

ภาคหนึ่ง

เรื่อง "การหมั้น"

ในการทำการสมรส ชายกับหญิงจะทำการหมั้นหรือไม่ก็ได้ การหมั้นไม่ใช่เงื่อนไขแห่งการสมรส การหมั้นจึงทำการหมั้นก็ได้หรือไม่ทำการหมั้นก็ได้ แต่ถ้ามีการทำการหมั้นจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย ชายหญิงนั้นก็ จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ในเรื่อง "การหมั้น" นี้กฎหมายกำหนดไว้ตั้งแต่การหมั้นจะต้องทำอย่างไร ถ้ามีการหมั้นแล้วต่อมาไม่ทำการสมรสตามที่ได้ตกลงกันไว้จะมีผลอย่างไร และสุดท้ายอาชญากรรมในการใช้สิทธิเรียกร้องของหมั้นคืนอีกทั้งค่าทดแทนด้วย จะต้องทำในช่วงระยะเวลาเท่าใด

บทที่ 2 การหมั้น

การหมั้นนั้นเป็นสิ่งที่มนุษย์กำหนดขึ้นมาเพื่อตอบสนองความต้องการในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ในระยะเริ่มแรกการหมั้นก็ถูกกำหนดขึ้นมาในกลุ่มคน สังคมเมือง เมื่อมีการปฏิบัติเป็นที่ยอมรับมากขึ้น การหมั้นก็แผ่ขยายไปสู่กลุ่มสังคมต่าง ๆ คือ ในระดับกลาง และในระดับล่าง ในที่สุด ความนิยมในการปฏิบัติต่อเนื่องกันมาเมื่อยาวนานขึ้นก็กลายเป็นประเพณีซึ่งอาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกันไปตามแต่ลักษณะของสังคมนั้น ๆ

การหมั้น โดยเนื้อหาในตัวเองนั้น เป็นการให้ชายหญิงได้เข้ามาเรียนรู้ทำความเข้าใจกันมีโอกาสดูจะพบปะทำความคุ้นเคยกัน และในทางสังคมเป็นการดึงมาที่ชายหญิงสามารถพบปะทำความรู้จักกัน ไปไหนมาไหนด้วยกันบ้างในสังคมโดยไม่ถูกมองว่าไม่เหมาะสม เพราะมีการหมั้นหมายเป็นที่รับรู้รับทราบระหว่างครอบครัวและถือว่าเป็นการประกาศต่อสังคมให้ทราบแล้ว ในขณะที่เดียวกันตัวชายและหญิงนั่นเองก็จักได้วางตัวให้เหมาะสม ไม่ทำตัวให้เสียหยาเพราะต่างได้ประกาศหมั้นหมายที่จะทำการสมรสกันต่อไป เมื่อพิจารณาถึงสังคมไทยซึ่งมีจารีตประเพณีที่การมีครอบครัวจะต้องให้บิดามารดาได้รับรู้รับทราบยินยอมอนุญาตด้วยแล้ว การหมั้นจึงเป็นที่ยอมรับปฏิบัติกันมากขึ้น ๆ เรื่อยมา จนกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายในเวลาต่อมา

การประกอบพิธีหมั้นมีหลักฐานมาตั้งแต่สมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราช และปฏิบัติสืบเนื่องกันมาตลอดสมัยราชวงศ์จักรี แม้ในคอนค้นสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ เราก็มีหลักฐานว่าการหมั้นนั้นเป็นเรื่องปฏิบัติกันอยู่ในหมู่ชาวบ้านโดยทั่วไป ในส่วนกฎหมายก็ได้มีการบัญญัติรับรองประเพณีการหมั้นนี้มาตลอดนับตั้งแต่กฎหมายด้านนา ในโบราณที่ 12 (ลักษณะหมายลูกหญิงหลานสาวซึ่งกัน) ในกฎหมายตราสามดวงก็ได้มีบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะหัวเมียที่อธิบายถึงขันหมากต่าง ๆ ที่ใช้ในพิธีหมั้น นอกจากนี้ยังได้กล่าวถึงประเพณีที่ผู้ให้หญิงฝ่ายชายและผู้ให้หญิงฝ่ายหญิงเข้ามาร่วมกันจัดการให้บุตรธิดาของตนทำการหมั้น มีหลายบทที่กล่าวถึงการหมั้นอย่างชัดเจน เช่นบทที่ 98 “ชายให้สู่ขอลูกสาวหลานสาวท่าน บิดามารดาหญิงยินยอมให้ชายได้ให้มีขันหมากหมั้นนัดจะทำการ....” บทที่ 109 “.....ท่านว่าให้ชายผู้สู่ขอลูกสาวท่านขันหมากแต่แรกมาสู่ขอเท่าถึงขันหมากหมั้น.....” นอกจากนี้ยังมีการกล่าวถึงการหมั้นอีกในบทที่ 20, 49, 50, 51, 68, 76

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ.2477 ก็ได้มีการกำหนดถึงเรื่องการหมั้นไว้ในหมวด 1 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1436 ว่าของหมั้นคือทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้ไว้แก่ฝ่ายหญิงเพื่อเป็นหลักฐานและประกันว่าจะสมรสกับหญิงนั้น ในเรื่องการหมั้นนี้ได้มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 อีกครั้งหนึ่ง ใน พ.ศ. 2519 การหมั้นในปัจจุบันได้มีการบัญญัติไว้ใน มาตรา 1437 วรรคแรกว่า การหมั้นจะสมบูรณ์เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น ดังนั้นลักษณะของการหมั้นปัจจุบันจึงมีรูปแบบที่เป็นสัญญาอย่างหนึ่งที่ฝ่ายชายจะต้องทำโดยการส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิง เพื่อเป็นหลักฐานที่จะทำการสมรสกับหญิงนั้นต่อไป เพื่อให้สะดวกต่อการทำความเข้าใจ ผู้เขียนจะขอแบ่งกล่าวถึงเรื่องการหมั้นเป็นส่วน ๆ คือ จะกล่าวถึงในเบื้องต้นถึง การหมั้นว่ามีลักษณะอย่างไร มีเงื่อนไขอะไรบ้าง และจะกล่าวถึงผลของการหมั้นคือเมื่อเกิดการหมั้นขึ้นแล้วจะมีผลตามมาอย่างไรบ้าง ซึ่งเป็นเนื้อหาที่มีสาระสำคัญมากในส่วนนี้ และประการสุดท้ายเป็นเรื่องของการเรียกร้องค่าทดแทนและของหมั้น จะสามารถทำได้ในอายุความเท่าใด โดยเนื้อหาทั้งหมดนี้จะกล่าวถึงโดยลำดับอยู่ในส่วนที่หนึ่ง เรื่อง การหมั้น

1. ลักษณะของการหมั้น

แม้ว่าจะมีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการหมั้นไว้ก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้วก็ได้หมายความว่าบุคคลที่จะทำการสมรสจะต้องทำการหมั้นก่อนแต่ประการใด แต่อย่างไรก็ดีในทางสังคมบุคคลบางกลุ่มอาจจะไม่ได้ให้ความสำคัญต่อการหมั้นมากนัก ซึ่งอาจเป็นด้วยเหตุผลที่แตกต่างกันไป อาทิ เป็นผู้ยากไร้ ก็อาจจะจัดสรรไม่ค้อมีทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการหมั้น และอาจต้องการเพื่อนร่วมเป็นร่วมตายที่จะมาใช้ชีวิตดูแลรับผิดชอบซึ่งกันและกันมากกว่ามีเพียงแค่รูปแบบของการหมั้น ซึ่งไม่สามารถช่วยให้สามารถอยู่กินร่วมชีวิตกัน โดยไม่มีปัญหา หรือบุคคลที่มีความคิดก้าวหน้าที่อาจเห็นว่า การหมั้น การสมรสไม่ใช่เรื่องสำคัญ มากไปกว่าความซื่อสัตย์ต่อกันในการใช้ชีวิตร่วมกันก็เป็นได้ เป็นต้น แต่ในอีกส่วนหนึ่งของสังคมก็ยังเห็นว่า การหมั้นเป็นสิ่งสำคัญด้วยเหตุผลต่าง ๆ กันไปทั้งในด้านสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม ศาสนา หรืออื่นใด

ดังนั้นการหมั้นจึงยังเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งในกฎหมายครอบครัวที่ควรทำความเข้าใจให้

ต้องแท้ มิใช่ว่าเมื่อทำสัญญาหมั้นแล้วหากพบว่าคู่หมั้นไม่ใช่บุคคลที่เราต้องการสมรสด้วยแล้วจะต้องผิดใจทำการสมรสอยู่กับคนอื่นสามีกิริยาคือด้วยเนื่องจากการทำสัญญาหมั้นกันไว้แล้ว หากเป็นเช่นนั้นสังคมนี้ก็คงจะไม่น่าอยู่เป็นแน่แท้ แต่อย่างไรก็ดี ถ้ามีการทำสัญญาหมั้นกันแล้วหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ ก็จะไม่ถูกต้องนัก จากความเป็นจริงดังกล่าวจึงควรศึกษาเรื่องการหมั้นให้ต้องแท้ก่อนที่จะไปก่อให้เกิดสัญญาโดยไมระมัดระวัง ในเบื้องต้นนี้เราจะมาพิจารณาถึงเรื่อง การหมั้น ก่อนว่ามีลักษณะเป็นอย่างไร

1.1 รูปแบบของการหมั้น

มาตรา 1437 วรรคแรก บัญญัติว่า "การหมั้นจะสมบูรณ์เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิง เพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น"

การหมั้นในปัจจุบัน จะต้องทำตามกฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งรูปแบบของการหมั้นตามกฎหมายจะต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ การส่งมอบ หรือ การโอนทรัพย์สิน รูปแบบของการหมั้นจึงไม่สามารถเขียนสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างชายกับหญิงได้ ซึ่งหากทำเช่นนั้นจะถือว่าเป็นสัญญาหมั้นตามกฎหมายไม่ได้ แต่การทำเป็นสัญญาหมั้นนี้ก็จะเป็น โฆษหรือ โฆษียะแต่ประการใดทั้งนี้เพราะมาตรา 1437 กำหนดรูปแบบของการหมั้นว่าจะต้องทำเช่นไร ถ้าไม่ทำตามกฎหมายกำหนดไว้ก็จะถือว่าการหมั้นนั้นไม่สมบูรณ์ หรืออาจจะกล่าวได้ว่ามีการทำการหมั้น แต่การทำการหมั้นนั้นยังไม่ถูกต้องตามรูปแบบของการหมั้นที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงยังไม่ถือว่ามี การหมั้นเกิดขึ้น หรือการหมั้นนั้นยังไม่สมบูรณ์หรือยังไม่มีการทำสัญญาหมั้นนั่นเอง เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 525/2509 การหมั้นจะเรียกว่าหมั้นก็ต่อเมื่อฝ่ายชายนำของหมั้น ไปมอบให้ฝ่ายหญิงอันเป็นเรื่องที่เข้าใจกันตามธรรมดาและตามประเพณี เมื่อมีการหมั้นแล้วถ้าฝ่ายใดผิดสัญญาหมั้น ฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทน โดยที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ เช่นนี้เมื่อฝ่ายชายเพียงแต่ตกลงว่าจะสมรสโดยไม่มีการหมั้นจึงอยู่นอกขอบเขตที่กฎหมายรับรองหากไม่ปฏิบัติตามที่ตกลงไว้จะเรียกค่าทดแทนหาได้ไม่ เป็นต้น

รูปแบบของการหมั้น คือ จะต้องมีการส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น สำหรับการส่งมอบหรือการโอนจะเป็นอย่างไรนั้นย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะของทรัพย์สินอันเป็นของหมั้น ซึ่งโดยปกติทั่วไปก็มักจะมีการมอบแหวนเพชร เงินทอง สร้อยคอ กำไล หรืออาจจะเป็นรถยนต์ สัตว์เลี้ยง ก็ย่อมที่จะสามารถทำได้เช่นกัน ทรัพย์สินต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนเป็นสังหาริมทรัพย์ จึงสามารถนำมาส่งมอบให้แก่กันได้ แต่ก็อาจมีการ

มอบหรือแบ่งที่ดินอันเป็นอสังหาริมทรัพย์ให้แก่กันก็สามารถทำได้เช่นกัน ซึ่งในกรณีนี้ก็จะต้องมี การโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายที่ดินด้วยจึงจะถือว่าเป็นการถูกต้องตามรูปแบบของการหมั้น การ หมั้นนั้นก็ถือว่าสมบูรณ์เป็นสัญญาหมั้นตามกฎหมาย

แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้การหมั้นจะต้องมีการส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็น ของหมั้นก็ตาม แต่หากว่าฝ่ายชายไม่สามารถส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นทั้งหมด หรือแต่บางส่วน จะสามารถทำได้หรือไม่และจะมีผลเช่นไร เช่นหมั้นกันด้วยเงินแต่ไม่มีเงินจึงทำ สัญญาให้หญิงยึดถือไว้ ไม่ถือว่าเป็นการให้ของหมั้นตามกฎหมาย หญิงจึงฟ้องเรียกเงินกู้ตาม สัญญาในฐานะเป็นของหมั้นไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1852/2506) เป็นต้น การส่งมอบของหมั้นนี้ จะต้องส่งมอบก่อนการสมรสด้วย ถ้าส่งมอบของหมั้นให้เมื่อทำการสมรสแล้วของที่มอบให้ย่อม ไม่ใช่ของหมั้นแม้ว่าจะมีการตกลงให้ส่งมอบของหมั้นนี้เมื่อทำการสมรสแล้วก็ตามก็ย่อมไม่ใช่ของ หมั้น หรือถ้าตกลงให้ส่งมอบของหมั้นส่วนหนึ่งก่อนการสมรสและอีกส่วนหนึ่งภายหลังการ สมรส ของหมั้นที่ได้รับก่อนการสมรสย่อมเป็นของหมั้นตามมาตรา 1437 ส่วนของที่จะส่งมอบ ให้เมื่อทำการสมรสแล้วย่อมไม่ใช่ของหมั้น ดังนั้นเมื่อชายถึงแก่ความตายของหมั้นที่มอบไว้ให้แก่ หญิงนั้นแล้วตกเป็นของหญิง แต่หญิงจะฟ้องเรียกส่วนที่ยังไม่ได้นำมามอบให้ไม่ได้ ดังคำพิพากษา ฎีกาที่ 1049/2492 หรือกรณีทรัพย์สินที่มีทะเบียน ได้นำทะเบียนมามอบให้โดยไม่มีการมอบตัว ทรัพย์สินให้ (หรือไม่ได้ทำการ โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น โดยถูกต้องตามกฎหมาย) ดังนี้ ถือว่าไม่ เป็นของหมั้น เช่น บิดามารดาชายทำสัญญายกที่นา 10 ไร่ โดยแบ่งออกจากรานแปลงใหญ่มีโฉนด แต่ไม่ได้มอบหมายแบ่งแยกออกเป็นสัดส่วน เพื่อให้เป็นของหมั้นแก่หญิง ต่อมาชายหญิงอยู่กินกัน โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส นาทียกให้ก็ไม่ได้มอบหมายให้กันอย่างจริงจัง เช่นนี้ที่นา 10 ไร่ ไม่ใช่ ของหมั้นหญิงจึงจะมาฟ้องเรียกที่นาในฐานะเป็นของหมั้น ไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1778/2493) เป็นต้น

ในการให้ของหมั้นตามมาตรา 1437 บัญญัติไว้ชัดแจ้งว่าฝ่ายชายให้ไว้แก่ฝ่ายหญิง หากเกิดปรากฏว่าฝ่ายหญิงให้ของหมั้นแก่ฝ่ายชายแล้ว ทรัพย์สินที่ให้นั้น ไม่ใช่ของหมั้นตามมาตรา 1437 สำหรับทรัพย์สินที่ให้เป็นของหมั้นนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นกรรมสิทธิ์ของชายผู้เป็นคู่หมั้น ถ้าทรัพย์สินนั้นชายมีสิทธิที่จะนำมาใช้เป็นของหมั้นแล้วก็สามารถทำได้ แต่ถ้าเป็นทรัพย์สินของ บุคคลอื่นที่ไม่ยินยอมด้วยแล้ว เจ้าของที่แท้จริงมีสิทธิที่จะติดตามเอาคืนได้ตามมาตรา 1336 แต่ อย่างไรก็ตามก็ดีถ้าเจ้าของทรัพย์สินให้ยืมทรัพย์สินไปใช้เป็นของหมั้นเป็นการชั่วคราว เมื่อฝ่ายหญิงไม่

ทราบของหมั้นยอมตกแก่ฝ่ายหญิงเมื่อทำการสมรสแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1198/2492)

เมื่อมีการส่งมอบหรือ โอนทรัพย์สินให้แก่หญิงแล้ว การส่งมอบหรือการโอนทรัพย์สินดังกล่าวนั้นจะต้องเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้นด้วย มิเช่นนั้นก็จะไม่ใช่เป็นสัญญาหมั้น ตามมาตรา 1437 ดังนั้นการให้ทรัพย์สินแก่หญิงคู่หมั้นถ้าเป็นการให้ในลักษณะอื่นที่ไม่ใช่เป็นของหมั้นแล้ว เช่นการให้โดยเสน่หา ถึงแม้จะเรียกของที่ให้ว่าเป็นของหมั้นทรัพย์สินนั้นก็หาใช่เป็นของหมั้นไม่และหากภายหลังต่อมาไม่มีการสมรส ชายก็จะเรียกทรัพย์สินนั้นคืนในฐานะที่เป็นของหมั้นไม่ได้ นอกจากนี้ก็ต้องพิจารณาว่ามีเจตนาที่จะสมรสกันตามกฎหมายหรือไม่ ถ้าชายหญิงมีเจตนาจะอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสแล้ว ทรัพย์สินที่ให้กันไว้เพื่อเป็นของหมั้นก็ไม่ใช่ของหมั้น ตามความหมายของมาตรา 1437 เพราะไม่ได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น การให้ในลักษณะดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีด้วยตามมาตรา 150 ฝ่ายชายจึงไม่มีสิทธิเรียกคืนของได้

คดีตัวอย่างคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3557/2524 ชายหญิงประกอบพิธีสมรสกันตามประเพณีและอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยมิได้มีเจตนาที่จะไปจดทะเบียนสมรส ถือไม่ได้ว่าเป็นการสมรส โดยชอบด้วยกฎหมาย เงินและทรัพย์สินที่ฝ่ายชายได้มอบให้แก่ฝ่ายหญิงไว้จึงหาได้ไม่ในฐานะเป็นสินสอดของหมั้นตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1437 ไม่เมื่อชายและหญิงแยกกันอยู่ชายไม่มีสิทธิเรียกคืน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1117/2535 ชายและหญิงเพียงแต่ประกอบพิธีแต่งงานเพื่ออยู่กินกันตามประเพณีโดยไม่มีเจตนาจะจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย เงินที่ฝ่ายชายมอบให้แก่ฝ่ายหญิงจึงไม่ใช่ของหมั้นและสินสอดตามกฎหมาย แม้จะมีการหมั้นกันตามประเพณีและมอบทรัพย์สินให้แก่กันในขณะหญิงอายุยังไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์ก็ตาม ฝ่ายชายก็ไม่มีสิทธิเรียกคืน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 592/2540 โจทก์ตกลงแต่งงานกับจำเลยที่ 3 โดยวิธีผูกข้อมือ แสดงว่าโจทก์และจำเลยที่ 3 มิได้มีเจตนาจะทำการสมรสโดยจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 ฉะนั้นทรัพย์สินที่โจทก์มอบให้จำเลยทั้งสามจึงไม่ใช่ของหมั้น เพราะไม่ใช่ทรัพย์สินที่โจทก์มอบให้จำเลยทั้งสามเพื่อเป็นหลักฐานการหมั้นและประกันว่าจะสมรสกับจำเลยที่ 3 และไม่ใช่สินสอดเพราะไม่ใช่ทรัพย์สินที่โจทก์ให้แก่จำเลยที่ 1 และที่ 2 บิดามารดาของจำเลยที่ 3 เพื่อตอบแทนการที่จำเลยที่ 3 ยอมสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1437 โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกคืน ส่วนการที่จำเลยที่ 3 ไม่ยอมให้โจทก์ร่วมหลับนอนนั้นเป็นสิทธิ

ของจำเลยที่ 3 เพราะการสมรสระหว่างโจทก์และจำเลยที่ 3 จะทำได้ต่อเมื่อจำเลยที่ 3 ยินยอมเป็น
สามีภริยากับโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1458 การที่จำเลยที่ 3 ไม่ยินยอม
หลังนอนกับโจทก์ก็ไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์หรือผิดสัญญาหมั้น โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าทด
แทนหรือค่าเสียหายจากจำเลย ทั้งสามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1439 และ
มาตรา 1440

ข้อสังเกตประการหนึ่ง จะต้องพิจารณาเจตนาในขณะที่ทำสัญญาหมั้นก่อนว่ามีเจตนาที่จะ
ทำการสมรสกันหรือไม่ ถ้ามีเจตนาที่จะทำการสมรสกันแต่ต่อมามิได้นำพาใส่ใจต่อการจดทะเบียน
สมรส จะถือว่าฝ่ายใดผิดสัญญาหมั้นไม่ได้ เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 1336/2518 หญิงสมัครใจแต่งงาน
อยู่กับชายได้ปีเศษ โดยต่างไม่นำพาต่อการจดทะเบียนสมรส ดังนั้น จะอ้างว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด
ผิดสัญญาหมั้นไม่ได้ หญิงจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนเพื่อการเสียความบริสุทธิ์ของตนจาก
ชาย เป็นต้น ในกรณีดังกล่าวนี้ ถือว่าสัญญาหมั้นยังสมบูรณ์อยู่และทรัพย์สินที่ให้ไว้เป็นของหมั้นก็
ยังเป็นของหมั้นอยู่

การส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นนี้ มาตรา 1437 กำหนดไว้ชัดเจนว่าจะต้อง
เป็นฝ่ายชายที่ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิง ทั้งนี้ก็สอดคล้องกับสังคม
วัฒนธรรมประเพณีของไทยนั่นเอง ดังนั้นถ้ามีกรณีที่ฝ่ายหญิงส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็น
ของหมั้นให้แก่ชายแล้วก็ย่อมไม่ใช่การหมั้นตามมาตรา 1437 แน่แน่นอน

1.2 ทรัพย์สินและกรรมสิทธิ์ในของหมั้น

มาตรา 1437 กำหนดให้ฝ่ายชายส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินเป็นของหมั้น ดังนั้นของ
หมั้นจึงหมายความถึงทรัพย์สิน ซึ่งมาตรา 138 ให้ความหมายไว้ว่า เป็นทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง
ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ เมื่อพิจารณาความหมายในทางกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่า ของหมั้น
จะเป็นได้ทั้งสังหาริมทรัพย์ อาทิเป็น เงิน ทอง แหวน สร้อย รถยนต์ รวมทั้งสัตว์ต่าง ๆ ได้ด้วย และ
เป็นอสังหาริมทรัพย์ อาทิ เป็นที่ดิน และอาจเป็นได้ทั้งสิ่งที่ไม่รูปร่างแต่มีค่ามีราคาที่สามารถถือเอาได้
อาทิเป็นสิทธิต่างๆ ในทางกฎหมายที่สามารถเปลี่ยนการถือครองได้ตามกฎหมายนั้น ๆ

แต่อย่างไรก็ดี ทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นนี้ ควรจะเป็นกรรมสิทธิ์ของฝ่ายชายด้วย
ทั้งนี้เพราะมาตรา 1437 วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า "เมื่อหมั้นแล้วให้ของหมั้นตกเป็นสิทธิแก่หญิง"

ดังนั้นเมื่อมีการปฏิวัติตามรูปแบบของการหมั้น ด้วยการส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของมันแล้วตามมาตรา 1437 วรรคแรก ของหมั้นนั้นก็จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของหญิงโดยทันที แต่หากว่าทรัพย์สินนั้นไม่ได้เป็นของฝ่ายชายและเจ้าของทรัพย์สินมิได้รู้เห็นยินยอมด้วยแล้ว เช่นนี้เจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ได้ตามมาตรา 1336 ซึ่งในกรณีของการหมั้นนั้นอาจเกิดขึ้นได้ถ้าของหมั้นนั้นเป็นสังหาริมทรัพย์ซึ่งกฎหมายกำหนดรูปแบบของการให้เพียงการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้ยอมสมบรูณ์แล้วตามมาตรา 523 ดังนั้นถ้าทรัพย์สินนั้นเป็นของฝ่ายชายเมื่อมีการส่งมอบให้แก่หญิง การหมั้นก็สมบรูณ์ของหมั้นนั้นก็ ตกเป็นสิทธิแก่หญิงทันที แต่ในความเป็นจริงก็อาจเกิดปัญหาขึ้นได้เพราะหากว่าฝ่ายชายไม่มี ทรัพย์สินเงินทองเป็นของตนเองแล้วไปหยิบยืมจากบุคคลอื่นมาใช้เป็นของมัน เช่นนี้ของมันเป็นสิทธิของหญิงหรือไม่ กรณีดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้นถ้าเจ้าของทรัพย์สินให้ยืมทรัพย์สิน ไปใช้เป็นของมันเป็นการชั่วคราวเมื่อฝ่ายหญิงไม่ทราบของมันนั้นย่อมจะตกเป็นสิทธิแก่หญิง (คำพิพากษาฎีกาที่ 1198/2492) หรือหากว่าทรัพย์สินนั้นเป็นเงินแล้ว แม้ว่าจะมีการหยิบยืมมาจากบุคคลอื่นก็ตามแต่ถ้าหญิงไม่ทราบว่าเงินของบุคคลอื่นที่หยิบยืมมาและรับของมันที่เป็นเงินนี้ไว้โดยสุจริตแล้ว ผู้ให้ยืมเงินนั้นมาก็ไม่สามารถเรียกเอาคืนได้ ทั้งนี้เพราะสิทธิของบุคคลผู้ได้เงินตราโดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไปถึงแม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าเงินนั้นมีเจ้าของบุคคลซึ่งได้โอนให้ตามมาตรา 1331

แต่ถ้าชายหยิบยืมทรัพย์สินของบุคคลอื่นมา เช่น แหวนเพชร เป็นต้น และหญิงก็ทราบว่าทรัพย์สินนั้นไม่ใช่ของชาย เจ้าของทรัพย์สินก็ยังคงการทรัพย์สินนั้นอยู่ ถ้าฝ่ายชายส่งมอบทรัพย์สินนี้เป็นของมันให้แก่หญิง การหมั้นก็จะคงไม่สมบรูณ์ เพราะไม่อาจถือได้ว่าการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่หญิง ซึ่งทรัพย์สินนั้นจะตกเป็นสิทธิแก่หญิงได้ตามมาตรา 1437 วรรคสอง

1.3 คู่สัญญาหมั้น

การหมั้นจะเกิดขึ้นได้ก็จะต้องมีคู่สัญญาในการหมั้น ซึ่งตามมาตรา 1435 นั้นจะทำให้ได้โดยชายและหญิงทำการหมั้นกัน คือบุคคลฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้ชายและบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้หญิงทำการหมั้นเพื่อที่จะทำการสมรสกันในเวลาที่เหมาะสมต่อไป ในความหมายดังกล่าวนี้บุคคลอื่นจะเข้ามาเป็นคู่สัญญาร่วมด้วยหรือเข้ามาเป็นแทนคู่สัญญาไม่ได้ ทั้งนี้เพราะเป็นเรื่องสัญญาเฉพาะตัวของชายและหญิงนั้นเท่านั้น

ในทางสังคมนั้นชายและหญิงต่างก็มีครอบครัว ซึ่งในครอบครัวนั้นก็มียุติธรรมคาถาที่พี่น้องสูงป้าน่าอาเป็นวงศาณาญาติมากบ้างน้อยบ้างแตกต่างกันไป ในเชิงสังคม ศาสนา จารีต ประเพณีและวัฒนธรรมจึงมีหลากหลายแตกต่างกันไป แต่อาจกล่าวได้ว่าเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในทุกสังคมที่การหมั้นนั้นมักจะเป็นเรื่องของบิดามารดา ญาติผู้ใหญ่ที่เป็นที่รักเคารพนับถือ จะเป็นผู้ติดต่อสื่อสาร เจรจา ตู้ออก แล้วแต่ว่าจะเรียกอย่างไรก็ตามเว้นแต่ถ้าไม่มีก็อาจให้บุคคลที่เคารพนับถือเป็นตัวแทน ทั้งนี้เพราะเป็นเรื่องดั่งงามในทางสังคมวัฒนธรรม จารีตประเพณี ที่ผู้ใหญ่ได้พูดคุยพินิจพิเคราะห์ถึงความเหมาะสม เนื่องจากเป็นผู้ใหญ่ที่มีประสบการณ์ จะได้ช่วยกันพิจารณาเสนอแนะตัดสินใจให้ได้ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าในความเป็นจริงแล้วคู่สัญญาหมั้นจึงอาจมีบุคคลต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยได้

เมื่อพิจารณามาตรา 1437 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า "การหมั้นจะสมบูรณ์ เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น" เรา จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดถึง "ฝ่ายชาย" กับ "หญิง" ไว้ ซึ่งถ้าพิจารณาตามหลักเกณฑ์อักษรแล้วก็น่าจะหมายความว่า การทำการหมั้นได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำระหว่าง ฝ่ายชาย กับ หญิงแน่นอน ในกรณีดังกล่าวนี้ ใครจะเป็นคู่สัญญาหมั้นมีความสำคัญหรือไม่ ก็อาจกล่าวได้ว่ามีความสำคัญที่ควรทำความเข้าใจไว้ด้วย ทั้งนี้เพราะเมื่อทำการหมั้นแล้วใครจะเป็นผู้ได้รับของหมั้น หรือหากมีความรับผิดชอบเกิดขึ้นใครบ้างที่จะต้องรับผิดชอบจากการทำสัญญาหมั้นนั้น

ดังที่กล่าวแล้วว่าถ้าพิจารณาจากมาตรา 1437 วรรคแรก จะเห็นว่าคู่สัญญาหมั้นน่าจะหมายความว่า ฝ่ายชาย กับ หญิง แต่ถ้าพิเคราะห์ถึงมาตราอื่นในหมวด 1 การหมั้นด้วยคือ มาตรา 1439 ได้บัญญัติว่า "เมื่อมีการหมั้นแล้ว ถ้าฝ่ายใดผิดสัญญาหมั้นอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกให้รับผิดชอบ ค่าทดแทน ในกรณีที่ฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้นให้คืนของหมั้นแก่ฝ่ายชายด้วย" ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า มาตรา 1439 เป็นเรื่องการผิดสัญญาหมั้นกฎหมายกำหนดว่าถ้า "ฝ่ายใด" ผิดสัญญาหมั้น "อีกฝ่ายหนึ่ง" มีสิทธิเรียกให้รับผิดชอบได้ และยังกำหนดไว้อีกว่า กรณีที่ "ฝ่ายหญิง" เป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น จึงเป็นที่ชัดเจนว่าคู่สัญญาหมั้นนั้นคงจะไม่ได้หมายความว่าเฉพาะระหว่าง "ฝ่ายชาย" กับ "หญิง" ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1437 วรรคแรกเท่านั้น ที่ถูกต้องคือเป็น "ฝ่ายชาย" กับ "หญิง" แต่ที่บัญญัติว่าเป็น "หญิง" ไว้ในมาตรา 1437 วรรคแรกนั้นน่าจะหมายความว่า ในการส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นนั้นให้ส่งมอบหรือโอนให้แก่ "หญิง" เท่านั้น เพราะต้องการเน้นถึงทรัพย์สินที่

เป็นของหมั้นจะตกเป็นสิทธิแก่หญิงเท่านั้นตามมาตรา 1437 วรรคสอง

คู่สัญญาหมั้นที่เข้ามาเป็นคู่กรณีในการทำการหมั้น จึงอาจมีบุคคลต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยได้ดังต่อไปนี้

(1) ชายหญิงที่เป็นคู่หมั้น ชายหญิงที่ต้องการทำการหมั้นกันก็สามารถทำการหมั้นระหว่างกัน ได้เองถ้าทั้งชายและหญิงพ้นบรรณฤทธิภาวะแล้วและมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ด้วยตามมาตรา 1435 แต่ถ้ายังไม่บรรณฤทธิภาวะคือมีอายุตั้งแต่สิบเจ็ดปีบริบูรณ์ถึงยี่สิบปีบริบูรณ์แล้วจะทำการหมั้นกันเองไม่ได้เพราะยังเป็นผู้เยาว์อยู่ แต่ก็สามารถทำการหมั้นได้โดยได้รับความยินยอมจากบุคคลต่าง ๆ ตามมาตรา 1436 ก่อน มิฉะนั้นจะเป็นโมฆะ

(2) บิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรมของชายหญิงที่เป็นคู่หมั้น ในทางสังคมบิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรมมักจะเป็นผู้ใหญ่ที่ทำการตกลงเจรจาเรื่องของการหมั้นหมายระหว่างชายกับหญิงนั้น ในกรณีดังกล่าวตัวชายและหญิงคู่หมั้นนั้นก็มักจะรับทราบและยินยอมด้วยในการตกลงนั้น แต่ด้วยจารีตประเพณีไม่ได้เป็นผู้เจรจาตกลงกันโดยตรง เช่นนี้ถือว่า บิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรมและตัวชายหญิงนั้นด้วยเป็นคู่สัญญาหมั้นกันแล้ว

เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 311/2522 ชายผิดสัญญาหมั้น ฝ่ายชายคือตัวชาย บิดามารดาซึ่งไปหมั้นหญิงต้องร่วมกันใช้ค่าทดแทนความเสียหายต่อกาย โดยที่หญิงตกเป็นภริยาชายแม้ด้วยความสมัครใจเป็นความเสียหายต่อชื่อเสียงและที่ได้เตรียมการสมรส

คำพิพากษาฎีกาที่ 763/2526 การหมั้นเป็นสัญญาซึ่งฝ่ายชายทำกับฝ่ายหญิงโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อชายกับหญิงจะทำการสมรสกัน สิ้นสุดเป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงเพื่อตอบแทนการที่หญิงยินยอมสมรส

โจทก์และ ง. เป็นฝ่ายชายตกลงทำสัญญาหมั้นกับจำเลยทั้งสามฝ่ายหญิงและมอบสินสอดให้ เพื่อให้ ง. กับจำเลยที่ 3 ทำการสมรสกัน เมื่อโจทก์อ้างว่าจำเลยทั้งสามฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายผิดสัญญาหมั้น โจทก์ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายยอมมีอำนาจฟ้องจำเลยทั้งสามฐานผิดสัญญาหมั้นและเรียกสินสอดคืนได้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1439 บัญญัติถึงผู้มีสิทธิเรียกร้องให้รับผิดชอบใช้ค่าทดแทนและคืนของหมั้นในกรณีผิดสัญญาหมั้น ไม่ว่าจะฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณีมิได้บัญญัติแต่เฉพาะชายหรือหญิงคู่หมั้นเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้องได้ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง เป็นต้น แต่หากว่าบิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรมได้ทำการตกลงหมั้นหมายกับคู่สัญญา

หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งโดยที่ชายหรือหญิงที่เป็นบุตรของคนนั้น ไม่ได้ตกลงยินยอมด้วยหรือไม่ทราบวา บิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรมได้ตกลงหมั้นหมายให้ หรือเป็นลักษณะคล้ายการคลุมถุงชนที่ บิดามารดาเป็นผู้ตกลงเลือกคู่ครองให้บุตรของคนนั่นเอง ในกรณีดังกล่าวนี้ถือว่าบิดามารดาหรือ ผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้นที่เป็นคู่สัญญาหมั้น บุตรชายหรือหญิงที่ไม่ได้ตกลงยินยอมด้วยหรือไม่ ทราบเรื่องราวต่าง ๆ แต่ประการใดไม่ถึงว่าเป็นคู่สัญญาหมั้นจึงไม่ต้องรับผิดชอบจากการเกิดสัญญา หมั้นนั้น เพราะไม่ได้เป็นคู่สัญญาหมั้นด้วย เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 629/2480 ชายคู่ขอหญิงต่อบิดา มารดาของหญิง ซึ่งบิดามารดาหญิงรับหมั้นและนัดวันทำการสมรสโดยหญิงซึ่งบรรณัติภาวะแล้ว มิได้ ตกลงปลงใจด้วย เมื่อหญิงทราบภายหลังจึงหนีไปเป็นภริยาชายอื่น ชายคู่หมั้นจึงฟ้องให้หญิง พร้อมด้วยบิดามารดาของหญิงคืนของหมั้นและใช้ค่าทดแทน ดังนี้ เมื่อหญิงมิได้รู้เห็นยินยอมด้วย จึงไม่ผูกพันตามสัญญาหมั้น ไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาหมั้น ส่วนบิดามารดาหญิงนั้นต้องรับผิดชอบ ตามสัญญาหมั้น คือ คืนของหมั้นและใช้ค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ชายตามมาตรา 1440 เป็นต้น

สำหรับการที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ที่จะทำการหมั้นตาม มาตรา 1436 นั้น ไม่ทำให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองกลายมาเป็นคู่สัญญาหมั้นด้วย เพราะกรณี ดังกล่าวเป็นการอนุญาตให้ผู้เยาว์มีความสามารถในการทำสัญญาหมั้นได้ มิฉะนั้นแล้วก็ถือว่าเป็น โมงิยะ

(3) ผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาของชายหญิงที่เป็นคู่หมั้น ผู้กระทำการ ดังกล่าวย่อมไม่ใช่บิดามารดาแต่มีความใกล้ชิดหรือมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับชายหญิงอย่างมาก ถึงขนาดที่เข้ามากระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาได้ ซึ่งน่าจะหมายถึงผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นซึ่ง กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดา เช่นคุณลุง คุณป้า ที่เลี้ยงดูชายหญิงนั้นมา เป็นต้น

1.4 สินสอด

มาตรา 1437 วรรคสาม บัญญัติว่า "สินสอดเป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส ถ้าไม่มีการสมรสโดยมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงหรือโดยมีพฤติการณ์ซึ่งฝ่ายหญิงต้องรับผิดชอบ ทำให้ชายไม่สมควรหรือไม่อาจสมรสกับหญิงนั้น ฝ่ายชายเรียกสินสอดคืนได้"

ส่วนความหมายของคำว่า "สินสอด" ตามพจนานุกรม ไทยคือ เงินที่ให้แก่บิดามารดา หญิงที่จะแต่งงานเป็นค่าน้ำนมข้าวป้อน ในทางสังคมไทยนั้นให้ความสำคัญแก่บิดามารดาที่ได้

อบรมเลี้ยงดูบุตรจนเติบโตใหญ่ บุตรนั้นก็จะต้องเอาใจใส่เลี้ยงดูบิดามารดาเช่นกันเป็นการตอบแทนพระคุณของบิดามารดา สำหรับบุตรสาวซึ่งจะออกเรือนไปมีครอบครัวผู้ที่มาสู่ขอบุตรสาวไปทำการสมรสจึงสมควรตอบแทนค่าน้ำนมของบิดามารดาหญิงนั้นที่ได้เลี้ยงดูจนเติบโตใหญ่และจะไปอยู่กับผู้อื่นนั้น คังนั้นจึงเป็นเรื่องดีงามในทางวัฒนธรรม สังคม ประเพณี เมื่อมีการมาสู่ขอบุตรสาวใครเพื่อไปทำการสมรสก็ควรที่จะให้บางสิ่งบางอย่างเป็นการตอบแทนแก่บิดามารดาหญิงนั้นซึ่งเรียกกันต่อมาว่า "สินสอด"

ในทางกฎหมายก็มีความหมายว่า สินสอดคือทรัพย์สินที่ฝ่ายชายให้แก่ผู้ปกครองฝ่ายหญิงเพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส ส่วนคำกฎหมายได้กำหนดไว้ในมาตรา 1437 วรรคสาม ซึ่งมีรายละเอียดและความสำคัญแตกต่างจากเรื่องการหมั้น คังนั้นจึงควรศึกษาพิจารณาถึงรายละเอียดต่าง ๆ ตั้งแต่ รูปแบบ ทรัพย์สิน คู่สัญญา และผลที่ตามมาเป็นลำดับต่อไป

(1) คู่สัญญา

เมื่อพิจารณามาตรา 1437 วรรคสามแล้ว คู่สัญญาในเรื่องสินสอดคือ "ฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี" จากความเข้าใจในเรื่องสินสอดที่มีเจตนาให้แก่บิดามารดาหญิงเพื่อตอบแทนเป็นค่าน้ำนมตามที่ได้กล่าวไปแล้วในเบื้องต้นนั้น ทำให้เห็นได้ว่าคู่สัญญาทางฝ่ายชายคงจะมีลักษณะเช่นเดียวกับในเรื่องการหมั้น ซึ่งก็อาจเป็น 1. ตัวชายที่เป็นคู่หมั้น 2. บิดามารดาของชายที่เป็นคู่หมั้น และ 3. ผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาของชายที่เป็นคู่หมั้นนั้น สำหรับคู่สัญญาในเรื่องสินสอดทางฝ่ายหญิงจะต้องเป็นเฉพาะบุคคลที่เลี้ยงดูบุตรสาวนั้นมาซึ่งอาจเป็น 1. บิดามารดา 2. ผู้รับบุตรบุญธรรม และ 3. ผู้ปกครองฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี

จะเห็นได้ว่าสินสอดนี้มีเจตนาให้แก่บุคคลที่เลี้ยงดูบุตรสาวนั้นมา จึงเป็นการให้สินสอดเพื่อตอบแทนค่าน้ำนมที่เป็นผู้เลี้ยงดูมาจนเติบโตใหญ่ ด้วยเหตุดังกล่าวถ้าเป็นบุคคลอื่นแล้วก็ไม่สามารถเป็นคู่สัญญาในเรื่องสินสอด ไม่สามารถเรียกหรือรับสินสอดตามกฎหมายได้เช่นหญิงไม่มีบิดามารดาหรือผู้ปกครองที่จะรับหมั้น หญิงบรรลุนิติภาวะตกลงจะสมรสด้วยตนเองและเรียกเงินเป็นสินสอด แม้ว่าฝ่ายชายจะตกลงให้ตามที่เรียกร้อง เงินนี้ก็ไม่ใช่สินสอดตามมาตรา 1437 วรรคสาม แต่เป็นการให้โดยเสน่หา หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 3442/2526 โจทก์จำเลยจดทะเบียนสมรสกันและทำบันทึกเกี่ยวกับทรัพย์สินไว้ที่ด้านหลังทะเบียนสมรสว่าฝ่ายชายยกที่ดินพิพาทเป็นสินสอดฝ่ายหญิง เมื่อปรากฏว่าบิดามารดาโจทก์ถึงแก่กรรมก่อนที่โจทก์กับจำเลยจะจดทะเบียนสมรส

ทะเบียนสมรสกัน และไม่ปรากฏว่าโจทก์มีผู้ปกครองในขณะที่จดทะเบียนสมรส การที่จำเลยตกลงยกที่ดินพิพาทให้โจทก์จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการให้ในลักษณะที่เป็นสินสอดตามมาตรา 1437 ดังนั้น การที่จำเลยตกลงยกที่ดินพิพาทให้โจทก์ก็เพื่อเป็นการตอบแทนที่โจทก์ยอมสมรสกับจำเลย ข้อตกลง ดังกล่าวจึงเป็นบุคคลสิทธิใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา เมื่อโจทก์จดทะเบียนสมรสและอยู่กินกับจำเลยฉันสามีภริยาแล้วจำเลยก็มีหน้าที่ต้องโอนที่ดินให้โจทก์ โจทก์จึงมีสิทธิฟ้องบังคับจำเลยให้โอนที่ดินพิพาทให้แก่โจทก์ตามบันทึกดังกล่าวนี้ได้ หรือถ้าเป็นผู้ปกครองก็ต้องเป็นผู้ปกครองตามกฎหมายด้วย เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2357/2518 บิดามารดาชายตกลงกับมารดาผู้ปกครองหญิงว่าจะให้สินสอด 5,000 บาท แต่ในวันแต่งงานบิดามารดาชายตกลงกับบิดาไม่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงให้สินสอดเพียง 3,000 บาท และชำระไปแล้ว เช่นนี้ไม่ผูกพันมารดาผู้ปกครองหญิง มารดาผู้ปกครองหญิงเรียกให้บิดามารดาชายชำระเงินสินสอด 5,000 บาท ได้เป็นต้น

(2) รูปแบบของการให้สินสอด

กฎหมายกำหนดไว้ว่า "สินสอดเป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดาผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส" รูปแบบของการให้สินสอดจึงเป็นการให้สินสอดเป็นทรัพย์สิน การให้ในที่นี้ไม่ใช่เป็นการให้โดยเสน่หา การให้สินสอดตามมาตรา 1437 ก็ไม่มีการกำหนดถึงความสมบูรณ์ไว้เช่นเดียวกับกรณีการหมั้น ดังนั้น การให้สินสอดจึงไม่จำเป็นต้องให้ทรัพย์สินแล้วจึงเกิดเป็นสัญญาการให้สินสอด จึงอาจตกลงกันด้วยวาจาที่สามารถทำได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 878/2518) หรืออาจไม่ได้ให้ทรัพย์สินตามที่ตกลงกันไว้แต่ทำเป็นข้อตกลงแทนก็สามารถทำได้ และไม่จำเป็นต้องให้ในขณะที่ทำการหมั้นหรือขณะตกลงกันเรื่องสินสอดโดยอาจมีการให้ในทันทีหรือภายหลังจากนั้นซึ่งอาจเป็นก่อนสมรสหรือภายหลังการสมรสแล้วก็ได้เช่นกัน ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้แตกต่างจากเรื่องของการหมั้น เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 878/2518 จำเลยและ ๖. บุตรชายตกลงหมั้นโจทก์และตกลงจะให้เงินจำนวนหนึ่งเป็นสินสอดแก่บิดามารดาโจทก์ในวันสมรส ถึงกำหนดจำเลยขอผิดให้เงินสินสอดภายหลังมารดาโจทก์ยินยอมให้โจทก์แต่งงานกับ ๖. เพื่อไม่ให้เสียพิธี แต่มิได้มีการจดทะเบียนสมรสกัน หลังจากสมรสแล้วจำเลยขอทำสัญญาให้มารดาโจทก์แทนเงินสินสอดที่ตกลงไว้ มารดาโจทก์ต้องการเอาเงินนั้นให้โจทก์จึงให้โจทก์ลงชื่อเป็นผู้ให้ไว้ในสัญญา ดังนั้นแม้โจทก์กับ ๖. จะมิได้จดทะเบียนสมรสกัน แต่เมื่อการที่มิได้จดทะเบียนสมรสนั้นจะถือว่าฝ่ายหญิงผิดสัญญาฝ่ายเดียวมิได้แล้ว ชายย่อมเรียกสินสอดคืน

ไม่ได้สัญญาว่าจะมีมูลหนี้เนื่องจากเงินสินสอดอันเป็นมูลหนี้ชอบด้วยกฎหมายเมื่อบิดามารดาโจทก์ตกลงยกให้โจทก์ และจำเลยยินยอมทำสัญญากับโจทก์เพราะมูลหนี้แล้ว จำเลยย่อมต้องผูกพันให้รับผิดชอบสัญญาที่แปลงหนี้มานี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2237/2519 ให้สินสอดโดยทำสัญญาให้ แม้เงินที่ลงไว้ในสัญญาจะไม่ใช้สินสอดความหมายของ ป.พ.พ. มาตรา 1437 เพราะเป็นการแต่งงานกันตามประเพณี โดยคู่กรณีไม่ถึงเอาการจดทะเบียนสมรสเป็นสำคัญก็ตาม แต่เมื่อจำเลยตกลงจะให้เงินตอบแทนแก่โจทก์ ในการที่บุตรสาวของโจทก์จะแต่งงานอยู่กับบุตรชายของจำเลยโดยทำสัญญาให้ไว้ดังกล่าว เมื่อได้มีการแต่งงานอยู่กับสามีภริยากันแล้วจำเลย ก็ต้องชำระเงินดังกล่าวแก่โจทก์ โจทก์ฟ้องเรียกเงินตามสัญญาได้ เป็นต้น

การให้สินสอดนี้จะต้องเป็นการให้เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส ดังนั้นการตกลงในเรื่องการให้สินสอดจึงควรมีการตกลงกันก่อนที่จะทำการสมรส ซึ่งการส่งมอบทรัพย์สินอาจเกิดขึ้นในขณะที่ทำการตกลงหรือภายหลังก็ได้ แต่ถ้ามีการตกลงกันที่จะให้สินสอดเมื่อมีการทำการสมรสแล้วการตกลงนั้นคงจะไม่ใช่เรื่องการให้สินสอด ทั้งนี้เพราะการให้สินสอดเป็นการให้เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส การให้ทรัพย์สินดังกล่าวก็จะเป็นเรื่องการให้โดยเสนหาแทนหรือถ้าเป็นเรื่องอื่น ๆ ที่ไม่ใช่เป็นลักษณะของการตอบแทนที่หญิงยอมสมรสแล้วก็ไม่ใช่การให้สินสอดเช่นกัน เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 771/2509 ชายหญิงลักพากันไปทางขี้สาว ต่อมาชายได้จัดเข้าแก่ไปตกลงกับบิดาหญิงเพื่อชื้อหหญิงทำการสมรสกับชาย บิดาหญิงเรียกร้องเงินสินสอด 4,040 บาท และกำหนดวันนัดให้ชายไปทำพิธีชื้อหมีหหญิง ถึงวันทำพิธีแล้วชายได้มอบเงิน 4,040 บาท ให้บิดาหญิง แต่บิดาหญิงพาหญิงหลบหนีไปไม่ยอมให้ทำการสมรสกับชายตามสัญญาชายขอสินสอดคืนแต่บิดาหญิงไม่ยอมคืนให้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการจุดคร่ำกับการตกลงจะทำการสมรสระหว่างชายหญิงเป็นเรื่องที่แยกจากกัน เมื่อชายหญิงจะทำการสมรสให้ถูกต้องตามกฎหมายและได้ให้สินสอดแก่บิดาหญิงแล้ว แต่บิดาหญิงไม่ยอมให้หญิงทำการสมรสตามสัญญา พิพากษาให้บิดาหญิงคืนสินสอดแก่ชาย หรือถ้าเป็นเจตนาเพื่อการอื่น หรือไม่มีเจตนาจะสมรสกันตามกฎหมายแล้วยอมไม่ใช่การให้สินสอด เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 125/2518 ให้เงินแก่มารดาหญิงเพื่อชื้อหมาเนื่องจากชายได้พาหญิงหนีไปโดยไม่ชื้อหตามประเพณี เงินที่ให้นี้ไม่ใช่สินสอดหรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3557/2524 ชายหญิงประกอบพิธีสมรสตามประเพณีและอยู่กินกันฉันสามีภริยา โดยไม่มีเจตนาที่จะไปจดทะเบียนสมรสจึงไม่ใช่การสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมายเงินและทรัพย์สินที่ฝ่ายชายได้มอบให้แก่ฝ่ายหญิงจึงหาได้ให้ไว้ในฐานะเป็นสินสอดและของหมั้นตามมาตรา 1437 เมื่อ

ชายและหญิงแยกกันอยู่ชายไม่มีสิทธิเรียกคืน คำพิพากษาฎีกาที่ 3133/2530 การที่โจทก์ให้เงินสด และสร้อยคอทองคำแก่ฝ่ายจำเลยโดยฝ่ายโจทก์ทราบว่าจำเลยที่ 3 มีอายุยังไม่ครบกำหนดที่จะจดทะเบียนสมรสได้ แต่ก็ยอมให้โจทก์ที่ 3 และจำเลยที่ 3 ทำการสมรสกันตามประเพณี และอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยไม่ต้องจดทะเบียนสมรสกัน เงินสดและสร้อยคอทองคำดังกล่าวจึงไม่ใช่สินสอดตามความหมายของมาตรา 1437 โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกคืน เป็นต้น

(3) ทรัพย์สิน

สินสอดจะเป็นทรัพย์สินเช่นเดียวกับเรื่อง การหมั้น คืออาจเป็นสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ หรือสิ่งที่ไม่รูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ก็ได้ แต่ทรัพย์สินที่เป็นสินสอดนี้ ไม่ได้จำเป็นว่าจะต้องมอบให้ในขณะที่มีการตกลงเรื่องสินสอด อาจมีการให้ทรัพย์สินในขณะที่ตกลงกัน หรือหลังจากที่มีการตกลงกัน หรือแม้ว่าจะให้เมื่อทำการสมรสกันแล้วก็ได้ ข้อสำคัญมีเพียงว่าการตกลงในเรื่องสินสอดนี้จะต้องเกิดขึ้นก่อนที่จะทำการสมรส การส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นสินสอดจึงเป็นอีกเรื่องหนึ่ง

(4) ผลของการให้สินสอด

ในความเป็นจริงอาจมีการตกลงกันเรื่องสินสอดหรือไม่ก็ได้เช่นเดียวกับเรื่องการหมั้นซึ่งอาจมีการหมั้นหรือไม่ก็ได้เช่นกัน ถ้าไม่ได้ทำการหมั้นก็ทำการสมรสกันเลขก็ได้แต่การหมั้นก็ย่อมมีประโยชน์เช่นกันทั้งในทางสังคมและในทางกฎหมาย แต่ประโยชน์ที่ได้รับจะเป็นประโยชน์กับฝ่ายใดขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป

ถ้ามีการตกลงกันในเรื่อง การหมั้น และสินสอดแล้ว เมื่อมีการทำการสมรสต่อมาของหมั้นและสินสอดย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของหญิงและฝ่ายหญิงตามที่ตกลงกันไว้ แต่ถ้าไม่มีการสมรสแล้วสำหรับเรื่องสินสอด จะต้องคืนให้แก่ฝ่ายชายหรือไม่อย่างไร ในเรื่องนี้ มาตรา 1437 วรรคสามกำหนดไว้ว่า "...ถ้าไม่มีการสมรสโดยมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิง หรือโดยมีพฤติการณ์ซึ่งฝ่ายหญิงต้องรับผิดชอบ ทำให้ชายไม่สมควรหรือไม่ควรสมรสกับหญิงนั้น ฝ่ายชายเรียกสินสอดคืนได้" ดังนั้นเมื่อมีการทำการหมั้นแล้วหากต่อมาไม่มีการสมรส ก็มีได้หมายความว่าฝ่ายชายจะเรียกสินสอดคืนได้แน่นอน ยกตัวอย่างเช่นมีการตกลงกันให้สินสอดแก่ฝ่ายชายไม่ยอมให้สินสอดตามสัญญา บิดามารดาหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงสามารถฟ้องเรียกสินสอดได้แม้ว่าจะมีการยกสิทธิในสินสอดให้แก่หญิงแล้ว หญิงเองก็มีสิทธิฟ้องเรียกได้ด้วย เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 878/2518 บิดาชายตกลงให้สินสอดแก่มารดาหญิงแต่ไม่มีเงินจึงทำสัญญาให้หญิงไว้ บิดาชายต้องผูกพันตามสัญญา

อันมิพูดหนึ่งและได้แปลงหนึ่งใหม่ ต่อมาหญิงทะเลเลขไม่จดทะเบียนสมรส โดยมีใช้ความผิดของหญิง
ทั้ง ๆ ที่มารดาหญิงเตือนให้จดทะเบียนเช่นนี้ชายจะเรียกสินสอดคืนไม่ได้ หญิงเรียกเงินกู้ตาม
สัญญาได้ เป็นต้น

แต่ถ้าฝ่ายชายมีส่วนร่วมรับผิดชอบในการที่ไม่มีการสมรสนั้น ฝ่ายชายจะเรียกสินสอด
คืนไม่ได้ทั้งนี้เพราะมีสาเหตุอันเป็นความรับผิดชอบที่เกิดจากฝ่ายชายด้วยนั่นเอง เช่นคำพิพากษาฎีกาที่
384/2494 ชายหญิงทำการหมั้นและแต่งงานกันตามประเพณี โดยไม่ได้สนใจเรื่องการจดทะเบียน
สมรส ชายจะฟ้องเรียกสินสอดและของหมั้นคืนไม่ได้ เพราะฝ่ายชายสืบไม่สมฟ้องว่าหญิงผิด
สัญญา ไม่ยอมไปจดทะเบียนสมรสด้วย หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 664/2497 ชายหญิงทำพิธีแต่งงานอยู่
กินเป็นสามีภริยากันมาถึง 5-6 ปี โดยไม่จดทะเบียนสมรส เพราะต่างฝ่ายต่างละเลยไม่ดำเนินการจด
ทะเบียนจนมีเรื่องเลิกร้างกันไป จะว่าฝ่ายหญิงผิดสัญญาแต่ฝ่ายเดียวไม่ได้ ชายเรียกของหมั้น
สินสอดคืนไม่ได้ หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 1025/2501 สมรสกันโดยไม่พูดถึงการจดทะเบียนเพราะ
ต่างเห็นว่าไม่สำคัญ ต่อเมื่อผิดใจกันแล้วชายจึงขอจดทะเบียน หญิงไม่ยอมจดทะเบียนด้วย แต่ต่อมา
ชายฟ้องหญิงเรียกสินสอดคืนแล้ว หญิงยอมจดทะเบียน ชายไม่ยอมจดทะเบียนด้วย เห็นได้ว่าการ
ขอจดทะเบียนเป็นเรื่องเกิดขึ้นเมื่อผิดใจกัน แท้จริงแล้วไม่มีเจตนาจะจดทะเบียนกัน เช่นนี้จะว่า
หญิงผิดสัญญาไม่ได้ ชายเรียกสินสอดและค่าของหมั้นคืนไม่ได้หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 502/2519
สินสอดที่ฝ่ายชายนำมามอบให้แก่ฝ่ายหญิงในการแต่งงานตามประเพณีนั้น หากชายและหญิงไม่ได้
จดทะเบียนสมรสกัน โดยมีใช้ความผิดของฝ่ายหญิงฝ่ายชาย ไม่มีสิทธิเรียกคืน หรือคำพิพากษาฎีกาที่
3868/2531 ชายหญิงตกลงกันในวันสู่ขอและทำการหมั้นว่าจะไปจดทะเบียนสมรสหลังพิธีแต่งงาน
แล้ว ต่อมาฝ่ายชายเป็นฝ่ายไม่ยอมจดทะเบียนสมรสอันเป็นการผิดสัญญาหมั้น เช่นนี้ชายจะเรียก
ของหมั้นและสินสอดคืนไม่ได้ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ดี มาตรา 1437 วรรคสามได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าถ้ามีเหตุสำคัญ
อันเกิดแก่หญิงหรือโดยมีพฤติการณ์ซึ่งฝ่ายหญิงต้องรับผิดชอบ ทำให้ชายไม่สมควรหรือไม่อาจ
สมรสกับหญิงนั้น ฝ่ายชายเรียกสินสอดคืนได้ จะเห็นได้ว่าถ้ามีสาเหตุที่หญิงหรือฝ่ายหญิงสมควร
จะต้องรับผิดชอบ ซึ่งเป็นเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่มีการสมรสขึ้นมา กฎหมายถือเสมือนหนึ่งว่า
เป็นความผิดของหญิงหรือฝ่ายหญิง ฝ่ายชายจึงเรียกสินสอดคืนได้ แต่อะไรคือเหตุสำคัญอันเกิดแก่
หญิงที่ทำให้ชาย ไม่สมควรหรือไม่อาจสมรสกับหญิงนั้น เรื่องนี้มีหลักเช่นเดียวกับเรื่องการบอกเลิก
สัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 จึงจะขออธิบายพร้อมกันเมื่อถึงมาตรา 1442 ส่วนพฤติการณ์ซึ่งฝ่าย

หญิงต้องรับผิดชอบทำให้ชายไม่สมควรหรือไม่อาจสมรสกับหญิงนั้น อาจเป็นการกระทำที่เกิดขึ้น จากคู่สัญญาฝ่ายหญิงซึ่งเป็นบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองก็ได้ อาทิ บิดามารดาของ หญิง ไม่ยินยอมให้ทำการสมรสกับชายคู่หมั้นหรือต้องการให้หญิงทำการสมรสกับชายอื่นแทน หรือตัวหญิงเองไม่ยินยอมจดทะเบียนสมรสกับชายเอง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 700/2498 หญิงประกอบพิธีแต่งงานอยู่กินกันแล้วกลับไม่ยอมจดทะเบียนสมรสกับชาย เป็นความผิดของหญิง ต้องคืนของหมั้นสินสอดให้ชายหรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1515/2506 ในกรณีที่คู่สมรสประสงค์ให้มีการจดทะเบียนสมรสด้วยนั้น หากฝ่ายหญิงไม่ยอมจดทะเบียน ทำให้การสมรสไม่สมบูรณ์ ชายเรียก สินสอดคืนได้ เป็นต้น

สำหรับอายุความในการฟ้องเรียกสินสอดคืนนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง จึงใช้อายุความทั่วไปตามมาตรา 193/30 คือ 10 ปี

1.5 การคืนของหมั้นและสินสอด

มาตรา 1437 วรรคสี่ บัญญัติว่า "ถ้าจะต้องคืนของหมั้นหรือสินสอดตามหมวดนี้ให้นำ บทบัญญัติมาตรา 412 ถึงมาตรา 418 แห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยதாகมิดควร ได้มาใช้บังคับโดย อนุโลม" เมื่อมีการทำการหมั้น และหากมีการตกลงให้สินสอดด้วยแล้วต่อมาได้มีการสมรสกัน ของ หมั้นและสินสอดก็ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของหญิงและฝ่ายหญิงโดยสมบูรณ์ไม่สามารถเรียกคืนได้ แต่ ในทางสังคมนั้นการหมั้นอาจเป็นเพียงพิธีการที่สร้างขึ้นในช่วงระยะเวลาไม่ยาวนานนัก มีอยู่มากมาย ที่ทำการหมั้นและทำการสมรสกันในวันที่ในวันเดียวกันซึ่งน่าจะเป็นเรื่องในทางสังคม วัฒนธรรม ประเพณีมากกว่า เหตุผลของการหมั้นในอดีตที่ต้องการให้ชายและหญิงรู้จักกันและกัน

หากว่ามีการหมั้นแต่ยังไม่ได้ทำการสมรสกัน ในวันที่ หญิงหรือฝ่ายหญิงจึงอาจนำ ทรัพย์สินที่เป็นของหมั้นหรือสินสอด ไปใช้ ชาย แลกเปลี่ยน ให้ ถูกทำลาย สูญหายไป อื่น ๆ หรือ อาจเกิดดอกผลต่าง ๆ ขึ้นจากทรัพย์สินนั้น เช่น ค่าเช่า ดอกเบี้ย ผลไม้ ถูกสัตว์ เป็นต้น แต่ถ้าต่อมา มี การทำการสมรสกันทรัพย์สินต่าง ๆ รวมทั้งดอกผลก็ตกเป็นของเจ้าของทรัพย์สินโดยไม่มี ปัญหาแต่ประการใด แต่หากว่าต่อมาไม่มีการสมรสเกิดขึ้น ของหมั้นและสินสอดที่หญิงหรือฝ่าย หญิงรับไปแล้วและได้ใช้จ่ายไปในลักษณะต่าง ๆ แล้ว อีกทั้งดอกผลของทรัพย์สินเหล่านั้นจะทำอย่างไร จะต้องคืนหรือไม่ ทั้งนี้เพราะของหมั้นและสินสอดนั้นหญิงและฝ่ายหญิงได้รับไว้เพราะหญิงจะ ได้สมรสกับชายคู่หมั้นนั้น

ในเรื่องการไม่มีการสมรสนี้จะต้องพิจารณาก่อนว่าเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายใดหรือไม่ ทั้งนี้เพราะถ้าไม่ได้เป็นการผิดสัญญาหมั้นของฝ่ายหญิงหรือมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงที่ชายไม่สมควรสมรสด้วยแล้ว หญิงหรือฝ่ายหญิงก็ไม่ต้องคืนของหมั้นและสินสอดให้แก่ฝ่ายชาย แต่ถ้าเป็นความผิดของฝ่ายหญิงด้วย ฝ่ายหญิงผิดสัญญาหมั้นหรือมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงที่ทำให้ชายไม่สมควรสมรสด้วยแล้ว เช่นนี้ฝ่ายหญิงจะต้องคืนของหมั้นและสินสอดให้แก่ฝ่ายชาย เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 172/2538 โจทก์หมั้นบุตรสาวจำเลยโดยมอบสินสอดให้จำเลยในวันทำพิธีแต่งงาน แต่มิได้จดทะเบียนสมรสกันเพราะ โจทก์ไม่ใส่ใจในการไปจดทะเบียนสมรสกับบุตรของจำเลย โจทก์จึงจะอ้างขอสินสอดคืนว่าเมื่อไม่มีการสมรส โจทก์ย่อมเรียกสินสอดคืนได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่าฝ่ายใดผิดสัญญาหมั้นหาได้ไม่ โจทก์จึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกสินสอดคืน เป็นต้น ถ้าของหมั้นและสินสอดยังอยู่เหมือนเดิมก็คงไม่เป็นปัญหา แต่ถ้าของหมั้นหรือสินสอดหญิงหรือฝ่ายหญิงได้ใช้จ่ายไปแล้วในลักษณะใดลักษณะหนึ่งซึ่งอาจเป็นบางส่วนหรือทั้งหมด และหากมีดอกผลเกิดขึ้นด้วยในระหว่างนั้น เช่นนี้จะทำอย่างไร ในเรื่องนี้กฎหมายได้กำหนดให้เอามาตรา 412 ถึงมาตรา 418 ในเรื่องลาภมิควรได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ ใจของหมั้นหรือสินสอดนั้นเป็นทรัพย์สินอะไร ซึ่งอาจเป็น เงินทอง แหวน สร้อย รถยนต์ ที่ดิน สัตว์เลี้ยง และอื่น ๆ ในกรณีที่เป็นเงินก็ต้องคืนเต็มจำนวน แต่ถ้ามีการใช้จ่ายไปโดยสุจริตก็จะต้องคืนเพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเรียกคืนเท่านั้นตามมาตรา 412 แต่ถ้าเป็นทรัพย์สินอย่างอื่น ก็ให้คืนทรัพย์สินของหมั้นหรือสินสอดนั้นตามสภาพที่เป็นอยู่ ซึ่งถ้ามีการสูญหายหรือบุบสลายและได้รับค่าสินไหมทดแทนไว้ก็ต้องคืนไปด้วยตามมาตรา 413 หรือถ้าของหมั้นหรือสินสอดมีสภาพแห่งทรัพย์สินหรือเพราะเหตุอย่างอื่นทำให้การคืนทรัพย์สินนี้ตกเป็นพ้นวิสัยแล้วก็ให้คืนเพียงส่วนที่ยังคงมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืนเท่านั้นตามมาตรา 414 สำหรับของหมั้นหรือสินสอดที่มีดอกผลในระหว่างนั้นให้ถือว่ามิสิทธิได้ดอกผลอันเกิดแต่ทรัพย์สินนั้นตลอดเวลาที่ครอบครองโดยสุจริตอยู่นั้นตามมาตรา 415 ถ้าหากของหมั้นหรือสินสอดเป็นทรัพย์สินประเภทที่จะต้องทำการบำรุงรักษาหรือซ่อมแซม หรือมีการดัดแปลงต่อเติมในทรัพย์สินให้นำมาตรา 416 ถึงมาตรา 418 มาใช้บังคับโดยอนุโลมด้วย

2. เงื่อนไขของการหมั้น

การหมั้นเป็นการทำสัญญาอย่างหนึ่ง เป็นเรื่องในทางสังคม วัฒนธรรม ประเพณีที่ทำสืบต่อกันมา เมื่อทำกันนานขึ้นประชาชนให้การยอมรับมากขึ้น การทำการหมั้นจึงอาจมีผลกระทบถึง

บุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง การทำการหมั้นจึงมีลักษณะเป็นสัญญาในทางกฎหมายอย่างหนึ่งในที่สุดซึ่ง ย่อมมีผลดีผลเสียเกิดขึ้นได้กับคู่สัญญาหมั้น แต่อย่างไรก็ดี การหมั้นไม่ใช่เงื่อนไขในการทำการ สมรสบุคคลจึงอาจทำการหมั้นหรือไม่ก็ได้ ขึ้นอยู่กับความต้องการของแต่ละบุคคล

ดังนั้นถ้าบุคคลใดต้องการทำการหมั้นก็จะต้องทราบถึงเงื่อนไขของกฎหมายในเบื้องต้น ก่อนว่าจะต้องมีคุณสมบัติอย่างไรตามกฎหมายจึงจะสามารถทำการหมั้นได้ไม่เหมือนกฎหมาย จารีตประเพณี ในแต่ละสังคมที่จะทำตามแนวปฏิบัติสืบต่อกันมา เช่น พ่อแม่ทำการหมั้นหมาย ลูกชายกับลูกสาวของเพื่อนกันตั้งแต่อายุ 5 ขวบ หรือ 10 ขวบ หรือทำการหมั้นหมายตั้งแต่ภริยาคัง ครรภ์ โดยมีเงื่อนไขว่าถ้าเกิดมาเป็นชายกับหญิงก็จะให้หมั้นหมายกันไว้ก่อน เป็นต้น ซึ่งในทาง สังคมสามารถทำได้แต่ไม่มีผลบังคับในทางกฎหมายเพราะไม่ใช่กฎหมายบัญญัติให้ปฏิบัติเช่นนั้น เราจึงควรทำความเข้าใจในเงื่อนไขของการหมั้นตามกฎหมายว่ามีอะไรบ้าง ประการแรกเป็นเรื่อง อายุของคู่สัญญาหมั้น และประการที่สองเป็นเรื่องของการให้ความยินยอม

2.1 อายุของคู่สัญญาหมั้น

การหมั้นในความเป็นจริงนั้นก็คือการเตรียมการสมรสของชายหญิงเพื่อที่จะมีครอบครัว การหมั้น การสมรส การมีครอบครัว จึงจำเป็นต้องมีและต้องเตรียมความพร้อมเป็นขั้นเป็น ตอนไป ซึ่งเรื่องแรก ๆ ที่จะเกิดขึ้นนั่นคือชายหญิงจะทำการสมรสและอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา อันเป็นสาระสำคัญมากสิ่งหนึ่งของการมีครอบครัว เพื่อมีบุตรไว้สืบสกุลเป็นครอบครัวเป็นพื้นฐาน ของสังคมประเทศชาติต่อไป ดังนั้นตัวชายหญิงจึงต้องมีความเข้าใจและความพร้อมทางร่างกายที่จะทำการสมรสได้ด้วยที่จะมีความสัมพันธ์กันฉันสามีภริยา ในแต่ละประเทศก็จะมีกำหนดอายุ ของชายหญิงที่จะทำการหมั้นและการสมรสไว้แตกต่างกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับองค์ประกอบต่าง ๆ ทาง ด้านสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม จารีตประเพณี ซึ่งไม่เหมือนกัน ในแต่ละประเทศชายหญิงที่จะทำ การหมั้นได้จึงอาจมีอายุไม่เท่ากัน ชายกับหญิงจึงอาจมีการกำหนดอายุไว้เท่ากันหรือไม่เท่ากันก็ได้ แต่อย่างไรก็ดี อย่างน้อยที่สุดที่จำเป็นต้องคำนึงถึงคือความพร้อมทางร่างกายที่ชายและหญิงจะ สามารถมีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกันได้โดยเหมาะสม ในกรณีดังกล่าวมีการกำหนดไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมืองด้วย ซึ่งเป็นสิทธิเรื่องหนึ่งคือสิทธิ ครอบครัวตามมาตรา 23 ที่กำหนดให้ชายและหญิงทำการสมรสได้ในวัยที่อาจสมรสได้ คือแล้ว แต่ว่าสังคมนั้น ๆ จะกำหนดอายุไว้ที่เท่าใดแต่ จะต้องเป็นช่วงอายุที่มีการเจริญพันธุ์ของชายหญิง

ที่จะมีสัมพันธ์ทางเพศกันได้ และการสมรส จะทำได้ด้วยความเต็มใจ ยินยอมผูกพันเป็นสามี ภริยากัน จะบังคับขู่เข็ญด้วยวิธีการใด ๆ อันขัดต่อหลักการเรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่ได้ (สมชาย กษิติประดิษฐ์ 2544 : 80)

ประเทศไทยได้กำหนดอายุของชายหญิงที่จะทำการหมั้นไว้เท่ากัน คือ อายุ 17 ปี ใน มาตรา 1437 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "การหมั้นจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปี บริบูรณ์แล้ว" และวรรคสอง "การหมั้นที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่งเป็นโมฆะ" ดังนั้นตามกฎหมายชายกับหญิงจึงสามารถทำการหมั้นได้ถ้ามีอายุครบสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้วทั้งคู่ ซึ่งเป็นการ กำหนดอายุขั้นต่ำสุดที่กฎหมายอนุญาตให้สามารถทำสัญญาระหว่างกันได้อันเป็นคุณสมบัติ เฉพาะตัวของชายและหญิงเอง จะอ้างเหตุผลใดหรือให้บุคคลใดมาอนุญาตให้ความยินยอมก็ ไม่สามารถทำได้ การที่กฎหมายกำหนดอายุของคู่สัญญาหมั้นไว้ที่สิบเจ็ดปีอันเป็นอายุขั้นต่ำสุดที่จะ สามารถทำได้นี้ก็ด้วยเหตุผลทางกฎหมายครอบครัวซึ่งแตกต่างจากการทำสัญญาในลักษณะอื่น ๆ เพราะกฎหมายครอบครัวเป็นเรื่องของมนุษย์ที่จะอยู่กินกัน ไปตลอดชีวิต การก่อเกิดสัญญาครอบครัว (เริ่มต้นที่สัญญาหมั้น) จึงจำเป็นต้องเริ่มต้นที่ชายหญิงนั้นต้องมีความพร้อมในทางกฎหมาย ครอบครัวด้วย การกำหนดอายุที่จะสามารถทำการหมั้น ได้จึงเป็นเรื่องของคุณสมบัติของบุคคลซึ่งเป็น เรื่องเฉพาะตัวไม่สามารถดำเนินการให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดได้

ถ้ามีชายหญิงทำการหมั้นฝ่าฝืนกฎหมายคือต่ำกว่าสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ การหมั้นนั้นก็จะมี ผลเป็น โมฆะตามมาตรา 1437 วรรคสอง ถ้ามีข้อเท็จจริง ชายหญิงทำการหมั้นก่อนอายุครบสิบเจ็ด ปีบริบูรณ์และต่อมาชายหญิงนั้นมีอายุครบสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ เช่นนี้จะสามารถให้สัตยาบันต่อ สัญญาหมั้นเพื่อให้สัญญาหมั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายได้หรือไม่ เรื่องนี้ผู้มีส่วนได้เสีย ไม่สามารถให้สัตยาบันได้ เพราะตามมาตรา 172 โมฆะกรรมนั้นไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้ ถ้าต้องการให้สัญญาหมั้นมีผลตามกฎหมายก็จะต้องทำการหมั้นใหม่เพราะมีสิทธิที่จะทำการ หมั้นได้แล้ว เนื่องจากมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้คือมีอายุครบสิบเจ็ดปีบริบูรณ์นั่นเอง

2.2 ความยินยอมให้ทำการหมั้น

การหมั้น การสมรส การมีครอบครัว เป็นเรื่องของสิทธิ เสรีภาพของบุคคล ไม่มี ใครที่จะมาบังคับให้บุคคลอื่นใดทำการหมั้นและทำการสมรสกันได้ แต่ความเป็นอิสระที่จะมีสิทธิ เสรีภาพนี้จะต้องอยู่ในเงื่อนไขของกฎหมายด้วย คือจะต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว หรือเป็น

ผู้ใหญ่แล้วนั่นเอง แต่อย่างไรก็ดี เมื่อกฎหมายกำหนดอายุขั้นต่ำให้ชายและหญิงทำการหมั้นได้ ตั้งแต่อายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ ดังนั้น บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะก็สามารถทำการหมั้นได้ด้วย หรือที่เราเรียกว่า ผู้เยาว์นั่นเอง แต่ในทางกฎหมายผู้เยาว์ยังไม่สามารถทำนิติกรรมรวมทั้งสัญญาหมั้นได้เองโดยลำพัง แต่ก็สามารถทำได้ถ้ามีผู้มีอำนาจอนุญาตให้ความยินยอม ซึ่งเรื่องนี้เป็นเรื่องของความสามารถในการทำนิติกรรม

ดังนั้น เมื่อผู้เยาว์สามารถทำการหมั้นได้แต่ต้องได้รับความยินยอมอนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมายก่อน ซึ่งเรื่องนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1436 ว่า

"ผู้เยาว์จะทำการหมั้นได้ต้องได้รับความยินยอมของบุคคลดังต่อไปนี้

(1) บิดาและมารดา ในกรณีที่มิทั้งบิดามารดา

(2) บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มารดาหรือบิดาคาย หรือถูกถอนอำนาจปกครอง หรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดาหรือบิดาได้

(3) ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม

(4) ผู้ปกครอง ในกรณีที่ไม่มีบุคคลซึ่งอาจให้ความยินยอมตาม (1) (2) และ (3) หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครอง

การหมั้นที่ผู้เยาว์ทำโดยปราศจากความยินยอมดังกล่าวเป็นโมฆะ"

บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุสิบแปดปีบริบูรณ์ตามมาตรา 19 บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์จึงถือว่าเป็นผู้เยาว์ สำหรับผู้เยาว์ที่จะต้องขอความยินยอมเพื่อทำการหมั้นนั้น เมื่อพิจารณา มาตรา 1437 วรรคแรกที่กำหนดให้ทำการหมั้นได้ตั้งแต่อายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว จึงเห็นได้ว่าผู้เยาว์ที่จะทำการหมั้นโดยต้องขอความยินยอมก่อนก็คือ ชายหญิงที่มีอายุตั้งแต่สิบเจ็ดปีบริบูรณ์ แต่ยังมีอายุไม่ครบยี่สิบแปดปีบริบูรณ์ บุคคลดังกล่าวถือว่าเป็นผู้เยาว์ที่มีความบกพร่องในเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรม ดังนั้นเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้มีอำนาจตามกฎหมายแล้วก็สามารถทำการหมั้นได้โดยมีผลสมบูรณ์

บุคคลที่จะมีอำนาจให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ อาจเป็นบุคคลต่าง ๆ ดังต่อไปนี้คือ

(1) บิดาและมารดา ในกรณีที่มิทั้งบิดามารดา กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากทั้งบิดาและมารดา เพราะบิดาและมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ตามมาตรา 1566 วรรคแรก จะขอความยินยอมแต่เพียงจากบิดาหรือมารดาแต่ฝ่ายเดียวเพราะอีกฝ่าย

หนึ่งไม่อยู่นั้นไม่ได้

(2) บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มาตราหรือบิดาตาย หรือถูกถอนอำนาจปกครอง หรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดาหรือบิดาได้ ในกรณีนี้อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณีคือ หนึ่ง มารดาหรือบิดาถึงแก่ความตายไปแล้ว ผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ก็มีอำนาจให้ความยินยอมต่อไป หรือ สอง มารดาหรือบิดาไม่ได้เสียชีวิต แต่เข้าข่ายกรณีใดกรณีหนึ่งคือ มีความประพฤติไม่ดีจนถูกถอนอำนาจปกครองตามกฎหมาย หรือ ไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม เช่นเป็นอัมพาตไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เป็นต้น หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมได้ เช่นไม่สามารถติดต่อสื่อสารได้ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ดี ในบางกรณีบิดาหรือมารดาไม่ได้ถูกถอนอำนาจปกครอง และมีได้ถึงแก่ความตายแต่อย่างใด แต่อำนาจปกครองกลับอยู่ที่มารดาหรือบิดาแต่เพียงผู้เดียว กรณีดังกล่าว อาจจะเกิดขึ้นได้คือ บิดาและมารดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสบุตรที่เกิดมาถือว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของมารดาแต่เพียงผู้เดียวตามมาตรา 1546 แม้จะมีบิดาอยู่กินร่วมกับมารดาก็ตาม หรือ กรณีหญิงมีบุตรติดมาหรือชายมีบุตรติดมาและได้มีการทำการสมรสกันใหม่กับบุคคลอื่น อำนาจปกครองที่มีต่อบุตรอยู่กับหญิงหรือชายที่เป็นมารดาหรือบิดาของเด็กนั้นตามมาตรา 1568 หรือ กรณีการหย่าโดยความยินยอมอำนาจปกครองอยู่กับใคร่อย่างหนึ่งอยู่กับการตกลงกันระหว่างสามีภริยาตามมาตรา 1520 วรรคแรก หรือกรณีการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล อำนาจปกครองอยู่กับมารดาหรือบิดาเป็นอำนาจของศาลที่จะพิจารณาชี้ขาดตามมาตรา 1520 วรรคสอง หรือกรณีตามมาตรา 1566 ซึ่งเป็นเรื่องสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร มาตรา 1566 วรรคสอง ได้กำหนดให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาตั้งแต่อนุ 1 ถึง อนุ 6 เช่น มารดาหรือบิดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือต้องพักรักษาตัวในโรงพยาบาลเพราะจิตฟั่นเฟือน เป็นต้น

ข้อสังเกตประการหนึ่ง กรณีตามมาตรา 1566 วรรคสองนี้ มิใช่การถอนอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1436 อนุ 2 ปกติแล้วบุตรซึ่งเป็นผู้เยาว์อยู่ในอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดา (มาตรา 1566 วรรคแรก) บิดามารดาจึงเป็นผู้มีอำนาจที่จะให้ความยินยอมหรือให้แก่บุตรซึ่งเป็นผู้เยาว์ได้ ดังนั้นถ้าศาลไม่มีคำสั่งให้ถอนอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาแล้ว อำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาก็ยังคงมีอยู่ต่อไป เว้นแต่จะเข้าเงื่อนไข

ข้อใดข้อหนึ่งของมาตรา 1566 วรรคสอง อำนาจปกครองจึงจะตกอยู่กับบิดาหรือมารดาเท่านั้น

(3) ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม กรณีที่มีการรับบุตรบุญธรรม บุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น ตามมาตรา 1598/28 บิดามารดาโดยกำเนิดหมดอำนาจปกครองนับแต่เวลาที่เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว ดังนั้นบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นผู้เยาว์ถ้าหากจะทำการหมั้นก็จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับบุตรบุญธรรมก่อน

(4) ผู้ปกครอง กรณีผู้ปกครองนี้อาจจะเป็นเพราะผู้เยาว์ไม่มีบิดาและหรือมารดา หรือผู้รับบุตรบุญธรรม หรืออาจจะมีแต่บุคคลดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครอง เช่นนี้ก็จะต้องมีมาขอความยินยอมจากผู้ปกครองแทน ดังนั้นถ้าผู้เยาว์ไม่มีบิดามารดาหรือถูกถอนอำนาจปกครองก็สามารถขอให้ศาลมีคำสั่งตั้งผู้ปกครองขึ้นในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ได้ ตามมาตรา 1585 โดยญาติของผู้เยาว์ อัยการหรือบิดาหรือมารดาที่ตายที่หลังได้ระบุชื่อไว้ในพินัยกรรมให้เป็นผู้ปกครองตามมาตรา 1586 ดังตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 5892/2537 ศ. เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของโจทก์ แต่เมื่อ พ. รับโจทก์เป็นบุตรบุญธรรมแล้ว ศ. ซึ่งเป็นบิดาโดยกำเนิดยอมหมดอำนาจปกครองโจทก์นับแต่เวลาที่โจทก์เป็นบุตรบุญธรรมของ พ. ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1598/28 และแม้ภายหลัง พ. จะถึงแก่กรรมอันเป็นเหตุให้ความเป็นผู้ปกครองของ พ. สิ้นสุดลงตามมาตรา 1598/7 เดิม แต่การรับบุตรบุญธรรมก็หาได้สิ้นสุดลงด้วยไม่ โดยนิติบัญญัติโจทก์ยังคงเป็นบุตรบุญธรรมของ พ. อยู่ บิดาผู้ให้กำเนิดเดิมของโจทก์จึงไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมาย

ถ้าผู้เยาว์ทำการหมั้น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้มีอำนาจตามมาตรา 1436 วรรคแรกแล้ว การหมั้นดังกล่าวจะมีผลเป็นโมฆียะตามมาตรา 1436 วรรคสอง ในเรื่องโมฆียะกรรมของการหมั้นนี้ไม่มีการบัญญัติไว้เป็นพิเศษเช่นเดียวกับการสมรสจึงต้องพิจารณาจากหลักทั่วไปในเรื่องนิติกรรม คือการหมั้นที่เป็นโมฆียะนี้ผู้เยาว์เองจะบอกล้างเสียก็ได้ (ตามมาตรา 175) ภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายบัญญัติไว้ (มาตรา 181) เมื่อมีการบอกล้างแล้วย่อมถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก (มาตรา 176) นอกจากผู้เยาว์เองแล้วบิดามารดาหรือผู้ปกครองก็มีสิทธิบอกล้างการหมั้นที่เป็นโมฆียะนี้ได้เช่นกัน

สำหรับการให้สัตยาบันนั้น บิดามารดาหรือผู้ปกครองก็สามารถให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมนั้นได้ และให้ถือว่าการหมั้นนั้นสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก (มาตรา 177) ในการให้สัตยาบันนี้ต้องคำนึงถึงด้วยว่าผู้ให้ความยินยอมเป็นใคร เป็นบิดามารดา บิดา มารดา ผู้รับบุตร

บุญธรรม หรือผู้ปกครอง การให้สัตยาบันก็จะต้องเป็นบุคคลดังกล่าวนี้ด้วย

การให้ความยินยอมในการหมั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ว่าจะต้องทำอะไร ดังนั้นจึงอาจให้ความยินยอมด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ การให้ความยินยอมในการหมั้นนั้นแตกต่างไปจากการให้ความยินยอมในการสมรส ซึ่งมาตรา 1455 วรรคสอง บัญญัติไว้ในเรื่องการสมรสว่า "ความยินยอมนั้น เมื่อให้แล้วถอนไม่ได้" ส่วนในเรื่องการหมั้นไม่มีบัญญัติไว้ ดังนั้นถึงจะให้ความยินยอมแล้วก็อาจถอนการให้ความยินยอมนั้นได้ แต่ในกรณีที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองไม่ให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุผลแล้ว ผู้เยาว์ก็อาจแก้ไขปัญหาได้ ตามมาตรา 1582 กรณีผู้ใช้อำนาจปกครองคือบิดามารดาใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับผู้เยาว์โดยมิชอบ ศาลจะสั่งเองหรือจะสั่งเมื่อญาติของผู้เยาว์หรืออัยการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองเสียบางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้ หรือตามมาตรา 1598/8 กรณีเป็นผู้ปกครอง กฎหมายกำหนดให้ศาลสั่งถอนผู้ปกครองได้ในบางกรณี เช่น ผู้ปกครองละเลยไม่กระทำการตามหน้าที่ ใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ ประพฤติตนมิชอบซึ่งไม่สมควรแก่หน้าที่ เป็นต้น ดังนั้นผู้เยาว์ก็สามารถร้องขอต่อศาลให้ถอนอำนาจปกครองก่อนแล้วตั้งผู้ปกครองใหม่แทนเช่นนี้ก็สามารถทำได้

ข้อสังเกตประการหนึ่ง ในเรื่องการหมั้นถ้าไม่มีบิดามารดาหรือผู้ปกครองให้ความยินยอม หรือมีแต่ไม่ให้ความยินยอม กฎหมายไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นให้ไปขออนุญาตต่อศาลเพื่อทำการหมั้นได้ ดังเช่นกรณีการสมรสที่สามารถทำได้ ถ้าไม่มีผู้ที่มีอำนาจให้ความยินยอม หรือมีแต่ไม่ให้ความยินยอมหรือไม่อยู่ในสภาพที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมได้ เช่นนี้ผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลเพื่ออนุญาตให้ทำการสมรสได้ตามมาตรา 1456⁽¹⁾

ในอีกประการหนึ่ง เมื่อผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรสแล้ว ตามมาตรา 20 แต่หากว่าต่อมาการสมรสสิ้นสุดลงก่อนอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ ผู้เยาว์นั้นย่อมเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว ไม่กลับกลายมาเป็นผู้เยาว์ที่จะต้องขอความยินยอม เมื่อจะทำการหมั้นหรือทำการสมรสใหม่อีกแต่อย่างไรก็ดี เจื่อนใจของการหมั้นตามมาตรา 1435 ที่กำหนดให้ชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์นั้นเป็นเรื่องคุณสมบัติของชายและหญิงที่จะทำการหมั้น ดังนั้นถ้ามีการฝ่าฝืนการหมั้นนั้น

⁽¹⁾รศ.อุบลศรี ชูณหากาญจน์ กล่าวไว้ว่า "ในกรณีที่เห็นสมควร เช่น จะทำการหมั้นและสมรสในระยะเวลาใกล้เคียง ศาลอาจอนุญาตให้ผู้เยาว์ทำการสมรสตามมาตรา 1456 เมื่อได้รับอนุญาตแล้วผู้เยาว์ก็ย่อมทำการหมั้นไปได้ในตัว" (อุบลศรี ชูณหากาญจน์ 2529 : 17)

ก็ยังเป็นโมฆะอยู่

อย่างไรก็ดี การหมั้นอาจเป็นโมฆะหรือโมฆะตามหลักกฎหมายทั่วไปได้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ อาจเป็นโมฆะเพราะการสำคัญผิด ตามมาตรา 156 ถึงมาตรา 158 อาจเป็นโมฆะเพราะการถูกกลั่นแกล้งตามมาตรา 159 ถึงมาตรา 163 หรือ เพราะการถูกข่มขู่ ตามมาตรา 164 ถึงมาตรา 166