

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการศึกษาเรื่องอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ได้เน้นศึกษาถึงทางเลือกใหม่ของบิดามารดาในเรื่องการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) โดยผู้เขียนได้ศึกษาเปรียบเทียบทั้งในระบบกฎหมายจารีตประเพณี ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและระบบกฎหมายไทย ในบทที่ 2 บทที่ 3 และบทที่ 4 อาจสรุปลักษณะสำคัญได้ดังนี้

1.1 ในด้านความหมายของคำว่า "อำนาจปกครองบุตร" ไม่ว่านักกฎหมายในระบบกฎหมายจารีตประเพณี เช่น ประเทศอังกฤษ, สหรัฐอเมริกา, แคนาดา, ออสเตรเลีย หรือในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศฝรั่งเศส หรือเยอรมัน หรือแม้แต่ในระบบกฎหมายไทย ได้ให้ความหมายที่คล้ายคลึงกันว่า เป็นอำนาจของบิดามารดาซึ่งมีต่อตัวบุตร อำนาจดังกล่าวหมายรวมถึงสิทธิและหน้าที่ควบคู่กันไป สิทธิและหน้าที่ดังกล่าวเป็นไปเพื่อการเลี้ยงดูบุตร ให้เจริญเติบโตต่อไปในอนาคตและเป็นพลเมืองที่ดีของประเทศชาติ การที่ต้องมีการบัญญัติกฎหมายรองรับอำนาจปกครองบุตร ซึ่งโดยปกติเป็นอำนาจตามธรรมชาติที่บิดามารดาพึงต้องมีต่อตัวบุตรอยู่แล้วนั้น ก็เพื่อคุ้มครองบุตรผู้เยาว์ ซึ่งตามกฎหมายถือว่าเป็นผู้มีความสามารถจำกัด และโดยธรรมชาติยังเป็นผู้อ่อนเยาว์ไม่สามารถปกป้องเลี้ยงดูตนเองได้ รัฐจึงต้องคำนึงถึงประเด็นข้อนี้ ในฐานะที่รัฐเปรียบเสมือนบิดามารดาของประเทศชาติ (Patria Potestas) จึงมีหน้าที่โดยตรงต้องคุ้มครองประชาชนของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กซึ่งเป็นผู้เยาว์ รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อรองรับสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาที่มีต่อบุตรดังกล่าวมา

1.2 จากการศึกษาลักษณะทั่วไปของอำนาจปกครองบุตรในแต่ละระบบกฎหมาย ผู้เขียนขอแยกศึกษาเปรียบเทียบดังนี้ คือ

1.2.1 ลักษณะการกำหนดผู้มีอำนาจปกครองบุตร ระยะแรกแต่ละระบบ ถือว่าบิดาเป็นหัวหน้าครอบครัว บิดาจึงเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตร ในระยะต่อมาสิทธิของหญิงพัฒนาเท่าเทียมกับชาย กฎหมายในแต่ละระบบไม่ว่าในประเทศอังกฤษ, สหรัฐอเมริกา, ฝรั่งเศส, เยอรมัน หรือแม้แต่ในประเทศไทยได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่แปรเปลี่ยนไป ในแต่ละระบบกฎหมายจึงได้กำหนดให้บิดาและมารดาเป็นผู้มีอำนาจปกครอง

บุตรร่วมกัน ซึ่งบุตรในที่นี้หมายถึงบุตรผู้เยาว์ซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ<sup>1</sup> และต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimate child) คือเป็นบุตรที่เกิดในระหว่างการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือบุตรที่บิดาได้รับรองว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งเน้นศึกษาบุตรที่เกิดในระหว่างสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย

1.2.2 ขอบเขตของการใช้อำนาจปกครองบุตร ลักษณะของการใช้อำนาจปกครองบุตรในระบบกฎหมายจารีตประเพณีกรณีในประเทศอังกฤษ เห็นได้ว่าไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่นเดียวกับในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้นในเรื่องขอบเขตหรือสิทธิหน้าที่ของการใช้อำนาจปกครองบุตรจึงต้องค้นหาในกระบวนการกฎหมายทางศาล และศาลมักจะยึดหลักการส่งเสริมประโยชน์สุขของเด็ก เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา แต่พอสรุปได้จากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่และกระบวนการทางศาลว่า ขอบเขตของการใช้อำนาจปกครองบุตรในกฎหมายครอบครัวอังกฤษ เน้นหนักไปในด้านการอบรมเลี้ยงดู การวางระเบียบวินัย การศึกษา คือเป็นการส่งเสริมประโยชน์สุขของเด็ก เป็นส่วนใหญ่ ส่วนการจัดการดูแลทรัพย์สินก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของขอบเขตในการใช้อำนาจปกครองบุตร ซึ่งในกลุ่มประเทศระบบกฎหมายจารีตประเพณี เช่น อังกฤษ, สหรัฐอเมริกา ให้ความสำคัญในด้านการรักษาผลประโยชน์ทางทรัพย์สินของเด็กไม่มาก เท่ากับกลุ่มประเทศในระบบประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)<sup>2</sup>

ส่วนในกลุ่มประเทศกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ว่าประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน หรือประเทศไทย ได้กำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจปกครองบุตรคล้ายคลึงกันและมีบทบัญญัติในเรื่องการจัดการทรัพย์สินของบุตรไว้อย่างละเอียด กล่าวคือ

ในระบบประเทศดังกล่าวได้แบ่งขอบเขตของการใช้อำนาจปกครองบุตรออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

<sup>1</sup> การบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายแต่ละประเทศย่อมกำหนดอายุของเด็กแตกต่างกัน คือ ในประเทศอังกฤษกำหนดอายุ 18 ปี เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน ส่วนตามกฎหมายไทยกำหนดอายุ 20 ปี

<sup>2</sup> Alexander Luderitz, "The Legal Position of Children after divorce in Germany," The Child and the Law . Vol.1 (1976) : 208.

(1) อำนาจปกครองที่เกี่ยวข้องกับตัวบุตร คืออำนาจเหนือเนื้อตัวร่างกายของบุตร รวมทั้งหน้าที่ในการให้การดูแล อบรม ให้การศึกษาต่อบุตร แต่มีข้อสังเกตว่าในระบบกฎหมายครอบครัวของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันนั้นรัฐมีส่วนเกี่ยวข้องในการให้ความช่วยเหลือเลี้ยงดูบุตรได้โดยตรง โดยให้สิทธิในการร้องขอแก่ผู้มีอำนาจปกครองบุตร เช่น ในประเทศฝรั่งเศส ให้สิทธิแก่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรืออัยการ ร้องขอความช่วยเหลือในการเลี้ยงดูบุตร หากเห็นว่าสุขภาพ ความปลอดภัย ศีลธรรม ตลอดจนการศึกษาของผู้เยาว์เป็นที่น่าวิตก บุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิร้องขอความช่วยเหลือต่อศาล เพื่อขอให้มีมาตรการบางอย่างตามที่กฎหมายระบุไว้ เช่น การช่วยเหลือด้านการศึกษา ในประเทศเยอรมันก็เช่นเดียวกัน กฎหมายได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าหากบิดามารดามีปัญหาในด้านการศึกษาของบุตรก็อาจร้องขอความช่วยเหลือจากศาลได้โดยตรง เพื่อหามาตรการที่เหมาะสมสำหรับบุตรของตน ส่วนในระบบกฎหมายครอบครัวไทยไม่มีบทบัญญัติถึงมาตรการช่วยเหลือดังกล่าว เพียงแต่บัญญัติให้บิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาต่อบุตรเท่านั้น แต่มีบัญญัติเรื่องการช่วยเหลือในการเลี้ยงดูไว้ในประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 ข้อ 9 (3) คือรัฐมีหน้าที่ให้ความสงเคราะห์แก่เด็กที่ต้องการความช่วยเหลือ หากบิดามารดาเด็กไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูได้หรือเลี้ยงดูไม่เหมาะสม<sup>3</sup>

(2) อำนาจปกครองที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สิน ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร มีบทบัญญัติในเรื่องการจัดการทรัพย์สินอย่างละเอียด ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายครอบครัวฝรั่งเศส, เยอรมัน หรือไทย จะมีการบัญญัติการคุ้มครองในเรื่องทรัพย์สินของผู้เยาว์ท่านเองเดียวกัน คือจะให้อำนาจทั่วไปในการจัดการทรัพย์สิน ข้อห้ามอย่างเด็ดขาดในการจัดการทรัพย์สิน รวมทั้งข้อจำกัดซึ่งต้องร้องขอต่อศาล เพื่อขอจัดการทรัพย์สิน จุดมุ่งหมายในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็เพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์ของผู้เยาว์เป็นหลักนั่นเอง

1.2.3 การสิ้นสุดแห่งอำนาจปกครองบุตร ในแต่ละระบบก็มีความคล้ายคลึงกัน จะแตกต่างกันในส่วนรายละเอียด คือ โดยปกติอำนาจปกครองบุตรย่อมหมดสิ้นไปเมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะ หรือในกรณีที่กฎหมายในแต่ละประเทศให้ถือว่าบรรลุนิติภาวะ เช่น ได้ทำการสมรส ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายของประเทศนั้น ๆ ได้กำหนด เพราะถือว่าเมื่อผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะ

<sup>3</sup> ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2515 ร.ว. เล่ม 89 ตอนที่ 182 วันที่ 29 พฤศจิกายน 2515

ย่อมมีความรับผิดชอบและมีความสามารถกระทำการตามกฎหมายได้เอง อำนาจปกครองของบิดามารดาต่อบุตรผู้เยาว์ย่อมสิ้นไปตามสภาพโดยอัตโนมัติเอง หากจะกล่าวถึงความแตกต่างก็เป็นเพียงการกำหนดอายุในการบรรลุนิติภาวะของแต่ละประเทศ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการที่ผู้เยาว์จะเติบโต เป็นพลเมืองของชาติที่มีคุณภาพต่อไป พื้นฐานเบื้องต้นก็คือบิดามารดาผู้ซึ่งมีอำนาจปกครองบุตร บิดามารดามีอำนาจหน้าที่ตามธรรมชาติและตามกฎหมายต่อบุตรผู้เยาว์ไม่ว่าในส่วนตัวของบุตรหรือทางทรัพย์สิน อำนาจปกครองบุตรดังกล่าวจึงเป็นสิ่งสำคัญที่รัฐจะต้องคำนึงถึง และต้องบัญญัติกฎหมายรองรับเพื่อให้บิดามารดาใช้อำนาจดังกล่าวอยู่ในขอบเขตและคำนึงถึงผลประโยชน์และความผาสุกของเด็กเป็นหลัก ซึ่งเห็นได้ว่าไม่ว่าในระบบกฎหมายใดจะมีเจตจำนงเช่นเดียวกัน ลักษณะอำนาจปกครองบุตรโดยทั่วไปจึงมีหลักการที่คล้ายคลึงกันจะแตกต่างกันในส่วนรายละเอียดปลีกย่อย ซึ่งก็จะต้องปรับให้เข้ากับสภาพสังคมในแต่ละประเทศ

1.3 ในกรณีที่เกิดการหย่าร้างกัน การกำหนดว่าใครเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรย่อมเกิดเป็นปัญหาและเป็นสิ่งสำคัญต่อการดำเนินชีวิตของเด็ก เพราะบุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดในตัวเด็กตามลักษณะทั่วไปของอำนาจปกครองในแต่ละระบบกฎหมายก็จะมีบทบัญญัติในการกำหนดและการพิจารณาที่คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลัก (the best interests of the child)

ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี เช่น อังกฤษ หากคู่สมรสปรารถนาที่จะหย่าร้างกัน ต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลและต้องพิสูจน์ว่าชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายหรือล้มเหลวจนไม่อาจจะกลับคืนดีกันได้อีกต่อไป และเมื่อศาลได้ไต่สวนหรือสอบสวนจนเป็นที่ยุติแล้วว่าชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายหรือล้มเหลวจนไม่อาจจะกลับคืนดีกันได้ ศาลจึงจะมีอำนาจพิพากษาให้หย่าได้โดยจะมีคำพิพากษาชั่วคราว (decree nisi) ก่อน เพื่อให้โอกาสแก่คู่สมรสอีกครั้งหนึ่งในการที่จะปรับความเข้าใจและหากระยะเวลาหกเดือนได้ผ่านพ้นไปแล้วไม่อาจกลับคืนดีกันได้ศาลจึงจะมีคำพิพากษาเด็ดขาด (decree absolute) แต่กำหนดระยะเวลาดังกล่าวศาลสูง (The High Court) หรือศาลที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเห็นสมควรจะกำหนดระยะเวลาที่สั้นกว่านั้นเพียงใดก็ได้ หลักการดังกล่าวนอกจากจะเป็นการคุ้มครองความสัมพันธ์ของคู่สมรสแล้ว ยังเป็นการคุ้มครองประโยชน์สุขของผู้เยาว์อีกด้วย เพราะตามมาตรา 41 แห่ง The Matrimonial Causes Act 1973 ได้กำหนดถึงกรณีที่ศาลจะออกคำพิพากษาเด็ดขาด (decree absolute) ในกรณีหย่าว่า



ศาลมีอำนาจที่จะไม่พิพากษาให้คดีหย่านั้นสมบูรณ์จนกว่าศาลจะพิจารณาเป็นที่พอใจเกี่ยวกับเรื่องประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์ นอกจากนี้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์นั้นกฎหมายครอบครัวอังกฤษก็ได้กำหนดแนวทางทั่วไปในการพิจารณาแก่ศาลไว้ในมาตรา 1 แห่ง The Guardianship of Minors Act 1971 และมาตรา 9(1) แห่ง The Guardianship Act 1973 ว่า ในการพิพากษาคดีในเรื่องนี้ศาลจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์ เป็นอันดับแรกและเป็นสำคัญ

การหย่าร้างตามระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น ในกฎหมายครอบครัวฝรั่งเศส รูปแบบการหย่าร้างนั้นออกเป็น 3 ประการ ดังนี้ ประการแรกคือการหย่าโดยความยินยอม (divorce by mutual consent) ประการที่สองคือการหย่าในกรณีที่คู่สมรสไม่อาจอยู่ร่วมกันอีกต่อไป (divorce for rupture of community life) และสุดท้ายคือการหย่าเพราะการกระทำผิด (divorce for fault) ไม่ว่ารูปแบบการหย่าในลักษณะใดก็ตาม คู่สมรสต้องเป็นผู้ร้องขอให้มามีคำพิพากษาให้หย่าต่อศาลในทุกกรณี และไม่ว่าจะเป็นการหย่าร้างในรูปแบบใด การกำหนดและการพิจารณาในเรื่องอำนาจปกครองบุตรจะต้องผ่านการกลั่นกรองโดยศาลในทุกกรณีเช่นกัน หากศาลเห็นว่ากรการหย่าร้างนั้นอาจก่อให้เกิดอันตราย เป็นพิ เศษต่อสภาพร่างกายหรือจิตใจของบุตร กฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่ศาลที่จะยกคำร้องขอหย่าของคู่หย่านั้นเสีย<sup>4</sup> ส่วนหลักในการพิจารณาของศาลในเรื่องอำนาจปกครองก็มีลักษณะ เช่น เดียวกันกับหลักกฎหมายครอบครัวอังกฤษที่ว่าศาลจะต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นหลัก ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสปี 1975 ได้บรรจุหลักการดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติหลายมาตรา<sup>5</sup> เพื่อเป็นแนวทางแก่ศาลในการพิจารณาและกำหนดอำนาจปกครองภายหลังการหย่าร้างของบิดามารดา

ในระบบการหย่าตามกฎหมายครอบครัวเยอรมันปี 1976 มีลักษณะการกำหนดและการพิจารณาในเรื่องอำนาจปกครองบุตร เมื่อบิดามารดาหย่าร้างกัน เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส คือศาลจะเป็นผู้พิจารณาและกำหนดในเรื่องอำนาจปกครองบุตรและการพิจารณาต้องคำนึงถึงความผาสุกหรือประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นหลัก เช่นเดียวกัน ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันปี 1976 ได้กำหนดถึงการหย่าว่าเหตุแห่งการสมรสได้แตกสลายเป็นเหตุหย่าเพียงประการเดียวเท่านั้นที่คู่สมรสจะนำมากล่าวอ้างเพื่อการหย่าร้างต่อศาล และหากศาล

<sup>4</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 240.

<sup>5</sup> อันได้แก่มาตรา 387, 287-1, 290 ..... เป็นต้น.

พิจารณาเห็นว่าแม้ชีวิตสมรสนั้นจะประสบความล้มเหลวหรือแตกสลายก็ตาม แต่ถ้าการดำรงอยู่ของชีวิตสมรสนั้น เป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์ ศาลอาจจะมีคำสั่งไม่ให้การสมรสนั้นสิ้นสุดลง<sup>6</sup> นอกจากนี้ยังได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาในการกำหนดอำนาจปกครองแก่ศาล เพื่อเป็นแนวทางในการวินิจฉัยและคุ้มครองบุตรผู้เยาว์<sup>7</sup>

ส่วนในระบบกฎหมายไทย รูปแบบการหย่าร้างแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือการหย่าโดยความยินยอม และการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล แยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

การหย่าโดยความยินยอม กฎหมายครอบครัวไทย เป็นกฎหมายที่เคารพความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาของคู่กรณี ดังนั้นมาตรา 1514 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ใหม่นี้ จึงบัญญัติให้คู่กรณีสามารถหย่ากันได้โดยง่าย คือ เพียงทำเป็นหนังสือและมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อยสองคน และจะสมบูรณ์ต่อเมื่อไปจดทะเบียนการหย่า (ตามมาตรา 1515 ป.พ.พ. บรรพ 5 ใหม่นี้) การบังคับตามแบบและจดทะเบียนนั้นก็เพื่อให้คู่สมรสที่ต้องการหย่านั้น ได้มีโอกาสยับยั้งใจเสียก่อนที่จะทำข้อตกลงขึ้นตามแบบที่กำหนดไว้ ยิ่งถ้าต้องไปจดทะเบียนด้วย ก็เพื่อจะให้เจตนาของคู่สมรสนั้น เป็นไปโดยบริสุทธิ์และแท้จริงยิ่งขึ้น ส่วนในเรื่องบุตรให้คู่กรณีทำความตกลงกันว่าฝ่ายใดจะปกครองบุตรคนใด เป็นหนังสือ หากมิได้ตกลงกันหรือตกลงกันไม่ได้ ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด (ตามมาตรา 1520 วรรคแรก ป.พ.พ. บรรพ 5 ใหม่นี้) ซึ่งในทางปฏิบัติ หากสามีภริยามาจดทะเบียนหย่ากันที่อำเภอ นายทะเบียนมักจะสอบถาม เรื่องการปกครองบุตร ถ้าทั้งสองฝ่ายตกลงได้ นายทะเบียนก็จะบันทึกไว้ เป็นหลักฐานทำหนังสือหย่า และให้สามีภริยานั้น ลงชื่อไว้ เป็นหลักฐานเพื่อรับรองบันทึกการตกลงไว้ เช่นนี้ย่อมถือว่ามีข้อตกลงในเรื่องอำนาจปกครองบุตร เป็นหนังสือตามมาตรา 1520 วรรคแรก ถูกต้องและบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย

ตามหลักกฎหมายครอบครัวไทย เห็นได้ว่าในกรณีการหย่าโดยความยินยอมนั้น รูปแบบของการหย่าจะมีผลก็แต่โดยอาศัยเจตนาตกลงยินยอมของคู่สมรสนั้นเอง โดยไม่ต้องผ่านการตรวจสอบกลั่นกรองจากองค์กรของรัฐ (สถาบันศาล) เท่านั้นเดียวกับระบบกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส จะเห็นได้ชัดว่าอนุญาตให้มีการหย่าโดยความยินยอมได้ เช่นเดียวกับกฎหมายครอบครัวไทย แต่ต้องร้องขอต่อศาล เพื่อให้พิจารณาข้อตกลงภายหลังการหย่า

<sup>6</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1568(1).

<sup>7</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1671.



ซึ่งเป็นการคุ้มครองประโยชน์สุขของคู่สมรสและประโยชน์สุขของบุตร เสียก่อนจึงจะอนุญาตให้หย่ากันได้ ซึ่งหลักการหย่าโดยความยินยอมตามกฎหมายครอบครัวไทยนั้นข้อตกลงภายหลังการหย่าในเรื่องอำนาจปกครองบุตรหรือค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรไม่ถึง เป็นเงื่อนไขที่จะทำให้การหย่าไม่เป็นผล การหย่าโดยความยินยอมมีผลสมบูรณ์เมื่อได้ทำตามรูปแบบพิธีที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เพราะกฎหมายครอบครัวไทยมีพื้นฐานในการเคารพการแสดงเจตนาโดยอิสระ ดังนั้นถ้าไม่มีการตกลงกันในเรื่องอำนาจปกครองบุตรหรือค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร ก็สามารถร้องขอต่อศาลให้ชี้ขาดได้

กรณีการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล สามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องร้องขอต่อศาลฟ้องขอหย่า โดยอาศัยเหตุหย่าเหตุใด เหตุหนึ่งหรือหลาย เหตุตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1516 บรรพ 5 ใหม่ ส่วนในเรื่องอำนาจปกครองบุตรศาลจะให้ผู้ชนะคดีเป็นผู้ปกครอง แต่ถ้าศาลเห็นสมควรอาจให้อีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองก็ได้ (ตามมาตรา 1520 วรรคสอง) ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาล

ในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับครอบครัวตามกฎหมายครอบครัวไทยยังคงอยู่ในอำนาจศาลธรรมดา คือศาลแพ่งหรือศาลจังหวัด เว้นแต่ในท้องที่ที่ศาลคดีเด็กและเยาวชนเปิดทำการ<sup>8</sup> คู่ความจะต้องนำข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวบางชนิดที่กฎหมายเห็นว่ามีความสำคัญมาให้ศาลคดีเด็กและเยาวชนเป็นผู้พิจารณาพิพากษา ซึ่งหลักในการพิจารณาพิพากษาในศาลคดีเด็กและเยาวชนนี้จะมีมาตรการและวิธีการเป็นพิเศษ เพื่อรักษาผลประโยชน์ในสิทธิและทรัพย์สินของผู้เยาว์ให้เป็นไปโดยถูกต้องและเหมาะสมที่สุด ซึ่งส่วนใหญ่เป็นคดีที่เกี่ยวกับการข่มขืนหรือการข่มขืนผู้เยาว์ การขอให้รับรองบุตร การขอเป็นผู้ปกครองผู้เยาว์ การขอดอนอำนาจปกครองและการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายครอบครัวของต่างประเทศไม่ว่าอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน จะมีศาลเฉพาะที่พิจารณาคดีครอบครัว (ศาลครอบครัว) หรือการพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวเป็นพิเศษ

<sup>8</sup> ศาลคดีเด็กและเยาวชนที่เปิดทำการแล้วมีอยู่ 10 แห่ง คือ ศาลคดีเด็กและเยาวชนกลาง ศาลคดีเด็กและเยาวชนจังหวัดสงขลา ศาลคดีเด็กและเยาวชนจังหวัดนครราชสีมา ศาลคดีเด็กและเยาวชนจังหวัดเชียงใหม่ ศาลคดีเด็กและเยาวชนจังหวัดอุบลราชธานี ศาลคดีเด็กและเยาวชนจังหวัดระยอง ศาลคดีเด็กและเยาวชนจังหวัดสุราษฎร์ธานี ศาลคดีเด็กและเยาวชนจังหวัดนครสวรรค์ แผนกคดีเด็กและเยาวชนในศาลจังหวัดนนทบุรี และแผนกคดีเด็กและเยาวชนในศาลจังหวัดสมุทรปราการ

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันได้มีโครงการขยายงานศาลคดี เด็กและ เยาวชนออกไป ให้ทั่วราชอาณาจักร และกระทรวงยุติธรรมพิจารณาเห็นว่า การพิจารณาคดี เกี่ยวกับครอบครัว ตามบทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่ในอำนาจของศาลธรรมดา ซึ่งอาจจะให้ความคุ้มครองสถาบันครอบครัวรวมทั้ง เด็กและ เยาวชนไม่ได้ เต็มที่ จำเป็นต้องจัด ให้มีวิธีการ เป็นพิเศษ เกี่ยวกับการฟ้องการพิจารณาและพิพากษาคดีครอบครัวโดย เฉพาะชั้น และโดยที่ศาลคดี เด็กและ เยาวชนได้ใช้วิธีการพิเศษต่อ เด็กและ เยาวชนในการพิจารณาพิพากษาคดี อยู่แล้ว จึงเหมาะสมที่จะ เป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวด้วย และสมควร เปลี่ยนชื่อศาล เป็น "ศาล เยาวชนและครอบครัว" พร้อมกับปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณา คดี เด็กและ เยาวชนให้ เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน โดยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลคดี เด็กและ เยาวชน พ.ศ. 2494 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดี เด็กและ เยาวชน พ.ศ. 2494 โดยนำมารวมกันเป็นพระราชบัญญัติฉบับ เดียว เรียกว่า "พระราชบัญญัติจัดตั้งศาล และวิธีพิจารณาคดี เยาวชนและครอบครัว พ.ศ. ...." ร่างพระราชบัญญัตินี้ได้ เสนอหลักการ พิจารณาพิพากษาคดีที่ เกี่ยวกับครอบครัว โดยกำหนดหลักการคุ้มครองครอบครัวไว้ 4 ประการ เพื่อประกอบดุลพินิจของศาล คือ (1) การสงวนและคุ้มครองสถานภาพของการสมรสในฐานะ ที่เป็นศูนย์รวมของชายและหญิงที่สมัครใจ เข้ามาอยู่ด้วยกันจนสามภรรยาโดยจะไม่ เกี่ยวข้องทาง ชู้สาวกับบุคคลอื่นใดอีก (2) ให้ความคุ้มครองและช่วยเหลือครอบครัวให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขณะที่ครอบครัวนั้นต้องรับผิดชอบในการดูแลให้การศึกษาแก่บุตร เป็นที่ผู้เยาว์ (3) ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุตรและส่งเสริมสวัสดิการของบุตร และ (4) ห้ามมาตรการต่าง ๆ เพื่อช่วย เหลือสามีภริยาให้ปรองดองกันและปรับปรุงความสัมพันธ์ระหว่างกันเองและกับบุตรในการ พิจารณาคดี เกี่ยวกับครอบครัวศาลจะพยายาม เปรียบเทียบให้คู่ความได้ตกลงยินยอมกัน และให้ มีอำนาจสั่งให้คู่ความทุกฝ่ายมาศาลด้วยตนเอง รวมทั้งสั่ง เลื่อนการพิจารณาคดีไป เพื่อให้คู่ความ ได้ตกลงยินยอมกันและสั่งให้พนักงานสังคมสงเคราะห์ ไปดำเนินการสืบเสาะภาวะความเป็นอยู่ ของครอบครัว ศาลมีอำนาจที่จะมอบหมายให้พนักงานสังคมสงเคราะห์ หน่วยงานสังคมสงเคราะห์ หรือบุคคลใดช่วยเหลือไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ประนีประนอมกันในข้อพิพาทได้ ในการบังคับคดีนั้น ได้กำหนดให้สิทธิ เรียกร้อง เป็นเงินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา อาทิเช่น เงินเดือน ค่าจ้าง บ้านเช่า บำเหน็จ อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีเพื่อชำระค่าอุปการะเลี้ยงดู หรือค่าเลี้ยงชีพ ส่วนในการฎีกาได้กำหนดห้ามฎีกาคดี เกี่ยวกับครอบครัว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลฎีกา หรือ



ผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ได้รับรองว่าคดีมีปัญหาข้อกฎหมายหรือปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนสมควรที่จะฎีกาได้ ทั้งนี้ เพื่อให้คดีเกี่ยวกับครอบครัวได้ถึงที่สุดโดยรวดเร็วอันจะมีผลทำให้สถานภาพของการสมรสได้รับความคุ้มครอง มีการช่วยเหลือครอบครัวและส่งเสริมสวัสดิการของบุตรอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ดังนั้น หากได้มีการขยายงานของศาลคดีเด็กและเยาวชนออกไปทั่วราชอาณาจักร และร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. .... ผ่านออกมาเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ได้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าจะทำให้เด็กและเยาวชนและคู่กรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวได้รับการคุ้มครองช่วยเหลือและสงเคราะห์อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นและเท่าเทียมกันทุกคน เช่นเดียวกับประเทศต่าง ๆ ที่ได้มีศาลพิเศษและมาตรการโดยเฉพาะในการพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัว

#### 1.4 การเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าขาดของบิดามารดา

ลักษณะการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าในแต่ละประเทศไม่ว่าในระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือลายลักษณ์อักษร โดยหลักการแล้วจะกำหนดให้บิดาหรือมารดาเพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่การกำหนดอำนาจปกครองดังกล่าวนี้ทำให้บุตรต้องขาดบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งไป ซึ่งเป็นผลเสียต่อเด็กที่ทำให้เด็กต้องขาดการติดต่อหรือการเลี้ยงดูอย่างต่อเนื่องจากบิดาหรือมารดาที่มีได้เป็นผู้ปกครอง ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วเด็กควรจะได้รับ การเลี้ยงดู และความอบอุ่นจากบิดามารดาผู้ให้กำเนิดร่วมกันในแต่ละประเทศจึงมีแนวความคิดที่จะปรับสภาพแวดล้อมทางกายและจิตใจของเด็กที่บิดามารดาหย่าขาดจากกันให้คงเดิม เหมือนกับสภาพการณ์ก่อนการหย่าให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ แนวคิดดังกล่าว คือการเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าขาดของบิดามารดา ซึ่งแนวคิดนี้ประสบความสำเร็จในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก และในประเทศอื่น ๆ ก็เป็นที่ยอมรับหากบิดามารดาต้องการเลือกใช้ เช่น ประเทศแคนาดา, ออสเตรเลีย, อังกฤษ, ฝรั่งเศส, เยอรมัน หรือในกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย เช่น เดนมาร์ก<sup>9</sup> เป็นต้น

<sup>9</sup> Jorgen Graversen, "Denmark : Custody Reform," Journal of Family Law. Vol.25 (1986-1987), pp. 83-84.

#### 1.4.1 การเลือกใช้อ่านาจอปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในประ เทศสหรัฐอเมริกา

สภาพของสังคมอเมริกันที่มีอัตราการหย่าร้างเพิ่มสูงขึ้นในแต่ละปี ทำให้เด็กที่อยู่ในครอบครัวที่แตกแยกมีจำนวนเพิ่มสูงขึ้น เช่นเดียวกัน จึงเป็นผลกระทบทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็ก คือ เด็กต้องถูกแยกจากบิดาหรือมารดาคนหนึ่งแม้กฎหมายจะยอมให้อีกฝ่ายมีสิทธิติดต่อ แต่ในความสัมพันธ์ที่ลึกซึ้งระหว่างบิดามารดากับบุตรแล้วสิทธิดังกล่าวนั้นไม่เพียงพอ จึงเป็นผลกระทบต่อจิตใจของเด็กในด้านต่าง ๆ เช่น เด็กขาดความมั่นคงในจิตใจ รู้สึกทุกข์ระทม เป็นผลให้อาจทำในสิ่งที่ผิด ๆ ได้ สภาพการณ์ดังกล่าวมีทั่วไปในแต่ละรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงเป็นจุดกำเนิดในการที่จะรักษาสภาพความสัมพันธ์ของบิดามารดาในการ เลี้ยงดูเด็กให้คงสภาพ เช่นเดียวกับสภาพการณ์ก่อนหย่า คือ ให้บิดามารดาปกครองบุตรและมีความรับผิดชอบบุตรร่วมกัน ภายหลังการหย่า

ลักษณะของการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในสหรัฐอเมริกาโดยเนื้อหา หมายถึง การที่บิดามารดาทั้งคู่ได้มีส่วนร่วมกันที่จะมีความรับผิดชอบและหน้าที่ต่อบุตร ซึ่งรวมไปถึงการปรีกษาหารือกันและตัดสินใจร่วมกันในเรื่องสำคัญ ๆ ที่เกี่ยวกับตัวบุตร เช่น การเลี้ยงดู การให้การศึกษา การนับถือศาสนา และการให้การสนับสนุนในด้านการเงินต่อบุตร รวมถึงการรักษาพยาบาล และหากจำเป็นก็รวมถึงการร่วมกิจกรรมกับบุตร นอกจากนี้บิดาและมารดามีสิทธิ มีเสียงในการตัดสินใจอย่างเท่าเทียมกันในการ เลี้ยงดูบุตรร่วมกัน ดังนั้นหากวิเคราะห์โดยลักษณะ แล้วการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่ามีลักษณะ เช่นเดียวกับกับลักษณะการปกครองบุตร ร่วมกันในขณะที่บิดามารดา ยังคงสมรสกันอยู่ เป็นแต่เพียงว่าในความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและมารดา เท่านั้นที่แปร เปลี่ยนไป เนื่องจากต้องแยกจากกันโดยสภาพของการหย่าร้าง

บิดามารดาที่จะพึงเลือกใช้อ่านาจอปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า นั้น โดยทั่วไป แล้ววิธีการดังกล่าวนี้มีใช้ว่าทุกคู่หย่าจะพียงนำมาใช้ได้ทุกคู่ ศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่าบิดามารดา เหมาะที่จะเลือกใช้อ่านาจอปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าหรือไม่ โดยพิจารณาถึงลักษณะว่า มีความเหมาะสม (the parents must be fit) มีความร่วมมือกัน (there must be some degree of cooperation among the expouses) มีความเห็นพ้องต้องกันในระดับหนึ่ง (the parents must share values to some extent) โดยจะต้องพิจารณาถึงลักษณะ ดังกล่าวก่อนอื่นใด นอกจากนี้ยังมีองค์ประกอบอื่น ๆ ในการพิจารณาประกอบดังกล่าวมาแล้ว

เช่น ความเต็มใจของคู่สมรส (willing parties) ความยืดหยุ่นในตารางเวลาทำงาน (flexibility) การมีสภาพแวดล้อมที่เหมือน ๆ กัน (similar environment) สภาพทางการเงิน (financial means) ความใกล้ชิดกันของบิดามารดา (proximity) ตลอดจนอายุและจำนวนเด็ก (age and number) เป็นต้น อย่างไรก็ตามหลักการพิจารณาของศาลในทุกกรณีจะต้องยึดประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลัก (the best interest of child)<sup>10</sup>

ในสหรัฐอเมริกาบทบัญญัติในเรื่องการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่ามีหลากหลายรูปแบบ นับว่ามีวิวัฒนาการที่ก้าวล้ำไปกว่ากฎหมายในประเทศอื่น ๆ ซึ่งแต่แรกได้เริ่มจากความตกลงกันของบิดามารดาที่จะปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าร้าง แล้วร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่ง แต่ในบางรัฐศาลสามารถมีคำสั่งได้แม้ไม่มีคู่กรณีคนใดร้องขอ หรือบิดามารดาเพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้ร้องขอ แต่โดยหลักทั่วไปและเป็นที่ยอมรับในรัฐต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกา ศาลจะอนุญาตให้มีการปกครองบุตรร่วมกันต่อ เมื่อบิดาและมารดาตกลงกันและร้องขอต่อศาลเพื่อประโยชน์สุขของบุตร

#### 1.4.2 การเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในประเทศต่าง ๆ

ในประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษยอมรับว่าการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าเป็นทางเลือกทางหนึ่ง โดยถือว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก และเป็นการแสดงถึงความรับผิดชอบของบิดาและมารดาด้วยกัน พร้อมทั้งเป็นการลดความขมขื่นระหว่างคู่หย่า และเป็นการสนับสนุนเพื่อการกลับคืนดีกันของบิดามารดา<sup>14</sup>

ในประเทศแคนาดา มีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับในการพิจารณาคดีและการตัดสินใจของศาลในการมีคำสั่งให้บิดามารดามีอำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าอย่างแข็งขัน ซึ่งบัญญัติรับรองอำนาจของศาลไว้ในมาตรา 129 (1) และ (2) ของ The Child and Family Services and Family Relations Act ปี 1980 และใน The Children's

<sup>10</sup> ในบทบัญญัติของกฎหมายบางรัฐ เช่น Arizona, California, Florida, Idaho, Michigan, Montana, Nevada และ New Hampshire กำหนดถึงการพิจารณาในการที่จะมีคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าว่า "การปกครองบุตรร่วมกันจะต้อง เป็นสิ่งที่ทำลายความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรน้อยที่สุด เมื่อ เปรียบเทียบกับทางเลือกอื่น"

Law Reform Amendment Act ปี 1982 มาตรา 20(1) และมาตรา 28(9) รวมทั้งในมาตรา 3(6) ของ The Infants Act ปี 1978 ในทางปฏิบัติศาลจะมีคำสั่งให้บิดามารดาปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า ในกรณีที่มีการยืนยันว่าความสัมพันธ์ของบิดามารดาทั้งคู่เหมาะสม และบิดามารดาได้มีการตกลงกันโดยสมัครใจ เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ประเทศออสเตรเลีย เป็นอีกประเทศหนึ่งในระบบกฎหมายจารีตประเพณีที่มีบทบัญญัติรองรับอำนาจศาลในการมีคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 64(4) ของ The Family Law Act ปี 1975 กำหนดให้ศาลสามารถที่จะทำคำสั่งให้บิดามารดาปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าร้าง (joint custody) นอกเหนือไปจากคำสั่งของศาลที่ให้ปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว (sole custody) และให้อ่านาแก่ศาลที่จะใช้ดุลพินิจไม่อนุญาตตามคำร้องขอในการปกครองบุตรในแบบใดแบบหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของศาลการมีคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าไม่ใช่ เป็นกรณีทั่วไป แต่ต้อง เป็นกรณีที่ศาล เห็นว่าบิดามารดาทั้งคู่เหมาะสม และการจัดการร่วมกันนั้น เป็นประโยชน์สูงสุด และเพื่อความผาสุกของเด็ก

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศฝรั่งเศส การปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าได้ เป็นที่ยอมรับและประสบผลสำเร็จเป็นอย่างดี แต่ต้องอยู่บนพื้นฐาน 2 ประการ คือ ประการแรกต้องเกิดจากการตกลงกันของคู่หย่า และประการที่สองตั้งอยู่บนรากฐานเพื่อประโยชน์สูงสุดของบุตรโดยถือว่าเป็นเพียงทางเลือกทางหนึ่งนอกจากทางเลือกเดิม คือการปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว และในสภาพการณ์พิเศษเท่านั้น

มีข้อสังเกตว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสปี 1975 มาตรา 373-2 กำหนดว่าในกรณีที่มีการหย่าร้างอำนาจปกครองบุตรย่อมตกอยู่กับบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่ง เท่านั้น มีปัญหาว่า ข้อตกลงที่บิดามารดาตกลงจะปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าจะขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ ซึ่งศาลสูงและนักวิชาการบางคนของฝรั่งเศส เห็นว่าไม่ขัดต่อกฎหมายแต่ประการใด โดยเห็นว่ารูปแบบการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า หากเป็นไปโดยเพื่อความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้ว ย่อมเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายจะถือว่าขัดต่อกฎหมายมิได้ ซึ่งเห็นได้ว่าการมีคำสั่งให้มีการปกครองร่วมกัน เมื่อเป็นมาตรการคุ้มครองเด็กและเป็นไปตามแนวนโยบายของรัฐในการบัญญัติกฎหมายแล้ว ย่อมไม่ถือเป็นโมฆะหรือขัดต่อหลักกฎหมาย



แต่ประการใด และเป็นการให้อ่านางแก่ศาลตีความในการขยายตัวบท เพื่อคุ้มครองประโยชน์สุขของเด็กได้อย่างกว้างขวาง

ในประเทศเยอรมัน เช่นเดียวกัน ถือว่าการปกครองบุตรร่วมกันเป็นทางเลือกทางหนึ่งที่มีบิดามารดาสามารถตกลงกันปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าได้ ซึ่งในบทบัญญัติมาตรา 1671 (1) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันปี 1976 กำหนดไว้เช่นเดียวกับฝรั่งเศสหรือไทยว่า เมื่อบิดามารดาหย่าขาดจากกันอ่านางปกครองบุตรจะต้องตกอยู่กับบิดาหรือมารดาเท่านั้น หลักการในกฎหมายมาตรานี้ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันพิพากษาว่าเป็นโมฆะ เพราะเป็นการรุกรานเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่กรณี เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ<sup>11</sup>

#### 1.4.3 การเลือกใช้อ่านางปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในกฎหมายครอบครัวไทย

ส่วนในกฎหมายครอบครัวไทย การปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าของบิดามารดาในด้วบทกฎหมายบัญญัติโดยแจ้งชัดว่า ในกรณีการหย่าโดยความยินยอมหรือโดยคำพิพากษาของศาล อ่านางปกครองบุตรจะต้องตกอยู่แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น<sup>12</sup> และในกรณีดังกล่าวยังไม่มีการเห็นขึ้นมามีว่า หากบิดามารดาตกลงกัน และมีคุณสมบัติเหมาะสม จะขอปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าเพื่อประโยชน์สุขของบุตร นายทะเบียนที่จดทะเบียนการหย่าหรือศาลที่พิจารณาในคดีหย่าจะมีอำนาจเพียงใด และหากอนุญาตให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน เช่นนั้น จะขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ เพียงใด

แต่ได้มีนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านที่แนวความคิดว่ากฎหมายน่าจะเปิดช่องให้บิดามารดาสามารถตกลงกัน เพื่อจะปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า เพราะในสภาพสังคมปัจจุบัน เด็กที่อยู่ในครอบครัวหย่าร้างมีเพิ่มขึ้นตามอัตราการหย่าร้างที่เพิ่มสูงขึ้นในแต่ละปี อันเป็นผลจากทัศนคติของประชาชนโดยทั่วไปว่า การหย่าร้างเป็นเรื่องปกติธรรมดาไปเสียแล้ว และแม้จะหย่าร้างกันแล้วคู่หย่าก็ยังคงติดต่อไปมาหาสู่เป็นเพื่อนที่ดีกันได้ ดังนั้นในสภาพสังคมเช่นนี้ จึงไม่น่าแปลกใจที่บิดามารดาจะตกลงกันขอปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า เพราะสภาพการณ์ดังกล่าว เอื้ออำนวยต่อการที่การปกครองบุตรร่วมกันจะประสบผลสำเร็จเป็นอย่างมาก

<sup>11</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ปี 1949 มาตรา 6 (1) , (2) .

<sup>12</sup> ป.พ.พ. บรรพ 5 ใหม่ม มาตรา 1520.

## 2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบลักษณะและการพิจารณากำหนด "อ่านาจ ปกครองบุตรของบิดามารดาภายหลังการหย่า" ผู้เขียนเห็นว่ากรณีมีประเด็นให้พิจารณาปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องนี้ เพื่อให้เข้ากับสภาพสังคมที่แปรเปลี่ยนไป และเป็นการลดผลเสียที่มีต่อบุตร ภายหลังการหย่า พร้อมทั้งเป็นการส่งเสริมความรับผิดชอบของบิดามารดาที่มีต่อบุตร ดังนี้

2.1 ควรมีการสนับสนุนและส่งเสริมให้มีการเลือกใช้อ่านาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าขาดของบิดามารดา หากบิดามารดาตกลงกันและสมัครใจที่จะปกครองบุตรร่วมกัน ภายหลังการหย่า ไม่ว่าจะในกรณีหย่าโดยความยินยอมหรือโดยคำพิพากษาของศาล (ในคดีหย่า) ซึ่งจะเป็นการลดผลเสียภายหลังการหย่าที่มีต่อความสัมพันธ์ของบิดามารดาและบุตร เป็นการคงความสัมพันธ์ตามธรรมชาติภายในครอบครัวที่บิดามารดาหย่าร้างกัน ทำให้ครอบครัวมีลักษณะใกล้เคียงกันกับสภาพก่อนการหย่า ซึ่งจะช่วยให้เด็กได้รับความรัก ความเอาใจใส่ การฝึกฝน จากบิดามารดาทั้งคู่อย่างต่อเนื่อง และเป็นการส่งเสริมความรับผิดชอบของบิดามารดาในการเลี้ยงดูบุตรให้เท่าเทียมกัน ไม่เป็นการผลักระการเลี้ยงดูให้แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพียงฝ่ายเดียว และการร่วมมือกัน เป็นอย่างดีของบิดามารดาทั้งสองคนนี้อาจทำให้กลับมาคืนดีกันได้มากที่สุด และจากการติดตามผลการปฏิบัติในประเทศต่าง ๆ พบว่าบุตรที่อยู่ในครอบครัวหย่าร้างและบิดามารดาตกลงกันและมีความเข้าใจกันในการใช้วิธีการปกครองบุตรร่วมกันได้ผลดียิ่ง เช่น เด็กที่บิดามารดาปกครองบุตรร่วมกันจะมีการปรับสภาพอารมณ์และบุคลิกภาพที่ดีกว่า เด็กที่บิดาหรือมารดาปกครองเพียงฝ่ายเดียว เป็นต้น

ในสภาพสังคมไทยปัจจุบัน เห็นว่าเป็นการเหมาะสมอย่างยิ่งหากจะมีการเพิ่มทางเลือก ให้แก่บิดามารดาได้ปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า หากบิดามารดาทั้งคู่สามารถตกลงกัน และมีความเข้าใจกันที่จะอำนวยความสะดวกและความผาสุกเพื่อบุตรของตน และวิธีการดังกล่าวเหมาะสมที่สุด เพราะคู่หย่าทั่วไปมีทัศนคติที่เปลี่ยนไป โดยเห็นว่าการหย่าเป็นเรื่องปกติธรรมดา และแม้จะหย่าร้างกันแล้วก็ยังคงเป็นเพื่อนที่ดีต่อกัน นอกจากนี้ลักษณะที่อยู่อาศัยของประชาชน มีแนวโน้มที่ครอบครัวจะอยู่ในห้องแบ่งเช่า อาคารชุด อพาร์ทเมนต์ มากขึ้น ซึ่งเป็นการเอื้ออำนวย ในการที่บิดามารดาจะตกลงปกครองบุตรร่วมกันที่จะเช่าอาคารชุดอยู่ติด ๆ กันในการดูแลบุตร ซึ่งเป็นการสะดวกกว่าสภาพสังคมสมัยก่อนที่ครอบครัวต่างแยกบ้านกันอยู่ไม่สะดวกที่จะใช้อ่านาจปกครองบุตรร่วมกัน เหมือนสภาพที่อยู่อาศัยในสังคมปัจจุบัน

2.2 มาตรา 1520 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ฉบับที่ตรวจแก้ไขใหม่ พ.ศ. 2519 บัญญัติว่า

"ถ้าสามีภริยาหย่าโดยความยินยอมให้ทำความตกลงว่าฝ่ายใดจะปกครองบุตรคนใด เป็นหนังสือ ถ้ามิได้ตกลงกันหรือตกลงกันไม่ได้ให้ศาล เป็นผู้ชี้ขาด

ถ้าหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ให้ฝ่ายชนะคดีเป็นผู้ปกครอง เว้นแต่ศาลจะชี้ขาด ให้อีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอก เป็นผู้ปกครอง"

จากบทบัญญัติดังกล่าว หากคู่หย่าหรือศาลไทย (ในคดีหย่า) จะเลือกวิธีให้อ่านาจปกครองบุตรร่วมกัน แล้วจะ เป็นการขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 1520 ป.พ.พ. บรรพ 5 ใหม่หรือไม่ พิจารณาได้ดังนี้

จากการสัมภาษณ์นักวิชาการทางกฎหมายบางท่านมีความเห็น<sup>13</sup> ข้อตกลงในการเลือกให้อ่านาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าไม่น่าจะขัดต่อบทบัญญัติ มาตรา 1520 ข้างต้น โดยให้เหตุผลดังต่อไปนี้

1) อ่านาจปกครองบุตรให้อ่านาจที่จะมีอยู่ตลอดไป บิดามารดามีอยู่เหนือบุตรเท่าที่บุตรยังเป็นผู้เยาว์เท่านั้น อ่านาจนี้ยังสามารถเปลี่ยนแปลงได้ ดังเช่นในบางกรณีอ่านาจปกครองอาจอยู่กับบิดาหรือมารดา (มาตรา 1566) หรือให้อ่านาจปกครองลูกถอนอ่านาจตามมาตรา 1582 และแม้จะมีการกำหนดตัวผู้ปกครองภายหลังการหย่าขาดตามมาตรา 1520 แล้วก็ตาม ศาลยังมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัวผู้ปกครองได้ตามมาตรา 1521 การเปลี่ยนแปลงเช่นว่านี้ย่อม เป็นไป เพื่อความผาสุกและประโยชน์ของบุตรทั้งสิ้น

2) เมื่อ เป็น เช่นนี้ กรณีการหย่าโดยความยินยอมตามมาตรา 1520 วรรคแรก หากบิดามารดาตกลงกันได้ว่าจะ เลือกวิธีปกครองบุตรร่วมกันหรือถ้ามิได้ตกลงกัน ศาลย่อมสามารถชี้ขาดให้ใช้ปกครองบุตรร่วมกันได้หากมีเหตุอันสมควร ทั้งสองกรณีนี้ น่าจะทำได้ เนื่องจากการหย่าโดยความยินยอม เป็นวิธีการหย่าที่กฎหมายต้องการให้สามีภริยาตกลงกันเองในปัญหาทุกอย่างที่จะตามมา เมื่อผู้หย่าตกลงใจให้อ่านาจปกครองบุตรร่วมกันก็น่าที่กฎหมายจะอนุโลม

<sup>13</sup> สัมภาษณ์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 24 กุมภาพันธ์ 2533.

ให้ เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อเจตนาดังกล่าวมุ่งคุ้มครองบุตรโดยตรง ไม่ควรจะไปบังคับให้ต้องเลือก เอาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

3) กรณีหย่าโดยคำพิพากษาศาลตามวรรคท้ายของมาตรา 1520 มีข้อสังเกตว่า ในเบื้องต้นจะให้ฝ่ายชนะคดี เป็นผู้ปกครองบุตรก่อน หากศาลเห็นว่าแม้จะชนะคดีแต่ก็ไม่สามารถทำหน้าที่ เป็นบิดามารดาที่ดีได้ ก็อาจให้ฝ่ายแพคดี เป็นผู้ปกครองบุตร และสุดท้ายหากคู่สมรส ทั้งสองฝ่ายไม่เหมาะกับการ เป็นผู้ปกครองเลย ศาลจะชี้ขาดให้บุคคลภายนอก เป็นผู้ปกครองก็ได้ จะเห็นว่าตัวผู้ปกครองนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดตายตัว อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามความเหมาะสม เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก แม้บุคคลภายนอกก็อาจเข้ามา เป็นผู้ปกครองได้ เหตุนี้หากคู่สมรสหรือ ศาล เลือกที่จะให้การปกครองบุตร เป็นแบบร่วมกันแล้วก็ไม่มี เหตุผลอันใดที่จะไปขัดขวางประโยชน์ ที่บุตรจะได้รับจากบิดาและมารดาทั้งสองคน

การใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันดังกล่าวนี้ เป็นเพียงรูปแบบหนึ่งของการใช้อำนาจ ปกครองภายหลังการหย่าเท่านั้น และจะใช้ได้สมประโยชน์ขึ้นอยู่กับความตกลงของบิดามารดาคู่หย่า ตลอดจนเจตนาอันมั่นคงของคู่กรณีที่จะให้บุตรของตนมีความสุขหาใช่ เป็นรูปแบบหลักที่สำคัญ กว่า การใช้อำนาจปกครองแบบอื่นไม่ เป็นเพียงข้อ เสนอรูปแบบอีกอย่างหนึ่งที่แตกต่างไปจาก ของ เดิมตามตัวบท เท่านั้น

สำหรับผู้เขียนเองมีความ เห็นว่า ข้อตกลงของบิดามารดาที่จะปกครองบุตร ร่วมกันภายหลังการหย่า นั้น ไม่น่าจะขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 1520 เช่นเดียวกัน โดยเห็นว่า หากเป็นไป เพื่อประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์แล้ว บทบัญญัติมาตรา 1520 ควรจะตีความ ได้อย่างกว้างที่จะให้สิทธิต่อบิดามารดาที่จะตกลงกันหากทั้งคู่มีความปรารถนาที่จะรับผิดชอบ ต่อบุตรร่วมกัน เป็นการสนับสนุนความสัมพันธ์อัน เป็นธรรมชาติที่บุตรพึงได้รับการ เลี้ยงดูเอาใจใส่ อย่างต่อ เนื่องจากบิดามารดาทั้งคู่ ซึ่งมีความ เข้าใจและทำ เพื่อประโยชน์สุขของบุตร แม้ว่าจะได้ หย่าขาดจากกันแล้วก็ตาม นอกจากนี้หลักกฎหมายในเรื่องอำนาจปกครองบุตร เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับ ความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เมื่อข้อตกลงของบิดามารดาเป็นไป เพื่อประโยชน์สุขของบุตรและไม่ เป็นการขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แล้ว ข้อตกลง เช่นนี้ก็ควรบังคับใช้ได้และไม่น่าขัดต่อหลักกฎหมายแต่ประการใด

แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อแก้ปัญหาการขัดแย้งที่อาจจะมีขึ้นในตัวบทบัญญัติกฎหมาย ผู้เขียน เห็นว่าควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว โดยบัญญัติให้แจ้งชัดว่าวิธีใช้อำนาจ ปกครองบุตรร่วมกัน เป็นทางเลือกทางหนึ่งในกฎหมาย และข้อตกลงของบิดามารดาในการ



ปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าขาดนั้นควรจะถูกสิ้นกรงอย่างรอบคอบโดยองค์การของรัฐเสียก่อน โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นสำคัญ เนื่องด้วยลักษณะของการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าจะประสบผลสำเร็จและเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กได้นั้น คู่หย่าจะต้องมีความเข้าใจกัน เป็นมิตรกัน ให้ความร่วมมือซึ่งกันและกัน และหากสามารถดำรงความสัมพันธ์ในลักษณะนี้ได้นานเท่าใด การปกครองบุตรร่วมกันก็จะประสบผลสำเร็จและเด็กจะได้รับประโยชน์มากที่สุด

2.3 จากแนวความคิดในข้อ 2.1 และ 2.2 ผู้เขียนจึงเห็นสมควรปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 1520 , 1521 และมาตรา 1522 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ฉบับที่แก้ไขและตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 พร้อมทั้งปรับปรุงแก้ไขถ้อยคำบางคำให้เหมาะสมยิ่งขึ้น ดังนี้

มาตรา 1520 "ถ้าสามีภริยาหย่าโดยความยินยอมให้ทำความตกลงเป็นหนังสือว่าฝ่ายใดจะปกครองบุตรคนใด หรือจะปกครองบุตรร่วมกันต่อไปภายหลังการหย่า พร้อมทั้งข้อตกลงเรื่องการออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร ถ้ามิได้ตกลงกันหรือตกลงกันไม่ได้ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด 14

มาตรา 1521 "ในกรณีที่สามีภริยาหย่ากันโดยคำพิพากษาของศาล ศาลอาจพิจารณาให้บิดามารดาทั้งสองฝ่ายหรือเพียงฝ่ายใด เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร เว้นแต่ศาลเห็นสมควรให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครอง และให้ศาลกำหนดเรื่องการออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรไว้ในคำพิพากษาของศาลด้วย

ในการที่ศาลชี้ขาดว่าจะให้ทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใด เป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือผู้ปกครองก็ดี ในการกำหนดเรื่องการออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรก็ดีให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์สุขของบุตรเป็นสำคัญ" 15

มาตรา 1522 "ถ้าปรากฏว่า ผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือผู้ปกครองตามมาตรา 1520 หรือตามมาตรา 1521 ประพฤติตนไม่สมควรหรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัว ผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือผู้ปกครองได้ โดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ 16

14 ข้อความที่ขีดเส้นใต้ คือข้อความที่ได้ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม.

15 ข้อความที่ขีดเส้นใต้ คือข้อความที่ได้ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม.

16 ข้อความที่ขีดเส้นใต้ คือข้อความที่ได้ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม.

แม้บุคคลใดจะเป็นผู้อ่านาจอปกครองหรือผู้ปกครองก็ตาม สามีหรือภริยามีสสิทธิที่จะติดต่อกับบุตรของตนได้ตามสมควรแล้วแต่พฤติการณ์"

2.4 ลักษณะข้อตกลงในการเลือกใช้อ่านาจอปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า เป็นส่วนหนึ่งในการที่จะช่วยแก้ไขปัญหานั้นกรณีที่อาจเกิดการขัดแย้งกันในบางเรื่อง โดยไม่ต้องฟ้องร้องคดีต่อศาล หากเกิดข้อพิพาทในเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ เช่น ในเรื่องการออกค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร ดังนั้น ข้อตกลงในการปกครองบุตรร่วมกันควรจะมีข้อความที่ตกลงกันอย่างแจ่มชัดในความประสงค์ของคู่สัญญาว่าจะปกครองบุตรร่วมกันเพื่อประโยชน์สุขของบุตร และจะต้องสามารถแก้ไขปัญหานั้นการปกครองบุตรร่วมกันเป็นอย่างดี นอกจากนี้ข้อความที่ตกลงกันควรจะเป็นภาษาที่เข้าใจง่ายและตีความได้ตรงกัน

ในส่วนเนื้อหาของข้อตกลงควรระบุถึงการใช้อ่านาจอปกครองบุตรในบางเรื่องให้แน่ชัดเพื่อมิให้เกิดปัญหาในภายหลัง เช่น การกำหนดที่อยู่อาศัยของบุตร ว่าบุตรจะอยู่กับใครในช่วงใด รวมทั้งสิทธิติดต่อกับบุตรในขณะที่บุตรอาศัยอยู่กับอีกฝ่ายหนึ่ง ในเรื่องการศึกษาของบุตร การออกค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร เป็นต้น

นอกเหนือจากข้อตกลงที่ชัดเจนในบางเรื่องแล้ว การที่บิดามารดาได้เลือกใช้วิธีการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า เพื่อประโยชน์สุขและความผาสุกของบุตรนั้น สิ่งที่สำคัญคือความสมัครใจและความเข้าใจกันเป็นอย่างดี พร้อมทั้งทัศนคติที่เห็นพ้องต้องกันในระดับหนึ่ง เป็นคุณสมบัติที่สำคัญอย่างยิ่งที่จะทำให้การปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก และการที่บิดามารดาที่มีความตั้งใจอันมั่นคงในการที่จะรับผิดชอบบุตรร่วมกันได้ยาวนานเท่าใด บุตรก็จะได้รับประโยชน์มากที่สุด และเป็นการช่วยแก้ไขปัญหาคอมม่อนเกิดจากผลเสียของการหย่าได้อีกด้วย ถ้าหากบิดามารดาที่มีความขัดแย้งกันอยู่ เสมอและไม่สามารถเป็นเพื่อนที่ดีต่อกันภายหลังการหย่า แต่เลือกใช้การปกครองบุตรร่วมกัน เพื่อเป็นการตัดปัญหาในการมิให้บุตรไปอยู่กับอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเพื่อมิให้ตนเองต้องสูญเสียบุตรไป เช่นนี้ย่อมไม่เป็นผลดีต่อบุตร การปกครองบุตรร่วมกันย่อมเป็นการซ้ำเติมและเพิ่มปัญหาให้แก่บุตรมากขึ้น บุตรจะเห็นแต่ความขัดแย้งระหว่างบิดามารดาหรือบิดามารดาจะพยายามทำดีต่อบุตรเพื่อบุตรจะได้ชื่นชมตนเอง ทำให้เด็กได้รับการตามใจจนเป็นการสร้างลักษณะนิสัยที่ไม่ดีให้แก่บุตร จากสภาพการณ์ดังกล่าว การปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียวย่อมจะเป็นวิธีการที่ดีกว่าแน่นอน ดังนั้น การใช้อ่านาจอปกครองบุตรร่วมกันจึงเป็นทางเลือกทางหนึ่ง และจะประสบผลสำเร็จเมื่อบิดามารดาเข้าใจถึงจุดหมายปลายทางของวิธีปกครองบุตรดังกล่าว