรี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, พุทธศักราช 2477, น. 45.

⁴⁴คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 666/2472 คดีนี้มีปัญหาว่า จำเลยเป็นบุตรนายอื่นผู้ตายซึ่งเกิดโดยทางลับ แต่นายอื่นยินยอมให้จำเลยใช้นามสกุลและลงชื่อนายอื่นเป็นบิดาในสำมะโนครัวนั้น จำเลยมีสิทธิได้รับมรดกของนายอื่นผู้ตายหรือไม่และการแบ่งที่ดินสินสมรสซึ่งมีชื่อสามีและภรรยาเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์จะแบ่งอย่างไร

ศาลฎีกาตัดสินยืนตามศาลล่างทั้ง 2 ว่า เมื่อนายอื่นรับรองว่าจำเลยเป็นบุตรแล้ว จำเลยก็มีสิทธิได้รับมรดก ข้อที่โจทก์อ้างกฎหมายลักษณะมรดกบทที่ 23 ซึ่งบัญญัติว่าบุตรที่บิดามารดาขับไล่เสียจากเรือน เพราะสั่งสอนมิฟังและไม่นับว่าเป็นบุตร ห้ามไม่ได้รับมรดกบิดามารดา มานั้น ไม่ตรงต่อคดีนี้ ส่วนที่ดินโฉนดที่ 2939-2984 นั้น ถึงจะมีชื่อโจทก์และนายอื่นอยู่ด้วยกันก็ดี แต่ที่รายนี้เป็นสินสมรสได้มาระวางโจทก์กับนายอื่นเป็นผัวเมียกัน ก็ย่อมเป็นเจ้าของทรัพย์ด้วยกัน เมื่อทรัพย์นั้นจะต้องแบ่งเป็นสมรสและมรดก ก็ต้องแบ่งตามกฎหมายลักษณะผัวเมียบทที่ 68 และพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินหาได้ลบล้างกฎหมายลักษณะผัวเมียและมรดกไม่ จึงให้แบ่งที่รายนี้ออกเป็น 3 ส่วน เป็นสมรสของโจทก์ 1 ส่วน นายอื่น 2 ส่วน ๆ ของนายอื่นเอาไปรวมกับเงินครึ่งหนึ่งที่ได้รับจากการขายที่ดินสินเดิมโฉนดที่ 3109 เป็นมรดก แล้วแบ่งเป็น 2 ภาค ๆ ภรรยาให้ได้แก่โจทก์ ภาคญาติให้แก่จำเลยแล ฮ.บุตรนายอื่นคนละเท่า ๆ กัน

นอกจากเรื่องสิทธิในทางมรดกแล้ว ปรากฏว่าในสมัยก่อนก็ได้มีการรับรองสิทธิอื่น ๆ ของบุตรนอกสมรสด้วยเช่นกัน คือ สิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบิดาซึ่งรวมถึงสิทธิที่จะได้รับค่าเลี้ยงดู โดยริเริ่มขึ้นในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงให้เสนาบดีกระทรวงวังประกาศกฎมณเฑียรบาล ว่าด้วยครอบครัวแห่งข้าราชการในพระราชสำนักเพิ่มเติม (ครั้งที่ 3) พ.ศ. 2460 เพื่อเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องของกฎมณเฑียรบาล ว่าด้วยครอบครัวแห่งข้าราชการในพระราชสำนัก พ.ศ. 2457 ที่ห้ามมิให้ชายนำหญิงที่สมรสด้วยเป็นครั้งคราว หรือหญิงที่เรียกว่าเมียลับจดทะเบียนเป็นภรรยา⁴⁵ (มาตรา 19⁴⁶) เพราะบางที่ชายสมรสกับหญิงจนมีบุตร แต่หญิงต้องด้วยลักษณะเมียลับที่จะจดทะเบียนไม่ได้ บุตรที่เกิดมาเลยไม่ได้จดทะเบียน และไม่มีใครจะได้รับความอุปถัมภ์เลี้ยงดูจากผู้เป็นบิดาตามสมควร⁴⁷ ทั้งนี้ กฎมณเฑียรบาล ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 3 จึงได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิของบุตรที่เกิดจากเมียลับ ดังนี้

“มาตรา 1 บุตรอันเกิดแต่หญิง ที่ชายสมรสด้วยแปนครั้งแปนคราว ฤาหญิงที่ชายสมรสด้วยโดยอาการที่เรียกว่าเมียลับก็ตาม ถ้าความไม่ปรากฏว่าหญิงที่แปนมารดานั้น ได้สมรสปะปนด้วยชายอื่น เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรของชายผู้นั้นโดยแท้แล้ว ให้ชายผู้แปนบิดามีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูบำรุงรักษาให้กินอยู่ชุ่มน่มและเล่าเรียนตามสมควรแก่ถานานูรูปจนกว่าเด็กนั้นจะมีอายุครบ 16 ปี

⁴⁵เนื่องจากพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเห็นว่า ข้าราชการบริการที่มีหน้าที่รับราชการควรเป็นผู้ที่มีความประพฤติดีไม่เป็นที่น่ารังเกียจในการเลือกหญิงที่จะมาเป็นภรรยา ดังนั้น จึงทรงประกาศกฎมณเฑียรบาล ว่าด้วยครอบครัวแห่งข้าราชการในพระราชสำนัก พ.ศ. 2457 ขึ้น

⁴⁶มาตรา 19 บัญญัติว่า “การรับจดทะเบียนครอบครัวก็ดี หรือเคหะสถานก็ดี มีเกณฑ์อันเจ้าพนักงานจะต้องปฏิบัติดังต่อไปนี้

(1) ภรรยา คือ หญิงที่ได้กระทำการแต่งงานสมรสตามประเพณีเมือง หรือที่ชายเลี้ยงดู โดยให้อยู่ร่วมเคหะสถานและยกย่องเชิดหน้าชูตาโดยเปิดเผย เพราะฉะนั้น ห้ามมิให้รับจดทะเบียนหญิงนครโสเภณี หรือหญิงแพศยา หรือหญิงซึ่งชายสมรสด้วยแปนครั้งคราวนั้น เปนอันขาด

อนึ่ง หญิงที่ชายสมรสอยู่ด้วยโดยอาการที่เรียกว่าแปน “เมียลับ” คือไม่ออกหน้า และมีได้อยู่ร่วมเคหะสถานกัน ห้ามมิให้รับลงทะเบียนแปนภรรยาแปนอันขาด

(2) ๗๗ ๗๗”

⁴⁷เบญจพล สานิตสมิตพงษ์, อ้างแล้ว เริงอรุณที่ 42, น. 19.

มาตรา 2 การเลี้ยงดูตั้งว่ามาในมาตรา 1 นั้น ชายผู้เป็นบิดาจะรับตัวเด็กมาเลี้ยงดูเสียเองก็ได้ ฤาจะให้มารดาปกครองเลี้ยงดูไว้ก็ได้ แล้วแต่ความตกลงแลเพื่อประโยชน์แก่เด็กเป็นประมาณ

ถ้าเด็กต้องอยู่กับมารดาแล้ว ให้ชายผู้เป็นบิดาออกเงินค่าเลี้ยงดูให้ตามสมควรแก่ถานานุรูป (แต่อย่างไรก็ตามารดาของเด็กฤาผู้ปกครองจะเรียกค่าเลี้ยงดูเกินกว่า 1 ใน 4 ของเงินเดือนไม่ได้)"

จากบทบัญญัติดังกล่าว มีลักษณะเป็นการกำหนดถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เด็กพึงได้รับจากบิดา และเท่ากับว่าเป็นการบัญญัติถึงหน้าที่ของชายที่ต้องร่วมรับผิดชอบในการเลี้ยงดูบุตรของตน ไม่ว่าจะเป็นการเลี้ยงดูด้วยตนเองหรือทำความตกลงอย่างอื่นกับหญิงมารดาเพื่อประโยชน์ของเด็ก โดยที่ชายต้องจ่ายค่าเลี้ยงดูตามสมควร แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 2 ยังให้ความคุ้มครองชายผู้เป็นบิดาในการจ่ายค่าเลี้ยงดูบุตร โดยกำหนดไว้ที่ไม่เกิน 1 ใน 4 ของเงินเดือน

2.3.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2477

ความเป็นมา

เนื่องจากสภาพการณ์บ้านเมืองในขณะนั้นที่ประเทศไทยต้องตกอยู่ภายใต้สิทธิสภาพนอกอาณาเขต ชาติตะวันตกเห็นว่ากฎหมายไทยในสมัยนั้นมีความล้าหลัง จึงเรียกร้องให้ไทยปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัย ดังนั้น ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องจัดทำประมวลกฎหมายตามแบบกฎหมายของชาติตะวันตกเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของชาติตะวันตก สำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องครอบครัวและมรดกนั้น ได้มีการประกาศใช้บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก โดยให้มีผลใช้บังคับพร้อมกันตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าไทยจะรับอิทธิพลในการจัดทำประมวลกฎหมายมาจากชาติตะวันตก แต่ด้วยพื้นฐานความแตกต่างในด้านสังคมและลักษณะครอบครัวไทยที่มีจารีตประเพณีผสมผสานจนไม่อาจแยกออกมา ในส่วนที่ว่าด้วยกฎหมายครอบครัวและมรดก เนื้อหาสาระที่ปฏิบัติได้อย่างแท้จริง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เปิดช่องให้ใช้ประเพณีที่ใช้มาแต่โบราณได้อย่างคล่องตัว

สืบเนื่องจากในขณะนั้น พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้เคยพระราชทานความเห็นเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน พ.ศ. 2456 ว่า การที่ประเทศในยุโรปไม่ยอมรับการมีภริยาหลายคน (Polygamy) และทำให้เกิดผลสืบเนื่องเป็นการไม่รับรู้บุตรที่มีได้เกิดในสมรส (born out of wedlock) นั้น เป็นไปตามหลักในศาสนาคริสต์และศีลธรรมในประเทศตะวันตก แม้พระองค์จะเห็นด้วยกับระบบผัวเดียวเมียเดียว แต่ก็เห็นว่าระบบการมีภริยาได้หลายคนนั้นไม่ได้ขัดกับศีลธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีในประเทศไทย เพราะกฎหมายก็เป็นมาเช่นนั้น เมื่อเห็นว่าระบบผัวเดียวเมียเดียวดีกว่าในแง่ให้ความสำคัญแก่ฐานะสตรีมากขึ้น แต่ถ้ากฎหมายเปลี่ยนไปเช่นนี้ก็ควรให้มีวิธีการมิให้บุตรที่เกิดจากภริยาน้อยต้องเดือดร้อน ควรจัดให้มีระบบกึ่งบังคับให้ต้องรับเลี้ยงดูเด็กเหล่านั้นหรืออาจมีวิธีรับรองบุตร (acknowledge) โดยวิธีการที่ง่าย ๆ มิเช่นนั้น บิดาที่แท้จริงจะหนีหายไปไม่ดูแลบุตรตน จึงสั่งให้มีแนวทางร่างกฎหมายผัวเดียวเมียสำหรับบรรพ 5 ให้เป็นทำนองดังกล่าว แนวนโยบายให้รับรองบุตรที่มีได้เกิดจากการสมรสกันจึงเปิดกว้างตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา ซึ่งกฎหมายไทยมิได้แยกบุตรเป็นบุตรนอกสมรสกับบุตรในสมรส หากแต่มีวิธีการทำให้บุตรนอกสมรสสามารถเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้โดยมีสิทธิเท่าเทียมกับบุตรที่เกิดในสมรสทุกประการ ไม่ว่าจะเป็วิธีกรรับรองบุตรตามธรรมชาติ และวิธีที่องค์ก่ตั้งความเป็นบิดากับบุตร (affiliation) ซึ่งในช่วงเวลานั้น ต่างประเทศยังคงจัดให้บุตรนั้นยังเป็นบุตรตามธรรมชาติอยู่โดยมีสิทธิบางประการแตกต่างจากบุตรในสมรสและต่างจากบุตรที่ทำให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย⁴⁸

อย่างไรก็ตาม เมื่อบรรพ 5 ปี 2477 ใช้บังคับ มาตรา 1526 ได้บัญญัติว่าการทำให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายมีอยู่ 3 วิธีด้วยกัน คือ

- (1) บิดามารดาสมรสกันภายหลัง
- (2) บิดาจดทะเบียนว่าเป็นบุตร
- (3) ศาลพิพากษาว่าเป็นบุตร

ผลของการเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นไปตามมาตรา 1530 กล่าวคือ

- (1) ถ้าบิดามารดาสมรสกันภายหลัง ให้มีผลนับแต่วันสมรส
- (2) ถ้าบิดาจดทะเบียนเด็กเป็นบุตร ให้มีผลนับแต่วันจดทะเบียน
- (3) ถ้ามีคำพิพากษาว่าเป็นบุตร ให้มีผลนับแต่วันคำพิพากษาถึงที่สุด แต่จะอ้างเป็น

⁴⁸ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์, ประสงค์ วินัยแพทย์ และอัครพร จารุจินดา, "บทสรุปทางวิชาการ : สิทธิของบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย," *วารสารกฎหมายปกครอง* 3, 2 (สิงหาคม 2527) น. 329-386.

เหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตไม่ได้ เว้นแต่จะได้จดทะเบียนเด็กเป็นบุตรตามคำพิพากษาแล้ว

ดังจะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยในครั้งนั้นมีความก้าวหน้าอยู่มากในการรับรู้บุตรตามธรรมชาติ อีกทั้งยังให้สิทธิแก่บุตรเหล่านั้นเท่าเทียมกันด้วย⁴⁹ ซึ่งในการพิจารณาขณะนั้นได้ศึกษาถึงระบบกฎหมายต่างประเทศในเรื่องการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรโดยแบ่งออกได้เป็น 3 ระบบด้วยกัน⁵⁰ คือ

ระบบที่ 1 ไม่ยอมให้ฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรเลย ซึ่งมีตัวอย่างอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ระบบที่ 2 ยอมให้ฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้อย่างจำกัด เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ซึ่งยอมให้ฟ้องต่อศาลได้เฉพาะเมื่อบิดามารดาได้ทำสัญญาว่าจะสมรสกัน แต่ไม่สามารถทำการสมรสได้เพราะคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งตาย หรือตกเป็นคนไร้ความสามารถ

ระบบที่ 3 ยอมให้ฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้อย่างกว้างขวาง แต่เป็นการขอให้แสดงการเป็นบิดา ทำให้บุตรนั้นมีสิทธิบางประการต่อบิดา แต่ไม่ทำให้บุตรมีฐานะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ทั้งนี้ ในเรื่องการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรตามกฎหมายครอบครัวไทย ได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 1529⁵¹ ซึ่งมาจากการนำบทบัญญัติมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม

⁴⁹อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่า กฎหมายไทยไม่ได้แยกบุตรในสมรสออกจากบุตรนอกสมรส เนื่องจากไม่มีที่ใดระบุว่าบุตรที่เกิดในสมรสเป็น "บุตรชอบด้วยกฎหมาย" ของบิดาและมารดา คงมีแต่มาตรา 1525 (ปี 2477) เท่านั้นที่ให้เด็กที่เกิดจากการไม่สมรสเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดา แต่บุตรประเภทต่าง ๆ รวมทั้งบุตรนอกสมรสสามารถกลายเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ตามมาตรา 1526 (ปี 2477) ซึ่งข้อสรุปนี้น่าจะตรงกับแนวทางการจัดทำกฎหมายครอบครัวของไทยที่ยอมให้ชายคงมีภริยาตามความเป็นจริงได้หลายคนนั้นมากกว่า เพราะตามกฎหมายให้ชายสามารถมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายได้เพียงคนเดียว. โปรดดู ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, ประสงค์ วินัยแพทย์ และอัชพร จารุจินดา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 48*.

⁵⁰บันทึกเรื่อง การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร, เอกสารประกอบการพิจารณาคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เล่ม 1 ลงวันที่ 11 พฤศจิกายน 2512.

⁵¹ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, ประสงค์ วินัยแพทย์ และอัชพร จารุจินดา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 48*.

กฎหมายลักษณะผัวเมีย พ.ศ. 2473⁵² เป็นแนวทางในการยกร่าง โดยที่พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะผัวเมียดังกล่าว ได้แบบอย่างการยกร่างมาจากการพิจารณาเทียบเคียงกับกฎหมายประเทศต่าง ๆ ในขณะนั้น ได้แก่ เบลเยียม อิตาลี สเปน โปรตุเกส และฝรั่งเศส⁵³

แต่ในที่สุดแล้วคณะผู้ยกร่างก็ได้เทียบเคียงแบบอย่างตามมาตรา 340 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1912) เรื่องร้องขอต่อศาลให้บังคับบิดารับรองบุตรซึ่งเกิดนอกสมรส⁵⁴ เป็นบทบัญญัติที่รับรองความเป็นบิดา การฟ้องก็คือให้ศาลแสดงความเป็นบิดาเท่านั้น มิใช่เป็นเงื่อนไขในการทำให้เป็นบุตรขอด้วยกฎหมาย⁵⁵ สำหรับบทบัญญัติแห่ง

⁵²เมื่อครั้งร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะผัวเมีย พ.ศ. 2473 กฎหมายนี้ใช้ชื่อว่ากฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนครอบครัว (ต่อมามีการเลื่อนการใช้บังคับออกไป จึงไม่เคยได้ใช้บังคับจริง ๆ เนื่องจากเหตุผลทางงบประมาณของรัฐบาลในสมัยนั้นมีไม่เพียงพอเมื่อเทียบกับค่าใช้จ่ายที่จะต้องเปลี่ยนเป็นระบบจดทะเบียน และเป็นการเพิ่มภาระให้กับรัฐที่จะต้องเข้ามาควบคุมดูแลเพื่อให้ปฏิบัติตามกฎหมาย) ซึ่งมีการเติมมาตราต่าง ๆ ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาและบิดามารดากับบุตรลงไปด้วย และมีอยู่มาตรานึ่งที่เขียนไว้ชัดเจนว่าบุตรที่เกิดจากหญิงที่ชายมิได้จดทะเบียนเป็นภริยานั้น (ตามกฎหมายนั้นอาจจดทะเบียนกับภริยาได้หลายคน) ก็มีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูด้วย แต่ไม่มีสิทธิใช้ชื่อสกุล และได้รับมรดกอย่างบุตรที่เกิดในสมรส แต่เมื่อตราออกเป็นกฎหมาย ร่างมาตรานี้ได้หายไป ซึ่งไม่ทราบว่าเป็นเพราะเหตุใด จะเป็นการตัดออกไปเพราะมีผู้ไม่เห็นด้วย หรือตัดออกไปเพราะเนื้อหาไม่ได้เกี่ยวกับการจดทะเบียนครอบครัวตามชื่อกฎหมาย ซึ่งก็มีหลักฐานปรากฏหลายครั้งว่าเป็นเรื่องที่พิจารณาหลายประการนั้นซ้ำกับการจัดทำบรรพ 5 ควรไปพิจารณาในชั้นกระทำบรรพ 5 ภายหลังจะดีกว่า. โปรดดู ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, ประสงค์ วินัยแพทย์ และอัชพร จารุจินดา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48, น. 329-386.

⁵³เรื่องเสรีจที่ 11/2474 ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะผัวเมีย ตอนที่ 4, เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

⁵⁴เพ็ญอักษร, โปรดดู "สำเนารายงานประชุมเสนาบดีสภาที่ 17/2473 ลงวันที่ 23 สิงหาคม 2473 เรื่องบทกฎหมายต่างประเทศว่าด้วยบังคับบิดาให้รับรองบุตร" เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

⁵⁵รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เล่ม 11 ครั้งที่ 644-12/2513 วันพุธ ที่ 25 มีนาคม 2513, น. 3.

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 340 ที่นำมาเป็นต้นแบบการยกร่าง กรมร่างกฎหมาย
ในสมัยนั้น ได้จัดทำคำแปลเป็นภาษาไทยออกมามีสาระสำคัญดังนี้⁵⁶

⁵⁶เรื่องเลขที่ 11/2474, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53.

Le Code Civil Français : Loi du 16 novembre 1912

Modifiant l'article 340 du Code civil (reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle)

Art. Ler. L'article 340 du Code civil est remplacé par les dispositions suivantes:

"1. Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou de viol se rapportera à celle de la conception;

"2. Dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles, et s'il existe un commencement de preuve par écrit, dans les termes de l'article 1347;

"3. Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit privé émanant du père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité;

"4. Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception;

"5. Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père.

"L'action en reconnaissance de paternité ne sera pas recevable:

"1. S'il est établi que, pendant la période légale de la conception, la mère était d'une conduite notoire ou a eu commerce avec un autre individu;

"2. Si le père prétendu était, pendant la même période, soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père de l'enfant.

"L'action n'appartient qu'à l'enfant. Pendant la minorité de l'enfant, la mère, même mineure, a seule qualité pour l'intenter.

"Elle devra, à peine de déchéance, être intentée dans les deux années qui suivront l'accouchement.

“มาตรา 340 การร้องขอต่อศาลให้แสดงว่าเป็นบิดาของเด็กซึ่งเกิดนอกสมรสนั้นอาจทำได้ดังต่อไปนี้

1. ในเรื่องลักพา (enlèvement) หรือข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อหญิงที่ต้องลักพา หรือถูกข่มขืนกระทำชำเรา นั้นเกิดมีครรภ์ขึ้นในระหว่างลักพาหรือข่มขืน
2. ในเรื่องล่อลวงหญิงไปกระทำชำเรา (séduction) โดยใช้อุบาย หรืออำนาจคุ้มครองผิดทำนอง (abus d'autorité) หรือผิดสัญญาแต่งงาน แต่ต้องพิสูจน์โดยมีลายลักษณ์อักษรมาแสดงในเบื้องต้นตามความในมาตรา 1347
3. เมื่อมีจดหมายหรือหนังสือส่วนตัวอย่างอื่นของผู้ที่ถูกอ้างว่าเป็นบิดามาแสดง และข้อความในหนังสือนั้นมีคำรับอยู่โดยแจ่มชัด
4. เมื่อผู้ที่ถูกอ้างว่าเป็นบิดาได้อยู่ร่วมกับมารดาอันผัวเมียอย่างเปิดเผย ในระหว่างระยะเวลาการมีครรภ์ตามที่กฎหมายกำหนด

“Toutefois, dans les cas prévus aux paragraphes 4 et 5 ci-dessus, l'action pourra être intentée jusqu'à l'expiration des deux années qui suivront la cessation, soit du concubinage, soit de la participation du prétendu père à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

“A défaut de reconnaissance par la mère, ou si elle est décédée, interdite ou absente, l'action sera intentée conformément aux dispositions de l'article 389.

“Si l'action n'a pas été intentée pendant la minorité de l'enfant, celui-ci pourra l'intenter pendant toute l'année qui suivra sa majorité.”

2. L'article 39, paragraphe 1er., de la loi du 29 juillet 1881, est complété par les mots: "... ainsi que des débats des procès en déclaration de paternité.”

(Article 39, loi du 29 juillet 1881, provides for the prohibition of the publication by news papers of certain trials.)

3. Le paragraphe 2 de l'article 400 du Code pénal est complété par la disposition suivante:

“La même peine pourra être appliquée par le tribunal civil, saisi d'une demande en déclaration de paternité, au demandeur convaincu de mauvaise foi. . . L'interdiction de séjour pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, dans un rayon déterminé, pourra en outre être prononcée dans ce dernier cas.”

5. เมื่อผู้ที่ถูกอ้างว่าเป็นบิดาได้อุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาแก่เด็ก เสมือนดังบิดา ในเรื่องต่อไปนี้มีกรฟ้องร้องขอให้บังคับบิดารับรองบุตรนั้น ท่านห้ามมิให้รับไว้พิจารณา

1. ถ้าความปรากฏว่า ในระหว่างระยะเวลาการมีครรภ์ตามที่กฎหมายกำหนด มารดา ประพฤติชั่วอย่างเปิดเผย หรือร่วมประเวณีกับชายอื่น

2. ถ้าในระหว่างกำหนดเวลานั้น ผู้ที่ถูกอ้างว่าเป็นบิดาอยู่ห่างไกลก็ดี หรือโดยเหตุใด เหตุหนึ่งไม่สามารถจะให้กำเนิดแก่เด็กได้ตามมนุษยวิสัย (impossibilité physique)

ในเรื่องเหล่านี้ เฉพาะแต่บุตรเท่านั้นมีอำนาจฟ้องร้องได้ แต่ในระหว่างที่บุตรเป็นผู้เยาว์ มารดามีอำนาจฟ้องแทนได้ แม้มารดานั้นเองจะยังเป็นผู้เยาว์อยู่ก็ดี

ห้ามมิให้ฟ้องร้องคดีเมื่อล่วงพ้นอายุความสองปี นับแต่วันที่ทารกได้คลอดจากครรภ์ มารดา

แต่ในเรื่องที่บัญญัติไว้ในข้อ 4 และข้อ 5 ข้างบนนี้ ท่านให้ฟ้องร้องได้ภายในกำหนด อายุความสองปี นับแต่วันที่คู่ชายหญิงเลิกอยู่ร่วมกันฉันสามีเมีย หรือผู้ที่ถูกอ้างว่าเป็นบิดาเล็กให้ ความอุปการะเลี้ยงดูหรือให้การศึกษาแก่เด็ก

ถ้ามารดาไม่รับรองบุตร หรือมารดาตาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือสาบสูญ ให้ฟ้องร้องได้ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 389

ถ้าไม่มีการฟ้องร้องในระหว่างเวลาบุตรยังเป็นผู้เยาว์แล้ว บุตรนั้นอาจจะฟ้องร้องได้ ภายในปีหนึ่ง ถัดจากเวลาที่ได้บรรลุนิติภาวะ”

บทบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรและเหตุผลในการยกอ้าง

จากหลักการของประเทศฝรั่งเศสดังกล่าว ประเทศไทยได้นำแนวทางมาบัญญัติไว้ ปรากฏเป็นมาตรา 1529 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยการฟ้องคดีขอให้รับเด็ก เป็นบุตร โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

“มาตรา 1529 การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรให้มีได้แต่ในกรณีต่อไปนี้

(1) เมื่อมีการข่มขืนทำชำเรา อวดคร่า หรือหน่วงเหนี่ยวกักขังหญิงมารดาโดยมิชอบด้วย กฎหมายในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้

(2) เมื่อมีการลักพาหญิงมารดาไปในทางผู้สาวหรือมีการล่อลวงร่วมประเวณีกับหญิง มารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้ ในกรณีหลังต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือซึ่งบิดาทำไว้

(3) เมื่อมีเอกสารของบิดาแสดงชัดว่า เด็กนั้นเป็นบุตรของตน

(4) เมื่อบิดามารดาได้อยู่กินด้วยกันอย่างเปิดเผยในระยะเวลาซึ่งหญิงมารดาอาจ ตั้งครรภ์ได้

(5) เมื่อมีพฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่า เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ถ้าปรากฏว่าในระยะเวลาตั้งครรภ์ หญิงมารดาได้ร่วมประเวณีกับชายอื่น หรือล่าสอน ในทางประเวณีเป็นที่รู้กันทั่วไป หรือชายไม่อาจเป็นบิดาเด็กนั้นได้ให้ยกฟ้องเสีย การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรในระหว่างที่เด็กเป็นผู้เยาว์ ผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กเป็นผู้ฟ้องแทน หรือถ้าเด็กจะฟ้องเองก็ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันบรรลุนิติภาวะ ถ้าเด็กนั้นตาย ผู้สืบสันดานของเด็กจะฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรก็ได้ แต่ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุที่อาจขอให้รับเด็กเป็นบุตร อนึ่งห้ามมิให้ฟ้องคดีเช่นนี้ เมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่เด็กนั้นตาย"

สำหรับกรณีตามมาตรา 1529 ซึ่งได้จำกัดกรณีที่จะให้ฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้เอาไว้ แม้ว่ามาตรา 1529 (5) จะขยายกว้างไปถึงกรณี "มีพฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย" ก็ตาม แต่ถ้าไม่มีพฤติการณ์ดังว่านั้น แม้จะมีการพิสูจน์จากพยานบุคคลและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ว่าเป็นบุตรของบิดา เด็กประเภทนี้ไม่อาจใช้สิทธิตามมาตรา 1529 ได้อีกทั้งตำราส่วนใหญ่และแนวคำพิพากษาในช่วงเวลานั้นต่างก็เห็นว่า บุตรตามธรรมชาติไม่มีสิทธิได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูตามมาตรา 1536 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 557/2484⁵⁷) แต่บุตรที่บิดารับรองโดยพฤติการณ์ตามมาตรา 1627 กลับมีสิทธิได้รับมรดก⁵⁸ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 826/2492⁵⁹)

แต่ในกรณีที่ชายผู้เป็นบิดาได้ถึงแก่ความตายไปก่อนแล้ว บทบัญญัติบรรพ 5 ปี 2477 กลับไม่ได้บัญญัติให้สิทธิในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรของผู้ตายแต่อย่างใด เป็นผลให้เด็กไม่อาจมีสิทธิในกองมรดกของบิดาผู้ถึงแก่ความตายไปแล้วได้

⁵⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 557/2484 วินิจฉัยว่า การที่ฟ้องเรียกค่าเลี้ยงดูบุตร ต้องได้ความว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย การดำเนินคดีเรื่องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูของบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โจทก์จะต้องดำเนินคดีขอให้จำเลยรับเด็กเป็นบุตรเสียก่อน

⁵⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, ประสงค์ วินัยแพทย์ และอัครพร จารุจินดา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48.

⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 826/2492 วินิจฉัยว่า บุตรนอกกฎหมายที่ชายได้รับรองว่าเป็นบุตรแล้ว ย่อมอยู่ในฐานะที่เป็นทายาทลำดับผู้สืบสันดานเหมือนกับบุตรชอบด้วยกฎหมาย และมีสิทธิรับมรดกของชายตามมาตรา 1627 โดยไม่ต้องเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5

2.3.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519

ความเป็นมา

บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 เริ่มต้นจากร่างเดิมที่คณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายได้ตรวจพิจารณาชำระสะสางไว้แล้วตั้งแต่วันที่ 20 กันยายน 2498 จนถึงวันที่ 7 ตุลาคม 2517 แต่โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2517) มาตรา 28 วรรคสองบัญญัติว่า "ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน" คณะรัฐมนตรีจึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาทบทวนแก้ไขบทบัญญัติ บรรพ 5 ที่คณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายได้ชำระสะสางแล้วอีกครั้งหนึ่งเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว⁶⁰ ทั้งนี้ ในส่วนของสาระสำคัญที่มีการแก้ไขจะเป็นการยกเลิกบทบัญญัติต่าง ๆ ที่จำกัดอำนาจในการทำนิติกรรมของหญิงมีสามี ตัดบทบัญญัติเดิมที่ให้สามีเป็นหัวหน้าครอบครัวเป็นผู้เลือกที่อยู่ได้ โดยสามีมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือกันในเรื่องที่อยู่ว่าจะอยู่ที่ใด อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ได้แก้ไขจากเดิมที่เคยอยู่กับบิดาก็ต้องอยู่กับมารดาด้วย โดยทั้งบิดาและมารดาต่างมีอำนาจปกครองบุตรเท่าเทียมกัน และในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาจากเดิมที่มีสินส่วนตัว สินเดิม และสินสมรส ก็ถูกยุบเหลือเพียง 2 ชนิด คือ สินส่วนตัวและสินสมรส⁶¹

บทบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรและเหตุผลในการยกเว้น

สำหรับบทบัญญัติในส่วนของ การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร ในปี 2519 ปรากฏอยู่ในมาตรา 1555 ซึ่งก็มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของรายละเอียดให้มีความแตกต่างไปจากบทบัญญัติ บรรพ 5 เมื่อปี 2477 เช่นกัน โดยยึดหลักการว่า มาตรา 1555 เป็นเพียงหนทางที่จะนำคดีมาสู่ศาลเท่านั้น มิได้หมายความว่า ถ้ามีเหตุเกิดขึ้นตามข้ออ้างแล้วศาลจะต้องพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรของชายเสมอไป

"มาตรา 1555 การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรขอด้วยกฎหมายให้มีได้แต่ในกรณีต่อไปนี้

(1) เมื่อมีการข่มขืนกระทำชำเรา อุดคร่า หรือหน่วงเหนี่ยวกักขังหญิงมารดา โดยมีขอด้วยกฎหมายในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้

⁶⁰อมร จันทรมบูรณ, "บันทึก เรื่อง การชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และสรุปสาระสำคัญในการแก้ไข," กฎหมายแพ่งเปรียบเทียบ 3, (2520), น. 1-5.

⁶¹ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เจริญธรรม ที่ 38, น. 7.

(2) เมื่อมีการลักพาหญิงมารดาไปในทางผู้สาว หรือมีการล่อลวงร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้

(3) เมื่อมีเอกสารของบิดาแสดงว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของตน

(4) เมื่อปรากฏในทะเบียนคนเกิดว่าเด็กเป็นบุตรโดยบิดาเป็นผู้จดทะเบียนนั่นเอง หรือการจดทะเบียนนั้นได้กระทำด้วยความรู้เห็นยินยอมของบิดา

(5) เมื่อบิดามารดาได้อยู่กินด้วยกันอย่างเปิดเผยในระยะเวลาซึ่งหญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ได้

(6) เมื่อได้มีการร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้ และไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของชายอื่น

(7) เมื่อมีพฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตร
พฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตรนั้น ให้พิจารณาข้อเท็จจริงที่แสดงความเกี่ยวข้องอันบิดากับบุตรซึ่งปรากฏในระหว่างตัวเด็กกับครอบครัวที่เด็กอ้างว่าตนสังกัดอยู่ เช่น บิดาให้การศึกษา ให้ความอุปการะเลี้ยงดูหรือยอมให้เด็กนั้นใช้ชื่อสกุลของตนหรือโดยเหตุประการอื่น

ในกรณีใดกรณีหนึ่งดังกล่าวข้างต้น ถ้าปรากฏว่าชายไม่อาจเป็นบิดาของเด็กนั้นได้ ให้ยกฟ้องเสีย"

บทบัญญัติดังกล่าวมิได้เป็นการยกเลิกบทบัญญัติเดิมเมื่อปี 2477 เสียทั้งหมด หากแต่เป็นการนำหลักการส่วนใหญ่มากำหนดไว้เสียใหม่ โดยมีการเรียบเรียงและเพิ่มเติมสาระสำคัญบางประการเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในขณะนั้น โดยที่ในแต่ละอนุมาตรามีเหตุผลและที่มาในการยกร่าง ดังนี้

"(1) เมื่อมีการข่มขืนกระทำชำเรา ชู้ดคร่า หรือหญิงหนึ่งยวักกัซึ่งหญิงมารดา โดยมีชอบด้วยกฎหมายในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้"

กรณีตาม (1) มีที่มาจากวรรคหนึ่งและวรรคสองของมาตรา 1529 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปี 2477⁶² ทั้งนี้ ในชั้นการพิจารณาร่างของคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีการถกเถียงกันในประเด็นเรื่องของ "ระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้" ว่ามีความหมายอย่างไร โดยที่อาจตีความไปได้ 2 นัย คือ นัยแรก หมายถึง ช่วงเวลาที่ไข่ของฝ่ายหญิงสุกพร้อมที่จะทำการผสม และนัยที่สอง หมายถึง ช่วงระหว่าง

⁶²รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เล่มที่ 15 ครั้งที่ 840-26/2517 วันพุธ ที่ 31 กรกฎาคม 2517.

180 วัน ถึง 310 วันก่อนเด็กเกิด แต่ในที่สุดแล้ว คณะกรรมการยกย่องก็ยึดหลักการว่า หมายถึง ระยะเวลาที่หญิงอาจปฏิสนธิได้ในรอบเดือน ซึ่งเป็นระยะเวลาที่เด็กนั้นอาจเป็นบุตรของชายก็ได้ คือ ได้มีการร่วมประเวณีกับหญิงนั้นมาก่อนในระยะเวลาที่คาดได้ว่าเด็กเกิดจากชายคนนั้น⁶³

“(2) เมื่อมีการลักพาหญิงมารดาไปในทางผู้สาว หรือมีการล่อลวงร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้”

กรณี (2) ได้ตัดคำว่า “ในกรณีหลังต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือซึ่งบิดาทำไว้” ออกจาก (2) ของมาตรา 1529 (ปี 2477) เพราะคณะกรรมการยกย่อง เห็นว่าไม่มีความจำเป็น เนื่องจาก “การล่อลวง” อาจกระทำได้ด้วยวิธีนานาประการ และไม่ว่าการล่อลวงจะใช้วิธีการอย่างไร ก็ควรเปิดโอกาสให้ฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้เหมือนกัน

การที่กฎหมายเก่า (ปี 2477) กำหนดให้การล่อลวงต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือซึ่งบิดาทำไว้จึงจะฟ้องคดีได้นั้น นับว่าเป็นข้อขัดข้องซึ่งยากที่จะให้โอกาสเด็กอ้างเหตุในกรณีนี้เพื่อฟ้องคดีได้ เพราะโดยส่วนมากมักจะไม่มีใครปรากฏว่าได้ทำหลักฐานเอาไว้ จริงอยู่การที่กฎหมายเก่าได้บัญญัติให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อป้องกันการกล่าวอ้างอย่างเลื่อนลอยของฝ่ายหญิงโดยมุ่งประสงค์จะคุ้มครองฝ่ายชาย แต่เมื่อได้พิจารณาเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ของเด็กยิ่งกว่าที่จะคุ้มครองชายผู้เป็นบิดาแล้ว ผลเสียที่จะตามมาในสังคมมีมากกว่า กฎหมายในปี 2519 จึงได้แก้ไขถ้อยคำโดยตัดหลักการที่ว่าจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือของชายทำไว้ใน การล่อลวง เป็นผลให้ในการสืบพิสูจน์สามารถนำสืบพยานบุคคลได้ว่ามีการล่อลวงเกิดขึ้น⁶⁴

“(3) เมื่อมีเอกสารของบิดาแสดงว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของตน”

กรณี (3) ยังคงหลักการเดิมตามบทบัญญัติในปี 2477 เพียงแต่มีการแก้ไขถ้อยคำเล็กน้อย โดยแก้ไขจากคำว่า “เมื่อมีเอกสารของบิดาแสดงชัดว่า เด็กนั้นเป็นบุตรของตน” เป็น “เมื่อมีเอกสารของบิดาแสดงว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของตน” สำหรับเหตุผลที่ตัดคำว่า “ชัด” ออก เนื่องจากศาลมักจะประสบปัญหาในการพิจารณาแยกแยะว่า อย่างไรคือการแสดงชัด และ อย่างไรคือการแสดงไม่ชัด ซึ่งเป็นข้อขัดข้องในเรื่องของหลักการใช้ดุลพินิจศาลที่ไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนมาเป็นตัวกำหนดในการตีความ

⁶³ เห่งอ้าง, เล่มที่ 11 ครั้งที่ 647-15/2513 วันพุธ ที่ 6 พฤษภาคม 2513 และเล่มที่ 15 ครั้งที่ 840-26/2517 วันพุธ ที่ 31 กรกฎาคม 2517.

⁶⁴ เห่งอ้าง.

นอกจากนี้คณะกรรมการยกร่างยังได้พิจารณาถึงประเด็นความหมายของคำว่า "เอกสารของบิดา" กรณีนี้จะรวมถึงการจดทะเบียนคนเกิดซึ่งบิดาเป็นผู้ไปจดทะเบียนเอง หรือยินยอมให้ผู้อื่นไปดำเนินการแทนด้วยหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการยกร่าง เห็นว่า ควรแยกเรื่องการจดทะเบียนคนเกิดออกมาเป็นอีกอนุมาตราหนึ่ง โดยกรณีตาม (3) เอกสารของบิดา หรือ Personal document ต้องหมายถึงเอกสารที่แสดงออกมาหรือสื่อให้ทราบว่าเด็กเป็นบุตร เช่น เขียนจดหมายมาถึงหญิงว่าให้ดูแลลูกของเขาให้ดี ๆ เป็นต้น⁶⁵

"(4) เมื่อปรากฏในทะเบียนคนเกิดว่าเด็กเป็นบุตรโดยบิดาเป็นผู้จดทะเบียนนั่นเอง หรือการจดทะเบียนนั้นได้กระทำด้วยความรู้เห็นยินยอมของบิดา"

กรณี (4) ได้เพิ่มเข้ามาโดยนำความข้อนี้มาจากมาตรา 1524 (ปี 2477) เนื่องจากคณะกรรมการยกร่างเห็นว่า กรณีสามารถนำมาบัญญัติรวมไว้ในที่เดียวกันได้ โดยมาตรา 1524 บัญญัติว่า

"มาตรา 1524 การอ้างว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายย่อมพิสูจน์ได้จากทะเบียนคนเกิด ถ้าไม่ปรากฏในทะเบียน พฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นหลักฐานพอแล้ว

พฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายนั้น ให้พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่แสดงความเกี่ยวข้องของอันที่บิดากับบุตรซึ่งปรากฏในระหว่างตัวเด็กกับครอบครัวที่เด็กอ้างว่าตนสังกัดอยู่ เช่น บิดาให้การศึกษา ให้ความอุปการะเลี้ยงดู หรือยอมให้เด็กนั้นใช้นามสกุลของตนหรือโดยเหตุประการอื่น ๆ"

ตามปกติ เมื่อเด็กเกิด บิดามักจะเป็นผู้แจ้งจดทะเบียนคนเกิดว่าเด็กเป็นบุตร ฉะนั้นเมื่อปรากฏในทะเบียนคนเกิดว่า เด็กเป็นบุตรโดยบิดาเป็นผู้แจ้งเกิด ก็ถือเป็นข้ออ้างประการหนึ่งที่ทำให้มีการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้ เนื่องจากการที่บิดาแจ้งจดทะเบียนคนเกิด ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญ หากไม่ใช่บุตรของตนแล้ว ย่อมไม่มีผู้ใดประสงค์จะไปแจ้งเกิดให้พร้อมทั้งระบุว่า เป็นบิดาเด็กด้วย แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่บิดามีได้เป็นผู้แจ้งการเกิดด้วยตัวเอง แต่มารดาหรือบุคคลอื่นเป็นผู้ไปแจ้งการเกิดของเด็กว่าใครเป็นบิดาเด็กโดยความรู้เห็นยินยอมของบิดา ก็สามารถฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้เช่นกัน ซึ่งการรู้เห็นยินยอมของบิดานั้นไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือแต่อาจจะให้ความยินยอมด้วยวาจาหรือโดยปริยายก็ได้ และอาจมีอยู่ก่อนหรือขณะจดทะเบียนคนเกิดก็ได้⁶⁶

⁶⁵ เพิ่งอ้าง, เล่มที่ 11 ครั้งที่ 649-17/2513 วันพุธ ที่ 3 มิถุนายน 2513 และเล่มที่ 15 ครั้งที่ 840-26/2517 วันพุธ ที่ 31 กรกฎาคม 2517.

⁶⁶ เพิ่งอ้าง, เล่มที่ 11 ครั้งที่ 656-24/2513 วันพุธ ที่ 22 กรกฎาคม 2513.

"(5) เมื่อบิดามารดาได้อยู่กินด้วยกันอย่างเปิดเผยในระยะเวลาซึ่งหญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ได้"

กรณี (5) คงหลักการเดิมตามบรรพ 5 ปี 2477 โดยไม่มีการแก้ไข⁶⁷

"(6) เมื่อได้มีการร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้ และไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของชายอื่น"

กรณี (6) ได้เพิ่มเข้ามาเพื่อเปิดโอกาสให้มีการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้กว้างขวางยิ่งขึ้น อีกทั้งเป็นการเปิดโอกาสให้ฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรขอด้วยกฎหมายได้เสมอ หากผลปรากฏว่าเด็กนั้นถือกำเนิดมาจากบิดาคนนั้นจริง ๆ⁶⁸ อย่างไรก็ตาม กรณียังมีปัญหาว่า ศาลจะถือปฏิบัติในการรับฟังพยานหลักฐานตามมาตรา 1555 (6) นั้นอย่างไร โดยกฎหมายใช้คำว่า "เมื่อได้มีการร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้..." ดังนี้จะต้องมีการนำสืบถึงข้อเท็จจริงของการร่วมประเวณีเหมือนอย่างคดีอาญาด้วยหรือไม่ หรือจะถือแต่ผลว่าข้อเท็จจริงส่วนนี้ไม่สำคัญ โดยถือเอาการมีเด็กเกิดออกมาเป็นข้อเท็จจริงที่เพียงพอแล้ว หากว่าการพิสูจน์จากพยานแวดล้อมและพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ประกอบสามารถรับฟังได้เช่นนั้น ซึ่งถ้าเป็นไปอย่างกรณีหลัง ก็สามารถถอดช่องว่างในกรณีที่เด็กไม่มีบิดาได้⁶⁹

สำหรับข้อความที่ว่า "และไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เด็กนั้นเป็นบุตรของชายอื่น" เป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างเพื่อนำมาประกอบกับข้อความตอนต้น เพราะการฟ้องโดยอาศัยเหตุเพียงว่า ได้มีการร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งอาจตั้งครรภ์ได้ เป็นข้ออ้างที่กว้างเกินไป จึงต้องมีข้อความบัญญัติจำกัดให้อยู่ในวงแคบ เพราะตามกฎหมายในปี 2477 บัญญัติเกี่ยวกับข้ออ้างในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรไว้โดยมีข้อความในวรรคสองของมาตรา 1529 บัญญัติเป็นข้อยกเว้นว่า "ถ้าปรากฏว่าในระยะเวลาตั้งครรภ์ หญิงมารดาได้ร่วมประเวณีกับชายอื่นหรือสาส์นในทางประเวณี เป็นที่รู้กันทั่วไป หรือชายไม่อาจเป็นบิดาเด็กนั้นได้ ให้ยกฟ้องเสีย" เป็นการจำกัดสิทธิการฟ้องคดีให้รับเด็กเป็นบุตร แต่กฎหมายในปี 2519 มิได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้เช่นนี้อีกต่อไป แต่ข้อความดังกล่าวสามารถตีความได้ว่า หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าหญิงประพฤติดังกล่าวสาส์นในทางประเวณี ก็ถือว่ามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เด็กอาจเป็นบุตรของ

⁶⁷ เพิ่งอ้าง, เล่มที่ 11 ครั้งที่ 649-17/2513 วันพุธ ที่ 3 มิถุนายน 2513.

⁶⁸ เพิ่งอ้าง, เล่มที่ 11 ครั้งที่ 650-18/2513 วันพุธ ที่ 10 มิถุนายน 2513 และครั้งที่ 651-19/2513 วันพุธ ที่ 17 มิถุนายน 2513.

⁶⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, ประสงค์ วินัยแพทย์ และอัครพร จารุจินดา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48.

ชายอื่น⁷⁰ อย่างไรก็ตาม การประพาดตัวลำสอนในทางประเพณีของหญิงมารดาต้องแล้วแต่พฤติการณ์ เป็นเรื่องที่ศาลจะวินิจฉัย แต่ไม่ควรถือเป็นเหตุยกเว้นตายตัวให้ศาลต้องยกฟ้องเสมอไปหากหญิงมารดามีพฤติการณ์เช่นนั้น เนื่องจากจะเป็นการไม่เป็นธรรมแก่เด็กที่จะต้องถูกตัดสิทธิให้มีบิดา ซึ่งในที่สุดแล้วก็ได้ตัดกรณีที่หญิงได้ร่วมประเพณีกับชายอื่นหรือประพาดตัวลำสอนในทางประเพณี เป็นที่รู้กันทั่วไปออกไป โดยเหลือเพียงข้อยกเว้นที่ว่า ชายไม่อาจเป็นบิดาเด็กนั้นได้โดยนำมาบัญญัติแยกไว้เป็นวรรคท้ายของมาตรา 1555 เพื่อที่จะสามารถนำสืบพิสูจน์ด้วยเหตุอื่นใดได้อย่างกว้างขวางมากยิ่งขึ้น⁷¹

"(7) เมื่อมีพฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตร

พฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเด็กเป็นบุตรนั้น ให้พิจารณาข้อเท็จจริงที่แสดงความเกี่ยวข้องกันบิดากับบุตรซึ่งปรากฏในระหว่างตัวเด็กกับครอบครัวที่เด็กอ้างว่าตนสังกัดอยู่ เช่น บิดาให้การศึกษา ให้ความอุปการะเลี้ยงดูหรือยอมให้เด็กนั้นใช้ชื่อสกุลของตนหรือโดยเหตุประการอื่น"

กรณี (7) คงหลักการเดิมตามบรรพ 5 ปี 2477 โดยไม่มีการแก้ไข เพียงแต่มีการกำหนดความตามวรรคสองขึ้นมารองรับซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการขยายความตาม (7)

ทั้งนี้ ความในวรรคสองของ (7) ได้นำมาจากวรรคสามของมาตรา 1524 (ปี 2477) ซึ่งในปี 2519 มาตรา 1524 ได้ถูกตัดออกไปทั้งมาตรา โดยได้นำหลักการมาบัญญัติรวมไว้ในมาตรานี้แทน⁷²

สำหรับบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรนั้น เนื่องจากมีลักษณะของความเป็นกฎหมายบัญญัติแทรกอยู่ จึงได้กำหนดแยกออกมาเป็นอีกมาตราหนึ่ง โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 1556 มีสาระสำคัญดังนี้

"มาตรา 1556 การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรในระหว่างที่เด็กเป็นผู้เยาว์ ถ้าเด็กมีอายุยังไม่ครบสิบห้าปีบริบูรณ์ ผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กเป็นผู้ฟ้องแทน ในกรณีที่เด็กไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม หรือมีแต่ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่สามารถทำหน้าที่ได้ ญาติสนิทของเด็กหรืออัยการอาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้แทนเฉพาะคดีเพื่อทำหน้าที่ฟ้องคดีแทนเด็กก็ได้"

⁷⁰ รัชฎา เมธาวิกุล, "บุตรนอกสมรส" (วิทยานิพนธ์ ชั้นปริญญาโท ภาค 2 ทางนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น. 378.

⁷¹ รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, เล่มที่ 11 ครั้งที่ 652-20/2513 วันพุธ ที่ 24 มิถุนายน 2513.

⁷² เพิ่งอ้าง.

เมื่อเด็กมีอายุสิบห้าปีบริบูรณ์ เด็กต้องฟ้องเอง ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม

ในกรณีที่เด็กบรรลุนิติภาวะแล้ว จะต้องฟ้องคดีภายในหนึ่งปีนับแต่วันบรรลุนิติภาวะ ในกรณีที่เด็กตายในระหว่างที่เด็กนั้นยังมีสิทธิฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรอยู่ ผู้สืบสันดานของเด็กจะฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรก็ได้ ถ้าผู้สืบสันดานของเด็กได้รู้เหตุที่อาจขอให้รับเด็กเป็นบุตรมาก่อนวันที่เด็กนั้นตาย ผู้สืบสันดานของเด็กจะต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กนั้นตาย ถ้าผู้สืบสันดานของเด็กได้รู้เหตุที่อาจขอให้รับเด็กเป็นบุตรภายหลังที่เด็กนั้นตาย ผู้สืบสันดานของเด็กจะต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้เหตุดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ต้องไม่พ้นสิบปีนับแต่วันที่เด็กนั้นตาย

การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรในระหว่างที่ผู้สืบสันดานของเด็กเป็นผู้เยาว์ ให้นำความในวรรคหนึ่งและวรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลม"

เหตุผลและที่มาในการยกร่างมาตรา 1556 นั้น คณะกรรมการยกร่างได้บันทึกเหตุผลของร่างไว้ดังนี้⁷³

(1) หลักการมาจากวรรคสามและวรรคสี่ของมาตรา 1529 (ปี 2477)

(2) ภาษานี้ได้ให้สิทธิแก่เด็กซึ่งมีอายุครบสิบห้าปีบริบูรณ์ในการที่จะฟ้องขอให้รับตนเป็นบุตรได้ด้วยตนเอง และได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในวรรคสองว่า เมื่อเด็กมีอายุสิบห้าปีบริบูรณ์แล้ว เด็กเท่านั้นที่จะฟ้องได้ ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่มีอำนาจฟ้องแทนเด็ก ทั้งนี้ โดยพิจารณาเห็นว่า สิทธิในเรื่องนี้เป็นสิทธิเฉพาะตัวของเด็ก เมื่อเด็กมีอายุครบสิบห้าปีบริบูรณ์แล้ว ก็เป็นกรณีที่เด็กควรจะต้องตัดสินใจด้วยตนเอง⁷⁴

(3) ได้บัญญัติเพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า ในกรณีที่เด็กไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม หรือมี แต่ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่สามารถทำหน้าที่ได้ ให้ญาติสนิทหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้แทนเฉพาะคดีเพื่อทำหน้าที่ฟ้องคดีแทนเด็กก็ได้⁷⁵

(4) ได้กำหนดอายุความที่ผู้สืบสันดานของเด็กจะเข้ามาฟ้องแทนเด็กให้รัดกุมยิ่งขึ้น กล่าวคือ ถ้าผู้สืบสันดานเด็กรู้เหตุที่อาจขอรับเด็กเป็นบุตรมาก่อนวันที่เด็กตาย ผู้สืบสันดานต้อง

⁷³ เห่งอ้าง, เล่มที่ 15 ครั้งที่ 840-26/2517 วันพุธ ที่ 31 กรกฎาคม 2517.

⁷⁴ เห่งอ้าง, เล่มที่ 11 ครั้งที่ 657-25/2513 วันพุธ ที่ 29 กรกฎาคม 2513 และครั้งที่ 658-26/2513 วันพุธ ที่ 5 สิงหาคม 2513.

⁷⁵ เห่งอ้าง, เล่มที่ 11 ครั้งที่ 661-29/2513 วันพุธ ที่ 2 กันยายน 2513.

ฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กตาย แต่ถ้ารู้ภายหลัง ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้เหตุดังกล่าว⁷⁶

(5) ได้บัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับสิทธิของผู้สืบสันดานของเด็กที่ยังเป็นผู้เยาว์ แต่อายุเกินกว่าสิบห้าปีบริบูรณ์แล้ว ให้มีสิทธิฟ้องได้เช่นเดียวกับตัวของเด็ก ซึ่งเหตุผลในการกำหนดอายุที่สิบห้าปีบริบูรณ์ก็เป็นเช่นเดียวกับเหตุผลที่ให้สิทธิแก่เด็กในการฟ้องคดีด้วยตนเอง ดังนั้น จึงควรนำมาใช้โดยอนุโลม⁷⁷

สำหรับบทบัญญัติในเรื่องการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรของผู้ตาย ได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 1558 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยถือเป็นหลักการใหม่ที่ได้เพิ่มเติมเข้ามาโดยที่บทบัญญัติบรรพ 5 ในปี 2477 ไม่มีกำหนดหลักการในเรื่องนี้เอาไว้แต่อย่างใด และในชั้นการพิจารณายกร่างของคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ก็ยังไม่ปรากฏบทบัญญัติในเรื่องนี้ หากแต่ได้เพิ่มขึ้นภายหลัง ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญ สภาผู้แทนราษฎร⁷⁸

“มาตรา 1558 การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรของผู้ตายที่ได้ฟ้องภายในกำหนดอายุความมรดก ถ้าศาลได้พิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ตาย เด็กนั้นมีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม

ในกรณีที่ได้มีการแบ่งมรดกไปแล้วให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยเรื่องลามิควรได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

บทบัญญัติมาตรานี้เป็นการให้สิทธิในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรของผู้ตายได้ แต่จะต้องฟ้องภายในกำหนดอายุความมรดก เป็นหลักการที่ให้โอกาสเด็กมีสิทธิได้รับมรดกของบิดา แม้บิดาถึงแก่ความตายไปแล้วก็ตาม ซึ่งกฎหมายในปี 2477 เมื่อศาลพิพากษาแสดงว่าเด็กเป็นบุตรของผู้ตาย มรดกย่อมตกทอดไปแล้วตั้งแต่เจ้ามรดกได้ถึงแก่ความตาย ซึ่งขณะนั้นเด็กยังไม่มีฐานะเป็นทายาท เป็นผลให้เด็กไม่มีสิทธิรับมรดกของบิดา

⁷⁶ เฟิงฮ้าง, เล่มที่ 11 ครั้งที่ 660-28/2513 วันพุธ ที่ 26 สิงหาคม 2513.

⁷⁷ เฟิงฮ้าง.

⁷⁸ รายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญ ร่างพระราชบัญญัติให้ใช้บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. การประชุมครั้งที่ 4 วันศุกร์ที่ 20 สิงหาคม 2519.

สำหรับเหตุผลที่ได้เพิ่มเติมหลักการตามมาตรา 1558 เข้ามา ในขณะที่เสนอยกร่าง
 ในชั้นคณะกรรมการวิสามัญ สภาผู้แทนราษฎร ได้เสนอเข้ามาเป็นร่างมาตรา 1559 โดยมี
 เหตุผลในการยกยกร่างว่า กฎหมายเดิม (ปี 2477) เด็กที่เกิดก่อนการสมรสและบิดาได้ตายก่อน
 จากนั้นภายหลังเด็กจึงมาฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร เด็กจะเสียสิทธิในการรับมรดกและเสียสิทธิ
 ที่จะฟ้องเรียกค่าทดแทนจากผู้กระทำละเมิดจนบิดาถึงแก่ความตาย เพราะสิทธิในการเป็นบุตรโดย
 ชอบด้วยกฎหมายจะมีก็ต่อเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วเท่านั้น ซึ่งในเรื่องนี้เป็นปัญหาในบทบัญญัติ
 เดิมในเรื่องความเป็นธรรม ฉะนั้น ในบทบัญญัติใหม่ที่เสนอเข้ามาจึงเป็นการคุ้มครองเด็ก ซึ่งควร
 พิจารณาให้รอบคอบ

นอกจากนี้การกำหนดให้มีร่างมาตรา 1559 (มาตรา 1558 ปัจจุบัน) ว่าให้สิทธิแก่เด็ก
 ในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้ภายในอายุความมรดก และต้องให้จดทะเบียนเด็กเป็นบุตร
 ตามคำพิพากษาเสียก่อนตามมาตรา 1557 (3) เพราะการที่ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรโดย
 ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจะอ้างเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตไม่ได้
 ก็เพราะคำพิพากษาของศาล บุคคลทั่วไปอาจไม่ทราบ แต่หลักฐานทางทะเบียนจะถือว่าบุคคล
 ทั่วไปต้องทราบเสมอ⁷⁹

2.3.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533 (ฉบับปัจจุบัน)

ความเป็นมา

บทบัญญัติบรรพ 5 พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน แม้จะไม่ได้
 มีลักษณะเป็นการปรับปรุงบทบัญญัติ บรรพ 5 ทั้งฉบับ หากแต่เป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมใน
 หลักการบางอย่าง ด้วยผลของการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในปี 2519 ได้แก้ไข
 เพิ่มเติมด้วยความเร่งรีบเพื่อให้ทันกำหนดเวลา 2 ปี ที่บังคับในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
 (พ.ศ. 2517) จึงมีบางมาตราที่มีความบกพร่องไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความขัดข้องและไม่สะดวก
 ในการดำรงสถานะในครอบครัว กระทรวงยุติธรรมจึงเสนอให้คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการ
 ชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว เมื่อปี 2520 คณะกรรมการชุดนี้
 ได้พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวแล้วเสร็จ

⁷⁹บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญ สภาผู้แทนราษฎร การประชุมครั้งที่
 3/2519 พิจารณาร่างพระราชบัญญัติให้ใช้บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. วันพฤหัสบดี ที่ 19 สิงหาคม 2519, น. 7.

เสนอไปให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเมื่อปี 2526 แต่เนื่องจากระยะนั้นมีการเปลี่ยนแปลงในรัฐบาลหลายครั้งและกฎหมายฉบับนี้เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์พื้นฐานในสังคมเป็นส่วนใหญ่ คณะรัฐมนตรีและรัฐสภาจึงต้องพิจารณาเรื่องนี้อย่างละเอียดรอบคอบ จนในที่สุด พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 จึงได้ตราออกใช้บังคับในวันที่ 27 กันยายน 2533 มีทั้งการแก้ไขหลักการที่สำคัญ แก้ไขเล็กน้อย รวมถึงการแก้ไขเฉพาะถ้อยคำให้ชัดเจนยิ่งขึ้น⁸⁰

บทบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรและเหตุผลในการยกเว้น

ในบทบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร ได้มีการแก้ไขประเด็นถ้อยคำให้เหมาะสมและชัดเจนยิ่งขึ้นในส่วนของข้อสันนิษฐานการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรบางประการ เฉพาะกรณีตามมาตรา 1555 (4) และ (6) ดังนี้

“(4) เมื่อปรากฏในทะเบียนคนเกิดว่าเด็กเป็นบุตรโดยมีหลักฐานว่าบิดาเป็นผู้แจ้งการเกิดหรือรู้เห็นยินยอมในการแจ้งนั้น”

“(6) เมื่อได้มีการร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้ และมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นมิได้เป็นบุตรของชายอื่น”

กรณีตาม (4) นั้น ตามร่างเดิมที่กระทรวงยุติธรรมเสนอให้แก้ไขในครั้งแรก เป็นการแก้ไขหลักการมาตรา 1555 (4) เกี่ยวกับหลักฐานในทะเบียนคนเกิด โดยตัดข้อความว่า “หรือการจดทะเบียนนั้นได้กระทำด้วยความรู้เห็นยินยอมของบิดา” ออก เพราะเป็นกรณีพิสูจน์ได้ยากสมควรให้มีแต่กรณีบิดาเป็นผู้ไปแจ้งการเกิดด้วยตนเองเท่านั้น ที่จะเป็เหตุให้มาฟ้องคดีให้รับเด็กเป็นบุตรได้⁸¹

แต่ในการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะพิเศษ เห็นว่า ไม่ควรแก้ไขหลักการตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ เพราะตามพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 การแจ้งการเกิดเป็นหน้าที่ของเจ้าบ้าน แต่ปัจจุบันโอกาสที่บิดาจะเป็นผู้แจ้งการเกิดด้วยตนเองนั้นมีน้อยมาก เพราะส่วนใหญ่เด็กจะเกิดในโรงพยาบาล การตัดข้อความที่ว่า การแจ้งเกิดกระทำด้วยความรู้เห็นยินยอมของบิดาออกนั้นจะทำให้กฎหมายแคบลง

⁸⁰ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 38, น. 8-9.

⁸¹ รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ครั้งที่ 50-21/2527 วันศุกร์ ที่ 8 มิถุนายน 2527, น. 15-17.

ไปมาก และไม่เข้ากับความเป็นจริงในปัจจุบัน ส่วนที่เห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นเรื่องพิสูจน์ได้ยากนั้น เห็นว่าเป็นเรื่องของการพิสูจน์ต่างหาก การจะรับฟังได้หรือไม่ย่อมอยู่ในการพิจารณาของศาล อยู่แล้ว จึงไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะแก้ไขมาตรา 1555 (4) เช่นนั้น ดังนั้น จึงคงหลักการเดิมไว้ แต่ปรับปรุงถ้อยคำใหม่เล็กน้อย⁸²

สำหรับกรณีที่ให้เพิ่มคำว่า “มีหลักฐาน” ขึ้นใน (4) นั้น เนื่องจากการแจ้งการเกิดก็จะต้องมีแบบคำร้องในการแจ้งซึ่งจะต้องมีการเก็บหลักฐานไว้ โดยในแบบสูติบัตรจะมีช่องให้ลงลายมือชื่อผู้แจ้งเกิด และระบุความเกี่ยวพันด้วย แต่ไม่จำกัดว่าจะต้องให้บิดาเป็นผู้แจ้งการเกิดเสมอไป กรณียอมขยายความรวมไปถึงบิดาเป็นผู้รู้เห็นยินยอมในการแจ้งการเกิดด้วย ซึ่งถ้ามีปัญหาก็สามารถค้นหาหลักฐานได้ว่าใครเป็นผู้แจ้งการเกิด⁸³

สำหรับกรณี (6) ร่างเดิมที่กระทรวงยุติธรรมเสนอนั้น กระทรวงยุติธรรมขอให้ตัด (6) ออกทั้งหมด โดยเห็นว่า เป็นการเปิดโอกาสให้กว้างเกินไปทำให้อาจแอบอ้างหาเรื่องเป็นความกันได้ง่าย ประกอบกับหลักการของมาตรา 1555 (6) นี้ขัดกับหลักการของมาตรา 1555 (5) และ (7) และเป็นกรณีที่พิสูจน์ได้ยาก⁸⁴

แต่ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะพิเศษ เห็นว่า ไม่ควรแก้ไขหลักการตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ เพราะจะทำให้ปัญหาเรื่องเด็กไม่มีบิดาอุปการะเลี้ยงดูมีมากยิ่งขึ้น สำหรับที่เห็นว่ากรณีดังกล่าวนี้ขัดกับหลักการในมาตรา 1555 (5) และ (7) นั้น ความจริงไม่ใช่เรื่องขัดกันแต่เป็นเหตุให้ฟ้องได้อีกเหตุหนึ่งที่เพิ่มเติมขึ้น ดังจะเห็นได้ว่ากรณีต่าง ๆ ตามมาตรา 1555 (1) (2) (3) และ (4) นั้น ต่างก็มีไขเรื่องบิดามารดาอยู่กินกันโดยเปิดเผยหรือบิดายอมรับโดยพฤติการณ์ว่าเด็กเป็นบุตรแต่อย่างใด หลักอยู่ที่ว่าถ้าตามธรรมชาติเด็กนั้นเป็นบุตรของชายใดชายนั้นต้องเป็นบิดาที่จะต้องรับผิดชอบเลี้ยงดูเด็ก หากชายนั้นไม่ยอมรับข้อเท็จจริงก็ต้องให้มีการฟ้องศาลให้รับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ ส่วนที่เห็นว่ากรณีตามมาตรา 1555 (6) นี้เป็นเรื่องพิสูจน์ได้ยากเกรงจะมีการแอบอ้างหาความเป็นคดีในศาลนั้น โดยระบบของกฎหมายผู้นำ

⁸²รายงานผลการพิจารณาเรื่อง การปรับปรุงกฎหมายครอบครัว (ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ., พุทธศักราช 2528), เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, น. 266-267.

⁸³รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 81, ครั้งที่ 94-22/2528 วันศุกร์ ที่ 16 สิงหาคม 2528, น. 2-4.

⁸⁴เพ็ญอ้าง, ครั้งที่ 50-21/2527 วันศุกร์ ที่ 8 มิถุนายน 2527, น. 18-19.

ความเท็จมาฟ้องเป็นคดีก็มีโทษทางอาญาอยู่แล้ว ส่วนการพิสูจน์จะกระทำอย่างไรเพียงใดนั้น เป็นแต่เพียงวิธีการที่ศาลจะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย ซึ่งโจทก์ก็ต้องอ้างเหตุผลและข้อเท็จจริง ประกอบให้แจ้งชัดจนศาลยอมรับว่าฟังได้ว่าเด็กเป็นบุตรของชายนั้นจริง โดยไม่มีเหตุควรสงสัยว่า เด็กนั้นเป็นบุตรของชายอื่นเท่านั้น⁸⁵

อย่างไรก็ตาม มีกรรมการเสียงข้างน้อย (นายพจน์ ปุษปาคม) ที่ไม่เห็นด้วยที่จะให้คง (6) เอาไว้ โดยเห็นว่า ควรตัด (6) ออกไป เนื่องจากทุกกรณีตามมาตรานี้ต้องมีการร่วมประเวณีกัน อยู่แล้ว จึงจะเกิดมีเด็กขึ้นมาได้ และการเพิ่ม (6) เข้ามาเท่ากับว่าไม่จำเป็นต้องมีการนี้ตั้งแต่ (1) – (5) และ (7) ก็ได้ เพราะ (6) ย่อมครอบคลุมทั้งหมด และส่งผลให้เกิดปัญหาการแอบอ้างฟ้องคดี เป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีผลกระทบต่อการใช้ฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรของผู้ตายตาม มาตรา 1558 เพราะถ้าอ้างเมื่อชายตายไปแล้ว ก็จะเป็นการที่ฝ่ายหญิงอ้างเพียงฝ่ายเดียวเป็นคดี ไม่มีข้อพิพาท ซึ่งไม่มีข้อเท็จจริงอะไรมาพิสูจน์หักล้างกันได้ เพราะการร่วมประเวณีย่อมมีลักษณะ ลักลอบได้เสีย ปกปิดไม่มีใครรู้เห็น ไม่ใช่เป็นกรณีที่ต้องอาศัยพฤติการณ์ที่ทางฝ่ายบรรดาคนใน สังคมได้รู้เห็นกันเหมือนกรณี (1) – (5) และ (7)⁸⁶

นอกจากนี้ ในเรื่องการแก้ไขถ้อยคำ โดยเฉพาะถ้อยคำเดิมที่ว่า “ไม่มีเหตุอันควรเชื่อ ได้ว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของชายอื่น” คณะกรรมการมีข้อสังเกตว่า ภาระการนำสืบของชายจะมากกว่า หญิง เพราะชายจะพิสูจน์ได้อย่างไรว่าไม่ใช่ลูกของตน แต่เป็นลูกของชายอื่นที่เคยร่วมประเวณีกับ หญิงนั้นเหมือนกัน โดยต้องสืบหักล้างว่า หญิงประพฤติดัวล้มสอนหรือมีการร่วมประเวณีกับชายอื่น แล้วยิ่งถ้าชายตายไปแล้ว กรณีเป็นการฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรของผู้ตาย ก็จะกลายเป็นว่าฝ่าย หญิงสามารถกล่าวอ้างข้อเท็จจริงได้เพียงข้างเดียว อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องถ้อยคำนี้ ไม่ว่าจะ ใช้คำใด ระหว่าง “ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของชายอื่น” หรือ “มีเหตุอันควรเชื่อ ได้ว่าเด็กนั้นมีได้เป็นบุตรของชายอื่น” สาระสำคัญก็ไม่ได้แตกต่างกัน

⁸⁵ รายงานผลการพิจารณาเรื่อง การปรับปรุงกฎหมายครอบครัว, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 82, น. 266-267.

⁸⁶ รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 81, ครั้งที่ 93-21/2528 วันศุกร์ ที่ 9 สิงหาคม 2528, น. 4-6.