

**สิทธิติดต่อกับบุตร: ศึกษากรณีบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือความสัมพันธ์
ในความเป็นจริงกับบุตรที่มีสถานะที่คล้ายคลึงหรือเสมือนกับบิดามารดา**
**VISITATION RIGHTS: STUDY ON PERSONS RELATED BY BLOOD OR ACTUAL
RELATIONSHIP WITH A CHILD WITH A QUASI-PARENTAL STATUS**

สิริภัทร พูลสงวน

Sirapat Poolsa-nguan

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: sirapat.pool@gmail.com

Graduate student of Master of laws Program in Private Law,

Faculty of law, Thammasat University: sirapat.pool@gmail.com

Received : April 21, 2023

Revised : May 16, 2023

Accepted : June 2, 2023

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาปัญหาเรื่อง “สิทธิติดต่อกับบุตร” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1584/1 ซึ่งกำหนดให้บิดามารดาที่ขอด้วยกฎหมายมีสิทธิที่จะติดต่อกับบุตรของตนได้ตามควรแก่พฤติการณ์ ส่งผลให้บุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือความสัมพันธ์ในความเป็นจริงกับบุตรที่มีสถานะที่คล้ายคลึงหรือเสมือนกับบิดามารดา ไม่มีสิทธิติดต่อกับบุตร เช่น บิดาที่ไม่ขอด้วยกฎหมาย บิดามารดาเลี้ยง ผู้บริจาคไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อน หรือหญิงที่ตั้งครรภ์แทน คู่รักเพศเดียวกัน เป็นต้น รวมถึงบทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีความไม่ชัดเจนว่าผู้มีสิทธิติดต่อกับบุตรควรมีขอบเขตในการติดต่อกับบุตรมากน้อยเพียงใดเพื่อไม่ให้กระทบต่ออำนาจปกครองบุตรหรือกระทบอำนาจปกครองบุตรน้อยที่สุด และการติดต่อกับบุตรนั้นจะต้องเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กด้วย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้บัญญัติหลักการหรือแนวทางในการพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตของสิทธิติดต่อกับบุตร วิธีการใช้สิทธิติดต่อกับบุตร และเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้เลย ดังนั้น ทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิติดต่อกับบุตร ในการพิจารณาขอบเขตสิทธิติดต่อกับบุตร รวมถึงวิธีการใช้สิทธิติดต่อกับบุตร จึงต้องนำกฎหมายอื่น นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาเป็นเครื่องมือเพื่อให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดี และอาจมีหน่วยงานอื่น ๆ เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการพิจารณาเพื่อประเมินสถานการณ์ว่าเห็นสมควรให้บุคคลที่ประสงค์จะติดต่อกับบุตรมีสิทธิติดต่อกับบุตรหรือไม่และมีขอบเขตเพียงใด

ตามปัญหาดังกล่าว บทความนี้ใช้วิธีศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมันในเรื่องสิทธิติดต่อกับบุตร อำนาจปกครองบุตร และประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งจากการศึกษาพบว่ากฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมันก็ได้มีการบัญญัติให้บุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือความสัมพันธ์ในความเป็นจริงกับบุตรที่มีสถานะที่คล้ายคลึงหรือเสมือนกันกับบิดามารดามีสิทธิติดต่อกับบุตรได้ เช่น บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย บิดามารดาเลี้ยง คู่รักเพศเดียวกัน เป็นต้น โดยในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิติดต่อกับบุตร กฎหมายของทั้งสองประเทศก็มีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นการบัญญัติหลักเกณฑ์ มาตรการ ข้อจำกัดสิทธิติดต่อกับบุตรและระดับความเข้มงวดในการติดต่อกับบุตร หลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก รวมถึงหลักความยินยอมของเด็ก มีการกำหนดให้ศาลต้องรับฟังเด็กก่อน เพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาขอบเขตของสิทธิติดต่อกับบุตรได้อย่างเหมาะสม จากการศึกษาเปรียบเทียบ บทความนี้จึงเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติให้บุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือความสัมพันธ์ในความเป็นจริงกับบุตรที่มีสถานะที่คล้ายคลึงหรือเสมือนกันกับบิดามารดามีสิทธิติดต่อกับบุตรได้แบบมีเงื่อนไข รวมถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ควรมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ มาตรการ ข้อจำกัดสิทธิติดต่อกับบุตรที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรมเกี่ยวกับการติดต่อกับบุตร มีการกำหนดระดับความเข้มงวดในการติดต่อกับบุตร หลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก การกำหนดเกณฑ์อายุที่เด็กจะให้ความยินยอม อีกทั้ง เห็นสมควรให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 โดยเฉพาะในคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย ต้องมีการกำหนดให้ศาลต้องรับฟังเด็กก่อน เพื่อให้ศาลพิจารณาขอบเขตในการติดต่อกับบุตรได้อย่างเหมาะสม

คำสำคัญ

สิทธิติดต่อกับบุตร, บุตร, บิดามารดา, อำนาจปกครองบุตร, ประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ABSTRACT

This article explores problems with visitation rights under Section 1584/1 of the Thailand Civil and Commercial Code (TCCC), mandating that legitimate parents have the right to contact their children as appropriate circumstantially. As a result, others closely related by blood or actual relationship with a child with a quasi-parental status have no such right to contact their children. These include illegitimate father, stepparent, egg donor, sperm donor, embryo donor, surrogate, or same-sex partner. The aforementioned provision fails to clarify boundaries of visitation rights for persons with the right to contact a child while not impacting child custody or visitation rights, which must be in the best interest of the child. The TCCC prescribes no principles or guidelines for considering the scope or exercise of visitation rights or principles for considering the best interests of the child. Therefore, when a dispute occurs over visitation rights, to consider the scope and exercise of visitation rights, other laws must be

introduced in addition to TCCC provisions to allow court discretion in trials and adjudication of cases. Other agencies may potentially be involved in considering situational assessment of appropriateness for individuals seeking visitation rights to be granted them, and to what extent.

Because of these problems, this article applies a comparative study of law in Thailand with law of the State of California, the United States of America (US) and Germany on visitation rights, child custody, and best interests of the child. Results were that laws of the State of California, the US and Germany stipulate that others closely related by blood or actual relationship with a child having quasi-parental status have visitation rights, including illegitimate fathers, stepparents, and same-sex parents. In the proceedings regarding visitation rights,

both nations also have written laws prescribing principles, measures, and restrictions of visitation rights and degree of strictness in contacting a child, principles for considering the best interests of the child, including the principle of child consent. The court is required to hear the child first, to appropriately consider the scope of visitation rights. A comparative study suggests that the TCCC should be amended to stipulate that others closely related by blood or actual relationship to a child with quasi-parental status should be accorded conditional visitation rights. The TCCC should prescribe clear and concrete principles, measures, and restrictions for visitation rights relating to contacting a child, degree of strictness in contacting a child, principles for considering the best interests of the child, and the age at which children may give consent. In addition, the article proposes an amendment to Juvenile and Family Court and Procedure Act B.E. 2553 (2010), especially in family cases in which minors have interests. The court must be required to hear the child first, to appropriately consider the scope of visitation rights.

Keywords

Visitation rights, Child, Parents, Child custody, Best interests of the child

1. บทนำ

เมื่อเด็กคนหนึ่งได้กำเนิดมา โดยปกติย่อมต้องอยู่ในความดูแลของบิดาและมารดาจนกว่าจะบรรลุนิติภาวะ เนื่องจากยังไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ การคิดตัดสินใจและความรับผิดชอบนั้นยังไม่มีประสบการณ์ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดให้บิดามารดามีอำนาจปกครองบุตร เพื่อเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาในการปกป้องคุ้มครองดูแลบุตร ซึ่งได้แก่ อำนาจปกครองเหนือตัวบุตร และอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของบุตร อย่างไรก็ตาม แม้ว่าต่อมาบิดามารดาจะถูกถอนอำนาจปกครองหรือมีเหตุให้อำนาจปกครองบุตรของบิดามารดาสิ้นสุดลง แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1584 ยังคงกำหนดให้บิดามารดาที่ถูกถอนอำนาจปกครองยังคงมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์¹ โดยบิดามารดามีสิทธิที่จะติดต่อกับบุตรของตนได้ตามควรแก่พฤติการณ์ ไม่ว่าบุคคลใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองก็ตาม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1584/1² ทั้งนี้ เมื่อพิจารณา มาตรา 1584/1 จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ยังไม่ชัดเจน และยังมีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

ประการแรก มาตรา 1584/1 กำหนดให้บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่จะมีสิทธิติดต่อกับบุตรได้ แม้ว่าบิดามารดานั้นจะมีหรือไม่มีอำนาจปกครองบุตรก็ตาม แต่หากเป็นบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือความสัมพันธ์ในความเป็นจริงกับบุตรที่มีสถานะที่คล้ายคลึงหรือเหมือนกันกับบิดามารดาก็ไม่มีสิทธิที่จะติดต่อกับบุตรได้ ยกตัวอย่างเช่น บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้บริจาคไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อน หรือหญิงที่ตั้งครรภ์แทน บิดามารดาเลี้ยง คู่รักเพศเดียวกัน เป็นต้น

ประการที่สอง แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดให้บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่มีอำนาจปกครองมีสิทธิติดต่อกับบุตรได้ แต่การติดต่อกับบุตรก็ต้องมีการกำหนดขอบเขตในการติดต่อกับบุตร โดยบทบัญญัติ มาตรา 1584/1 บัญญัติให้การติดต่อกับบุตรสามารถกระทำได้ “ตามควรแก่พฤติการณ์” ซึ่งยังไม่มี ความชัดเจนว่าขอบเขตของสิทธิติดต่อกับบุตรนั้นควรมีขอบเขตน้อยเพียงใด ที่จะไม่กระทบต่ออำนาจปกครองบุตรหรือกระทบต่ออำนาจปกครองบุตรน้อยที่สุด และการติดต่อกับบุตรนั้นต้องเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กด้วย

บทความนี้ผู้เขียนจึงได้ศึกษากฎหมายไทยเกี่ยวกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child) อำนาจปกครองบุตร สิทธิติดต่อกับบุตร รวมถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมัน เพื่อศึกษาแนวทางและผลักดันให้กฎหมายไทยมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในการที่ศาลจะสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าบุคคลใดควรมีสิทธิติดต่อกับบุตร ซึ่งอาจไม่ได้จำกัดแต่เพียงบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น รวมถึงการพิจารณาว่า

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1584.

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1584/1.

บุคคลดังกล่าวควรมีขอบเขตในการติดต่อกับบุตรอย่างน้อยเพียงใด เพื่อไม่ให้กระทบต่ออำนาจปกครองบุตรหรือกระทบต่ออำนาจปกครองบุตรน้อยที่สุด และการติดต่อกับบุตรนั้นต้องเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก

2. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิติดต่อกับบุตรตามกฎหมายไทย

เนื่องจากการจะพิจารณาว่าบุคคลใดมีสิทธิติดต่อกับบุตรและการติดต่อกับบุตรของบุคคลดังกล่าวนั้นควรมีขอบเขตอย่างน้อยเพียงใด เพื่อไม่ให้กระทบต่ออำนาจปกครองบุตรหรือกระทบต่ออำนาจปกครองบุตรน้อยที่สุด และการติดต่อกับบุตรจะต้องเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาทฤษฎีหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก อำนาจปกครองบุตร สิทธิติดต่อกับบุตรตามกฎหมายไทย รวมถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย

2.1 ทฤษฎีและหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก

แต่เดิมเด็กถูกกำหนดให้อยู่ในฐานะที่เป็น “วัตถุแห่งสิทธิ” โดยเชื่อว่าบิดามีสิทธิเด็ดขาดเหนือบุตรของตน บุตรเป็นเพียงทรัพย์สินของบิดา ต่อมาได้มีพัฒนาการทางกฎหมายซึ่งคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กมากขึ้น โดยปัจจุบันสังคมและภาครัฐได้ให้ความสำคัญกับสิทธิเด็ก โดยเน้นไปที่การให้ความคุ้มครองเด็กจากปัญหาต่างๆ รวมถึงปัญหาซึ่งเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์ภาพระหว่างบิดามารดาและบุตรเป็นสำคัญ แนวคิดหลักการคุ้มครองเด็กในปัจจุบัน จึงทำให้เด็กอยู่ในฐานะ “ประธานแห่งสิทธิ”³

2.1.1 ทฤษฎีหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ได้ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 มาตรา 3⁴ ซึ่งวางหลักว่าในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงในฐานะที่มี “ความสำคัญเป็นลำดับแรก” (Primary Consideration) โดยรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาต้องรับประกันว่าจะให้ความคุ้มครองและดูแลเด็กเท่าที่จำเป็นต่อความผาสุกของเด็ก โดยพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย ประกอบกันเสมอ⁵

³ มาตาลักษณ์ เสริมธากุล, ‘หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มธ. 2561) 24-33.

⁴ the United Nations Convention on the Right of the Child Article 3.

⁵ มาตาลักษณ์ เสริมธากุล (เชิงอรรถ 3) 165.

ข้อ 4 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ได้กำหนดให้รัฐต้องทำทุกวิถีทางเพื่อให้เด็กทุกคนในประเทศได้รับสิทธิตามอนุสัญญาฯ นี้ทุกประการ ทำให้ประเทศสมาชิกต้องออกกฎหมาย ต้องมีการบริหารจัดการ และมีมาตรการที่เหมาะสมและเป็นไปตามอนุสัญญา⁶ คำว่า “เด็ก” ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก หมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี⁷ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดกระบวนการดำเนินการต่าง ๆ ของครอบครัวที่มีผลกระทบต่อเด็ก โดยเฉพาะในเรื่องของที่อยู่อาศัย และการเข้าถึงเด็ก ซึ่งจุดมุ่งหมายของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กคือ การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเพื่อสนับสนุนสิทธิเด็ก ให้เด็กได้รับสิทธิตามขั้นตอน ได้รับความสะดวกและประโยชน์จากสิทธิ ไม่ว่าจะโดยตัวเด็กเอง หรือผ่านบุคคลหรือหน่วยงานอื่นใด และได้รับอนุญาตให้เข้าร่วมในกระบวนการก่อนที่เด็กจะได้รับผลกระทบหากมีการฟ้องร้องเป็นคดีเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาได้มุ่งเน้นให้ครอบครัวพยายามแก้ไขปัญหาคือพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยก่อนที่จะมีการฟ้องร้องเป็นคดีความกัน ยิ่งกว่านั้น คำว่า “อำนาจของบิดามารดา” (parental authority) ถูกแทนที่ด้วยคำว่า “ความรับผิดชอบของบิดามารดา” (parental responsibility) เพื่อเป็นการตอกย้ำว่าบิดามารดาควรที่จะใช้อำนาจของตนในทางที่เป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก⁸ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจึงเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นมุมมองว่าเด็กก็สามารถที่จะเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีได้ ดังนั้น การมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมเชิงรุกไม่เพียงแต่เป็นการที่ศาลได้รับฟังเด็กเท่านั้น แต่การมีส่วนร่วมเชิงรุกของเด็กควรหมายถึงการที่เด็กควรจะรู้และสามารถสอบถามเกี่ยวกับการติดต่อกับบิดามารดาได้ ทั้งนี้ มุมมองของเด็กควรจะเป็นสิ่งที่ศาลควรให้ความสำคัญและให้นำหนักในการพิจารณาว่าบิดามารดาควรที่จะมีสิทธิติดต่อกับบุตรหรือไม่ และเมื่อศาลได้รับฟังมุมมองของเด็กแล้ว ศาลก็ควรที่จะแจ้งเด็กด้วยว่าเพราะเหตุใดคำตัดสินของศาลจึงเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก⁹

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองมากที่สุดในโลก โดยปัจจุบันมีรัฐผู้ลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจำนวน 140 ประเทศ และมีรัฐที่ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาดังกล่าวจำนวน 196 ประเทศ ซึ่งรวมถึงประเทศไทยและประเทศเยอรมันด้วย¹⁰ ยกเว้นแต่เพียงประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่ยังไม่ได้เข้าเป็นภาคี ทั้งนี้ ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 โดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535¹¹ ปัจจุบันประเทศไทยก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายภายในเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กไว้หลายฉบับซึ่งสอดคล้อง

⁶ the United Nations Convention on the Rights of the Child Article 4.

⁷ the United Nations Convention on the Rights of the Child Article 1.

⁸ CHISTA WIERTZ-WEZENBEEK, ‘Visitation Rights of Nonparents and Children in England and the Netherlands’ (1997) Vol. 31 No. 2 Family Law Quarterly 365 <<http://www.jstor.org/stable/25740127>> สืบค้นเมื่อ 25 สิงหาคม 2565 Accessed 25 August 2022.

⁹ เฟิ่งอ้าง 365-366.

¹⁰ ‘Convention on the Rights of the Child’ (United Nations Treaty Collection) <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en> สืบค้นเมื่อ 29 มีนาคม 2566.

¹¹ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, ‘อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก’ (mfa.go.th) <<https://humanrights.mfa.go.th/th/kids/72/>> สืบค้นเมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2566.

กับหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เช่น ในบรรพ 1 ว่าด้วยบุคคลและบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เป็นต้น¹²

ทั้งนี้ มีข้อที่น่าสังเกตว่า แม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีการบัญญัติเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กไว้ก็ตาม แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แทบจะไม่ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์หรือแนวทางเกี่ยวกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้เลย โดยเฉพาะในบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ว่ามีหลักเกณฑ์ใดบ้างที่ศาลจะนำมาใช้พิจารณาว่ากรณีใดจะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก ซึ่งจากการศึกษาพบว่าไม่มีเพียงบางมาตราเท่านั้นที่บัญญัติหลักประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก ได้แก่ มาตรา 1520 และมาตรา 1521 ซึ่งบัญญัติกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองในกรณีที่มีการหย่าโดยความยินยอมหรือหย่าโดยคำพิพากษาของศาลประพฤติตนไม่สมควรหรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ให้ศาลมีอำนาจเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็ก

2.1.2 แนวทางการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กตามกฎหมายไทย

มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 บัญญัติให้ “...การกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กหรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง ” ทั้งนี้ แนวทางในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กถูกกำหนดรายละเอียดไว้ใน ข้อ 1 ของกฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 อย่างไรก็ตาม รองศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ เสรมธากุล ได้ให้ความเห็นว่า แนวทางตามกฎกระทรวงดังกล่าวยังขาดรายละเอียดในการนำไปปรับใช้กับกรณีต่าง ๆ อย่างเป็นรูปธรรม ไม่ว่าจะเป็นการปรับใช้กับกรณีที่มีความขัดกันกับผลประโยชน์ของเด็กด้วยกันเอง หรือการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของเด็กกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม หรือความขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ของเด็กกับการใช้อำนาจปกครองบุตร ดังนั้น สำหรับประเทศไทย รัฐจึงควรกำหนดกระบวนการซึ่งเป็นประกันในการปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยกำหนดตัวบุคคลที่มีอำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับเด็กในเรื่องต่าง ๆ ให้เกิดความชัดเจน กำหนดขั้นตอนอย่างเป็นทางการ รวมทั้งกำหนดหลักในการถ่วงดุลอำนาจในการตัดสินใจและเรื่องการอุทธรณ์ แก่ไขการตัดสินใจหรือการใช้ดุลพินิจที่เกี่ยวข้องกับเด็กเอาไว้ด้วย¹³

¹² มาตาลักษณ์ เสรมธากุล (เชิงอรธ 3) 51,54.

¹³ เฟื่องอ้าง 137.

2.2 อำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายไทย

เมื่อบุตรผู้เยาว์กำเนิดมาย่อมต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา¹⁴ อำนาจปกครองบุตรจึงเป็นที่รวมสิทธิและหน้าที่ที่กฎหมายให้แก่บิดามารดาเพื่อปกป้องคุ้มครองบุตรผู้เยาว์ และป้องกันการทำละเมิดผู้เยาว์ต่อบุคคลภายนอก เพื่อความผาสุกและประโยชน์แก่บุตร¹⁵ ให้สามารถดูแลเลี้ยงดูบุตรให้เจริญเติบโตได้อย่างมีคุณภาพ

2.2.1 การใช้อำนาจปกครองบุตรของบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การใช้อำนาจปกครองบุตรของบิดามารดานั้น ประกอบไปด้วยอำนาจสองประการ ได้แก่ (1) อำนาจเหนือตัวบุตร ซึ่งได้แก่ การกำหนดที่อยู่ของบุตร การทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน การให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป การเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย¹⁶ และ (2) อำนาจในการจัดการทรัพย์สินของบุตร¹⁷

ทั้งนี้ บิดาและมารดาต่างมีสิทธิเท่าเทียมกันที่จะใช้อำนาจปกครองและสามารถใช้อำนาจปกครองนี้ได้โดยลำพังโดยไม่ต้องใช้ร่วมกับอีกฝ่ายหนึ่ง¹⁸ อย่างไรก็ตาม มาตรา 1566 วรรคท้าย ได้กำหนดข้อยกเว้นที่กำหนดให้อำนาจปกครองบุตรนั้นอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น¹⁹ นอกจากนี้ ในกรณีที่มีเหตุตามมาตรา 1582 ศาลอาจสั่งถอนอำนาจปกครองบุตรจากบิดาหรือมารดาได้²⁰ หรือกรณีที่มีการสิ้นสุดการสมรสของบิดามารดา บิดามารดาอาจตกลงกันว่าฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร หรือให้ศาลจะเป็นผู้ชี้ขาดว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง แล้วแต่กรณี ซึ่งศาลจะต้องคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ

2.2.2 การแสดงเจตนาและความยินยอมของเด็ก

หากพิจารณาหลักการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยหลักผู้เยาว์จะทำนิติกรรมได้จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม²¹ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นที่เป็นนิติกรรมที่ผู้เยาว์กระทำได้เอง โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมไว้

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566.

¹⁵ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 8, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556) 359-361.

¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567.

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1571.

¹⁸ ประสพสุข บุญเดช, *คำอธิบายกฎหมายครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 22, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559) 607.

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 วรรคท้าย.

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582.

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21.

อย่างน้อย 3 ประการ คือ นิติกรรมที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ฝ่ายเดียว²² นิติกรรมที่จำเป็นในการดำรงชีพ²³ และนิติกรรมที่ผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัว²⁴

มีข้อสังเกตว่านิติกรรมที่ผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัวนั้น กฎหมายมักกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่ผู้เยาว์มักจะทำได้เองหรือกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากผู้เยาว์ไว้ที่ 15 ปีบริบูรณ์ ซึ่งกฎหมายอาจมองว่าผู้เยาว์ที่อายุ 15 ปีบริบูรณ์มีความสามารถในการคิด การตัดสินใจที่จะทำการใด ๆ ได้เองระดับหนึ่ง โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ไม่ว่าจะเป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนเอง หรือการกระทำทางแพ่งที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะทางครอบครัวของตนเอง ยกตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 25 การทำพินัยกรรมซึ่งผู้เยาว์สามารถทำพินัยกรรมเองได้เมื่อมีอายุครบ 15 ปีบริบูรณ์ หรือในบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ในเรื่องการรับบุตรบุญธรรม²⁵หรือการเลิกรับบุตรบุญธรรม²⁶ที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปี ต้องได้รับความยินยอมจากผู้เยาว์ที่จะรับเป็นบุตรบุญธรรมด้วย นอกจากนี้ ในเรื่องของการจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย มีเงื่อนไขสำคัญในการจดทะเบียนคือ ต้องได้รับความยินยอมจากเด็กและมารดาเด็ก เพื่อเป็นการยืนยันถึงความสมัครใจและเป็นการยอมรับว่าผู้มาขอจดทะเบียนเป็นบิดาที่แท้จริงของเด็ก²⁷

2.2.3 การถอนอำนาจปกครองบุตร

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการที่ศาลจะสั่งถอนอำนาจปกครองบุตรได้ หากบิดาหรือมารดานั้นเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถตามคำสั่งของศาล หรือกรณีที่บิดามารดาใช้อำนาจเกี่ยวกับตัวผู้เยาว์โดยมิชอบ ทั้งนี้ การถอนอำนาจปกครองบุตร ศาลจะถอนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่บุตรผู้เยาว์ไปเป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น ส่งผลให้บุตรบุญธรรมมีฐานะอย่างเดียวกันกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม แต่ไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวที่ได้กำเนิดมา²⁸ และทำให้บิดามารดาหมดอำนาจปกครองนับแต่วันที่มีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม²⁹

²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22.

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 24.

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 23.

²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/20.

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/31.

²⁷ ไพโรจน์ กัมพูสิริ (เชิงอรรถ 15) 349.

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28.

²⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ (เชิงอรรถ 15) 433-440.

อย่างไรก็ตาม บิดาหรือมารดาที่ถูกถอนอำนาจปกครอง ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนหรือมีเหตุให้อำนาจปกครองของบิดามารดานั้นสิ้นสุดลง บิดามารดาก็ยังคงมีหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1584 ที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ต่อไปตามกฎหมาย เนื่องจากหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นหน้าที่ของบิดามารดาโดยกำเนิด ไม่เกี่ยวกับฐานะการเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง โดยบิดาหรือมารดาที่ถูกถอนอำนาจปกครองยังคงมีสิทธิที่จะติดต่อกับบุตรของตนได้ตามสมควรแก่พฤติการณ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1584/1³⁰

2.3 สิทธิติดต่อกับบุตรตามกฎหมายไทย

แต่เดิมหลักการให้สิทธิติดต่อกับบุตรแก่บิดามารดาเป็นหลักการเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1521 วรรคสองประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 ซึ่งถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533³¹ โดยมาตราดังกล่าวบัญญัติว่า

“มาตรา 1521 ถ้าปรากฏว่าผู้ปกครองตามมาตรา 1520 ประพฤติตนไม่สมควรหรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัวผู้ปกครอง โดยฟังเสียงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นประมาณ

แม้จะมอบให้ฝ่ายหนึ่งปกครองก็ตาม อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะติดต่อกับบุตรของตนได้ตามสมควรแล้วแต่พฤติการณ์”

ต่อมามาตรา 1584/1 เป็นมาตราที่ถูกบัญญัติเพิ่มเติมโดยมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 โดยหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติได้ระบุเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติ เพื่อให้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งรวมถึงเรื่องสิทธิหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร ที่ยังไม่สอดคล้องและไม่เอื้ออำนวยต่อสภาพความเป็นอยู่ในสังคมปัจจุบัน จึงสมควรปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมยิ่งขึ้น โดยมาตรา 1584/1 ได้ถูกบัญญัติไว้ในหมวด 2 “สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร” และมีข้อสังเกตว่า มาตรา 1584/1 เป็นมาตราที่บัญญัติต่อจากมาตรา 1584 ซึ่งเป็นเรื่องหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรของผู้ถูกถอนอำนาจปกครอง ดังนั้น จึงอาจหมายความว่า การที่บิดามารดา ยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรอยู่นั้น กฎหมายจึงให้สิทธิแก่บิดามารดาในการที่จะยังติดต่อกับบุตรของตนได้ตามสมควรแก่พฤติการณ์

2.3.1 บุคคลที่มีสิทธิติดต่อกับบุตร

ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่ามาตรา 1584/1 ได้บัญญัติให้สิทธิแก่บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่จะมีสิทธิติดต่อกับบุตร แม้ว่าบิดามารดานั้นจะหย่าขาดจากกันหรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครองตามมาตรา 1582 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือมีเหตุให้อำนาจปกครองบุตรของบิดามารดานั้นสิ้นสุดลงก็ตาม เช่น บุตรไปเป็นบุตร

³⁰ เฟิงอ้าง.

³¹ รัชฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว: บิดามารดากับบุตร เรียงมาตรา (พิมพ์ครั้งที่ 1, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 124.

บุญธรรมของผู้อื่น เป็นต้น แต่หากเป็นบุคคลอื่น ๆ ที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือความสัมพันธ์ในความเป็นจริงกับบุตรที่มีสถานะที่คล้ายคลึงหรือเหมือนกันกับบิดามารดาที่ไม่มีสิทธิที่จะติดต่อกับบุตรได้ เช่น บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้บริจาคไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อน หรือหญิงที่ตั้งครรภ์แทน บิดามารดาเลี้ยง รวมถึงกรณีคู่รักเพศเดียวกัน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างชายกับชายหรือหญิงกับหญิง ที่ปัจจุบันมีความต้องการจะใช้ชีวิตร่วมกันเป็นครอบครัว เฉกเช่นเดียวกับคู่สมรสชายหญิงทั่วไป โดยปัจจุบันประเทศไทยก็ยังไม่ได้มีกฎหมายที่จะรับรองความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันมาใช้บังคับอย่างเป็นทางการ หากคู่รักเพศเดียวกันมีความต้องการที่จะมีบุตร คู่รักเพศเดียวกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม ทำให้คู่รักเพศเดียวกันฝ่ายดังกล่าวเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่มีความสัมพันธ์ตามกฎหมายกับบุตรเลย หรือเป็นกรณีที่คู่รักเพศเดียวกันฝ่ายหนึ่งมีบุตรติดมา คู่รักเพศเดียวกันอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่มีความสัมพันธ์ตามกฎหมายกับบุตรที่ติดมาเช่นกัน ซึ่งหากต่อมาคู่รักเพศเดียวกันได้เลิกกรากัน คู่รักเพศเดียวกันฝ่ายที่ไม่มีความสัมพันธ์ตามกฎหมายกับบุตรจึงไม่มีสิทธิติดต่อกับบุตร

2.3.2 การพิจารณาขอบเขตของสิทธิติดต่อกับบุตร

ในการพิจารณาว่าผู้มีสิทธิติดต่อกับบุตรนั้นสามารถใช้สิทธิติดต่อกับบุตรได้มากน้อยเพียงใด เพื่อไม่ให้กระทบต่ออำนาจปกครองบุตร หรือกระทบอำนาจปกครองบุตรน้อยที่สุด และการติดต่อกับบุตรจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1584/1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติให้การติดต่อกับบุตรสามารถกระทำได้ “ตามควรแก่พฤติการณ์” ซึ่งยังไม่มีความชัดเจนว่า ขอบเขตของสิทธิติดต่อกับบุตรนั้นควรมีขอบเขตมากน้อยเพียงใด เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติหลักการหรือแนวทางในการพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตของสิทธิติดต่อกับบุตร วิธีการใช้สิทธิติดต่อกับบุตร และเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้เลย ดังนั้น ทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิติดต่อกับบุตร การพิจารณาขอบเขตสิทธิติดต่อกับบุตร รวมถึงวิธีการใช้สิทธิติดต่อกับบุตร จึงต้องนำกฎหมายอื่น นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาเป็นเครื่องมือเพื่อให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดี และอาจมีหน่วยงานอื่น ๆ เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการพิจารณาเพื่อประเมินสถานการณ์ว่าเห็นสมควรให้บุคคลที่ประสงค์จะติดต่อกับบุตรมีสิทธิติดต่อกับบุตรหรือไม่และมีขอบเขตเพียงใด เพื่อให้การติดต่อกับบุตรนั้นเป็นการติดต่อกับบุตร “ตามควรแก่พฤติการณ์” ทั้งนี้ คดีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับอำนาจปกครองและสิทธิติดต่อกับบุตร จัดเป็นคดีครอบครัวที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติวิธีพิจารณาคดีครอบครัวไว้โดยเฉพาะ นั่นคือ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

2.4 การพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

คดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย เป็นคดีครอบครัวประเภทหนึ่งซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาว่า คดีใดที่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียของผู้เยาว์เข้าไปเกี่ยวข้อง จึงมีบทบัญญัติให้ศาลเยาวชนและครอบครัวหรือผู้อำนวยการสถานพินิจเข้ามามีส่วนปกป้องผลประโยชน์และส่วนได้เสียของผู้เยาว์ โดยมีลักษณะพิเศษ

แตกต่างจากคดีครอบครัวโดยทั่วไป³² ทั้งนี้ คำว่า “ผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย” ไม่จำเป็นต้องเกี่ยวกับทรัพย์สิน อาจเกี่ยวข้องกับอำนาจปกครองที่มีต่อผู้เยาว์นั้น ๆ ก็ได้ เช่น จากที่ผู้เยาว์มีผู้ใช้อำนาจปกครองสองคน แต่อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องขอใช้อำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียว ถือว่าเป็นคดีที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย หรือกรณีที่ขณะมีการฟ้องหย่าบุตรยังไม่เกิด แต่ระหว่างพิจารณาคดี บุตรเกิดขึ้นมีชีวิตอยู่ ซึ่งผู้เยาว์นี้จะต้องมีชีวิตอยู่ขณะพิจารณาคดี แม้จะนอนหายใจวายเป็นเจ้าชายนิทรา แต่แกนสมองยังไม่ตาย ถือว่าบุตรนั้นยังมีชีวิตอยู่ ก็ถือว่าคดีนั้นบุตรผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย เป็นต้น³³

เมื่อพิจารณาคำอธิบายของคำว่า “ผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย” จะเห็นได้ว่า หากเป็นคดีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสิทธิติดต่อกับบุตร เนื่องจากเป็นคดีที่ครอบครัวที่ผู้เยาว์เข้ามาเกี่ยวข้องกับคดี การพิจารณาว่าบุคคลที่ประสงค์จะติดต่อกับบุตรมีสิทธิติดต่อกับบุตรหรือไม่และสามารถใช้สิทธิติดต่อกับบุตรได้มากน้อยเพียงใด นอกจากที่ศาลจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแล้ว ศาลยังต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ดังนั้นจึงถือได้ว่าคดีดังกล่าวเป็นคดีที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย

2.4.1 การรายงานความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจ

ในคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย เมื่อศาลรับคำฟ้องหรือคำร้องขอแล้ว ผู้อำนวยการสถานพินิจจะมีหน้าที่ตามกฎหมายทันทีเมื่อรับแจ้งจากศาล การแจ้งผู้อำนวยการสถานพินิจ เป็นเพียงแต่การให้ศาลแจ้งผู้อำนวยการสถานพินิจเท่านั้น ไม่ใช่การสั่ง แต่ถ้าหากศาลยังไม่รับฟ้องหรือคืนฟ้องหรือยกฟ้องไปทันที ศาลก็ต้องแจ้งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจทราบ เมื่อผู้อำนวยการสถานพินิจได้รับแจ้งจากศาลแล้ว ผู้อำนวยการสถานพินิจมีหน้าที่ประมวลและรายงานเกี่ยวกับความเป็นอยู่ของครอบครัว สวัสดิภาพ ความประสงค์หรือประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์และข้อเท็จจริงอื่น และจะต้องเสนอความเห็นต่อศาลโดยไม่ชักช้า³⁴ เนื่องจากคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย ศาลจะต้องพิจารณาคดีอย่างละเอียดรอบคอบ ไม่ได้มุ่งเน้นการพิจารณาคดีที่โจทก์และจำเลยต่อสู้กัน เพราะความเสียหายจะตกแก่เด็กหรือผู้เยาว์³⁵ และเมื่อศาลได้รับความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจแล้ว ก็ให้ศาลแจ้งความเห็นนั้นให้คู่ความทราบ คู่ความมีสิทธิที่จะแถลงคัดค้านและนำสืบหักล้างได้³⁶

³² ชัยยุทธ ศรีจันทน์, ‘คดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย’ <<https://repository.au.edu/server/api/core/bitstreams/e8a3db88-37f0-4547-8094-0fe4aab2c86a/content>> สืบค้นเมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2566.

³³ สหรัถ กิติ ศุภการ, *คำอธิบายพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนแลครอบครัว พ.ศ. 2553* (พิมพ์ครั้งที่ 4 (ปรับปรุงใหม่ 2563), สำนักพิมพ์อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง 2562) 353.

³⁴ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 167.

³⁵ วิเศษ อ่อนตา, *คำอธิบายพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนแลครอบครัว พ.ศ. 2553 พร้อมด้วยระเบียบและวิธีการปฏิบัติงานและข้อสังเกต* (พิมพ์ครั้งที่ 1, ร้านสวัสดิการหนังสือกฎหมาย “ปณรัชช” 2556) 348.

³⁶ สหรัถ กิติ ศุภการ (เชิงอรรถ 33) 390-391.

2.4.2 ศาลต้องฟังรายงานความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจก่อนพิพากษา

ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย ศาลต้องฟังความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจที่ผู้เยาว์นั้นอยู่ในเขตอำนาจ³⁷ คำว่า “ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง...” หมายความว่า ศาลต้องฟังความเห็นเฉพาะคำพิพากษาหรือคำสั่งในประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีเท่านั้น และรวมถึงคำพิพากษามาตามสัญญาประนีประนอมยอมความด้วย เพราะศาลต้องพิจารณาว่าสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่ เมื่อศาลได้รับความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจแล้ว ศาลต้องแจ้งความเห็นนั้นให้คู่ความทราบ ไม่ใช่แจ้งแต่ข้อเท็จจริง ซึ่งคู่ความก็มีสิทธิที่จะแถลงคัดค้านและนำสืบหักล้างได้³⁸

3. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิติดต่อกับบุตรตามกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมัน

นอกจากที่สิทธิติดต่อกับบุตรจะถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากการศึกษาข้อมูลพบว่า ในกฎหมายต่างประเทศก็ได้มีการบัญญัติสิทธิติดต่อกับบุตรไว้เช่นกัน โดยการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิติดต่อกับบุตรตามกฎหมายต่างประเทศนี้ ผู้เขียนจะศึกษากฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมัน เพื่อเปรียบเทียบความแตกต่างในเรื่องสิทธิติดต่อกับบุตรระหว่างกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทย

3.1 อำนาจปกครองบุตร

อำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา สามารถแบ่งได้เป็นสองกรณี ได้แก่ (1) อำนาจปกครองบุตรตามกฎหมาย (Legal custody) หมายถึง กรณีที่ทั้งบิดามารดาหรือบุคคลที่มีอำนาจปกครองบุตรได้มีส่วนในการตัดสินใจในเรื่องสำคัญของชีวิตเด็ก เช่น ที่อยู่อาศัย การศึกษา การดูแลรักษาพยาบาล กิจกรรมวันหยุด สวัสดิการต่างๆ เป็นต้น และ (2) อำนาจปกครองบุตรทางกายภาพ (Physical custody) หมายถึง บุคคลซึ่งผู้เยาว์อาศัยอยู่ด้วย โดยผู้เยาว์อาจอาศัยอยู่กับทั้งบิดามารดา หรืออาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งและไปเยี่ยมเยียนบิดาหรือมารดาที่ตนไม่ได้อาศัยอยู่ด้วย ซึ่งไม่จำเป็นว่าทั้งสองฝ่ายจะต้องแบ่งเวลาดูแลบุตรเท่ากันเสมอไป³⁹

ในส่วนของการพิจารณาว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรนั้น เป็นไปตามข้อสันนิษฐานตามมาตรา 3080 ของ California Family Code บัญญัติว่า เว้นแต่จะมีการพิสูจน์ ให้สันนิษฐานว่าการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันของบิดามารดาคือประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยอาจเป็นกรณีที่บิดามารดาได้มีการตกลงให้มีอำนาจปกครองบุตรร่วมกันหรือได้มีการตกลงกันต่อหน้าศาล เพื่อให้ศาลพิจารณาเรื่องอำนาจปกครองบุตรของผู้เยาว์⁴⁰ ทั้งนี้ การมีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน ศาลอาจสั่งให้บิดามารดามีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน เฉพาะอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมาย (Legal custody)

³⁷ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 168.

³⁸ สหรัฐ กิติ ศุภการ (เชิงอรรถ 33) 392.

³⁹ Jeff Atkinson, 'It all comes down to the best interest of the child' (1990) Vol.12 No.3 Family Advocate 34-36 <<https://www.jstor.org/stable/25804756>> สืบค้นเมื่อ 6 มิถุนายน 2564.

⁴⁰ California Family Code Section 3080.

ก็ได้ แต่ไม่รวมถึงอำนาจปกครองทางกายภาพ (Physical custody)⁴¹ รวมถึงศาลอาจกำหนดให้บิดามารดาคนใดคนหนึ่ง เป็น “ผู้มีอำนาจปกครองคนแรก” (primary caretaker)⁴² ส่วนบิดาหรือมารดาที่ไม่มีอำนาจปกครองบุตรทางกายภาพ อาจมีสิทธิในการเยี่ยมเยียนหรือติดต่อบุตรได้⁴³ ทั้งนี้ บิดามารดาอาจมีการทำ “ข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตร และสิทธิติดต่อบุตร” หรือที่เรียกว่า Parenting Plan ซึ่งเป็นการทำข้อตกลงของบิดามารดาเกี่ยวกับการจัดตารางเวลา เพื่อให้บุตรมีเวลาที่จะอยู่กับบิดามารดาทั้งสองคน และเป็นการตัดสินใจร่วมกันของบิดามารดาเกี่ยวกับสุขภาพ การศึกษา และสวัสดิภาพของบุตร โดยคำนึงถึงความต้องการของบุตรเป็นพื้นฐาน มีการพิจารณาถึงอายุ อุปนิสัย ประสบการณ์และความสามารถของเด็ก เพื่อปรับแผนข้อตกลงให้เข้ากับตัวเด็กและเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก⁴⁴

อำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายเยอรมัน มาตรา 1626 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) บัญญัติให้ บิดามารดามีอำนาจปกครองบุตรโดยมีสิทธิและหน้าที่ในการดูแลตัวบุตร รวมถึงการดูแลทรัพย์สินของบุตรด้วย⁴⁵ โดยอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดาในการดูแลตัวบุตรสามารถแบ่งออกได้ 2 ประเภท คือ (1) อำนาจปกครองบุตรทางกายภาพ (physical care) ได้แก่ การตั้งชื่อบุตร การแจ้งเกิดบุตร การให้การศึกษาแก่บุตร การเลี้ยงดูบุตร การให้บุตรนับถือศาสนา สิทธิติดต่อบุตร การเรียกร้องค่าเลี้ยงดูบุตรจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่ง และ (2) อำนาจปกครองบุตรตามกฎหมาย (legal care) หมายถึง การที่บิดามารดาเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรเท่านั้น ซึ่งรวมถึงการให้ความยินยอมแก่บุตรในกรณีที่บุตรได้กระทำการหรือทำนิติกรรมใด ๆ ด้วย การเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมนั้น บิดามารดาอาจเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมร่วมกัน หรืออาจเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ ในกรณีที่บิดาหรือมารดามีอำนาจปกครองบุตรแต่เพียงฝ่ายเดียว⁴⁶

3.2 สิทธิติดต่อบุตร

สิทธิติดต่อบุตรตามกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมันได้มีบทบัญญัติ ปลายลักษณะอักษร บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคคลที่มีสิทธิติดต่อบุตร การพิจารณาขอบเขตของสิทธิติดต่อบุตร ข้อจำกัดสิทธิติดต่อบุตร ระดับความเข้มงวดในการติดต่อบุตร รวมถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กและหลักการ ให้ความยินยอมของเด็กไว้ด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในลำดับถัดไป

⁴¹ California Family Code Section 3085.

⁴² California Family Code Section 3086.

⁴³ Jeff Atkinson (เชิงอรรถ 39) 34-36.

⁴⁴ California Courts the Judicial Branch of California, ‘Parenting Plans’ (courts.ca.gov)

<<https://www.courts.ca.gov/15872.htm>> สืบค้นเมื่อ 14 เมษายน 2563.

⁴⁵ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Section 1626.

⁴⁶ Andreas T. Hanke, ‘Custody and Visitation Rights in Germany After the Decisions of the European Court on Human Rights’ (2011) Vol.45 No.3 Family Law Quarterly 355 <www.jstor.org/stable/23240322> accessed 15 June 2022 สืบค้นเมื่อ 15 มิถุนายน 2565.

3.2.1 บุคคลที่มีสิทธิติดต่อกับบุตร

California Family Code ซึ่งเป็นกฎหมายครอบครัวของรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดให้บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิติดต่อกับบุตร⁴⁷ นอกเหนือจากนี้ ก็ยังมีการยอมรับบุคคลบางประเภทที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือมีความสัมพันธ์ในความเป็นจริงที่มีสถานะที่คล้ายคลึงหรือเสมือนกันกับบิดามารดาให้มีสิทธิติดต่อกับบุตรได้ เช่น มีการยอมรับบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจมีสิทธิติดต่อกับบุตร หากบิดาและมารดามีการลงนามหรือมีการยื่นแสดงการยอมรับการเป็นบิดาโดยพฤตินัย (Voluntary Declaration of Parentage)⁴⁸ นอกจากนี้ California Family Code ก็ได้บัญญัติให้บิดามารดาเลี้ยงมีสิทธิติดต่อกับบุตรได้ หากการติดต่อกับบุตรนั้นเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก⁴⁹ หรือกรณีของคู่รักเพศเดียวกัน ซึ่ง California Family Code ได้อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถขอรับบุตรบุญธรรมได้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่คู่รักเพศเดียวกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแต่เพียงผู้เดียว หรือคู่รักเพศเดียวกันอาจรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมทั้งสองฝ่าย หรือคู่รักเพศเดียวกันฝ่ายหนึ่งรับเด็กซึ่งเป็นบุตรติดของคู่รักเพศเดียวกันอีกฝ่ายหนึ่งมาเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งเป็นการรับบุตรบุญธรรมที่ใช้กระบวนการเช่นเดียวกันกับการรับบุตรบุญธรรมของบิดามารดาเลี้ยง⁵⁰ ตามมาตรา 9000.5 ของ California Family Code ได้กำหนดให้บิดามารดาเลี้ยงสามารถรับบุตรบุญธรรมเด็กที่เกิดระหว่างที่มีการสมรสหรือมีการจดทะเบียนคู่ชีวิตแบบ domestic partnership หรือจดทะเบียนคู่ชีวิตแบบ civil union ได้⁵¹ ซึ่งการจดทะเบียนคู่ชีวิตดังกล่าวได้รองรับความสัมพันธ์ทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ของชายกับหญิง หรือความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันแบบชายกับชายหรือหญิงกับหญิง ดังนั้น หากคู่รักเพศเดียวกันที่ได้มีการจดทะเบียนคู่ชีวิตแบบ domestic partnership หรือจดทะเบียนคู่ชีวิตแบบ civil union ได้จดทะเบียนรับบุตรเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งมีกระบวนการเช่นเดียวกันกับบิดามารดาเลี้ยง ก็สามารถมีสิทธิในความเป็นบิดามารดา ซึ่งหากต่อมาคู่รักเพศเดียวกันมีการแยกทางกัน ก็ยังสามารถที่จะมีสิทธิติดต่อกับบุตรได้

⁴⁷ California Family Code Section 3100.

⁴⁸ Hossein Berenji, 'What are the rights of unmarried fathers in California?' (Berenji & Associates Family Law Attorneys), <<https://www.berenjifamilylaw.com/what-are-the-rights-of-unmarried-fathers-in-california/>> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2566.

⁴⁹ California Family Code Section 3101.

⁵⁰ 'LGBTQ Adoption and foster care parenting in California' (Family Equality Council) <<https://www.familyequality.org/wp-content/uploads/2019/03/5-California-Snapshot.pdf>> สืบค้นเมื่อ 8 มีนาคม 2565.

⁵¹ California Family Code Section 9000.5.

ในส่วนของประเทศเยอรมัน สิทธิติดต่อกับบุตรได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยบัญญัติให้บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย⁵² รวมถึงบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิติดต่อกับบุตรได้⁵³ อย่างไรก็ตาม ก็ได้มีคำพิพากษาซึ่งเป็นคดีระหว่างโจทก์ซึ่งเป็นบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายฟ้องประเทศเยอรมันเป็นจำเลยต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป⁵⁴ โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้พิพากษาว่า กรณีบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประสงค์ที่จะมีสิทธิติดต่อกับบุตร แต่ปรากฏข้อเท็จจริงแต่เพียงว่าบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกับบุตรมีความสัมพันธ์กันทางสายเลือดเท่านั้น โดยปราศจากองค์ประกอบข้อเท็จจริงและองค์ประกอบตามกฎหมายว่าโจทก์กับบุตรยังคงมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกัน กรณีดังกล่าวจึงยังไม่เพียงพอที่โจทก์จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 8 ของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the European Convention on Human Rights)⁵⁵ นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ได้บัญญัติให้บุคคลซึ่งเด็กมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิด โดยบุคคลดังกล่าวมีหรือได้มีความรับผิดชอบต่อเด็กตามความเป็นจริง (มีความสัมพันธ์ทางสังคมและครอบครัว) หากบุคคลดังกล่าวได้อาศัยอยู่กับเด็กเป็นระยะเวลาอันนาน⁵⁶ เป็นผู้ที่มีสิทธิติดต่อกับบุตรได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวได้แก่บิดามารดาเลี้ยง⁵⁷ และคู่รักเพศเดียวกัน⁵⁸

อย่างไรก็ตาม กรณีผู้บริจาคไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อน หรือหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาของศาลเห็นว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีสิทธิในความเป็นบิดามารดา เนื่องจากศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก สถานะการเป็นบิดามารดาของเด็ก ก็ควรที่จะเป็นของบิดามารดาโดยสายเลือดเท่านั้น⁵⁹ ซึ่งศาลก็ได้มีคำสั่งให้ยุติการอนุญาตให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนติดต่อกับบุตรด้วย⁶⁰ รวมถึงกรณีผู้บริจาคไข่หรืออสุจิ ซึ่ง California Family Code ก็ได้บัญญัติให้ผู้บริจาคไข่หรืออสุจินั้นไม่ใช่บิดามารดาของบุตร⁶¹ เว้นแต่จะได้มีการตกลงกันระหว่างผู้บริจาคอสุจิกับมารดา

⁵² BGB section 1684.

⁵³ BGB Section 1686a.

⁵⁴ *Anayo v. Germany* App no 20578/07 (ECtHR, 21 March 2011).

⁵⁵ Andreas T. Hanke (เชิงอรรถ 46) 357-358.

⁵⁶ BGB Section 1685 (2).

⁵⁷ Nina Dethloff and Dieter Martiny, 'Parental Responsibilities' National Report: Germany 7 <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Germany-Parental-Responsibilities.pdf> > สืบค้นเมื่อ 14 มีนาคม 2565.

⁵⁸ Russell Miller and Volker Röben, 'Constitutional Court Upholds Lifetime Partnership Act' (2002) 3 German Law Journal 1 <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=176>> สืบค้นเมื่อ 10 พฤศจิกายน 2565.

⁵⁹ ANNE GOODWIN, 'Determination of Legal Parentage in egg donation, Embryo Transplantation, and Gestational Surrogacy Arrangement' (1992) Vol.26 No.3 Family Law Quarterly 281-283 <<http://www.jstor.com/stable/25739911>> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2565.

⁶⁰ *Johnson v. Calvert*, 5 Cal.4th 84, 19 Cal. Rptr. 2d 494, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).

⁶¹ California Family Code Section 7613 (b) (1).

ของเด็กให้ผู้บริจาคอสุจินั้นเป็นบิดาของเด็ก⁶² หรือกรณีของผู้บริจาคไข่ ก็จะต้องปรากฏพยานหลักฐานเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าผู้บริจาคไข่และบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของผู้บริจาค หรือคู่รักที่ไม่ได้สมรสกัน ประสงค์จะให้ผู้บริจาคไข่เป็นมารดาของเด็ก⁶³ ส่วนในประเทศเยอรมัน ได้มีการออกกฎหมาย⁶⁴ ให้สิทธิเด็กที่เกิดจากอสุจิของผู้บริจาคที่มีอายุครบ 16 ปี มีสิทธิในการขอข้อมูลระบุตัวตนของผู้บริจาคอสุจิ แต่หากเป็นเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี สิทธิดังกล่าวจะต้องกระทำผ่านผู้มีอำนาจปกครองบุตรของเด็ก อย่างไรก็ตาม สิทธิดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้ผู้บริจาคอสุจิมีสถานะเป็นบิดามารดาของเด็ก⁶⁵ จึงยังคงมีความไม่ชัดเจนว่าผู้บริจาคอสุจิหรือผู้บริจาคไข่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและผู้บริจาคอสุจิในประเทศเยอรมันนั้นสามารถมีสิทธิติดต่อกับบุตรได้หรือไม่ นอกจากนี้ หากเป็นกรณีของหญิงตั้งครรภ์แทนหรือการทำเด็กหลอดแก้วจากไข่ของผู้บริจาค ยังเป็นเรื่องต้องห้ามที่จะทำได้ในประเทศเยอรมัน เนื่องด้วยปัญหาด้านจริยธรรมและจุดยืนที่เคร่งครัดของรัฐบาล⁶⁶

3.2.2 การพิจารณาขอบเขตของสิทธิติดต่อกับบุตร

รัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา California Family Code ได้กำหนดให้กระบวนการให้ได้มาซึ่งสิทธิติดต่อกับบุตร ศาลอาจสั่งให้บุคคลที่ประสงค์จะมีสิทธิติดต่อกับบุตรเข้ารับการตรวจสอบว่ามีการใช้สารเสพติดหรือแอลกอฮอล์โดยผิดกฎหมายหรือไม่⁶⁷ อีกทั้ง กฎหมายมีการกำหนดเนื้อหาที่ศาลต้องระบุในคำสั่งของศาลที่เกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรหรือสิทธิติดต่อกับบุตร และหากศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงที่มีการระบุนั้นอาจทำให้มีความเสี่ยงในการที่เด็กจะถูกลักพาตัว ไม่ว่าจะเป็กรณีที่ศาลเห็นเองหรือคู่ความร้องขอ ศาลต้องมีมาตรการจำเป็นในการป้องกันการลักพาตัวเด็กโดยบิดามารดาฝ่ายหนึ่งด้วย⁶⁸

ในขณะเดียวกัน ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ก็ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขอบเขตของสิทธิติดต่อกับบุตร กฎหมายกำหนดให้ศาลครอบครัวยาจพิจารณาขอบเขตสิทธิติดต่อกับบุตรและกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการใช้สิทธิ รวมถึงกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อบุคคลที่สาม โดยศาลอาจสั่งให้คู่ความมีหน้าที่ต้องงดเว้น

⁶² Paul Wallin, 'Do Sperm Donors Have Parental Rights?' (Wallin&Klarich a Law Corporation, 16 May 2013) <<https://www.wkfamilylaw.com/do-sperm-donors-have-parental-rights-california-family-code-sections-7611-and-7613/>> สืบค้นเมื่อ 21 มีนาคม 2566.

⁶³ California Family Code Section 7613 (c).

⁶⁴ Samenspenderregistergesetz.

⁶⁵ Gesley, Jenny, 'Germany: Right to Know Biological Father for Children Conceived Through Sperm Donation' (Library of congress, 2017) <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2017-07-27/germany-right-to-know-biological-father-for-children-conceived-through-sperm-donation/>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.

⁶⁶ 'Surrogacy in Germany' (surrogacybypons, 11 March 2019) <<https://surrogacybypons.com/surrogacy-in-germany/>> สืบค้นเมื่อ 14 มีนาคม 2566.

⁶⁷ California Family Code Section 3041.5.

⁶⁸ California Family Code Section 3048.

จากการกระทำใดๆ ที่ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบิดามารดาอีกฝ่ายหนึ่งหรือการเลี้ยงดูเด็กนั้นยากมากขึ้น หากมีการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวโดยตลอดหรือกระทำซ้ำแล้วซ้ำเล่า ศาลครอบครัวอาจมีคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรในการติดต่อกับบุตร ซึ่งคำสั่งดังกล่าวรวมถึงสิทธิในการเรียกร้องให้มีการส่งมอบตัวเด็กและการตัดสินใจว่าเด็กควรจะอยู่ที่ใดระหว่างที่มีการติดต่อกับบุตร⁶⁹ โดยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ยังได้บัญญัติให้บิดามารดาผู้มีอำนาจปกครองบุตรมีสิทธิในการกำหนดการติดต่อกับบุตร แม้ว่าจะเกิดผลกระทบและเป็นปฏิปักษ์แก่บุคคลภายนอกก็ตาม⁷⁰

3.2.3 ข้อจำกัดสิทธิติดต่อกับบุตรและระดับความเข้มงวดในการติดต่อกับบุตร

รัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา California Family Code มีการกำหนดข้อจำกัดสิทธิติดต่อกับบุตรและระดับความเข้มงวดในการติดต่อกับบุตร โดยการจำกัดสิทธิติดต่อกับบุตรจะกระทำได้ต่อเมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการจำกัดนั้นเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพ ความปลอดภัย และสวัสดิภาพของเด็ก และศาลได้พิจารณานโยบายของรัฐเพื่อให้มั่นใจได้ว่าเด็กได้มีการติดต่อกับบิดามารดาอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง⁷¹ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าผู้ที่ประสงค์จะมีสิทธิติดต่อกับบุตร เป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา โดยเฉพาะการกระทำความผิดทางเพศซึ่งมีผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์และการกระทำผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ศาลอาจไม่อนุญาตให้มีการติดต่อกับบุตรหรืออาจกำหนดไม่ให้เด็กนั้นอยู่ในที่อยู่อาศัยของบุคคลดังกล่าวและไม่อนุญาตให้บุคคลดังกล่าวมีการติดต่อกับบุตรแบบที่ไม่ต้องอยู่ในความควบคุม (Unsupervised visitation) แล้วแต่กรณี⁷² หรือหากเป็นกรณีที่แรกเริ่ม ศาลมีคำสั่งให้บิดามารดาผู้มีอำนาจปกครองบุตรหรือมีสิทธิติดต่อกับบุตรแบบที่ไม่ต้องอยู่ในความควบคุม คำสั่งของศาลอาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่ง หรือยุติคำสั่งก็ได้หากบิดามารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย ผู้มีอำนาจปกครองบุตร ผู้ปกครอง หรือศาลเห็นว่า บุคคลที่เป็นผู้มีอำนาจปกครองทางกายภาพหรือตามกฎหมาย หรือบุคคลที่มีสิทธิติดต่อกับบุตรแบบที่ไม่ต้องอยู่ในความควบคุม หรือมีผู้ที่อาศัยอยู่กับบุคคลดังกล่าว นั้น เป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายอาญารฐานล่วงละเมิดทางเพศซึ่งมีผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ และเด็กตกอยู่ในความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญ⁷³ หากเป็นกรณีที่เกิดความรุนแรงในครอบครัว การติดต่อกับบุตรอาจเริ่มต้นด้วยการให้สิทธิติดต่อกับบุตรประเภทการติดต่อกับบุตรที่อยู่ในความควบคุม (supervised visitation) โดยการติดต่อกับบุตรนั้นจะอยู่ภายใต้การดูแลของผู้เชี่ยวชาญ (Professional) และอาจเปลี่ยนเป็นการติดต่อกับบุตรที่ไม่ได้อยู่ในความควบคุมได้หากมีการประเมินแล้วว่าบิดามารดาสามารถที่จะกลับมาดูแลบุตรได้⁷⁴

⁶⁹ BGB Section 1684 (2) (3).

⁷⁰ BGB Section 1632 (2).

⁷¹ California Family Code Section 3027.5.

⁷² California Family Code Section 3030.

⁷³ California Family Code Section 3030.5 (a)(1)(2).

⁷⁴ CARLA GARRITY and MITCHELL A. BARIS, 'Custody & Visitation: Is It Safe? How to protect a child from an abusive parent' (1995) Vol.17 No.3 Family Advocate 44-46 <<https://www.jstor.org/stable/25805701>> สืบค้นเมื่อ 15 มิถุนายน 2565.

สำหรับประเทศเยอรมัน มีการบัญญัติข้อจำกัดสิทธิติดต่อกับบุตรไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1684 (4) กำหนดให้ศาลครอบครัวอาจจำกัดหรือยกเว้นสิทธิในการติดต่อกับบุตร หรือจำกัดหรือยกเว้นคำพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิติดต่อกับบุตรที่มีการใช้บังคับก่อนหน้านี้ ให้อยู่ในขอบเขตเท่าที่จำเป็นสำหรับประโยชน์สูงสุดของเด็ก คำพิพากษาที่จำกัดสิทธิติดต่อกับบุตรหรือคำพิพากษาของศาลที่ใช้บังคับเป็นระยะเวลาหรือถาวรจะต้องมีขึ้นเพื่อในกรณีที่จะเป็นอันตรายต่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเท่านั้น ในการนี้ ศาลอาจมีคำสั่งเฉพาะให้การติดต่อกับบุตรนั้นกระทำได้เฉพาะกรณีที่มีบุคคลที่สามารถอยู่ด้วยต่อหน้า โดยบุคคลที่สามารถอาจเป็นหน่วยงานบริการเกี่ยวกับสวัสดิภาพของเด็กหรือสมาคม⁷⁵

3.2.4 หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

รัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา California Family Code มาตรา 3011 มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ที่ศาลจะต้องพิจารณาว่าเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่สำหรับการที่ศาลจะพิจารณาให้บุคคลใดมีสิทธิติดต่อกับบุตร ซึ่งนอกจากศาลจะต้องคำนึงถึงสุขภาพ ความปลอดภัย และสวัสดิภาพของเด็กแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาถึงประวัติการทำละเมิดของบิดามารดาที่กระทำต่อบุตร ต่อบิดามารดาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือคู่สมรสของบิดามารดาด้วย รวมถึงศาลจะต้องคำนึงถึงลักษณะและระยะเวลาที่บุตรติดต่อบิดามารดาทั้งสองฝ่าย และพฤติกรรมการใช้สารเสพติดที่ผิดกฎหมายหรือแอลกอฮอล์อย่างต่อเนื่องจนเป็นนิสัยของบิดามารดาด้วย ซึ่งข้อพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กดังกล่าว ศาลจะต้องไม่นำเรื่องเพศ เพศสภาพ การแสดงออกทางเพศ รสนิยมทางเพศของบิดามารดาหรือผู้ปกครองหรือญาติพี่น้องมาพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก⁷⁶ นอกจากนี้ ศาลจะต้องพิจารณาประกอบกับมาตรา 3020 ซึ่งบัญญัติว่า “เป็นนโยบายของรัฐที่จะต้องมั่นใจว่าสุขภาพ ความปลอดภัย และสวัสดิภาพของเด็กจะต้องเป็นสิ่งที่ศาลคำนึงถึงเป็นลำดับแรกในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเมื่อศาลต้องมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรทางกายภาพ อำนาจปกครองบุตรตามกฎหมาย หรือสิทธิติดต่อกับบุตร อีกทั้ง เด็กจะต้องมีสิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยและไม่ถูกระงับการกระทำละเมิดซึ่งเป็นการกระทำความผิดหรือความรุนแรงในครอบครัวที่เด็กอาศัยอยู่ด้วยซึ่งเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ความปลอดภัย และสวัสดิภาพของเด็ก นอกจากนี้ รัฐต้องรับรองว่าเด็กยังคงสามารถที่จะติดต่อกับบิดามารดาได้ ภายหลังจากที่บิดามารดาได้แยกทางกันหรือไม่สามารถแก้ไขปัญหาวีรวิธคู่หรือจบความสัมพันธ์กัน เพื่อเป็นการสนับสนุนให้บิดาและมารดาได้มีส่วนร่วมในสิทธิและความรับผิดชอบในการเลี้ยงดูบุตร เว้นแต่ว่าการติดต่อกับบุตรนั้นไม่เป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก”⁷⁷

ในส่วนของประเทศเยอรมัน มาตรา 1697a ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดไว้ว่า ในกรณีที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ในการดำเนินการใดๆเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก ให้ศาลพิจารณาตามพฤติการณ์ตามความเป็นจริง ความเป็นไปได้ และประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นประโยชน์

⁷⁵ BGB Section 1684 (4).

⁷⁶ California Family Code Section 3011.

⁷⁷ California Family Code Section 3020.

สูงสุดกับเด็ก⁷⁸ นอกจากนี้ มาตรา 1666 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ได้กำหนดมาตรการของศาลในกรณีที่เป็นอันตรายต่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเอาไว้ด้วยว่า ในกรณีที่ร่างกาย จิตใจ หรือประโยชน์สูงสุดเกี่ยวกับจิตวิทยาของเด็ก หรือทรัพย์สินของเด็กได้รับอันตราย และบิดามารดาไม่ประสงค์หรือไม่สามารถหลีกเลี่ยงอันตรายนั้นได้ ศาลครอบครัวต้องใช้มาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายนั้น โดยมาตรการของศาลนั้นให้ใช้กับกรณีเพื่อประโยชน์ของเด็ก สวัสดิภาพและสุขภาพของเด็ก รวมถึงการห้ามมิให้ใช้บ้านของครอบครัวหรือที่อยู่อาศัยอื่นเป็นเวลาชั่วคราวหรือไม่มีระยะเวลากำหนด หรือห้ามมิให้มีการติดต่อเยี่ยมเยียนในสถานที่ที่เด็กใช้เวลา ณ สถานที่นั้นเป็นประจำ รวมถึงการห้ามมิให้ติดต่อกับเด็กหรือนัดให้มีการพบเจอเด็ก⁷⁹

3.2.5 การแสวงเจตนาและความยินยอมของเด็ก

กฎหมายของรัฐ California ประเทศสหรัฐอเมริกา California Family Code มีการกำหนดอายุของเด็กในการแสดงเจตนาเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรและสิทธิติดต่อกับบุตร โดยกำหนดให้เมื่อเด็กมีอายุที่เหมาะสมและมีความสามารถในการเลือกอย่างมีเหตุผลในเรื่องอำนาจปกครองบุตรหรือสิทธิติดต่อกับบุตร ศาลต้องพิจารณาและให้นำหนักในส่วนของความต้องการของเด็กในการออกคำสั่งหรือแก้ไขคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรหรือสิทธิติดต่อกับบุตร ในกรณีที่เด็กมีอายุตั้งแต่ 14 ปีขึ้นไป และประสงค์จะแถลงต่อศาลให้มีคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรหรือสิทธิติดต่อกับบุตรตามความประสงค์ของเด็ก ให้ศาลอนุญาตไปตามความประสงค์ของเด็ก เว้นแต่ศาลจะพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่เป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก ให้ศาลระบุเหตุผลดังกล่าวไว้ในบันทึกด้วย แต่หากเป็นกรณีที่เด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี เด็กยังไม่สามารถแสดงความคิดเห็นได้ ก็ให้ศาลพิจารณาตามความเหมาะสมโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก ทั้งนี้ในการที่เด็กจะแถลงต่อหน้าศาลเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรหรือสิทธิติดต่อกับบุตร ศาลอาจกำหนดไม่ให้เด็กนั้นมาแถลงต่อศาลโดยอยู่ต่อหน้าคู่ความ รวมถึงศาลอาจห้ามมิให้มีการเรียกเด็กมาเป็นพยาน ซึ่งศาลจะต้องหาวิธีการอื่นๆเพื่อให้ได้รับข้อมูลจากเด็กหรืออาจให้เด็กมาแถลงต่อศาลซึ่งไม่ใช่ต่อหน้าคู่ความ เพื่อให้ได้รับข้อมูลจากเด็กโดยตรง หรือในกรณีที่ศาลอนุญาตให้เด็กมาแถลงต่อหน้าคู่ความ ศาลจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยพิจารณาว่าการให้เด็กมาแถลงต่อหน้าคู่ความนั้นเป็นอันตรายต่อเด็กหรือไม่ อย่างไรก็ตาม กระบวนการที่เด็กแถลงต่อศาลอาจมีที่ปรึกษาของเด็ก ผู้ประเมินเด็ก พนักงานสืบสวน เข้ามาให้ความช่วยเหลือและให้คำปรึกษาร่วมด้วย⁸⁰

ในส่วนของกฎหมายประเทศเยอรมัน ได้มีการบัญญัติกระบวนการพิจารณาคดีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรและสิทธิติดต่อกับบุตร⁸¹ ไว้ในมาตรา 159 ของ Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction โดยกฎหมายกำหนดให้ศาลจะต้องดำเนินการรับฟังเด็กด้วยตัวเองและรับทราบถึงความรู้สึกของเด็ก เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่ศาลไม่ต้องรับฟังและรับทราบความรู้สึกของเด็ก แต่หากเป็นคดีที่จะต้องมีการ

⁷⁸ BGB Section 1697a.

⁷⁹ BGB Section 1666.

⁸⁰ California Family Code Section 3042.

⁸¹ Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction Section 151.

พิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กซึ่งศาลต้องมีการกำหนดมาตรการในกรณีที่เป็นอันตรายต่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก ศาลจะไม่รับฟังเด็กไม่ได้ แม้ว่าเราจะปรากฏชัดแจ้งว่าเด็กไม่ได้อยู่ในฐานะที่จะแสดงเจตนาและความต้องการได้ในกรณีที่ศาลไม่มีการรับฟังเด็กหรือรับทราบความรู้สึกของเด็กก่อน ศาลต้องระบุเหตุผลที่ไม่รับฟังเด็กไว้ในคำพิพากษาของศาลด้วย หากการรับฟังหรือการรับทราบความรู้สึกของเด็กนั้นไม่สามารถกระทำได้เพราะมีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงศาลต้องจัดให้มีการรับฟังหรือรับทราบความรู้สึกของเด็กโดยเร็วที่สุดภายหลังจากนั้น เนื่องจากเด็กควรที่จะได้รับทราบถึงวัตถุประสงค์ แนวทาง และผลที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณาโดยวิธีที่เหมาะสมกับอายุของเด็ก เพื่อไม่ให้เด็กเกิดความกลัวที่จะก่อให้เกิดผลเสียต่อพัฒนาการด้านการศึกษา และสุขภาพของเด็ก รวมถึงเด็กจะต้องได้รับโอกาสในการแถลงต่อศาล⁸² นอกจากนี้ มาตรา 164 ของกฎหมายดังกล่าวยังได้กำหนดให้เด็กมีสิทธิที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาของศาล หากเด็กนั้นมีอายุครบ 14 ปี และไม่ได้เป็นบุคคลไร้ความสามารถในการทำนิติกรรม โดยเด็กจะต้องไม่ทราบถึงเหตุผลของคำพิพากษาของศาล หากเหตุผลนั้นจะทำให้เด็กเกิดความกลัวซึ่งส่งผลกระทบต่อพัฒนาการด้านการศึกษาและสุขภาพของเด็ก⁸³

4. วิเคราะห์ปัญหาสิทธิติดต่อกับบุตรตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

จากที่ได้มีการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิติดต่อกับบุตรตามกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศมาแล้วนั้น ผู้เขียนจึงได้วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิติดต่อกับบุตรตามกฎหมายไทย โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในประเด็นดังต่อไปนี้

4.1 การปะทะกันของอำนาจปกครองบุตรกับสิทธิติดต่อกับบุตร

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1584/1 การบัญญัติให้สิทธิติดต่อกับบุตรแก่บิดามารดาดูเหมือนจะเป็น “ข้อยกเว้น” ของอำนาจปกครองบุตร ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมากต่อผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร โดยเฉพาะอำนาจปกครองเหนือตัวบุตร ซึ่งเป็นอำนาจหลักในการปกป้องคุ้มครองดูแลบุตรผู้เยาว์ เพราะเมื่อบิดามารดาซึ่งไม่มีอำนาจปกครองบุตรประสงค์ที่จะติดต่อกับบุตร ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรก็ต้องยินยอมให้บุคคลดังกล่าวติดต่อกับบุตรได้ เพราะเป็นสิทธิที่กฎหมายกำหนดให้แก่บิดามารดาที่ขอบด้วยกฎหมายของบุตร โดยที่ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรอาจมองว่าการติดต่อกับบุตรนั้นไม่เป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กหรือเด็กอาจจะไม่ต้องการที่จะติดต่อกับบุคคลดังกล่าวก็ได้ในเรื่องดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าอำนาจปกครองบุตรเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากกว่าสิทธิติดต่อกับบุตร เพราะอำนาจปกครองบุตรเป็นสิ่งที่มิขึ้นเพื่อให้บิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครองเลี้ยงดูบุตรให้เจริญเติบโต แต่สิทธิติดต่อกับบุตรเป็นสิทธิที่กฎหมายให้แก่บิดามารดาเพื่อให้บิดามารดามีโอกาสที่จะได้พบเจอบุตรบ้างตามความเหมาะสมและเพื่อให้บิดามารดาสามารถทำหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรได้ สิทธิติดต่อกับบุตรจึงไม่ควรที่จะเป็นข้อยกเว้นของอำนาจปกครองบุตรหรืออาจกล่าวได้ว่าสิทธิติดต่อกับบุตรไม่อาจเป็นสิทธิที่มาตัดอำนาจปกครองบุตรได้ เพราะการที่กฎหมายให้อำนาจปกครองบุตรในการกำหนดที่อยู่ของบุตรและอำนาจในการเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีเหตุผล

⁸² Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction Section 159.

⁸³ Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction Section 164.

ขึ้นเพื่อให้ผู้ใช้อำนาจปกครองซึ่งเป็นผู้ดูแลเลี้ยงดูบุตรมาโดยตลอด พิจารณาถึงความเหมาะสมของที่อยู่ของบุตรว่า บุตรควรที่จะไปอยู่สถานที่ใด สภาพแวดล้อมแบบไหน และควรจะไปอยู่กับใคร เพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ตัวบุตร ซึ่งหากผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรเห็นว่าบุตรตกอยู่ในสถานการณ์หรือสภาพแวดล้อมที่อันตรายขณะที่มีการติดต่อกับบิดามารดาที่มาติดต่อกับบุตร ผู้ใช้อำนาจปกครองก็ควรที่จะมีสิทธิเรียกตัวบุตรคืนจากบุคคลดังกล่าวได้ อำนาจปกครองบุตร จึงต้องเป็นสิ่งที่อยู่เหนือกว่าสิทธิติดต่อกับบุตร

ทั้งนี้ มีข้อที่น่าสังเกตอีกว่า กรณีที่ทั้งบิดาและมารดามีอำนาจปกครองบุตรด้วยกันทั้งสองฝ่าย แต่บุตรอาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น บุตรอาศัยอยู่กับมารดา ต่อมาบิดาต้องการที่จะติดต่อกับบุตร แต่มารดาไม่ต้องการให้บุตรไปพบเจอกับบิดา ซึ่งบิดาก็สามารถกล่าวอ้างได้ว่าตนก็เป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรเช่นกัน บิดาย่อมมีอำนาจในการกำหนดที่อยู่ของบุตรได้ เพราะเป็นอำนาจปกครองทางกายภาพเหนือตัวบุตร ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการแบ่งประเภทของอำนาจปกครองบุตรเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมัน ย่อมก่อให้เกิดความชัดเจนของขอบเขตของอำนาจปกครองบุตรที่บิดามารดาแต่ละฝ่ายมี ว่าบิดามารดาฝ่ายใดมีอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมาย ฝ่ายใดมีอำนาจปกครองบุตรทางกายภาพ ซึ่งหากฝ่ายใดมีเพียงอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมาย แต่ไม่มีอำนาจปกครองบุตรทางกายภาพ ก็สามารถที่จะใช้สิทธิติดต่อกับบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1584/1 ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีข้อเท็จจริง ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582 ศาลจึงจะสามารถถอนอำนาจปกครองแต่บางส่วนหรือทั้งหมดได้ ซึ่งการถอนอำนาจปกครองบุตรบางส่วนตามมาตรา 1582 ก็ไม่ได้มีการบัญญัติโดยชัดเจนว่าศาลสามารถถอนอำนาจปกครองบุตรได้มากน้อยเพียงใด

4.2 การกำหนดบุคคลที่มีสิทธิติดต่อกับบุตร

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศเยอรมัน ก็ได้มีการเปิดกว้างให้บุคคลอื่นนอกเหนือจากบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรมีสิทธิติดต่อกับบุตรได้ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ใกล้ชิดทางสายโลหิตและความสัมพันธ์ทางความเป็นจริงระหว่างบุคคลกับเด็กเทียบเท่ากับความสัมพันธ์ตามกฎหมาย ซึ่งบุคคลอื่นนอกเหนือจากบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายอาจจะเคยอยู่อาศัยกับเด็ก เคยเลี้ยงดูเด็กมาก่อน มีความรักความห่วงใยเด็กเหมือนเป็นบุตรของตนเองที่อาจเทียบเท่าหรือมากกว่าบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กเสียอีกในบางกรณี เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยที่หากเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่มีสิทธิติดต่อกับบุตรเลย เนื่องจากสิทธิติดต่อกับบุตรถูกบัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บิดามารดาที่ถูกถอนอำนาจปกครองบุตรหรือมีเหตุให้อำนาจปกครองของบิดามารดานั้นสิ้นสุดลง ยังคงมีสิทธิติดต่อกับบุตรเพื่อทำหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1584 โดยในประเด็นของบุคคลที่มีสิทธิติดต่อกับบุตร ผู้เขียนเห็นว่าการให้บุคคลอื่นนอกเหนือจากบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตและความสัมพันธ์ทางความเป็นจริงกับเด็กมีสิทธิติดต่อกับบุตร เช่น บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย บิดามารดาเลี้ยง หรือกรณีของคู่รักเพศเดียวกัน ก็น่าจะเป็นการสร้างสภาวะแวดล้อมทางสังคมที่ดีให้กับเด็กได้ หากเด็กได้เติบโตมาท่ามกลางบุคคลที่รักและผูกพันกับเด็ก และเด็กก็มีความรักและผูกพันกับบุคคลดังกล่าวด้วย บุคคลที่มีสิทธิติดต่อกับบุตร

จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องถูกจำกัดอยู่แค่เพียงบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เพียงแต่การติดต่อกับบุตรนั้นจะต้องอยู่ในขอบเขตที่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการจะให้สิทธิบุคคลเหล่านี้ให้มีสิทธิติดต่อกับบุตร ไม่ควรที่จะเป็นการให้สิทธิโดยอัตโนมัติ โดยกฎหมายควรที่จะกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขที่บุคคลดังกล่าวจะต้องมีการพิสูจน์ต่อศาลว่าตนมีสัมพันธ์ทางสังคมและทางข้อเท็จจริง รวมถึงมีความผูกพันกับเด็กจริงๆ ไม่ใช่เข้ามาในฐานะคนแปลกหน้า ซึ่งอาจมีจุดประสงค์หรือเจตนาเพื่อประโยชน์อื่นใดจากการติดต่อกับบุตร หรือเพียงกล่าวอ้างว่าตนเป็นบิดาที่แท้จริงของเด็ก ทั้งนี้ ก็เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดวัตถุประสงค์ของการติดต่อกับบุตรที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับผู้ที่มีสิทธิติดต่อกับบุตร เพื่อให้เด็กรู้สึกได้รับความรักความห่วงใยและรู้สึกว่าตนยังมีครอบครัวที่ดีและสมบูรณ์

4.3 การพิจารณาขอบเขตของสิทธิติดต่อกับบุตร

แม้ว่าการพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 จะกำหนดให้ผู้อำนวยการสถานพินิจมีหน้าที่ประมวลและรายงานเกี่ยวกับความเป็นอยู่ของครอบครัว สวัสดิภาพ ความประสงค์หรือประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์และข้อเท็จจริงอื่นต่อศาล รวมถึงเปิดโอกาสให้คู่ความมีสิทธิที่จะแถลงคัดค้านและนำสืบหักล้างได้ก็ตาม แต่วิธีพิจารณาคดีดังกล่าวค่อนข้างที่จะมีลักษณะที่เปิดกว้างให้ศาลใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดี โดยที่กฎหมายไทยไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากระบวนการที่จะให้บุคคลใดมีสิทธิติดต่อกับบุตร รวมถึงขอบเขตในการติดต่อกับบุตร ศาลจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงใดบ้าง ต้องมีมาตรการใดบ้างเพื่อป้องกันการทำละเมิดต่อเด็กขณะมีการติดต่อกับบุตร ซึ่งในบางครั้งหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการให้บิดาหรือมารดาที่ประสงค์จะติดต่อกับบุตรนั้นมีสิทธิติดต่อกับบุตร เพราะเห็นว่าเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก แต่ผู้ใช้อำนาจปกครองกลับมองว่าการให้บุคคลดังกล่าวติดต่อกับบุตรนั้นขัดต่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก กรณีดังกล่าวจึงเป็นกรณีที่ดุลพินิจของศาลขัดแย้งต่อผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร และอาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่ศาลแทรกแซงอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร เนื่องจากอำนาจปกครองบุตรเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรใช้ดูแลเลี้ยงดูและปกป้องคุ้มครองบุตรผู้เยาว์ ซึ่งบุคคลอื่นใดหรือศาลก็ไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจนี้ เพราะถือว่าผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมมีความรับผิดชอบที่จะใช้อำนาจนี้เพื่อประโยชน์ทั่วไปของบุตรและครอบครัว⁸⁴ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเพื่อให้การกำหนดขอบเขตในการติดต่อกับบุตรเกิดผลกระทบต่ออำนาจปกครองบุตรให้น้อยที่สุด นอกจากที่กฎหมายกำหนดให้ศาลต้องรับฟังความเห็นจากผู้อำนวยการสถานพินิจและรับฟังคู่ความทั้งสองฝ่ายแล้ว ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ควรที่จะต้องมีภาระบุหลักเกณฑ์ มาตรการ วิธีการติดต่อกับบุตรที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรม รวมถึงการกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรเข้ามามีส่วนรวมในการกำหนดการติดต่อกับบุตรได้เช่นเดียวกับกฎหมายรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมัน เพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาได้อย่างรอบคอบละเอียดถี่ถ้วนและเหมาะสมว่าในการที่ศาลจะต้องพิจารณาตัดสินว่าควรให้มีการติดต่อกับบุตรได้หรือไม่และมากน้อย

⁸⁴ ประสพสุข บุญเดช (เชิงอรรถ 18) 606.

เพียงใด เพื่อไม่ให้เป็นการกระทบต่ออำนาจปกครองบุตรมากเกินไปจนกลายเป็นการแทรกแซงอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร

4.4 ข้อจำกัดสิทธิติดต่อกับบุตรและระดับความเข้มงวดในการติดต่อกับบุตร

จากการศึกษากฎหมายรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมัน จะเห็นได้ว่ากฎหมายมีการกำหนดข้อจำกัดสิทธิติดต่อกับบุตรซึ่งถูกนำมาใช้สำหรับกรณีที่มีพฤติการณ์ร้ายแรง เช่น ผู้ที่ประสงค์จะติดต่อกับบุตรกระทำความผิดอาญาในฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งมีผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์หรือกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา หรือมีการกระทำความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก ศาลก็จะไม่อนุญาตให้บุคคลนั้นมีสิทธิติดต่อกับบุตร เว้นแต่ศาลจะเห็นว่าไม่มีความเสี่ยงต่อสุขภาพ ความปลอดภัย และสวัสดิภาพของเด็ก ศาลก็อาจจะมีการกำหนดระดับความเข้มงวดสำหรับการติดต่อกับบุตรที่มีพฤติการณ์ดังกล่าว โดยการกำหนดให้การติดต่อกับบุตรต้องอยู่ในความควบคุมของผู้เชี่ยวชาญ หรือกำหนดให้การติดต่อกับบุตรนั้นกระทำได้เฉพาะกรณีที่มีบุคคลที่สามอยู่ด้วยต่อหน้า ซึ่งอาจเป็นหน่วยงานบริการเกี่ยวกับสวัสดิภาพของเด็กหรือสมาคม อย่างไรก็ตาม มีข้อที่น่าสังเกตว่ากฎหมายไม่ได้ตัดสิทธิบุคคลที่มีพฤติการณ์ร้ายแรงหรือมีพฤติกรรมความรุนแรงในครอบครัวไม่ให้มีสิทธิติดต่อกับบุตรไปเสียทีเดียว แต่ใช้วิธีการกำหนดข้อจำกัดสิทธิติดต่อกับบุตรและกำหนดระดับความเข้มงวดในการติดต่อกับบุตร เพื่อให้ศาลยังคงใช้ดุลพินิจพิจารณาให้บุคคลเหล่านั้นยังคงมีสิทธิติดต่อกับบุตรได้ หากไม่ได้ทำให้เด็กตกอยู่ในความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญหรือก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็ก แต่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้เชี่ยวชาญหรือหน่วยงานบุคคลที่สามซึ่งผู้เชี่ยวชาญเห็นว่า ถ้าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการกำหนดข้อจำกัดสิทธิติดต่อกับบุตรและกำหนดระดับความเข้มงวดในการติดต่อกับบุตร ก็ย่อมส่งผลดีหลายประการ

ประการแรก เพื่อเป็นการกำหนดกรอบการพิจารณาของศาลในการใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าพฤติการณ์ของบุคคลที่ประสงค์จะมีสิทธิติดต่อกับบุตรนั้นควรมีสิทธิติดต่อกับบุตรหรือไม่ และพฤติการณ์ของบุคคลที่ประสงค์จะมีสิทธิติดต่อกับบุตรควรมีข้อจำกัดในการติดต่อกับบุตรและอยู่ในความควบคุมของผู้เชี่ยวชาญหรือหน่วยงานบุคคลที่สามหรือไม่

ประการต่อมา เพื่อไม่ให้บุคคลที่อาจจะเคยกระทำความผิดหรือเคยมีพฤติกรรมความรุนแรงในครอบครัวหรือพฤติกรรมอื่นที่ไม่เหมาะสมถูกตัดสิทธิจากการมีสิทธิติดต่อกับบุตรไปโดยสิ้นเชิง หากศาลเห็นว่าการอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวติดต่อกับบุตร จะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก แต่ต้องอยู่ในความควบคุมของผู้เชี่ยวชาญหรือหน่วยงานบุคคลที่สามจนกว่าจะได้รับการประเมินว่าสามารถติดต่อกับบุตรได้โดยไม่ต้องอยู่ในความควบคุม แต่ทั้งนี้ ศาลจะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพ ความปลอดภัย และอันตรายที่อาจเกิดกับเด็กเป็นสำคัญด้วย

นอกจากนี้ ข้อจำกัดสิทธิก็ควรจะรวมถึงการกำหนดให้ศาลสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงหรือยุติคำสั่งเกี่ยวกับสิทธิติดต่อกับบุตรได้ หากบิดามารดา ผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้ปกครอง ศาล รวมถึงตัวเด็กเองเห็นว่าผู้มีสิทธิติดต่อกับบุตรนั้นมีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปซึ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อสวัสดิภาพ ความปลอดภัยของเด็ก เช่น ไปกระทำความผิดทางอาญา

ซึ่งเป็นความผิดร้ายแรงภายหลังจากที่ศาลอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิติดต่อกับบุตร หรือทำอันตรายต่อเด็กและครอบครัวของเด็ก เป็นต้น

4.5 การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก

การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเกี่ยวกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยเฉพาะในบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร ซึ่งเป็นเรื่องความสัมพันธ์ของครอบครัวและมีเด็กเข้ามาเกี่ยวข้องโดยตรง ทำให้การพิจารณาของศาลที่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยเฉพาะคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย ศาลอาจไม่สามารถพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กได้อย่างรอบด้านในเรื่องนั้น ๆ เพื่อชั่งน้ำหนักประกอบกับสิทธิหรือประโยชน์อื่น ๆ เมื่อเกิดการขัดกันระหว่างสิทธิหรือประโยชน์ของบิดามารดา ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ผู้ปกครอง ผู้มีสิทธิติดต่อกับบุตร และเด็ก เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นการเฉพาะเจาะจงและเป็นรูปธรรมในเรื่องนั้น ๆ ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กกำหนดให้ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงในฐานะที่มีความสำคัญเป็นลำดับแรก เมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของกฎหมายรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมันที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และมาตรการในการพิจารณาเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็กในเรื่องสิทธิติดต่อกับบุตรไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง ผู้เขียนจึงเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ควรมีการบัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย รวมถึงอาจมีการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองเด็ก ในกรณีที่เกิดอันตรายต่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก เช่น คดีเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรและสิทธิติดต่อกับบุตร เป็นต้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นรูปธรรมว่าศาลจะต้องคำนึงถึงเรื่องใดบ้างในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็ก

4.6 การขอความยินยอมจากเด็กและการกำหนดให้ศาลต้องรับฟังเด็กก่อน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมัน รวมถึงอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก จะเห็นได้ว่า กฎหมายให้ความสำคัญกับการแสดงเจตนาและความยินยอมของเด็ก โดยในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรและสิทธิติดต่อกับบุตร ศาลจะต้องมีการรับฟังเด็กก่อนว่าเด็กมีความประสงค์อย่างไรในเรื่องดังกล่าว โดยกฎหมายก็ได้มีการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่อยู่ในวัยที่สามารถแสดงความรู้สึกต่อศาลด้วยตัวเองได้เฉลี่ยอยู่ที่อายุ 14 ปี เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1584/1 จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้สิทธิติดต่อกับบุตรแก่บิดามารดาของเด็กฝ่ายเดียวเท่านั้น แต่ไม่ได้มีการกล่าวถึงความยินยอมหรือการแสดงเจตนาของเด็ก และช่วงอายุที่มีความเหมาะสมที่เด็กจะสามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองได้ เนื่องจากบางกรณีเด็กอาจไม่ได้ต้องการติดต่อพบเจอบิดาหรือมารดาที่ไม่ได้มีอำนาจปกครองบุตรอย่างแท้จริง แต่ด้วยเพราะเป็นสิทธิของผู้มีสิทธิติดต่อกับบุตร จึงมีการตกลงกันระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองและผู้มีสิทธิติดต่อกับบุตร รวมถึงศาลอาจมองว่าการให้ผู้มีสิทธิติดต่อกับบุตรติดต่อพบเจอเด็กได้นั้นเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก ศาลจึงกำหนดให้มีการติดต่อกับบุตรได้ ดังนั้น การแสดงเจตนาให้ความยินยอมของเด็ก จึงควรที่จะเป็นเงื่อนไขสำคัญอีกประการเพื่อเป็นเงื่อนไขชี้วัดด้วยว่าการติดต่อกับบุตรนั้นเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กที่แท้จริงหรือไม่ โดยผู้เขียนเห็นว่าประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์ควรกำหนดอายุที่เด็กจะให้ความยินยอมในการให้ผู้มีสิทธิติดต่อกับบุตรมาพบเจอได้ที่อายุไม่ต่ำกว่า 15 ปี เนื่องจากส่วนใหญ่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะบัญญัติเกณฑ์อายุที่ผู้เยาว์สามารถทำนิติกรรมได้เองเฉพาะตัวไว้ที่อายุ 15 ปี อีกทั้ง ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ในกระบวนการพิจารณาคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย ก็ไม่ได้มีการบัญญัติให้ศาลจะต้องรับฟังเด็กก่อน ทั้ง ๆ ที่คดีดังกล่าวมักจะเป็นเรื่องที่มีเด็กเข้ามาเกี่ยวข้องในคดีโดยตรง และความประสงค์ของเด็กก็ควรที่จะเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาของศาล เพื่อประกอบกับการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็ก ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ากระบวนการพิจารณาคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียควรที่จะมีบทบัญญัติให้ศาลรับฟังเด็กก่อน รวมถึงจะต้องมีมาตรการเฉพาะในการที่ศาลจะรับฟังเด็กด้วย โดยอาจให้มีผู้เชี่ยวชาญ นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ เข้ามาร่วมรับฟัง ในขณะที่มีการพิจารณาคดีด้วยก็ได้

บทสรุป

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิติดต่อกับบุตรพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1584/1 ได้บัญญัติให้สิทธิแก่บิดามารดามีสิทธิติดต่อกับบุตรได้ตามควรแก่พฤติการณ์ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีความไม่ชัดเจนและยังคงมีประเด็นปัญหาที่สมควรได้รับการแก้ไข ในประเด็นของบุคคลผู้มีสิทธิติดต่อกับบุตรและขอบเขตของสิทธิติดต่อกับบุตร เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติหลักการหรือแนวทางในการพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตของสิทธิติดต่อกับบุตร วิธีการใช้สิทธิติดต่อกับบุตร และเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้เลย ทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิติดต่อกับบุตร อำนาจใช้ดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งกำหนดให้ในคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย ผู้อำนวยการสถานพินิจมีหน้าที่ประมวลและรายงานเกี่ยวกับความเป็นอยู่ของครอบครัว สุขภาพ ความประสงค์หรือประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์และข้อเท็จจริงอื่นต่อศาล การใช้ดุลพินิจของศาลจึงมีลักษณะที่เปิดกว้างในการพิจารณาเรื่องสิทธิติดต่อกับบุตร อีกทั้ง กระบวนการพิจารณาคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย กฎหมายก็ไม่ได้มีการกำหนดกระบวนการที่ศาลจะต้องรับฟังเด็กก่อน เพื่อให้ทราบถึงความประสงค์ที่แท้จริงของเด็ก นอกจากนี้ การพิจารณาคดีครอบครัว ศาลจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งการกำหนดแนวทางในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กตามกฎหมายกระทรวงกำหนดแนวทางพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 ยังไม่มีความชัดเจนและไม่เป็นรูปธรรมในการจะนำมาปรับใช้สำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิติดต่อกับบุตร เปรียบเทียบกับกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนียประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมัน ซึ่งประเทศเยอรมันได้มีการลงนามและให้สัตยาบันเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่ได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก แต่ทั้งสองประเทศก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กไปในทิศทางเดียวกัน นอกจากนี้ ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิติดต่อกับบุตร กฎหมายของทั้งสองประเทศก็มีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นการบัญญัติหลักเกณฑ์ มาตรการ ข้อจำกัดสิทธิติดต่อกับบุตร และระดับความเข้มงวดในการติดต่อกับบุตร การขอความยินยอมและการรับฟังเด็ก เพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาขอบเขต

ของสิทธิติดต่อบุตรได้อย่างเหมาะสม อีกทั้ง ทั้งสองประเทศก็ได้มีการบัญญัติให้บุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือความสัมพันธ์ในความเป็นจริงกับบุตรที่มีสถานะที่คล้ายคลึงหรือเหมือนกันกับบิดามารดาสามารถที่จะมีสิทธิติดต่อบุตรได้ เช่น บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย บิดามารดาเลี้ยง คู่รักเพศเดียวกัน เป็นต้น

บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

ประสพสุข บุญเดช, *คำอธิบายกฎหมายครอบครัว*, (พิมพ์ครั้งที่ 22, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559).

ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว*, (พิมพ์ครั้งที่ 8, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556).

— *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว*, (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563).

รัศภา เอกบุตร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว: บิดามารดากับบุตร เรียงมาตรา* (พิมพ์ครั้งที่ 1, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552).

วิเศษ อ่อนตา, *คำอธิบายพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนแลครอบครัว พ.ศ. 2553 พร้อมด้วยระเบียบและวิธีการปฏิบัติงานและข้อสังเกต* (พิมพ์ครั้งที่ 1 ร้านสวัสดิการหนังสือกฎหมาย “ปณรัชช” 2556).

สพรั่ง กิติ ศุภการ, *คำอธิบายพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนแลครอบครัว พ.ศ. 2553* (พิมพ์ครั้งที่ 4 (ปรับปรุงใหม่ 2563), สำนักพิมพ์อมรินทร์พรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง 2562).

รายงานผลการวิจัย

ภาษาไทย

มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, ‘หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก’ (รายงานผลการวิจัย เสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มธ. 2561).

บทความ

ภาษาไทย

ชัยยุทธ ศรีจันทร์, ‘คดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย’ 53

<<https://repository.au.edu/server/api/core/bitstreams/e8a3db88-37f0-4547-8094-0fe4aab2c86a/content>> สืบค้นเมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2566.

ภาษาต่างประเทศ

Andreas T. Hanke, 'Custody and Visitation Rights in Germany After the Decisions of the European Court on Human Rights' (2011) Vol.45 No.3 Family Law Quarterly <www.jstor.org/stable/23240322> สืบค้นเมื่อ 15 มิถุนายน 2565.

ANNE GOODWIN, 'Determination of Legal Parentage in egg donation, Embryo Transplantation, and Gestational Surrogacy Arrangement' (1992) Vol.26 No.3 Family Law Quarterly <<http://www.jstor.com/stable/25739911>> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2565.

CHISTA WIERTZ-WEZENBEEK, 'Visitation Rights of Nonparents and Children in England and the Netherlands' (1997) Vol. 31 No. 2 Family Law Quarterly <<http://www.jstor.org/stable/25740127>> สืบค้นเมื่อ 25 สิงหาคม 2565.

Jeff Atkinson, 'It all comes down to the best interest of the child' (1990) Vol.12 No.3 Family Advocate, <<https://www.jstor.org/stable/25804756>> accessed 6 June 2021. สืบค้นเมื่อ 15 มิถุนายน 2565.

CARLA GARRITY and MITCHELL A. BARIS, 'Custody & Visitation: Is It Safe? How to protect a child from an abusive parent' (1995) Vol.17 No.3 Family Advocate <<https://www.jstor.org/stable/25805701>> สืบค้นเมื่อ 15 มิถุนายน 2565.

Nina Dethloff and Dieter Martiny, 'Parental Responsibilities' National Report: Germany <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Germany-Parental-Responsibilities.pdf>> สืบค้นเมื่อ 14 มีนาคม 2566.

Russell Miller and Volker Röben, 'Constitutional Court Upholds Lifetime Partnership Act' (2002) 3 German Law Journal <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=176>> สืบค้นเมื่อ 10 พฤศจิกายน 2565.

คำพิพากษา

ภาษาต่างประเทศ

Anayo v. Germany App no 20578/07 (ECtHR, 21 March 2011).

Johnson v. Calvert, 5 Cal.4th 84, 19 Cal. Rptr. 2d 494, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).

บล็อกและเว็บไซต์

ภาษาไทย

กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, ‘อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก’ (mfa.go.th)
<<https://humanrights.mfa.go.th/th/kids/72/>> สืบค้นเมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2566.

ภาษาต่างประเทศ

—‘Convention on the Rights of the Child’ (United Nations Treaty Collection)
<https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en> สืบค้นเมื่อ 29 มีนาคม 2566.

—‘LGBTQ Adoption and foster care parenting in California’ (Family Equality Council)
<<https://www.familyequality.org/wp-content/uploads/2019/03/5-California-Snapshot.pdf>> สืบค้นเมื่อ 8 มีนาคม 2566.

—‘Surrogacy in Germany’ (surrogacybypons, 11 March 2019) <<https://surrogacybypons.com/surrogacy-in-germany/>> สืบค้นเมื่อ 14 มีนาคม 2566.

California Courts The Judicial Branch of California, ‘Parenting Plans’ (courts.ca.gov) <<https://www.courts.ca.gov/15872.htm>.> accessed 12 April 2020. สืบค้นเมื่อ 12 เมษายน 2566.

Gesley, Jenny, ‘Germany: Right to Know Biological Father for Children Conceived Through Sperm Donation’ (Library of congress, 2017) <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2017-07-27/germany-right-to-know-biological-father-for-children-conceived-through-sperm-donation/>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.

Hossein Berenji, ‘What are the rights of unmarried fathers in California?’ (Berenji & Associates Family Law Attorneys), <<https://www.berenjifamilylaw.com/what-are-the-rights-of-unmarried-fathers-in-california/>> สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2566.

Paul Wallin, ‘Do Sperm Donors Have Parental Rights?’ (Wallin&Klarich a Law Corporation, 16 May 2013) <<https://www.wkfamilylaw.com/do-sperm-donors-have-parental-rights-california-family-code-sections-7611-and-7613/>> สืบค้นเมื่อ 21 มีนาคม 2566.