หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ศึกษากรณีการสมรสระหว่างเด็กกับผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครอง[1]

THE BEST INTEREST OF THE CHILD : A CASE STUDY OF MARRIAGE WITH AN ADOPTER OR GUARDIAN

จิรภัทร ไทรงามสถิต

Jiraphat Saingamsatid

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : jiraphat.sai@dome.tu.ac.th
Graduate student of Master of Laws Program in Private law,
Faculty of Law, Thammasat University : jiraphat.sai@dome.tu.ac.th

Received : April 28,2023
Revised : May 24, 2023
Accepted : June 2, 2023

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best interest of the child) เพื่อหาแนวทางป้องกันคุ้มครองเด็กที่เหมาะสม ในกรณีการสมรสของผู้เยาว์ซึ่งถือว่าเป็นเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Right of Child) กับบุคคลในครอบครัวที่มีสถานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมที่กฎหมายไม่ห้ามทำการสมรสเนื่องจากไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิตโดยตรง และการสมรสกับผู้ปกครองซึ่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามทำการสมรส

ซึ่งจากการศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายของไทยในปัจจุบันพบว่า ตามบทบัญญัติมาตรา 1436 (3) (4) ประกอบกับมาตรา 1454 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้ผู้เยาว์ต้องขอความยินยอมจากผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณีนั้น มีลักษณะผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict Of Interest) ของผู้ใช้อำนาจปกครองกับสิทธิและเสรีภาพในการแสงเจตนาสมรสของเด็ก เพราะผู้ใช้อำนาจปกครองที่จะให้ความยินยอมในการสมรสของเด็กเป็นบุคคลเดียวกันกับคนที่เด็กต้องทำการสม รสด้วย ซึ่งอาจทำให้เด็กขาดอิสระในการตัดสินใจอย่างแท้จริง (Privacy right) ในการก่อตั้งครอบครัว และเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก

[1] บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ของผู้เขียน หัวข้อ หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ศึกษากรณีการสมรสระหว่างเด็กกับผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครอง (อยู่ระหว่างการศึกษา)

เนื่องจากเด็กอาจไม่สามารถแสดงความเห็น หรือความต้องการของตนเองได้อย่างแท้จริง เพราะตกอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ถูกครอบงำจากสถานะความเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครอง ซึ่งยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือกระบวนการใดที่จะมาคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กในกรณีที่เด็กอาจต้องทำการสมรสกับบุคคลในครอบครัวเดียวกัน

โดยในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวสำหรับบทความนี้ ผู้เขียนได้นำแนวทางของกฎหมายประเทศเยอรมันมาปรับใช้ โดยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการอนุญาตให้เด็กสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณี

คำสำคัญ

การคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก, การสมรสกับผู้ใช้อำนาจปกครอง, เสรีภาพในการสมรส

ABSTRACT

This article studied child protection according to the best interests of the child. The goals was to identify effective child protection strategies when a minor who is considered a child according to the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) marries a family member who is an adopter (this union is legal because they are not blood relatives) as well as marriage with a guardian, which is not prohibited by law.

Sections 1436 (3) (4) and 1454 of the Thailand Civil and Commercial Code (TCCC) provide that the minor must obtain approval of an adopter or guardian, as the case may be, as indicated in provisions of current Thai legislation. There is a conflict or overlap between parental interest and a child's freedom and right to announce the intent to marry. As a result, children might lack the option to openly choose to start a family (the right to privacy), which would be inconsistent with the best interests of the child, preventing them from voicing opinions.

To solve the aforementioned problem, this article recommends that the example of German law be taken into account, in which the court has discretion to allow a child to marry an adopter or guardian, as the case may be.

Keywords

Best interests of the child, Marriage, Parental authority, Freedom of marriage

1. บทนำ

ครอบครัวถือเป็นหน่วยพื้นฐานของสังคม ที่เริ่มขึ้นเมื่อชายและหญิงได้ทำการสมรสกันภายใต้เงื่อนไขแห่งการสมรสที่กฎหมายกำหนด เพราะครอบครัวเป็นสถาบันทางสังคมที่กฎหมายต้องให้การคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตาม ความมีอิสระในการเลือกคู่ครองที่จะเข้ามาใช้ชีวิตร่วมกันเป็นเรื่องที่บุคคลสามารถทำได้อย่างมีเสรีภาพโดยเป็นเอกสิทธิ์ที่รัฐจะไม่เข้ามาก้าวก่ายในสิทธิดังกล่าว เพราะถือว่าเป็นเรื่องส่วนบุคคล ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสใดๆ นั้น ก็ควรจะต้องสอดคล้องกับสภาพสังคม ความเหมาะสม และความเป็นไปได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ของบุคคลที่ต้องการจะสมรส แต่ในเรื่องหลักเกณฑ์การสมรสตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการสมรสกับบุคคลในครอบครัว พบว่ามีบางประเด็นในเรื่องการขอความยินยอมในการสมรสของผู้เยาว์ที่มีปัญหาในลักษณะผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict Of Interest) และยังไม่มีกระบวนการขั้นตอนทางกฎหมายใดมาควบคุมดูแลอย่างเหมาะสม

การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ฉบับปัจจุบัน ในเรื่องครอบครัว ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การสมรสที่เกี่ยวข้องกับการสมรสกับบุคคลในครอบครัวโดยห้ามทำการสมรสเฉพาะแต่กับกรณีบุคคลที่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีของบุคคลที่ไม่ถือเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงอันได้แก่กรณีการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมและผู้ปกครองกฎหมายไทยปัจจุบันไม่ได้ห้ามทำการสมรสกัน โดยเฉพาะกรณีการสมรสกับผู้ปกครองพบว่ากฎหมายไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องนี้ไว้เลย ด้วยเหตุนี้ ผู้เยาว์ที่กฎหมายบัญญัติให้ทำการสมรสได้ก่อนบรรลุนิติภาวะจึงสามารถทำการสมรสกับบุคลทั้งสองกรณีดังกล่าวได้ โดยต้องขอความยินยอมทำการสมรสจากบุคคลทั้งสองกรณีดังกล่าวตามบทบัญญัติมาตรา 1436 (3) (4) ประกอบกับมาตรา 1454 แต่การให้ความยินยอมสมรสนั้นอาจเกิดจากการใช้อำนาจในการตัดสินใจของผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองแต่เพียงผู้เดียวไม่ได้เกิดจากความสมัครใจของบุตรผู้เยาว์ แต่อาจเกิดจากความเกรงใจภายใต้อำนาจปกครองหรือถูกโน้มน้าวชักจูงด้วยอาจยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอในการจัดสินใจ ซึ่งผู้เยาว์ หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งเป็นเด็กตามความหมายในมาตรา 1 ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และรวมถึงบุคคลที่อายุมากกว่า 18 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปีที่ยังถือว่ามีความบกพร่องในเรื่องความสามารถในฐานะที่เป็นผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 19 ด้วยเหตุนี้ ผู้เยาว์ซึ่งมีความสามารถไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายจึงต้องได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กตามหลัก The best interest of the child.

ซึ่งการที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ห้ามทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณีแต่ต้องขอความยินยอมสมรสกับบุคคลทั้งสองกรณีดังกล่าว อาจจะทำให้เกิดปัญหาในลักษณะของการมีผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest) ระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองซึ่งเป็นผู้ให้ความยินยอมสมรสกับผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุคคลที่ตนจะทำการสมรสด้วย อันเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก จึงจำเป็นต้องศึกษาบทบัญญัติหรือหลักการที่เกี่ยวข้องว่ามีประเด็นใดที่ควรได้รับการแก้ไข เพื่อให้สอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

2. ความรู้พื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและหลักเกณฑ์การสมรสกับบุคคลในครอบครัว

เด็กเมื่อเกิดมาควรจะต้องได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่งและควรได้รับการปฏิบัติต่อกันอย่างเท่าเทียมในเรื่องต่าง ๆ ตามหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน การศึกษาแนวคิดการคุ้มครองเด็กผู้เขียนจึงเริ่มจากความเป็นมาของหลักสิทธิมนุษยชนเพื่อนำไปสู่แนวคิดการคุ้มครองสิทธิเด็กซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญของหลักสิทธิมนุษยชน และจุดเริ่มต้นที่ให้เห็นถึงความจำเป็นและวิวัฒนาการเกี่ยวกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเหตุใดเด็กจึงควรต้องได้รับความคุ้มครอง ตลอดจนหลักเกณฑ์เงื่อนไขการสมรสที่เกี่ยวข้องกับบุคคลในครอบครัวที่ผู้เขียนพบว่าอาจเป็นปัญหาในลักษณะผลประโยชน์ขัดกัน (conflict of interest) จากการใช้อำนาจปกครองซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ดังนี้

2.1 แนวคิดการคุ้มครองสิทธิเด็กสู่แนวคิดการพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

การคุ้มครองสิทธิเด็ก เป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญของหลักสิทธิมนุษยชน (Human right) อันเป็นหลักขั้นพื้นฐานที่ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีของมนุษย์และสิทธิความเท่าเทียมกันของมนุษย์ ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2491 (Universal Declaration of Human Rights 1948) ว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระและความเท่าเทียมกันในศักดิ์ศรีและสิทธิเขาเหล่านั้นต่างมีเหตุผลและมโนธรรมและควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ[2]ซึ่งสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน เพื่อให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติต่อกันอย่างเท่าเทียมในเรื่องต่าง ๆ และเด็กเมื่อเกิดมาก็ควรจะต้องได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่งเช่นกัน โดยการคุ้มครองสิทธิเด็กได้มีบัญญัติแทรกไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ.2491 แต่ยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองและครอบคลุมผลประโยชน์หรือสิทธิต่าง ๆ ของเด็กได้ จนได้มีการผลักดันและเสนอร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กต่อองค์การสหประชาชาติและประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The 1989 Convention on the Rights of the Child) ในเวลาต่อมา ซึ่งปัจจุบันถือว่าอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นกฎมายระหว่างประเทศที่กำหนดมาตรฐานการคุ้มครองเด็กที่สำคัญอย่างยิ่ง โดยมีประเทศที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติได้ให้สัตยาบันรับรองอนุสัญญาฉบับนี้ในหลาย ๆ ประเทศ เกือบทั่วโลกรวมทั้งประเทศไทยด้วย ดังนั้น เด็กจึงได้รับการยอมรับในฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายและมีสถานะเป็นประธานแห่งสิทธิ ทั้งนี้ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีหลักการที่สำคัญ 2 ประการ[3] คือ

1. เด็กทุกคนมีสิทธิติดตัว (inherent right) มาตั้งแต่กำเนิด ดังนั้นผู้ใดจะไปจำกัดการใช้สิทธิหรือละเมิดสิทธิอันชอบธรรมของเด็กไม่ได้

2. รัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิของเด็กและต้องยึดหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในการพิจารณาดำเนินการต่างๆ เสมอ

---

[2] Universal Declaration of Human Rights, adopted and proclaimed by General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948 Article 1.

[3] มาตาลักษณ์ เสรเมธากุล, ‘หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายแนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562) 52-53.

คำว่า “สิทธิเด็ก” เป็นสิทธิสากล (Universal Rights) และเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) ที่จะต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองตามพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยนิยามคำว่า “เด็ก” ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 1[4]ได้ให้คำนิยามว่า “เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น” ซึ่งจากนิยามดังกล่าวจึงหมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ถือว่าเป็นเด็กทั้งสิ้น เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของแต่ละประเทศซึ่งรัฐภาคีจะต้องเคารพและให้ความคุ้มครองสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้แก่เด็กแต่ละคนที่อยู่ในเขตอำนาจของตนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบ โดยไม่คำนึงถึง เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ๆ ต้นกำเนิดทางชาติ ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือสถานะอื่น ๆ ของเด็ก หรือบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย[5]และอีกหนึ่งหลักการที่สำคัญที่กำหนดในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในข้อ 3[6]คือ ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก โดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องการคุ้มครองสิทธิของเด็ก แบ่งออกได้เป็น 4 ประการ[7]ดังนี้

1. สิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอด

สิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอดคือ สิทธิของเด็กที่คลอดออกมาแล้วจะต้องมีชีวิตอยู่รอดอย่างปลอดภัย อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กกำหนดว่ารัฐภาคีจะต้องรับรองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิติดตัวมาตั้งแต่เกิด และต้องประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ให้มีการอยู่รอดและพัฒนาของเด็ก

2. สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง

สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองเป็นสิทธิที่เด็กจะได้รับปกป้องคุ้มครองจากการทารุณกรรมทุกรูปแบบ เช่น การทารุณกรรมทางร่างกาย จิตใจ และทางเพศ ซึ่งรวมถึงการล่วงละเมิดทางเพศ หรือการแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบต่างๆ เช่น การค้าประเวณีเด็ก การขายเด็ก การนำเด็กไปใช้เป็นขอทาน ไม่ว่าจะโดยบิดามารดา หรือโดยผู้ใดก็ตาม นอกจากนี้เด็กที่ลี้ภัยจากอันตรายเข้ามาในประเทศของรัฐภาคีก็จะต้องได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลือ และสำหรับเด็กพิการทั้งทางร่างกายและจิตใจ ก็ย่อมมีสิทธิที่จะใช้ชีวิตที่ดีอย่างมีศักดิ์ศรี และได้รับการส่งเสริมให้พึ่งพาตนเองได้

[4] The 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC), Article 1.

[5] The 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC), Article 2.

[6] The 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC), Article 3.

[7] ยูนิเซฟ, ‘อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กคืออะไร’ <https://unicef.org/thailand/th/what-is-crc.> สืบค้นเมื่อ 28 พฤษภาคม 2565.

3. สิทธิในการพัฒนา

เด็กทุกคนจะได้รับสิทธิให้มีสภาพความเป็นอยู่ที่เหมาะสมกับพัฒนาการทางด้านร่างกาย จิตใจ และสังคม รวมถึงความพึงพอใจและความสุข เช่น การมีส่วนร่วมในกิจกรรมครอบครัวในโรงเรียน หรือสังคมที่เด็กอยู่ได้อย่างมีความสุข มีโอกาสเล่น พักผ่อน รับข้อมูลข่าวสารอย่างมีอิสระในการคิดและแสดงออก โดยได้รับการกล่อมเกลาทางด้านจิตใจ ความรู้ ความคิดที่เหมาะสมกับวัย และที่สำคัญที่สุดก็คือเด็กทุกคนต้องได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน 12 ปี

4. สิทธิในการมีส่วนร่วม

สิทธิในการมีส่วนร่วมเป็นสิทธิที่ให้ความสำคัญกับการแสดงออกทั้งในด้านความคิดและการกระทำของเด็ก ในการเป็นส่วนหนึ่งของสังคมที่อาศัยอยู่ รวมทั้งสิทธิในการปกป้องเรียกร้องผลกระทบที่เกิดกับชีวิตความเป็นอยู่ของเด็ก ด้วยการอนุญาตให้เด็กได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับตนเองและสามารถให้เด็กได้แสดงความคิดเห็นโดยไม่กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

โดยในส่วนของแนวคิดเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กได้มีการพัฒนามาตั้งแต่อดีตราวศตวรรษที่ 13 ซึ่งมีแนวคิดที่ว่าบิดาเป็นใหญ่และเชื่อเพียงว่าเด็กเป็นสมบัติของบิดา ต่อมาในปี ค.ศ. 1660 อังกฤษได้มีการออกกฎหมาย “The Tenure Abolition Act” มีผลให้บิดาสามารถโอนสิทธิการเลี้ยงดูบุตรให้แก่บุคคลอื่นได้ทั้งในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่หรือหลังจากที่เสียชีวิตแล้ว หากเป็นกรณีที่บิดาเสียชีวิตในขณะที่ยังไม่ได้โอนสิทธิการเลี้ยงดู ให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาตั้งผู้ปกครองได้โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานการเปรียบเทียบว่าสิ่งใดหรืออย่างไรเหมาะสมกับเด็ก ซึ่งในคดี Blisset’s ปี ค.ศ. 1744 เป็นคดีที่ศาลวางหลักการพิจารณาในข้อเท็จจริงโดยยึดหลักประโยชน์ของเด็กมาก่อนสิทธิของบิดา และภายหลังจากนั้นก็ได้มีคำพิพากษาอีกเป็นจำนวนมากที่ได้พิจารณาโดยยึดถือเป็นแนวทางเดียวกัน[8]จนมาถึงช่วงต้นศตวรรษที่ 19 จึงค่อย ๆ ปรากฏแนวคิดที่ให้บิดามารดาใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันโดยแบ่งตามเกณฑ์อายุบุตร หากบุตรที่มีอายุต่ำกว่า 3 ปี (หรือบางแหล่งข้อมูล 7 ปี) อำนาจปกครองจะอยู่ที่มารดา แต่หากอายุมากกว่านั้นให้อำนาจปกครองอยู่ที่บิดา[9]จนมาถึงในช่วงศตวรรษที่ 20 ศาลอังกฤษจึงได้มีการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กนำมาใช้พิจารณาเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กอย่างจริงจังโดยปรากฏอยู่ใน

[8] Seema Shah, ‘Does Research with Children Violate the best Interest Standard? An Empirical and Conceptual Analysis’ (2023) 8 Northwestern Journal of law and social policy 137-145 <https://core.ac.uk/download/pdf/231036461.pdf> สืบค้นเมื่อ 3 มิถุนายน 2565.

[9] Erin Bajackson, ‘Best Interest of the child – A Legislative journey Still in Motion’ (2013) 25 Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyer 312- 313 <https:// www.aaml.org/wp-content/uploads/MAT205_2.pdf> สืบค้นเมื่อ 3 มิถุนายน 2565.

กฎหมายเด็ก (Children Act 1989)[10]และแนวคิดหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กก็ได้มีการพัฒนาเรื่อยมาอย่างต่อเนื่องและปรากฏเป็นแนวคิดรากฐานขึ้นในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1924 ซึ่งวางหลักว่าผู้ใหญ่จะต้องรับผิดชอบจัดหาประโยชน์สูงสุดให้กับเด็ก ภายหลังจากนั้นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1959 จึงปรากฏถ้อยคำ “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” เป็นครั้งแรก ซึ่งกำหนดว่าให้พิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กฐานะเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด (The Paramount Consideration) และในมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ได้วางหลักว่าด้วยประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสวัสดิการของสังคมของรัฐหรือเอกชน ศาล ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก (Primary Consideration) ซึ่งเป็นการกำหนดหลักทั่วไปในการพิจารณาถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก เพื่อให้สามารถปรับใช้กับสถานการณ์บริบทหรือปัจจัยที่แตกต่างตามแต่กรณีของรัฐภาคีได้อย่างยืดหยุ่น โดยไม่ได้กำหนดนิยามไว้เป็นการเฉพาะเพื่อให้สามารถนำไปปรับใช้ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่แปรผันตามเวลาและสถานที่ของแต่ละประเทศสมาชิกได้ ซึ่งหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักประกันสิทธิใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งหรือตัดสินใจใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งจะต้องพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นทั้งทางบวกและทางลบในทุก ๆ ด้านก่อนการออกคำสั่งหรือตัดสินใจ โดยสามารถแบ่งหลักการพิจารณาได้ออกเป็น 2 ลักษณะ[11]ดังต่อไปนี้

1. การพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก (The Primary Consideration) เป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำทั่วไปเพื่อการพิจารณาหรือตัดสินใจใดๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กโดยจะต้องนำประโยชน์สูงสุดของเด็กมาพิจารณาเป็นลำดับแรก โดยจะต้องพิจารณาร่วมกับประโยชน์อื่นๆ ด้วย เช่นจะต้องไม่ขัดแย้งกับประโยชน์ทางด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างเด็กคนอื่น หรือระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่ เป็นต้น โดยเปรียบเทียบถึงความสำคัญระหว่างประโยชน์สูงสุดของเด็กกับประโยชน์อื่น ๆ ให้เกิดความสมดุลตามสถานการณ์อย่างเหมาะสมโดยใช้ในการพิจารณาในทุกกรณีโดยทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับเด็ก เช่น การรับฟังความคิดเห็นของเด็ก การจัดสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่เด็ก เป็นต้น

2. การพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด (The Paramount Consideration) เป็นการกำหนดมาตรฐานที่สูงกว่าการพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก โดยให้ความสำคัญกับประโยชน์สูงสุดของเด็กมากกว่าการพิจารณาประโยชน์อื่นๆ การพิจารณาคดีการออกคำสั่งหรือการตัดสินใจใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กจะต้องยึดหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเท่านั้น โดยไม่ต้องพิจารณาประโยชน์ของผู้ใดหรือสิ่งอื่นใดให้เหนือกว่าประโยชน์สูงสุดของเด็ก เพื่อเจาะจงให้เด็กได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพเป็นหลัก เช่น การรับบุตรบุญธรรมจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดตามหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นต้น

---

[10] Godsglory Ifezue and Maria Rajabali, ‘Protecting the Interest of the Child’ (2013) 2 (1) Cambridge Journal of International and Comparative Law 78 <https:// df1p766hy5a3u.Cloudfront .net/article_public_download_pdf/77.pdf> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2565.

[11] มาตาลักษณ์ เสรเมธากุล (เชิงอรรถ 3) 263-265.

แต่อย่างไรก็ตาม มีการตั้งข้อสังเกตในการปรับใช้เกณฑ์การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด ซึ่งศาลสามารถนำเอาประโยชน์สูงสุดของเด็กเพียงประการเดียวมาพิจารณาโดยไม่ต้องเปรียบเทียบกับสิ่งใดในการพิจารณาซึ่งทำให้เกิดปัญหาว่าอาจไม่สามารถทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับเด็กได้ในบางกรณี เนื่องด้วยข้อจำกัดด้านปัจจัยต่างๆ เช่น ในบางกรณีอาจจะเป็นการละเลยหลักมนุษยธรรมในการพิจารณาให้อำนาจปกครองกับฝ่ายที่มีความพร้อมและฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าให้เป็นผู้มีอำนาจปกครอง เนื่องจากมองว่าเด็กจะมีความสุขเมื่ออยู่กับฝ่ายที่มีความพร้อมมากกว่า โดยมองข้ามฝ่ายที่มีความผูกพันมากกว่า ซึ่งแนวทางการปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กทั้ง 2 แนวทางดังกล่าวมีหลักที่ต้องพิจารณา 4 ประการ ได้แก่

1. การขัดกันของผลประโยชน์ (Conflict of Interest)

ใช้พิจารณาสถานการณ์ที่มีความขัดกันของผลประโยชน์ กล่าวคือ ในสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งกันของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก เช่น กรณีอำนาจปกครองซึ่งอาจเป็นความขัดแย้งเรื่องการใช้อำนาการปกครองกับการดูแลบุตรผู้เยาว์ เช่น กรณีผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองที่ศาลแต่งตั้งให้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย

2. สถานการณ์ที่เด็กอาจตกอยู่ในภยันตราย (Dangerous Situation)

ใช้พิจารณาในกรณีที่เด็กนั้นอาจตกอยู่ในอันตรายหรือน่าจะตกอยู่ในอันตราย ไม่ว่าจะเป็นทางชีวิต ร่างกาย หรือเพศ

3. บุคคลที่จะได้รับผลกระทบอันเป็นความเสียหายนั้น (Effect of Danger)

เป็นการพิจารณาว่าเป็นกรณีที่เด็กนั้นเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรง หรือไม่มีผลกระทบโดยตรงหรืออาจเป็นผลกระทบโดยอ้อม

4. ระยะเวลาที่ภยันตรายหรือความเสียหายนั้นอาจเกิดขึ้นได้ (Period of Danger or Damage)

ให้พิจารณาว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเป็นที่ประจักษ์ หรือเกิดในทันทีทันใด เป็นกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน หรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้ ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับหลักการเกิดความเสียหายหรือหลักการเกิดผลร้ายในกฎหมายอาญา

จากแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเด็กสู่แนวคิดการพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าเด็กถือเป็นมนุษย์คนหนึ่งที่ควรต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองในทุกมิติ ซึ่งในหลาย ๆ ประเทศก็ได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเด็กรวมถึงประเทศไทยด้วย ภายใต้กฎหมายหลาย ๆ ฉบับที่บัญญัติหลักเกณฑ์ต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กเพื่อให้เข้าใจว่าเด็กควรได้รับการคุ้มครองในทุก ๆ ด้าน ไม่จะเป็นด้านชีวิต ด้านร่างกาย ด้านจิตใจ รวมถึงด้านอื่น ๆ ตามหลักการคุ้มครองเด็กอันเป็นหลักสากลที่ใช้ทั่วโลก แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่ายังมีหลักเกณฑ์เงื่อนไขบางเรื่องซึ่งถ้าหากพิจารณาแล้วเห็นได้ชัดว่ามีปัญหาบางประการที่ไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก นั่นก็คือปัญหาที่ซ่อนอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์

เงื่อนไขการสมรสที่เกี่ยวข้องกับบุคคลในครอบครัว ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ฉบับปัจจุบัน

2.2 หลักเกณฑ์เงื่อนไขการสมรสที่เกี่ยวข้องกับบุคคลในครอบครัว

การสมรส ถือเป็นนิติกรรมทางแพ่งที่ชายหญิงจะต้องแสดงเจตนาตกลงที่จะใช้ชีวิตร่วมกันซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นของการสร้างครอบครัว และการสมรสจะสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อเป็นการสมรสที่ทำโดยถูกต้องตามกฎเกณฑ์ข้อกฎหมายที่บัญญัติไว้ซึ่งจะต้องพิจารณาว่าจะวางกฎเกณฑ์ใดมาใช้เพื่อควบคุมบังคับการสมรสของชายหญิงนั้น เพราะการสมรสถือเป็นเสรีภาพของมนุษย์ เป็นเรื่องของเสรีภาพในการที่รักจะชอบและตกลงแต่งงานอยู่กินร่วมกันกับบุคคลที่ตนได้เลือก และเมื่อเป็นเรื่องเสรีภาพส่วนบุคคลแล้วรัฐก็ไม่ควรที่เข้ามาก้าวก่ายขัดขวางการสมรสดังกล่าว แต่เนื่องจากการสร้างครอบครัวถือเป็นรากฐานแห่งความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของประเทศ รัฐจึงต้องวางกฎเกณฑ์เพื่อการสร้างครอบครัวโดยไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน[12]

ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันได้มีการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการสมรสบางประการที่ผู้เขียนเห็นว่าเกี่ยวข้องกับการสมรสกับบุคคลในครอบครัว ได้แก่ การสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม และการสมรสระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครอง ซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาบางประเด็นที่กฎหมายไทยอาจยังไม่เคยตระหนักถึงมาก่อน และเมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การสมรสตามกฎหมายไทยแล้วพบว่าตามกฎหมายห้ามทำการสมรสระหว่างชายและหญิงที่เป็นเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงต่อกันเท่านั้น ตามมาตรา 1450 อันได้แก่ ชายและหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตทั้งโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาหรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดามารดาก็ตามโดยไม่คำนึงว่าจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือให้พิจารณาตามความเป็นญาติทางสายโลหิต ตามกฎหมายห้ามมิให้ทำการสมรสกัน[13]ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขนี้ก็ด้วยเหตุผลในทางการแพทย์ที่จะทำให้บุตรที่เกิดมารถดังกล่าวมีความผิดปกติทางด้านพันธุกรรม เป็นโรคปัญญาอ่อน หรือมีสุขภาพไม่แข็งแรง เพราะบุคคลเหล่านี้มียีนส์เหมือนกันมากเกินไป และเพื่อป้องกันการขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ของสมาชิกในครอบครัว เนื่องจากสมาชิกครอบครัวแต่ละคนย่อมมีสถานะบทบาทแตกต่างกันไปถ้าหากว่าสมาชิกแต่ละคนรับหน้าที่สองบทบาทในเวลาเดียวกันก็อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งกันได้ เช่น หากบิดาสมรสหรือมีเพศสัมพันธ์กับบุตรสาวของตนจนเกิดมีบุตรด้วยกัน ก็จะเกิดปัญหาขึ้นได้ว่าบิดาจะปฏิบัติต่อเด็กที่เกิดมานั้นในสถานะที่เป็นหลานหรือเป็นบุตรของตน หรือบุตรสาวนั้นจะปฏิบัติต่อเด็กที่เกิดมาในสถานะที่เป็นบุตรของตนเองหรือเป็นพี่น้องของตน อีกทั้งบิดาจะสามารถอบรมสั่งสอนบุตรสาวในฐานะที่เป็นบิดากับบุตรได้ต่อไปอีกหรือไม่หรือบทบาทหน้าที่ความเป็นบิดาจะต้องเปลี่ยนไปเป็นสามีหรือคนรักแทน[14]นอกจากนั้นยังมีเหตุผลในทางศีลธรรม

---

[12] ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563) 96.

[13] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1450.

[14] เอมอร ตั้งสำเริงวงศ์, ‘ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกัน : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548) 18-19.

ประกอบด้วยเพราะการที่ญาติสืบสายโลหิตหรือพี่น้องร่วมบิดามารดาสมรสกันย่อมจะกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของสังคมในทางศีลธรรมอันดี

แต่อย่างไรก็ดี ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการสมรสกับบุคคลในครอบครัวเดียวกันพบว่ากฎหมายไทยไม่ได้ห้ามทำการสมรสกับบุคคลที่ไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงในสองกรณี กรณีแรก คือ การสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม เนื่องจากผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตต่อกันจึงไม่มีเหตุผลในทางการแพทย์ที่ห้ามมิให้ทำการสมรส อีกทั้งยังไม่ถึงขนาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายจึงมิได้บัญญัติให้การสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขเช่นว่านี้ต้องตกเป็นโมฆะหรือตกเป็นโมฆียะแต่อย่างใด ดังนั้น หากทั้งสองได้ทำการสมรสกันแล้วจึงต้องถือว่าการสมรสนั้นมีผลสมบูรณ์ไม่มีผลเสียไป เพียงแต่มีผลทำให้การรับบุตรบุญธรรมเป็นอันยกเลิกไปโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ตามมาตรา 1598/32 คงเหลือเพียงสถานะเดียวคือเป็นสามีภริยากันเท่านั้น[15]และกรณีที่สอง คือ การสมรระหว่างผู้ปกครองกับผู้ใต้ปกครอง พบว่ากฎหมายไทยก็ไม่เคยมีการบัญญัติหรือกล่าวถึงการห้ามทำการสมรสระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครองมาก่อนแต่อย่างใด

ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันได้กำหนดให้ผู้เยาว์พ้นจากความเป็นผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ 20 ปีบริบูรณ์[16] ซึ่งในกฎหมายอื่นมีการกำหนดอายุของผู้เยาว์ที่แตกต่างกันไป เช่น ในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 กำหนดอายุของเด็กไว้ที่ไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ และอายุของเยาวชนกำหนดไว้ที่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ และตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก กำหนดอายุของผู้เยาว์ไว้ที่ 18 ปีบริบูรณ์[17]โดยหลักเกณฑ์การสมรสของผู้เยาว์ในปัจจุบันกำหนดไว้ว่าจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้[18]ตามมาตรา 1448 โดยเหตุผลที่กฎหมายกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำว่าชายหรือหญิงต้องมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ เนื่องจากชายหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี ยังเป็นผู้ที่อยู่ในวัยเยาว์ กฎหมายมองว่ายังไม่มีความเจริญเติบโตทางด้านร่างกาย จิตใจ และสมองอย่างเต็มที่ อีกทั้งยังไม่มีความรู้สึกนึกคิดในการครองเรือน การอุปการะเลี้ยงดูช่วยเหลือเกื้อกูลกันและการจัดการทรัพย์สิน ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดอายุขั้นต่ำว่าจะต้องมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์เพื่อให้มีความพร้อมทั้งร่างกายและจิตใจโตพอที่จะมีความรับผิดชอบในเรื่องการสมรสได้ เพราะการสมรสเป็นเรื่องส่วนตัวที่จะต้องมีผลผูกพันกับผู้ที่ทำการสมรสไปจนกว่าจะตายหรืออย่าขาดจากกัน และเป็นเรื่องที่ต้องไปรับภาระเลี้ยงดูบุตรธิดาตลอดจนเกี่ยวข้องกับเรื่องสินสมรสกับบุคคลภายนอกด้วย ดังนี้ การจะกำหนดอายุในการสมรสว่าชายหญิงควรจะสมรสได้เมื่ออายุเท่าไหร่จึงถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ[19]แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนได้ เช่น หญิงตั้งครรภ์ก่อนมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ ในกรณีดังกล่าว

---

[15] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/32.

[16] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19.

[17] นัดดาภา จิตต์แจ้ง, ‘การคุ้มครองเด็กกับการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย’ (ดุษฎีนิพนธ์ นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 14.

[18] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2533 มาตรา 1448.

[19] ไพโรจน์ กัมพูสิริ (เชิงอรรถที่ 12) 107.

ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนอายุครบเกณฑ์ได้ เป็นต้น โดยการสมรสที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆียะ[20]ซึ่งแต่เดิมครั้นเมื่อสมัยไทยใช้กฎหมายลักษณะผัวเมีย ในเรื่องของเกณฑ์อายุสมรสไม่ได้มีบทกฎหมายใดกำหนดไว้ เพียงแต่เทียบเคียงกฎหมายอื่นได้ว่าช่วงอายุที่พร้อมจะสร้างครอบครัวใหม่หญิงต้องมีอายุอย่างน้อยเกิน 13 ปี และชายอายุเกิน 7 ปี[21] ต่อมาเมื่อมีการปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยทัดเทียมสากลได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และได้ดำเนินการยกร่างกฎหมายในเรื่องเงื่อนไขการสมรสในเรื่องเกณฑ์อายุ โดยกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำไว้โดยให้ชายมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ และหญิงมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์ และในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ฉบับปัจจุบัน ก็ได้แก้ไขปรับปรุงโดยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 มาตรา 1448 โดยกำหนดให้การสมรสทำได้เมื่อชายและหญิงมาอายุ 17 ปีบริบูรณ์แล้ว

แต่เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การสมรสของผู้เยาว์ ตามมาตรา 1436 ประกอบมาตรา 1454 ในเรื่องของการขอความยินยอมซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้สำหรับทั้งในกรณีของการหมั้นและการสมรสของผู้เยาว์ กล่าวคือหากผู้เยาว์จะทำการสมรสจะต้องขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมตามมาตรา 1436 แล้วแต่กรณี ซึ่งกรณีที่พบว่าอาจเป็นปัญหา ได้แก่ การขอความยินยอมสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมและการขอความยินยอมสมรสกับผู้ปกครอง ตามมาตรา 1436 (3) และ (4) ซึ่งเกิดปัญหา คือ ผู้รับบุตรบุญธรรมและผู้ปกครองเป็นผู้ที่ต้องให้ความยินยอมผู้เยาว์ทำการสมรส แต่ในขณะเดียวกันผู้ที่ให้ความยินยอมก็เป็นบุคคลที่จะสมรสกับเด็กเอง ดังนี้ ก็จะเกิดเป็นปัญหาในลักษณะผลประโยชน์ขัดกัน (conflict of interest) จากการใช้อำนาจปกครอง กล่าวคือ

ประการแรก หากเกิดกรณีการสมรสระหว่างบุคคลในครอบครัวที่มีสถานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบุตรบุญธรรมซึ่งมีบทบัญญัติรองรับว่าถ้าสมรสกันก็ให้การสมรสนั้นมีผลสมบูรณ์ เพราะผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมไม่ได้มีความเกี่ยวข้องทางสายโลหิตโดยตรงกฎหมายจึงให้สมรสกันได้ เมื่ออำนาจการปกครองอยู่ที่ผู้รับบุตรบุญธรรมและการที่กฎหมายเปิดช่องให้สมรสกันได้จึงเป็นกรณีที่การสมรสเกิดจากการใช้อำนาจในการตัดสินใจของผู้รับบุตรบุญธรรมแต่เพียงผู้เดียวโดยไม่ได้สอบถามความเห็นของบุตรบุญธรรม และมีลักษณะของการทับซ้อนหรือการขัดกันของผลประโยชน์ (Conflict of interest) จากการใช้อำนาจปกครอง เพราะการสมรสนั้นอาจไม่ได้เกิดจากความสมัครใจของบุตรบุญธรรม แต่อาจเกิดจากความเกรงใจภายใต้อำนาจปกครองหรือถูกโน้มน้าวชักจูงด้วยอาจยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอในการจัดสินใจ อีกทั้งการรับบุตรบุญธรรมนั้นอาจเกิดจากการที่ผู้รับบุตรบุญธรรมให้ความสนิทสนม ความไว้เนื้อเชื่อใจในฐานะคนในครอบครัว เพื่อล่วงละเมิดทางเพศในภายหลัง ดังนั้น เมื่อผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมประสงค์ที่จะทำการสมรสกัน หากเป็นกรณีที่บุตรบุญธรรมยังไม่บรรลุนิติภาวะ บุตรบุญธรรมย่อมต้องมีสิทธิที่จะตัดสินใจได้เองโดยต้องไม่อยู่ภายใต้อำนาจการปกครองของผู้รับบุตรบุญธรรม ซึ่งตัวอย่างข้อเท็จจริงตามปัญหา เช่น คดีของหม่อมลูกปลา[22](กรณีบุตรบุญธรรมสมรสโดยอยู่

[20] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1503.

[21] ประสพสุข บุญเดช, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 25, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2564) 3.

[22] 'ศาลฎีกาสั่งจำคุกหม่อมลูกปลาวางยาท่านกบ' (โพสต์ทูเดย์, 17 สิงหาคม 2555) <https://www.posttoday.com/social/general/171403/> สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2565.

ภายใต้ความสัมพันธ์เชิงอำนาจ) ที่ตกเป็นจำเลยในข้อหาวางยาพิษ “ท่านกบ หม่อมเจ้าฐิติพันธ์ ยุคล” โดยประวัติหม่อมลูกปลาถูกยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของท่านกบ และจากความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันทำให้หม่อมลูกปลาซึ่งขณะนั้นมีขณะอายุเพียง 12 ปี ก็ได้ตกเป็นชายาลับของท่านกบ และเป็นข้อเท็จจริงจากการนำเสนอข่าวและเป็นคดีที่ค่อนข้างได้รับความสนใจ ซึ่งผู้เขียนก็ได้ตั้งข้อสันนิษฐานเบื้องต้นได้ว่าการสมรสระหว่างท่านกบกับหม่อมลูกปลานั้น ไม่ได้เกิดจากการเต็มใจยินยอมสมรสแต่อย่างใดแต่เกิดจากการใช้อำนาจปกครองของความเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าบังคับเหนือจิตใจเด็กเพราะต้องการให้เด็กต้องอยู่กับตน รวมถึงใช้ความดูแลเอาใจใส่เลี้ยงดูเด็กอย่างดีจนทำให้เด็กรู้สึกว่าสิ่งที่ผู้ใหญ่มอบให้หรือทำให้นั้นเป็นบุญคุณในชีวิตจนกลายเป็นกับดักของความกตัญญูที่เด็กไม่อาจปฏิเสธได้ ให้สมรสกับตนก็จำต้องทำโดยที่ไม่มีอิสระทางความคิดเห็นของตนเองว่าแท้จริงแล้วมีความประสงค์ที่จะทำการสมรสด้วยหรือไม่

ประการที่สอง หากเกิดกรณีการสมรสกับบุคคลในครอบครัวซึ่งโดยกฎหมายแต่งตั้งให้เป็นผู้ปกครองมีอำนาจดูแลปกครองบุตรผู้เยาว์ ซึ่งเงื่อนไขการสมรสตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ห้ามทำการสมรสเฉพาะแต่กับญาติสืบสายโลหิตโดยตรงเท่านั้น อีกทั้งไม่ได้ห้ามผู้ปกครองสมรสกับผู้อยู่ภายใต้อำนาจปกครอง หากทั้งสองฝ่ายประสงค์จะทำการสมรสกัน โดยที่สถานะความเป็นผู้ปกครองยังไม่ถูกยกเลิก ก็จะเป็นการใช้อำนาจในทางปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์เพื่อให้ต้องทำการสมรสกับตนเองโดยไม่สอบถามความเห็นความเต็มใจของบุตรผู้เยาว์ผู้อยู่ใต้ปกครอง เนื่องจากผู้ปกครองเป็นผู้ให้ความยินยอมผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมต่างๆ รวมถึงการขอความยินยอมเพื่อทำการสมรสด้วย เหตุนี้จึงเป็นการใช้อำนาจของผู้ปกครองในลักษณะของการทับซ้อนหรือการขัดกันของผลประโยชน์ (Conflict of interest) เช่นเดียวกับกรณีของการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม และถึงแม้จะไม่ปรากฏพบเป็นข้อเท็จจริงว่ามีกรณีที่ผู้ปกครองสมรสกับผู้อยู่ใต้ปกครอง ผู้เขียนจึงได้เทียบเคียงกับข้อเท็จจริงที่เป็นคดีความผิดเกี่ยวกับเพศต่างๆ ที่กระทำต่อบุตรผู้เยาว์ที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของตนซึ่งอาจนำไปสู่การสมรสกันได้เนื่องจากกฎหมายไม่ห้ามทำการสมรสกัน เช่น คดีลุงเขยข่มขืนหลานสาว[23]โดยข้อเท็จจริงจากข่าว เด็กผู้เยาว์ซึ่งมีอายุ 16 ปี และอายุ 13 ปี ซึ่งมารดาของเด็กทั้ง 2 คนเสียชีวิตไปแล้ว ส่วนบิดาก็แยกทางกับมารดา เด็กผู้เยาว์จึงอาศัยอยู่กับยาย อา และลุงภายในบ้านเดียวกัน และถูกผู้เป็นลุงข่มขืนกระทำชำเราทั้งสองพี่น้องหลายครั้ง ซึ่งเด็กยินยอมให้กระทำชำเราเป็นเวลาถึง 4 ปี หรือเช่นคดีอาข่มขืนหลาน[24]โดยข้อเท็จจริงจากข่าว ด.ญ.เอ (นามสมมุติ) อายุ 12 ปี กับ น.ส.บี (นามสมมุติ) อายุ 15 ปี สองพี่น้องซึ่งเป็นหลาน ถูกนายบอย (นามสมมุติ) อาแท้ๆ อายุ 41 ปี ข่มขืนกระทำชำเราเป็นเวลา 3 ปี โดยเด็กทั้งสองคนอาศัยอยู่กับพ่อ แม่เลี้ยง และอาพ่อกับแม่เลี้ยงนอนอยู่นอกบ้านส่วนเด็กทั้งสองคนนอนอยู่ในบ้านกับนายบอย และนายบอยได้ข่มขืน ส.ส.เอ และน.ส.บี จนสำเร็จความใคร่ แต่เด็กทั้งสองคน ไม่กล้าร้องขอความช่วยเหลือเพราะโดนนายบอยข่มขู่ไว้จะฆ่าให้ตาย

[23] ‘ลุงเขยหื่นข่มขืนหลานสาววัย 11 ปี พร้อมข่มขู่ห้ามบอกใคร’ (ผู้จัดการออนไลน์, 15 ธันวาคม 2564) <https://mgronline.com/local/detail/9640000123771/> สืบค้นเมื่อ 17เมษายน 2565.

[24] ‘จับอาหื่น ข่มขืน 2 พี่น้อง หลานแท้ๆ นาน 3 ปี เด็กสาวไม่กล้าบอกใคร เพราะถูกขู่ฆ่า’ (มติชน, 10 พฤศจิกายน 2565) <https://www.matichon.co.th/region/news_3667010/> สืบค้นเมื่อ 23 พฤศจิกายน 2565.

จากตัวอย่างข้อเท็จจริงตามปัญหาล้วนแล้วแต่เป็นคดีที่เกิดขึ้นค่อนข้างมากในสังคมไทยเพราะเด็กหรือผู้เยาว์ต้องไปอยู่ในความปกครองของบุคคลในครอบครัวแต่ผู้ใช้อำนาจปกครองกลับใช้อำนาจปกครองของตนเองเกินขอบเขตและเป็นการแสวงหาประโยชน์เพื่อตัวเองอันเป็นสาเหตุหนึ่งที่จะนำไปสู่ปัญหาในลักษณะผลประโยชน์ขัดกันจากการใช้อำนาจปกครอง และทำให้เห็นว่าตัวอย่างข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นการขัดต่อหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่ควรจะได้รับการดูแลในเรื่องของการมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นหรือตัดสินใจบางเรื่องที่ส่งผลต่อพัฒนาการและการเจริญเติบโตของเด็กในอนาคตเช่นในเรื่องของการสมรสมีครอบครัว ดังนั้น เด็กที่ยังถือว่าเป็นผู้เยาว์ก็ควรมีสิทธิที่จะต้องได้รับความคุ้มครอง และเห็นได้ว่าปัญหาในเรื่องการขอความยินยอมสมรสที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1436 ประกอบมาตรา 1454 ทำให้เกิดความขัดแย้งกันและไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก อันเป็นปัญหา conflict of interest ที่ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องนำเข้าสู่กระบวนพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเด็กเพื่อหาแนวทางป้องกันหรือข้อกฎหมายที่เหมาะสมกับปัญหาในประเด็นนี้ต่อไป

3. แนวความคิดของต่างประเทศ

ในการบัญญัติกฎหมายของประเทศต่างๆ ย่อมมีความคล้ายหรือความแตกต่างตามประเพณี วัฒนธรรม ค่านิยม ความเชื่อ ความคิด ของแต่ละประเทศเพื่อบังคับใช้ให้สอดคล้องกับผู้คนที่อาศัยอยู่ในสังคมของประเทศนั้น ๆ โดยเฉพาะหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการสมรสที่ต้องบัญญัติให้มีความเหมาะสมตามแต่ละประเทศ ซึ่งผู้เขียนได้ทำการศึกษากฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ได้แก่ กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส และกฎหมายประเทศเยอรมัน และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้แก่ กฎหมายประเทศอังกฤษ และกฎหมายสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่นำเอาจารีตประเพณีมาบัญญัติเป็นกฎหมาย ดังต่อไปนี้

3.1 การสมรสที่เกี่ยวข้องกับบุคคลในครอบครัวในประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสมรสกับบุคคลในครอบครัวนั้น โดยหลักเกณฑ์จะห้ามทำการสมรสกับบุคคลที่เป็นญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปและญาติสืบสายโลหิตโดยตรงลงมา โดยไม่ถือว่าความเป็นญาติดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น การสมรสระหว่างบิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ลูก หลาน และห้ามญาติทางการสมรสไม่ให้สมรสกัน เช่น ห้ามการสมรสระหว่างบิดากับลูกสะใภ้ ห้ามการสมรสระหว่างแม่เลี้ยงกับลูกเลี้ยง[25] ห้ามทำการสมรสระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดา รวมทั้งพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดา[26]และห้ามทำการสมรสระหว่างลุงกับหลานสาวและระหว่างป้ากับหลานชาย รวมถึงห้ามทำการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม รวมถึงห้ามทำการสมรสกับผู้สืบสันดานของบุตรบุญธรรมด้วย[27]

[25] Civil Code Of France Art. 161 (Modified by Ordinance n°2005-759 of July 4, 2005)

[26] Civil Code Of France Art. 162(Modified by LAW n°2013-404 of May 17, 2013)

[27] Civil Code Of France Art.366 (Amended by LAW n°2022-219 of February 21, 2022)

และเมื่อพิจารณาให้หลักเกณฑ์เรื่องอายุในการสมรสในกฎหมายฝรั่งเศส บุคคลที่จะจดทะเบียนสมรสได้ต้องมีอายุครบ 18 ปี บริบูรณ์ หากเป็นการสมรสของบุคคลที่ยังมีอายุไม่ครบ 18 ปีบริบูรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดในกฎหมายฝรั่งเศสจะถือว่าเป็นโมฆะ ตามมาตรา 144 เว้นแต่มีความจำเป็นที่สำคัญการจดทะเบียนสมรสอาจเกิดขึ้นก่อนอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ก็ได้ โดยกำหนดไว้ว่าผู้เยาว์ไม่สามารถทำการสมรสได้หากไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือสภาครอบครัวแล้วแต่กรณี ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กำหนดมาเพื่อต้องการให้บิดามารดาใช้ความระมัดระวังดูแลบุตรผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะหากจะทำการสมรส[28]

ในกฎหมายฝรั่งเศส เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ามีการกำหนดอายุในการสมรสไว้ที่ 18 ปีบริบูรณ์ ซึ่งถือเป็นอายุที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ทั้งนี้ ผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะสามารถทำการสมรสก่อนอายุ 18 ปีบริบูรณ์ได้หากมีเหตุที่จำเป็นโดยต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองหรือสภาครอบครัวแล้วแต่กรณี แต่ในกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้มีการกำหนดอายุขั้นต่ำในการสมรสไว้ในกฎหมาย ซึ่งการที่ไม่มีการกำหนดอายุขั้นต่ำของการสมรสไว้อาจทำให้เกิดปัญหาการสมรสก่อนวัยอันควรและการถูกบังคับให้ทำการสมรสจากผู้ใช้อำนาจปกครองได้หากต้องขอความยินยอมในการสมรสในกรณีที่กฎหมายไม่ห้ามทำการสมรสหรือไม่มีกฎหมายกำหนดไว้

3.2 การสมรสที่เกี่ยวข้องกับบุคคลในครอบครัวในประเทศเยอรมนี

ในกฎหมายเยอรมันในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสมรสกับบุคคลในครอบครัวนั้น โดยหลักเกณฑ์ห้ามสมรสระหว่างผู้สืบสายโลหิตโดยตรงเช่นเดียวกับกฎหมายของไทย แต่ในส่วนของการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมในกฎหมายเยอรมันจะห้ามมิให้ผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบุตรบุญธรรมแต่ไม่รวมถึงกรณีการรับบุตรบุญธรรมสิ้นสุดลง นอกจากนี้ศาลครอบครัวอาจอนุญาตให้ทำการสมรสกันได้เมื่อมีการร้องขอโดยมีจุดประสงค์ของการรับบุตรบุญธรรมไปเพื่อการสมรส เว้นแต่จะถูกห้ามสมรสหากมีเหตุผลที่รับฟังได้

โดยหลักการในกฎหมายเยอรมันอนุญาตให้บุคคลสามารถทำการสมรสได้เมื่ออายุครบ 18 บริบูรณ์ ซึ่งถือว่าเป็นอายุที่บรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมายโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นกรณีพิเศษจากศาลครอบครัวให้ทำการสมรสได้เมื่ออายุ 16 ปีบริบูรณ์ อีกทั้งการกระทำทางเพศกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ยังถือว่าเป็นความผิดทางอาญาในกฎหมายเยอรมันอีกด้วย ดังนั้น การสมรสของเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี และการสมรสของบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จึงมีผลเป็นโมฆะทั้งสิ้นหากไม่เข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งการที่กฎหมายเยอรมันกำหนดให้การสมรสกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปีบริบูรณ์ตกเป็นโมฆะนั้นก็เนื่องจากประเทศเยอรมันเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญในเรื่องการคุ้มครองเด็กและต่อต้านการสมรสในวัยเด็ก จึงบังคับใช้กฎหมายห้ามสมรสกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปีในประเทศเยอรมนีโดยไม่มีข้อยกเว้นเพื่อเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก และเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของเด็ก

[28] Civil Code Of France Art. 148.

อย่างไรก็ตาม ศาลเยอรมันก็ไม่ได้ตัดสินให้การสมรสของเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปีเป็นโมฆะในทุกกรณี โดยศาลเยอรมันจะทำการพิจารณาเป็นรายกรณีตามความเหมาะสม โดยพิจารณาจากสถานการณ์ของแต่ละบุคคล เช่น ข้อเท็จจริงในคดีหมายเลข XII ZB 131/20[29] ศาลไม่ได้เพิกถอนการสมรสเนื่องจากเป็นการสมรสของผู้เยาว์ เนื่องจากไม่มีพฤติการณ์ที่จะต้องได้รับความคุ้มครองสำหรับฝ่ายหญิงที่เป็นภรรยาซึ่งมีอายุเกือบ 17 ปี ในขณะแต่งงาน หรืออีกข้อเท็จจริงในกรณีของโจเซฟิน มารี เปตริตซ์ เด็กหญิงอายุ 16 ปี กับแกร์ริท ฮาเกอร์ ผู้มีสถานะเป็นลุงของโจเซฟินอายุ 48 ปี โดยศาลเยอรมันตัดสินให้เด็กหญิงอายุ 16 ปีได้รับอนุญาตให้พบและอยู่กับลุงอายุ 48 ปีของเธอต่อไป ในการพิจารณาคดีของศาลให้ทั้งคู่สามารถคบหาดูใจกันต่อไปได้ แม้ว่าเด็กหญิงจะเป็นผู้เยาว์ก็ตาม ศาลตัดสินว่าการห้ามความรักของทั้งคู่ จะเป็นภัยต่อสวัสดิภาพของเด็ก ซึ่งผู้พิพากษาให้ความเห็นว่าการห้ามความรักนั้นจะเป็นภัยคุกคามต่อความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก อีกทั้ง ศาลระบุว่าโจเซฟินซึ่งมีอายุมากกว่า 14 ปี มีมุมมองและลำดับความสำคัญที่ชัดเจน ซึ่งผู้พิพากษาเห็นว่าเป็นการตัดสินใจส่วนตัวที่มีสติและควรปฏิบัติตาม และศาลได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องของผู้เป็นบิดามารดาที่ห้ามการติดต่อและใกล้ชิดกับลุงของของโจเซฟิน และสรุปว่าแม้ว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวอาจเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมและถูกกีดกันทางสังคมแต่ก็ไม่ได้ห้ามไว้แต่อย่างใด[30]

จากตัวอย่างข้อเท็จจริงดังกล่าว จะเห็นได้ว่าในกฎหมายเยอรมันศาลจะเป็นองค์กรที่สำคัญที่เข้ามาแทรกแซงในการพิจารณาอนุญาตในกรณีหากเกิดการสมรสกับเด็ก และเด็กยังอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครองก็ตาม แต่สิทธิการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาอาจไม่ได้รับความเห็นชอบ ถึงแม้ในบางกรณีจะเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันศาลต้องรับฟังความเห็นของเด็กเป็นสำคัญเพื่อคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กในทุกกรณี

3.3 การสมรสที่เกี่ยวข้องกับบุคคลในครอบครัวในประเทศอังกฤษ

ในกฎหมายอังกฤษห้ามการสมรสที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันในระดับที่มีความใกล้ชิดทางสายเลือดหรือญาติที่ต้องห้ามตามสายโลหิต (Blood Relation or Consanguinity) เช่นเดียวกับกฎหมายของไทย และห้ามทำการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม และบุคคลสามารถทำการสมรสได้เมื่ออายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ การสมรสจะตกเป็นโมฆะหากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอายุไม่ครบ 16 ปีบริบูรณ์[31] แต่อย่างไรก็ตาม ศาล

[29] Achim Czubaiko, 'German Federal Supreme Court on International Child Marriages, Decision of 22nd July 2020, Case No. XII ZB 131/20' <https: //conflictoflaws.net/2020/german-federal-supreme-court-on-international-child-marriages-decision-of-22nd-july-2020-case-no-xii-zb-131-20/> สืบค้นเมื่อ 15 ตุลาคม 2565.

[30] Christopher Koulouris, 'Right decision? German court rules 16 year old girl can continue relationship with 48 year old uncle' (3 November 2016) <https: / / scally wagandvagabond.com/2016/11/josephine-marie-petritz-germany-16-year-old-girl-48-year-old-uncle-gerrit-haager/> สืบค้นเมื่อ 15 ตุลาคม 2565.

[31] The Marriage Act 1949, Section 2

อาจสั่งให้ทำการสมรสก่อนอายุครบ 16 ปีบริบูรณ์ก็ได้ โดยได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองหรือได้รับอนุญาตจากศาลก่อนแล้วแต่กรณี[32]

ปัจจุบันอังกฤษได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติการสมรสและการเป็นหุ้นส่วนทางแพ่ง (อายุขั้นต่ำ) (Marriage and Civil Partnership (Minimum Age) Act 2022) ซึ่งอยู่ระหว่างพิจารณา โดยวัตถุประสงค์ของร่างกฎหมายคือเพื่อป้องกันการสมรสของเด็กในอังกฤษและเวลส์ โดยจะแก้ไขเกณฑ์อายุการสมรสขั้นต่ำในอังกฤษให้การสมรสของบุคคลใดที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีเป็นโมฆะ นอกจากนี้ยังจะเสนอยกเลิกบทบัญญัติที่อนุญาตให้เด็กที่มีอายุระหว่าง 16 ถึง 17 ปีที่สามารถทำการสมรสได้ด้วย[33] กล่าวคือ ห้ามไม่ให้เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ทำการสมรสทุกกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้นถึงแม้จะได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง เพราะการที่กฎหมายบัญญัติให้เด็กที่มีอายุ16 ถึง 17 ปี สามารถทำการสมรสได้โดยได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองนั้นอาจทำให้เกิดช่องว่างเนื่องจากอาจเป็นการถูกบังคับให้แต่งงาน กล่าวคือ เด็กไม่สามารถมีอิสระในการที่จะทำการสมรสได้อย่างแท้จริง ซึ่งจากข้อมูลสำนักงานสถิติแห่งชาติของอังกฤษระบุว่าในปี 2560 มีเด็กที่ทำการสมรสโดยได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองเป็นจำนวน 183 คน โดยในจำนวน 140 คนนี้เป็นเด็กผู้หญิง ตัวอย่างเช่น ในกรณีข้อเท็จจริงของเด็กหญิงอายุ 10 ขวบที่หมั้นกับลูกพี่ลูกน้องวัย 20 ปีของเธอ และเมื่ออายุได้ 15 ปี จึงได้เข้าพิธีแต่งงาน[34]หรือเช่นในกรณีข้อเท็จจริงของ Payzee และ Bekha น้องสาวของเธอถูกบังคับให้แต่งงานแบบคลุมถุงชนเมื่ออายุ 16 ปี และ 17 ปีตามลำดับ ในขณะที่ Bekhal น้องสาวของ Payzee ถูกฆาตกรรมที่เรียกว่าเป็นการสังหารเพื่อรักษาเกียรติยศของครอบครัวเมื่ออายุได้ 20 ปี หลังจากที่ Bekhal ได้ตัดสินใจเลิกกับสามีที่ถูกเลือกให้โดยครอบครัวของเธอ[35]

3.4 การสมรสที่เกี่ยวข้องกับบุคคลในครอบครัวในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่ประกอบไปด้วยหลายมลรัฐ ซึ่งแต่ละมลรัฐจะมีกฎเกณฑ์เงื่อนไขเพื่อใช้บังคับสำหรับพลเมืองภายในรัฐของตนเอง โดยจะมีความแตกต่างของบทบัญญัติเฉพาะของมลรัฐนั้นๆ โดยผู้เขียนได้ทำการศึกษาเงื่อนไขการสมรสของประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบไปด้วย 3 รัฐ ได้แก่ มลรัฐเดลาแวร์ (Delaware) มลรัฐเพนซิลเวเนีย (Pennsylvania) และมลรัฐมินนิโซตา (Minnesota) ดังนี้

[32] The Matrimonial Causes Act 1973, Section 11

[33] Marriage and Civil Partnership (Minimum Age) Act 2022 (prospective) Section 1

[34] Maya Oppenheim, ‘Hundreds of British girls ‘married off as children each year’ (05 March 2021) <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/child-marriage-british-girls-b1812608.html/> สืบค้นเมื่อ 15 ตุลาคม 2565.

[35] Karen McVeigh, ‘She won’t be the last’: why not enough has changed since the murder of Banaz Mahmod’ (21 September 2020) <https: / / www. theguardian. com/ global-development/2020/sep/21/uk-policing-why-not-enough-has-changed-since-the-murder-of-banaz-mahmod/> สืบค้นเมื่อ 15 ตุลาคม 2565.

ในกฎหมายมลรัฐเดลาแวร์ กำหนดห้ามทำการการสมรสระหว่างผู้สืบสายโลหิต ได้แก่ บิดามาดากับบุตร ปู่ย่าตายายกับหลาน และห้ามการสมรสระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดา ห้ามการสมรสระหว่างลุงหรือป้ากับหลานสาวหรือหลานชายหรือการสมรสระหว่างลูกพี่ลูกน้อง ซึ่งเป็นห้ามทำการสมรสทั้งกับญาติสืบสายโลหิตโดยตรงและยังห้ามรวมถึงการสมรสกับญาติสืบสายโลหิตโดยอ้อมด้วย และห้ามมีความสัมพันธ์ทางเพศจากการรับเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งจะต้องได้รับโทษทางอาญาด้วย ห้ามมิให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีทำการจดทะเบียนสมรส[36] และไม่มีการกำหนดอายุขั้นต่ำของการสมรสที่ต้องขอความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง และหากเป็นการสมรสระหว่างบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะครบ 18 ปีบริบูรณ์ จะถือเป็นโมฆะ

ในกฎหมายมลรัฐเพนซิลเวเนีย กำหนดห้ามทำการการสมรสระหว่างผู้สืบสายโลหิต ได้แก่ บิดามาดากับบุตร ปู่ย่าตายายกับหลาน และห้ามการสมรสระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดา ห้ามการสมรสระหว่างลุงหรือป้ากับหลานสาวหรือหลานชายหรือการสมรสระหว่างลูกพี่ลูกน้อง ห้ามมิให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีทำการจดทะเบียนสมรส โดยกำหนดห้ามไม่ผู้เยาว์ที่ประสงค์จะทำการสมรสขอออกใบอนุญาตการสมรสได้หากผู้ขอใบอนุญาตคนใดคนหนึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี และไม่มีการกำหนดอายุขั้นต่ำของการสมรสที่ต้องขอความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง

ในกฎหมายมลรัฐมินนิโซตา กำหนดห้ามทำการการสมรสทางแพ่งระหว่างผู้สืบสายโลหิต ได้แก่ บิดามาดากับบุตร ปู่ย่าตายายกับหลาน และห้ามการสมรสระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดา ห้ามการสมรสระหว่างลุงหรือป้ากับหลานสาวหรือหลานชายหรือการสมรสระหว่างลูกพี่ลูกน้อง[37]นอกจากจะห้ามทำการสมรสระหว่างบิดามารดากับบุตร ปู่ย่าตายายกับหลาน หรือห้ามสมรสระหว่าพี่น้อง ที่มีความสัมพันธ์ตามสายโลหิตแล้ว ยังห้ามทำการสมรสรสระหว่างบุคคลดังกล่าวรวมไปถึงความสัมพันธ์จากการรับเป็นบุตรบุญธรรมด้วย กล่าวคือ ห้ามผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบุตรบุญธรรม และห้ามพี่บุญธรรมสมรสกับน้องบุญธรรมด้วย กำหนดให้บุคคลที่มีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ สามารถทำการสมรสโดยทำสัญญาสมรสทางแพ่งได้ตามกฎหมาย[38] โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง และไม่มีการกำหนดอายุขั้นต่ำของการสมรส หากเป็นการสมรสระหว่างบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะครบ 18 ปีบริบูรณ์ จะถือเป็นโมฆะ

[36] The Delaware Code TITLE 13 § 123. Marriage of minors; consent forms.

[37] Minnesota Statutes Section 517.03 PROHIBITED CIVIL MARRIAGES. Subdivision 1.

[38] Minnesota Statutes Section 517.02 PERSONS CAPABLE OF CONTRACTING.

4. วิเคราะห์ความเหมาะสมกรณีการสมรสระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันกับแนวทางในการคุ้มครองสิทธิเด็ก

เมื่อได้ทราบถึงความเป็นมาของแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเด็กและจุดเริ่มต้นที่ให้เห็นถึงความจำเป็นและวิวัฒนาการเกี่ยวกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเหตุใดเด็กจึงควรต้องได้รับความคุ้มครอง ตลอดจนหลักเกณฑ์เงื่อนไขการสมรสที่เกี่ยวข้องกับบุคคลในครอบครัวที่ผู้เขียนพบว่าเป็นปัญหาในลักษณะผลประโยชน์ขัดกัน (conflict of interest) จากการใช้อำนาจปกครองซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในกรณีการสมรสระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ในกรณีการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมที่กฎหมายไม่ห้ามทำการสมรส และกรณีการสมรสระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง ที่กฎหมายไม่เคยมีการกล่าวถึง หากบุคคลทั้งสองกรณีทำการสมรสกันจะมีความเหมาะสมหรือสมรสกันได้หรือไม่ ดังต่อไปนี้

4.1 การสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม

เมื่อได้ทำการศึกษาหลักเกณฑ์เงื่อนไขการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม หากพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย พบว่าการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมนั้นต้องห้ามตามมาตรา 1451 แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะมีการสมรสที่ฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวเกิดขึ้น บทบัญญัติตามมาตรา 1451 ก็มิได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนไว้ว่าจะให้มีผลเป็นโมฆะ โมฆียะ หรือมีผลเช่นไร ซึ่งต่างกับกรณีการสมรสระหว่างญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือรองลงมาที่กฎหมายบัญญัติให้มีผลเป็นโมฆะ โดยเหตุผลสำคัญที่ห้ามการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมนั้น หากบุคคลทั้งสองทำการสมรสกันย่อมจะเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของการรับบุตรบุตรบุญธรรมที่มีจุดประสงค์มุ่งให้ผู้รับบุตรบุญธรรมมีหน้าที่เช่นเดียวกับบิดามารดาของบุตรบุญธรรม ซึ่งมีอำนาจปกครองบุตรบุญธรรม อุปการะเลี้ยงดูเสมือนบุตรบุตรธรรมเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย และถือว่าบุตรบุญธรรมเป็นผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรม มีความสัมพันธ์กันตามกฎหมาย นับแต่วันจดทะเบียนรับเป็นบุตรบุญธรรมด้วย ดังนั้น เมื่อผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมถือว่ามีความสัมพันธ์กันตามกฎหมายแล้วบุคคลทั้งสองจึงไม่อาจทำการสมรสกันได้

เช่นเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายเยอรมัน กฎหมายอังกฤษ หรือกฎหมายสหรัฐอเมริกา ก็บัญญัติห้ามผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบุตรบุญธรรมโดยตั้งอยู่บนเหตุผลพื้นฐานเดียวกัน กล่าวคือ เมื่อจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้ว สิทธิและอำนาจหน้าที่ของบิดามารดาที่แท้จริงก็จะถูกโอนไปยังผู้รับบุตรบุญธรรม บุคคลทั้งสองจึงไม่สมควรที่จะทำการสมรสกัน รวมถึงห้ามบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมในทุกความสัมพันธ์ด้วย

อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุตรบุญธรรมให้เป็นโมฆะ หรือโมฆียะ หรือให้เพิกถอนการสมรสดังกล่าวได้ ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตต่อกัน จึงไม่มีเหตุผลทางการแพทย์แต่อย่างใดที่ต้องห้ามไม่ให้ทำการสมรสกันโดยเด็ดขาดเหมือนกับญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือรองลงมา ดังนั้น กฎหมายจึงให้การสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมมีผลสมบูรณ์ อีกทั้งในบทบัญญัติมาตรา 1598/32 ยัง

กำหนดให้สถานะของผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมเป็นอันสิ้นสุดลง หากบุคคลทั้งสองได้ทำการสมรสกันและคงเหลือไว้เพียงสถานะการเป็นสามีภริยาเท่านั้น

ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าหากพิจารณาตามความเป็นจริงแล้วผู้รับบุตรบุญธรรมอาจเป็นได้ทั้งญาติสืบสายโลหิตโดยตรง หรือญาติสืบสายโลหิตโดยอ้อม หรืออาจเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เครือญาติก็ได้ ทั้งนี้กฎหมายก็มิได้ถือเอาความเป็นเครือญาติเป็นสาระสำคัญแต่อย่างใดหากบุคคลทั้งสองประสงค์จะสมรสกัน หากเพียงแต่กำหนดว่าหากมีสถานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมไม่ว่าจะเป็นญาติตามสายโลหิตโดยตรง ญาติตามสายโลหิตโดยอ้อม เช่นลุง ป้า น้า อา หรือไม่ใช่บุคคลในครอบครัว หากทำการสมรสกับบุตรบุญธรรม ก็มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ดังนั้น จึงเห็นด้วยหากกฎหมายจะบัญญัติให้ทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมได้ ยกเว้นหากเป็นกรณีสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมที่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงก็จะถูกห้ามโดยหลักความสัมพันธ์ทางสายโลหิต

แต่หากเป็นกรณีบุคคลที่มีอายุ 17 ปีซึ่งถือว่ายังเป็นเด็กที่กฎหมายอนุญาตให้ทำการสมรสได้จะทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น ตามหลักการทั่วไปเด็กจะต้องขอความยินยอมสมรสจากผู้รับบุตรบุญธรรม ตามบทบัญญัติมาตรา 1436 (3) ประกอบบทบัญญัติมาตรา 1454 นั่นจึงหมายความว่า บุคคลที่เด็กจะทำการสมรสด้วยเป็นทั้งบุคคลที่ต้องให้ความยินยอมสมรสและเป็นบุคคลที่เด็กจะต้องทำการสมรสด้วยในขณะเดียวกัน ถึงแม้จะไม่เกิดปัญหาเกี่ยวกับความผิดปกติทางการแพทย์ทางด้านพันธุกรรมและไม่ได้ถึงขนาดขัดต่อศีลธรรมที่จะทำให้สังคมได้รับความเสียหาย แต่ผู้เขียนเห็นว่าการที่กฎหมายให้ผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบุตรบุญธรรมที่เป็นเด็ก ดังกล่าวเกิดเป็นช่องว่างที่ก่อให้เกิดปัญหาจากการใช้อำนาจปกครองที่ผิดทำนองคลองธรรม เป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตเกินสิทธิที่กฎหมายให้อำนาจในการเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง ตลอดจนเป็นการแสวงประโยชน์จากการใช้อำนาจปกครอง เพราะผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นผู้ที่จะต้องให้ความยินยอมในการสมรสซึ่งมีอำนาจเหนือบุตรบุญธรรมที่ยังเป็นเด็ก การสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมจึงมีปัญหาในลักษณะของผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict Of Interest) จากการใช้อำนาจปกครองอย่างชัดเจน ซึ่งทำให้เด็กขาดอิสระ เสรีภาพอย่างแท้จริง (Privacy right) ที่จะทำการสมรสและก่อตั้งครอบครัวของเด็ก ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest Of The Child) ตามที่ได้ทำการศึกษา เนื่องจากเด็กไม่สามารถแสดงความเห็นความต้องการของตนเองได้อย่างแท้จริงเพราะอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ครอบงำจากสถานะความเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม อีกทั้งเสรีภาพในการแต่งงานถือเป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนและเด็กถือว่าเป็นมนุษย์คนหนึ่งที่ต้องได้รับการคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกัน ดังนั้น กรณีบุคคลที่มีอายุ 17 ปี หากจะทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมหากไม่ใช่การสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมที่ต้องห้ามสมรสตามหลักสายโลหิตโดยตรงแล้วย่อมสามารถทำการสมรสกันได้ เพราะถือเป็นวัยที่สามารถมีความรักสร้างครอบครัวได้ มีความพร้อมทางด้านร่างกายและจิตใจ ไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องห้ามทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมเช่นกฎหมายของต่างประเทศ เพียงแต่การขอความยินยอมการสมรสกับบุคคลที่ตนต้องทำการสมรสนั้นอาจต้องมีกระบวนการหรือขั้นตอนทางกฎหมายมาให้ความคุ้มครองเด็กเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจในทางที่ไม่ถูกต้องและเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก เพราะถือเป็นเรื่องที่สำคัญที่ส่งผลต่อการใช้ชีวิตของเด็กในอนาคตไปตลอด

แต่อย่างไรก็ตาม การที่บุคคลที่มีอายุมากกว่า 18 ปีบริบูรณ์ซึ่งไม่ถือว่าเป็นเด็กแต่ก็ยังถือว่าเป็นผู้เยาว์เนื่องจากยังไม่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายไทยจะทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรม ซึ่งตามกฎหมายยังต้องขอความยินยอมทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกับกรณีบุคคลที่มีอายุ 17 ปี และผู้ที่ให้ความยินยอมสมรสเป็นบุคคลที่ตนจะต้องทำการสมรสด้วยในขณะเดียวกัน ก็อาจทำให้เกิดปัญหาจากการใช้อำนาจปกครองที่มีผลประโยชน์ขัดกันอยู่เช่นเดียวกัน ผู้เขียนจึงเห็นว่าถึงแม้บุคคลดังกล่าวจะไม่ถือว่าเป็นเด็กแล้วก็ตาม ก็ควรต้องได้รับการคุ้มครองหรือมีกระบวนการเพื่อป้องกันปัญหาผลประโยชน์ขัดกันจากการใช้อำนาจปกครองเช่นเดียวกันกับกรณีการสมรสของเด็กซึ่งมีอายุ 17 ปี

ซึ่งจากปัญหาดังกล่าวผู้เขียนพบว่ากฎหมายไทยไม่มีข้อกำหนดแนวทางใดที่จะเข้ามาเป็นมาตรการเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นบุคคลที่มีอายุครบ 17 ปี ซึ่งถือว่าเป็นเด็กที่กฎหมายอนุญาตให้สามารถทำการสมรสได้รวมถึงบุคคลที่อายุ 18 ปี ที่ยังเป็นผู้เยาว์แต่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ หากจะต้องทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมของตัวเองซึ่งการสมรสนั้นตกอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์เชิงอำนาจ เพียงแต่ให้บุคคลทั้งสองสามารถทำการสมรสกันได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของเยอรมันที่ห้ามผู้ที่มีสถานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบุตรบุญธรรม โดยไม่พิจารณาถึงความสัมพันธ์ในครอบครัวว่าเป็นญาติลำดับใด แต่ถึงแม้กฎหมายเยอรมันจะห้ามผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบุตรบุญธรรมโดยชัดแจ้ง แต่ก็มีข้อยกเว้นไว้ว่าหากผู้รับบุตรบุญธรรมประสงค์จะสมรสกับบุตรบุญธรรมต้องให้ศาลเป็นผู้อนุญาตให้ทำการสมรสกันได้ เว้นแต่จะศาลจะเห็นว่ามีเหตุผลที่ถูกห้ามทำการสมรสกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการให้ศาลเป็นผู้อนุญาตให้ทำการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมนั้นเป็นกระบวนการที่เหมาะสมหากจะนำมาเป็นแนวทางเพื่อปรับใช้ในหลักกฎหมายไทยในกรณีการสมรสระผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมสำหรับกรณีบุคคลที่มีอายุครบ 17 ปี ที่กฎหมายอนุญาตให้สามารถทำการสมรสได้รวมถึงบุคคลที่อายุ 18 ปี ที่ยังเป็นผู้เยาว์แต่ยังไม่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายไทยที่ต้องขอความยินยอมทำการสมรสกับผู้รับบุญธรรม

4.2 การสมรสระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง

เมื่อได้ทำการศึกษาหลักเกณฑ์เงื่อนไขการสมรสระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครอง หากพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแห่งและพาณิชย์ของไทย ไม่พบว่ามีบทบัญญัติที่ห้ามผู้ปกครองทำการสมรสกับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง ทำให้บุคคลทั้งสองจึงสามารถทำการสมรสกันได้ เช่นเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายเยอรมัน แต่ในกฎหมายอังกฤษ หรือกฎหมายสหรัฐอเมริกา พบว่ามีการบัญญัติห้ามการสมรสระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครองหากผู้อยู่ใต้ปกครองมีอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งถือว่ายังเป็นเด็ก ก็จะถูกห้ามทำการสมรสในทุกกรณีรวมถึงผู้ปกครองด้วย แต่ทั้งนี้ หากเป็นการสมรสกับผู้ปกครองที่มีความสัมพันธ์เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรง กฎหมายของไทย กฎหมายของฝรั่งเศส กฎหมายของเยอรมัน ก็จะถูกห้ามทำการสมรสกันตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขการห้ามสมรสกับญาติสืบสายโลหิตโดยตรง

ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าหากพิจารณาตามความเป็นจริงแล้วผู้ปกครองที่ศาลแต่งตั้งเป็นได้ทั้งญาติสืบสายโลหิตโดยตรง หรือญาติสืบสายโลหิตโดยอ้อม หรืออาจเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่เครือญาติก็ได้เช่นเดียวกับกรณีของผู้รับบุตรบุญธรรม ดังนั้น เมื่อไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดที่ใกล้ชิดกัน และบุคคลทั้งสองมีความรักต่อกัน ประสงค์จะทำการสมรสกันย่อมเป็นเรื่องที่สามารถทำได้และมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีบุคคลที่มีอายุ 17 ปีซึ่งถือว่ายังเป็นเด็กที่กฎหมายอนุญาตให้ทำการสมรสได้จะทำการสมรสกับผู้ปกครองนั้น ตามหลักการทั่วไปเด็กจะต้องขอความยินยอมสมรสจากผู้ปกครอง ตามบทบัญญัติมาตรา 1436 (4) ประกอบบทบัญญัติมาตรา 1454 นั่นจึงหมายความว่า บุคคลที่เด็กจะทำการสมรสด้วยเป็นทั้งบุคคลที่ต้องให้ความยินยอมสมรสและเป็นบุคคลที่เด็กจะต้องทำการสมรสด้วยในขณะเดียวกัน ดังนั้นจึงกรณีดังกล่าวจึงเกิดปัญหาเช่นเดียวกับกรณีของการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม กล่าวคือ ปัญหาในลักษณะของผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict Of Interest) จากการใช้อำนาจปกครองอย่างชัดเจน ซึ่งทำให้เด็กขาดอิสระ เสรีภาพอย่างแท้จริง (Privacy right) ที่จะทำการสมรสและก่อตั้งครอบครัวของเด็ก ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กตามที่ได้ทำการศึกษา เพราะเด็กไม่สามารถแสดงความเห็น หรือความต้องการของตนเองได้อย่างแท้จริงเนื่องจากอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ถูกครอบงำจากสถานะความเป็นผู้ปกครอง ดังนั้น กรณีบุคคลที่มีอายุ 17 ปี หากจะทำการสมรสกับผู้ปกครองหากไม่ใช่การสมรสกับผู้ปกครองที่ต้องห้ามสมรสตามหลักสายโลหิตโดยตรงแล้วย่อมสามารถทำการสมรสกันได้ เพราะถือเป็นวัยที่สามารถมีความรักสร้างครอบครัวได้ มีความพร้อมทางด้านร่างกายและจิตใจ ไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องห้ามทำการสมรสกับผู้ปกครอง เช่นกฎหมายของต่างประเทศ เพียงแต่การขอความยินยอมการสมรสกับบุคคลที่ตนต้องทำการสมรสนั้นอาจต้องมีกระบวนการหรือขั้นตอนทางกฎหมายมาให้ความคุ้มครองเด็กเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจในทางที่ไม่ถูกต้องและเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก และต้องคุ้มครองรวมไปถึงบุคคลที่อายุ 18 ปี ที่ไม่ถือว่าเป็นเด็กแต่ยังเป็นผู้เยาว์แต่ยังไม่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายไทยที่ต้องขอความยินยอมทำการสมรสกับผู้ปกครองเช่นเดียวกับกรณีของการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรม ซึ่งจากปัญหาดังกล่าวผู้เขียนพบว่ากฎหมายไทยก็ยังไม่มีข้อกำหนดแนวทางใดที่จะเข้ามาเป็นมาตรการเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะหากจะต้องทำการสมรสกับผู้ปกครองของตัวเอง ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรให้ศาลเป็นผู้อนุญาตให้ทำการสมรสกันเช่นเดียวกับกรณีการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมตามรูปแบบกฎหมายเยอรมันเพื่อให้ศาลได้เป็นผู้สอบถามความเห็นของเด็ก ประเมินสภาพจิตใจความต้องการของเด็ก รวมถึงกลั่นกรองการตัดสินใจของเด็กว่าประสงค์จะทำการสมรสโดยแท้จริงกับผู้ปกครองและพร้อมจะก่อตั้งชีวิตครอบครัวและเปลี่ยนสถานะเป็นสามีภริยาหรือไม่ ซึ่งเป็นกระบวนการที่เหมาะสมหากจะนำมาเป็นแนวทางเพื่อปรับใช้ในหลักกฎหมายไทยสำหรับกรณีบุคคลที่มีอายุครบ 17 ปี ที่กฎหมายอนุญาตให้สามารถทำการสมรสได้รวมถึงบุคคลที่อายุ 18 ปี ที่ยังเป็นผู้เยาว์แต่ยังไม่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายไทยที่ต้องขอความยินยอมทำการสมรสกับผู้ปกครองโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

ซึ่งนิยามคำว่า “เด็ก” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 มาตรา 4 เด็ก หมายถึงบุคคลซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงบรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Right of Child) ดังนั้น สิทธิเด็กจึงเป็นสิทธิสากล (Universal Rights) ที่ต้องได้การรับรองและคุ้มครอง ทั้งทางด้านร่างกาย จิตใจ อารมณ์ สังคม สติปัญญาโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติ และในอนุสัญญาว่าด้วย

สิทธิเด็กก็ได้มุ่งคุ้มครองสิทธิเด็ก 4 ประการ ได้แก่ สิทธิที่จะมีชีวิตรอด สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา และ สิทธิที่จะมีส่วนร่วม แต่จะเห็นได้ว่าจากบทบัญญัติของกฎหมายในปัจจุบันเกี่ยวกับการสมรสของผู้เยาว์ซึ่งต้องทำการสมรสกับผู้ใช้อำนาจปกครองที่มีสถานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมและผู้ปกครองนั้นเป็นบุคคลที่ผู้เยาว์จะต้องทำการสมรสด้วยในขณะเดียวกันอันมีลักษณะของการทับซ้อนของผลประโยชน์นั้น ผู้เขียนมองว่าทำให้เด็กขาดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression) ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายที่รวมถึงถึงการแสดงความคิดเห็นของเด็กที่ระบุไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Right of the Child) ข้อที่ 13 ที่บัญญัติให้รับรองเสรีภาพในการแสดงความเห็นของเด็ก ซึ่งรวมถึงสิทธิในการมีส่วนร่วมและการแสดงความคิดเห็นโดยได้รับการรับฟัง

แต่ในปัจจุบันการที่กฎหมายไทยไม่ห้ามทำการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม และการสมรสระหว่างผู้ปกครองกับผู้ใต้ปกครองก็ไม่มีบทบัญญัติห้ามทำการสมรสกันนั้น หากเป็นกรณีการสมรสของเด็กตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น สรุปได้ว่าเด็กต้องไปขอความยินยอมกับบุคคลที่ตนต้องทำการสมรสด้วย ซึ่งผู้ให้ความยินยอมที่มีสถานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมและผู้ปกครองก็ย่อมต้องให้ความยินยอมอย่างเป็นแน่แท้ เนื่องจากการให้ความยินยอมนั้นนำมาซึ่งการที่ได้สมรสกับเด็กที่เป็นบุตรบุญธรรมหรือผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองของตนเองแล้วแต่กรณี อันเป็นการแสวงหาประโยชน์จากการเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองที่ผิดทำนองคลองธรรม อีกทั้งไม่สามารถจะทราบได้ว่าการสมรสของเด็กนั้นเกิดจากเจตนาที่แท้จริง มีความรักที่แท้จริงกับบุคคลทั้งสองหรือไม่ หรือทำไปเพราะเป็นการตอบแทนบุญคุณผู้ที่ให้การเลี้ยงดูตนเองมา เนื่องจากการแสดงความเห็นของของเด็กได้ถูกปิดกั้นโดยตกอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์เชิงอำนาจในครอบครัว ซึ่งผู้เขียนมองว่าเป็นค่านิยมที่ผู้ใหญ่ใช้เป็นข้อกล่าวอ้างในการที่เด็กจะแสดงออกทางความคิดเห็นหรือแสดงท่าทางเมื่อมีความเห็นไม่ตรงกันกับความเห็นของผู้ใหญ่ ด้วยค่านิยมที่ว่า เป็นเด็กต้องเคารพเชื่อฟังผู้ใหญ่ เป็นเด็กต้องห้ามเถียงผู้ใหญ่ หรือเช่นวลีว่าผู้ใหญ่อาบน้ำร้อนมาก่อน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าค่านิยมเกี่ยวกับเรื่องนี้ไม่เป็นเรื่องที่ผิดแต่อย่างใดในบริบทของสังคมไทย แต่ลักษณะการใช้ค่านิยมในทางที่ผิดของผู้ใช้อำนาจปกครองต่างหากที่ทำให้ผู้ที่มีสถานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองที่ประสงค์จะทำการสมรสกับเด็กที่อยู่ในความดูแลของตนเองโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมายที่ให้ทำการสมรสกันได้โดยไม่ผิดกฎหมายนั้นทำการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของเด็กโดยที่ตนเองไม่รู้ตัว ซึ่งการใช้ค่านิยมที่ว่าตนเองมีอำนาจอยู่เหนือเด็กเป็นการปลูกฝังที่ทำให้เด็กไม่มีความกล้าแสดงออกในการที่จะแสดงความคิดเห็นของตนได้อย่างอิสระโดยแท้จริง

อีกทั้ง ในเรื่องของความสัมพันธ์เชิงอำนาจในสถาบันครอบครัวไทย ซึ่งมักจะเห็นได้จากในลักษณะรูปแบบที่ว่า บุญคุณที่ต้องทดแทน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการตอบแทนบุญคุณไม่ใช่เป็นเรื่องที่ผิดหรือเป็นสิ่งที่ไม่สมควรกระทำ แต่ทว่าบริบทของการใช้ความสัมพันธ์เชิงอำนาจของครอบครัวไทยที่ผิดต่างหาก เป็นการกระทำที่ไปจำกัดสิทธิ เสรีภาพที่แท้จริงของเด็ก อย่างเช่นในกรณีที่เด็กจะต้องทำการสมรสกับตนเอง ซึ่งทำให้เด็กเข้าใจว่าการตนเองต้องทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองถึงแม้แท้จริงแล้วไม่ได้เกิดจากความรักดังเช่นชายหญิงทั่วไปแต่เพราะนั่นถือเป็นการตอบแทนบุญคุณของผู้ที่เลี้ยงดูตนเองมา จำต้องทำการสมรสไปโดยถูกปิดกั้นการแสดงเจตนาที่แท้จริงหรือถูกจำกัดสิทธิในการความคิดเห็นของตนเอง ซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาความรุนแรงภายในครอบครัวในภายหน้าได้

5. บทสรุปและข้อแสนอแนะ

การสมรสกับบุคคลในครอบครัวเดียวกันนั้น กฎหมายหลายประเทศไม่ว่าจะเป็นกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายเยอรมนี กฎหมายอังกฤษ หรือกฎหมายสหรัฐอเมริกา รวมทั้งกฎหมายไทย ได้มีการบัญญัติห้ามอย่างชัดเจนว่าหากเป็นกรณีการสมรสกับบุคคลที่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรง เนื่องจากการสมรสกับญาติสืบสายโลหิตโดยตรงนั้นถือเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมอันจะส่งผลเสียต่อความผิดปกติทางการแพทย์ในด้านพันธุกรรม ทำให้เด็กที่เกิดมามีความผิดปกติบกพร่องในบางโรค และเป็นการฝ่าฝืนจารีตประเพณีและศีลธรรมอันดี ตลอดจนอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งในครอบครัวในเรื่องบทบาทหน้าที่ความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัวอันจะส่งผลทำให้เกิดความเสียหายต่อสังคมได้ อย่างไรก็ดี ตามกฎหมายไทยก็ไม่ได้ห้ามทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรม เพราะพิจารณาเพียงแต่ว่าผู้รับบุตรบุญธรรมไม่ถือว่าเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงจึงไม่ห้ามทำการสมรสกัน อีกทั้งไม่มีบทบัญญัติห้ามทำการสมรสกับผู้ปกครอง ซึ่งหากพิจารณาตามความเป็นจริงแล้วผู้รับบุตรบุญธรรมและผู้ปกครองอาจเป็นได้ทั้งบุคคลที่มีความสัมพันธ์เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยอ้อม และบุคคลภายนอกครอบครัวด้วย และถึงแม้กฎหมายต่างประเทศโดยส่วนมากที่ทำการศึกษาจะห้ามบุคคลที่อายุต่ำว่า 18 ปีทำการสมรสในทุกกรณีก็ตาม ก็เป็นเพียงการกำหนดเกณฑ์อายุตามความเหมาะสมที่เห็นสมควรจะทำการสมรสของแต่ละประเทศเท่านั้น ซึ่งแต่ละประเทศก็กำหนดไว้แตกต่างกันไปตามสภาพสังคมและวัฒนธรรม

ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการคงไว้ซึ่งหลักการเดิมที่ไม่ห้ามบุคคลทั้งสองกรณีสมรสกันจึงไม่ใช่เรื่องที่ไม่ถูกต้องแต่อย่างใดและจะห้ามไม่ให้สมรสกันเสียทีเดียวเช่นกฎหมายต่างประเทศก็คงจะไม่เหมาะสมกับสังคมวัฒนธรรมของไทยที่ไม่ได้ห้ามสมรสกันมาแต่เดิม แต่การที่กฎหมายไทยกำหนดเกณฑ์อายุให้บุคคลที่อายุครบ 17 ปีสามารถทำการสมรสได้ และขั้นตอนการทางกฎหมายที่ให้สิทธิเด็กที่จะทำการสมรสนั้นต้องขอความยินยอมทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณีก่อน ตามบทบัญญัติมาตรา 1436 (3) (4) ประกอบมาตรา 1454 พบว่าการให้ความยินยอมสมรสของกฎหมายไทยนั้นไม่ได้มีการตระหนักถึงปัญหาอื่นๆ ที่แฝงอยู่อันไม่ใช่ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับเหตุผลการห้ามสมรสตามหลักสายโลหิตโดยตรงมาก่อน ซึ่งปัญหานั้น ได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองที่ผิดธรรมนองคลองธรรม อันเป็นการแสวงหาผลประโยชน์จากการใช้อำนาจปกครองของตนเองที่มีสถานะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมและผู้ปกครองเพื่อให้ตนเองได้ทำการสมรสกับบุตรบุญธรรมหรือผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองที่เป็นเด็ก ซึ่งถือว่าเป็นการใช้อำนาจปกครองมีลักษณะผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest) ทำให้เด็กขาดอิสระ เสรีภาพอย่างแท้จริงในการที่จะก่อตั้งครอบครัวด้วยตัวเอง การใช้อำนาจปกครองของบุคคลทั้งสองกรณีดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับการคุ้มครองเด็กภายใต้ประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best interest of the child) ทังนี้ เมื่อพิจารณาประเด็นปัญหากรณีการขอความยินยอมสมรสของบุคคลที่มีอายุ 17 ปี ซึ่งถือว่ายังเป็นเด็ก แต่กฎหมายอนุญาตให้สามารถทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณี ตามมาตรา 1436 (3) (4) ได้นั้น ซึ่งพบว่ามีลักษณะของการขัดกันของผลประโยชน์ (Conflict of Interest) เพราะเกิดความขัดแย้งกันของข้อกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กเนื่องจากบทบัญญัติเปิดช่องให้ผู้ใช้อำนาจปกครองใช้อำนาจปกครองแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง และเด็กอาจตกอยู่ในภยันตราย (Dangerous Situation) ทั้งในด้านชีวิต ร่างกาย หรือทางเพศซึ่งเป็นผลมาจากการใช้อำนาจปกครองเหนือเด็ก ซึ่งเด็กนั้นเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงอันเป็นความเสียหาย (Effect of Danger) และความ

เสียหายนั้นอาจเกิดขึ้นกับเด็กได้ทันที (Period of Danger or Damage) หากเด็กต้องทำการสมรสกับบุคคลที่ตนไม่ได้มีเจตนาโดยแท้จริงว่าประสงค์จะทำการสมรสด้วย เพราะผู้เขียนเห็นว่าทำให้เด็กต้องสิ้นสุดการใช้ชีวิตในวันเด็กและต้องเปลี่ยนไปดำเนินชีวิตเป็นผู้ใหญ่โดยทันทีและต่อเนื่องไปตลอดชีวิต ดังนั้น เมื่อพิจารณาประเด็นปัญหาการสมรสกับบุคคลในครอบครัวที่ได้ทำการศึกษาแล้วนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าจะต้องพิจารณาตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด (The Paramount Consideration)

และจากการเปรียบเทียบการสมรสกับบุคลในครอบครัวกับการใช้อำนาจปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายเยอรมนี กฎหมายอังกฤษ หรือกฎหมายสหรัฐอเมริกา ในกรณีการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น หากบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งถือว่าเป็นเด็ก ทุกประเทศที่ทำการศึกษาได้บัญญัติห้ามทำการสมรสไว้อย่างชัดเจน โดยไม่พิจารณาว่าจะมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตลำดับใด ทุก ๆ ความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัวจะถูกห้ามทำการสมรสหากอยู่ในสถานะผู้รับบุตรบุญธรรม เนื่องจากผิดวัตถุประสงค์ของการรับบุตรบุญธรรม และเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเรื่องผลประโยชน์ขัดกันจากการใช้อำนาจปกครองในกรณีการขอความยินยอมสมรสของเด็ก เว้นแต่ในกฎหมายเยอรมัน หากผู้รับบุตรบุญธรรมประสงค์จะทำการสมรสกับบุตรบุญธรรมกันต้องให้ศาลเป็นผู้อนุญาต ซึ่งเป็นแนวทางที่ผู้เขียนเห็นว่าควรต้องนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย ซึ่งไม่เคยตระหนักถึงความสำคัญในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพอย่างแท้จริงของเด็กในกรณีที่ต้องขอความยินยอมสมรสกับบุคคลที่ตนเองต้องทำการสมรสด้วยมาก่อน

ส่วนในกรณีของการสมรสกับผู้ปกครองนั้น กฎหมายไทย กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายเยอรมนี ไม่พบว่ามีบทบัญญัติที่ห้ามผู้ปกครองทำการสมรสกับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองเช่นเดียวกัน ทำให้บุคคลทั้งสองจึงสามารถทำการสมรสกันได้ แต่ในกฎหมายอังกฤษ หรือกฎหมายสหรัฐอเมริกา พบว่ามีการบัญญัติห้ามการสมรสระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครองหากผู้อยู่ใต้ปกครองมีอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งถือว่ายังเป็นเด็ก ก็จะถูกห้ามทำการสมรสในทุกกรณีรวมถึงผู้ปกครองด้วย เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเรื่องผลประโยชน์ขัดกันจากการใช้อำนาจปกครองในกรณีการขอความยินยอมสมรสของเด็กกับผู้ปกครอง แต่ทั้งนี้ หากเป็นการสมรสกับผู้ปกครองที่มีความสัมพันธ์เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรง กฎหมายของไทย กฎหมายของฝรั่งเศส กฎหมายของเยอรมัน ก็จะถูกห้ามทำการสมรสกันตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขการห้ามสมรสกับญาติสืบสายโลหิตโดยตรงเช่นเดียวกัน และเพื่อหาแนวทางในการพิจารณาที่เหมาะสมต่อประเด็นปัญหาผู้เขียนจึงขอเสนอข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. พิจารณาตามช่วงเกณฑ์อายุในการสมรส เนื่องจากกฎหมายไทยกำหนดให้บุคคลที่มีอายุ 20 ปีบริบูรณ์เป็นผู้บรรลุนิติภาวะและสามารถทำการสมรสได้ด้วยตัวเอง แต่บุคคลที่อายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ ก็สามารถทำการสมรสได้ โดยต้องขอความยินยอมทำการสมรสจากผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่งผู้เขียนพิจารณาแบ่งเป็นสองช่วงอายุดังนี้

หากเป็นกรณีของการสมรสกับบุคคลที่อายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่เกิน 18 ปี ซึ่งถือว่าเป็นวัยมีความพร้อมที่จะสร้างครอบครัว มีความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจ หากประสงค์จะทำการสมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณีสามารถทำได้ แต่ควรมีการกำหนดให้องค์กรศาลที่มีเขตอำนาจเป็นผู้อนุญาตและชี้ขาดให้ทำการสมรสได้ โดยนำรูปแบบของกฎหมายเยอรมันมาปรับใช้ ซึ่งศาลต้องพิจารณาจากสิ่งต่างๆ ตามความ

เหมาะสม อาทิเช่น เจตนาที่แท้จริงของผู้เยาว์ ระยะเวลาของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน รูปแบบของความรักความสัมพันธ์ต่อกันในทางปฏิบัติ หากทั้งสองมีความรักต่อกันอย่างแท้จริงหาใช่อยู่ให้ห้วงความรักใคร่เพียงชั่วขณะเวลาหนึ่ง และต้องสอบถามกลั่นกรองความเห็นภายใต้สภาวะจิตใจของเด็กในขณะที่ไม่อยู่ต่อหน้าบุคคลอื่นที่มีอำนาจส่งผลต่อการตัดสินใจของเด็ก เช่น ผู้ใช้อำนาจปกครองที่ตนจะต้องทำการสมรสด้วย หรือแม้แต่บิดามารดาที่แท้จริงกรณีที่ยังมีอยู่ หรือผู้ที่มีส่วนได้เสียกับผู้เด็ก เพื่อให้เด็กได้ตัดสินใจได้ด้วยตัวเอง เพื่อป้องกันปัญหาการใช้อำนาจปกครองที่มีลักษณะผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest) ทำให้เด็กขาดอิสระ เสรีภาพอย่างแท้จริงในการที่จะก่อตั้งครอบครัวด้วยตัวเอง การใช้อำนาจปกครองของบุคคลทั้งสองกรณีดังกล่าว ซึ่งไม่สอดคล้องกับการคุ้มครองเด็กภายใต้ประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best interest of the child)

หากเป็นกรณีของการสมรสกับบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปแต่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ซึ่งถือว่าไม่ใช่เด็กแต่ก็ยังเป็นผู้เยาว์ที่ต้องขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมตามกฎหมายไทย และพบว่ามีปัญหาการใช้อำนาจปกครองที่มีลักษณะผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest) เช่นเดียวกัน ดังนั้น บุคคลดังกล่าวที่ถึงแม้จะไม่ถือว่าเป็นเด็กแล้วก็ตามก็เห็นควรต้องได้รับการคุ้มครองโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติเช่นเดียวกัน

2. ควรมีการเผยแพร่ให้ความรู้เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กแก่หน่วยงาน องค์กร รวมทั้งบุคลากรเจ้าหน้าที่ที่ทำหน้าที่พิจารณากรณีปัญหาที่เกี่ยวข้องกับเด็ก

3. เสนอแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 1436 โดยเพิ่มวรรคสอง

“การหมั้นระหว่างผู้เยาว์กับบุคคลตาม (3) หรือ (4) ผู้ใช้อำนาจปกครองต้องได้รับอนุญาตจากศาลและให้ศาลสอบถามความยินยอมจากผู้เยาว์เป็นการลับเฉพาะ ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ศาลจะอนุญาตให้บุคคลที่ผู้เยาว์ไว้วางใจหรือนักจิตวิทยาเข้าร่วมอยู่ด้วยก็ได้”

บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

ประสพสุข บุญเดช, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 25, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2564).

ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563).

บทความ

ภาษาต่างประเทศ

Erin Bajackson, 'Best Interest of the child – A Legislative journey Still in Motion' (2013) 25 Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyer 312- 313 <https:// www.aaml.org/wp-content/uploads/MAT205_2.pdf> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2565.

Godsglory Ifezue and Maria Rajabali, 'Protecting the Interest of the Child' (2013) 2 (1) Cambridge Journal of International and Comparative Law 78 <https: / / df1p766 hy5a3u.cloudfront.net/article_public_download_pdf/77.pdf > สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2565.

Seema Shah, 'Does Research with Children Violate the best Interest Standard? An Empirical and Conceptual Analysis' (2023) 8 Northwestern Journal of law and social policy 137-145 <https://core.ac.uk/download/pdf/231036461.pdf> สืบค้นเมื่อ 3 มิถุนายน 2565.

วิทยานิพนธ์

ภาษาไทย

นัดดาภา จิตต์แจ้ง, 'การคุ้มครองเด็กกับการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย' (ดุษฎีนิพนธ์ นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555).

เอมอร ตั้งสำเริงวงศ์, 'ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกัน : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548).

รายงานการวิจัย

ภาษาไทย

มาตาลักษณ์ เสรเมธากุล, ‘หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายแนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562).

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ภาษาไทย

‘จับอาหื่น ข่มขืน 2 พี่น้อง หลานแท้ๆ นาน 3 ปี เด็กสาวไม่กล้าบอกใคร เพราะถูกขู่ฆ่า’ (มติชน, 10 พฤศจิกายน 2565) <https://www.matichon.co.th/region/news_3667010/> สืบค้นเมื่อ 23 พฤศจิกายน 2565.

‘ลุงเขยหื่นข่มขืนหลานสาววัย 11 ปี พร้อมข่มขู่ห้ามบอกใคร’ (ผู้จัดการออนไลน์, 15 ธันวาคม 2564) <https://mgronline.com/local/detail/9640000123771/> สืบค้นเมื่อ 17 เมษายน 2565.

‘ศาลฎีกาสั่งจำคุกหม่อมลูกปลาวางยาท่านกบ’ (โพสต์ทูเดย์, 17 สิงหาคม 2555) <https://www.posttoday.com/social/general/171403/> สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2565.

ยูนิเซฟ, ‘อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กคืออะไร’ <https://unicef.org/thailand/th/what-is-crc.> สืบค้นเมื่อ 28 พฤษภาคม 2565.

ภาษาต่างประเทศ

Achim Czubaiko, ‘German Federal Supreme Court on International Child Marriages, Decision of 22nd July 2020, Case No. XII ZB 131/20’ <https://conflictoflaws. net/2020/german-federal-supreme-court-on-international-child-marriages-decision-of-22nd-july-2020-case-no-xii-zb-131-20/ สืบค้นเมื่อ 15 ตุลาคม 2565.

Christopher Koulouris, ‘Right decision? German court rules 16 year old girl can continue relationship with 48 year old uncle’ (3 November 2016) <https://scallywagandvagabond.com/2016/11/josephine-marie-petritz-germany-16-year-old-girl-48-year-old-uncle-gerrit-haager/> สืบค้นเมื่อ 15 ตุลาคม 2565.

Karen McVeigh, ‘She won’t be the last’: why not enough has changed since the murder of Banaz Mahmod’ (21 September 2020) <https://www.theguardian.com/global-development/2020/sep/21/uk-policing-why-not-enough-has-changed-since-the-murder-of-banaz-mahmod/> สืบค้นเมื่อ 15 ตุลาคม 2565.

Maya Oppenheim, ‘Hundreds of British girls ‘married off as children each year’ (05 March 2021) <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/child-marriage-british-girls-b1812608.html/> สืบค้นเมื่อ 15 ตุลาคม 2565.