

สิทธิการรับมรดกของคู่สมรส



ร้อยเอกสมคิด เอี่ยมอ่อน



วพ346.052

ส234ส

34B0136548

Title : สิทธิการรับมรดกของคู่สมรส

ศูนย์สารสนเทศและทอสมุด มหาวิทยาลัยราชภัฏบุรีรัมย์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยราชภัฏบุรีรัมย์

พ.ศ. 2537

RIGHTS OF INHERITANCE OF THE SPOUSES

CAPTAIN SOMKID EAMON

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School Dhurakijpundit University

1994



ใบรับรองวิทยานิพนธ์
บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
ปริญญา. นิติศาสตร. มหาบัณฑิต

ชื่อวิทยานิพนธ์ สิทธิการรับมรดกของคู่สมรส

โดย ร้อยเอกสมคิด เอี่ยมอ่อน

สาขาวิชา นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษา อาจารย์ประสพสุข บุญเดช

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม ผศ. นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

[Signature]

(ศาสตราจารย์ สมชัย ทรัพย์เจริญ)

.....ประธานกรรมการ / ผู้แทนทบวง

[Signature]

(อาจารย์ประสพสุข บุญเดช)

.....กรรมการ

[Signature]

(ผศ. นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์)

.....กรรมการ

[Signature]

(อาจารย์สุชาติ สุขสมิตร)

.....กรรมการ

.....กรรมการ

.....กรรมการ

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว

[Signature]

(ศาสตราจารย์ ดร.ประเสริฐ วิทยารัฐ)

.....คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

วันที่.....31.....เดือน.....พฤษภาคม.....พ.ศ.....๒๕๓๖.....

กิติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม้อาจจะสำเร็จลงได้ หากขาดความอนุเคราะห์จาก ท่านอาจารย์ประสพสุข บุญเดช โดยท่านได้ให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นต่าง ๆ พร้อมทั้งสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาควบคุมการทำวิทยานิพนธ์ ตลอด จนช่วยแก้ไขร่างวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ไว้ ณ ที่นี้

นอกจาก นี้ผู้เขียนใคร่ขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์สมชัย ทรัพย์วนิช ท่านอาจารย์สุชาติ สุขสมิตร ท่านอาจารย์ ดร.พีรพันธ์ พาลุสุข และ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์ ที่กรุณาสละเวลามาเป็นกรรมการ สอบวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำอันมี คุณค่าจนทำให้สามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ ให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี และผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.อภิญา เลื่อนฉวี ที่ได้ให้คำปรึกษาในการทำวิทยานิพนธ์นี้ด้วย

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าประโยชน์ต่อการศึกษาอยู่บ้าง ผู้เขียนขอ กราบเป็นกตเวทิตาคุณ แด่บุพการีและบรรดาคณาจารย์ที่ได้ประสิทธิ์ ประสาทวิชา ให้ผู้เขียน และขอขอบคุณผู้ที่มีส่วนช่วยเหลือในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทุกท่าน ด้วยใจจริง

ร้อยเอกสมคิด เอี่ยมอ่อน

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ณ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	2
1.3 สมมุติฐานของการวิจัย.....	2
1.4 ขอบเขตและวิธีการศึกษาวิจัย.....	2
1.5 ประโยชน์ที่จะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	3
2. กองมรดกและการตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดก.....	4
2.1 ความหมายของกองมรดก.....	4
2.2 การตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดกตามหลักทายาทโดยธรรม.....	11
2.3 การตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดกตามหลักผู้รับพินัยกรรม.....	21
3. สิทธิการรับมรดกของคู่สมรส.....	31
3.1 สถานะของคู่สมรสตามกฎหมาย.....	31
ก. กฎหมายลักษณะผัวเมีย.....	31
ข. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิม.....	36
ค. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ใหม่.....	38
3.2 สิทธิการรับมรดกของคู่สมรสตามกฎหมาย.....	45
ก. กฎหมายตรา 3 ดวง.....	45
ข. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	47
ค. กฎหมายอิสลามเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกของคู่สมรส ในสี่จังหวัดภาคใต้.....	54

3.3 การสมรสและสิทธิการรับมรดกของคู่สมรสตามหลัก	
กฎหมายต่างประเทศ.....	60
1. ออสเตรเลีย.....	60
2. เบลเยียม.....	61
3. แคนาดา.....	62
4. อังกฤษ.....	62
5. เยอรมันนี.....	63
6. ฝรั่งเศส.....	64
7. สหรัฐอเมริกา.....	65
8. เกาหลี.....	66
9. ญี่ปุ่น.....	66
10. ฟิลิปปินส์.....	67
4. ปัญหาบางประการเกี่ยวกับสิทธิการรับมรดกของคู่สมรส.....	68
4.1 กรณีคู่สมรสที่ไม่จดทะเบียนสมรส.....	68
4.2 กรณีคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสแต่การสมรสเป็นโมฆะ.....	72
ก. คู่สมรสเป็นบุคคลวิกลจริตหรือไร้ความสามารถ.....	73
ข. คู่สมรสเป็นญาติสืบสายโลหิตหรือเป็นพี่น้องกัน.....	75
ค. คู่สมรสทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่.....	77
ง. คู่สมรสทำการสมรสโดยชายหรือหญิงมิได้ยินยอม.....	79
4.3 ปัญหาการทำพินัยกรรมของคู่สมรส.....	84
4.4 ปัญหาเกี่ยวกับสัดส่วนในการรับทรัพย์มรดกของคู่สมรส.....	88
5. สรุปและเสนอแนะ.....	93
5.1 ข้อสรุป.....	93
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	97
บรรณานุกรม.....	101
ประวัติผู้เขียน.....	105

หัวข้อวิทยานิพนธ์	สิทธิการรับมรดกของคู่สมรส
ชื่อนักศึกษา	ร้อยเอกสมคิด เอี่ยมอ่อน
อาจารย์ที่ปรึกษา	อาจารย์ประสพสุข บุญเดช
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2536

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาถึงสถานะของคู่สมรส และสิทธิการรับมรดกของคู่สมรสตามกฎหมายเก่า คือกฎหมายลักษณะผัวเมียและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5-6 ที่ใช้ปัจจุบัน รวมถึงการศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบกับต่างประเทศด้วย และวิเคราะห์ถึงปัญหาอันเกิดจากคู่สมรสที่ไม่จดทะเบียนสมรส คู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสแต่เป็นโหมฆะ การทำพินัยกรรมของคู่สมรส และปัญหาเรื่องสัดส่วนในการรับทรัพย์สินมรดกของคู่สมรส

ผลการวิจัยพบว่าเดิมกฎหมายลักษณะผัวเมียรับรองสิทธิในการรับมรดกของหญิงมีสามีไว้อย่างสมบูรณ์ แม้ว่าชายผู้เป็นสามีจะมีภริยากี่คนก็ตาม แต่หลังจากประกาศใช้บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว กฎหมายครอบคลุมนำความสมบูรณ์ของการสมรสโดยการจดทะเบียนอย่างเคร่งครัด และกฎหมายมรดกรับรองสิทธิการรับมรดกของคู่สมรสเฉพาะแต่การสมรสที่จดทะเบียนเท่านั้น แม้แต่การสมรสที่จดทะเบียนสมรสขึ้นแต่เป็นโหมฆะ ไม่ว่าคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่จะจดทะเบียนโดยสุจริตหรือไม่ก็ตาม ก็ไม่มีสิทธิในทรัพย์สินมรดกเช่นกัน ในขณะที่การศึกษาเชิงกฎหมายเปรียบเทียบกับต่างประเทศพบว่าทุกประเทศที่ทำการศึกษานี้ถือเอาหลักการจดทะเบียนสมรสเช่นกัน แต่บางประเทศถือว่าการที่ชายหญิง ได้อยู่ร่วมกันเป็น

สามีภริยาแม้ไม่ได้จดทะเบียนสมรส หากบุคคลทั้งสองมีคุณสมบัติจะเป็นคู่สมรสกัน ได้ตามกฎหมายโดยไม่ผิดเงื่อนไขแห่งการสมรสแล้ว เฉพาะในส่วนผลแห่งความสัมพันธ์ทางการสมรสระหว่างบุคคลทั้งสอง มีผลเช่นเดียวกับคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรส ในเรื่องการปันทรัพย์สินมรดกหลายประเทศถือว่าคุณสมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ มีสิทธิในทรัพย์สินมรดกครึ่งหนึ่งของกองมรดกเป็นอย่างน้อย และมีบทบัญญัติพิเศษให้คู่สมรสที่มีชีวิตอยู่ ได้รับทรัพย์สินมรดกจำนวนหนึ่งไปก่อนแบ่งปันทรัพย์สินมรดกให้กับทายาทโดยธรรมอื่น ๆ อีกด้วย

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่จะตัดทายาทโดยธรรมลำดับหลังไม่ให้มีสิทธิรับทรัพย์สินมรดกเลย ยกเว้นทายาทชั้นบุตรและบิดามารดาของเจ้ามรดกเท่านั้น

วิชานีพนธ์ได้เสนอแนะแนวทางในเชิงนิติศาสตร์ เพื่อให้มีการรับรองสิทธิการรับมรดกของคู่สมรสมากขึ้น โดยใช้หลักการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักการสมรสที่ต้องจดทะเบียน โดยถือเอาการสมรสที่คู่สมรสกระทำไปโดยสุจริตเป็นสำคัญ และเสนอให้เพิ่มสัดส่วนแบ่งทรัพย์สินมรดกของคู่สมรสอีกด้วย

Thesis Title Rights Of Inheritance Of the Spouses
Name Captain Somkid Eamon
Thesis Advisor Mr.Prasobsook Boondech
Co-Thesis Advisor Assistant Prof. Nuchtip P.Bunchongsilpa
Department Law
Academic Year 1993

ABSTRACT

The aim of this thesis is to clarify the status of married partners and their legal entitlements in accordance with the previous code of law relating to marriage, the current civil and commercial code book 5-6, as well as similar laws in other countries. The thesis also studies the problems arising in cases where parties are not officially married with registration or where the registration is not valid or has been voided. The problems relating to the drawing up of wills and testaments and related legal entitlements.

The research found that the previous law relating to marriage allowed full legal entitlement for a wife even in instances where a man had more than one wife. However, after the adopting of the civil and commercial code book 5-6, the family law recognises as valid only the

marriage that is legally registered and official as does the law governing estate entitlements. In cases where registration of marriage can be invalidated, for legal or official reasons, even if the registered parties are still living and had registered the marriage formally or informally, there is no legal status or entitlement.

Comparative law practices in most of the countries that was researched also use legal and official marriage registration as the legal foundation. There are, however, some countries that recognise cases where a man and a woman live together without having official marriage registering. If the parties qualify on a de facto marriage basis then legal entitlements is granted.

In matters relating to the entitlement to the assets and estate many countries recognise the entitlement of living partners to generally be at least half of the assets and estate, with special provision for living partners to receive part of the assets and or estate before the execution of the total assets and estate to other beneficiaries.

Marriage partners have the power to exclude beneficiary entitlements to all family members except for the mother and father and the children of the owner of the estate.

This thesis presents a legal approach to help assure and increase the beneficiary entitlement of marriage partners using less rigid and less strict enforcement of marriage registration by assuming official recognition for

de facto cases. The thesis also suggests that the marriage partners qualify for increased portions of assets and or estate.



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

มาตรการทางกฎหมายที่มุ่งให้ประชาชนจดทะเบียนสถานะทางครอบครัวด้วยการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ใหม่ นับแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 เป็นต้นมา โดยเฉพาะการเป็นคู่สมรสจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น นับเป็นมาตรการทางกฎหมายสาระบัญญัติที่เคร่งครัด และมุ่งหมายเพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักความสมบูรณ์ด้วยการจดทะเบียนซึ่งรัฐจำเป็นต้องเข้าควบคุม แต่ในขณะเดียวกันก็ได้ส่งผลให้คู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนที่นิยมอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาด้วยการแต่งงานกันตามขนบธรรมเนียมประเพณี หรือตามลัทธิศาสนาต้องถูกกระทบกระเทือนอย่างมาก โดยเฉพาะกฎหมายปัจจุบันมิได้บัญญัติรองรับสิทธิของคู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียน แม้จะได้สมรสอยู่กันฉันสามีภริยามาเป็นเวลานานเพียงใด หรือจะมีบุตรด้วยกันหรือไม่ ร่วมสร้างฐานะทางเศรษฐกิจและความมั่นคงในครอบครัวกันอย่างไร หรือจะได้ช่วยเหลือปรนนิบัติดูแลก่อนตายอย่างไร อันเป็นสภาวะและกฎเกณฑ์ทางธรรมชาติของการเป็นสามีภริยากัน ย่อมไม่อาจถูกหยิบยกหรือนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดให้สิทธิในการรับมรดกของคู่สมรสผู้ตายเลย ส่วนคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรสกันแต่ทั้งร่างไม่ได้อยู่กันฉันสามีภริยากัน หรือผู้ที่จดทะเบียนสมรสเพียงเพื่อประสงค์สิทธิบางอย่างเท่านั้น เช่น เพื่อสะดวกในการเดินทางไปทำงานต่างประเทศ หรือเพื่อใช้สิทธิเข้ารับการรักษาพยาบาลหรือรับบำนาญ เป็นต้น กฎหมายกลับรองรับในสิทธิที่ได้รับมรดกของคู่สมรสอย่างเต็มภาคภูมิ อีกทั้งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 กันยายน 2533 ก็มีบทบัญญัติอัน

เครื่องวัดที่จะปฏิเสธการรับมรดกของคู่สมรสกรณีการสมรสที่เป็นโมฆะ เพราะสมรสย้อนอย่างสิ้นเชิง แม้ว่าจะเป็นการสมรสย้อนโดยสุจริตก็ตาม รวมถึงการให้สิทธิของคู่สมรสทำพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์สินของตนได้อย่างไม่มีข้อจำกัด คุ้มครองกฎหมายได้ให้ความสำคัญ สิทธิเสรีภาพของเจ้ามรดกอย่างยิ่งยวดจนไม่มีมาตรการทางกฎหมายเข้าควบคุม หรือจำกัดสิทธิดังกล่าว นับเป็นปัญหาในเชิงนิติศาสตร์อย่างหนึ่งที่สมควรจะได้ทำการศึกษา ค้นคว้า วิเคราะห์ ตลอดจนการศึกษาเชิงเปรียบเทียบเกี่ยวกับกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อสรุป และข้อเสนอแนะต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อได้มาซึ่งประวัติความเป็นมา และรายละเอียดของกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการรับมรดกของคู่สมรส
2. เพื่อได้มาซึ่งการศึกษาวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบเกี่ยวกับกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องนี้
3. เพื่อได้มาซึ่งข้อสรุปของปัญหาและข้อเสนอแนะของกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการรับมรดกของคู่สมรส
4. เพื่อเป็นพื้นฐานต่อการวิจัยในหัวข้อที่คล้ายคลึงกันต่อไป

1.3 สมมุติฐานของการวิจัย

สิทธิการรับมรดกของคู่สมรสย่อมเกิดขึ้นกับคู่สมรสตามความเป็นจริง และเป็นสิทธิที่ไม่ควรถูกจำกัดโดยพินัยกรรมได้

1.4 ขอบเขตและวิธีการศึกษาวิจัย

การวิจัยนี้จะจำกัดขอบเขตเกี่ยวกับสิทธิการรับมรดกของคู่สมรสทั้งในฐานะทายาทโดยธรรมและผู้รับพินัยกรรม โดยศึกษาวิเคราะห์ถึงกฎหมายลักษณะ

ผู้เขียน กฎหมายปัจจุบัน คำพิพากษาศาลฎีกา และหลักทฤษฎีทางนิติศาสตร์เกี่ยวกับหลักกองทรัพย์สิน หลักสุจริต และหลักความสมบูรณ์โดยการจดทะเบียนรวมถึงการศึกษาในเชิงเปรียบเทียบเกี่ยวกับกฎหมายของต่างประเทศบางประเทศด้วย ทั้งนี้ใช้วิธีวิจัยแบบวิจัยเอกสาร

1.5 ประโยชน์ที่จะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ได้ประวัติ ความเป็นมา และรายละเอียดของกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการรับมรดกของคู่สมรส
2. ได้ข้อสรุปเกี่ยวกับปัญหาของสิทธิการรับมรดกของคู่สมรส ทั้งในกรณีของคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายและคู่สมรสตามความเป็นจริง
3. ได้ข้อเสนอแนะต่อการปรับปรุงกฎหมายในเรื่องนี้

DRU

กองมรดกและการตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดก

2.1 ความหมายของกองมรดก

" กองมรดก " นั้น มิได้เกิดขึ้นในเวลาที่จะมรดกถึงแก่ความตาย แต่ที่แท้จริงกองมรดกมีอยู่แล้วก่อนที่เจ้ามรดกจะถึงแก่ความตาย ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1599 วรรคแรกได้บัญญัติว่า " เมื่อบุคคลใดตายมรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่ทายาท " ซึ่งย่อมแสดงให้เห็นว่ากองมรดกก็คือสิ่งที่ผู้ตายมีอยู่ก่อนตายเรียกกันทางทฤษฎีว่า " กองทรัพย์สิน " (patrimony) นั้นเอง¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1600 ได้บัญญัติว่า " ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้กองมรดกของผู้ตายได้แก่ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่าง ๆ เว้นแต่ตามกฎหมาย หรือโดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้ " ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 1599 วรรคแรกประกอบกับมาตรา 1600 แล้ว จะพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยึดถือหลัก Universal Succession² ซึ่งใช้กันโดยทั่วไปในประเทศที่ใช้ประมวล (CivilLaw) ทั้งนี้โดยมีความหมายว่า มรดกของผู้ตายทั้งหมด ทั้งทรัพย์สิน สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่าง ๆ ย่อมตกทอดไปยังทายาท โดยมีลักษณะเป็นกองที่ไม่อาจ

¹ สิทธิชัย พูนเกษม, " การชำระหนี้กองมรดก ", วิทยานพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530 หน้า 7

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, " ความหมายของมรดกในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ", บทบัญญัติ เล่ม 42 ตอน 1 (มีนาคม 2529) หน้า 32

แบ่งแยกออกได้³ ความข้อนี้จะเห็นได้จากการที่ มาตรา 1600 ใช้คำว่า "กองมรดก" นั้นเอง และผลที่ติดตามมาจากหลักดังกล่าวก็คือ การสละกองมรดกไม้อาจจะทำได้บางส่วน (มาตรา 1613 วรรคแรก)

สำหรับมาตรา 1600 ได้ให้ความหมายของคำว่า "กองมรดก" ไว้แต่ก็ยังไม่สมบูรณ์เท่าใดนัก เพราะโดยลำพังมาตรา 1600 แล้ว ไม้อาจตอบคำถามบางประการได้โดยตรง เช่น คำถามที่ว่า เหตุใดศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่า สิทธิร้องทุกข์ สิทธิถอนหรือแก้คำร้องทุกข์ในคดีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นมรดก ซึ่งเป็นคดีอันยอมความได้จึงเป็นมรดก (คำพิพากษาฎีกาที่ 206/2488 และ 11/2518) แต่ในเรื่องสิทธิฟ้องคดีอาญาแม้จะเป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นมรดก ศาลฎีกากลับวินิจฉัยว่า ไม่เป็นมรดก (คำพิพากษาฎีกาที่ 149/2492 และ 2219/2521)

สิทธิที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ ประการหนึ่งคือ สิทธิที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ เช่น สิทธิในทางการเมือง (political rights) และสิทธิในครอบครัว (Family rights) ส่วนอีกประการหนึ่งคือ สิทธิที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ อันประกอบด้วย สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายลักษณะหนึ่งซึ่งเรียกว่า บุคคลสิทธิ หรือสิทธิเหนือบุคคล (jus in personam) และสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน ซึ่งเรียกว่า ทรัพย์สินสิทธิ หรือสิทธิเหนือทรัพย์สิน (jus in rem) สิทธิอันอาจคำนวณเป็นเงินได้ทั้งหมดที่เป็นของบุคคลหนึ่งจะเข้ารวมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน หรือเอกภาพ (unity) และโดยที่บุคคลอาจมีหนี้สินได้เช่นเดียวกับมีสิทธิ ดังนั้น ทั้งสินทรัพย์ (assets) ซึ่งก็คือ ทรัพย์สินและสิทธิตามกฎหมายเอกชนทุกประเภท ที่อาจคำนวณราคาเป็นเงินได้ จะรวมเข้ากับหนี้สินของบุคคลนั้น ๆ ที่อาจคำนวณราคาเป็นเงินได้เช่นเดียวกันประกอบขึ้นเป็นกองทรัพย์สินของบุคคล (patrimony) ดังนั้น" กองทรัพย์สิน "จึงหมายถึงที่รวมของบรรดานิติสัมพันธ์อันมีค่าเป็นเงินและ

³ K.W. Ryan, An Introduction to the Civil Law (Sydney:Halstead Press, 1962), P.137

ประกอบด้วยทรัพย์สิน สิทธิและหนี้ของบุคคลคนเดียวกัน และซึ่งโดยกฎหมายรวมเป็นหนึ่งเดียว คือ มีลักษณะทั่วไปทั้งหมด จากนิยามดังกล่าวซึ่งแสดงให้เห็นว่า กองทรัพย์สินเป็นแนวความคิดที่เป็นนามธรรมมีลักษณะแตกต่างไปจากทรัพย์สินและหนี้สินอันเป็นส่วนประกอบที่แท้จริง ในขณะที่ประกอบกันขึ้นกองทรัพย์สินจะคงมีอยู่เสมอตราบเท่าที่บุคคลที่เป็นเจ้าของกองทรัพย์สินยังมีชีวิตอยู่ ส่วนประกอบของทรัพย์สินจะเปลี่ยนแปลงอย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นกรณีที่หนี้สินมีมากกว่าทรัพย์สิน ก็ยังถือว่าเป็นกองทรัพย์สินอยู่นั่นเอง

กองมรดกตาม มาตรา 1600 อาจแยกพิจารณา ได้ดังนี้

1) " ทรัพย์สิน " มีความหมายตามมาตรา 138 คือ วัตถุมีรูปร่าง (ตามมาตรา 137) และวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ ไม่ว่าจะ เป็นสิ่งหาปริมาตรหรือสิ่งหาปริมาตร วัตถุมีรูปร่าง เช่น ที่ดิน สิ่งปลูกสร้างส่วน วัตถุที่ไม่มีรูปร่าง ได้แก่ สิทธิต่าง ๆ ซึ่งอาจจะเป็นทรัพย์สินหรือบุคคลสิทธิก็ได้

ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุที่มีรูปร่าง เช่น ทรัพย์สินที่ทายาทซึ่งเป็นคนต่างด้าวได้รับ มรดกเป็นที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 87 ได้กำหนดจำนวนที่ดินที่คนต่าง ด้าวสามารถถือสิทธิได้ ที่ดินส่วนที่เกินจำนวนที่ทายาทได้รับมานั้น ก็ยังถือว่าเป็น มรดก แต่มีเงื่อนไขว่าผู้รับมรดกจะต้องจำหน่ายภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าเป็น กรณีที่ทายาทได้มาโดยพินัยกรรมศาลฎีกาเห็นว่าข้อกำหนดในพินัยกรรมส่วนนั้นเป็น โฆษะ (คำพิพากษาฎีกาที่ 475/2511) หันประเภทที่จำกัดความรับผิด ซึ่งอาจจะ เป็นหุ้นในบริษัทจำกัด หรือในห้างหุ้นส่วนจำกัด ดอกผลของทรัพย์สินมรดก หากเป็น ดอกผลที่เกิดก่อนเจ้ามรดกตายตามมาตรา 148 ย่อมเป็นของผู้ตายและตกทอดเป็น มรดก หากเป็นดอกผลที่เกิดหลังเจ้ามรดกตาย ก็ไม่เป็นมรดก แต่ให้ทายาทเป็น เจ้าของร่วมกันตามมาตรา 1745

ทรัพย์สินบางประเภทโดยลักษณะของทรัพย์สินแล้ว น่าจะเป็นมรดก เพราะผู้ตายมีอยู่ในเวลาตาย และไม่ใช้เรื่องเฉพาะตัว แต่เนื่องจากลักษณะการ ตกทอดมิได้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 จึงไม่ถือว่าเป็น มรดกทั้งนี้โดยพิจารณาถึงลักษณะของการตกทอดเป็นสำคัญ กล่าวคือทรัพย์สินของผู้ ตายตกเป็นของบุคคลอื่น โดยการตายก็จริง แต่มิใช่การตกทอดอย่างมรดก ซึ่ง อาจจะเข้ากรณีอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ

ก. เป็นการตกทอดโดยบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น ทรัพย์สินที่ผู้รับบุตรบุญธรรมให้ไว้แก่บุตรบุญธรรมและยังคงรูปเดิมอยู่ในขณะบุตรบุญธรรมตาย ถ้าบุตรบุญธรรมยังไม่มีคู่สมรส หรือผู้สืบสันดาน กรณีนี้มาตรา 1598/30 ให้ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิเรียกร้องเอาคืนจากกองมรดกได้ เพียงเท่าที่ทรัพย์สินนั้นยังคงเหลืออยู่ภายหลังจากที่ได้ชำระหนี้ของกองมรดกเสร็จสิ้นแล้ว

ข. เป็นการตกทอดโดยผลแห่งนิติกรรม คือผู้ตายได้ทรัพย์สินมาก่อนตาย โดยสัญญาที่มีเงื่อนไขเวลาสิ้นสุดอยู่ที่ความตายของผู้ตาย เช่น สัญญาให้ หรือสัญญาซื้อขาย ที่กำหนดความตายของผู้ตายเป็นเงื่อนไขเวลาสิ้นสุดของสัญญา เช่นนี้เมื่อผู้ตายถึงแก่ความตายทรัพย์สินย่อมตกคืนไปเป็นของผู้สัญญานั้น

2) " สิทธิ " ถ้าสิทธินั้นมีราคาและถือเอาได้ ก็เป็นทรัพย์สินอยู่แล้ว ตามมาตรา 137 และ 138 ซึ่งอาจจะเป็นทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ หรืออาจจะเป็นบุคคลสิทธิก็ได้ ส่วนสิทธิที่ไม่มีราคาเป็นเงินในตัวเอง จะเป็นสิทธินอกกองมรดกซึ่งไม่อยู่ในกองทรัพย์สินของเจ้ามรดก โดยเฉพาะสิทธิตามกฎหมายมหาชน เช่นสิทธิในการฟ้องคดีแพ่ง โดยทั่วไปนักกฎหมายมักเข้าใจกันว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 42 เป็นเรื่องของการรับมรดกความ แต่ความหมายที่แท้จริงแล้ว เป็นเรื่องที่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ต้องการให้คดีที่ค้างพิจารณาอยู่ในศาลต้องล่าช้าไป หากใช่เป็นเรื่องมรดกไม่ ทั้งนี้เพราะสิทธิฟ้องคดีแพ่งไม่มีราคาเป็นเงินได้ในตัวเอง ส่วนสิทธิฟ้องคดีอาญา สิทธิร้องทุกข์ ถอนหรือแก้ไขคำร้องทุกข์ โดยที่ไม่ใช่เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ในทางทรัพย์สิน แต่เป็นการกระทำเพื่อให้มีการสอบสวนและฟ้องร้องเอาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ และแม้จะเป็นความผิดฐานประทุษร้ายต่อทรัพย์สินก็ตาม ก็มีใช้การเรียกร้องเอาทรัพย์สิน จึงอาจกล่าวได้ว่าการฟ้องคดีอาญา คำร้องทุกข์ ตลอดจนสิทธิในการถอนคำร้องทุกข์เป็นสิทธิประการหนึ่งที่ไม่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ จึงไม่เป็นมรดก

สิทธิของผู้ตายที่จะตกทอดเป็นมรดกไปยังทายาทตามมาตรา 1600 นี้ อาจจะเป็ทรัพย์สินหรือบุคคลสิทธิก็ได้ กล่าวคือ

ทรัพย์สิน มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นตัวทรัพย์สินที่มีรูปร่าง เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิในการเช่ายืม สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิครอบครอง(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2125/2524)

สิทธิตามสัญญาจ้างเองซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2527/2521) สิทธิในทางปัญญาและอุตสาหกรรม (intellectual property rights) เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และสิทธิในเครื่องหมายการค้า แม้วัตถุแห่งสิทธิจะเป็นผลงานทางสมองหรือสติปัญญา แต่ก็ถือว่ามีราคาเป็นเงินได้ ดังนั้นลักษณะทางกฎหมายคล้ายทรัพย์สินมากจึงถือเป็นมรดก นอกจากนี้ "ค่านิยมในชื่อ" (good will) ศาลฎีกาก็ถือว่าเป็นสิทธิทางปัญญาอุตสาหกรรมที่ตกทอดทางมรดกได้เช่นกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 3324-3325/2526)

บุคคลสิทธิ ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลสิทธิที่เกิดจากสัญญาหรือโดยผลของกฎหมายก็เป็นมรดกเช่นกัน โดยเฉพาะบุคคลสิทธิซึ่งเกิดจากสัญญาที่ไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัว สามารถตกทอดเป็นมรดกได้หากเจ้ามรดกมีสิทธินั้นอยู่ในเวลาตาย เช่น สิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินที่ขายฝาก (คำพิพากษาฎีกาที่ 919/2495) สิทธิตามสัญญาประนีประนอมยอมความ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1165/2514) สิทธิตามสัญญาจะซื้อขาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 132/2497) สิทธิที่จะได้รับเงินตามเช็ค แม้จะระบุชื่อผู้ตายเป็นผู้รับเงินก็ตาม (คำพิพากษาฎีกาที่ 2578-2579/2515) สิทธิตามสัญญาเช่าซื้อทุกชนิด สิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนของผู้เช่าซื้อเพราะผู้อื่นมาทำลาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 468/2519) สิทธิตามสัญญาต่างตอบแทนชนิดพิเศษนอกเหนือจากสัญญาเช่า (คำพิพากษาฎีกาที่ 370/2499) สิทธิในสัญญาอุปกรณ์อันเป็นบุคคลสิทธิอื่น อาทิ สัญญาค้ำประกัน ส่วนบุคคลสิทธิซึ่งเกิดจากผลของกฎหมายที่ไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัว ก็ตกทอดเป็นมรดกได้เช่นกัน ถ้าเจ้ามรดกมีสิทธินั้นอยู่ในเวลาตาย เช่น สิทธิที่จะได้รับเงินชดเชยตามกฎหมายแรงงาน (คำพิพากษาฎีกาที่ 426/2526) สิทธิที่จะได้รับบำเหน็จเพราะลาออกจากราชการ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1166/2510) สิทธิเรียกเงินปันผล หรือเงินค่าหุ้น เหล่านี้เป็นต้น

อย่างไรก็ตามสิทธิบางอย่าง ที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัว ซึ่งอาจจะ เป็นโดยสภาพในตัวของมันเอง หรือโดยกฎหมายไม่อาจเป็นมรดก ทั้งนี้มีหลัก อยู่ว่าสัญญาทุกประเภทที่มีลักษณะอาศัยคุณสมบัติ และความไว้วางใจที่คู่สัญญาต่าง ก็มีต่อกันเป็นพิเศษยิ่งกว่าเรื่องทรัพย์สินเงินทอง จะระงับไปเพราะความตายของ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง สิทธิหน้าที่ความรับผิดชอบในฐานะคู่สัญญาจึงไม่ตกทอด ไปยังทายาท แม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้บัญญัติกรณีไว้ชัดเจนแจ้งก็ตาม เช่น สิทธิในการ

ขอประทานบัตรหรือสัมปทาน (คำพิพากษาฎีกาที่ 76/2492) สัญญากู้เงินเบิกเกินบัญชี (คำพิพากษาฎีกาที่ 1862/2518) สัญญาให้ โดยทั่วไปย่อมอาศัยคุณสมบัติของผู้รับการให้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 298/2501) สิทธิบอกล้างสัญญาระหว่างสมรส (คำพิพากษาฎีกาที่ 890/2517 ประชุมใหญ่) สัญญาค้ำประกันที่อาศัยคุณสมบัติพิเศษเฉพาะของผู้ค้ำประกันเป็นสาระสำคัญในการค้ำประกัน เช่น ผู้ค้ำประกันได้เอาฐานะความเป็นกรรมการบริษัท หรือความเป็นข้าราชการเข้าค้ำประกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 2438/2522) ส่วนการตั้งผู้จัดการมรดกนั้นก็มีลักษณะอาศัยคุณสมบัติ และไม่ต้องด้วยข้อห้ามตามมาตรา 1718 เป็นสำคัญ ดังนั้นการเป็นผู้จัดการมรดกจึงเป็นสิทธิเฉพาะตัว ทายาทจะสืบสิทธิขอเป็นผู้จัดการมรดกแทนผู้ตายไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 131/2506)

สำหรับกรณีที่กฎหมายบัญญัติ ให้เป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา ซึ่งจะมีผลให้สิทธิหน้าที่ของคู่กรณีระงับไป เพราะความตายของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น สัญญาจ้างแรงงานที่มีสาระสำคัญอยู่ที่ตัวบุคคลผู้เป็นนายจ้างตามมาตรา 584, สัญญาจ้างทาสที่มีสาระสำคัญแห่งสัญญาอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัวผู้รับจ้างตามมาตรา 606, สัญญาตัวแทนย่อมระงับสิ้นไปเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายตามมาตรา 826 เป็นต้น หรืออาจจะเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติโดยตรงว่ามีให้โอนทางมรดก เช่น สิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนที่มีใช้ตัวเงินตามมาตรา 446, สิทธิรับค่าอุปการะเลี้ยงดูตามมาตรา 1598/41, สิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเกี่ยวเนื่องกับการหมั้นตามมาตรา 1447, สิทธิอาศัยตามมาตรา 1404, สิทธิเก็บกินตามมาตรา 1418, การติดพันในอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 1431

3) "หน้าที่และความรับผิดชอบ" ของผู้ตายเป็นความผูกพันที่ทำให้ผู้ตายตกอยู่ในสถานะจำต้องกระทำการงดเว้นกระทำการ ยอมให้ผู้อื่นกระทำการเพื่อให้เป็นไปตามประโยชน์อันชอบธรรมบุคคลอื่น อันได้แก่ หนี้ตามกฎหมายลักษณะหนี้ โดยอาจจะมีมูลหนี้มาจากนิติกรรมสัญญา ละเมิด จัดการงานนอกสิ่งลามิควรรได้ และหนี้ของผู้ตายที่จะเป็นมรดกได้นั้น จะต้องไม่เป็นหนี้ที่เป็นการเฉพาะตัว

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 1600 ได้ให้หลักการที่สำคัญของทรัพย์สิน

สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ตาย ที่สำคัญคือต้องเป็นผู้ตายอยู่แล้ว ก่อนตาย มิใช่ได้มาเนื่องจากความตายของเจ้ามรดก ที่ว่าต้องเป็นผู้ตายอยู่ แล้วก่อนตายนั้นกล่าวคือ หากได้มาโดยนิติกรรมก็ต้องเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ เช่น หากได้ทรัพย์มาโดยการให้ซึ่งมีการแสดงเจตนาหลง ทรัพย์ที่ผู้ตายได้รับมานั้นไม่ เป็นมรดก (คำพิพากษาฎีกาที่ 1016/2513) กรณีที่ผู้ตายเป็นผู้รับประโยชน์ตาม สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตามมาตรา 374, 376 สิทธิของผู้ตายจะเกิดขึ้น เมื่อได้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น หากผู้ตายยังมิได้ แสดงเจตนาและตายไปก่อน สิทธิตามสัญญาก็ยังไม่เกิดขึ้น จึงไม่เป็นมรดก ทายาท ของผู้ตายย่อมไม่มีสิทธิตามสัญญานั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 2401/2518) ซึ่งหลักการ นี้ใช้กับสัญญาประกันชีวิตที่ระบุผู้อื่นเป็นผู้รับประโยชน์ด้วยเช่นกัน แต่มีหลักเพิ่มเติม อีกตามมาตรา 891 นอกจากนี้แล้ว ทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่หรือความรับผิดชอบของ ผู้ตาย อาจจะไม่มียู่แล้ว เวลาตายโดยเนื่องมาจากผลทางกฎหมาย โดยเฉพาะ ในเรื่องการครอบครองปรปักษ์ในอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 1382 ซึ่งอาจแยก พิจารณาได้ 2 ทางคือ ในฐานะที่ผู้ตายเป็นผู้แย้งการครอบครองจากบุคคลอื่น ประการหนึ่ง กล่าวคือถ้าเจ้ามรดกเป็นผู้รักษาทรัพย์สินของบุคคลอื่น ผู้เป็นเจ้าของ ทรัพย์สินก็ย่อมมีสิทธิติดตามเอาทรัพย์คืนจากทายาทได้ หลังจากที่เจ้ามรดกถึงแก่ ความตายแล้ว (เทียบคำพิพากษาฎีกาที่ 1504/2516) แต่ถ้าเจ้ามรดกได้ครอบ ครองทรัพย์นั้นโดยสงบ เปิดเผย และมีเจตนาเป็นเจ้าของตาม มาตรา 1382 แต่ยังไม่ครบอายุความได้สิทธิ ก็ตายเสียก่อน แม้ทรัพย์จะยังไม่เป็นผู้ตาย ถ้าทายาทครอบครองต่อมาสิทธิครอบครองของเจ้ามรดก ย่อมตกทอดไปยังทายาท และทายาทสามารถนับอายุความต่อไปได้ (เทียบคำพิพากษาฎีกาที่ 573/2515) อีกประการหนึ่งคือ ในฐานะที่ผู้ตายเป็นผู้ถูกแย้งการครอบครองจากบุคคลอื่น ถ้า บุคคลอื่นได้ครอบครองปรปักษ์ไปจนได้อายุความตามมาตรา 1382 แล้ว กรรมสิทธิ์ ย่อมตกเป็นของบุคคลอื่นไปแล้ว จึงไม่น่าตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของผู้ตายอีก ปัญหาก็คือหากผู้ครอบครองปรปักษ์ยังไม่ได้จดทะเบียนสิทธิของตน ศาลฎีกาได้ใช้ มาตรา 1299 วรรคสองตัดสินว่า ทายาทของผู้ตายได้ทรัพย์มาโดยการรับมรดก ซึ่งจะต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้ตาย ทายาทจึงมิใช่บุคคลภายนอก ผู้ได้กรรม สิทธิ์มาโดยเสียค่าตอบแทนตามมาตรา 1299 วรรคสอง ผู้ครอบครองปรปักษ์จน

ได้กรรมสิทธิ์สามารถยกกรรมสิทธิ์ในที่พิพาทอันได้มาโดยการครอบครองปรักษัขึ้น
ต่อผู้ทายาทได้

ถ้าเป็นกรณีที่ได้ทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่หรือความรับผิดชอบภายหลังเจ้า
มรดกตาย หรือได้มาเนื่องจากความตายของเจ้ามรดก เหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นมรดก⁴
แต่จะตกเป็นสิทธิหน้าที่ของผู้ใดต้องดูจากฐานที่ตั้งของกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ
สัญญาซึ่งเป็นที่มาแห่งสิทธิหรือทรัพย์สินดังกล่าว หากไม่มีการระบุตัวบุคคลผู้มีสิทธิ
ก็จะตกเป็นของทายาทโดยใช้วิธีการเทียบบทบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตาม
มาตรา 4 เช่น เงินสังฆารานุเคราะห์, เงินช่วยเหลือที่ทางราชการให้แก่ทายาท
เนื่องจากเจ้ามรดกตายในระหว่างรับราชการ, เงินทุนสงเคราะห์เพื่อช่วยเหลือ
งานศพและอุปการะบุตรของผู้ตาย, สิทธิรับเงินสงเคราะห์ตกทอดที่ตกให้แก่ทายาท
เนื่องจากการตาย, เงินตามสัญญาประกันชีวิต ซึ่งไม่ระบุชื่อผู้รับประโยชน์ สำหรับ
กรณีบำนาญบำนาญข้าราชการนั้น รัฐได้จ่ายเงินแก่ทายาทผู้มีสิทธิเมื่อข้าราชการ
ตายไปแล้ว จึงไม่เป็นมรดกของผู้ตาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1056/2525) เหล่านี้
เป็นต้น ดังนั้นโดยสรุปคือ เมื่อเป็นทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ ที่ได้มาจากการตายของ
ผู้ตาย หรือได้มาหลังจากการตายของผู้ตายที่มีได้เป็นสิทธิที่ผู้ตายมีอยู่ก่อนตาย ก็
ไม่ใช่มรดกเพราะไม่ได้รวมอยู่ในกองทรัพย์สินของผู้ตายมาตั้งแต่ต้นนั่นเอง

2.2 การตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดกตามหลักทายาทโดยธรรม

มรดกย่อมตกทอดเมื่อเจ้ามรดกตาย ถือเป็นหลักการของกฎหมายลักษณะ
มรดกของทุกประเทศ และประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่น ฝรั่งเศส
เยอรมัน และ ไทย ยังถือหลักอีกด้วยว่ามรดกตกทอดไปยังทายาททันทีโดยตรง
แต่สำหรับประเทศอังกฤษ มรดกจะตกทอดไปยังผู้จัดการมรดกเสียก่อน เมื่อจัดการ
ชำระหนี้กองมรดกเรียบร้อยแล้ว หากทรัพย์สินยังมีเหลืออยู่ จึงค่อยแบ่งปันให้แก่

⁴ เปรียบ หุตางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า
ด้วยมรดก, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536 หน้า 14

ทายาท⁵ สิทธิในการรับมรดกโดยใช้หลักทายาทโดยธรรมนั้น ดำเนินตามหลักกฎหมายมรดก โดยถือความสัมพันธ์อันใกล้ชิดภายในสถาบันครอบครัวเป็นสิ่งกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับมรดกในช่วงแรก ๆ มีเพียงโดยหลักสายเลือดเท่านั้น⁶ จุดตั้งแนวคิดที่ว่า "พระเจ้าเท่านั้นที่สามารถกำหนดทายาทไม่ใช่เป็นสิทธิของมนุษย์ที่จะกำหนด" (Only God can make an heir, not man)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 วางหลักเกณฑ์การตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดกตามหลักทายาทโดยธรรมไว้ตามมาตรา 1620 ว่าถ้าผู้ใดตายโดยไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้ หรือทำพินัยกรรมไว้แต่ไม่มีผลบังคับได้ ให้ปันทรัพย์สินมรดกทั้งหมดแก่ทายาทโดยธรรมของผู้ตายนั้น ตามมาตรา 1629 ทายาทโดยธรรมมีหลักลำดับเท่านั้น แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดังต่อไปนี้ คือ

- 1) ผู้สืบสันดาน
- 2) บิดามารดา
- 3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
- 4) พี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน
- 5) ปู่ ย่า ตา ยาย
- 6) ลุง ป้า น้า อา

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้อันดับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา 1635 ลำดับและส่วนแบ่งของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ในการรับมรดกของผู้ตายนั้นให้เป็นไปดังต่อไปนี้

(1) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629 (1) ซึ่งยังมีชีวิตอยู่ หรือมีผู้รับมรดกแทนที่แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้น มีสิทธิได้ส่วนแบ่งเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นทายาทชั้นบุตร

⁵ Marcel Planiol and George Ripert, Treatise on the Civil Law, vol.3 . 1938 P. 485

⁶ A.M. Bell-Macdonald, "French Laws of Succession," International and Comparative Law Quarterly, Vol.2, 1953 P.426

(2) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629 (3) และทายาทนั้นยังมีชีวิตอยู่ หรือมีผู้รับมรดกแทนที่ หรือถ้าไม่มีทายาทตามมาตรา 1629 (1) แต่มีทายาทตามมาตรา 1629 (2) แล้วแต่กรณีคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีสิทธิได้รับมรดกถึงหนึ่ง

(3) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629 (4) หรือ (6) และทายาทนั้นยังมีชีวิตอยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่ หรือมีทายาทตามมาตรา 1629 (5) แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ มีสิทธิได้มรดกสองส่วนในสาม

(4) ถ้าไม่มีทายาทดังที่ระบุไว้ในมาตรา 1629 คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้น มีสิทธิได้รับมรดกทั้งหมด

ตามมาตรา 1636 บัญญัติว่า ถ้าเจ้ามรดกมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อน ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 หลายคนยังมีชีวิตอยู่ ภริยาเหล่านั้น ทั้งหมดรวมกันมีสิทธิได้รับมรดกตามลำดับขั้นและส่วนแบ่งดังระบุไว้ในมาตรา 1635 แต่ในระหว่างกันเองให้ภริยาน้อยแต่ละคน มีสิทธิได้รับมรดกถึงส่วนที่ภริยาหลวง จะพึงได้รับ

จะเห็นได้ว่าทายาทโดยธรรมที่มีสิทธิรับมรดกของผู้ตายนั้น มีอยู่สองประเภทอันได้แก่ญาติและคู่สมรส โดยแต่ละประเภทสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

ทายาทโดยธรรมประเภทญาติซึ่งมีทั้งหมดหกลำดับ คือ

(1) ผู้สืบสันดาน

ผู้สืบสันดานนั้น หมายถึงญาติผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงไปของเจ้ามรดก ได้แก่ บุตร หลาน เหลน เป็นต้น ถ้าเจ้ามรดกมีผู้สืบสันดานหลายชั้น บุตรของเจ้ามรดกซึ่งเป็นญาติชั้นสนิทที่สุดเท่านั้นเป็นทายาทที่มีสิทธิรับมรดก ผู้สืบสันดานชั้นถัดลงไป จะรับมรดกได้ก็แต่โดยอาศัยสิทธิในการรับมรดกแทนที่ทั้งนี้ตาม มาตรา 1631 ดังนั้นแม้มาตรา 1629 จะระบุว่าผู้สืบสันดานเป็นทายาทในลำดับ (1) ผู้สืบสันดานที่ว่านั้น จึงต้องหมายถึงเฉพาะบุตรของเจ้ามรดก หาได้หมายถึงผู้สืบสันดานทุกชั้นไม่ ถ้าบุตรหมดสิทธิรับมรดก เช่น ถูกตัดมิให้รับมรดก ผู้สืบสันดานชั้นถัดไปก็ไม่มีสิทธิรับมรดก แต่ถ้าบุตรตายหรือถูกกำจัดมิให้รับมรดก ผู้สืบสันดานชั้นถัดลงไป จึงจะรับมรดกได้โดยอาศัยสิทธิในการรับมรดกแทนที่ ไม่ใช่ในฐานะทายาทตามมาตรา 1629 (1)

บุตรซึ่งเป็นทายาทตามลำดับ (1) หมายถึงบุตรชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถ้า

บิดาเป็นเจ้าของมรดกบุตรก็ต้องเกิดจากบิดามารดาได้สมรสกัน บุตรที่เกิดจากบิดามารดาไม่ได้สมรสกัน มาตรา 1627 เรียกว่า บุตรนอกกฎหมาย (ของบิดา) แต่ถ้ามารดาเป็นเจ้าของมรดก แม้มารดากับบิดาไม่ได้สมรสกัน บุตรที่เกิดมาก็เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดา (มาตรา 1546) บุตรนอกกฎหมายจึงอาจมิได้แต่ทางฝ่ายบิดาเท่านั้น เด็กที่เกิดจากบิดามารดาไม่ได้สมรสกัน อาจเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ตาม มาตรา 1547 คือบิดากับมารดาได้สมรสกันในภายหลังประการหนึ่ง บิดาได้จดทะเบียนว่าเป็นบุตรประการหนึ่ง หรือศาลพิพากษาว่าเป็นบุตรอีกประการหนึ่ง

เมื่อบุตรนอกกฎหมายกลายเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาตามมาตราที่กล่าวแล้ว ต้องเอาบทกฎหมายที่ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดากับบุตรมาใช้บังคับ นับตั้งแต่การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายมีผลแล้วเป็นต้นไป เช่น ต่างมีสิทธิที่จะได้รับมรดกของกันและกัน หรือมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน เป็นต้น การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตาม มาตรา 1547 นั้น มาตรา 1557 บัญญัติว่ามีผล

1. นับแต่วันสมรส ในกรณีที่บิดามารดาสมรสกันภายหลัง
 2. นับแต่วันจดทะเบียน ในกรณีที่บิดาจดทะเบียนเด็กเป็นบุตร
 3. นับแต่วันมีคำพิพากษาถึงที่สุด ในกรณีที่ศาลพิพากษาว่าเป็นบุตร
- แต่ทั้งนี้จะอ้างเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตไม่ได้ เว้นแต่จะได้จดทะเบียนเด็กเป็นบุตรตามคำพิพากษา

กรณีเมื่อบิดามารดาสมรสกันในภายหลังนั้น กฎหมายบัญญัติให้การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายมีผลบังคับตั้งแต่วันที่บิดามารดาทำการสมรสกัน เช่น นายคำกับนางแดง ได้เสียกันโดยมิได้จดทะเบียนและมีบุตรด้วยกันคนหนึ่งชื่อขาว แม้ขาวจะเกิดมาโดยมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของนายคำผู้เป็นบิดา แต่ถ้าต่อมาภายหลังนายคำกับนางแดงได้จดทะเบียนสมรสกัน ขาวย่อมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของนายคำนับแต่วันที่นายคำและนางแดงได้จดทะเบียนสมรสกัน เมื่อมาตรา 1557 (1) บัญญัติเช่นนี้ จึงต้องถือว่าก่อนที่บิดามารดาจะมีการจดทะเบียนกัน ความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายยังไม่เกิดขึ้น ดังนั้นบุตรจะเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดาสำหรับระยะเวลาที่บิดามารดาทำการสมรสกันไม่ได้ ในทางกลับกันหากบุตร

ตายลงก่อนที่บิดามารดาทำการสมรสกัน บิดาก็จะรับมรดกของบุตรในฐานะที่เป็นบิดาอันจัดเป็นทายาทโดยธรรมของบุตรมิได้เช่นกัน

และกรณีที่ได้เกิดจากบิดามารดาที่ได้สมรสกันอาจเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาได้ เมื่อบิดาได้จดทะเบียนรับว่าเป็นบุตร ในกรณีเช่นนี้ มาตรา 1557 (2) บัญญัติให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดา นับตั้งแต่วันที่บิดาได้จดทะเบียนมาเป็นบุตร ดังนั้นก่อนหน้าวันที่มีการจดทะเบียนว่าเป็นบุตร ความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาจึงยังไม่มีขึ้นเช่นกัน

นอกจากนี้ การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดา ยังมีได้ในกรณีที่มูลค่าพิพาทของศาลแสดงว่าเป็นบุตร ซึ่งมีผลนับแต่วันที่มูลค่าพิพาทถึงที่สุดตามมาตรา 1557 (3) การที่จะมีมูลค่าพิพาทของศาลแสดงว่าเป็นบุตรนั้น เป็นเรื่องที่เกิดหรือผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้สืบสันดานของเด็ก (มาตรา 1556) จะเป็นผู้ฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 1555 แต่ทั้งนี้การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรของผู้ตายนั้นต้องฟ้องภายในกำหนดอายุความมรดก และถ้าศาลได้พิพากษาว่า เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ตาย เด็กผู้นั้นมีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม ในกรณีที่มีการแบ่งมรดกไปแล้วก็ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม (มาตรา 1558)

มาตรา 1558 นี้มุ่งหมายให้เด็กที่ศาลพิพากษาว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเป็นทายาทโดยธรรมของบิดา เฉพาะแต่เมื่อคดีนั้นได้ฟ้องภายในกำหนดอายุความมรดกเท่านั้น การฟ้องคดีภายในกำหนดอายุความมีความหมายอย่างเดียวกันกับการฟ้องก่อนพ้นกำหนดอายุความ คือรวมถึงฟ้องเมื่ออายุความยังไม่เริ่มนับด้วย เช่นกรณีที่บิดาซึ่งเป็นจำเลยในคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรถึงแก่ความตายในระหว่างพิจารณา แม้ในขณะที่ฟ้อง อายุความมรดกยังไม่เริ่มนับเพราะเจ้ามรดกยังไม่ตาย ก็เป็นการฟ้องก่อนพ้นกำหนดอายุความตามความหมายแห่งมาตรา 1558 เมื่อศาลพิพากษาคดีถึงที่สุดว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของจำเลย เด็กนั้นก็มียกสิทธิรับมรดกของจำเลยได้ในฐานะทายาทโดยธรรม สิทธิตามบทมาตราดังกล่าวจึงมีผลย้อนหลังไปถึงเวลาตาย หากใช้มีผลนับแต่ค่าพิพาทถึงที่สุดไม่ เกี่ยวข้องกับสิทธิดังกล่าวจึงนับว่ามาตรา 1558 เป็นข้อยกเว้นจากหลักในมาตรา 1557 (3) แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่อย่างอื่นระหว่างบิดากับบุตรก็คงเป็นไปตามเดิม

แม้ไม่มีเหตุตามมาตรา 1547 ที่บุตรนอกกฎหมายจะกลายเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย บุตรนอกกฎหมายก็อาจมีสิทธิรับมรดกในฐานะผู้สืบสันดานของบิดาได้ เมื่อเป็นบุตรที่บิดาได้รับรองแล้วตามมาตรา 1627 บุตรบุญธรรมก็มีสิทธิดังกล่าวเช่นเดียวกัน บุตรสองประเภทที่กล่าวนี้จึงเป็นทายาทตามมาตรา 1629 (1) ด้วย

(2) บิดามารดา

ทายาทลำดับ 2 เฉพาะบิดาในลำดับนี้หมายถึงชายที่สมรสกับหญิงแล้วให้กำเนิดบุตรซึ่งเป็นเจ้ามรดกและรวมถึงบิดาที่เข้ามามีความสัมพันธ์ต่อกันในภายหลัง ในฐานะบิดากับบุตรตามมาตรา 1547 ดังกล่าวข้างต้นด้วย ส่วนบิดาที่รับรองบุตรนอกกฎหมาย กับผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีฐานะเป็นทายาทลำดับ 2 ไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรที่ตนรับรองหรือบุตรบุญธรรม ส่วนมารดาของเจ้ามรดกนั้นไม่ว่าจะได้จดทะเบียนสมรสกับบิดาของเจ้ามรดกหรือไม่ ย่อมเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรเสมอ (มาตรา 1546) มารดาจึงเป็นทายาทลำดับ 2 ของบุตรในทุกกรณี

(3) พี่และน้อง

ทายาทลำดับ 3 และ 4 พี่น้องในลำดับนี้หมายถึงพี่น้องร่วมสายโลหิตกัน ถ้าร่วมกันทั้งบิดาและมารดาก็เป็นทายาทลำดับ 3 ของกันและกัน ถ้าร่วมแต่ทางบิดาหรือมารดาเพียงฝ่ายเดียวก็เป็นทายาทลำดับ 4

ปัญหาเกี่ยวกับทายาทสองลำดับนี้มีว่า การที่จะถือว่าบุคคลเป็นพี่น้องร่วมบิดากันได้ จำเป็นหรือไม่ที่บุคคลนั้น จะต้องเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาคนเดียว ส่วนพี่น้องร่วมมารดานั้นไม่มีปัญหา เพราะบุตรทุกคนที่เกิดจากมารดาเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดา (มาตรา 1546) จึงเป็นทายาทลำดับ 3 หรือ 4 ของกันและกันเสมอ

ตัวอย่าง นาย ก. กับ นาง ข.จดทะเบียนสมรสเป็นสามีภริยากันมีบุตรด้วยกันคือ ค. ต่อมาได้หย่าขาดจากกัน แต่ยังคงอยู่กินร่วมกันจนเกิดบุตรด้วยกันอีกคนหนึ่งชื่อ ง. แล้วนาย ก. ไปได้นาง จ. เป็นภริยาโดยการจดทะเบียนสมรส มีบุตรด้วยกันคนหนึ่งคือ ฉ. ดังนี้ ค. กับ ง. บุตรนาง ข. ย่อมเป็นพี่น้องร่วมมารดาบางส่วน ค. กับ ฉ. ต่างเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของนาย ก. ย่อมเป็นพี่น้องร่วมบิดาเดียวกัน จะมีปัญหาแต่เฉพาะ ค. กับ ง. และ ง. กับ ฉ. เท่านั้นว่าจะถือเป็นพี่น้องร่วมบิดากันตามมาตรา 1629 (3) (4) หรือไม่ มีเหตุผลที่จะตอบได้สองทาง

เหตุผลในทางที่ไม่ถือว่าเป็นพี่น้องร่วมบิดากัน ก็มีว่าตามกฎหมายคำว่า บิดา ถ้าไม่มีข้อความแสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่นก็ต้องหมายถึงบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตร ดังนั้นคำว่าพี่น้องร่วมบิดาใน มาตรา 1629 (3)(4) จึงต้องหมายถึงพี่น้อง ที่เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาคนเดียวกันตามตัวอย่างข้างต้น เมื่อไม่ถือว่านาย ก. เป็นบิดาของ ง. ก็ฉะนั้น ง. เป็นพี่น้องร่วมบิดาเดียวกันกับ ค. หรือ ฉ. ไม่ได้

ส่วนความเห็นที่ถือว่าเป็นพี่น้องร่วมบิดากันได้ก็มีเหตุผลว่ากฎหมายบังคับว่า เด็กจะเป็นบุตรด้วยกฎหมายของชาย ต่อเมื่อเด็กนั้นเกิดจากชายกับมารดาของเด็กที่ได้จดทะเบียนสมรสกันนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ในระหว่างบิดากับบุตร แต่ในเรื่องความเป็นพี่น้องระหว่างบุตรกับบุตร หาได้มีกฎหมายบังคับถึงสิทธิหน้าที่ในระหว่างกันไม่ เมื่อบุตรต่างก็มีสืบสายโลหิตมาจากคนเดียวกันก็น่าจะถือได้ว่าเป็นพี่น้องร่วมบิดากันได้⁷

(4) ปู่ ย่า ตา ยาย

ทายาทลำดับ 5 ญาติของเจ้ามรดกลำดับนี้ เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปของเจ้ามรดกซึ่งเป็นหลาน โดยปู่กับย่า เป็นบิดามารดาของบิดาของเจ้ามรดก ส่วนตากับยายเป็นบิดากับมารดาของมารดาของเจ้ามรดกทายาทลำดับนี้ จึงไม่รวมถึงปู่ย่าตายายอันเป็นญาติชั้นที่ห่างออกไปของเจ้ามรดกซึ่งได้แก่ ลุงป้าหน้าหรืออาของบิดามารดาของเจ้ามรดก ที่เจ้ามรดกก็เรียกว่าปู่ย่าตายายเหมือนกัน

เมื่อสิทธิของทายาทลำดับนี้มีความเป็นบิดามารดากับบุตรเกี่ยวข้องอยู่ด้วย จึงทำให้น่าคิดว่า ที่ปู่ย่าตายายจะเป็นทายาทลำดับนี้ได้ จำเป็นหรือไม่ที่เจ้ามรดกจะต้องเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา และบิดามารดาของเจ้ามรดกจะต้องเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของปู่ย่าตายายด้วย

⁷ เปรียบ หุตางกูร, แหล่งเดิม. หน้า 33

ข้อนี้เห็นว่า ถ้าความเป็นบิดามารดากับบุตรในระหว่างญาติทุกชั้นที่กล่าวมาเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือเจ้ามรดกเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา และ บิดามารดาของเจ้ามรดกก็เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของปู่ย่าตายาย ก็ไม่มีปัญหาอันใดที่ปู่ย่าตายายนั้นจะเป็นทายาทลำดับ 5 ของหลานไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ ยายของเจ้ามรดกจึงเป็นทายาทลำดับ 5 ได้เสมอ เพราะเจ้ามรดกยอมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดา และมารดาของเจ้ามรดกก็เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของยายของเจ้ามรดก

แต่ถ้าเจ้ามรดกเป็นบุตรนอกกฎหมายของบิดา บิดาก็ไม่มีสิทธิรับมรดกของเจ้ามรดก ปู่กับย่าซึ่งเป็นบิดามารดาของเจ้ามรดกก็ย่อมไม่มีสิทธิด้วย เพราะปู่กับย่าเป็นญาติชั้นที่ห่างไวกว่าบิดา จะมีสิทธิดีไวกว่าบิดาของเจ้ามรดกยอมเป็นไปไม่ได้หรือถ้าบิดาหรือมารดาของเจ้ามรดกเป็นบุตรนอกกฎหมายของปู่หรือตา ปู่หรือตาย่อมไม่มีสิทธิเป็นทายาทของบิดาหรือมารดาของเจ้ามรดก เมื่อแม่แต่่มรดกของบุตรตนเอง ปู่หรือตายังไม่มีสิทธิเป็นทายาท แล้วปู่หรือตาจะข้ามไปเป็นทายาทของหลานซึ่งเป็นบุตรของบุตรของตนได้อย่างไร สรุปแล้วคำตอบในปัญหานี้คงมีว่าจำเป็นที่เจ้ามรดกจะต้องเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา และบิดามารดาของเจ้ามรดก ก็ต้องเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของปู่ย่าตายายต่อกันไปโดยไม่ขาดตอน มิฉะนั้นปู่ย่าตายายก็จะเป็นทายาทในลำดับนี้ไม่ได้

สำหรับกรณีที่เจ้ามรดกเป็นบุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรองแล้วตามมาตรา 1627 กับกรณีที่บิดาหรือมารดาของเจ้ามรดกเป็นบุตรนอกกฎหมายของปู่หรือตาของเจ้ามรดก ที่ปู่หรือตาได้รับรองแล้ว ปู่หรือตาจะเป็นทายาทของหลานได้หรือไม่ก็ต้องพิเคราะห์ที่ตนเองเดียวกันกับที่ได้กล่าวมาข้างต้น โดยต้องระลึกว่าผู้รับรองตามมาตรา 1627 นั้น ไม่มีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทของผู้ถูกรับรอง

เมื่อปู่ย่าตายายมีฐานะเป็นทายาทลำดับ 5 ของหลานที่ถึงแก่ความตายแล้ว แม้ต่อมาจะมีเหตุทำให้สิทธิรับมรดก ในระหว่างบิดามารดาของเจ้ามรดกกับเจ้ามรดก หรือในระหว่างปู่ย่าตายายกับบิดามารดาของเจ้ามรดก เปลี่ยนแปลงหรือสูญสิ้นไปด้วยประการใดก็ตาม ก็ไม่ทำให้ความเป็นปู่ย่าตายายที่ถูกต้องตามกฎหมายต้องสูญสิ้นไปด้วย ตัวอย่างเช่น เมื่อเจ้ามรดกตาย ญาติของผู้ตายที่ยังเหลือคงมีแต่บิดากับปู่ แต่บิดาถูกเจ้ามรดกตัดมิให้รับมรดก ปู่ก็ยังมีสิทธิรับมรดกในฐานะ

ทาสาทลำดับ 5 เพราะการตัดบิดาไม่มีผลไปถึงปู่ด้วย

(5) ลุง ป้า น้า อา

ทาสาทลำดับ 6 หมายถึงเฉพาะพี่หรือน้องของบิดาหรือของมารดาของเจ้ามรดกโดยตรง ไม่รวมถึงลูกพี่หรือลูกน้องของบิดาหรือของมารดาซึ่งเป็นญาติชั้นที่ห่างออกไปด้วย เพราะแม้แต่ลูกพี่หรือลูกน้อง ก็ยังไม่มีสิทธิรับมรดกของกันและกันโดยตรงได้ จะมีได้ก็แต่โดยการรับมรดกแทนที่ ฉะนั้นแม้ลูกพี่จะมีศักดิ์เป็นลุงของลูกของลูกน้อง ลุงประเภทนี้ไม่นับเป็นทาสาทลำดับ 6 (คำพิพากษาฎีกาที่ 1063/2493)

ลุงป้าน้าอาของเจ้ามรดก แม้จะเป็นพี่น้องที่ร่วมแต่บิดาหรือร่วมแต่มารดากับบิดาหรือมารดาของเจ้ามรดกก็มีสิทธิเป็นทาสาทลำดับนี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 944/2491) และแม้ลุงป้าอาของเจ้ามรดกจะมีกี่คนก็ตาม ก็มีสิทธิได้รับมรดกโดยเท่าเทียมกัน โดยไม่คำนึงถึงว่าคนไหนเป็นพี่น้องร่วมทั้งบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดากับบิดาหรือมารดาของเจ้ามรดก

มีข้อน่าคิดว่า บุคคลที่จะเป็นทาสาทลำดับ 6 ได้นั้น ความเป็นพี่น้องในระหว่างบุคคลดังกล่าวกับบิดามารดาของเจ้ามรดก จะต้องอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายอย่างไรหรือไม่ กล่าวโดยเฉพาะก็คือ จะต้องเป็นพี่น้องที่เกิดจากบิดากับมารดาได้สมรสกันหรือไม่ ข้อนี้เห็นว่าน่าจะต้องพิจารณาโดยนัยเดียวกันกับกรณีของทาสาทลำดับ 3 และ 4 ตามที่ว่ามีมาข้างต้นเพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกัน ถ้าพี่หรือน้องคนใดเป็นทาสาทลำดับ 3 หรือ 4 ของกันและกันได้ พี่หรือน้องนั้นก็ย่อมเป็นทาสาทลำดับ 6 ของบุตรของอีกฝ่ายหนึ่งได้

อีกประการหนึ่ง เมื่อลุงป้าน้าอาเป็นทาสาทของบุตรของพี่หรือน้องตนก็ย่อมมีปัญหาเช่นเดียวกันว่า บุตรของพี่หรือน้องนั้นจะต้องเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเห็นว่าปัญหามีขึ้นได้ก็เฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับพี่หรือน้องของบิดาของเจ้ามรดก ซึ่งเป็นลุงป้าหรืออาของเจ้ามรดกเท่านั้น ส่วนพี่หรือน้องของมารดาซึ่งเป็นลุงป้าหรือน้าของเจ้ามรดกคงไม่มีปัญหา เพราะการเป็นมารดานั้นชอบด้วยกฎหมายทุกกรณีอยู่แล้ว (ตามมาตรา 1546) สำหรับพี่หรือน้องของบิดา เมื่อบิดาไม่ได้เป็นทาสาทของบุตรซึ่งเป็นเจ้ามรดก พี่หรือน้องของบิดาเป็นญาติชั้นที่ห่างออกไป ย่อมไม่มีฐานะในทางมรดกดีไปกว่าบิดาของเจ้ามรดก จึงไม่น่าจะเป็นทาสาทลำดับ 6

ของเจ้ามรดกได้

แม้สิทธิรับมรดกในระหว่างลู่ป้าน้ำอาซึ่งเป็นทายาทลำดับ 6 ของเจ้ามรดกกับพี่หรือน้อง ซึ่งเป็นบิดาหรือมารดาของเจ้ามรดกจะสูญหายไปเพราะเหตุใดก็ตาม เมื่อไม่ทำให้ความเป็นลู่ป้าน้ำอาสูญสิ้นไป ลู่ป้าน้ำอาอันนั้นจะยังเป็นทายาทลำดับ 6 ของเจ้ามรดกอยู่ตามเดิม เช่นเดียวกันกับที่ได้กล่าวมาในเรื่องที่เกี่ยวกับทายาทลำดับ 5

สำหรับทายาทโดยธรรมประเภทคู่สมรสนั้นจะได้แยกพิจารณาโดยเฉพาะในบทต่อไป

อนึ่ง สำหรับประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายแม้ว่าจะมีหลักกฎหมายกรณีมรดกตกทอดแก่ทายาทเหมือนกันแต่ก็มีข้อนำพิจารณา เช่น ตามระบบกฎหมายของฝรั่งเศสไม่ได้ให้สิทธิแก่ทายาททั้งหมด ที่จะได้รับการครอบครองทรัพย์สินของผู้ตายทันที โดยกฎหมายฝรั่งเศสแบ่งผู้รับมรดกออกเป็นผู้รับมรดกในกรณีไม่มีพินัยกรรมและผู้รับมรดกโดยพินัยกรรม สำหรับประเภทแรกได้แก่ ทายาทโดยผลของกฎหมาย (Lawful heirs) อันประกอบด้วย บุตรชอบด้วยกฎหมาย, บุตรไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคู่สมรส ซึ่งอาจเรียกรวมได้ว่า "ผู้รับมรดกสามัญ" นอกจากนี้ก็ยังมีผู้รับมรดกในกรณีพิเศษ (irregular successor) ซึ่งก็คือรัฐ (state) เฉพาะผู้รับมรดกสามัญเท่านั้น ที่มีสิทธิครอบครองทรัพย์สินของผู้ตายทันที ตรงกันข้ามกับผู้รับมรดกในกรณีพิเศษซึ่งไม่มีสิทธิทันที โดยต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งว่าตนมีสิทธิครอบครอง

ตามมาตรา 1599 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า เมื่อบุคคลใดตายมรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่ทายาท จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยมีผลทำให้ทายาทของผู้ตายที่ครอบครองทรัพย์สินนั้น ไม่เสียสิทธิในการรับมรดกเพราะขาดอายุความมรดก (มาตรา 1748) ในขณะที่ทายาทที่มีได้ครอบครองทรัพย์สินมรดกต้องฟ้องคดีขอแบ่งมรดกภายในอายุความ มิฉะนั้นจะเสียสิทธิรับมรดก ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่ว่ากรณีใดที่กล่าวข้างต้น ทายาทตามกฎหมายไทยมิได้ฟ้องคดีขอให้ส่งมอบการครอบครองอย่างในกรณีฝรั่งเศส แต่ฟ้องคดีขอส่วนแบ่งในกองมรดกต่างหาก นอกจากนี้ทายาทตามกฎหมายประกอบด้วยทายาทโดยธรรมและผู้รับพินัยกรรม ดังนั้นผู้รับพินัยกรรมมีสิทธิได้รับทรัพย์สินมรดกทันทีที่เจ้ามรดกตายตามมาตรา 1599 และมาตรา 1673 แต่พินัยกรรมอาจมีเงื่อนไข

หรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ จะบังคับเรียกร้องกันในทันที ที่เจ้ามรดกตายยังไม่ได้ ต้องรอไปจนเงื่อนไขสำเร็จหรือถึงกำหนดเวลา ดังบัญญัติเป็นบทยกเว้นในมาตรา 1673 ตอนท้ายเพราะเงื่อนไขและเงื่อนไขเป็นข้อกำหนดที่หวังผลแห่งนิติกรรม หรือ ที่ให้ผลแห่งนิติกรรมสิ้นสุดลงด้วยเหตุการณ์อันใดอันหนึ่ง ที่จะเกิดขึ้นและต้อง เวลาผ่านไป จึงสรุปได้ว่าแม้ตามหลักใหญ่จะถือว่าพินัยกรรมมีผลบังคับได้ตั้งแต่ ผู้ทำพินัยกรรมหรือเจ้ามรดกตายก็ดี แต่ก็ต้องอยู่ในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่ผู้ทำ พินัยกรรมกำหนดไว้ด้วย

แม้หลักที่ว่า "มรดกตกทอดแก่ทายาททันทีที่เจ้ามรดกตาย" เป็นหลัก สำคัญในกฎหมายมรดกของไทยก็ตาม แต่ทายาทก็ยังมีโอกาสที่จะสละมรดกได้ และ การที่ทายาทสละมรดกนั้นมีผลย้อนหลังไปถึงเวลาที่เจ้ามรดกตาย กล่าวคือทายาท ที่สละมรดกจะถูกถือว่าไม่ได้เป็นทายาท และมรดกไม่ตกทอดไปยังทายาทผู้นั้นเลย แต่มรดกจะตกทอดไปยังทายาทอื่นที่มีสิทธิรับมรดกอยู่แทน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และตามกฎหมายลักษณะมรดกแต่ดั้ง เดิมของไทย การรับมรดกไม่ต้องการแสดงเจตนารับ เมื่อเจ้ามรดกตายก็ให้แบ่ง ปินทรัพย์แก่ทายาท ซึ่งหมายความว่าทายาทมีสิทธิได้โดยอำนาจตามกฎหมายอยู่แล้ว ไม่ต้องบอกรับซ้ำอีก

2.3 การตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดกตามหลักผู้รับพินัยกรรม

หลักแห่งการเคารพในเจตน์จำนงของเจ้ามรดก และหลักการสงวนคัม ครอบงอมมรดกแก่ครอบครัวของผู้ตาย เป็นหลักที่ขัดแย้งกันถึงกับบางประเทศ เช่น อังกฤษ, ฝรั่งเศส มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับมรดกภาคบังคับ^๕ (Reserve and Compulsory portion) เพราะต้องการกำหนดขอบเขตในเรื่องเจตน์จำนงของ ผู้ตายโดยได้แบ่งมรดกของผู้ตายออกเป็น 2 ส่วนคือ ส่วนหนึ่งเป็นมรดกที่ต้องตกแก่ ทายาทโดยธรรม และอีกส่วนหนึ่งเป็นมรดกที่ผู้ตายอาจยกให้แก่ผู้ใดก็ได้โดยการ

^๕ John H. Crabb, The French Civil Code, (1997)

ให้ขณะมีชีวิตและโดยพินัยกรรม^๑ กฎหมายไทยให้เสรีภาพแก่เจ้ามรดกอย่างไม่มีข้อจำกัดจะยกทรัพย์สินส่วนของตนให้แก่ใครก็ได้ตามใจชอบ การที่ทายาทโดยธรรมซึ่งยังมีชีวิตอยู่ไม่ได้รับมรดกจากผู้ตายเลย เพราะพินัยกรรมได้จำหน่ายทรัพย์สินแก่บุคคลอื่นหมดสิ้นแล้ว ก็ดูจะเป็นเรื่องที่ทำได้โดยชอบ^{๑๐} ถึงกับมีมาตรา 1608 วรรคท้ายบัญญัติว่า "เมื่อบุคคลใดทำพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์สินมรดกเสียทั้งหมดแล้วให้ถือว่า บรรดาทายาทโดยธรรมผู้ที่มีได้รับประโยชน์จากพินัยกรรมเป็นผู้ถูกตัดมิให้รับมรดก" เจ้ามรดกจึงมีสิทธิสมบูรณ์ที่จะตัดทายาทโดยธรรม^{๑๑}

มรดกอาจจะถูกกำหนดโดยการแสดงเจตนาของผู้ตาย ซึ่งเรียกว่ามรดกที่มีพินัยกรรม (testate succession) หรืออาจขึ้นอยู่กับผลของกฎหมายซึ่งเรียกว่ามรดกที่ไม่มีพินัยกรรม (intestate succession) ในกฎหมายอังกฤษมรดกที่มีพินัยกรรมทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ถือได้ว่าเป็นแบบที่ใช้กันแพร่หลาย เพราะเป็นธรรมเนียมซึ่งคนอังกฤษส่วนใหญ่ถือปฏิบัติกันมานานที่ให้ความสำคัญต่อการทำพินัยกรรม แต่สำหรับฝรั่งเศสและเยอรมันกลับตรงกันข้าม กล่าวคือมรดกที่ไม่มีพินัยกรรมยังคงเป็นแบบที่ใช้กันแพร่หลายปกติ โดยฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1928 จำนวน 1 ใน 5 ของมรดกทั้งหมด เป็นมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม ส่วนกฎหมายของไทยแม้จะไม่มีสถิติหรือข้อมูลยืนยันว่า มรดกแบบใดเป็นแบบที่ใช้กันเป็นส่วนมาก แต่ก็มีความเห็นของ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ว่ากฎหมายจัดลำดับขั้นของทายาทโดยธรรม ที่จะได้รับมรดกก่อนหลังกันถูกต้องตามความสนิทเสน่หาของคนธรรมดาทั่ว ๆ ไป ในครอบครัวธรรมดาจึงแทบจะไม่มีความจำเป็นที่ผู้ตายจะต้องทำพินัยกรรมไว้ เพราะถึงอย่างไรทรัพย์สินมรดกก็จะตกทอดตามกฎหมายให้แก่ บุคคลที่ผู้ตาย

^๑ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 913 กำหนดว่าการให้ขณะมีชีวิตหรือโดยพินัยกรรมต้องไม่เกินครึ่งหนึ่งของจำนวนกองทรัพย์สิน

^{๑๐} วีระ ทรัพย์ไพศาล, "ส่วนแบ่งอันบังคับตามกฎหมายมรดก" คณา เล่ม 12 ปีที่ 3, ธันวาคม หน้า 989

^{๑๑} ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก, โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2508, หน้า 466

ปรารถนา จะให้ได้ทรัพย์สินมรดกลดหลั่นกันลงไปตามลำดับ และชั้นของความสนิทห่าง จากความเห็นดังกล่าวประกอบกับการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ความสำคัญ แก่มรดกที่ไม่มีพินัยกรรม โดยจัดให้อยู่ก่อนพินัยกรรม จึงน่าจะเชื่อได้ว่ามรดกที่ไม่มีพินัย กรรมเป็นแบบที่ใช้กันเป็นส่วนมาก เช่นเดียวกับฝรั่งเศส และเยอรมัน บทบัญญัติ แห่งกฎหมายเกี่ยวกับการแบ่งปันทรัพย์สินมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม น่าจะมีพื้นฐานมาจาก ข้อสันนิษฐานที่ว่า บุคคลที่ตายโดยไม่ได้ทำพินัยกรรมมีความประสงค์ที่จะกำหนดให้ ญาติสนิทมีสิทธิได้รับทรัพย์สินมรดกก่อนญาติลำดับชั้นอื่น ๆ เหมือนกับว่าบุคคลนั้นได้ทำพินัย กรรม สำหรับกฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม เป็นไปตามลำดับความ ชอบ และความรักตามธรรมดาของผู้ตายที่ถูกสันนิษฐานขึ้น อาจจะสามารถกล่าวได้ว่าเป็น "พินัยกรรมโดยนัย" หรือ "พินัยกรรมที่ถูกสันนิษฐานขึ้น" ความคิดเช่นนี้ได้รับอิทธิพล มาจากกฎหมายโรมัน กฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม มุ่งโดยตรงที่จะ รักษาสิทธิของครอบครัวที่มีอยู่เหนือทรัพย์สิน กล่าวคือทั้งเยอรมันและฝรั่งเศสมีการ กำหนดส่วนแบ่งภาคบังคับไว้ ซึ่งในส่วนนี้ผู้ตายไม่อาจจำหน่ายได้โดยอิสระ แสดงว่า การตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดกส่วนหนึ่งก็มีพื้นฐานความคิดมาจากหน้าที่ของครอบครัว

สำหรับการตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดกโดยไม่มีพินัยกรรมของไทย จะเห็นได้ ว่ากฎหมายคำนึงถึงเจตนาของเจ้ามรดกทั่ว ๆ ไปเป็นสำคัญ โดยพิจารณาเห็นว่าเจ้า มรดกน่าจะมีความประสงค์ให้มรดกของตนตกแก่ผู้ใดแล้วก็บัญญัติไปตามนั้น ซึ่งเท่ากับ เป็นการกำหนดไว้แทนเจตนาของเจ้ามรดกนั่นเอง อนึ่งในการจัดลำดับและชั้นต่าง ๆ ของทายาทโดยธรรมในมาตรา 1629 ได้กำหนดขึ้นโดยพิจารณาถึงความสัมพันธ์ใน ครอบครัวว่า บุคคลจะอยู่ในความสนิทเสน่หาของเจ้ามรดกโดยใกล้ชิดหรือห่างไกลกัน อย่างไร หากมีญาติหลายชั้นก็ย่อมประสงค์ให้ได้แก่ญาติชั้นสนิทที่สุดที่เจ้ามรดกยังมีอยู่ อันน่าจะเป็นการถูกต้องตามความสนิทสนม และความสัมพันธ์ในเครือญาติของบุคคล ตามความเป็นจริงทั่ว ๆ ไป (จึงพอสรุปได้ว่าการตกทอดแห่งทรัพย์สินโดยไม่มีพินัยกรรม ของไทยก็เป็นเช่นเดียวกับฝรั่งเศสและเยอรมัน ตรงที่มีการสันนิษฐานถึงเจตนาของ เจ้ามรดกที่จะให้ทรัพย์สินมรดกตกแก่ใคร

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แบ่งมรดกออกเป็น 2 ส่วน ส่วนหนึ่งคือสิทธิ ในการรับมรดกที่ไม่อาจเพิกถอนได้ และเป็นสิ่งที่ผู้ตายไม่อาจจำหน่ายได้ (reserve) อีกส่วนหนึ่งก็คือทรัพย์สินของผู้ตายที่ผู้ตายอาจจะจำหน่าย โดยการให้ หรือพินัยกรรม

(quotite disponible) จำนวนทรัพย์สินที่จะจำหน่ายได้ ขึ้นอยู่กับจำนวนและตำแหน่งของทายาทที่มีสิทธิรับมรดกตามที่กฎหมายบังคับไว้ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 913 กำหนดว่าการให้ในขณะที่มีชีวิตหรือโดยพินัยกรรมต้องไม่เกินครึ่งหนึ่งของจำนวนทรัพย์สินของผู้ให้ ถ้าผู้ให้มีบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงคนเดียวแต่ถ้ามีบุตร 2 คนจะให้ได้ 1 ใน 3 และจะให้ได้ 1 ใน 4 ถ้ามีบุตร 3 คนหรือมากกว่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 914 กำหนดว่า การให้ทั้งขณะที่มีชีวิตและโดยพินัยกรรม ต้องไม่เกินครึ่งหนึ่งของทรัพย์สินในกรณีที่ไม่มีบุตร ถ้าผู้ตายคงมีบุพการีทั้งในทางสายบิดาและสายมารดา และ 3 ใน 4 ถ้ามีบุพการีในสายเดียว ข้อกำหนดพิเศษให้บุตรไม่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับมรดกภาคบังคับด้วย แต่สำหรับคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ และญาติอื่นๆ ไม่มีสิทธิดังกล่าว

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ตามมาตรา 1646 และ 1647 จะเห็นได้ว่าพินัยกรรมคือคำสั่งของผู้ทำพินัยกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือการต่าง ๆ ของผู้ทำพินัยกรรม ซึ่งจะเกิดผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายไปแล้ว พินัยกรรมจึงเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของผู้ทำพินัยกรรม พินัยกรรมที่มีผู้รับพินัยกรรมจึงเป็นประเภทเดียวกันกับการให้โดยเสน่หา จะต่างกันก็แต่พินัยกรรมเป็นการให้ที่จะเกิดผลต่อเมื่อผู้ให้ได้ตายไปแล้วเท่านั้น

พินัยกรรมที่จะบังคับกันได้จะต้องทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ ส่วนใหญ่กฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ ข้อความในพินัยกรรมทุกแบบจะต้องมีลักษณะโดยทั่วไปของพินัยกรรม คือ (1) ต้องเป็นคำสั่งของผู้ทำพินัยกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือการต่าง ๆ ของตนและ (2) ต้องเป็นคำสั่งกำหนดการเพื่อตายคือมีข้อความแสดงถึงเจตนาของพินัยกรรมที่ขาดเสียมิได้

ทรัพย์สินหรือการต่าง ๆ ในลักษณะของพินัยกรรมข้อ (1) นั้นต้องเป็นของผู้ทำพินัยกรรม ผู้ทำพินัยกรรมจะทำพินัยกรรมให้มีผลไปถึงทรัพย์สินหรือกิจการของผู้อื่นไม่ได้ เช่นสามีทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินซึ่งเป็นสินสมรสระหว่างตนกับภริยาให้แก่ผู้มีชื่อ พินัยกรรมย่อมมีผลเฉพาะครึ่งเดียวของทรัพย์สินที่เป็นสินสมรสส่วนของสามีเท่านั้น ครึ่งที่เป็นของภริยา สามีไม่มีสิทธิทำพินัยกรรมยกให้ผู้อื่นได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 816/2508 และที่ 441/2518) แต่มีข้อยกเว้นเป็น

พิเศษตามมาตรา 1691 ที่ให้ผู้ปกครองทรัพย์สินตามพินัยกรรมทำพินัยกรรมตั้งบุคคลอื่นให้ทำการสืบแทนตนได้ คำสั่งเกี่ยวกับการต่าง ๆ ของเจ้ามรดกนั้นหมายถึงคำสั่งในเรื่องอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวกับการยกให้ซึ่งทรัพย์สิน เช่น คำสั่งตั้งผู้จัดการมรดกหรือคำสั่งเกี่ยวกับจัดการศพของผู้ตาย เป็นต้น

ลักษณะของพินัยกรรมประการที่ 2 เกี่ยวกับเจตนาของเจ้ามรดกที่จะให้คำสั่งของตนมีผลต่อเมื่อตนตายไปแล้วนั้น ในพินัยกรรมจะต้องมีข้อความแสดงให้เห็นเจตนาเช่นนั้นด้วย มิฉะนั้นก็จะเป็นพินัยกรรม เช่น หนังสือมีข้อความพาดหัวว่า พินัยกรรม แต่ข้อความต่อไปกลับมีว่าผู้ทำหนังสือจะได้ทำการโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินที่ยกให้ ณ สำนักงานที่ดินในภายหลัง อันเป็นการแสดงถึงเจตนาที่จะยกให้ในระหว่างผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ ดังนี้ไม่ถือว่าเป็นพินัยกรรม ตัวอย่างที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นพินัยกรรมจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 265/2488, 363/2492, 855/2492, 44/2515 และ 4805/2528 ส่วนที่ตัดสินว่า ไม่เป็นพินัยกรรมคำพิพากษาฎีกาที่ 636/2492, 411/2501 และ 450/2501

บุคคลหลายคนอาจทำพินัยกรรมร่วมในฉบับเดียวกันก็ได้ เช่น สามีกับภริยาทำพินัยกรรมฉบับเดียวกันว่า ถ้าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตายก่อนก็ให้ทรัพย์สินส่วนที่เป็นของฝ่ายนั้นทั้งหมดตกให้แก่ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ เป็นต้น

พินัยกรรมนั้นแต่ละฉบับต้องมีความสมบูรณ์ในตัวเอง จะอาศัยข้อความในเอกสารอื่นมาประกอบให้เป็นพินัยกรรมย่อมไม่มีผล

อนึ่ง คำว่า "พินัยกรรม" กับคำว่า "ข้อกำหนดพินัยกรรม" ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีความหมายไม่เหมือนกัน มิฉะนั้นในมาตรา 1699 และมาตรา 1705 คงจะไม่ใช้คำว่าพินัยกรรมหรือข้อกำหนดพินัยกรรมให้ซ้ำกันโดยไม่จำเป็น อธิบายได้ว่าพินัยกรรมนั้นมีความหมายกว้าง คือหมายถึงพินัยกรรมทั้งฉบับไม่จำกัดเฉพาะส่วนใดส่วนหนึ่ง แต่ข้อกำหนดพินัยกรรม หมายถึงเฉพาะข้อที่ผู้ทำพินัยกรรมได้กำหนดไว้เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลในพินัยกรรม ซึ่งอาจแยกได้เป็นส่วน ๆ เท่านั้น ในพินัยกรรมฉบับหนึ่งจึงอาจมีข้อกำหนดพินัยกรรมเพียงข้อเดียวหรือหลายข้อก็ได้

ข้อกำหนดพินัยกรรมอาจแยกเป็นข้อ ๆ ตามประเภททรัพย์สินที่ยกให้ เช่น ก. ทำพินัยกรรมยกรถยนต์หนึ่งคันกับบ้านหนึ่งหลังให้ ข. ก็เป็นพินัยกรรมที่มี

ข้อกำหนดพินัยกรรมสองข้อ ข้อหนึ่งให้ ข. ใต้รถยนต์หนึ่งคัน อีกข้อหนึ่งให้ ข. ใต้บ้านหนึ่งหลัง รถยนต์กับบ้านเป็นวัตถุแห่งข้อกำหนดพินัยกรรมแต่ละข้อ ถ้า ข. ตายก่อนผู้ทำพินัยกรรม ข้อกำหนดพินัยกรรมทั้งสองข้อก็ตกไปตามมาตรา 1698 (1) หรือถ้าไฟไหม้บ้านที่ยกให้ตามพินัยกรรมเสียหายหมดทั้งหลังโดยผู้ทำพินัยกรรมมิได้ตั้งใจ ข้อกำหนดพินัยกรรมยกบ้านให้ ข. ก็ตกไปตามมาตรา 1698 (4) แต่ข้อกำหนดพินัยกรรมยกรถยนต์ให้ยังคงมีผลอยู่ ไม่ถูกกระทบกระเทือน

ทำนองเดียวกัน ข้อกำหนดพินัยกรรมอาจแยกเป็นข้อ ๆ ตามรายชื่อผู้รับพินัยกรรมก็ได้ เช่น พินัยกรรมยกที่ดินแปลงหนึ่งให้ ข. กับ ค. คนละครึ่งก็แยกได้เป็นข้อกำหนดพินัยกรรมสองข้อคือ ยกที่ดินแปลงนั้นให้ ข. ครึ่งหนึ่งกับยกที่ดินแปลงเดียวกันให้ ค. ครึ่งหนึ่ง ถ้าผู้ทำพินัยกรรมโอนที่ดินอันเป็นวัตถุแห่งพินัยกรรมนั้นทั้งแปลงไปด้วยความตั้งใจ ก็เป็นการเพิกถอนข้อกำหนดพินัยกรรมทั้งสองข้อตามมาตรา 1696 หรือถ้า ข. ตายไปเสียก่อนผู้ทำพินัยกรรม ข้อกำหนดพินัยกรรมยกที่ดินครึ่งหนึ่งให้ ข. ก็ตกไปตามมาตรา 1698 (1) แต่ข้อกำหนดพินัยกรรมยกที่ดินแปลงเดียวกันอีกครึ่งหนึ่งให้ ค. ยังมีผลอยู่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1651 ได้แยกประเภทของผู้รับพินัยกรรมตามลักษณะแห่งสิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินตามพินัยกรรม ออกเป็นสองประเภทคือผู้รับพินัยกรรมลักษณะทั่วไปประเภทหนึ่งกับผู้รับพินัยกรรมเฉพาะอีกประเภทหนึ่งในกรณีที่มีข้อสงสัยว่าจะเป็นผู้รับพินัยกรรมประเภทใดวรรคท้ายแห่งมาตราเดียวกันนี้ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้รับพินัยกรรมเฉพาะ

ผู้รับพินัยกรรมลักษณะทั่วไป คือผู้รับพินัยกรรมที่มีสิทธิจะได้รับทรัพย์สินมรดกทั้งหมดของเจ้ามรดก หรือมีสิทธิได้รับตามเศษส่วน หรือตามส่วนที่เหลือแห่งทรัพย์สินมรดก ซึ่งมีได้แยกไว้ต่างหากเป็นพิเศษจากกองมรดก

คำว่า มรดกทั้งหมดในมาตรา 1651 (1) นั้น หมายถึงทรัพย์สินทุกสิ่งทุกอย่างที่ผู้ทำพินัยกรรมมีอยู่ในเวลาที่ถึงแก่ความตาย พินัยกรรมที่ยกทรัพย์สินมรดกทั้งหมดให้จึงต้องมีความหมายที่แปลได้ตามที่ว่านี้ เช่นพินัยกรรมมีความว่า เมื่อข้าพเจ้าตายแล้ว ทรัพย์สินมรดกทั้งหมดของข้าพเจ้าขอยกให้นายแดง รักดี แต่ผู้เดียว ดังนั้นนายแดงย่อมเป็นผู้รับพินัยกรรมลักษณะทั่วไป

ส่วนพินัยกรรมที่ระบุยกทรัพย์สินให้เป็นอย่าง ๆ แม้ชื่อในขณะทำพินัย

กรรมว่า ทรัพย์สินของเขาจะมีอยู่แต่เพียงเท่านั้นจนกระทั่งตาย ก็ถือไม่ได้ว่า เป็นการยกทรัพย์มรดกทั้งหมดให้

ที่ว่า ได้รับตามส่วนที่เหลือซึ่งมิได้แยกไว้ต่างหากเป็นพิเศษจากกองมรดกนั้น หมายถึงกรณีที่มีการแยกทรัพย์สินส่วนหนึ่งออกไปไว้เป็นพิเศษต่างหากจากกองมรดก และผู้รับพินัยกรรมที่ได้รับส่วนที่เหลือจากส่วนที่แยกออกไปนั้น เป็นผู้รับพินัยกรรมลักษณะทั่วไป ทรัพย์สินที่แยกออกไปเป็นพิเศษนั้นตามสภาพต้องระบุว่าเป็นอะไร จำนวนเท่าใด ซึ่งต้องเป็นส่วนที่แน่นอนอันจะต้องตกได้แก่ผู้รับพินัยกรรมในเมื่อผู้ทำพินัยกรรมตาย ต่างกับส่วนที่เหลือซึ่งในขณะที่ทำพินัยกรรมไม่อาจรู้ได้แน่นอนว่า เมื่อผู้ทำพินัยกรรมตายอะไรจะตกได้แก่ผู้รับพินัยกรรมบ้าง เป็นจำนวนเท่าใด

ส่วนคำว่า ตามเศษส่วน นั้นหมายความถึงเศษส่วนของมรดกทั้งหมด หรือ เศษส่วนของทรัพย์สินที่เหลือจากที่ได้แยกไว้ต่างหากเป็นพิเศษจากกองมรดกก็ได้ เช่น พินัยกรรมมีใจความยกทรัพย์มรดกทั้งหมดให้นายดำกับนายขาว โดยให้นายดำได้สองส่วน นายขาวได้หนึ่งส่วน หรือที่ดินโฉนดเลขที่ 500 แขวงลาดยาว เขตบางเขน กรุงเทพมหานคร ยกให้แก่ นายแดง ทรัพย์มรดกที่เหลือนอกจากนั้นให้แบ่งระหว่างนายดำกับนายขาวคนละส่วนเท่า ๆ กัน ดังนี้ นายดำกับนายขาวเป็นผู้รับพินัยกรรมลักษณะทั่วไป

แต่ถ้าเศษส่วนหรือส่วนที่เหลือซึ่งผู้รับพินัยกรรมได้รับ เป็นเศษส่วนหรือส่วนที่เหลือของทรัพย์สินที่ได้แยกไว้ต่างหากเป็นพิเศษจากกองมรดก ผู้ได้รับหาใช่เป็นผู้รับพินัยกรรมลักษณะทั่วไปไม่ เช่น ตามตัวอย่างข้างต้น ที่ดินโฉนดเลขที่ 500 เป็นทรัพย์สินที่แยกไว้ต่างหากเป็นพิเศษจากกองมรดก ถ้าพินัยกรรมระบุยกที่ดินนั้นให้นายแดงเพียงหนึ่งไร่ ส่วนที่เหลือของที่ดินแปลงนั้นทั้งหมดให้แก่ นายดำแต่ผู้เดียว หรือให้แบ่งกันระหว่างนายดำกับนายขาวคนละครึ่ง ดังนี้ แดง ดำและขาวมิใช่ผู้รับพินัยกรรมลักษณะทั่วไป แต่เป็นผู้รับพินัยกรรมลักษณะเฉพาะ ซึ่งจะได้อภิบาลในลำดับต่อไป

พินัยกรรมอาจจะระบุยกทรัพย์สินให้เป็นประเภท เช่นระบุว่าทรัพย์มรดกที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมดยกให้ ก. ดังนี้แม้จะดูเหมือนว่าเป็นการแยกอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมดออกเป็นพิเศษจากกองมรดก แต่ความจริงหาได้เป็นเช่นนั้นไม่

เพราะการแยกออกไว้เป็นพิเศษตามมาตรา 1651 นั้น ททรัพย์สินที่แยกไว้เจ้ามรดก ต้องมีอยู่แล้วในเวลาทำพินัยกรรมและต้องรู้ได้แน่นอนในเวลานั้นว่าทรัพย์สินดังกล่าว คือสิ่งไหน ถ้าทรัพย์สินนั้นสูญหายไปเสียก่อนผู้ทำพินัยกรรมตาย ข้อกำหนดพินัยกรรม เกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นอาจสิ้นผล (มาตรา 1696, 1698(4)) แต่พินัยกรรมยกทรัพย์ มรดกให้เป็นประเภทดังกล่าวไม่อาจรู้ได้แน่นอนว่าทรัพย์สินที่ยกให้คือสิ่งไหน และไม่ได้มีความหมายถึงเฉพาะทรัพย์สินที่ผู้ทำพินัยกรรมมีอยู่ในเวลาทำพินัยกรรม แต่หมายถึงทรัพย์ประเภทเดียวกันทั้งหมดที่ผู้ทำพินัยกรรมมีอยู่ในเวลาตาย จึงรวมถึงทรัพย์สิน ที่ผู้ทำพินัยกรรมได้มาหลังจากทำพินัยกรรมแล้วด้วย หากทรัพย์สินสิ่งใดในประเภท ที่ระบุยกให้สูญหายไปก็ถือไม่ได้ตามมาตรา 1698(4) ว่าข้อกำหนดพินัยกรรมเกี่ยวกับ ทรัพย์สินนั้นสิ้นผล หากต่อมาผู้ทำพินัยกรรมได้ทรัพย์สินนั้นกลับคืน หรือได้มาซึ่งทรัพย์ สินอื่นในประเภทที่ยกให้ตามพินัยกรรม ทรัพย์สินที่ได้มาใหม่ย่อมตกให้แก่ผู้รับพินัยกรรม เมื่อผู้ทำพินัยกรรมตายด้วย ข้อกำหนดพินัยกรรมที่ยกทรัพย์สินให้โดยระบุประเภททรัพย์ เช่นนี้ มีความหมายทำนองเดียวกันกับพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้ทั้งหมดหรือโดยส่วนคง ต่างกันแต่ว่าทั้งหมดหรือโดยส่วนของทรัพย์สินโดยไม่เลือกประเภท หรือทั้งหมด หรือ โดยส่วนของทรัพย์สินบางประเภทเท่านั้น พินัยกรรมที่ว่าเป็นพินัยกรรมลักษณะทั่วไป เหตุผลที่อาจยกขึ้นมาสนับสนุนความข้อนี้ได้ก็มีอยู่ในมาตรา 1740 (5) ที่ว่า อสังหาริมทรัพย์ซึ่งเจ้ามรดกทำพินัยกรรมให้โดยลักษณะทั่วไปดังบัญญัติไว้ใน มาตรา 1651

ผู้รับพินัยกรรมลักษณะเฉพาะ คือ ผู้รับพินัยกรรมที่มีสิทธิจะได้รับทรัพย์ เฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างซึ่งเจาะจงไว้โดยเฉพาะ หรือแยกไว้ต่างหากเป็นพิเศษจาก กองมรดก

ที่ว่า ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างนั้น หมายถึงทรัพย์สินที่มีลักษณะเฉพาะ ตัวของมันเอง ไม่อาจใช้ทรัพย์สินอื่นแทนได้ ทรัพย์สินดังกล่าวผู้กระทำพินัยกรรมจะ ต้องระบุโดยชัดแจ้งในพินัยกรรมพอที่จะทราบได้แน่นอนว่าหมายถึงทรัพย์สิ่งไหน มิฉะนั้นข้อกำหนดพินัยกรรมอาจเป็นโมฆะได้ (มาตรา 1706 (3)) ข้อความที่ว่า " ซึ่งเจาะจงไว้โดยเฉพาะ " นั้นขยายความคำว่าทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่าง แต่เมื่อทรัพย์เฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างหมายถึงทรัพย์สินที่ระบุชัดแจ้งแน่นอนว่าเป็นสิ่ง ใดแล้ว ก็ย่อมมีความหมายเป็นการเจาะจงไว้โดยเฉพาะไปในตัว คำว่าซึ่งเจาะ

จงไว้โดยเฉพาะในมาตรา 1651(2) จึงกล่าวไว้เพื่อให้ชัดเจนมากขึ้นเท่านั้นเอง

คำว่า "แยกไว้ต่างหากเป็นพิเศษจากกองมรดก" ก็เป็นคำขยายความคำว่าทรัพย์เฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างเช่นเดียวกัน ที่ว่าแยกไว้ต่างหากจากกองมรดกก็เป็นแต่เพียงความหมายโดยถ้อยคำ หากจำเป็นจะต้องมีการแยกเอาตัวทรัพย์ออกมาแต่ประการใดไม่ เมื่อพินัยกรรมยกทรัพย์เฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างให้เป็นพินัยกรรมลักษณะเฉพาะอยู่แล้ว การนำเอาข้อความดังกล่าวมาประกอบ ก็ไม่น่าจะทำให้มีความหมายเพิ่มขึ้นเป็นพิเศษแต่อย่างใด ถ้อยคำดังกล่าวจะมีความหมายก็ต่อทรัพย์สินที่แยกไว้ต่างหากนั้นเป็นทรัพย์สินอื่น ซึ่งไม่ใช่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่าง เช่น พินัยกรรมระบุยกทรัพย์มรดกให้ เชี่ยวเป็นจำนวนเงินหนึ่งล้านบาท แม้ทรัพย์สินที่ยกให้ดังกล่าว ไม่ใช่ทรัพย์เฉพาะสิ่งเฉพาะอย่าง แต่เป็นการระบุแยกเอามรดกเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนออกมาต่างหากเป็นพิเศษจากกองมรดก ไม่ใช่ให้ได้เป็นเศษส่วนเหมือนอย่างพินัยกรรมลักษณะทั่วไป ซึ่งความมากน้อยของทรัพย์มรดกที่จะได้รับไม่แน่นอนแล้วแต่ความมากหรือน้อยของทรัพย์สินในกองมรดก พินัยกรรมดังกล่าว จึงเป็นพินัยกรรมลักษณะเฉพาะตามความหมายใน มาตรา 1651 (2) หรือถ้าหากจะถือว่าเป็นกรณีที่ควรสงสัยว่าพินัยกรรมดังกล่าวจะเป็นพินัยกรรมประเภทใดในระหว่าง 2 ประเภทนี้ ก็ต้องถือว่าเป็นพินัยกรรมลักษณะเฉพาะตามวรรคท้ายแห่งมาตรา 1651 ข้อกำหนดพินัยกรรมที่ว่านี้เมื่อเจ้ามรดกตาย หากมรดกไม่มีเงินสดก็ต้องจำหน่ายทรัพย์สินในกองมรดกเอาเงินแบ่งให้ผู้รับพินัยกรรมเสียก่อน หากยังมีเงินเหลือ ผู้รับพินัยกรรมลักษณะทั่วไปก็ทายาทโดยธรรมจึงจะได้รับ (มาตรา 1743)

บุคคลคนเดียวอาจเป็นผู้รับพินัยกรรมทั้งสองลักษณะในเวลาเดียวกันก็ได้ เช่น เจ้ามรดกทำพินัยกรรมยกที่ดินแปลงหนึ่งให้ เชี่ยวโดยระบุเลขโฉนดและที่ตั้งของที่ดิน มรดกที่เหลือนอกจากนั้นให้ เชี่ยวและแดงคนละครึ่ง ดังนี้ เชี่ยวเป็นผู้รับพินัยกรรมทั้งสองลักษณะ ส่วนแดงเป็นผู้รับพินัยกรรมลักษณะทั่วไป

ควรสังเกตว่าผู้รับพินัยกรรมที่ได้รับมรดกโดยเศษส่วนนั้น ถ้าเป็นเศษส่วนในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่าง ก็เป็นผู้รับพินัยกรรมลักษณะเฉพาะ แต่ถ้าได้รับเป็นเศษส่วนของทรัพย์สินทั้งหมดหรือของส่วนที่เหลือจากที่ได้แยกไว้ต่างหากเป็นพิเศษจากกองมรดก ก็เป็นผู้รับพินัยกรรมลักษณะทั่วไป¹²



¹² เปรียบ หุตางกูร, แหล่งเดิม. หน้า 108-110

สิทธิการรับมรดกของคู่สมรส

3.1 สถานะของคู่สมรสตามกฎหมาย

ผลจากการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวย้ายจากเลิกกฎหมายลักษณะผัวเมีย โดยได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ในปี 2478 และต่อมาก็ได้มีการแก้ไขบรรพ 5 ในปี 2519 และในปี 2533 ตามลำดับ ดังนั้น ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสถานะของคู่สมรสตามกฎหมาย จึงควรแบ่งออกเป็น 3 ยุคสมัยตามวิวัฒนาการของกฎหมายดังนี้

ก. กฎหมายลักษณะผัวเมีย

กฎหมายว่าด้วยสถานะของคู่สมรส หรือกฎหมายว่าด้วยครอบครัวที่ใช้ก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 คือกฎหมายลักษณะผัวเมียอันเป็นกฎหมายเก่าแก่ ที่บัญญัติใช้กันมาแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา¹³ จากหลักฐานในทางประวัติศาสตร์ไทย เมื่อพิจารณาจากศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงมหาราชแห่งกรุงสุโขทัยแล้ว ไม่พบว่ามีการใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับครอบครัวใช้บังคับแต่อย่างใด ที่เป็นเช่นนี้อาจจะเป็นเพราะในสมัยกรุงสุโขทัยการปกครองเป็นไปในระบบพ่อปกครองลูก ระบบครอบครัวจึงเป็นไปอย่างง่าย ๆ ไม่มีความยุ่งยากและไม่ค่อยมีความสำคัญทางสังคมเท่า

¹³ สอาด นาวิเจริญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2510, หน้า 9

ได้นัก¹⁴ กฎหมายลักษณะผิวเมื่อยเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า พระอัยการลักษณะผิวเมื่อยตราขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 1904 ในสมัยของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) แล้วใช้บังคับตลอดมา มีการแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อยและยกเลิกทั้งหมดเมื่อใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 คือ เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478¹⁵

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชได้ทรงชำระสะสางกฎหมายต่าง ๆ แล้วรวบรวมเป็นหมวดหมู่ ซึ่งนักกฎหมายส่วนมากถือว่าเป็นการประมวลถึงกับมีผู้เรียกกฎหมายตรา 3 ดวงที่ทรงชำระสะสางรวบรวมเป็นหมวดหมู่ขึ้น เมื่อปี พ.ศ. 2347 ว่า ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1¹⁶

ซึ่งพระอัยการลักษณะผิวเมื่อยก็ได้ถูกรวบรวมเข้าไว้ในประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 หรือที่เรียกว่ากฎหมายตรา 3 ดวง ด้วย¹⁷⁻¹⁸

กฎหมายลักษณะผิวเมื่อยในกฎหมายตรา 3 ดวง บัญญัติถึงสถานะของคู่สมรสไว้โดยรับรองให้ชายมีภริยาโดยชอบได้หลายคน และแบ่งชั้นภริยา

¹⁴ นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2532, หน้า 2

¹⁵ สมเด็จพระบรมวงศ์เชอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กฎหมายเล่ม 1, โรงพิมพ์สำนักนายกรัฐมนตรีย, 2513, หน้า 293

¹⁶ หลวงสุทธีวาทนฤพณี, ประวัติศาสตร์กฎหมาย, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2504, หน้า 87.

¹⁷ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 มีกฎหมายต่าง ๆ รวม 29 ลักษณะ พระอัยการลักษณะผิวเมื่อยจัดเป็นกฎหมายลำดับที่ 14

¹⁸ ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, ประวัติศาสตร์กฎหมาย, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 92

ออกเป็น 3 ชั้นคือ^{1๐}

1. หญิงอันบิดามารดาคุมมือให้เป็นเมียชายได้ชื่อว่าเป็นเมียกลางเมือง

2. ชายขอหญิงมาเลี้ยงเป็นอนุภรรยาหลันเมียหลวงลงมาได้ชื่อว่าเป็นเมียกลางนอก

3. หญิงใดมีทุกข์ยาก ชายช่วยไถ่ได้มา เห็นหมดหน้าเลี้ยงเป็นเมียได้ชื่อว่าเป็นเมียกลางทาสี

ภริยาทั้ง 3 ชั้นนี้กฎหมายมิได้จำกัดว่ารวมแล้วเป็นสามคนตั้งนั้นแต่ ละชั้นจึงอาจมีหลายคนได้ ปรากฏคำสั่งกฎหมายเก่าอาศัยเหตุสำคัญที่การยกย่องหรือรับว่าเป็นภริยาโดยเปิดเผย^{2๐}

คำว่า เมียหลวงกับเมียกลางเมือง น่าจะหมายถึงเมียใหญ่คือเมียในลำดับชั้นแรก เพราะคำว่าเมียกลางเมืองจัดเป็นคำทางราชการ ส่วนเมียหลวงเป็นคำสามัญที่ใช้เรียกกันทั่วไป ส่วนคำว่า "คุมมือให้" คือการทำพิธีแต่งงาน หรือพิธีสมรสคือบิดามารดาฝ่ายหญิง จะทำพิธีส่งตัวหญิงตามฤกษ์ทางโหราศาสตร์ โดยนำตัวไปที่ห้องหอแห่งเรือนหอ กล่าวฝากฝังแก่ชาย ให้เลี้ยงดูด้วยความกรุณาปราณี²¹

เมียกลางทาสี คือเมียของชายที่เดิมเป็นทาสนั้นเอง ประการสำคัญมิใช่ว่าหญิงใดที่ชายได้มาเป็นทาสแล้วจะจัดเป็นเมียลำดับชั้นที่ 3 ทุกคนเฉพาะแต่หญิงที่ชายได้ยกหรือรับว่าเป็นเมียเท่านั้น จึงจะได้มีสถานะเป็นเมียหรือ ภริยาตามกฎหมายเก่า สมเด็จพระบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรก

^{1๐} กฎหมายตราสามดวง, กองวรรณคดีและประวัติศาสตร์, กรมศิลปากรจัดพิมพ์ 2521, หน้า 276 - 277

^{2๐} หลวงสุทธีวาทนฤพณี, ประวัติศาสตร์กฎหมาย, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2504, หน้า 114

²¹ แหล่งเดิม หน้า 115

ฤทธิทรงบรรยายไว้ว่า " เมียกลางเมืองนั้นเป็นเมียหลวง อนุภรรยา นั้นคือที่เรียกว่าภรรยาน้อย เมียกลางทาสีฎา ทาสภรรยาที่ชายได้ช่วยทุกข์ยากมานั้น คือได้มาเป็นทาสีสารกรม ถ้าชายช่วยไถ่มา แต่หาได้ทำสารกรมเป็นทาสชายไม่ หญิงคนนั้นหาเป็นทาสภรรยาไม่"²² อย่างไรก็ตามได้ทรงอธิบายไว้ว่าเฉพาะภริยาหลวงนั้นมีได้คนเดียวคือ "การเป็นเมียหลวง จำเป็นต้องมีพิธีแต่งงานเป็นสำคัญและแม้ว่าผู้แต่งงานมากกว่า 2 คนขึ้นไป ผู้เลี้ยงคนไหนเป็นใหญ่คนนั้นเป็นเมียหลวง เมียหลวงมีได้แต่คนเดียว คล่าได้ตัวแล้วภรรยาอื่นเหมาเป็นภรรยาน้อยทั้งสิ้นจะได้มาโดยวิธีใดก็ได้"²³

อย่างไรก็ตามในกฎหมายตรา 3 ดวง ส่วนพระอัยการลักษณะมรดกบทที่ 5 และ 6 ยังได้กำหนดถึงภริยาของชายตามกฎหมายอีก 2 ประเภทคือเมียพระราชทานและเมียอันทูลขอพระราชทาน จึงอาจเป็นที่เข้าใจว่าภริยาอีก 2 ประเภทนี้อยู่นอกเหนือจาก 3 ประเภทแรกดังกล่าว แต่หลวงสุทิวาทนฤพณีให้ความเห็นไว้ว่า "การแบ่งชั้นภรรยาออกเป็น 3 ประเภทนั้น เราไม่ควรพยายามแบ่งให้มากเกินกว่ากฎหมาย ภรรยาทรงพระราชทานหรือภรรยาอันทูลขอพระราชทานจะจัดเป็นภรรยาชั้นใด จะต้องสังเกตจากพระราชประสงค์และการเลี้ยงดูของสามีประกอบกันว่าได้ยกย่องไว้ในชั้นใด ถึงอย่างไรก็ควรจะเสมอหรือใกล้เคียงชั้นที่ 1 เพราะผู้ยกให้เป็นถึงพระเจ้าแผ่นดิน"²⁴ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการจัดลำดับภริยาทรงพระราชทาน และภริยาทูลขอพระราชทานเป็นภริยาชั้นใดในสามชั้นดังกล่าวน่าจะ

²² สมเด็จพระบรมวงศ์เชอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ, กฎหมายเล่ม 1, พิมพ์เป็นอนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ พลโท อัมพร ศรีไชยยันต์, พ.ศ. 2513, หน้า 292-293

²³ สมเด็จพระบรมวงศ์เชอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ, คำบรรยายกฎหมายลักษณะผู้เมีย, พิมพ์เป็นอนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ หลวงชำนาญเนติศาสตร์, พ.ศ. 2520, หน้า 63

²⁴ หลวงสุทิวาทนฤพณี, แหล่งเดิม หน้า 115

ถูกต้อง

ดังนั้นสถานะของคู่สมรสตามกฎหมายเก่าจึงไม่ต้องมีการจดทะเบียนสมรส เพียงแต่ถือเอาพิธีการสมรสโดยมีพิธีแต่งงานกันตามประเพณีเป็นความสมบูรณ์แห่งการสมรส แต่ถ้าไม่ได้ประกอบพิธีแต่งงาน ก็ถือเอาการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาเป็นการเปิดเผยแก่คนทั่วไป

ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาได้แก่ สินเดิม และสินสมรสตั้งที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะฉ้อฉล บพที่ 72 คือ ทรัพย์สินที่มีมาก่อนสมรสเป็นสินเดิม ที่ได้มาระหว่างสมรสเป็นสินสมรส ไม่มีสินส่วนตัวตั้งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ฉบับเดิมหรือฉบับที่ได้ตรวจชำระใหม่

การขาดจากการสมรส นอกจากเพราะความตาย ศาลพิพากษาให้หย่าหรือหย่าโดยความยินยอมแล้ว ยังมีอีก 2 กรณีคือ

1. สามีบวชโดยสละภริยา ถือว่าขาดจากสามีภริยากัน ภริยาลาสามีบวชสามีอนุญาตก็ขาดจากกัน

2. โดยละทิ้งกัน ดังที่บัญญัติไว้ในบพที่ 49, 50, 51 เช่นบพที่ 49 ฝ่ายเมียทะเลาะกันแล้วชายลงเรือนไปอยู่บ้านของตนซึ่งอยู่ห่างทางเดิน 1 วัน 3 วัน 7 วัน 15 วัน 1 เดือน ขาดกันเมื่อพ้นกำหนด 1 เดือน 6 เดือน 8 เดือน 1 ปี และ 1 ปี 4 เดือน ตามลำดับ และตามบพที่ 51 ฝ่ายเมียทะเลาะกัน ชายโกรธหญิง เก็บเอาสินเดิมและทรัพย์สินของลงจากเรือนหนีหญิง แล้วเอามีดพร้าขวานฟันเสาเรือนหอหญิงเสีย ชายไปอยู่ ณ เรือนบิดามารดาวันเดี๋ยวก้ขาดกัน

การแบ่งทรัพย์สินเมื่อขาดจากการสมรสให้คืนสินเดิมของแต่ละฝ่าย ถ้าสินเดิมขาดก็เอาสินสมรสชดใช้ ถ้าไม่พอใช้ก็เอาสินเดิมของอีกฝ่ายหนึ่งมาเฉลี่ยใช้

การแบ่งสินสมรส ถ้ามีสินเดิมทั้งสองฝ่ายหรือไม่มีทั้งสองฝ่าย ชายได้สินสมรส 2 ส่วน ภริยาได้ 1 ส่วน ถ้าชายไม่มีสินเดิมหญิงมีสินเดิม ชายได้ 1 ส่วน หญิงได้ 2 ส่วน ถ้าชายมีสินเดิมหญิงไม่มีสินเดิม ชายได้

ทั้งหมด หญิงไม่ได้เลย ²⁵

สามีภริยาเป็นบุคคลคนเดียวกันในทางทรัพย์สินทางแพ่ง หากชายหญิงมีหนี้สินเกี่ยวค้างกันอยู่ก่อนเป็นสามีภริยากัน เมื่อมาเป็นสามีภริยากันแล้วสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหนี้และลูกหนี้ถือว่าตกมาเป็นของคน ๆ เดียวกัน หนี้นั้นระงับสิ้นไป ²⁶

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

ในปี พ.ศ. 2451 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าอยู่หัวได้ทรงตั้งคณะกรรมการตรวจชำระ และยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น โดยคณะกรรมการได้ศึกษาหลักกฎหมายไทยในกฎหมายตราสามดวง และคำพิพากษาศาลฎีกานำมาเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศ โดยพิจารณาคัดเลือกเอาแต่หลักกฎหมายที่ดี และเหมาะสมกับประเทศไทยนำมายกร่างขึ้นสำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 (เดิม) เกิดปัญหาในชั้นแรกว่า นโยบายในการมีภริยาจะมีได้คนเดียวตามหลักสากล หรือมีได้หลายคนตามประเพณีไทย จึงได้นำปัญหานี้เข้าปรึกษาในรัฐสภา และรัฐสภามีมติให้มีภริยาได้เพียงคนเดียว คณะกรรมการจึงได้ยกร่างบรรพ 5 ตามหลักการนี้นำเสนอรัฐสภา ²⁷ และได้ออกประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวดังตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 เป็นต้นมา

การประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครั้ว มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายลักษณะผัวเมียทั้งหมดโดยใช้กฎหมายใหม่แทน แต่พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 มีมาตรา 4 ระบุว่า บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ไม่กระทบกระเทือนถึง (1) การสมรสซึ่งได้มีอยู่ก่อนวันใช้

²⁵ กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 68

²⁶ กฎหมายลักษณะกู้หนี้ บทที่ 62

²⁷ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, พ.ศ. 2536 (พิมพ์ครั้งที่ 8), หน้า 4 - 5

ประมวลกฎหมายบรรพนี้ และทั้งความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกิดแก่การสมรส นั้น ๆ และ (2) การใช้อำนาจปกครอง ความปกครอง การอนุบาล การ รับผิดชอบบุตรธรรม ซึ่งมีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้ และสิทธิหรือหนี้ อันเกิดแก่การนั้น ๆ ซึ่งมีผลทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ไม่กระทบกระเทือนถึงการสมรสตามกฎหมายลักษณะฉัวเมีย การสมรสที่ได้ กระทำในระหว่างใช้กฎหมายลักษณะฉัวเมียจะสมบูรณ์ หรือไม่สมบูรณ์ประการ ใดย่อมเป็นไปตามกฎหมายนั้น เช่น ชายสัญชาติเดนมาร์กสมรสกับหญิงไทย ในประเทศไทยก่อนบรรพ 5 ต้องใช้กฎหมายไทยบังคับ แม้ชายจะมีภริยาอยู่ แล้วกฎหมายไทยเวลานั้นก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ และเมื่อชายและหญิงได้ทำการ สมรสกันก็ย่อมเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือพี่น้องที่ร่วมบิดาหรือ ร่วมมารดาอย่างเดียวกันทำการสมรสกันได้ เมื่อทำการสมรสกันก่อนใช้ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และผลจากการสมรสทำให้คู่สมรสเป็นสามี ภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 834/2485, 277/2488)

สำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกิดแต่การสมรสก็คงเป็นไป ตามกฎหมายลักษณะฉัวเมีย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ไม่กระทบกระเทือนถึง เช่น การแบ่งสินสมรสระหว่างสามีภริยาซึ่งสมรสกัน ก่อนปี พ.ศ. 2478 ต้องแบ่งตามกฎหมายลักษณะฉัวเมียคือ ชายได้ 2 ส่วน หญิงได้ 1 ส่วน ในด้านการเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร การเป็นผู้ปกครอง การเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งมีอยู่แล้วก่อนใช้บรรพ 5 ก็คงเป็นไปตามเดิม ตาม กฎหมายลักษณะฉัวเมีย ชายมีภริยาได้หลายคนโดยแบ่งลำดับขั้นเป็นเมียหลวง และเมียน้อย แม้ในปัจจุบันนี้ก็ยังคงถือว่าทั้งเมียหลวงและเมียน้อยเป็นภริยา ที่ชอบด้วยกฎหมายของชายนั้นทุกคนด้วย แต่อย่างไรก็ดีหากเป็นเรื่องตัดความ สัมพันธ์ในครอบครัวแล้วจะต้องบังคับตามบทบัญญัติแห่งบรรพ 5 เช่นสามีภริยา ตามกฎหมายลักษณะฉัวเมียหากจะหย่ากันจะต้องใช้เหตุหย่าตาม บรรพ 5 ปัจจุบันทั้งนี้เพราะเหตุการณ์อันเป็นสิทธิหย่าเกิดขึ้นหลังจากใช้บรรพ 5 แล้ว ต้องใช้เหตุหย่าตามบรรพ 5 จะใช้เหตุหย่าตามกฎหมายเก่าไม่ได้ นอกจากนี้ ในเรื่องความรับผิดชอบในหนี้ร่วมระหว่างสามีภริยา ก็ต้องใช้บังคับตามบทบัญญัติ บรรพ 5 ด้วย เช่น สามีภริยาตามกฎหมายลักษณะฉัวเมีย ต่อมาสามีไป

ก่อนนั้นเมื่อใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 แล้ว การที่ภริยาจะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเพียงใด ต้องวินิจฉัยไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ใช่ตามกฎหมายเก่า²⁸

ค) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ใหม่ (ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 และ พ.ศ. 2533)

ในปี พ.ศ. 2516 โดยเฉพาะอย่างยิ่งระยะเวลาภายหลังวันที่ 14 ตุลาคม 2516 ได้มีการเรียกร้องประชาธิปไตย เรียกร้องสิทธิและเสรีภาพกันอย่างขนานใหญ่ ผลแห่งการนี้ทำให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จำต้องมีบทบัญญัติในมาตรา 28 ให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และมีบทเฉพาะกาลที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันภายในเวลาไม่เกินสองปีนับแต่วันใช้รัฐธรรมนูญ รัฐบาลจึงจำเป็นต้องแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2519 จึงได้ตราออกใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 ตุลาคม 2519 เป็นต้นมา

สามีภริยาตามบรรพ 5 เก่าคือสามีภริยาที่สมรสกันตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 จนถึงวันที่ 16 ตุลาคม 2519 สถานะในครอบครัวของสามีภริยาในเรื่องการสมรส สัญญาก่อนสมรส การเป็นบิดามารดากับบุตร การเป็นผู้ปกครอง การเป็นผู้อนุบาล หรือผู้พิทักษ์และการรับบุตรบุญธรรมยังคงเป็นไปเช่นเดิม²⁹ แต่ในเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัวจะต้องเปลี่ยนมาใช้ตามบทบัญญัติบรรพ 5 ใหม่ ซึ่งแตกต่างจากเดิมในสาระสำคัญหลายประการทั้งด้านสัมพันธ์ทางส่วนตัวและสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน เช่น บรรพ 5 เก่า บัญญัติให้สามี

²⁸ แหล่งเดิม หน้า 6 - 7

²⁹ พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 มาตรา 5

เป็นหัวหน้าในคู่ครองเป็นผู้เลือกที่อยู่ และเป็นผู้จัดการในเรื่องช่วยเหลือ
อุปการะเลี้ยงดู แต่ในบรรพ 5 ใหม่มิได้บัญญัติความข้อนี้ไว้ ด้วยเหตุนี้ สามี
ภริยาตามบรรพ 5 เก่า ที่อยู่กันมานานจนปัจจุบันนี้ก็ต้องเปลี่ยนความสัมพันธ์
ในครอบครัวมาใช้ตามบรรพ 5 ใหม่ สามีมิได้เป็นหัวหน้าในคู่ครองและไม่ได้
เป็นผู้เลือกถิ่นที่อยู่แต่ผู้เดิวย่ออีกต่อไป หรือในเรื่องความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน
สิน สามีภริยาตามบรรพ 5 เก่า เคยมีทรัพย์สินอยู่ 4 ประเภท คือ สินเดิม
สินส่วนตัว สินสมรส สินบริคณห์ แต่ตามบรรพ 5 ใหม่ ทรัพย์สินระหว่างสามี
ภริยามีเพียง 2 ประเภท คือ สินส่วนตัวและสินสมรส ตามที่บัญญัติไว้ใน
มาตรา 1470 จึงต้องบังคับตามมาตรา 1470 จะนำกฎหมายเก่าที่ยกเลิก
ไปแล้วมาใช้บังคับไม่ได้

ในการเปลี่ยนระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาจาก บรรพ 5
เก่า มาใช้บรรพ 5 ใหม่ นั้น ตามบรรพ 5 เก่า ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา
แบ่งเป็น 3 ชนิด คือสินส่วนตัว สินเดิม และสินสมรส สินส่วนตัวของ บรรพ 5
เก่า นั้นคือทรัพย์สินที่เป็นเครื่องใช้ส่วนตัว ของหมั้น หรือทรัพย์สินที่มีผู้
ยกให้โดยระบุว่าให้เป็นสินส่วนตัว ส่วนสินเดิม คือทรัพย์สินที่สามีภริยาฝ่ายใด
ฝ่ายหนึ่งมีอยู่แล้วก่อนสมรส หรือได้มาในระหว่างสมรสโดยผู้ยกให้ระบุว่าให้
เป็นสินเดิม สำหรับสินสมรส คือทรัพย์สินทั้งหมดที่คู่สมรสได้มาระหว่างสมรส
ตามบรรพ 5 เก่านั้น สินเดิมและสินสมรสนั้นมารวมเรียกว่า สินบริคณห์ คือ
เป็นทรัพย์สินอันระคนปนกันระหว่างสามีภริยา โดยหลักแล้วสามีเป็นผู้จัดการ
สินบริคณห์ ซึ่งหมายความว่าสามีนั้นจัดการสินสมรสทั้งหมด จัดการสินเดิมของ
สามีทั้งหมดและจัดการสินเดิมของภริยาทั้งหมดด้วย เว้นแต่สินส่วนตัว ถ้าเป็น
สินส่วนตัวของสามี ๆ ก็จัดการเอง สินส่วนตัวของภริยา ๆ ก็จัดการเอง
เพราะฉะนั้นระบบทรัพย์สินของสามีภริยาตาม บรรพ 5 เก่ามีทั้งสินส่วนตัวและ
สินบริคณห์ (สินเดิมและสินสมรส) เมื่อมาใช้บรรพ 5 ใหม่ พ.ศ.2519 แล้ว
กฎหมายไม่ได้ยกเว้นไว้ในเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัว เพราะฉะนั้นสามี
ภริยากันตามบรรพ 5 เก่า พอใช้บังคับบรรพ 5 ใหม่แล้ว ความสัมพันธ์ใน
เรื่องทรัพย์สินต้องมาใช้บังคับตามบรรพ 5 ใหม่ คือสินเดิมถูกยกเลิกไปเพราะ
บรรพ 5 ใหม่สินเดิมไม่มีนั่นเอง ความสัมพันธ์ในครอบครัวก็ต้องเปลี่ยนมาใช้

บังคับตามบรรพ 5 ใหม่ด้วย ฉะนั้นสามีภริยากันตามบรรพ 5 เก่า แต่เมื่ออยู่กินกันมาเป็นสามีภริยากันตามบรรพ 5 ใหม่แล้ว ทรัพย์สินจะต้องแบ่งเป็น 2 ตอน ตอนที่ใช้บรรพ 5 เก่าตอนหนึ่ง และตอนที่ใช้บรรพ 5 ใหม่อีกตอนหนึ่ง จึงมีระบบทรัพย์สิน 2 ระบบซ้อนกันอยู่ในตัวเอง³⁰

ในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว เมื่อปี พ.ศ. 2519 ที่มีหลักการให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันนั้น เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวกระทำไปด้วยความเร่งรีบ เพื่อให้ทันกำหนดสองปีที่บังคับไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จึงมีบทบัญญัติ ในกฎหมายหลายมาตราที่มีความบกพร่องไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความขัดข้องและไม่สะดวกในการดำรงสถานะในครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการหมั้น การสมรส การจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การเป็นโอรสของการสมรส การหย่า การเป็นบิดามารดากับบุตร การเป็นผู้ปกครองและบุตรบุญธรรม กระทรวงยุติธรรมจึงได้เสนอให้คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวชั้น เมื่อปี พ.ศ. 2520 คณะกรรมการชุดนี้ได้พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว แล้วเสร็จและได้เสนอไปให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเมื่อปี พ.ศ. 2526 แต่เนื่องจากขณะนั้นมีการเปลี่ยนแปลงในรัฐบาลหลายครั้ง และกฎหมายฉบับนี้เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์พื้นฐานในสังคมเป็นส่วนใหญ่ คณะรัฐมนตรีและรัฐสภา จึงต้องพิจารณาเรื่องนี้อย่างละเอียดรอบคอบ จนในที่สุด พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 จึงได้ตราออกใช้บังคับในวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2533 เป็นต้นมา

ดังนั้นสามีภริยาตาม บรรพ 5 ใหม่ คือสามีภริยาที่สมรสกัน ตั้งแต่วันที่ 16 ตุลาคม 2519 จนถึงวันที่ 26 กันยายน 2533 สถานะในครอบครัวเป็น

³⁰ ประสพสุข บุญเดช, แหล่งเดิม หน้า 15 - 16

บังคับตามบรรพ 5 ใหม่ด้วย ฉะนั้นสามีภริยากันตามบรรพ 5 เก่า แต่เมื่ออยู่กินกันมาเป็นสามีภริยากันตามบรรพ 5 ใหม่แล้ว ทรัพย์สินจะต้องแบ่งเป็น 2 ตอน ตอนที่ใช้บรรพ 5 เก่าตอนหนึ่ง และตอนที่ใช้บรรพ 5 ใหม่อีกตอนหนึ่ง จึงมีระบบทรัพย์สิน 2 ระบบซ้อนกันอยู่ในตัวเอง^{๓๐}

ในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว เมื่อปี พ.ศ. 2519 ที่มีหลักการให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันนั้น เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวกระทำไปด้วยความเร่งรีบ เพื่อให้ทันกำหนดสองปีที่บังคับไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จึงมีบทบัญญัติ ในกฎหมายหลายมาตราที่มีความบกพร่องไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความขัดข้องและไม่สะดวกในการดำรงสถานะในครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการหมั้น การสมรส การจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การเป็นโอรสของการสมรส การหย่า การเป็นบิดามารดากับบุตร การเป็นผู้ปกครองและบุตรบุญธรรม กระทรวงยุติธรรมจึงได้เสนอให้คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวชั้น เมื่อปี พ.ศ. 2520 คณะกรรมการชุดนี้ได้พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว แล้วเสร็จและได้เสนอไปให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเมื่อปี พ.ศ. 2526 แต่เนื่องจากขณะนั้นมีการเปลี่ยนแปลงในรัฐบาลหลายครั้ง และกฎหมายฉบับนี้เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์พื้นฐานในสังคมเป็นส่วนใหญ่ คณะรัฐมนตรีและรัฐสภา จึงต้องพิจารณาเรื่องนี้อย่างละเอียดรอบคอบ จนในที่สุด พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 จึงได้ตราออกใช้บังคับในวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2533 เป็นต้นมา

ดังนั้นสามีภริยาตาม บรรพ 5 ใหม่ คือสามีภริยาที่สมรสกัน ตั้งแต่วันที่ 16 ตุลาคม 2519 จนถึงวันที่ 26 กันยายน 2533 สถานะในครอบครัวเป็น

^{๓๐} ประสพสุข บุญเดช, แหล่งเดิม หน้า 15 - 16

ไปตามกฎหมายปัจจุบันที่สามี่และภริยามีสิทธิเท่าเทียมกันทุกอย่าง บทบัญญัติ
 บรรพ 5 ปัจจุบันที่แก้ไขเพิ่มเติมบรรพ 5 ใหม่ไม่กระทบกระเทือนถึง
 ความสมบูรณ์ของการสมรส สัญญาก่อนสมรส การเป็นบิดามารดากับบุตร
 การเป็นผู้ปกครองและการรับบุตรบุญธรรมที่มีอยู่เดิม³¹ เป็นต้นจะเป็นบท
 บัญญัติที่เปลี่ยนแปลงใหม่ ซึ่งก็จะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ใช้บรรพ 5 ปัจจุบัน
 คือ วันที่ 27 กันยายน 2533 เป็นต้นไป สำหรับในเรื่องทรัพย์สินระ
 หว่างสามี่ภริยานั้นมีอยู่เพียง 2 ประเภทคือ **สินส่วนตัว และสินสมรส**
 ซึ่งสินส่วนตัวนั้นสามี่หรือภริยาฝ่ายที่เป็นเจ้าของมีอำนาจจัดการได้โดยลำพัง
 ส่วนสินสมรสสามี่และภริยาจัดการร่วมกัน จนถึงวันที่ 27 กันยายน 2533
 จึงจัดเปลี่ยนวิธีการจัดการสินสมรสที่ให้อำนาจสามี่หรือภริยามีอำนาจจัดการ
 สินสมรสโดยลำพังตนเอง เว้นแต่การจัดการสินสมรสที่สำคัญจึงจะต้องจัด
 การร่วมกันตามบรรพ 5 ปัจจุบัน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 บัญญัติว่า "การ
 สมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น"

มาตราดังกล่าวจัดเป็นบทบัญญัติแห่ง "แบบแห่งการสมรส"
 ซึ่งมีผลบังคับว่าชายหญิงที่ทำการสมรสกันตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478
 อันเป็นวันที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ออกใช้บังคับเป็นต้นมา
 จนกระทั่งปัจจุบันนี้จะต้องสมรสกันโดยการจดทะเบียนสมรส (registration
 of marriage) เมื่อได้จดทะเบียนกันแล้วก็เกิดผลเป็นสามี่ภริยากันตาม
 กฎหมายทันที โดยไม่ต้องมีพิธีอย่างอื่นอีก ส่วนพิธีการอื่น ๆ เช่น การหลั่ง
 น้ำพระพุทธมนต์ การกินเลี้ยง การส่งตัวเจ้าสาวต่อเจ้าบ่าวเหล่านี้เป็น
 เรื่องปฏิบัติตามประเพณีนิยม ไม่มีความสำคัญในกฎหมายแต่อย่างใด ถึง
 แม้จะมีการประกอบพิธีแต่งงานกันใหญ่โตเพียงใด และมีการส่งมอบเจ้าสาว
 ให้อยู่กันฉันสามี่ภริยากับเจ้าบ่าวแล้ว หากยังมิได้มีการจดทะเบียนสมรสกัน

³¹ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและ
 พหุศาสตร์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 มาตรา 70

ชายหญิงคู่นี้ก็ยังไม่มีความเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย ถือได้แต่เพียงว่าเป็นสัญญาจะสมรสหรือหมั้นเท่านั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 496/2483) ตรงกันข้ามหากได้จดทะเบียนสมรสกันแล้ว แม้จะไม่ได้มีพิธีแต่งงานกันตามประเพณี หรือชายหญิงยังไม่เคยอยู่กินด้วยกันเลย ชายหญิงก็มีความเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งการสมรส(form of marriage) ให้ต้องมี การจดทะเบียนสมรสก็เพื่อให้การสมรสนั้นเป็นที่รู้กันทั่วไป โดยให้มีทะเบียนสมรสที่เป็นเอกสารมหาชนอันมีผลทางกฎหมายต่อคู่สมรสต่อบุคคลภายนอกและต่อรัฐ คู่สมรสได้ประโยชน์ในแง่ที่ตนได้มีหลักฐานทางราชการเกี่ยวกับการสมรส ซึ่งสามารถนำออกแสดงต่อบุคคลภายนอกได้ ส่วนบุคคลภายนอกได้ประโยชน์ที่ได้รับรู้ถึงฐานะของการสมรส เพื่อจะได้ปฏิบัติตนได้ถูกต้องหากจำเป็นต้องติดต่อสัมพันธ์กันสำหรับรัฐก็ได้ประโยชน์ในการที่มีข้อมูลของประชาชนอย่างถูกต้อง เพื่อที่จัดเก็บภาษีและจัดบริการทางสังคมให้ได้อย่างเพียงพอ สำหรับนายทะเบียนผู้มีอำนาจหน้าที่ในการจดทะเบียนสมรส พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 และกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ กำหนดให้นายอำเภอหรือปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้ากิ่งอำเภอเป็นนายทะเบียน และถ้าการสมรสได้กระทำในต่างประเทศคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายที่มีสัญชาติไทย จะทำตามแบบที่กำหนดไว้ตามกฎหมายไทย หรือกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการสมรสนั้นก็ได้ หากคู่สมรสประสงค์จะจดทะเบียนตามกฎหมายไทยก็ให้พนักงานทูตหรือกงสุลไทยเป็นผู้รับจดทะเบียนได้ด้วย

ในการที่ชายและหญิงจะจดทะเบียนสมรสกันนั้น บุคคลทั้งสองต้องไปยื่นคำร้องต่อนายอำเภอหรือหัวหน้าเขตซึ่งเป็นนายทะเบียน เมื่อได้รับการร้องขอให้จดทะเบียนสมรสดังกล่าว นายทะเบียนต้องจดทะเบียนสมรสให้ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 มาตรา 10 จะไม่รับจดทะเบียนสมรสให้ต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ตามมาตรา 13 เฉพาะในกรณีที่ การสมรสมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448 ถึง 1454 เท่านั้น จะนำคำสั่งกระ

กระทรวงมหาดไทยที่ห้ามจดทะเบียนสมรสให้กับคนไทยกับหญิงต่างด้าว ที่ยังไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวมาใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปอย่างเช่นกฎหมายหาได้ไม่ ฉะนั้นการที่ผู้ร้องเป็นคนสัญชาติไทย ขอจดทะเบียนสมรสกับนางสาว ฮ. คนญวนอพยพและไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าว ผู้คัดค้านซึ่งเป็นนายทะเบียนครอบครัวต้องรับจดทะเบียนให้ จะอ้างคำสั่งกระทรวงมหาดไทยไม่รับจดทะเบียนไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 580/2527) หากนายทะเบียนไม่รับจดทะเบียนสมรส ผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องต่อศาลโดยไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียม เมื่อศาลได้ส่วนได้ความว่าการสมรสเป็นไปตามเงื่อนไขแห่งกฎหมายครบถ้วน ศาลก็จะมีคำสั่งให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนได้ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 (คำพิพากษาฎีกาที่ 1832/2527) นอกจากนี้การที่นายทะเบียนเห็นว่าผู้ร้องขอจดทะเบียนสมรส มีคุณสมบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขของการสมรสตามบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว กลับยับยั้งการจดทะเบียนสมรสไว้โดยหาหรือไปยังจังหวัดก่อน ย่อมถือได้ว่าเป็นการไม่ยอมรับจดทะเบียนสมรส อันผู้มีส่วนได้เสียอาจยื่นคำร้องต่อศาลได้ และทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 19 ซึ่งบัญญัติว่า "เงื่อนไขแห่งการสมรสให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่าย" ก็หาใช่บทกฎหมายที่นายทะเบียนจะนำมาใช้ในชั้นพิจารณาคำร้องขอจดทะเบียนสมรสไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 4302/2528)

เมื่อชายและหญิงจดทะเบียนสมรสกันแล้ว ชายหญิงย่อมเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย แม้จะได้ร้างกันไปตั้ง 20-30 ปีไม่มีบุตรด้วยกัน ทรัพย์สินสมบัติแบ่งแยกกันไปเป็นสัดส่วน แต่ตราบใดที่ยังมิได้จดทะเบียนหย่าหญิงนั้นยังเป็นภริยาชายโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่นั้นเอง/หากชายอื่นไปยุ่งเกี่ยวกับชู้สาวด้วยแล้ว สามีทางทะเบียนมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากชายชู้ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 772/2492) นอกจากนี้การที่สามีภริยาตกลงหย่าและแบ่งทรัพย์สินกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้ภายหลังจะได้เสีย

กันใหม่แต่เมื่อไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ก็ไม่ถือว่าเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 935/2499) อย่างไรก็ตามการที่ชายและหญิง แม้จะอยู่กันเป็นสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส เป็นเหตุให้ไม่มีสิทธิในฐานะที่เป็นสามีภริยากันตามกฎหมายต่อกันก็ตาม แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ชายหญิงทำมาหาได้ด้วยกันนั้น ทั้งชายและหญิงมีกรรมสิทธิ์ร่วมกัน เมื่อจะเลิกร้างกันจะต้องแบ่งกันคนละครึ่ง โดยไม่คำนึงว่าฝ่ายไหนจะเป็นฝ่ายทำได้มากน้อยกว่ากันอย่างไร (คำพิพากษาฎีกาที่ 684/2508) แต่ถ้าเป็นทรัพย์สินที่ฝ่ายชายหรือหญิงทำมาหาได้โดยลำพังตนเอง ไม่ได้ทำร่วมกันก็เป็นทรัพย์สินของชายหรือหญิงนั้นโดยลำพัง อีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธิมาขอแบ่งด้วย

การที่ชายหญิงสมรสกันตามกฎหมายลักษณะผิวเมียก่อนวันที่ 1 ตุลาคม 2478 โดยมิได้จดทะเบียนสมรสกันนั้น การสมรสดังกล่าวเป็นอันสมบูรณ์ตามกฎหมายลักษณะผิวเมีย และเป็นอันสมบูรณ์ในปัจจุบันนี้ด้วย โดยไม่จำเป็นต้องมาจดทะเบียนสมรสกันใหม่อีกแต่อย่างใด³² อย่างไรก็ตามการที่หญิงต่างด้าวทำการสมรสกับคนไทยตามประเพณี ถือว่ายังไม่เป็นสามีภริยากันตามกฎหมายเพราะยังมิได้จดทะเบียนสมรส หญิงนั้นจะอาศัยสิทธิในฐานะภริยาคนสัญชาติไทยยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อได้รับสิทธิการเป็นคนสัญชาติไทย มาตรา 8 แห่ง พระราชบัญญัติสัญชาติไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 624/2530 ในด้านความเป็นบิดากับบุตรนั้น การที่ชายและหญิงทำการสมรสโดยมิได้จดทะเบียน การสมรสนั้นไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย บุตรที่เกิดมาจึงเป็นบุตรนอกสมรสของชาย เมื่อชายยังมิได้จดทะเบียนรับรองว่าเป็นบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ชายจึงมิใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตร อำนาจปกครองจึงตกอยู่กับมารดา และมารดาเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตร ชายจึงไม่มีอำนาจฟ้องผู้ที่ทำให้บุตรตาย

³² พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 มาตรา 4 (1)

(คำพิพากษาฎีกาที่ 1285/2508) นอกจากนี้ในด้านการที่ผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะ เพราะการสมรสนั้น หากการสมรสของผู้เยาว์ดังกล่าวมิได้จดทะเบียนสมรส ผู้เยาว์ก็ไม่บรรลุนิติภาวะ เช่น ผู้เยาว์อายุ 18 ปี มีภริยาแต่มิได้จดทะเบียนสมรสย่อมไม่บรรลุนิติภาวะ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1319/2512)

3.2 สิทธิการรับมรดกของคู่สมรสตามกฎหมาย

ก) กฎหมายตรา 3 ดวง

พระอัยการลักษณะมรดกในกฎหมายตราสามดวง กำหนดมรดกของผู้ตายให้แบ่งเป็น 4 ภาคคือภาคหลวงให้ตกได้เอาเข้าพระคลังหลวง 1 ส่วน ภาคบิดามารดา 1 ส่วน ภาคพี่น้องลูกหลานและญาติ 1 ส่วน และภาคภริยาอีก 1 ส่วน หากภาคหนึ่งภาคใดไม่มีตัวผู้จะมารับมรดก ก็ให้ตกเข้าพระคลังหลวงอีกเช่นกัน³³ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ให้ความเห็นว่า "มรดกภาคหลวงความจริงเป็นเรื่องดินเครื่องราชอิสริยยศ ซึ่งพระเจ้าอยู่หัวพระราชทานให้แก่ข้าราชการผู้มีบรรดาศักดิ์ เช่น เสรีวงศ์ คานหาบ เรือกันยา ฯลฯ" ³⁴

การแบ่งส่วนมรดกของสามีผู้ตายให้แก่ภริยากำหนดไว้ดังนี้ว่า ถ้าสามีผู้มีบรรดาศักดิ์ตายมีภริยาอันทรงพระกรุณาพระราชทาน ให้ได้มรดก 3 ส่วนถึง ภริยาอันสู่ขอมีชั้นหมากบิดามารดาชกให้อยู่ด้วยกันให้ได้มรดก 3 ส่วน นานาภริยาหรืออนุภริยาให้ได้มรดก 2 ส่วนถึง แต่ทั้งนี้ภริยาทุกจำพวกนั้นจะต้องได้อยู่กินกันกับสามีผู้ตายสามชบปีขึ้นไป และได้รักษาชีพลงศพด้วย จึงจะมีสิทธิรับมรดกตามส่วนดังกล่าวได้ หากภริยาผู้ใดอยู่กินต่ำกว่าสามชบปีลงมา และได้รักษาชีพลงศพด้วย ให้ลดสิทธิรับมรดกลงไปถึงหนึ่งของที่กำ

³³ กฎหมายตราสามดวง, กองวรรณคดีและประวัติศาสตร์ กรมศิลปากร, พ.ศ. 2521 หน้า 348

³⁴ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., กฎหมายสมัยอยุธยา, หอสมุดแห่งชาติ, พ.ศ. 2510, หน้า 39

หนดไว้เดิม แล้วให้อาจารย์สิ้นมรดกนั้นไปเพิ่มให้มรดกภาคอื่น หากภริยา
ผู้ใดมิได้รักษาใช้ปลงศพสามีผู้ตายเลย ห้ามมิให้ส่วนปันทรัพย์มรดกเลย ³⁵

นอกจากนี้ยังมีบทกำหนดอีกว่า หญิงชายสมรสกันและเขาตายจาก
กันให้ยกสินเดิมให้แก่ญาติพี่น้องตามมากน้อยก่อน ที่เหลือจึงให้ถือเป็นสินสมรส
อันจะแบ่งปันเป็นเป็นมรดกแก่ชายหรือหญิง³⁶ ชายหรือหญิงใดสมรสกันแล้วแต่
ยังอาศัยอยู่กินกับเรือนบิดามารดา และยังไม่เกิดบุตรด้วยกันแล้วภริยาตายลง
ให้มรดกของภริยาผู้ตายได้แก่ บิดามารดา³⁷ หากได้ทรงพระราชทานเมีย
ให้แก่ผู้ใดและต่อมาเมียพระราชทานนั้นล้มตาย หากหญิงที่ตายเป็นข้าหลวง
ให้อาจารย์สินเดิมและสินสมรสแบ่งออกเป็นภาค ๆ ยกให้แก่หลวงภาคหนึ่ง
ยกให้แก่ผู้ใดภาคหนึ่ง และยกให้แก่ญาติหญิงผู้ตายอีกภาคหนึ่ง³⁸ หญิงใดมีตัว
2, 3, 4 คนแล้วต่อมาผู้ตายมิให้แบ่งปันส่วนมรดกให้หญิงเลยเพราะเหตุเป็น
หญิงเพศสามีตัว 2, 3, 4 คน³⁹ จะเห็นได้ว่ากฎหมายเก่าได้กำหนดแยกสิน
เดิม หรือสินส่วนตัวของผู้ตายออกก่อน โดยถือเป็นมรดกส่วนที่คู่สมรสไม่มีสิทธิ
รับ จากนั้นจึงพิจารณาที่สินสมรสแยกส่วนของผู้ตาย ออกมาเป็นมรดกที่คู่สมรส
จะมีสิทธิได้รับร่วมกัน ญาติอื่น ๆ ตามแต่ที่ผู้ตายจะมีบรรดาศักดิ์อย่างใดและ
ภริยาผู้ได้รับมรดกอยู่ในฐานะเมียประเภทใด โดยถือส่วนของเมียทรงพระราช
ทาน, เมียหลวง, เมียน้อย และเมียทาส ลดหลั่นกันไป โดยคำนึงถึงระยะ
เวลาของการอยู่กินว่าเกินกว่า 3 ขวบปี หรือน้อยกว่าเป็นข้อพิจารณาด้วย
ประการสำคัญต้องได้ความว่าได้รักษาใช้ปลงศพกันด้วย มิฉะนั้นจะถูกตัดมิให้
ได้รับมรดกเลย

³⁵ กฎหมายตราสามดวง, ลักษณะมรดก, มาตรา 5

³⁶ แหล่งเดิม มาตรา 21

³⁷ แหล่งเดิม มาตรา 20

³⁸ แหล่งเดิม มาตรา 34

³⁹ แหล่งเดิม มาตรา 43

ข) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายต้องแบ่งทรัพย์สินในระหว่างคู่สมรสเสียก่อน เหมือนดังว่าคู่สมรสนั้นหย่ากันโดยความยินยอมทั้งสองฝ่าย การคิดส่วนแบ่งให้มีผลตั้งแต่วันที่การสมรสได้สิ้นไปด้วยความตาย คือฝ่ายไหนมีส่วนได้เท่าใด ต้องคิดจากจำนวนทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่มีอยู่ในวันนั้น แม้ตามความเป็นจริงในวันนั้นจะยังมีได้มีการแบ่งกันเลยก็ตาม คู่สมรสฝ่ายไหนจะได้ทรัพย์สินอะไรเท่าใดต้องอยู่ในบังคับของมาตรา 1533 ถึง 1534 (ตามมาตรา 1625(1))

เมื่อทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแยกกันแล้ว ส่วนของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายย่อมเป็นมรดกตกได้แก่ทายาทของฝ่ายนั้น คู่สมรสฝ่ายที่ยังมีชีวิตก็เป็นทายาทโดยธรรม มีสิทธิรับมรดกร่วมกับทายาทที่เป็นญาติของเจ้ามรดกด้วยตามมาตรา 1629 วรรคท้าย ถึงแม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะเป็นคู่สมรสกันมาก่อนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ใช้นับดับ และร้างกันหรือแยกกันอยู่ ถ้ามิได้หย่าขาดกันตามกฎหมาย ก็หาสิ้นสิทธิที่จะได้รับมรดกของกันและกันไม่(มาตรา1628 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 892/2482 และที่ 97/2487)

คู่สมรสของผู้ตายมีสิทธิได้รับมรดกร่วมกับทายาทที่เป็นญาติกับเจ้ามรดกทุกลำดับ ญาติที่มีสิทธิได้รับมรดกร่วมซึ่งอยู่ในลำดับต่ำลงไป คู่สมรสที่ยังมีส่วนที่จะได้รับมากขึ้น มาตรา 1635 ได้กำหนดสิทธิและส่วนแบ่งของคู่สมรสไว้ดังนี้

(1) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629 (1) ซึ่งยังมีชีวิตอยู่ หรือมีผู้รับมรดกแทนที่แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีสิทธิได้ส่วนแบ่งเหมือนหนึ่งว่าตนเป็นทายาทชั้นบุตร

ตัวอย่าง เจ้ามรดกตาย มีมรดกคิดเป็นเงิน 6,000 บาท มีภริยาหนึ่งคน บุตรหนึ่งคนกับบิดาและมารดา ทุกคนยังมีชีวิตอยู่ ภริยา บิดา มารดาและบุตรมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งในชั้นเดียวกันและมีส่วนได้เท่า ๆ กันคือคนละ 1,500 บาท

หรือถ้าหากว่าบุตรของเจ้ามรดกตายไปก่อนเจ้ามรดก แต่บุตรนั้นมีบุตรซึ่งเป็นหลานของเจ้ามรดกที่ยังมีชีวิตอยู่คนหนึ่งหรือหลายคน หลานนั้นย่อม

มีสิทธิรับมรดกแทนที่บุตรของเจ้ามรดกคงต้องแบ่งเป็นส่วนเหมือนเดิม โดย
หลานทุกคนของเจ้ามรดกได้รับร่วมกันในส่วนของบุตรของเจ้ามรดก

(2) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629 (3) และทายาทนั้นยังมีชีวิต
อยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่ หรือถ้าไม่มีทายาทตามมาตรา 1629(1) แต่มีทา
ยาทตามมาตรา 1629 (2) แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีสิทธิ
ได้รับมรดกกึ่งหนึ่ง

(3) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629 (4) หรือ (6) และทา
ยาทนั้นยังมีชีวิตอยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่ หรือมีทายาทตามมาตรา 1629 (5)
แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ มีสิทธิได้รับมรดกสองส่วนในสามส่วน

(4) ถ้าไม่มีทายาทดังที่ระบุไว้ในมาตรา 1629 คู่สมรสที่ยังมีชีวิต
อยู่นั้นมีสิทธิได้รับมรดกทั้งหมด

ถ้าเป็นสามีภริยากันมาก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ 5-6 แต่ตายจากกันภายหลังใช้ บรรพ 5-6 แล้ว ต้องแบ่งมรดกตาม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6

มาตรา 1636 ถ้าเจ้ามรดกมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนใช้
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หลายคนยังมีชีวิตอยู่ ภริยา
เหล่านั้นทั้งหมดรวมกันมีสิทธิได้รับมรดกตามลำดับชั้นและส่วนแบ่งดังระบุไว้ใน
มาตรา 1635 แต่ในระหว่างกันเองให้ภริยาน้อยแต่ละคนมีสิทธิได้รับมรดก
กึ่งส่วนที่ภริยาหลวงจะพึงได้รับ

ตามกฎหมายลักษณะฉั้วเมียก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ 5 ชายมีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายได้หลายคน ต่อมาเมื่อใช้ประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ลักษณะครบครันแล้ว ก็ไม่กระทบกระเทือน
ถึงการสมรสซึ่งได้มีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายนี้ ตามพระราชบัญญัติให้
ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477

มาตรา 4(1)แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 มาตรา 1629
บัญญัติให้คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่เป็นทายาทโดยธรรม ซึ่งหมายถึงคู่สมรสที่ชอบ
ด้วยกฎหมายเพียงคนเดียวเท่านั้น เพื่อคุ้มครองสถานะของภริยาก่อนใช้ประ
มวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 จึงได้บัญญัติมาตรา 1636 ขึ้นเพื่อใช้

บังคับเป็นบทเฉพาะกาลจนกว่าสามมี ซึ่งมีภริยาหลายคนก่อนใช้
บรรพ 5 จะหมดไป และการแบ่งมรดกต้องแบ่งตามกฎหมายในขณะที่
เจ้ามรดกตาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 413/2506 เป็นสามมีภริยากันมาก่อนใช้
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5-6 แต่ตายจากกันภายหลังใช้
บรรพ 5-6 แล้ว ต้องแบ่งมรดกตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ 6 สำหรับส่วนแบ่งระหว่างภริยาหลวงภริยาน้อยนั้น มีคำพิพากษา
ฎีกาวินิจฉัยไว้เป็นแบบอย่างคือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 821/2491 (ประชุมใหญ่) เป็นสามมี
ภริยากันก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5-6 แต่ตาย
จากกันภายหลังใช้บรรพ 5-6 แล้ว ต้องแบ่งมรดกตามประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1635-1636 กล่าวคือถ้าผู้ตายมีบุตรและภริยา
ภริยาจะก็คนที่ตามก็ได้มรดกเท่ากับบุตร 1 คน

ในระหว่างภริยาด้วยกัน เมื่อไม่ปรากฏว่าเป็นภริยาหลวง
หรือภริยาน้อยก็ได้มรดกคนละส่วนเท่ากัน(คำพิพากษาฎีกาที่1396/2518)

คำพิพากษาฎีกาที่ 665/2495 การแบ่งสินสมรสระหว่าง
สามมีภริยา เมื่อก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นั้น
ถ้าทั้งสองฝ่ายไม่มีสินเดิมด้วยกัน ก็ให้แบ่งสินสมรสเป็น 3 ส่วนชายได้
2 ส่วน หญิงได้ 1 ส่วน และในกรณีที่ชายถึงแก่กรรม ส่วนของชาย
ย่อมตกเป็นมรดกได้แก่บุตรและภริยาคนละส่วนเท่า ๆ กัน ถ้ามีภริยา
2 คน ก็คงได้รับส่วนแบ่งร่วมกันเพียงส่วนเดียว และในส่วนเดี่ยวนี้อัน
แบ่งออกเป็น 3 ส่วน ภริยาหลวงได้ 2 ส่วน ภริยาน้อยได้ 1 ส่วน

ปัญหาว่าภายหลังประกาศใช้พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ
บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่
พ.ศ. 2519 แล้ว ชายหรือหญิงที่ทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่
อันเป็นการผิดเงื่อนไขแห่งการสมรสตาม มาตรา 1452 จะมีสิทธิตาม
กฎหมายมรดก หรือไม่ เพียงใด ในปัญหาข้อนี้มีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

คือตามมาตรา 1452, 1496 บัญญัติ ให้การสมรสของชายหรือหญิงที่ทำการ
 สมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ ซึ่งเรียกว่า สมรสซ้อนนั้นเป็นโมฆะ และโมฆะ
 กรรมนั้น ตามมาตรา 172 บัญญัติให้ผู้มีส่วนได้เสียคนใดจะกล่าวอ้างก็ได้
 ทั้งโมฆะกรรมไม่อาจให้สัตยาบันได้ เหตุนี้ความเป็นโมฆะนั้นโดยทั่วไปจึงเสีย
 เปล่าไม่มีไม่มีอะไรเกิดขึ้นมาแต่เริ่มแรก แต่ความเป็นโมฆะของการสมรสที่ผิด
 เงื่อนไขนั้นมีมาตรา 1496 บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ค่าพิพากษาศาลเท่านั้นจะ
 แสดงว่าการสมรสใดเป็นโมฆะ เหตุนี้ตราบิตที่ศาลยังไม่มีค่าพิพากษาถึงที่สุด
 แสดงว่าการสมรสซ้อนเป็นโมฆะก็ต้องถือว่าการสมรสนั้น
 ยังมีผลสมบูรณ์อยู่

ค่าพิพากษาฎีกาที่ 2648/2526 ค่าพิพากษาศาลเท่านั้นจะแสดง
 ว่าการสมรสใดเป็นโมฆะ

ค่าพิพากษาฎีกาที่ 3719/2526 ผู้ตายมีภริยาอยู่แล้วเมื่อสมรส
 กับโจทก์ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1496 บัญญัติไว้ชัดว่า
 ค่าพิพากษาศาลเท่านั้นจะแสดงว่าการสมรสใดเป็นโมฆะ ดังนั้นตราบิตที่ไม่มี
 ค่าพิพากษาศาลแสดงว่าการสมรสของโจทก์เป็นโมฆะ จะถือว่าโจทก์ไม่เป็น
 ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ตายหาได้ไม่ โจทก์จึงมีสิทธิรับบำเหน็จตกทอด
 ในส่วนของภริยา

ปัญหาต่อไปมีว่า ถ้าคู่สมรสโดยการสมรสซ้อนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึง
 แก่ความตาย คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งจดทะเบียนสมรสซ้อนที่ยังมีชีวิตอยู่ มี
 สิทธิได้รับแบ่งปันมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของผู้ตายหรือไม่

มีข้อสังเกตว่า ตามกฎหมายลักษณะตัวเมียและกฎหมายลักษณะ
 มรดกก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติรับรองสิทธิของชายที่มี
 ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายหลายคน ส่วนหญิงไม่มีกฎหมายให้สิทธิมีสามีได้หลาย
 คน แต่ภายหลังใช้บรรพ 5 แล้วได้ใช้คำว่า คู่สมรส จึงอาจเป็นชายหรือหญิง
 ก็ได้ และหญิงที่จดทะเบียนสมรสกับชายหลายคนก็มีอยู่ คือ

ค่าพิพากษาฎีกาที่ 2541/2521 หญิงจดทะเบียนสมรสกับชายอื่น
 ระหว่างหญิงเป็นภริยาโจทก์เป็นโมฆะ หญิงตายขาดจากการสมรส โจทก์ก็ไม่
 แสดงว่าการจดทะเบียนซ้อนยังกระทบกระเทือนโต้แย้งสิทธิของโจทก์ในครอบ
 ครว หรือในมรดก หรือสิทธิอื่นใด โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องให้เพิกถอนการจดทะเบียน

เขียนชื่อนั้น (คดีนี้โจทก์สามี่หญิงผู้ตายมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาให้การสมรสแห่งหญิงผู้ตายกับจำเลยสามี่คนใหม่เป็นโมฆะ ภายหลังจากที่หญิงตายแล้ว โดยไม่ขอเรียกร้องบังคับตามสิทธิอื่น ๆ ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง เพราะการสมรสนั้นได้สิ้นสุดลงด้วยความตายของหญิงนั้นแล้วตามมาตรา 1501)

ปัญหาดังกล่าวข้างต้นมีความแตกต่างกันดังต่อไปนี้ ⁴⁰

ความเห็นแรกเห็นว่า คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่มีสิทธิเป็นทายาทโดยธรรมของผู้ตายตามมาตรา 1629 วรรคท้าย เพราะก่อนคู่สมรสถึงแก่ความตายนั้น ไม่มีคำพิพากษาของศาลแสดงว่าการสมรสซ้อนเป็นโมฆะตามมาตรา 1495 เมื่อคู่สมรสถึงแก่ความตายและการสมรสสิ้นสุดลงตามมาตรา 1501 คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ย่อมเป็นคู่สมรสที่สมบูรณ์ จึงมีสิทธิได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม และในกรณีมีคู่สมรสที่จดทะเบียนตามกฎหมายหลายคน คู่สมรสทุกคนรวมกันมีสิทธิได้รับมรดกเท่ากับทายาทชั้นบุตรของเจ้ามรดก ตามมาตรา 1629 วรรคท้าย, 1635 (1), และเทียบมาตรา 1636 โดยอนุโลม

คำพิพากษาฎีกาที่ 1624/2522 จำเลยที่ 1 เป็นภริยา ป. จดทะเบียนสมรสก่อนโจทก์จดทะเบียนกับ ป. ก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรพ 5 พ.ศ. 2519 บรพ 5 ใหม่ ไม่กระทบถึงความสมบูรณ์ของการสมรสเดิมของโจทก์จำเลยตามพระราชบัญญัติให้ใช้ บรพ 5 ที่ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 มาตรา 5 โจทก์จดทะเบียนสมรสโดยสุจริต คำพิพากษาที่เพิกถอนการสมรสของโจทก์ไม่เป็นผลให้โจทก์เสียสิทธิรับมรดกป. ซึ่งได้มาเพราะการสมรส (ข้อเท็จจริงได้ความว่า ป. ผู้ตายมีทรัพย์สินมรดก ๔๐๐,๐๐๐ บาท ป. มีบุตร ๓ คน มารดา ๑ คน ป. จดทะเบียนสมรสกับจำเลยที่ 1 ก่อน ต่อมาจึงได้จดทะเบียนสมรสกับโจทก์ภายหลัง ป. ตายแล้ว โจทก์มาฟ้องขอส่วนแบ่งมรดก ศาลฟังว่าโจทก์สมรสกับ ป. โดยสุจริต แบ่งมรดกให้โจทก์ 1 ใน 8 ส่วนคือแบ่งให้แก่บุตร 2 คน ของ ป. คนละส่วนตามมาตรา 1629 (1) มารดาของ ป. 1

⁴⁰ อัมพร ณ. ตะกั่วทุ่ง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, พ.ศ. 2536, หน้า 133-135

ส่วน ตามมาตรา 1629(2), 1630 วรรคสอง ส่วนมรดกอีก 1 ส่วนแบ่งให้
โจทก์และจำเลยที่ 1 ซึ่งต่างเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายคนละ 1 ใน 2 ส่วน
เทียบตามมาตรา 1636)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2332/2524 แม้ขณะเจ้ามรดกจดทะเบียนสมรส
กับโจทก์ที่ 1 เจ้ามรดกยังคงอยู่กินฉันสามีภริยากับ ว. ซึ่งเป็นภริยาชอบด้วย
กฎหมายก่อนใช้ บรรพ 5 มิได้ทิ้งร้างกันแต่ประการใดก็ตาม แต่ตามประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1488 (เดิม) บุคคลใดจะอ้างว่าการสมรสเป็น
โมฆะหรือโมฆียะไม่ได้ นอกจากศาลพิพากษาว่าเป็นเช่นนั้น เมื่อศาลยังมิได้พิพาก
ษาว่าการสมรสระหว่างเจ้ามรดกกับโจทก์ที่ 1 เป็นโมฆะการสมรสก็ยังคงสมบูรณ์
อยู่ โจทก์ที่ 1 จึงเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้ามรดก และโจทก์ที่ 2
ที่ 3 ซึ่งเป็นบุตรของโจทก์ที่ 1 กับเจ้ามรดกย่อมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของ
เจ้ามรดก

ความเห็นหลังเห็นว่าความเห็นโมฆะของการสมรสข้อนั้น ผู้มีส่วน
ได้เสียคนใดจะกล่าวอ้างก็ได้ และเป็นโมฆะเสียเปล่ามาแต่เริ่มแรกโดยไม่อาจ
ให้สัตยาบันได้ ตามมาตรา 172 โดยเหตุนี้แม้คู่สมรสที่จดทะเบียนซ้อนตายการ
สมรสสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม ถ้าผู้มีส่วนได้เสียอ้างว่าการสมรสซ้อนกระทบกระเทือน
หรือโต้แย้งสิทธิของตนก็ย่อมอาจอ้างเหตุดังกล่าวโต้แย้งสิทธิของคู่สมรสซ้อนที่ยังมี
ชีวิตอยู่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2664/2523 สามีภริยาก่อนประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์บรรพ 5 ภริยาไปบวชซึ่งไม่ได้ความว่าสามีอนุญาต ยังไม่ขาดจาก
สามีภริยา สามีได้ภริยาใหม่จดทะเบียนเมื่อใช้บรรพ 5 แล้ว ไม่เป็นการสมรส
ที่สมบูรณ์ ไม่มีสิทธิรับมรดกของสามี สามีตายมรดกตกได้แก่ภริยาเดิม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3742/2525 ด. มีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย
ก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 อยู่แล้ว เมื่อมาจดทะเบียน
สมรสกับโจทก์อีก การสมรสระหว่างโจทก์กับ ด. จึงเป็นโมฆะ ตามมาตรา
1490 และมาตรา 1445(เดิม) โจทก์จึงมิใช่ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของ
ด. ไม่มีสิทธิรับมรดกของ ด. แม้โจทก์ยังมิได้ถูกเพิกถอนการสมรสโดยคำพิ
พากษาของศาล หรือศาลพิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะ ศาลก็ยกขึ้นวินิจฉัยว่า

การสมรสเป็นโมฆะได้ เพราะจำเลยได้ต่อสู้เป็นประเด็นไว้แล้ว (ข้อเท็จจริงได้
 ความว่าก่อน ด. จดทะเบียนสมรสกับโจทก์ ด. มีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายก่อน
 ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 สองคน)

จะเห็นได้ว่าเมื่อคู่สมรสคนหลังโต้แย้งสิทธิของคู่สมรสที่จดทะเบียนกับ
 ผู้ตายก่อนตน คู่สมรสคนก่อนอาจฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิในครอบครัว หรือสิทธิใน
 มรดก หรือสิทธิอื่นได้ เช่น คู่สมรสคนหลังโต้แย้งสิทธิคู่สมรสคนก่อนในสิทธิรับบำ
 เหน็จหรือบำนาญตกทอด (คำพิพากษาฎีกาที่ 594/2506, 637/2515, 963/2519)
 แต่ถ้าจะฟ้องเพียงให้ศาลมีคำพิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะตามมาตรา 1445 (3),
 1490 (เดิม) หรือมาตรา 1452, 1496 (ใหม่) ทั้ง ๆ ที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วย
 ความตายของคู่สมรสแล้วดั่งนี้ย่อมไม่มีอำนาจฟ้อง (คำพิพากษาฎีกาที่ 908/2501,
 2541/2521)

ด้วยเหตุนี้ ทายาทโดยธรรมผู้มีส่วนได้เสียย่อมยกเหตุการณ์สมรสซ้อน
 เป็นโมฆะมาโต้แย้งสิทธิของคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสซ้อน ว่าไม่ใช่คู่สมรสตาม
 กฎหมาย ไม่มีสิทธิเป็นทายาทโดยธรรมตามมาตรา 1452, 1496 และ 1629
 วรรคสุดท้าย

แต่แม้การสมรสของคู่สมรสคนหลังจะเป็นโมฆะ และศาลอาจพิพากษา
 ว่าเป็นโมฆะได้ตามมาตรา 1494 (เดิม) ก็บัญญัติความว่า การสมรสเป็น
 โมฆะไม่เป็นผลให้ชายหรือหญิง ผู้สมรสโดยสุจริต เสื่อมสิทธิที่ได้มาเพราะการ
 สมรสนั้น และตามมาตรา 1499 (ใหม่) ก็บัญญัติว่า เหตุที่การสมรสเป็นโมฆะไม่
 เป็นผลให้ชายหรือหญิง ผู้สมรสโดยสุจริต เสื่อมสิทธิที่ได้มาเพราะการสมรสนั้น ถ้า
 ฝ่ายเดียวทำการสมรสโดยสุจริต ฝ่ายนั้นมีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้ และถ้าฝ่ายที่
 ทำการสมรสโดยสุจริตนั้นต้องยากจนลงเพราะไม่มีรายได้ออกจากทรัพย์สิน หรือ
 จากการทำงานที่เคยทำก่อนมีคำพิพากษาของศาลแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะ
 ฝ่ายนั้นมีสิทธิเรียกค่าเลี้ยงชีพได้ด้วย นอกจากนี้ยังมีสิทธิในการรับมรดกของคู่สม
 รสอีกเช่นกันเพราะเป็นสิทธิที่ได้มาเพราะการสมรส (คำพิพากษาฎีกาที่ 1924/
 2522) ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า สิทธิของคู่สมรสซ้อนที่ยังมีชีวิตอยู่มีสิทธิในมรดก
ของคู่สมรสผู้ตายได้หรือไม่ น่าจะอยู่ที่ข้อเท็จจริงว่าตนสมรส โดยสุจริต
กล่าวคือตนได้ทำการสมรสโดยไม่ทราบว่าคู่สมรสนั้นมีคู่สมรสอยู่แล้ว

(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1924/2522)

แต่ปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่แก้ไขในปี พ.ศ. 2533 มาตรา 1499 วรรคสอง ได้บัญญัติให้ชายหรือหญิงที่สมรสซ้อนแม้สุจริต ก็ไม่มีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยชอบธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ในทางปฏิบัติปัญหาดังกล่าวจึงหมดไป แต่การตราบทบัญญัติที่ไม่รองรับหลักสุจริตเช่นนี้ ย่อมควรต่อการพิจารณาอย่างยิ่ง ซึ่งผู้เขียนจะได้ไปเสนอเป็นปัญหาในบทต่อไป

ค) กฎหมายอิสลามเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกของคู่สมรสในสี่ จังหวัดภาคใต้

ในสี่จังหวัดภาคใต้ คือ จังหวัดยะลา นราธิวาส ปัตตานี และ สตูล ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม หลักศาสนาอิสลามเกี่ยวกับครอบครัวมรดกผิดแผกแตกต่างกับหลักที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาก⁴¹ เช่น สามีอาจมีภริยาได้หลายคน (polygamous marriage) การขาดจากการสมรสอาจทำได้โดยพิธีตอลละก์ (talak) ด้วย การที่สามีเปล่งวาจาตอลละก์จากภริยาโดยตรง หรือโดยปริยายต่อส่วนของร่างกายภริยา เช่น มือ หรือโลหิต 3 ตอลละก์ หรือหากสามีร่วมประเวณีกับมารดาของภริยาโดยสำคัญผิดคิดว่าเป็นภริยาของตนก็ถือว่าเป็นการตัดพะชะค มีผลทำให้สามีขาดจากการสมรสกับภริยาคคนนั้น หรือทรัพย์สินที่ห้ามยึดถือตามอิสลามบัญญัติเฉพาะสุนัข สุกกร และสุรา เมื่อเจ้ามรดกตายทรัพย์สินมรดกเหล่านี้ให้ตกเป็นของแผ่นดิน หรือข้อกำหนดพิธีกรรมที่ตัดทายาทของตนคนใดคนหนึ่งมิให้รับมรดก ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นโฆมะ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้หากจะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้บังคับ ก็อาจจะไม่สามารถถ่วงความยุติธรรมให้ดำเนินไปด้วยดีได้ สมควรผ่อนปรนให้ประชาชนที่นับถือศาสนาอิสลามใน 4 จังหวัดเหล่านี้ได้ประพฤติปฏิบัติตามหลักศาสนาของตน โดยสมบูรณ์ในปี พ.ศ. 2444 จึงได้มีการตรากฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ เจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120 กำหนดให้ใช้พระราชกำหนดกฎหมายทั้งปวงในความ

⁴¹ ประสพสุข บุญเดช, แหล่งเดิม หน้า 25-27

อาญาและความแพ่ง แต่ความแพ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับศาสนาอิสลาม เรื่องผู้เมีย
กีดกัน เรื่องมรดกก็ดี ซึ่งนับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้งโจทก์จำเลยหรือเป็นจำเลย
ให้ใช้กฎหมายอิสลามในการพิจารณาและพิพากษา และให้โตะกาลซึ่งเป็นผู้รู้
และเป็นที่น่าเชื่อถือในศาสนาอิสลามเป็นผู้พิพากษตามกฎหมายอิสลามนั้น ต่อมา
เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว
และบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478
ตามพระราชบัญญัติให้ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.
2477 มาตรา 6 และพระราชบัญญัติให้ใช้ บรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 มาตรา 4 บัญญัติว่าบทบัญญัติแห่ง บรรพ 5 ว่า
ด้วยครอบครัวและบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ไม่กระทบถึงกฎข้อบังคับสำหรับปก
ครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120 ในส่วนที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดกก็ยัง
มีผลบังคับในจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล ต่อไป คือ ใช้กฎหมาย
อิสลามบังคับคดีว่าด้วยครอบครัวและมรดกแก่บุคคลผู้นับถือศาสนาอิสลามอย่าง
เดิม^{๕๒} จนกระทั่งปี พ.ศ. 2486 จึงได้มีการแก้ไขให้ประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 ขยายไปใช้บังคับในสี่จังหวัดภาคใต้

ต่อมาเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองได้ยุติลง รัฐบาลได้เปลี่ยนนโยบาย
บายให้นำกฎหมายอิสลามกลับมาใช้ในจังหวัดทั้งสี่ใหม่อีก ในปี พ.ศ. 2489 จึง
ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี
นราธิวาส ยะลา และ สตูล พ.ศ. 2489 ออกมาใช้บังคับ ตามพระราชบัญญัตินั้น
ในมาตรา 3 และมาตรา 4 การวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องครอบครัว
และมรดกอิสลามศาสนิกของศาลชั้นต้น ในสี่จังหวัดซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้ง
โจทก์จำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีไม่ข้อพิพาท ต้องใช้กฎหมายอิสลามว่า
ด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดก ในการพิจารณาคดีให้ละโตะยุติธรรม
หนึ่งนายหนึ่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษา ละโตะยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด

^{๕๒} เด่น โต๊ะมีนา, กฎหมายอิสลาม มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528 หน้า 21

อาญาและความแพ่ง แต่ความแพ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับศาสนาอิสลาม เรื่องผิวเมีย
กัฏี เรื่องมรดกกัฏี ซึ่งนับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้งโจทก์จำเลยหรือเป็นจำเลย
ให้ใช้กฎหมายอิสลามในการพิจารณาและพิพากษา และให้โต๊ะกาลีซึ่งเป็นผู้รู้
และเป็นที่ยอมรับในศาสนาอิสลามเป็นผู้พิพากษาตามกฎหมายอิสลามนั้น ต่อมา
เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว
และบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478
ตามพระราชบัญญัติให้ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.
2477 มาตรา 6 และพระราชบัญญัติให้ใช้ บรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 มาตรา 4 บัญญัติว่าบทบัญญัติแห่ง บรรพ 5 ว่า
ด้วยครอบครัวและบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ไม่กระทบถึงกฎข้อบังคับสำหรับปก
ครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ.120 ในส่วนที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดกก็ยัง
มีผลบังคับในจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล ต่อไป คือ ใช้กฎหมาย
อิสลามบังคับคดีว่าด้วยครอบครัวและมรดกแก่บุคคลผู้นับถือศาสนาอิสลามอย่าง
เดิม^{๔๒} จนกระทั่งปี พ.ศ. 2486 จึงได้มีการแก้ไขให้ประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 ขยายไปใช้บังคับในสี่จังหวัดภาคใต้

ต่อมาเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองได้ยุติลง รัฐบาลได้เปลี่ยนนโยบาย
ปายให้นำกฎหมายอิสลามกลับมาใช้ในจังหวัดทั้งสี่ใหม่อีก ในปี พ.ศ. 2489 จึง
ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี
นราธิวาส ยะลา และ สตูล พ.ศ. 2489 ออกมาใช้บังคับ ตามพระราชบัญญัตินี้
ในมาตรา 3 และมาตรา 4 การวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวกับเรื่องครอบครัว
และมรดกอิสลามศาสนิกของศาลชั้นต้น ในสี่จังหวัดซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้ง
โจทก์จำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีไม่ข้อพิพาท ต้องใช้กฎหมายอิสลามว่า
ด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดก ในการพิจารณาคดีให้ตะโต๊ะยุติธรรม
หนึ่งนายหนึ่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษา ตะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด

^{๔๒} เด่น โต๊ะมีนา, กฎหมายอิสลาม มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528 หน้า 21

ข้อกฎหมายอิสลามและลงลายมือชื่อในคำพิพากษา ส่วนปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมายอื่นเป็นอำนาจของผู้พิพากษา คำวินิจฉัยของโต๊ะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามเป็นอันเด็ดขาด จะอุทธรณ์ฎีกาปัญหาดังกล่าวไม่ได้ ฉะนั้นในปัจจุบันนี้ เมื่อมีคดีพิพาทกันเรื่องครอบครัวหรือมรดกในศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา สตูล ระหว่างคนนับถือศาสนาอิสลามด้วยกัน หรือมีคดีไม่มีข้อพิพาทซึ่งผู้นับถือศาสนาอิสลามเป็นผู้ร้องในเรื่องครอบครัว หรือมรดกต้องใช้กฎหมายอิสลามบังคับ ไม่ใช่บังคับปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 เหมือนเช่นปกติ แต่ทั้งนี้ คู่ความทั้งหมดหรือเจ้ามรดกจะต้องเป็นคนนับถือศาสนาอิสลาม ถ้าหากคู่ความแม้แต่คนเดียวไม่ใช่คนนับถือศาสนาอิสลามหรือเจ้ามรดกไม่ใช่คนนับถือศาสนาอิสลาม ถึงแม้โจทก์จำเลยหรือผู้ร้องขอจะเป็นคนนับถือศาสนาอิสลาม ก็ใช้กฎหมายอิสลามบังคับไม่ได้ เช่น โจทก์มิใช่อิสลามศาสนิก จะบังคับคดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 มิได้⁴³ ต้องบังคับคดีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น นอกจากนี้หากเป็นคดีที่เกิดขึ้นในจังหวัดอื่นนอกจากสี่จังหวัดดังกล่าวแล้ว แม้คู่ความทุกฝ่ายจะเป็นคนนับถือศาสนาอิสลามก็ใช้กฎหมายอิสลามบังคับไม่ได้ ต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ บรรพ 6 เช่นเดียวกันตัวอย่างเช่น ชายที่นับศาสนาพุทธมีภุมิลาเนาอยู่ในจังหวัดปัตตานีจะอ้างกฎหมายอิสลาม เพื่อให้มีภรรยาเกินคนหนึ่งไม่ได้ หรือสามีภรรยาที่นับถือศาสนาอิสลามมีภุมิเนาอยู่ ณ กรุงเทพมหานคร จะหย่าขาดจากการเป็นสามีภริยากันโดยให้เหตุหย่าตามกฎหมายอิสลามไม่ได้ ต้องให้เหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หรือชายนับถือศาสนาอิสลามสมรสกับหญิงที่นับถือศาสนาคริสต์ ณ จังหวัดนราธิวาส และมีภุมิลาเนาที่จังหวัดนี้ จะหย่าขาดจากกันก็ต้องให้เหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 จะใช้

⁴³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2789 มาตรา 3

เหตุหย่าตามกฎหมายอิสลามไม่ได้ เป็นต้น

**กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกได้กำหนดหลักเกณฑ์
สำคัญของสถานะการเป็นคู่สมรสและการรับมรดกระหว่างกันได้ดังนี้⁴⁴**

การสมรสจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ประกอบพิธีสมรสถูกต้องภายใน
บังคับแห่งกฎหมายอิสลาม (มาตรา 23)

แต่ในกรณีที่ชายหญิงซึ่งเป็นสามีภริยาโดยชอบตามลัทธิศาสนา
อื่น แล้วเปลี่ยนมาเป็นอิสลามอีก ถ้าการเป็นสามีภริยากันนั้น มิต้องด้วย
ข้อห้ามตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 49 และ 51 ให้ถือว่าชายหญิงนั้นเป็นสามี
ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายนี้ เว้นแต่ชายหญิงนั้นก่อนเข้าเป็นอิสลามมิได้
ขาดจากการสมรสกันแล้ว 3 ครั้ง แม้จะมีใช้โดยพิธีต่อละก็ตาม และกลับ
คืนดีกันอีก โดยหญิงมิได้สมรสกับชายอื่นอันขัดต่อมาตรา 91(3) โดยอนุโลม
หรือฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมิได้เข้าเป็นอิสลามอีกภายในเขตอีกตาศู ถ้าสามีมีภริยา
เกิน 4 คน ภริยาจะเป็นภริยาของสามีตามหลักกฎหมายนี้ได้เพียง 4 คน
สุดแต่จะเลือกผู้ใด ถ้าสามีนั้นเป็นทาสมีภริยาได้ 2 คน (มาตรา 20)

พิธีสมรสจะประกอบได้ ต่อเมื่อ

- (1) ผู้สมรสต้องมีเพศเป็นชายฝ่ายหนึ่ง หญิงฝ่ายหนึ่ง
- (2) ชายหญิงต้องเป็นอิสลามิก เว้นแต่หญิงซึ่งสืบสกุลมาแต่บ้าน
อิสราอิล และนับถือศาสนายะหฺุดี หรือศาสนานัสรอની ตามลัทธิเดิมของ
ศาสนาทั้ง 2 นั้น

การสมรสไม่มีผลให้หญิงนั้นเป็นอิสลามิก

- (3) ชายหญิงต้องทราบโดยชัดแจ้งว่า ตนสมรสกับผู้ใด แต่มี
จำต้องรู้จักหรือเห็นตัวผู้นั้น ภายในบังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 41 และ 47
- (4) ชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน แต่หญิงมิจำเป็นต้อง
รู้เห็นในพิธีสมรสภายในบังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 41 และ 47

⁴⁴ เด่น โต๊ะมีนา, กฎหมายอิสลาม, แสงจันทร์การพิมพ์,
2532, หน้า 81-86 .

- (5) ชายหรือหญิงไม่อยู่ในระหว่างปฏิบัติพิธีหะยี
- (6) ชายหญิงมิได้เป็นญาติสืบสายโลหิตขึ้นไปหรือลงมา เว้นแต่ญาติผู้สืบสายโลหิตจากพี่น้องของบิดามารดาพี่น้องของปู่ย่า หรือพี่น้องของตายายลงมา
- (7) ชายหญิงมิได้เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดา หรือมารดา หรือผู้สืบสายโลหิตของพี่น้องนั้น ๆ ลงมา
- (8) หญิงมิเคยเป็นภริยาของผู้สืบสายโลหิตของชายโดยตรงขึ้นไป หรือโดยตรงลงมา
- (9) ชายมิได้เป็นหรือเคยเป็นสามีของผู้สืบสายโลหิตของหญิงโดยตรงลงมา
- ชายซึ่งเคยเป็นสามีของผู้สืบสายโลหิตของหญิงโดยตรงขึ้นไป จะสมรสกับหญิงนั้นได้ ต่อเมื่อมิได้เคยเสพเมถุนกับผู้สืบสายโลหิตของหญิงโดยตรงขึ้นไปนั้น หากได้เสพเมถุนแล้ว แต่การสมรสนั้นเป็นโมฆะ ถ้าก่อนเสพเมถุน
- ก. ชายมิได้ทราบถึงการเป็นโมฆะนั้น ต้องห้ามมิให้สมรสกับหญิงนั้น
- ข. ชายได้ทราบถึงการเป็นโมฆะนั้น มิต้องห้ามการสมรสกับหญิงนั้น
- (10) ชายหรือหญิงมิได้เคยเสพเมถุนนิรโทษกับผู้สืบสายโลหิตของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยตรงขึ้นไปหรือโดยตรงลงมา
- (11) หญิงมิได้เป็นภริยาของชายอื่น หรืออยู่ภายในเขตอีดาศูอัน เกิดแต่ชายอื่นภายในบังคับบทบัญญัติแห่งหมวดว่าด้วยอีดาศู
- (12) หญิงยังเป็นพรหมจารี ถ้ายังไม่บรรลุนิติภาวะ
- (13) ชายได้รับความยินยอมจาก
- ก. วาลี⁴⁵ ถ้าเป็นผู้เสมือนไร้ความสามารถ
- ข. เจ้าเงิน ถ้าเป็นทาส

⁴⁵ วาลี คือ ชายผู้ทรงสิทธิประกอบพิธีสมรสให้หญิง หรือชายในกรณี ที่ชายยังไม่บรรลุนิติภาวะหรือวิกลจริต สิทธินี้เป็นเอกสิทธิของวาลี บังคับวาลีมิได้

นอกจากนี้ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 51 91(3) 121 และ 127 ด้วย(มาตรา 49)

เมื่ออิสลามมิกผู้ใดตาย การแบ่งปันมรดกให้จำแนกออกเป็น 3 ภาค ดังต่อไปนี้

- (1) ภาคฟารูด ได้แก่ส่วนมรดกซึ่งตกให้แก่ทายาทตั้งที่ระบุไว้ในมาตรา 205
- (2) ภาคอาซาบิยะฮ์ ได้แก่ส่วนมรดกที่เหลือจากภาคฟารูด หรือส่วนมรดกในกรณีที่ไม่มีทายาทผู้มีสิทธิในภาคฟารูด ซึ่งตกให้แก่ทายาทตั้งที่ระบุไว้ในมาตรา 217
- (3) ภาคซาวิลฮารุฮัม ได้แก่ส่วนมรดกที่ไม่มีทายาทผู้มีสิทธิในภาคฟารูดและภาคอาซาบิยะฮ์ หรือส่วนมรดกที่เหลือจากภาคฟารูดและไม่มีทายาทผู้มีสิทธิในภาคอาซาบิยะฮ์ ซึ่งตกให้แก่ทายาทตั้งที่ระบุไว้ในมาตรา 222 และ 225 (มาตรา 196)

ทายาทผู้มีสิทธิในมรดกภาคฟารูดนั้นมี 10 จำพวกดังจะกล่าวต่อไปนี้

- (1) คู่สมรส
- (2) บิดามารดา
- (3) บุตรหญิง
- (4) หลาน หญิง
- (5) พี่หญิงน้องหญิงร่วมบิดามารดา
- (6) พี่หญิงน้องหญิงร่วมแต่บิดา
- (7) พี่น้องร่วมแต่มารดา
- (8) ปู่
- (9) ย่า และ
- (10) ยาย

(ตามมาตรา 205)

สามีหรือภริยาแล้วแต่กรณีมีสิทธิได้รับมรดกภาคนี้ดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ถ้าเจ้ามรดกมีบุตร หรือผู้สืบสันดานสายชาย ทายาทที่เป็น
 - ก. สามี ให้ได้รับส่วนแบ่ง 1 ใน 4
 - ข. ภริยา ให้ได้รับส่วนแบ่ง 1 ใน 8
- (2) ถ้าเจ้ามรดกไม่มีบุตร หรือผู้สืบสันดานสายชาย ทายาทที่เป็น
 - ก. สามี ให้ได้รับส่วนแบ่ง 1 ใน 2
 - ข. ภริยา ให้ได้รับส่วนแบ่ง 1 ใน 4

จากการศึกษาหลักกฎหมายอิสลาม จะเห็นได้ว่าการสมรสของสามีภริยา จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ประกอบพิธีสมรสตามที่กฎหมายอิสลามกำหนดไว้หาใช่แบบการสมรสที่ต้องจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ไม่ นอกจากนี้ยังได้กำหนดรับรองสิทธิของสามีในการมีภริยาได้มากกว่าหนึ่งคนแต่ไม่เกิน 4 คน ส่วนสิทธิการรับมรดกของคู่สมรสได้กำหนดให้สิทธิสามีได้ส่วนแบ่งมากกว่าภริยา กฎหมายอิสลามเคารพเจตจำนงดีของเจ้ามรดกผู้ตายที่จะทำพินัยกรรมให้กับบุคคลอื่นได้ แต่สิทธิในการทำพินัยกรรมอาจถูกจำกัดได้ตามกฎหมายอิสลาม เช่นข้อกำหนดพินัยกรรมที่ตัดทายาทของตนคนใดคนหนึ่งมิให้รับมรดก ข้อกำหนดพินัยกรรมนั้นเป็นโมฆะ และนอกจากนี้ ถ้าเจ้ามรดกผู้ตายทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินของตนเกินกว่าที่ กฎหมายอิสลามกำหนด จะมีผลบังคับตามกฏหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวแตกต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยสิ้นเชิง ซึ่งผู้เขียนจะได้นำหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ไปประกอบการพิจารณาในการเสนอแนะในบทต่อไป

3.3 การสมรสและสิทธิการรับมรดกของคู่สมรสตามหลักกฎหมายต่างประเทศ

1) ประเทศออสเตรเลีย (Australia)

The Marriage Act 1961 ของประเทศ Australia กำหนดเงื่อนไข การสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องมีการกระทำพิธีทางศาสนาภายใต้ความเห็นชอบ และโดยการจดทะเบียนการสมรสต่อเจ้าพนักงานของกระ

ทรวงศาสนา คู่สมรสจะต้องไม่เป็นบุคคลที่มีคู่สมรสอื่นอยู่ก่อนแล้ว ไม่เป็นญาติในวงศ์สกุลเดียวกัน ต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ หากอายุต่ำกว่าจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือได้รับอนุญาตจากศาล

ถ้าผู้ตายมีคู่สมรสและไม่มีพินัยกรรม คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่มีสิทธิได้รับมรดกทั้งหมด ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าจะต้องไม่มีทายาทอื่นใดของผู้ตาย แต่ถ้ามีทายาทไม่ว่าจะเป็นทายาทลำดับต้นคือผู้สืบสันดานหรือลำดับถัดไปก็ตาม คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่มีสิทธิในสังหาริมทรัพย์ทั้งหลายซึ่งมีมูลค่าไม่เกิน 75,000 เหรียญและอีกครึ่งหนึ่งของทรัพย์มรดกทั้งหมด หากผู้ตายทำพินัยกรรมไว้ พินัยกรรมย่อมไม่ลบล้างสิทธิของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ที่จะได้รับสังหาริมทรัพย์ทั้งหลายซึ่งมีมูลค่าไม่เกิน 75,000 เหรียญดังกล่าว ⁴⁵

2) ประเทศเบลเยียม (Belgium)

ตามประมวลแพ่งของประเทศเบลเยียม (Civil Code of Belgium) การสมรสถือเป็นสัญญาทางแพ่ง ชายหญิงจะทำการสมรสได้ต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ การประกอบพิธีสมรสทางศาสนาจะต้องมีการประกาศให้สาธารณชนทั่วไปในท้องถิ่นรับรู้ก่อนไม่น้อยกว่า 10 วัน และการสมรสจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ทำการแสดงเจตนาเข้าเป็นสามีภริยากันต่อหน้าเจ้าหน้าที่ทางศาสนาและมีพยานผู้รู้เห็นรับรองด้วย การแสดงเจตนาดังกล่าวอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการทำสัญญาทางแพ่ง จะมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือไม่ก็ได้ คู่สมรสที่ยังมีชีวิตมีสิทธิรับมรดกของผู้ตายเสมอไม่ว่าผู้ตายจะมีทายาทโดยธรรมลำดับใดก็ตาม แต่ในระหว่างทายาทโดยธรรมด้วยกัน ทายาทลำดับต้นตัดสิทธิรับมรดกของทายาทลำดับถัดไปเว้นแต่ทายาทโดยธรรมที่สืบเชื้อสายพระบรมวงศานุวงศ์ ซึ่งกฎหมายเรียกทายาทประเภทนี้ว่า Crown สิทธิการรับมรดก มีการกำหนดเป็นพิเศษตาม

⁴⁵ Arthur Robinson, Australia Law Digest,
Matindale-Hubbell, Revised For 1993, P-10

กฎหมายเกี่ยวกับพระบรมวงศานุวงศ์⁴⁶

3) ประเทศแคนาดา (Canada)

กฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขการสมรสของประเทศแคนาดา คือ The Columbia Marriage Act. คู่สมรสที่อายุต่ำกว่า 19 ปีบริบูรณ์ จะทำการสมรสได้ต้องได้รับความยินยอม การสมรสจะต้องจดทะเบียนกับ นายทะเบียนท้องถิ่น โดยจะต้องทำสัญญารับเลี้ยงดูซึ่งกันและกันด้วย นายทะเบียนจึงจะจดทะเบียนการสมรสให้ การจัดพิธีทางศาสนาและการฉลอง การสมรส จะกระทำได้หลังจากวันที่จดทะเบียนการสมรสแล้วไม่น้อยกว่า 2 วัน หากจะจัดพิธีก่อนครบกำหนด 2 วัน จะต้องมีเหตุจำเป็นและต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนก่อนด้วย และห้ามจัดพิธีและการฉลองดังกล่าว หากพ้นกำหนด 2 เดือน นับจากวันที่ได้จดทะเบียนการสมรส

กฎหมายกำหนดทายาทในการรับมรดกไว้ 5 ลำดับโดยเริ่มจากผู้สืบสันดานเป็นลำดับแรก ทายาทลำดับต้นตัดทายาทลำดับหลัง คู่สมรสมีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่ตายเสมอ ใน ปี ค.ศ. 1983 มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในการรับมรดก คือการตายหลังจากวันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ. 1983 ให้คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่มีสิทธิได้มรดกที่เป็นสังหาริมทรัพย์ซึ่งหลายอันเกี่ยวกับบ้านและเครื่องใช้สอยต่าง ๆ ที่ได้ใช้ขณะอยู่ร่วมกับคู่สมรสรวมกับทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ไม่เกิน 6,500 เหรียญ หากขณะตายมีบุตรด้วยกันคู่สมรสที่ยังมีชีวิตจะได้เพิ่มอีกครึ่งหนึ่งของจำนวนดังกล่าวก่อน มรดกส่วนที่เหลือจากนี้ให้จัดแบ่งแก่ทายาทโดยธรรมโดยคู่สมรสมีสิทธิในการรับมรดกด้วยตามส่วนที่กฎหมายกำหนด⁴⁷

4) ประเทศอังกฤษ (England)

ชายและหญิงต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์จึงจะทำการสมรสกันได้ หากอายุเกินกว่า 16 ปีแต่ไม่ถึง 18 ปีต้องได้รับความยินยอมก่อน หรือ

⁴⁶ De Bandt. Van Hecke, Belgium Law Digest, Martindale-Hubbell, Revised for 1993, P-2,3.

⁴⁷ Davis & Company, British Columbia; Canada Law Digest, Martindale-Hubbell, Revised For 1993, p-10, 11.

ต้องได้รับอนุญาตจากศาลครอบครัว

การสมรสจะชอบด้วยกฎหมายจะต้องกระทำด้วยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้

- 1) จดทะเบียนการสมรสตามปกติ
- 2) จดทะเบียนการสมรสด้วยวิธีพิเศษ (ใช้กับเชื้อพระวงศ์)
- 3) มีการลงพิมพ์ในหนังสือที่เป็นการประกาศต่อสาธารณชนแสดงว่าได้มีการสมรสกันแล้ว

4) โดยใบสำคัญของเจ้าหน้าที่ระดับสูงแสดงว่าได้มีการสมรสแล้ว คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ได้ทรัพย์สินทั้งหมดของคู่สมรสฝ่ายที่ตาย หากผู้ตายไม่มีทายาทเหลืออยู่เลย หากผู้ตายมีผู้สืบสันดานหรือผู้รับมรดกแทนที่ คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ได้สังหาริมทรัพย์ทั้งหมดและเงินสดอีกไม่เกิน 75,000 ปอนด์โดยไม่ต้องเสียภาษี หากผู้ตายไม่มีผู้สืบสันดานหรือผู้รับมรดกแทนที่ คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ได้สังหาริมทรัพย์ทั้งหมดและเงินสดอีกไม่เกิน 125,000 ปอนด์ก่อน ส่วนมรดกที่เหลือนอกจากนี้คู่สมรสมีสิทธิได้รับครึ่งหนึ่งอีกด้วย⁴⁸

5) ประเทศเยอรมัน (Republic Of Germany)

กฎหมายเยอรมันนี้เกี่ยวกับการจดทะเบียนสมรสและสิทธิการรับมรดกของคู่สมรสเป็นไปตาม The Federal Republic Of Germany Civil Code โดยคู่สมรสต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ การสมรสที่สมบูรณ์จะต้องกระทำต่อหน้านายทะเบียนและพยาน 2 คน แล้วนายทะเบียนได้จดทะเบียนการสมรสนั้นให้แล้ว คู่สมรสมีเสรีภาพในการประกอบพิธีทางศาสนาได้ตามลัทธิและความความเชื่อ แต่พิธีทางศาสนานั้นไม่มีผลทางกฎหมาย ทายาทโดยธรรมตามลำดับชั้นมี 5 ชั้น คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่จะได้รับมรดกเช่นเดียวกับผู้สืบสันดานในลำดับแรก เป็นจำนวน 1 ใน 4 ของทรัพย์สิน และได้รับมรดกครึ่งหนึ่งหากผู้ตายมีทายาทลำดับชั้นที่ 2 โดย

⁴⁸ Messrs. William Charles Crocker, England Law Digest, Martindale-Hubbell, Revised For 1993, p-10.

ไม่มีผู้สืบสันดาน (ทายาทลำดับ 2 คือ บิดามารดา) หากไม่มีทายาทลำดับ 1 หรือ 2 ให้คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ได้รับมรดกทั้งหมด โดยถือว่าคุณสมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ตัดทายาทลำดับที่ 3 - 5 เฉพาะสินสมรสที่จัดแบ่งเป็นมรดกของผู้ตายแล้ว ให้ตกได้แก่คู่สมรสที่ยังมีชีวิตแต่ผู้เดียว / เว้นแต่ไม่มีคู่สมรสอยู่ในขณะตายจึงให้รวมเข้าเป็นกองมรดกกับสินส่วนตัวของผู้ตาย คู่สมรสผู้ตายมีสิทธิทำพินัยกรรมได้แต่ต้องไม่เกินกว่าครึ่งหนึ่ง หากข้อกำหนดพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์สินมรดกมากกว่าครึ่งหนึ่งให้มีผลบังคับได้เพียงครึ่งหนึ่งเท่านั้น โดยถือว่าคุณสมรสส่วนครึ่งหนึ่งนั้นต้องตกได้แก่คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่และผู้สืบสันดาน ถือเป็นหลักการที่เรียกว่า ส่วนแบ่งทรัพย์สินมรดกที่ไม่อาจทำพินัยกรรมได้ กฎหมายเยอรมันนี้เรียกหลักนี้ว่า Legitimate Portions Compulsory Shares⁴⁰

(6) ประเทศฝรั่งเศส (France)

ชายต้องมีอายุ 18 ปี และหญิงต้องมีอายุ 15 ปีจึงจะทำการสมรสกันได้ โดยการสมรสที่สมบูรณ์ต้องกระทำต่อเจ้าพนักงาน ณ. ภูมิภาคหนึ่งของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยมีพยานรับรองด้วย 2 คน ผู้มีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้ว จะทำการสมรสซ้ำอีกไม่ได้ ผู้เป็นญาติสืบสายโลหิตกันจะทำการสมรสกันไม่ได้ บุคคลที่ได้รับโทษฐานฆ่าผู้อื่นห้ามรับมรดกไม่ว่าจะโดยฐานะใดก็ตาม กฎหมายแบ่งทายาทออกเป็น 6 ลำดับ ลำดับต้นตัดลำดับหลัง ลำดับแรกคือผู้สืบสันดาน ลำดับสองคือบิดามารดา หากผู้ตายมีทายาทลำดับแรกคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ได้รับมรดก 1 ใน 4 (หากผู้ตายไม่มีทายาทลำดับแรกแต่มีลำดับสองคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ได้ 1 ใน 2 หากผู้ตายไม่มีทายาทลำดับแรกและลำดับสองคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ได้รับมรดกทั้งหมด โดยถือว่าเป็นการตัดทายาทลำดับอื่น ๆ ไป⁵⁰

⁴⁰ Boesebeck & Partner, Germany: Law Digest. Of The Federal Republic Of Germany, Revised For 1993, P-13, 14

⁵⁰ Coudert & Brothers, France Law Digest, Martindale Hubbell, Revised For 1993, p-21.

7) ประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S.A)

มลรัฐ New York

คู่สมรสต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์จึงจะทำการสมรสกันได้ หากอายุต่ำกว่า แต่สูงกว่า 16 ปี แล้วต้องได้รับความยินยอม หากต่ำกว่า 16 ปี แล้วต้องได้รับคำสั่งจากศาล แต่ทั้งนี้ต้องไม่ต่ำกว่า 14 ปีเป็นอันขาด การสมรสต้องจดทะเบียน เมื่อได้จดทะเบียนแล้วจึงประกอบพิธีทางศาสนาได้แต่จะกระทำพิธีหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ห้ามประกอบพิธีทางศาสนา ก่อนการจดทะเบียนการสมรส พิธีฉลองการสมรสเป็นเสรีภาพที่จะกระทำได้ แต่ต้องให้พ้น 24 ชั่วโมงไปก่อนหลังจากการจดทะเบียนการสมรส

ทายาทโดยธรรมกำหนดไว้ 5 ลำดับ โดยลำดับแรกคือผู้สืบสันดาน ลำดับสองคือบิดามารดา ลำดับต้นตัดทายาทลำดับหลัง หากมีทายาทลำดับแรกอยู่ คู่สมรสที่มีชีวิตได้ทรัพย์มรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ก่อนไม่เกิน 50,000 เหรียญและอีกครึ่งหนึ่งของทรัพย์มรดกที่เหลือ ถ้าไม่มีทายาทลำดับแรก คู่สมรสที่มีชีวิตได้ทรัพย์มรดกทั้งหมด และให้ถือว่าเป็นการตัดทายาทลำดับอื่น แม้แต่ลำดับสองคือบิดามารดาก็ไม่ให้มีสิทธิรับมรดก⁵¹

มลรัฐ California

ชายหญิงจะทำการสมรสได้ต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ หากอายุต่ำกว่าต้องได้รับความยินยอมและต้องได้รับอนุญาตจากศาลอีกด้วย การสมรสสมบูรณ์ด้วยการจดทะเบียน แต่ถ้าชายหญิงซึ่งมีความสามารถจะทำการสมรสได้อยู่กันด้วยกัน เป็นสามีภริยามิไม่ได้จดทะเบียนสมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิขอให้นายทะเบียนทำการสอบสวนแล้วออกใบรับรองการเป็นคู่สมรสได้ หากมีการคัดค้านการพิสูจน์สอบสวนเช่นนั้นให้กระทำโดยศาล คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่มีสิทธิได้รับมรดกของผู้ตาย โดยหากผู้ตายมีบุตร 1 คน คู่สมรสได้ 1 ใน 2 หากมีบุตรมากกว่า 1 คนคู่สมรสได้ 1 ใน 3 หากไม่มีบุตรคู่สมรส

⁵¹ Rogers & Wells, New York Law Digest,
Revised For 1993, P.46,48

7) ประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S.A)

มลรัฐ New York

คู่สมรสต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์จึงจะทำการสมรสกันได้ หากอายุต่ำกว่า แต่สูงกว่า 16 ปี แล้วต้องได้รับความยินยอม หากต่ำกว่า 16 ปี แล้วต้องได้รับคำสั่งจากศาล แต่ทั้งนี้ต้องไม่ต่ำกว่า 14 ปีเป็นอันขาด การสมรสต้องจดทะเบียน เมื่อได้จดทะเบียนแล้วจึงประกอบพิธีทางศาสนาได้แต่จะกระทำพิธีหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ห้ามประกอบพิธีทางศาสนา ก่อนการจดทะเบียนการสมรส พิธีฉลองการสมรสเป็นเสรีภาพที่จะกระทำได้ แต่ต้องให้พ้น 24 ชั่วโมงไปก่อนหลังจากการจดทะเบียนการสมรส

ทายาทโดยธรรมกำหนดไว้ 5 ลำดับ โดยลำดับแรกคือผู้สืบสันดาน ลำดับสองคือบิดามารดา ลำดับต้นตัดทายาทลำดับหลัง หากมีทายาทลำดับแรกอยู่ คู่สมรสที่มีชีวิตได้ทรัพย์มรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ก่อนไม่เกิน 50,000 เหรียญและอีกครึ่งหนึ่งของทรัพย์มรดกที่เหลือ ถ้าไม่มีทายาทลำดับแรก คู่สมรสที่มีชีวิตได้ทรัพย์มรดกทั้งหมด และให้ถือว่าเป็นการตัดทายาทลำดับอื่น แม้แต่ลำดับสองคือบิดามารดาก็ไม่ให้มีสิทธิรับมรดก⁵¹

มลรัฐ California

ชายหญิงจะทำการสมรสได้ต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ หากอายุต่ำกว่าต้องได้รับความยินยอมและต้องได้รับอนุญาตจากศาลอีกด้วย การสมรสสมบูรณ์ด้วยการจดทะเบียน แต่ถ้าชายหญิงซึ่งมีความสามารถจะทำการสมรสได้อยู่กันด้วยกัน เป็นสามีภริยามิไม่ได้จดทะเบียนสมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิขอให้นายทะเบียนทำการสอบสวนแล้วออกใบรับรองการเป็นคู่สมรสได้ หากมีการคัดค้านการพิสูจน์สอบสวนเช่นนั้นให้กระทำโดยศาล คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่มีสิทธิได้รับมรดกของผู้ตาย โดยหากผู้ตายมีบุตร 1 คน คู่สมรสได้ 1 ใน 2 หากมีบุตรมากกว่า 1 คนคู่สมรสได้ 1 ใน 3 หากไม่มีบุตรคู่สมรส

⁵¹ Rogers & Wells, New York Law Digest,
Revised For 1993, P.46,48

ได้ทั้งหมด และถือเป็นการตัดทายาทลำดับอื่นไม่ให้มีสิทธิรับมรดกเลย^{๕๒}

(8) ประเทศเกาหลี (Republic Of Korea)

ชายและหญิงจะทำการสมรสได้เมื่ออายุ 18 และ 16 ปีบริบูรณ์ การสมรสต้องมีการจดทะเบียนการสมรสโดยลงนามของคู่สมรสทั้งสองคนต่อหน้าพยานอีก 2 คน การจดทะเบียนให้กระทำต่อหน้านายทะเบียนผู้มีหน้าที่ในท้องถิ่นซึ่งเรียกว่า Family Registrar Of Notification Of Marriage การที่ชายหญิง 2 ฝ่ายได้อยู่ร่วมกันเป็นสามีภริยามิจะไม่ได้จดทะเบียนสมรส หากบุคคลทั้งสองมีคุณสมบัติจะเป็นคู่สมรสกันได้ กฎหมายถือว่าบุคคลทั้งสองมีผลแห่งความสัมพันธ์ทางสมรสเช่นเดียวกับคู่สมรสอื่นที่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ทายาทในการรับมรดกมี 4 ลำดับ คู่สมรสไม่จัดเป็นทายาทชั้นหนึ่งชั้นใด โดยถ้ามีบุตรให้คู่สมรสที่ยังชีวิตอยู่ได้รับสัดส่วนเท่ากับบุตรแต่ละคน ถ้าไม่มีบุตรให้คู่สมรสได้รับครึ่งหนึ่งเสมอ^{๕๓}

(9) ประเทศญี่ปุ่น (Japan)

ชายหญิงจะทำการสมรสต้องมีอายุ 18 และ 16 ปีสมบูรณ์ การสมรสจะมีพิธีทางศาสนาหรือไม่ก็ได้แต่ต้องมีการจดทะเบียนการสมรสลงนามโดยคู่สมรสทั้ง 2 ฝ่ายต่อหน้าพยาน 2 คน โดยเจ้าพนักงานทะเบียนการสมรสเป็นผู้กระทำการจดทะเบียนให้ คู่สมรสจะมีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้วไม่ได้ ไม่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงในวงศ์ตระกูลเดียวกัน ไม่เป็นโรคเรื้อรังที่สังคมรังเกียจ และต้องมีเจตนาที่จะทำการสมรสกันจริง

ทายาทโดยธรรมมีสิทธิรับมรดกของผู้ตาย โดยแบ่งลำดับทายาทไว้ 3 ลำดับ ลำดับต้นตัดทายาทลำดับหลัง ผู้ตายอาจทำพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์สินมรดกได้ตามเจตนา แต่มีมรดกภาคบังคับที่ห้ามพินัยกรรมมีผลใช้บังคับคือกรณี

^{๕๒} Johnson & Bridges, California Law Digest, Revised For 1993, P-45, 52

^{๕๓} Kim & Chang, Republic Of Korea Law Digest, Martindale-Hubbell, Revised For 1993, P-9.

ผู้ตายมีทายาทชั้นบุตร พินัยกรรมที่จะจำหน่ายทรัพย์สินมรดกให้บุคคลอื่นต้องไม่เกินกว่า 1 ใน 3 ของทรัพย์สินมรดกทั้งหมด กรณีผู้ตายไม่มีทายาทชั้นบุตร พินัยกรรมที่จะจำหน่ายทรัพย์สินมรดกให้บุคคลอื่นต้องไม่เกินกว่า 1 ใน 2 ของทรัพย์สินมรดกทั้งหมด คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ไม่จัดเป็นทายาทลำดับหนึ่งลำดับใด ให้มีสิทธิรับมรดกครึ่งหนึ่งก่อนเสมอ⁵⁴, ⁵⁵

10) ประเทศฟิลิปปินส์ (Philippines)

ชายหญิงต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์จึงจะทำการสมรสได้ แต่หากอายุไม่ครบ 21 ปีบริบูรณ์ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาอีกด้วย และหากอายุครบ 21 ปี แต่ไม่ถึง 25 ปี ต้องได้รับคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่สังคมสงเคราะห์ก่อนอีกด้วย การแต่งงานตามกฎหมายมุสลิมใช้บังคับได้ในฟิลิปปินส์ การจดทะเบียนการสมรสเป็นสิ่งที่คู่สมรสต้องกระทำต่อหน้านายทะเบียนท้องถิ่น แต่หากชายหญิงอยู่กันเป็นสามีภริยากันเกินกว่า 5 ปี แม้จะไม่ได้จัดการจดทะเบียนสมรส หากปรากฏว่าบุคคลทั้งสองไม่มีคู่สมรสเดิมอยู่ และไม่ต้องด้วยข้อห้ามใด ๆ เกี่ยวกับเงื่อนไขการสมรสแล้วให้ถือว่าบุคคลทั้งสองเป็นคู่สมรสกันตามกฎหมาย⁵⁶

ทรัพย์สินมรดกของผู้ตายกฎหมายกำหนดว่าชั้นต้นให้ตกให้แก่บุตรชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม สำหรับคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้น หากผู้ตายมีบุตรและบุพการีอยู่คู่สมรสได้ครึ่งหนึ่ง หากไม่มีบุตรและบุพการีคู่สมรสได้ทั้งหมด หากไม่มีคู่สมรสญาติลำดับอื่นจึงจะมีสิทธิได้รับมรดก⁵⁷

⁵⁴ Blakemore & Mitsuki, Janpan Law Digest, Martindale-Hubbell, Revised For 1993, P-9, 10

⁵⁵ Civil Code ของ Japan ในส่วนนี้แก้ไขใหม่เริ่มใช้ตั้งแต่ 1 มกราคม ค.ศ. 1981

⁵⁶ Civil Code and Family Code Act. 3613

⁵⁷ Bito & Castillo, Philippines Republic Of Law Digest, Revised. For 1993 P. 16, 18

ปัญหาบางประการเกี่ยวกับสิทธิการรับมรดกของคู่สมรส

4.1 กรณีคู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส

จากบทก่อนผู้เขียนได้นำเสนอสิทธิในการรับมรดก ตามกฎหมาย ลักษณะตัวเมียอันปรากฏว่าคู่สมรสโดยเฉพาะภริยาของเจ้ามรดกผู้ตายทุกคน ล้อมมีสิทธิในกองมรดก แต่เมื่อเปลี่ยนมาใช้ประมวลแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 และ 6 สถานะการเป็นคู่สมรสโดยการจดทะเบียนสมรสยกนำมากำหนด เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายครอบครัวของนานาประเทศ หลักความสมบูรณ์ของการจดทะเบียนจึงปรากฏเด่นชัดใน มาตรา 1457 ว่า "การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น" ขณะเดียวกัน มาตรา 1452 ก็กำหนดเงื่อนไขการสมรสว่า ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้ การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าวย่อมเป็นโมฆะ ดังนั้นการเป็นสามีภริยาตามกฎหมายจึงเข้าสู่ระบบตัวเมียเดี่ยว ซึ่งก่อปัญหาในทางปฏิบัติอยู่บ้างเพราะเดิมกฎหมายลักษณะตัวเมียรับรองการมีภริยาได้หลายคน ดังนั้นมาตรา 1636 จึงได้บัญญัติเพื่อคลายในเรื่องสิทธิการรับมรดกว่า " ถ้าเจ้ามรดกมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หลายคนยังมีชีวิตอยู่ ภริยาเหล่านั้นทั้งหมดรวมกันมีสิทธิได้รับมรดกตามลำดับชั้นและส่วนแบ่งดังระบุไว้ในมาตรา 1635 แต่ในระหว่างกันเองก็ให้ภริยาน้อยแต่ละคนมีสิทธิได้รับมรดกถึงส่วนที่ภริยาหลวงจะพึงได้รับ " จากบทบัญญัติดังกล่าวอาจแยกพิจารณาได้ 2 กรณีคือ^{๕๘}

^{๕๘} บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ทฤษฎีโดยธรรม", สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มูลนิธิศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน, 2537, หน้า 25

1) ในเรื่องส่วนแบ่งระหว่างภริยาทั้งหลายกับญาติ ตามมาตรา 1636 นั้นจะใช้เฉพาะกรณีเจ้ามรดกมีภริยาชอบด้วยกฎหมายหลายคนตามกฎหมายลักษณะตัวเมียเก่า และภริยาเหล่านั้นยังมีชีวิตอยู่เมื่อเจ้ามรดกตายหลังใช้ บรรพ 6 แล้ว โดยกำหนดให้ภริยาทั้งหลาย รวมกันมีส่วนแบ่งเสมือนหนึ่งว่ามีภริยาคนเดียว แล้วจึงเอาส่วนแบ่งมาเฉลี่ยให้ภริยาน้อยอีกที (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 821/2491, 665/2495) กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือไม่ว่าจะมีภริยาชอบด้วยกฎหมายกี่คนก็ตามจะไม่ทำให้ส่วนแบ่งของญาติตามมาตรา 1635 เสียไป

2) ในส่วนแบ่งระหว่างภริยาทั้งหลายด้วยกันเอง หากไม่ปรากฏว่าคนใดเป็นภริยาหลวงคนใดเป็นภริยาน้อย ก็ให้ได้ส่วนแบ่งที่เท่ากันโดยจะไม่นำหลักของมาตรา 1636 มาใช้บังคับเพราะไม่ทราบว่ายกย่องใครเป็นภริยาหลวง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 218/2491 และ 1396/2518) ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่มียกกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยเช่นนี้ก็ด้วยอาจจะอาศัยหลักมาตรา 4 ประกอบมาตรา 1633 ซึ่งน่าจะเป็นธรรมแก่ภริยาทั้งหลาย^{๕๐} ส่วนในกรณีที่ปรากฏแน่ชัดว่ามีภริยาหลวงและภริยาน้อย ในภริยาน้อยแต่ละคนมีสิทธิรับมรดกถึงส่วนที่ภริยาหลวงพึงได้รับ หมายความว่าส่วนแบ่งในส่วนของผู้สมรสที่เป็นภริยาของเจ้ามรดก ย่อมต้องนำมาพิจารณาแบ่งกัน ในระหว่างภริยาเจ้ามรดกด้วยกันเองถ้ามีภริยาหลวงภริยาน้อย ให้ภริยาน้อยแต่ละคนได้รับครึ่งหนึ่งของภริยาหลวง ไม่ใช่ภริยาน้อยทุกคนรวมกันแล้วได้ครึ่งหนึ่งของภริยาหลวง

จะเห็นได้ว่ากฎหมายแพ่งของประเทศไทยในส่วนครอบครัวและมรดกเมื่อเปลี่ยนมาใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5-6 เป็นการเปลี่ยนมิติใหม่ของสถานะภาพทางครอบครัวระหว่างสามีภริยา แม้ว่า

^{๕๐} พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง
3 : ครอบครัวและมรดก, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมนิราช, 2534, หน้า 627

หลักการในระบบความสัมพันธ์ของการสมรสโดยจดทะเบียน และการเป็นสามีภริยาในลักษณะชั่วคราวเพียงอย่างเดียวจะเป็นที่ยอมรับโดยสากล แต่การเปลี่ยนแปลงสภาพการปฏิบัติตามความเป็นอยู่อันแท้จริงของพลเมืองโดยใช้วิธีเปลี่ยนแปลงกฎหมายแต่ประการเดียวผลที่ปรากฏ จึงดังที่เห็นกันอยู่คือ มีชายไทยจำนวนมากที่มีภริยาหลายคน ไม่ว่าจะโดยภริยาในจำนวนหลายคนนั้น จะยินยอมที่จะเป็นภริยาน้อยหรือไม่ก็ตาม รวมทั้งการอยู่กินเป็นสามีภริยากันโดยไม่จดทะเบียนสมรส ซึ่งกรณีดังกล่าวมานี้มีจำนวนมากหาใช่ว่าจะปรากฏเพียงระยะแรก ๆ ของการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5-6 ไม่ การแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้แม้จะล่วงเลยมาแล้ว 50 ปีแล้ว ก็หาได้เปลี่ยนแปลงพฤติกรรมหรือสภาพการปฏิบัติของพลเมืองของประเทศไทย ให้ปฏิบัติตามกฎหมายได้ครบถ้วนไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมให้ประชาชนจดทะเบียนสถานะการเป็นสามีภริยาเป็นความจำเป็นและเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งจะต้องคงไว้โดยไม่เปลี่ยนแปลง และการยึดถือระบบชั่วคราวเพียงอย่างเดียวก็เป็นสิ่งที่ควรใช้กฎหมายเป็นมาตรการส่งเสริมอีกต่อไปเช่นกัน แต่สิทธิในการรับมรดกของคู่สมรสนั้นเป็นเรื่องของหลักการเป็นทายาท อันเป็นหลักในทางนิติศาสตร์ที่ควรคำนึงถึงความเหมาะสมควรจะเป็นเช่นใด กล่าวโดยสรุปก็คือ คู่สมรสตามความเป็นจริงในกรณีที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสยังมีชีวิตอยู่นั้น ควรจะมีสิทธิรับมรดกของผู้ตายซึ่งเป็นสามีภริยาตามความเป็นจริงอยู่หรือไม่ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ตายจะมีสามีหรือภริยาอื่นอยู่อีกด้วยหรือไม่ก็ตาม

เมื่อพิจารณาตามหลักของการเป็นทายาทแล้ว แม้จะไม่มีกฎหมายมาตราใดกำหนดประเภทของทายาทโดยธรรมไว้โดยตรง แต่โดยหลักทางนิติศาสตร์แล้วตามปกติถือกันว่าทายาทโดยธรรมมี 2 ประเภทคือ^{๕๐} ทายาท

^{๕๐} บวรศักดิ์ อวรรณโณ, แหล่งเดิม. หน้า 10

โดยธรรมเนียมประเพณีและภาษาทโดยธรรมเนียมประเพณีคู่สมรส สำหรับบุคคลที่
 กฎหมายกำหนดให้เป็นทายาทในส่วนของทายาทโดยธรรมเนียมประเพณี แม้
กฎหมายจะกำหนดตัวบุคคลไม่ว่าจะเป็น ผู้สืบสันดาน บิดามารดา พี่น้อง และ
ญาติอื่น ๆ ก็ตาม บุคคลเหล่านั้นจะต้องมีสถานะโดยสมบูรณ์ตามกฎหมาย เช่น
เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้ามรดกผู้ตาย เป็นต้น แต่เมื่อพิจารณาจาก
กฎหมายทั้งระบบ จะพบว่าหลักการยึดถือสถานะโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายดัง
กล่าว มีการผ่อนคลายเป็นต้น มาตรา 1627 ที่กำหนดว่า "บุตรนอกกฎหมาย
ที่บิดาได้รับรองแล้วให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเหมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย"
 ซึ่งศาลฎีกายังได้ตีความรวมไปถึงการรับรองว่าเป็นบุตรตั้งแต่ทารกซึ่งยังอยู่
 ในครรภ์มารดาด้วยหากภายหลังได้เกิดมารอดอยู่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1469/
 2526)

แสดงว่าการเป็นทายาทโดยธรรมเนียมประเพณีนั้น กฎหมายได้รับ
รองความเป็นญาติตามความเป็นจริงแม้ว่าจะไม่มีสถานะที่สมบูรณ์ตามกฎหมาย
ของความเป็นญาติก็ตาม

แต่เมื่อพิจารณาถึงทายาทโดยธรรมเนียมประเพณีคู่สมรส กฎหมายปัจ
 จุบันกลับเคร่งครัดว่าจะต้องเป็นคู่สมรสที่มีสถานะสมบูรณ์ตามกฎหมาย ยังไม่
 ปรากฏบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องใด มาตราใด รับรองให้คู่สมรสตามความ
 เป็นจริง แต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันเป็นทายาทโดยธรรมเนียมประเพณีคู่สมรส
 อันจะมีสิทธิรับมรดกของผู้ตาย แม้แต่ศาลฎีกาก็เคยมีปัญหาต่อการชี้ขาดเพื่อ
 ให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สมรสดังเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 303/2488 วินิจ
 ฉัยว่าหญิงชายแต่งงานอยู่กินด้วยกันอย่างสามีภรรยา โดยมีได้จดทะเบียนสมรส
 ซึ่งถือว่าไม่เป็นสามีภรรยาตามกฎหมายนั้น ตามปกติย่อมแสดงและถือว่า
 เจตนาเป็นเจ้าของทรัพย์ที่ทำมาหาได้ร่วมกัน ไม่ว่าจะได้มาโดยทุนทรัพย์
 หรือแรงงานของฝ่ายใด ถือว่าต่างมีสิทธิเป็นเจ้าของคนละครึ่ง

คำพิพากษาฎีกาฉบับนี้เป็นเหมือนบรรทัดฐาน ซึ่งปรากฏว่าในคดีต่อ
 มาจนถึงปัจจุบัน หากมีข้อเท็จจริงเหมือนกันศาลฎีกาก็จะวินิจฉัยท่านองเดียว
 กัน ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่ศาลฎีกาวินิจฉัยให้คู่สมรสตามความเป็นจริงแม้
 ไม่จดทะเบียนสมรส มีสิทธิได้รับทรัพย์สินที่ทั้งสองคนได้ร่วมกันทำมาหาได้ใน

ระหว่างยังมีชีวิตอยู่ร่วมกัน หากภายหลังคู่สมรสอีกคนได้ถึงแก่ความตายไปนั้น เป็นความชอบธรรมแล้ว แต่การวินิจฉัยโดยใช้หลัก เจ้าของคนละครึ่ง ก็เป็น แต่การแบ่งทรัพย์สินให้ครึ่งหนึ่งในลักษณะการแบ่งสินสมรสให้เท่านั้น หาได้เป็น การกำหนดให้คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ได้รับมรดกของผู้ตายไม่ การที่ชายและหญิงได้ เข้าอยู่กินเป็นสามีภริยากัน ไม่ว่าจะ เป็นเวลานานเท่าใด มีบุตรด้วยกันหรือไม่ ได้ช่วยเหลืออุปถัมภ์ค้ำชู ช่วยกันทำมาหากินสร้างครอบครัว ดูแลรักษายามเจ็บ ป่วยกันอย่างไร ดูเสมือนกฎหมายจะไม่รับรู้ทั้งสิ้น หากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งตายไป คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธิรับมรดก และดูเหมือนจะง่ายเกินไปหากจะสรุปว่า เป็นเพราะการไม่นำพาต่อการจดทะเบียนสมรส จึงทำให้สิทธิการรับมรดกต้อง ถูกปฏิเสธโดยกฎหมายอย่างสิ้นเชิง

และจากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศ แม้ว่าเกือบทุกประเทศ ที่ทำการศึกษพบว่า การสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องจดทะเบียนสมรสก็ตาม แต่ก็มีบางประเทศ เช่น ประเทศฟิลิปปินส์มีบทบัญญัติทางกฎหมายผ่อนคลายเป็น สิทธิแก่คู่สมรสตามความเป็นจริงที่อยู่กินฉันสามีภริยากันเป็นเวลาเกินกว่า 5 ปี และไม่ปรากฏว่าบุคคลทั้งสองมีคู่สมรสเดิมอยู่ รวมทั้งไม่เป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไข แห่งการสมรสแล้ว ให้ถือว่าบุคคลทั้งสองเป็นคู่สมรสกันตามกฎหมาย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การเป็นทาสาทโดยธรรมประเภทคู่สมรสควร มีบทบัญญัติทางกฎหมายผ่อนคลายเป็นสิทธิแก่คู่สมรสตามความเป็นจริง เช่นเดียวกับ การเป็นทาสาทโดยธรรมประเภทญาติดังกล่าวมาแล้ว และเมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศ (ประเทศฟิลิปปินส์) แล้ว ก็มีบทบัญญัติทางกฎหมายผ่อนคลายเป็น สิทธิแก่คู่สมรสตามความเป็นจริงเช่นกัน ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอแนะต่อไป

4.2 กรณีคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสแต่การสมรสเป็นโมฆะ

เนื่องจากการสมรสที่เป็นโมฆะนั้นเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ด้วยเหตุนี้ กฎหมายเกี่ยวกับการเป็นโมฆะของการสมรสจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจาก เงื่อนไขดังกล่าวจะเป็นตัวที่กำหนด ให้บุคคลที่จะทำการสมรสจะต้องระมัด ระวังไม่ฝ่าฝืนข้อห้ามเหล่านั้น โดยที่ความเป็นโมฆะทำลายการสมรสที่มีมาก่อน

โดยสิ้นเชิง จึงต้องตีความเงื่อนไขเหล่านี้โดยเคร่งครัด จะตีการเป็นโมฆะ โดยปราศจากตัวบทไม่ได้ เพราะความเสียหายมีผลกระทบอย่างมากต่อคู่สมรสและบุตร ตลอดจนบุคคลภายนอกที่อาจจะเข้ามา มีนิติสัมพันธ์กับคู่สมรส โดยไม่ทราบมาก่อนว่า ได้มีการสมรสโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขที่อาจทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะ สำหรับข้อห้ามที่ทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะ มักจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายในทางสังคมและนโยบายของบ้านเมือง โดยถือว่าการสมรสเป็นสถาบันอย่างหนึ่งของสังคม นโยบาย 2 ประการนี้ย่อมมีความสำคัญเหนือกว่าส่วนได้เสียของเอกชน^๑ กฎหมายจึงยอมให้การสมรสนี้มีอยู่ต่อไปมิได้ นอกจากกฎหมายจะจำกัดเหตุของการสมรสที่เป็นโมฆะไว้เพียง 4 ประการแล้ว ยังได้จำกัดวิธีการที่ผู้มีส่วนได้เสียจะทำลายการสมรสดังกล่าว โดยในมาตรา 1495 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้คำพิพากษาศาลเท่านั้นที่จะแสดงว่าการสมรสใดเป็นโมฆะ จะมีข้อยกเว้นอยู่เพียงเหตุเดียว คือการสมรสซ้อนที่อาจจะกล่าวอ้างโมฆะกรรมของการสมรสเหมือนการกล่าวอ้างนิติกรรมที่เป็นโมฆะได้ เมื่อการสมรสใดตกเป็นโมฆะแล้ว กฎหมายครอบครัวยังได้จำกัดผลที่จะตกตามมาอีกด้วย กล่าวโดยสรุปก็คือในเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างสามีภริยาที่การสมรสตกเป็นโมฆะ กฎหมายไม่ได้ให้มีผลกระทบใด ๆ ต่อความสัมพันธ์ส่วนตัวที่ผ่านมาแล้ว ส่วนที่จะได้รับผลจากคำพิพากษาได้แก่ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน เพราะจะต้องเป็นไปตามที่มาตรา 1498 และมาตรา 1499 กำหนดไว้

ก) คู่สมรสเป็นบุคคลวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถ

ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 1449 ระบุว่า " การสมรสจะกระทำมิได้ถ้าชายหรือหญิงเป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ"

^๑ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "ความเป็นโมฆะของการสมรส", สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มุลนิธิ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน, พ.ศ. 2537, หน้า 12

บุคคลวิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือศาลยังไม่ได้สั่งให้ไร้ความสามารถ จะทำการสมรสกันไม่ได้ เพราะเหตุว่าคนวิกลจริต เป็นคนที่ไม่มีความรู้สึกผิดชอบในการเป็นคู่ครองของกันและกัน ไม่สามารถใช้ สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ของสามีภริยาได้ นอกจากนี้แล้วความวิกลจริตนี้สามารถที่ ถ้ายทอดไปยังบุตรที่เกิดมาได้ ดังนั้นหากยอมให้มีการสมรสกับคนวิกลจริตได้ แล้ว ประชาชนที่เพิ่มขึ้นมาจะกลายเป็นคนวิกลจริตไปเสียหมด ทั้งยังมีแนว ความคิดที่จะทำหมัน (Sterilize) คนวิกลจริตเพื่อมิให้มีโอกาสเผยแพร่ เผ่าพันธุ์ที่ไม่สมบูรณ์นี้ด้วย การฝ่าฝืนเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยทำ การสมรสกับคนวิกลจริต การสมรสย่อมเป็นโมฆะตามมาตรา 1495 ผู้มีส่วน ได้เสียมีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลขอให้คำพิพากษาแสดงว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ ซึ่งทำให้การสมรสนั้นเสียเปล่าแต่เริ่มแรก

บุคคลวิกลจริตหมายถึงบุคคลผู้มีจิตผิดปกติ ซึ่งตามความเข้าใจทั่ว ๆ ไปว่าเป็นคนบ้า และยังรวมถึงบุคคลที่มีอาการกริยาผิดปกติเพราะสติวิปลาส คือ ขาดความรำลึกขาดความรู้สึกลึกซึ้งข้อดี และขาดความรับผิดชอบด้วย ลักษณะไร้สติเช่นนี้จะต้องปรากฏเป็นประจำ แต่ไม่ได้หมายความว่าต้องมื ออาการตลอดเวลา ในบางขณะอาจจะรู้สึกดีและในบางขณะก็อาจขาดสติไป เลยก็ได้ ดังนั้นหลักการที่จะวินิจฉัยว่าบุคคลใดเป็นคนวิกลจริตจนไม่สามารถ ทำการสมรสได้นั้น จึงน่าจะต้องด้วยเหตุผลสองประการ

ประการที่หนึ่งบุคคลนั้นไม่มีความเข้าใจอย่างเพียงพอถึงธรรมชาติ ของการสมรสหน้าที่ และความรับผิดชอบซึ่งเกิดจากการสมรสนั้น และ

ประการที่สอง บุตรที่เกิดจากการสมรสนี้จะเป็นบุคคลที่ไม่ปกติ ไม่ แข็งแรงสมบูรณ์และมีความเสี่ยงภัยที่จะเป็นโรคสติวิปลาสหรือจริตได้ด้วย

สำหรับบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ (Person adjudged incompetent) นั้น จะไม่มีปัญหาโต้เถียงกันว่าบุคคลนั้นจะเป็น คนไร้ความสามารถหรือไม่แต่อย่างใด เนื่องจากศาลสั่งให้บุคคลวิกลจริตเป็น คนไร้ความสามารถแล้ว ศาลจะส่งคำสั่งไปโฆษณาในราชกิจจานุเบกษาตาม มาตรา 29

เป็นที่น่าสังเกตว่าคนไร้ความสามารถนั้น ไม่ว่าจะทำนิติกรรมทั่วไปหรือทำการสมรส ผลแห่งการนั้นจะตกเป็นโมฆียะ (มาตรา 29) หรือเป็นโมฆะ (มาตรา 1495) แล้วแต่กรณี แต่บุคคลวิกลจริตนั้นสามารถจะทำนิติกรรมต่าง ๆ ได้โดยสมบูรณ์ เว้นแต่จะทำได้ในขณะที่วิกลจริตอยู่ และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้ด้วยว่าผู้กระทำเป็นคนวิกลจริตผลจึงเป็นโมฆียะ ส่วนการสมรสนั้นเป็นเรื่องนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่จะบังคับกันได้ตามกฎหมายครอบครัวไม่ได้บังคับได้ตามกฎหมายลักษณะหนี้ จึงจะนำหลักนิติกรรมทั่วไปมาใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้นการสมรสของคนวิกลจริตจะตกเป็นโมฆะทุกกรณี

ข) คู่สมรสเป็นญาติสืบสายโลหิตหรือเป็นพี่น้องกัน

ตามมาตรา 1450 บัญญัติไว้ว่า "ชายหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดีจะทำการสมรสกันไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิตโดยไม่คำนึงว่าจะเป็ญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่"

จะเห็นได้ว่ามาตรา 1450 ห้ามไว้ 4 ประการ คือ

- 1) การสมรสระหว่างญาติสืบสายโลหิตขึ้นไป เช่น สมรสกับพ่อ แม่ ปู่ ย่า ตาและยายของตนเอง เป็นต้น
- 2) การสมรสระหว่างญาติสืบสายโลหิตโดยตรงลงมา เช่นสมรสกับลูกหลาน หลาน และน้องของตนเอง เป็นต้น
- 3) การสมรสระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
- 4) การสมรสระหว่างพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดา

เหตุผลที่กฎหมายบัญญัติห้ามการสมรสระหว่างญาติสืบสายโลหิตก็คือ^{๕๒}

- 1) เป็นกฎธรรมชาติของมนุษย์ทุกเผ่าพันธุ์ที่สัญชาติญาณความเป็นแม่ลูกแยกออกจากสัญชาติญาณของการสืบพันธ์ ในสังคมมนุษย์การห้ามประเวณี

^{๕๒} สันทัด ศะศิวิณิช "ความเป็นโมฆะของการสมรส"

วิทยานพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523,

ระหว่างญาติสนิทเกือบจะเป็นกฎสากลในทุกวัฒนธรรมของมนุษย์

2) เป็นสิ่งต้องห้ามทางศาสนาและประเพณี เช่น ศาสนาคริสต์ ซึ่งห้ามแม้การสมรสระหว่างลูกพี่ลูกน้อง ศาสนาอิสลาม (หลักกฎหมายอิสลาม, มาตรา 49, มาตรา 51 และมาตรา 52) ศาสนาฮินดูหรือศาสนาพราหมณ์ ในกฎหมายลักษณะผิวเมียของไทย บทที่ 36 ได้กล่าวถึง การสมรสระหว่าง พ่อ แม่ ลูกพี่น้อง ยาย หลาน ตา หลาน ลุง น้ำ หลาน กฎหมายให้ล่อยแพบุคคลเหล่านั้นไปในทะเลและให้ทำพิธีสงฆ์เพื่อระงับความอุปาทาวิญไโร ไม่นั้นแล้วฝนไม่ตก สำหรับพ่อแม่พี่น้องที่รู้ว่าลูกหลานมีความสัมพันธ์กันแต่มิได้ห้ามปรามว่ากล่าวก็ต้องรับโทษ (คำพิพากษาฎีกาที่ 272/2488) นอกจากนี้ บทที่ 35 ยังได้กล่าวถึงกรณีหลานทำชู้กับเมียของ ลุง ตา ปู่ อา น้ำ และพี่ของตนเอง ถือว่าเป็นผู้ไม่กลัวเกรงและไม่อายแก่บาป ให้ลงโทษด้วยการเอาไปใส่ตรวจเอาน้ำหมึกสักหน้าทั้งชายหญิง จากนั้นก็เอาเชือกหนึ่งผูกคอตีฆ้องแห่ประจันรอบตลาด แล้วเอาชันชาหย่างยิงด้วยลูกสั้นโดดและให้ตีด้วยลวดหนึ่ง สุดท้ายก็ให้ล่อยแพคนทั้งสองออกไปนอกเมือง

ในกฎหมายโรมันนอกจากจะห้ามการสมรสกับลูกพี่ลูกน้องแล้ว ยังมีข้อห้ามอื่นมากมาย ซึ่งเป็นผลมาจากสังคมและเชื้อชาติ กฎหมายโบราณของฝรั่งเศสก็มีเงื่อนไขที่เข้มงวดมาก มีการห้ามการสมรสกับญาติพี่น้องในลำดับเจ็ด ชายหญิงที่เลิกสัญญาหมั้นระหว่างกัน ที่อยู่กันกันอย่างลับ ๆ หรือที่ทำการสมรสเป็นโมฆะ จะถูกกฎหมายห้ามไม่ให้สมรสกับญาติพี่น้องของอีกฝ่ายหนึ่ง พ่อทูนหัวหรือแม่ทูนหัวจะทำการสมรสกับลูกไม่ได้

3) เหตุผลทางพันธุศาสตร์ ในทางการแพทย์แล้วการสมรสของคนซึ่งสืบสายโลหิตเดียวกัน จะมีผลทำให้เด็กที่คลอดออกมาไม่ปกติในสภาพทางสมอง และมีผลเสื่อมหรือให้ลักษณะด้อยแก่เด็กดังกล่าว

4) เป็นการขัดต่อสามัญสำนึกและศีลธรรมอันดีของประชาชน เหตุผลที่บางประเทศมีกฎหมายห้ามตลอดไปถึงการสมรสกับพี่หรือน้องของคู่สมรสด้วยก็มาจากหลักการที่ว่า " ประเพณีและการสมรสระหว่างญาติสนิทที่ต้องห้ามสมรส เป็นการขัดต่อการรวมตัวกันของชีวิตครอบครัว " กล่าวคือถ้าชายสามารถมองน้องสาวของตนด้วยความหวังที่จะเป็นคนรักขึ้นมาแล้ว ความที่

ไว้วางใจและความสนิทสนมฉันพี่ชายกับน้องสาวก็จะถูกทำลายลงทันทีเหลือ
แต่ความสับสนในเรื่องราวของบุคคลในครอบครัว

สำหรับฐานะความเป็นญาติที่กฎหมายห้ามมิให้ทำการสมรสกันให้
ถือตามความเป็นจริง เช่น บิดากับบุตรสาวนอกกฎหมายแม้จะไม่ใช้ญาติกัน
ตามกฎหมายแต่เป็นญาติกันตามเป็นจริง จึงทำการสมรสกันไม่ได้ บุตร
บุญธรรม ถือว่ายังเป็นญาติสืบสายโลหิตของบิดามารดาตามธรรมชาติอยู่
เสมือนเช่นก่อนมีการรับบุตรบุญธรรม ฉะนั้นพี่ชายและน้องสาวร่วมแต่มารดา
เดียวกัน แม้มารดาจะยกพี่ชายให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอยู่ตั้งแต่ยัง
เป็นเด็กอยู่ก็ตาม เมื่อโตขึ้นมาพี่ชายและน้องสาวคู่นี้ก็สมรสกันไม่ได้ นอก
จากนี้ การเป็นญาติโดยการสมรสหรือการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมก็มิใช่
สืบสายโลหิตโดยตรง กฎหมายจึงไม่ห้ามให้ทำการสมรสกันกับ พี่ บุตรชาย
ที่เกิดจากภริยาเดิม แม้จะมีศักดิ์เป็นบุตรของภริยาคนใหม่ของบิดาก็ตาม
แต่หากบิดาถึงแก่ความตายบุตรชายจะสมรสกับภริยาใหม่ของบิดาก็ได้ กับ
บุตรบุญธรรมที่เป็นชายจะสมรสกับบุตรสาวของผู้รับบุตรบุญธรรมก็ได้ หรือ
ชายสมรสกับหญิงหม้ายที่มีบุตรสาวติดมาด้วย เมื่อได้ขาดจากการสมรสกับ
หญิงหม้ายแล้วจะสมรสกับบุตรสาวเช่นนี้ก็ได้อีก ซึ่งผลของการสมรสที่ฝ่าฝืน
มาตรา 1450 นี้ ผลเป็นโมฆะตามมาตรา 1495

ค) คู่สมรสทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่

ตั้งบทก่อนที่ได้นำเสนอมาแล้วว่า กฎหมายลักษณะฉั่วเมียรับรอง
การที่ชายไทยมีภริยาได้หลายคน จนต่อมาเมื่อได้มีการร่างประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ขึ้นมาในต้นรัชกาลพระบาทสมเด็จพระ
มงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวนั้น ปัญหาเรื่องจะคงแบบเดิมคือฉั่วเมียหลายเมียไว้
หรือจะเปลี่ยนใหม่ เป็นระบบฉั่วเดียวเมียเดียว ได้เป็นประเด็นสำคัญโต้
เถียงในยุคนั้นมาก^{๑๓} เพราะปัญหานี้เกี่ยวข้องกับขนบธรรมเนียมประเพณีที่
ได้ปฏิบัติมากันเป็นเวลานาน ถ้าหากสามารถหาข้อยุติในเรื่องนี้ได้ การ

^{๑๓} ทองเปลว ชลภูมิ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พระนคร, โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2478, หน้า 2

ร่างประมวลในส่วนอื่น ๆ ก็ไม่มีปัญหา ฝ่ายแรกเห็นว่า กฎหมายครอบครัว ใหม่ที่จะจัดทำขึ้นนี้ควรจะอนุญาตให้ชายมีภริยาได้คนเดียว ภริยาน้อยหรือภริยาคนอื่นไม่มีฐานะเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หลักการนี้เป็นไปตามกฎหมายในประเทศยุโรปตะวันตก อีกฝ่ายหนึ่ง เห็นตรงข้ามโดยอ้างประเพณีปฏิบัติในสังคมไทยแต่ช้านาน หนึ่ง ประเพณีและศาสนาในยุโรปนั้นก็แตกต่างจากของไทย เรา ในขณะที่ศาสนาคริสต์ได้ห้ามการมีภริยาหลายคน แต่พุทธศาสนามีได้บัญญัติห้ามไว้ การอนุญาตให้ชายไทยมีภริยาได้หลายคนใช้แสดงว่าชาติเราป่าเถื่อนไม่ จึงไม่ควรจะร่างกฎหมายให้ขัดต่อความรู้สึกของประชาชน จะทำให้ผู้คนปฏิบัติตามกฎหมายที่ขัดต่อประเพณีไม่ได้ เมื่อมีความเห็นแตกต่างกันเช่นนี้ไม่มีใครกล้าตัดสินใจ การร่างบรพ 5 จึงได้ล่าช้ามากจนจบจนในปี พ.ศ. 2476 ประธานร่างประมวลกฎหมายบรพนี้ ได้นำปัญหาดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร สภาได้มติเป็นอันเด็ดขาดให้ชายจดทะเบียนมีภริยาได้เพียงคนเดียวเท่านั้น หลักการห้ามชายหญิงมีคู่สมรสเกินกว่าหนึ่งคน จึงได้เริ่มมาตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวตั้งแต่ พ.ศ. 2478 เป็นต้นมา

มาตรา 1452 บัญญัติไว้ว่า "ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้"

และเพื่อหลักการนี้มีประสิทธิภาพ กฎหมายจึงต้องบัญญัติไว้ว่าการสมรสจะต้องจดทะเบียนจึงจะสมบูรณ์ ทั้งนี้เพื่อให้ชายทะเบียนสมรสได้มีโอกาสสอบถามว่ามีสามีหรือภริยาอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ หากมีสามีหรือภริยาอยู่ก่อนแล้วชายทะเบียนก็จะไม่จดทะเบียนสมรสให้และถ้าบุคคลนั้นมีคู่สมรสอยู่แล้วกับไปแจ้งกับนายทะเบียนว่ายังเป็นโสดไม่มีคู่สมรส บุคคลที่แจ้งก็มีความผิดทางอาญารัฐบาลแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 คู่สมรสที่ไม่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วย มีอำนาจฟ้องขอให้ลงโทษได้ ถือว่าเป็นผู้เสียหายการสมรสในขณะที่ชายหรือหญิงมีคู่สมรสอยู่แล้วในขณะที่สมรส หรือที่เรียกว่าสมรสซ้อนจึงมีผลเป็นโมฆะตามมาตรา 1495 ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิกล่าวอ้างขึ้นว่าการสมรสซ้อนเป็นโมฆะ หรือนำคดีมาสู่ศาลเพื่อขอให้มีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสซ้อนเป็นโมฆะก็ได้ เมื่อมีการกล่าวอ้างหรือเมื่อศาลมีคำพิพากษา

แล้วการสมรสซ้อนครั้งหลังนี้ย่อมเสียเปล่าแต่เริ่มแรก แต่ถ้ายังไม่มีการกล่าวอ้างหรือคำพิพากษาดังกล่าว ต้องถือว่าชายหญิงนั้นยังคงเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย การจดทะเบียนสมรสซ้อนนี้ แม้ชายหรือหญิงจะกระทำการโดยสุจริต ไม่ทราบว่าการสมรสเดิมอยู่แล้วก็ตาม ก็ไม่มีผลทำให้การสมรสสมบูรณ์ขึ้นมาได้ยังคงเป็นโหมฆะอยู่นั่นเอง แต่ไม่ทำให้ชายหรือหญิงผู้สมรสโดยสุจริตเสื่อมสิทธิที่ได้มา เพราะการสมรสก่อนที่ชายหรือหญิงนั้นรู้ถึงเหตุที่ทำให้การสมรสเป็นโหมฆะ แต่การสมรสที่เป็นโหมฆะดังกล่าว ไม่ทำให้คู่สมรสเกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง (มาตรา 1499)

การสมรสซ้อนอันเป็นเหตุให้การสมรสซ้อนครั้งที่สองเป็นโหมฆะนั้น อาจเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีชายจดทะเบียนสมรสซ้อนกับภริยาคนที่สอง หรือหญิงจดทะเบียนสมรสซ้อนกับสามีคนที่สองก็ได้ ข้อสำคัญอยู่ที่จะต้องมีการสมรสที่สมบูรณ์อยู่แล้ว จึงจะต้องห้ามมิให้ทำการสมรสซ้อนเข้ามาอีก ฉะนั้นหากชายและหญิงมาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนกัน ชายหญิงคู่นี้ก็มีได้เป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย จึงไม่ต้องห้ามที่ชายหรือหญิงจะไปจดทะเบียนสมรสกับบุคคลอื่น อย่างไรก็ตามในกรณีที่ชายหญิงเป็นสามีภริยากันก่อนใช้บรรพ 5 แม้จะมีได้จดทะเบียนสมรสกันก็นับว่าเป็นคู่สมรสกันตามกฎหมาย ชายจึงไม่มีสิทธิจะทำการสมรสกับหญิงอื่นได้ เพราะต้องห้ามตามมาตรา 1452

ง) คู่สมรสทำการสมรสโดยชายหรือหญิงมิได้ยินยอม

เช่นเดียวกับนิติกรรมทั่วไปซึ่งอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาหรือเสรีภาพในการแสดงเจตนา การทำนิติกรรมในกฎหมายครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นการเฉพาะตัวแล้ว กฎหมายได้ให้ความสำคัญกับการแสดงเจตนาอย่างยิ่ง ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาในการหมั้นหรือแสดงเจตนาในการสมรส คือ จะต้องปรากฏว่าชายหญิงได้แสดงเจตนาออกมาด้วยความสมัครใจยินยอมอย่างแท้จริงที่จะอยู่กินฉันสามีภริยากันต่อไป ไม่ได้แสดงเจตนาออกมาโดยมีวัตถุประสงค์อย่างอื่น

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 มาตรา 24 ได้บัญญัติว่า "การสมรสจะต้องมาจากความยินยอมสมัครใจของทั้งสองฝ่าย และจะต้องดำรงอยู่โดยการช่วยเหลือร่วมมือกันบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันระหว่างสามีและ

ภริยา" นอกจากนี้ ข้อ 16 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 ได้บัญญัติว่า " การสมรสจะมีได้ต่อเมื่อชายและหญิงสมัครใจยินยอมที่จะทำการสมรส "

สำหรับกฎหมายครอบครัวไทยได้มีมาตรา 1458 บัญญัติไว้ว่า " การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน และต้องแสดงความยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย" ว่าการสมรสเป็นการทำนิติกรรมของชายและหญิงคู่หนึ่ง จึงจะต้องนำหลักการทำนิติกรรมโดยความสมัครใจตามมาตรา 149 มาปรับใช้ ความสมัครใจนี้เป็นเรื่องสำคัญฉะนั้นชายหรือหญิงอาจถูกบังคับ คือคลุมถุงชนในการสมรสได้ เพื่อเป็นการล้างประเพณีปฏิบัติดังกล่าวจึงได้บัญญัติมาตรานี้ขึ้นมา เพื่อคุ้มครองอิสระและเสรีภาพในการเลือกคู่ครองของชายหญิง อนึ่งการแสดงความยินยอมนั้นชายและหญิงจะต้องกระทำเอง จะให้คนอื่นมาให้ความยินยอมแทนไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องเฉพาะตัว ปัญหาที่มีอยู่ว่าการแสดงเจตนายินยอมในการสมรส จะต้องปฏิบัติตามรูปแบบอะไรบ้าง^{๑๔}

ปกติแล้วในเรื่องการแสดงเจตนา หากกฎหมายไม่ได้บังคับรูปแบบการแสดงเจตนา ไม่ว่าจะเป็นการทำนิติกรรม หรือการให้ความยินยอมย่อมสามารถทำได้ด้วยวาจา ภริยา หรือจะแสดงโดยปริยายก็ได้ แต่ความยินยอมในการสมรสนี้เป็นเรื่องสำคัญ และเพื่อให้แน่ใจว่าความยินยอมนี้มีอยู่จริง ดังนั้นมาตรา 1458 จึงบังคับวิธีการแสดงเจตนาให้ความยินยอมว่าจะต้องทำโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และต้องมีการบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วยแสดงว่าตัวชายและหญิง จะต้องมาให้ความยินยอมด้วยตนเองต่อหน้านายทะเบียน จะมอบให้บุคคลอื่นมาทำการแทนไม่ได้ หรือจะทำหนังสือแสดงความยินยอมโดยตนเองไม่มาก็ไม่ได้เช่นกัน เพราะกฎหมายต้องการให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบความยินยอมจากตัวคู่สมรสเองด้วย เมื่อกฎหมายบังคับไว้เช่นนี้เท่ากับว่าจะแสดงความยินยอมโดยภริยา หรือวาจาไม่ได้ จะต้องเป็นการแสดงให้

^{๑๔} ไพโรจน์ กัมพูสิริ, แหล่งเดิม, หน้า 12-13

รับรู้เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นการตัดปัญหาว่าชายหญิงยินยอมทำการสมรสจริงหรือไม่ เกี่ยวกับเรื่องนี้ท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย ได้เคยเสนอในที่ประชุมให้ผู้ที่จะสมรสเปล่งวาจาแสดงความยินยอมออกมาต่อหน้านายทะเบียนด้วย ไม่เช่นนั้นแล้วนายทะเบียนก็ไม่ควรรับจดทะเบียนให้ เพราะลำพังแต่การลงลายมือชื่ออาจจะไม่เพียงพอ คือ อาจถูกบังคับได้โดยง่าย แต่ประธานในที่ประชุม (พระยาอรรถการีย์นิพนธ์) เห็นว่าการที่จะใช้คำว่า "ให้แสดงความยินยอมด้วยวาจา" คงจะไม่เหมาะสมใช้คำว่า "แสดงโดยเปิดเผย" ก็พอการจดทะเบียนและการยื่นชื่อต่อหน้านายทะเบียนก็คงจะถือว่า เป็นการแสดงความยินยอมโดยเปิดเผยได้^{๘๕}

มาตรา 1458 แบ่งพิจารณาได้ 2 ส่วน คือ

(1) ส่วนที่ให้คู่สมรสแสดงความยินยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนกับ

(2) ส่วนที่ให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้

ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่า การให้ความยินยอมของชายหญิงในการสมรส เมื่อกฎหมายมิได้กำหนดแบบไว้ ฉะนั้นแสดงความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรหรือวาจาหรือกริยาก็ได้ ส่วนการที่ให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมไว้เป็นเรื่องของแบบในการจดทะเบียนสมรส หากมีการสมรสที่ปราศจากความยินยอม เช่น ชายเป็นตำรวจสมคบกับเพื่อนหญิงทำการจดทะเบียนสมรสกันหลอก ๆ เพื่อที่ฝ่ายชายจะได้ใช้ทะเบียนสมรสเป็นหลักฐานในการยื่นคำร้องขอสิทธิพักอาศัยในบ้านของกรมตำรวจ หญิงผู้นอพบสมรสกับชายไทยเพียงเพื่อให้ได้สัญชาติไทย โดยไม่มีวัตถุประสงค์จะอยู่กินเป็นสามีภริยากัน หรือความยินยอมไม่มีผลตามกฎหมาย เช่น แสดงความยินยอมกับเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจหรือนายทะเบียนไม่ได้บันทึกความยินยอมไว้ การสมรสนั้นเป็นโมฆะตามมาตรา 1496

^{๘๕} สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสาธิตประมวลกฎหมาย ครั้งที่ 328-6/2506, กุมภาพันธ์ 2506, หน้า 10

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศรัทธี ได้ให้ข้อสังเกตท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3698/2524 ไว้ว่า

".....ความยินยอมสมรสกันตามมาตรา 1458 เป็นสัญญาหรือไม่ สัญญาคือนิติกรรม 2 ฝ่ายอันเป็นมูลแห่งหนึ่งซึ่งตามมาตรา 354 เป็นต้นไป จึงเป็นนิติสัมพันธ์ที่บังคับกฎหมายลักษณะหนึ่ง การสมรสเป็นนิติสัมพันธ์ที่ไม่ใช่บังคับตามกฎหมายลักษณะหนึ่ง แต่บังคับตามกฎหมายลักษณะครอบครัว หากไม่ทำตามพันธะในการเป็นสามีภริยาก็บังคับโดยการหย่า การสมรสจึงไม่ใช่สัญญา ข้อนี้คงพอมองเห็นได้ไม่ยากนัก

แต่การสมรสเป็นนิติกรรมหรือไม่ เพราะยินยอมแสดงเจตนาระหว่างบุคคล คงตอบได้ว่าเจตนาที่แสดงโดยการยินยอมเป็นสามีภริยากันนั้นก่อให้เกิดสถานการณ์อย่างหนึ่งเรียกว่า สถานะบุคคล (Status) หรือฐานะบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 (1) สถานะบุคคลทำให้เกิดสัมพันธ์หน้าที่ต่อกัน ไม่ใช่แสดงเจตนามุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ตามมาตรา 149 แต่มุ่งโดยตรงต่อการก่อสถานะบุคคล สถานะบุคคลต่างหากที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ นิติสัมพันธ์ไม่ใช่เกิดโดยตรง (Immediate) จากการแสดงเจตนา แต่เกิดโดยกฎหมายกำหนดสิทธิและหน้าที่ ซึ่งจะมีในสถานะบุคคลที่เป็นสามีภริยากันอีกชั้นหนึ่ง นี่คือความสำคัญของข้อความที่ว่า " มุ่งโดยตรง (Immediate purpose) ในมาตรา 149 นิติสัมพันธ์ประกอบด้วยสิทธิและหน้าที่ของสามีภริยามีขึ้นโดยกฎหมายครอบครัวกำหนด จะแสดงเจตนาตกลงให้ปฏิบัติต่อกันตามใจชอบไม่ได้ จะตกลงกันเป็นอย่างอื่นไม่ได้ ไม่ว่าสามีภริยาคู่ไหนก็อยู่ในนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายครอบครัวเหมือนกันหมด เหตุผลเหล่านี้แสดงได้ชัดแจ้งพอว่า ความยินยอมแสดงเจตนาสมรสกัน ไม่ใช่แสดงเจตนาในนิติกรรมตามมาตรา 149..."

จึงเห็นได้ว่าความยินยอมในการสมรสต่างกับความสมัครใจของบุคคลในการทำนิติกรรม เพราะเจตนาของบุคคลตามมาตรา 149 มุ่งโดยตรงไปเรื่องสิทธิในทางทรัพย์สิน แต่เจตนาของชายหญิงในการสมรสเป็นไปเพื่อก่อฐานะความเป็นสามีภริยา ส่วนสิทธิหน้าที่ที่ตามมาไม่ว่าจะเป็นในทางส่วนตัวหรือทรัพย์สินกฎหมายเป็นผู้กำหนด เจตนาของคู่สมรสหาที่มีอำนาจหรือ

ความศักดิ์สิทธิ์เหมือนเจตนาของบุคคลทั่วไปในการทำนิติกรรมไม่ การสมรสจึง
หาใช้สัญญาในลักษณะหนี้ เพราะบังคับตามวัตถุประสงค์ไม่ได้

ปัญหาสำคัญที่ควรแก่การพิจารณาอย่างยิ่งก็คือ การสมรสที่เป็นโมฆะทั้ง
4 กรณี ดังได้พิจารณามานั้น จะก่อให้เกิดสิทธิการรับมรดกของคู่สมรสอย่างไร
เดิมมาตรา 1495 บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าคำพิพากษาศาลเท่านั้น
จะแสดงว่าการสมรสใดเป็นโมฆะ ดังนั้นตราบใดที่ศาลยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุด
แสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะก็ต้องถือว่าการสมรสนั้นยังคงมีผลสมบูรณ์อยู่ ตัวอย่าง
เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3719/2526 ผู้ตายมีภริยาอยู่แล้วเมื่อสมรสกับโจทก์
แต่มาตรา 1495 (เดิม) บัญญัติไว้ชัดเจนว่า คำพิพากษาศาลเท่านั้นจะแสดงว่า
การสมรสใดเป็นโมฆะ ดังนั้นตราบใดที่ยังไม่มีคำพิพากษาศาลแสดงว่าการสมรส
ของโจทก์เป็นโมฆะ จะถือว่าโจทก์ไม่เป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ตาย
หาได้ไม่ โจทก์จึงมีสิทธิรับบำเหน็จตกทอดในส่วนของภริยา คำพิพากษาศาลฎีกาที่
1924/2522 จำเลยที่ 1 เป็นภริยา ป. และจดทะเบียนสมรสก่อนโจทก์ แต่เมื่อ
โจทก์จดทะเบียนสมรสกับ ป. โดยสุจริต คำพิพากษาที่เพิกถอนการสมรสของโจทก์
กับ ป. ไม่เป็นผลให้โจทก์เสียสิทธิรับมรดก ป. จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกา
ดังกล่าวถือหลักคุ้มครองคู่สมรสผู้เป็นฝ่ายสุจริต ดังบทบัญญัติแห่งมาตรา 1494
(เดิม) ที่ว่า การสมรสเป็นโมฆะไม่เป็นผลให้ชายหรือหญิงผู้สมรสโดยสุจริตเสื่อม
สิทธิที่ได้มาเพราะการสมรสนั้น ผู้สมรสโดยสุจริตหมายถึงผู้ที่เชื่อโดยสุจริตว่าตน
เองมีสิทธิตามกฎหมายที่จะทำการสมรส / หรือไม่ทราบข้อเท็จจริงอันจะมีผลให้
การสมรสเป็นโมฆะ ในการวินิจฉัยถึงความสุจริตนี้ให้วิเคราะห์ถึงฐานะทางสังคม
ระดับการศึกษาและภูมิปัญญาตลอดถึงพฤติการณ์ก่อนหรือหลังการสมรสของฝ่ายที่
อ้างว่าตนเองสุจริตนั้น เช่นไม่ทราบว่าบุคคลที่ตนได้ทำการสมรสเป็นพี่น้องร่วม
บิดามารดาเดียวกันกับตนเอง หรือไม่ทราบว่าอีกฝ่ายมีคู่สมรสอยู่แล้ว

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 1494 (เดิม) และแนวทางการวินิจฉัย
คดีของศาลฎีกาดังกล่าว เป็นหลักกฎหมายมรดกที่ผ่อนคลายความเคร่งครัดของ
การสมรสที่เป็นโมฆะเพราะฝ่าฝืนเงื่อนไขแห่งการสมรส โดยถือเอาหลักสุจริต
เป็นเกณฑ์พิจารณาว่า ชายหรือหญิงผู้สมรสจะมีสิทธิที่ได้มาเพราะการสมรสหรือ
ไม่ สิทธิการรับมรดกของคู่สมรสก็เป็นสิทธิอย่างหนึ่ง ที่ได้มาเพราะการสมรส

ดังนั้นทราบได้ที่ชายหรือหญิงผู้สมรสทำการจดทะเบียนสมรสโดยสุจริต จึงมีสิทธิ
รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง

แต่เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่แก้ไขใหม่
พ.ศ. 2533 ได้เปลี่ยนแปลงหลักการเดิมไปอย่างสิ้นเชิง โดยได้บัญญัติใหม่ว่า
การสมรสที่เป็นโมฆะ เพราะชายหรือหญิงทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่
หรือที่เรียกว่า สมรสซ้อน (มาตรา 1452) ไม่ทำให้ชายหรือหญิงผู้สมรสโดย
สุจริตเกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง (มาตรา
1499 วรรค 2)

จากบทบัญญัติกฎหมายที่แก้ไขใหม่นี้ ความสุจริตของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง
ถูกปฏิเสธไปทันทีด้วยการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว ซึ่งน่าจะจะไม่เหมาะสมโดยเฉพาะ
เมื่อพิจารณาตามหลักของการเป็นทายาทโดยธรรม ซึ่งควรจะต้องสถานะตามความ
เป็นจริงดังผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วนั้น ข้อขัดข้องจากการจดทะเบียนสมรสไปโดย
สุจริตแต่ต้องตกเป็นโมฆะ ไม่ควรลบล้างสิทธิในการรับมรดก อันเป็นเป็นสิทธิใน
ครอบครัวและเป็นตามธรรมชาติของบุคคลผู้เป็นคู่สมรสซึ่งได้จดทะเบียนสมรสไป
โดยสุจริตนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าคู่สมรสซึ่งได้จดทะเบียนสมรสไปโดยสุจริตดัง
กล่าวควรจะมีสิทธิรับมรดกอยู่ดังเช่นหลักกฎหมายและแนวทางวินิจฉัยของศาลฎีกา
เดิมโดยสมควรแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 1499 วรรคสอง ให้เป็นอย่างเดิมซึ่งจะได้
เสนอแนะในบทต่อไป

4.3 ปัญหาการทำพินัยกรรมของคู่สมรส

ดังที่ผู้เขียนได้นำเสนอมาแล้วในบทก่อนว่า สิทธิของทายาทในการ
รับมรดกนั้น ทายาทที่มีสิทธิตามพินัยกรรมหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ผู้รับพินัยกรรม
มาก่อนสิทธิของทายาทโดยธรรม กล่าวคือถ้าผู้ตายทำพินัยกรรมไว้ยกทรัพย์สินมรดก
ให้ผู้รับพินัยกรรมทั้งหมด ทายาทโดยธรรมก็จะถูกตัดมิให้รับมรดกโดยผลของ
กฎหมาย หรือถ้าผู้ตายทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินบางส่วนให้ผู้รับพินัยกรรม ทายาท
โดยธรรม ก็จะมีสิทธิรับมรดกเฉพาะส่วนที่ผู้ตายไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้ หรือทำไว้
แต่พินัยกรรมไม่มีผลบังคับเท่านั้น แต่ถ้าผู้ตายไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้เลย หรือพินัย

กรรมที่ท้าวไว้ไม่มีผลบังคับใด ๆ เลย กรณีจึงต้องบันทึกทรัพย์มรดกให้แก่ทายาท โดยธรรมเนียมแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ ทายาทโดยธรรมประเภทญาติและ ทายาทโดยธรรมประเภทคู่สมรส

แม้ว่าในทางหลักการของกฎหมายแพ่งจะเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า หนี้กรรมเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำสั่งสุดท้าย กำหนด การเพื่อตายของตนไว้ในหนี้กรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนเอง หรือในการ อื่น ๆ อันจะบังคับได้เมื่อผู้ทำหนี้กรรมตาย กฎหมายจำเป็นต้องบังคับให้ ตามหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนา และความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนา นั้น ภายใต้ง่อนไขที่ว่าหนี้กรรมนั้นต้องมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ก็ตาม แต่เมื่อได้ พิจารณาตามความเป็นจริง ดังที่ปรากฏก็มีอยู่จำนวนมากไม่น้อย ที่ผู้ทำหนี้กรรม จำหน่าย หรือยกทรัพย์มรดกให้กับผู้รับหนี้กรรมทั้งหมด โดยผู้รับหนี้กรรม ไม่ได้เป็นญาติหรือคู่สมรส ปัญหาที่ถกเถียงกันมาโดยตลอดคือประเทศไทย ควรนำหลักการกันส่วนทรัพย์มรดก ที่ผู้ตายไม่อาจทำหนี้กรรมยกให้ผู้อื่นได้ แต่ต้องตกทอดแก่ทายาทโดยธรรมที่สนิทโดยเฉพาะผู้สืบสันดานและคู่สมรสซึ่ง เรียกว่ามรดกภาคบังคับหรือมรดกส่วนที่กฎหมายกันไว้ให้ทายาทโดยธรรม (Compulsory Portion) มาใช้บังคับหรือไม่

ในกฎหมายมรดกของอังกฤษมรดกที่มีหนี้กรรม ทั้งสังหาริมทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์ถือได้ว่าเป็นแบบที่ใช้กันแพร่หลาย เพราะเป็นธรรมเนียม ซึ่งคนอังกฤษส่วนใหญ่ ถือปฏิบัติกันมานานที่ให้ความสำคัญต่อการทำหนี้กรรม แต่สำหรับฝรั่งเศสและเยอรมัน กลับตรงกันข้ามกล่าวคือมรดกที่ไม่มีหนี้กรรม ยังคงเป็นแบบที่ใช้กันแพร่หลายปกติ โดยฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1928 จำนวน 1 ใน 5 ของมรดกทั้งหมดเป็นมรดกที่ไม่มีหนี้กรรม ส่วนกฎหมายของไทย แม้จะไม่มีสถิติ หรือข้อมูลยืนยันว่ามรดกแบบใดเป็นแบบที่ใช้กันส่วนมาก แต่ ก็มีความเห็นของ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ว่ากฎหมายจัดลำดับชั้นของทายาท โดยธรรม ที่จะได้รับมรดกก่อนหลังกันถูกต้องตามความสนิทเสนหาของคน ธรรมดาทั่ว ๆ ไป ในครอบครัวธรรมดาจึงแทบจะไม่มี ความจำเป็นที่ผู้ตายจะ ต้องทำหนี้กรรมไว้ เพราะถึงอย่างไรทรัพย์มรดกก็จะตกทอดตามกฎหมาย ได้แก่ บุคคลที่ผู้ตายปรารถนาจะให้ได้ทรัพย์มรดก ลดหลั่นลงไปตามลำดับ

และชั้นของความสนิทห่าง จากความเห็นดังกล่าวประกอบกับการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ความสำคัญแก่มรดกที่ไม่มีพินัยกรรมโดยจัดให้อยู่ก่อนพินัยกรรม จึงน่าเชื่อได้ว่ามรดกที่ไม่มีพินัยกรรม เป็นแบบที่ใช้กัน เป็นส่วนมาก เช่นเดียวกับฝรั่งเศส และเยอรมัน บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการแบ่งปันทรัพย์มรดกที่ไม่มีพินัยกรรม น่าจะมีพื้นฐานมาจากข้อสันนิษฐานที่ว่าบุคคลที่ตาย โดยไม่ได้ทำพินัยกรรมมีความประสงค์ที่จะกำหนดไว้แก่ญาติที่มีสิทธิได้รับทรัพย์มรดกก่อนญาติลำดับชั้นอื่น ๆ เหมือนกับว่าบุคคลนั้นได้ทำพินัยกรรม สำหรับกฎหมายฝรั่งเศส เกี่ยวกับมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม เป็นไปอย่างเปิดเผย ความชอบธรรมและความรักตามธรรมชาติของผู้ตาย ที่มีต่อญาติชั้นต้น น่าจะกล่าวได้ว่าเป็น "พินัยกรรมโดยนัย" หรือ "พินัยกรรมที่ถูกสันนิษฐานขึ้น" ความคิดเช่นนั้นนี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน กฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม มุ่งโดยตรงที่จะรักษาสัญญาของครอบครัวที่มีอยู่เหนือทรัพย์สิน กล่าวคือทั้ง เยอรมันและฝรั่งเศสมีการกำหนดส่วนแบ่งภาคบังคับไว้ ซึ่งในส่วนนี้ผู้ตายไม่อาจจำหน่ายได้โดยอิสระ แสดงว่าการตกทอดแห่งทรัพย์มรดก ส่วนหนึ่งมีพื้นฐานความคิดมาจากหน้าที่ของครอบครัว

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแบ่งมรดกออกเป็น 2 ส่วน ส่วนหนึ่งคือสิทธิในการรับมรดกที่ไม่อาจเพิกถอนได้ และเป็นสิ่งที่ผู้ตายไม่อาจจำหน่ายได้ อีกส่วนหนึ่งก็คือทรัพย์สินของผู้ตายที่ผู้ตายอาจจะจำหน่ายโดยการให้ หรือพินัยกรรม จำนวนทรัพย์สินที่จะจำหน่ายได้ ขึ้นอยู่กับจำนวนและตำแหน่งของทายาทที่มีสิทธิรับมรดกตามที่กฎหมายบังคับไว้ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 913 กำหนดว่า การให้ในขณะที่มีชีวิตหรือโดยพินัยกรรมต้องไม่เกินครึ่งหนึ่งของจำนวนทรัพย์สินของผู้ให้ ถ้าผู้ให้มีบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงคนเดียว แต่ถ้ามีบุตร 2 คนจะให้ได้ 1 ใน 3 และจะให้ได้ 1 ใน 4 ถ้ามีบุตร 3 คนหรือมากกว่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 914 กำหนดว่า การให้ทั้งขณะที่มีชีวิตและโดยพินัยกรรมต้องไม่เกินครึ่งหนึ่งของทรัพย์สินในกรณีไม่มีบุตร ถ้าผู้ตายคงมีบุพการีทั้งในทางสายบิดาและสายมารดา และ 3 ใน 4 ถ้ามีบุพการีในสายเดียว ข้อกำหนดพิเศษให้บุตรไม่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับมรดกภาคบังคับด้วย แต่สำหรับคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่และญาติอื่นไม่มีสิทธิ

ดังกล่าว

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังที่ผู้เขียนได้นำเสนอไว้ในบทก่อน กำหนดว่าคู่สมรสผู้ตายมีสิทธิทำพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์สินมรดกได้แต่ต้องไม่เกินกว่าครึ่งหนึ่ง หากข้อกำหนดพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์สินมรดกมากกว่าครึ่งหนึ่ง ให้มีผลบังคับได้เพียงครึ่งหนึ่งเท่านั้น โดยถือว่าทรัพย์สินมรดกส่วนครึ่งหนึ่งนั้น ต้องตกให้แก่ คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่และผู้สืบสันดาน ในเยอรมันเรียกหลักนี้ว่า **Legitimate Portions Compulsory Shares**

ส่วนประเทศญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นกำหนดว่า ผู้ตายอาจทำพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์สินมรดกได้ตามเจตนา แต่มีมรดกภาคบังคับที่ห้ามพินัยกรรมมีผลใช้บังคับคือกรณีผู้ตายมีทายาทชั้นบุตร พินัยกรรมที่จำหน่ายทรัพย์สินมรดกให้แก่บุคคลอื่นต้องไม่เกินกว่า 1 ใน 3 ของทรัพย์สินมรดกทั้งหมด กรณีผู้ตายไม่มีทายาทชั้นบุตร พินัยกรรมที่จำหน่ายทรัพย์สินมรดกให้แก่บุคคลอื่นต้องไม่เกิน 1 ใน 2 ของทรัพย์สินมรดกทั้งหมด

การตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดกตามหลักกฎหมายอิสลาม ได้กำหนดให้เจ้ามรดกผู้ตายสามารถทำพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์สินมรดกของตนได้ตามเจตนาของเจ้ามรดกผู้ตาย เช่นเดียวกับหลักกฎหมายของต่างประเทศ แต่กฎหมายอิสลามจำกัดสิทธิในการทำพินัยกรรมได้ตามที่เงื่อนไขกำหนดไว้ เช่น ข้อกำหนดพินัยกรรมที่ตัดทายาทคนใดคนหนึ่งมิให้รับมรดก ข้อกำหนดนั้นเป็นโมฆะ และถ้าเจ้ามรดกทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินของตนเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ จะมีผลตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

สำหรับการตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดกโดยไม่มีพินัยกรรมตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นได้ว่ากฎหมายค่านึงถึงเจตนาของเจ้ามรดกโดยทั่วไปเป็นสำคัญ โดยพิจารณาว่าเจ้ามรดกน่าจะมีความประสงค์ให้มรดกของตนตกให้แก่ผู้ใดแล้วก็บัญญัติไปตามนั้น ซึ่งเท่ากับเป็นการกำหนดไว้แทนเจตนาของเจ้ามรดกนั่นเอง อนึ่งในการจัดลำดับและชั้นต่าง ๆ ของทายาทโดยธรรม ในมาตรา 1629 ได้กำหนดขึ้นโดยพิจารณาถึงความสัมพันธ์ในครอบครัวว่า บุคคลจะอยู่ในความสนิทสนมของเจ้ามรดกโดยใกล้ชิดหรือห่างไกลกันอย่างไร หากมีญาติหลายชั้นก็ย่อมจะประสงค์ให้ได้แก่ญาติชั้นสนิทที่สุด

ที่เจ้ามรดกยังมีอยู่ อันน่าจะเป็นการถูกต้องตามความสนิทสนมและความสัมพันธ์
 ในเครือญาติของบุคคลตามความเป็นจริง ที่ว่า ๆ ไป จึงพอสรุปได้ว่าการตกทอด
 แห่งทรัพย์โดยไม่มีพินัยกรรมของไทย ก็เป็นเช่นเดียวกับฝรั่งเศสและเยอรมัน
 ตรงที่มีการสันนิษฐานถึงเจตนาของเจ้ามรดก ที่จะให้ทรัพย์มรดกแก่ใครไว้โดย
 กฎหมายแล้ว การกันส่วนของทรัพย์มรดกออกเป็น มรดกภาคบังคับหรือมรดกที่
 ไม่อาจทำพินัยกรรมได้ จึงน่าจะนำมาพิจารณาใช้กับประเทศไทยในขณะนี้ ซึ่ง
 ผู้เขียนจะเสนอแนะในบทต่อไป

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับสัดส่วนในการรับมรดกทรัพย์ของคู่สมรส

เนื่องจากการตายของคู่สมรสคนใดคนหนึ่งย่อมทำให้การสมรสสิ้นสุดลง
มรดกของผู้ตายทั้งหมดย่อมตกทอดแก่ทายาทโดยทันที คู่สมรสที่ชอบ
ด้วยกฎหมายนั้น กฎหมายจัดเป็นทายาทโดยธรรมประเภทหนึ่งแยกออกจาก
ประเภทญาติ ดังนั้นการแบ่งส่วนมรดกของทายาทโดยธรรมที่เป็นคู่สมรสจึง
แยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

ก) การแบ่งส่วนทรัพย์สินระหว่างสามีหรือภริยาซึ่งเป็นผู้ตายกับคู่
 สมรส

ก่อนจะแบ่งส่วนมรดกของทายาทโดยธรรมประเภทต่างๆ ตามที่
 กฎหมาย กำหนดไว้ดังที่จะกล่าวต่อไป ต้องมีการแบ่งทรัพย์สินระหว่างเจ้า
 มรดกกับคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่เสียก่อน ตามมาตรา 1625 บัญญัติว่า ในเรื่อง
 ส่วนแบ่งระหว่างสามีภริยาให้อยู่ในบังคับของบทบัญญัติ ว่าด้วยการหย่าโดย
 ความยินยอมของทั้งสองฝ่ายมาใช้บังคับ (มาตรา 1513-1517) แต่การ
 คิดส่วนแบ่งนั้นย่อมมีผลตั้งแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดด้วยความตาย ซึ่งตามระบบ
 ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ในปัจจุบันมีทรัพย์สินอยู่ 2 ประเภท คือ
 1) สินส่วนตัว 2) สินสมรส เนื่องจากคู่สมรสทั้ง 2 ฝ่าย ต่างร่วมทำมาหากิน
 สินสมรสที่หาได้มานั้น จำเป็นต้องมีการแบ่งสินสมรสนั้นก่อน ดังนั้นเมื่อคู่
 สมรสฝ่ายใดตาย ต้องมีการแบ่งสินสมรสระหว่างเจ้ามรดกกับคู่สมรสที่มี
 ชีวิตอยู่ ตามมาตรา 1625 ออกจากกันก่อนโดยนำสินสมรสนั้นมาแบ่งเท่า ๆ

กัน หลังจากแบ่งแล้วในส่วนที่เป็นสินส่วนตัวของผู้ตายและส่วนในสินสมรสที่ได้มาจากการแบ่งคนละครึ่งของเจ้ามรดกย่อมตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม หากมิได้ดำเนินขั้นตอนนี้ก่อน ทำให้ไม่อาจรู้ได้ว่า ทรัพย์สินของฝ่ายใดมีอยู่ มากน้อยเพียงใด จะถือเอาบรรดาทรัพย์สินของคู่สมรสทั้งหมดว่าเป็นมรดกทั้งหมดของผู้ตายไม่ได้ และส่วนแบ่งในสินสมรสที่เป็นส่วนของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ จะนำมารวมในกองมรดกของเจ้ามรดกด้วยไม่ได้

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติที่ได้มีการแบ่งทรัพย์สินระหว่างผู้ตายกับคู่สมรสที่มีชีวิตอยู่นอกจากต้องอยู่ในบังคับตามมาตรา 1513 ถึงมาตรา 1517 แล้ว ยังต้องอยู่ในบังคับของมาตรา 1637 และมาตรา 1638 ด้วย กล่าวคือ

กรณีผู้ตายได้ทำสัญญาประกันชีวิต โดยให้คู่สมรสเป็นผู้รับผลประโยชน์ตามมาตรา 1637 คู่สมรสที่มีชีวิตอยู่ก็มีสิทธิรับประโยชน์ตามสัญญาประกันชีวิตนั้น แต่กฎหมายได้บัญญัติให้เอาจำนวนเบี้ยประกันภัยที่สูงเกินสมควรที่ผู้ตายจะพึงส่งได้ตามรายได้ หรือฐานะของผู้ตายโดยปกติชดใช้สินเดิม (ซึ่งปัจจุบันนี้ไม่มีแล้ว คงมีแต่สินส่วนตัว) หรือสินสมรสของผู้ตายอื่นจะทำให้ทรัพย์สินที่เป็นกองมรดกเพิ่มขึ้นก่อน

ที่กฎหมายจำกัดบัญญัติเช่นนี้ ก็เพราะการทำสัญญาประกันชีวิตของผู้ตายซึ่งต้องมีการส่งเบี้ยประกันภัยให้แก่ผู้รับประกันนั้น ถ้าตามสัญญาระบุให้คู่สมรสเป็นผู้รับประโยชน์โดยการทำสัญญาประกันชีวิตได้ใช้เงินจำนวนอย่างสูง ย่อมทำให้จำนวนเบี้ยประกันต้องสูงตามตัว และเป็นการป้องกันคู่สมรสผู้รับประโยชน์ตามสัญญาถ่ายเทเอาสินเดิม (สินส่วนตัว) และสินสมรสไปส่งเป็นเบี้ยประกันภัยหมด ดังนั้นเมื่อเจ้ามรดกตาย จำนวนทรัพย์สินมรดกย่อมเหลือน้อยกว่าที่ควรจะเป็น ทำให้ทายาทโดยธรรมที่มีใช้คู่สมรสได้รับส่วนแบ่งตามมาตรา 1635 น้อยลงกว่าที่ควรจะได้ตามส่วน กฎหมายจึงต้องบัญญัติให้นำเบี้ยประกันที่สูงเกินส่วนนี้ใช้คืนสินสมรสก่อน แต่การใช้คืนดังกล่าวต้องไม่เกินกว่าจำนวนเงินที่ผู้รับประกันได้ชำระให้

กรณีผู้ตายได้ทำสัญญาเพื่อรับเงินปี ตามมาตรา 1638 เป็นสัญญาประกันแบบออมทรัพย์อย่างหนึ่งที่ผู้ตายกับคู่สมรสได้ออกทุนในการทำสัญญาร่วมกัน กล่าวคือเมื่อได้ส่งเงินครบตามสัญญาแล้ว ก็จะได้รับตอบแทนเป็นรายปี

แต่ละปีจนกว่าจะตาย ทั้งเมื่อผู้สมรสผู้ตายได้ตายไปแล้วก็ยังจะจ่ายเงินปีให้ แก่ผู้สมรสตลอดอายุ แต่หากปรากฏว่าการทำสัญญาดังกล่าวทำให้สินเดิม (สินส่วนตัว) หรือสินสมรสของผู้ตายลดน้อยลงไปกว่าที่ควร ก็ให้ได้รับการ ชดใช้เพื่อจะเป็นทรัพย์สินแบ่งให้ทายาทอื่นเพิ่มขึ้นตามส่วน มีข้อสังเกต ตาม มาตรฐานนี้ไม่ได้ระบุให้ชดใช้กับใคร เข้าใจว่าต้องชดใช้เข้ากองมรดกของ ผู้ตาย แต่ไม่ต้องชดใช้ทั้งหมด หากต้องชดใช้เฉพาะเท่าจำนวนที่ได้เอาสิน เดิม (สินส่วนตัว) หรือสินสมรสของฝ่ายที่ตายไป ลงทุนเพียงเท่าจำนวนที่ ผู้จ่ายเงินจะเรียกเอาเงินลงทุนเพิ่มขึ้น เพราะการที่ต้องจ่ายเงินรายปีให้ คู่สมรสที่มีชีวิตอยู่ต่อไปเท่านั้น ถ้าผู้จ่ายเงินไม่เรียกเงินเพิ่ม ฝ่ายมีชีวิตก็ ไม่ต้องชดใช้ การจะเรียกเพิ่มจะมีได้อย่างไรหรือไม่ต้องแล้วแต่สัญญาที่ได้ ตกลงกันไว้ระหว่างคู่สมรสกับผู้จ่ายเงิน

ข) การแบ่งส่วนมรดกของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่

หลังจากที่มีการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแล้ว สินส่วนตัว ของคู่สมรสที่ตาย และสินสมรสส่วนของผู้ตายหลังจากแบ่ง ย่อมเป็นกอง มรดกตกทอดแก่ทายาท คู่สมรสที่มีชีวิตอยู่แม้จะได้รับสินสมรสไปแล้วครั้ง หนึ่ง ก็ยังมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมประเภทคู่สมรส และมีส่วนแบ่งใน กองมรดกของผู้ตายร่วมกับทายาทโดยธรรมประเภทญาติ ตามมาตรา 1629 วรรคท้าย สำหรับส่วนแบ่งในกองมรดกของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ จะได้รับส่วนแบ่งเท่าไรพิจารณาได้จาก มาตรา 1635 คือ ต้องพิจารณา ว่าขณะที่เจ้ามรดกตาย เจ้ามรดกมีทายาทโดยธรรมประเภทญาติที่มีสิทธิรับ มรดกอยู่ในลำดับใด เมื่อทราบว่าทายาทโดยธรรมลำดับใดที่เป็นผู้มีสิทธิรับ มรดกของเจ้ามรดกแล้ว หลักการแบ่งส่วนมรดกของคู่สมรสที่มีชีวิตอยู่มีดังนี้

1. กรณีเจ้ามรดกมีทายาทโดยธรรมลำดับ 1 หรือผู้รับมรดก แทนที่คู่สมรสมีสิทธิรับมรดกเสมอด้วยผู้สืบสันดาน หมายถึงได้รับส่วนแบ่ง เท่ากับบุตรคนหนึ่งของเจ้ามรดก เช่น เจ้ามรดกมีผู้สืบสันดานหรือผู้รับ มรดกแทนที่ทั้งหมด 2 คน และมีคู่สมรสไม่ว่ากี่คนก็ตาม ทั้งหมดต้องแบ่ง ออกเป็น 3 ส่วน คู่สมรสมีสิทธิได้รับ 1 ใน 3 ส่วน เป็นต้น

2. กรณีที่เจ้ามรดกไม่มีทายาทลำดับที่ 1 แต่มีทายาทโดยธรรมลำดับที่ 2 คือบิดามารดา หรือไม่มีทายาทลำดับที่ 1 และ 2 แต่มีทายาทลำดับที่ 3 ได้แก่พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันหรือผู้รับมรดกแทนที่ คู่สมรสที่มีชีวิตอยู่จะมีสิทธิรับมรดกครึ่งหนึ่งของกองมรดกทั้งหมด

3. กรณีเจ้ามรดกไม่มีทายาท ลำดับ 1, 2, 3 หรือผู้รับมรดกแทนที่ แต่มีทายาทลำดับที่ 4 คือ มีทายาทที่มีฐานะเป็นพี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน หรือถ้าไม่มีทายาทลำดับ 1, 2, 3, 4 หรือผู้รับมรดกแทนที่ แต่มีทายาทลำดับที่ 5 คือ ปู่ ย่า ตา ยาย หรือไม่มีทายาทโดยธรรม ลำดับ 5 แต่มีทายาทลำดับที่ 6 คือ หลาน ป้า น้า อา หรือผู้รับมรดกแทนที่ คู่สมรสที่มีชีวิตอยู่ย่อมมีสิทธิได้รับส่วนแบ่ง 2 ใน 3 ส่วนจากกองมรดกทั้งหมดของเจ้ามรดก

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ข้างต้น การรับมรดกของคู่สมรสที่มีชีวิตอยู่ ไม่ตัดสิทธิรับมรดกร่วมกับทายาทโดยธรรมประเภทญาติใน 6 ลำดับ ตามมาตรา 1629 และส่วนแบ่งของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ย่อมเป็นไปตามหลักการแบ่งส่วนของ มาตรา 1635 ข้างต้น แต่ถ้าเจ้ามรดกไม่มีทายาทโดยธรรมลำดับอื่นเลย คู่สมรสที่มีชีวิต จึงมีสิทธิรับมรดกทั้งหมดของเจ้ามรดก หากปรากฏว่าคู่สมรสของ เจ้ามรดกไม่มีชีวิตอยู่ขณะเจ้ามรดกตาย และไม่ปรากฏว่ามีทายาทโดยธรรมใน ลำดับทั้ง 6 ลำดับเลย มรดกย่อมตกแก่แผ่นดินตาม มาตรา 1753

หากพิจารณาในเชิงเปรียบเทียบกฏหมายต่างประเทศดังที่ผู้เขียนได้นำเสนอไว้ในบทก่อน จะพบว่าประเทศฟิลิปปินส์สิทธิของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตนั้น หากผู้ตายมีบุตรและบุพการีอยู่คู่สมรสได้ครึ่งหนึ่ง หากไม่มีบุตรและบุพการีคู่สมรสได้ทั้งหมดโดยตัดทายาทลำดับอื่น ประเทศญี่ปุ่น กำหนดว่าคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ ไม่จัดว่าเป็นทายาทลำดับหนึ่งลำดับใด และให้สิทธิรับมรดกครึ่งหนึ่งก่อนเสมอ และคู่สมรสตัดทายาทลำดับอื่น ยกเว้นผู้สืบสันดานกับบุพการี มลรัฐแคลิฟอร์เนียและนิวยอร์กสหรัฐอเมริกา กำหนดว่า หากมีทายาทลำดับแรกคือบุตรอยู่คู่สมรสที่มีชีวิต ได้ทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ก่อนไม่เกิน 50,000 เหรียญ และอีกครั้งหนึ่งของทรัพย์สินมรดกที่เหลือ ถ้าไม่มีทายาทลำดับแรกคู่สมรสที่มีชีวิตได้ทรัพย์สินมรดกทั้งหมด และถือว่าเป็นการตัดทายาทลำดับอื่น แม้แต่ลำดับสองคือบุพการีก็ไม่ให้มี

สิทธิรับมรดก ประเทศฝรั่งเศสกำหนดว่า หากผู้ตายไม่มีทายาทลำดับแรกและลำดับสอง คู่สมรสที่มีชีวิตอยู่ได้รับมรดกทั้งหมด โดยถือว่าเป็นการตัดทายาทลำดับอื่น ๆ แต่ประเทศเกาหลี เบลเยียมและออสเตรเลีย ไม่มีบทบัญญัติให้คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ตัดทายาทลำดับที่อยู่ถัดไปจากลำดับแรกกับลำดับสอง ผู้เขียนมีความเห็นว่าในเรื่องส่วนแบ่งของทรัพย์สินมรดกและการตัดทายาทลำดับอื่นนั้น เป็นความเหมาะสมเฉพาะของแต่ละประเทศซึ่งย่อมแตกต่างกัน สำหรับประเทศไทยควรที่จะให้คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ได้รับส่วนแบ่งในทรัพย์สินมรดกครั้งหนึ่งเป็นอย่างต่ำ แม้จะมีทายาทชั้นบุตรอยู่ คู่สมรสก็ควรได้รับครั้งหนึ่ง ส่วนการตัดทายาทลำดับอื่นนับจากลำดับที่ 3 ลงไปนั้น บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้ย่อมมีความเหมาะสมแล้วยังไม่สมควรให้คู่สมรสที่ยังมีชีวิตตัดทายาทลำดับที่ 3 ลงไปเหมือนดังบางประเทศ ซึ่งก็มีความแตกต่างกันอยู่เช่นกัน ซึ่งผู้เขียนจะ เสนอแนะในบทต่อไป

บทที่ 5

สรุปและเสนอแนะ

5.1 ท่อสรุป

จากหลักกฎหมายและการวิเคราะห์ปัญหาตามผู้เขียนได้นำเสนอถึงสิทธิการรับมรดกของคู่สมรสมาโดยละเอียดในบทที่ 2, 3 และ 4 จะสรุปแยกเป็นข้อได้ดังนี้

1) เมื่อศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการของกฎหมายพบว่ากฎหมายลักษณะผัวเมีย ได้รับรองสิทธิของหญิงมีสามีทั้งในเรื่องสถานะการเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิในการรับมรดกของสามีไว้อย่างสมบูรณ์ แม้ว่าชายผู้เป็นสามีจะมีภริยาที่คนก็ตาม ปัญหาเปลี่ยนแปลงมาใช้หลักการระบบผัวเดียวเมียเดียว เป็นปัญหาทั้งในชั้นคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในชั้นการพิจารณาโดยสภาผู้แทนราษฎร แต่ในที่สุดหลักการห้ามชายหญิงมีคู่สมรสเกินกว่าหนึ่งคน ก็ได้ประกาศใช้โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 เมื่อ พ.ศ. 2478 ต่อมามีการแก้ไขอีกหลายครั้งจนถึงปัจจุบันลงเลยมากกว่า 60 ปีแล้ว โดยข้อเท็จจริงก็ยิ่งปรากฏการสมรสที่ไม่น่าพาและเชื่อถือในนโยบายของรัฐต่อหลักการดังกล่าวมีอยู่เป็นอันมาก ในขณะเดียวกันรัฐก็พยายามสร้างมาตรการทางกฎหมายให้เข้มงวดยิ่งขึ้น เช่น การจดทะเบียนสมรสที่เป็นโมฆะเพราะชายหรือหญิงทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่หรือสมรสซ้อน แม้คู่สมรสจะสุจริตก็ไม่ให้มีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่ตายไป เป็นต้น

2) มาตรการทางกฎหมายที่มุ่งให้ประชาชนจดทะเบียนสถานะทางครอบครัว โดยเฉพาะการสมรสด้วยการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 นับแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 เป็นต้นมา จัดเป็นมาตรการ

ทางกฎหมายสาระบัญญัติที่เคร่งครัด โดยมีมุ่งหมายเพื่อรักษาหลักความสมบูรณ์ด้วยการจดทะเบียน ซึ่งรัฐจำเป็นต้องเข้าควบคุม ในขณะที่การสมรสเป็นสิทธิตามธรรมชาติอันเกิดจากความพึงพอใจส่วนตัวระหว่างชายหญิง และเป็นการใช้เสรีภาพส่วนบุคคล ข้ออ้างของรัฐที่ว่าขอบเขตของการแสดงเจตนาเพื่อทำการสมรส และปัญหาที่ชายหญิงจะเป็นสามีภริยากันได้ตามกฎหมายหรือไม่ ตลอดจนคู่สมรสจะต้องเป็นระบบผิวเดียวเมียวเดียวอันจัดเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงเป็นข้ออ้างที่ประชาชนจำนวนหนึ่งไม่ใส่ใจและเห็นความสำคัญพอที่จะปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ส่งผลให้ชายหญิงจำนวนหนึ่ง เข้าอยู่กินสร้างครอบครัวเป็นคู่สมรสกันฉันสามีภริยา โดยไม่นำพาต่อการจดทะเบียนสมรสรวมถึงการเข้าเป็นคู่สมรสกันทั้ง ๆ ที่อีกฝ่ายหนึ่งมีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้วด้วย

3) กฎหมายปัจจุบันไม่รับรองสิทธิของคู่สมรสที่ไม่จดทะเบียนและแม้ว่าคู่สมรสจะจัดเป็นทายาทโดยธรรมประเภทหนึ่ง ซึ่งโดยหลักแล้วทายาทโดยธรรมผู้มีสิทธิรับมรดกย่อมถือหลักตามความเป็นจริงไม่ว่าจะเป็นผู้สืบสันดาน หรือผู้บุพการี ซึ่งกฎหมายและแนวการวินิจฉัยของศาลฎีกาก็ได้รับรองหลักการนี้ แต่คู่สมรสที่ไม่จดทะเบียนสมรสก็ยังถูกปฏิเสธ ที่จะได้รับสิทธิในทรัพย์สินมรดกโดยบทบัญญัติของกฎหมายอย่างสิ้นเชิง ทั้งนี้ไม่ว่าคู่สมรสนั้นจะได้อยู่กินฉันสามีภริยากันมาช้านานเท่าใด จะมีบุตรด้วยกันมากน้อยกี่คน จะได้ร่วมกันสร้างฐานะครอบครัว หรือปรนนิบัติดูแลก่อนตายอย่างไร อันเป็นสิทธิหน้าที่ตามธรรมชาติของมนุษย์ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ยังไม่อาจรับรองสิทธิของคู่สมรสตามความเป็นจริงดังกล่าวนี้ได้ คงมีแต่แนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกา เฉพาะบางเรื่องที่พยายามให้ความเป็นธรรม โดยพิพากษาว่าคู่สมรสตามความเป็นจริง แม้ไม่จดทะเบียนสมรส ย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินที่หาได้มาร่วมกันอย่างเจ้าของร่วมจึงมีสิทธิกันคนละครึ่ง ซึ่งก็เป็นเพียงการแบ่งทรัพย์สินให้เสมือนเป็นสินสมรสเท่านั้น มิใช่สิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่ตายไป จึงสมควรมีการแก้ไขมาตรการทางกฎหมายที่ถือหลักการจดทะเบียนสมรสอย่างเคร่งครัด โดยให้มีการผ่อนคลายทางกฎหมายกับคู่สมรสตามความเป็นจริงที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส โดยให้มีสิทธิได้รับมรดกของคู่สมรสผู้ตายภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้อย่าง

เคร่งครัด ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอแนะต่อไป

4) สำหรับคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสแต่การสมรสนั้นเป็นโหมะ ว่าจะด้วยเหตุเป็นบุคคลวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถ เป็นญาติสืบสายโลหิต หรือเป็นพี่น้องกัน ทำการสมรสในขณะที่คู่สมรสมีผู้อื่นเป็นคู่สมรสอยู่ก่อนแล้ว หรือทำการสมรสโดยมิได้ยินยอมก็ตาม แต่เดิมกฎหมายรับรองสิทธิในการรับมรดกของคู่สมรสให้ หากปรากฏว่าขณะทำการจดทะเบียนสมรสนั้นคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ได้กระทำไปโดยสุจริต แต่ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้บรรพ 5 (ใหม่) พ.ศ. 2533 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 กันยายน 2533 ได้มีการแก้ไขจำกัดสิทธิเฉพาะกรณีคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสแต่การสมรสเป็นโหมะ เพราะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอื่นอยู่ แม้จะกระทำโดยสุจริตก็ไม่มีสิทธิรับมรดกของฝ่ายที่ตายโดยสิ้นเชิง การแก้ไขและประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวแสดงถึงการให้ความสำคัญต่ออำนาจรัฐ ที่จะให้หลักความสมบูรณ์แห่งการสมรสโดยการจดทะเบียนอย่างถูกต้องโดยไม่ผิดเงื่อนไขการสมรสอย่างยิ่งยวด โดยไม่นำพาต่อหลักสุจริตทั้ง ๆ ที่ขณะจดทะเบียนสมรสนั้นคู่สมรสฝ่ายที่สุจริตได้มุ่งประสงค์ที่จะปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐอย่างเต็มที่ ถ้าในขณะที่หลักสุจริตยังมีผลคุ้มครองให้สิทธิในการรับมรดกในกรณีเช่นนี้ เป็นบุคคลวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถ เป็นญาติสืบสายโลหิตหรือเป็นพี่น้องกัน และในกรณีมิได้ยินยอมเป็นสามีภริยากัน ก็ยังสามารถมีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่ตายได้ ซึ่งไม่ควรมีผลแตกต่างกันอย่างตรงข้ามเช่นนั้น

5) หลักกฎหมายอิสลามบัญญัติว่าสามีอาจมีภริยาได้หลายคน

(Polygamous Marriage) โดยภริยาทุกคนเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้เกิดสิทธิในการรับมรดกของภริยาเสมอกัน ภายใต้เงื่อนไขและวิธีขึ้นทรัพย์มรดกตามกฎหมายอิสลาม ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 บัญญัติว่าการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกแก่อิสลามิกต้องใช้กฎหมายอิสลาม จึงเป็นข้อยกเว้นประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์บรรพ 5 และ 6 ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนี้ กฎหมายอิสลามกำหนดสิทธิการรับมรดกของคู่สมรส

ไม่เท่าเทียมกัน โดยสามมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งแห่งทรัพย์สินมรดกมากกว่าภริยา ส่วนสิทธิในการทำพินัยกรรมถูกจำกัดได้ตามหลักกฎหมายอิสลาม ซึ่งแตกต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่สำคัญคือพินัยกรรมที่ตัดทายาทคนใดคนหนึ่งมิให้ได้รับมรดกจะมีผลเป็นโมฆะ และพินัยกรรมจะจำหน่ายทรัพย์สินมรดกให้แก่บุคคลอื่นที่มีใช้ทายาทเกิน 1 ใน 3 มิได้ หากข้อกำหนดพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์สินให้บุคคลอื่นเกินกว่าที่กำหนดก็ให้มีผลบังคับได้เพียงไม่เกิน 1 ใน 3 เท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายอิสลามมีลักษณะยึดถือในหลักศาสนาและธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติมากกว่าที่จะคำนึงถึงการควบคุมโดยรัฐ

6) ในเชิงเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ในเรื่องสถานะของการเป็นคู่สมรสตามกฎหมายพบว่า เกือบทุกประเทศถือหลักความสมบูรณ์ของการสมรสโดยการจดทะเบียนสมรสกับเจ้าพนักงาน เช่นเดียวกับประเทศไทย และมีบางประเทศมีกฎหมายรับรองสถานะของคู่สมรสที่อยู่กินกันฉันสามีภริยาแต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสด้วย เช่น ประเทศเกาหลี ถือว่าการสมรสต้องมีการจดทะเบียนสมรสก่อนายทะเบียนท้องถิ่น และการที่ชายหญิง 2 ฝ่ายได้อยู่ร่วมกันเป็นสามีภริยา แม้จะไม่ได้จดทะเบียนสมรสหากบุคคลทั้งสองมีคุณสมบัติจะเป็นคู่สมรสกันได้ตามกฎหมายแล้ว ให้ถือว่าเฉพาะในส่วนผลแห่งความสัมพันธ์ทางการสมรสระหว่างบุคคลทั้งสองมีผล เช่นเดียวกับคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรส มลรัฐแคลิฟอร์เนียสหรัฐอเมริกา ถือว่าการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายต้องจดทะเบียนสมรสเช่นกัน แต่ชายหญิงซึ่งมีความสามารถจะทำการสมรสได้อยู่กินฉันสามีภริยาแม้ไม่ได้จดทะเบียนสมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิขอให้นายทะเบียนทำการสอบสวนแล้วออกใบรับรองการเป็นคู่สมรสได้ หากมีการคัดค้านการพิสูจน์สอบสวนเช่นนั้นให้กระทำโดยศาล ประเทศฟิลิปปินส์ ถือว่าการจดทะเบียนสมรสเป็นสิ่งที่คู่สมรสต้องกระทำต่อหน้านายทะเบียนท้องถิ่น แต่หากชายหญิงอยู่กินเป็นสามีภริยากันเกิน 5 ปี หากปรากฏว่าบุคคลทั้งสองไม่มีคู่สมรสเดิมอยู่ไม่เป็นผู้ต้องห้ามหรือผิดเงื่อนไขการสมรส แม้จะไม่ได้จดทะเบียนสมรสก็ให้ถือเป็นคู่สมรสกันตามกฎหมาย และที่แตกต่างออกไปคือ ประเทศเบลเยียม ถือว่าการสมรสเป็นสัญญาทางแพ่งอย่างหนึ่ง การแสดงเจตนาเข้าเป็นคู่สมรสจึงอยู่ภายใต้หลักการทำสัญญาทางแพ่งทั่วไป ซึ่งอาจมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือไม่ก็ได้

สิทธิในการทำพินัยกรรมของคู่สมรส จากการศึกษาพบว่าหลายประเทศ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน และญี่ปุ่น กำหนดมรดกภาคบังคับซึ่ง เรียกว่า Reserve and Compulsory Portion ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส หรือ Legitimate Portions Compulsory Shares ตามหลักกฎหมายเยอรมัน อันเป็นการจำกัดสิทธิของคู่สมรส ที่จะทำพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์สินมรดกของตนให้บุคคลภายนอกเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ ทั้งนี้เพื่อสงวนไว้ให้ทายาทโดยธรรมชั้นบุตรและคู่สมรสเป็นสำคัญ และมีอีกหลายประเทศ เช่น มลรัฐนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา อังกฤษ แคนาดาและออสเตรเลีย มีบทบัญญัติเป็นพิเศษให้คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่มีสิทธิพิเศษได้รับสิ่งหาริมทรัพย์ทั้งหลายอันเกี่ยวกับบ้านและเครื่องใช้สอยต่าง ๆ คิดเป็นจำนวนเงินไม่เกิน 6,500 เหรียญ (แคนาดา) 75,000 เหรียญ (ออสเตรเลีย) 75,000 ปอนด์ (อังกฤษ) และ 50,000 เหรียญ (สหรัฐ) จากกองมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่ตายก่อนแบ่งปันทรัพย์สินมรดกตามแต่ที่กฎหมายจะกำหนดเป็นต้น ลักษณะบัญญัติพิเศษเช่นนี้หาใช้มรดกภาคบังคับไม่ แต่เป็นการกำหนดสิทธิขึ้นเป็นพิเศษของคู่สมรสฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ และเป็นสิทธิลำดับต้นที่มีสิทธิได้รับก่อนแบ่งปันทรัพย์สินมรดกด้วย

สำหรับการปันทรัพย์สินมรดกให้แก่คู่สมรส จากการศึกษาพบว่าหลายประเทศส่วนใหญ่กำหนดปันทรัพย์สินมรดกจากกองมรดกของผู้ตาย โดยกำหนดให้คู่สมรสมีสิทธิได้รับทรัพย์สินมรดกอย่างน้อยครั้งหนึ่ง และอาจมากกว่านั้นหากไม่มีทายาทลำดับต้น คือชั้นผู้สืบสันดาน หรือทายาทลำดับสอง คือบิดามารดา และคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่จะตัดทายาทโดยธรรมชั้นทายาทลำดับหนึ่งลำดับใด มีสิทธิได้รับมรดกครั้งหนึ่งก่อนเสมอ

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการนำเสนอหลักกฎหมายทั้งในเชิงประวัติศาสตร์และกฎหมายเปรียบเทียบเกี่ยวกับบางประเทศ ตามปัญหาที่ปรากฏในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิการรับมรดกของคู่สมรส ดังที่ผู้เขียนได้เสนอรายละเอียดมาในบทที่ 2 , 3 และ 4 นั้น

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะเชิงนิติศาสตร์ดังนี้

๑. คู่สมรสที่อยู่กันฉันสามีภริยากันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส หากปรากฏว่าคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีความสามารถที่จะทำการสมรสกันได้ตามกฎหมายและไม่เป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขแห่งการสมรส อีกทั้งได้อยู่กันฉันสามีภริยาเป็นเวลา 10 ปี หรืออยู่ด้วยกันจนเกิดบุตร ให้ถือว่าต่างฝ่ายต่างมีสิทธิรับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่งเสมือนเป็นทายาทโดยธรรมประเภทคู่สมรส

เหตุที่กำหนดเงื่อนไขเวลาไว้ 10 ปี ก็ด้วยการเทียบเคียงกับหลักระยะเวลาและอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นหลักทั่วไป ส่วนเงื่อนไขการมีบุตรเป็นภาวะวิสัยอันจำเป็นและสำคัญกว่าเงื่อนไขระยะเวลาที่ควรยอมรับ เพราะการมีบุตรก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ จึงควรแก่การรับรองในสิทธิดังกล่าวขึ้นทันที

โดยอาจแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มาตรา 1629 คือ เพิ่มวรรคสามขึ้นอีกเป็นว่า "ชายหญิงที่อยู่กันฉันสามีภริยากันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส หากปรากฏว่าทั้งสองฝ่ายมีความสามารถที่จะทำการสมรสกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และไม่เป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขแห่งการสมรส และพิสูจน์ได้ว่าอยู่กันฉันสามีภริยาเป็นเวลา 10 ปี หรือมีบุตรด้วยกันให้ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิรับมรดกซึ่งกันและกัน เสมือนเป็นทายาทโดยธรรมประเภทคู่สมรส หากมีผู้ได้สิทธิดังกล่าวนี้หลายคนก็ให้ได้รับมรดกเป็นส่วนเท่า ๆ กัน โดยไม่กระทบกระเทือนต่อทายาทลำดับอื่น"

๒. คู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรสกันแต่การสมรสนั้นเป็นโมฆะ หากเป็นด้วยเหตุบุคคลวิกลจริต หรือคนไร้ความสามารถ เป็นญาติสืบสายโลหิต หรือเป็นพี่น้องกัน หรือทำการสมรสโดยมิได้ยินยอม แม้ภายหลังศาลจะได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งแสดงว่าการสมรสเช่นดังกล่าวมาเป็นโมฆะ คู่สมรสฝ่ายที่สุจริตไม่เสียสิทธิรับมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่ตาย ในขณะที่การสมรสอันเป็นโมฆะเพราะทำการสมรสในขณะที่คู่สมรสมีผู้อื่นเป็นคู่สมรสอยู่ก่อนแล้ว แม้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจะสุจริตก็ไม่มีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่ตาย อันมีผลต่างกันอย่างมากระหว่างที่ฝ่ายที่มีชีวิตอยู่ทำการสมรสโดยสุจริต โดยมิได้มุ่งหมายจะหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือไม่นำมาต่อการจดทะเบียนสมรส แต่เพราะถูกปกปิดจากฝ่าย

ที่ตาย สมควรแก้ไขให้คู่สมรสฝ่ายที่สุจริตมีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่ตาย โดยอาจแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มาตรา 1499 คือ แก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะส่วนวรรคสองเป็นว่า "การสมรสที่เป็นโมฆะ เพราะฝ่าฝืน มาตรา 1452 ไม่ทำให้ชายหรือหญิงผู้สมรสโดยสุจริตเสื่อมสิทธิที่ได้มาเพราะการสมรส ก่อนที่ชายหรือหญิงนั้นรู้ถึงเหตุที่ทำให้การสมรสเป็นโมฆะ และชายหรือหญิงย่อมมีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของกันและกันเสมือนเป็นคู่สมรสตามกฎหมายด้วย"

และต้องแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 1629 คือเพิ่มเติมบทบัญญัติในวรรคสี่ขึ้นอีกด้วยเป็นว่า "หากปรากฏว่ามีผู้หนึ่งผู้ใดหรือหลายคนมีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม เสมือนเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย และมีคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่อีกด้วย ให้บุคคลผู้นั้น ๆ ได้รับทรัพย์สินมรดกเป็นส่วนเท่ากันกับคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ โดยแบ่งปันส่วนในระหว่างกันมิให้กระทบกระเทือนต่อการปันส่วนให้ทายาทโดยธรรมผู้อื่น"

3. ส่วนแบ่งในทรัพย์สินมรดกของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ จากการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าคู่สมรสเป็นทายาทโดยธรรมที่มีความสำคัญใกล้เคียงกับคู่สมรสฝ่ายที่ตายอย่างยิ่ง เพราะจะต้องเป็นหัวหน้าครอบครัวต่อไป และที่สำคัญจะต้องมีสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับบุตร จึงต้องดำรงไว้ซึ่งกิจการและชื่อเสียงของครอบครัว ดังนั้นหลายประเทศจึงได้กำหนดส่วนแบ่งทรัพย์สินมรดกให้แก่คู่สมรสกึ่งหนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มาตรา 1635 เฉพาะในลำดับ (1) - (3) ดังนี้

(1) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629(1) ที่ยังมีชีวิตอยู่ หรือมีผู้รับมรดกแทนที่แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้น มีสิทธิได้ส่วนแบ่งกึ่งหนึ่ง

(2) ถ้ามีทายาทตามมาตรา 1629(3) และทายาทนั้นยังมีชีวิตอยู่ หรือมีผู้รับมรดกแทนที่ หรือถ้าไม่มีทายาทตามมาตรา 1629(1) แต่มีทายาทตามมาตรา 1629(2) แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีสิทธิได้รับมรดกสองส่วนในสาม

(3) ถ้ามีทายาทตาม มาตรา 1629 (4) หรือ (6) และทายาทนั้น ยังมีชีวิตอยู่ หรือมีผู้รับมรดกแทนที่ หรือมีทายาทตามมาตรา 1629(5) แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่มีสิทธิได้มรดกสามส่วนในสี่

4. สิทธิในการทำพินัยกรรมของคู่สมรส จากการวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบต่างประเทศและหลักกฎหมายอิสลาม จะเห็นได้ว่าแม้พินัยกรรมจะเป็นเจตจำนงของผู้ตายที่กำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินไว้ อันเป็นหลักการ ที่ควรเคารพในสิทธิเสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาของเจ้ามรดกผู้ตายก็ตาม แต่สิทธิในทรัพย์สินมรดกเป็นสิทธิอันเกี่ยวข้องกับครอบครัวซึ่งเป็นสถาบันหลักของสังคม จึงต้องถือว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่รัฐควรเข้าควบคุมเช่นกัน มิฉะนั้นจะเกิดความเสียหายกับสถาบันครอบครัว ดังที่พบเห็นว่าผู้ตายจำหน่ายทรัพย์สินมรดกโดยวิธีการทำพินัยกรรมให้บุคคลอื่นที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันในทางครอบครัวกันเลย ซึ่งหลายประเทศที่ศึกษารวมทั้งกฎหมายอิสลามจึงจำกัดสิทธิในการทำพินัยกรรม โดยใช้หลักมรดกภาคบังคับกึ่งหนึ่ง หรือ 1 ใน 3 ของกองมรดกทั้งหมด ผู้เขียนเห็นว่าหลักการดังกล่าวมีความจำเป็นและเหมาะสมที่นำมาใช้กับประเทศไทย โดยอาจแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1646 วรรคสองว่า "พินัยกรรมจะกำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนเกินกว่ากึ่งหนึ่งของทรัพย์สินที่เป็นมรดกมิได้ หากมีการกำหนดไว้เกินกว่าก็ให้มีผลบังคับได้เพียงกึ่งหนึ่ง"

บรรณานุกรม

- กองวรรณคดีและประวัติศาสตร์, กรมศิลปากร, กฎหมายตราสามดวง,
กรุงเทพมหานคร ; โรงพิมพ์กรมศิลปากร ; 2521
- โชค จารุจินดา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หนี้กรรม.
กรุงเทพมหานคร ; โรงพิมพ์พระจันทร์ ; 2526
- ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม. ; กรุงเทพมหานคร ; จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย ; 2527
- ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, ประวัติศาสตร์กฎหมาย, ; กรุงเทพมหานคร ; โรงพิมพ์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2527
- เด่น โต๊ะมีนา, กฎหมายอิสลาม. ; กรุงเทพมหานคร ; โรงพิมพ์แสงจันทร์ ; 2532
- ทองเปลว ชลภูมิ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5
ว่าด้วยครอบครัว, ; กรุงเทพมหานคร ; โรงพิมพ์อักษรนิติ ; 2478
- นุชทิพย์ ป. บรรจงศิลป์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5
ครอบครัว. ; กรุงเทพมหานคร ; โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2532
- นิติศาสตร์ไพศาล, พระยา คำสอนประวัติศาสตร์ไทย ; กรุงเทพมหานครวิริยะ
การพิมพ์ ; 2502
- ปริทัศน์นิติเกษตร, พระ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6
มรดก ; กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดลิเมล ; 2482
- บวรศักดิ์ อูวรรณโณ "การตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดก"สารานุกรมกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ ; กรุงเทพมหานคร ; บริษัทอมรินทร์จำกัด (มหาชน) ; 2537
- บวรศักดิ์ อูวรรณโณ "ความหมายของมรดกในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์"
"บทบัญญัติ. เล่ม 42 ตอน 1, 2529
- บวรศักดิ์ อูวรรณโณ "การเป็นทายาท"สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ;
กรุงเทพมหานคร ; บริษัทอมรินทร์จำกัด (มหาชน), 2537
- ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว. กรุงเทพมหานคร :
โรงพิมพ์นิติบรรณการ (พิมพ์ครั้งที่ 8) ; 2536

พิจารณาปฐษามาตย์, พระยา คำอธิบายกฎหมายลักษณะผู้เมีย และมรดก

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พิศาลบรรณนิติ, 2468

เพ็ริบ หุตางกูร กฎหมายลักษณะมรดก, กรุงเทพมหานคร ; โรงพิมพ์มหา

วิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522

เพ็ริบ หุตางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก,

กรุงเทพมหานคร ; โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536

ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "ความเป็นโมฆะของการสมรส" สารานุกรมกฎหมายแพ่ง

และพาณิชย์; กรุงเทพมหานคร; บริษัทอมรินทร์จำกัด(มหาชน), 2537

ร. แรังกาต์ ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย 2 เล่ม, กรุงเทพมหานคร :

ไทยวัฒนาพานิช, 2526

รองพล เจริญพันธ์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, กรุงเทพมหานคร :

เจริญวิทย์การพิมพ์ ; 2520

ราชบุรดีเรกฤทธิ ; สมเด็จพระบรมวงศ์เธอกรมหลวง, กฎหมายเล่ม 1

กรุงเทพมหานคร; โรงพิมพ์สำนักนายกรัฐมนตรี้ ; 2513

ราชบุรดีเรกฤทธิ; สมเด็จพระบรมวงศ์เธอกรมหลวง, คำบรรยายกฎหมายลักษณะ

ผู้เมีย ; พิมพ์เป็นอนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ พลวงชำนาญนิติ

ศาสตร์ ; กรุงเทพมหานคร ; 2520

วิชา มหาคุณ. ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย, กรุงเทพมหานคร

: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523

สอาด นานาวิเชียร. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6

ว่าด้วยมรดก, กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2517

สุทธิวาทณฤพณิ, หลวง คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย, กรุงเทพมหานคร :

โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2504

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว มรดก

โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. กฎหมายสมัยอยุธยา, กรุงเทพมหานคร ; โรงพิมพ์

หอสมุดแห่งชาติ, 2521

- สิทธิชัย พูนเกษม, "การชำระหนังสือของมรดก" "วิทยาลัยนิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต,
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530
- สันศักดิ์ ศะศิวิชัย, "ความเป็นโมฆะของการสมรส" "วิทยาลัยนิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต;
 กรุงเทพมหานคร ; มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ; 2523
- Arthur Robinson, Australlia Law Digest, Martindale Hubbell,
 Revised For 1993, New York, 1993
- Bito & Castillo, Philippines Republic Of Law Digest,
 Revised For 1993, Martindale Hubbell, New York, 1993
- Blake more & Mitsuki, Japan Law Digest, Revised For 1993,
 Martin dale Hubbell, New York, 1993
- Boesebeck & Partner, Germany : Law Digest of The Federal
Republic Of Germany, Martindale Hubbell, New York, 1993
- Buckland, W.W., Mchall, Arnold D. Roman Law And Common Law,
 Canbridge: University Press, 1965
- Cdudert Brothers, France Law Digest, Revised For 1993,
 Martindale Hubbell, New York, 1993
- Crabb, John H. The French Civil Cold. New Jersey :
 Fred B. Rothman Co., 1977
- Davis & Company, British Columbia; Canada Law Digest,
 Martindale Hubbell, New York, 1993
- Dawson, John P. Fift And Promise, New Haven :
 Yale University Press, 1980
- De Bandt. Van Hecke, Belgium Law Digest, Martindale
 Hubbell, New York, 1993
- Fratcher, William F. International Encyclopedis Of
Comparative Law, Vol Vi Ch 11., 1972
- Johnson & Bridges, California Law Digest, Revised For
 1993, Martindale Hubbell, New York, 1993

Kim & Chang, Republic Of Korea Law Digest, Revised For
1993, Martindale Hubbell, New York 1993

Messrs. William Charles Crdcker, England Law Digest,
Martindale Hubbell, New York, 1993

Planiol, Mmarcel and Ripert, Gorge. Treatise On The Civil
Law Vol 3., 1938

Rogers & Wells, New York Law Digest. Revised For 1993
Martindale Hubbell, New York, 1993

Ryan, K.W. An Introduction To The Civil Law. Sydney:
Halstead Press, 1962

ประวัติผู้เขียน

ร้อยเอกสมคิด เอี่ยมอ่อน เกิดเมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม 2503
ที่ตำบลคลองนิมยตรา อำเภอบางบัว จังหวัดสมุทรปราการ

สำเร็จการศึกษาชั้นปริญญาตรี นิติศาสตร์ จากมหาวิทยาลัยราม
คำแหง เมื่อปีการศึกษา 2526 นอกจากนั้นยังได้ศึกษาเพิ่มเติมหลายด้านด้วย
กัน เช่น

- หลักสูตรนายทหารประวัติศาสตร์และพิพิธภัณฑ์ทหาร
กองบัญชาการทหารสูงสุด
- หลักสูตรภาษาอังกฤษชั้นกลาง กองบัญชาการทหารสูงสุด
- หลักสูตรนายทหารปฏิบัติการจิตวิทยา กองทัพเรือ
- หลักสูตรนายทหารสัญญาบัตรขั้นต้น สำนักงานปลัด
กระทรวงกลาโหม
- หลักสูตรอัยการทหาร สำนักงานปลัดกระทรวงกลาโหม

ปัจจุบันรับราชการที่สำนักงานอัยการทหาร กรมพระธรรมนูญ สำนัก
งานปลัดกระทรวงกลาโหม