

ลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า

แต่ตั้งแต่นั้น บุตรถือ เป็นสิทธิ์ของบิดามารดา กฎหมายของแต่ละประเทศมักจะกำหนดให้บิดาเป็นผู้มีอำนาจเหนือชีวิตและความตายของบุตร¹ และบางที่ถึงกับถือว่าบุตรและภริยาเป็นทรัพย์สินบังคับขั้นหนึ่งที่บิดาหรือสามีอาจนำออกขายให้ เป็นทาสได้² แต่ในปัจจุบัน แนวความคิดเรื่องความเป็นบิดามารดา³ ได้ถูกมองถึงด้านหน้าที่มากขึ้นว่า บิดามารดาอยู่ในฐานะผู้ให้การศึกษอบรมบ่มนิสัย³ มีหน้าที่จำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรนั้นจนกว่าจะบรรลุนิติภาวะ เนื่องด้วยบุตรผู้เยาว์ยังเป็นผู้ขาดประสบการณ์ จึงอาจจะถูกหลอกลวงทำให้เสียหายหรือชักจูงไปในทางที่ผิดได้ ดังนั้น กฎหมายในเรื่องอำนาจปกครองบุตรได้มีการบัญญัติขึ้น โดยให้ทั้งบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองดูแลบุตร ซึ่งได้กล่าวถึงรายละเอียดพร้อมทั้งสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาไว้ในบทที่ 2 ในกรณีดังกล่าวจะไม่เกิดปัญหาแต่ประการใด หากสภาพการสมรสระหว่างสามีภริยานั้นคงอยู่ แต่ถ้าหากว่าการสมรสนั้นสิ้นสุดลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยการหย่าซึ่งกฎหมายแทบทุกประเทศในโลกยินยอมให้สามีภริยาหย่าขาดจากกันในช่วงที่มีชีวิตอยู่ได้ ทั้งนี้ เพราะเห็นว่าเมื่อคู่สมรสหมดสิ้นเกี่ยวข้องต่อกันแล้ว จะบังคับให้จำต้องทนอยู่ด้วยกันต่อไป น่าจะเป็นการไม่สมควร⁴ จึงทำให้เกิดการอย่าร้างขึ้นโดยง่าย ผลกระทบที่สำคัญยิ่งที่เกิดจากการหย่าร้าง

¹ Gerald Godfrey, "Report of the Committee on Parental Rights and Duties and Custody Suits," The Child and the Law. Vol. 1 (1976) : 583.

² ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มฤตก (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), หน้า 307.

³ Reinhart Lempp, "Child Welfare and the Law : A Medical and Psychiatric Viewpoint," The Child and the Law. (1976) : 215.

⁴ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 , ว่าด้วยครอบครัว , พิมพ์ครั้งที่ 4. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2531), หน้า 251.

ก็คือบุตร กฎหมายในแต่ละประเทศจึงได้บัญญัติถึงวิธีการกำหนดและการใช้อำนาจปกครองบุตร ภายหลังจากสิ้นสุดการสมรส เพื่อจัดปัญหาขัดแย้งระหว่างบิดาและมารดาในกรณีที่ไม่สามารถตกลง กันได้ในเรื่องบุตรผู้เยาว์ พร้อมทั้งคุ้มครองความผาสุกและประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์

1. ลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังจากการหย่าตามระบบกฎหมายไทย

ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ถึงลักษณะของกฎหมายครอบครัวไทยมีกฎหมายหลัก 3 ฉบับ ซึ่งได้วิวัฒนาการตามสภาพสังคมเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น ผู้เขียนจะแบ่งการเขียนออกเป็น 3 ยุค ตามสภาพสังคมและวิวัฒนาการของกฎหมายครอบครัวไทย เพื่อเป็นการเปรียบเทียบ บทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละยุคไปด้วย กล่าวคือ

1.1 ลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังจากการหย่าตามกฎหมายลักษณะฉัวเมีย

1.2 ลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังจากการหย่าตามบทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปีพุทธศักราช 2478

1.3 ลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังจากการหย่าตามบทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับที่แก้ไขและตรวจชำระใหม่ ปี พ.ศ. 2519

1.1 ลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังจากการหย่าตามกฎหมายลักษณะฉัวเมีย

1.1.1 หลักเกณฑ์และวิธีการหย่าตามกฎหมายลักษณะฉัวเมีย

ในกฎหมายลักษณะฉัวเมียได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการขาดจากการสมรสไว้ 3 ลักษณะด้วยกัน คือ⁵

- การหย่าโดยความยินยอม
- การหย่าโดยคู่สมรสแสดงเจตนาในเวลาต่างกัน
- การหย่าโดยคำพิพากษาของศาล

การหย่าร้างทั้ง 3 ลักษณะ มีรายละเอียดและหลักเกณฑ์ดังนี้ คือ

⁵ หลุยส์ คูปลาตร์, สถานะของหญิงมีสามีในประเทศสยาม, แปลโดย ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 67.

ลักษณะแรก : การหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรส

การหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสแยกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรกคู่สมรสแสดงเจตนาหย่าขาดจากกันโดยทำข้อตกลงเป็นหนังสือ และลงลายมือชื่อถือว่าการหย่านั้นสมบูรณ์⁶ หรือโดยสามีให้หนังสือหย่าแก่ภริยาและภริยาขอรับการหย่าโดยวาจาต่อหน้าพยานการยอมรับข้อเสนองการหย่าของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะกระทำได้โดยพฤติการณ์ที่แสดงออกมา⁷

อีกกรณีหนึ่งคือ คู่สมรสแสดงเจตนาหย่าขาดจากกันโดยการแบ่งทรัพย์สินต่อหน้าผู้ใหญ่ โดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือ⁸ กล่าวคือคู่สมรสประกาศต่อหน้าผู้ใหญ่หรือต่อหน้าเจ้าหน้าที่บ้านเมือง โดยจะต้องมีการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาให้ทันที หากการประกาศโดยไม่มีมีการแบ่งทรัพย์สิน ไม่มีผลเป็นการหย่า ท่านองเดียวกันกับกรณีที่แบ่งทรัพย์สินแต่ไม่มีมีการประกาศว่าจะหย่าขาดจากกัน⁹

ลักษณะที่สอง : การหย่าโดยคู่สมรสแสดงเจตนาในเวลาต่างกัน

คู่สมรสอาจจะแสดงเจตนาหย่าโดยความยินยอมในเวลาต่างกัน เช่น สามีทิ้งเรือนไปอาศัยอยู่ที่อื่น หากสามีจากไปนาน ภริยาสามารถหย่าโดยมอบสินเดิมและทุนคืนให้แก่สามี ทั้งนี้ไม่ว่าฝ่ายชายจะยอมรับทรัพย์สินดังกล่าวคืนหรือไม่ก็ตาม การหย่ามีผลสมบูรณ์ หากหาสามีไม่พบ ให้มอบทรัพย์สินไว้แก่คนในครอบครัวของสามีคนใดคนหนึ่ง เมื่อบุคคลที่ว่านี้รับทรัพย์สินไว้แล้ว สามีภริยาหย่าขาดจากกัน หากคนในครอบครัวสามีไม่ยอมรับภริยาต้องบอกกล่าวข้อเท็จจริงทั้งหมดแก่ผู้ใหญ่หรือเจ้าหน้าที่บ้านเมือง จึงจะถือว่าหย่าขาดจากกัน หากสามีไม่มีสินเดิม หรือทุนภริยาก็เพียงแต่บอกกล่าวแก่เจ้าหน้าที่บ้านเมืองหรือผู้ใหญ่ก็พอแล้ว¹⁰

⁶ กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 65-67.

⁷ กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 66.

⁸ กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 138.

⁹ หลุยส์ คูปลาตร์, สถานะของหญิงมีสามีในประเทศไทย, แปลโดย ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ, หน้า 68.

¹⁰ กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 49.

หญิงจะถือเอาการทิ้ง เรือนของสามี เป็นเหตุหย่าได้ต่อ เมื่อการไปของสามีมีระยะเวลา นานพอสมควร โดยเทียบว่าสามีไปอยู่ห่างจากบ้านเดิมไกลเท่าใด กฎหมายให้เวลาทิ้งบ้านแก่สามี สูงสุดไม่เกินหนึ่งปีสี่เดือน หากสามีอยู่ห่างจากเรือน เป็นระยะ เดินทางหนึ่งวัน หญิงจะต้องรอสามี สามเดือนจึงจะหย่าได้ อยู่ห่างสามวันให้รอหกเดือน อยู่ห่างเจ็ดวันให้รอแปดเดือนอยู่ห่างสิบห้าวัน ให้รอหนึ่งปี และอยู่ห่างหนึ่งเดือนให้หนึ่งปีสี่เดือน หากสามีนำเอาสิน เดิมติดตัวไปตอนทิ้งภริยา และเมื่อระยะเวลารอคอยตามกฎหมายผ่านพ้นไปแล้ว หญิงภริยาสามารถคืนทุนให้แก่สามีหรือ ให้แก่ญาติของสามีคนใดคนหนึ่ง ไม่ว่าจะรับทุนคืนหรือไม่ก็ตาม สามีภริยาหย่าขาดกัน¹¹

หรือกรณีสามีลงจาก เรือนหนีหญิงแล้ว เอามิดพร้าขวานฟัน "เสาเรือน" หลังจาก ที่สามีไปได้สิบห้าวัน ชายหญิงขาดจากการเป็นสามีภริยากันแต่หญิงต้องส่งทุนและสิน เดิมคืนให้แก่ สามีหรือพี่น้องคนใดคนหนึ่งของสามี¹² หากสามีไม่มีทรัพย์สินใด ๆ เลย หญิงต้องแจ้งการ หย่าขาดให้กับเจ้าหน้าที่บ้าน เมืองหรือผู้ใหญ่คนใดคนหนึ่ง จึงถือว่าสามีภริยาหย่าขาดจากกัน

อย่างไรก็ตามมีบางกรณีที่การหย่าขาด เกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่เพียงฝ่ายเดียว อันได้แก่กรณีที่สามีออกบวช เป็นภิกษุหรือสามเณร การบวชทำให้สามีภริยา ขาดจากกันโดยอัตโนมัติ และหญิงสามารถสมรสใหม่ได้ แต่หากหญิงยังครองตัวคอยสามีสัก และเมื่อสามีสึกออกมาแล้วได้อยู่กินร่วมกับหญิงอีกครั้งหนึ่ง กฎหมายถือว่าชายหญิงมีฐานะ เป็นสามี กันใหม่ เหมือนหนึ่งไม่เคยห่างขาดจากกันเลย¹³

การหย่าขาดอาจจะ เกิดจากการแสดงเจตนาของภริยาฝ่ายเดียว อันได้แก่กรณีที่หญิง ไม่มีบุตรหนีไปอยู่กินกับชายอื่นและมีบุตรด้วยกันอย่างน้อยสามคน ให้ถือว่าหญิงนั้นขาดจากสามี คนแรกและได้สมรสกับสามีคนที่สอง¹⁴

ลักษณะที่สาม : การหย่าโดยคำพิพากษาของศาล

โดยทั่วไป เหตุหย่าในข้อนี้มาจากการที่สามีหรือภริยาไม่ทำหน้าที่อัน เกิดจากการสมรส ซึ่งศาลจะ เป็นผู้ชี้ข้อเท็จจริงอันนี้ในกรณีหย่าโดยความยินยอม คู่สมรสอาจจะอาศัยคำพิพากษา

11 กฎหมายลักษณะฉัวเมีย บทที่ 49, 50.

12 กฎหมายลักษณะฉัวเมีย บทที่ 51.

13 กฎหมายลักษณะฉัวเมีย บทที่ 37 และ 38.

14 กฎหมายลักษณะฉัวเมีย บทที่ 20.

ของศาล เพื่อยืนยันว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ผ่านพ้นไปแล้ว หรืออาจจะอาศัยคำพิพากษา
แทนการประกาศการหย่าขาดต่อ เจ้าหน้าที่บ้าน เมืองหรือผู้ใหญ่

ในกรณีข้างต้นคู่สมรสสามารถนำเรื่องไปให้ศาลพิจารณาคำพิพากษาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณี
การหย่าจากไปของสามี ซึ่งกฎหมายแยกออกเป็น

1) สามีออกบ้านไปแต่อยู่ในราชอาณาจักรไม่ได้ส่งข่าวให้แก่ภริยา เมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปี
ภริยามีสิทธิหย่าได้ หากสามีส่งข่าวแต่ไม่ได้กลับมาถึง เรือนเป็นเวลาสามปี หญิงมีสิทธิหย่าเช่นกัน

2) สามีจากไปนอกราชอาณาจักร ภริยาหย่าได้เมื่อพ้นกำหนดสามปี แต่หากได้ข่าวว่า
โจรสลัดจับสามีไป หรือสำเภาที่สามีโดยสารไปถูกลมพัดไปติดฝั่งของประเทศที่กำลังมีสงคราม
ระยะเวลาที่กำหนดนานขึ้นคือจะต้องพ้นเจ็ดปีหญิงจึงจะมีสิทธิฟ้องหย่าได้¹⁵

เหตุหย่าโดยคำพิพากษาของศาลมีอยู่มากมาย เช่น

ภริยาฟ้องหย่าได้หากถูกสามีทำร้ายทุบตีเอา อันได้แก่ กรณีที่สามีใช้สิทธิที่กฎหมาย
ให้โดยติภริยาเกินเลยไป นอกจากนี้ยังมีกรณีที่สามีปฏิบัติต่อภริยาโดยไม่ให้เกียรติ เป็นประจำ¹⁶
หรือชายไม่เคารพยำเกรงพ่อตาแม่ยายหรือไม่เคารพยำเกรงญาติผู้ใหญ่ของภริยา¹⁷

เมื่อมีเหตุหย่าข้างต้นเกิดขึ้น ภริยาอาจจะขอให้สามีประพฤติดัวตื้อขึ้น พร้อมทั้งให้ทำ
ทัณฑ์บนเป็นหนังสือว่าจะไม่ทำความผิดซ้ำอีก หากสามีผิดทัณฑ์บนหญิงไม่จำเป็นต้องฟ้องหย่าแต่สามารถ
หย่าขาดได้เลย โดยคืนสินเดิมให้และไล่ออกไปจากบ้านไป¹⁸

หญิงฟ้องหย่าได้หากสามีต้องโทษอาญา โดยทั่วไปแล้วการประพฤติดัวเสเพลการพนัน
และการกินเหล้าของสามีก็เป็นเหตุหย่า หากภริยาประพฤติดัว เช่นเดียวกับสามีก็ฟ้องหย่าได้

¹⁵ กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 62.

¹⁶ กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 26, 58 และ 70.

¹⁷ กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 57 และ 58.

¹⁸ กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 57, 58, 61 และ 107.

มีอีกสองกรณีก็คือ เป็นเหตุหย่าที่ค่อนข้างพิเศษ กล่าวคือ ชายหลอกให้หญิงทำการสมรส โดยอ้างว่าตนเองยังไม่มีภรรยา หญิงนั้นสามารถฟ้องหย่าได้¹⁹ อีกกรณีหนึ่งได้แก่กรณีที่ชายรับปากจะช่วยหญิงที่ทุกข์ยาก หญิงเชื่อจึงยอมสมรสด้วย หากชายผิดข้อสัญญาไม่ช่วย เหลือหญิงหญิงฟ้องหย่าได้ แต่ถ้าหากชายได้ช่วยหญิงบ้างบางส่วนและหญิงมีบุตรกับชายจะหย่าขาดจากกันไม่ได้²⁰ นอกจากนี้ เหตุอันเนื่องมาจากการมีชู้ของภรรยา สามีสามารถฟ้องหย่าได้ทุกเมื่อ²¹

จากหลักเกณฑ์การขาดจากการสมรสดังกล่าวมา จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์การหย่าตามกฎหมายลักษณะผัวเมียนั้นมี 2 กรณี คือ การหย่าโดยความยินยอม (ซึ่งแยกออกเป็น การหย่าโดยความยินยอมโดยตกลงกัน และการหย่าโดยความยินยอมโดยแสดงเจตนาต่างเวลากัน) และการฟ้องขอหย่าต่อศาล และเมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายในเรื่องการหย่าดังกล่าว บทบัญญัติในเรื่องผลของการหย่าที่เกี่ยวกับบุตรนั้น ในกฎหมายลักษณะผัวเมียได้บัญญัติถึงลักษณะการกำหนดอำนาจปกครองบุตรไว้ร่วมกัน โดยมีได้แยกออกเป็น 2 กรณี ตามลักษณะหย่าร่างที่บัญญัติไว้ ในบทบัญญัติกฎหมายลักษณะผัวเมีย และมีได้บัญญัติหรือกำหนดสิทธิใด ๆ ภายหลังการหย่าของบิดามารดาที่จะมีต่อบุตรอาจจะ เป็นด้วยเหตุผลที่ตั้งได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 และบทนำของบทที่ 3 ว่า ในเรื่องของบุตรผู้เยาว์นั้นในกฎหมายเก่าเห็นว่า เรื่องดังกล่าว เป็นเรื่องภายในครอบครัว โดยถือว่าบุตรเป็นสิทธิ์ของบิดามารดา เป็นเรื่องที่บิดามารดาจะทำอย่างไรก็ได้ในตัวบุตร ฉะนั้นกฎหมายจึงมิได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องบุตรและบิดามารดาไว้มากนัก กฎหมายสมัยก่อนถือว่าบิดามารดาต้องมี "อำนาจอิสระ" ที่จะปกครองบุตรของตน ผู้เขียนจึงขอลำรวมถึงลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรไว้เป็นเพียงหัวข้อเดียว โดยไม่แยกตามลักษณะการหย่าดังกล่าวข้างต้น

19 กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 112.

20 กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 141.

21 หลุยส์ คูปลาตร์, สถานะของหญิงมีสามีในประเทศไทย, แปลโดย



1.1.2 หลักเกณฑ์การกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามกฎหมายลักษณะ

ผู้เมีย

เมื่อเกิดการหย่าร้างกัน หากมีภริยานั้นมีบุตรด้วยกัน แต่ไม่อาจตกลงกันได้ว่าจะให้บุตรอยู่กับฝ่ายใด ได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้อยู่ในประกาศพระราชบัญญัติลักพาธราชกาลที่ 4 จุลศักราช 1221 บัญญัติว่า "บุตรชายให้ได้แก่มารดา บุตรหญิงให้ได้แก่บิดา เว้นไว้แต่เมื่อผู้เมียมีศักดิ์นา 400 ไร่ขึ้นไป จึงให้ตามใจบิดา บิดามีอำนาจเลือกได้ บุตรคนไหนบิดาไม่ต้องการจึงให้ตกเป็นของมารดา ถ้ามารดาเป็นฝ่ายมีศักดิ์สูงบุตรต้องตามใจมารดาทั้งหมด"

และในกฎหมายลักษณะทาสบทที่ 96 บัญญัติว่า "ถ้าชายหย่ากับทาสภรรยา บุตรที่เกิดกับทาสภรรยา เป็นพงษ์ผู้ดี"

ลักษณะการกำหนดอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายเก่าจะเห็นได้ว่า การบัญญัติดังกล่าวมีจุดประสงค์ที่จะให้บุตรผู้เยาว์ได้อยู่ในความคุ้มครองและการเลี้ยงดูของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีฐานะดีกว่า เป็นสำคัญ โดยพิจารณาจากบรรดาศักดิ์หรือศักดินาเป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าสังเกตอยู่ว่า เจตนารมณ์ตามกฎหมายเก่ามีแนวโน้ม เอียงไปในทางที่จะให้สิทธิชายมากกว่าหญิง แต่ก็ยอมรับในความผูกพันระหว่างหญิงที่มีต่อบุตรมากกว่าชายมี ดังที่ปรากฏในประกาศพระราชบัญญัติลักพาธที่กำหนดให้บิดาที่มีฐานะสูงกว่ามีสิทธิ์เลือกเอาบุตรไว้จนพอใจ ส่วนบุตรคนที่ไม่ต้องการนั้นให้ตกเป็นสิทธิ์ของมารดา ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบิดาได้สิทธิ์แต่มารดาได้รับแต่ภาระ

แต่เมื่อพิจารณาโดยถ่องแท้แล้ว ลักษณะการกำหนดอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายเท่านั้น คงมิได้คำนึงถึงแต่ความเป็นบิดามารดาเท่านั้น เมื่อเกิดการหย่าร้างกันหากบุตรอยู่กับฝ่ายใดที่มีฐานะดีกฎหมายสันนิษฐานไว้ว่าบุตรคงจะได้รับการเลี้ยงดูและให้การศึกษาที่ดีกว่า ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายที่คำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์สุขของเด็กเป็นหลักด้วย ซึ่งพอเทียบเคียงกับนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 258/2448

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 258/2448 (ระหว่างจินตนิโงทก์ อาแดงเอียด จำเลย) จินนอก ภริยาเกิดบุตรด้วยกันแล้วเมียตาย บุตรจึงไปอยู่กับยาย ผู้จึงฟ้องแม่ยายให้ส่งลูกคืน ศาลเดิมว่า เด็กสมภารอยู่กับยายหรือพ่อ แล้วแต่ใจเด็ก เป็นประมาธ ครั้งศาลจะให้ส่งตัวก็เสมอ เหมือนส่งคนไทยให้ออกไปนอกพระราชอาณาจักรไม่สมควรจะบังคับ

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าศาลมิได้คำนึงถึงแต่ความเป็นบิดามารดา แต่คำนึงถึงความผิสุก และประโยชน์สุขของบุตรด้วย จึงให้บุตรเป็นฝ่ายตัดสินใจเพื่อประกอบการพิจารณาของศาล

1.1.3 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาภายหลังการหย่าตามกฎหมายลักษณะฉัวเมีย

ตามกฎหมายลักษณะฉัวเมีย เห็นได้ว่าใน เรื่องสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดากับบุตร นั้นมิได้มีบทบัญญัติกล่าวไว้โดยละเอียด เพราะบิดามารดามีสิทธิและอำนาจเหนือบุตร กฎหมายจึงไม่เข้าไปแทรกแซงอำนาจที่เขายกครองกันเอง²² ดังนั้น สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดากับบุตรไม่ว่าขณะสมรสกันอยู่หรือภายหลังการหย่าร้างจึงคงต้องดำเนินการตามจารีตประเพณีที่เคยปฏิบัติกันมาแต่โบราณ²³

1.2 ลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามบทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปีพุทธศักราช 2478

1.2.1 หลักเกณฑ์และวิธีการหย่าตามบทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปีพุทธศักราช 2478

ตามบทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปีพุทธศักราช 2478 ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการหย่าไว้ในมาตรา 1498 วรรคแรก ว่าการหย่าอาจกระทำได้

2 วิธี

- การหย่าโดยความยินยอม และ
- การหย่าโดยคำพิพากษาของศาล

²² รัชฎา เมธาวิกุล, "บุตรนอกสมรส," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 56.

²³ ศาสตราจารย์สอาด นาวิเจริญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว , หน้า 360.

1.2.1.1 การหย่าโดยความยินยอม

คู่สมรสอาจทำการหย่าขาดจากการ เป็นสามีภริยากันโดยการตกลงยินยอม หย่าขาดจากกัน ตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้

(1) การหย่าโดยความยินยอมต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงลายมือชื่อ อย่างน้อยสองคน ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 1498 วรรคสอง สำหรับเหตุผลที่กำหนดไว้ให้ต้องมี พยานลงลายมือชื่อดำยอย่างน้อยสองคน ก็เพื่อให้เป็นการแน่นอนว่าสามีภริยาได้ตั้งใจหย่าร้าง กันจริงถึงขนาดทำหนังสือกันต่อหน้าพยาน

สำหรับหนังสือหย่าจะต้องทำในรูปอย่างไรกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ แต่ข้อสำคัญ ก็คือหนังสือหย่าดังกล่าวจะต้องมีข้อความให้อ่านแล้ว เข้าใจได้ว่าคู่สมรสทั้งสองฝ่ายตกลงยินยอม หย่ากัน เป็นเด็ดขาด²⁴

ส่วนพยานนั้นตัวบทมาตรา 1498 กำหนดไว้แต่เพียงว่า ต้องมีพยานลงลายมือชื่อ อย่างน้อยสองคน ไม่ได้บัญญัติว่าการลงชื่อในหนังสือจะต้องลงต่อหน้าพยานสองคนพร้อมกัน เหมือนกับ เรื่องการทำพินัยกรรมตามมาตรา 1656²⁵ เพราะฉะนั้นพยานจะมารู้เห็นในการลงชื่อที่ละคนก็ได้ แต่เมื่อตัวบทให้มีพยานอย่างน้อยสองคน พยานจะต้องรู้เห็น เกี่ยวกับการที่คู่หย่าลงชื่อในหนังสือหย่า ถ้าพยานลงชื่อโดยไม่ทราบว่าคุณหย่าจะได้ลงชื่อในหนังสือหย่าหรือไม่จะถือว่าหนังสือหย่ามีพยาน ไม่ได้²⁶ นอกจากนี้ตัวบทมาตรา 1498 นี้ก็ไม่ได้บังคับว่าคุณหย่าจะต้องอยู่พร้อมกัน เมื่อ เซ็น

²⁴ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวมฤตก , หน้า 180.

²⁵ มาตรา 1665 เมื่อผู้ทำพินัยกรรมจะต้องลงลายมือชื่อตามมาตรา 1656 , 1658 , 1660 จะให้เสมอกับลงลายมือชื่อได้ ก็แต่ด้วยลงลายพิมพ์นิ้วมือ โดยมีพยานลงลายมือชื่อรับรอง ไว้ด้วยสองคนในขณะนั้น

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 151/248 (ประชุมใหญ่) ซึ่งศาลฎีกาได้ตัดสินว่า "สามีภริยา ยินยอมหย่ากันต่อหน้าพยานสองคน สามีลงชื่อต่อหน้าพยานทั้งสองคน พยานสองคนลงชื่อในหนังสือ หย่าแล้ว แม้ภริยาลงชื่อเมื่อพยานคนหนึ่งไปเสียแล้ว ดังนี้ ก็ถือว่าสมบูรณ์เพราะกฎหมายมิได้ บังคับให้ลงชื่อต่อหน้าพยาน ความประสงค์มีแต่เพียงว่าให้มีพยานลงชื่อในหนังสือนั้น 2 นาย เป็นพยานในข้อตกลงที่ทำกันนั้น"

หนังสือหย่า ถ้าคู่สมรสฝ่ายชายลงชื่อไว้ในหนังสือหย่าต่อหน้าพยานสองคน แล้วส่งไปให้หญิงลงชื่อต่อหน้าพยานอีกสองคนก็น่าจะใช้ได้²⁷

(2) เมื่อคู่สมรสได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายมาตรา 1449²⁸ การหย่าโดยความยินยอมที่สามีและภริยาตกลงกันทำหนังสือหย่าโดยมีพยานลงลายมือชื่อรับรองสองคนแล้ว การหย่านั้นจะสมบูรณ์ต่อเมื่อสามีและภริยาได้ไปจดทะเบียนการหย่า ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 1499²⁹ การสมรสซึ่งจดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478 ย่อมมิได้เฉพาะการสมรสภายหลังใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นี้เท่านั้น ก่อนหน้านั้นไม่มีการจดทะเบียนสมรส ดังนั้น ในกรณีที่มีการสมรสตามกฎหมายลักษณะฉั่วเมีย เมื่อหย่ากันภายหลังใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นี้แล้ว เพียงแต่มีหนังสือหย่าตามมาตรา 1498 ก็เป็นการหย่าที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว โดยไม่ต้องจดทะเบียนแต่อย่างใด นอกจากนี้ การสมรสอาจได้จดทะเบียนตามกฎหมายต่างประเทศ เช่น จดทะเบียนสมรสกันในต่างประเทศ ตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎหมายของต่างประเทศ เมื่อไม่มีการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478 ก็ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนการหย่า เช่นเดียวกับการหย่าโดยความยินยอมสมบูรณ์ โดยไม่ต้องจดทะเบียนการหย่า³⁰

สำหรับเหตุที่กฎหมายบัญญัติ เช่นนี้ ก็เนื่องมาจากเหตุผลความจำเป็น เพราะหากไม่จดทะเบียนหย่า ก็ไม่มีอะไรจะลบทะเบียนสมรสที่ได้จดทะเบียนไว้แต่เดิมนั้นเอง นอกจากนี้ การที่กฎหมายกำหนดหลักการ เพื่อบังคับให้มีการจดทะเบียนหย่านี้ก็มีการมองว่าเป็นสิ่งที่ดีประการหนึ่ง

²⁷ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวมฤตก , หน้า 4.

²⁸ มาตรา 1449 การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนแล้ว

²⁹ มาตรา 1499 เมื่อได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายนี้การหย่าโดยความยินยอมจะสมบูรณ์ต่อเมื่อสามีและภริยาได้จดทะเบียนการหย่านั้นแล้ว

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 610/2496 ทำหนังสือกล่าวชัดแจ้งว่าตกลงหย่าขาดจากสามีภริยากัน แม้ทำคำร้องยื่นต่อกรมการอำเภอลงลายมือชื่อคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีพยานลงลายมือชื่อด้วย 2 คน ก็เป็นหนังสือหย่าที่สมบูรณ์

คือ ทำให้คู่สมรสได้มีโอกาสยับยั้งซึ่งใจว่าสมควรจะหย่าร้างจากกันหรือไม่ เพราะกว่าคู่สมรสจะไปจดทะเบียนหย่ากันที่อำเภอ คู่สมรสอาจจะกลับคืนใจกันแล้วก็ได้³¹

อย่างไรก็ดี ถ้าสามีภริยาทำหนังสือหย่ากันโดยถูกต้องแล้ว แต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมไปจดทะเบียนหย่า กรณีนี้ก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลขอให้บังคับให้หย่าขาดจากกันตามหนังสือหย่า ถ้าจำเลยไม่ไปจดทะเบียนหย่ากับโจทก์ ก็ให้ถือเอาคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาของจำเลยได้ตามมาตรา 213 ดังที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 276 บัญญัติไว้ ศาลไม่จำเป็นต้องบังคับให้ตัวจำเลยไปจดทะเบียนหย่า³²

นอกจากนั้น การที่สามีภริยาทำหนังสือหย่าที่จะมีผลใช้บังคับกันได้นั้น ทั้งคู่ต้องมีเจตนาที่จะหย่าขาดจากกันจริง ๆ หากเพียงทำหนังสือหย่ากันพอ เป็นพิธีโดยมิได้มีเจตนาจะหย่าขาดกันจริง ๆ แล้ว หนังสือหย่าดังกล่าวก็จะใช้บังคับไม่ได้หรือแม้ในชั้นแรกสามีและภริยามีเจตนาที่จะหย่าขาดกันจริง ๆ โดยได้ทำหนังสือหย่ามีพยานลงลายมือชื่อสองคนแล้วก็ตาม แต่เนื่องจากการหย่ายังไม่สมบูรณ์ เพราะยังมิได้จดทะเบียนหย่า สามีและภริยาจึงอาจตกลงกันเลิกสัญญาหย่ากัน³³ แต่ถ้าเป็นกรณีที่คู่สมรสนั้นได้ทำการสมรสตามกฎหมายลักษณะฉั่วเมีย เมื่อคู่สมรสได้ทำหนังสือหย่ากันแล้ว ก็ถือได้ว่าการสมรสนั้นขาดจากกันตั้งแต่ขณะทำหนังสือหย่ากันเสร็จเรียบร้อยแล้ว คู่สมรสจะตกลงเลิกสัญญาหย่าไม่ได้ เพราะการสมรสตามกฎหมายเก่าที่ไม่มีการจดทะเบียนสมรสนั้น เมื่อได้ทำหนังสือหย่ากันเองแล้วก็มีผลทำให้การสมรสขาดจากกันตั้งแต่ขณะทำหนังสือหย่ากันสำเร็จ

ในบางกรณีแม้ว่าคู่สมรสนั้นจะได้ตกลงทำสัญญาหย่าถูกต้องตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ และได้นำไปจดทะเบียนหย่าเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญาหย่าแล้วก็ตาม หากพฤติการณ์ภายหลังการหย่าปรากฏอย่างชัดเจนว่า คู่สมรสนั้นไม่ได้มีเจตนาที่จะหย่าร้างกันอย่างแท้จริง เช่น

³¹ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวมรดก , หน้า 182 - 183.

³² ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว , หน้า 259 - 260.

³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 539/2511 ระหว่างนายพันธุ์ สายตระกูล โจทก์ นางอุษาวรรณ สายตระกูล จำเลย

ภายหลังจากที่คู่สมรสได้จดทะเบียนหย่าแล้ว คู่สมรสยังคงอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาตลอดมา
ในกรณีเช่นนี้ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าคู่สมรสนั้นยังคง เป็นสามีภริยากันอยู่ตลอดมา³⁴ ตามนัย
มาตรา 1511 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478³⁵

การหย่าโดยความยินยอมนั้นจะมีผลนับแต่เวลาจดทะเบียน เป็นต้นไป กล่าวคือ
เมื่อจดทะเบียนการหย่าเสร็จก็นับว่าการสมรสขาดจากกันตั้งแต่ขณะนั้น ในขณะที่กำลังทำการ
จดทะเบียนกันอยู่ยังไม่ขาดจากกัน ส่วนการสมรสตามกฎหมายเก่าที่ไม่มีการจดทะเบียนสมรสนั้น
เมื่อได้ทำหนังสือหย่ากันเองแล้ว ก็มีผลทำให้การสมรสขาดจากกันตั้งแต่ขณะทำหนังสือหย่ากันสำเร็จ

1.2.1.1 การหย่าโดยคำพิพากษาของศาล

การที่ศาลจะพิพากษาให้สามีภริยาหย่าขาดจากการสมรสกันได้นั้นจะต้อง
มีสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องขอหย่า ในการฟ้องคดีคู่สมรสจะต้องอาศัยเหตุหย่าเหตุใด
เหตุหนึ่งหรือหลายเหตุตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1500 จะอาศัยเหตุอื่นนอกเหนือจากนี้มา เป็นเหตุ
ฟ้องหย่าไม่ได้ ซึ่งมีข้อพึงสังเกตุว่า แม้ชายหญิงจะเป็นสามีภริยากันก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478 ถ้าจะหย่ากันเมื่อมีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478 แล้วต้องใช้เหตุหย่าตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1500 จะใช้เหตุหย่า
ตามกฎหมายเก่ามาใช้มิได้ และถ้ามีเหตุหย่าเกิดขึ้นตามมาตรา 1500 แม้จะได้สมรสกันมาก่อน
ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478 ก็ยังอาศัยเหตุหย่าตามมาตรา
1500 ที่เกิดขึ้นฟ้องหย่ากันได้

เหตุที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะนำมากล่าวอ้างเพื่อการหย่าร้างต่อศาล
ตามมาตรา 1500 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปีพุทธศักราช 2478 ได้บัญญัติไว้ดังนี้

³⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 2898/2525 ระหว่างนายประสิทธิ์ ชุมแสงศรี โจทก์
นางเสงี่ยม ชุมแสงศรี จำเลย

³⁵ มาตรา 1511 การสมรสที่จดทะเบียนตามกฎหมายนั้น การหย่าโดยความยินยอม
ของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีผลนับแต่เวลาจดทะเบียน เป็นต้นไป

การหย่าตามคำพิพากษามีผลแต่เวลาที่คำพิพากษาถึงที่สุด แต่จะอ้างถึงเหตุ
เสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตไม่ได้ เว้นแต่จะได้จดทะเบียนการหย่านั้นแล้ว

"มาตรา 1500 คดีฟ้องหย่านั้น ถ้า

- (1) ภริยามีชู้ สามปีฟ้องหย่าได้
- (2) สามีหรือภริยาประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง หรือทำร้ายร่างกายอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่งถึงบาดเจ็บ หรือหมิ่นประมาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (3) สามีหรือภริยาจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไป เกินกว่าหนึ่งปี หรือไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูตามสมควร หรือทำการ เป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีภริยาอย่างร้ายแรงจนอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะอยู่กิน เป็นสามีภริยาต่อไป อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (4) สามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกฐานลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด หรือปลอมแปลงเงินตรา หรือต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดอย่างอื่น เกินกว่าสามปี อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (5) สามีหรือภริยาที่ถูกศาลสั่งว่าเป็นคนสาบสูญ และศาลยังไม่เพิกถอนคำสั่งนั้น อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (6) สามีหรือภริยาที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ เพราะเหตุวิกลจริตตลอดมา เกินกว่าสามปีนับแต่วันศาลสั่ง และความวิกลจริตนั้นไม่มีทางที่จะหายได้ ทั้งถึงขีดที่จะอยู่กิน เป็นสามีภริยากันต่อไปอีกไม่ได้แล้ว อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (7) สามีหรือภริยาผิดทัณฑ์บนที่ทำได้ เป็นหนังสือใน เรื่องความประพฤติอีกฝ่ายหนึ่ง ฟ้องหย่าได้
- (8) สามีหรือภริยาเป็นโรคติดต่อย่างร้ายแรง อันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่ง และโรคนั้นไม่มีทางที่จะหายได้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (9) สามีหรือภริยามีอวัยวะส่วนสืบพันธุ์ไม่สมบูรณ์ จนมิสามารถจะอยู่ด้วยกันจนสามีภริยา ได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้"

ในกรณีที่สามียินยอมหรือรู้เห็น เป็นใจให้ภริยามีชู้ตามมาตรา 1500 (1) กิติ หรือสามี ภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยินยอมรู้เห็น เป็นใจในการกระทำผิดตามมาตรา 1500 (4) กิติ สามีหรือ ภริยาแล้วแต่กรณีจะฟ้องหย่าไม่ได้ ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 1501 นอกจากนี้ สิทธิฟ้องร้องโดยอาศัย เหตุหย่าในอนุมาตรา (1) (2) (3) (4) และ (7) แห่งมาตรา 1500 เป็นอันระงับไป เมื่อพ้น กำหนดสาม เดือนนับแต่วันที่ผู้กล่าวอ้างรู้ หรือควรรู้ถึงความจริงซึ่งตนอาจยกขึ้นกล่าวอ้างนั้น

และไม่ว่าผู้กล่าวอ้างจะรู้หรือไม่รู้ถึงความจริง ซึ่งตนอาจยกขึ้นกล่าวอ้างนั้นหรือไม่ก็ตามจะยกเหตุหย่าดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างไม่ได้ เมื่อพ้นกำหนดสองปีนับแต่วันเกิดเหตุหย่านั้น ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 1509 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478

การหย่าโดยคำพิพากษาของศาลมีผลตั้งแต่วันที่คำพิพากษาดังกล่าวถึงที่สุด แต่จะอ้างเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตไม่ได้ เว้นแต่จะได้จดทะเบียนการหย่านั้นแล้ว ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 1511 วรรคสอง มีข้อสังเกตว่าการสมรสตามกฎหมายเก่าที่มีก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478 ไม่อยู่ในบังคับมาตรา 1511 เนื่องด้วยการสมรสตามกฎหมายเก่าไม่มีการจดทะเบียน มาตรา 1511 วรรคต้นระบุถึงการสมรสที่จดทะเบียนตามกฎหมาย การสมรสที่จดทะเบียนตามกฎหมายมีแต่การสมรสภายหลังใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478 ส่วนพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2477 อาจพิสูจน์ได้โดยบันทึกินทะเบียนตามกฎหมายนั้น เป็นการระบุแจ้งชัดว่าเป็นเรื่องบันทึกินทะเบียน ไม่ใช่เรื่องจดทะเบียนสมรส ฉะนั้น การที่มาตรา 1511 วรรคสองได้ระบุถึงการหย่าตามคำพิพากษานั้น จึงควรจะเป็นการบัญญัติถึงการสมรสภายหลังประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478 เพราะการสมรสตามกฎหมายเก่าไม่มีการจดทะเบียน ดังนั้น กฎหมายจึงไม่บัญญัติให้ไปจดทะเบียนการหย่ากันอีกหากเป็นกรณีที่เป็นการหย่าโดยคำพิพากษา เพราะหากกฎหมายมุ่งหมายจะบังคับถึง ก็จะต้องระบุให้เห็นโดยชัดแจ้ง เป็นอันว่าการสมรสก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478 ในกรณีที่หย่าโดยคำพิพากษาก็เป็นอันขาดจากกันในขณะที่คำพิพากษาดังกล่าวถึงที่สุด

และในกรณีที่หย่าโดยคำพิพากษาของศาล กฎหมายบัญญัติไว้เป็นกรณีพิเศษที่ว่าแม้จะขาดจากการเป็นสามีภริยาตามคำพิพากษาของศาลแล้วก็ตาม แต่ถ้ายังไม่ได้จดทะเบียนการหย่า กฎหมายห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต แต่ในกรณีที่ทำการสมรสก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478 เมื่อคำพิพากษาให้หย่ากัน ไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติไว้ดังเช่นมาตรา 1511 ฉะนั้น สามีหรือภริยาย่อมยกข้อที่ขาดจากกันขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ เว้นแต่ตนจะได้ทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นเหตุให้บุคคลภายนอกหลงเข้าใจผิดเป็นเหตุให้เขาเสียหาย ซึ่งจะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายอื่นทั่วไป



1.2.2 หลักเกณฑ์การกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามบทบัญญัติ
บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปีพุทธศักราช 2478

1.2.2.1 หลักเกณฑ์การกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า
โดยความยินยอม

มาตรา 1502 วรรคแรก³⁶ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ปีพุทธศักราช 2478 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในกรณีที่สามีภริยายินยอมหย่ากันเองว่าให้สามีภริยา
ตกลงกัน เป็นหนังสือว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ปกครองบุตรคนใด³⁷ แต่การตกลงนั้นจะตกลงให้บุตร
อยู่ในความปกครองของบุคคลอื่นมิได้ แม้ศาลจะพิพากษาตามยอมก็ไม่มีผลให้บุคคลนั้น เป็น
ผู้ปกครองได้³⁸

ในการตกลงเกี่ยวกับการปกครองบุตรตามมาตรา 1502 นี้มีปัญหาน่าคิด
ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานสองคนลงชื่อไว้ เหมือนหนังสือหย่าหรือไม่ ซึ่งเมื่อ
พิจารณาตามมาตรา 1502 บัญญัติแต่เพียงว่าข้อตกลงเกี่ยวกับการปกครองบุตรนั้นให้ทำเป็นหนังสือ

³⁶ มาตรา 1502 ถ้าสามีภริยาหย่ากันเอง ความตกลงฝ่ายใดจะปกครองบุตรคนไหน
ให้ทำเป็นหนังสือ ถ้ามิได้ตกลงไว้เช่นนั้น ให้บิดาเป็นผู้ปกครอง

ถ้าหย่ากันโดยคำพิพากษาของศาลให้ฝ่ายชนะคดีเป็นผู้ปกครอง เว้นแต่ศาลจะชี้ขาด
ให้อีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอก เป็นผู้ปกครอง

³⁷ การตกลงกันเกี่ยวกับใครเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรนั้น มิใช่ข้อสัญญาลักษณะหนึ่ง
ดังนั้น จะทำกันไว้ก่อนสมรสไม่ได้ แม้จะสมรสแล้วก็ตกลงกันไม่ได้เช่นกัน

³⁸ คำพิพากษาที่ 1066/2495 บิดามารดาพิพาทกันเรื่องบุตร จึงทำสัญญาประนีประนอม
ยอมความกันในศาล ให้บุตรอยู่ในความปกครองของจำเลยตลอดชีวิต และมารดาเด็กยังได้
จดทะเบียนเด็กให้ เป็นบุตรบุญธรรมของจำเลยอีก แต่ปรากฏว่าการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม
ของจำเลยขาดความยินยอมของสามีจำเลย จึงไม่สมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา 1584 และพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว 2478 มาตรา 22 และจำเลยเป็นบุคคล
ภายนอกคดีที่บิดามารดาเด็กยอมความกัน จำเลยจึงไม่ได้สิทธิตามกฎหมายอย่างไร ฉะนั้น จำต้อง
คืนเด็กให้แก่มารดาเด็กนั้น

โดยไม่ได้บัญญัติว่าจะต้องมีพยานลงชื่อสองคน หากกฎหมายมีเจตนาจะกำหนดให้ข้อตกลงว่าด้วยการปกครองบุตรนี้ จะต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงมือชื่อสองคน กฎหมายคงจะไม่แยกข้อตกลงเกี่ยวกับการปกครองบุตรนี้ไปบัญญัติไว้ต่างหากอีกมาตราหนึ่ง

ในทางปฏิบัติการตกลง เรื่องอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าจะทำเป็นหนังสือถูกต้องหรือไม่ ไม่ค่อยมีปัญหาเพราะการหย่าโดยความยินยอมจะมีผล เมื่อได้มีการจดทะเบียนหย่าแล้ว ซึ่งขณะ เมื่อได้จดทะเบียนหย่า นั้น นายทะเบียนมักจะสอบถาม เรื่องการปกครองบุตรและการแบ่งทรัพย์สินไว้ด้วย ถ้าทั้งสองฝ่ายตกลงกันได้ นายทะเบียนก็จะบันทึกไว้เป็นหลักฐานและให้สามีภริยานั้นลงชื่อไว้ เป็นหลักฐาน เพื่อรับรองบันทึกการตกลงไว้ ซึ่งการบันทึกนี้ถ้า เป็นเรื่องปกครองบุตร ก็ต้องถือว่าใช้ได้ เพราะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือตามความในมาตรา 1502 แล้ว

แนวคำพิพากษากฎีกาที่สำคัญในเรื่องนี้ เช่น

คำพิพากษากฎีกาที่ 444/2506 สามีภริยาจดทะเบียนหย่ากันและทำหนังสือกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินและบุตรไว้ ๓ อาเภอ ข้อตกลงเกี่ยวกับบุตรเขียนไว้ในบันทึกว่า บุตร 4 คน อยู่ในความอุปการะของภรรยา ดังนี้ สามีชอบที่จะนำพยานบุคคลมาสืบประกอบข้ออ้างตามคำให้การของตนได้ว่า คำว่าอุปการะที่เขียนไว้ นั้น ตนคัดค้านแล้ว ปลัดอาเภอผู้เขียนชี้แจงว่าไม่ใช่อ่านาจอปกครองอยู่แก่ภรรยา เป็นแต่ให้ภรรยาช่วยอุปการะในฐานะเป็นมารดาเท่านั้น ตนจึงได้ยินยอมรวมทั้งพฤติการณ์ที่แสดงความหมายแห่งข้อตกลงซึ่งสามียกขึ้นต่อสู้ได้ว่า เป็นแต่ตกลงให้ภรรยาช่วยอุปการะเลี้ยงดูบุตรเท่านั้นด้วย

คำพิพากษากฎีกาที่ 454/2507 โจทก์ยื่นฟ้องต่อศาลคดีเด็กและเยาวชนขอให้ถอนอำนาจปกครองจากจำเลยแต่งตั้งโจทก์เป็นผู้ใช้อ่านาจอปกครองแทน แม้ว่าคำฟ้องของโจทก์อาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1503 เป็นหลัก ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 มาตรา 8 (2) ไม่ได้บัญญัติให้มาตรา 1503 นี้ อยู่ในอำนาจศาลคดีเด็กและเยาวชนก็ตาม แต่การที่โจทก์ขอให้ศาลสั่งเปลี่ยนอำนาจปกครองจากจำเลยให้อยู่แก่โจทก์ผู้เป็นมารดา ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลจะสั่งตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1538 (6) ด้วย และมาตรานี้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 มาตรา 8 (2) บัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลคดีเด็กและเยาวชน ฉะนั้น ศาลคดีเด็กและเยาวชนกลางจึงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้

1.2.2.2 หลักเกณฑ์และการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า โดยคำพิพากษาของศาล

มาตรา 1502 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในกรณีที่สามีภริยาหย่ากันโดยคำพิพากษาของศาล กฎหมายกำหนดให้คู่สมรสที่เป็นฝ่ายชนะคดี เป็นผู้ปกครอง เว้นแต่ศาลจะชี้ขาดให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลภายนอก เป็นผู้ปกครอง กล่าวคือ ในกรณีการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ถ้าฝ่ายใด เป็นผู้ชนะคดีก็จะได้ เป็นผู้ปกครองบุตร การที่จะดูว่าฝ่ายใดชนะคดี ต้องดูว่าศาลพิพากษาให้หย่า เพราะเหตุว่าเป็นความผิดของฝ่ายใด ซึ่งฝ่ายที่ไม่มีความผิดและพิพากษาให้หย่าโดยข้ออ้าง ของฝ่ายนั้น ย่อมถือว่าเป็นฝ่ายชนะคดี เช่น สามีฟ้องหย่าภริยาโดยอ้างเหตุภริยามีชู้ เมื่อศาล พิพากษาให้หย่าขาดจากกัน สามีผู้ชนะคดีจะต้องได้ เป็นผู้ปกครองบุตร แต่หากกรณีที่สามีฟ้องหย่า ภริยาโดยอ้างเหตุภริยามีชู้ นั้น ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏในการพิจารณาว่าเหตุที่ภริยามีชู้ ก็เพราะ สามีไม่ช่วยอุปการะ เลี้ยงดูภริยา ภริยาต้องไปพึ่งชายอื่นให้ช่วยเหลือจึงต้องเป็นชู้กับชายอื่น ดังนี้ ศาลอาจจะพิพากษาให้หย่าขาดจากกันแต่ให้ภริยาฝ่ายที่แพ้คดี เป็นผู้ปกครองบุตรก็ได้ หรือหากศาล เห็นว่าบุตร เป็นหญิงจะ เป็นการไม่สมควรที่จะให้อยู่ในความปกครองของมารดาซึ่งยังอยู่กับชายชู้ ศาลอาจจะตั้งให้ญาติคนใดคนหนึ่ง เป็นผู้ปกครองบุตรสาวก็ได้ ในการที่ศาลจะสั่งให้บิดาหรือ มารดาหรือบุคคลภายนอก เป็นผู้ปกครองบุตรนี้ศาลจะต้องคำนึงถึงหลักการที่ว่าบุตร เป็นบุคคล ที่ควรได้รับความรักใคร่และ เอาใจใส่มีไว้ เป็นเพียงทรัพย์สินของบิดามารดา ควรจะได้อยู่ ในบ้านซึ่งมีสภาพแวดล้อมอันมีหลักประกันได้ว่า จะ เจริญเติบโตขึ้น เป็นผู้ใหญ่ที่ดีมีความรับผิดชอบได้ ควรได้รับการศึกษาอบรมบ่มนิสัยและดูแลอย่างใกล้ชิด และมีสิทธิที่จะรู้จักและติดต่อสัมพันธ์ กับบิดาและมารดาของตน นอกจากนี้ถ้าบุตรนั้นมีอายุมากพอที่จะมีความรู้สึกผิดชอบได้แล้ว หากบุตร มีความปรารถนาที่จะอยู่กับฝ่ายใดก็จะต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย

1.2.3 การเปลี่ยนแปลงผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า

มาตรา 1503 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478³⁹ ได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับกรณีที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ปกครองดังกล่าว

³⁹ มาตรา 1503 ถ้าปรากฏว่าผู้ปกครองตามความในมาตรา 1502 ประพฤติตน ไม่สมควร หรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่ง เปลี่ยนตัวผู้ปกครอง โดย พึ่ง เล็งถึงความเหมาะสมและประโยชน์ของบุตร เป็นประมาณ

ในมาตรา 1502 นั้น ประพฤติตนไม่สมควรก็ดี หรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปก็ดี ศาลมีอำนาจสั่ง เปลี่ยนตัวผู้ปกครองได้โดย พึ่ง เล็งถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้น เป็นประมาท การที่ศาลจะสั่ง เปลี่ยนตัวผู้ปกครองนั้น ต้องเข้าใจว่าเป็น เรื่องที่เกิดขึ้นภายหลัง ที่ได้มีการแต่งตั้งผู้ปกครองบุตรตามมาตรา 1502 แล้ว⁴⁰ เช่นภายหลังที่ศาลได้สั่งตามมาตรา 1502 ให้มารดาเป็นผู้ปกครองบุตรซึ่ง เป็นผู้หญิง มารดาประพฤติตนเป็นคนสาบสูญ ชอบคบผู้ชาย ไปในทางชู้สาว ขี้นปล่อยให้บุตรซึ่ง เป็นผู้หญิงอยู่ด้วย เด็กจะเสียคน ศาลมีอำนาจสั่ง เปลี่ยนตัวผู้ปกครองได้ แม้กรณีจะไม่ เป็น เรื่องที่ผู้ปกครองประพฤติตนไม่สมควรก็ตาม ถ้าภายหลังพฤติการณ์ ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่ง เปลี่ยนตัวผู้ปกครองได้ เช่นเดียวกัน เช่นภริยาพ้องหย่าสามี ฐานผิดทัณฑ์บนที่ทำไว้ว่าจะไม่ เสพสุรา เมื่อในที่สุดศาลพิพากษาให้หย่ากันและสั่งให้มารดา เป็นผู้ปกครองบุตรตามมาตรา 1502 แล้ว ต่อมาปรากฏว่ามารดาไม่มีทางหารายได้มาเลี้ยงดูบุตร และฝ่ายบิดากับประพฤติตนเป็นคนดี ไม่ เสพสุรา เช่นเคย ทั้งเป็นคนทำมาหาได้ มีรายได้อุปการะ เลี้ยงดูบุตรดีกว่า ศาลจะสั่งให้บิดากลับ เป็นผู้ปกครองบุตรก็ได้ การ เปลี่ยนตัวผู้ปกครองนั้นมาตรา 1503 ไม่ได้จำกัดให้ เปลี่ยนกันได้ แต่ในระหว่างผู้ที่ เป็นบิดามารดาของเด็กเท่านั้น เช่นถ้าบิดา มารดาประพฤติตนไม่สมควรทั้งสองคน ศาลจะสั่งให้คนอื่น เป็นผู้ปกครองเด็กก็ได้ โดย พึ่ง เล็งถึง ความผาสุกและประโยชน์สุขของเด็ก เป็นหลัก

มีข้อควรสัง เกตว่าในเรื่องการ เปลี่ยนแปลงตัวผู้ปกครองนี้ ศาลมีอำนาจสั่ง เปลี่ยนตัวผู้ปกครองได้โดยบิดามารดาหรือญาติหรือพนักงานอัยการ เป็นผู้ร้องขอก็ได้ แต่แม้ไม่มีผู้ใดร้องขอ หากมีพฤติการณ์ปรากฏให้ศาล เห็น ศาลก็มีอำนาจสั่งเองได้ เพราะถือว่าศาลอยู่ในฐานะคล้าย ผู้ปกครองสูงสุดของผู้เยาว์ จึงต้องให้ความคุ้มครองและอำนวยความสะดวกแก่ผู้เยาว์ และถือว่า เรื่องอำนาจปกครองบุตร เป็น เรื่องกฎหมายอัน เกี่ยวด้วยความสงบ เรียบร้อยของประชาชน ซึ่งมี นักนิติศาสตร์ได้ให้ความ เห็นไว้พร้อมทั้งคำพิพากษาฎีกาที่สนับสนุน ดังนี้

แม้จะมอบให้ฝ่ายหนึ่งปกครองก็ตาม อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะติดต่อกับบุตรของตน ได้ตามสมควรแล้วแต่พฤติการณ์

⁴⁰

ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มฤตก , หน้า 208.

ท่านศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้กล่าวไว้ว่า⁴¹ ปัญหาที่ว่าเมื่อใด บทกฎหมายบทหนึ่งจะ เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น เป็นการยากที่จะขีดเส้นได้แน่นอน ได้แต่กล่าวเป็นเลา ๆ ว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั้น ต้องดูว่า บทกฎหมายนั้นได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ประชาชนได้อยู่กันด้วยความสงบเรียบร้อยหรือไม่ ในส่วนที่เกี่ยวกับศีลธรรมต้อง เป็นไปตามความคิดเห็นปานกลางของประชาชนที่มีความรู้สึกอันดีว่าชอบด้วยศีลธรรมหรือไม่ และในกฎหมายมหาชนท่านเห็นว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยทั้งสิ้น ส่วนในกฎหมายเอกชนจะเป็น เรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เฉพาะในเรื่องต่อไปนี้เท่านั้น คือ

- กฎหมายที่กำหนดให้ต้องทำนิติกรรมตามแบบพิธี
- กฎหมายที่บัญญัติขึ้น เพื่อสาธารณประโยชน์
- กฎหมายที่บัญญัติขึ้น เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก
- กฎหมายที่บัญญัติขึ้น เพื่อป้องกันมิให้บุคคลกระทำการโดยทุจริต
- กฎหมายที่บัญญัติขึ้น เพื่อคุ้มครองผู้อ่อนแอกว่า เช่น ผู้เยาว์ คนวิกลจริต
- กฎหมายที่บัญญัติขึ้น เพื่อศีลธรรมโดยตรง เช่น ให้ชายมีภริยาได้คนเดียว

ซึ่งความเห็นนี้ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ก็ได้เคยกล่าวไว้ว่า

"ศาลอยู่ในฐานะคล้ายกับผู้ปกครองสูงสุดของผู้เยาว์กับคนบ้า"⁴²

นอกจากนี้คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 797/2499 (ระหว่างนางปาน จำปาทาสี ผู้ร้อง นายสุบิน ยิงรัมย์ ผู้คัดค้าน) กล่าวถึงไว้อย่างชัดเจนว่า "...ศาลฎีกาเห็นว่า กรณีที่เกี่ยวกับผู้เยาว์อันว่าด้วยเรื่องอำนาจปกครองและความปกครองนี้ ไม่เหมือนกับคดีธรรมดาสามัญอื่นทั่วไป ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติต่าง ๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ลักษณะ 2 และหมวด 3 ซึ่งได้ให้อำนาจแก่ศาล เป็นพิเศษในอันที่จะป้องกันสวัสดิภาพและรักษาผลประโยชน์ของผู้เยาว์ แม้ผู้เยาว์นั้นจะมีบิดามารดาหรือผู้ปกครองอยู่แล้วหรือไม่ก็ตาม ศาลมีอำนาจที่จะสั่งถอน

⁴¹ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 81.

⁴² ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มฤตก , หน้า 209.

อำนาจปกครอง เสียบางส่วนหรือทั้งหมด และจะสั่งถอนผู้ปกครองเสียก็ได้ อำนาจ เช่นว่านี้ศาลจะ สั่งเอง หรือใน เมื่อมีบุคคลผู้มีสิทธิร้องขอขึ้นมาก็ได้ ตามมาตรา 1552, 1574 และ 1575

ปัญหาในชั้นนี้มีเพียงว่า การที่บุคคลใดจะร้องต่อศาล เพื่อให้สั่งถอนผู้ปกครองตามที่ศาลสั่ง แต่งตั้งไว้แล้วจากการ เป็นผู้ปกครองของผู้เยาว์นั้น จะเสนอคำร้องขอในคดี เรื่องขอตั้งผู้ปกครอง เดิม ซึ่งศาลได้สั่ง และถึงที่สุดไปแล้วนั้นได้หรือไม่ หรือจำเป็นต้องเสนอคดีมีข้อพิพาท เป็นคดีใหม่ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 35

ตามบทกฎหมาย 3 มาตรา ดังกล่าวข้างต้นแสดงชัดว่า การสั่งถอนผู้ปกครองนี้ เป็นเรื่องอยู่ในอำนาจศาลโดยตรง ศาลมีอำนาจที่จะสั่งถอนเองได้โดยไม่ต้องมีผู้ใดร้องขอ เมื่อมีคดีเดิม เรื่องขอตั้งผู้ปกครองอยู่แล้ว ศาลก็สั่งถอนได้เองในคดีเดิมนั้นเอง ไม่จำเป็นต้องทำ เป็นคดีเรื่องใหม่ขึ้นมาอีกต่างหากจากส่วนเดิมนั้นเลย ฉะนั้น ในกรณีที่มีผู้ร้องขอ ซึ่งตามมาตรา 1552, 1574, 1576 ใช้คำว่าร้องขอ หรือคำร้องขอทั้งสิ้น ผู้มีสิทธิร้องขอจึงอาจยื่นคำร้องขอ เข้ามาในคดี เรื่องเดิมนั้นได้... หากกรณีที่โต้แย้งคัดค้านเพียงเพราะเหตุที่ถือว่าคดีเดิมเสร็จ เด็ดขาดถึงที่สุดไปแล้วตั้งนี้ไม่ ศาลฎีกาเห็นว่าคดี เรื่องตั้งผู้ปกครอง เช่นนี้ ถ้าจะ เรียกถึงที่สุด ก็เพียงแต่จะใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกากันต่อไปไม่ได้แล้ว เท่านั้นเอง อำนาจควบคุมและความคุ้มครอง ของศาลยังคงมีอยู่เรื่อยไป ดังจะเห็นได้ตามบทบัญญัติต่าง ๆ ในมาตรา 1561 - 1567 พิจารณา ตามมาตรา 1565 ก็ยังเห็นได้ชัดว่าเป็นการร้องขอในคดี เดิมนั้นเอง เรื่องยื่นคำร้องขอให้ศาลถอน ผู้ปกครองก็ เป็นไปในทำนองเดียวกัน ศาลฎีกาจึงเห็นว่า... มีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอ เข้ามาในคดี เรื่อง เดิมนั้นได้"

นอกจากนี้ เมื่อถือว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแม้ตาม ปกติศาลจะพิพากษาหรือทำคำสั่งใด ๆ เกินไปจากคำขอ หรือที่มีได้กล่าวในคำฟ้องไม่ได้ แต่เรื่องนี้ ศาลสามารถกระทำได้ เพราะเข้าข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5)⁴³

⁴³ มาตรา 142 คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ขัดขาดคดีต้องตัดสินตามข้อหา ในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใด ๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏ ในคำฟ้อง เว้นแต่

ฯลฯ

(5) ในคดีที่อาจยกข้อกฎหมายอัน เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ขึ้นอ้างได้นั้น เมื่อศาล เห็นสมควรจะยกข้อ เหล่านั้นขึ้นวินิจฉัยแล้วพิพากษาคดีไปก็ได้

อีกประการหนึ่งที่พึงสังเกตคือ ผู้ปกครองที่ศาลจะสั่งเปลี่ยนตัวตามมาตรา 1503 นั้น ไม่จำกัด เฉพาะผู้ที่ เป็นผู้ปกครองตามอำนาจกฎหมายหรือโดยศาลตั้งเท่านั้น มาตรา 1503 วรรคแรก เขียนคลุมไปถึงผู้ปกครองตามความในมาตรา 1502 ทั้งหมด จึงรวมไปถึงผู้ปกครอง ตามความตกลงของสามีภริยาที่ย่ากันเองด้วย⁴⁴

1.2.4 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาภายหลังการหย่า

1.2.4.1 สิทธิติดต่อกับบุตร

ตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 1539 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478 กำหนดไว้ว่าผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิกำหนดที่อยู่ของบุตร และสามารถเรียกบุตรคืนจากผู้อื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย คือ โดยไม่มีอำนาจ ดังนั้น คู่สมรสฝ่ายซึ่งมีอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าย่อมจะมีสิทธิเลี้ยงดูเด็กไว้กับตนโดยผลของกฎหมาย ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1400/09

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1400/2509 (ระหว่าง นายเสรี ศิริวรรณชัย โจทก์ นางจินดา สุวรรณกิจบริหาร จำเลย) ว่า เดิมโจทก์ฟ้องจำเลยขอให้ส่งบุตรแก่โจทก์ คดีถึงที่สุด โดยศาลฎีกาพิพากษาให้จำเลยส่งตัวบุตรให้โจทก์ แต่จำเลยขอให้งดการบังคับคดีไว้ อ้างว่าได้ฟ้องโจทก์ต่อศาลคดีเด็กและเยาวชนกลาง ขอให้พิพากษาให้อำนาจปกครองบุตรอยู่แก่จำเลย ต่อมา คดีถึงที่สุด โดยศาลอุทธรณ์พิพากษาให้อำนาจปกครองอยู่แก่จำเลย ดังนี้ ประเด็นพิพากตาม คำพิพากษาศาลฎีกาเป็น เรื่องว่าจะให้จำเลยส่งบุตรแก่โจทก์ตามคำขอหรือไม่ ส่วนประเด็นพิพากตาม คำพิพากษาศาลอุทธรณ์เป็น เรื่องว่าอำนาจปกครองควรจะอยู่แก่จำเลยผู้เป็นมารดาหรือไม่ ผลแห่งคำพิพากษาทั้งสองเรื่องจึงเป็นคนละเรื่องกันหาขัดแย้งกันไม่ เมื่อศาลอุทธรณ์พิพากษาให้อำนาจปกครองบุตรอยู่แก่จำเลยแล้ว อำนาจปกครองที่มีอยู่แก่โจทก์แต่แรกก็ย่อมหมดไปในตัว จำเลยไม่ต้องส่งบุตรให้โจทก์

⁴⁴

ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มฤตก , หน้า 210.

โดยผลของกฎหมายดังกล่าวมา มาตรา 1503 วรรคสอง จึงบัญญัติให้อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีผู้ปกครองมีสิทธิที่จะติดต่อกับบุตรของตนได้ตามสมควรแล้วแต่พฤติการณ์

1.2.4.2 หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร

หน้าที่สำคัญของบิดามารดาก็คือ การอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ เพราะ บุตรเมื่อยังช่วยตนเองไม่ได้ บิดามารดาก็ต้องให้การเลี้ยงดูในด้านการกินการอยู่ การศึกษา เล่าเรียนตลอดจนส่งเสริมบุตรตามกำลังและฐานะ แต่เมื่อบิดามารดาได้หย่าขาดจากกัน แม้การสมรสของสามีภริยาลิ้นสุดลงแล้วก็ตาม แต่หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรมิได้สิ้นสุดตามไปด้วย⁴⁵ แม้ในคดีฟ้องหย่านั้นศาลจะตัดสินให้ฝ่ายหนึ่งชนะ และฝ่ายชนะคดีได้เป็นผู้ปกครองบุตรไปโดยผลของกฎหมายก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่า ฝ่ายแพคดีต้องรับหน้าที่เสียค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรเพียงฝ่ายเดียว หรือฝ่ายชนะคดีเมื่อได้ปกครองบุตรแล้วต้องออกเงินค่าอุปการะบุตรฝ่ายเดียว กรณีเช่นนี้ศาลจะเป็นผู้กำหนดให้แต่ละฝ่ายต้องออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดู โดยคำนึงถึงความสามารถผู้มีหน้าที่ต้องให้และฐานะของผู้รับตามพฤติการณ์

เมื่อกฎหมายระบุให้จำต้องอุปการะเลี้ยงดูแล้วก็แสดงอยู่ในตัวว่า ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในค่าอุปการะเลี้ยงดูด้วย ในกรณีที่ฝ่ายต้องรับผิดชอบในการอุปการะเลี้ยงดูละเลยไม่อุปการะเลี้ยงดู ฝ่ายที่มีสิทธิยอมมีอำนาจฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูได้ นอกจากนั้นยังมีสิทธิฟ้องเรียกค่าจ้างที่ฝ่ายมีสิทธิต้องเสียแก่ผู้อื่น ในการที่ให้เขามาอุปการะเลี้ยงดูแทนผู้มีหน้าที่⁴⁶

⁴⁵ มาตรา 1536 บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษิตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์

บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

⁴⁶ ศาสตราจารย์สอาด นาวิเจริญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว , หน้า 351.

ในเรื่องการกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร ในกรณีที่สามีภริยาหย่ากัน กฎหมายกำหนดค่าไว้ให้ต่างฝ่ายต่างออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรโดยกำหนดจำนวนไว้ในสัญญาหย่า หรือตามที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาของศาล ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1504⁴⁷ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ปีพุทธศักราช 2478 ส่วนหน้าที่ที่จำต้องทำการเลี้ยงดูบุตรนั้น ฝ่ายใดเป็นผู้ปกครองบุตรฝ่ายนั้นก็ทำหน้าที่

มาตรา 1504 กำหนดถึงจำนวนเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร ซึ่งได้กำหนดไว้ในสัญญาหย่านั้น ท่านอาจารย์เสนีย์ ปราโมช มีความเห็นว่า "สัญญาหย่า" ตามมาตรา 1504 นี้ หมายถึง หนังสือเล็ก เป็นหัว เมียงกันซึ่งต้องมีพยานลงชื่อรู้เห็นอย่างน้อย 2 คน ตามมาตรา 1498 แต่อย่างไรก็ตาม กรณีอาจจะแยกพิจารณาได้ เป็นหนังสือหย่าส่วนหนึ่ง การตกลงแบ่งทรัพย์สินเมื่อหย่า รวมทั้ง เรื่องการปกครองบุตรอีกส่วนหนึ่ง สำหรับการหย่านั้นจะต้องจดทะเบียนก็เพื่อบันทึกการที่ชายหญิงตกลงเลิกการเป็นสามีภริยากัน ไม่มีข้อความใด เกี่ยวโยงไปถึงการแบ่งทรัพย์สิน การปกครองบุตรหรือการอุปการะเลี้ยงดูบุตร ข้อตกลงเกี่ยวกับเรื่องนี้จึงเป็นผลสืบเนื่องมาจากการหย่า คู่กรณีจะตกลงกันเป็นพิเศษอย่างไรในรูปใดก็ย่อมจะทำได้ ดังนั้น การที่กฎหมายวางหลักเกณฑ์ให้สามีภริยาตกลงกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรไว้ในสัญญาหย่า จึงอาจเป็นไปได้ว่าไม่ได้คำนึงถึงทางปฏิบัติในเรื่องนี้ ข้อสำคัญจึงมีว่าถ้าคู่สามีภริยาไปทำสัญญาตกลงกันไว้ต่างหากจากสัญญาหย่า จะกลับไปถือว่าข้อตกลงนั้นใช้ไม่ได้ เพราะไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญาหย่านั้น หากเหตุผลมาสนับสนุนได้ยาก เมื่อเป็นเรื่องทำสัญญาไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงที่เขาทำไว้น่าจะใช้บังคับได้แม้จะไม่ได้ทำกันไว้ในสัญญาหย่าก็ตาม⁴⁸

การกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรในสัญญาหย่า หรือในคำพิพากษาของศาลตามมาตรา 1504 นี้ อาจมีการเปลี่ยนแปลงภายหลังได้ เมื่อสามีหรือภริยายื่นคำร้องต่อศาลและแสดงได้ว่าพฤติการณ์ รายได้ หรือฐานะของคู่กรณีได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลก็จะพิจารณาสั่งให้เพิกถอน ลด เพิ่ม

⁴⁷ มาตรา 1504 เมื่อสามีภริยาหย่ากัน ให้ต่างออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร โดยกำหนดจำนวนไว้ในสัญญาหย่า หรือตามที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาของศาล

⁴⁸ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก , หน้า 211 - 212.

หรือกลับให้ค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรอีกก็ได้ แล้วแต่กรณี (มาตรา 1596) ค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้น จะให้เป็นเงินครั้งคราวตามกำหนด แต่ถ้ามีเหตุพิเศษตกลงกันเอง หรือจะร้องต่อศาลขอชำระ ด้วยวิธีอื่นก็ได้ (มาตรา 1597) เช่น บิดาจะไปทำงานที่ต่างประเทศจะร้องขอต่อศาลเพื่อชำระ เป็นรายปี หรือชำระ เป็นเงินก้อนหนึ่ง ดังนี้ก็ย่อมทำได้

สิทธิที่จะได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้นจะสละ ยึด หรือโอนมิได้ (มาตรา 1598) ทั้งนี้ เป็นที่เห็นได้ว่าสิทธิได้ค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร เป็นสิทธิที่ให้เพื่อความอยู่รอดของผู้รับ กฎหมาย จึงมิให้ผู้ใดยึดเอาไป และผู้ได้รับสิทธิก็จะโอนให้แก่บุคคลอื่นมิได้

1.3 ลักษณะอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามบทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับที่แก้ไขและตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519

1.3.1 หลักเกณฑ์และวิธีการหย่าตามบทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับที่แก้ไขและตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519

หลักเกณฑ์และวิธีการหย่าตามระบบกฎหมายครอบครัวปัจจุบันตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับที่แก้ไขและตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 นี้ ส่วนใหญ่แล้วยังคงหลักการในสาระสำคัญ เช่นเดียวกับบทบัญญัติบรรพ 5 เดิม (ปีพุทธศักราช 2478) จะมีการปรับปรุงแก้ไขบ้างก็ไม่มากนัก กล่าวคือ ได้กำหนดให้การสิ้นสุดแห่งการสมรสโดยการหย่านั้นอาจทำได้ 2 ประการ เช่นเดียวกับบทบัญญัติตามบรรพ 5 เดิม (ปีพุทธศักราช 2478) คือ

- การหย่าโดยความยินยอม และ
- การหย่าโดยคำพิพากษาของศาล

ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 1514⁴⁹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ฉบับที่แก้ไขและตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ซึ่งบทบัญญัติมาตรานี้มีข้อความเหมือนกับมาตรา 1498 ตามบรรพ 5 เดิมทุกประการ

⁴⁹ มาตรา 1514 การหย่านั้นจะทำได้แต่โดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย หรือโดยคำพิพากษาของศาล

การหย่าโดยความยินยอมต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อยสองคน

1.3.1.1 การหย่าโดยความยินยอม

ตามบทบัญญัติ บรรพ 5 ใหม่ คู่สมรสอาจหย่าขาดจากกันโดยความยินยอม ได้ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) การหย่าโดยความยินยอมตามบทบัญญัติ บรรพ 5 ใหม่นี้ คงกำหนดแบบไว้ ให้คู่สมรสต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อยสองคน ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 1514 ซึ่งมาตรานี้มาจากมาตรา 1498 ตามบรรพ 5 เดิม โดยไม่มีการแก้ไข

(2) และเช่นกัน เมื่อคู่สมรสในกรณีที่การสมรสนั้นได้มีการจดทะเบียน กล่าวคือคู่สมรสนั้น เป็นสามีภริยากันภายหลังใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปีพุทธศักราช 2478 ซึ่งการสมรสจะมีได้ต่อ เมื่อมีการจดทะเบียนสมรส การหย่าโดยความยินยอมจะสมบูรณ์ต่อ เมื่อสามีภริยาได้จดทะเบียนการหย่ากันแล้ว ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 1515⁵⁰ ซึ่งมาตรานี้มาจากมาตรา 1499 ตามบรรพ 5 เดิม โดยไม่มีการแก้ไข

ส่วนการสมรสที่ไม่ต้องจดทะเบียนตามกฎหมายลักษณะฉั่ว เมียก็ดี หรือการสมรสในต่างประเทศระหว่างคนที่มีสัญชาติไทยด้วยกันหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย ซึ่งทำตามแบบของกฎหมายแห่งประเทศนั้น โดยไม่ต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทย การหย่าโดยความยินยอมดังกล่าวก็สมบูรณ์โดยไม่ต้องจดทะเบียน

การหย่ามีผลเมื่อใดนั้น บทบัญญัติบรรพ 5 ใหม่ มาตรา 1531⁵¹ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้เหมือนกับมาตรา 1511 วรรคแรก บรรพ 5 เดิมทุกประการ กล่าวคือ การสมรสที่จดทะเบียนตามกฎหมายนั้น การหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีผลตั้งแต่วันที่จดทะเบียนการหย่ากัน

1.3.1.2 การหย่าโดยคำพิพากษาของศาล

บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับที่แก้ไข และตราชำระใหม่ พศ. 2519 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลไว้แตกต่างไปจากบทบัญญัติบรรพ 5 เดิม ซึ่งเหตุผลในการปรับปรุงแก้ไขใหม่นี้ ก็เพื่อให้สอดคล้อง

⁵⁰ มาตรา 1515 เมื่อได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายนี้ การหย่าโดยความยินยอมจะสมบูรณ์ต่อ เมื่อสามีและภริยาได้จดทะเบียนการหย่ากันแล้ว

⁵¹ มาตรา 1531 การสมรสที่จดทะเบียนตามกฎหมายนั้น การหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีผลนับแต่เวลาจดทะเบียนการหย่า เป็นต้นไป

กับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 ที่บัญญัติให้ชายหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันตามกฎหมาย และเพื่อปรับปรุงถ้อยคำของบทบัญญัติของมาตราให้ถูกต้องเหมาะสมยิ่งขึ้น โดยได้กำหนดเหตุหย่าไว้ในมาตรา 1516 ดังนี้

มาตรา 1516 เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้

- (1) สามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นจนภริยา หรือภริยามีชู้อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (2) สามีหรือภริยาประพฤติชั่ว ไม่ว่าความประพฤติชั่วนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง
 - (ก) ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง
 - (ข) ได้รับความดูถูกเกลียดชัง เพราะเหตุที่คงเป็นสามีหรือภริยาของฝ่ายที่ประพฤติชั่ว อยู่ต่อไป หรือ
 - (ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพฐานะและความ เป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้
- (3) สามีหรือภริยาทำร้าย หรือทรมาณร่างกายหรือจิตใจ หรือหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ ถ้าเป็นการร้ายแรงอีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้
- (4) สามีหรือภริยาจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไป เกินหนึ่งปี อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้
- (5) สามีหรือภริยาถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (6) สามีหรือภริยาไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควร หรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้
- (7) สามีหรือภริยาวิกลจริตตลอดมาเกินสามปี และความวิกลจริตนั้นมีลักษณะยากจะหายได้ กับทั้งความวิกลจริตถึงขนาดที่จะทนอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาต่อไปไม่ได้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(8) สามีหรือภริยาผิดทัณฑ์บนที่ทำให้ไว้ เป็นหนังสือในเรื่องความประพฤติอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(9) สามีหรือภริยาเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งและโรคลักษณะเรื้อรังไม่มีทางที่หายได้ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(10) สามีหรือภริยามีสภาพร่างกายทำให้สามีหรือภริยานั้นไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติบรรพ 5 ใหม่ มาตรา 1516 ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปดังนี้ คือ

1. เหตุหย่าตามมาตรา 1500 (1) ตามบรรพ 5 เดิม บัญญัติไว้เฉพาะว่า เมื่อภริยามีชู้ให้สามีฟ้องหย่าได้ เมื่อใช้บทบัญญัติบรรพ 5 ใหม่ จึงได้กำหนดหลักการใหม่ว่า ในกรณีที่สามีอุปการะเลียงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันทภริยา ก็ให้ภริยาฟ้องหย่าได้เช่นเดียวกัน

2. เหตุหย่าตามมาตรา 1500 (2) ตามบรรพ 5 เดิม ที่ว่า สามีหรือภริยาประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง หรือทำร้ายร่างกายอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่งถึงบาดเจ็บหรือหมิ่นประมาทอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้นั้น บทบัญญัติบรรพ 5 ใหม่ ได้ขยายความคำว่า "ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง" เสียใหม่ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยขยายความคำว่า "ความประพฤติชั่ว" ให้ชัดเจนไปอีกว่า ถ้าความประพฤติชื่อนั้นเป็นเหตุให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง

(ก) ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง

(ข) ได้รับความดูถูกเกลียดชังเพราะเหตุที่คงเป็นสามีหรือภริยาของฝ่ายที่ประพฤติชั่วอยู่ต่อไป หรือ

(ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ

3. เหตุหย่าตามมาตรา 1500 (3) ตามบรรพ 5 เดิม ได้ใช้คำว่า "ทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยาอย่างร้ายแรง จนอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจอยู่กินเป็นสามีภริยาต่อไป" จึงขยายความให้ชัดเจนไป เพื่อมิให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เรื่องการตีความ โดยขยายความว่า "ทั้งนี้ ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ"

1.3.1 หลักเกณฑ์และการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามบทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับที่แก้ไขและตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519

1.3.2.1 หลักเกณฑ์และการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า โดยความยินยอม

การกำหนดอำนาจปกครองบุตรในกรณีที่สามีภริยายินยอมหย่ากันเองนั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ตามบทบัญญัติบรรพ 5 ใหม่ มาตรา 1520 วรรคแรก ดังนี้

"มาตรา 1520 วรรคแรก ถ้าสามีภริยาหย่าโดยความยินยอมให้ทำความตกลงกันว่าฝ่ายใดจะปกครองบุตรคนใด เป็นหนังสือ ถ้ามิได้ตกลงกันหรือตกลงกันไม่ได้ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด"

มาตรา 1520 นี้ ปรับปรุงจากมาตรา 1502 ของบรรพ 5 เดิม โดยแก้ไขความในวรรคแรกของมาตรา 1502 เดิม ที่กำหนดไว้ว่า "ถ้าสามีภริยาหย่ากันเองความตกลงว่าฝ่ายใดจะปกครองบุตรคนไหน ให้ทำเป็นหนังสือ ถ้ามิได้ตกลงไว้เช่นนั้น ให้บิดาเป็นผู้ปกครอง" เนื่องจากหลักการในมาตรา 1502 วรรคแรกเดิมนั้นขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ชายหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน⁵² ดังนั้น จึงได้ปรับปรุงแก้ไขใหม่เป็นมาตรา 1520 ตามบรรพ 5 ใหม่ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคระหว่างชายหญิง

ในการที่ศาลจะชี้ขาดเรื่องการกำหนดอำนาจปกครองบุตรนี้ ในทางปฏิบัติแล้ว ศาลจะพิจารณาโดยพึงเล็งถึงความผาสุกและประโยชน์สุขของบุตรเป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงว่าสามีหรือภริยานั้น ใครจะมีรายได้มากกว่ากัน ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 303/2488 ผู้สมควรเป็นผู้ปกครองบุตรได้ตั้งนั้นอาจเป็นผู้มีฐานะไม่ดีก็ได้ และผู้มีฐานะดีอาจไม่สมควรเป็นผู้ปกครองบุตรก็ได้

บุตรซึ่งเป็นผู้ไม่รู้เพียงสำนึกนั้นควรได้มารดาเป็นผู้ปกครองดีกว่าสามีซึ่งภริยาใหม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 392/2523 แม้จำเลยซึ่งเป็นบิดาจะมีรายได้และฐานะดีกว่าโจทก์ แต่โจทก์ซึ่งเป็นมารดาก็มีอำนาจปกครองบุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ ตามประมวลกฎหมายแพ่ง

52

รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาบททวนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 12/2518 วันพฤหัสบดีที่ 17 กรกฎาคม 2518, ในห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 7 - 8.

และพาณิชย์ บรรพ 5 ซึ่งแก้ไขใหม่และใช้บังคับในขณะพิพาท และ เมื่อเลิกอยู่กับจำเลยแล้ว โจทก์ทำงานได้เงินเดือนเดือนละ 2,000 บาท ได้ค่าเช่าห้องแถวเดือนละ 1,200 บาท กับมีที่ดินอีก 2 แปลง ราคารวมกันประมาณ 500,000 บาท ญาติทุกคนพร้อมที่จะให้ความช่วยเหลือ โจทก์ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก โจทก์สามารถอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษาแก่บุตรทั้งสองได้ ทั้งโจทก์และจำเลยอยู่ด้วยกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสมีบุตรด้วยกัน 4 คน และได้ขอคำสั่งศาล แสดงว่าเป็นบิดาของบุตรแล้ว การให้บุตรคนเล็ก 2 คน อยู่ในอำนาจปกครองของโจทก์คำขอ จึงเป็นการสมควร ทั้งนี้ ตามบรรพ 5 ที่แก้ไขใหม่ที่ใช้บังคับในขณะพิพาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4125/2528 เมื่อสามภริยาหย่ากัน การที่จะให้บุตรผู้เยาว์ อยู่ในความปกครองของฝ่ายใดนั้น ศาลย่อมพิเคราะห์ถึงประโยชน์และความผาสุกของเด็ก เป็นสำคัญ บุตรผู้เยาว์ เป็นหญิงอายุเพียง 4 ปี อยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของมารดาผู้เป็นโจทก์ ซึ่งมีเวลา ดูแลสั่งสอนบุตรได้มากกว่าน่าจะ เป็นการเหมาะสม ทั้งโจทก์เป็นข้าราชการครุมีรายได้และเงินช่วยเหลือต่าง ๆ จนสามารถเก็บเงินฝากธนาคารออมสินให้บุตรได้ทุกเดือน จึงสมควรให้บุตร ผู้เยาว์อยู่ในความปกครองของโจทก์ผู้เป็นมารดา

1.3.2.2 หลักเกณฑ์และการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า โดยคำพิพากษาของศาล

การกำหนดอำนาจปกครองบุตร ในกรณีที่สามภริยาหย่าร้างกัน โดยคำพิพากษาของศาลนั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ตามบทบัญญัติบรรพ 5 ใหม่ มาตรา 1520 วรรคสอง ดังนี้

"มาตรา 1520 วรรคสอง ถ้าหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ให้ฝ่ายชนะคดี เป็นผู้ปกครอง เว้นแต่ศาลจะชี้ขาดให้อีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครอง"

มาตรา 1520 วรรคสองนี้ ยังคงหลักการเดิมเช่นเดียวกับมาตรา 1502 วรรคสอง บรรพ 5 เดิม

1.3.3 การเปลี่ยนแปลงผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า

ในเรื่องการเปลี่ยนแปลงตัวผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรนั้น ในบทบัญญัติมาตรา 1521 แห่งบรรพ 5 ใหม่ ก็ยังคงซึ่งหลักการเดิมตามบทบัญญัติมาตรา 1503 แห่งบรรพ 5 เดิมทุกประการ ดังนี้

"มาตรา 1521 วรรคแรก ดังปรากฏว่าผู้ปกครองตามมาตรา 1520 ประพฤติตนไม่สมควร หรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัวผู้ปกครอง โดยฟังถึงถึงความเหมาะสมและประโยชน์ของบุตรนั้น เป็นประมาท"

ส่วนในข้อที่ว่า การเปลี่ยนแปลงตัวผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรนั้นครอบคลุมไปถึงกรณีที่สามารถทำได้ตกลงกันใน เรื่องการปกครองบุตร เมื่อหย่ากันเองด้วยนั้น ได้มีคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์⁵³ ที่ 46/2529 ได้วินิจฉัยยืนยันหลักเกณฑ์ดังกล่าว ดังนี้

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 46/2529 (เรื่องนางวรรณา จันทร์สะอาด ร้องทุกข์ว่า ได้รับความเดือดร้อนและเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เขตดุสิตไม่ยอมแก้ไขบันทึกข้อตกลงการหย่าให้กับผู้ร้องทุกข์) ในกรณีที่คู่สมรสหย่าขาดจากกัน อำนาจในการปกครองบุตรจะอยู่กับฝ่ายใดนั้น เป็นไปตามมาตรา 1520 สำหรับการเปลี่ยนตัวผู้ปกครองนั้นมาตรา 1521 ก็ได้กำหนดไว้ว่า หากผู้ปกครองตามมาตรา 1520 ประพฤติตนไม่สมควรหรือหากปรากฏในภายหลังว่าพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลก็มีอำนาจเปลี่ยนตัวผู้ปกครองได้ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมและประโยชน์ของผู้เยาว์ ซึ่งนอกจากมาตรา 1521 ดังกล่าวแล้วไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงเปลี่ยนแปลงการเป็นผู้ปกครองแต่อย่างใด ดังนั้น ในการเปลี่ยนตัวผู้ปกครองจึงต้องเป็นไปตามมาตรา 1521 ดังกล่าว โดยผู้ร้องทุกข์จะต้องไปร้องขอต่อศาลเพื่อพิจารณาเสียก่อน การที่เขตดุสิตปฏิเสธไม่แก้ไขบันทึกข้อตกลงการหย่าให้กับผู้ร้องทุกข์จึง เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว

1.3.4 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาภายหลังการหย่า

1.3.4.1 สิทธิติดต่อกับบุตร

ตามบทบัญญัติบรรพ 5 ใหม่ มาตรา 1521 วรรคสอง ยังคงหลักการในเรื่องการใช้สิทธิติดต่อกับบุตรของบิดาหรือมารดาที่มีใช้ผู้ใช้อำนาจปกครอง เช่นเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 1503 วรรคสอง บรรพ 5 เดิม ดังนี้

⁵³ คณะกรรมการวินิจฉัยคำร้องทุกข์ (คณะที่ 2) ประกอบด้วย นายสุธรรม ภัทราคม หัวหน้าคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ นายสุธรรม วรรณแสง, นายเรียม เกษสาคร, นายถวิล วิสุทธจินดา และนายอมร จันทร์สมบูรณ์ กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

"มาตรา 1521 วรรคสอง แม้จะมอบให้ฝ่ายหนึ่งปกครองก็ตามฝ่ายหนึ่ง มีสิทธิที่จะติดต่อกับบุตรของตนได้ตามสมควร แล้วแต่พฤติการณ์"

1.3.4.2 หน้าที่ในการให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตร

ตามบทบัญญัติบรรพ 5 ใหม่ว่า มาตรา 1522 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรไว้ดังนี้

"มาตรา 1522 ถ้าสามีภริยาหย่าโดยความยินยอม ให้ทำความตกลงกันไว้ในสัญญาหย่าว่าสามีภริยาทั้งสองฝ่าย หรือสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นจำนวนเงินเท่าใด

ถ้าหย่าโดยคำพิพากษาของศาลหรือในกรณีที่สัญญาหย่ามิได้กำหนดเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรไว้ ให้ศาลเป็นผู้กำหนด"

จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 1504 บรรพ 5 เดิมนั้น ถ้าสามีภริยาหย่ากันโดยความยินยอม กฎหมายกำหนดให้ต่างฝ่ายต่างออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรโดยกำหนดจำนวนไว้ในสัญญาหย่า และในกรณีที่เป็นการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลกฎหมายก็กำหนดไว้ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาของศาล แต่ตามมาตรา 1522 บรรพ 5 ใหม่นี้ ได้ปรับปรุงหลักการดังกล่าวใหม่เป็นว่า ในกรณีที่สามีภริยาหย่าโดยความยินยอมนั้น ให้คู่สามีภริยาทำความตกลงไว้ในสัญญาหย่าว่าสามีภริยาทั้งสอง หรือสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นจำนวนเงินเท่าใด และได้เพิ่มเติมบทบัญญัติวรรคสองใหม่ เพื่อคุ้มครองบุตรในกรณีที่สัญญาหย่ามิได้กำหนดเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรไว้ ก็ให้ศาลเป็นผู้กำหนด

การกำหนดจำนวนเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรนี้ ศาลจะต้องคำนึงถึงฐานะและความสามารถของสามีภริยา และจะต้องนำพฤติการณ์แห่งกรณีในด้านรายได้ ความสามารถในทางเลี้ยงชีพ ทรัพย์สินและเงินทุนของบุตร ความต้องการของบุตรในด้านการเงิน และฐานะความเป็นอยู่ของบุตรเท่าที่ดำเนินอยู่และเท่าที่บิดามารดาพึงประสงค์ในด้านการศึกษาอบรมมาพิจารณาประกอบด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่สำคัญ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1637/2520 ศาลพิพากษาให้หย่าตามคำฟ้องของภริยาบุตรหญิงอายุ 15 ปี ควรอยู่ในปกครองของมารดา ทั้งบิดาและมารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรด้วยกัน ศาลกำหนดให้สามีจ่ายเดือนละ 250 บาท



คำพิพากษาฎีกาที่ 178/2523 ข้อตกลงตามบันทึกหลังทะเลเบียนหย่าที่ว่าโจทก์รับหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรและธิดาทั้งสามคน เป็นผู้ส่งเสียให้การศึกษาเอง โดยจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบส่งเสียเลี้ยงดูแต่อย่างใดทั้งปัจจุบันและอนาคต เป็นอันบังคับได้จนกว่าศาลจะสั่งเปลี่ยนแปลง มิใช่เป็นเรื่องสละสิทธิที่จะได้ค่าอุปการะเลี้ยงดู ไม่ขัดต่อกฎหมายและไม่เป็นโมฆะ โจทก์จะมาฟ้องจำเลยรับผิดชอบใช้ค่าอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาบุตรที่โจทก์ได้จ่ายไปหาได้ไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1775/2523 โจทก์จำเลยตกลงหย่าขาดจากกัน โดยมีสัญญาข้อหนึ่งว่า ำบุตร 5 คน อยู่ในความอุปการะของโจทก์ซึ่งเป็นภริยา เมื่อไม่ได้ระบุให้จำเลยซึ่งเป็นสามี เป็นผู้จ่ายเงินค่าเลี้ยงดูและการศึกษาบุตร จึงถือได้ว่าโจทก์ยอมรับเอาบุตร 5 คน ไว้ในความปกครองและอุปการะรวมถึงการเลี้ยงดูและการศึกษาด้วย ประเด็นแห่งคดีนี้มีว่าจำเลยปฏิบัติผิดสัญญาดังโจทก์อ้างหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าจำเลยผิดสัญญาดังโจทก์กล่าวอ้าง จำเลยจึงไม่ต้องรับผิด จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 (เดิม) อันเป็นคนละประเด็นมาใช้ปรับแก้คดีนี้ให้จำเลยรับผิดชอบในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูและการศึกษาบุตร 5 คน หาได้ไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1691/2528 บิดาและมารดามีหน้าที่ร่วมกันในการอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่บุตรผู้เยาว์อันเป็นลูกหนึ่งร่วมกัน จึงต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่า ๆ กัน เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งอาจกำหนดโดยนิติกรรมสัญญาหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

2. ลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามระบบกฎหมายต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะขอแยกลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า เช่นเดียวกับบทที่ 2 คือ ตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีและระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยจะแยกพิจารณาถึงลักษณะการหย่าร้างและการกำหนดอำนาจปกครองบุตร พร้อมทั้งสิทธิและหน้าที่ภายหลังการหย่า เพื่อเป็นการเปรียบเทียบับระบบกฎหมายไทย

2.1 ลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี

2.1.1 หลักเกณฑ์และวิธีการหย่าตามกฎหมายครอบครัวอังกฤษ

เดิมตามกฎหมายอังกฤษไม่อนุญาตให้มีการหย่าได้⁵⁴ ทั้งนี้เพราะกฎหมายเดิมนั้นมีรากฐานมาจากกฎหมายที่กำหนดขึ้นจากองค์การทางศาสนา ซึ่งถือว่าการสมรสนั้น

⁵⁴ นุชทิพย์ บรรจงศิลป์, "ผลของการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล"

เป็นการนำเอาชายและหญิงมารวมเข้าเป็นบุคคลเดียวกัน ตามพระประสงค์ของพระผู้เป็นเจ้า หากจะมีการให้หย่าได้แล้วก็จะเป็นการขัดต่อพระประสงค์ของพระผู้เป็นเจ้า อย่างไรก็ตาม ศาลทางศาสนาของอังกฤษในระหว่างคริสต์ศตวรรษที่ 16 และ 17 ก็มีอำนาจที่จะสั่งว่าการสมรสใดไม่มีผลได้ หลังจากที่ศาสนาเสื่อมอำนาจลง ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ว่าศาลอาจมีคำสั่ง (หรือคำพิพากษา) ให้หย่าได้ หากมีเหตุหย่าตามที่กฎหมายกำหนด

ตามระบบกฎหมายครอบครัวของประเทศอังกฤษปัจจุบัน เหตุที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะนำมากล่าวอ้างเพื่อยื่นคำร้องขอหย่าต่อศาล⁵⁵ มีเพียงประการเดียวเท่านั้น คือ ในกรณีที่ชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายหรือล้มเหลวจนไม่อาจจะกลับคืนกันได้อีกต่อไป (The sole ground on which a petition divorce may be presented to the court by either party to a marriage is that the marriage has broken down irretrievably) ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 (1) แห่ง The Matrimonial Causes Act ปี 1973⁵⁶ แต่อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่ากรณีใดบ้างที่จะถือได้ว่าการสมรสนั้นได้แตกสลายหรือล้มเหลวจนไม่อาจกลับคืนคืนกันได้ เป็นเรื่องที่ค่อนข้างยาก ดังนั้นมาตรา 1 (2) แห่ง The Matrimonial Causes Act ปี 1973 จึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์ข้อพิสูจน์ถึงชีวิตสมรสได้แตกสลายแล้ว (proof of breakdown) ไว้ว่า ศาลไม่อาจจะพิพากษาหรือตัดสินได้ว่าชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายจนไม่อาจจะกลับคืนคืนกันได้ เว้นแต่คู่สมรสฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอหย่านั้นจะสืบหรือพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งในห้าประการดังต่อไปนี้⁵⁷

⁵⁵ การหย่าตามกฎหมายอังกฤษนั้นต้องเป็นไปโดยคำพิพากษาของศาลทั้งสิ้น ทั้งนี้ถึงแม้คู่สมรสจะยินยอมด้วยกันก็ยังคงต้องได้รับคำพิพากษาว่าให้หย่าได้ด้วย ฉะนั้น การหย่าตามกฎหมายอังกฤษจึงต้องเริ่มด้วยการที่คู่สมรสยื่นคำร้อง ต่อศาลที่มีอำนาจ และจะมีผลเมื่อได้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาแล้วเท่านั้น.

⁵⁶ Lord Hailsham of St. Marylebone, Halsbury's Laws of England , 4th ed. Vol. 13, (London : Butterworths, 1975), p. 272.

⁵⁷ Ibid.

ประการแรก ข้อเท็จจริงที่ว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งประพฤติผิดประเวณี (has committed adultery) และคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจจะทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป

ประการที่สอง ข้อเท็จจริงที่ว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งประพฤติตนในลักษณะที่ทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหวังได้ว่าจะอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป

ประการที่สาม ข้อเท็จจริงที่ว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้ละทิ้งร้าง (has deserted) คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไป เป็นระยะเวลาสองปีติดต่อกัน

ประการที่สี่ ข้อเท็จจริงที่ว่าคู่สมรสได้มีการแยกกันอยู่ เป็นระยะเวลาสองปีติดต่อกัน และคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งตกลงหรือยินยอมที่จะให้ศาลมีคำพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน

ประการที่ห้า ข้อเท็จจริงที่ว่าคู่สมรสนั้นได้มีการแยกกันอยู่ เป็นระยะเวลาห้าปี ติดต่อกัน

ในทางปฏิบัติแม้ว่าศาลจะเห็นว่าชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายจนไม่อาจกลับคืนกันได้ก็ตาม ศาลยังจะไม่พิพากษาให้มีการหย่า เว้นแต่คู่สมรสฝ่ายที่ประสงค์จะขอหย่านั้นจะได้นำสืบพยาน ข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งในห้าประการต่อศาล ดังเช่น ในคดี Richards V. Richards (ปี ค.ศ. 1972) ศาลได้ตัดสินโดยวางหลักกฎหมายไว้ว่า แม้ศาลจะเห็นว่าชีวิตสมรสได้แตกสลายจนไม่อาจกลับคืนกันได้ก็ตาม หากคู่สมรสที่ประสงค์จะหย่านั้นไม่ได้กล่าวอ้างพยานข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งในห้าประการดังกล่าวแล้ว ศาลก็อาจจะปฏิเสธการหย่านั้นได้⁵⁸ และในทางกลับกันศาลอังกฤษก็ตีความว่าบทพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามมาตรา 1 (2) นี้ ก็ไม่ได้เป็นการผูกมัดศาลให้ต้องเชื่อโดยอัตโนมัติว่าชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายมีอาจกลับคืนกันได้ ดังที่ศาลอังกฤษได้วางหลักกฎหมายในเรื่องนี้ไว้ในคดี Pheasant V. Pheasant (ปี ค.ศ. 1972) ว่า แม้ว่าข้อเท็จจริงตามบทสันนิษฐานทั้งห้าประการในมาตรา 1 (2) นี้ เป็นเพียงแนวทางในการพิจารณาที่จำเป็นก็ตาม แต่มีใช้สิ่งที่เพียงพอที่จะแสดงได้ในตัวเองว่าชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายหรือล้มเหลวจนไม่อาจจะกลับคืนกันได้⁵⁹

58

A.G.Chhoros, The Reform of Family Law in Europe (The Netherlands Kluwer, 1978), p.56.

59

Ibid

ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะไต่สวนหรือสอบสวนถึงข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวอ้าง โดยคู่สมรสฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอหย่าและข้ออ้างที่กล่าวอ้างของคู่สมรสฝ่ายที่ปฏิบัติ เพื่อให้ได้ข้อยุติว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 (2) ดังที่คู่สมรสนั้นกล่าวอ้างหรือไม่ และชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายหรือล้มเหลวจนไม่อาจจะกลับคืนคืนกันได้จริงหรือไม่ เมื่อได้ข้อยุติว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวทั้งสองประการแล้ว ศาลจึงจะมีอำนาจพิพากษาให้หย่าได้⁶⁰

คำพิพากษาให้หย่าตามระบบกฎหมายครอบครัวอังกฤษกำหนดไว้ 2 ขั้นตอน คือ⁶¹

- คำพิพากษาชั่วคราว (decree nisi)
- คำพิพากษาให้การหย่ามีผลสมบูรณ์หรือคำพิพากษาเด็ดขาด (decree absolute)

แม้ว่าคู่สมรสฝ่ายที่ต้องการหย่าร้างจะได้ยื่นคำร้องขอหย่าต่อศาล⁶² โดยนำสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งในห้าประการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 (2) แห่ง The Matrimonial Causes Act ปี 1973 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วให้ศาลเห็นว่าชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายจนไม่อาจกลับคืนคืนได้แล้วก็ตาม ศาลก็จะยังไม่พิพากษาให้การหย่ามีผลสมบูรณ์ อันจะทำให้สถานะของการสมรสนั้นสิ้นสุดลงโดยทันที เมื่อศาลพอใจในพยานหลักฐานที่คู่สมรส

⁶⁰ Lord Hailsham of St. Marylebone, Halsbury's Laws of England , p. 273.

⁶¹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 255.

⁶² เดิมตามมาตรา 3 แห่ง The Matrimonial Causes Act ปี 1973 ได้กำหนดห้ามคู่สมรสยื่นคำร้องขอหย่าต่อศาลในช่วงระยะเวลาสามปีแรกของการสมรส เว้นแต่ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอหย่านั้นได้รับความยากลำบาก หากไม่พิพากษาให้มีการหย่าหรือได้รับความเสื่อมเสียจากการกระทำของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง แต่โดยผลของ The Matrimonial and Family Proceedings Act ปี 1984 ได้แก้ไขกำหนดระยะเวลาในการยื่นคำร้องขอหย่าให้เหลือเพียง 1 ปี ตามมาตรา 47 (1) (a).

นามากล่าวอ้างเพื่อการหย่าร้าง ศาลจะมีคำพิพากษาชั่วคราว (decree nisi) ก่อน และศาลจะไม่พิพากษาให้การหย่าร้างนั้นมีผลสมบูรณ์หรือมีคำพิพากษาเด็ดขาด (decree absolute) จนกว่าระยะเวลาหกเดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาชั่วคราวจะผ่านพ้นไปแล้ว เว้นแต่ศาลสูง (The High Court) จะได้มีคำสั่งกำหนดระยะเวลาสั้นกว่านั้นหรือศาลที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเห็นสมควรจะกำหนดระยะเวลาที่สั้นกว่านั้นเพียงใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 1 (5) และมาตรา 15 แห่ง The Matrimonial Causes Act ปี 1973⁶³

2.1.2 หลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามกฎหมายครอบครัวอังกฤษ

2.1.2.1 การกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า

คดีใน เรื่องการกำหนดอำนาจปกครองบุตรหรือในประเด็น

ที่เกี่ยวข้องใน เรื่องอำนาจปกครองบุตรตามหลักกฎหมายครอบครัวของประเทศอังกฤษนั้น มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่ศาลมักนำมาพิจารณาในคดี ดังนี้⁶⁴

- The Matrimonial Causes Act 1973
- The Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978
- The Guardianship of Minors Act 1971

การที่มีกฎหมายในเรื่องอำนาจของศาลในการพิจารณาคดีในเรื่องอำนาจปกครองหลายฉบับ และมีเนื้อหาที่ซ้อนกัน อาจทำให้เกิดความซับซ้อนในการพิจารณา แต่ก็สามารถอธิบายถึงอำนาจตามกฎหมายในแต่ละฉบับได้ดังนี้

1. The Matrimonial Causes Act 1973⁶⁵

ภายใต้กฎหมาย The Matrimonial Causes Act 1973 ศาล (The Divorce Court) มีอำนาจในการพิจารณาในเรื่องอำนาจปกครองและปัญหาที่เกี่ยวข้อง

⁶³ Lord Hailsham of St. Marylebone, Halsbury's Laws of England , pp. 433-434.

⁶⁴ P.M.Bromley and N.V.Lowe, Bromley Family's Law , 7th ed. (London : Butterworth, 1987) p.290.

⁶⁵ Ibid., pp.292-302.

กับกระบวนการพิจารณาในเรื่องการหย่าร้าง ความเป็นโสมพะและการแยกกันอยู่ตามคำพิพากษาของศาล ในการพิจารณาของศาลในการหย่าร้างศาลจะไม่มีคำพิพากษาเด็ดขาด (decree absolute) ให้มีการหย่าร้าง จนกว่าศาลจะพอใจในข้อตกลงที่เกี่ยวกับบุตร (children of the family) ภายใต้กฎหมาย ปี 1973 นี้ ศาลมีอำนาจที่จะทำคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองที่เกี่ยวข้องกับการร้องขอ ให้มีคำสั่งในเรื่องการเลี้ยงดูตามมาตรา 27 อีกด้วย ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1.1 เมื่อใดที่อาจจะออกคำสั่งตามกฎหมาย The Matrimonial Causes Act 1973 (When orders may be made)

(1) คำสั่งสามารถทำขึ้นได้ตามมาตรา 42 และมาตรา 27

อำนาจในการทำคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองภายใต้กฎหมาย ปี 1973 เป็นไปตามมาตรา 42 กล่าวคือ คำสั่งดังกล่าวอาจทำขึ้นได้ในกระบวนการพิจารณาในการหย่าร้าง (divorce) การเป็นโสมพะ (nullity) หรือการแยกกันอยู่ตามคำพิพากษาของศาล (judicial separation) ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาตามคำขอ หรือภายหลังเมื่อมีคำพิพากษาแล้ว หรือก่อนหรือหลังมีคำพิพากษาเด็ดขาดในคดีหย่าร้างหรือการเป็นโสมพะ กรณีที่คำร้องถูกยก คำสั่งสามารถทำขึ้นภายหลังจากเริ่มการพิจารณาคดี หรือในทันทีทันใด หรือภายหลังจากการยกคำขอ คำสั่งนี้สามารถทำขึ้นในกระบวนการพิจารณาในเรื่องการเลี้ยงดูภายใต้มาตรา 27 ซึ่งอาจจะมีคำสั่งขึ้นได้ เมื่อมีคำสั่งให้ช่วยเหลือทางการเงิน และสามารถบังคับใช้ได้ตราบเท่าที่คำสั่งให้มีการช่วยเหลือทางการเงินบังคับอยู่ หรือจนกว่าเด็กจะอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์

(2) คำสั่งสามารถทำขึ้นได้เฉพาะ "เด็กของครอบครัว" (Child of the Family)

ภายใต้มาตรา 42 ศาลจะออกคำสั่งในการร้องขออำนาจปกครองหรือคำขอในเรื่องที่เกี่ยวข้องเฉพาะในกรณีที่ เป็น "เด็กของครอบครัว" (child of the family) ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี มาตรา 52 (1) ได้ให้คำจำกัดความคำว่า "เด็กของครอบครัว" หมายถึง "เด็กของคู่กรณี" (the child of both the parties) คือบุตรโดยแท้จริงของคู่สมรส และเด็กที่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่กรณี และเด็กที่คู่กรณีทั้งสองนำมาเลี้ยงดูเช่นเดียวกับบุตร (แต่เด็กดังกล่าวจะต้องไม่ใช่เด็กที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเคยเลี้ยงดูมาก่อน และนำมาฝากเลี้ยงในฐานะครอบครัวอุปถัมภ์)

1.2 คำสั่งที่ได้ทำขึ้นตามกฎหมาย The Matrimonial Causes Act 1973

(What orders may be made) ได้แก่

(1) คำสั่งในเรื่องอำนาจปกครอง การดูแลและควบคุม และคำสั่งร่วมกัน
(custody care and control and joint orders)

ภายใต้มาตรา 42 (1) ของกฎหมาย ปี 1973 ศาลอาจออกคำสั่งที่เห็นว่าเหมาะสมสำหรับในเรื่องการปกครองหรือการให้การศึกษาแก่เด็กในกระบวนการพิจารณาคดีหย่าร้าง การเป็นโคมะของการสมรสหรือการแยกกันอยู่ หรือให้เด็กอยู่ในความปกครองของศาล⁶⁶ ส่วนในคดีที่ดำเนินการตามมาตรา 27 ที่บัญญัติในเรื่องการทำคำสั่งเกี่ยวกับเงินช่วยเหลือ ศาลอาจจะทำคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองไปด้วยเท่าที่จะเห็นว่าเหมาะสม

นอกเหนือจากในเรื่องการกำหนดอำนาจปกครองแล้ว คำสั่งดังกล่าวยังรวมถึงในเรื่องสิทธิติดต่อกับเด็ก (access) การให้การศึกษา การให้การอบรมและอื่น ๆ เนื่องจากกฎหมาย ปี 1973 ให้อำนาจแก่ศาลอย่างไม่จำกัด

คำว่า "อำนาจปกครอง" (custody) ในแนวความคิดทางกฎหมายหมายถึง อำนาจควบคุมทางร่างกาย หรือ "จตุรวมของอำนาจ" (Bundle of Powers) ที่มีอยู่เหนือตัวเด็กในด้านการศึกษา การนับถือศาสนา ทรัพย์สิน และในด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการเลี้ยงดูเด็ก การมีคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองศาลสามารถแยกคำสั่งออกเป็นส่วน ๆ ได้ (split custody) เหมือนเช่นกับการมีคำสั่งให้อำนาจปกครองแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (sole custody) การแยกคำสั่งออกเป็นส่วน ๆ (split custody) ก็คือการให้อำนาจปกครองแก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่ง และการดูแลและการควบคุม (care and control) ในตัวเด็กแก่อีกฝ่าย หรืออาจเป็นในกรณีที่บิดามารดาทั้งคู่มีเจตนาที่จะมีอำนาจปกครองร่วมกัน (joint custody) แต่การดูแลและควบคุมตัวเด็กให้แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่คำสั่งดังกล่าวไม่ว่า split custody หรือ joint custody นั้น ศาลจะทำขึ้นในสถานการณ์ที่ยกเว้นบางกรณีเท่านั้น และเพื่อประโยชน์ของเด็กเป็นหลัก

⁶⁶ อำนาจของศาลดังกล่าวสามารถใช้ได้อย่างกว้างขวาง แต่ศาลมักจะ
ไม่ค่อยนำมาใช้ เว้นแต่จะเห็นว่า เป็นประโยชน์ต่อเด็ก

(2) คำสั่งในเรื่องสิทธิติดต่อ (Access orders)

ศาลอาจมีคำสั่งในเรื่องสิทธิติดต่อ ซึ่งผู้ได้รับสิทธิติดต่อย่อมมีสิทธิที่จะติดต่อกับเด็กและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้ปกครองต้องมีหน้าที่และอนุญาตให้มีการติดต่อกัน ในทางปฏิบัติในข้อตกลงก็จะมีกำหนดถึงเวลา เยี่ยม จำนวนครั้ง และสถานที่ที่จะติดต่อกับเด็ก ซึ่งคู่กรณีจะตกลงกันเอง แต่ถ้าหากคู่กรณีไม่อาจตกลงกันได้ ศาลอาจจะกำหนดเวลาและสถานที่ในการติดต่อกับเด็กให้ หรืออาจจะสั่งให้การติดต่อกับเด็กอยู่ในความควบคุมของศาล หรือมีคำสั่งห้ามติดต่อกับเด็กเลย

(3) คำสั่งในเรื่องการมอบหมายเด็กให้อยู่ในความดูแล (Committing the child into care)

The Matrimonial Causes Act ปี 1973 มาตรา 43 (1) กำหนดให้ศาลมีอำนาจมอบหมายเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี เข้าอยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น (local authority) หากปรากฏต่อศาลว่าไม่อาจที่จะมอบเด็กให้อยู่ในความปกครองของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลอื่น อำนาจของศาลในการมอบหมายเด็กให้อยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นนั้น ต้องเป็นกรณีพิเศษ (exceptional circumstances) กล่าวคือต้องเป็นทางเลือกสุดท้ายและใช้โดยเคร่งครัด ในคดี G V G ผู้พิพากษา Scarman J. ให้ความเห็นว่า "ถ้าเป็นไปได้กฎหมายเกี่ยวกับเด็กมีเจตนารมณ์ต้องการให้เด็กยังคงอยู่กับบิดาและมารดาของตน" แต่อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาของศาลก็ต้องพิจารณาในเรื่องประโยชน์ของเด็กควบคู่ไปด้วยเสมอ จึงไม่จำเป็นเสมอไปว่า อำนาจในการดูแลบุตรจะต้องตกอยู่กับบิดามารดาที่แท้จริงก่อนคนอื่น

การมอบหมายเด็กให้อยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นนั้นต้องปรากฏว่าไม่มีคู่สมรสคนใดเหมาะสมเลย หรือคนใดคนหนึ่งมีความเหมาะสมแต่สภาพการณ์ไม่อาจให้เด็กอาศัยอยู่ร่วมได้ ในคดี R V G ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า "ศาลสามารถจะส่งเด็กไปอยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นได้ แม้เจ้าหน้าที่นั้นจะเห็นว่าเด็กควรจะอยู่กับบิดามารดาที่แท้จริง เพราะว่าศาลจะมอบหมายเด็กให้แก่บุคคลผู้ที่มีความรับผิดชอบอย่างเต็มที่เท่านั้น (full responsibility) ดังนั้น ในบางครั้งถ้าศาลเห็นว่าบิดาหรือมารดาไม่อาจมีความรับผิดชอบอย่างเต็มที่ ศาลก็อาจจะอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ท้องถิ่น เข้ามาควบคุมได้ตามความเหมาะสม"

อย่างไรก็ตาม หากมีบุคคลอื่นนอกจากบิดามารดา มีความสามารถและเต็มใจที่จะ มีความรับผิดชอบอย่างเต็มที่ (full responsibility) ศาลอาจจะมีคำสั่งให้อำนาจปกครอง แก่บุคคลดังกล่าวมากกว่าที่จะมอบหมายเด็กให้อยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น

(4) คำสั่งในเรื่องการตรวจตราดูแล (Supervision orders)

The Matrimonial Causes Act ปี 1973 มาตรา 44 (1) กำหนดว่า การที่ศาลจะมีคำสั่งในเรื่องการตรวจตราดูแล (supervision orders) จะทำได้ในกรณี พิเศษ (exceptional circumstances) ที่ต้องการให้เด็กอยู่ในการตรวจตราดูแลของ บุคคลที่เป็นอิสระ (independent person) เช่น เจ้าหน้าที่ประชาสงเคราะห์ (welfare officer) หรือเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น (local authority) การทำคำสั่งในการตรวจตราดูแล อาจจะทำขึ้นเมื่อเห็นว่าได้มีอันตรายหรือภัยเกิดขึ้นแก่เด็ก เช่น ในคดี R V C (Minors) (Wardship : Jurisdiction) โดยกำหนดให้มีผู้เชี่ยวชาญคอยให้คำแนะนำแก่ผู้สมรส ที่มีอำนาจปกครอง เมื่อเกิดความจำเป็น

เงื่อนไขในเรื่อง "กรณีพิเศษ" (exceptional circumstances) แสดงให้เห็นว่า อำนาจในการทำคำสั่งต้องใช้อย่างเคร่งครัด แต่ก็ไม่เคร่งครัดเท่ากับในคำสั่งมอบหมายเด็ก ในหัวข้อ (3) และถ้าหากมีคำสั่งมอบหมายเด็ก (committing the child into care) ตามมาตรา 43 แล้ว ก็จะไม่มีการตรวจตราดูแล (supervision orders) ตามมาตรา 44 นี้

(5) คำสั่งชั่วคราว (Interim orders)

การออกคำสั่งชั่วคราวในเรื่องอำนาจปกครองของศาลในทางปฏิบัติแล้ว ศาลสามารถออกคำสั่งดังกล่าวได้แม้จะไม่มีบทบัญญัติ เป็นพิเศษในกฎหมายปี 1973 การออกคำสั่ง ชั่วคราวนี้ศาลจะต้องรับฟังพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ และไม่เป็นการเสี่ยงที่จะทำให้เด็กต้อง ตกอยู่ในภยันตราย หากมีข้อโต้แย้งในเรื่องความเหมาะสมของบิดามารดาในการเลี้ยงดูเด็ก ศาลไม่สามารถที่จะมีคำสั่งได้จนกว่าจะได้รับฟังพยานหลักฐานหรือพิจารณารายงานในเรื่อง ประโยชน์สุขของเด็ก เสียก่อน

(6) การชะลอคำพิพากษา (Withholding of decrees)

ศาลจะยังไม่ทำคำพิพากษาเกี่ยวกับคดีหย่า การเป็นโสมพะ การแยกกันอยู่ จนกว่าศาลจะแน่ใจว่าได้มีการทำข้อตกลงที่เหมาะสมในเรื่องประโยชน์สุขของเด็ก ตามมาตรา 41 แห่ง The Matrimonial Causes Act 1973 คือ

หลักเกณฑ์ดังกล่าวนำมาใช้กับเด็กในครอบครัว (Child of family) ดังนี้

- (1) เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี
- (2) เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และกำลังศึกษาอยู่หรืออยู่ระหว่างฝึกงาน

(ซึ่งอาจจะได้รับค่าจ้างหรือไม่ก็ตาม)

(3) เด็กอื่น ๆ ในครอบครัวที่ศาลเห็นว่ามียุติการพิเศษและเพื่อประโยชน์ของเด็กรับ

ตาม (3) นี้ทำให้หลักเกณฑ์ (Withholding of decrees) ขยายไปถึงเด็กที่มีอายุมากกว่า 16 ปี หรือมากกว่า 18 ปี ผู้ซึ่งยังคงศึกษาอยู่หรือฝึกงานอยู่

ศาลไม้อาจจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดในเรื่องการหย่าหรือการเป็นโสมพะ หรือคำสั่งให้แยกกันอยู่ตามคำพิพากษาของศาล เว้นแต่ได้มีคำสั่งในเรื่องต่อไปนี้จนเป็นที่พอใจ คือ

(ก) ไม่มีบุตรในครอบครัว หรือ

(ข) ในกรณีมีบุตร ในคำสั่งนั้นจะต้องระบุถึงเรื่องบุตรและ

(1) ข้อตกลงในเรื่องประโยชน์สุขของบุตรจะต้องทำขึ้นจนเป็นที่พอใจและดีที่สุด คือสามารถปรับกับสภาพการณ์ต่าง ๆ ได้ หรือ

(2) ถ้าคู่กรณีคนใดคนหนึ่งหรือทั้งคู่ไม่สามารถตกลงกันได้ก็อาจเสนอต่อศาลให้ทำข้อตกลงให้ หรือ

(ค) ศาลอาจไม่สามารถทำคำสั่งตาม (ข) ได้ ในกรณีที่มียุติการพิเศษที่คำพิพากษาจะต้องถูกทำขึ้นโดยไม่ชักช้า

ในกรณี (ค) ศาลจะไม่ทำคำสั่ง เว้นแต่คู่กรณีคนใดคนหนึ่งหรือทั้งคู่ได้ทำให้เป็นที่พอใจต่อศาลว่าจะนำปัญหาในเรื่องข้อตกลงเสนอต่อศาลตามเวลาที่กำหนดไว้ และคำว่า "ประโยชน์สุข" หมายถึงถึงอำนาจปกครอง การศึกษา และบัพัญญัติในเรื่องทรัพย์สิน

(7) การเปลี่ยนแปลงและการยกเลิกคำสั่ง (Variation and discharge of orders)

คำสั่งในเรื่องอำนาจปกครอง (custody) การดูแล (care) สิทธิติดต่อ (access) และการควบคุม อาจทำขึ้นเป็นครั้งคราว (from time to time) และอาจจะมีการเปลี่ยนแปลง (varied) ระงับชั่วคราว (suspended) กลับมาใช้ใหม่ (revived) หรือยกเลิก (discharged) แต่จะสิ้นสุดโดยอัตโนมัติเมื่อเด็กมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์

(8) การประกาศความไม่เหมาะสม (Declaration of unfitness)

ศาลอาจจะประกาศว่าคู่กรณีคนใดคนหนึ่งไม่เหมาะสมในการเป็นผู้ปกครองเด็กของครอบครัวโดยรวมไปกับคำพิพากษาเด็ดขาดในเรื่องการหย่า หรือคำพิพากษาในเรื่องการแยกกันอยู่ และถ้าหากเขาต้องการจะเป็นผู้ปกครองเด็ก ก็ต้องมีภาระพิสูจน์ว่าความประพฤติของตนเองได้เปลี่ยนไปแล้ว และในขณะนี้มีความพร้อมและเหมาะสมที่จะเป็นผู้ปกครองเด็ก

2. The Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978 ⁶⁷

ภายใต้กฎหมาย The Domestic Proceeding and Magistrates' Courts Act 1978 ศาล (Magistrates Court) อาจมีคำสั่งในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดู (maintenance order) หากคู่สมรสได้ยื่นคำร้องขอความช่วยเหลือทางการเงิน (financial relief) ระหว่างที่การสมรสยังคงอยู่โดยไม่ต้องยื่นคำร้องในเรื่องการหย่า ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งในเรื่องการให้ช่วยเหลือทางการเงิน ศาลมีอำนาจที่จะสั่งในเรื่องอำนาจปกครองเด็กรวมไปด้วย

2.1 เมื่อใดที่อาจจะออกคำสั่งตามกฎหมาย The Domestic Proceedings and Magistrates' Court Act 1978 (When orders may be made)

(1) คำสั่งสามารถทำขึ้นได้เมื่อมีการร้องขอความช่วยเหลือทางการเงิน (Financial Relief)

บทบัญญัติในกฎหมายปี 1978 กำหนดให้คู่สมรสที่ประสงค์จะได้รับการช่วยเหลือทางการเงินในระหว่างที่ยังสมรสกันอยู่ ยื่นคำร้องขอต่อศาล (Magistrates' Court) เพื่อให้ออกคำสั่งตามกฎหมายดังกล่าวในการร้องขอนี้หากมีบุตรซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปี ศาลจะยกคำร้องขอหรือทำคำสั่งเด็ดขาดมิได้ จนกว่าจะมีการตัดสินใจในเรื่องการใช้อำนาจปกครองหรือสิทธิติดต่อกับบุตรตามนัยมาตรา 8 (1)

มีข้อสังเกตว่า การร้องขอตามกฎหมายปี 1978 จะร้องขอในเรื่องอำนาจปกครอง (custody) หรือสิทธิติดต่อกับ (access) โดยตรงมิได้ ศาลจะมีคำสั่งในเรื่องการช่วยเหลือ

⁶⁷

P.M. Bromley and N.V.Lowe, Bromley's Family Law

ทางการเงิน (financial relief) เสียก่อน แล้วจึงจะมีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครอง หรือในเรื่องสิทธิติดต่อกับบุตรโดยอัตโนมัติ

ในทางปฏิบัติ ถ้ามีคำร้องตามกฎหมายปี 1978 โดยปกติศาลมักจะทำคำสั่งในเรื่องการช่วยเหลือทางการเงิน (financial relief) และอำนาจปกครอง (custody) และสิทธิติดต่อกับบุตร (access) ควบคู่กันไป

ถ้ามีคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองและสิทธิติดต่อกับบุตรที่ทำขึ้นโดยศาลของอังกฤษ และเวสต์ศาลที่ได้รับคำร้อง (Magistrates' Court) ก็จะไม่ออกคำสั่งในเรื่องดังกล่าวอีก หรือหากเด็กอยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น ศาล (Magistrates' Court) ไม่สามารถที่จะออกคำสั่งในเรื่องสิทธิติดต่อกับเด็กได้

(2) คำสั่งสามารถทำขึ้นได้เฉพาะ "เด็กของครอบครัว" (Child of the Family)

คำสั่งตามกฎหมายปี 1978 นี้ สามารถทำขึ้นได้เฉพาะเด็กที่อยู่ในครอบครัว เช่นเดียวกับกระบวนการพิจารณาตามกฎหมาย The Matrimonial Causes Act 1973 คำจำกัดความของ "เด็กของครอบครัว" มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายปี 1973 แต่มีความแตกต่างกับกฎหมายปี 1973 ที่ว่า ให้อำนาจถึงเด็กที่เคยอยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น (local authority) หรือองค์การอาสาสมัคร (voluntary organisation) มาก่อนด้วย

2.2 คำสั่งที่ทำได้ตามกฎหมาย The Domestic Proceedings and Magistrates' Court Act 1978 (What orders may be made)

(1) คำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองโดยนิตินัยและสิทธิติดต่อกับ (Legal Custody and Access orders)

กฎหมาย The Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978 มาตรา 8 (2) กำหนดถึงกรณีที่มีการร้องขอความช่วยเหลือทางการเงิน (financial relief) ว่า ศาลมีอำนาจที่จะออกคำสั่งตามสมควรในเรื่อง

(ก) คำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองโดยนิตินัย (legal custody) ของเด็กของครอบครัว (child of the family) ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และ

(ข) คำสั่งในเรื่องสิทธิติดต่อกับเด็ก (access) โดยให้แก่บิดา หรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่ง

อำนาจปกครองโดยนิติบัญญัติ (legal custody) อาจจะทำให้แก่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หากคู่สมรสฝ่ายใดมีบุตรติดมาอำนาจปกครองก็จะตกอยู่กับฝ่ายนั้น แต่ถ้าศาลเห็นว่าอำนาจปกครองควรจะให้แก่บุคคลอื่น ศาลสามารถจะสั่งให้บุคคลนั้นเป็นผู้ปกครองเด็ก เช่นเดียวกับการเสนอคำร้องขอเป็นผู้ปกครอง (custodianship) ศาลไม่สามารถจะอนุญาตให้อำนาจปกครองแก่บุคคลมากกว่าหนึ่งคน แต่อาจจะมีคำสั่งให้คู่สมรสอีกฝ่ายได้รับสิทธิและหน้าที่ในด้านอื่นนอกเหนือจากอำนาจปกครองโดยพฤตินัย (actual custody) เช่นเดียวกับการที่ระบุให้มีสิทธิและหน้าที่ร่วมกันกับบุคคลที่มีอำนาจปกครองโดยนิติบัญญัติ หากทั้งคู่ไม่สามารถตกลงกันได้ในเรื่องประโยชน์สุขเด็ก ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งในเรื่องดังกล่าวได้

(2) คำสั่งชั่วคราว (Interim orders)

ในกรณีพิเศษศาลสามารถออกคำสั่งชั่วคราวในเรื่องอำนาจปกครองโดยนิติบัญญัติ (legal custody) และสิทธิติดต่อกับเด็ก (access) ก่อนที่จะมีคำพิพากษาเด็ดขาด

คำสั่งชั่วคราวจะมีผลบังคับไม่เกินกว่า 3 เดือน หรือศาลจะกำหนดให้น้อยกว่านั้นก็ได้ แต่ไม่สามารถขยายเวลาให้เกินกว่า 3 เดือนได้ คำสั่งชั่วคราวอาจสิ้นสุดลงเมื่อศาลได้มีคำสั่งถึงที่สุด หรือยกเลิกคำร้องขอ

(3) คำสั่งในเรื่องการตรวจตราดูแลและการมอบหมายการดูแล (Supervision and committal to care orders)

เมื่อศาลมีคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครอง (legal custody) ศาลอาจจะมีคำสั่งอีกว่าให้เด็กเข้าอยู่ในการตรวจตราดูแลของพนักงานคุมประพฤติ (probation officer) หรือเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น (local authority) ถ้าหากว่ามีพฤติการณ์พิเศษ (exceptional circumstances)

ถ้ามีพฤติการณ์พิเศษทำให้ไม่สามารถมอบหมายเด็กที่อายุต่ำกว่า 17 ปี อยู่กับใครคนใดคนหนึ่ง ก็อาจจะมอบหมายเด็กให้แก่เจ้าหน้าที่ท้องถิ่น (local authority) อำนาจตามกฎหมาย ปี 1978 คล้ายคลึงกับกฎหมาย The Matrimonial Causes Act 1973

(4) ข้อจำกัดในการย้ายเด็กออกจากเขตอำนาจศาล (Restricting the child's removal from the jurisdiction)

การทำคำสั่ง (order) หรือคำสั่งชั่วคราว (interim order) ในเรื่อง อำนาจปกครองโดยนิรันดร์ (legal custody) หรือในระยะเวลาใด ๆ ที่คำสั่งมีผลบังคับใช้อยู่ หากมีการร้องขอไม่ให้ย้ายเด็กออกจากเขตอำนาจศาล ศาลอาจมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ใดนำเด็ก ออกนอกเขตอำนาจศาล เว้นแต่จะมีคำสั่งอนุญาตจากศาล

(5) การเปลี่ยนแปลงและการยกเลิกคำสั่ง (Variation and revocation of orders)

คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบิดามารดาของเด็กที่มีผู้คุ้มครองอาจร้องขอให้มีการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคำสั่งที่ทำขึ้นตามกฎหมายปี 1978 นี้ได้ เจ้าหน้าที่คุมประพฤติ (probation officer) หรือเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น (local authority) ก็อาจจะร้องขอให้มีการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคำสั่งตรวจตราดูแล (supervision order) และเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น อาจจะร้องขอให้ยกเลิกคำสั่งมอบหมายการดูแล เมื่อศาลได้พิจารณาคำร้องแล้ว ศาลมีอำนาจพิจารณาคำร้องขอเบื้องต้น (original application) และอาจมีคำสั่งตรวจตราดูแลตาม คำร้องขอที่เปลี่ยนแปลงคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครอง

คำสั่งทั้งหลายสิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติ เมื่อเด็กอายุ 18 ปีบริบูรณ์

3. The Guardianship of Minors Act 1971

ภายใต้กฎหมาย The Guardianship of Minors Act 1971 นอกจาก จะกำหนดให้บิดามารดาที่สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิร้องขอในเรื่องอำนาจปกครอง และคำสั่งในเรื่องที่เกี่ยวข้อง ยังให้รวมถึงบิดามารดาที่ไม่ได้สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย แต่อำนาจของศาลตามกฎหมาย 1971 ไม่สามารถออกคำสั่งช่วยเหลือทางการเงินได้ เช่นเดียวกันกับกฎหมายปี 1973 และ 1978 ดังกล่าวไว้ว่า แม้ความช่วยเหลือนั้นจะมีเพื่อเด็กก็ตาม ดังนั้น กฎหมายนี้จึงมีประโยชน์แก่บิดาหรือมารดาที่ต้องการเป็นผู้ปกครองเด็กตามกฎหมาย กฎหมายปี 1971 เป็นกฎหมายฉบับเดียวในสามฉบับที่ให้มีการร้องขอในเรื่องอำนาจปกครอง (custody) สิทธิติดต่อกับเด็ก (access) โดยอิสระไม่รวมกับเรื่องอื่น และเด็กนั้นก็ไม่จำเป็นต้องเป็นเด็กของครอบครัว (child of the family) แต่ผู้ร้องขอจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าตนเป็นบิดามารดาที่ให้กำเนิดแก่เด็กในคดีนั้น คำร้องขออาจยื่นต่อศาล High Court, County Court, และ

68
Ibid., pp.307-308.



Magistrates Court แต่เมื่อพิจารณาถึงค่าใช้จ่าย ความช้าเร็ว และความสะดวกแล้ว โดยทั่วไปมักจะยื่นคำร้องขอต่อศาลชั้นต้น (Lower Court)

3.1 เมื่อใดที่อาจจะออกคำสั่งตามกฎหมาย The Guardianship of Minors Act 1971 (When orders may be made)

กฎหมาย The Guardianship of Minors Act 1971 มาตรา 9 ได้วางหลักเกณฑ์ในการร้องขอในเรื่องอำนาจปกครองและสิทธิติดต่อกับเด็ก โดยขยายความหมายของคำว่า "บิดามารดา" (parent) นอกจากจะหมายถึงบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่นกฎหมาย 2 ฉบับ ดังกล่าวมาแล้ว ยังให้รวมถึงบิดามารดาโดยแท้จริง (biological parent) ไม่ว่าจะเป็นผู้ร้องขอหรือไม่ หรือจะได้สมรสกันมาแล้วหรือไม่ ดังนั้น ตามกฎหมายปี 1971 บิดาที่มีได้ทำการสมรสสามารถร้องขอในเรื่องอำนาจปกครองบุตรได้ อย่างไรก็ตามก็ดีกว่าก่อนที่จะร้องขอในเรื่องดังกล่าวนี้ มีความจำเป็นในเบื้องต้นซึ่งเป็นเงื่อนไขที่สำคัญคือจะต้องแสดงถึงความเป็นบิดา (biological parent) เสียก่อน และจะไม่มีคำสั่งของศาลตามมาตรา 9 นี้ หากมีคำสั่งศาลให้เด็กเป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นไปแล้ว

หากบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งคู่เสียชีวิต ป่วยตายายมีสิทธิร้องขอสิทธิติดต่อกับเด็ก (access) ได้ แต่ศาลไม่อาจออกคำสั่งได้ หากเด็กอยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น (local authority)

คำร้องขออาจยื่นต่อศาล High Court, ศาล County Court หรือศาล Magistrates Court

3.2 คำสั่งที่ทำขึ้นตามกฎหมาย The Guardianship of Minors Act 1971 (What orders may be made)

(1) คำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองโดยนิตินัยและสิทธิติดต่อกับเด็ก (legal custody and access orders)

ภายใต้กฎหมาย The Guardianship of Minors Act 1971 อำนาจของศาลมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมาย The Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978 กล่าวคือ คำร้องขอตามมาตรา 9 ของกฎหมายปี 1971 นี้ ศาลอาจจะมีคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองบุตรโดยนิตินัย (legal custody) และสิทธิติดต่อกับ

กับเด็ก (access) ให้แก่บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งซึ่งศาลเห็นว่าเหมาะสม โดยเฉพาะอำนาจปกครองศาลจะไม่มีคำสั่งให้แก่บุคคลอื่น นอกจากบิดาหรือมารดา รวมทั้งบิดาที่ไม่ได้ทำการสมรส อำนาจปกครองโดยนิติบัญญัติศาลมีคำสั่งให้แก่บิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่งไปแล้ว ศาลอาจจะระบุให้อีกฝ่ายมีสิทธิตามที่ศาลสั่งนอกเหนือไปจากอำนาจปกครองโดยพฤตินัย (actual custody)

ในกรณีที่ศาลเห็นสมควร ศาลอาจมีคำสั่งให้อำนาจปกครองโดยนิติบัญญัติ (legal custody) แก่บุคคลอื่นนอกจากบิดามารดา โดยให้บุคคลนั้นไปร้องขอเพื่อเป็นผู้ปกครอง (custodianship)

ส่วนสิทธิติดต่อ (access) ศาลอาจจะทำคำสั่งให้แก่บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งซึ่งไม่มีอำนาจปกครอง และถ้าบิดาหรือมารดาผู้นั้นเสียชีวิต ป่วยหรือตายอาจร้องขอสิทธิติดต่อกับเด็กได้

คำสั่งสำหรับอำนาจปกครองโดยนิติบัญญัติและสิทธิติดต่อกับเด็กสามารถระบุเป็นช่วงเวลาหรือมีคำสั่งให้มีผลต่อ เมื่อมีเหตุการณ์พิเศษเกิดขึ้น คำสั่งดังกล่าวอาจทำขึ้นในขณะที่คู่สมรสยังอยู่ร่วมกันในครอบครัว เช่น เดิม แต่คำสั่งจะสิ้นสุดลงเมื่อบิดามารดายังคงอยู่ร่วมกันต่อไป หรือได้กลับคืนมาอยู่ร่วมกันเป็นระยะเวลาติดต่อกัน 6 เดือน

คำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองโดยนิติบัญญัติ (legal custody) และสิทธิติดต่อกับเด็ก (access) อาจถูกเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดยบิดาหรือมารดา หรือผู้ปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมาย The Guardianship of Minors Act 1971 ได้ยื่นคำร้องขอต่อศาล

(2) คำสั่งชั่วคราว (Interim orders)

ตามบทบัญญัติกฎหมาย The Guardianship of Minors Act 1971 เมื่อมีกรณีพิเศษ และศาลเห็นสมควร ศาลอาจทำคำสั่งชั่วคราว (interim orders) ในเรื่องอำนาจปกครองโดยนิติบัญญัติ (legal custody) และสิทธิติดต่อกับเด็ก (access) ก่อนที่จะมีคำสั่งถึงที่สุดหรือยกคำร้องดังกล่าว

(3) คำสั่งในเรื่องการตรวจตราดูแลและการมอบหมายการดูแล (Supervision and committal to care orders)

ศาลอาจทำคำสั่งในเรื่องการตรวจตราดูแลและการมอบหมายการดูแลเด็ก ในลักษณะและพฤติการณ์เดียวกับกฎหมาย The Domestic Proceeding and Magistrates' Courts Act 1978

บิดาหรือมารดาหรือผู้ปกครอง เด็กอาจร้องขอต่อศาล เพื่อ เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิก คำสั่งของศาลในเรื่องดังกล่าว

คำสั่งในเรื่องการตรวจตราดูแลและการมอบหมายการดูแล เด็กคงใช้บังคับ จนกระทั่งเด็กอายุ 18 ปี

(4) ข้อจำกัดในการย้ายเด็กออกจากเขตอำนาจศาล (Restricting child's removal from the jurisdiction)

การทำคำสั่ง (order) หรือคำสั่งชั่วคราว (interim order) ในเรื่อง อำนาจปกครองโดยนิติบัญญัติ (legal custody) หรือในขณะเวลาใด ๆ ที่คำสั่งมีผลบังคับใช้ อยู่ ศาลอาจจะมีคำสั่งไม่ให้ผู้ใดนำเด็กออกนอกอังกฤษหรือ เวลส์โดยปราศจากคำสั่งอนุญาตจากศาล

2.1.2.2 การพิจารณาในการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า

ระบบการหย่าตามกฎหมายครอบครัวอังกฤษปัจจุบันได้กำหนด "หลักการคุ้มครองประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์" (The Protection of the Children) ไว้ใน มาตรา 41 แห่ง The Matrimonial Causes Act ปี 1973 ว่าศาลมีอำนาจที่จะไม่พิพากษา ให้คดีหย่านั้นมีผลสมบูรณ์ (decree absolute) จนกว่าศาลจะพิจารณาเป็นที่พอใจเกี่ยวกับการจัดการในเรื่องประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์

ในกรณีที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องการใช้อำนาจปกครอง หรือการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ในศาล กฎหมายครอบครัวของอังกฤษได้กำหนดแนวทางทั่วไป ในการพิจารณาแก่ศาลไว้ใน The Guardianship of Minors Act ปี 1971 (มาตรา 1) และ The Guardianship Act ปี 1973 (มาตรา 9 (1)) ว่า ในการพิพากษาคดีในเรื่องนี้ ศาลจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์ เป็นอันดับแรกและ เป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงว่า ตามพฤติการณ์แห่งคดีแล้ว บิดาหรือมารดาใครจะมีสิทธิเรียกร้องในคดีนั้น ๆ ได้ดีกว่า และศาล อังกฤษได้ เน้นหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้อย่างเด่นชัดในคดี Stark V Stark and Hitchins ปี ค.ศ. 1910 ว่า "กรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองบุตรหรือสิทธิติดต่อบุตร ศาลจะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ของคดีนั้น ๆ แต่ละคดีไป โดยศาลจะต้องระลึกอยู่เสมอว่า ประโยชน์สุขและส่วนได้เสียของบุตร เป็นข้อพิจารณาที่สำคัญยิ่งที่ศาลจะต้องนำมาเป็น เกณฑ์

ในการพิจารณาแก้ไขปัญหาล่าช้า โดยศาลจะต้องไม่ยึดติดอยู่กับข้อพิจารณาในการลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่ประพฤติผิด⁶⁹ ซึ่งหลักเกณฑ์ข้อพิจารณาดังกล่าวนี้นี้ศาลอังกฤษจะต้องนำมาใช้กับกรณีการหย่าร้างตามมาตรา 41 แห่ง The Matrimonial Causes Act ปี 1973 นี้ด้วย

Susan Maidment ได้ให้ข้อคิดเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์ตามบทบัญญัติมาตรา 41 ไว้ดังนี้⁷⁰

"หลักการคุ้มครองประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 41 นี้ อาจถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนในการอนุญาตให้มีการหย่า ซึ่งเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นถึงความเชื่อสมัยใหม่ที่ ในขณะที่คู่สมรสสามารถที่จะตัดสินใจหย่าร้างและยอมรับผลที่เกิดขึ้นจากการหย่าร้างนั้นด้วย เจตนาความต้องการของคู่สมรสนั้นเอง บุตรผู้เยาว์ของคู่สมรสนั้นจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย โดยกระบวนการทางกฎหมายเพื่อเข้าแทรกแซงการใช้อำนาจปกครองบุตรของคู่สมรสนั้น เนื่องจากบุตรผู้เยาว์นั้นอาจจะได้รับความเสียหายจากการหย่าร้างนั้นได้ และเป็นความรับผิดชอบขององค์กรศาลที่จะเข้ามาปกป้องคุ้มครองบุตรผู้เยาว์จากความเสียหายนั้น ดังนั้น กฎหมายจึงได้กำหนดหลักการให้รัฐ (สถาบันศาล) เข้ามาแทรกแซงเรื่องส่วนตัวในชีวิตครอบครัวของคู่สมรสนั้นก็เพื่อจะคุ้มครองประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์นั่นเอง"

2.2. ลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)

2.2.1 ลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามกฎหมายครอบครัวฝรั่งเศส

69 Ibid, pp.439-440.

70 Susan Maidment, The Matrimonial Causes Act, S.41

and the Children of Divorce : Theoretical and Empirical Considerations, quoted in Michael D.A. Freeman, The state, the Law, and the Family Critical Perspectives, (London and New York : Tavistock Publications Sweet and Maxwell, 1984), pp.159-161.

2.2.1.1 หลักเกณฑ์และวิธีการหย่าตามกฎหมายครอบครัวฝรั่งเศส

ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน ปี 1975 ได้แบ่งรูปแบบการหย่าออกเป็น 3 ประเภท⁷¹

1. การหย่าโดยความยินยอม (divorce by mutual consent)
2. การหย่าในกรณีที่คู่สมรสไม่อาจอยู่ร่วมกันอีกต่อไป (divorce for rupture of community life)
3. การหย่าเพราะการกระทำความผิด (divorce for fault)

1. การหย่าโดยความยินยอม (divorce by mutual consent) ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน ปี ค.ศ. 1975 แบ่งลักษณะการหย่าโดยความยินยอมออกเป็น 2 ลักษณะ ด้วยกันคือ

- การหย่าโดยความยินยอมแบบที่คู่สมรสร่วมกันร้องขอต่อศาล (divorce on joint petition of the spouses)
- การหย่าโดยความยินยอมแบบที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งร้องขอและคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งยอมรับการหย่านั้น (divorce petitioned by one spouses and accepted by the other)

1.1 การหย่าโดยความยินยอมแบบที่คู่สมรสร่วมกันร้องขอต่อศาล⁷²

(divorce on joint petition of the spouses) ในกรณีนี้คู่สมรสไม่จำเป็นต้องเปิดเผยถึงสาเหตุที่ต้องขอหย่า แต่คู่สมรสจะต้องมีประวัติและรายละเอียด เกี่ยวกับคู่สมรสพร้อมทั้งแนบข้อตกลงชั่วคราวในระหว่างการดำเนินเรื่องในศาล เช่น ข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครอง การเยี่ยมเยียนติดต่อกับบุตร ค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร เป็นต้น รวมทั้งคู่สมรสจะต้องแนบร่างข้อตกลงภายหลังการหย่าร่างให้ศาลพิจารณาเห็นชอบด้วย⁷³ การยื่นคำร้องขอของคู่สมรสทั้งสองต่อศาลนี้

⁷¹ Mary Ann Glendon, State, Law and Family : Family Law in Transition in the United States and Western Europe (London : North Holland Publishing Company, 1977), p.204.

⁷² ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 230.

⁷³ Mary Ann Glendon, State, Law and Family : Family Law in Transition in the United States and Western Europe , p.205.

กฎหมายห้ามมิให้คู่สมรสกระทำภายในกำหนดเวลาหกเดือนแรกของการสมรส ผู้พิพากษาจะตรวจดูคำร้องขอของคู่สมรส แล้วจึงเรียกคู่สมรสมา หากยังคงยืนยันเจตนาจะหย่า ผู้พิพากษาจะแจ้งให้คู่สมรสทราบว่า ให้ยื่นคำร้องกลับมาใหม่ภายใน 3 เดือน นับจากวันพิจารณา ทั้งนี้ หากไม่ยื่นมาภายใน 6 เดือน นับจากวันที่สิ้นสุดกำหนดพิจารณาคำร้องนั้นก็ เป็นอันตกไป แต่ถ้าหากผู้พิพากษาเชื่อมั่นว่า เจตนาของคู่สมรสจะหย่าขาดกันจริง ๆ ผู้พิพากษาก็จะมีคำสั่งให้หย่าจากกันได้ หรืออาจจะไม่อนุญาตให้หย่าได้ หากเห็นว่าบุตรหรือคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับความคุ้มครองเพียงพอ

1.2 การหย่าโดยความยินยอมแบบที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งร้องขอและคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งยอมรับการหย่านั้น⁷⁴ (divorce petitioned by one spouse and accepted by the other) ซึ่งได้แก่การหย่าโดยความยินยอมแบบที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งจะเป็นฝ่ายที่ริเริ่มยื่นคำร้องขอหย่าต่อศาลก่อน โดยในคำร้องดังกล่าวจะกล่าวอ้างถึงการกระทำต่าง ๆ ของคู่สมรส ซึ่งทำให้คู่สมรสนั้นไม่อาจจะทนอยู่ร่วมกันต่อไปได้ แต่อย่างไรก็ดี ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวจะต้องไม่ระบุสาเหตุแห่งการกระทำต่าง ๆ นั้นมาจากความผิดของคู่สมรสฝ่ายใด เมื่อศาลได้ส่งรายงานคำร้องขอหย่าของคู่สมรสที่ยื่นคำร้องขอหย่านี้ไปยังคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าคู่สมรสฝ่ายหลังนี้ยอมรับข้อเท็จจริงตามรายงานที่ส่งมานั้น ศาลก็อาจจะอนุญาตให้มีการหย่าได้ โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ความผิด

2. การหย่าในกรณีที่คู่สมรสไม่อาจอยู่ร่วมกันอีกต่อไป (divorce for rupture of community life) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอหย่าต่อศาลได้โดยอาศัยเหตุแห่งการหย่าในกรณีที่คู่สมรสไม่อาจอยู่ร่วมกันอีกต่อไป โดยนำเสนอข้อเท็จจริงว่าได้แยกกันอยู่ตลอดมาเป็นระยะเวลา 6 ปี ที่ผ่านมา⁷⁵ หรือในระยะเวลา 6 ปี ที่ผ่านมานั้นสภาพจิตของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในสภาพที่ร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้คู่สมรสทั้งสองไม่สามารถที่อยู่ร่วมกันได้ และไม่มี

⁷⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 233 และมาตรา 234.

⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 237.

ที่คาดว่าจะกลับคืนดีกันได้อีกในอนาคต⁷⁶ แต่ในบางกรณีแม้จะปรากฏข้อเท็จจริงดังที่กำหนดไว้ก็ตาม หากศาลพิพากษาให้มีการหย่าร้างแล้วจะนำมาซึ่งความยากลำบาก ความเดือดร้อนแก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งและบุตรของคู่สมรสนั้นได้ ศาลก็อาจจะยกคำร้องขอหย่าดังกล่าวได้ ซึ่งได้แก่กรณีที่เห็นได้อย่างแน่ชัดว่า การที่ศาลจะพิพากษาให้หย่านั้นจะนำมาซึ่งความเสียหายอย่างร้ายแรงทางร่างกายหรือจิตใจ ต่อตนเองหรือบุตรของคู่สมรสนั้น คำนึงถึงอายุของตนเองและระยะเวลาของการสมรส⁷⁷ และในกรณีที่ศาลเห็นว่าการพิพากษาให้หย่านั้นมีความเสี่ยงที่จะทำให้อาการเจ็บป่วยของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งนั้นทรุดหนักลงไปมาก⁷⁸

3. การหย่าเพราะการกระทำความผิด (divorce for fault) ในกรณีการหย่าเพราะการกระทำความผิดนั้น คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอหย่าได้ เพราะเหตุที่มีการกระทำอันจะกล่าวโทษอีกฝ่ายหนึ่งได้ ถ้าหากการกระทำนั้นเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงหรืออย่างต่อ เนื่องต่อหน้าที่หรือพันธะกรณีของการสมรสและทำให้คู่สมรสนั้นไม่อาจจะทนอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป⁷⁹ หรือถ้าหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งต้องคำพิพากษาว่ากระทำผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องโทษ⁸⁰ แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สมรสนั้นได้กลับมาคืนดีกันภายหลังจากที่ได้มีการกระทำผิดตามที่กล่าวอ้างนั้นแล้วคู่สมรสฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิดไม่อาจจะกล่าวอ้างการกระทำเหล่านั้นมา เป็นเหตุในการฟ้องหย่าได้⁸¹ นอกจากนี้ในบางกรณีแม้จะเป็นความผิดของคู่สมรสอีกฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอหย่าก็ตาม ศาลก็ยังคงสามารถพิจารณาคำร้องขอหย่านั้นได้ เพียงแต่อาจจะทำให้การกระทำผิดที่กล่าวอ้างนั้นไม่มีลักษณะรุนแรงอันจะถือว่าเป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่าได้เท่านั้น แต่ความผิดเหล่านี้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะยกขึ้นเป็นข้อสนับสนุนคำฟ้องกลับเพื่อขอหย่าร้างได้ และถ้าศาลเห็นชอบด้วยตามคำร้องขอหย่า

76 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 238 วรรคแรก.

77 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 240.

78 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 238 วรรคสอง.

79 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 242.

80 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 243.

81 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 244.

ของทั้งสองฝ่าย ศาลก็อาจจะพิพากษาให้มีการหย่าได้ด้วย เหตุที่ต่างฝ่ายต่างก็กระทำผิดด้วยกัน และแม้จะไม่มี การฟ้องกลับ เพื่อขอหย่าร้างก็ตาม ศาลก็อาจจะพิพากษาให้หย่ากันได้ด้วย เหตุที่เป็นความผิดร่วมกัน ถ้ากรณีปรากฏอย่างแน่ชัดจากการพิจารณาติของศาลว่าคู่สมรสนั้นต่างฝ่ายต่างก็ผิดทั้งคู่

2.2.1.2 หลักเกณฑ์และการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามกฎหมายครอบครัวฝรั่งเศส

หลักเกณฑ์ในการกำหนดและการพิจารณาในเรื่องอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามกฎหมายแห่งฝรั่งเศส⁸² ได้กำหนดหลักการไว้ให้มีสถาบันศาลเป็นผู้มีหน้าที่พิจารณาตรวจสอบกลั่นกรอง รับผิดชอบในการดูแลปกป้องประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์ และวินิจฉัยสั่งการในเรื่องนี้ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร การใช้สิทธิเยี่ยมเยียน หรือการจ่ายเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร

1) การกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า

ตามหลักกฎหมายครอบครัวฝรั่งเศส⁸³ เมื่อบิดาและมารดาได้หย่าร้างกันหรือแยกกันอยู่ตามกฎหมาย ศาลจะเป็นผู้ตัดสินว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้มีอำนาจปกครอง ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งจะมีสิทธิเยี่ยมเยียนและตรวจตราดูแล ส่วนในกรณีที่ศาลตัดสินให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครอง ทั้งบิดาและมารดาต่างก็ยังคงเป็นผู้ใช้อำนาจในส่วนที่เหลืออยู่ (กล่าวคือการตรวจตราดูแลและการให้การศึกษา) อย่างไรก็ตาม ในเวลาที่ศาลแต่งตั้งบุคคลภายนอกขึ้นมาเป็นผู้ปกครองชั่วคราว ศาลจะตัดสินให้ผู้ปกครองดังกล่าวร้องขอเป็นผู้ปกครองก็ได้

การหย่าร้างหรือการแยกกันอยู่ตามกฎหมายของบิดามารดาไม่ถือเป็นการตัดสิทธิในการสืบทอดอำนาจของบิดามารดา แม้ถึงว่าบิดาหรือมารดาผู้นั้นจะถูกตัดสิทธิในการเป็นผู้ปกครองโดยคำสั่งศาลก็ตาม อย่างไรก็ตาม บุคคลในครอบครัวหรืออัยการอาจร้องขอต่อศาลที่เป็นผู้ให้คำตัดสินในการเป็นผู้ปกครอง ให้การแต่งตั้งบุคคลอื่นขึ้นเป็นผู้ปกครองก็ได้ โดยจะมีการดำเนินการร้องขอเป็นผู้ปกครองดังกล่าวข้างต้นหรือไม่ก็ตาม และในกรณีที่พิเศษ ศาลมีอำนาจในการตัดสินเกี่ยวกับอำนาจปกครองเมื่อมีการหย่าร้างหรือแยกกันอยู่ตามกฎหมาย อาจออกคำสั่งให้อำนาจปกครอง

⁸² ประมวลกฎหมายแห่งฝรั่งเศส มาตรา 247.

⁸³ ประมวลกฎหมายแห่งฝรั่งเศส มาตรา 373-2.

ไม่ตกอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ได้ หากบิดาหรือมารดาที่ได้รับการตัดสินใจให้เป็นผู้ปกครองได้เสียชีวิตลง โดยศาลจะแต่งตั้งให้บุคคลอื่นเป็นผู้ปกครองก็ได้⁸⁴

2) การพิจารณาในการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า

หลักการในการพิจารณาของศาลในการที่จะตัดสินกำหนดให้ใครเป็นผู้ปกครองบุตรภายหลังการหย่าร้างนั้น โดยหลักการแล้วศาลจะต้องมอบหมายอำนาจปกครองให้แก่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่เป็นกรณีจำเป็นเพื่อผลประโยชน์ของบุตร ศาลอาจมอบการปกครองให้แก่บุคคลอื่นที่ศาลเห็นว่าเหมาะสม หรือในกรณีที่ไม่วางเป็นไปไม่ได้ ศาลอาจมอบการปกครองให้แก่สถาบันเลี้ยงดูเด็ก⁸⁵

ก่อนที่ศาลจะมีการชี้ขาดในเรื่องอำนาจปกครองไม่ว่าจะเป็นการให้ชั่วคราวหรือถาวร และในเรื่องสิทธิติดต่อกับบุตร ศาลอาจมอบหมายให้บุคคลใดที่มีคุณสมบัติเหมาะสมทำการสืบสวนทางสังคม เพื่อรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับสถานภาพของครอบครัว หรือฝ่ายซึ่งเด็กจะไปอยู่อาศัยด้วย รวมทั้งในด้านความเป็นอยู่และทางด้านศีลธรรม เพื่อเป็นมาตรการในการรักษาผลประโยชน์ของบุตร (คู่สมรสฝ่ายใดอาจโต้แย้งหรือสืบสวนหักล้างข้อมูลดังกล่าวได้)⁸⁶

นอกจากข้อมูลที่ศาลได้มอบหมายให้มีการสืบสวนรวมทั้งข้อโต้แย้งหรือหักล้างของอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว การพิจารณาของศาลในการกำหนดอำนาจปกครองบุตรโดยคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กนั้น ศาลอาจจะพิจารณาโดยค้นหาข้อมูลดังกล่าวจากสิ่ง 3 ประการ คือ⁸⁷

(1) ข้อตกลงระหว่างคู่สมรส ซึ่งศาลต้องตรวจสอบดูว่าข้อตกลงนั้นเป็นประโยชน์สำหรับเด็กหรือไม่

(2) ความรู้สึกของเด็ก เป็นการพิจารณาที่ลำบากเพราะความรู้สึกของเด็กอาจจะได้รับอิทธิพลมาจากผู้ปกครอง กฎหมาย Malhuret (ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 1987)

⁸⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 373-1.

⁸⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 287.

⁸⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 287-1.

⁸⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 290.

กำหนดให้ศาลฟังความเห็นจากเด็กที่มีอายุมากกว่า 13 ปี เว้นแต่กรณีที่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ซึ่งศาลจะต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่งนั้นด้วย⁸⁸

(3) แบบสอบถามตามมาตรา 287-1 ซึ่งจัดทำโดยเจ้าหน้าที่สังคมสงเคราะห์ และตำรวจ จะทำให้ศาลมองเห็นสภาพครอบครัว และความรู้สึกของเด็กที่มีต่อครอบครัว ศาลอาจจะมีดุลพินิจที่จะสั่งให้ทำแบบสอบถามและผลของแบบสอบถามก็ไม่ผูกพันศาลแต่อย่างใด

เมื่อศาลพิจารณาคัดสินให้อ่านาจอปกครองตกอยู่แก่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่มีอ่านาจอปกครองมีสิทธิที่จะตรวจตราดูแลการเลี้ยงดู การศึกษาของเด็ก และมีสิทธิเยี่ยมเยียน (เช่น สิทธินำเด็กไปพักอาศัยอยู่ด้วยระหว่างปิดภาคเรียน) นอกจากนี้ ฝ่ายที่ได้รับสิทธิในการเลี้ยงดูเด็กมีสิทธิได้รับค่าเลี้ยงดูเด็กจากอีกฝ่ายหนึ่งด้วย⁸⁹

การที่จะให้ศาลพิจารณาชี้ขาดในเรื่องอ่านาจอปกครอง การเลี้ยงดูบุตรและแบบวิธีการใช้อานาจอปกครอง คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง สมาชิกคนใดคนหนึ่งของครอบครัว หรือพนักงานอัยการ เป็นผู้ร้องขอก็ได้⁹⁰

3) การเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้อานาจอปกครอง

ในเรื่องการตัดสินเกี่ยวกับการใช้อานาจอปกครองนั้น หากคู่สมรสฝ่ายหนึ่ง สมาชิกคนใดคนหนึ่งของครอบครัว หรือพนักงานอัยการได้ร้องขอให้มีการเปลี่ยนแปลง ศาลอาจจะแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือทำให้สมบูรณ์ได้ทุกขณะ⁹¹

และในกรณีการหย่าโดยคำร้องร่วมกัน ข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้อานาจอปกครองบุตร ที่ได้รับการเห็นชอบจากศาล อาจจะถูกทบทวนใหม่หากมีเหตุสำคัญด้วยการร้องขอของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือพนักงานอัยการ⁹²

⁸⁸ Phillipe Malaurie, Cours of Droit Civil, La Famille (France : Cujas, 1987) p. 159.

⁸⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 288.

⁹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 289.

⁹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 291.

⁹² ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 292.

2.2.2 ลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามกฎหมายครอบครัวเยอรมัน

2.2.2.1 หลักเกณฑ์และวิธีการหย่าตามกฎหมายครอบครัวเยอรมัน

ระบบการหย่าตามกฎหมายครอบครัวเยอรมันปัจจุบัน ปี 1976 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการหย่าไว้ในลักษณะ เช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ในยุโรป โดยกำหนดหลักการว่า เหตุแห่งการสมรสได้แตกสลาย เป็นเหตุหย่าเพียงประการเดียว เท่านั้นที่คู่สมรสจะนำมากล่าวอ้างเพื่อการหย่าร้างต่อศาล (Breakdown of Marriage is the only ground of divorce under the new law)⁹³ โดยถือหลักว่าชีวิตสมรสได้แตกสลายลงเมื่อคู่สมรสนั้นไม่อาจจะอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป กับทั้งโอกาสที่คู่สมรสจะกลับมาคืนดีกันก็ไม่อาจเป็นไปได้ ทั้งนี้ได้กำหนดรายละเอียดตามหลักเกณฑ์พื้นฐานดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติ 5 มาตราดังต่อไปนี้⁹⁴ คือ

มาตรา 1564 กำหนดหลักการไว้ว่า การสมรสสิ้นสุดลงเฉพาะในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้ยื่นคำร้องขอต่อศาล และคำพิพากษาของศาลเท่านั้นที่จะมีผลทำให้การสมรสสิ้นสุดลง ข้อเท็จจริงที่คู่สมรสจะนำมากล่าวอ้างต่อศาลเพื่อการหย่าร้างนั้น เป็นไปตามเงื่อนไขของบทบัญญัติที่จะกล่าวต่อไป

มาตรา 1565 (1) การสมรสจะสิ้นสุดลงโดยการหย่าร้าง ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่า ชีวิตสมรสนั้นประสบความล้มเหลวหรือแตกสลายแล้ว และกรณีจะถือว่าชีวิตสมรสนั้นประสบความล้มเหลวหรือแตกสลายแล้วก็ต่อ เมื่อคู่สมรสนั้นมีอาจใช้ชีวิตสมรสร่วมกันได้อีกต่อไป และไม่อาจคาดหวังได้ว่าคู่สมรสนั้นจะกลับมาใช้ชีวิตสมรสร่วมกันได้อีก

⁹³

Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G. Leser, German Private and Commercial Law : An Introduction, translated by Tony Weir, (Oxford : Clarendon Press, 1982), p.193.

⁹⁴

Mary Ann Glendon, State, Law and Family : Family Law in Transition in the United States and Western Europe, p. 219.

(2) ในกรณีที่คู่สมรสได้แยกกันอยู่ เป็นระยะเวลาไม่ถึงหนึ่งปี การสมรสนั้นจะสิ้นสุดลง ถ้าปรากฏว่าหากยังคงให้คู่สมรสนั้นใช้ชีวิตสมรสร่วมกันอยู่ต่อไปกรณีจะนำมาซึ่งความยากลำบากที่ไม่อาจจะทนได้แก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา 1566 (1) กรณีเป็นข้อสันนิษฐานโดยไม่ว่าจะได้แย้งได้เลยว่าชีวิตสมรสนั้นประสบความล้มเหลวหรือแตกสลายแล้ว ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่สมรสนั้นได้แยกกันอยู่จากกันมาแล้ว เป็นระยะเวลาหนึ่งปี และคู่สมรสทั้งสองฝ่ายนั้นยื่นคำร้องขอหย่าหรือคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องขอหย่าและคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งยอมรับการยื่นคำร้องขอหย่านั้น

(2) กรณีเป็นข้อสันนิษฐานโดยไม่ว่าจะได้แย้งได้เลยว่าชีวิตสมรสนั้นประสบความล้มเหลวหรือแตกสลายแล้ว ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่สมรสนั้นได้แยกกันอยู่แล้ว เป็นระยะเวลาสามปี

มาตรา 1567 (1) คู่สมรสได้มีการแยกกันอยู่ ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สมรสนั้นมิได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาและคู่สมรสฝ่ายหนึ่งปฏิเสธอย่างชัดเจนที่จะกลับมาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาอีกต่อไป และแม้คู่สมรสนั้นจะยังคงอยู่อาศัยในบ้านเรือนเดียวกันก็ตาม กรณีอาจถือได้ว่าคู่สมรสนั้นได้มีการแยกกันอยู่ ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สมรสนั้นมิได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา

(2) การกลับมาใช้ชีวิตสมรสร่วมกันในช่วงระยะเวลาสั้นซึ่งอาจจะทำให้คู่สมรสนั้นกลับคืนกันได้นั้นไม่มีผลทำให้ระยะเวลาในการแยกกันอยู่ตามมาตรา 1566 สะดุดหยุดลงแต่อย่างใด

มาตรา 1568 (1) การสมรสไม่สิ้นสุดลง แม้ชีวิตสมรสนั้นจะประสบความล้มเหลวหรือแตกสลายแล้วก็ตาม ถ้าปรากฏว่าการดำรงอยู่ของชีวิตสมรสนั้นเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์ หรือถ้าปรากฏว่าการสิ้นสุดของการสมรสนั้นจะนำมาซึ่งความยากลำบากหรือความเดือดร้อนเสียหายต่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งนั้น

(2) ความใน (1) ไม่นำมาใช้บังคับในกรณีที่คู่สมรสนั้นได้แยกกันอยู่มาแล้ว เป็นระยะเวลาเกินกว่าห้าปี

2.2.2.2 หลักเกณฑ์การกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามกฎหมายครอบครัวเยอรมัน

มาตรา 1671 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปัจจุบัน ปี 1976 ได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดและการพิจารณาอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าไว้ดังนี้



(1) ในกรณีที่มีการหย่าร้าง ศาล (The Guardianship Court) จะเป็นผู้กำหนดว่าบิดามารดาฝ่ายใดเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตร

(2) ศาล (The Guardianship Court) จะไม่คำนึงถึงข้อเสนอร่วมกันของบิดามารดา นอกจากเมื่อเป็นความจำเป็นต่อประโยชน์สุขของเด็ก

(3) ในกรณีที่บิดามารดาไม่มีข้อเสนอใด ๆ ภายใน 2 เดือน นับจากมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้หย่า หรือกรณีที่ศาล (The Guardianship Court) ไม่ให้ความยินยอมแก่ข้อเสนอของบิดามารดา เมื่อได้พิจารณาพฤติการณ์แล้ว ศาลอาจจะทำข้อตกลงขึ้นโดยทำให้เกิดผลต่อประโยชน์สุขของเด็กมากที่สุด หากบิดามารดาฝ่ายใดได้รับการตัดสินว่าผิดและไม่มีเหตุผลที่ร้ายแรงต่อการโอนอำนาจปกครองของบิดามารดา ศาล (The Guardianship Court) จะโอนอำนาจปกครองให้บิดามารดาที่มีได้ เป็นผู้ผิด

(4) ตามหลักเกณฑ์อำนาจปกครองจะถูกมอบให้แก่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว แต่ถ้าหากเพื่อประโยชน์สุขของเด็กอาจมอบอำนาจในการเลี้ยงดูบุตรให้ฝ่ายหนึ่งและอำนาจในการจัดการทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง

(5) ศาล (The Guardianship Court) อาจมอบอำนาจในการเลี้ยงดูและการจัดการทรัพย์สินของบุตรให้แก่ผู้ปกครอง (guardian) หรือผู้พิทักษ์ (curator) หากเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อป้องกันอันตรายแก่ประโยชน์สุขไม่ว่าทางจิตใจและร่างกาย หรือทรัพย์สินของเด็ก

นอกจากนี้ ในกรณีที่บิดามารดาแยกกันอยู่ บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอในเรื่องอำนาจปกครองบุตรต่อศาล (The Guardianship Court) โดยนำหลักเกณฑ์การกำหนดและการพิจารณาอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามมาตรา 1671 (1)-(4) มาใช้โดยอนุโลม⁹⁵

จากการศึกษาลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าเห็นได้ว่าในกฎหมายครอบครัวไทยซึ่งแบ่งรูปแบบการหย่าร้างออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การหย่าโดยความยินยอม และการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล การกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าโดยความยินยอมขึ้นอยู่กับข้อตกลงของบิดามารดา ถ้าหากบิดามารดาไม่สามารถตกลงกันได้

95 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1672.

ศาลจะเป็นผู้ชี้ขาด ซึ่งเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายของต่างประเทศเมื่อมีการหย่าร้างเกิดขึ้น คู่หย่าจะต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลในทุกกรณี เพื่อให้ศาลตรวจสอบว่ามีการตกลงในเรื่องบุตร ทรัพย์สินหรือหนี้ และข้อตกลงนั้นอำนวยความสะดวกและความผาสุกของบุตรหรือไม่ จึงจะมีคำสั่งอนุญาตให้มีการหย่าได้ จากหลักการดังกล่าวย่อมเป็นการคุ้มครองบุตรผู้เยาว์อย่างยิ่ง เมื่อบิดามารดาหย่าร้างกัน แต่ในทางปฏิบัติของประเทศไทย เมื่อมีตามารดาจดทะเบียนหย่า นายทะเบียนมักจะ เป็นผู้ตรวจสอบว่ามีการตกลงในเรื่องบุตรกันเรียบร้อยหรือไม่ หากตกลงกันเรียบร้อยแล้ว จึงจะจดทะเบียนหย่าให้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นการสอดคล้องกับสภาพสังคมไทยที่ไม่ชอบมีคดีความในศาล และกฎหมายครอบครัวไทยเคารพการแสดงเจตนาโดยอิสระ หากให้มีการเสนอคำร้องขอหย่าต่อศาลให้ เป็นผู้พิจารณา ก็อาจจะมีผู้โต้แย้งว่าขัดกับหลักการดังกล่าว

นอกจากนี้ในระบบการพิจารณาของศาลต่างประเทศในคดีหย่าร้างนั้น ศาลในแต่ละประเทศจะมีวิธีการพิเศษในการพิจารณาหรือ เป็นศาลพิเศษที่พิจารณาในคดีครอบครัวโดยเฉพาะ แต่ในกฎหมายครอบครัวไทย คดีหย่าร้างหรือคดีที่เกี่ยวกับครอบครัวยังต้องขึ้นต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัด เช่นเดียวกับคดีทั่วไป ยกเว้นในคดีครอบครัวบางคดีที่เกี่ยวกับผู้เยาว์ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นคดีเกี่ยวกับการขอทานติกรรมแทนผู้เยาว์ การขอให้รับรองบุตร การขอเป็นผู้ปกครองผู้เยาว์ การขอลงอำนาจปกครอง และการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งในท้องที่ที่มีศาลคดีเด็กและเยาวชน เปิดทำการแล้วคู่ความต้องนำข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวดังกล่าวมาให้ศาลคดีเด็กและเยาวชน เป็นผู้พิจารณาพิพากษา ซึ่งในปัจจุบันศาลคดีเด็กและเยาวชนที่เปิดทำการแล้วในจังหวัดต่าง ๆ มีอยู่ด้วยกัน 10 จังหวัด คือ กรุงเทพมหานคร สงขลา นครราชสีมา เชียงใหม่ อุบลราชธานี ระยอง สุราษฎร์ธานี นครสวรรค์ สมุทรปราการ และนนทบุรี ซึ่งในศาลคดีเด็กและเยาวชน จะมีมาตรการและวิธีการพิเศษในการพิจารณาเพื่อให้ความคุ้มครองเด็กเป็นอย่างดี

ผู้เขียนเห็นว่าคดีหย่ามีลักษณะที่แตกต่างกับคดีประเภทอื่น ๆ เพราะเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนถึงความสัมพันธ์ของบุคคลต่าง ๆ ในครอบครัว อีกทั้งจะก่อให้เกิดผลภายหลังตามมาอีกมากมายหลายเรื่อง เช่น เรื่องกำหนดค่าเลี้ยงชีพแก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง เรื่องการอุปการะเลี้ยงดูบุตร และการปกครองบุตรต่อไปภายหลังจากหย่า ซึ่งแต่ละเรื่องเป็นเรื่องที่ไม่สามารถจะกำหนดวิธีการลงอย่างตายตัวไปได้ จำต้องดูถึงปัจจัยต่าง ๆ อันจะใช้ประกอบดุลพินิจของศาล เช่น ความสามารถของคู่สมรสในการหารายได้ ฐานะ อายุ จำนวนทรัพย์สินที่แบ่ง

ความมีศีลธรรมของคู่สมรสแต่ละฝ่ายที่ควรจะได้อ่านาจนปกครอง และพฤติกรรมต่าง ๆ ด้วย
จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นคดีที่ต้องการความยืดหยุ่น และให้ความคล่องตัวแก่ผู้พิพากษาในอันที่จะ
ใช้วิธีการต่าง ๆ มาแก้ไขปัญหานั้น นอกจากนี้ เรื่องการหย่ามิใช่ปัญหากฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว
แต่เป็นปัญหาในทางจิตใจและอารมณ์ ซึ่งหากมีวิธีการและได้รับข้อเสนอแนะชี้ช่องทางที่ถูกต้อง
ถูกจังหวะแล้ว คู่กรณีจะหาทางออกให้เหมาะสมโดยไม่ต้องหย่าได้ ดังนั้น ควรจะมีศาลที่พิจารณา
โดยเฉพาะ เช่น ศาลครอบครัว หรือมีวิธีการพิเศษในการพิจารณานอกเหนือจากคดีทั่วไป
เช่นเดียวกับในคดีแพ่งที่พิจารณาในศาลคดีเด็กและเยาวชนดังกล่าวมา