

ผลภายหลังการหย่าที่มีต่อบุตร

ก. การพิจารณาเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร

เนื่องจากการหย่าทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาลิ้นสุดลง แต่ไม่มีกฎหมายมาตราใด กำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรสิ้นสุดลงไปด้วย ดังนั้นสิทธิและหน้าที่ที่บิดามารดามีต่อบุตรในเรื่องการอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษา จึงยังคงมีอยู่ ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้บัญญัติรับรองเรื่องนี้ไว้ในมาตรา ๑๕๒๒ ความว่า

มาตรา ๑๕๒๒ ถ้าสามีหรือภริยาหย่าโดยความยินยอม ให้ทำความตกลงกันไว้ในสัญญาหย่าว่าสามีภริยาทั้งสองฝ่าย หรือสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นจำนวนเงินเท่าใด

ถ้าหย่าโดยคำพิพากษาของศาลหรือในกรณีที่มีสัญญาหย่ามิได้กำหนดเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรไว้ ให้ศาลเป็นผู้กำหนด

๑. กรณีหย่าโดยความยินยอม

ในกรณีหย่าโดยความยินยอม มาตรา ๑๕๒๒ วรรคแรก อนุญาตให้สามีภริยาทำความตกลงกันเองในเรื่องการอุปการะเลี้ยงดูบุตรภายหลังหย่าว่า ฝ่ายใดจะเป็นผู้ออกค่าอุปการะเลี้ยงดูแต่เพียงฝ่ายเดียว หรือทั้งสองฝ่ายจะตกลงกันว่า ต่างฝ่ายต่างจะออกเงินคนละเท่าใด แต่อย่างไรก็ตามการตกลงในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรนี้ แม้ในมาตรา ๑๕๒๒ วรรคแรกจะให้ทำความตกลงกันไว้ในสัญญาหย่า แต่ก็ได้เคยพิจารณามาแล้วว่าไม่จำเป็นต้องทำไว้ในสัญญาหย่าเสมอไป คู่หย่าอาจจะทำการตกลงในเรื่องการอุปการะเลี้ยงดูบุตร แยกออกจากตัวสัญญาหย่าก็ได้ แต่ปัญหาที่น่าพิจารณาในที่นี้ก็คือ ถ้าไม่มีการตกลง

เรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรไว้ในสัญญาหมั้น หรือในหนังสือสัญญาเรื่องการตกลงอุปการะเลี้ยงดูบุตรภายหลังหย่าที่ทำเฉพาะต่างหากแยกออกจากสัญญาหมั้น จะมีผลทำให้บุตรเสียสิทธิในการที่จะได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูภายหลังหย่าหรือไม่ เพราะเหตุไม่มีการปฏิบัติตามมาตรา ๑๕๒๒ ปัญหานี้อาจทำความเข้าใจได้จากหลักในมาตรา ๑๕๖๕ ที่ให้บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ และไม่มีกฎหมายมาตราใดบัญญัติให้นำที่นี้สิ้นสุดลงในการหย่า นอกจากนี้การตกลงกันตามมาตรา ๑๕๒๒ นี้เป็นเพียงข้อตกลงระหว่างสามีและภริยาก่อนหย่าเท่านั้น ไม่อาจจะตกลงกันเพื่อตัดสิทธิของบุตรซึ่งเป็นบุคคลภายนอกสัญญาที่กฎหมายรับรองสิทธิของเขาไว้โดยชัดแจ้งไปได้ เพราะสิทธิและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมายจะสิ้นสุดก็ต่อเมื่อกฎหมายได้บัญญัติเพิกถอน ยกเลิกโดยชัดแจ้งเท่านั้น ดังนั้นหากไม่มีการตกลงเรื่องการอุปการะเลี้ยงดูบุตรภายหลังหย่าตามมาตรา ๑๕๒๒ และไม่มีฝ่ายใดจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูแก่บุตรผู้เยาว์ บุตรผู้เยาว์ก็ย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจาก บิดาหรือมารดาได้ตามปกติโดยทางพนักงานอัยการ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๕๙๘/๓๘ ที่ว่า "ค่าอุปการะเลี้ยงดู...ระหว่างบิดามารดากับบุตร ย่อมเรียกจากกันได้เมื่อฝ่ายที่ควรได้รับไม่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดู หรือได้รับการอุปการะเลี้ยงดูไม่เพียงพอแก่อัตภาพ..."

เนื่องจากสัญญาที่บิดามารดาตกลงกันเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรภายหลังหย่า นั้นมีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ดังนั้นเมื่อบุตรคือเอาประโยชน์ตามสัญญาแล้วก็จะเปลี่ยนแปลงสิทธิไม่ได้ (มาตรา ๓๖๔-มาตรา ๓๖๕) แต่ถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา แม้อีกฝ่ายอีกฝ่ายจะไม่ใช้ผู้รับประโยชน์ ก็คงฟ้องศาลให้บังคับให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามสัญญาได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๗๖/๒๕๐๘ (ระหว่างนางบุญตา หรือมณฑา ขลิบเงิน โจทก์ นายขาว ขลิบเงิน จำเลย) โจทก์จำเลยเป็นสามีภริยากันได้ทำสัญญาและแบ่งทรัพย์สินกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ในสัญญานั้นได้ตกลงยกที่นาและบ้านให้กับบุตรซึ่งยังเป็นผู้เยาว์อยู่ แต่ยังไม่ได้ออกรวมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นให้แก่บุตร โจทก์ได้ฟ้องจำเลยเรียกเอาทรัพย์สินที่ตกลงกันยกให้แก่บุตรมาเป็นของตนเอง ย่อมถือได้ว่าโจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญา จำเลยซึ่งเป็นคู่สัญญากับโจทก์ย่อมมีสิทธิฟ้องในนามของจำเลยให้โจทก์ออกรวมสิทธิ์ที่ดิน

และบ้านให้กับบุตรตามสัญญาได้

แต่อย่างไรก็ดี การทำความตกลงในสัญญาเช่าตามมาตรา ๑๕๒๒ วรรคแรกนี้ จะต้องระบุให้แน่ชัดว่าใครจะเป็นผู้จ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู เป็นเงินเท่าไร จ่ายกันอย่างไร หากไม่ได้ระบุไว้ อาจจะเป็นเหตุให้ถือว่า ฝ่ายที่ตกลงรับเลี้ยงดูบุตรเป็นผู้จ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูก็ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๑๕/๒๕๒๓ (ระหว่างนางเลี้ยง แซ่ตั้ง โจทก์ นายสุนทร อภินันท์สวัสดิ์ จำเลย) โจทก์จำเลยตกลงหย่าขาดจากกัน โดยมีสัญญาข้อหนึ่งว่า ให้บุตร ๕ คนอยู่ในความอุปการะของโจทก์ซึ่งเป็นภริยา เมื่อไม่ไ้ระบุให้จำเลยซึ่งเป็นสามีเป็นผู้จ่ายเงินค่าเลี้ยงดู และการศึกษาบุตร จึงถือได้ว่าโจทก์ยอมรับเอาบุตร ๕ คนไว้ในความปกครองและอุปการะ รวมถึงการเลี้ยงดูและการศึกษาคด้วย ประเด็นแห่งคดีนี้มีว่า จำเลยปฏิบัติผิดสัญญาตั้งโจทก์อ้างหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าจำเลยผิดสัญญาตั้งโจทก์กล่าวอ้าง จำเลยจึงไม่ต้องรับผิด จะนำมาตรา ๑๕๓๖ (เดิม) อันเป็นบทประเด้นมาใช้ปรับแก้คดีนี้ ให้จำเลยรับผิดในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดู และการศึกษาของบุตร ๕ คนหาได้ไม่

๒. กรณีการหย่าโดยคำพิพากษาศาล

เมื่อมีการฟ้องหย่า มาตรา ๑๕๒๒ วรรค ๒ กำหนดให้ศาลเป็นผู้กำหนดว่า ฝ่ายใดเป็นผู้ควรจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่บุตร กรณีเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรนี้ ไม่เหมือนกรณีค่าเลี้ยงชีพที่มาตรา ๑๕๒๖ กำหนดให้ฝ่ายที่มีความผิดเป็นผู้มีหน้าที่จ่าย แต่ในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดู การที่ฝ่ายใดมีความผิดหรือการแพ้นะของคดีมิใช่เรื่องสำคัญ เพราะกฎหมายบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของบิดามารดาทั้ง ๒ ฝ่ายที่จะอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษามบุตร จนกว่าบุตรจะบรรลุนิติภาวะ ดังที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๕๖๔ แต่อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะบัญญัติให้มีหน้าที่ แต่สภาพข้อเท็จจริงอาจมีกรณีซึ่งไม่สามารถทำตามหน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดได้อย่างบริบูรณ์ กฎหมายจึงยอมให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดู ว่าฝ่ายใดควรจะต้องเป็นผู้จ่ายแก่ไหน เพียงไร ไว้ในมาตรา ๑๕๔๘/๓๔ ว่า "ค่าอุปการะเลี้ยงดูนี้ ศาลอาจให้เพียงไร หรือไม่ให้ก็ได้ โดยคำนึงถึงความสามารถของผู้มีหน้าที่ให้ ฐานะของผู้รับ และพฤติการณ์แห่งกรณี" ดังนั้นหากมีข้อเท็จจริงว่า ผู้ให้



ไม่มีความสามารถที่จะจ่ายได้ หรือผู้รับมีฐานะดี ศาลก็มีอำนาจใช้ดุลพินิจไม่สั่งให้จ่ายค่า
อุปการะเลี้ยงดูให้ก็ได้ ซึ่งจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๙๓/๙๕ (ระหว่างนาง
เพิ่ม ธีรภัทรสกุล ฯ โจทก์ หลวงชวลเลขปรีชา จำเลย) ว่า

โจทก์ จำเลย ได้หย่าขาดจากการเป็นสามีภริยากันแล้ว โจทก์มาฟ้องคดีนี้ขอให้
จำเลยจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาแก่บุตรชายโจทก์

ข้อเท็จจริงได้ความตามคำเบิกความของโจทก์ว่า เด็กหญิงศิริมา มีส่วนเป็นเจ้าของ
ที่ดินตามโฉนดอยู่ครึ่งหนึ่ง คิดเป็นราคา ๑๕๐,๐๐๐ บาท เงินนี้ถ้าจัดหาผลประโยชน์
โจทก์เชื่อว่าจะสามารถหารรายได้ไม่ต่ำกว่าเดือนละ ๑,๐๐๐ บาท ดังนี้วินิจฉัยว่า
เมื่อเด็กมีทรัพย์สินซึ่งมีราคามาก และเป็นทรัพย์สินที่อาจหารายได้เป็นจำนวนท่วมท้นค่า
อุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแล้ว จำเลยก็ย่อมไม่มีหน้าที่จะต้องจ่ายค่าอุปการะ
เลี้ยงดูให้อีก เพราะมาตรา ๑๕๙๕ ระบุว่า บุคคลผู้มีสิทธิเรียกร้องเอาค่าอุปการะ
เลี้ยงดูต้องเป็นผู้ไร้ทรัพย์สิน และสามารถเลี้ยงตนเองได้ แม้มันจะมีหน้าที่
อุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่บุตร ตามมาตรา ๑๕๓๖ แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้ค่า
อุปการะเลี้ยงดู ตามมาตรา ๑๕๙๕ ด้วย ฉะนั้นจำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบในค่าอุปการะ
เลี้ยงดู และการศึกษาของเด็กหญิงศิริมาด้วย

จะเห็นได้ว่า แม้ในปัจจุบันหลักการที่ว่า ผู้มีสิทธิเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดู
ต้องเป็นผู้ไร้ทรัพย์สินตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ พ.ศ.
๒๔๖๗ มาตรา ๑๕๙๕ จะได้อุทธรณ์ขยายขอบเขตการเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูให้กว้างขึ้น
โดยมาตรา ๑๕๙๘/๓๘ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ พ.ศ. ๒๕๑๙ กำหนดให้
เรียกจากกันได้เพียงแต่มีเหตุว่า ฝ่ายที่ควรได้รับอุปการะเลี้ยงดูไม่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดู
หรือได้รับการอุปการะเลี้ยงดูไม่เพียงพอแก่อัตภาพเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลผู้
ไร้ทรัพย์สินเหมือนก่อน แต่หลักการและผลของคำพิพากษาดังนี้ยังคงใช้ได้อยู่ ดังจะ
เห็นได้จากมาตรา ๑๕๖๓ ได้ระบุว่า "ถ้าบุตรมีเงินได้ให้ใช้เงินนั้นเป็นค่าอุปการะเลี้ยงดู
และการศึกษาก่อน..." ซึ่งแสดงว่า แม้นกรณีปกติที่บิดามารดา มีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูบุตร
แต่ถ้าบุตรมีเงินได้ บิดามารดาก็ไม่จำเป็นต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร เพียงแต่ใช้เงินนั้นเลี้ยงดู
ตัวบุตรเอง ดังนั้นในเรื่องหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดกับสภาพความเป็นจริงจึงเป็นเรื่องที่
ต้องแยกจากกัน การที่บุคคลใดไม่ได้จ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูในขณะนั้นมีได้หมายความว่า
หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูของเขานั้นได้สิ้นสุดไปแล้ว เพราะหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติไว้
จะสิ้นสุดลงได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายบัญญัติให้สิ้นสุดลงเท่านั้น

๓. การอุปการะเลี้ยงดูบุตรกับความรับผิดชอบทางอาญา

อย่างไรก็ดี ที่เคยกล่าวไว้ว่า อาจมีกรณีที่มีบิดามารดาไม่จำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร แม้จะมีหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดให้หน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูก็ตาม แต่ถ้าการไม่อุปการะเลี้ยงดูนั้นเข้าลักษณะของเจตนาทอดทิ้ง บิดามารดาไม่ว่าจะหย่ากันแล้วหรือไม่ก็ตามซึ่งยังคงต้องมีหน้าที่ตามกฎหมายต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร อาจจะมี ความผิดทางอาญาได้ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๖ และ มาตรา ๓๐๗ ว่า

มาตรา ๓๐๖ "ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินเก้าปีไว้ ณ ที่ใด เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

มาตรา ๓๐๗ "ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความเจ็บป่วย ภายพิการ หรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

๔. การอุปการะเลี้ยงดูบุตรกับความรับผิดชอบทางแพ่งในลักษณะละเมิด

เมื่อบิดามารดา มีหน้าที่ที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรในขณะที่บุตรยังเป็นผู้เยาว์หรือบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เหตุพลภาพหาเลี้ยงตนเองไม่ได้ และแม้บิดามารดาจะหย่าขาดจากกัน หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรนี้ก็ยังคงมีอยู่ ดังนั้นจึงเห็นว่า หากมีบุคคลภายนอกมาทำละเมิดแก่บิดาหรือมารดาจนถึงแก่ความตาย บุตรนั้นย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าชดเชยอุปการะเลี้ยงดูจากบุคคลภายนอกนั้นได้ ไม่ว่าบิดาหรือมารดาที่ตายนั้นจะเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรภายหลังหย่าหรือไม่ก็ตาม เพราะการขาดไร้อุปการะเลี้ยงดูนั้นไม่จำต้องพิจารณาว่า ตามความเป็นจริงได้มีการอุปการะเลี้ยงดูกันอยู่หรือไม่ โดยพิจารณาเปรียบเทียบในนัยกลับกัน ตามฎีกาที่ ๖๒๕/๑๕ และ ๙๓๕/๑๖

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๒๕/๑๕ (ระหว่าง นายทอง สุขสงค์ โจทก์ นายสนั่น แสงอรุณ กับพวก จำเลย) การที่บุตรตายลงเพราะการละเมิดทำให้โจทก์ผู้เป็นบิดาต้องขาดไร้อุปการะจากผู้ตายตามกฎหมาย โจทก์ชอบที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนในการที่ขาด

ขาดไร้อุปการะนั้น โดยไม่ต้องพิจารณาว่าโจทก์มีฐานะดีหรือไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๓๕/๑๖ (ระหว่างนายฉลอม ชลาบุรณะ กับพวก โจทก์ นายธานี หรือบุญมี แซ่ลิ้ กับพวก จำเลย) บุตรถูกทำให้ตายโดยประมาท บิดา มารดาของผู้ตายมีสิทธิที่จะได้ค่าทดแทนในการที่ต้องขาดไร้อุปการะโดยไม่ต้องพิจารณาว่า ปัจจุบันบุตรไร้อุปการะบิดามารดาอยู่หรือไม่

ต่ออย่างไรก็ตาม บุตรจะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน เพราะว่าเหว่าขาดที่เคารพรัก เพราะสูญเสียบิดามารดาไม่ได้

๕. การอุปการะเลี้ยงดูบุตรกับกฎหมายลักษณะจัดการงานนอกสั่ง

นอกจากนี้ในกรณีซึ่งฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งในที่นี้ก็คือบิดามารดา ละเลยไม่อุปการะเลี้ยงดู นอกจากฝ่ายซึ่งมีสิทธิคือบุตร จะฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู ได้ตามมาตรา ๑๕๙๘/๓๘ แล้ว บุคคลภายนอกก็อาจเข้ามามีส่วนในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร นั้นแทนบิดามารดาก็ได้ หากมีกรณีเช่นนี้กฎหมายก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลภายนอกให้ มีสิทธิที่จะได้รับชดใช้เงินหรือค่าใช้จ่ายที่ได้ออกไปแทนในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรของผู้อื่น ดิ้นได้ ดังที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๙๗ และมาตรา ๔๐๑

มาตรา ๓๙๗ "ถ้าผู้จัดการกิจอันใดซึ่งเป็นหน้าที่บังคับให้ตัวการทำเพื่อสาธารณประโยชน์ก็ดี หรือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่จะบำรุงรักษาผู้อื่นก็ดี และหากผู้จัดการมิได้ เขาทำแล้ว กิจอันนั้นจะไม่สำเร็จภายในเวลาอันควรไซ้ การที่ได้ทำขัดกับ ความประสงค์ของตัวการ เช่นนั้น ท่านมิให้ยกเป็นข้อวินิจฉัย"

มาตรา ๔๐๑ "ถ้าการที่เข้าจัดการงานนั้นเป็นการสมประโยชน์ของตัวการและต้อง ตามความประสงค์อันแท้จริงของตัวการ หรือความประสงค์ตามที่พึงสันนิษฐานได้ นั้นไซ้ ท่านว่าผู้จัดการจะเรียกให้ชดใช้เงินอันตนได้ออกไปคืนแก่ตน เช่นอย่างตัว แทนก็ได้ และบทบัญญัติ มาตรา ๔๑๖ วรรค ๒ นั้น ท่านก็ให้นำมาใช้บังคับด้วยโดย อนุโลม

อนึ่ง ในกรณีที่กล่าวมาในมาตรา ๓๙๗ นั้น แม้ถึงว่าที่เข้าจัดการงานนั้นจะเป็นการ ขัดกับความประสงค์ของตัวการก็ดี ผู้จัดการก็ยังคงมีสิทธิเรียกร้อง เช่นนั้นอยู่

หากบุคคลภายนอกนั้นเป็นบุพการีของผู้เยาว์ และได้เข้ามาอุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์ เองโดยมิได้ว่างงานวันไซ้ บุพการีนั้นอาจไม่มีสิทธิเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูคืนได้ดังที่ได้

บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๐๓ วรรคสองว่า "การที่บิดามารดา บุ๋ย่าตายาย บำรุงรักษาผู้สืบ
สันดานเป็นทางอุปการะก็ดี หรือกลับกันทางปฏิการะก็ดี เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยท่านให้
สันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่มีเจตนาจะเรียกให้ผู้รับประโยชน์ชดใช้คืน"

ข. การพิจารณาเรื่องอำนาจปกครองบุตรภายหลังหย่า

๑. อำนาจปกครองบุตรคืออะไร

ในอังกฤษ Lord Justice Sachs ได้ให้ความหมายของคำว่า "อำนาจ
ปกครองบุตร" ว่า มีความหมายเป็น ๒ นัย คือ ความหมายในทางแคบ หมายถึงตัวอำนาจ
ทางกายภาพของบิดามารดาที่จะควบคุมเด็กที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ความหมายในทางกว้าง
หมายถึงการกระทำใด ๆ ที่ให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจปกครองและกลุ่มอำนาจ
ต่าง ๆ ซึ่งประกอบด้วย อำนาจควบคุมเด็ก อำนาจควบคุมในการศึกษา การเลือกศาสนา
และการจัดการทรัพย์สินสมบัติของเด็ก^๑ แต่ในทางศาล หากศาลมีคำสั่งมอบอำนาจปกครอง
ให้แก่ฝ่ายใดจะมีความหมายในทางกว้าง ซึ่งเขาได้ยกตัวอย่างคดีในประเทศอังกฤษ
เรื่องหนึ่งคือ Re W.(J.C.) 1964 Ch.202 ซึ่งพิพากษาโดย Lord Upjohn
ว่า "ถ้ามีคำสั่งให้การปกครองดูแลรักษาให้แก่บิดามารดาฝ่ายใด ย่อมหมายรวมถึงการดูแล
เอาใจใส่และควบคุมเด็ก โดยคำสั่งนั้นจะให้สิทธิบิดามารดาในการจัดเตรียมการศึกษา
ศาสนา การเลี้ยงดูและอบรมสั่งสอนเด็ก กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือถ้าอำนาจดังกล่าวตกอยู่แก่
บิดามารดาฝ่ายใด ฝ่ายนั้นจะต้องมีหน้าที่ในการดูแลและอุปการะเด็ก ให้ความคิดที่ถูกต้อง
ทางด้านศาสนา การศึกษา และการอบรมสั่งสอน ในเรื่องอำนาจปกครองบุตรนี้มีข้อที่น่า
สังเกตก็คือ กฎหมายของกลุ่มประเทศอังกฤษและอเมริกา (Anglo-American) มัก
จะไม่ค่อยเห็นความสำคัญของการตั้งผู้ปกครองในศาลดูแลทรัพย์สินเหมือนอย่าง
กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายทั้งหลาย (Codified Law) เนื่องจาก
จากคดีส่วนมากบุตรมักไม่มีทรัพย์สินสมบัติของตัวเอง แต่อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่า

^๑ H.B. Grant, Family Law, (London: Sweet and Maxwell, 1970)

ประเทศในกลุ่มประเทศอังกฤษและอเมริกาจะไม่ถือว่าการดูแลทรัพย์สินของบุตรส่วนหนึ่งของการปกครองบุตร เพียงแต่ว่ากฎหมายของประเทศกลุ่มนี้ให้ความสนใจในด้านการอบรมเลี้ยงดูบุตรมากกว่าการรักษาผลประโยชน์ทางทรัพย์สินของเด็กเหมือนอย่างกลุ่มประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย^๑

ในประเทศไทยศาสตราจารย์เสนีย์ ปราโมช ได้เคยกล่าวถึงคำว่าอำนาจปกครองไว้ว่า "เป็นอำนาจที่ให้ไว้เพื่อเลี้ยงรักษาเด็กซึ่งยังเยาว์เจริญเติบโตเป็นคนดีในภายหลัง ไม่ใช่ใช้อำนาจอิสระที่จะทำแก่บุตรได้ตามอำเภอใจ ซึ่งอำนาจปกครองของบิดามารดานี้ประกอบด้วย อำนาจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวของเด็ก อำนาจเกี่ยวกับเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็ก และอำนาจจัดการทรัพย์สินของบุตร..."^๒

๒. ความเห็นของนักนิติศาสตร์ในเรื่องการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังหย่า

แต่เดิมความคิดเรื่องสิทธิของบุตรยังไม่มีใครกล่าวถึง กฎหมายของประเทศต่าง ๆ มักจะกำหนดให้บิดาเป็นผู้มีอำนาจเหนือชีวิตและความตายของบุตร^๓ และบางที่ถึงกับถือว่าบุตรและภริยาเป็นทรัพย์สินสมบัติชิ้นหนึ่งที่บิดาหรือสามีอาจนำออกขายให้เป็นทาสได้^๔ แต่ในปัจจุบันแนวความคิดเรื่องความเป็นบิดามารดานี้ได้ถูกมองถึงด้านหน้าที่มาก

^๑ Alexander Lüderitz, "The Legal Position of Children after divorce in Germany" In Child and the Law (1976) : 208.

^๒ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มฤคก, หน้า ๓๐๗.

^๓ Gerald Godfrey, "Report of the Committee on Parental Rights and Duties and Custody suits" In Child and the Law. Vol.I (1976) : 583.

^๔ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มฤคก, หน้า ๓๐๗.

ขึ้นว่า บิดามารดาอยู่ในฐานะผู้ให้การศึกษอบรม^๑ บิดามารดาที่มีหน้าที่จำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรจนกว่าบุตรนั้นจะบรรลุนิติภาวะ แต่อย่างไรก็ตามจวบจนปัจจุบันความคิดเรื่องสิทธิของบุตรนี้ก็ยังคงไม่ถูกรับรองให้มีความเท่าเทียมกับสิทธิและอำนาจของบิดามารดา เนื่องจากเห็นว่าเด็กยังเป็นผู้ขาดประสบการณ์จึงอาจจะถูกหลอกลวงทำให้เสียหายหรือชักจูงไปในทางที่ผิดได้ ดังนั้นกฎหมายเรื่องอำนาจปกครองบุตรจึงได้ถูกกำหนดขึ้นโดยให้ทั้งบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองดูแลบุตร ซึ่งกรณีจะไม่เป็นปัญหาแต่ประการใด หากสภาพสมรสระหว่างสามีภริยานั้นยังคงอยู่ เพราะสามีภริยาทั้งคู่สามารถตกลงกันในเรื่องต่าง ๆ ได้ว่าสิ่งใดจะเหมาะสมสำหรับบุตรของเขา แต่จะเกิดปัญหาหากสามีภริยาทั้งคู่ไม่หย่าร้างกัน เพราะเมื่อเขามีความขัดแย้งซึ่งกันและกันแล้วก็ไม่สามารถที่จะตกลงกันได้แต่โดยดี นอกจากนี้โดยสภาพแห่งการหย่ายอมจะต้องมีการแยกกันอยู่อาศัยต่างหากจากกัน จึงเป็นไปได้ที่ทั้งสองฝ่ายจะใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันต่อไป จึงจำเป็นต้องหาวิธีการให้อำนาจปกครองบุตรตกไปอยู่แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งวิธีการกำหนดอำนาจปกครองบุตรให้ตกไปอยู่แก่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดภายหลังหย่า กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้บัญญัติแตกต่างกันออกไป แต่พอจะจำแนกได้เป็นสามวิธี คือ

วิธีแรก หากในการหย่านั้นคู่สมรสทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันได้ในเรื่องอำนาจปกครองบุตรว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ได้รับภายหลังหย่า กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่มักจะยอมรับการตกลงกันของบิดามารดานั้น โดยเหตุผลที่ว่าการตกลงกันเองให้ฝ่ายใดเป็นผู้ได้รับอำนาจปกครองบุตรนี้ แสดงถึงความเต็มใจของฝ่ายหนึ่งในการที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตร และการที่คู่สมรสฝ่ายใดยินยอมสละอำนาจปกครองบุตร ย่อมแสดงให้เห็นว่าฝ่ายนั้นรู้ตัวดีว่ามีความสัมพันธ์กับบุตรแน่นแฟ้นน้อยกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง หรือมีคุณสมบัติน้อยกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง

^๑ Reinhart Lempp, "Child Welfare and the Law: A Medical and Psychiatric Viewpoint" In Child and the Law. Vol. I (1976): 215.

ในอันที่จะใช้อำนาจปกครองและเลี้ยงดูบุตร^๑ แต่อย่างไรก็ตามวิธีนี้ได้ถูกโต้แย้งจากนักกฎหมายฝ่ายซึ่งเคร่งครัดในเรื่องสวัสดิภาพของเด็ก โดยให้ความเห็นว่าหากยอมให้มีการตกลงกันได้ในเรื่องอำนาจปกครองบุตรภายหลังหย่าว่าฝ่ายใดจะได้รับ จะเป็นการมองเด็กว่าเป็นวัตถุหรือทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของบิดามารดาเท่านั้น มิได้มองเป็นบุคคลที่มีชีวิตจิตใจและมีความต้องการในสิ่งต่าง ๆ เช่นเดียวกับบิดามารดา^๒ และหากยอมให้มีการตกลงเช่นนั้นอาจจะเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพของบุตรได้ เพราะอาจจะมีการตกลงกันในลักษณะข้อความยินยอม กล่าวคือ ถ้าหากเป็นกรณีที่ฝ่ายหนึ่งตกลงมอบอำนาจปกครองและการเลี้ยงดูบุตรให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งเพื่อแลกเปลี่ยนกับความยินยอมที่จะหย่า ก็จะไม่มีปัญหาแต่ประการใดเพราะบุตรจะได้อยู่กับผู้ที่ต้องการในตัวเขาอย่างแท้จริง แต่ถ้ามีการตกลงกันโดยฝ่ายหนึ่งยอมรับเป็นฝ่ายเลี้ยงดูบุตรต่อไปภายหลังหย่า เพราะหวังในเงินค่าเลี้ยงชีพที่อีกฝ่ายหนึ่งตกลงจะให้ ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่ามิใช่การตกลงกันโดยสุจริตใจที่จะมุ่งหวังเพื่อประโยชน์ของบุตรอย่างแท้จริงทั้งสองฝ่าย ไม่มีฝ่ายใดปรารถนาที่จะเลี้ยงดูเด็กด้วยความรัก ความเอาใจใส่ แต่มุ่งหวังที่จะหลุดพ้นจากภาระในการเลี้ยงดูบุตรฝ่ายหนึ่ง และอีกฝ่ายหนึ่งก็มุ่งหวังในเงินค่าเลี้ยงดูที่จะได้^๓

วิธีที่สอง นำเอาเรื่องความประพฤติผิดต่อความสัมพันธ์ในการสมรสมาเป็นเครื่องกำหนดอำนาจปกครองและการเลี้ยงดูบุตรภายหลังหย่า ในฐานะเป็นรางวัลตอบแทนความดีของฝ่ายประพฤติชอบซึ่งหลักการนี้ยังคงใช้อยู่ในกฎหมายของบางประเทศ เช่น บทบัญญัติบางตอนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในมาตรา ๑๕๒๐ วรรคสอง

^๑Alexander Lüderitz, "The Legal Position of Children after Divorce in Germany", In Child and the Law, (1976): 197.

^๒Reinhart Lempp, "Child Welfare and the Law : A Medical and Phychiatric Viewpoint", In Child and the Law, (1976): 221-222.

^๓Alexander Lüderitz, "The Legal Position of Children...": 198.

ที่ว่า "ถ้าหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ให้ฝ่ายชนะคดีเป็นผู้ปกครอง เว้นแต่ศาลจะชี้ขาดให้อีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครอง" และบทบัญญัติบางตอนของประมวลกฎหมายแพ่งฟิลิปปินส์ มาตรา ๑๐๖(๓) ซึ่งบัญญัติว่า

Art. 106 the decree of legal separation shall have the following effect:

(1) ...

(2) ...

(3) The custody of the minor children shall be awarded to the innocent spouse, unless otherwise directed by the court in the interest of said minors, for whom said court may appoint a guardian;

วิธีที่สาม ไม่ถือหลักการประพฤติดอกของคู่สมรสเป็นเครื่องกำหนดอำนาจปกครอง แต่จะพิจารณาจากปัจจัยแวดล้อมต่าง ๆ การตกลงกันของบิดามารดา อีกทั้งความต้องการของบุตรว่าอยากอยู่อยู่กับฝ่ายใด ซึ่งหลักการนี้ได้ใช้อยู่ในประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ

๓. วิธีการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังหย่าตามกฎหมายไทย

ก) การกำหนดอำนาจปกครองบุตรก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ ๕ พ.ศ. ๒๔๗๗^๑

แต่เดิมนั้นเมื่อสามีภริยาซึ่งมีบุตรด้วยกัน หย่าร้างกัน แต่ไม่อาจตกลงกันได้ว่าจะให้บุตรอยู่กับฝ่ายใด ได้เคยมีประกาศรัชกาลที่ ๕ จุลศักราช ๑๒๒๑ บัญญัติว่า "บุตรชายได้แก่มารดา บุตรหญิงได้แก่บิดา เว้นไว้แต่เมื่อผู้เป็นสามีผู้ตั้งบิดา ๔๘๐ ไร่ขึ้นไป จึงให้ตามใจบิดา บิดามีอำนาจเลือกได้ บุตรคนไหนบิดาไม่ต้องการ จึงให้ตกเป็นของมารดา ถ้ามารดาเป็นฝ่ายมีศักดิ์สูง บุตรต้องตามใจมารดาทั้งหมด"

^๑ไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวแลมรดก, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, ม.ป.ป.) หน้า ๑๘๐ - ๑๘๑.

นอกจากประกาศฉบับนี้แล้ว ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาอีกเรื่องหนึ่งซึ่งได้วินิจฉัย
เป็นหลักเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรหลังจากการสิ้นสุดการสมรสของบุคคลต่างค้ำ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๘/๒๕๕๘ (ระหว่างเงินดิน โจทก์ อำแดงเอียด
จำเลย) เงินนอกมีภริยาเกิดบุตรด้วยกันแล้วเมียตาย บุตรจึงไปอยู่กับยาย พี่จึงฟ้อง
แม่ยายให้ส่งลูกคืน ศาลเดิมว่าเด็กสมรสอยู่กับยาย หรือพ่อ แล้วแต่ใจเด็กเป็นประมาณ
ครั้งศาลจะให้ส่งตัวก็เสมอเหมือนส่งคนไทยให้ออกไปนอกพระราชอาณาจักร ไม่สมควรจะ
บังคับ

ข) การกำหนดอำนาจปกครองบุตรเมื่อใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ ๕ พ.ศ. ๒๕๑๖

โดยบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๕๓๗ และมาตรา ๑๕๐๒ ว่า

มาตรา ๑๕๓๗ บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ที่อำนาจปกครองของบิดามารดา
อำนาจปกครองนั้นอยู่กับบิดา

มาตรา ๑๕๐๒ ถ้าสามีภริยาหย่ากันเอง ความตกลงว่าฝ่ายใดจะปกครองบุตรคน
ไหน ให้ทำเป็นหนังสือ ถ้ามิได้ตกลงไว้เช่นนั้น ให้บิดาเป็นผู้ปกครอง

ถ้าหย่ากันโดยคำพิพากษาของศาล ให้ฝ่ายชนะคดีเป็นผู้ปกครอง เว้นแต่ศาลจะชี้
ขาดให้อีกฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครอง

ค) การกำหนดอำนาจปกครองบุตรเมื่อใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ ๕ พ.ศ. ๒๕๑๘

มาตรา ๑๕๖๖ บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ที่อำนาจปกครองของบิดามารดา
อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา ในกรณีดังต่อไปนี้

- (๑) บิดาหรือมารดาตาย
- (๒) ไม่แน่นอนว่าบิดาหรือมารดามีชีวิตอยู่หรือตาย
- (๓) บิดาหรือมารดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้
ความสามารถ
- (๔) บิดาหรือมารดาต้องเข้ารักษาตัวในโรงพยาบาลเพราะจิตฟั่นเฟือน
- (๕) ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา

อำนาจปกครองอยู่กับบิดามารดา ในกรณีที่บุตรเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย

และยังมีได้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา ๑๕๔๗

มาตรา ๑๕๒๐ ถ้าสามีภริยาหย่าโดยความยินยอม ให้ทำความตกลงว่าฝ่ายใดจะปกครองบุตรคนใดเป็นหนังสือ ถ้าไม่ได้ตกลงกันหรือตกลงกันไม่ได้ ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด ถ้าหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ให้ฝ่ายชนะคดีเป็นผู้ปกครอง เว้นแต่ศาลจะชี้ขาดให้อีกฝ่ายหนึ่ง หรือบุตรคล้อยนอกเป็นผู้ปกครอง

๑) จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติบรรพ ๕ พ.ศ. ๒๕๑๗ หากไม่อาจตกลงกันในเรื่องอำนาจปกครองบุตรภายหลังหย่า หรือศาลมีคำพิพากษาให้ฝ่ายใดเป็นผู้ปกครองบุตรภายหลังหย่า อำนาจปกครองบุตรจะอยู่กับบิดา แต่เมื่อมีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ พ.ศ. ๒๕๑๙ หากมีการตีความว่านั้น อำนาจปกครองบุตรจะอยู่กับทั้งบิดาและมารดา

๒) ในกรณีหย่าโดยความยินยอม กฎหมายมีได้บัญญัติว่าต้องกำหนดไว้ในสัญญาหย่า เพียงแต่ระบุว่าให้ตกลงกันเป็นหนังสือเท่านั้น การตกลงกันเป็นหนังสือ ก็คือการมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้นเอง ก็มีการตกลงและลงลายมือชื่อของแต่ละฝ่ายก็ใช้บังคับกันได้แล้ว ไม่จำเป็นต้องมีพยานลงชื่อแต่อย่างใด เพราะมิใช่สัญญาหย่าที่กฎหมายบังคับให้มีพยานอย่างน้อย ๒ คนลงลายมือชื่อ แต่ถ้าจะมีก็ไม่ใช่ไร ยิ่งจะทำให้แสดงว่ามีข้อตกลงเช่นนั้นชัดเจนยิ่งขึ้น แต่ถ้าตกลงกันแต่เพียงด้วยวาจาแม้จะมีพยานรู้เห็นก็ตาม ย่อมถือไม่ได้ว่ามีการตกลงกันไว้ในเรื่องอำนาจปกครองบุตร เพราะไม่ได้ทำตามข้อกำหนดของกฎหมาย อำนาจปกครองบุตรภายหลังหย่าจึงยังอยู่กับบิดามารดา เช่นเดิมดังที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๕๖๖

๓) คำว่า "บุตร" ในมาตรา ๑๕๒๐ ย่อมจะต้องหมายถึงบุตรผู้เยาว์ซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ ตามมาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๐ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะหากผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะก็ย่อมพ้นจากอำนาจปกครองของบิดามารดา

๔) จากข้อ ๒) ที่ว่า ถ้าตกลงกันด้วยวาจา ถือว่าไม่มีผล อำนาจปกครองยังคงอยู่กับทั้งบิดาและมารดา รวมถึงการที่ได้ตกลงกัน หรือตกลงกันไม่ได้ด้วย และแม้กฎหมายมาตรา ๑๕๒๐ จะกำหนดให้ทั้งสองกรณีหลังนี้ ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด ก็มีได้หมายความว่า หากไม่ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดแล้ว การหย่าจะมีขึ้นไม่ได้ เพราะสัญญาหย่านั้น

แยกออกจากข้อตกลงในเรื่องอำนาจปกครองบุตรได้ แต่เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ ก็เพื่อเป็นวิธีทางสำหรับที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด จะขอให้อำนาจปกครองอยู่แก่ตนเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งหากใช้วิธีการเช่นนี้แล้ว ก็จะต้องเข้าหลักตามมาตรา ๑๕๖๖(๕) นั้นเอง จึงเห็นว่าภายหลังหย่า อำนาจปกครองบุตรร่วมกันของบิดามารดาอาจมีได้ หากทั้งคู่ไม่ขัดแย้งกันในเรื่องใช้อำนาจปกครอง

๕) ในทางปฏิบัติ การตกลงเรื่องอำนาจปกครองบุตรภายหลังหย่า จะทำเป็นหนังสือถูกต้องหรือไม่ ไม่ค่อยมีปัญหาเพราะการหย่าโดยความยินยอมจะมีผลเมื่อได้จดทะเบียนหย่า ซึ่งขณะเมื่อได้จดทะเบียนหย่า นายทะเบียนมักจะสอบถามเรื่องการปกครองบุตร และการแบ่งทรัพย์สินไว้ด้วย ถ้าทั้งสองฝ่ายตกลงกันได้ นายทะเบียนก็จะบันทึกไว้เป็นหลักฐาน และให้สามีภริยานั้น ลงชื่อไว้เป็นหลักฐาน เพื่อรับรองบันทึกการตกลงไว้ ซึ่งการบันทึกเช่นนี้ ถ้าเป็นเรื่องปกครองบุตรก็ต้องถือว่าใช้ได้ เพราะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือตามความในมาตรา ๑๕๒๐ แล้ว

๖) ในกรณีหย่าโดยคำพิพากษาของศาล กล่าวคือมีการฟ้องหย่า ฝ่ายที่ชนะคดีจะเป็นผู้ปกครอง การจะดูว่าฝ่ายใดชนะคดี ต้องดูว่าศาลพิพากษาให้หย่าเพราะเหตุว่าเป็นความผิดของฝ่ายใด ซึ่งฝ่ายที่ไม่มีความผิดและศาลพิพากษาให้หย่าโดยข้ออ้างของฝ่ายนั้น ย่อมถือว่าเป็นฝ่ายชนะคดี เช่น หญิงฟ้องหย่าว่าชายไปอุปการะเลี้ยงดูหญิงอื่นฉันภริยา สามีปฏิเสธและฟ้องแย้งว่า ภริยามีชู้ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า ภริยามีชู้จริง สามีก็เป็นฝ่ายชนะคดี จึงเป็นผู้ปกครองบุตร

การที่กฎหมายบัญญัติว่า ถ้าหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ให้ฝ่ายชนะคดีเป็นผู้ปกครอง เห็นว่าเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจปกครองโอนมายังอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีเงื่อนไขคือ ข้อแพ้ชนะของคดี ดังนั้นแม้ศาลผู้พิพากษาคดีหย่าจะไม่ได้สั่งในคดีให้ฝ่ายใดเป็นผู้ปกครองบุตรในคดีหย่านั้น ฝ่ายชนะคดีย่อมเป็นผู้ปกครองโดยผลของกฎหมาย

๗) ในกรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายได้กระทำความผิดอันเป็นเหตุหย่าทั้งคู่ และต่างฝ่ายต่างก็ฟ้องหย่าแก่กัน ซึ่งกรณีนี้อาจมีได้เพราะผลแพ้ชนะของคดีเป็นเรื่องซึ่งอำนาจปกครองบุตร จึงจำเป็นต้องฟ้องและต่อสู้คดีแก่กัน เพราะถ้าฝ่ายใดไม่ต่อสู้หากศาล

ให้หย่า อำนาจปกครองบุตรก็จะตกอยู่กับฝ่ายที่ฟ้อง เพราะถือว่าเป็นฝ่ายชนะคดี ดังนั้นกรณีเช่นนี้ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงตามข้อกล่าวหาแก่นั้นจริง ศาลก็ต้องพิพากษาให้หย่า จะพิพากษายกฟ้องโดยถือว่าทั้งสองฝ่ายมาศาลด้วยมืออันไม่บริสุทธิ์ไม่ได้ แต่กรณีเช่นนี้จะถือว่าฝ่ายใดชนะคดีไม่ได้ ศาลจะต้องกำหนดให้ชายหรือหญิงคู่หย่าเป็นผู้ปกครองบุตร หากศาลไม่ได้ชี้ขาดก็ต้องถือว่าทั้งสองฝ่าย เป็นผู้ปกครองบุตร

๘) แต่อย่างไรก็ดี แม้จะไม่มีฝ่ายใดชนะคดี หรือมีฝ่ายใดเป็นผู้ชนะคดีก็ตาม ศาลก็มีอำนาจชี้ขาดให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด เป็นผู้ปกครองได้ แม้ฝ่ายนั้นจะแพ้หรือชนะคดีก็ตาม หรืออาจจะสั่งให้ บุคคลเป็น ^{ภายนอก}ผู้ปกครองก็ได้ ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า อำนาจของศาลที่จะสั่งให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครอง กฎหมายได้กำหนดเฉพาะแต่กรณีหย่าโดยคำพิพากษาของศาลเท่านั้น ส่วนกรณีหย่าโดยความยินยอมกฎหมายมิได้กำหนดไว้

๙) ถ้าปรากฏว่าผู้ปกครองตามมาตรา ๑๕๒๐ ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองตามการตกลงกันเองระหว่างบิดามารดา หรือผู้ปกครองที่ศาลพิพากษาให้ หรือผู้ปกครองที่เป็นบุคคลภายนอก ประพฤติตนไม่สมควร หรือปรากฏว่าพฤติการณ์ภายหลังได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัวผู้ปกครอง โดยเพ่งเล็งถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นประมาณ (มาตรา ๑๕๒๑ วรรคแรกและคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๖๕/๒๕๔๔) อำนาจของศาลในกรณีเช่นนี้ เป็นอำนาจโดยเฉพาะของศาลเองที่จะสั่งโดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ใคร่ขอ เพราะเรื่องอำนาจปกครองบุตรเป็นเรื่องกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน

(ก) ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้เคยกล่าวไว้ว่า ปัญหาที่ว่าเมื่อใดบทกฎหมายบทหนึ่งจะเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น เป็นการยากที่จะชี้ชัดเส้นใต้แน่นอน ได้แต่กล่าวเป็นเลา ๆ ว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั้น ต้องดูว่าบทกฎหมายนั้นได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ประชาชน

หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๓), หน้า ๘๑.

ได้อยู่ร่วมกันด้วยความสงบ เรียบร้อยหรือไม่" ในส่วนที่เกี่ยวกับศีลธรรมต้องเป็นไปตามความคิดเห็นปานกลางของประชาชนที่มีความรู้สึกอันดีว่าชอบด้วยศีลธรรมหรือไม่" และในกฎหมายมหาชน ท่านเห็นว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบ เรียบร้อยทั้งสิ้น ส่วนในกฎหมายเอกชนจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบ เรียบร้อยเฉพาะในเรื่องต่อไปนี้เท่านั้นคือ

- กฎหมายที่กำหนดให้ต้องทำนิติกรรมตามแบบพิธี
- กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อสาธารณะประโยชน์
- กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อกุมครองบุคคลภายนอก
- กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลกระทำการโดยทุจริต
- กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อกุมครองผู้อ่อนแอกว่า เช่น ผู้เยาว์ คนวิกลจริต
- กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อศีลธรรมโดยตรง เช่น ให้ชายมีภริยาได้คนเดียว

ซึ่งความเห็นนี้ก็ตรงกับท่านศาสตราจารย์ เสนีย์ ปราโมช ที่ได้เคยกล่าวไว้ว่า "ศาลอยู่ในฐานะคล้ายกับผู้ปกครองสูงสุดของผู้เยาว์กับคนบ้า"

(ข) เรื่องศาลมีอำนาจพิจารณาได้เองในเรื่องอำนาจปกครองนั้น ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๙๗/๒๕๓๙ (ระหว่างนางปาน จำปาทาสี ผู้ร้อง นายสุบิน ยิงรัมย์ ผู้คัดค้าน) กล่าวถึงไว้อย่างชัดเจนว่า "...ศาลฎีกาเห็นว่า กรณีที่เกี่ยวกับผู้เยาว์อันว่าด้วยเรื่องอำนาจปกครองและความปกครองนี้ ไม่เหมือนกับคดีธรรมดาสามัญอื่นทั่วไป ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติต่าง ๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ลักษณะ ๒ และหมวด ๓ ซึ่งได้ให้อำนาจแก่ศาลเป็นพิเศษในอันที่จะป้องกันสวัสดิภาพและรักษาผลประโยชน์ของผู้เยาว์ แม้ผู้เยาว์นั้นจะมีบิดามารดาหรือผู้ปกครองอยู่แล้วหรือไม่ก็ตาม ศาลมีอำนาจที่จะสั่งถอนอำนาจปกครองเสียบางส่วนหรือทั้งหมด และจะสั่งถอนผู้ปกครองเสียก็ได้ อำนาจเช่นว่านี้ศาลจะสั่งเอง หรือในเมื่อมีบุคคลผู้มีสิทธิร้องขอขึ้นมาก็ได้ ตามมาตรา ๑๕๕๒ , ๑๕๗๔ และ ๑๕๗๕ (เดิม)

ปัญหาในชั้นนี้มีเพียงว่า การที่บุคคลใดจะร้องขอต่อศาลเพื่อให้สั่งถอนผู้ปกครอง

ตามที่ศาลสั่งแต่งตั้งไว้แล้วจากการเป็นผู้ปกครองของผู้เยาว์นั้น จะเสนอคำร้องขอเข้ามาในคดีเรื่องขอตั้งผู้ปกครองเดิมซึ่งศาลได้สั่ง และถึงที่สุดไปแล้วนั้นได้หรือไม่ หรือจำเป็นจะต้องเสนอคดีมีข้อพิพาทเป็นคดีใหม่ ตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๕๕

ตามบทกฎหมาย ๓ มาตราดังกล่าวข้างต้นแสดงชัดว่า การสั่งถอนผู้ปกครองนี้เป็นเรื่องอยู่ในอำนาจศาลโดยตรง ศาลมีอำนาจที่จะสั่งถอนเองได้โดยไม่ต้องมีผู้ใดร้องขอ เมื่อมีคดีเดิมเรื่องขอตั้งผู้ปกครองอยู่แล้ว ศาลก็สั่งถอนได้เองในคดีเดิมนั้นเอง ไม่จำเป็นต้องทำเป็นคดีเรื่องใหม่ขึ้นมาอีกต่างหากจากสำนวนเดิมนั้นเลย ฉะนั้นในกรณีที่มีผู้ร้องขอ ซึ่งตามมาตรา ๑๕๕๒, ๑๕๗๒, ๑๕๗๖ (เดิม) ใช้คำว่าร้องขอ หรือคำร้องขอทั้งสิ้น ผู้มีสิทธิร้องขอจึงอาจยื่นคำร้องขอเข้ามาในคดีเรื่องเดิมนั้นได้ ... หากกรณีที่โต้แย้งคัดค้านเพียงเพราะเหตุที่ถือว่าคดีเดิมเสร็จเด็ดขาดถึงที่สุดไปแล้วครั้งนี้ไม่ ศาลฎีกาเห็นว่าคดีเรื่องตั้งผู้ปกครองเช่นนี้ ถ้าจะเรียกถึงที่สุดก็เพียงแต่จะใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกากันต่อไปไม่ได้แล้วเท่านั้นเอง อำนาจควบคุมและคุ้มครองของศาลยังคงมีอยู่เรื่อยไป ดังจะเห็นได้ตามบทบัญญัติต่างๆ ในมาตรา ๑๕๖๑-๑๕๖๗ (เดิม) พิจารณาตามมาตรา ๑๕๖๕ (เดิม) ก็ยังเห็นได้ชัดว่าเป็นการร้องขอในคดีเดิมนั้นเอง เรื่องยื่นคำร้องขอให้ศาลถอนผู้ปกครองก็เป็นไปในทำนองเดียวกัน ศาลฎีกาจึงเห็นว่า...มีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอเข้ามาในคดีเรื่องเดิมนั้นได้ "

(ค) ดังนั้นเมื่อถือว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยฯ แม้ตามปกติศาลจะพิพากษาหรือทำคำสั่งใดๆ เกินไปจากคำขอ หรือที่มีใ้กล่าวในคำฟ้องไม่ได้ แต่เรื่องนี้ศาลสามารถกระทำได้เพราะเข้าข้อยกเว้นดังกล่าวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๕๒(๕)

๑๐) ในกรณีที่ได้มีการกำหนดอำนาจปกครองตามตามมาตรา ๑๕๒๐ เป็นที่เรียบร้อยแล้ว ปรากฏว่า ผู้ถูกกำหนดให้เป็นผู้ปกครองนั้นได้ถึงแก่ความตายลง จะมีปัญหาว่า คู่สมรสฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่จะกลับเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองดั้งเดิมหรือไม่ เรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อได้มีการกำหนดให้ฝ่ายใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแล้ว ย่อมจะนำหลักทั่วไปในมาตรา ๑๕๖๖ มาใช้ไม่ได้ บิดามารดาที่ยังมีชีวิตอยู่จึงไม่เป็นผู้ใช้อำนาจ

ปกครองต่อไปได้ เพราะเมื่อมีการกำหนดอำนาจปกครองให้แก่ฝ่ายใดแล้ว อำนาจปกครอง
ซึ่งแต่เดิมมีแก่อีกฝ่ายหนึ่งนั้นย่อมเป็นอันระงับไป ซึ่งจะเห็นได้ชัดในกรณีที่มีคำพิพากษาของ
ศาลกำหนด แม้อำนาจที่ใช้อำนาจปกครองจะหายไป หากไม่มีการร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่ง
ใหม่ คำสั่งศาลอันเดิมก็ยังมีผลอยู่ ส่วนในกรณีที่มีการตกลงกันเองโดยศาลไม่ได้เข้ามา
เกี่ยวข้องด้วย ก็อาจจะให้เหตุผลได้ โดยเปรียบเทียบกับการที่ทำการตกลงในสัญญาทางแพ่ง
ต่างๆทั่วไป เพราะเมื่อผู้มีสิทธิตกลงโอนสิทธิของตนให้แก่ผู้อื่นไปแล้ว แม้อันนั้นจะหายไป
สิทธินั้นก็ไม่ได้กลับมาสู่ผู้โอนอีกต่อไป ในกรณีนี้ก็ควรเป็นไปในลักษณะเดียวกัน เมื่อมีการ
โอนอำนาจปกครองส่วนของตนไปให้อีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ก็ย่อมหมดสิทธิในอำนาจปกครองนั้น
หากต้องการสิทธินั้นก็กลับคืนมาอีก ก็จำต้องมีการตกลงกันใหม่ แต่กรณีนี้ไม่อาจทำได้โดย
สภาพจึงควรใช้ศาลเป็นที่พึ่ง

๔. อำนาจปกครองกับการเลี้ยงดูจะแยกจากกันได้หรือไม่

ในต่างประเทศเช่น ประเทศอังกฤษ ซึ่งทางทฤษฎีถือกันว่า อำนาจปกครอง
และการเลี้ยงดูบุตรอาจแบ่งแยกได้ เพื่อที่ศาลจะทำให้เกิดความรู้สึกเป็นธรรมระหว่าง
พ่อและแม่เท่าที่จะเป็นไปได้^๑

ในเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา ๑๖๗๑(๔) ว่า "โดยปกติ
อำนาจปกครองจะมอบให้แก่คนเดียว แต่กรณีเพื่อความเหมาะสมอาจจะให้ใช้
อำนาจปกครองร่วมกันก็ได้" ซึ่งการใช้อำนาจปกครองร่วมกันนี้ นักกฎหมายเยอรมันท่าน
หนึ่งได้ให้ตัวอย่างว่า อาจทำได้โดยแบ่งแยกการปกครองดูแลรักษาตัวบุคคลให้กับฝ่ายหนึ่ง
และดูแลรักษาทรัพย์สินสมบัติของเด็กให้กับอีกฝ่ายหนึ่ง^๒

ส่วนในอังกฤษ มีวิธีจัดสรรอำนาจปกครองและเลี้ยงดูบุตรภายหลังหย่าอยู่^๓

^๑ H.B. Grant, Family Law, p.133.

^๒ Hans-Wolfgang Stratz, "Parental Custody and the Child's
interests in the Broken Family," In Child and the Law. Vol.I, p.50

วิธีที่ ๑

ก. ให้อำนาจปกครองบุตรทั้งหมดแก่ผู้สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งมีการนิยมใช้กันมาก มีจำนวน ๑๐-๔๐% ในอังกฤษ

ข. ในกรณีที่บุตรหลายคน อาจจะมีการแบ่งบุตรในระหว่างบิดามารดา ซึ่งมักจะทำในกรณีที่บุตรมีอายุแตกต่างกันมาก เพราะถ้ามีวัยใกล้เคียงกัน บุตรจะมีความผูกพันต่อกันมาก การแยกเด็กออกจากกันจะมีผลเสียต่อสภาพจิตใจของเด็กมากขึ้น แต่ความนิยมในวิธีนี้ได้เริ่มลดน้อยลง เมื่อมีทฤษฎีทางจิตวิทยาที่สำคัญอีกทฤษฎีหนึ่งเข้ามาแทนที่คือ ทฤษฎีที่เรียกว่า "การรักษาความผูกพันทางอารมณ์" (Maintenance of Emotional Ties) หรืออีกทฤษฎีหนึ่งที่คล้ายคลึงกันซึ่งเรียกว่า "ความต่อเนื่องในการเลี้ยงดู" (The Continuity of the child's education) ซึ่งมีหลักว่า ในกรณีที่บุตรเป็นเด็กเล็กๆ การแยกเอามาจากบุคคลที่เด็กเคยอยู่ด้วยนั้น จะทำความเสียหายแก่สวัสดิภาพของเด็กอย่างหนัก ดังนั้นวิธีตามข้อ ข. นี้จึงเหลือเพียง ๕% เท่านั้นในอังกฤษปัจจุบัน

ค. ให้อุหย่าทั้งสองฝ่ายมีอำนาจปกครองร่วมกัน และมีสิทธิกำหนดเรื่องการอบรมเลี้ยงดูเด็ก แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าพิพาทซึ่งใช้วิธีนี้ จะต้องมีการเจาะจงว่าบุตรควรจะอาศัยอยู่กับใคร วิธีนี้มักไม่ค่อยใช้กัน ในอังกฤษจึงมีเพียง ๒-๔ % เท่านั้น

ง. ใ้กำหนดการปกครองและเลี้ยงดูบุตรไว้ล่วงหน้า โดยสับเปลี่ยนกันเมื่อครบระยะเวลาหนึ่งๆ ซึ่งในทางปฏิบัติไม่ปรากฏว่ามีคดีใดเคยถูกสั่งเช่นนี้เลยในอังกฤษ เพราะเป็นการรุ่มรวยและยุ่งยากมาก หากจะบังคับคดีตามคำสั่งในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง อีกทั้งผู้กระสีก้ออาจร้องขอเปลี่ยนตัวผู้มีอำนาจปกครองและเลี้ยงดูได้อยู่แล้ว

^๑ John Fekelaar, Family Law and Social Policy, (London : Weidenfeld and Nicolson, 1978) p.227.

^๒ Reinhart Lempp, "Child Welfare and the Law : A medical...", p. 224.

สำหรับในประเทศไทย กรณีตามข้อ ก. และข้อ ข. ก็ได้มีการใช้ในประเท
ไทยเช่นกัน ส่วนในกรณีตามข้อ ค. อำนาจปกครองร่วมกันนั้นอาจจะเกิดขึ้นได้ หากภ
ษามีได้ตกลง หรือตกลงกันไม่ได้ในเรื่องอำนาจปกครองบุตรภายหลังหย่าในคดีหย่าโดย
ความยินยอม หรือศาลมิได้พิพากษาในเรื่อง อำนาจปกครองบุตรในคดีหย่า ดังที่ได้เคย
กล่าวมาแล้ว ผลจากการกระทำเช่นนั้นทำให้คู่หย่ายังคงมีอำนาจปกครองร่วมกัน โดยผล
ของกฎหมาย มาตรา ๑๕๖๖ ส่วนกรณีตาม ข้อ ก. และ ง. นั้นไม่เคยมีในประเทศไทย

นอกจากนี้ตามกฎหมายไทย อำนาจปกครองบุตรกับการเลี้ยงดูบุตรภายหลัง
หย่าจะจัดสรรให้คู่หย่าแต่ละฝ่ายได้รับนั้นทำไม่ได้ เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ มาตรา ๑๕๖๗(๑) นั้นกำหนดไว้ว่า ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิกำหนดที่อยู่ของบุตร
และสามารถเรียกบุตรคืนจากผู้อื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ก็โดยไม่มีอำนาจ
(มาตรา ๑๕๖๗(๔)) ดังนั้นคู่สมรสฝ่ายซึ่งมีอำนาจปกครองบุตรภายหลังหย่า ย่อมจะมี
สิทธิเลี้ยงดูเด็กไว้กับตนโดยผลของกฎหมาย ซึ่งจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่
๑๕๐๖/๐๘ (ระหว่าง นายเสรี กิริวรรณชัย โจทก์ นางจินดา สุวรรณกิจบริหาร
จำเลย) ว่า เดิมโจทก์ฟ้องจำเลยขอให้ส่งบุตรแก่โจทก์ คดีถึงที่สุดโดยศาลฎีกาพิพากษา
ให้จำเลยส่งตัวบุตรให้โจทก์ แต่จำเลยขอให้งดการบังคับคดีไว้ อ้างว่าได้ฟ้องโจทก์ต่อ
ศาลคดีเด็กและเยาวชนกลาง ขอให้พิพากษาให้อำนาจปกครองบุตรอยู่แก่จำเลย ต่อมา
คดีถึงที่สุด โดยศาลอุทธรณ์พิพากษาให้อำนาจปกครองอยู่แก่จำเลย ดังนี้ ประเด็น
พิพาทตามคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นเรื่องว่าจะให้จำเลยส่งบุตรแก่โจทก์ตามคำขอหรือไม่
ส่วนประเด็นพิพาทตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์เป็นเรื่องว่าอำนาจปกครองควรจะอยู่แก่จำเลย
ผู้เป็นมารดาหรือไม่ ผลแห่งคำพิพากษาทั้งสองเรื่องจึงเป็นคนละเรื่องกันหาขัดแย้งกันไม่
เมื่อศาลอุทธรณ์พิพากษาให้อำนาจปกครองบุตรอยู่แก่จำเลยแล้ว อำนาจปกครองที่มีอยู่
แก่โจทก์แต่แรกก็ย่อมหมดไปในตัว จำเลยไม่ต้องส่งบุตรให้โจทก์

๕. วิธีการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังหย่าตามกฎหมายต่างประเทศ

ก) ประเทศในเครือจักรภพอังกฤษ

ในอังกฤษแต่เดิมนั้นผู้ปกครองทางด้านศีลธรรม โดยมักจะไม่ให้มารดาที่มีผู้เป็นฝ่ายที่ได้อำนาจปกครองและเลี้ยงดูบุตรภายหลังหย่า แต่ในปีค.ศ. ๑๙๒๕ ได้มีหลักเกณฑ์ในการตัดสินมอบอำนาจปกครองและการเลี้ยงดูบุตรภายหลังหย่าเกิดขึ้นใหม่ โดยพระราชบัญญัติ Guardianship of Infant Act, ๑๙๒๕ มาตรา ๑ มีใจความว่า

Where in any proceeding before any court...the custody or upbringing of a minor ...is in question, the court, in deciding that question, shall regard the welfare of the minor as the first and paramount consideration, and shall not take into consideration whether from any other point of view the claim of the father, or any right at common law possessed by the father, in respect of such custody or upbringing...is superior to that of the mother or the claim of the mother is superior to that of the father.

ซึ่งอาจถอดความโดยสรุปได้ว่า "ศาลจะต้องตัดสินปัญหาโดยคำนึงถึงสวัสดิภาพและความผาสุกของเด็กเป็นสำคัญ และจะต้องไม่นำแง่คิดในเรื่องการอ้างสิทธิของบิดาหรือสิทธิใด ๆ ที่บิดามีตามกฎหมายยอมมอบ ลอว์ ซึ่งดีกว่ามารดา หรือของมารดาที่ดีกว่าบิดามาเป็นข้อพิจารณาในการกำหนดอำนาจปกครองบุตร" แต่อย่างไรก็ตามบิดานั้นโดยสภาพแล้วมักจะมีข้อเสียเปรียบเมื่อเทียบกับของมารดา เพราะศาลอังกฤษมักมีความเห็นว่า การที่บิดามีชีวิตอยู่กับการทำงาน ย่อมไม่เหมาะสม และอาจจะไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของความเป็นผู้ปกครองได้อย่างเพียงพอ^๑ ในปี ค.ศ. ๑๙๖๐ ศาลสภาขุนนางได้ตัดสินไว้ในคดี J.v.C. (๑๙๖๐) A.C. ๖๖๔ ให้มอบอำนาจปกครองเด็กอายุ ๑๐ ขวบให้แก่บิดามารดาบุญธรรมชาวอังกฤษ โดยถือว่าเหมาะสมกว่าบิดามารดาโดยธรรมชาติ

^๑ H.B. Grant, Family Law, p.134.

ชาวสเปน โดยให้เหตุผลว่า "สิทธิและความประสงค์ของบิดามารดาต้องถูกประเมิน และ ซึ่งนำหนักพร้อมด้วยปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย เพื่อสนับสนุนคำจูนความผาสุกของเด็ก... และในปัจจุบันไม่มีหลักกฎหมายว่าสิทธิและความประสงค์ของพ่อแม่จะต้องเป็นต่อเหนือข้อพิจารณาอื่น..."

ในแคนาดา ปี ค.ศ.๑๙๗๖ คดี K.v.K. [1976] 2 W.W.R.462 (Alberta) และในออสเตรเลีย ปี ค.ศ.๑๙๗๔ คดี Campbell V. Campbell (1974) 9 S.A.S.R.25 ศาลเคยอนุญาตให้บุตรอยู่กับมารดาแม้ว่า เธอจะมีความสัมพันธ์แบบรักร่วมเพศ (Homosexual)^๑

นอกจากนี้เพื่อประกอบการพิจารณาของศาล ผู้พิพากษาหรือจำศาลในอังกฤษ และเวลส์อาจจะสั่งให้เจ้าหน้าที่สวัสดิการของศาล (a court welfare officer) ทำการสอบสวนและรายงานต่อศาลเกี่ยวกับเรื่องใด ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับสวัสดิภาพของบุตร และมีอำนาจสั่งให้บุตรมีตัวแทนต่างหากจากพ่อแม่ของเขาก็ได้ใน The Australian Family Law Act, ๑๙๗๕ ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้คดีทุกฝ่ายมาประชุมร่วมกับเจ้าหน้าที่สวัสดิการของศาล เพื่อพยายามแก้ไขข้อขัดแย้งในเรื่องการปกครองและเลี้ยงบุตร^๒

ข) ประเทศฝรั่งเศส

มาตรา ๒๔๖ การหย่ายังคงมีสิ่งสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาต่อบุตร ตามบทบัญญัติที่ระบุไว้ในมาตราต่อ ๆ ไป

มาตรา ๒๔๗ เพื่อผลประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์ อำนาจปกครองและการเลี้ยงดูจะถูกมอบให้แก่ผู้สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่เป็นกรณีจำเป็นสำหรับผลประโยชน์ของเด็ก อำนาจปกครองและการเลี้ยงดูอาจจะถูกมอบให้กับบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์มากกว่า หรือหากไม่

^๑John Eekelaar, Family Law and Social Policy, p.222.

^๒Ibid., 218.

อาจเป็นไปได้ให้มอบบุตรให้แก่สถาบันเลี้ยงดูเด็ก

มาตรา ๒๔๗ - ๑ ก่อนที่จะมีการชี้ขาดเรื่องอำนาจปกครองและการเลี้ยงดูเด็ก หรือในเรื่องสิทธิในการเยี่ยม ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือสุดท้าย ผู้พิพากษาอาจจะมอบหมายให้บุคคลใดที่มีคุณสมบัติเหมาะสมทำการสืบสวนทางสังคม เพื่อรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับสถานภาพของครอบครัว หรือฝ่ายหนึ่งเด็กจะไปอยู่อาศัยด้วย ทั้งในด้านความเป็นอยู่และทางด้านศีลธรรมเพื่อเป็นมาตรการในการรักษาผลประโยชน์ของบุตร

คู่สมรสฝ่ายใดโต้แย้งข้อสรุปนั้น เขาอาจจะขอสืบสวนห้กลางได้

การสืบสวนทางสังคม อาจจะไม่ถูกใช้ในการพิจารณาถึงสาเหตุของการหย่า

มาตรา ๒๔๘ คู่สมรสฝ่ายซึ่งไม่มีอำนาจปกครองบุตรยังคงมีสิทธิที่จะตรวจตราดูแลการเลี้ยงดูและให้การศึกษาของเด็ก ซึ่งคู่สมรสฝ่ายนั้นต้องมีส่วนช่วยเหลือให้การเลี้ยงดูบุตรตามสัดส่วนแห่งรายได้

คู่สมรสฝ่ายนี้จะถูกตัดสิทธิในการเยี่ยมก็แต่เฉพาะในกรณีสำคัญเท่านั้น

คู่สมรสฝ่ายนี้อาจได้รับมอบหน้าที่ในการบริหารทรัพย์สินมรดกของเด็ก ภายใต้การควบคุมของศาล ถ้าคาดหมายได้ว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์กับทรัพย์สินมรดกของเด็ก

มาตรา ๒๔๙ ผู้พิพากษาจะชี้ขาดเรื่องอำนาจปกครอง การเลี้ยงดูบุตรและแบบวิถีการใช้อำนาจปกครอง หากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง สมาชิกคนใดคนหนึ่งของครอบครัวหรือพนักงานอัยการร้องขอ

มาตรา ๒๕๐ ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้

๑. ข้อตกลงที่ทำขึ้นระหว่างคู่สมรสทั้งสอง
๒. ข้อมูลซึ่งได้รวบรวมไว้จากการสืบสวนทางสังคมและการสืบสวนแย้งดังที่ได้ระบุไว้ในมาตรา ๒๔๗-๑
๓. ความรู้สึกทางอารมณ์ที่ใดแสดงออกมาของผู้เยาว์ หากปรากฏว่าเป็นการจำเป็นแก่การพิจารณา และจะไม่นำผลร้ายมาสู่เด็ก

มาตรา ๒๙๑ ในเรื่องการตัดสินใจเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครอง ศาลอาจจะแก้ไขหรือทำให้สมบูรณ์ได้ทุกขณะ ด้วยการร้องขอของกลุ่มสมรสฝ่ายหนึ่ง สมาชิกคนใดคนหนึ่งของครอบครัว หรือพนักงานอัยการ

มาตรา ๒๙๒ กรณีการหย่าโดยคำร้องร่วมกัน ข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองบุตรที่ได้รับการเห็นชอบจากศาล อาจจะถูกทบทวนใหม่หากมีเหตุสำคัญ ด้วยการร้องขอของกลุ่มสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือพนักงานอัยการ

มาตรา ๒๙๓- มาตรา ๒๙๔-๑ (วิธีการจ่ายเงินค่าอุปการะเลี้ยงดู)

มาตรา ๒๙๕ บิดามารดาผู้ต้องรับผิดชอบในการเลี้ยงดูบุตรที่บรรลุนิติภาวะแล้ว แต่ไม่สามารถเลี้ยงดูตนเองได้ อาจเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งจ่ายเงินช่วยเหลือในการเลี้ยงดู และให้การศึกษามูลนิธิได้

ค) ประเทศสวีเดน

The Swedish Marriage Code ซึ่งแก้ไขปรับปรุงและใช้บังคับ

ปี ค.ศ. ๑๙๖๔ มีหลักเกณฑ์ว่า ในระหว่างสมรสบิดามารดาใช้อำนาจปกครองดูแลบุตรร่วมกัน แต่ภายหลังการหย่า ศาลจะต้องตัดสินว่าฝ่ายใดจะมีอำนาจปกครองเลี้ยงดูบุตร ถ้าบิดามารดาตกลงกันได้ให้ใครเป็นผู้ปกครองดูแลบุตร ศาลต้องตัดสินไปตามนั้น เว้นแต่การตกลงเช่นนั้นจะถูกพบว่าขัดแย้งอย่างเห็นได้ชัดกับผลประโยชน์ของเด็ก แต่ต้องไม่นำเรื่อง ที่บิดามารดาฝ่ายใดเป็นต้นเหตุให้เกิดการแตกแยกของการสมรสมาเป็นข้อพิจารณากำหนด ผู้ปกครอง อำนาจปกครองจะถูกมอบให้แก่ฝ่ายที่สามารถอำนวยความสะดวกในบ้านให้แก่เด็กได้ดีที่สุด

ในกรณีที่บิดามารดาอยู่กินกันโดยมิได้สมรสได้เลิกกัน แต่มิได้ตกลงกันในเรื่องอำนาจปกครองดูแลบุตร บิดาจะสามารถได้รับอำนาจปกครองบุตรภายใต้เงื่อนไขเดียวกับที่ใช้ในกรณีการหย่า กล่าวคือ พิจารณาว่าใครเป็นฝ่ายเหมาะสมที่สุดและตามกฎหมายฉบับนี้ เขาจะได้รับอำนาจปกครองดูแลบุตรด้วยเช่นเดียวกัน ถ้ามารดาตายหรือกลายเป็นคนที่ไม่อาจใช้อำนาจปกครองได้



ง) ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน

ประมวลกฎหมายแพ่งจีน บรรพ ๔ ว่าด้วยครอบครัว ฉบับประกาศใช้เมื่อ
วันที่ ๒๔ มกราคม ค.ศ. ๑๙๓๑ ในมาตรา ๑๐๕๑ และมาตรา ๑๐๕๕

มาตรา ๑๐๕๑ ภายหลังจากหย่าโดยความยินยอม อำนาจปกครองบุตรยังคงอยู่กับฝ่าย
สามี เว้นแต่มีความตกลงกันเป็นอย่างอื่นก็ให้เป็นไปตามนั้น

มาตรา ๑๐๕๕ ในกรณีการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล บทบัญญัติตามมาตรา ๑๐๕๑ จะถูก
นำมาใช้ เว้นแต่ศาลจะตั้งผู้ปกครองคนอื่น เพื่อผลประโยชน์ของเด็ก

จ) ประเทศญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น เรื่องอำนาจปกครองและการเลี้ยงดูภายหลังหย่า
ไว้ในมาตรา ๗๖๖ มาตรา ๗๗๑ และมาตรา ๘๑๙

มาตรา ๗๖๖ (๑) ในกรณีที่บิดามารดาหย่ากันโดยความยินยอม บุคคลผู้เป็นผู้เลี้ยงดูเด็ก
และจัดการเรื่องต่างๆ ที่จำเป็นสำหรับเด็กจะสามารถตกลงกันได้เอง แต่ถ้าไม่อาจจะ
ตกลงกันได้ เรื่องนี้ศาลครอบครัวจะเป็นผู้ตัดสิน

(๒) ถ้าศาลครอบครัวเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพื่อผลประโยชน์ของเด็ก
อาจเปลี่ยนตัวผู้เลี้ยงดู หรือมีคำสั่งออกข้อกำหนดอื่น ๆ ซึ่งเป็นการเหมาะสมสำหรับการ
เลี้ยงดู

(๓) บทบัญญัติของสองวรรคก่อนจะไม่เป็นเหตุเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่
ของบิดามารดา

มาตรา ๗๗๑ บทบัญญัติของมาตรา ๗๖๖ - มาตรา ๗๖๙ ให้อนุโลมมาใช้ในการหย่าโดย
คำพิพากษาของศาล

มาตรา ๘๑๙ การใช้อำนาจปกครอง

(๑) ถ้าบิดามารดาหย่ากันโดยความยินยอมจะตกลงให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด
เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองก็ได้

(๒) กรณีหย่าโดยคำสั่งศาล ศาลจะเป็นผู้กำหนดให้ฝ่ายใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง

(๓) ถ้าบิดามารดาหย่ากันก่อนเด็กเกิด อำนาจปกครองย่อมอยู่แก่มารดาเป็นผู้ใช้ แต่ทั้งสองฝ่ายอาจจะตกลงกันภายหลังเด็กเกิดให้พ่อเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองก็ได้

(๔) บุตรที่บิดารับรองแล้ว...

(๕) ถ้าไม่มีการตกลงกัน หรือตกลงกันไม่ได้ดังกล่าวใน ข้อ ๑, ๒ และวรรคก่อน บิดามารดาอาจยื่นคำร้องขอให้ศาลครอบครัว มีคำพิพากษาแทนการตกลงกันได้

(๖) ศาลวินิจฉัยของเด็กจะร้องขอให้ศาลครอบครัวโอนอำนาจปกครองจากผู้ปกครองคนหนึ่งไปยังอีกคนหนึ่งได้ ซึ่งถ้าศาลเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพื่อผลประโยชน์ของเด็ก ศาลจะสั่งตามนั้น

