



บทที่ 4

วิเคราะห์ฐานความผิดและสภาพบังคับตามกฎหมายอาญาในกรณีการสมรสซ้อน

ในต่างประเทศ การสมรสซ้อนถือเป็นความผิดอาญาโดยตรง มีผลให้บุคคลที่สมรสซ้อนต้องรับโทษทางอาญา เพราะถือว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิในครอบครัวและศีลธรรมอย่างรุนแรง และในบางประเทศยังเป็นความผิดต่อศาสนาอีกด้วย ซึ่งความผิดฐานสมรสซ้อนของแต่ละประเทศก็มีความคล้ายคลึงและแตกต่างกันออกไปตามแต่วัฒนธรรม จารีตประเพณี และศาสนา แต่อย่างไรก็ดี สิ่งที่แต่ละประเทศมุ่งหวังก็คือ การธำรงรักษาไว้ซึ่งหลักศีลธรรมเพียงอย่างเดียว ในขณะที่ประเทศไทย นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2478 จนถึงปัจจุบัน นับเป็นเวลากว่า 70 ปีแล้วที่ประเทศไทย กำหนดให้บุคคลสามารถมีคู่สมรสได้เพียงคนเดียวเท่านั้น ผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนนอกจากจะมีผลให้การสมรสเป็นโมฆะแล้ว ยังมีผลให้ผู้ที่ฝ่าฝืนมีความผิดอาญาฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 หรือฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 267 แต่โทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับก็เป็นเพียงโทษจำคุกเท่านั้น ส่งผลให้มีผู้ฝ่าฝืนข้อห้ามไปทำการสมรสซ้อนเป็นจำนวนมาก จึงสมควรที่จะนำความผิดฐานสมรสซ้อนของต่างประเทศมาศึกษาวิเคราะห์ให้เห็นถึงความแตกต่าง ข้อดี ข้อเสีย และความบกพร่องของกฎหมายไทยตลอดจนมาตรการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสมต่อไป

4.1 วิเคราะห์ความผิดฐานสมรสซ้อนตามกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับ มาตรการลงโทษทางอาญาในกรณีการสมรสซ้อนตามกฎหมายไทย

การวิเคราะห์ให้เห็นถึงข้อดี ข้อเสีย และความบกพร่องของกฎหมายไทยวิธีที่ดีที่สุดคือการเปรียบเทียบความผิดฐานสมรสซ้อนตามกฎหมายของต่างประเทศกับมาตรการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย

ก) การกระทำอันเป็นความผิด

ในต่างประเทศ การจะเข้าข่ายความผิดฐานสมรสซ้อน การสมรสครั้งแรกต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ มีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วนั่นเอง โดยมีรูปแบบพิธีการสมรสเป็นไป

ตามกฎหมายของสถานที่ที่มีการสมรสเกิดขึ้น¹ ซึ่งในประเด็นนี้อาจมีปัญหากเกิดขึ้นได้ว่า การสมรสในประเทศใดประเทศหนึ่งหรือรัฐใดรัฐหนึ่งอาจไม่ถือเป็นการสมรสในอีกประเทศหนึ่งหรือรัฐหนึ่ง เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกามีรูปแบบการสมรสที่หลากหลาย กฎหมายว่าด้วยการสมรสจึงมีความแตกต่างกัน เช่น มีการสมรสในรูปแบบที่เรียกว่า common law marriage หมายถึง การอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาโดยไม่มีพิธีการแต่อย่างใด แต่กฎหมายก็ถือว่าเป็นการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย² ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาอย่างมากในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานสมรสซ้อนด้วยเหตุนี้ ประมวลกฎหมายอาญาแม่แบบของประเทศสหรัฐอเมริกา (model penal code) ว่าด้วยความผิดฐานสมรสซ้อน³ หรือบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานสมรสซ้อนของมลรัฐเท็กซัส⁴ จึงต้องบัญญัติให้ความผิดฐานสมรสซ้อน หมายรวมถึง การอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา กับบุคคลอื่น ในขณะที่ตนมีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วด้วย

สำหรับในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน แม้ความผิดฐานสมรสซ้อนที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 180 จะไม่ได้บัญญัติให้กรณีการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาถือว่ามี ความผิดฐานสมรสซ้อนไว้ก็ตาม แต่ศาลสูงแห่งมณฑล Chungking ก็เคยมีคำพิพากษาว่าการสมรสกับภริยาคนที่สองตามขนบธรรมเนียมไม่อาจยกขึ้นเป็นข้ออ้างเพื่อยกเว้นความผิดฐานสมรสซ้อนได้ และในช่วงที่พรรคคอมมิวนิสต์ปกครองประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนก็มีมุมมองในเรื่องนี้ว่า การสมรสให้หมายรวมถึง การอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่มีพิธีการจดทะเบียนสมรสด้วย⁵ ในปี ค.ศ. 1944 ศาลสูงก็ยังได้ยื่นบรรทัดฐานที่เกี่ยวกับโทษทางอาญาในความผิดฐานสมรสซ้อนในกรณี ที่บุคคลที่สมรสแล้วแต่ยังไปอยู่กินกันฉันสามีภรรยา กับบุคคลอื่นอีก⁶ แม้กระทั่งในปัจจุบันประเทศ สาธารณรัฐประชาชนจีนก็มีความพยายามให้มีความชัดเจนในเรื่องนี้ โดยมีการเสนอให้มีการแก้ไข

¹ J.W.Cecil Turner, Kenny's Outlines of Criminal Law, 19th ed, (Cambridge : University Press, 1966), p. 224.

² Irving J.Sloan, Living Together : Unmarried and The Law, (Oceana Publication, 1980), p. 1.

³ The Mode Penal Code, Section 230.1.

⁴ The Texas Penal Code, Section 25.01.

⁵ M.H.Van Der Valk, Conservatism in Modern Chinese Family Law Volumen IV, (Leiden E.J.Brill, 1956), pp. 46-47.

⁶ Wang Chenguang, Zhang Xianchu, Introduction to Chinese Law, (Hong Kong : Sweet & Maxwell Asia, 1997), p. 311.

กฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานสมรสซ้อนให้การลงโทษครอบคลุมไปถึงการหลีกเลี่ยงกฎหมายด้วยการอยู่กินกันในฐานะแม่บ้านหรือเลขานุการด้วย⁷

ความผิดฐานสมรสซ้อนตามกฎหมายต่างประเทศในหลายๆ ประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศเยอรมัน ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน และประเทศญี่ปุ่น นอกจากจะลงโทษผู้ที่สมรสซ้อนแล้วยังลงโทษผู้ที่สมรสกับบุคคลที่ตนทราบว่ามิใช่สมรสอยู่แล้วด้วย โดยถือว่าทั้งคู่กระทำความผิดฐานสมรสซ้อน เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากกฎหมายเล็งเห็นว่าบางครั้งการสมรสซ้อนที่เกิดขึ้นอาจไม่ได้เกิดจากผู้ที่ทำกรสมรสซ้อนแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่อาจเกิดจากการรวบเร้า ขยุยงของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง โดยกฎหมายถือว่าผู้ที่แย่งคู่สมรสของผู้อื่นเช่นนี้ได้ทำการล่วงละเมิดสิทธิในทางครอบครัวของผู้อื่นอย่างรุนแรงทำให้ครอบครัวของผู้อื่นแตกแยกสมควรรได้รับโทษความผิดฐานสมรสซ้อนเช่นเดียวกัน แต่สำหรับบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษแม้จะไม่ได้มีบทบัญญัติลงโทษผู้ที่เจตนาแย่งคู่สมรสของผู้อื่น โดยตรง แต่ผู้ที่เจตนาแย่งคู่สมรสของผู้อื่นเช่นนี้ย่อมมีความผิดฐานมีส่วนช่วยเหลือ และร่วมกระทำความผิดอาญาฐานสมรสซ้อน (guilty of aiding and abetting of crime) แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าพิจารณาตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ อาจเกิดปัญหาได้ว่าในกรณีที่ฝ่ายหญิงเชื่อด้วยความบริสุทธิ์ใจว่าสามีได้เสียชีวิตแล้ว และไปสมรสใหม่กับชายซึ่งทราบข้อเท็จจริงว่าสามีของผู้หญิงคนนี้ยังมีชีวิตอยู่แต่ปิดบังไว้ กรณีดังกล่าวจะถือว่าผู้ชายคนนี้ไม่มีความผิด เนื่องจากฝ่ายหญิงมิได้กระทำความผิด ดังนั้น จึงไม่ถือว่าผู้ชายคนหลังนี้เป็นผู้ร่วมในการกระทำความผิดด้วย⁸ ซึ่งถ้าตามข้อเท็จจริงเดียวกันนี้ หากพิจารณาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศเยอรมัน ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน และประเทศญี่ปุ่น จะถือว่าชายผู้นี้มีความผิดด้วย เนื่องจากกฎหมายของประเทศเหล่านี้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ที่สมรสกับบุคคลที่ตนทราบว่ามิใช่สมรสอยู่แล้วถือว่ามีความผิดฐานสมรสซ้อนด้วย ซึ่งเป็นการป้องปรามการสมรสซ้อนได้ดีกว่า

เมื่อพิจารณามาตรการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ผู้ที่สมรสซ้อนถือว่ามีความผิดอาญาฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 หรือฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 267 โดยเอาผิดกับผู้ที่ทำกรสมรส โดยการจดทะเบียนเท่านั้น ดังนั้น หากชายอยู่กินกันฉันสามีภริยากับหญิงอื่นในขณะที่ตนเองมีคู่สมรสที่ชอบด้วย

⁷ Extra-Marital Affairs Under Spotlight, Available from:

<http://www.china.org.cn/english/2000/Dec/5712.htm> (7/2/2549)

⁸ J.W.Cecil Turner, *Supra note 1*, p. 229.

กฎหมายอยู่แล้วจึงไม่เป็นความผิดอาญา ในทางกลับกันผู้ที่มีคู่สมรส โดยไม่ได้มีการจดทะเบียนสมรสภายหลังวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 แม้จะไปจดทะเบียนสมรสกับบุคคลอื่นก็ไม่มีผิดอาญาเช่นกัน ส่วนคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่มีเจตนาแย่งคู่สมรสของผู้อื่นอาจมีความผิดฐานเป็นตัวการร่วมหรือเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว

ข) เจตนาในการกระทำความผิด

ความผิดฐานสมรสซ้อนในต่างประเทศ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาที่จะทำการสมรสครั้งที่สองในขณะที่การสมรสครั้งแรกยังมีผลตามกฎหมาย หรือเจตนาสมรสกับบุคคลที่ตนทราบอย่างแน่นอนว่ามีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเจตนาจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องพิสูจน์ในขั้นแรกของการดำเนินคดีว่า ผู้ถูกกล่าวหา มีเจตนาในการเข้าพิธีสมรสครั้งที่สองหรือไม่ ข้อแตกต่างของผู้กระทำความผิดจึงเป็นการนำเสนอหลักฐานว่าในขณะที่ตนสมรสใหม่นั้นตนเชื่ออย่างสุจริตใจว่าคู่สมรสคนแรกได้เสียชีวิตแล้ว หรือการสมรสครั้งแรกได้สิ้นสุดลงแล้ว หรือการสมรสครั้งแรกเป็นโมฆะหรือถูกทำให้สิ้นสุดลง⁹

เพื่อป้องกันการโต้แย้งดังกล่าว ในหลายประเทศจึงได้บัญญัติให้ผู้ที่ทำกรสมรสซ้อนโดยขาดเจตนาที่จะกระทำผิด เช่น เชื่อว่าคู่สมรสของตนได้เสียชีวิตหรือเชื่ออย่างสุจริตใจว่าตนสามารถสมรสใหม่ได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ไม่ถือว่ามีความผิดฐานสมรสซ้อน เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา แต่ถึงอย่างไรก็ตาม แม้ในหลายประเทศจะไม่ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นความผิดฐานสมรสซ้อนในกรณีที่ผู้กระทำผิดขาดเจตนาไว้ก็ตาม แต่ก็เป็นที่เข้าใจว่าผู้ที่จะต้องรับผิดอาญาฐานสมรสซ้อน จะต้องมีความเจตนาที่จะต้องกระทำความผิดอยู่ในตัวด้วย ในกรณีผู้ที่ทำกรสมรสเข้าใจโดยสุจริตว่าคู่สมรสของตนได้เสียชีวิตไปแล้วจึงได้ทำการสมรสใหม่กับบุคคลอื่น ซึ่งตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน และประเทศญี่ปุ่น ถือว่าเป็นเรื่องขาดเจตนา หรือในบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ถือว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดฐานสมรสซ้อน ซึ่งมีผลเป็นอย่างเดียวกันว่า ไม่ถือว่ามีความผิดฐานสมรสซ้อน แต่หากคู่กรณีในการสมรสซ้อนทราบอยู่แล้วว่าคุณสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่ตนจะทำการสมรสด้วยยังมีชีวิตอยู่แต่ปิดบังไว้ ก็ถือว่ามีความผิดฐานสมรสซ้อนตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศเยอรมัน ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศญี่ปุ่น เพราะประเทศเหล่านี้มีบทบัญญัติให้ผู้สมรสกับบุคคลที่ตนทราบว่ายังมีคู่สมรสอยู่แล้วต้องรับผิดฐานสมรสซ้อนด้วย

เมื่อพิจารณามาตรการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย ในปัจจุบันการที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยสมรสซ้อน แต่ไปอาศัยความผิดเทียบเคียงกับความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็น

⁹ Richard Card, *Criminal Law*, 12 th ed, (London : Butterworths, 1992), p. 438.

เท็จตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 หรือฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267 ซึ่งจะเป็นความผิดต่อเมื่อผู้ทำการสมรสซ้อนต้องมีเจตนาแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงาน หรือเจตนาแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ กล่าวคือ ผู้กระทำการสมรสซ้อนต้องรู้ว่าข้อความที่แจ้งเป็นความเท็จ คือ ข้อความที่ว่าตนยังไม่มีคู่สมรสทั้งๆ ที่ตนมีคู่สมรสอยู่แล้ว อีกทั้งต้องรู้ด้วยว่าผู้รับแจ้งนั้นเป็นเจ้าพนักงานและตนยังต้องการแจ้งข้อความนั้นแก่เจ้าพนักงาน ดังนี้ หากผู้ทำการสมรสซ้อนไม่ทราบข้อความที่ตนแจ้งเป็นความเท็จ หรือเชื่อว่าข้อความที่แจ้งเป็นความจริง ผู้แจ้งย่อมไม่มีความผิด ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นได้ว่า แม้จะเป็นการสมรสซ้อนแต่อาจไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 และมาตรา 267 เช่น หากผู้กระทำผิดแจ้งแก่เจ้าหน้าที่โดยเชื่อด้วยความสุจริตใจว่าคู่สมรสของตนได้เสียชีวิตแล้ว แม้ความจริงยังมีชีวิตอยู่ และเจ้าหน้าที่เชื่อตามข้อความที่ได้รับแจ้ง และได้มีการจดทะเบียนสมรสให้ กรณีนี้ถือว่าผู้แจ้งกระทำการสมรสซ้อนแล้ว แต่ไม่ต้องรับโทษทางอาญาแต่อย่างใด ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้เป็นการสมรสซ้อนก็ไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดอาญาเสมอไป ประเด็นนี้แสดงให้เห็นว่า แท้จริงแล้วการสมรสซ้อนโดยสภาพของการกระทำแล้วไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายไทยแต่อย่างใด

จากปัญหาดังที่กล่าวมา สามารถสะท้อนให้เห็นถึงการลงโทษที่ไม่สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายอันถือเป็นภารกิจหลักของกฎหมายอาญาได้เป็นอย่างดี กล่าวคือ ความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 หรือฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267 ถูกสร้างขึ้นเพื่อผลประโยชน์ของรัฐโดยแท้จริง การปรับบทลงโทษในกรณีสมรสซ้อนกับความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวจึงขัดต่อเหตุผลและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และโดยที่ผู้ทำการสมรสซ้อนอาจไม่ต้องรับผิดทางอาญาในกรณีขาดเจตนาตัวเอง แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะรู้ว่าแท้จริงแล้วคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่ตนประสงค์จะทำการสมรสด้วยยังมีชีวิตอยู่แต่ปิดบังไว้ แม้ว่าในที่สุดแล้วนายทะเบียนจะได้ทำการจดทะเบียนสมรสให้ ก็ไม่ถือว่าผู้กระทำความผิดในการสมรสซ้อนผู้ที่มีความผิดฐานเป็นตัวการร่วมหรือเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด เพราะตัวการหรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิดจะมีได้ต่อเมื่อผู้ลงมือกระทำโดยเจตนาเท่านั้น กล่าวคือ จะมีความผิดฐานเป็นตัวการร่วมหรือผู้สนับสนุนต่อเมื่อผู้ที่สมรสซ้อนเจตนาแจ้งข้อความอันเป็นเท็จเท่านั้น

ค) ข้อยกเว้นความผิดฐานสมรสซ้อน

ความผิดฐานสมรสซ้อนในกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นความผิดฐานสมรสซ้อน ซึ่งเป็นข้อที่ผู้กระทำ

ความผิดชอบที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดได้ ซึ่งในแต่ละประเทศก็จะมีข้อยกเว้นความรับผิดที่สอดคล้องกันและแตกต่างกันอยู่บ้างบางประการ เช่น ในประเทศอังกฤษ ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานสมรสซ้อนสามารถหยิบยกข้อต่อสู้ได้ว่า ในช่วงที่มีการสมรสครั้งที่สองนั้น คู่สมรสคนแรกของตน ไม่ได้อยู่กับตนอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลา 7 ปี ก่อนการสมรสครั้งที่สอง และไม่ทราบว่าคู่สมรสคนแรกยังมีชีวิตอยู่หรือไม่¹⁰ แต่ประเด็นนี้ อาจมีข้อโต้แย้งได้ว่าการที่คู่สมรสคนแรกไม่ได้อยู่กับผู้กระทำความผิดอย่างต่อเนื่องนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าสาเหตุของการไม่อยู่เกิดจากสาเหตุใด จึงอาจเกิดจากกรณีที่ผู้กระทำผิดจงใจทอดทิ้งคู่สมรสของตนก็ได้ และถ้าเกิดปรากฏว่าคู่สมรสคนแรกของผู้กระทำผิดยังคงมีชีวิตขณะเกิดการสมรสซ้อนจะมีทางเยียวยาอย่างไรกับผู้เสียหาย กรณีนี้ผู้กระทำผิดจะถูกดำเนินคดีหรือไม่ นอกจากนี้ จะเกิดอะไรขึ้นหากผู้กระทำผิดได้รับการยืนยันที่เป็นทางการว่าคู่สมรสคนแรกเสียชีวิตแล้ว แต่มาทราบภายหลังว่ามีชีวิตอยู่ เหล่านี้ก็จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการสมรสซ้อน แต่อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าจะเข้าข่ายเป็นการสมรสซ้อนแต่ก็อาจไม่เป็นความผิด เนื่องจากผู้กระทำผิดเชื่อด้วยความบริสุทธิ์ใจว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญา (general principle of criminal law) คือ บุคคลย่อมไม่มีความผิดอาญา เว้นแต่ว่าผู้นั้นจะมีจิตใจที่จะกระทำความผิด (guilty mind) ด้วยเหตุนี้ การที่ผู้กระทำผิดเชื่อด้วยความบริสุทธิ์ใจว่าคู่สมรสของตนเสียชีวิตแล้ว ก็อาจนำมาใช้แก้ต่างเมื่อมีการสมรสใหม่เกิดขึ้นแม้ว่าจะยังอยู่ในระยะเวลา 7 ปีก็ตาม¹¹ ประเทศที่มีบทบัญญัติในลักษณะนี้ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาบางมลรัฐ ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศแคนาดา แต่ระยะเวลาของการไม่อยู่อาจแตกต่างกันไป เช่น ประมวลกฎหมายอาญาแม่แบบของสหรัฐอเมริกากำหนดระยะเวลาของการไม่ได้อยู่ร่วมกันเป็นเวลา 5 ปี ดังเช่นที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและเนวาดา ส่วนในประเทศแคนาดากำหนดให้ใช้ระยะเวลา 7 ปี เช่นเดียวกับประเทศนิวซีแลนด์

การที่กฎหมายของประเทศต่างๆ กำหนดข้อยกเว้นความผิดฐานสมรสซ้อนไว้เช่นนี้ อาจเป็นเพราะผู้ร่างกฎหมายได้คำนึงถึงสภาพความเป็นจริงที่อาจเกิดขึ้นกับสุจริตชน เพื่อไม่ให้ผู้ที่สุจริตต้องรับโทษ แต่ในบางครั้งข้อยกเว้นความผิดถูกสร้างขึ้นมาจากความเห็นใจผู้ที่ทำการสมรสใหม่ แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดไว้ อาจส่งผลเสียให้การบังคับใช้กฎหมายในการลงโทษผู้กระทำความผิดขาดประสิทธิภาพ และเกิดปัญหายุ่งยากในการพิสูจน์ให้เห็นถึงความผิด

¹⁰ J.C. Smith & Brian Hogan, *Criminal Law*, 10 th ed, (London : Butterworths, 2002), p. 676.

¹¹ J.W. Cecil Turner, *supra note 1*, p. 227.

ในกฎหมายไทยนั้น ไม่ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นในกรณีสาบสูญไว้ว่าให้ทำการสมรสใหม่ได้ เพราะการสาบสูญไม่ได้ทำให้การสมรสสิ้นสุดลง เพียงแต่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (5) ว่า “สามีหรือภริยาถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญหรือไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกิน 3 ปี โดยไม่มีใครทราบแน่ชัดว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้” กล่าวคือ กฎหมายบังคับให้ต้องฟ้องหย่าเสียก่อน การสมรสนั้นจึงจะสิ้นสุดอย่างแท้จริง ถ้าคู่สมรสฝ่ายที่ยังคงอยู่ไม่ได้ฟ้องหย่าให้เด็ดขาดเสียก่อนที่จะสมรสใหม่ ก็จะมีผลเป็นการสมรสซ้อนได้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่บุคคลใดจะทำการสมรสใหม่ได้นั้น ควรจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดโดยเคร่งครัด เนื่องจากหากมีการสมรสใหม่ไปแล้ว แต่ต่อมาภายหลังปรากฏเหตุว่าแท้จริงแล้วการสมรสครั้งแรกยังมีผลอยู่ จะส่งผลเสียกับคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย และบุตร ตลอดจนบุคคลภายนอกที่สุจริต ดังนั้น จึงควรให้การสมรสสิ้นสุดลงโดยคำพิพากษาของศาล หรือได้มีการหย่าขาดกัน โดยถูกต้องตามกฎหมายเสียก่อน

ในกรณีที่บุคคลใดได้ทำการสมรสใหม่ ถ้าเป็นกรณีที่มีหรือเคยมีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว ต้องแสดงหลักฐานที่แสดงได้ว่าคู่สมรสของตน ได้เสียชีวิตแล้ว เช่น ใบมรณะบัตรหรือแสดงหลักฐานว่าการสมรสครั้งแรกได้สิ้นสุดลงไปแล้ว เช่น คำพิพากษาของศาล ใบหย่า ในกรณีที่ทำการสมรสใหม่ โดยแจ้งแก่เจ้าหน้าที่ว่าไม่มีคู่สมรส ทั้งที่ความจริงมีคู่สมรสแล้ว แต่คู่สมรสเดิมได้เสียชีวิต หรือได้มีการหย่าขาดจากกันแล้ว ดังนี้ แม้จะเป็นความเท็จแต่ก็ไม่มีผลให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 และฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267 เพราะความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวต้องมีพฤติการณ์ประกอบการกระทำด้วยว่า “ซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย” หรือ “โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน” ดังนี้ แม้ข้อความที่แจ้งแก่นายทะเบียนจะเป็นความเท็จแต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีลักษณะที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้ใด เพราะถึงอย่างไรเสียก็มิใช่เป็นอันเดียวกันกับผู้แจ้งไม่มีคู่สมรสขณะที่ทำการจดทะเบียนใหม่กับบุคคลอื่น และไม่ถือว่าเป็นการสมรสซ้อนด้วย เพราะการสมรสครั้งแรกได้สิ้นสุดลงไปแล้ว แต่หากผู้กระทำความผิดแจ้งแก่เจ้าหน้าที่โดยเชื่อด้วยความสุจริตใจว่าคู่สมรสของตนได้เสียชีวิตแล้วแม้ความจริงยังมีชีวิตอยู่ และเจ้าหน้าที่เชื่อตามข้อความที่ได้รับแจ้ง และได้มีการจดทะเบียนสมรสให้ กรณีนี้ถือว่าผู้แจ้งกระทำการสมรสซ้อนแล้ว

ง) อัตราโทษ

ในกฎหมายต่างประเทศ แม้ในหลายๆ ประเทศ จะบัญญัติให้การสมรสซ้อนเป็นความผิดอาญา แต่โทษที่บัญญัติขึ้นมีความแตกต่างกันไป ในอดีตประเทศอังกฤษความผิดฐานสมรสซ้อนถือเป็นความผิดอุกฉกรรจ์และต้องถูกลงโทษซึ่งมีโทษถึงประหารชีวิต จนมาถึงรัชสมัยของพระเจ้าวิลเลียมที่ 3 ได้เปลี่ยนเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิตและปากแขนขวา ต่อมาในสมัยพระเจ้า

จอร์จที่ 1 ได้ผ่อนคลาบทลงโทษเหลือเพียงเนรเทศออกนอกประเทศเป็นเวลา 7 ปี หรือจำคุกเป็นเวลา 2 ปี โดยมีหรือไม่มีการใช้แรงงานหนัก ต่อมาได้เปลี่ยนเป็นความผิดตาม The Offences against the Person Act 1861 และได้เปลี่ยนโทษเนรเทศเป็นการทำงานบริการสังคม โดยในปัจจุบันประเทศอังกฤษ ผู้กระทำความผิดฐานสมรสซ้อน ต้องได้รับโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 7 ปี¹² ในประเทศสหรัฐอเมริกา ในอดีตกฎหมายของมลรัฐนอร์ทแคโรไลนากำหนดโทษประหารชีวิตสำหรับความผิดฐานสมรสซ้อนเช่นกัน แต่ในปัจจุบันเหลือเพียงโทษไม่เกิน 10 ปี แต่ต้องไม่น้อยกว่า 4 เดือน มลรัฐเวอร์จิเนียกำหนดโทษสำหรับความผิดฐานสมรสซ้อนคือ จำคุกไม่เกิน 8 ปี แต่ต้องไม่น้อยกว่า 3 ปี กฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี¹³ กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ความผิดฐานสมรสซ้อนมีโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 3 ปี และปรับ 50,000 ถึง 2,000,000 ฟรังก์¹⁴ ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ความผิดฐานสมรสซ้อนมีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี¹⁵ ประเทศเยอรมันมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี¹⁶ ประเทศญี่ปุ่นมีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี¹⁷

การสมรสซ้อนตามกฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่เป็นความผิดอาญาโดยตรง แต่อาศัยโทษในความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267 ฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ สำหรับประเทศไทยนั้น หากจะมีการบัญญัติกฎหมายอาญาให้มีความผิดฐานสมรสซ้อน อัตราโทษที่ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับนั้นผู้เขียนเห็นว่า ควรมีอัตราโทษเทียบเท่ากับความผิดฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ คือ จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดการโต้แย้ง เพราะถึงอย่างไรผู้กระทำความผิดก็ต้องได้รับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267 อยู่แล้ว อีกทั้งอัตราโทษดังกล่าวยังอยู่ดุลพินิจของศาลที่จะ

¹² BIGAMY, Available from:

<http://56.1911encyclopedia.org/B/Bi/Bigamy.htm> (7/2/2549)

¹³ Bigamy (in civil Jurisprudence), Available from:

<http://www.newadvent.org/cathen/02564a.htm> (11/2/2549)

¹⁴ The French Penal Code, Article 340.

¹⁵ The Criminal Code of The People's Republic of China, Article 180-181.

¹⁶ The German Penal Code, Section 172.

¹⁷ The Penal Code of Japan, Article 184.

รอกการลงโทษได้ โดยพิจารณาเป็นรายกรณีไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 เพราะในบางกรณีการสมรสซ้อนอาจเกิดจากความยินยอมของทั้งครอบครัวเดิมและครอบครัวใหม่ ทั้งครอบครัวเดิมและครอบครัวใหม่ก็ไม่ได้มีปัญหากันแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามทั้งสองครอบครัวต่างอยู่ร่วมกันอย่างมีความสุข ยิ่งถ้ามีบุตรด้วยกันแล้ว การที่บิดาหรือมารดาต้องได้รับโทษจำคุกจะทำให้บุตรต้องขาดบิดาหรือมารดา ขาดผู้นำครอบครัว อาจส่งผลเสียกับบุตรมากกว่า อีกทั้งหากระวางโทษให้หนักจนเกินไป อาจเกิดการข่มขู่เพื่อเรียกร้อยเอาทรัพย์สินกันได้ โดยหากไม่ให้ตามที่เรียกร้อยก็จะดำเนินการฟ้องคดีอาญา ทำให้กลายเป็นช่องทางให้เกิดอาชญากรรมประเภทอื่น ซึ่งสอดคล้องกับความผิดฐานสมรสซ้อนในประเทศอังกฤษที่มักไม่ค่อยมีการจับกุมฟ้องร้องกัน เว้นแต่จำเลยจะได้หลอกลวงให้เกิดมีการสมรสครั้งที่สองขึ้น¹⁸

¹⁸ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 15, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2549), หน้า 128.

ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดฐานสมรสซ้อนของต่างประเทศ กลุ่มประเทศ Common Law

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาฐานสมรสซ้อน	ประเทศอังกฤษ	ประเทศสหรัฐอเมริกา	ประเทศแคนาดา
การกระทำอันเป็นความผิด	กระทำการสมรสในขณะที่มีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว	กระทำการสมรสในขณะที่มีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว นอกจากนี้กฎหมายของบางมลรัฐ เช่น มลรัฐเท็กซัสยังหมายรวมถึงการอยู่กินฉันสามีภริยากับบุคคลอื่นในขณะที่มีคู่สมรสอยู่แล้วด้วย	กระทำการสมรสในขณะที่มีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว
เจตนาในการทำความผิด	มีเจตนาทำการสมรสในขณะที่มีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว	มีเจตนาทำการสมรสในขณะที่มีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วหรือเจตนาสมรสกับบุคคลที่ตนรู้ว่ามิใช่คู่สมรสอยู่แล้ว	มีเจตนาทำการสมรสในขณะที่มีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วหรือเจตนาสมรสกับบุคคลที่ตนรู้ว่ามิใช่คู่สมรสอยู่แล้ว
ข้อยกเว้นความผิดฐานสมรสซ้อน	มีข้อยกเว้นความรับผิด	มีข้อยกเว้นความรับผิด	มีข้อยกเว้นความรับผิด
อัตราโทษ	จำคุก 7 ปี	โทษในแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกัน เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ลงโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกิน 1 ปี มลรัฐเนวาดาจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 4 ปี และศาลอาจลงโทษปรับไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์	จำคุกไม่เกิน 5 ปี

ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดชอบฐานสมรสซ้อนของต่างประเทศ กลุ่มประเทศ Civil Law

โครงสร้างความ รับผิดทางอาญา ฐานสมรสซ้อน	ประเทศเยอรมัน	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน	ประเทศญี่ปุ่น
การกระทำอัน เป็นความผิด	กระทำการสมรสในขณะที่มีคู่ สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ แล้ว	กระทำการสมรสใน ขณะที่มีคู่สมรสที่ชอบ ด้วยกฎหมายอยู่แล้ว	กระทำการสมรสในขณะที่มีคู่สมรสที่ ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว และรวมถึงการ อยู่กินฉันสามีภริยาหรือเจตนาสมรสกับ คู่สมรสของข้าราชการสังกัดกองทัพซึ่ง ออกไปประจำการ	กระทำการสมรสในขณะที่มีคู่ สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ แล้ว
เจตนาในการ กระทำผิด	มีเจตนาในการสมรสในขณะที่มี คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ แล้วหรือเจตนาสมรสกับบุคคล ที่ตนรู้ว่ามิใช่คู่สมรสอยู่แล้ว	มีเจตนาในการสมรส ในขณะที่มีคู่สมรสที่ ชอบด้วยกฎหมายอยู่ แล้ว	มีเจตนาในการสมรสในขณะที่มีคู่สมรส ที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วหรือเจตนา สมรสกับบุคคลที่ตนรู้ว่ามิใช่คู่สมรสอยู่ แล้ว	มีเจตนาในการสมรสในขณะที่มี คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ แล้วหรือเจตนาสมรสกับบุคคล ที่ตนรู้ว่ามิใช่คู่สมรสอยู่แล้ว
ข้อยกเว้น ความผิดฐาน สมรสซ้อน	ไม่มีข้อยกเว้นความรับผิด	ไม่มีข้อยกเว้นความรับผิด	ไม่มีข้อยกเว้นความรับผิด	ไม่มีข้อยกเว้นความรับผิด
อัตราโทษ	จำคุกไม่เกิน 3 ปี	จำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 3 ปี และปรับตั้งแต่ 5 หมื่น ถึง 2 ล้านฟรังก์	จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือกักขัง	จำคุกไม่เกิน 2 ปี

ตารางเปรียบเทียบข้อดี ข้อเสีย ระหว่างความผิดฐานสมรสซ้อนตามกฎหมายต่างประเทศกับมาตรการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายไทยในกรณีสมรสซ้อน

ข้อดี-ข้อเสีย	ความผิดฐานสมรสซ้อนตามกฎหมายต่างประเทศ	มาตรการลงโทษทางอาญาในกรณีสมรสซ้อนตามกฎหมายไทย
ข้อดี	<ol style="list-style-type: none"> 1. ผู้ที่คิดจะกระทำผิดทราบได้อย่างแน่นอนว่า การสมรสซ้อนเป็นความผิด ต้องรับโทษทางอาญา ทำให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำผิด 2. ในประเทศที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้ผู้ที่เจตนาแย่งคู่สมรสของผู้อื่นต้องรับโทษในความผิดฐานสมรสซ้อนด้วย ทำให้ป้องปรามการสมรสซ้อนได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะเป็นการป้องปรามทั้งสองฝ่าย 3. ทำให้สถาบันครอบครัวได้รับการปกป้องคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา 	-
ข้อเสีย	-	<ol style="list-style-type: none"> 1. ผู้กระทำผิดไม่ทราบว่า การสมรสซ้อนมีโทษทางอาญา 2. ในกรณีที่ผู้กระทำการสมรสซ้อนกระทำการโดยสุจริต กล่าวคือ ไม่มีเจตนาแย่งคู่สมรสอันเป็นเท็จ เช่น กรณีเชื่อว่าคู่สมรสของตนได้เสียชีวิตแล้ว แต่ความจริงยังมีชีวิตอยู่ แม้คู่กรณีที่มีเจตนาแย่งคู่สมรสของผู้อื่นจะรู้ความจริงหรือไม่สุจริตก็ตาม ก็ไม่ต้องรับผิด เพราะการที่จะมีความผิดฐานเป็นตัวการร่วม หรือผู้สนับสนุนได้ก็ต่อเมื่อผู้ที่สมรสซ้อนกระทำโดยเจตนาหรือเจตนาแย่งคู่สมรสอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานเท่านั้น 3. ไม่สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายอาญามุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง เพราะมุ่งคุ้มครองแต่เพียงผลประโยชน์ของรัฐ มิได้มุ่งคุ้มครองสถาบันครอบครัวอันเป็นเรื่องของปัจเจกชนอย่างไร

4.2 ความจำเป็นและเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายอาญาให้มีความผิดฐานสมรสซ้อน

ปัญหาว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งสมควรที่รัฐจะกำหนดให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น มีข้อพิจารณาตามลำดับดังต่อไปนี้

- 1) การสมรสซ้อนสมควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่
- 2) เมื่อเป็นความผิดอาญาแล้วควรเป็นความผิดอันยอมความได้หรือไม่

ผู้เขียนตระหนักดีว่า กฎหมายอาญาเป็นมาตรการทางกฎหมายของรัฐที่ล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่มีผลรุนแรงที่สุด ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงควรเป็นวิถีทางสุดท้ายเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย โดยการบัญญัติฐานความผิดในกฎหมายอาญาจะมีความชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อวิธีการอื่นๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่า เช่น มาตรการทางแพ่งหรือมาตรการทางอาญาที่มีอยู่ไม่สามารถป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือไม่สอดคล้องกับสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง

จากการที่ได้ศึกษามาจะเห็นได้ว่า การสมรสซ้อนนั้น แม้จะมีมาตรการทางแพ่งรองรับถึงผลของการสมรสประเภทนี้ คือ กำหนดให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถกล่าวอ้างหรือร้องขอให้ศาลพิพากษาแสดงว่าการสมรสเป็น โฆษะได้ คู่สมรสที่ทำการสมรสโดยสุจริตไม่เสื่อมสิทธิที่ได้มาเพราะการสมรสก่อนที่ชายหรือหญิงนั้นจะรู้ถึงเหตุที่ทำให้การสมรสเป็น โฆษะ ชายหรือหญิงผู้ทำการสมรสโดยสุจริตมีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้ (แต่มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นกรณีที่ชายหรือหญิงฝ่ายเดียวเท่านั้นทำการสมรสโดยสุจริต ถ้าสุจริตด้วยกันทั้งสองฝ่าย ก็ไม่อาจเรียกค่าทดแทนจากกันได้) และถ้าฝ่ายที่ทำการสมรสโดยสุจริตต้องยากจนลงและไม่มีรายได้พอจากทรัพย์สิน หรือจากการงานตามที่เคยทำก่อนที่จะได้รู้ว่าการสมรสของตนเป็น โฆษะ ให้มีสิทธิเรียกค่าเลี้ยงชีพได้ด้วย ซึ่งเป็น การให้สิทธิทั้งชายและหญิงก็ตาม แต่ผู้กระทำผิดโดยเฉพาะผู้กระทำผิดที่มีฐานะดีคงไม่สนใจกับการชดใช้ค่าทดแทนหรือค่าเลี้ยงชีพเพียงเล็กน้อย เพราะมีเงินพอที่จะชำระ ได้อยู่แล้ว และยิ่งกว่านั้น แม้ว่าชายหรือหญิงจะทำการสมรสโดยสุจริต แต่ก็ไม่มีสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของกลุ่มสมรสอีกฝ่าย ดังนั้น ถ้าพึงค่าทดแทน และค่าเลี้ยงชีพที่ได้จากการสมรสที่เป็น โฆษะ ดังกล่าวย่อมไม่อาจทำให้คู่สมรสกลับคืนสู่สภาพเดิมเสมือนไม่เคยมีการสมรสเกิดขึ้นได้ ดังที่ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2614/2518 ว่า “ผลจากการจดทะเบียนสมรสย่อมทำให้การสมรสนั้นสมบูรณ์ ทำให้โจทก์เปลี่ยนฐานะ ไปเป็นหญิงมีสามี ถ้ามีบุคคลใดอ้างและศาลพิพากษาว่าการสมรสเป็น โฆษะ โจทก์ย่อมตกอยู่ในฐานะเป็นหญิงมีสามีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การจะกลับสู่สถานะเดิมเหมือนไม่เคยมีการสมรสเกิดขึ้นย่อมเป็นไปได้เลย” เช่น หญิงที่สมรสแล้วจะต้องใช้คำนำหน้าว่า “นาง” ตลอดไป แม้การสมรสจะเป็น โฆษะก็ตาม ทั้งนี้ เพราะการสมรส

ที่เป็นโมฆะแม้จะไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในทางทรัพย์สินขึ้นก็ตาม แต่ในค่านความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวได้เกิดขึ้นแล้ว ดังนี้ หากต่อมามีการกล่าวอ้างหรือศาลได้มีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะ หญิงนั้นก็จะต้องใช้คำนำหน้านามว่า “นาง” ตลอดไปจะกลับมาใช้ “นางสาว” อีกไม่ได้¹⁹

เมื่อมาตรการทางแพ่งไม่เพียงพอที่จะให้ความคุ้มครอง และไม่อาจป้องกันการสมรสซ้อนได้ จึงต้องหันมาพิจารณามาตรการทางอาญา แต่เมื่อมาพิจารณามาตรการทางอาญาในการลงโทษกรณีการสมรสซ้อนแล้วก็พบว่ายังมีปัญหาและข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ดังนี้

4.2.1 ปัญหาการบังคับใช้มาตรการลงโทษทางอาญาในกรณีการสมรสซ้อน

1. การปรับบทลงโทษดังกล่าว เป็นเพียงการปรับบทลงโทษข้างเคียง ทำให้ผู้กระทำส่วนใหญ่ไม่ทราบว่าการสมรสซ้อนก็มีโทษทางอาญาเช่นกัน

ปัจจุบันแม้ว่าผู้ที่ทำการสมรสซ้อนต้องรับผิดชอบทางอาญาฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 หรือฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267 และแม้ว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่มีเจตนาแย่งคู่สมรสของผู้อื่นอาจต้องรับผิดชอบเป็นตัวการร่วม หรือผู้สนับสนุนในความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวก็ตาม แต่โทษที่ผู้กระทำผิดได้รับก็เป็นเพียงโทษข้างเคียง ทำให้ผู้กระทำผิดส่วนใหญ่ไม่ทราบว่าการสมรสซ้อนก็มีโทษทางอาญาเช่นกัน เป็นเหตุให้เกิดการสมรสซ้อนอยู่เสมอ โดยในบางครั้งการสมรสซ้อนอาจเกิดจากการรีบร้อนของคู่สมรสที่ไม่สุจริตอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีเหตุผลมาจากมาจาก

ก. คู่กรณีที่มาเข้าร่วมในการสมรสซ้อนทราบคืออยู่แล้วว่าอีกฝ่ายมีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว แต่ก็ยังเจตนาแย่งคู่สมรสของผู้อื่น โดยขาดจิตสำนึก หรือ

ข. กรณีที่เป็นข้าราชการกระทำการสมรสซ้อนเพื่อหวังผลประโยชน์จากการสมรสซ้อน โดยนำใบสำคัญการสมรสไปแสดงต่อผู้บังคับบัญชาของตน เพื่อจะได้ไม่มีความผิดทางวินัยฐานประพฤติเสื่อมเสียในทางชู้สาวตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 98 หรือ

ค. เพื่อให้ได้มาซึ่งสัญชาติของคู่สมรส หรือ

¹⁹ ประสพสุข บุญเดช ,เพ็ญอ้าง, หน้า174.

ง. เพื่อหวังประโยชน์ในทางทรัพย์สิน เพราะแม้ภายหลังการสมรสจะถูกกล่าวอ้างหรือถูกศาลพิพากษาให้การสมรสเป็น โฆษะ ทำให้คู่สมรสไม่มีสิทธิในการรับมรดกของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง แต่หากมีบุตรเกิดขึ้น บุตรนั้นย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของชายซึ่งได้จดทะเบียนสมรสครั้งหลังตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1538 วรรคแรก ถ้าหากชายเสียชีวิต บุตรย่อมมีสิทธิในมรดก²⁰ ดังนั้น หญิงผู้ไม่สุจริตนี้ย่อมอาศัยอานิสงส์ของบุตรในทรัพย์สินมรดกดังกล่าว หรือ

จ. จดทะเบียนสมรสกันเพื่อให้ได้รับสิทธิในเงินบำเหน็จ²¹ หรือบำนาญตกทอด²²

เมื่อพิจารณามาตรการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน การที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยสมรสซ้อน แต่ไปอาศัยโทษเทียบเคียงกับความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 หรือฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267 ซึ่งจะเป็นความผิดต่อเมื่อผู้ทำการสมรสซ้อนต้องมีเจตนาแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงาน หรือเจตนาแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ ดังนี้ หากผู้ทำการสมรสซ้อนไม่ทราบว่าข้อความที่ตนแจ้งเป็นความเท็จ หรือเชื่อว่าข้อความที่แจ้งเป็นความจริง ผู้แจ้งย่อมไม่มีความผิด เช่น หากผู้กระทำผิดแจ้งแก่เจ้าหน้าที่ว่าไม่มีคู่สมรส โดยเชื่อด้วยความสุจริตใจว่าคู่สมรสของตนได้เสียชีวิตแล้วเนื่องจากเหตุอุทกภัย ที่แจ้งว่าไม่มีคู่สมรสเพราะเห็นว่าไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใดและเกรงว่าผู้ที่ตนประสงค์จะทำการสมรสด้วยจะรู้สึกไม่ดี แม้ความจริงแล้วคู่สมรสของตนยังมีชีวิตอยู่แต่อยู่ในระหว่างการพักรักษาตัวที่โรงพยาบาล และเจ้าหน้าที่เชื่อตามข้อความที่ได้รับแจ้ง และได้มีการจดทะเบียนสมรสให้ ซึ่งแม้จะเป็นการสมรสซ้อนแต่ก็ไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 และมาตรา 267 และโดยที่ผู้ทำการสมรสซ้อนไม่ต้องรับผิดทางอาญาในกรณีขาดเจตนาตัวเอง อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ว่าแม้ว่าคู่กรณีอีกฝ่ายจะรู้ว่าแท้จริงแล้วคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่ตนประสงค์จะทำการสมรสด้วยยังมีชีวิตอยู่แต่ปิดบังไว้ แม้ว่าในที่สุดแล้วนายทะเบียนจะได้จดทะเบียนสมรสให้ ก็ไม่ถือว่าคู่กรณีในการสมรสซ้อนผู้ไม่สุจริตนี้มีความผิดฐานเป็นตัวการร่วมหรือเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด เพราะตัวการหรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิดจะมีได้ต่อเมื่อผู้ลงมือกระทำโดยเจตนาเท่านั้น กล่าวคือ จะมีความผิดฐานเป็นตัวการร่วมหรือผู้สนับสนุนต่อเมื่อผู้ที่สมรสซ้อนเจตนาแจ้งข้อความอันเป็นเท็จเท่านั้น

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 (1).

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4027/2548.

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1067/2545.

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า การปรับบทลงโทษในกรณีสมรสซ้อนโดยอาศัยโทษในความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 หรือฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267 ซึ่งเป็นเพียงโทษข้างเคียง นอกจากจะทำให้ผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่ไม่ทราบว่าการสมรสซ้อนก็มีโทษทางอาญาแล้ว ในกรณีที่ผู้สมรสซ้อนกระทำการโดยสุจริต แม้คู่กรณีในการสมรสซ้อนจะไม่สุจริตเพียงใดก็ไม่มีความผิด ซึ่งไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

1. ไม่สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หรือสิ่งที่กฎหมายอาญามุ่งประสงค์จะคุ้มครอง

เนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 คือ มุ่งคุ้มครองความเด็ดขาดแห่งอำนาจรัฐ ในขณะที่คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานแจ้งให้เจ้าพนักงาน

จดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267 คือ มุ่งคุ้มครองความมั่นคงเชื่อถือในการใช้เป็นพยานหลักฐาน แสดงให้เห็นว่าความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 หรือฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267 ถูกสร้างขึ้นเพื่อมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐโดยแท้จริงเพื่อป้องกันมิให้ผู้ใดมาลวงละเมิด แต่มิได้มุ่งคุ้มครองสถาบันครอบครัวอันเป็นเรื่องของปัจเจกชนแต่อย่างใด การลงโทษที่ไม่สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายเช่นนี้ ทำให้ในปัจจุบันแม้เจ้าพนักงานจะพบว่ามี การสมรสซ้อน ก็จะไม่ดำเนินการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด เพราะคิดว่าตนเองไม่ใช่ผู้เสียหายและยิ่งกว่านั้นเจ้าพนักงานก็จะไม่มีการแจ้งให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นคู่สมรสทราบด้วย เพราะถือเป็นเรื่องภายในครอบครัวรัฐไม่ควรไปก้าวล่วงอันจะเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลได้ ซึ่งผู้เสียหายจะทราบต่อเมื่อคู่สมรสถึงแก่ความตายและมีการแบ่งมรดกให้กับทายาท ดังนั้น การปรับบทลงโทษในกรณีสมรสซ้อนกับความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวจึงขัดต่อเหตุผลและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

2. โทษที่ได้รับเป็นเพียงโทษสถานเบา ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัว เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2614/2518 ผู้กระทำความผิดได้รับโทษจำคุก 1 เดือน และในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5052/2530 ศาลพิพากษารอการลงโทษ เพราะจำเลยเป็นผู้มีการศึกษาดิจบรรณศาสตรบัณฑิต

3. ความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 หรือความผิดฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการโดยเนื้อแท้ของความผิดแล้วเป็นการลงโทษเนื่องจากการหลอกลวงเจ้าพนักงาน แต่ในความเป็น

จริงการสมรสซ้อนผู้ที่ถูกหลอกลวงและต้องเสียหายมากกว่า คือคู่สมรสที่สุจริต การปรับบทลงโทษดังกล่าวจึงมีความไม่เหมาะสม

คำพิพากษณ์ในเรื่องความบกพร่องของมาตรการทางแพ่งและมาตรการในทางอาญา อาจยังไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะเสนอให้มีการบัญญัติความผิดฐานสมรสซ้อนขึ้น ถ้าระเบียบปฏิบัติในการรับจดทะเบียนสมรสสามารถที่จะตรวจสอบข้อมูลสถานภาพการสมรสได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่จากการศึกษาพบว่า ระเบียบปฏิบัติในการรับจดทะเบียนสมรสก็ยังมีปัญหาและข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ดังนี้

4.2.2 ปัญหาในทางปฏิบัติอันเป็นสาเหตุทำให้เกิดการสมรสซ้อน

ผู้เขียนได้ไปทำการเก็บข้อมูลจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการรับจดทะเบียนสมรส ได้แก่ สำนักบริหารการทะเบียนกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย และสำนักงานเขตบางรัก โดยทำการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องดังนี้²³

- 1) คุณรพีพรรณ เพ็ชรโพธิ์ (เจ้าหน้าที่ปกครอง 5 ส่วนกลางทะเบียนทั่วไป สำนักบริหารการทะเบียน กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย)
- 2) คุณพงศธร เนตยกุล (เจ้าพนักงานปกครอง 7 ว ส่วนกลางทะเบียนทั่วไป กรมการปกครองกระทรวงมหาดไทย)
- 3) คุณวรวิทย์ สิจิวัฒน์ (หัวหน้ากลุ่มงานทะเบียนทั่วไป เจ้าพนักงานปกครอง 6 รักษาการในตำแหน่งหัวหน้าฝ่ายทะเบียนปฏิบัติราชการแทนผู้อำนวยการเขตบางรัก)

จากการเก็บข้อมูลและสัมภาษณ์ ทำให้ได้รับทราบถึงปัญหาในทางปฏิบัติอันเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดการสมรสซ้อนในปัจจุบันดังนี้

1. ปัญหาการขอตรวจสอบสถานภาพของคู่สมรส

เหตุที่มีคนจำนวนมากถูกหลอกลวงให้มาทำการสมรส เนื่องจากตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ผู้ที่จะขอตรวจสอบข้อมูลของผู้อื่นจะต้องมีส่วนได้เสีย โดยต้องแสดงหลักฐานและอธิบายเหตุผลต่อเจ้าหน้าที่ ให้เจ้าหน้าที่เชื่อได้ว่ามีเหตุผลอันสมควรและมีความจำเป็นที่ต้องรู้ข้อมูลของผู้อื่น หากไม่มีส่วนได้เสียและไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่มีหลักฐานมาสนับสนุน เจ้าหน้าที่จะไม่อนุญาต แต่เนื่องจากชายหญิงที่เป็นคู่รักชอบพอกันยังไม่ถือว่าเป็นผู้มี

²³ ข้อมูลจากสำนักบริหารการทะเบียน กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย สัมภาษณ์วันที่ 22 ธันวาคม พ.ศ. 2548 และ สำนักงานเขตบางรัก สัมภาษณ์วันที่ 6 มกราคม พ.ศ. 2549.

ส่วนได้เสีย จึงยังไม่สามารถขอตรวจสอบข้อมูลการสมรสของอีกฝ่ายหนึ่งได้ ทำให้เป็นช่องทางให้มีการหลอกลวงผู้อื่นมาทำการสมรสซ้อนอยู่เสมอ²⁴

²⁴ ด้วยกระทรวงมหาดไทยได้หารือปัญหาทางปฏิบัติต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา ลงวันที่ 28 พฤษภาคม 2535 (มท 0302/ว 1222) กรณีผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 ร้องขอตรวจค้นและรับรองสำเนาทะเบียนครอบครัวต่างๆ นายทะเบียนจะยึดถือหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาความหมายของคำว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” จะให้หมายถึงใคร มีขอบเขตแค่ไหน เพียงไร เพื่อมิให้ถูกโต้แย้งหรือฟ้องร้องจากผู้เสียหาย ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 3) ได้พิจารณาประเด็นปัญหาที่กระทรวงมหาดไทยยกขึ้นหารือและมีความเห็นว่า

1. ชายหญิงที่เป็นคู่รักชอบพอกันยังไม่พอที่จะฟังได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย เว้นแต่จะมีข้อเท็จจริงปรากฏชัดเจนว่ากำลังจะมีนิติสัมพันธ์ในทางครอบครัวต่อกันจึงอาจถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 ได้.

2. สำหรับชายหญิงที่เป็นคู่หมั้นกันนั้น เห็นว่าคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งขอมขอคูหรือขอคัดสำเนาทะเบียนครอบครัวของอีกฝ่ายหนึ่งได้เพราะบุคคลดังกล่าวนี้เป็นผู้มีนิติสัมพันธ์กันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว.

3. ทนายความที่ได้รับแต่งตั้งจากผู้มีส่วนได้เสียให้มาขอตรวจค้นและรับรองสำเนาทะเบียนครอบครัวของกลุ่มฝ่ายตรงข้ามนั้น เห็นว่าทนายความผู้ได้รับมอบอำนาจตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้ดำเนินคดีแทนคู่ความย่อมมีฐานะในการดำเนินคดีเช่นเดียวกับคู่ความ ดังนั้นหากหลักฐานทางทะเบียนที่ขอคูหรือขอคัดสำเนานั้นเป็นหลักฐานที่ใช้เพื่อประโยชน์ในทางคดีของกลุ่มความ ทนายความผู้ได้รับมอบอำนาจย่อมขอใช้สิทธิแทนคู่ความในการขอคูหรือขอคัดสำเนารายการในทางทะเบียนครอบครัวที่ต้องการได้.

อนึ่ง คณะกรรมการกฤษฎีกามีข้อสังเกตว่าในปัจจุบันได้มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 มาตรา 4, 17, 49 แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 ได้กำหนด “สถานะการสมรส” เป็นส่วนหนึ่งของ “ข้อมูลทะเบียนประวัติราษฎร” ซึ่งต้องถือเป็นความลับห้ามมิให้ผู้ใดเปิดเผย เว้นแต่ เป็นการเปิดเผยแก่บุคคลซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียขอทราบสถานภาพทางครอบครัวของผู้ที่ตนจะมีนิติสัมพันธ์ด้วย และได้กำหนดบทลงโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวไว้ ดังนั้น นายทะเบียนตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 จะมีอำนาจให้คูหรือขอคัดสำเนาในรายการทะเบียนได้เฉพาะเพียงภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ในกฎหมายเท่านั้น.

2. ปัญหาการจัดเก็บข้อมูล

ก่อนที่จะนำระบบคอมพิวเตอร์ออนไลน์เข้ามาใช้ใน ปี พ.ศ.2545 ทางสำนักงานเขตหรืออำเภอทุกท้องที่ จะต้องรวบรวมข้อมูลการสมรสส่งไปยังสำนักบริหารการทะเบียนส่วนกลางเพื่อบันทึกลงในฐานข้อมูล แต่ในความเป็นจริงแล้วบางท้องที่ก็มิได้มีการจัดส่งมา หรือส่งมาแล้วแต่ไม่ครบถ้วนทั้งหมด หรือเกิดการสูญหายเนื่องมาจากภัยธรรมชาติ

3. ปัญหาการบันทึกข้อมูล

ข้อมูลการสมรสที่ส่งมาแล้วเป็นการบันทึกด้วยลายมือเขียนทั้งสิ้น ทำให้เกิดปัญหาในการบันทึกลงในฐานข้อมูล เช่น ลายมืออ่านไม่ออก หรือจดชื่อคู่สมรสไม่ถูกต้อง ทำให้ข้อมูลที่บันทึกเกิดความผิดพลาด ซึ่งในการตรวจสอบสถานภาพการสมรสโดยใช้ระบบฐานข้อมูลออนไลน์นั้นจำเป็นต้องพิมพ์ชื่อและนามสกุลให้ถูกต้องทุกตัวอักษรจึงจะสามารถตรวจสอบสถานภาพการสมรสของคู่สมรสได้ การจดบันทึกชื่อสกุลผิดพลาดแม้เพียงการันต์ตัวเดียว ก็ไม่สามารถตรวจสอบสถานภาพการสมรสของบุคคลดังกล่าวได้ จากปัญหาดังกล่าว ในปี พ.ศ. 2541 ในคำร้องขอจดทะเบียนสมรส จึงได้กำหนดให้ระบุเลขบัตรประชาชน 13 หลักลงในคำร้อง ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถตรวจสอบสถานภาพการสมรสของบุคคลได้แน่นอน

4. ปัญหาการเปลี่ยนชื่อสกุล

ปัญหาการเปลี่ยนชื่อของบุคคลก่อนปี พ.ศ.2541 แล้วมาสมรสใหม่ ฐานข้อมูลทะเบียนสมรสจะไม่แก้ไขตามชื่อใหม่ด้วย เนื่องจากฐานข้อมูลทะเบียนราษฎรในปัจจุบันแยกต่างหากจากฐานข้อมูลทะเบียนสมรส การเปลี่ยนชื่อในฐานข้อมูลทะเบียนราษฎรจะไม่มีผลทำให้ฐานข้อมูลทะเบียนสมรสต้องเปลี่ยนตามไปด้วย ทำให้ฐานข้อมูลการสมรสยังปรากฏเป็นชื่อเดิมอยู่ ด้วยเหตุนี้การจดทะเบียนสมรสโดยชื่อใหม่ภายหลังปี พ.ศ.2541 จึงไม่สามารถตรวจสอบได้

5. ปัญหาการตรวจสอบข้อมูลและการจดทะเบียนสมรสนอกสถานที่

บ่อยครั้งที่เจ้าหน้าที่ที่รับจดทะเบียนสมรสไม่ได้ตรวจสอบสถานภาพการสมรสก่อนที่จะทำการจดทะเบียนสมรสให้คู่สมรส โดยเฉพาะที่นิยมมากในขณะนี้ คือ การเชิญเจ้าหน้าที่ให้ไปจดทะเบียนสมรสนอกพื้นที่ เพราะในระเบียบทางปฏิบัติไม่ได้บังคับให้เจ้าหน้าที่ที่รับจดทะเบียนสมรสจะต้องตรวจสอบทุกครั้งที่ได้รับจดทะเบียนสมรส

6. ปัญหาการสมรสในต่างประเทศ

การสมรสในต่างประเทศ ก็เป็นอีกปัญหาหนึ่งที่เป็นอุปสรรคอย่างมากในการตรวจสอบสถานภาพการสมรส เพราะการสมรสในต่างประเทศระหว่างคนที่มีสัญชาติไทยด้วยกันหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1459 ได้กำหนดว่าจะทำตามแบบกฎหมายไทยหรือกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการสมรสนั้นก็ ได้ ในกรณีที่มีการสมรสของคนไทย

ได้กระทำลงในต่างประเทศตามแบบของกฎหมายต่างประเทศ เนื่องจากมิได้มีการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย จึงไม่มีทะเบียนสมรสอยู่ในประเทศไทย หากเมื่อกลับมาประเทศไทยมิได้กลับมาบันทึกฐานะการสมรสตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 มาตรา 17 แล้ว ก็จะไม่ปรากฏว่าบุคคลนั้นมีคู่สมรสแล้ว ทั้งที่ความจริงมีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว หากบุคคลดังกล่าวไปจดทะเบียนสมรสกับบุคคลอื่นอีกก็ถือเป็นการสมรสซ้อน

ดังนั้น แม้ในอนาคตประเทศไทยจะมีระบบการจัดเก็บข้อมูลและการตรวจสอบสถานภาพการสมรสที่ดีเพียงใดก็ตาม ก็ไม่อาจป้องกันการสมรสซ้อนได้ทั้งหมด จึงกล่าวได้ว่าทั้งมาตรการทางแพ่ง มาตรการทางอาญา และวิธีปฏิบัติในการรับจดทะเบียนสมรส ยังไม่เพียงพอต่อการป้องกันและปราบปรามการสมรสซ้อนได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันเป็นสิ่งที่กฎหมายอาญามุ่งประสงค์จะคุ้มครองได้เลย ด้วยเหตุนี้จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะบัญญัติให้มีความผิดฐานสมรสซ้อนขึ้น

อย่างไรก็ตาม โดยที่ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาข่มขืนบังคับกับบุคคลทุกคนที่กระทำความผิดในราชอาณาจักร ดังที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 4 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำความผิดในราชอาณาจักรต้องรับโทษตามกฎหมาย” จึงมีข้อนำพิจารณาว่าความผิดฐานสมรสซ้อนจะสามารถนำไปบังคับใช้ในกรณีที่มีคู่สมรสทั้งสองฝ่ายเป็นอิสลามศาสนิกและได้ทำการสมรสในจังหวัดยะลา นราธิวาส ปัตตานี และสตูล ได้หรือไม่ เพราะใน 4 จังหวัดภาคใต้ คือ จังหวัดยะลา นราธิวาส ปัตตานี และสตูล ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม หลักศาสนาอิสลามเกี่ยวกับครอบครัวมรดกผิดแผกแตกต่างกับหลักที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาก เช่นสามีอาจมีภริยาได้หลายคน (polygamous marriage)²⁵ สำหรับพระนบีมุฮัมมัดนั้นพระองค์ทรงมีภริยา 14 คน บางตำราระบุว่า 9 คน ผู้หญิงเหล่านี้กำพร้าและหญิงหม้ายภริยาเก่าของทหารที่เสียชีวิตในสงครามศาสนา ท่านก็ทรงรับไว้เพื่อเป็นการอนุเคราะห์แก่เธอทั้งหลาย²⁶ หรือการขาดจากการสมรสอาจทำได้โดยพิธีตอลัก (talak) ด้วยการที่สามีเปล่งวาจาตอลักจากภริยาโดยตรงหรือโดยปริยายต่อส่วนของร่างกายภริยา เช่น มือ หรือ โลหิต 3 ตอลัก หรือหากสามีร่วมประเวณีกับมารดาของภริยาโดยสำคัญผิดคิดว่าเป็นภริยาของตนก็ถือว่าเป็นการตัดรัพะซัค มีผลทำให้สามีขาดจากการสมรสกับภริยาคนนั้น หรือทรัพย์สินที่ห้ามยึดถือตามอิสลามบัญญัติเฉพาะสุนัข สุกร และสุรา เมื่อเจ้ามรดกตาย ทรัพย์สินมรดกเหล่านี้ให้ตกเป็นของแผ่นดิน หรือข้อกำหนดพันธุกรรมที่ตัดทายาทของตน

²⁵ ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 18, หน้า 20.

²⁶ สุเมธ เมธาวิฑูล, *ศาสนาเปรียบเทียบ*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์โอเดียนสโตร์, 2532), หน้า 95.

คนใดคนหนึ่งมิให้รับมรดก ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นโมฆะ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ หากจะนำบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดกมาใช้บังคับ ก็อาจจะไม่สามารถ อำนวยความยุติธรรมให้ดำเนินไปด้วยดีได้ สมควรผ่อนปรนให้ประชาชนที่นับถือศาสนาอิสลามใน 4 จังหวัดเหล่านี้ได้ประพฤติปฏิบัติตามลัทธิศาสนาของตน โดยสมบูรณ์ ในปี 2444 จึงได้มีการตรา ข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120 กำหนดให้ใช้พระราชกำหนดกฎหมายทั้ง ปวงในความอาญาและความแพ่ง แต่ความแพ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับศาสนาอิสลามเรื่องหัวเมียก็ดี เรื่องมรดก ก็ดี ซึ่งคนนับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้งโจทก์จำเลยหรือเป็นจำเลย ให้ใช้กฎหมายอิสลามในการ พิจารณาและพิพากษา และให้โต๊ะกาลีซึ่งเป็นผู้รู้และเป็นที่น่าเชื่อถือในศาสนาอิสลามเป็นผู้พิพากษา ตามกฎหมายอิสลามนั้น²⁷ ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่า ด้วยครอบครัว และบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 ข้อบังคับ สำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120 ก็ยังมีผลบังคับใช้ในจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล ตามเดิม จนกระทั่งปี 2486 จึงได้มีการกฎหมายแก้ไขให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 ขยายไปใช้บังคับใน 4 จังหวัดภาคใต้

ต่อมาเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองยุติลง รัฐบาลเปลี่ยนนโยบายให้นำกฎหมายอิสลาม กลับมาใช้ในจังหวัดทั้งสี่ใหม่อีก ในปี 2489 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมาย อิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ออกมาใช้บังคับ ตาม พระราชบัญญัตินี้ในมาตรา 3 และมาตรา 4 การวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและ มรดกอิสลามศาสนิกของศาลชั้นต้นในสี่จังหวัดซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลย หรือเป็นผู้ เสนอคำขอในคดีไม่มีข้อพิพาทต้องใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทน บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดก ในการ พิจารณาคดีให้คะโต๊ะยุติธรรมหนึ่งนายนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษา คะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจ วินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามและลงลายมือชื่อในคำพิพากษา ส่วนปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหา

²⁷ กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120 ที่ 3 แผนกการปกครอง

ข้อ 32 ให้ใช้พระราชกำหนดกฎหมายทั้งปวง ในความอาญาและความแพ่ง แต่ความ แพ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับศาสนาอิสลามเรื่องหัวเมียก็ดี เรื่องมรดกก็ดี ซึ่งคนนับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้ง โจทก์จำเลยหรือเป็นจำเลย ให้ใช้กฎหมายอิสลามในการพิจารณาและพิพากษา และให้โต๊ะกาลีซึ่ง เป็นผู้รู้และเป็นที่น่าเชื่อถือในศาสนาอิสลามเป็นผู้พิพากษตามกฎหมายอิสลามนั้น.

ข้อกฎหมายอื่นเป็นอำนาจของผู้พิพากษา คำวินิจฉัยของคะ โตะยะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามเป็นอันเด็ดขาด²⁸ จะอุทธรณ์ฎีกาปัญหาดังกล่าวไม่ได้

การดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามในจังหวัดชายแดนภาคใต้มีหลักการดังนี้

(1) ถ้าฟ้องหรือคำร้องขอจะต้องบรรยายให้ปรากฏว่า คู่ความ เจ้ามรดก หรือผู้ร้องขอเป็นผู้ที่นับถือศาสนาอิสลาม และคดีที่ฟ้องหรือร้องขอนั้นเกี่ยวข้องกับครอบครัวหรือมรดกซึ่งต้องบังคับตามกฎหมายอิสลาม เมื่อพนักงานรับฟ้องตรวจฟ้องแล้วก็ให้คะ โตะยะยุติธรรมตรวจฟ้องอีกครั้ง ถ้าเห็นว่าเป็นคดีเกี่ยวกับศาสนาอิสลาม คะ โตะยะยุติธรรมก็บันทึกที่คำฟ้องหรือคำร้องขอว่า “ได้ตรวจแล้ว” ต่อไปพนักงานรับฟ้องจะหมายเหตุหน้าฟ้องว่า “ความศาสนา” แล้วนำมาเสนอผู้พิพากษาเพื่อพิจารณาสั่งคำฟ้องหรือคำร้องขอต่อไป

(2) การวินิจฉัยว่าคดีใดเป็นคดีเกี่ยวกับครอบครัวหรือคดีเกี่ยวกับมรดกนั้น ในชั้นแรกจะต้องใช้หลักตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก่อน เช่น การที่ศาลจะวินิจฉัยว่าทรัพย์ใดเป็นมรดกหรือไม่นั้น จะนำหลักศาสนาอิสลามมาใช้บังคับไม่ได้ ต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักวินิจฉัย

(3) การพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นของจังหวัดทั้งสี่ทุกครั้ง ต้องมีคะ โตะยะยุติธรรมหนึ่งนายนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษา สำหรับองค์คณะของผู้พิพากษาต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 26 คือ ต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อยสองคนเป็นองค์คณะพิจารณา

²⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489

มาตรา 3 “ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกของศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลยหรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดก”.

มาตรา 4 “การพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นตามความในมาตรา 3 ให้คะ โตะยะยุติธรรมหนึ่งนายนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษา

ให้คะ โตะยะยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม และลงลายมือชื่อในคำพิพากษาที่พิพากษาตามคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นด้วย

คำวินิจฉัยของคะ โตะยะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามให้เป็นอันเด็ดขาดในคดีนั้น”.

พิพากษา เพราะเป็นคดีเกี่ยวกับครอบครัวและมรดก เช่น คดีมรดกอันจะต้องบังคับตามกฎหมายอิสลาม จะต้องมีคะโต๊ะยุติธรรมหนึ่งนายนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษา โดยผู้พิพากษาวินิจฉัยข้อเท็จจริงได้ความอย่างไรแล้ว ให้คะโต๊ะยุติธรรมวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามและลงลายมือชื่อในคำพิพากษาคด้วย แต่ถ้าหากมีการพิจารณาคดีแพ่งเกี่ยวกับครอบครัวหรือมรดกดังกล่าวไปโดยมิได้มีคะโต๊ะยุติธรรมหนึ่งนายนั่งพิจารณาร่วมกับผู้พิพากษาแล้ว ศาลสูงก็มีอำนาจที่จะยื่นสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาและพิพากษาคดีเสียใหม่ให้ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่จำเป็นต้องยกฟ้องโดยให้ไปฟ้องใหม่ นอกจากนี้ ถ้าหากคดีดังกล่าวมีประเด็นข้อพิพาททั้งที่เกี่ยวกับข้อกฎหมายอิสลามและมีใช้ข้อกฎหมายอิสลามปนกัน หากศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาคดีมาโดยไม่มีคะโต๊ะยุติธรรมร่วมพิจารณาคดีและลงชื่อในคำพิพากษาคด้วย การพิจารณาพิพากษาคดีไม่ชอบก็เฉพาะแต่ข้อพิพาทที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวบังคับเท่านั้น การพิจารณาพิพากษาคดีในประเด็นข้ออื่นไม่ต้องให้คะโต๊ะยุติธรรมลงนามร่วมด้วย

ศาลชั้นต้นของจังหวัดทั้งสี่ หมายถึง ศาลธรรมดา ซึ่งก็คือ ศาลจังหวัด ส่วนศาลเยาวชนและครอบครัวซึ่งเป็นศาลพิเศษ ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวของอิสลามศาสนิกในจังหวัดทั้งสี่ เพราะศาลเยาวชนและครอบครัวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวอันเกี่ยวข้องด้วยการสมรส รวมทั้งสิทธิและหน้าที่หรือความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา บิดามารดา และบุตรไม่ว่าในทางใด ๆ ซึ่งพิพาทกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ทั้งหมด บรรพ 1 และบรรพ 6 บางส่วนเท่านั้น มิได้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวที่พิพาทกันตามกฎหมายอิสลามแต่อย่างใด ฉะนั้น สามีภริยาที่เป็นอิสลามศาสนิกในจังหวัดนครราชสีมา หากจะฟ้องหย่าต้องฟ้องคดีที่ศาลจังหวัดนครราชสีมา จะไปฟ้องคดีที่ศาลจังหวัดนครราชสีมาแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวไม่ได้

(4) คะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเฉพาะข้อกฎหมายอิสลามเท่านั้น ส่วนปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมายอื่นเป็นอำนาจของผู้พิพากษา คำวินิจฉัยของคะโต๊ะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามเป็นอันเด็ดขาด จะอุทธรณ์ฎีกาในปัญหาดังกล่าวไม่ได้ กฎหมายอิสลามเช่นว่านี้ไม่ใช่กฎหมายต่างประเทศ เป็นหน้าที่ของคะโต๊ะยุติธรรมที่นั่งพิจารณาคดีจะเป็นผู้นำกฎหมายอิสลามมาบังคับแก่คดี ไม่ใช่เป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องนำสืบ ถือว่าเป็นสิ่งที่ศาลรับรู้เอง คำวินิจฉัยชี้ขาดของคะโต๊ะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามจะรวมอยู่ในคำพิพากษา ซึ่งโดยปกติผู้พิพากษาเป็นผู้จัดบันทึกคำพยานและเรียงคำพิพากษา โดยเมื่อคดีเสร็จการพิจารณาก็ทำคำพิพากษาอย่างคดีแพ่งธรรมดาโดยมีคะโต๊ะยุติธรรมลงลายมือชื่อในคำพิพากษาคด้วย เมื่อศาลมีคำพิพากษาคแล้ว หากจะมีการบังคับตามคำพิพากษาคู่ความต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลนั้น แม้จะมีการบังคับเอากับทรัพย์สินที่อยู่นอกเขตอำนาจของศาลในจังหวัดชายแดนภาคใต้นี้ก็ตาม

การที่กฎหมายกำหนดให้คะ โตะยะยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามและให้คำวินิจฉัยนั้นเด็ดขาด เป็นการตัดข้อยุ่งยากได้มาก เพราะเรื่องทางศาสนาไม่มีผู้ใคร่ดีเท่าผู้ที่นับถือและรำเรียนในศาสนานั้น กฎหมายอิสลามมีพระคัมภีร์กูรออันเป็นหลัก และมีคำอธิบายของคณาจารย์ต่าง ๆ มากมายหลายท่านซึ่งเป็นการยากแก่การศึกษา ด้วยเหตุนี้ กระทรวงยุติธรรมจึงได้ตั้งกรรมการขึ้นคณะหนึ่งประกอบด้วยคะ โตะยะยุติธรรมและผู้พิพากษาทำการตรวจชำระคำแปลคัมภีร์กีตาบลัทธิศาสนาอิสลามอันเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกเป็นภาษาไทยขึ้นเมื่อปี 2472 คณะกรรมการชุดนี้ได้ตรวจชำระคำแปลและจัดพิมพ์หลักกฎหมายอิสลามที่กล่าวข้างต้นในที่ต่าง ๆ ไว้ในที่แห่งเดียวกัน เรียบเรียงข้อความเบื้องต้นเพื่อให้ได้ทั้งลักษณะครอบครัวและลักษณะมรดก รวบรวมข้อความซึ่งต่อเนื่องกัน แต่กระจัดกระจายอยู่ในกีตาบต่าง ๆ รวมเป็นข้อเดียวกัน วางรูปโครงให้เป็นไปตามแบบกฎหมายปัจจุบัน คือ จัดแบ่งลักษณะหมวด และมาตรา เรียบเรียงถ้อยคำสำนวนขึ้นใหม่ ถ้อยคำใดเป็นศัพท์ใช้เฉพาะในศาสนาอิสลาม หาศัพท์ภาษาไทยที่เหมาะสมมิได้ก็ลงรูปศัพท์นั้นไว้ตามเดิม โดยให้คำวิเคราะห์ศัพท์ไว้เพื่อให้ทราบความหมาย แต่อย่างไรก็ดี คำแปลหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ไม่ได้พิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาเช่นกฎหมายอื่น คงพิมพ์แจกจ่ายให้ศาลที่ใช้ทุกศาลในสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้เพื่อให้ถือเป็นหลักเดียวกัน ในการวินิจฉัยคดี คะ โตะยะยุติธรรมต้องใช้หลักกฎหมายที่แปลรวบรวมนี้ โดยก่อนดำรงตำแหน่งคะ โตะยะยุติธรรม คะ โตะยะยุติธรรมต้องให้ถ้อยคำรับรองว่าต้องใช้กฎหมายเล่มนี้ในการชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม และหากมีปัญหาข้อใดซึ่งไม่มีกล่าวไว้ในหลักกฎหมายนี้ ก็ต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายนี้ อันเป็นการวางหลักปฏิบัติผ่อนสั้นผ่อนยาวในทางคดีความ เพื่ออำนวยความสะดวกให้การพิจารณาพิพากษาคดีของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามในจังหวัดเหล่านี้ได้ดำเนินไปด้วยความเรียบร้อย

หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก พ.ศ. 2484 ที่กระทรวงยุติธรรมจัดขึ้นกำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสของผู้นับถือศาสนาอิสลามในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ไว้หลายประการ ตามมาตรา 49 อาทิเช่น ผู้สมรสต้องมีเพศเป็นชายฝ่ายหนึ่ง หญิงฝ่ายหนึ่งชายและหญิงต้องเป็นอิสลามศาสนิก ชายและหญิงต้องยินยอมเป็นสามีภริยากัน ชายหรือหญิงไม่อยู่ในระหว่างปฏิบัติพิธีการฮัจญ์ ชายและหญิงมิได้เป็นญาติสืบสายโลหิตขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นที่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา หญิงมิได้เป็นภริยาของชายอื่น หญิงเป็นพรหมจารี ถ้ายังไม่บรรลุนิติภาวะ (อายุยังไม่ครบ 9 ปี หย่อน 15 วัน และยังมีได้มีระดู) โดยกฎหมายมิได้กำหนดอายุขั้นต่ำของชายหรือหญิงที่จะทำการสมรสไว้ สำหรับนายทะเบียนผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกหนังสือรับรองการสมรส คือ กรมการอิสลามประจำจังหวัด ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540

ฉะนั้น ในปัจจุบันนี้เมื่อมีคดีพิพาทกันเรื่องกฎหมายครอบครัวหรือมรดกในศาลชั้นต้น ในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ระหว่างคนนับถือศาสนาอิสลามด้วยกัน หรือมีคดีไม่มีข้อพิพาทซึ่งผู้นับถือศาสนาอิสลามเป็นผู้ร้องขอในเรื่องครอบครัวหรือมรดกต้องใช้กฎหมายอิสลามบังคับ ไม่ใช่บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ บรรพ 6 เหมือนเช่นปกติ แต่ทั้งนี้คู่ความทั้งหมดหรือเจ้ามรดกจะต้องเป็นคนนับถือศาสนาอิสลาม ถ้าหากคู่ความแม้แต่คนเดียวไม่ใช่คนนับถือศาสนาอิสลาม หรือเจ้ามรดกไม่ใช่คนนับถือศาสนาอิสลาม ถึงแม้โจทก์จำเลย หรือผู้ร้องขอเป็นคนนับถือศาสนาอิสลามก็ใช้กฎหมายอิสลามบังคับไม่ได้ เช่น โจทก์มิใช่อิสลามศาสนิก จะบังคับคดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัด ปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 มาตรา 3 ไม่ได้ ต้องบังคับคดีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น นอกจากนี้ หากเป็นคดีที่เกิดขึ้นในจังหวัดอื่นนอกจากสี่จังหวัดดังกล่าว แม้คู่ความทุกฝ่ายจะเป็นคนนับถือศาสนาอิสลามก็ใช้กฎหมายอิสลามบังคับไม่ได้ ต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ บรรพ 6 เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ชายที่นับถือศาสนาพุทธ มีภูมิลำเนาอยู่ในจังหวัดปัตตานี จะอ้างกฎหมายอิสลามเพื่อให้มีภริยาเกินหนึ่งคนไม่ได้ หรือสามีภริยาที่นับถือศาสนาอิสลามมีภูมิลำเนาอยู่ ณ กรุงเทพมหานคร จะหย่าขาดจากการเป็นสามีภริยากันโดยใช้เหตุหย่าตามกฎหมายอิสลามไม่ได้ ต้องใช้เหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หรือชายนับถือศาสนาอิสลามสมรสกับหญิงที่นับถือศาสนาคริสต์ ณ จังหวัดนราธิวาส และมีภูมิลำเนาที่จังหวัดนี้ จะหย่าขาดจากกันก็ต้องใช้เหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 จะใช้เหตุหย่าตามกฎหมายอิสลามไม่ได้ เป็นต้น²⁹

ด้วยเหตุที่การที่จะพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิดฐานสมรสซ้อนในเบื้องต้นจำเป็นต้องพิจารณาหลักเกณฑ์การสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียก่อน เมื่อการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องครอบครัวของอิสลามศาสนิก ต้องตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัด ปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ดังนี้ การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเข้าลักษณะความผิดฐานสมรสซ้อนหรือไม่ ก็จำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ความผิดฐานสมรสซ้อนย่อมไม่นำมาใช้บังคับกับชายที่เป็นอิสลามศาสนิก และได้สมรสกับหญิงที่เป็นอิสลามศาสนิก โดยได้ทำการสมรสซ้อนในสี่จังหวัด คือ ปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งคือ ความผิดฐานสมรสซ้อนย่อมไม่นำมาใช้บังคับเฉพาะกรณีของฝ่ายชายที่เป็นอิสลามศาสนิกที่ได้ทำการสมรสกับหญิงที่เป็นอิสลามศาสนิก โดยการสมรสดังกล่าวได้กระทำกันในสี่จังหวัดคือ ปัตตานี นราธิวาส ยะลา

²⁹ ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 18, หน้า 20-27.

และสตุล แต่หากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่าชายหรือหญิงไม่ใช่อิสลามศาสนิก ชายก็จะอ้างกฎหมายอิสลามเพื่อให้มีคู่สมรสเกินกว่าหนึ่งคนไม่ได้ หรือหากคู่สมรสที่นับถือศาสนาอิสลามได้ทำการสมรสกันในจังหวัดอื่นนอกจากสี่จังหวัดดังกล่าวก็จะมีคู่สมรสมากกว่าหนึ่งคนไม่ได้เช่นกัน เพราะเป็นการสมรสซ้อนและถือเป็นการผิดฐานสมรสซ้อนด้วย ส่วนในกรณีของฝ่ายหญิงนั้น แม้ทั้งชายและหญิงจะเป็นอิสลามศาสนิก และได้ทำการสมรสกันในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา หรือสตุล ก็จำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติความผิดฐานสมรสซ้อน เพราะตามหลักกฎหมายอิสลามหญิงสามารถมีสามีได้เพียงคนเดียว

ข้อพิจารณาประการที่สอง เมื่อเห็นว่าควรกำหนดให้การสมรสซ้อนเป็นความผิดอาญาแล้วแต่ควรจะมีบัญญัติเป็นความผิดอันยอมความได้หรือไม่ ซึ่งการที่จะกำหนดให้ความผิดอาญาใดเป็นความผิดอันยอมความได้หรือไม่ ต้องพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) มีอยู่ 2 ประเภทคือ³⁰

1. คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (individualrechtsgut)
2. คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (universalrechtsgut)

ความผิดอันยอมความได้หรือความผิดส่วนตัว เป็นความผิดที่ในการดำเนินคดีรัฐต้องคำนึงถึงเจตจำนงของผู้เสียหาย ฉะนั้น โดยหลักการแล้วความผิดอันยอมความได้หรือความผิดส่วนตัวต้องเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น โดยมีปัจจัยดังต่อไปนี้

1. พิจารณาว่าความผิดในฐานนั้นๆ มีความเป็นอาชญากรรมสูงหรือไม่ ถ้ามีความเป็นอาชญากรรมค่อนข้างน้อยก็ควรกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้
2. ความผิดฐานนั้นๆ กระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากน้อยเพียงใด ถ้ากระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากจนไม่ควรให้มีการดำเนินคดีโดยปราศจากเจตจำนงของผู้เสียหาย ก็ควรกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้
3. ความผิดฐานนั้นๆ เรียกร้องการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมเพียงใด ถ้าประสงค์จะคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมและการดำเนินคดีจะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายแล้ว ก็ควรกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

สำหรับความผิดฐานสมรสซ้อนนั้น เมื่อพิจารณาในแง่ของอาชญากรรมแล้วเห็นได้ว่า การสมรสซ้อนมิได้มีความเป็นอาชญากรรมแต่อย่างใด อีกทั้งการสมรสซ้อนนั้นมิมีผลกระทบต่อชีวิตส่วนตัว โดยเฉพาะชีวิตการสมรสเป็นอย่างมาก การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดจึงควรคำนึงถึง

³⁰ คณิต ฅ นคร, “ปรัชญาและแนวความคิดของการกำหนดความผิดอันยอมความได้.” วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิต ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 (มกราคม- มิถุนายน 2547), หน้า 4, 9-10.

เจตจำนงของผู้เสียหายเป็นสำคัญ การฟ้องร้องดำเนินคดีนั้นก็มิใช่ว่าจะเป็นผลดีต่อผู้เสียหายเสมอไป เพราะผู้เสียหายอาจต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงซึ่งจะกลายเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายมากขึ้นไปอีก และในบางกรณีการสมรสซ้อนอาจเกิดจากความยินยอมทั้งในครอบครัวเดิมและครอบครัวใหม่ โดยทั้งครอบครัวเดิมและครอบครัวใหม่ต่างใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน โดยไม่มีปัญหาทะเลาะเบาะแว้ง ยิ่งถ้ามีบุตรด้วยแล้วการที่บิดาหรือมารดาต้องถูกจำคุกก็จะทำให้บุตรต้องขาดบิดาหรือมารดาซึ่งจะส่งผลเสียแก่บุตรมากกว่า ดังนั้น การกำหนดให้ความผิดฐานสมรสซ้อนเป็นความผิดต่อส่วนตัวโดยเป็นความผิดอันยอมความได้ย่อมจะเป็นการชอบด้วยเหตุผลมากกว่า