

วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรตามกฎหมายต่างประเทศ
กับกฎหมายครอบครัวไทย และพิจารณาปัญหาต่าง ๆ ในเรื่องดังกล่าว

5.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรตามกฎหมายต่างประเทศ
กับกฎหมายครอบครัวไทย

5.1.1 เปรียบเทียบแนวความคิด และวิวัฒนาการทางกฎหมายระหว่างกฎหมายต่างประเทศ
และกฎหมายครอบครัวไทย

จากการศึกษาถึงแนวความคิดและวิวัฒนาการของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับ
กฎหมายครอบครัวทั้งระบบ Common Law และระบบ Civil Law นั้น พบว่าต่างก็ได้รับอิทธิพล
จากกฎหมายโรมัน รวมถึงหลักกฎหมายศาสนจักรในบางเรื่อง ในขณะที่กฎหมายครอบครัวไทย
ในสมัยโบราณก่อนที่แนวความคิดของกฎหมายต่างประเทศจะเข้ามามีบทบาทต่อวงการกฎหมาย
ไทย หลักกฎหมายครอบครัวไทยจะได้รับอิทธิพลจากวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีของ
อินเดีย เขมร และมอญ

ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายต่างประเทศหรือกฎหมายไทย แนวความคิดในเรื่องความเป็น
ครอบครัวแม้จะมีความแตกต่างกันอย่างมากทั้งสภาพสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม แต่สิ่งหนึ่ง
ที่คล้ายกันคือ ในสมัยโบราณไม่ว่าจะเป็นระบบใดก็จะกำหนดให้อำนาจอยู่ที่เพศชายเป็นใหญ่
หรือชายมีฐานะเป็นหัวหน้าครอบครัวเสมอ เพื่อทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองบุคคลในครอบครัวให้มี
ชีวิตอยู่อย่างปลอดภัยและปกติสุข

ในส่วนของต่างประเทศ เนื่องจากได้รับอิทธิพลและแนวคิดส่วนใหญ่มาจากศาสนา
คริสต์ซึ่งยอมรับระบบผัวเดียวเมียเดียว ดังนั้น ความเป็นครอบครัวจึงต้องเกิดขึ้นอย่างถูกต้องตาม
กฎหมาย กล่าวคือ จะต้องผ่านการประกอบพิธีสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมาย บุตรที่เกิดมาจึงจะ
มีฐานะของความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา ส่วนบุตรที่มีได้เกิดจากบิดามารดาที่
ทำการสมรสกันอย่างถูกต้องก็จะมีสถานะเป็น "บุตรนอกสมรส" โดยที่สมัยก่อน บุตรนอกสมรสจะ
อยู่ในฐานะที่สังคมรังเกียจ และจะไม่ยอมรับฐานะของบุตรนอกสมรสเป็นอันขาด บุตรนอกสมรส
จะไม่มีสิทธิในการเป็นทายาทสืบมรดกของบิดามารดา และไม่มีสภาพเป็นสมาชิกของครอบครัว
แม้ว่าต่อมาจะมีความพยายามยกฐานะของบุตรนอกสมรสให้เทียบเท่าบุตรชอบด้วยกฎหมาย

ในเรื่องต่าง ๆ ก็ตาม แต่ก็ยังมีลักษณะของการแบ่งแยกระหว่างความเป็น “บุตรนอกสมรส” กับ “บุตรชอบด้วยกฎหมาย” ปรากฏให้เห็นอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลายฉบับจนถึงปัจจุบัน

ในขณะที่ความเป็นครอบครัวของไทย จุดเริ่มต้นจะไม่ได้อยู่ที่รูปแบบของการประกอบพิธีสมรส หากแต่อยู่ที่ข้อเท็จจริงที่ว่า การสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายคือ การที่ชายหญิงได้อยู่กินกันฉันท์สามีภริยาอย่างเปิดเผย หรือต้องมีการรับรองหรือแสดงต่อธารกำนัล ซึ่งการประกอบพิธีสมรสจะถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการประกาศต่อธารกำนัลว่าเขาทั้งสองเป็นสามีภริยากัน นอกจากนี้ความเป็นครอบครัวตามกฎหมายไทยในอดีตก็ได้ยึดหลัก “ผิวเดียวเมียวเดียว” เหมือนเช่นต่างประเทศ ชายไทยในอดีตสามารถมีภริยาได้หลายคน แต่จะต้องมีพฤติการณ์ให้ปรากฏว่าได้เลี้ยงดูและอยู่ร่วมกันอย่างเปิดเผยว่าเป็นสามีภริยากัน บุตรที่เกิดมาก็จะถือหลักสายโลหิตเป็นสำคัญ หากว่าเป็นบุตรที่เกิดจากภริยาที่ชายอยู่กินด้วยอย่างเปิดเผย ก็ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย แต่ถ้าหากเป็นบุตรที่เกิดจากหญิงอื่นที่ชายไม่ยกย่องให้เป็นภริยา (หรือเรียกว่าลูกที่เกิดทางลับ) เด็กนั้นก็ไม่ใช่บุตรของชาย เว้นแต่จะมีการรับรองโดยพฤติการณ์ว่าเด็กเป็นบุตรของชาย เด็กจึงจะมีสิทธิได้รับมรดกของบิดาได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วกฎหมายไทยในอดีตจะไม่มี การเลือกปฏิบัติในเรื่องบุตรนอกสมรสเหมือนเช่นกฎหมายต่างประเทศแต่อย่างใด ขอเพียงเป็นบุตรที่แท้จริงของชายและชายให้การยอมรับว่าเป็นบุตรของตน เพียงเท่านั้นก็ทำให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดาและบุตรที่จะต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันแล้ว

5.1.2 เปรียบเทียบกระบวนการและมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบัน ตลอดจนสภาพบังคับทางกฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร

(1) หลักการพื้นฐานในการกำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดาและบุตรก่อนมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ ทั้งระบบกฎหมาย Common Law และระบบกฎหมาย Civil law ความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรจะมีจุดเริ่มต้นอยู่ที่ว่า บุตรจะถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาก็ต่อเมื่อเป็นบุตรที่เกิดจากการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาเท่านั้น หากเด็กมิได้เกิดจากการสมรสของบิดามารดา อันเนื่องมาจากบิดามารดาไม่อาจสมรสกันตามเงื่อนไขของกฎหมาย เด็กก็จะมีสถานะเป็นบุตรนอกสมรส จะมีเพียงมารดาเท่านั้นที่มีอำนาจปกครองเหนือตัวบุตรนอกสมรส โดยที่ทางฝ่ายบิดาไม่อาจอ้างสิทธิใด ๆ เหนือบุตรนอกสมรสได้เลย ฝ่ายบิดาจะเข้ามามีความสัมพันธ์ทางกฎหมายของความเป็นบิดาและบุตรได้ก็ต่อเมื่อ

มีการทำให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากเกิดด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การสมรสกับมารดาของเด็กในภายหลัง การทำหนังสือรับรองบุตร หรือยื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อให้มีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร

ในส่วนของกฎหมายไทย ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่าในอดีตแม้จะมีแนวคิดในเรื่องบุตรนอกสมรสอยู่เช่นกันก็ตาม แต่ก็ไม่มีการแบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจนระหว่างความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายและบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของบิดา และภายหลังจากที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายต่างประเทศในสมัยรัชกาลที่ 6 ซึ่งผลักดันให้ประเทศไทยมีความจำเป็นต้องปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้พัฒนาทันเทียบเท่าต่างประเทศ โดยต้องจัดทำประมวลกฎหมายตามแบบกฎหมายของชาติตะวันตกเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของชาติตะวันตก จึงต้องรับเอาหลักการต่างประเทศเข้ามาซึ่งมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนหลักเดิมอย่างมาก ดังนั้น ข้อเสนอพื้นฐานความเป็นบิดา จึงต้องยึดตามหลักกฎหมายต่างประเทศที่ว่า เด็กที่เกิดในระหว่างการสมรส ย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีมารดา และหญิงผู้ให้กำเนิดย่อมมีสถานะเป็นมารดาของบุตรเสมอ แต่ในทางปฏิบัติ กฎหมายไทยก็ได้เปิดช่องให้ใช้ประเพณีที่ยึดถือมาแต่โบราณได้ ผลจากการที่ประเทศไทยต้องรับเอาแนวคิดเรื่องกฎหมายครอบครัวของต่างประเทศเข้ามา ทำให้บุตรที่เกิดจากภริยาน้อยหรือบุตรที่ไม่ได้เกิดจากการสมรสกันของบิดามารดาถือว่าเป็นบุตรนอกสมรสทันที เป็นผลให้เด็กเหล่านี้ถูกเลือกปฏิบัติและอยู่ในสถานะที่ด้อยกว่าบุตรชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นกฎหมายไทยจึงได้จัดให้มีระบบกึ่งบังคับให้บิดาต้องรับเลี้ยงดูเด็กเหล่านั้นหรืออาจมีวิธีรับรองบุตรด้วยการรับรองบุตรตามธรรมชาติ และวิธีฟ้องก่อตั้งความเป็นบิดาและบุตร

แม้ว่าประเทศไทยจะต้องรับเอาหลักการเรื่องบุตรนอกสมรสตามกฎหมายต่างประเทศเข้ามาก็ตาม แต่กฎหมายไทยก็ยอมรับถึงสถานะของการเป็นบุตรตามธรรมชาติของบิดา ดังจะเห็นได้จากมาตรา 1627 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ยอมรับบุตรนอกสมรสที่บิดาได้ให้การรับรองโดยพฤติการณ์สามารถมีสิทธิทางมรดกของบิดาในฐานะทายาทโดยธรรม ตลอดจนสืบสิทธิไปถึงผู้สืบสันดานของบุตรนอกสมรสด้วย

(2) หลักเกณฑ์ในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร

(2.1) เหตุแห่งการฟ้องคดี

แนวโน้มหรือทิศทางของกฎหมายต่างประเทศที่จะกำหนดถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร แม้ว่าบางประเทศจะกำหนดเหตุหรือข้ออ้างเพื่อประกอบการยื่นฟ้องไว้หลายประการก็ตาม แต่หลายประเทศส่วนใหญ่ ไม่ว่าจะในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Common Law เช่น

ประเทศอังกฤษหรือประเทศสหรัฐอเมริกา ก็จะกำหนดหลักการไว้อย่างกว้าง ๆ โดยกำหนดแต่เพียงว่า แคมมีพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่ามีการร่วมประเวณีกันระหว่างชายและหญิงในเวลาที่หญิงอาจตั้งครรภ์ได้ ก็ถือว่าเป็นเหตุในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร ส่วนประเทศแคนาดา ศาลก็จะพิจารณาว่าการฟ้องคดีปรากฏข้อเท็จจริงตามบทสันนิษฐานความเป็นบิดาหรือไม่ เช่น มีข้อเท็จจริงที่ว่าชายได้อยู่ร่วมกับหญิงมารดาในเวลาที่อาจตั้งครรภ์ หรือการที่ชายได้ทำหนังสือรับรองความเป็นบิดาเอาไว้หรือไม่ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้แต่กลุ่มประเทศ Civil Law บางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศเยอรมันก็เริ่มมีทิศทางที่จะเปิดช่องให้สามารถฟ้องคดีโดยกำหนดเหตุแห่งการฟ้องคดีไว้อย่างกว้าง ๆ เช่นกัน ทั้งนี้ สิ่งสำคัญจะอยู่ที่กระบวนการในการพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตรในชั้นศาล โดยศาลจะต้องพิจารณาประกอบกับพยานหลักฐานต่าง ๆ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ

ในขณะที่กฎหมายไทยยังคงกำหนดเหตุแห่งการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรไว้หลายประการ ด้วยเหตุผลเพื่อป้องกันมิให้มีการฟ้องคดีประเภทนี้มากเกินไปโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ดังปรากฏตามมาตรา 1555 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่สามารถแยกเหตุแห่งการฟ้องคดีเป็น 2 ประการ คือ (1) โดยอาศัยพฤติการณ์ที่ปรากฏสู่ภายนอกในระยะเวลาซึ่งหญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ได้ กล่าวคือ มีข้อเท็จจริงถึงการชำนิกรทำชำเรา การล่อลวงหรือลักพา การมีเอกสารของบิดาแสดงว่าเด็กเป็นบุตรของตน ปรากฏอยู่ในทะเบียนคนเกิดว่าเด็กเป็นบุตร โดยมีหลักฐานว่าบิดาเป็นผู้แจ้งการเกิดหรือรู้เห็นยินยอมในการแจ้งนั้น การที่บิดามารดาอยู่กินด้วยกันอย่างเปิดเผย หรือมีพฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเด็กเป็นบุตร และ (2) พฤติการณ์ภายใน ซึ่งเป็นเรื่องที่ซ่อนเร้นหรือปกปิด ยากที่จะเปิดเผยต่อบุคคลทั่วไปให้รู้ได้ คือ มีการร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ได้และมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นมิได้เป็นบุตรของชายอื่น

(2.2) ผู้มีสิทธิฟ้องคดี และผู้ที่เป็นจำเลยในคดี

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยต่างก็กำหนดหลักการคล้ายกันในเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร คือ ตัวเด็กเป็นหลัก ทั้งนี้ ย่อมรวมถึงผู้ที่ต้องดำเนินการแทนเด็กตามกฎหมาย เช่น มารดาเด็กหรือผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้สืบสันดานในกรณีที่เด็กถึงแก่ความตายด้วย ถ้าเด็กอายุกว่า 15 ปีขึ้นไป บางประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่นก็ให้เด็กสามารถฟ้องคดีด้วยตนเอง โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมเพราะถือว่ารู้ผิดชอบแล้วควรต้องตัดสินใจด้วยตนเอง ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายไทยที่กำหนดเกณฑ์อายุเด็กที่ 15 ปีเช่นกัน โดยฟ้องชายผู้คาดว่าเป็นบิดาเป็นจำเลย หากบิดาถึงแก่ความตาย

กฎหมายญี่ปุ่นก็กำหนดให้อัยการเข้ามาทำหน้าที่จำเลยแทน ส่วนประเทศเยอรมันจะถือว่าสิทธิในการฟ้องคดีประเภทนี้เป็นเรื่องเฉพาะตัวของเด็กเท่านั้น ดังนั้น จึงมิได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่าให้การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรสามารถตกทอดไปถึงทายาทในกรณีที่เด็กถึงแก่ความตายได้

อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายต่างประเทศบางประเทศจะกำหนดให้ชายผู้คาดว่าเป็นบิดาเป็นผู้เริ่มคดีได้ ตลอดจนถึงได้ให้สิทธิแก่บุคคลที่สามซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือเป็นผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดาและบุตรสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการพิสูจน์ถึงความเป็นบิดาและบุตรได้ ซึ่งในบางประเทศ เช่น ประเทศแคนาดา กลับกำหนดหลักการไว้อย่างกว้าง ๆ โดยจะไม่ระบุตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดีเป็นที่แน่นอนเหมือนประเทศอื่น ๆ แต่จะกำหนดเพียงการให้สิทธิแก่บุคคลใด ๆ ซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียสามารถฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้โดยยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะไม่ได้ให้สิทธิแก่ชายผู้คาดว่าเป็นบิดาเริ่มต้นดำเนินการทางศาลเพื่อให้มีคำพิพากษาในเรื่องดังกล่าว (เว้นแต่จะเป็นกรณีที่บิดาขอจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร แต่เด็กหรือมารดาเด็กคัดค้านหรือไม่ให้ความยินยอมตามมาตรา 1548 ทำให้บิดาต้องฟ้องคดีตามมาตรา 1551 เพื่อให้ศาลพิพากษาว่าเป็นบิดาของเด็ก) และไม่ได้ให้สิทธิแก่บุคคลที่สามเข้ามาเริ่มต้นฟ้องคดีได้

ทั้งนี้ การกำหนดสถานะของความเป็นบิดาและบุตรโดยผ่านกระบวนการทางศาล หรือการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรนั้น ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศ นอกเหนือจากบุคคลต่าง ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องข้างต้นแล้ว อาจเกิดขึ้นจากศาลเห็นเองและเป็นฝ่ายเริ่มต้นเพื่อการพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตรอันสืบเนื่องมาจากการที่ได้มีการฟ้องคดีอื่นซึ่งมีประเด็นเกี่ยวพันไปถึงการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร เช่น การฟ้องคดีแบ่งมรดก หรือการฟ้องคดีเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งการพิสูจน์ถึงความเป็นบิดาและบุตรถือว่าเป็นประเด็นสำคัญ ศาลก็อาจจะมีคำสั่งให้มีการพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตรและประกาศถึงความเป็นบิดาและบุตรได้

นอกจากนี้ เรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดี ตามกฎหมายต่างประเทศ จะให้บทบาทแก่หน่วยงานหรือองค์กรของรัฐมากพอสมควร โดยมีลักษณะเป็นรัฐสวัสดิการ ในบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ให้สิทธิแก่หน่วยงานของรัฐ เช่น อัยการ หรือองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือเด็กเข้ามาแทรกแซงกระบวนการและมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งว่าเด็กเป็นบุตรของชาย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองสวัสดิภาพและสิทธิประโยชน์ที่เด็กควรจะได้รับ บิดาควรจะเข้ามามีส่วนร่วมในการช่วยเหลือมารดาของเด็กในการอุปถัมภ์คำชูหรือให้การเลี้ยงดูบุตรตามสมควร

สำหรับกรณีของกฎหมายไทย แม้ว่าศาลจะมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาพิพากษาคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร แต่แนวทางปฏิบัติของศาลไทยจะมีได้เป็นฝ่ายริเริ่มเอง แต่จะต้องรอให้คู่ความเป็นฝ่ายเสนอขึ้นมา แม้ว่าในการฟ้องคดีอื่นจะมีประเด็นเกี่ยวกับความเป็นบิดาและบุตร ซึ่งต้องมีการสืบพิสูจน์ถึงความเป็นบิดาและบุตร ผลของการพิสูจน์ดังกล่าวว่าเด็กเป็นบุตร ศาลก็ไม่อาจพิพากษาให้เป็นการนอกเหนือไปจากคำขอบังคับตามคำฟ้องของคู่ความได้ แต่อาจจะถือว่าเป็นพยานหลักฐานอย่างหนึ่งเพื่อประกอบการยืนยันว่าเด็กเป็นบุตรหากมีการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรเกิดขึ้น และนอกจากนี้กฎหมายไทยก็ได้ให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการสงเคราะห์และช่วยเหลือเด็กสามารถฟ้องคดีประเภทนี้ได้ คงมีเพียงกรณีเดียวคือกรณีที่เด็กมีผู้แทนโดยชอบธรรมแต่ไม่สามารถทำหน้าที่ได้ มาตรา 1556 ก็ให้อำนาจแก่พนักงานอัยการร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้แทนเฉพาะคดีเท่านั้น เพราะถือว่าการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวของเด็ก การจะให้อำนาจแก่บุคคลอื่นฟ้องคดีแทนก็ต่อเมื่อได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในกฎหมายแล้วเท่านั้น

(2.3) ระยะเวลาในการฟ้องคดี

สำหรับระยะเวลาในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรนั้น ย่อมแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ กล่าวคือ ในกรณีของกฎหมายต่างประเทศ ส่วนใหญ่แล้วจะให้สิทธิฟ้องคดีโดยเริ่มตั้งแต่เด็กเกิด มีบางประเทศที่ให้สิทธิฟ้องคดีก่อนที่เด็กจะเกิด เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนียของประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วนเรื่องกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีหรืออายุความการฟ้องคดีนั้น บางประเทศก็ไม่ได้บัญญัติเอาไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน เช่น ประเทศอังกฤษหรือประเทศเยอรมัน ส่วนประเทศแคนาดาได้กำหนดให้การฟ้องคดีจะทำได้ก็ต่อเมื่อเด็กหรือชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดาคนใดคนหนึ่งยังมีชีวิตอยู่และศาลพบว่าข้อเท็จจริงที่เป็นข้อสันนิษฐานความเป็นบิดายังคงมีอยู่

สำหรับประเทศที่บัญญัติจำกัดในเรื่องระยะเวลาของการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรเอาไว้อย่างชัดเจน เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมลรัฐต่าง ๆ จะกำหนดเรื่องระยะเวลาในการฟ้องคดีไว้ค่อนข้างชัดเจน และมีความหลากหลายอย่างยิ่ง บางมลรัฐกำหนดให้ต้องมีการฟ้องคดีในระหว่างที่เด็กยังมีชีวิตอยู่โดยไม่จำกัดระยะเวลา ในขณะที่บางมลรัฐ เช่น มลรัฐวอชิงตันให้สิทธิฟ้องคดีภายในเวลาไม่เกิน 2 ปีนับจากวันที่เด็กเกิด มลรัฐเท็กซัสจะกำหนดเวลาในการฟ้องไว้ไม่เกินวันครบรอบวันเกิดปีที่ 4 ของเด็ก แต่บางมลรัฐ เช่น มลรัฐโรดไอส์แลนด์ ก็ให้สิทธิการฟ้องคดีค่อนข้างยาวนาน โดยให้สิทธิการฟ้องคดียืดขยายออกไปถึงภายหลังจากเด็กบรรลุนิติภาวะแล้ว

ไม่เกิน 4 ปี โดยมีเงื่อนไขเพียงว่าจะต้องฟ้องในระหว่างที่บิดายังมีชีวิตอยู่เท่านั้น หรือในกรณีของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law เช่น ประเทศฝรั่งเศส ก็จะกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีไว้ที่ 2 ปีนับแต่วันที่เด็กเกิด ถ้ายังไม่มีการฟ้องคดีในระหว่างที่เด็กยังเป็นผู้เยาว์ ก็สามารถฟ้องคดีได้อีกนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะแล้วไม่เกิน 2 ปี ประเทศญี่ปุ่นก็จะให้สิทธิฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้ในเวลาใด ๆ ระหว่างที่ชายผู้เป็นบิดายังมีชีวิตอยู่ แต่ถ้าบิดาถึงแก่ความตาย ก็สามารถฟ้องคดีภายใน 3 ปีหลังจากบิดาถึงแก่ความตาย นอกจากนี้ยังมีมลรัฐหลายเยียน่าของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law เช่นกันก็กำหนดให้ฟ้องคดีภายใน 1 ปีนับแต่วันที่เด็กเกิด และยังให้สิทธิในการฟ้องคดีภายหลังจากเด็กหรือชายผู้คาดว่าเป็นบิดาถึงแก่ความตายไปแล้ว โดยต้องฟ้องคดีไม่เกิน 1 ปีนับจากวันที่เด็กหรือชายผู้คาดว่าเป็นบิดาถึงแก่ความตาย

จากลักษณะของกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวข้างต้น เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทย พบว่ากฎหมายไทยได้ให้สิทธิในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร โดยสามารถแบ่งระยะเวลาในการฟ้องคดีออกเป็น 3 ช่วงเวลา ดังนี้ (1) การฟ้องคดีหลังจากวันที่เด็กเกิด (2) การฟ้องคดีหลังจากเด็กบรรลุนิติภาวะ และ (3) การฟ้องคดีหลังจากการตายของเด็กหรือการตายของชายผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดา

อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยไม่ได้ให้สิทธิที่จะฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรก่อนที่เด็กจะเกิดหรือในระหว่างที่เด็กยังอยู่ในครรภ์มารดา เนื่องจากถือว่าเด็กยังไม่มีสภาพบุคคลจึงยังไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิใด ๆ ตามกฎหมาย ต่อเมื่อเด็กคลอดออกมาแล้วเท่านั้นจึงจะมีสิทธิฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร โดยที่กฎหมายไทย กำหนดให้สามารถฟ้องคดีได้ตลอดระยะเวลาที่เด็กยังเป็นผู้เยาว์ แต่ถ้ายังไม่มีการฟ้องคดีในระหว่างที่เด็กเป็นผู้เยาว์ ก็สามารถฟ้องคดีได้ภายหลังจากที่เด็กบรรลุนิติภาวะไม่เกิน 1 ปี และถ้าหากเด็กตายในระหว่างที่เด็กนั้นยังมีสิทธิฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรอยู่ กฎหมายไทยก็ได้ให้สิทธิแก่ผู้สืบสันดานของเด็กฟ้องคดีแทนโดยมีระยะเวลา 1 ปี นับแต่วันที่เด็กตาย แต่ถ้าผู้สืบสันดานรู้เหตุที่อาจขอให้รับเด็กเป็นบุตรภายหลังจากวันที่เด็กตาย กำหนดเวลา 1 ปี ก็ต้องนับแต่วันที่รู้ถึงเหตุดังกล่าว ทั้งนี้ ต้องไม่พ้น 10 ปีนับแต่วันที่เด็กตาย ถ้าเป็นกรณีที่ชายผู้คาดว่าเป็นบิดาถึงแก่ความตายไปก่อน กฎหมายไทยก็ให้สิทธิฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรของผู้ตายได้ภายในกำหนดอายุความมรดก ซึ่งนับว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยได้ให้สิทธิแก่เด็กในการฟ้องคดีได้ค่อนข้างกว้างขวางและครอบคลุมอย่างมาก

(2.4) หลักเกณฑ์การพิจารณาของศาล และมาตรฐานการพิสูจน์

กรณีของกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย มีความคล้ายคลึงกันตรงที่ศาลย่อมมีดุลพินิจที่จะรับฟังพยานหลักฐาน ตลอดจนการเข้าไปมีบทบาทในการแสวงหาข้อมูลเพิ่มเติม นอกเหนือจากพยานหลักฐานที่ได้จากคู่ความ ทั้งนี้ แนวทางในการพิจารณาของศาลในปัจจุบัน ในแง่หลักการรับฟังและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน จะมีลักษณะที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่จะมีความแตกต่างกันในรายละเอียดบางกรณี กล่าวคือ ประเทศที่อยู่ในระบบ Common Law บางประเทศจะกำหนดถึงวิธีการตรวจพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตรด้วยกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนว่าการพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรสามารถทำได้ด้วยวิธีการใดบ้าง รวมทั้งการพิสูจน์จะต้องเป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการเข้าสู่กระบวนการพิสูจน์ ในประเทศแคนาดา ศาลมีอำนาจสั่ง (order) ให้คู่ความเข้ารับการตรวจเลือดได้ แต่ประเทศอังกฤษ ศาลมีอำนาจเพียงการชี้แนะ (direction) ให้ตรวจซึ่งจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เข้ารับการตรวจแล้วเท่านั้น ทั้งนี้ การพิสูจน์ด้วยกระบวนการทางวิทยาศาสตร์วิธีหนึ่งที่เป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายทั่วโลก คือ การตรวจเลือดหรือการตรวจลายพิมพ์ DNA เช่น ประเทศแคนาดา กฎหมายบัญญัติว่า ผลการตรวจเลือดออกมาตั้งแต่ 99.98% ขึ้นไปเท่านั้น จึงจะนำเชื่อว่าชายเป็นบิดาของเด็ก ในขณะที่ประเทศในระบบ Civil Law แม้จะยอมรับถึงวิธีการนี้ แต่ส่วนใหญ่แล้วจะไม่ได้กำหนดเป็นมาตรฐานเอาไว้ในกฎหมาย โดยกำหนดให้เป็นดุลพินิจศาลที่จะมีอำนาจสั่งให้มีการตรวจพิสูจน์

ในส่วนของกฎหมายไทย แนวทางการพิจารณาของศาลจะอาศัยหลักการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน โดยผู้ที่กล่าวอ้างจะต้องเป็นผู้นำสืบ ซึ่งศาลอาจสั่งให้มีการพิสูจน์ด้วยวิธีทางวิทยาศาสตร์ได้ต่อเมื่อคู่ความได้ร้องขอขึ้นมาเท่านั้น และแม้ว่าผลการตรวจลายพิมพ์ DNA จะมีความแม่นยำสูงเพียงใด แต่ก็ไม่อาจยืนยันได้ 100 % ว่าชายเป็นบิดาของเด็ก โดยที่เป็นเพียงความเป็นไปได้ที่ชายอาจเป็นบิดาของเด็ก ซึ่งแนวทางการพิจารณาและการรับฟังพยานหลักฐานของศาลไทย ศาลจะถือว่าผลที่ได้จากการตรวจ เป็นเพียงพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งต้องนำมารับฟังประกอบกับพยานหลักฐานอื่นในคดี เช่น ประจักษ์พยานหรือพยานแวดล้อมกรณี ทั้งนี้ หากปรากฏเพียงผลการตรวจเลือดหรือผลการตรวจลายพิมพ์ DNA โดยที่ไม่มีพยานหลักฐานอื่นใดเลย ศาลย่อมไม่อาจนำมารับฟังและตัดสินว่าชายเป็นบิดาของเด็กได้

(2.5) ผลของคำพิพากษาศาลว่าเด็กเป็นบุตร

เมื่อศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายต่างประเทศหรือกฎหมายไทยล้วนแล้วแต่ไม่มีความแตกต่างกันเท่าใดนัก เพราะเมื่อศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร หรือมีคำสั่งประกาศว่าชายเป็นบิดา กรณีย่อมนำมาซึ่งสถานะทางกฎหมาย ตลอดจนสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดาและบุตร บุตรสามารถขอเปลี่ยนไปใช้ชื่อสกุลของบิดา ตลอดจนมีสิทธิในมรดกของบิดาในฐานะทายาทโดยธรรม ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา มลรัฐส่วนใหญ่จะกำหนดให้ในคำพิพากษาศาล ซึ่งนอกจากจะประกาศว่าเด็กเป็นบุตรของชายแล้ว ยังจะต้องระบุถึงเรื่องอื่น ๆ เช่น การแก้ไขทะเบียนเกิดโดยระบุชื่อบิดาที่แท้จริง สิทธิในอำนาจปกครองบุตร หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู สิทธิที่จะติดต่อกับบุตร ตลอดจนเรื่องต่าง ๆ ที่จะเป็นประโยชน์แก่เด็ก ทั้งนี้ ศาลอาจกำหนดให้ชายผู้เป็นบิดาต้องจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู ตลอดจนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่หญิงมารดาต้องเสียไปในช่วงตั้งครรภ์และคลอดบุตร ส่วนกฎหมายเยอรมัน ได้ให้สิทธิแก่มารดาเด็กสามารถเรียกร้องค่าชดเชยเพื่อการดำรงชีพจากชายย้อนหลังไปเป็นเวลาถึง 6 สัปดาห์ก่อนการเกิดของเด็กและ 8 สัปดาห์หลังจากการเกิดของเด็กได้ ซึ่งความรับผิดชอบนี้อาจขยายเวลาออกไปเป็น 1 ปีหลังจากคลอดบุตรได้

ทั้งนี้ บางประเทศจะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้คำพิพากษามีผลเมื่อไร ในขณะที่บางประเทศจะบัญญัติเอาไว้ชัดเจนว่ามีผลนับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุด ซึ่งรวมถึงประเทศไทย ยกเว้นประเทศญี่ปุ่นที่กำหนดให้คำพิพากษาศาลว่าเด็กเป็นบุตรมีผลย้อนหลังไปถึงเวลาที่เด็กเกิด นอกจากนี้ในบางประเทศ เมื่อศาลมีคำตัดสินเรื่องความเป็นบิดาและบุตรแล้วจะมีได้ระบุว่าเด็กมีสถานะของความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายแต่อย่างไร โดยที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเป็นเพียงการประกาศถึงความเป็นบิดาและบุตรเท่านั้น ในขณะที่บางประเทศรวมถึงประเทศไทยได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเด็กมีสถานะของความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดานับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุด ซึ่งในส่วนของกฎหมายไทย ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดาและบุตรจะเกิดขึ้นนับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุดเป็นต้นไป เด็กจะมีสิทธิเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูได้ตั้งแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุด แต่ถ้าเป็นกรณีที่ชายผู้เป็นบิดาถึงแก่ความตายไปแล้ว หรือเป็นการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรของผู้ตาย ผลของคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรได้ให้สิทธิแก่เด็กเฉพาะสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมเท่านั้น โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่บิดาถึงแก่ความตาย

5.2 ปัญหาต่าง ๆ ในเรื่องการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร

จากการศึกษาหลักกฎหมายว่าด้วยการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศแล้ว พบว่ากฎหมายไทยมีบทบัญญัติที่ค่อนข้างให้ความสำคัญเป็นธรรมแก่เด็กมากพอสมควร ไม่ว่าจะเป็นการให้สิทธิแก่เด็กได้มีโอกาสที่จะฟ้องคดีเพื่อขอให้บิดารับตนเป็นบุตรในช่วงเวลาต่าง ๆ ตลอดจนสามารถฟ้องคดีได้แม้จะปรากฏว่าบิดาได้ถึงแก่ความตายไปแล้วก็ตาม แต่อย่างไรเสีย ด้วยหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ในกฎหมายปัจจุบันก็ยังพบปัญหาบางประการดังจะกล่าวต่อไปนี้

5.2.1 ปัญหาทางกฎหมายในกรณีที่เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายซึ่งมิใช่บิดาที่แท้จริง

กรณีของการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรมักจะเกิดขึ้นโดยที่หญิงมารดามีความประสงค์ที่จะให้ชายซึ่งตนมีความสัมพันธ์ด้วยรับว่าเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากตน ซึ่งถ้าก่อนหน้านี้จะฟ้องคดีหญิงยังเป็นโสดโดยที่ไม่ได้สมรสกับชายใด เมื่อศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรของชายที่ตนมีความสัมพันธ์ด้วย กรณีนี้ก็จะไม่มีปัญหาในทางปฏิบัติแต่อย่างใด แต่ถ้าหากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามารดาเด็กมีสามีที่ถูกต้องตามกฎหมายอยู่ก่อนแล้ว แต่เด็กเกิดจากชายอื่นไม่ว่าจะเป็นเพราะหญิงมีคู่หรือหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราก็ตาม ในประเด็นดังกล่าวนี้ แม้ว่าเด็กจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่คุ้มครองเด็กโดยให้สันนิษฐานว่า เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายซึ่งเป็นสามีมารดาในขณะนั้นตามมาตรา 1536 ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นสิทธิของเด็กที่จะรับรู้ว่ามีใครคือบิดาที่แท้จริง รวมถึงตลอดถึงสิทธิประโยชน์ในแง่ต่าง ๆ ในฐานะที่เป็นทายาทของชายซึ่งเป็นบิดาที่แท้จริง กรณีนี้ก็สามารถฟ้องให้ชายอื่นซึ่งเป็นบิดาที่แท้จริงรับเด็กเป็นบุตรได้ เช่นนี้ไม่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแต่อย่างใด อีกทั้งข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายก็เป็นเพียงข้อสันนิษฐานในเบื้องต้นเท่านั้น หากข้อบัญญัติเด็ดขาดว่าเด็กเป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีมารดา ทั้งนี้ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2492 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยโดยให้เหตุผลประกอบว่า

"ข้อที่ฎีกาว่า เมื่อผู้ร้องยังเป็นภริยานายบุญปลูกอยู่ ตามกฎหมายต้องถือว่าเด็กเป็นบุตรของนายบุญปลูก ผู้ร้องจึงมาร้องขอให้ศาลสั่งว่านายเล็กเป็นบิดาของเด็กไม่ได้ ศาลฎีกาเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1519 (มาตรา 1536 บรรพ 5 ปัจจุบัน) บัญญัติเพียงว่า เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชาย ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรของชายผู้เป็นสามี มาตราที่กล่าวมิได้วางข้อสันนิษฐานไว้โดยเด็ดขาดว่า ให้ถือว่าเป็นบุตรของชายผู้เป็นสามี เป็นแต่วาง

ข้อสันนิษฐานนี้ไว้ จึงเป็นเรื่องที่พิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้นได้ และบทบัญญัติในเรื่องฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตร ก็มีได้บัญญัติก็ตกกันมิให้ฟ้องในกรณีเช่นนี้ ฉะนั้น เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ในการฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรแล้ว ผู้ร้องย่อมมีอำนาจฟ้องได้ ข้อที่ผู้คัดค้านอ้างว่า การเป็นผู้ชั่วทั้งชายและหญิง การฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้ ย่อมเป็นการสนับสนุนให้ชายหญิงประพฤติผิดศีลธรรม ศาลฎีกาเห็นว่า การประพฤติผิดศีลธรรม หากจะมีก็เป็นเรื่องของหญิงกับชายผู้ ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมประการใดเลย กลับเป็นการแก้ไขให้ชอบด้วยศีลธรรมเสียอีก เพราะเป็นการถูกต้องและสมควรที่จะให้เด็กเป็นบุตรของบิดาที่แท้จริงยิ่งกว่าจะให้เป็นผู้ของผู้อื่น ฯลฯ¹

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะไม่ได้ห้ามมิให้ฟ้องชายอื่นก็ตาม แต่ในคำพิพากษาศาลฎีกา ดังกล่าวปรากฏว่านายบุญปลุกซึ่งเป็นสามีของหญิงมารดา มิได้เข้ามาเป็นคู่ความด้วย คำพิพากษานี้จึงไม่ตัดสิทธินายบุญปลุกที่จะว่ากล่าวเป็นคดีเรื่องใหม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสามีของหญิงมารดาควรที่จะเข้ามาโต้แย้งหรือคัดค้านด้วยว่าตนไม่ใช่บิดาของเด็ก เพราะหากปรากฏว่าศาลพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรของชายอื่น กรณีนี้เท่ากับว่าเด็กจะมีบิดา 2 คน คือ บิดาตามข้อสันนิษฐานแห่งกฎหมายหนึ่ง และบิดาตามคำพิพากษาอีกหนึ่ง ทั้งนี้ การที่จะฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรควรคำนึงว่าเป็นผลดีแก่เด็กหรือไม่ หากเด็กรู้ความแล้ว กรณีนี้ย่อมนำมาซึ่งความกระทบกระเทือนจิตใจและอาจกลายเป็นปมด้อยที่รู้ว่าตนเป็นบุตรที่เกิดจากชายอื่นได้

¹ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ หญิงมารดาผู้ร้องได้แยกทางกันอยู่กับสามีโดยที่ยังไม่ได้จดทะเบียนหย่าขาดจากกัน จากนั้นผู้ร้องก็ได้อยู่กับกันฉันท์สามีภริยากับนายเล็กอย่างเปิดเผย โดยที่นายเล็กก็แนะนำต่อเพื่อนฝูงว่าผู้ร้องเป็นภริยาของตน ได้รับตัวมาอยู่บ้าน พาผู้ร้องไปฝากครรภ์ โดยรับรองว่าเป็นภริยา เมื่อคลอดบุตรแล้วก็พากันไปเยี่ยมเยียน เมื่อมีการแจ้งทะเบียนคนเกิดก็ระบุนายเล็กว่าเป็นบิดาและให้เด็กใช้นามสกุลตาม ศาลฎีกาเห็นว่า "กฎหมายบัญญัติตรงไปตรงมาแล้วว่า บิดามารดาอยู่กินด้วยกันอย่างเปิดเผยในระยะเวลาซึ่งหญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ได้ ไม่มีข้อบัญญัติก็ตกกันถึงกรณีที่เป็นผู้กันไว้ด้วย" แสดงให้เห็นว่า การอยู่กินด้วยกันอย่างเปิดเผยของบิดามารดาตามมาตรา 1529 (4) (หรือมาตรา 1555 (5) ในปัจจุบัน) ไม่ได้จำกัดว่าหญิงมารดาจะต้องเป็นหญิงโสดไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับใครมาก่อนแต่อย่างใด

5.2.2 ปัญหาทางกฎหมายในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรในกรณีที่เด็กเสียชีวิตก่อนศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติรองรับถึงสิทธิของเด็กที่จะฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรในระหว่างที่บิดายังมีชีวิตอยู่จนถึงสามารถฟ้องคดีได้ภายหลังการตายของบิดาตามมาตรา 1558 แต่กรณีตามมาตรา 1558 นั้น จะต้องเป็นกรณีที่บิดาได้ถึงแก่ความตายไปก่อนที่จะมีการฟ้องคดีขึ้น และต้องเริ่มต้นคดีโดยการยื่นคำร้องขอต่อศาลเป็นคดีไม่มีข้อพิพาทก่อน เนื่องจากไม่มีตัวจำเลย แต่หากเป็นกรณีที่ได้มีการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรในระหว่างที่ชายผู้คาดว่าเป็นบิดายังมีชีวิตอยู่ และต่อมาเด็กได้ถึงแก่ความตายในระหว่างการพิจารณา เช่นนี้คดีจะดำเนินต่อไปอย่างไร ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหลักทั่วไปแล้ว แม้แต่กรณีที่เด็กถึงแก่ความตายก่อนที่จะมีการฟ้องคดีเกิดขึ้นแต่ยังอยู่ในระหว่างที่เด็กยังมีสิทธิฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรอยู่ กฎหมายยังให้สิทธิแก่ผู้สืบสันดานเข้าฟ้องคดีแทนได้ (มาตรา 1556) ยิ่งเป็นกรณีที่เด็กฟ้องเอง (หรือมารดาฟ้องแทนในกรณีที่เด็กอายุไม่ถึง 15 ปี) ในขณะที่เด็กยังมีชีวิตอยู่ เมื่อปรากฏว่าภายหลังต่อมาเด็กได้ถึงแก่ความตายก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ายังต้องรับรองถึงสิทธิดังกล่าวสืบเนื่องมาด้วย โดยถือว่ายังอยู่ในระหว่างที่เด็กยังมีสิทธิฟ้องคดี ซึ่งผู้สืบสันดานของเด็กน่าจะเข้ามาเป็นคู่ความแทนที่หรืออาจถูกเรียกให้เข้ามาเป็นคู่ความแทนที่เด็กโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 42 และมาตรา 43 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้

อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่น่าคิดอีกประการคือ หากเป็นกรณีที่เด็กไม่มีผู้สืบสันดานแล้ว เด็กตายลง กฎหมายก็มีได้บัญญัติรองรับเอาไว้ว่าใครจะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องแทนได้หรือไม่ กรณีนี้ถ้าตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดเท่ากับว่า เมื่อเด็กตายลงโดยที่ไม่มีผู้สืบสันดาน กรณีนี้ก็จะไม่อาจฟ้องคดีขอให้ชายรับเด็กเป็นบุตรได้เลย และถ้าหากว่าเด็กได้ถึงแก่ความตายในระหว่างที่คดียังไม่ถึงที่สุด ถ้าเด็กไม่มีผู้สืบสันดานกรณีนี้ก็จะส่งผลให้ศาลยอมไม่อาจพิจารณาคดีได้ต่อไป

สำหรับประเด็นนี้ ผู้เขียนเข้าใจว่า เหตุที่กฎหมายบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้สืบสันดานเท่านั้น เนื่องจากการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรเป็นเรื่องเฉพาะตัวของเด็ก เมื่อเด็กตายลง มาตรา 1556 ก็บัญญัติให้สิทธิเฉพาะผู้สืบสันดานเท่านั้นในฐานะที่จะต้องเข้ารับมรดกแทนที่ ส่วนสิทธิอย่างอื่นในเมื่อการเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายจะมีผลนับแต่วันมีคำพิพากษาถึงที่สุด ซึ่งผลทางกฎหมายทำให้เด็กไม่อาจได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูย้อนหลังไปก่อนวันที่ศาลมีคำพิพากษา คงมีสิทธิตั้งแต่วันที่ที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นบุตรเท่านั้น แต่เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าในวันที่มีคำพิพากษาถึงที่สุด เด็กหาได้มีชีวิตอยู่ต่อไปไม่ กรณีนี้สิทธิเรียกร้องในค่าอุปการะเลี้ยงดูที่ชายจะต้องรับผิดชอบในฐานะบิดาย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ ส่วนสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ ในฐานะบุตรชอบด้วยกฎหมายก็ยังเป็นปัญหาอยู่ว่าจะสามารถตกทอดสู่ทายาทของเด็กได้หรือไม่ เช่น สิทธิในการใช้ชื่อสกุล

เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากตัวบทแล้ว สถานะความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเริ่มขึ้นในวันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเด็กเป็นบุตรเท่านั้น แต่กรณีนี้ในขณะที่ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร เด็กไม่มีชีวิตอยู่แล้ว บุคคลที่ไม่มีตัวตนหรือไม่มีชีวิตอยู่จะมีสถานะของความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้อย่างไร ส่งผลให้สิทธิที่เด็กจะได้รับตามกฎหมายย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ และทายาทลำดับอื่น ๆ ของเด็กก็ไม่อาจเรียกร้องสิทธิใด ๆ ได้

5.2.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการมีผลของคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร

จากการที่มาตรา 1557 (3) บัญญัติให้ความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่มีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร ให้มีผลนับแต่วันมีคำพิพากษาถึงที่สุด ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดถึงสถานะของบุตรและก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายต่าง ๆ ตามมา เป็นผลให้บุตรสามารถเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูนับแต่วันที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดเป็นต้นไป แต่ในกรณีที่ชายผู้เป็นบิดาถูกกระทำละเมิดจนถึงแก่ความตาย การที่บุตรจะสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพราะขาดไร้อุปการะจากผู้กระทำละเมิดได้ ต้องปรากฏว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ตายในขณะที่มีการละเมิดเกิดขึ้นด้วย ซึ่งหมายความว่าต้องมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเด็กเป็นบุตรเสียก่อนที่จะมีการละเมิด แต่ถ้าข้อเท็จจริงเป็นว่า ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรภายหลังจากที่บิดาถูกกระทำละเมิดจนถึงแก่ความตาย กรณีนี้เด็กจะไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพราะต้องขาดไร้อุปการะจากผู้กระทำละเมิดแต่อย่างใด

สำหรับประเด็นปัญหานี้ ศาสตราจารย์ ประภาศน์ อวยชัย เห็นว่า จะเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เด็กซึ่งเกิดมาจากบิดาซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดแท้ ๆ แต่บิดามารดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันหรือบิดาไม่ได้จดทะเบียนรับรองบุตร ซึ่งบุตรนั้นไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเพราะต้องขาดไร้อุปการะจากผู้กระทำละเมิดที่ทำให้บิดาของตนถึงแก่ความตาย เพราะบุตรนั้นเพิ่งจะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ตายซึ่งเป็นบิดาตามคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดภายหลังจากที่บิดาได้ตายไปแล้ว ท่านจึงได้เสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 1557 (3) ปัจจุบันที่บัญญัติให้การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 1547 มีผลนับแต่วันมีคำพิพากษาถึงที่สุด เป็นให้มีผลนับแต่วันที่เด็กเกิด² เพื่อที่เด็กจะได้รับสิทธิเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดู และค่าขาดไร้อุปการะย้อนหลังไปจนถึงวันที่เด็กเกิด

²ประภาศน์ อวยชัย, "การเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามคำพิพากษา แต่เป็นเวลากายหลังที่บิดาตายแล้วจะมีสิทธิรับมรดกของบิดาหรือไม่", วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 27 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2540), น. 338-351.

แต่ข้อเสนอดังกล่าวก็อาจถูกโต้แย้งได้ว่า การกำหนดให้ความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเพราะมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรให้มีผลนับแต่วันที่เด็กเกิดอาจไม่ใช่สิ่งที่เหมาะสม แม้ว่าโดยหลักแล้วทั้งบิดาและมารดาควรมีส่วนร่วมกันเลี้ยงดูและให้การสนับสนุนบุตรไปด้วยกันก็ตาม แต่ในเมื่อยังไม่ปรากฏผู้เป็นบิดาหรือเป็นเด็กที่เกิดจากหญิงที่ไม่ได้มีการสมรสกับชาย กฎหมายก็ได้บัญญัติให้ถือว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงมารดาเสมอ (มาตรา 1546) หญิงมารดาย่อมมีหน้าที่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรของตน (มาตรา 1564) ดังนั้น เมื่อมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรของชาย การจะผลัดภาระในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่บิดาแต่เพียงผู้เดียวให้รับผิดชอบตั้งแต่วันที่เด็กเกิดก็ดูจะไม่เป็นธรรมกับชายนัก

นอกจากนี้การเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดาย้อนหลังไปจนถึงวันที่เด็กเกิดก็เป็นเรื่องค่อนข้างยากลำบากและเป็นปัญหาพอสมควรในการคิดคำนวณ แม้ว่าการกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรจะถือเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาว่าควรกำหนดเท่าใดและอย่างไร แต่ขอบเขตหรือหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจก็เป็นไปอย่างกว้าง ๆ โดยคำนึงถึงความสามารถของผู้มีหน้าที่ต้องให้ สถานะของผู้รับและพฤติการณ์แห่งกรณี³ อีกทั้งหากปรากฏว่าชายผู้เป็นบิดาซึ่งถึงแก่ความตายไปแล้วมีภริยาและบุตรชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อน การที่ต้องจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูย้อนหลังไปถึงวันที่เด็กเกิดอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อทรัพย์สินมรดกของบิดาที่จะต้องแบ่งปันให้แก่บรรดาทายาทได้⁴

³มาตรา 1598/38 บัญญัติว่า “ค่าอุปการะเลี้ยงดูระหว่างสามีภริยาหรือระหว่างบิดามารดากับบุตรนั้นย่อมเรียกจากกันได้ในเมื่อฝ่ายที่ควรได้รับอุปการะเลี้ยงดูไม่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือได้รับการอุปการะเลี้ยงดูไม่เพียงพอแก่อัตภาพ ค่าอุปการะเลี้ยงดูนี้ศาลอาจให้เพียงใดหรือไม่ให้ก็ได้โดยคำนึงถึงความสามารถของผู้มีหน้าที่ต้องให้ สถานะของผู้รับและพฤติการณ์แห่งกรณี”

⁴ถึงแม้ว่าการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรของผู้ตายตามมาตรา 1558 จะให้สิทธิแก่เด็กรับมรดกของบิดาในฐานะทายาทโดยธรรมก็ตาม แต่ก็ต้องนำหลักในเรื่องลามิควอร์ได้มาใช้บังคับ แต่ถ้ากำหนดให้สามารถเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูย้อนหลังไปถึงวันที่เด็กเกิด กรณีนี้จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยลามิควอร์ได้เลย เพราะไม่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องกับเหมือนเช่นกรณีมรดก

5.2.4 ประเด็นเรื่องบุคคลผู้มีสิทธิฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร ในกรณีที่เด็กเป็นคนเสมือน ไร้ความสามารถ หรือเป็นคนไร้ความสามารถ

สิทธิของเด็กในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรจะปรากฏหลักเกณฑ์อยู่ในมาตรา 1556 โดยสามารถแบ่งช่วงอายุเด็กออกเป็นดังนี้ (1) เด็กมีอายุไม่ถึง 15 ปี (2) เด็กมีอายุ 15 ปี บริบูรณ์ และ (3) เด็กบรรลุนิติภาวะ

ทั้งนี้ ในกรณี (1) เห็นว่าไม่น่าจะเป็นปัญหาแต่อย่างใด เพราะแม้จะปรากฏว่าเด็กเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถก็ตาม กฎหมายก็ได้กำหนดให้ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้ฟ้องคดีแทนเด็กเสมอ ดังนั้น ผู้อนุบาล(หรือบิดามารดา) จึงต้องดำเนินการฟ้องคดีแทนอยู่แล้ว

สำหรับประเด็นที่อาจเป็นปัญหาได้ คือ กรณีตาม (2) และ (3) กล่าวคือ ว่าหากเด็กมีอายุครบ 15 ปีบริบูรณ์แล้ว ซึ่งตามกฎหมายเด็กย่อมมีสิทธิฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรได้ด้วยตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม หรือกรณีที่เด็กบรรลุนิติภาวะแต่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ เนื่องจากการเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถเพียงแต่ถูกจำกัดในเรื่องการจัดการทรัพย์สินเท่านั้น แต่กรณีนี้เป็นเรื่องการฟ้องคดีเพื่อกำหนดสถานะตามกฎหมายของตน ดังนั้น แม้ว่าเด็กจะเป็นผู้เสมือนไร้ความสามารถก็ยังมีสิทธิฟ้องคดีได้ด้วยตนเอง

อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นกรณีที่เด็กถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถและมีผู้อนุบาลเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง ในกรณีเช่นนี้ใครจะเป็นผู้มีอำนาจฟ้องเพราะมาตรา 1556 มิได้บัญญัติไว้ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าแม้ว่าโดยลักษณะของมาตรา 1556 วรรคสองจะเป็นเรื่องสิทธิเฉพาะตัวของเด็กที่จะต้องฟ้องคดีเองก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาเหตุผลในกรณีที่เด็กเป็นคนไร้ความสามารถด้วยนั้น ตามมาตรา 29 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "การใด ๆ อันบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถได้กระทำการ การนั้นเป็นโมฆียะ" แม้จะไปขอความยินยอมจากผู้อนุบาลเพื่อทำนิติกรรมก็ขอไม่ได้ ดังนั้น โดยสภาพแล้วผู้อนุบาลจึงต้องเป็นผู้กระทำการใด ๆ แทนคนไร้ความสามารถ⁵ ประกอบกับเมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งมาตรา 1569⁶ มาตรา

⁵ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว มรดก พุทธศักราช 2508, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), น. 318-319 และ น. 354-355.

⁶ มาตรา 1569 บัญญัติว่า "ผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรในกรณีที่บุตรถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์แล้วแต่กรณี"

1598/3⁷ และมาตรา 1598/18⁸ ผู้อนุบาลย่อมมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครอง และผู้ปกครอง ผู้อนุบาลจึงเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมด้วยผลแห่งกฎหมายด้วย ซึ่งอำนาจของความเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมย่อมรวมถึงการกระทำการใด ๆ แทนผู้อยู่ในปกครอง ในกรณีนี้ ย่อมรวมไปถึงการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรแทนเด็กซึ่งเป็นคนไร้ความสามารถด้วย

หากเป็นกรณีที่เด็กถึงแก่ความตายในระหว่างที่ยังมีสิทธิฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร มาตรา 1556 ให้สิทธิแก่ผู้สืบสันดานของเด็กเท่านั้นที่สามารถฟ้องคดีแทนได้ แต่ถ้าผู้สืบสันดาน เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ การที่มาตรา 1556 วรรคท้ายจะบัญญัติว่า "การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร ในระหว่างที่ผู้สืบสันดานของเด็กเป็นผู้เยาว์" ให้นำความใน วรรคหนึ่งและวรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลม" เห็นว่า กรณีนี้ก็อาจจะอนุโลมนำมาปรับใช้ กับผู้สืบสันดาน โดยให้ผู้อนุบาลของผู้สืบสันดานเข้ามาดำเนินการแทนเช่นเดียวกัน

5.2.5 ปัญหาในเรื่องการตั้งครรภ์อันเกิดจากการกระทำความผิดทางอาญา

ปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่น่ามาซึ่งความทุกข์ทรมานของหญิง และเป็นเหตุสำคัญ ประการหนึ่งที่เป็นข้ออ้างในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร คือ กรณีของหญิงที่ตั้งครรภ์โดย ไม่พึงประสงค์เพราะถูกกระทำทุจริตกรรม ไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือถูกหลอกหลวง ให้ร่วมประเวณีก็ตาม เด็กที่เกิดมาจากการกระทำผิดดังกล่าว ส่วนหนึ่งอาจกลายเป็นปัญหาของ สังคม เพราะเด็กเกิดมาโดยขาดความอบอุ่นของครอบครัว อย่างไรก็ตาม ในกรณีของเด็กที่เกิดจาก การกระทำความผิดดังกล่าว หากจะให้มีการฟ้องคดีขอให้ชายรับเด็กเป็นบุตรก็สามารถทำได้

⁷มาตรา 1598/3 บัญญัติว่า "ผู้ปกครองเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้อยู่ในปกครอง โดยอนุโลม

ให้นำมาตรา 1570 มาตรา 1571 มาตรา 1572 มาตรา 1574 มาตรา 1575 มาตรา 1576 และมาตรา 1577 มาใช้บังคับแก่ผู้ปกครองและผู้อยู่ในปกครองโดยอนุโลม"

⁸มาตรา 1598/18 บัญญัติว่า "ในกรณีที่บิดามารดาเป็นผู้อนุบาลบุตร ถ้าบุตรนั้นยังไม่บรรลุนิติภาวะ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจปกครองมาใช้บังคับโดย อนุโลม แต่ถ้าบุตรนั้นบรรลุนิติภาวะแล้ว ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองมา ใช้บังคับโดยอนุโลม เว้นแต่สิทธิตามมาตรา 1567 (2) ละ (3)

ในกรณีที่บุคคลอื่นซึ่งมิใช่บิดามารดาหรือมิใช่คู่สมรสเป็นผู้อนุบาล ให้นำบทบัญญัติว่า ด้วยสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ถ้าผู้อยู่ในความอนุบาลบรรลุนิติภาวะ แล้วจะใช้สิทธิตามมาตรา 1567 (2) และ (3) ไม่ได้"

และยิ่งถ้าศาลมีคำพิพากษาในคดีอาญาว่าชายเป็นผู้กระทำความผิด ก็ถือว่าเป็นพยานหลักฐานสำคัญชิ้นหนึ่งที่ศาลในคดีฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรสามารถนำมารับฟังประกอบการพิจารณา ร่วมกับพยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงอย่างอื่น และถ้าชายไม่สามารถนำสืบโต้แย้งได้ว่าตนไม่อาจเป็นบิดาของเด็กเพราะเหตุใด ศาลย่อมตัดสินได้ว่าชายเป็นบิดาของเด็ก ถ้าเป็นกรณีที่หญิงมารดามีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อนแล้ว ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในตอนต้นว่า เด็กที่เกิดมาย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของสามีมารดา แต่ก็มีแนวคำพิพากษาศาลที่วินิจฉัยว่า⁹ ไม่เป็นการกีดกันมิให้ฟ้องคดีประเภทนี้ในกรณีที่เด็กถือว่าเป็นบุตรของสามีอยู่ก่อน เพราะเด็กไม่ได้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้นด้วย การที่จะพิพากษาให้เด็กเป็นบุตรอันแท้จริงของบิดา ย่อมเป็นการถูกต้องและสมควรที่จะให้เด็กเป็นบุตรของบิดาที่แท้จริงยิ่งกว่าจะให้เป็นบุตรของผู้อื่น อย่างไรก็ตาม แม้ว่า จะเป็นเพียงข้อสันนิษฐานว่าเด็กเป็นบุตรของสามีมารดาก็ตาม แต่พยานหลักฐานต่าง ๆ ตลอดจนพฤติกรรมการผ่านมาก็แสดงให้เห็นว่าเด็กเป็นบุตรของสามีมารดาโดยตลอด กรณีนี้แม้จะไม่เป็นการห้ามมิให้ฟ้องชายอื่นก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่า ควรต้องปรากฏว่าสามีของหญิงมารดาต้องโต้แย้งคัดค้านว่าเด็กไม่ใช่บุตรของตนด้วยหรือควรต้องมีการฟ้องคดีเพื่อปฏิเสธความเป็นบุตรเสียก่อน เพราะถ้าเทียบกับแนวทางของศาลต่างประเทศแล้วจะพบว่า แม้จะพิสูจน์ได้ถึงความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร แต่ศาลมีดุลพินิจที่จะไม่พิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรของบิดาที่แท้จริง ในกรณีที่เด็กมีสามีมารดาเป็นบิดาตามกฎหมายอยู่ก่อนแล้ว เพราะเมื่อคำนึงถึงสวัสดิภาพและประโยชน์ที่เด็กจะได้รับแล้ว การให้เด็กเป็นบุตรของบิดาที่แท้จริงซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเรามารดา กรณีนี้ย่อมไม่เป็นผลดีต่อสภาพจิตใจของเด็กอย่างยิ่ง

5.2.6 ปัญหาในเรื่องการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์

ในปัจจุบันความต้องการที่จะมีบุตรของคู่สามีภรรยาเพื่อให้ความเป็นครอบครัวสมบูรณ์ยิ่งขึ้นแต่ติดปัญหาตรงที่ไม่สามารถมีบุตรได้เอง เพราะมีปัญหาจากสภาพร่างกายของสามีหรือภริยามีจำนวนเพิ่มมากขึ้น การนำเทคโนโลยีเพื่อช่วยในการให้กำเนิดทารกจึงเข้ามามีบทบาทอย่างมาก ในขณะที่เดียวกันประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของความเป็นบิดาและบุตรก็เกิดขึ้นพร้อม ๆ กัน ทั้งนี้ การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีเพื่อช่วยในการเจริญพันธุ์ โดยที่ไม่ต้องมีการร่วมประเวณีกัน หรือที่เรียกว่าการผสมเทียมในปัจจุบัน แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท¹⁰ คือ

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2492

¹⁰ ศีรพร วันอุดมเดชาชัย, การฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร, (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 25.

(1) การปฏิสนธิในมดลูก เช่น การผสมเทียมโดยใช้สเปิร์มของชายฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิง (Assisted Insemination) ซึ่งสามารถใช้สเปิร์มของสามีมารดา (Assisted Insemination by Husband (AIH)) หรือใช้สเปิร์มของชายอื่น (Assisted Insemination by Donor (AID)) หรือการผสมเทียมโดยนำไข่และสเปิร์มมาผสมกันนอกมดลูก แล้วฉีดกลับเข้าไปในท่อนำไข่ทันที เพื่อให้ไข่และสเปิร์มผสมกันเองภายในท่อนำไข่ (Gamete Intrafallopian Transfer (GIFT))

(2) การปฏิสนธินอกมดลูก เช่น การผสมเทียมโดยใช้ไข่ของหญิงผสมกับสเปิร์มของชายนอกมดลูกแล้วฉีดตัวอ่อนกลับเข้าไปในมดลูก หรือเรียกว่า เด็กหลอดแก้ว (In Vitro Fertilisation (IVF))

ถ้าเป็นกรณีที่มาตราที่เป็นเจ้าของไข่กับมารดาที่ตั้งครรภ์เป็นคนเดียวกันและบิดาที่เป็นเจ้าของสเปิร์มคือสามีของหญิงมารดา ประเด็นปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรก็จะไม่เกิดขึ้น เพราะสามารถกำหนดตัวบิดามารดาได้ ทั้งนี้ ตามกฎหมายไทยจะกำหนดให้เด็กยอมถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงมารดาผู้ให้กำเนิดเสมอ โดยที่ไม่คำนึงว่าหญิงผู้ให้กำเนิดบุตรจะเป็นเจ้าของไข่ซึ่งเป็นต้นกำเนิดทางพันธุกรรมของเด็กหรือไม่ ซึ่งกรณียอมเป็นการแตกต่างจากการผสมเทียมโดยใช้สเปิร์มของชายอื่นที่ไม่ใช่สามีของหญิงผู้ให้กำเนิดบุตร หลักกฎหมายไทยจะกำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาไว้ว่า เด็กที่เกิดมาจะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีของหญิงมารดา หลักการเช่นนี้ดูเหมือนจะไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เพราะเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทย โดยเฉพาะเหตุแห่งการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรตามมาตรา 1555 การที่จะพิสูจน์ว่าบุคคลใดเป็นบิดาของเด็กได้นั้นจะต้องปรากฏข้อเท็จจริง 2 ประการ คือ ชายได้ร่วมประเวณีกับหญิงที่ให้กำเนิดเด็ก และการร่วมประเวณีดังกล่าวทำให้หญิงเกิดการตั้งครรภ์ขึ้น ซึ่งหมายความว่าชายจะต้องเป็นเจ้าของสเปิร์มด้วย เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงแต่เพียงว่าชายเป็นเจ้าของสเปิร์ม แต่ไม่ได้ร่วมประเวณีกับหญิง กรณียอมไม่อาจถือได้ว่าชายเป็นบิดาของเด็กนั้น ดังนั้น ตามกฎหมายไทยจึงมิได้มีบทบัญญัติรองรับให้สามารถฟ้องชายผู้เป็นเจ้าของสเปิร์มให้รับเด็กเป็นบุตรได้ เพราะชายสามารถโต้แย้งได้ว่าตนมิได้ร่วมประเวณีกับหญิงมารดาผู้ตั้งครรภ์ และเมื่อหลักกฎหมายไทยเป็นเช่นนี้ กรณีที่ตั้งครรภ์โดยอาศัยสเปิร์มจากชายที่เสียชีวิตไปแล้ว ก็ยอมไม่อาจฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรของผู้ตายตามมาตรา 1558 ได้เช่นกัน เพราะไม่มีข้อเท็จจริงเรื่องการร่วมประเวณีเกิดขึ้นแต่อย่างใด

ยิ่งไปกว่านั้น ถ้าเป็นกรณีพิพาทมารดาเจ้าของเชื้อเป็นข้าราชการ จากการที่กฎหมายในปัจจุบันไม่อาจเปิดช่องให้เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาเจ้าของเชื้อได้ ทำให้บิดามารดาเจ้าของเชื้อทำได้เพียงรับเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมดังกล่าวเป็นบุตรบุญธรรม จึงก่อให้เกิดผลกระทบเกี่ยวกับสิทธิของข้าราชการในการเบิกเงินสวัสดิการรักษายาพยาบาลและการศึกษาของบุตร โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมโดยนำสเปิร์มของข้าราชการชายผสมกับไข่ของข้าราชการหญิง แล้วนำตัวอ่อนไปฝากในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อตั้งครรภ์แทน กรณีนี้บิดามารดาเจ้าของเชื้อจะขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการรักษายาพยาบาลและการศึกษาของบุตรจากทางราชการไม่ได้ ตามที่ได้มีหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0204/ว 66 ลงวันที่ 3 มีนาคม 2543 เรื่อง การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการรักษายาพยาบาลและการศึกษาของบุตร เวียนไปยังส่วนราชการต่าง ๆ เพื่อถือปฏิบัติในเรื่องนี้ว่า¹¹ "ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รับรองเฉพาะบุตรที่เกิดจากครรภ์ของหญิงผู้เป็นมารดาเท่านั้น บุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์โดยนำน้ำเชื้ออสุจิของสามีมาผสมกับไข่ของภริยาและให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน หญิงซึ่งเป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดทารกจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกนั้น ส่วนหญิงที่เป็นเจ้าของไข่แต่มิได้เป็นผู้ตั้งครรภ์ไม่อาจอ้างว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กและชายเจ้าของเชื้ออสุจิมิได้เป็นสามีของหญิงผู้ตั้งครรภ์จึงไม่อาจอ้างว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเช่นเดียวกัน" ซึ่งเท่ากับเป็นการสนับสนุนว่ากฎหมายไทยในปัจจุบันไม่อาจครอบคลุมไปถึงสิทธิของบิดามารดาเจ้าของเชื้อได้ แม้ว่าการตรวจ DNA จะยืนยันว่าเป็นบิดามารดาทางพันธุกรรมกันจริงก็ตาม

จากปัญหาดังกล่าว คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า¹² "และถ้าจะยอมรับในเรื่องนี้ก็จะต้องมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติให้ชัดเจนว่าการนำเชื้ออสุจิและไข่ของสามีภริยาไปอาศัยในมดลูกของหญิงอื่นนั้นได้ทำอย่างถูกต้องทางวิชาการและรับรองด้วยว่าหญิงที่รับไข่ที่ได้รับการผสมแล้วนั้นไม่มีเชื้อของชายอื่นอยู่ในครรภ์มาก่อน ตลอดจนบังคับด้วยว่าบุตรเช่นนี้ต้องมีการจดทะเบียน กรณีจึงเป็นเรื่องของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ และเป็นเรื่องที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้" ดังนั้น กรณีนี้อาจจะต้องมีการเสนอแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่หรือตรากฎหมายเฉพาะเพื่อรองรับในเรื่องดังกล่าวให้ชัดเจนต่อไป

¹¹ หนังสือเวียนดังกล่าวได้ออกตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการรักษายาพยาบาลและการศึกษาของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (เรื่องเสร็จที่ 100/2543)

¹² คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการรักษายาพยาบาลและการศึกษาของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (เรื่องเสร็จที่ 100/2543)

5.2.7 ปัญหาในทางปฏิบัติและอุปสรรคที่เกิดขึ้นในขั้นตอนการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร

(1) สาเหตุสำคัญที่นำไปสู่กระบวนการฟ้องคดีเพื่อขอให้ชายรับเด็กเป็นบุตรนั้น ส่วนหนึ่งมาจากการที่สตรีถูกกระทำทุจริตกรรมหรือถูกทอดทิ้ง เพราะชายไม่ยอมรับเด็กที่เกิดจากหญิงว่าเป็นบุตรของตน ซึ่งกรณีนี้ถือว่เป็นปัญหาสังคมที่เกิดขึ้นมากตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ส่วนหนึ่งที่ไม่มีการฟ้องคดีขึ้นเพราะการที่หญิงมารดาไม่รู้กฎหมาย ไม่รู้ถึงสิทธิของตนเอง ตลอดจนไม่กล้าที่จะเรียกร้องเพื่อให้ฝ่ายชายแสดงความรับผิดชอบโดยการฟ้องศาลเพราะอับอายเกรงว่าจะมีผลกระทบต่อชื่อเสียงวงศ์ตระกูล แต่เมื่อมีการฟ้องคดีเกิดขึ้น ก็มีคดีจำนวนมากที่ต้องจบลงโดยการไกล่เกลี่ยกันก่อนศาลมีคำพิพากษา เพราะหญิงมารดามุ่งหมายต่อการได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรในลักษณะของตัวเงินจากฝ่ายชายมากจนเกินไป โดยที่การฟ้องคดีไม่ได้ประสงค์ที่จะให้ฝ่ายชายเข้ามาร่วมรับผิดชอบในการเลี้ยงดูบุตรหรือเข้ามาทำหน้าที่บิดาอย่างแท้จริง หรือต้องการเพียงให้บุตรของตนได้รับส่วนแบ่งจากทรัพย์สินมรดกของบิดาในกรณีที่บิดาถึงแก่ความตายไปแล้ว จะสังเกตได้จากการที่คดีส่วนใหญ่ทั้ง ๆ ที่มีการฟ้องคดีเพื่อให้บุตรของตนมีบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หญิงมารดากลับไม่ได้ต้องการให้ฝ่ายชายเข้ามามีอำนาจปกครองบุตรร่วมกับตน และในทางกลับกัน การฟ้องคดีประเภทนี้ก็อาจกลายเป็นเครื่องมือให้กับผู้มีเจตนาไม่บริสุทธิ์เพื่อแสวงหาผลประโยชน์โดยการฟ้องร้องชายซึ่งมีฐานะทางการเงินและมีหน้ามีตาทางสังคมว่าเป็นบิดาของเด็ก และมีไม่น้อยที่คดีจบลงด้วยการประนีประนอมยอมความกันโดยที่ฝ่ายชายยอมจ่ายเงินจำนวนหนึ่งให้แก่ฝ่ายหญิงก่อนที่จะมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรของชายหรือไม่

(2) ในการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรของประเทศไทย พบว่าในทางปฏิบัติจะต้องเริ่มต้นคดีด้วยตัวเอง กล่าวคือ ตัวเด็กในกรณีที่อายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป หรือมารดาเด็กจะต้องฟ้องคดีเอง โดยไม่มีหน่วยงานใดให้การช่วยเหลือในการฟ้องคดี ในขณะที่ต่างประเทศจะมีหน่วยงานของรัฐ เช่น อัยการ หรือองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือและสงเคราะห์เด็กเข้ามาดำเนินการ และสามารถเริ่มฟ้องคดีได้ โดยถือว่เป็นรัฐสวัสดิการอย่างหนึ่ง กรณีของประเทศไทยนั้นเท่าที่ศึกษาพบว่าอัยการจะเข้ามามีบทบาทเพียงเล็กน้อยเฉพาะการร้องขอให้ศาลตั้งผู้แทนเฉพาะคดีในกรณีที่ผู้เยาว์ไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม หรือมี แต่ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่สามารถทำหน้าที่ได้เท่านั้น ส่วนหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ แม้จะมุ่งเน้นที่การสงเคราะห์และช่วยเหลือเด็ก แต่ไม่ได้เข้ามามีบทบาทในเชิงรุกเพื่อช่วยในการแสวงหาบิดาที่แท้จริงให้กับเด็กเท่าใดนัก ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจะเริ่มต้นจากการที่มีการฟ้องคดีอยู่ก่อนแล้ว และศาลร้องขอให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเข้ามาช่วยเหลือในการแสวงหาข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณาของศาลเท่านั้น

(3) ส่วนหนึ่งที่เกิดไม่ประสบผลสำเร็จ โดยที่ศาลไม่อาจพิพากษาตามที่โจทก์ร้องขอ ก็เนื่องมาจากพยานหลักฐานไม่เพียงพอ ในกรณีที่ว่าเป็นการฟ้องคดีโดยอ้างเหตุถึงพฤติการณ์ ว่ามีการร่วมประเวณีระหว่างบิดาและหญิงมารดาในช่วงเวลาที่หญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ได้ ซึ่งพฤติการณ์เช่นนี้ ส่วนใหญ่แล้วยากที่จะหาประจักษ์พยานมายืนยันได้ เนื่องจากเป็นเรื่องที่ ซ่อนเร้นปกปิดและทราบกันเพียงสองคน หากผู้กล่าวอ้างไม่สามารถนำสืบพิสูจน์ได้ว่ามีการ ร่วมประเวณีเกิดขึ้นก็เป็นเรื่องยากที่จะให้ศาลรับฟ้องโดยถือว่าคดีมีมูล แต่เมื่อคดีเข้าสู่กระบวนการ พิจารณาของศาล การพิสูจน์ถึงความเป็นบิดาและบุตร ในปัจจุบันจะนำเอากระบวนการพิสูจน์ ทางวิทยาศาสตร์เข้ามาช่วยเหลือ แต่ปัญหาประการหนึ่งคือการพิสูจน์ด้วยวิธีนี้ต้องเสียค่าใช้จ่าย จำนวนมาก แต่เมื่อได้ผลการตรวจพิสูจน์มาแล้ว ลำพังแต่ผลของการตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ เพียงอย่างเดียวก็ยังไม่เพียงพอ เพราะแนวทางของศาลไทยจะต้องพิจารณาประกอบกับ พยานหลักฐานอื่นด้วย จึงจะนำมาตัดสินได้

(4) กรณีที่มีการพิสูจน์ด้วยวิธีทางวิทยาศาสตร์ไม่ว่าจะเป็นการตรวจเลือดหรือตรวจ ลายพิมพ์ DNA แม้ศาลจะสามารถสั่งให้ตรวจพิสูจน์ได้ แต่ทางปฏิบัติแล้วศาลจะไม่ริเริ่มเอง แต่ศาลต้องรอให้คู่ความเสนอขึ้นมาก่อน และการพิสูจน์ก็ต้องได้รับความยินยอมของผู้ที่จะต้องเข้า รับการตรวจด้วย เพราะถือว่าเรื่องนี้เป็นภาระกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของบุคคล หาก บังคับให้มีการเจาะเลือดโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลดังกล่าว กรณีนี้ถือว่าเป็นการละเมิด สิทธิส่วนบุคคล ประกอบกับประเทศไทยยังประสบปัญหาในเรื่องมาตรฐานการพิสูจน์โดยอาศัย กระบวนการทางวิทยาศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยวิธีการพิสูจน์ลายพิมพ์ DNA ยังคงมีปัญหา ดังนี้

1. การแสวงหาสิ่งส่งตรวจจากร่างกาย เนื่องจากในปัจจุบันระบบงานนิติเวชศาสตร์ ยังไม่เคยมีการจัดระบบที่เหมาะสมในการเก็บตัวอย่าง ส่วนใหญ่ตัวอย่างที่นิยมใช้กันอย่างมาก เพื่อการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตร คือ เลือด เส้นผม(ที่มีรากผม) เยื่อบุกระพุ้งแก้ม แต่ก็ยังไม่มีการกำหนดมาตรฐานรองรับว่าสามารถใช้สิ่งใดได้บ้าง ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ แล้วจะพบว่ามีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ ขั้นตอนการพิสูจน์ ตัวอย่างที่จะเก็บ จากร่างกาย ตลอดจนผู้เชี่ยวชาญที่จะเข้ามาทำหน้าที่ในการตรวจพิสูจน์ก็ต้องมีมาตรฐานทาง วิชาชีพ

2. ความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน เมื่อได้ผลพิสูจน์มาแล้ว ศาลจะรับฟังหรือ เชื่อถือในผลการพิสูจน์เพียงใด เนื่องจากหน่วยงานที่สามารถให้บริการตรวจพิสูจน์ความสัมพันธ์ ระหว่างบุคคลยังไม่ีระดับมาตรฐานเดียวกัน กระบวนการและขั้นตอนในการเข้าสู่กระบวนการ

พิสูจน์ก็แตกต่างกันออกไป ดังนั้น จึงขาดมาตรฐานทางวิชาการที่ดีที่สามารถนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาและรับฟังน้ำหนักพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์

3. เนื่องจากเรื่องนี้เป็นเรื่องใหม่สำหรับศาลไทยและยังไม่มีกรวางหลักเกณฑ์ ดังนั้น น้ำหนักของพยานหลักฐานลักษณะนี้จึงต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลตามพฤติการณ์แห่งคดี ซึ่งศาลจะเป็นผู้วางหลักเกณฑ์เอง เนื่องจากยังไม่มีแนวบรรทัดฐานที่แน่นอน จึงควรจะต้องมีการวางหลักเกณฑ์ในส่วนของการพิจารณาด้วย เพราะลำพังเพียงผลการตรวจลายพิมพ์ DNA อย่างเดียวยังไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะนำมาใช้พิจารณาได้ และการใช้พยานหลักฐานที่ได้จากกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ยังไม่ได้เป็นที่ยอมรับจากศาลไทยหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทุกแห่งเท่าที่ควร เพราะอาจมีสาเหตุจากการขาดความรู้ความเข้าใจในวิธีการพิสูจน์ ตลอดจนไม่มีความแน่ใจหรือความเชื่อมั่นในค่าความถูกต้องของวิธีการ ดังนั้น ทางปฏิบัติของศาลไทยจึงยังไม่มีแนวทางที่แน่ชัด ขึ้นอยู่กับแนวทางของศาลแต่ละแห่ง จึงทำให้เกิดความสับสนกันในหลักเกณฑ์การพิจารณาคดี