

ปัญหาความเป็นแบบแห่งนิติกรรมของการจดทะเบียนสมรส



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2563

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Legal Problems Relating to Form of Juristic Acts and Marriage Registration



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Common Course
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2020
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาความเป็นแบบแห่งนิติกรรมของการจดทะเบียนสมรส
โดย	น.ส.ชนนิกานต์ วงศ์ทองทิว
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธ์)	
.....	กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.มุนินทร์ พงศาปาน)	

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ชมนิพนธ์ วงศ์ทองทิว : ปัญหาความเป็นแบบแห่งนิติกรรมของการจดทะเบียนสมรส. (Legal Problems Relating to Form of Juristic Acts and Marriage Registration) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ศ.ดร.ศันันท์กรณ์ โสถถิพันธุ์

การสมรสเป็นจุดเริ่มต้นของนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานะบุคคล มิได้มุ่ง โดยตรงไปทางการเคลื่อนสิทธิในทางทรัพย์สิน ซึ่งการเปลี่ยนแปลงนี้ทำให้เกิดสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบต่อกัน โดยผลของกฎหมายลักษณะครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในเรื่องการสมรสกับนิติกรรมนั้นนักกฎหมายในปัจจุบันยังมีความเห็นแตกต่างกัน ดังนั้น จึงเกิดประเด็นให้ต้องพิจารณาถึงลักษณะของการสมรสว่าเป็นนิติกรรมหรือไม่ ซึ่งประเด็นดังกล่าวนำไปสู่การพิจารณาต่อมาว่าสามารถนำบทบัญญัติในบรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไปมาปรับใช้กับบทบัญญัติในเรื่องการสมรสตามบรรพ 5 ได้หรือไม่ ทั้งนี้ มาตรา 1457 กำหนดให้ การสมรสตามกฎหมายจะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น ดังนั้นจึงเกิดประเด็นว่าสถานะของการจดทะเบียนสมรสนั้นเป็นอย่างไร เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ อังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศสแล้วมีความแตกต่างจากของประเทศไทยหรือไม่

จากการศึกษาลักษณะของการสมรส ผู้เขียนมีความเห็นว่า การสมรสนั้นเป็นกรณีที่ชายหญิงแสดงเจตนา ยินยอมผูกพันตนตามกฎหมาย มุ่งโดยตรงต่อการก่อสถานภาพบุคคลในอีกฐานะหนึ่ง การสมรสจึงมีลักษณะเป็น นิติกรรมก่อสถานะบุคคลที่มีลักษณะแตกต่างจากนิติกรรมในบทกฎหมายอื่น ดังนั้นเมื่อพิจารณาหลักทั่วไป เรื่อง นิติกรรมตามบรรพ 1 แล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายกำหนดเรื่องการสมรสตั้งแต่การก่อให้เกิดการสมรส เจเนอรัลของการสมรส รวมไปถึงผลของการไม่ปฏิบัติตามการสมรสไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นจึงไม่สามารถนำบทบัญญัติ ในเรื่องนิติกรรมตามบรรพ 1 มาปรับใช้กับการสมรสซึ่งเป็นนิติกรรมเกี่ยวกับการก่อสถานะบุคคลในบรรพ 5 ได้ นอกจากนี้ กฎหมายกำหนดให้การสมรสต้องมีการจดทะเบียนสมรส โดยการจดทะเบียนสมรสเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ รัฐต้องการควบคุมความมีอยู่ของการสมรสตามกฎหมายและให้มีความสอดคล้องกับระบบของการสมรสตามหลักผู้เดียวเมียเดียว การจดทะเบียนสมรสจึงมีลักษณะเป็นแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรส อันเป็นแบบแห่งนิติกรรมประเภทหนึ่ง ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาสถานะของการจดทะเบียนสมรส เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ อังกฤษ เยอรมัน และฝรั่งเศสพบว่ากฎหมายการสมรสของทั้งสาม ประเทศรวมถึงประเทศไทยกำหนดให้มีการจดทะเบียนสมรส แต่ลักษณะของการจดทะเบียนสมรสในบางประเทศ มีความแตกต่างจากประเทศไทย

ดังนั้นจากการศึกษา ผู้เขียนจึงได้เสนอให้มีการตีความและการปรับใช้กฎหมายโดยบทบัญญัติของ กฎหมายในบรรพ 1 ไม่สามารถนำมาใช้กับการสมรสในบรรพ 5 และเสนอให้มีการกำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตาม ขั้นตอนของการจดทะเบียนสมรสมาใช้ เพื่อให้การตีความและปรับใช้กฎหมายมีความชัดเจนและมีแนวทางในการตัดสินปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคตว่าควรตัดสินไปในทิศทางใดเพื่อคุ้มครองความสัมพันธ์ทางครอบครัวที่เกิดขึ้นให้มากที่สุด

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิติส
 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

ปีการศึกษา 2563

6280108134 : MAJOR LAWS

KEYWORD:

Chonnikan Wongthongtiew : Legal Problems Relating to Form of Juristic Acts and Marriage Registration. Advisor:
Prof. Sanunkorn Sotthibandhu, Dr.Jur.

Marriage is the beginning of legal relationship between two persons resulting only in the alteration of legal status of the person, not directly in the alteration of Jus In Rem, where reciprocal rights, duties and responsibilities arise. Lawyers nowadays exhibit different opinions toward the effect of Family Laws in Civil and Commercial Code Book V regarding marriage and juristic acts, since there is an issue arising that whether marriage is a juristic act. This issue also raises question to the possibility of implementation general provisions in Book I to marriage provisions in Book V. In addition, according to Section 1457. Marriage shall be constituted until it is registered, there is also an issue arising out of the status of marriage registration that whether there are any differences between Thai laws and laws of foreign countries, namely United Kingdom, Germany, and French.

According to my study of marriage characteristics, a man and a woman express their consent of legal commitment to constitute another status of the persons. Marriage is consequently considered as a form of juristic act, which constitutes a status of the person, that is different from the other juristic acts in the other provisions. As a result, considering general provisions regarding juristic acts in Book I, I presume that there are legal obligations of marriage including constitution of marriage, condition of marriage, and specifically consequences in inability to form with marriage law; thereby prompting inability to implement the provision of juristic act in Book I to marriage which is a juristic act involving the constitution of a status of the person in Book V. Besides, the law prescribes that marriage shall be registered as a key condition in which state aims to retain the legitimacy of marriage and be in accordance with the practice of monogamous marriage. Marriage registration is hence an act of legitimacy of marriage which is one of the forms of juristic acts. According to the consideration of the status of marriage registration compared to the laws of the foreign countries, it is discovered that the laws of foreign countries, namely United Kingdom, Germany, and French, prescribe the marriage registration similarly to Thailand, even though their act of the registration demonstrates some differences from Thai law.

From the study, I therefore propose that the interpretation and application of the provision in Book I are incompatible to the provision in Book V and urge the prescription of consequences of inability to form the practice of marriage registration. As a result, definite interpretation and application are accommodated, and the direction of the judgement on future problems is provided to protect family relationship at the greatest extend.

Field of Study: Laws
Academic Year: 2020

Student's Signature
Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความสามารถและความอนุเคราะห์อย่างยิ่งของ ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์ ที่ได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และเป็นผู้ให้คำแนะนำ ตรวจสอบแก้ไข ให้คำปรึกษา แนวทางในการเขียนวิทยานิพนธ์อย่างเป็นระบบ ทำให้ผู้เขียนสามารถนำมาใช้ประโยชน์ในการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ แม้การจัดทำเล่มวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะจัดทำขึ้นในช่วงสถานการณ์โรคระบาดโควิด-19 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ยากต่อการติดต่อสื่อสารกัน แต่อาจารย์ก็ให้ความเอาใจใส่ในงานของผู้เขียนเสมอมา ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณอย่างสูง ไว้ ณ ที่นี้ สำหรับการสนับสนุนต่อผู้เขียนตลอดมาตั้งแต่ในช่วงเริ่มต้นจนสำเร็จเสร็จสิ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ ที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นประธานกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งเสนอแนวคิดที่เป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รองศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และได้ให้คำแนะนำอันมีประโยชน์อย่างยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

นอกจากนี้ที่สำคัญยิ่ง ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาที่ให้การสนับสนุนผู้เขียนในทุกๆ ด้าน และอยู่เบื้องหลังทุกๆ ความสำเร็จของผู้เขียนเสมอมา และขอกราบขอบพระคุณมารดาอีกครั้งที่รับฟังและคอยให้คำปรึกษาปัญหากฎหมายกับผู้เขียน และขอขอบพระคุณพี่ชายทั้งสองของผู้เขียนที่คอยให้กำลังใจผู้เขียนอยู่เป็นนิตย์ ขอขอบคุณปพิชญา มฤษฎา พิรวีส ชวัลพัชร ที่ให้คำปรึกษาในการจัดทำเล่มวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึงขอขอบคุณวันทนี มนวิภา เกษกมล พี่ๆ เพื่อนๆ ในชั้นปริญญาโท ปริญญาตรี และมัธยมศึกษาที่เป็นกำลังใจและรับฟังผู้เขียนตลอดมา

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนยินดีอย่างยิ่งหากวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเป็นคุณประโยชน์แก่แวดวงวิชาการ นิติศาสตร์ของประเทศไทย หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์ใดๆ ต่อผู้ที่สนใจศึกษาค้นคว้า ผู้เขียนขอมอบแต่บิดามารดา ครูบาอาจารย์ ตลอดจนผู้แต่งตำรา เจ้าของผลงานที่เผยแพร่ข้อมูลต่างๆ ซึ่งผู้เขียนได้ใช้เป็นฐานในการศึกษา แต่หากวิทยานิพนธ์นี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับความผิดพลาดมา ณ ที่นี้

ชนนิกานต์ วงศ์ทองทิว

สารบัญ

	หน้า
.....	ค
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ญ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
3. สมมติฐานของการวิจัย.....	4
4. ขอบเขตของการวิจัย.....	4
5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	5
6. ทบทวนวรรณกรรม.....	5
บทที่ 2 ความคิดพื้นฐานของการจดทะเบียนสมรสในระบบกฎหมายไทย.....	8
2.1 นิติกรรมและแบบแห่งนิติกรรม.....	9
2.1.1 ความเป็นมาและลักษณะของนิติกรรม.....	9
2.1.1.1 ความหมายของนิติกรรม.....	22
2.1.1.2 องค์ประกอบของนิติกรรม.....	23
2.1.1.3 ประเภทของนิติกรรม.....	26
2.1.1.4 ลักษณะของนิติกรรม.....	28

2.1.2	แบบแห่งนิติกรรม	48
2.1.2.1	ความหมายและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์	48
2.1.2.2	วัตถุประสงค์ของแบบแห่งนิติกรรม.....	50
2.1.2.3	ประเภทของแบบ.....	52
2.1.2.4	ขอบเขตของแบบที่กฎหมายบังคับให้ทำตามมาตรา 152 และ การจดทะเบียนสมรส.....	54
2.1.2.5	ผลของการไม่ทำตามแบบ.....	56
2.2	การจดทะเบียนสมรส	58
2.2.1	แนวความคิดเกี่ยวกับการสมรส.....	58
2.2.1.1	แนวความคิดสมรสตามความเป็นจริง	58
2.2.1.2	แนวความคิดสมรสทางกฎหมาย.....	60
2.2.2	การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายครอบครัวของประเทศไทย.....	61
2.2.2.1	ความเป็นมาของการจดทะเบียนสมรส	61
2.2.2.2	ลักษณะของการจดทะเบียนสมรส	65
2.2.2.3	ผลของการจดทะเบียนสมรส	73
2.2.3	การอยู่ด้วยกันฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนสมรส	79
2.2.3.1	ผลเกี่ยวกับหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน	79
2.2.3.2	ผลเกี่ยวกับสิทธิในเรื่องทรัพย์สิน	80
2.2.3.3	ผลเกี่ยวกับบุตร	81
บทที่ 3	การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายต่างประเทศ.....	83
3.1	การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายประเทศสหราชอาณาจักร	83
3.1.1	ความเป็นมาของการจดทะเบียนสมรส.....	83
3.1.2	ลักษณะของการจดทะเบียนสมรส.....	96
3.1.3	ผลของการจดทะเบียนสมรส.....	99

3.2 การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	107
3.2.1 ความเป็นมาของการจดทะเบียนสมรส.....	107
3.2.2 ลักษณะของการจดทะเบียนสมรส.....	110
3.2.3 ผลของการจดทะเบียนสมรส.....	118
3.3 การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	126
3.3.1 ความเป็นมาของการจดทะเบียนสมรส.....	126
3.3.2 ลักษณะของการจดทะเบียนสมรส.....	129
3.3.3 ผลของการจดทะเบียนสมรส.....	137
บทที่ 4 วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ.....	143
4.1 ปัญหาสถานะของการสมรสกับนิติกรรม วิเคราะห์กรณีการนำหลักนิติกรรมสัญญาตามบรรพ 1 มาใช้บังคับกับบรรพ 5.....	144
4.1.1 ปัญหาสถานะของการสมรสกับนิติกรรม.....	145
4.1.2 ปัญหาการนำหลักนิติกรรมสัญญาตามบรรพ 1 มาใช้บังคับกับบรรพ 5.....	151
4.2 ปัญหาสถานะของการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย.....	158
4.2.1 ความเป็นมาของการจดทะเบียนสมรส.....	159
4.2.2 ลักษณะของการจดทะเบียนสมรส.....	163
4.2.3 สถานะการจดทะเบียนสมรส.....	167
4.3 ปัญหาผลของการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย.....	174
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	194
5.1 บทสรุป.....	194
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	199
5.2.1 เสนอให้มีการตีความและการปรับใช้กฎหมายโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ในบรรพ 1 ไม่สามารถนำมาใช้กับการสมรสในบรรพ 5.....	199

5.2.2 เสนอให้มีการกำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของการจดทะเบียนสมรสมาใช้	
เพื่อให้การตีความและปรับใช้กฎหมายมีความชัดเจน	200
บรรณานุกรม.....	205
ประวัติผู้เขียน.....	213



สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 1 โครงสร้างกฎหมายเอกชนโรมัน	11
ตารางที่ 2 เปรียบเทียบการจดทะเบียนสมรส กฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ.....	194



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในสังคมใดสังคมหนึ่ง มนุษย์มีการอาศัยอยู่ร่วมกันอย่างเป็นหมวดหมู่ ต้องทำกิจกรรมร่วมกัน อยู่ตลอดเวลา ต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน และแต่ละชีวิตต่างก็ต้องการที่จะเสริมสร้างความสุข ความมั่นใจ และความปลอดภัยให้กับตนเองอยู่เสมอ มนุษย์จึงไม่สามารถใช้ชีวิตอยู่เพียงคนเดียวตามลำพังแต่อย่างใด เมื่อมนุษย์รวมตัวกันจึงเกิดเป็นสังคม สังคมจึงเป็นแหล่งรวมศูนย์กลางทางความคิด ที่มนุษย์ได้สร้างขึ้นมา เพื่อแสวงหาคำตอบทุกอย่างให้กับตนเอง ดังนั้น จึงเรียกได้ว่า มนุษย์เป็นสัตว์สังคม

การรวมกลุ่มกันของมนุษย์เริ่มแรกเดิมทีเป็นการรวมกลุ่มในระดับครอบครัว อันเป็นสถาบัน พื้นฐานของสังคมที่นับว่าเป็นหน่วยที่เล็กที่สุดแต่มีความสำคัญที่สุด เพราะสังคมจะเจริญก้าวหน้าไป ในทิศทางใดย่อมขึ้นอยู่กับสถาบันครอบครัวเป็นพื้นฐาน โดยการสมรสเป็นจุดแรกเริ่มของนิติสัมพันธ์ ระหว่างบุคคลอันเป็นต้นกำเนิดของครอบครัว ทั้งนี้ กฎหมายครอบครัวนั้นเป็นกฎหมายที่มีลักษณะ พิเศษจากกฎหมายลักษณะอื่นโดยสิ้นเชิง เพราะกฎหมายครอบครัวเริ่มจากการที่ชายและหญิงมีความ พอใจซึ่งกันและกันในการใช้ชีวิตร่วมกันเพื่อสร้างครอบครัว อันเป็นการแสดงเจตนาโดยมีวัตถุประสงค์ ก่อสถานะบุคคล (Status) มิได้มุ่งโดยตรงไปทางการเคลื่อนสิทธิในทางทรัพย์สินและโดยสถานะบุคคล นี้จึงทำให้เกิดนิติสัมพันธ์และสิทธิหน้าที่ต่อกันโดยผลของกฎหมายลักษณะครอบครัว ดังนั้น จึงมี ประเด็นปัญหาที่ว่า การแสดงเจตนาสมรสเป็นนิติกรรมหรือไม่ เพราะกฎหมายลักษณะครอบครัวไม่ได้ บัญญัติไว้โดยเฉพาะ อีกทั้ง ไม่มีบทบัญญัติใดห้ามนำหลักกฎหมายอื่นมาปรับใช้โดยเด็ดขาดหรือจะนำ หลักกฎหมายว่าด้วยการแสดงเจตนา การตีความการแสดงเจตนา อันเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย ลักษณะนิติกรรมมาปรับใช้กับกฎหมายครอบครัว

พิจารณาบทบัญญัติมาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องของนิติกรรม เป็นกรณีที่บุคคลในฐานะปัจเจกชนใช้หลักอิสระทางแพ่งกำหนดขอบเขตทางกฎหมายของตนเอง

ไม่ว่าเรื่องส่วนตัวหรือเรื่องของทรัพย์สิน¹ แต่อย่างไรก็ดี นิติกรรมก่อตั้งสิทธิสถานภาพ เช่น ก่อตั้งครอบครัวนั้น มุ่งโดยตรงต่อการก่อนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวซึ่งมีผลจำกัดตามที่กฎหมายรับรองไว้ ไม่อาจใช้เจตนาตกลงกันได้ตามใจชอบตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เป็นนิติสัมพันธ์ที่ไม่ใช่นิติสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน ไม่ใช่นิติสัมพันธ์ทางหนี้ ไม่อาจบังคับกันได้ตามหลักการบังคับชำระหนี้ทั่วไป และหากเกิดข้อขัดข้องขึ้น การบังคับตามสิทธิหน้าที่ในนิติสัมพันธ์นั้นก็ได้โดยจำกัดเท่าที่กฎหมายรับรองหรือตามเหตุผลของเรื่อง (Nature of Thing) เท่านั้น² ดังนั้น โดยหลักแล้ว การสมรสในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 จึงมีลักษณะเฉพาะโดยมีการกำหนดเงื่อนไขการสมรสไว้โดยเฉพาะ และกำหนดวิธีการดำเนินการเมื่อสมรสไว้โดยเฉพาะจึงไม่อาจนำบทบัญญัติในบรรพ 1 มาปรับใช้

แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าการสมรสในบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีบทบัญญัติที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ แต่ในบางกรณีบรรพ 5 มิได้กำหนดฐานะทางกฎหมายของการสมรสไว้ เมื่อการสมรสในบรรพ 5 มีลักษณะเป็นนิติกรรมก่อตั้งสิทธิสถานภาพบุคคล ผลคือในบางกรณีที่บทบัญญัติในบรรพ 5 มีความเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติในบรรพ 1 ว่าด้วยเรื่องหลักทั่วไป นำมาปรับใช้ด้วยเช่นกัน ดังเช่นกรณีแบบแห่งนิติกรรมบางประเภทที่กฎหมายบังคับไว้ว่าจะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น ดังปรากฏใน มาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ” ซึ่งเป็นบทบัญญัติในบรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป อันเป็นบทบัญญัติทั่วไปให้ใช้บังคับแก่การทำนิติกรรมสัญญาทั้งหลายตามกฎหมาย จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้เองยังผลให้นิติกรรมสัญญาที่ไม่ได้ทำตามแบบพิธีต้องตกเป็นโมฆะเสียเปล่า ไม่ว่าจะเป็นการจงใจหรือไม่จงใจก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติใน มาตรา 1457 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น” กล่าวคือ ในเรื่องการจดทะเบียนสมรส กฎหมายกำหนดไว้ว่าการจดทะเบียนสมรสเป็นรูปแบบของการสมรสในสายตาของกฎหมาย หากไม่ทำตามรูปแบบนี้

¹ ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 23 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 39.

² กิตติศักดิ์ ปรกติ, "เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา (น.101)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 1 ตุลาคม 2563. แหล่งที่มา: http://www.law.tu.ac.th/wp-content/uploads/2014/02/01_149.pdf, หน้า 129-135.

เรียกว่าไม่มีการสมรส ผลจึงเท่ากับว่าชายหญิงจะเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายต่อเมื่อได้จดทะเบียนการสมรส สถานะและผลที่เกิดขึ้นระหว่างชายหญิงจึงจะเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย มิได้เป็นไปตามเจตนาของคู่สมรสแต่อย่างใด นอกจากนี้ นักวิชาการส่วนหนึ่งมีความเห็นว่าการจดทะเบียนสมรสเป็นแบบอย่างหนึ่งที่ต้องปฏิบัติตามอันถือเป็นสาระสำคัญของการสมรส ดังนั้นจึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาต่อมาว่า การจดทะเบียนสมรสเป็นแบบของความมีอยู่ของการสมรสดังเช่นแบบของนิติกรรมตามมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 หรือไม่

เนื่องจากการสมรสกันทำให้เกิดสถาบันครอบครัว และกฎหมายไทยรองรับการสมรสในสายตากฎหมายจะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น สิทธิหน้าที่ความสัมพันธ์ส่วนตัวของสามีภริยา สิทธิหน้าที่อันเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา หรือสิทธิหน้าที่อันเกี่ยวกับบุตรเป็นไปตามกฎหมายครอบครัวในบรรพ 5 ในส่วนของชายหญิงที่สมรสกันแต่มิได้จดทะเบียนสมรสสิทธิหน้าที่ระหว่างกันจึงไม่เป็นไปตามกฎหมายครอบครัว การปรับใช้กฎหมายจึงเป็นไปตามกฎหมายลักษณะอื่น ซึ่งในความเป็นจริงนั้น ชายหญิงที่มีความชอบพอกันและกัน มีความต้องการที่จะอยู่กันฉันท์สามีภริยากันย่อมมีความสัมพันธ์อันลึกซึ้งอันเป็นความสัมพันธ์ของครอบครัวเช่นเดียวกันไม่แตกต่างจากการจดทะเบียนสมรส แต่ผลของการจดทะเบียนสมรสกับการไม่จดทะเบียนสมรสมีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ในขณะบางประเทศได้มีการกำหนดให้ผลตกเป็นโมฆะหากมิได้จดทะเบียนสมรส แต่ผลของการสมรสเป็นโมฆะมีความแตกต่างจากของประเทศไทย ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงต้องการศึกษาสถานะของการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายต่างประเทศว่ามีลักษณะและผลทางกฎหมายเป็นเช่นไร ซึ่งหากมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ดีและเหมาะสมแล้วก็จะทำให้สามารถแก้ไขผลกระทบบางประการที่อาจเกิดขึ้นกับตัวคู่สมรส บุตร และบุคคลภายนอกได้

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องนิติกรรมกับการจดทะเบียนสมรสว่ามีความแตกต่างกันอย่างไร

2.2 เพื่อวิเคราะห์ถึงฐานะทางกฎหมายไทยเกี่ยวกับปัญหาการนำหลักนิติกรรมสัญญาตามบรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไปมาปรับใช้กับกฎหมายครอบครัว บรรพ 5 และวิเคราะห์ผลของการจดทะเบียนสมรส โดยนำผลของคำพิพากษาศาลฎีกามาพิจารณาประกอบ

2.3 เพื่อทราบถึงขอบเขตและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สำคัญ ในเรื่องการจดทะเบียนสมรส รวมถึงผลทางกฎหมายของการจดทะเบียนสมรสและการไม่จดทะเบียนสมรส ว่ามีผลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างสามี ภริยา ผลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สิน ความสัมพันธ์ระหว่างบุตร และมีผลต่อบุคคลภายนอกอย่างไร

2.4 เพื่อศึกษาถึงปัญหาของความสัมพันธ์ระหว่างการจดทะเบียนสมรสกับแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรสว่าวางอยู่บนหลักการใด รวมทั้งวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการจดทะเบียนสมรส

2.5 เพื่อวิเคราะห์ถึงสถานะทางกฎหมายของการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยว่ามีลักษณะเป็นเงื่อนไขแห่งความมีอยู่ของการสมรสหรือไม่

3. สมมติฐานของการวิจัย

การจดทะเบียนสมรสเป็นรูปแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรส แต่มีความแตกต่างจากแบบแห่งนิติกรรม ตามบรรพ 1 ดังนั้นจึงไม่สามารถนำบทบัญญัติในบรรพ 1 มาปรับใช้กับกฎหมายสมรสได้

4. ขอบเขตของการวิจัย

ในการศึกษาครั้งนี้จะพิจารณาถึงประเด็นปัญหาที่ว่า การแสดงเจตนาสมรสเป็นนิติกรรมหรือไม่ เพราะกฎหมายลักษณะครอบครัวไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ อีกทั้ง ต้องการศึกษาว่าการจดทะเบียนสมรสเป็นแบบของความมีอยู่ของการสมรสดังเช่นแบบของนิติกรรมตามมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 หรือไม่ และต้องการศึกษาสถานะของการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายต่างประเทศว่ามีลักษณะและผลทางกฎหมายเป็นเช่นไร โดยจะนำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันได้แก่ นิติกรรม สัญญา และครอบครัว มาศึกษาเปรียบเทียบ ประกอบกับศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสาธารณรัฐไอร์แลนด์ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศฟิลิปปินส์ โดยมุ่งศึกษาเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับสถานะการจดทะเบียนสมรส รวมตลอดถึงการชี้ให้เห็นถึงปัญหาต่างๆ ที่เกิดจากการวิเคราะห์หลักกฎหมายโดยการนำบทบัญญัติในบรรพ 1 มาปรับใช้กับบรรพ 5 และแนวความคิดทางกฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ข้อจำกัดทางกฎหมายของกฎหมายไทย และข้อจำกัดในทางข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาและเสนอแนะแนวทางแก้ไขต่อไป

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

5.1 ได้เข้าใจถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องนิติกรรมกับการจดทะเบียนสมรสว่ามีความแตกต่างกันอย่างไร

5.2 ได้รู้ถึงขอบเขตและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สำคัญ ในเรื่องการจดทะเบียนสมรส รวมถึงผลทางกฎหมายของการจดทะเบียนสมรสและการไม่จดทะเบียนสมรส ว่ามีผลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างสามี ภรรยา ผลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สิน ผลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุตร และมีผลต่อบุคคลภายนอกอย่างไร

5.3 ได้ทราบถึงหลักเกณฑ์สถานการณ์จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายต่างประเทศ

5.4 ได้ตระหนักถึงปัญหาทางกฎหมายของไทยบางประการที่อาจเกิดขึ้นจากการนำบทบัญญัติบรรพ 1 มาปรับใช้กับกฎหมายครอบครัว บรรพ 5

5.5 ได้รับทราบแนวทางในการตัดสินใจปัญหาที่เกิดขึ้นในอนาคตว่าควรตัดสินใจไปในทิศทางใด เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนสูงสุด

6. ทบทวนวรรณกรรม

จากการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้มีการทบทวนเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อให้การรวบรวมประมวลข้อมูลที่จะนำไปศึกษาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของการจดทะเบียนสมรสเป็นไปในทางที่เหมาะสม โดยมีวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่มีการศึกษาในแง่มุมที่ต่างกันอย่างออกไป ดังนี้

6.1 ปิยะนุช โปตะวณิช, “สัญญากับการสมรส,” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้กล่าวถึงเรื่องลักษณะของสัญญาการสมรส และวิทยานิพนธ์ตั้งประเด็นไว้ที่ว่า การสมรสเป็นสัญญาหรือไม่ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แบ่งความเห็นของนักกฎหมายเป็น 2 ฝ่าย มีนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการสมรสเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า แม้การสมรสจะเกิดจากเจตนาก็ตาม แต่ก็มีได้เกิดจากผลของเจตนาคู่สมรส แต่เป็นผลของกฎหมายซึ่งบัญญัติให้มีผลเช่นนั้น ดังที่ได้บัญญัติไว้ในบรรพ 5 เรื่องครอบครัวไทยเฉพาะ มิใช่เรื่องสัญญาที่จะบังคับกันตามหลักทั่วไปในเรื่องนี้ตามบรรพ 2

โดยวิทยานิพนธ์เล่มนี้เห็นว่าลักษณะของสัญญา กับลักษณะของการสมรสเป็นกฎหมายคนละเรื่องและคนละลักษณะ แต่ก็เกิดความสัมพันธ์กันขึ้น และการสมรสมีไชนิติกรรมด้วย เพราะการสมรสมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะอยู่กินฉันสามีภริยาเท่านั้น อันเป็นวัตถุประสงค์เพื่อก่อตั้งสถานะของบุคคลในทางครอบครัวอันเป็นส่วนหนึ่งของสังคม ในทัศนะนี้ การสมรสจึงไม่ใช่เพื่อให้เกิดการเคลื่อนไหวสิทธิที่จะบังคับกันได้ และการสมรสที่ต้องอาศัยเจตนาความสมัครใจของคู่สมรสก็เป็นเพียงเงื่อนไขของการสมรสส่วนหนึ่งเท่านั้น หาใช่องค์ประกอบของนิติกรรมไม่ เหตุนี้ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาจึงไม่ใช่สิทธิในเรื่องนี้ที่จะบังคับตามหลักสัญญาทั่วไป เป็นแต่เพียงการกำหนดหน้าที่ของสถานะบุคคลในทางสังคมอย่างหนึ่งดังนั้น การสมรสเป็นเรื่องบังคับตามกฎหมายลักษณะครอบครัวโดยเฉพาะ

สำหรับในส่วนของงานของผู้เขียน มีเนื้อหาคล้ายกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ตรงที่ว่า ต้องการศึกษานิติกรรมสถานะของการจดทะเบียนการสมรสว่าเป็นนิติกรรม หรือสัญญา หรือ นิติเหตุ หรือไม่ แต่มีความแตกต่างกันที่ว่า ผู้เขียนนำเสนอทฤษฎีเกี่ยวกับนิติกรรม และการจดทะเบียนสมรส โดยเปรียบเทียบว่าการจดทะเบียนสมรสมีลักษณะและผลทางกฎหมายเหมือนดังเช่นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่ อีกทั้งผู้เขียนศึกษาถึงผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างนิติกรรมสัญญาตามบทบัญญัติในบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับการสมรสตามกฎหมายครอบครัวบรรพ 5 ว่ามีความแตกต่างกันหรือไม่ อย่างไร

6.2 ไกรสร บารมีอวยชัย, “แบบแห่งนิติกรรม,” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.

วิทยานิพนธ์เล่มนี้กล่าวถึงเรื่องแบบแห่งนิติกรรม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อค้นคว้าวิจัยรายละเอียดเกี่ยวกับแบบแห่งนิติกรรม นิติกรรมที่กฎหมายบังคับให้ทำตามแบบ และผลบังคับของแบบแห่งนิติกรรมและเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ เนื่องจากเดิมประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ความสำคัญแก่แบบแห่งนิติกรรม ถึงขนาดมีสภาพบังคับให้นิติกรรมสัญญาที่ไม่ปฏิบัติตามต้องตกเป็นโมฆะ จนกระทั่งมีการบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นมา โดยมีการบัญญัติกระจัดกระจายอยู่ตามมาตราต่างๆ ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติเป็นข้อกำหนดบังคับแก่การทำนิติกรรมสัญญาไว้นอกจากแบบแห่งนิติกรรมหลายประการ

ดังนั้น ผู้เขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้จัดทำการจำแนกชนิดของแบบแห่งนิติกรรมไว้ และเสนอแนวทางที่จะพิจารณาปรับปรุงแก้ไขข้อขัดข้องของแบบแห่งนิติกรรมให้เหมาะสมกับทางปฏิบัติ

สำหรับในส่วนของผู้เขียน ต้องการศึกษในเรื่องของแบบแห่งนิติกรรมโดยดูความเป็นมาและลักษณะของแบบแห่งนิติกรรมที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับ การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายครอบครัว แต่ในการศึกษามีส่วนที่แตกต่างกันตรงที่ว่าผู้เขียนต้องการศึกษาลักษณะของการจดทะเบียนสมรสโดยเฉพาะ โดยศึกษาสถานะของการจดทะเบียนสมรสเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับที่กล่าวอ้างนี้ได้กล่าวล่งไปถึง

6.3 สุदारัตน์ ภัทรานุรักษ์กุล, “ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียน: ศึกษากรณีสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์,” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ทำการศึกษาถึงการเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียนตามกฎหมายไทย โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ทำการเปรียบเทียบความแตกต่างแห่งระบบกฎหมายของประเทศทั้งคู่และประเทศไทย ในส่วนที่เกี่ยวกับการได้มาซึ่งสังหาริมทรัพย์โดยทางนิติกรรม โดยเฉพาะสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ ระบบแบบแห่งนิติกรรม การโอนกรรมสิทธิ์ และระบบทะเบียนกรรมสิทธิ์ รวมทั้งทำการศึกษาค้นคว้าทฤษฎีและแนวคิดทางกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการบัญญัติกฎหมาย เพื่อนำมาตีความการปรับใช้ตัวบทกฎหมายให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย

สำหรับในงานเขียนของผู้เขียน จะทำการศึกษาในเรื่องการจดทะเบียนสมรสโดยเฉพาะ และผู้เขียนเห็นว่าหลักการจดทะเบียนสมรสย่อมมีความแตกต่างกับระบบการจดทะเบียนในเรื่องการซื้อขาย ดังนั้น จึงทำให้งานวิจัยของผู้เขียนมีความแตกต่างกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่ทั้งนี้ ผู้เขียนจะนำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาศึกษาเรื่องระบบแบบและระบบทะเบียนเพิ่มเติมว่าความเป็นมาของระบบทั้งสองนี้ ผู้ร่างมีเจตนารมณ์ในการร่างขึ้นมาได้อย่างไร

บทที่ 2

ความคิดพื้นฐานของการจดทะเบียนสมรสในระบบกฎหมายไทย

การสมรส เป็นการก่อตั้งความสัมพันธ์ทางครอบครัวเป็นความสัมพันธ์ร่วมกันระหว่างเอกชนและเอกชน โดยครอบครัวเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมอันเกิดจากการที่ชายหญิงตกลงร่วมใจกันสละชีวิตส่วนตัวของแต่ละบุคคลเพื่อสร้างความสัมพันธ์ที่จะอยู่กินร่วมกันและดำรงเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ให้อยู่ต่อไปในอนาคต โดยความสัมพันธ์เหล่านี้ก่อให้เกิดสิทธิและความผูกพันระหว่างบุคคลเปลี่ยนแปลงไป เช่น เกิดความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างสามีภริยา ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา และความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดาและบุตร เป็นต้น ทั้งนี้ การก่อตั้งความสัมพันธ์ทางครอบครัวนี้เป็นความสัมพันธ์ร่วมกันระหว่างเอกชนและเอกชน ซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นกลไกของเอกชนที่ใช้จัดความสัมพันธ์ที่มีต่อกัน อันเรียกว่านิติกรรม¹

หากพิจารณาในเรื่องของการก่อตั้งความสัมพันธ์ทางครอบครัวหรือการสมรส พบว่าในอดีตการสมรสเป็นเรื่องตามธรรมชาติโดยเริ่มจากการที่ชายและหญิงแสดงเจตนายินยอมผูกพันตนในการเป็นสามีภริยาโดยไม่มีรูปแบบพิธีใดมากำหนดความสัมพันธ์ของบุคคลทั้งสอง การสมรสเป็นไปตามรูปแบบขนบธรรมเนียมประเพณี วัฒนธรรม ความเชื่อของสังคมในสมัยนั้น แต่อย่างไรก็ดีเมื่อสังคมมีความเป็นพลวัตรและรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาควบคุมการก่อกำหนดนิติสัมพันธ์ของบุคคลให้นิติกรรมมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายได้ จึงมีการกำหนดให้การก่อกำหนดนิติสัมพันธ์ของบุคคลดังกล่าวมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายครอบครัวได้จะต้องมีการจดทะเบียนสมรส ซึ่งการจดทะเบียนสมรสนี้มีความสำคัญต่อการสมรส อันมีลักษณะที่สามารถเปรียบเทียบได้กับในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมว่ามีลักษณะคล้ายกันหรือไม่ ดังนั้น ในการพิจารณาถึงการจดทะเบียนสมรสตามระบบกฎหมายไทยจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับความคิดพื้นฐาน ความเป็นมาของหลักแห่งนิติกรรมและแบบแห่งนิติกรรม หลักพื้นฐานทั่วไปเกี่ยวกับการจดทะเบียนสมรส และแนวทางการพิจารณาเกี่ยวกับการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยที่จะกล่าวถึงในลำดับถัดไป

¹ วีรวัฒน์ จันทโชติ, "วัตถุประสงค์ของนิติกรรม : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 2.

2.1 นิติกรรมและแบบแห่งนิติกรรม

2.1.1 ความเป็นมาและลักษณะของนิติกรรม

หากพิจารณาถึงความเป็นมาและลักษณะของนิติกรรม จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าในการดำรงชีวิตในสังคม มนุษย์ย่อมมีเสรีภาพในการจัดการชีวิตของตนเองโดยที่รัฐจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวในการใช้สิทธิเสรีภาพเหล่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ในการดำรงชีวิตของมนุษย์นั้นจะต้องมีการกระทำการบางอย่างอันเป็นเหตุให้มีการเคลื่อนไหวความสัมพันธ์ของบุคคลคนหนึ่งซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นอันทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย ดังนั้น เมื่อมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นแล้ว รัฐจึงต้องมีการกำหนดกฎหมายเข้ามาควบคุมการกระทำเหล่านั้นเพื่อให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย อันเกิดเป็นนิติสัมพันธ์

ดังนั้น นิติสัมพันธ์ หมายถึง ความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่กำหนดสิทธิให้แก่บุคคลคนหนึ่งกับบุคคลอีกคนหนึ่งหรือหลายคนในความสัมพันธ์ที่ไม่จำเป็นว่าฝ่ายหนึ่งต้องมีสิทธิและอีกฝ่ายต้องมีหน้าที่ แต่เป็นลักษณะที่บุคคลอีกคนหนึ่งหรือหลายคนต้องอยู่ภายใต้อำนาจของผู้มีสิทธิ² นิติกรรม (Juristic Act) เป็นผลทางกฎหมายประการหนึ่งที่เกิดจากข้อเท็จจริงที่บุคคลฝ่ายเดียวหรือสองฝ่ายแสดงเจตนาทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายแห่งการเคลื่อนไหวสิทธิ

หากพิจารณาความเป็นมาของนิติกรรมในประเทศไทยจะต้องพิจารณาตั้งแต่ชาวตะวันตกเข้ามาในประเทศไทย ผู้นำในประเทศจึงมีความจำเป็นรับเอาอารยธรรมจากตะวันตกเข้ามาเพื่อปรับประเทศให้ทัดเทียมกับอารยประเทศ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงสังคมที่สำคัญคือการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมาย ประเทศไทยจึงเลือกรับหลักกฎหมายตะวันตกเข้ามา โดยประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่เลือกระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นต้นแบบในการสร้างกฎหมายสมัยใหม่³ หากพิจารณาระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) หมายถึง ระบบกฎหมายที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมัน⁴ กฎหมายโรมันเริ่มต้นครั้งแรกในรูปของ ius civile หรือกฎหมายที่ใช้บังคับกับพลเมืองโรมันเท่านั้น อันเป็น

² ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน (Basic Principle of Private Law) (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 250.

³ มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562), หน้า 213.

⁴ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน (Basic Principle of Private Law), หน้า 125.

กฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องสิทธิและหน้าที่ของพลเมืองโรมันตั้งแต่เกิดจนตาย ซึ่งสิทธิและหน้าที่เหล่านี้มักมีความเกี่ยวข้องกับสถานะบุคคล ครอบครัว หนี้ ทรัพย์สิน มรดกและการบังคับตามสิทธิในทางสารบัญญัติ ดังนั้น หลักกฎหมายเอกชนส่วนใหญ่จึงพัฒนามาจากกฎหมายโรมัน เมื่อระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายเอกชน การสร้างระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในประเทศไทยจึงมีความเกี่ยวข้องกับการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵

ในการศึกษาโครงสร้างของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ สามารถพิจารณาจาก Institutes ซึ่งเป็นคู่มือการศึกษากฎหมายโรมันของจัสติเนียน (Justinian) ที่ได้ทำการคัดลอกคู่มือการศึกษากฎหมายโรมันหรือ Institutes ของไกอุส (Gaius) มาเกือบทั้งหมด โดยการแบ่งเนื้อหาใน Institutes ถือเป็นต้นแบบในการจัดโครงสร้างของกฎหมายเอกชนของยุโรปในเวลาต่อมา เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฯลฯ จากพัฒนาการของกฎหมายโรมันดังที่ได้กล่าวมา ทำให้สามารถเปรียบเทียบโครงสร้างกฎหมายของเอกชนโรมันของไกอุสและจัสติเนียน ได้ดังต่อไปนี้



⁵ มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 214.

ตารางที่ 1 โครงสร้างกฎหมายเอกชนโรมัน⁶

โครงสร้างกฎหมายเอกชนโรมันของไกอุส	โครงสร้างกฎหมายเอกชนโรมันของจัสติเนียน
1.กฎหมายบุคคล (persons, personae)	1.กฎหมายบุคคล (persons, personae)
2.กฎหมายทรัพย์สิน (things, res) 2.1 กฎหมายทรัพย์สิน ⁷ 2.1.1 มนุษยสิทธิ Humani iuris (ทรัพย์สินที่ มนุษย์ถือเอาได้) 2.1.2 เทวสิทธิ divini iuris (ทรัพย์สินที่มนุษย์ไม่ อาจถือเอาได้) 2.2 กฎหมายหนี้ 2.2.1 สัญญา (ex contractu) 1) หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ต้องมีการส่งมอบ ทรัพย์สิน (re) 2) หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ต้องมีการเปล่งวาจา (verbis) 3) หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ต้องทำเป็นลาย ลักษณ์อักษร(litteris) 4) หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความ ยินยอม(consensu) 2.2.2 ละเมิด	2.กฎหมายทรัพย์สิน (things, res) 2.1 กฎหมายทรัพย์สิน ⁸ 2.1.1 มนุษยสิทธิ Humani iuris (ทรัพย์สินที่ มนุษย์ถือเอาได้) 2.1.2 เทวสิทธิ divini iuris (ทรัพย์สินที่มนุษย์ไม่ อาจถือเอาได้) 2.2 กฎหมายหนี้ 2.2.1 สัญญา (ex contractu) 1) หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ต้องมีการส่งมอบ ทรัพย์สิน (re) 2) หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ต้องมีการเปล่งวาจา (verbis) 3)หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ต้องทำเป็นลาย ลักษณ์อักษร (litteris) 4)หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความ ยินยอม (consensu)

⁶ จากตารางผู้เขียนรวบรวมและสังเคราะห์ข้อมูลเป็นตารางจากแหล่งข้อมูล ดังต่อไปนี้ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 264-265., ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 141-142. และ Seymour F. Harris, The Elements of Roman Law Summarized : A Concise Digest of the Matter Contained in the Institutes of Gaius and Justinian with Copious References Arranged in Parallel Columns, Also Chronological and Analytical Tables, Lists of Laws, Etc., Etc. : Primarily Designed for the Use of Students Preparing for Examination at Oxford, Cambridge, and the Inns of Court. (London: Stevens & Haynes, 1899), p. 135.

⁷ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, หน้า 264.

⁸ เรืองเดียวกัน, หน้า 265.

<p>1) ลักทรัพย์ 2) ชิงทรัพย์ 3) ทำให้เสียทรัพย์ 4) ทำร้ายร่างกาย</p> <p>2.2.3 หนี้ที่เกิดจากการกระทำอื่นๆ (varie causarum figurae)</p> <p>1) การจัดการงานนอกสั่ง 2) การชำระหนี้โดยไม่มีหนี้ 3) การก่อหนี้ แก่ทายาทโดยธรรมเพื่อประโยชน์ของทายาทโดยพินัยกรรม</p> <p>2.3 กฎหมายมรดก</p>	<p>2.2.2 หนี้ที่เกิดจากการกระทำคล้ายสัญญา (quasi ex contractu)</p> <p>1) การจัดการงานนอกสั่ง 2) การชำระหนี้โดยไม่มีหนี้ 3) การก่อหนี้ แก่ทายาทโดยธรรมเพื่อประโยชน์ของทายาทโดยพินัยกรรม</p> <p>2.2.3 หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ex delicto)</p> <p>1) ลักทรัพย์ 2) ชิงทรัพย์ 3) ทำให้เสียทรัพย์ 4) ทำร้ายร่างกาย</p> <p>2.2.4 หนี้ที่เกิดจากการกระทำคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (quasi ex delicto)</p> <p>2.3 กฎหมายมรดก</p>
<p>3.กฎหมายวิธีพิจารณาความ (procedure, actiones)</p>	<p>3.กฎหมายวิธีพิจารณาความ (procedure, actiones)</p>

พิจารณาโครงสร้างกฎหมายเอกชนโรมันโครงสร้างที่ 1 เป็นเรื่องกฎหมายบุคคล ซึ่งมีเนื้อหาประกอบไปด้วยเรื่องของบุคคลและเรื่องของครอบครัว ความคิดเรื่องบุคคลธรรมดาในกฎหมายโรมันในเบื้องต้น บุคคลที่จะมีความสามารถในการมีสิทธิและใช้สิทธิโดยสมบูรณ์ในกฎหมายโรมัน ต้องเป็นบุคคลซึ่งมีฐานะทางกฎหมายเป็นของตนเอง (sui iuris) กล่าวคือ บุคคลนั้นต้องทรง 3 สถานะพร้อมกัน กล่าวคือ สถานะของการเป็นคนอิสระ สถานะของความเป็นพลเมืองโรมัน และสถานะในครอบครัวเป็นหัวหน้าครอบครัว⁹ ส่วนเรื่องครอบครัวถือเป็นกรอบโครงสร้างพื้นฐานของสังคมโรมัน ซึ่งในงานวิจัยฉบับนี้จะมุ่งเน้นถึงกฎหมายครอบครัวโรมันเท่านั้น เนื่องจากการสมรสก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางครอบครัว ดังนั้น ผู้เขียนจึงต้องการศึกษาความเป็นมาของกฎหมายครอบครัวโรมัน

⁹ ศันนัทภรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 45-46.

คำว่า familia หรือ ครอบครัว ตามกฎหมายโรมันโบราณนั้น หมายถึง บุคคลหลาย ๆ คนที่มีความผูกพันกันทางการสมรสหรือทางสายโลหิต รวมถึงคนทุกคนซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของผู้ปกครองครอบครัว (paterfamilias) แล้วยังหมายรวมถึงทรัพย์สินประเภททรัพย์สินที่ใช้จ่ายที่ใช้ในความจำเป็นของครอบครัวหรือที่เรียกว่า res mancipi และทาสด้วย แม้ว่าในความเป็นจริงทรัพย์สินและทาสจะไม่ใช่บุคคลก็ตาม¹⁰ ดังนั้น ลักษณะของครอบครัวโรมันจึงมีลักษณะของการแบ่งชนชั้นทางสังคม ความไม่เท่าเทียมกันทางเพศ และการตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครอง¹¹ ซึ่งในเวลาต่อมาความคิดของครอบครัวเปลี่ยนไปเหลือเพียงบุคคลที่มีความผูกพันกันทางการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และบุคคลที่มีความผูกพันกันทางสายโลหิตหรือด้วยการรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น¹²

ครอบครัวเป็นหน่วยทางสังคมที่โรมันได้รับรองไว้เป็นกฎหมาย โดยมีบิดาเป็นหัวหน้าครอบครัว ซึ่งเป็นผู้นำครอบครัวและหัวหน้าครอบครัวเป็นเพียงคนเดียวที่ได้รับการรับรองให้เป็นผู้ที่มีสิทธิตามกฎหมายโรมัน อำนาจของผู้หัวหน้าครอบครัวไม่เพียงแต่จะหมดไปเมื่อบุตรหลาน เหยดในครอบครัวสมรสและมีครอบครัวของตนเองเท่านั้น แต่อำนาจดังกล่าวมีจนกระทั่งถึงผู้นั้นถึงแก่ความตาย¹³

ครอบครัวเริ่มจากการสมรส และการสมรสเป็นเรื่องของความยินยอม กล่าวคือ เป็นความยินยอมที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันสามีและภรรยาอนจากนั้น คู่สมรสจะต้องมีความสามารถตามกฎหมายที่จะทำการสมรสได้ และจะต้องไม่เป็นบุคคลที่อยู่คนละชนชั้นตามที่กฎหมายห้ามไว้ชายหญิงที่อยู่กันโดยไม่มีสถานะเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายสามารถอยู่ร่วมกันได้แต่อยู่ในความสัมพันธ์ในอีกลักษณะหนึ่ง ไม่ใช่ลักษณะของสามีภริยาตามกฎหมาย ดังนั้น ในความเป็นจริง แม้ว่าบางคนมีฐานะนรศักดิ์ที่ต่อยกว่า ชายหญิงเหล่านั้นก็ยังคงได้รับการยอมรับทั่วไปในสังคมโรมันว่าทั้งคู่มีความสัมพันธ์เป็นสามีภริยากัน เพียงแต่ไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย¹⁴

ฐานความคิดของการสมรสตามกฎหมายโรมันขึ้นอยู่กับหลักการ 3 ประการคือ ประการที่หนึ่งคือ การที่ชายมีภริยาได้คนเดียวและหญิงมีสามีได้คนเดียวตามหลักผัวเดียวเมียเดียว (mogamia) ประการที่สอง การสมรสตามกฎหมายโรมันเกิดขึ้นเพียงแต่จากความยินยอมที่จะอยู่ร่วมกันฉันสามี

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 76.

¹¹ Rafael Domingo, "The Family in Ancient Roman Law," ใน *January 2017*(2017), p. 1.

¹² ศนันทกรณ โสติพันธ์, *คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 76.

¹³ Rafael Domingo, "The Family in Ancient Roman Law," p. 1.

¹⁴ Ibid.

ภริยาของชายและหญิงก็เป็นการเพียงพอแล้วโดยไม่ต้องทำตามแบบพิธีใด ๆ ตามหลักความยินยอม (consensus) และประการสุดท้าย การสมรสจะทำได้เฉพาะระหว่างชายและหญิงที่อยู่ต่างครอบครัวกันเท่านั้น ทั้งสองมีความสัมพันธ์ฉันญาติระหว่างกันไม่ได้¹⁵ การสมรสตามกฎหมายโรมันมีอยู่ 2 แบบ คือ การสมรสที่ทำให้หญิงอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของสามีและการสมรสที่ภริยาไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจของสามีจนกว่าหัวหน้าครอบครัวของหญิงจะเสียชีวิต¹⁶

โครงสร้างกฎหมายเอกชนโรมันโครงสร้างที่ 2 คือเรื่องกฎหมายทรัพย์สิน ซึ่งแบ่งเป็นกฎหมายทรัพย์สิน กฎหมายหนี้ และกฎหมายมรดก ซึ่งในส่วนของงานวิจัยของข้าพเจ้าจะกล่าวเพียงกฎหมายหนี้ และกฎหมายทรัพย์สินเพื่อเข้าใจถึงความเป็นมาของนิติกรรม โดยความเป็นมาของนิติกรรมในกฎหมายโรมัน ไม่มีคำว่า “นิติกรรม” แต่พบว่ากฎหมายโรมันมีการกล่าวถึงนิติกรรมเฉพาะเรื่อง โดยกฎหมายโรมันมีการกล่าวถึง “การกระทำ” หรือ “Actus” ในความหมายที่กว้างกว่าคำว่านิติกรรมในปัจจุบัน ซึ่งกฎหมายโรมันให้ความหมายถึงการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอันตรงกับคำว่า “Rechtshandlung” ในภาษากฎหมายเยอรมัน หรือที่เรียกกันว่า “เหตุการณ์ในทางกฎหมาย” หรือ “Legal Act”¹⁷ ส่วนนิติกรรมในสมัยโรมันมีลักษณะเป็นรูปแบบเฉพาะและมีองค์ประกอบเฉพาะของนิติกรรมแต่ละอัน อีกทั้งนิติกรรมของชาวโรมันในยุคแรกๆ เป็นนิติกรรมที่ยึดติดกับรูปแบบ¹⁸ อันมีลักษณะเป็นสัญญา ซึ่งในบทบัญญัติหรือในคำพิพากษาได้มีการกำหนดให้สัญญาคือการตกลงซึ่งก่อให้เกิดหนี้ บังคับได้ตามกฎหมายเอกชนและไม่ได้คำนึงถึงการแสดงเจตนาอันเป็นหลักพื้นฐานทั่วไปอันเป็นองค์ประกอบของนิติกรรมไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด

ในกฎหมายโรมันกล่าวถึงเรื่องหนี้กับการทำตามแบบไม่มีการแยกว่าเป็นนิติกรรมทางหนี้และนิติกรรมทางทรัพย์สิน แม้ว่าในกฎหมายโรมันมีช่องว่างในเรื่องของทรัพย์สินสิทธิและบุคคลสิทธิที่ไม่ได้กล่าวถึง แต่ก็สามารถอธิบายถึงความแตกต่างได้ หากเปรียบเทียบกับเรื่องสิทธิในปัจจุบัน ได้แก่ บุคคลสิทธิและทรัพย์สินสิทธิ กล่าวคือ สัญญาก่อให้เกิดบุคคลสิทธิ (rights in personam) แต่ไม่สามารถก่อให้เกิดการโอนหรือการเปลี่ยนสิทธิในความเป็นเจ้าของนั้นได้ เพราะการโอนความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินสิทธิ (rights in rem) การกระทำที่ก่อให้เกิดบุคคลสิทธิ

¹⁵ ศนันทกรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 78.

¹⁶ Rafael Domingo, "The Family in Ancient Roman Law," p, 1.

¹⁷ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 5-6.

¹⁸ ศนันทกรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, หน้า 23.

จะไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สิน ตัวอย่างเช่น ในการซื้อขายหนังสือ ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในหนังสือ จะยังไม่ถูกโอนไปยังผู้ซื้อในขณะที่มีการทำสัญญา แต่ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในหนังสือจะถูกโอน ต่อเมื่อมีการส่งมอบหนังสือ การส่งมอบหนังสือเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ และการโอนกรรมสิทธิ์นี้เป็นการก่อให้เกิดหรือเปลี่ยนสิทธิในความเป็นเจ้าของไปเป็นของบุคคลอื่น¹⁹

คำนิยามของ “หนี้” ปรากฏอยู่ใน Institutes ของจัสติเนียน โดยบัญญัติว่า “หนี้เป็นนิติสัมพันธ์ซึ่งผูกมัดบุคคลให้ต้องปฏิบัติตามภาระหนี้ภายใต้บังคับของบทบัญญัติของกฎหมาย”²⁰ กล่าวได้ว่า กฎหมายลักษณะหนี้เป็นเรื่องการพูดถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอันเป็นบุคคลสิทธิ ไม่ใช่ทรัพย์สิน แต่อย่างไรก็ดีการพิจารณาขอบเขตของกฎหมายลักษณะหนี้จะต้องพิจารณาจากการกระทำไม่ใช่จากสถานะของคู่สัญญา พิจารณาเปรียบเทียบได้จากกฎหมายลักษณะบุคคลที่กล่าวถึงหน้าที่ของบุคคลขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ในขณะที่บุคคลนั้นมีสถานะอย่างไรก็ต้องมีหน้าที่ตามกฎหมายเช่นนั้น ซึ่งในกรณีนี้สามารถนำมาอธิบายในเรื่องของหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะหนี้ได้ในบางส่วนเช่นกัน แต่การพิจารณาจะต้องคำนึงถึงหนี้ที่เกิดจากคู่สัญญามากกว่าหนี้ซึ่งถูกกำหนดขึ้นมาจากสภาพของบุคคล²¹

นอกจากนี้ คำว่า obligatio (หนี้) บางครั้งก็หมายถึงสิทธิ บางครั้งก็หมายถึงหน้าที่ รากศัพท์ของคำว่า obligatio มีความหมายว่าผูกพันกันทางกฎหมายระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย อันเป็นการผูกพันทางกายภาพระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งข้อผูกมัดนี้มีผลผูกพันฝ่ายหนึ่งกับอีกฝ่ายหนึ่งที่จะกระทำการหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งกับคู่สัญญาโดยเฉพาะและไม่มีผลต่อบุคคลภายนอก ทั้งนี้ โกลุสแบ่งแยกประเภทของหนี้ใน institutes เป็น 3 ประเภท ได้แก่ สัญญา (ex contractu) , หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือละเมิด (ex delicto) และหนี้ที่เกิดจากการกระทำอื่นๆ (varie causarum figurae) ต่อมา จัสติเนียนเพิ่มประเภทของหนี้ลงใน Institutes เป็นทั้งหมด 4 ประเภท ได้แก่ สัญญา (ex contractu), หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ex delicto), หนี้ที่เกิดจากการกระทำคล้ายสัญญา (quasi ex contractu) และหนี้ที่เกิดจาก

¹⁹ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (The United States: The Clarendon Press 1965), p. 103.

²⁰ “An obligation is a legal tie which binds us to the necessity of making some performance in accordance with the laws of our state. (Inst.3.13pr.)”

²¹ Paul du Plessie, *Borkowski's Textbook on Roman Law* (The United States: Oxford University Press, 2010), p. 249.

การกระทำคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (quasi ex delicto) เพราะการแบ่งประเภทของ Gaius ไม่สามารถจัดหนี้บางประการเข้าตามลักษณะทั้งสองได้²²

พิจารณาต่อมา กฎหมายลักษณะสัญญาโรมันเดิมไม่ได้มีความเป็นระบบอย่างกฎหมายลักษณะสัญญาในระบบกฎหมายสมัยใหม่และไม่มีแนวคิดของสัญญาในลักษณะที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่สามารถใช้ได้กับสัญญาทุกประเภท²³ ต่อมาในช่วงยุคคลาสสิกจึงได้มีการให้คำนิยามของสัญญาว่าเป็นข้อตกลงของคู่สัญญา โดยไกอุสให้ความหมายต่อว่า สัญญาเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดหนี้ ในยุคหลังคลาสสิกถึงยุคจัสติเนียน ได้ให้นิยามของคำว่าสัญญา (contractu) หมายถึงนิติกรรมสองฝ่ายและยอมรับข้อตกลงกัน ประกอบกับเมื่อสัญญาเป็นบ่อเกิดของหนี้ประเภทหนึ่งตามโครงสร้าง Institutes ของจัสติเนียน จึงถือเป็นบ่อเกิดหลักของหนี้ในสมัยโรมันเช่นกัน²⁴

การแบ่งกลุ่มของสัญญาในสมัยโรมัน ใน Institutes ของไกอุส สามารถจัดสัญญาออกเป็น 4 กลุ่ม แบ่งโดยพิจารณาจากเรื่อง “หนี้” ที่เกิดจากสัญญา²⁵ ได้ดังต่อไปนี้²⁶

1. หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน (re)
2. หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ต้องมีการเปล่งวาจา (verbis)
3. หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร (litteris)
4. หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม (consensu)

ในส่วนกฎหมายลักษณะทรัพย์สินโรมันมักเกี่ยวข้องข้องกับการได้มาซึ่งสิทธิในทางทรัพย์สิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรรมสิทธิ์ (ownership) การครอบครอง (possession) และภาระจำยอม (servitudes) ทั้งนี้ ทรัพย์สิน (res) อาจเป็นทั้งวัตถุที่มีรูปร่างหรือเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง โดยไกอุสและจัสติเนียนกล่าวถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน (law of things) ว่าเป็นกฎหมายที่กล่าวถึงการก่อให้เกิด

²² Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, pp. 158-159.

²³ มุนินทร์ พงศาปาน, *ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*, หน้า 124.

²⁴ ศนันท์กรณ โสคติพันธ์, *คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 197-199.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 201.

²⁶ Seymour F. Harris, *The Elements of Roman Law Summarized : A Concise Digest of the Matter Contained in the Institutes of Gaius and Justinian with Copious References Arranged in Parallel Columns, Also Chronological and Analytical Tables, Lists of Laws, Etc., Etc. : Primarily Designed for the Use of Students Preparing for Examination at Oxford, Cambridge, and the Inns of Court*, p. 135.

การเปลี่ยนมือ การทำให้พอใจในสินทรัพย์ รวมถึงความสามารถในการประเมินราคาของทรัพย์ แต่ไม่รวมถึงสิทธิที่เกิดจากสถานภาพของบุคคล²⁷

ในเรื่องการกล่าวถึงความแตกต่างระหว่างเรื่องทรัพย์และหนี้ตามกฎหมายโรมัน จะต้องพิจารณาจากความเป็นเจ้าของทรัพย์และการเป็นหนี้ ในลักษณะของ “การใช้สิทธิ” กล่าวคือในเรื่อง actio in rem หรือวิธีการฟ้องร้องที่เกี่ยวกับตัวทรัพย์ อันวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและทรัพย์ และ actio in personam หรือวิธีการฟ้องร้องที่เกี่ยวกับตัวคน อันวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับบุคคล อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันได้มีการนำแนวคิดเรื่อง “สิทธิ” มาใช้ และมีการแบ่งคล้ายกับกฎหมายโรมัน แบ่งเป็น rights in rem ทรัพย์สิทธิ ซึ่งสิทธิดังกล่าวใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป และ rights in personam บุคคลสิทธิ ซึ่งสิทธิดังกล่าวใช้บังคับกับบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น และ rights in rem เป็นไปตามกฎหมายทรัพย์ ส่วน rights in personam เป็นไปตามกฎหมายหนี้²⁸ ตัวอย่างที่ในสัญญาซื้อขาย เช่นหาก ก.ตกลงซื้อหนังสือของ ข. ตามกฎหมายโรมัน ก. มีบุคคลสิทธิ (actio in personam) ที่จะฟ้องให้ ข. โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ได้ แต่ไม่สามารถฟ้องกรณี actio in rem หรือวิธีการฟ้องร้องที่เกี่ยวกับตัวทรัพย์ได้ เพราะยังไม่มีกรรมสิทธิ์ในหนังสือให้กับ ก. ดังนั้นสัญญาก่อนผลเฉพาะทางหนี้ไม่ก่อให้เกิดผลทางทรัพย์ ผลทางทรัพย์หรือการโอนกรรมสิทธิ์จะเกิดขึ้นได้ต้องทำตามแบบหรือวิธีการโอน

เนื่องจากในกฎหมายโรมันยึดถือรูปแบบของนิติกรรมเป็นอย่างยิ่ง นิติกรรมจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ ไม่ได้อยู่ที่การแสดงเจตนาตกลงกันหรือการแสดงเจตนาภายในออกมา การก่อให้เกิดสิทธิ หรือการเปลี่ยนแปลงสิทธิบางประการจะต้องมีการประกาศให้ทราบโดยทั่วกัน ซึ่งการกระทำดังกล่าวจึงเป็นการทำตามรูปแบบ ดังนั้น ในยุคโรมันโบราณอาจเรียกได้ว่ายึดติดกับรูปแบบอย่างเคร่งครัดที่สุด นิติกรรมตามกฎหมายของพลเมืองโรมันล้วนแต่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ทั้งสิ้น²⁹ จากโครงสร้างกฎหมายเอกชนโรมันแสดงให้เห็นได้ว่าไม่มีทบัญญัติเรื่องนิติกรรม แต่โครงสร้างกฎหมายเอกชนโรมันสะท้อนให้เห็นว่ามีการแบ่งกฎหมายลักษณะบุคคลและกฎหมายลักษณะทรัพย์สินออกจากกันอย่างชัดเจน นอกจากนี้จากลักษณะของกฎหมายลักษณะทรัพย์สินแบ่งได้ เป็นเป็นกฎหมายทรัพย์ กฎหมายหนี้และกฎหมายมรดก โดยความคิดตามกฎหมายโรมันในกฎหมาย

²⁷ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, p. 98.

²⁸ *Ibid.*, pp. 100-101.

²⁹ *Ibid.*, p.61.

ลักษณะทรัพย์สิน (res) หมายถึง ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง รวมถึงการก่อให้เกิด การเปลี่ยนแปลง การทำให้พอใจ ในสินทรัพย์ที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจ ซึ่งไม่รวมถึงกฎหมายเกี่ยวกับบุคคล³⁰

ต่อมาเกิดการสร้างทฤษฎีทั่วไปของนิติกรรมขึ้นตอนปลายศตวรรษที่ 18 และได้มีการศึกษา อย่างละเอียดลึกซึ้งในครั้งหลังของศตวรรษที่ 19 ในประเทศเยอรมนี นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันมี ความพยายามแยกองค์ประกอบของนิติสัมพันธ์ชนิดต่างๆ ที่เกิดจากการกระทำของบุคคลที่ชอบด้วย กฎหมายและไม่ชอบด้วยกฎหมายออกจากกัน และนิติกรรมเป็นหนึ่งในกรกระทำทางข้อเท็จจริง ที่ชอบด้วยกฎหมาย³¹

ประวัติความเป็นมาของแนวความคิดเรื่องนิติกรรมในกฎหมายเยอรมัน พิจารณาได้ว่า กฎหมายเยอรมันจะได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมันเป็นอย่างมาก แต่ปรากฏว่า กฎหมายโรมัน ก็ไม่ได้มีหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมไว้โดยตรง จากร่องรอยทางประวัติศาสตร์พบว่า มีแนวความคิด ของนักกฎหมายโรมันชื่อ Gaius ได้จัดให้สัญญาเป็นการกระทำลักษณะหนึ่งอันเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ ต่อมาจักรพรรดิจัสติเนียน (Emperor Justinian) ก็ยังคงยึดถือแนวความคิดนี้ และกำหนดหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับสัญญาไว้ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายในสมัยของพระองค์ จึงเห็นได้ว่า กฎหมายโรมัน ก็มีได้ยอมรับว่ามีหลักเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมไว้โดยตรง แต่กลับปรากฏหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับสัญญาซึ่งเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ประการหนึ่ง นอกเหนือไปจากการกระทำบางอย่างอันก่อให้เกิด หนี้เช่นกันดังที่กฎหมายโรมันกำหนดไว้³²

เนื่องจาก ทฤษฎีนิติกรรมปรากฏมาเมื่อไม่นานมานี้ โดยกฎหมายโรมันไม่มีแนวความคิดใน เรื่องนิติกรรมมาก่อน แนวความคิดในเรื่องนิติกรรมและการแสดงเจตนาปรากฏหลักฐานว่ามีขึ้นตั้งแต่ ในยุคเรืองปัญญา (Enlightenment) โดยนักกฎหมายธรรมชาติชื่อ Daniel Nettelbladt ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ในเรื่องการแสดงเจตนาปรากฏอยู่ในกฎหมายปรัสเซีย แต่ในกฎหมายปรัสเซียไม่มีคำว่า นิติกรรมเช่นกัน ต่อมาในศตวรรษที่ 19 คำว่านิติกรรมถูกนำมาบัญญัติในกฎหมายเยอรมัน และบทบัญญัติเรื่องนิติกรรมกลายเป็นหัวข้อหลักที่ปรากฏอยู่ในตำรากฎหมาย Gemeines Recht (เป็นตำรากฎหมายที่นำหลักพื้นฐานของกฎหมายโรมันมาปรับใช้กับกฎหมายเยอรมัน

³⁰ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 104-105.

³¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา (น.101)" [ออนไลน์].

³² ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 6-7.

ก่อนปี ค.ศ. 1900) และยังคงปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายเยอรมัน³³ จากแนวความคิดดังกล่าว นักกฎหมายเยอรมันจึงคิดค้นประยุต์หลักนิติกรรม (Juristic Act) ขึ้น โดยนิติกรรมเป็นส่วนหนึ่งของ “เหตุการณ์ในทางกฎหมาย” (Legal Act หรือ *Rechtshandlung*) ซึ่งเป็นการกระทำใดๆ อันก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ส่วนเหตุการณ์ในทางกฎหมายอีกประเภทหนึ่งตามทฤษฎีกฎหมายของเยอรมันได้แก่ “นิติเหตุ” (Acts in Fact หรือ *Realakte*) อันเป็นการกระทำซึ่งชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ก็ตาม แต่ก็ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเช่นกัน³⁴

ข้อแตกต่างระหว่างนิติกรรมกับการกระทำทางกฎหมายประเภทอื่น ๆ คือผลทางกฎหมายที่ตามมาว่าการกระทำนั้นเกิดจากผู้กระทำแสดงเจตนาโดยไม่ระมัดระวังหรือไม่ ซึ่งนิติกรรมที่เกิดขึ้นตามกฎหมายจะต้องเกิดจากการที่ผู้กระทำแสดงเจตนาเช่นนั้น ดังนั้น การแสดงเจตนาของบุคคลจึงเป็นส่วนหนึ่งของการทำนิติกรรมและมีผลทางกฎหมายตามมา โดยการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยความตั้งใจที่จะกระทำการนั้นและมีการกระทำตามเจตนาที่แสดงออกมาตามที่ตั้งใจ นอกจากนี้ เยอรมันมีการพัฒนาทฤษฎีนิติกรรมทางทรัพย์สิน ซึ่งเป็นเรื่องของการเคลื่อนไหวซึ่งทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์³⁵

หากพิจารณาโครงสร้างของประมวลกฎหมายเยอรมัน พบว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมมากกว่าประมวลกฎหมายอื่น โดยกล่าวถึงการก่อให้เกิดสัญญาภายใต้หลักของนิติกรรม โครงสร้างที่ปรากฏในตำรากฎหมาย *Gemeines Recht* ที่มีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายเยอรมัน คือ สัญญาซึ่งปรากฏอยู่ในหัวข้อกฎหมายว่าด้วยหนี้ เพราะสัญญาทางหนี้เป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ประการหนึ่งนั้น ถือเป็นรูปแบบสามัญที่สุดของการตกลงในความหมายอย่างกว้าง แต่ตามหลักการที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน สัญญาเป็นหลักการกระทำพื้นฐานอันมีความสำคัญในกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน ครอบครัว และมรดก ดังนั้น กฎเกณฑ์ทั้งหลายที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญา รวมถึงการก่อสัญญาเหล่านี้ย่อมเป็นส่วนหนึ่งของนิติกรรมและหลักเกณฑ์ดังกล่าวถูกระบุอยู่ในบทหลักทั่วไปของประมวลกฎหมายแทนที่จะระบุอยู่ใน

³³ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law Volume II: The Institutions of Private Law*, trans. Tony Weir, 2 ed. (the United States: Oxford University Press, 1987), p. 3.

³⁴ *Ibid.*, p. 2.

³⁵ *Ibid.*, pp. 2-3.

บทบัญญัติเรื่องนี้³⁶ นักกฎหมายเยอรมันในยุคนั้นมีความปรารถนาที่จะสร้างแนวความคิดที่เป็นนามธรรมมาปรับใช้กับแนวความคิดในเรื่องของสัญญาและขยายแนวความคิดออกไปจากการเคลื่อนไหวทรัพย์สินทางหนึ่งให้มีการพัฒนาเรื่องการเคลื่อนไหวทรัพย์สินทางทรัพย์สิน เหตุการณ์ในเรื่องกฎหมายครอบครัว เช่น การหมั้น การสมรส การตกลงทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาโดยมีผลทางกฎหมายตามมา โดย Savigny ให้คำนิยามว่า “สัญญาคือ การตกลงกันของคู่สัญญาฝ่ายเดียวหรือสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่แสดงเจตนาออกมาเพื่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมาย” ตัวอย่างเช่น กรณีการสมรสจะต้องมีการกล่าวคำสำคัญว่า “I will” ก่อนที่จะมีการจดทะเบียนสมรส อันเป็นการปฏิบัติตามพิธีสมรสที่กฎหมายกำหนด ในช่วงเวลาเดียวกันอันเป็นช่วงเวลาที่มีความสำคัญเพราะเป็นจุดเริ่มต้นของการเกิดสัญญา³⁷

อย่างไรก็ดี แทนที่จะพิจารณาถึงการเกิดขึ้นของสัญญา แต่สิ่งหนึ่งที่ควรพิจารณาประกอบคือผลที่ตามมาของสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว โดยสัญญาเมื่อเกิดแล้วผลที่ตามมาจะมีเพียงผลตามกฎหมายหนึ่งเท่านั้น ในส่วน การโอนกรรมสิทธิ์ หรือ สัญญาที่เกี่ยวกับสถาบันครอบครัว หรือมรดกจะเกิดขึ้นตามความตกลงของคู่สัญญาน้อยมาก เพราะความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามกฎหมายเหล่านี้เป็นการก่อให้เกิดสถานะบุคคลใหม่ เช่น สถานะความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ สถานะครอบครัว สถานะสามี-ภรรยา และผู้สืบทอดมรดก สถานภาพบุคคลเหล่านี้ไม่ได้เกิดจากความตกลงที่คู่สัญญาสร้างขึ้นเอง หรือถูกกำหนดโดยการทำสัญญา แต่สถานภาพของบุคคลเหล่านี้เกิดขึ้นโดยกฎหมายกำหนดรับรองไว้ กรณีนี้จึงสามารถอธิบายได้ว่า ในระบบของสัญญาจึงครอบคลุมเพียงเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลักนิติกรรมทางหนึ่งเท่านั้น³⁸

แม้ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะเป็นการนำกฎหมายโรมันมาเป็นต้นแบบ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีการวางบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมเป็นบทบัญญัติทั่วไป โดยหลักทั่วไปต่าง ๆ ที่ถูกนำมาบัญญัติไว้ในบรรพ 1 โดยจะถูกนำไปใช้ร่วมกับบทบัญญัติเฉพาะอื่น ๆ ที่ปรากฏอยู่ในบรรพ 2-5 อันสะท้อนให้เห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดให้หลักการก่อให้เกิดสัญญานั้นต้องนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยนิติกรรมมาใช้ด้วย เนื่องจากสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของ

³⁶ Ibid., p. 4.

³⁷ Ibid., p. 6.

³⁸ Ibid., pp. 6-7.

นิติกรรมนั่นเอง³⁹ ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังมีอิทธิพลในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งในประเทศอื่น เช่น ญี่ปุ่น บราซิล และไทย

สำหรับบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมในประเทศไทยก่อนมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บทกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่มีหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและไม่สามารถเทียบเคียงบทกฎหมายอื่น ๆ ว่ามีลักษณะคล้ายกับบทกฎหมายลักษณะนิติกรรมได้อีกเช่นกัน⁴⁰ ต่อมา มีความพยายามจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ. 2466 แต่มีปัญหาด้านการจัดทำและการปรับใช้กฎหมาย จึงมีการประชุมแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อที่จะได้มีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมให้ดียิ่งขึ้น จนในที่สุดมีการตรากฎหมายเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับ พ.ศ. 2468 (ฉบับปัจจุบัน) ในการตรวจและชำระร่างกฎหมาย กรรมการร่างกฎหมาย จึงได้ศึกษาหลักกฎหมายไทยที่เป็นตัวบทเดิม คำพิพากษาของศาลเทียบเคียงกับหลักกฎหมายต่างประเทศ อาทิ ฝรั่งเศส อังกฤษ สวิตเซอร์แลนด์ ญี่ปุ่น เยอรมัน อิตาลี เนเธอร์แลนด์ สหรัฐอเมริกา ฯลฯ มาพิจารณาประกอบตามความสะดวกและเหมาะสม เพื่อเป็นการนำหลักกฎหมายที่แพร่หลาย ไม่มีอยู่ในกฎหมายเก่ามาใช้ให้กฎหมายมีความเจริญยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่น เดิมกฎหมายแพ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับลักษณะบุคคล เช่น การสมรส การหย่า และการรับมรดก หรือบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสัญญา เช่น กู้ยืม ซื้อมาขาย ให้ ยืม อันเป็นบทกฎหมายในส่วนแรกที่เป็นเอกเทศสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะ แต่ไม่มีบททั่วไปซึ่งบัญญัติถึงการก่อตั้ง ความเป็นอยู่ และความระงับสิ้นไปแห่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย⁴¹ จึงมีแนวคิดในการปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทยให้ได้มาตรฐานตามที่ประเทศต่าง ๆ ยอมรับ

นอกจากนี้ ในการจัดโครงสร้างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ. 2468 ประเทศไทยได้นำเอาโครงสร้างตามมาจากกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะการจัดโครงสร้างประมวลกฎหมายของเยอรมัน และญี่ปุ่น⁴² โดยโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแบ่งได้ดังนี้ บรรพ 1 ซึ่งเป็นภาคทั่วไป และบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา

³⁹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 11-12.

⁴⁰ วีรวัฒน์ จันทโชติ, "วัตถุประสงค์ของนิติกรรม : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ," หน้า 11.

⁴¹ กียอง และ เรอเน, การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม (โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2472) (มหาอำมาตย์ตรี พระยามโหสถศรีพิพัฒน์ฯ (เชิญ ปรีชญาณนท์) พิมพ์ในงานยี่นชิงช้า เมื่อปีมะเส็ง พ.ศ. 2472), หน้า 7-25.

⁴² วีรวัฒน์ จันทโชติ, "วัตถุประสงค์ของนิติกรรม : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ," หน้า 26.

บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 6 ว่าด้วย มรดก โดยหลักกฎหมาย ลักษณะนิติกรรมได้ถูกเสนอให้บัญญัติอยู่ในบรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คณะกรรมการตกลงร่างมาตราขึ้นตามทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินา มาตรา 978 เทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล มาตรา 81⁴³ ดังนั้น กฎหมายลักษณะนิติกรรม จึงเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่บังคับใช้ไปถึงบรรพ 2 ถึง บรรพ 6 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ หลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมเป็นบทพื้นฐานที่เป็นหลักวางไว้ให้ครอบคลุมบทบัญญัติของ หลักกฎหมายอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นเอกเทศสัญญาหรือกฎหมายลักษณะอื่น ๆ ที่มีลักษณะเฉพาะนั่นเอง⁴⁴

2.1.1.1 ความหมายของนิติกรรม

นิติกรรม คือ การเคลื่อนไหวสิทธิหรือความสัมพันธ์ของบุคคลตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็น การเกิดก็ดี การเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับสิ้นไปซึ่งสิทธิที่ล้วนแต่เป็นผลที่เกิดจาก ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุการณ์ในทางธรรมชาติและ การกระทำของบุคคลที่มีผลตามกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “นิติเหตุ” โดยคำว่า “นิติ” คือ “กฎหมาย” และ “เหตุ” คือ “สาเหตุหรือที่มา”⁴⁵ ดังนั้น นิติเหตุ จึงหมายถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอันทำให้เกิดผลในทางกฎหมายหรือทำให้เกิดผลอันเป็น ความหมุนเวียนเคลื่อนไหวสิทธิตามกฎหมาย⁴⁶ และนิติกรรมเป็นส่วนหนึ่งของนิติเหตุ

นิติกรรมเป็นการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลที่แสดง เจตนาก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย อันเป็นส่วนหนึ่งของนิติเหตุ โดยคำว่า “นิติ” คือ “กฎหมาย” ส่วนคำว่า “กรรม” คือ “การกระทำ” ดังนั้น นิติกรรมเป็นการกระทำทางกฎหมาย โดยมุ่งให้ การกระทำนั้นก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในทางสิทธิที่บังคับได้ตามกฎหมาย โดยคำว่านิติกรรมเป็น ข้อความคิดที่ถูกประดิษฐ์ขึ้น (an artificial concept) โดยนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน อันเป็น บทบัญญัติทั่วไปที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁴⁷ ดังนั้น นิติกรรมจึงไม่ใช่หลัก

⁴³ คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 25 กรกฎาคม พระ พุทธศักราช 2468 (2468), หน้า.

⁴⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 12-13.

⁴⁵ ศนันทกรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, หน้า 21.

⁴⁶ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) มุรินทร์ พงศปาน, ผู้เรียบเรียง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 4.

⁴⁷ Konrad Zweigert and Hein Kötz, Introduction to Comparative Law Volume II: The Institutions of Private Law, p. 6.

กฎหมายดั้งเดิมในสังคม เพราะหลักกฎหมายที่เกิดจากความสัมพันธ์ของมนุษย์มาตั้งแต่ต้นที่กฎหมายกำหนดไว้มีเพียงเรื่องเกี่ยวกับสัญญา ทรัพย์สิน ครอบครัว มรดก ฯลฯ เท่านั้น

ในส่วนของหลักกฎหมายนิติกรรมของประเทศไทยนั้น ปรากฏอยู่ในมาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” กล่าวคือ นิติกรรม คือการกระทำของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายแสดงเจตนาต่อบุคคลด้วยใจสมัครอันเป็นเรื่องของปัจเจกชนที่สามารถตัดสินใจตามหลักเสรีภาพการทำนิติกรรมของตนตามที่กฎหมายรับรองให้ในการจัดการงานต่าง ๆ โดยมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวสิทธิในทางกฎหมายระหว่างบุคคล

2.1.1.2 องค์ประกอบของนิติกรรม

เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กล่าวถึงบทนิยามของคำว่านิติกรรมที่จะกอนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายนั้นมิอะไรบ้าง จากบทนิยาม มาตรา 149 สามารถพิจารณาองค์ประกอบของนิติกรรมได้ดังนี้⁴⁸

1. นิติกรรมต้องมีการกระทำของบุคคลด้วยการแสดงเจตนา

กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ต้องมีการกระทำของบุคคลที่เกิดจากความคิด การตัดสินใจ และการแสดงเจตนาเพื่อแสดงให้เห็นความต้องการที่ได้ตัดสินใจตามกระบวนการในการก่อเจตนา โดยบุคคลนั้นจะต้องรู้สำนึกในสิ่งที่ตนกระทำและแสดงเจตนาที่ออกมาโดยมุ่งให้มีผลทางกฎหมาย

2. การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

โดยหลัก กฎหมายรับรองให้ปัจเจกชนมีเสรีภาพในการทำนิติกรรม แต่การปรับใช้หลักดังกล่าวนี้ จะต้องมีกรอบในการใช้เพื่อเป็นการป้องกันประโยชน์ได้เสียของประชาชน กรอบดังกล่าวนี้ คือ กฎหมายอันเป็นไปตามหลักอิสระทางแพ่ง (Private Autonomy) ผลในทางกฎหมายของนิติกรรมนั้น มิได้เกิดจากการแสดงเจตนาล้วน ๆ แต่มักเป็นกรณีที่ต้องมีกฎหมายยอมรับผลแห่งการแสดงเจตนา นั้น ๆ ด้วยถ้ากฎหมายไม่ยอมรับให้มีผลหรือมุ่งห้ามผลของการแสดงเจตนา

⁴⁸ ศนันทกรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, หน้า 41-48.

เช่นนั้น กฎหมายย่อมปฏิเสธผลแห่งนิติกรรมโดยไม่ยอมให้นิติกรรมนั้นมีผล⁴⁹ ดังนั้น บุคคลใด ตัดสินใจกระทำการใด ๆ โดยมุ่งให้มีผลทางกฎหมาย แต่หากฝ่าฝืนต่อข้อจำกัดข้อห้ามของกฎหมาย นั้น ๆ นิติกรรมที่ตั้งใจตามเจตนานั้นอาจไม่เกิดผลทางกฎหมาย เพราะเป็นนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย

3. การกระทำนั้นต้องประกอบด้วยใจสมัคร

กล่าวคือ ผู้ทำนิติกรรมตัดสินใจทำนิติกรรมโดยรู้สำนึกในการกระทำและเป็นการ ตัดสินใจโดยความยินยอมของตนเองเพื่อให้เกิดผลเป็นไปตามเจตนาที่ต้องการ ซึ่งการตัดสินใจของผู้ทำ นิติกรรมจะต้องไม่มีปัจจัยใด ๆ ที่ทำให้การแสดงเจตนาผิดแปลกไปจากเจตนาอันแท้จริงของผู้ทำ นิติกรรม กล่าวคือการแสดงเจตนาจะต้องมิได้กระทำไปเพราะถูกหลอกลวง ช่มชู้ หรือความเข้าใจผิด

4. การกระทำนั้นต้องมุ่งผลในทางกฎหมาย

กล่าวคือ การที่เข้าไปนั้นต้องมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ กิจการที่ไม่ได้มุ่งจะให้ เกิดสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมาย ก็หาใช่นิติกรรมไม่ แม้กฎหมายมุ่งรับรองให้มีผลทางกฎหมายตาม เจตนาของผู้ทำนิติกรรม แต่ในบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดให้ต้องมีเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริง บางอย่างเป็นองค์ประกอบของนิติกรรมประกอบกับการแสดงเจตนาด้วยเช่นกัน เช่น การสมรสตามกฎหมายคู่สมรสจะอาศัยการแสดงเจตนายินยอมที่จะเป็นคู่สมรสเท่านั้นไม่ได้ กฎหมายกำหนดให้ การสมรสที่กฎหมายรองรับตามกฎหมายลักษณะครอบครัว บรรพ 5 ชายหญิงจะต้องมี การจดทะเบียนสมรสต่อหน้านายทะเบียนด้วย ตามมาตรา 1457 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พยานิชย์⁵⁰

5. การกระทำนั้นต้องเป็นการมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

กล่าวคือ การกระทำที่บุคคลเจตนาประสงค์ต่อผลในทางกฎหมายของผู้ทำนิติกรรม จะต้องเป็นการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล และไม่ว่าจะเป็นการทำนิติกรรมฝ่ายเดียว หรือนิติกรรมหลายฝ่ายก็ตาม ทั้งนี้ การผูกนิติสัมพันธ์

⁴⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา (น.101)" [ออนไลน์].

⁵⁰ มาตรา 1457 บัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้ว เท่านั้น”

ระหว่างบุคคลตามกฎหมายแพ่งจะต้องเป็นการแสดงเจตนาตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคลที่อยู่ในฐานะเอกและเอกชน อันมีฐานะเท่าเทียมกันซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชน

6. การกระทำนั้นต้องก่อให้เกิดผลในการเคลื่อนไหวนิติ

กล่าวคือ การเคลื่อนไหวนิติที่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย กฎหมายได้กำหนดไว้ในมาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมาย คือ การก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ โดยการก่อให้เกิดเคลื่อนไหวนิติย่อมเป็นไปตามเจตนาของบุคคล และต้องเป็นการเคลื่อนไหวนิติที่มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์⁵¹

จากองค์ประกอบของนิติกรรมข้างต้น สามารถอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับองค์ประกอบของนิติกรรมอันเป็นเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย ได้กรณีดังต่อไปนี้⁵²

1. องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ ถ้าขาดองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้แล้วนิติกรรมก็จะไม่เกิด ซึ่งได้แก่

1.1 ความสามารถของบุคคลผู้ทำนิติกรรม กล่าวคือ ในการกระทำนิติกรรมใดจะต้องพิจารณาตัวบุคคลผู้ทำนิติกรรมว่าบุคคลนั้นมีสิทธิและหน้าที่หรือไม่และสามารถใช้สิทธิและหน้าที่ดังกล่าวของตนภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดได้หรือไม่

1.2 ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา กล่าวคือ การกระทำนิติกรรมใดจะต้องมีการแสดงเจตนาออกมาหรือแสดงเจตนาออกมาปรากฏต่อภายนอกโดยใจสมัครของผู้ทำนิติกรรม

1.3 วัตถุประสงค์ของนิติกรรม กล่าวคือ การกระทำนิติกรรมใดจะต้องมีการแสดงเจตนาออกมาโดยมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย ซึ่งการกระทำนั้นจะต้องมีเป้าหมายหรือมีวัตถุประสงค์เสมอ แต่วัตถุประสงค์จะต้องเป็นไปตามขอบเขตของกฎหมายเช่นกัน

1.4 แบบ กล่าวคือ การกระทำนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ว่าวิธีการนั้นจะมีกฎหมายกำหนดบังคับไว้ให้ต้องทำตามแบบ หรือเป็นวิธีการโดยใจสมัครของผู้ทำนิติกรรม วิธีการในการทำนิติกรรมนั้น เรียกว่า แบบ

⁵¹ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) หน้า 11-21.

⁵² ศนันทกรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, หน้า 48-49.

“แบบ” เป็นวิธีการแสดงเจตนาอย่างพิเศษ อันเป็นส่วนหนึ่งของความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา โดยผลของการแสดงเจตนาที่มีได้ทำตามแบบหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ คือนิติกรรมตกเป็นโมฆะ⁵³ ทั้งนี้ ความเห็นนักกฎหมายทั่วไป อาจไม่จัดเอา “แบบ” เป็นองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรม เพราะเห็นว่า “แบบ” จะต้องเป็นเรื่องที่กฎหมายบังคับให้ทำตามบทบัญญัติมาตรา 152 เท่านั้น เพราะฉะนั้น เฉพาะนิติกรรมที่กฎหมายบังคับไว้ให้มีแบบเท่านั้น จึงมีองค์ประกอบในข้อนี้

2. องค์ประกอบเสริม เป็นองค์ประกอบของนิติกรรมที่ไม่จำเป็นต้องมีนิติกรรมก็เกิดขึ้นได้ แต่เป็นองค์ประกอบที่ผู้ทำนิติกรรมอาจกำหนดเพิ่มเติมเข้ามาในนิติกรรมนั่นเอง ซึ่งเมื่อกำหนดเข้ามาแล้ว ก็จะกลายเป็นเนื้อหาส่วนหนึ่งของนิติกรรม ที่ผูกพันผู้ทำนิติกรรมและจะต้องปฏิบัติตาม ได้แก่ เงื่อนไข และเงื่อนไขเวลา

2.1.1.3 ประเภทของนิติกรรม

การแบ่งประเภทของนิติกรรม แบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ⁵⁴

1. นิติกรรมฝ่ายเดียวกับนิติกรรมสองฝ่าย

การแบ่งนิติกรรมประเภทนี้เป็นการแบ่งโดยพิจารณาในด้านตัวผู้ทำนิติกรรม โดยมีได้คำนึงถึงจำนวนบุคคลที่เข้าร่วมนิติกรรมนั้น แต่คำนึงถึงผลของการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของตัวผู้ทำนิติกรรมว่ามีผลทันทีหรือไม่ นิติกรรมประเภทนี้ แยกได้ดังนี้

1.1 นิติกรรมฝ่ายเดียว (Unilateral Act) ได้แก่ นิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว เมื่อบุคคลฝ่ายเดียวแสดงเจตนาทำนิติกรรมก็เกิดผลเป็นนิติกรรมทันที

1.1.1 นิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด คือ เมื่อมีการแสดงเจตนาออกมาก็เป็นนิติกรรมทันที เช่น พินัยกรรม การก่อตั้งมูลนิธิ

1.1.2 นิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา คือ การแสดงเจตนาที่จะเป็นนิติกรรมได้จะต้องกระทำต่อบุคคลหนึ่ง เช่น การเลิกสัญญา คำมั่นจะซื้อจะขาย

⁵³ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 38.

⁵⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 29-32.

1.2 นิติกรรมหลายฝ่าย (Multilateral Act) หรือบางที่เรียกว่านิติกรรม 2 ฝ่าย (Bilateral Act) ได้แก่นิติกรรมที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป แต่ละฝ่ายอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคนรวมเป็นฝ่ายเดียวกันได้ ซึ่งนิติกรรมสองฝ่ายเรียกกันตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อันได้แก่ “สัญญา” นั่นเอง ส่วนนิติกรรมหลายฝ่าย ได้แก่ การจัดตั้งบริษัท การจัดตั้งห้างหุ้นส่วน ในนิติกรรมหลายฝ่ายหรือนิติกรรมสองฝ่ายนี้ ลำพังการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเพียงฝ่ายเดียวก็ไม่อาจเกิดผลขึ้นมาได้ จะต้องอาศัยการแสดงเจตนาตกลงตรงกันของบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป โดยมีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เสนอ อีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้สนองรับ โดยคำเสนอและคำสนองต้องถูกต้องตรงกันจึงจะเกิดเป็นสัญญาหรือนิติกรรมหลายฝ่าย

2. นิติกรรมที่มีผลเมื่อผู้ทำยังมีชีวิตอยู่ กับนิติกรรมที่มีผลเมื่อผู้ทำตายแล้ว

การแบ่งนิติกรรมประเภทนี้ เป็นการแบ่งโดยพิจารณาหลักที่ว่า นิติกรรมเกิดขึ้นเมื่อใด อันเกี่ยวข้องกับหน้าที่ของนิติกรรม นิติกรรมประเภทนี้ แบ่งเป็น 2 ประเภท ดังนี้

2.1 นิติกรรมที่มีผลเมื่อผู้ทำยังมีชีวิตอยู่ ได้แก่ นิติกรรมที่ผู้ทำแสดงเจตนาประสงค์จะให้เกิดผลในขณะที่ผู้กระทำยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งอาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวหรือนิติกรรมหลายฝ่ายก็ได้ เช่น การรับสภาพหนี้ การปลดหนี้ คำมั่นจะให้รางวัล

2.2 นิติกรรมที่มีผลเมื่อผู้ทำตายแล้ว ได้แก่ นิติกรรมประเภทที่ขณะทำแม้จะเกิดผลสมบูรณ์เป็นนิติกรรมแล้วก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีผลทางกฎหมายที่จะบังคับให้เป็นไปตามนิติกรรมนั้น จนกว่าผู้ทำนิติกรรมนั้นจะถึงแก่ความตาย หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นนิติกรรมที่ยังไม่มีผลในทางกฎหมายที่จะฟ้องร้องบังคับกันได้ เพราะผู้ทำนิติกรรมนั้นยังไม่ตาย เช่น พินัยกรรม

3. นิติกรรมที่แบ่งตามความสัมพันธ์ส่วนตัวหรือทางทรัพย์สิน⁵⁵

3.1 นิติกรรมที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนตัว ได้แก่ การสมรส การรับรองบุตร

3.2 นิติกรรมที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน ได้แก่ นิติกรรมการโอนสิทธิเรียกร้อง นิติกรรมที่มีค่าตอบแทน และที่ไม่มีค่าตอบแทน เป็นต้น

4. นิติกรรมที่มีค่าตอบแทนและนิติกรรมที่ไม่มีค่าตอบแทน

การแบ่งนิติกรรมประเภทนี้ เป็นการแบ่งโดยถือ หลักค่าตอบแทนเป็นสำคัญ และการแบ่งนี้จะขึ้นเป็นประโยชน์ในเรื่องผลแห่งสัญญา เพราะนิติกรรมทั้ง 2 ชนิดนี้ มีผลแห่งสัญญาต่างกัน

4.1 นิติกรรมที่ค่าตอบแทน ได้แก่ นิติกรรม 2 ฝ่าย ซึ่งต่างฝ่ายต่างมีประโยชน์ตอบแทนกัน ซึ่งค่าตอบแทนนี้อาจเป็นประโยชน์หรือทรัพย์สิน หรือการชำระหนี้ตอบแทนก็ได้ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์สิน กู้ยืมเงินโดยมีดอกเบี้ย ฯลฯ

⁵⁵ ศนันทกรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, หน้า 26.

4.2 นิติกรรมที่ไม่มีค่าตอบแทน ได้แก่ นิติกรรมที่ทำให้เปล่าประโยชน์โดยไม่มีค่าตอบแทนเลย หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ นิติกรรมที่ผู้รับการแสดงเจตนาของอีกฝ่ายนั้นไม่ต้องให้ประโยชน์ตอบแทนอีกฝ่ายหนึ่งเลย เช่น สัญญาให้โดยเสน่หา สัญญาใช้แรงงาน พิษัยกรรม ฯลฯ

5. นิติกรรมที่สมบูรณ์โดยการแสดงเจตนา กับนิติกรรมที่ต้องทำตามแบบ การแบ่งนิติกรรมประเภทนี้ เป็นการแบ่งโดยพิจารณาความสมบูรณ์ ในการทำนิติกรรมตามหลักทั่วไป ในการแบ่งนิติกรรมสามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณี

5.1 นิติกรรมที่สมบูรณ์โดยการแสดงเจตนา คือ นิติกรรมยอมทำได้โดยการแสดงเจตนาไม่ต้องทำตามแบบ เว้นแต่จะมีกฎหมายบังคับไว้ให้ต้องทำตามแบบ เช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ ฯลฯ

5.2 นิติกรรมที่ต้องทำตามแบบ คือ นิติกรรมที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบซึ่งถ้าหากมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ย่อมตกเป็นโมฆะ เช่น สัญญาซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ สัญญาจำนอง ฯลฯ

2.1.1.4 ลักษณะของนิติกรรม

ดังที่ได้กล่าวไป ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) หมายถึงระบบกฎหมายที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมัน ในปัจจุบันโครงสร้างของระบบกฎหมายซีวิลลอว์สามารถแบ่งได้ทั้งหมด 2 ตระกูล คือ 1. การศึกษากฎหมายตามแบบฝรั่งเศส ตระกูลซีวิลลอว์ของฝรั่งเศสเรียกว่า Romanist เนื่องจากใช้โครงสร้างประมวลกฎหมายตามแบบดั้งเดิมใน Institutes ของจัสติเนียนมาเป็นหลักในกฎหมายเอกชนของฝรั่งเศส 2. การศึกษากฎหมายตามแบบเยอรมัน ซึ่งเป็นตระกูลที่พัฒนาแนวทางการศึกษาและการตีความกฎหมายตามแนวทางของ Pandectist ของสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายเยอรมัน แบ่งเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ Romanist คือกลุ่มที่มุ่งศึกษากฎหมายโรมัน และ Germanist คือกลุ่มที่มุ่งศึกษากฎหมายจารีตประเพณีเยอรมัน⁵⁶ สำหรับกรณีนี้ ผู้เขียนมีความประสงค์ที่จะนำเสนอในเรื่องการศึกษากฎหมายตามแบบฝรั่งเศส และการศึกษากฎหมายตามแบบเยอรมัน เพื่อแสดงให้เห็นภาพที่ชัดเจนในเรื่องของการแบ่งลักษณะนิติกรรม จากที่กล่าวสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

1. การศึกษากฎหมายตามแบบฝรั่งเศส

⁵⁶ มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 212.

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส จัดโครงสร้างตามแบบ Corpus Iuris Civilis ที่มาจาก Institutes ของจัสติเนียน คือ ประกอบไปด้วย 3 บรรพ ได้แก่ บรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล บรรพ 2 ว่าด้วยทรัพย์สินและการได้มาซึ่งทรัพย์สิน และบรรพ 3 ว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง ต่อมาไม่นานบรรพที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาความถูกแยกออกไปจัดทำเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งต่างหาก ในขณะที่บรรพ 2 แยกออกเป็น 2 บรรพ ได้แก่ ทรัพย์สิน และการได้มาซึ่งทรัพย์สิน อีกทั้ง ด้วยบทกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสส่วนใหญ่มาจากงานเขียนของ Robert Pothier และ Jean Domat อย่างไรก็ตาม ในการร่างประมวลกฎหมายฝรั่งเศสได้มีความพยายามที่จะจัดหลักกฎหมายเดิมและแทนที่หลักกฎหมายใหม่โดยเรียบเรียงเนื้อหาในฉบับที่เน้นการใช้ภาษาที่สั้นกระชับ เข้าใจง่าย และจะต้องแสดงถึงหลักเสรีภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ อันเป็นเจตนารมณ์ของการปฏิวัติฝรั่งเศส⁵⁷ ทั้งนี้ หลังจากมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้ถูกนำไปเป็นต้นแบบของประมวลกฎหมายประเทศอื่นทั่วโลก

ลักษณะเด่นของเนื้อหาในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ในการร่างประมวลกฎหมายฝรั่งเศส มีการนำแนวคิดของหลักกฎหมายธรรมชาติที่สกัดจากกฎหมายโรมันใน Corpus Iuris Civilis ประกอบกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีเดิมของฝรั่งเศสมาจัดเป็นหมวดหมู่อย่างมีระบบ⁵⁸ แต่อย่างไรก็ดี ไม่ปรากฏส่วนที่เป็นหลักทั่วไปของกฎหมายแพ่ง ไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ชัดเจนในเรื่องของนิติสัมพันธ์หรือการเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ ยังคงขาดทฤษฎีทั่วไปในเรื่องของนิติกรรม⁵⁹ นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแบ่งโครงสร้างของบทบัญญัติว่าด้วยหนี้ออกเป็น 4 ส่วน ซึ่งสอดคล้องกับการแบ่งโครงสร้างของหนี้เป็น 4 ประเภทของประมวลกฎหมายของจัสติเนียน

จากโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสทำให้เห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติเรื่องทรัพย์สินและหนี้ออกจากกัน ในกฎหมายลักษณะหนี้จัดอยู่ในประเภทเดียวกับกฎหมายลักษณะทรัพย์สินในบรรพ 3 เรื่องวิธีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ เมื่อมีการตกลงทำสัญญาเท่ากับมีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ทันที (Solo Consensu) ทั้งนี้ เป็นไปตามหนึ่งในหลักการของทฤษฎีระบบ

⁵⁷ Peter Stein, *Roman Law in European History* (The United Kingdom: Cambridge University Press, 1999), p. 114.

⁵⁸ มุนินทร์ พงศาปาน, *ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*, หน้า 196-197.

⁵⁹ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน (Basic Principle of Private Law)*, หน้า 318.

สัญญาเดี่ยว ซึ่งหลัก Solo Consensu ถือว่าสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้กับสัญญาโอนกรรมสิทธิ์เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ดังนั้น หากสัญญาไม่มีกำหนดเวลาส่งมอบ การแสดงเจตนาตกลงกันเป็นเหตุให้เกิดหนี้ และกรรมสิทธิ์ย่อมผ่านมือในขณะที่ควรจะส่งมอบ⁶⁰ ตัวอย่างเช่น การซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง กรรมสิทธิ์โอนไปทันทีที่คู่สัญญาเข้าทำสัญญากันแล้ว ผลทางทรัพย์สินคือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ทำสัญญา ส่วนผลทางหนี้คือการที่คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้หน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้⁶¹ เป็นต้น

2. การศึกษากฎหมายตามแบบเยอรมัน

การจัดทำร่างประมวลกฎหมายเยอรมัน ในช่วงคริสต์ทศวรรษที่ 1840 สำนักประวัติศาสตร์แตกออกเป็นสองกลุ่ม คือ กลุ่ม Germanist และกลุ่ม Romanist กลุ่ม Germanist เห็นว่ากฎหมายโรมันเป็นสิ่งที่แปลกปลอมและทำให้ระบบกฎหมายเยอรมันไม่มีการพัฒนา นักกฎหมายในกลุ่มนี้ศึกษาค้นคว้าถึงประวัติศาสตร์ของกฎหมายจารีตประเพณีของเยอรมันประกอบกับเหตุผลสนับสนุนจารีตประเพณีเหล่านั้นอันจะทำให้เกิดเป็นหลักกฎหมาย

ในทางตรงกันข้าม กลุ่ม Romanist กลุ่มนี้ นำโดยชาวยุติวิญญูซึ่งพยายามค้นหาหลักกฎหมายโรมันที่ถูกต้องจากหลักกฎหมายอื่นที่ปะปนมากับหลักกฎหมายโรมันเดิมและนำหลักกฎหมายโรมันที่สกัดออกมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เพื่อที่จะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปให้สังคมในเวลานั้น ซึ่งกลุ่ม Romanist ของสำนักประวัติศาสตร์ มุ่งศึกษากฎหมายโรมัน อันได้แก่ Corpus Iuris Civilis โดยเฉพาะ Digest และเอกสารต้นฉบับอื่นๆ อันเป็นการค้นหาหลักการทั่วไปของหลักกฎหมายโรมันในยุคดั้งเดิม ทำให้กลุ่มนี้ถูกเรียกว่า Pandectist แปลว่า ผู้ที่ศึกษา Digest และ Pandect ในภาษากรีก แต่ต่อมาในภายหลังสาวกของชาวยุติวิญญูไม่ได้สนใจใช้วิธีการประวัติศาสตร์เพื่อหาหลักการบริสุทธิ์ของกฎหมายโรมันอย่างที่ ชาวยุติวิญญู ทำ แต่พัฒนาต่อยอดงานของชาวยุติวิญญูและ Romanist ก่อนหน้า โดยพยายามปรับหลักการดังกล่าวให้ใช้ได้กับสังคมสมัยใหม่และมีระบบเป็นเหตุเป็นผล⁶²

การศึกษาของกลุ่ม Pandectist ได้รับอิทธิพลมาจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ เช่น Profendorf ที่มีการวางโครงสร้างระบบกฎหมายให้มีความเชื่อมโยงกับแนวความคิดในปัจจุบันให้

⁶⁰ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, "การโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของสัญญา," บทบัญญัติ ปีที่ 27, ฉบับที่ 2 (2513): หน้า 449-450.

⁶¹ ศนันทกรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้) 5, บรรณาธิการ, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2563), หน้า 18.

⁶² Peter Stein, Roman Law in European History, p. 118.

สามารถแก้ไขปัญหาทางกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁶³ กลุ่ม Pandectist ทำให้เกิดโครงสร้างหัวข้อเรื่องของกฎหมายเอกชนแบบใหม่ เห็นว่ากฎหมายเอกชน ควรแบ่งออกเป็น 5 เรื่องหลัก ได้แก่ 1) บทบัญญัติทั่วไป 2) หนี้ 3) ทรัพย์สิน 4) ครอบครัว และ 5) มรดก การแบ่งโครงสร้างหัวข้อเรื่องใหม่ตามแนวของ Pandectist นั้นพัฒนามาจากโครงสร้างหัวข้อกฎหมายเอกชนดั้งเดิมของ Institutes ของจัสติเนียน โดยมีบทบัญญัติพื้นฐานหรือบทบัญญัติทั่วไปที่สามารถปรับใช้ได้กับกฎหมายลักษณะอื่นๆได้ทั้งหมด เช่น สถานะบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลหรือในเรื่องกฎหมายลักษณะหนี้ก็มีบทบัญญัติทั่วไปที่สามารถปรับใช้กับเอกเทศสัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง⁶⁴ โดยโครงสร้าง Pandectist นี้ ต่อมากลายเป็นโครงสร้างการแบ่งบรรพของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ในปี ค.ศ. 1900 การศึกษาของกลุ่ม Pandectist ได้รับความนิยมนมากในการนำแนวคิดมาปรับใช้กับระบบกฎหมายเยอรมัน ในทางตรงกันข้าม แม้ว่ากลุ่ม Pandectist จะศึกษาเฉพาะกฎหมายเอกชนแต่แนวคิดของกลุ่มนี้สามารถนำไปปรับใช้กับระบบทุนนิยมหรือระบบเสรีนิยมในขณะนั้นได้ ทำให้เกิดหลักกฎหมายที่นำมาใช้กับระบบทุนนิยม เช่น หลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักการคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชน เมื่อกลุ่ม Pandectist ได้เสนอบทบัญญัติทั่วไปที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและสามารถนำไปใช้ตามรูปแบบของพฤติกรรมและทัศนคติของคนทั่วไปในสังคมที่มีต่อกฎหมาย⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงได้รับการยกย่องว่าเป็นประมวลกฎหมายแพ่งที่มีความทันสมัยและก้าวหน้ามากที่สุด นอกจากนี้ ยังทำให้วิชานิติศาสตร์มุ่งเน้นไปที่การสร้างหลักการทั่วไปและจัดระบบหลักการและบทบัญญัติของกฎหมาย

ลักษณะเด่นของเนื้อหาในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เนื่องจากประเทศเยอรมันรับเอาความคิดของกฎหมายโรมันมาจึงมีการแยกระบบหนี้กับระบบทรัพย์สินชัดเจน หลักการของสัญญาทุกประเภทจะก่อหนี้เท่านั้น โดยกฎหมายลักษณะหนี้บัญญัติไว้ในบรรพ 2 ส่วนการเคลื่อนไหวหรือเปลี่ยนมือในทรัพย์สินเป็นอย่างไรเป็นไปตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินในบรรพ 3⁶⁶

⁶³ T.D. Fergus O.F. Robinson, W.M. Gordon,, European Legal History : Sources and Institutions (London: Butterworths, 2000), p. 273.

⁶⁴ Ibid., p. 274.

⁶⁵ Ibid., p. 275.

⁶⁶ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน (Basic Principle of Private Law), หน้า 325.

นอกจากนี้ การแยกระบบหนี้กับระบบทรัพย์สินออกจากกัน มีผลทำให้นิติกรรมทางหนี้และนิติกรรมทางทรัพย์สินแยกออกจากกันเช่นกัน กล่าวคือ ผลของนิติกรรมทางหนี้ไม่ใช่ผลที่เกิดจากกฎหมาย โดยก่อให้เกิดบุคคลสิทธิ กล่าวคือ ก่อให้เกิดสายสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก ดังนั้น เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้เท่านั้น ส่วนผลของนิติกรรมทางทรัพย์สิน หมายถึง นิติกรรมที่จะต้องมีการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงสิทธิในลักษณะที่เป็นรูปธรรมและทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ทรัพย์สินตามสิทธิที่ตนมีอยู่ การโอนต้องมีการส่งมอบทางข้อเท็จจริง และโอนฐานะความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไปด้วย⁶⁷

เมื่อนิติกรรมทางหนี้และนิติกรรมทางทรัพย์สินแยกออกจากกัน มีผลทำให้ลักษณะของสัญญาในประมวลกฎหมายเยอรมันมีลักษณะเป็นสัญญาคู่ หมายถึงความว่า สัญญาอันเดียวไม่ก่อผลทุกอย่าง กล่าวคือ การทำสัญญาต้องทำสองสัญญาคือสัญญาทางหนี้ครั้งหนึ่งก่อให้เกิดหนี้ และสัญญาทางทรัพย์สินอีกครั้งหนึ่งก่อผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน อันเป็นหลักการแยกเด็ดขาด เช่น ตัวอย่างของสัญญาซื้อขาย เมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายย่อมก่อให้เกิดผลทางหนี้ในการโอนกรรมสิทธิ์ แต่สัญญาซื้อขายจะไม่ก่อผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ทันที และเมื่อทำสัญญาซื้อขายผู้ซื้อซึ่งไม่ได้กรรมสิทธิ์ ดังนั้นในขณะที่ซื้อขาย ผู้ที่ไม่ได้เป็นเจ้าของจึงขายได้ และเมื่อผู้ซื้อซึ่งไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ผู้ซื้อจึงถูกรอนสิทธิซึ่งไม่ได้ ต่อมาหากมีการตกลงและการทำให้เห็นเป็นรูปธรรมด้วยการส่งมอบหรือจดทะเบียนแล้วแต่กรณี เป็น actual transfer สัญญาดังกล่าวจึงก่อให้เกิดผลทางทรัพย์สินตามมา⁶⁸

อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีอิทธิพลต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่ว่าจะเรื่องโครงสร้างของระบบกฎหมายและการแบ่งบรรพ คือ เรื่องบรรพ 1 หลักทั่วไป และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติเรื่องทรัพย์สินและเรื่องหนี้ออกจากกัน โดยบัญญัติเรื่องหนี้ไว้ในบรรพ 2 แต่เรื่องทรัพย์สินไว้ในบรรพ 4 เช่นกัน แต่อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแบ่งระบบสัญญาเป็นระบบสองสัญญาแยกชัดเจน แต่ในเอกเทศสัญญาของไทย เช่น สัญญาซื้อขายกลับเป็นระบบสัญญาเดี่ยวคือทันทีที่ทำสัญญาผลทางหนี้และผลทางทรัพย์สินเกิดขึ้นพร้อมกัน กลับมีลักษณะคล้ายระบบสัญญาเดี่ยวเหมือนระบบกฎหมายฝรั่งเศส ในกรณีนี้ หากศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ร. แลงการ์ด อธิบายว่า ในสมัยโบราณความผูกพันทางสัญญาปรากฏขึ้นใน

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 325.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 326.

รูปแบบของการเป็นทาสหรือภายในรูปของการอยู่ใต้บังคับบัญชา เช่น บิดาปกครองบุตร สามีปกครองภรรยา⁶⁹ ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยาพบว่าทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาไม่น้อยมาก สัญญาที่ปรากฏเป็นบทบัญญัติของกฎหมายในขณะนั้น ได้แก่ สัญญากู้และสัญญาขายคนเป็นทาส สัญญาชนิดอื่นมีการบัญญัติไว้ในความหมายแคบและสัญญาเหล่านั้นแทบจะไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบัน⁷⁰

หากพิจารณาเรื่องนี้ตามสัญญาในกฎหมายเก่าของไทย คำว่า “หนี้” ในบทกฎหมายเก่ามีความหมายว่าหนี้ในสัญญาเก่าเท่านั้น ไม่ได้อยู่ที่ความตกลงตามเจตนาของคู่สัญญา แต่เป็นหนี้ที่อยู่ในความรู้สึกของลูกหนี้ในฐานะผู้ที่ต่ำกว่าเจ้าหนี้หรือผู้ที่ตนได้อ้อนวอนขอความช่วยเหลือมา⁷¹ ซึ่งแตกต่างจากปัจจุบันที่คำว่า “หนี้” หมายถึงความผูกพันตามสัญญา ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในสัญญาเงินกู้ ความสัมพันธ์เหล่านี้จึงไม่ใช่ความผูกพันตามสัญญาและไม่ใช่ “หนี้” ในความหมายของบทกฎหมายเก่า⁷²

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยา สัญญามีความหลากหลายมากขึ้น แต่สัญญาถูกแบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ 1) สัญญากู้และสัญญาทาส เป็นสัญญาที่สร้างความสัมพันธ์ในตัวบุคคลในลักษณะอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของเจ้าหนี้และมีลักษณะถาวร โดยสัญญาประเภทนี้คือสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ และ 2) ทรัพย์สัญญา เช่น สัญญาเืม สัญญาซื้อขาย ผากทรัพย์ เช่าทรัพย์ ฯลฯ สัญญาเหล่านี้มีหลักการทั่วไปที่เหมือนกันคือสัญญาจะสมบูรณ์ต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมอบสิ่งของให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น หากไม่มีการส่งมอบสิ่งของสัญญาย่อมไม่มีผลผูกพันคู่สัญญา เช่น สัญญาซื้อขายหากตกลงทำสัญญาซื้อขายกันโดยผู้ขายยังไม่ส่งมอบสิ่งของที่ซื้อขาย หรือผู้ซื้อยังไม่ได้ชำระราคา สัญญาซื้อขายย่อมเป็นอันไร้ผล ดังนั้น หากบุคคลตกอยู่ในข้อผูกพันที่จะต้องส่งมอบสิ่งของเพื่อเป็นการตอบแทนกับสิ่งที่ตนได้รับแต่กลับไม่ส่งมอบย่อมเท่ากับว่าบุคคลนี้ไม่มีสิทธิได้รับทรัพย์สินนี้ไว้ ผู้นั้นตกอยู่ในฐานะผู้ละเมิดทันที⁷³

ภายหลังต่อมา ลักษณะของสัญญาที่มีความเปลี่ยนแปลง เช่น สัญญากู้ถือเอาการที่เจ้าหนี้ส่งมอบเงินกู้จำนวนหนึ่งมาเป็นทรัพย์สัญญา ดังเช่นสัญญาเืม ลูกหนี้มีหน้าที่ชดใช้เงินที่กู้มาเช่นเดียวกับ

⁶⁹ ร.แสงกาด์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2 (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2526), หน้า 161.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 163.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 170.

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 167.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 171-172.

ผู้ยืม ประกอบกับฐานะของลูกหนี้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหนี้ยังคงมีอยู่เหมือนเดิม นอกจากนี้ คำว่า “หนี้” เปลี่ยนไปใช้กับสัญญาทุกสัญญาทั้งหมด⁷⁴ และเกิดการประดิษฐ์หลักกฎหมายสัญญา และการก่อให้เกิดสัญญาเป็นหลักการทั่วไปเพื่อนำไปใช้กับสัญญาในสมัยปัจจุบัน⁷⁵ จากกรณีดังกล่าว อาจทำให้เข้าใจได้ว่าระบบสัญญาของประเทศไทยมีลักษณะที่เป็นสัญญาเดียวโดยรวมผลทางหนี้และผลทางทรัพย์สินเข้าด้วยกัน

นอกจากนี้ หากพิจารณาขั้นตอนการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในช่วงแรก คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในชุดแรกล้วนเป็นชาวฝรั่งเศส แต่การจัดทำประมวลกฎหมายในยุคนั้นเป็นไปโดยล่าช้า ไม่สามารถร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทุกส่วนให้เสร็จภายในเวลาที่กำหนดและเนื้อหาบทบัญญัติของกฎหมายไม่สามารถอ่านเข้าใจได้ง่ายในคราวเดียว⁷⁶ ต่อมาจึงมีการเปลี่ยนวิธีการในการจัดประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ว่า จะไม่ปรากฏเอกสารทางราชการว่ารัฐบาลไทยมีนโยบายให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นต้นแบบของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับใหม่และเปลี่ยนวิธีการร่างโดยให้วิธีการแบบญี่ปุ่น แต่จากรายงานการประชุมร่างกฎหมายปรากฏว่าไม่มีกรรมการร่างกฎหมายคนใดคัดค้านวิธีการดังกล่าว หลักการสำคัญในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2458 บรรพ 1 และ บรรพ 2 คือ การใช้โครงสร้างและเนื้อหาของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นต้นแบบหลัก และใช้วิธีการแบบญี่ปุ่นในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจาก พระยามานวราชเสวี ได้อ่านตำราของกฎหมายเยอรมันและสามารถทำความเข้าใจได้ทันที นอกจากนี้ การนำวิธีการของญี่ปุ่น คือวิธีการก๊อปปี้ (copy) หรือวิธีการคัดลอก มาใช้ในการจัดประมวลกฎหมายทำให้ภารกิจในการจัดทำประมวลกฎหมายเสร็จสิ้นอย่างรวดเร็ว⁷⁷ อนึ่ง ในช่วงยุคดังกล่าวเป็นยุคที่ประเทศฝรั่งเศส เป็นประเทศมหาอำนาจเข้ามามีบทบาทกับประเทศไทยอย่างมาก ประเทศไทยจึงต้องรักษาสัมพันธไมตรีกับประเทศฝรั่งเศส จึงได้เอาบทบัญญัติบางตอนมาจากประมวลกฎหมายฝรั่งเศส และบางตอนจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ชาวฝรั่งเศสสร้างไว้เดิมมาแก้ไขเพื่อให้สอดคล้อง

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 172.

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 175.

⁷⁶ มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 235-236.

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 258.

กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบัน⁷⁸ จากความเป็นมาดังกล่าวจึงสะท้อนให้เห็น เหตุผลอีกประการว่า ประเทศไทยมีแนวโน้มที่จะรับนำหลักเรื่องสัญญาเดี่ยวของฝรั่งเศสมาใช้

เมื่อพิจารณาจากลักษณะข้างต้นทำให้แสดงให้เห็นได้ว่าประเทศไทยจัดโครงสร้างของระบบกฎหมายเอกชนโดยแยกเรื่องหนี้และทรัพย์ออกจากกัน แต่ประเทศไทยกลับใช้ระบบสัญญาเดี่ยวซึ่ง ข้าพเจ้ามีความคิดว่าเป็นการนำหลักการของประเทศฝรั่งเศสมาใช้ ทำให้บทบัญญัติหลายส่วนมิได้ เป็นไปในทางเดียวกัน ดังนั้น ข้าพเจ้าจึงขออธิบายระบบของนิติกรรมเป็นแบบระบบสองสัญญา เพื่อให้สอดคล้องกับโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ในปัจจุบัน โดยข้าพเจ้าขออธิบาย หลักเรื่องนิติกรรมโดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ของมนุษย์ในการดำรงชีวิตประจำวัน สามารถแบ่งได้ สองประการ ได้แก่ ประการแรก ความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สิน การเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ต่างๆ ที่อาจจะเป็นการดูแลรักษาผลประโยชน์หรืออาจจะขาย แลกเปลี่ยน หรือยกให้ใคร ก็ได้ ทั้งนี้ หากพิจารณาความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินตามกฎหมายในปัจจุบัน สามารถแบ่งเป็น ความสัมพันธ์ทางหนี้และความสัมพันธ์ทางทรัพย์อันอยู่บนพื้นฐานของระบบกฎหมายที่มีความ แตกต่างอย่างชัดเจน ความสัมพันธ์อีกประการ คือ ความสัมพันธ์ส่วนตัว อันอาจเป็นความสัมพันธ์ ที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติตั้งแต่เกิดจนตาย โดยความสัมพันธ์ส่วนตัวเป็นความสัมพันธ์ที่มีลักษณะ ถาวรและไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ง่ายโดยเจตจำนงของคู่กรณี เช่น ความสัมพันธ์ของบิดา มารดาและ บุตร หรือเป็นความสัมพันธ์ส่วนตัวที่เกิดขึ้นได้หากกระทำการบางอย่างตามกฎหมายกำหนด เช่น การสมรส การรับรองบุตร เป็นต้น⁷⁹ ทั้งนี้ จากความสัมพันธ์ทั้งสองประการเป็นการแบ่งนิติกรรม ออกไปตามที่บัญญัติไว้เป็นบรรพตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁸⁰ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

1. ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน
 - 1.1 นิติกรรมก่อความผูกพันทางหนี้⁸¹

⁷⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์ และ วรณชัย บุญบำรุง, สารบัญญัเกี่ยวกับกรจัดทำประมวลกฎหมายของ ต่างประเทศและของไทย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 155.

⁷⁹ ศนันทกรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, หน้า 21.

⁸⁰ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 73.

⁸¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา (น.101)" [ออนไลน์].

นิติกรรมหรือนิติสัมพันธ์ทางหนี้ มีความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่แน่นอนอย่างน้อยสองฝ่ายที่เกิดขึ้นมาโดยอาศัยฐานแห่งสิทธิเรียกร้อง ได้แก่ สิทธิเรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้ หน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ สิทธิในการบอกเลิกสัญญา ส่วนในความหมายอย่างแคบ หมายถึง สิทธิในการเรียกร้องให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งก็คือ สิทธิเรียกร้องขอให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้ของเจ้าหนี้⁸²

นิติกรรมก่อความผูกพันทางหนี้โดยทั่วไปมักเป็นการก่อความผูกพันตามกฎหมายลักษณะหนี้คือไม่สามารถเปลี่ยนแปลงทางทรัพย์สินโดยตรง เป็นเพียงแต่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องขอให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ กล่าวคือขอให้ลูกหนี้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สิน⁸³ เพื่อประโยชน์โดยชอบแก่อีกฝ่ายหนึ่ง เช่น สัญญาจะซื้อจะขาย ยืม เช่า เช่าซื้อ จำนำของ เหล่านี้ล้วนเป็นนิติกรรมก่อหนี้ระหว่างคู่สัญญาขึ้นทั้งสิ้น

จากตัวอย่างจะเห็นได้ว่าสัญญาซื้อขายนั้น เพียงแต่ก่อความผูกพันทางหนี้หรือก่อหน้าที่ระหว่างกันเท่านั้น ทำให้เกิดหน้าที่โอนทรัพย์สิน และมีสิทธิที่จะได้รับชำระราคา แต่ถ้าคู่กรณีเพียงแต่ตกลงผูกพันกันโดยยังมีได้ตกลงโอนกรรมสิทธิ์กัน สิทธิเหนือทรัพย์สินของคู่กรณีในสัญญาซื้อขายยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อทันที ผลคือ ผู้ขายยังคงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเช่นเดิม เพราะสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่ก่อความผูกพันทางหนี้เท่านั้นมิใช่สัญญาที่ก่อความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินด้วยจึงไม่ทำให้ความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินของผู้ขายนั้นหายไป

1.2 นิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิ

ท่านอาจารย์กิตติศักดิ์ ปรกติ ได้อธิบายเกี่ยวกับนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิ⁸⁴ หรือสัญญาทางทรัพย์สิน⁸⁵ ว่า “นิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิเป็นนิติกรรมที่ทำให้ทรัพย์สินของผู้ทำนิติกรรมนั้นลดน้อยถอยลง ซึ่งนับว่าต่างจากนิติกรรมก่อความผูกพันทางหนี้ซึ่งยังไม่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่อสิทธิในทางลดน้อยถอยลงหรือเพิ่มพูนขึ้นจะมีก็แต่ความผูกพันที่จะกระทำการ งดเว้นกระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น ดังนั้นผู้ทำนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิที่จำหน่ายสิทธิของตนไปยังคู่กรณี

⁸² ชูญา หลีประเสริฐ, "หน้าที่ข้างเคียงในการชำระหนี้" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 12-13.

⁸³ ปรีดี เกษมทรัพย์, "สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน," *ตุลพาท* 15, 1 (2511), หน้า 53-59.

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

⁸⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์, "สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน," *ตุลพาท*, หน้า 55.

ยอมเสียสิทธิหรือมีสิทธิลดน้อยถอยลง ส่วนผู้ได้รับสิทธิไปโดยผลแห่งนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิ ย่อมมีสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดเพิ่มขึ้น”

นิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิ หรือสัญญาทางทรัพย์สิน หมายถึงนิติกรรมซึ่งมีผลให้เกิด การเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงสิทธิโดยตรงในลักษณะที่เกิดการโอนสิทธิ เปลี่ยนแปลงสิทธิ ก่อภาระ แก่สิทธิ หรือยกเลิกเพิกถอนสิทธิโดยสิทธิดังกล่าวมีลักษณะเป็นสภาวะทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ทำให้ บุคคลมีสิทธิเด็ดขาดหรือเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สิน⁸⁶ หรือที่เรียกว่า “ทรัพย์สินสิทธิ” อันก่อให้เกิดหน้าที่ แก่บุคคลทั่วไปที่จะต้องเคารพไม่ทำละเมิดต่อผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ นิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิจึงเป็น นิติกรรมที่กระทบต่อการเปลี่ยนแปลงต่อสาระสำคัญของสิทธิโดยตรง เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ การแปลงหนี้ใหม่ การปลดหนี้ เป็นต้น นิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธินี้อาจมีได้ทั้งในกฎหมายลักษณะหนี้ และในกฎหมายลักษณะอื่น ๆ โดยเฉพาะในกฎหมายลักษณะทรัพย์สินหรือที่เรียกว่า นิติกรรมทางทรัพย์สิน (real contract) ในบางกรณีนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิอาจทำขึ้นพร้อม ๆ กันไปกับนิติกรรมก่อนหน้า ก็ได้ เช่น ในสัญญาซื้อขายที่คู่กรณีตกลงซื้อขายกันและโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายแก่กัน ในทันที ดังนี้สัญญาซื้อขายนั้น เป็นทั้งนิติกรรมทางหนี้และนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิพร้อม ๆ กันไป⁸⁷

กรณีดังกล่าวผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า หลักการเคลื่อนไหวซึ่งทรัพย์สินสิทธิตามกฎหมาย เยอโรมันต้องมีการส่งมอบหรือการจดทะเบียน โดยถือว่าเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ นิติกรรมทาง ทรัพย์สินจึงจะสมบูรณ์ ซึ่งนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิแยกต่างหากจากนิติกรรมทางหนี้ กล่าวคือ เมื่อมี การเคลื่อนไหวทรัพย์สินสิทธิสมบูรณ์ นิติกรรมทางทรัพย์สินย่อมสมบูรณ์ แต่หากการเคลื่อนไหวทางทรัพย์สิน ไม่สมบูรณ์ นิติกรรมทางทรัพย์สินย่อมไม่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ ในทางกลับกัน หากนิติกรรม ทางหนี้ไม่สมบูรณ์ย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการเคลื่อนไหวซึ่งทรัพย์สินสิทธินั้น เพราะนิติกรรม ทางหนี้เป็นเพียงมูลเหตุของนิติกรรมทางทรัพย์สินเท่านั้น แต่หากการเคลื่อนไหวทรัพย์สินสิทธิโดยนิติกรรม ทางทรัพย์สินนั้นปราศจากมูลอันชอบด้วยกฎหมาย ผู้ได้ทรัพย์สินมาย่อมไม่มีสิทธิที่จะยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้เป็น ของตน และต้องมีหน้าที่คืนทรัพย์สินนั้นแก่ผู้โอนทรัพย์สินสิทธิฐานลามิควรรได้⁸⁸

2. ความสัมพันธ์ส่วนตัว หรือ นิติกรรมเกี่ยวกับสถานะบุคคล

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

⁸⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา (น.101)" [ออนไลน์], หน้า 22-24.

⁸⁸ สีเหมย โจว, "ปัญหาเกี่ยวกับหลักการเคลื่อนไหวทรัพย์สินสิทธิโดยการแสดงเจตนาในสัญญาซื้อขาย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาตรีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 79.

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่า ความสัมพันธ์ส่วนตัวเป็นความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับมนุษย์ ตั้งแต่เกิดจนตาย โดยสามารถเกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติ หรือเป็นความสัมพันธ์ที่จะเกิดขึ้นให้มีผลทางกฎหมายได้จะต้องปฏิบัติตามบางอย่างตามที่กฎหมายกำหนดรับรองไว้ เช่น ความสัมพันธ์เกี่ยวกับครอบครัว โดยความสัมพันธ์ในระหว่างมีชีวิตระหว่างบุคคลสองคนหรือหลายคนที่ถูกกำหนดโดยกฎหมาย เรียกว่า “นิติสัมพันธ์”

ความสัมพันธ์ในทางครอบครัวเป็นความสัมพันธ์ทางธรรมชาติที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการกำหนดกฎหมายใด ๆ ในทางกฎหมาย เพียงแค่ชายหญิงมีการตกลงยินยอมอยู่กินกันฉันท์สามีภริยาสถาบันครอบครัวจึงเกิดขึ้นตามที่ตกลงกัน ต่อมาเมื่อมีกฎหมายลักษณะครอบครัว กฎหมายกำหนดให้การก่อสถาบันครอบครัวตามกฎหมายต้องกระทำการตามที่กฎหมายรับรองไว้จึงจะมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะครอบครัว

“สิทธิ” เป็นหนึ่งในนิติสัมพันธ์อันเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมาย หมายถึง อำนาจที่บุคคลนั้นจะกระทำเพื่อสนองตอบผลประโยชน์ของตนโดยได้รับความคุ้มครองจากระบบกฎหมาย⁸⁹ จึงมีความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลผู้มีอำนาจหรือผู้ทรงสิทธิกับบุคคลอื่น ๆ ในสังคม ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือแม้แต่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ส่วน “ฐานะ” หรือ “สถานะ” เป็นสภาวะความสัมพันธ์ทางกฎหมายของบุคคลต่อสังคม อันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือ เป็นเรื่องความสามารถในการใช้สิทธิของบุคคลที่อยู่ในสถานะใดสถานะหนึ่ง เป็นความสัมพันธ์ส่วนตัวทางกฎหมาย เป็นสิ่งที่ติดอยู่กับตัวบุคคล ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วมีลักษณะถาวรและไม้อาจถูกกำหนดเปลี่ยนแปลงได้โดยเจตจำนงของคู่กรณีในส่วนตัวเกี่ยวกับบุคคลภายนอกและรัฐได้ สถานะอาจเปลี่ยนแปลงหรือถูกยกเลิกไปได้ และในขณะเดียวกันบุคคลคนหนึ่งอาจจะมีหลายสถานะก็ได้ สิทธิจึงก่อให้เกิดได้โดยการทำนิติกรรม ส่วนฐานะอาจก่อให้เกิดหรือถูกยกเลิกไปโดยกฎหมาย หรือคำสั่งศาล หรือเจตนาของคู่กรณี เป็นต้น⁹⁰

แต่อย่างไรก็ดี การก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวตามกฎหมายลักษณะครอบครัว ไม่ว่าจะเป็นการหมั้น หรือการสมรส ยังคงมีปัญหาในทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย

⁸⁹ ศนันทกรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน (Basic Principle of Private Law), หน้า 258.

⁹⁰ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "สัญญาอู่ฐานะบุคคล," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 13, เล่มที่ 4 (2526): หน้า 101-103.

หากพิจารณาในเรื่องการหมั้น ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกำหนดให้การหมั้นเป็น “สัญญา” ดังที่ปรากฏในมาตรา 1438 เรื่องผิดสัญญาหมั้น หรือมาตรา 1442 ถึงมาตรา 1444 เรื่องการบอกเลิกสัญญาหมั้น อีกทั้ง กฎหมายวางเงื่อนไขบางประการไว้ให้แก่ผู้ที่จะเข้ามาผูกพันในการหมั้น คือ การกำหนดอายุขั้นต่ำชายและหญิงที่จะทำการหมั้น (มาตรา 1435) และการให้ความยินยอมก่อนการหมั้นกรณีที่ผู้หมั้นเป็นผู้เยาว์ (มาตรา 1436) ทั้งนี้ ไม่ว่าจะป็นกรณีใดก็ตาม การหมั้นที่สมบูรณ์ตามที่กฎหมายรับรองจะต้องมีการส่งมอบของหมั้นโดยฝ่ายชายให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น (มาตรา 1437) หากพิจารณาในเรื่องการสมรสนั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงว่าการสมรสเป็นสัญญาหรือไม่ แต่การหมั้นมีลักษณะที่ว่าชายหญิงตกลงยินยอมกันว่าจะทำการสมรสกันตามกฎหมายในอนาคต และมีการส่งมอบของหมั้นเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น เมื่อการหมั้นเกิดขึ้นตามกฎหมายแล้ว หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาหมั้น หรือได้กระทำชั่วอย่างร้ายแรงภายหลังการหมั้นอันเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งยกเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นเหตุสำคัญเพื่อบอกเลิกสัญญา คู่หมั้นผู้นั้นจึงมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากบุคคลนั้นได้ แต่อย่างไรก็ดี เห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้การหมั้นเป็นสัญญาที่จะปูทางไปสู่การสมรส แต่การสมรสจะเกิดขึ้นได้จากการที่ชายหญิงยินยอมที่จะผูกพันตนด้วยใจสมัครเพื่อก่อสถานะบุคคล (status) เป็นสามีภริยาตามกฎหมายไม่อาจบังคับกันได้ ดังนั้น การหมั้นจึงไม่สามารถเป็นเหตุที่จะถูกบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งก็คือการสมรสได้ แต่กฎหมายกำหนดเรื่องการหมั้นไว้ เพื่อที่จะคุ้มครองคู่สัญญาหมั้นที่เสียหายจากการผิดสัญญาหมั้นให้ได้รับการเยียวยา เพราะการหมั้นเป็นขั้นตอนสุดท้ายที่ชายหญิงตกลงกันว่าจะมีการสมรสกันต่อไปในอนาคต ดังนั้น จึงเป็นนิติสัมพันธ์ที่กฎหมายกำหนดเฉพาะขึ้นมาโดยมีลักษณะที่แตกต่างจากการกอนิติสัมพันธ์ประเภทอื่น

โดยหลักแล้ว การสมรสเป็นความสัมพันธ์ส่วนตัวให้มีผลตามที่กฎหมายรับรอง มิใช่ความสัมพันธ์ในการเคลื่อนไหวสิทธิในทางทรัพย์สิน⁹¹ แต่การหมั้นมีลักษณะสถานะทางกฎหมายที่พิเศษและยังคงเป็นปัญหาที่ถกเถียงในทางวิชาการ กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้การหมั้นเป็นสัญญาก็จริง แต่ในความเป็นจริงแล้วโดยลักษณะของการหมั้นเป็นขั้นตอนที่จะนำไปสู่การสมรสและเป็นช่วงเวลาที่ยุติกันซึ่งในฐานคู่หมั้นใช้เวลาศึกษาอุปนิสัยของแต่ละฝ่ายต่อกัน แต่อย่างไรก็ดี การหมั้นไม่ได้ก่อให้เกิดครอบครัว การหมั้นไม่ได้เป็นขั้นตอนบังคับชายหญิงที่จะต้องทำการสมรสกันในอนาคต อีกทั้ง เมื่อการหมั้นเกิดขึ้นตามกฎหมาย สิทธิและหน้าที่ของคู่หมั้นเป็นไปตามบทบัญญัติที่กฎหมาย

⁹¹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 29.

กำหนดไว้เฉพาะ เมื่อผิดสัญญาหมั้นกฎหมายกำหนดให้คู่หมั้นมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นและได้ค่าทดแทนเพื่อเป็นการเยียวยา ไม่เกิดสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล เช่นเดียวกับกรณีการสมรส เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดา บุตร ดังนั้น ในปัจจุบันยังมีนักวิชาการได้ให้ความเห็นในเรื่องการหมั้นกับสัญญาไว้ 2 ความคิดเห็น⁹² ดังต่อไปนี้

ฝ่ายที่ 1 มีความเห็นว่าการหมั้นเป็นสัญญา มีดังนี้

โรแบร์ต แลงการ์ด มีความเห็นว่า “สัญญาแรกเริ่มไม่ได้กระทำขึ้นก็โดยมีวัตถุประสงค์ในอันที่จะสร้างความสัมพันธ์ในระยะเบียบนี้ สัญญาฉบับแรกซึ่งได้มีขึ้นได้แก่ สัญญารับเข้าเป็นสมัครพรรคพวกของหมู่คณะหรือของครอบครัว รับเป็นบุตรบุญธรรม สัญญาหมั้น สัญญาแต่งงาน ส่วนสัญญาในระยะเบียบเศรษฐกิจ โดยเฉพาะซึ่งเกิดขึ้นต่อมาภายหลังน่าจะได้รวมรูปลักษณะและผลของสัญญาประเภทแรกนี้”⁹³

โชค จารุจินดา มีความเห็นว่า “การหมั้นเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง มีลักษณะพิเศษก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ”⁹⁴

Günther Beitzke มีความเห็นว่า “การหมั้นนั้นก่อดังขึ้นจากการตกลงที่เป็นไปตามข้อความคิดทั่วไปในเรื่องสัญญา ฉะนั้น การหมั้นจึงอยู่ใต้บังคับของกฎเกณฑ์ทางสัญญาเฉพาะข้อต่าง ๆ แต่ลักษณะของการหมั้นไม่ได้สิ้นสุดอยู่ที่สัญญาอันนี้ ลักษณะของการหมั้นคือการมีนิติสัมพันธ์ถาวรอันจะเกิดขึ้นจากการสมรสในอนาคต และการหมั้นเป็นสัญญาที่มีลักษณะของกฎหมายบุคคล”⁹⁵

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁹² ข้อสังเกต สาเหตุที่ผู้เขียนนำเสนอแนวความคิดในเรื่องการหมั้นกับสัญญา เนื่องมาจาก ผู้เขียนพบว่า นักวิชาการของประเทศไทยแสดงความคิดเห็นในเรื่องลักษณะของการหมั้น เปรียบเทียบกับเรื่องสัญญา เนื่องจากในบทบัญญัติเรื่องการหมั้น มีการเขียนว่าการหมั้นเป็นสัญญา ดังนั้นจึงเกิดการตีความในเรื่องการหมั้นกับสัญญา มากกว่าการตีความว่าการหมั้นเป็นนิติกรรมหรือไม่ นอกจากนี้ สัญญาเป็นส่วนหนึ่งของนิติกรรม ดังนั้น หากมีการตีความว่าการหมั้นเป็นสัญญาเท่ากับว่าการหมั้นนั้นเป็นนิติกรรมด้วยเช่นกัน

⁹³ ร.แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2, หน้า 160.

⁹⁴ โชค จารุจินดา, ครอบครัว (กรุงเทพฯ: หอรัตนชัยการพิมพ์, 2523), หน้า 30.

⁹⁵ Günther Beitzke, Familienrecht (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988), หน้า 25., อ้างถึงใน วรรณานู ศรีบุญวงศ์, "การหมั้น : วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 74.

วรนาฏ ศรีบุญพงศ์ มีความเห็นว่าตนเห็นด้วยกับ Beitzke ที่ว่า การหมั้นมีลักษณะ เป็นสัญญาในกฎหมายบุคคล แม้ตำแหน่งแห่งที่ของบทบัญญัติว่าด้วยการหมั้นจะอยู่ในกฎหมาย ครอบครัว แต่ก็หาเป็นเรื่องของกฎหมายครอบครัวไม่ เพราะครอบครัวจะก่อตั้งขึ้นเมื่อมีการสมรส แล้ว การหมั้นเป็นขั้นตอนก่อนการสมรสเท่านั้น แต่การหมั้นได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ถาวรแห่งสภาวะ ความเป็นคู่หมั้นหรือการหมั้นเป็นสัญญาที่ก่อฐานะบุคคล ดังนั้นการหมั้นจึงเป็นเรื่องของกฎหมาย บุคคล⁹⁶

ฝ่ายที่ 2 มองว่าการหมั้นไม่ใช่สัญญาตามบทบัญญัติในเรื่องมูลแห่งหนี้

จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ข้อสังเกตท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 2081/2517⁹⁷ ว่า “กรณีหมั้น แม้กฎหมายจะเรียกว่าสัญญาหมั้น แต่ก็ไม่ใช่สัญญาธรรมดา ไม่ใช่คู่สัญญาต้องรับผิดชอบเพราะถ้าเป็น สัญญาเป็นเฉพาะตัวชายหญิงที่จะทำการสมรสกันตามสัญญาหมั้น คนอื่นเกี่ยวไม่ได้ จึงเป็นเรื่องของ กฎหมายบัญญัติให้มีหนี้ขึ้นโดยเฉพาะมากกว่า จะบังคับให้สมรสไม่ได้ กำหนดเบี้ยปรับไม่ได้ ค่าทดแทนก็มีได้เฉพาะตามที่ระบุไว้ หาใช่บังคับตามลักษณะหนี้ทั่วไปไม่” นอกจากนี้ จิตติ ดิงศภัทย์ ให้หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 763/2526⁹⁸ ว่า “การ “ผิดสัญญาหมั้น” นั้น ไม่ใช่สัญญา อันเป็นมูลหนี้ตามความหมายใน ป.พ.พ. บรรพ 2 ลักษณะ 2 สิทธิกับความรับผิดชอบก็เป็นไปเท่าที่ กฎหมายบัญญัติไว้ มิใช่เป็นไปตามแต่คู่สัญญาจะตกลงกันอันเป็นลักษณะสำคัญของนิติกรรม หนี้ตาม สัญญาหมั้นจึงมีลักษณะเป็นหนี้ที่เกิดโดยกฎหมายบัญญัติมากกว่าเป็นหนี้ที่เกิดโดยมีสัญญาเป็นมูลหนี้

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

⁹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 2081/ 2517 ชายกับบิดามารดาชายไปหมั้นหญิง ต่อมาชายถอนหมั้นโดยหญิงมิได้ ผิดสัญญาหมั้นทั้งชายและบิดามารดาชายต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทน คือค่าขาดรายได้ที่ออกจากการงานเพื่อสมรส และ ค่าเสียหายต่อกายและชื่อเสียง

⁹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 763/2526 การหมั้นเป็นสัญญาซึ่งฝ่ายชายทำกับฝ่ายหญิงโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อชายกับหญิงจะทำการสมรสกัน

สินสอดเป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงเพื่อตอบแทนการที่หญิงยอม สมรส

โจทก์และ ง. เป็นฝ่ายชายตกลงทำสัญญาหมั้นกับจำเลยทั้งสามฝ่ายหญิงและมอบสินสอดให้ เพื่อให้ ง. กับ จำเลยที่ 3 ทำการสมรสกัน เมื่อโจทก์อ้างว่าจำเลยทั้งสามฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น โจทก์ซึ่งเป็นคู่สัญญาย่อม มีอำนาจฟ้องจำเลยทั้งสามฐานผิดสัญญาหมั้นและเรียกสินสอดคืนได้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1439 บัญญัติถึงผู้มีสิทธิเรียกร้องให้รับผิดชอบใช้ค่าทดแทนและ คืนของหมั้นในกรณีผิดสัญญาหมั้นไม่ว่าฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงแล้วแต่กรณีมิได้บัญญัติแต่เฉพาะชายหรือหญิงคู่หมั้น เท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้องได้ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง

ตามลักษณะ 2” อีกทั้ง ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3865/2526 จิตติฯ เห็นว่า “การหมั้นเป็นสถานะบุคคล (status) ไม่ใช่หนี้ตามบรรพ 2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 บรรพ 2 (1) เรียกสถานะบุคคลว่า สถานะบุคคล”

ไพโรจน์ กัมพูสิริ มีความเห็นว่า “สัญญาหมั้นเป็นสัญญาพิเศษที่ก่อฐานะความเป็นคู่หมั้นของบุคคลหาใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการเคลื่อนสิทธิในทางทรัพย์สินไม่ ด้วยเหตุนี้สัญญาหมั้นจึงมีลักษณะพิเศษที่เกี่ยวกับเงื่อนไข ผลและการสิ้นสุดของสัญญาโดยเฉพาะ”

ชาติชาย อัครวิบูลย์ อธิบายว่า “การหมั้นมิใช่สัญญาตามลักษณะนี้ เพราะไม่มีหนี้ก่อให้เกิดการผูกพันที่จะบังคับกันได้ไม่ว่าเป็นหนี้กระทำการ งดเว้นกระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สิน จึงต้องทำความเข้าใจว่าการหมั้นมิใช่สัญญาตามลักษณะนี้ทั่วไป”⁹⁹

จากกรณีปัญหาเรื่องสถานะทางกฎหมายของการหมั้นในปัจจุบันยังคงเป็นที่ถกเถียงกัน เนื่องจากกฎหมายกำหนดว่าการหมั้นเป็นสัญญา แต่ลักษณะที่แท้จริงของการหมั้นยังคงเป็นประเด็นปัญหาว่าการหมั้นเป็นสัญญาตามบทบัญญัติทั่วไปหรือเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษหรือไม่ ทั้งนี้ รายละเอียดผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ปัญหาสถานะของการสมรสกับนิติกรรม วิเคราะห์กรณีการนำหลักนิติกรรมสัญญาตามบรรพ 1 มาใช้บังคับกับบรรพ 5

ในเรื่องการสมรสมีลักษณะที่มีความเฉพาะเพราะการสมรสไม่ได้ก่อความสัมพันธ์ทางหนี้หรือทรัพย์สิน แต่เป็นการก่อฐานะ หรือสถานะของบุคคล ดังนั้น จึงต้องพิจารณาเสียก่อนว่าการสมรสตามกฎหมายไทยมีสถานะเป็นอย่างไร โดยมีนักกฎหมายให้ความเห็นที่แตกต่างกัน แบ่งกลุ่มได้ 3 กลุ่ม¹⁰⁰ ดังต่อไปนี้

ฝ่ายแรก เห็นว่า การสมรสเป็นสัญญา ได้แก่

⁹⁹ ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 69.

¹⁰⁰ ข้อสังเกต นักวิชาการของประเทศไทยมีความคิดเห็นในเรื่องลักษณะของการสมรสแตกต่างกันออกไป โดยตั้งแต่อดีตมีการถกเถียงว่าการสมรสเป็นสัญญาหรือไม่ ซึ่งในปัจจุบันยังคงมีการถกเถียงในทางวิชาการถึงลักษณะของการสมรส โดยมีข้อพิจารณาเพิ่มเติมว่าการสมรสนั้นเป็นนิติกรรมหรือไม่ ดังนั้น ข้อพิจารณาเรื่องลักษณะการสมรสจึงมีลักษณะเป็นนิติกรรม สัญญา หรือไม่เป็นทั้งนิติกรรมและสัญญา นอกจากนี้ นักวิชาการบางท่านให้ความเห็นว่าในกรณีการสมรสเป็นสัญญาย่อมเป็นนิติกรรมด้วย ดังนั้น ในเรื่องลักษณะของการสมรสปัจจุบันยังคงได้รับการถกเถียงอยู่เช่นกัน

ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช¹⁰¹ ให้ความเห็นเรื่องนี้ว่า “สัญญาสมรส สัญญารับบุตรบุญธรรม ไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องในหนี้ก็จริง แต่เมื่อมีการแสดงเจตนาแสดงความประสงค์ของบุคคลสองฝ่าย ร่วมกันตรงกันในอันที่จะทำการสมรสหรือทำการรับบุตรบุญธรรมแล้ว ถ้าไม่เรียกว่าสัญญาจะเรียกว่าอะไร คิดหาศัพท์ตามกฎหมายไม่ได้นอกจากนี้”

ไชยยศ เหมะรัชตะ¹⁰² ให้ความเห็นเรื่องนี้ว่า “นิติกรรมหลายฝ่ายหรือบางที่เรียกว่านิติกรรม 2 ฝ่าย ได้แก่นิติกรรมที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป แต่ละฝ่ายอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคนรวมเป็นฝ่ายเดียวกันก็ได้ ซึ่งนิติกรรมหลายฝ่ายเรียกกันตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ อันได้แก่ “สัญญา” นั้นเอง ในนิติกรรมหลายฝ่ายนี้ ลำพังการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด เพียงฝ่ายเดียวก็ไม่อาจจะเกิดผลเป็นสัญญาขึ้นมาได้ จะต้องอาศัยการแสดงเจตนาตกลงตรงกันของบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป นิติกรรมหลายฝ่ายนี้ คือ เอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาอืม รวมทั้งสัญญาที่มีสาระสำคัญอย่างอื่นนอกจากที่ระบุไว้ในบรรพ 3 เช่น สัญญาหมั้น สัญญาสมรส ในบรรพ 5 ด้วย”

รัชฎา เมธาวิกุล¹⁰³ ให้ความเห็นเรื่องนี้ว่า “เมื่อการสมรสเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง สัญญาสมรสระหว่างชายหญิงจะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อทั้งชายและหญิงนั้นมีเจตนาตกลงปลงใจที่จะเป็นสามีภริยากัน เจตนาตกลงปลงใจเช่นนี้ คือสิ่งที่กฎหมายเรียกว่า “ความยินยอม” ตามที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 1457 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

ไพโรจน์ กัมพูสิริ¹⁰⁴ ให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่า “หลักที่ว่าสัญญาสมรสซึ่งก่อฐานะบุคคลไม่ใช่สัญญาทางแพ่งจะยัดนำมาเป็นหลักไม่ได้ เนื่องจากตามกฎหมายไทยเราถือว่าการสมรสเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้ในหมวด 2 และหากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1457 และมาตรา 1458 โดยถี่ถ้วนแล้ว

¹⁰¹ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) หน้า 305-306.

¹⁰² ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 29-32.

¹⁰³ รัชฎา เมธาวิกุล, "ความยินยอมในการสมรส," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 16, ฉบับที่ 3 (2531), หน้า 43.

¹⁰⁴ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "สัญญาก่อฐานะบุคคล," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 106-113.

ก็จะเห็นได้ว่าข้อกำหนดตาม 2 มาตรฐานนี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ากฎหมายไทยถือว่า การสมรสเป็น สัญญาธรรมดาอย่างหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ดี ไพโรจน์ กัมพูสิริ มีความเห็นต่อว่า “แม้การสมรสเป็นสัญญาแต่ก็ไม่ควรลด ลักษณะความเป็นสถาบันของการสมรสไปเสีย ดังนั้น ควรให้ถือว่าการสมรสมีลักษณะผสมกันระหว่าง ความเป็นสัญญาและสถาบัน เป็นสัญญาเพราะการสมรสต้องอาศัยการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของ ชายหญิง และเป็นสถาบันในแง่ที่ว่า คู่สมรสได้สร้างฐานของสังคมคือครอบครัวขึ้นมาและสังคมหน่วย นี้อยู่ภายใต้กฎระเบียบอันเคร่งครัดจากกฎหมายครอบครัวอันหลุดพ้นจากอำนาจเจตนาของคู่กรณี ”

โรแบร์ต แลงการ์ด¹⁰⁵ อธิบายว่า “ความสัมพันธ์อันถาวรระหว่างเอกชนมีอยู่แต่ในระเบียบ ทางชุมชนได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นประมุขกับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา ผู้เป็นนายกับทาส บิดา มารดากับบุตร สามัญญา เป็นต้น เหตุนี้จึงอาจที่จะกล่าวอ้างโดยมีเหตุผลได้ว่าสัญญาฉบับแรกซึ่งได้มี ขึ้นจริงได้แก่สัญญารับเข้าเป็นสมัครพรรคพวกของหมู่คณะหรือของครอบครัว รับเป็นบุตรบุญธรรม สัญญาหมั้น สัญญาแต่งงาน ส่วนสัญญาในระเบียบเศรษฐกิจโดยฉะเพาะซึ่งเกิดขึ้นต่อมาภายหลัง น่าจะได้รวมรูปลักษณะและผลของสัญญาประเภทแรกนี้”

ประสพสุข บุญเดช¹⁰⁶ ให้ความเห็นว่า “การสมรสเป็นสัญญาทางแพ่งอย่างหนึ่งโดยชายและ หญิงจะต้องแสดงเจตนาให้ถูกต้องตรงกันเพื่อก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย แต่แตกต่างจาก สัญญาทั่ว ๆ ไป เพราะนอกเหนือจากสัญญาแล้ว การสมรสยังก่อให้เกิดสถาบันทางสังคม (social institution) ขึ้นมาด้วย ในสัญญาธรรมดาคู่สัญญาอาจจะกำหนดเงื่อนไขข้อตกลงหรือข้อกำหนดอย่าง ไต ๆ ก็ได้ เว้นแต่จะเป็นการขัดต่อกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในการสมรสนั้น สภาวะและผลแห่งการสมรสส่วนใหญ่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คู่สมรสไม่ อาจตกลงกันให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้”

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า การสมรสเป็นนิติกรรม ไม่ใช่สัญญา ได้แก่

¹⁰⁵ ร.แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2, หน้า 160.

¹⁰⁶ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ, พิมพ์ครั้งที่ 24 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2562), หน้า 24.

ศันันท์กรณ โสทธิพันธ์¹⁰⁷ ให้ความเห็นเรื่องนี้ว่า “การสมรสไม่ใช่สัญญา ไม่ใช่นิติเหตุ แต่เป็นนิติกรรมที่ชายหญิงแสดงเจตนาสละความเป็นโสดเพื่อก่อนนิติสัมพันธ์กับอีกฝ่ายหนึ่ง ในการสร้างครอบครัว และรับผลที่ตามมาจากกฎหมายกำหนดสำหรับฐานะใหม่ที่จะเกิดขึ้น”

กิตติศักดิ์ ปรกติ¹⁰⁸ ให้ความเห็นเรื่องนี้ว่า “นิติกรรมเป็นการกระทำอันมีผลในทางก่อกำเนิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย ตามเจตนาที่มุ่งต่อผลโดยชอบด้วยกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งกฎหมายอาจรับรองให้มีผลได้โดยอาศัยการแสดงเจตนาที่ประสงค์ต่อผลทางกฎหมายล้วน ๆ การสมรสก็เช่นเดียวกันต้องมีเจตนาเสนอสนองต่อตรงกันที่จะสมรส แต่เพียงมีเจตนาเป็นคู่สมรสเท่านั้น ยังไม่เพียงพอต้องประกอบเข้ากับข้อเท็จจริงอีกประการหนึ่งคือต้องแสดงความสมัครใจสมรส ให้ปรากฏต่อหน้านายทะเบียน (มาตรา 1458) และมีการจดทะเบียนสมรส (มาตรา 1457) ด้วย”

ฝ่ายที่สาม เห็นว่าการสมรสไม่เป็นนิติกรรม และไม่เป็นสัญญา

จิตติ ดิงศภัทย์¹⁰⁹ ให้ความเห็นว่าการสมรส หรือความเป็นสามีภริยากัน ตามความยินยอมของชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1458 คือเป็นสถานะบุคคล หรือเรียกว่าฐานะบุคคล ไม่ใช่เป็นนิติกรรมหรือสัญญาตามบรรพ 1 และ 2 ไม่ใช่หนี้ที่เกิดขึ้นจากนิติกรรมหรือสัญญาโดยตรงตามบรรพ 1 และ 2 แต่เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นโดยนิติเหตุที่กฎหมายบัญญัติขึ้น ”

นอกจากนี้ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความเห็นไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3698/2524¹¹⁰ ว่า “การแสดงเจตนาในนิติกรรมกับการแสดงเจตนาในเรื่องอื่นทำให้เกิดปัญหาว่านิติกรรมคืออะไร ซึ่งเป็นเรื่องใหญ่ หากพิจารณาคำนิยามตามกฎหมายไทยพบว่านิติกรรมเป็นการกระทำใด ๆ ที่ได้ทำลงโดยใจสมัครอันมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ซึ่งมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย เป็นสิ่งที่เกี่ยวพันกัน ส่วนนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล หมายความว่า เป็นความเกี่ยวพันระหว่างบุคคลกับ

¹⁰⁷ ศันันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, หน้า 27-31.

¹⁰⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา (น.101)" [ออนไลน์], หน้า 15-16.

¹⁰⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, "การสมรสเป็นโมฆะ," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 16, ฉบับที่ 3 (2531), หน้า 1-4.

¹¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3698/2524 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า หนังสือข้อตกลงหย่าและการจดทะเบียนหย่าผู้ร้องกับจำเลยแสดงเจตนาสละโดยสมรสระหว่างกันกระทำขึ้น หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการกระทำขึ้นโดยสมยอม จึงไม่ผูกพันใจทั้งซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ททรัพย์สินที่โจทก์นำยึดจึงเป็นสินสมรสซึ่งผู้ร้องกับจำเลยมีกรรมสิทธิ์ร่วมกัน ผู้ร้องไม่มีอำนาจมาร้องขอให้ปล่อยทรัพย์ที่ยึด

บุคคลในฐานะเป็นเอกชนเป็นคน ๆ ไป ไม่ใช่บุคคลเกี่ยวพันกับทรัพย์สินที่เรียกว่าทรัพย์สินที่ไม่เกี่ยวกับบุคคลแต่ละคน แต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับคนอื่นทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นใครต้องเคารพต่อทรัพย์สินนั้น เช่น แสดงเจตนายึดถือเพื่อตนในการครอบครอง เป็นเจตนาเกี่ยวพันระหว่างบุคคลกับทรัพย์สินและเกี่ยวกับคนทั่วโลก ไม่ใช่เกี่ยวพันกับใครโดยเฉพาะ ไม่เป็นนิติกรรม

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา และความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตร จิตติฯ กล่าวว่า “ความเป็นสามีภริยากัน ความเป็นบิดามารดาบุตร มีนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลแต่ละคน แต่ไม่ได้บังคับตามกฎหมายลักษณะหนี้ หากบังคับตามลักษณะครอบครัวไม่ใช่นิติสัมพันธ์ที่เป็นหนี้ การสมรสเป็นนิติสัมพันธ์ที่ไม่บังคับตามกฎหมายลักษณะหนี้ หากไม่ทำตามพันธะในการเป็นสามีภริยา ก็บังคับโดยการหย่า การสมรสจึงไม่ใช่สัญญา” หากพิจารณาในเรื่องการสมรสกับนิติกรรม “การแสดงเจตนายินยอมเป็นสามีภริยากันนั้นก่อให้เกิดสถานการณ์อย่างหนึ่งซึ่งเรียกว่าสถานะบุคคล (status) หรือฐานะบุคคลตาม ป.ว.พ. มาตรา 145 (1) สถานะบุคคลทำให้เกิดนิติสัมพันธ์และสิทธิหน้าที่ต่อกัน ไม่ใช่การแสดงเจตนามุ่งโดนตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ตามมาตรา 112 (มาตรา 149 ปัจจุบัน) แต่มุ่งโดยตรงต่อการก่อสถานะบุคคล สถานะบุคคลต่างหากที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ นิติสัมพันธ์ไม่ใช่เกิดโดยตรง (immediate) จากการแสดงเจตนา แต่เกิดโดยกฎหมายกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งจะมีในสถานะบุคคลที่เป็นสามีภริยากันอีกชั้นหนึ่ง เหตุผลเหล่านี้แสดงได้ชัดแจ้งว่าการยินยอมแสดงเจตนาสมรสกันไม่ใช่การแสดงเจตนาในนิติกรรมตามมาตรา 112 (มาตรา 149 ปัจจุบัน)” ดังนั้น จากคำอธิบายของจิตติฯ อาจสรุปได้ว่า ท่านอาจารย์มองว่าการสมรสไม่ใช่นิติกรรม¹¹¹

วารี นาสกุล¹¹² ให้ความเห็นว่า “การสมรสไม่ใช่สัญญา เพราะไม่สามารถบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือส่งมอบสิ่งของสิ่งหนึ่งสิ่งใดได้”

Jean Mazeaud¹¹³ ได้แสดงความเห็นว่า “การสมรสหาใช่สัญญาทางแพ่งอย่างแท้จริงไม่ เนื่องจากความผูกพันตามสัญญาในกฎหมายแพ่งมักจะมีลักษณะเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินเงินทองเป็นหลักหรือเป็นส่วนใหญ่ การสมรสแม้ว่าจะต้องมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันและแม้ว่าจะก่อให้เกิด

¹¹¹ หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 3698/2524

¹¹² วารี นาสกุล และ เบญจวรรณ ธรรมรัตน์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว Civil and Commercial Code (Family) (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2554), หน้า 66.

¹¹³ Mazeaud, LECONS DE DROIT CIVIL .Tome 2 (Montchrestien, 1973), หน้า 48., อ้างถึงใน ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "สัญญาว่าฐานะบุคคล," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 103.

ความผูกพันตามกฎหมายแต่ก็ทำให้สัญญาทางแพ่งไม่ เพราะสัญญาสมรสมีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างฐานะของบุคคลเป็นหลัก แม้ว่าในทางวิชาการจะได้มีความเห็นพ้องต้องกันว่าการสมรสเป็นสัญญาอย่างหนึ่งก็ตาม แต่เมื่อเริ่มศตวรรษที่ 20 นักวิชาการจำนวนมากได้ปฏิเสธที่จะยอมรับว่าการสมรสเป็นสัญญาและต่างถือว่าการสมรสเป็นสถาบันอย่างหนึ่ง ในฐานะที่มันเป็นที่รวมของข้อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาจากรัฐซึ่งคู่กรณีไม่มีสิทธิที่จะมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามความต้องการของตนเองได้”

ชาติชาย อัครวิบูลย์ อธิบายว่า “การหมั้นมิใช่สัญญาตามลักษณะนี้ เพราะไม่มีหน้ก่ให้เกิดการผูกพันที่จะบังคับกันได้ไม่ว่าเป็นหน้ก่ทำการ งดเว้นทำการหรือส่งมอบทรัพย์สิน จึงต้องทำความเข้าใจว่าการหมั้นมิใช่สัญญาตามลักษณะนี้ทั่วไป”¹¹⁴ กล่าวต่อไปว่า “การสมรสเป็นทางนำไปสู่ความสัมพันธ์ในสถาบันครอบครัว ซึ่งเป็นหน่วยสังคมส่วนย่อยที่สุดและมีความสำคัญยิ่งยวด การสมรสก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางครอบครัวในด้านสิทธิและหน้าที่ สถานะของบุคคลในฐานะสามีภรรยาที่พึงมีต่อกัน ฐานะของการเป็นบิดามารดา ดังนั้น จึงเป็นส่วนหนึ่งของสังคมที่มีความเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย ความมั่นคงของรัฐ ตลอดจนกระทั่งถึงศีลธรรมอันดีของประชาชน”¹¹⁵ จากความเห็น ชาติชายฯ เห็นว่าการหมั้นมิใช่สัญญา และการสมรสมีลักษณะคล้ายกับการหมั้น เพราะเป็นจุดเริ่มต้นของการก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางครอบครัว อีกทั้ง ชาติชายฯ กล่าวว่า การสมรสก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในด้านสิทธิและหน้าที่ สถานะบุคคล โดยไม่ได้อธิบายว่าลักษณะดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาหรือนิติกรรมหรือไม่ ดังนั้นจากคำอธิบายการสมรสดังกล่าวจึงไม่ใช่ลักษณะของสัญญา

ดังนั้น เห็นได้ว่าประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะของการสมรสว่าการสมรสเป็นนิติกรรมหรือไม่ ยังคงเป็นที่ถกเถียงในทางวิชาการ โดยผู้เขียนจะขอกล่าวรายละเอียดต่อไปในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ปัญหาสถานะของการสมรสกับนิติกรรม วิเคราะห์กรณีการนำหลักนิติกรรมสัญญาตามบรรพ 1 มาใช้บังคับกับบรรพ 5

¹¹⁴ ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 69.

¹¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 131.

2.1.2 แบบแห่งนิติกรรม

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีบทบัญญัติในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม อันเป็นหลักจำกัดเสรีภาพในการแสดงเจตนาหรือหลักขัดขวางเจตนา ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้เพื่อเป็นการบังคับให้ผู้ทำนิติกรรมต้องปฏิบัติตาม ดังที่ปรากฏเป็นบทบัญญัติในบรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป ลักษณะ 4 ว่าด้วยนิติกรรม หมวด 1 ว่าด้วยบทเบ็ดเสร็จทั่วไป มาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ” จากบทบัญญัตินี้เองทำให้การทำนิติกรรมระหว่างเอกชนในบางประเภทไม่เป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา เพราะกฎหมายกำหนดให้ต้องมีขั้นตอนที่จะทำให้นิติกรรมมีผลสมบูรณ์เพิ่มขึ้น นอกจากการแสดงเจตนา ดังนั้น หากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดหรือกระทำผิดแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้นิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะเสียเปล่า ตามมาตรา 152 รายละเอียดดังจะได้พิจารณาต่อไป

2.1.2.1 ความหมายและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

ในสมัยโบราณ การตกลงกันที่มีผลผูกพันตามกฎหมายและที่สามารถบังคับได้ในทางแพ่งมีได้แต่เพียงการทำตาม “แบบ” โดยการมีเจตนาอย่างเดียวไม่อาจก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายได้ในสมัยนั้น ถ้าไม่ทำตามแบบเจตนาจะไม่มีผล แต่ถ้าทำตามแบบแล้ว แม้เจตนาที่แท้จริงและเจตนาที่แสดงออกจะไม่ตรงกันก็มีผลทางกฎหมายเสมอ แบบจึงเป็นเหตุในทางข้อเท็จจริงที่ทำให้เกิดผลทางกฎหมายตามเจตนาต้องการ¹¹⁶ แบบในสมัยนั้นจึงถูกเรียกว่าเป็นแบบที่ทำให้นิติกรรมมีผล หรือ effective form มากกว่าที่จะเป็นเพียงแบบเพื่อการพิสูจน์ หรือ protective form ตัวอย่างของแบบที่ใช้ในสมัยโรมัน ได้แก่¹¹⁷

1. แบบที่เกิดจากการเปล่งวาจาถามตอบด้วยถ้อยคำตามที่กฎหมายกำหนด เรียกว่า stipulation ซึ่งแบบมีลักษณะคล้ายนิติกรรมลอย คือ สามารถนำไปสวมหรือใช้กับนิติกรรมได้เกือบทุกประเภท โดยมีลักษณะที่ว่าฝ่ายหนึ่งตั้งคำถามว่าท่านสัญญา (เช่นนั้นเช่นนี้ เช่นสัญญาจะให้เงินจำนวนหนึ่งหรือม้าของท่านแก่ข้าพเจ้า) ใช่ไหม (spondesne) อีกฝ่ายหนึ่งตอบว่าใช่ (spondeo) ซึ่งหากตอบโดยวาจาถูกต้องตามแบบคำพูดที่กำหนดไว้เกิดเป็นสัญญาผูกพันโดยคำพูด (verbis)¹¹⁸

¹¹⁶ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law Volume II: The Institutions of Private Law*, p. 46.

¹¹⁷ ศันนท์กรณั โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรม สัญญา*, หน้า 101.

¹¹⁸ ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, หน้า 161.

2. แบบในการโอนทรัพย์สินที่ทำต่อหน้าผู้พิพากษา ที่เรียกว่า in jure cession
3. แบบที่ต้องใช้ตาชั่ง ที่เรียกว่า gesta per aes et libram ที่ต้องมีตาชั่งเข้ามาเกี่ยวข้อง มีพยานที่เป็นพลเมืองโรมัน 5 คน มีเจ้าหน้าที่ประจำตาชั่งที่เป็นพลเมืองโรมัน 1 คน เมื่อคู่กรณีที่ต้องการโอน-รับโอนทรัพย์สินมากันพร้อมแล้วพร้อมกับพยานและเจ้าหน้าที่ กระบวนการก็เริ่มโดยเจ้าหน้าที่ผู้รับโอนโยนทองแดงลงบนตาชั่งตามมูลค่าของทรัพย์สิน เจ้าหน้าที่ชั่งแล้วก็จะส่งให้กับผู้โอนทรัพย์สิน ผู้โอนทรัพย์สินก็จะส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้รับโอน

ต่อมาในสมัยโรมันยุคคลาสสิก หรือเรียกว่ายุคทองกฎหมายโรมัน กฎหมายโรมันมีการพัฒนามากยิ่งขึ้นโดยเฉพาะนิติกรรมบางอย่างไม่ต้องทำตามแบบ เพียงแต่มีการตกลงร่วมกันทำนิติกรรมให้เกิดผลผูกพันทางสัญญาตามความเป็นจริงก็มีผลตามกฎหมายแล้ว ลดความเคร่งครัดของการทำตามแบบลง เช่น ซื้อขาย ตัวแทน หุ้นส่วน และมีการใช้แบบอย่างอื่นที่ต่างจากที่เคยใช้ เช่น ทำเป็นหนังสือ เป็นต้น ในประมวลกฎหมายจัสติเนียนได้กำหนดให้สัญญาซึ่งได้แก่ความตกลงระหว่างบุคคลซึ่งบังคับกันได้ตามกฎหมายแพ่งนี้ อาจแบ่งรูปแบบของสัญญาเป็นสี่ประการคือ¹¹⁹

1. Re หรือ the real contract หมายถึงสัญญาที่เกิดขึ้นเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินใด ๆ แก่อีกฝ่าย ในขณะที่สัญญาเกิดขึ้น เช่น การยืม หรือการจำนำ การจำนอง เป็นต้น
2. Verbis หมายถึงสัญญาที่ทำตามแบบแห่งสัญญา ดังเช่น การทำสัญญาตามแบบฟอร์มของทางการ หรือการปฏิบัติตามขั้นตอนที่ทางการกำหนด ซึ่งหลักการว่าด้วยรูปแบบของสัญญาประเภทนี้ ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของวิวัฒนาการเกี่ยวกับเรื่องแบบแห่งสัญญาในหลักกฎหมายแพ่งในปัจจุบัน
3. Litteris เป็นสัญญาที่มีการทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยในตำรา Gaius เห็นว่าสามารถก่อให้เกิดหนี้แล้วแม้ว่าโดยแท้จริงแล้ว ไม่ได้มีหนี้ระหว่างคู่สัญญาก็ตาม แต่ในประมวลกฎหมายจัสติเนียน กลับเห็นว่าแม้จะมีตัวสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรเกิดขึ้น แต่ไม่ได้หมายความว่า จะต้องเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดหนี้ขึ้นตามที่ปรากฏในเอกสารนั้น แต่ตัวสัญญาเป็นเพียงเอกสารที่ใช้เป็นหลักฐานทางกฎหมายเพื่อปิดปาก (estoppel) คู่สัญญาเท่านั้น
4. Consensus หมายถึงสัญญาที่เกิดจากการตกลงพร้อมใจกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยปราศจากรูปแบบใด ๆ หรือการตกลงด้วยปากเปล่าระหว่างคู่สัญญา

¹¹⁹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 231-234.

ในยุคโรมันหลังคลาสสิก จนถึงสมัยปัจจุบัน กฎหมายยังคงกำหนดเรื่องแบบ (legal form)¹²⁰ เพื่อเป็นหลักประกันต่อคู่สัญญาและเป็นหลักประกันความเชื่อถือต่อประชาชน แบบจึงเป็นเงื่อนไขสำหรับนิติกรรมที่ต้องมีการตกลงบางประการที่สำคัญ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำธุรกรรมกับอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีฐานะทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน แบบจึงเสมือนเครื่องพิสูจน์การแสดงเจตนาของบุคคลในขณะทำนิติกรรมและแบบเป็นหลักฐานที่นำมาใช้พิสูจน์ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทำให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปได้สะดวกมากยิ่งขึ้น โดยแบบในปัจจุบันคือการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร

จากประวัติความเป็นมาทางประวัติศาสตร์อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายกำหนดให้การทำนิติกรรมบางประเภทเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ การทำนิติกรรมนั้นจึงต้องมีการทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดอันเป็นเงื่อนไขอีกประการเพื่อให้นิติกรรมมีผลทางกฎหมาย ถ้าไม่กระทำตามแบบหรือกระทำผิดแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152

แบบแห่งนิติกรรม จึงหมายความว่าถึง วิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษเพื่อเป็นหลักบังคับให้ผู้แสดงเจตนาต้องปฏิบัติตามเป็นพิเศษนอกเหนือจากหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมทั่วไป เช่น การแสดงเจตนาด้วยวาจา กิริยาอาการหรือลายลักษณ์อักษร เป็นต้น แบบจึงเป็นมาตรการอย่างหนึ่งของหลักขัดขวางเจตนา และเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อตอบสนองต่อสภาพสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองที่มีความยุ่งยากซับซ้อนไปตามการเปลี่ยนแปลงของสังคม แบบจึงมีเพื่อเป็นหลักประกันต่อคู่สัญญาและเป็นหลักประกันความเชื่อถือต่อประชาชนที่มีใช้คู่สัญญา¹²¹

2.1.2.2 วัตถุประสงค์ของแบบแห่งนิติกรรม

ในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย มาตรา 152 บรรพ 1 เป็นเรื่องที่ยกกฎหมายกำหนดให้กิจการที่สำคัญต้องมีแบบในกิจการบางประการ เพื่อทำกันไว้เป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรม (Forma dat rei esse) นอกเหนือไปจากเรื่องการพิสูจน์พยานหลักฐาน

หากพิจารณาเรื่องแบบแห่งนิติกรรมตามกฎหมายต่างประเทศ เช่น ฝรั่งเศส กฎหมายบัญญัติให้ต้องทำการใดเป็นหนังสือ หรือต้องทำตามวิธีการอย่างอื่นใด นอกจากอาศัยแต่คำพิงการแสดงเจตนาตนเอง การที่ยังต้องทำอีกนั้นถือว่าเป็นแบบ แต่จำแนกออกไปเป็นองค์สมบูรณ์ (Forma rei) กับแบบในการพิสูจน์ (Forma Probandi) ส่วนกฎหมายอังกฤษแยกแยะระหว่าง

¹²⁰ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, หน้า 102.

¹²¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 224-226.

แบบที่เป็นองค์สมบูรณ์ของสัญญา กับหลักฐานที่เป็นแต่พยานสำหรับพิสูจน์รับพิจารณาสัญญา ในเบื้องต้น ไม่ใช่แบบ และไม่ใช่องค์สมบูรณ์ของสัญญา¹²²

โดยหลักการแล้วนิติกรรมย่อมสมบูรณ์โดยการแสดงเจตนาเพราะกฎหมายรับรอง ความศักดิ์สิทธิ์ในเจตนาของบุคคลเอาไว้ ดังปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149 ว่าด้วยลักษณะ 4 นิติกรรม หมวด 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป ในเรื่องบทนิยามของนิติกรรม อันสะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายถือว่าเจตนาเป็นปัจจัยหรือส่วนประกอบกันจำเป็นอย่างยิ่งของนิติกรรม อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่ามีนิติกรรมบางประเภทที่รัฐเห็นว่าจะมีความจำเป็นในการเข้าควบคุมการแสดงเจตนาของบุคคล จึงกำหนดแบบไว้ เพื่อควบคุมการแสดงเจตนาของบุคคลในนิติกรรมที่มีความสำคัญ ดังปรากฏตาม มาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹²³ กล่าวคือ หากเป็นนิติกรรมที่มีกฎหมาย ได้กำหนดแบบเพียงแสดงเจตนาอย่างหาพอเพียงไม่ แต่จะต้องปฏิบัติตามแบบที่กำหนดไว้ มิฉะนั้น เป็นโมฆะ หากกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ดังนี้เมื่อมีการแสดงเจตนามาแล้วนิติกรรม ก็เกิดขึ้น นิติกรรมก็สมบูรณ์โดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือ เช่น สัญญาจ้างทำของ

การที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งนิติกรรมในนิติกรรมบางประเภทนั้นก็อาจด้วย เจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายมีความประสงค์จะให้มีการให้เกิดความเป็นระเบียบของสังคม และอาจเห็นว่านิติกรรมบางประเภทเป็นนิติกรรมที่มีความสำคัญอันควรจะต้องกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อ คุ้มครองผู้มีส่วนได้เสียเป็นพิเศษ ทั้งยังให้เกิดความเป็นธรรมอันก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่สังคม ซึ่งผลได้มาคือประโยชน์สุดแก่รัฐ ประชาชน และรวมทั้งคู่สัญญาเอง¹²⁴ ดังนั้นวัตถุประสงค์แห่ง บทบัญญัติของกฎหมายในการบังคับให้ทำตามแบบ อาจกล่าวได้ดังนี้¹²⁵ คือ

1. เพื่อให้ผู้แสดงเจตนาได้รับผิดชอบในความยินยอมที่ตนได้แสดงออกไป อธิบายได้ดังนี้

การที่กฎหมายบังคับให้นิติกรรมบางประเภทต้องจดทะเบียนต่อพนักงาน เจ้าหน้าที เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียยอมขอตรวจสอบดูได้จากทางทะเบียนที่ทางราชการเก็บรักษาไว้

¹²² ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) หน้า 133.

¹²³ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบาย นิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557), หน้า 78.

¹²⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 230-231.

¹²⁵ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, หน้า 103.

อันเป็นการเปิดเผยให้บุคคลภายนอกหรือประชาชนทั่วไปรู้ว่าได้มีการทำนิติกรรมนั้นขึ้นหรือไม่ นอกจากนี้ บางประเภทนิติกรรมมีความเกี่ยวข้องกับประชาชนหม่มากและเป็นนิติกรรมที่มีความสำคัญ เช่น การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มีความเกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายจึงต้องกำหนดให้การทำนิติกรรมประเภทนี้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามบทบัญญัติมาตรา 456 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันการหลอกลวงแอบอ้างหรือเอาไรต์เอาเปรียบในหมู่ประชาชนทั่วไป ซึ่งจะก่อให้เกิดความไม่สงบในสังคม การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องไปจดทะเบียนจึงเป็นการตรวจสอบและแจ้งการโอนกรรมสิทธิ์ในทะเบียนไปในตัว

2. เพื่อให้เกิดความแน่นอนสำหรับประชาชนทั่วไปและคู่กรณี เช่น เพื่อสะดวกในการโอนกรรมสิทธิ์ตามนิติกรรมนั้น ๆ หรือเพื่อใช้เป็นหลักฐานระหว่างคู่สัญญา เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดี เพราะการกระทำตามแบบทำให้มีพยานหลักฐานเป็นหนังสือที่สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงใด ๆ ได้ชัดเจนกว่าพยานหลักฐานอื่น ซึ่งผลที่ตามมาคือการพิจารณาพิพากษาคดีย่อมเป็นไปได้โดยสะดวกรวดเร็วและถูกต้องยิ่งกว่าคดีที่พิสูจน์ข้อเท็จจริงด้วยพยานบุคคล และเพื่อความสะดวกในควบคุมการจัดเก็บภาษีอากร ¹²⁶

2.1.2.3 ประเภทของแบบ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องแบบไว้ในหลายมาตรา ทั้งนี้ สามารถจัดประเภทของแบบ ได้ดังต่อไปนี้ ¹²⁷

1. “แบบ” ที่กฎหมายกำหนดไว้ว่า ถ้าไม่ทำแล้วจะเป็นผลให้นิติกรรมเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152 ได้แก่

1.1 แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ได้แก่ การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 456 วรรคหนึ่ง) การขายฝากอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 491 ประกอบมาตรา 456 วรรคหนึ่ง) การให้อสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 525 ประกอบมาตรา 456 วรรคหนึ่ง)

1.2 แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณีกันเอง กล่าวคือ แม้ผู้ทำนิติกรรมจะได้แสดงเจตนาออกมาในการทำนิติกรรมแล้วก็ตาม หากมิได้ทำเป็นหนังสือนิติกรรมย่อมตกเป็น

¹²⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 230-231.

¹²⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, หน้า 102-110.

โฆษณา ได้แก่ สัญญาเช่าซื้อ (มาตรา 572) หนังสือรับสภาพหนี้ (มาตรา 194/14) การโอนสิทธิเรียกร้อง (มาตรา 306)

1.3 กรณีอื่นๆ ที่กฎหมายกำหนดว่า ถ้าไม่ทำตามวิธีการที่บังคับไว้แล้ว นิติกรรมนั้นจะเป็นโมฆะ เช่น พินัยกรรมธรรมดา (มาตรา 1656) พินัยกรรมเขียนเอง (มาตรา 1657)

2. “แบบ” ที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ทำ แต่มิได้กำหนดผลไว้โดยเฉพาะว่า ถ้าไม่ทำแล้วจะเป็นโมฆะหรือไม่ ชนิดของแบบประเภทนี้ได้แก่

2.1 แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ได้แก่ คำคัดค้านตัวแลกเงิน (มาตรา 960-962)

2.2 แบบที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ได้แก่ การสมรส (มาตรา 1457, 1458) การหย่า (มาตรา 1515) การจดทะเบียนตั้งหุ้นส่วน (มาตรา 1015-1017)

2.3 แบบที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน เช่น สัญญาให้โดยเสน่หา (มาตรา 523) สัญญาอืมใช้คงรูป (มาตรา 641) สัญญาอืมใช้สิ้นเปลือง (มาตรา 650) สามารถแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ

ก. การส่งมอบเป็นองค์แห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมดังเช่นกรณีของสัญญาให้โดยเสน่หาที่กฎหมายกำหนดว่า “การให้นั้นท่านว่าย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้”

ข. การส่งมอบในกรณีอื่น ๆ ที่จัดอยู่ในสัญญาประเภททรัพย์สินสัญญา (real contract) กฎหมายใช้คำว่า “ไม่ส่งมอบ” สัญญานั้น “ไม่บริบูรณ์ ในกรณีนี้อาจพิจารณาเหตุผลทางประวัติศาสตร์ได้ว่า ถ้าไม่ส่งมอบไม่บริบูรณ์เป็นสัญญาอืมมิได้ หมายความว่าไม่ส่งมอบสัญญาอืมเป็นโมฆะ เมื่อไรที่มีการส่งมอบ สัญญานั้นย่อมบริบูรณ์ คือมีผลบังคับกันได้ เนื่องจากสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่ “หนี้” ตามสัญญาจะเกิดได้ก็ต่อเมื่อมีการ “ส่งมอบ” ทรัพย์สินตามสัญญานั้นเอง

ในกรณี “แบบ” ประเภทที่สองนี้ กฎหมายกำหนดไว้ให้ทำ แต่มิได้กำหนดผลไว้โดยเฉพาะว่าถ้าไม่ทำแล้วจะเป็นโมฆะหรือไม่ หากพิจารณาในกรณีการจดทะเบียนสมรส แต่เดิมสภาพสังคมยังไม่มี ความยุ่งยากซับซ้อน การสมรสเป็นแต่เพียงเรื่องที่ชายหญิงอยู่ร่วมกันเป็นสามีภรรยา ก็เพื่อที่จะดำรงเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ให้คงอยู่ต่อไปเท่านั้น ต่อมาเมื่อสภาพของสังคมมีความยุ่งยากซับซ้อนขึ้นนิติกรรมการก่อสถานะบุคคลโดยการสมรสมิใช่เป็นเพียงชายหญิงอยู่ร่วมกันเป็นสามีภรรยา แต่ยังมีมาตรการของรัฐเข้ามาควบคุมให้ขั้นตอนบางอย่างเพื่อให้การสมรสเป็นไปตามกฎหมายและมีทำให้ผลของการสมรสเปลี่ยนไปจากเดิม เช่น มีกฎหมายลักษณะครอบครัว กำหนดในเรื่องเกี่ยวกับสถานะของบุคคล การก่อสถานะครอบครัว ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา

การสิ้นสุดสถานะครอบครัว อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับสังคมมนุษย์ให้มีความเป็นระเบียบเรียบร้อยมากขึ้น¹²⁸ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทยได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการจดทะเบียนสมรส ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1457¹²⁹ แต่ไม่ได้กำหนดผลของการไม่จดทะเบียนสมรสไว้ในกรณีดังกล่าวนี้ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของศาลไทย กำหนดว่าถ้าไม่มีการจดทะเบียน น่าจะเป็นเพียงการสมรส ยังไม่เกิดขึ้น ในกรณีนี้มีความแตกต่างกับกฎหมายลักษณะครอบครัวของประเทศอื่น ซึ่งจะกล่าวต่อไป ในบทวิเคราะห์

2.1.2.4 ขอบเขตของแบบที่กฎหมายบังคับให้ทำตามมาตรา 152 และการจดทะเบียนสมรส

โดยทั่วไปแล้ว ขอบเขตเรื่องแบบที่กฎหมายบังคับให้ทำตามมาตรา 152 และการจดทะเบียนสมรสมีขอบเขตเหมือนกันในเรื่องของระยะเวลาในการทำตามแบบเพื่อให้นิติกรรมนั้นมีผลสมบูรณ์ กล่าวคือ แบบตามมาตรา 152 เป็นแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ว่า ถ้าไม่ทำในขณะที่ทำนิติกรรมแล้วจะมีผลให้นิติกรรมเป็นโมฆะ เช่น การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ มาตรา 456 วรรคหนึ่ง หรือ การทำสัญญาเช่าซื้อ มาตรา 572 โดยแบบในกรณีนี้เป็นองค์ประกอบที่ทำให้นิติกรรมมีความสมบูรณ์ ส่วนการสมรสที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย กฎหมายกำหนดให้ต้องจดทะเบียนสมรส ตามมาตรา 1457 โดยคำว่า “จดทะเบียน” ปรากฏคำนิยามอยู่ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 หมายถึง การจดข้อความลงในทะเบียนเพื่อความสมบูรณ์ตามกฎหมาย ดังนั้น การจดทะเบียนสมรสเป็นแบบที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำให้เสร็จเรียบร้อยในขณะที่ทำการสมรส

แต่อย่างไรก็ดี หากพิจารณาถึงขอบเขตระหว่างแบบที่กฎหมายบังคับทำตามมาตรา 152 และการจดทะเบียนสมรส พบว่ามีความแตกต่างกันดังต่อไปนี้

1. ลักษณะ

แบบที่กฎหมายบังคับให้ทำตามมาตรา 152 ปรากฏอยู่ในบทหลักทั่วไป ซึ่งมีลักษณะเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่สามารถใช้กับการทำนิติกรรมในกฎหมายลักษณะอื่น แต่การจดทะเบียนสมรสตามมาตรา 1457 มีลักษณะที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่า การก่อนนิติสัมพันธ์ทางครอบครัว

¹²⁸ ไกรสร บารมีอวยชัย, "แบบแห่งนิติกรรม" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 5-6.

¹²⁹ มาตรา 1457 บัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น”

โดยการสมรสนั้น จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น โดยไม่นำบทบัญญัติในมาตรา 152 มาพิจารณาว่าเป็นแบบตามบทบัญญัติดังกล่าวอีก

2. รูปแบบ

แบบที่กฎหมายบังคับให้ทำตามมาตรา 152 โดยจะต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดในแต่ละกรณี เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือสัญญาเช่าซื้อ กฎหมายกำหนดให้ต้องทำหนังสือระหว่างคู่สัญญาตนเอง โดยเขียนเนื้อหาสาระสำคัญของนิติกรรมครบถ้วน

ในส่วนของการจดทะเบียนสมรสตามมาตรา 1457 กฎหมายกำหนดรูปแบบของใบทะเบียนสมรสไว้ล่วงหน้าแล้ว โดยขั้นตอนในการจดทะเบียนสมรสเป็นไปตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ

3. การลงลายมือชื่อ

แบบที่กฎหมายบังคับให้ทำตามมาตรา 152 บังคับให้ต้องลงลายมือชื่อทุกฝ่ายไว้ครบถ้วน ส่วนการจดทะเบียนสมรสนั้น บังคับให้ต้องมีลายมือชื่อของคู่สมรส นายทะเบียนผู้รับจดทะเบียนสมรส และพยานสองคนลงลายมือชื่อต่อหน้านายทะเบียนผู้รับจดทะเบียน อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า แม้นายทะเบียนมิได้ประทับตรานายทะเบียนก็ไม่ได้ทำให้ทะเบียนสมรสนั้นไม่สมบูรณ์หรือเป็นโมฆะ เพราะพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ กำหนดเพียงให้นายทะเบียนลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญเท่านั้น

4. ผล

หากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับให้ทำตามมาตรา 152 นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะหรือเสียเปล่าไปทันทีที่ทำนิติกรรม แต่หากไม่จดทะเบียนสมรสตามมาตรา 1457 ผลคือการสมรสนั้นไม่เกิดขึ้น ความสัมพันธ์ตามบทบัญญัติในบรรพ 5 ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ของชายหญิงได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตในเรื่องการไม่จดทะเบียนสมรส เป็นกรณีเป็นการไม่ทำตามแบบที่กฎหมายครอบครัวในบรรพ 5 กำหนดไว้เฉพาะ เมื่อไม่ปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดผลจะต้องเป็นไปตามวิธีการที่มาตรา 1457 กำหนดไว้เฉพาะ ดังนั้น จึงไม่สามารถนำเรื่องผลของการไม่ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับตามมาตรา 152 ที่กำหนดให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะมาบังคับใช้ได้

5. รูปแบบของทะเบียน

กรณีทะเบียนตามมาตรา 152 อาจปรากฏในรูปแบบของทะเบียนนิติกรรม หรือทะเบียนสิทธิอันเป็นทะเบียนที่มีความเกี่ยวข้องกับการเคลื่อนไหวทางทรัพย์สิน ส่วนทะเบียนสมรสเป็นทะเบียนสถานภาพบุคคล ซึ่งเป็นเรื่องของการเคลื่อนไหวทางความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล โดยการจดทะเบียนมีการระบุชัดเจนว่าในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติทะเบียนครอบครัวฯ ว่าเป็นการจดทะเบียนลงในทะเบียนเพื่อความสมบูรณ์ตามกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้คือการสมรส และทะเบียนสมรสเป็นเสมือนหลักฐานที่พิสูจน์ความสมบูรณ์ของการสมรสที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย

2.1.2.5 ผลของการไม่ทำตามแบบ

ความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบ มี 2 กรณี ดังต่อไปนี้¹³⁰

1. กรณีของนิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบที่มีกฎหมายบังคับไว้ นิติกรรมเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบตามมาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่เป็นสภาพบังคับของการไม่ทำตามแบบแห่งนิติกรรมไว้ คือ ในสายตาของกฎหมายเท่ากับว่าไม่ได้ทำกิจการนั้นเลย ไม่มีความผูกพันในกฎหมายเกิดขึ้น ไม่มีผลในกฎหมายแต่อย่างใด เสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น

ผลของนิติกรรมที่เป็นโมฆะหรือโมฆะกรรม เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 172 ถึง มาตรา 174¹³¹ ซึ่งสามารถพิจารณาสาระสำคัญได้เป็นข้อ ๆ ดังนี้¹³²

1.1 นิติกรรมที่เป็นโมฆะหรือโมฆะกรรมไม่อาจให้สัตยาบันได้ (มาตรา 172 วรรคหนึ่ง)

¹³⁰ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, หน้า 110.

¹³¹ มาตรา 172 บัญญัติว่า “โมฆะกรรมนั้นไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้ และผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะยกความเสียเปล่าแห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างก็ได้

ถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรม ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้แห่งประมวลกฎหมายนี้มาใช้บังคับ”

มาตรา 173 บัญญัติว่า “ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้”

มาตรา 174 บัญญัติว่า “การใดเป็นโมฆะแต่เข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะให้ถือตามนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะ ถ้าสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า หากคู่กรณีได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะแล้ว ก็คงจะตั้งใจมาตั้งแต่แรกที่จะทำนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะนั้น”

¹³² ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบาย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 246-267.

การให้สัตยาบัน หมายความว่าถึง การรับรองนิติกรรมที่บกพร่อง ให้กลับคืนดี เป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ใช้บังคับได้ แต่โมฆะกรรมเป็นการกระทำที่ไม่มีผลทางกฎหมาย เสียเปล่ามา ตั้งแต่แรก ดังนั้น จึงไม่มีอะไรให้สัตยาบันกันได้ หากทำการไปเป็นเชิงให้สัตยาบันหรือสละสิทธิกล่าว อ้าวโมฆะกรรม ก็อาจเริ่มต้นบังคับกันได้ในฐานะที่เป็นนิติกรรมทำใหม่ ความเสียเปล่านี้ไม่ทำให้นิติกรรมที่เป็นโมฆะกลับเกิดผลขึ้นได้ ทั้งนี้ นิติกรรมที่เกิดขึ้นใหม่จะต้องเป็นนิติกรรมที่ถูกต้องตามกฎหมายด้วยเช่นกัน

1.2 ความเสียเปล่าแห่งโมฆะกรรม และการกล่าวอ้างความเสียเปล่าแห่งโมฆะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา 172)

กล่าวคือ นิติกรรมที่เป็นโมฆะย่อมเป็นนิติกรรมที่เสียเปล่าไม่ผูกมัดคู่กรณีอย่างใดทั้งสิ้น ถึงแม้บุคคลมีเจตนาจะผูกนิติสัมพันธ์ แต่เมื่อตกเป็นโมฆะกรรมแล้วนิติสัมพันธ์ก็ย่อมจะมีขึ้นไม่ได้ ไม่สามารถที่จะแก้ไขกลับมีความสมบูรณ์ได้

1.3 นิติกรรมที่เป็นโมฆะหรือโมฆะกรรมนี้ อาจเป็นกรณีที่นิติกรรมเป็นโมฆะหรือโมฆะกรรมบางส่วน (มาตรา 173)

กล่าวคือ โดยหลักเมื่อส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมตกเป็นโมฆะเสียเปล่าย่อมทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะทั้งหมด ทั้งนี้ กฎหมายรับรองความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา เช่นกัน หากมีนิติกรรมบางส่วนสามารถแยกส่วนนิติกรรมที่ไม่เป็นโมฆะออกจากนิติกรรมที่เป็นโมฆะเพื่อให้มีผลบังคับใช้ได้ แต่การที่แยกส่วนที่สมบูรณ์ออกจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์จะต้องเป็นส่วนอันมีองค์ประกอบเป็นนิติกรรมได้ ถ้าส่วนที่แยกออกไปนั้นไม่อาจประกอบเป็นนิติกรรมได้โดยลำพังแล้ว ก็ย่อมไม่สมบูรณ์อยู่ในตัว¹³³

1.4 นิติกรรมที่เป็นโมฆะหรือโมฆะกรรมแต่อาจเข้าเป็นนิติกรรมอื่นได้ (มาตรา 174)

กล่าวคือ โมฆะกรรมที่อาจเข้าเป็นนิติกรรมอื่นนั้น จะต้องมิได้เฉพาะนิติกรรมที่เป็นโมฆะเพราะเหตุทำไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 174 เป็นการเปลี่ยนนิติกรรมอันหนึ่งไปเป็นนิติกรรมอีกอันหนึ่งแทนนิติกรรมอันแรกที่เป็นโมฆะ กฎหมายอนุญาตให้เจตนาที่จะพึงคาดหมายได้จากคู่กรณีนั้นมีผลเกิดขึ้นมาแทนปัจจัยที่กฎหมายไม่อนุญาตให้ทำเพราะ

¹³³ ไกรสร บารมีอวยชัย, "แบบแห่งนิติกรรม," หน้า 37.

เป็นโมฆะ ฉะนั้น ถ้าการที่ตกเป็นโมฆะนั้นเข้าแบบนิติกรรมอย่างอื่น นิติกรรมนั้นเป็นอันสมบูรณ์ ในฐานที่เป็นนิติกรรมอย่างอื่น

1.5 โฆฆกรรมก่อให้คู่กรณีเกิดสิทธิเรียกร้องให้มูลหนี้ตามกฎหมายได้ (มาตรา 172 วรรคสอง)

เนื่องจากนิติกรรมที่เป็นโมฆะ เป็นนิติกรรมที่เสียเปล่าไม่มีผลอย่างไรในทางกฎหมาย สิทธิและหน้าที่ต่างๆ ที่เกิดจากโมฆกรรมจึงไม่สามารถอ้างกฎหมายได้ หากคู่กรณีแห่งนิติกรรมได้ปฏิบัติหรือได้รับการปฏิบัติตามนิติกรรมที่เป็นโมฆะ ผลคือเสียเปล่าไม่มีผลทางกฎหมายใดๆ เท่ากับว่าปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ คู่กรณีแห่งนิติกรรมจึงมีสิทธิเรียกร้องเอาคืนได้ตามหลักกฎหมายว่าด้วยลภมิควรได้ตามมาตรา 406 ถึงมาตรา 419 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2. ส่วนแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ในกรณีอื่นและกำหนดให้ผลเป็นอย่างอื่น ย่อมเป็นไปตามแต่กรณี เช่น การสมรสที่มีได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การสมรสนั้นยังไม่เกิดขึ้น หรือสัญญาใช้คงรูปที่มีได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม สัญญานั้นก็ไม่บริบูรณ์ เป็นต้น

2.2 การจดทะเบียนสมรส

2.2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการสมรส

แนวความคิดเกี่ยวกับการสมรสสามารถแบ่งได้เป็น 2 แนวคิด ดังต่อไปนี้

2.2.1.1 แนวความคิดสมรสตามความเป็นจริง

แนวความคิดสมรสตามความเป็นจริง มีลักษณะของการที่ชายหญิงตกลงใจกันสละความเป็นส่วนตัวมาอยู่กินร่วมกันแบบช่วยเหลือกันและกัน อันก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางครอบครัว โดยการอยู่กินกันลักษณะนี้เป็นการอยู่กินกันตามข้อเท็จจริง โดยไม่ต้องพิจารณาบทกฎหมายใดๆ มาคอยตัดสินว่าการอยู่กินกันระหว่างชายหญิงนี้เป็นการสมรสหรือไม่ แต่เดิม มนุษย์อาศัยอยู่ร่วมกัน มนุษย์ทุกคนต่างมีสัญชาตญาณในการสืบพันธุ์เพื่อให้บังเกิดบุตรหลานสืบแทนตนต่อไปในภายภาคหน้า ในสังคมยุคแรกเริ่มมนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นเผ่า (clan) มีการกระทำโดยอิสระเสรีระหว่างบุคคล ในเผ่าโดยถือว่าทุกคนเป็นของกันและกัน ไม่มีการแยกคู่ต่างหากจากกัน ต่อมาในระยะหลังจึงค่อยๆ วิวัฒนาการมาเป็นการอยู่กินเป็นคู่โดยเฉพาะเจาะจงขึ้นเพื่อไม่ให้เกิดการทะเลาะเบาะแว้งในการแย่งคู่ครองและเพื่อกำหนดการแยกสายตระกูลต่างหากออกจากกันจึงเกิดเป็นการสมรสขึ้น การสมรส

มีความเกี่ยวข้องอย่างแน่นแฟ้นกับชนบทรณนิยมประเพณีตามธรรมชาติแห่งท้องถิ่นที่การสมรสนั้นได้กระทำขึ้น โดยถือเป็นธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติก่อนแล้ว¹³⁴ ในยุคหิน มนุษย์เริ่มมีแนวคิดในเรื่องจิตวิญญาณความเป็นอมตะ มีการพิธีกรรมต่างๆ เช่น พิธีฝังศพ พิธีบวงสรวง โดยเชื่อกันว่าการสืบสายพันธุ์จะต้องใช้การลักพาหรือฉุดคร่าผู้หญิงที่ตนพอใจไปเป็นคู่ครอง ต่อมามีการนำของมีค่าไปแลกกับผู้หญิงเพื่อให้มาทำการสมรส อันเป็นลักษณะของการคลุมถุงชน พิจารณาถึงการสมรสในสมัยโรมันแม้ในช่วงต้นของสังคมโรมัน หัวหน้าครอบครัวมีสิทธิชายหรือยกบุตรที่เป็นสมาชิกครอบครัวให้กับบุคคลอื่นในลักษณะคลุมถุงชน แต่ต่อมาในสมัยสาธารณรัฐ หัวหน้าครอบครัวมีเพียงอำนาจให้ความยินยอมในการสมรสเท่านั้น¹³⁵ โดยลักษณะการสมรสในโรมันมี 2 รูปแบบ คือ การสมรสแบบภริยาอยู่ภายใต้อำนาจของสามี และการสมรสที่ภริยาไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจของสามี ซึ่งแบบหลังได้รับการนิยมเป็นอย่างมากของประชาชนชาวโรมัน และกรณีนี้เองทำให้เกิดการสมรสตามกฎหมายโรมัน¹³⁶

การสมรสที่สมบูรณ์ตามกฎหมายโรมันประกอบด้วย 1) ความสามารถในการสมรส (connubium) ประกอบไปด้วย การเป็นคนอิสระ การเป็นพลเมืองโรมัน และการเป็นบุคคลที่อยู่ในชนชั้นและวัฒนธรรมเดียวกัน เช่นเป็นชนชั้นสูงด้วยกันดังนั้นชนชั้นสูงจะสมรสกับชนชั้นต่ำไม่ได้เพราะถือว่าอยู่กันคนละชนชั้น 2) ความสามารถในการอยู่ร่วมกันทางเพศของคู่สมรส กล่าวคือคู่สมรสต้องอยู่ในวัยเจริญพันธุ์ โดยคำนึงถึงของข้อเท็จจริงตามแต่กรณี 3) การสมรสต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย การสมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การสมรสระหว่างชายหญิงที่อยู่ในครอบครัวเดียวกันเป็นสิ่งที่ต้องห้าม การสมรสระหว่างหญิงที่มีคู่และชายคู่ การสมรสระหว่างนักบวชในศาสนาคริสต์กับหญิง เป็นต้น และ 4) ความยินยอมของหัวหน้าครอบครัวทั้งครอบครัวฝ่ายชายและครอบครัวของฝ่ายหญิงที่จะทำการสมรสกัน¹³⁷ เมื่อชายหญิงมีคุณสมบัติที่สมรสกันโดยสมบูรณ์และมีความยินยอมที่จะอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยา การสมรสย่อมเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์และมีผลตามกฎหมาย

¹³⁴ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ, หน้า 113.

¹³⁵ มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 112-113.

¹³⁶ อีรวรรณ กุลไพศาลธรรม, "ปัญหาทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อมูลเหตุจูงใจในการสมรส" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2552), หน้า 6-7.

¹³⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 78-79.

เดิม กฎหมายครอบครัวของประเทศไทยระบบครอบครัวเป็นไปอย่างง่าย ๆ เน้นหนักไปทางบิดา มารดา พี่ และน้องมากกว่าการสมรส ไม่มีการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ทรัพย์สินรดกตกทอดแก่บุตร สตรีไม่มีบทบาทในครอบครัวหรือสังคม บิดาเป็นใหญ่ในครอบครัว ต่อมาเมื่อชุมชนขยายตัวมากขึ้น มีความจำเป็นต้องตรากฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวออกมาใช้บังคับ อันแสดงให้เห็นว่าการสมรสเพื่อก่อตั้งสถาบันครอบครัวนั้นมีลักษณะแรกเริ่มเป็นการก่อตั้งสถาบันครอบครัวตามความเป็นจริงเท่านั้น ไม่มีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใดมากำหนดให้การสมรสของชายและหญิงจะต้องมีการจดทะเบียนสมรส โดยในสมัยก่อนนั้นยึดถือแต่เพียงการประพฤติปฏิบัติตามประเพณีทางศาสนาเท่านั้น ก็ถือเป็นการสมรสแล้ว¹³⁸

2.2.1.2 แนวความคิดสมรสทางกฎหมาย

เนื่องจากการสมรสเป็นการก่อให้เกิดความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุดในชีวิตมนุษย์ และมีบทบาทเกี่ยวข้องกับศีลธรรมและอารยธรรมของมนุษย์มากกว่าสถาบันอื่นใดทั้งสิ้น ทั้งเป็นพื้นฐานสำคัญของประเทศที่ให้งำเนิดพลเมือง การสมรสจึงมีความสำคัญต่อการดำรงอยู่และเจริญก้าวหน้าของประเทศอันเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น แม้การสร้างครอบครัวจะเป็นเรื่องธรรมชาติของมนุษย์แต่มีลักษณะพิเศษที่รัฐมีความจำเป็นต้องเข้าไปควบคุมพฤติกรรมส่วนตัวของมนุษย์ การสมรสจึงขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ที่มนุษย์วางขึ้นเอง ไม่ว่าจะกฎเกณฑ์นั้นจะเป็นลักษณะของธรรมเนียมประเพณีหรือกฎหมายก็ตาม รัฐจึงต้องกำหนดนโยบายหรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นเป็นกติกาสำหรับการสมรส เพื่อให้การสมรสเป็นไปอย่างเหมาะสม เป็นประโยชน์ต่อคู่สมรสและสังคมส่วนรวม โดยการกำหนดเป็นเงื่อนไขของการสมรส ซึ่งในแต่ละประเทศแต่ละสังคมอาจกำหนดแตกต่างกันไปตามแนวความคิดและขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคมนั้นๆ¹³⁹ เมื่อมีการวางกำหนดกฎเกณฑ์เงื่อนไขความสมบูรณ์ของการสมรสไว้แล้ว กฎหมายก็ย่อมรับรองหรือรับรู้แต่เฉพาะการสมรสที่สมบูรณ์ตามกฎหมายเท่านั้น¹⁴⁰

เงื่อนไขในการสมรสของกฎหมายไทย ปรากฏอยู่ใน บรรพ 5 ครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส หมวด 2 เงื่อนไขแห่งการสมรส โดยรัฐวางกฎเกณฑ์การสมรสไว้ทั้งที่เป็นเงื่อนไขที่มีบทลงโทษ กล่าวคือ หากมีการฝ่าฝืนก็จะมีผลเป็นโมฆะหรือโมฆียะแล้วแต่กรณี หรือการสมรสนั้น

¹³⁸ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ, หน้า 1-4.

¹³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 124.

¹⁴⁰ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 96.

ไม่อาจเกิดขึ้นได้หากมิได้จดทะเบียนสมรสตามบทบัญญัติในมาตรา 1457¹⁴¹ ซึ่งรัฐวางกฎเกณฑ์ให้การจดทะเบียนสมรสมีความสำคัญเพราะการจะพิจารณาว่าการสมรสใดตกเป็นโมฆะหรือไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายครอบครัวบรรพ 5 หรือไม่ จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าการสมรสนั้นมีการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายหรือไม่ หากไม่มีการจดทะเบียนสมรสกันเลยก็ไม่เป็นการสมรสตามที่กฎหมายรับรอง ชายหญิงที่อยู่กินด้วยกันจึงไม่ใช่สามีภรรยาตามกฎหมายเช่นกัน

ดังนั้น แนวคิดของการสมรส สามารถอธิบายความหมายอย่างกว้าง ๆ ของการสมรส หมายถึงสถานะของการที่ชายและหญิงมาอยู่ร่วมกันโดยมีจุดมุ่งหมายบางประการในทางสังคมและกฎหมายอันเป็นทางนำไปสู่ความสัมพันธ์ในสถาบันครอบครัว ดังนั้น สาระสำคัญของการสมรสได้มี แต่เพียงเฉพาะความยินยอมของชายและหญิงที่มาอยู่กินร่วมกัน พิธีกรรมทางศาสนา หรือการให้กำเนิดบุตรเท่านั้น แต่ยังคงหมายรวมถึงการผูกสัมพันธ์ของชายและหญิงตามที่กฎหมายและสังคมให้คำรับรอง อันทำให้เกิดความสัมพันธ์ทางครอบครัวในด้านสิทธิและหน้าที่ สถานะบุคคลในฐานะคู่สมรสที่พึงมีต่อกัน ฐานะการเป็นบิดามารดา¹⁴² ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวพันต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อันรัฐจะต้องเข้ามาวางเงื่อนไขทำให้การสมรสมีลักษณะที่เป็นกฎหมายพิเศษแตกต่างจากกฎหมายลักษณะอื่น

2.2.2 การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายครอบครัวของประเทศไทย

2.2.2.1 ความเป็นมาของการจดทะเบียนสมรส

1. กฎหมายลักษณะผัวเมีย

เนื่องจากวิวัฒนาการของระบบกฎหมายไทยตั้งแต่โบราณไม่เคยแยกธรรมะและกฎหมายออกจากกัน ส่วนใหญ่เป็นกฎหมายที่มีหลักการมาจากจารีตประเพณีพื้นบ้านของไทยเอง กฎหมายครอบครัวของประเทศไทยสมัยกรุงสุโขทัยได้รับอิทธิพลโดยตรงจากขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมของอินเดียและโดยทางอ้อมจากชนชาติขอมและมอญ ระบบครอบครัวเป็นไปอย่างง่ายๆ เน้นไปในเรื่องบิดาเป็นหัวหน้าครอบครัวและเป็นผู้กำหนดเลือกถิ่นที่อยู่ ไม่มีการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา ทรัพย์สินรดกตกทอดแก่บุตร สตรีไม่มีบทบาทในครอบครัวหรือสังคม ต่อมาเมื่อชุมชนขยายตัวมากขึ้น มีความจำเป็นต้องตรากฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวออกมาใช้บังคับ โดยการตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการผิตเมีย พ.ศ. 1904 พระราชบัญญัติเพิ่มเติมว่าด้วยการแบ่งปัน

¹⁴¹ ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 130.

¹⁴² ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 113-115.

สิ้นบริคณฑ์ระหว่างผัวเมีย พ.ศ. 1905 กฎหมายลักษณะมูลคดีวิวาท กฎหมายลักษณะลักพา และกฎหมายลักษณะผัวเมีย ซึ่งกฎหมายเหล่านี้มีอิทธิพลของศาสนาพราหมณ์หรือฮินดูแทรกซึมอยู่ทั่วไป¹⁴³

ครั้นสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ได้มีการรวบรวมบทกฎหมายที่มีอยู่เดิม และจัดเป็นหมวดหมู่ เรียกว่า กฎหมายตราสามดวง ซึ่งประกอบด้วยกฎหมายลักษณะต่างๆ อาทิเช่น พระธรรมศาสตร์ ลักษณะวิวาท ลักษณะโจร ลักษณะอุทธรณ์ ฯลฯ เป็นต้น สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวเป็นกฎหมายลักษณะหนึ่งที่เรียกว่า กฎหมายลักษณะผัวเมีย อันเป็นการชำระสะสางกฎหมายเก่าทั้งหลายทั้งปวงเกี่ยวกับประเพณีทำหนังสือบริคณฑ์ การแบ่งทรัพย์สินผัวเมีย ฯลฯ นำมารวมกันไว้¹⁴⁴

การสมรสตามกฎหมายลักษณะผัวเมียไม่มีการจดทะเบียนสมรสดังเช่นปัจจุบัน แต่การสมรสทำได้โดยการแสดงออกโดยพิธีแต่งงานตามประเพณีของผู้นับถือศาสนานั้น ๆ ทั้งนี้ การที่ชายหญิงจะเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ชายหญิงทั้งสองฝ่ายได้กินอยู่หลับนอนด้วยกันโดยมีเจตนาเป็นสามีภริยากัน และบิดามารดาหรือผู้เป็นอิสระแก่หญิง (ผู้มีอำนาจปกครอง) ยินยอมยกหญิงให้เป็นภรรยาชายโดยหญิงนั้นยินยอมด้วย¹⁴⁵ หญิงที่อายุยังไม่ครบ 20 ปีบริบูรณ์ ยังอยู่ในอิสระของบิดามารดา จะเลือกคู่ทำการสมรสเอาตามใจตนโดยบิดามารดาไม่ยินยอมด้วยนั้นไม่ได้ แต่ถ้าหญิงได้ทำการสมรสโดยมีอายุครบเกณฑ์แล้วหญิงนั้นก็บรรลุนิติภาวะและอำนาจอิสระเหนือหญิงเปลี่ยนไปอยู่กับสามีของหญิง¹⁴⁶ ดังนั้น การสมรสตามกฎหมายเก่าไม่จำเป็นต้องมีการบันทึกของภริยาไว้ในทะเบียน นอกจากนี้ กฎหมายอนุญาตให้ชายมีภริยาได้หลายคนในขณะเดียวกัน ภริยาเหล่านั้นมีฐานะลดหลั่นกันเป็นลำดับชั้น เช่น เมียกลางเมือง คือภริยาหลวง เมียกลางนอก คืออนุภริยา และเมียกลางทาสี¹⁴⁷

¹⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1.

¹⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

¹⁴⁵ สุเมธ งานประดับ และคณะ, เอกสารประกอบการเรียนวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก รหัสวิชา Lw103 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550), หน้า 47.

¹⁴⁶ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ, หน้า 2.

¹⁴⁷ ณัชพงษ์ สำราญ, "กฎหมายครอบครัวของคู่รักที่มีได้จดทะเบียนสมรส ตอนที่ 1: Family Law for Unregistered Couples Part1," วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย ปีที่ 9, ฉบับที่ 1 (2560): หน้า 125.

2. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 (เดิม)

ใน พ.ศ. 2451 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งคณะกรรมการฝรั่งเศสขึ้นตรวจชำระและยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีการศึกษาหลักกฎหมายไทยในกฎหมายตราสามดวง คำพิพากษา และเทียบเคียงหลักกฎหมายต่างประเทศ สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครั้ว (เดิม) เทียบเคียงกฎหมายต่างประเทศคือ เยอรมัน ฝรั่งเศส อังกฤษ สวิส ญี่ปุ่น และบราซิล โดยมีการประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครั้ว ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 เป็นต้นมา ¹⁴⁸

การประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครั้ว มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายลักษณะผัวเมียทั้งหมดโดยใช้กฎหมายใหม่แทน แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงการสมรสตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย การสมรสที่ได้กระทำในระหว่างใช้กฎหมายลักษณะผัวเมียจะสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ประการใดย่อมเป็นไปตามกฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนการประกาศใช้กฎหมาย โดยประมวลกฎหมายนี้ได้กำหนดให้การสมรสจะสมบูรณ์ได้เมื่อมีการจดทะเบียน ¹⁴⁹ และเมื่อบุคคลใดจดทะเบียนสมรสแล้วจะจดทะเบียนสมรสกับผู้อื่นอีกไม่ได้ เปลี่ยนจากการที่ชายสามารถมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายได้หลายคน (polygamous) เป็นการสมรสแบบมีคู่สมรสเพียงคนเดียว (monogamous) ตามหลักสากล ¹⁵⁰

ในการร่างประมวลกฎหมายนี้ได้วิเคราะห์คำว่า “สมบูรณ์” ก็หมายความว่า การสมรสนั้นสมบูรณ์นับแต่เมื่อจดทะเบียน แต่ถ้าใช้คำว่า “บริบูรณ์” ก็หมายความว่า การสมรสนั้นมีการกระทำหลายอย่างโดยเริ่มต้นมาก่อนแล้ว เช่น มีการเชิญแขกมาประกอบพิธี หรือในกรณีตกอยู่ในอันตรายใกล้ความตาย ก็เริ่มเมื่อชายหญิงแสดงเจตนาที่จะสมรสกันก่อนจดทะเบียนสมรส การสมรสนั้น เพิ่งจะมา “บริบูรณ์” เอาเมื่อมีการจดทะเบียนสมรสกัน ¹⁵¹ ทั้งสองคำนี้มีความแตกต่างกัน

¹⁴⁸ ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครั้ว, หน้า 19-20.

¹⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 มาตรา 1449 “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้ จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนแล้ว”

¹⁵⁰ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครั้ว, หน้า 113.

¹⁵¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายครั้งที่ 329-7/2506 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา), หน้า 8.

หลังจากการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การสมรสจะต้องยึดหลักทะเบียนเป็นสำคัญ การที่ทำให้มีการจดทะเบียนนั้นก็เพื่อให้เป็นการบริสุทธิ์และเปิดเผย นอกจากนี้ การจดทะเบียนสมรสมีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกอยู่มาก ดังนั้น การจดทะเบียนสมรสของนายทะเบียนเป็นหลักฐานประเภทหนึ่งที่ทำให้สามารถตรวจสอบทะเบียนสมรสก่อนๆ ได้¹⁵²

3. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 (ใหม่)

ภายหลังการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ในปี พ.ศ. 2516 ได้มีการเรียกร้องประชาธิปไตย เรียกร้องสิทธิและเสรีภาพกันขนานใหญ่ ผลคือมีการตราพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2519 ออกใหม่ เพื่อให้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 บทบัญญัติในมาตรา 28 ให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ทำให้กฎหมายครอบครัวได้รับการแก้ไขในส่วนของอำนาจสามีที่มีเหนือภริยาเป็นหลัก ซึ่งได้ตราออกใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2519 เป็นต้นมา¹⁵³

หลักการสำคัญของบรรพ 5 ใหม่ คือ กฎหมายได้ยกเลิกบทบัญญัติต่างๆ ที่จำกัดอำนาจในการทำนิติกรรมของหญิงมีสามี โดยกำหนดให้ทั้งสามีและภริยามีอำนาจจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาอย่างเท่าเทียมกัน ตัดบทบัญญัติการให้สามีเป็นผู้เลือกที่อยู่และไม่มีใครเป็นหัวหน้าในครอบครัว สามีและภริยาต้องปรึกษาหารือกันในเรื่องที่อยู่ว่าจะอยู่กัน ณ ที่ใด ตัดบทบัญญัติที่ให้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์อยู่กับบิดา โดยให้อำนาจปกครองบุตรเป็นของบิดาและมารดาโดยเท่าเทียมกัน ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาซึ่งเดิมมี 3 ชนิด คือสินส่วนตัว สินเดิม และสินสมรส ก็ถูกยุบลงมาเหลือเพียง 2 ชนิด คือสินส่วนตัวและสินสมรสเท่านั้น อีกทั้ง ได้มีการแก้ไขให้การสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้เมื่อจดทะเบียนโดยตัดคำว่า

¹⁵² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายครั้งที่ 330-8/2506 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2506), หน้า 6-7.

¹⁵³ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 7-8.

การสมรส “จะสมบูรณ์” ออก¹⁵⁴ เพื่อให้เห็นได้ชัดและสมประสงค์ว่าถ้าไม่มีการจดทะเบียนก็ไม่เป็น
การสมรสเลย ไม่ใช่ “มีการสมรส”แต่ไม่สมบูรณ์¹⁵⁵

4. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2533 (ปัจจุบัน)

การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครั
ได้ตราออกใช้บังคับในวันที่ 27 กันยายน 2533 เป็นต้นมา เพื่อแก้ไขบทกฎหมายหลายมาตราที่มี
ความบกพร่องไม่เหมาะสม จากการทำมีการแก้ไขหลักการให้ชายหญิงเท่าเทียมกันในการแก้ไข
กฎหมายครอบครัว ปีพ.ศ. 2519 และแก้ไขให้สอดคล้องต่อสภาพความเป็นอยู่ในสังคมขณะนั้นยิ่งขึ้น
หลักการที่สำคัญที่ได้รับการแก้ไข อาทิเช่น การหมั้นจะต้องมีของหมั้น การจัดการสินสมรส
บทสันนิษฐานความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย การปฏิเสธความเป็นบุตร การฟ้องให้รับเด็กเป็นบุตร
 เป็นต้น ภายหลังจากแก้ไขกฎหมายในครั้งนี้นับถึงปัจจุบันอาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายครอบครัว
แต่ไม่มากนัก สถานะครอบครัวเป็นไปตามกฎหมายปัจจุบันทุกประการ¹⁵⁶

2.2.2.2 ลักษณะของการจดทะเบียนสมรส

การสมรสเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์อย่างหนึ่งโดยชายและหญิงจะต้องแสดงเจตนา
ให้ถูกต้องตรงกันเพื่อก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย นอกจากการสมรสจะสร้างความผูกพันทาง
กฎหมายระหว่างชายและหญิงแล้วการสมรสยังก่อให้เกิดสถาบันทางสังคม (social institution)
ขึ้นมาด้วย ดังนั้น รัฐจึงเข้ามาวางกฎเกณฑ์เงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของการสมรสไว้เพื่อให้สังคมสงบ
เรียบร้อยและเพื่อความมั่นคงของประเทศ ในการสมรสนั้นสภาวะและผลแห่งการสมรสส่วนใหญ่
เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คู่สมรสไม่อาจตกลงกันให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้
กฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ เรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการสมรส (conditions of marriage)”
การสมรสจะสมบูรณ์ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขแห่งการสมรส¹⁵⁷ ทั้งนี้ หากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่ง
การสมรส ผลของการสมรสที่ไม่ถูกต้องอาจทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะ หรือโมฆียะ หรือไม่มี
การสมรสเกิดขึ้น

¹⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ขำระใหม่ พ.ศ. 2519 มาตรา 1457 “การสมรสตาม
ประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น”

¹⁵⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวล
กฎหมายครั้งที่ 364-2/2507 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2507), หน้า 1-2.

¹⁵⁶ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ, หน้า 8-9.

¹⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

สำหรับในเรื่องการจดทะเบียนสมรส กฎหมายกำหนดให้การสมรสจะต้องทำการจดทะเบียนสมรส หรืออาจเรียกได้ว่า การจดทะเบียนสมรสเป็นแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรส เมื่อการสมรสใดที่ไม่ได้ทำการจดทะเบียนสมรสแล้วการสมรสในสายตากฎหมายย่อมไม่เกิดขึ้น หรือถ้ามีการจดทะเบียนสมรสแต่มีข้อบกพร่องประการใดก็เท่ากับเป็นข้อเท็จจริงที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าเป็นการจดทะเบียนสมรสหรือไม่ การจดทะเบียนสมรสก็เรียกได้ว่าการสมรส “ผิดแบบ” มีผลเท่ากับไม่มีการจดทะเบียนเลยคือเท่ากับว่าไม่เป็นการสมรสเลย¹⁵⁸ ในกรณีนี้เมื่อไม่เป็นการสมรสตามกฎหมายผลที่ตามมาคือเงื่อนไขแห่งการสมรสใดๆ ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ไม่สามารถนำมาพิจารณาอีก¹⁵⁹

ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 อันเป็นวันที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ออกใช้บังคับเป็นต้นมาจนกระทั่งปัจจุบันนี้ชายหญิงจะทำการสมรสกันจะต้องจดทะเบียนสมรส (registration of marriage) เมื่อได้จดทะเบียนสมรสกันแล้วก็เกิดผลเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายทันทีโดยไม่ต้องมีพิธีอย่างอื่นอีก ตรงกันข้ามหากได้จดทะเบียนสมรสกันแล้วแม้จะไม่ได้มีพิธีแต่งงานกันตามประเพณี เช่น การหลั่งน้ำพระพุทธมนต์ การกินเลี้ยง การส่งตัวเจ้าสาวต่อเจ้าบ่าว หรือชายหญิงยังไม่เคยอยู่กินด้วยกันเลย ชายหญิงก็มีฐานะเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย หากยังมีได้มีการจดทะเบียนสมรสชายหญิงคู่นี้ก็ยังไม่มีความเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย ถือได้แต่เพียงว่าเป็นสัญญาจะสมรสหรือหมั้นเท่านั้น¹⁶⁰ หรือถึงแม้จะมีการประกอบพิธีแต่งงานใหญ่โต และมีการส่งมอบตัวเจ้าสาวให้อยู่กินฉันสามีภริยากับเจ้าบ่าวแล้ว กรณีเหล่านี้เป็นเรื่องปฏิบัติตามประเพณีนิยม ไม่มีความสำคัญในกฎหมายแต่อย่างใด¹⁶¹

วัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งการสมรส (form of marriage) ให้ต้องมีการจดทะเบียนสมรสก็เพื่อให้การสมรสนั้นเป็นที่รู้จักกันทั่วไปโดยให้มีทะเบียนสมรสที่เป็นเอกสารมหาชน (public document) อันมีผลทางกฎหมายต่อคู่สมรส ต่อบุคคลภายนอก และต่อรัฐ คู่สมรสได้ประโยชน์ในแง่ที่ตนได้หลักฐานทางราชการเกี่ยวกับการสมรสซึ่งสามารถนำออกแสดงต่อบุคคลภายนอกได้ ส่วนบุคคลภายนอกได้ประโยชน์ที่รู้ถึงฐานะของการสมรสเพื่อจะได้ปฏิบัติตนได้

¹⁵⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายครั้งที่ 365-3/2507 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2507), หน้า 4.

¹⁵⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครั้ว, หน้า 99.

¹⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 496/2483

¹⁶¹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครั้ว, หน้า 149.

ถูกต้องหากจำเป็นต้องติดต่อสัมพันธ์กัน สำหรับรัฐก็ได้ประโยชน์ในการที่มีข้อมูลของประชาชนอย่างถูกต้องเพื่อที่จะจัดเก็บภาษีและจัดบริการทางสังคมให้ได้อย่างเพียงพอ นอกจากนี้ ในการจดทะเบียนสมรสจะต้องพิจารณาพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 (พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ) ด้วยเช่นกัน แต่พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ เป็นบทบัญญัติในเรื่อง “วิธีการ” ในการจดทะเบียนเท่านั้น ไม่มีผลในทางวินิจฉัยว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์หรือไม่¹⁶² ยกตัวอย่างเช่น นายทะเบียนผู้มีอำนาจหน้าที่ในการจดทะเบียนสมรสนั้นพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 และกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้นายอำเภอหรือปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้ากิ่งอำเภอเป็นนายทะเบียน เมื่อได้รับการร้องขอให้จดทะเบียนสมรสดังกล่าว นายทะเบียนต้องจดทะเบียนสมรสให้ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ มาตรา 10¹⁶³ จะไม่รับจดทะเบียนสมรสให้ต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ตามมาตรา 13¹⁶⁴ เฉพาะในกรณีที่การสมรสมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1445 มาตรา 1446 และมาตรา 1447 เท่านั้น

การจดทะเบียนสมรสตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ พ.ศ. 2478 มาตรา 10 วรรคสอง ให้สิทธิชายหรือหญิงผู้จะทำการสมรสร้องขอให้นายทะเบียนไปจดทะเบียนสมรส ณ สถานที่อื่นนอกที่ว่าการอำเภอหรือสำนักงานเขตก็ได้ เช่น ที่บ้านของตน หรือสถานที่จัดเลี้ยงฉลองการสมรส แต่ชายและหญิงต้องแสดงความยินยอมเป็นสามีภริยากันให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนของตนเองเพื่อป้องกันการสมรสที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งการสมรส ดังนั้น ชายหรือหญิงจะตั้งตัวแทนไปจดทะเบียนสมรสไม่ได้¹⁶⁵

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁶² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายครั้งที่ 342-30/2506 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2506), หน้า 11.

¹⁶³ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 มาตรา 10 บัญญัติว่า “เมื่อมีการร้องขอให้จดทะเบียนสมรสแล้ว ให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสให้

การจดทะเบียนสมรสนั้น จะขอให้นายทะเบียนไปทำนอกสำนักทะเบียนก็ได้ แต่ต้องเสียค่าธรรมเนียมตามอัตราที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง”

¹⁶⁴ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 มาตรา 13 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้นายทะเบียนจดทะเบียนสมรส เมื่อปรากฏต่อนายทะเบียนว่าการมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งมาตรา 1445 มาตรา 1446 และมาตรา 1447 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

¹⁶⁵ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ, หน้า 151.

ในกรณีที่ชายหญิงจดทะเบียนสมรสกันแต่คู่สมรสคนใดคนหนึ่งมิใช่ตัวจริงแต่เป็นผู้อื่นแอบอ้างมาจดทะเบียนสมรส เช่น นายทะเบียนได้รับจดทะเบียนสมรสระหว่างนาย ก. กับนางสาว ข. ต่อมาภายหลังทราบว่าผู้ที่มาจดทะเบียนสมรสฝ่ายหญิงมิใช่นางสาว ข. ตัวจริง แต่เป็นผู้อื่นมาแอบอ้างและนำบัตรประจำตัวประชาชนของนางสาว ข. มาสวมตัวจดทะเบียน เช่นนี้ทะเบียนสมรสระหว่างนาย ก. กับนางสาว ข. จึงไม่ถูกต้องตามกฎหมาย แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ จะไม่มีบทบัญญัติมาตราใดที่บัญญัติให้นายทะเบียนเพิกถอนทะเบียนสมรสที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายได้ก็ตาม แต่นายทะเบียนซึ่งรับจดทะเบียนสมรสโดยสำคัญผิดในการพิจารณาบัตรประจำตัวประชาชนของนางสาว ข. ว่าเป็นบุคคลคนเดียวกับหญิงที่มาขอจดทะเบียนสมรสมีอำนาจเพิกถอนทะเบียนสมรสได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 49 ถึงมาตรา 52¹⁶⁶

ใบทะเบียนสมรสแม้มิได้ประทับตรานายทะเบียนก็ทำให้ทะเบียนการสมรสไม่สมบูรณ์หรือเป็นโมฆะ เพราะพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ กำหนดเพียงให้นายทะเบียนลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ มิได้กำหนดว่าต้องประทับตราแต่อย่างใด¹⁶⁷ แต่ถ้าทะเบียนสมรสมีลายมือชื่อเพียงคนเดียว ซึ่งตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ มาตรา 6 วรรคสอง กำหนดให้คู่สมรสต้องลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญในทะเบียนต่อหน้านายทะเบียนและต่อหน้าพยานสองคนซึ่งต้องลงลายมือชื่อไว้ในทะเบียนขณะนั้นด้วย จึงถือไม่ได้ว่าคู่สมรสได้ลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานสองคนเป็นการมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนการจดทะเบียนสมรสให้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด การจดทะเบียนสมรสจึงไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย¹⁶⁸

อนึ่ง กรณีการรับจดทะเบียนสมรสนี้ได้กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นเพราะนายทะเบียนกระทำโดยทุจริต หรือผู้ลงลายมือชื่อเป็นนายทะเบียนไม่มีอำนาจตามกฎหมาย กรณีนี้ย่อมถือได้ว่าชายและหญิงไม่ได้แสดงการยินยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 1458 การสมรสตกเป็นโมฆะ กฎหมายจดทะเบียนครอบครัวฯ ไม่ได้มีบทบัญญัติให้มีการเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสที่กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ โดยหลักกฎหมายปกครองทั่วไป กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่นั้นอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้เสมอ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ

¹⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 150.

¹⁶⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2616/2543

¹⁶⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2510/2545

ทางปกครองฯ มาตรา 49 ถึงมาตรา 52 ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเรื่องการจดทะเบียนสมรสเป็นโมฆะไว้ว่าต้องให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ ดังนั้น การจะใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จึงต้องพิจารณาหลักการคุ้มครองสถาบันครอบครัวและการคุ้มครองผู้สุจริตประกอบ¹⁶⁹

เมื่อชายและหญิงจดทะเบียนสมรสกันแล้ว ชายหญิงย่อมเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย แม้จะได้ร้างกันไป 20-30 ปี ไม่มีบุตรด้วยกัน และทรัพย์สินแบ่งแยกกันไปเป็นสัดส่วน แต่ตราบใดที่ยังมิได้จดทะเบียนหย่าหญิงนั้นยังเป็นภริยาชายโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่นั่นเอง¹⁷⁰ นอกจากนี้ การที่สามีภริยาดกกลางหย่าและแบ่งทรัพย์สินกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้ภายหลังจะได้เสียกันใหม่ กลับมาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาเป็นระยะเวลาานเท่าใดหรือแม้จะมีบุตรด้วยกันอีก แต่เมื่อไม่ได้จดทะเบียนสมรสก็ไม่ถือว่าเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย¹⁷¹

ข้อสังเกตเกี่ยวกับเรื่อง “ทะเบียน” นั้นมีความหมายกว้าง กรณีกฎหมายกำหนดให้มีการกระทำใดที่เกี่ยวข้องกับทะเบียนของเจ้าพนักงานนั้น มิได้หมายความว่า จะเป็นเรื่องแบบไปเสียทั้งหมด ถ้าเป็นเรื่องให้จดทะเบียนเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมจึงจะเป็นเรื่องแบบ ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งนิติกรรมก็มีความประสงค์จะให้เกิดความเป็นระเบียบของสังคมและในบางกรณีอาจเห็นว่าเป็นนิติกรรมบางประเภทเป็นนิติกรรมที่มีความสำคัญจึงต้องกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองผู้มีส่วนได้เสียโดยเฉพาะ แต่ถ้าให้จดทะเบียนเพื่อความประสงค์อย่างอื่น เช่น ทะเบียนรถยนต์ ทะเบียนปืน เป็นเพียงความประสงค์จะกำหนดหมายรู้ตัวผู้ขับขี่หรือผู้มีปืนไม่มีความเกี่ยวข้องกับความสมบูรณ์ของนิติกรรมจึงไม่ใช่แบบของนิติกรรม ดังนั้น หลักฐานทางทะเบียนจึงมีความสำคัญ เพราะเป็นหลักฐานอันน่าเชื่อถือและวางใจได้เพราะเป็นเอกสารมหาชนของทางราชการ นอกจากนี้ เมื่อต้องทำตามแบบพิธีที่กฎหมายกำหนด คู่สัญญาสามารถใช้ความระมัดระวังในการนึกคิด ตัดสินใจ ทำการต่างๆอย่างรอบคอบ และสะดวกแก่การพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ในภายหลัง¹⁷²

¹⁶⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสที่เกิดจากการกระทำทุจริตทางการจดทะเบียนครอบครัว เรื่องเสร็จที่ 1311/2557 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2557), หน้า 1-5.

¹⁷⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 772/2492

¹⁷¹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ, หน้า 151.

¹⁷² ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 241-242.

ใบสำคัญการสมรสเป็นเอกสารมหาชนที่สร้างขึ้นโดยนายทะเบียนตามกฎหมาย เนื่องจากปัญหาที่หญิงชายจะเป็นสามีภริยากันได้ตามกฎหมายหรือไม่นั้นเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับใบสำคัญการสมรสจึงสร้างขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนให้อ้างอิง จึงได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นของแท้จริงและถูกต้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 127¹⁷³

สำหรับเรื่องแบบของนิติกรรม การที่ไม่ทำให้ถูกต้องตามแบบของนิติกรรมนั้น มิได้หมายความว่า จะเป็นการตัดหนทางไม่ให้มีการได้สิทธิโดยประการอื่นใดเสียเลย คงหมายความว่าเฉพาะแต่ว่าจะได้สิทธิตามนิติกรรมที่มุ่งจะทำแต่ขาดแบบนั้นไม่ได้เท่านั้น เช่น ซื้อที่ดินไม่ได้ทำตามแบบ ผู้ซื้อครอบครองที่ดินดังกล่าวโดยมีเจตนาเป็นเจ้าของ อันเป็นการครอบครองปรปักษ์มากกว่า 10 ปี ดังนี้ แม้จะไม่ได้สิทธิตามนิติกรรมการซื้อขาย ก็ยังอาจได้กรรมสิทธิ์โดยอาศัยการครอบครองปรปักษ์ตามกฎหมายลักษณะทรัพย์ และต้องระลึกถึงมาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁷⁴ ด้วยว่า นิติกรรมที่ขาดแบบจึงไม่สมบูรณ์ในฐานะที่จะเป็นนิติกรรมชนิดที่ต้องมีแบบนั้น อาจสมบูรณ์โดยเข้าชนิดนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่ต้องมีแบบก็ได้ หากว่าคู่กรณีเขามีเจตนาสำรองไว้เช่นนั้น¹⁷⁵

ดังนั้น คำว่า “ทะเบียน” นั้น มีความหมายกว้างขวาง ทะเบียนบางอย่างไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องนิติกรรม กรณีนี้ก็ไม่ใช่แบบของนิติกรรม โดยอาจแยกเป็น¹⁷⁶

1. ทะเบียนนิติกรรม คือการจดทะเบียนเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม เช่น การทำตามแบบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456
2. ทะเบียนกรรมสิทธิ์ เช่น โฉนด โฉนดตราจอง ทะเบียนเครื่องหมายการค้า

¹⁷³ ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 156.

¹⁷⁴ มาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การใดเป็นโมฆะแต่เข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะให้ถือตามนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะ ถ้าสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า หากคู่กรณีได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะแล้ว ก็คงจะได้ตั้งใจมาตั้งแต่แรกที่จะทำนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะนั้น”

¹⁷⁵ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) หน้า 140.

¹⁷⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบาย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 82-83.

3. ทะเบียนสถานะของบุคคล คือ ทะเบียนฐานะในครอบครัวก็เป็นทะเบียนสถานะของบุคคล เช่น ทะเบียนคนเกิดคนตาย ทะเบียนสมรส ทะเบียนหย่า ทะเบียนรับบุตรบุญธรรม
4. ทะเบียนควบคุมการมีและใช้สอยทรัพย์สิน เช่น ทะเบียนรถยนต์ ทะเบียนอาวุธปืน
5. ทะเบียนอื่น ๆ เช่น ทะเบียนผู้สอบบัญชี ทะเบียนการค้า ฯลฯ

ในกรณีนี้ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้หมายเหตุไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2341/2517¹⁷⁷ ว่า การจดทะเบียนหย่าหรือจดทะเบียนสมรสเป็นนิติกรรมหรือไม่เพราะเป็นผลจากการแสดงเจตนาเป็นโมฆะตามหลักการแสดงเจตนาทั่วไปหรือไม่ ตามมาตรา 112 (มาตรา 149 ปัจจุบัน) นิติกรรมคือ การที่ทำลงโดยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ข้อความตอนที่กล่าวมานี้ แสดงว่านิติกรรมเป็นการแสดงเจตนาเพราะทำโดยใจสมัครและมุ่งโดยตรงต่อผล ผลที่ว่านี้คือ นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล คือหนี้ ไม่ใช่นิติสัมพันธ์อย่างอื่นเช่นบุคคลกับทรัพย์สินอันเป็นเรื่องทรัพย์สินสิทธิหรือระหว่างบุคคลกับรัฐในฐานะมหาชน หรือบุคคลกับบุคคลตามกฎหมายครอบครัว ซึ่งเป็นฐานะบุคคลไม่ใช่บุคคลสิทธิตามกฎหมายลักษณะหนี้ แม้กรรมสิทธิ์อาจได้มาโดยสัญญาก็เป็นผลของบุคคลสิทธิ ซึ่งการได้มายังไม่เป็นทรัพย์สินอันบริบูรณ์ เว้นแต่จะทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน ซึ่งการจดทะเบียนนี้ เป็นการจดทะเบียนทรัพย์สินที่ได้มาไม่ใช่จดทะเบียนแบบนิติกรรมแม้จะมีการแสดงเจตนาหรือความยินยอมในลักษณะครอบครัว เช่น หมั้น สมรส หย่า รับรองบุตร ก็มีผลบัญญัติไว้โดยเฉพาะในบรรพ 5 เช่น บังคับให้สมรสไม่ได้ เรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญาหมั้น ใช้กฎหมายลักษณะหนี้ไม่ได้

อีกทั้ง จิตติ ดิงศภัทย์ ให้ข้อสังเกตต่อว่า ทะเบียนสภาพบุคคลไม่เหมือนกับทะเบียนทรัพย์สินสิทธิ เช่นทะเบียนที่ดินซึ่งจดทะเบียนตามผลของนิติกรรม จึงเป็นไปตามความสมบูรณ์ของนิติกรรม แต่ทะเบียนสภาพบุคคลเป็นเรื่องของรัฐ ถ้าจะมีการอำพรางได้ลงได้ก็ไม่สมประสงค์ของทะเบียนสภาพบุคคล แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าจดทะเบียนแล้วแก้ไขไม่ได้ แต่หมายความว่าไม่ใช่แก้ตามเจตนาของบุคคล ถ้าจดทะเบียนด้วยความจริงเช่นผิดตัวคนก็สามารถแก้ไขได้ แต่ไม่ใช่เพราะเจตนาหลง กฎหมาย

¹⁷⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2341/2517 มีข้อเท็จจริงว่า “ภริยาเดิมกับสามีและภริยาใหม่ตกลงกันให้สามีจดทะเบียนหย่ากับภริยาเดิมแล้วจดทะเบียนสมรสกับภริยาใหม่หลอก ๆ เมื่อจดทะเบียนสมรสได้ 3 เดือนแล้วจะหย่าเพื่อให้สามีจดทะเบียนสมรสกับภริยาเดิมใหม่ ดังนี้เป็นเจตนาหลงตาม ป.พ.พ. มาตรา 118 การหย่าระหว่างภริยาเดิมกับสามีเป็นโมฆะ ภริยาเดิมจดทะเบียนสมรสกับสามีโดยภริยาใหม่ไม่หย่า ภริยาใหม่เพิกถอนการสมรสไม่ได้”

บัญญัติเรื่องเพิกถอนการสมรสไม่มีผลให้เสื่อมสิทธิของคนภายนอก ตามมาตรา 1495 (มาตรา 1511 ปัจจุบัน) แต่เพิกถอนการหย่าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้จะมีผลถึงคนภายนอกได้อย่างไร กลายเป็นหญิงมีสามีเป็นคู่สมรสอยู่ดั้งเดิม อาจมีปัญหาต่อมาในเรื่องสินบริคณห์ เรื่องชู้เป็นต้น¹⁷⁸

หากพิจารณาถึงลักษณะของทะเบียนสมรส มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1112/2497¹⁷⁹ วินิจฉัยว่า ทะเบียนสมรสไม่ใช่หนังสือสำคัญ ตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 6 (20) นอกจากนี้ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้บันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ โดยอธิบายเพิ่มเติมถึงลักษณะของทะเบียนสมรสว่า ทะเบียนสมรสเป็นแต่หลักฐานแห่งฐานะบุคคลเท่านั้น หาได้ทำให้มีหนี้ตามกฎหมายแพ่งอย่างไรไม่ เพราะหนี้้นั้นย่อมเป็นความผูกพันที่จะบังคับกันได้ในทางทรัพย์สิน เช่น ค่าสินไหมทดแทนกันแม้ความผูกพันบางอย่างในหนี้จะไม่มีวัตถุเป็นทรัพย์สิน แต่ก็บังคับกันได้ในทางทรัพย์สิน จึงเป็นหนี้ตามกฎหมายแพ่ง แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าสัญญาใด ๆ ในการสมรสจะไม่ก่อให้เกิดหนี้เลย เช่น สัญญาก่อนสมรส เป็นต้น เพราะฉะนั้นการทำลายทะเบียนสมรสจึงไม่ใช่การทำลายหนังสือสำคัญ ทั้งนี้ โดยไม่ต้องพิจารณาปัญหาที่ว่า “หนี้สิน” ในมาตรา 6 (20) นั้น จะหมายความอย่างเดียวกับ “หนี้” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือแคบกว่า¹⁸⁰

¹⁷⁸ หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 2341/2517

¹⁷⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1112/2497 มีข้อเท็จจริงว่า “ศาลชั้นต้นจำคุกจำเลย 8 เดือน ฐานทำลายหนังสือสำคัญตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 224, 228 โจทก์และจำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์เห็นว่าการฉีกทะเบียนสมรสไม่เป็นความผิดตามมาตรา 228 เพราะทะเบียนสมรสไม่ใช่หนังสือสำคัญตามมาตรา 6 (20) พิพากษายกฟ้อง โจทก์ฎีกา ศาลฎีกาพิพากษายืนโดยวินิจฉัยว่า

ฯลฯ ทะเบียนสมรสไม่ใช่หนังสือพินัยกรรมนั้น เป็นของแน่นอนไม่มีปัญหา แต่จะเป็นหนังสือสำคัญหรือไม่ ต้องพิจารณาตามบทวิเคราะห์ศัพท์ในมาตรา 6 กฎหมายลักษณะอาญามาตรา 6 (20) ให้คำวิเคราะห์ศัพท์ไว้ว่า “หนังสือสำคัญนั้น ท่านหมายความว่าบรรดาหนังสือซึ่งเป็นสำคัญแก่การตั้งกรรมสิทธิ์หรือหนี้สิน และบรรดาหนังสือที่เป็นหลักฐานแก่การเปลี่ยนแก้หรือเลิกล้างโอนกรรมสิทธิ์ หรือหนี้สินทุกอย่าง” ฯลฯ ทะเบียนการสมรสไม่ใช่เป็นหนังสือสำคัญในการก่อตั้งกรรมสิทธิ์หรือหนี้สินอะไร ฉะนั้นจึงไม่ใช่หนังสือสำคัญตามความหมายของมาตรา 6 (20) ดังนั้น การซ่อนเร้นหรือทำลายทะเบียนสมรสจึงไม่เป็นความผิดฐานซ่อนเร้นหรือทำลายหนังสือสำคัญตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 228 ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาให้ยกฟ้องโจทก์เสียขึ้นเป็นการชอบแล้ว”

¹⁸⁰ หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 1112/2497

2.2.2.3 ผลของการจดทะเบียนสมรส

1. ผลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างสามี ภรรยา ¹⁸¹

เมื่อชายและหญิงได้ทำการจดทะเบียนสมรสโดยปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรส ที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วนแล้ว เกิดความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาขึ้นตามกฎหมาย โดยบุคคล ทั้งสองยังคงเป็นบุคคลสองคนแยกต่างหากจากกันไม่ใช่บุคคลคนเดียวกันและมีได้เป็นตัวแทนของกัน และกัน ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวตั้งอยู่บนรากฐานที่สามีภริยามีสิทธิเท่าเทียมกันในการจัดการ ทุกอย่างในครอบครัว ทั้งนี้ ความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างสามี ภรรยา ได้แก่ การอยู่กินด้วยกันฉันสามี ภรรยา (มาตรา 1461 วรรคหนึ่ง) การช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกัน (มาตรา 1461 วรรคสอง) การขอให้ ศาลมีคำสั่งให้แยกกันอยู่ชั่วคราว (มาตรา 1462) การเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ให้คู่สมรส (มาตรา 1463) การคุ้มครองคู่สมรสที่วิกลจริต (มาตรา 1464) ฯลฯ

2. ผลเกี่ยวกับทรัพย์สินและหนี้สินระหว่างสามีภรรยา

ในความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาในเชิงทรัพย์สิน กฎหมายได้กำหนดไว้ในบรรพ 5 หมวด 4 ของลักษณะ 1 (การสมรส) ไม่ว่าจะเป็นระบบทรัพย์สิน หนี้สิน การจัดการ ตลอดจนการยุติ ระบบทรัพย์สินโดยแยกสินสมรสออกมาเป็นระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา เมื่อสามีภริยามาอยู่ ด้วยกันย่อมต้องนำทรัพย์สินมาใช้ร่วมกันเพื่อทำมาหาเลี้ยงชีพสร้างหลักฐานให้แก่ครอบครัวต่อไป กฎหมายจึงจำเป็นที่จะต้องวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแบ่งประเภทของทรัพย์สินและการจัดการ ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาไว้ โดยเริ่มต้นจากการแบ่งกองทรัพย์สินของคู่สมรสออกมาให้ชัดเจนว่า ส่วนไหนเป็นทรัพย์สินอันเป็นส่วนรวมของครอบครัว หรือเรียกว่าสินสมรส โดยมีสิทธิที่จะจัดการได้ โดยลำพัง หรือหากเป็นเรื่องสำคัญที่จะกระทบกองทรัพย์สินจะต้องจัดการร่วมกันทั้งสองคน แต่หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้ สามีและภริยาอาจทำสัญญาก่อนสมรสเปลี่ยนแปลงได้ ตามที่ตนประสงค์ ทรัพย์สินอีกส่วนได้แก่กองทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์เด็ดขาดของสามีหรือภริยา ซึ่งจะจำหน่ายแจกอย่างไรก็ได้ลำพังตนเอง หรือเรียกว่า สินส่วนตัว ทั้งนี้ คู่สมรสอีกฝ่ายไม่มีสิทธิ เข้ามาก้าวก่ายในทรัพย์สินส่วนนี้ ¹⁸²

เนื่องจากสามีภริยาเป็นบุคคลสองคนไม่ใช่คนเดียวกัน สามีหรือภริยาคนใดคนหนึ่ง จึงมีสิทธิที่จะทำนิติกรรมสัญญากับบุคคลภายนอกหรือต่อกันเองได้เหมือนเช่นบุคคลโดดทั่วไป ซึ่งสามี

¹⁸¹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ, หน้า 167.

¹⁸² ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 238.

ภริยาที่ไปทำนิติกรรมสัญญานั้นก็จะต้องรับผิดชอบในหนี้ตามสัญญาดังกล่าวโดยลำพังตนเอง อย่างไรก็ตาม ใดยกดีสามีและภริยาเป็นหุ้นส่วนที่เท่าเทียมกัน (equal partners) ในการจัดการบ้านเรือนและอุปการะเลี้ยงดูบุตร ฉะนั้นหากสามีหรือภริยาไปก่อหนี้ขึ้นในการจัดการเช่นว่านี้แม้จะโดยลำพังก็ตาม ภริยาหรือสามีอีกฝ่ายหนึ่งก็ต้องรับผิดชอบร่วมกันในหนี้ด้วย เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้ไต่จากสามีและภริยาได้ทั้งสองคน¹⁸³

3. ผลเกี่ยวกับบุตร

เมื่อชายและหญิงจดทะเบียนสมรสทำให้เกิดความสัมพันธ์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือกฎหมายรับรองเป็นสามีภริยา บุตรที่คลอดออกมาก็มีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ความสัมพันธ์ของสามีภริยาก็จะมีสภาพเป็นความสัมพันธ์ของบิดามารดาและบุตร ดังนั้น หากชายหญิงทำการสมรสกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ผลคือบุตรที่คลอดออกมาก็จะมีฐานะเป็นบุตรนอกสมรสหรือบุตรไม่ชอบด้วยกฎหมายของชาย¹⁸⁴

สำหรับด้านการเป็นมารดากับบุตร เป็นไปตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ โดยเด็กต้องถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงไม่ว่าจะเป็นกรณีชายหญิงจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายหรือไม่ แต่สำหรับในด้านความเป็นบิดากับบุตร นอกจากต้องอาศัยข้อเท็จจริงตามธรรมชาติแล้วจะต้องอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายวางข้อกำหนดบทสันนิษฐานในเบื้องต้นไว้ว่าบุตรที่เกิดระหว่างสมรสให้สันนิษฐานว่าเป็นบุตรของสามีจนกว่าชายอาจฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ถ้าหากว่าตนมิได้เป็นบิดาของเด็ก และในทำนองเดียวกันเด็กก็อาจฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรของบิดาได้ถ้าตนมิได้เป็นบุตรสืบสายโลหิตของชาย¹⁸⁵

4. การคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่สุจริต

การที่ชายและหญิงจะทำการสมรสกัน กฎหมายเข้ามากำหนดควบคุมเงื่อนไขบางประการเพื่อให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อยหรือเป็นไปตามศีลธรรมอันดีของประชาชน

¹⁸³ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ, หน้า 200.

¹⁸⁴ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 307.

¹⁸⁵ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ, หน้า 574.

โดยจะต้องไม่ทำการสมรสนั้นให้เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งการสมรส ซึ่งผลของการสมรสย่อมแตกต่างกันไปตามระดับความสำคัญของเงื่อนไข ดังต่อไปนี้¹⁸⁶

4.1 เงื่อนไขที่อาจทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะ หรือ Void marriage (มาตรา 1494) เป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่สำคัญมาก

ก. ชายหรือหญิงเป็นกบฏหรือเป็นคนวิกลจริต หรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ (มาตรา 1449)

ข. ชายและหญิงเป็นญาติสืบสายโลหิตติดต่อกันหรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือแต่บิดาหรือมารดา (มาตรา 1450)

ค. ชายหรือหญิงเป็นคู่สมรสของบุคคลอื่นอยู่ หรือสมรสซ้อน (มาตรา 1452)

ง. ชายและหญิงไม่ได้ยินยอมเป็นสามีภริยากัน (มาตรา 1458)

4.2 เงื่อนไขที่อาจทำให้การสมรสตกเป็นโมฆียะ หรือ Voidable marriage (มาตรา 1503) เป็นเงื่อนไขที่มีความสำคัญรองลงมา

ก. ชายและหญิงมีอายุไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์ทำการสมรสกัน (มาตรา 1448)

ข. ผู้เยาว์จะทำการสมรสได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง (มาตรา 1454)

4.3 เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเพื่อเป็นข้อยับยั้งมิให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสให้เท่านั้น เป็นเงื่อนไขที่มีความสำคัญน้อยที่สุด กล่าวคือ การสมรสนั้นสมบูรณ์ทุกประการแต่กฎหมายกำหนดเป็นเพียงข้อยับยั้งมิให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสเท่านั้น

ก. ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจะสมรสกันไม่ได้ (มาตรา 1451)

ข. หญิงหม้ายจะสมรสใหม่ได้ต่อเมื่อขาดจากการสมรสเดิมแล้วไม่น้อยกว่า 310 วัน (มาตรา 1453)

จากที่ได้กล่าวมาว่าเงื่อนไขที่มีความสำคัญมากที่สุดหากมีการฝ่าฝืนการสมรสนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ การสมรสที่เป็นโมฆะมีผลเสียเปล่าย้อนหลังไปตั้งแต่เริ่มทำการสมรส อันเป็นการแสดงให้เห็นว่ากฎหมายไม่ต้องการให้ผู้ใดได้ประโยชน์จากการสมรสที่เป็นโมฆะ เพราะความเป็น

¹⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 334.

โมฆะทำลายการสมรสที่มีมาก่อนโดยสิ้นเชิงดังนั้นจึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด การสมรสจะตกเป็นโมฆะโดยปราศจากกฎหมายไม่ได้ แต่เนื่องจากการสมรสที่เป็นโมฆะอาจเกิดขึ้นโดยที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่รู้ถึงสาเหตุแห่งความเป็นโมฆะ¹⁸⁷ ซึ่งถือว่าเป็นผู้ทำการโดยสุจริต ประกอบกับการสมรสไม่ว่าจะมีผลเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ และสถานะของคู่สมรสฝ่ายที่สุจริตด้วย ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงได้ตราบทบัญญัติขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่สุจริตไว้ในบทบัญญัติมาตรา 1499¹⁸⁸ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ออกเป็น 3 ประการดังนี้ คือ

1. ชายหรือหญิงผู้สมรสโดยสุจริตไม่เสื่อมสิทธิที่ได้มาเพราะการสมรสนั้น

การที่จะได้รับความคุ้มครองไม่ให้เสื่อมสิทธิที่ได้มาเพราะการสมรสนี้ อาจเป็นกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสมรสโดยสุจริตเพียงฝ่ายเดียว หรือสุจริตด้วยกันทั้งสองฝ่ายก็ได้¹⁸⁹ โดยในการพิจารณาถึงความสุจริตของคู่สมรสให้พิจารณาจากการดูข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการสมรสที่ทำให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะ¹⁹⁰ ดังนั้น “ผู้สมรสโดยสุจริต” จึงหมายถึง ผู้ที่เชื่อโดยสุจริตว่าตนเองมีสิทธิตามกฎหมายที่จะทำการสมรสได้ หรือไม่ทราบข้อเท็จจริงที่ทำให้การสมรสเป็นโมฆะในขณะที่สมรส แต่การรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงนี้เป็นเรื่องที่อยู่ภายในใจของคู่สมรสแต่ละฝ่ายจึงต้องพิจารณาถึงฐานะทางสังคม ระดับการศึกษา และภูมิปัญญาตลอดถึงพฤติการณ์ก่อนหรือหลังการสมรสของฝ่ายที่อ้างว่าตนเองสุจริตด้วย¹⁹¹ ทั้งนี้ สิทธิที่ได้มาเพราะการสมรสนั้น คือ ประโยชน์ที่ชายหญิงผู้สุจริตได้มาในฐานะที่เป็นสามีหรือภริยาของอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น สิทธิในความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินหรือสิทธิในการได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูจากอีกฝ่ายหนึ่งเป็นต้น หากเป็นการได้มาโดยไม่ต้องพิเคราะห์ถึงความสุจริตแล้ว กรณีนี้ก็ไม่ต้องพิจารณาว่าเป็นการเสื่อมสิทธิตามมาตรา 1499 หรือไม่ เช่น การที่ชายหญิงทำการสมรสกัน แต่การสมรสเป็นโมฆะเพราะชายหญิงสืบสายโลหิตเดียวกัน¹⁹²

¹⁸⁷ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 118-119.

¹⁸⁸ จีรวรรณ สุวรรณสุจริต, "ผลของการสมรสที่เป็นโมฆะ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 69.

¹⁸⁹ ชาตชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 324.

¹⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 322.

¹⁹¹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 137.

¹⁹² ชาตชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 323.

2. ชายหรือหญิงผู้สมรสโดยสุจริตมีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้

ถ้าคู่สมรสฝ่ายใดได้สมรสโดยสุจริตและการสมรสเป็นโมฆะ นอกจากชายหญิงที่สมรสโดยสุจริตจะไม่เสียสิทธิที่ได้มาเพราะการสมรสแล้ว คู่สมรสฝ่ายนั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้ นอกจากนี้ กฎหมายยังบัญญัติคุ้มครองคู่สมรสที่สุจริตต่อไปอีกว่า สิทธิเรียกค่าทดแทนจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นกรณีคู่สมรสฝ่ายเดียวทำการสมรสโดยสุจริต หากสุจริตหรือทุจริตทั้งสองฝ่ายจะมาเรียกค่าทดแทนระหว่างกันไม่ได้¹⁹³ ทั้งนี้ เพราะกฎหมายยอมไม่คุ้มครองผู้ใช้สิทธิโดยไม่สุจริต และเป็นเรื่องที่คู่สมรสฝ่ายนั้นยอมรับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแล้ว จึงจะมาเรียกค่าทดแทนมิได้¹⁹⁴

3. ชายหรือหญิงผู้สมรสโดยสุจริตมีสิทธิเรียกค่าเลี้ยงชีพได้

ถ้าการสมรสที่เป็นโมฆะทำให้ฝ่ายที่ได้สมรสโดยสุจริตต้องยากจนลงเพราะไม่มีรายได้พอจากทรัพย์สิน หรือจากการทำงานที่เคยทำอยู่ก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุด หรือก่อนที่จะได้รู้ว่าการสมรสของตนเป็นโมฆะเพราะฝ่าฝืนมาตรา 1452 แล้วแต่กรณี ฝ่ายนั้นมีสิทธิเรียกค่าเลี้ยงชีพได้ด้วยตามมาตรา 1499 วรรคสาม เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายต้องการคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่สุจริตในคดีการสมรสเป็นโมฆะ เนื่องจากการสมรสทำให้อีกฝ่ายที่สุจริตต้องเปลี่ยนงานหรือออกจากงานโดยหวังจะครองคู่กับอีกฝ่ายอย่างมีความสุข อันเป็นการเสียประโยชน์ในรายได้จากที่เคยได้รับหรือได้รับน้อยลง¹⁹⁵ ในการเรียกค่าเลี้ยงชีพนี้จะจ่ายให้แก่กันเฉพาะเมื่อชายหญิงหย่าขาดจากการเป็นสามีภริยากันและค่าเลี้ยงชีพนี้เป็นเสมือนเงินเพิ่มพิเศษจากการชดเชยค่าทดแทน¹⁹⁶ ดังนั้น ศาลอาจจะให้หรือไม่ให้ตามที่ขอก็ได้ ซึ่งในการพิจารณาศาลจะคำนึงถึงความสามารถของผู้ให้และฐานะของผู้รับประกอบด้วย¹⁹⁷ คู่สมรสฝ่ายที่สุจริตจะฟ้องหรือฟ้องแย้งเข้ามาในคดีที่ขอให้ศาลพิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะ หรืออาจจะฟ้องในภายหลังก็ได้ แต่อย่างไรก็ดี จะต้องฟ้องภายในสองปีนับแต่วันที่มิคำพิพากษาถึงที่สุด หรือนับแต่วันที่รู้ถึงเหตุที่ทำให้การสมรสเป็นโมฆะสำหรับกรณีการสมรสซ้อน¹⁹⁸

¹⁹³ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครั้ว, หน้า 339.

¹⁹⁴ ขาดิชา ย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครั้ว, หน้า 325.

¹⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 326.

¹⁹⁶ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครั้ว, หน้า 139.

¹⁹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1499 วรรคสาม ประกอบมาตรา 1526 วรรคหนึ่ง.

¹⁹⁸ จีรพรรณ สุวรรณสุจริต, "ผลของการสมรสที่เป็นโมฆะ," หน้า 76.

5. ผลต่อบุคคลภายนอก¹⁹⁹

การสมรสที่เป็นโมฆะนั้นอาจมีบุคคลภายนอกมาติดต่อสัมพันธ์กับคู่สมรสเช่นว่านั้นได้ กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตมิให้ได้รับความเสียหายจากการที่ศาลมีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1500 ได้กำหนดเอาไว้ว่า “การสมรสที่เป็นโมฆะไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตซึ่งได้มาก่อนมีการบันทึกความเป็นโมฆะไว้ในทะเบียนสมรสตามมาตรา 1497/1” กล่าวคือ สิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตที่มีอยู่ก่อนที่นายทะเบียนสมรสจะได้รับแจ้งจากศาลที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าการสมรสเป็นโมฆะ²⁰⁰ ให้บันทึกความเป็นโมฆะในทะเบียนสมรส ไม่มีทางที่จะเสื่อมเสียไปได้ เช่น การที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการสมรสที่เป็นโมฆะไปซื้อเชื้อสิ่งของจำเป็นสำหรับครอบครัว ซึ่งหนี้ค่าซื้อสินค้าเชื่อดังกล่าวเป็นหนี้ร่วมระหว่างสามีภริยาตามมาตรา 1490 (1) ผู้ขายสินค้าซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้ทำการสมรสโดยสุจริตก็ยังมีสิทธิเรียกร้องให้คู่สมรสในการสมรสที่เป็นโมฆะนั้นรับผิดชอบในหนี้ร่วมดังกล่าวได้ แม้ว่าต่อมาศาลจะมีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ²⁰¹

หากนายทะเบียนบันทึกความเป็นโมฆะของการสมรสไว้ในทะเบียนสมรสตามคำสั่งศาลแล้ว แม้บุคคลภายนอกจะทำการโดยสุจริตก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิอีกต่อไป เพราะทะเบียนสมรสเป็นเอกสารมหาชนที่บุคคลทั่วไปสามารถตรวจสอบได้ และการบันทึกในเอกสารมหาชนนั้นถือว่าทุกคนต้องรู้แล้วว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ หากไม่ตรวจสอบให้ดีก่อนทั้งๆ ที่สามารถตรวจสอบได้ก็ไม่มีเหตุอันสมควรที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย นอกจากนี้ ในการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าสิทธิของบุคคลภายนอกที่ได้มานั้นจะต้องเสียค่าตอบแทน ดังนั้น แม้บุคคลภายนอกจะได้รับสิทธินั้นมาจากการให้โดยเสนหาไม่ได้เสียค่าตอบแทนก็ตาม ก็ยังคงได้รับความคุ้มครอง²⁰²

กรณีการสมรสตกเป็นโมฆะเพราะเหตุสมรสซ้อน トラบใดที่ยังไม่มีการบันทึกความเป็นโมฆะ สิทธิของบุคคลภายนอกที่ได้มานั้นก็ยังได้รับความคุ้มครองอยู่ เพราะการที่บุคคลภายนอกทำการสิ่งใดไปโดยที่ไม่ทราบว่าการสมรสเป็นโมฆะ กฎหมายถือว่าบุคคลภายนอก

¹⁹⁹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ, หน้า 362-363.

²⁰⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 876/2501

²⁰¹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ, หน้า 326.

²⁰² จีรวรรณ สุวรรณสุจริต, "ผลของการสมรสที่เป็นโมฆะ," หน้า 78.

นั้นเป็นผู้กระทำการโดยสุจริต คู่สมรสก็มีอาจอ้างการสมรสที่เป็นโมฆะต่อผู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตได้ แต่ถ้าหากเมื่อใดที่บุคคลภายนอกรู้แล้วว่าการสมรสเป็นโมฆะ เมื่อนั้นก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิอีกต่อไป หรือได้มีการร้องขอต่อศาลและศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าการสมรสเป็นโมฆะโดยแจ้งให้นายทะเบียนทราบแล้ว หลังจากนั้นคู่สมรสจึงสามารถยกข้อต่อสู้บุคคลภายนอกที่กระทำการใดๆ ขึ้นในภายหลังจากนั้นได้²⁰³

2.2.3 การอยู่ด้วยกันฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนสมรส²⁰⁴

ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 ซึ่งเป็นเวลาภายหลังที่ได้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แล้ว ชายหญิงที่อยู่ร่วมกันโดยไม่จดทะเบียนสมรส ไม่ถือว่าเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะมาตรา 1457 บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการสมรสจะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนสมรสแล้วเท่านั้น ซึ่งมีผลทางกฎหมายต่างๆ ดังนี้

2.2.3.1 ผลเกี่ยวกับหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน

การอยู่ร่วมกันโดยไม่จดทะเบียนสมรสไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน เพราะไม่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างกัน ทำให้ไม่มีหน้าที่ต้องดูแลคู่สมรสที่วิกลจริต ไม่จำเป็นที่จะต้องซื้อสัตย์ต่อกันดังเช่นคู่ที่จดทะเบียนสมรสเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายหญิงที่อยู่กันด้วยกันโดยมิได้จดทะเบียนสมรสจะต้องอาศัยความสัมพันธ์ทางใจเท่านั้นที่เกี่ยวข้องทั้งสองไว้ด้วยกัน²⁰⁵ ส่งผลให้เมื่อมีบุคคลใดมาทำละเมิดกับคู่ของตนทำให้ได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย ก็ไม่มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการขาดแรงงาน หรือเพื่อการขาดรายได้ อุปการะจากผู้กระทำละเมิด และเมื่อตนเองกลายเป็นคนวิกลจริต ก็ไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากคู่ของตนได้²⁰⁶

²⁰³ ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 329.

²⁰⁴ อีรวรรณ กุลไพศาลธรรม, "ปัญหาทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อมูลเหตุจูงใจในการสมรส," หน้า 76-78.

²⁰⁵ ณชพงษ์ สำราญ, "กฎหมายครอบครัวของคู่รักที่มีได้จดทะเบียนสมรส ตอนที่ 1: Family Law for Unregistered Couples Part1," วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย: หน้า 129-130.

²⁰⁶ อีรวรรณ กุลไพศาลธรรม, "ปัญหาทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อมูลเหตุจูงใจในการสมรส," หน้า 76.

2.2.3.2 ผลเกี่ยวกับสิทธิในเรื่องทรัพย์สิน

ชายหญิงที่จดทะเบียนสมรสกัน มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาโดยแบ่งเป็นสินสมรสและสินส่วนตัวและกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ในการจัดการสินส่วนตัวและสินสมรสไว้โดยเฉพาะ ในขณะที่ชายหญิงที่อยู่ร่วมกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ไม่มีการแบ่งทรัพย์สินเป็นสินส่วนตัวและสินสมรส แต่อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินที่ชายหญิงคู่นี้ได้ลงทุนร่วมแรงทำมาหาได้ร่วมกันระหว่างที่อยู่กันนั้น ถือว่าเป็นเจ้าของร่วมกันและมีส่วนในทรัพย์สินเหล่านั้นคนละครึ่งเท่ากัน ถือเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมระหว่างคู่นั้น²⁰⁷ ทั้งนี้เพื่อความเป็นธรรมเพราะการที่ชายหญิงแต่งงานกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส แม้ทางกฎหมายจะไม่ถือว่าเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็หากระทบกระเทือนถึงสิทธิในทรัพย์สินที่ชายหญิงจะพึงมีพึงได้ตามกฎหมายทั่วไปไม่ แต่สำหรับทรัพย์สินที่ต่างคนต่างทำมาหาได้แยกกันนั้น เป็นสิทธิของฝ่ายนั้นแต่ผู้เดียว อีกฝ่ายหนึ่งไม่มีส่วนแบ่งด้วยเพราะไม่ถือว่าเป็นสินสมรสตามมาตรา 1474 (1) ฉะนั้น สามีภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันสามีจึงไม่มีสิทธิฟ้องขอแบ่งทรัพย์สินจากภริยาในส่วนทรัพย์สินที่สามีได้ร่วมแรงร่วมทุนทำมาหาได้กับภริยาแต่อย่างใด²⁰⁸

ในกรณีนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5438/2537 ที่วางหลักการว่า การที่ชายหญิงอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส มีบุตรด้วยกัน 4 คน หญิงเป็นแม่บ้านมีหน้าที่เลี้ยงบุตร ส่วนชายเป็นผู้ทำมาค้าขายแล้วออกเงินซื้อที่ดินและบ้านพิพาทใช้เป็นที่อยู่อาศัยด้วยกันตลอดมา พฤติการณ์ย่อมถือได้ว่าชายหญิงร่วมกันทำมาหากินและมีเจตนาเป็นเจ้าของในทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกัน เมื่อเลิกกิจการเป็นสามีภริยากัน หญิงจึงมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งในที่ดินและบ้านครั้งหนึ่งเป็นเงิน 1,400,000 บาท ตามส่วนแบ่งที่เรียกร้อง

การสิ้นสุดการอยู่ร่วมกันโดยไม่ได้สมรสชายหญิงที่อยู่ร่วมกันโดยไม่ได้สมรส เนื่องจากไม่มีข้อผูกพันทางกฎหมาย หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะใช้ชีวิตคู่กับอีกฝ่าย ก็เพียงตกลงใจที่จะเลิกร้างกัน แยกทางกันก็เป็นการสิ้นสุดการอยู่ร่วมกันแล้ว ไม่ต้องไปจดทะเบียนหย่าหรือฟ้องหย่าอย่างเช่นคู่ที่จดทะเบียนสมรสกัน²⁰⁹ ในส่วนของทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันก็แบ่งตามหลัก

²⁰⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1179/2492

²⁰⁸ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวฯ, หน้า 298-299.

²⁰⁹ ณิชพงษ์ สำราญ, "กฎหมายครอบครัวของคู่รักที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส ตอนที่ 1: Family Law for Unregistered Couples Part1," วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย: หน้า 130.

กรรมสิทธิ์รวม นอกจากนี้ สิทธิในการรับมรดกชายหญิงที่อยู่ร่วมกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมจากฝ่ายที่เสียชีวิต

2.2.3.3 ผลเกี่ยวกับบุตร

บุตรที่เกิดจากบิดามารดาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาเท่านั้น ตามมาตรา 1546 แต่เป็นบุตรนอกกฎหมายของฝ่ายชาย ซึ่งจะกลายเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายต่อเมื่อชายและหญิงได้สมรสกันในภายหลัง หรือชายได้จดทะเบียนรับรองบุตร หรือศาลพิพากษาว่าเป็นบุตร ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1547 โดยผลของการเป็นบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของบิดาทำให้บุตรไม่มีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูบิดา และบิดาไม่มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร รวมทั้งไม่มีสิทธิใช้ชื่อสกุลของบิดา²¹⁰ นอกจากนี้ยังส่งผลให้ชายผู้เป็นบิดาไม่มีอำนาจปกครองบุตรและอำนาจปกครองบุตรตกแก่มารดาแต่เพียงผู้เดียว อันส่งผลให้กรณีบุคคลภายนอกมาทำละเมิดให้บิดาหรือบุตรตาย หรือบาดเจ็บ ก็ไม่สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนการที่ต้องขาดไร้อุปการะจากผู้กระทำละเมิด ตามมาตรา 1627 แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายให้สิทธิที่บิดารับรองแล้วมีสิทธิได้รับมรดกของบิดาได้ โดยถือว่าเป็นทายาทชั้นผู้สืบสันดาน ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 (1)²¹¹

จากที่กล่าวมา หากพิจารณาฐานะการจดทะเบียนสมรสของประเทศไทย พิจารณาได้ว่าการจดทะเบียนสมรสเปรียบเสมือนเครื่องมือในการแสดงถึงเจตนาของชายและหญิงที่ประสงค์ตกลงอยู่กินร่วมกันและให้มีผลตามที่กฎหมายรับรอง ทั้งนี้ การสมรสเป็นการก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวอันเป็นฐานะบุคคลอีกอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างไปจากเรื่องความสัมพันธ์ทางหนี้และความสัมพันธ์ทางทรัพย์ ดังนั้น ในเรื่องความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับครอบครัวจึงต้องมีกฎหมายกำหนดแยกต่างหากออกจากเรื่องอื่น ในทำนองเดียวกันการจดทะเบียนสมรสเป็นเรื่องของการที่กฎหมายกำหนดแบบพิธีการ เปรียบเสมือนแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรส เพราะการจดทะเบียนสมรสทำให้การสมรสมีผลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 การนำบทบัญญัติในบรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไปในเรื่องนิติกรรมสัญญา มาปรับใช้กับกฎหมายลักษณะครอบครัว เรื่องการสมรส บรรพ 5 ผู้เขียนเห็นว่าไม่ถูกต้อง ทั้งนี้ ผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในบทที่ 4 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์

²¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 131.

²¹¹ ชีรวรรณ กุลไพศาลธรรม, "ปัญหาทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อมูลเหตุจูงใจในการสมรส," หน้า 77.

นอกจากนี้ จากการศึกษาในกรณีที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 มิได้บอกถึงผลแห่งการไม่จดทะเบียนสมรสไว้ชัดแจ้ง ซึ่งมีความแตกต่างกับกฎหมายของต่างประเทศ ดังนั้น ในการศึกษาสถานะของการจดทะเบียนสมรสและผลทางกฎหมายตามกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนจะขอกล่าวต่อไปในบทที่ 3



บทที่ 3

การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายต่างประเทศ

หากพิจารณาลักษณะของกฎหมายครอบครัวของทุกประเทศทั่วโลก ย่อมมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละสภาพสังคม สถานที่ และเวลา โดยกฎหมายครอบครัวเป็นกฎหมายที่มีหลักการพัฒนามาจากจารีตประเพณีของสังคมนั้น ๆ และมีการปฏิบัติติดต่อกันมาอย่างยาวนานจนไม่สามารถที่จะระลึกได้ว่าจุดเริ่มต้นของการปฏิบัติเช่นนั้นเริ่มต้นขึ้นเมื่อใด ต่อมา เมื่อมีร่างประมวลกฎหมายขึ้นมา นักกฎหมายยังคงหลักการปฏิบัติเดิม แต่ก็มีการเพิ่มเติมนำเข้ามาด้วยเช่นกัน เช่น การจดทะเบียนสมรส นอกจากนี้ ได้มีการเทียบเคียงกฎหมายต่างประเทศจากหลากหลายประเทศ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงความเป็นมาและหลักการของการจดทะเบียนสมรสในระบบกฎหมายของประเทศเหล่านั้น ซึ่งเป็นต้นแบบของกฎหมายไทยให้พอเข้าใจถึงเหตุผลและแนวทางที่มาของระบบกฎหมายเหล่านั้นเสียก่อน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประเทศไทยจะใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่อยู่ในภาคพื้นยุโรป เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส แต่ก็พบว่าที่จริงแล้วประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ของไทยก็มีแนวความคิดและหลักการของระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งใช้อยู่ในประเทศอังกฤษอยู่เช่นกัน ดังนั้น ในการศึกษาในเรื่องการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยนั้น จะต้องมีการศึกษาถึงความเป็นมาของกฎหมายต่างประเทศทั้งระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law ควบคู่กันไป

เนื่องจากระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law เป็นระบบกฎหมายที่ความแตกต่างกัน ดังนั้น ผลทางกฎหมายและสถานะทางกฎหมายของการจดทะเบียนสมรสในแต่ละประเทศจึงมีความแตกต่างกัน อันเป็นผลให้ต้องทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศด้วยเช่นกัน

3.1 การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายประเทศสหราชอาณาจักร

3.1.1 ความเป็นมาของการจดทะเบียนสมรส

เริ่มแรกกฎหมายสมรสของสหราชอาณาจักร (ในทีนี้ขอกล่าวชื่อย่อว่า “ประเทศอังกฤษ”) เป็นจารีตประเพณีและภายใต้กฎหมายของศาสนจักร (กฎหมายครอบครัวของอังกฤษได้รับอิทธิพล

จากกฎหมายศาสนาคริสต์) ถูกควบคุมโดยโบสถ์หรือศาสนาทั้งหมดมาเป็นเวลานานหลายปี ซึ่งปกติแล้วระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษยึดถือแนวคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐาน

การสมรส¹ สามารถสร้างขึ้นไปได้โดยแทบจะไม่ต้องมีพิธีการ² แม้ว่าหลักคำสอนของศาสนจักรในยุคแรกมีผลทำให้การสมรสมีความสมบูรณ์ อันเป็นปัจจัยที่สำคัญในการก่อให้เกิดการสมรส แต่หลักคำสอนนี้ก็ทำให้เกิดปัญหาตลอดมา จนกระทั่ง ในศตวรรษที่ 12 เริ่มมีความยินยอมในการสมรสเข้ามา อันเป็นการรับอิทธิพลของกฎหมายโรมันโดยอ้อม เนื่องจากกฎหมายสมรสโรมันเกิดขึ้นได้จากความยินยอมของชายและหญิง และไม่ต้องการพิธีการอื่นใดอีก³ ทั้งนี้ พระศาสนจักรคาทอลิกได้กำหนดหลักคำสอนใหม่ ปรากฏหน้าที่ของศาสนจักร ให้การสมรสเป็นการทำพิธีศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนา คู่สมรสเป็นเสมือนผู้รับใช้พระเจ้า และนักบวชหรือบาทหลวงทำหน้าที่เป็นพยาน

ดังนั้น ในช่วงแรก ศาสนจักรได้ยอมรับระเบียบปฏิบัติและพิธีการสมรสใน 2 กรณีคือ กรณีแรก หลักคำสอนแบบดั้งเดิมในเรื่องความสมบูรณ์เป็นสิ่งที่จะต้องเป็นในการก่อให้เกิดการสมรส และกรณีสอง หลักเกณฑ์ที่มาจากกฎหมายโรมัน นั่นก็คือเรื่องการให้ความยินยอมกลายมาเป็นปัจจัยสำคัญของการสมรส ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการทำสัญญาสมรสแต่เดิมที่จะต้องเป็นไปตามขนบธรรมเนียมประเพณี กลับกลายเป็นการทำสัญญาที่ไม่มีรูปแบบใด ๆ⁴

ต่อมา ในปี ค.ศ. 1500 และปี ค.ศ. 1640 ฝ่ายคริสตจักรของอังกฤษยึดมั่นในมุมมองของชีวิตมนุษย์⁵ ซึ่งในขณะนั้นยุโรปเผชิญกับแนวคิดของมนุษยนิยม อันเป็นแนวคิดที่มุ่งเน้นคุณค่าของความเป็นมนุษย์ มุ่งหาความรู้และความจริงจากการสืบค้นพยานหลักฐานและการตรวจสอบหาความจริง⁶ จนมีการปฏิรูปกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การปฏิรูปกฎหมายไม่ได้ทำให้ความสำคัญของกฎหมายศาสนา

¹ คำว่า “การสมรส” ในที่นี้มีความหมายถึงการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายรับรอง

² S.M. Cretney and J.M. Masson, *Principles of Family Law*, 6 ed. (United Kingdom: Sweet & Maxwell, 1997), p. 11.

³ Ibid., p. 12.

⁴ Ibid.

⁵ R.H. Helmholz, "The English Law of Marriage and the Family (1500–1640)," in *Family Law and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era*, ed. Maria Gigliola di Renzo Villata (Switzerland: This Springer imprint 2016), p. 135.

⁶ มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 169-170.

คริสต์ (canon law) ลดลง หรือไม่ได้ทำให้เขตอำนาจของศาสนจักรที่มีอำนาจควบคุมการสมรสและการหย่าสิ้นสุดลง⁷

ศาสนจักรมีเขตอำนาจเหนือในการควบคุมกฎหมายสมรสและกฎหมายหย่าในประเทศอังกฤษ นอกจากนี้ คริสตจักรยังควบคุมด้านอื่นๆ อีกหลายประการเกี่ยวกับชีวิตในครอบครัว⁸ กฎหมายในยุคกลางเองก็ปล่อยให้มียุทธศาสตร์สำหรับประเพณีท้องถิ่นเข้ามา เช่น ในเรื่องคำถามที่จะต้องถามเพื่อให้เกิดการสมรส อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับแบบของการสมรสและแบบพิธีเช่นนี้ยังคงเป็นอำนาจของบาทหลวงในการควบคุมประชาชนอยู่ โดยสามารถนำมาพิจารณาได้ในคดีที่เกี่ยวกับการสมรสหลายคดี อันเป็นวิธีหนึ่งในการพิจารณาว่าการกระทำที่เฉพาะเจาะจงของคู่สามีภรรยาเป็นการกระทำที่ยินยอมให้มีการสมรส⁹ สมมติฐานในเรื่องขนบธรรมเนียมประเพณีที่เคยได้รับการยอมรับ ตัวอย่างเช่น ประเพณีการตกลงสมรสกันด้วยการจับมือ ซึ่งต่อมาเป็นหนึ่งในสาเหตุของการถูกโต้แย้งในลอนดอนเพราะผู้หญิงไม่สามารถให้ความยินยอมในการสมรสได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น การที่หญิงตกลงสมรสจึงไม่ใช่การยินยอมทำความสมรสอย่างแท้จริง ทั้งนี้ ภายใต้กฎหมายศาสนาคริสต์ (Canon law) ขนบธรรมเนียมประเพณีไม่สามารถที่จะเปลี่ยนคำนิยามของการสมรส แต่จะช่วยในการตีความพฤติกรรมของมนุษย์ให้กับผู้พิพากษาในการพิจารณาว่าการกระทำเช่นนี้เป็นการทำตกลงทำการสมรสหรือไม่¹⁰

ต่อมา มีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 16 ซึ่งเป็นอีกหนึ่งกรณีที่น่าไปสู่การโต้แย้ง นั่นก็คือการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภาจะถูกนำไปใช้ในศาลของศาสนา (ecclesiastical court) ในทางปฏิบัติ รัฐสภาอังกฤษได้ยืนยันว่าจะเปลี่ยนอำนาจของกฎหมายศาสนาคริสต์ (canon law) ให้สามารถนำไปปรับใช้ในทางปฏิบัติให้มากขึ้น ตัวอย่างเช่น ในปี 1540 รัฐสภาได้ประกาศพระราชบัญญัติที่ห้ามไม่ให้มีการเลิกการสมรสที่มีอยู่ก่อนการทำสัญญาสมรส ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ต้องการจำกัดการบังคับใช้สัญญาการสมรสแบบลับๆ ซึ่ง 8 ปีต่อมาหลักการดังกล่าวก็ได้ถูกสร้างขึ้นเป็นแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาของศาล นอกจากนี้ ยังมีพระราชบัญญัติอื่นๆ ที่แก้ไขในช่วงยุคกลางซึ่งกำหนดไว้อย่างเคร่งครัดห้ามมิให้มีการสมรสกันระหว่างคนในสายเลือดเดียวกันและคน

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 176.

⁸ R.H. Helmholz, "The English Law of Marriage and the Family (1500–1640)," in Family Law and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era, p. 136.

⁹ Ibid., p. 137.

¹⁰ Ibid.

ที่มีความเกี่ยวข้องกันทางครอบครัว และในทางกลับกันก็ได้ลดระดับข้อห้ามบางประการลง ในการประชุมร่างกฎหมายของคริสตจักรก็ได้มีการจัดทำพระราชบัญญัติที่มาบังคับการสมรสและการหย่าด้วยเช่นกัน แต่มีองค์ประกอบใหม่ที่เพิ่มเข้ามาคืออำนาจในการออกกฎหมายจะเป็นของฝ่ายศาสนจักรและฝ่ายบริหาร โดยข้อสำคัญที่ต้องพิจารณาการออกกฎหมายเพื่อให้กฎหมายมีประสิทธิภาพในการลดข้อขัดแย้งและลดการสร้างควมสับสนให้กับประชาชน ก็คือข้อเท็จจริงที่ว่า รัฐสภาสามารถบัญญัติกฎหมายออกมาจำกัดเขตอำนาจของศาสนจักรได้อย่างสมบูรณ์ ซึ่งนั่นก็เป็นโครงสร้างของการออกกฎหมายมาจนถึงศตวรรษที่ 19 อันมีผลทำให้เขตอำนาจในเรื่องการสมรสของศาสนจักรได้รับความนิยมนลดลงในเวลาต่อมา ¹¹

หลักการเรื่องการสมรสและการหย่ายังคงหลักการเดิมไม่มีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ แม้ว่าจะมีการปฏิรูปกฎหมาย ยกเว้นในเรื่องที่เกี่ยวกับทางแพ่งหรือเรื่องที่อยู่นอกขอบอำนาจของศาสนจักร ทั้งนี้ หลักกฎหมายเดิมที่ได้นำมาบัญญัติไว้ในสารบัญญัติก็ยังคงเดิมไว้ไม่มีการเปลี่ยนแปลง เช่น กรณีที่สภาสังคายนาสากลของคริสตจักรโรมันคาทอลิก (the Council of Trent) เปลี่ยนคำนิยามของการสมรสที่สมบูรณ์ มีการแสดงเจตนาที่จะสมรสต่อหน้าบาทหลวง ประจำตำบล (Parish Priest) และพยานอื่นอีก 2 คน อันเปรียบเสมือนเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของการสมรส ¹² ถ้าการสมรสไม่ได้ทำตามแบบที่กำหนดไว้อย่างถูกต้อง หรือขาดสาระสำคัญแม้ในบางขั้นตอนก็อาจถือว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะหรือว่าการสมรสนั้นเป็นการสมรสที่ไม่เปิดเผย (Clandestine) ซึ่งหลักการนี้ยังคงมีอยู่ในยุคกลางของอังกฤษ แต่ทั้งนี้ต้องเข้าใจว่า การกระทำนี้เป็นการที่คูรักที่แสดงคำยินยอมการสมรสและยินยอมเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายต่อหน้าพระเจ้า และหากพวกเขาเหล่านี้พิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติตามวิธีดังกล่าวการสมรสของคูรักเหล่านี้มีสถานะเป็นสามีภริยาตามกฎหมายโดยมีบาทหลวงเป็นพยาน ¹³ นอกจากนี้ นิคาเยโปเรตสแดนต์ได้มีอิทธิพลต่อหลายประเทศในทวีปและเริ่มเปลี่ยนแปลง โดยมีการอนุญาตให้มีการสมรสใหม่ของอีกฝ่ายหลังจากแยกกันอยู่ก่อนหย่าขาด (ตามคำสั่งศาล) ซึ่งประเทศอังกฤษในช่วงเวลาดังกล่าว ยังคงต่อต้านแนวความคิดนี้ เพราะสาเหตุ

¹¹ R. B. Outhwaite, *The Rise and Fall of the English Ecclesiastical Courts, 1500–1860* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2007), p. 47.

¹² Judith von Schmädel, "The History of Marriage Law in Austria and Germany: From Sacrament to Civil Contract," *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 37, February (2009): p. 43.

¹³ สันตต์ ศะศิวิณิช, "ความเป็นโมฆะของการสมรส" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 197-198.

ดังกล่าวจะนำไปสู่การสมรสที่ไม่เปิดเผย¹⁴ อย่างไรก็ตาม การสมรสโดยมิได้มีการปฏิบัติตามหลักคำสอนของคริสตจักร ยังคงมีผลสมบูรณ์ในอังกฤษและเวลส์จนกระทั่งปี ค.ศ. 1753 และยังคงใช้บังคับอยู่ในสกอตแลนด์จนกระทั่งปี ค.ศ. 1940

ในปี ค.ศ. 1753 ได้ล้มเลิกหลักการไม่ปฏิบัติตามพิธีสมรสในประเทศอังกฤษ โดยกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขพิธีการสมรสของโบสถ์ที่บังคับใช้แก่ประชาชนทั่วไป หากปรากฏว่าล่วงพ้นเวลาที่มีการประกาศว่าชายหญิงจะสมรสกันในวันอาทิตย์ 3 ครั้งต่อเนื่องกัน ทั้งนี้ จะต้องมีความยินยอมของครอบครัวคู่สมรสหรือผู้ดูแลคู่สมรสประกอบ โดยทั้งหมดนี้จัดทำขึ้นที่สำนักงานทะเบียน ทั้งกฎหมายฉบับดังกล่าวได้นำมาปรับใช้กับสมาชิกราชวงศ์ทุกคน แควกเกอร์และยิวด้วยเช่นกัน ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็ผู้นับถือศาสนาคริสต์นิกายโปรแตสแตนต์ และผู้นับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก จะต้องปฏิบัติตามพิธีกรรมทางศาสนาของแองกลิกัน หลังจากนั้นไม่นานมีการออกกฎหมายชื่อว่า Lord Hardwicke's Act โดยหลักของกฎหมายฉบับนี้มีเพื่อคุ้มครองการสมรสที่ได้ทำตามพิธีกรรมของคริสตจักรแห่งอังกฤษในสถานที่ที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาศัยอยู่ กระทำการสมรสต่อหน้านักบวชหรือบาทหลวง และต่อหน้าพยาน 2 คน เป็นการสมรสที่สมบูรณ์ตามกฎหมาย และกฎหมายฉบับนี้ได้ยกเลิกเขตอำนาจศาลของศาสนา (Ecclesiastical Courts) ที่จะบังคับให้บุคคลใดจัดพิธีสมรสในโบสถ์ ในกรณีที่บุคคลเหล่านั้นที่ต้องการจะสมรสได้แสดงเจตนายินยอมที่จะสมรสโดยกล่าวคำพูดว่าประสงค์จะสมรสกันในขณะที่นั้นและในอนาคต¹⁵

ต่อมา มีกฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1823 มาแทนที่กฎหมาย Lord Hardwicke's Act แต่ก็ยังเป็นไปตามหลักการเดิมของ Lord Hardwicke's Act แต่ข้อแตกต่างที่สำคัญของกฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1823 คือ กำหนดให้การสมรสที่จะเป็นโมฆะได้นั้น คู่รักทั้งสองฝ่ายที่ต่างเชื้อชาติกันรู้และจงใจที่จะฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายสมรสในสถานที่อื่นที่ไม่ใช่สถานที่คู่รักทั้งสองฝ่ายประกาศแจ้งว่าจะมีการสมรส หรือมีการประกาศแจ้งการสมรสหรือได้รับใบอนุญาตให้ทำการสมรสกับบุคคลอื่นที่ไม่เป็นคนของทางศาสนจักร โดยคู่รักทั้งสองรู้ว่าสถานที่หรือบุคคลดังกล่าวกฎหมาย

¹⁴ R. B. Outhwaite, *The Rise and Fall of the English Ecclesiastical Courts, 1500–1860*, p. 56.

¹⁵ S.M. Cretney and J.M. Masson, *Principles of Family Law*, p. 14.

ไม่ได้รับรองไว้แต่ก็ยังทำการสมรสต่อไป อันเป็นผลให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะ ในส่วนกรณีอื่นใดแม้จะ
ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของการสมรส การสมรสนั้นย่อมสมบูรณ์¹⁶

แต่อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 1836 กฎหมายได้มีการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ ซึ่งจุดเปลี่ยนที่สำคัญ
คือ การปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยการสมรสปี ค.ศ. 1823 เนื่องจากเกิดการต่อต้านอำนาจของศาสนจักร
ทั้งจากทางคาทอลิกและโปรเตสแตนต์ ยกเว้นแคว้นเกอร์และยิวยังคงได้รับการยอมรับให้มีการจัดพิธี
สมรสตามพิธีกรรมทางศาสนาของตนเอง โดยกฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1836 กำหนดให้ว่า
การสมรสสามารถทำนอกคริสตจักรแห่งอังกฤษได้โดยการสมรสภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายในปี
ค.ศ. 1836 จะต้องทำกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ และสามารถเฉลิมฉลองพิธีสมรสในสถานที่ที่ไม่ใช่สถานที่
ทางศาสนาของแองกลิกันได้ กล่าวคือ สามารถทำการสมรสที่สำนักทะเบียนได้ ดังนั้น จากที่กล่าวมา
จึงมีทั้งหมด 2 ระบบ คือ 1) การสมรสในคริสตจักรอังกฤษ กำหนดให้ต้องมีการประกาศล่วงหน้าว่า
ชายหญิงจะสมรสกัน หรือใบรับรองที่มีการประกาศอย่างชัดเจนตามกฎหมายเกณฑ์ของ Lord Hardwicke
และ 2) การสมรสภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายในปี ค.ศ. 1836¹⁷ สามารถทำได้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ
(จดทะเบียนสมรสที่สำนักทะเบียน)¹⁸ ต่อมาได้มีกฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1898 กำหนด
ออกมาเพิ่มเติมในเรื่องนี้ว่านายทะเบียนไม่จำเป็นจะต้องแสดงตนต่อหน้าพิธีการสมรสทางศาสนาของ
คนที่ไม่ได้นับถือศาสนาแองกลิกัน¹⁹

¹⁶ P.M. Bromley and N.V.Lowe, Family Law, 8 ed. (United Kingdom: Butterworth & Co, 1992), pp. 40-41.

¹⁷ *Marriage Act 1836, Section 16* “ And be it Enacted, That the Registrar shall forthwith register every Marriage celebrated in manner aforesaid in his presence, in a Marriage Register Book to be furnished to him for that purpose by the Registrar General, according to the form provided for the Registration of Marriages by an Act made in this present Session of Parliament, intituled, “ An Act for registering Births, Deaths and Marriages shall be signed by the Minister or other person by or before whom the Marriage was celebrated, and by the Registrar, and also by the parties married, and attested by such two witnesses; and all such Marriage Register Books, and certified copies thereof, shall be sent to the Superintendent Registrar, and dealt with in all respects as Registers of Births and Deaths under the provisions of the said Act for registering Births, Deaths and Marriages.

¹⁸ S.M. Cretney and J.M. Masson, Principles of Family Law, p. 14.

¹⁹ P.M. Bromley and N.V.Lowe, Family Law, p. 42.

ต่อมามีกฎหมายว่าด้วยสมรสในปี ค.ศ. 1949 (Marriage Act 1949) แต่ก็ยังคงหลักการเดิมที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1836²⁰ กล่าวคือ พิธีสมรสต้องจัดขึ้นในโบสถ์ของศาสนาคริสต์อันเป็นศาสนาประจำชาติของอังกฤษ (Church of England) หรือในสถานที่อื่นที่กฎหมายกำหนด (ซึ่งหมายรวมถึงสถานที่ประกอบศาสนกิจของหลาย ๆ ศาสนา) หรือ ณ สำนักงานทะเบียน (Registry Office)²¹

เมื่อเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ กฎหมายได้กำหนดถึงรายละเอียดที่จำเป็นสำหรับการสมรสที่สมบูรณ์ตามกฎหมาย กล่าวคือ พิธีสมรสนั้นต้องถูกต้องตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎหมายสมรส (Marriage Act) ซึ่งตั้งแต่ปี ค.ศ. 1949 ถึงปี ค.ศ. 1970 ในกฎหมายสมรสปี ค.ศ. 1970 ได้อนุญาตให้นายทะเบียนออกใบอนุญาตสมรสให้ในสถานที่ใดก็ได้โดยเฉพาะในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งป่วยหนัก และไม่มีแนวโน้มว่าจะหายดีและคู่สมรสดังกล่าวไม่สามารถไปจดทะเบียนสมรสที่สำนักงานทะเบียนได้²²

ดังนั้น เห็นได้ว่าเดิมการสมรสตามกฎหมายอังกฤษเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศาสนาคริสต์โดยแท้ พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของสังคมสะท้อนให้เห็นได้ว่าการสมรสมีการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา โดยสังคมมีความพยายามที่จะทำให้การสมรสนั้นชอบด้วยกฎหมายและมีความพยายามปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้การสมรสนั้นผ่านการยอมรับที่เป็นทางการต่อสังคมตลอดมา แม้ว่ากฎหมายการสมรสจะแตกต่างกันไปในแต่ละพื้นที่ ซึ่งมีความซับซ้อนแตกต่างกันไป กฎเกณฑ์เฉพาะที่นำมาปรับใช้กับการสมรสย่อมขึ้นอยู่กับประเภทของการสมรสที่คู่สมรสเลือก ทั้งนี้ ในประเทศอังกฤษมีทางเลือกให้คู่สมรสต้องเลือกระหว่างการสมรสตามกฎหมายบ้านเมือง หรือการสมรสตามพิธีศาสนา การสมรสตามพิธีทางศาสนาในปัจจุบัน มีทั้งหมด 4 ประเภท ได้แก่ การสมรสตามแบบพิธีศาสนาแองกลิกัน การสมรสตามแบบพิธีทางศาสนาของยิว การสมรสตามแบบพิธีทางศาสนาของแควกเกอร์ และการสมรสตามแบบพิธีทางศาสนาอื่น ประชากรในประเทศอังกฤษส่วนใหญ่นับถือศาสนาแองกลิกัน ซึ่งการสมรสตามแบบพิธีทางศาสนาแองกลิกันสามารถกระทำได้ในโบสถ์ ส่วนคู่สมรสอื่นที่ต้องการสมรสตามบทบัญญัติของกฎหมายบ้านเมืองสามารถทำการสมรสได้ที่สำนักงานทะเบียน อย่างไรก็ตาม ในเรื่องสถานที่สมรสมีข้อยกเว้นกล่าวคือ บุคคลทั้งสองสามารถจัดพิธีสมรสในสถานที่สักการะบูชาหรือสถานที่อื่นที่อนุญาตให้ทำการสมรสได้ แต่ไม่สามารถสมรสนอกสถานที่หรือในสวนได้

²⁰ S.M. Cretney and J.M. Masson, *Principles of Family Law*, p. 14.

²¹ P.M. Bromley and N.V.Lowe, *Family Law*, p. 42.

²² Ibid.

ยกเว้นการสมรสตามพิธีทางศาสนาของยิวและแควกเกอร์ที่ได้รับการยกเว้นกฎหมายที่เคร่งครัดเหล่านี้²³

ทั้งนี้ ยุคสมัยใหม่ ได้กำหนดระเบียบแบบแผนของการสมรส (Formalities for marriage) ไว้ไม่ว่าจะเป็นการสมรสตามแบบพิธีบ้านเมืองหรือการสมรสตามแบบศาสนาจะต้องปฏิบัติตาม 3 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้²⁴

1. ข้อปฏิบัติก่อนเริ่มต้นทำการสมรส (preliminaries to marriage)

1.1 ขั้นตอนเริ่มต้นก่อนการสมรส

ในกรณีขั้นตอนเริ่มต้นก่อนการสมรส ได้ถูกกำหนดมาเพื่อตรวจสอบว่าการสมรสนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขการสมรสหรือไม่ และกรณีดังต่อไปนี้เป็นอุปสรรคในการสมรส ได้แก่

ก. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอายุต่ำกว่า 16 ปี²⁵

ข. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคู่สมรสอยู่แล้วหรือมีคู่ชีวิตอยู่แล้ว หรือ

ค. ทั้งสองฝ่ายเป็นบุคคลญาติที่มีสายโลหิตในระดับเดียวกัน (ญาติใกล้ชิด)²⁶

²³ The Rt Hon Lord Justice Green *et al.*, Getting Married: A Consultation Paper on Weddings Law (United Kingdom: The Law Commission 2020), pp. 5-6.

²⁴ S.M. Cretney and J.M. Masson, Principles of Family Law, pp. 17-21.

²⁵ *Marriage Act 1949, Section 2* “Marriages of persons under sixteen. A marriage solemnized between persons either of whom is under the age of sixteen shall be void.”

²⁶ *Marriage Act 1949, Section 1* “Marriages within prohibited degrees. (1) A marriage solemnized between a man and any of the persons mentioned in the first column of Part I of the First Schedule to this Act, or between a person and any person mentioned in the list in Part 1 of Schedule 1, shall be void.

(2) Subject to subsection (3) of this section, a marriage solemnized between a person and any person mentioned in the list in Part 2 of Schedule 1, shall be void.

(3) Any such marriage as is mentioned in subsection (2) of this section shall not be void by reason only of affinity if both the parties to the marriage have attained the age of twenty-one at the time of the marriage and the younger party has not at any time before attaining the age of eighteen been a child of the family in relation to the other party.”

ในกรณีคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอายุต่ำกว่า 21 ปี (จะต้องไม่เป็นพ่อหม้ายหรือแม่หม้าย) การสมรสจะต้องประกอบไปด้วยความยินยอมของบิดามารดา

1.2 ขั้นตอนเบื้องต้นอื่นๆ

1.2.1 ขั้นตอนเบื้องต้นก่อนการสมรสตามกฎหมายบ้านเมือง (Civil preliminaries)

ขั้นตอนเบื้องต้นของการสมรส จะต้องมีประกาศแจ้งการสมรส โดยชายหญิงทั้งสองฝ่ายจะต้องมาแจ้งกับนายทะเบียนสมรสผู้มีอำนาจในท้องถิ่นนั้น ณ สำนักทะเบียนหรือสถานที่ที่กฎหมายรับรอง อันเป็นสถานที่ที่ชายหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาศัยมาก่อนไม่น้อยกว่า 7 วัน²⁷ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การสมรสนั้นถูกประกาศสู่สาธารณชนและเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านการสมรส

นอกจากชายหญิงจะต้องแจ้งความประสงค์ว่าจะสมรสกับนายทะเบียนแล้ว นายทะเบียนจะออกใบรับรองให้มีการจัดพิธีสมรสต่อไป ซึ่งขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนเบื้องต้นก่อนการสมรสตามกฎหมายบ้านเมือง โดยนำวิธีการของคริสตจักรอังกฤษมาใช้กับประเพณีการสมรสด้วย²⁸ เช่น การมีใบรับรองของนายทะเบียนผู้มีอำนาจ ทั้งนี้ การออกใบรับรองที่จะให้มีการจัดพิธีสมรสต่อไปในอนาคตมีรูปแบบใบรับรองหลายประเภท ได้แก่

ก. ใบรับรองให้ทำการสมรสจากนายทะเบียนที่มีอำนาจ (Superintendent registrar's certificate)

ใบรับรองนี้เป็นใบรับรองที่นำวิธีการของคริสตจักรในการประกาศการสมรสของชายหญิงล่วงหน้าให้สาธารณชนทราบมาใช้เป็นขั้นตอนทั่วไปที่ต้องปฏิบัติและใบรับรองนี้ส่วนใหญ่ได้มีการนำมาใช้กับประเพณีการสมรสตามศาสนาที่มีใช้อย่างถาวร โดยในใบรับรองนี้อาจระบุ เช่น ที่พักอาศัย การประกาศสู่สาธารณะ ค่าธรรมเนียม

ข. ใบรับรองและใบอนุญาตให้ทำการสมรสจากนายทะเบียน (Superintendent registrar's certificate with license)

การออกใบรับรองและใบอนุญาตประเภทนี้เป็นกระบวนการออกใบรับรองและใบอนุญาตที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นข้อยกเว้น แต่ปัจจุบันได้รับความนิยมน้อยลงเพราะมีราคาที่สูงขึ้น

²⁷ Green, T. R. H. L. J. *et al.*, Getting Married: A Consultation Paper on Weddings Law p. 32.

²⁸ S.M. Cretney and J.M. Masson, Principles of Family Law, p. 17.

โดยใบอนุญาตนี้จะต้องระบุไว้ในหนังสืออาชญากรรมบุคคล แต่ไม่ต้องปรากฏก่อนนายทะเบียนที่สำนักงานทะเบียน

ค. ใบรับรองทั่วไปของนายทะเบียน (Registrar-general's License)

เนื่องจากในสมัยก่อนไม่มีขั้นตอนทางกฎหมายใดที่จะสามารถรับรองการสมรสให้มีผลตามกฎหมายนอกสำนักงานทะเบียน หรือ โบสถ์แองกลิกัน หรือสถานที่ทางศาสนาสำหรับสักการบูชา ในปี ค.ศ. 1971 จึงกำหนดให้มีใบรับรองนี้ ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อคู่สมรสทั้งสองฝ่ายอยู่ในภาวะยากลำบาก ตกอยู่ในอันตรายใกล้ความตาย สิ่งเดียวที่ทำได้คือการได้รับใบอนุญาตพิเศษจากบาทหลวงของ Canterbury ซึ่งจะอนุญาตให้มีการสมรสแบบแองกลิกันได้เท่านั้น และในทางปฏิบัติจะต้องปรากฏว่าชายหญิงจะต้องแสดงเจตนาอิสระในการสมรสเป็นไปตามกฎหมายศาสนจักรแองกลิกัน ดังนั้น โดยปกติใบอนุญาตพิเศษจะไม่สามารถใช้ได้ในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหย่าร้างกัน トラบเท่าที่คู่สมรสเดิมยังมีชีวิตอยู่

1.2.2 ขั้นตอนเบื้องต้นก่อนการสมรสในทางศาสนา ²⁹

ในขั้นตอนนี้ (บริหารงานโดยเจ้าหน้าที่ของคริสตจักรโดยเฉพาะ) ขั้นตอนเริ่มต้นของการสมรสเป็นไปตามพิธีกรรมทางศาสนาของคริสตจักรอังกฤษ (Church of England) หรือการสมรสตามแบบพิธีทางศาสนาแองกลิกัน (Anglican preliminaries) สามารถปฏิบัติแทนขั้นตอนเบื้องต้นก่อนการสมรสตามกฎหมายบ้านเมืองได้ โดยปกติแล้วการสมรสในทางศาสนาแบบแองกลิกันจะมีกระบวนการที่คล้ายคลึงกับขั้นตอนก่อนการสมรสตามกฎหมายบ้านเมือง เพียงแต่กฎหมายเปิดโอกาสให้มีการเลือกว่าจะปฏิบัติตามกฎหมายบ้านเมืองหรือตามพิธีกรรมทางศาสนา ³⁰ โดยขั้นตอนก่อนการสมรสของศาสนาแองกลิกัน มีวิธีดังต่อไปนี้ ³¹

ก. การประกาศล่วงหน้าว่าชายหญิงจะทำการสมรสกัน (Banns)

การประกาศล่วงหน้าว่าชายหญิงจะทำการสมรสกัน จะถูกนำมาบันทึกลงสมุดทะเบียนและจะต้องประกาศสู่สาธารณชน

ข. ใบอนุญาตทั่วไป (Common licence)

²⁹ ขั้นตอนเบื้องต้นก่อนการสมรสในทางศาสนา ในที่นี้จะขอกว่าการสมรสตามแบบพิธีทางศาสนาแองกลิกัน (Anglican preliminaries) เท่านั้น เพราะเป็นศาสนาที่ประชากรในอังกฤษนับถือมากที่สุด

³⁰ S.M. Cretney and J.M. Masson, *Principles of Family Law*, pp. pp. 21-25.

³¹ Green, T. R. H. L. J. *et al.*, *Getting Married: A Consultation Paper on Weddings Law* p. 44.

ใบอนุญาตนี้เป็นใบรับรองของนายทะเบียนและเป็นใบอนุญาตซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของศาสนจักร โดยกฎระเบียบขั้นพื้นฐานนี้ได้ถูกนำมาระบุไว้ในกฎหมายสมรส แต่รายละเอียดที่เป็นสาระสำคัญเป็นไปตามกฎหมายศาสนจักรและแนวทางปฏิบัติ ตรงกันข้ามกับกรณีการประกาศล่วงหน้าว่าชายหญิงจะทำการสมรสกัน ใบอนุญาตทั่วไปได้อนุญาตไว้เพียงกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าเขาหรือเธอเชื่อว่าการสมรสของทั้งสองไม่มีอุปสรรคตามกฎหมาย เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ และได้รับความยินยอม (ในกรณีที่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลอื่น)

ค. ใบอนุญาตพิเศษ (Special licence) คือ ใบอนุญาตชนิดนี้มีความมุ่งหมายที่จะใช้เฉพาะกรณีพิเศษ โดยจะใช้กับบุคคลที่มีชื่อเสียง

2. พิธีสมรส (Wedding Ceremony)

ตามกฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1949 ได้กำหนดรูปแบบการจัดพิธีสมรส โดยหลักการสำคัญของการจัดพิธีสมรสคือ คู่สมรสจะต้องแสดงเจตนายินยอมที่จะสมรส หากสมรสโดยปราศจากความยินยอม ผลคือ การสมรสย่อมไม่เกิดขึ้น³² ทั้งนี้ ตามกฎหมายอังกฤษสามารถแบ่งการจัดพิธีสมรสได้ออกเป็น 3 ประเภท³³

2.1 การสมรสตามกฎหมายบ้านเมือง (civil marriage)

ตามกฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1949 ได้กำหนดรูปแบบการจัดพิธีสมรสตามกฎหมายบ้านเมืองไว้ว่า พิธีสมรสตามกฎหมายบ้านเมืองจะต้องมีการเปล่งถ้อยคำที่กำหนดไว้ ซึ่งอาจเป็นถ้อยคำสาบานตามการสมรสตามพิธีทางศาสนาก็ได้ ในพิธีสมรสจะต้องประกอบไปด้วยการแสดงเจตนาโดยสมัครใจยินยอมสมรสของคู่สมรสทั้งสอง รูปแบบการจัดพิธีสมรสตามที่คู่สมรสเลือกและสำนักทะเบียนอนุญาตให้ทำการสมรสได้ สถานที่ทำการสมรส การลงนามในเอกสารใบสำคัญการสมรส และต้องมีพยานอยู่ร่วมในพิธี 2 คน³⁴

³² Ibid., p. 84.

³³ S.M. Cretney and J.M. Masson, *Principles of Family Law*, pp. pp. 25-31.

³⁴ *Marriage Act 1949, Section 45* "Solemnization of marriage in register office.

(1) Where a marriage is intended to be solemnized on the authority of certificates of a superintendent registrar, the persons to be married may state in the notices of marriage that they wish to be married in the office of the superintendent registrar or one of the superintendent registrars, as the case may be, to whom notice of marriage is given, and where any such notices have been given and the certificates have been issued accordingly, the marriage may be

สถานที่จัดพิธีสมรสตามกฎหมายบ้านเมืองสามารถทำได้ที่สำนักทะเบียน โดยสถานที่ทำการสมรสมีความสำคัญอย่างมากเพราะการสมรสนั้นจะเกิดขึ้นมาได้และสมบูรณ์ตามกฎหมายจะต้องพิจารณาว่าปฏิบัติตามพิธีการสมรสที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ และจะต้องพิจารณาประกอบกันว่าพิธีสมรสนั้นจัดอยู่ในสถานที่ที่กฎหมายรับรองด้วยหรือไม่เช่นกัน เหตุผลที่การสมรสตามกฎหมายบ้านเมืองกำหนดสถานที่จัดพิธีสมรส ณ สำนักงานทะเบียน เนื่องมาจากการที่นายทะเบียนจะให้ความยินยอมในการสมรสนั้น นายทะเบียนมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบการสมรสที่จะเกิดขึ้น ดังนั้นการสมรสจะเกิดขึ้นได้นายทะเบียนต้องใช้ความระมัดระวังในการอนุญาต และจะต้องให้คำแนะนำในการสมรสแก่คู่สมรส³⁵ โดยการสมรสทำขึ้น ณ สำนักงานทะเบียน ระหว่างเวลา 8.00 น. ถึง 18.00 น. ต่อหน้านายทะเบียนสมรส

การจดทะเบียนสมรสที่สำนักทะเบียนสามารถทำได้หลังจากได้ปฏิบัติขั้นตอนก่อนการสมรสเสร็จสิ้นก็ได้ โดยประเพณีการสมรสตามกฎหมายบ้านเมืองนี้จะต้องเป็นรูปแบบตามที่รัฐกำหนด และผลจากการปฏิบัติตามรูปแบบนี้คือเปลี่ยนจากการเป็นคู่หมั้นเป็นสามีและภริยาตามกฎหมาย คู่สมรสจะต้องประกาศให้รู้ด้วยการสมรสเป็นไปตามเงื่อนไขตามกฎหมาย ไม่มีข้อบกพร่องหรืออุปสรรคใด ๆ

2.2 การสมรสตามแบบมิใช่แองกลิกัน

เนื่องจากกฎหมายเปิดโอกาสให้ชายหญิงที่จะทำการสมรสมีสิทธิเลือกรูปแบบและพิธีการสมรส โดยคู่สมรสจะต้องแสดงเจตนายินยอมที่จะสมรสต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจตามกฎหมายกำหนดให้การสมรสตามกฎหมายบ้านเมืองสามารถทำได้ที่สำนักทะเบียนเท่านั้น ต่อมา มีกฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1994 กำหนดให้การสมรสสามารถทำได้ในสถานที่ใดก็ได้ที่ได้รับ การอนุญาต เช่น บ้าน ปราสาท โรงแรม เป็นต้น แต่จะต้องจัดพิธีสมรสในอาคารที่ได้จดทะเบียนไว้ พิธีการต้องกระทำขึ้นระหว่างเวลา 8.00 น. ถึง 18.00 น. การสมรสจะต้องเปิดเผยแก่สาธารณชน

solemnized in the said office, with open doors, in the presence of the superintendent registrar and a registrar of the registration district of that superintendent registrar and in the presence of two witnesses, and the persons to be married shall make the declarations and use the form of words set out in subsection (3) or (3A) of section 44 in the case of marriages in registered buildings in the presence of a registrar.

(2) No religious service shall be used at any marriage solemnized in the office of a superintendent registrar.”

³⁵ Green, T. R. H. L. J. et al., Getting Married: A Consultation Paper on Weddings Law p. 86.

มีพยานสองคนหรือมากกว่านั้น โดยการสมรสประเภทนี้จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1949 กำหนด และจะต้องปฏิบัติตามรัฐนโยบายประกอบ

2.3 การสมรสตามศาสนา

2.3.1 การสมรสตามศาสนาแบบแองกลิกัน

การสมรสต้องจัดพิธีสมรสโดยนักบวชหรือบาทหลวงต่อหน้าพยาน 2 คนขึ้นไป พิธีสมรสสามารถจัดได้ในโบสถ์ของศาสนาหรือสถานที่ศาสนสถานอื่นที่ได้รับอนุญาตให้ทำการสมรสได้ ตามที่ได้เขียนอธิบายไว้ในหนังสือคำอธิษฐาน (The Book of Common Prayer) อันเป็นหลักเกณฑ์ตามพิธีทางศาสนาของคริสตจักรอังกฤษ (Church of England) โดยมีนักบวชหรือบาทหลวงที่มีอำนาจในการจัดพิธีสมรสเป็นผู้มีอำนาจในการบันทึกการสมรสดังกล่าวไว้ในทะเบียนสมรส³⁶

2.3.2 การสมรสตามศาสนาแบบแควกเกอร์และยิว

การสมรสของแควกเกอร์และยิวได้รับการยกเว้นจากเงื่อนไขที่ปรากฏอยู่ใน Lord Hardwicke's Act การจัดงานเฉลิมฉลองเป็นไปตามกฎเกณฑ์ทางศาสนาของพวกเขา โดยไม่ต้องจัดพิธีสมรสในสำนักงานทะเบียน ไม่ต้องกระทำโดยบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดพิธีสมรส หรือไม่ต้องเผยแพร่แก่สาธารณชน เป็นรูปแบบการสมรสพิเศษ แต่อย่างไรก็ตาม รูปแบบของพิธีการเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทางศาสนาของบุคคลเหล่านี้

แม้รูปแบบของพิธีการสมรสในประเทศอังกฤษจะมีหลากหลายรูปแบบ ในปี ค.ศ. 1836 กฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1836 ได้กำหนดให้การสมรสไม่ว่าจะกระทำด้วยการรูปแบบประการใด จะต้องนำมาจดทะเบียน ณ สำนักงานนายทะเบียนการบันทึกเกี่ยวกับการสมรสของทางราชการ

³⁶ Marriage Act 1949, section 53 “Persons by whom marriages are to be registered.

Subject to the provisions of Part V of this Act, a marriage shall be registered in accordance with the provisions of this Part of this Act by the following person, that is to say, —

(a) in the case of a marriage solemnized according to the rites of the Church of England, by the clergyman by whom the marriage is solemnized;”

3. การจดทะเบียนสมรส³⁷

ระบบของการจดทะเบียนสมรสถูกสร้างขึ้นในกฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1836 โดยมีเหตุผลที่ว่า เพื่อให้คู่สมรสสามารถพิสูจน์ได้ว่าการสมรสของพวกเขาเป็นสมบูรณ์ตามกฎหมาย หลักฐานดังกล่าว นายทะเบียนจะทำสำเนาที่ปิดผนึกอย่างเป็นทางการ โดยคู่สมรสจะต้องได้รับเพื่อเป็นหลักฐานประกอบการสมรส³⁸

3.1.2 ลักษณะของการจดทะเบียนสมรส

เนื่องจากการสมรสเป็นความสัมพันธ์ของบุคคลที่เป็นปัจเจกบุคคลอันก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างกว้างขวาง กฎหมายจึงต้องกำหนดกระบวนการในการเข้าสู่การสมรสให้ต้องปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนอย่างเป็นทางการ เมื่อคู่สมรสปฏิบัติตามพิธีสมรสเรียบร้อยแล้ว หากเป็นการสมรสตามกฎหมายบ้านเมืองทั้งสองจะต้องได้รับการอนุมัตินายทะเบียนผู้มีอำนาจว่า “การแต่งงานมีผลผูกพันทางกฎหมายซึ่งรัฐได้พิจารณาเห็นชอบแล้ว”³⁹ แต่หากเป็นการสมรสตามแบบพิธีทางศาสนา คู่สมรสจะต้องได้รับการยอมรับจากบาทหลวงและนอตาเรี⁴⁰ หลังจากนั้นจะต้องไปดำเนินการจดทะเบียนสมรส ณ สำนักงานทะเบียนราษฎร เมื่อครบขั้นตอนที่กำหนดเป็นอันเสร็จสิ้นกระบวนการสมรส (Formality of Marriage)

การจดทะเบียนสมรส เป็นขั้นตอนสุดท้ายของการสมรส อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนสมรสไม่ได้เป็นปัจจัยหลักที่ทำให้การสมรสนั้นสมบูรณ์ เนื่องจากการสมรสสมบูรณ์ตั้งแต่ปฏิบัติตามขั้นตอนในพิธีสมรส อันทะเบียนสมรสจะต้องระบุว่าสมรสนั้นเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ขึ้นมาได้อย่างไร ยิ่งไปกว่านั้น

³⁷ S.M. Cretney and J.M. Masson, *Principles of Family Law*, pp. 34-35.

³⁸ *Marriage Act 1949, section 65 Searches of indexes kept by Registrar General.*

(3)The Registrar General shall cause all certified copies of entries given in the General Register Office to be sealed or stamped with the seal of that Office; and any certified copy of an entry purporting to be sealed or stamped with the said seal shall be received as evidence of the marriage to which it relates without any further or other proof of the entry, and no certified copy purporting to have been given in the said Office shall be of any force or effect unless it is sealed or stamped as aforesaid.

³⁹ Ruth Lamont, *Family Law* (United Kingdom: Oxford University Press, 2017), p. p. 26.

⁴⁰ แต่ทั้งนี้ต้องเข้าใจว่า การสมรสเกิดจากการที่ชายหญิงเป็นผู้ให้ความยินยอมทั้งสองฝ่ายในการก่อให้เกิดการสมรส มิใช่การสมรสเกิดขึ้นมาได้จากการรับรู้ของนักบวชหรือบาทหลวง ดังนั้น นักบวชหรือบาทหลวงมีฐานะเป็นเพียงพยานเท่านั้น

การจดทะเบียนสมรสมีประโยชน์ต่อฝ่ายรัฐบาล เพราะว่าการสมรสส่งผลให้เกิดสถานะระหว่างปัจเจกบุคคลและสถานะดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามมา ซึ่งรัฐจะได้รับประโยชน์จากการบันทึกข้อมูลสมรสเหล่านี้ อีกทั้ง หากมีการบันทึกการสมรสทางอิเล็กทรอนิกส์ก็จะสามารถเป็นแหล่งข้อมูลที่มีประโยชน์ที่จะประเมินว่าบุคคลที่แสดงเจตนายื่นใบประกาศแจ้งการสมรสนั้นได้อยู่ในสถานะสมรสแล้วหรือไม่⁴¹ เพื่อป้องกันปัญหาการสมรสซ้อนในภายหลังได้

หลังจากพิธีสมรส ผู้ที่รับผิดชอบในการจดทะเบียนจะต้องทำสำเนาทะเบียนสมรสไว้ในหนังสือทะเบียนสมรส โดยลงลายมือชื่อของนายทะเบียนผู้มีอำนาจ หรือผู้มีอำนาจในการจดทะเบียน ลายมือชื่อคู่สมรส และลายมือชื่อพยาน 2 คน ทั้งนี้ นายทะเบียนไม่สามารถเป็นพยานได้⁴² โดยผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการจดทะเบียนสมรสดังกล่าวจะต้องเก็บหนังสือทะเบียนสมรส และทุก 3 เดือนจะต้องส่งรายงานข้อมูลการสมรสให้กับนายทะเบียนท้องถิ่น ซึ่งเป็นผู้ส่งข้อมูลการสมรสให้กับสำนักทะเบียนในตอนแรก⁴³

วัตถุประสงค์ของการจดทะเบียนสมรส คือ ต้องการให้มีการบันทึกเป็นเอกสารมหาชน ซึ่งการจดทะเบียนสมรสเป็นหลักฐานที่มีความสำคัญเพราะเมื่อการสมรสได้มีขึ้นตามกฎหมาย ทำให้เกิดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามมา โดยการจดทะเบียนสมรสเป็นหลักฐานที่แสดงถึงการปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนการสมรสนั้นเป็นไปตามกฎหมาย ข้อมูลจะถูกเก็บรวบรวมในระหว่างการดำเนินการจดทะเบียนสมรสจนกลายเป็นบันทึกทางราชการ ข้อมูลที่ถูกเผยแพร่ออกมาอย่างเป็นทางการจะกล่าวถึงสถานะของคู่สมรสที่เปลี่ยนไปตามกฎหมาย และเป็นประโยชน์สาธารณะในการที่จะรู้สถานะของบุคคลที่เปลี่ยนแปลงไป⁴⁴ ผลของระบบของการจดทะเบียนที่มีประสิทธิภาพจะช่วยให้สามารถพิสูจน์ความแน่นอนของการสมรสว่าการสมรสนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย นอกจากนี้การจดทะเบียนสมรสจะช่วยในการคำนวณสถิติการสมรสซึ่งมีผลสำคัญต่อการค้นคว้าวิจัยปัญหาทาง

⁴¹ Green, T. R. H. L. J. *et al.*, Getting Married: A Consultation Paper on Weddings Law p. 87.

⁴² Marriage Act 1949, section 55(2).

⁴³ Marriage Act 1949, ss 57 to 59

⁴⁴ Green, T. R. H. L. J. *et al.*, Getting Married: A Consultation Paper on Weddings Law p. 245.

กฎหมาย สังคม สถิติจำนวนประชากรของประเทศ⁴⁵ และเป็นข้อมูลที่มีคุณค่ากับประชาชนและรัฐไม่ว่าจะเป็นรัฐนโยบาย ทางการศึกษา หรือกับวงศ์ตระกูล

ขั้นตอนของการจดทะเบียนสมรสจะต้องเป็นไปตามขั้นตอนจะต้องเป็นไปดังนี้⁴⁶

- ก. ชายหญิงจะต้องแสดงเจตนาที่จะสมรสต่อนายทะเบียน
- ข. ชายหญิงจะต้องอยู่อาศัยภายในเขตที่มีการแสดงเจตนาสมรสเป็นระยะเวลา 7 วัน
- ค. ชายหญิงต้องจัดหารายละเอียดที่จำเป็น เช่น ชื่อ สถานะบุคคล อาชีพ สถานที่พักอยู่อาศัย ซึ่งข้อมูลเหล่านี้จะถูกนำมาบันทึกในสมุดทะเบียนสมรส
- ง. ชายหญิงจะต้องรอรับหนังสือรับรองเป็นเวลา 28 วัน
- จ. หากไม่มีคำคัดค้านจากผู้อำนวยการทางทะเบียน จะมีการออกใบรับรองซึ่งทำให้การสมรสสมบูรณ์มีความศักดิ์สิทธิ์

การสมรสตามแบบกฎหมายบ้านเมืองถูกวางกฎระเบียบที่แตกต่างกับการสมรสตามแบบพิธีทางศาสนา ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเงื่อนไขในเรื่องของสถานที่และพิธีการสมรสจะมีความยืดหยุ่น การสมรสตามกฎหมายบ้านเมืองสามารถเกิดขึ้นจากการจดทะเบียนสมรสหรือการได้รับอนุมัติ โดยจะต้องมีพยาน 2 คน มีผู้อำนวยการทางทะเบียนและนายทะเบียนประจำเขตที่จะอนุญาตให้มีการสมรสเกิดขึ้น ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ คู่สมรสจะต้องแสดงเจตนาโดยอิสระของตนเองในการสมรส (เรียกว่า “คำประกาศ”) และจะต้องบรรยายหรืออ่านออกเสียงถ้อยคำพูด

⁴⁵ S.M. Cretney and J.M. Masson, *Principles of Family Law*, pp. 31-32.

⁴⁶ *Marriage Act 1949, Section 33. Period of validity of certificate.*

(1) A marriage may be solemnized on the authority of certificates of a superintendent registrar at any time within the period which is the applicable period in relation to that marriage.

(2) If the marriage is not solemnized within the applicable period—

(a) the notices of marriage and the certificates are void; and

(b) no person may solemnize the marriage on the authority of those certificates.

(3) The applicable period, in relation to a marriage, is the period beginning with the day on which the notice of marriage was entered in the marriage notice book

(a) in the case of a marriage which is to be solemnized in pursuance of section 26(1)(dd), 37 or 38, on the expiry of three months; and

(b) in the case of any other marriage, on the expiry of twelve months.

(4) If the notices of marriage given by each person to be married are not given on the same date, the applicable period is to be calculated by reference to the earlier of the two dates.

ตามกฎหมายกำหนด อันเป็นการแสดงถึงการแสดงเจตนาที่ต้องการจะผูกพันกัน (เรียกกันว่า “คำสัญญา”) ⁴⁷

นอกจากนี้ ลักษณะหลักที่ทำให้การสมรสตามกฎหมายบ้านเมืองมีความแตกต่างคือ การสมรสตามแบบพิธีทางศาสนา คือ การสมรสตามกฎหมายบ้านเมืองจะต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับทางโลก ไม่เกี่ยวกับศาสนา โดยธรรมชาติคู่สมรมีอิสระที่จะปฏิบัติตามกฎระเบียบพิธีทางศาสนาหรืออาจจะเป็นการไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ความแตกต่างเหล่านี้ไม่มีผลทางกฎหมายแต่ประการใด ⁴⁸

โดยสรุปแล้ว ในประเทศอังกฤษ กำหนดให้การสมรสจะต้องมี 2 ลักษณะที่เป็นที่นิยมด้วยกัน คือ (1) การสมรสตามแบบกฎหมายบ้านเมือง (civil ceremony) ได้แก่ การจดทะเบียนสมรสต่อหน้านายทะเบียน และ (2) การสมรสตามแบบพิธีทางศาสนา (religious ceremony) ได้แก่ การสมรสตามแบบพิธีของแต่ละศาสนาต่อหน้าบาทหลวงหรือนักบวชในศาสนานั้นๆ โดยบาทหลวงหรือนักบวชที่ประกอบพิธีสมรสต้องได้รับการแต่งตั้งให้เป็นนายทะเบียน ทั้งสองกรณีจะต้องกระทำต่อหน้าพยานสองคนและจะต้องมีการจดทะเบียนต่อนายทะเบียนผู้มีอำนาจ ซึ่งแบบการจดทะเบียนสมรสตามศาสนาที่ประกอบพิธีในโบสถ์ของประเทศอังกฤษจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการประกาศและมีใบอนุญาตจากหัวหน้าบาทหลวงให้ทำการสมรสได้ หรือในกรณีจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายบ้านเมืองของอังกฤษจะต้องได้รับทะเบียนสมรสจากนายทะเบียนผู้มีอำนาจ ส่วนสถานที่ที่ทำการสมรส เช่น สำนักทะเบียน (Register Office) สถานที่ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (local authority) รับรอง โบสถ์ของคริสตจักรอังกฤษ Church of England ศาสนสถานอื่นใด (Religious Building) ซึ่งผู้จัดพิธีสมรสได้รับการแต่งตั้งให้เป็นนายทะเบียน ทั้งนี้ ก็เพื่อเปิดเผยให้ประชาชนทั่วไปทราบถึงการสมรสของชายหญิงอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ส่วนรวมและความมั่นคงของรัฐเพื่อให้สังคมสงบสุข

3.1.3 ผลของการจดทะเบียนสมรส

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วถึงลักษณะที่สำคัญของการก่อให้เกิดการสมรสที่สมบูรณ์ตามกฎหมายต่อไปจึงเป็นศึกษาหลักการบังคับใช้กฎหมาย โดยหลักแล้ว สังคมต้องการให้การสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายต้องผ่านการยอมรับอย่างเป็นทางการตามกฎหมายของสังคมนั้น เมื่อการสมรสได้ได้ปฏิบัติตามที่กฎหมายในสังคมนั้นกำหนด การสมนั้นทำให้คู่สมรมีฐานะใหม่ทางกฎหมายเป็นสามีภริยา

⁴⁷ Ruth Lamont, *Family Law*, p. 28.

⁴⁸ Ibid.

ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ใหม่ระหว่างคู่สมรสตามมา นอกจากนี้ การสมรสทำให้สถานะของผู้ที่เข้ามาสมรสเปลี่ยนแปลงไป กฎหมายที่บังคับใช้จึงมีลักษณะพิเศษกว่าบทกฎหมายทั่วไป

เมื่อคู่สมรสได้ปฏิบัติตามขั้นตอนก่อนการสมรส คือ ประกาศแจ้งการสมรสแก่นายทะเบียนหรือนักบวช และทั้งสองได้แสดงเจตนาให้ความยินยอมที่จะทำการสมรสต่อหน้านายทะเบียนและพยาน 2 คนแล้วนั้น นายทะเบียนจะต้องจดบันทึกการสมรสลงในทะเบียนสมรส ลงลายมือชื่อ นายทะเบียน คู่สมรสและพยาน ผลที่ตามมาคือ การสมรสนั้นเกิดขึ้นสมบูรณ์ โดยคู่สมรสที่ปฏิบัติตามขั้นตอนดังกล่าวจะได้รับการสันนิษฐานว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์ตามกฎหมาย⁴⁹ การสมรสที่สมบูรณ์ทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างสามีภรรยา และการสมรสยังคงอยู่ไปจนกระทั่งคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายหรือหย่า

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่การสมรสไม่ปฏิบัติตามกฎหมายกำหนดนั้น ประเทศอังกฤษได้มีพระราชบัญญัติการดำเนินคดีเพื่อให้ขาดจากการสมรส ค.ศ. 1973 (Matrimonial Causes Act 1973) อันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้การสมรสที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายมีผลเป็นโมฆะหรือโมฆียะ ทั้งสองกรณีนี้เป็นผลทางกฎหมายอันเนื่องมาจากความไม่สมบูรณ์ของการสมรส หากการสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ เท่ากับเป็นการสมรสที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนและไม่จำเป็นที่จะต้องมีการพิพากษาของศาลในการสั่งให้การสมรสตกเป็นโมฆะ แต่การสมรสที่ตกเป็นโมฆียะ คือ การสมรสที่มีผลสมบูรณ์จนกระทั่งมีการพิพากษาของศาลมาสั่งให้การสมรสนั้นไม่สมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้ว่าการสมรสที่เป็นโมฆะและการสมรสที่เป็นโมฆียะจะมีลักษณะแตกต่างกัน แต่ผลของการสมรสที่ตามมาเหมือนกัน เช่น การสมรสที่เกิดจากการข่มขู่ หรือสำคัญผิด หรือข้อบกพร่องในเรื่องความสามารถในการสมรส⁵⁰ เช่น ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรในการสมรสที่ตกเป็นโมฆะ ถือให้บุตรที่เกิดมาเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา เช่นเดียวกับผลของการสมรสที่ตกเป็นโมฆียะ โดยบิดามารดาในขณะนั้นมีเหตุผลที่จะเชื่อว่าการสมรสดังกล่าวนั้นเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ เป็นต้น

ในส่วนการจดทะเบียนสมรสที่เป็นขั้นตอนสุดท้ายของการปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของพิธีสมรส กฎหมายกำหนดขึ้นมาเพื่อบันทึกเป็นหลักฐานว่าการสมรสนั้นได้เกิดขึ้น และสามารถพิสูจน์

⁴⁹ Green, T. R. H. L. J. *et al.*, Getting Married: A Consultation Paper on Weddings Law p. 263.

⁵⁰ Ruth Lamont, Family Law, p. 29.

เป็นหลักฐานได้อย่างแน่ชัด แต่อย่างไรก็ดี การไม่จดทะเบียนสมรสไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของการสมรส⁵¹

ทั้งนี้ หากพิจารณาในเรื่องการปฏิบัติตามระเบียบพิธีการสมรสตามกฎหมายอังกฤษแล้ว การสมรสที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนดังกล่าวมีผลทำให้การสมรสนั้นสมบูรณ์ หรือ การสมรสที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาสมรสออกมาเพราะถูกข่มขู่ หรือมีความบกพร่องในเรื่องความสามารถในการสมรส การสมรสดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการสมรสที่สมบูรณ์เช่นกัน⁵² แต่ในกรณีที่การสมรสใดไม่ปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของการสมรส อันมีผลต่อการก่อให้เกิดการสมรส ผลของการสมรสที่เกิดขึ้น มี 2 กรณี คือ การสมรสเป็นโมฆะ (void marriage) และการแต่งงานที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข (non-qualifying)⁵³ ซึ่งผลของการสมรสทั้งสองประการนั้นมีความแตกต่างกัน ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1. การสมรสตกเป็นโมฆะ (void marriage)

เรื่องของความเป็นโมฆะของการสมรส กฎหมายกำหนดเหตุของการสมรสที่เป็นโมฆะไว้ใน มาตรา 11⁵⁴ ของกฎหมายการดำเนินคดีเพื่อให้ขาดจากการสมรส ค.ศ. 1973 และรัฐบัญญัติออกมา

⁵¹ Green, T. R. H. L. J. *et al.*, Getting Married: A Consultation Paper on Weddings Law p. 30.

⁵² Ibid.

⁵³ จากที่กล่าวว่าเป็นการแต่งงานที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด (non-qualifying) หมายถึงว่า การแต่งงานที่ไม่ผลทางกฎหมายว่าด้วยการสมรสตามมา ซึ่งแตกต่างจากคำว่า “การสมรส” อันหมายถึงการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายและมีผลทางกฎหมายว่าด้วยการสมรสตามมา

⁵⁴ *Matrimonial Causes Act 1973, section 11* “Grounds on which a marriage is void.

A marriage celebrated after 31st July 1971, other than a marriage to which section 12A applies, shall be void on the following grounds only, that is to say—

(a) that it is not a valid marriage under the provisions of the Marriage Acts 1949 to 1986 (that is to say where—

(i) the parties are within the prohibited degrees of relationship;

(ii) either party is under the age of sixteen; or

(iii) the parties have intermarried in disregard of certain requirements as to the formation of marriage);

(b) that at the time of the marriage either party was already lawfully married or a civil partner;

(c)

เพื่อป้องกันการสมรสที่มีผลต่อคู่สมรส ครอบครัว และเป็นเรื่องกระทบผลประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ เช่น การสมรสระหว่างบิดาหรือมารดากับบุตร หรือการสมรสซ้อน การสมรสเป็นโมฆะเมื่อคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอให้เพิกถอนการสมรส โดยไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสดังกล่าวเป็นโมฆะ และถือว่าไม่มีการสมรสนั้นตั้งแต่แรก นอกจากนี้ การสมรสจะเป็นโมฆะได้นั้น คู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะต้องรู้ถึงเหตุแห่งการที่ทำให้การสมรสเป็นโมฆะและจงใจที่จะกระทำการสมรสนั้นต่อ⁵⁵ ตัวอย่างการสมรสเป็นโมฆะ มีดังต่อไปนี้

ก. ในกรณีการสมรสตามศาสนาแบบแองกลิกัน

- 1) การสมรสที่จัดเฉลิมฉลองในสถานที่อื่นนอกจากที่จัดในโบสถ์ หรือโบสถ์เล็กๆ อันเป็นสถานที่ที่มีการประกาศเผยแพร่ล่วงหน้าของชายหญิงว่าจะทำการสมรส
- 2) ไม่ดำเนินการตามขั้นตอนเบื้องต้นก่อนการสมรส
- 3) การสมรสหลังจากมีคำคัดค้านของผู้ปกครองตามเวลาที่กำหนดไว้ ซึ่งหากการสมรสมีคำคัดค้านจะมีผลทำให้การประกาศล่วงหน้าว่าจะสมรสกันของชายหญิงสิ้นสุดลง
- 4) การสมรสกับบุคคลที่ไม่ใช่บุคคลทางศาสนา

ข. การสมรสตามแบบอื่น นอกเหนือจากการสมรสตามแบบแองกลิกัน

- 1) การสมรสที่ปราศจากการบอกกล่าวล่วงหน้าหรือปราศจากใบหนังสือรับรอง
- 2) การสมรสหลังจากที่ใบหนังสือรับรองหมดอายุ
- 3) การสมรสในสถานที่อื่นนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในใบรับรอง
- 4) การสมรสที่ปราศจากนายทะเบียนสมรส ซึ่งการสมรสจะต้องกระทำต่อหน้า นายทะเบียน⁵⁶

(d)in the case of a polygamous marriage entered into outside England and Wales, that either party was at the time of the marriage domiciled in England and Wales. For the purposes of paragraph (d) of this subsection a marriage is not polygamous if] at its inception neither party has any spouse additional to the other."

⁵⁵ Ruth Lamont, Family Law, p. p. 29.

⁵⁶ *Marriage Act 1949, section 49 Void marriages.*

If any persons knowingly and wilfully intermarry under the provisions of this Part of this Act—

(a)without having given due notice of marriage to the superintendent registrar;

ดังนั้น หากการสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ เท่ากับเป็นการสมรสที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนและ ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการพิพากษาของศาลในการสั่งให้การสมรสตกเป็นโมฆะ อีกทั้ง ไม่สามารถนำ บทบัญญัติในเรื่องหย่ามาใช้เพื่อสิ้นสุดการสมรสได้ และไม่มีผลเป็นใด ๆ ที่จะต้องมีการพิพากษา ของศาลเพื่อแสดงว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ แต่ศาลจะเป็นผู้มีอำนาจในการจัดสรรทรัพย์สินของ ทั้งสองฝ่ายโดยนำบทบัญญัติในเรื่องการหย่ามาใช้⁵⁷

2. การแต่งงานที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข (non-qualifying)

การแต่งงานที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข (non-qualifying) ซึ่งเดิมอังกฤษใช้คำว่า กรณีที่ไม่เป็น การสมรส (non-marriage) หรือเป็นกรณีที่ชายหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยไม่ได้ปฏิบัติตาม ระเบียบพิธีการสมรสตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งกรณีนี้เป็นคนละกรณีกับการสมรสที่เป็นโมฆะ เพราะศาลไม่มีอำนาจในการเข้ามาจัดการความสัมพันธ์ของชายหญิงในลักษณะนี้ แม้ว่าชายหญิง จัดพิธีแต่งงาน⁵⁸ แต่หากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ในสายตาของกฎหมาย การแต่งงาน นั้นย่อมไม่เกิดขึ้น แม้ว่าการแต่งงานนั้นจะไม่สมบูรณ์ก็ไม่ต้องมีการพิพากษาของศาลในการพิพากษาว่า การแต่งงานนั้นมีผลเป็นโมฆะอันเป็นเหตุให้เพิกถอนการสมรส นอกจากนี้ การไม่สมรสตามกฎหมาย มีผลทำให้การนำบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา และพินัยกรรมไม่ถูก นำมาใช้ในความสัมพันธ์ลักษณะนี้ด้วย⁵⁹

เนื่องจากในกรณีการแต่งงานที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข เป็นการแต่งงานที่ไม่ปฏิบัติตาม บทบัญญัติของกฎหมายจึงทำให้เกิดการพิสูจน์ความสมบูรณ์ของการสมรสยาก ดังนั้น จึงเกิดหลักข้อ สันนิษฐานการสมรส (presumed marriage) ขึ้นมาเพื่อใช้เป็นหลักข้อสันนิษฐานการแต่งงานดังกล่าว โดยมีหลักว่าการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายกำหนดไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของการสมรส หากเป็นไป ตามข้อสันนิษฐานว่ามีการสมรส 2 ประการ คือ 1) การสันนิษฐานว่าคู่สมรสได้ทำการสมรส แม้ว่าจะ ไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่ามีการทำตามระเบียบพิธีการสมรส แต่คู่สมรสอยู่ด้วยกันมาในระยะเวลา

⁵⁷ Green, T. R. H. L. J. *et al.*, Getting Married: A Consultation Paper on Weddings Law p. 265.

⁵⁸ พิธีแต่งงาน ในที่นี้ให้หมายถึงกรณีการแต่งงานของชายหญิงที่ไม่ได้ปฏิบัติตามระเบียบแบบแผน การสมรสตามกฎหมายว่าด้วยการสมรส หรือ การแต่งงานที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด (non-qualifying)

⁵⁹ Green, T. R. H. L. J. *et al.*, Getting Married: A Consultation Paper on Weddings Law p. 266.

ยาวนานและเป็นที่ยอมรับทั่วไปว่าทั้งคู่เป็นสามีภริยากัน หรือ 2) มีการสมรสในสถานที่ที่ปฏิบัติระเบียบพิธี และสามี ภริยาอยู่ กินด้วยกันฉันสามี ภริยา ในกรณีนี้ ก็ จะได้รับ การสันนิษฐานว่าได้ปฏิบัติตามรูปแบบพิธีสมรสแล้ว ⁶⁰ ตัวอย่างเช่น การสมรสที่ปราศจากความยินยอม การไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของท้องที่ถิ่นที่อยู่ของคู่สมรส ⁶¹

กรณีอื่นที่ไม่ได้ปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนการสมรส แต่ไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของการสมรส ⁶² กรณีนี้ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1949 (The Marriage Act 1949) ได้กำหนดระเบียบแบบแผนการสมรสไว้แต่ไม่ได้บอกผลทางกฎหมายหากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของการสมรส เช่น การจัดพิธีสมรสจะต้องเริ่มเมื่อเวลา 08.00 น. ถึง 18.00 น. และการเฉลิมฉลองจะต้องเปิดประตูและกล่าวคำสำคัญที่กำหนดไว้ ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามไม่มีผลกระทบต่อสมรสที่สมบูรณ์

ทั้งนี้ เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต้องการศึกษาถึงการจดทะเบียนสมรส ดังนั้นจึงสนใจศึกษาถึงผลของการจดทะเบียนสมรสหรือไม่จดทะเบียนสมรสโดยเฉพาะ จากการศึกษาพบว่าอังกฤษมีกฎหมายว่าด้วยการดำเนินคดีเพื่อให้ขาดจากการสมรสปี ค.ศ. 1973 (Matrimonial Causes Act 1973) โดยกำหนดให้การสมรสที่ไม่ปฏิบัติตามรูปแบบพิธีการสมรสมีผลคือการสมรสเป็นโมฆะจากการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด (Formalities) โดยตั้งใจและเจตนา ตามพระราชบัญญัติการสมรส 1973 มาตรา 11 (a)(iii) ⁶³

เมื่อพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติการสมรส 1949 มาตรา 49 ⁶⁴ กำหนดว่าการสมรสจะต้องกระทำ ณ สำนักงานทะเบียนท้องถิ่นหรือในสถานที่อื่นใดที่กฎหมายรับรอง โดยกระทำต่อหน้า

⁶⁰ Ruth Lamont, *Family Law*, p. 33.

⁶¹ S.M. Cretney and J.M. Masson, *Principles of Family Law*, pp. 32-33.

⁶² *Ibid.*, p, 33.

⁶³ *Matrimonial Causes Act 1973, Section 11 (a)(iii)* 11Grounds on which a marriage is void.

A marriage celebrated after 31st July 1971, other than a marriage to which section 12A applies, shall be void on the following grounds only, that is to say—

(a)that it is not a valid marriage under the provisions of the Marriage Acts 1949 to 1986 (that is to say where—

(iii)the parties have intermarried in disregard of certain requirements as to the formation of marriage);

⁶⁴ *Marriage Act 1949, Section 49. Void marriages.*

พยานสองคนและจะต้องมีการจดบันทึกการสมรสลงในกำหนดรายการการสมรสต่อนายทะเบียนผู้มีอำนาจ หากการสมรสใดไม่มีกระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ การสมรสนั้นเป็นโมฆะ โดยการไม่จดทะเบียนต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจอันเป็นเหตุให้การสมรสเป็นโมฆะนั้น คู่สมรสรู้และเจตนาไม่ปฏิบัติตามรูปแบบพิธีของการสมรส โดยมาตรา 49 กฎหมายมีความต้องการควบคุมการจดทะเบียนสมรสอย่างเคร่งครัด⁶⁵ แต่อย่างไรก็ตามมีประเด็นในเรื่องของการตีความของศาลของคำว่า “รู้และเจตนา” ว่าจะสามารถตีความได้มากน้อยแค่ไหนต้องพิจารณาเป็นกรณีไป

ดังนั้น ประเทศอังกฤษมีกฎระเบียบในการสมรสที่ซับซ้อนและเคร่งครัด การที่คู่สมรสไม่สมรสอย่างเป็นทางการตามระเบียบแบบแผนหรือพิธีการในการสมรส แม้คู่สมรสปฏิบัติตามทางพิธีทางศาสนาในโบสถ์ก็ต้องมีการจดทะเบียนโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หากไม่ปฏิบัติตามกฎหมายกำหนดให้การสมรสเป็นโมฆะ โดยจุดประสงค์ของการให้การสมรสถูกต้องตามกฎหมายมีขึ้นเพื่อช่วยให้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างการสมรสกับการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยมิได้ทำการสมรสกัน (non-marriage) อีกทั้ง การกำหนดขั้นตอนระเบียบแบบแผนการสมรสจะต้องใช้เวลาและความอดทน ดังนั้น การปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้การสมรสเป็นไปได้ อย่างถูกต้องตามแบบเป็นการแสดงให้เห็นถึงความจริงจังของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายในการสมรส นอกจากนี้ ในขั้นตอนก่อนมีการสมรสกฎหมายเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกคัดค้านการสมรสได้ อันเป็นการสะท้อนให้เห็นว่าการสมรสจะต้องมีการเปิดเผยให้สาธารณชนทราบ เพื่อสร้างความแน่นอนและสร้างความมั่นใจให้กับทั้งคู่สมรสและบุคคลภายนอก⁶⁶

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

If any persons knowingly and willfully intermarry under the provisions of this Part of this Act—

(f)in the case of a marriage in a registered building (not being a marriage in the presence of an authorized person), in the absence of a registrar of the registration district in which the registered building is situated; . . .

(g)in the case of a marriage in the office of a superintendent registrar, in the absence of the superintendent registrar or of a registrar of the registration district of that superintendent registrar;

the marriage shall be void

⁶⁵ Ruth Lamont, *Family Law*, p. 29.

⁶⁶ Jonathan Herring, *Family Law* (Harlow: Longman, 2001), p. 46.

สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนสมรสในปัจจุบันของอังกฤษ มีความต้องการที่จะปรับปรุงรูปแบบพิธีการสมรสใหม่ เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีว่าการสมรสได้รับการยอมรับและได้รับการปรับปรุงจากรัฐเสมอเพื่อให้ครอบครัวสงบสุข ในขณะที่กฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวมีขอบเขตน้อย แต่รูปแบบของครอบครัวมีมากมายและหลากหลาย การกำหนดรูปแบบการสมรสเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อน เข้าใจยากและเป็นสาเหตุให้เกิดเป็นคดีขึ้นในศาล ในปี ค.ศ. 1973 คณะกรรมาธิการได้ให้ข้อสังเกตว่า กฎหมายการสมรสขาดความเรียบง่ายและความชัดเจน ยิ่งกว่านั้นยังสร้างความสับสนมากมายเนื่องจากผลที่ตามมาซึ่งมีหลากหลายจากความล้มเหลวในการปฏิบัติตามกฎหมาย ในปัญหานี้สะท้อนให้เห็นว่าในปี ค.ศ. 2002 รัฐออกข้อเสนอให้มีลักษณะทำให้การเลี้ยงฉลองและการจดทะเบียนสมรสทำได้ง่ายขึ้น⁶⁷

ต่อมาในปี ค.ศ. 2019 ได้มีการแก้ไขกฎหมายสมรสอีกครั้ง เพราะแต่เดิมการจดทะเบียนสมรสมีวัตถุประสงค์ที่จะนำไปใช้กับการสมรสของบุคคลที่ไม่ใช่เพศเดียวกันเท่านั้น ไม่นำการจดทะเบียนสมรสใช้ระหว่างคนเพศเดียวกัน⁶⁸ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันมีอังกฤษรับรองกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนสมรสของบุคคลเพศเดียวกันแล้ว ใน Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act 2019 จุดประสงค์ในการจดทะเบียนสมรสก็เพื่อที่เน้นย้ำข้อเท็จจริงที่ว่า การสมรสเป็นเรื่องที่ต้องเปิดเผยต่อสาธารณชน นายทะเบียนทั่วไปจะต้องบันทึกทะเบียนสมรสของผู้คนเพื่อที่จะสามารถค้นหาหลักฐานเกี่ยวกับการสมรสได้⁶⁹ นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขระบบการจดทะเบียนสมรสให้สามารถจดทะเบียนสมรสทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ กล่าวคือ เดิมการจดทะเบียนสมรสจะต้องบันทึกลงในสมุดทะเบียนซึ่งเป็นกระดาษ แต่ในปัจจุบัน

⁶⁷ Ruth Lamont, *Family Law*, p. 34.

⁶⁸ *Marriage Act 1949, Section 53.*

⁶⁹ *Marriage Act 1949, Section 65*

อังกฤษมีความพยายามสร้างระบบจัดเก็บข้อมูลที่ปลอดภัยให้สามารถบันทึกข้อมูลลงในระบบอิเล็กทรอนิกส์⁷⁰ โดยระบบนี้จะเริ่มตั้งแต่วันที่ 4 พฤษภาคม 2564⁷¹

3.2 การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.2.1 ความเป็นมาของการจดทะเบียนสมรส

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (ในที่นี่ขอเรียกชื่อย่อว่า “เยอรมัน”) ได้มีการแก้ไขกฎหมายครอบครัวหลายครั้ง เนื่องมาจากอิทธิพลและทัศนคติที่หลากหลายตามอุดมการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคล ทั้งนี้ กฎหมายครอบครัวเป็นกฎหมายที่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของกฎหมายธรรมชาติมากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายศาสนา⁷² อันได้แก่ ศาสนาคริสต์

หากพิจารณาลักษณะที่สำคัญของกฎหมายเยอรมัน เห็นได้ว่ากฎหมายเยอรมันสืบสายมาจากกฎหมายโรมัน เพราะไม่ว่าจะเป็นเรื่องของสภาพแวดล้อมวัฒนธรรมของเยอรมันมีความใกล้เคียงกับโรมัน หรือไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ที่แต่เดิมนั้นเยอรมันอยู่ในความปกครองของโรมันก็ตาม จึงทำให้กฎหมายโรมันได้รับการยอมรับในเยอรมัน และกฎหมายโรมันก็เป็นหลักที่นำมาใช้ทั่วยุโรป แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายโรมันแทบจะไม่ได้มีการยอมรับในเยอรมันทั้งหมด โดยลักษณะกฎหมายโรมันที่ได้นำมาปรับใช้มากที่สุดคือกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายสัญญา ละเมิด และทรัพย์สิน ส่วนกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ภายในครอบครัวและมรดกมีการนำกฎหมายโรมันมาใช้ประกอบกับกฎหมายศาสนาคริสต์ (Canon law) ทั้งนี้ กฎหมายศาสนามีอิทธิพลต่อกฎหมายครอบครัวเยอรมันอย่างมากและกฎหมายศาสนากลายเป็นหลักกฎหมายของเยอรมันเช่นกัน

⁷⁰ The 2019 Act, section 1, Marriage registration

(1)The Secretary of State may, by regulations, amend the Marriage Act 1949 (“the 1949 Act”) to provide for a system whereby details relating to marriages in England and Wales are recorded in documents used as part of the procedure for marriage, and entered into and held in a central register which is accessible in electronic form.

⁷¹ Changes to marriage registration - May 2021" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 25/06/2564. แหล่งที่มา : <https://www.kingston.gov.uk/births-ceremonies-deaths/changes-marriage-registration?documentId=707&categoryId=20061>

⁷² สันตติ ศะศิวนิช, "กติกากแห่งการสมรสที่ปรับปรุงได้เสมอ," วารสารนิติศาสตร์ 16, 3 (2531): หน้า 52.

โดยกฎหมายศาสนาก็ได้เปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายโรมันเดิมไปตามคำสอน หลักศีลธรรมอันดีของสังคมในเวลาขณะนั้น โดยมีลักษณะที่เฉพาะตามกฎหมายแต่ละสาขา⁷³ ดังนั้นกฎหมายศาสนาเกี่ยวกับการสมรสในสมัยแรกจึงมีส่วนหนึ่งมาจากกฎหมายโรมัน

ในยุคดั้งเดิมและยุคกลาง ศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกมีอิทธิพลมากขึ้น อำนาจของคริสตจักรขยายไปในทุกประเทศ ซึ่งการสมรสในยุคดั้งเดิมเป็นเรื่องของสัญญาระหว่างเจ้าบ่าวและพ่อของเจ้าสาว การสมรสในสมัยนั้นจึงเป็นเสมือนสัญญาซื้อขาย โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าสาวและไม่ห้ามสามีในการหย่าร้าง ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าในสมัยนั้น สังคมให้การเคารพบิดาที่มีอำนาจปกครองเหนือบุตรสาวและอำนาจดังกล่าวได้เปลี่ยนไปยังสามีเมื่อมีการสมรสเกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ดีต่อมากฎหมายศาสนาได้วางหลักความเสมอภาคทางเพศ การสมรสต้องได้รับความยินยอมร่วมกันของชายและหญิง อันเป็นองค์ประกอบสำคัญของการสมรส และห้ามมีการหย่าร้าง กฎหมายศาสนามีศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายของฆราวาส คริสตจักรค่อย ๆ เพิ่มความเข้มแข็งในการอ้างสิทธิในการบริหารจัดการกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสที่เป็นที่ยอมรับตามกฎหมายศาสนาและกำหนดเขตอำนาจศาลของสงฆ์ในเรื่องการสมรส⁷⁴ เช่น การกำหนดพิธีการสมรส จะต้องมิพิธีการสมรสโดยเปิดเผยต่อหน้านักบวช 1 องค์ และพยานอย่างน้อย 2 คน ดังนั้น การสมรสต้องเป็นไปตามกฎหมายศาสนา ซึ่งนักบวชหรือบาทหลวงเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจในการประกอบพิธีการการสมรส การสมรสระหว่างชาวคริสเตียนจึงกลายเป็นการทำพิธีศักดิ์สิทธิ์จะต้องประกอบไปด้วยการให้ความยินยอมโดยอิสระของเจ้าบ่าวและเจ้าสาว และโดยปกติแล้วการสมรสที่สมบูรณ์จะไม่สามารถสิ้นสุดการสมรสหรือหย่าได้ แต่อุปสรรคในการสมรสก็มีอยู่ไม่น้อยเช่นกัน เช่น การสมรสนั้นไม่เป็นไปตามกฎหมายหรือผิดศีลธรรม การสมรสนั้นไม่สมบูรณ์ หรือ มีการประกาศการทำสัญญาสมรสและหากมีการทำสัญญาที่เป็นโมฆะและการสมรสนั้นสิ้นสุดลงไปโดยสิ้นเชิง ก็จะเป็นการยุติการสมรสที่สมบูรณ์

ต่อมาหลังสมัยกลาง เกิดการปฏิรูปศาสนาอันเกิดความเชื่อของนิกายโปรเตสแตนต์ มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงหลักการของกฎหมายศาสนาและแยกศาสนจักรออกจากอาณาจักรโดยเด็ดขาด และกฎหมายการสมรสของโปรเตสแตนต์ทำให้อำนาจของคริสตจักรคาทอลิกที่เหนือกว่าของกฎหมายสมรสสิ้นสุดลง หนึ่งในสิ่งที่ปรากฏชัดเจนและแบ่งแยกการปฏิวัติของฝ่ายโปรเตสแตนต์ออก

⁷³ E.J.Cohn, Manual of German Law Volume I (The Eastern Press Ltd. : British Institute of International and Comparative Law London and Oceana Publication Inc., 1968), pp. 21-22.

⁷⁴ Judith von Schmädel, "The History of Marriage Law in Austria and Germany: From Sacrament to Civil Contract," Hitotsubashi Journal of Law and Politics: p, 42.

จากประเพณีของคาทอลิกเกี่ยวกับการสมรส คือ การสมรสตามพิธีกรรมทางศาสนาหมดไปโดยทันที กล่าวคือการโอนเขตอำนาจในการดูแลพิธีสมรสจากศาสนาไปสู่อำนาจของฝ่ายบ้านเมือง หรือเป็นเรื่องนอกเหนือศาสนา และกำหนดให้ลดเงื่อนไขการสมรส และให้มีการหย่าร้างเพราะเป็นการลดจำนวนอุปสรรคในการสมรส แต่อย่างไรก็ตาม พิธีการสมรสตามกฎหมายศาสนายังยอมรับอยู่ในบางพื้นที่ แต่การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญที่สุดของกฎหมายการสมรสที่เป็นหลักทางศาสนาและเป็นที่ได้รับการยอมรับคือ การสมรสจะต้องทำตามแบบของทางการที่กำหนดไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แบบดังกล่าวจะต้องถูกนำไปแสดงต่อหน้านักบวชหรือบาทหลวงและพยาน 2 คน การสมรสนั้นจึงสมบูรณ์ โดยแบบที่กำหนดไว้สำหรับการสมรสได้ถูกนำมาปรับใช้ในการสมรสของคาทอลิกตลอดมาจนกระทั่งถึงศตวรรษที่ 20 ⁷⁵

ทั้งนี้ ในศตวรรษที่ 19 กฎหมายการสมรสในเยอรมันประสบปัญหา โดยมาจากหลายปัจจัย คือ การพัฒนาอุตสาหกรรมเป็นปัจจัยหลักให้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงในทางเศรษฐกิจและสังคม ส่งผลให้มีความจำเป็นที่จะต้องปรับเปลี่ยนกฎหมายการสมรส และการสร้างจักรวรรดิเยอรมัน ในปี ค.ศ. 1871 และที่เรียกว่า Kulturkampf in Prussia ได้เปิดเส้นทางไปสู่การรวมตัวกันและการสนับสนุนให้มีกฎหมายการสมรสนอกเหนือศาสนา โดยมี Bismarck นายกรัฐมนตรีจักรวรรดิเยอรมันใหม่ พยายามที่เสริมสร้างอำนาจของรัฐสภาโดยการลดอำนาจทางการเมืองและการสังคมของคริสตจักร และในปี ค.ศ. 1874 ได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนสถานะของบุคคล และกฎหมายการจดทะเบียนสมรสสำหรับชาวปรัสเซีย ซึ่งได้มีการประกาศใช้ข้อบังคับกฎหมายการสมรสสำหรับปรัสเซียด้วยเช่นเดียวกัน จนในที่สุด ระบบทะเบียนราษฎรกลายเป็นข้อบังคับที่ใช้บังคับทั่วไปในเยอรมันทุกเขต ในปีค.ศ. 1896 มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยมีผลบังคับตั้งแต่วันที่ 12 มกราคม ค.ศ. 1900 ผลต่อมา คือ กฎหมายสมรสกลายเป็นเรื่องของสถาบันทางแพ่งหรือการสมรสทางแพ่ง (civil marriage) กลายเป็นข้อบังคับทั่วเยอรมัน อันทำให้การพัฒนาแนวคิดเรื่องการสมรสจากการทำพิธีกรรมทางศาสนาและจะต้องกระทำในโบสถ์มาเป็นการสมรสเป็นสัญญาทางแพ่งและสามารถกระทำได้ผ่านหน่วยงานของรัฐ ⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงได้กำหนดรูปแบบการสมรสให้การสมรสต้องจดทะเบียนต่อนายทะเบียนนั่นเอง

⁷⁵ Ibid., pp, 42-43.

⁷⁶ Ibid., p, 47.

หากพิจารณาลักษณะโครงสร้างกฎหมายสมรสเยอรมัน ย่อมพิจารณาได้ว่ากฎหมายสมรสเยอรมันมีฐานมาจากการแสดงเจตนาทำการสมรสซึ่งมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม และกฎหมายเยอรมันให้การรับรองการสมรสที่กระทำโดยสมัครใจ การสมรสเป็นการแสดงเจตนา ก่อให้เกิดสถานะใหม่ ไม่ว่าจะสถานะของการเป็นสามีภริยา สถานะทางทรัพย์สิน และการรับมรดก⁷⁷ ลักษณะของการแสดงเจตนาเข้าทำการสมรสเป็นการเข้าทำสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้นการสมรสตามกฎหมายเยอรมันจึงเป็นสัญญา ในการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาสมรสจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายประเพณีของเยอรมันและเป็นขนบธรรมเนียมที่ปฏิบัติมาตั้งแต่ยุคกลาง การตกลงทำการสมรสจะต้องให้นายทะเบียนจดบันทึกการแสดงเจตนาของชายและหญิง โดยไม่จำเป็นต้องมีที่ปรึกษากฎหมายเป็นตัวแทนก่อนหรือระหว่างการลงนามในใบทะเบียนสมรส และไม่ต้องมอบทรัพย์สินให้คู่สมรสก็ถือว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์แล้ว⁷⁸ ทั้งนี้ กฎหมายก็ได้บัญญัติให้ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดหรือตามแบบที่กฎหมายกำหนดอย่างเคร่งครัดนอกเหนือจากการแสดงเจตนาทำการสมรส⁷⁹

3.2.2 ลักษณะของการจดทะเบียนสมรส

การตกลงแสดงเจตนาในการสมรสในกฎหมายครอบครัวของเยอรมันจะต้องมีรูปแบบในการดำเนินการเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อใช้เป็นหลักฐานในการแสดงถึงการสมรส โดยแบบฟอร์มดังกล่าวจะได้รับการสันนิษฐานเบื้องต้นว่าการสมรสนั้นตกลงกันอย่างถูกต้องและสมบูรณ์ ทั้งนี้ การกำหนดแบบฟอร์มดังกล่าวเพื่อเป็นหลักฐานสำหรับการสมรสที่มีการจดทะเบียนและอาจถูกโต้แย้งโดยพยานบุคคลในภายหลังซึ่งเป็นการโต้แย้งถึงความไม่สมบูรณ์ของการสมรส ดังนั้น รูปแบบการจดทะเบียนดังกล่าวจึงต้องระบุรายละเอียดของคู่สมรสไว้ชัดเจน ซึ่งในกฎหมายครอบครัวเยอรมันรูปแบบการสมรสต้องมีลักษณะถาวร ไม่เปลี่ยนแปลงได้ง่ายและสามารถทำให้การสมรสนั้นไม่สมบูรณ์ได้ แม้ว่าการสมรสจะพิสูจน์ได้โดยไม่ต้องสงสัยว่าการให้ความยินยอมนั้นเกิดขึ้นจริง หรือคู่สมรสได้มี

⁷⁷ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law Volume II: The Institutions of Private Law*, p. 6.

⁷⁸ Anwaltskanzlei Dr. Kreidler-Pleus und Kollegen Dr. Daniela Kreidler-Pleus, "Family law in Germany: overview" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 25 มกราคม 2564. แหล่งที่มา : [https://ukpracticalaw.thomsonreuters.com/8-575-0676?transitionType=Default&contextData=\(scDefault\)#_co_pageContainer](https://ukpracticalaw.thomsonreuters.com/8-575-0676?transitionType=Default&contextData=(scDefault)#_co_pageContainer)

⁷⁹ Dieter Schwab, Peter Gottwald, and Saskia Lettmaier, "Marriage Formalities" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 05/05/2564. แหล่งที่มา : https://books.google.co.th/books/about/Family_and_Succession_Law_in_Germany.html?id=_lyWDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false

การตกลงยินยอมกันจริงก็ต้องมีการทำตามแบบของการสมรสให้ถูกต้อง กรณีนี้จึงอธิบายได้อย่างแน่ชัดว่ากฎหมายกำหนดให้ทำตามแบบของการสมรสหนึ่งเป็นการแสดงเจตนาของคู่สมรส หากไม่มีการทำตามแบบของการสมรสก็จะมีผลทำให้การสมรสนั้นไม่มีผลตามกฎหมาย จากเบื้องหลังของโครงสร้างของกฎหมายครอบครัวเยอรมันทำให้เห็นได้ว่าการกำหนดให้การสมรสต้องทำตามแบบก็เพื่อที่จะป้องกันการสมรสซ้อนในเวลาต่อมา⁸⁰

อย่างไรก็ดี ในเรื่องการแสดงเจตนาให้ความยินยอมของกฎหมายครอบครัวเยอรมัน กฎหมายครอบครัวเยอรมันไม่ได้พูดถึงว่าการแสดงเจตนาให้ความยินยอมเป็นสาเหตุให้เกิดสัญญา โดยปกติแล้วการทำสัญญาสองฝ่ายจะต้องมีฝ่ายหนึ่งที่เป็นผู้ทำข้อเสนอ ผู้ทำคำเสนอก็คาดหวังว่าจะได้รับคำสนองตอบกลับมา แต่เมื่อพิจารณาจากอดีตที่ผ่านมา ลักษณะของการก่อให้เกิดการสมรสเป็นกรณีที่ฝ่ายหนึ่งยินยอมที่จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์กันในความเป็นจริงเสียมากกว่า ดังนั้น การแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการสมรสจึงไม่ค่อยมีความจำเป็นในการก่อให้เกิดการสมรสตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี ในกฎหมายครอบครัวเยอรมันอนุญาตให้นำเรื่องความยินยอมในการสมรสมาอ้างว่ามีการสมรสที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย โดยกำหนดให้การสมรสตามกฎหมายมีขึ้นเมื่อมีการจดทะเบียนสมรส หรือสามารถนำพฤติการณ์แวดล้อมที่แสดงออกมาระหว่างสามีภริยานำมาพิสูจน์ได้ ซึ่งวิธีการนี้ถือเป็นการลดความเคร่งครัดของกฎหมายและปล่อยให้ผู้พิพากษาใช้ดุลยพินิจในการตัดสินปัญหาดังกล่าว⁸¹

เนื่องจาก ระบบการสมรสของเยอรมันในปัจจุบัน ตั้งแต่เดือนมกราคม ปี ค.ศ. 2009⁸² ได้กำหนดให้ระบบการสมรสของเยอรมันมี 2 ประเภท ได้แก่⁸³

1. การสมรสจะเกิดขึ้นได้หากมีการจดทะเบียนสมรสต่อหน้านายทะเบียน

⁸⁰ Konrad Zweigert and Hein Kötz, Introduction to Comparative Law Volume I: The Institutions of Private Law, p. 52.

⁸¹ Ibid., 80-81.

⁸² DW staff, "New German Marriage Law Causes Controversy" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 12/05/2564. แหล่งที่มา : <https://www.dw.com/en/new-german-marriage-law-causes-controversy/a-3466047#:~:text=In%20Germany%2C%20marriage%20has%20been,century%2C%20with%20religious%20ceremonies%20optional.&text=Couples%20are%20still%20allowed%20to,first%20having%20a%20civil%20ceremony.>

⁸³ Uschi Glas, "GETTING MARRIED IN GERMANY" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15/05/2564. แหล่งที่มา: <http://uschishochzeitsblog.blogspot.com/2018/08/getting-married-in-germany.html>

2. การสมรสในโบสถ์ของผู้ที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก

ในกรณีกฎหมายกำหนดให้มีการจดทะเบียนสมรส ระบบการสมรสของประเทศเยอรมัน คล้ายคลึงกับประเทศฝรั่งเศส คือ ถู้อตามแบบพิธีการของกฎหมายบ้านเมืองและการจดทะเบียนสมรส ทั้งนี้ เยอรมันได้จัดทำระบบทะเบียนราษฎรกลายมาเป็นข้อบังคับที่ใช้บังคับทั่วไปในเยอรมันทุกเขต โดยเริ่มใช้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1876 ซึ่งการบันทึกการจดทะเบียนทางแพ่งของเยอรมัน คือ การจดทะเบียนการเกิด การสมรสและการตายซึ่งจะถูกเก็บรักษาโดยรัฐบาล ทั้งนี้ รัฐมีวัตถุประสงค์ในการบันทึกข้อมูลเพื่อให้มีการบันทึกทางทะเบียน ทะเบียนสถานะหรือทะเบียนสถานะทางแพ่ง อันถือเป็นแหล่งข้อมูลที่มีความสำคัญเพราะเป็นข้อมูลของบุคคลที่ปรากฏชื่อ วันเกิด และสถานที่เกิด การสมรสและการตายของบุคคล โดยบันทึกทั้งหมดนี้จะถูกเก็บรักษาโดยพนักงานทางทะเบียนของรัฐ(Standesbeamte) ที่สำนักงานบริหารการทะเบียน (Standesamt) ⁸⁴

การบันทึกการสมรส (Marriage Records) มี 2 กรณี

1. ทะเบียนสมรส Marriage Registers (Heiratsregister)

ทะเบียนการสมรส เป็นเอกสารทางทะเบียนที่เป็นทางการที่ถูกบันทึกไว้ว่าการสมรสของคู่บ่าวสาวได้เกิดขึ้น โดยปกติจะใช้แบบฟอร์มที่พิมพ์ไว้ล่วงหน้าในหนังสือและเก็บไว้ในสำนักงานทะเบียนราษฎร การจดทะเบียนสมรสจะต้องระบุ:

- วันเวลาที่ทำการสมรส
- ชื่อเจ้าบ่าวเจ้าสาว
- อายุ วันเกิด สถานที่เกิดของเจ้าบ่าวเจ้าสาว
- ที่พักอาศัย อาชีพของเจ้าบ่าวเจ้าสาว และ
- สถานะของเจ้าบ่าวเจ้าสาวว่าโสด หรือ เป็นแม่หม้าย พ่อหม้าย
- ชื่อบิดามารดา ที่พักอาศัยของบิดามารดา อาชีพของบิดามารดา สถานภาพการสมรสของบิดามารดา โดยระบุทั้งหมดไม่ว่าพวกเขาจะมีชีวิตอยู่ในช่วงเวลาของการสมรสหรือไม่
- ชื่อพยาน อายุ และความสัมพันธ์ของบ่าวสาว
- ศาสนาของคู่บ่าวสาว โดยเฉพาะหลังจากปี 1874

2. ใบรับรองการสมรส Certificates (Heiratsscheine)

⁸⁴ Dale William Kirmse, "Record Sources and Databases" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 11/05/2564. แหล่งที่มา: <https://mysaxealtenburgrelativesv1.pressbooks.com/chapter/record-sources-and-databases/>

หนังสือรับรองการสมรส คู่สมรสบางคู่อาจได้รับหนังสือรับรองการสมรสหรือหนังสือที่มีรายการสมรสและมีส่วนที่กำหนดวันเกิดของบุตร โดยใบรับรองหรือหนังสือดังกล่าวอาจจะอยู่ในความครอบครองของครอบครัวหรือนายทะเบียนก็ได้

นอกจากนี้ เดิมกฎหมายเยอรมันยึดติดกับหลักที่บังคับให้มีการจัดพิธีสมรสมาเป็นระยะเวลาหลายปี โดยให้นายทะเบียนที่จะสามารถจัดพิธีสมรสได้เท่านั้น ส่วนนักบวชหรือบาทหลวงของศาสนาไม่สามารถเป็นนายทะเบียนที่จะมีอำนาจจดทะเบียนสมรสได้ โดยหลักนี้ได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ปี ค.ศ. 1990 อันเป็นการยืนยันหลักการเดิมตามที่กำหนดในมาตรา 11 ของกฎหมายการสมรส (Marriage Law) ในกรณีที่ให้นักบวชหรือบาทหลวงเป็นคนจัดพิธีสมรสก่อนที่จะมีการจัดพิธีสมรสต่อหน้านายทะเบียนถือเป็นการกระทำความผิดอาญาประการหนึ่ง ทั้งนี้ นายทะเบียนที่มีหน้าที่จดทะเบียนสมรสคือนายทะเบียนตามที่อยู่ในท้องถิ่นนั้น ๆ หลังจากมีการจัดพิธีสมรส การสมรสจะถูกบันทึกลงในหนังสือทะเบียนครอบครัวที่เป็นที่แสดงถึงการเฉลิมฉลองการสมรส เอกสารตัวนี้พิสูจน์ว่าการสมรสต้องมาจากสำนักทะเบียนซึ่งเป็นคนจัดงานพิธีสมรสในท้องถิ่นนั้น ทั้งนี้ เยอรมันจะไม่มีสำนักงานทะเบียนกลางที่จะทำการจดทะเบียนสมรส หลังจากที่มีการดำเนินการในสำนักงานจดทะเบียนแล้วชาวเยอรมันส่วนใหญ่จะจัดพิธีเฉลิมฉลองการสมรสในโบสถ์ แต่การสมรสตามพิธีทางศาสนาไม่มีผลทางกฎหมายยกเว้นการสมรสในโบสถ์ของผู้ที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกที่บาทหลวงหรือนักบวชสามารถจัดทำพิธีสมรสได้เลย โดยบาทหลวงหรือนักบวชต้องออกใบหนังสือรับรองให้⁸⁵

ตามมาตรา 11 (เดิม) การสมรสจะสำเร็จได้ก็ต่อเมื่อได้ทำพิธีต่อหน้านายทะเบียนเท่านั้น เจือนใจของนายทะเบียนได้ถูกอธิบายไว้ในมาตรา 53 (2) ของพรบ.การจดทะเบียนสถานบุคคลและการบันทึกทางทะเบียน ถ้ามีการทำพิธีสมรสต่อหน้าบุคคลที่ไม่ใช่ นายทะเบียน ตามความหมายในมาตรา 11 (เดิม) แต่กระทำต่อหน้านักบวช การสมรสจะไม่เป็นเพียงแต่เป็นโมฆะเท่านั้น แต่จะก่อให้เกิดสิ่งนี้นักกฎหมายเยอรมันเรียกว่า “Nichtehe” อันเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดของการสมรสที่ถูกต้อง ตรงกันข้ามกับการสมรสที่เป็นโมฆะ Nichtehe เพราะเป็นการสมรสที่ไม่มีผลตามกฎหมาย ไม่มีการสมรสเกิดขึ้นและไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใดๆ⁸⁶

⁸⁵ E.J.Cohn, *Manual of German Law Volume I*, p. 224.

⁸⁶ Ibid., 225.

นอกจากนี้ ในกฎหมายครอบครัวเยอรมันเดิวยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องแบบของการสมรส⁸⁷ ที่สามารถเทียบเคียง คือ เดิมกฎหมายเยอรมันกำหนดให้การสมรสที่กระทำโดยคู่สมรสทั้งสองฝ่าย ไม่ได้มาแสดงเจตนาโดยตนเองต่อหน้าเจ้าพนักงานทะเบียนด้วยตนเอง และในขณะเดียวกันว่าเขาทั้งสองประสงค์จะทำการสมรสซึ่งกันและกัน เป็นกรณีที่ไม่ทำตามแบบของการสมรสเป็นโมฆะ ตามมาตรา 13 (มาตรา 1311 ปัจจุบัน) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เท่านั้น ซึ่งในสภาพแห่งการสมรสนี้อาจจะสมบูรณ์ได้ เมื่อพ้นเวลา 5 ปี แห่งการอยู่กินเป็นสามีภริยา หรือเพียง 3 ปี ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย เช่น ในกรณีที่คู่หมั้นไม่ไปแสดงเจตนาต่อหน้าเจ้าพนักงานว่าจะทำการสมรส เป็นต้น⁸⁸

ส่วนการสมรสที่เป็นการบกพร่องอย่างอื่นนอกจากมาตรา 13 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เช่น เจ้าพนักงานไม่ใช่มีอำนาจหน้าที่รับจดทะเบียนก็ดี หรือผู้ที่มาจดทะเบียนเป็นคนธรรมดา แต่มาแอบอ้างว่าเป็นเจ้าพนักงานจดทะเบียนก็ดี หรือเจ้าพนักงานทะเบียนไม่ได้จดทะเบียนสมรสในสมุดทะเบียนครอบครัวก็ดี กฎหมายเยอรมันถือเสมือนว่าไม่มีการจดทะเบียนเลย คือ ไม่มีการสมรสเลย ทั้งนี้แต่การฝ่าฝืนมาตรา 14 (มาตรา 1312 ปัจจุบัน) เรื่องพิธีสมรส และมาตรา 15 (มาตรา 1310 ปัจจุบัน) เรื่องเขตอำนาจของเจ้าพนักงานทะเบียนสมรส ไม่กระทบกระทั่งความสมบูรณ์ของการสมรส เป็นบทบัญญัติซึ่งกำหนดหน้าที่ของเจ้าพนักงานทะเบียน⁸⁹

ดังนั้น การไม่ปฏิบัติตามแบบแห่งการสมรสตามมาตรา 13 (มาตรา 1311 ปัจจุบัน) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันทำให้การสมรสเป็นโมฆะ ตามมาตรา 17 (มาตรา 1314 ปัจจุบัน) อย่างไรก็ตาม กรณีนี้จะไม่นำมาปรับใช้เมื่อเป็นการทำพิธีสมรสตามมาตรา 14 (มาตรา 1312 ปัจจุบัน) ตัวอย่าง นายทะเบียนล้มจดทะเบียนหลังจากมีพิธีสมรส ซึ่งในขณะนั้นคู่สมรสเป็นสามีภริยา

⁸⁷ คำว่า “แบบแห่งการสมรส” นั้นหยุด แสงอุทัย เคยกล่าวไว้และปรากฏในรายงานการประชุมกรรมการพิจารณาสะสางประมวลกฎหมาย ครั้งที่ 365-3/2507 วันพุธ ที่ 22 มกราคม 2507 ระเบียบวาระการประชุม ตรวจสอบพิจารณาร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 โดย คำว่า “แบบแห่งการสมรส” หมายถึง การสมรสนั้นต้องคำนึงถึงเขตอำนาจของเจ้าพนักงานทะเบียนสมรส วิธีการเปล่งวาจาในพิธีสมรส และต้องปฏิบัติตามพิธีสมรสที่กฎหมายกำหนด

⁸⁸ E.J.Cohn, *Manual of German Law Volume I*, p. 225.

⁸⁹ *Ibid.*, 225-226.

ตามกฎหมายแล้ว การไม่จดทะเบียนสมรสไม่ทำให้การสมรสดังกล่าวกลายเป็นการสมรสที่ตกเป็นโมฆะ กรณีนี้จะไม่มีผลต่อการสมรสที่สมบูรณ์⁹⁰

หากพิจารณาในปัจจุบัน ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้กำหนดรูปแบบของการสมรสไว้เป็น 3 ระยะ อันได้แก่

1. กรณีมาตรา 1310 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เขตอำนาจของเจ้าพนักงานทะเบียนสมรส (Jurisdiction of the registrar of births, deaths and marriages, curing defective marriages)

มาตรา 1310 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁹¹ กำหนดให้ การสมรสนั้นชายและหญิงต้องแสดงเจตนาต่อหน้านายทะเบียนว่าตนประสงค์จะสมรส และหากไม่มีความบกพร่องของเงื่อนไขแห่งการสมรสแล้ว นายทะเบียนจะปฏิเสธการสมรสไม่ได้

⁹⁰ Ibid., 226.

⁹¹ German Civil Code, Section 1310 Jurisdiction of the registrar of births, deaths and marriages, curing defective marriages

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

(2) A registrar includes a person who, without being a registrar, publicly exercised the office of a registrar and entered the marriage in the marriage register.

(3) A marriage is also deemed to have been entered into if the spouses have declared that they intend to be married to each other and

1. the registrar has entered the marriage in the marriage register,
2. the registrar, in connection with the recording of the birth of a child of the spouses, has entered a reference to the marriage in the register of births, or
3. the registrar has received from the spouses a family-law declaration which requires an existing marriage in order to be valid and the spouses have been issued with a certificate of this that is provided in statutory provisions and the spouses have lived together as spouses for ten years since then or until the death of one of the spouses, but for a minimum of five years.”

2. กรณีมาตรา 1311 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน วิธีการเปล่งวาจาในพิธีสมรส (Personal declaration)

มาตรา 1311 ⁹² กำหนดให้ การแสดงเจตนาต่อหน้านายทะเบียนนั้นคู่สมรสทั้งสองฝ่าย จะต้องปรากฏตัวต่อหน้านายทะเบียนพร้อมกันซึ่งภายในระยะเวลาการแสดงเจตนา นั้นจะมีเงื่อนไข หรือเงื่อนไขที่กำหนดด้วยไม่ได้ และต้องดำเนินการดังกล่าวด้วยตนเองไม่สามารถมอบอำนาจให้บุคคลอื่นได้

3. กรณีมาตรา 1312 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน พิธีสมรส (Marriage ceremony) บทบัญญัติในมาตรานี้เดิมปรากฏอยู่ในมาตรา 14 กำหนดให้ เมื่อมีการแสดงเจตนาสมรสต่อหน้านายทะเบียน นายทะเบียนเป็นผู้จัดพิธีสมรส ตามกฎหมายกำหนด (Marriage ceremony) โดยในปัจจุบันปรากฏไว้ในมาตรา 1312 ⁹³ กำหนดให้ นายทะเบียนจะถามคู่สมรสแต่ละฝ่ายว่ามีเจตนาจะสมรสกับอีกฝ่ายหรือไม่ และเมื่อทั้งสองฝ่ายตอบยืนยันจึงจะถือว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์ ตามกฎหมาย ทั้งนี้ การสมรสอาจดำเนินการต่อหน้าพยานหนึ่งหรือสองคนหากคู่สมรสที่ต้องการสมรสนั้นต้องการ

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นได้ว่า กฎหมายครอบครัวเยอรมันยึดถือแบบแห่งการสมรสเช่นเดิมมาตลอด โดยการสมรสส่วนใหญ่มักจะทำพิธีทั้งตามกฎหมายบ้านเมืองและทางศาสนา ทั้งนี้ ขั้นตอนการสมรสของเยอรมันสามารถทำได้ ดังขั้นตอนต่อไปนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁹² German Civil Code, Section 1311 Personal declaration “The parties contracting the marriage must make the declarations under section 1310 (1) in person and both must be present at the same time. The declarations may not be made subject to a condition or a stipulation as to time.”

⁹³ German Civil Code, Section 1312 Marriage ceremony “On the occasion of the marriage, the registrar should ask the parties contracting the marriage separately whether they intend to enter into marriage with each other and, after the parties contracting the marriage have answered this question in the affirmative, state that they are now, by operation of law, lawfully joined spouses. The marriage may be effected in the presence of one or two witnesses if the parties contracting the marriage so wish.”

1. ข้อปฏิบัติก่อนการสมรส

ผู้ประสงค์จะทำการสมรสจะต้องแสดงสูติบัตรเพื่อยืนยันสถานะของบุคคลก่อนที่จะมีการสมรสว่ามีอุปสรรคใด ๆ ต่อการสมรสหรือไม่อย่างไร หลังจากนั้น จะมีการประกาศคำบอกกล่าวแสดงความประสงค์ที่จะสมรสแก่สาธารณชน ไว้ในสถานที่ที่กำหนดไว้ เป็นเวลา 1 สัปดาห์ เพื่อให้มีการคัดค้านได้ กฎหมายมิได้กำหนดให้มีใบรับรองแพทย์⁹⁴

2. แบบของการสมรส

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดให้พิธีการสมรสเป็นไปตามแบบของกฎหมายบ้านเมือง โดยทำพิธีต่อหน้าเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีพยาน 2 คน การสมรสนั้นต้องจดทะเบียนสมรสด้วย การจัดงานฉลองการสมรสจะถูกดำเนินการโดยเตรียมการต่อหน้านายทะเบียนท้องที่ คู่สมรสจะต้องแสดงเจตนาที่จะสมรสต่อหน้านายทะเบียน โดยการแสดงเจตนาของคู่สมรสจะต้องถูกนำมาบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรในเอกสารของทางราชการเพื่อเป็นหลักฐานพิสูจน์สถานะของคู่สมรส ภูมิภาคหรือที่อยู่อาศัย และสัญชาติของคู่สมรส โดยนายทะเบียนจะต้องสอบถามว่าการสมรสนั้นไม่มีข้อบกพร่องใดๆ เพื่อให้การสมรสนั้นสมบูรณ์ และในบางครั้งอาจจะต้องขอหลักฐานอื่นเพื่อพิสูจน์ เช่น คำพิพากษาของศาลให้หย่า หรือ จะต้องมิใบรับรองว่าการสมรสนั้นไม่มีข้อห้ามใด ๆ ในกรณีที่เป็น การสมรสกับชาวต่างชาติ ในกรณีที่นายทะเบียนไม่เห็นด้วยการสมรส นายทะเบียนจะต้องปฏิเสธที่จะเข้าร่วมในพิธีแต่งงาน การตัดสินใจของนายทะเบียนชาญฉลาดสามารถอุทธรณ์ได้ ข้อกำหนดทั้งหมดนี้เป็นเงื่อนไขที่สำคัญ ซึ่งฝ่าฝืนข้อกำหนดเหล่านี้จะไม่เป็นการขัดขวางความสมบูรณ์ของการสมรส⁹⁵

สำหรับประเทศเยอรมัน ไม่มีการจัดเก็บข้อมูลเกี่ยวกับสถานะของบุคคลไว้เป็นศูนย์กลางอย่างประเทศฝรั่งเศส แต่กฎหมายกำหนดให้ชั้นทะเบียนสถานะของบุคคลทางแพ่งมี หนังสือทะเบียนการสมรส หนังสือทะเบียนการมรณะ และหนังสือทะเบียนครอบครัว โดยเฉพาะหนังสือทะเบียน

⁹⁴ Mary Ann Glendon, *State, Law, and Family: Family Law in Transition in the United States and Western Europe* (United States and Canada: Elsevier North-Holland, 1977), p. 49.

⁹⁵ Schwab, D., P. Gottwald, and Saskia Lettmaier, "Marriage Formalities" [ออนไลน์].

ครอบครัวจะรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับสถานะของบุคคลทางแพ่งไว้ ทั้งการเกิด การตาย การหย่า และการสมรสใหม่ไว้ ซึ่งช่วยในการตรวจค้นสถานะของบุคคล⁹⁶

3.2.3 ผลของการจดทะเบียนสมรส

ในการเฉลิมฉลองการสมรสในเยอรมันถือเป็นประเพณีปฏิบัติของพลเมืองก่อนที่จะมีการสมรส อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การสมรสไว้โดยเฉพาะ เช่น ความสามารถของคู่สมรส และแบบแห่งการสมรส โดยกฎหมายกำหนดให้การสมรสนั้น คู่สมรสจะต้องแสดงเจตนาที่จะสมรสต่อกันและกันและนายทะเบียนจะต้องเข้าร่วมการสมรสและจดทะเบียนสมรส ผลของการจดทะเบียนสมรส คือ การสมรสเกิดขึ้นตามกฎหมาย (มาตรา 1310 (3) ข้อ 1.) เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างสามีภริยาอันเป็นความสัมพันธ์ทางครอบครัวเกิดขึ้น ตามมาตรา 1353 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁹⁷ โดยความสัมพันธ์นี้มีผลผูกพันคู่สมรสไปตลอดที่ทั้งคู่ใช้ชีวิตด้วยกันและความสัมพันธ์เหล่านี้ยังคงดำเนินต่อไปแม้กระทั่งทั้งสองหย่ากันในภายหลัง กล่าวคือ แม้ว่าคู่สมรสทำการหย่า แต่หน้าที่บางประการของคู่สมรสยังคงอยู่ ตัวอย่างเช่น คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจต้องมีหน้าที่จ่ายค่าเลี้ยงชีพให้แก่คู่สมรสอีกฝ่ายหลังจากมีการหย่า เป็นต้น⁹⁸ ในทางตรงกันข้าม หากการสมรสใดไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอเพิกถอนการสมรสต่อศาลครอบครัว และการสมรสดังกล่าวจะถูกเพิกถอนเมื่อมีคำพิพากษาของศาลถึงที่สุด ตามมาตรา 1313 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

หากพิจารณาผลของการไม่จดทะเบียนสมรส พิจารณาได้ว่า เดิมกฎหมายครอบครัวเยอรมันได้กำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามแบบแห่งการสมรสไว้ว่าการการสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 17 ที่ได้กล่าวไป ต่อมา เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 1976 มีการแก้ไขปฏิรูปกฎหมายสมรสและครอบครัว

⁹⁶ Mary Ann Glendon, *State, Law, and Family: Family Law in Transition in the United States and Western Europe*, p. 59.

⁹⁷ *German Civil Code, Section 1353 Conjugal community*

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

(2) *A spouse is not obliged to comply with the demand of the other spouse to create the community if the demand shows itself as an abuse of his right or if the marriage has broken down.*

ที่มา German Civil Code (BGB) (ที่มา: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html) สืบค้นเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2564

⁹⁸ Schwab, D., P. Gottwald, and Saskia Lettmaier, "Marriage Formalities" [ออนไลน์].

ขึ้นเป็นครั้งแรกในเยอรมันตะวันตก⁹⁹ ในการปฏิรูปกฎหมายในครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะจัดการปัญหาทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการสิ้นสุดการสมรสให้เป็นระบบเดียวกัน¹⁰⁰ การเปลี่ยนแปลงครั้งนี้ทำให้ขอบเขตของเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลครอบครัว มีอำนาจในการพิจารณาคครอบคลุมการดำเนินการสร้างครอบครัวตั้งแต่ต้นจนจบ โดยเฉพาะการหย่า การสิ้นสุดการสมรส เนื่องมาจากการสมรสนั้นมีข้อบกพร่องหรือไร้ผล การกระทำการสมรสก่อให้เกิดสมรสหรือไม่ ก่อให้เกิดการสมรสตามกฎหมาย การกระทำที่ทำการสร้างความสัมพันธ์ทางครอบครัว และการกระทำที่ทำให้การสมรสนั้นสิ้นสุดลง¹⁰¹ ส่งผลให้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปัจจุบัน กล่าวถึงการสมรสที่ไม่ปฏิบัติตามแบบของการสมรสว่าการสมรสเหล่านั้นเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรส (Grounds of annulment) โดยไม่มีบทบัญญัติเรื่องโมฆะอีก ตามมาตรา 1314 ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติการเพิกถอนการสมรสเกิดขึ้นได้น้อยมากในปัจจุบัน¹⁰² แต่ในทางวิชาการ นักกฎหมายเยอรมันก็ยังคงแบ่งผลของการไม่ปฏิบัติตามแบบของการสมรส ทั้งหมด 2 กรณี โดยมีผลดังต่อไปนี้

1. การสมรสไม่เกิดขึ้น (Nichtehe)

ในกรณีการสมรสไม่เกิดขึ้น ไม่ปรากฏชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่จากทางตำราได้อธิบายถึงกรณีนี้ได้ว่าการสมรสไม่เกิดขึ้น (Nichtehe) ซึ่งหมายความว่าไม่เคยมีการสมรสที่ถูกต้องและไม่จำเป็นต้องมีกระบวนการเพิกถอนการสมรสในภายหลัง¹⁰³ โดยเกิดได้จาก 3 กรณีคือ

- ก. กรณีที่ไม่มีการจดทะเบียนสมรสจากนายทะเบียนสมรส (มาตรา 1310 (1))
- ข. กรณีที่บุคคลใดแสดงตนออกมาว่าตนมีหน้าที่ในการจดทะเบียนสมรส แต่ที่จริงแล้วบุคคลนั้นไม่ใช่ นายทะเบียน และได้เข้าร่วมพิธีสมรสเพื่อทำการจดทะเบียนสมรส (มาตรา 1310 (2))

⁹⁹ Max Rheinstein and Mary Ann Glendon, "West German Marriage and Family Law Reform" *Chicago Unbound* (1977): p. 519.

¹⁰⁰ Ibid., p. 549.

¹⁰¹ Ibid., p. 550.

¹⁰² European Judicial Network, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 04/06/2564. แหล่งที่มา: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-de-maximizeMS_EJN-en.do?member=1#toc_4

¹⁰³ E.J.Cohn, *Manual of German Law Volume I*, pp. 225-226.

ในกรณีที่บุคคลอื่นแปลกปลอมเป็นเจ้าของพนักงานหรือเจ้าพนักงานอื่นรับจดทะเบียน โดยที่ตนไม่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น หลอกหญิงไปหานายทะเบียนซึ่งความจริงเป็นบุคคลที่ปลอมตัวเป็นนายทะเบียนและทำการจดทะเบียนสมรสให้ไป กรณีเช่นนี้ถือว่าไม่มีการจดทะเบียนสมรส

ค. กรณีเรื่องพิธีสมรส คือ กรณีที่กฎหมายให้มีพยานสองคนหรือเจ้าพนักงานกล่าวว่า ตั้งแต่บัดนี้คู่สมรสเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายหรือจดทะเบียนสมรสในสมุดทะเบียนการสมรสนั้น เป็นเรื่องของ “พิธีสมรส” เป็นเรื่องที่บังคับให้เจ้าพนักงานกระทำเท่านั้น ถ้าไม่กระทำตามนั้นก็ไม่ได้ทำให้เป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรส แต่การสมรสนั้นไม่เกิดขึ้นตามมาตรา 1312

อย่างไรก็ดี หากการแสดงเจตนาสมรสไม่ได้ทำต่อหน้านายทะเบียน แต่นายทะเบียนลงชื่อในทะเบียนสมรสหรือทะเบียนครอบครัว (มาตรา 1310 (3) ข้อ 2.) หรือนายทะเบียนได้รับแจ้งจากคู่สมรสว่ามีกฎหมายครอบครัวซึ่งกำหนดให้การสมรสดังกล่าวสมบูรณ์และคู่สมรสจะขอรับใบรับรองการสมรสตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติตามกฎหมายก็ได้ (มาตรา 1310 (3) ข้อ 3.) ทั้งนี้ คู่สมรสอยู่กินฉันสามีภริยาเรื่อยมาอย่างน้อย 10 ปี (5 ปีสำหรับคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย) กรณีนี้ถือว่าเป็นการสมรสตามกฎหมาย ตามมาตรา 1310 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

2. การสมรสยังคงมีผลอยู่เว้นแต่มีการร้องขอให้เพิกถอนการสมรส ¹⁰⁴

โดยปกติแล้ว การจัดงานฉลองการสมรสจะถูกดำเนินการโดยเตรียมการต่อหน้านายทะเบียน ท้องที่ คู่สมรสจะต้องแสดงเจตนาที่จะสมรสต่อหน้านายทะเบียน โดยการแสดงเจตนาของคู่สมรสจะต้องถูกนำมาบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรในเอกสารของทางราชการเพื่อเป็นหลักฐานพิสูจน์สถานะของคู่สมรส ภูมิลำเนาหรือที่อยู่อาศัย และสัญชาติของคู่สมรส โดยนายทะเบียนจะต้องสอบถามว่าการสมรสนั้นไม่มีข้อบกพร่องใดๆ เพื่อให้การสมรสนั้นสมบูรณ์ และในบางครั้งอาจจะต้องขอหลักฐานอื่นเพื่อพิสูจน์ เช่น คำพิพากษาของศาลให้หย่า หรือ จะต้องมีใบรับรองว่าการสมรสนั้นไม่มีข้อห้ามใดๆ หากเป็นการสมรสกับชาวต่างชาติ ส่วนกรณีที่นายทะเบียนไม่เห็นด้วยกับการสมรส นายทะเบียนจะต้องปฏิเสธที่จะเข้าร่วมในพิธีแต่งงาน การตัดสินใจของนายทะเบียนนี้ ชายหญิงสามารถอุทธรณ์ได้ ข้อกำหนดทั้งหมดนี้เป็นเงื่อนไขที่สำคัญ ซึ่งฝ่าฝืนข้อกำหนดเหล่านี้จะไม่เป็นการขัดขวางความสมบูรณ์ของการสมรส ¹⁰⁵ เท่ากับว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์

¹⁰⁴ Schwab, D., P. Gottwald, and Saskia Lettmaier, "Marriage Formalities" [ออนไลน์].

¹⁰⁵ Ibid.

อนึ่ง ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การที่นายทะเบียนจะปฏิเสธไม่เห็นด้วยกับการสมรสนั้นจะต้องเป็นกรณีที่ปรากฏได้อย่างชัดเจนว่าการสมรสนั้นมีลักษณะที่เป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรส เพราะฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1314 (2) ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 1310 (1) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

แต่อย่างไรก็ดี การสมรสที่ไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรา 1311 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หรือวิธีการเปล่งวาจาในพิธีสมรส กล่าวคือ คู่สมรสทั้งสองฝ่ายไม่มีการแสดงเจตนาสมรสต่อหน้า นายทะเบียนในเวลาเดียวกัน เดิมกฎหมายกำหนดว่าผิดแบบเป็นโมฆะ แต่ปัจจุบันกฎหมายกำหนดให้เป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรส ตามมาตรา 1314 แต่กฎหมายก็มีระยะเวลาให้การสมรสสมบูรณ์ได้ อันเป็นข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1315¹⁰⁶ คู่สมรสไม่สามารถเพิกถอนการสมรสดังกล่าวได้ กล่าวคือ คู่สมรสได้อยู่กินฉันสามีภริยาเป็นเวลา 5 ปี หลังจากการสมรส หรือในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอยู่กันจนกระทั่งตายจากกัน แต่ต้องไม่น้อยกว่า 3 ปี ทั้งนี้ เว้นแต่จะขอยื่นฟ้องขอให้แสดงว่าเป็นโมฆะก่อนกำหนด 5 ปี ในกรณีดังกล่าว ผู้ยื่นฟ้อง อันได้แก่พนักงานอัยการ คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ถ้าการสมรสสิ้นสุดลงแล้ว ห้ามไม่ให้พนักงานอัยการฟ้องขอให้เพิกถอนการสมรส ถ้าคู่สมรสตายทั้งสองฝ่าย จะฟ้องขอให้เพิกถอนการสมรสอีกไม่ได้

การสมรสที่เป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรส ตามมาตรา 1314 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กล่าวคือ หากมีการร้องขอให้เพิกถอนการสมรส การสมรสนั้นย่อมถูกลบล้างตั้งแต่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด (มาตรา 1313) แต่ในกรณีนี้ไม่รวมกรณีที่ไม่มีการกระทำใด ๆ ที่เป็นการแสดงเจตนาเลย เพราะกรณีนี้เท่ากับว่าการสมรสไม่เกิดขึ้น (การสมรสไม่มีอยู่เลย) แต่อย่างไรก็ดี เจตนาภายในแม้ไม่ได้ปรากฏออกมาโดยการประกาศของคู่สมรสก็ไม่มีผลกระทบต่อผลของการสมรสของพวกเขา หลังจากที่คู่สมรสได้ลั่นวาจาออกมาว่าจะสมรส นายทะเบียนก็จะประกาศอย่างเป็นทางการว่าพวกเขาได้เป็นสามีภริยาถูกต้องตามกฎหมาย นายทะเบียนจะบันทึกการสมรสนี้

¹⁰⁶ Section 1315 Exclusion of annulment

(2) An annulment of the marriage is further excluded

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

ไว้ในใบทะเบียนสมรส ตามมาตรา 15 ของกฎหมายทะเบียนสถานะบุคคล¹⁰⁷ (Personal Status Act (PStG), § 15)

นอกจากนี้ ผลของการเพิกถอนการสมรสมีผลตั้งแต่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด ไม่อนุญาตให้การสมรสที่เป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรสมีผลย้อนหลังไปตั้งแต่สมรส ดังนั้น แม้ว่าได้รับความเสียหายจากข้อบกพร่องในขณะสมรส การสมรสนั้นก็ยังสมบูรณ์อยู่ เพียงแต่อาจถูกเพิกถอนการสมรสได้ในภายหลัง และอาจมีผลต่อไปในอนาคต

ผลของการเพิกถอนการสมรสตามกฎหมายเยอรมัน มีดังต่อไปนี้

- ก. ต้องให้ศาลแสดงว่าการสมรสนั้นมีเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรส
- ข. การสมรสจะสิ้นสุดลงเมื่อศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด ดังนั้น ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาว่าการสมรสนั้นเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรสก็ต้องถือว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์ ผู้ใดที่ต้องการร้องขอให้ศาลเพิกถอนการสมรสจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย¹⁰⁸ เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนการสมรสแล้ว คำพิพากษานี้ใช้ยื่นต่อบุคคลทุกคนได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าเป็นคู่กรณีหรือไม่
- ค. สำหรับบุตรนั้นให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ถ้าหากว่าการสมรสนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว บุตรนั้นจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมาย ส่วนสิทธิที่จะเลี้ยงดูบุตรนั้นให้นำบทบัญญัติเรื่องหย่ามาใช้บังคับโดยอนุโลม¹⁰⁹ โดยมาตรา 1570 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดให้ คู่สมรสที่หย่าร้างกันอาจเรียกร้อยค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรจากอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเวลาอย่างน้อย

¹⁰⁷ Schwab, D., P. Gottwald, and Saskia Lettmaier, "Marriage Formalities" [ออนไลน์].

¹⁰⁸Section 1313 (Annulment by judicial decision)

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

¹⁰⁹ Section 1318 Consequences of annulment

- (1) *The consequences of the annulment of a marriage are determined only in the following cases by the provisions on divorce.*

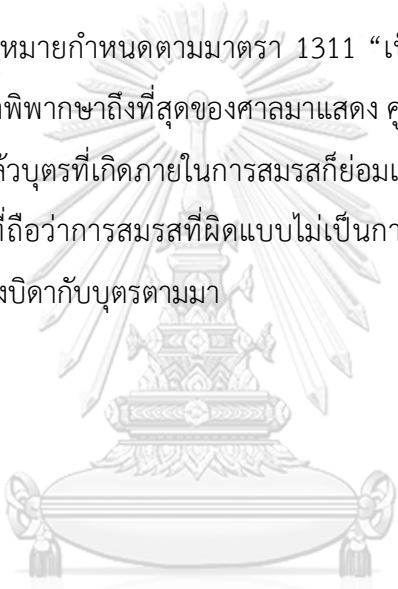
...

The provisions on maintenance by reason of the care or upbringing of a child of the spouses also apply here, with the necessary modifications, to the extent that a refusal of maintenance would be grossly inequitable with regard to the concerns of the child.

3 ปีหลังจากคลอด ระยะเวลาในการเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูดังกล่าวสามารถขยายออกไปเท่าที่จะเป็นไปได้โดยค่าอุปการะเลี้ยงดูเป็นจำนวนเงินเท่าใดให้คำนึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กเป็นสิ่งสำคัญ¹¹⁰

ง. สำหรับบุคคลภายนอกนั้น ในกรณีสมรสในขณะที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว (สมรสซ้อน) การสมรสนั้นย่อมเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรส ในระหว่างการสมรสนั้นถ้าคู่สมรสทำนิติกรรมกับบุคคลภายนอกให้นำบทบัญญัติในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สินของสามีภริยามาใช้บังคับเท่าที่จำเป็นและเป็นธรรมที่สุดต่อบุคคลภายนอก¹¹¹

โดยสรุปแล้วกฎหมายของเยอรมัน ถือว่าการสมรสที่ได้จดทะเบียนต่อหน้านายทะเบียนสมรสแต่ไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 1311 “เป็นการสมรส” ที่อาจถูกเพิกถอนได้ในภายหลัง โดยจะต้องมีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลมาแสดง คู่สมรสไม่สามารถเพิกถอนการสมรสได้เอง และเมื่อศาลแสดงแล้วบุตรที่เกิดภายในการสมรสก็ย่อมเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา ไม่เหมือนกับกรณีที่ถือว่าการสมรสที่ผิดแบบไม่เป็นการสมรสเลย เพื่อให้มีความคุ้มครองในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตรตามมา



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹¹⁰ Section 1570 (Maintenance to care for a child)

(1) A divorced spouse may demand maintenance from the other, for the care for or upbringing of a child of the spouses, for at least three years after the birth. The duration of the claim to maintenance is extended as long as and to the extent that this is equitable. Here, the concerns of the child and the existing possibilities of childcare are to be taken into account.

(2) The duration of the maintenance claim is further extended if, taking into account the arrangement of childcare and gainful employment in the marriage and the duration of the marriage, this is equitable.

¹¹¹ Section 1318 Consequences of annulment

(3) Sections 1363 to 1390 and section 1587 apply, with the necessary modifications, to the extent that this would not be grossly inequitable with regard to the circumstances when the marriage is entered into or in the case of a breach of section 1306 with regard to the concerns of the third person.

ในปัจจุบันกฎหมายกำหนดเหตุของความไม่สมบูรณ์ของการสมรส (Grounds of annulment) ปรากฏไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1314 ¹¹² และกำหนดผลที่ตามมาของความไม่สมบูรณ์ของการสมรส (Consequences of annulment) ในมาตรา 1318 ¹¹³

¹¹² German Civil Code, Section 1314 Grounds of annulment

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

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

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

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

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

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

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

¹¹³ Section 1318 Consequences of annulment

“(1) The consequences of the annulment of a marriage are determined only in the following cases by the provisions on divorce.

(2) The provisions of sections 1569 to 1586b apply with the necessary modifications

1. in favour of a spouse who, in the case of a breach of sections 1303, 1304, 1306, 1307 or section 1311, or in the cases of section 1314 (2) no. 1 or 2, did not when the marriage was entered into know that the marriage was voidable, or who has been deceived or threatened, in the cases of section 1314 (2) no. 3 or 4, by the other spouse or with his knowledge;

2. in favour of both spouses in the case of a breach of section 1306, 1307 or section 1311, if both spouses knew of the voidability; this does not apply in the case of a breach of section 1306, to the extent that the claim of a spouse to maintenance would adversely affect a corresponding claim of the third person.

ดังนั้น กรณีที่จะทำให้การสมรสอาจถูกเพิกถอนเพราะไม่ได้กระทำตามแบบของการสมรส มีอยู่ 2 กรณี คือ

1) คู่สมรสทั้งสองฝ่ายต้องมาหาหน้าทะเบียน กรณีนี้หมายความว่า จะให้ผู้อื่นมาเป็นตัวแทน เพื่อแสดงเจตนาแทนไม่ได้

2) กรณีวิธีการแปลงวาจาในพิธีสมรสคือเจ้าพนักงานทะเบียนจะต้องถามความประสงค์ของผู้ที่จะสมรสต่อหน้าพยานสองคน ซึ่งผู้ที่จะสมรสแปลงวาจาตอบรับเพื่อแสดงเจตนาว่าเต็มใจจะทำการสมรสกัน ซึ่งให้นายทะเบียนถามความสมัครใจของผู้ที่จะทำการสมรสเสียก่อน ในกรณีที่สองนี้ ก็หมายความว่า การแสดงเจตนาจะกระทำการสมรสจะกระทำโดยมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดมิได้ เช่น ให้ปลูกเรือนหอเสร็จก่อนจึงจะเป็นสามีภริยากันหรือกำหนดวันที่จะเป็นสามีภริยากันไว้ล่วงหน้า

ทั้งสองกรณีนี้เท่านั้นถือเป็นหนึ่งในแบบของการสมรส ถ้าละเว้นเสียการสมรสนั้นก็เสียไป ส่วนการที่กฎหมายให้มีพยานสองคนหรือที่เจ้าพนักงานกล่าวว่าตั้งแต่บัดนี้คู่สมรสเป็นสามีภริยากัน ตามกฎหมายหรือจดทะเบียนสมรสในสมุดทะเบียนการสมรสนั้นเป็นเรื่องของพิธีสมรสที่บังคับให้เจ้าพนักงานกระทำเท่านั้น ถ้าไม่กระทำตามนั้นก็ไม่ทำให้การสมรสเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรส

จากที่ได้กล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นได้ว่า กฎหมายครอบครัวเยอรมันยึดถือหลักการสมรส เช่นเดิมมาตลอด โดยกฎหมายครอบครัวเยอรมันแบ่งแบบของการสมรสออกเป็น 3 ระยะ คือ

The provisions on maintenance by reason of the care or upbringing of a child of the spouses also apply here, with the necessary modifications, to the extent that a refusal of maintenance would be grossly inequitable with regard to the concerns of the child.

(3) Sections 1363 to 1390 and section 1587 apply, with the necessary modifications, to the extent that this would not be grossly inequitable with regard to the circumstances when the marriage is entered into or in the case of a breach of section 1306 with regard to the concerns of the third person.

(4) Sections 1568a and 1568b apply with the necessary modifications; here, particular account is to be taken of the circumstances when the marriage is entered into, and in the case of a breach of section 1306 of the concerns of the third person.

(5) Section 1931 does not apply in favour of a spouse who, in the case of a breach of sections 1304, 1306, 1307 or section 1311 or in the case of section 1314 (2) no. 1, knew when the marriage was entered into that the marriage was voidable."

1) แบบของการสมรสหรือการจดทะเบียนสมรส 2) พิธีสมรส และ 3) เขตอำนาจของเจ้าพนักงานทะเบียนสมรส ซึ่งการสมรสส่วนใหญ่จะทำพิธีทั้งตามกฎหมายบ้านเมืองและทางศาสนา โดยผลของการปฏิบัติตามเงื่อนไขของการสมรสและการสมรสนั้นมีการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย คือ การสมรสนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี การไม่ปฏิบัติตามแบบของการสมรสที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1312 กฎหมายเยอรมันย่อมส่งผลของการสมรสที่แตกต่างกันไป

3.3 การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

3.3.1 ความเป็นมาของการจดทะเบียนสมรส

ความเป็นมาเรื่องการสมรสของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (ในที่นี่ขอกล่าวชื่อโดยย่อว่า “ฝรั่งเศส”) ในอดีตเป็นเรื่องของทางศาสนา โดยศาสนาที่ประชาชนส่วนใหญ่นับถือได้แก่ ศาสนาคริสต์ ฝ่ายคริสตจักรมีอิทธิพลสูงสุดในการควบคุมการดำรงชีวิตประจำวันของประชาชน¹¹⁴ การสมรสจึงไม่ใช่สัญญาที่ฝ่ายบ้านเมืองจะออกกฎหมายก้าวก่ายจัดการได้ โดยมีคำสอนว่ามนุษย์ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามบัญชาของพระเจ้าในการแพร่เผ่าพันธุ์ และการสมรสเมื่อกระทำพิธีในโบสถ์ เท่ากับว่าชายหญิงแสดงความยินยอมในการทำการสมรสต่อหน้าพระเจ้าแล้ว แม้อ้อมามนุษย์อยู่ด้วยกันอย่างไม่มีความสุขอีก มนุษย์ก็ไม่มีสิทธิที่จะตัดสินใจแยกกันอยู่เอง การสมรสไม่แต่เพียงก่อให้เกิดภาระหน้าที่เท่านั้น แต่ยังสร้างฐานะสามีภรรยาและครอบครัวอันเป็นฐานที่สำคัญที่สุดของสังคม จึงเป็นเรื่องที่อยู่เหนือเจตนาของคู่สมรส และเหนือกฎหมายบ้านเมือง¹¹⁵

ต่อมาหลังสมัยกลาง เริ่มเกิดการต่อต้านอำนาจของคริสตจักรอันมีผลทำให้ศาสนจักรเสื่อมอำนาจลง เกิดการโต้แย้งคำสอนของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงหลักการของกฎหมายศาสนา การสมรสมิได้มีความศักดิ์สิทธิ์หรือเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะที่ว่าชายหญิงแสดงความยินยอมในการทำการสมรสต่อหน้าพระเจ้าอีก จนกระทั่งในยุคปฏิวัติฝรั่งเศส (French Revolution) ส่งผลกระทบให้เกิดการเปลี่ยนแปลงฝรั่งเศสทั้งในทางการเมือง การปกครอง เศรษฐกิจ และสังคมทั้งหมด รวมถึงการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ ปี 1791 มาตรา 7 กำหนด

¹¹⁴ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 13.

¹¹⁵ Benoit Laplante, "From France to the Church: The Generalization of Parish Registers in the Catholic Countries," Journal of Family History 44, 1 (2019): 28-29.

ว่า “ กฎหมายถือว่าการสมรสเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งรูปแบบหนึ่งเท่านั้น”¹¹⁶ อันเป็นการแยก การสมรสออกจากอำนาจของศาสนจักร นอกจากนี้ นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1804 เป็นต้นมา ประเทศ ฝรั่งเศสประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งบัญญัติให้การสมรสต้องปฏิบัติตามกฎหมายบ้านเมือง โดยฝ่ายรัฐบาลเป็นผู้มีอำนาจในการออกกฎหมาย และไม่ยอมรับผลทางกฎหมายของพิธีสมรสทาง ศาสนา¹¹⁷ กล่าวคือ แม้มีการสมรสตามพิธีสมรสทางศาสนา การสมรสจะสมบูรณ์ตามหลักพิธีทาง ศาสนาเท่านั้น ซึ่งถ้าต้องการให้การสมรสมีผลในทางกฎหมายจะต้องมีการจดทะเบียนตามรูปแบบ ที่รัฐเป็นผู้กำหนด ปัจจุบันแนวปฏิบัติเรื่องการสมรสตามกฎหมายของฝรั่งเศส มีขั้นตอนการสมรส มีดังต่อไปนี้

1. ขั้นตอนปฏิบัติก่อนการสมรส

ในขนบธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติตามกฎหมายศาสนาของฝรั่งเศส การสมรสจะต้องมี การประกาศแจ้งล่วงหน้าว่าจะมีการสมรสเกิดขึ้น โดยการประกาศนี้เป็นการประกาศต่อสาธารณชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการแจ้งให้สังคมรับรู้ว่าในชุมชนของตนนั้นจะมีการสร้างครอบครัวเกิด ขึ้นมาใหม่ 1 ครอบครัวและเพื่อเป็นการให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมีโอกาสได้คัดค้านการสมรสที่จะเกิดขึ้น หรือคัดค้านการจดทะเบียนสมรสของนายทะเบียน¹¹⁸

การประกาศแจ้งการสมรสจะต้องติดประกาศไว้ที่ประตูของศาลาว่าการของเมืองเป็น ระยะเวลา 10 วันต่อเนื่องกันก่อนวันเริ่มพิธีสมรส โดยสถานที่นี้เป็นสถานที่ที่จะจัดให้มีพิธีการสมรส ขึ้นในอนาคต รวมทั้งเป็นสถานที่ที่เป็นภูมิลำเนาปัจจุบันของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยปกติแล้ว จะทำการสมรสในเมืองที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาศัยอยู่ล่วงหน้ามาก่อนอย่างน้อย 1 เดือน¹¹⁹ หรือ สถานที่ที่อยู่อาศัยของคู่สมรสในอนาคต อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การสมรสนั้นมีเหตุการณเร่งด่วน (คู่สมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจป่วยใกล้เสียชีวิต) อาจได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐในเขตท้องที่ของตน

¹¹⁶ *The Constitution of 1791 Article 7, “The law considers marriage only as a civil contract”*

ที่มา The Constitution of 1791 (ที่มา: <https://wp.stu.ca/worldhistory/wp-content/uploads/sites/4/2015/07/French-Constitution-of-1791.pdf>) : สืบค้นเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2564

¹¹⁷ John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, 2 ed. (United Kingdom: Oxford University Press 2008), p. 245.

¹¹⁸ Jean Carbonnier, *Droit Civil Tome 2 La Famille*, 14 ed. (France: Presses universitaires de France, 1991), p. 82.

¹¹⁹ Bell, J., S. Boyron, and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, p. 245.

ในการที่จะยกเว้นการประกาศแจ้งการสมรสต่อสาธารณชนตามที่กฎหมายกำหนด หรือได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามระยะเวลาภายใน 10 วันก็ได้ ส่วนการกำหนดระยะเวลา 10 วัน เป็นการเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านการสมรสที่ได้ประกาศแจ้งไว้ดังกล่าว¹²⁰

อนึ่ง การประกาศแจ้งการสมรส จะต้องเปิดเผยชื่อ อาชีพ ภูมิลำเนาและที่อยู่อาศัยในอนาคตของคู่สมรสซึ่งการประกาศนี้เป็นกระบวนการเพื่อยืนยันถึงสถานภาพของคู่สมรสต่อสาธารณชน นอกจากนี้ คู่สมรสทั้งสองจะต้องมีใบรับรองแพทย์ที่พิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าทั้งสองผ่านการตรวจสุขภาพก่อนที่จะมีการสมรสไม่เกิน 2 เดือน เพื่อรับรองว่าคู่สมรสแต่ละฝ่ายได้รับการตรวจร่างกายสำหรับการสมรสแล้ว อย่างไรก็ตาม ผลของการตรวจร่างกายไม่เป็นเหตุขัดขวางการสมรส ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ การจัดพิธีสมรสเป็นพิธีที่ต้องเผยแพร่ต่อสาธารณชน ดังนั้น การสมรสจะต้องกระทำต่อหน้าพยานอย่างน้อย 2 คน และมากที่สุด 4 คน เมื่อการสมรสได้กระทำการตามที่กฎหมายทางแพ่งที่รัฐกำหนดแล้ว คู่สมรสสามารถจัดพิธีสมรสทางศาสนาอีกก็ได้ โดยกรณีนี้ไม่ต้องจัดพิธีในสถานที่ที่มีการสมรสก่อนหน้านี้¹²¹

ขั้นตอนสุดท้ายก่อนที่จะมีพิธีสมรส ทั้งชายและหญิงจะต้องส่งสูติบัตร (Birth Certificate) ให้แก่เจ้าหน้าที่ที่จะทำการสมรส ซึ่งในสูติบัตรจะระบุถึงข้อมูลเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลนั้นไว้ เช่น เคยมีการสมรสก่อนหน้านี้หรือไม่ ชื่อคู่สมรสเดิมเป็นต้น และถ้าไม่มีข้อมูลเหล่านี้ก็จะต้องมีพยานอย่างน้อย 3 คน ให้การรับรอง¹²²

2. พิธีสมรส

การสมรสในประเทศฝรั่งเศสมีพิธีการมาก ซึ่งสามารถเปรียบเทียบกับพิธีทางศาสนา โดยจะมีเจ้าหน้าที่พิธีการ (Officier d'état civil) เป็นผู้ทำพิธีสมรส คู่สมรสจะต้องแสดงว่ามีสัญญาสมรสต่อกันหรือไม่และสาบานต่อกันถึงการร่วมชีวิตสมรส รูปแบบของการจัดพิธีสมรสได้อธิบาย

¹²⁰ F.H. Lawson, A.E. Anton, and L. Neville Brown, Amos and Walton's Introduction to French Law Third Edition, 3ed. (Oxford: Clarendon Press, 1967), p. 61.

¹²¹ Bell, J., S. Boyron, and Simon Whittaker, Principles of French Law, p. 246.

¹²² Observing Leslie Webpage, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 29/05/2564. แหล่งที่มา: <https://observingleslie.com/magazine/our-civil-marriage-in-france>

ในบทบัญญัติมาตรา 75¹²³ ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส อันเป็นหัวใจของการสมรส¹²⁴ โดยจะต้องประกอบด้วย ใบบันทึกทางทะเบียนที่ออกโดยนายทะเบียนที่มีอำนาจในการจดทะเบียนสมรส ซึ่งคู่สมรสจะต้องแสดงเจตนายินยอมต่อหน้านายทะเบียนว่าทั้งสองมีความประสงค์จะผูกพันกันเป็นสามีและภริยาตามกฎหมาย ต่อจากนั้น นายทะเบียนจะประกาศออกมาว่าคู่สมรสได้ทำการสมรสกันและเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายแล้ว แต่อย่างไรก็ดี ในความเป็นจริงแล้ว ไม่เพียงแต่นายทะเบียนกล่าวรับรองการสมรสของคู่สมรสเท่านั้น ในความเป็นจริงการสมรสนั้นจะสมบูรณ์ได้เมื่อมีการลงนามเป็นลายลักษณ์อักษรของคู่สมรสและของนายทะเบียนลงในใบทะเบียนสมรส หรือเรียกว่า การจดทะเบียนสมรส การสมรสนั้นจึงจะสมบูรณ์¹²⁵

3.3.2 ลักษณะของการจดทะเบียนสมรส

กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้มีการจดทะเบียนสมรส และมีการจัดเก็บข้อมูลการจดทะเบียนสมรสที่เป็นระบบรวมที่ศูนย์กลาง ซึ่งบุคคลใด ๆ สามารถตรวจสอบได้ และยังเป็นแหล่งข้อมูลเกี่ยวกับสถานภาพของบุคคล เช่น การเกิด การตาย การสมรส การหย่า เป็นต้น ในเรื่องแบบของการสมรสตามกฎหมายฝรั่งเศสถือว่ามีความจำเป็นเพราะแบบของการสมรสเพราะเป็นหลักฐานที่ใช้พิสูจน์ถึงความมีอยู่ของการสมรสโดยตรง

¹²³ *The French Civil Code, Art. 75* “On the day specified by the parties, after the period of public notice, the officer of civil status, at the town hall, in the presence of two witnesses at least or four at the most, relative or not of the parties, shall read Articles 212, 213 (paragraphs 1 and 2), 214 (paragraph 1) and 315 (paragraph 1) of this Code to the future spouses. “Article 371-1 must also be read”.

...

Mention shall be made of this in the record of marriage.

The officer of civil status shall ask the future spouses and, if they are minors, their ascendants present at the celebration and authorizing the marriage, to declare whether an antenuptial agreement has been made and, in the affirmative, the date of that contract and the name and place of residence of the notaire who received it.

ที่มา The French Civil Code (ที่มา: <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf>) : สืบค้นเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2564

¹²⁴ Jean Carbonnier, *Droit Civil Tome 2 La Famille*, p. 84.

¹²⁵ Lawson, F. H., A. E. Anton, and L. Neville Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law Third Edition* p. 62.

หากพิจารณาเรื่องลักษณะของการจดทะเบียนสมรส จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าในเรื่องการจดทะเบียนสมรสเป็นหนึ่งในเงื่อนไขของการสมรส ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขการสมรสมีปัจจัยที่ต้องพิจารณาที่เป็นรูปธรรมได้ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

1. องค์ประกอบที่เกี่ยวกับทางชีวภาพของมนุษย์ เป็นเงื่อนไขการสมรสที่เป็นไปตามธรรมชาติของมนุษย์ เช่นเรื่อง เพศ อายุ หรือที่เกี่ยวกับสุขภาพของคู่สมรส ¹²⁶

2. องค์ประกอบเกี่ยวกับจิตใจของคู่สมรส อันเป็นเรื่องทางจิตใจของแต่ละปัจเจกบุคคล การสมรสเป็นเรื่องของการที่ชายหญิงแสดงเจตนาโดยสมัครใจว่าจะผูกพันตนเป็นสามีภริยากันในอนาคต การให้ความยินยอมที่สมรสของคู่สมรสเท่านั้นที่จะทำให้การสมรสเกิดขึ้น ส่วนเรื่องของหมั้นหรือสินสอด เรือนหอ ไม่ได้ทำให้การสมรสเกิดขึ้นมาได้ ¹²⁷

3. องค์ประกอบของการสมรสในเรื่องของสังคมวิทยา ในการพิจารณาบทบาทของสังคมวิทยากับการสมรสพบว่า สภาพแวดล้อมทางสังคมทำให้เกิดข้อจำกัดหรือข้อห้ามในการสมรส และกำหนดพิธีการสมรสให้เป็นไปตามพิธีกรรมทางศาสนา เช่น การกำหนดข้อห้ามในการสมรส เช่น การสมรสระหว่างบุคคลที่มีสายโลหิตเดียวกัน การสมรสแบบมีสามีหรือภริยาได้หลายคน การกำหนดระเบียบปฏิบัติและพิธีสมรส ทั้งนี้ การจดทะเบียนสมรส เป็นหนึ่งในเรื่องของการปฏิบัติตามพิธีสมรส จะต้องปฏิบัติต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ การสมรสนั้นจึงสมบูรณ์ ¹²⁸ เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของพิธีสมรสสามารถแยกพิจารณาได้สองกรณี ดังนี้

3.1 การจดทะเบียนสมรส

การจดทะเบียนสมรส เป็นหลักฐานการสมรสที่เป็นเครื่องพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องระหว่างตัวคู่สมรสด้วยกันหรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดาบุตร โดยหลักฐานการสมรสนี้จะเป็นเครื่องพิสูจน์ความชอบด้วยกฎหมายในความสัมพันธ์ของบิดามารดา ในกรณีนี้สามารถอธิบายโดยละเอียด กล่าวคือ

ก. คู่สมรสที่ทำการสมรสตามกฎหมายและจดทะเบียนสมรส จะได้รับการพิสูจน์เบื้องต้นว่าเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย และการสมรสนี้ไม่ใช่การสมรสซ้อน หลักการในเรื่องนี้

¹²⁶ Jean Carbonnier, *Droit Civil Tome 2 La Famille*, p. 54.

¹²⁷ Ibid., p. 57.

¹²⁸ Ibid., pp. 76-84.

มีความหมายว่า การสมรสตามที่กฎหมายรับรองได้นั้นจะต้องเป็นการสมรสที่มีการจดทะเบียนสมรส โดยถูกต้องตามกฎหมายและเป็นไปตามระเบียบปฏิบัติและพิธีสมรสตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการจดทะเบียนสมรสเป็นการบันทึกทางทะเบียนเกี่ยวกับสถานะบุคคลทางแพ่ง

แต่อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตที่ว่าในแบบของการจดทะเบียนสมรสจะมีข้อกำหนดไว้ล่วงหน้าอย่างสมเหตุสมผล เพราะการสมรสเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง (juristic act) ที่คู่สมรสต่างฝ่ายต่างแสดงเจตนาของตนเองประสงค์จะทำการสมรสขึ้น และหลังจากมีการสมรสตามกฎหมายแล้วก็จะทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สมรสตามมานอกจากนี้ การที่กฎหมายกำหนดให้มีการจดทะเบียนสมรสก็เพื่อต้องการที่จะแยกการสมรสที่อยู่กันฉันสามีภริยากับการสมรสที่มีการจดทะเบียนสมรสออกจากกัน อันเป็นข้อพิสูจน์ในช่วงสมัยก่อนที่ต้องการขจัดความสงสัยระหว่างการสมรสที่จดทะเบียนสมรสกับการสมรสที่อยู่กันฉันสามีภริยาว่ามีความแตกต่างกันอย่างไร และผลตามมาเป็นอย่างไร สุดท้ายแล้วความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาย่อมเกิดขึ้นหลังจากมีการจดทะเบียนสมรส ลำพังเพียงการประกาศแจ้งการสมรสต่อหน้าสาธารณชนก็ไม่สามารถพิสูจน์ว่าการสมรสนั้นเกิดขึ้นสมบูรณ์ได้¹²⁹

ข. การจดทะเบียนสมรสมีประโยชน์กับเด็กที่เกิดจากการสมรส เพราะสามารถพิสูจน์ได้ว่าการสมรสดังกล่าวเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ อันก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดาและบุตรตามมา ซึ่งกรณีนี้เองการจดทะเบียนสมรสซึ่งเป็นการจดทะเบียนสถานภาพทางแพ่งจึงเป็นวิธีที่คุ้มครองเด็กได้ดีที่สุด¹³⁰

3.2 การจดทะเบียนสมรสต้องกระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ

ตามบทบัญญัติมาตรา 165 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กำหนดว่า การจดทะเบียนสมรสของฝรั่งเศส กฎหมายกำหนดให้ การสมรสนั้นจะต้องได้รับการเฉลิมฉลองต่อหน้านายทะเบียนในเขตที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ของตน ณ วันที่มีการแจ้งให้ทราบโดยสาธารณะตามมาตรา 63 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และในกรณีที่มีการแจกจ่ายหนังสือแจ้ง

¹²⁹ Ibid., p. 86.

¹³⁰ Ibid.

ให้สาธารณชนทราบ ให้ระบุวันที่แจกหนังสือแจ้งตามที่ระบุไว้ในมาตรา 169 ด้านล่าง ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส¹³¹

การสมรสนั้นไม่เพียงแต่จะต้องกระทำที่สำนักทะเบียนราษฎร แต่จะต้องกระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจด้วยเช่นกัน โดยกฎหมายกำหนดเรื่องเขตอำนาจของนายทะเบียน 2 ประการ คือ ประการแรก นายทะเบียนที่ทำการสมรสนั้นมีอำนาจในการจัดพิธีสมรสได้เฉพาะในเขตท้องที่ของตนเอง และประการที่สอง นายทะเบียนสมรสมีอำนาจจัดพิธีสมรสในท้องที่ที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความเกี่ยวข้องกับท้องที่นั้น หรือจะมีการอาศัยอยู่ในท้องที่นั้นต่อไปในอนาคต ซึ่งในกรณีนี้เขตอำนาจของนายทะเบียนสมรส โดยส่วนใหญ่ก็มาจากการที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในท้องที่นั้นหรือคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาศัยอยู่ในท้องที่เป็นระยะเวลามาแล้ว 1 เดือน¹³²

อย่างไรก็ดี ผลจากการสมรสต่อหน้านายทะเบียนผู้ไม่มีเขตอำนาจมีผลทำให้การสมรสนั้นถูกเพิกถอนได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 191¹³³ แต่การสมรสที่จะถูกเพิกถอนได้ต่อเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะ เช่นเดียวกับกรณีการสมรสที่เกิดจากกลฉ้อฉลและข่มขู่ ดังนั้น หากไม่มีการฟ้องต่อศาลขอให้การสมรสเป็นโมฆะ การสมรสนั้นก็ยังสมบูรณ์อยู่¹³⁴ ส่วนบุตรที่เกิดมากฎหมายให้ความคุ้มครองในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรด้วยเช่นกัน โดยบุตรที่เกิดจากการสมรสที่เป็นโมฆะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น¹³⁵

¹³¹ *The French Civil Code, Art 165* “Marriage shall be celebrated publicly before the officer of civil status of the commune where one of the spouses has his domicile or his residence at the date of the public notice provided for by Article 63 and, in the event of dispensation of public notice, at the date of the dispensation provided for by Article 169 below”.

¹³² Jean Carbonnier, *Droit Civil Tome 2 La Famille*, pp. 84-85.

¹³³ *The French Civil Code, Art. 191* “A marriage which was not publicly contracted and which was not celebrated before the competent public officer, may be attacked by the spouses themselves, by the father and mother, by the ascendants and by all those having a vested and present interest, as well as by the Government procurator.”

¹³⁴ *The French Civil Code, Art. 196* “Where there is an apparent status and the record of celebration of the marriage before the officer of civil status is produced, the spouses have respectively no standing to sue for the annulment of that record.”

¹³⁵ Jean Carbonnier, *Droit Civil Tome 2 La Famille*, p. 85.

ดังนั้น ในการปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนและพิธีสมรสเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ ทั้งนี้ แม้ว่าจะมีการสมรสแต่อาจทำให้การสมรสนั้นไม่สมบูรณ์ขึ้นได้ หากการสมรสนั้นไม่ได้ถูกประกาศต่อสาธารณชนหรือกระทำต่อหน้านายทะเบียน

จากที่กล่าวมาข้างต้น สามารถแยกความแตกต่างในเรื่องพฤติการณ์ของคู่สมรสที่มีความประสงค์ที่จะสมรสกันโดยพิจารณาผลได้ 3 กรณี คือ ¹³⁶

กรณีแรก การสมรสที่ไม่ได้กระทำการจดทะเบียนต่อหน้านายทะเบียน โดยการสมรสกรณีนี้ไม่ได้มีผลทำให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะ แต่กรณีนี้มีผลทำให้การสมรสไม่เกิดขึ้น

กรณีที่สอง การสมรสที่ไม่ได้มีการจดทะเบียนแต่ได้มีการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายกำหนด กล่าวคือ ไม่ได้สมรสต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ ผลคือการสมรสนั้นเป็นโมฆะ

กรณีที่สาม การสมรสที่ไม่ได้มีการประกาศต่อสาธารณชนอันเป็นการแต่งงานแบบลับ ทั้งนี้ การแต่งงานแบบลับกรณีนี้ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย เพียงแต่คู่สมรสที่แต่งงานในลักษณะนี้อาจต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม หากบุคคลนั้นก่อความเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยปรากฏตัวต่อบุคคลอื่นว่าเป็นคู่สมรสอันเป็นที่

จากที่ได้กล่าวข้างต้น ตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดที่ให้การสมรสเป็นเรื่องที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายบ้านเมืองและไม่ยอมรับการสมรสตามพิธีทางศาสนา การจดทะเบียนสมรสเป็นจุดสำคัญที่ทำให้การสมรสนั้นเกิดขึ้นและมีอยู่ ต่อมา ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องการสมรส คือ ให้การรับรองการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันและให้ความคุ้มครองกับคู่รักที่อาศัยภายใต้ชายคาเดียวกัน อันเป็นการกำหนดรูปแบบใหม่ ๆ ในการอยู่ร่วมกันของบุคคลในความสัมพันธ์ในด้านครอบครัว โดยกฎหมายกำหนดให้มีการยอมรับสถานะทางกฎหมายของการอยู่ร่วมกัน ค.ศ. 1999 ¹³⁷ (Pacte Civil de Solidarité 1999) ¹³⁸ เห็นได้ว่า ในปัจจุบัน แนวปฏิบัติเรื่องการสมรสของฝรั่งเศส มี 2 ประการ ดังต่อไปนี้

¹³⁶ Ibid., p. 85.

¹³⁷ รัชนิกร ลาภวิชชา พรหมศักดิ์, "การรับรองการสมรสของคนเพศเดียวกันที่กระทำในต่างประเทศ," วารสารนิติศาสตร์ 48, 2 มิถุนายน 2562: หน้า 314.

¹³⁸ ในที่นี้ขอเรียกการยอมรับสถานะทางกฎหมายของการอยู่ร่วมกัน ค.ศ. 1999 หรือ Pacte Civil de Solidarité 1999 ว่า PACS และการอ้างถึงกฎหมายฉบับนี้ต่อไปจะเรียกว่า "PACs"

1. การสมรสตามแบบพิธีกฎหมายบ้านเมือง (civil ceremony)
2. การสมรสตามพิธีทางศาสนา (religious ceremony)

นอกจากนี้ กฎหมายฝรั่งเศสรับรองการอยู่ด้วยกันตามกฎหมาย โดยในกรณีนี้มีใช้การสมรสตามกฎหมายแต่กฎหมายรับรองการอยู่ร่วมกันของบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียน อันถือว่าเป็นรูปแบบของการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลสองคน

การอยู่ด้วยกันตามกฎหมาย หรือการยอมรับสถานะทางกฎหมายของการอยู่ร่วมกัน หรือ PACs เป็นกฎหมายฉบับแรกที่ยอมรับสถานะทางกฎหมายของการอยู่ร่วมกัน โดยบทบัญญัติดังกล่าวปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสและมีผลบังคับใช้ในวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ. 1999 ปรากฏในบรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล ลักษณะ 12 ตั้งแต่มาตรา 515-1 ถึงมาตรา 515-8 ซึ่ง PACs เป็นพัฒนาการที่สำคัญที่ก้าวข้ามกฎเกณฑ์การสมรสเดิมตามกฎหมาย อันเป็นการยอมรับสถานะทางกฎหมายของการอยู่ร่วมกันไม่ว่าจะเป็นบุคคลเพศเดียวกันหรือบุคคลต่างเพศกัน ทำให้ความสัมพันธ์นี้ได้รับการรับรองตามกฎหมาย บุคคลทั้งสองสามารถใช้ชีวิตร่วมกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย หนึ่งในสิ่งที่น่าสนใจในลักษณะของ PACs คือ เป็นสัญญาที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย โดย PACs เป็นการเปิดโอกาสให้คู่รักที่ไม่ปรารถนาที่จะสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งสามารถเลือกจดทะเบียน PACs ได้และกฎหมายคุ้มครองให้ข้อตกลงของทั้งคู่ชีวิต¹³⁹ เหล่านี้มีความชัดเจนและรับรองผลของการจดทะเบียน PACs ให้มีผลตามกฎหมาย เช่น การจดทะเบียน PACs มีผลต่อทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต โดยกำหนดให้คู่ชีวิตสามารถจัดการทรัพย์สินระหว่างกันได้ รวมไปถึงการสมรสกับเพศเดียวกัน อันเป็นความสัมพันธ์ที่มีผลตามกฎหมายฝรั่งเศส¹⁴⁰

PACs เป็นรูปแบบหนึ่งของการสร้างครอบครัวในประเทศฝรั่งเศส โดยนิยามปรากฏอยู่ในมาตรา 515-1¹⁴¹ ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมและมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1999 โดยกำหนดว่า PACs เป็นสัญญาที่กระทำโดยบุคคลที่บรรลุนิติภาวะ 2 คน ไม่ว่าจะเป็น

¹³⁹ คำว่า “คู่ชีวิต” ในที่นี้หมายถึง คู่รักไม่ว่าจะเป็นบุคคลเพศเดียวกันหรือบุคคลต่างเพศกัน ทำสัญญาตกลงอยู่ร่วมกัน ตาม PACs

¹⁴⁰ Bell, J., S. Boyron, and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, p. 258.

¹⁴¹ *The French Civil Code, Art. 515-1* “A civil covenant of solidarity is a contract entered into by two natural persons of age, of different sexes or of a same sex, to organize their common life.”

บุคคลเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ได้ กระบวนการจดทะเบียนตาม PACs ปรากฏอยู่ในมาตรา 515-3¹⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยมีขั้นตอนดังต่อไปนี้

ประการแรก คู่ชีวิตจะต้องปรากฏตัวต่อหน้าเสมียนของศาลในเขตท้องที่ที่ตนอาศัย พร้อมกับหนังสือสัญญาเพื่อที่จะอยู่ร่วมกัน PACs 2 ฉบับ (ข้อตกลงจะถูกร่างขึ้นโดยบุคคลทั้งสองเองและควรที่อ้างอิงถึง กฎหมาย PACs ปี 1999 และบรรยายข้อเท็จจริงให้ชัดเจนถึงเงื่อนไขในการจัดการทรัพย์สินของทั้งสองคน และรวมถึงสิทธิ หน้าที่ ความสัมพันธ์ของทั้งสองเช่นกัน การแจกจ่าย

¹⁴² *The French Civil Code, Art. 515-3 “Two persons who enter into a civil covenant of solidarity shall make a joint declaration of it at the court office of the tribunal d'instance under the jurisdiction of which they fix their common residence.*

On pain of dismissal, they shall file with the clerk the agreement concluded between them in duplicate original and add the documents of civil status which allow to establish the validity of the transaction with respect to Article 515-2, as well as a certificate of the court office of the tribunal d'instance of their places of birth or, in case of birth abroad, of the court office of the tribunal de grande instance of Paris, attesting that they are not already bound by a civil covenant of solidarity.

After the filing of the set of documents, the clerk shall enter that declaration into a register.

The clerk shall countersign and date the two originals of the agreement and give them back to each partner.

He shall have a mention of the declaration entered into a register held in the court office of the tribunal d'instance of the place of birth of each partner or, in case of birth abroad, in the court office of the tribunal de grande instance of Paris.

An entry in the register of the place of residence shall attribute an undisputable date to the civil covenant of solidarity and render it effective against third parties.

Any amendment to the covenant shall be the subject of a joint declaration entered at the court office that received the initial transaction, to which shall be added, on pain of dismissal and in duplicate original, the instrument amending the agreement. The formalities provided for in paragraph 4 shall apply.

Abroad, the entry of a joint declaration of a covenant binding two partners of whom one at least is of French nationality, the formalities provided for in paragraphs 2 and 4 and those required in case of an amendment of the covenant shall be the responsibility of French diplomatic and consular agents.”

จำหน่ายทรัพย์สิน) เอกสารสถานะของบุคคลจะเป็นเครื่องพิสูจน์ข้อเท็จจริงของคู่ชีวิตว่าได้ทำการสมรสตามที่กำหนดไว้ใน PACs แล้ว ใบรับรองนี้ได้ออกโดยสำนักงานศาลยุติธรรมในเขตท้องที่ที่คู่ชีวิตเกิด ไม่ใช่ท้องที่ที่คู่ชีวิตได้จัดทำสัญญา PACs รายละเอียดในเอกสารฉบับดังกล่าวจะต้องระบุโดยเสมียนของศาล โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการประกาศแจ้งการสมรสต่อนายทะเบียน และลงนาม วันที่ของนายทะเบียนลงในเอกสารฉบับจริงก่อนที่จะส่งเอกสารคืนคู่ชีวิต

ประการที่สอง การประกาศการสมรสกระทำต่อหน้านายทะเบียนที่ศาลยุติธรรมที่คู่ชีวิตแต่ละฝ่ายเกิด (คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเกิดนอกประเทศฝรั่งเศส จะทำการประกาศการสมรสได้ที่สถานกงสุลหรือสถานทูต) PACs จะมีผลตามกฎหมายเร็วเท่าใดก็เป็นไปตามกระบวนการจดทะเบียนประกอบ¹⁴³

ประการที่สาม การบันทึกการสมรสจะต้องบันทึกไว้ในขอประกาศใบเกิดของคู่ชีวิตแต่ละฝ่ายด้วย ทั้งนี้ บุคคลทั้งสองสามารถแก้ไขข้อตกลง PACs ได้ตลอดเวลา ซึ่งในกรณีนี้จะต้องแจ้งให้เสมียนของศาลยุติธรรมทราบว่าการจดทะเบียนข้อตกลงครั้งแรกได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างถูกต้อง โดยบันทึกไว้ในสูติบัตรของคู่ชีวิตแต่ละฝ่าย

ในส่วนสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตตาม PACs นั้น เมื่อมีการจดทะเบียน PACs แล้ว สถานะของคู่ชีวิตที่ได้รับการรับรองตาม PACs ทำให้คู่ชีวิตมีสถานะใกล้เคียงกับคู่สมรสที่สมรสตามประมวลแพ่งมากที่สุด โดยเมื่อมีการทำความตกลงนี้แล้วจะเปลี่ยนจากการตกลงกันตามสัญญาของคู่ชีวิตเป็นการสร้างชีวิตครอบครัวของคู่ชีวิต¹⁴⁴ อย่างไรก็ตาม PACs ไม่มีผลกระทบต่อสถานะความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดา และบุตร กล่าวคือ PACs ไม่ได้มอบอำนาจให้คู่ชีวิตมีสิทธิที่จะรับเลี้ยงเด็กหรือบังคับให้จะต้องรับเลี้ยงเด็ก ในกรณีนี้ไม่ได้ให้สิทธิแก่คู่ชีวิตโดยทันทีที่จะมีสิทธิในการทำสัญญาสร้างความสัมพันธ์กับเด็กของผู้อื่น ซึ่งในกรณี PACs ไม่ได้กำหนดความหมายกว้างพอที่จะให้ความคุ้มครองคู่ชีวิตเพศเดียวกันในทุกกรณีเหมือนกับการได้รับสิทธิในความสัมพันธ์ทางครอบครัว¹⁴⁵ ตามกฎหมายสมรสในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล ลักษณะ 5 ว่าด้วยการสมรส มาตรา 144 ถึงมาตรา 227

¹⁴³ Bell, J., S. Boyron, and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, pp. 258-259.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 259.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 259-260.

3.3.3 ผลของการจดทะเบียนสมรส

การจดทะเบียนสมรรมีผลทำให้การสมรสนั้นเป็นการสมรสตามกฎหมาย ซึ่งการจดทะเบียนสมรสที่ได้กล่าวมานี้ หมายถึง การจดทะเบียนสมรสของชายหญิงเท่านั้น อันก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินของสามีภริยา การสมรสที่จะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายได้นั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขการสมรสที่กฎหมายกำหนด สำหรับการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการสมรสและระเบียบปฏิบัติและพิธีการสมรส นักวิชาการแบ่งประเภทการสมรสที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการสมรสให้การสมรรมีผลดังต่อไปนี้¹⁴⁶

1. เงื่อนไขการสมรสที่มีผลทำให้การสมรสไม่เกิดขึ้น หรือไม่เคยมีอยู่เลย (ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับการหลักความเป็นโมฆะ) ได้แก่ การสมรสกับคนเพศเดียวกัน การสมรสโดยปราศจากความยินยอม และการไม่ได้จดทะเบียนสมรส

2. เงื่อนไขการสมรสที่มีผลทำให้การสมรสเป็นโมฆะ (Nullité Absolue) ได้แก่ การสมรสกับคู่สมรสที่มีสุขภาพจิตไม่ปกติ (Volonté saine) การสมรสที่ชายและหญิงมีอายุไม่ครบตามที่กฎหมายกำหนด (Puberté) การสมรสซ้อน การสมรสระหว่างคนที่มีสายโลหิตเดียวกัน การสมรสที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจตามกฎหมาย และเขตอำนาจของเจ้าพนักงานทะเบียนสมรส (Compétence territoriale de l'officier de l'état civil)

3. เงื่อนไขการสมรสที่มีผลทำให้การสมรสเป็นโมฆียะ (Nullité relative) ได้แก่ การให้ความยินยอมของคู่สมรส (Intégrité du consentement) และการให้ความยินยอมของบิดามารดา

4. ข้อกำหนดนอกเหนือจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสมรส เช่น การเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านการสมรส หรือการให้คู่สมรสตรวจสอบสุขภาพก่อนทำการสมรส การสมรสกับหญิงหม้ายหรือพ่อหม้าย การตกทอดทางมรดกของครอบครัวหวงห้าม หรือการสมรสกับบุคคลบางประเภทที่กฎหมายกำหนดพิเศษ

เมื่อพิจารณาผลของการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการสมรสแล้ว สามารถพิจารณาเรื่องผลเฉพาะเรื่องพิธีการสมรสอันเกี่ยวกับการจดทะเบียนสมรส ได้ดังต่อไปนี้

1) กรณีการสมรสไม่เกิดขึ้น เนื่องมาจากการไม่จดทะเบียนสมรส

การสมรสโดยไม่มีการจดทะเบียนสมรส หรือการแสดงเจตนาสมรสของคู่สมรสโดยไม่มีนายทะเบียนสมรส เป็นกรณีที่ไม่มีการจดทะเบียนสมรสเท่ากับไม่เป็นการสมรสตามกฎหมาย

¹⁴⁶ Jean Carbonnier, *Droit Civil Tome 2 La Famille*, p. 52.

กล่าวคือ กรณีนี้ไม่ใช่กรณีที่มีการสมรสนั้นเป็นโมฆะ เพราะที่จริงแล้วการสมรสที่ไม่ได้กระทำต่อหน้า นายทะเบียนเท่ากับการสมรสที่ย่อมไม่เคยเกิดขึ้นเลย อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาเรื่องการสมรส เป็นโมฆะย่อมไม่ใช่เรื่องการสมรสที่ไม่เคยเกิดขึ้นเลย เพราะการสมรสจะเป็นโมฆะได้นั้น ต้องมีเหตุที่ กฎหมายกำหนดให้เพิกถอนการสมรสที่เป็นโมฆะกับศาลเสียก่อน ส่วนความสัมพันธ์ก่อนที่จะมี การเพิกถอนการสมรสดังกล่าวย่อมเป็นการสมรสตามกฎหมาย¹⁴⁷

ในการทำความเข้าใจกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของการสมรสมีความจำเป็นที่จะต้องแยก ความแตกต่างระหว่างผลของการสมรส หรืออาจจะกล่าวได้ว่า จะต้องแยกความแตกต่างระหว่างผล ของความต้องการสมรสตั้งแต่แรก และผลที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญหรือผลกระทบที่ไม่มีความจำเป็น เสียก่อน ในกรณีที่เป็นผลของการสมรสจะเป็นเรื่องของการเริ่มต้นความสัมพันธ์ทางครอบครัวให้มีผล ทางกฎหมายระหว่างสมาชิกในครอบครัว เช่น คู่สมรส บิดามารดาบุตร และความสัมพันธ์ระหว่าง ญาติ ส่วนตัวอย่างในเรื่องผลโดยบังเอิญย่อมเห็นได้จากกรณีที่มีการสมรสเป็นเงื่อนไขเพื่อที่จะแลกกับการ ได้รับหรือการสละมรดกให้เป็นของขวัญในการสมรส กฎหมายจะถูกนำมาบังคับใช้กรณีเพียง พิสูจน์ได้ว่าการสมรสนั้นเกิดขึ้นจากการยินยอมที่จะสมรสตั้งแต่แรกโดยอาจพิจารณาในเรื่องสิทธิใน การสมรสหรือความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย หากไม่เป็นเช่นนั้นก็จะพิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่อง เสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สมรสเป็นสำคัญ¹⁴⁸

บทบัญญัติเรื่องแรกในการพิจารณาว่าการสมรสนั้นเกิดขึ้นตามกฎหมายแล้วหรือไม่ จะต้อง พิจารณาจากโครงสร้างของการสมรสที่ปรากฏอยู่ในใบทะเบียนสมรสที่มีกระทำโดยนายทะเบียนสมรส เท่านั้น ส่วนการพิสูจน์ความสมบูรณ์ของการสมรสโดยอ้างว่ามีพยานรับรู้หรือการอยู่ร่วมกันของ คู่สมรสจะไม่ถูกนำมาพิจารณา เป็นไปตามมาตรา 195 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส¹⁴⁹ หมายความว่า

¹⁴⁷ Ibid., p. 84.

¹⁴⁸ Lawson, F. H., A. E. Anton, and L. Neville Brown, Amos and Walton's Introduction to French Law Third Edition p. 62.

¹⁴⁹ *The French Civil Code, Art. 195* “Expressly negatives the right of persons claiming to be man and wife to rely upon the possession d'état without producing the ‘act of celebration of marriage before the officier de l'état civil’”

การสมรสตามกฎหมาย คู่สมรสไม่อาจอ้างว่าตนได้อยู่กินกันมาก่อนเป็นสามีภริยาตามกฎหมายก่อนที่ จะมีการจดทะเบียนสมรสที่สำนักทะเบียนได้ ยกเว้นกรณีดังต่อไปนี้¹⁵⁰

ก. กำหนดถึงหลักทั่วไปที่ใช้บังคับกับทุกการกระทำทางแพ่งทั้งหมด ในกรณี ที่การกระทำนั้นไม่เคยมีการจดทะเบียนเลยหรือมีข้อสันนิษฐานที่มีความเป็นไปได้ หรือในกรณี ที่ทะเบียนสูญหายหรือถูกทำลาย โดยหลักทั่วไปแล้วจะต้องยอมให้มีการพิสูจน์ความเป็นไปได้ถึงสิ่ง ที่ปรากฏขึ้นหรือควรที่จะได้มีการบันทึกไว้แล้ว (มาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส)

ข. กรณีที่การสมรสได้มีการจัดขึ้นที่ต่างประเทศ มาตรา 170 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศส

ค. กรณีที่การสมรสเกิดขึ้น แต่อาจมีข้อบกพร่องบางประการ เช่น กรอกรายละเอียด ไม่ครบ หรือไม่มีการลงนามรับรองของนายทะเบียน ในกรณีนี้ความสัมพันธ์ของบิดากับบุตร (possession d'état) ยังคงมีอยู่ไม่เสียไป กฎหมายจะยังคงคุ้มครองผลที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สมรส แต่กฎหมายจะไม่คุ้มครองบุคคลที่สาม

ง. กำหนดให้บุตรเกิดในครอบครัวที่มีการสมรสและเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งสิ้น โดยไม่พิจารณาว่าจะมีการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ การพิสูจน์สามารถพิสูจน์ได้ จากการอยู่ร่วมกันของชายและหญิงที่อยู่กินกันโดยเปิดเผยและสามีภริยาเสียชีวิตรวมทั้งคู่ ตามมาตรา 197 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

2) การเพิกถอนการสมรส อันเป็นกรณีที่การสมรสนั้นไร้ผล (Nullité)

การสมรสที่ทำให้การสมรสเป็นที่โมฆะ (Nullité Absolue) เป็นกรณีที่ผู้มีส่วนได้เสีย ในการสมรส รวมถึงศาลสามารถยกขึ้นมาอ้างเป็นเหตุให้ยกเลิกการสมรสได้ ในกรณีที่การสมรส กำหนดให้เป็น Nullité Absolue ย่อมเป็นเรื่องที่มีความเคร่งครัดเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับธรรมชาติของ การสมรส ไม่เพียงแต่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของคู่สมรส แต่ยังเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน¹⁵¹ เหตุแห่งการสมรสที่เป็นโมฆะ เป็นไปตามมาตรา 184¹⁵² ของประมวลกฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศส ได้แก่ การสมรสที่คู่สมรสขาดความยินยอม การสมรสที่ชายและหญิงมีอายุไม่ครบตามที่

¹⁵⁰ Lawson, F. H., A. E. Anton, and L. Neville Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law Third Edition*, pp. 62-63.

¹⁵¹ Bell, J., S. Boyron, and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, p. 247.

¹⁵² *The French Civil Code*, Art. 184 "A marriage contracted in violation of the provisions contained in Articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 and 163 may be attacked either by the spouses themselves, or by all those who have an interest therein, or by the Government procurator."

กฎหมายกำหนด การสมรสซ้อน การสมรสระหว่างคนเชื้อสายเดียวกัน รวมถึงการสมรสที่ไม่ได้ปฏิบัติ ตามกระบวนการสมรสที่ถูกต้อง คือการสมรสที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ตามมาตรา 191¹⁵³ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

การสมรสที่เป็นโมฆะตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นต้องร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาว่าการสมรส เป็นโมฆะ และศาลจะต้องมีคำพิพากษาสั่งให้การสมรสเป็นโมฆะเสียก่อนบุคคลทั่วไปจึงจะสามารถ กล่าวอ้างความเป็นโมฆะของการสมรสได้ เป็นไปตามมาตรา 189¹⁵⁴ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศส บุคคลผู้มีสิทธิขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้การสมรสเป็นโมฆะ ได้แก่ คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียทุกคน (Interest Therein) หรือพนักงานอัยการ (Government Procurator) สามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้การสมรสเป็นโมฆะได้ โดยบุคคลผู้มีส่วนได้เสียอาจ เป็นบุคคลที่มีผลประโยชน์ในทางการเงินจากการสมรสที่เป็นโมฆะ เช่น ทายาทผู้มีสิทธิรับมรดก หรือ เจ้าหนี้ของคู่สมรสฝ่ายหนึ่งที่ต้องการปลดหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้¹⁵⁵

ในส่วนของการกระทำที่ทำให้การสมรสเป็นโมฆะ (Nullité relative) ไม่มีการบัญญัติเรื่อง เหตุแห่งการสมรสที่เป็นโมฆะไว้ แต่สามารถเข้าใจได้ว่า คือการสมรสที่คู่สมรสสามารถขอเพิกถอน การสมรสได้ หากไม่ขอศาลเพิกถอนการสมรส ศาลก็ไม่สามารถยกเหตุดังกล่าวขึ้นมาเป็นเหตุยกเลิก การสมรสได้ ซึ่งการสมรสในกรณีนี้จะเป็นกรณีที่คู่สมรสแสดงเจตนายินยอมสมรสโดยเกิดขึ้นจาก การสำคัญผิดตัวและสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญในคุณสมบัติของคู่สมรส หรือการสมรสเกิดจาก การข่มขู่ หรือการสมรสของผู้เยาว์โดยปราศจากความยินยอมของบิดามารดา¹⁵⁶

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการสมรสนั้นจะมีผลเป็นโมฆะหรือโมฆะกฎหมายกำหนดให้ต้องมีคำพิพากษา ของศาลสั่งให้เพิกถอนการสมรสนั้น ผลของการสมรสทั้งสองกรณีทำให้การสมรสนั้นไร้ผลและเป็น โมฆะมาตั้งแต่แรก (ab inito) คู่สมรสในการสมรสที่เป็นโมฆะนั้นไม่มีความสัมพันธ์ในทางส่วนตัว

¹⁵³ *The French Civil Code*, Art. 191 “A marriage which was not publicly contracted and which was not celebrated before the competent public officer, may be attacked by the spouses themselves, by the father and mother, by the ascendants and by all those having a vested and present interest, as well as by the Government procurator.”

¹⁵⁴ *The French Civil Code*, Art 189 “Where the new spouses raise the invalidity of the first marriage, the validity or invalidity of that marriage must be judged beforehand”

¹⁵⁵ Lawson, F. H., A. E. Anton, and L. Neville Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law Third Edition* p. 65.

¹⁵⁶ Bell, J., S. Boyron, and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, p. 247.

ระหว่างสามีภริยาเกิดขึ้น แต่ถ้การสมรสนั้น คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายทำการสมรสโดยสุจริต (putative marriage) ผลคือการสมรสของคู่สมรสที่สุจริต มีผลเป็นโมฆะนับตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาเป็นต้นไปโดยผลเสมือนการสมรสสิ้นสุดลง¹⁵⁷ ในส่วนสถานะความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาที่มีอยู่ก่อนวันที่ศาลมีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะยังคงมีผลสมบูรณ์อยู่ ทั้งนี้ หลักการเรื่องการสมรสที่สุจริตถูกนำมาใช้กับทั้งกรณีที่มีการสมรสเป็นโมฆะด้วยเช่นกัน¹⁵⁸

ส่วนผลในทางทรัพย์สินให้ศาลจัดการแบ่งทรัพย์สินของทั้งสองคน หากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองทำการสมรสโดยสุจริต ให้ศาลจัดการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาที่มีอยู่ก่อนวันที่ศาลมีคำพิพากษาเสมือนเป็นทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกัน สามารถนำเรื่องความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยามาปรับใช้ในการจัดการแบ่งทรัพย์สินของคู่สมรสได้ นอกจากนี้ เมื่อการสมรสเป็นโมฆะอันเป็นผลให้ความสัมพันธ์ของสามีภริยาสิ้นสุดลง หากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต สิทธิในการรับมรดกของคู่สมรสอีกฝ่ายย่อมหมดสิ้นไปด้วยเช่นกัน¹⁵⁹

ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรที่เกิดในช่วงที่การสมรสที่มีผลเป็นโมฆะหรือโมฆะกรรมนั้น หากการสมรสถูกเพิกถอนในเวลาต่อมา ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตร ยังคงมีผลให้บุตรเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสทั้งสิ้นโดยไม่คำนึงถึงความสุจริตหรือไม่สุจริตของทั้งสอง เพราะคู่สมรสยังคงมีความรับผิดชอบต่อบุตรเสมอ ตามมาตรา 371 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส¹⁶⁰ และกำหนดให้ศาลมีคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองบุตรได้¹⁶¹

จากที่กล่าวมา การสมรสตามกฎหมาย หรือการทำความตกลงยอมรับสถานะทางกฎหมายของการอยู่ร่วมกัน ทั้งสองกรณีนี้จะต้องไปจดทะเบียนต่อนายทะเบียนผู้มีอำนาจทั้งสิ้น ในส่วนของการสมรส หากไม่มีการจดทะเบียนสมรส การสมรสนั้นย่อมไม่เกิดขึ้น แต่หากการสมรสนั้นได้มีการจดทะเบียนต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ ผลคือการสมรสนั้นจะมีผลเป็นโมฆะอันเป็นเหตุให้มี

¹⁵⁷ *The French Civil Code, Art. 201* “A marriage which has been declared void produces, nevertheless, its effects with regard to the spouses, where it was contracted in good faith.

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

¹⁵⁸ Jean Carbonnier, *Droit Civil Tome 2 La Famille*, p. 287.

¹⁵⁹ European Judicial Network, [ออนไลน์].

¹⁶⁰ *The French Civil Code, Art. 371* “A child, at any age, owes honour and respect to his father and mother”.

¹⁶¹ Bell, J., S. Boyron, and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, p. 247.

การเพิกถอนการสมรสในภายหลังได้ แม้ว่าในปัจจุบันการอยู่ร่วมกันของคู่ชีวิตหรือการมีความสัมพันธ์กันระหว่างบุคคลในรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่การสมรสตามกฎหมายในฝรั่งเศสจะได้รับความนิยมน้อย่างแพร่หลาย แต่การสมรสตามบทบัญญัติมาตรา 144 ถึงมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ยังเป็นทางเลือกหนึ่งในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลทั้งสองคนที่ได้รับการยอมรับอยู่ในปัจจุบันเช่นกัน

สุดท้ายแล้วบทบาทของครอบครัวยากที่จะกำหนดให้เป็นรูปธรรมเพราะว่าขนบธรรมเนียมประเพณี การอยู่ร่วมกันของครอบครัวในแต่ละสังคมมีวัฒนธรรม ศีลธรรม ศาสนา การเมือง หลากหลายที่แตกต่างกันไป หรือระบบกฎหมาย Common Law หรือ Civil Law ที่มีผลทำให้การสมรสในกฎหมายครอบครัวมีความแตกต่างกันออกไป เนื่องจากสังคมมีความเป็นพลวัตมีผลทำให้กฎหมายครอบครัวเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา ตามบริบทของสังคม เพื่อสอดคล้องกับสิทธิและหน้าที่ของครอบครัวให้เป็นเรื่องของกลุ่มคน แทนที่จะเป็นเรื่องของคนใดคนหนึ่ง ยิ่งไปกว่านั้นแรงกดดันของสังคมที่แตกต่างกันไปย่อมมีอิทธิพลต่อการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายตลอดมา นอกจากนี้ การที่สังคมมีความเป็นพลวัตนี้มีผลทำให้บทบัญญัติในเรื่องการสมรสของแต่ละท้องถิ่นแตกต่างกันไปและมีลักษณะเฉพาะเป็นของตนเองเปลี่ยนแปลงไปตามแต่ละสังคม แต่หากพิจารณาเรื่องลักษณะของการจดทะเบียนสมรส หรือแบบพิธีการสมรสย่อมเห็นได้ว่าในแต่ละท้องถิ่นมีเหตุผลในการนำมาปรับใช้ความคล้ายคลึงกัน ซึ่งในกรณีนี้ข้าพเจ้าจะได้นำกฎหมายต่างประเทศไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยต่อไปในบทที่ 4

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาเรื่องลักษณะของนิติกรรมและลักษณะของการจดทะเบียนสมรสตามที่กล่าวมาแล้ว พบว่า แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องลักษณะของนิติกรรมที่ปรากฏอยู่ในหลักทั่วไปของบรรพ 1 และเรื่องการจดทะเบียนสมรสที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะครอบครัวบรรพ 5 มีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน ทั้งนี้ หากพิจารณาคำนิยามและลักษณะของนิติกรรม ตามมาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือการกระทำของบุคคลฝ่ายเดียวหรือหลายฝ่ายที่ชอบด้วยกฎหมายโดยมุ่งโดยตรงให้การกระทำนั้นก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายย่อมทำให้เข้าใจได้ว่า นิติกรรมตามบทบัญญัติดังกล่าว เป็นคำที่มีความหมายกว้างและมีลักษณะเป็นหลักทั่วไปที่สามารถนำไปใช้กับทุกการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและการกระทำก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามมา แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงรากฐานแนวความคิดในเรื่องนิติกรรมในระบบประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งในปัจจุบันมีทั้งหมด 2 ระบบ ที่ได้รับความนิยมและเป็นต้นแบบของโครงสร้างประมวลกฎหมายแพ่งประเทศอื่น ได้แก่ ระบบประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและระบบประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งทั้งสองระบบนี้เป็นระบบกฎหมายที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมัน กลับพบว่าในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่ปรากฏเรื่องนิติกรรมในบทหลักทั่วไปดังเช่นที่ปรากฏในระบบประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย แต่ปรากฏอยู่ในบทกฎหมายลักษณะหนี้ อีกทั้ง แนวความคิดในเรื่องผลของการก่อให้เกิดนิติกรรมมีความแตกต่างกัน โดยระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสปรากฏเรื่องของนิติกรรม¹ เป็นเรื่องของแสดงเจตนาเคลื่อนไหวทรัพย์สินก่อให้เกิดผลทางหนี้เท่านั้น ไม่เหมือนกฎหมายเยอรมันที่มีการแบ่งเป็นมูลเหตุของการเคลื่อนไหวทรัพย์สินเป็นนิติกรรมทางหนี้ และการเคลื่อนไหวทรัพย์สินเป็นนิติกรรมทางทรัพย์สินแยกออกจากกัน เมื่อพิจารณาประวัติศาสตร์ความเป็นมาของระบบกฎหมายไทยพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของคัตลอกเอาระบบการจัดโครงสร้างประมวลกฎหมายแพ่งมาจากเยอรมัน แต่แนวคิดในเรื่องเกี่ยวกับนิติกรรมทางหนี้ตามสัญญาและนิติกรรมทางทรัพย์สินหรือการโอนกรรมสิทธิ์กลับไม่ได้แบ่งแยกกันชัดเจนเหมือนระบบ

¹ Code civil, Article 1100-1 “ Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.

Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.”

กฎหมายเยอรมัน ทั้งนี้ ในการศึกษาาระบบกฎหมายของทั้ง 2 ประเทศ ทำให้เห็นลักษณะของนิติกรรมที่มีลักษณะที่แตกต่างกันไปตามแต่ละลักษณะของนิติกรรม

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงสถานะของการสมรสคือการผูกสัมพันธ์กันของชายหญิงโดยมีจุดมุ่งหมายในการก่อให้เกิดฐานะใหม่ที่กฎหมายรับรอง อันมีลักษณะคล้ายกับการทำนิติกรรม แต่ผลทางกฎหมายมีความแตกต่างจากนิติกรรมในลักษณะที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้การบังคับใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แตกต่างกันออกไป เนื่องจากการสมรสเป็นการก่อสถานะใหม่ของบุคคล กฎหมายกำหนดให้การสมรสจะต้องจดทะเบียนสมรส จึงเกิดข้อพิจารณาถึงเรื่องสถานะของการจดทะเบียนสมรส เพราะตามกฎหมายไทยมีแนวคิดว่าการจดทะเบียนสมรสเป็นจุดเริ่มต้นในการก่อฐานะใหม่ของบุคคลและบทบัญญัติกฎหมายที่มาอธิบายความสัมพันธ์ของบุคคลเหล่านี้จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในบรรพ 5 เท่านั้นและผลของการจดทะเบียนสมรสและไม่จดทะเบียนสมรสย่อมมีความแตกต่างกัน การวิจัยนี้จึงมุ่งวิเคราะห์ถึงสถานะของการจดทะเบียนสมรสกับนิติกรรมที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของทั้งสองเรื่องนี้และมุ่งวิเคราะห์ถึงสถานะของการจดทะเบียนสมรสเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1 ปัญหาสถานะของการสมรสกับนิติกรรม วิเคราะห์กรณีการนำหลักนิติกรรมสัญญาตามบรรพ 1 มาใช้บังคับกับบรรพ 5

หากพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ได้บัญญัติบทนิยามของนิติกรรมไว้ในบรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป มาตรา 149 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ประเทศไทยคัดลอกโครงสร้างและเนื้อหาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นต้นแบบหลัก โดยใช้วิธีการแบบญี่ปุ่น (คัดลอก) ในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนของการสมรสนั้นเป็นการแสดงเจตนาด้วยใจสมัครของชายหญิงที่จะอยู่ร่วมกันในฐานะสามีภรรยา อันเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นมาเพื่อให้การแสดงเจตนาที่จะสร้างครอบครัวมีผลทางกฎหมายก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน นอกจากนี้ การสมรสที่กฎหมายให้การรับรองมีลักษณะเหมือนการทำนิติกรรม เช่น กฎหมายกำหนดให้มีการจดทะเบียนสมรส กฎหมายกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับความสามารถของคู่สมรสหรือกฎหมายกำหนดผลของการฝ่าฝืนเงื่อนไขแห่งการสมรสว่าอาจเป็นโมฆะหรือโมฆียะเช่นกัน

แต่อย่างไรก็ดี ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในสังคม มีความสัมพันธ์ในหลากหลายรูปแบบ กฎหมายจึงไม่สามารถกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลได้ทุกรูปแบบ กฎหมายกำหนดรูปแบบเฉพาะแก่ความสัมพันธ์ที่พิเศษและควรค่าแก่การควบคุม เช่น ความสัมพันธ์ในครอบครัว สถานภาพ

ของบุคคล ฯลฯ จากกรณีดังกล่าวพิจารณาได้ว่า การสมรสเป็นหนึ่งในความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับสถานะของบุคคลที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย คู่สมรสไม่สามารถตกลงเปลี่ยนแปลงสถานะที่กฎหมายกำหนดได้เอง เพราะการสมรสนำไปสู่การก่อตั้งครอบครัว และครอบครัวเป็นหน่วยทางสังคม การสมรสจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ส่วนรวมและความมั่นคงของรัฐ จากลักษณะดังกล่าวจึงเข้าใจได้ว่าการสมรสมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างจากนิติกรรมทั่วไป ผลจากลักษณะของการสมรสนี้เองแสดงให้เห็นได้ว่าการสมรสกับนิติกรรมมีสถานะที่เกี่ยวข้องกัน แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากการสมรสมีลักษณะเฉพาะ เพราะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ของบุคคลโดยเฉพาะจึงทำให้การสมรสมีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากกฎหมายลักษณะอื่น

4.1.1 ปัญหาสถานะของการสมรสกับนิติกรรม

ในกรณีนี้มีประเด็นให้พิจารณาว่าการสมรสเป็นนิติกรรมหรือไม่ ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในบทที่ 2 นิติกรรม คือการกระทำของบุคคล แสดงเจตนาต่อบุคคลด้วยใจสมัครในการจัดการงานต่าง ๆ โดยมีมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวสิทธิในทางกฎหมายระหว่างบุคคล กล่าวโดยสรุปคือ นิติกรรมเป็นการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลที่แสดงเจตนาก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ส่วนการสมรส เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ส่วนตัวของชายและหญิงคู่หนึ่งที่สมัครใจที่จะอยู่กินร่วมกันในฐานะสามีภรรยา และผลต่อมาของการสมรสคือการผลิตสมาชิกในครอบครัว ทำให้เกิดความสัมพันธ์ส่วนตัว หากพิจารณาการก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวตามกฎหมายลักษณะครอบครัวไม่ว่าจะเป็นการหมั้น หรือการสมรส ยังคงมีปัญหาในทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายสำหรับกรณีนี้ ผู้เขียนขอกล่าวถึงในเรื่องการหมั้นเสียก่อน เพราะลักษณะทางกฎหมายของการหมั้นมีความคล้ายคลึงกับการสมรส โดยการหมั้นเป็นประเพณีของไทยนับแต่โบราณมา มีกฎหมายออกมารับรองการหมั้นมาตลอด ดังที่ปรากฏบรรพ 5 ลักษณะ 1 การสมรส หมวด 1 การหมั้น แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การหมั้นมีขึ้นเพื่อเปิดโอกาสให้ชายหญิงทำความรู้จักสนิทสนมคุ้นเคยกัน ซึ่งในสมัยก่อนการหมั้นเป็นการประกาศให้คนทั่วไปได้ทราบว่าชายและหญิงนั้นมีฐานะเป็นคู่หมั้น และกำหนดจะแต่งงานกันต่อไปในอนาคต ทั้งนี้ แม้กฎหมายไม่ได้บังคับว่าชายและหญิงที่จะทำการสมรสต้องมีการหมั้นเสียก่อนและแม้การหมั้นไม่บังคับให้มีสมรส แต่การหมั้นเป็นประเพณีปฏิบัติที่ประชาชนยึดถือมายาวนาน กฎหมายจึงเข้าไปจัดระเบียบความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวของชายหญิงที่ต้องการหมั้น ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกำหนดให้การหมั้นเป็น “สัญญา” ดังที่ปรากฏในมาตรา 1438 เรื่องผิดสัญญาหมั้น หรือมาตรา 1442 ถึง มาตรา 1444 เรื่องการบอกเลิกสัญญาหมั้น อีกทั้งกฎหมายวางเงื่อนไขบางประการไว้ให้แก่ผู้ที่เข้ามาผูกพัน

ในการหมั้น คือ การกำหนดอายุขั้นต่ำชายและหญิงที่จะทำการหมั้น (มาตรา 1435) และการให้ความยินยอมก่อนการหมั้นกรณีที่ผู้หมั้นเป็นผู้เยาว์ (มาตรา 1436) ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็กรณใดก็ตาม การหมั้นที่สมบูรณ์ตามที่กฎหมายรับรองจะต้องมีการส่งมอบของหมั้นโดยฝ่ายชายให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น (มาตรา 1437) อันเป็นเครื่องหมายผูกพันระหว่างชายหญิง เพราะของหมั้นตามกฎหมายใช้เป็นหลักฐานจะสมรสกับหญิงไม่ใช่ให้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น หากไม่มีการส่งมอบของหมั้นให้แก่หญิงก่อนหรือในขณะที่หมั้น ก็ไม่อาจเป็นการหมั้นตามที่กฎหมายรับรอง ททรัพย์สินใดให้ไว้หลังการหมั้น แม้ฝ่ายชายผู้มอบให้จะเรียกว่าของหมั้น หากมีการผิดสัญญาที่จะฟ้องเรียกค่าทดแทนฐานผิดสัญญาหมั้นไม่ได้

ลักษณะของการหมั้น เป็นการก่อสถานะระหว่างชายหญิงให้มีฐานะเป็นคู่หมั้น การหมั้นชายหญิงมีการตกลงผูกพันและยินยอมที่จะแต่งงานกันในอนาคตต่อไป ในส่วนกรณีสมรส ชายหญิงยินยอมที่จะผูกพันตนด้วยใจสมัครเพื่อก่อสถานะบุคคล (status) อันเรียกว่า ความสัมพันธ์ส่วนตัวให้มีผลตามที่กฎหมายรับรอง กรณีนี้ทำให้การหมั้นมีลักษณะแตกต่างหากจากการสมรส กฎหมายไม่ได้บังคับให้ชายหญิงจะต้องทำการหมั้นก่อนการสมรส แม้จะไม่ทำการหมั้นเลยหรือทำแต่ไม่ถูกต้องตามแบบของกฎหมายก็ไม่ทำให้มีผลกระทบต่อการสมรสที่จะตามมา และแม้จะมีการหมั้นก็บังคับให้สมรสไม่ได้

อย่างไรก็ดี แม้กฎหมายกำหนดให้การหมั้นเป็นสัญญา แต่หากพิจารณาถึงลักษณะของการหมั้นซึ่งปรากฏอยู่ในบรรพ 5 กฎหมายลักษณะครอบครัว อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางครอบครัวย่อมมีปัญหาที่ว่าลักษณะของการหมั้นนั้นเป็นสัญญาเหมือนดังเช่นนิติกรรมสัญญาที่บัญญัติไว้ในบรรพ 1 และบรรพ 2 หรือไม่ ท่านอาจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ข้อสังเกตท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 2081/2517 ว่า “กรณีหมั้นแม้กฎหมายจะเรียกว่าสัญญาหมั้น แต่ก็ไม่ใช้สัญญาธรรมดา ไม่ใช่คู่สัญญาต้องรับผิดชอบเพราะถ้าเป็นสัญญาเป็นเฉพาะตัวชายหญิงที่จะทำการสมรสกันตามสัญญาหมั้นคนอื่นเกี่ยวไม่ได้ จึงเป็นเรื่องของกฎหมายบัญญัติให้มีขึ้นขึ้นโดยเฉพาะมากกว่า จะบังคับให้สมรสไม่ได้ กำหนดเบี้ยปรับไม่ได้ ค่าทดแทนก็มีได้เฉพาะตามที่ระบุไว้ หาใช้บังคับตามลักษณะหนี้ทั่วไป” นอกจากนี้ ท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ให้หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 763/2526 ว่า “การผิดสัญญาหมั้นนั้น ไม่ใช่สัญญาอันเป็นมูลหนี้ตามความหมายใน ป.พ.พ. บรรพ 2 ลักษณะ 2 สิทธิกับความรับผิดชอบก็เป็นไปเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิใช่เป็นไปตามแต่คู่สัญญาจะตกลงกันอันเป็นลักษณะสำคัญของนิติกรรม หนี้ตามสัญญาหมั้นจึงมีลักษณะเป็นหนี้ที่เกิดโดยกฎหมายบัญญัติมากกว่าเป็นหนี้ที่เกิดโดยมีสัญญาเป็นมูลหนี้ตามลักษณะ 2”

ดังนั้น หากพิจารณาลักษณะของสัญญาหมั้นตามบรรพ 5 นั้น ผู้เขียนเห็นว่า การหมั้นมีลักษณะเป็นการเตรียมการเพื่อที่จะให้มีการสมรสเกิดขึ้นในอนาคตเพื่อสร้างความแน่นอนให้แก่คู่หมั้น และต้องการประกาศให้บุคคลภายนอกรู้ว่าจะมีการแต่งงานกันในภายหน้า มีวัตถุประสงค์แตกต่างจากสัญญาตามบรรพ 1 และบรรพ 2 ที่เป็นเรื่องของ การเคลื่อนไหวสิทธิในทางทรัพย์สินเสียมากกว่า ดังนั้น สัญญาหมั้นจึงมีลักษณะพิเศษเป็นเอกเทศจากการทำนิติกรรมสัญญาในบรรพ 1 และบรรพ 2 แต่เหตุผลตอนจบของสัญญาหมั้นกลับมีลักษณะแตกต่างจากหลักของสัญญาทั่วไปโดยสิ้นเชิง การหมั้นตามกฎหมายลักษณะครอบครัวในบรรพ 5 จึงมีลักษณะที่แตกต่างจากกฎหมายลักษณะอื่น ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาการหมั้นกับการสมรส การหมั้นเป็นขั้นตอนของการเตรียมการสมรสในอนาคต โดยกฎหมายไม่ได้บังคับให้เมื่อมีการหมั้นจะต้องมีการสมรสตามมา แต่เมื่อพิจารณาตำแหน่งของ บทบัญญัติในเรื่องการหมั้นกับการสมรสซึ่งถูกบัญญัติอยู่ในบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ดังนั้น การหมั้นกับการสมรสมีลักษณะที่เหมือนกันคือมีบทบัญญัติของกฎหมายที่รองรับความสัมพันธ์ของกฎหมายทั้งสองเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้ แม้กฎหมายจะกำหนดให้การหมั้นเป็นสัญญาหมั้น ซึ่งมีลักษณะเหมือนสัญญาตามบรรพ 2 ก็เห็นได้ว่า สัญญาหมั้นเป็นสัญญาระหว่างบุคคลที่มีลักษณะเป็นการ ก่อสถานะของชายหญิงขึ้นมาในลักษณะพิเศษอันเป็นสัญญาทางครอบครัวต่อไปในอนาคต ดังนั้น การหมั้นแม้เป็นสัญญาก็มิใช่สัญญาตามบรรพ 2 แต่การหมั้นเป็นสัญญาเฉพาะตามบรรพ 5 ซึ่งกฎหมายกำหนดผลทุกอย่างไว้ครบถ้วนแล้ว

สำหรับลักษณะของนิติกรรมและการสมรส ในประเด็นนี้มีนักกฎหมายมีความเห็นแตกต่างกัน 3 ฝ่าย ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 ได้แก่

ฝ่ายแรกเห็นว่า การสมรสเป็นสัญญา ส่วนใหญ่ให้ความเห็นว่าการสมรสเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง สัญญาสมรสระหว่างชายหญิงจะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อทั้งชายและหญิงนั้นมีเจตนาตกลงปลงใจที่จะเป็นสามีภริยากัน เจตนาตกลงปลงใจเช่นนี้ คือสิ่งที่กฎหมายเรียกว่า “ความยินยอม” แม้การสมรสไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องในทันทีก็จริง แต่เมื่อมีการแสดงเจตนาแสดงความประสงค์ของบุคคลสองฝ่ายร่วมกันตรงกันก็เป็นการทำการสมรสแล้ว ทั้งนี้การสมรสเป็นสัญญาที่มีสาระสำคัญอย่างอื่นนอกจากที่ระบุไว้ในบรรพ 2

ฝ่ายที่สองเห็นว่า การสมรสเป็นนิติกรรม มิใช่สัญญา

ฝ่ายที่สามเห็นว่า การสมรสไม่เป็นนิติกรรม และไม่เป็นสัญญา

เมื่อเปรียบเทียบกับ การสมรสของเยอรมัน มีหลักการว่าแม้ว่าการสมรสมีลักษณะเป็นสัญญา แต่กฎหมายเยอรมันมีแนวคิดว่าการสมรสเป็นสัญญาที่มีลักษณะที่เฉพาะ ซึ่งเป็นการสร้างสถานะของ

บุคคล โดยสถานะของบุคคลนี้ตามมาซึ่งสิทธิและหน้าที่ของบุคคลตามมา การสมรสตามกฎหมาย บ้านเมือง มีนักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่าเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งที่ต้องมีการแสดงเจตนา ออกมา นอกจากนี้ การสมรสเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะตัว เพราะกฎหมายแพ่งเยอรมันได้กำหนด บทบัญญัติที่เป็นเงื่อนไขของการสมรสไว้เฉพาะ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายสมรสของเยอรมันไม่มี บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการแสดงเจตนาในการสมรส แต่กฎหมายเยอรมันระบุขั้นตอนของการสมรส อันเป็นแบบแห่งการสมรสที่มีการระบุค่อนข้างละเอียด ชัดเจน และเคร่งครัด อันปรากฏในบทบัญญัติ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งในกรณีนี้มีความแตกต่างจากการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาทั่วไปที่ คู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาและกำหนดการสิ้นสุดของสัญญาได้² ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า หลังจากมีการปฏิรูปกฎหมายสมรสของเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้มีการกำหนดว่า เงื่อนไขการสมรสใดมีผลทำให้การสมรสเป็นโมฆะหรือโมฆียะอีกต่อไป เนื่องมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีการระบุเรื่องผลกรณีการสมรสที่ไม่ปฏิบัติตามแบบของการสมรสอันเป็นเหตุให้มีการเพิกถอนการสมรสโดยเฉพาะ โดยกฎหมายเยอรมันมีกฎหมายรองรับอยู่แล้ว อีกทั้ง มีนักวิชาการบางท่านเห็นว่าการแบ่งการสมรสออกเป็นโมฆะหรือโมฆียะจะอาจทำให้เข้าใจสับสน โดยผลของการสมรสที่เป็นโมฆะและโมฆียะแทบไม่มีความแตกต่างกันและการเพิกถอนการสมรสในเยอรมันมี โอกาสเกิดขึ้นได้ไม่สูงนัก

ส่วนการสมรสในประเทศฝรั่งเศส หลังจากมีการปฏิวัติฝรั่งเศส (French Revolution) ส่งผล กระทบให้เกิดการเปลี่ยนแปลงฝรั่งเศสทั้งในทางการเมือง การปกครอง เศรษฐกิจ และสังคมทั้งหมด รวมถึงการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1791 มาตรา 7 กำหนดว่า “ กฎหมาย ถือว่าการสมรสเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งรูปแบบหนึ่งเท่านั้น” ประเทศฝรั่งเศสมีการถกเถียงว่า การสมรสนั้นเป็นสัญญาหรือไม่ โดยนักวิชาการบางคนมีความคิดเห็นว่า แบบของการจดทะเบียน สมรสจะมีข้อความที่กำหนดไว้ล่วงหน้าอย่างสมเหตุสมผล เพราะการสมรสเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง (juristic act) ที่คู่สมรสต่างฝ่ายต่างแสดงเจตนาของตนเองประสงค์จะทำการสมรสขึ้น และหลังจากมี การสมรสตามกฎหมายแล้วก็จะทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สมรสตามมา นอกจากนี้ สุดท้าย

² Korrasut Khopuangklang, "Summary of legal seminar on "Some Theoretical Aspects of Sources of Obligation: Perspectives from Thai and German Law"" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 26/04/2564. แหล่งที่มา: <https://www.law.tu.ac.th/summary-seminar-some-theoretical-aspects-of-sources-of-obligation-perspectives-from-thai-and-german-law/>

แล้วความสัมพันธ์ระหว่างสามมีกริยาย่อมเกิดขึ้นหลังจากมีการจดทะเบียนสมรส ลำพังเพียงการประกาศแจ้งการสมรสต่อหน้าสาธารณชนก็ไม่สามารถพิสูจน์ว่าการสมรสนั้นเกิดขึ้นสมบูรณ์ได้

ในประเด็นเรื่องการสมรสมีสถานะเป็นนิติกรรมหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องพิจารณาจากกฎหมายโรมันเดิมพบว่า ในสมัยโรมันยังไม่มีคำว่านิติกรรม แต่มีการกล่าวถึงการกระทำที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมที่มีรูปแบบเฉพาะกรณีกว่ารูปแบบของนิติกรรมในปัจจุบันและต้องทำตามแบบที่กำหนดไว้ ซึ่งต่อมากฎหมายโรมันเป็นรากฐานความคิดของระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีผลต่อการจัดโครงสร้างกฎหมายเอกชนในปัจจุบัน โดยกฎหมายโรมันจัดโครงสร้างของกฎหมายเอกชนไว้ 3 ประการ 1) กฎหมายบุคคล 2) กฎหมายทรัพย์สิน 3) กฎหมายวิธีพิจารณาความ

ในการพิจารณาจุดเริ่มต้นของคำว่านิติกรรม จะต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่าระบบประมวลกฎหมายที่ได้รับความนิยม มีด้วยกัน 2 ระบบ คือ ระบบประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและระบบประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส คำว่านิติกรรมเริ่มต้นมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้รับอิทธิพลมาจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยมีการจัดวางโครงสร้างกฎหมายให้มีความเชื่อมโยงกับแนวคิดในปัจจุบัน ทำให้เกิดโครงสร้างหัวข้อเรื่องกฎหมายเอกชนแบบใหม่ โดยโครงสร้างหัวข้อกฎหมายเอกชนของเยอรมันพัฒนามาจาก Institutes ของจัสติเนียน โดยแบ่งโครงสร้างทางกฎหมายออกเป็น 1) หลักทั่วไป 2) กฎหมายลักษณะหนี้ 3) กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน 4) กฎหมายครอบครัว 5) กฎหมายมรดก ทั้งนี้ บทบัญญัติในเรื่องนิติกรรมได้ถูกระบุอยู่ในบรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป ในส่วนประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้นำแนวคิดของกฎหมายโรมันใน Institutes ของจัสติเนียน มาใช้จัดโครงสร้างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยแบ่งโครงสร้างทางกฎหมายออกเป็น 3 ประการ ได้แก่ 1) บุคคล 2) ทรัพย์สิน และ 3) การได้มาซึ่งทรัพย์สิน ตามโครงสร้างกฎหมายเอกชนโรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติในเรื่องหลักทั่วไป แต่พบบทบัญญัติเรื่องนิติกรรมในบทบัญญัติกฎหมายหนี้

บทบัญญัติเรื่องนิติกรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยปรากฏอยู่ในหลักทั่วไป จากร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยพบว่าประเทศไทยคัดลอกโครงสร้างประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น โดยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้จัดให้เรื่องนิติกรรมอยู่ในบทบัญญัติในหลักทั่วไปและบทบัญญัติในหลักทั่วไปสามารถบังคับใช้กับบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอื่นด้วยเช่นกัน

เมื่อพิจารณาในเรื่องนิติกรรมแล้ว พบว่า นิติกรรมจึงก่อให้เกิดผลทางกฎหมายแตกต่างกันไปตามแต่ละโครงสร้างของกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ในกฎหมายโรมันในแบ่งกฎหมายทรัพย์สินออกเป็น

3 ประเภทนี้ คือ กฎหมายทรัพย์สิน กฎหมายหนี้ และกฎหมายมรดก แสดงให้เห็นได้ชัดว่า ในสมัยนั้นกฎหมายโรมันกำหนดให้บทบัญญัติในเรื่องกฎหมายทรัพย์สินและกฎหมายหนี้อยู่ในกฎหมายทรัพย์สินซึ่งเป็นเรื่องความสัมพันธ์เกี่ยวกับทรัพย์สิน และแยกกฎหมายบุคคลออกจากกันเป็นอีกส่วนอย่างชัดเจน ในกรณีนี้ กฎหมายเยอรมันนำแนวความคิดเชิงโครงสร้างของกฎหมายเอกชนโรมันมาพัฒนาเป็นบทบัญญัติของกฎหมายหนี้และกฎหมายทรัพย์สินแยกออกจากกัน และมีแนวความคิดในเรื่องนิติกรรมทางหนี้และนิติกรรมทางทรัพย์สินแยกออกจากกัน ทั้งนี้ มีข้อสังเกตที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายโรมัน กล่าวถึงการก่อสัญญาทางหนี้และการเคลื่อนไหวทรัพย์สินจะต้องเป็นไปตามแบบของกฎหมาย ผลจากการแบ่งกฎหมายทั้งสองลักษณะออกจากกันคือในการทำสัญญาใดสัญญาหนึ่ง เช่น สัญญาซื้อขาย เมื่อผู้ซื้อและผู้ขายตกลงซื้อขายสิ่งของกัน จะเกิดสัญญาที่เรียกว่าสัญญาซื้อขายซึ่งเป็นสัญญาทางหนี้ หากต่อมามีการส่งมอบสิ่งของให้แก่กันจึงเกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน

หากพิจารณาถึงการสมรสตามกฎหมายสมรสของไทย คือ การตกลงยินยอมร่วมใจกันของชายหญิงโดยมุ่งโดยตรงที่จะก่อให้เกิดสถาบันครอบครัวเป็นความสัมพันธ์ส่วนตัวที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลไปในทางที่เปลี่ยนไป อันมีลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง เพราะเป็นลักษณะของการตกลงยินยอมที่จะอยู่ร่วมกันและก่อให้เกิดสถานะใหม่ขึ้นตามกฎหมาย แต่การสมรสไม่ใช่เรื่องของสัญญาเพราะผู้เขียนเห็นว่า การที่จะเป็นสัญญาได้นั้น จะต้องเป็นการทำใดๆ เพื่อก่อนติสัมพันธ์ทางหนี้และนิติสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 แต่ในเรื่องของการสมรสนั้นมีความแตกต่าง โดยผู้เขียนมีความเห็นว่า การสมรสเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งที่มีผลให้ก่อให้เกิดสถานะของบุคคลใหม่ ซึ่งเรียกว่านิติกรรมเกี่ยวกับสถานะบุคคล โดยนิติกรรมดังกล่าวมีทั้งการก่อตั้งสถานะบุคคลหรือนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสถานะบุคคล ได้แก่ การสมรส การหมั้น การหย่า เป็นต้น มีลักษณะเป็นนิติกรรมที่มุ่งต่อสิทธิสถานะ ซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่ใช่ทรัพย์สิน เพราะมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวกับศีลธรรมไม่มีความเกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน อันไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ ทั้งนี้ นิติกรรมเกี่ยวกับสถานะบุคคลเป็นนิติกรรมที่มีลักษณะเฉพาะ เพราะมีกฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยเรื่องครอบครัว

นอกจากนี้ แม้ว่าการสมรสของประเทศไทยนั้น ยังคงเป็นประเด็นที่ถกเถียงในปัจจุบัน แต่เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างความเป็นมาของระบบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่นำรูปแบบระบบกฎหมายมาจากประเทศเยอรมัน อันมีรากฐานแนวความคิดมาจากกฎหมายโรมัน พบว่ากฎหมายโรมันจัดโครงสร้างกฎหมายโดยแบ่งแยกความสัมพันธ์ในเรื่องกฎหมายบุคคลออกจากกฎหมายทรัพย์สินอย่างชัดเจน และแยกกฎหมายบุคคลออกเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างกฎหมาย

บุคคล โดยแยกออกจากสถานะกฎหมายประเภทอื่น การแยกออกมาจึงเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อันส่งผลให้ระบบกฎหมายเยอรมันมีการแบ่งบทบัญญัติของกฎหมายรวมถึงแนวความคิดเรื่องนิติกรรมนิติกรรมที่ก่อความผูกพันทางหนี้และนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิออกชัดเจน เมื่อการสมรสเป็นเรื่องของการแสดงเจตนาโดยมุ่งโดยตรงที่จะก่อให้เกิดสถาบันครอบครัวเป็นความสัมพันธ์ส่วนตัวที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคล ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการสมรสเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง แต่เป็นนิติกรรมที่มีความแตกต่างจากนิติกรรมทางหนี้ ที่มีผลก่อความผูกพันตามกฎหมายลักษณะหนี้ เช่น เกิดสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ และนิติกรรมทางทรัพย์สินที่มีผลในการเคลื่อนไหวนิติกรรมโดยตรงในลักษณะที่เกิดการโอนสิทธิ เช่น การโอนกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกัน ส่วนการสมรสเป็นนิติกรรมที่เกี่ยวกับสถานะบุคคล อันมีลักษณะเฉพาะตัว ที่มีผลในการก่อสถานะของบุคคลในฐานะสามีภริยาตามกฎหมาย อันเป็นเรื่องความสัมพันธ์ทางครอบครัว และตามกฎหมายกำหนดไม่ว่าจะมีบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องความสามารถของคู่สมรสในการสมรส รูปแบบการสมรส ผลของการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการสมรส การสิ้นสุดการสมรส และบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตร ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ทั้งนี้ รวมไปถึงบทบัญญัติในเรื่องมรดกทั้งหมดนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติในบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวจึงมีลักษณะที่พิเศษและการสมรสเป็นนิติกรรมที่เกี่ยวกับสถานะบุคคล

ดังที่กล่าวไปข้างต้น สรุปได้ว่า ผู้เขียนเห็นว่าการสมรสนั้นเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งอันเป็นนิติกรรมที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนตัว เพราะเป็นการกระทำของชายหญิงที่กระทำการสมรสกันตามกฎหมาย อันส่งผลให้เกิดความสัมพันธ์ทางครอบครัวที่กฎหมายกำหนดในบรรพ 5 เกิดขึ้นตามมา

4.1.2 ปัญหาการนำหลักนิติกรรมสัญญาตามบรรพ 1 มาใช้บังคับกับบรรพ 5

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในข้อ 4.1.1 ที่ผู้เขียนมีความเห็นว่าการสมรสเป็นนิติกรรมเกี่ยวกับสถานะของบุคคลอันเป็นหนึ่งในลักษณะของนิติกรรมประเภทหนึ่ง แต่ทั้งนี้ มีประเด็นให้พิจารณาว่าบทบัญญัติเรื่องนิติกรรมซึ่งปรากฏอยู่ในบรรพ 1 อันเป็นหลักทั่วไปกับการสมรสในบรรพ 5 ซึ่งเป็นการทำนิติกรรมเกี่ยวกับสถานะของบุคคลมีความแตกต่างกันหรือไม่ ประการใดโดยผู้เขียนเห็นว่าการสมรสที่เป็นนิติกรรมเกี่ยวกับสถานะของบุคคลมีความแตกต่างจากนิติกรรมในบทบัญญัติในบรรพ 1 ด้วยเหตุผล ดังต่อไปนี้

1. เหตุผลเรื่องระบบโครงสร้างกฎหมายเอกชนไทย

จากที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 เกี่ยวกับความเป็นมาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ในเรื่องการจัดโครงสร้างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประเทศไทยนำเอาโครงสร้างกฎหมายเอกชนมาจากกฎหมายต่างประเทศ อาทิ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งไทยนำเอาการจัดโครงสร้างประมวลกฎหมายเยอรมัน มาปรับใช้ แบ่งได้ดังนี้ บรรพ 1 ซึ่งเป็นภาคทั่วไป และบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 6 ว่าด้วย มรดก อันมีลักษณะที่พัฒนามาจากโครงสร้างกฎหมายเอกชนที่ได้รับการสืบสายมาจากกฎหมายโรมัน กล่าวคือ กฎหมายโรมันจัดโครงสร้างของกฎหมายเอกชนตามที่ปรากฏใน Institutes ซึ่งเป็นคู่มือการศึกษากฎหมายโรมันของจัสติเนียน ไว้ 3 ประการ คือ 1) กฎหมายบุคคล 2) กฎหมายทรัพย์สิน 3) กฎหมายวิธีพิจารณาความ

โครงสร้างกฎหมายเอกชนโรมัน โครงสร้างที่ 1 เป็นเรื่องกฎหมายลักษณะบุคคล ซึ่งมีเนื้อหาประกอบไปด้วยเรื่องของบุคคลและเรื่องของครอบครัว ตามกฎหมายโรมันโบราณนั้น ครอบครัวหมายถึง บุคคลหลาย ๆ คนที่มีความผูกพันกันทางการสมรสหรือทางสายโลหิต รวมถึงคนทุกคนซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของหัวหน้าครอบครัว (paterfamilias) ลักษณะของครอบครัวโรมันจึงมีลักษณะของความไม่เท่าเทียมกันทางเพศ และการตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครอง ครอบครัวในสังคมโรมันเริ่มมาจากการสมรส แนวคิดของการสมรสตามกฎหมายโรมันมีหลักคิดอยู่ 3 ประการ คือ คือ ประการที่หนึ่ง การสมรสเป็นไปตามหลักผัวเดียวเมียเดียว (mogamia) ประการที่สอง การสมรสตามกฎหมายโรมันเกิดขึ้นเพียงแต่จากความยินยอมที่จะอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาของชายและหญิงก็เป็นการเพียงพอแล้วโดยไม่ต้องทำตามแบบพิธีใด ๆ ตามหลักความยินยอม (consensus) และประการสุดท้าย การสมรสจะทำได้เฉพาะระหว่างชายและหญิงที่อยู่ต่างครอบครัวกันเท่านั้น ทั้งนี้ การสมรสตามกฎหมายโรมันมีอยู่ 2 แบบ คือ การสมรสที่ทำให้หญิงอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของสามีและการสมรสที่ภริยาไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจของสามีจนกว่าบิดาของหญิงจะเสียชีวิต ส่วนโครงสร้างที่ 2 คือ เรื่องกฎหมายทรัพย์สิน ซึ่งแบ่งเป็นกฎหมายทรัพย์สิน กฎหมายหนี้ และกฎหมายมรดก

จากการแบ่งโครงสร้างกฎหมายเอกชนโรมัน เห็นได้ว่า กฎหมายโรมันแยกความสัมพันธ์ในเรื่องของบุคคลออกจากความสัมพันธ์ในเรื่องของทรัพย์สินได้อย่างชัดเจน โดยความสัมพันธ์ของบุคคลในโครงสร้างที่ 1 กล่าวถึงตั้งแต่บุคคลนั้นเกิดไปจนถึงตาย ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับธรรมชาติของ

มนุษย์ รวมไปถึงการสร้างครอบครัวซึ่งเป็นเรื่องของการดำรงเผ่าพันธุ์ของมนุษย์อันเป็นการก่อความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ส่วนความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สิน โครงสร้างที่ 2 เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเคลื่อนไหวเปลี่ยนมือสิทธิในสินทรัพย์ที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจ ดังนั้น ในโครงสร้างที่ 2 จึงรวมไปถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สินและกฎหมายที่เกี่ยวกับหนี้ด้วย เมื่อเยอรมันนำโครงสร้างของกฎหมายโรมันมาใช้ประกอบการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อีกทั้ง เยอรมันพัฒนาหลักโครงสร้างกฎหมายโรมันที่เดิมแบ่งออกเป็น 3 โครงสร้าง โดยเยอรมันกำหนดหัวข้อกฎหมายเอกชนออกเป็น 5 หัวข้อเพื่อให้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันสามารถอ่านทำความเข้าใจได้โดยง่ายและสามารถปรับใช้กับแนวคิดในปัจจุบันได้ โดยกำหนดให้มีหลักทั่วไป และกำหนดให้กฎหมายครอบครัวอยู่ในบทบัญญัติอีกบรรพหนึ่ง ส่วนเรื่องความสัมพันธ์เกี่ยวกับทรัพย์สินแยกเรื่องหนี้ ทรัพย์สินและมรดกออกจากกันเป็นคนละบรรพ ทั้งนี้ ระบบโครงสร้างกฎหมายเอกชนของเยอรมันมีอิทธิพลต่อระบบโครงสร้างกฎหมายเอกชนหลายประเทศ รวมถึงประเทศไทยเช่นกัน

ผู้เขียนเห็นว่าจากการแบ่งโครงสร้างกฎหมายดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อประเทศไทยในฐานะผู้รับอิทธิพลทางแนวคิดมาจากกฎหมายโรมัน ในเชิงนิติวิธี³ เนื่องจากประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law และบทบัญญัติของกฎหมายปรากฏออกมาเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีประมวลกฎหมายเป็นบทกฎหมายทั่วไป ดังนั้น ในการปรับใช้กฎหมายจึงต้องพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเสียก่อน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงมีลักษณะที่พยายามปรับใช้ได้กับทุกกรณี นอกจากเรื่องการปรับใช้กฎหมายแล้ว ในเรื่องการตีความกฎหมายจะต้องพิจารณาดำแหน่งของบทบัญญัติกฎหมายนั้นประกอบ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในบรรพ 1 อันเป็นหลักทั่วไป และบทบัญญัติในบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองบรรพนี้อยู่ในตำแหน่งที่แตกต่างกัน โดยบทบัญญัติในบรรพ 1 หลักทั่วไป อันเป็นหลักกฎหมายที่มุ่งหมายจะนำไปใช้กับบรรพอื่น ๆ ได้ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ในทางโครงสร้างของกฎหมายเอกชนเห็นได้ว่า กฎหมายโรมันไม่มีการกล่าวถึงบทบัญญัติหลักทั่วไป แต่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันพัฒนาแนวความคิดของกฎหมายโรมันมาจัดทำประมวลกฎหมาย การจัดทำโครงสร้างกฎหมายให้แบ่งเป็นหลายบรรพก็เพื่อให้การศึกษากฎหมายเกิดความเข้าใจได้ง่าย โดยกฎหมายเยอรมันยังคงแยกความสัมพันธ์เรื่องบุคคล หรือการก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวออกจากความสัมพันธ์เรื่องหนี้ หรือทรัพย์สินตามโครงสร้างของกฎหมายเอกชนโรมันเช่นกัน แม้ว่าในหลักทั่วไปของกฎหมายเยอรมันกล่าวถึงเรื่องบุคคลและมี

³ นิติวิธี คือ การใช้และการตีความกฎหมาย

บทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวแยกออกมาเป็นอีกบรรพหนึ่ง ก็ทำให้เห็นได้ว่าในความสัมพันธ์ในเรื่องของการก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวจึงเป็นเรื่องเฉพาะและกฎหมายครอบครัวเยอรมัน มีการระบุถึงขั้นตอนการสมรสไว้โดยละเอียด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของขั้นตอนพิธีการสมรส การแสดงเจตนาสมรสต่อหน้านายทะเบียน หรือเรื่องความสามารถของคู่สมรส เป็นต้น เมื่อไทยนำแนวคิดเหล่านี้มาปรับใช้ การตีความกฎหมายจึงต้องพิจารณาถึงความมุ่งหมายของกฎหมายและตำแหน่งที่บทบัญญัติของกฎหมายประกอบ กล่าวคือ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยวางบทบัญญัติบรรพ 5 เรื่องการสมรส แยกต่างหากออกจากบรรพ 1 อันเป็นกฎหมายคนละสถานะกัน โดยบทบัญญัติในบรรพ 1 ต้องการกล่าวถึงหลักทั่วไปอันบังคับใช้ได้กับบทบัญญัติของกฎหมายในทุก ๆ บรรพ มีความหมายกว้าง เมื่อมีบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะดังเช่นที่ปรากฏในบรรพ 5 การตีความกฎหมายจึงต้องพิจารณาบทบัญญัติที่มีความเฉพาะเสียก่อน ในเรื่องของการสมรสก็เช่นเดียวกัน การสมรสเป็นเรื่องของการก่อสถานะความสัมพันธ์ทางครอบครัวของบุคคลซึ่งมีลักษณะเฉพาะ อีกทั้ง มีบทบัญญัติในเรื่องผลการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสไว้เฉพาะ ดังนั้น การปรับใช้และการตีความกฎหมายในเรื่องการสมรสจึงต้องปรับใช้กับบทบัญญัติในบรรพ 5 เท่านั้น ไม่นำบทบัญญัติในบรรพ 1 มาปรับใช้

2. เหตุผลเรื่องลักษณะของนิติกรรม

จากที่ผู้เขียนได้กล่าวไปตอนต้นว่าผู้เขียนเห็นว่า การสมรสเป็นนิติกรรม เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของนิติกรรมนั้น ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 หลักทั่วไป จากที่กล่าวไปว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีโครงสร้างกฎหมายแบ่งเป็น 6 บรรพ โดยไทยรับเอาระบบโครงสร้างกฎหมายเอกชนมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังที่ได้กล่าวมาว่าโครงสร้างทางกฎหมายเอกชนโรมันมีการแยกส่วนกฎหมายบุคคลออกจากกฎหมายทรัพย์สินและกฎหมายเยอรมันแยกลักษณะเป็นนิติกรรมทางหนี้และนิติกรรมทางทรัพย์สินออกจากกันและไทยนำเอาแนวความคิดในเรื่องโครงสร้างกฎหมายเอกชนของเยอรมันมาใช้ มีผลทำให้ผู้เขียนสามารถแบ่งลักษณะประเภทของนิติกรรมตามความสัมพันธ์ที่มีผลทางกฎหมาย คือ 1) ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินตามกฎหมายในปัจจุบัน สามารถแบ่งเป็นความสัมพันธ์ทางหนี้ หรือนิติกรรมก่อความผูกพันทางหนี้และความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน หรือนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิ 2) ความสัมพันธ์ส่วนตัว ได้แก่ การสมรส การรับรองบุตร ความสัมพันธ์ทางครอบครัว หรือนิติกรรมเกี่ยวกับสถานะบุคคล ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติในบรรพ 1 ลักษณะ 4 นิติกรรม เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงลักษณะของนิติกรรมที่ปรับใช้กับนิติกรรมในทางหนี้และนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิมากกว่าที่จะนำมาใช้กับนิติกรรมที่ก่อสถานะบุคคล

เพราะพิจารณาจากโครงสร้างระบบของกฎหมายและตำแหน่งบทบัญญัติของกฎหมาย ปรากฏว่า ในเรื่องนิติกรรมก่อความผูกพันทางหนี้ และนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิจัดอยู่คนละส่วนกับนิติกรรมก่อสถานะบุคคล ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การนำบทบัญญัติในบรรพ 1 มาใช้กับความสัมพันธ์ทางครอบครัวจึงควรนำมาใช้จำกัดมากที่สุด แต่หากเป็นเรื่องการสมรสซึ่งเป็นการก่อสถานะบุคคลโดยเฉพาะ ผู้เขียนเห็นว่า ไม่สามารถนำบทบัญญัติในบรรพ 1 มาปรับใช้กับบทบัญญัติในบรรพ 5 ได้

หากพิจารณาการสมรสตามกฎหมายลักษณะครอบครัว กฎหมายได้กำหนดให้การสมรสที่จดทะเบียนสมรสเท่านั้นจึงจะมีผลเป็นการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 การจดทะเบียนสมรสจึงเปรียบเสมือนเครื่องมือในการแสดงถึงเจตนาของชายและหญิง และมีผลเป็นการก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัว หรือที่เรียกว่าเป็นนิติกรรมเกี่ยวกับสถานะบุคคล อันมีลักษณะเฉพาะแตกต่างไปจากเรื่องความสัมพันธ์ทางหนี้และความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน การจดทะเบียนสมรสเป็นเรื่องของการที่กฎหมายกำหนดแบบพิธีการ จึงเป็นแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรสเช่นกัน

จากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาว่า ในการประชุมจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พบว่า หยุต แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นว่า การสมรสเป็นเรื่องที่พิเศษที่ต้องบัญญัติไว้ต่างหากจากเรื่องนิติกรรม ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความยินยอมของคู่สมรสบกพร่องเพราะถูกข่มขู่จะต้องมีการกำหนดเป็นบทบัญญัติพิเศษออกไป หรือในเรื่องแบบก็เช่นเดียวกัน นิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบกฎหมายกำหนดให้เป็นโมฆะทั้งหมด แต่สำหรับการสมรสถ้าถือตามเช่นนั้นจะมีผลกระทบต่อบุตรที่เกิดจากการสมรสก็จะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดา⁴ หยุต แสงอุทัย ให้ข้อสังเกตต่อว่า กฎหมายสมัยใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการสมรส แยกการสมรสที่เป็นโมฆะกรรม โมฆียะกรรมออกจากโมฆะกรรม โมฆียะกรรมของนิติกรรม เพราะการสมรสและนิติกรรมมีความต่างกัน นิติกรรมที่เป็นโมฆะนั้นเสียเปล่ามาแต่ต้น แต่การสมรสที่เป็นโมฆะไม่มีผลเสียเปล่าทั้งหมด เมื่อศาลแสดงว่าการสมรสใดเป็นโมฆะแล้ว บุตรก็ยังคงเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคู่สมรสที่สุจริตยังคงมีสิทธิบางประการอยู่⁵ อีกทั้ง นอกจากบทบัญญัติในหมวด 5 แล้วไม่ควรมีการสมรสที่เป็นโมฆะหรือโมฆียะอีก ตามกฎหมายต่างประเทศก็ถือว่าการสมรสจะเป็นโมฆะหรือโมฆียะได้เฉพาะที่กำหนดในบทบัญญัติเรื่องการสมรสเท่านั้น การบัญญัติอย่างนี้ย่อมเป็นหลักประกันแก่ราษฎรว่าเมื่อต้องการจะ

⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายครั้งที่ 364-2/2507, หน้า 5.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

รู้ว่าการสมรสจะเป็นโมฆะหรือโมฆียะ จะต้องดูพิจารณาบทบัญญัติเรื่องการสมรสในบรรพ 5 นี้ การสมรสเป็นความสัมพันธ์ในฐานะของบุคคล ฉะนั้นจึงควรจะให้แน่นอนและสะดวกแก่ราษฎร

อย่างไรก็ดี ในกรณีนี้มีความคิดเห็นแย้งในที่ประชุมจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ซึ่งท่านประธานที่ประชุม (พระยาอรรถการีย์นิพนธ์) มีความตั้งใจที่จะบัญญัติเงื่อนไขการสมรสว่ามีกรณีใดบ้างที่มีผลเป็นโมฆะกรรมและการสมรสที่ผิดเงื่อนไขใดบ้างที่มีผลเป็นโมฆียะกรรมเท่านั้น ผลของการสมรสที่เป็นโมฆะหรือโมฆียะมีอย่างไร ไม่ควรหนีไปจากหลักทั่วไปของโมฆะกรรมและโมฆียะกรรมในเรื่องนิติกรรม หมายความว่า การสมรสเป็นโมฆะหรือโมฆียะตามที่บัญญัติในหมวด 5 นี้แล้ว ก็ยังมีการสมรสที่เป็นโมฆะและจะโมฆียะตามบทบัญญัติอื่นอีก เช่น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งบรรพ 1 ในส่วนเรื่องของการจดทะเบียนสมรส หยุตฯ เสนอให้ควรมีบทบัญญัติในเรื่องแบบของการสมรส โดยเสนอให้ “การสมรสซึ่งได้จดทะเบียนต่อหน้า นายทะเบียน แต่มิได้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นการสมรสที่เป็นโมฆะ” โดย หยุตฯ มีความประสงค์อยากให้มีบทบัญญัติทุกอย่างครบถ้วนในบทบัญญัติหมวดเงื่อนไขการสมรส ซึ่งการสมรสเป็นเรื่องพิเศษที่ต่างบัญญัติไว้ต่างหากจากเรื่องนิติกรรม การสมรสที่คู่สมรสไปหานายทะเบียนให้จดทะเบียนสมรสให้มันต้องรับรองในทางกฎหมายบ้าง เมื่อคู่สมรสไปหานายทะเบียน แต่บังเอิญนายทะเบียนกระทำผิดแบบ ต่างก็กระทำตามกฎหมายแล้ว ดังนั้น หยุตฯ เสนอว่าไม่ควรให้ไม่เป็นการสมรสเลย แต่ควรจะรับรองให้การสมรสนั้น “เป็น” การสมรสที่เป็นโมฆะ เพราะการสมรสที่เป็นโมฆะนั้นศาลเท่านั้นจะเป็นผู้แสดง⁶ ซึ่งในกรณีนี้ที่ประชุมจัดทำร่างกฎหมายไม่เห็นด้วยกับบทบัญญัติที่ หยุตฯ เสนอว่าการที่กำหนดเงื่อนไขของการสมรสให้มีผลเป็นโมฆะหรือโมฆียะมีขึ้นเพื่อยกเว้นหลักทั่วไปของโมฆะกรรมและโมฆียะกรรม การสมรสจะเป็นโมฆะหรือโมฆียะเพราะเหตุอื่นหรือไม่ เช่น การสมรสผิดแบบในการจดทะเบียนสมรสเป็นโมฆะ หรือเพราะเหตุใด ผลสุดท้ายแล้ว การสมรสนั้นมีผลไม่สมบูรณ์เหมือนกัน ดังนั้น การกำหนดผลของการสมรสจึงควรเป็นไปตามเงื่อนไขการสมรสที่บัญญัติไว้แล้วเท่านั้น⁷ นอกจากนี้ ประมุข สุวรรณศร ให้ความเห็นว่า การกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวก่อให้เกิดความสับสนว่าอะไรคือแบบ และแค่นั้นจึงจะถือว่าผิดแบบอันมีผลทำให้การสมรสเป็นโมฆะ อีกทั้งเมื่อมีบทบัญญัติในมาตรา 1445 วรรค (มาตรา 1457 ปัจจุบัน) กำหนดว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมิได้เฉพาะเมื่อจดทะเบียนแล้วเท่านั้น” อยู่แล้ว ปัญหาจึงมี

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5-6.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

เพียงเรื่องการจดทะเบียนสมรสเกิดขึ้นแล้วหรือยัง ส่วนเรื่องผิดแบบจะไม่นำมาพิจารณาอีก เมื่อไม่เป็นการจดทะเบียนสมรสก็ไม่มีสมรส⁸

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่า หยุตฯ นำแนวทางการสมรสของกฎหมายเยอรมันมาเสนอในการประชุมจัดทำประมวลกฎหมาย โดยท่านต้องการนำเสนอให้มีการเพิ่มเนื้อหาในเรื่องแบบของการสมรสโดยเฉพาะ ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามให้มีผลเป็นโมฆะตามกฎหมายว่าด้วยครอบครัว เพิ่มเติมจากในเรื่องการจดทะเบียนสมรส แต่ที่ประชุมฯ ไม่เห็นด้วยกับความเห็นของหยุต แสงอุทัย โดยมีความคิดเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะทำให้เกิดความสับสน ดังนั้นจึงกำหนดแต่เพียงเรื่องของการจดทะเบียนสมรสก็เพียงพอแล้ว ดังนั้น ประเทศไทยจึงมีแต่เพียงเรื่องการจดทะเบียนสมรสที่เป็นแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรสเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเยอรมันที่มีขั้นตอนการสมรสที่ต้องปฏิบัติตามเคร่งครัด อนุกรมวิธาน อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีการจดทะเบียนสมรส การสมรสนั้นก็ไม่มีจดทะเบียนสมรส การสมรสนั้นก็ไม่มีขึ้นตามกฎหมายเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

เมื่อพิจารณาเรื่องการจดทะเบียนสมรสกับแบบแห่งนิติกรรม ตามหลักนิติวิธี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 กำหนดว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ” บทบัญญัติมาตรา 152 ปรากฏอยู่ในลักษณะ 4 ว่าด้วยนิติกรรม ดังนั้น คำว่า “การใด” ย่อมหมายถึงการทำนิติกรรม ในส่วนของการสมรส มาตรา 1457 กำหนดให้ “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมิได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น” บทบัญญัติมาตรา 1457 ได้ระบุชัดเจนว่าถ้าเป็นการสมรสตามกฎหมายจะมีขึ้นได้จะต้องมีการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น อันแสดงให้เห็นว่า แม้บทบัญญัติในหลักทั่วไป บรรพ 1 จะสามารถใช้กับบรรพอื่น ๆ ได้ แต่กฎหมายในบรรพ 5 ก็ระบุชัดเจนว่าถ้าเป็นการสมรสจะต้องจดทะเบียนสมรสอย่างเดียวกันเท่านั้น อีกทั้ง ในประชุมร่างกฎหมายมีความแนวคิดที่ต้องการให้การสมรสเป็นไปตามบทบัญญัติในบรรพ 5 เท่านั้น โดยมีความพยายามกำหนดให้การสมรสที่ไม่ได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนของการจดทะเบียนสมรสเป็นโมฆะตามบรรพ 5 ถึงแม้ว่าร่างกฎหมายในข้อนี้ถูกปิดตกไป แต่ก็แสดงให้เห็นถึงความพยายามเน้นย้ำของผู้ร่างกฎหมายว่าต้องการให้การสมรสนั้นมีลักษณะเฉพาะแตกต่างหากจากบทบัญญัติในบรรพ 1 ดังนั้น ในเรื่องการสมรสนั้น จึงเป็นกรณีที่จะต้องใช้บังคับและตีความกฎหมายตามบทบัญญัติในบรรพ 5 ไม่สามารถที่จะนำบทบัญญัติในบรรพ 1 มาปรับใช้ได้

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า การจดทะเบียนสมรสมีความแตกต่างจากเรื่องของแบบแห่งนิติกรรม เนื่องจากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษามาข้างต้น แบบแห่งนิติกรรมเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมบางประเภทต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด หากไม่ทำตามจะมีผลทางกฎหมายตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 แต่ในเรื่องการจดทะเบียนสมรส กฎหมายมิได้กล่าวถึงผลของการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว อีกทั้งหากคู่รักเลือกที่จะอยู่กินฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสผลคือ ความสัมพันธ์ทางครอบครัวก็ไม่เป็นโมฆะหรือเสียเปล่าไปเป็นไม่มีครอบครัวเกิดขึ้นได้ ในทางตรงกันข้าม ความสัมพันธ์ดังกล่าวกลับเกิดขึ้นตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ เพียงแต่ไม่สามารถนำกฎหมายลักษณะครอบครัว บรรพ 5 มาบังคับใช้ได้เท่านั้น ผลของการที่ชายหญิงอยู่กินฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสจึงแตกต่างกับผลของสามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายดังที่ได้กล่าวไป

โดยสรุปแล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ตามกฎหมายธรรมชาติผสมกับวัฒนธรรม ความเชื่อ ขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคม ตลอดจนรัฐมีอำนาจเข้ามาควบคุมโดยการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการก่อตั้งครอบครัว เพื่อให้สังคมมีความสงบสุขเป็นไปในทิศทางเดียวกันจนมีกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะในการกำหนดรูปแบบการก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวขึ้นมา การสมรสเป็นกฎเกณฑ์สำคัญที่มนุษย์สร้างขึ้นมากำหนดให้สถานะของบุคคลมีการเปลี่ยนแปลงไป โดยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนี้เกิดจากความรัก ความเชื่อใจ ความต้องการของบุคคลในการจะอยู่ร่วมกันในอนาคตและมีความต้องการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ให้ดำรงอยู่ต่อไป ดังนั้น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 จึงเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการเจริญเติบโตของมนุษย์ตั้งแต่เกิดจนตายและเป็นเรื่องการจัดตั้งครอบครัว ความสัมพันธ์ของบุคคลที่อยู่ในครอบครัว ซึ่งการสมรสเป็นกฎหมายที่เป็นจุดเริ่มต้นความสัมพันธ์ดังกล่าว บทบัญญัติในบรรพ 5 จึงมีลักษณะที่เฉพาะแตกต่างจากบทบัญญัติในบรรพ 1 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปและสามารถนำไปใช้กับบทบัญญัติในบรรพอื่น ๆ ได้เป็นการทั่วไป ดังนั้น การนำบทบัญญัติในบรรพ 1 มาปรับใช้โดยเฉพาะเรื่องการสมรสจึงไม่สามารถนำมาปรับใช้กับบรรพ 5 ได้

4.2 ปัญหาสถานะของการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย

เนื่องจากกฎหมายครอบครัวเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสังคม อันเป็นกฎหมายที่รวบรวมวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีของมนุษย์ในสังคมใดสังคมหนึ่งที่มีมายาวนาน

กฎหมายครอบครัวจึงเป็นเรื่องตามกฎหมายธรรมชาติที่มีกฎธรรมชาติเป็นเครื่องมือวัดความถูกต้องของคนในสังคม โดยหนึ่งในเครื่องมือสำคัญของกฎธรรมชาติคือ ศาสนา ซึ่งศาสนามีบทบาทสำคัญในการกำหนดศีลธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี แนวทางปฏิบัติของคนในสังคมให้มีกฎเกณฑ์เดียวกัน และพัฒนาสังคมไปสู่ความมีอารยธรรม ดังนั้น จุดเริ่มต้นของกฎหมายครอบครัวจึงเป็นเรื่องธรรมชาติของมนุษย์โดยมีศาสนาเข้ามาเป็นหลักในการจัดระบบกฎหมาย และศาสนามีอิทธิพลต่อกฎหมายครอบครัว อันนำไปสู่ระบบการสมรสของสังคมทั่วโลกไม่ว่าจะเป็น ศาสนาพุทธ ศาสนาคริสต์ และศาสนาอิสลาม อันมีผลทำให้ระบบการสมรสของสังคมแต่ละสังคมมีความแตกต่างกัน ต่อมาเมื่อมีสังคมมีการเปลี่ยนแปลง รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ การสมรสนั้นถูกกำหนดกฎเกณฑ์เพิ่มเติมขึ้นมาโดยรัฐนอกเหนือจากหลักเกณฑ์ทางศาสนา ทั้งนี้ ในเรื่องสถานะของการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย ผู้เขียนศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ อังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศส โดยศึกษาตามหัวข้อ ดังต่อไปนี้

4.2.1 ความเป็นมาของการจดทะเบียนสมรส

เมื่อพิจารณาความเป็นมาของกฎหมายสมรสอังกฤษ เนื่องจากประเทศอังกฤษมีระบบกฎหมายแบบ Common Law โดยยึดแนวคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐาน เริ่มแรกกฎหมายการสมรสของประเทศไทยเป็นจารีตประเพณีที่ถูกควบคุมโดยโบสถ์หรือศาสนจักร กล่าวคือศาสนจักรมีอำนาจเหนือในการควบคุมกฎหมายสมรสและกฎหมายหย่าในประเทศอังกฤษ ต่อมาเกิดการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นโดยมีการปฏิรูปกฎหมายโดยทางฝ่ายรัฐมีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการสมรส โดยมีหลักแนวความคิดที่ว่าต้องการจะเปลี่ยนอำนาจของศาสนจักรให้เป็นอำนาจตามวิถีที่รัฐกำหนดแทน ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1753 กฎหมายอังกฤษกำหนดเงื่อนไขการสมรสให้สามารถจัดทำขึ้นที่สำนักงานทะเบียน อันเป็นการสมรสตามกฎหมายบ้านเมือง ต่อมากฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1836 กำหนดให้ว่าการสมรสสามารถทำนอกคริสตจักรแห่งอังกฤษได้โดยการสมรสภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายในปี ค.ศ. 1836 จะต้องทำกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ และสามารถเฉลิมฉลองพิธีสมรสในสถานที่ที่อื่นได้ ดังนั้น ระบบการสมรสของอังกฤษมีทางเลือกให้คู่สมรสต้องเลือกระหว่างการสมรสตามกฎหมายบ้านเมือง หรือการสมรสตามพิธีศาสนา การสมรสตามพิธีทางศาสนาในปัจจุบัน มีทั้งหมด 4 ประเภท ได้แก่ การสมรสตามแบบพิธีศาสนาแองกลิกัน การสมรสตามแบบพิธีทางศาสนาของยิว การสมรสตามแบบพิธีทางศาสนาของแควกเกอร์ และการสมรสตามแบบพิธีทางศาสนาอื่น เมื่อพิจารณาความเป็นมาของกฎหมายการสมรสของประเทศไทยย่อมเห็นได้ว่ากฎหมายการสมรสของประเทศไทยเริ่มจากศาสนาเข้ามาควบคุมเช่นกัน ทั้งนี้ เมื่อวันเวลา

มีความเปลี่ยนแปลงไปรัฐมีความจำเป็นที่จะเข้ามาแทรกแซงกำหนดระบบของการสมรสในประเทศ อังกฤษให้มีความหลากหลายและกฎหมายเข้ามากำหนดขั้นตอนของการสมรสโดยจะต้องปฏิบัติ ตามขั้นตอนที่กำหนด มิฉะนั้นการสมรสจะไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย

ในส่วนของความเป็นมาเรื่องการสมรสของประเทศเยอรมัน ประเทศเยอรมันใช้ระบบกฎหมาย Civil Law อันเป็นระบบกฎหมายที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมันและส่วนใหญ่มีการบันทึกกฎหมาย เป็นลายลักษณ์อักษร ในกรณีนี้ กฎหมายเยอรมันสืบสายมาจากกฎหมายโรมัน อันทำให้กฎหมาย โรมันมีอิทธิพลต่อการเรียนการสอนในมหาวิทยาลัย ซึ่งในเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ภายใน ครอบครัวและเรื่องมรดกมีการนำกฎหมายโรมันมาปรับใช้ประกอบกับกฎหมายศาสนาคริสต์ (canon law) อันทำให้เห็นได้ว่า กฎหมายศาสนาคริสต์ย่อมมีอิทธิพลต่อกฎหมายครอบครัวเยอรมันและ กฎหมายศาสนากลายมาเป็นหลักที่นำมาปรับใช้กับเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัว รวมถึงหลักเกณฑ์ ของการสมรสด้วย ต่อมาในศตวรรษที่ 19 มีความพยายามปรับปรุงแก้ไขกฎหมายสมรสเนื่องมาจาก ผลกระทบที่มีการสนับสนุนให้มีการสมรสนอกศาสนา โดยมี นาย Bismarck นายกรัฐมนตรีจักรวรรดิ เยอรมันใหม่ พยายามสร้างอำนาจของรัฐโดยการลดอำนาจทางการเมืองและสังคมของคริสตจักร อันเป็นผลให้ปี ค.ศ. 1896 มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยมีผลบังคับตั้งแต่วันที่ 12 มกราคม ค.ศ. 1900 ซึ่งการเปลี่ยนแปลงในครั้งนี้มีผลทำให้กฎหมายการสมรสกลายเป็นเรื่อง ของสถาบันทางแพ่งหรือการสมรสทางแพ่ง (civil marriage) และกำหนดให้การสมรสต้องจดทะเบียน ต่อนายทะเบียน เดิมการสมรสต้องจดทะเบียนต่อนายทะเบียนและการประกอบพิธีทางศาสนาจะมี ขึ้นหลังจากการจดทะเบียนต่อนายทะเบียน การสมรสนั้นจึงสมบูรณ์ แต่ในปัจจุบัน ตั้งแต่เดือน มกราคม ค.ศ. 2009 ได้กำหนดให้ระบบการสมรสของเยอรมันมี 2 ประเภท คือ รูปแบบ การสมรสตามพิธีการตามกฎหมายบ้านเมือง และรูปแบบการสมรสตามพิธีการทางศาสนา เมื่อ พิจารณาความเป็นมาของกฎหมายการสมรสของเยอรมันเห็นได้ว่า รากฐานกฎหมายสมรสของ เยอรมันมาจากกฎหมายโรมันประกอบกับศาสนา แต่เมื่อเวลาผ่านไปเริ่มมีการลดบทบาทของ ศาสนจักรอันมีผลทำให้กฎหมายสมรสของเยอรมันเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงไปเช่นกัน โดยเยอรมันรับ ระบบการจดทะเบียนสมรสต่อนายทะเบียนมากำหนดในบทบัญญัติของกฎหมายเช่นเดียวกับ กฎหมายฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสใช้ระบบกฎหมาย Civil Law เช่นเดียวกับระบบกฎหมายของเยอรมัน เพราะระบบ กฎหมาย Civil Law เป็นระบบกฎหมายที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในภาคพื้นยุโรป อีกทั้ง ลักษณะของ กฎหมายการสมรสของฝรั่งเศสหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 มีอิทธิพลต่อกฎหมาย

สมรสของเยอรมันในเวลาต่อมาเช่นกัน ในอดีตการสมรสของฝรั่งเศสเป็นเรื่องของทางศาสนา โดยคริสตจักรเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดควบคุมชีวิตประจำวันของประชาชน การสมรสจะต้องประกอบพิธีในโบสถ์ต่อหน้านักบวชหรือบาทหลวงอันเป็นการแสดงถึงการสมรสเป็นพิธีศักดิ์สิทธิ์ที่จะต้องแสดงต่อหน้าพระเจ้า การสมรสนั้นจึงจะสมบูรณ์ชอบด้วยกฎหมาย ต่อมาหลังสมัยกลาง เกิดการต่อต้านอำนาจของศาสนจักร ทำให้อำนาจของศาสนจักรเสื่อมถอยลง นอกจากนี้ ในยุคจักรพรรดินโปเลียน มีการรวบรวมกฎหมายขึ้นมาใหม่ โดยมีความต้องการให้ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมีความเป็นหนึ่งเดียวกัน เมื่อการสมรสมิได้มีความศักดิ์สิทธิ์หรือไม่มีความจำเป็นต้องทำการสมรสต่อหน้าพระเจ้าอีก จึงเกิดรูปแบบการสมรสอีกรูปแบบหนึ่ง คือ การสมรสตามแบบพิธีกฎหมายบ้านเมือง (civil ceremony) กล่าวคือ การสมรสจะต้องจดทะเบียนต่อหน้านายทะเบียนสมรส จึงจะถือว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักการนี้ได้รับการรองรับไว้ในรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1791 มาตรา 7 กำหนดว่า “กฎหมายถือว่าการสมรสเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งรูปแบบหนึ่งเท่านั้น” ทำให้เห็นได้ว่า แนวปฏิบัติเรื่องการสมรสของฝรั่งเศส มี 2 ประการ คือ การสมรสตามแบบพิธีกฎหมายบ้านเมือง (civil ceremony) และการสมรสตามพิธีทางศาสนา (religious ceremony) ต่อมาฝรั่งเศสรับรองการอยู่ด้วยกันตามกฎหมาย โดยในกรณีนี้มิใช่การสมรสตามกฎหมายแต่กฎหมายรับรองการอยู่ร่วมกันของบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส แต่เป็นเสมือนการทำสัญญาของบุคคลสองคนที่ต้องการอยู่ร่วมกันและให้มีกฎหมายรับรอง โดยทั้งสองจะต้องนำข้อตกลงการอยู่ร่วมกันไปจดทะเบียนต่อนายทะเบียน อันถือว่าเป็นรูปแบบของการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลสองคนอีกรูปแบบหนึ่ง เมื่อพิจารณาประวัติความเป็นมาของกฎหมายการสมรสฝรั่งเศสเห็นได้ว่า การสมรสเป็นเรื่องของศาสนาเช่นเดียวกับกฎหมายประเทศอังกฤษและเยอรมัน และในเวลาต่อมารัฐมีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาแทรกแซงควบคุมการดำรงชีวิตของประชาชนในแต่ละวันและมีความพยายามลดอำนาจของทางศาสนา ในส่วนของการสมรสรัฐเข้ามากำหนดเงื่อนไขของการสมรสและกำหนดให้การสมรสต้องมีการบันทึกทางทะเบียนสมรสต่อหน้านายทะเบียนสมรสจึงจะเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี ฝรั่งเศสยังคงรูปแบบการสมรสตามพิธีทางศาสนา (religious ceremony) ไว้ในรูปแบบเดิม เพียงแต่ว่าเมื่อมีการสมรสดังกล่าวจะต้องมีการไปจดทะเบียนสมรส การสมรสจึงสมบูรณ์ตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาความเป็นมาของการสมรสในประเทศไทยกับกฎหมายต่างประเทศ เห็นได้ว่าการสมรสของแต่ละประเทศเริ่มต้นจากเรื่องของศาสนา เนื่องจากการสมรสเป็นส่วนหนึ่งของการก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวที่มีความสำคัญต่อการดำรงเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ โดยครอบครัวเป็นสถาบัน

ทางสังคมที่เป็นหน่วยทางสังคมที่เล็กที่สุดและมีความสำคัญที่สุด สังคมย่อมอุดมไปด้วยวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี ความเชื่อ และศาสนา ดังนั้น การก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวจึงเป็นเรื่อง ตามธรรมชาติและความเชื่อ วัฒนธรรม ประเพณี ศาสนาเป็นเรื่องที่อยู่ในสังคมเป็นเวลานาน กฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นในเวลานั้นย่อมเกิดจากความเชื่อ แนวทางปฏิบัติของสังคมที่มีการยึดถือมาเป็น เวลานาน จนไม่สามารถจำได้ว่าจุดเริ่มต้นของกฎเกณฑ์เหล่านี้เริ่มต้นขึ้นเมื่อใด การสมรสในช่วงเวลา แรกของทุกประเทศจึงเป็นเรื่องของธรรมชาติประกอบกับความเชื่อ จารีตประเพณี ศาสนาของสังคม ในแต่ละสังคม โดยหลักแล้วรูปแบบการสมรสของประเทศไทย อังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศสสามารถแบ่ง ออกได้ 2 ช่วงเวลา

1. ช่วงเวลาแรกก่อนการมีการจดทะเบียนสมรส

รูปแบบการสมรสของประเทศไทยก่อนมีการจดทะเบียนสมรสนั้น การสมรสทำได้โดย การแสดงออกโดยพิธีแต่งงานโดยได้รับวัฒนธรรมของอินเดีย ขอม มอญ โดยประเพณีของไทย ที่ปฏิบัติมายาวนาน ส่วนใหญ่เริ่มต้นจากการสู่ขอจากฝ่ายชาย หมั้น และเริ่มพิธีแต่งงาน อันเป็น การเสร็จสิ้นการสมรส ระบบครอบครัวเป็นไปอย่างง่าย ๆ บิดาเป็นหัวหน้าครอบครัวและ เป็นผู้กำหนดเลือกถิ่นที่อยู่ สตรีไม่มีบทบาททางสังคม ชายสามารถมีภริยาหลาย ซึ่งต่างจากรูปแบบ การสมรสของประเทศอังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศส ที่มีรูปแบบการสมรสตามพิธีทางศาสนาคริสต์ ชายและหญิงจะต้องเข้าพิธีสมรสในโบสถ์เพื่อแสดงความยินยอมของตนต่อหน้าพระเจ้า โดยมีนักบวช และบาทหลวงเป็นสักขีพยานของทั้งสอง

2. ช่วงเวลาที่สองหลังการมีการจดทะเบียนสมรส

รูปแบบการสมรสของประเทศไทยหลังมีการจดทะเบียนสมรส เนื่องจากกฎหมายลักษณะเดิม ไม่มีการจดทะเบียนสมรสทำให้การสมรสเกิดขึ้นได้เมื่อมีการจัดพิธีแต่งงาน หลังจากมีประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายลักษณะผิวเมียเดิมทั้งหมด โดยประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 (เดิม) กำหนดให้การสมรสสมบูรณ์ได้เมื่อมี การจดทะเบียนสมรส ต่อมาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2519 (ใหม่) กำหนดให้ การสมรสมีได้เมื่อมีการจดทะเบียนสมรสโดยตัดคำว่า “สมบูรณ์” ออก อันเป็นการสะท้อนให้เห็นว่า ผู้ร่างกฎหมายไทยมีแนวคิดไปในทางเดียวกันว่าการสมรสที่ไม่มีการจดทะเบียนสมรสย่อมไม่มี การสมรสเกิดขึ้นเลย ไม่ใช่มีการสมรสเกิดขึ้นแต่เป็นการสมรสที่ไม่สมบูรณ์ เมื่อเปรียบเทียบกับ กฎหมายอังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศส เห็นได้ว่า เมื่อรัฐต้องการเข้ามาควบคุมการดำรงชีวิตของประชาชน ในสังคม มีผลทำให้รัฐออกบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดรูปแบบการสมรสที่จะต้องปฏิบัติตาม

กฎหมายบ้านเมือง โดยทั้งสามประเทศมีรูปแบบการสมรสที่คล้ายคลึงกัน เพราะนอกจากมีรูปแบบการสมรสตามพิธีทางศาสนาแล้ว ทั้งสามประเทศนี้มีการกำหนดรูปแบบพิธีการสมรสตามกฎหมายบ้านเมืองโดยกำหนดให้การสมรสต้องมีการจดทะเบียนต่อหน้านายทะเบียนสมรส

4.2.2 ลักษณะของการจดทะเบียนสมรส

หากพิจารณาลักษณะของการจดทะเบียนสมรสจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าขั้นตอนการสมรสตามกฎหมายแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันอย่างไร โดยพิจารณาจากประเทศไทย กฎหมายกำหนดให้การสมรสจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คู่สมรสไม่อาจตกลงให้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดได้ ซึ่งกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ เรียกว่า “เงื่อนไขการสมรส” ทั้งนี้ หากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรส ผลของการสมรสอาจไม่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆะ หรือโมฆียะ หรือการสมรสนั้นไม่เกิดขึ้น ซึ่งการจดทะเบียนสมรสเปรียบเสมือนเงื่อนไขแห่งการสมรส ซึ่งในเรื่องการจดทะเบียนสมรสบัญญัติอยู่ในมาตรา 1457 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการแบ่งว่าการสมรสที่เกิดขึ้นเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายรับรองหรือไม่ เมื่อการสมรสมีการจดทะเบียนต่อนายทะเบียนสมรส ผลที่ตามมาย่อมก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางครอบครัว ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเกิดขึ้น ดังนั้น ลักษณะของการจดทะเบียนสมรสของประเทศไทยจึงมีลักษณะก่อให้เกิดสถานะความสัมพันธ์ส่วนตัวของชายหญิงให้มีผลเป็นสามีภริยาตามกฎหมาย อันเป็นแบบแห่งความมียู่ของการสมรส เพราะหากการสมรสใดไม่มีการจดทะเบียนสมรส การสมรสนั้นย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายครอบครัว บรรพ 5 ทั้งนี้ การจดทะเบียนสมรสมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การสมรสนั้นเป็นที่รู้ทั่วไป และกำหนดให้ทะเบียนสมรสเป็นเอกสารมหาชน อันต้องเปิดเผยต่อสาธารณชน และจากการศึกษาทางประวัติศาสตร์เห็นได้ว่ากฎหมายต้องการคุ้มครองการสมรสของคู่สมรสไม่ให้เกิดการสมรสซ้อน เพราะประเทศไทยยึดถือระบบการสมรสที่ชายและหญิงมีภริยาหรือสามีได้เพียงคนเดียว หากเกิดการสมรสซ้อน การสมรสนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ ดังนั้น ทะเบียนสมรสจึงเป็นเครื่องมือตรวจสอบที่สำคัญของชายหญิงที่จะทำการสมรสต่อไปในอนาคต

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบขั้นตอนการสมรสของประเทศอังกฤษหรือเรียกว่า ระเบียบแบบแผนของการสมรส (Formalities for marriage) มีทั้งหมด 3 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนปฏิบัติก่อนเริ่มต้นทำการสมรส (preliminaries to marriage) ขั้นตอนพิธีสมรส (Wedding Ceremony) และขั้นตอนจดทะเบียนสมรส (Registration) เมื่อพิจารณาขั้นตอนแรก เป็นขั้นตอนที่ถูกกำหนดมาเพื่อตรวจสอบว่าการสมรสนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขการสมรสหรือไม่ และเป็นขั้นตอนที่ชายและหญิงจะต้อง

ประกาศแจ้งการสมรสกับนายทะเบียนผู้มีอำนาจหรือกับนักบวชหรือบาทหลวงในกรณีที่เป็น การสมรสตามพิธีทางศาสนา ขั้นตอนที่สองคือขั้นตอนพิธีสมรส ตามกฎหมายว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1949 ได้กำหนดรูปแบบการจัดพิธีสมรส โดยหลักการสำคัญของการจัดพิธีสมรสคือ คู่สมรส จะต้องแสดงเจตนายินยอมที่จะสมรสต่อหน้านายทะเบียนสมรส หรือนักบวชหรือบาทหลวง หรือผู้มี อำนาจในการจัดพิธีสมรส ในสถานที่ที่ได้รับอนุญาตให้จัดพิธีสมรส เช่น สำนักงานทะเบียน โบสถ์ สถานที่สักการะบูชาอื่นใด ตามแต่ละรูปแบบพิธีสมรสที่คู่สมรสเลือกจะต้องจัดพิธีสมรสตามกฎหมาย บ้านเมือง หรือจัดพิธีสมรสตามพิธีทางศาสนา หรือจัดตามวิธีอื่นใด เมื่อปฏิบัติตามพิธีสมรสเสร็จ นายทะเบียน นักบวชหรือบาทหลวง หรือผู้มีอำนาจทำการสมรสจะต้องจดบันทึกในรายการการสมรส (Schedule) ลงลายมือชื่อนายทะเบียนผู้มีอำนาจ คู่สมรสและพยาน 2 คน หลังจากนั้นใบบันทึก รายการสมรสดังกล่าวจะถูกส่งไปให้สำนักงานทะเบียน เพื่อทำการจดทะเบียนสมรสในขั้นตอนสุดท้าย วัตถุประสงค์ของการจดทะเบียนสมรส คือ ต้องการให้มีการบันทึกเป็นเอกสารมหาชน ซึ่ง การ จดทะเบียนสมรสเป็นหลักฐานที่มีความสำคัญเพราะเมื่อการสมรสได้มีขึ้นตามกฎหมาย ทำให้เกิดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามมา ดังนั้น การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายอังกฤษไม่ได้เป็นปัจจัย หลักที่ทำให้การสมรสนั้นสมบูรณ์ เนื่องจากการสมรสสมบูรณ์ตั้งแต่ปฏิบัติตามขั้นตอนในพิธีสมรส อันทะเบียนสมรสจะต้องระบุว่า การสมรสนั้นเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ขึ้นมาได้อย่างไร

ทั้งนี้ มีข้อสังเกต 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก กฎหมายอังกฤษ กำหนดให้การสมรส ในขั้นตอนพิธีสมรสจะต้องมีการบันทึกลงในใบรายการสมรส (Schedule) และเมื่อเสร็จสิ้นพิธีสมรส จะต้องนำไปรายการสมรสไปจดทะเบียนสมรส เมื่อพิจารณาลักษณะใบรายการสมรสดังกล่าวเห็นได้ ว่ามีลักษณะแตกต่างกับใบทะเบียนสมรส เนื่องจากว่า การสมรสตามกฎหมายอังกฤษยอมเสร็จสิ้น สมบูรณ์เมื่อมีการปฏิบัติพิธีสมรสเสร็จสิ้น ส่วนการลงบันทึกในใบรายการสมรสหรือไม่ ไม่ทำให้ การสมรสที่เกิดขึ้นสมบูรณ์แล้วสิ้นไป หากใบรายการสมรสนั้นสูญหายไปคู่สมรสจะต้องติดต่อ นายทะเบียนที่มีอำนาจออกใบสมรสในสถานที่ทำการจัดพิธีสมรส⁹ ข้อสังเกตประการที่สอง การจดทะเบียนสมรสในขั้นตอนสุดท้ายของอังกฤษ มีลักษณะเพื่อเป็นหลักฐานการสมรสเท่านั้น ไม่มีผลทำให้การสมรสนั้นไม่สมบูรณ์

⁹ General Register Office, "Marriage in a Civil or Religious Building (Other Than Church of England/Wales) after 3rd May 2021 ", ed. Home Office's executive management board(United Kingdom: Her Majesty's Passport Office, 2021).

ต่อมา พิจารณาขั้นตอนการสมรสของเยอรมัน พบว่ามีทั้งหมด 2 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนปฏิบัติก่อนการสมรส และขั้นตอนแบบของการสมรส โดยในขั้นตอนแรกมีเพื่อยืนยันสถานะบุคคลก่อนที่จะมีการสมรสว่าการสมรสเป็นไปตามเงื่อนไขของการสมรสที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ หลังจากนั้นจะต้องมีการประกาศแจ้งการสมรสให้คนในชุมชนทราบ ต่อมาคือขั้นตอนแบบของการสมรสประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดให้ต้องทำพิธีสมรสต่อหน้าเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีพยาน 2 คน คู่สมรสจะต้องแสดงเจตนาที่จะสมรสต่อหน้านายทะเบียน โดยการแสดงเจตนาของคู่สมรสจะต้องถูกนำมาบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรในเอกสารของทางราชการเพื่อเป็นหลักฐานพิสูจน์สถานะของคู่สมรส ภูมิภาคหรือที่อยู่อาศัย และสัญชาติของคู่สมรส การสมรสนั้นต้องจดทะเบียนสมรสด้วย ทั้งนี้ ในเรื่องแบบของการสมรสจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์สามประการ ได้แก่ หลักเกณฑ์ประการแรก คือ เขตอำนาจของเจ้าพนักงานทะเบียนสมรส หลักเกณฑ์ประการที่สอง คือ วิธีการเปล่งวาจาในพิธีสมรส และหลักเกณฑ์ประการที่สาม คือ พิธีสมรส ในเรื่องการจดทะเบียนสมรสปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์ประการแรก คือ เขตอำนาจของเจ้าพนักงานทะเบียนสมรส การจดทะเบียนสมรสมีขึ้นเพื่อใช้เป็นหลักฐานในการแสดงถึงการสมรส โดยแบบฟอร์มดังกล่าวจะได้รับการสันนิษฐานเบื้องต้นว่าการสมรสนั้นตกลงกันอย่างถูกต้องและสมบูรณ์ ทั้งนี้ การกำหนดแบบฟอร์มดังกล่าวเพื่อเป็นหลักฐานสำหรับการสมรสที่มีการจดทะเบียนและอาจถูกโต้แย้งโดยพยานบุคคลในภายหลังซึ่งเป็นการโต้แย้งถึงความไม่สมบูรณ์ของการสมรส ดังนั้น รูปแบบการจดทะเบียนดังกล่าวจึงต้องระบุรายละเอียดของคู่สมรสไว้ชัดเจน ซึ่งในกฎหมายครอบครัวเยอรมัน รูปแบบการสมรสต้องมีลักษณะถาวร ไม่เปลี่ยนแปลงได้ง่ายและสามารถทำให้การสมรสนั้นไม่สมบูรณ์ได้ โดยรัฐจะบันทึกข้อมูลเพื่อให้มีการบันทึกทางทะเบียน โดยบันทึกทั้งหมดนี้จะถูกเก็บรักษาโดยพนักงานทะเบียนของรัฐที่สำนักงานบริหารทางทะเบียน

ในส่วนการจดทะเบียนสมรสของฝรั่งเศส เห็นได้ว่าฝรั่งเศสมีขั้นตอนการสมรสเหมือนเยอรมัน กล่าวคือ แนวปฏิบัติเรื่องการสมรสของฝรั่งเศส มีทั้งหมด 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรกเป็นขั้นตอนปฏิบัติก่อนการสมรส ขั้นตอนที่สองเป็นขั้นตอนพิธีสมรส โดยในขั้นตอนแรกการสมรสจะต้องมีการประกาศแจ้งล่วงหน้าว่าจะมีการสมรสเกิดขึ้นต่อสาธารณชน¹⁰ ส่วนขั้นตอนที่สอง คือขั้นตอนพิธีสมรส ขั้นตอนนี้คู่สมรสจะต้องแสดงเจตนาที่จะทำการสมรสต่อหน้านายทะเบียนพิธีการผู้ทำพิธีสมรส และนายทะเบียนจะต้องบันทึกการสมรสไว้ในทะเบียนสมรส โดยใบทะเบียนสมรสมีความสำคัญเพราะเป็นหลักฐานที่ใช้พิสูจน์ถึงความมีอยู่ของการสมรสโดยตรง ซึ่งการมีอยู่ของการสมรสมีผลไปสู่ความสัมพันธ์ทางครอบครัวตามมา ทั้งนี้ การจดทะเบียนสมรสจะต้องจดทะเบียนสมรสต่อหน้า

¹⁰ Jean Carbonnier, *Droit Civil Tome 2 La Famille*, p. 82.

นายทะเบียน หากการจดทะเบียนสมรสไม่ได้กระทำต่อนายทะเบียนย่อมเห็นได้ว่าการสมรสนั้นไม่เกิดขึ้น ต่อมาฝรั่งเศสมีแนวคิดการจดทะเบียนยอมรับสถานะของบุคคลสองคนที่อยู่ร่วมกันแต่ไม่มีการจดทะเบียนสมรส หรือเรียกว่า PACs ซึ่งการจดทะเบียนในกรณีนี้เริ่มมาจาก บุคคลสองคนไม่ว่าจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศสามารถทำข้อตกลงการอยู่ร่วมกันโดยไม่จดทะเบียนสมรส และข้อตกลงดังกล่าวมีผลในทางกฎหมายเมื่อมีการนำไปจดทะเบียน โดยลักษณะของการจดทะเบียนดังกล่าวเป็นการจดทะเบียนยอมรับสถานะการอยู่ร่วมกันของคนสองคน และก่อให้เกิดผลที่ตามมาคล้ายกับการเกิดความสัมพันธ์ทางครอบครัว เช่น ในเรื่องความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน เป็นต้น

เมื่อพิจารณาลักษณะการจดทะเบียนสมรสของทั้ง 4 ประเทศข้างต้น เห็นได้ว่าทุกประเทศเห็นว่าการจดทะเบียนสมรสมีขึ้นเพื่อบันทึกข้อมูลการสมรสในทะเบียน เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการพิสูจน์ความสมบูรณ์ของการสมรสที่เกิดขึ้นในอนาคต โดยการจดทะเบียนสมรสจะต้องกระทำต่อนายทะเบียนผู้มีอำนาจ พร้อมทั้งลงลายมือชื่อนายทะเบียน คู่สมรส และพยาน ทั้งนี้ ลักษณะของการจดทะเบียนสมรสย่อมอยู่ในขั้นตอนของการสมรสตามกฎหมายสมรสทุกประเทศ ซึ่งในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส จัดการจดทะเบียนสมรสอยู่ในขั้นตอนของพิธีการสมรส หรือเป็นขั้นตอนปฏิบัติตามแบบของการสมรส ส่วนประเทศอังกฤษจัดการจดทะเบียนสมรสอยู่ในขั้นตอนสุดท้ายของการสมรส และประเทศไทยหากพิจารณาขั้นตอนการสมรสตามกฎหมายเห็นได้ว่า ประเทศไทยไม่มีระเบียบพิธีการสมรสเหมือนดังเช่นกฎหมายต่างประเทศ แม้จะมีบทบัญญัติเรื่องการหมั้นแต่ก็ไม่มีผลบังคับให้การสมรสจะต้องมีการหมั้นเสียก่อน หรือแม้มีการหมั้นก็ไม่อาจบังคับให้สมรสได้ ดังนั้นหากชายและหญิงต้องการสมรสกันตามกฎหมายชายหญิงจะต้องจดทะเบียนสมรสต่อนายทะเบียนสมรสที่มีอำนาจ การสมรสจึงเกิดขึ้นตามกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ดี ลักษณะการจดทะเบียนสมรสของไทยมีความแตกต่างกับลักษณะการจดทะเบียนสมรสต่างประเทศบางประเทศ เช่น อังกฤษ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับลักษณะการจดทะเบียนของประเทศไทย การจดทะเบียนสมรสมีลักษณะเป็นเพียงหลักฐานในการพิสูจน์การมีอยู่ของการสมรสเท่านั้น ในส่วนของประเทศไทยการจดทะเบียนสมรสทำให้เกิดการสมรสตามกฎหมายขึ้นมา นอกจากนี้ ในประเทศฝรั่งเศสมีการจดทะเบียนรับรองสถานะการอยู่ร่วมกันของบุคคลสองคนไม่ว่าจะเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันก็ได้รับการรับรอง ในส่วนของประเทศไทยการจดทะเบียนสมรสมีได้เฉพาะการสมรสสำหรับบุคคลต่างเพศกัน และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตของบุคคลสองคนอาศัยได้ชายคาเดียวกันโดยไม่มีการจดทะเบียนตามกฎหมาย ดังนั้น ลักษณะการจดทะเบียนสมรสจึงมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

4.2.3 สถานะการจดทะเบียนสมรส

พิจารณาการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายอังกฤษ มีวัตถุประสงค์ คือ ต้องการให้มีการบันทึกเป็นเอกสารมหาชน ซึ่งการจดทะเบียนสมรสเป็นหลักฐานที่มีความสำคัญเพราะเมื่อการสมรสได้มีขึ้นตามกฎหมาย โดยการจดทะเบียนสมรสเป็นหลักฐานที่แสดงถึงการปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนการสมรสนั้นเป็นไปตามกฎหมาย ข้อมูลจะถูกเก็บรวบรวมในระหว่างการดำเนินการจดทะเบียนสมรสจนกลายเป็นบันทึกทางราชการ การจดทะเบียนที่มีประสิทธิภาพจะช่วยให้สามารถพิสูจน์ความแน่นอนของการสมรสว่าการสมรสนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย นอกจากนี้การจดทะเบียนสมรสจะช่วยในการคำนวณสถิติการสมรสซึ่งมีผลสำคัญต่อการค้นคว้าวิจัยปัญหาทางกฎหมาย สังคม สถิติจำนวนประชากรของประเทศ และเป็นข้อมูลที่มีคุณค่ากับประชาชนและรัฐไม่ว่าจะเป็นรัฐนโยบาย ทางการศึกษา หรือกับวงศ์ตระกูล บทบัญญัติในเรื่องการจดทะเบียนสมรสของอังกฤษปรากฏอยู่ใน กฎหมายว่าด้วยการสมรส 1949 มาตรา 65 (3) กำหนดให้ นายทะเบียนพิธีสมรสสำเนารายการสมรสทั้งหมดที่ได้รับการรับรองในสำนักงานทะเบียนทั่วไปส่งให้สำนักงานทะเบียน ปิดผนึกหรือประทับตราด้วยตราประทับของสำนักงานนั้น หลักฐานดังกล่าว นายทะเบียนจะทำสำเนาที่ปิดผนึกอย่างเป็นทางการ โดยคู่สมรสจะต้องได้รับเพื่อเป็นหลักฐานประกอบการสมรส ทั้งนี้ เพื่อที่เจ้าหน้าที่ทะเบียนสมรสนำรายการสมรสไปจดทะเบียนสมรสและออกใบสำคัญการสมรสให้แก่คู่สมรสต่อไป ขั้นตอนการจดทะเบียนสมรสไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของการสมรสที่เกิดขึ้น เนื่องจากการสมรสเกิดขึ้นเมื่อปฏิบัติตามขั้นตอนพิธีสมรสเสร็จสิ้น อันสะท้อนให้เห็นว่าแม้ว่าอังกฤษกำหนดขั้นตอนการสมรสอย่างเคร่งครัด แต่ในเรื่องของการจดทะเบียนสมรสกฎหมายอังกฤษกลับมีหลักการว่าการจดทะเบียนสมรสเป็นเพียงหลักฐานการพิสูจน์ของการสมรส ไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของการสมรสที่เกิดขึ้นแล้ว นอกจากนี้ อังกฤษมีความพยายามลดขั้นตอนการสมรสให้ผ่อนคลายความเคร่งครัดขึ้น โดยการจดทะเบียนสมรสสามารถกระทำผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่ต้องลงลายมือชื่อนายทะเบียน คู่สมรส และพยานอีก อันสะท้อนให้เห็นว่าอังกฤษเพียงต้องการให้นายทะเบียนสมรสเป็นหลักฐานของการสมรสและสามารถเปลี่ยนรูปแบบตามสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะในสถานการณ์โรคระบาดโควิด -19 มีผลทำให้การสมรสของหลายคู่สมรสต้องหยุดชะงัก ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงระบบให้มีความผ่อนคลาย แต่ระบบการจดทะเบียนสมรสก็ยังคงได้รับการยอมรับอยู่และมีแนวโน้มว่าจะยังคงระบบการจดทะเบียนสมรสต่อไปในอนาคต

พิจารณาสถานะการจดทะเบียนสมรสเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดให้พิธีการสมรสเป็นไปตามแบบของกฎหมายบ้านเมือง โดยทำพิธีต่อหน้าเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีพยาน 2

คน การสมรสนั้นต้องจดทะเบียนสมรสด้วย จากที่กล่าวไปว่าแบบของการสมรสจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์สามประการ ได้แก่ หลักเกณฑ์ประการแรก คือ เขตอำนาจของเจ้าพนักงานทะเบียนสมรส หลักเกณฑ์ประการที่สอง คือ วิธีการเปล่งวาจาในพิธีสมรส และหลักเกณฑ์ประการที่สาม คือ พิธีสมรส ในเรื่องการจดทะเบียนสมรสปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์ประการแรก คือ เขตอำนาจของเจ้าพนักงานทะเบียนสมรส ปรากฏในมาตรา 1310 (3) ข้อ 1. ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน การสมรสที่ไม่จดทะเบียนสมรส ผลคือการสมรสไม่เกิดขึ้น หมายถึงว่า การสมรสนั้นไม่เคยเกิดขึ้นและไม่จำเป็นต้องมีกระบวนการเพิกถอนการสมรสในภายหลัง อันสะท้อนให้เห็นว่าเยอรมันให้ความสำคัญกับการจดทะเบียนสมรสเช่นกัน โดยการจดทะเบียนสมรสเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้การสมรสเกิดขึ้น ซึ่งการสมรสที่อาจถูกเพิกถอนเพราะไม่ได้กระทำตามแบบของการสมรสมีเพียง 2 กรณี คือ คู่สมรสทั้งสองฝ่ายไม่มาแสดงเจตนาสมรสต่อหน้านายทะเบียน โดยให้ผู้อื่นมาเป็นตัวแทนในการแสดงเจตนา และคู่สมรสไม่แสดงเจตนายินยอมสมรสโดยสมัครใจเท่านั้น

นอกจากนี้ สถานะการจดทะเบียนสมรสฝรั่งเศสมีลักษณะคล้ายคลึงกับการจดทะเบียนสมรสของเยอรมัน โดยการสมรสนั้นจะสมบูรณ์ได้เมื่อมีการลงนามเป็นลายลักษณ์อักษรของคู่สมรสและของนายทะเบียนลงในใบทะเบียนสมรส หรือเรียกว่าการจดทะเบียนสมรส โดยจะต้องปฏิบัติต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ การสมรสนั้นจึงสมบูรณ์

พิจารณาการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย แต่เดิมในประเทศไทยมีแนวคิดว่าการที่บังคับให้คู่สมรสต้องดำเนินตามพิธีกรรมที่ยูกายยอมจะไม่เป็นการส่งเสริมให้ชายหญิงทำการสมรสกันตามกฎหมาย โดยเฉพาะสำหรับสังคมไทย ซึ่งยังมีผู้ที่ไม่มีความเข้าใจในเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายอยู่ยิ่งมาก รัฐบาลวิตกต่อความจริงที่ว่าไม่ค่อยมีคนไปจดทะเบียนสมรสกันเป็นจำนวนมาก ฉะนั้นถ้าไปวางเงื่อนไขให้การสมรสตกเป็นโมฆะมากขึ้นก็จะเป็นผลเสียหายและกลับเป็นอันตรายแก่ประชาชนที่มีการศึกษาไม่สูงถึงขนาดที่จะรู้ว่าอะไรเป็นอะไร¹¹ จากที่กล่าวไปว่าต่อประเทศไทยกำหนดให้มีการจดทะเบียนสมรส โดยบทบัญญัติได้กำหนดไว้ว่า ให้การสมรสจะสมบูรณ์เมื่อมีการจดทะเบียนสมรส (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 (เดิม)) ซึ่งต่อมา มีการเปลี่ยนแปลงโดยตัดคำว่า “จะสมบูรณ์” ออกดังที่กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 ว่าด้วยเรื่อง การจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย เพื่อให้เห็นได้ชัดเจนว่าถ้าไม่มีการจดทะเบียนสมรสก็ไม่เป็นการสมรสไม่ใช่ “มีการสมรส” แต่ไม่สมบูรณ์ ในปัจจุบันการจดทะเบียนสมรสปรากฏอยู่ในมาตรา

¹¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายครั้งที่ 365-3/2507, หน้า 3.

1457 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมิได้ เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น ” ในสายตากฎหมายย่อมสันนิษฐานว่าการสมรสใดที่มีการ จดทะเบียนสมรสย่อมเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ หรือถ้ามีการจดทะเบียนสมรสแต่มีข้อบกพร่องประการ ใดก็เป็นเรื่องของการนำข้อเท็จจริงไปสู่การวินิจฉัยว่าเป็นการจดทะเบียนสมรสหรือไม่

การจดทะเบียนสมรสของประเทศไทยมีขึ้นเพื่อเป็นหลักฐานพิสูจน์การสมรสว่ามีการสมรส ของชายหญิงขึ้นตามกฎหมายหรือไม่ เพื่อใช้คุ้มครองตัวคู่สมรสว่าการสมรสดังกล่าวไม่ใช่การสมรส ซ้อน คู่ครองบุคคลภายนอกที่ว่าหากมีการทำนิติกรรมของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและอาจเกิด ความเสียหาย บุคคลภายนอกจะไม่เสื่อมเสียสิทธิในการเรียกร้องสิทธิของตนเองจากคู่สมรสอีกฝ่ายได้ นอกจากนี้ การจดทะเบียนสมรสยังมีขึ้นเพื่อคุ้มครองรัฐ ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่สำคัญเพราะรัฐ มีความต้องการควบคุมประชาชนในสังคมและการบันทึกข้อมูลของบุคคลทางทะเบียนทำให้ทราบถึง สถิติประชากรของประเทศเพื่อนำไปพัฒนารัฐนโยบายของรัฐต่อไปในอนาคต

คำว่า “ ทะเบียน ” ได้กล่าวไปในบทที่ 2 แล้วว่าทะเบียนมีหลายประเภท ซึ่งทะเบียนบาง ประเภทอาจกำหนดให้มีการจดทะเบียนเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม เช่น การทำตามแบบตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 ที่กำหนดให้ “ การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำ เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นโมฆะ ” ดังนั้น การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ถ้าไม่ตามแบบผลคือ นิติกรรมการซื้อขายนั้นตกเป็นโมฆะ หรือทะเบียนกรรมสิทธิ์ เช่น โฉนดที่ดิน หรือทะเบียน บางประเภทไม่มีความเกี่ยวข้องกับทะเบียนในเรื่องนิติกรรมทางหนี้ แต่กฎหมายกำหนดให้ต้องมี การจดทะเบียนมิฉะนั้นการกระทำนั้นจะไม่เกิดขึ้นตามกฎหมาย เช่น ทะเบียนสถานะของบุคคล โดยเฉพาะการจดทะเบียนสมรส ที่กฎหมายกำหนดเพียงว่าการสมรสตามกฎหมายมีขึ้นได้เมื่อมี การจดทะเบียนสมรส อันสะท้อนให้เห็นว่า ในสถานะทางกฎหมายของทะเบียนสมรสมีลักษณะที่ เฉพาะ แม้กฎหมายไม่ได้กำหนดผลของการไม่จดทะเบียนสมรสไว้ชัดเจน แต่ย่อมเข้าใจว่า ความสัมพันธ์ทางครอบครัวเกิดขึ้นมาได้ก็แต่โดยการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น โดยความสัมพันธ์ทาง ครอบครัวของประเทศไทยเมื่อเกิดขึ้นมาแล้วย่อมมีความเกี่ยวโยงในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามี ภรรยา ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตร ความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สิน ตลอดจนจนถึงเรื่อง พินัยกรรม ดังนั้น ทะเบียนสมรสเป็นหนึ่งในทะเบียนที่มีความสำคัญเพราะเป็นตัวแปรสำคัญใน การเปลี่ยนสถานะความสัมพันธ์ของบุคคลไปเป็นอีกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งมีความแตกต่างจากเรื่องทะเบียน นิติกรรม หรือทะเบียนกรรมสิทธิ์

อีกทั้ง จิตติ ดิงศภัทย์ ให้ข้อสังเกตต่อว่า ทะเบียนสภาพบุคคลไม่เหมือนกับทะเบียนทรัพย์สิน เช่นทะเบียนที่ดินซึ่งจดทะเบียนตามผลของนิติกรรม จึงเป็นไปตามความสมบูรณ์ของนิติกรรม แต่ทะเบียนสภาพบุคคลเป็นเรื่องของรัฐ หากพิจารณาถึงลักษณะของทะเบียนสมรสมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1112/2497¹² โดยจิตติ ดิงศภัทย์ ได้บันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ โดยอธิบายเพิ่มเติมถึงลักษณะของทะเบียนสมรสว่า ทะเบียนสมรสเป็นแต่หลักฐานแห่งฐานะบุคคลเท่านั้น หาได้ทำให้มีหนี้ตามกฎหมายแพ่งอย่างไรไม่ เพราะหนี้นั้นย่อมเป็นความผูกพันที่จะบังคับกันได้ในทางทรัพย์สิน เช่น ค่าสินไหมทดแทนกันแม้ความผูกพันบางอย่างในหนี้จะไม่มีวัตถุประสงค์เป็นทรัพย์สิน แต่ก็บังคับกันได้ในทางทรัพย์สิน จึงเป็นหนี้ตามกฎหมายแพ่ง แต่อย่างไรก็ดี มิได้หมายความว่าสัญญาใด ๆ ในการสมรสจะไม่ก่อให้เกิดหนี้เลย เช่น สัญญาก่อนสมรส เป็นต้น เพราะฉะนั้นการทำลายทะเบียนสมรสจึงไม่ใช่การทำลายหนังสือสำคัญ ทั้งนี้ โดยไม่ต้องพิจารณาปัญหาที่ว่า “หนี้สิน” ในมาตรา 6 (20) นั้น จะหมายความอย่างเดียวกับ “หนี้” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือแคบกว่า ในกรณีเห็นได้ว่าเมื่อการสมรสเป็นเรื่องทางธรรมชาติ การกำหนดรูปแบบการสมรสเป็นไปตามวัฒนธรรม ความเชื่อของสังคมเป็นเรื่องของกฎตามธรรมชาติของสังคมในเวลานั้นเช่นกัน ดังนั้น เมื่อสังคมมีความเป็นพลวัตรและสังคมมีขนาดใหญ่ขึ้น รัฐมีความต้องการควบคุมสังคมให้มีความสงบเรียบร้อย รัฐจึงต้องกำหนดรูปแบบการสมรสให้ต้องมีการจดทะเบียนสมรสเท่ากับการนำระบบทะเบียนมาใช้ในรูปแบบการสมรส อันเป็นกฎตามธรรมชาติที่รัฐเข้ามากำหนดให้เป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐ แต่ทะเบียนสมรสมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากทะเบียนประเภทอื่น เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับกฎตามธรรมชาติและทะเบียนสมรสไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในทางหนี้หรือทางทรัพย์สิน เพียงแต่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางครอบครัว ดังนั้น ทะเบียนสมรสจึงไม่ใช่ทะเบียนทางทรัพย์สินและเป็นทะเบียนที่มีลักษณะเฉพาะไม่เหมือนทะเบียนประเภทอื่น

เมื่อเปรียบเทียบกับสถานะทะเบียนสมรสตามกฎหมายอังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศส เห็นได้ว่าทั้งสามประเทศมีหลักการว่าทะเบียนสมรสเป็นหลักฐานในการพิสูจน์การมีอยู่ของการสมรส แต่อังกฤษไม่นำเรื่องจดทะเบียนสมรสมาเป็นตัวแปรสำคัญที่จะทำให้เกิดการสมรสแก่คนประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส นอกจากนี้ เมื่อมองย้อนกลับไปตั้งแต่ประเทศไทยจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แม้ทราบกันดีว่าในเรื่องกฎหมายครอบครัวเป็นไปตามกฎธรรมชาติ วัฒนธรรม ความเชื่อของแต่ละสังคมนั้น ๆ แต่อย่างไรก็ดี ในการจัดทำร่างประมวล

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1112/2497

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 5 ก็มีการนำหลักการของกฎหมายต่างประเทศมาใช้เป็นหลักในการร่างไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และสวิสเซอร์แลนด์ ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ หลักในเรื่องการจดทะเบียนสมรสมีขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับหลักของชายมีภริยาได้เพียงคนเดียว ซึ่งเป็นหลักสากลในขณะนั้น ดังนั้นทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายในเรื่องการจดทะเบียนสมรสของไทยจึงมีลักษณะและแนวความคิดคล้ายคลึงกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ การสมรสจะสมบูรณ์เมื่อมีการจดทะเบียนสมรส

นอกจากการจดทะเบียนสมรสที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ประเทศไทยมีการออกพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 ด้วยเช่นกัน อันเป็นบทบัญญัติในเรื่อง “วิธีการ” ในการจดทะเบียนเท่านั้น แต่ไม่มีผลในทางวินิจฉัยว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น นายทะเบียนผู้มีอำนาจหน้าที่ในการจดทะเบียนสมรสนั้น พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 และกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ กำหนดให้นายอำเภอหรือปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้ากิ่งอำเภอเป็นนายทะเบียน เมื่อได้รับการร้องขอให้จดทะเบียนสมรสดังกล่าว นายทะเบียนต้องจดทะเบียนสมรสให้ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ นายทะเบียนจะต้องพิจารณาว่า การรับจดทะเบียนสมรสเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1445 มาตรา 1446 และมาตรา 1447 หรือไม่ ส่วนสถานที่ในการจดทะเบียนสมรส ให้สิทธิชายหรือหญิงผู้จะทำการสมรสร้องขอให้นายทะเบียนไปจดทะเบียนสมรส ณ สถานที่อื่นนอกที่ว่าการอำเภอหรือสำนักงานเขตก็ได้ แต่ชายและหญิงต้องแสดงความยินยอมเป็นสามีภริยากันให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนของตนเองเพื่อป้องกันการสมรสที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งการสมรส ดังนั้น ชายหรือหญิงจะตั้งตัวแทนไปจดทะเบียนสมรสไม่ได้ เพราะการสมรสเป็นเรื่องเฉพาะตัว

ดังที่ได้กล่าวมา เมื่อพิจารณาถึงสถานะการจดทะเบียนสมรสของประเทศไทย ผู้เขียนจึงเห็นว่า การจดทะเบียนสมรสเป็นเสมือนแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรส ซึ่งจากที่ได้กล่าวไปว่าการสมรสเกิดขึ้นตามกฎหมายได้ก็แต่เฉพาะการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น โดยไม่มีปัจจัยขั้นตอนการสมรสอื่นใดมาเป็นตัวพิจารณาให้การสมรสนั้นไม่สมบูรณ์ อีกทั้ง มาตรา 1457 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่า การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้มีได้เฉพาะการจดทะเบียนสมรส อันเป็นลักษณะเงื่อนไขของการสมรสที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากเงื่อนไขการสมรสในเรื่องอื่น เช่น อายุของคู่สมรส ความยินยอมของคู่สมรส หรือความสามารถของคู่สมรส เพราะการพิจารณาเงื่อนไขการสมรสเหล่านี้ได้นั้นจะต้องพิจารณาโดยเริ่มต้นมาจากการสมรสนั้นเป็นการสมรสที่ได้รับการรับรองตาม

กฎหมายเพราะมีการจดทะเบียนสมรสก่อนนายทะเบียนแล้ว หากชายหญิงคู่ใดจัดพิธีแต่งงานปราศจากการจดทะเบียนสมรส แม้ชายหรือหญิงถูกบังคับไม่ได้เข้าร่วมพิธีแต่งงานโดยสมัครใจ การแต่งงานดังกล่าวก็ไม่สามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มาปรับใช้ได้ และการแต่งงานดังกล่าวก็ไม่มีเหตุให้เพิกถอนการสมรสได้ เพราะไม่ใช่การสมรสที่ได้การรับรองตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการจดทะเบียนสมรสซึ่งเป็นแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรสกับแบบแห่งนิติกรรมที่ปรากฏอยู่ใน บรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป มาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พิจารณาได้จากที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในบทที่ 2 หัวข้อประเภทของแบบ แบบที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีหลายมาตรา และมี 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรก “แบบ” ที่กฎหมายกำหนดไว้ว่า ถ้าไม่ทำแล้วจะเป็นผลให้นิติกรรมเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152 เช่น แบบที่ต้องเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณีกันเองหรือพินัยกรรม ประเภทที่สอง “แบบ” ที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ทำ แต่มิได้กำหนดผลไว้โดยเฉพาะว่า ถ้าไม่ทำแล้วจะเป็นโมฆะหรือไม่ เช่น การจดทะเบียนสมรส การหย่า

แบบในประเภทแรกเป็นแบบแห่งนิติกรรมตามบรรพ 1 อันเป็นเรื่องของแบบที่เป็นองค์ประกอบของนิติกรรมเพื่อให้นิติกรรมนั้นมีความสมบูรณ์ โดยกฎหมายกำหนดผลของการไม่ทำตามแบบประเภทนี้ชัดเจนว่ามีผลตกเป็นโมฆะ ผู้เขียนเห็นว่าในการทำนิติกรรมที่มีผลเป็นการเคลื่อนไหวทางทรัพย์สินอันเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน หากไม่มีบทบัญญัติใดระบุไว้เฉพาะและกฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบเพื่อทำให้นิติกรรมนั้นสมบูรณ์ก็ต้องมาพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งสิ้นซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงและแตกต่างจากเรื่องการจดทะเบียนสมรส กล่าวคือ ความเหมือนกันในเรื่องแบบตามมาตรา 152 กับการจดทะเบียนสมรสตามมาตรา 1457 เป็นเรื่องของการก่อให้เกิดการกระทำบางอย่างให้มีผลตามกฎหมายเช่นเดียวกัน ในส่วนของแบบตามมาตรา 152 ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของนิติกรรมทางหนี้หรือนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิตามที่ได้กล่าวไปแล้ว ซึ่งมาตรา 152 สามารถนำไปใช้กับบทบัญญัติในบรรพอื่น ๆ ได้ เช่น บรรพ 3 เอกเทศสัญญา เรื่องการซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 456 วรรคหนึ่ง) ฯลฯ ส่วนมาตรา 1457 เป็นการจดทะเบียนสมรสเพื่อก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางครอบครัว อันเป็นการก่อสถานะของบุคคล ดังนั้น แบบทั้งสองประเภทยังมีลักษณะคล้ายคลึงกัน

ในส่วนของความแตกต่างกันของแบบทั้งสองประเภทนี้ ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าการสมรสนั้นเป็นการทำนิติกรรมระหว่างชายและหญิง โดยกฎหมายกำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียนสมรสขึ้น เพื่อให้การสมรสนั้นสมบูรณ์ตามกฎหมาย อันเป็นกรณีที่รัฐเข้ามากำหนดเงื่อนไขในการควบคุมสังคม เช่นเดียวกัน แต่ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องการจดทะเบียนสมรสเป็นแบบที่มีลักษณะพิเศษ เพราะเป็นแบบที่ก่อสถานะบุคคลในความสัมพันธ์ทางครอบครัวโดยเฉพาะ โดยไม่ต้องมีการทำแบบชนิดอื่นอีก อีกทั้งผลของการไม่ปฏิบัติตามแบบของทั้งสองกรณีก็มีความแตกต่างกัน โดยแบบตามมาตรา 152 กำหนดผลให้เป็นโมฆะ ส่วนแบบตามมาตรา 1457 มิได้กำหนดผลไว้อย่างชัดเจน แต่กรณีนี้สามารถเข้าใจได้ว่าหากไม่มีการจดทะเบียนสมรส ผลคือ การสมรสย่อมไม่เกิดขึ้นตามกฎหมาย ในส่วนแบบตามมาตรา 152 แม้กฎหมายกำหนดว่าหากไม่ปฏิบัติตามแบบผลเป็นโมฆะ แต่หากพิจารณาดูแล้วในบางเรื่อง อาจมีบทบัญญัติในเรื่องอื่นที่กำหนดผลให้สมบูรณ์ตามมาก็ได้ เช่น การทำสัญญาซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ไม่ทำตามแบบผลเป็นโมฆะ แต่หากคู่สัญญาอาศัยอยู่ในพื้นที่ดังกล่าวครบระยะเวลา 10 คู่สัญญาสามารถเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นได้โดยการครอบครองปรปักษ์ ดังนั้นบทบัญญัติมาตรา 152 และมาตรา 1457 จึงมีความแตกต่างกัน

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอให้ข้อสังเกตว่า การจดทะเบียนสมรสแม้ใช้คำว่า ทะเบียน เหมือนเช่นทะเบียนนิติกรรม แต่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วว่าทะเบียนมีหลายประเภทโดยทะเบียนสมรสเป็นทะเบียนสถานะบุคคล อันเป็นหลักฐานในการยืนยันสถานะของชายหญิงที่เข้ามาผูกสัมพันธ์กันตามกฎหมาย และยืนยันความสัมพันธ์ทางครอบครัวของทั้งสอง ดังนั้น ไม่ว่าจะ เป็นในเชิงรูปแบบของการทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด หรือแม้กระทั่งเอกสารที่ใช้ในการพิสูจน์หลักฐานก็ทำให้แบบตามมาตรา 152 และการจดทะเบียนสมรสตามมาตรา 1457 แตกต่างกัน

ผู้เขียนมีความคิดเห็นต่อว่า โดยปกติแล้วบทบัญญัติในบรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป จะถูกนำมาปรับใช้กับบทบัญญัติของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ทุกบรรพเท่าที่สามารถปรับใช้ได้และบทบัญญัติเหล่านั้นไม่ได้มีการบัญญัติบทบัญญัติเฉพาะไว้ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 กฎหมายกำหนดเงื่อนไขของการสมรสในกรณีพิเศษที่กำหนดให้การสมรสต้องจดทะเบียนสมรส ซึ่งเป็นแบบแห่งความมีอยู่ที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากแบบแห่งนิติกรรมที่ปรากฏในบรรพ 1 ผลที่ตามมาคือ ไม่สามารถนำบทบัญญัติในมาตรา 152 มาปรับใช้กับเรื่องการสมรสในบรรพ 5 ได้ อันเป็นการสะท้อนให้เห็นว่าในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมที่ปรากฏในบรรพ 1 และแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรสในบรรพ 5 จึงเป็นเรื่องที่มีความแตกต่างกัน

ดังนั้น ทำให้เข้าใจได้ว่าการนำบทบัญญัติในมาตรา 152 มาปรับใช้กับนิติกรรม พบว่าการนำแบบของนิติกรรมนำมาปรับใช้นั้น ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าเป็นการปรับใช้กับนิติกรรมทางหนี้และนิติกรรมทางทรัพย์ ส่วนนิติกรรมที่มีผลเปลี่ยนแปลงสถานะภาพของบุคคล ดังเช่น การจดทะเบียนสมรส ไม่นำบทบัญญัติในมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ แม้ว่า การจดทะเบียนสมรสที่ปรากฏในมาตรา 1457 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้กำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน แต่ก็แสดงให้เห็นได้ว่าในเรื่องผลของการไม่จดทะเบียนสมรสก็ไม่สามารถนำผลของการไม่ปฏิบัติตามแบบอันมีผลเป็นโมฆะในมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้ได้เช่นกัน เพราะในกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่ามีแม้ว่าการจดทะเบียนสมรสเป็นเรื่องแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรสอันเป็นส่วนหนึ่งของแบบแห่งนิติกรรม แต่นิติกรรมการสมรสเป็นเรื่องของนิติกรรมเกี่ยวกับสภาพบุคคลแยกต่างหากออกจากนิติกรรมทางหนี้และนิติกรรมทางทรัพย์ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นว่าการจดทะเบียนสมรสจึงเป็นแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรสที่เป็นเงื่อนไขการสมรสของรัฐที่มีลักษณะเฉพาะและความแตกต่างจากแบบแห่งนิติกรรมทางหนี้และทางทรัพย์ที่ปรากฏอยู่ในบรรพ 1

4.3 ปัญหาผลของการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย

เมื่อชายและหญิงจดทะเบียนสมรสกันแล้ว ชายหญิงย่อมเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย แม้จะไม่ได้อยู่ด้วยกันเป็นเวลา 20-30 ปี ไม่มีบุตรด้วยกัน และทรัพย์สมบัติแบ่งแยกกันไปเป็นสัดส่วน แต่ตราบใดที่ยังมิได้จดทะเบียนหย่าหญิงนั้นยังเป็นภริยาชายโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่นั่นเอง¹³ เมื่อชายและหญิงได้ทำการจดทะเบียนสมรสโดยปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วนแล้ว เกิดความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาขึ้นตามกฎหมาย ในความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในเชิงทรัพย์สิน กฎหมายได้กำหนดให้ระบบทรัพย์สินแยกสินสมรสออกมาเป็นระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา เมื่อชายและหญิงจดทะเบียนสมรสทำให้เกิดความสัมพันธ์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือกฎหมายรับรองเป็นสามีภริยา บุตรที่คลอดออกมาก็มีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเกิดความสัมพันธ์ของบิดามารดาและบุตร การที่ชายและหญิงจะทำการสมรสกันกฎหมายเข้ามากำหนดควบคุมเงื่อนไขบางประการเพื่อให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อยหรือเป็นไปตามศีลธรรมอันดีของประชาชน และเป็นการคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่สุจริต โดยรัฐกำหนดเงื่อนไขการสมรสแตกต่างไปตามระดับความสำคัญของเงื่อนไข โดยแบ่งเป็น 3 ประการ คือ ประการแรก เงื่อนไขที่อาจทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะ หรือ

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 772/2492

Void marriage (มาตรา 1494) เช่น ชายหรือหญิงเป็นคนวิกลจริต หรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ (มาตรา 1449) ชายและหญิงเป็นญาติสืบสายโลหิตติดต่อกันหรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือแต่บิดาหรือมารดา (มาตรา 1450) ชายหรือหญิงเป็นคู่สมรสของบุคคลอื่นอยู่ หรือสมรสซ้อน (มาตรา 1452) ชายและหญิงไม่ได้ยินยอมเป็นสามีภริยากัน (มาตรา 1458) เจื่อนไขประการที่สอง คือ เจื่อนไขที่อาจทำให้การสมรสตกเป็นโมฆียะ หรือ Voidable marriage (มาตรา 1503) เป็นเจื่อนไขที่มีความสำคัญรองลงมา เช่น ชายและหญิงมีอายุไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์ ทำการสมรสกัน (มาตรา 1448) ผู้เยาว์จะทำการสมรสได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง (มาตรา 1454) เจื่อนไขประการสุดท้าย คือ เจื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเพื่อเป็นข้อยับยั้งมิให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสให้เท่านั้น เช่น ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจะสมรสกันไม่ได้ (มาตรา 1451) หญิงหม้ายจะสมรสใหม่ได้ต่อเมื่อขาดจากการสมรสเดิมแล้ว ไม่น้อยกว่า 310 วัน (มาตรา 1453)

นอกจากนี้ เมื่อสามีภริยาต้องการยุติความสัมพันธ์ลง กฎหมายกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายโดยเฉพาะเพื่อเป็นการสิ้นสุดความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา คือ การหย่า ข้อสังเกตในเรื่องการหย่า มีว่าการที่สามีภริยาตกลงหย่าและแบ่งทรัพย์สินกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้ภายหลังจะได้เสียกันใหม่ กลับมาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาเป็นระยะเวลาานเท่าใดหรือแม้จะมีบุตรด้วยกันอีกแต่เมื่อไม่ได้จดทะเบียนสมรสก็ไม่ถือว่าเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย

หากพิจารณาเปรียบเทียบผลของการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายประเทศอังกฤษ มีหลักเกณฑ์ที่ว่า การสมรสจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนการสมรสทั้ง 3 ประการที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 แต่การสมรสจะสมบูรณ์ได้รับรองตามกฎหมายได้นั้นจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนพิธีสมรสให้เสร็จสิ้นเสียก่อน โดยนายทะเบียนจะต้องจัดบันทึกการสมรสลงในทะเบียนสมรส ลงลายมือชื่อนายทะเบียน คู่สมรสและพยาน ส่วนการจดทะเบียนสมรสเป็นเพียงเอกสารมหาชนเพื่อเป็นหลักฐานความมีอยู่ของการสมรสเท่านั้น ดังนั้น ในระหว่างการปฏิบัติตามขั้นตอนการสมรส หากในกรณีที่การสมรสใดไม่ปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของการสมรส ผลของการสมรสที่เกิดขึ้น มี 2 กรณี คือ กรณีแรก การสมรสเป็นโมฆะ (void marriage) และกรณีที่สอง การแต่งงานที่ไม่เป็นไปตามเจื่อนไข (non-qualifying) หรือกรณีที่ไม่เป็นการสมรส (non-marriage) เป็นกรณีที่ชายหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยไม่ได้ปฏิบัติตามระเบียบพิธีการสมรสตามที่กฎหมายกำหนด แม้ว่าการแต่งงานนั้นจะไม่สมบูรณ์ก็ไม่ต้องมีคำพิพากษาของศาลในการพิพากษาว่าการแต่งงานนั้นมีผลเป็นโมฆะอันเป็นเหตุให้เพิกถอนการสมรส เนื่องจากในกรณีการแต่งงานที่ไม่เป็นไปตามเจื่อนไข เป็นการแต่งงานที่ไม่ปฏิบัติ

ตามบทบัญญัติของกฎหมายจึงทำให้เกิดการพิสูจน์ความสมบูรณ์ของการสมรสยาก ดังนั้น จึงเกิดหลักข้อสันนิษฐานการสมรส (presumed marriage) ขึ้นมา โดยมีข้อสันนิษฐาน 2 ประการ คือ 1.) การสันนิษฐานว่าคู่สมรสได้ทำการสมรส แม้ว่าจะไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่ามีการทำตามระเบียบพิธีการสมรส แต่คู่สมรสอยู่ด้วยกันมาในระยะเวลายาวนานและเป็นที่ยอมรับทั่วไปว่าทั้งคู่เป็นสามีภริยากัน หรือ 2.) มีการสมรสในสถานที่ที่ปฏิบัติระเบียบพิธีและสามีภริยาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ในกรณีนี้ก็จะได้รับการสันนิษฐานว่าได้ปฏิบัติตามรูปแบบพิธีสมรสแล้ว

จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่ากฎหมายการสมรสอังกฤษกำหนดให้การสมรสที่ปฏิบัติตามขั้นตอนตามกฎหมายเป็นการสมรสตามกฎหมาย โดยมีจุดประสงค์เพื่อช่วยให้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างการสมรสกับการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยมิได้ทำการสมรสกัน (non-marriage) และการกำหนดขั้นตอนของการสมรสไว้หลายขั้นตอนเพื่อเป็นการทดสอบความจริงใจของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย ให้มีความอดทนรอเวลาในการปฏิบัติตามขั้นตอนการสมรส ทั้งนี้เมื่อเปรียบเทียบกับผลของการจดทะเบียนสมรสไทย เห็นได้ว่าการสมรสตามกฎหมายไทยหากไม่มีการจดทะเบียนสมรสการสมรสนั้นไม่เกิดขึ้น ในส่วนของกฎหมายอังกฤษ กำหนดให้การสมรสต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่เป็นระเบียบแบบแผนของการสมรส ในส่วนการไม่จดทะเบียนสมรสไม่ทำให้การสมรสนั้นไม่เกิดขึ้นเหมือนของประเทศไทย เพราะการสมรสเสร็จสิ้นสมบูรณ์เมื่อปฏิบัติตามขั้นตอนพิธีสมรสเรียบร้อยแล้ว แต่อย่างไรก็ดี การสมรสที่ไม่ปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนในขั้นตอนก่อนการสมรสและขั้นตอนพิธีสมรส ผลของการกระทำดังกล่าวมีผลทำให้การสมรสนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไข การสมรสดังกล่าวย่อมไม่เกิดขึ้น แม้การไม่จดทะเบียนสมรสจะไม่มีผลทำให้การสมรสนั้นไม่เกิดขึ้นหรือเป็นโมฆะ แต่การจดทะเบียนสมรสในกฎหมายอังกฤษมีความสำคัญต่อการใช้เป็นหลักฐานในการพิสูจน์ความสมบูรณ์ของการสมรสต่อไป ซึ่งมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับกฎหมายไทยเช่นกัน

สำหรับผลของการจดทะเบียนสมรสของประเทศเยอรมัน พบว่าคู่สมรสจะต้องแสดงเจตนาที่จะสมรสต่อกันและกันและนายทะเบียนจะต้องเข้าร่วมการสมรสและจดทะเบียนสมรส ผลของการจดทะเบียนสมรส คือ การสมรสเกิดขึ้นตามกฎหมาย (มาตรา 1310 (3) ข้อ 1. ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน) เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างสามีภริยาอันเป็นความสัมพันธ์ทางครอบครัวเกิดขึ้น ตามมาตรา 1353 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยความสัมพันธ์นี้มีผลผูกพันคู่สมรสไปตลอดที่ทั้งคู่ใช้ชีวิตด้วยกัน และความสัมพันธ์เหล่านี้ยังคงดำเนินต่อไปแม้กระทั่งทั้งสองหย่ากันในภายหลัง ทั้งนี้ กฎหมายเยอรมันไม่มีบทบัญญัติในเรื่องผลของการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของการสมรสที่แบ่งอย่างชัดเจนเหมือนกับกรณีประเทศไทย โดยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดแต่เพียง

เหตุแห่งการเพิกถอนการสมรส (Grounds of annulment) ตามมาตรา 1314 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่ในทางปฏิบัติยังคงแบ่งผลของการไม่ปฏิบัติตามแบบของการสมรส ทั้งหมด 2 กรณี โดยมีผลดังต่อไปนี้ กรณีแรก การสมรสไม่เกิดขึ้น (Nichtehe) ได้แก่ กรณีที่ไม่มีการจดทะเบียนสมรสจากนายทะเบียนสมรส ตามมาตรา 1310 (1) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กรณีที่บุคคลใดแสดงตนออกมาว่าตนมีหน้าที่ในการจดทะเบียนสมรส แต่ที่จริงแล้วบุคคลนั้นไม่ใช่ นายทะเบียน และได้เข้าร่วมพิธีสมรสเพื่อทำการจดทะเบียนสมรส ตามมาตรา 1310 (2) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กรณีเรื่องพิธีสมรส คือ กรณีที่กฎหมายให้มีพยานสองคนหรือเจ้าพนักงานกล่าวที่ตั้งแต่บัดนี้ คู่สมรสเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายหรือจดทะเบียนสมรสในสมุดทะเบียนการสมรสนั้นเป็นเรื่องของ “พิธีสมรส” เป็นเรื่องที่ยังบังคับให้เจ้าพนักงานกระทำเท่านั้น ถ้าไม่กระทำตามนั้นก็ไม่ใช่เป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรส แต่การสมรสนั้นไม่เกิดขึ้น ตามมาตรา 1312 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และกรณีที่สอง คือ การสมรสนี้ยังคงมีผลอยู่เว้นแต่มีการร้องขอให้เพิกถอนการสมรส ตามมาตรา 1314 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้แก่ การสมรสที่ไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรา 1311 หรือวิธีการเปล่งวาจาในพิธีสมรส กล่าวคือ คู่สมรสทั้งสองฝ่ายไม่มีการแสดงเจตนาสมรสต่อหน้า นายทะเบียนในเวลาเดียวกัน แต่กฎหมายก็มีระยะเวลาให้การสมรสสมบูรณ์ได้ อันเป็นข้อยกเว้นตาม มาตรา 1315 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน คู่สมรสไม่สามารถเพิกถอนการสมรสดังกล่าวได้ กล่าวคือ คู่สมรสได้อยู่กินฉันสามีภริยาเป็นเวลา 5 ปี หลังจากการสมรส หรือในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อยู่กันจนกระทั่งตายจากกัน แต่ต้องไม่น้อยกว่า 3 ปี ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้นยื่นฟ้องขอให้แสดงว่าเป็นโมฆะ ก่อนกำหนด 5 ปี ในกรณีดังกล่าว

ดังที่ได้กล่าวมา เมื่อเปรียบเทียบผลการจดทะเบียนสมรสของเยอรมันกับประเทศไทย เห็นได้ว่า ทั้งสองประเทศกำหนดให้การจดทะเบียนสมรสเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้การสมรสนั้นเกิดขึ้นสมบูรณ์ตามกฎหมายและแสดงให้เห็นว่าทะเบียนสมรสเป็นเครื่องมือในการพิสูจน์ความสมบูรณ์ของการสมรส เช่นเดียวกัน แต่ผลของการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของการสมรสหรือแบบของการสมรสในกฎหมายเยอรมันกับไทยมีความแตกต่างกัน เนื่องจากเยอรมันกำหนดเพียงหลักเกณฑ์ที่เป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรสเท่านั้นไม่มีการกำหนดแยกผลแห่งการสมรสว่าเป็นโมฆะหรือโมฆียะ ในส่วนของไทยกำหนดให้การไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของการสมรสมีผลเป็นโมฆะหรือเป็นโมฆียะ อันเป็นเหตุให้มีการสมรสสิ้นสุดลงโดยการที่ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนการสมรส นอกจากนี้ กฎหมายเยอรมันรับรองการสมรสที่ปฏิบัติตามขั้นตอนการสมรสหรือแบบของการสมรสที่สมบูรณ์ตามกฎหมายให้การสมรสนี้ยังคงมีอยู่เว้นแต่มีการร้องขอให้เพิกถอนการสมรส ดังนั้น ในกรณีที่การสมรสใดที่มีเหตุให้

สามารถเพิกถอนการสมรสในภายหลัง แต่คู่สมรสไม่ทำการร้องขอให้เพิกถอนการสมรส เป็นเวลา 5 ปี หลังจากการสมรส หรือในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอยู่กันจนกระทั่งตายจากกัน แต่ต้องไม่น้อยกว่า 3 ปี การสมรสดังกล่าวย่อมสมบูรณ์ และไม่สามารถฟ้องขอให้เพิกถอนการสมรสได้อีก เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย พบว่า กฎหมายไทยกำหนดให้การสมรสที่เป็นโมฆะ เช่น การสมรสเกิดจากการข่มขู่ สำคัญผิดตัว ถูกกลฉ้อฉล การสมรสของผู้เยาว์ กฎหมายมีระยะเวลาให้เพิกถอนการสมรส หากไม่เพิกถอนการสมรสภายในระยะเวลาที่กำหนดการสมรสย่อมกลับมาสมบูรณ์และไม่สามารถเพิกถอนการสมรสได้อีก แต่ในส่วนของการสมรสที่เป็นโมฆะ กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการร้องขอให้ศาลพิพากษาให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะ ดังนั้น การสมรสดังกล่าวสามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลพิพากษาให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะได้ตลอดเวลา ไม่มีอายุความ

พิจารณาการจดทะเบียนสมรสของประเทศฝรั่งเศส กำหนดให้มีการจดทะเบียนสมรสและมีการจัดเก็บข้อมูลการจดทะเบียนสมรสที่เป็นระบบรวมทั้งศูนย์กลาง ฝรั่งเศสถือว่าการจดทะเบียนสมรสมีความจำเป็นเพราะเป็นหลักฐานที่ใช้พิสูจน์ถึงความมีอยู่ของการสมรสโดยตรง การจดทะเบียนสมรสเป็นเงื่อนไขการสมรสที่รัฐเป็นฝ่ายกำหนดขึ้นมาและเป็นหนึ่งในเรื่องของการปฏิบัติตามพิธีสมรส จะต้องปฏิบัติต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ การสมรสนั้นจึงสมบูรณ์ คู่สมรสที่ทำการสมรสตามกฎหมายและจดทะเบียนสมรส จะได้รับการพิสูจน์เบื้องต้นว่าเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย และการสมรสไม่ใช่การสมรสซ้อน ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาจะเกิดขึ้นหลังจากมีการจดทะเบียนสมรส ลำพังเพียงการประกาศแจ้งการสมรสต่อหน้าสาธารณชนก็ไม่สามารถพิสูจน์ว่าการสมรสนั้นเกิดขึ้นสมบูรณ์ได้ นอกจากนี้การจดทะเบียนสมรสก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรตามมาเหมือนเช่นกฎหมายสมรสเยอรมัน นอกจากนี้ กฎหมายกำหนดให้การจดทะเบียนสมรสต้องกระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ ตามมาตรา 165 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กรณีการสมรสกระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้ไม่มีเขตอำนาจมีผลทำให้การสมรสนั้นถูกเพิกถอนได้ ตามมาตรา 191 ของประมวลกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องมาจากการสมรสตกเป็นโมฆะ

ดังที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้เข้าใจได้ว่ากรณีไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการสมรสในเรื่องพิธีการสมรสตามกฎหมายฝรั่งเศส มีผล 2 ประการ คือ 1) กรณีการสมรสไม่เกิดขึ้น เนื่องมาจากการไม่จดทะเบียนสมรส ดังนั้น คู่สมรสไม่อาจอ้างว่าตนได้อยู่กันมาก่อนเป็นสามีภริยาตามกฎหมายก่อนที่จะมีการจดทะเบียนสมรสที่สำนักทะเบียนได้ ยกเว้นกรณีมีข้อสันนิษฐานที่มีความเป็นไปได้ หรือในกรณีที่ทะเบียนสูญหายหรือถูกทำลาย หรือกรณีที่การสมรสได้มีการจัดขึ้นที่ต่างประเทศ หรือกรณีที่การสมรสเกิดขึ้น แต่อาจมีข้อบกพร่องบางประการ เช่น กรอกรายละเอียด

ไม่ครบ หรือไม่มีการลงนามรับรองของนายทะเบียน หรือกรณีพิสูจน์ได้จากการอยู่ร่วมกันของชายและหญิงที่อยู่กันโดยเปิดเผยและสามีภริยาเสียชีวิตลงทั้งคู่ หากเป็นกรณีเหล่านี้สามารถยกข้อต่อสู้อ้างว่าตนได้ทำการสมรสตามพิธีการสมรสได้ 2) การเพิกถอนการสมรส อันเป็นกรณีที่การสมรสนั้นไร้ผล (Nullité) ซึ่งการจดทะเบียนสมรสต้องกระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ ตามมาตรา 165 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นหนึ่งในเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรส เนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวมีผลทำให้การสมรสเป็นโมฆะ ทั้งนี้ ผลของการสมรสทั้งสองกรณีทำให้การสมรสนั้นไร้ผลและเป็นโมฆะมาตั้งแต่แรก (ab inito) แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายทำการสมรสโดยสุจริต (putative marriage) ผลคือการสมรสของคู่สมรสที่สุจริต มีผลเป็นโมฆะนับตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาเป็นต้นไปโดยผลเสมือนการสมรสสิ้นสุดลง สถานะความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาที่มีอยู่ก่อนวันที่ศาลมีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะยังคงมีผลสมบูรณ์อยู่ ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรที่เกิดในช่วงที่การสมรสที่มีผลเป็นโมฆะ กฎหมายกำหนดให้บุตรเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสทั้งสิ้นโดยไม่คำนึงถึงความสุจริตหรือไม่สุจริตของทั้งสอง และกำหนดให้ศาลมีคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองบุตรได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบผลของการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศส เห็นได้ว่า ทั้งสองประเทศเห็นว่าการสมรสตามกฎหมาย จะต้องไปจดทะเบียนต่อนายทะเบียนผู้มีอำนาจทั้งสิ้น ในส่วนของการสมรส หากไม่มีการจดทะเบียนสมรส การสมรสนั้นย่อมไม่เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ดี มีข้อแตกต่างระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศส โดยกฎหมายฝรั่งเศสมีบทบัญญัติเฉพาะในกรณีที่มีการจดทะเบียนสมรสนั้นไม่ได้กระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ โดยกฎหมายกำหนดให้การสมรสดังกล่าวเป็นโมฆะ ซึ่งประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว นอกจากนี้ ในกรณีผลของการสมรสที่ตกเป็นโมฆะของฝรั่งเศส คำนึงถึงความสุจริตของคู่สมรส (putative marriage) ซึ่งโดยปกติแล้วเมื่อการสมรสตกเป็นโมฆะ การสมรสดังกล่าวนั้นไร้ผลและเป็นโมฆะมาตั้งแต่แรก (ab inito) แต่หากคู่สมรสสุจริต กฎหมายกำหนดให้มีผลเป็นโมฆะนับตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาเป็นต้นไปโดยผลเสมือนการสมรสสิ้นสุดลง ซึ่งแตกต่างจากของประเทศไทยที่กำหนดแบ่งให้การสมรสซ้อน สามารถกล่าวอ้างความเป็นโมฆะของการสมรสได้ทันที หรือจะร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะก็ได้ (มาตรา 1497 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ส่วนกรณีอื่นที่ทำให้การสมรสเป็นโมฆะ จะต้องมีความพิพากษาศาลเท่านั้นที่จะแสดงว่าการสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขการสมรสดังกล่าวเป็นโมฆะ (มาตรา 1496 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) โดยไม่ได้พิจารณาเรื่องความสุจริตของคู่สมรสมาเป็นตัวแบ่งการสิ้นสุดของการสมรสดังเช่นกฎหมาย

ฝรั่งเศส ซึ่งประเทศไทยก็นำหลักความสุจริตของคู่สมรสมาปรับใช้ ในการอธิบายเรื่องความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินของคู่สมรส (มาตรา 1498 และ มาตรา 1499 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์)

เนื่องจากฝรั่งเศสมีบทบัญญัติรับรองสถานะการอยู่ร่วมกันของบุคคลทั้งสองคนไม่ว่าจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกัน (PACs) ตามที่กล่าวในบทที่ 4 อันสะท้อนให้เห็นว่าฝรั่งเศสมีพัฒนาการในการรับรองการสมรสหรือการอยู่ร่วมกันของบุคคลอย่างกว้างขวางมากกว่าประเทศไทย โดยกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้คู่ชีวิตทั้งสองคนสามารถตกลงกันโดยทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน และนำข้อตกลงนี้ไปจดทะเบียนต่อนายทะเบียน โดยผลของการจดทะเบียนการยอมรับสถานะการอยู่ร่วมกัน ซึ่งโดยหลักแล้วการจดทะเบียนยอมรับสถานะดังกล่าวทำให้เกิดความสัมพันธ์ส่วนตัวของคู่ชีวิต เช่น ทั้งสองจะต้องช่วยเหลือกันและกันตามรายรับของทั้งสองฝ่าย หรือขึ้นอยู่กับสัญญาที่ทำกันไว้ หรือความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต เช่น มีสิทธิใช้การคุ้มครองทางสังคมของกันและกัน ซึ่งในประเทศไทยยังไม่มี การรับรองสถานะการอยู่ร่วมกันของบุคคล หากการสมรสใดไม่มีการจดทะเบียนสมรส การสมรสย่อมไม่เกิดขึ้น ความสัมพันธ์ของบุคคลทั้งสองจึงเป็นการอยู่ร่วมกันเท่านั้น นอกจากนี้ ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ยอมรับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันหรือการอยู่ร่วมกันของบุคคลเช่นเดียวกับในประเทศฝรั่งเศส ดังนั้น แม้มีการจัดพิธีแต่งงานของบุคคลเพศเดียวกันหรือมีพฤติการณ์ที่พบได้ว่าชายหญิงอยู่ร่วมกันเป็นระยะเวลายาวนานหากไม่มีการจดทะเบียนสมรส ความสัมพันธ์ทางครอบครัวตามบรรพ 5 ของบุคคลทั้งสองก็ไม่เกิดขึ้น

ผลของกรณีที่ชายหญิงอยู่ร่วมกันโดยไม่จดทะเบียนสมรสของไทย คือ ทำให้การอยู่ร่วมกันไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน เพราะไม่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างกัน อีกทั้ง ไม่สามารถนำบัญญัติที่กำหนดไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาโดยแบ่งเป็นสินสมรสและสินส่วนตัวและกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ในการจัดการสินส่วนตัวและสินสมรสไว้ โดยเฉพาะ ในส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรที่เกิดจากบิดามารดาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน บุตรเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาเท่านั้น ตามมาตรา 1546 แต่เป็นบุตรนอกกฎหมายของฝ่ายชาย ซึ่งจะกลายเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายต่อเมื่อชายและหญิงได้สมรสกันในภายหลัง หรือชายได้จดทะเบียนรับรองบุตร หรือศาลพิพากษาว่าเป็นบุตร ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1547 โดยผลของการเป็นบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของบิดาทำให้บุตรไม่มีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูบิดา และบิดาไม่มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร

ในเรื่องการผลการจดทะเบียนสมรสมีข้อสังเกตให้พิจารณา 3 ประการ

ประการแรก ในกรณีที่ชายหญิงจดทะเบียนสมรสกันแต่คู่สมรสคนใดคนหนึ่งมิใช่ตัวจริงแต่เป็นผู้อื่นแอบอ้างมาจดทะเบียนสมรส

ในกฎหมายเยอรมันกำหนดกรณีดังกล่าวทำให้การสมรสอาจถูกเพิกถอนเพราะไม่ได้กระทำตามแบบของการสมรส ซึ่งกฎหมายกำหนดให้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายต้องมาหานายทะเบียนในขณะเวลาเดียวกัน (มาตรา 1311 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน) และต้องเปล่งวาจาในพิธีสมรสคือเจ้าพนักงานทะเบียนจะต้องถามความประสงค์ของผู้ที่จะสมรสต่อหน้าพยานสองคน ซึ่งผู้ที่จะสมรสจะต้องตอบรับเรื่องการเปล่งวาจาตอบรับเพื่อแสดงเจตนาว่าเต็มใจจะทำการสมรสกัน ซึ่งหมายความว่า การแสดงเจตนาจะกระทำการสมรสจะกระทำโดยมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขอย่างนั้นอย่างนี้ไม่ได้ เพราะในกรณีนี้เป็นเรื่องของแบบของการสมรสที่ต้องปฏิบัติตาม เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย ในกรณีนี้มีความเห็นว่าเป็นกรณีมีการสวมตัวเป็นคนอื่นเข้ามาจดทะเบียนสมรส โดยคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้ชื่อตัวและชื่อสกุลของบุคคลอื่นมาแสดงต่อหน้านายทะเบียนโดยที่นายทะเบียนไม่ทราบ จึงไม่เป็นเหตุที่นายทะเบียนจะไม่ทำการจดทะเบียนสมรสให้ และก็ไม่เป็นเหตุต้องห้ามตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478 หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แต่อย่างใด เนื่องจากคู่สมรสไม่ได้ทำการจดทะเบียนสมรสให้อีกฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดหรือกลฉ้อฉลต่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้การรับจดทะเบียนสมรสเป็นการใช้อำนาจของนายทะเบียน โดยบุคคลที่จดทะเบียนสมรสจะมีสิทธิ หน้าที่ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในฐานะสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 การจดทะเบียนสมรสเป็นคำสั่งทางปกครอง ในเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่านายทะเบียนซึ่งรับจดทะเบียนสมรสโดยสำคัญผิดในการพิจารณาบัตรประจำตัวประชาชนของคู่สมรสว่าเป็นบุคคลคนเดียวกับหญิงที่มาขอจดทะเบียนสมรส จึงเป็นการทำคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่นายทะเบียนจึงมีอำนาจเพิกถอนทะเบียนสมรสได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 49 ถึงมาตรา 52 ¹⁴

ประการที่สอง ใบทะเบียนสมรสแม้มิได้ประทับตรานายทะเบียนก็หาทำให้ทะเบียนการสมรสไม่สมบูรณ์หรือเป็นโมฆะ เพราะพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ กำหนดเพียงให้นายทะเบียนลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ มิได้กำหนดว่าต้องประทับตราแต่อย่างใด แต่ถ้าทะเบียนสมรสมีลายมือชื่อพยานเพียงคนเดียว ซึ่งตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวมาตรา 6 วรรคสอง กำหนดให้คู่สมรสต้องลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญในทะเบียนต่อหน้านายทะเบียนและต่อหน้าพยานสองคนซึ่งต้อง

¹⁴ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องการเพิกถอนทะเบียนสมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เรื่องเสรีที่ 51/2556

ลงลายมือชื่อไว้ในทะเบียนขณะนั้นด้วย จึงถือไม่ได้ว่าคู่สมรสได้ลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานสองคน เป็นการมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนการจดทะเบียนสมรสให้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด การจดทะเบียนสมรสจึงไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายเยอรมัน ที่กำหนดให้ส่วนการที่กฎหมายให้มีพยานสองคนหรือที่เจ้าพนักงานกล่าวว่าตั้งแต่บัดนี้คู่สมรสเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายหรือจดทะเบียนสมรสในสมุดทะเบียนการสมรสนั้นเป็นเรื่องของพิธีสมรสที่บังคับให้เจ้าพนักงานกระทำเท่านั้น ถ้าไม่กระทำตามนั้นก็ไม่ทำให้การสมรสเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรส

ประการที่สาม การสมรสกระทำต่อหน้านายทะเบียนที่ไม่มีอำนาจในการรับจดทะเบียนสมรส หากพิจารณาในกรณีนี้ อังกฤษมีกฎหมายว่าด้วยการดำเนินคดีเพื่อให้ขาดจากการสมรสปี ค.ศ. 1973 (Matrimonial Causes Act 1973) โดยกำหนดให้การสมรสที่คู่สมรสตั้งใจและเจตนาไม่ปฏิบัติตามรูปแบบพิธีการสมรสมีผลคือการสมรสเป็นโมฆะ ทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติการสมรส 1973 มาตรา 11 (a)(iii) ประกอบกับพระราชบัญญัติการสมรส 1949 มาตรา 49 โดยกำหนดให้การสมรสจะต้องกระทำ ณ สำนักงานทะเบียนท้องถิ่นหรือในสถานที่อื่นใดที่กฎหมายรับรอง โดยกระทำต่อหน้าพยานสองคนและจะต้องมีการจดบันทึกการสมรสลงในกำหนดรายการการสมรสต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ การที่คู่สมรสรู้และจงใจไม่ปฏิบัติตามรูปแบบพิธีของการสมรสโดยไม่จดทะเบียนต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจเป็นเหตุให้การสมรสเป็นโมฆะ

ในส่วนของกฎหมายเยอรมัน กำหนดว่า กรณีที่บุคคลใดแสดงตนออกมาว่าตนมีหน้าที่ในการจดทะเบียนสมรส แต่ที่จริงแล้วบุคคลนั้นไม่ใช่ชายทะเบียน หรือเป็นกรณีที่บุคคลอื่น แปกปลอมเป็นเจ้าพนักงานหรือเจ้าพนักงานอื่นรับจดทะเบียนโดยที่ตนไม่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย และได้เข้าร่วมพิธีสมรสเพื่อทำการจดทะเบียนสมรส (มาตรา 1310 (2) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน)¹⁵ ผลคือการสมรสไม่เกิดขึ้น (Nichtehe) เพราะถือว่าไม่มีการจดทะเบียนสมรสเกิดขึ้น

ต่อมาเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 165 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส¹⁶ กำหนดว่า การสมรสนั้นจะต้องได้รับการเฉลิมฉลองต่อหน้านายทะเบียนในเขตที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

¹⁵ *German Civil Code, Section 1310 Jurisdiction of the registrar of births, deaths and marriages, curing defective marriages*

(2) A registrar includes a person who, without being a registrar, publicly exercised the office of a registrar and entered the marriage in the marriage register.

¹⁶ *The French Civil Code, Art 165 "Marriage shall be celebrated publicly before the officer of civil status of the commune where one of the spouses has his domicile or his residence at the*

มีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ของตน ณ วันที่มีการแจ้งให้ทราบโดยสาธารณะ โดยการสมรสนั้นไม่เพียงแต่จะต้องกระทำที่สำนักทะเบียนราษฎร แต่จะต้องกระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจด้วยเช่นกัน ซึ่งเขตอำนาจของนายทะเบียนมี 2 ประการ คือ ประการแรก นายทะเบียนที่ทำการสมรสนั้นมีอำนาจในการจัดพิธีสมรสได้เฉพาะในเขตท้องที่ของตนเอง และประการที่สอง นายทะเบียนสมรสมีอำนาจจัดพิธีสมรสในท้องที่ที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความเกี่ยวข้องกับท้องที่นั้น หรือจะมีการอาศัยอยู่ในท้องที่นั้นต่อไปในอนาคต การสมรสที่ไม่ได้มีการจัดเฉลิมฉลองพิธีสมรสตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ไม่ได้สมรสต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ ผลคือการสมรสนั้นเป็นโมฆะ

ดังที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่ากฎหมายต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นอังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศส เห็นว่าการจดทะเบียนสมรสต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ โดยกฎหมายประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสกำหนดให้การทำพิธีสมรสที่ไม่ได้กระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ ส่วนกฎหมายเยอรมันกำหนดว่าการสมรสที่ไม่ได้กระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจผลคือการสมรสนั้นไม่เกิดขึ้นซึ่งมีความแตกต่างจากอังกฤษและฝรั่งเศส โดยผลของการสมรสที่เป็นโมฆะกับผลของการสมรสที่ไม่เกิดขึ้นย่อมมีความแตกต่างกันดังที่ได้กล่าวมา สำหรับประเทศไทยนั้นไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในเรื่องของการจดทะเบียนสมรสกับนายทะเบียนผู้มีอำนาจ อีกทั้ง พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯฯ ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการจดทะเบียนสมรสที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายไว้ชัดเจน แต่ปรากฏในบันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ดังที่กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 ว่ากรณีนี้เป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 1458 การสมรสตกเป็นโมฆะ กฎหมายจดทะเบียนครอบครัวฯ ไม่ได้มีบทบัญญัติให้มีการเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสที่กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ แต่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่นั้น อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้เสมอ โดยการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จึงต้องพิจารณาหลักการคุ้มครองสถาบันครอบครัวและการคุ้มครองผู้สุจริตประกอบ¹⁷

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการสมรสได้เกิดขึ้นแล้ว โดยที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีความเข้าใจว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์ แต่กฎหมายควรกำหนดให้กรณีนี้เป็นการสมรสที่เป็นโมฆะ ดังเช่นกฎหมาย

date of the public notice provided for by Article 63 and, in the event of dispensation of public notice, at the date of the dispensation provided for by Article 169 below”.

¹⁷ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสที่เกิดจากการกระทำทุจริตทางการจดทะเบียนครอบครัว เรื่องเสร็จที่ 1311/2557

อังกฤษและกฎหมายฝรั่งเศส เพราะเป็นกรณีที่ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่ชัดเจนว่าการสมรสดังกล่าว มีการจัดขึ้นมาเพื่ออำพรางข้อเท็จจริงบางประการของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือมีความประสงค์ให้การสมรสนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และในกรณีนี้นายทะเบียนไม่มีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสที่มีชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวด้วยเช่นกัน เพราะถึงแม้การสมรสดังกล่าวจะไม่สมบูรณ์ตั้งแต่แรก แต่คู่สมรสเข้าใจว่าการสมรสนั้นสมบูรณ์และเข้าใจว่าเกิดความสัมพันธ์ทางครอบครัวเกิดขึ้น ดังนั้น ในเรื่องความสัมพันธ์ของมนุษย์ที่เกิดขึ้นมาแล้วนั้น ต้องเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายที่แท้จริง (คู่สมรสฝ่ายที่สุจริต) เป็นผู้มิสิทธิร้องขอต่อศาลขอเพิกถอนการสมรสเสียเอง โดยผลที่ตามมาเป็นไปตามบทบัญญัติเดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องผลของการร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะ (มาตรา 1499) รวมถึงกรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายทราบดีว่าการจดทะเบียนสมรสนั้นกระทำขึ้นโดยนายทะเบียนสมรสผู้ไม่มีอำนาจ คู่สมรสทั้งสองฝ่ายย่อมทราบดีว่าการสมรสที่มีผลรับรองตามกฎหมายจะต้องมีการจดทะเบียนสมรส และพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ กำหนดให้เมื่อมีการร้องขอให้จดทะเบียนสมรสแล้ว ให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสให้ (มาตรา 10 พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ) โดยคำว่า “นายทะเบียน” หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีผู้มีหน้าที่รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ได้แต่งตั้งขึ้น (มาตรา 3 พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ) ดังนั้น เมื่อคู่สมรสรู้และทราบดีว่าการจดทะเบียนสมรสกับนายทะเบียนผู้ไม่มีอำนาจย่อมไม่เป็นถูกต้องวิธีการสมรสที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า กรณีนี้จึงเป็นกรณีที่การจดทะเบียนสมรสนั้นกระทำโดยไม่สุจริตและไม่ถูกต้องตามมาตรา 1458 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่ปรากฏว่าจดทะเบียนสมรสกับบุคคลหรือนายทะเบียนผู้ไม่มีอำนาจและมีการเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ตามมาตรา 49 ประกอบมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เสียก่อนที่จะมีการยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อให้มีคำพิพากษาว่าการสมรสของคู่สมรสคู่หนึ่งคู่ใดเป็นโมฆะแล้ว ในกรณีนี้เท่ากับว่าการจดทะเบียนสมรสนั้นถูกเพิกถอนเท่ากับว่าไม่มีการจดทะเบียนสมรส การสมรสของบุคคลทั้งสองย่อมไม่เกิดขึ้น ความสัมพันธ์ของบุคคลทั้งสองมีสถานะเพียงอยู่ร่วมกันภายใต้ชายคาเดียวกันไม่ได้เป็นสามีภริยาตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงหากชายหญิงยังคงรักษาความสัมพันธ์ทางครอบครัวเรื่อยมาหรือความสัมพันธ์ทางครอบครัวเกิดขึ้นหลังจากที่ชายหญิงจดทะเบียนสมรสต่อนายทะเบียนผู้ไม่มีอำนาจ ในกรณีดังกล่าวควรจะมีการกำหนดผลทางกฎหมายที่กำหนดเป็นอย่างอื่นและชัดเจน โดยผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในบทที่ 5 ข้อเสนอแนะ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนขอสรุปว่า การสมรสตามกฎหมายไทย เกิดขึ้นมาจากการที่ชายและหญิงแสดงเจตนายินยอมสมรสกันโดยสมัครใจต่อหน้านายทะเบียนสมรส พร้อมกับจดทะเบียนสมรส อันเป็นนิติกรรมที่เกี่ยวกับสถานะบุคคลที่มีลักษณะแตกต่างจากนิติกรรมทางหนี้และนิติกรรมทางทรัพย์สิน โดยการสมรสเป็นจุดเริ่มต้นในการนำไปก่อให้เกิดสถานะของบุคคลขึ้นใหม่ ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเหล่านี้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะพิเศษ เพราะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์กัน ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดา ทั้งนี้ ในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามบทบัญญัติในบรรพ 5 จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อการสมรสนั้นมีการจดทะเบียนสมรส ดังนั้น การจดทะเบียนสมรสจึงเป็นเสมือนแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรส ซึ่งหากไม่มีการจดทะเบียนสมรสเท่ากับการสมรสนั้นไม่ได้รับรองตามบทบัญญัติในบรรพ 5 ความสัมพันธ์ของชายหญิงเป็นความสัมพันธ์ในสถานะของผู้ที่อยู่อาศัยชายคาเดียวกันเท่านั้น ดังนั้น การจดทะเบียนสมรสจึงมีความจำเป็นในระบบการสมรสของประเทศไทย และการจดทะเบียนสมรสย่อมเป็นหลักฐานที่พิสูจน์ความสมบูรณ์ของการสมรสในเวลาต่อมา

ดังที่ได้กล่าวไป เรื่องสถานะของการจดทะเบียนสมรส ทำให้เห็นได้ว่าการสมรสเป็นการก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวของประเทศไทย อังกฤษ เยอรมัน และฝรั่งเศสมีความแตกต่างกัน โดยในแต่ละประเทศกล่าวถึงการสมรสที่แตกต่างกัน โดยมีขั้นตอนของการสมรสแตกต่างกัน บางประเทศกำหนดให้การจดทะเบียนสมรสเป็นส่วนหนึ่งในขั้นตอนของการสมรสที่ต้องปฏิบัติตามแต่หากไม่มีการจดทะเบียนสมรสก็ไม่มีผลทำให้การสมรสนั้นไม่สมบูรณ์ เช่น อังกฤษ ในขณะที่บางประเทศมีการกำหนดขั้นตอนของการสมรสโดยรวมการจดทะเบียนสมรสเป็นหนึ่งในขั้นตอนที่ทำให้การสมรสมีผลสมบูรณ์ เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส หรือบางประเทศกำหนดให้การสมรสเกิดขึ้นเมื่อมีการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น การจดทะเบียนสมรสเป็นเงื่อนไขของการสมรส เช่น ประเทศไทย

จากการศึกษาในเรื่องปัญหาสถานะของการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย ตามที่ผู้เขียนได้นำเสนอข้างต้น เป็นการนำเสนอเปรียบเทียบกฎหมายดังต่อไปนี้ คือ อังกฤษ เยอรมัน และฝรั่งเศส จากที่กล่าวไปในเรื่องการสมรสของกฎหมายทั้งสี่ประเทศนี้รวมถึงประเทศไทยย่อมมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละสังคม เนื่องจากที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในเรื่องการสมรสเป็นเรื่องตามกฎหมายธรรมชาติ หลักเกณฑ์ ความคิด และพิธีการย่อมมาจากสภาพแวดล้อมของสังคมแต่ละสังคมนั้น ความแตกต่างในเรื่องการสมรสสามารถอธิบายข้อดีข้อเสียของกฎหมายแต่ละประเทศได้ ดังต่อไปนี้

ประการแรก จากการศึกษาถึงประวัติความเป็นมาของการสมรสและลักษณะของการสมรสในแต่ละประเทศจะพบว่ามีความแตกต่างอย่างชัดเจน ในประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์ ซึ่งเป็นประเทศในแถบพื้นที่ทางยุโรป เช่น อังกฤษ เยอรมัน และฝรั่งเศส โดยการจัดพิธีสมรสส่วนใหญ่จะได้รับอิทธิพลมาจากศาสนาคริสต์ และมีวิธีการสมรสที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการสมรสตามพิธีทางศาสนาหรือการสมรสตามกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งทั้งสามประเทศนี้มีการกำหนดขั้นตอนการสมรส โดยส่วนใหญ่จะมีการกำหนดขั้นตอนแรกเป็นขั้นตอนก่อนเริ่มต้นทำการสมรส (preliminaries to marriage) กับขั้นตอนพิธีสมรส ขั้นตอนการสมรสตามกฎหมายของทั้งสามประเทศนี้ ผู้เขียนเห็นว่า มีขั้นตอนที่ละเอียด ครบครัน ซึ่งในกรณีนี้มีความแตกต่างจากประเทศไทยในเรื่องความเป็นมาของการสมรสในประเทศไทยนั้น แต่ก่อนเป็นลักษณะของการอยู่กินกัน ไม่มีการกำหนดขั้นตอนการสมรสที่ชัดเจน อีกทั้ง ต่อมาที่มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายกำหนดให้การสมรสเกิดขึ้นเมื่อมีการจดทะเบียนสมรส และไม่มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงขั้นตอนการสมรสในขั้นตอนอื่นอีกที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ประเทศไทยกำหนดขั้นตอนรายละเอียดของการจดทะเบียนสมรสไว้ในพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478

จากการศึกษาถึงความเป็นมาและลักษณะของการจดทะเบียนสมรส ผู้เขียนเห็นว่าในการกำหนดให้การสมรสตามกฎหมายมีขึ้นได้เมื่อมีการจดทะเบียนย่อมเป็นรูปแบบการสมรสที่เหมาะสมกับประเทศไทยแล้ว เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดขั้นตอนการสมรสที่มีลักษณะครบครัน และมีรายละเอียดมากจะเป็นการสร้างภาระแก่ชายหญิงที่มีความต้องการจะสมรส ทั้งนี้จากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาประวัติความเป็นมาในการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมรส พบว่าวัตถุประสงค์ของรัฐในการกำหนดให้มีการจดทะเบียนสมรสก็เพื่อบันทึกข้อมูลประชากรของประเทศ โดยบันทึกเป็นเอกสารราชการ เพื่อเป็นเอกสารในการยืนยันความสมบูรณ์ของการสมรส และป้องกันการเกิดการสมรสซ้อน ทั้งนี้ รัฐในสมัยนั้นมีความพยายามผลักดันให้ประชากรที่ประสงค์จะสมรสกันให้มีการจดทะเบียนสมรสให้มากที่สุด จึงมีความพยายามกำหนดขั้นตอนการสมรสให้น้อยที่สุด นอกจากนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตที่ว่า เนื่องจากกฎหมายการสมรสอังกฤษมีขั้นตอนและรายละเอียดมาก ในปัจจุบันมีความพยายามที่จะผ่อนปรนขั้นตอนพิธีสมรสบางกรณีเช่นกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นเห็นด้วยว่า การสมรสตามกฎหมายไทยควรกำหนดให้มีการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น เพราะการกำหนดขั้นตอนที่มากเกินไปอาจส่งผลให้เกิดความยุ่งยากกับประชากรที่มีความประสงค์ที่จะสมรสเอง อีกทั้ง หากให้การจดทะเบียนสมรสเป็นเพียงหลักฐานในการพิสูจน์ความสมบูรณ์ของการสมรสตามกฎหมายอังกฤษก็ไม่สามารถทำได้เพราะการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยย่อมเป็นเงื่อนไข

หลักของความมีอยู่ของการสมรส เนื่องจากสภาพสังคมของไทยมีความแตกต่างจากประเทศอังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศส ดังนั้นการที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 1457 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงมีเหตุผลสมควรแล้ว

ประการที่สอง หากพิจารณาในเรื่องสถานะของการจดทะเบียนสมรส พิจารณาการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายอังกฤษเห็นว่าการจดทะเบียนสมรสเป็นเพียงหลักฐานในการพิสูจน์ความสมบูรณ์ในการสมรสเท่านั้น ส่วนสถานะการจดทะเบียนสมรสของเยอรมันและฝรั่งเศสมีลักษณะของสถานะการจดทะเบียนสมรสเหมือนของประเทศไทยที่ว่า การจดทะเบียนสมรสเป็นแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรส โดยหากไม่มีการจดทะเบียนสมรสการสมรสนั้นก็ไม่ได้เกิดขึ้นเช่นกัน และผู้เขียนเห็นว่าการจดทะเบียนสมรสเป็นแบบแห่งนิติกรรมประเภทหนึ่ง แต่ไม่ใช่แบบแห่งนิติกรรมตามมาตรา 152 เนื่องจากคำว่าทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยย่อมไม่ใช่ทะเบียนนิติกรรม โดยมีลักษณะเป็นทะเบียนสถานะบุคคล ทะเบียนสมรสไม่มีผลทำให้เกิดหนี้ตามกฎหมายตามมา เมื่อพิจารณาลักษณะของกฎหมายการสมรส ของทั้งกฎหมายไทย เยอรมัน และฝรั่งเศสที่มีแนวความคิดในเรื่องของการจัดโครงสร้างระบบกฎหมายเอกชนโรมัน ผู้เขียนเห็นว่าการสมรสจึงเป็นคนละส่วนกับกฎหมายส่วนอื่น และผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วว่าไม่ว่าประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสก็มีแนวความคิดในการแยกกฎหมายที่เกี่ยวกับการก่อตั้งความสัมพันธ์ในครอบครัวออกจากกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทรัพย์สินเช่นกัน

ประการที่สาม หากพิจารณาในเรื่องขั้นตอนการสมรสที่มีผลต่อความสมบูรณ์ของการสมรสจากที่กล่าวไปแล้วว่าประเทศไทยมีการกำหนดการเกิดขึ้นของการสมรสไว้ในมาตรา 1457 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกำหนดวิธีการจดทะเบียนสมรสไว้ในพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 โดยหากเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศอังกฤษ เห็นว่าการจดทะเบียนสมรสไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของการสมรส เพราะเป็นเพียงหลักฐานที่แสดงถึงการปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนการสมรสนั้นเป็นไปตามกฎหมาย ส่วนประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสเห็นว่าการจดทะเบียนสมรสมีผลต่อการสมรสเหมือนดังเช่นประเทศไทย

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาในเรื่องวิธีการของการจดทะเบียนสมรส ปรากฏว่าในกฎหมายต่างประเทศทั้งสามประเทศมีการกำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนการสมรสที่น่าสนใจ กล่าวคือ

กรณีกฎหมายอังกฤษ กรณีที่ไม่เป็นการสมรส (non-marriage) เป็นกรณีที่ชายหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยไม่ได้ปฏิบัติตามระเบียบพิธีการสมรสตามที่กฎหมายกำหนด แต่มีหลักข้อสันนิษฐานการสมรส (presumed marriage) ขึ้นมา โดยมีข้อสันนิษฐาน 2 ประการ คือ 1) การสันนิษฐานว่าคู่สมรสได้ทำการสมรส แม้ว่าจะไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่ามีการทำตามระเบียบพิธีการสมรส แต่คู่สมรสอยู่ด้วยกันมาในระยะเวลายาวนานและเป็นที่รู้จักยอมรับทั่วไปว่าทั้งคู่เป็นสามีภริยากัน หรือ 2) มีการสมรสในสถานที่ที่ปฏิบัติระเบียบพิธีและสามีภริยาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ในกรณีนี้ก็จะได้รับการสันนิษฐานว่าได้ปฏิบัติตามรูปแบบพิธีสมรสแล้ว

ส่วนกฎหมายเยอรมัน มาตรา 1314 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้แก่ การสมรสที่ไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรา 1311 หรือวิธีการเปล่งวาจาในพิธีสมรส กล่าวคือ คู่สมรสทั้งสองฝ่ายไม่มีการแสดงเจตนาสมรสต่อหน้านายทะเบียนในเวลาเดียวกัน แต่กฎหมายก็มีระยะเวลาให้การสมรสสมบูรณ์ได้ อันเป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 1315 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน คู่สมรสไม่สามารถเพิกถอนการสมรสดังกล่าวได้ กล่าวคือ คู่สมรสได้อยู่กินฉันสามีภริยาเป็นเวลา 5 ปี หลังจากการสมรสหรือในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอยู่กินจนกระทั่งตายจากกัน แต่ต้องไม่น้อยกว่า 3 ปี ทั้งนี้ เว้นแต่จะขอยื่นฟ้องขอให้แสดงว่าเป็นโมฆะก่อนกำหนด 5 ปี ในกรณีดังกล่าว

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น จากกฎหมายของทั้งสามประเทศจะเห็นได้ว่า กฎหมายการสมรสของทั้งสามประเทศมีความพยายามยืดหยุ่นให้กับกรณีที่มีการสมรสที่ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของพิธีสมรส ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากทั้งสามประเทศนี้มีการกำหนดขั้นตอนพิธีสมรสแบบละเอียดดั่งนั้น จึงมีผลทำให้เมื่อมีกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งในการสมรส กฎหมายย่อมให้ความคุ้มครองการแต่งงานของชายหญิงเหล่านั้น ซึ่งหากเปรียบเทียบกับประเทศไทยที่กำหนดเรื่องการเกิดขึ้นของการสมรสเพียงกรณีเดียวคือการจดทะเบียนสมรส และกำหนดวิธีการจดทะเบียนสมรสในพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 แต่ในกฎหมายฉบับนี้ไม่ระบุชัดเจนถึงผลของการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนวิธีการดังกล่าว ดังนั้น ในบางกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้ จึงมีการตัดสินให้เป็นเรื่องของการออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นผลให้เป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คือการจดทะเบียนสมรสได้ในภายหลัง ซึ่งในกรณีนี้เองผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องของกฎหมายครอบครัวเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องของกฎหมายแพ่ง แม้ว่าวิธีการในการจดทะเบียนสมรสจะมีความเกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐในการออกใบทะเบียนสมรส แต่เมื่อการสมรสไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนวิธีการ ผลของการไม่ปฏิบัติตามวิธีการดังกล่าวจึงควรเป็นเรื่องตามกฎหมายครอบครัว ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพ 5 เท่านั้น

อนึ่ง ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีที่ไม่มีการจดทะเบียนสมรส ผลคือการสมรสไม่เกิดขึ้นตามมาตรา 1457 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในกรณีที่มีการจดทะเบียนสมรสนั้นไม่เป็นไปตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด เช่น หากเป็นกรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายไม่มีการแสดงเจตนายินยอมสมรสต่อหน้านายทะเบียนในเวลาเดียวกันและนายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสดังกล่าวในกรณีนี้เป็นเรื่องของการสมรสไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในเรื่องการแสดงความยินยอมในการสมรสตามมาตรา 1458 ผลคือการสมรสตกเป็นโมฆะ แต่กฎหมายเยอรมันกำหนดให้ในกรณีนี้เป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรส แต่ผลที่ตามมาคือกฎหมายมีระยะเวลาสิ้นสุดการเพิกถอนการสมรส อันเป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 1315 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน คู่สมรสไม่สามารถเพิกถอนการสมรสดังกล่าวได้ กล่าวคือ คู่สมรสได้อยู่กินฉันสามีภริยาเป็นเวลา 5 ปี หลังจากการสมรส หรือในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอยู่กินจนกระทั่งตายจากกัน แต่ต้องไม่น้อยกว่า 3 ปี ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้อื่นฟ้องขอให้แสดงว่าเป็นโมฆะก่อนกำหนด 5 ปี ในกรณีดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในกรณีนี้เมื่อปรากฏชัดเจนว่าชายหญิงไม่มาแสดงเจตนาทำการสมรสต่อหน้านายทะเบียนพร้อมกัน แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏต่อมามีทั้งสองได้อยู่กินฉันสามีภริยาตามปกติ ก็สามารถสันนิษฐานได้ว่าทั้งสองมีความประสงค์ที่จะแสดงความยินยอมในการสมรสกันจริง เพียงแต่อาจมีเหตุบางประการที่ไม่สามารถแสดงเจตนายินยอมสมรสต่อหน้านายทะเบียนในเวลาเดียวกันได้เท่านั้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในกรณีนี้ประเทศไทยควรมีการกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวเพิ่มเติม เพื่อคุ้มครองการสมรสที่เกิดขึ้น

สำหรับกรณีดังกล่าว สาเหตุที่ผู้เขียนเลือกบทบัญญัติของกฎหมายเยอรมันในการแก้ปัญหาเนื่องมาจากว่า ผู้เขียนเห็นว่าผลของการสมรสในการที่ไม่ปฏิบัติตามกรณีดังกล่าวย่อมเอื้ออำนวยให้กับความสัมพันธ์ในทางครอบครัวให้สามารถอยู่ต่อไปได้ ในเมื่อการที่ชายหญิงทำการสมรสกันอาศัยอยู่ด้วยกันในฐานะสามีภริยา โดยมีระยะเวลาในการอยู่ด้วยกัน 5 ปี ย่อมเป็นระยะเวลาที่แสดงให้เห็นว่าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต่างยอมรับซึ่งกันและกัน ในส่วนกฎหมายอังกฤษ ผู้เขียนเห็นว่า การสมรสตามขั้นตอนพิธีสมรสนั้นเป็นเพียงข้อสันนิษฐานว่าคู่สมรสได้ทำการสมรส ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การสมรสนี้อาจมีการพิสูจน์หักล้างในภายหลังได้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความสับสนตามมา

หากพิจารณากรณีสุดท้าย ในกรณีที่มีการสมรสนั้นไม่ได้กระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1458 กำหนดให้ การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน ซึ่งนายทะเบียนในที่นี้หมายถึงนายทะเบียนผู้มีอำนาจในการจดทะเบียนสมรส ทั้งนี้ หากพิจารณากฎหมายต่างประเทศทั้งสามประเทศพบว่า กฎหมายประเทศอังกฤษ เยอรมัน และ

ฝรั่งเศสต่างกำหนดผลของการสมรสที่ไม่ได้กระทำต่อนายทะเบียนผู้มีอำนาจ โดยผู้เขียน
 เห็นว่า รูปแบบขั้นตอนการสมรสของทั้ง 3 ประเทศนั้น มีขั้นตอนการสมรสที่มีรายละเอียด และ
 ปฏิบัติอย่างเคร่งครัด การแสดงเจตนายินยอมสมรสต่อนายทะเบียนเป็นเสมือนการประกาศต่อหน้า
 ประชาชนว่าการสมรสนั้นได้มีขึ้นแล้วตามกฎหมายรับรอง ในส่วนกฎหมายประเทศอังกฤษ กำหนดให้
 การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ ส่วนกฎหมายเยอรมันกำหนดให้การสมรสนั้นไม่เกิดขึ้น และกฎหมาย
 ฝรั่งเศส กฎหมายกำหนดให้การจดทะเบียนสมรสต้องกระทำต่อนายทะเบียนผู้มีอำนาจ มิฉะนั้น
 การสมรสตกเป็นโมฆะ ในกรณีนี้กฎหมายไทยไม่ปรากฏผลที่ชัดเจนในเรื่องของการสมรสไม่ได้กระทำ
 ต่อนายทะเบียนผู้มีอำนาจ

ดังที่ได้กล่าวมา ในกรณีนี้กฎหมายไทยไม่ปรากฏผลที่ชัดเจนในเรื่องของการสมรสไม่ได้
 กระทำต่อนายทะเบียนผู้มีอำนาจ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในการจดทะเบียนสมรสต่อนายทะเบียน
 เป็นเสมือนการประกาศประชาชนทั่วไปทราบและการประกาศนี้มีรัฐเป็นผู้ยืนยันรับรองใน
 ความสมบูรณ์ของการสมรส ดังนั้น การจดทะเบียนสมรสกับบุคคลที่ไม่มีอำนาจจดทะเบียนสมรส
 ย่อมส่งผลต่อหลายบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผลกระทบต่อคู่สมรส เนื่องจากการสมรสที่ไม่ได้
 จดทะเบียนสมรสต่อนายทะเบียนผู้มีอำนาจเท่ากับการสมรสนั้นไม่ได้เกิดขึ้น เพราะไม่มี
 การจดทะเบียนสมรส ผลที่ตามมาคือไม่สามารถนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 บรรพ 5 มาใช้กับความสัมพันธ์ของชายหญิงที่เกิดขึ้นได้

นอกจากนี้ การจดทะเบียนสมรสต่อนายทะเบียนผู้ไม่มีอำนาจย่อมส่งผลต่อความมั่นคงของ
 รัฐ เพราะการจดทะเบียนลงในเอกสารราชการของรัฐ ย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา
 หรือมีการปลอมลายมือชื่อของพนักงานของรัฐย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเช่นกัน
 ดังนั้น ในกรณีนี้จึงเป็นเรื่องที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อรัฐกำหนดบทบัญญัติ
 ของกฎหมายในเรื่องการจดทะเบียนสมรสขึ้นมาเพื่อดูแล จัดการ ควบคุม การสมรสให้เป็นไปตาม
 ที่กฎหมายกำหนด เมื่อบุคคลไม่กระทำตามที่กฎหมายกำหนด ย่อมส่งผลกระทบต่อรัฐเช่นกัน
 นอกจากนี้ วัตถุประสงค์อีกประการของการจดทะเบียนสมรสมีเพื่อเป็นหลักฐานในการยืนยัน
 ความสมบูรณ์ของการสมรส เพื่อหลักฐานดังกล่าวไม่สามารถเชื่อถือได้ ย่อมส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของ
 ประชาชนตามมา

อีกทั้ง การจดทะเบียนสมรสต่อนายทะเบียนผู้ไม่มีอำนาจ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกระทำ
 ดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกที่เข้าใจผิดว่าบุคคลทั้งสองเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วย

กฎหมาย จึงเข้าทำนิติกรรมกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือในกรณีที่ชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคู่ภริยา หรือสามีที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายอยู่แล้ว แต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องการจดทะเบียนสมรสอีก จึงสร้างข้อเท็จจริงมาปิดบังโดยให้บุคคลผู้ไม่มีอำนาจในการจดทะเบียนสมรส มาจดทะเบียนสมรส

ทั้งหมดที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องการจดทะเบียนสมรสเป็นเรื่องที่สำคัญ และวิธีการจดทะเบียนสมรสจะต้องกระทำต่อนายทะเบียนผู้มีอำนาจ ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดผลที่ชัดเจนว่า ในกรณีนี้การสมรสจะมีผลเป็นเช่นไร หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1458 ประกอบพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 มาตรา 10 กำหนด เท่ากับว่าการสมรสนั้นไม่เกิดขึ้น เป็นเรื่องของการแสดงความยินยอมเป็นสามีภริยากันและต้องแสดงความยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน แต่เมื่อในกรณีนี้ เมื่อคู่สมรสแสดงความยินยอมต่อหน้านายทะเบียนแต่บุคคลดังกล่าวไม่มีอำนาจในการสมรส จึงมีลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งจากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ สามารถเปรียบเทียบได้ดังนี้ ประการแรก กรณีที่เป็นกฎหมาย อังกฤษ กำหนดว่าการสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ ซึ่งเหมือนกับกรณีกฎหมายฝรั่งเศส ประการที่สอง กรณีการสมรสไม่เกิดขึ้น ตามกฎหมายเยอรมัน

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตในเรื่องของผลของการสมรสเป็นโมฆะตามกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องจากในเรื่องการสมรสเป็นโมฆะตามกฎหมายฝรั่งเศสคำนึงถึงความสุจริตของคู่สมรส หากคู่สมรสสุจริต กฎหมายกำหนดให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะโดยมีผลนับตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาเป็นต้นไป ซึ่งในกรณีความสุจริตของคู่สมรสในการสมรสที่เป็นโมฆะของฝรั่งเศสนี้เป็นหลักที่ฝรั่งเศสใช้กับทุกกรณี ที่การสมรสเป็นโมฆะ ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่นำเรื่องความสุจริตของคู่สมรสมาใช้ในบางกรณี เท่านั้น เช่น ในเรื่องผลทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา หากเป็นไปตามกฎหมายฝรั่งเศส ผลในทางทรัพย์สินให้ศาลจัดการแบ่งทรัพย์สินของทั้งสองคน หากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองทำการสมรสโดยสุจริต ให้ศาลจัดการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาที่มีอยู่ก่อนวันที่ศาลมีคำพิพากษา เสมือนเป็นทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกัน สามารถนำเรื่องความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยามาปรับใช้ในการจัดการแบ่งทรัพย์สินของคู่สมรสได้ แต่หากเป็นไปตามกฎหมายไทยการสมรสที่เป็นโมฆะ ไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ในกรณีที่การสมรสเป็นโมฆะทรัพย์สินที่ฝ่ายใดมีหรือได้มาไม่ว่าก่อนหรือหลังการสมรสรวมทั้งดอกผลคงเป็นของฝ่ายนั้น ส่วนบรรดาทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันให้แบ่งคนละครึ่ง เว้นแต่ศาลจะเห็นสมควรสั่งเป็นประการอื่น เมื่อได้พิเคราะห์ถึงภาวะในครอบครัว ภาวะในการหาเลี้ยงชีพ และฐานะของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

ตลอดจนพฤติการณ์อื่นทั้งปวงแล้ว ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 1498 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น

โดยสรุปแล้วเมื่อพิจารณาในเรื่องการสมรสและการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าการสมรสนั้นเป็นเรื่องการเคลื่อนไหวสิทธิสภาพบุคคล เพราะเป็นกรณีที่ชายหญิงแสดงเจตนายินยอมผูกพันตนตามกฎหมาย มุ่งโดยตรงต่อการก่อสร้างสภาพบุคคลในอีกฐานะหนึ่ง คือ ฐานะสามีภรรยา ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวนำไปสู่สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบระหว่างกัน ดังนั้น การสมรสเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งที่เกิดสิทธิสถานะบุคคล อันมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากนิติกรรมในกฎหมายลักษณะอื่นที่เป็นเรื่องการเคลื่อนไหวสิทธิทางทรัพย์สิน นอกจากนี้ เมื่อการสมรสเป็นนิติกรรม แต่การสมรสเป็นนิติกรรมที่มีลักษณะพิเศษและมีบทบัญญัติที่บัญญัติถึงการสมรสไว้ในรูปแบบที่เฉพาะ เช่น เรื่องการจดทะเบียนสมรส กฎหมายมีบทบัญญัติในเรื่องรูปแบบของการสมรสไว้เฉพาะ ไม่นำบทบัญญัติในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมมาตรา 152 มาใช้ หรือในเรื่องผลของการสมรสที่ได้กระทำไปโดยคู่สมรสฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดตัวคู่สมรส การสมรสนั้นเป็นโมฆียะมาตรา 1505 มีความแตกต่างจากกรณีการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมเป็นโมฆะ มาตรา 156 อย่างชัดเจน โดยกฎหมายครอบครัวไม่กำหนดให้การสมรสในกรณีดังกล่าวตกเป็นโมฆะ เพราะการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดเป็นเรื่องที่กระทบต่อจิตใจของบุคคลสองคน ไม่ใช่เรื่องที่มีผลกระทบต่อการทำลายความสัมพันธ์ทางครอบครัว ดังนั้นกฎหมายครอบครัวจึงต้องกำหนดไว้แตกต่างจากบทบัญญัติในเรื่องของนิติกรรม ดังนั้น การสมรสจึงมีบทบัญญัติที่มีระบบเฉพาะ การนำบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอื่น รวมถึงบทหลักทั่วไป บรรพ 1 มาปรับใช้กับการสมรสจึงไม่สามารถทำได้เช่นเดียวกัน

ในส่วนการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย พิจารณาได้ว่า เมื่อบรรพ 5 กำหนดบทบัญญัติในเรื่องการสมรสเป็นการเฉพาะ โดยมีบทบัญญัติตั้งแต่เรื่องการเกิดขึ้นของการสมรส ความสามารถของคู่สมรส เงื่อนไขของการสมรส รวมไปถึงการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในเรื่องสมรส ดังนั้น การพิจารณาเรื่องการสมรสจึงต้องพิจารณาตามบทบัญญัติในบรรพ 5 เท่านั้น ในทำนองเดียวกัน การจดทะเบียนสมรสปรากฏอยู่ในบทบัญญัติในบรรพ 5 กล่าวถึง การเกิดขึ้นของการสมรสจะต้องมีการจดทะเบียนสมรส ดังนั้น การจดทะเบียนสมรสจึงมีลักษณะเป็นแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรส ซึ่งมีความแตกต่างจากบทบัญญัติในบรรพ 1 มาตรา 152 ที่เป็นบทบัญญัติในเรื่องแบบของนิติกรรม โดยมีความแตกต่างกันในเรื่องของขอบเขตการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมาย โดยผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วว่า มาตรา 152 เป็นแบบแห่งนิติกรรมที่ใช้กับนิติกรรมที่มีการเคลื่อนไหวสิทธิ

ทางทรัพย์สิน ในส่วนของมาตรา 1457 เป็นแบบแห่งนิติกรรมที่ใช้กับนิติกรรมที่มีการเคลื่อนไหวสิทธิทางสถานะบุคคล นอกจากนี้ ผลของการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 152 ตกเป็นโมฆะ แต่ผลของการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 1457 ผลคือการสมรสนั้นไม่เกิดขึ้น ดังนั้น เมื่อมีบทบัญญัติในเรื่องการจดทะเบียนสมรสอันเป็นแบบของความมีอยู่ของการสมรสที่กำหนดไว้เฉพาะอยู่แล้วก็ไม่สามารถนำบทบัญญัติในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมมาตรา 152 มาใช้ได้¹⁸

นอกจากนี้ ดังที่ผู้เขียนกล่าวไปแล้วว่าการจดทะเบียนสมรสเป็นขั้นตอนในการสมรสที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายกำหนดเพื่อให้การสมรสนั้นสมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องของวิธีการในการจดทะเบียนสมรสยังไม่มีผลกระทบทางกฎหมายที่ชัดเจน โดยผู้เขียนได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการจดทะเบียนสมรสในต่างประเทศมีการระบุผลในเรื่องการไม่ปฏิบัติตามวิธีการดังกล่าวชัดเจน ดังตารางที่ 1 เปรียบเทียบการจดทะเบียนสมรส กฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าในบางกรณีนี้อาจมีการเพิ่มเติมหรือแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมาย โดยผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในบทสรุปและข้อเสนอแนะ



¹⁸ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ผลของนิติกรรมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 คือ นิติกรรมนั้นเสียเปล่า ไม่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวสิทธิและหน้าที่ใด ๆ ในทางกฎหมาย ทุกอย่างอยู่ในสภาวะเช่นเดียวกับสภาพก่อนทำนิติกรรม อย่างไรก็ตาม แม้นิติกรรมเป็นโมฆะไม่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในทางกฎหมายก็ตาม แต่ถ้าไม่มีใครกล่าวอ้างหรือเรียกทรัพย์สินคืน จนปล่อยเวลาผ่านไป บุคคลนั้นอาจเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นโดยการได้ไปโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมหรือการครอบครองปรปักษ์ก็ได้ หรืออาจเป็นกรณีที่นิติกรรมนั้นสามารถเปลี่ยนรูปเป็นนิติกรรมอื่นได้ แต่ในเรื่องการจดทะเบียนสมรส กฎหมายกำหนดผลของการไม่จดทะเบียนสมรสทำให้การสมรสนั้นไม่เกิดขึ้นตามกฎหมาย การสมรสไม่สามารถสมบูรณ์ได้ด้วยวิธีอื่น ทั้งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในฐานะสามีภริยาไม่เกิดขึ้น ไม่นำระบบทรัพย์สินเรื่องสินสมรส สินส่วนตัวมาใช้กับชายหญิง และบุตรที่เกิดมา ย่อมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาแต่เพียงคนเดียวเท่านั้น ไม่เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดา

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบการจัดทะเบียนสมรส กฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

	ไทย	อังกฤษ	เยอรมัน	ฝรั่งเศส
<p>1. ขั้นตอนการสมรส</p>	<p>ต้องจดทะเบียนสมรส</p>	<p>1) ข้อปฏิบัติก่อนเริ่มต้นทำการสมรส (preliminaries to marriage)</p> <p>1.1 ขั้นตอนเริ่มต้นก่อนการสมรส</p> <p>1.2 ขั้นตอนเบื้องต้นอื่นๆ</p> <p>1.2.1 ขั้นตอนเบื้องต้นก่อนการสมรส ตามกฎหมายบ้านเมือง (Civil preliminaries) จะต้องมีการแจ้งการสมรส โดยชายหญิง ทั้งสองฝ่ายจะต้องมาแจ้งกับนายทะเบียนสมรสผู้มีอำนาจในท้องถิ่น ณ สำนักงานทะเบียนหรือสถานที่ที่กฎหมายรับรอง อันเป็นสถานที่ที่ชายหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาศัย มาก่อนไม่น้อยกว่า 7 วัน</p> <p>1.2.2 ขั้นตอนเบื้องต้นก่อนการสมรส ในทางศาสนา</p> <p>2) พิธีสมรส (Wedding Ceremony)</p> <p>คู่สมรสจะต้องกำหนดรูปแบบการจัดพิธีสมรส โดยหลักการสำคัญของการจัดพิธีสมรสคือคู่</p>	<p>1) ข้อปฏิบัติก่อนการสมรส</p> <p>2) แบบของการสมรส</p> <p>ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดให้พิธีการสมรสเป็นไปตามแบบของกฎหมายบ้านเมือง โดยทำพิธีต่อหน้าเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีพยาน 2 คน การเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมิพยาน การสมรสนั้นต้องจดทะเบียนสมรสด้วย การจัดงานฉลองการสมรสจะถูกต้องเป็นการโดยเตรียมการต่อหน้านายทะเบียนท้องถิ่น คู่สมรสจะต้องแสดงเจตนาที่จะสมรสต่อหน้านายทะเบียน โดยการแสดงเจตนาของคู่สมรสจะต้องถูกนำมาบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรในเอกสารของทางราชการ เพื่อเป็นหลักฐานพิสูจน์สถานะของคู่สมรส ภูมิภาคต่างๆหรือที่อยู่อาศัย และสัญชาติของคู่สมรส</p>	<p>1) ขั้นตอนปฏิบัติก่อนการสมรส</p> <p>2) พิธีสมรส</p> <p>ในปัจจุบัน แนวปฏิบัติเรื่องการสมรสของฝรั่งเศส มี 3 ประการดังต่อไปนี้</p> <p>1. การสมรสตามแบบพิธีกฎหมายบ้านเมือง (civil ceremony)</p> <p>2. การสมรสตามพิธีทางศาสนา (religious ceremony)</p> <p>3. การอยู่ด้วยกันตามกฎหมาย หรือการยอมรับสถานะทางกฎหมายของการอยู่ร่วมกัน</p>

		<p>สมรสจะต้องแสดงเจตนายินยอมที่จะสมรส หากสมรสโดยปราศจากความยินยอม ผลคือ การสมรสย่อมไม่เกิดขึ้น โดยรูปแบบการสมรสมีดังนี้</p> <p>2.1 การสมรสตามกฎหมายบ้านเมือง (civil marriage)</p> <p>2.2 การสมรสตามแบบมิใช่แองกลิกัน</p> <p>2.3 การสมรสตามศาสนาได้แก่ การสมรสตามศาสนาแบบแควกเกอร์และยิว</p> <p>3) การจดทะเบียนสมรส</p>	<p>ในกรณีกฎหมายกำหนดให้มีการจดทะเบียนสมรส ระบบการสมรสของประเทศเยอรมันคล้ายคลึงกับประเทศฝรั่งเศส คือ ถือตามแบบพิธีการของกฎหมายบ้านเมืองและการจดทะเบียนสมรส ซึ่งการบันทึกการจดทะเบียนต่างของ เยอรมัน คือ</p>	
<p>2. ลักษณะของการจดทะเบียนสมรส</p>	<p>วัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งการสมรส (form of marriage) ให้ต้องมี การจดทะเบียนสมรสก็เพื่อให้การสมรสนั้นเป็นที่รู้กันทั่วไปโดยให้มีทะเบียนสมรสที่เป็นเอกสารมหาชน (public document) อันมี</p>	<p>การจดทะเบียนสมรส เป็นขั้นตอนสุดท้ายของการสมรส อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนสมรสไม่ได้เป็นปัจจัยหลักที่ทำให้การสมรสนั้นสมบูรณ์ เนื่องจาก การสมรสสมบูรณ์ตั้งแต่ปฏิบัติตามขั้นตอนในพิธีสมรส อันทะเบียนสมรสจะต้องระบุว่า การสมรสนั้นเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ขึ้นมาได้อย่างไร</p>	<p>หากพิจารณาเรื่องลักษณะของการจดทะเบียนสมรส จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าในเรื่องการจดทะเบียนสมรสเป็นหนึ่ง ในแง่เนื้อหาของ การสมรส ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขการสมรสมีปัจจัยที่ต้องพิจารณาที่เป็นรูปธรรมได้ 3 ประการ ดังต่อไปนี้</p>	

	<p>ผลทางกฎหมายต่อคู่สมรส ต่อบุคคลภายนอก และต่อรัฐ คู่สมรสได้ประโยชน์ในแง่ที่ได้ หลักฐานทางราชการเกี่ยวกับ การสมรสซึ่งสามารถนำออก แสดงต่อบุคคลภายนอกได้ ส่วนบุคคลภายนอกได้ประโยชน์ที่ ได้รับฐานะของการสมรสเพื่อจะได้ ปฏิบัติตนได้ถูกต้องหากจำเป็นต้อง ติดต่อสัมพันธ์กัน สำหรับรัฐก็ได้ ประโยชน์ในการที่มีข้อมูลของ ประชาชนอย่างถูกต้องเพื่อที่จะ จัดเก็บภาษีและจัดบริการทาง สังคมให้ได้อย่างเพียงพอ</p>	<p>ยิ่งไปกว่านั้น การจดทะเบียนสมรสมี ประโยชน์ต่อฝ่ายรัฐบาล เพราะว่าการสมรส ส่งผลให้เกิดสถานะระหว่างปัจเจกบุคคล และสถานะดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิและ หน้าที่ตามมา ซึ่งรัฐจะได้รับประโยชน์จาก การบันทึกข้อมูลสมรสเหล่านี้ อีกทั้ง หากมี การบันทึกการสมรสทางอิเล็กทรอนิกส์ก็จะ สามารถเป็นแหล่งข้อมูลที่มีประโยชน์ที่จะ ประเมินว่าบุคคลที่แสดงเจตนายินยอม ประกาศแจ้งการสมรสนั้นได้อยู่ในสถานะ สมรสแล้วหรือไม่ เพื่อป้องกันปัญหา การสมรสซ้อนในภายหลังได้</p>	<p>การจดทะเบียนการเกิด การสมรสและ การตายซึ่งจะผูกเกี่ยวกับรัฐบาล ทั้งนี้ รัฐมีวัตถุประสงค์ในการบันทึก ข้อมูลเพื่อใช้ในการบันทึกทางทะเบียน ทะเบียนสถานะหรือทะเบียนสถานะทาง แพ่ง อันถือเป็นแหล่งข้อมูลที่มี ความสำคัญเพราะเป็นข้อมูลของบุคคล ที่ปรากฏชื่อ วันเกิด และสถานที่เกิด การสมรสและการตายของบุคคล โดย บันทึกทั้งหมดนี้จะถูกเก็บรักษาโดย พนักงานทางทะเบียนของรัฐ (Standesbeamte) ที่สำนักงานบริหาร การทะเบียน (Standesamt)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. องค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับทาง ชีวภาพของมนุษย์ เป็นเงื่อนไขการสมรส ที่เป็นกฎตามธรรมชาติของมนุษย์ เช่น เรื่อง เพศ อายุ หรือที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพ ของคู่สมรส 2. องค์ประกอบเกี่ยวกับจิตใจของคู่ สมรส ได้แก่ การแสดงเจตนาโดยสมัคร ใจว่าจะผูกพันตนเป็นสามีภริยากันใน อนาคต การให้ความยินยอมที่สมรส ของคู่สมรส 3. องค์ประกอบของการสมรสใน เรื่องของสังคมวิทยา ได้แก่ การกำหนด พิธีการสมรสให้เป็นไปตามพิธีกรรมทาง ศาสนา เช่น การกำหนดข้อห้ามในการ สมรส การกำหนดระเบียบปฏิบัติและ พิธีสมรส ทั้งนี้ การจดทะเบียนสมรส เป็นหนึ่งในเรื่องของการปฏิบัติตามพิธี สมรสจะต้องปฏิบัติตามอำนาจ
--	--	---	---	---

				<p>ทะเบียนผู้มีอำนาจ การสมรสนั้นจึงสมบูรณ์</p> <p>การจดทะเบียนสมรส เป็นหลักฐาน การสมรสที่เป็นเครื่องพิสูจน์ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลไม่ว่าจะเป็นเรื่องระหว่างคู่สมรสด้วยกัน หรือความสัมพันธ์ระหว่างปีติ มารดาบุตร โดยหลักฐานการสมรสจะเป็นเครื่องพิสูจน์ความชอบด้วยกฎหมายในความสัมพันธ์ของบิดา มารดา</p> <p>ในความเป็นจริงการสมรสนั้นจะสมบูรณ์ได้เมื่อมีการลงนามเป็นลายลักษณ์อักษรของผู้สมรสและของนายทะเบียนลงในทะเบียนสมรส หรือเรียกว่าการจดทะเบียนสมรส การสมรสนั้นจึงจะสมบูรณ์</p>
<p>3. สถานะของการจดทะเบียน</p> <p>สมรส</p> <p>กฎหมายกำหนดให้การสมรสจะต้องทำการจดทะเบียนสมรส หรืออาจเรียกว่า การจดทะเบียนสมรสเป็นแบบแห่ง ความมีอยู่ของการสมรส เมื่อการสมรสได้ไม่ได้รับการจดทะเบียนสมรสแล้ว การสมรสในสายตากฎหมายย่อมไม่เกิดขึ้น หรือถ้ามีการจดทะเบียนสมรส แต่มีข้อบกพร่องประการใดก็ตาม ก็ไม่เป็นข้อเท็จจริงที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าเป็นการจดทะเบียนสมรสหรือไม่ การจดทะเบียนสมรสก็เรียกได้ว่าการสมรส “ผิดแบบ” ผลที่เท่ากับไม่มี การจดทะเบียนเลยคือเท่ากับไม่เป็น การสมรสเลย ในกรณีนี้เมื่อไม่เป็น การสมรสตามกฎหมายผลที่ตามมา คือเงื่อนไขแห่งการสมรสใดๆ ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง</p>	<p>วัตถุประสงค์ของการจดทะเบียนสมรส คือ ต้องการให้มีการบันทึกเป็นเอกสารมหาชน ซึ่งการจดทะเบียนสมรสเป็นหลักฐานที่มีความสำคัญเพราะเมื่อการสมรสได้มีขึ้นตามกฎหมาย ทำให้เกิดสิทธิ หน้าที่ และการจดทะเบียนที่มีประสิทธิภาพจะช่วยให้สามารถพิสูจน์ความแน่นอนของการสมรส ว่าการสมรสนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย นอกจากนี้ การจดทะเบียนสมรสจะช่วยให้ การคำนวณสถิติการสมรสซึ่งมีผลสำคัญต่อการคำนวณค่าใช้จ่ายปัญหาทางกฎหมาย สังคม สติดีจำนวนประชากรของประเทศ และเป็นข้อมูลที่มีคุณค่ากับประชาชนและรัฐไม่ ว่าจะเป็นรัฐนโยบายทางการศึกษา หรือกับ วงศ์ตระกูล</p>	<p>ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้ กำหนดเรื่องแบบของการสมรส ไว้เป็น 3 ระยะ อันได้แก่</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. กรณีมาตรา 1310 เขตอำนาจของ เจ้าพนักงานทะเบียนสมรส (Jurisdiction of the registrar of births, deaths and marriages curing defective marriages) 2. กรณีมาตรา 1311 วิธีการแปลงจาก ในพิธีสมรส (Personal declaration) 3. กรณีมาตรา 1312 พิธีสมรส (Marriage ceremony) 	<p>ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้ กำหนดเรื่องแบบของการสมรส ไว้เป็น 3 ระยะ อันได้แก่</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. กรณีมาตรา 1310 เขตอำนาจของ เจ้าพนักงานทะเบียนสมรส (Jurisdiction of the registrar of births, deaths and marriages curing defective marriages) 2. กรณีมาตรา 1311 วิธีการแปลงจาก ในพิธีสมรส (Personal declaration) 3. กรณีมาตรา 1312 พิธีสมรส (Marriage ceremony) 	

	และพาณิชย์ บรรพ 5 ก็จะไม่นำมาพิจารณาอีก			
4. ผลของการจดทะเบียนสมรส	<p>เมื่อชายและหญิงจดทะเบียนสมรสกันแล้ว ชายหญิงย่อมเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายเหมือนกันตามกฎหมาย แม้จะได้ห่างกันไป 20-30 ปี ไม่มีบุตรด้วยกัน และทรัพย์สินสมบัติแบ่งแยกกันไปเป็นสัดส่วน แต่ตราใบใดที่ยังมิได้จดทะเบียนหย่าหญิงนั้นยังเป็นภริยาชายโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่นั่นเอง</p> <p>เมื่อไม่จดทะเบียนสมรส การสมรสไม่เกิดขึ้น</p>	<p>เมื่อชายและหญิงจดทะเบียนสมรสกันแล้ว ชายหญิงย่อมเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย ในกรณีที่การสมรสได้ไม่ปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของการสมรส อันมีผลต่อการก่อให้เกิดการสมรส ผลของการสมรสที่เกิดขึ้น มี 2 กรณี คือ</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. การสมรสเป็นโมฆะ (void marriage) เช่น การสมรสที่ปราศจากนายทะเบียนสมรส ซึ่งการสมรสจะต้องกระทำต่อหน้านายทะเบียน และ 2. การแต่งงานที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข (non-qualifying) ซึ่งเดิมอังกฤษใช้คำว่า กรณีที่ไม่เป็นการสมรส (non-marriage) หรือเป็นการสมรสที่ชายหญิงอยู่กันกันฉันสามีภริยาโดยไม่ได้ปฏิบัติตามระเบียบพิธีการสมรสตามที่กฎหมายกำหนด 	<p>เมื่อชายและหญิงจดทะเบียนสมรสกันแล้ว ชายหญิงย่อมเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย ในทางวิชาการ นักกฎหมายเยอรมันก็ยังคงแบ่งผลของการไม่ปฏิบัติตามแบบของการสมรส ทั้งหมด 2 กรณี โดยมีผลดังต่อไปนี้</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. การสมรสไม่เกิดขึ้น (Nichtehe) โดยเกิดได้จาก 3 กรณี คือ กรณีที่ไม่มี การจดทะเบียนสมรสจากนายทะเบียนสมรส (มาตรา 1310 (1)) กรณีที่บุคคลใดแสดงตนออกมาว่าตนมีหน้าที่ในการจดทะเบียนสมรส แต่ที่จริงแล้วบุคคลนั้นไม่ใช้นายทะเบียน และได้เข้าร่วมพิธีสมรสเพื่อทำการจดทะเบียนสมรส (มาตรา 1310 (2)) และกรณีเรื่องพิธีสมรส 2. การสมรสยังคงมีผลอยู่เว้นแต่มีการร้องขอให้เพิกถอนการสมรส คือ การ 	<p>เมื่อพิจารณาผลของการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการสมรสแล้ว สามารถพิจารณาเรื่องผลเฉพาะเรื่องพิธีการสมรสอันเกี่ยวกับ การจดทะเบียนสมรสได้</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) กรณีการสมรสไม่เกิดขึ้น เนื่องมาจากการไม่จดทะเบียนสมรส ได้แก่ การสมรสโดยไม่มี การจดทะเบียนสมรส หรือ การแสดงเจตนาสมรสของคู่สมรสโดยไม่มี นายทะเบียนสมรส 2) การเพิกถอนการสมรส อันเป็นการสิ้น การสมรสนั้นไร้ผล (Nullité) เป็นกรณีที่มีส่วนได้เสียในการสมรส รวมถึงศาลสามารถยกขึ้นมาอ้างเป็นเหตุให้ยกเลิก การสมรสได้

			<p>สมรสที่ไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรา 1311 หรือวิธีการแปลงวาจาในพิธีสมรส</p>	<p>การสมรสไม่เกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ความสัมพันธ์ของชายหญิงไม่ได้จดทะเบียนสมรส เป็นความสัมพันธ์ในสถานะของการอยู่ร่วมกันเท่านั้น ผลของการไม่จดทะเบียนสมรสของไทย กล่าวคือ จดทะเบียนสมรสของไทย กล่าวคือ บพัญญัติของกฎหมายว่าด้วยครอบครัวจะไม่ถูกนำมาใช้ในความสัมพันธ์ของชายและหญิงที่ไม่ได้ทำการจดทะเบียนสมรส</p>
<p>5. ผลของการไม่จดทะเบียนสมรส</p>	<p>การสมรสไม่เกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ผลเกี่ยวกับหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน</p> <p>การอยู่ร่วมกันโดยไม่จดทะเบียนสมรสไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน เพราะไม่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างกัน ชายหญิงที่อยู่กันด้วยกันโดยมิได้จดทะเบียนสมรสจะต้องอาศัยความสัมพันธ์ทางใจเท่านั้น ที่เกี่ยวข้องทั้งสองไว้ด้วยกัน</p> <p>ผลเกี่ยวกับสิทธิในเรื่องทรัพย์สิน</p> <p>ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างชายหญิงที่อยู่ร่วมกัน แต่อย่างไรก็ตามทรัพย์สินที่ชายหญิงคู่นี้ได้ลงทุนร่วม</p>	<p>เนื่องจากประเทศอังกฤษมีการกำหนดระเบียบพิธีการสมรสเป็นขั้นตอน ซึ่งในเรื่องของการจดทะเบียนสมรสเป็นขั้นตอนสุดท้าย ซึ่งหากไม่มีการจดทะเบียนสมรส ผลคือไม่กระทบต่อการสมรสที่เกิดขึ้น สมบูรณ์ การจดทะเบียนสมรสเป็นเพียงหลักฐานแสดงว่าการสมรสระหว่างคู่สมรส นั้นเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์เท่านั้น</p>	<p>การสมรสไม่เกิดขึ้นตามกฎหมาย (มาตรา 1310 (3) ข้อ 1. ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน) ซึ่งผลของการไม่จดทะเบียนสมรสมีลักษณะคล้ายกับผลของการไม่จดทะเบียนสมรสของไทย กล่าวคือ บพัญญัติของกฎหมายว่าด้วยครอบครัวจะไม่ถูกนำมาใช้ในความสัมพันธ์ของชายและหญิงที่ไม่ได้ทำการจดทะเบียนสมรส</p>	<p>การสมรสไม่เกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ความสัมพันธ์ของชายหญิงไม่ได้จดทะเบียนสมรส เป็นความสัมพันธ์ในสถานะของการอยู่ร่วมกันเท่านั้น ผลของการไม่จดทะเบียนสมรสของไทย กล่าวคือ จดทะเบียนสมรสของชายและหญิงที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส (lien de filiation) แบบหนึ่ง ที่ไม่ใช่การจดทะเบียนรับรองบุตรและไม่ใช้การเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเรียกว่า “la Possession d'état”</p>

	<p>แรงทำมาหากันร่วมกันระหว่างที่อยู่ กันกันนั้น ถือว่าเป็นเจ้าของร่วมกัน และมีส่วนในทรัพย์สินเหล่านั้นคนละ ครึ่งเท่ากัน ถือเป็นกรรมสิทธิ์รวม ระหว่างคู่รักนั้น</p> <p>ผลเกี่ยวกับบุตร</p> <p>บุตรที่เกิดจากบิดามารดาที่ไม่ได้ จดทะเบียนสมรสกัน เป็นบุตรโดย ชอบด้วยกฎหมายของมารดาเท่านั้น ตามมาตรา 1546 แต่เป็นบุตรนอก กฎหมายของฝ่ายชาย ซึ่งจะกลายเป็น บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชาย ต่อเมื่อชายและหญิงได้สมรสกันใน ภายหลัง หรือชายได้จดทะเบียน รับรองบุตร หรือศาลพิพากษาว่าเป็น บุตร ตามที่บัญญัติไว้ในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1547</p>	 <p>จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย CHULALONGKORN UNIVERSITY</p>	<p>เป็นกรณีที่พักของเด็กยอมให้เสื่อ ของตนลงในสุตติบัตรของเด็ก แต่เด็ก ไม่ใช้บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของ บิดาอยู่ดี แต่การจะเป็นบุตรโดยชอบ ด้วยกฎหมายของบิดามีเพียงกรณีจด ทะเบียนสมรสเท่านั้น</p> <p>แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายฝรั่งเศสมี บทบัญญัติของกฎหมายยอมรับ สถานะการอยู่ร่วมกันของบุคคลทั้ง สองโดยทั้งสองจะต้องตกลงกันและ นำข้อตกลงดังกล่าวไปจดทะเบียน ทั้งนี้ แม้จะมีการจดทะเบียนยอมรับ สถานะของบุคคลที่อยู่ร่วมกัน แต่ใน เรื่องบุตร กฎหมายนี้ไม่ได้ให้ การรับรองว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วย กฎหมายทันที ผู้ที่เป็นบิดาจะต้องไป ยื่นคำร้องเพิ่มเติมในการขอปกครอง บุตร</p>
--	---	---	--

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ครอบครัวเป็นหน่วยทางสังคมที่มีขนาดเล็กที่สุดแต่มีความสำคัญมากสำหรับมนุษย์ อันเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติของมนุษย์ โดยมีการสมรสเป็นนิติสัมพันธ์ในการสร้างหน่วยทางสังคมขนาดเล็กนี้ให้เกิดขึ้นและมีผลทางกฎหมายตามมา ในการรวมตัวกันของหน่วยทางสังคมขนาดเล็กก่อให้เกิดสังคมขนาดใหญ่ที่ต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน ทั้งนี้ เมื่อสังคมมีขนาดใหญ่ขึ้นจึงมีความจำเป็นที่สังคมจะต้องมีการจัดระเบียบการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมเพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุข เมื่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวเป็นความสัมพันธ์ที่มีความสำคัญ รัฐจึงทำหน้าที่เข้ามาแทรกแซงการก่อตัวของความสัมพันธ์นี้โดยการกำหนดหลักเกณฑ์หรือที่เรียกว่า เงื่อนไขของการสมรสขึ้นมา เพื่อควบคุมให้การสมรสนั้นมีระเบียบที่ไปในแนวทางเดียวกัน และเพื่อคุ้มครองคนในสังคมให้อยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข โดยเงื่อนไขการสมรสที่มีความสำคัญต่อการก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางครอบครัว คือ การจดทะเบียนสมรส

ระบบการสมรสของประเทศไทยมีวิวัฒนาการมาจากศาสนาเช่นกัน แต่ในสมัยโบราณนั้นไม่เคยแยกธรรมะออกจากกฎหมาย ส่วนใหญ่ระบบการสมรสของไทยมีที่มาจากหลักจารีตประเพณีพื้นบ้านของไทย ในกฎหมายครอบครัวไทยเน้นไปในเรื่องบิดาเป็นหัวหน้าครอบครัวและเป็นผู้มีเลือกถิ่นที่อยู่เอง ไม่มีการจดทะเบียนสมรส แต่การสมรสนั้นแสดงออกโดยพิธีแต่งงานของผู้นับถือศาสนานั้น ๆ ต่อมาหลังจากมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 อันเป็นการยกเลิกกฎหมายลักษณะผัวเมีย (เดิม) ทั้งหมด โดยกำหนดให้การสมรสมีขึ้นได้เมื่อมีการจดทะเบียนสมรสและเปลี่ยนระบบการสมรสให้การสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องประกอบไปด้วยชายและหญิงเป็นคู่สมรสเพียงคนเดียวเท่านั้น (Monogamous) แสดงเจตนายินยอมผูกพันตนเองเพื่อก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัว

การจดทะเบียนสมรส ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1457 บัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมิได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น” กฎหมายกำหนดไว้ว่าการจดทะเบียนสมรสเป็นรูปแบบของการสมรสในสายตาของกฎหมาย หากไม่ทำตามรูปแบบนี้ก็เรียกว่าไม่มีการสมรส ผลจึงเท่ากับว่าชายหญิงจะเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายต่อเมื่อได้จดทะเบียนการสมรส สถานะและผลที่เกิดขึ้นระหว่างชายหญิงจึงจะเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย มิได้เป็นไปตามเจตนาของคู่สมรสแต่อย่างใด แต่ทั้งนี้ด้วยลักษณะของการสมรสอันเป็นกรณี

ที่ชายและหญิงมีความพอใจซึ่งกันและกันในการใช้ชีวิตร่วมกันเพื่อสร้างครอบครัว แสดงเจตนาโดยมีวัตถุประสงค์ก่อสถานะบุคคล (Status) มิได้มุ่งโดยตรงไปทางการเคลื่อนสิทธิในทางทรัพย์สิน โดยสถานะบุคคลนี้ทำให้เกิดนิติสัมพันธ์และสิทธิหน้าที่ต่อกันโดยผลของกฎหมายลักษณะครอบครัว ดังนั้น การสมรสจึงมีลักษณะเป็นนิติกรรม และการจดทะเบียนสมรสเป็นแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรส

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่า การสมรสเป็นนิติกรรมที่มีลักษณะเฉพาะ เพราะเป็นนิติกรรมที่เกี่ยวกับสถานะบุคคลอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนตัวของบุคคลสองคน โดยมีความแตกต่างจากนิติกรรมที่กำหนดในกฎหมายลักษณะอื่น แม้ว่าบทบัญญัติในบรรพ 1 จะเป็นบทบัญญัติอันเป็นหลักทั่วไปที่สามารถนำไปใช้บังคับกับบรรพอื่น ๆ ได้ แต่การสมรสมีลักษณะพิเศษ เพราะเป็นเรื่องการก่อสถานะบุคคล อีกทั้ง เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างของกฎหมายเอกชนมีความมุ่งหมายในการแบ่งบทบัญญัติในเรื่องความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินและความสัมพันธ์ทางบุคคลเป็นคนละส่วนแยกออกจากกัน ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ในบทบัญญัติทั่วไป บทบัญญัติเกี่ยวกับนิติกรรมที่ปรากฏในบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นกรณีที่บุคคลในฐานะปัจเจกชนใช้หลักอิสระทางแพ่งกำหนดขอบเขตทางกฎหมายของตนเองในเรื่องของการเคลื่อนไหวของสิทธิในทรัพย์สินอันเป็นเรื่องนิติกรรมทางหนี้และนิติกรรมทางทรัพย์สิน มิใช่นิติกรรมเกี่ยวกับการก่อตั้งสิทธิสถานภาพ ดังเช่นการสมรสที่มุ่งโดยตรงต่อการก่อนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวซึ่งมีผลจำกัดตามที่กฎหมายรับรองไว้ในบรรพ 5 ไม่อาจบังคับกันได้ตามหลักการในเรื่องนิติกรรมตามบรรพ 1 ดังนั้น หากมีการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการสมรสในบรรพ 5 ผลย่อมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในบรรพ 5 โดยเฉพาะไม่สามารถนำบทบัญญัติในหลักทั่วไปบรรพ 1 มาปรับใช้ได้

นอกจากนี้ หากพิจารณาเรื่องแบบของนิติกรรมที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถแบ่งประเภทในเรื่องแบบได้ 2 ประการ คือ แบบที่ 1 คือ แบบที่กฎหมายกำหนดไว้ว่า ถ้าไม่ทำแล้วจะเป็นผลให้นิติกรรมเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152 และแบบที่ 2 คือ แบบที่กฎหมายกำหนดให้ทำแต่ไม่ได้กำหนดผลทางกฎหมายไว้โดยเฉพาะ เช่น การจดทะเบียนสมรส ผู้เขียนเห็นได้ว่าแบบที่ 1 แบบตามมาตรา 152 เป็นบทบัญญัติในบรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป ใช้บังคับแก่การทำนิติกรรมสัญญาทั้งหลายตามกฎหมาย ซึ่งใช้กับนิติกรรมที่มีความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สิน แต่เมื่อเปรียบเทียบกับกรณการจดทะเบียนสมรสซึ่งเป็นแบบที่ 2 กฎหมายกำหนดไว้ว่าการสมรสเกิดขึ้นได้เมื่อมีการจดทะเบียนสมรส อันเป็นรูปแบบของการสมรสในสายตาของกฎหมาย และการจดทะเบียนสมรสมีผลต่อการก่อสถานะของบุคคลให้มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นความสัมพันธ์ทางครอบครัว สถานะและ

ผลที่เกิดขึ้นระหว่างชายหญิงจึงจะเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย มิได้แต่เพียงเป็นไปตามเจตนาของคู่สมรสแต่อย่างใด ดังนั้นการจดทะเบียนสมรสจึงเป็นแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรส ซึ่งมีลักษณะที่พิเศษ ไม่สามารถนำมาตรา 152 ซึ่งเป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรมในบรรพ 1 มาปรับใช้ได้ อีกทั้ง ผลของการไม่จดทะเบียนสมรสมีความแตกต่างจากเรื่องแบบแห่งนิติกรรมตามมาตรา 152 เพราะหากไม่มีการจดทะเบียนสมรส สถานภาพของบุคคลในความสัมพันธ์ทางครอบครัวย่อมไม่เกิดขึ้น เป็นไปตามบรรพ 5

เมื่อพิจารณาต่อมา จากการเปรียบเทียบการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศพบว่า การจดทะเบียนสมรสของประเทศอังกฤษเป็นส่วนหนึ่งในระเบียบปฏิบัติของการสมรสอันเป็นขั้นตอนของการสมรส แต่การจดทะเบียนสมรสของประเทศอังกฤษไม่มีผลทำให้การสมรสนั้นไม่เกิดขึ้นสมบูรณ์ กล่าวคือ การก่อตั้งสถานะของบุคคลทางกฎหมายครอบครัวของอังกฤษนั้นจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนระเบียบพิธีปฏิบัติให้ครบขั้นตอน โดยเฉพาะขั้นตอนการจัดพิธีสมรสที่จะต้องแสดงความยินยอมในการสมรสต่อหน้านายทะเบียนหรือนักบวชหรือบาทหลวง ในส่วนขั้นตอนการจดทะเบียนสมรสเป็นเพียงขั้นตอนสุดท้าย ซึ่งมีขึ้นเพื่อเป็นหลักฐานในการพิสูจน์ว่าการสมรสนั้นเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์แล้วเท่านั้น ซึ่งมีความแตกต่างจากประเทศไทยที่ว่า การจดทะเบียนสมรสนั้นเป็นตัวกำหนดว่าการสมรสนั้นเกิดขึ้นตามกฎหมายแล้วหรือไม่

ในส่วนการจดทะเบียนสมรสของเยอรมัน พิจารณาได้ว่า การจดทะเบียนสมรสของเยอรมันมีลักษณะที่เหมือนกับการจดทะเบียนสมรสของประเทศไทย หากการสมรสนั้นไม่มีการจดทะเบียนสมรส ผลคือ การสมรสนั้นไม่เกิดขึ้น แต่รายละเอียดเรื่องขั้นตอนของการสมรส เช่น การแอบอ้างเป็นผู้อื่นเพื่อทำการจดทะเบียนสมรส ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่ามิสองกรณีที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ

1) การแอบอ้างเป็นผู้อื่นเพื่อทำการจดทะเบียนสมรส โดยคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ทราบข้อเท็จจริงว่าคู่สมรสไม่ใช่ผู้ที่แอบอ้าง ในกรณีนี้การสมรสย่อมเกิดขึ้นโดยการสำคัญผิดตัวของคู่สมรส อันมีผลทำให้การสมรสตกเป็นโมฆียะ ตามมาตรา 1505

2) การแอบอ้างเป็นผู้อื่นเพื่อทำการจดทะเบียนสมรส โดยคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทราบข้อเท็จจริงว่าคู่สมรสไม่ใช่ผู้ที่แอบอ้าง กรณีนี้หากพิจารณา เมื่อคู่สมรสทราบความจริงอยู่แล้วว่า คู่สมรสของตัวเองไม่ใช่บุคคลตามที่อ้างขณะจดทะเบียนสมรส จึงไม่ใช่การสมรสโดยสำคัญผิดตามมาตรา 1505 เมื่อการแสดงเจตนายินยอมจดทะเบียนสมรส ตามมาตรา 1458 การสมรสนั้นจึงเกิดขึ้นสมบูรณ์

ในกรณีนี้กฎหมายเยอรมันกำหนดให้เป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรสได้ ซึ่งมีความแตกต่างจากประเทศไทย ที่มีพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้ ซึ่งพิจารณาจากแนวความเห็นในเรื่องนี้ เห็นว่าเป็นเรื่องของการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบ ผลคือ นายทะเบียนมีอำนาจเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสนี้ได้ แต่ในเรื่องการเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสจะเป็นอย่างไรต่อนั้นไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น แม้ว่าในเรื่องการจดทะเบียนสมรสของไทยกับของเยอรมันมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน แต่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการดำเนินการจดทะเบียนสมรสที่มีความชัดเจนกว่าของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย บรรพ 5 หรือพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478

จากการศึกษาเปรียบเทียบการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส พบว่าการจดทะเบียนสมรสมีลักษณะเหมือนของไทยเช่นกัน กล่าวคือ หากไม่มีการจดทะเบียนสมรสผลคือการสมรสย่อมไม่เกิดขึ้น แต่ความแตกต่างของกฎหมายสมรสไทยกับกฎหมายสมรสฝรั่งเศส คือ การสมรสตามกฎหมายฝรั่งเศสมีการกำหนดการสมรสเป็นขั้นตอนเหมือนกฎหมายอังกฤษและกฎหมายเยอรมัน และมีการกำหนดลำดับขั้นตอนการจัดพิธีสมรสโดยละเอียด ต่อมา ฝรั่งเศสมีบทบัญญัติในเรื่องของการยอมรับสถานอยู่ร่วมกันของบุคคลสองบุคคล ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายสมรส แต่มีลักษณะในการจดทะเบียนคู่ชีวิต กรณีนี้ต่างจากประเทศไทยในปัจจุบันที่ว่าประเทศไทยกำหนดให้ความสัมพันธ์ทางครอบครัวจะเกิดขึ้นมาได้มีเพียงเรื่องจากจดทะเบียนสมรสนั้น โดยฝรั่งเศสเปิดโอกาสให้ประชากรในประเทศมีทางเลือกในการเลือกวิถีการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ซึ่งประเทศไทยกำหนดให้การสมรสตามกฎหมายสามารถทำได้เพียงการจดทะเบียนสมรสนั้น ส่วนการไม่จดทะเบียนสมรสย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ทั้งนี้ แม้ในปัจจุบันประเทศไทยจะมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ... ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ตรวจพิจารณาแล้วเสร็จ พร้อมทั้งได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อแก้ไขบทบัญญัติบางมาตราให้สอดคล้องกัน โดยในเรื่องการออกกฎหมายฉบับนี้ ได้มีการนำเสนอให้มีการออกกฎหมายแยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแตกต่างจากฝรั่งเศสที่มีการระบุบทบัญญัติในเรื่องการยอมรับสถานะการอยู่ร่วมกันของบุคคลไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ทั้งนี้ การจดทะเบียนตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ใช้คำว่า “การจดทะเบียนคู่ชีวิต” ซึ่งแตกต่างจากการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า แม้ว่าประเทศไทยจะมีการบัญญัติถึงเรื่องการจดทะเบียนสมรสปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และกำหนดวิธีการในการจดทะเบียนสมรสในพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 ซึ่งการไม่จดทะเบียนสมรสย่อมเห็นได้ชัดเจนว่ามีผลทำให้การสมรสนั้นไม่เกิดขึ้น แต่หากเป็นเรื่องข้อบกพร่องในขั้นตอนของการจดทะเบียนสมรส เช่น การจดทะเบียนสมรสต่อหน้านายทะเบียนผู้ไม่มีอำนาจ ในกรณีเช่นนี้ประเทศไทยไม่มีผลทางกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน แต่ในประเทศอังกฤษ และฝรั่งเศส กำหนดให้กรณีการสมรสเป็นโมฆะตามบทบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัว ส่วนเยอรมันกำหนดให้กรณีนี้มีผลทำให้การสมรสนั้นไม่เกิดขึ้น แต่การสมรสที่มีการจัดพิธีสมรสประกาศต่อหน้าประชาชน ย่อมมีระยะเวลาให้การสมรสนั้นย่อมมีระยะเวลาสิ้นสุดการเพิกถอนการสมรสตามกฎหมาย อันเป็นการคุ้มครองความสัมพันธ์ทางครอบครัวของบุคคลที่เกิดขึ้นมาแล้ว ดังนั้น เมื่อกฎหมายไทยไม่ได้ระบุชัดเจนอาจก่อปัญหาตามมาในภายหลังได้ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา และที่สำคัญคือเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตร ซึ่งอาจเกิดปัญหาว่าบุตรที่เกิดมาควรเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดาหรือไม่ตามมา

เนื่องจากการสมรสทำให้เกิดสถาบันครอบครัว และกฎหมายไทยยอมรับการสมรสในสายตา กฎหมายจะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบความสัมพันธ์ทางครอบครัวจึงเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพ 5 กำหนด ในส่วนความสัมพันธ์ของชายหญิงที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสจะเกิดจากความชอบพอกันแต่เมื่อบุคคลทั้งสองไม่จดทะเบียนสมรส ความสัมพันธ์ในฐานะสามีภริยา รวมถึงความสัมพันธ์ทางครอบครัวตามบทบัญญัติในบรรพ 5 ไม่นำมาใช้บังคับ การปรับใช้กฎหมายในความสัมพันธ์ที่ไม่มีการจดทะเบียนสมรสของชายและหญิงจึงเป็นไปตามกฎหมายในลักษณะอื่น ดังนั้น การสมรสเป็นนิติกรรมก่อนสถานะบุคคล และมีการจดทะเบียนสมรสแบบแห่งนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดให้ต้องกระทำ เป็นแบบแห่งนิติกรรมที่มีรูปแบบที่เฉพาะ อันมีลักษณะเป็นเงื่อนไขของการสมรสประเภทหนึ่งเพราะเป็นแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรส หากไม่มีการจดทะเบียนสมรส การอยู่ด้วยกันของชายหญิงภายใต้ชายคาเดียวกันก็ไม่มีผลตามกฎหมาย

5.2 ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากการพิจารณาว่าสถานะการจดทะเบียนสมรสเป็นอย่างไร อาจจะต้องพิจารณาเข้าใจถึงหลักแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องการสมรสและการจดทะเบียนสมรส โดยพิจารณาถึงประวัติความเป็นมา ลักษณะของการสมรส สถานะของการจดทะเบียนสมรส และผลของการจดทะเบียนสมรส ในสถานะการจดทะเบียนสมรสจึงต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศประกอบ นอกจากนี้ การทำความเข้าใจถึงลักษณะของการสมรสทำให้สามารถเข้าใจหลักการปรับใช้และการตีความบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งนี้ ในเรื่องการสมรส อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับการก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวมีลักษณะคล้ายกับการก่อนิติกรรมในบรรพ 1 อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการสมรสตามบรรพ 5 ย่อมมีความพิเศษแตกต่างออกจากบทบัญญัติอื่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น จึงอาจก่อให้เกิดความสับสนในเรื่องการปรับใช้และการตีความได้ นอกจากนี้ แม้มีบทบัญญัติกำหนดชัดเจนในเรื่องการสมรสว่าจะต้องจดทะเบียนสมรส แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดผลของการไม่จดทะเบียนสมรสอย่างชัดเจนทำให้อาจเกิดปัญหาโต้แย้งในภายหลังได้ว่าสถานะของการจดทะเบียนสมรสเป็นอย่างไรจากประเด็นปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนข้อเสนอแนะดังนี้

5.2.1 เสนอให้มีการตีความและการปรับใช้กฎหมายโดยบทบัญญัติของกฎหมายในบรรพ 1 ไม่สามารถนำมาใช้กับการสมรสในบรรพ 5

จากการศึกษาการแยกระบบนิติกรรมของประเทศเยอรมัน พบว่าระบบนิติกรรมของเยอรมันแยกเป็นเรื่องนิติกรรมทางหนี้ และนิติกรรมทางทรัพย์สิน ซึ่งทำให้สามารถแยกการปรับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง เมื่อการสมรสเป็นการก่อความสัมพันธ์ในทางครอบครัว อันเป็นเรื่องของการก่อสภาพของบุคคลโดยเฉพาะที่มีลักษณะแตกต่างจากการก่อความสัมพันธ์ในทางหนี้และการก่อความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน หรือแม้กระทั่งในเรื่องของการหมั้น แม้บรรพ 5 กำหนดว่าการหมั้นเป็นสัญญาหมั้น แต่การหมั้นแม้เป็นสัญญาก็มิใช่สัญญาตามบรรพ 2 สัญญา การหมั้นจึงเป็นเรื่องเฉพาะตามบรรพ 5 ซึ่งกฎหมายกำหนดผลทุกอย่างไว้ครบถ้วนแล้ว ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการสมรสจึงเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งที่เป็นนิติกรรมเกี่ยวกับสภาพของบุคคล จากแนวคิดในเรื่องกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากกฎหมายหนี้หรือกฎหมายทรัพย์สิน ย่อมแสดงให้เห็นได้ชัดว่า ในเรื่องการปรับใช้และการตีความกฎหมายจะต้องพิจารณาถึงความมุ่งหมายของกฎหมายว่ามีขึ้นก่อความสัมพันธ์ไปในทางทิศทางใด ดังนั้นจึงเสนอให้การตีความและการปรับใช้กฎหมายในบรรพ 1 ไม่สามารถนำมาใช้กับการสมรสในบรรพ 5 ถือเป็น การสร้างความแน่นอนให้กับการตีความกฎหมายว่าจะต้องตีความให้ถูกต้องตามความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นจริง ซึ่งในเรื่องการสมรสกฎหมาย

กำหนดหลักเกณฑ์ที่มีความเฉพาะตั้งแต่การก่อให้เกิดสถานะของบุคคล โดยมีสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบในฐานะสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ตามมา การจดทะเบียนสมรสจึงเป็นแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรสที่แตกต่างจากเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ในบรรพ 1 และผลทางกฎหมายแตกต่างกันไปตามแต่ละบทบัญญัติกฎหมายนั้น ๆ กำหนด

ทั้งนี้ ในเรื่องการเข้าใจโครงสร้างการแยกส่วนของกฎหมายออกจากกันทำให้สามารถใช้และตีความกฎหมายได้อย่างถูกต้อง ในเมื่อบรรพ 5 เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะ และการสมรสเป็นการเข้าทำนิติกรรมที่ก่อสถานะบุคคล ดังนั้น จึงไม่มีกรณีใดที่สามารถนำบทบัญญัติ ในบรรพ 1 มาปรับใช้กับการสมรส บรรพ 5 ได้

5.2.2 เสนอให้มีการกำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของการจดทะเบียนสมรสมาใช้ เพื่อให้การตีความและปรับใช้กฎหมายมีความชัดเจน

จากที่กล่าวไปว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพ 5 มาตรา 1457 กำหนดให้การสมรสจะมีขึ้นได้เมื่อมีการจดทะเบียนสมรส ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าสถานะการจดทะเบียนสมรสเป็นแบบแห่งความมีอยู่ของการสมรส เพราะการสมรสจะเกิดขึ้นได้หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับว่า การสมรสนั้นมีการจดทะเบียนสมรสแล้วหรือไม่ ซึ่งต่างจากกฎหมายสมรสในประเทศอื่นที่มีขั้นตอนการสมรสที่มีรายละเอียดมากกว่าของประเทศไทย โดยในเรื่องขั้นตอนการสมรสที่เป็นเงื่อนไขในการเกิดขึ้นของการสมรสตามกฎหมายไทยมีเพียงกรณีเดียวคือการจดทะเบียนสมรส ซึ่งต่างจากประเทศอังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศส ที่มีขั้นตอนพิธีปฏิบัติในการสมรสนั้นมีลักษณะขั้นตอนคล้ายคลึงกัน ซึ่งการสมรสของประเทศในภาคพื้นยุโรปได้รับอิทธิพลจากความเชื่อทางศาสนาคริสต์ ดังนั้น ระเบียบพิธีการสมรสของทั้ง 3 ประเทศนี้จึงมีลักษณะเหมือนกัน

จากผลการศึกษา แม้ว่ากฎหมายไทยจะปรากฏว่าการจดทะเบียนสมรสทำให้การสมรสนั้นเกิดขึ้นไว้ชัดเจน แต่มีในบางกรณีที่เป็นเรื่องของวิธีการในการจดทะเบียนสมรสตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 กำหนด แต่บทบัญญัติดังกล่าวไม่มีบทกฎหมายในการบัญญัติให้อำนาจนายทะเบียนเพิกถอนทะเบียนหากพบว่ามีกรณีไม่ปฏิบัติตามวิธีการของการจดทะเบียนสมรส ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศของทั้ง 3 ประเทศ พบว่า ทั้งสามประเทศมีขั้นตอนการสมรสที่มีรายละเอียดมาก ดังนั้น ในบางกรณีจึงมีการกำหนดผลทางกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งในกรณีนี้เองผู้เขียนมีความเห็นว่า จากการที่ผู้เขียนได้ทำการเปรียบเทียบบทกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

1. ในกรณีที่มีการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย แต่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายไม่มีการแสดงเจตนายินยอมสมรสต่อหน้านายทะเบียนในเวลาเดียวกันและนายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสดังกล่าว เช่น ชายไปจดทะเบียนสมรสพร้อมกับนำสำเนาบัตรประจำตัวประชาชนของหญิงไปยื่นให้นายทะเบียนจดทะเบียนสมรส และนายทะเบียนรับจดทะเบียนดังกล่าวอันไม่ชอบ ในกรณีนี้ เป็นกรณีที่มีการจดทะเบียนสมรสไม่ได้กระทำตามบทบัญญัติในมาตรา 1458 กล่าวคือ การสมรสนั้นไม่ได้มีการแสดงความยินยอมในการสมรสต่อหน้านายทะเบียน การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมันที่มีการบัญญัติในเรื่องนี้ โดยให้กรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายไม่มีการแสดงเจตนาสมรสต่อหน้านายทะเบียนในเวลาเดียวกัน กฎหมายกำหนดให้เป็นเหตุแห่งการเพิกถอนการสมรสได้ แต่กฎหมายก็กำหนดระยะเวลาสิ้นสุดการเพิกถอนการสมรส ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในบทบัญญัติในมาตรานี้ของกฎหมายเยอรมันดีต่อการรักษาความสัมพันธ์ทางครอบครัวได้ดี โดยผู้เขียนขอเสนอให้มีการกำหนดบทบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นกรณีหมวด 5 ความเป็นโมฆะของการสมรส โดยกำหนดให้การสมรสในลักษณะนี้ มีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดการเพิกถอนการสมรส แต่ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าชายหญิงจะต้องอยู่ร่วมกันจริง หลังจากมีการจดทะเบียนสมรสที่เป็นโมฆะดังกล่าว เพราะฉะนั้น หากไม่มีพฤติการณ์ใดปรากฏว่าชายหญิงอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาหลังจดทะเบียนสมรส กรณีนี้จะไม่ได้รับความคุ้มครอง ในกรณีนี้ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การที่กฎหมายกำหนดให้การสมรสตกเป็นโมฆะนั้น จะต้องต้องมีเหตุมาจากสมรสนั้นทำลายระบบครอบครัวอันเป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น การสมรสซ้อน หรือการสมรสโดยปราศจากความยินยอม ซึ่งการสมรสโดยปราศจากความยินยอมของคู่สมรสตามมาตรา 1458 กฎหมายกำหนดให้การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ แต่อย่างไรก็ดี ในบางกรณีหากไม่มีการแสดงความยินยอมสมรสของชายและหญิงโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าทั้งสองได้อยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาตามเวลาที่ได้ผ่านพ้นไปแล้ว กฎหมายก็ควรที่จะกำหนดเป็นข้อยกเว้นให้สิทธิในการร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะระงับ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองความสัมพันธ์ทางครอบครัวให้มีความมั่นคงและแน่นอนว่าการสมรสนั้นจะไม่ถูกศาลสั่งให้เป็นโมฆะในภายหลัง และเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกที่เข้ามาทำนิติกรรมกับคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเช่นกัน ดังที่ได้กล่าวมา ผู้เขียนมีความเห็นว่าจะเสนอร่างบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีเนื้อหา ดังนี้

“**มาตรา 1497/2** บัญญัติว่า “สิทธิในการขอให้ศาลเพิกถอนการสมรสเพราะเหตุในมาตรา 1458 เป็นอันระงับ เมื่อเวลาได้ผ่านพ้นแล้วเป็นเวลา 5 ปี นับแต่วันสมรส หรืออย่างน้อย 3 ปีนับแต่สมรส และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายในระหว่างที่อยู่กินกันฉันสามีภริยา ทั้งนี้ เว้นแต่

ในระหว่างระยะเวลา 5 ปี หรือขณะที่คู่สมรสถึงแก่ความตายได้มีการยื่นคำร้องขอให้การสมรสเป็นโมฆะไว้ต่อศาลแล้ว”

โดยบทบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดอยู่ใน หมวด 5 ในเรื่องความเป็นโมฆะของการสมรส และควรอยู่ต่อท้ายจากมาตรา 1497 และมาตรา 1497/1 เป็นมาตรา 1497/2 เพราะเป็นการกล่าวถึงกรณีสิทธิในการร้องขอต่อศาลเพื่อเพิกถอนการสมรสตามมาตรา 1458 ระบุไปด้วยระยะเวลาที่กำหนด หากมีการร้องขอต่อศาลเพื่อเพิกถอนการสมรสจะต้องปฏิบัติตามมาตราต่อไปในหมวด 5

2. ในกรณีที่มีการสมรสนั้นไม่ได้กระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ

ในกรณีนี้ผู้เขียนขอเสนอว่าควรกำหนดในเรื่องการจดทะเบียนสมรสต่อหน้านายทะเบียนผู้ไม่มีอำนาจตามกฎหมายฝรั่งเศส โดยกฎหมายประเทศอังกฤษ กำหนดให้การทำพิธีสมรสที่ไม่ได้กระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ การสมรสนั้นตกเป็นโมฆะ ส่วนกฎหมายเยอรมันกำหนดว่าการสมรสที่ไม่ได้กระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจผลคือการสมรสนั้นไม่เกิดขึ้น ส่วนกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายกำหนดให้การจดทะเบียนสมรสต้องกระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจตามมาตรา 165 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กรณีการสมรสกระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้ไม่มีเขตอำนาจมีผลทำให้การสมรสนั้นถูกเพิกถอนได้ ตามมาตรา 191 ของประมวลกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องมาจากการสมรสตกเป็นโมฆะ ในกรณีนี้กฎหมายไทยไม่ปรากฏผลที่ชัดเจนในเรื่องของการสมรสไม่ได้กระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ

สาเหตุที่ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้ควรกำหนดผลให้การสมรสตกเป็นโมฆะ เนื่องจาก ในเรื่อง การจดทะเบียนสมรสต่อหน้านายทะเบียนจะต้องจดทะเบียนต่อหน้านายทะเบียนผู้มีอำนาจ การจดทะเบียนกับผู้ไม่มีอำนาจในการรับจดทะเบียนย่อมเป็นการทำลายวิธีการการสมรสที่กฎหมายกำหนด อีกทั้ง ในบางกรณีคู่สมรสไม่ทราบว่านายทะเบียนคนดังกล่าวเป็นนายทะเบียนผู้มีอำนาจหรือไม่หรือคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาไม่สุจริตนำบุคคลที่ไม่มีอำนาจในการจดทะเบียนสมรสมาทำการจดทะเบียนสมรสเพื่อปิดบังการสมรส หรือหลีกเลี่ยงการสมรสตามกฎหมายโดยที่อีกฝ่ายไม่รู้ กรณีดังกล่าวนี้ก็อาจก่อให้เกิดผลเสียหายตามมา เช่น อาจมีการจดทะเบียนสมรสซ้อน ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายได้รับความเสียหาย นอกจากนี้ ตามกฎหมายกำหนดให้การแสดงเจตนายินยอมต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย อันเป็นบทบัญญัติบังคับ เมื่อไม่มีการปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวผลย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1458

แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในกรณีที่นายทะเบียนผู้ทำการจดทะเบียนสมรสไม่ใช่ นายทะเบียนผู้มีอำนาจยอมทำให้การสมรสนั้นไม่เกิดขึ้นเพราะไม่มีการจดทะเบียนสมรส ประกอบกับ ไม่เป็นไปตามวิธีการการจดทะเบียนสมรสตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 เมื่อกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่กล่าวถึงผลของการไม่ปฏิบัติตามวิธีการดังกล่าว ประกอบกับเพื่อให้ผลความเป็นโมฆะในกรณีที่จดทะเบียนต่อนายทะเบียนผู้ไม่มีอำนาจกับผลของ มาตรา 1458 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สอดคล้องกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรระบุ ผลในกรณีนี้ให้ชัดเจน โดยกำหนดผลให้เป็นโมฆะตามฐานที่ได้กล่าวไปข้างต้น โดยผู้เขียนขอเสนอว่า ควรระบุคำเพิ่มเติม ดังนี้

“มาตรา 1457 “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียน ต่อนายทะเบียนแล้วเท่านั้น”

อีกทั้ง กำหนดผลของการจดทะเบียนสมรสกับนายทะเบียนผู้ไม่มีอำนาจว่า ให้การสมรสนั้น ตกเป็นโมฆะ เพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยมีเนื้อหา ดังนี้

“มาตรา 1457/1 “การสมรสที่ไม่ได้ดำเนินการตามมาตรา 1457 เป็นโมฆะ”

โดยบทบัญญัติมาตรานี้ ผู้เขียนขอเสนอให้กำหนดไว้ในมาตรา 1457/1 ต่อจากมาตรา 1457 โดยผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่า กรณีนี้การสมรสตกเป็นโมฆะเพราะไม่ได้ดำเนินการตามมาตรา 1457 แตกต่างจากการไม่จดทะเบียนสมรส เพราะการไม่จดทะเบียนสมรสผลคือการสมรสไม่เกิดขึ้น แต่ในกรณีนี้เป็นเรื่องการจดทะเบียนสมรสแต่จดทะเบียนกับบุคคลที่ไม่มีอำนาจ ดังนั้น กฎหมายควร กำหนดผลเป็นโมฆะ เนื่องจากผลของการไม่จดทะเบียนสมรสไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งกันและกันเพราะไม่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างกัน ในเรื่องผลทางทรัพย์สินระหว่างชาย หญิงไม่มีการแบ่งสินสมรสและสินส่วนตัวเป็นไปตามเรื่องกรรมสิทธิ์รวม และในเรื่องผลเกี่ยวกับบุตร ผลคือบุตรที่เกิดมาเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของมารดาเท่านั้น ดังที่กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 ในส่วน การสมรสเป็นโมฆะ กฎหมายมองว่ามีความสัมพันธ์ทางครอบครัวเกิดขึ้นแล้ว แต่ความสัมพันธ์นี้ ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งการสมรส ดังนั้น การระบุให้การสมรสตกเป็นโมฆะตามบทบัญญัติในบรรพ 5 ย่อมคุ้มครองความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างสามีภริยา และบุตรมากกว่าการกำหนดให้การสมรสนั้น ไม่เกิดขึ้น นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกันกับบทบัญญัติในมาตรา 1458 เรื่องการแสดง ความยินยอมในการสมรส โดยจะต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนสมรสที่มีอำนาจ ตามปกติ แต่คู่สมรสไม่ได้แสดงเจตนาต่อหน้านายทะเบียนในเวลาเดียวกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า

ควรมีการระบุเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 และกำหนด
ผลให้เป็นโมฆะ



บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา (น.101) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : http://www.law.tu.ac.th/wp-content/uploads/2014/02/01_149.pdf. [เข้าถึงเมื่อ 1 ตุลาคม 2563]
- กียอง และ เรอเน. การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม. โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2472. (มหาอำมาตย์ตรี พระยามโหสถศรีพิพัฒน์ฯ (เชิญ ปริชยานนท์) พิมพ์ในงานยี่นชิงช้าเมื่อปีมะเส็ง พ.ศ. 2472).
- ไกรสร บารมีอวยชัย. แบบแห่งนิติกรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2522.
- คณะกรรมการกฤษฎีกา. รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 25 กรกฎาคม พุทธศักราช 2468. 2468.
- จิตติ ดิงศภัทย์. การสมรสเป็นโมฆะ. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 16, ฉบับที่ 3 (2531): 1-4.
- จิรวรรณ สุวรรณสุจริต. ผลของการสมรสที่เป็นโมฆะ. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2550.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ วรณชัย บุญบำรุง. สารความรู้เกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.
- ชาติชาย อัครวิบูลย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- ชญา หลีประเสริฐ. หน้าที่ข้างเคียงในการชำระหนี้. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2556.
- โชค จารุจินดา. ครอบครัว. กรุงเทพฯ: หอรัตนชัยการพิมพ์, 2523.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม. พิมพ์ครั้งที่ 4 ed. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- ณัชพงษ์ สำราญ. กฎหมายครอบครัวของคู่รักที่มีได้จดทะเบียนสมรส ตอนที่ 1: Family Law for Unregistered Couples Part1. วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย ปีที่ 9, ฉบับที่ 1 (2560).

- ธีรวรรณ กุลไพศาลธรรม. ปัญหาทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อมูลเหตุจูงใจในการสมรส. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2552.
- ประชุม โฉมฉาย. หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 24. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2562.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ในกฎหมายเยอรมัน. ตุลพาท 15, 1 (2511): 53-59.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของสัญญา. บทบัณฑิตย ปีที่ 27, ฉบับที่ 2 (2513).
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.
- . สัญญาต่อฐานะบุคคล. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 13, เล่มที่ 4 (2526): 101-113.
- ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) เรียบเรียงโดย พงศาปาน, ม. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- มุรินทร์ พงศาปาน. ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562.
- ร.แสงกาต์. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2526.
- รัชนิกร ลาภวณิชชา พรหมศักดิ์. การรับรองการสมรสของคนเพศเดียวกันที่กระทำในต่างประเทศ. วารสารนิติศาสตร์ 48, 2 มิถุนายน 2562.
- รัศฎา เมธาวิกุล. ความยินยอมในการสมรส. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 16, ฉบับที่ 3 (2531): 43-51.
- วรรณภา ศรีบุญพงศ์. การหมั้น : วิเคราะห์ลักษณะพิเศษและผลทางกฎหมาย. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2534.
- วารี นาสกุล และ เบญจวรรณ ธรรมรัตน์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว Civil and Commercial Code (Family). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2554.
- วีรวัฒน์ จันทโชติ. วัตถุประสงค์ของนิติกรรม : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2531.

ศันท์กรณ โสทธิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้) 5, บรรณาธิการ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.

———. คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

———. คำอธิบายนิติกรรม สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 23. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

———. คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน (Basic Principle of Private Law). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

ศักดิ์ สมองชาติ. คำอธิบาย นิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2557.

สันทัต ศะศิวิณช. กติกากแห่งการสมรสนั้นปรับปรุงได้เสมอ. วารสารนิติศาสตร์ 16, 3 (2531).

———. ความเป็นโมฆะของการสมรส. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2523.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสที่เกิดจากการกระทำทุจริตทางการจดทะเบียนครอบครัว เรื่องเสร็จที่ 1311/2557 กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2557.

สีเหมย โจว. ปัญหาเกี่ยวกับหลักการเคลื่อนไหวทรัพย์สินโดยการแสดงเจตนาในสัญญาซื้อขาย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2552.

สุเมธ จานประดับ และคณะ. เอกสารประกอบการเรียนวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก รหัสวิชา Lw103. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.

หนังสือภาษาต่างประเทศ

Changes to marriage registration - May 2021 [ออนไลน์]. 2021. แหล่งที่มา: <https://www.kingston.gov.uk/births-ceremonies-deaths/changes-marriage-registration?documentId=707&categoryId=20061> [เข้าถึงเมื่อ 25/06/2564]

Barry Nicholas. An Introduction to Roman Law. The United States: The Clarendon Press 1965.

Bell, J., Boyron, S., and Simon Whittaker. Principles of French Law. 2 ed. United Kingdom: Oxford University Press 2008

Benoit Laplante. From France to the Church: The Generalization of Parish Registers in the Catholic Countries. Journal of Family History 44, 1 (2019).

- Dale William Kirmse. Record Sources and Databases [ออนไลน์]. 2019. แหล่งที่มา: <https://mysaxealtenburgrelativesv1.pressbooks.com/chapter/record-sources-and-databases/> [เข้าถึงเมื่อ 11/05/2564]
- Dr. Daniela Kreidler-Pleus, A. D. K.-P. u. K. Family law in Germany: overview [ออนไลน์]. 2020. แหล่งที่มา: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-575-0676?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)#co_pageContainer](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-575-0676?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)#co_pageContainer) [เข้าถึงเมื่อ 25 มกราคม 2564]
- DW staff. New German Marriage Law Causes Controversy [ออนไลน์]. 2008. แหล่งที่มา: <https://www.dw.com/en/new-german-marriage-law-causes-controversy/a-3466047#:~:text=In%20Germany%2C%20marriage%20has%20been,century%2C%20with%20religious%20ceremonies%20optional.&text=Couples%20are%20still%20allowed%20to,first%20having%20a%20civil%20ceremony.> [เข้าถึงเมื่อ 12/05/2564]
- E.J.Cohn. Manual of German Law Volume I. The Eastern Press Ltd. : British Institute of International and Comparative Law London and Oceana Publication Inc., 1968.
- European Judicial Network. [ออนไลน์]. 2020. แหล่งที่มา: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-4_5_de-maximizeMS_EJN-en.do?member=1#toc_4 [เข้าถึงเมื่อ 04/06/2564]
- General Register Office. "Marriage in a Civil or Religious Building (Other Than Church of England/Wales) after 3rd May 2021 ", edited by board, H. O. s. e. m. United Kingdom: Her Majesty's Passport Office, 2021.
- Green, T. R. H. L. J., Sarah Green, N. H., Lewis, P., QC., N. P., and Phillip Golding. Getting Married: A Consultation Paper on Weddings Law United Kingdom: The Law Commission 2020.
- Jean Carbonnier. Droit Civil Tome 2 La Famille. 14 ed. France: Presses universitaires de France, 1991.
- Jonathan Herring. Family Law. Harlow: Longman, 2001.
- Judith von Schmädell. The History of Marriage Law in Austria and Germany: From Sacrament to Civil Contract. Hitotsubashi Journal of Law and Politics 37, February (2009).

- Konrad Zweigert, and Hein Kötz. Introduction to Comparative Law. แปลโดย Tony Weir. พิมพ์ครั้งที่ 2. the United States: Oxford University Press, 1987.
- — — . Introduction to Comparative Law Volume li: The Institutions of Private Law. Translated by Tony Weir. 2 ed. the United States: Oxford University Press, 1987.
- Korrasut Khopuangklang. Summary of legal seminar on “Some Theoretical Aspects of Sources of Obligation: Perspectives from Thai and German Law” [ออนไลน์]. 2020. แหล่งที่มา: <https://www.law.tu.ac.th/summary-seminar-some-theoretical-aspects-of-sources-of-obligation-perspectives-from-thai-and-german-law/> [เข้าถึงเมื่อ 26/04/2564]
- Lawson, F. H., Anton, A. E., and L. Neville Brown. Amos and Walton's Introduction to French Law Third Edition 3 ed. Oxford: Clarendon Press, 1967.
- Mary Ann Glendon. State, Law, and Family: Family Law in Transition in the United States and Western Europe. United States and Canada: Elsevier North-Holland, 1977.
- O.F. Robinson, T. D. F., W.M. Gordon,. European Legal History : Sources and Institutions. Edited by 3. London: Butterworths, 2000.
- Observing Leslie Webpage. [ออนไลน์]. 2019. แหล่งที่มา : <https://observingleslie.com/magazine/our-civil-marriage-in-france> [เข้าถึงเมื่อ 29/05/2564]
- P.M. Bromley and N.V.Lowe. Family Law. 8 ed. United Kingdom: Butterworth & Co, 1992.
- Paul du Plessie. Borkowski's Textbook on Roman Law. Edited by 4. The United States: Oxford University Press, 2010.
- Peter Stein. Roman Law in European History. The United Kingdom: Cambridge University Press, 1999.
- R. B. Outhwaite. The Rise and Fall of the English Ecclesiastical Courts, 1500–1860. United Kingdom: Cambridge University Press, 2007.
- R.H. Helmholz. The English Law of Marriage and the Family (1500–1640). In Edited by Maria Gigliola di Renzo Villata, Family Law and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era. Switzerland: This Springer imprint 2016.
- Rafael Domingo. "The Family in Ancient Roman Law." In January 2017, 2017.

Rheinstein, M., and Mary Ann Glendon. West German Marriage and Family Law Reform Chicago Unbound (1977).

Ruth Lamont. Family Law. United Kingdom: Oxford University Press, 2017.

S.M. Cretney and J.M. Masson. Principles of Family Law. 6 ed. United Kingdom: Sweet & Maxwell, 1997.

Schwab, D., Gottwald, P., and Saskia Lettmaier. Marriage Formalities [ออนไลน์]. 2017.

แ ท ล ' ง ท ' ม า :
https://books.google.co.th/books/about/Family_and_Succession_Law_in_Germany.html?id=_lyWDwAAOBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false [เข้าถึงเมื่อ 05/05/2564]

Seymour F. Harris. The Elements of Roman Law Summarized : A Concise Digest of the Matter Contained in the Institutes of Gaius and Justinian with Copious References Arranged in Parallel Columns, Also Chronological and Analytical Tables, Lists of Laws, Etc., Etc. : Primarily Designed for the Use of Students Preparing for Examination at Oxford, Cambridge, and the Inns of Court. Edited by 3. London: Stevens & Haynes, 1899.

Uschi Glas. GETTING MARRIED IN GERMANY [ออนไลน์]. 2018. แหล่งที่มา:
<http://uschishochzeitsblog.blogspot.com/2018/08/getting-married-in-germany.html> [เข้าถึงเมื่อ 15/05/2564]

ประชุมจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายครั้งที่ 329-7/2506. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

----- . รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายครั้งที่ 330-8/2506. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2506.

----- . รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายครั้งที่ 342-30/2506. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2506.

----- . รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายครั้งที่ 364-2/2507. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2507.

----- . รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายครั้งที่ 365-3/2507. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2507.



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ชนนิกานต์ วงศ์ทองทิว
วัน เดือน ปี เกิด	5 พฤษภาคม 2538
สถานที่เกิด	สุพรรณบุรี
วุฒิการศึกษา	สำเร็จการศึกษาระดับชั้นมัธยมศึกษาที่โรงเรียนศึกษานารี สำเร็จการศึกษาระดับชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิตจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ บัณฑิตยสภา สมัยที่ 72
ที่อยู่ปัจจุบัน	91/12 ถนนบางแวก แขวงบางไผ่ เขตบางแค กรุงเทพมหานคร 10160