



การสร้างความเป็นธรรมและการคุ้มครองสิทธิ ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการหย่า โดยความยินยอม: ศึกษากฎหมายของไทยและ กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส*

เอมเฟกา เตชะอภัยคุณ**

บทคัดย่อ

แม้ว่ากฎหมายไทยจะยอมรับหลักการเรื่องการหย่าโดยความยินยอมมาตั้งแต่อดีตแต่จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในเรื่องนี้มีรายละเอียดน้อยและให้อิสระแก่คู่สมรสค่อนข้างมากในการตัดสินใจในเรื่องผลของการหย่า โดยมีได้มีมาตรการในการตรวจสอบการแสดงเจตนาที่เป็นอิสระอย่างแท้จริงหรือให้การคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในสภาพเปราะบางในครอบครัว เช่น คู่สมรสที่อยู่ในสถานะอ่อนด้อยกว่าอีกฝ่ายอาจตกลงโดยมิได้เกิดจากการแสดงเจตนาที่เป็นอิสระแต่เกิดจากความไม่เข้าใจในผลของการหย่า หรือผลของการใช้อำนาจปกครองในกรณีที่บิดามารดาตัดสินใจหย่าโดยไม่สอบถามความต้องการของบุตรผู้เยาว์ เป็นต้น ประเด็นปัญหาเหล่านี้ทำให้เกิดคำถามว่ากฎหมายไทยมีการรับรองการสร้างความเป็นธรรมให้กับคู่สมรสในการหย่าโดยความยินยอมและการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุตรผู้เยาว์อย่างเพียงพอหรือไม่

บทความนี้ผู้เขียนได้ศึกษาหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่เพิ่งมีผลบังคับใช้เมื่อต้นปี พ.ศ. 2560 เพื่อพิจารณาแนวทางการแก้ไขปัญหามีเกี่ยวข้องกับความเป็นธรรมและการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยการกำหนดให้การหย่าโดยความยินยอมสามารถกระทำได้โดยไม่ต้อง

* Strengthening Fairness and Protection of Right of Persons concerning a Divorce by Mutual Consent: A Study of Thai and French Laws

** Dr. Aimpaga Techa-apikun

อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปรินญาเอกสาขากฎหมายเอกชน มหาวิทยาลัย Aix-Marseille Université ประเทศฝรั่งเศส เกียรตินิยมดีเยี่ยมโดยมติเอกฉันท์

ให้ศาลมีคำพิพากษาอีกต่อไป อย่างไรก็ตามก็ดี กฎหมายใหม่ได้กำหนดเงื่อนไขสำคัญเกี่ยวกับการทำข้อตกลงการหย่าให้มีความชัดเจนเพื่อรับรองการสร้างความเข้าใจของคู่สมรสก่อนการหย่า อีกทั้งยังกำหนดมาตรการสอบถามบุตรผู้เยาว์ ซึ่งมาตรการตามกฎหมายฝรั่งเศสนี้มีความน่าสนใจอันจะเป็นอีกหนึ่งตัวอย่างเพื่อการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายไทยต่อไป

คำสำคัญ: การหย่าโดยความยินยอม ข้อตกลงการหย่า ความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์

Abstract

Even though the Thai law has long recognized the concept of divorce by mutual consent, the law barely specifies any detail and largely provides the separating couple with immense freedom about the consequence of the divorce. No measure has been prescribed to examine whether decisions are made freely. Also, vulnerable members of the family are left without protection; therefore, it is possible that a disadvantaged spouse might concur with the divorce agreement without fully understand the consequence. It is also possible that according to the Thai law the parents can dissolve the marriage without consulting with their minor children. These issues raise queries about whether the Thai law concerning divorce by mutual consent has constituted fairness to the divorcing couple and anyone related to the marriage, especially a minor, or not.

In this article, the author studies the French law on this issue which has just been enforced in the beginning of 2017 to explore if there is a possibility to fix the problem of fairness and rights protection with regard to the divorce by mutual consent. The new French law has no longer required that the divorce must be permitted by the court; however, it provides more definite and clearer conditions of divorce to ensure that the separating couple will understand the consequence. Furthermore, the new law requires that the spouses must consult with their minor



children on the divorce matter. The author sees this measure as an interesting idea to amend and develop the Thai law.

Keywords: divorce by mutual consent, divorce settlement agreement, the best interest of the child

บทนำ

การหย่าคือการทำให้การสมรสสิ้นสุดลงอันเป็นโศกนาฏกรรมอย่างหนึ่งในการใช้ชีวิตคู่ แต่การหย่าอาจเป็นหนทางที่ดีที่สุดในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งของครอบครัว หรือเป็นการลดความขัดแย้งความรุนแรงที่อาจจะเกิดต่อไปในอนาคต การหย่าจึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นและหลีกเลี่ยงไม่ได้ และในสังคมปัจจุบันได้ยอมรับการแก้ปัญหาคู่สมรสโดยการหย่ามากยิ่งขึ้น จากสถิติของกรมการปกครองที่ปรากฏในปี พ.ศ. 2560 มีการหย่าร้างจำนวน 121,617 คู่¹ โดยกรมสุขภาพจิตได้เคยเปิดเผยในปี พ.ศ. 2559 ว่าอัตราการหย่าร้างมีแนวโน้มสูงขึ้นจากร้อยละ 27 ในปี พ.ศ. 2549 เพิ่มขึ้นร้อยละ 39 ในปี พ.ศ. 2559 อันส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตของบุคคลที่เกี่ยวข้องและบุตร²

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติรับรองหลักเกณฑ์เรื่องการหย่าของคู่สมรสไว้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ การหย่าโดยความยินยอมและการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ในส่วนของการหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสนั้นกฎหมายไทยยอมรับการหย่าโดยวิธีการนี้มาตั้งแต่ในอดีต³ อันสะท้อนให้เห็นว่าสังคมไทยมองว่าการหย่าเป็นการตัดสินใจที่คู่สมรสสามารถกระทำได้เองหากสมัครใจกันไม่ต้องให้บุคคลอื่นเข้ามาแทรกแซงเพื่อพิจารณาว่าคู่สมรสทั้งสองฝ่ายควรจะหย่าหรือไม่

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะพบว่า มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการหย่าโดยความยินยอมเป็นการเฉพาะ 6 มาตรา ประกอบด้วยมาตรา 1514 ถึงมาตรา 1515 ซึ่งวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวิธีการหย่า มาตรา 1520 ถึงมาตรา 1522 วางหลักเกณฑ์กำหนดให้สามีภริยาดตกลงกันเรื่องอำนาจปกครองและค่าอุปการะเลี้ยงดู และมาตรา 1532 กล่าวถึงกำหนดเวลาในการคำนวณเพื่อการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาที่ให้คิดคำนวณตามเวลาที่มีอยู่เวลาการจดทะเบียนหย่า อีกทั้งยังมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าในส่วนของการแบ่งทรัพย์สินของสามีภริยาเมื่อหย่ากันนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งทรัพย์สินและหนี้สินของการหย่าโดยความยินยอมและการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลไว้เป็นการเฉพาะอันทำให้เข้าใจได้ว่าการหย่าโดยความยินยอมคู่สมรสทั้งสองฝ่ายอาจตกลงแบ่งทรัพย์สินและหนี้สินกันตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 1533 ถึงมาตรา 1535 หรืออาจตกลงแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้⁴

เมื่อพิจารณาถึงตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการหย่าโดยความยินยอมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายได้ให้สิทธิเสรีภาพแก่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายในการตัดสินใจทั้งเรื่องการหย่าและผลของการหย่า

¹ สำนักงานการทะเบียน กรมการปกครอง, “รายงานสถิติจำนวนทะเบียนหย่า,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2561, จาก http://stat.bora.dopa.go.th/stat/marry/yk/yk_60.html

² สำนักข่าวไทยรัฐ, “กรมสุขภาพจิตเผยคนไทยหย่าร้างเพิ่มขึ้น,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2561, จาก <https://www.thairath.co.th/content/1150262>

³ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “ข้อคิดเกี่ยวกับการหย่าในสมัยโบราณ,” ใน *หนังสือรวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว* (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2555), น.139 -142.

⁴ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2560), น.300.



ไม่ว่าจะเป็นเรื่องบุตร และเรื่องทรัพย์สิน ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้สิทธิอิสระในการตัดสินใจในการหย่านี้ ถ้าคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีอำนาจในการต่อรองที่เท่าเทียมกันปัญหาในการตกลงผลของการหย่าย่อมไม่เกิดขึ้น ทว่าหากปรากฏว่าคู่สมรสนั้นมีอำนาจในการต่อรองไม่เท่ากัน เช่น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจมากกว่า หรือมีความรู้ทางกฎหมาย หรือมีพลังกำลังมากกว่า อาจส่งผลให้คู่สมรสฝ่ายที่อ่อนแออยู่ในสถานะที่ต้องพึ่งพาอาศัยหรือต้องยอมทำตามที่อีกฝ่ายประสงค์ซึ่งอาจรวมไปถึงการตกลงในเรื่องเกี่ยวกับบุตรหรือเรื่องทางทรัพย์สินที่เสียเปรียบ หรืออาจไม่เป็นธรรมหรือไม่เป็นประโยชน์ต่อตนเองและบุตร

นอกจากนี้หากพิจารณาว่าการตกลงหย่าโดยความยินยอมเปรียบเสมือนกับการทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง ดังนั้นจึงอาจเป็นไปได้ว่าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตกลงหย่าโดยมิได้มีเจตนาที่เป็นอิสระอย่างแท้จริง เช่น การหย่าเกิดจากความโกรธ ความผิดหวังเสียใจ ความต้องการยุติปัญหาโดยที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจไม่ได้คิดไตร่ตรองถึงผลที่ตามมา หรืออาจไม่รู้ถึงผลของการหย่าที่แท้จริง หรือเป็นเพราะคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสถานะที่ด้อยกว่าทำให้ต้องยอมหย่า ยิ่งไปกว่านั้นการหย่าโดยความยินยอมยังมีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาก็คือการคุ้มครองสิทธิของบุตรผู้เยาว์ที่ไม่ใช่คู่สัญญาหย่าโดยตรงแต่เป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงในการหย่าของบิดามารดา ซึ่งประเด็นข้อสังเกตเหล่านี้ทำให้ผู้เขียนเกิดข้อสงสัยว่ากฎหมายไทยรับรองให้สิทธิและเสรีภาพแก่คู่สมรสในการหย่าโดยความยินยอมอันสอดคล้องกับหลักสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการเลือกที่จะก่อร่างสร้างครอบครัวหรือไม่ และมีมาตรการหรือกลไกที่รับรองว่าการหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสนี้มีความเป็นธรรมหรือมีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่เปราะบาง เช่น สตรี หรือ เด็ก ไว้อย่างพอเพียงมากน้อยเพียงใด

ทั้งนี้ ประเทศฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขปฏิรูปกฎหมายแพ่งในประเด็นเกี่ยวข้องกับการหย่าโดยความยินยอมในปี พ.ศ. 2559 โดยการประกาศใช้รัฐบัญญัติฉบับที่ 2016-1547 เมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 ว่าด้วยการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมให้มีความทันสมัยในศตวรรษที่ 21 (*la Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*) เพื่อเปิดโอกาสให้การหย่าโดยความยินยอมสามารถทำได้ง่ายยิ่งขึ้นจากเดิมที่ต้องให้ศาลเข้ามารับรองการทำความตกลงดังกล่าว⁵ ในขณะเดียวกันยังมีการสร้างมาตรการเพื่อตรวจสอบการแสดงเจตนาของคู่สมรสและการแสดงเจตนาของบุตรซึ่งแนวการแก้ไขปฏิรูปกฎหมายของฝรั่งเศสนี้มีความน่าสนใจและนำมาสู่การคิดทบทวนว่ากฎหมายไทยมีข้อบกพร่องหรือความจำเป็นที่ต้องให้ความสนใจเพื่อปรับปรุงแก้ไขพัฒนาอย่างไร

⁵ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับประวัติและวิวัฒนาการของปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการหย่าโดยความยินยอมได้ในบทความ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “นิติการหย่าร้าง,” และ “การหย่าโดยความยินยอมในกฎหมายฝรั่งเศส,” ใน หนังสือรวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2555), น.134-138 และ น.164-174.

1. ข้อคิดเบื้องต้นว่าด้วยการหย่าโดยความยินยอมตามกฎหมายของไทย

หากมองว่าสมรสคือข้อตกลงหรือสัญญาในรูปแบบหนึ่งที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีเจตนาที่จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในฐานะคู่สมรสเพื่อเป็นการสร้างครอบครัว การจบความสัมพันธ์ในฐานะคู่สมรสก็ย่อมจะทำได้โดยการทำข้อตกลงระหว่างกัน แนวคิดของการหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายถือเป็นหลักการที่กฎหมายครอบครัวของหลายประเทศให้การรับรอง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการหย่าส่งผลกระทบต่อสถานะความเป็นคู่สมรสหรือความเป็นสามีภรรยาทั้งในทางส่วนตัวทางทรัพย์สิน และอาจส่งกระทบทางตรงต่อบุตรโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ยังเป็นผู้เยาว์ การยุติความสัมพันธ์ด้วยการทำข้อตกลงของทั้งสองฝ่ายโดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐอาจก่อให้เกิดปัญหาที่ไม่พึงประสงค์ เช่น ความไม่เป็นธรรมระหว่างอดีตคู่สมรสภายหลังการหย่า หรือผลกระทบต่อบุตร ด้วยเหตุนี้ในหลายประเทศจึงมีการกำหนดรูปแบบการหย่าโดยความยินยอมที่ต้องให้หน่วยงานฝ่ายปกครองรับรองและการหย่าโดยความยินยอมที่ต้องให้ศาลเป็นผู้รับรองเพื่อตรวจสอบการทำข้อตกลงการหย่า⁶ ในส่วนของประเทศไทยกฎหมายใช้ระบบการหย่าโดยความยินยอมโดยให้หน่วยงานฝ่ายปกครองเป็นผู้จดทะเบียนหย่า⁷

ด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกำหนดหลักเกณฑ์การหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสโดยให้ต้องมีการจดทะเบียนหย่าเช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรสต่อหน้านายทะเบียนและมีพยาน แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขพิเศษอื่นเพิ่มเติม เช่น การกำหนดให้คู่สมรสที่จะหย่าต้องจดทะเบียนสมรสกันมาอย่างน้อยเป็นระยะเวลาเท่าใด หรือต้องผ่านขั้นตอนอื่นใดเพื่อตรวจสอบความประสงค์ที่แท้จริงของคู่สมรสจึงอาจกล่าวได้ว่าการหย่าโดยความยินยอมภายใต้กฎหมายไทยสามารถทำได้ง่าย ไม่มีขั้นตอนยุ่งยาก และดูเหมือนว่าเป็นวิธีการที่ประหยัดมากเมื่อเปรียบเทียบกับกรหย่าโดยคำพิพากษา⁸ อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่ากรหย่าโดยความยินยอมยังคงมีประเด็นที่ควรพิจารณาให้ลึกซึ้ง เนื่องจากเรื่องนี้เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัว ปัญหาอำนาจต่อรองและการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าหรือกลุ่มที่เปราะบาง ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการหย่าโดยความยินยอมในกฎหมายไทยที่น่าสนใจ ดังนี้

1.1 ข้อตกลงการหย่า : เครื่องมือสำคัญในการกำหนดผลของการหย่า

หากพิจารณาว่าการสมรส คือ การทำสัญญาร่วมกันระหว่างบุคคลสองคนที่ต้องการจะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยสมัครใจ อันส่งผลก่อให้เกิดครอบครัวโดยมีกฎหมายกำหนดกรอบความสัมพันธ์

⁶ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทกรุงเทพพินิจ จำกัด, 2558), น.364-371.

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1515

⁸ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.276.



ของคู่สมรส ทรัพย์สินและบุตรอันคาดหมายได้ตามที่กฎหมายกำหนด การยุติความสัมพันธ์ของบุคคลโดยวิธีการหย่าโดยสมัครใจของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายก็เปรียบเหมือนการเลิกสัญญาเพื่อยุตินิติสัมพันธ์ที่เคยมีต่อกัน แม้ว่ากฎหมายจะได้กำหนดผลของการหย่าไว้ อย่างไรก็ตามก็定会เห็นว่ากฎหมายไทยเปิดโอกาสให้คู่สมรสได้แสดงเจตนาที่จะกำหนดผลของการหย่าได้แตกต่าง เช่น การกำหนดวิธีการจัดการทรัพย์สินหนี้สิน การตกลงเรื่องอำนาจปกครองบุตรหรือหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร ซึ่งการเปิดโอกาสให้คู่สมรสได้ตกลงกันเองนี้มีข้อดีคือการทำให้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีสิทธิเลือกที่จะกำหนดผลของการยุติความสัมพันธ์ได้เองโดยจะไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามาแทรกแซงหรือตัดสินใจแทน และทำให้ข้อตกลงการหย่าที่เป็นที่พอใจของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายย่อมนำมาซึ่งการหย่าที่ประสบความสำเร็จไม่ยืดเยื้อหรือไม่เกิดความขัดแย้งที่จะต้องขึ้นศาล

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยพบว่ามิได้มีการบัญญัติว่าในการหย่าจะต้องมีทำข้อตกลงการหย่าแต่อย่างใดและมาตรา 1514 กำหนดเพียงให้คู่สมรสต้องทำเป็นหนังสือมีพยานอย่างน้อยสองคนและมีการจดทะเบียน ดังนั้นในทางปฏิบัติคู่สมรสที่ประสงค์จะหย่าโดยความยินยอมอาจเลือกที่จะตกลงกันทำข้อตกลงหรือสัญญาหย่าก่อนไปจดทะเบียนหย่าหรือเลือกที่จะไปแสดงเจตนาการหย่าและข้อตกลงต่าง ๆ เกี่ยวกับผลของการหย่าต่อหน้านายทะเบียนก็ได้ ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายไทยมิได้มีการกำหนดว่าข้อตกลงการหย่าต้องมีเนื้อหาหรือรายละเอียดเช่นใดบ้าง ดังนั้นคู่สมรสจะเลือกกำหนดหรือไม่กำหนดก็ได้ หากไม่มีการกำหนดตกลงผลทางกฎหมายในเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะ ถ้าเรื่องนั้นเป็นเรื่องการจัดการทรัพย์สินจะต้องนำหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดในเรื่องหย่า กล่าวคือหากเป็นเรื่องทรัพย์สินให้มีการแบ่งสินสมรสเท่ากันระหว่างชายและหญิง⁹ หนี้สินที่ต้องรับผิดชอบร่วมกันต้องแบ่งรับผิดชอบเท่ากัน¹⁰ เป็นต้น แต่ในประเด็นเรื่องบุตรผู้เยาว์การที่คู่สมรสไม่มีการตกลงไว้เป็นการเฉพาะ ในทางปฏิบัติ นายทะเบียนจะสอบถามเพื่อให้ทราบว่ากรณีนี้เป็นเรื่องการใช้อำนาจปกครองร่วมกัน หรือมีการกำหนดให้ผู้ใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง หากคู่สมรสไม่อาจตกลงในประเด็นนี้ได้ คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายต้องยื่นร้องขอต่อศาล จากตัวอย่างบันทึกข้อตกลงการหย่าของสำนักงานเขตหรือหน่วยงานฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่เป็นนายทะเบียนพบว่าตัวอย่างข้อตกลงหรือสัญญาหย่าพบว่ามีรายละเอียดไม่มากนัก มีการกำหนดให้ระบุชื่อคู่สมรส เหตุผลการหย่า และประเด็นที่คู่สมรสต้องการกำหนดภายหลังการหย่า ได้แก่ บุตร ทรัพย์สิน ค่าเลี้ยงดู เรื่องอื่น ๆ ที่ให้คู่สมรสเลือกเพิ่มเติมข้อความได้เอง¹¹

เมื่อกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดเนื้อหาสาระหรือเงื่อนไขเกี่ยวกับสัญญาหรือข้อตกลงการหย่าไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงเป็นผลให้จะต้องนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมสัญญา มาบังคับใช้กับสัญญาหย่าจึงนำมาสู่ข้อสันนิษฐานว่าการนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายนิติกรรมสัญญา มาใช้บังคับ

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1533

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1535

¹¹ “ตัวอย่างแบบสัญญาหย่าเผยแพร่โดยสำนักงานเขตคลองสาน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2561, จาก <http://www.bangkok.go.th/upload/user/00000046/MenuService/Civil%20Registration/Sr%20Civil%20divorce.pdf>

โดยตรงกับความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัวอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับตัวคู่สมรสอีกฝ่ายหรือกับบุตรผู้เยาว์ได้ เพราะเป็นไปได้ว่าคู่สมรสที่ตกลงทำการหย่าอาจขาดความเข้าใจในผลของการหย่า ในทัศนะของผู้เขียนหากมองว่าการหย่าเป็นเรื่องสำคัญและต้องใช้พิจารณาอย่างรอบคอบในการตัดสินใจและเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตต่อไปในอนาคตของผู้ตัดสินใจรวมไปถึงครอบครัว เช่น บุตร ในแง่นี้จึงอาจไม่สมควรนักที่จะนำสัญญาหย่าหรือข้อตกลงการหย่ามาเทียบกับสัญญาหรือข้อตกลงอื่น ๆ ที่ทำในชีวิตประจำวัน เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาทางพาณิชย์อื่น ๆ ได้

ในประเด็นเรื่องข้อตกลงการหย่ามีแนวคำพิพากษาของศาลไทยที่เกี่ยวข้องและมีความน่าสนใจ¹² ดังนี้

1.1.1 สัญญาหรือข้อตกลงที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ทำขึ้นก่อนที่จะมีการจดทะเบียนหย่าถือเป็นสัญญาระหว่างสมรสที่สามารถบอกล้างได้

มาตรา 1469 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดให้สัญญาทางทรัพย์สินที่คู่สมรสทำในระหว่างสมรสเป็นสัญญาที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกล้างได้ภายใน 1 ปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากัน มีการทำสัญญา ซึ่งสิทธิในการบอกล้างสัญญาระหว่างสมรสนี้เกิดจากเหตุผลที่ว่าในการทำสัญญาระหว่างสมรสกันนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจตกอยู่ใต้อิทธิพลแห่งความเสน่หาหรือความเกรงใจซึ่งกันและกันหรือเหตุอื่นใดอันทำให้ตนต้องเสียประโยชน์ ถูกเอารัดเอาเปรียบหรือถูกข่มเหงโดยไม่ชอบธรรม ทำให้ต้องเสียประโยชน์หรือต้องเสียหาย ด้วยเหตุนี้มาตรา 1469 จึงอนุญาตให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกล้างสัญญานั้นได้ การใช้สิทธิบอกล้างนี้ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของคู่สัญญาอีกฝ่าย ไม่ถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต¹³ และเป็นสิทธิเฉพาะตัวของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา ตัวอย่างการใช้สิทธิบอกล้างสัญญาในระหว่างสมรส เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15028/2557 ศาลวินิจฉัยว่าจากกรณีที่มีสามีได้ตกลงยกบ้านที่เป็นสินส่วนตัวให้แก่ภริยาในระหว่างที่สมรสกันต่อมาสามีได้ยื่นฟ้องหย่าและขอเพิกถอนการให้บ้านดังกล่าวแก่ภริยา กรณีนี้ถือว่าสัญญาให้บ้านเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ตกลงกันในระหว่างเป็นสามีภริยากันตาม มาตรา 1469 การฟ้องหย่าถือเป็นการแสดงเจตนาบอกล้างในขณะที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่ สัญญาจึงไม่มีผลบังคับอีกต่อไป ภริยาต้องคืนบ้านให้แก่สามี¹⁴ ทั้งนี้ ข้อตกลงที่ว่าจะไม่ยกเลิกสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินในระหว่างสมรส

¹² ผู้เขียนได้ศึกษาแนวคำพิพากษาย่อยยาวของศาลฎีกาจากฐานข้อมูลระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ได้รับการเผยแพร่จากโดยศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในศาลฎีกาในเวบไซต์ <http://deka.supremecourt.or.th> ซึ่งเป็นฐานข้อมูลทางการที่เผยแพร่คำพิพากษาของศาลฎีกาจากฐานข้อมูลระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่เปิดเผยต่อประชาชนให้เข้าค้นคว้าอย่างอิสระ อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าเสียดายอย่างยิ่งที่ระบบฐานข้อมูลนี้มิได้เผยแพร่คำพิพากษาศาลฎีกาตัวเต็มและคำพิพากษาของศาลทุกคำพิพากษาด้วยข้อจำกัดเช่นนี้ทำให้บทความนี้เขียนโดยอาศัยข้อมูลจากคำพิพากษาย่อยยาวเป็นสำคัญ

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3714/2548 และดู ประสพสุข บุญเดช, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.204.

¹⁴ คำพิพากษาที่ตัดสินในแนวทางเดียวกัน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2497/2552 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8739/2551



ของสามีภริยาถือว่ามิว่าวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อบทกฎหมายและตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁵

ในกรณีที่มีการทำข้อตกลงการหย่าที่การแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแต่ยังไม่มี การจดทะเบียนการหย่า อีกฝ่ายหนึ่งทำข้อตกลงการหย่ามาฟ้องศาล ศาลฎีกาของไทยมีคำวินิจฉัยที่ สนใจดังนี้

ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2522 ศาลได้วินิจฉัยว่าบันทึกที่โจทก์จำเลยตกลงทำ สัญญาหย่าขาดจากการเป็นสามีภรรยาและจำเลยยอมจ่ายค่าเลี้ยงดูให้โจทก์ 50,000 บาท ปรากฏในบันทึกประจำวันของสถานีตำรวจภูธรอำเภอชุมแพเป็นทั้งสัญญาหย่าและสัญญา ประนีประนอมยอมความที่จะจ่ายค่าเลี้ยงชีพให้โจทก์เมื่อหย่ากันแล้ว และคู่กรณีอาจตกลงกันได้ ให้ชำระค่าเลี้ยงชีพครั้งเดียว เป็นจำนวนเงินตามที่ตกลงกันได้ จำเลยจึงมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าเลี้ยงชีพ 50,000 บาทให้โจทก์ ตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่ได้ทำไว้แล้ว โดยสัญญาที่จำเลยยอม จ่ายเงินให้โจทก์ 50,000 บาทนี้เป็นสัญญาประนีประนอมยอมความเกี่ยวกับค่าเลี้ยงชีพของโจทก์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1526 ซึ่งหมายถึงเงินเลี้ยงชีพหลังจากที่ได้หย่าขาด จากการเป็นสามีภรรยาแล้ว จึงไม่ใช่สัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างเป็นสามีภรรยาตาม มาตรา 1469 จำเลยไม่มีสิทธิอ้างมาตรานี้มาเป็นเหตุบอกล้างสัญญานี้¹⁶ ซึ่งท่านอาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ ในกรณีนี้ว่าการตกลงกันเกี่ยวกับทรัพย์สินในกรณีหย่ากันโดยความยินยอมก่อนหรือ ขณะจดทะเบียนหย่าคงถือว่าเป็นสัญญาระหว่างสมรสเช่นกัน แต่ถ้าเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยมิได้มุ่งหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินของสามีภริยาในระหว่างสมรส ไม่ตกอยู่ในบังคับมาตรา 1464 ตามแนวของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2522¹⁷

ต่อมาในปี พ.ศ. 2535 ในคำพิพากษาที่ 3666-3667/2535 ศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัย ว่าข้อตกลงเรื่องการหย่าและแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเป็นข้อตกลงที่แบ่งแยกจากกันมิได้ จึงมิได้เป็นสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาอย่างเดียวโดยตรง อันจะมีผลทำให้ฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะบอกล้างได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1469¹⁸ โดย ข้อเท็จจริงในคดีนี้สามีภริยาได้มีการทำบันทึกข้อตกลงระหว่างโจทก์ (สามี) และจำเลย (ภริยา) มีเนื้อหากล่าวว่าโจทก์และจำเลยตกลงจะไปหย่ากันและแบ่งทรัพย์สินตามบันทึกดังกล่าวที่ได้ไปทำ ณ สถานีตำรวจภูธรอำเภอเมืองนครปฐม ต่อมาโจทก์ได้ฟ้องหย่าจำเลยและขอให้แบ่งทรัพย์สินตาม บัญชีทรัพย์สินท้ายฟ้องของโจทก์ ระหว่างการพิจารณาคดีจำเลยก็ได้ยื่นฟ้องต่อศาลชั้นต้นขอบังคับ ให้โจทก์ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ทำกันไว้ โจทก์กล่าวอ้างว่าได้มีการทำหนังสือบอกล้างข้อตกลงที่ได้ ทำกับจำเลยไว้ก่อนฟ้อง คดีนี้ศาลชั้นต้นพิจารณาให้โจทก์จำเลยหย่าขาดจากกันและแบ่งทรัพย์สิน

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5974/2538 และดู ไพโรจน์ กัมพูศิริ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 4, น.238.

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2522, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2561, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/>

¹⁷ ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552) น. 198-199

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3666-3667/2535, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2561, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/>

ตามที่ศาลพิพากษา ต่อมาทั้งสองฝ่ายมีการอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ได้แก้ไขแบ่งสินสมรสกันคนละครึ่งในชั้นฎีกาศาลได้วินิจฉัยว่า

“ข้อตกลงที่ได้ทำนั้นเป็นหลักฐานแห่งการหย่าได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1514 วรรคสอง ประการหนึ่งและยังใช้บังคับในเรื่องการแบ่งทรัพย์สินได้อีกประการหนึ่ง แม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะเป็นข้อตกลงให้แบ่งทรัพย์สินอันเป็นทรัพย์สินระหว่างสามีภริยากก็ตาม แต่ข้อตกลงเรื่องการหย่าและข้อตกลงเรื่องการแบ่งทรัพย์สินในลักษณะเช่นนี้เป็นข้อตกลงที่แบ่งแยกกันมิได้ จึงมิได้เป็นสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาอย่างเดียวโดยตรงอันจะมีผลทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกกล่าวได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1469 ดังนั้นที่โจทก์แก้ฎีกาก่อนฟ้องคดีนี้ โจทก์ได้มีหนังสือบอกกล่าวข้อตกลงดังกล่าวนั้นแล้ว แม้จะได้รับความจริงดังที่โจทก์ว่า การบอกกล่าวของโจทก์ก็ห้ามผลไม่หากจำเลยมิได้ยินยอมด้วย จำเลยจึงมีสิทธิที่จะนำเอาบันทึกลงข้อตกลงดังกล่าวมาเป็นหลักฐานในการฟ้องหย่าและบังคับให้โจทก์ยกทรัพย์สินตามข้อตกลงให้แก่จำเลย...”¹⁹

นอกจากนี้ ศาลฎีกายังได้สรุปเพิ่มในตอนท้ายว่า “ศาลฎีกาเห็นว่า บันทึกลงข้อตกลงระหว่างโจทก์และจำเลยมิใช่เป็นสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาโดยตรงที่โจทก์จะบอกกล่าวได้ สัญญาดังกล่าวนี้อาจใช้บังคับเฉพาะทรัพย์สินที่ปรากฏอยู่ในบันทึกเมื่อมีการหย่าขาดจากกันเท่านั้น จะนำมาใช้บังคับแก่ทรัพย์สินอื่นที่มีอยู่ก่อนและได้มาหลังข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้ ในกรณีที่โจทก์จำเลยหย่าขาดจากกันเช่นนี้โจทก์จึงต้องแบ่งทรัพย์สินให้แก่จำเลยตามข้อตกลง ที่ศาลอุทธรณ์ไม่ให้โจทก์แบ่งทรัพย์สินตามบันทึกลงข้อตกลงดังกล่าวให้จำเลยไม่ต้องด้วยความเห็นของศาลฎีกา...”²⁰

คำพิพากษาศาลฎีกานี้สะท้อนให้เห็นแนวทางการตีความว่าข้อตกลงเรื่องการหย่าที่ทำกันขึ้นมีเนื้อหาเกี่ยวกับการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาโดยยังไม่มีมีการไปจดทะเบียนหย่านั้นไม่อาจนำหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาระหว่างสมรสมาใช้บังคับได้ตามมาตรา 1469 มาใช้บังคับได้ ดังนั้นแม้มีข้อเท็จจริงว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งจะได้ทำหนังสือบอกกล่าวข้อตกลงการหย่าที่ทำกันก่อนฟ้องก็ไม่ใช่ผลให้มิบอกกล่าวข้อตกลงเกี่ยวกับการแบ่งทรัพย์สินนั้น ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยให้ต้องแบ่งทรัพย์สินตามข้อตกลงที่ได้ทำกันไว้ แนวการตีความของศาลในคดีนี้สอดคล้องกับคำอธิบายของท่านศาสตราจารย์ประสพสุข บุญเดช ได้อธิบายในหนังสือคำอธิบายกฎหมายครอบครัวว่ามาตรา 1469 จำกัดเฉพาะสัญญาระหว่างสมรสที่เกี่ยวกับทรัพย์สินเท่านั้นที่อาจถูกบอกกล่าวเสียได้ หากเป็นสัญญาอื่นที่ไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินโดยตรง เช่น สัญญาจ่ายค่าเลี้ยงชีพหลังจากหย่า หรือสัญญาหย่าและแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเช่นนี้ ฝ่ายสามีภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกกล่าวไม่ได้²¹

ภายหลังในศาลฎีกาก็ได้มีการวินิจฉัยในประเด็นพิจารณาและข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงแต่มีผลของคดีแตกต่างออกไปกล่าวคือในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2039/2544 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยในประเด็นที่เกี่ยวกับบันทึกที่คู่สมรสได้ทำขึ้นว่าจะหย่ากันและมีการตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สิน

¹⁹ เพิ่งอ้าง

²⁰ เพิ่งอ้าง

²¹ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.197.



โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้โจทก์ (ภริยา) กับจำเลย (สามี) ได้ทำบันทึกข้อตกลงที่สถานีดารวจนครบาลลาดพร้าว โดยตกลงที่จะหย่าขาดจากการเป็นสามีภริยากันโดยยินยอมแบ่งสินสมรสให้แก่โจทก์เป็นเงิน 600,000 บาทตกลงชำระให้โจทก์เป็นงวด ๆ งวดละ 100,000 บาท ทุกวันที่ 15 ของเดือน เป็นเวลา 6 เดือน งวดแรกชำระในวันทำบันทึกข้อตกลงส่วนบุตรทั้งสองให้อยู่ในความปกครองของโจทก์ ต่อมาโจทก์ได้ร้องขอให้ศาลพิพากษาให้โจทก์และจำเลยหย่าขาดจากการเป็นสามีภริยาให้เพิกถอนอำนาจปกครองบุตรทั้งสองของจำเลย โดยให้โจทก์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียว ให้จำเลยชำระเงินจำนวน 500,000 บาท ตามที่จำเลยได้ทำบันทึกข้อตกลงกับโจทก์ โดยในระหว่างการพิจารณา โจทก์และจำเลยตกลงกันได้ในประเด็นหย่าโดยยินยอมหย่าขาดจากกัน และศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยว่า

“...แม้จะมีข้อตกลงว่าโจทก์และจำเลยตกลงหย่ากัน แต่ตราใบที่ยังไม่ไปจดทะเบียนหย่าก็ต้องถือว่าโจทก์จำเลยเป็นสามีภริยากันอยู่ เมื่อข้อตกลงมีข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินด้วย ข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่โจทก์จำเลยได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยากันนั้น ดังนั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกล้างเสียในเวลาใดที่เป็นสามีภริยากันอยู่หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากันก็ได้...ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1469 เมื่อจำเลยให้การและฟ้องแย้งว่า ได้บอกเลิกข้อตกลงแล้ว โจทก์ไม่ได้ให้การแก้ฟ้องแย้งปฏิเสธว่าไม่มีการบอกล้าง จึงถือว่าโจทก์ยอมรับตามที่จำเลยให้การและฟ้องแย้ง นอกจากนี้คดีนี้เป็นเรื่องโจทก์ฟ้องขอหย่า การที่จำเลยยื่นคำให้การและอ้างว่าบอกเลิกข้อตกลงแล้วย่อมถือได้ว่าคำให้การและฟ้องแย้งของจำเลยเป็นการแสดงเจตนาบอกล้างไปในตัวและเป็นการบอกล้างในขณะที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่ยังไม่มีคำพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน ถือได้ว่าเป็นข้อตกลงตามเอกสารหมาย จ.5 ดังกล่าว จำเลยได้มีการบอกล้างแล้วจึงไม่มีผลบังคับแก่โจทก์จำเลยอีก ศาลจึงไม่อาจพิพากษาให้จำเลยชำระเงินจำนวน 500,000 บาท เกี่ยวกับบันทึกข้อตกลงตามเอกสารหมาย จ.5 ให้แก่โจทก์ได้...”²²

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยในคำพิพากษาปี พ.ศ. 2544 ว่าเมื่อข้อตกลงเรื่องการหย่าที่พำขึ้นมีเนื้อหาที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินถือว่าเป็นสัญญาระหว่างสมรสที่สามีภริยาได้ทำขึ้นระหว่างสมรส ดังนั้นการที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งยื่นคำให้การว่าบอกเลิกข้อตกลงแล้วถือว่ามีการใช้สิทธิบอกล้างสัญญาตามมาตรา 1469 ซึ่งต่อมาก็คือศาลฎีกาก็ได้มีคำวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันกับคำพิพากษาในปี พ.ศ. 2544 กล่าวคือในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15067/2555 ซึ่งเป็นกรณีที่มีการทำข้อตกลงการหย่าและมีการทำไปแจ้งรายงานประจำวันไว้ โจทก์ (ภริยา) ฟ้องขอให้พิพากษาให้โจทก์และ

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2039/2544 ตัดสินไปในแนวทางเดียวกันกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5974/2538 โจทก์จำเลยเป็นสามีภริยาโดยจดทะเบียนสมรส แม้จะตกลงหย่าขาดกันตามประเพณีศาสนาอิสลามและทำสัญญาแบ่งผลประโยชน์และทรัพย์สินโดยมีเงื่อนไขว่าจำเลยยินยอมผูกพันตามสัญญาตลอดไป และจะไม่ยกเลิกสัญญานี้ แต่เมื่อโจทก์จำเลยยังมิได้จดทะเบียนหย่า ก็ต้องถือว่าโจทก์จำเลยยังเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย สัญญาแบ่งผลประโยชน์และทรัพย์สินดังกล่าวจึงเป็นสัญญาระหว่างสมรสที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่สามีภริยาได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1469

จำเลยหย่าขาดจากการเป็นสามีและภริยากัน ให้จำเลยชำระเงินจำนวน 9,000,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยผิดนัดจำนวน 735,000 บาท โดยในคดีนี้มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สมรสได้มีการตกลงหย่ากัน ในชั้นพิจารณาคดี ศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยว่า

“...เห็นว่า ข้อตกลงตามเอกสาร นอกจากเรื่องหย่าแล้วยังมีเรื่องทรัพย์สินรวมทั้งเงิน ที่จำเลยตกลงแบ่งให้แก่โจทก์โดยในขณะที่ตกลงกันนั้นโจทก์และจำเลยยังไม่ได้จดทะเบียนหย่ากัน ข้อตกลงในเรื่องหลังนี้จึงเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่สามีภริยาได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นสามี ภริยากัน จำเลยย่อมบอกล้างสัญญาดังกล่าวได้ตามบทกฎหมายข้างต้น อันเป็นผลให้ข้อตกลง ระหว่างโจทก์และจำเลยสิ้นความผูกพัน โจทก์ไม่อาจบังคับให้จำเลยแบ่งทรัพย์สินรวมทั้งเงินตาม คำฟ้องและคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมฟ้องของโจทก์ได้...”²³

ทั้งนี้ คำพิพากษาทั้งสี่ที่ได้ยกตัวอย่างมีข้อเท็จจริงบางส่วนใกล้เคียงกันกล่าวคือ คู่สมรสได้ไปลงบันทึกประจำวันเรื่องการหย่าและการจัดการทรัพย์สิน ต่อมาไม่มีการไปจดทะเบียนหย่า ส่วนข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันเล็กน้อยระหว่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3666-3667/2535 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2039/2544 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15067/2555 กล่าวคือ ในคำพิพากษาในปี พ.ศ. 2535 ศาลชั้นต้นได้พิพากษาให้โจทก์และจำเลยหย่าขาดจากกัน โดยมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า โจทก์ได้ขอบอกล้างสัญญาก่อนฟ้องแล้ว ในขณะที่คำพิพากษาในปี พ.ศ. 2544 และคำพิพากษาในปี พ.ศ. 2555 นั้นโจทก์และจำเลยตกลงกันได้โดยยื่นยอมหย่าขาดจากกัน ในระหว่าง พิจารณาคดีเช่นเดียว

ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2522 ศาลวินิจฉัยว่ามีการทำข้อตกลงการหย่าและ สัญญาประนีประนอมยอมความเกี่ยวกับค่าเลี้ยงชีพซึ่งศาลไม่น่าหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาระหว่างสมรส มาใช้บังคับเพราะเป็นการตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินภายหลังจากการหย่าขาดกันแล้ว ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3666-3667/2535 ศาลปฏิเสธจะนำหลักเกณฑ์มาตรา 1469 มาใช้เนื่องจากเห็นว่า ข้อตกลงหย่านั้นไม่ใช่สัญญาระหว่างสมรส แต่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2039/2544 ศาลฎีกายอมรับว่าข้อตกลงที่มีการไปลงบันทึกประจำวันนั้นถือเป็นสัญญาระหว่างสมรสที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะ บอกล้างเสียในเวลาใดที่เป็นสามีภริยากันอยู่หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็น สามีภริยากันก็ได้ และได้ตีความว่าในคดีนี้มีการบอกล้างสัญญาจากคำให้การของฝ่ายจำเลยที่ศาล ถือว่าคำให้การและฟ้องแย้งของจำเลยเป็นการแสดงเจตนาบอกล้างไปในตัวและเป็นการบอกล้าง ในขณะที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่ยังไม่มีคำพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน ส่วนในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15067/2555 ศาลวินิจฉัยว่าข้อตกลงตามรายงานประจำวันที่จำเลยตกลงแบ่งทรัพย์สินให้แก่โจทก์ โดยในขณะที่ตกลงกันนั้นโจทก์และจำเลยยังไม่ได้จดทะเบียนหย่ากัน ข้อตกลงในเรื่องนี้จึงเป็น สัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่สามีภริยาได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยากัน จำเลยย่อมบอกล้าง สัญญา ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลแสดงให้เห็นชัดเจนว่าข้อตกลงเรื่องการหย่าที่มีเนื้อหาเรื่องหย่าและ เรื่องการแบ่งทรัพย์สินสามารถแยกกันได้

²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15067/2555, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2561, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/>



เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าได้การตีความของศาลฎีกาให้ข้อตกลงการหย่าที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่สามีภริยาได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นสามีภริยากันตามมาตรา 1469 ส่งผลให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกล้างเสียในเวลาใดที่เป็นสามีภริยากันอยู่หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นสามีภริยากันก็ได้ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2039/2544 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15067/2555 การตีความตามแนวทางที่ปรากฏในปัจจุบันมีผลดีในแง่ที่เปิดโอกาสให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ใช้พิจารณาญาณในการคิดทบทวนผลของการหย่าในเรื่องทรัพย์สินที่ได้ตกลงกันไปก่อนการจดทะเบียนหย่า หากเห็นว่าการทำข้อตกลงการหย่าเกิดจากอิทธิพลความเกรงใจ ความหวาดกลัว หรือความโกรธ และมีได้เกิดจากเจตนาที่เป็นอิสระของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอย่างแท้จริง ผู้เขียนเห็นว่าการตีความว่าข้อตกลงการหย่าที่มีเนื้อหาสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นสัญญาระหว่างสมรสที่เพิกถอนได้ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในปัจจุบันจึงอาจเป็นแนวทางที่ดีในการคุ้มครองสิทธิแก่คู่สัญญาในระดับหนึ่ง

อย่างไรก็ดี การตีความว่าสัญญาหรือข้อตกลงการหย่าที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับทรัพย์สินและยังไม่ได้นำไปจดทะเบียนหย่าว่าเป็นสัญญาระหว่างสมรสที่สามารถบอกล้างได้ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในปัจจุบันอาจนำสู่ข้อสังเกตที่น่าห่วงกังวลสองประการ ได้แก่

(1) ข้อตกลงการหย่าที่เกี่ยวข้องกับการจัดทรัพย์สินซึ่งยังไม่ได้จดทะเบียนหย่าเป็นสัญญาที่มีผลไม่แน่นอนเพราะคู่สัญญาสามารถบอกล้างได้

หากว่าการทำข้อตกลงการหย่าได้ผ่านการเจรจาต่อรองมาอย่างรอบคอบแล้วของคู่สมรสที่ประสงค์จะหย่าทั้งสองฝ่าย ต่อมาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาขอใช้สิทธิบอกล้างก่อนไปจดทะเบียนหย่าเนื่องจากถือว่าสัญญาหย่าหรือข้อตกลงการหย่านี้เป็นสัญญาระหว่างสมรสตามมาตรา 1469 จะส่งผลให้สัญญานี้สามารถเพิกถอนได้หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเกิดเปลี่ยนใจโดยไม่ต้องมีเหตุผลอธิบายภายใต้กรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ส่งผลให้กลายเป็นสัญญาที่ไม่มีความแน่นอนและไม่เป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา ผลของการตีความเช่นนี้จะทำให้การทำสัญญาหรือข้อตกลงการหย่าเป็นเรื่องที่ไม่มีความหมาย เนื่องจากไม่มีสถานะบังคับอย่างแท้จริง ในท้ายที่สุดคู่สมรสอาจจะหย่าขาดจากกันโดยความยินยอม แต่การตกลงกันเรื่องทรัพย์สินกลับไม่เป็นไปตามที่มีการตกลงกันไว้ก่อนที่จะตัดสินใจหย่า

(2) วัตถุประสงค์ของการหย่าโดยความยินยอมไม่บรรลุผล

เนื่องจากอาจเป็นไปได้ว่าการที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยอมตัดสินใจหย่าเพราะยอมรับหรือพอใจในผลที่ได้มีการเจรจาไปแล้ว เช่น ภริยายอมตกลงทำสัญญาหย่าเพราะได้รับทรัพย์สินไม่ต้องแบ่งทรัพย์สินที่ตนหามาได้ระหว่างสมรสให้อีกฝ่าย หรือไม่ต้องรับภาระหนี้ ดังนั้น ถ้าหากคู่สมรสอีกฝ่ายใช้สิทธิบอกล้างข้อตกลงการหย่าที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินย่อมเป็นการทำลายสิทธิหรือประโยชน์ที่อีกฝ่ายได้คาดหมายไว้จากข้อตกลงการหย่าที่ทำขึ้นและอาจกลายเป็นว่าคู่สมรสฝ่ายที่มีได้เป็นผู้ใช้สิทธิบอกล้างต้องหย่าทั้งที่ตนไม่ได้เต็มใจ และนำมาสู่การต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอให้แบ่งทรัพย์สินซึ่งทำให้กระบวนการหย่าโดยความยินยอมไม่ได้สะดวกหรือรวดเร็วตามวัตถุประสงค์

แม้การตีความของศาลในแนวทางที่ให้สัญญาหย่าหรือข้อตกลงการหย่าเกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งคู่สมรสยังไม่ได้จดทะเบียนหย่าจะเป็นสัญญาระหว่างสมรสที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเพิกถอนได้ในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดจะเป็นประโยชน์ในแง่ของการคุ้มครองคู่สมรสอีกฝ่าย แต่การตีความเช่นนี้อาจส่งผลให้บุคคลผู้สุจริตจากการทำข้อสัญญาหย่าหรือข้อตกลงการหย่าต้องเสียหายได้ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนเพื่อรองรับสถานะของสัญญาหย่าหรือข้อตกลงการหย่าเป็นการเฉพาะจะเป็นการแก้ไขปัญหาคือดีกว่า

1.1.2 การปรับใช้หลักกฎหมายนิติกรรมสัญญาและกฎหมายหนี้มาใช้บังคับกับการหย่าโดยความยินยอม

หากจะพิจารณาว่าการหย่าเป็นการทำนิติกรรมอย่างหนึ่งที่ต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมสัญญามาใช้บังคับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการแสดงเจตนาที่จะต้องสมบูรณ์ไม่มีความบกพร่อง ซึ่งน่าสนใจว่าศาลฎีกาของไทยเคยมีคำวินิจฉัยว่าการหย่ามีผลเป็นโมฆะเนื่องจากการหย่านั้นเป็นนิติกรรมอันเกิดจากการแสดงเจตนาลวง ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นเป็นการหย่านั้นเกิดขึ้นเพื่อการหลบเลี่ยงการชำระหนี้อันตีความได้ว่าเป็นการฉ้อโกงเจ้าหนี้ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก²⁴ หรือเป็นการหย่าซึ่งเกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ทางภาษีโดยที่ชายหญิงที่หย่ากันยังคงใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในฐานะสามีภริยาภายหลังจากที่ได้จดทะเบียนหย่าแล้ว²⁵ การหย่าโดยความยินยอมและข้อตกลงการหย่าที่สร้างขึ้นโดยที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาลวงเกิดจากสมยอมกันระหว่างสามีภริยาเพื่ออำพรางสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเป็นนิติกรรมลวงที่ไม่ผูกพันบุคคลภายนอก แม้มีการแบ่งทรัพย์สินให้คู่สมรสอีกฝ่าย กรณีนี้ต้องถือว่าข้อตกลงการหย่าเป็นโมฆะและทรัพย์สินที่เกิดขึ้นนั้นยังเป็นสินสมรสเป็นกรรมสิทธิ์ของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายที่เจ้าหนี้มีสิทธิยึดเพื่อบังคับชำระหนี้ได้²⁶ นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างการตีความของศาลชั้นต้นที่เคยมีคำวินิจฉัยเพิกถอนการหย่าที่เป็นโมฆะเพราะเหตุกลฉ้อฉลโดยการที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งอ้างว่าตนเองถูกหลอกให้หย่า²⁷ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าข้อตกลงการหย่าหรือการหย่าโดยความยินยอมอาจถูกเพิกถอนได้หากเกิดขึ้นโดยสำคัญผิดโดยกลฉ้อฉล โดยการข่มขู่ หรือเจตนาลวง ภายใต้หลักกฎหมายนิติกรรมสัญญาซึ่งกรณีนี้แตกต่างไปจากในกรณีของการสมรสที่มีการกำหนดเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการสมรส วิธีการขอให้ศาลสั่งว่าการสมรสเป็นโมฆะหรือเพิกถอนการสมรสที่เป็นโมฆียะและผลของการสมรสที่เป็นโมฆะหรือโมฆียะไว้เป็นการเฉพาะ²⁸

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3698/2524

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5690/2552

²⁶ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.376.

²⁷ เติลินวิธ, “การเพิกถอนใบหย่า,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2561, จาก <https://www.dailynews.co.th/article/095651>

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1496-1500 และ มาตรา 1502-1513



นอกจากการนำหลักกฎหมายเรื่องความสมบูรณ์ในการแสดงเจตนามาปรับใช้แล้วยังปรากฏเพิ่มเติมในกรณีที่คู่สมรสได้ทำข้อตกลงการหย่าที่มีระบุว่าจะไปจดทะเบียนหย่าภายหลังและข้อตกลงการหย่านั้นมีการบิดพลิ้ว ศาลฎีกามีแนวทางในการวินิจฉัยว่าหากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ไปจดทะเบียนหย่า คู่สมรสอีกฝ่ายมีสิทธิร้องขอต่อศาลฟ้องบังคับให้อีกฝ่ายไปจดทะเบียนหย่าได้ หรือให้ถือคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาเพื่อไปจดทะเบียนหย่า²⁹ โดยที่จะต้องใช้สิทธิฟ้องร้องภายในสิบปีนับแต่ที่ได้ทำข้อตกลงหรือหนังสือหย่ากัน³⁰ มีข้อสังเกตด้วยว่าในกรณีที่ชายหญิงได้ตกลงกันทำข้อตกลงการหย่าแต่ภายหลังได้มีการเลิกข้อตกลงนั้นแล้ว ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะนำข้อตกลงนั้นมาขอให้ศาลพิพากษาให้หย่าตามข้อตกลงนั้น ศาลฎีกาเคยมีคำพิพากษาว่าคู่สมรสฝ่ายนั้นจะนำข้อตกลงการหย่ามาฟ้องไม่ได้³¹

เมื่อพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาของศาลไทยที่ยอมรับการนำข้อตกลงการหย่ามาฟ้องบังคับให้หย่าได้นั้นจะเห็นว่าเป็นการตีความว่าข้อตกลงการหย่าคือสัญญาอย่างหนึ่งซึ่งในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเลยไม่ชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถฟ้องร้องบังคับให้ชำระหนี้ได้ซึ่งศาสตราจารย์จิตติ ติงศัททิต์ เคยแสดงความเห็นแย้งกับแนวการตีความดังกล่าวโดยให้ความเห็นว่าหนังสือหย่าโดยความยินยอมไม่ใช่สัญญาในลักษณะทางหนี้ เป็นเรื่องสถานะของบุคคลที่จะขาดจากสามีภริยากันไม่น่าจะบังคับให้คู่กรณีไปจดทะเบียนหย่าได้ เพราะเป็นเรื่องที่คู่กรณีต้องทำการให้สมบูรณ์โดยสมัครใจเองไม่ใช่ทำไม่เสร็จ ไม่สมบูรณ์ ก็มาขอให้ศาลบังคับ ในที่คณะของศาสตราจารย์จิตติ การที่กฎหมายกำหนดแบบไว้เป็นขั้น ๆ เพื่อให้คู่กรณีกลับใจได้ก่อนนั้นได้ การจะมีคู่กรณีจะบังคับให้ไปจดทะเบียนควรเป็นกรณีที่กฎหมายบังคับไว้ เช่น กรณีจะซื้อจะขาย ในเรื่องการหย่าศาลไม่ควรจะบังคับให้ไปจดทะเบียนผินใจคู่กรณีฝ่ายที่กลับใจ³² ซึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ก็มีความเห็นในแนวทางเดียวกัน³³

ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับที่ศาสตราจารย์จิตติ ติงศัททิต์ และศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ที่ได้ให้ความเห็นไว้ เนื่องจากข้อตกลงการหย่ามีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัญญาอื่น ๆ และมีผลโดยตรงต่อสถาบันครอบครัว การหย่าเป็นผลให้สถานะความเป็นสามีภริยาสิ้นสุดลงและยังส่งผลกระทบต่อบุตร หากในสัญญาหมั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่าศาลไม่สามารถบังคับให้คู่กรณีสมรสได้³⁴ การตีความสัญญาหรือข้อตกลงการหย่าควรจะต้องตีความไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ ศาลไม่ควรจะเข้ามาตัดสินใจแทนคู่สมรสเพื่อบังคับตามข้อสัญญาหย่าที่ได้ทำไป เนื่องด้วยการหย่าควรเกิดจากความยินยอมที่เป็นอิสระอย่างแท้จริงของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย การที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ไปจดทะเบียนหย่าย่อมตีความได้ว่า

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1291/ 2500, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3190/2533 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 517/2560

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1820/2537

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 388/2522 และดู ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.377.

³² ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.277.

³³ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “บังคับให้ไปจดทะเบียนหย่าโดยความยินยอม”, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง* ฉบับที่ 1 ปีที่ 1, น.175 (มกราคม-มิถุนายน 2560)

³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1438

เขาไม่ยินยอมที่จะหย่าแล้ว อีกทั้งหากมองว่ากฎหมายไทยไม่มีการกำหนดมาตรการเฉพาะที่ชัดเจนเกี่ยวกับการรับรองหรือตรวจสอบการข้อตกลงการหย่าหรือสัญญาหย่าเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าข้อตกลงนั้นเกิดจากความสมัครใจอย่างแท้จริง การที่ศาลพิพากษาให้หย่าตามข้อตกลงการหย่าอาจเป็นกระหนาบสิทธิของคู่สมรสอีกฝ่ายที่อยู่ในสถานะเปราะบางหรืออาจมิได้ไตร่ตรองอย่างรอบคอบในการทำข้อตกลงเพราะปัจจัยอื่น เช่น ความโกรธ ความกลัว หรือความเกรงใจ เป็นต้น

1.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุตรผู้เยาว์ : การกำหนดผู้ใช้อำนาจปกครองและการกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูโดยอิสระของคู่สมรส

ในการหย่านั้นนอกจากบุคคลที่จะได้รับผลกระทบโดยตรงจะเป็นตัวของสามีภริยาแล้ว บุคคลที่ได้รับผลกระทบอย่างมากอีกฝ่ายหนึ่งได้แก่ บุตร โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุตรที่ยังเป็นผู้เยาว์ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้บิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองร่วมกัน โดยอำนาจปกครองนี้รวมไปถึงการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมต่าง ๆ ในความเป็นจริงเมื่อคู่สมรสตัดสินใจหย่าขาดจากกัน การใช้อำนาจปกครองร่วมกันจึงเป็นเรื่องที่ทำได้ยากขึ้น เนื่องจากทั้งสองมิได้อยู่ร่วมกันแล้ว การกำหนดถิ่นที่อยู่ของบุตร บุตรควรจะอยู่กับใครเป็นอีกหนึ่งคำถามที่มักเกิดขึ้นภายหลังการหย่า ด้วยเหตุนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1520 วางหลักเกณฑ์ให้คู่สมรสสามารถตกลงกันว่าจะให้ใครเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง การตกลงกันเช่นนี้หมายความว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งยอมสละสิทธิการใช้อำนาจปกครองเหนือตัวบุตร การสละสิทธินี้ไม่ใช่การโอนหรือส่งผลให้มีการโอนอำนาจปกครอง การตกลงตามมาตรา 1520 เช่นว่านี้เป็นข้อตกลงที่สามารถทำได้ในสถานการณ์เฉพาะเท่านั้น กล่าวคือ ในกรณีปกติคู่สมรสไม่สามารถตกลงสละสิทธิการใช้อำนาจปกครองได้ หากต่อมาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเปลี่ยนใจจะขอตกลงเปลี่ยนตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองกันเองไม่ได้จะต้องไปดำเนินการร้องขอต่อศาลตามมาตรา 1521 ซึ่งกำหนดให้ศาลเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองได้โดยศาลต้องคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของผู้เยาว์เป็นสำคัญ³⁵

นอกจากนี้ มาตรา 1522 ยังวางหลักให้อำนาจทั้งสองฝ่ายตกลงเรื่องการออกค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรได้ด้วยโดยการกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูในกรณีนี้ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย ซึ่งการกำหนดให้สามีภริยาตกลงกันได้อย่างอิสระนี้ในแง่หนึ่งอาจมองว่าเป็นเรื่องที่ดีที่คู่สมรสได้พิจารณาความเหมาะสม โดยที่คู่สมรสอาจตกลงกันให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนรับผิดชอบค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรทั้งหมด หรืออาจแบ่งกันรับผิดชอบ กรณีที่มีการตกลงค่าอุปการะเลี้ยงดูจะแตกต่างจากกรณีการตกลงเรื่องผู้ใช้อำนาจปกครองตามมาตรา 1520 เนื่องจากมาตรา 1522 มิได้บัญญัติว่ากรณีนี้ทั้งสองฝ่ายมิได้ตกลงหรือตกลงกันมิได้ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดเหมือนกรณีมาตรา 1520 ซึ่งในประเด็นนี้ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ได้อธิบายเพิ่มเติมว่าที่ผู้ร่างกฎหมายมิได้

³⁵ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.304-305 และ ประสพสุข บุญเดช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.462-463.



บัญญัติไว้เพราะผู้ร่างคงเห็นว่า แม้จะไม่ได้ตกลงกันหรือตกลงกันไม่ได้ บุตรผู้เยาว์ก็สามารถฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดามารดาได้ตามมาตรา 1598/38 ถึงมาตรา 1598/40 อยู่แล้ว³⁶

การที่กฎหมายไทยเปิดโอกาสให้คู่สมรสตกลงเรื่องการใช้อำนาจปกครองบุตรและการกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูกันได้อาจมีผลเสมือนให้บิดามารดาสามารถทำสัญญาที่มีผลกระทบต่อชีวิตของบุตรได้โดยตรง ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว คนส่วนใหญ่มักมองว่าบิดามารดาคือคนที่ใกล้ชิดและจะต้องทำทุกสิ่งให้บุตรได้รับประโยชน์มากที่สุด บุคคลภายนอกหรือศาลควรจะเข้ามาต่อเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้น เช่น ทั้งสองฝ่ายตกลงกันไม่ได้ หรือตกลงกันได้แต่ภายหลังสถานการณ์เปลี่ยนไปเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนกลับเห็นว่าความคิดนี้อาจจะไม่จริงในทุกสถานการณ์ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างสถานการณ์จำลองเพื่อให้เห็นภาพ ดังนี้

กรณีศึกษาที่ 1 ในกรณีที่บิดามารดาตกลงหย่าโดยความยินยอมกำหนดให้บุตรวัยรุ่นอยู่กับบิดาที่ปัจจุบันได้อยู่กินกับภริยาใหม่ในต่างประเทศ เนื่องจากมารดาป่วยหนักไม่สามารถเลี้ยงดูบุตรได้เต็มที่ แท้จริงบุตรอาจจะต้องการไปอยู่กับมารดาและญาติผู้ใหญ่ในประเทศไทย

กรณีศึกษาที่ 2 ในกรณีที่บิดามารดาตกลงหย่าโดยความยินยอมด้วยการกำหนดให้บุตรแต่ละคนมีผู้ใช้อำนาจปกครองแยกจากกันและกำหนดถิ่นที่อยู่ของบุตรแต่ละคนแยกจากกันเพราะคู่สมรสมองว่าแบบนี้เป็นธรรมสำหรับทั้งคู่

จากกรณีตัวอย่างทั้งสองจะเห็นได้ว่าอาจมีความเป็นไปได้ที่บิดามารดาของเด็กตกลงหย่าโดยความยินยอมที่อาจมิได้สอดคล้องกับหลักความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ กล่าวคือ กรณีที่ 1 แสดงให้เห็นตัวอย่างเรื่องการตัดสินใจของบิดามารดาขัดต่อความต้องการของบุตรอย่างชัดเจนซึ่งภายใต้หลักความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็ก การตัดสินใจของบิดามารดาจะต้องคำนึงถึงความประสงค์และความรู้สึกของบุตรผู้เยาว์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุตรที่โตพอจะรับผิดชอบแล้ว แต่เมื่อกรณีนี้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายไม่ขัดแย้งกัน ความเห็นของผู้เยาว์จึงไม่มีน้ำหนักและมิได้มีใครรับฟัง³⁷ ส่วนในกรณีตัวอย่างที่ 2 เป็นเรื่องที่พบเห็นได้บ่อยครั้ง การตกลงในรูปแบบนี้มักเกิดขึ้นเพื่อแก้ปัญหาสำหรับคู่สมรสที่ประสงค์จะเลี้ยงดูบุตรด้วยกันทั้งคู่ ซึ่งในทางเป็นจริงแล้วการแยกพี่น้องออกจากกันเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดผลเสียแก่บุตรอย่างมาก และในปัจจุบันศาลมีแนวโน้มที่จะไม่แยกพี่

³⁶ เพิ่งอ้าง.

³⁷ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (Convention on the Rights of the Child 1989) ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมเป็นภาคีเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535

Article 12

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

คำแปล อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989

ข้อ 12 วรรค 1 วางหลักเกณฑ์สำคัญว่ารัฐภาคีจะประกันแก่เด็กที่สามารถมีความคิดเห็นเป็นของตนเองได้แล้ว ซึ่งสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นเหล่านั้นโดยเสรีในทุก ๆ เรื่องที่มีผลกระทบต่อเด็ก ทั้งนี้ความคิดเห็นดังกล่าวของเด็กจะได้รับการพิจารณาตามสมควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็กนั้น

แยกน้องให้อยู่ห่างกัน เว้นแต่จะมีพฤติการณ์พิเศษ เช่น พี่น้องอายุห่างกันมากและปรารถนาจะแยกกันไปอยู่กับบิดาหรือมารดา การแยกพี่น้องออกจากกันเป็นการทำลายสายสัมพันธ์ระหว่างกัน และอาจมีผลต่อสภาพจิตใจของเด็กที่ถูกแยก³⁸ กรณีตัวอย่างที่ 2 เป็นกรณีที่สะท้อนให้เห็นถึงการที่คู่สมรสคำนึงถึงความสะดวกของตนมากกว่าประโยชน์ของบุตรอย่างแท้จริง

จากตัวอย่างสถานการณ์ข้างต้นทำให้เกิดคำถามที่ว่า การปล่อยให้คู่สมรสตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิตบุตรกันเองคือสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับบุตรเสมอไปหรือไม่ หากพิจารณากฎหมายไทยที่กล่าวมาข้างต้นจะพบว่ากฎหมายไทยมิได้มีเงื่อนไขในการตรวจสอบไว้มากนัก กล่าวคือ กฎหมายไทยมิได้ระบุถึงสิทธิในการมีส่วนร่วมของบุตรในการตัดสินใจเกี่ยวกับผลที่จะเกิดกับตนภายหลังการหย่าของบิดามารดา สิทธิของบุตรผู้เยาว์ที่จะได้รับการรับฟังจะเกิดขึ้นต่อเมื่อศาลเข้ามาแทรกแซงเพราะบิดามารดาตกลงกันไม่ได้ หรือมีเหตุที่สมควรเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองเท่านั้น เพราะหากเป็นในกรณีดังกล่าวพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้กำหนดกลไกที่ชัดเจนในการพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวซึ่งปรากฏในในหมวดที่ 12 และหมวดที่ 13 ซึ่งมีกฎหมายได้กำหนดให้ศาลใช้ดุลยพินิจให้สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิของบุตรและส่งเสริมสวัสดิภาพของบุตร³⁹ ศาลจะพิจารณาโดยมีไต่ถามเด็กที่รู้เพียงสาธยายเป็นไปตามหลักการความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็กซึ่งมีรูปแบบขั้นตอนภายใต้กรอบของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก มีนักจิตวิทยาเข้าร่วมในกระบวนการ⁴⁰ แต่ในกรณีที่บิดามารดาตกลงกันได้เองแล้วนั้น ศาลหรือบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเด็กไม่มีโอกาสได้เข้ามารับทราบความต้องการเด็กได้เลย

การที่กฎหมายไทยให้สิทธิบิดามารดาที่ประสงค์จะหย่าตัดสินใจเรื่องอำนาจปกครองและการอุปการะเลี้ยงดูได้อิสระในเบื้องต้นอาจมองว่าเป็นเรื่องดีของคู่สมรสทั้งคู่ที่ไม่ต้องทะเลาะเบาะแว้งหรือต้องเสียเวลาหรืออับอายจากการขึ้นศาล แต่อาจกลายเป็นฝันร้ายของบุตรผู้เยาว์บางกลุ่ม ถ้าพิจารณาการหย่าของบิดามารดาก็สร้างผลกระทบด้านลบให้แก่อย่างมากแล้ว⁴¹ หากการตัดสินใจของบิดามารดามีได้รับฟังบุตรหรือเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก การตัดสินใจร่วมกันของบิดามารดาอาจเป็น

³⁸ ประสพสุข บุญเดช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.468.

³⁹ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 146

⁴⁰ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (Convention on the Rights of the Child 1989) Article 12

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

คำแปล อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989

ข้อ 12 วรรค 2 วางหลักเกณฑ์ว่าเด็กจะได้รับโอกาสที่จะมีสิทธิมีเสียงในกระบวนการพิจารณาทางตุลาการและทางปกครองใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อเด็กไม่ว่าโดยตรง หรือโดยผ่านผู้แทน หรือองค์กรที่เหมาะสม ในลักษณะที่สอดคล้องกับระเบียบวิธีปฏิบัติตามกฎหมายภายใน

⁴¹ อำนวย ยัสโยธา, *ปัญหาจริยศาสตร์เชิงวิพากษ์*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (สำนักพิมพ์ภาควิชาปรัชญาและศาสนา คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ สถาบันราชภัฏสงขลา, 2541), น.179-181.



การร่วมกันทำร้ายเด็กได้ในอีกทางหนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าปัจจุบันกฎหมายไทยยังขาดมาตรการหรือกลไกที่จะคอยคุ้มครองสิทธิผู้เยาว์ในกรณีที่บิดามารดาตกลงหย่าโดยความยินยอมอย่างครบถ้วน เพราะกลไกที่มีอยู่ในปัจจุบันดูเหมือนจะช่วยเหลือคุ้มครองสิทธิเด็กที่บิดามารดาได้มีการโต้แย้งสิทธิกันเท่านั้น นอกจากนี้ ยังมีความท้าทายใหม่ที่กฎหมายไทยยังไม่ได้กล่าวถึงมากนัก คือ การตกลงกันระหว่างสามีภริยาที่ทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองร่วมกันหลังการหย่าและวิธีการปฏิบัติ⁴² และ สิทธิในการติดต่อผู้เยาว์ของบุคคลอื่น ๆ ที่มีความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงกับผู้เยาว์ เช่น ปู่ย่า ตายาย พี่น้องที่บรรลุนิติภาวะ หรือ ญาติผู้ใหญ่

ในส่วนต่อไปผู้เขียนจะกล่าวถึงกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่ได้มีการปรับปรุงแก้ไขในปี พ.ศ. 2559 ต่อไปเพื่อสะท้อนตัวอย่างการพยายามสร้างความเป็นธรรมและการคุ้มครองสิทธิของผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการหย่าโดยความยินยอม

2. การปฏิรูปกฎหมายการหย่าโดยความยินยอมในประเทศฝรั่งเศส

ในปี พ.ศ. 2559 ประเทศฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการหย่าโดยความยินยอมเพื่อตอบสนองนโยบายว่าด้วยการปฏิรูประบบยุติธรรมในประเทศฝรั่งเศสสำหรับศตวรรษที่ 21 ที่ได้มีการออกกฎหมายฉบับนี้เป็นการเฉพาะว่าด้วยการปฏิรูประบบความยุติธรรมสำหรับศตวรรษที่ 21 โดยที่กฎหมายฉบับนี้มีเนื้อหาแก้ไขกฎหมายหย่าโดยความยินยอมของประเทศฝรั่งเศสให้ง่ายขึ้นโดยการลดการแทรกแซงของผู้พิพากษา การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในครั้งนี้นั้นเพื่อวัตถุประสงค์สำคัญ 2 ประการ คือ เพื่อการทำให้กระบวนการหย่าง่ายขึ้น (*Simplicité*) โดยที่ยังคงมีความปลอดภัย (*Sécurité*)⁴³

การทำให้ง่ายขึ้นนั้น คือ การทำให้ข้อตกลงว่าด้วยการหย่าเป็นเรื่องที่สามารถดำเนินการลงนามได้เองโดยไม่ต้องให้ศาลต้องรับรองอีกต่อไป

การทำให้มีความปลอดภัย คือ การที่ข้อตกลงว่าด้วยการหย่านั้นจะต้องตกลงกันโดยที่กฎหมายระบุว่าทั้งสองฝ่ายจะต้องมีนายความของตนให้คำปรึกษาและต้องกระทำในรูปแบบที่ทั้งสองฝ่ายได้แสดงเจตนายินยอมอย่างชัดเจนและเป็นอิสระปราศจากการกดดัน ทั้งนี้ หากปรากฏว่ามีความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สมรส ฝ่ายที่อยู่ในสถานะที่เสียเปรียบกว่า ไม่ว่าจะเป็น ทางด้านเศรษฐกิจ ด้านสังคม หรือด้านความรู้ทางกฎหมาย เป็นต้น⁴⁴

ภายหลังจากการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในปี พ.ศ. 2559 ซึ่ง มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2017 ทำให้ในปัจจุบันการหย่าโดยความยินยอม (*le divorce par consentement*

⁴² ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นเรื่องการใช้อำนาจปกครองร่วมกันและการกำหนดถิ่นที่อยู่ของบุตรภายหลังการหย่าเป็นอีกประเด็นที่มีความสำคัญซึ่งควรมีการศึกษาเป็นการเฉพาะต่อไป

⁴³ Jean-Jacques Urvoas, “Réforme Divorce par consentement mutuel,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2561, จาก <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiqués-10095/communiqués-de-2016-12818/reforme-divorce-par-consentement-mutuel-29565.html>

⁴⁴ *Ibid.*

mutuel) สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ กรณีการหย่าโดยปราศจากการแทรกแซงของศาล (*le divorce par consentement mutuel sans juge*) ซึ่งถือว่าเป็นหลักการทั่วไป และการหย่าโดยความยินยอมที่ต้องให้ศาลพิจารณา (*le divorce par consentement mutuel judiciaire*) ซึ่งถือเป็นกระบวนการพิเศษในกรณีที่บุตรผู้เยาว์ใช้สิทธิร้องขอโดยกระบวนการนี้จะเกิดขึ้นเมื่อมีเหตุเฉพาะเท่านั้น ซึ่งส่วนนี้แตกต่างไปจากกฎหมายเดิม⁴⁵

2.1 การเพิ่มบทบาทของทนายความในกระบวนการหย่าโดยความยินยอมอันปราศจากการแทรกแซงของศาล

การหย่ารูปแบบใหม่เป็นผลจากการประกาศใช้กฎหมายในปี ค.ศ. 2016⁴⁶ ที่ได้บัญญัติให้กฎหมายแก้ไขปรับปรุงการหย่าโดยความยินยอมแบบเดิมซึ่งกำหนดให้ศาลมีบทบาทหน้าที่ต้องเข้ามารับรองการหย่าของคู่สมรส หลักเกณฑ์ในกฎหมายเดิมที่ให้ศาลต้องเข้ามาแทรกแซงเช่นนี้ส่งผลให้คดีที่เกี่ยวกับการหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสค้างอยู่ในศาลเป็นจำนวนมาก กระบวนการหย่าจึงมีความล่าช้า นอกจากนี้ยังถูกวิจารณ์ว่ากระบวนการตามกฎหมายเดิมนั้นยุ่งยากซับซ้อน นำมาสู่ภาระค่าใช้จ่ายที่สูง ทั้งที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายประสงค์จะหย่าขาดจากกันโดยไม่มีความขัดแย้งแต่อย่างใด⁴⁷ การปรับปรุงกฎหมายเรื่องการหย่าโดยความยินยอมในครั้งนี้นี้เกิดขึ้นบนหลักการพื้นฐานที่สำคัญ คือ หลักความสงบเรียบร้อยในด้านครอบครัว เสรีภาพในการทำสัญญา และการกำหนดแบบของข้อตกลงการหย่าโดยให้ทนายความลงนามและมีการรับรองในรูปแบบของเอกสาร Minute โดยโนตารี (*Notaire*) ซึ่งเทียบได้กับทนายความผู้รับรองลายมือชื่อและเอกสารสำคัญ (Notarial Services Attorney) การหย่าโดยความยินยอมตามกฎหมายใหม่ยังคงไว้ซึ่งเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของคู่สมรสแต่ละฝ่ายและของบุตรโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ⁴⁸

การหย่าโดยความยินยอมนี้ปรากฏในมาตรา 229-1 ถึงมาตรา 229-4 ภายใต้หมวดการหย่าโดยความยินยอมโดยมีการลงนามจากคู่สมรสรับรองโดยทนายความของทั้งสองฝ่ายและมีการบันทึกในทะเบียนโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายทะเบียนที่เรียกกันว่าโนตารี⁴⁹ (*divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des*

⁴⁵ Corinne Renault-Brahisky, *Le nouveau divorce sans juge : le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, (Issy-les Moulineaux : Lextenso, 2017), p.6.

⁴⁶ กฎหมายใหม่นี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2017

⁴⁷ La Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce

⁴⁸ Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et du décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, p.4

⁴⁹ Corinne Renault-Brahisky, *supra* note 45, p.6.



minutes d'un notaire) จากบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่เป็นผลให้ทนายความกลายเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการหย่าเพราะต้องเป็นผู้ทำข้อตกลงเรื่องการหย่า เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะต้องมีทนายความให้คำปรึกษาในส่วนของตนเอง โดยไม่สามารถใช้ทนายความคนเดียวกันได้อีกต่อไปตามกฎหมายเดิม และทนายความของแต่ละฝ่ายจะเป็นผู้ลงนามในข้อตกลงการหย่า (*convention de divorce*) ที่ทำการร่างขึ้น⁵⁰

มาตรการที่กำหนดให้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายต้องได้รับคำปรึกษาจากทนายความก่อนถือเป็นการสร้างหลักประกันว่าคู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะได้รับคำแนะนำและทราบถึงผลของการหย่าอย่างชัดเจนอันเป็นแนวทางสำคัญที่จะคุ้มครองสิทธิของคู่สมรส⁵¹ นอกจากนี้ กฎหมายได้กำหนดมาตรการเพิ่มเติมด้วยการให้สิทธิแก่คู่สมรสสามารถใช้สิทธิเลิกข้อตกลงการหย่าโดยเหตุอิสระภายใน 15 วันนับจากวันที่คู่สมรสได้รับร่างข้อตกลงการหย่า⁵² ก่อนที่จะมีการลงนามของคู่สมรส เมื่อคู่สมรสได้ทำการลงนามในข้อตกลงการหย่าแล้วจะต้องนำข้อตกลงนั้นให้แก่โนแตร้เพื่อทำการให้การรับรองข้อตกลงดังกล่าว โนแตร้มีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบรูปแบบและต้องทำแน่ใจว่าข้อตกลงที่ร่างขึ้นมาโดยทนายความนั้นจะมีได้ถูกลงนามจากคู่สมรสทั้งสองฝ่ายก่อนระยะเวลา 15 วันที่ถือเป็นระยะเวลาสำหรับการพิจารณาไตร่ตรอง หากโนแตร้ได้ทำการลงทะเบียนรับรองข้อตกลงแล้วทำให้ข้อตกลงนั้นมีผลใช้บังคับตามกฎหมาย⁵³ การกำหนดให้สิทธิคู่สมรสทั้งสองฝ่ายได้ไตร่ตรองถึงการหย่าเช่นนี้เป็นการนำรูปแบบกลไกของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคมาใช้⁵⁴

อย่างไรก็ตามการตั้งข้อสังเกตว่าการที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายต้องมีทนายความเป็นที่ปรึกษาส่วนตัวนั้นจะเป็นประโยชน์ในแง่ของการได้รับการปรึกษาก่อนที่จะตัดสินใจ แต่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการปรึกษาทนายความของตนเองจากเดิมที่มีเพียงทนายความคนเดียวและสามารถจ่ายร่วมกันได้ โดยจากการสำรวจในปัจจุบันพบว่าอัตราค่าทนายความโดยเฉลี่ยอยู่ที่ 1,200-1,500 ยูโร ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อกำหนดของทนายความ หากในการหย่านั้นมีการต้องเรียกร้องค่าเลี้ยงชีพ หรือมีประเด็นเรื่องบุตรผู้เยาว์มาเกี่ยวข้อง หรือ ต้องมีแบ่งทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสโดยโนแตร้ ค่าใช้จ่ายในการหย่าจะสูงมากยิ่งขึ้น⁵⁵ เพราะคู่สมรสอาจจะต้องเตรียมค่าใช้จ่ายอย่างอื่นเพิ่มเติมนอกจากจากค่าทนายความ เช่น ค่าแปลเอกสาร ค่าดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สิน ได้แก่ การสำรวจทรัพย์สิน เป็นต้น และหากสุดท้ายกระบวนการการหย่าโดยความยินยอมต้องเปลี่ยนไปดำเนินการที่ศาล ด้วยเหตุที่คู่กรณีตกลงกันไม่ได้ หรือ กรณีที่บุตรต้องการให้ศาลพิจารณา คู่สมรสก็

⁵⁰ Code civil article 229 - article 229-1

⁵¹ *Supra* note 48.

⁵² Code civil article 229-4

⁵³ Code civil article 229-1 and article 229-4

⁵⁴ Stéphane Piedelievre, "La remise en cause de la convention de divorce dans le nouveau divorce par consentement mutuel," สืบค้นเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2561, จาก <https://www.eff.fr/droit/patrimoine/details.html?ref=r-153aed28-f789-4d30-b26f-b7dfd3de9044>

⁵⁵ Adeline Lorence, "Combien coûte un divorce en 2018 : frais et honoraires," สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2561, จาก <https://www.toutsurmesfinances.com/argent/a/combien-coute-un-divorce-frais-et-honoraires>

ต้องมารับภาระค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เพิ่มเติม นอกจากนี้คู่สมรสจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจดทะเบียนบันทึกการหย่าให้แก่โน้ตเรตามที่กฎหมายกำหนด คือ 50 ยูโร โดยค่าธรรมเนียมนี้อาจสูงขึ้น หากมีกรณีที่ให้โน้ตเรดำเนินการอย่างอื่นเป็นการเพิ่มเติม เช่น การขอแบ่งทรัพย์สิน การดำเนินการเกี่ยวกับค่าเลี้ยงชีพและค่าอุปการะเลี้ยงดู⁵⁶ อนึ่ง ประเด็นเรื่องภาระค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นเป็นข้อโต้แย้งอย่างหนึ่งที่ถูกหยิบยกขึ้นมาวิพากษ์วิจารณ์จากกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายที่แก้ไขใหม่⁵⁷

2.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อตกลงเรื่องการหย่า : กลไกเพื่อรับรองการแสดงเจตนาที่ถูกต้องของคู่สมรส

เนื่องจากข้อตกลงการหย่าถือว่ามีสำคัญอย่างมาก ด้วยเหตุนี้ มาตรา 229 - 3 ประมวลกฎหมายแพ่งได้กำหนดว่าเนื้อหาของข้อตกลงการหย่าจะต้องมีเนื้อหาตามที่กฎหมายกำหนดประกอบด้วย ข้อมูลส่วนบุคคลไม่ว่าจะเป็น ชื่อ ที่อยู่ อาชีพ สัญชาติ สถานที่จดทะเบียนสมรส รวมทั้งข้อมูลส่วนบุคคลของบุตร ข้อมูลสำคัญของทนายความ การรับรองจากคู่สมรสทั้งสอง ในข้อตกลงการหย่าที่ได้ทำขึ้น ข้อตกลงเรื่องผลของการหย่าที่คู่สมรสได้ตกลงกันภายใต้กรอบของกฎหมาย เช่น การตกลงเรื่องค่าเลี้ยงชีพ การดำเนินการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา และการประกาศว่าบุตรผู้เยาว์ได้รับแจ้งถึงสิทธิของผู้เยาว์ที่จะได้รับการไต่สวนในศาลตามมาตรา 388-1 ซึ่งผู้เยาว์นั้นไม่ประสงค์ที่จะเลือกดำเนินการดังกล่าว

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งยังกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมให้แก่คู่สมรสต้องระบุชื่อโน้ตเรหรือนิติบุคคลที่โน้ตเรผู้รับจดทะเบียนสังกัด⁵⁸ ในกรณีที่บุตรผู้เยาว์ไม่ได้รับการแจ้งเรื่องสิทธิในการได้รับฟังในศาลเนื่องจากผู้เยาว์ยังไม่สามารถเข้าใจและใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจได้⁵⁹ และในกรณีที่มีการกำหนดให้ค่าเลี้ยงชีพเป็นทรัพย์สินที่ไม่ต้องจดทะเบียนจะต้องระบุมูลค่าของทรัพย์สินนั้นด้วย นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูหรือค่าเลี้ยงชีพควรจะต้องมีการให้ข้อมูลเกี่ยวกับวิธีการชำระ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลง และบทลงโทษทางอาญาในกรณีไม่ดำเนินการตามข้อตกลง⁶⁰ ในทางปฏิบัติการแสดงข้อมูลรายละเอียดเหล่านี้อาจทำเป็นข้อสัญญาอีกข้อแยกต่างหากหรือการทำเป็นเอกสารแนบท้ายก็ได้⁶¹ กรณีที่ข้อตกลงการหย่ามิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ข้อตกลงการหย่ามีผลเป็นโมฆะ

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Philippe Bas et Bruno Retailleau, "Le divorce par consentement mutuel sans juge : une fausse bonne idée ?", *Le monde* (14 June 2016) สืบค้นวันที่ 15 เมษายน 2561, จาก https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/06/14/le-divorce-par-consentement-mutuel-sans-juge-une-fausse-bonne-idee_4950265_3232.html

⁵⁸ Code de procédure civil, article 1444-1

⁵⁹ Code de procédure civil, article 1444-2

⁶⁰ Code de procédure civil, article 1444-4

⁶¹ *Supra* note 48, Fiche 4 La procédure du divorce par consentement mutuel : La phase d'élaboration de la convention par les avocats



2.2.1 การนำหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญาและกฎหมายหนี้มาใช้บังคับ

ข้อตกลงการหย่านี้เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งดังนั้นจึงต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปในส่วนนิติกรรมมาใช้บังคับร่วมกับเงื่อนไขพิเศษบางประการที่กฎหมายกำหนดเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายครอบครัว ในการทำข้อตกลงการหย่าคู่สมรสทั้งสองฝ่ายต้องยินยอมในการหย่าและผลของการหย่าซึ่งหลักเกณฑ์ของกฎหมายนิติกรรมสัญญาที่นำมาใช้ในการนี้ข้อตกลงการหย่าซึ่งได้แก่ หลักความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่ตามมาตรา 1128 และหลักการห้ามตกลงจำกัดความรับผิดชอบในหน้าที่สำคัญตามมาตรา 1170 ประมวลกฎหมายแพ่ง โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) หลักความสมบูรณ์ของนิติกรรมตามมาตรา 1128 ประกอบด้วย

- ความยินยอม

ภายใต้กฎหมายใหม่ทนายความมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบความยินยอมที่เป็นอิสระและบริสุทธิ์ของทั้งสองฝ่าย มีข้ออ้างสังเกตว่ามาตรานี้กำหนดให้สิทธิคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขอให้ศาลพิพากษาให้ข้อตกลงหย่าดังกล่าวเสียเปล่า (โมฆะ หรือ เลิกกัน) ไปหากปรากฏว่าคู่สมรสฝ่ายนั้นพิสูจน์ได้ว่าตนสำคัญผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินของคู่สมรสอีกฝ่าย ณ ขณะที่มีการทำข้อตกลงหย่า⁶²

- ความสามารถ

ภายใต้กฎหมายเรื่องการหย่ากำหนดให้ข้อตกลงการหย่าที่ทำโดยคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ถูกจำกัดความสามารถ (อยู่ภายใต้การคุ้มครองตามกฎหมาย) มีผลเป็นโมฆะ

- เนื้อหาที่ขัดด้วยกฎหมายและชัดเจน

ภายใต้มาตรา 1162 ประมวลกฎหมายแพ่งกำหนดให้สัญญาต้องไม่ตกลงขัดกับความสงบเรียบร้อย ไม่ว่าจะเป็นเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์ของสัญญา และไม่ว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะรู้หรือไม่รู้ถึงวัตถุประสงค์ก็ตาม ภายใต้กฎหมายครอบครัวศาลของประเทศฝรั่งเศสตีความหลักความสงบเรียบร้อยอย่างกว้าง เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดให้มีผลเป็นการยกเว้นหน้าที่สำคัญตามกฎหมายของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจมีผลให้ถือว่าไม่มีข้อสัญญาดังกล่าวในข้อตกลงการหย่าตามมาตรา 1170 ประมวลกฎหมายแพ่ง หรือข้อตกลงกำหนดยกเว้นความรับผิดชอบในทุกกรณีหากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดนัดไม่ชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูแก่บุตร (*la pension alimentaire*)⁶³ หรือ กรณีการตกลงไม่ใช้อำนาจปกครองหรือระงับการใช้อำนาจปกครองของอีกฝ่ายโดยที่กฎหมายไม่อนุญาตให้ดำเนินการ ซึ่งนอกจากทนายความจะมีหน้าที่ในการตรวจสอบว่าข้อตกลงการหย่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยแล้ว กฎหมายกำหนดให้โน้ตมีหน้าที่จะต้องเตือนให้ทนายความทราบด้วย⁶⁴

⁶² Code civil, article 262-2

⁶³ *Supra* note 48, Fiche 2 les conditions du nouveau divorce par consentement

⁶⁴ Corinne Renault-Brahinsky, *supra* note 45, p.11.

(2) หลักเกณฑ์การห้ามตกลงจำกัดความรับผิดในหน้าที่สำคัญตามมาตรา 1170 ประมวลกฎหมายแพ่ง

ข้อตกลงการหย่าต้องไม่มีข้อความหรือข้อสัญญาขัดกับมาตรา 1170 ที่กำหนดให้ข้อสัญญาที่ยกเว้นความรับผิดในหน้าที่สำคัญของลูกหนี้ถือว่าไม่มีในสัญญานั้น เช่น คู่สัญญาไม่สามารถตกลงยกเว้นความรับผิดหากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูไม่ว่ากรณีใดก็ตาม

2.2.2 กฎเกณฑ์เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการหย่า

แม้ว่าข้อตกลงการหย่าจะเป็นสัญญาอย่างหนึ่งที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายนิติกรรมสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่ง แต่หนังสือเวียนลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 2017 ได้มีการบัญญัติกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมมีให้นำหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญามาใช้บังคับกับข้อตกลงการหย่าเนื่องจากมีลักษณะที่ขัดแย้งกับการหย่าเว้นแต่จะมีการพิจารณาจากศาล ประกอบด้วย (1) ข้อสัญญาที่กำหนดให้สัญญามีผลเลิกกันทันทีโดยอัตโนมัติโดยไม่จำเป็นต้องไปศาลหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา (*la clause résolutoire*) กรณีนี้ถือว่าข้อสัญญานี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและมีผลเป็นโมฆะ (2) การใช้สิทธิเลิกสัญญาต่อศาลในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญา ตามมาตรา 1224 ประมวลกฎหมายแพ่ง (*l'action en résolution*) เนื่องจากเป็นวิธีการที่ขัดกับหลักการเรื่องการหย่า (3) หลักกฎหมายเรื่องข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตามมาตรา 1171 ประมวลกฎหมายแพ่งจะไม่นำมาใช้กับข้อตกลงการหย่า เนื่องจากไม่ใช่สัญญาสำเร็จรูปที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของมาตรา 1171⁶⁵

หนังสือเวียนวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 2017 กำหนดเพิ่มเติมว่าในกรณีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงการหย่าให้คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องต่อศาล *Tribunal du grand instance* และเรียกร้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูแก่บุตรและเรียกค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายที่เกิดจากไม่ปฏิบัติตามสัญญาจากคู่สมรสอีกฝ่ายได้⁶⁶

2.2.3 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงการหย่า

การแก้ไขข้อตกลงการหย่าที่ทำโดยความยินยอมของคู่สัญญาสามารถแก้ไขได้ภายใต้เงื่อนไขที่ทั้งสองฝ่ายยินยอมร่วมกันหรือมีกฎหมายกำหนดให้สามารถดำเนินการได้ ในบางกรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจกำหนดข้อสัญญาให้สิทธิในการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงการหย่าไว้ในสัญญาเป็นการล่วงหน้าโดยการกำหนดเหตุให้คู่สัญญาสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงการหย่าไว้ เช่น กรณีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีรายได้หรือมีความจำเป็นที่เปลี่ยนแปลงไป คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสมรสหรือการอยู่กันฉันสามีภรรยา กับบุคคลอื่น กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตกงานและมีบุคคลอื่น

⁶⁵ *Ibid.*, p.64-65.

⁶⁶ *Ibid.*



เข้ามารับผิดชอบดูแลคู่สมรสอีกฝ่าย การย้ายที่อยู่หรือกรณีสถานการณ์แวดล้อมเปลี่ยนแปลง⁶⁷ นอกจากการกำหนดเงื่อนไขของการแก้ไขข้อตกลงการหย่าแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจกำหนดรูปแบบของการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงหากมีเหตุการณ์ที่กำหนดไว้ปรากฏขึ้น เช่น การกำหนดกรอบเวลาใหม่ การลดจำนวนค่าเลี้ยงชีพที่มีลักษณะเป็นเงินปี การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงที่เกี่ยวกับการช่วยเหลือในด้านการศึกษาและดูแลบุตร การร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลกำหนดรูปแบบในการแก้ไข หรือให้พิจารณาประเด็นที่ไม่อาจตกลงได้ เช่น การกำหนดค่าเลี้ยงชีพ การช่วยเหลือเลี้ยงดูบุตรหรือรูปแบบการใช้อำนาจปกครอง นอกจากนี้ หนังสือเวียนในที่ 26 มกราคม ค.ศ. 2017 ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคำนวณในค่าอุปการะเลี้ยงดูในกรณีที่กำหนดให้ต้องมีการพิจารณาใหม่ด้วย หากมีกำหนดไว้ในข้อตกลงการหย่าว่าจะต้องมีการคำนวณใหม่ในระยะเวลาใด⁶⁸

ในกรณีที่ต้องการเปลี่ยนแปลงการใช้อำนาจปกครองบุตร กฎหมายกำหนดให้สามารถดำเนินการได้ 2 กรณี กล่าว คือ

- คู่สัญญาอาจทำข้อตกลงกันและนำข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองให้ศาลพิจารณาอันเป็นตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 373-2-7 ของประมวลกฎหมายแพ่งที่กำหนดให้บิดามารดาอาจนำข้อตกลงที่ทำไว้ในเรื่องอำนาจปกครองบุตร วิธีการใช้อำนาจปกครอง และการอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่บุตรเพื่อให้ผู้พิพากษาศาลครอบครัวรับรอง ศาลอาจปฏิเสธไม่รับรองข้อตกลงดังกล่าวหากเป็นกรณีที่ไม่ใช่ประโยชน์ของผู้เยาว์ หรือข้อตกลงนั้นไม่ได้เกิดจากความยินยอมที่เป็นอิสระของทั้งสองฝ่าย กรณีที่ศาลปฏิเสธที่จะรับรองข้อตกลงนี้ คู่สมรสอาจใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ได้⁶⁹

- คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจนำเรื่องฟ้องต่อศาลครอบครัวเพื่อให้ศาลทำคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองภายใต้หลักเกณฑ์ มาตรา 373-2-13 ประมวลกฎหมายแพ่ง

2.3 การคุ้มครองผลประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์ในรูปแบบใหม่

แม้ว่าประเทศฝรั่งเศสจะมีการแก้ไขกฎหมายเรื่องการหย่าโดยความยินยอมให้มีความสะดวกขึ้นจากเดิม อย่างไรก็ตามก็มีประเด็นที่กฎหมายฉบับนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก คือ สิทธิของบุตรผู้เยาว์⁷⁰ กฎหมายใหม่แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งกำหนดให้ข้อตกลงการหย่าต้องมีการระบุและการลงนามของบุตรผู้เยาว์ที่มีความสามารถในการใช้วิจารณญาณตัดสินใจต้องได้รับแจ้งข้อมูลการหย่าของบิดามารดาและผู้เยาว์เลือกจะไม่ขอให้มีการพิจารณาในศาลเพื่อเปิดโอกาสได้รับฟังความเห็นของผู้เยาว์นั้น⁷¹ เงื่อนไขนี้มิขึ้นเพื่อกำหนดให้คู่สมรสต้องแจ้งบุตรของตนว่า ทั้งคู่จะหย่าและบุตรมีสิทธิที่จะให้ศาลรับฟังเพื่อพิจารณา ซึ่งหากบุตรที่สามารถใช้วิจารณญาณ

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Code de procédure civile, article 1143

⁷⁰ Code civil, article 388 กฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ 18 ปีบริบูรณ์

⁷¹ Code civil, article 229-3 and Code de la procédure civil, article 1148-2

ตัดสินใจว่าจะขอให้ศาลรับฟัง กรณีนี้ต้องให้ศาลเข้ามาพิจารณาอันเป็นการนำหลักเกณฑ์การหย่า โดยความยินยอมตามกฎหมายเดิมมาใช้⁷²

กฎหมายใหม่กำหนดให้คู่สมรสต้องสอบถามผู้เยาว์และต้องบันทึกไว้อย่างชัดเจนในแบบฟอร์มที่สร้างขึ้น ทั้งนี้ แบบฟอร์มนั้นนอกจากจะมีประโยชน์เพื่อเป็นการรับรองว่าผู้เยาว์ได้ทราบถึงสิทธิของตนแล้ว ยังเป็นหลักฐานให้โน้ตารีได้ตรวจสอบความถูกต้องสมบูรณ์ของข้อตกลงการหย่าด้วย ในแบบฟอร์มดังกล่าวจะต้องระบุวันที่และให้บุตรผู้เยาว์เลือกตอบว่าตนได้ทราบสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาในศาลและให้ผู้เยาว์ได้เลือกว่าจะใช้สิทธิดังกล่าวหรือไม่ โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์อาจจะกรอกโดยผู้เยาว์หรือบิดามารดาก็ได้ แต่หากเป็นกรณีที่ผู้เยาว์ยังไม่อยู่ในวัยที่เข้าใจความหมายหรือสามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจ กฎหมายกำหนดให้คู่สมรสต้องระบุไว้ในข้อตกลงการหย่าว่าสิทธิในการแจ้งและการให้ผู้เยาว์เลือกที่จะให้ศาลพิจารณาตามมาตรา 229 ประมวลกฎหมายแพ่ง ไม่สามารถกระทำได้เนื่องจากผู้เยาว์ยังไม่รู้เพียงสาไม่สามารถเข้าใจหรือไม่สามารถตัดสินใจได้ ทั้งนี้ ผู้ร่างกฎหมายมิได้กำหนดอายุของผู้เยาว์ที่จะต้องสอบถามความเห็น แต่เปิดโอกาสให้บิดามารดาเป็นผู้พิจารณาเพราะเห็นว่าเป็นบุคคลที่อยู่ในสถานะที่เหมาะสมที่สุดในการจะพิจารณาว่าบุตรสามารถจะใช้วิจารณญาณได้หรือไม่ โดยมีการออกจดหมายเขียนอธิบายแนวทางในการพิจารณาความสามารถในการใช้ดุลพินิจของผู้เยาว์โดยยึดจาก อายุ ความเข้าใจและวุฒิภาวะของบุตรที่จะเข้าใจข้อมูล ในกรณีที่บุตรผู้เยาว์ไม่สามารถอ่านหนังสือได้ บิดามารดามีหน้าที่ต้องอ่านและอธิบายความหมายให้เข้าใจ ในกรณีที่ผู้เยาว์เข้าใจแต่ไม่สามารถลงนามในเอกสารได้ด้วยปัญหาของสภาพร่างกาย บิดามารดาทั้งสองจะต้องลงนามในเอกสารและระบุว่าผู้เยาว์มีปัญหาทางร่างกายทำให้ไม่สามารถลงนามได้⁷³

เงื่อนไขที่กำหนดหน้าที่แก่คู่สมรสดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นมาตรการที่กฎหมายสร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เยาว์ที่จะได้รับการพิจารณาคุ้มครองจากศาล อย่างไรก็ตามข้อสังเกตว่ามาตรการได้รับคำวิพากษ์วิจารณ์ในแง่ของการไม่คุ้มครองประโยชน์ของผู้เยาว์อย่างเพียงพอและความไม่ชัดเจนในการตีความเนื่องจากกฎหมายใหม่มิได้กำหนดอายุขั้นต่ำของผู้เยาว์ที่มีสิทธิให้ศาลได้รับการฟังความเห็น จนทำให้มีการนำบทบัญญัติในส่วนนี้ส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (*Conseil constitutionnel*) วินิจฉัยว่าบทบัญญัตินี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016⁷⁴ ว่ากระบวนการใหม่นี้เคารพหลักการของรัฐธรรมนูญ และมีการคุ้มครองประโยชน์ของผู้เยาว์อย่างเหมาะสมแล้ว เนื่องจากการให้สิทธิแก่บุตรผู้เยาว์ที่จะเลือกขอให้ศาลรับฟัง โดยการจะพิจารณาว่าผู้เยาว์นั้นอยู่ในสถานะที่จะมีวิจารณญาณได้หรือไม่ เป็นหน้าที่ของบิดามารดาและทนายความจะต้องวินิจฉัยเนื่องจากกฎหมายมิได้กำหนดอายุไว้อย่างชัดเจน การถามบุตรผู้เยาว์โดยทั่วไปจึงเปรียบเสมือนการถามความยินยอมของผู้เยาว์ในเรื่องข้อตกลงการหย่า การใช้อำนาจปกครองและการกำหนดถิ่นที่อยู่ของบุตร ซึ่งหาก

⁷² Code civil, article 230-232

⁷³ *Supra* note 48.

⁷⁴ Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016

- การร้องขอให้กระทรวงการคลังเรียกเก็บให้ด้วยการใช้วิธีการในรูปแบบที่ใกล้เคียงกับการเรียกเก็บภาษี

- การร้องขอเงินช่วยเหลือจากหน่วยงานทางด้านสวัสดิการสังคมล่วงหน้าซึ่งเรียกว่า *une allocation de soutien famille* (ASF) ซึ่งหน่วยงานนี้จะไปดำเนินการเรียกเก็บจากลูกหนี้ที่ค้างชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูต่อไป⁷⁹

นอกจากนี้ การสนใจผิดนัดชำระหนี้ค่าอุปการะเลี้ยงดูเกินกว่า 2 เดือนถือว่าเป็นความผิดอาญาทางตามกฎหมายฝรั่งเศสในข้อหาการละทิ้งครอบครัวอีกด้วย⁸⁰

3. บทวิเคราะห์

จากการศึกษากฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศสเรื่องการหย่าโดยความยินยอมเห็นได้ว่าทั้งสองประเทศต่างให้การรับรองการหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสประเภทนี้ และยอมรับนำหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญามาใช้กับสถาบันครอบครัวจากการที่คู่สมรสสามารถทำข้อตกลงการหย่าหรือสัญญาหย่าเพื่อกำหนดผลของการหย่าที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินและบุตรได้ ซึ่งการให้สิทธิแก่คู่สมรสในการกำหนดผลของการหย่าได้เช่นนี้สะท้อนให้เห็นการยอมรับหลักการเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง อย่างไรก็ตาม จากการศึกษากฎหมายของทั้งสองประเทศพบว่าประเด็นที่น่าสนใจ ดังนี้

3.1 การสร้างหลักประกันว่าการหย่าเกิดจากความยินยอมที่แท้จริงและเป็นอิสระ

หากพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายฝรั่งเศสจะพบว่ามีข้อกำหนดมาตรการกลไกต่าง ๆ โดยละเอียดเพื่อสร้างหลักประกันว่าการหย่าที่เกิดขึ้นเกิดจากความยินยอมที่เป็นอิสระของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายอย่างแท้จริง ด้วยการกำหนดให้ทั้งสองฝ่ายต้องมีนายความให้คำปรึกษา การกำหนดระยะเวลาให้คู่สมรสสามารถมีเวลาไตร่ตรองได้โดยการกำหนดระยะเวลาให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งสามารถเลิกข้อตกลงหย่าภายในระยะเวลาก่อนที่จะให้การหย่ามีผลใช้บังคับจากการดำเนินการทางทะเบียนของโนตารี อีกทั้งกฎหมายฝรั่งเศสยังกำหนดเงื่อนไขการแสดงหลักฐานรวมทั้งต้องลงนามยอมรับข้อความในข้อตกลงการหย่าเพื่อเป็นการยืนยันความเข้าใจของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายว่ามีการตัดสินใจภายใต้การรับรู้ผลทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นแล้ว

กลไกของประเทศฝรั่งเศสนี้มีความน่าสนใจอย่างยิ่งในการสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายโดยที่ไม่ต้องใช้ระยะเวลายาวนานจากเดิมที่ให้ผู้พิพากษาเข้ามาพิจารณา ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้วจะเห็นว่า กฎหมายไทยไม่มีการสร้างกลไกเพื่อสร้างความเป็นธรรม

⁷⁹ Corinne Renault-Brahinsky, *supra* note 45, p.55-58.

⁸⁰ Code pénal, article 227-3

ให้แก่คู่สมรส การหย่าโดยความยินยอมของไทยกระทำได้อย่างง่ายดายเพียงไปจดทะเบียนหย่าต่อนายทะเบียนความเป็นสามีภริยากี่สิบสอง และยิ่งไปกว่านั้นจากแนวคำพิพากษาของศาลไทย ศาลสามารถมีคำสั่งให้จดทะเบียนหย่าหากปรากฏว่ามีการทำข้อตกลงการหย่าแล้ว แต่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธไม่ยอมไปหย่าการที่ศาลได้เข้ามาแทรกแซงนี้ เมื่อเทียบกับนิติกรรมอื่นในกฎหมายครอบครัว เช่น การหมั้น จะเห็นได้ถึงความขัดแย้งกับลักษณะของครอบครัว และหากเปรียบเทียบกับกฎหมายของฝรั่งเศสที่มีการกำหนดระยะเวลาใช้สิทธิไต่ตรอง จะเห็นได้กฎหมายของฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับประเด็นนี้มาก ถึงแม้ว่าจะทำให้การหย่ามีผลล่าช้าออกไปแต่ก็เป็นมาตรการที่รับประกันว่าคู่สมรสทั้งสองฝ่ายได้ไต่ตรองอย่างดีแล้ว ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ ย่อมเป็นการลดคดีขึ้นสู่ศาลได้

3.2 การกำหนดหลักเกณฑ์และรูปแบบของข้อตกลงการหย่าเพื่อให้มีผลใช้บังคับตามความประสงค์ของคู่กรณี

นอกจากคู่สมรสที่ประสงค์จะหย่าต้องยอมรับและเข้าใจว่าการหย่ามีผลทำให้สถานะความเป็นคู่สมรสสิ้นสุดแล้ว การยอมรับในผลของการหย่าเป็นอีกประเด็นสำคัญ ข้อตกลงการหย่าจึงเป็นเครื่องมือสำคัญของคู่สมรสในการกำหนดผลที่จะเกิดขึ้น เมื่อพิจารณาในกฎหมายไทยพบว่า การหย่าโดยความยินยอม คู่สมรสเลือกที่จะทำหรือไม่ทำข้อตกลงการหย่าก็ได้ กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องมีการทำข้อตกลงการหย่า ซึ่งหากเป็นในกรณีที่คู่สมรสไม่ทำข้อตกลงการหย่า ต้องนำหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดมาใช้ อาทิ การแบ่งทรัพย์สิน ในทางปฏิบัติเมื่อคู่สมรสไปจดทะเบียนหย่า นายทะเบียนจะให้คู่สมรสทำการตกลงเรื่องการหย่าไว้แนบไว้ โดยให้คู่สมรสกำหนดรายละเอียดเรื่องทรัพย์สินและบุตร ซึ่งเท่ากับว่าในความเป็นจริงคู่สมรสก็ต้องตกลงกันเรื่องผลภายหลังการหย่า แต่ในประเด็นนี้กฎหมายไทยกลับไม่มีการกำหนดเงื่อนไขรายละเอียดไว้อย่างชัดเจนแตกต่างจากกรณีของประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายฝรั่งเศสมีการกำหนดให้มีนายความมาเป็นที่ปรึกษาและกำหนดขั้นตอนเงื่อนไขตลอดจนการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงการหย่า ซึ่งการมีกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงการหย่าที่ชัดเจนมีประโยชน์ในแง่ที่ทำให้ทั้งสองฝ่ายยอมรับข้อตกลงและยินดีที่จะดำเนินการตามข้อตกลงเนื่องจากข้อตกลงผ่านการพิจารณา ไต่ตรอง ตรวจสอบ อันเป็นการลดปัญหาความขัดแย้งในภายหลังการหย่าได้ดีเมื่อเทียบกับกรณีของกฎหมายไทยที่มีได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อตกลงการหย่าที่ชัดเจนนัก

หากพิจารณากฎหมายเรื่องการหย่าโดยความยินยอมตามกฎหมายไทยพบว่ากฎหมายมิได้กำหนดให้ต้องมีการทำข้อตกลงการหย่าแต่อย่างใดเพียงแต่กำหนดให้การหย่าโดยความยินยอมต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อยสองคนและต้องมีการจดทะเบียนหย่า กฎหมายมิได้กล่าวถึงข้อตกลงการหย่าหรือสัญญาหย่า ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าการทำข้อตกลงเรื่องการหย่าตามกฎหมายไทยยังคงมีสถานะที่ไม่ชัดเจนและไม่แน่นอน เห็นได้จากการที่ศาลไทยมีแนวคำพิพากษา

ตีความข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินที่คู่สมรสได้ตกลงกันก่อนจดทะเบียนหย่าเป็นสัญญาระหว่างสมรสที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถเพิกถอนได้โดยเหตุอิสระ อันเกิดผลดีให้คู่สมรสที่ประสงค์จะหย่าและได้มีการทำข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินไว้ก่อนแล้วสามารถใช้สิทธิไตร่ตรองและขอเพิกถอนข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้ทำลงไปในการตกลงการหย่า ส่งผลคู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่หากพิจารณาในอีกแง่หนึ่งจะพบว่าแนวการตีความเช่นนี้อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สมรสได้ หากปรากฏว่าการที่คู่สมรสฝ่ายนั้นยินยอมที่จะหย่าเพราะเกิดจากความพอใจในผลที่เกิดจากการเจรจาทำข้อตกลงการหย่า การที่ศาลไทยบอกล้างข้อตกลงการหย่าที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่มีการเจรจาตกลงพูดคุยอาจกระทบถึงผลประโยชน์ที่ฝ่ายนั้น และอาจเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายที่สุจริตต้องเสียเปรียบได้ เช่น ฝ่ายที่ไม่สุจริตเป็นผู้ยื่นข้อเสนอเพื่อให้อีกฝ่ายหย่า ฝ่ายที่ได้รับข้อเสนอตกลงยินยอมที่จะหย่าเพราะพอใจในข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น ต่อมาฝ่ายที่ผู้ยื่นข้อเสนออาจนำข้อตกลงการหย่าไปฟ้องขอเพิกถอน ส่งผลให้ไม่มีการจัดการทรัพย์สินตามที่ได้ตกลงกัน แม้ในท้ายที่สุดจะมีการหย่าเกิดขึ้นจริงแต่ก็เท่ากับว่าในกรณีนี้เท่ากับวัตถุประสงค์ของการหย่าโดยความยินยอมที่ให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องตัดสินใจกำหนดชีวิตของตนเองย่อมไม่บรรลุตามเป้าหมายเพราะยังคงต้องพึ่งพาศาล และคู่สมรสอาจต้องเสียเวลาไปการดำเนินการฟ้องร้อง

นอกจากนี้ จากแนวการตีความว่าหากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ไปจดทะเบียนหย่า คู่สมรสอีกฝ่ายมีสิทธิร้องขอต่อศาลฟ้องบังคับให้อีกฝ่ายไปจดทะเบียนหย่าได้ หรือให้ถือคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาเพื่อไปจดทะเบียนหย่าโดยที่จะต้องใช้สิทธิฟ้องร้องภายในสิบปีนับแต่ที่ได้ทำข้อตกลงหรือหนังสือหย่ากัน เป็นการตีความที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สมรสอีกฝ่ายที่ไม่ยอมไปจดทะเบียนหย่าได้ ผู้เขียนเห็นว่าการหย่าควรเกิดจากความยินยอมที่แท้จริงของคู่สมรสซึ่งควรมีการสร้างกลไกมาตรการตรวจสอบความเข้าใจในผลของการหย่าและความยินยอมที่แท้จริงของคู่สมรส การที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมไปจดทะเบียนหย่าอาจมีหลายสาเหตุ เช่น ขณะทำข้อตกลงการหย่านั้นมีความโกรธแค้น ความไม่พอใจ ไม่เข้าใจสิ่งที่ตนได้พูดไป หรือยังไม่พิจารณาผลของการหย่าอย่างรอบคอบ การที่กฎหมายไทยไม่กำหนดรูปแบบหรือเงื่อนไขเฉพาะของข้อตกลงการหย่าส่งผลให้ข้อตกลงการหย่าตามกฎหมายไทยมีรูปแบบที่ไม่รัดกุมนักหรืออาจทำให้ข้อตกลงการหย่านั้นอาจไม่ได้รับการตรวจสอบอย่างเพียงพอเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ด้วยเหตุนี้การตีความให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องบังคับให้อีกฝ่ายไปจดทะเบียนหย่าได้ หรือให้ถือคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาเพื่อไปจดทะเบียนหย่าอาจจะการบีบบังคับจิตใจของอีกฝ่ายให้หย่าโดยไม่มีมาตรการที่จะสามารถตรวจสอบได้เลยว่าฝ่ายนั้นได้ทำข้อตกลงการหย่าไปด้วยความเข้าใจและมีความยินยอมอย่างแท้จริง

3.3 การให้ความสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุตรผู้เยาว์

จากการศึกษากฎหมายเรื่องการหย่าโดยความยินยอมของประเทศฝรั่งเศสพบว่ากฎหมายใหม่ ฎกวิพากษ์วิจารณ์อย่างยิ่งว่าให้การคุ้มครองสิทธิบุตรผู้เยาว์ลดน้อยกว่ากฎหมายเดิมจนต้องเป็นประเด็นที่ถูกตรวจสอบว่ามีความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากกฎหมายเดิมกำหนดให้ศาลเข้ามาตรวจสอบผลของการหย่าที่เกี่ยวข้องกับบุตรได้ แต่ในกฎหมายที่ใช้บังคับใหม่กำหนดให้บิดามารดาสอบถามบุตรที่มีความสามารถในการไต่ตรองใช้วิจารณ์ว่าจะขอให้ศาลพิจารณาหรือไม่ ซึ่งหากผู้เยาว์อ้างว่าตนเองไม่ประสงค์จะไปศาล ศาลจะไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบการตกลงการหย่าของคู่สมรสได้ ยิ่งไปกว่านั้น หากเป็นผู้เยาว์ที่ไม่รู้เดียงสา กฎหมายกำหนดให้เพียงมีการบันทึกไว้ในข้อตกลงการหย่าเท่านั้นว่าไม่ได้แจ้งให้ผู้เยาว์ทราบซึ่งถึงสิทธิเนื่องจากผู้เยาว์ไม่สามารถแสดงความยินยอมได้ ซึ่งการพิจารณาว่าผู้เยาว์เป็นผู้มีความสามารถในการไต่ตรองแล้วหรือไม่นั้น กฎหมายใหม่ของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์อายุขั้นต่ำของผู้เยาว์ที่ต้องได้รับแจ้งแต่กลับปล่อยให้บิดามารดาเป็นฝ่ายพิจารณาโดยมีการตรวจสอบจากทนายความ แม้ว่าสิทธิของผู้เยาว์จะยังน่าห่วงกังวลแต่ก็เห็นได้ว่ากฎหมายใหม่ยังไม่ละเลยสิทธิของผู้เยาว์จากการเปิดโอกาสให้ทนายความทั้งสองฝ่ายเข้ามาตรวจสอบถ่วงดุล ตลอดจนศาลก็สามารถเข้ามาแทรกแซงได้

เมื่อพิจารณากฎหมายไทยจะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติที่ให้บิดามารดาแจ้งเรื่องการหย่าให้บุตรผู้เยาว์รับทราบ บิดามารดาสามารถตกลงเรื่องเกี่ยวกับอำนาจปกครองและเรื่องการอุปการะเลี้ยงดูได้อย่างอิสระปราศจากการตรวจสอบ เว้นเสียแต่เป็นกรณีที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกันไม่ได้หรือมีสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะร้องขอต่อศาลซึ่งทำให้ศาลได้เข้ามาตรวจสอบแทรกแซงได้ ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายไทยยังขาดการคุ้มครองสิทธิของผู้เยาว์อย่างมากในเรื่องนี้ เพราะไม่เปิดโอกาสให้ผู้เยาว์ได้รับทราบหรือแสดงความจำนง หรือไม่มีมาตรการขั้นต่ำเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เยาว์ในการหย่าโดยความยินยอมแตกต่างไปจากการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลที่มีกระบวนการที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้เยาว์อย่างชัดเจน

4. บทส่งท้าย

จากการศึกษากฎหมายเรื่องการหย่าโดยความยินยอมตามกฎหมายของฝรั่งเศสสะท้อนให้เห็นถึงมุมมองเกี่ยวกับการปกป้องและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องและทำให้เกิดคำถามในกฎหมายไทย ผู้เขียนเห็นว่ากลไกใหม่ของฝรั่งเศสมีจุดเด่นในเรื่องของการรับรองว่าการแสดงเจตนาหย่าเกิดจากความยินยอมที่แท้จริงและเป็นอิสระ อีกทั้งยังทำให้คู่สมรสยอมรับในผลของการหย่าว่ามีความเป็นธรรมในขณะเดียวกันกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสก็ไม่ละเลยสิทธิของบุตรผู้เยาว์และมีการกำหนดรายละเอียดขั้นตอนต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม การกำหนดกลไกและมาตรการที่หลากหลายขั้นตอนนี้ก็สร้างภาระให้แก่คู่สมรสเช่นกัน เนื่องจากทั้งสองฝ่ายต้องจำ

ทนายความและเป็นไปได้ว่าทั้งสองฝ่ายต้องชำระค่าธรรมเนียมเป็นจำนวนมาก อีกทั้ง ระยะเวลาในการหย่าไม่ได้รวดเร็วดังเช่นกฎหมายไทย

ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางของประเทศฝรั่งเศสมีทั้งข้อดีและข้อด้อยและกฎหมายไทยยังคงมีปัญหาที่ต้องแก้ไขตามที่ได้กล่าวมาแล้ว การเรียนรู้กฎหมายของต่างประเทศจะเป็นบทเรียนที่ดีให้แก่ประเทศไทยในการหาหนทางแก้ไขเพื่อทำให้การหย่าโดยความยินยอมมีความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น และสามารถตอบสนองวัตถุประสงค์ของการหย่าที่จะให้บุคคลที่เกี่ยวข้องได้ตัดสินใจเลือกโดยที่ยังคงให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ที่เปราะบางได้ แต่ทั้งนี้กฎหมายก็ไม่ควรสร้างภาระที่มากเกินไปให้กับประชาชน

ผู้เขียนเสนอว่าประเทศไทยควรมีการสร้างกลไกการตรวจสอบความยินยอมที่อิสระของบุคคลที่ประสงค์จะหย่า และควรให้มีการกำหนดลักษณะของข้อตกลงการหย่าที่ชัดเจนเพิ่มเติมจากกฎหมายปัจจุบันเพื่อให้ข้อตกลงการหย่ามีสถานะที่ชัดเจนโดยควรมีรายละเอียดสำคัญดังนี้ แบบของข้อตกลงการหย่า เงื่อนไขความสมบูรณ์ของข้อตกลงการหย่า ผลของข้อตกลงการหย่าในกรณีที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข เนื้อหารายละเอียดของข้อตกลงการหย่าที่จำเป็นต้องมี รวมไปถึงวิธีการแก้ไขข้อตกลงการหย่า อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้ทนายความเข้ามามีบทบาทในการให้คำปรึกษาเช่นในกรณีของประเทศฝรั่งเศสอาจเป็นเรื่องที่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินไป แต่อย่างน้อยควรมีการกำหนดให้คู่สมรสที่ประสงค์จะหย่าต้องทราบผลของการหย่าเพื่อให้ได้ใช้สิทธิโดยตรง เช่น อาจกำหนดให้นายทะเบียนรับเรื่องการขอหย่าก่อน แล้วแจ้งสิทธิของการหย่าให้ทั้งสองฝ่ายทราบล่วงหน้าเป็นระยะเวลาหนึ่งเสียก่อน การจดทะเบียนการหย่าจะทำได้หากพ้นกำหนดระยะเวลาที่ทั้งสองฝ่ายได้ไตร่ตรองไปแล้ว

ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายโดยกำหนดมาตรการเพิ่มเติมเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เยาว์ในกรณีที่คู่สมรสมีบุตรที่ยังเป็นผู้เยาว์ เช่น อาจต้องมีกระบวนการสอบถามความเข้าใจของผู้เยาว์ที่สามารถไตร่ตรองได้จากนายทะเบียน หรือจากนักจิตวิทยาในเบื้องต้นเพื่อประเมินความเสี่ยงของผู้เยาว์ หรืออาจมีการจัดโครงการกิจกรรมเพื่อเยียวยาช่วยเหลือบุตรที่ได้รับผลกระทบจากการหย่าของบิดามารดา ซึ่งมาตรการเหล่านี้ไม่น่าจะเป็นการสร้างภาระจนเกินไปให้แก่ภาครัฐเพราะปัจจุบันประเทศไทยมีหน่วยงานที่รับผิดชอบดูแลคุ้มครองสิทธิของเด็กที่น่าจะมีศักยภาพในเรื่องนี้อย่างเช่น กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ และการดูแลคุ้มครองสิทธิของเด็กเยาวชนที่บิดามารดาหย่าขาดจากกันจะเป็นมาตรการที่ช่วยป้องกันปัญหาในอนาคตเป็นอย่างดี