

### หลักเกณฑ์การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรตามกฎหมายต่างประเทศ

จากความเป็นมาในอดีต สถานะความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบุคคลถือว่าเป็นเรื่องสำคัญมาก เพราะมีผลต่อสถานภาพและการยอมรับในทางสังคม ในขณะที่ความเป็นบุตรนอกสมรสจะมีสิทธิที่ด้อยกว่าและเสียเปรียบในหลายเรื่อง และด้วยผลของการที่มีจำนวนบุตรนอกสมรสเพิ่มมากขึ้น แนวความคิดที่จะยกฐานะของบุตรประเภทนี้ให้มีความเท่าเทียมกับบุตรชอบด้วยกฎหมายก็พัฒนามากยิ่งขึ้น วิธีการรับรองบุตรภายหลังการเกิดจึงเกิดขึ้นเพื่อปรับปรุงฐานะตามกฎหมายของบุคคลซึ่งเกิดนอกสมรสให้ดีขึ้น นำมาซึ่งความรับผิดชอบที่บิดามารดาพึงมีต่อบุตร และถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุตรที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดู ตลอดจนได้รับการส่งเสริมและสนับสนุนทางด้านต่าง ๆ จากบิดามารดา

วิธีการทำให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายภายหลังการเกิดโดยใช้อำนาจรัฐหรือโดยอำนาจศาล<sup>1</sup> ก็ถือเป็นวิธีหนึ่งที่จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร ซึ่งอาจเกิดขึ้นในรูปแบบของการยื่นคำร้องขอฝ่ายเดียวต่อศาล หรือการฟ้องเป็นคดีมีข้อพิพาท โดยผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ในบางประเทศถือว่าเด็กมีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดา แต่ในขณะที่บางประเทศจะเป็นเพียงการกำหนดสถานะความบิดาเท่านั้น โดยที่ไม่เป็นการทำให้เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาแต่อย่างใด นำมาซึ่งสิทธิและหน้าที่บางประการที่บิดาและบุตรพึงมีต่อกัน

---

<sup>1</sup>อย่างไรก็ตาม มีบางประเทศก็ไม่ยอมรับให้มีวิธีการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร เช่น ประเทศเยอรมันในอดีต เป็นต้น

### 3.1 ระบบกฎหมาย Common Law

#### 3.1.1 ประเทศอังกฤษ

##### (1) หลักการพื้นฐานในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร<sup>2</sup>

ตามหลักกฎหมายอังกฤษ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายต้นแบบของระบบ Common Law ได้วางข้อสันนิษฐานหลักถึงจุดเริ่มต้นของความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรว่า สามีมารดาย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของบุตร ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของเด็กในเบื้องต้น เว้นแต่จะมีการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานเป็นอย่างอื่น

ที่มาของข้อสันนิษฐานดังกล่าวเริ่มต้นจากข้อเท็จจริงที่ว่า บิดาได้ร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในช่วงเวลาที่เด็กอาจจะปฏิสนธิขึ้นมาได้ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ กรณีที่มีชายมากกว่าหนึ่งคนร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในช่วงเวลาที่มีการตั้งครรภ์เกิดขึ้น ซึ่งเป็นไปได้ยากที่จะพิสูจน์ได้ว่าใครเป็นบิดาของเด็ก และผลจากการที่พิสูจน์ไม่ได้ว่าใครเป็นบิดาของเด็ก จึงนำมาสู่การยอมรับหลักการของระบบกฎหมาย Civil law ในช่วงศตวรรษที่ 12 ที่ว่า "Pater est quem nuptiae demonstrant" เด็กซึ่งเกิดจากหญิงที่ทำการสมรสแล้ว สามีของหญิงนั้นก็จะถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็ก<sup>3</sup> จนกว่าจะมีการพิสูจน์หักล้าง และหากมีการกล่าวอ้างว่าสามีของหญิงมารดาไม่ใช่บิดาของเด็ก ภาระการพิสูจน์ปฏิเสธข้อสันนิษฐานดังกล่าวย่อมตกแก่ผู้กล่าวอ้าง

ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดานี้นำมาปรับใช้กับกรณีของเด็กซึ่งเกิดในภายหลังจากที่เพิ่งมีการสมรสของบิดามารดาได้ไม่นาน เพราะมีความเป็นไปได้ว่าเด็กอาจจะปฏิสนธิก่อนหน้านั้นก็ได้<sup>4</sup> แต่ในกรณีของเด็กที่คลอดออกมาภายหลังจากบิดาถึงแก่ความตายไปแล้ว ถ้าปรากฏว่าเด็กได้

<sup>2</sup>P.M. Bromley & N.V. Lowe. Bromley's Family Law, 8<sup>th</sup> edition (Butterwoths : London, 1992), pp. 269-278. ; Stephen M. Cretney, Family Law, 4<sup>th</sup> edition (London : Sweet & Maxwell, 2000), pp. 193-194. and HALSBURY'S Laws of England, 4<sup>th</sup> edition reissue. Volume 5(3) (Butterwoths : Edinbrgh, 2001), pp. 54-61.

<sup>3</sup>Re G (A Minor) (Child Abuse : Evidence) [1988] 1 FLR 314 at 319 per Sheldon J.

<sup>4</sup>Gardner v Gardner (1877) 2 App Cas 723, HL; The Poulette Peerage Case [1903] AC 395, HL.

ปฏิสนธิในครรภ์มารดาในช่วงเวลาก่อนที่บิดาจะถึงแก่ความตาย กรณีก็ยอมเข้าข้อสันนิษฐานนี้เช่นกันโดยถือว่าเด็กเป็นบุตรของผู้ตาย แต่ถ้าหากเด็กได้คลอดออกมาภายหลังจากที่บิดาถึงแก่ความตายไปเป็นเวลานาน ตัวอย่างในคดีของ *Preston-Jones v Preston-Jones* (1951)<sup>5</sup> สภาขุนนางของอังกฤษ เห็นว่า ระยะเวลาในการตั้งครรภ์ตามปกติถือเป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไป แม้ว่าช่วงเวลาตั้งครรภ์จะมีความไม่แน่นอนจนตายตัว เช่น บางคดีตัดสินว่าระยะเวลาปกติที่สามารถตั้งครรภ์และคลอดบุตรได้อาจจะอยู่ที่ 270-280 วัน ในขณะที่บางคดีจะอยู่ที่ 174 วัน 307 วัน หรือ 331 วัน<sup>6</sup> แต่ถ้าระยะเวลายาวนานออกไปเท่าไรก็ยิ่งทำให้ได้แย้งได้ง่ายขึ้นเท่านั้น ซึ่งระยะเวลายาวนานคลาดเคลื่อนไปจากปกตินั้นก็ยากที่จะกำหนดมาตรฐานได้ว่าขอบเขตของระยะเวลาดังกล่าวอยู่ที่ใด<sup>7</sup> ดังนั้น ตามกฎหมายอังกฤษจึงมิได้จำกัดขอบเขตของระยะเวลาในการตั้งครรภ์เอาไว้อย่างแน่ชัดเหมือนกับกฎหมายในประเทศอื่น ๆ โดยเปิดกว้างให้สามารถพิสูจน์ถึงความเป็นไปได้ที่หญิงคนหนึ่งจะสามารถอุ้มท้องได้เป็นเวลานานเท่าไร ซึ่งมีความแตกต่างกันไปในแต่ละกรณี

นอกจากนี้ ข้อสันนิษฐานดังกล่าวนำมาใช้ในกรณีที่เด็กเกิดภายหลังจากที่ได้มีคำสั่งเด็ดขาดของศาลให้การสมรสสิ้นสุดลง ถ้าปรากฏว่าได้มีการตั้งครรภ์ก่อนมีคำสั่งเด็ดขาดของศาลก็ต้องสันนิษฐานว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เคยเป็นสามีมารดา<sup>8</sup>

แต่ถ้าเป็นกรณีที่มีการตั้งครรภ์ในระหว่างการสมรสของบิดามารดา และภายหลังต่อมาการสมรสได้สิ้นสุดลงด้วยความตายของสามีหรือได้มีการหย่าขาดจากกัน และหญิงมารดาได้ทำการสมรสใหม่ก่อนที่เด็กจะคลอด ก็มีการยอมรับในหลักการว่า หากไม่ปรากฏข้อหักล้างใด ๆ ก็ต้องถือว่าสามีคนแรกเป็นบิดาของเด็กเสมอ เนื่องจากจะต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามารดาเด็กไม่มีคู่ แต่ถ้าภริยาตั้งครรภ์ในขณะที่แยกกันอยู่กับสามีโดยมีคำสั่งศาลให้แยกกันอยู่ กรณีดังกล่าวก็ไม่อาจสันนิษฐานว่าสามีมารดาเป็นบิดาของเด็ก<sup>9</sup> เพราะต้องถือว่าคู่สมรสพึงเคารพต่อคำสั่งศาล

<sup>5</sup>*Preston-Jones v Preston-Jones* [1951] AC 391 at 401, [1951] 1 All ER 124 at 127, HL.

<sup>6</sup>ระยะเวลาตั้งครรภ์ 270-280 วัน (*Hargrave v Hargrave* (1846) 9 Beav 552.) 174 วัน (*Clark v Clark* [1939] P 228, [1939] 2 All ER 59.) 307 วัน (*Bowden v Bowden* (1917) 62 Sol Jo 105.) 331 วัน (*Gaskill v Gaskill* [1921] P 425.)

<sup>7</sup>P.M. Bromley & N.V. Lowe, *supra note 2*, p. 270.

<sup>8</sup>*Re Leman's Will Trustes, Public Trustee v Leman* (1945) 115 LJCh 89.

<sup>9</sup>*Parishes of St Goerge's v St Margaret's Westminster* (1706) 1 Salk 123.

และต้องไม่มีการร่วมประเวณีกัน แต่ถ้าคู่สมรสแยกกันอยู่โดยการทำความตกลงกันเอง กรณีนี้ก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของเด็กที่เกิดจากมารดาที่ไม่ได้สมรส หรือเกิดจากชายหญิงที่อยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาโดยมิได้สมรสก็จะไม่มีข้อสันนิษฐานเรื่องบิดาของเด็ก แต่ถ้าปรากฏว่ามีการใช้ชื่อของชายว่าเป็นบิดาในขณะจดทะเบียนการเกิดของเด็ก ย่อมถือเป็นพยานหลักฐานเบื้องต้นว่าชายผู้นั้นเป็นบิดาของเด็ก ซึ่งมีผลต่อการทำข้อตกลงในเรื่องการเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ทั้งนี้ ในส่วนของคดีอื่น ๆ ภาระการพิสูจน์ในเรื่องสถานะความเป็นบิดาย่อมตกแก่ผู้กล่าวอ้าง แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงโดยชัดแจ้งว่าชายหญิงได้อยู่ร่วมกันโดยมิได้ทำการสมรสก็ตาม

ในกฎหมายอังกฤษยอมรับว่าข้อสันนิษฐานอาจถูกโต้แย้งได้หากปรากฏหลักฐานที่หนักแน่นเพียงพอว่า สามีไม่อาจเป็นบิดาเด็ก อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติปฏิรูปกฎหมายครอบครัว ค.ศ. 1969 มาตรา 26<sup>10</sup> บัญญัติว่า ข้อสันนิษฐานอาจจะถูกโต้แย้งโดยพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ว่าบุคคลใดเป็นหรือไม่เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมาตรฐานการพิสูจน์พยานหลักฐานจะไม่ได้มีการวางหลักไว้ตายตัวว่าจะต้องพิสูจน์เรื่องใดบ้าง โดยปล่อยให้เป็นเรื่องของข้อเท็จจริงและเหตุผลในแต่ละกรณี ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเปิดกว้างให้สามารถยกเหตุต่าง ๆ ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้<sup>11</sup>

แต่เดิม ก่อนที่จะมีวิธีการตรวจเลือดเกิดขึ้นอย่างเช่นในปัจจุบัน การโต้แย้งข้อสันนิษฐานอาจเกิดขึ้นโดยสามีจะพิสูจน์ว่าเขาไม่ใช่บิดาของเด็ก เช่น มีการพิสูจน์ว่าสามีเป็นผู้ไร้สมรรถภาพทางเพศอย่างถาวร หรือต้องโทษจำคุก หรือมีเหตุอันไม่อาจร่วมประเวณีได้เพราะความเจ็บป่วยของร่างกายไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เพื่อแสดงว่าสามีมิได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับภริยาในช่วงเวลาที่ภริยาอาจตั้งครรภ์ได้<sup>12</sup>

<sup>10</sup>Family Law Reform Act 1969. section 26. Rebuttal of presumption as to legitimacy and illegitimacy.

Any presumption of law as to the legitimacy or illegitimacy of any person may in any civil proceedings be rebutted by evidence which shows that it is more probable than not that person is illegitimate or legitimate, as the case may be, and it shall not be necessary to prove that fact beyond reasonable doubt in order to rebut the presumption.

<sup>11</sup>P.M. Bromley & N.V. Lowe, *supra* note 2, p. 272.

<sup>12</sup>*Ibid*, pp. 272-273.

ถึงแม้ว่าคู่สมรสจะมีการร่วมประเวณีกันในช่วงเวลาที่เกี่ยวข้อก็ตาม แต่สามีก็อาจพิสูจน์ได้แย้งได้ว่าเด็กมิได้เกิดจากความสัมพันธ์นั้น หรือเป็นกรณีที่ภริยามิรู้<sup>13</sup> โดยทั่วไปส่วนใหญ่แล้วจะใช้วิธีการตรวจเลือดเพื่อหักล้างข้อสันนิษฐาน และยังมีวิธีอื่นที่สามารถทำได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น การพิจารณาจากลักษณะทางกายภาพหรือทางพันธุกรรมทั่วไป<sup>14</sup>

## (2) บุตรนอกสมรส

แต่เดิมตามกฎหมาย Common Law บุตรนอกสมรสจะถือว่าไม่มีสิทธิหน้าที่ ตลอดจนความสัมพันธ์ทางกฎหมายใด ๆ กับบิดามารดา แต่สถานะของบุตรนอกสมรสได้เปลี่ยนแปลงไปในช่วงศตวรรษที่ 19 โดยให้มารดาเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรนอกสมรสแต่เพียงผู้เดียว ส่วนทางฝ่ายบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะไม่สามารถอ้างสิทธิใด ๆ เหนือตัวบุตรเลย แต่จะมีเพียงความรับผิดชอบที่มีต่อบุตรเท่านั้น<sup>15</sup> เว้นแต่ชายผู้เป็นบิดาประสงค์จะเข้ามามีอำนาจปกครองบุตรด้วยก็สามารถทำความตกลงกับมารดาของเด็กได้ (Parental Responsibility Agreement) ซึ่งจะต้องลงนามโดยมีเจ้าหน้าที่ศาลเป็นพยาน โดยชายผู้เป็นบิดาต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อสั่งให้มี

---

<sup>13</sup>Re F (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights) [1993] Fam 314, [1993] 3 All ER 596, CA.

<sup>14</sup>P.M. Bromley & N.V. Lowe, *supra* note 2. p. 272.

<sup>15</sup>Unmarried Father. <<http://www.fnf.org.uk/unwed.htm>>

The Children Act 1989. section 2 Parental responsibility for children

(1) Where a child's father and mother were married to each other at the time of his birth, they shall each have parental responsibility for the child.

(2) Where a child's father and mother were not married to each other at the time of his birth

(a) the mother shall have parental responsibility for the child;

(b) the father shall not have parental responsibility for the child, unless he acquires it in accordance with the provisions of this Act.

อำนาจปกครองบุตร (Parental Responsibility Order) (มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเด็ก ค.ศ. 1989)<sup>16</sup>

ทั้งนี้ สำหรับการจดทะเบียนการเกิดของเด็กที่บิดามารดา ยังมิได้ทำการสมรสกัน ในการแจ้งเกิดครั้งแรกจะยังไม่ระบุว่าใครเป็นบิดาของเด็ก ซึ่งนายทะเบียนจะต้องมีการจดทะเบียนการเกิดซ้ำอีกครั้ง (re-registration) ในภายหลังเพื่อแสดงว่าใครคือบิดาของเด็ก แต่ถ้าการจดทะเบียนซ้ำดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังการเกิดของเด็กนานกว่า 3 เดือน ก็ต้องให้ผู้อำนวยความสะดวก สำนักทะเบียนลงลายมือชื่อในทะเบียนการเกิดด้วย และเมื่อได้มีการจดทะเบียนการเกิดว่าเป็นบิดาของเด็ก กรณีนี้บิดาสามารถเข้ามามีอำนาจปกครองบุตรร่วมกับมารดาได้<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup>The Children Act 1989. section 4 Acquisition of parental responsibility by father

(1) Where a child's father and mother were not married to each other at the time of his birth

(a) the court may, on the application of the father, order that he shall have parental responsibility for the child; or

(b) the father and mother may by agreement ("a parental responsibility agreement") provide for the father to have parental responsibility for the child.

(2) No parental responsibility agreement shall have effect for the purposes of this Act unless

(a) it is made in the form prescribed by regulations made by the Lord Chancellor; and

(b) where regulations are made by the Lord Chancellor prescribing the manner in which such agreements must be recorded, it is recorded in the prescribed manner.

(3) Subject to section 12(4), an order under subsection (1)(a), or a parental responsibility agreement, may only be brought to an end by an order of the court made on the application

(a) of any person who has parental responsibility for the child; or

(b) with leave of the court, of the child himself.

(4) The court may only grant leave under subsection (3)(b) if it is satisfied that the child has sufficient understanding to make the proposed application.

<sup>17</sup>HALSBURY'S Laws of England, *supra* note 2, pp. 58-59.

### เด็กที่เกิดจากการผสมเทียม<sup>18</sup>

ตามกฎหมายอังกฤษ ได้มีบทบัญญัติเฉพาะรองรับในกรณีของเด็กที่เกิดจากการช่วยเหลือของกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ หรือที่เรียกว่า "การผสมเทียม" ทั้งนี้ สถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมจะถูกกำหนดโดยพระราชบัญญัติการปฏิสนธิและการเป็นตัวอ่อนของมนุษย์ ค.ศ. 1990 (The Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (HFEA)) ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1994 แต่ใช้กับหญิงที่ตั้งครรภ์อันเกิดจากการผสมเทียมก่อนวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 1991 ผลของการผสมเทียมนำมาซึ่งปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดตัวผู้เป็นบิดามารดาของเด็ก เนื่องจากโดยหลักแล้ว หญิงที่ตั้งครรภ์ยอมเป็นมารดาตามกฎหมายของเด็กเสมอ (มาตรา 27 HFEA)<sup>19</sup> และหญิงที่ตั้งครรภ์เท่านั้นที่จะมีอำนาจปกครองบุตรและอำนาจนี้จะส่งมอบต่อไปกับผู้อื่นไม่ได้ (มาตรา 2 (9) แห่งพระราชบัญญัติเด็ก ค.ศ. 1989)<sup>20</sup>

สำหรับความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมนั้น หากปรากฏว่าเป็นการผสมเทียมด้วยวิธีบริจาคสเปิร์มของชายอื่นที่ไม่ใช่สามีของหญิงมารดา กรณีนี้ผู้บริจาคจะไม่เป็นบิดาของเด็กตามกฎหมาย แต่ถ้าเจ้าของสเปิร์มเป็นสามีของหญิงมารดาที่ตั้งครรภ์ กรณีนี้ย่อมได้รับการ

---

<sup>18</sup>Stephen M. Cretney, *supra note 2*, pp. 196-197. ; HALSBURY'S Laws of England, *supra note 2*, pp. 62-65. and <<http://www.wellcome.ac.uk/en/genome/geneticsandsociety/hg15b009.html>>

<sup>19</sup>The Human Fertilisation and Embryology Act 1990. section 27.—

(1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.

(2) Subsection (1) above does not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the child of any person other than the adopter or adopters.

(3) Subsection (1) above applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs.

<sup>20</sup>Children Act 1989. Section 2 (9) A person who has parental responsibility for a child may not surrender or transfer any part of that responsibility to another but may arrange for some or all of it to be met by one or more persons acting on his behalf.

สันนิษฐานตามกฎหมายว่าเป็นบิดาของเด็ก เว้นแต่สามีจะพิสูจน์จนเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าตนไม่ได้ให้ความยินยอมในการผสมเทียมดังกล่าว<sup>21</sup> (มาตรา 28 (2) HFEA)<sup>22</sup>

ในกรณีของเด็กที่เกิดจากการให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน (ซึ่งตามหลักกฎหมายแล้วเด็กจะถือว่าเป็นบุตรของหญิงที่ตั้งครรภ์เสมอ) ตามพระราชบัญญัติการปฏิสนธิและการเป็นพ่อของมนุษย์ ค.ศ. 1990 มาตรา 30 ได้บัญญัติรองรับว่า เด็กอาจจะได้รับการปฏิบัติในทางกฎหมายว่าเป็นบุตรของบิดามารดาทางชีววิทยาได้ ก็ต่อเมื่อบิดามารดาทางชีววิทยาได้ร้องขอต่อศาลภายใน 6 เดือนนับแต่เด็กเกิด ทั้งบิดามารดาต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี และเด็กต้องได้อยู่ร่วมกับบิดามารดาทางชีววิทยา นอกจากนี้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้นต้องได้รู้ข้อเท็จจริงและให้ความยินยอมโดยไม่มีเงื่อนไขกับคำสั่งศาลดังกล่าวด้วย ซึ่งความยินยอมของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะไม่มีผลจนกว่าเด็กจะมีอายุได้ 6 สัปดาห์ และการรับตั้งครรภ์แทนนี้จะต้องไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนต่อกัน เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นกรณีพิเศษ

### (3) คำสั่งศาลในการกำหนดสถานะความเป็นบิดา

ในประเทศอังกฤษ การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร มีลักษณะเป็นเพียงการแสดงถึงความความเป็นบิดาโดยผ่านกระบวนการทางศาลเท่านั้น โดยที่ไม่ได้กำหนดว่าบุตรมีสถานะของความ เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาแต่อย่างใด ทั้งนี้ การกำหนดสถานะความเป็นบิดาโดยผ่านกระบวนการทางศาล อาจเกิดขึ้นด้วยเหตุผลหลายประการ ดังต่อไปนี้<sup>23</sup>

<sup>21</sup>HALSBURY'S Laws of England, *supra* note 2, pp. 64-65.

<sup>22</sup>The Human Fertilisation and Embryology Act 1990. section 28. (1) This section applies in the case of a child who is being or has been carried by a woman as the result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs or her artificial insemination.

(2) If—

(a) at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or of her insemination, the woman was a party to a marriage, and

(b) the creation of the embryo carried by her was not brought about with the sperm of the other party to the marriage,

then, subject to subsection (5) below, the other party to the marriage shall be treated as the father of the child unless it is shown that he did not consent to the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or to her insemination (as the case may be).

<sup>23</sup><<http://www.dca.gov.uk/consult/general/pat.com.doc>>

1. บุคคลใดต้องการพิสูจน์ว่าตนเป็นบุตรของผู้ใด โดยมีจุดประสงค์ในการแก้ไขทะเบียนการเกิด เพื่ออ้างสิทธิในการเป็นทายาทสืบทอดมรดก เพื่อการขอสัญชาติ หรือเพื่อการเป็นพลเมืองของประเทศ

2. ชายผู้เป็นบิดาต้องการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างตนกับเด็ก เพื่อร้องขอให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตร รวมถึงสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ตามกฎหมายของความเป็นบิดา ภายใต้พระราชบัญญัติเด็ก ค.ศ. 1989<sup>24</sup> (The Children Act 1989)

3. มารดาเด็ก หรือองค์กรสงเคราะห์เด็ก (The Child Support Agency) อาจร้องขอต่อศาลให้มีการกำหนดสถานะความเป็นบิดาของบุตร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร

ทั้งนี้ การกำหนดสถานะความเป็นบิดาโดยผ่านกระบวนการทางศาลสามารถเกิดขึ้นได้โดยสรุปแล้ว 3 วิธีด้วยกัน<sup>25</sup> คือ

วิธีแรก การร้องขอให้มีการประกาศความเป็นบิดาตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ. 1986<sup>26</sup> (The Family Law Act 1986) โดยการยื่นคำร้องขอของเด็ก

<sup>24</sup>พระราชบัญญัติเด็ก ค.ศ. 1989 มุ่งหมายว่าเด็กควรได้รับการดูแลอย่างดีที่สุดจากครอบครัว (จากบิดามารดา) ซึ่งจุดประสงค์ส่วนใหญ่ในกฎหมายฉบับนี้จะไม่แบ่งแยกว่าบิดามารดาได้สมรสกันหรือไม่ แต่จะสนับสนุนให้บิดามารดามีส่วนร่วมในการเลี้ยงดูเด็ก. โปรดดู P.M. Bromley & N.V. Lowe, *supra* note 2, p. 292. and "Procedures for The Determination of paternity and on The Law on Parental Responsibility for Unmarried Fathers." A Lord Chancellor's Department Consultation Paper. <<http://www.dca.gov.uk/consult/general/pat.com.doc>>

<sup>25</sup><<http://www.dca.gov.uk/consult/general/pat.com.doc>>

<sup>26</sup>Family Law Act 1986. section 56 Declaration of parentage or legitimation

(1) Any person may apply to the court for a declaration --

(a) that a person named in the application is or was his parent; or

(b) that he is the legitimate child of his parents.

(2) Any person may apply to the court for one (or for one or, in the alternative, the other) of the following declarations, that is to say—

(a) a declaration that he has become a legitimated person;

(b) a declaration that he has not become a legitimated person.

(3) ...

(ถ้าเด็กยังเป็นผู้เยาว์ มารดาเด็กก็ต้องดำเนินการแทน) มารดาเด็ก ชายที่คาดว่าจะเป็นบิดา (ถ้าชายถึงแก่ความตายก็ให้สิทธิแก่ทายาทยื่นคำร้องแทน) รวมถึงบุคคลใด ๆ ซึ่งมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับ<sup>27</sup>

ในการทำคำสั่งของศาลจะต้องพิสูจน์จนได้ผลเป็นที่พอใจถึงจุดประสงค์ในการร้องขอ ซึ่งผลของการประกาศตามมาตรา 56 จะมีผลผูกพันและใช้บังคับบุคคลทั่วไปโดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลา ทั้งนี้ คำสั่งศาลในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดา ตลอดจนสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร ถือว่าเป็นกระบวนการทางแพ่งที่ต้องได้รับการพิจารณาอย่างไม่เปิดเผยและจำกัดในเรื่องของการรายงานผลทางคดี

ศาลที่มีอำนาจในการทำคำสั่งประกาศความเป็นบิดาคือ ศาลสูง (High Court) หรือ ศาลมณฑล (County court) เมื่อมีคำสั่งแล้ว ศาลก็จะแจ้งให้นายทะเบียนกลาง (The Registrar General) ซึ่งมีดุลพินิจตามพระราชบัญญัติการจดทะเบียนการเกิดและการตาย ค.ศ. 1953 (The Births and Deaths Registration Act 1953) มาตรา 14A มีอำนาจที่จะแก้ไขทะเบียนเกิดให้ถูกต้องได้ (ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่ได้ลงชื่อผู้เป็นบิดาที่แท้จริงไว้ในทะเบียนเกิดตั้งแต่แรก)

นอกจากนี้พระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัวฉบับนี้ยังเปิดโอกาสให้อัยการสูงสุดเข้ามามีบทบาทโดยศาลที่พิจารณาคดีอาจสั่งให้ต้องส่งเอกสารที่จำเป็นซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีไปยังอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นได้ และอัยการสูงสุดก็สามารถเข้ามาแทรกแซงในกระบวนการพิจารณาเท่าที่จำเป็นได้ (มาตรา 59)<sup>28</sup> เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลที่สามหรือปรากฏว่ามีผลกระทบต่อสาธารณชน

<sup>27</sup> <<http://www.fnf.org.uk/subs/lcdpr2.htm#famlaw>>

<sup>28</sup> Family Law Act 1986. section 59 Provisions relating to the Attorney-General

(1) On an application for a declaration under this Part the court may at any stage of the proceedings, of its own motion or on the application of any party to the proceedings, direct that all necessary papers in the matter be sent to the Attorney-General.

(2) The Attorney-General, whether or not he is sent papers in relation to an application for a declaration under this Part, may—

(a) intervene in the proceedings on that application in such manner as he thinks necessary or expedient, and

(b) argue before the court any question in relation to the application which the court considers it necessary to have fully argued.

(3) ...

วิธีที่ 2 การร้องขอให้มีการประกาศความเป็นบิดาตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติสงเคราะห์เด็ก ค.ศ. 1991<sup>29</sup> (The Child Support Act 1991) โดยการยื่นคำร้องขอของผู้ที่ดูแลเด็กหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวง<sup>30</sup> (The Secretary of State) ต่อศาลที่พิจารณาคดีครอบครัว ได้แก่ ศาลสูง ศาลมณฑล และศาลแขวง ทั้งนี้ ศาลจะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดที่จะเกิดแก่เด็กเป็นสำคัญ

การยื่นคำร้องขอตามกฎหมายฉบับนี้จะมุ่งเน้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองสิทธิประโยชน์แก่เด็ก ตลอดจนให้เด็กมีสิทธิได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งในส่วนของ การร้องขอเพื่อกำหนดความเป็นบิดานั้น จะต้องมีการพิจารณาว่าการกำหนดสถานะความเป็นบิดาจะเป็นประโยชน์ต่อเด็กหรือไม่ เพราะในความเป็นจริงมารดาเด็กอาจจะไม่ต้องการให้มีการพิสูจน์ความเป็นบิดาเนื่องจากเด็กเกิดจากการช้มนกระทำให้เรา หรือชายผู้เป็นบิดามีประวัติที่น่าจะเป็นอันตรายต่อมารดาและเด็ก แต่ถ้ามีการร้องขอให้มีการประกาศความเป็นบิดา มาตรฐานการพิสูจน์ความเป็นบิดาก็ต้องคำนึงถึงน้ำหนักความเป็นไปได้ที่มีดุลยภาพกันด้วย (The balance of probabilities)

อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์ในการคิดคำนวณค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ตลอดจนกำหนดตัวผู้ที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายดังกล่าว ซึ่งผู้ที่เป็นบิดามารดาของเด็กจะต้องเข้ามารับภาระใน ส่วนนี้ ดังนั้น ตามพระราชบัญญัติสงเคราะห์เด็กฯ จึงได้กำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาไว้ ภายใต้ข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้<sup>31</sup>

(1) ชายได้ทำการสมรสกับมารดาของเด็กในระหว่างที่มีการตั้งครรภ์และได้ให้กำเนิดบุตร โดยที่บุตรมิได้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นในภายหลัง

<sup>29</sup>The Child Support Act 1991. section 27 (1) Where—

(a) a child support officer is considering whether to make a maintenance assessment with respect to a person who is alleged to be a parent of the child, or one of the children, in question ("the alleged parent");

(b) the alleged parent denies that he is one of the child's parents; and

(c) the child support officer is not satisfied that the case falls within one of those set out in section 26(2),

the Secretary of State or the person with care may apply to the court for a declaration as to whether or not the alleged parent is one of the child's parents.

(2) ...

<sup>30</sup>ประเทศอังกฤษในปัจจุบัน รัฐมนตรีที่ได้รับมอบหมายให้ดูแลงานด้านการสงเคราะห์เด็กคือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงงานและบำนาญ (Secretary of State for Work and Pensions)

<sup>31</sup>Tina Bond, Jill Black & Jane Bridge, *Family Law*, (Oxford University press, 2005), pp. 447-448.

- (2) ชายได้รับการจดทะเบียนว่าเป็นบิดาของเด็กในใบแจ้งเกิด
- (3) ชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดาปฏิเสธที่จะเข้ารับการทดสอบทางวิทยาศาสตร์เพื่อพิสูจน์ความเป็นบิดา หรือเข้ารับการทดสอบแต่ปฏิเสธผลลัพธ์ที่ได้
- (4) ชายได้ให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตร
- (5) ชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดาของเด็ก คือ "บิดา" ของเด็ก ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิสนธิและการเป็นพ่อของมนุษย์ ค.ศ. 1990 ซึ่งกรณีนี้เกิดขึ้นเมื่อคู่สมรสที่ต้องการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการผสมเทียมยื่นคำร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลมี "คำสั่งเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดา" และให้เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรส
- (6) ผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดามารดา คือ "บิดามารดา" ตามมาตรา 27 หรือมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิสนธิและการเป็นพ่อของมนุษย์ ค.ศ. 1990 โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีตามมาตรา 28 จะมีความเกี่ยวข้องกับชายซึ่งเป็นสามีของหญิงมารดา โดยจะถือว่าเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากภริยา แม้ว่าเด็กจะเกิดจากการผสมเทียมด้วยวิธีการรับบริจาคสเปิร์มจากชายอื่นก็ตาม เว้นแต่ ชายผู้เป็นสามีจะได้แย้งว่าเขาไม่ได้ให้ความยินยอมกับกระบวนการนี้
- (7) ได้มีการประกาศความเป็นบิดามารดาภายใต้มาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติครอบครัว ค.ศ. 1986 (เด็กอาจจะใช้กระบวนการยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อประกาศว่าบุคคลใดเป็นบิดา หรือประกาศว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา)
- (8) มีคำพิพากษาของศาลถึงความเป็นบิดาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ผ่านมา ซึ่งเป็นการขัดแย้งกับชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดาของเด็ก

วิธีที่ 3 ศาลดำเนินการเอง โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 20<sup>32</sup> แห่งพระราชบัญญัติปฏิรูปกฎหมายครอบครัว ค.ศ. 1969 เพื่อให้มีการพิสูจน์ถึงความเป็นบิดาและบุตร โดยศาลอาจมีคำสั่ง

---

<sup>32</sup>The Family Law Reform Act 1969. section 20 (1) Power of court to require use of blood tests.

(1) In any civil proceedings in which the parentage of any person falls to be determined, the court may, either of its own motion or on an application by any party to the proceedings, give a direction-

(a) for the use of scientific tests to ascertain whether such tests show that a party to the proceedings is or is not the father or mother of that person; and

(b) for the taking, within a period specified in the direction, of bodily samples from all or any of the following, namely, that person, any party who is alleged to be the father or mother of that person and any other party to the proceedings; and the court may at any time revoke or vary a direction previously given by it under this subsection.

ให้เก็บตัวอย่างเนื้อเยื่อจากบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อนำมาทดสอบด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ เช่น การเก็บตัวอย่างเลือดเพื่อตรวจ DNA<sup>33</sup> ซึ่งศาลไม่อาจบังคับให้คู่กรณีเข้ารับการเก็บตัวอย่างเนื้อเยื่อได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเสียก่อน ซึ่งความยินยอมของบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นถือเป็นสิ่งสำคัญ หากผู้เยาว์มีอายุ 16 ปีบริบูรณ์ก็สามารถให้ความยินยอมด้วยตัวเองเพื่อเข้ารับการเก็บตัวอย่างเนื้อเยื่อได้ แต่ถ้าอายุต่ำกว่า 16 ปี บุคคลที่อุปการะเลี้ยงดูก็ต้องเป็นผู้ให้ความยินยอมแทน หรือในกรณีของบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ถ้าศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าจะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กก็อาจมีคำสั่งให้เก็บตัวอย่างเนื้อเยื่อจากบุคคลดังกล่าวได้<sup>34</sup> (ทั้งนี้ การพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตร ในปัจจุบันยอมรับเพียงการเก็บตัวอย่างเลือดเพื่อทดสอบ DNA เท่านั้น ส่วนการทดสอบอย่างอื่นที่ได้จากร่างกาย เช่น น้ำลายหรือเส้นผม จำเป็นต้องมีบทบัญญัติออกมารองรับอย่างชัดเจนให้สามารถเก็บตัวอย่างได้ ซึ่งในปัจจุบันบทบัญญัติเหล่านี้ก็ยังไม่มียผลใช้บังคับแต่อย่างใด)

การมีคำสั่งศาลดังกล่าว อาจเกิดขึ้นเพราะศาลประสงค์จะแก้ปัญหาข้อโต้แย้งความ เป็นบิดาซึ่งเกิดขึ้นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางแพ่งใด ๆ โดยที่อาจจะเกิดจากการร้องขอ ของคู่ความในกระบวนการพิจารณา หรือโดยชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดา<sup>35</sup> เช่น การพิสูจน์ความเป็นบิดาอาจจะเกิดขึ้นในคดีที่มีการร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเรื่องอำนาจปกครองบุตร หรือคดีเรียก ค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร เป็นต้น

ในปัจจุบัน เรื่องการพิสูจน์ความเป็นบิดา นอกเหนือจากกระบวนการทางศาลแล้ว กฎหมายอังกฤษยังให้สิทธิแก่บุคคลในการร้องขอให้เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับชาติกำเนิดของตน โดยที่เด็กมีสิทธิปรึกษานายทะเบียนการเกิดเพื่อให้ช่วยค้นหาว่าใครเป็นบิดาที่มีชื่ออยู่ในทะเบียน เกิด และถือว่าเด็กที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไปมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดทาง พันธุกรรมและชาติพันธุ์ของตน ตามพระราชบัญญัติการปฏิสนธิและการเป็นพ่อของมนุษย์

<sup>33</sup> การทดสอบ DNA (deoxyribonucleic acid) คือ การแยกแยะวิเคราะห์โครงสร้างทาง พันธุกรรมโดยอาศัยรหัสเซลล์ทางพันธุกรรมในการพิสูจน์ถึงการถ่ายทอดทางพันธุกรรมจากบิดา มารดาสู่เด็ก

<sup>34</sup> HALSBURY'S Laws of England, *supra* note 2, p. 77.

<sup>35</sup> *Ibid*, pp. 74-75. ; Re T (A Minor) (Blood Tests) [1992] 2FCR 663, sub nom T v T (1992) Times, 31 July, CA; cf Re F (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights) [1993] Fam 314, [1993] 3 All ER 596, CA.

ค.ศ. 1990 (The Human Fertilisation and Embryology Act 1990) มาตรา 31 (4)<sup>36</sup> โดยอาจร้องขอไปยังหน่วยงานการปฏิสนธิและตัวอ่อนของมนุษย์เพื่อให้จัดทำหนังสือแจ้งกลับมาว่าหน่วยงานมีข้อมูลหรือไม่ว่ามีบุคคลใดที่น่าจะเป็นหรืออาจจะเป็นบิดามารดาของตน ถ้าเกิดมีการร้องขอเช่นนี้ หน่วยงานนี้ก็ต้องให้ข้อมูลดังกล่าวเท่าที่จะให้ได้ ข้อมูลดังกล่าวจะประกอบไปด้วยบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือบุคคลที่ถูกระบุในคำร้องขอ ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลที่ผู้ร้องขอประสงค์จะสมรสด้วยเพื่อเป็นการตรวจสอบว่าผู้ที่สามีของตนไปเป็นบิดาของเด็กที่ไหนหรือไม่ หรือบุคคลที่ผู้ร้องขอจะสมรสด้วยมีความเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดกับผู้ร้องขอหรือไม่<sup>37</sup>

ทั้งนี้ ผลจากคำสั่งศาลที่ให้มีการประกาศความเป็นบิดา ย่อมนำมาซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างบิดาและบุตร ตลอดจนสถานะความเป็นทายาทในการสืบทอดมรดก ซึ่งเด็กและมารดาสามารถเรียกร้องให้บิดามีส่วนในการอุปการะเลี้ยงดูในรูปแบบของการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู และสามารถขอแก้ไขทะเบียนการเกิดเพื่อให้ลงชื่อว่าใครเป็นบิดาที่แท้จริงของตนได้ อันจะนำมาซึ่งสิทธิในการขอสัญชาติตามบิดาและสิทธิในการเป็นพลเมืองของประเทศ

---

<sup>36</sup>The Family Law Reform Act 1969. section 31 (4) The applicant may request the Authority to give the applicant notice stating whether or not the information contained in the register shows that a person other than a parent of the applicant would or might, but for sections 27 to 29 of this Act, be a parent of the applicant and, if it does show that—

(a) giving the applicant so much of that information as relates to the person concerned as the Authority is required by regulations to give (but no other information), or

(b) stating whether or not that information shows that, but for sections 27 to 29 of this Act, the applicant, and a person specified in the request as a person whom the applicant proposes to marry, would or might be related.

<sup>37</sup>Stephen M. Cretney, *supra* note 2, pp. 196-197. and HALSBURY'S Laws of England, *supra* note 2, pp. 68-69.

### 3.1.2 กฎหมายแคนาดา

#### (1) หลักการพื้นฐานในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร

ตามกฎหมายแคนาดา ความสัมพันธ์ทางกฎหมายและสถานะของความเป็นบิดามารดาและบุตรมักจะถูกหยิบยกขึ้นเป็นประเด็นบ่อยครั้งในกรณีที่จะต้องพิจารณาถึงอำนาจปกครองและการอุปการะเลี้ยงดูบุตร ในปัจจุบัน ได้ยอมรับในทางกฎหมายว่าบิดามารดาทางชีววิทยา (biological mother and father) หรือบิดามารดาผู้ให้กำเนิดที่แท้จริงเท่านั้นที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรและมีหน้าที่ตามกฎหมายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร ให้ความคุ้มครอง ตลอดจนให้การศึกษแก่บุตรของตน ซึ่งการปฏิรูปกฎหมายที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้ล้มล้างความเสียเปรียบต่าง ๆ ของการเป็นบุตรที่เกิดนอกสมรส ไม่ว่าจะป็นสิทธิที่จะได้รับการอุปถัมภ์ทางการเงินหรือสิทธิในการเป็นทายาทผู้สืบทอดมรดกของบิดามารดา ถึงแม้ว่าผู้เป็นบิดามารดาจะต้องการมีความสัมพันธ์เช่นนี้กับบุตรหรือไม่ก็ตาม<sup>38</sup> หากมีประเด็นข้อถกเถียงในเรื่องความเป็นบิดามารดาและบุตรหรือเรื่องอำนาจปกครองบุตร การแก้ปัญหาที่ต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของบุตรเป็นสิ่งสำคัญ<sup>39</sup>

สถานะทางกฎหมายหรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรในประเทศแคนาดายอมรับไปตามหลักการแห่งระบบกฎหมาย Common Law แต่เนื่องจากประเทศแคนาดาประกอบไปด้วยหลายมลรัฐ รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1867 มาตรา 92 (13) จึงได้ให้อำนาจแก่มลรัฐต่าง ๆ สามารถออกกฎหมายภายในเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกได้<sup>40</sup> ซึ่งแนวคิดพื้นฐานและหลักการที่กำหนดอยู่

<sup>38</sup>Martha Bailey, Nicholas Charles Bala, Margarel McCallum, Jacques Beaulne and George Alexandrowicz, *International Encyclopaedia of Laws*. Volume 1, Family and Succession Law. "Canada" (October 1997), p. 67. and <<http://www.familylawcentre.com>>

ตัวอย่างเช่น Children's Law Reform Act 1990. (Ontario)

Section 20 (1) Except as otherwise provided in this Part, the father and the mother of a child are equally entitled to custody of the child.

(2) A person entitled to custody of a child has the rights and responsibilities of a parent in respect of the person of the child and must exercise those rights and responsibilities in the best interests of the child.

<sup>39</sup>Martha Bailey, Nicholas Charles Bala, Margarel McCallum, Jacques Beaulne and George Alexandrowicz, *supra note* 38, p. 83.

<sup>40</sup>*Ibid*, p. 25.

ในกฎหมายของแต่ละมลรัฐไม่ได้แตกต่างกันเท่าใดนัก (ยกเว้น มลรัฐควิเบกที่เป็นระบบกฎหมาย Civil law โดยมีประมวลกฎหมายแพ่งใช้บังคับเกี่ยวกับครอบครัวและมรดก)

ทั้งนี้ กฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law) ที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายครอบครัวในประเทศแคนาดาจะมีเพียงพระราชบัญญัติว่าด้วยการหย่า ค.ศ. 1985 (Divorce Act) เท่านั้น<sup>41</sup> แต่ในส่วนของสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรหรือความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างกัน นอกจากจะเป็นไปตามกฎหมายภายในแต่ละมลรัฐแล้ว ยังอาศัยหลักกฎหมายที่ได้จากแนวคำพิพากษาของศาลโดยถือว่าเป็นที่มาสำคัญของกฎหมายครอบครัวและมรดกด้วย<sup>42</sup>

ข้อสันนิษฐานถึงความเป็นบิดามารดาในประเทศแคนาดายึดถือหลักที่ว่า เด็กที่เกิดในระหว่างการสมรสย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี มารดายังคงเป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่สำคัญยิ่ง แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวก็อาจถูกพิสูจน์หักล้างได้ด้วยพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือ<sup>43</sup>

อย่างไรก็ตาม นอกจากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานหลักดังกล่าวแล้ว ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายในแต่ละมลรัฐยังมีข้อเท็จจริงอื่น ๆ อีกหลายประการที่สันนิษฐานได้ว่าชายเป็นบิดาของเด็ก<sup>44</sup> ดังต่อไปนี้

1. เมื่อชายได้ทำการสมรสกับมารดาของเด็กในเวลาที่เกิด
2. เด็กเกิดภายใน 300 วัน นับแต่การสมรสได้สิ้นสุดลงด้วยความตาย มีคำพิพากษาเพิกถอนการสมรส หรือมีการหย่าขาดจากกัน

---

<sup>41</sup>พระราชบัญญัติว่าด้วยการหย่า ค.ศ. 1985 จะมีบทบัญญัติรองรับในเรื่องการร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเรื่องอำนาจปกครองบุตร สิทธิติดต่อกับบุตร หรือการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูภายหลังการหย่า โดยศาลจะพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดที่เด็กจะได้รับเป็นสำคัญ (มาตรา 15 และมาตรา 16) ซึ่งบิดามารดาต่างก็มีอำนาจปกครองบุตรชอบด้วยกฎหมายของตนด้วยกันทั้งคู่

<sup>42</sup>Martha Bailey, Nicholas Charles Bala, Margarel McCallum, Jacques Beaulne and George Alexandrowicz, *supra note* 38, p. 36.

<sup>43</sup>*Ibid*, p. 25.

<sup>44</sup>Roxanne Mykitiuk, "Beyond conception : Legal determination of filiation in the context of assisted reproductive technologies", *Osgoode Hall Law Journal*, 2001 [Vol. 39, No. 4], p. 783.

3. ชายได้ทำการสมรสกับมารดาของเด็กภายหลังจากเด็กเกิด และยอมรับว่าเขาเป็นบิดาผู้ให้กำเนิด

4. ชายได้อยู่ร่วมกับมารดาของเด็กจนสามีภริยาโดยมิได้ทำการสมรสในเวลาที่เด็กเกิดหรือเด็กเกิดภายใน 300 วันภายหลังจากการอยู่ร่วมกันนั้นได้สิ้นสุดลง

5. ชายได้รับรองว่าเป็นบิดาของเด็กตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย Vital Statistics Act<sup>45</sup> หรือกฎหมายอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน

6. มีคำสั่งศาลรับรองว่าชายเป็นบิดาของเด็ก

ทั้งนี้ ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาตามที่กล่าวมาข้างต้นจะปรากฏอยู่ในกฎหมายระดับมลรัฐ เช่น พระราชบัญญัติการปฏิรูปกฎหมายเด็ก ค.ศ. 1990 ของมลรัฐออนตาริโอ มาตรา 8 (1)<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup>Vital Statistics Act. คือ กฎหมายว่าด้วยการรวบรวมข้อมูลสาธารณะเกี่ยวกับการเกิด การตาย การสมรส ฯลฯ. โปรดดู Black's Law Dictionary, abridged sixth edition, p. 1086.

<sup>46</sup>Children's Law Reform Act 1990. (Ontario)

Section 8. Presumption of paternity.

(1) Unless the contrary is proven on a balance of probabilities, there is a presumption that a male person is, and he shall be recognized in law to be, the father of a child in any one of the following circumstances:

1. The person is married to the mother of the child at the time of the birth of the child.

2. The person was married to the mother of the child by a marriage that was terminated by death or judgment of nullity within 300 days before the birth of the child or by divorce where the decree *nisi* was granted within 300 days before the birth of the child.

3. The person marries the mother of the child after the birth of the child and acknowledges that he is the natural father.

4. The person was cohabiting with the mother of the child in a relationship of some permanence at the time of the birth of the child or the child is born within 300 days after they ceased to cohabit.

5. The person has certified the child's birth, as the child's father, under the *Vital Statistics Act* or a similar Act in another jurisdiction in Canada.

6. The person has been found or recognized in his lifetime by a court of competent jurisdiction in Canada to be the father of the child.

พระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก ค.ศ. 2002 (Children Act 2002) ของมลรัฐยูคอน มาตรา 12 (1)  
พระราชบัญญัติความสัมพันธ์ในครอบครัว ค.ศ. 1996 (Family Relations Act 1996) ของมลรัฐ  
บริติช โคลัมเบีย มาตรา 95 (1) พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายเด็ก ค.ศ. 1988 (Children's Law  
Act 1988) ของมลรัฐนิวฟาวด์แลนด์และลาบราดอร์ มาตรา 10 (1) เป็นต้น

นอกเหนือจากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว การพิสูจน์ถึงความเป็นบิดา  
และบุตรยังต้องนำหลักเกณฑ์ตามกฎหมาย Common Law มาปรับใช้ด้วย กล่าวคือ ต้องพิจารณา  
จากพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดากับมารดา  
ของเด็ก ซึ่งจะต้องไม่ปรากฏพยานหลักฐานอื่นที่น่าเชื่อถือน่าเชื่อถือมารดาของเด็กมีความสัมพันธ์กับชายอื่น  
ลำพังแต่พยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงความคล้ายคลึงกันทางกายภาพระหว่างเด็กและชายผู้ถูก  
กล่าวอ้างว่าเป็นบิดาแม้จะได้รับการยอมรับก็ตามแต่ก็ไม่เพียงพอ โดยถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่มี  
น้ำหนักน้อย<sup>47</sup>

แต่ถ้าปรากฏจากพฤติการณ์ทำให้มีผู้ตกอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดามากกว่า  
หนึ่งคน หรือไม่ปรากฏว่ามีบุคคลใดตกอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานดังกล่าว และไม่มีบุคคลใดถูกรับรอง  
ความเป็นบิดาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎหมายก็เปิดช่องให้ศาลเป็นผู้พิจารณาเพื่อมีคำสั่ง  
ในเรื่องดังกล่าวแทน<sup>48</sup>

ทั้งนี้ ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาอาจจะถูกพิสูจน์หักล้างด้วยวิธีการต่าง ๆ ได้ แต่ก็เป็น  
เรื่องยากลำบากหากจะพิสูจน์หักล้างโดยไม่มีกรตรวจเลือด (Blood Tests) เช่น คดี Abbot v  
Squires โดยที่ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายถูกหักล้างเมื่อศาลพบว่า ภริยามีความสัมพันธ์ทางเพศ  
กับชายอื่นในช่วงเวลาที่เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น โดยที่สามีเป็นหมั้นอันเนื่องมาจากการผ่าตัดต่อส่งอสุจิ  
เป็นผลให้สามีไม่สามารถมีบุตรได้<sup>49</sup>

## (2) เด็กที่เกิดจากการผสมเทียม

ในมลรัฐนิวฟาวด์แลนด์ มลรัฐยูคอน และมลรัฐควิเบก<sup>50</sup> มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมถึง  
การรับรองบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์โดยการช่วยเหลือทางเทคโนโลยี (หรือการผสมเทียม) ศาลของ

<sup>47</sup>Martha Bailey, Nicholas Charles Bala, Margarel McCallum, Jacques  
Beaulne and George Alexandrowicz, *supra* note 38, p. 68.

<sup>48</sup>*Ibid.*

<sup>49</sup>*Ibid.*

<sup>50</sup>Children's Law Act 1988. (Newfoundland and Labrador) section 12 ;  
Children's Act 2002. (Yukon Territory) section 13 ; Civil Code. (Québec) section 538

มลรัฐเหล่านี้ได้ลงความเห็นว่ายานคนหนึ่งเป็นบิดาของเด็กได้ ถ้าเขาได้อยู่ร่วมกับมารดาของเด็ก หรือได้สมรสกับมารดาของเด็กในขณะที่หญิงมารดานั้นตั้งครรภ์ โดยไม่คำนึงว่าสเปิร์มของเขาจะทำให้เกิดการตั้งครรภ์หรือไม่ แต่ก็ต้องปรากฏว่ายานได้ให้ความยินยอมในการผสมเทียมดังกล่าวด้วย ซึ่งเท่ากับว่าตามกฎหมายแล้วไม่ยอมรับว่ายานผู้เป็นเจ้าของสเปิร์มซึ่งไม่ใช่คู่สมรสหรือได้อยู่ร่วมกับหญิงมารดาเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กที่เป็นผลจากการผสมเทียม<sup>51</sup> ในขณะที่ศาลในมลรัฐอื่นไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ว่าด้วยการเป็นบิดาของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียม ตัวอย่างที่เกิดขึ้นในคดี *Low v Low* (1994) ซึ่งเป็นคดีแรกในประเทศแคนาดาที่มีการกำหนดความเป็นบิดา

---

<sup>51</sup> ตัวอย่างเช่น Children's Law Act 1988. (Newfoundland and Labrador) section 12. (Artificial insemination)

(1) In this section, "artificial insemination" includes the fertilization by a man's semen of a woman's ovum outside of her uterus and subsequent implantation of the fertilized ovum in her.

(2) A man whose semen was used to artificially inseminate a woman is in law the father of the resulting child if he was married to or cohabiting with the woman at the time she is inseminated even if his semen was mixed with the semen of another man.

(3) A man who is married to a woman at the time she is artificially inseminated solely with the semen of another man shall be considered in law to be the father of the resulting child if he consents in advance to the insemination.

(4) A man who is not married to a woman with whom he is cohabiting at the time she is artificially inseminated solely with the semen of another man shall be considered in law to be the father of the resulting child if he consents in advance to the insemination, unless it is proved that he refused to consent to assume the responsibilities of parenthood.

(5) Notwithstanding a married or cohabiting man's failure to consent to the insemination or consent to assume the responsibilities of parenthood under subsection (3) or (4), he shall be considered in law to be the father of the resulting child if he has demonstrated a settled intention to treat the child as his child unless it is proved that he did not know that the child resulted from artificial insemination.

(6) A man whose semen is used to artificially inseminate a woman to whom he is not married or with whom he is not cohabiting at the time of the insemination is not in law the father of the resulting child.

โดยอาศัยข้อเท็จจริงเช่นนี้ โดยนาย Low ซึ่งเป็นสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์ได้ให้ความยินยอมในการผสมเทียมด้วยวิธีรับบริจาคสเปิร์มจากชายอื่น ส่งผลให้ภริยาของตนตั้งครรภ์ขึ้น อีกทั้งนาย Low ยังได้ให้การรับรองว่าเป็นบิดาของเด็กภายใต้ Vital Statistics Act ต่อมาทั้งคู่ได้หย่าร้างกันในภายหลังจากที่เด็กเกิด กรณีนี้ศาลยังคงถือว่านาย Low เป็นบิดาตามกฎหมายของบุตร ถึงแม้ว่าเขาจะไม่ได้เป็นบิดาผู้ให้กำเนิดและได้แยกทางกับมารดาของเด็กภายหลังจากที่เด็กเกิดก็ตาม โดยยังคงอาศัยหลักการพื้นฐานของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่ว่า ชายซึ่งสมรสกับหญิงมารดาในขณะที่บุตรเกิด ตามกฎหมายแล้วย่อมสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของบุตรเสมอ<sup>52</sup> และนอกจากคดีดังกล่าวแล้ว ยังมีคดี Zegota v Zegota Rzegocinski (1995) ก็มีการตัดสินในลักษณะทำนองเดียวกัน<sup>53</sup>

### (3) การยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อประกาศความเป็นบิดา

ปัจจุบัน มลรัฐต่าง ๆ ในประเทศแคนาดาจะมีบทบัญญัติรองรับถึงการประกาศความเป็นบิดาและมารดาด้วยวิธีการร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งในเรื่องดังกล่าว โดยบุคคลใด ๆ ซึ่งมีส่วนได้เสียสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ประกาศว่าบุคคลใดเป็นบิดาหรือมารดาของเด็ก<sup>54</sup>

แต่สำหรับการกำหนดความเป็นบิดา ในกรณีที่ไม่มีชายใดถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็ก กฎหมายได้ให้สิทธิแก่บุคคลใด ๆ ที่จะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ประกาศว่าชายเป็นบิดาของตน และให้สิทธิแก่ชายที่จะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ประกาศว่าเด็กเป็นบุตรของตน<sup>55</sup>

<sup>52</sup>Martha Bailey, Nicholas Charles Bala, Margarel McCallum, Jacques Beaulne and George Alexandrowicz, *supra* note 38, p. 70.

<sup>53</sup>Roxanne Mykitiuk, *supra* note 44, pp. 793-796.

<sup>54</sup>*Ibid*, p. 783. ตัวอย่างเช่น Children's Law Reform Act 1990. (Ontario)

Section 4. Paternity and maternity declarations

(1) Any person having an interest may apply to a court for a declaration that a male person is recognized in law to be the father of a child or that a female person is the mother of a child.

<sup>55</sup>ตัวอย่างเช่น Children's Law Reform Act 1990. (Ontario)

Section 5. Application for declaration of paternity where no presumption

(1) Where there is no person recognized in law under section 8 to be the father of a child, any person may apply to the court for a declaration that a male person is his or her father, or any male person may apply to the court for a declaration that a person is his child.

ทั้งนี้ การจะประกาศว่าเป็นบิดาและบุตรได้นั้น จะต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงอันเป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายของความเป็นบิดา โดยที่ศาลจะทำการเป็นคำสั่งเพื่อยืนยันความเป็นบิดาต่อไป เว้นแต่จะมีการพิสูจน์หักล้างโดยอาศัยหลักการชั่งน้ำหนักของความเป็นไปได้ (The balance probabilities) แล้วพบว่าผู้ถูกสันนิษฐานไม่ใช่บิดาของเด็ก<sup>56</sup>

อย่างไรก็ตาม กฎหมายในบางมลรัฐจะบัญญัติว่าถ้าเป็นกรณีที่ทั้งเด็กและชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดาได้ถึงแก่ความตายไปแล้วทั้งคู่ การยื่นคำร้องดังกล่าวก็ไม่สามารถกระทำได้ แต่ประเด็นการเป็นบิดาและบุตรอาจจะถูกหยิบยกขึ้นในการฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินได้<sup>57</sup> แต่ถ้าเป็นกรณีที่เด็กหรือชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดาคนใดคนหนึ่งยังมีชีวิตอยู่ และศาลพบว่าข้อเท็จจริงที่เป็นข้อสันนิษฐานความเป็นบิดายังคงมีอยู่ ศาลก็อาจทำการคำสั่งประกาศว่าชายเป็นบิดาของเด็กได้<sup>58</sup>

ส่วนใหญ่แล้วการฟ้องคดีในประเด็นเรื่องการเป็นบิดาและบุตร นอกจากการพิสูจน์ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงอันนำมาซึ่งข้อสันนิษฐานของความเป็นบิดาแล้ว ก็มักจะแก้ปัญหาโดยการตรวจเลือด (Blood Tests) ซึ่งมลรัฐส่วนใหญ่ในประเทศแคนาดาจะมีบทบัญญัติรองรับเอาไว้อย่าง

---

<sup>56</sup> ตัวอย่างเช่น Children's law act 1988. (Newfoundland and Labrador)

Section 7. (Declaration of fatherhood)

(3) Where the court finds that a presumption of paternity under section 10 applies, the court shall make a declaratory order confirming that the paternity is recognized in law unless it is established on the balance of probabilities that the presumed father is not the father of the child.

<sup>57</sup> Martha Bailey, Nicholas Charles Bala, Margarel McCallum, Jacques Beaulne and George Alexandrowicz, *supra* note 38, p. 69.

ตัวอย่างเช่น Children's Act 2002. (Yukon Territory)

section 9 (4) A declaratory order that a person is in law the father of a child shall not be made under this section unless both the father and the child whose relationship is sought to be established are living.

<sup>58</sup> ตัวอย่างเช่น Children's Act 2002. (Yukon Territory)

section 9 (5) Despite subsection (4), if only the father or the child is living and the court finds that a presumption of paternity exists under section 12, the court may make a declaratory order that a person is in law the father of the child.

ชัดเจน<sup>59</sup> โดยที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางแพ่งใด ๆ ที่มีประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร คู่กรณีสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการตรวจเลือดเพื่อพิสูจน์ความเป็นบิดาได้ โดยศาลจะทำการเป็นคำสั่งให้มีการตรวจเลือดโดยคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ<sup>60</sup>

ทั้งนี้ การตรวจเลือดมักจะเกิดขึ้นเสมอ โดยอาจเกิดขึ้นเนื่องจากมารดาของเด็กต้องการค้นหาชายผู้เป็นบิดาเพื่อให้มีส่วนร่วมในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรบ้าง แต่ก็มีหลายกรณีที่ศาลอาจจะไม่อนุญาตให้มีการพิสูจน์เลือด เช่น ในคดี L (FA) v B (AB) ชายคนหนึ่งได้ร้องขอศาลเพื่อให้ประกาศว่าตนเป็นบิดาของเด็ก ซึ่งเด็กอยู่ในความดูแลของชายผู้เป็นสามีของหญิงมารดา ภายหลังจากที่มารดาของเด็กได้เสียชีวิตลง ศาลได้วางหลักว่า คำวินิจฉัยของศาลสูงแห่งหนึ่งมีอำนาจที่จะทำการคำสั่งให้ตรวจเลือดของเด็กได้ แต่ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเท่านั้น เนื่องจากสามีของหญิงมารดาถูกมองว่าเป็นบิดาของเด็กมาตลอด 5 ปี และการตัดสินว่าสามีของหญิงมารดาไม่ได้เป็นบิดาทางชีววิทยา (biological father) หรือบิดาโดยกำเนิดจะก่อให้เกิดความสับสนและไม่เป็นผลดีต่อเด็ก ดังนั้น ในกรณีนี้ศาลจึงปฏิเสธที่จะมีคำสั่งให้ตรวจเลือดได้<sup>61</sup>

เมื่อศาลอนุญาตให้มีการตรวจเลือด ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะเข้ารับการตรวจ กฎหมายจะยอมให้ศาลพิจารณามีคำสั่งตามความเหมาะสมต่อไป เช่น ในกรณีที่ชายผู้เป็นบิดา ร้องขอให้ทำการตรวจเลือด ถ้ามารดาของเด็กปฏิเสธที่จะเข้ารับการตรวจ ศาลก็อาจจะทำความเห็นในทางที่เป็นปฏิปักษ์กับหญิงมารดา กล่าวคือ ศาลอาจมีคำสั่งรับรองว่าชายผู้ร้องเป็นบิดาของเด็กได้ อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายยินยอมให้ศาลมีคำสั่งในเรื่องการตรวจเลือดและศาลได้มีความเห็นในทางตรงข้ามกับคู่ความซึ่งปฏิเสธที่จะเข้ารับการตรวจเลือดถือว่าไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

<sup>59</sup>Children's Law Reform Act 1990. (Ontario) section 10 (1) ; Children's Act 2002. (Yukon Territory) section 15 ; Children's Law Act 1988. (Newfoundland and Labrador) section 8.

<sup>60</sup>ตัวอย่างเช่น Children's Law Reform Act 1990. (Ontario)

Approved blood tests

Section 10 (1) Upon the application of a party in a civil proceeding in which the court is called upon to determine the parentage of a child, the court may give the party leave to obtain blood tests of such persons as are named in the order granting leave and to submit the results in evidence.

<sup>61</sup>Martha Bailey, Nicholas Charles Bala, Margarel McCallum, Jacques Beaulne and George Alexandrowicz, *supra* note 38, p. 68.

ตัวอย่าง ในคดี P (K) v N (P) ศาลได้วางหลักว่า กฎหมายไม่ได้ทำให้เกิดผลกระทบทางกายหรือจิตใจของบุคคลแต่ละคน เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่สามารถถูกบังคับให้รับการตรวจเลือดได้ แต่อาจได้รับความเดือดร้อนจากความเป็นไปได้ในการทำความเข้าใจที่ตรงกันข้ามของศาล ซึ่งอาจจะส่งผลต่อการสูญเสียทางการเงินขึ้น<sup>62</sup> (ทั้งนี้ ค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไป ศาลอาจสั่งให้ตกแก่ผู้ร้องขอให้มีการตรวจเลือดหรือให้ตกแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้)

แต่ก่อน ผลการตรวจเลือดถูกนำมาใช้เพื่อโต้แย้งความเป็นบิดามารดามากกว่าการพิสูจน์เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดา อย่างไรก็ตาม การตรวจ DNA ซึ่งเป็นรูปแบบการตรวจเลือดแนวใหม่ ได้กำหนดว่า ใครก็ตามที่ผลการตรวจเลือดออกมาตั้งแต่ 99.98% ย่อมมีแนวโน้มที่จะเป็นบิดาของเด็ก เนื่องจากบุตรย่อมได้รับการถ่ายทอดโครงสร้างทางพันธุกรรมมาจากบิดามารดา ซึ่งการทดสอบสามารถเปรียบเทียบได้จาก DNA ของมารดา ของบุตร และของชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดาเป็นตัวกำหนดว่าเขาเป็นบิดาผู้ให้กำเนิดจริงหรือไม่ ใช้เพียงแค่ตัวอย่างเลือดเพียงเล็กน้อยเท่านั้นก็สามารถนำมาตรวจสอบได้ โดยรู้ผลภายใน 3-4 สัปดาห์<sup>63</sup>

ในประเทศแคนาดา ผลของการค้นหาความเป็นบิดาโดยใช้วิธีตรวจเลือดหรือตรวจ DNA นั้น ไม่ถือเป็นผลที่แน่นอนว่าชายเป็นบิดาของเด็กหรือไม่ แต่เป็นเพียงผลที่พอจะยอมรับได้หรือพอพิงขึ้นเท่านั้น โดยปกติแล้วปัญหานี้จะถูกแก้ไขโดยการฟ้องเป็นคดีต่อศาล ซึ่งผลของการตรวจเลือดถือเป็นพยานหลักฐานอย่างหนึ่งเช่นเดียวกับรายงานทางการแพทย์ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติขึ้นในแต่ละมลรัฐของประเทศแคนาดา (เช่น พระราชบัญญัติพยานหลักฐานของมลรัฐออนตาริโอ) โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยการเบิกความด้วยวาจาของพยานบุคคลแต่อย่างใด

### 3.1.3 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

#### (1) หลักการพื้นฐานในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร

ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศหนึ่งที่ยึดถือระบบกฎหมาย Common Law สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร ตลอดจนสถานะทางกฎหมายที่มีต่อกันนั้น การที่เด็กจะมีสถานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาในระบบกฎหมาย Common Law ย่อมหมายถึงเด็กซึ่งเกิดจากบิดามารดาที่ได้สมรสกันในเวลาที่เกิดหรือในเวลาที่มีการตั้งครรภ์ นับว่าเป็น

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 69.

หลักการพื้นฐานที่ยังคงยึดถือกันมาจนถึงปัจจุบัน เว้นแต่จะมีการแก้ไขด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย<sup>64</sup> ดังนั้น ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่ว่า เด็กซึ่งเกิดจากหญิงที่ได้สมรสแล้วย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีของหญิงมารดา จึงยังเป็นข้อสันนิษฐานหลักที่ทุก ๆ มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาต่างให้การยอมรับ แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวก็สามารถถูกโต้แย้งได้ด้วยพยานหลักฐาน ซึ่งในปัจจุบันการตรวจเลือดเพื่อพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตรถูกนำมาใช้เพื่อการโต้แย้งข้อสันนิษฐานดังกล่าว

นอกเหนือจากข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาดังกล่าวข้างต้นแล้ว มลรัฐต่าง ๆ ก็ได้บัญญัติกฎหมายรองรับไปถึงกรณีของบุตรนอกสมรสซึ่งจะได้รับการรับรองว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อบิดามารดาสมรสกันในภายหลังจากที่เด็กเกิดและบิดาได้ทำการรับรองเด็กว่าเป็นบุตรของตน และรองรับไปถึงกรณีของเด็กซึ่งเกิดในระหว่างการสมรสของบิดามารดา แต่ต่อมาการสมรสได้ถูกยกเลิกเพิกถอนไป เด็กก็ยังคงได้รับการสงวนสิทธิของความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายอยู่เช่นเดิม<sup>65</sup> ทั้งนี้ ในเรื่องของกระบวนการรับรองบุตร หลายมลรัฐอาจจะกำหนดกระบวนการทางศาลขึ้นเป็นกรณีพิเศษเพื่อการนี้โดยเฉพาะ<sup>66</sup>

แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะแบ่งออกเป็นหลายมลรัฐก็ตาม แต่กฎหมายครอบครัวในประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่แบบให้แก่มลรัฐต่าง ๆ ในการออกกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของความเป็นบิดามารดาและบุตรให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือ Uniform Parentage Act. (UPA) ซึ่งปรับปรุงใหม่ในปี ค.ศ. 2002 มลรัฐต่าง ๆ กว่าครึ่งหนึ่งได้รับเอามาใช้เป็นแนวทางในการกำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดามารดาและบุตร ซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นจากสถานภาพทางการสมรสของบิดามารดาเท่านั้น แต่จะอยู่ที่ความสัมพันธ์ในทางชีววิทยาระหว่างบิดามารดาและบุตรเป็นสำคัญ<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup>Lynn D. Wardle and Laurence C. Nolan, *International Encyclopaedia of Laws*. Volume 2, Family and Succession Law. "United States of America" (Kluwer Law International, (August 1998), p. 127.

<sup>65</sup>*Ibid.*

<sup>66</sup>*Ibid.*

<sup>67</sup>*Ibid.*

ในส่วนของข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาตาม Uniform Parentage Act 2002 ได้กำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาไว้ดังต่อไปนี้<sup>68</sup>

1. ชายได้สมรสกับมารดาของเด็ก และเด็กเกิดในระหว่างการสมรสนั้น
2. ชายเคยสมรสกับมารดาของเด็ก และเด็กเกิดภายใน 300 วันหลังจากการสมรส

---

<sup>68</sup>Uniform Parentage Act 2002. section 204. Presumption of paternity.

(a) A man is presumed to be the father of a child if:

(1) he and the mother of the child are married to each other and the child is born during the marriage;

(2) he and the mother of the child were married to each other and the child is born within 300 days after the marriage is terminated by death, annulment, declaration of invalidity, or divorce , or after a decree of separation;

(3) before the birth of the child, he and the mother of the child married each other in apparent compliance with law, even if the attempted marriage is or could be declared invalid, and the child is born during the invalid marriage or within 300 days after its termination by death, annulment, declaration of invalidity, or divorce , or after a decree of separation;

(4) after the birth of the child, he and the mother of the child married each other in apparent compliance with law, whether or not the marriage is or could be declared invalid, and he voluntarily asserted his paternity of the child, and:

(A) the assertion is in a record filed with state agency maintaining birth records;

(B) he agreed to be and is named as the child's father on the child's birth certificate; or

(C) he promised in a record to support the child as his own; or

(5) for the first two years of the child's life, he resided in the same household with the child and openly held out the child as his own.

(b) A presumption of paternity established under this section may be rebutted only by an adjudication under Article 6.

มลรัฐที่กำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาโดยอาศัยแนวทางจาก Uniform Parentage Act 2002. เช่น มลรัฐเท็กซัส Family Code. (section 160.201), มลรัฐวอชิงตัน Chapter 26.26. Uniform Parentage Act. (RCW 26.26.116 Presumption of paternity in context of marriage), มลรัฐโรดไอส์แลนด์ Chapter 15-8 Uniform Law on Paternity (section 15-8-3 Presumption of paternity.), มลรัฐเดเลแวร์ TITLE 13 Domestic Relations Chapter 8. Uniform Parentage Act. Subchapter II. Parent-Child Relationship (section 8-204. Presumption of paternity in context of marriage.) เป็นต้น

ได้สิ้นสุดลงด้วยความตาย การเพิกถอนการสมรส การประกาศความเป็นโมฆะ การหย่า หรือ การแยกกันอยู่ตามคำสั่งศาล

3. ก่อนที่เด็กจะเกิด ชายได้สมรสกับมารดาของเด็กด้วยความยินยอมอย่างชัดแจ้งตามกฎหมาย ถึงแม้ว่าการสมรสดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะก็ตาม และเด็กได้เกิดขึ้นในระหว่างการสมรส ที่เป็นโมฆะนั้นหรือเกิดภายใน 300 วันหลังจากการสมรสได้สิ้นสุดลงด้วยความตาย การเพิกถอน การสมรส การประกาศความเป็นโมฆะ การหย่า หรือการแยกกันอยู่ตามคำสั่งศาล

4. ชายได้ทำการสมรสกับมารดาของเด็กภายหลังจากเด็กเกิด ไม่ว่าการสมรสดังกล่าว จะตกเป็นโมฆะหรือไม่ก็ตาม โดยที่ชายยังคงยอมรับว่าเด็กเป็นบุตรของตนด้วยความสมัครใจ ซึ่งการรับรองบุตรดังกล่าวได้บันทึกไว้ในสูติบัตรและชายยินยอมให้ใส่ชื่อตนว่าเป็นบิดาของเด็ก

5. ในระหว่างช่วงเวลา 2 ปีแรกในชีวิตของเด็ก ชายได้อยู่ร่วมกับเด็กและแสดงออกต่อ บุคคลภายนอกว่าเด็กเป็นบุตรของตน

ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาในกรณีนี้ 5 นี้เพิ่มขึ้นมาในปี ค.ศ. 2002 เป็นที่น่าสังเกตว่า จะไม่มีเรื่องการสมรสเข้ามาเกี่ยวข้องแต่อย่างใด แต่จะมุ่งเน้นที่พฤติกรรมของชายที่แสดงออกต่อ บุคคลภายนอกว่าเป็นบิดาของเด็กในช่วงแรกของชีวิตเด็ก<sup>69</sup>

ในเรื่องของระยะเวลาที่เด็กเกิด มลรัฐส่วนใหญ่จะกำหนดมาตรฐานไว้ที่ 300 วันนับแต่ การสมรสสิ้นสุดลงในการทำงานของเดียวกับ Uniform Parentage Act มีเพียงบางมลรัฐเท่านั้นที่กำหนด เรื่องระยะเวลาไว้แตกต่างออกไป เช่น มลรัฐเท็กซัส กำหนดว่า เด็กจะต้องเกิดก่อนวันที่ 301 นับจาก วันที่การสมรสสิ้นสุดลงไม่ว่าด้วยเหตุใด หรือมลรัฐเคนตักกีก็บัญญัติหลักการว่า เด็กที่เกิดใน ระหว่างการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือภายใน 10 เดือนหลังจากนั้นย่อมได้รับการสันนิษฐานว่า เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของคู่สามีภรรยา<sup>70</sup>

<sup>69</sup> สำหรับข้อสันนิษฐานข้อที่ 5 นี้ มลรัฐวอชิงตันซึ่งรับเอา Uniform Parentage Act 2002. มาเป็นแบบอย่างกลับบัญญัติไว้เพียง 4 กรณีแรกเท่านั้น โดยที่ไม่ได้บัญญัติรองรับถึงกรณีนี้ด้วย

<sup>70</sup>The Uniform Act on Paternity. (Kentucky) Section 406.011 Obligations of father -- Presumption of paternity.

The father of a child which is or may be born out of wedlock is liable to the same extent as the father of a child born in wedlock, whether or not the child is born alive, for the reasonable expense of the mother's pregnancy and confinement and for the education, necessary support and funeral expenses of the child. A child born during lawful wedlock, or within ten (10) months thereafter, is presumed to be the child of the husband and wife. However, a child born out of wedlock includes a child born to a married woman by a man other than her husband where evidence shows that the marital relationship between the husband and wife ceased ten (10) months prior to the birth of the child.

มลรัฐลุยเซียน่า ซึ่งเป็นมลรัฐเดียวที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ในเรื่องความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดามารดาและบุตรจะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง (The Louisiana Civil Code) โดยมีข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นบิดา คือ สามีของหญิงมารดาที่ยอมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของบุตรที่เกิดในระหว่างการสมรสหรือเกิดภายใน 300 วันนับจากวันที่การสมรสสิ้นสุดลง (มาตรา 185)<sup>71</sup>

### เด็กที่เกิดจากการผสมเทียม

แม้ว่าในกฎหมาย Uniform Parentage Act ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายแม่แบบในการร่างกฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ ก็ตาม แต่ในกรณีของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียม ประเด็นที่ถือว่ามีผลสำคัญข้อหนึ่งคือ สถานะความเป็นบิดาของเด็ก ไม่ว่าจะเด็กจะเกิดจากการผสมเทียมด้วยวิธีใดก็ตาม ซึ่งตามกฎหมายนี้ถือว่าชายผู้เป็นสามีของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรจะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็กเสมอ การโต้แย้งข้อสันนิษฐานตามกฎหมายนี้จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนและน่าเชื่อถือเท่านั้น<sup>72</sup> แต่ปัญหาที่จะเกิดขึ้นคือ หากเป็นการผสมเทียมโดยใช้วิธีฉีดสเปิร์มให้แก่หญิงมีสามีภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์ โดยสเปิร์มนั้นได้จากการบริจาคของชายอื่นซึ่งไม่ใช่สามี และสามีของหญิงนั้นได้ให้ความยินยอมแล้ว ก็ให้ถือว่าสามีเป็นบิดาของเด็ก<sup>73</sup> ไม่ว่าจะเพราะมีบทบัญญัติรองรับไว้เป็นการเฉพาะหรือโดยหลักกฎหมายปิดปากสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์และการสละสิทธิของผู้บริจาคสเปิร์ม โดยผู้บริจาคสเปิร์ม

<sup>71</sup>The Louisiana Civil Code. Art. 185. Presumption of paternity of husband

The husband of the mother is presumed to be the father of a child born during the marriage or within three hundred days from the date of the termination of the marriage.

<sup>72</sup>Section 204. (UPA) Presumption of paternity.

(a) A man is presumed to be the father of a child if:

(1) he and the mother of the child are married to each other and the child is born during the marriage, ...

(b) A presumption of paternity established under this section may be rebutted only by an adjudication under Article 6.

<sup>73</sup>UPA section 703, RCW 26.26.710 (Washington) ; Family Code. section. 160.703 (Texas).

จะไม่ใช้บิดาของเด็กตามกฎหมาย<sup>74</sup> แต่ถ้าหากสามีไม่ให้ความยินยอมในการผสมเทียม สามีก็ต้องได้แย้งข้อสันนิษฐานความเป็นบิดา โดยกระบวนการในการโต้แย้งข้อสันนิษฐานก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายในแต่ละมลรัฐที่จะบัญญัติรองรับไว้

สำหรับกรณีของเด็กที่เกิดจากการให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนนั้น แนวโน้มที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา มีลักษณะเป็นการห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ แต่ในปัจจุบันก็ยังไม่มีการห้ามในระดับรัฐบาลกลางออกมาใช้บังคับแต่อย่างใด ดังนั้น หลักเกณฑ์การรับตั้งครรภ์แทนจึงแตกต่างออกไปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ โดยที่บางมลรัฐจะถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย<sup>75</sup> บางมลรัฐก็กำหนดโทษทางอาญาไว้<sup>76</sup> แต่บางมลรัฐก็ถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับได้โดยมีเงื่อนไขเข้มงวดที่จะคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง<sup>77</sup>

อย่างไรก็ตาม ประเด็นในเรื่องความเป็นบิดามารดาเป็นปัญหาสำคัญที่นำไปสู่ข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในชั้นศาลมากที่สุดเรื่องหนึ่ง แต่เดิมก่อนที่เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์จะมีความก้าวหน้าดังเช่นปัจจุบัน กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็เป็นเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศในระบบ Common Law อื่น ๆ ที่ว่า หญิงผู้ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่ถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตร และหากหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้เป็นสามีย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็ก แต่เมื่อมีการพัฒนาเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์มากยิ่งขึ้น ทำให้บุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องกับภารกิจของเด็กและอาจอ้างสิทธิในความเป็นบิดามารดาของเด็ก ทั้งนี้ จะมีเพียงมลรัฐอาคันซอร์และมลรัฐฟลอริดาเท่านั้นที่เห็นว่า คู่สมรสที่จำใจให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก<sup>78</sup>

<sup>74</sup>UPA section 702, RCW 26.26.705 (Washington) ; Family Code. section. 160.702 (Texas).

<sup>75</sup>เช่น มลรัฐออริโชนา อินเดียนา นอร์ธดาโกทา

<sup>76</sup>เช่น มลรัฐมิชิแกน ยูทาห์ วอชิงตัน

<sup>77</sup>เช่น มลรัฐนิวแฮมป์เชอร์ เวอร์จิเนีย ฟลอริดา และเนวาดา

<sup>78</sup>Akansas Code. Chapter 10. Paternity. Subchapter 2. Artificial Insemination. (section 9-10-201) ; The 2002 Florida Statutes. Title XLIII Domestic Relations. Chapter 742 Determination of parentage. (Section 742.15 Gestational surrogacy contract.)

## (2) บุตรนอกสมรส

สถานะทางกฎหมายของบุตรนอกสมรสในประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่มี ความแตกต่างไปจากกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law เท่าใดนัก โดยถือว่าบุตรนอกสมรสจะมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับมารดา ตลอดจนเครือญาติทางฝ่ายมารดาเท่านั้น โดยมารดาจะมีอำนาจปกครองบุตรนอกสมรสแต่เพียงผู้เดียว<sup>79</sup> และบุตรนอกสมรสก็มีสิทธิสืบทอดมรดกจากทางฝ่ายมารดาโดยตรง<sup>80</sup>

ส่วนความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดากับบุตรนอกสมรส กฎหมายได้ให้สิทธิแก่บิดาของบุตรนอกสมรสแตกต่างไปจากบิดาของบุตรชอบด้วยกฎหมายซึ่งจะมีอำนาจปกครองบุตรร่วมกับมารดาของเด็ก มลรัฐส่วนใหญ่จะไม่รับรองถึงสิทธิตามกฎหมายของบิดาที่มีต่อบุตรนอกสมรสแต่อย่างใด โดยที่แนวคำวินิจฉัยของศาลสูงจะให้การรับรองแต่เพียงว่า บิดาของบุตรนอกสมรสจะมีสิทธิเพียงเพื่อการปกป้องคุ้มครองบุตรในฐานะบิดามารดาเท่านั้น<sup>81</sup> แต่สิทธิที่จะปกป้องคุ้มครองบุตรดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการมีความสัมพันธ์ที่แท้จริงกับบุตรด้วย หากปรากฏว่าชายผู้เป็นบิดามีความสัมพันธ์ที่แท้จริงกับบุตร กฎหมายก็ไม่อาจตัดสิทธิในเรื่องอำนาจปกครองบุตร และสิทธิในการติดต่อกับบุตรได้<sup>82</sup>

มลรัฐส่วนใหญ่จะไม่บัญญัติกฎหมายให้รองรับว่าบิดาของบุตรนอกสมรสและเครือญาติทางฝ่ายบิดาเป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดกจากบุตรได้ เว้นแต่บุตรจะได้รับการปฏิบัติว่าเป็นบุตรของชายโดยมีจุดประสงค์ในทางมรดกเช่นกัน<sup>83</sup> ทั้งนี้ ความแตกต่างที่เกิดขึ้นในบทบัญญัติของมลรัฐต่าง ๆ ที่มีต่อบุตรนอกสมรสในการเป็นทายาทสืบทอดมรดกของฝ่ายบิดานั้น มลรัฐส่วนใหญ่จะยึดถือตาม Uniform Parentage Act 2002 เป็นพื้นฐานในการกำหนดสิทธิหน้าที่ ความรับผิดชอบ และความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดามารดาและบุตร โดยที่ไม่ได้เน้นถึงสถานะภาพทางการสมรสของบิดามารดา ด้วยเหตุนี้เองจึงต้องมีกระบวนการพิสูจน์ความเป็นบิดาเข้ามาเกี่ยวข้อง<sup>84</sup>

<sup>79</sup>Lynn D. Wardle and Laurence C. Nolan, *supra* note 64, p. 129.

<sup>80</sup>*Ibid*, p. 272.

<sup>81</sup>*Ibid*, p. 129.

<sup>82</sup>*Ibid*, p. 185.

<sup>83</sup>*Ibid*, p. 129. ตัวอย่างเช่น Maryland Code, Estates and Trusts, §3-108 (1994).

<sup>84</sup>*Ibid*, p. 272.

(3) การกำหนดความเป็นบิดาด้วยกระบวนการทางศาล

ในกรณีที่เด็กเกิดมาเป็นบุตรนอกสมรสหรือเป็นบุตรไม่ชอบด้วยกฎหมายของบิดา เด็กย่อมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายภายหลังการเกิดได้ด้วยวิธีการรับรองบุตรหรือด้วยวิธีการฟ้องคดีเพื่อขอให้ชายรับเด็กเป็นบุตร โดยถือว่าเป็นวิธีการที่นำมาซึ่งความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างบิดาและบุตร<sup>85</sup>

กระบวนการพิสูจน์ความเป็นบิดาในชั้นตอนของศาลจะอาศัยมาตรฐานการพิสูจน์อยู่ที่ “พยานหลักฐานที่มีน้ำหนักยิ่งกว่า” (The Preponderance of the evidence) โดยต้องเป็นพยานหลักฐานที่มีความชัดเจนและทำให้เชื่อมั่นได้ว่าชายเป็นบิดาของเด็กหรือไม่ ทั้งนี้ คำพิพากษาขอให้ชายรับเด็กเป็นบุตร นอกจากจะกำหนดถึงความเป็นบิดาแล้ว ยังได้กำหนดถึงสิทธิในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร อำนาจปกครองของบิดาและสิทธิในการติดต่อกับบุตรด้วย ซึ่งในคำพิพากษาอาจจะมีคำสั่งเรื่องการจ่ายค่าชดเชยในค่าใช้จ่ายที่เสียไปในระหว่างการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร<sup>86</sup>

ผู้ที่สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีขอให้ชายรับเด็กเป็นบุตร

กฎหมายในมลรัฐต่าง ๆ จะอนุญาตให้ตัวเด็ก มารดาเด็ก ชายซึ่งตกอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดา ผู้แทนโดยชอบธรรมในกรณีที่บุคคลข้างต้นยังเป็นผู้เยาว์หรือเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือทายาทในกรณีที่บุคคลดังกล่าวถึงแก่ความตาย ตลอดจนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองหรือสงเคราะห์เด็ก เป็นผู้มียุติฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร<sup>87</sup>

<sup>85</sup> *Ibid*, p. 130.

Section 201. (UPA) Establishment of parent-child relationship.

(b) The father-child relationship is established between a man and a child by:

(3) an adjudication of the man's paternity;

<sup>86</sup> *Ibid*.

<sup>87</sup> เช่น California Family Code. (section 7630) ; Arkansas Code Title 9. Family Code. Subtitle Relations. Chapter 10. paternity. Subchapter 1. General Provisions. (section 9-10-104).

นอกจากบุคคลดังกล่าวข้างต้นแล้ว มลรัฐเม็กซิโกและมลรัฐวอชิงตันยังได้ให้สิทธิแก่ผู้ที่เป็นบิดามารดาซึ่งได้แสดงเจตนาในการทำสัญญาให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน<sup>88</sup> โดยยื่นฟ้องคดีต่อศาลครอบครัว ยกเว้นมลรัฐเมนนี่เท่านั้นที่กำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลแขวง (District Court) ที่มีเขตอำนาจ<sup>89</sup> แต่เท่าที่ผ่านมาสว่นใหญ่แล้วในการฟ้องคดีกำหนดความเป็นบิดามักจะเริ่มคดีโดยผู้เป็นมารดาของเด็ก หรือหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นองค์กรเพื่อการสงเคราะห์เด็กในฐานะตัวแทนมารดา<sup>90</sup>

#### ระยะเวลาในการฟ้องคดีขอให้ชายรับเด็กเป็นบุตร

ระยะเวลาในการฟ้องคดีจะมีความแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ เช่น มลรัฐวอชิงตันกำหนดว่า ถ้าเป็นกรณีที่ชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดาไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดา กรณีนี้ย่อมสามารถฟ้องคดีในเวลาใด ๆ ระหว่างที่เด็กยังมีชีวิตอยู่<sup>91</sup> แต่ถ้าชายตกอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดา ก็สามารถฟ้องคดีภายในเวลาไม่เกิน 2 ปีนับจากวันที่เด็กเกิด<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup>RCW 26.26.505. (Washington) Standing to maintain proceeding to adjudicate parentage.

Subject to RCW 26.26.300 through 26.26.375, 26.26.530, and 26.26.540, a proceeding to adjudicate parentage may be maintained by:

- (1) The child;
- (2) The mother of the child;
- (3) A man whose paternity of the child is to be adjudicated;
- (4) The division of child support;
- (5) An authorized adoption agency or licensed child-placing agency;
- (6) A representative authorized by law to act for an individual who would otherwise be entitled to maintain a proceeding but who is deceased, incapacitated, or a minor; or
- (7) An intended parent under a surrogate parentage contract, as provided in RCW 26.26.210 through 26.26.260.

<sup>89</sup>Part 3: Parents and Children. Subchapter 1 Uniform act on Paternity. section 1556 Remedies. (Maine)

<sup>90</sup><<http://www.familylawsorce.com/Law/Paternity.htm>>

<sup>91</sup>RCW 26.26.525 (Washington)

<sup>92</sup>RCW 26.26.530 (Washington)

มลรัฐเท็กซัสได้กำหนดเวลาในการฟ้องชายซึ่งตกอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาว่าจะต้องเริ่มต้นฟ้องคดีไม่เกินวันครบรอบอายุ 4 ปีของเด็ก<sup>93</sup> แต่มลรัฐเคนตักกีก็ได้กำหนดเวลาที่ยาวนานกว่านั้น คือ ภายใน 18 ปีหลังจากการเกิดของเด็ก<sup>94</sup>

หรือในกรณีของมลรัฐโรดไอส์แลนด์ได้ให้สิทธิในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้จนกระทั่งครบกำหนด 4 ปีหลังจากเด็กบรรลุนิติภาวะ<sup>95</sup> โดยการฟ้องคดีต่อศาลครอบครัว และการฟ้องคดีก็ต้องเริ่มขึ้นในระหว่างที่ชายยังมีชีวิตอยู่ด้วย<sup>96</sup>

สำหรับการฟ้องคดีขอให้ชายรับเด็กเป็นบุตรนั้น บางมลรัฐ เช่น มลรัฐวอชิงตัน เท็กซัส และเมนนี่ จะอนุญาตให้สามารถฟ้องคดีได้ในขณะที่เด็กยังอยู่ในครรภ์มารดา แต่ยังไม่อาจตัดสินได้จนกว่าเด็กจะคลอดแล้วเท่านั้น จะมีเพียงมลรัฐแคลิฟอร์เนียที่อนุญาตให้ฟ้องคดีก่อนที่เด็กจะเกิดเช่นกัน แต่ไม่ได้จำกัดว่าจะต้องตัดสินคดีภายหลังจากเด็กเกิด<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup>Family Code. section 160.607 (Texas)

<sup>94</sup>Uniform Act on Paternity. (Kentucky) Section 406.031 Limitation of action.

<sup>95</sup>TITLE 15 Domestic Relations CHAPTER 15-8 Uniform Law on Paternity. (Rode Island) section 15-8-6 Statute of limitations.

An action to determine the existence of the father and child relationship is not barred until four (4) years after the child reaches the age of majority.

<sup>96</sup>*Ibid.* section 15-8-5 Limitations of recovery from father's estate. –

(a) The obligation of the estate of the father for liabilities under §§ 15-8-1 – 15-8-26 are limited to those amounts accrued prior to his death. In order to hold the estate of the father liable under §§ 15-8-1 – 15-8-26, an action under the provisions of this chapter must have been commenced during the lifetime of the father.

(b) This section shall in no way limit the provisions of § 33-1-8, permitting the inheriting or transmitting inheritance by a child born out of wedlock.

<sup>97</sup>RCW 26.26.550 (Washington) Proceeding to determine parentage - Before birth ; Family Code. (Texas) section 160.611. Proceedings before birth. ; Family Code. (California) section 7633. An action under this chapter may be brought before the birth of the child. ; Part 3: Parents and Children. Subchapter 1 Uniform act on Paternity. (Maine) section 1557. Time of trial.

กฎหมายในมลรัฐลุยเซียน่า ก็ได้บัญญัติในเรื่องการฟ้องคดีขอให้ชายรับเด็กเป็นบุตร โดยผู้มีสิทธิฟ้องคดี คือ มารดาของเด็ก ตัวเด็กเอง และบิดาของเด็ก โดยฟ้องคดีภายใน 1 ปีนับแต่ วันที่เด็กเกิด เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ถ้าปรากฏว่ามารดาได้ฉ้อฉลหรือปิดบัง เกี่ยวกับความเป็นบิดาของเด็กโดยไม่สุจริต การฟ้องคดีก็ต้องทำภายใน 1 ปี นับแต่วันที่บิดาได้รู้ หรือควรจะรู้ถึงความเป็นบิดา แต่ทั้งนี้ จะต้องไม่เกินกว่า 10 ปีนับจากวันที่เด็กเกิด หากเด็กถึงแก่ ความตายไปแล้ว การฟ้องคดีก็ต้องไม่เกินกว่า 1 ปีนับจากวันที่เด็กตาย<sup>98</sup> และถ้าชายผู้ถูกกล่าว อ้างว่าเป็นบิดาถึงแก่ความตาย ก็สามารถฟ้องคดีได้ โดยเด็กจะต้องพิสูจน์ความเป็นบิดาด้วย พยานหลักฐานที่มีความชัดเจนและน่าเชื่อถือ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสิทธิในทางมรดก และจะต้องมี การฟ้องคดีภายใน 1 ปีนับจากวันตายของชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดา<sup>99</sup>

สำหรับวิธีการพิสูจน์ความเป็นบิดา ปัจจุบันได้ยอมรับเอากระบวนการทางวิทยาศาสตร์ เข้ามาเกี่ยวข้องเป็นอย่างมาก วิธีการพิสูจน์เลือดและการนำตัวอย่างเนื้อเยื่อมาทดสอบ ถือว่าเป็น พยานหลักฐานที่สำคัญมากที่สุดวิธีหนึ่งที่น่ามาประกอบการวินิจฉัยในคดีฟ้องขอให้รับเด็กเป็น บุตร ซึ่งส่วนใหญ่แล้วการทดสอบความเป็นบิดาจะมีอยู่ 3 ระบบด้วยกัน คือ การตรวจสอบจาก เลือดมนุษย์และตัวอย่างเนื้อเยื่อบางชนิด ระบบกระตุนการสร้างเม็ดเลือดขาว และระบบ DNA<sup>100</sup>

การทดสอบจะขึ้นอยู่กับพื้นฐานในทางทฤษฎีที่ว่าเด็กย่อมได้รับการถ่ายทอดยีนส์มา จากบิดามารดาคนละครึ่ง ด้วยผลจากการทดลองเกี่ยวกับการจับคู่ยีนส์ของเด็กกับมารดาและผู้ที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดา ซึ่งการทดสอบจะมาจากข้อมูลของผู้เชี่ยวชาญที่ได้จากการคำนวณทาง คณิตศาสตร์ถึงความเป็นไปได้ในความเป็นบิดาของชายในการมีความสัมพันธ์กับเด็กและมารดา เด็ก แต่ก็มีความเป็นไปได้ที่ศาลจะปฏิเสธที่จะรับเอาพยานหลักฐานดังกล่าวถ้าปรากฏว่าไม่เป็น ผลดีต่อเด็กหรือมีความขัดแย้งกันเอง หรือกระบวนการพิสูจน์ในทางวิทยาศาสตร์มิได้ดำเนินการ อย่างถูกต้อง

อย่างไรก็ตาม โดยปกติแล้วผลการตรวจเลือดและ DNA ในปัจจุบันจะเป็นพยาน หลักฐานที่น่าเชื่อถือมากที่สุด หากปรากฏว่าเป็นการทดสอบเพื่อนำมาใช้ในการปฏิเสธได้แก่ ความสัมพันธ์ ความเป็นบิดา แต่การพิสูจน์ว่าใครเป็นบิดาที่แท้จริงของเด็กนั้นมิเพียงความน่าจะเป็นเท่านั้น<sup>101</sup>

<sup>98</sup>The Louisiana Civil Code. Art. 191, 193 and 198.

<sup>99</sup>*Ibid*, Art. 197.

<sup>100</sup>Lynn D. Wardle and Laurence C. Nolan, *supra note* 64, p. 131.

<sup>101</sup><<http://www.familylawsources.com/Law/Paternity.htm>>

เมื่อศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร ย่อมมีผลต่อสิทธิต่าง ๆ ที่เด็กจะได้รับ ศาลอาจกำหนดเรื่องสิทธิในอำนาจปกครองบุตร สิทธิในการติดต่อกับบุตร หรือค่าอุปการะเลี้ยงดูที่บิดา จะต้องรับผิดชอบ ค่าใช้จ่ายในการศึกษาของบุตร ตลอดจนศาลอาจมีคำสั่งเกี่ยวกับการจ่ายค่าชดเชยที่มารดาต้องเสียไปในระหว่างตั้งครรภ์ในจำนวนที่สมเหตุสมผลไว้ในคำพิพากษา<sup>102</sup> โดยคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดที่เด็กจะได้รับเป็นสำคัญ ทั้งนี้ นอกเหนือจากค่าอุปการะเลี้ยงดูที่จำเป็นแล้ว กฎหมายของบางมลรัฐ เช่น มลรัฐโรดไอส์แลนด์ ยังได้บัญญัติให้บิดามีความรับผิดชอบต่อการศึกษาที่ผ่านมาในอดีตของบุตร โดยศาลอาจสั่งให้บิดาต้องรับผิดชอบได้ถึง 6 ปีนับจากกระบวนการในการฟ้องคดีนี้ได้เริ่มต้นขึ้น<sup>103</sup>

### 3.2 ระบบกฎหมาย Civil Law

#### 3.2.1 กฎหมายเยอรมัน

##### (1) หลักการพื้นฐานในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร<sup>104</sup>

โดยหลักแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) ซึ่งแก้ไขล่าสุดปี 2005 จะถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาของเด็กเสมอ (มาตรา 1591) โดยที่

<sup>102</sup>เช่น Family Code. (California) section 7637. The judgment or order may contain any other provision directed against the appropriate party to the proceeding, concerning the duty of support, the custody and guardianship of the child, visitation privileges with the child, the furnishing of bond or other security for the payment of the judgment, or any other matter in the best interest of the child. The judgment or order may direct the father to pay the reasonable expenses of the mother's pregnancy and confinement.

<sup>103</sup>Uniform Law on Paternity. (Rode Island) section 15-8-4 Limitation on recovery from the father. – The father's liabilities for past education and necessary support and maintenance are limited to a period of six (6) years next preceding the commencement of an action under the provisions of this chapter.

<sup>104</sup>Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, Introduction to German Law, (Kluwer Law International, 1996), pp. 260-262.

ไม่พิจารณาว่าใครเป็นต้นกำเนิดทางพันธุกรรมของเด็กที่แท้จริง และกฎหมายก็ไม่เปิดช่องให้มีการคัดค้านความเป็นมารดา ซึ่งเท่ากับว่าในกรณีที่มีข้อตกลงในการบริจาคไข่หรือกรณีรับตั้งครรภ์แทน โดยหญิงอื่นนั้นถือว่าไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด<sup>105</sup>

สำหรับข้อสันนิษฐานถึงความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ย่อมเป็นไปตาม มาตรา 1592<sup>106</sup> ซึ่งกำหนดว่า บิดาของเด็ก คือ

- (1) ชายที่เป็นสามีของมารดาเด็กในเวลาที่เกิด
- (2) ชายที่ได้ยอมรับความเป็นบิดาหรือได้มีการรับรองว่าเด็กเป็นบุตรของตน
- (3) ชายที่ศาลได้พิพากษายืนยันความเป็นบิดาตามมาตรา 1600d หรือมาตรา 640h

(2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

หากบิดามารดาสมรสกันในเวลาที่เกิด ย่อมสันนิษฐานว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดา โดยที่ไม่จำเป็นต้องดำเนินการเพื่อรับรองบุตรอีกและไม่ต้องคำนึงว่าการสมรสมีแนวโน้มที่จะสิ้นสุดลงหรือไม่ กรณีนี้ก็ไม่ต้องมีการพิสูจน์ความเป็นบิดากันอีก

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการปฏิรูปกฎหมายเด็ก ค.ศ. 1997 (Child Law Reform Act 1997) ได้ยกเลิกหลักกฎหมายเก่าที่ให้ถือว่าบุตรนอกสมรสเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ โดยการสมรสกันในภายหลัง ดังนั้น แม้ว่าบิดาจะทำการสมรสกับมารดาในภายหลังการเกิดของเด็กก็ตาม สถานะของเด็กก็จะยังไม่เปลี่ยนแปลง<sup>107</sup> (แต่การสมรสกันในภายหลังของบิดามารดาจะนำมาซึ่งการมีอำนาจปกครองบุตรร่วมกันเท่านั้น โดยที่สถานะความเป็นบุตรนอกสมรสยังคงมีอยู่เช่นเดิม (มาตรา 1626))

---

<sup>105</sup>Dieter Schwab, Peter Gottwald and Eva Büttner, *International Encyclopaedia of Laws*, Volume 2, Family and Succession Law. "Germany" (University of Regensburg : Germany), (April 2001), p. 69.

<sup>106</sup>BGB § 1592 Vaterschaft

Vater eines Kindes ist der Mann,

1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist,
2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder
3. dessen Vaterschaft nach § 1600d oder § 640h Abs. 2 der Zivilprozessordnung gerichtlich festgestellt ist.

<sup>107</sup>Dieter Schwab, Peter Gottwald and Eva Büttner, *supra note* 105, p. 69.

หากเด็กเกิดภายหลังจากสมรสสิ้นสุดลงด้วยการตายของสามี กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ถ้าเด็กเกิดภายใน 300 วันนับแต่สามีของหญิงมารดาถึงแก่ความตาย ในทางกฎหมายย่อมสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาที่ถึงแก่ความตายนั้น แต่หากเป็นที่แน่ชัดว่าระยะเวลาการตั้งครรภ์นานกว่า 300 วัน ก็ให้ใช้ระยะเวลาการตั้งครรภ์จริงเป็นเกณฑ์ (มาตรา 1593)

แต่ถ้าเป็นกรณีของเด็กเกิดภายหลังจากสมรสสิ้นสุดลงด้วยการหย่า แม้จะมีการตั้งครรภ์ในระหว่างการสมรสก็ตาม กฎหมายเยอรมันกลับไม่ให้สันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะทำได้เพียงวิธีให้ศาลมีคำพิพากษายืนยันว่าชายเป็นบิดาของเด็ก หรือชายผู้นั้นได้ทำการรับรองบุตรอย่างเป็นทางการเท่านั้น<sup>108</sup>

อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อยกเว้นในกรณีเด็กที่เกิดในระหว่างการสมรส คือ ถ้าบิดามารดาอยู่ในระหว่างดำเนินการหย่า และมีชายอีกคนหนึ่งมาประกาศอย่างเป็นทางการว่าเด็กเป็นบุตรของตน หากสามีของหญิงนั้นยินยอม ชายดังกล่าวย่อมได้รับการยอมรับว่าเป็นบิดาของเด็ก ซึ่งการแสดงเจตนาของชายอื่นที่ยอมรับว่าเป็นบิดาของเด็กจะต้องกระทำก่อนที่เด็กจะเกิด โดยมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งให้หย่าของศาลถึงที่สุดแล้ว (มาตรา 1599)

#### การประกาศรับรองบุตรของบิดา

หากยังไม่มีพิธีสุจน์ความเป็นบิดา ชายที่ไม่ได้ทำการสมรสกับหญิงมารดาในขณะที่เด็กเกิด ถ้าได้มีการประกาศอย่างเป็นทางการเพื่อรับรองว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของตน ย่อมสันนิษฐานได้ว่าชายผู้นั้นเป็นบิดาของเด็ก

ทั้งนี้ การรับรองบุตรสามารถกระทำได้ก่อนการเกิดของเด็ก ซึ่งเท่ากับว่า ชายสามารถรับรองว่าตนเป็นบิดาของทารกในครรภ์มารดาได้ (มาตรา 1594 (4)) และการรับรองบุตรจะต้องทำเป็นเอกสาร ได้รับการรับรองจากเจ้าหน้าที่ และต้องทำด้วยตนเอง โดยที่มารดาของเด็กจะต้องให้ความยินยอมในการรับรองนั้น (มาตรา 1595 (1)) ซึ่งบันทึกความยินยอมดังกล่าวจะต้องทำเป็นเอกสารและได้รับการรับรองจากเจ้าหน้าที่เช่นกัน หากมารดาของเด็กปฏิเสธ การพิสูจน์ความเป็นบิดาจะต้องกระทำโดยคำพิพากษาศาล แต่ถ้าปรากฏว่าหญิงมารดาไม่มีสิทธิในการเลี้ยงดูบุตร กรณีนี้ก็จะต้องได้รับความยินยอมจากเด็กด้วย (มาตรา 1595 (2))

อย่างไรก็ตาม ถ้าการประกาศรับรองบุตรได้ทำอย่างถูกต้องครบถ้วนตามกฎหมายแล้ว ความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลทันที โดยไม่ต้องพึ่งศาลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอีก และจะได้รับการบันทึกไว้ในทะเบียนคนเกิด

<sup>108</sup> *ibid*, p. 70.

สำหรับสิทธิการเลี้ยงดูบุตรของบิดามารดา จะครอบคลุมทั้งเรื่องส่วนตัว (personal) และเรื่องทรัพย์สินของบุตร ในส่วนของการดูแลเรื่องส่วนตัวนั้น บิดามารดาย่อมมีสิทธิและหน้าที่ในความสัมพันธ์ที่มีต่อเด็กและต่อบุคคลอื่น ๆ รวมถึงสิทธิในการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กด้วย (Legal Representation) โดยคำนึงถึงประโยชน์และสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ<sup>109</sup>

นอกจากนี้บิดามารดายังมีสิทธิในการกำหนดที่อยู่ของบุตร และสิทธิในการเรียกบุตรคืนจากผู้ที่ห่วงใยเกี่ยวกับบุตรโดยมิชอบ

ในส่วนของการทำงานที่เป็นผู้แทนตามกฎหมายของเด็กนั้น มี 2 กรณี คือ (1) การฟ้องคดีแทนเด็ก และ (2) การให้ความยินยอมในการกระทำการใด ๆ ของเด็ก ซึ่งการเป็นผู้แทนตามกฎหมายอาจเป็นการทำหน้าที่ร่วมกันของบิดาและมารดาหรือคนใดคนหนึ่งขึ้นอยู่กับว่าใครเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูเด็ก

#### (2) บุตรนอกสมรส

เมื่อเด็กเกิดมา หากไม่ปรากฏบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นบุตรนอกสมรส เด็กย่อมใช้ชื่อสกุลของมารดาเสมอ<sup>110</sup> ตลอดจนอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของมารดาแต่เพียงผู้เดียว บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะไม่มีอำนาจปกครองเหนือตัวบุตรแต่อย่างใด แต่ศาลรัฐธรรมนูญของรัฐบาลกลางได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า กรณีนี้ไม่เป็นการบังคับถ้าหากบิดาและมารดาจะขอมีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน เมื่อบิดามารดาได้อยู่ร่วมกันกับบุตร และทั้งคู่ได้แสดงเจตนาที่จะเลี้ยงดูบุตรร่วมกัน<sup>111</sup> (มาตรา 1626)

สำหรับการเข้ามามีอำนาจในการเลี้ยงดูบุตรของบิดาที่ยังมิได้ทำการสมรสกับมารดา ถือเป็นหลักเกณฑ์พิเศษ หากบิดาซึ่งไม่ได้อยู่ร่วมกับบุตรประสงค์จะใช้สิทธิในการเลี้ยงดูบุตรตามลำพัง ก็อาจเกิดขึ้นได้โดยบิดายื่นคำร้องขอใช้สิทธิเลี้ยงดูบุตรแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งศาลจะอนุญาตก็ต่อเมื่อได้พิจารณาแล้วเห็นว่าจะเป็นผลดีและสอดคล้องกับความปรารถนาของเด็ก โดยที่มารดาเด็กจะต้องไม่ได้แย้งคัดค้านคำสั่งด้วย<sup>112</sup>

<sup>109</sup> *Ibid*, pp. 74-75.

<sup>110</sup> Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, *supra* note 104, pp. 261-262.

<sup>111</sup> *Ibid*, p. 264.

<sup>112</sup> Dieter Schwab, Peter Gottwald and Eva Büttner, *supra* note 105, p. 89.

### กรณีเด็กที่เกิดจากการผสมเทียม

กฎหมายเยอรมันไม่ได้ห้ามการตั้งครรภด้วยวิธีการผสมเทียม แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน ค.ศ. 1990 (Protection of Embryos Act 1990) ได้จำกัดเทคนิคในการผสมเทียมบางกรณีที่ไม่สามารถกระทำได้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปกฎหมายเด็ก ค.ศ. 1997 (Child Law Reform Act 1997) จะไม่นำการผสมเทียมมาพิจารณา หากกำหนดได้ว่าใครเป็นมารดาผู้ให้กำเนิดเด็ก ไม่ว่าจะหญิงนั้นจะเป็นเจ้าของเซลล์พันธุกรรมซึ่งเป็นต้นกำเนิดของเด็กหรือไม่ก็ตาม ดังนั้นกฎหมายเยอรมันจะห้ามการคัดค้านความเป็นมารดา เพราะฉะนั้น แม้จะมีข้อตกลงระหว่างมารดาที่เป็นเจ้าของเซลล์พันธุกรรมกับมารดาที่รับตั้งครรภว่าเมื่อเด็กคลอดแล้วให้ส่งมอบเด็กให้แก่มารดาเจ้าของเซลล์พันธุกรรม ก็ถือว่าเป็นข้อห้ามและถือว่าการข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ<sup>113</sup>

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของบิดากลับมีความแตกต่างออกไป บิดาที่เป็นเจ้าของสเปิร์มหรือเป็นบิดาเจ้าของเซลล์พันธุกรรม แม้จะเป็นเพียงการบริจาคสเปิร์มก็ตาม อาจได้รับสถานะความเป็นบิดาของเด็กก็ได้ แต่ปัญหาจะมีอยู่ว่า หากสามีของหญิงที่ตั้งครรภแทนเคยยินยอมให้ภริยาทำการผสมเทียม กรณีนี้จะมีสิทธิคัดค้านความเป็นบิดาของตนเองในภายหลังหรือไม่ (เพราะสามีของหญิงที่รับตั้งครรภยอมถูกข้อสันนิษฐานของกฎหมายกำหนดว่าเป็นบิดาของเด็ก) ศาลสูงแห่งรัฐบาลกลางวินิจฉัยว่า ความยินยอมที่มีมาก่อนไม่เป็นการตัดสิทธิในการโต้แย้งคัดค้านความเป็นบิดาในภายหลัง<sup>114</sup> ซึ่งสิทธิคัดค้านดังกล่าวเป็นสิทธิเด็ดขาด แต่ศาลก็เห็นว่า ความยินยอมของสามีในการให้ภริยาผสมเทียมเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก คือ ตัวเด็ก ดังนั้นสามีจึงถูกผูกพันที่จะต้องเลี้ยงดูเด็ก แม้ว่าภายหลังเขาจะคัดค้านความเป็นบิดาของตนเองสำเร็จก็ตาม

ในกรณีของการผสมเทียมด้วยวิธีการบริจาคสเปิร์ม ชายซึ่งเป็นผู้บริจาคสเปิร์มอาจประกาศอย่างเป็นทางการว่าตนเป็นบิดาของเด็กและร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งว่าตนเป็นบิดาของเด็กได้ ในกรณีที่ไม่มีชายโดยยอมรับว่าเป็นบิดาของเด็ก หรือกรณีที่มีการคัดค้านความเป็นบิดาสำเร็จ<sup>115</sup>

<sup>113</sup> *Ibid*, p. 73.

<sup>114</sup> Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, *supra* note 104, p. 262.

<sup>115</sup> Dieter Schwab, Peter Gottwald and Eva Büttner, *supra* note 105, p. 74.

อย่างไรก็ตาม ส่วนใหญ่แล้วชายที่บริจาคสเปิร์มอาจต้องการให้ปกปิดชื่อของตน แต่กฎหมายเยอรมันไม่ได้ให้การคุ้มครองในเรื่องนี้มากนัก เพราะถือว่าเด็กมีสิทธิที่จะรู้ว่าใครคือบิดามารดาผู้ให้กำเนิดที่แท้จริงของตน<sup>116</sup> กล่าวคือ ทันทีที่พิสูจน์ได้ว่าชายใดเป็นบิดาทางชีววิทยา หรือเป็นบิดาเจ้าของเซลล์พันธุกรรมของเด็ก ชายผู้นั้นย่อมมีหน้าที่ตามกฎหมายดังเช่นผู้เป็นบิดาพึงมี และมารดาเด็กก็ไม่อาจปฏิเสธหน้าที่ดังกล่าวของบิดาแทนเด็กได้<sup>117</sup>

### (3) การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร

ในอดีต กฎหมายเยอรมันไม่อนุญาตให้มีการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรแต่อย่างใด แต่ในปัจจุบัน ได้มีการบัญญัติถึงการกำหนดความเป็นบิดาและบุตรโดยผ่านกระบวนการทางศาล ด้วยวิธีการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรในกรณีที่เด็กไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับวิธีการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรนั้น ปรากฏอยู่ในมาตรา 1600 d<sup>118</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) โดยกำหนดว่า คำพิพากษายืนยันความเป็นบิดาย่อมเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ

(1) หากไม่ปรากฏว่ามีบิดาตามมาตรา 1592 (1) และ (2) หรือมาตรา 1593 ก็ให้ศาลพิพากษายืนยันความเป็นบิดา

(2) ในระหว่างการพิจารณาคดี ให้สันนิษฐานว่า บิดาคือผู้ที่ได้ร่วมประเวณีกับมารดาของเด็กในช่วงระยะเวลาที่อาจตั้งครรภ์ได้ เว้นแต่มีเหตุอันน่าสงสัยอย่างชัดแจ้งเป็นอย่างอื่น

<sup>116</sup>Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, *supra* note 104, p. 262.

<sup>117</sup>*Ibid.*

<sup>118</sup>BGB § 1600d Gerichtliche Feststellung der Vaterschaft

(1) Besteht keine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und 2, § 1593, so ist die Vaterschaft gerichtlich festzustellen.

(2) Im Verfahren auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft wird als Vater vermutet, wer der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat. Die Vermutung gilt nicht, wenn schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft bestehen.

(3) Als Empfängniszeit gilt die Zeit von dem 300. bis zu dem 181. Tage vor der Geburt des Kindes, mit Einschluß sowohl des 300. als auch des 181. Tages. Steht fest, dass das Kind ausserhalb des Zeitraums des Satzes 1 empfangen worden ist, so gilt dieser abweichende Zeitraum als Empfängniszeit.

(4) Die Rechtswirkungen der Vaterschaft können, soweit sich nicht aus dem Gesetz anderes ergibt, erst vom Zeitpunkt ihrer Feststellung an geltend gemacht werden.

(3) ระยะเวลาที่อาจตั้งครรภ์ได้ คือ ระยะเวลา 300 วันถึง 181 วันก่อนเด็กเกิด แต่ถ้าหากเป็นที่แน่ชัดว่าเกิดการปฏิสนธินอกช่วงเวลาดังกล่าว ก็ให้ใช้ช่วงเวลาที่เกิดการปฏิสนธิเป็นเกณฑ์

(4) ผลทางกฎหมายของความเป็นบิดาสามารถนำมาใช้ยื่นผู้ขึ้นได้หลังจากที่มีคำพิพากษายืนยันความเป็นบิดา เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ทั้งนี้ จะมีบุคคล 3 จำพวกที่อาจร้องขอต่อศาลให้มีการพิสูจน์ความเป็นบิดา<sup>119</sup> คือ

1. บุคคลที่น่าจะเป็นบิดาเป็นผู้นำคดีขึ้นสู่ศาล
2. เด็กฟ้องชายที่คาดว่าเป็นบิดาของตน
3. มารดาเด็กฟ้องชายที่น่าจะเป็นบิดา

ในการยื่นฟ้องคดีต่อศาล จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ คือ ศาลครอบครัวเท่านั้น การฟ้องจะสำเร็จได้ถ้าพิสูจน์ได้ว่าชายที่ถูกฟ้องเป็นบิดาผู้ให้กำเนิดเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการบริจาคสเปิร์มหรือไม่ ผู้นำนักการพิสูจน์คือต้องทำให้ศาลเห็นว่าพยานหลักฐานได้ชี้ให้เห็นถึงความแน่นอนอย่างยิ่งที่ชายผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นบิดา

ในการพิสูจน์ถึงความเป็นบิดาผู้ให้กำเนิดเด็ก กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานไว้ว่าชายอาจเป็นบิดาได้ถ้าเคยมีความสัมพันธ์กับหญิงมารดาในช่วงเวลาที่หญิงอาจตั้งครรภ์ได้ ซึ่งการมีความสัมพันธ์ในช่วงเวลาดังกล่าวเป็นเรื่องที่จะต้องมีการพิสูจน์ให้ศาลเห็น

นอกจากการพิสูจน์ความเป็นบิดาแล้ว กฎหมายยังเปิดช่องให้มีการพิสูจน์ปฏิเสธความเป็นบิดาได้ โดยยื่นฟ้องต่อศาลครอบครัวเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม การฟ้องคดีขอให้ยืนยันความเป็นบิดาเป็นที่น่าสังเกตว่า ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกลับไม่ได้บัญญัติในเรื่องระยะเวลาในการฟ้องคดีเอาไว้เหมือนกับฟ้องคดีเพื่อปฏิเสธความเป็นบิดาที่กำหนดมิให้ฟ้องคดีเกินกว่า 2 ปีนับจากวันที่ผู้มีสิทธิคัดค้านความเป็นบิดาทราบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เท่ากับว่าเรื่องการฟ้องคดีขอให้ยืนยันความเป็นบิดาเป็นการเปิดกว้างให้ผู้ที่มีสิทธิฟ้องสามารถเริ่มต้นฟ้องคดีได้ในเวลาใด ๆ และการที่ศาลจะมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรหรือไม่ก็ต้องอยู่ที่การนำเสนอพยานหลักฐานให้ศาลเห็นถึงความแน่นอนอย่างยิ่งที่ชายจะเป็นบิดาของเด็กด้วย

ผลของคำพิพากษาศาลเรื่องความเป็นบิดาจะมีผลผูกพันทุกฝ่าย ในกรณีที่มีการฟ้องคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร เช่น การฟ้องร้องเกี่ยวกับอำนาจในการเลี้ยงดูเด็ก ก็ต้องรอให้ศาลมีคำตัดสินเกี่ยวกับความเป็นบิดาเสียก่อน และนอกจากนี้มารดาของเด็กยังสามารถเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูจากชายเป็นเวลาอย่างน้อยหลังไปถึง 6 สัปดาห์ก่อนการเกิดของเด็ก และ 8 สัปดาห์หลังจากการเกิดของเด็กได้ ซึ่งความรับผิดชอบในค่าอุปการะเลี้ยงดูนี้สามารถ

<sup>119</sup>Dieter Schwab, Peter Gottwald and Eva Büttner, *supra* note 105, p. 72.

ขยายออกไปเป็นเวลาหนึ่งปีหลังจากคลอดบุตรได้ นอกจากนี้หญิงมารดายังสามารถเรียกร้องค่าชดเชยตลอดจนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ต้องเสียไปในระหว่างตั้งครรภ์และเพื่อการคลอดบุตร แต่ไม่ครอบคลุมถึงค่าใช้จ่ายที่หญิงใช้ในการว่าจ้างให้บุคคลอื่นทำการงานใด ๆ หรือค่าใช้จ่ายในการทำประกันภัย<sup>120</sup>

### 3.2.2 กฎหมายฝรั่งเศส

#### (1) หลักการพื้นฐานในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร<sup>121</sup>

ในความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรตามกฎหมายฝรั่งเศส ย่อมเกิดขึ้นได้โดยผลของกฎหมาย กล่าวคือ สถานะของบุตรที่มีต่อบิดา จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อเป็นไปตามข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาที่ว่า เด็กที่ปฏิสนธิในระหว่างการสมรส ให้สันนิษฐานว่าสามีของหญิงมารดาคือบิดาของเด็ก<sup>122</sup>

ทั้งนี้ ช่วงระยะเวลาที่หญิงสามารถตั้งครรภ์ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะกำหนดไว้ที่ 300 – 180 วัน<sup>123</sup> ในกรณีนี้แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าเด็กเกิดก่อน 180 วันหลังจากการสมรสของบิดามารดา แต่เมื่อได้คลอดออกมาในระหว่างการสมรสก็ถือว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วย

<sup>120</sup>Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, *supra* note 104, pp. 268-269.

<sup>121</sup>John Bell, Sophie Boyron, Simon Whittaker with contributing authors Andrew Bell, Mark Freedland, and Sylvia Hargreaves, *Principles of French Law*, (Oxford University press 1998), pp. 268-271. ; F.H. Lawson, A.E. Anton, L. Neville Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law*, 3<sup>rd</sup> edition (Oxford : Clarendon Press, 1967 reprinted 1979), pp. 74-78, 79-81. and <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

<sup>122</sup>French Civil Code. Art.312 A child conceived in wedlock has the husband as his father.

However, the latter may disavow the child in court, where he proves facts fitted to demonstrate that he cannot be the father.

<sup>123</sup>*ibid.* Art. 311 Legislation presumes that a child was conceived during the period that extends from the three-hundredth to the one-hundred and eightieth day, inclusive, before the date of birth.

Conception is presumed to have taken place at any time during that period, depending of what the welfare of the child requires.

Contrary evidence may be adduced to rebut those presumptions.

กฎหมายของบิดามารดา แต่ถ้าหากชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดาสามารถพิสูจน์ได้ว่า เขาไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้ เขาก็มีสิทธิอย่างเต็มที่ที่จะปฏิเสธได้แย้งข้อสันนิษฐานดังกล่าวในชั้นศาล อย่างไรก็ตาม ถ้าชายซึ่งเป็นสามีของหญิงมารดาทราบอยู่ก่อนว่าภริยาได้ตั้งครรภ์ก่อนสมรส หรือปรากฏว่าภายหลังจากเด็กเกิด ชายได้แสดงตนว่าเป็นบิดาของเด็ก กรณีนี้สามีของหญิงมารดาก็ไม่อาจปฏิเสธได้แย้งความเป็นบิดาได้<sup>124</sup>

ในกรณีที่มีคำพิพากษาศาลให้สามีภริยาหย่าขาดจากกันหรือมีคำสั่งศาลให้แยกกันอยู่ ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาไม่อาจนำมาใช้กับเด็กที่เกิดมาช้ากว่า 300 วันภายหลังจากที่ศาลมีคำสั่งให้แยกกันอยู่ และเกิดมาน้อยกว่า 180 วันภายหลังจากที่ศาลมีคำสั่งยกฟ้องหรือมีการไกล่เกลี่ยกันจนถึงที่สุดได้<sup>125</sup> และในกรณีที่การสมรสได้สิ้นสุดลงด้วยเหตุอื่น เช่น สิ้นสุดลงด้วยความตายของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการสมรสตกเป็นโมฆะ ข้อสันนิษฐานดังกล่าวก็ไม่อาจนำมาปรับใช้กับเด็กที่เกิดมานานเกินกว่า 300 วัน ภายหลังจากการสมรสได้สิ้นสุดลงหรือภายหลังจากสามีได้หายสาบสูญไป<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> *Ibid.* Art. 314 A child born before the one-hundred and eightieth day of marriage is legitimate and shall be deemed to have been so as from his conception.

The husband, however, may disavow him as provided for in Article 312.

He may even disavow him on the sole proof of the date of the delivery, unless he knew of the pregnancy before the marriage, or behave like the father after the birth.

<sup>125</sup> *Ibid.* Art. 313 In case of judgment or even of petition, either for divorce or for judicial separation, the presumption of paternity shall not apply to a child born more than three hundred days after the order authorizing the spouses to live apart, and less than one hundred and eighty days following either the final dismissal of the petition or a reconciliation.

The presumption of paternity regains however its full force, by operation of law, where the child has the apparent status of a legitimate child with regard to the spouses.

<sup>126</sup> *Ibid.* Art. 315. The presumption of paternity shall not apply to a child born more than three hundred days after the dissolution of the marriage or, in case of declared absence of the husband, to the one who was born more than three hundred days after the disappearance.

## (2) บุตรนอกสมรส

ก่อนปี ค.ศ. 1972 ตามกฎหมายครอบครัวฝรั่งเศส บุตรนอกสมรสจะมีสถานะที่เสียเปรียบอย่างมาก นอกจากจะถูกกีดกันจากครอบครัวแล้ว บุตรนอกสมรสนี้ยังมีสิทธิตามกฎหมายในการได้รับส่วนแบ่งจากมรดกของฝ่ายบิดาหรือฝ่ายมารดาเพียงครึ่งหนึ่งตามสิทธิของบุตรชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสได้พยายามผลักดันเรื่องสิทธิของบุตรนอกสมรสให้มีความใกล้เคียงกับบุตรชอบด้วยกฎหมาย จนกระทั่งในปัจจุบัน ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้บัญญัติว่าบุตรตามธรรมชาติโดยทั่วไปแล้วจะมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมาย ในความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบิดามารดา และการเข้าสู่ครอบครัวของบิดามารดา<sup>127</sup> และได้รับรองสิทธิแก่บุตรนอกสมรสในการเป็นทายาทผู้สืบทอดมรดกจากบิดามารดาเทียบเท่ากับบุตรชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 733)

โดยหลักแล้ว มารดาจะเป็นผู้มีอำนาจปกครองเหนือตัวบุตรนอกสมรสเสมอ ตลอดจนบุตรนอกสมรสมีสิทธิที่จะใช้ชื่อสกุลของมารดา

ทั้งนี้ สถานะความเป็นบิดาของบุตรนอกสมรสสามารถเกิดขึ้นได้ในภายหลังการเกิดโดยการรับรองบุตรด้วยวิธีการดังต่อไปนี้<sup>128</sup>

วิธีที่ 1 โดยการสมรสกันในภายหลังของบิดามารดา (มาตรา 331)<sup>129</sup>

บุตรนอกสมรสแม้ว่าจะถึงแก่ความตายไปแล้วก็ตาม ก็ทำให้ชอบด้วยกฎหมายได้โดยการสมรสกันในภายหลังของบิดามารดา และจะต้องมีการบันทึกถึงการรับรองบุตรในเวลาที่มีการสมรสเกิดขึ้นด้วย โดยแยกบันทึกออกเป็นเอกสารต่างหาก

<sup>127</sup> John Bell, Sophie Boyron, Simon Whittaker with contributing authors Andrew Bell, Mark Freedland, and Sylvia Hargreaves, *supra note* 121, p. 268.

<sup>128</sup> French Civil Code. Art. 330 Legitimation takes place either by marriage of the parents, or on the authority of the court.

<sup>129</sup> *Ibid.* Art. 331 All children born out of wedlock, even deceased, are legitimated by operation of law by the subsequent marriage of their parents.

Where their parentage was not already established, those children must be the subject of an acknowledgement at the moment of celebration of the marriage. In that event, the officer of civil status who performs the celebration shall take note of the acknowledgement and of the legitimation in a separate record. The family name of the children is determined under the rules laid down in Article 311-21.

วิธีที่ 2 โดยการรับรองบุตรด้วยความสมัครใจของบิดามารดา ซึ่งการรับรองบุตรอาจระบุไว้ในสูติบัตร ซึ่งเป็นการทำขึ้นโดยหน่วยงานของรัฐผู้มีอำนาจ (มาตรา 334-8 วรรคหนึ่ง)<sup>130</sup>

วิธีที่ 3 โดยคำพิพากษาศาลให้รับรองเด็กเป็นบุตร (มาตรา 334-8 วรรคสอง)

กรณีของวิธีที่ 3 จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อบิดามารดาไม่สามารถทำการสมรสกันได้ กรณีนี้ก็ต่อใช้อำนาจศาลเข้ามาเพื่อให้บุตรนอกสมรสมีสถานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย

### (3) คำพิพากษาศาลให้รับรองเด็กเป็นบุตร

การกำหนดความเป็นบิดาของบุตรนอกสมรสโดยอาศัยอำนาจศาลอาจเกิดขึ้นได้ 2 รูปแบบด้วยกัน คือ

รูปแบบที่ 1 ด้วยการยื่นคำร้องขอของผู้เป็นบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่ง หรือบิดาและมารดาพร้อมกันยื่นคำร้องเข้ามา (มาตรา 333-1) เพื่อให้ศาลพิสูจน์ถึงความจริงว่าการเป็นบิดามารดาและบุตรเป็นไปตามเงื่อนไขในบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือไม่ โดยศาลสามารถรับฟังข้อเท็จจริงที่ได้จากบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งไม่ใช่คู่ความในคดี เพื่อประกอบการพิจารณาได้ (มาตรา 333-3) ซึ่งการรับรองบุตรโดยอาศัยอำนาจศาลดังกล่าวจะมีผลในวันที่มีคำพิพากษาถึงที่สุด

รูปแบบที่ 2 ด้วยการยื่นคำฟ้องเพื่อกำหนดความเป็นบิดา (Paternity suits) (มาตรา 340)

ในกฎหมายฝรั่งเศสจะมีเรื่องการฟ้องคดีเพื่อกำหนดความเป็นมารดาด้วย แต่จะไม่มี การจำกัดระยะเวลาในการฟ้องคดีเหมือนกับกรณีของการฟ้องคดีเพื่อกำหนดความเป็นบิดาซึ่ง ในทางปฏิบัติจะพบกรณีนี้ได้้น้อยมาก เนื่องจากความเป็นมารดาสามารถพิสูจน์ได้ด้วยข้อเท็จจริงจากการเกิด (มาตรา 341)

ในส่วนของการฟ้องคดีเพื่อกำหนดความเป็นบิดา เหตุในการพิสูจน์ถึงความเป็นบิดา จะเปิดกว้างมาก โดยกำหนดแต่เพียงว่า การพิสูจน์อาจเกิดขึ้นโดยพิจารณาจากข้อสันนิษฐานหรือ พยานหลักฐานแวดล้อมที่มีความหนักแน่นมั่นคง (มาตรา 340)<sup>131</sup>

<sup>130</sup> *Ibid.* Art. 334-8 Illegitimate parentage is lawfully established by voluntary acknowledgement.

Illegitimate parentage may also be lawfully established by an apparent status or by the effect of a judgment.

<sup>131</sup> *Ibid.* Art. 340 "Paternity out of wedlock may be judicially declared.

Proof of it may be made only where there exist serious presumptions or circumstantial evidence."

### หลักเกณฑ์ในการฟ้องคดี<sup>132</sup>

ผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดี คือ เด็กแต่เพียงผู้เดียว แต่ถ้าในระหว่างที่เด็กยังเป็นผู้เยาว์ มารดา ย่อมมีสิทธิอย่างเต็มที่ที่จะฟ้องคดีแทนเด็กแม้ว่ามารดาจะยังเป็นผู้เยาว์อยู่ก็ตาม (มาตรา 340-2) แต่ถ้าเป็นกรณีที่เด็กยังอยู่ในครรภ์มารดา กรณีนี้จะไม่สามารถฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้<sup>133</sup>

ผู้ที่อาจถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีนี้ คือ ชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดา หรือทายาทของ บิดาในกรณีที่บิดาตายไปแล้ว ถ้าไม่ปรากฏตัวทายาทของบิดาหรือทายาทประกาศละมรดก ก็ให้ ฟ้องรัฐเป็นจำเลยแทน ซึ่งทายาทผู้สละมรดกก็ยังสามารถเข้าร่วมในคดีเพื่อรักษาสิทธิของตนเองได้ (มาตรา 340-3)

ระยะเวลาในการฟ้องคดี จะต้องฟ้องภายใน 2 ปีนับแต่วันที่เด็กเกิด อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดาและมารดายังมีชีวิตอยู่และได้อยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาโดย มิได้สมรส หากมีการตั้งครรภ์เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่อยู่ร่วมกัน และยังคงมีความสัมพันธ์เช่นนั้นอยู่ ก็สามารถฟ้องคดีขอให้ชายรับเด็กเป็นบุตรได้ภายใน 2 ปีนับแต่การอยู่ร่วมกันโดยมิได้สมรสนั้น สิ้นสุดลง ทั้งนี้ ถ้าผู้ที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดาได้ให้การอุปถัมภ์เด็กและแสดงตนว่าเป็นบิดาในทาง

---

<sup>132</sup>แต่เดิมประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1803 ไม่ยอมให้มีการฟ้องให้ศาล พิพากษาแสดงความเป็นบิดาและบุตร เว้นแต่ในข้อยกเว้นบางประการ ต่อมามีการแก้ไขในปี ค.ศ. 1972 ให้มีการฟ้องคดีเพื่อแสดงความเป็นบิดาได้กว้างขึ้น แต่ก็ยังมีข้อจำกัดอยู่ และเมื่อมาถึงการ แก้ไขในปี ค.ศ. 1972 กฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปเล็กน้อย โดยประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 340 ให้เด็กฟ้องต่อศาลเพื่อให้มีคำพิพากษาแสดงความเป็นบิดาและบุตรได้ แต่กำหนดเหตุ ในการฟ้องคดี เช่น มีการลักพา การข่มขืนกระทำชำเรา มีเอกสารแสดงการรับรู้ข้อเท็จจริงว่าเด็ก เป็นบุตรของตน ฯลฯ ซึ่งการกำหนดเหตุให้ฟ้องได้แต่กรณีมีมูล (prima facie case) เป็นไปเพื่อ ป้องกันมิให้คดีมีมากเกินไป และมีให้เกิดการแก่งแย่งฟ้องกันอันจะเป็นการสร้างความไม่ปกติใน ครอบครัวเดิม แต่ในปัจจุบันบทบัญญัติเรื่องเหตุในการฟ้องคดีได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว โดยที่มาตรา 340 กำหนดให้สามารถพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงได้เปิดกว้างมากยิ่งขึ้น โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของ เด็กเป็นสำคัญ. โปรดดู ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์ ประสงค์ วินัยแพทย์ และอัชพร จารุจินดา, บทสรุปทางวิชาการ : สิทธิของบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย, วารสารกฎหมายปกครอง 3, 2 (สิงหาคม 2527), น. 329-386.

<sup>133</sup>*ibid.* Art. 311-4 No action is admissible as to the parentage of a child who was not born viable.

พุดินัย เช่น การให้การศึกษาและอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ก็สามารถฟ้องคดีภายใน 2 ปีนับแต่การอุปถัมภ์ดังกล่าวได้สิ้นสุดลง แต่ถ้าหากยังไม่มี การฟ้องคดีในระหว่างที่เด็กยังเป็นผู้เยาว์ ก็ให้สิทธิในการฟ้องคดีได้อีก 2 ปีนับจากเด็กบรรลุนิติภาวะแล้ว<sup>134</sup>

ทั้งนี้ คำสั่งศาลว่าเด็กเป็นบุตรจะมีผลนับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุด (มาตรา 333-4) นอกจากนี้ยังมีผลตามมาซึ่งสิทธิหน้าที่ในความเป็นบิดาและบุตรหลายประการ<sup>135</sup>ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูกันและกันตราบเท่าที่ความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรจะยังคงดำรงอยู่<sup>136</sup> ซึ่งนอกเหนือจากบิดาจะต้องรับผิดชอบในการเลี้ยงดูบุตรแล้ว ยังต้องสนับสนุนและส่งเสริมให้บุตรได้รับการศึกษาตามสมควร ทั้งนี้ บุตรยังมีสิทธิที่จะขอเปลี่ยนแปลงชื่อสกุลของบิดาได้ (แต่ต้องอาศัยกระบวนการทางศาล) รวมถึงการเข้ามามีอำนาจปกครองบุตรของบิดา ทั้งที่เกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายของเด็ก และเกี่ยวกับทรัพย์สินของเด็ก<sup>137</sup> และนอกจากนี้เมื่อศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรแล้ว บิดาและบุตรต่างก็มีสิทธิหน้าที่ระหว่างกันในทรัพย์สินมรดกในฐานะทายาทของอีกฝ่ายด้วย

---

<sup>134</sup> *Ibid.* Art. 340-4 An action must be instituted within two years after the child's birth, on pain of lapse.

Where however the alleged father and the mother have lived, during the statutory period of conception, in a state of concubinage involving, in the absence of community life, an enduring or continuous relationship, the action may be instituted until the expiry of a period of two years following the ending of the concubinage. Where the alleged father contributed to the support, the education or the settling of the child in the capacity of a father, the action may be instituted until the expiry of a period of two years following the ending of that contribution.

Where an action was not instituted during the minority of the child, the latter may institute it during two years after his coming of age.

<sup>135</sup> F.H. Lawson, A.E. Anton, L. Neville Brown, *supra* note 121, p. 76.

<sup>136</sup> John Bell, Sophie Boyron, Simon Whittaker with contributing authors Andrew Bell, Mark Freedland, and Sylvia Hargreaves, *supra* note 121, p. 269.

<sup>137</sup> *Ibid.*, pp. 80-81.

### 3.2.3 กฎหมายญี่ปุ่น

#### (1) หลักการพื้นฐานในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร<sup>138</sup>

ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2001 ส่วนที่ 4 ว่าด้วยครอบครัว ตามมาตรา 772<sup>139</sup> ได้กำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรของชายผู้เป็นบิดา ดังนี้

(1) เด็กที่เกิดจากภริยาในระหว่างการสมรส ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรของสามี

(2) เด็กที่เกิดมาตั้งแต่ 200 วันขึ้นไปนับแต่วันเริ่มต้นการสมรสของบิดามารดา หรือเกิดภายใน 300 วันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงหรือเพิกถอนไป ให้สันนิษฐานว่าได้มีการตั้งครรภ์ในระหว่างการสมรสนั้น

ทั้งนี้ ตามกฎหมายญี่ปุ่นจะห้ามมิให้หญิงทำการสมรสใหม่ภายในระยะเวลาน้อยกว่า 6 เดือนนับแต่การสมรสเดิมได้สิ้นสุดลง (มาตรา 733 วรรคหนึ่ง)<sup>140</sup> แต่ถ้าปรากฏว่าหญิงได้ทำการสมรสใหม่ขึ้นเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 733 วรรคหนึ่งและได้ให้กำเนิดบุตรขึ้นมา กฎหมายก็บัญญัติเพียงว่าเป็นกรณีที่ไม่สามารถกำหนดความเป็นบิดาของเด็กให้สอดคล้องกับมาตรา 772 ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายได้ จึงให้เป็นหน้าที่ของศาลเป็นผู้กำหนดความเป็นบิดาแทน (มาตรา 773)<sup>141</sup>

<sup>138</sup> Satoshi Minamikata, Shigeru Maruyama, Hiroko Tamaka, *International Encyclopaedia of laws*, "Family and Succession Law" Volume 2 "Japan" (April 1999), p. 93-110. ; Hiroshi Oda, *Japanese Law*, Butterworth & Co Ltd. 1992, p. 239-244. and <[http://www.international-divorce.com/japan\\_civil\\_code.htm](http://www.international-divorce.com/japan_civil_code.htm)>

<sup>139</sup> Japan Civil Code. Book 4. Article 772. A child conceived by a wife during marriage shall be presumed to be the child of the husband.

2. A child, born two hundred days or more after the day on which the marriage was formed or born within three hundred days from the day on which the marriage was dissolved or annulled, shall be presumed to have been conceived during marriage.

<sup>140</sup> *Ibid.* Article 733. A woman may not re-marry unless six months have elapsed from the day of the dissolution or annulment of her previous marriage.

<sup>141</sup> *Ibid.* Article 773. If, in cases where a woman who has remarried in contravention of the provisions of Article 733 paragraph 1 has been delivered of a child, it is impossible to determine the father of the child in accordance with the provisions of the preceding Article, the Court shall determine the paternity.

เรื่องความสัมพันธ์และสถานะทางกฎหมายระหว่างมารดากับบุตรนั้น ถือว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดาเสมอ เนื่องจากสามารถยืนยันได้จากข้อเท็จจริงโดยการเกิด<sup>142</sup> ในขณะที่ความสัมพันธ์และสถานะทางกฎหมายระหว่างบิดากับบุตรกลับไม่ชัดเจน เว้นแต่เด็กจะเกิดจากคู่สามีภรรยาที่ทำการสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กก็จะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าสามีของหญิงมารดาย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของบุตรโดยทั่วไป บุตรชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูและได้รับการอุปถัมภ์ค้ำชูทางด้านต่าง ๆ จากบิดามารดา ตลอดจนมีสิทธิในมรดกและสิทธิที่จะใช้ชื่อสกุลของครอบครัว ในขณะที่บิดามารดาจะได้มาซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของความเป็นบิดามารดา และสิทธิต่อทรัพย์สินมรดกในกรณีที่บุตรถึงแก่ความตาย

กรณีเด็กที่เกิดจากการอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาของบิดามารดาโดยมิได้ทำการสมรส<sup>143</sup>  
บรรดานักกฎหมายต่างก็เห็นว่า ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาสามารถนำมาปรับใช้กับเด็กที่เกิดจากการอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาโดยที่ไม่ได้ทำการสมรสให้ถูกต้องตามกฎหมาย ถ้าเด็กแน่ใจว่าความเป็นบิดาย่อมเป็นไปตามมาตรา 772 ซึ่งปัจจุบันการอยู่ร่วมกันในลักษณะดังกล่าวถูกพิจารณาว่าเป็นกึ่ง ๆ การสมรส (quasi-marital) จะมีลักษณะเป็นการทำสัญญาร่วมกันระหว่างชายหญิงที่สมัครใจจะอยู่ร่วมกัน และการตีความจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเด็กไม่ต้องการให้มีการพิสูจน์ความเป็นบิดา เว้นแต่สามีที่อยู่กินด้วยหากประสงค์จะได้แย้งก็ต้องมีพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ว่าตนไม่ใช่บิดาที่แท้จริงของเด็ก

กรณีเด็กที่เกิดจากการผสมเทียม<sup>144</sup>

สำหรับเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมนั้น แม้ว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นจะไม่ได้บัญญัติรองรับถึงเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ แต่ในทางตำรากก็ได้มีการวิเคราะห์และนำมาปรับเข้ากับหลักทั่วไปกันอย่างกว้างขวาง ทั้งนี้ การผสมเทียมด้วยวิธีการปฏิสนธิในหลอดแก้วโดยใช้สเปิร์มของสามีจะไม่ค่อยมีปัญหาเกี่ยวกับความเป็นบิดาเท่าใดนัก เด็กจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเสมอ แต่ที่จะประสบปัญหาคือในกรณีของเด็กหลอดแก้วที่อาศัยสเปิร์มจากผู้บริจาค เด็กจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีทราบเท่าที่สามีได้ให้ความยินยอมในการตั้งครรภ์ด้วยกรรมวิธีนี้ อย่างไรก็ตาม ได้มีการแบ่งประเภทเด็ก

<sup>142</sup>Satoshi Minamikata, Shigeru Maruyama, Hiroko Tamaka, *supra* note 138, p. 95.

<sup>143</sup>*Ibid*, p. 98.

<sup>144</sup>*Ibid*, p. 99.

ที่เกิดจากสเปิร์มของผู้บริจาค หากสามีมารดาได้ให้ความยินยอมในการผสมเทียมรูปแบบนี้แล้ว ไม่เพียงแต่ตัวสามีเท่านั้น ยังรวมถึงบุคคลใด ๆ ย่อมเสียสิทธิที่จะได้แจ้งสถานะความเป็นบิดาที่ ชอบด้วยกฎหมายของสามี แต่ถ้าปรากฏว่าสามีไม่ได้ให้ความยินยอมในกรรมวิธีนี้ตั้งแต่แรก สามีก็สามารถฟ้องคดีเพื่อปฏิเสธความเป็นบิดาของเด็กได้

แต่ถ้าเป็นการใช้วิธีการให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากตามกฎหมายญี่ปุ่นยังไม่มี ทั้งหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและบทบัญญัติเฉพาะที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนของหญิงอื่น ตลอดจน กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเก็บรักษาไข่และสเปิร์มที่จะใช้ในการผสมเทียม มาตราการที่ตามมาจึงเป็น เพียงแนวคิดทางทฤษฎีเท่านั้นที่จะถูกนำมาใช้ โดยแนวคิดดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับสถานะภาพของ เด็กที่มีต่อคู่สามีภรรยาซึ่งเป็นผู้จัดให้มีการตั้งครรภ์ด้วยวิธีนี้และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ดังนี้<sup>145</sup>

ประการแรก เด็กซึ่งเกิดจากมารดาตั้งครรภ์แทน และสามีของหญิงที่ให้หญิงอื่น ตั้งครรภ์แทนได้รับรองความเป็นบิดา เด็กจะถือว่าเป็น ส่วนเกินจากการสมรส (extra-marital) ของสามี และเด็กจะไม่มีความสัมพันธ์ในฐานะมารดาและบุตรกับภรรยา เว้นแต่ ภรรยาจะให้ความ ยินยอมในการให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน

ประการที่ 2 ถ้าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้คลอดบุตรโดยอาศัยการฉีดไข่ของภรรยาที่ ได้รับการผสมกับสเปิร์มของสามีแล้ว เด็กจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นส่วนเกินจากการสมรส (extra-marital) ของหญิงที่รับตั้งครรภ์

ประการที่ 3 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้คลอดบุตรหลังจากที่ได้ฝังไข่ของภรรยาซึ่งได้รับการผสมกับสเปิร์มของชายอื่นนอกจากสามี เด็กนั้นก็จะเป็น ส่วนเกินจากการสมรส (extra-marital) ของหญิงที่รับตั้งครรภ์

## (2) บุตรนอกสมรส

บุตรนอกสมรส หมายถึง เด็กที่เกิดจากบิดามารดาซึ่งไม่ได้ทำการสมรสกันตาม กฎหมาย ซึ่งบุตรนอกสมรสจะมีข้อเสียเปรียบบุตรชอบด้วยกฎหมายหลายประการ โดยที่บุตร นอกสมรสมีสิทธิเพียงแต่ครึ่งหนึ่งของบุตรชอบด้วยกฎหมายในคดีเรียกร้องมรดกจากบิดามารดา

มารดาของบุตรนอกสมรสย่อมมีสิทธิและหน้าที่ในฐานะผู้ปกครองบุตรตั้งแต่เวลาที่ เด็กเกิด และบิดาก็สามารถใช้สิทธินี้ได้เช่นกันโดยการทำความตกลงกับมารดาหลังจากที่มีการ รับรองบุตรเกิดขึ้นเช่นเดียวกับกรณีหย่า

<sup>145</sup> Ibid, p. 99.

ในเรื่องสิทธิในการใช้ชื่อสกุล บุตรนอกสมรสจะใช้ชื่อสกุลของมารดาในเวลาเกิด (มาตรา 790 (2)) อย่างไรก็ตาม หลังจากที่ได้มีการรับรองบุตรหรือมีคำพิพากษาของศาลว่า เด็กเป็นบุตร หากเด็กประสงค์จะเปลี่ยนชื่อสกุลไปใช้ชื่อสกุลของบิดา จะต้องยื่นคำร้องต่อศาล ครอบครัวเพื่อให้มีคำสั่งเปลี่ยนชื่อสกุล โดยศาลจะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการขอ สวัสดิภาพ และมาตรฐานความเป็นอยู่ของเด็กและของผู้มีอำนาจปกครอง ตลอดจนความต้องการและผลประโยชน์ของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องประกอบกัน

ทั้งนี้ การทำให้บุตรนอกสมรสเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายย่อมเกิดขึ้นได้ด้วยการสมรสกันในภายหลังของบิดามารดา หรือการเข้าสู่กระบวนการรับรองบุตร ซึ่งอาจเริ่มต้นจากตัวบุตรนอกสมรสหรือบิดา ดังนี้

(1) การรับรองบุตรด้วยความสมัครใจของบิดา หรือเป็นการแสดงเจตนาของชาย ผู้เป็นบิดา โดยการทำเป็นหนังสือรับรองบุตรยื่นต่อสำนักงานจดทะเบียนครอบครัว (มาตรา 781 วรรคหนึ่ง)

(2) การรับรองบุตรโดยผ่านกระบวนการทางศาล หรือการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร เมื่อบิดาไม่เต็มใจที่จะรับรองว่าเป็นบิดาของเด็ก (มาตรา 787)

ทั้งนี้ ชายสามารถรับรองบุตรที่ยังอยู่ในครรภ์มารดาได้ (มาตรา 783 วรรคหนึ่ง) และการรับรองบุตรภายหลังจากการตายของบิดาก็สามารถเกิดขึ้นได้โดยการทำเป็นพินัยกรรม (มาตรา 781 (2)) แต่ในทางกลับกันหากบุตรตายไปแล้ว ชายก็สามารถรับรองว่าเป็นบิดาของบุตรที่ถึงแก่ความตายไปแล้วได้เช่นกัน (มาตรา 783 (2)) แต่มีเงื่อนไขว่า บุตรที่ตายนั้นจะต้องมีผู้สืบสันดานยังมีชีวิตอยู่และผู้สืบสันดานต้องยินยอมในการรับผู้ตายเป็นบุตรของชายด้วย

แต่ถ้าเป็นกรณีที่ชายผู้เป็นบิดายังเป็นผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถก็ยังมีสิทธิรับรองบุตรด้วยตนเองตราบเท่าที่สามารถเข้าใจถึงความหมายและผลของการกระทำของตน (กรณีผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปี กฎหมายถือว่ามีความสามารถพอที่จะกระทำการด้วยตนเอง แต่ถ้าเป็นกรณีของผู้ไร้ความสามารถ ก็ต้องมีใบรับรองแพทย์แนบมาด้วยเพื่อแสดงให้เห็นว่าสามารถเข้าใจในความหมายและการกระทำของตนเอง)<sup>146</sup>

การรับรองบุตรย่อมมีผลย้อนหลังไปถึงเวลาที่เด็กเกิด โดยที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิใด ๆ ของบุคคลภายนอกที่ได้มาก่อนการรับรองบุตรให้ต้องเสื่อมเสียไป (มาตรา 784)<sup>147</sup>

<sup>146</sup> *Ibid*, p. 100.

<sup>147</sup> Article 784. Acknowledgment shall be effective retroactively as from the time of birth; however, the rights acquired by third persons prior thereto shall not be prejudiced thereby.

(3) การฟ้องคดีขอให้บิดารับเด็กเป็นบุตร (An action for acknowledgment)<sup>148</sup>

มักจะเป็นกรณีที่ชายผู้เป็นบิดาปฏิเสธที่จะรับรองบุตรด้วยความสมัครใจ โดยเด็กสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาล ซึ่งการวินิจฉัยของศาลจะคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ ในขณะที่การรับรองความเป็นมารดากลับไม่มีการโต้แย้งเกิดขึ้น เพราะความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรย่อมได้รับการยืนยันจากข้อเท็จจริงจากการเกิด เว้นเสียแต่จะเป็นกรณีของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง (ซึ่งกฎหมายญี่ปุ่นจะแยกเด็กที่ถูกทอดทิ้งเป็นเด็กอีกประเภทหนึ่งที่มีบทบัญญัติรองรับเป็นพิเศษ)

มาตรา 787<sup>149</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น บัญญัติถึงผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลขอให้วินิจฉัยว่าเด็กเป็นบุตรของชาย คือ

1. เด็ก ในทางปฏิบัติจะกำหนดให้ผู้เยาว์อายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป ซึ่งถือว่าสามารถเข้าใจในความหมายและผลของการกระทำของตนเอง ถ้าเด็กเป็นผู้ไร้ความสามารถ ก็สามารถยื่นคำร้องขอให้ชายรับเด็กเป็นบุตรได้ โดยศาลจะต้องหาผู้แทนเฉพาะคดีให้ ผู้แทนของเด็กสามารถยื่นคำร้องขอให้มีการรับเด็กเป็นบุตรในนามของเด็กและผู้สืบสันดานได้ เว้นแต่คำร้องขอดังกล่าวจะขัดกับเจตนาของเด็กหรือผู้สืบสันดาน

2. ผู้สืบสันดานของเด็ก

3. ผู้แทนตามกฎหมายของบุคคลตาม 1 และ 2 (อาจจะเป็นมารดาของเด็ก)

แต่ถ้าเป็นกรณีของทารกที่ยังอยู่ในครรภ์มารดา กรณีนี้จะยังไม่มีสิทธิยื่นคำร้องขอต่อศาลให้วินิจฉัยถึงความเป็นบุตรของชาย แต่สามารถทำคำร้องเพื่อขอให้มีความวินิจฉัยหลังจากคลอดบุตรแล้วได้ ถึงแม้ว่าชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดาจะถึงแก่ความตายไปแล้วก็ตาม ทั้งนี้ ศาลสามารถวินิจฉัยยืนยันถึงความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตรเป็นการขัดแย้งกับพินัยกรรมของชายได้<sup>150</sup>

สำหรับเหตุในการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลวินิจฉัยว่าเด็กเป็นบุตรของชายนั้น จะเกิดขึ้นได้หลายกรณีด้วยกัน ดังนี้

<sup>148</sup>Satoshi Minamikata, Shigeru Maruyama, Hiroko Tamaka, *supra note* 138, p. 105.

<sup>149</sup>Article 787. A child or any of its lineal descendants or the legal representative of any of them can bring an action for acknowledgment; however, this shall not apply after the lapse of three years from the time when the father or mother died.

<sup>150</sup>Satoshi Minamikata, Shigeru Maruyama, Hiroko Tamaka, *supra note* 138, p. 105.

1. ถ้าเป็นเด็กที่ได้จดทะเบียนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย ตามข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดา มาตรา 772 (หมายถึง เด็กที่เกิดในระหว่างการสมรส ย่อมสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายซึ่งเป็นสามีมารดา) เด็กจะไม่สามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลให้บิดาที่แท้จริงรับรองบุตรได้ เว้นแต่บุคคลที่จดทะเบียนว่าเป็นบิดาของเด็กจะปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

2. ถ้าเป็นบุตรที่ไม่อาจเป็นไปตามข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาตามมาตรา 772 เช่น กรณีที่เด็กเกิดมาไม่ถึง 200 วันนับแต่วันที่บิดามารดาได้สมรสกัน เนื่องจากบิดามารดาได้อยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาก่อนที่จะทำการสมรส (เป็นกรณีของการตั้งครรภ์ก่อนการสมรส) หรือกรณีที่เด็กคลอดออกมาเกินกว่า 300 วันหลังจากการสมรสได้สิ้นสุดลง<sup>151</sup> หรือไม่มีพยานหลักฐานว่าสามีของหญิงมารดาเป็นบิดาของเด็ก ถึงแม้ว่าเด็กจะเข้าเงื่อนไขตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายก็ตาม เช่น กรณีที่ภริยาได้คลอดบุตรออกมาในระหว่างที่สามีถูกจำคุกอยู่เป็นระยะเวลาานาน เช่นนี้ก็ดูจะไม่เป็นธรรมดาถ้าจะให้สันนิษฐานว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีมารดา<sup>152</sup>

กรณีดังกล่าวย่อมมีสิทธิฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้บิดาที่แท้จริงรับเด็กเป็นบุตรได้ ทั้ง ๆ ที่บุคคลที่ได้จดทะเบียนว่าเป็นบิดาของเด็กจะไม่ได้ปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของเด็กก็ตาม

3. เด็กได้จดทะเบียนว่าเป็นบุตรตามมาตรา 772 เนื่องจากเอกสารการเกิดมีข้อผิดพลาด กรณีนี้เด็กสามารถร้องขอต่อศาลให้บิดาที่แท้จริงรับตนเป็นบุตรได้

4. มีบุคคลอื่นได้รับรองเด็กว่าเป็นบุตรของตน กรณีนี้เด็กก็ไม่อาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้บิดาที่แท้จริงรับตนเป็นบุตรได้ เว้นแต่การรับรองบุตรก่อนหน้านี้จะถูกประกาศว่าเป็นโมฆะเสียก่อน ส่วนจำเลยในคดีฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตร คือ บิดาที่แท้จริง หรือพนักงานอัยการในกรณีที่บิดาที่แท้จริงถึงแก่ความตาย หากบิดาเป็นผู้ไร้ความสามารถ ผู้อนุบาลก็สามารถดำเนินการในฐานะจำเลยในคดีแทนได้<sup>153</sup>

ถ้าเป็นคดีฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรภายหลังจากการตายของบิดา ผู้มีส่วนได้เสียอาจจะร่วมในกระบวนการนี้เพื่อให้มีคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ของตน ซึ่งศาลอาจมีคำวินิจฉัยตามที่เห็นสมควร<sup>154</sup>

<sup>151</sup> *Ibid*, p. 97.

<sup>152</sup> *Ibid*, p. 98.

<sup>153</sup> *Ibid*, p. 106

<sup>154</sup> *Ibid*.

ทั้งนี้ การฟ้องคดีขอให้บิดารับเด็กเป็นบุตร สามารถทำขึ้นในเวลาใด ๆ ในระหว่างที่บิดาที่แท้จริงซึ่งถูกฟ้องเป็นจำเลยยังมีชีวิตอยู่ หรือจะต้องฟ้องภายใน 3 ปีหลังจากบิดาถึงแก่ความตาย (มาตรา 787)<sup>155</sup>

ขั้นตอนการฟ้องคดี จะต้องฟ้องที่ศาลครอบครัว โดยกระบวนการแรกเริ่มศาลจะให้ทำการไกล่เกลี่ยกันก่อนที่จะมีการดำเนินคดี แต่ถ้าการไกล่เกลี่ยล้มเหลว คดีก็อาจจะโอนไปยังศาลจังหวัดแทน ซึ่งศาลสามารถสืบสวนหาข้อเท็จจริงของคดีโดยพิจารณาทั้งองค์ประกอบทางด้านพันธุกรรมและทางสังคม<sup>156</sup> เช่น

1. มารดาเด็กมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายในช่วงเวลาที่อาจตั้งครรภ์ได้
2. มีผลการตรวจสอบ DNA และกลุ่มเลือดของชายที่สงสัยว่าเป็นบิดาและของเด็กที่สอดคล้องกัน
3. พิจารณาจากบุคลิกลักษณะทางกายภาพ เช่น โครงสร้างกระดูก ลายพิมพ์นิ้วมือ หรือลายพิมพ์ฝ่ามือ
4. ชายได้ยอมรับต่อสังคมที่เขาอยู่ว่าเด็กคือบุตรของตน

#### ผลของคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรของชายผู้เป็นบิดา

ในความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตรนอกสมรส เมื่อปรากฏว่าได้มีการรับรองความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นวิธีการแสดงเจตนาของชาย หรือโดยการฟ้องคดีต่อศาล ผลของการรับรองบุตรหรือการมีคำวินิจฉัยของศาลว่าเด็กเป็นบุตร จะมีผลย้อนหลังไปถึงเวลาที่เด็กเกิด แต่จะไม่กระทบถึงสิทธิต่าง ๆ ที่บุคคลภายนอกได้มาก่อนที่จะมีการรับรองบุตรนั้น (มาตรา 784)<sup>157</sup>

<sup>155</sup>Hiroshi Oda, *supra* note 138, p. 239.

Japan Civil Code. Article 787. A child or any of its lineal descendants or the legal representative of any of them can bring an action for acknowledgment; however, this shall not apply after the lapse of three years from the time when the father or mother died.

<sup>156</sup>Satoshi Minamikata, Shigeru Maruyama, Hiroko Tamaka, *supra* note 138, p. 107.

<sup>157</sup>Japan Civil Code. Article 784. Acknowledgment shall be effective retroactively as from the time of birth; however, the rights acquired by third persons prior thereto shall not be prejudiced thereby.

ผลของคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างบิดากับบุตร บุตรย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดา มีสิทธิสืบทอดมรดกของบิดา ในขณะที่บิดาก็มีสิทธิเหนือตัวบุตรในการให้การอุปการะเลี้ยงดู มีสิทธิติดต่อกับบุตร ตลอดจนมีสิทธิในฐานะทายาทผู้รับมรดกของบุตร โดยที่ศาลสามารถมีคำสั่งเกี่ยวกับค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่ชายจะต้องรับภาระไป ตลอดจนสามารถมีคำสั่งเกี่ยวกับส่วนแบ่งมรดกที่เด็กจะได้รับจากทรัพย์สินของบิดาที่ถึงแก่ความตายไปแล้วได้

ในกรณีที่บุตรนอกสมรสซึ่งเกิดจากมารดาที่ไม่มีสัญชาติญี่ปุ่น เมื่อได้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายชาวญี่ปุ่นแล้วก็อาจได้สัญชาติญี่ปุ่นโดยการยื่นคำร้องขอเพื่อเปลี่ยนเป็นสัญชาติตามบิดาได้

นอกจากนี้ บุตรย่อมมีสิทธิเปลี่ยนไปใช้ชื่อสกุลของบิดาโดยจะต้องยื่นคำร้องขอเปลี่ยนชื่อสกุลต่อศาลครอบครัว<sup>158</sup> แต่กรณีนี้ก็ได้เป็นการบังคับให้ต้องเปลี่ยนเสมอไป บุตรยังสามารถเลือกที่จะใช้ชื่อสกุลของมารดาเช่นเดิมได้

### 3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรตามระบบกฎหมาย Common Law และระบบกฎหมาย Civil Law

#### 3.3.1 เปรียบเทียบแนวความคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการทางกฎหมาย

ในด้านประวัติศาสตร์ความเป็นมา และวิวัฒนาการทางสังคม แม้ว่าทั้งระบบกฎหมาย Common Law และระบบกฎหมาย Civil Law จะมีสภาพเศรษฐกิจ สังคม การเมืองและการปกครองที่แตกต่างกันก็ตาม แต่หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวในอดีต ทั้งระบบกฎหมาย Common Law ระบบกฎหมาย Civil Law ต่างก็รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมันทั้งสิ้น ซึ่งกฎหมายโรมันจะให้ความสำคัญกับหัวหน้าครอบครัวหรือบิดา (Patria Potestas) ซึ่งต้องเป็นเพศชายเท่านั้น โดยมีอำนาจเต็มที่ในการปกครองภายในครอบครัว กฎเกณฑ์ที่จะทำให้บุตรนอกสมรสเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายภายหลังการเกิดก็จะใช้วิธีการอาศัยอำนาจของฝ่ายบริหารหรืออำนาจของฝ่ายตุลาการ เพื่อให้ออกประกาศหรือคำสั่งแสดงความเป็นบิดาและบุตร

ระบบ Common Law เป็นระบบกฎหมายที่ยึดถือกฎหมายจารีตประเพณีอย่างเหนียวแน่น โดยหลักกฎหมายที่ได้จะมาจากจารีตประเพณีและแนวคำพิพากษาของศาล ในอดีต

<sup>158</sup> Ibid, p.102.

ระบบ Common Law จะไม่ยอมรับฐานะของบุตรนอกสมรส เป็นผลให้เด็กจะรับมรดกของบิดาไม่ได้ และแทบจะไม่มีสภาพเป็นสมาชิกของครอบครัว โดยถือกันอย่างเคร่งครัดมากและไม่ยอมให้บุตรนอกสมรสได้รับการแก้ไขสถานะด้วยการสมรสกันในภายหลังของบิดามารดา แต่จะทำได้วิธีเดียวคือ การออกเป็นกฎหมายพิเศษของรัฐสภา ซึ่งต่อมาได้มีการออกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อยกฐานะของบุตรนอกสมรสให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ในปัจจุบันกฎหมายเรื่องความสัมพันธ์ภายในครอบครัวหรือความเป็นบิดาและบุตรจึงปรากฏอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งบัญญัติออกมารองรับเป็นการเฉพาะเรื่อง เช่น The Family Law Reform Act ของประเทศอังกฤษ หรือ Divorce Act ของประเทศแคนาดา เป็นต้น

ส่วนระบบกฎหมาย Civil Law เป็นระบบกฎหมายที่มีรากฐานมาจากการฟื้นฟูกฎหมายโรมันโดยตรง ซึ่งแพร่ขยายไปทั่วภาคพื้นยุโรป โดยเป็นระบบที่มุ่งเน้นที่การจัดทำประมวลกฎหมาย และถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรเป็นความสัมพันธ์ทางแพ่งระหว่างเอกชนด้วยกัน ดังนั้น หลักกฎหมายครอบครัวส่วนใหญ่แล้วจะปรากฏเป็นส่วนหนึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศที่ใช้ระบบนี้ เช่น German Civil Code หรือ Japan Civil Code เป็นต้น

### 3.3.2 เปรียบเทียบกระบวนการทางกฎหมายในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรในปัจจุบัน

(1) หลักการพื้นฐานในการกำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดาและบุตรก่อนมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร

ทั้งระบบกฎหมาย Common Law และระบบกฎหมาย Civil Law ไม่มีความแตกต่างกันในเรื่องนี้เท่าใดนัก โดยจุดเริ่มต้นของความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรจะแตกต่างจากความสัมพันธ์ระหว่างมารดาและบุตรซึ่งเกิดขึ้นตามหลักสายโลหิต โดยหญิงผู้ให้กำเนิดย่อมมีสถานะของความเป็นมารดาของบุตรเสมอ ในขณะที่ความเป็นบิดายังต้องมีการพิสูจน์กันต่อไป แต่เพื่อประโยชน์ของเด็กที่เกิดมา ทั้งระบบ Common Law และระบบ Civil Law ต่างก็ยอมรับเอาข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาโดยยึดจากการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นหลัก กล่าวคือ เด็กที่เกิดในระหว่างการสมรส ย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีมารดาเสมอ เว้นแต่ชายจะพิสูจน์หักล้างว่าตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้

หากเป็นกรณีที่เด็กเกิดมาโดยไม่เป็นไปตามข้อสันนิษฐานความเป็นบิดา เด็กจะมีฐานะเป็นบุตรนอกสมรสของบิดา ซึ่งเป็นกรณีที่บิดามารดาไม่ได้ทำการสมรสกันในเวลาที่เด็กเกิด เนื่องจากไม่อาจสมรสตามกฎหมายเพราะขัดต่อเงื่อนไขในการสมรส เช่น บิดามารดาเป็นพี่น้องร่วมสายโลหิต หรือบิดาหรือมารดาต่างก็มีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้ว

สิทธิและหน้าที่ของความเป็นบุตรนอกสมรส ในปัจจุบัน ทั้งสองระบบต่างก็ให้การรับรองฐานะของบุตรนอกสมรสเทียบเท่ากับบุตรชอบด้วยกฎหมายทุกประการ ยกเว้นสิทธิและหน้าที่ ตลอดจนความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่มีต่อบิดาและเครือญาติทางฝ่ายบิดาเท่านั้นที่บุตรนอกสมรสขาดหายไป เป็นผลให้บิดาไม่อาจอ้างสิทธิใด ๆ เหนือตัวบุตรนอกสมรส อำนาจปกครองบุตรนอกสมรสจะอยู่ที่มารดาแต่เพียงผู้เดียว แต่ก็มีบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษยอมรับให้ชายผู้เป็นบิดาของบุตรนอกสมรสเข้ามามีอำนาจปกครองบุตรได้ โดยการทำเป็นข้อตกลงกับหญิงมารดา

อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศ เช่น ประเทศแคนาดา ยอมรับให้สิทธิแก่เด็กที่เกิดจากบิดามารดาอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาโดยมิได้สมรสได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายที่มารดาอยู่กินด้วย ในขณะที่บางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษก็ยังไม่ยอมรับถึงหลักการนี้ เด็กที่เกิดจากการอยู่กินของบิดามารดาก็ยังคงเป็นบุตรนอกสมรสอยู่เช่นเดิม เพียงแต่การอยู่กินของบิดามารดาถือว่าเป็นพฤติการณ์อย่างหนึ่งที่น่าเชื่อว่าเด็กเป็นบุตรของชายที่มารดาได้อยู่กินด้วยโดยเป็นเหตุประการหนึ่งของการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร

## (2) หลักเกณฑ์การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร

### (2.1) เหตุแห่งการฟ้องคดี

ประเทศในระบบ Common Law ส่วนใหญ่แล้วจะกำหนดเหตุแห่งการฟ้องคดีไว้อย่างกว้าง ๆ ซึ่งจะทำการฟ้องคดีเป็นไปอย่างง่ายดายยิ่งขึ้น เช่น ประเทศอังกฤษ เพียงแต่มีพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าได้มีการร่วมประเวณีกันระหว่างชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาของเด็กในช่วงเวลาที่หญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ได้ ก็ถือว่าเป็นเหตุในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรแล้ว จากนั้นก็จะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลว่าสมควรรับไว้พิจารณาหรือไม่ แต่ในบางกรณีก็เป็นเรื่องที่ศาลเห็นเองและดำเนินการให้มีการพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตรขึ้น อันสืบเนื่องมาจากที่ได้มีการฟ้องคดีอื่นซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร เช่น คดีแบ่งทรัพย์สินมรดก เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การจะพิจารณาคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรนั้น ศาลจะคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ ในการพิจารณาของศาลในประเทศแคนาดา แม้จะปรากฏพฤติการณ์ที่น่าเชื่อว่าชายผู้เป็นจำเลยอาจจะเป็นบิดาของเด็ก แต่ถ้าหากศาลเห็นว่าการฟ้องคดีดังกล่าวจะไม่ใช่ผลดีแก่ตัวเด็ก ศาลก็มีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่ให้มีการพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตรได้

ระบบ Civil Law ส่วนใหญ่แล้วจะกำหนดพฤติการณ์อันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีไว้หลายเหตุด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ชายหญิงได้อยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาโดยมิได้สมรสในช่วงเวลาที่หญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ได้ ซึ่งในบางประเทศ เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ จะกำหนดเหตุแห่งการฟ้องคดีซึ่งมีลักษณะของการกระทำผิดอาญาไว้ในกฎหมาย เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา มีการลักพาหรือล่อลวง ประเทศฝรั่งเศสให้สิทธิฟ้องคดีเมื่อปรากฏพฤติการณ์ว่า ชายแสดงออกต่อสังคมยอมรับว่าเด็กเป็นบุตรของตน หรือให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ตลอดจนให้เด็กได้รับการศึกษาตามสมควร สำหรับเหตุผลที่กำหนดพฤติการณ์อันเป็นข้ออ้างในการฟ้องคดีไว้ในกฎหมาย ก็เพื่อป้องกันมิให้มีการฟ้องคดีประเภทนี้มากเกินไปโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และแม้ว่าหลายประเทศในระบบ Civil Law จะระบุข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีไว้ก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสหรือประเทศเยอรมันก็ได้กำหนดเหตุหนึ่งที่เปิดกว้างให้สามารถฟ้องได้อย่างกว้างขวาง คือ ข้อเท็จจริงที่ว่าชายและหญิงได้ร่วมประเวณีกันในช่วงเวลาที่หญิงอาจตั้งครรภ์ได้

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นระบบ Common Law และระบบ Civil Law ต่างก็มีแนวโน้มที่จะไม่จำกัดเหตุแห่งการฟ้องคดี โดยขยายให้สามารถยื่นฟ้องต่อศาลได้อย่างกว้างขวาง เนื่องจากถือความเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่จะรับทราบข้อมูลเกี่ยวกับชาติกำเนิดของตน ประกอบกับศาลต้องเข้ามามีบทบาทค่อนข้างมากและต้องเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาโดยยึดหลักประโยชน์สุขของเด็กเป็นที่ตั้ง

## (2.2) ผู้มีสิทธิฟ้องคดี และผู้ที่อาจเป็นจำเลยในคดี

ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Common Law หรือระบบ Civil Law จะกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรไว้คล้ายคลึงกัน โดยสามารถแบ่งประเภทของผู้มีสิทธิฟ้องคดีได้ดังนี้

ประเภทแรก ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง คือ เด็ก มารดาของเด็ก ตลอดจนทายาทหรือผู้สืบสันดานในกรณีที่บุคคลดังกล่าวถึงแก่ความตาย และผู้แทนโดยชอบธรรมในกรณีที่เด็กยังเป็นผู้เยาว์ ประเทศญี่ปุ่นจะกำหนดให้เด็กที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปี ขึ้นไปฟ้องคดีเอง แต่ถ้าเด็กเป็นผู้ไร้ความสามารถ ศาลก็จะตั้งผู้แทนเฉพาะคดีให้ ส่วนประเทศที่ใช้ระบบ Common Law บางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษจะให้สิทธิแก่ชายซึ่งอ้างว่าเป็นบิดาของเด็กสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้แสดงว่าเด็กเป็นบุตรของตนได้

ประเภทที่สอง ผู้มีผลประโยชน์ส่วนได้เสียหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกำหนดความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างบิดาและบุตร เช่น เครื่องญาติ

ประเภทที่สาม หน่วยงานของรัฐ เช่น พนักงานอัยการ หรือองค์กรที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสงเคราะห์เด็ก ซึ่งประเทศอังกฤษและมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐเข้ามาช่วยเหลือ และเข้ามาแทรกแซงกระบวนการเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเด็กหรือของบุคคลที่สาม หรือในกรณีที่มีการฟ้องคดีมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศ เช่น ประเทศแคนาดา จะไม่ระบุตัวว่าใครเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีแต่จะกำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ โดยกำหนดให้บุคคลใด ๆ ซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียสามารถฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้

นอกเหนือจากบุคคลทั้งสามประเภทข้างต้น กรณีของประเทศอังกฤษ ศาลอาจเป็นผู้เริ่มต้นเพื่อให้มีการพิสูจน์ถึงความเป็นบิดาและบุตรได้ ในกรณีที่มีการฟ้องหรือร้องขอต่อศาลเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องอื่น แต่มีประเด็นที่เกี่ยวข้องถึงความเป็นบิดาและบุตร ศาลก็สามารถทำคำสั่งให้มีการพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตรได้

ผู้ที่จะเป็นจำเลยในคดี คือ ชายผู้คาดว่าเป็นบิดา อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นการฟ้องคดีหลังจากบิดาถึงแก่ความตาย ประเทศส่วนใหญ่จะให้สิทธิแก่ทายาทเข้ารับมรดกความแทนเฉพาะประเทศญี่ปุ่นเท่านั้นที่กำหนดให้พนักงานอัยการดำเนินการแทนจำเลย และถ้าชายตกเป็นผู้ไร้ความสามารถก็ต้องให้ผู้อนุบาลดำเนินการในฐานะจำเลยแทน

### (2.3) ระยะเวลาในการฟ้องคดี

กลุ่มประเทศ Common Law ส่วนใหญ่แล้วจะไม่กำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีเป็นการตายตัว แต่จะเปิดกว้างให้สามารถฟ้องได้ในเวลาใด ๆ โดยที่ถ้าปล่อยเวลาให้ยิ่งเนิ่นนานออกไปโดยไม่ฟ้องคดี ความยากในการพิสูจน์ก็จะยิ่งเพิ่มมากขึ้น ยกเว้นประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดเรื่องระยะเวลาในการฟ้องคดีไว้อย่างชัดเจนแตกต่างกันออกไปในแต่ละมลรัฐ บางมลรัฐให้สิทธิฟ้องคดีขอให้ชายรับเด็กเป็นบุตรในขณะที่เด็กยังอยู่ในครรภ์มารดา แต่ศาลยังไม่อาจตัดสินได้จนกว่าเด็กจะคลอดออกมาแล้ว มลรัฐวอชิงตันจะกำหนดให้สามารถฟ้องคดีได้ในเวลาใด ๆ ระหว่างที่เด็กยังมีชีวิตอยู่ แต่ถ้าชายตกอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดา ก็สามารถฟ้องคดีภายในเวลาไม่เกิน 2 ปีนับจากวันที่เด็กเกิด มลรัฐเท็กซัสจะกำหนดระยะเวลาในการฟ้องไว้ที่ไม่เกินวันครบรอบวันเกิดปีที่ 4 ของเด็ก มลรัฐเคนตักกีกำหนดระยะเวลาถึง 18 ปีหลังจากการเกิดของเด็ก ในขณะที่มลรัฐโรดไอส์แลนด์ก็ให้สิทธิในการฟ้องคดีได้จนถึงภายหลังจากที่เด็กบรรลุนิติภาวะแล้วไม่เกิน 4 ปี และต้องฟ้องในระหว่างที่บิดายังมีชีวิตอยู่เท่านั้น ในขณะที่บางมลรัฐในประเทศ

แคนาดาจะกำหนดว่าถ้าบิดาและเด็กถึงแก่ความตายไปแล้วทั้งคู่จะมีอาจฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้เลย

เมื่อเปรียบเทียบกับกลุ่มประเทศ Civil Law จะกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีไว้ค่อนข้างแน่ชัด ประเทศฝรั่งเศสจะกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีไว้ที่ 2 ปีนับแต่วันที่เด็กเกิดหรือ 2 ปีนับแต่วันที่การอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้สิ้นสุดลง แต่ถ้าหากยังไม่มีการฟ้องคดีในระหว่างที่เด็กยังเป็นผู้เยาว์ ก็ยังมีสิทธิฟ้องคดีได้อีก 2 ปีนับแต่เด็กบรรลุนิติภาวะ ประเทศญี่ปุ่นจะให้สิทธิในการฟ้องคดีได้ในเวลาใด ๆ ในระหว่างที่ชายผู้เป็นบิดายังมีชีวิตอยู่ แต่ถ้าบิดาถึงแก่ความตายไปแล้วก็สามารถฟ้องคดีภายใน 3 ปีหลังจากบิดาถึงแก่ความตาย นอกจากนี้ยังมีมลรัฐหลายเขี้ยวของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นมลรัฐที่ใช้ระบบ Civil Law เช่นกันก็จะกำหนดระยะเวลาการฟ้องไว้ที่ 1 ปี นับแต่วันที่เด็กเกิด ถ้าหากเด็กหรือชายผู้คาดว่าเป็นบิดาถึงแก่ความตายไปแล้วก็สามารถฟ้องคดีได้แต่ต้องไม่เกิน 1 ปีนับจากวันที่เด็กหรือชายผู้คาดว่าเป็นบิดาถึงแก่ความตาย อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าประเทศเยอรมัน ซึ่งบทบัญญัติในปัจจุบัน (ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ปรับปรุงใหม่ ปี ค.ศ. 2005) กลับไม่ได้ระบุถึงระยะเวลาในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรเอาไว้แต่อย่างใด

#### (2.4) หลักเกณฑ์การพิจารณาของศาล และมาตรฐานการพิสูจน์

กรณียอมถือเป็นหลักทั่วไปที่ว่าภาระการพิสูจน์ในเรื่องสถานะความเป็นบิดาย่อมตกแก่ผู้กล่าวอ้างเสมอ โดยที่จะต้องพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตรด้วยพยานหลักฐานที่มีความชัดเจนและน่าเชื่อถือ อย่างไรก็ตาม กลุ่มประเทศ Common Law เช่น ประเทศอังกฤษจะพิจารณาโดยอาศัยหลักการซึ่งน้ำหนักแห่งความเป็นไปได้ของพยานหลักฐาน (Balance probability) ประเทศสหรัฐอเมริกาจะพิสูจน์โดยอาศัยหลักพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักยิ่งกว่า (The Preponderance of the evidence) ในขณะที่กลุ่มประเทศ Civil Law เช่น ประเทศเยอรมันจะกำหนดน้ำหนักการพิสูจน์อยู่ที่ต้องทำให้ศาลเห็นว่าพยานหลักฐานได้ชี้ให้เห็นถึงความแน่นอนอย่างยิ่งที่ชายผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นบิดา ส่วนประเทศฝรั่งเศสจะพิจารณาจากข้อสันนิษฐานหรือพยานแวดล้อมที่มีความหนักแน่นมั่นคง (serious presumptions or circumstantial evidence.)

ทั้งนี้ พยานหลักฐานต่าง ๆ อาจปรากฏในรูปแบบของพยานเอกสาร เช่น สูติบัตรที่มีชื่อชายเป็นบิดา พยานแวดล้อม เช่น พฤติกรรมต่าง ๆ ที่ชายแสดงออกว่าเด็กเป็นบุตร หรือพยานหลักฐานที่เกิดจากกระบวนการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ เช่น ผลการตรวจเลือด หรือผลการตรวจลายพิมพ์ DNA (DNA Fingerprinting)

ในปัจจุบัน ศาลของทั้งสองระบบจะให้ความเชื่อถือผลการตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจลายพิมพ์ DNA แม้จะเป็นเพียงพยานหลักฐานที่แสดงถึงความเป็นไปได้

ที่จะเป็นบิดาและบุตรก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักมาก ในบางประเทศ เช่น ประเทศแคนาดา ศาลมีอำนาจสั่ง (order) ให้คู่ความเข้ารับการตรวจเลือดได้ แต่ประเทศอังกฤษ ศาลมีอำนาจเพียงการชี้แนะ (direction) ให้คู่ความเข้ารับการตรวจเลือดโดยคู่ความต้องให้ความยินยอมแล้วเท่านั้น

นอกจากนี้บางประเทศในระบบ Common Law จะกำหนดให้การพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตรจะต้องเป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การเข้าสู่กระบวนการพิสูจน์ และวิธีในการพิสูจน์ เช่น ประเทศแคนาดา จะยึดหลักว่าหากผลตรวจเลือดออกมาตั้งแต่ 99.98% ก็เป็นที่น่าเชื่อว่าชายจะเป็นบิดาของเด็ก ในขณะที่ประเทศในระบบ Civil Law จะไม่ได้บัญญัติเอาไว้ชัดเจนขนาดนั้น แต่จะให้ถือเป็นดุลพินิจของศาลที่จะสั่งให้มีการตรวจพิสูจน์ด้วยวิธีใดก็ได้ตามแต่จะเห็นสมควร และจะไม่ได้กำหนดมาตรฐานการพิสูจน์เอาไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนเช่นเดียวกับกลุ่มประเทศ Common Law

#### (2.5) ผลของคำพิพากษาศาลว่าเด็กเป็นบุตร

รูปแบบของคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลเกี่ยวกับความเป็นบิดาและบุตร กลุ่มประเทศ Common Law บางประเทศอาจจะออกเป็น "คำสั่งศาลแสดงความเป็นบิดา" (Paternity declarations) ฐานะของเด็กเมื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งจะถือว่าเป็นบุตรที่แท้จริงของบิดา (Natural child) แต่ไม่ได้กำหนดว่าเด็กจะมีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาแต่อย่างใด จุดมุ่งหมายจะอยู่ที่สิทธิประโยชน์ที่เด็กจะได้รับจากการมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับบิดา และนอกจากนี้กฎหมายของกลุ่มประเทศ Common law ก็จะไม่ได้อำนาจให้ศาลสั่งอย่างชัดเจนว่าผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งว่าเด็กเป็นบุตรมีผลเมื่อไร แต่ศาลอาจมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวเนื่องจากการประกาศความเป็นบิดาและบุตรในเรื่องความรับผิดชอบในค่าอุปการะเลี้ยงดู โดยที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้สิทธิย้อนหลังไปจนถึงช่วงเวลาที่ยังมีชีวิตอยู่ได้

ในขณะที่กลุ่มประเทศ Civil Law จะบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า เมื่อมีคำพิพากษาศาลว่าเด็กเป็นบุตร ย่อมทำให้เด็กมีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดา โดยที่ประเทศฝรั่งเศสจะกำหนดให้คำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรมีผลนับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุด แต่ประเทศญี่ปุ่นจะกำหนดให้คำพิพากษามีผลย้อนหลังไปถึงเวลาที่เด็กเกิด โดยที่ไม่กระทบถึงสิทธิต่าง ๆ ของบุคคลภายนอกที่ได้มาก่อนที่จะมีคำพิพากษาให้ต้องเสื่อมเสียไป

ทั้งระบบ Common Law และระบบ Civil law ต่างก็กำหนดให้ผลของคำพิพากษานำมาซึ่งสิทธิและหน้าที่ของความเป็นบิดาและบุตร ตลอดจนความสัมพันธ์ที่มีต่อเครือญาติทางฝ่ายบิดา บุตรย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบิดา มีสิทธิใช้ชื่อสกุลของบิดา มีสิทธิที่

จะขอเปลี่ยนสัญชาติตามบิดา และมีสิทธิเข้าเป็นทายาทสืบมรดกของบิดา ตลอดจนสามารถร้องขอให้แก้ไขทะเบียนเกิดให้ลงชื่อบิดาที่แท้จริงได้ ซึ่งกรณีของประเทศอังกฤษ ศาลจะเป็นผู้บังคับสั่งให้นายทะเบียนกลางทำการแก้ไขทะเบียนเกิดเอง

ส่วนทางฝ่ายบิดา ศาลอาจกำหนดให้บิดาเข้ามามีอำนาจปกครองบุตรร่วมกับมารดาของเด็ก แต่ในบางกรณีศาลอาจไม่สั่งให้บิดามีอำนาจปกครองบุตรเมื่อศาลได้พิจารณาถึงความเหมาะสมและประโยชน์ที่เด็กจะได้รับ โดยศาลอาจจะสั่งให้บิดาจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูแทน อย่างไรก็ตาม ก็ไม่ได้เป็นการบังคับให้ศาลต้องมีคำสั่งเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ได้ว่าชายเป็นบิดาของเด็ก แต่ศาลย่อมมีอำนาจที่จะไม่พิพากษาว่าชายเป็นบิดา ถ้าปรากฏว่ากรรมมีคำพิพากษาเช่นนั้นจะไม่ใช่ประโยชน์แก่เด็กเลย เช่น กรณีที่เด็กเกิดจากการข่มขืนกระทำชำเรา หรือชายเป็นบุคคลอันตรายต่อความปลอดภัยของมารดาและบุตร

เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งว่าเด็กเป็นบุตรแล้ว ในตัวคำพิพากษานอกจากจะประกาศความเป็นบิดาแล้ว ทั้งระบบ Common Law และระบบ Civil Law อาจกำหนดในเรื่องอำนาจปกครองบุตร สิทธิในการติดต่อกับบุตร หน้าที่ของบิดาที่จะต้องจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร โดยที่ในประเทศสหรัฐอเมริกาศาลอาจจะมีคำสั่งเรื่องการจ่ายค่าชดเชยในค่าใช้จ่ายที่เสียไประหว่างการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรได้อีกด้วย