



รายงานการศึกษาส่วนบุคคล
(Individual Study)

เรื่อง อุปสรรค ปัญหาและแนวทางแก้ไขในการบังคับใช้
อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพา
เด็กข้ามชาติ ค.ศ.๑๙๘๐ ในประเทศไทย

จัดทำโดย นายไพรัช พรสมบุญศิริ
รหัส ๕๐๓๔

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการฝึกอบรม
หลักสูตรนักบริหารการทูต รุ่นที่ ๕ ปี ๒๕๕๖
สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ
ลิขสิทธิ์ของกระทรวงการต่างประเทศ



รายงานการศึกษาส่วนบุคคล
(Individual Study)

เรื่อง อุปสรรค ปัญหาและแนวทางแก้ไขในการบังคับใช้อนุสัญญาว่าด้วย
ลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ ค.ศ.๑๙๘๐ ในประเทศไทย

จัดทำโดย นายไพรัช พรสมบูรณ์ศิริ
รหัส ๕๐๓๔

หลักสูตรนักบริหารการทูต รุ่นที่ ๕ ปี ๒๕๕๖
สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ
รายงานนี้เป็นความคิดเห็นเฉพาะบุคคลของผู้ศึกษา



เอกสารรายงานการศึกษาส่วนบุคคลนี้ อนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการฝึกอบรม
หลักสูตรนักบริหารการทูตของกระทรวงการต่างประเทศ

ลงชื่อ

(รองศาสตราจารย์ ดร.สมภพ มานะรังสรรค์)
อาจารย์ที่ปรึกษา

ลงชื่อ

(เอกอัครราชทูตพิเศษศักดิ์ ชลารักษ์)
อาจารย์ที่ปรึกษา

ลงชื่อ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรทัย ก๊กผล)
อาจารย์ที่ปรึกษา

บทสรุปสำหรับผู้บริหาร

การศึกษาเรื่อง อุปสรรค ปัญหาและแนวทางแก้ไขในการบังคับใช้อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ ค.ศ. ๑๙๘๐ ในประเทศไทยเพื่อวิเคราะห์ปัญหาการปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าวในปัจจุบัน และนำเสนอแนวทางการแก้ไข โดยเฉพาะการนำแนวทางแก้ไขในชั้นปฏิบัติการมาใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการพิจารณาคดีของศาล และบรรเทาความอยุติธรรมที่เกิดขึ้นกับหญิงไทยผู้ตกเป็นผู้ละเมิดตามอนุสัญญา

วิธีการวิจัยครั้งนี้ทำโดยการรวบรวมข้อมูล ทั้งจากบทบัญญัติของกฎหมาย ทฤษฎี และแนวความคิดจากผู้ปฏิบัติงานโดยตรงเพื่อปรับปรุงการปฏิบัติงาน

ผลการวิจัยสรุปได้ว่า การนำอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ ค.ศ. ๑๙๘๐ มาบังคับใช้ในประเทศไทยโดยมีพระราชบัญญัติอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ พ.ศ. ๒๕๕๕ เป็นกฎหมายภายในรองรับนั้น สร้างผลกระทบต่อหญิงไทยที่พาบุตรหรือบุตรกลับมายังประเทศไทยภายหลังการเลิกกรากับคู่สมรสในต่างแดนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคู่สมรส โดยหญิงไทยต้องส่งเด็กกลับคืนพร้อมออกค่าใช้จ่ายทั้งหมด จึงเกิดประเด็นปัญหา ๓ ประเด็น คือ

๑. กรณีที่หญิงไทยเลิกกรากับคู่สมรสต่างชาติจากปัญหาความรุนแรงในครอบครัวซึ่งศาลที่ประเทศต้นทางยอมไม่ทราบถึงเหตุดังกล่าว

๒. กรณีที่หญิงไทยถูกดำเนินคดีในต่างประเทศเนื่องจากการพาตัวเด็กมา และทำให้ไม่สามารถเดินทางกลับเข้าประเทศไปต่อสู้อุบัติคดีสิทธิปกครองได้

๓. ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการส่งเด็กกลับคืนตกอยู่ในความรับผิดชอบของหญิงไทยที่พาเด็กมา ในกรณีที่ ๑-๒ ศาลปลายทาง หรือผู้ประสานงานกลางอาจกำหนดเงื่อนไข หรือ ออกคำบังคับเพื่อบรรเทาเหตุดังกล่าวได้ และกรณีที่ ๓ เป็นกรณีที่ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจตามที่เห็นสมควร เพื่อช่วยเหลือหญิงไทยให้ไม่ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายจนเกินไปได้

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อท่านธงชัย เจริญผล อัยการอาวุโส สำนักงานต่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุดที่กรุณาให้คำแนะนำ ข้อคิดในแง่มุมต่างๆที่เป็นประโยชน์อันมีค่า ยิ่งแก่ผู้เขียน ตั้งแต่เริ่มต้นในการทำเค้าโครงวิทยานิพนธ์ตลอดมาจนสำเร็จทันตามกำหนดเวลา

สำหรับคำชี้แนะ ข้อคิดเห็นที่ให้แก่ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคุณอัครา ขุนทองจันทร์ นิติกรปฏิบัติการ สำนักงานพิเศษฝ่ายคุ้มครองสิทธิประชาชนระหว่างประเทศ เป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อท่านเพ็ญศักดิ์ ชลาวัณย์ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.สมภพ มานะรังสรรค์ และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรทัย ก๊กผล ที่ได้กรุณาได้รับเป็นกรรมการ สอบรายงานศึกษาส่วนบุคคล และให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ต่อการทำรายงานศึกษาส่วนบุคคลนี้

ท้ายนี้ ผู้เขียนขอระลึกถึงพระคุณของครูบาอาจารย์ที่ได้ประสิทธิประสาทความรู้แก่ ผู้เขียน และพระคุณของผู้บพการีที่ได้ส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจนผู้เขียนได้ศึกษาเล่าเรียนมาจนถึง ปัจจุบันและทำรายงานศึกษาส่วนบุคคลฉบับนี้จนสำเร็จ ซึ่งผู้เขียนจะนำความรู้ที่ได้รับนี้ไปใช้ในการ ทำงานให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อสังคมและประเทศชาติสืบต่อไป

ไพรัช พรสมบูรณ์ศิริ

สิงหาคม ๒๕๕๖

สารบัญ

บทสรุปสำหรับผู้บริหาร	ง
กิตติกรรมประกาศ	จ
สารบัญ	ฉ
บทที่ ๑ บทนำ	๑
๑.๑ ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	๑
๑.๒ วัตถุประสงค์ของการศึกษา	๒
๑.๓ สมมติฐาน	๒
๑.๔ ขอบเขตและระเบียบวิธีการศึกษา	๒
๑.๕ ประโยชน์ของการศึกษา	๒
๑.๖ ระเบียบวิจัย	๓
บทที่ ๒ แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง	๔
๒.๑ สารระของอนุสัญญาทางแพ่งว่าด้วยการลี้ภัยข้ามชาติ	๔
๒.๒ หลักการภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลี้ภัยเด็กข้ามชาติ	๕
๒.๓ พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางแพ่งว่าด้วยการ ละเมิดสิทธิคุ้มครองเด็ก พ.ศ.๒๕๕๕	๑๑
๒.๔ พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิด สิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕	๑๔
บทที่ ๓ ผลการศึกษา	๑๘
๓.๑ กรณีตัวอย่าง	๑๘
๓.๒ แนวทางการวินิจฉัย (ก่อนมีการตราพระราชบัญญัติฯ)	๑๘
๓.๓ แนวทางการวินิจฉัยภายหลังพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศ ในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ กรณี เปรียบเทียบเดียวกัน	๒๐
บทที่ ๔ บทสรุปและข้อเสนอแนะ	๒๔
๔.๑ สรุปผลการศึกษา	๒๔
๔.๒ ข้อเสนอแนะ	๒๔
บรรณานุกรม	๓๑
ภาคผนวก ขั้นตอนการส่งเด็กกลับคืน	๓๒
ประวัติผู้เขียน	๓๗

บทที่ ๑ บทนำ

๑.๑ ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

จากสภาพของโลกยุคปัจจุบันซึ่งเทคโนโลยีในการสื่อสารและการเดินทางเข้ามามีส่วนช่วยให้บุคคลสามารถมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันได้อย่างรวดเร็วและสร้างความสัมพันธ์ต่อกันได้อย่างสะดวกสบายมากยิ่งขึ้น ยังผลให้สภาพสังคมในประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่เริ่มแปรเปลี่ยนไปเป็น พหุสังคม (Plural Society) ที่มีความหลากหลายทางสังคมของชนชั้น อาชีพ ความคิด อุดมคติ วิถีชีวิต การพัฒนาดังกล่าวมีผลต่อการดำเนินชีวิตในภาพรวมที่ทำให้เกิดการแต่งงานข้ามสัญชาติในสัดส่วนเพิ่มขึ้นจากเดิม และการแต่งงานของบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่เดิมห่างไกลกัน เมื่อมองในเชิงกฎหมายแล้วสถานะของบุคคลที่มีสัญชาติแตกต่างกันย่อมส่งผลให้กฎหมายที่ใช้บังคับในความสัมพันธ์แตกต่างกันอีกด้วย ดังนั้นปัญหาข้อกฎหมายอันสืบเนื่องจากรวมกันของความสัมพันธ์ในลักษณะครอบครัวของบุคคลที่มีสัญชาติแตกต่างกันจึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจเรื่องหนึ่ง

อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ (The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction) ถือเป็นกลไกหนึ่งที่เข้ามามีความสำคัญในการจัดการความสัมพันธ์เชิงครอบครัวของคู่สมรสที่มีสัญชาติแตกต่างกัน และเข้ามาแก้ไขปัญหอันสืบเนื่องมาจากการแต่งงานจนเกิดครอบครัวแบบผสม หรือ ครอบครัวสองสัญชาติ (Binational family) แล้วเกิดการหย่าร้างกันขึ้น ต่อมาเมื่อเกิดการลักพาตัวเด็กไปจากถิ่นที่อยู่ปกติของเด็กของผู้ปกครองที่ลักพา (Abducting parent) เพื่อให้เกิดข้อได้เปรียบในการแบ่งสิทธิปกครองเลี้ยงดูบุตรเมื่อพ่อหรือแม่ผู้ลักพาตัวเด็กมาถึงประเทศมาตุภูมิของตนแล้ว ผู้ปกครองมักดำเนินเรื่องหย่าแต่เพียงฝ่ายเดียว (Ex parte divorce) และร้องขอต่อศาล ในประเทศนั้นให้ตนมีสิทธิในการปกครองบุตรแต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งในทางกฎหมายเรียกลักษณะการกระทำดังกล่าวว่า เป็น Forum Shopping หรือ การเลือกศาล เพื่อให้ได้ใช้กฎหมายของประเทศที่เป็นประโยชน์แก่ตน ดังนั้นจึงต้องมีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยมุ่งไปที่การป้องกันไม่ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเลือกศาล เพื่อประโยชน์ของตนในการรับสิทธิในการปกครองดูแลบุตรโดยมิได้คำนึงถึงผลประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ ที่ประชุมว่าด้วยกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ (The Hague Conference on Private International Law) จึงได้ริเริ่มในการร่างอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ. ๑๙๘๐ และประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าวตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๕ และล่าสุดรัฐสภาได้ออกพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก ประกาศในพระราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ ๙ มกราคม พ.ศ. ๒๕๕๖ โดยยึดตามกรอบเจตนารมณ์ที่อนุสัญญากรุงเฮกฯ ได้วางไว้ตั้งแต่ต้น อย่างไรก็ตาม สำนักงานอัยการสูงสุดในฐานะผู้ประสานงานกลางยังประสบปัญหาหลายประการในการดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาฉบับดังกล่าว

๑.๒ วัตถุประสงค์ของการศึกษา

๑.๒.๑ เพื่อศึกษาถึงความหมาย ลักษณะ และรูปแบบในการบังคับใช้พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๓ ในรูปแบบต่างๆ ที่เกิดขึ้นเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ. ๑๙๘๐

๑.๒.๒ เพื่อศึกษาถึงสภาพปัญหา และอุปสรรคของการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๖ และกฎหมายภายในของประเทศไทย

๑.๒.๓ เพื่อศึกษาปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายในประเทศไทยอันอาจส่งผลกระทบต่อ การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวได้

๑.๓ สมมติฐาน

จากการศึกษาพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๖ พบปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายจำนวนมากเนื่องจากสภาพสังคมและกฎหมายไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายจึงสมควรที่จะมีการใช้วิธีการทั้งทางรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ของในจัดการปัญหาทั้งเชิงรุกและเชิงรับ

๑.๔ ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษานี้มุ่งเน้นศึกษาวิเคราะห์ปัญหาที่สำคัญโดยละเอียดเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสำนักงานอัยการสูงสุดในฐานะผู้ประสานงานกลางเพียงเท่านั้น เพื่อให้เกิดการทำงานที่มีประสิทธิภาพและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ตลอดจนสร้างความสมดุลระหว่างการรักษาพันธกรณีที่มีตามอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ. ๑๙๘๐ และรักษาผลประโยชน์ของประชาชนชาวไทย ทั้งศึกษาปัญหาข้อเท็จจริงจากคดีต่างๆ พร้อมเสนอแนวทางแก้ไข เพื่อให้เกิดแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการเผชิญปัญหาทางครอบครัวที่มีความละเอียดอ่อน และต้องสร้างเสริมความเข้าใจกับทุกภาคส่วนในการปฏิบัติ

๑.๕ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

๑.๕.๑ การศึกษาในเรื่องนี้ จะช่วยสร้างแนวคิดในการจัดการกับปัญหาข้อเท็จจริงทั้งในเชิงรุกและในเชิงรับเพื่อให้ผู้ปฏิบัติงานในสำนักงานอัยการสูงสุดสามารถดำเนินการได้อย่างถูกต้องและชัดเจน

๑.๕.๒ งานศึกษานี้ จะนำแนวบรรทัดฐานในคดีของต่างประเทศมาเปรียบเทียบเพื่อใช้เป็นแนวทางการแก้ไขที่เหมาะสมให้กับปัญหาในเชิงคดีและเชิงข้อเท็จจริงภายในประเทศไทย

๑.๖ ระเบียบวิจัย

ส่วนที่ ๑ ทำการวิจัยเอกสาร รวบรวมเอกสารกฎหมายต่างๆ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ. ๑๙๘๐ และพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๖ ตลอดจนคดีของสำนักงานอัยการสูงสุดและคดีในต่างประเทศที่ถูกใช้เป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดี

ส่วนที่ ๒ เป็นการวิจัยโดยวิธีการสัมภาษณ์ความเห็นของนักวิชาการภายในประเทศ ตลอดจนผู้ปฏิบัติงานของสำนักงานอัยการสูงสุดที่เกี่ยวข้องในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และแนวทางแก้ไขที่เหมาะสม

บทที่ ๒ แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

๒.๑ สารของอนุสัญญาทางแพ่งว่าด้วยการลักพาตัวข้ามชาติ

ที่มาของอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ^๑

อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติมีลักษณะของการประนีประนอมระหว่าง ๒ แนวความคิดในเรื่อง ความต้องการในการป้องกันประณามสถานการณ์ตามความเป็นจริงที่เกิดขึ้นจากผลของการลักพาตัวเด็กไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายและการรับประกันความสัมพันธ์ ตามกฎหมายระหว่างคู่สมรสโดยกลไกที่สร้างขึ้นโดยไม่สร้างความกระทบกระเทือนต่อคดีสิทธิทางปกครอง และป้องกันได้เปรียบเสียเปรียบในเชิงคดีในระหว่างคู่สมรสขึ้นมาอีกด้วย

จุดประสงค์ของอนุสัญญามีปรากฏชัดเจนอยู่ภายใต้ข้อบทที่ ๑ สามารถสรุปได้ว่า หนึ่งในองค์ประกอบที่สำคัญที่ผู้ลักพาตัวมักนำมาใช้ คือการอ้างอำนาจปกครองอันชอบธรรมเหนือตัวเด็กตามกฎหมายของประเทศที่ผู้ลักพาตัวนำเด็กไป ดังนั้นการจะยับยั้งพฤติการณ์ดังกล่าวมิให้เกิดขึ้นได้ คือ การปฏิเสธความชอบธรรมตามกฎหมายของประเทศนั้นด้วยการกลไกการส่งตัวเด็กกลับคืนยังประเทศถิ่นที่อยู่ปกติก่อนการลักพาตัวเพื่อให้ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือตัวเด็กก่อนมีการลักพาตัวเป็นผู้ตัดสินในเรื่องสิทธิควบคุมดูแลเด็ก และอีกจุดประสงค์หนึ่งที่มีส่วนสำคัญของอนุสัญญา ที่การถกเถียงกัน คือ การพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของตัวเด็กเป็นสำคัญ ถือเป็นหลักหนึ่งที่สำคัญ แต่ในการพิจารณาว่า สิ่งใดคือผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของตัวเด็กนั้นยังมีลักษณะคลุมเครือ แต่จากการศึกษาของ Mr. Dyer ในหัวข้อเรื่อง Questionnaire and Report on international child abduction^๒ ประเด็นปัญหาดังกล่าวสามารถกล่าวโดยสรุปว่า เหตุที่แท้จริงของการลักพาตัวเด็กข้ามชาตินั้น มิใช่ตัวผู้ปกครองที่ถูกตัดขาดจากตัวเด็กแต่เป็นตัวเองที่ต้องได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจจากความรู้สึกขาดความมั่นคงในชีวิต และการขาดติดต่อจากผู้ปกครองที่เลี้ยงดูมา ตลอดจนความกังวลที่เกิดขึ้นในเรื่องของภาษาที่ใช้สื่อสาร และสภาพสังคมวัฒนธรรมที่แตกต่างออกไปอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีผู้เสนอแนวความคิดพร้อมตัวอย่างประกอบว่า ในบางกรณีแล้วการที่เด็กถูกลักพาตัวขึ้นมาโดยขาดติดต่อจากผู้ปกครองข้างหนึ่งนั้น อาจจะเป็นผลดีแก่ตัวเด็กเองก็เป็นได้ ซึ่งทางคณะกรรมการผู้จัดทำก็รับทราบและยอมรับในเหตุผลดังกล่าวแล้ว แต่เลือกที่จะใช้วิธีการส่งกลับไปยังประเทศถิ่นที่อยู่ปกติของเด็กเพื่อให้เกิดการพิจารณาในเรื่องสิทธิปกครองมากกว่า ทั้งนี้ไม่มีความประสงค์ที่จะกล่าวอ้างไปถึงว่า เป็นกรณีที่จะสอดคล้องกับหลักการในเรื่องประโยชน์สูงสุดของตัวเด็ก อนุสัญญาทางแพ่งว่าด้วยการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ โดยอนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้รับการเห็นชอบจากที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ (แผนกคดีบุคคล) ครั้งที่ ๑๔ เมื่อวันที่ ๒๔ ตุลาคม

^๑ Linda Silberman, Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence, Institute for International Law and Justice.

^๒ Mr. Aldair Dyer, Questionnaire and Report on international child abduction.

๒๕๒๓ ต่อมาวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๒๓ ประเทศสวีเดน แลนด์ ฝรั่งเศส แคนาดา และกรีซ ได้ลงนามในอนุสัญญาฯ ดังกล่าว และเริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑ ธันวาคม ๒๕๒๖

๒.๒ หลักการภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ^๓

ในส่วนของความหมายของคำว่า “ลักพาตัว” (Abduction) นั้น อนุสัญญาได้ให้ความหมายไว้โดยทั่วไปให้หมายถึง การละเมิดสิทธิปกครอง โดยให้รวมถึงการเคลื่อนย้ายหรือการกักตัวเด็กที่มีอายุต่ำกว่า ๑๖ ปี โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายด้วย อนุสัญญาฉบับนี้ได้วางแนวทางที่แตกต่างจากแนวทางที่เคยมีการวางไว้ของ Uniform Child Custody Jurisdiction (UCCJA) และที่มีการวางไว้ภายใต้ Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (UCCJEA) เช่นเดียวกับ Protection of Children Convention ๑๙๙๖ ทั้งนี้อนุสัญญาได้สร้างกลไกในการส่งตัวเด็กกลับคืนที่ถูกเคลื่อนย้าย หรือกักตัวโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย

กระบวนการ ส่งตัวเด็กกลับคืน สามารถมองได้อีกแง่หนึ่งว่า เป็นวิธีการชั่วคราวในการบรรเทาความเสียหายโดยไม่ได้ทำให้เสียความสมดุลในคดีแย่งสิทธิปกครอง โดยกระบวนการในตัดสินข้อพิพาทในเรื่องสิทธิปกครองจะถูกตัดสินเมื่อเด็กเดินทางกลับมายังถิ่นที่อยู่ปกติแล้วเท่านั้น อนุสัญญาดังกล่าวมีจุดประสงค์ที่จะสร้างมาตรการในการป้องกันและบรรเทาความเสียหายโดยมีลักษณะที่สำคัญถึง ๓ ประการ คือ

๑) กลไกแรกภายใต้อนุสัญญาฯ คือการบรรเทาความเสียหายด้วยการส่งเด็กกลับคืนถิ่นที่อยู่ปกติเสียก่อนเพื่อป้องกันความกระทบกระเทือนทางจิตวิทยาเนื่องจากการลักพาตัวเด็กของผู้ปกครอง

๒) อนุสัญญาดังกล่าวได้แสดงเป็นการยืนยันในหลักการว่า สถานที่ที่เหมาะสมในการพิจารณาสหิทธิควบคุมดูแลเด็กและสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็กของผู้ปกครองควรจะเป็นถิ่นที่อยู่ปกติ เนื่องจากเป็นสถานที่ที่เด็กและครอบครัวได้อยู่ร่วมกันและเป็นสถานที่ที่ปรากฏหลักฐานอันเกี่ยวกับการคำนึงถึงผลประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญมากที่สุด

๓) อนุสัญญาฯ ยังได้สร้างกระบวนการที่จะปราบผู้ปกครองที่ประสงค์จะใช้วิธีลักพาตัวเด็กเพื่อให้เกิดความได้เปรียบจากการเลือกเขตอำนาจศาลที่มีประโยชน์กับตนขึ้นอีกด้วย

อนุสัญญาดังกล่าวจะถูกนำมาใช้ในทุกกรณีเมื่อมีการละเมิดสิทธิทางปกครองเกิดขึ้นโดยไม่คำนึงถึงว่าในขณะเวลาดังกล่าวได้มีคำสั่งศาลหรือไม่ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิปกครอง จึงอาจมองถึงมาตรการดังกล่าวได้ว่า เปรียบเสมือนการวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา เพราะคณะกรรมการผู้จัดทำอนุสัญญาฯ ตระหนักถึงลักษณะพิเศษของการแต่งงานสองสัญชาติ ซึ่งโดยปกติหากการสมรสสิ้นสุดลงแล้วนั้น ผู้ปกครองฝ่ายหนึ่งมักจะนำเด็กกลับไปยังประเทศถิ่นที่อยู่เดิมก่อนการสมรส อนุสัญญาฯ จึงสร้างกลไกที่จะยับยั้งและป้องปรามพฤติกรรมดังกล่าวมิให้เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องจะต้องมีการแยกประเภทของสิทธิปกครองออกจากสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็กเสียก่อน เนื่องจากสิทธิในการการเยี่ยมเยียนเด็กนั้นไม่มีความจำเป็นที่ต้องใช้กระบวนการส่งเด็กกลับคืนแต่อย่างใด ทั้งนี้ กรณีที่มีความจำเป็นจะต้องใช้กระบวนการส่งเด็กกลับคืน

^๓ Linda Silberman, Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence.

จะต้องมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับกรณีสิทธิในการปกครองโดยส่งคำร้องขอให้ส่งตัวเด็กกลับได้ภายใน ๑ ปีนับแต่วันที่เด็กที่ถูกเคลื่อนย้าย หรือหน่วงเหนี่ยวกักขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยตามข้อบทที่ ๑๒ ของอนุสัญญาฯดังกล่าวได้กำหนดช่วงระยะเวลาว่า ในกรณีที่มีระยะเวลา ๑ ปีให้หน่วยงานทางตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องส่งคืนตัวเด็กโดยพลัน แต่ระยะเวลาดังกล่าวก็ได้มีได้ลักษณะการบังคับเช่นเดียวกับอายุความ ดังนั้นแม้จะล่วงเวลาเกินมาเป็นระยะเวลากว่า ๑ ปีแล้วก็ตามเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้อง ก็ยังสามารถส่งเด็กกลับคืนตามกระบวนการดังกล่าวได้ ทั้งนี้จะมีองค์ประกอบบางประการที่ต้องคำนึงถึงขึ้นภายหลังระยะเวลาหนึ่งปีดังกล่าวล่วงเลย คือ การปรับตัวของเด็กต่อสภาพแวดล้อม หากผลปรากฏโดยชัดเจนว่า เด็กสามารถปรับตัวเข้ากับสภาพแวดล้อมใหม่ได้แล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจย่อมต้องใช้ดุลยพินิจมากขึ้นในการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการส่งตัวเด็กกลับคืน แต่ก็มิ้นักวิชาการไม่น้อยได้แสดงข้อกังวลว่า ผู้ปกครองที่ทำการลักพาตัวเด็กมานั้น อาจทำการเคลื่อนย้ายเด็กไปเรื่อยๆ เพื่อหลบหนีการติดตามจนสุดท้ายล่วงเลยระยะเวลาที่จะส่งเด็กกลับคืนและในเวลาเดียวกัน ก็ส่งผลให้เด็กสามารถปรับสภาพเข้ากับสังคมและวัฒนธรรมได้อีกด้วย^๕

๒.๒.๑ วัตถุประสงค์ของอนุสัญญา^๕

ผู้เสียหายที่แท้จริงจากการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ คือ ตัวลูกที่ถูกลักพาไป เพราะลูกจะถูกพรากไปจากสิ่งแวดล้อมที่คุ้นเคยและพาไปอยู่ในสิ่งแวดล้อมใหม่ ทำให้ลูกไม่สามารถปรับตัวกับสิ่งแวดล้อมใหม่ โรงเรียนใหม่ เพื่อนใหม่ ภาษาและวัฒนธรรมใหม่ได้ หรืออาจต้องใช้ระยะเวลายาวนานในการปรับตัวให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมใหม่ นอกจากนี้ลูกอาจเข้าใจผิดว่าแม่หรือพ่อฝ่ายที่ตนถูกพรากมาไม่รักตนจึงได้ทอดทิ้งตนไป อันเป็นเหตุให้ลูกรู้สึกโกรธแค้นและเจ็บปวดจนไม่ยอมติดต่อกับแม่หรือพ่ออีกต่อไป อนุสัญญาฯ นี้คือความพยายามหนึ่งที่จะแก้ปัญหาดังกล่าวด้วยการกำหนดให้ประเทศภาคีมีหน้าที่ส่งตัวลูกที่ถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับไปยังประเทศภาคีอื่นที่ลูกเคยมีที่อยู่ตามปกติ (habitual residence) ก่อนถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวในทันที (prompt return) เพื่อให้ลูกกลับไปอยู่ในสภาพแวดล้อมเดิมโดยเร็ว

๒.๒.๒ ขอบเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญา^๖

อนุสัญญาฯ นี้จะใช้บังคับการลักพาและหน่วงเหนี่ยวลูกไว้ในต่างประเทศที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- ๑) มีการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวลูกไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (wrongful removal or retention)
- ๒) ลูกที่ถูกลักพาไปหรือหน่วงเหนี่ยวไว้มีอายุยังไม่ถึง ๑๖ ปี และ
- ๓) ลูกที่ถูกลักพาไปหรือหน่วงเหนี่ยวไว้ นั้นเดิมมีที่อยู่ตามปกติ (habitual residence) ในประเทศ ภาคีแต่ถูกลักพาไปหรือหน่วงเหนี่ยวไว้ในประเทศภาคีอื่น ภายหลังจากที่อนุสัญญาฯ มีผลใช้บังคับกับประเทศภาคีทั้งสอง

^๕ Elisa Perez-Vera, Explanatory Report of the Hague Conference on Private International Law, Translation of The permanent Bureau.

^๕ สกลุช หอพิบูลสุข, การลักพาตัวลูกข้ามชาติโดยพ่อหรือแม่, [Online], แหล่งที่มา : www.humanrights.ago.go.th.

^๖ สกลุช หอพิบูลสุข, เรื่องเดียวกัน.

การกระทำที่ถือเป็นการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวลูกไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (wrongful removal or retention) ดังกล่าวในข้อ (๑) มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

๑) ในเวลาก่อนที่ลูกจะถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น กฎหมาย คำพิพากษา หรือข้อตกลงที่มีผลตามกฎหมายแห่งประเทศที่ลูกที่มีอยู่ตามปกติ (habitual residence) กำหนดให้บุคคลใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง (rights of custody)

๒) บุคคลดังกล่าวได้ใช้อำนาจปกครองอย่างแท้จริง (rights were actually exercised) หรือไม่

๓) การลักพาเด็กหรือหน่วงเหนี่ยวลูกไว้เป็นการละเมิดอำนาจปกครอง (rights of custody) ของผู้ใช้อำนาจปกครองหรือไม่

“ประเทศที่ลูกมีที่อยู่ตามปกติ (habitual residence) ความหมายว่า “ประเทศที่ลูกมีบ้านอยู่” “ที่อยู่ตามปกติ” จึงต่างจากคำว่า “ภูมิลำเนา” (domicile) เพราะที่อยู่ตามปกติไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นถิ่นที่ลูกมีสถานที่อยู่เป็นแหล่งสำคัญ อย่างไรก็ตาม มีคำถามว่า ลูกจะต้องอยู่ที่บ้านดังกล่าวเป็นระยะเวลาานเท่าใดจึงถือได้ว่าบ้านนั้นเป็นที่อยู่ตามปกติของลูกไม่ใช่เป็นเพียงที่พักชั่วคราว

“อำนาจปกครอง” (rights of custody) หมายถึง สิทธิทั้งหลายที่เกี่ยวกับการดูแลเด็ก (the care of the person of the child) และสิทธิในการกำหนดที่อยู่ของลูกในการพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง และบุคคลนั้นได้ใช้อำนาจปกครองอย่างแท้จริงหรือไม่ นอกจากนี้จะต้องพิจารณาจากกฎหมาย คำพิพากษา หรือข้อตกลงที่มีผลตามกฎหมายแห่งประเทศที่ลูกมีที่อยู่ตามปกติ (habitual residence) ที่กำหนดตัวผู้ใช้อำนาจปกครองลูกแล้ว จำต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีว่า บุคคลนั้นได้ใช้อำนาจปกครองลูกอย่างแท้จริงหรือไม่ เช่น บุคคลนั้นเป็นผู้ให้การศึกษาแก่ลูก หรือเป็นผู้ดูแลรักษาพยาบาลในเวลาที่ถูกเจ็บป่วย หรือเป็นผู้กำหนดที่อยู่อาศัยของลูกหรือไม่ หากบุคคลนั้นได้กระทำการดังกล่าว บุคคลนั้นย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองที่แท้จริง

ส่วนการกระทำที่ถือว่าเป็นการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวลูกไว้โดยละเมิดอำนาจปกครอง (rights of custody) ของผู้ใช้อำนาจปกครอง ได้แก่การกระทำดังนี้

๑) การลักพาตัวเด็กข้ามชาติ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครอง เช่น การที่พ่อหรือแม่ซึ่งไม่ใช่ผู้ใช้อำนาจปกครองพาลูกของตนไปต่างประเทศ โดยแม่หรือพ่อซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองไม่ยินยอม หรือการที่พ่อหรือแม่ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองร่วมพาลูกของตนไปต่างประเทศ โดยแม่หรือพ่อซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองร่วมอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอม จากนั้นได้หน่วงเหนี่ยวหรือซ่อนลูกไว้ในประเทศที่ตนพาไป

๒) การหน่วงเหนี่ยวลูกไว้ในต่างประเทศภายหลังกำหนดระยะเวลาใช้สิทธิติดต่อ (rights of access) สิ้นสุดลง เช่น การที่พ่อหรือแม่ซึ่งไม่ใช่ผู้ใช้อำนาจปกครอง แต่มีสิทธิติดต่อกับลูกได้พาลูกของตนไปยังต่างประเทศโดยความยินยอมของผู้ใช้อำนาจปกครอง แต่ได้หน่วงเหนี่ยวลูกไว้ไม่ยอมส่งลูกคืนแก่ผู้ใช้อำนาจปกครอง

เมื่อเกิดการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวลูกไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (wrongful removal or retention) ดังกล่าวแล้ว ประกอบกับลูกที่ถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้มีอายุไม่ถึง ๑๖ ปี และการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวเกิดขึ้นในระหว่างประเทศภาคีของอนุสัญญาฯ นี้ ในเวลาภายใน

หลังจากที่อนุสัญญาฯ นี้มีผลใช้บังคับระหว่างประเทศภาคี แม่หรือพ่อที่ถูกของตนถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้ในประเทศภาคี ย่อมสามารถใช้ช่องทางตามอนุสัญญาฯ นี้ขอให้ประเทศภาคีส่งลูกคืนได้ แต่ในกรณีที่พ่อหรือแม่ที่พาลูกไปต่างประเทศเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองลูกแต่ผู้เดียวนั้น พ่อหรือแม่ผู้ที่พาไปย่อมมีอำนาจพาลูกไปได้ แม่หรือพ่อซึ่งไม่ได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมไม่สามารถใช้ช่องทางตามอนุสัญญาฯ นี้ติดตามลูกคืนได้

๒.๒.๓ ผู้ประสานงานกลาง^๗

อนุสัญญาฯ นี้กำหนดว่า ประเทศภาคีแต่ละประเทศจะต้องแต่งตั้งผู้ประสานงานกลาง (Central Authority) ขึ้นในประเทศตน โดยผู้ประสานงานกลางของแต่ละประเทศภาคีมีภาระหน้าที่หลักคือ การร่วมมือกันในการส่งตัวลูกที่ถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้ในประเทศภาคีกลับไปยังประเทศภาคีที่ลูกเคยมีที่อยู่ตามปกติ และมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

๑) ค้นหาที่อยู่ของลูกที่ถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้โดยขอด้วยกฎหมาย
๒) จัดให้มีมาตรการชั่วคราวเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายอื่นๆ แก่ลูกและความเสียหายแก่ผู้มีส่วนได้เสีย

๓) จัดให้มีการส่งลูกคืนโดยสมัครใจ หรือหาข้อยุติอย่างสมานฉันท์ในการส่งลูกคืน
๔) แลกเปลี่ยนข้อมูล เกี่ยวกับภูมิหลังทางสังคมของลูก
๕) ให้ข้อมูลด้านกฎหมายของประเทศตนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามอนุสัญญาฯ

๖) พ้องคดี หรือให้ความสะดวกในการฟ้องคดีในศาลหรือหน่วยงานทางฝ่ายปกครองโดยมุ่งหมายให้มีการส่งตัวลูกคืน

๗) ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย หรือให้คำปรึกษากฎหมาย เมื่อมีความจำเป็นตามสถานการณ์

๘) ใช้มาตรการทางปกครองเท่าที่จำเป็นและเหมาะสม เพื่อประกันการส่งตัวลูกคืนอย่างปลอดภัย

๙) ประสานข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการตามอนุสัญญาฯ และดำเนินการต่างๆ เท่าที่สามารถจะกระทำได้ เพื่อจัดอุปสรรคในการดำเนินงาน

๒.๒.๔ กระบวนการขอให้ส่งลูกคืน^๘

อนุสัญญาฯ นี้ ได้กำหนดวิธีการในการขอให้ส่งลูกคืนไว้ดังนี้

๒.๒.๔.๑ กระบวนการก่อนการพิจารณาในศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบ

เมื่อมีการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวลูกไว้ในต่างประเทศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ใช้อำนาจปกครองที่ประสงค์จะนำลูกกลับคืน อาจร้องขอต่อผู้ประสานงานกลาง (Central Authority) ในประเทศภาคีที่ลูกเคยมีที่อยู่ตามปกติก่อนที่ถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้ เพื่อให้ประสานงานกับ ผู้ประสานงานกลางในประเทศภาคีที่ลูกถูกลักพาตัวไปหรือถูกหน่วงเหนี่ยวไว้ หรืออาจร้องขอต่อ ผู้ประสานงานกลางในประเทศภาคีที่ลูกถูกลักพาไปหรือถูกหน่วงเหนี่ยวไว้โดยตรงก็ได้

^๗ สกลยุช หอพิบูลสุข, เรื่องเดิม.

^๘ สกลยุช หอพิบูลสุข, เรื่องเดิม.

คำร้องขอให้ส่งลูกคืนที่ยื่นต่อผู้ประสานงานกลาง (Central Authority) ต้องมีรายละเอียดดังนี้

ว่าลักพาลูกไป

- ๑) รายละเอียดเกี่ยวกับผู้ยื่นคำร้อง ลูกที่ถูกลักไป และผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าลักพาลูกไป
- ๒) วันเดือนปีเกิดของลูก
- ๓) เหตุผลประกอบคำร้องขอให้ส่งลูกคืน
- ๔) ข้อมูลที่เกี่ยวกับสถานที่อยู่ของลูกและบุคคลที่ลูกอยู่ด้วย
- ๕) สำเนาคำพิพากษาหรือข้อตกลงที่ได้รับการรับรองความถูกต้อง
- ๖) หนังสือรับรองจากผู้ประสานงานกลาง หรือหน่วยราชการในประเทศที่ลูกมีที่อยู่ตามปกติเกี่ยวกับกฎหมายของประเทศนั้น
- ๗) หนังสือมอบอำนาจจากผู้ร้อง
- ๘) เอกสารอื่นๆ

เมื่อได้รับคำร้องแล้ว ผู้ประสานงานกลางในประเทศที่เชื่อว่าลูกถูกหน่วงเหนี่ยวไว้จะค้นหาที่อยู่ของลูก หากพบว่าลูกอยู่ในประเทศตนจริง ผู้ประสานงานกลางอาจร้องขอต่อศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบเพื่อให้ออกคำสั่งให้ลูกคืนด้วยตนเอง หรืออาจจัดหาทนายความมาดำเนินการแทนก็ได้ เช่น ในสหรัฐอเมริกาผู้ประสานงานกลางจะว่าจ้างทนายความให้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้นำตัวลูกมา (to pick up the child) กำหนดวันนัดพิจารณา (set a hearing) และออกคำสั่งให้ส่งลูกคืนต่อผู้ใช้อำนาจปกครอง เมื่อศาลได้ตัวลูกไว้แล้ว ศาลจะนัดพิจารณาโดยเร็วเพื่อพิจารณาว่าสมควรส่งลูกคืนหรือไม่ แต่ในกรณีที่ผู้ประสานงานกลางพบว่าลูกไม่ได้อยู่ในประเทศของตนแล้ว แต่ได้ย้ายไปอยู่ในประเทศภาคีอื่น ผู้ประสานงานกลางมีอำนาจจะส่งคำร้องต่อไปยังประเทศภาคีอื่นที่พบว่าลูกถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้ โดยไม่จำเป็นต้องส่งคำร้องคืน

มีข้อสังเกตว่า การยื่นคำร้องต่อผู้ประสานงานกลางดังรายละเอียดข้างต้น ไม่ตัดสิทธิผู้ใช้อำนาจปกครองที่จะฟ้องต่อศาลหรือร้องต่อหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบในเรื่องการส่งลูกคืน ณ ประเทศภาคีที่ลูกถูกลักพาตัวหรือหน่วงเหนี่ยวไว้โดยตรง เพื่อให้มีคำสั่งให้ส่งลูกคืน

๒.๒.๔.๒ กระบวนการในชั้นศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบ

อนุสัญญาฯ นี้ ประสงค์ให้การพิจารณาของศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบเป็นไปด้วยความรวดเร็วเพื่อให้ส่งลูกคืนได้ทันที (prompt return) อนุสัญญาฯ นี้จึงได้กำหนดมาตรการกระตุ้นให้ศาลและหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบต้องพิจารณาและออกคำสั่งอย่างรวดเร็ว โดยกำหนดว่า ในกรณีที่ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบไม่อาจพิจารณาและตัดสินได้เสร็จภายในกำหนด ๖ สัปดาห์ นับแต่วันที่เริ่มกระบวนการพิจารณา ผู้ประสานงานกลางหรือผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิขอทราบเหตุผลของความล่าช้าในการพิจารณาและตัดสินได้ มาตรการนี้จึงเป็นมาตรการทางอ้อมในการเร่งให้ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบพิจารณาและออกคำสั่งให้ส่งลูกคืนโดยเร็ว

ในชั้นพิจารณาของศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบ ศาลและหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบจะพิจารณาเพียงว่า (๑) มีการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวลูกไว้

โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแห่งประเทศที่ลูกเคยมีที่อยู่ตามปกติก่อนถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้หรือไม่ (๒) ลูกที่ถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้มีอายุยังไม่ถึง ๑๖ ปี หรือไม่ และ (๓) ประเทศที่ลูกมีที่อยู่ตามปกติ (habitual residence) กับประเทศที่ได้รับการร้องขอให้ส่งลูกคืนมีพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ หรือไม่ ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบจะไม่ก้าวล่วงไปวินิจฉัยว่า “บุคคลใดในระหว่างผู้ที่ลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวลูกไว้กับผู้ใช้อำนาจปกครองในเวลาที่มีการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวลูกสมควรเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองลูก” เพราะประเด็นนี้เป็นเรื่องที่ต้องไปว่ากล่าวกันที่ศาลแห่งประเทศที่ลูกเคยมีที่อยู่ตามปกติ ภายหลังจากที่ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบส่งลูกกลับไปยังประเทศที่ลูกเคยมีที่อยู่ตามปกติแล้ว การที่อนุสัญญาฯ กำหนดให้ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบในประเทศภาคีพิจารณาเฉพาะสามประเด็นดังกล่าว จะทำให้การพิจารณาคดีและการส่งลูกคืนไปยังประเทศที่ลูกเคยมีที่อยู่ตามปกติเป็นไปด้วยความรวดเร็ว

ในการวินิจฉัยว่า “มีการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวลูกไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแห่งประเทศที่ลูกเคยมีที่อยู่ตามปกติหรือไม่” นั้น ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบจะต้องทราบกฎหมายของประเทศที่ลูกมีที่อยู่ตามปกติเสียก่อนจึงสามารถวินิจฉัยได้ตามปกติแล้ว ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบจะทราบกฎหมายต่างประเทศได้เฉพาะเมื่อมีการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายต่างประเทศ แต่ภายใต้อนุสัญญาฯ ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบมีอำนาจพิจารณากฎหมายของต่างประเทศที่ผู้ประสานงานกลางได้รับรองไว้โดยไม่จำเป็นต้องสืบพยานผู้เชี่ยวชาญอีก นอกจากนี้ หากศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบไม่แน่ใจว่า การลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวในคดีพิพาทเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแห่งประเทศที่ลูกมีที่อยู่ตามปกติหรือไม่ ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบอาจร้องขอให้เสนอคำพิพากษาที่แสดงว่าการลักพาและหน่วงเหนี่ยวลูกไว้เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศที่ลูกมีที่อยู่ตามปกติ เพื่อประกอบการแปลความกฎหมายก็ได้

๒.๒.๔.๓ การออกคำสั่งของศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบ

เมื่อศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบพิจารณาแล้วเห็นว่าการลักพาและหน่วงเหนี่ยวไว้เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายแห่งประเทศที่ลูกเคยมีที่อยู่ตามปกติก่อนถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้ ประกอบกับลูกที่ถูกลักพาและหน่วงเหนี่ยวไว้มีอายุยังไม่ถึง ๑๖ ปี และประเทศที่ลูกเคยมีที่อยู่ตามปกติ (habitual residence) กับประเทศที่ได้รับการร้องขอให้ส่งลูกคืนมีพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบจะออกคำสั่งได้เป็น ๒ กรณีคือ

๑) กรณีที่มีการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวลูกไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นภายในระยะเวลาน้อยกว่า ๑ ปี ก่อนยื่นคำร้องต่อศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบ ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบจะต้องสั่งให้ส่งลูกคืนทันที

ในกรณีนี้ ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบมีอำนาจที่จะออกคำสั่งไม่ส่งลูกคืนได้ใน ๔ กรณี ดังต่อไปนี้

(๑) เมื่อปรากฏว่า ผู้ใช้อำนาจปกครองไม่ได้ใช้อำนาจปกครองอย่างแท้จริงในเวลาที่มีการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวลูก หรือในเวลาก่อนหรือภายหลังที่มีการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวลูกไว้ ผู้ใช้อำนาจปกครองให้ความยินยอมกับการกระทำดังกล่าว

(๒) การส่งลูกคืน อาจเป็นเหตุให้ลูกได้รับอันตรายทางร่างกาย หรือจิตใจ หรือทำให้ลูกตกอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่อาจทนได้ (intolerable situation)

(๓) เมื่อได้คำนึงถึงวุฒิภาวะของลูกแล้ว ปรากฏว่าลูกปฏิเสธที่จะ กลับประเทศ

(๔) หลักการพื้นฐาน (fundamental principles) ที่ว่าด้วยสิทธิ มนุษยชนและเสรีภาพแห่งประเทศที่ได้รับการร้องขอให้ส่งลูกคืนไม่อนุญาตให้ส่งลูกคืน

เนื่องจากอนุสัญญาฯ นี้ มีวัตถุประสงค์ให้ส่งลูกที่ถูกลักพาหรือ หน่วงเหนี่ยวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายคืนทันที การตีความข้อยกเว้นไม่ส่งลูกกลับประเทศที่ลูกมีที่อยู่ ตามปกติต้องตีความอย่างเคร่งครัด มิฉะนั้นจะขัดกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ นี้ และอาจเป็นการ ยอมรับว่าการพาและหน่วงเหนี่ยวลูกไว้เป็นสิ่งชอบธรรม

๒) กรณีที่การลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวลูกไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เกิดขึ้นแล้วตั้งแต่ ๑ ปี ขึ้นไป ก่อนยื่นคำร้องต่อศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบ นอกจาก ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบมีอำนาจที่จะออกคำสั่งไม่ส่งลูกคืนตามข้อยกเว้นทั้ง ๔ ประการ ดังกล่าวแล้ว ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบยังมีดุลพินิจเพิ่มเติมที่จะไม่ส่งลูก คืนได้อีกหนึ่งกรณี คือ เมื่อศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบเห็นว่า ลูกได้ตั้งหลักปักฐานใน สิ่งแวดล้อมใหม่แล้ว (settlement in new environment) ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่ รับผิดชอบจะไม่ส่งลูกคืนก็ได้ ในทางปฏิบัติ การที่ลูกอยู่ในประเทศใหม่นานเพียงใด โอกาสที่ศาลหรือ หน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบจะสั่งให้ส่งลูกคืนจะมีน้อยลง เพราะถือว่าลูกได้ตั้งหลักปักฐาน สิ่งแวดล้อมใหม่แล้ว

๒.๓ พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางแพ่งว่าด้วยการละเมิดสิทธิคุ้มครอง เด็ก พ.ศ.๒๕๕๕

๒.๓.๑ เหตุผลและความจำเป็นในการยกร่างพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่าง ประเทศในเรื่องทางแพ่งว่าด้วยการละเมิดสิทธิคุ้มครองเด็ก พ.ศ.๒๕๕๕^๔

๑) มีความจำเป็นต้องกำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพราะคำสั่ง ระเบียบ ข้อบังคับภายในของสำนักงานอัยการสูงสุดไม่สามารถนำไปบังคับกับหน่วยงานอื่นได้

๒) รัฐบาลไทยไม่สามารถนำตัวเด็กออกมาจากบิดาหรือมารดาซึ่งมีอำนาจ ปกครองได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงาน อีกทั้งการที่ผู้มีอำนาจปกครองเด็กพาเด็กเก ข้ามาในประเทศไทยไม่เป็นเรื่องทางอาญา จึงไม่อาจขอความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ ทำให้ไม่ สามารถแยกเด็กออกจากบิดาหรือมารดาได้

๓) ความจำเป็นในการปฏิบัติตามอนุสัญญา โดยให้ศาลมีคำสั่งให้ส่งเด็กกลับไปยัง ประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ปกติ ซึ่งต้องกำหนดวิธีการและขั้นตอนที่สอดคล้องกับสภาพปัญหา พระราชบัญญัติประกอบอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาตินี้ เป็นกรณีการ อำนาจปกครองเด็กโดยตัวเด็กไม่มีปัญหาแต่อย่างใด และมีกระบวนการที่จำเป็นต้องใช้วิธีการทางแพ่ง

^๔ คณะกรรมการยกร่างพระราชบัญญัติประกอบอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ, สรุปผลการประชุม หน้า ๓๖.

และเป็นกรณีข้อพิพาทในทางครอบครัวเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครอง ซึ่งควรให้ความช่วยเหลือโดยผู้ประสานงานกลางเข้าไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทและกำหนดอำนาจหน้าที่และวิธีการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง จึงไม่สามารถนำมาตรการต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา มารวมไว้ใน พ.ร.บ.คุ้มครองเด็กซึ่งประกาศใช้เมื่อปี ๒๕๔๖ ได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้งสองฉบับแตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเด็กเร่ร่อนหรือเด็กกำพร้า เด็กที่ถูกทอดทิ้ง เด็กที่ถูกทารุณกรรม ฯลฯ และ พ.ร.บ. คุ้มครองเด็กยังมีสภาพบังคับทางอาญาที่ระบุการกระทำที่เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้

นอกจากนี้ ถือเป็นการสร้างกลไกและมาตรการปกป้องคุ้มครองเด็กในระดับระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองเด็กให้พ้นอันตรายที่เกิดจากการเคลื่อนย้าย หรือถูกหน่วงเหนี่ยวกักขังโดยมิชอบ และจัดให้มีกระบวนการส่งคืนตัวเด็กสู่ประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ปกติโดยเร็ว รวมทั้งให้การคุ้มครองสิทธิของบิดาหรือมารดาของเด็กที่จะได้พบและเยี่ยมเยียนซึ่งกันและกัน

๒.๓.๒ ระยะเวลาในการบังคับใช้กฎหมาย^{๑๐}

มีการกำหนดระยะเวลาในการบังคับใช้กฎหมายให้แน่นอน เมื่อกฎหมายใช้บังคับไปแล้วระยะหนึ่ง หากจะให้กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับต่อไปเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลา ส่วนราชการที่รับผิดชอบต้องเสนอร่างกฎหมายใหม่ และอาจพิจารณาปรับปรุงให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ในขณะนั้นไปในคราวเดียว

กำหนดให้ระยะเวลาสิ้นสุดของกฎหมายสอดคล้องกับอนุสัญญา ที่มีสภาพบังคับใช้เป็นเวลา ๕ ปี นับแต่วันที่มีผลใช้บังคับ ถ้าไม่มีการบอกเลิกอนุสัญญาก็จะมีผลบังคับใช้ต่อไปโดยปริยายทุกๆ ๕ ปี อย่างไรก็ตาม หากมีกรณีที่รัฐสภาเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวควรมีสภาพบังคับใช้น้อยกว่า ๕ ปี ก็อาจจะมีการบอกเลิกอนุสัญญาก่อนครบกำหนด ๕ ปี โดยแจ้งต่อกระทรวงการต่างประเทศแห่งราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์อย่างน้อย ๖ เดือน ก่อนอนุสัญญาจะสิ้นการบังคับใช้ในปีที่ ๕

๒.๓.๓ บทนิยาม^{๑๑}

ได้กำหนดบทนิยามคำว่า “เด็ก” ให้หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบหกปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรสและให้ระบุในกรณีที่กำลังดำเนินการตามคำร้องขอให้ส่งคืนตัวเด็กอยู่และเด็กนั้นมีอายุถึงสิบหกปีบริบูรณ์หรือพ้นจากอำนาจการปกครองของผู้ร้องขอแล้วให้การดำเนินการตามคำร้องขอสิ้นสุดลง

บทนิยามคำว่า “สิทธิควบคุมดูแลเด็ก” ให้สอดคล้องพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖ และข้อ ๓ วรรคสอง และ ข้อ ๕ A ของอนุสัญญาฯ

บทนิยามคำว่า “สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก” ให้สอดคล้องกับข้อ ๕ B ของอนุสัญญาฯ

บทนิยามคำว่า “ผู้ประสานงานกลาง” ให้สอดคล้องกับข้อ ๖ ของอนุสัญญาฯ

บทนิยามคำว่า “ศาล” หมายความว่า ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง

^{๑๐} คณะกรรมการยกย่องพระราชบัญญัติประกอบอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ, เรื่องเดิม, หน้า ๓๗.

^{๑๑} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๗.

๒.๓.๔ อำนาจหน้าที่ของผู้ประสานงานกลาง^{๑๒}

กำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดหรือผู้ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดมอบหมายเป็นผู้ประสานงาน โดยให้จำกัดบทบาทของผู้ประสานงานกลางตามพระราชบัญญัตินี้ โดยผู้ประสานงานกลางมิได้มีอำนาจดำเนินการได้ทุกเรื่อง เช่น การดำเนินคดียื่นคำร้องขอให้ส่งตัวเด็กคืน เป็นเรื่องของผู้ร้องต้องดำเนินการเอง มิใช่ผู้ประสานงานกลางดำเนินการให้ ถ้าผู้ร้องขอต้องการให้ผู้ประสานงานกลางหาทนายความให้ ผู้ประสานงานกลางต้องจัดทนายความให้เพราะมิได้ตั้งข้างสงวนเรื่องทนายความไว้ หากจะให้พนักงานอัยการดำเนินทุกเรื่องเอง อาจจะมีปัญหาว่าจะไปแย่งงานทนายความ ทั้งมิได้เป็นไปตามที่ได้ภาคยานุวัติไว้

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ประสานงานกลาง ซึ่งสอดคล้องกับข้อ ๗ ของอนุสัญญาฯ ดังต่อไปนี้

๑) รับคำร้องขอความช่วยเหลือจากผู้ร้องขอ
 ๒) พิจารณาและวินิจฉัยว่าควรจะให้หรือขอความช่วยเหลือหรือไม่
 ๓) ให้ความร่วมมือกับผู้ประสานงานกลางหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของต่างประเทศ รวมทั้งติดตามและเร่งรัดเพื่อให้มีการส่งตัวเด็กกลับคืนโดยเร็วและเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อื่นตามพระราชบัญญัตินี้

๔) สืบหาแหล่งที่อยู่ของเด็กซึ่งถูกพาตัวมาหรือถูกกักตัวตามพระราชบัญญัตินี้
 ๕) ดำเนินการเพื่อให้มีการปกป้องเด็กมิให้ได้รับอันตราย หรือป้องกันการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย

๖) ดำเนินการเพื่อให้มีการส่งตัวเด็กกลับคืนโดยสมัครใจหรือเพื่อระงับขัดแย้งอย่างฉันทมิตร

๗) แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับเด็ก
 ๘) ให้ข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้

๙) ดำเนินการเพื่อให้มีการส่งตัวเด็กกลับคืนเพื่อให้การใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็กเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

๑๐) จัดให้มีพนักงานอัยการ ทนายความ หรือที่ปรึกษากฎหมาย เพื่อให้มีการส่งตัวเด็กกลับคืนหรือเพื่อให้การใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็กเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

(๑๑) ดำเนินการอย่างอื่นเพื่อให้การให้หรือการขอความช่วยเหลือตามพระราชบัญญัตินี้บรรลุผล

การดำเนินการของผู้ประสานงานกลางต้องกระทำโดยรวดเร็วโดยถือประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญและคำนึงถึงความเป็นไปได้ที่ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องขอหรือไม่ตามมาตรา ๑๓ ด้วย

ในส่วนของหมวด ๒ คำร้องขอความช่วยเหลือและการยื่นคำร้องขอความช่วยเหลือให้ส่งตัวเด็กให้นำหลักเกณฑ์และวิธีการตามอนุสัญญาฯ มาใช้ โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในส่วนกลาง คือ พนักงานอัยการ สำนักงานคดีเยาวชนและครอบครัว ในส่วนภูมิภาค คือ พนักงาน

^{๑๒} คณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติประกอบอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ, เรื่องเดิม, หน้า ๓๘.

อัยการ สำนักงานคดีเยาวชนและครอบครัวจังหวัด หรือพนักงานอัยการสำนักงานอัยการจังหวัดที่มีสำนักงานคดีเยาวชนและครอบครัวจังหวัด

สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นผู้ประสานงานกลางตามมติคณะรัฐมนตรี และกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ประสานงานกลางตามอนุสัญญาฯ ข้อ ๗

๒.๓.๕ การยื่นคำร้องขอความช่วยเหลือ^{๑๓}

คำร้องเพื่อขอความช่วยเหลือในการดำเนินการส่งคืนตัวเด็ก ให้ดำเนินการตามข้อ ๘ แห่งอนุสัญญาฯ โดยอาจยื่นคำร้องขอความช่วยเหลือต่อผู้ประสานงานกลางซึ่งเด็กมีถิ่นที่อยู่ปกติในเขตอำนาจหรือต่อผู้ประสานงานกลางของรัฐภาคีอื่นได้ และให้ผู้ประสานงานกลางพิจารณาและวินิจฉัยคำร้องขอว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะให้ความช่วยเหลือตามอนุสัญญาฯ ได้หรือไม่ โดยผู้ร้องขอความช่วยเหลืออาจยื่นอุทธรณ์คำวินิจฉัยของผู้ประสานงานกลางต่อศาลได้ภายในกำหนดสามสิบวัน นับแต่ทราบคำวินิจฉัย

ส่วนกรณีที่ได้รับคำร้องขอและดำเนินการค้นหาเด็กพบแต่เด็กไม่ยอมไปจากบิดาหรือมารดาที่พาเด็กมา กรณีเช่นนี้ ผู้ประสานงานกลางมีอำนาจดำเนินการให้มีการส่งคืนเด็กโดยสมัครใจ หากไม่บรรลุผลจะต้องดำเนินการให้มีการยื่นคำร้องต่อศาลให้พิจารณาต่อไป

สำหรับการร้องขอให้ส่งคืนตัวเด็ก ผู้ร้องขอจะต้องมีอำนาจในการปกครองเด็ก ทั้งที่เกิดจากกฎหมาย ข้อตกลงหรือคำพิพากษาของศาล การดำเนินคดีในศาลและการยื่นคำร้องขอต่อศาล ให้อัยการสูงสุดในฐานะผู้ประสานงานกลางมีอำนาจมอบหมายให้พนักงานอัยการในท้องที่ดำเนินการ ต่อศาล โดยไม่จำเป็นต้องบัญญัติในเรื่องการอุทธรณ์ฎีกา โดยหลักเกณฑ์คำร้องขอความช่วยเหลืออาจออกเป็นระเบียบหรือกฎกระทรวง

๒.๔ พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕

๒.๔.๑ การให้ความช่วยเหลือแก่ต่างประเทศตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕^{๑๔}

๑) กำหนดให้ผู้ถูกละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็กอาจขอให้ส่งตัวเด็กซึ่งถูกพาตัวมาหรือกักตัวไว้ในประเทศไทยกลับคืนสู่ถิ่นที่อยู่เดิมของเด็กในต่างประเทศโดยยื่นคำร้องขอต่อผู้ประสานงานกลางของประเทศที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ตามปกติหรือต่อผู้ประสานงานกลาง ทั้งนี้ ตามระเบียบที่ผู้ประสานงานกลางกำหนด โดยคำร้องขอความช่วยเหลือจะต้องระบุ (ก) ข้อมูลเกี่ยวกับหลักฐานแสดงตัวบุคคลของผู้ร้องขอของเด็กและของผู้ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้พาเด็กมาหรือกักตัวเด็กไว้ (ข) วัน เดือน ปีเกิดของเด็กในกรณีที่มี (ค) เหตุผลที่สนับสนุนคำร้องขอ (ง) ข้อมูลเกี่ยวกับแหล่งที่อยู่ของเด็ก และ ข้อมูลแสดงตัวบุคคลที่น่าเชื่อว่าเด็กไปอยู่ด้วย และ (จ) เอกสารหลักฐานอื่นตามระเบียบที่ผู้ประสานงานกลางกำหนด (ร่างมาตรา ๖) ซึ่งสอดคล้องกับข้อ ๘ ของอนุสัญญาฯ

^{๑๓} คณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติประกอบอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ, เรื่องเดิม, หน้า ๓๘.

^{๑๔} คณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติความร่วมมือในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ., เรื่องเสร็จที่ ๒๘๒/๒๕๕๔.

๒) กำหนดให้ผู้ประสานงานกลางดำเนินการช่วยเหลือยื่นคำร้องขอต่อศาล หรือส่งคำ ร้องขอต่อไปยังผู้ประสานงานกลางของรัฐภาคีในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าเด็กอยู่ในรัฐอื่นที่เป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ หรือปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือพร้อมด้วยเหตุผลหรือแจ้งเงื่อนไขที่จำเป็นหรือเหตุขัดข้องให้ผู้ร้องขอทราบ (ร่างมาตรา ๗) ซึ่งสอดคล้องกับ ข้อ ๙ ของอนุสัญญา

๓) กำหนดให้ผู้ร้องขออาจขอทบทวนคำวินิจฉัยของผู้ประสานงานกลางที่ปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือต่อศาลได้ภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือ และคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลให้เป็นที่สุด (ร่างมาตรา ๘)

๔) กำหนดให้การปฏิเสธคำร้องขอความช่วยเหลือของผู้ประสานงานกลางตามร่างมาตรา ๗ ไม่ตัดสิทธิของผู้ถูกละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็กที่จะยื่นคำร้องขอเพื่อใช้สิทธิของตนต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลางโดยตรง (ร่างมาตรา ๙)

๕) กำหนดให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ปลัดกระทรวงมหาดไทยดำเนินการสืบหาแห่งที่อยู่ของเด็กตามที่ได้รับแจ้งจากผู้ประสานงานกลาง และแจ้งผลการดำเนินการไปยังผู้ประสานงานกลาง โดยให้พนักงานอัยการดำเนินการให้ความช่วยเหลือตามคำร้องขอความช่วยเหลือที่ผู้ประสานงานกลางส่งให้ เมื่อได้ทราบที่อยู่ของเด็กแล้วก่อนการดำเนินการในประการอื่น พนักงานอัยการอาจยื่นคำขอต่อศาลขอให้มีการสั่งห้ามมิให้ผู้ใดย้ายเด็กไปเสียจากแหล่งที่อยู่ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น และหากมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการฝ่าฝืนคำสั่งศาลหรือเด็กอาจได้รับอันตรายหรือมีการกระทำอื่นใดอันอาจเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ พนักงานอัยการอาจยื่นคำขอต่อศาลขอให้มีการสั่งอนุญาตให้พนักงานอัยการดำเนินการตามที่จำเป็นและสมควรเพื่อนำตัวเด็กส่งไว้ในความควบคุมดูแลของกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ โดยร้องขอให้เจ้าพนักงานตำรวจให้ความช่วยเหลือในการดำเนินการดังกล่าว นอกจากนี้ พนักงานอัยการยังมีอำนาจยื่นคำร้องขอต่อศาลขอให้มีการสั่งตัวเด็กกลับคืนด้วย (ร่างมาตรา ๑๐)

๒.๔.๒ การดำเนินการช่วยเหลือ^{๑๕}

ในการพิจารณาในส่วนของการดำเนินการช่วยเหลือตามพระราชบัญญัตินี้โดยให้ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติดำเนินการค้นหาแหล่งที่อยู่ของเด็กตามที่ได้รับแจ้งจากผู้ประสานงานกลาง และแจ้งผลไปยังผู้ประสานงานกลาง โดยให้พนักงานอัยการดำเนินการให้ความช่วยเหลือตามคำร้องขอความช่วยเหลือที่ผู้ประสานงานกลางส่งให้ เมื่อได้รับคำร้องขอความช่วยเหลือและก่อนการดำเนินการประการอื่น ให้พนักงานอัยการยื่นคำขอต่อศาลขอให้มีการสั่งห้ามผู้ใดเคลื่อนย้ายหรือหน่วงเหนี่ยวเด็ก หรือผู้ที่เด็กอยู่ด้วยเคลื่อนย้ายเด็กไปเสียจากถิ่นที่อยู่ จนกว่าการดำเนินการเกี่ยวกับการส่งตัวเด็กกลับคืนเสร็จสิ้นหรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

หากมีเหตุอันควรเชื่อว่า เจ้าหน้าที่เกี่ยวข้องไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลหรือเด็กอาจได้รับอันตราย หรือมีการกระทำอื่นใดอันอาจเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานอัยการยื่นคำร้องขอต่อศาลขอให้มีการสั่งอนุญาตให้พนักงานอัยการดำเนินการตามที่จำเป็นและสมควรเพื่อนำเด็กส่งไว้ในความปกครองดูแลของกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์

^{๑๕} คณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติประกอบอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ, เรื่องเดิม, หน้า ๓๙.

ในการดำเนินการดังกล่าวให้เจ้าพนักงานตำรวจในท้องที่ที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ หรือเจ้าพนักงานตำรวจอื่นให้ความช่วยเหลือพนักงานอัยการเมื่อได้รับคำร้องขอ

นอกจากนี้ ได้กำหนดให้ตำรวจมีอำนาจการดำเนินการและแจ้งผลการดำเนินการมายังสำนักงานอัยการสูงสุดเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา

๒.๔.๓ ศาลและกระบวนการพิจารณา^{๑๖}

๑) กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีและมีคำสั่งคำร้องขอหรือคำขอและให้เป็นที่สุด (ร่างมาตรา ๑๒)

๒) กำหนดให้ศาลจะนำข้อมูลเกี่ยวกับเด็กตามที่ผู้ประสานงานกลางหรือเจ้าหน้าที่แห่งท้องที่ที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ปกติเสนอมาประกอบการพิจารณาในการออกคำสั่งส่งตัวเด็กกลับคืนด้วย (ร่างมาตรา ๑๓) ดังนี้

(๑) กรณีที่นับแต่วันที่เด็กถูกพาตัวมาหรือกักตัวไว้จนถึงวันยื่นคำร้องขอต่อศาลยังไม่ถึงหนึ่งปี ให้ศาลพิจารณาว่าจะให้ส่งตัวเด็กกลับคืนหรือไม่โดยเร็ว

(๒) กรณีที่นับแต่วันที่เด็กถูกพาตัวมาหรือกักตัวไว้จนถึงวันยื่นคำร้องขอตั้งแต่นั้นขึ้นไป ศาลจะพิจารณาสั่งให้ส่งตัวเด็กกลับคืนก็ได้ เว้นแต่เด็กได้ปรับตัวเข้ากับสภาพแวดล้อมใหม่แล้ว

(๓) กรณีที่ปรากฏว่าเด็กได้ออกไปจากประเทศไทยแล้วศาลอาจให้รอการพิจารณาไว้หรือยกคำร้องขอก็ได้

(๔) ศาลอาจยกคำร้องขอให้ส่งตัวเด็กกลับคืนในกรณีดังต่อไปนี้

ก) ผู้มีสิทธิควบคุมดูแลเด็กมิได้ควบคุมดูแลเด็กในขณะที่มีการพาตัวเด็กหรือกักตัวเด็กไว้ หรือได้ให้ความยินยอมในตอนแรกหรือยอมรับในภายหลังให้มีการพาตัวเด็กหรือกักตัวเด็กไว้

ข) การส่งตัวเด็กกลับคืนอาจเป็นอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็กอย่างร้ายแรง หรือเด็กจะตกอยู่ในสถานะอันไม่อาจทนได้

ค) เด็กคัดค้านการส่งตัวเด็กกลับคืนและศาลเห็นว่าเด็กมีอายุและวุฒิภาวะที่ควรจะได้รับฟังคำคัดค้านนั้น

ง) การส่งตัวเด็กกลับคืนจะขัดกับหลักพื้นฐานของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

จ) เด็กอายุครบสิบหกปีบริบูรณ์ ซึ่งสอดคล้องกับข้อ ๑๒ ข้อ ๑๓ และข้อ ๒๐ ของอนุสัญญาฯ

๓) กำหนดให้ผู้ประสานงานกลางหรือพนักงานอัยการอาจยื่นคำแถลงขอทราบเหตุขัดข้องที่ศาลยังไม่สามารถมีคำสั่งภายในหกสัปดาห์นับแต่เมื่อได้รับคำขอ (ร่างมาตรา ๑๔) ซึ่งสอดคล้องกับข้อ ๑๑ ของอนุสัญญาฯ

^{๑๖} คณะกรรมการกฤษฎีกา, เรื่องเดิม, หน้า ๕.

๔) กำหนดให้การร้องขอให้ส่งตัวเด็กกลับคืนและมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิควบคุมดูแลเด็ก (ร่างมาตรา ๑๕) ซึ่งสอดคล้องกับข้อ ๑๖ ของอนุสัญญาฯ

๕) กำหนดให้การพิจารณาคำร้องขอให้ส่งตัวเด็กกลับคืนศาลอาจสั่งให้ผู้ร้องขอส่งคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลหรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดในประเทศที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ปกติที่แสดงว่าการพาตัวเด็กมาหรือกักตัวเด็กเป็นการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็กมาใช้ประกอบการวินิจฉัยว่าจะส่งตัวเด็กกลับคืนหรือไม่ก็ได้ (ร่างมาตรา ๑๖) ซึ่งสอดคล้องกับข้อ ๑๗ ของอนุสัญญาฯ

๖) กำหนดให้บิดามารดา บุพการี ผู้ปกครอง ผู้มีสิทธิควบคุมดูแลเด็ก ผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้ที่มีความสัมพันธ์กับเด็กในทำนองเดียวกัน เป็นผู้ที่มีสิทธิร้องขอความช่วยเหลือขอใช้สิทธิพบและเยี่ยมเยียนเด็ก ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ผู้ประสานงานกลางกำหนด โดยนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการร้องขอให้ส่งตัวเด็กกลับคืนในหมวดนี้มาใช้บังคับโดยอนุโลม (ร่างมาตรา ๑๗) ซึ่งสอดคล้องกับข้อ ๒๑ ของอนุสัญญาฯ

๒.๔.๔ การดำเนินการระหว่างการส่งเด็กกลับคืน^{๓๗}

ให้กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ มีอำนาจหน้าที่ในการรับตัวเด็กไว้ดูแลเป็นการชั่วคราวระหว่างการดำเนินการส่งตัวเด็กกลับคืน

กรณีการรับเด็กมาอยู่ในความปกครองดูแลของกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ จะกระทำได้อต่อเมื่อมีคำสั่งของศาลเท่านั้น ซึ่งจะผูกโยงกับเรื่องวิธีการปฏิบัติในการควบคุมดูแลเด็ก และตาม พ.ร.บ.คุ้มครองเด็กฯ กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ มีอำนาจในการคุ้มครองเด็กเพื่อสวัสดิภาพของเด็ก

^{๓๗} คณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติประกอบอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ, เรื่องเดิม, หน้า ๓๙.

บทที่ ๓ ผลการศึกษา

จากการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ (The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction) และพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ ทำให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้ โดยผู้เขียนจะอธิบายและทำการเปรียบเทียบผ่านกรณีตัวอย่างต่อไปนี้

๓.๑ กรณีตัวอย่าง^๑

ข้อเท็จจริงได้ความว่า คุณนิตและสามีชาวสวีเดนไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน มีบุตรสาวด้วยกันหนึ่งคนปัจจุบันอายุ ๑๔ ปี บิดาของเด็กไม่เคยมาเลี้ยงดู หรือดูแลบุตรสาว ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๙ ประเทศสวีเดนได้ออกกฎหมายใหม่ว่า แมंबิดาและมารดาจะไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ก็ให้ถือว่าบิดานั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย บิดาของเด็กจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลสวีเดนขอมีอำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งต่อมาศาลสวีเดนได้มีคำพิพากษาให้บิดาเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรสาวตามกฎหมายแต่เพียงผู้เดียว และบิดาของเด็กจะดำเนินการติดตามบุตรสาวที่อยู่ประเทศไทยขณะนี้คืนจากคุณนิตโดยอ้างว่าคุณนิตลักพาตัวบุตรสาวไป และจะดำเนินคดีอาญากับคุณนิตด้วย

๓.๑.๑ คำถาม

- ๑) ใครเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรสาวตามกฎหมาย
- ๒) บิดาของเด็กมีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะติดตามเอาตัวบุตรสาวคืนโดยอ้างว่าคุณนิตลักพาตัวบุตรสาวไปหรือไม่
- ๓) บิดาของเด็กสามารถดำเนินคดีอาญากับคุณนิตในความผิดที่เกี่ยวข้องกับการลักพาตัวบุตรสาวไปหรือไม่

๓.๒ แนวทางการวินิจฉัย (ก่อนมีการตราพระราชบัญญัติฯ)

๓.๒.๑ ใครเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรสาวตามกฎหมาย

ตามกฎหมายไทย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๔๖) เมื่อบิดาและมารดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน กำหนดให้บุตรที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดา ดังนั้น เฉพาะแต่มารดาเท่านั้นที่มีอำนาจปกครองบุตรสาวตามกฎหมาย

ตามกฎหมายสวีเดน เมื่อมีกฎหมายใหม่ออกมาให้บิดาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับมารดาเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรด้วย ตามที่คณินิตให้ข้อมูลมา จึงถือว่าทั้งคุณนิตและ

^๑ http://www.humanrights.ago.go.th/index.php?option=com_content&task=view&id=9201&lang=english

บิดาเด็กมีอำนาจปกครองบุตรสาวตามกฎหมายทั้งคู่ อย่างไรก็ตาม ต่อมาบิดาบุตรสาวได้ยื่นคำร้องต่อศาลสวีเดนขอมีอำนาจปกครองบุตรสาวแต่เพียงผู้เดียว และศาลสวีเดนอนุญาตตามคำร้องขอให้บิดาเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียวแล้ว จึงต้องถือว่าบิดาเด็กแต่เพียงผู้เดียวมีอำนาจปกครองบุตรสาวตามกฎหมาย

มีปัญหาต้องพิจารณาต่อไปว่าในกรณีที่มีการขัดกันของกฎหมายไทยและกฎหมายสวีเดนดังกล่าวข้างต้น จะต้องใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ ในกรณีนี้ถ้าบิดาของเด็กเข้ามาในประเทศไทยเพื่อเรียกร้องสิทธิในอำนาจปกครองปกครองบุตรสาว การจะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับนั้นเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ มาตรา ๓๐ กำหนดไว้ คือ ในกรณีที่เด็กเกิดจากหญิงที่ไม่ได้สมรสกับชาย สิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดา ดังนั้น กรณีนี้จึงต้องใช้กฎหมายไทยบังคับ ซึ่งก็คือเฉพาะแต่มารดาเท่านั้น ที่มีอำนาจปกครองบุตรสาวตามกฎหมาย

๓.๒.๒ บิดาของเด็กมีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะติดตามเอาตัวบุตรสาวคืนโดยอ้างว่าคุณนิดลักพาตัวบุตรสาวไปหรือไม่

กรณีการลักพาเด็กข้ามชาติมีกฎหมายระหว่างประเทศใช้บังคับอยู่ โดยเป็นไปตามอนุสัญญาทางแพ่งว่าด้วยการลักพาเด็กข้ามชาติ (Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction) ตามมาตรา ๓ ของ อนุสัญญาทางแพ่งว่าด้วยการลักพาเด็กข้ามชาติกำหนดว่าการกระทำที่จะเป็นการลักพาเด็กข้ามชาติ จะต้องเป็นกรณีที่

๑) เป็นการละเมิดสิทธิในการปกครองบุตรตามกฎหมายของประเทศที่เด็กนั้นมีภูมิลำเนาอยู่ในขณะที่มีการนำเอาตัวเด็กไปหรือกักขังเด็กไว้ และ

๒) ในขณะที่มีการนำเอาตัวเด็กไปหรือกักขังเด็ก จะต้องมีการใช้สิทธิปกครองบุตรอย่างแท้จริงไม่ว่าจะโดยลำพังหรือร่วมกัน

กรณีตามปัญหา คุณนิดพาบุตรสาวมาอยู่ประเทศไทยได้สองปีแล้ว ขณะที่นำบุตรสาวมาอยู่ประเทศไทย ประเทศสวีเดนยังไม่มีการออกกฎหมายว่าให้บิดาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับมารดาเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรด้วย ในขณะที่ดังกล่าวบิดาของบุตรสาวจึงยังไม่มีอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมาย และบิดาของเด็กไม่เคยมาเลี้ยงดู ให้การดูแลบุตรสาวเลย ดังนั้น บิดาของบุตรสาวจึงไม่สามารถอ้างสิทธิตามอนุสัญญาทางแพ่งว่าด้วยการลักพาเด็กข้ามชาติร้องขอให้มีการส่งตัวเด็กกลับคืนมาให้ตนในฐานะที่ตนเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรได้

นอกจากนี้ มีข้อพิงทราบบว่า ตามมาตรา ๔ ของอนุสัญญาทางแพ่งว่าด้วยการลักพาเด็กข้ามชาติกำหนดว่า อนุสัญญานี้จะใช้บังคับจนกระทั่งเด็กมีอายุถึง ๑๖ ปี เท่านั้น และประเทศไทยไม่เคยลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์กับประเทศใด คำพิพากษาศาลสวีเดนในเรื่องทางแพ่งรวมทั้งในกรณีนี้ที่ศาลสวีเดนมีคำพิพากษาให้บุตรสาวเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดาแต่เพียงผู้เดียวจึงไม่สามารถใช้บังคับในประเทศไทยได้

๓.๒.๓ บิดาของเด็กสามารถดำเนินคดีอาญากับคุณนิดในความผิดที่เกี่ยวข้องกับการลักพาตัวบุตรสาวไปหรือไม่

ตามกฎหมายไทย คุณนิตมีอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายแต่เพียงผู้เดียว คุณนิตจึงไม่มีความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับการลักพาตัวบุตรสาว เพราะถือว่าคุณนิตมีอำนาจปกครองเลี้ยงดู ให้การศึกษาบุตรสาวตามกฎหมายไทย

ตามกฎหมายสวีเดน ในเมื่อศาลสวีเดนมีคำพิพากษาให้บิดาเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรสาวแต่เพียงผู้เดียวแล้ว การที่คุณนิตนำเอาบุตรสาวมาอยู่ประเทศไทยจึงถือเป็นการละเมิดสิทธิในการใช้อำนาจปกครองบุตรของบิดาเด็ก และอาจจะมีผลตามกฎหมายอาญาของประเทศสวีเดนด้วย ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดโทษไว้เกี่ยวข้องกับการลักพาตัวเด็กหรือการนำเอาตัวเด็กไป อันเป็นการละเมิดอำนาจปกครองบุตร

มีปัญหาคือต้องพิจารณาต่อไปว่า ถ้าเป็นกรณีที่คุณนิตกระทำความผิดอาญาตามกฎหมายสวีเดนแล้วประเทศสวีเดนจะร้องขอให้รัฐบาลไทยส่งตัวคุณนิตเป็นผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อไปรับการพิจารณาพิพากษาคดีที่ประเทศสวีเดนได้หรือไม่ กรณีนี้ การจะร้องขอให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนได้ต้องเป็นกรณีที่ความผิดที่ร้องขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นความผิดตามกฎหมายของทั้งสองประเทศ ในเมื่อคุณนิต มีอำนาจปกครองบุตรสาวตามกฎหมายไทย ที่จะใช้อำนาจปกครองเลี้ยงดูให้การศึกษาบุตรสาว คุณนิต จึงไม่มีความผิดตามกฎหมายไทยในการที่ได้นำบุตรสาวมาอยู่ที่ประเทศไทย จึงไม่สามารถร้องขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ในกรณีนี้ นอกจากนี้ ประเทศไทยไม่ได้ทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศสวีเดนด้วย ประเทศสวีเดนจึงไม่สามารถอ้างความตกลงระหว่างประเทศเพื่อขอให้รัฐบาลไทยส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้ได้

๓.๓ แนวทางการวินิจฉัยภายหลังพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ กรณีเปรียบเทียบเดียวกัน

๑) บิดาชาวสวีเดนของคุณนิตสามารถยื่นคำร้องขอส่งเด็กกลับคืนได้ตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ โดยตรง หรือผ่านผู้ประสานงานกลางของประเทศสวีเดนก็ได้ และคำพิพากษาของศาลสวีเดนที่ให้สิทธิตามคำร้องขอให้บิดาเป็นผู้มีอำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียวสามารถนำมาเป็นส่วนหนึ่งในพิจารณาคำร้องขอให้ส่งเด็กกลับคืนของศาลเยาวชนและครอบครัวกลางหากเด็กยังมีอายุไม่เกิน ๑๖ ปีบริบูรณ์

๒) ปัจจุบันแนวทางพิจารณาของศาลมี สองแนว คือ ๑.รับฟังคำเบิกความของเด็กเพิ่มเติม หรือ คำเบิกความของคุณนิตเพิ่มเติม ๒. เป็นเพียง Return Mechanism ตามจุดประสงค์ของอนุสัญญาฯ

๓) คุณนิตหากเดินทางกลับไปสู่คดีเรื่องสิทธิปกครองที่ประเทศสวีเดนอาจถูกดำเนินคดีในฐานลักพาตัวเด็กได้ตามกฎหมายอาญาของประเทศสวีเดน

๔) หากเด็กถูกส่งกลับคืน คุณนิตต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการส่งเด็กกลับทั้งหมด

จากกรณีตัวอย่างข้างต้นทำให้ทราบถึงปัญหาของการบังคับใช้พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ ซึ่งปัญหาแต่ละข้อนั้นนับเป็นปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้และเป็นปัญหาที่ส่งผลโดยตรงต่อบุคคลที่ต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับคดี ทั้งตัวเด็กเอง ผู้ซึ่งพาเด็กออกจากถิ่นที่อยู่ปกติ หรือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานราชการต่างๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง เนื่องจากปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนในขั้นตอนการปฏิบัติงานหรือการ

ดำเนินการในขั้นตอนต่างๆ ซึ่งปัญหาเหล่านี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นปัญหาที่สมควรได้รับการแก้ไข หรือสมควรกำหนดแนวทางที่ถูกต้อง แน่นนอน ชัดเจน เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ เพื่อผลประโยชน์ของตัวเด็กเอง และเพื่อการปฏิบัติงานตามหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องต่อไป

จากกรณีตัวอย่างผู้วิจัยจึงได้ดำเนินการสอบถามท่านธงชัย เจริญผล อัยการอาวุโสพิเศษ สำนักงานต่างประเทศ ซึ่งได้แสดงความเห็นไว้ดังนี้

“สำหรับในกรณีช่วงก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ นั้น แนวทางการปฏิบัติของสำนักงานอัยการสูงสุดในช่วงเวลาดังกล่าว คือ การส่งคืนตัวโดยสมัครใจ โดยมีกระบวนการดังนี้

๑) ขอความร่วมมือจากทางสำนักตำรวจแห่งชาติในการตรวจสอบถิ่นที่อยู่ปัจจุบันของบุคคลที่พาเด็กมาอยู่ภายในประเทศไทย

๒) ภายหลังสามารถตรวจสอบที่อยู่ของเด็กได้แล้ว สำนักงานอัยการสูงสุดจึงดำเนินการประสานให้ผู้พาตัวเด็กและเด็กมาพบกับผู้ปกครองที่ติดตามตัวเด็กมาพบกันเพื่อไกล่เกลี่ยให้ไปสู่การส่งคืนตัวเด็กโดยสมัครใจ

แต่เนื่องจากการไม่มีกฎหมายภายในรองรับทำให้การดำเนินการปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ ได้เพียงบางส่วนเท่านั้น”

ส่วนในกรณีภายหลังที่มีพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ แล้วนั้น ท่านธงชัยฯ มีความเห็นถึงเรื่องสิทธิของมารดาที่เป็นหญิงไทย และการที่หญิงไทยอาจถูกดำเนินคดีได้เมื่อกลับไปต่อสู้อันอาจปกครองไว้ดังนี้

“อนุสัญญาความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก เป็นอนุสัญญาที่มีความมุ่งหมายในการรักษาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญดังนั้นการที่เรามองถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นกับตัวมารดาเป็นสำคัญไม่ว่าจะเป็นหญิงไทย หรือชาวต่างชาติก็ตามเป็นสำคัญกว่าสิทธิของเด็กจะไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของอนุสัญญา”

“แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่หญิงไทยถูกดำเนินคดีในประเทศถิ่นที่อยู่ดั้งเดิมของเด็กนั้น สำนักงานอัยการสูงสุดในฐานะผู้ประสานงานกลางตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ ได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวและหาทางแก้ไขในทางปฏิบัติ คือ ในฐานะผู้ประสานงานกลาง สำนักงานอัยการสูงสุดอาจกำหนดเงื่อนไขในการขอหลักฐานในการถอนฟ้อง หรือถอนการร้องทุกข์จากผู้ร้องขอตัวเด็กก็ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากจุดประสงค์ของการส่งตัวเด็กกลับคืนนั้น คือ การให้เด็กกลับไปสู่กระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับอำนาจปกครองในศาลที่มีพยานหลักฐานสนับสนุนมากที่สุด คือ ประเทศถิ่นที่อยู่ปกติของเด็ก ดังนั้นหากผู้พาตัวเด็ก หรือ หญิงไทยก็ตาม มีข้อจำกัดว่า ไม่สามารถเดินทางเข้าประเทศได้เนื่องจากความกลัวที่จะถูกดำเนินคดีย่อมส่งผลเสียต่อคดีอำนาจปกครอง และไม่เป็นการส่งเสริมแนวทางการปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าวอย่างสมบูรณ์”

ต่อข้อซักถามเพิ่มเติมในเรื่องค่าใช้จ่ายในการติดตามตัวเด็กและการส่งเด็กกลับคืนซึ่งพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ มาตรา ๒๕ ได้บัญญัติให้พนักงานอัยการดำเนินยื่นคำร้องขอต่อศาลขอให้มีการส่งตัวเด็ก

พร้อมคำร้องให้ ผู้พาดพิงเด็กมา ซึ่งอาจเป็นหญิงไทยเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายเท่าที่จำเป็นที่เกิดแก่ผู้ยื่นคำร้องขอ ซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเดินทาง ค่าใช้จ่ายในการสืบหาแหล่งที่อยู่ของเด็ก ค่าทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมาย และค่าใช้จ่ายในการส่งตัวเด็กกลับคืนจะเป็นภาระแก่หญิงไทยที่ไม่สามารถชดเชยให้ได้หรือไม่

“ในส่วนของเรื่องดังกล่าว เห็นว่า ตามมาตรา ๒๕ วรรคสอง ยังได้บัญญัติให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งตามคำขอตามที่เห็นว่ามีเหตุอันสมควร ดังนั้นศาลอาจใช้ดุลพินิจให้หญิงไทยชดเชยไม่เต็มจำนวนที่ร้องขอก็ได้หากเห็นว่าเป็นภาระมากจนเกินสมควร”

ต่อมาผู้วิจัยได้สอบถามความคิดเห็นเพิ่มเติมจากนายอัครา ขุนทองจันทร์ นิติกรปฏิบัติการสำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคุ้มครองสิทธิประชาชนระหว่างประเทศ โดยมีความเห็นดังนี้

“จากการประชุมกับหน่วยงานต่างประเทศนั้น ในช่วงก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ ผู้ประสานงานกลางชาติต่างๆได้แสดงความกังวลในการปฏิบัติตามอนุสัญญาฯของประเทศไทย ดังนั้นเมื่อต่อมาได้การประกาศใช้พระราชบัญญัติแล้ว ควรมีการให้ความรู้แก่ผู้ปฏิบัติที่เกี่ยวข้องทุกหน่วยงาน เช่นกระทรวงการต่างประเทศ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ให้มีความพร้อมมากยิ่งขึ้น”

ส่วนในกรณีภายหลังที่มีพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ แล้วนั้น คุณอัคราฯ มีความเห็นถึงเรื่องสิทธิของมารดาที่เป็นหญิงไทย และการที่หญิงไทยอาจถูกดำเนินคดีได้เมื่อกลับไปต่อสู้อำนาจปกครองไว้ดังนี้

“ในเรื่องสิทธิหญิงไทยที่เป็นผู้พาดพิงเด็กมานั้น ต้องมีการปรับความเข้าใจถึงจุดประสงค์ของอนุสัญญาเสียก่อน เนื่องจากอนุสัญญาฯฉบับนี้ มุ่งหมายในการคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ (Best interest of the child) และมองสถาบันครอบครัวว่าต้องตั้งอยู่หลักพื้นฐานของความยุติธรรม เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ผู้พาดพิงเด็กไป ไม่ว่าจะ หญิงไทย หรือชายไทยก็ตามกลับมายังประเทศไทย ผู้พาดพิงเด็กได้สร้างความไม่สมดุลให้เกิดขึ้นภายในครอบครัว และทำให้เกิดความยุติธรรมต่อผู้ปกครองอีกฝ่ายทั้งในเรื่องสัมพันธ์ภาพระหว่างผู้ปกครองและเด็ก และในเรื่องความได้เปรียบเทียบทางกฎหมาย ในอำนาจปกครอง อนุสัญญาฯจึงได้ตั้งสมมติฐานว่า สถานที่ที่เด็กควรได้รับการพิจารณาในเรื่องอำนาจปกครองของผู้ปกครองนั้น ควรเป็นศาลที่เด็กได้อยู่อาศัยแต่กำเนิดจนเกิดความคุ้นเคย และการพาเด็กกลับสู่สภาวะแวดล้อมเช่นนั้นจึงได้รับการกำหนดให้ไว้ภายในอนุสัญญาฯ

อีกประการหนึ่ง คือการนำแนวความคิดเรื่องเด็กเป็นผู้มีสิทธิ (Subject of rights) ขึ้นมาพิจารณา โดยก่อนหน้านี้นักวิชาการบางท่านได้เปรียบเทียบการกระทำของบิดามารดาที่หย่าร้างกัน และนำเด็กกลับไปอยู่ดั้งเดิมของตนเองว่า มีลักษณะที่กระทำต่อเด็กเหมือนกับทรัพย์สิน คือ เมื่อมีการหย่าร้างและยังไม่มี การแบ่งแยกทรัพย์สินระหว่างคู่สามีภรรยา ก็ฉกฉวยความได้เปรียบเทียบนำทรัพย์สินดังกล่าวกลับประเทศที่ตนจะได้มีสิทธิครอบครอง ซึ่งเป็นการสร้างความยุติธรรมต่อคู่สมรสอีกฝ่ายและ ตัวเด็กเองด้วย ดังนั้นจุดมุ่งหมายอีกประการหนึ่งที่อนุสัญญาฯ พยายามให้เกิดขึ้น คือ การเปิดโอกาสให้เด็กได้รับการรับฟังอย่างเป็นธรรม แต่เนื่องจากเรื่องดังกล่าวยังเป็นเรื่องที่ยังค่อนข้างใหม่สำหรับประเทศไทย จึงต้องแนวทางการวินิจฉัยของศาลเยาวชนว่าจะออกมาในแนวทางใดต่อไป”

“ในส่วนของการดำเนินคดีต่อผู้ปกครอง หรือหญิงไทยที่เป็นผู้พาเด็กมาโดยไม่ได้รับอนุญาต นั้น และได้ถูกคู่สมรสอีกฝ่ายดำเนินคดีเนื่องด้วยเหตุนี้ จะเห็นได้ว่า กรณีดังกล่าวก็ได้เกิดขึ้นในประเทศต่างๆเช่นกัน และเป็นหนึ่งในจำนวนหลายปัญหาที่ต้องมีการดำเนินการโดยใช้อำนาจของ ผู้ประสานงานกลางและทุกฝ่ายในกระบวนการยุติธรรมในการนำหลักการเรื่อง Mirror order, Undertaking order และการกำหนดเงื่อนไขเข้ามาใช้บังคับในชั้นศาลเยาวชน ซึ่งจะเป็นการที่ศาลเยาวชนกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ร้องขอตัวเด็กกลับดำเนินการถอนการร้องทุกข์ หรือถอนฟ้องผู้พาเด็กไปในความผิดอาญาฐานลักพาตัวโดยคำสั่ง หรือเงื่อนไขดังกล่าวในประเทศ Common Law มีลักษณะเหมือนคำสั่งที่ผู้ให้สัญญา หรือผู้ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขโดยหากไม่ปฏิบัติตามย่อมถือว่า ละเมิดคำสั่งศาลได้ ซึ่งเป็นแนวทางที่ถูกนำมาใช้เพื่อลดความขัดแย้งภายในครอบครัว และเปิดโอกาสให้ผู้ปกครองทั้งสองฝ่ายสามารถได้รับการรับฟังจากศาลในการพิจารณาเรื่องอำนาจทางปกครองจากศาลที่ตั้งในถิ่นที่อยู่ปกติ”

ดังนั้นจากความเห็นของผู้ปฏิบัติทั้งสองจึงถือได้ว่า ผู้ประสานงานกลางมีหน้าที่อันสำคัญในการดำเนินตามความมุ่งหมายของอนุสัญญาความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก และตามความเห็นของผู้เขียนแนวทางในการเลือกใช้ Mirror order และการกำหนดเงื่อนไขยังเป็นเรื่องที่ต้องมีการทำความเข้าใจระหว่างผู้ปฏิบัติงานทุกฝ่าย การปรับใช้กระบวนการออกคำสั่ง หรือเงื่อนไขดังกล่าวควรมีขึ้นเพื่อลดการเกิดความขัดแย้งและความไม่เหมาะสมของอนุสัญญาฯ ซึ่งเป็นที่ตระหนักดีภายในการประชุม International Child Custody ในหัวข้อเรื่อง Issue Surrounding Safe Return of the Child ซึ่งมองเห็นปัญหาของการบังคับใช้ในสองประเด็นหลัก^๒ คือ

๑) ในบางกรณีที่มีข้อกล่าวอ้างถึงความรุนแรงที่กระทำต่อเด็ก หรือคู่สมรสก่อนที่คู่สมรสจะพาเด็กหนีมายังประเทศถิ่นที่อยู่ดั้งเดิม

๒) มองเห็นในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับอำนาจทางปกครอง ควรเปิดโอกาสให้ผู้ปกครองทั้งสองฝ่ายมีโอกาสออกความเห็นให้รับฟังในการพิจารณา

ดังนั้นการที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกดำเนินคดียอมเป็นการขัดต่อหลักการดังกล่าว ซึ่งอัยการที่เกิเกิดขึ้นดังกล่าวสามารถบรรเทาได้โดยการใช้ Mirror Order ซึ่งการอนุญาตให้ศาลที่เป็น ผู้พิจารณาการส่งคืนเด็กออกคำสั่งบางประการซึ่งมีผลผูกพันกับศาลที่พิจารณาเกี่ยวกับอำนาจปกครอง โดยไม่ก่อผลเสียต่อคดีอำนาจปกครอง เช่น คำสั่งให้ถอนคำร้องทุกข์ หรือ คำฟ้อง อีกทั้งกระบวนการเพื่อให้แน่ใจว่าเด็กจะเดินทาง และอยู่ระหว่างการพิจารณาคดีอำนาจปกครองดังกล่าวโดยปลอดภัย

ทั้งนี้ ยังผู้ประสานงานกลางยังสามารถกำหนดเงื่อนไขแก่ผู้ร้องขอให้ดำเนินการถอนฟ้อง หรือให้คำรับรองว่าจะไม่ดำเนินคดีในกรณีการพาตัวเด็กมาด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตามการดำเนินการดังกล่าวก็เพียงแต่บรรเทาสภาพความยุติธรรมไปได้บางส่วน ทั้งนี้ยังมีกรณีที่บุคคล หรือหญิงไทย ที่พาเด็กมาไม่สามารถเดินทางกลับไปต่อสู้อัยการเนื่องจากขาดทุนทรัพย์ หรือไม่สามารถขอวีซ่าได้อีกด้วย สาเหตุบางประการอีกด้วย

^๒ The Delegation from the Commonwealth of Australia, Issues Surrounding Safe Return of the Child, International Child Custody A common Law Judicial Conference.

บทที่ ๔ สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ

๔.๑ สรุปผลการศึกษา

จากการศึกษาทำให้พอสรุปปัญหาของการบังคับใช้พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ ได้ดังต่อไปนี้

๑) ขาดร่างระเบียบผู้ประสานงานกลางตามความในมาตรา ๖ มาตรา ๑๗ และมาตรา ๑๘ แห่งพระราชบัญญัติฯ ซึ่งกำหนดองค์ประกอบรายละเอียดของคำร้องขอให้ส่งตัวเด็กกลับคืน และรายละเอียดของคำร้องขอใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็กไว้ซึ่งขณะนี้ ทางคณะทำงานของสำนักงานอัยการสูงสุดได้พิจารณาในเบื้องต้นและสร้างฉบับสมบูรณ์ให้อัยการสูงสุดพิจารณาต่อไป

๒) ขาดความรู้และความเข้าใจถึงบทบาทหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และการประสานงานระหว่างหน่วยงานราชการอื่นเรื่องที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับอนุสัญญาความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก

๓) แนวทางการปรับใช้กฎหมายที่ไม่แน่นอนของศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง เนื่องจากในกรณีที่คำร้องได้มีการยื่นคำร้องขอผ่านผู้ประสานงานกลางนั้น ผู้ประสานงานกลางสามารถกำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาคำร้องขอได้ตามมาตรา ๖ และมาตรา ๗ หลังจากการพิจารณาของผู้ประสานงานกลางแล้ว พบว่า คำร้องขอไม่เข้าตามหลักเกณฑ์ การปฏิเสธคำร้องขอของผู้ประสานงานกลางก็ไม่ตัดสิทธิผู้ร้องขอ หรือผู้ประสานงานกลางของรัฐภาคีอื่นในการส่งคำร้องขอโดยตรงต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลางได้ ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวยังไม่พบระเบียบ หรือกรอบการพิจารณาที่แน่นอนของศาลเยาวชนและครอบครัวกลางในขณะนี้

๔) แนวทางการปรับใช้กฎหมายภายในของไทยให้สอดคล้องเจตนารมณ์ของกฎหมาย

๕) ความคุ้มครองของหญิงไทยภายใต้กฎหมายดังกล่าว รวมถึงการให้ค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการส่งเด็กกลับคืนเป็นหน้าที่ของผู้พาดพิงเด็กมา

๔.๒ ข้อเสนอแนะ

๑) จัดทำร่างระเบียบผู้ประสานงานกลางตามความในมาตรา ๖ มาตรา ๑๗ และมาตรา ๑๘ โดยกำหนดองค์ประกอบรายละเอียดของคำร้องขอให้ส่งตัวเด็กกลับคืน และรายละเอียดของคำร้องขอใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก เพื่อกำหนดให้ทราบแน่ชัดถึงสิทธิและหน้าที่ของทั้งทางฝ่ายผู้ร้องขอให้ส่งเด็กกลับคืนและฝ่ายผู้ถูกละเมิดสิทธิคุ้มครองดูแลเด็ก รวมทั้งกำหนดถึงอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานในหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ผลการพิจารณาของคณะทำงานสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อนำเสนอระเบียบผู้ประสานงานกลางฉบับสมบูรณ์มีรายละเอียดดังนี้

ร่าง
ระเบียบของผู้ประสานงานกลาง
ว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือและการขอความช่วยเหลือ
ตามกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก
พ.ศ. ๒๕๕๖

โดยที่เป็นการสมควรให้มีระเบียบเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือแก่ต่างประเทศ กรณีผู้อ้างว่าถูกละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็กขอให้ส่งตัวเด็กซึ่งถูกพาตัวมาหรือกักตัวไว้ในประเทศไทยกลับคืนถิ่นที่อยู่ปกติเป็นแห่งสุดท้ายของเด็กในต่างประเทศก่อนถูกพาตัวมาหรือกักตัวไว้ หรือกรณีผู้อ้างว่าถูกละเมิดสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็กในประเทศไทยขอใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก และเกี่ยวกับการขอความช่วยเหลือไปยังต่างประเทศเพื่อขอใช้สิทธิในการควบคุมดูแลเด็ก และขอใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็กในต่างประเทศ

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๖ มาตรา ๑๗ และมาตรา ๑๘ แห่งพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ ผู้ประสานงานกลางจึงออกระเบียบ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ระเบียบนี้เรียกว่า “ระเบียบของผู้ประสานงานกลางว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือและการขอความช่วยเหลือตามกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๖”

ข้อ ๒ ระเบียบนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ ๓ การให้ความช่วยเหลือและการขอความช่วยเหลือตามกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็กให้ดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้

หมวด ๑

การให้ความช่วยเหลือแก่ต่างประเทศ

ส่วนที่ ๑

คำร้องขอให้ส่งตัวเด็กกลับคืน

ข้อ ๔ คำร้องขอความช่วยเหลือของผู้อ้างว่าถูกละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็กหรือของ ผู้ประสานงานกลางจากต่างประเทศ เพื่อขอให้ผู้ประสานงานกลางให้ความช่วยเหลือตามกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็กจะต้องมีข้อมูลรายละเอียด และเอกสารหลักฐานดังต่อไปนี้

(๑) เด็ก

ชื่อและนามสกุล วัน เดือน ปี และสถานที่เกิด ถิ่นที่อยู่ปกติแห่งสุดท้ายก่อนถูกพาตัวมาหรือกักตัวไว้ ใบทะเบียนคนเกิด หลักฐานทะเบียนบ้าน หนังสือเดินทางหรือบัตรประจำตัวประชาชน (ในกรณีที่มี) รูปพรรณและรูปร่าง (ในกรณีที่เป็นไปได้)

(๒) มารดา

ชื่อและนามสกุล วัน เดือน ปี และสถานที่เกิด สัญชาติ อาชีพ ถิ่นที่อยู่ปกติ หลักฐานทะเบียนบ้าน หนังสือเดินทางหรือบัตรประจำตัวประชาชน (ในกรณีที่มี) รูปพรรณและรูปถ่าย (ในกรณีที่เป็นไปได้)

(๓) บิดา

ชื่อและนามสกุล วัน เดือน ปี และสถานที่เกิด สัญชาติ อาชีพ ถิ่นที่อยู่ปกติ หลักฐานทะเบียนบ้าน หนังสือเดินทางหรือบัตรประจำตัวประชาชน (ในกรณีที่มี) รูปพรรณและรูปถ่าย (ในกรณีที่เป็นไปได้)

(๔) วัน เดือน ปี และสถานที่สมรส ใบทะเบียนสมรส (ในกรณีที่มี) ของมารดาบิดา

(๕) บุคคล สถาบันหรือองค์กรอื่นใด ผู้ร้องขอความช่วยเหลือ (ต้องเป็นผู้ใช้สิทธิควบคุมดูแลเด็กโดยแท้จริงก่อนเด็กถูกพาตัวมาหรือกักตัวไว้)

ชื่อและนามสกุล สัญชาติและอาชีพของบุคคลผู้ร้องขอ ที่อยู่ หลักฐานทะเบียนบ้าน หนังสือเดินทางหรือบัตรประจำตัวประชาชน (ในกรณีที่มี) ความเกี่ยวข้องกับเด็ก ชื่อและที่อยู่ของนายความหรือที่ปรึกษากฎหมาย (ในกรณีที่มี)

(๖) บุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าพาตัวเด็กมาหรือกักตัวเด็กไว้

ชื่อและนามสกุล วัน เดือน ปี และสถานที่เกิด (ในกรณีที่ทราบ) สัญชาติ (ในกรณีที่ทราบ) อาชีพ ที่อยู่แห่งสุดท้ายที่ทราบ หลักฐานทะเบียนบ้าน หนังสือเดินทางหรือบัตรประจำตัวประชาชน (ในกรณีที่มี) รูปพรรณและรูปถ่าย (ในกรณีที่เป็นไปได้)

(๗) ที่อยู่ของเด็กที่นำเชื่อว่าถูกพาตัวมาหรือกักตัวไว้และบุคคลที่นำเชื่อว่าเด็กไปอยู่ด้วย

(๘) บุคคลอื่นซึ่งอาจให้ข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับแหล่งที่อยู่ของเด็ก

(๙) วัน เดือน ปี เวลา สถานที่ และพฤติการณ์ในการพาตัวเด็กมาหรือกักตัวเด็กไว้โดย มิชอบ

(๑๐) เหตุผลทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่สนับสนุนคำร้องขอ

(๑๑) คดีแพ่งเกี่ยวกับสิทธิควบคุมดูแลเด็กที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล (ในกรณี ที่มี)

(๑๒) ชื่อและนามสกุล วัน เดือน ปี และสถานที่เกิด ที่อยู่ และหมายเลขโทรศัพท์ของผู้รับตัวเด็กกลับคืน

(๑๓) ข้อเสนอเกี่ยวกับการเตรียมการในการรับตัวเด็กกลับคืน

(๑๔) สำเนาคำพิพากษาของศาลหรือสำเนาคำวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอื่นหรือความตกลงเกี่ยวกับสิทธิควบคุมดูแลเด็กหรือสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็กที่รับรองความถูกต้อง (ในกรณีที่มี)

(๑๕) หนังสือรับรองหรือคำให้การเป็นหนังสือเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับ

(๑๖) ข้อมูลเกี่ยวกับภูมิหลังทางสังคมของเด็ก

(๑๗) หนังสือมอบอำนาจให้ผู้ประสานงานกลางดำเนินการแทนผู้ร้องขอหรือแต่งตั้งผู้แทนเป็นผู้ดำเนินการแทนผู้ร้องขอ

(๑๘) เอกสารหลักฐานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

ข้อ ๕ คำร้องขอจะต้องระบุวัน เดือน ปี และสถานที่ที่ทำคำร้องขอ พร้อมลงลายมือชื่อและ/หรือประทับตราของผู้ประสานงานกลางผู้ร้องขอหรือผู้ร้องขอ

ข้อ ๖ คำร้องขอและเอกสารประกอบคำร้องขอดังกล่าวจะต้องทำเป็นภาษาของประเทศ ผู้ร้องขอและต้องทำคำแปลเป็นภาษาไทย หรือในกรณีที่ไม่สามารถทำคำแปลเป็นภาษาไทยได้ให้ทำคำแปลเป็นภาษาอังกฤษ

ส่วนที่ ๒

คำร้องขอใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก

ข้อ ๗ คำร้องขอความช่วยเหลือของผู้อ้างว่าถูกละเมิดสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็กหรือของผู้ประสานงานกลางจากต่างประเทศ เพื่อขอให้ผู้ประสานงานกลางให้ความช่วยเหลือตามกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็กจะต้องมีข้อมูล รายละเอียด และเอกสารหลักฐานดังต่อไปนี้

(๑) เด็ก

ชื่อและนามสกุล วัน เดือน ปี และสถานที่เกิด ถิ่นที่อยู่ปกติ ใบทะเบียนคนเกิด หลักฐานทะเบียนบ้าน หนังสือเดินทางหรือบัตรประจำตัวประชาชน (ในกรณีที่มี) รูปพรรณและรูปถ่าย (ในกรณีที่เป็นไปได้)

(๒) มารดา

ชื่อและนามสกุล วัน เดือน ปี และสถานที่เกิด สัญชาติ อาชีพ ถิ่นที่อยู่ปกติ หลักฐานทะเบียนบ้าน หนังสือเดินทางหรือบัตรประจำตัวประชาชน (ในกรณีที่มี) รูปพรรณและรูปถ่าย (ในกรณีที่เป็นไปได้)

(๓) บิดา

ชื่อและนามสกุล วัน เดือน ปี และสถานที่เกิด สัญชาติ อาชีพ ถิ่นที่อยู่ปกติ หลักฐานทะเบียนบ้าน หนังสือเดินทางหรือบัตรประจำตัวประชาชน (ในกรณีที่มี) รูปพรรณและรูปถ่าย (ในกรณีที่เป็นไปได้)

(๔) วัน เดือน ปี และสถานที่สมรส ใบทะเบียนสมรส (ในกรณีที่มี) ของมารดาบิดา

(๕) ผู้ร้องขอความช่วยเหลือ

ชื่อและนามสกุล สัญชาติ อาชีพ ที่อยู่ หลักฐานทะเบียนบ้าน หนังสือเดินทางหรือบัตรประจำตัวประชาชน (ในกรณีที่มี) ความเกี่ยวข้องกับเด็ก ชื่อและที่อยู่ของทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมาย (ในกรณีที่มี)

(๖) สถานที่ที่เชื่อว่าเด็กอยู่ในปัจจุบัน

(๗) บุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าละเมิดสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก

ชื่อและนามสกุล วัน เดือน ปี สถานที่เกิด และสัญชาติ (ในกรณีที่ทราบ) อาชีพที่อยู่แห่งสุดท้ายที่ทราบ หลักฐานทะเบียนบ้าน หนังสือเดินทางหรือบัตรประจำตัวประชาชน (ในกรณีที่มี) รูปพรรณและรูปถ่าย (ในกรณีที่เป็นไปได้)

(๘) บุคคลอื่นซึ่งอาจให้ข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับแหล่งที่อยู่ของเด็ก

(๙) พлотติการณ์เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก

(๑๐) เหตุผลทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่สนับสนุนคำร้องขอ

(๑๑) คดีแพ่งเกี่ยวกับการใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็กที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล (ในกรณีที่มี)

(๑๒) ข้อเสนอเกี่ยวกับการเตรียมการในการใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก

(๑๓) สำเนาคำวินิจฉัยหรือความตกลงเกี่ยวกับสิทธิควบคุมดูแลเด็กหรือสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็กที่รับรองความถูกต้อง

(๑๔) หนังสือรับรองหรือคำให้การเป็นหนังสือเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับ

(๑๕) ข้อมูลเกี่ยวกับภูมิหลังทางสังคมของเด็ก

(๑๖) หนังสือมอบอำนาจให้ผู้ประสานงานกลางดำเนินการแทนผู้ร้องขอหรือแต่งตั้งผู้แทนเป็นผู้ดำเนินการแทนผู้ร้องขอ

(๑๗) เอกสารหลักฐานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

ข้อ ๘ คำร้องขอจะต้องระบุ วัน เดือน ปี และสถานที่ที่ทำคำร้องขอ พร้อมลงลายมือชื่อและ/หรือประทับตราของผู้ประสานงานกลางผู้ร้องขอหรือผู้ร้องขอ

ข้อ ๙ คำร้องขอและเอกสารประกอบคำร้องขอดังกล่าวจะต้องทำเป็นภาษาของประเทศผู้ร้องขอและต้องทำคำแปลเป็นภาษาไทยหรือในกรณีที่ไม่สามารถทำคำแปลเป็นภาษาไทยได้ให้ทำคำแปลเป็นภาษาอังกฤษ

ข้อ ๑๐ การใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็กจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ผู้ประสานงานกลางกำหนดตามที่เห็นสมควรในแต่ละกรณี โดยคำนึงถึงข้อเสนอเกี่ยวกับการเตรียมการในการขอใช้สิทธิดังกล่าว ความเห็นของผู้ใช้อำนาจควบคุมดูแลเด็ก การปกป้องเด็กมิให้ได้รับอันตราย และความเป็นธรรมต่อผู้มีส่วนได้เสียทุกคน

หมวด ๒

การขอความช่วยเหลือไปยังต่างประเทศ

ส่วนที่ ๑

คำร้องขอให้ส่งตัวเด็กกลับคืน

ข้อ ๑๑ คำร้องขอความช่วยเหลือของผู้อ้างว่าถูกละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็กเพื่อให้ ผู้ประสานงานกลางให้ความช่วยเหลือตามกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็กให้นำความในข้อ ๔ ถึงข้อ ๖ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ส่วนที่ ๒

คำร้องขอใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก

ข้อ ๑๒ คำร้องขอความช่วยเหลือของผู้อ้างว่าถูกละเมิดสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก เพื่อให้ผู้ประสานงานกลางให้ความช่วยเหลือ ตามกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็กให้นำความในข้อ ๗ ถึงข้อ ๑๐ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ประกาศ ณ วันที่

พ.ศ. ๒๕๕๖

๒) จัดการอบรมสัมมนาเพื่อให้ความรู้แก่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงาน เพื่อให้ทราบถึงบทบาทหน้าที่ในการดำเนินงานที่ถูกต้องชัดเจน เพื่อให้การปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัตินี้เป็นไปตามเจตนารมณ์และเป็นไปตามหลักการที่แท้จริงของอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ

๓) สำหรับปัญหาการปรับใช้กฎหมายที่ไม่แน่นอนของทางศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง นั้นผู้เขียนเห็นว่า หลักการในการปรับใช้กฎหมายของศาลเยาวชนและครอบครัวกลางนั้นโดยปกติแล้วจะมีการปรับใช้กฎหมายโดยคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ ดังนั้นศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง จึงมีความยืดหยุ่นในการปรับใช้กฎหมายกับเด็กและเยาวชนมากกว่าคดีทั่วไป แต่ในพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ มิได้กำหนดแนวทางการปฏิบัติในกระบวนการที่เกี่ยวข้อง เช่น หากกรณีที่มีคำสั่งจากศาลเยาวชน หรือผู้มีอำนาจในรัฐภาคีให้ปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งตามระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งมีแนวทางดุลยพินิจกว้างกว่าแนวทางการใช้ดุลยพินิจของศาลในระบบ Civil Law แล้ว อาจเกิดปัญหาติดตามมาได้เนื่องจากหลักการตามอนุสัญญาต้องการสร้างระบบศาลร่วมที่ให้ความเคารพต่อคำสั่งของศาลรัฐภาคีเสมือนคำสั่งของศาลในเขตอำนาจรัฐนั้นๆซึ่งเรียกว่า Mirror Order ซึ่งแนวทางการพิจารณาในเรื่องดังกล่าวของศาลเยาวชนและครอบครัวกลางนั้นยังไม่ปรากฏเนื่องจากยังไม่มีผู้ใดร้องขอต่อศาลตามกฎหมายดังกล่าว ในระยะเริ่มต้น ผู้ปฏิบัติงานจึงขาดแนวทางที่แน่นอนในการดำเนินการในชั้นพิจารณา อีกทั้งยังมีประเด็นข้อกฎหมายอีกจำนวนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญา เช่น กรณีที่ศาลมีคำสั่งมาให้ผู้ปกครองมีสิทธิเยี่ยมเยียนและกำหนดให้ผู้ปกครองอีกฝ่าย ไม่สามารถพาเด็กเดินทางออกจากพื้นที่ หรือประเทศที่กำหนดได้ เช่นนี้แล้วแนวทางการวินิจฉัยในต่างประเทศยังไม่มีความแน่นอน โดยบางส่วนพิจารณาว่า กรณีดังกล่าวมิใช่สิทธิเยี่ยมเยียนแต่เป็นสิทธิปกครองโดยปริยาย ซึ่งปัญหาดังกล่าวย่อมปรากฏในการพิจารณาคดีของไทยได้เช่นกันในอนาคต ดังนั้น จึงต้องศึกษาถึงแนวทางพิจารณาคำสั่งในอนาคตต่อไป

๔) การให้ความร่วมมือในเรื่องทางแพ่งตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๕ นั้นมีความแตกต่างกับการให้ความร่วมมือ ในเรื่องทางอาญาซึ่งการให้ความร่วมมือในเรื่องทางแพ่งตามพระราชบัญญัตินี้ “ผู้ประสานงานกลาง” มีอำนาจแตกต่างกับการให้ความร่วมมือในเรื่องทางอาญา ตรงที่ ผู้ประสานงานกลางในคดีความร่วมมือ ในเรื่องทางอาญานั้นมีอำนาจหน้าที่ในการติดต่อประสานงานให้ความช่วยเหลือหรือขอความช่วยเหลือกับต่างประเทศและส่งต่อคำร้องขอให้แก่หน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบอีกต่อหนึ่ง แต่ในความร่วมมือในเรื่องทางแพ่งผู้ประสานงานมีบทบาทและหน้าที่ที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ ผู้ประสานงานกลางตามพระราชบัญญัตินี้ มีอำนาจในการดำเนินการเพื่อให้มีการป้องกันเด็กมิให้ได้รับอันตราย หรือป้องกันการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย ดำเนินการเพื่อให้มีการส่งตัวเด็กกลับคืนโดยสมัครใจหรือเพื่อระงับข้อพิพาทอย่างฉันมิตรและเป็นธรรม การแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับเด็ก (มาตรา ๖) เป็นต้น บทบาทดังกล่าวตามพระราชบัญญัตินี้มีความแตกต่างกันพอสมควรกับบทบาทของผู้ประสานงานกลาง ในเรื่องทางอาญา ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องสมควรที่จะศึกษาในเรื่องดังกล่าวให้เข้าใจอย่างถ่องแท้เพื่อการดำเนินการตามตามกฎหมายฉบับนี้จะได้มีความถูกต้องบริบูรณ์มากยิ่งขึ้น

๕) โดยมากแล้วจากคดีที่ปรากฏนั้นส่วนใหญ่ผู้ที่ละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็กที่เป็นคนไทย จะเป็นมารดาของเด็กเอง ซึ่งตรงกับสภาพการสมรสและชีวิตในต่างแดนไม่ไหวหรือด้วยเหตุผลอื่นๆ จึงได้ทำการพาลูกกลับเข้ามาในประเทศไทย และตามกฎหมายภายในของไทย การสมรสนั้น หมายความว่าถึงการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น หากมิได้ทำการสมรสกันตามกฎหมายไทย ถือว่าเด็กที่เกิดมานั้นเกิดจากหญิงที่มีได้ทำการสมรส และ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๔๖ บัญญัติว่า “เด็กที่เกิดจากหญิงที่มีได้ทำการสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น...” ดังนั้นตามกฎหมายไทย หญิงซึ่งเป็นมารดาที่แท้จริงของเด็ก จึงมีอำนาจการปกครองบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ในจุดนี้ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าการส่งตัวเด็กกลับไปยังถิ่นที่อยู่ปกตินั้นเท่ากับเป็นการละเมิดอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายไทย

ในหลักการของอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เจตนารมณ์ที่แท้จริงคือการที่มีการสนับสนุนให้ผู้ทีละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็กนำเด็กกลับไปยังถิ่นที่อยู่ปกติ เพื่อกลับไปทำการตกลงหรือจัดการเกี่ยวกับอำนาจในการปกครองบุตรตามกฎหมายของประเทศที่เด็กและครอบครัวของเด็กนั้นอยู่จริงเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาที่คู่สมรสต่างสัญชาติดำเนินเรื่องหย่าแต่เพียงฝ่ายเดียว (Ex parte divorce) และร้องขอต่อศาลในประเทศนั้นให้ตนมีสิทธิในการปกครองบุตรแต่เพียงฝ่ายเดียว หรือทางกฎหมายเรียกลักษณะการกระทำดังกล่าวว่า เป็น Forum Shopping หรือการเลือกศาล เพื่อให้ได้ใช้กฎหมายของประเทศที่เป็นประโยชน์แก่ตน ดังนั้นจึงต้องมีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว การใช้กฎหมายฉบับนี้ควรมีขั้นตอนการพิจารณารอบคอบ เพื่อคำนึงถึงผลประโยชน์ของเด็กเป็นที่ตั้ง แต่ก็ต้องดำเนินให้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายได้รับการรับฟังอย่างชอบธรรมด้วยจึงจะสมดังจุดหมายของอนุสัญญาฯ

ในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ปฏิเสธไม่ได้ว่าจะมีคนไทยบางส่วนอาจได้รับผลกระทบ(กรณีที่เป็นผู้ละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก) ซึ่งประเด็นนี้นับว่าเป็นประเด็นที่น่ากังวลไม่น้อย เพราะหากว่าคนไทยได้พาเด็กทีละเมิดสิทธิคุ้มครองดูแลเด็กกลับเข้ามาในประเทศไทย เนื่องจากการที่จะต้องส่งตัวเด็กกลับไปยังประเทศที่เป็นที่อยู่ปกติของเด็กจะต้องมีการเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเป็นเงินจำนวนมากซึ่งเป็นปัญหาที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องควรคำนึงถึง อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาในระเบียบผู้ประสานงานกลางแล้ว

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

บทความ

สกุลยุช หอพิบูลสุข. การลักพาตัวลูกข้ามชาติโดยพ่อหรือแม่. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
www.humanrights.ago.go.th.

เอกสารราชการ

คณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติประกอบอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็ก
ข้ามชาติ. สรุปผลการประชุม. หน้า ๓๖.

คณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติความร่วมมือในทางแพ่ง
เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. ... เรื่องเสร็จที่ ๒๘๒/๒๕๕๔.

ภาษาต่างประเทศ

หนังสือภาษาอังกฤษ

Aldair Dyer. Questionnaire and Report on international child abduction.

Elisa Perez-Vera. Explanatory Report of the Hague Conference on Private International
law. Translation of The permanent Bureau.

Linda Silberman. Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global
Jurisprudence. Institute for International Law and Justice.

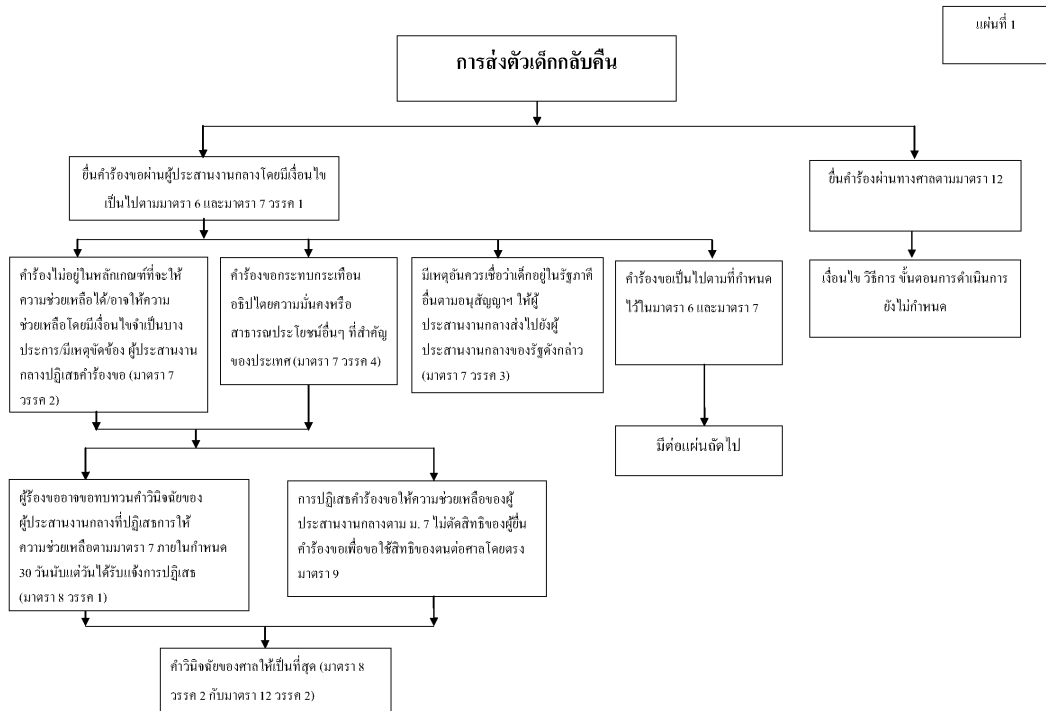
บทความภาษาอังกฤษ

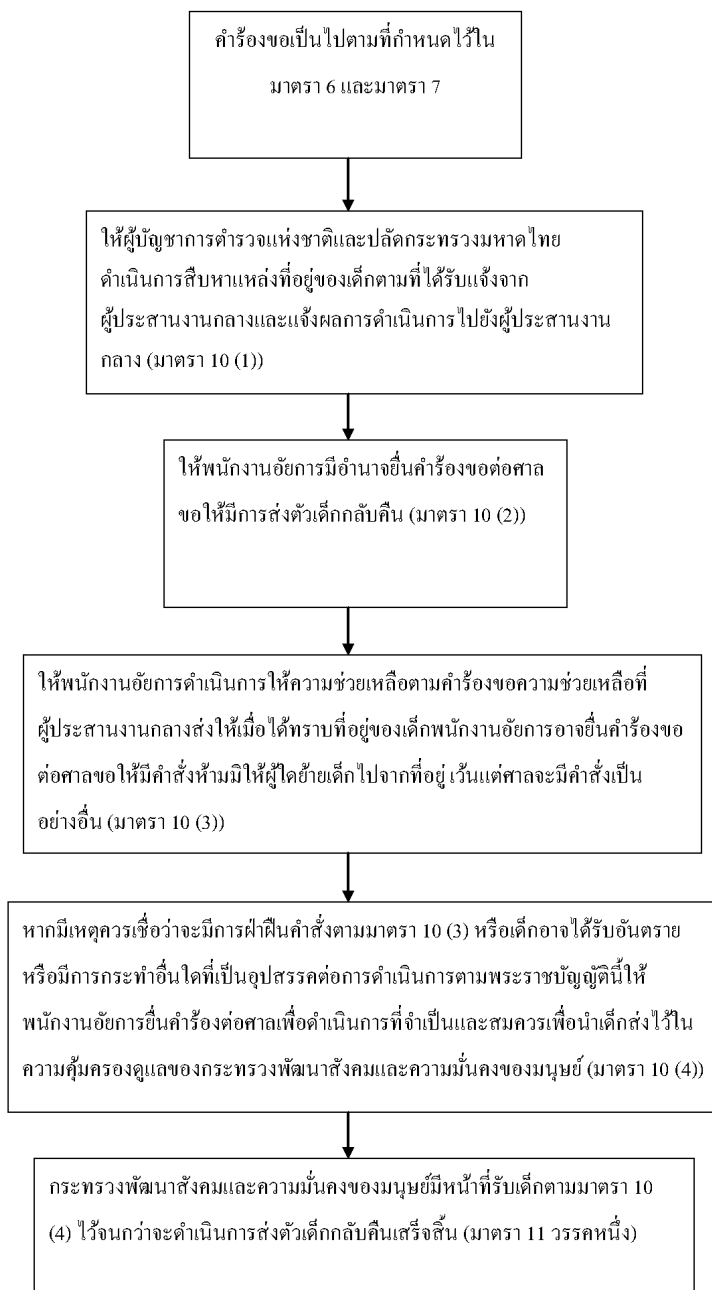
The Delegation from the Commonwealth of Australia. Issues Surrounding Safe Return
of the Child. International Child Custody A common Law Judicial
Conference.

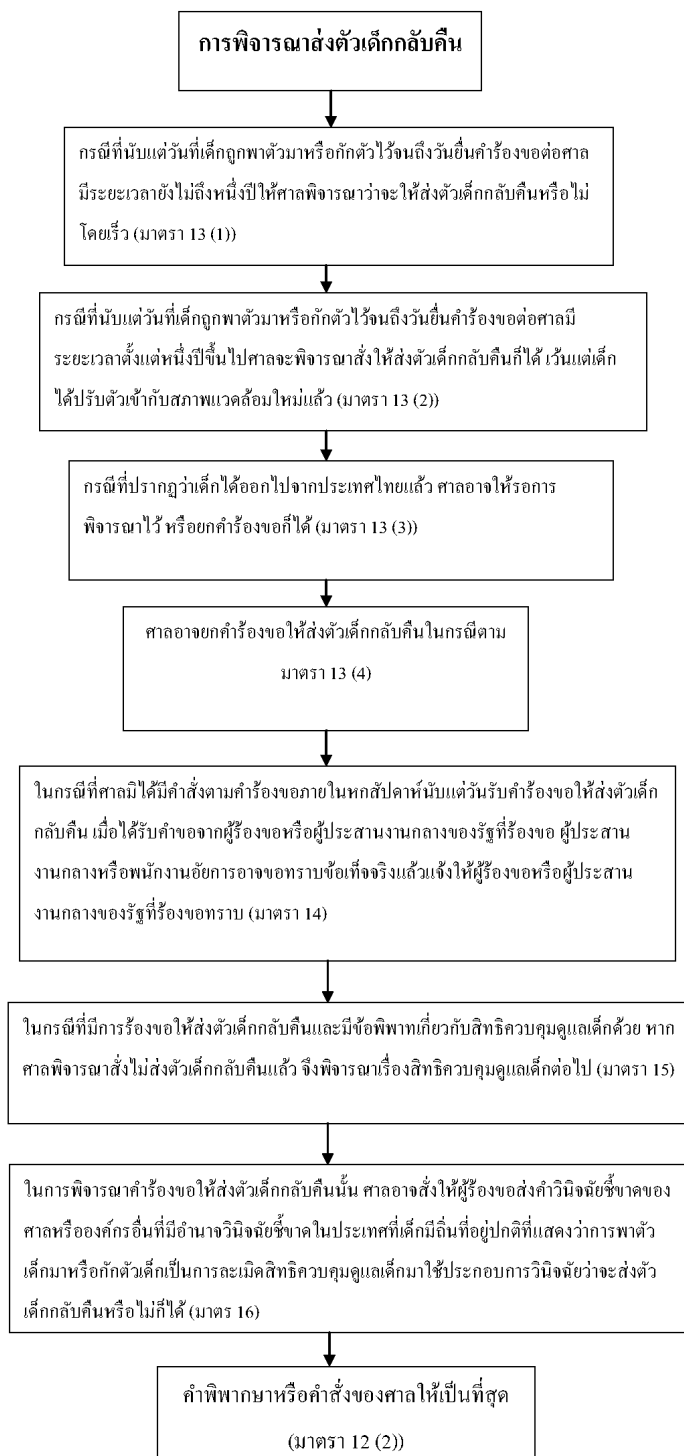
อื่นๆ

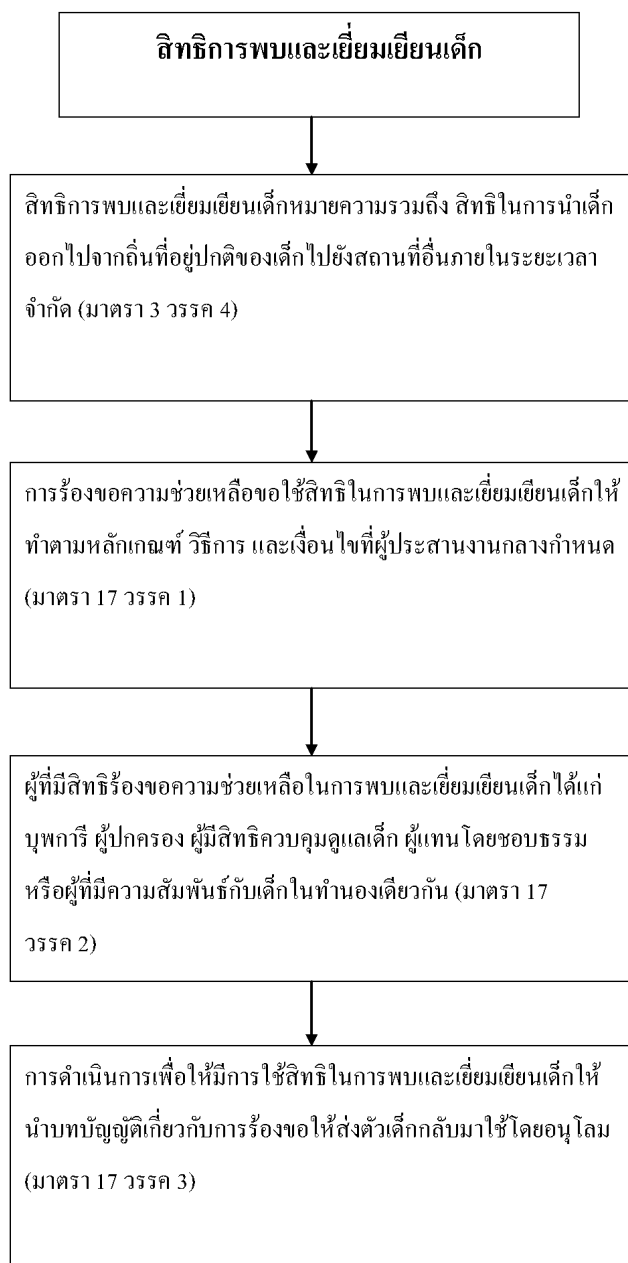
http://www.humanrights.ago.go.th/index.php?option=com_content&task=view&id=9201&lang=english

ภาคผนวก
ขั้นตอนการส่งตัวเด็กกลับคืน









ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นายไพรัช พรสมบูรณ์ศิริ (Mr. Phairach Pornsomboonsiri)
ตำแหน่ง	อัยการผู้เชี่ยวชาญพิเศษ ปฏิบัติราชการในหน้าที่อัยการพิเศษฝ่ายกิจการต่างประเทศ ๓

ประวัติการศึกษา/การอบรม

- นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยม) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. ๒๕๒๓
- เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- LL.M. TULANE (U.S.A)
- นปส. รุ่นที่ ๔๐
- วปรอ. ๒๕๕๑
- หลักสูตร การเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยสำหรับนักบริหารระดับสูง รุ่นที่ ๑๔

ประวัติการรับราชการ

๒๕๓๐	อัยการผู้ช่วย (สอบเข้าได้ลำดับที่ ๑)
๒๕๓๑	อัยการประจำกอง กองคดีอาญา
๒๕๓๒	อัยการจังหวัดผู้ช่วย สำนักงานอัยการจังหวัดนครศรีธรรมราช
๒๕๓๓-๒๕๓๖	อัยการประจำกอง สำนักงานที่ปรึกษาทนายความ
๒๕๓๗-๒๕๓๘	อัยการประจำกรม สำนักงานที่ปรึกษาทนายความ ปฏิบัติหน้าที่ เลขานุการ สำนักงานที่ปรึกษาทนายความ
๒๕๓๙-๒๕๔๐	รองอัยการจังหวัดเพชรบุรี
๒๕๔๑-๒๕๔๓	อัยการจังหวัดประจำกรม สำนักงานที่ปรึกษาทนายความ และปฏิบัติ หน้าที่ผู้ช่วยเลขานุการรองอัยการสูงสุด (นายพันธ์ สุริยพร)
๒๕๔๓-๒๕๔๕	อัยการจังหวัดประจำกรม สำนักงานที่ปรึกษาทนายความ
๒๕๔๕-๒๕๔๗	อัยการจังหวัดประจำกรม สำนักงานที่ปรึกษาทนายความ ปฏิบัติหน้าที่ เลขานุการ สำนักงานที่ปรึกษาทนายความ
๒๕๔๗-๒๕๕๐	อัยการผู้เชี่ยวชาญ สำนักงานคดีอัยการสูงสุด ปฏิบัติหน้าที่ เลขานุการรองอัยการสูงสุด (นายชัยเกษม นิติสิริ)
๒๕๕๐-๒๕๕๒	อัยการผู้เชี่ยวชาญ สำนักงานอัยการสูงสุด ปฏิบัติหน้าที่

เลขานุการอัยการสูงสุด (นายชัยเกษม นิติสิริ)
๒๕๕๒-ปัจจุบัน อัยการผู้เชี่ยวชาญ ปฏิบัติหน้าที่อัยการพิเศษฝ่ายกิจการต่างประเทศ ๓
สำนักงานต่างประเทศ

ประสบการณ์ในการทำงาน

- กรรมการบริษัท ไทยเดินเรือทะเล จำกัด
- กรรมการบริษัทรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ จำกัด (ร.ส.พ.)
- กรรมการบริษัท ทีไอที จำกัด (มหาชน)
- ที่ปรึกษากฎหมาย การเคหะแห่งชาติ
- กรรมการกำกับการบริหารโครงการก่อสร้างอาคารรัฐสภาแห่งใหม่
- กรรมการคณะกรรมการที่ปรึกษากลับกรองร่างกฎหมายของวิปรัฐบาล