



การควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยตามประมวลกฎหมายอาญา
ภายใต้กรอบความคิดเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

โดย

นายวรภาส จารุวชิรบดี

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

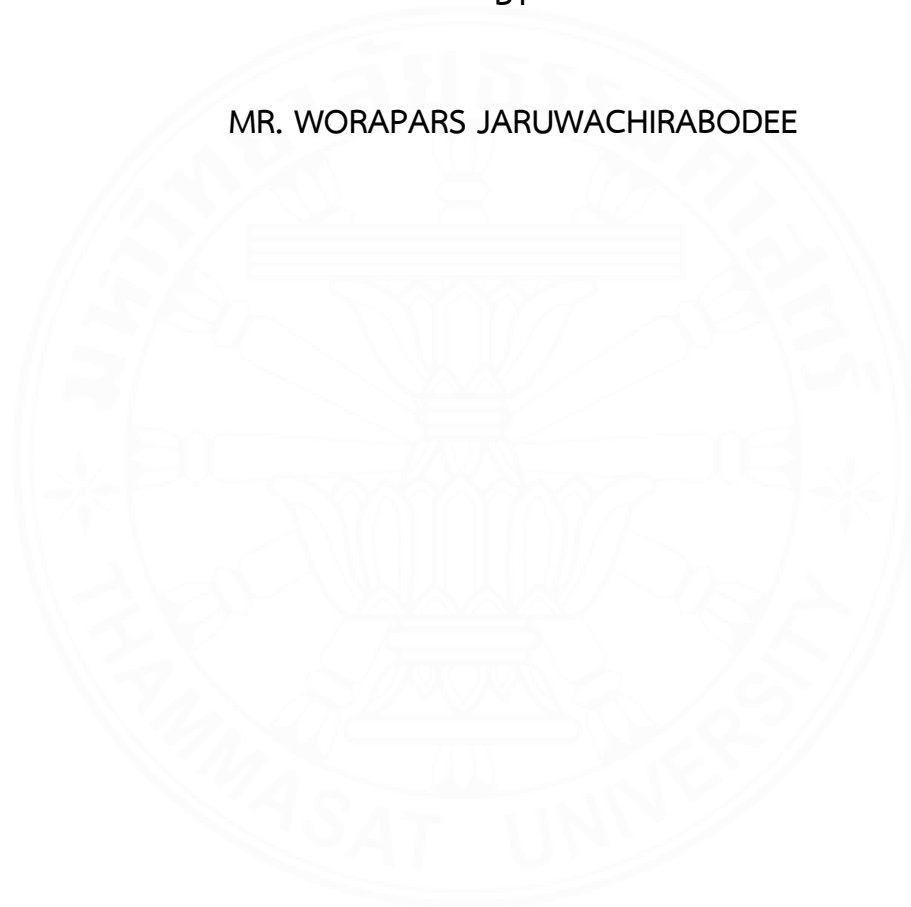
ปีการศึกษา 2564

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

CONTROLLING OF THE EXERCISE OF DE FACTO PARENTAL
AUTHORITY UNDER THE CRIMINAL CODE UNDER PRINCIPLE
OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD

BY

MR. WORAPARS JARUWACHIRABODEE



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAW
CRIMINAL LAW
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2021
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายวรภาส จารุวิชิต

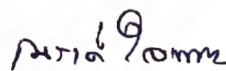
เรื่อง

การควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยตามประมวลกฎหมายอาญา
ภายใต้กรอบความคิดเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 6 มกราคม พ.ศ. 2565

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



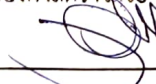
(ศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ดร.มาตาสักขณ์ เสรมธากุล)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล)

คณบดี



(รองศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพหุติ้นัยตามประมวลกฎหมายอาญาภายใต้กรอบความคิดเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก
ชื่อผู้เขียน	นายวรภาส จารุวิชิต
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายอาญา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสรมธากุล
ปีการศึกษา	2564

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาแนวทางการควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพหุติ้นัยตามประมวลกฎหมายอาญา โดยศึกษาทฤษฎี หลักการ และบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพหุติ้นัย ทั้งได้ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาในต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงการนำมาตรการทางอาญามาใช้ในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพหุติ้นัยให้มีความเหมาะสมสอดคล้องตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กและบริบทของสังคมไทย

ผลการศึกษาพบว่า ปัจจุบันมาตรการทางอาญาในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองในต่างประเทศมีการพิจารณาการคุ้มครองเด็กครอบคลุมการกระทำของผู้ใช้อำนาจปกครองทั้งอำนาจปกครองทางนิติินัยและทางพหุติ้นัย ในลักษณะที่เป็นการพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งสำคัญลำดับแรก ขณะที่การคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองในระบบกฎหมายไทยยังคงมีความไม่ครอบคลุมหรือสร้างความสับสนในการใช้บังคับกฎหมายเพื่อการคุ้มครองเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นความผิดที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพของเด็ก

เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองอย่างเหมาะสมสอดคล้องตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กบนพื้นฐานว่าอำนาจปกครองเป็นอำนาจที่จำเป็นและมีความสำคัญในการคุ้มครองประโยชน์ของเด็ก ซึ่งการจะบรรลุวัตถุประสงค์ประโยชน์ต่อเด็กได้จำเป็นที่กฎหมายจะต้องสามารถรักษาสมดุลในการควบคุมและคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองอย่างเหมาะสม จึงจำเป็นต้องมีการจัดให้มี

(2)

แนวทางคุ้มครองที่เหมาะสม ซึ่งผู้เขียนได้เสนอแนะแนวทางในการแก้ปัญหาดังกล่าวไว้ในงาน
วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วย

คำสำคัญ: การคุ้มครองเด็ก, หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก, อำนาจปกครองทางพฤตินัย



Thesis Title	CONTROLLING OF THE EXERCISE OF DE FACTO PARENTAL AUTHORITY UNDER THE CRIMINAL CODE UNDER PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD
Author	Mr. Worapars Jaruwachirabodee
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Criminal Law Faculty of Law Thammasat University
Thesis Advisor	Associate Professor Matalak Seramethakul, Docteur en droit
Academic Year	2021

ABSTRACT

This thesis is a studies an approach to controlling of de facto parental power under the Thailand Criminal Code (TCC) by examining theories, principles and provisions of the TCC related to protection of children from exercise of de facto parental power. Simultaneously, a comparative study of foreign criminal law was also done to formulate an appropriate approach to improving criminal measures to protect children from exercise of de facto parental power that are consistent with the best interests of the child and the societal context of Thailand.

Results were that currently, criminal measures to protect children from parental power exercised abroad are considered child protection, covering actions of de facto and de jure exercise of parental power. Considering the best interests of the child should be of primary consideration, but protection of children from exercise of parental power in the legal system of Thailand remains inconsistent and confusing in terms of legal enforcement to protect children. This remains the case, especially for issues of offenses affecting lives, bodies, and freedom of children.

To ensure that child protection is in accordance with the best interests of the child, parental power must be considered necessary and important for protecting

the interests of the child to achieve objectives benefiting children. It is imperative that the law balance control and protection with proper exercise of parental power. Therefore, it is necessary to provide appropriate protection guidelines, and the present research offers additional suggestions for resolving related problems.

Keywords: Child Protection, The Best Interests of the Child, De Facto Parental Authority



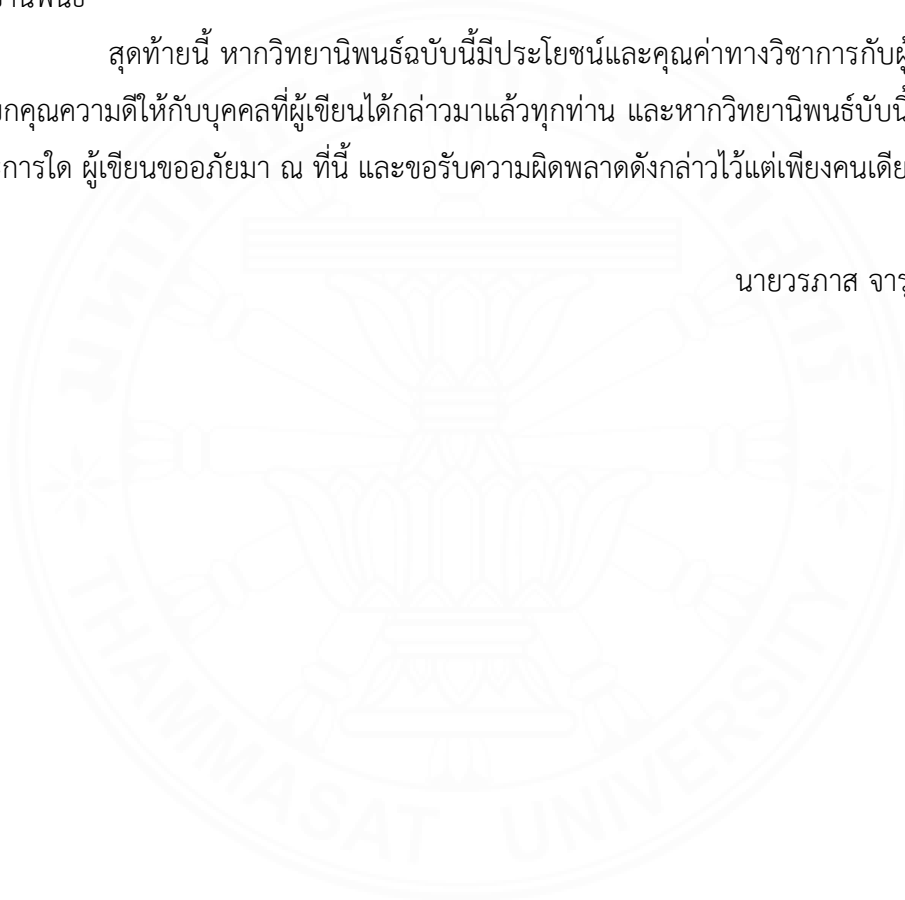
กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และกรรมการสอบของข้าพเจ้าที่ได้สละเวลาอันมีค่าในการติชมและให้คำแนะนำตลอดจนข้อคิดทางวิชาการจนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วง

ขอขอบคุณบุคคลรอบข้างและเรื่องราวต่างๆ ที่เกิดขึ้นตลอดระยะเวลาในการทำวิทยานิพนธ์

สุดท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์และคุณค่าทางวิชาการกับผู้สนใจ ผู้เขียนขอขอบคุณความดีให้กับบุคคลที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วทุกท่าน และหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขออภัยมา ณ ที่นี้ และขอรับความผิดพลาดดังกล่าวไว้แต่เพียงคนเดียว

นายวรภาส จารุชิริบตี



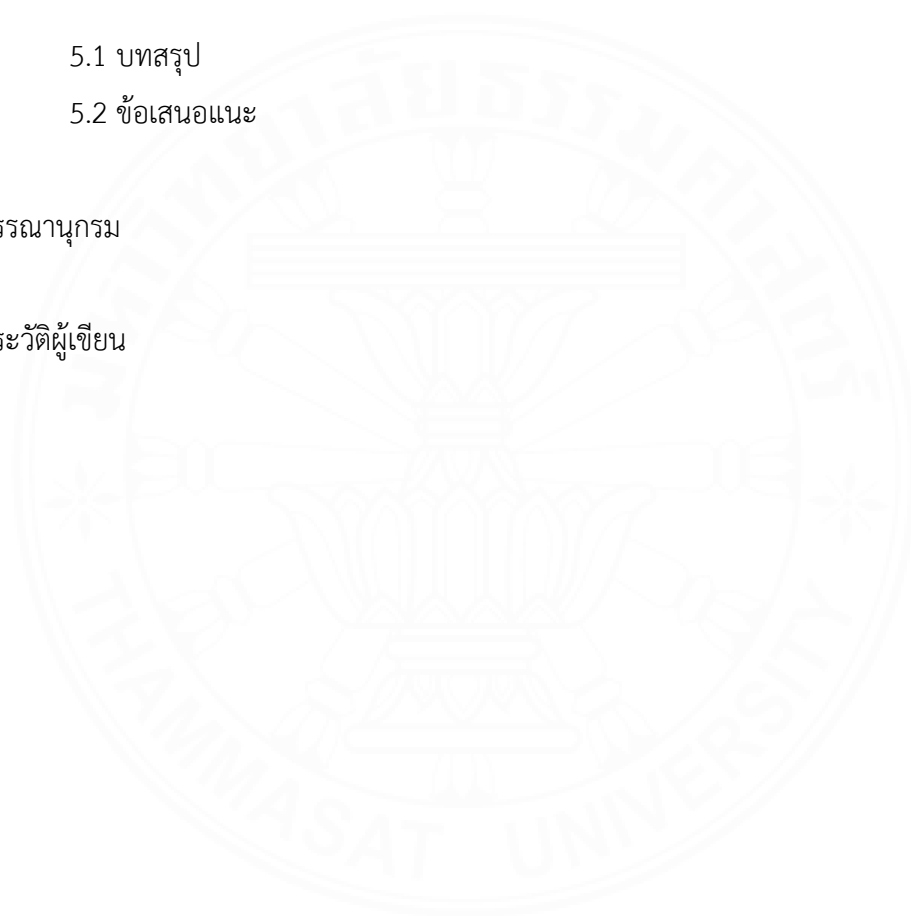
สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
สารบัญตาราง	(10)
สารบัญภาพ	(11)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	3
1.3 สมมติฐาน	3
1.4 ขอบเขตการศึกษา	3
1.5 วิธีการศึกษา	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	4
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤติกรรม	5
2.1 ข้อความคิดพื้นฐานที่สำคัญเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครอง	5
2.1.1 ความหมายและวัตถุประสงค์ของอำนาจปกครอง	5
2.1.2 สิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับการใช้อำนาจปกครอง	8
2.1.2.1 แนวคิดที่ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	8
2.1.2.2 เด็กในฐานะประธานแห่งสิทธิกับการใช้อำนาจปกครอง	11

2.1.3	วิวัฒนาการของการใช้อำนาจปกครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก	13
2.1.3.1	ความสัมพันธ์เชิงอำนาจกับการใช้อำนาจปกครองในสถาบันครอบครัวไทย	13
2.1.3.2	การใช้อำนาจปกครองภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก	14
2.2	ขอบเขตการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองในระบบกฎหมายไทย	19
2.2.1	พัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครอง	20
2.2.2	กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองในปัจจุบัน	23
2.2.2.1	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว	23
2.2.2.2	ประมวลกฎหมายอาญา	26
2.2.2.3	พระราชบัญญัติอื่นๆ	37
2.2.3	ปัญหาการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญาในปัจจุบัน	39
2.2.3.1	ปัญหาทางข้อกฎหมาย	39
2.2.3.2	ปัญหาทางข้อเท็จจริง	41
2.3	การปรับใช้มาตรการทางอาญาเพื่อคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย	42
2.3.1	ความเป็นอาชญากรรมของการกระทำที่เป็นความผิด	42
2.3.2	หลักความได้สัดส่วนในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา	48
2.4	ข้อจำกัดของประมวลกฎหมายอาญาไทยในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย	50
2.4.1	รูปแบบและลักษณะความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยในปัจจุบัน	50
2.4.2	ถ้อยคำที่แสดงถึง “ผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย” ในประมวลกฎหมายอาญาไทย	53
บทที่ 3	การใช้มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองในกฎหมายต่างประเทศ	60
3.1	ประเทศในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law)	60

3.1.1 ประเทศอังกฤษ	60
3.1.1.1 อำนาจปกครองตามกฎหมาย	61
3.1.1.2 มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง	63
3.1.2 ประเทศออสเตรเลีย	67
3.1.2.1 อำนาจปกครองตามกฎหมาย	68
3.1.2.2 มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง	73
3.1.3 ประเทศสิงคโปร์	90
3.1.3.1 อำนาจปกครองตามกฎหมาย	90
3.1.3.2 มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง	92
3.2 ประเทศในระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law)	109
3.2.1 ประเทศญี่ปุ่น	110
3.2.1.1 อำนาจปกครองตามกฎหมาย	110
3.2.1.2 มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง	112
3.2.2 ประเทศเยอรมนี	118
3.2.2.1 อำนาจปกครองตามกฎหมาย	118
3.2.2.2 มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง	122
3.2.3 ประเทศลาว	132
3.2.3.1 อำนาจปกครองตามกฎหมาย	132
3.2.3.2 มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง	137
บทที่ 4 วิเคราะห์การปรับใช้มาตรการทางอาญาในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพลตินัย	155
4.1 วิเคราะห์ความจำเป็นและวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กจากผู้ใช้อำนาจปกครองทางพลตินัย	155
4.1.1 ความจำเป็นและวัตถุประสงค์ในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพลตินัยภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก	155
4.1.2 วิเคราะห์การให้ความคุ้มครองเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบกับกฎหมายอื่น	159
4.2 วิเคราะห์การปรับใช้มาตรการทางอาญาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพลตินัย	160

4.2.1 ความหมายและขอบเขตของผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย	161
4.2.2 ขอบเขตของความผิดในการให้ความคุ้มครองเด็กตามกฎหมาย	163
4.2.3 การพิจารณาข้อยกเว้นการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง ทางพฤตินัยที่เหมาะสมกับสังคมไทย	169
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	172
5.1 บทสรุป	172
5.2 ข้อเสนอแนะ	175
บรรณานุกรม	178
ประวัติผู้เขียน	184



สารบัญตาราง

ตารางที่		หน้า
2.1	การพิจารณาลักษณะบริบทความสัมพันธ์ของบุคคลตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาไทย	58
3.1	เปรียบเทียบมาตรการทางอาญาในการคุ้มครองเด็กจากผู้ใช้อำนาจปกครองในประมวลกฎหมายอาญาไทยกับกฎหมายต่างประเทศ	151



สารบัญภาพ

ภาพที่

หน้า

4.1 ข้อพิจารณาการนำมาตรการทางอายุคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง

157



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เด็กเป็นบุคคลที่ยังไม่มีความสมบูรณ์พร้อมทั้งด้านร่างกายจิตใจและสถานะทางเศรษฐกิจที่สามารถพึ่งพาตัวเอง เพื่อพัฒนาการและการเจริญเติบโตเด็กจึงจำเป็นต้องอยู่ภายใต้ความปกครองของผู้ใหญ่ กล่าวคือ ธรรมชาติเด็กจำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ที่เรียกว่า “อำนาจปกครอง” ซึ่งเป็นอำนาจที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ต่อพัฒนาการและการเจริญเติบโตของเด็ก การที่อำนาจปกครองส่งอิทธิพลต่อเด็กอย่างมีนัยยะสำคัญ การใช้อำนาจปกครองจึงมักถูกกล่าวถึงในลักษณะอำนาจของบิดามารดา (parental authority) ในฐานะที่บิดามารดาเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดหรือผูกพันกันด้วยหน้าที่ทางจริยธรรมในการปกป้องคุ้มครองดูแลเด็ก นอกจากนี้บิดามารดาอำนาจปกครองเด็กยังถูกกล่าวถึงในบริบทที่ยึดโยงอยู่กับสถาบันครอบครัว ในฐานะที่เป็นสังคมแรกเริ่มที่มีความใกล้ชิดกับเด็กและเป็นสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติที่เหมาะสมต่อการพัฒนาการและการเจริญเติบโตที่เป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก (the Best Interests of Childs) ดังปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งองค์การสหประชาชาติ ค.ศ. 1989 (The United Nations Convention on the Rights of the Child 1989 หรือ CRC อย่างไรก็ตาม สภาวะที่เด็กจำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจ อาจนำมาซึ่งอำนาจสิทธิขาดในลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือ การใช้กำลังบังคับหรือความรุนแรงต่อเด็กได้เช่นกัน

สำหรับสังคมไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน อำนาจปกครองบุตรกล่าวได้ว่าเป็นพรหมแดนการใช้อำนาจที่เป็นเรื่องในครอบครัว ในการนี้รัฐจะเข้ามามีบทบาทในการสอดส่องเฝ้าระวังการใช้อำนาจ รวมทั้งเข้าแทรกแซงและบริหารจัดการอำนาจปกครองได้เท่าที่จำเป็น เฉพาะในกรณีที่ตกอยู่ภายใต้กรอบและเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น การถอนอำนาจปกครองทั้งหมดหรือบางส่วน แม้ว่ารัฐจะสามารถแทรกแซงการใช้อำนาจปกครองได้ตามกฎหมาย แต่ก็เป็นไปได้ยากที่รัฐจะดำเนินการที่เด็กอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของครอบครัวถือเป็นประโยชน์สูงสุด ด้วยเหตุนี้ ในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับบริบทความสัมพันธ์ในครอบครัวโดยหลักจึงเป็นการพิจารณาบนพื้นฐานเรื่องการรักษาและคงไว้ซึ่งสถาบันครอบครัว รวมทั้งบทบาทในการใช้อำนาจปกครองให้สามารถดำเนินไปได้อย่างปกติ โดยรัฐจะเข้าแทรกแซงบทบาทในสถาบันครอบครัวและเพื่อคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้เท่าที่จำเป็น หรือเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กยิ่งกว่า เช่นนี้ การที่กฎหมายเปิดโอกาสให้รัฐเข้าแทรกแซงความสัมพันธ์ในครอบครัวได้จึงเป็นเรื่องที่รัฐเห็นว่าชอบเขต

ความสัมพันธ์หรือพฤติกรรมข้อเท็จจริงไม่ควรเป็นเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัวโดยแท้ก็ต่อไป หากแต่รัฐจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงความสัมพันธ์ในครอบครัว หรือเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจปกครองเด็กเพื่อประโยชน์ของเด็กภายใต้เงื่อนไขตามกฎหมายกำหนด อาทิ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 รวมทั้งประมวลกฎหมายอาญา ในการนี้กฎหมายจึงเป็นกลไกและเครื่องมือของรัฐที่สำคัญในการควบคุมและคุ้มครองเด็กการใช้อำนาจปกครอง

การที่สังคมไทยมีทัศนคติในเรื่องปกครองให้เป็นเรื่องอำนาจโดยแท้ของครอบครัวมาอย่างยาวนาน ได้ส่งอิทธิพลต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่มุ่งพิจารณาแต่เพียงถึงการใช้อำนาจปกครองทางนิตินัยเป็นสำคัญ อันสวนทางกับสภาพสังคมที่ในความเป็นจริงเด็กอาจไม่ได้อาศัยอยู่ร่วมกับบิดามารดาแต่มีการอาศัยอยู่ร่วมกันกับบุคคลอื่น ทั้งบุคคลที่มีความสัมพันธ์ร่วมกันทางสายโลหิต เช่น ปู่ย่า ตายาย บุคคลที่ได้รับการยกย่องเสมือนบุคคลในครอบครัว ตลอดจนบุคคลที่อาศัยในครัวเรือนเดียวกัน เช่น พ่อเลี้ยง แม่นม เป็นต้น ความหลากหลายของสภาพแวดล้อมการอยู่ร่วมกันในสังคมไทย ตลอดจนความหลากหลายในรูปแบบเครือญาติได้สะท้อนรูปแบบความสัมพันธ์ต่อเด็กหลากหลายรูปแบบที่เกินไปกว่าเพียงบทบาทของครอบครัว โดยที่บางบริบทสภาพแวดล้อมความสัมพันธ์ต่อเด็กอาจนำมาซึ่งความสัมพันธ์เชิงอำนาจต่อเด็กเสมือนหนึ่งบุคคลในครอบครัว ในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือก่อให้เกิดการใช้อำนาจในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยได้เช่นกัน

ความหลากหลายทางรูปแบบของเครือญาติในสังคมไทยมากกว่าที่ปรากฏในกฎหมาย ทั้งนี้ การที่ประมวลกฎหมายอาญาในฐานะหนึ่งในบทบัญญัติกฎหมายที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจำกัดขอบเขตของเครือญาติไว้เฉพาะแต่การใช้อำนาจปกครองทางนิตินัยที่สวนทางกับสภาพความเป็นจริงของสังคม แม้อาจอาศัยการใช้การตีความกฎหมายเพื่ออุดช่องว่าง แต่ก็อาจมีข้อจำกัด เนื่องจากนิติวิธีทางอาญาจะต้องใช้และตีความกฎหมายอย่างเคร่งครัด การจะตีความเพื่อขยายความคุ้มครองเด็ก เช่น ตีความให้การกระทำทางกายต่อเด็กเป็นเหตุฉกรรจ์ย่อมไม่สามารถกระทำได้ ขณะเดียวกัน บทบัญญัติบางมาตราแม้จะมีบัญญัติให้ความคุ้มครองเด็ก แต่กลับมีถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนซึ่งอาจก่อให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยอันนำมาซึ่งปัญหาการใช้และการตีความเช่นกัน จากช่องว่างทางกฎหมายเหล่านี้ ย่อมส่งผลให้รัฐไม่อาจให้ความคุ้มครองเด็กอย่างเหมาะสม อันจะทำให้การใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยอาจไม่ถือเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กอีกต่อไป

เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองเด็ก ให้ครอบครัวเป็นพื้นที่ปลอดภัยอย่างแท้จริงและสอดคล้องตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก จึงจำเป็นที่จะต้องมีการมาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพเพียงพอเพื่อคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้กรอบความคิดว่า การใช้อำนาจปกครองอย่างถูกต้องเหมาะสมไม่ว่าอำนาจปกครองนั้นจะเกิดจาก

ความสัมพันธ์ทางนิตินัยหรือพฤตินัยเป็นประโยชน์ต่อการเจริญเติบโตและพัฒนาการของเด็ก ซึ่งมาตรการทางอาญาในประมวลกฎหมายอาญาเป็นหนึ่งในเครื่องมือที่สำคัญในการพัฒนาประสิทธิภาพในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองให้มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน ทั้งนี้ บทบัญญัติตลอดจนการใช้การตีความกฎหมายในเรื่องดังกล่าวต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับสภาพสังคม และต้องไม่เป็นการทำลายขนบธรรมเนียมวัฒนธรรมอันดีงามของสังคมไทยจึงจะนำมาซึ่งประโยชน์สูงสุดของเด็กได้อย่างแท้จริงต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีของการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยในบริบทของสังคมไทย
- 2) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางอาญาเพื่อคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยในกฎหมายต่างประเทศ
- 3) เพื่อนำเสนอแนวทางที่เหมาะสมในการปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย ภายใต้กรอบแนวคิดเกี่ยวกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในบริบทของสังคมไทย

1.3 สมมติฐาน

กฎหมายอาญาเป็นมาตรการสำคัญที่ใช้เพื่อคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาไทยตีความการบังคับใช้กฎหมายในประเด็นดังกล่าวจำกัดไว้แต่เพียงการใช้อำนาจปกครองทางนิตินัย โดยไม่ได้ครอบคลุมถึงการใช้อำนาจปกครองในทางพฤตินัยในหลายกรณีทำให้ไม่สอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กและสภาพปัญหาในปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องศึกษาเพื่อหาแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายอาญาให้ครอบคลุมในประเด็นดังกล่าว และเกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็กอย่างแท้จริงต่อไป

1.4 ขอบเขตการศึกษา

ศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 และภาค 3 ว่าด้วยความผิดและโทษ บทบัญญัติกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง โดยมุ่ง

ศึกษาวิเคราะห์ขอบเขตของกฎหมายในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองตามบทบัญญัติ ตลอดจนการใช้การตีความตามคำพิพากษาศาฎีกา รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำเสนอแนวทางในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยอย่างเหมาะสม โดยคำนึงถึงการรักษาคุณภาพระหว่างการใช้อำนาจปกครองกับการคุ้มครองเด็ก

1.5 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยดำเนินการด้วยวิธีการศึกษาเอกสารจากแหล่งข้อมูลทั้งในประเทศ ไทย และต่างประเทศ โดยมุ่งคัดเลือกเอกสารงานเขียนทางวิชาการ ตำรา งานวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความ และแหล่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อรวบรวมข้อมูลและศึกษาแนวทาง อันจะนำไปสู่ในการเสนอแนะแนวทางและการปรับปรุงแก้ไขต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) ได้ทราบแนวคิดทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีของการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยในบริบทของสังคมไทย
- 2) ได้รับทราบถึงแนวทางในการนำมาตรการทางอาญามาใช้เพื่อคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยในกฎหมายต่างประเทศ
- 3) ได้แนวทางที่เหมาะสมในการปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย ภายใต้กรอบแนวคิดเกี่ยวกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในบริบทของสังคมไทย

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นในการควบคุม การใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย

ในบทนี้ ผู้เขียนจะอธิบายแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย โดยเริ่มจากการทำความเข้าใจแนวคิดและการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง ซึ่งจะพื้นฐานความคิดเบื้องต้นที่จะนำไปสู่ความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจปกครองทางพฤตินัย ต่อมาจะเป็นการอธิบายให้เห็นภาพอำนาจปกครองในระบบกฎหมายไทย ก่อนจะนำไปสู่แนวคิดที่เป็นประเด็นหลักของการศึกษา คือการนำมาตรการทางอาญามาใช้ควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย

2.1 ข้อความคิดพื้นฐานที่สำคัญเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครอง

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงข้อความคิดและวัตถุประสงค์ของอำนาจปกครองเด็ก ตลอดจนกรอบความคิดทางกฎหมายในระดับสากลที่มีอิทธิพลต่อการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง เพื่อช่วยให้เกิดความเข้าใจในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองโดยกฎหมาย

2.1.1 ความหมายและวัตถุประสงค์ของอำนาจปกครอง

อำนาจปกครองเด็ก เป็นรูปแบบความสัมพันธ์เชิงอำนาจต่อเด็กที่ยึดโยงกับสถาบันครอบครัว ซึ่งแต่เดิมอำนาจปกครองเด็กมีลักษณะรูปแบบการใช้อำนาจเหนือเพียงแต่มีความแตกต่างจากความสัมพันธ์เชิงอำนาจทั่วไป จากการที่อำนาจปกครองเด็กมักเป็นความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ผูกโยงเข้ากับศีลธรรมจารีตในสังคม ความแตกต่างในลักษณะของการใช้อำนาจปกครองดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงอำนาจปกครองเด็กที่แต่เดิมไม่ได้มีลักษณะรูปแบบดังที่ปรากฏในกฎหมายปัจจุบันหากแต่มีพัฒนาการอย่างยาวนานจนกระทั่งรัฐเข้ามามีบทบาทสำคัญผ่านกลไกการใช้บังคับกฎหมายในการบริหารจัดการชีวิตความเป็นอยู่ในครอบครัว การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ รวมไปถึงการจัดการความสัมพันธ์ที่แต่เดิมเป็นอำนาจโดยแท้ของบุคคลในครอบครัว โดยเหตุที่กฎหมายได้เข้ามาจัดการอำนาจปกครองสืบเนื่องจากอำนาจปกครองเป็นความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็ก ซึ่งเป็นบุคคลเปราะบางที่ควรได้รับการปกป้องดูแลอย่างเหมาะสมในขณะที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครองอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

การผูกโยงอำนาจปกครองกับศีลธรรมจารีต แม้จะส่งผลให้อำนาจปกครองเด็กมีลักษณะที่แตกต่างจากความสัมพันธ์เชิงอำนาจในบริบททั่วไป แต่สภาพบังคับที่จำยอมตกอยู่ภายใต้อำนาจของเด็กจากความอ่อนแอทางร่างกายและสติปัญญาย่อมส่งผลต่อการใช้อำนาจในทางลบต่อเด็กทั้งต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือการกระทำที่รุนแรงต่อเด็กในลักษณะอื่นๆ ได้ ทั้งนี้ แต่ด้วยพัฒนาการและความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในสังคม รัฐโดยกฎหมายจึงพยายามที่จะจำกัดบทบาทสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลในการใช้อำนาจปกครองให้อยู่ภายใต้กรอบเท่าที่จำเป็น ดังปรากฏให้เห็นได้ชัดเจนจากคำนิยาม “อำนาจปกครอง” อาทิ

Thierry Garé¹ ให้ความหมาย “อำนาจปกครอง” ว่าเป็นที่รวมของสิทธิและหน้าที่ที่กฎหมายให้แก่บิดามารดาเพื่อปกป้องคุ้มครองบุตรผู้เยาว์

Jacqueline Rubellin - Devichi² ได้ให้ความหมาย “อำนาจปกครอง” ในลักษณะของบรรดาสหสิทธิหน้าที่ที่กฎหมายให้แก่บิดามารดา ในลักษณะที่ของอำนาจเหนือเนื้อตัวร่างกายและทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ เพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองให้การศึกษาและเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์

ในทางวิชาการไทย ได้มีนักวิชาการกฎหมายพยายามนิยามและให้ความหมายของอำนาจปกครองเด็กเช่นกัน ดังตัวอย่างเช่น

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. หยุต แสงอุทัย³ ให้ความหมายไว้ว่าอำนาจปกครองเป็นอำนาจที่บิดามารดามีเหนือบุตรซึ่งเป็นผู้เยาว์ เนื่องจากบุตรผู้เยาว์ไม่สามารถดูแลตนเองได้ จึงต้องอยู่ในความคุ้มครองของบิดามารดา ตามปกติอำนาจปกครองบุตรเป็นอำนาจส่วนตัวของบิดามารดาทางประเพณีที่ไม่สามารถโอนให้บุคคลอื่นได้ และไม่ต้องให้ศาลตั้งด้วย หากเป็นบุคคลอื่นต้องร้องขอให้ศาลตั้งให้เป็นผู้ปกครองเสียก่อน

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช⁴ ให้ความหมายว่า อำนาจปกครองเป็นอำนาจที่กฎหมายให้เพื่อเลี้ยงดูรักษาให้เด็กซึ่งยังเยาว์เจริญเติบโตเป็นคนดีในภายหน้า ไม่ใช่อำนาจอิสระที่จะทำแก่บุตรได้ตามอำเภอใจ อันประกอบไปด้วยอำนาจใน 3 ลักษณะ คือ อำนาจเกี่ยวในทาง

¹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553) 359.

² เพิ่งอ้าง 359.

³ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *กฎหมายลักษณะครอบครัว รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษากฎีกา ของศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2531) 295.

⁴ เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก* (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2508) 307.

ความสัมพันธ์ส่วนตัว อำนาจเกี่ยวกับการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม และอำนาจจัดการทรัพย์สินของบุตร⁵

ศาสตราจารย์สอาด นาวิเจริญ⁶ ได้กล่าวถึงอำนาจปกครองในลักษณะของอำนาจปกครองบุตร โดยที่ผู้ใช้อำนาจปกครองมีหน้าที่ว่ากล่าวสั่งสอนบุตรมิให้ประพฤติชั่ว ถ้าหากประพฤติชั่วก็ต้องว่ากล่าวห้ามปรามขัดขวาง และทำโทษตามสมควร จะต้องอุปการะเลี้ยงดูมิให้อดอยาก ให้มีที่อยู่อาศัยตามควร จะปล่อยให้นอนกลางดินกินกลางทรายไม่ได้ เมื่อมีกำลังอุปการะกันได้ก็ต้องให้ได้รับการศึกษาตามสมควรถ้าเด็กมีทรัพย์สินสมบัติ ก็ต้องปกป้องรักษาและจัดหาผลประโยชน์ตามสมควร

ศาสตราจารย์พิเศษประสพสุข บุญเดช⁷ ให้ความหมายของอำนาจปกครองบุตรว่าเป็นอำนาจปกครองของบิดามารดาที่มีต่อบุตร เป็นอำนาจตามธรรมชาติของบิดามารดานับแต่บุตรได้ถือกำเนิดมา เป็นอำนาจที่ใช้เพื่อประโยชน์ในการเลี้ยงดูรักษาบุตรให้เจริญเติบโตต่อไปในภายภาคหน้า โดยปกติบุคคลอื่นหรือแม้แต่ศาลยุติธรรมก็ไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจนี้เพราะถือว่าบิดามารดาย่อมมีความรับผิดชอบที่จะใช้อำนาจนี้เพื่อประโยชน์ทั่วไปของครอบครัวและของบุตร

จากนิยามดังกล่าวข้างต้น เมื่อพิจารณาประกอบวิวัฒนาการของอำนาจปกครองในสังคม ได้แสดงให้เห็นว่ารัฐได้พยายามอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการความสัมพันธ์ในครอบครัว โดยได้มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ในการใช้อำนาจปกครองที่จำกัด ซึ่งหากพิจารณาขอบเขตและนิยามของอำนาจปกครองเด็กในทางกฎหมายจะพบว่า กฎหมายยังคงพิจารณากำหนดบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองโดยพิจารณาถึงบุคคลในครอบครัวในบริบทอำนาจของบิดามารดาเป็นสำคัญ ซึ่งมีความสอดคล้องกับความสัมพันธ์ใกล้ชิดตลอดจนหน้าที่ในทางศีลธรรม โดยกฎหมายได้รับรองสิทธิและหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจปกครองทั้งต่อเนื้อตัวร่างกายและทรัพย์สินของผู้เยาว์บางประการ ขณะเดียวกัน กฎหมายได้กำหนดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูและปกป้องคุ้มครองเด็กให้ปลอดภัยจากภัยอันตรายต่างๆ อันเป็นข้อเรียกร้องสำคัญที่กฎหมายต้องการให้อำนาจปกครองมุ่งพิจารณาประโยชน์ต่อเด็กมากกว่าประโยชน์ต่อผู้ใช้อำนาจปกครอง เพื่อปกป้องคุ้มครองดูแลผู้เยาว์เป็นสำคัญ

⁵ เฟ็งอั้ง 313.

⁶ สอาด นาวิเจริญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (นิติบรรณการ 2517) 307.

⁷ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (พิมพ์ครั้งที่ 19, เนติบัณฑิตยสภา 2554) 606.

ทั้งนี้ การใช้อำนาจปกครองเด็กเป็นความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ การกระทำที่มีลักษณะเช่นเดียวกับการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายหรือการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยจึงอาจเกิดขึ้นได้ในหลายสถานการณ์ อาทิ การที่เด็กอาศัยอยู่ในครอบครัวขยาย ปู่ย่าตายาย หรือลุงป้าหน้าอา หรือในครัวเรือนของคู่รักเพศเดียวกัน สถานการณ์ที่แสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยซึ่งเกิดขึ้นได้ในความเป็นจริงของสังคมสะท้อนให้เห็นว่าการกำหนดนิยามขอบเขตของผู้ใช้อำนาจปกครองในกฎหมายเป็นเพียงหลักประกันเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าเด็กจะได้รับความคุ้มครองเด็กและการปกป้องดูแลจากบุคคลที่กฎหมายกำหนดที่อาจไม่สอดคล้องในการนำกรอบนิยามอำนาจปกครองตามกฎหมายมาปรับใช้กับบริบทของการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบกฎหมาย เนื่องจาก จะเป็นการการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยกฎหมายสามารถกระทำได้อย่างจำกัด

ด้วยเหตุนี้ บริบทของการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจอาศัยความหมายหรือนิยามผู้ใช้อำนาจปกครองเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนด หากจะต้องกำหนดความหมายอย่างกว้างที่ครอบคลุมทั้งการใช้อำนาจปกครองทางนิตินัยและพฤตินัย จึงเห็นควรพิจารณาขอบเขตของผู้ใช้อำนาจปกครองในลักษณะที่หมายรวมถึง “บุคคลใดก็ตามที่มีการแสดงออกหรือกระทำการในลักษณะเช่นเดียวกับการกระทำที่บุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำหรือพึงกระทำได้ตามที่กฎหมายกำหนด” เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของการใช้อำนาจปกครองในสังคมที่เกิดในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน

2.1.2 สิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับการใช้อำนาจปกครอง

สิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นกรอบความคิดทางกฎหมายในระดับสากลและที่เป็นรากฐานสำคัญในการพิจารณาบริบทการให้ความคุ้มครองเด็ก โดยผู้เขียนนำเสนอกรอบแนวคิดเหล่านี้เพื่อให้ผู้อ่านได้เห็นถึงอิทธิพลของแนวคิดที่มีต่อกฎหมายและทำให้เกิดความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจปกครองดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

2.1.2.1 แนวคิดที่ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในอดีตการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ไม่ได้ยึดถือความเท่าเทียมในสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน หากแต่ยึดถือกฎเกณฑ์อำนาจตามธรรมชาติที่ผู้แข็งแกร่งย่อมอยู่เหนือผู้อ่อนแอ ลักษณะดังกล่าวสังคมในอดีตจึงดำรงอยู่ร่วมกันบนพื้นฐานของระบบชายเป็นใหญ่ (ปิตาธิปไตย) โดยมีโครงสร้างทางสังคมและวัฒนธรรมเป็นกลไกผลิตซ้ำความไม่เท่าเทียมให้เป็นไปอย่างชอบธรรม ผ่านการสนับสนุนของคนในสังคม สถาบันครอบครัว การเมือง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการอาศัยลัทธิความเชื่อศาสนาเป็นเครื่องมือสร้างความชอบธรรมในการอธิบายอำนาจของชาย ตัวอย่างเช่น สัญลักษณ์ของพระเจ้าสูงสุดที่เป็นชาย ตลอดจนการสร้างกรอบศีลธรรมจารีตที่จำกัดบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้หญิงและเด็กให้อยู่ใต้อำนาจ ขณะเดียวกัน ผู้ถือ

อำนาจเองก็ได้อาศัยบริบทอำนาจเหนือในการวางกลไกรักษาอำนาจให้คงอยู่ ดังสะท้อนผ่านการใช้อำนาจกดทับบทบาทคนในสังคม การเอารัดเอาเปรียบ ตลอดจนการทารุณกรรม ซึ่งสภาพดังกล่าวไม่เพียงแต่กระทำต่อผู้หญิงและเด็กเท่านั้น หากยังหมายรวมถึงการกระทำต่อเพศชายที่อยู่ภายใต้ระบบชนชั้นที่มีสถานะด้อยกว่า⁸ ดังปรากฏชัดเจนในเรื่องระบบชนชั้นวรรณะของสังคมที่เป็นสภาพปกติของสังคมในสมัยนั้น อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากการพัฒนาและก่อตัวขึ้นของความคิดทางปรัชญา มนุษย์ได้เริ่มการตั้งคำถามต่อสิ่งบริบทแวดล้อมในสังคม ความชอบธรรมในอำนาจ และการเอารัดเอาเปรียบในสังคมได้ถูกตั้งคำถาม และเกิดแนวคิดในเรื่องความเท่าเทียมกันใน “ความเป็นมนุษย์”⁹ ซึ่งเป็นที่ยอมรับในเวลาต่อมา

การส่งผ่านแนวคิดทางปรัชญาว่าด้วยความเท่าเทียมและคุณค่าในความเป็นมนุษย์ได้ส่งผลอย่างมีนัยยะสำคัญต่อการต่อสู้เรียกร้องที่เกิดขึ้นในสังคม ทั้งประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชน ความชอบธรรมของอำนาจ และการปกครองเสรีประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเรียกร้องอิสระภาพหรือการปฏิวัติเสรีนิยมอันยิ่งใหญ่ของโลกตะวันตกที่เกิดขึ้นในหลายประเทศ อาทิ อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส ในช่วงศตวรรษที่ 17 ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ครั้งสำคัญของโลกที่สร้างความเปลี่ยนแปลงของสังคม และส่งอิทธิพลต่อการต่อสู้เรียกร้องสิทธิมนุษยชนในสังคมโลกที่เกิดขึ้นในเวลาต่อมา อย่างไรก็ตาม การต่อสู้เรียกร้องสิทธิในศตวรรษที่ 17 ที่เกิดขึ้นคงชัดเจนเพียงการปลดปล่อยคนุชย์จากอำนาจที่ไม่จำกัดของผู้ปกครอง (absolute power) เท่านั้น และหากมองลงไปในโครงสร้างทางสังคมแต่ละประเทศในสมัยนั้นจะพบว่าสังคมส่วนใหญ่ยังคงยึดถือคุณค่าชายเป็นใหญ่อย่างเหนียวแน่น และยังคงพบเห็นการจำกัดอำนาจในการตัดสินใจของเพศหญิงและเด็กทุกเรื่อง อาทิ ค่านิยมในเรื่องเพศและการเลี้ยงดู การใช้แรงงาน¹⁰ ด้วยเหตุนี้ สิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในช่วงศตวรรษที่ 17 จึงเป็นเพียงสิทธิที่ถูกยอมรับอย่างจำกัดเฉพาะในบางประเทศที่ให้การยอมรับซึ่งมิได้มีการรับรองที่เป็นสากลดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

ทั้งนี้ ภายหลังจากสงครามโลกที่เกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 20 ภาพความโหดร้ายทารุณ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นได้ก่อชนวนสำคัญให้ทั่วโลกตระหนักและให้ความสำคัญถึงแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในสังคมโลก มีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติและการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights 1948 หรือ

⁸ ชานันท์ ยอดหงษ์, ‘ในโลกที่ชายเป็นใหญ่ ก็เชื่อว่าผู้ชายจะไม่ถูกกดขี่’ (The Matter, 21 กุมภาพันธ์ 2560) <<https://thematter.co/thinkers/oppresion-in-patriarchy-world/18760>> สืบค้นเมื่อ 30 มกราคม 2563.

⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (อ่านกฎหมาย 2561) 38.

¹⁰ ชานันท์ ยอดหงษ์ (เชิงอรรถ 8).

UDHR) ขึ้นในปี ค.ศ. 1948 บนพื้นฐานความเท่าเทียม เคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ โดยไม่แบ่งแยกเชื้อชาติ เพศ ภาษา ศาสนา ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน (Human Right) ที่ทั่วโลกให้การยอมรับและรับรองถึงสิทธิของบุคคลอย่างเท่าเทียมไม่แบ่งแยก ซึ่งเนื้อหาของปฏิญญาสากลจะเน้นย้ำหลักสำคัญ 6 ประการ ได้แก่¹¹ การไม่เลือกปฏิบัติ (Non Discrimination) หลักความยุติธรรม (Justice) หลักความเสมอภาคเท่าเทียม (Equity) คือการปฏิบัติต่อทุกคนเท่าเทียมกันทำให้ทุกคนสามารถเข้าถึงโอกาสได้อย่างไม่แบ่งแยก และไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม หลักเสรีภาพ (Freedom) หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human dignity) และหลักการไม่ใช้ความรุนแรง (Nonviolence)

นอกจากสิทธิมนุษยชนจะเป็นการรับรองให้มนุษย์ทุกคนเท่าเทียมกันในสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว การรับรองสิทธิในระดับสากลยังส่งอิทธิพลให้ประชาคมโลกเกิดความตระหนักและให้ความสำคัญในการยกระดับสิทธิเด็กขึ้นในเวลาต่อมา โดยภายหลังจากสหประชาชาติได้ประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในปี ค.ศ. 1948 ในปีเดียวกันสหประชาชาติได้มีมติกร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Declaration of the Rights of the Child 1948) ซึ่งเป็นการยกระดับการคุ้มครองเด็กจากปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Geneva Declaration of the Rights of the Child 1924) และรับรองให้เด็กมีสถานะเป็นผู้ทรงสิทธิ¹² ต่อมาในปี ค.ศ. 1959 (The Declaration of the Rights of the Child 1959) โดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กมีสาระสำคัญในการคุ้มครองและช่วยเหลือเด็ก การให้ความช่วยเหลือจากรัฐ สิทธิสวัสดิการสังคมที่เด็กพึงได้รับ การได้รับการดูแลเอาใจจากครอบครัว ขณะเดียวกันยังได้รับรองและคุ้มครองสิทธิของเด็กในด้านต่างๆ อาทิเช่น สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง สิทธิได้รับการคุ้มครองและรับการพัฒนาอย่างเต็มที่ในทุกๆ ด้าน สิทธิที่จะได้รับความรัก ความเข้าใจและความอบอุ่น สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการทอดทิ้ง กระทำทารุณและแสวงหาประโยชน์จากเด็กทุกรูปแบบ¹³ โดยเน้นหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็กและให้ความคุ้มครองเด็กทุกคนอย่างเท่าเทียมไม่จำกัดเชื้อชาติ สัญชาติ หรือความเชื่อ ซึ่งเป็นการให้ความสำคัญแก่หลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็ก

¹¹ แอมเนสตี้ (ประเทศไทย), ‘ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน’ <<https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/udhr/>> สืบค้นเมื่อ 8 ตุลาคม 2563.

¹² มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, ‘หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562) 48.

¹³ เฟิงอ้าง 50.

2.1.2.2 เด็กในฐานะประธานแห่งสิทธิกับการใช้อำนาจปกครอง

พัฒนาการแนวคิดด้วยสิทธิมนุษยชนในศตวรรษที่ 20 ได้เปลี่ยนแปลงสถานะของเด็กและผู้หญิงที่แต่เดิมเป็นเพียงทรัพย์สินหรือวัตถุแห่งสิทธิเป็นความเท่าเทียมกันในสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จากการมีขึ้นของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ขณะเดียวกัน การยอมรับและเน้นย้ำคุณค่าของมนุษย์ทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ได้ยกระดับสถานะความเป็นผู้ทรงสิทธิของเด็กจากวัตถุแห่งสิทธิ ให้เด็กมีสถานะเป็นประธานแห่งสิทธิ สถานะความเป็นผู้ทรงสิทธิของเด็กที่เปลี่ยนแปลงไปนอกจากส่งผลต่อสถานะของเด็กในสังคมแล้ว การใช้อำนาจปกครองเด็กในครอบครัวจึงอาจพิจารณาได้ในสองบริบท อิทธิพลดังกล่าวได้ส่งผลให้ความสัมพันธ์และการใช้อำนาจปกครองเด็กมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก โดยอาจพิจารณาการใช้อำนาจปกครองกับสถานะของเด็กในครอบครัวได้ ดังนี้

1) อำนาจปกครองเด็กในบริบทเด็กเป็นวัตถุแห่งสิทธิ

ก่อนสิทธิมนุษยชนจะได้พัฒนาการและได้รับการยอมรับแพร่หลายในช่วงศตวรรษที่ 19 จนถึงปัจจุบัน สถานะของเด็กยังมีได้ถูกยอมรับในสังคมดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน หากแต่เด็กมีสถานะเป็นเพียงวัตถุแห่งสิทธิภายใต้บุคคลผู้เป็นประธานแห่งสิทธิไม่ว่าจะเป็นบิดามารดา หรือผู้ปกครอง ลักษณะดังกล่าวสถานะของเด็กในสังคมสมัยนั้น เด็กจึงมีสถานะที่เป็นเพียงทรัพย์สินเท่านั้น ขณะเดียวกัน ในสภาพแวดล้อมครอบครัวเองเด็กก็เป็นเพียงทรัพย์สินสมบัติหรือแรงงานที่สำคัญของครอบครัว โดยบิดามารดาหรือเพียงบิดาจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือเด็กในครอบครัวในลักษณะของการใช้อำนาจจะเป็นอำนาจโดยอิสระบนความสัมพันธ์เชิงอำนาจ (power relationship) ที่เปิดโอกาสบิดามารดาผู้ใช้อำนาจมีสิทธิโดยชอบในการการกระทำที่ทารุณโหดร้ายต่อเด็กไม่ว่าจะเป็นลงโทษเด็ก การขายบุตร การบังคับให้สมรส การบังคับลงเป็นทาส หรือการกระทำอื่นใดที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเด็ก

ไม่เพียงสังคมที่ให้การยอมรับการกระทำต่อเด็กในลักษณะดังกล่าวเท่านั้น หากแต่กฎหมายในอดีตยังให้การยืนยันและรับรองการใช้อำนาจต่อเด็กในครอบครัวอย่างชัดเจน ดังตัวอย่างในกฎหมายโรมันที่ให้อำนาจชายซึ่งเป็นหัวหน้าครอบครัวมีอำนาจเด็ดขาดต่อเด็กในการกระทำต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการฆ่า การทิ้ง การกักขัง การเขียนตี และการขายบุตร ซึ่งมุ่งพิจารณาถึงประโยชน์ของหัวหน้าครอบครัวเป็นสำคัญ¹⁴ ขณะที่กฎหมายไทยในอดีต เมื่อพิจารณาจะเห็นว่ากฎหมายไทยในอดีตก็มีลักษณะที่ให้การรับรองอำนาจในสถาบันครอบครัวซึ่งยึดหลักอำนาจ

¹⁴ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน* (วิญญูชน 2559) 89-91.

อิสระของบิดามารดาเหนือบุตรเช่นกัน¹⁵ ดังตัวอย่างในกฎหมายลักษณะผัวเมีย ซึ่งให้บิดามีอำนาจปกครองเด็กแบบเด็ดขาด และเป็นอิสระเหนือบุคคลในครอบครัว¹⁶ โดยกฎหมายจะกำหนดเพียงเรื่องประเด็นสำคัญ อาทิ การกำหนดบุคคลผู้มีอำนาจและการใช้อำนาจ และมักไม่ปรากฏข้อจำกัดของการใช้อำนาจไว้ชัดเจน อาจเพราะเห็นว่าอำนาจปกครองเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ในครอบครัวที่เป็นสิทธิที่บุคคลในครอบครัวจะปกครองดูแลกันเอง¹⁷

2) อำนาจปกครองเด็กในบริบทเด็กเป็นประธานแห่งสิทธิ

ในช่วงศตวรรษที่ 18 – 19 นอกจากประเด็นสิทธิมนุษยชนจะเป็นที่ยอมรับและได้รับการรับรองแล้ว สิทธิและความเป็นเด็กยังเป็นอีกประเด็นสำคัญที่ถูกกล่าวถึง ซึ่งต่อมาเป็นที่ยอมรับและแพร่หลายในช่วงศตวรรษที่ 20 ดังการปรากฏปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ที่ยอมรับความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน ขณะที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 ที่เกิดขึ้นในเวลาต่อมาได้เป็นการเน้นย้ำความเป็นมนุษย์ของเด็กอย่างชัดเจน อันเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของเด็ก จากเด็กในฐานะวัตถุแห่งสิทธิ ยกระดับให้เด็กอยู่ในฐานะประธานแห่งสิทธิ

การยอมรับสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กนี้ได้ส่งผลให้สังคมตระหนักและให้ความสำคัญกับเด็กมากขึ้น ครอบครัวแต่เดิมที่เป็นการใช้อำนาจต่อเด็กไม่เป็นเรื่องที่ยอมรับอีกต่อไป ความสัมพันธ์ที่เป็นการใช้อำนาจในครอบครัว เช่นการขายบุตร การลงโทษหลายลักษณะ กลายเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และทารุณโหดร้ายสำหรับสังคม ซึ่งนอกจากการกำหนดให้เป็นการกระทำที่มีความผิดแล้ว โบบางกรณียังกำหนดให้การกระทำที่บุพการี บิดามารดาหรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในครอบครัวที่กระทำต่อเด็กเป็นความผิดที่เป็นเหตุจูงใจที่บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้น ดังตัวอย่าง ประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศมาตรา 285

การเปลี่ยนสถานะเด็กให้เป็นประธานแห่งสิทธิ ไม่เพียงแต่ทำให้สถานะการณ์ของการใช้อำนาจปกครองในครอบครัวเป็นไปอย่างจำกัดภายใต้กฎหมายเท่านั้น กฎหมายปัจจุบันยังได้เรียกร้องบทบาทของบิดามารดาให้มีหน้าที่ และความรับผิดชอบต่อเด็ก (parental responsibility) ในการอบรมสั่งสอนเลี้ยงดู การส่งเสริมปัจจัยการดำรงชีพ ความปลอดภัย สุขอนามัย การศึกษา และปัจจัยอื่นๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อพัฒนาการและการเจริญเติบโตของเด็ก ใน

¹⁵ สมลักษณ์ ขนอม, ‘การคุ้มครองเด็กในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเด็กถูกทารุณในครอบครัว’ (วิทยานิพนธ์สังคมสงเคราะห์ศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2537) 67-68.

¹⁶ เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก* (เชิงอรรถ 4) 21.

¹⁷ เพิ่งอ้าง 38.

ฐานะที่เด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่สำคัญของรัฐ ขณะเดียวกัน รัฐยังได้วางกลไกในการแทรกแซงเพื่อทำหน้าที่แทนบิดามารดาในกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองไม่ทำหน้าที่นั้น

2.1.3 วิวัฒนาการของการใช้อำนาจปกครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

วิวัฒนาการของความคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองได้มีการพิจารณาถึงความ เป็นเด็ก โดยหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครอง ซึ่งวางกรอบความคิดการใช้อำนาจปกครองให้สอดคล้องกับหลักประโยชน์ สูงสุดของเด็กมีความเกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงบทบาทความสัมพันธ์เชิงอำนาจของบุคคลใน ครอบครัว ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงมุ่งสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์เชิงอำนาจในครอบครัว ก่อน จะนำไปสู่อำนาจปกครองภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กต่อไป

2.1.3.1 ความสัมพันธ์เชิงอำนาจกับการใช้อำนาจปกครองในสถาบัน

ครอบครัวไทย

โดยสภาพปกติของสังคมจะมีการจัดลำดับชั้น (Hierarchy) ตั้งแต่สังคม ในระดับภาพรวม ไปจนถึงสังคมในระดับครอบครัว ลำดับชั้นทางสังคมในครอบครัวนี้จะเกี่ยวกับกับ ความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างผู้ใหญ่และผู้เยาว์ (Superior-Subordinate Relationship) หรือ ความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างสมาชิกในครอบครัวและเด็ก โดยหลักได้แก่ บิดา มารดา ปู่ย่า ตายาย ญาติใกล้ชิด หรือบุคคลอื่นที่สามารถให้การอบรมสั่งสอน หรือการใช้อำนาจปกครองเด็ก และเพื่อการ ใช้อำนาจของบุคคลดังกล่าว สังคมพยายามที่จะส่งเสริมอำนาจเด็ดขาด หรืออำนาจนิยมในครอบครัว ผ่านกระบวนการอบรมสั่งสอน ตลอดจนการเสริมสร้างค่านิยม และวัฒนธรรมจารีตประเพณี เพื่อให้ เด็กอยู่ภายใต้อำนาจ เชื่อฟัง และยอมรับการอบรมสั่งสอน สำหรับสังคมไทยเมื่อพิจารณาจะเห็นว่า ความสัมพันธ์เชิงอำนาจในครอบครัวไทย มีความเป็นลำดับชั้นในลักษณะของอำนาจนิยมอย่างเห็นได้ ชัด โดยเรียกร่องเด็กให้ต้องเชื่อฟังผู้ใหญ่ การเคารพผู้อาวุโส หรืออ่อนน้อมต่อผู้ใหญ่ ในทางกลับกัน สังคมได้เรียกร่องให้ผู้ใหญ่ดูแลเด็กและใช้อำนาจบางประการในการอบรมสั่งสอนเด็ก โดยคาดหวังให้ ครอบครัวเพื่อสร้างคนเข้าสู่สังคม

ในทางกฎหมายอำนาจปกครองที่กระทำต่อเด็กในครอบครัวไม่เพียงแต่ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างบุคคลในครอบครัวเท่านั้น หากยังหมายถึงความถึง ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิ และหน้าที่กลับมีความเกี่ยวข้องอย่างมีนัยสำคัญกับความสัมพันธ์เชิงอำนาจในการใช้อำนาจปกครอง โดยการให้สิทธิกับบุคคลผู้มีอำนาจปกครองมากหรือน้อยย่อมมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์เชิงอำนาจ ในครอบครัว กล่าวคือ หากให้สิทธิกับผู้ใช้อำนาจปกครองที่น้อยจนเกินไปอาจกระทบต่อการใช้อำนาจ เช่น การห้ามไม่ให้ตีเด็กอาจกระทบต่อการอบรมสั่งสอน ตลอดจนการให้การปกป้องคุ้มครองการดูแล เด็ก มากจนเกินไปการใช้อำนาจปกครองอาจเป็นการใช้อำนาจที่กระทบต่อชีวิตของเด็ก ในทาง

กลับกัน การที่กฎหมายกำหนดอำนาจปกครองเด็กโดยมุ่งเน้นบทบาทความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่มากเกินไป ในลักษณะที่ทำให้เด็กกลายเป็นเพียงวัตถุแห่งสิทธิ ย่อมก่อให้เกิดการใช้อำนาจปกครองที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของเด็ก ดังปรากฏการใช้อำนาจปกครองเด็กในอดีตที่มีการให้อำนาจกับผู้ใช้อำนาจปกครองในการตีหรือทำร้ายร่างกายบุตร การขายบุตรหรือการเอาลงเป็นทาส ซึ่งภาพของการถูกเอาไรต์เอาเปรียบ หรือความรุนแรงต่อเด็ก ที่ไม่มีความเหมาะสมสอดคล้องกับการปกป้องคุ้มครองดูแล หรืออบรมสั่งสอน

อย่างไรก็ดี วิวัฒนาการของสังคมได้ขับเคลื่อนการต่อสู้เพื่อยกระดับการคุ้มครองสิทธิของเด็ก โดยอาศัยการลดทอนบทบาทเชิงอำนาจของบุคคลผู้ใช้อำนาจลง และแทนที่ด้วยความสัมพันธ์เชิงรับผิดชอบที่มากขึ้น โดยการกำหนดหน้าที่ให้กับผู้ใช้อำนาจบางประการ ขณะที่ความสัมพันธ์เชิงอำนาจในบางเรื่องยังไม่ได้หายไปเพียงแต่ถูกจำกัดการใช้อำนาจ เช่น การตีเด็กจะนำมาใช้ได้อย่างจำกัดเท่าที่จำเป็นเพื่อการอบรมสั่งสอน เป็นต้น ซึ่งการปรับปรุงกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์เชิงอำนาจในลักษณะนี้เป็นการพิจารณาให้ความสำคัญกับความเป็นเด็กที่มุ่งเสริมสร้างให้การใช้อำนาจปกครองเด็กเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริง

2.1.3.2 การใช้อำนาจปกครองภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่เกิดขึ้นในเวลาต่อมา นอกจากเน้นย้ำสิทธิเด็กในความเป็นมนุษย์แล้วยังเน้นย้ำในเกิดความตระหนักถึง “ความเป็นเด็ก” โดยระลึกว่าเด็กมีสิทธิได้รับการดูแลและการช่วยเหลือเป็นพิเศษ¹⁸ ภายใต้หลักสำคัญว่าการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ ตลอดจน

¹⁸ Convention on the Rights of the Child (adopted 20 November 1989 entry into force 2 September 1990).

Preamble

... Recalling that, in the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations has proclaimed that childhood is entitled to special care and assistance,

Convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community,

...

สถาบันสวัสดิการสังคมของรัฐหรือเอกชนจะต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the Best Interests of the Child) ดังปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ข้อ 3(1)

การกำหนดให้รัฐคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นพื้นฐานเบื้องต้นในการกระทำใดๆ ของรัฐ ย่อมหมายความว่า หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาสิทธิเด็กกลับไม่ได้ให้นิยามและความหมายของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ชัดเจนไว้ และไม่เพียงแต่อนุสัญญาสิทธิเด็กเท่านั้น ตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับไม่ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 อนุสัญญาและกฎบัตรระหว่างประเทศอื่นๆ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกประติบัติต่อสตรี ค.ศ.1979 และกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพของเด็ก ที่ได้กล่าวถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ก็ไม่ได้นิยามและให้ความหมายของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้แต่อย่างใด¹⁹ เหตุผลที่ไม่กำหนดนิยามและความหมาย เนื่องจากหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับสังคม จำเป็นต้องพิจารณาปรับใช้ให้เหมาะสมกับบริบทและสภาพแวดล้อม ซึ่งผันแปรไปตามเวลาและสถานที่ของประเทศภาคีสมาชิกเพื่อไม่ให้นิยามและความหมายเป็นข้อจำกัดการใช้การตีความ ด้วยเหตุนี้ประโยชน์สูงสุดของเด็กตามอนุสัญญาจึงเป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำในการพิจารณา และการปฏิบัติต่อเด็กอันเป็นสิ่งที่รัฐภาคีจะต้องยอมรับและนำไปปฏิบัติตามอย่างเป็นรูปธรรม โดยปล่อยให้รัฐภาคีได้กำหนดกรอบนิยาม ตลอดจนรายละเอียดที่เหมาะสม²⁰ ทั้งนี้ ในทางวิชาการได้มีนักวิชาการหลายท่านพยายามนิยามและให้ความหมายหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้เช่นกัน ไม่ว่าจะเป็น

Benjamin D. Garber²¹ ให้นิยามของประโยชน์สูงสุดของเด็ก ในลักษณะของประโยชน์ในการพัฒนาขั้นพื้นฐาน เช่น ประโยชน์ทางร่างกาย อารมณ์ จิตวิทยาและสติปัญญาของเด็ก มิให้เด็กต้องได้รับความสูญเสียจนกระทั่งเขาได้เติบโตเป็นผู้ใหญ่

¹⁹ จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร, ‘การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 23.

²⁰ เพิ่งอ้าง 24.

²¹ Benjamin D Garber, *Developmental Psychology for family law Professionals: Theory, Application and the Best Interests of the Child* (Springer Publishing Company 2010) 141-142. อ้างถึงใน รินทร์ภักดิ์ ขาวสิทธิวงษ์, ‘การคุ้มครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก: ศึกษากรณีการแยกเด็กออกจากครอบครัว’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) 17.

Jean Zermatten²² ได้อธิบายถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กกว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่มีความสำคัญในทางกฎหมายโดยการตีความและปรับใช้เพื่อจำกัดการขยายอำนาจของผู้ใหญ่ที่มีเหนือเด็ก บนความคิดที่ว่าผู้ใหญ่มีหน้าที่ดำเนินการตัดสินใจในฐานะตัวแทนของเด็ก เพราะเด็กเป็นผู้ขาดประสบการณ์และความสามารถในการตัดสินใจที่ดี ซึ่งการทำหน้าที่ของผู้ใหญ่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือความผาสุกของเด็ก

Joan B. Kelly²³ ได้อธิบายถึงนิยามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก หมายถึง สิ่งที่มี องค์ประกอบหลายประการอันพึงประสงค์ของเด็กในอำนาจปกครองหรือในสถานการณ์ใดๆ ที่ทำให้ เด็กมีการปรับตัวและพัฒนาตนเองได้อย่างยั่งยืน

Robert H. Mnookin ได้ให้ความหมายว่าประโยชน์สูงสุดของเด็ก หมายถึงสิ่งที่เป็นผลร้ายต่อเด็กต่ำที่สุด อันเป็นการกำหนดมาตรฐานและยังคงเป็นปัญหาถึงความเป็นไปได้และการ ตัดสินใจในวงกว้าง²⁴ นอกจากนี้ยังได้แสดงความเห็นถึงมาตรฐานของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก นั้นเป็นเรื่องที่ยากแก่การตีความเนื่องจากประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นเรื่องคาดเดาอนาคตถึงผลลัพธ์ที่ จะเกิดขึ้นกับเด็กว่าจะประกอบด้วยสิ่งใดบ้าง โดยสภาพสังคมได้มีความเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา ศาลเองจึงต้องมีหลักในการพิจารณาว่า คุณค่าใดในสังคมที่จะส่งเสริมให้เด็กเติบโตและมีชีวิตที่ดีหรือ ชีวิตที่ดีที่สุด และไม่มีแนวทางที่ชัดเจนที่จะกระทำดังกล่าวได้ เนื่องจาก สังคมมีความหลากหลาย ดังนั้น การพิจารณาว่าอะไรคือประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงเป็นเรื่องยากที่จะเห็นได้อย่างชัดเจน²⁵

²² Jean Zermatten, *The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function and Implementation* (Institut International Des Droits De L'efant (IDE) 2010) 487-488.

²³ Joan B Kelly, 'The Best Interest of the Child A Concept in Search of Meaning' (1997) 3 Family and Conciliation courts review 378 <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/fmlcr35&i=368>> สืบค้นเมื่อ 10 ตุลาคม 2563.

²⁴ Robert H Mnookin, 'Child-Custody Adjudication: Judicial Function in the Face of Indeterminacy' (1975) 3 Law and Contemporary Problems 230 <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lcp39&i=664>> สืบค้นเมื่อ 10 ตุลาคม 2563.

²⁵ เพิ่งอ้าง 260-261.

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล²⁶ ได้ให้ความหมายของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก หมายถึง สิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีพึงได้ในฐานที่เกิดมาและมีชีวิตอยู่รอดอยู่ภายในกรอบอนุสัญญาให้การรับรอง หรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก

จากความหมายและนิยามประโยชน์สูงสุดของเด็กดังกล่าว แม้ไม่ได้เป็นนิยามที่ต้องยึดถือเป็นอันเดียวกัน แต่ก็เป็นภาระเน้นย้ำให้เห็นถึงมุมมองเกี่ยวกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่แตกต่างกัน ซึ่งพอแสดงให้เห็นว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กขึ้นอยู่กับมุมมองของบุคคล สถานการณ์ สังคมและวัฒนธรรม ที่มักเป็นการอธิบายถึงเรื่องต่างๆ ทั่วไปที่อยู่รอบตัวเด็ก (all-round)²⁷ โดยมีการอธิบายควบคู่ไปกับสิทธิของเด็กในชีวิต ร่างกาย จิตใจ อารมณ์ และสถานะทางสังคม ตลอดจนส่งเสริมสวัสดิภาพ ความปลอดภัย และพัฒนาการที่เหมาะสมต่อเด็กให้เด็กดำรงอยู่ในสังคมอย่างผาสุก ซึ่งในการพิจารณานำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้บังคับ สามารถพิจารณาแบ่งได้เป็น

1) การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ

ลำดับแรก (Primary Consideration) ดังปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 3(1)²⁸ ระบุว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่มีความสำคัญลำดับแรกนี้ เป็นการพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์สูงสุดของเด็ก กับประโยชน์อื่นใด เช่น การเปรียบเทียบประโยชน์ของเด็กกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ซึ่งการพิจารณาปรับใช้ประโยชน์สูงสุดของเด็กในลักษณะนี้มักถูกนำมาปรับใช้เป็นการทั่วไปกับทุกกรณีที่เกี่ยวข้องกับเด็ก โดยพยายามที่จะรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สูงสุดของเด็กกับประโยชน์อื่นๆ ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เพื่อไม่ให้ประโยชน์สูงสุดของเด็กไปขัดแย้งกับ

²⁶ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, 'มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก' (2537) 5 ตุลาคม 41, 19.

²⁷ จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร (เชิงอรรถที่ 19) 24.

²⁸ Convention on the Rights of the Child (adopted 20 November 1989 entry into force 2 September 1990).

Article 3(1)

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

ประโยชน์ทางด้านสิทธิมนุษยชนของบุคคลอื่น²⁹ นั้นหมายความว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กจะเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการกระทำหรือการตัดสินใจใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก เช่นนี้ย่อมหมายความว่า ในบางกรณีหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กอาจมีน้ำหนักน้อยกว่าประโยชน์อื่นๆ ได้เช่นกัน³⁰

2) การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุด (Paramount Consideration) เป็นหลักการที่ปรากฏครั้งแรกในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959³¹ รวมถึงอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ในบางมาตรา การที่ประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุดนี้หมายความว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กจะถูกพิจารณาเหนือกว่าประโยชน์อื่น และไม่มีประโยชน์อื่นใดเหนือกว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กได้³² สถานการณ์ที่ประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุดจึงปรากฏได้น้อยมากเมื่อเทียบกับกรณีที่ใช้ประโยชน์สูงสุดของเด็กในสถานะสิ่งที่มีความสำคัญลำดับแรก โดยสถานะการณ์ที่ประโยชน์สูงสุดของเด็กจะถูกพิจารณาเป็นคุณค่าสำคัญที่ต้องยึดถือเพียงประการเดียวนี้ มักเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสวัสดิภาพความปลอดภัยของเด็ก อันหมายความรวมถึงความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพของเด็ก

อย่างไรก็ตาม แม้การพิจารณาปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งที่มีความสำคัญที่สุดจะเน้นย้ำถึงการคุ้มครองเด็กอย่างชัดเจน แต่การพิจารณาปรับใช้หลักการในลักษณะเช่นนี้ จำเป็นต้องปรับใช้อย่างระมัดระวัง เนื่องจาก การมุ่งพิจารณาและให้คุณค่ากับประโยชน์สูงสุดของเด็กเพียงประการเดียว โดยมองข้ามการชั่งน้ำหนักประโยชน์อื่นใดอาจ

²⁹ Fatma Hassan Beshir, *Article 3 of the Convention on the Rights of the Child: The Best Interests of the Child* (UNICEF Innocenti Research Centre) 3. อ้างถึงใน มาตาลักษณ์ เสรมธากุล (เชิงอรรถ 12) 265.

³⁰ เพิ่งอ้าง 265.

³¹ UN General Assembly, 'Declaration of the Rights of the Child' (1959) A/RES/1386(XIV).

Principle 2

The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration.

³² มาตาลักษณ์ เสรมธากุล (เชิงอรรถ 12) 264.

ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ด้วยเหตุนี้ ประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งที่มีความสำคัญสุดจึงไม่อาจนำมาปรับใช้ได้กับทุกกรณี³³

จะเห็นได้ว่า การพิจารณาถึงการปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กทั้งสองลักษณะมีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ซึ่งการพิจารณาปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กทั้งสองลักษณะมีความเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองอย่างเห็นได้ชัด โดยการปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดในฐานะสิ่งที่มีความสำคัญลำดับแรก (Primary Consideration) สามารถนำมาพิจารณาในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการใช้อำนาจของผู้ใช้อำนาจปกครองเพื่อพิจารณาว่าผู้ใช้อำนาจปกครองควรใช้อำนาจปกครองได้มากน้อยเพียงใดที่จะเพียงพอเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยจะพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างสิทธิในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองและประโยชน์ของเด็ก อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การใช้อำนาจปกครองเด็กเป็นการกระทบต่อสิทธิในชีวิต ร่างกายเสรีภาพของเด็กอย่างชัดเจน เช่น การทำร้ายร่างกาย การกักขังลงโทษเกินสมควร การกระทำทางเพศต่อเด็ก กรณีลักษณะเช่นนี้จะต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งสำคัญสูงสุด (Paramount Consideration) เพื่อเป็นการพิทักษ์คุ้มครองชีวิตและสวัสดิภาพของเด็กอันเป็นคุณค่าสูงสุดของมนุษย์ที่ควรได้รับการคุ้มครอง

2.2 ขอบเขตการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองในระบบกฎหมายไทย

สังคมไทยให้ความสำคัญกับสถาบันครอบครัว บริบทของการใช้อำนาจปกครองเด็กจึงยึดโยงอยู่กับความสัมพันธ์ในสถาบันครอบครัวระหว่างบิดามารดาบุตรเป็นสำคัญ โดยกฎหมายได้รับรองความสัมพันธ์ของบุคคลในสถาบันครอบครัวแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับยุคสมัย ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาสถาบันครอบครัวไทยมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากเมื่อเทียบกับในอดีต ในยุคที่เป็นราชธานี ไม่ว่าจะเป็นสุโขทัย และอยุธยาในยุคที่สังคมชายเป็นใหญ่ การที่ชายสามารถมีภรรยาได้หลายคนภายในครอบครัวจึงไม่ได้มีเพียงพอ แม่ ลูก และญาติเท่านั้น หากแต่รวมถึงญาติฝั่งภรรยา และญาติฝั่งภรณาน้อย ลักษณะครอบครัวในสมัยนั้นจึงเป็นรูปแบบครอบครัวขยาย (extended family) อย่างไรก็ตาม ในสมัยรัตนโกสินทร์ความเปลี่ยนแปลงทางสังคมและกฎหมายจึงไม่รับรองให้ผู้ชายมีภรรยาหลายคนได้ดังเช่นอดีต ส่งผลให้ครอบครัวไทยมีรูปแบบของครอบครัวครอบครัวเดี่ยว (nuclear

³³ Seema Shah, 'Does Research with Children Violate the best Interest Standard? An Empirical and Conceptual Analysis' (2013) 2 Northwestern Journal of law and social policy, 145–147. เฝิงอ้าง 264.

family) ที่มีเพียงพ่อ แม่ และลูกมากขึ้น³⁴ นอกจากพัฒนาการทางสังคมในเรื่องครอบครัวแล้ว ในทางกฎหมายเองก็มีพัฒนาการอำนาจปกครองเด็กให้สอดคล้องกับสภาพสังคมเช่นกัน

2.2.1 พัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครอง

ในสมัยรัตนโกสินทร์ นอกจากความเปลี่ยนแปลงของสภาพครอบครัวและกฎหมายในสังคมไทยแล้ว การใช้อำนาจปกครองเด็กเป็นอีกหนึ่งประเด็นสำคัญที่เปลี่ยนแปลงไป³⁵ กฎหมายที่กำหนดอำนาจปกครองเด็กในสมัยรัตนโกสินทร์ อาจแบ่งได้เป็นสมัยที่ใช้กฎหมายลักษณะผัวเมีย และสมัยที่ใช้ บรรพ 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแบ่งได้ ดังนี้

1) อำนาจปกครองเด็กกฎหมายลักษณะผัวเมีย

ในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น เป็นระยะเวลาที่ฟื้นฟูบ้านเมืองหลังศึกสงครามที่เกิดขึ้นต่อเนื่องมาอย่างยาวนาน ตั้งแต่ ปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา และสมัยกรุงธนบุรี โดยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช (รัชกาลที่ 1) ได้โปรดเกล้าฯ ให้ย้ายราชธานีมาอยู่ที่กรุงเทพมหานคร โดยรูปแบบของราชธานี โครงสร้างทางสังคม และการเมืองการปกครองยังคงได้รับแบบอย่างและอิทธิพลจากสมัยกรุงศรีอยุธยา³⁶ ทั้งนี้ ในด้านกฎหมายได้มีการตรวจชำระบทกฎหมายเก่าที่กระจัดกระจายให้รวบรวมไว้ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัวตามกฎหมายตราสามดวงเป็นไปตามกฎหมายลักษณะผัวเมียหรือพระอัยการลักษณะผัวเมีย อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายลักษณะผัวเมียจะมีลักษณะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่เนื้อความในกฎหมายยังคงเป็นการยึดถือจารีตประเพณีกฎหมายที่มีอยู่เดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จารีตประเพณีเรื่องชายเป็นใหญ่

กฎหมายลักษณะผัวเมื่อกำหนดให้บิดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุคคลในครอบครัว ซึ่งรวมไปถึงการใช้อำนาจปกครองบุตร และมารดาอาจใช้อำนาจปกครองได้ในลักษณะที่เป็นการการอบรมสั่งสอนบุตรร่วมกับบิดาแต่ไม่ได้มีผลให้มารดากลายเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร

³⁴ การแบ่งประเภทของครอบครัวอาจพิจารณาแบ่งออกได้หลายลักษณะขึ้นอยู่กับแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการแบ่ง ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาการแบ่งในหลายลักษณะ จะพบว่า โดยหลักครอบครัวจะแบ่งเป็นครอบครัวเดี่ยว และครอบครัวขยาย

³⁵ ผู้เขียนพิจารณาอำนาจปกครองเด็กเฉพาะกฎหมายสมัยรัตนโกสินทร์ ด้วยเหตุผลว่าเป็นยุคสมัยที่กฎหมายมีความเปลี่ยนแปลงอย่างชัดเจน แต่ต่างจากสังคมไทยสมัยที่เป็นราชธานีที่กฎหมายสมัยนั้นจะไม่มี ความแตกต่างกันมากนัก

³⁶ สายชล สัตยานุรักษ์, ‘ครอบครัว เครือญาติ และความสัมพันธ์ระหว่างเพศในสังคมอยุธยา’ ใน ฉัตรทิพย์ นาถสุตา (บรรณาธิการ) ด้วยรัก เล่มที่ 3: ความเป็นครอบครัวและชุมชนในสังคมไทย (दानสุทธาการพิมพ์ 2556) 20-23.

โดยหลักจึงมีเพียงบิดาเท่านั้นที่กฎหมายรับรองให้ใช้อำนาจปกครองบุตร ด้วยเหตุที่กฎหมายในสมัยนั้นยังมิได้มีการกำหนดถึงการจดทะเบียนของสามีภรรยาที่เป็นบิดามารดาของเด็ก ในการพิจารณาจึงถือบิดามารดาตามความเป็นจริง กล่าวคือ ถือว่าการอยู่ร่วมกันอย่างเปิดเผยที่สังคมยอมรับเป็นการสมรสถูกต้องตามกฎหมาย และถือว่าเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา³⁷

การใช้อำนาจปกครองเด็ก ตามกฎหมายลักษณะฝ่าฝืนมีลักษณะเป็นอำนาจปกครองเด็กแบบเด็ดขาด บิดาใช้อำนาจอย่างอิสระเหนือบุคคลในครอบครัว³⁸ โดยกฎหมายจะกำหนดเพียงเรื่องประเด็นสำคัญ อาทิ การกำหนดบุคคลผู้ใช้อำนาจและการใช้อำนาจ ซึ่งมีได้มีการกำหนดข้อจำกัดของการใช้อำนาจไว้ชัดเจน อาจเพราะเห็นว่าอำนาจปกครองเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ในครอบครัวที่เป็นสิทธิที่บุคคลในครอบครัวจะปกครองดูแลตนเอง³⁹ ดังนั้น การใช้อำนาจปกครองเด็กจึงมีลักษณะเป็น “การใช้อำนาจปกครองแบบเด็ดขาด” จนกระทั่งในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 4) โครงสร้างครอบครัวของสังคมไทยจึงเริ่มเปลี่ยนแปลงไป จนกระทั่ง การปรับปรุงประเทศในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5)

2) อำนาจปกครองเด็กประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5

สืบเนื่องจากการปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้ประเทศไทยมีความทันสมัยและเป็นที่ยอมรับของชาติมหาอำนาจในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งหนึ่งในการปฏิรูปคือการชำระประมวลกฎหมายแพ่งทั้ง 6 บรรพ โดยได้ดำเนินการจนแล้วเสร็จในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 7 ส่งผลให้เป็นการกฎหมายลักษณะฝ่าฝืนก็ถูกยกเลิกและประกาศใช้บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แทน ในระยะแรกที่บรรพ 5 มีการใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พุทธศักราช 2478⁴⁰ กฎหมายยังคงหลักการสำคัญตามกฎหมายลักษณะฝ่าฝืนเป็นส่วนมาก⁴¹ โดยอำนาจปกครองเด็กเป็นอำนาจปกครองของบิดามารดา ที่เรียกว่า “อำนาจปกครองบุตร” ซึ่งกฎหมายให้บิดามีอำนาจปกครองเป็นหลัก⁴² ขณะที่มารดาอาจมีอำนาจปกครองได้ในบางกรณี โดยวัตถุประสงค์ของอำนาจปกครองบุตรมีขึ้นเพื่อการเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ให้เติบโตเท่านั้น ดังจะเห็นชัดเจนจากการนิติบัญญัติ

³⁷ สอาด นาวิเจริญ (เชิงอรรถ 6) 360.

³⁸ เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก* (เชิงอรรถ 4) 21.

³⁹ เพิ่งอ้าง 38.

⁴⁰ วีระดา สมสวัสดิ์, *กฎหมายครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์คบไฟ 2546) 12.

⁴¹ สอาด นาวิเจริญ (เชิงอรรถ 6) 10.

⁴² *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* พ.ศ. 2478 มาตรา 1537.

พยายามลดและจำกัดอำนาจปกครองของบิดามารดาโดยกำหนดให้มีเหตุถอนอำนาจปกครอง⁴³ ด้วยเหตุนี้ อำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงไม่ได้มีลักษณะเป็นอำนาจอิสระที่จะปฏิบัติต่อบุตรตามอำเภอใจดังที่เป็นอยู่ในอดีตอีกต่อไป

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2478 แสดงออกอย่างชัดเจนถึงความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศ โดยพบว่ากฎหมายให้สิทธิของเพศชายมากกว่าเพศหญิง ในเวลาต่อมาจึงมีการแก้ไขบรรพ 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ที่มีบทบัญญัติคุ้มครองความเท่าเทียมกันทางเพศระหว่างชายและหญิงเป็นครั้งแรก การปรับปรุงแก้ไขบรรพ 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครั้งนี้แล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2519 โดยมีผลใช้บังคับแทนที่บรรพ 5 ที่มีอยู่เดิมเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ซึ่งมีความเปลี่ยนแปลงในประการสำคัญ อาทิ การกำหนดให้ให้บิดาและมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองร่วมกัน ทั้งนี้ โดยหลักจะเห็นว่ากฎหมายกำหนดให้ผู้หญิงเป็นผู้ถืออำนาจปกครอง ดังจะเห็นได้จากมาตรา 1547⁴⁴ วรรค 2 ที่กำหนดให้อำนาจปกครองบุตรอยู่กับหญิงในกรณีที่บุตรเกิดจากหญิง ที่มีได้มีการสมรสกับชาย และชายไม่ได้มีการจดทะเบียนรับรองบุตร การกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจปกครองสามารถใช้เงินได้ของผู้เยาว์ได้จำกัดเฉพาะเพียงกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองไม่มีเงินได้เพียงพอแก่การดำรงชีพตามสมควรแก่ฐานะ⁴⁵ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเดิมที่ผู้ใช้อำนาจปกครองสามารถใช้เงินได้ของบุตรโดยไม่ต้องคำนึงถึงฐานะของผู้ใช้อำนาจปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากการแก้ไขบรรพ 5 เมื่อปี พ.ศ. 2519 เป็นไปอย่างรีบเร่ง ส่งผลให้บทบัญญัติบางมาตราเกิดปัญหาการใช้การตีความจึงมีความจำเป็นต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติให้ชัดเจนสมบูรณ์ ในปี พ.ศ. 2533 จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมบรรพ 5 ในส่วนที่ว่าด้วยอำนาจปกครองเพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้น และเพิ่มบทบัญญัติที่รับรองสิทธิของบิดาหรือมารดาให้มีสิทธิติดต่อบุตรได้เสมอแม้มิได้เป็นผู้ปกครองหรือผู้ใช้อำนาจปกครองก็ตาม⁴⁶

เมื่อพิจารณาพัฒนาการทางกฎหมายไทยว่าด้วยอำนาจปกครองเด็ก ทั้งในช่วงเวลาการใช้บังคับกฎหมายลักษณะผัวเมียให้อำนาจปกครองเด็กแบบเด็ดขาดกับบิดา หรือในช่วงที่ใช้บังคับบรรพ 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กฎหมายเข้ามาจำกัดอำนาจปกครองภายใต้กรอบของกฎหมาย จะเห็นได้ว่า อำนาจปกครองเด็กเป็นเรื่องที่ผูกติดอยู่กับสถานะความเป็นบิดามารดา

⁴³ สหทัย จันท์เจริญ, ‘เหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา: ศึกษากรณีผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้ไร้ความสามารถ’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553) 20.

⁴⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2519 มาตรา 1566 วรรค 2.

⁴⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2519 มาตรา 1573.

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2533 มาตรา 1584/1.

เรียกว่า “อำนาจปกครองบุตร” ซึ่งในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “parental power” ที่แปลว่า “อำนาจบิดามารดา”⁴⁷ ด้วยเหตุนี้ อำนาจปกครองจึงไม่อาจอยู่กับลุง ป้า น้า อา หรือญาติได้ อย่างไรก็ตาม บุคคลภายนอกอาจใช้อำนาจปกครองกับเด็กได้ต่อเมื่อศาลตั้งเป็นผู้ปกครอง (guardian) แต่ก็จะมีอำนาจและหน้าที่แตกต่างจากอำนาจปกครองของบิดามารดาในบางประการ

ปัจจุบัน อำนาจปกครองเด็กตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หมายความว่า ถึงอำนาจในทางความสัมพันธ์ส่วนตัวหรือเหนืออำนาจเนื้อตัวร่างกาย อำนาจจัดการทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ และอำนาจจัดการแทนผู้เยาว์ นอกเหนือจากการที่กำหนดให้มีอำนาจปกครองในลักษณะต่างๆ ดังกล่าวแล้ว ระบบกฎหมายปัจจุบันยังได้กำหนดกรอบการใช้อำนาจปกครอง การถอนอำนาจปกครอง ซึ่งเป็นกลไกที่สำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง ทั้งยังมีการกำหนดถึงกลไกในการคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองให้ผู้ใช้อำนาจปกครองสามารถใช้อำนาจปกครองได้ รายละเอียดกฎหมายปัจจุบันจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

2.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองในปัจจุบัน

ประเทศไทยให้การรับรองและคุ้มครองอำนาจปกครองเด็ก ในฐานะที่กฎหมายเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดของอำนาจ มีการกำหนดมาตรการและกลไกที่เปิดโอกาสให้รัฐเข้าแทรกแซงบทบาทของครอบครัว โดยให้ความสำคัญในการคุ้มครองเด็กจากกรกระทำต่อร่างกาย จิตใจ และการเลี้ยงดู ในกฎหมายหลายฉบับ ในลักษณะที่มุ่งประสงค์ให้การคุ้มครองเด็กทั้งทางตรงและทางอ้อมไม่ว่าจะเป็น ประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายอาญา ตลอดจนพระราชบัญญัติอื่นๆ อาทิ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว

2.2.2.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เป็นบทบัญญัติพื้นฐานของระบบกฎหมายไทยที่รับรองความสัมพันธ์และกำหนดการใช้อำนาจปกครองในครอบครัว ซึ่งในหมวด 2 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร โดยได้บัญญัติการใช้อำนาจปกครองเด็กไว้ที่อาจแบ่งอำนาจปกครองเด็กได้ 3 ลักษณะ⁴⁸ คือ

อำนาจในทางความสัมพันธ์ส่วนตัว หรืออำนาจเหนือเนื้อตัวร่างกาย
ได้แก่ หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควร (มาตรา 1564 วรรคแรก) สิทธิกำหนดที่อยู่ของบุตร (มาตรา 1567(1)) สิทธิทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน (มาตรา 1567(2)) สิทธิให้บุตรทำงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป (มาตรา 1567(3)) สิทธิเรียกบุตรคืนจาก

⁴⁷ สหทัย จันท์เจริญ (เชิงอรธ 43) 16.

⁴⁸ เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก* (เชิงอรธ 4) 313.

บุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 1567(4)) และสิทธิให้ความยินยอมบุตรในการหมั้นหรือสมรส (มาตรา 1436 และมาตรา 1454)

อำนาจจัดการทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ เป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจปกครองบุตรที่ บรรพ 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้การรับรองชัดเจนในมาตรา 1571 ที่วางหลักว่า อำนาจปกครองรวมถึงการจัดการทรัพย์สินของบุตรด้วย สำหรับการจัดการทรัพย์สินมีความหมายกว้างๆ หมายถึงการกระทำในทางสงวนรักษา จัดการและจำหน่ายซึ่งทรัพย์สิน⁴⁹ ทั้งนี้ ผู้ใช้อำนาจปกครองต้องจัดการทรัพย์สินด้วยความระมัดระวังเช่นวิญญูชนพึงกระทำ ในการจัดการเกี่ยวข้องกับหนี้ซึ่งบุตรต้องทำเองกฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจปกครองต้องได้รับความยินยอมจากบุตรก่อนจึงจะก่อหนี้นั้นได้ (มาตรา 1572) กรณีที่บุตรผู้เยาว์มีเงินได้กฎหมายกำหนดการใช้เงินได้ของผู้เยาว์นั้นต้องใช้เพื่อการศึกษาของผู้เยาว์ก่อน ทั้งนี้ ผู้ใช้อำนาจปกครองอาจใช้เงินได้ของผู้เยาว์ได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 1573)

อำนาจจัดการแทนผู้เยาว์ ดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1569 ความว่า “ผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตร ในกรณีที่บุตรถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ แล้วแต่กรณี” การจัดการแทนผู้เยาว์ในฐานะผู้แทนโดยชอบธรรมได้แก่การให้ความยินยอมผู้เยาว์ในการทำนิติกรรม (มาตรา 21) รวมถึงการทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ ทั้งนี้ การทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์บางกรณีจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนจึงจะมีอำนาจในการดำเนินการแทนผู้เยาว์ได้ (มาตรา 1574)

อย่างไรก็ดี นอกเหนือไปจากการใช้อำนาจปกครองเด็กโดยบิดามารดาแล้ว ในบางกรณีเด็กอาจอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบุคคลภายนอกได้ ตามแต่กรณีที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แก่ กรณีที่ผู้ผู้เยาว์ไม่มีผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจปกครอง (มาตรา 1585) โดยบุคคลนั้นต้องได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ปกครองมีอำนาจเช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครอง (มาตรา 1598/2) ทั้งนี้ ศาลอาจแต่งตั้งผู้ปกครองให้ใช้อำนาจปกครองบางส่วนหรืออำนาจปกครองเต็มก็ได้ ขึ้นอยู่กับเหตุความจำเป็นในการขอตั้งผู้ปกครอง

ไม่เพียงแต่กำหนดบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองและลักษณะการใช้อำนาจปกครองเท่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังได้กำหนดให้มีมาตรการในการควบคุมและคุ้มครองการใช้อำนาจปกครอง เพื่อให้การใช้อำนาจปกครองสามารถดำเนินไปได้อย่างปกติและผู้เยาว์

⁴⁹ จินดา ชัยรัตน์, *ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดามารดากับบุตร ฯลฯ* (โรงพิมพ์เจริญชัย 2493) 12.

ได้รับการดูแลอย่างดีที่สุด ดังปรากฏบทบัญญัติในเรื่องจำกัดการใช้อำนาจเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ และการถอนอำนาจปกครองบุตร

1) ข้อจำกัดการใช้อำนาจเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์

ข้อจำกัดการใช้อำนาจเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ ผู้เขียนแบ่งออกเป็นสองลักษณะคือ การดำเนินการเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินของผู้เยาว์ และการทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์

ในการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ กฎหมายได้วางกรอบการใช้อำนาจเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ไว้อย่างชัดเจน ดังเช่นในมาตรา 1573 ที่กำหนดให้ผู้ใช้อำนาจปกครองจัดการใช้ทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์เพื่อการศึกษาก่อนเป็นอันดับแรก และสามารถใช้อำนาจของผู้เยาว์ได้เฉพาะเพียงกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองไม่มีเงินได้เพียงพอแก่การดำรงชีพตามสมควรแก่ฐานะ นอกจากนี้ กฎหมายยังจำกัดการใช้อำนาจของผู้แทนโดยชอบธรรมในการจัดการแทนผู้เยาว์ที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ดังเช่น หน้าที่บุตรต้องทำเองผู้ใช้อำนาจปกครองจะต้องได้รับความยินยอมจากบุตร มาตรา 1572 และการทำนิติกรรมที่กระทบต่อทรัพย์สินของผู้เยาว์อย่างมีนัยยะสำคัญตามมาตรา 1574 ผู้ใช้อำนาจปกครองไม่สามารถกระทำได้เว้นแต่ศาลอนุญาต

ผลของการที่ผู้ใช้อำนาจปกครองฝ่าฝืนข้อจำกัดเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ ในกรณีที่เป็นการจัดการแทนผู้เยาว์จะส่งผลให้การดำเนินการนั้นไม่ผูกพันผู้เยาว์ ทั้งนี้ ในบางกรณีอาจมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจปกครองที่มีชอบที่อาจเป็นเหตุถอนอำนาจปกครองได้ตามมาตรา 1582

2) การถอนอำนาจปกครองบุตร

การถอนอำนาจปกครองเป็นกลไกควบคุมการใช้อำนาจปกครองที่มีความสำคัญ และมีประสิทธิภาพในการจำกัดการใช้อำนาจปกครองเพื่อให้ผู้เยาว์ได้รับการดูแลอย่างเหมาะสม การถอนอำนาจปกครองจึงมีวัตถุประสงค์เป็นการคุ้มครองบุตรผู้เยาว์จากการใช้อำนาจปกครองอย่างไม่ถูกต้องเหมาะสมของผู้ใช้อำนาจปกครอง⁵⁰ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดเหตุถอนอำนาจปกครองไว้ในมาตรา 1582⁵¹ บนพื้นฐานว่าเป็นการกระทำความผิดของผู้ใช้อำนาจปกครอง รวมถึงการกระทำที่เป็นการทารุณกรรมเด็ก เมื่อผู้ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจปกครองย่อมไม่อาจใช้สิทธิหรือหน้าที่ใดๆ ในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองได้อีกต่อไป ซึ่งเสมือนเป็นการลงโทษลงโทษผู้ใช้อำนาจปกครองที่ใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วย

⁵⁰ พรหมวดี เพชรพลอย, ‘การถอนอำนาจปกครองบุตร’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 14.

⁵¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582.

กล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นบทบัญญัติกฎหมายพื้นฐานที่ครอบคลุมการใช้อำนาจปกครองเด็กในครอบครัวทั้งยังกำหนดมาตรการเพื่อควบคุมการกระทำของผู้ใช้อำนาจปกครองให้เป็นไปเพื่อสวัสดิภาพและส่งเสริมในการปกป้องคุ้มครองเด็ก โดยมีกลไกเพื่อให้เด็กอยู่ภายใต้อำนาจของบุคคลที่เหมาะสมเท่าที่กฎหมายเห็นสมควร ซึ่งหมายความถึงบิดามารดา ผู้ปกครองที่ศาลแต่งตั้งขึ้น อย่างไรก็ตาม การควบคุมการใช้อำนาจปกครองที่อาศัยแต่เพียงมาตรการบังคับในทางแพ่งย่อมไม่เพียงพอที่จะทำให้กฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเด็กบรรลุวัตถุประสงค์ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเนื้อตัวร่างกายของบุคคล ด้วยเหตุนี้ มาตรการบังคับทางอาญาจึงเข้ามามีบทบาทในการปกป้องคุ้มครองเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการในประมวลกฎหมายอาญาดังจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

2.2.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความผิดและโทษทางอาญา เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่สำคัญและเกี่ยวข้องกับชีวิตมนุษย์ โดยบทบัญญัติในบางมาตรา ยังมีการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ในครอบครัว และให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำความผิดทั้งทางตรงและทางอ้อม เพื่อให้ความคุ้มครองชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพของเด็ก ไม่ว่าจะเป็น

1) ความต่อชีวิต

ประมวลกฎหมายอาญามีบทบัญญัติที่กำหนดความผิดและโทษในการกระทำชีวิตในลักษณะ 10 หมวด 1 โดยพิจารณาได้เป็น การกระทำโดยเจตนาให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย การกระทำอันเป็นการยุยงให้ผู้อื่นฆ่าตัวตาย และการเข้าซุลมุนต่อผู้อื่นเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดถึงแก่ความตาย

มาตรา 288 บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษ ...” บทบัญญัติมาตรานี้มุ่งพิจารณาการกระทำที่ผู้กระทำเจตนาให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย อันแตกต่างไปจากบทบัญญัติในมาตรา 290 และมาตรา 291 ที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และประมาทจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ซึ่งเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมิได้มีเจตนาให้บุคคลถึงแก่ความตาย แต่ต้องรับผิดชอบเพราะผลจากการกระทำ

นอกจากบัญญัติที่กำหนดให้การฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาเป็นความผิดทางอาญาแล้ว ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289 ยังได้กำหนดเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นหรือเหตุลดจรรยาในการกระทำโดยเจตนาให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 288 เป็นความผิดเฉพาะโดยเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักตามมาตรา 289 (1) ถึง (7) อาจแบ่งได้เป็นเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะกระทำต่อบุคคลบางประเภท ได้แก่ บุพการี เจ้าพนักงาน และผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงาน เหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะการกระทำ ได้แก่ การฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และการฆ่าโดยวิธีการทารุณโหดร้าย และเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะจุดมุ่งหมายพิเศษในการกระทำ ได้แก่

การฆ่าเพื่อเตรียมหรือการอำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด เพื่อผลประโยชน์จากการกระทำความผิด การปกปิด หรือทำให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดที่ตนได้กระทำ⁵²

การบัญญัติให้การฆ่าบุพการีอันหมายถึงความถึงญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป⁵³ ได้แก่บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ทวด เป็นความผิดตามมาตรา 289 (1) ที่รุนแรงกว่าการกระโดยเจตนาให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย นอกจากเป็นการให้ความสำคัญกับชีวิตมนุษย์แล้ว ยังเป็นการยืนยันความมีอยู่ของศีลธรรมขนบธรรมเนียมจารีตของสังคมในเรื่องความกตัญญูคุณที่ปรากฏในกฎหมาย⁵⁴ ขณะเดียวกัน บทบัญญัติดังกล่าวยังสามารถสะท้อนแนวคิดในเรื่องการรับรองความสัมพันธ์ทางสายโลหิตระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกระทำในระบบกฎหมายอาญาเช่นกัน

นอกจากการบัญญัติให้การกระทำทางกายภาพที่ได้กระทำโดยตรงจนผู้ถูกระทำถึงแก่ชีวิต ประมวลกฎหมายอาญายังได้บัญญัติให้การยุยงผู้อื่นให้ฆ่าตัวตายเป็นความผิดโดยไม่จำกัดเฉพาะแต่การทำทางกายภาพต่อผู้ถูกระทำเท่านั้น หากแต่หมายถึงการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อจิตใจที่มีลักษณะเป็นการทำให้ผู้ถูกระทำฆ่าตัวตายให้เป็นความผิดต่อชีวิตเช่นเดียวกัน อันเป็นการให้ความคุ้มครองบุคคลผู้มีความเปราะบาง ความอ่อนด้อยทางสติปัญญา ดังบัญญัติในมาตรา 292 และมาตรา 293

มาตรา 292 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยการปฏิบัติอันทารุณ หรือด้วยปัจจัยคล้ายคลึงกันแก่บุคคลซึ่งต้องพึ่งตนในการดำรงชีพหรือในการอื่นใด เพื่อให้บุคคลนั้นฆ่าตนเอง ถ้าการฆ่าตนเองนั้นได้เกิดขึ้นหรือได้มีการพยายามฆ่าตนเอง ต้องระวางโทษ ...”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ความว่า “บุคคลซึ่งต้องพึ่งตนในการดำรงชีพหรือในการอื่นใด” หมายถึง การที่บุคคลนั้นอาศัยความช่วยเหลือของผู้กระทำในลักษณะที่เป็นความเกี่ยวพันในทางข้อเท็จจริงหรือทางกฎหมาย ในที่มีได้จำกัดแต่เพียงการกระทำต่อเด็ก คนแก่ หรือคนพิการ แต่เพียงเท่านั้น หากแต่เป็นการพิจารณาถึงสภาพความเป็นจริงว่าผู้ถูกระทำเป็นผู้ที่ต้องอาศัยและพึ่งพาผู้กระทำความผิดในการดำรงชีพ และผู้กระทำความผิดมีเจตนาพิเศษของผู้กระทำที่มุ่งหมายให้บุคคลผู้ถูกระทำฆ่าตัวตาย ซึ่งในกรณีที่บุคคลกระทำในลักษณะที่เป็นการ

⁵² ขวัญธิดา สุวรรณบัตร, ‘เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2545) 3.

⁵³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1384/2516 และ 547/2548.

⁵⁴ ขวัญธิดา สุวรรณบัตร (เชิงอรรถ 52) 40.

ทอดทิ้งโดยมิได้มุ่งผลโดยตรงให้บุคคลฆ่าตัวตายย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา⁵⁵ แต่อาจเป็นการกระทำที่เข้าข่ายมาตรา 398 ที่เป็นความผิดลหุโทษได้

ขณะที่มาตรา 293 บัญญัติว่า “ผู้ใดช่วยหรืออุ้มเด็กอายุยังไม่เกินสิบหกปี หรือผู้ซึ่งไม่สามารถเข้าใจว่าการกระทำของตนมีสภาพหรือสาระสำคัญอย่างไร หรือไม่สามารถบังคับการกระทำของตนได้ ให้ฆ่าตนเอง ถ้าการฆ่าตนเองนั้นได้เกิดขึ้นหรือได้มีการพยายามฆ่าตนเอง ต้องระวางโทษ ...”

มาตรา 293 นี้เป็นบทบัญญัติที่มุ่งให้ความคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 16 ปี และบุคคลอื่นใด โดยลักษณะสำคัญของผู้ถูกระทำตามมาตรา⁵⁵นี้คือ เป็นกากระทำต่อบุคคลที่มีความอ่อนด้อยทางสติปัญญาตลอดจนความรู้สำนึก อันเนื่องมาจากอายุรวมไปถึงสภาวะทางจิตของผู้ถูกระทำ

กล่าวได้ว่าบทบัญญัติในหมวดความผิดต่อชีวิตและร่างกาย มุ่งให้การคุ้มครองชีวิตมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ การที่บุคคลกระทำความผิดอันเป็นการฆ่าเด็กให้ถึงแก่ความตายย่อมมีความผิดตามมาตรา 288 ฐานเจตนาให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ขณะเดียวกัน บทบัญญัติความผิดในหมวดนี้ยังให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็กจากการกระทำในบางลักษณะดังบทบัญญัติความผิดฐานอุ้มให้บุคคลฆ่าตัวตาย ซึ่งในมาตรา 293 เป็นการให้ความคุ้มครองเด็กโดยตรง และมีมาตรา 292 เป็นการคุ้มครองเด็กโดยอ้อม ในลักษณะที่เด็กเป็นบุคคลที่ต้องพึ่งพาอาศัยบุคคลอื่นในการดำรงชีพ เนื่องจากเด็กเป็นผู้เปราะบางที่ต้องการการอุปถัมภ์เลี้ยงดูและส่งเสริมปัจจัยการดำรงชีวิต

ข้อสังเกตสำคัญประการหนึ่งคือ การที่ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดให้การกระทำความผิดต่อบุคคลในบางประเภทเป็นเหตุที่ทำให้บุคคลต้องรับโทษหนักดังบัญญัติในมาตรา 289 (1) ถึง (3) โดยใน (1) ได้การกระทำความผิดต่อบุพการี ผู้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตว่าเป็นเรื่องร้ายแรงและสมควรรับโทษหนักขึ้น ในทางกลับกันกฎหมายกลับมิได้พูดถึงกรณีที่เด็กเป็นผู้ถูกระทำแม้กระทั่งในกรณีที่ผู้กระทำเป็นผู้ที่ให้การอุปถัมภ์เลี้ยงดูเด็ก ทั้งที่เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกระทำเช่นเดียวกับการกระทำต่อบุพการี และอาจร้ายแรงกว่าการกระทำต่อบุพการี เนื่องจาก เด็กเป็นบุคคลเปราะบางมีความสามารถในการปกป้องตนเองจากร้ายอันตรายที่ด้อยกว่าผู้ใหญ่ทำให้เด็กเสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อได้ง่าย ขณะเดียวกันการอุปถัมภ์เลี้ยงดูแลยังสร้างให้เด็กมีโดยสภาพอ่อนด้อยความสามารถในการปกป้องตนเองนั้นขาดความระมัดระวังในการ

⁵⁵ จิตติ ดิงศรัทธี, *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3* (พิมพ์ครั้งที่ 6, เนติบัณฑิตยสภา 2553) 167.

ป้องกันตนเอง⁵⁶ ซึ่งเรื่องนี้ในทางวิชาการได้มีการเสนอความเห็นว่ ประมวลกฎหมายอาญาควรคำนึงถึงสิทธิที่เด็กจะได้รับความคุ้มครองโดยบัญญัติรับรองให้การฆ่าเด็กให้ต้องได้รับโทษหนักขึ้น⁵⁷

2) ความผิดต่อร่างกาย

ประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 10 หมวด 2 ได้บัญญัติให้การกระทำที่กระทบต่อร่างของบุคคลเป็นความผิดทางอาญฐานทำร้ายร่างกายแบ่งออกเป็น การกระทำโดยเจตนาทำร้ายร่างกายผู้อื่น การกระทำโดยเจตนาทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายรับอันตรายสาหัส การเข้าซุลมุนต่อผู้อื่นเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดได้รับอันตรายสาหัส และการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส

มาตรา 295 อันเป็นบทบัญญัติสำคัญของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำ ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษ ...”

ในกรณีการทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายร่างกายรับอันตรายสาหัสผู้กระทำจะมีความผิดตามมาตรา 297 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษ ...”

นอกจากกำหนดให้การกระทำโดยเจตนาทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นความผิดแล้ว กฎหมายอาญาได้บัญญัติให้การกระทำตามมาตรา 296 และมาตรา 298 เป็นเหตุฉกรรจ์หรือเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นของความผิดของการกระทำความผิดตามมาตรา 295 และมาตรา 297 ตามลำดับ โดยพบว่า มาตรา 296 และมาตรา 298 มีสาระสำคัญเช่นเดียวกันความว่า “ถ้าความผิดนั้น มีลักษณะประการหนึ่งประการใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289 ต้องระวางโทษ ...”

การที่ความผิดฐานทำร้ายร่างกายได้กำหนดเหตุฉกรรจ์ดังมาตรา 296 และมาตรา 298 อาศัยการพิจารณาการกระทำที่มีลักษณะตามมาตรา 289 นี้ ย่อมหมายความว่า บทบัญญัติในความผิดต่อร่างกายพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ในครอบครัว โดยให้การทำร้ายร่างกายบุพการีเป็นเหตุที่ทำให้บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้น

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวได้แสดงให้เห็นว่าการที่มาตรา 289 บัญญัติเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นโดยไม่ครอบคลุมถึงการกระทำต่อเด็กนอกจากส่งผลต่อการกระทำต่อชีวิตแล้ว ยังส่งผลต่อการบังคับใช้บทบัญญัติในความผิดฐานทำร้ายร่างกายด้วย และเมื่อ

⁵⁶ พิชุฉวี เปี่ยมธรรมโรจน์, ‘การกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางอาญา: ศึกษากรณีความผิดต่อชีวิตร่างกายของเด็ก’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561) 102.

⁵⁷ เพิ่งอ้าง 116.

เป็นเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำที่เป็นการทำร้ายร่างกายเด็ก ซึ่งเป็นความเสี่ยงที่ทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตเด็กได้ การเสนอให้การกระทำความผิดต่อเด็กเป็นความผิดที่ทำให้บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้น นอกจากส่งผลต่อการใช้บังคับบทบัญญัติความผิดต่อชีวิตดังกล่าวมาในหัวข้อก่อนหน้าแล้ว ยังส่งผลต่อการใช้บังคับใช้กฎหมายในความผิดฐานทำร้ายร่างกายด้วยเช่นกัน

3) ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 10 หมวด 4 ได้บัญญัติความผิดฐานทอดทิ้งใน 2 ลักษณะคือ การทอดทิ้งเด็กในมาตรา 306 และการทอดทิ้งไปจากหน้าที่ตามมาตรา 307 ความผิดฐานทอดทิ้งเด็กมาตรา 306 บัญญัติว่า “ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินเก้าปีไว้ ณ ที่ใด เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล ต้องระวางโทษ ...”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าว ผู้กระทำจะมีความผิดฐานทอดทิ้งเด็กตามมาตรา 306 ได้ผู้กระทำต้องมีความสัมพันธ์กับเด็กผู้ถูกกระทำมาก่อน กล่าวคือ ข้อเท็จจริงจะต้องปรากฏในลักษณะว่าผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำได้มีการอยู่ร่วมกัน หรือมีการดูแลกันมาก่อนที่จะกระทำการอันเป็นการทอดทิ้ง อันเป็นความสัมพันธ์กับเด็กที่เกิดขึ้นจากการกระทำครั้งก่อนๆ ของตน เช่น ผู้กระทำรับเด็กมาให้อาศัยอยู่ด้วย คนขับรถรับจ้างรับเด็กไปในรถ เด็กอยู่ในโรงเรียนกับครู เป็นต้น⁵⁸ ผู้กระทำต้องมีลักษณะพฤติการณ์ชัดเจนว่าจงใจที่จะให้การทอดทิ้งนั้นเกิดขึ้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่านอกจากอายุเด็กแล้ว มาตรานี้ยังพิจารณาการกระทำในแง่ของระยะทาง หรือลักษณะที่เป็นการพาบุคคลให้ไกลออกไปจากตนเป็นสาระสำคัญของการกระทำ เช่น มีการพาเด็กไปเที่ยวให้เด็กหลงทางและปล่อยไว้ไม่ตามกลับ หรือตามตัวเด็กจนพบแล้วไม่รับกลับ กรณีนี้ย่อมมีความผิดฐานทอดทิ้ง⁵⁹ หากไม่มีพฤติการณ์ เช่น เด็กมาขออาศัยอยู่ด้วยแต่ผู้กระทำไม่รับเด็กไว้ กรณีย่อมไม่อาจเป็นการกระทำความผิดฐานทอดทิ้งตามมาตรา 306 ได้⁶⁰ อย่างไรก็ตาม แม้โดยหลักบุคคลผู้ไม่มีหน้าที่หรือความสัมพันธ์ครั้งก่อนๆ ของตนปล่อยปละละเลยไม่ให้การดูแลเด็กไม่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 306 ได้ก็ตาม แต่อาจมีผลให้ผู้กระทำมีความผิดฐานช่วยได้แต่ไม่ช่วยตามมาตรา 374 ได้

ในทางตรงกันข้าม กรณีที่ผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์ถึงขนาดมีหน้าที่ต่อผู้ถูกกระทำ การพิจารณาการกระทำความผิดฐานทอดทิ้งต้องพิจารณาตามมาตรา 307

⁵⁸ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 55) 272.

⁵⁹ เพิ่งอ้าง 273.

⁶⁰ เพิ่งอ้าง 277.

มาตรา 307 บัญญัติว่า “ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ กายพิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษ ...”

บทบัญญัติในมาตรานี้เมื่อพิจารณาแล้วย่อมหมายความว่ารวมถึงการทอดทิ้งเด็ก กล่าวคือ เด็กมีสถานะเป็น “ผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้เพราะอายุ” โดยบุคคลผู้กระทำความผิดตามมาตรา 307 นี้จะต้องเป็นผู้มีหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดในการดูแลบุคคลที่พึ่งพาตนเองไม่ได้เพราะอายุ ความเจ็บป่วย ความพิการ หรือเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญา เช่น สัญญาจ้างพี่เลี้ยงหรือพยาบาลพิเศษ⁶¹ ซึ่งไม่รวมถึงบุคคลมีความสัมพันธ์ทางพฤตินัยหรือตามข้อเท็จจริงศีลธรรมที่มีได้มีลักษณะเป็นข้อตกลงหรือสัญญา⁶²

สำหรับบุคคลผู้มีหน้าที่ในการดูแลเด็ก กรณีต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 ซึ่งผู้มีหน้าที่ดูแลเด็กย่อมได้แก่ มารดา และบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายที่จดทะเบียนสมรสกับมารดาเท่านั้น ในส่วนของบิดานอกสมรส แม้พฤติการณ์ข้อเท็จจริงจะให้การรับรองเด็กก็มิได้มีผลให้บิดานอกสมรสเป็นผู้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กแต่อย่างใด หากมีผลแต่เพียงเรื่องสิทธิในการรับมรดกเท่านั้น⁶³ ด้วยเหตุนี้ บิดานอกสมรสจึงสามารถกระทำความผิดตามมาตรา 306 แต่ไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 307 ได้

สำหรับการทอดทิ้งตามมาตรา 307 จะมีลักษณะที่แตกต่างจากการทอดทิ้งตามมาตรา 306 กล่าวคือ การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือสัญญา ย่อมเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีหน้าที่สำคัญในการต้องกระทำไม่ให้เกิดการทอดทิ้งเกิดขึ้น การปล่อยปละละเลยย่อมเป็นการที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยงดเว้นการกระทำเพื่อป้องกันไม่ให้ผลคือการทอดทิ้งเกิดขึ้นซึ่งเป็นความผิดฐานทอดทิ้งตามมาตรา 307 แล้ว โดยไม่ต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ของผู้กระทำในลักษณะที่เป็นการ “พาเด็กไปจากตน” ดังเช่นกรณีมาตรา 306

ดังนั้น การอยู่กับเด็กแต่ไม่ดูแล หรือตัวอย่างในกรณีที่ภรรยานำเด็กมาทิ้งไว้หน้าบ้านสามี โดยที่สามีรู้แล้วนิ่งเฉยไม่นำเด็กเข้ามาในบ้านก็ได้ว่าเป็นการทอดทิ้งตามมาตรา 307

⁶¹ ญัฐนิช ชลิศราพงศ์, ‘การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลในครอบครัว: ศึกษาเฉพาะกรณีเพิ่มโทษผู้กระทำ’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) 48.

⁶² จิตติ ดิงศรัทีย (เชิงอรรถ 55) 276.

⁶³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1146/2513, 14/2517, 508/2519 และ 1409/2548.

ได้⁶⁴ หากพิจารณาได้ว่าตามวิสัยและพฤติการณ์เช่นนั้นน่าจะก่อให้เกิดอันตรายต่อเด็ก ซึ่งต้องพิจารณาขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี⁶⁵

4) ความผิดเกี่ยวกับเพศ

ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ เพื่อคุ้มครองบุคคลจากการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพทางเพศโดยปราศจากความยินยอม อันจากการที่ผู้กระทำได้กระทำต่อผู้เสียหายในลักษณะเป็นการล่วงละเมิดทางเพศเพื่อสนองความใคร่ของตนเอง และผู้อื่น ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับการกระทำต่อเด็ก ได้แก่

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก คือการกระทำมีลักษณะเป็นการกระทำที่ข่มขืนใจอันเป็นการฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกระทำเพื่อให้ร่วมประเวณีกับตน⁶⁶ ตามบทบัญญัติในมาตรา 276 และมาตรา 277 ซึ่งแบ่งออกได้เป็นสองกรณีคือการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลทั่วไปมาตรา 276 และการข่มขืนกระทำชำเราเด็กมาตรา 277 โดยมาตรา 277 ได้แบ่งการข่มขืนกระทำชำเราเด็กออกเป็นสองกรณีตามอายุของผู้ถูกระทำได้แก่ เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ในวรรค 1 และการกระทำต่อเด็กไม่เกินสิบสามปีในวรรค 2

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก อันเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็น การไม่สมควรในทางเพศที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายบุคคลที่ไม่ถึงลักษณะเป็นการกระทำชำเรา⁶⁷ ดังบัญญัติในมาตรา 278 อันหมายความถึงการกระทำอนาจารบุคคลผู้มีอายุ 15 ปีขึ้นไป ขณะที่มาตรา 279 บทบัญญัติว่าด้วยการกระทำอนาจารเด็กโดยเฉพาะ ซึ่งในมาตรา 279 วรรค 1 เป็นกรณีการกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี และในวรรค 2 เป็นการอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี

ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาพาเด็กไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นการกระทำที่ผู้กระทำมิได้มุ่งกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ แต่เป็นการกระทำที่เป็นธุระจัดหาเพื่อสนองความใคร่ของบุคคลอื่น โดยบัญญัติในมาตรา 282 และมาตรา 283 ในมาตรา 282 เป็นการพาไปโดยไม่มีลักษณะของการบังคับหรือใช้กลอุบาย ซึ่งมาตรา 282 วรรค 2 และวรรค 3 ได้

⁶⁴ จิตติ ติงศภักดิ์ (เชิงอรรถ 55) 277.

⁶⁵ เพิ่งอ้าง 276.

⁶⁶ ปรีนดา เวทพิสัย, ‘ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกระทำ’ (สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 7.

⁶⁷ สมนัส ตั้งเจริญกิจกุล, ‘ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 71.

กำหนดให้กรณีที่กระทำต่อเด็กอายุเกิน 15 แต่ไม่เกิน 18 ปี และการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามลำดับ ต้องรับโทษหนักขึ้น

ขณะที่ในมาตรา 283 เป็นกรณีการพาบุคคลไปเพื่อสนองความใคร่ของบุคคลอื่นโดยใช้กลอุบาย หรือการบังคับต่อผู้กระทำ ซึ่งได้บัญญัติให้การกระทำต่อเด็กอายุเกิน 15 แต่ไม่เกิน 18 ปี และการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ในวรรค 2 และวรรค 3 ต้องรับโทษหนักขึ้น

ความผิดฐานพาเด็กไปเพื่อการอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ผู้กระทำความผิดได้พาบุคคลไปโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อกระทำอนาจารตามมาตรา 283 ทวิ โดยในวรรค 1 เป็นการพาบุคคลที่มีอายุเกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ขณะที่ในวรรค 2 เป็นกรณีพาไปซึ่งบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ทั้งนี้ หากการพาไปนั้นมีลักษณะที่เป็นการบังคับหรือใช้กลอุบายกรณีเป็นความผิดตามมาตรา 284 โดยไม่ต้องพิจารณาถึงอายุของผู้ถูกระกระทำ

ดังกล่าวข้างต้น เมื่อพิจารณาจะเห็นว่าบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา พิจารณาการกระทำความผิดที่ได้กระทำต่อเด็กให้เป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าความผิดที่กระทำต่อบุคคลทั่วไป นอกจากนี้ ยังได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้บุคคลผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร การพาไปเพื่อการอนาจาร หรือเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นเป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นหากผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์กับผู้ถูกระกระทำตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 285

โดยมาตรา 285⁶⁸ วางหลักว่า การกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเรา (มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี) การกระทำอนาจาร (มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280) การเป็นธุระจัดหาพาไปเพื่อสนองความใคร่ผู้อื่น (มาตรา 282 หรือมาตรา 283) ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม หากได้กระทำต่อบุคคลที่ลักษณะที่กฎหมายกำหนด ดังนี้

(ก) การกระทำต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ได้แก่ การกระทำต่อบุพการี ซึ่งเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป⁶⁹ โดยถือตามความเป็นจริง⁷⁰ การกระทำต่อผู้สืบสันดาน หมายความว่า ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมา โดยมีต้องพิจารณาถึงความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย⁷¹ การกระทำต่อพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาซึ่งเป็นความสัมพันธ์

⁶⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285.

⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1384/2516 และ 547/2548.

⁷⁰ สหรัษฎ์ กิติ ศุภการ, *หลักและคำพิพากษากฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 8, อมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์พับลิชชิ่ง 2561) 156.

⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2993/2530

ทางสายโลหิต และการกระทำต่อญาติสืบสายโลหิต โดยคำว่าสืบสายโลหิตนี้ ย่อมหมายความถึงสัมพันธ์ทางสายโลหิตลำดับชั้นลงมา ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความถึงผู้สืบสันดาน ที่มุ่งพิจารณาเฉพาะการสืบสายโลหิตโดยตรง

(ข) การกระทำต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นการควบคุมดูแล ได้แก่ ศิษย์ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ทั้งนี้ ในส่วนของคำว่า ผู้อยู่ในความปกครอง ความพิทักษ์หรือในความอนุบาล จะหมายความเฉพาะแต่กรณี ความสัมพันธ์ทางกฎหมายเท่านั้นไม่รวมถึงความสัมพันธ์ทางพฤตินัย ดังนั้น ลูกเลี้ยงจึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่าผู้อยู่ในความปกครอง⁷²

(ค) การกระทำต่อบุคคลผู้อยู่ภายใต้อำนาจ โดยบทบัญญัติมาตรา 285 ใช้คำว่า ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด ในที่นี้ย่อมจะต้องอาศัยการพิจารณาสถานะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามแต่กรณีว่าผู้ถูกระทำนั้นเป็นผู้ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลความกลัวหรือสถานะที่ทำให้บุคคลต้องจำยอมตกอยู่ภายใต้สภาวะบางประการหรือไม่

จะเห็นได้ว่า เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 285 นี้ เป็นการกำหนดให้บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้น โดยพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกระทำในลักษณะที่เป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมาย และความสัมพันธ์ทางพฤตินัย ทั้งข้อเท็จจริงและสายโลหิต

อย่างไรก็ตาม ในถ้อยคำว่าพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาญาติสืบสายโลหิต ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด เป็นถ้อยคำที่ถูกเพิ่มขึ้นในภายหลังจากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ซึ่งการเพิ่มเติมกลุ่มบุคคลผู้กระทำความผิดที่ต้องได้รับโทษหนักขึ้น เป็นไปเพื่อยกระดับการให้ควบคุมครองให้ครอบคลุมบุคคลกลุ่มต่างๆ ให้ครอบคลุมมากขึ้น⁷³ ดังนั้น การวิเคราะห์และให้ความหมายถ้อยคำเหล่านี้จึงเป็นเพียงข้อพิจารณาเบื้องต้นเท่านั้น ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงไปหากในอนาคตมีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล

5) ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ

ประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 11 หมวด 1 ได้บัญญัติความผิดที่กระทำต่อเสรีภาพ ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังตามมาตรา ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวให้ทำการใดให้ ความผิดฐานเอาคนลงเป็นทาส และความผิดฐานเรียกค่าไถ่ ซึ่งกฎหมาย

⁷² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8595/2553 และ 8825/2554.

⁷³ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ.

ให้ความสำคัญกับการกระทำต่อเด็กเช่นกันดังเห็นได้จากมาตรา 312 ทวิ ที่วางหลักว่าถ้าการกระทำ ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขัง (มาตรา 310 ทวิ) หรือการเอาคนลงเป็นทาส (มาตรา 312) เป็นการกระทำต่อเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ขณะที่มาตรา 312 ตรี ได้วางหลักให้ ผู้รับ จำหน่าย จัดหา หรือพาคนลงเป็นทาสเป็นความผิด โดยกำหนดให้กรณีที่กระทำต่อเด็กอายุไม่ เกิน 15 ปี เป็นความผิดตามวรรค 2 และในมาตรา 313 เป็นการคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีจาก การถูกระทำเพื่อเรียกค่าไถ่

ความผิดต่อเสรีภาพนี้เมื่อพิจารณาจะเห็นว่ากฎหมายให้ความคุ้มครอง เด็กจากการกระทำ โดยพิจารณาให้การกระทำต่อเด็กมีความร้ายแรงยิ่งกว่าการกระทำผิดต่อ บุคคลทั่วไป โดยมีได้เป็นการพิจารณาถึงสถานะความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ ขณะเดียวกันความผิดต่อเสรีภาพยังให้ให้การคุ้มครองบุคคลจากการพาหรือส่งออกไปจาก ราชอาณาจักรโดยไม่ยินยอม ดังบัญญัติในมาตรา 320 “ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลัง ประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด พาหรือส่งคน ออกไปนอกราชอาณาจักร ต้องระวางโทษ ...” ซึ่งความผิดตามมาตรานี้แม้ไม่ได้กล่าวถึงการกระทำต่อ เด็กโดยตรง แต่การที่บทบัญญัติมาตรานี้พิจารณาถึงสถานะของผู้กระทำที่มีอำนาจเหนือกว่าในทาง ความเป็นจริง⁷⁴ ดังบัญญัติคำว่า “ใช้อำนาจครอบงำผิดทำนองคลองธรรม” ย่อมหมายความรวมถึง การคุ้มครองเด็กที่ตกอยู่ภายใต้สภาวะการใช้อำนาจโดยไม่จำกัดสถานะว่าจะต้องเป็นการกระทำโดย ผู้มีความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ ความผิดต่อเสรีภาพยังได้คุ้มครองให้เด็กได้รับการอบรมดูแล จากบุคคลที่ปกครองดูแลเด็ก กล่าวคือ เพื่อให้บุคคลสามารถให้การปกป้องดูแลเด็กได้ตามปกติ ดัง บทบัญญัติความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 ซึ่งวางหลักว่า “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษ ...” มาตรา 317 นี้เป็นกรณีการพาเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีไปจากความปกครอง ในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นผู้เยาว์อายุ เกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ต้องพิจารณาตามมาตรา 318 ซึ่งเป็นกรณีการพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่ เต็มใจไปด้วย ขณะที่มาตรา 319 เป็นกรณีที่แม้ผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยผู้กระทำก็มีความผิด

แม้ว่าความผิดฐานพรากผู้เยาว์จะไม่ได้เป็นกรณีที่พิจารณาถึง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำผิดและผู้ถูกกระทำโดยตรง แต่ด้วยเหตุที่ความผิดฐานนี้คุ้มครอง การใช้อำนาจปกครอง บทบัญญัติในเรื่องนี้จึงย่อมเป็นกฎหมายคุ้มครองเด็กในทางอ้อม และแสดงให้เห็น ว่ากฎหมายได้พิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและความปกครองดูแล โดยพิจารณาการพา ไปจากอำนาจปกครองทั้งที่เป็นอำนาจปกครองตามกฎหมาย และอำนาจปกครองที่ไม่ชอบด้วย

⁷⁴ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 55) 385.

กฎหมายหรือทางพฤตินัย กรณีนี้เคยมีข้อถกเถียงกันในกรณีบิดาว่าจะหมายความเฉพาะบิดาชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งศาลเคยมีคำพิพากษาตีความถึงบิดาโดยชอบและรวมถึงบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน⁷⁵

6) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

ประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 12 ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ อันเป็นบทบัญญัติที่มุ่งให้การคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งมีทั้งความผิดที่ยอมความได้และยอมความไม่ได้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 71 ความผิดต่อทรัพย์ที่ได้กระทำต่อบุคคลในครอบครัวเป็นความผิดที่ยอมความได้

มาตรา 71 วรรค 2 วางหลักให้ ความผิดฐานลักทรัพย์ และวิ่งราวทรัพย์ ความผิดฐานฉ้อโกง ความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ ยักยอก ทำให้เสียทรัพย์ และความผิดฐานบุกรุก เป็นความผิดอันยอมความได้ ตลอดจนการเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้อย่างเต็มที่ ในการกำหนดโทษให้ต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ หากการกระทำนั้นผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำเป็นผู้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ได้แก่กรณีความผิดที่บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่หรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน โดยพิจารณาความสัมพันธ์ของบุคคลตามความเป็นจริง⁷⁶

บทบัญญัติมาตรา 71 แม้จะเป็นเรื่องทีกล่าวได้ว่าเป็นความพยายามที่กฎหมายพยายามรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัวให้คงอยู่ การที่ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ไม่ได้เป็นความรุนแรงที่ถึงขนาดกระทบต่อชีวิตและร่างกายของบุคคล เมื่อคู่กรณีตกลงกันได้ก็เป็นอันเหมาะสม ควรที่กฎหมายจะให้ความผิดที่เกิดขึ้นเป็นอันยกเลิกกันไป อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตในประเด็นความผิดฐานฉ้อโกงที่อาศัยความเบาปัญญาของผู้ถูกหลอกลวงซึ่งเป็นเด็กตามมาตรา 342(2) เป็นหนึ่งในฐานความผิดที่อยู่ในมาตรา 71 ย่อมหมายความว่ากรกระทำดังกล่าวเป็นความผิดที่สามารถยอมความได้ ซึ่งกรณีอาจเป็นเรื่องที่กระทบต่อการคุ้มครองเด็ก

บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาข้างต้นได้เน้นย้ำให้เห็นว่าบริบทกฎหมายในทางอาญาได้มีการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ในครอบครัวให้หลายมาตรา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำที่เป็นบุคคลครอบครัว ซึ่งในกรณีที่มีการกระทำความผิดนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเด็ก กล่าวได้ว่า กฎหมายอาญาแฝงนัยยะของการใช้อำนาจเหนือเด็กในด้านต่างๆ ทั้งในมิติของการควบคุมการใช้อำนาจจากการกำหนดให้ความผิดที่มีการกระทำต่อเด็กโดยบุคคลมีความสัมพันธ์หรือมีลักษณะการใช้อำนาจเหนือบุคคลครอบงำเป็น

⁷⁵ เพิ่งอ้าง 350.

⁷⁶ สหรัฐ กิติ ศุภการ (เชิงอรรถ 70) 156.

ความผิดร้ายแรงหรือกำหนดให้เป็นการกระทำนั้นเป็นเหตุจูงใจแล้วแต่กรณี ขณะเดียวกันกฎหมายยังคุ้มครองเด็กให้ได้รับการดูแลจากบุคคลผู้ให้การอบรมเลี้ยงดู โดยคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองในความผิดฐานพรากผู้เยาว์

2.2.2.3 พระราชบัญญัติอื่นๆ

ปัจจุบัน ไม่เพียงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น ภายใต้ระบบกฎหมายไทยได้พิจารณาและให้ความสำคัญในการคุ้มครองเด็ก เฉพาะเรื่อง ดังปรากฏในพระราชบัญญัติหลายฉบับ ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับการดูแลและคุ้มครองเด็กในความสัมพันธ์ในครอบครัวซึ่งหมายถึงความรวมถึงการคุ้มครองเด็กด้วย ตัวอย่างเช่น

1) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่มีแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก ซึ่งกฎหมายได้กำหนดหลักการ ขั้นตอน รวมถึงวิธีปฏิบัติต่อเด็กในสถานะการณ์ต่างๆ มาตรการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก และการส่งเสริมความประพฤติเด็กบนพื้นฐานของแนวคิดในเรื่อง “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” อันเป็นการส่งเสริมความมั่นคงและบทบาทของสถาบันครอบครัว⁷⁷ เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและมีพัฒนาการที่เหมาะสม

โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กได้กำหนดให้ผู้ปกครองอันหมายถึงความถึงบุคคลที่มีความสัมพันธ์ต่อเด็กทางสายโลหิต ทางกฎหมาย และทางข้อเท็จจริงที่รับเด็กไว้ในอุปการะเลี้ยงดูตลอดจนการอาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน⁷⁸ อันได้แก่ บิดามารดา ผู้อนุบาล ผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ่อเลี้ยงแม่เลี้ยง ผู้ปกครองสวัสดิภาพ นายจ้าง และยังหมายความรวมถึงบุคคลอื่นซึ่งรับเด็กไว้ในความอุปการะเลี้ยงดูหรือบุคคลที่เด็กอาศัยอยู่ด้วย ให้ปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำในการในการอุปการะเลี้ยงดู การอบรมสั่งสอน และการพัฒนาเด็ก ทั้งยังกำหนดให้ผู้ปกครองต้องไม่กระทำการอันมีลักษณะเป็นทอดทิ้ง การละทิ้ง ละเลยหรือปฏิบัติในลักษณะที่เป็นการขัดขวางพัฒนาการและการเจริญเติบโตของเด็ก รวมถึงการเลี้ยงดูไม่ชอบ⁷⁹ และได้กำหนดให้บุคคลซึ่งกระทำที่ลักษณะตามกฎหมายกำหนด เช่น การทารุณกรรม การละเลยไม่เลี้ยงดูสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิตของเด็ก⁸⁰ เป็นความผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัตินี้ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁷⁷ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546.

⁷⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 4.

⁷⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 25.

⁸⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 26.

2) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว

พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่มีมาตรการกลไกในการคุ้มครอง และรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัว ตลอดจนการปกป้องบุคคลผู้อยู่ในครอบครัว ซึ่งหมายความรวมถึงเด็กในฐานะบุตรผู้เป็นส่วนหนึ่งของครอบครัวจากการใช้ความรุนแรงของบุคคลในครอบครัว อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้ให้การคุ้มครองเด็กในทางอ้อม โดยมีมาตรการช่วยเหลือทางด้านกฎหมาย การคุ้มครองสวัสดิภาพ มาตรการช่วยเหลือครอบครัว การศึกษาของผู้เยาว์ และการปรับปรุงแก้ไขความสัมพันธ์เพื่อรักษาความสัมพันธ์อันดีของบุคคลภายในครอบครัว⁸¹

ความว่าบุคคลในครอบครัว เมื่อพิจารณาตามบทนิยามจะพบว่า บุคคลในครอบครัวมีความหมายที่กว้างกว่าความสัมพันธ์ดังบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 โดยมุ่งพิจารณาบุคคลในครอบครัวบนพื้นฐานสภาพความเป็นจริงของการพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน⁸² การกระทำต่อเด็กจึงเป็นความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวตามกฎหมายนี้ทุกกรณีโดยไม่จำกัดว่าจะเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมาย หรือความสัมพันธ์ทางพฤตินัยตามความเป็นจริง

3) พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ในการจัดให้บุคคลซึ่งอยู่ในความดูแลให้ได้รับการศึกษาภาคบังคับจำนวนเก้าปี⁸³ โดยบุคคลผู้มีหน้าที่จัดให้การศึกษาภาคบังคับตามกฎหมายนี้คือ ผู้ปกครอง อันได้แก่ บิดามารดา หรือบิดา หรือมารดา ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหมายความรวมถึงบุคคลที่เด็กอยู่ด้วยเป็นประจำหรือที่เด็กอยู่รับใช้การงาน นิยามดังกล่าวแสดงให้เห็นชัดเจนว่า กฎหมายได้กำหนดหน้าที่ให้กับบุคคลโดยไม่จำกัดเฉพาะผู้มีความสัมพันธ์ในครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เท่านั้น

พระราชบัญญัติทั้งสามฉบับข้างต้นเป็นตัวอย่างบทบัญญัติกฎหมายที่สะท้อนให้เห็นถึงการพิจารณาความสัมพันธ์ สิทธิหน้าที่ รวมถึงความรับผิดชอบที่บุคคลมีต่อเด็กดังกล่าว โดยบทบัญญัติจะพิจารณาคู่ความสัมพันธ์ต่อเด็กในลักษณะที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทั้งนี้ ข้อสังเกตสำคัญคือความสัมพันธ์ต่อเด็กตามกฎหมายนี้ไม่จำกัดเฉพาะ

⁸¹ มาตาลักษณะ เสริมธาตุ (เชิงอรรถ 12) 73.

⁸² พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มาตรา 3.

⁸³ พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. 2545 หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ.

แต่ความสัมพันธ์ทางกฎหมายเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงความสัมพันธ์ในทางความเป็นจริงหรือทางพฤตินัย โดยที่บทบัญญัติความผิดและโทษตามกฎหมายเฉพาะดังกล่าวจะมีขึ้นเท่าที่จำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์การบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุวัตถุประสงค์เท่านั้น ลักษณะเช่นนี้การให้ความคุ้มครองเด็กในการกระทำที่เข้าลักษณะความผิดมูลฐานทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญาจึงต้องอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา โดยมีอาจอาศัยการใช้บังคับกฎหมายเฉพาะเข้ามาแทน

การพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายในหัวข้อนี้แสดงให้เห็นได้ชัดเจนว่า โดยหลักกฎหมายจะพิจารณาความสัมพันธ์ต่อเด็กในสามลักษณะ ลักษณะแรก ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ผู้ปกครอง ผู้รับบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งความสัมพันธ์ในลักษณะนี้ในทางกฎหมายจะมีความชัดเจน และกล่าวได้ว่าเป็นบ่อเกิดของอำนาจปกครองทางนิตินัย ความสัมพันธ์ในลักษณะต่อมาคือความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ตัวอย่างเช่น เด็กกับบิดามารดา บุพการี เป็นต้น ความสัมพันธ์ และความสัมพันธ์ลักษณะสุดท้ายเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากการอาศัยอยู่ร่วมกันในครัวเรือนเดียวกัน ซึ่งความสัมพันธ์ในลักษณะที่สองและที่สามนี้จะไม่ได้มีความชัดเจนเหมือนความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ทั้งนี้ โดยสภาพก่อให้เกิดการใช้อำนาจปกครองต่อเด็กได้เช่นกัน ความสัมพันธ์ทั้งสองลักษณะนี้จึงอาจเกี่ยวข้องข้องกับการใช้อำนาจปกครองทางนิตินัย และการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยได้ โดยที่กฎหมายจะเข้ามามีส่วนช่วยในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองได้ทั้งทางตรงและทางอ้อม ซึ่งจะบัญญัติการให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายแต่ละฉบับ

2.2.3 ปัญหาการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามกฎหมายอาญาในปัจจุบัน

ภายหลังการศึกษาพัฒนาการและบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองเด็ก เมื่อพิจารณาภายใต้บริบทและสภาพสังคมไทยในปัจจุบัน เมื่อพิจารณาบทบัญญัติทางกฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย ประกอบกับบริบททางสังคมพบว่า การปรับใช้กฎหมายในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองเด็กโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองประสบปัญหาหลายประการ

2.2.3.1 ปัญหาทางข้อกฎหมาย

ในทางกฎหมายการควบคุมการใช้อำนาจปกครองเด็กมีปัญหา ดังนี้

1) การขาดมาตรการทางอาญาที่เหมาะสมในการคุ้มครองเด็ก

แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาจะมีบทบัญญัติที่ในการควบคุมการใช้อำนาจของผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กไว้อย่างชัดเจนในบางมาตรา โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ อย่างไรก็ตาม ฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหลายมาตรากลับยังไม่มีการควบคุมการใช้อำนาจปกครองในบางลักษณะ อาทิ ในความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย อย่างไรก็ตาม

ตาม ประมวลกฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นบทบัญญัติที่มีส่วนในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง โดยอาศัยการกำหนดความผิดและมาตรการลงโทษทางอาญา กลับยังไม่มีการบัญญัติความผิดและโทษที่เหมาะสมกับความน่าตำหนิของการกระทำ กล่าวคือ ปัจจุบันความผิดที่กระทำต่อเด็กยังไม่ได้ ถูกกำหนดให้เป็นความผิดร้ายแรงและทำให้บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้นตาม โดยในมาตรา 289 มีเพียง การกำหนดบุคคลผู้กระทำต่อผู้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตลำดับชั้นขึ้น อันได้แก่การกระทำต่อ บุพการีให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเท่านั้น การไม่กำหนดให้ความผิดที่กระทำต่อชีวิตของเด็กเป็นเหตุ ฉกรรจ์ตามมาตรา 289 นั้นนอกจากส่งผลให้การกระทำโดยเจตนาต่อเด็กในความปกครองเป็นเพียง ความผิดต่อชีวิตในลักษณะทั่วไปตามมาตรา 288 นอกจากนี้ไม่เป็นการเน้นย้ำการกระทำอันน่าตำหนิ อย่างเหมาะสมแล้ว ยังส่งผลต่อการใช้กฎหมายอาญาในการข่มขู่ผู้ที่มีแนวโน้มจะทำร้ายและใช้ความ รุนแรงต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการทำร้ายร่างกายด้วย เนื่องจาก บทบัญญัติตามมาตรา 289 มีส่วน เกี่ยวข้องกับการใช้บังคับมาตรา 296 และมาตรา 298 ด้วย

2) การขาดความชัดเจนของถ้อยคำในบทบัญญัติ

ในทางนิติบัญญัติ การบัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายลาย ลักษณะอักษร ถ้อยคำเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างมาก อย่างไรก็ตาม ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการใช้ อำนาจปกครองกลับมีการบัญญัติที่ก่อให้เกิดความสับสนอย่างมากในการใช้การตีความ โดยเมื่อ พิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาพบว่า กฎหมายได้บัญญัติโดยอาศัยถ้อยคำที่เกี่ยวข้อง กับบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับเด็กหลายลักษณะ อาทิ ผู้สืบสันดาน บิดามารดา ผู้อยู่ในความปกครอง ที่อาจตีความได้ทั้งความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเพียงความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริง อันก่อ ให้เป็นปัญหาต่อการใช้และตีความกฎหมาย ซึ่งในท้ายที่สุดความไม่ชัดเจน และไม่มีนิยามกำกับ ถ้อยคำดังกล่าวได้ส่งผลให้ศาลตีความถ้อยคำไปในลักษณะที่ครอบคลุมเฉพาะการใช้อำนาจปกครอง ทางพฤตินัยเป็นสำคัญ ตัวอย่างเช่น กรณีความผิดเกี่ยวกับเพศตั้งคำพิพากษาฎีกาที่ 7795/2538⁸⁴ ซึ่ง ตีความคำว่า "ผู้อยู่ในความปกครอง" ตามมาตรา 285 ในสมัยนั้นมีผลใช้บังคับเฉพาะกรณีการใช้

⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7795/2538.

จำเลยมิใช่บิดาเด็กหญิง ม. โดย เด็กหญิง ม. เป็นบุตรติด ป. มาแล้ว ป. อยู่กินเป็นสามี ภริยากับจำเลยขณะนั้น อำนาจปกครองเด็กหญิง ม. จึงตกอยู่แก่ ป.มารดาตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1568 หาให้อยู่ในความ ปกครองของจำเลยซึ่งเป็นบิดา เลี้ยงไม่ และคำว่า "ผู้อยู่ในความปกครอง" ตามที่บัญญัติไว้ในประมวล กฎหมายอาญามาตรา 285 หมายถึงความปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติไว้มิใช่เป็นความปกครอง โดยพฤตินัย จำเลยกระทำชำเราเด็กหญิง ม.จึงไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

อำนาจปกครองทางนิตินัย การที่ศาลตีความกฎหมายอย่างจำกัดได้ก่อให้เกิดช่องว่างขึ้น ส่งผลให้กฎหมายไม่ครอบคลุมบิดามารดาเลี้ยง ซึ่งแท้จริงเป็นผู้มีอำนาจในลักษณะไม่ต่างกับบิดาหรือมารดาตามกฎหมาย และเป็นกรณีที่เกิดขึ้นประจำในสังคมไทย

3) ความไม่สอดคล้องกันของถ้อยคำในกฎหมายหลายฉบับ

เป็นที่ทราบดีว่า ระบบกฎหมายไทยได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็ก และมีส่วนในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองหลายฉบับ โดยที่ในบางฉบับได้กำหนดนิยามเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคลต่อเด็กตามกฎหมาย ขณะที่กฎหมายบางฉบับนิยามความสัมพันธ์กับเด็กในลักษณะที่เป็นความสัมพันธ์ในทางความเป็นจริง ซึ่งการที่ถ้อยคำมีนิยามที่แตกต่างกัน ตัวอย่างคำว่าผู้ปกครอง โดยที่กฎหมายอาญาไม่กำหนดนิยามไว้เฉพาะ กรณีอาจก่อให้เกิดปัญหาและสร้างความสับสนในทางปฏิบัติ การใช้การตีความว่าควรเป็นไปในลักษณะใด

2.2.3.2 ปัญหาทางข้อเท็จจริง

การที่บทบัญญัติกฎหมายสภาพปัญหาที่ตั้งกล่าวมาข้างต้น ย่อมก่อให้เกิดปัญหาข้อเท็จจริงทางปฏิบัติในการปรับใช้มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองตามมา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้การตีความกฎหมาย เนื่องจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์บุคคลในครอบครัวมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาที่ไม่มีความชัดเจนนี้ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการใช้การตีความกฎหมายเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ ความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมเศรษฐกิจและวัฒนธรรมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วอาจก่อให้เกิดปัญหาในการทำความเข้าใจบริบทสังคม และอันส่งผลต่อการตีความกฎหมายให้มีความเหมาะสม อย่างไรก็ดี แม้ว่าลดปัญหาการใช้การตีความนี้อาจกระทำได้โดยพิจารณาตีความจากบริบทที่มีความชัดเจนเป็นสำคัญ แต่กรณีอาจเป็นการยากในการนำมาใช้กับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสัมพันธ์ในครอบครัว ที่เป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนขึ้นอยู่กับสภาพสังคม ซึ่งการปัญหาความไม่ชัดเจนโดยตีความผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กเฉพาะแต่อำนาจปกครองทางนิตินัย อาจการช่วยแก้ปัญหาความไม่ชัดเจน แต่กลับก่อให้เกิดปัญหา และช่องว่างในการคุ้มครองตามมา เนื่องจากปัจจุบันเด็กไม่ได้อยู่กับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายเสมอไป ซึ่งหากการตีความเช่นนั้นกลายสภาพเป็นคำพิพากษาฎีกาบรรทัดฐาน กรณีอาจเป็นการยากในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางปฏิบัติ และย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็กที่จะไม่ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายตามที่ควรจะได้รับอย่างเหมาะสม

2.3 การปรับใช้มาตรการทางอาญาเพื่อคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มาตรการทางอาญาเป็นหนึ่งในกลไกสำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง อย่างไรก็ตาม มาตรการทางอาญาจำเป็นต้องนำมาใช้อย่างจำกัด ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงมุ่งพิจารณาถึงความจำเป็นอาชญากรรม และหลักความได้สัดส่วน เพื่อนำไปสู่การพิจารณาปรับใช้มาตรการทางอาญาเท่าที่จำเป็นและเหมาะสมกับการควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพลตินัย

2.3.1 ความเป็นอาชญากรรมของการกระทำที่เป็นความผิด

กฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่กำหนดการกระทำเป็นความผิด และกำหนดสภาพบังคับทางอาญาต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน ไม่ว่าจะในรูปแบบของการกำหนดโทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย หรือมาตรการบังคับอื่น สภาพบังคับเช่นนี้ย่อมกฎหมายอาญาเป็นการส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในการกระทำการใดๆ ของประชาชน การที่กฎหมายอาญามีลักษณะที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อำนาจกระทำการใดทางอาญาโดยรัฐจึงสามารถกระทำได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจภายใต้ “หลักนิติรัฐ”

เพื่อเป็นหลักประกันและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ให้สอดคล้องตามหลักนิติรัฐ หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา (Legality Principle in Criminal Law) จึงมีความสำคัญในลักษณะที่กฎหมายเป็นที่มาและข้อจำกัดของอำนาจในทางอาญา กล่าวคือ “ไม่มี ความผิด ไม่มีโทษ หากไม่กฎหมาย” (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege) ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาจึงต้องบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Lex Scripta) โดยมีสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายจะไม่มีผลย้อนหลังต่อผู้กระทำ (Lex Praevia) ทั้งบทบัญญัติจะต้องมีความชัดเจนแน่นอน (Lex Certa) ขณะเดียวกัน เพื่อให้เกิดความชัดเจน ในแง่ของการใช้และการตีความจึงต้องตีความถ้อยคำอย่างเคร่งครัดโดยมีอาจนำหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่นอกเหนือไปจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเป็น ไม่ว่าจะเป็นการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไป มาใช้ในการลงโทษหรือเพิ่มเติมโทษทางอาญาได้ (Lex Stricta)⁸⁵

⁸⁵ Machteld Boot, *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court* (Intersentia 2002) 94. อ้างถึงใน ฌักทรี ฌูมิสันตี, ‘การตีความแบบขยายความในกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2560) 1.

อย่างไรก็ดี ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายอาญา การบัญญัติกฎหมายอาญาให้เป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรกล่าวได้ว่ามีวัตถุประสงค์⁸⁶ เพื่อประกาศให้ประชาชนทราบว่าสิ่งใดสามารถหรือไม่สามารถกระทำได้ตามกฎหมาย การประกาศให้ทราบว่าผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนต่อกฎหมายจะมีความผิดและโทษทางอาญามากน้อยเพียงใด นอกจากเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกบังคับโทษนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดแล้ว ยังอาจช่วยยับยั้งการกระทำความผิดของบุคคลได้ โดยที่รัฐอาจกำหนดบทบัญญัติทางอาญาเพื่อคุ้มครองมิให้มีการกระทำที่เป็นการกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง และทรัพย์สิน ตลอดจนการนำกฎหมายอาญามาใช้ในฐานะเครื่องมือของรัฐในการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐ อาทิ ความมั่นคงปลอดภัย การบริหารราชการแผ่นดิน กระบวนการยุติธรรม ขณะเดียวกัน ยังเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ ในบทบัญญัติของกฎหมายอาญาในแต่ละมาตราเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าความผิดและโทษที่กำหนดไว้โดยกฎหมายจะมีจุดมุ่งหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเสมอ เช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ที่นอกจากเป็นการคุ้มครองสังคม ยังเป็นการให้ความคุ้มครองชีวิตของมนุษย์ โดยสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครองนี้ในบางตำราเรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)⁸⁷

แม้ว่ากฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือที่สำคัญของรัฐในการจัดระเบียบสังคม และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ มิได้หมายความว่ากระบวนการนิติบัญญัติรัฐจะตรากฎหมายอาญามากหรือน้อยเพียงใดก็ได้ตามที่รัฐประสงค์ หากแต่รัฐในฐานะผู้มีอำนาจจำเป็นต้องพิจารณาถึงความจำเป็นเหมาะสมภายใต้หลักการสำคัญคือ “การมีกฎหมายอาญาเท่าที่จำเป็น” เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาอันเกิดขึ้นมาจากการมีกฎหมายอาญามากเกินความจำเป็น (over-criminalization) อันจะส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทรัพยากร ตลอดจนศักดิ์และสิทธิของกฎหมายอันอาจกระทบต่อการนำมาตราการทางอาญามาใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์⁸⁸

ในการพิจารณาและบัญญัติให้การกระทำใดควรกำหนดให้เป็นความผิดและมีโทษทางอาญา ผู้เขียนแบ่งพิจารณาออกเป็น 2 ประการ คือ

⁸⁶ คณพล จันทร์หอม, *หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1* (วิญญูชน 2563) 27.

⁸⁷ คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน, 2560) 149.

⁸⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, ‘การแก้ปัญหากฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็นด้วยการออกกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น’ (The101.world, 14 มกราคม 2562) <<https://www.the101.world/legal-reform-with-more-legalization/>> สืบค้นเมื่อ 3 มกราคม 2564.

1) การกระทำนั้นสมควรกำหนดให้เป็นความผิด

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดการกระทำที่เป็นความผิด และกำหนดมาตรการทางอาญาเพื่อใช้บังคับต่อการกระทำนั้น ซึ่งโดยทั่วไปลักษณะของการกระทำที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาจะมีลักษณะเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม (Moral Wrongness Approach) หรือการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสิทธิเสรีภาพหรือเป็นอันตรายต่อบุคคลอื่น (Harms to Others' Approach) หรือเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy, Public Order and Good Moral Approach)⁸⁹ ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่าการกระทำที่สมควรกำหนดให้เป็นความผิดนี้มีลักษณะเป็นการกระทำอันน่าตำหนิ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงไปขึ้นอยู่กับสังคมและช่วงเวลา เพื่อควบคุมการกระทำของคนให้สอดคล้องกับความต้องการที่แท้จริงของสังคม

สำหรับ “การกระทำอันน่าตำหนิ” อาจพิจารณาได้จากประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมาย อันเป็นพื้นฐานทางความคิดและคุณค่าของการอยู่ร่วมกันในสังคมที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง โดยเชื่อว่าความรับผิดชอบทางอาญาเกิดขึ้นจากปทัสถาน (Norm) หรือแบบแผนความประพฤติของคนในสังคม ในเรื่องที่สังคมเห็นร่วมกันว่าเป็นเรื่องที่มีความร้ายแรงสังคมจะเห็นชอบร่วมกันให้กำหนดการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความผิดตามกฎหมายเพื่อคุ้มครองคุณค่าการอยู่ร่วมกันในสังคมให้คงอยู่ โดยอาจพิจารณาประกอบกับเรื่องเจตจำนงกำหนดของบุคคลในการกระทำ เมื่อการกระทำนั้นเป็นไปโดยรู้สำนึกว่าการกระทำของนั้นฝ่าฝืนต่อคุณค่าการอยู่ร่วมกันในสังคมหรือเป็นสิ่งที่สังคมไม่พึงประสงค์ แต่ยังคงกระทำการนั้นย่อมแสดงให้เห็นชัดเจนว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ

ในส่วนของ “การกระทำอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” อันหมายถึงการกระทำที่มีผลต่อความปลอดภัย ความผาสุกของประชาชนในสังคม⁹⁰ ซึ่งมีได้หมายความเฉพาะถึงกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงเท่านั้น แต่ยังคงหมายความรวมถึงการกระทำที่ไม่มีกฎหมายกำหนด โดยอาจเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับเอกชนคนใดโดยเฉพาะ แต่มีผลต่อส่วนรวมและกระทบต่อบุคคลในสังคม ในทางกลับกันความสงบเรียบร้อยของประชาชนอาจเป็น

⁸⁹ Mark Findlay and others, *Australian Criminal Justice* (Oxford University Press 1998) 9-12, อ้างถึงใน ฌักทรี สรวิฑูร์, ‘ความเหมาะสมในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา: ศึกษากรณีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548) 14-15.

⁹⁰ เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ ภาค 1-2* (เล่ม 1, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2505) 148.

เรื่องเฉพาะที่กระทบต่อเอกชนคนหนึ่งคนใดแต่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อคนในสังคมได้เช่นกัน⁹¹ โดย “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” จะขึ้นอยู่กับพื้นที่และเวลา ด้วยเหตุนี้ กฎหมายอาญาจึงมีความแตกต่างกันในแต่ละสังคม การกระทำลักษณะเดียวกันจึงอาจไม่เป็นความผิดในทุกสังคม

ทั้งนี้ แม้ว่ารัฐอาจพิจารณากำหนดความผิดและโทษทางอาญาได้ให้เป็นไปสอดคล้องกับศีลธรรมตามสภาพสังคมในทางพื้นที่และเวลา แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะพิจารณากำหนดความผิดได้ตามอำเภอใจ หากแต่จำเป็นต้องพิจารณาให้เห็นชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าวควรกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาดังจะกล่าวต่อไป

2) การกระทำความผิดนั้นควรกำหนดให้มีโทษทางอาญา

เพื่อบังคับต่อการกระทำที่เป็นความผิด มาตรการบังคับทางกฎหมายจะถูกกำหนดขึ้นเพื่อบังคับต่อบุคคลผู้กระทำความผิดโดยอาจมีลักษณะเป็นมาตรการบังคับทางแพ่ง มาตรการบังคับทางปกครอง และมาตรการบังคับทางอาญา อย่างไรก็ตาม เป็นที่ทราบดีกว่า มาตรการบังคับทางอาญาเป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง จึงควรนำมาใช้บังคับอย่างจำกัดเท่าที่จำเป็น ซึ่งในทางวิชาการ ได้มีนักวิชาการหลายท่านพยายามนำเสนอหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดทางอาญา อาทิ

เฮอเบิร์ท แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) นักทฤษฎีกฎหมายชาวอเมริกัน ได้เสนอหลักเกณฑ์ 6 ประการในการพิจารณาการกระทำที่ควรเป็นความผิดทางอาญาซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางในหมู่นักกฎหมาย⁹² ดังนี้

- 1) หมู่ชนส่วนมากเห็นได้ชัดในว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม ซึ่งหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
- 2) การกระทำความผิดแล้วเมื่อเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ
- 3) เพื่อการปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
- 4) เมื่อเป็นความผิดอาญา จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

⁹¹ ฌักทรี สร้อทซ์ (เชิงอรธ 89) 25.

⁹² Herbert L Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (California: Stanford University Press 1968) 296. อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9, เนติบัณฑิตยสภา 2549) 3.

5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

6) มาตรการทางอาญาเป็นทางเลือกสุดท้าย กล่าวคือ ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น นอกจากการใช้กฎหมายอาญา

โดยเห็นว่า โทษอาญาเป็นโทษที่รัฐต้องแบกรับค่าใช้จ่ายสูง แม้เป็นภารกิจที่รัฐจำเป็นต้องปกป้องคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม ทั้งนี้ ด้วยความร้ายแรงของโทษอาญา กรณีจึงควรสงวนไว้เฉพาะการลงโทษบุคคลที่มีการกระทำความผิดอย่างชั่วร้าย และกรณีการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม เพียงเท่าที่จำเป็นมิใช่เท่าที่รัฐประสงค์⁹³ มาตรการทางอาญาจึงควรใช้ในการลงโทษต่อบุคคลผู้กระทำการอันน่าดูหมิ่นอย่างเห็นได้ชัด ที่มีเรื่องของศีลธรรมส่วนบุคคลอันเป็นกรณีที่คลุมเครือและไม่ชัดเจน อาจก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย ความเคารพศรัทธาในกระบวนการยุติธรรม ตลอดจนปัญหาอื่นๆ ตามมาเช่นปัญหาการทุจริตโดยผู้บังคับใช้กฎหมาย

ไนเจล วอล์กเกอร์ (Nigel Walker) ศาสตราจารย์ด้านอาชญาวิทยา ได้นำเสนอว่าในการบัญญัติกฎหมายอาญาควรเป็นไปภายใต้ขอบจำกัดที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยรัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพียงเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในกรณีดังต่อไปนี้⁹⁴

1) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อสร้างหลักประกันว่า เมื่อฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับการลงโทษ หรือถูกแก้แค้นตอบแทนด้วยการลงโทษแต่เพียงอย่างเดียว

2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาในการลงโทษการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดอันตราย

3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากใช้วิธีอื่นอาจบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ และก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า

4) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาหากผลร้ายซึ่งเกิดขึ้นจากการลงโทษมากกว่าผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิด

5) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำเพื่อประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น

6) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำที่ได้รับการสนับสนุนจากประชาชน

7) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ไว้ในกฎหมายอาญา

⁹³ ฌ็องนิซ ซลิศราฟงส์ (เซ็งอรรด 61) 25.

⁹⁴ Nigel Walker, *Punishment, danger and stigma: The Morality of Criminal Justice* (Basic Books 1980) 4-23. อ้างถึงใน ฌักทรี สร้อทซ์ (เซ็งอรรด 89) 16.

8) รัฐไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามบางประการซึ่งเมื่อละเมิดแล้วไม่อาจพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดขึ้นจริง

ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าการกระทำที่เป็นความผิดและสมควรกำหนดให้มีโทษทางอาญา จะมีลักษณะเป็นการกระทำที่น่าตำหนิและขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และก่อให้เกิดอันตรายต่อประโยชน์หรือความสงบสุขของบุคคลในสังคมหรือต่อรัฐ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างผลดีผลเสียต่อรัฐเมื่อกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาจะพบว่าการกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาส่งผลเสียที่น้อยกว่าการไม่กำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา โดยที่รัฐมีความสามารถในการบังคับใช้กฎหมายในการจัดการกับผู้กระทำความผิดได้ และกรณีไม่มีทางอื่นที่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะแก้ไขปัญหาหรือการกระทำดังกล่าวได้ เทียบเท่ากับการกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา กล่าวคือ หากมีหนทางในการดำเนินการกับปัญหาหลายวิธี รัฐควรเลือกมาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่า การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาจะต้องเป็นวิธีการสุดท้าย

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น เมื่อพิจารณาถึงการกระทำของผู้ใช้อำนาจปกครอง ซึ่งมีสิทธิและหน้าที่กระทำการใดๆ เพื่อประโยชน์ของผู้เยาว์เป็นสำคัญ โดยมีกฎหมายได้เข้ามารับรองการใช้อำนาจปกครองดังกล่าวดังบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567 (2) กรณียอมหมายความว่า อำนาจปกครองแม้อาจกระทบต่อร่างกายและทรัพย์สิน ผู้ใช้อำนาจปกครองนั้นยังอาจกระทำได้ตราบใดที่ไม่เป็นการเกินไปกว่าการกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้เยาว์ ในกรณีนี้กฎหมายไม่ควรกำหนดให้การกระทำนี้เป็นความผิด เพราะจะส่งผลกระทบต่อการใช้อำนาจปกครอง และสร้างให้ผู้ใช้อำนาจปกครองเกิดความหวาดระแวงในการใช้อำนาจ

อย่างไรก็ดี ในบางกรณีการกระทำของผู้ใช้อำนาจปกครองบางลักษณะอาจสมควรกำหนดให้เป็นการกระทำที่เป็นความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจเกินกว่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการอบรมสั่งสอนผู้เยาว์ การใช้อำนาจหรือความสัมพันธ์ใกล้ชิดในการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบ หรือการกระทำอื่นๆ อันไม่อาจอ้างว่าเป็นการกระทำภายใต้กรอบของกฎหมายในการใช้อำนาจปกครอง โดยการลงโทษการกระทำเช่นนี้ อาจกล่าวได้ว่าเป็นไปเพื่อป้องกันสังคม ซึ่งทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคม (Preventive Theory) เชื่อว่า การลงโทษแม้ไม่อาจเยียวยาการกระทำที่ผ่านไปแล้วในอดีตได้ แต่การลงโทษจะข่มขู่และสร้างนิสัยของคนในสังคมให้เกิดขึ้น โดยที่การลงโทษเพื่อป้องกันจะทำให้ผู้กระทำความผิดกลัว และไม่กล้าที่จะกระทำความผิดได้นั้น อัตราโทษที่เหมาะสมกับความผิดจะส่งผลอย่างมีนัยยะสำคัญต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว

วัตถุประสงค์การลงโทษสะท้อนให้เห็นได้ชัดว่าการกำหนดให้การกระทำบางลักษณะเป็นความผิดและมีโทษทางอาญาย่อมมีส่วนช่วยในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง อันเป็นการยกระดับการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองได้ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าว

จำเป็นต้องสามารถใช้บังคับได้อย่างเหมาะสมกับการกระทำทุกลักษณะที่เป็นการอำนาจปกครอง โดยไม่ควรนำสถานะความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจปกครองมาเป็นข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง ซึ่งหมายความว่า การนำมาตราทางอาญามาใช้ควบคุมการใช้อำนาจปกครองควรหมายถึงการใช้อำนาจตามสภาพความเป็นจริงหรือพหุติษย์ ซึ่งเป็นหนึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไป

2.3.2 หลักความได้สัดส่วนในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา

แม้ว่ามาตรการทางอาญาอาจถูกนำมาใช้เพื่อควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพหุติษย์ได้ก็ตาม ทั้งนี้ ในการกำหนดโทษสำหรับความผิด รัฐไม่อาจกำหนดอัตราโทษเพียงใดก็ได้เท่าที่ต้องการ ซึ่งหากพิจารณาภายใต้หลักนิติรัฐ (Rule of Law) จะพบว่าหลักการดังกล่าวไม่เพียงแต่เรียกร้องให้กฎหมายอาญาต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ยังเป็นอีกหนึ่งหลักการสำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายให้เป็นไปอย่างเหมาะสม โดยหลักความได้สัดส่วนนี้ได้เรียกร้องให้การตรากฎหมายจะต้องพิจารณาถึงหลักการย่อยสำคัญสามประการ⁹⁵

ประการแรก หลักความเหมาะสม (Principle of suitability) หรือในบางตำราเรียกว่าหลักความสัมฤทธิ์ผล หลักการนี้บังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐบังคับให้มีการออกกฎหมายหรือกฎหมายให้มีความเหมาะสมกับการดำเนินการให้เป็นไปในทางกฎหมายเท่านั้น

ในกรณีของการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง เห็นว่าปัจจุบัน การควบคุมการใช้อำนาจปกครองเป็นสิ่งที่จำเป็นและปรากฏตามบทบัญญัติบางเรื่องในประมวลกฎหมายอาญา แม้จะกล่าวได้ว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นกรณีที่รัฐเข้าแทรกแซงความสัมพันธ์ของปัจเจกชน แต่เมื่อพิจารณาการกระทำบางประการที่กฎหมายเข้ามาควบคุม ดังตัวอย่างกรณีความผิดเกี่ยวกับเพศ จะพบว่า กรณีเช่นนี้รัฐจำเป็นต้องเข้ามามีบทบาทและแทรกแซงเพื่อพิทักษ์และคุ้มครองบุคคลบางกลุ่ม⁹⁶ เพื่อคุ้มครองส่งเสริมสวัสดิภาพและความปลอดภัยเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง ภายใต้ข้อสันนิษฐานว่า เด็กเป็นผู้อ่อนด้อยความสามารถ และการแทรกแซงสถาบันครอบครัวนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ประการที่สอง หลักความจำเป็น (Principle of necessity) เป็นการพิจารณาโดยซึ่งน้ำหนักว่าการออกกฎหมายหรือกฎหมายนั้นมีความจำเป็นมากน้อยเพียงใด หากมีทางเลือกอื่น

⁹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2552) 273.

⁹⁶ นาถวดี พักคง, 'มาตรการคุ้มครองเด็กที่ถูกทำร้ายโดยบุคคลในครอบครัว' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2536) 38-40.

ก็ควรใช้ทางเลือกอื่นก่อน เพื่อให้เกิดการแทรกแซงทางกฎหมายน้อยที่สุด ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงการกระทบต่อสิทธิของบุคคลน้อยที่สุด

เมื่อพิจารณาตามหลักการนี้จะพบว่า ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา มาตรการทางอาญาอาจถูกนำมาใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองในการกระทำบางประการเท่านั้น โดยคำนึงว่ามาตรการทางอาญามาจะนำมาใช้เมื่อไม่มีวิธีการอื่นใดเหมาะสม ซึ่งเมื่อพิจารณากรณีการกระทำที่มีลักษณะเช่นเดียวกับการใช้อำนาจปกครองของบุคคลที่ไม่มีสถานะความเป็นผู้ใช้ อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายหรือผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย จะเห็นได้ว่า ในกรณีของผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยนี้ไม่มีมาตรการทางกฎหมายอื่นใดที่จะเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจปกครอง อันต่างจากกรณีของผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีมาตรการอื่นมาใช้บังคับ เช่นการถอนอำนาจปกครอง ดังนั้น หากกฎหมายไม่มีบัญญัติถึงกรณีควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยอย่างชัดเจนกรณีย่อมอาจเป็นช่องว่างของกฎหมาย และความหวังในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยคงมีเพียงการรอให้ศาลพิจารณาใช้ดุลพินิจกำหนดโทษอย่างสูงเท่าที่ศาลจะกำหนดได้ ซึ่งอาจส่งผลให้สภาพการบังคับใช้กฎหมายในการควบคุมการใช้อำนาจระหว่างผู้ใช้ อำนาจปกครองทางนิตินัย และผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยมีความลักลั่นไม่สอดคล้องกัน

ด้วยเหตุนี้ กล่าวได้ว่า การใช้มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของเด็กซึ่งอาจอยู่ภายใต้ อำนาจปกครองทางพฤตินัย

ประการที่สาม หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of proportionality in the narrow sense) เป็นการซึ่งน้ำหนักความได้สัดส่วนระหว่างเอกชนกับมหาชนว่าเมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายและจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่สิทธิของบุคคล หรือสิทธิมหาชน มากน้อยเพียงใด ซึ่งหากกล่าวถึงการกระทำความผิดต่อชีวิตร่างกายของเด็กหากรัฐจะมุ่งหมายให้มีการกำหนดโทษที่สูงขึ้น รัฐต้องพิจารณาไปถึงผลว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์ ความเสียหาย หรือผลกระทบมากน้อยเพียงใด กล่าวคือต้องพิจารณาความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นสำคัญ

เมื่อพิจารณาซึ่งน้ำหนักประโยชน์ที่เด็กจะได้รับจากการที่กฎหมายเข้ามาควบคุม การใช้อำนาจปกครองและประโยชน์ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองจะเสียไปพบว่า การปกป้องคุ้มครองเด็กมีความสำคัญยิ่ง บนพื้นฐานว่าอำนาจปกครองเป็นการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ต่อเด็ก ดังนั้น การควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยจะต้องไม่เป็นการแทนที่ความเอื้อเพื่อเกื้อกูลกันของคนในสังคม ด้วยความหวาดระแวง หากเป็นเช่นนั้นอาจส่งผลให้ไม่มีบุคคลใดกล้าที่จะใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย ซึ่งผลกระทบย่อมกลับมาที่ผู้เยาว์ ด้วยเหตุนี้ กลไกการควบคุมการใช้อำนาจปกครองนั้น จะต้องกำหนดให้สอดคล้องและใช้บังคับเฉพาะฐานความความผิดบางลักษณะเท่านั้น และควรใช้

บังคับเฉพาะกรณีที่ใช้อำนาจปกครองกระทำโดยเจตนา ซึ่งเป็นการอาศัยอำนาจเหนือ หรือความสัมพันธ์ใกล้ชิดต่อเด็กในการแสวงหาประโยชน์

2.4 ข้อจำกัดของประมวลกฎหมายอาญาไทยในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การศึกษาบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา พบว่าบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา ได้กล่าวถึงบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันเป็นการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยเช่นนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงพิจารณาถึงรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างที่เกี่ยวข้องกับเด็กในลักษณะต่างๆ ตลอดจนถ้อยคำตามบทบัญญัติกฎหมายอาญาที่แสดงถึงผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยในปัจจุบัน

2.4.1 รูปแบบและลักษณะความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยในปัจจุบัน

อำนาจปกครอง เป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดขึ้น โดยมองว่าผู้เยาว์เป็นผู้อ่อนด้อยความสามารถด้วยอายุและวุฒิภาวะจำเป็นต้องได้รับการดูแลปกป้องคุ้มครองจากบุคคลที่กฎหมายรับรองและมอบอำนาจปกครองที่เป็นอำนาจสำคัญเพื่อดูแลผู้เยาว์ อันประกอบด้วยบรรดาหน้าที่และสิทธิเหนือเนื้อตัวร่างกายและทรัพย์สินของผู้เยาว์ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายมักหนดให้บิดามารดาเป็นผู้มีอำนาจปกครอง ทั้งนี้ อาจแตกต่างกันไปในแต่ละยุคสมัยขึ้นอยู่กับสังคมและวัฒนธรรม โดยหากหากบิดามารดายังมีชีวิตอยู่และยังไม่ถูกถอนอำนาจนี้ อำนาจปกครองจะมีอยู่ตลอดไปจนกว่าผู้เยาว์จะพ้นสภาวะผู้เยาว์ และบุคคลอื่นๆ นอกเหนือจากบิดามารดาจะไม่อาจใช้อำนาจปกครองได้ตามกฎหมาย ทั้งที่ในความเป็นจริงหรือในทางพฤตินัยผู้เยาว์อาจจะอยู่ภายใต้ความปกครองของบุคคลอื่นที่มีใช้บิดามารดา หรือเรียกว่า “อำนาจปกครองทางพฤตินัย”

สำหรับอำนาจปกครองทางพฤตินัย หมายถึงการใช้อำนาจตามความเป็นจริงอันเกิดจากการดูแลคุ้มครองผู้เยาว์ ซึ่งก่อให้เกิดการใช้อำนาจปกครองต่อทั้งเนื้อตัวร่างกายและทรัพย์สินของผู้เยาว์ ในบางกรณีอาจเป็นการใช้อำนาจต่อร่างกาย หรือทรัพย์สินของผู้เยาว์อย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย ทั้งนี้ จะต้องเป็นทั้งผู้เยาว์⁹⁷ กล่าวได้ว่าในแง่ระยะเวลาจะต้องมีความต่อเนื่องมิใช่เพียงการดูแลชั่วคราวในบางครั้งบางคราว ลักษณะเช่นนี้ การอำนาจปกครองทางพฤตินัยจึงมีลักษณะเช่นเดียวกับอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด

⁹⁷ นิตดาภา จิตต์แจ้, ‘การคุ้มครองเด็กกับการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย’ (ดุชนิพนธ์นิติศาสตร์ดุชนิพนธ์ มหาวชิราวุฒยาลัยธรรมศาสตร์ 2563) 50.

เพียงแต่ในแง่บุคคลผู้ใช้อำนาจมิได้เป็นบุคคลที่กฎหมายรับรองเท่านั้น ทั้งที่ในสภาพความเป็นจริง ตั้งแต่ก่อเกิดสังคม อำนาจปกครองทางพฤตินัยเกิดขึ้นมาตั้งแต่มีการก่อกำเนิดสังคม และต้องยอมรับว่าไม่ได้มีเพียงแต่บิดามารดาเท่านั้นที่มีการใช้อำนาจต่อผู้เยาว์ หากแต่ในสภาพความเป็นจริงอาจมีกรณีที่บุคคลสามารถเข้ามาใช้อำนาจเหนือผู้เยาว์ตามความเป็นจริงได้เสมอ เช่น บิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ญาติ หรือผู้ให้ความดูแลปกครองตามความเป็นจริงอื่นๆ ลักษณะดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า การใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยนี้อาจจำแนกออกได้เป็น 2 กลุ่มหลัก⁹⁸ ดังนี้

1) บุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต

บิดาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในการแต่งงานของชายและหญิงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายและวัฒนธรรมประเพณีของสังคม อย่างไรก็ตาม ในทางกฎหมายการจดทะเบียนสมรสเป็นความสมัครใจ ลักษณะดังกล่าวชายและหญิงจำนวนมากจึงมิได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย เพียงแต่มีการอาศัยอยู่ร่วมกันกินกันเฉยๆ หรือที่กฎหมายเรียกว่าการอยู่กินกันฉันสามีภรรยา ซึ่งผลในทางกฎหมายนอกจากในประเด็นเรื่องทรัพย์สินแล้ว การไม่จดทะเบียนสมรสยังส่งผลกระทบต่อสถานความเป็นสามีภรรยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และส่งผลให้เมื่อมีบุตรสามีจะไม่มีสถานภาพเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตร ไม่มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดู ให้การศึกษาแก่บุตร แม้จะพิสูจน์ได้ว่าเป็นบิดาในความเป็นจริง หรือเรียกว่าตามสายโลหิต หากบิดามีได้สมรสกับมารดา หรือมิได้จดทะเบียนรับรองบุตร แม้บิดามารดาแต่งงานอยู่กินกันตามประเพณี บิดานั้นก็ไม่ใช่ผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย⁹⁹ รวมถึงมีสิทธิตามตามสัญญาประนีประนอมระหว่างบิดากับมารดากรณีเป็นเพียงการตกลงใช้อำนาจปกครองดูแลตามพฤตินัย มิได้มีผลให้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้¹⁰⁰

ปวยตายาย เป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเด็ก และมักมีส่วนใช้อำนาจปกครองต่อเด็กด้วยเหตุผลหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีบิดามารดาไม่อาจใช้

⁹⁸ เฟิงอ้าง 51-59.

⁹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1547.

¹⁰⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7473/2537.

โจทก์จำเลยซึ่งอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสได้ตกลงแยกกันอยู่ และร่วมกันทำบันทึกข้อตกลงผลิตภัณฑ์ดูแลบุตรผู้เยาว์ โจทก์ซึ่งมิได้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่มีสิทธิและหน้าที่ในฐานะที่เป็นบิดาของบุตรผู้เยาว์ ข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการปกครองดูแลบุตรผู้เยาว์ระหว่างโจทก์กับจำเลยย่อมไม่มี จึงไม่อาจทำบันทึกข้อตกลง เพื่อระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับบุตรผู้เยาว์ได้บันทึกข้อตกลงดังกล่าวไม่มีผลเป็นสัญญาประนีประนอม ยอมความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 850 โจทก์ไม่อาจฟ้องบังคับให้จำเลยปฏิบัติ ตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าวได้

อำนาจปกครองได้อันเนื่องมาจากการย้ายถิ่นฐานไปทำงานต่างถิ่น การหย่าร้าง การแยกกันอยู่ ซึ่งในสังคมไทยนี้ แม้ข้อเท็จจริงปรากฏเป็นประจักษ์ว่าปู่ย่าตายายมักเป็นผู้ทำหน้าที่เลี้ยงดูผู้เยาว์ในความเป็นจริงมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ทั้งการดูแลในทางร่างกายและทรัพย์สินผู้เยาว์ ในฐานะเป็นบุคคลใกล้ชิดสนิทที่สุจริตจากบิดามารดา ซึ่งไม่ได้มีอำนาจปกครองตามกฎหมายหากเป็นเพียงการใช้อำนาจในทางความเป็นจริงเท่านั้น และเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยต่อผู้เยาว์ที่ปรากฏในสังคมบ่อยครั้งในสังคมไทย

ญาติลำดับรอง หมายถึง ผู้ที่มีความเกี่ยวพันทางสายโลหิตไม่ใช่ทางสายตรง แต่เป็นผู้มีความสัมพันธ์ในลำดับรองของผู้เยาว์ ได้แก่ ลุง ป้า น้า อา ซึ่งเป็นพี่น้องร่วมสายโลหิตกับบิดามารดาของผู้เยาว์ หรืออาจเป็นพี่ร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาของผู้เยาว์เองที่ต้องเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะและสามารถใช้อำนาจกับผู้เยาว์ได้ ในลักษณะที่สามารถทำให้ผู้เยาว์เชื่อฟังและเกรงกลัว รวมทั้งจะต้องมีการดูแลใกล้ชิดผู้เยาว์อย่างสม่ำเสมอที่อาจใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยกับผู้เยาว์ได้มิใช่เพียงชั่วคราว

2) บุคคลอื่นที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต

บุคคลอื่นที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตนี้อาจหมายความถึง บุคคลอื่นนอกเหนือจากบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายที่อาจใช้อำนาจปกครองเหนือตัวผู้เยาว์ได้ ซึ่งหากพิจารณาจะพบว่า กฎหมายหลายฉบับได้กล่าวถึงบุคคลผู้ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต แต่เป็นบุคคลที่ดูแลและควบคุมผู้เยาว์ ในลักษณะถึงขนาดที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยได้ อาทิ ครูอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่นซึ่งรับดูแลผู้เยาว์เป็นประจำ อันเป็นบุคคลที่กฎหมายยอมรับว่ามีอิทธิพลต่อเด็ก มีอำนาจในการดูแลและควบคุมผู้เยาว์ได้จนถึงขนาดกำหนดให้บุคคลเหล่านี้เป็นผู้มีความรับผิดชอบต่อผู้เยาว์¹⁰¹

นอกจากนี้ บุคคลที่อาจใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยต่อเด็กได้นี้ยังอาจหมายความถึงบุคคลที่อาศัยอยู่ร่วมกับเด็ก ดังปรากฏในกฎหมายหลายฉบับ อาทิ การบัญญัติคำว่า “ผู้ปกครอง” พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นการพิจารณาความเป็นจริงในการอยู่ร่วมกันในครัวเรือน โดยที่กฎหมายเห็นว่าบุคคลเหล่านี้เป็นผู้มีบทบาทและความรับผิดชอบต่อชีวิตผู้เยาว์ และรัฐจำเป็นต้องเข้ามาควบคุมหรือคุ้มครองให้สอดคล้องตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 430.

ลักษณะดังกล่าวข้างต้นนี้แสดงให้เห็นอย่างว่า อำนาจปกครองทางพฤตินัยมีลักษณะเช่นเดียวกับการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย เพียงแต่ไม่ได้ยึดโยงกับสถานะความชอบด้วยกฎหมาย มีเพียงการยึดโยงกับผู้เยาว์โดยลักษณะความสัมพันธ์ที่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี

2.4.2 ถ้อยคำที่แสดงถึง “ผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย” ในประมวลกฎหมายอาญาไทย

จากการพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายอาญา ทั้งในภาคความผิดและภาคทั่วไป พบว่า กฎหมายมีการบัญญัติถึงบุคคลที่อาจตีความไปถึงผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยในหลายมาตรา อาทิการใช้คำว่า บิดามารดา บุพการี ผู้ปกครอง ในบทบัญญัติเป็นต้น โดยถ้อยคำเหล่านี้เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในสามลักษณะคือ ความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ความสัมพันธ์ตามกฎหมาย หรือสัญญา และความสัมพันธ์เนื่องมาจากการพึ่งพาอาศัย ซึ่งลักษณะเช่นนี้มีความเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองและอาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวมีสถานะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยได้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างออกไปในกลุ่มความผิด ดังนี้

1) ความผิดต่อชีวิตร่างกาย

การกระทำต่อ “บุพการี” หมายความว่า บุคคลผู้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ในลำดับขั้นขึ้นไป ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289(1) ว่าด้วยเหตุฉกรรจ์ในความผิดต่อชีวิต ซึ่งเป็นลักษณะหนึ่งที่น่าไปใช้กับบทบัญญัติมาตรา 296 และมาตรา 298 ว่าด้วยเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายด้วย

การกระทำต่อ “บุคคลซึ่งต้องพึ่งตนในการดำรงชีพ หรือในการอื่นใด” ดังปรากฏในมาตรา 292 ซึ่งถ้อยคำนี้สื่อความหมายชัดเจนในความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริง ที่มีการอาศัยความช่วยเหลือพึ่งพาเพื่อการดำรงชีพ นอกจากนี้ บุคคลผู้ต้องพึ่งตนในการดำรงชีพยังอาจหมายถึงความถึงเด็กหรือผู้สูงอายุก็ได้

ผู้กระทำต่อเด็ก “ผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือสัญญา” ดังปรากฏตามมาตรา 307 โดยบัญญัติชัดเจนว่าผู้กระทำจะต้องเป็นผู้มีหน้าที่ ซึ่งเป็นหน้าที่ตามที่กำหนดในกฎหมายหรือสัญญาไม่รวมถึงหน้าที่ดูแลตามข้อเท็จจริงหรือศีลธรรม¹⁰² เมื่อบิดานอกสมรสมิใช่ผู้มีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กกรณีจึงไม่อาจเป็นผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือสัญญาได้ และจะมีเพียงมารดาเท่านั้นที่มีหน้าที่ดังกล่าว¹⁰³

¹⁰² จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 55) 276.

¹⁰³ ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (พิมพ์ครั้งที่ 4, วิญญูชน) 525.

ผู้กระทำต่อเด็ก “ผู้ใด” ดังกรณีมาตรา 293 เป็นกรณีที่พิจารณาเด็กเป็นผู้ถูกระทำเป็นหลัก ดังนั้น กรณีกฎหมายจึงไม่สนใจว่าผู้กระทำและผู้ถูกระทำมีความสัมพันธ์ตามกฎหมายหรือความเป็นจริง

ผู้กระทำต่อเด็ก “มีความสัมพันธ์ในการดูแล” ดังบทบัญญัติมาตรา 306 โดยความสัมพันธ์ในการดูแลนี้เป็นเพียงการพิจารณาถึงการกระทำก่อนหน้า ซึ่งอาจไม่ถึงขนาดเป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือสัญญา¹⁰⁴

2) ความผิดเกี่ยวกับเพศ

การกระทำต่อ “ผู้สืบสันดาน” หมายความว่าถึง ปรากฏตามความในมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญา ความสัมพันธ์สายโลหิตโดยตรงลงมา¹⁰⁵ มีลักษณะเป็นเชิงความสัมพันธ์ทางเครือญาติที่จำกัดในลำดับใกล้ชิด ซึ่งในความเข้าใจทั่วไปผู้สืบสันดานหมายความว่า บุตร โดยไม่สนใจว่าบุตรนั้นจะเป็นบุตรโดยชอบ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำต่อ “พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมบิดาหรือมารดา” ดังบัญญัติในมาตรา 285 ถ้อยคำดังกล่าวย่อมาหมายความว่าความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ประเด็นปัญหามีอยู่ว่าในกรณีของพี่น้องร่วมบิดาเดียวกันจะหมายเฉพาะแต่เพียงบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเพียงบิดาตามความเป็นจริงได้ ซึ่งยังไม่มีกรณีตีความถึงกรณีดังกล่าว ทั้งนี้ ถ้อยคำดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่มีการบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1629(4) โดยศาลตีความถือเอาตามความเป็นจริง¹⁰⁶

¹⁰⁴ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 55) 272.

¹⁰⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2993/2530.

การข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดานนั้นจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 นั้น หมายถึงการกระทำแก่ผู้สืบสันดานในทางสืบสายโลหิตโดยแท้จริง เพราะบทกฎหมายมาตรานี้ไม่ได้มุ่งลงโทษหนักขึ้นเฉพาะการกระทำแก่บุตรชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงใช้คำว่า 'กระทำแก่ผู้สืบสันดาน' ดังนั้น การที่จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมา แม้ผู้นั้นจะมีใช่เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของจำเลยก็ตาม ก็ถือได้ว่าจำเลยได้กระทำต่อผู้สืบสันดานตามความหมายของ มาตรา 285 นี้แล้ว.

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2742/2545.

การเป็นทายาทโดยธรรมในฐานะพี่น้องร่วมบิดาเดียวกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629(4) นั้น นอกจากกฎหมายมิได้กำหนดว่าพี่น้องร่วมบิดาเดียวกันจะต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดาเดียวกันแล้ว การที่จะตีความบทกฎหมายดังกล่าวว่าพี่น้องร่วมบิดาเดียวกันจะต้องเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาเดียวกันผลก็จะกลายเป็นว่า

การกระทำต่อ “ญาติสืบสายโลหิต” ตามมาตรา 285 โดยความว่าสืบสายโลหิตนี้ ย่อมชัดเจนว่ากฎหมายมุ่งพิจารณาความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงโดยตรงในลำดับชั้นลงมาเป็นหลัก

การกระทำต่อ “ผู้อยู่ในความปกครอง” ดังบทบัญญัติมาตรา 285 โดยความปกครองนี้จะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ในทางกฎหมายมิใช่ทางพฤตินัย กรณีผู้มีความสัมพันธ์ทางพฤตินัยเช่น ลูกเลี้ยงจึงมิใช่ผู้อยู่ในความปกครอง^{107 108}

การกระทำต่อ “ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอันใด” ตามความในมาตรา 285 โดยเมื่อพิจารณาถ้อยคำดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายมุ่งพิจารณาสถานะการตกอยู่ภายใต้

พี่น้องร่วมบิดาเดียวกันจะมีได้แต่เฉพาะเมื่อการสมรสระหว่างบิดากับมารดาคนก่อนสิ้นสุดลงแล้วเท่านั้น ซึ่งเป็นการตีความที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวแคบเกินกว่าบทบัญญัติตามตัวอักษรของกฎหมายและมีใช้ความมุ่งหมายของบทบัญญัติที่ให้ทายาทโดยธรรมซึ่งอยู่ในฐานะเป็นญาติสนิทที่ใกล้ชิดที่สุดอยู่ในลำดับมีสิทธิรับมรดกก่อนหลังและตัดญาติห่างซึ่งอยู่ในลำดับถัดลงไปไม่มีสิทธิในทรัพย์สินมรดกของผู้ตายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1630 ทั้งการเป็นพี่น้องด้วยกันนี้ก็ห้ามมีบทบัญญัติให้เกิดสิทธิหน้าที่ต่อกันเหมือนเช่น การเกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดากับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ ฉะนั้น การเป็นทายาทโดยธรรมในฐานะพี่น้องร่วมบิดาเดียวกันจึงต้องถือตามความเป็น ... ส่วนผู้คัดค้านที่เข้ารับมรดกแทนที่บิดาซึ่งเป็นลูกของผู้ตายถือเป็นทายาทในลำดับถัดลงไปไม่มีสิทธิในทรัพย์สินมรดกของผู้ตายตามมาตรา 1630 จึงไม่มีส่วนได้เสียที่จะยื่นคำร้องคัดค้านการที่ผู้ร้องขอจัดการมรดกของผู้ตาย

¹⁰⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8595/2553.

ผู้เสียหายมิใช่ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงของจำเลย และคำว่า "ผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง" ตาม ป.อ. มาตรา 285 หมายถึง ความปกครองตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่ตามพฤตินัย การที่จำเลยและภริยารับผู้เสียหายมาอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษา ผู้เสียหายมิได้อยู่ในความปกครองของจำเลยตามบทบัญญัติดังกล่าว การที่จำเลยพยายามข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายซึ่งเป็นลูกเลี้ยง จึงไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราแก่ผู้อยู่ในความปกครองตาม ป.อ. มาตรา 285

¹⁰⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8825/2554.

ข้อเท็จจริงฟังได้เพียงว่า ธ. นำผู้เสียหายมาฝากไว้กับ ส. ภริยาของจำเลยช่วยดูแลเพื่ออำนวยความสะดวกในการศึกษาของผู้เสียหาย ดังนั้น อำนาจปกครองยังคงอยู่กับ ธ. ผู้เป็นบิดาของผู้เสียหายการกระทำของจำเลยจึงไม่เข้าเหตุฉกรรจ์ตาม ป.อ. มาตรา 285

อิทธิพลความกลัวหรือสภาวะที่ทำให้บุคคลต้องจำยอมตกอยู่ภายใต้สภาวะบางประการ ซึ่งบริบทของภาษาไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวเป็นคำที่เพ่งบัญญัติขึ้นจึงยังไม่ปรากฏแนวทางการใช้การตีความของศาล

3) ความผิดต่อเสรีภาพชื่อเสียง

กระทำโดยพยานบุคคลไปจาก “บิดามารดา” ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 317 ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ซึ่งในกรณีนี้ได้มีคำพิพากษาที่ศาลตีความคำว่าบิดามารดาในความผิดฐานนี้หมายถึงบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ในกรณีของบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลได้ตีความโดยถือว่า บิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงถือว่าเป็นผู้ปกครอง¹⁰⁹

กระทำโดยพยานบุคคลไปจาก “ผู้ปกครอง” ตามบทบัญญัติมาตรา 317 ซึ่งเมื่อพิจารณาถ้อยคำดังกล่าวเป็นการใช้คำเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ ในกรณีดังกล่าวศาลได้ตีความคำว่าผู้ปกครองให้หมายความถึง ผู้ใช้อำนาจปกครองอย่างบิดามารดาอันเป็นการตีความไปในทางความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงเป็นหลัก ซึ่งเคยมีคำพิพากษากฎีกาตีความผู้ปกครองว่าผู้มีฐานะทางกฎหมายเกี่ยวพันกับเด็กหรือผู้เยาว์¹¹⁰

กระทำโดยพยานบุคคลไปจาก “ผู้ดูแล” โดยกรณีตามมาตรา 317 นี้ย่อมหมายความว่าดูแลอยู่ในขณะนั้นและถูกพาไปจากการดูแล กรณีจึงหมายความว่าความสัมพันธ์เชิงพฤติการณ์ข้อเท็จจริงที่ดูแลเด็กอยู่

ผู้กระทำต่อเด็ก “ผู้ใด” ดังกรณีมาตรา 312ทวิ 312ตรี 313 เป็นกรณีที่พิจารณาเด็กเป็นผู้ถูกระทำเป็นหลัก ดังนั้น กรณีกฎหมายจึงไม่สนใจว่าผู้กระทำและผู้ถูกระทำมีความสัมพันธ์ตามกฎหมายหรือความเป็นจริง

ผู้กระทำต่อเด็ก “ใช้อำนาจผิดคลองธรรม” ตามมาตรา 320 ซึ่งไม่ได้จำกัดว่าจะเป็นอำนาจลักษณะใด กรณีจึงอาจหมายความถึงอำนาจในทางความเป็นจริงที่เกิดขึ้นได้

¹⁰⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5989/2548.

ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 หมายความว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่ออำนาจปกครองของบิดามารดาหรือต่อผู้ปกครองหรือต่อผู้ดูแลของผู้เยาว์ คดีนี้บิดาของผู้เสียหายมิได้จดทะเบียนสมรสกับมารดา ผู้เสียหายจึงมิใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่บิดาและมารดาของผู้เสียหายได้เลิกร่างกันมานานถึง 17 ปี โดยผู้เสียหายอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของบิดามาตลอด บิดาของผู้เสียหายจึงเป็นผู้ปกครองผู้เสียหาย การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเสียจากผู้ปกครอง

¹¹⁰ สหรัฐ กิติ ศุภการ (เชิงอรรถ 70) 557.

4) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

การกระทำต่อ “ผู้สืบสันดาน” ดังบัญญัติในมาตรา 71 ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของบุคคลตามความเป็นจริง¹¹¹

เมื่อพิจารณาถึงการบัญญัติถ้อยคำที่แสดงถึงบริบทความสัมพันธ์ในประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายอาญามีการบัญญัติกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในความผิดด้วยถ้อยคำที่แตกต่างกัน ซึ่งในทางวิชาการและทางปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลฎีกาได้มีการตีความถ้อยคำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์โดยสรุปดังตาราง

¹¹¹ สหรัษฎ์ กิติ ศุภการ (เชิงอรรถ 70) 156.

ตารางที่ 2.1 การพิจารณาลักษณะบริบทความสัมพันธ์ของบุคคลตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาไทย

กลุ่มความผิด	ฐานความผิด	ถ้อยคำในกฎหมาย	นิติบัญญัติ	พฤตินัย
ชีวิตร่างกาย	ม.289(1) เหตุฉกรรจ์ในความผิดต่อชีวิต	บุพการี	✗	✓
	ม.292 ยุยงให้ผู้อื่นฆ่าตัวตายด้วยวิธีทารุณ	บุคคลซึ่งต้องพึ่งตนในการดำรงชีพ หรือในการอื่นใด	✗	✓
	ม.293 ยุยงให้ผู้เด็กฆ่าตัวตาย	ผู้ใด	✗	✓
	ม.296 เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย	บุพการี (อ้างอิง ม.289)	✗	✓
	ม.298 เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ถึงแก่อันตรายสาหัส			
	ม.306 ทอดทิ้งไปจากความดูแล	ผู้ใด	✗	✓
	ม.307 ทอดทิ้งไปจากหน้าที่	ผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือสัญญา	✓	✗
เพศ	ม.285 เหตุฉกรรจ์ในความผิดเกี่ยวกับเพศ	ผู้สืบสันดาน, พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมบิดาหรือมารดา, ญาติสืบสายโลหิต, ผู้อยู่ในความปกครอง, ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด	✓	✓
เสรีภาพ ชื่อเสียง	ม.312ทวิ กักขังและบังคับให้เด็กกระทำการใดต่อบุคคลอื่น หรือกักขังและเอาเด็กลงเป็นทาส	ผู้ใด	✗	✓
	ม.312ตรี เป็นธุระจัดหา ล่อลวง หรือพาเด็กไปในกระบวนการค้ามนุษย์			
	ม.313 การทำลายเสรีภาพบุคคลเพื่อเรียกค่าไถ่			
	ม.317 พรากรผู้เยาว์ (ตลอดจน ม.318, 319)	บิดามารดา, ผู้ปกครอง, ผู้ดูแล	✗	✓
	ม.320 พาหรือส่งคนออกไปจากราชอาณาจักรโดยไม่ยินยอม	ผู้ใช้อำนาจผิดคลองธรรม	✗	✓

กลุ่มความผิด	ฐานความผิด	ถ้อยคำในกฎหมาย	นิติบัญญัติ	พฤตินัย
ทรัพย์	ม.71 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่กระทำต่อบุคคลในครอบครัว	ผู้สืบสันดาน	✘	✔

จากตารางข้างต้น การที่กฎหมายอาญาบัญญัติถ้อยคำที่แสดงถึงบริบทความสัมพันธ์ทั้งในลักษณะที่เป็นการคุ้มครองความสัมพันธ์ในครอบครัว การคุ้มครองการใช้อำนาจปกครอง ตลอดจนการให้ความคุ้มครองเด็กทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ซึ่งในทางการใช้การตีความกฎหมายมีทั้งการพิจารณาความสัมพันธ์ในทางทางนิติบัญญัติและทางพฤตินัย ย่อมเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงกรอบการพิจารณาความสัมพันธ์ในทางพฤตินัยในระบบกฎหมายอาญาไทย อันหมายความว่ารวมถึงกรอบการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยที่อยู่บนฐานของการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล เพียงแต่ความสัมพันธ์เช่นนี้อาจไม่ได้มีการนำไปพิจารณาในบริบทของการให้ความคุ้มครองเด็ก ดังตัวอย่างในมาตรา 289 ที่มีการพิจารณาถึงการกระทำความผิดต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์ลำดับชั้นขึ้นไปแต่ไม่ได้พิจารณาถึงการกระทำต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในลำดับชั้นลงมา เป็นต้น การพิจารณากรอบความสัมพันธ์ให้ครอบคลุมการกระทำความผิดที่กระทำต่อเด็กเพื่อให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยจึงเป็นการพิจารณาบนพื้นฐานแนวคิดความสัมพันธ์ที่มีอยู่เดิมในระบบกฎหมายอาญาไทยปัจจุบัน

บทที่ 3

การใช้มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองในกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้ ผู้เขียนจะศึกษาถึงการนำมาตรการทางอาญามาใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง โดยศึกษาวิเคราะห์ถึงการนำมาตรการทางอาญามาใช้ในการคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองของกลุ่มประเทศศึกษา อันจะนำไปสู่การพิจารณาแสวงหาขอบเขตที่เหมาะสมในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยที่สามารถนำไปปรับใช้และพัฒนาให้เหมาะสมกับกฎหมายไทย

3.1 ประเทศในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law)

ในการพิจารณาประเทศศึกษาที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ ผู้เขียนได้เลือกประเทศศึกษาคือ ประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ไม่ใช้กฎหมายอาญาแบบไม่มีประมวลกฎหมายอาญา ประเทศออสเตรเลียซึ่งเป็นประเทศที่มีการปกครองแบบสหพันธรัฐและมีการตราประมวลกฎหมายอาญาแยกจากกันในแต่ละรัฐที่อาจทำให้เห็นถึงลักษณะการบัญญัติหรือความแตกต่างของบทบัญญัติที่หลากหลาย และประเทศสุดท้ายประเทศสิงคโปร์ซึ่งเป็นประเทศที่มีบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาที่เพิ่งได้รับการปรับปรุงแก้ไข โดยรายละเอียดของกฎหมายแต่ละประเทศผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

3.1.1 ประเทศอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษ¹ เป็นต้นแบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และเป็นประเทศที่มีการกำหนดในเรื่องการใช้อำนาจปกครองเด็กตามกฎหมาย ในอดีตก่อนมีกฎหมายเด็ก (Pre Children Act) ระบบกฎหมายเดิมของอังกฤษได้กำหนดอำนาจปกครองในลักษณะอำนาจของบิดาที่มีเหนือบุตร (Parental Power) ในลักษณะใกล้เคียงกับอำนาจเบ็ดเสร็จ ก่อนจะพัฒนาเป็นการ

¹ ผู้เขียนพิจารณากฎหมายอังกฤษ (England) เฉพาะบทบัญญัติที่มีสถานะเป็นกฎหมายหลัก (Act of Parliament) ของสหราชอาณาจักร (United Kingdom Legislation) ที่บังคับใช้เป็น การทั่วไปในสหราชอาณาจักรรวมถึงอังกฤษ โดยไม่รวมถึงการศึกษากฎหมายของสก็อตแลนด์ และไอร์แลนด์เหนือ

สิทธิบางประการที่มีเหนือบุตร (Parental Right)² และท้ายที่สุดเป็นอำนาจปกครองตามกฎหมายเด็ก (The Children Act 1989)

3.1.1.1 อำนาจปกครองตามกฎหมาย

กฎหมายเด็ก (The Children Act 1989) กล่าวได้ว่าเป็นพัฒนาการที่สำคัญของการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายในประเทศอังกฤษ กล่าวคือ กฎหมายเด็กฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ยอมรับในเรื่องสิทธิความเสมอภาคทางเพศ (gender equality) จากเดิมอำนาจปกครองเป็นเรื่องของบิดากฎหมายได้เปิดโอกาสให้มารดาเข้ามามีส่วนในการใช้อำนาจปกครองบุตรอย่างชัดเจน ทั้งยังเน้นย้ำถึงความเป็นบิดามารดา (parental) และคำนึงถึงความเป็นเด็กโดยกำหนดให้เด็กจะต้องอยู่ภายใต้การปกครองเลี้ยงดูร่วมกันของบิดามารดา³ ซึ่งอำนาจปกครองนี้มิใช่เรื่องของสิทธิและหน้าที่ต่อบุตรแต่อย่างใด หากแต่เป็นความรับผิดชอบที่บิดามารดาพึงมีต่อบุตร (Parental Responsibility) ดังความในมาตรา 3 ของกฎหมายเด็ก โดยนอกจากความรับผิดชอบของบิดามารดาจะ หมายถึง บรรดาสิทธิหน้าที่ ความรับผิดชอบและอำนาจเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายและทรัพย์สินของเด็กที่บิดามารดาพึงมีตามกฎหมาย⁴ ทั้งนี้ กฎหมายเด็กยังได้กล่าวถึงบุคคลที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายที่อาจอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ หากบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ให้การดูแลเด็กในความเป็นจริงกรณีอาจถือเป็นการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายนี้ โดยบุคคลดังกล่าวย่อมมีความรับผิดชอบในการกระทำสิ่งที่เหมาะสมเพื่อการปกป้องคุ้มครองหรือส่งเสริมสวัสดิภาพของเด็ก⁵

แม้ว่ากฎหมายเด็กจะกำหนดให้บิดามารดาใช้อำนาจปกครองร่วมกันก็ตาม แต่โดยหลัก เมื่อพิจารณาบทบัญญัติจะเห็นว่า การใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเด็กนี้จะเป็นเรื่องของบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ ในกรณีที่บิดามารดาไม่ได้สมรสกันในเวลาที่บุตรเกิด อำนาจปกครองจะเป็นของมารดาเพียงผู้เดียว แต่บิดาจะมีอำนาจปกครองได้ตามมาตรา 2(2)(b) และมาตรา 4 และเมื่อบุคคลดังกล่าวได้ถืออำนาจปกครองไว้ บุคคลย่อมไม่สามารถสละหรือโอนทั้งหมดหรือบางส่วนของความรับผิดชอบให้แก่ผู้อื่นได้อย่างอิสระ แต่ต้องกระทำภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ ผู้ถืออำนาจปกครองอาจโอนส่วนหนึ่งของความรับผิดชอบให้อยู่ที่บุคคลอื่นให้มี

² พรพรรณวี เพชรพลอย, ‘การถอนอำนาจปกครองบุตร’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 24.

³ มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, ‘หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562) 34.

⁴ The Children Act 1989, s 3(1).

⁵ The Children Act 1989, s 3(4) and (5).

ความสามารถกระทำการแทนในนามของตนเองได้ตามมาตรา 2(9)⁶ เช่น การโอนอำนาจให้พี่เลี้ยงเด็กกระทำการแทนตน ซึ่งการให้อำนาจกระทำการแทนนี้ไม่จำเป็นต้องผ่านการขอต่อศาล ทั้งนี้ การให้กระทำการแทนดังกล่าวย่อมหมายความว่าบิดามารดาไม่หลุดพ้นในบรรดาความรับผิดชอบต่างๆ อันเกิดจากการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย⁷ เช่น มอบผู้อื่นให้ทำหน้าที่แทนแล้วก็ตาม (Delegate parental responsibility)⁸ ตามมาตรา 2(11) การมอบการจัดการนี้ไม่เป็นการปลดเปลื้องอำนาจปกครองออกจากบิดามารดา บิดามารดานั้นยังอาจต้องรับผิดชอบในคดีอาญาฐานละทิ้งเด็ก แม้ว่าตนจะได้มอบผู้อื่นให้ทำหน้าที่แทนแล้วก็ตาม (Delegate parental responsibility)⁹

แม้ว่ากฎหมายอังกฤษจะสงวนการใช้อำนาจปกครองไว้ให้กับบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็คำนึงถึงการใช้อำนาจปกครองโดยบุคคลอื่นแม้ว่าบุคคลเหล่านั้นจะไม่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (Non-Parent) ไม่ว่าจะเป็นอำนาจปกครองของบิดาไม่ชอบด้วยกฎหมาย บิดาหรือมารดาเลี้ยง (Step-parent) ผู้ปกครองพิเศษ (Special Guardianship) หรือผู้ปกครองอุปถัมภ์ (Foster Parent) โดยกำหนดวิธีการได้มาซึ่งอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลเหล่านี้ รวมทั้งเปิดโอกาสให้รัฐอาจเข้ามามีส่วนในการใช้อำนาจปกครองได้ ดังตัวอย่างกรณีที่กฎหมายเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น (Local Authorities)¹⁰

กล่าวได้ว่า อำนาจปกครองในกฎหมายประเทศอังกฤษ นอกจากจะมีการรับรองอำนาจปกครองทางนิตินัยแล้ว ยังมีการรับรองอำนาจปกครองทางพฤตินัยของผู้ใช้อำนาจตามความเป็นจริงด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคำนึงถึงสภาพความเป็นจริงในการเลี้ยงดูถึงความในมาตรา 3 ขณะเดียวกัน ยังรับรองสิทธิและหน้าที่ที่มีต่อผู้เยาว์ แม้อาจไม่ใช่การได้มาซึ่งอำนาจปกครองทั้งหมดเป็นเพียงอำนาจบางส่วน หรือมีข้อจำกัดบางประการ แต่การที่กฎหมายเข้ามารับรองการใช้อำนาจกับผู้เยาว์ในขณะใดขณะหนึ่งได้ แม้ไม่ใช่การใช้อำนาจปกครองในลักษณะของการใช้อำนาจปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความชัดเจนดังกล่าวก็ทำให้ผู้เยาว์ได้รับความคุ้มครองอย่างครอบคลุม และไม่เกิดช่องว่างในการให้ความคุ้มครองผู้เยาว์

⁶ The Children Act 1989, s 2(9).

⁷ The Children Act 1989, s 2(11).

⁸ Jonathan Herring, *Family Law (Longman Law Series)* (8th Edn, Pearson 2017) 383-384.

⁹ เพิ่งอ้าง 383-384.

¹⁰ The Children Act 1989, s 44(1) and (5).

3.1.1.2 มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง

บทบัญญัติกฎหมายของอังกฤษเมื่อพิจารณาจะพบว่าการจัดกลุ่มบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองมีความเป็นระบบและชัดเจนเพียงพอในการให้ความคุ้มครองเด็กอย่างครอบคลุม โดยนอกเหนือจากมาตรการทางแพ่งรัฐเข้าไปแทรกแซงการใช้อำนาจปกครองแล้ว บรรดาการกระทำที่กระทบต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของผู้เยาว์ในอำนาจปกครองเป็นเรื่องที่อาจมีการนำมาตราทางอาญาเข้ามาใช้ได้เช่นกัน

แม้ว่าประเทศอังกฤษจะใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ แต่สำหรับกฎหมายอาญาจำเป็นต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมาย ทั้งนี้ ศาลยังคงมีบทบาทในการกำหนดโทษภายใต้กฎหมายกำหนด ลักษณะดังกล่าวศาลจึงมีอิทธิพลอย่างมากต่อความหนักเบาของโทษทางอาญา ซึ่งในบางลักษณะสิ่งที่ศาลตัดสินอาจกลายเป็นบรรทัดฐาน (precedent) ที่ถูกนำมาปรับใช้ในคดีอื่นๆ ที่มีความใกล้เคียงกันต่อไป¹¹

สำหรับกฎหมายอาญาของประเทศไทย เนื่องด้วยประเทศไทยไม่ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาดังปรากฏในประเทศอื่น บรรดาความผิดทางอาญาต่างๆ จึงมักบัญญัติอยู่ในกฎหมายฉบับต่างๆ อาทิ

1) กฎหมายว่าด้วยการกระทำที่เป็นการฆาตกรรม ค.ศ. 1957 (Homicide Act 1957) กฎหมายฉบับนี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดถึงการกระทำที่เป็นอันตรายถึงแก่ชีวิตของบุคคลเป็นความผิดและกำหนดโทษของการกระทำ โดยในความผิดฐานฆ่าโดยเจตนาผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ความผิดได้กระทำโดยมีลักษณะของเหตุฉกรรจ์ (Capital Murder) ผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต¹²

ทั้งนี้ ในกรณีของการฆ่าเด็กทารก จะมีความผิดตามกฎหมายอีกฉบับที่ว่าด้วยความผิดเฉพาะในการฆ่าทารก (Infanticide Act 1938) โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้หญิงที่เป็นมารดาฆ่าบุตรของตนขณะยังเป็นทารก (Infanticide) หรือบุตรที่อายุต่ำกว่า 12 เดือน เป็นความผิดและมีอัตราโทษสูงสุดเช่นเดียวกับความผิดฐานฆ่าบุคคลอื่นคือ โทษจำคุกตลอดชีวิต¹³

2) กฎหมายเด็กและเยาวชน ค.ศ. 1933 (Children and Young Persons Act 1933) กฎหมายฉบับนี้ได้รวมบรรดากฎหมายคุ้มครองเด็กที่มีอยู่ทั้งหมดในอังกฤษและเวลส์ไว้ในพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวถึงการกระทำที่มีลักษณะเป็นการ

¹¹ สุจิตตา มโหธร, ‘ความรับผิดชอบทางอาญาของบิดามารดาที่เกิดจากการละเว้นหน้าที่ในการปกครองดูแลผู้เยาว์’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 99.

¹² Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965, s 1(1).

¹³ Infanticide Act 1938, s 1(1).

โหดร้าย และกระทบต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็ก (Cruelty and Exposure to Moral and Physical Danger) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำในลักษณะที่เป็นการทอดทิ้ง ซึ่งในมาตรา 1 กำหนดให้บุคคลผู้มีความรับผิดชอบในการดูแลเด็ก (legally liable to maintain a child) จงใจทอดทิ้งหรือปล่อยให้เด็กนั้นตกอยู่ในอันตรายทางกายและจิตใจจะมีความรับผิดชอบในอัตราโทษปรับไม่เกิน 400 ยูโร และยังกำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนและสูงสุดไม่เกิน 10 ปี¹⁴

3) กฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988 (Criminal Justice Act 1988) กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยในมาตรา 45 ได้กำหนดให้การกระทำที่เป็นการทำร้ายเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ให้ระวางโทษจำคุก 2 ปี¹⁵ โดยอ้างอิงถึงพระราชบัญญัติ The Children and Young Persons Act 1933 In section 1(1)(a) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า การเจตนาทำร้ายร่างกาย ทำร้ายทารุณ ละเลย ละทิ้ง หรือทำให้เขาถูกทำร้าย หรือทำการกระทำในลักษณะที่จะทำให้เขาทุกข์ทรมานโดยไม่จำเป็น หรือทำให้สุขภาพร่างกายได้รับบาดเจ็บ รวมถึงการบาดเจ็บ หรือสูญเสียการมองเห็น หรือสูญเสียการได้ยิน หรือสูญเสียแขนขา อวัยวะร่างกายต่างๆ และทำให้เกิดความวิตกกังวลใดๆ กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี¹⁶

4) กฎหมายลักพาเด็ก ค.ศ. 1984 (Child Abduction Act 1984) กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดถึงการลักพาเด็ก ซึ่งเป็นการกระทำที่นอกจากเป็นการกระทบต่อการใช้อำนาจปกครองแล้ว ยังกระทบต่อเด็กที่ควรได้รับความคุ้มครองการดูแลจากบุคคลผู้มีความรับผิดชอบต่อเด็ก โดยกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้การลักพาเด็กอาจเกิดขึ้นโดยบุคคลอื่นที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับเด็ก¹⁷ และในบางกรณีการลักพาเด็กนี้อาจเกิดขึ้นจากผู้กระทำที่เป็นบิดามารดาผู้ปกครองของเด็กได้เช่นกัน¹⁸ ในส่วนของการลักพาเด็กโดยผู้ปกครองนี้ กล่าวได้ว่าเป็นการกระทำใช้อำนาจปกครองที่กระทบต่อผู้ใช้อำนาจปกครองรายอื่น โดยในมาตรา 1 กำหนดให้บุคคลผู้มีความเกี่ยวข้องกับเด็ก ไม่ว่าจะพ่อแม่ของเด็กไม่ว่าจะมีสถานะสมรสหรือเป็นเพียงการใช้ชีวิตร่วมกัน หรือผู้ปกครอง หรือผู้ปกครองกรณีพิเศษ หรือบุคคลที่ปฏิบัติตามคำสั่งในการจัดให้เด็กอาศัยอยู่ด้วย หรือบุคคลที่กระทำการดูแลเด็ก ที่กระทำการพาหรือส่งออกเด็กไปโดยไม่ได้รับความยินยอมที่เหมาะสมตามกฎหมายจาก

¹⁴ Children and Young Persons Act 1933, s 1 (1).

¹⁵ Criminal Justice Act 1988, s 45(1).

¹⁶ Children and Young Persons Act 1933, s 1(1)(a).

¹⁷ Child Abduction Act 1984, s 2(1).

¹⁸ Child Abduction Act 1984, s 1.

ผู้ใช้อำนาจปกครองคนอื่น ๆ (without the appropriate consent) ต้องระวางโทษทั้งจำคุก ปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยในบางกรณีอาจระวางโทษสูงถึงจำคุกไม่เกิน 7 ปี¹⁹

5) กฎหมายความรุนแรงในครอบครัว (Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004) กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดความรุนแรงในครอบครัวเป็นลักษณะหนึ่งของอาชญากรรม โดยได้กำหนดความผิดฐานก่อให้เกิดหรือปล่อยให้เด็กที่อ่อนแอถึงแก่ความตาย ซึ่งผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้แก่ บุคคลที่เป็นสมาชิกในครัวเรือนเดียวกัน (member of the same household) และมีการติดต่อกับเขาบ่อยครั้ง (frequent contact) ในช่วงเวลาที่มีการกระทำนั้นเกิดขึ้น และทราบดีว่ามีความเสี่ยงหรืออันตรายที่จะเกิดอันตรายต่อร่างกายของเหยื่อ แม้ว่ากากระทำดังกล่าวจะไม่ได้เป็นการกระทำในข้อหาฆาตกรรม หรือฆ่าคนตาย แต่ความผิดลักษณะนี้เกิดขึ้นเนื่องจากบุคคลดังกล่าวล้มเหลวในการดำเนินการตามสมควรเพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลนั้นมาทำร้ายเด็กจนถึงขนาดทำให้บุคคลนั้นเสียชีวิตในเวลาต่อมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของสมาชิกในครัวเรือนในสถานการณ์ที่จำเลยสังเกตเห็นได้ โดยความผิดฐานนี้กฎหมายได้กำหนดโทษจำคุกสูงสุดถึง 14 ปี²⁰

6) กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) กฎหมายฉบับนี้ได้จัดทำข้อกำหนดเกี่ยวกับความผิดทางเพศ การป้องกัน และแนวทางในการปกป้องเด็กจากอันตรายจากการกระทำทางเพศ ซึ่งบทบัญญัติได้กำหนดให้บรรดาการกระทำ ความผิดทางเพศต่อเด็กเป็นเหตุฉกรรจ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี (Rape and other offences against children under 13) และกำหนดให้มีอัตราโทษสูงถึงจำคุกตลอดชีวิต

นอกจากการกำหนดลงโทษบรรดาการกระทำความผิดทางเพศในลักษณะต่างๆ ให้เป็นความผิดแล้ว กฎหมายฉบับนี้ยังได้คำนึงถึงการกระทำทางเพศ ที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการกระทำชำเรา (rape) และอนาจารโดยการล่วงล้ำ (sexual assault) กฎหมายฉบับนี้ยังได้พิจารณาถึงกากระทำในลักษณะอื่น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่กระทบต่อความไว้วางใจ (Abuse of position of trust) โดยพิจารณาสถานะของบุคคลผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นการอาศัยอยู่ร่วมกันกับเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอาศัยอยู่ร่วมกัน²¹ ขณะเดียวกัน ยังได้พิจารณาถึงการกระทำ

¹⁹ Child Abduction Act 1984, s 4(1).

²⁰ Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004, s 5.

²¹ Sexual Offences Act 2003, s 21(3).

ของบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันในครอบครัว (Familial child sex offences) และกำหนด
ระวางโทษจำคุกสูงถึง 14 ปี ขึ้นอยู่กับกรณี

สำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัวเมื่อพิจารณาตามมาตรา 27 พบว่า ได้
กำหนดถึงรูปแบบและลักษณะความสัมพันธ์ในครอบครัวที่ค่อนข้างกว้าง อันได้แก่²² พ่อแม่ (parent)
ปู่ย่าตายาย (grandparent) พี่น้องร่วมบิดาเดียวกัน (brother, sister) พี่น้องร่วมแม่บิดา หรือแต่
มารดาเดียวกัน (half-brother, half-sister) ลุงป้า น้าอา (aunt or uncle) และบิดามารดาอุปถัมภ์
(foster parent)²³ โดยรวมถึงบุคคลที่อาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน (same household) หรือเป็น
บุคคลที่มีส่วนร่วมเสมอในการอบรมเลี้ยงดู ในลักษณะหนึ่งอาจเป็นการกระทำในฐานะที่มีหรือเคยมี
ความสัมพันธ์ร่วมกันหรือเคยอยู่ร่วมกันไม่ว่าจะในลักษณะ พ่อแม่บุญธรรม (step-parent)
ลูกพี่ลูกน้อง (cousins) ลูกเลี้ยง (stepbrother or stepsister)²⁴

ภายหลังจากพิจารณาการนำมาตรการทางอาญามาใช้ในการคุ้มครองเด็ก
ในประเทศอังกฤษพบว่า การที่ระบบกฎหมายอังกฤษเป็นระบบแบบไม่มีประมวลกฎหมายอาญา
(code) เป็นกฎหมายกลางในการรวบรวมบรรดาการกระทำที่เป็นความและกำหนดโทษ แต่อาศัย
มาตรการคุ้มครองตามกฎหมายเฉพาะ (act) ตามแต่กรณี ซึ่งหากกฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครองเด็ก
กฎหมายจะมีลักษณะการให้ความสำคัญต่อเด็กในฐานะเหยื่อ (child victims) โดยไม่สนใจว่าการ
กระทำนั้นบุคคลใดเป็นผู้กระทำ และในบางกรณีกฎหมายอาจพิจารณาคู่ครองเด็กโดยพิจารณาการ
ตกอยู่ภายใต้อำนาจ หรือความไว้นื้อเชื่อใจอันส่งผลกระทบต่อความระมัดระวังในตนเองได้ ดังกรณี
กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ ที่กำหนดบทบัญญัติว่าการกระทำต่อบุคคลที่เป็นการทำลายความไว

(3) This subsection applies if A looks after persons under 18 who are
resident in a home or other place in which—

(a) accommodation and maintenance are provided by an authority [in
accordance with section 22C(6)] of the Children Act 1989 (c. 41) [or section
81(6) of the Social Services and Well-being (Wales) Act 2014] F4..., or

(b) accommodation is provided by a voluntary organisation under
section 59(1) of [F5the Children Act 1989] ..., and B is resident, and is so
provided with accommodation and maintenance or accommodation, in that
place.

²² Sexual Offences Act 2003, s 27.

²³ Sexual Offences Act 2003, s 27(2).

²⁴ Sexual Offences Act 2003, s 27(3).

เนื้อเชื่อใจ และการกระทำต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในครอบครัวเดียวกัน ซึ่งในส่วนของบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในครอบครัวเดียวกันนี้ กฎหมายได้มีการกำหนดรูปแบบหรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ต่างๆ อาทิ บิดามารดา ปู่ย่าตายาย หรือลุงป้าหน้าอา การที่กฎหมายอังกฤษได้กำหนดความรับผิดชอบอาญาที่เกี่ยวข้องกับบุคคลในครอบครัวหรือความไว้นเนื้อเชื่อใจ นัยยะหนึ่งอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายมองไปถึงการใช้อำนาจต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการแสวงหาประโยชน์บางประการเช่นกัน ทั้งนี้ กฎหมายกลับไม่ได้เน้นย้ำให้ชัดเจนว่าบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดนี้ต้องมีสถานะทางกฎหมายต่อเด็กอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ใช้คำว่า “บิดามารดา” หรือ “parent” ซึ่งอาจมีประเด็นของบิดาในเรื่องสถานะความชอบด้วยกฎหมายที่สอดคล้องกับกฎหมายเด็ก (The Children Act 1989) ที่ให้ความสำคัญกับสถานะทางกฎหมายในการใช้อำนาจปกครอง

อย่างไรก็ดี หากพิจารณากฎหมายอังกฤษต่อไปจะเห็นว่า การที่กฎหมายเด็กกำหนดถึงอำนาจปกครองและความรับผิดชอบต่อเด็กโดยผูกติดกับสถานะทางกฎหมายของบุคคลนี้ อาจมองได้ว่าลักษณะดังกล่าวกฎหมายเพียงแยกบุคคลที่มีความสัมพันธ์ (person) กับอำนาจปกครอง (parental responsibility) ออกจากกันเพื่อให้เกิดความชัดเจนทางกฎหมาย โดยที่สถานะของความเป็นจริงในทางความเป็นจริง ความเป็นบิดามารดา ญาติในทางสายโลหิต และการดูแลที่แท้จริงยังคงมีอยู่ เพียงแต่ไม่มีสิทธิที่ชัดเจนเหนือบุคคลผู้มีสิทธิทางแพ่งตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาภายใต้บริบทดังกล่าวกรณีย่อมไม่เป็นการกระทบ หรือเป็นการบังคับให้กฎหมายอื่นต้องยึดหลักความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้ การที่กฎหมายได้ใช้คำว่าบิดามารดา โดยไม่ได้มีการระบุนิยามหรือสถานะความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างเด็กกับบุคคลดังกล่าว กรณีจึงควรอาศัยการพิจารณาสถานะความสัมพันธ์ที่อาจเป็นไปได้หลากหลายรูปแบบ ทั้งความสัมพันธ์และข้องเกี่ยวกันทางสายโลหิต หรือแม้กระทั่งความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างกันของบุคคล ตลอดจนการให้การดูแลเลี้ยงดูตามข้อเท็จจริงและสภาพของสังคมเป็นสำคัญ

3.1.2 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียมีการปกครองแบบสหพันธรัฐ (Federation) โดยแบ่งการปกครองออกเป็น 6 รัฐ (State) กับอีก 2 ดินแดน (Territory) ที่มีสภาพเป็นรัฐซึ่งต่างมีอำนาจตรากฎหมายของตน ในส่วนของรัฐบาลสหพันธ์ทำหน้าที่บริหารในเชิงนโยบายและการตรากฎหมายที่จะใช้บังคับร่วมกันในสหพันธ์ หนึ่งในนั้นเป็นภารกิจในด้านความมั่นคงทางสังคมและสวัสดิการ ด้วยเหตุนี้บรรดากฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติในทางแพ่งหรืออาญาโดยหลักจึงเป็นบทบัญญัติที่

ตราขึ้นโดยสหพันธ์ เพื่อให้มีสภาพบังคับใช้เป็นอันเดียวกันทั่วสหพันธ์ ซึ่งหนึ่งในนั้นคือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็ก²⁵

3.1.2.1 อำนาจปกครองตามกฎหมาย

สหพันธรัฐออสเตรเลียเดิมมีกฎหมายครอบครัวที่ชื่อว่าพระราชบัญญัติสาเหตุการสมรส ค.ศ.1959 (Matrimonial Causes Act 1959) ซึ่งในระยะเวลาต่อมาได้มีการปรับปรุงแก้ไขและตราไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติครอบครัว ค.ศ. 1975 (Family Law Act 1975) ตลอดระยะเวลาการใช้บังคับกฎหมายครอบครัวของสหพันธ์ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหลายครั้ง โดยในปี ค.ศ. 2006 รัฐบาลสหพันธ์ได้ผ่านกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขกฎหมายครอบครัว (Shared Parental Responsibility Act 2006 (Cth): SPR Act 2006) โดยมีเนื้อหาหลักเป็นการปรับปรุงแนวทางในการจัดการเพื่อบริหารจัดการความสัมพันธ์ในครอบครัวให้ดำรงอยู่ มีการปรับปรุงระบบบริการการจัดการครอบครัว (family relationship services system) และการบริหารจัดการอื่นๆ ที่มีความเกี่ยวข้องทั้งในทางกฎหมายและวัฒนธรรม รวมถึงการปรับปรุงที่เกี่ยวข้องในด้านการจัดการครอบครัวที่แยกกันอยู่ โดยค่านึงว่า ในเรื่องประเด็นเกี่ยวกับครอบครัวหลายกรณีเป็นปัญหาอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ มากกว่าปัญหาทางกฎหมาย และเหมาะสมกว่าหากชุมชนหรือท้องถิ่นเข้ามามีบทบาทในเรื่องดังกล่าวที่มากขึ้น ภายใต้ข้อพิจารณาถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก²⁶

ปัจจุบันพระราชบัญญัติครอบครัว ค.ศ.1975 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในเรื่องเด็กไว้ในภาค 7 (Part VII Children) โดยวัตถุประสงค์มุ่งหวังให้บิดามารดาเข้ามามีส่วนร่วมในชีวิต ในการจัดการผลประโยชน์ การปกป้องจากอันตรายทางร่างกายหรือจิตใจ ตลอดจนการให้การดูแลอบรมเลี้ยงดูที่เหมาะสม ทั้งยังกำหนดกลไกและแนวทางในการตรวจสอบการปฏิบัติตามหน้าที่ และรับผิดชอบของบิดามารดา ภายใต้หลักการและแนวคิดรากฐานในเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็ก²⁷

ในส่วนของการใช้อำนาจปกครองพระราชบัญญัติครอบครัวได้วางหลักในเรื่องของอำนาจปกครองในลักษณะที่เป็นความรับผิดชอบของบิดามารดา ดังปรากฏในภาค 7 หมวด

²⁵ UN Human Rights, ‘United Nation Study on Violence against Children (Australia)’ 2 <<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/StudyViolenceChildren/Responses/Australia.pdf>> สืบค้นเมื่อ 5 กันยายน 2564.

²⁶ Rae Kaspiew and others, ‘Evaluation of the 2006 family law reforms’ <<https://aifs.gov.au/publications/evaluation-2006-family-law-reforms>> สืบค้นเมื่อ 5 กันยายน 2564.

²⁷ Family Law Act 1975, s 60B(1) and (2).

2 (Division 2 Parental responsibility) โดยมาตรา 61C ได้กำหนดให้บิดามารดาโดยกำเนิด พ่อแม่บุญธรรม ผู้ที่กลายเป็นบิดามารดาผ่านการตั้งครรภ์เทียมหรือการตั้งครรภ์แทน และผู้ที่ปฏิบัติตามข้อสันนิษฐานของการเป็นบิดามารดาเป็นผู้ที่มีความรับผิดชอบต่อบุตรของตนซึ่งยังมีอายุไม่บรรลุนิติภาวะ 18 ปี บริบูรณ์ร่วมกัน โดยไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งศาล²⁸ ซึ่งกฎหมายไม่ได้สนใจถึงสถานะความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดา กล่าวคือ ในกรณีที่สถานะความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาจะเปลี่ยนแปลงไป ย่อมไม่เป็นการกระทบต่อความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดา²⁹ สำหรับสาระสำคัญในเรื่องความรับผิดชอบของบิดามารดา กฎหมายกำหนดไว้ในลักษณะต่างๆ ครอบคลุมบรรดาหน้าที่ อำนาจ ความรับผิดชอบ และอำนาจหน้าที่ทั้งหมดซึ่งตามกฎหมายผู้ปกครองมีเกี่ยวกับบุตรของตน³⁰ ในกรณีนี้ ผู้ปกครองมีสิทธิที่จะเลี้ยงดูบุตรของตนตามค่านิยมและความเชื่อของตน ตลอดจนการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับบุตรของตน เช่น ศาสนา การศึกษาอบรมวินัย การรักษาพยาบาล และสถานที่อยู่อาศัย โดยที่รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงการใช้อำนาจดังกล่าว เว้นแต่จะมีเหตุผลหรือที่แสดงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กยิ่งกว่าโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีความเสี่ยงที่จะกระทบต่อประโยชน์ของเด็ก อาทิ กรณีที่มีการล่วงละเมิด การศึกษาขั้นต่ำ หรือการรักษาพยาบาลที่จำเป็นสมควร

ทั้งนี้ แม้ว่าความรับผิดชอบของบิดามารดาจะพิจารณาสถานะความสัมพันธ์ของบิดามารดาในความเป็นจริง แต่เนื่องจากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติครอบครัวภาค 7 หมวด 1 (Division 1 Introductory) ส่วน D (Subdivision D Interpretation—how this Act applies to certain children) ได้บัญญัติเกี่ยวกับเด็กในฐานะบุตรที่ครอบคลุมทั้งสถานการณ์ที่เป็นบุตรในสมรส (child of a marriage) หรือในความสัมพันธ์อื่นๆ (other relationship)³¹ ซึ่ง

²⁸ The NSW Department of Communities and Justice, ‘Who has parental responsibility?’ <<https://www.facs.nsw.gov.au/families/parenting/responsibility-and-rights/parent-duties>> สืบค้นเมื่อ 6 กันยายน 2564.

²⁹ Family Law Act 1975, s 61C(1) and (2).

³⁰ Family Law Act 1975, s 61B.

³¹ Family Law Act 1975, s 4.

(1) In this Act, the standard Rules of Court and the related Federal Circuit Court Rules, unless the contrary intention appears:

child: Subdivision D of Division 1 of Part VII affects the situations in which a child is a child of a person or is a child of a marriage or other relationship.

Note: In determining if a child is the child of a person within the meaning of this Act, it is to be assumed that Part VII extends to all States and Territories.

สะท้อนบริบทความสัมพันธ์ในครอบครัวของกฎหมายออสเตรเลียที่ครอบคลุมความสัมพันธ์ทางทะเบียน การจดทะเบียนสมรส หรือทะเบียนคู่ชีวิตตามกฎหมาย ไปจนถึงความสัมพันธ์ในทางความเป็นจริงที่กว้างกว่าความเป็นบิดามารดา

สำหรับความสัมพันธ์ตามกฎหมายหรือบุตรในสมรส (child of a marriage) พระราชบัญญัติครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 60F ได้กำหนดให้เด็กที่เกิดในระหว่างการสมรส หรือหลังการสมรสสิ้นสุดลงเป็นบุตรในสมรสของคู่ทั้งสองฝ่าย กรณียังให้หมายความรวมถึงบุตรบุญธรรม เมื่อปรากฏว่าคู่สมรสทั้งสองฝ่ายรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในระหว่างสมรส หรือคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับบุตรบุญธรรมและคู่สมรสอีกฝ่ายยินยอมเด็กยกย่องเป็นบุตรในสมรส³² โดยความว่าการสมรสหมายความว่า ความสัมพันธ์ในทางทะเบียนที่รับรองโดยกฎหมายตามพระราชบัญญัติการแต่งงาน ค.ศ. 1961 (Marriage Act 1961) และคู่สมรสจะได้หลักฐานรับรองการสมรสหรือทะเบียนสมรส (marriage certificate) โดยทะเบียนสมรสจะเป็นเอกสารที่เป็นหลักฐานในการแสดงสิทธิประโยชน์ต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนด กรณีเช่น การทำหนังสือเดินทาง หลักฐานในคดีพินัยกรรม รวมทั้งการและเมื่อยื่นคำร้องต่อศาลภายใต้พระราชบัญญัติครอบครัว ค.ศ. 1975³³

ในส่วนของความสัมพันธ์ในทางความเป็นจริง พระราชบัญญัติครอบครัว ได้บัญญัติถึงกรณีของเด็กเป็นบุตรของบุคคลคู่ชีวิตในทางความเป็นจริง (Children of de facto partner) ไว้ในมาตรา 60HA โดยหมายความรวมถึงกรณีเด็กที่ถูกรับเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลนั้น และบุคคลดังกล่าวเป็นคู่ชีวิตในทางความเป็นจริงหรือเป็นบุคคลผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นโดยได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง³⁴ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมุ่งหวังให้กฎหมายครอบครัวในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรครอบคลุมความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกัน รวมถึงที่มีปัญหาทางเพศสัมพันธ์ต่างเพศ ที่นอกเหนือจากความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือความเป็นบุตรด้วยการให้

³² Family Law Act 1975, s 60F(1).

³³ Legal Service Commission of South Australia, 'How do I obtain a marriage certificate, and what is it used for?', <<https://lawhandbook.sa.gov.au/ch21s03.php>> สืบค้นเมื่อ 7 กันยายน 2564.

³⁴ Family Law Act 1975, s 60HA(1).

(1) For the purposes of this Act, a child is the child of a person who has, or had, a de facto partner if:

- (a) the child is a child of the person and the person's de facto partner; or
- (b) the child is adopted by the person and the person's de facto partner or by either of them with the consent of the other; or ...

กำเนิด³⁵ สำหรับคำว่าคู่ชีวิตในความเป็นจริง (de facto partner) กฎหมายได้มีการวางหลักไว้ใน มาตรา 60EA โดยได้กำหนดไว้ว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในลักษณะที่ได้มีการจดทะเบียนตาม กฎหมายของสหพันธ์หรือตามบทบัญญัติกฎหมายของรัฐ หรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางพฤตินัย³⁶ ซึ่งในพระราชบัญญัติครอบครัวมาตรา 4AA ความสัมพันธ์ในทางพฤตินัย (de facto relationship)³⁷

³⁵ Kristina Antoniadis, 'My child calls me a parent, why doesn't the law?' 3 <<https://nicholeslaw.com.au/app/uploads/2014/07/GayDads.pdf>> สืบค้นเมื่อ 7 กันยายน 2564.

³⁶ Family Law Act 1975, s 60EA.

For the purposes of this Subdivision, a person is the de facto partner of another person if:

- (a) a relationship between the person and the other person (whether of the same sex or a different sex) is registered under a law of a State or Territory prescribed for the purposes of section 2E of the Acts Interpretation Act 1901 as a kind of relationship prescribed for the purposes of that section; or
- (b) the person is in a de facto relationship with the other person.

³⁷ Family Law Act 1975, s 4AA.

Meaning of de facto relationship

(1) A person is in a de facto relationship with another person if:

- (a) the persons are not legally married to each other; and
- (b) the persons are not related by family (see subsection (6)); and
- (c) having regard to all the circumstances of their relationship, they have a relationship as a couple living together on a genuine domestic basis.

Paragraph (c) has effect subject to subsection (5).

Working out if persons have a relationship as a couple

(2) Those circumstances may include any or all of the following:

- (a) the duration of the relationship;
- (b) the nature and extent of their common residence;
- (c) whether a sexual relationship exists;

หมายความว่าถึงลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีการอาศัยอยู่ร่วมกันแบบครอบครัวในทางความเป็นจริง โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการอยู่ร่วมกันของบุคคลต่างเพศหรือเพศเดียวกัน ทั้งนี้ จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าบุคคลดังกล่าวไม่ได้แต่งงานกันตามกฎหมาย ไม่มีความความสัมพันธ์ในทางครอบครัวกันมาก่อน และจะต้องพิจารณาองค์ประกอบของความสัมพันธ์ ซึ่งอาจพิจารณาจากรยะเวลา สภาพแวดล้อม และขอบเขตของความสัมพันธ์ในการอาศัยอยู่ร่วมกัน บทบาทความเป็นเจ้าของ การใช้ และการได้มาซึ่งทรัพย์สิน การพึ่งพาอาศัย และให้การสนับสนุนในทางทรัพย์สิน

(d) the degree of financial dependence or interdependence, and any arrangements for financial support, between them;

(e) the ownership, use and acquisition of their property;

(f) the degree of mutual commitment to a shared life;

(g) whether the relationship is or was registered under a prescribed law of a State or Territory as a prescribed kind of relationship;

(h) the care and support of children;

(i) the reputation and public aspects of the relationship.

(3) . . .

(5) For the purposes of this Act:

(a) a de facto relationship can exist between 2 persons of different sexes and between 2 persons of the same sex; and

(b) a de facto relationship can exist even if one of the persons is legally married to someone else or in another de facto relationship.

When 2 persons are related by family

(6) For the purposes of subsection (1), 2 persons are related by family if:

(a) one is the child (including an adopted child) of the other; or

(b) one is another descendant of the other (even if the relationship between them is traced through an adoptive parent); or

(c) they have a parent in common (who may be an adoptive parent of either or both of them).

For this purpose, disregard whether an adoption is declared void or has ceased to have effect.

ระหว่างกัน การให้การดูแลและสนับสนุนเด็ก ตลอดจน ชื่อเสียงในทางสังคมที่มีต่อความสัมพันธ์ ซึ่งแสดงให้เห็นชัดเจนถึงความมุ่งมั่นในการมีชีวิตร่วมกัน

อย่างไรก็ตาม การที่พระราชบัญญัติครอบครัวได้บัญญัติในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรทั้งกรณีบุตรในสมรส (Child of a marriage) หรือบุตรของบุคคลคู่ชีวิตในทางความเป็นจริง (Children of de facto partner) ที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งถือได้ว่าเป็นการที่กฎหมายได้เข้ามารับรองความสัมพันธ์ที่สอดคล้องกับบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และเป็นลัดช่องว่างทางกฎหมายในการส่งเสริมความสัมพันธ์ในครอบครัว หรือการสนับสนุนอื่นใดของรัฐในการส่งเสริมความสัมพันธ์ในครอบครัวเป็นสำคัญ³⁸ อาทิ สิทธิประโยชน์ทางกฎหมาย ภาษี ค่าเลี้ยงดู หรือเป็นข้อพิจารณาของศาลในเรื่องความสัมพันธ์ที่เป็นประโยชน์ต่อเด็ก (relative of a child) ในกรณีการขอให้ศาลออกคำสั่งเลี้ยงดูเท่านั้น โดยที่รูปแบบความสัมพันธ์ดังกล่าวมิได้ส่งผลเป็นการก่อกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบที่บิดามารดาต่อบุตรแต่อย่างใด ดังนั้น ความรับผิดชอบต่อบุตรยังคงเป็นเรื่องระหว่างบิดามารดาต่อบุตร หรือบุคคลที่ศาลตั้งขึ้นเช่นเดิม

3.1.2.2 มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง

โดยเหตุที่ ระบบกฎหมายออสเตรเลียกำหนดให้ทั้งรัฐสภาสหพันธ์ และรัฐสภาแห่งรัฐ (State and Territory governments) โดยอำนาจของรัฐสภาสหพันธ์รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย (Australian Constitution) ได้กำหนดอำนาจและข้อจำกัดของรัฐสภาในการตรากฎหมายไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 51 โดยกำหนดให้สหพันธ์มีอำนาจตรากฎหมายเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคง การบริหารจัดการสหพันธ์ หรืออื่นๆ ที่แต่ละรัฐเห็นควรเป็นอำนาจของสหพันธ์ เพื่อให้การบริหารจัดการเป็นไปอย่างเท่าเทียมในมาตรฐานเดียวกัน อาทิ การเงินการธนาคาร (Section 51 (xiii)) สิทธิบัตรและทรัพย์สินทางปัญญา (Section 51 (xviii)) การสมรส (Section 51 (xxi)) หย่าร้าง และการให้ความดูแลเด็ก (Section 51 (xxii)) สำหรับกฎหมายอาญา เนื่องจากบทบัญญัติความผิดและโทษทางอาญาเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม การปกป้องชีวิตและทรัพย์สินของบุคคลที่อาศัยอยู่ในแต่ละรัฐ ซึ่งเป็นอำนาจทั่วไปในการตรากฎหมายเพื่อกำหนดความผิดและโทษทางอาญาโดยหลักจึงเป็นอำนาจของรัฐ³⁹

³⁸ Legal Service Commission of South Australia, 'DE FACTO RELATIONSHIPS' <<https://lsc.sa.gov.au/resources/DeFactoRelationshipsFactsheet.pdf>> สืบค้นเมื่อ 7 กันยายน 2564.

³⁹ Parliament of Australia, 'History of criminal law' <https://www-aph-gov-au.translate.google>About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/>

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในระบบกฎหมายออสเตรเลีย โดยหลักอำนาจในการตรากฎหมายอาญาจะเป็นอำนาจของรัฐสภาแห่งรัฐก็ตาม ทั้งนี้ รัฐสภาสหพันธ์อาจอาศัยอำนาจตามกฎหมายในการตรากฎหมายอาญาขึ้นได้เช่นกัน ดังปรากฏบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Code Act 1995(Cth)) โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงปลอดภัยของสหพันธรัฐ (Commonwealth crimes) ซึ่งเป็นฐานความผิดสำคัญที่กระทบต่อรัฐ หรือสถาบันในรัฐ การกระทำที่กระทบต่อเจ้าหน้าที่ ทรัพย์สิน หรือรายได้ของรัฐ ตลอดจนประเด็นอื่นๆ ที่เป็นปัญหาในระดับชาติ⁴⁰ อาทิ ความผิดต่อมนุษยชาติ (Chapter 8 Offences against humanity) การกระทำที่กระทบต่อความปลอดภัยของประชาชน เช่นความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรืออาวุธอันตราย (Chapter 9 Dangers to the community) ตลอดจนความผิดที่กระทบต่อโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญของรัฐ เช่น การเงินการธนาคาร การคมนาคม และระบบสารสนเทศ (Chapter 10 National infrastructure) เป็นต้น

สำหรับการกระทำความผิดต่อบุคคล ทั้งการกระทำต่อชีวิต เสรีภาพ ชื่อเสียง ในแต่ละรัฐหรือดินแดนจะมีการกำหนดบทบัญญัติกฎหมายอาญา (Crimes Act) หรือประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Code Act) ซึ่งใช้บังคับในพื้นที่ของตน จากการศึกษาพบว่ากฎหมายอาญาระดับรัฐมีบทบัญญัติหลายมาตราที่พิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองเด็ก รวมทั้งการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ที่อาจกระทบ หรือก่อให้เกิดการกระทำความผิดต่อเด็ก

(1) ความผิดต่อชีวิตร่างกาย

ในความผิดฐานเจตนาให้บุคคลถึงแก่ความตาย (Murder) กฎหมายออสเตรเลียระดับรัฐได้กำหนดให้ความชีวิตของบุคคลที่ไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายได้กำหนดให้การกำหนดให้บุคคลซึ่งเจตนากระทำให้บุคคลถึงแก่ความตายมีความผิดและต้องระวางโทษสูงสุดคือจำคุกตลอดชีวิต และกำหนดความผิดสำหรับการกระทำโดยไม่เจตนาประสงค์ผลความตายของบุคคล แต่การกระทำส่งผลให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายเป็นความผิดที่รุนแรงในระดับรองลงมา (manslaughter) โดยแต่ละรัฐกำหนดความผิดที่แตกต่างกัน อาทิ ในรัฐนิวเซาท์เวลส์กำหนดโทษจำคุกสูงสุด 25 ปี⁴¹ ขณะที่ในรัฐควีนส์แลนด์กำหนดให้มีความผิดจำคุกตลอดชีวิต⁴²

Browse_by_Topic/Crimlaw/Historycriminallaw?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=th&_x_tr_hl=th&_x_tr_pto=ajax,op,sc,elem> สืบค้นเมื่อ 7 กันยายน 2564.

⁴⁰ เพิ่งอ้าง.

⁴¹ Crimes Act 1900(NSW), s 24.

⁴² Criminal Code Act 1899(Qld), s 310.

เมื่อพิจารณากฎหมายอาญาระดับรัฐ จะเห็นได้ว่า โดยทั่วไปกฎหมายออสเตรเลียรัฐมีการกำหนดความผิดต่อชีวิตให้เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงในตัวเอง และมีการกำหนดความผิดและโทษในอัตราขั้นสูงไว้ ซึ่งการจำกัดอัตราโทษของความผิดเพียงใดเป็นดุลยพินิจของศาลในการพิจารณาความผิดให้เหมาะสมตามวิสัยและพฤติการณ์ความร้ายแรงของความผิดตามแต่กรณี อย่างไรก็ตาม ในบางรัฐอาจมีการเน้นย้ำถึงการกระทำความผิดต่อชีวิตของเด็กไว้โดยเฉพาะเจาะจง ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 5A กฎหมายอาญาของรัฐวิกตอเรีย⁴³

(2) ความผิดต่อหน้าที่การเลี้ยงดู หรือการปกป้องดูแล

นอกจากบทบัญญัติที่กำหนดความผิดต่อชีวิตและร่างกายของบุคคลโดยตรงแล้วในหลายรัฐยังได้มีการพิจารณาการกระทำอื่นๆ ในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกายของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งอันตรายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในกฎหมายอาญาได้มีการบัญญัติถึงลักษณะหน้าที่ต่อบุคคลไว้อย่างชัดเจน ดังตัวอย่างในพระราชบัญญัติรวมกฎหมายอาญา ค.ศ. 1935 รัฐเวสเทิร์นออสเตรเลีย หมวด 27 ที่บัญญัติหน้าที่ในการจัดหาสิ่งจำเป็นในการดำรงชีพ (Duty to provide necessaries of life)⁴⁴ และหน้าที่ในการดูแลและจัดหาสิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีวิตของบุคคลในครอบครัว (Duty of head of family) ซึ่งหน้าที่

⁴³ Crimes Act 1958(Vic), s 5A.

A person who, by his or her conduct, kills a child who is under the age of 6 years in circumstances that constitute manslaughter is guilty of child homicide and liable to level 2 imprisonment (25 years maximum).

⁴⁴ Criminal Code Act Compilation Act 1913(WA), s 262.

It is the duty of every person having charge of another who is unable by reason of age, sickness, mental impairment, detention, or any other cause, to withdraw himself from such charge, and who is unable to provide himself with the necessaries of life, whether the charge is undertaken under a contract, or is imposed by law, or arises by reason of any act, whether lawful or unlawful, of the person who has such charge, to provide for that other person the necessaries of life; and he is held to have caused any consequences which result to the life or health of the other person by reason of any omission to perform that duty.

จากความสัมพันธ์ในครัวเรือนที่มีการอาศัยอยู่ร่วมกัน⁴⁵ และกฎหมายอาญา ค.ศ. 1958 รัฐควีนส์แลนด์ ในหมวด 27 ซึ่งบัญญัติหน้าที่ในทำนองเดียวกัน การที่บุคคลมีหน้าที่แต่ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายต่อบุคคล ผู้มีหน้าที่ย่อมมีความรับผิดชอบทางอาญา ดังตัวอย่างเช่น

กฎหมายอาญารัฐนิวเซาท์เวลส์ ในมาตรา 43A (Failure of persons with parental responsibility to care for child)⁴⁶ ที่กำหนดให้การไม่ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้ปกครองต่อบุตรของตน (parental responsibility) ซึ่งอายุต่ำกว่า 16 ปี อันอาจก่อให้เกิดอันตรายถึงชีวิต หรือได้รับบาดเจ็บสาหัสเป็นความผิดต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 5 ปี โดยบุคคลที่จะมีหน้าที่ต่อบุตรได้มีเพียงบิดามารดาโดยกำเนิดเท่านั้น (innate parental responsibility)⁴⁷ ไม่รวมถึงบุคคลรอบข้าง ซึ่งตามกฎหมายหน้าที่หมายความถึงหน้าที่ในการจัดหาสิ่งจำเป็นเพื่อการดำรง

⁴⁵ Criminal Code Act Compilation Act 1913(WA), s 263.

It is the duty of every person who, as head of a family, has the charge of a child under the age of 16 years, being a member of his household, to provide the necessaries of life for such child, and he is held to have caused any consequences which result to the life or health of the child by reason of any omission to perform that duty whether the child is helpless or not.

⁴⁶ Crimes Act 1900(NSW), s 43A.

(1) In this section—

child means a child under 16 years of age.

parental responsibility means the duties, powers, responsibilities and authority in respect of a child that, by law, parents have in relation to their children.

(2) A person—

(a) who has parental responsibility for a child, and

(b) who, without reasonable excuse, intentionally or recklessly fails to provide the child with the necessities of life,

is guilty of an offence if the failure causes a danger of death or of serious injury to the child.

Maximum penalty—Imprisonment for 5 years.

⁴⁷ The NSW Department of Communities and Justice (n 28).

ชีพ อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับเด็กที่ผู้ปกครองมีเกี่ยวกับบุตรของตนตามกฎหมาย ในทำนองเดียวกัน มาตรา 44 (Failure of persons to provide necessities of life)⁴⁸ ได้กำหนดเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในการจัดหาปัจจัยที่จำเป็นแก่การดำรงชีพของบุคคล ซึ่งหมายความถึง หน้าที่อื่นๆ ที่ไม่ใช่หน้าที่ความรับผิดชอบในฐานะผู้ปกครอง โดยกำหนดให้มีความผิดและระวางโทษ สูงสุดจำคุก 5 ปี เท่ากัน

กฎหมายอาญารัฐควีนส์แลนด์ โดยบทบัญญัติในมาตรา 364 (Cruelty to children under 16)⁴⁹ ได้กำหนดให้บุคคลซึ่งมีหน้าที่หรือความรับผิดชอบตามกฎหมายในการ

⁴⁸ Crimes Act 1900(NSW), s 44.

(1) A person—

(a) who is under a legal duty to provide another person with the necessities of life, and

(b) who, without reasonable excuse, intentionally or recklessly fails to provide that person with the necessities of life,

is guilty of an offence if the failure causes a danger of death or causes serious injury, or the likelihood of serious injury, to that person.

Maximum penalty—Imprisonment for 5 years.

(2) A person cannot be found guilty of both an offence against section 43A and an offence against this section in respect of the same act or omission.

⁴⁹ Criminal Code Act 1899(Qld), s 364.

(1) A person who, having the lawful care or charge of a child under 16 years, causes harm to the child by any prescribed conduct that the person knew or ought reasonably to have known would be likely to cause harm to the child commits a crime.

Maximum penalty—7 years imprisonment.

(2) In this section—

harm, to a child, means any detrimental effect of a significant nature on the child's physical, psychological or emotional wellbeing, whether temporary or permanent.

prescribed conduct means—

จัดหาปัจจัยในการดำรงชีพแก่เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี และไม่ทำหน้าที่ดังกล่าวโดยประการที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกายของบุคคลเป็นความผิดต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 7 ปี และในมาตรา 364A⁵⁰ การปล่อยเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี ซึ่งอยู่ในความดูแลหรือหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายของตนโดยประการที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 3 ปี โดยความว่าการปล่อยให้ปราศจากความดูแลหมายความว่าความถึงการปล่อยจากความดูแลในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เช่น การที่ผู้กระทำความผิดจอดรถแล้วปล่อยเด็กทิ้งไว้ในรถ ซึ่งอันตรายจะเกิดขึ้นกับเด็กหรือไม่ขึ้นอยู่กับวิสัยและพฤติการณ์ของการกระทำประกอบกับอายุของเด็ก⁵¹

กฎหมายอาญารัฐเซาท์ออสเตรเลีย มาตรา 14 (Criminal neglect)⁵²
ได้บัญญัติถึงการทอดทิ้งที่เป็นความผิดทางอาญา โดยกำหนดให้การทอดทิ้งเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี โดย

(a) failing to provide the child with adequate food, clothing, medical treatment, accommodation or care when it is available to the person from his or her own resources; or

(b) failing to take all lawful steps to obtain adequate food, clothing, medical treatment, accommodation or care when it is not available to the person from his or her own resources; or

(c) deserting the child; or

(d) leaving the child without means of support.

⁵⁰ Criminal Code Act 1899(Qld), s. 364A.

(1) A person who, having the lawful care or charge of a child under 12 years, leaves the child for an unreasonable time without making reasonable provision for the supervision and care of the child during that time commits a misdemeanour.

Maximum penalty—3 years imprisonment.

(2) Whether the time is unreasonable depends on all the relevant circumstances.

⁵¹ Danielle Warren, 'THREE LAWS PARENTS IN QUEENSLAND SHOULD KNOW ABOUT (BUT PROBABLY DON'T)' <<https://pottslawyers.com.au/blog/2019/02/12/three-laws-parents-in-queensland-should-know-about-but-probably-dont/>> สืบค้นเมื่อ 27 กันยายน 2564.

⁵² Criminal Law Consolidation Act 1935(SA), s 14.

ผู้กระทำรู้หรือควรได้รู้ว่าอาจเกิดความเสียหายขึ้นต่อเด็ก โดยไม่พยายามดำเนินการจัดการป้องกัน ความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น มีความผิดต้องระวางโทษจำคุก 15 ปีถึงจำคุกตลอดชีวิตหากบุคคล ผู้ถูกระทำถึงแก่ความตาย และในกรณีมาตรา 14A ได้บัญญัติให้การไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการจัดหา ปัจจัยการดำรงชีพแก่บุคคลเป็นความผิดมีโทษจำคุกสูงสุด 3 ปี

กฎหมายอาญารัฐเวสเทิร์นออสเตรเลีย มาตรา 304⁵³ ที่วางหลักให้การ ละเว้นหน้าที่และก่อให้เกิดอันตรายแก่กายเป็นความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปี ในกรณีที่การ ละเว้นหน้าที่นั้นผู้กระทำประสงค์ให้บุคคลเกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือได้รับผลกระทบต่อความ ปลอดภัยสวัสดิภาพผู้กระทำมีความผิดต้องระวางโทษถึงจำคุก 20 ปี

จากตัวอย่างบทบัญญัติกฎหมายอาญาของรัฐข้างต้นแสดงให้เห็นได้ว่า การกระทำความผิดเกี่ยวกับหน้าที่ การที่บุคคลมีหน้าที่และทอดทิ้งไปจากหน้าที่นั้นจนก่อให้เกิด อันตรายต่อบุคคลเป็นความผิดซึ่งมีระดับความร้ายแรงของความผิดขึ้นอยู่กับผลของการกระทำเป็น สำคัญ ซึ่งโดยหลักจะเป็นการพิจารณาถึงหน้าที่ตามที่กฎหมายเป็นสำคัญ ทั้งนี้ ในบางรัฐกฎหมาย อาญาอาจจะระบุชัดเจนถึงหน้าที่ในลักษณะที่เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ กล่าวคือ กฎหมายจะระบุว่า ลักษณะความสัมพันธ์เช่นไรที่จะก่อให้เกิดบุคคลมีหน้าที่และต้องระวางโทษในกรณีที่ปฏิบัติหน้าที่ อาทิ

⁵³ Criminal Code Act Compilation Act 1913(WA), s 304.

(1) If a person omits to do any act that it is the person's duty to do, or unlawfully does any act, as a result of which —

(a) bodily harm is caused to any person; or

(b) the life, health or safety of any person is or is likely to be endangered,

the person is guilty of a crime and is liable to imprisonment for 7 years.

Summary conviction penalty: imprisonment for 3 years and a fine of \$36 000.

(2) If a person, with an intent to harm, omits to do any act that it is the person's duty to do, or does any act, as a result of which —

(a) bodily harm is caused to any person; or

(b) the life, health or safety of any person is or is likely to be endangered,

the person is guilty of a crime and is liable to imprisonment for 20 years.

กฎหมายของรัฐเวสเทิร์นออสเตรเลียมาตรา 263 ที่กำหนดหน้าที่ของบุคคลอันเนื่องบริบทความสัมพันธ์ของการอยู่ร่วมกันในครอบครัว เป็นต้น

(3) ความผิดเกี่ยวกับเพศ

ในการให้ความคุ้มครองเด็กโดยกฎหมายที่กำหนดความรับผิดชอบและโทษอาญา หนึ่งในประเด็นสำคัญที่มักมีการกล่าวถึงอย่างเป็นวงกว้างคือ การคุ้มครองเด็กจากการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่าจะเป็นการมีการข่มขืน การมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก การกระทำอนาจาร ไปจนถึงการกระทำในลักษณะของการส่งเสริมการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศ การเป็นรัฐระจัดหา โดยที่แต่ละรัฐจะมีการกำหนดนิยาม องค์ประกอบความผิด และความรับผิดชอบที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ ภายใต้กรอบความคิดหลักที่ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการล่วงละเมิดทางเพศ (sexual assault) ที่ขัดต่อความยินยอมของบุคคล อย่างไรก็ตาม ในบางรัฐอาจนิยามกำหนดให้การล่วงละเมิดทางเพศเป็น ความผิดที่มีลักษณะเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา (rape) หรือความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลโดยขาดความยินยอมจากผู้ถูกกระทำ (sexual penetration or intercourse)⁵⁴ ซึ่งการกำหนดความรับผิดชอบและโทษจะขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของความผิด กล่าวคือ การกระทำที่มีลักษณะเป็นเป็นการร่วมประเวณีจะมีความรุนแรงกว่าการกระทำที่เป็นการอนาจาร

นอกจากความร้ายแรงของความผิดขึ้นอยู่กับการกระทำแล้ว การที่ผู้กระทำ ความผิดมีความผิดมีการกระทำในลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนต่อเสรีภาพในการตัดสินใจในทางเพศของบุคคล กฎหมายจึงพิจารณาถึงความสามารถในการให้ความยินยอมตามเกณฑ์อายุ (age of consent) โดยทั่วไปกฎหมายแห่งรัฐมีการพิจารณาเกณฑ์อายุของบุคคลที่สามารถให้ความยินยอมต่อการกระทำ ในทางเพศได้ที่อายุ 16 ถึง 17 ปี ขึ้นอยู่กับลักษณะการกระทำและกฎหมายในแต่ละรัฐ⁵⁵ ขณะเดียวกัน บทบัญญัติกฎหมายยังได้แบ่งช่วงอายุของเหยื่อให้สอดคล้องกับความผิดและโทษในแต่ละฐานความผิด โดยอาจกำหนดเป็นช่วงอายุของเหยื่อเช่น กรณีกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 10 ปี การกระทำต่อเด็กอายุ 10 ถึง 16 ปี และการกระทำต่อเด็กอายุ 16 ถึง 18 ปี ดังปรากฏในกฎหมายรัฐเซาท์ออสเตรเลีย หรือกฎหมายรัฐเวสเทิร์นออสเตรเลียแบ่งเป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี การกระทำต่อเด็กช่วงอายุ 13 ถึง 16 ปี และการกระทำต่อเด็กอายุ 16 ถึง 18 ปี ขณะที่รัฐในรัฐแทสเมเนียจะกำหนดให้การกระทำทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 17 ปี เป็นความผิด โดยไม่มีการแบ่งแยก

⁵⁴ Bianca Fileborn ‘Sexual assault laws in Australia’ <<https://aifs.gov.au/publications/sexual-assault-laws-australia>> สืบค้นเมื่อ 29 กันยายน 2564.

⁵⁵ Child Family Community Australia, ‘Age of consent laws in Australia’ 3. <https://aifs.gov.au/cfca/sites/default/files/publication-documents/2104_age_of_consent_resource_sheet.pdf> สืบค้นเมื่อ 1 ตุลาคม 2564.

เกณฑ์อายุ⁵⁶ โดยยิ่งบุคคลผู้ถูกระงับมีอายุน้อยลง ความผิดจะยิ่งมีความรุนแรงและส่งผลให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

ไม่เพียงให้ความสำคัญในการพิจารณาถึงเกณฑ์อายุของผู้ถูกระงับ ความผิดเท่านั้น กฎหมายอาญาแห่งรัฐยังมีการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิด และเหยื่อประกอบด้วย กล่าวคือ ในเกณฑ์อายุเดียวกันการกระทำความผิดต่อบุคคลซึ่งตนมีความสัมพันธ์ หรือมีหน้าที่ความรับผิดชอบในการให้ความดูแลย่อมเป็นความผิดที่รุนแรงยิ่งกว่า อาทิ

กฎหมายอาญารัฐควีนส์แลนด์ ในภาค 5 หมวดที่ 32 (Chapter 32 Rape and sexual assaults) ได้กำหนดบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและให้ความคุ้มครองเด็ก จากการกำหนดความร้ายแรงของความผิดตามเกณฑ์อายุ โดยในมาตรา 349⁵⁷ กำหนดให้การร่วมประเวณีกับบุคคล (carnal knowledge) โดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระงับเป็นความผิด

⁵⁶ Criminal Code Act 1924(Tas), s 336.

Upon the indictment for penetrative sexual abuse of a child [or young person] or sexual intercourse with a young person under 17 years of age, the accused person may be convicted of-

- (a) penetrative sexual abuse of a person with a mental impairment; . . .
- (c) indecent assault; or
- (d) assault.

⁵⁷ Criminal Code Act 1899(Qld), s 349.

(1) Any person who rapes another person is guilty of a crime.

Maximum penalty—life imprisonment.

(2) A person rapes another person if—

(a) the person has carnal knowledge with or of the other person without the other person's consent; or

(b) the person penetrates the vulva, vagina or anus of the other person to any extent with a thing or a part of the person's body that is not a penis without the other person's consent; or

(c) the person penetrates the mouth of the other person to any extent with the person's penis without the other person's consent.

(3) For this section, a child under the age of 12 years is incapable of giving consent.

(rape) ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษสูงสุดจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งใน (3) ได้บัญญัติชัดเจนว่าเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปีไม่สามารถให้ความยินยอมในเรื่องทางเพศได้ และสำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศลักษณะอื่นๆ (sexual assaults) ที่ไม่ถึงกับร่วมประเวณีเป็นความผิดตามมาตรา 350⁵⁸ โดยมีระวางโทษสูงสุดคือจำคุก 10 ปี ข้อสังเกตที่สำคัญคือบทบัญญัติในหมวดนี้กำหนดความรับผิดที่มุ่งเน้นลักษณะของการกระทำที่เป็นการพิจารณาเพียงการให้ความยินยอมเป็นหลัก ซึ่งมีการแบ่งเกณฑ์อายุของเหยื่อเพียงระดับเดียวภายใต้แนวคิดว่าคุณคนดังกล่าวไม่สามารถให้ความยินยอมได้ โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขหรือพฤติการณ์ประกอบอื่นๆ ไว้ในหมวดนี้

ทั้งนี้ หากพิจารณากฎหมายอาญารัฐควีนส์แลนด์จะพบว่ากฎหมายได้มีบทบัญญัติที่ว่าด้วยการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก (child sexual offence) ที่ครอบคลุมความผิดเกี่ยวกับเพศในลักษณะเช่นเดียวกับการกระทำตามหมวด 32⁵⁹ ดังปรากฏบทบัญญัติในภาค 4 หมวด 22 (Chapter 22 Offences against morality) ซึ่งเป็นหมวดความผิดว่าด้วยศีลธรรมของสังคม โดยมาตรา 210⁶⁰ ได้วางหลักให้การปฏิบัติโดยไม่เหมาะสมกับเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ในลักษณะ

⁵⁸ Criminal Code Act 1899(Qld), s 352.

(1) Any person who—

(a) unlawfully and indecently assaults another person; or

(b) procures another person, without the person's consent—

(i) to commit an act of gross indecency; or

(ii) to witness an act of gross indecency by the person or any other

person;

is guilty of a crime.

Maximum penalty—10 years imprisonment.

⁵⁹ Criminal Code Act 1899(Qld), s 207A.

⁶⁰ Criminal Code Act 1899(Qld), s 210.

(1) Any person who—

(a) unlawfully and indecently deals with a child under the age of 16 years; or

(b) unlawfully procures a child under the age of 16 years to commit an indecent act; or . . .

ที่เป็นการ จงใจ ตกลง ในมีการกระทำการอนาจาร การนำเสนอ บันทึกถ่ายทำสื่อลามกอนาจารต่อเด็กเป็นความผิดที่มีระวางโทษจำคุกสูงถึงจำคุกสูงสุด 20 ปีขึ้นอยู่กับระดับอายุของผู้กระทำความผิด และมีระวางโทษจำคุกสูงสุด 20 ปี หากขณะกระทำความผิดผู้กระทำรู้ว่าความผิดดังกล่าวกระทำต่อผู้สืบสันดาน หรือบุคคลในความปกครองดูแลของตน ณ ขณะหรือเวลานั้น

สำหรับการมีเพศสัมพันธ์ (carnal knowledge) ในมาตรา 215⁶¹ ได้กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์กับเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปีเป็นความผิด ต้องระวางโทษจำคุก 14 ปีในกรณีกระทำต่อเด็กอายุกว่า 12 ปีขึ้นไป และระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกสูงสุด 14 ปีในกรณีที่เป็นการพยายามกระทำความผิดสำหรับการกระทำความผิดต่อเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี หรือเป็นความผิดที่กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ซึ่งผู้กระทำมีความสัมพันธ์ในฐานะผู้ปกครองหรือบุคคล

(2) If the child is of or above the age of 12 years, the offender is guilty of a crime, and is liable to imprisonment for 14 years.

(3) If the child is under the age of 12 years, the offender is guilty of a crime, and is liable to imprisonment for 20 years.

(4) If the child is, to the knowledge of the offender, his or her lineal descendant or if the offender is the guardian of the child or, for the time being, has the child under his or her care, the offender is guilty of a crime, and is liable to imprisonment for 20 years.

⁶¹ Criminal Code Act 1899(Qld), s 215.

(1) Any person who has or attempts to have unlawful carnal knowledge with or of a child under the age of 16 years is guilty of an indictable offence.

(2) If the child is of or above the age of 12 years, the offender is guilty of a crime, and is liable to imprisonment for 14 years.

(3) If the child is under the age of 12 years, the offender is guilty of a crime, and is liable to imprisonment for life or, in the case of an attempt to have unlawful carnal knowledge, to imprisonment for 14 years.

(4) If the child is not the lineal descendant of the offender but the offender is the child's guardian or, for the time being, has the child under the offender's care, the offender is guilty of a crime, and is liable to imprisonment for life or, in the case of an attempt to have unlawful carnal knowledge, to imprisonment for 14 years.

ผู้ให้ความดูแล ทั้งนี้ไม่รวมถึงความสัมพันธ์ในทางสายโลหิต (lineal descendant) ที่จะมีความผิดอีกฐานหนึ่ง (Incest) ตามมาตรา 222⁶² ที่บัญญัติถึงความผิดจากการร่วมประเวณีที่กระทำระหว่างญาติสืบสายโลหิตเป็นความผิดที่มีระวางโทษสูงสุดจำคุกตลอดชีวิต

กฎหมายอาญารัฐเซาท์ออสเตรเลีย ในมาตรา 49⁶³ ซึ่งกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก (sexual intercourse) เป็นความผิดระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตกรณีที่กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี สำหรับกรณีกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 17 ปีระวางโทษจำคุกสูงสุด 10 ปี และกรณีกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีโดยที่ผู้กระทำมีตำแหน่งที่ในการให้ความดูแลเด็กมีความผิด

⁶² Criminal Code Act 1899(Qld), s 222.

(1) Any person who—

(a) has carnal knowledge with or of the person's offspring or other lineal descendant, or sibling, parent, grandparent, uncle, aunt, nephew or niece; and

(b) knows that the other person bears that relationship to him or her, or some relationship of that type to him or her;

commits a crime.

Maximum penalty—imprisonment for life.

⁶³ Criminal Law Consolidation Act 1935(SA), s 49.

(1) A person who has sexual intercourse with any person under the age of 14 years shall be guilty of an offence and liable to be imprisoned for life.

(2) . . .

(3) A person who has sexual intercourse with a person under the age of seventeen years is guilty of an offence.

Maximum penalty: Imprisonment for 10 years.

(4) . . .

(5) A person who, being in a position of authority in relation to a person under the age of 18 years, has sexual intercourse with that person is guilty of an offence.

Maximum penalty: Imprisonment for 10 years.

ระวางโทษจำคุกสูงสุด 10 ปี ขณะที่ในมาตรา 50⁶⁴ ซึ่งกำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ตั้งแต่สองลักษณะขึ้นไปเป็นความผิดที่รุนแรงขึ้น ก็ได้มีการบัญญัติองค์ประกอบความผิดจากความสัมพันธ์เช่นกัน โดยความว่าตำแหน่งหน้าที่ในการให้ความดูแลเด็ก (a position of authority) ให้ความหมายรวมถึง บิดามารดา (parent) พ่อเลี้ยงแม่เลี้ยง (step-parent) ผู้ปกครอง (guardian) บุคคลในครอบครัวอุปถัมภ์ (foster parent) หรือบุคคลซึ่งโดยพฤตินัยอยู่ร่วมกับบุคคลดังกล่าว (the de facto partner or domestic partner of a parent, step-parent, guardian or foster parent of the child)⁶⁵ นอกจากนี้ กฎหมายอาญารัฐเซาท์ออสเตรเลียยังได้บัญญัติความผิดอีกฐานหนึ่งดัง

⁶⁴ Criminal Law Consolidation Act 1935(SA), s 50.

(1) An adult who maintains an unlawful sexual relationship with a child is guilty of an offence.

Maximum penalty: Imprisonment for life.

(2) An unlawful sexual relationship is a relationship in which an adult engages in 2 or more unlawful sexual acts with or towards a child over any period.

(3) . . .

(12) In this section—

adult means a person of or over the age of 18 years;

child means—

(a) a person who is under 17 years of age; or

(b) a person who is under 18 years of age if, during the period of the relationship that is the subject of the alleged unlawful sexual relationship offence, the adult in the relationship is in a position of authority in relation to the person who is under 18 years of age

⁶⁵ See Criminal Law Consolidation Act 1935(SA), s 49(9)(b) and 50(13)(b).

For the purposes of this section, a person is in a position of authority in relation to a person (the child) if the person is a parent, step-parent, guardian or foster parent of the child or the de facto partner or domestic partner of a parent, step-parent, guardian or foster parent of the child.

บัญญัติในมาตรา 72⁶⁶ ที่กำหนดให้การมีความสัมพันธ์ในทางเพศกับสมาชิกในครอบครัวที่ใกล้ชิด (close family member) มีความผิดระวางโทษสูงสุดจำคุก 10 ปี

กฎหมายอาญารัฐวิคตอเรีย กฎหมายได้วางหลักการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคล (sexually penetrates) โดยปราศจากความยินยอมเป็นความผิด (rape) ตามมาตรา 38 มีระวางโทษจำคุก 10 ปีถึง 25 ปี และสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศอื่น (sexual assault) มาตรา 40 ได้กำหนดให้การสัมผัสบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ทางเพศของตน (sexual touching) เป็นความผิดต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 5 ปี ทั้งนี้ ความตามมาตรา 38 และ 40 นี้ใช้บังคับเฉพาะการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในกรณีทั่วไปโดยไม่รวมถึงการกระทำต่อเด็ก เนื่องจาก กฎหมายอาญารัฐวิคตอเรียมีการแบ่งเกี่ยวกับเพศต่อเด็กไว้อย่างชัดเจนในส่วนที่ 8B (Subdivision 8B Sexual offences against children) โดยแบ่งความร้ายแรงของการกระทำตามเกณฑ์อายุของเด็ก ซึ่งในมาตรา 49A (Sexual penetration of a child under the age of 12)⁶⁷ ได้กำหนดให้การมี

⁶⁶ Criminal Law Consolidation Act 1935(SA), s 72.

(1) A person who has sexual intercourse with a close family member is guilty of an offence.

Maximum penalty: Imprisonment for 10 years.

(2) It is a defence to a charge of an offence against this section for the accused to prove that he or she did not know, and could not reasonably have been expected to know, that the person was a close family member.

(3) In this section—

close family member, in relation to a person, means—

(a) a parent; or

(b) a child; or

(c) a sibling (including a half-brother or half-sister); or

(d) a grandparent; or

(e) a grandchild,

of the person, but does not include such a family member related to the person by marriage or adoption alone.

⁶⁷ Crimes Act 1958(Vic), s 49A.

(1) A person (A) commits an offence if—

เพศสัมพันธ์ (sexual penetration) กับเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี เป็นความผิดมีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีถึง 25 ปี ระวางโทษจำคุก 6-15 ปี สำหรับการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปีตามมาตรา 49B (Sexual penetration of a child under the age of 16)⁶⁸ และต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 10 ปี สำหรับการกระทำต่อเด็กอายุ 16 ถึง 17 ปี ที่อยู่ในความดูแลตามมาตรา 49C (Sexual penetration of a child aged 16 or 17 under care, supervision or authority)⁶⁹ และในความผิดฐานอนาจารด้วยการสัมผัสสภกภูหมายได้กำหนดความรับผิดตามช่วงอายุ และในมาตรา 49E (Sexual assault of a child aged 16 or 17 under care, supervision or authority)⁷⁰ ได้กำหนดกรณีการกระทำ

(a) A intentionally —

(i) sexually penetrates another person (B); or ...

(b) B is a child under the age of 12 years.

(2) A person who commits an offence against subsection (1) is liable to level 2 imprisonment (25 years maximum)

(3) The standard sentence for an offence against subsection (1) is 10 years.

⁶⁸ Crimes Act 1958(Vic), s 49B.

(1) . . .

(2) A person who commits an offence against subsection (1) is liable to level 4 imprisonment (15 years maximum).

(3) The standard sentence for an offence against subsection (1) is 6 years.

⁶⁹ Crimes Act 1958(Vic), Section 49C.

(1) A person (A) commits an offence if—

(a) A intentionally—

(i) sexually penetrates another person (B); or ...

(b) B is—

(i) a child aged 16 or 17 years; and

(ii) under A's care, supervision or authority.

(2) A person who commits an offence against subsection (1) is liable to level 5 imprisonment (10 years maximum).

⁷⁰ Crimes Act 1958(Vic), s 49E.

(1) A person (A) commits an offence if—

ความผิดต่ออายุ 16 ถึง 17 ปีที่อยู่ในความดูแลของตนเป็นความผิดต้องระวางจำคุกสูงสุด 5 ปี โดยความว่าอยู่ในความดูแล (care, supervision, or authority) กฎหมายอาญารัฐวิคตอเรียได้กำหนดนิยามไว้ในบทบัญญัติทั่วไปของความผิดเกี่ยวกับเพศ (Subdivision (8) Sexual offences (general provisions)) ในมาตรา 37 (Care, supervision or authority)⁷¹ ที่วางหลักให้บุคคลจะอยู่ในความดูแลของผู้กระทำความผิดต่อเมื่อ ผู้กระทำความผิดเป็นบิดามารดา (parents) ซึ่งโดยหลักกล่าวถึงความสัมพันธ์ภายใต้กรอบของกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อป้องกันปัญหาหรือช่องว่างของกฎหมายที่อาจเกิดขึ้น กฎหมายยังได้กำหนดความสัมพันธ์ในลักษณะพ่อเลี้ยงแม่เลี้ยง (step-parent) ด้วย นอกจากนี้ ในมาตรา 37 นี้กฎหมายยังได้กำหนดความสัมพันธ์ในอีกหลายรูปแบบ ซึ่งเป็นการพิจารณาความสัมพันธ์ของผู้กระทำและผู้ถูกระทำที่อาจมีอิทธิพลหรือส่งผลต่อความสามารถในการตัดสินใจของเหยื่อ

(a) A intentionally—

(i) touches another person (B); or ...

(b) B is—

(i) a child aged 16 or 17 years; and

(ii) under A's care, supervision or authority; and ...

(2) A person who commits an offence against subsection (1) is liable to level 6 imprisonment (5 years maximum).

⁷¹ Crimes Act 1958(Vic), s 37.

(1) Without limiting the circumstances in which a child is under the care, supervision or authority of a person, a person (A) has a child (B) under their care, supervision or authority if A is—

(a) B's parent or step-parent; or

(b) B's teacher; or

(c) B's employer; or . . .

(2) In this section—

parent includes—

(a) a parent by operation of the Adoption Act 1984; and

(b) a parent by operation of the Status of Children Act 1974; step-parent, in relation to a person, includes the spouse or domestic partner of the person's parent.

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีความสัมพันธ์ในทางเพศเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะของบิดามารดาบุตรทั้งในทางสายโลหิต หรือบุตรบุญธรรม กฎหมายอาญาใน ส่วนที่ 8C (Subdivision 8C Incest) ซึ่งได้บัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์กับเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีเป็นความผิดต้องระวางจำคุกตั้งแต่ 10 ปีถึง 25 ปี⁷² ซึ่งเป็นอัตราโทษของความผิดที่รุนแรงเทียบเท่าการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กอายุ 12 ปีตาม 49A และแม้ว่าผู้กระทำจะกระทำต่อเด็กที่อายุ 17 ถึง 18 ปีก็ระวางโทษตามมาตรานี้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเงื่อนไขความสัมพันธ์การให้ความดูแลดังเช่นที่บัญญัติในมาตรา 49C และ 49E แต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่า แม้ระบบกฎหมายของออสเตรเลียจะให้ความสำคัญสถานะทางกฎหมายของคู่สมรส แต่สำหรับประเด็นความรับผิดชอบ หรือหน้าที่ของบิดามารดาต่อบุตร กฎหมายพิจารณาบริบทของหน้าที่ในการให้ความดูแลในทางความเป็นจริงเพื่อพิทักษ์คุ้มครองประโยชน์ที่เด็กพึงได้รับ ขณะเดียวกันในเรื่องของการคุ้มครองความปลอดภัยและสวัสดิภาพของเด็ก กฎหมายอาญาในรัฐตัวอย่างดังที่กล่าวมาแสดงให้เห็นความผิดและโทษทางอาญาเป็นหนึ่งในกลไกสำคัญในการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำที่ไม่พึงประสงค์ต่อชีวิตและเสรีภาพของเด็ก ในส่วนความผิดต่อชีวิตเนื่องจากการกระทำต่อชีวิตของบุคคลโดยสภาพเป็นการกระทำที่มีความร้ายแรงในตัวเองและกฎหมายได้กำหนดอัตราโทษขั้นสูงไว้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติกฎหมายแต่ละรัฐจะไม่กำหนดฐานความผิดและโทษเฉพาะสำหรับการกระทำต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์ระหว่างกัน ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ต่อเด็ก กฎหมายอาญาจะพิจารณาถึงบุคคลซึ่งมีหน้าที่ต่อเด็กและกำหนดให้การไม่กระทำหน้าที่ที่ส่งผลให้เด็กได้รับอันตรายเป็นความผิด

เมื่อพิจารณาตัวอย่างกฎหมายอาญาออสเตรเลียในระดับรัฐจะเห็นว่า ในความผิดเกี่ยวกับเพศโดยหลักกฎหมายจะมุ่งพิจารณาถึงความสามารถในการให้ความยินยอมของบุคคล และกำหนดความร้ายแรงของความผิดตามเกณฑ์อายุเป็นสำคัญ ทั้งนี้ ในกรณีความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุคคลที่มีอายุในเกณฑ์ที่กฎหมายเห็นว่ามีความรู้ความสามารถในการตัดสินใจทางเพศได้ เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ เช่น บุคคลในช่วงอายุ 16 ถึง 17 ปี กฎหมายจะให้ความคุ้มครองเด็กกลุ่มนี้เป็นพิเศษเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำความผิดกระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ในความดูแลหรือภายใต้อำนาจบางประการ ด้วยเหตุว่า แม้บุคคลจะมีความสามารถในการตัดสินใจในระดับหนึ่ง แต่ผู้กระทำที่มีความสัมพันธ์เชิงอำนาจกับผู้ถูกระทำย่อมส่งอิทธิพลหรืออาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถของบุคคลในการให้ความยินยอมได้ จึงเป็นการสมควรที่กฎหมายควรบัญญัติให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ ไม่เพียงพิจารณาถึงเกณฑ์อายุ หรืออำนาจอิทธิพลต่อเด็กเท่านั้น ในความผิดเกี่ยวกับเพศเองกฎหมายยังได้มีการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือการอยู่ร่วมกันใน

⁷² See Crimes Act 1958(Vic), s 50C and 50D.

ครัวเรือน แม้ฐานความผิดดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นคุ้มครองบทบาทความสัมพันธ์ของการอยู่ร่วมกันในครอบครัวให้เป็นไปอย่างเหมาะสม ทั้งนี้ ในขณะที่เดียวกันไม่อาจปฏิเสธได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีส่วนสำคัญในการคุ้มครองเด็กจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยบุคคลในครอบครัวเช่นกัน

นอกเหนือจากความผิดและโทษตามบทบัญญัติกฎหมายอาญา จากการศึกษาระบบกฎหมายแห่งรัฐของสหพันธรัฐออสเตรเลียยังพบว่า ในแต่ละรัฐได้มีบทบัญญัติกฎหมายอื่นๆ ที่กำหนดความผิดและโทษบางประการไว้เป็นการเฉพาะ อาทิ การกำกับดูแลการให้บริการทางการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับเด็กในรัฐวิกตอเรีย (Children's Services Act 1996 (Vic)) หรือการกำกับดูแลบทบาทของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีส่วนในการป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นกับเด็กตามกฎหมายเด็กแห่งรัฐแทสเมเนีย (Children, Young Persons and Their Families Act 1997 (Tas)) เป็นต้น ซึ่งกฎหมายเหล่านี้กล่าวได้ว่าเป็นอีกหนึ่งในเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญในการพัฒนามาตรการหรือกลไกทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองเด็กในบริบทต่างๆ ไม่ว่าจะในบริบทที่เด็กอยู่ภายใต้อำนาจในครอบครัว หรือสังคมแวดล้อมอื่นๆ ให้ครบถ้วนรอบด้าน อันเป็นการสอดคล้องการคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัยของเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริง

3.1.3 ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ ซึ่งมีสภาพภูมิศาสตร์เป็นประเทศเกาะที่มีพื้นที่ขนาดเล็ก แต่เป็นประเทศที่มีความน่าสนใจในด้านการบริหารจัดการทรัพยากร และมีการใช้กฎหมายเป็นหนึ่งในเครื่องมือของรัฐในการบริหารจัดการรวมถึงการจัดการทรัพยากรมนุษย์ ตลอดจนความสัมพันธ์ในครอบครัว ซึ่งเนื้อหาของกฎหมายหลายประเด็นได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษจากการตกเป็นเมืองในช่วง ค.ศ. 1819 ถึง ค.ศ. 1963 ทั้งนี้ ประเทศสิงคโปร์ได้มีการพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องในครอบครัว และมีการนำมาปรับใช้กับกฎหมายอาญาที่เพิ่งปรับแก้ไขใหม่เมื่อปี ค.ศ. 2019 ดังจะกล่าวต่อไป

3.1.3.1 อำนาจปกครองตามกฎหมาย

ประเทศสิงคโปร์ให้ความสำคัญและตระหนักว่าครอบครัวเป็นสถาบันที่เสาหลักที่สำคัญและมีอิทธิพลต่อการบริหารและพัฒนาประเทศ โดยมีกฎหมายครอบครัวที่มีประเด็นสำคัญในเรื่องการสมรสและการหย่า ในชื่อว่ากฎบัตรสตรี (Women's Charter) เหตุที่ใช้ชื่อว่ากฎบัตรสตรีนี้เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ได้ให้การคุ้มครองสิทธิสตรี เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้เป็นจุดเริ่มต้นของการใช้ระบบกฎหมายครอบครัวแบบผัวเดียวเมียเดียว โดยกฎบัตรสตรีได้วางหลักให้การสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย (lawful marriage) จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์แบบสามีภรรยา (husband and wife) และนำมาซึ่งสิทธิหน้าที่ระหว่างสามีภรรยา หนึ่งในนั้นคือหน้าที่ในการมีส่วนร่วมในการดูแล

เลี้ยงดู และจัดการรักษาผลประโยชน์ของบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย⁷³ หรือความปกครอง (custody) ที่อาจมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจในฐานะผู้ปกครองในการตัดสินใจที่สำคัญเกี่ยวกับการดูแลบุตรของตน อาทิ การเลือกที่จะจัดให้เด็กได้รับการศึกษาตามที่เห็นสมควร ตลอดจนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของเด็ก⁷⁴ เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า ความปกครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสถานะเป็นบิดามารดาในสมรส (Parenthood within marriage) ซึ่งเป็นประเด็นที่กฎหมายสิงคโปร์ให้ความสำคัญ โดยเชื่อว่าสถานะความเป็นอยู่ของสถานภาพสมรส แสดงถึงความเป็นอยู่และความสัมพันธ์ในครอบครัวที่เข้มแข็ง และสามารถสะท้อนภาพชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีของประชากร⁷⁵ ในเชิงนโยบาย กฎหมายจึงให้การสนับสนุนและให้ความสำคัญกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย (legitimate children) โดยรัฐจะให้การสนับสนุนผู้ปกครองบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายในทางทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นความช่วยเหลือในเรื่องที่อยู่อาศัย เงินช่วยเหลือ หรือภาษี⁷⁶ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายให้ความสำคัญกับเรื่องของบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นพิเศษ ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายละเลยหรือไม่ให้ความสำคัญกับบุตรนอกสมรส (illegitimate children) ในหลายกรณีสิงคโปร์มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่บางเรื่องบางประการที่ครอบคลุมไปถึงบุตรนอกสมรสเช่นกัน โดยคำนึงถึงความเป็นเด็กเป็นสำคัญ

หนึ่งในประเด็นที่ระบบกฎหมายสิงคโปร์ได้สะท้อนให้เห็นชัดเจนว่าเป็นการพิจารณาถึงความเป็นเด็ก คือ หน้าที่ในการเลี้ยงดู ตามกฎบัตรสตรี มาตรา 68 (Duty of parents to maintain children) ที่วางหลักการไว้ว่าบิดามารดามีหน้าที่ร่วมกัน (duty of a parent) ในการปกป้องดูแลเด็กรวมถึงการจัดหาปัจจัยเพื่อส่งเสริมการดำรงชีพและให้การศึกษาตามสมควรแก่สมฐานะารูป ในกรณีที่เกิดคดีครอบครัวขึ้นศาลอาจมีคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครอง และการกำหนดให้เด็กอยู่ในการดูแลของบุคคลตามที่มีการตกลงหรือศาลเห็นสมควร ทั้งนี้ แม้ว่าบิดามารดาจะไม่ได้เป็นผู้ดูแลเด็กอยู่ในขณะนั้น บิดามารดาก็ยังคงมีหน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรอยู่ต่อไปอาจโดยการที่ศาล

⁷³ Women's Charter 1961, s 46.

⁷⁴ Singapore Legal Advice, 'Child Custody, Care and Control & Access: Singapore Guide' <<https://singaporelegaladvice.com/law-articles/the-guide-to-child-custody-in-singapore/>> สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2564.

⁷⁵ Singapore Legal Advice, '7 Brutal Truths About Having an Illegitimate Child in Singapore' <<https://singaporelegaladvice.com/law-articles/having-an-illegitimate-child-singapore/>> สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2564.

⁷⁶ เพิ่งอ้าง.

กำหนดหน้าที่การรับผิดชอบค่าใช้จ่ายแทนการดูแลแทนก็ได้⁷⁷ กล่าวได้ว่า บทบัญญัติในมาตรา 68 นี้เป็นการพิจารณาถึงสถานะความเป็นบิดาในความเป็นจริง โดยไม่ได้มุ่งพิจารณาถึงสถานะความเป็นบุตรโดยชอบ (legitimate) หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegitimate) อันเป็นเรื่องการสมรสระหว่างบิดามารดาแต่อย่างใด

นอกจาก กฎบัตรสตรีมาตรา 68 มาตรา 70 (Duty to maintain child accepted as member of family) ยังได้บัญญัติวางหลักการและกำหนดหน้าที่ในการดูแลเด็กให้กับบุคคลที่รับเด็กดูแลเสมือนสมาชิกในครอบครัว กล่าวคือ บุคคลผู้มีการดูแลเด็กในความเป็นจริงหรือผู้ปกครองที่ศาลแต่งตั้ง จะมีหน้าที่ในการดูแลเด็กที่ไม่ใช่บุตรของตน ในฐานะสมาชิกในครอบครัว ซึ่งหน้าที่ในการดูแลเด็กจะมีอยู่ตลอดในระหว่างที่เขายังเป็นเด็กจนกว่าบิดามารดาของเด็กจะมีการปฏิบัติหน้าที่นั้น⁷⁸ ทั้งนี้ การทำหน้าที่ดังกล่าว มิได้มีผลให้หน้าที่ของบิดามารดาสิ้นสุดลง กล่าวคือ บิดามารดา ยังคงมีหน้าที่ในลักษณะการตอบสนองปัจจัยทางทรัพย์สินในการดูแลเด็ก ในการรับผิดชอบบรรดาค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการเลี้ยงดูนั้น

จะเห็นได้ว่า กฎบัตรสตรีได้กำหนดหน้าที่ (duty) ในการดูแลบุตรผู้เยาว์ที่สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมและการเลี้ยงดูตามความเป็นจริง แม้ว่ากฎหมายจะให้ความสำคัญในเรื่องสิทธิในความปกครองเด็ก (custody) ที่ยึดโยงกับสถานะการสมรสของบิดามารดา แต่ก็เป็นการเน้นย้ำถึงสิทธิพิเศษของบิดามารดาที่จะได้รับจากรัฐในเชิงประโยชน์ทางทรัพย์สินเท่านั้น การที่ระบบกฎหมายสิงคโปร์พิจารณาถึงหน้าที่ของบิดามารดา หรือบุคคลอื่นๆ ในการเลี้ยงดูเด็กที่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงเป็นสำคัญ อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายสิงคโปร์มีการพิจารณาถึงอำนาจปกครองทางพฤตินัย โดยมุ่งหมายให้เด็กได้รับการปกป้องดูแล และช่วยให้เด็กมีความเป็นอยู่ที่ดี (well-being)

3.1.3.2 มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง

ในส่วนของกฎหมายอาญาประเทศสิงคโปร์ได้มีการรวบรวมบทบัญญัติกฎหมายอาญาให้มีลักษณะเป็นประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code) ครอบคลุมบทบัญญัติหลักการทั่วไปของกฎหมายอาญา องค์ประกอบและบทลงโทษของความผิดทางอาญา เช่น ความผิดที่กระทำต่อร่างกาย การข่มขู่กรรโชก ความผิดที่เป็นอาชญากรรมทางเพศ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เป็นต้น โดยกฎหมายได้กำหนดโทษทางอาญาใน 5 สถาน ประกอบด้วย ประหารชีวิต จำคุก ริบทรัพย์สิน

⁷⁷ Women's Charter 1961, s 68.

⁷⁸ Women's Charter 1961, s 70.

ปรับ การเขียนด้วยหวาย⁷⁹ และโทษจำคุกอาจเป็นการจำคุกตลอดชีวิตได้ขึ้นอยู่กับความผิด⁸⁰ นอกจากความผิดทั่วไปแล้ว ระบบกฎหมายสิงคโปร์ยังมีบทบัญญัติความผิดเฉพาะเรื่อง (Act) แยกออกมา

นอกจากกำหนดหลักการสำคัญและความผิดและโทษทางอาญาพื้นฐานในระบบกฎหมายสิงคโปร์แล้ว ประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์ยังเป็นหนึ่งในเครื่องมือสำคัญในการให้ความคุ้มครองเด็ก โดยได้กำหนดให้การกระทำความผิดต่อเด็กเป็นความผิดฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษให้หนักขึ้น และช่วงอายุของเหยื่อที่ถูกกระทำความผิดส่งผลต่อความร้ายแรงและอัตราโทษของความผิดที่ผู้กระทำจะได้รับ ยิ่งการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุน้อยลงการกระทำนั้นจะยิ่งมีความผิดร้ายแรงและส่งผลให้มีอัตราโทษที่สูงขึ้นไปด้วย ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาแบ่งออกเป็นสี่ช่วงอายุ ได้แก่กลุ่มช่วงอายุไม่เกิน 14 ปี กลุ่มช่วงอายุไม่เกิน 16 ปี กลุ่มช่วงอายุเกิน 16 แต่ไม่เกิน 18 ปี และกลุ่มช่วงอายุไม่เกิน 18 ปี

ประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์นอกจากให้ความคุ้มครองเด็กในแต่ละฐานความผิดแล้ว กฎหมายยังมีการบัญญัติคุ้มครองเด็กในหมวดทั่วไปว่าด้วยโทษ (Chapter III Punishments) โดยกำหนดให้การกระทำความผิดในกรณีต่อไปนี้ความผิดที่มีเหตุฉกรรจ์ให้บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้น

⁷⁹ Penal Code 1871, s 53.

The punishments to which offenders are liable under the provisions of this Code are —

- (a) death;
- (b) imprisonment;
- (c) forfeiture of property;
- (d) fine;
- (e) caning.

⁸⁰ Penal Code 1871, Section 54 Imprisonment for life

“Imprisonment for life”, in relation to any prescribed punishment under this Code or any other written law, means imprisonment for the duration of a person’s natural life.

กรณีหนึ่ง การกระทำความผิดต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี

มาตรา 74B (Enhanced penalties for offences against person below 14 years of age)⁸¹ ซึ่งวางหลักให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณากำหนดโทษกับผู้กระทำความผิดที่กระทำความผิดต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี เพิ่มเติมได้สูงสุดไม่เกินสองเท่าของโทษสูงสุดที่ศาลสามารถทำได้ ทั้งนี้ เฉพาะกรณีที่ขณะกระทำความผิดผู้กระทำรู้หรือควรจะได้รู้ว่าเป็นการกระทำความผิดต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี อย่างไรก็ตามก็ดี ความดังกล่าวไม่นำมาใช้หากพิจารณาแล้วเห็นว่า ความผิดผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดที่ประมวลกฎหมายอาญามีการบัญญัติความผิดที่กำหนดอัตราโทษเป็นการเฉพาะต่อการกระทำความผิดต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี หรือเป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนด หรือเป็นความผิดที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิตอยู่แล้ว นอกจากนี้ กฎหมายยังเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดสามารถนำสืบพิสูจน์เพื่อไม่ต้องรับโทษตามมาตรานี้ได้หากผู้กระทำ

⁸¹ Penal Code 1871, s 74B.

(1) Subsection (2) applies to any offence under this Code which may be committed against a person below 14 years of age except where —

(a) it is expressly provided that an enhanced or mandatory minimum sentence will apply to the offence when it is committed against a person below 14 years of age;

(b) the offence is under section 304B, 304C, 377BG, 377BH, 377BI, 377BJ or 377BK; or

(c) the offence is punishable with death or imprisonment for life.

(2) Where any person commits an offence under this Code against a person below 14 years of age, the court may sentence the person convicted of the offence to punishment not exceeding twice the maximum punishment that the court could, but for this section, impose for the offence if at the time of committing the offence the offender knew or ought reasonably to have known that the victim was a person below 14 years of age.

(3) This section does not apply where the offender proves that the victim despite being a person below 14 years of age, was capable of protecting himself from the offender in respect of the harm caused by the offence in the same manner as a person of or above 14 years of age.

ความผิดพิสูจน์ได้ว่าผู้ถูกกระทำที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ยังมีความสามารถป้องกันตัวเองได้เช่นเดียวกับบุคคลอายุมากกว่า 14 ปี

กรณีที่สอง การกระทำความผิดต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่เป็นการใช้ชีวิตในครัวเรือนเดียวกันหรือมีส่วนในภาระหน้าที่ระหว่างกันในชีวิตประจำวัน

มาตรา 74C (Enhanced penalties for offences against victims in intimate relationships)⁸² ได้วางหลักให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณากำหนดโทษกับการกระทำ

⁸² Penal Code 1871, s 74C.

(1) Subsection (2) applies where an offender (A) is convicted of any offence under Chapter XVI (except an offence punishable with death or imprisonment for life) committed against a person (B) who was or is in an intimate relationship with A.

(2) When the offender (A) commits an offence against B, the court may sentence the person convicted of the offence to punishment not exceeding twice the maximum punishment that the court could, but for this section, impose for the offence if at the time of committing the offence A knew or ought reasonably to have known that B was or is in an intimate relationship with A.

(3) This section does not apply where the offender (A) proves that, despite A having been or being in an intimate relationship with B, the relationship between A and B did not adversely affect B's ability to protect B from A in respect of the harm caused by the offence.

(4) . . .

(5) For the purpose of this section, the court may determine whether the offender (A) was or is in an intimate relationship with the victim (B) having regard to all the circumstances of the case, including the following:

(a) whether A and B are living in the same household, although it is not necessary that they live in the same household;

(b) whether A and B share the tasks and duties of their daily lives;

ความผิดในหมวดความผิดที่กระทำต่อชีวิตร่างกายมนุษย์ (Chapter XVI Offences Affecting the Human Body) หากผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้ชีวิตในครัวเรือนเดียวกัน หรือมีส่วนในภาระหน้าที่ระหว่างกันในชีวิตประจำวัน (intimate relationship)⁸³ เพิ่มเติมได้สูงสุดไม่เกินสองเท่าของโทษสูงสุดที่ศาลสามารถทำได้ ทั้งนี้ เฉพาะกรณีที่ขณะกระทำผู้กระทำหรือควรจะได้รู้ว่าเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด เว้นแต่เป็นการกระทำความผิดที่เดิมมีอัตราโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวไม่นำมาใช้บังคับหากผู้กระทำความผิดพิสูจน์ได้ว่าระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำแม้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด แต่ความสัมพันธ์นั้นไม่ได้ส่งผลให้ความสามารถในการป้องกันตัวของผู้ถูกกระทำในการป้องกันตัวเองจากการกระทำของผู้กระทำความผิด

ในกรณีนี้ ศาลอาจพิจารณาความสัมพันธ์ใกล้ชิดได้แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ได้อยู่บ้านเดียวกัน แต่อาจเป็นเพียงความเกี่ยวข้องระหว่างกันผ่านทางสิทธิหน้าที่ การสนับสนุนค่าใช้จ่ายและการพึ่งพากันในชีวิตประจำวัน รวมไปถึงกรณีที่บุคคลมีความเกี่ยวข้องระหว่างกันในการสนับสนุนดูแลบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปี หรือเป็นกรณีที่บุคคลนั้นแสดงออกต่อกันในลักษณะของความเป็นเพื่อน เพื่อน ญาติ หรือบุคคลอื่น เสมือนคู่ของความสัมพันธ์ใกล้ชิด

(c) whether A and B have made arrangements to share expenses or financial support and the degree of financial dependence or interdependence between A and B;

(d) whether there is a sexual relationship between A and B, although it is not necessary that there be a sexual relationship between them;

(e) whether A and B share the care and support of a specific person below 21 years of age;

(f) whether A and B conduct themselves toward their friends, relatives or other persons as parties to an intimate relationship, and whether A and B are so treated by their friends, relatives or other persons.

⁸³ Desmond Ang, 'Stronger Criminal Laws, Better Protection for the Vulnerable' <<https://www.mha.gov.sg/home-team-news/story/detail/stronger-criminal-laws-better-protection-for-the-vulnerable/>> สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2563.

กรณีที่สาม การกระทำความผิดต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่เป็นการใช้ชีวิตในครัวเรือนเดียวกันที่มีลักษณะเป็นการติดต่อกันบ่อยครั้ง

มาตรา 74D (Enhanced penalties for offences against victims in close relationships)⁸⁴ ซึ่งวางหลักเช่นเดียวกับกรณีก่อนหน้า หากแต่มีรูปแบบของความสัมพันธ์ที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการยึดโยงกันด้วยสิทธิหน้าที่ ตามมาตรา 74C แต่เป็นกรณีที่บุคคลมีความสัมพันธ์

⁸⁴ Penal Code 1871, s 74D.

(1) Subsection (2) applies where an offender (A) is convicted of any offence under Chapter XVI (except an offence punishable with death or imprisonment for life) committed against a person (B) who was or is in a close relationship with A.

(2) When the offender (A) commits an offence against B, the court may sentence the person convicted of the offence to punishment not exceeding twice the maximum punishment that the court could, but for this section, impose for the offence if at the time of committing the offence A knew or ought reasonably to have known that B was or is in a close relationship with A.

(3) This section does not apply where the offender (A) proves that, despite A having been or being in a close relationship with B, the relationship between A and B did not adversely affect B's ability to protect B from A in respect of the harm caused by the offence.

(4) . . .

(5) In this section, the offender (A) was or is in a close relationship with the victim (B) where —

- (a) A is a member of the same household as B; and
- (b) A and B had frequent contact with each other.

(6) For the purposes of subsection (5), A and B are to be treated as members of the same household if —

- (a) they live in the same household; or
- (b) they do not live in the same household, but A or B visits the household to which the other belongs so often and for such periods of time that it is reasonable to regard A and B as being members of the same household.

ในลักษณะที่เสมือนความสัมพันธ์ในของบุคคลในครัวเรือนเดียวกัน (close relationship) อันเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกในครัวเรือนเดียวกับบุคคลผู้ถูกระทำ และมีการติดต่อซึ่งกันและกันบ่อยครั้ง⁸⁵

นอกจากการให้ความคุ้มครองที่ครอบคลุมเด็กในฐานะเหยื่อจากการกระทำความผิดแล้ว กฎหมายยังมีการพิจารณาถึงเรื่องความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับความเปราะบางที่อาจส่งผลให้เด็กตกเป็นเหยื่อจากการกระทำความผิด (Vulnerable Victims) ในความผิดฐานต่างๆ ดังบัญญัติไว้ในหมวดความผิดที่กระทำต่อชีวิตร่างกายมนุษย์ (Chapter XVI Offences Affecting the Human Body) ซึ่งเกี่ยวข้องกับความผิดที่กระทำต่อชีวิต การทำร้ายร่างกาย การพราก การลักพาตัว การเอาคนลงเป็นทาส การบังคับใช้แรงงาน และการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ อันรวมไปถึงการกระทำในลักษณะที่เป็นธูระจัดหา ที่มีเนื้อหาเป็นการคุ้มครองเด็กจากการกระทำลักษณะต่างๆ อาทิ

1) ความผิดฐานกระทำที่เป็นผลให้บุคคลอายุต่ำกว่า 14 ปี หรือคนงานในบ้าน หรือบุคคลอื่นถึงแก่ความตายจากการกระทำที่เป็นการล่วงละเมิดที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง ดังมาตรา 304B (Causing death of child below 14 years of age, domestic worker or vulnerable person by sustained abuse)⁸⁶ โดยวางหลักให้บุคคลที่ใช้อำนาจปกครอง

⁸⁵ Desmond Ang, (n 34).

⁸⁶ Penal Code 1871, s 304B.

(1) A relevant person who causes the death of any child, domestic worker or vulnerable person by sustained abuse shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 20 years, and shall also be liable to fine or to caning.

(2) In this section —

“child” means a person below 14 years of age; . . .

“neglect” means the failure by a relevant person to provide any or adequate essential care (such as but not limited to food, clothing, medical aid, lodging and other necessities of life) to the extent of causing personal injury or physical pain to, or injury to the physical health of any child, domestic worker or vulnerable person;

“relevant person” means —

(custody) หรือหน้าที่ความรับผิดชอบในการดูแล (charge or care) ที่ได้กระทำการอันมีลักษณะเป็นการทารุณกรรมหรือการละเมิดอย่างต่อเนื่อง (sustained abuse) ต่อเด็กต่ำกว่า 14 ปี และส่งผลให้เด็กถึงแก่ความตายมีความความผิดต้องระวางโทษตามกฎหมาย ซึ่งมีโทษจำคุกสูงสุดถึง 20 ปี และต้องระวางโทษปรับ รวมถึงต้องโทษเขียนด้วยหวาย

2) ความผิดฐานการกระทำที่มีลักษณะเป็นการปล่อย หรือเป็นเหตุให้เด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี เสียชีวิต ในมาตรา 304C (Causing or allowing death of child below 14 years of age, domestic worker or vulnerable person in same household)⁸⁷ โดย

(a) in the case of a child, a person who has custody, charge or care of the child;

(b) in the case of a domestic worker, the employer of the domestic worker, a member of the employer's household or the employment agent of the domestic worker; and

(c) in the case of a vulnerable person, a person who has custody, charge or care of the vulnerable person;

“sustained abuse” means a course of conduct which consists of voluntarily causing hurt or knowingly causing neglect, or both, of a child, domestic worker or vulnerable person on —

(a) 2 or more occasions; or

(b) a single occasion if the conduct is protracted;

“vulnerable person” has the meaning given by section 74A(5).

⁸⁷ Penal Code 1871, s 304C.

(1) A person (A) shall be guilty of an offence if —

(a) a person below 14 years of age, a domestic worker or a vulnerable person (B) dies as a result of the unlawful act of a person who —

(i) was a member of the same household as B; and

(ii) had frequent contact with B;

(b) A was a member of the same household as B, and had frequent contact with B at the time of that act;

กำหนดให้บุคคลที่อาศัยอยู่ในบ้านเดียวกับเด็ก (same household) หรือถือว่าอาศัยอยู่ร่วมกันจากพฤติการณ์ที่มีการเยี่ยมเยียนกัน หรืออาจมีการพบปะหรือติดต่อกับเด็กผู้ถูกระงับบ่อยครั้ง (frequent contact) บ่อยครั้ง ในช่วงเวลาที่มีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นกับเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี และการที่บุคคลดังกล่าวทราบว่าการกระทำนั้นเกิดขึ้นโดยคาดหมายได้ว่าเด็กจะมีอันตรายแก่ชีวิต แต่กลับไม่ได้ดำเนินการป้องกันให้เหตุดังกล่าวเกิดขึ้นผู้นั้นต้องมีความผิดและโทษตามกฎหมาย ซึ่งมีโทษจำคุกสูงสุดถึง 20 ปี และต้องระวางโทษปรับ รวมถึงต้องโทษเขียนด้วยหยาบ

3) ความผิดฐานมีส่วนเกี่ยวข้องในการฆ่าตัวตายของเด็ก ดังมาตรา 305 (Abetment of suicide or attempted suicide of minor or person who lacks mental capacity)⁸⁸ โดยกำหนดให้บุคคลใดก็ตามที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการฆ่าตัวตายหรือการพยายามฆ่าตัว

(c) at that time there was a significant risk of grievous hurt being caused to B by the unlawful act of such a person; and

(d) either A was the person whose act caused B's death or —

(i) A was, or ought to have been, aware of the significant risk mentioned in paragraph (c);

(ii) A failed to take such steps as A could reasonably have been expected to take to protect B from the significant risk; and

(iii) the unlawful act occurred in circumstances of the kind that A foresaw or ought to have foreseen.

(2) . . .

(5) For the purposes of this section —

(a) a person is to be regarded as a “member” of a particular household, even if that person does not live in that household, if that person visits it so often and for such periods of time that it is reasonable to regard him as a member of the particular household;

(b) where B lived in different households at different times, “the same household as B” refers to the household in which B was living at the time of the act that caused B's death; . . .

⁸⁸ Penal Code 1871, s 305.

(1) If any minor or other person who lacks capacity —

ตายของเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี มีความผิดและต้องระวางโทษ ตั้งแต่ประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกสูงสุด 20 ปี และระวางโทษปรับในกรณีที่ไม่ได้รับโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ด้วยตามแต่กรณี

4) กลุ่มการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นการลักพาตัวบุคคล รวมไปถึง การลักพาตัวบุคคลเพื่อการแสวงหาประโยชน์ ซึ่งกฎหมายได้กำหนดบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการลักพาตัวเด็กในมาตรา 361 (Kidnapping from lawful guardianship)⁸⁹ ที่วางหลักว่า ผู้ใดก็

(a) commits suicide, whoever abets the commission of the suicide and who knew or ought reasonably to have known that the person who committed suicide was a minor or a person who lacks capacity, shall be punished with death or imprisonment for life, or with imprisonment for a term which may extend to 20 years, and shall, if he is not sentenced to death or imprisonment for life, also be liable to fine;

(b) attempts suicide, whoever abets the attempted suicide and who knew or ought reasonably to have known that the person who attempted suicide was a minor or a person who lacks capacity, shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 15 years, and shall also be liable to fine; or

(c) attempts suicide and hurt is caused to any person in the course of the attempted suicide, whoever abets the attempted suicide and who knew or ought reasonably to have known that the person who attempted suicide was a minor or a person who lacks capacity, shall be punished with imprisonment for life or with imprisonment for a term which may extend to 20 years, and shall, if he is not sentenced to imprisonment for life, also be liable to fine.

⁸⁹ Penal Code 1871, s 361.

Whoever takes or entices any minor under 16 years of age, or any person of unsound mind, out of the keeping of the lawful guardian of such minor or person of unsound mind, without the consent of such guardian, is said to kidnap such minor or person from lawful guardianship.

ตามที่พาหรือชักชวนผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ไปจากผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (lawful guardian) โดยปราศจากความยินยอมของผู้ปกครองนั้น ให้ถือว่าลักพาตัวผู้เยาว์หรือบุคคลดังกล่าว ออกจากการปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี และต้องระวางโทษปรับ หรือเขียนด้วยหยาบ⁹⁰ ข้อสังเกตสำคัญคือ ความผิดฐานนี้ได้มีความอธิบายท้ายบทบัญญัติ (explanation) ที่ได้กำหนดให้ “ผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย” ให้หมายความรวมถึงบุคคลใดก็ตามที่ได้รับมอบหมายหรือความไว้วางใจโดยชอบด้วยกฎหมายในการให้ดูแล หรือการให้การปกครองผู้เยาว์

5) กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศ ประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์ได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในหลายลักษณะ เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา (rape) การกระทำทางเพศ หรือการกระทำอนาจารด้วยการล่วงล้ำ (sexual assault by penetration) การร่วมประเวณีระหว่างพี่น้อง (incest) เป็นต้น ขณะเดียวกัน กฎหมายได้กำหนดบัญญัติที่ให้การคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศ หรือการกระทำที่มีลักษณะเกี่ยวเนื่องในทางเพศที่กระทบต่อเด็ก การให้ความคุ้มครองเด็กในกลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศนี้สามารถพิจารณาออกเป็น 2 กรณี

กรณีที่หนึ่ง กรณีกฎหมายพิจารณาถึง “ความเป็นเด็ก” หรือความเป็นผู้เยาว์ของผู้ถูกระทำเป็นสำคัญ และ

กรณีที่สอง กรณีที่กฎหมายพิจารณาถึง “ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับเด็กผู้ถูกระทำ” ประกอบกับความเป็นเด็ก ซึ่งจากการพิจารณาทบบัญญัติกลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศนี้ พบว่า ประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์หลายมาตราได้บัญญัติให้ความคุ้มครองเด็ก ในลักษณะตามกรณีที่สองนี้ ไม่ว่าจะเป็น

Explanation.— The words “lawful guardian” in this section include any person lawfully entrusted with the care or custody of such minor or other person.

Exception.— This section does not extend to the act of any person who in good faith believes himself to be the father of an illegitimate child or who in good faith believes himself to be entitled to the lawful custody of such child, unless such act is committed for an immoral or unlawful purpose.

⁹⁰ Penal Code 1871, s 363.

- การข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 375 (Rape)⁹¹
- การกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามมาตรา 376 (Sexual assault involving penetration)⁹²

⁹¹ Penal Code 1871, s 375.

(1) Any man who penetrates the vagina of a woman with his penis —

(a) without her consent; or

(b) with or without her consent, when she is under 14 years of age,

shall be guilty of an offence.

(2) Subject to subsection (3), a man who is guilty of an offence under this section shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 20 years, and shall also be liable to fine or to caning.

(3) Whoever —

(a) . . .

(c) commits an offence under subsection (1) or (1A) against a person below 14 years of age with whom the offender is in a relationship that is exploitative of that person,

shall be punished with imprisonment for a term of not less than 8 years and not more than 20 years and shall also be punished with caning of not less than 12 strokes.

⁹² Penal Code 1871, s 376.

(1) Any man (A) who causes another man (B) to penetrate with B's penis, the anus or mouth of A —

(a) without B's consent; or

(b) with or without B's consent, when B is below 14 years of age, shall be guilty of an offence.

(2) . . .

- การล่วงละเมิดทางเพศเกี่ยวกับผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 16 ปี ตามมาตรา 376A (Sexual penetration of minor under 16)⁹³
- การล่วงละเมิดทางเพศเกี่ยวกับผู้เยาว์อายุกว่า 16 แต่ไม่เกิน 18 ปี ตามมาตรา 376AA (Exploitative sexual penetration of minor of or above 16 but below 18 years of age)⁹⁴

(3) Subject to subsection (4), a person who is guilty of an offence under this section shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 20 years, and shall also be liable to fine or to caning.

(4) Whoever —

(a) . . .

(c) commits an offence under subsection (1) or (2) against a person below 14 years of age with whom the offender is in a relationship that is exploitative of that person,

⁹³ Penal Code 1871, s 376A.

(1) . . .

(2) Whoever commits an offence under this section against a person (B) who is of or above 14 years of age but below 16 years of age —

(a) in a case where the offender is in a relationship that is exploitative of B, shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 20 years, and shall also be liable to fine or to caning; and

(b) in any other case, shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 10 years, or with fine, or with both.

⁹⁴ Penal Code 1871, s 376AA.

(1) Any person (A) who is in a relationship that is exploitative of a person of or above 16 years of age but below 18 years of age (B) shall be guilty of an offence if A —

(2) . . .

- การล่วงละเมิดทางเพศของผู้เยาว์หรืออายุมากกว่า 16 ปีแต่อายุไม่เกิน 18 ปี ตามมาตรา 376EA (Exploitative sexual grooming of minor of or above 16 but below 18 years of age)⁹⁵
- การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากสื่อที่เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์อายุกว่า 16 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี ตามมาตรา 376EC (Exploitative sexual communication with minor of or above 16 but below 18 years of age)⁹⁶

(3) A person who is guilty of an offence under this section shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 15 years, and shall also be liable to fine or to caning.

⁹⁵ Penal Code 1871, s 376EA.

(1) Any person of or above 18 years of age (A) shall be guilty of an offence if having met or communicated with another person (B) on at least one previous occasion —

(a) A intentionally meets B or travels with the intention of meeting B or B travels to attend a meeting with A which A has either initiated or agreed to whether expressly or by implication; and

(b) at the time of the acts mentioned in paragraph (a) —

(i) A intends to do anything to or in respect of B, during or after the meeting, which if done will involve the commission by A of a relevant offence;

(ii) B is of or above 16 but below 18 years of age;

(iii) A does not reasonably believe that B is of or above 18 years of age; and

(iv) A is in a relationship that is exploitative of B.

(2) . . .

(4) A person who is guilty of an offence under this section shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 3 years, or with fine, or with both.

⁹⁶ Penal Code 1871, s 376EC.

- การแสวงหาประโยชน์จากกิจกรรมทางเพศหรือภาพที่เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์อายุกว่า 16 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี ตามมาตรา 376EE (Exploitative sexual activity or image in presence of minor of or above 16 but below 18 years of age)⁹⁷

(1) Any person of or above 18 years of age (A) shall be guilty of an offence if —

(a) for the purpose of obtaining sexual gratification or of causing another person (B) humiliation, alarm or distress, A intentionally communicated with B;

(b) the communication is sexual;

(c) at the time of the communication, B is of or above 16 but below 18 years of age;

(d) A does not reasonably believe that B is of or above 18 years of age; and

(e) B is in a relationship with A that is exploitative of B.

(2) . . .

(3) A person who is guilty of an offence under this section shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 2 years, or with fine, or with both.

⁹⁷ Penal Code 1871, s 376EE

(1) Any person of or above 18 years of age (A) shall be guilty of an offence if —

(a) . . .

(d) B is of or above 16 but below 18 years of age;

(e) A does not reasonably believe that B is of or above 18 years of age; and

(f) A is in a relationship with B that is exploitative of B.

(2) Any person of or above 18 years of age (A) shall be guilty of an offence if —

- การแสวงประโยชน์สิ่งอันไม่เหมาะสมที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับผู้เยาว์หรืออายุมากกว่า 16 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี ตามมาตรา 377BL (Exploitation by abusive material of minor of or above 16 but below 18 years of age)⁹⁸

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำนี้เป็นกรณีที่กฎหมายคุ้มครองเด็กจากการอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างกันในบางลักษณะ ซึ่งจะต้องมีลักษณะเป็นการอาศัยความสัมพันธ์นั้นในลักษณะเอาเปรียบเพื่อแสวงหาประโยชน์ หรืออำนวยความสะดวกในการกระทำความผิดต่อผู้เยาว์ (exploitative relationship) ซึ่งลักษณะของการใช้

(a) . . .

(c) B is of or above 16 but below 18 years of age;

(d) A does not reasonably believe that B is of or above 18 years of age;

(e) A is in a relationship with B that is exploitative of B; and

(f) either A or B is or both are in Singapore.

(3) A person who is guilty of an offence under this section shall be punished with imprisonment for a term which may extend to one year, or with fine, or with both.

⁹⁸ Penal Code 1871, s 377BL.

(1) This section applies only where a person (A) is in a relationship with another person (B) who is of or above 16 but below 18 years of age, that is exploitative of B.

(2) A person (A) who uses B for the production of material . . . be punished with imprisonment for a term which may extend to 10 years, and shall also be liable to fine or to caning.

(3) A person (A) who intentionally produces abusive material . . . be punished with imprisonment for a term which may extend to 10 years, and shall also be liable to fine or to caning.

(4) A person (A) who distributes or sells or offers for sale abusive material . . . be punished with imprisonment for a term which may extend to 7 years, and shall also be liable to fine or to caning.

ความสัมพันธ์อันเป็นการเอารัดเอาเปรียบที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศ สามารถพิจารณาได้ตามมาตรา 377CA (Meaning of exploitative relationship)⁹⁹ โดยพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละกรณีประกอบ ได้แก่ อายุ ความแตกต่างระหว่างอายุผู้ต้องหากับผู้เยาว์ ลักษณะของความสัมพันธ์ และระดับการควบคุมหรืออิทธิพลที่ผู้ถูกกล่าวหาใช้เหนือผู้เยาว์ และกรณีนี้ต่อไปนี้กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าความสัมพันธ์เช่นนี้เป็นการใช้ความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นการเอารัดเอาเปรียบได้แก่

⁹⁹ Penal Code 1871, s 377CA.

(1) For the purposes of sections 375, 376, 376A, 376AA, 376EA, 376EC, 376EE, 377BL and 377D, whether an accused person's relationship with a person below 18 years of age (called in this section a minor) is exploitative of the minor is to be determined by the court in the circumstances of each case and the court must have regard to the following in making such determination:

- (a) the age of the minor;
- (b) the difference between the age of the accused person and the minor;
- (c) the nature of the relationship;
- (d) the degree of control or influence exercised by the accused person over the minor.

(2) For the purposes of subsection (1) and subject to subsection (3), it is presumed until the contrary is proved that an accused person's relationship with a minor is exploitative where the relationship is any of the following:

- (a) the accused person is the parent, step-parent, guardian or foster parent of the minor;
- (b) the accused person is the de facto partner of the parent, guardian or foster parent of the minor; . . .

(3) The presumption in subsection (2) does not apply to a person who is lawfully married to a minor even though the relationship may fall within any of the relationships mentioned in subsection (2).

(1) ผู้ถูกกล่าวหาเป็นบิดามารดา (parent) พ่อเลี้ยง (step-parent) ผู้ปกครอง (guardian) หรือพ่อแม่อุปถัมภ์ของผู้เยาว์ (foster parent) หรือเป็นคู่สมรสคู่ชีวิตของบุคคลดังกล่าว (de facto partner)

(2) ครูหรือผู้บริหารสถานศึกษาที่เด็กนั้นเรียนอยู่ ความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้เยาว์ที่เกี่ยวข้องกับการสอนศาสนา กีฬา ดนตรี หรือการสอนอื่นๆ แก่ผู้เยาว์ รวมถึงเจ้าหน้าที่สถานคุมขัง

(3) ผู้ประกอบโรคศิลปะ แพทย์แผนจีนที่ขึ้นทะเบียนหรือนักจิตวิทยาที่ผู้เยาว์เป็นคนไข้

(4) หมายคามที่ผู้เยาว์เป็นลูกความ

หากบุคคลที่มีลักษณะดังกล่าวข้างต้นกระทำความผิดในกลุ่มนี้จะถือว่าบุคคลนั้นเป็นบุคคลที่อาศัยความสัมพันธ์ในลักษณะเอาใจเอาเปรียบเพื่อแสวงหาประโยชน์หรืออำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด เว้นแต่ผู้สามารถพิสูจน์หลักฐานได้อย่างชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าวไม่ได้อาศัยหรือแสวงหาประโยชน์จากความสัมพันธ์นั้น

จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาประเทศสิงคโปร์เป็นหนึ่งในบทบัญญัติสำคัญที่ช่วยให้ความคุ้มครองเด็ก ทั้งการคุ้มครองเด็กตามบทบัญญัติฐานทั่วไป และยังมี การให้ความคุ้มครองพิเศษเฉพาะในแต่ละฐานความผิด การใช้มาตรการทางอาญาดังกล่าว นอกเหนือ ให้ความคุ้มครองในฐานะที่เด็กเป็นบุคคลเปราะบางที่อาจไม่มีความสามารถเพียงพอในการป้องกัน และปกป้องตนเอง ซึ่งอาจทำให้เด็กตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดได้ง่ายแล้ว ประมวลกฎหมาย อาญาสิงคโปร์ยังพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลผู้กระทำความผิดและเหยื่ออย่างชัดเจน อาจ กล่าวได้ว่ากฎหมายอาญาสิงคโปร์คำนึงถึงการใช้กฎหมายอาญาในการควบคุมการกระทำที่เป็นการใช้ อำนาจปกครองทางพฤตินัย โดยมุ่งพิจารณาถึงการกระทำที่อาศัยความสัมพันธ์อันอาจก่อให้เกิดการ ใช้อำนาจต่อเด็กที่เป็นการเอาใจเอาเปรียบในลักษณะการแสวงหาประโยชน์ หรืออำนวยความสะดวก ในการกระทำความผิด

3.2 ประเทศในระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law)

ในการพิจารณาประเทศศึกษาที่ใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ ผู้เขียนเลือกประเทศ ศึกษาคือประเทศญี่ปุ่นที่มีลักษณะความเป็นสังคมแบบเอเชียมีการเคารพระบบอาวุโสในลักษณะ ใกล้เคียงกับที่เป็นอยู่ในประเทศไทย ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่เป็นต้นแบบของประมวลกฎหมาย อาญาในหลายประเทศ รวมทั้ง ประเทศไทย และประเทศลาวในฐานะประเทศซึ่งมีระบบระเบียบแบบ

แผนของสังคมในลักษณะใกล้เคียงกับสังคมไทย โดยเห็นว่าประเทศเหล่านี้มีความน่าสนใจในการทำการศึกษา ซึ่งมีรายละเอียดดังจะได้อธิบายต่อไป

3.2.1 ประเทศญี่ปุ่น

การใช้อำนาจปกครองเด็กของประเทศญี่ปุ่นมีพัฒนาการเช่นเดียวกับการใช้อำนาจปกครองในหลายประเทศ ก่อนสงครามโลกครั้งที่สองระบบกฎหมายญี่ปุ่นรับรองอำนาจปกครองบุตรให้กับหัวหน้าครอบครัวอันหมายถึงความถึงบิดา ซึ่งหัวหน้าครอบครัวนี้จะมีหน้าที่ในการปกป้อง การกำหนดที่อยู่อาศัย การเลือกคู่สมรส สิทธิควบคุมเหนือทรัพย์สินของสมาชิกในครัวเรือน ตลอดจนการขับไล่บุคคลออกไปจากครอบครัวได้เมื่อจำเป็น¹⁰⁰ และภายในครอบครัวยังมีการแบ่งเป็นลำดับชั้นของอำนาจ โดยให้บิดาอยู่ในลำดับสูงสุดและมีบุตรชายคนโตเป็นผู้มีอำนาจรองลงมา ขณะที่มารดาอาจเข้ามามีอำนาจปกครองได้หากบิดาถึงแก่ความตาย อย่างไรก็ตาม ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองประเทศญี่ปุ่นได้มีความเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญ ที่เข้ามาส่งเสริมความเท่าเทียมในความเป็นมนุษย์มากขึ้นซึ่งส่งผลต่อระบบกฎหมายครอบครัว โดยหนึ่งในหลักเกณฑ์ที่มีความเปลี่ยนแปลงคือการใช้อำนาจปกครองบุตร

3.2.1.1 อำนาจปกครองตามกฎหมาย

กฎหมายญี่ปุ่นให้การรับรองการใช้อำนาจปกครองเด็กตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (Civil Code)¹⁰¹ ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 818 ซึ่งกำหนดให้การใช้อำนาจปกครองเป็นสิทธิและหน้าที่ร่วมกันของบิดามารดา (joint custody) อย่างเท่าเทียมกัน โดยการใช้อำนาจปกครองนี้จะเกี่ยวข้องกับบรรดาสิทธิและหน้าที่ ได้แก่ สิทธิในการกำหนดที่อยู่อาศัยตามมาตรา 821 สิทธิในการอบรมสั่งสอนเท่าที่จำเป็นเหมาะสม และเปิดโอกาสให้รัฐเข้ามามีบทบาทในการใช้อำนาจและเลี้ยงดูโดยให้สิทธิในการขออนุญาตจากศาลเพื่อส่งเด็กไปอยู่ในความดูแลของรัฐตามมาตรา 822 สิทธิในการอนุญาตการประกอบอาชีพของบุตรตามมาตรา 823 สิทธิในการจัดการทรัพย์สินและเป็นตัวแทนของบุตร ในการจัดการทรัพย์สิน รวมทั้งตัวแทนในการทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินตามมาตรา 824 ในส่วนของหน้าที่กฎหมายได้กำหนดให้การใช้อำนาจปกครองต้อง

¹⁰⁰ Hiroshi Oda, *Japanese Law* (Butterworths 1992) 232. อ้างถึงใน อัญชลี กัมพรทิพย์, ‘หลักเกณฑ์การพิจารณาอำนาจปกครองบุตรหลังการหย่า: ศึกษาตามแนวคำพิพากษาของศาล’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547) 57.

¹⁰¹ Ministry of Justice, Japan, ‘Civil Code (Act No. 89 of 1896, Amendment of Act No. 94 of 2013) (Part IV and Part V (Tentative translation))’ <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2252&vm=04&re=02&new=1>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2564.

ประกอบด้วยหน้าที่อันได้แก่ หน้าที่ในการดูแลและให้การศึกษาตามมาตรา 820 และหน้าที่ดูแลการจัดหาปัจจัยการดำรงชีพที่เหมาะสมให้เสมือนกับการดูแลตนเองตามมาตรา 827

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นจะเห็นว่า กฎหมายกล่าวถึงอำนาจปกครองในบริบททางกฎหมายเท่านั้น โดยไม่ได้นิยามหรือขยายกรอบความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจปกครองไว้อย่างละเอียด ทั้งนี้ ในทางวิชาการพบว่า การทำความเข้าใจการใช้อำนาจปกครองตามระบบกฎหมายญี่ปุ่นมีการพิจารณาถึงบทบาทของบุคคลในฐานะผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ในการใช้อำนาจปกครองเด็กเช่นกัน โดยจะแบ่งอำนาจปกครองออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนของอำนาจปกครอง¹⁰² (person with parental authority) โดยเรียกในภาษาญี่ปุ่นว่า “shinken” (親権者 or “shinken sha”) ซึ่งเป็นผู้ถือสิทธิและหน้าที่ในการดูแลและให้การศึกษาแก่เด็กจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ และสิทธิในการเลี้ยงดู¹⁰³ (rights to the custody of the child) หรือที่ในภาษาญี่ปุ่นเรียกว่า “kangoken” (身上監護権 or “shinjo kangoken”) อันเกี่ยวข้องกับการดูแลในเรื่องชีวิตประจำวันของเด็กและเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจปกครองเท่านั้น ซึ่งบุคคลอื่นใดอาจเข้ามามีบทบาทในลักษณะนี้ต่อเด็กได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม การถือครองโดยบุคคลอื่นนี้ไม่ได้หมายความว่าส่งผลให้บุคคลมีการใช้อำนาจปกครองร่วมกันแต่อย่างใด¹⁰⁴

แม้โดยหลักประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นจะกำหนดบทบาทว่าด้วยความสัมพันธ์และการใช้อำนาจปกครองให้กับบุคคลในครอบครัวที่มีความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ กล่าวคือ กฎหมายบัญญัติให้อำนาจปกครองโดยหลักเป็นเรื่องของครอบครัว รัฐอาจเข้ามามีบทบาทและแทรกแซงการใช้อำนาจปกครองในหลายประการ โดยกฎหมายกำหนดให้การกระทำบางประการเป็นเหตุอันอาจถูกถอนหรือพักการใช้อำนาจปกครอง ดังปรากฏตามมาตรา 834¹⁰⁵ ซึ่งกำหนดให้บรรดาการกระทำที่เป็นการทารุณกรรม การทอดทิ้ง การกระทำที่ส่งผลให้เกิดอันตรายอันกระทบต่อบรรดาประโยชน์และความผาสุกของเด็กอาจถูกยกเป็นเหตุให้มีการถอนอำนาจปกครองได้ และในบางกรณี หากการใช้อำนาจปกครองนั้นเป็นเหตุให้ผู้เยาว์ได้รับอันตราย อัน

¹⁰² Verybest LPC Law Offices, ‘Parental Authority and Child Custody Rights’ <https://global.vbest.jp/en/individuals/divorces/parental_authority/> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2564.

¹⁰³ เพิ่งอ้าง.

¹⁰⁴ Japan Children’s Rights Network, ‘Types of Child Custody in Japan: Shinken and Kangoken’ <http://crnjapan.net/The_Japan_Childrens_Rights_Network/jap-tpofcus.html> สืบค้นเมื่อ 19 ตุลาคม 2563.

¹⁰⁵ Civil Code (Act No. 89 of 1896, Amendment of Act No. 94 of 2013), s 834.

เนื่องจากการใช้อำนาจไม่เหมาะสม ทั้งนี้ ในบางกรณีอาจเป็นการสั่งระงับการใช้อำนาจปกครองเป็นระยะเวลาชั่วคราวได้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์และลักษณะของการกระทำ ตามมาตรา 834-2¹⁰⁶

ไม่เพียงแต่มาตรการตามกฎหมายทั่วไปเท่านั้น ในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง ประเทศญี่ปุ่นยังอาศัยการใช้กฎหมายอีกหลายฉบับประกอบกันเพื่อเสริมประสิทธิภาพในการคุ้มครองเด็กไม่ว่าจะเป็นในประเด็นการกระทำที่กระทบต่อสวัสดิภาพ (welfare) การกระทำอันเป็นการทารุณกรรม (abuse) และการค้าประเวณีและสื่อลามกอนาจาร (child prostitution and child pornography) ซึ่งโดยหลักกฎหมายเฉพาะเหล่านี้จะอาศัยมาตรการแทรกแซงโดยรัฐ การส่งเสริมความมีส่วนร่วมของคนในสังคม รวมถึงการใช้มาตรการทางอาญา

3.2.1.2 มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง

การศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองในประเทศญี่ปุ่น นอกจากการใช้อำนาจทางแพ่งแล้ว มาตรการทางอาญากลับได้ว่าเป็นหนึ่งในการคุ้มครองทางกฎหมายที่สำคัญ โดยประเทศญี่ปุ่นมีประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code) เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่วางหลักในการทางอาญา มาตรการบังคับ โทษ ตลอดจนบรรเทาความผิดและโทษทางอาญาพื้นฐานของระบบกฎหมายญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นไม่เพียงให้ความสำคัญกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความปลอดภัยของบุคคลเท่านั้น เนื้อความในบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นยังพิจารณาและให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอันหมายความว่ารวมถึงความสัมพันธ์ในครอบครัว โดยมีบทบัญญัติกล่าวถึง “บุคคลในครอบครัว” 4 ลักษณะ¹⁰⁷ ได้แก่ คู่สมรส (spouse) ญาติสืบสายโลหิตโดยตรง (lineal blood relative) ญาติที่อาศัยอยู่ด้วยกัน (relative living together) และญาติ (relatives) เกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ อันได้แก่ ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานรับของโจร ความผิดฐานซ่อนเร้นหรือทำลายพยานหลักฐาน และความผิดฐานช่วยเหลือผู้กระทำความผิด บทบัญญัติที่กำหนดความสัมพันธ์เหล่านี้ไม่ได้มีลักษณะเป็นเหตุฉกรรจ์ หากแต่เป็นการกำหนดยกเว้นโทษ หรือลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลในครอบครัว

สำหรับการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำพบว่า ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นในปัจจุบันไม่ได้มีการ

¹⁰⁶ Civil Code (Act No. 89 of 1896, Amendment of Act No. 94 of 2013), s 834-2.

¹⁰⁷ ญัฐนิช ชลิศราพงศ์, ‘การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลในครอบครัว: ศึกษาเฉพาะกรณีเพิ่มโทษผู้กระทำ’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) 55-56.

บัญญัติเหตุฉกรรจ์ในลักษณะนี้ แม้ว่าประเทศญี่ปุ่นจะเป็นประเทศที่ธรรมเนียมประเพณีการเคารพผู้อาวุโสและความกตัญญูเช่นเดียวกับสังคมเอเชีย ญี่ปุ่นก็ไม่ได้หยิบยกเรื่องความสัมพันธ์ทางสายโลหิตมาเป็นเหตุเพิ่มโทษให้การกระทำความผิดที่กระทำต่อบิดามารดาแต่อย่างใด

ทั้งนี้ ในอดีตประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นเคยปรากฏเหตุฉกรรจ์เนื่องจากสถานะความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ ปรากฏความผิดฐานฆ่าบุพการีในประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นมาตรา 200 ซึ่งเป็นเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น อย่างไรก็ตามก็ตีบทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปเมื่อปี ค.ศ.1968 จากคดีปีตุฆาดในโทเซซิจิ (Patricide case in Toshigi) โดยคดีนี้ได้มีการหยิบยกประเด็นการความชอบด้วยกฎหมายตามรัฐธรรมนูญขึ้น และที่ประชุมใหญ่ศาลสูงสุดเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อหลักความเสมอภาคที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นมาตรา 14¹⁰⁸ ด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากสถานะทางครอบครัว¹⁰⁹

การที่ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นยึดถือหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญนี้ ย่อมหมายความว่าประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นให้ความคุ้มครองทุกบุคคลอย่างเท่าเทียมกันในฐานะมนุษย์ ไม่มีการพิจารณาถึงสถานะพิเศษระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อ¹¹⁰ โดยบรรดาการกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดและโทษ แม้จะไม่ได้บัญญัติเหตุฉกรรจ์เป็นพิเศษ แต่ความผิดเหล่านี้ยังเพียงพอต่อการคุ้มครองเหยื่อผู้ถูกกระทำได้ไม่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะ¹¹¹ ความผิดฐานกระทำอนาจาร (Forcible Obscenity)¹¹² ความผิดฐาน

¹⁰⁸ The Constitution of Japan 1946, s 14.

¹⁰⁹ Supreme Court of Japan, ‘Judgments of the Supreme Court of Japan Case Number 1970 (A) 1310’ <http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=38> สืบค้นเมื่อ 6 พฤษภาคม 2564.

¹¹⁰ UN Human Rights, ‘United Nation Study on Violence against Children (Japan)’ 10 <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crc/study/pages/studyviolencechildren.aspx>> สืบค้นเมื่อ 20 ตุลาคม 2563.

¹¹¹ เฟิ่งอ้าง 3.

¹¹² Penal Code (Act No. 45 of 1907, Amendment of Act No. 72 of 2017), s 176.

A person who forcibly commits an indecent act through assault or intimidation upon another person of not less than thirteen years of age is punished by imprisonment for not less than 6 months but not more than 10

ข่มขืน (Rape)¹¹³ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตาม (Homicide)¹¹⁴ ความผิดฐานทำร้ายเป็นเหตุให้มีอันตรายแก่กาย (Bodily Injury)¹¹⁵ ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (Physical Violence)¹¹⁶ และความผิดฐานกระทำการข่มขู่ (Intimidation)¹¹⁷ แม้แต่ในความผิดที่ดูจะคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองเป็นพิเศษ

years. The same applies to a person who commits an indecent act upon another person under thirteen years of age.

¹¹³ Penal Code (Act No. 45 of 1907, Amendment of Act No. 72 of 2017), s 177.

A person who, through assault or intimidation forcibly engages in vaginal intercourse, anal intercourse or oral intercourse (hereinafter referred to as "sexual intercourse") with another person of not less than thirteen years of age is guilty of the crime of forcible sexual intercourse, and is punished by imprisonment for a definite term of not less than 5 years. The same applies to a person who engages in sexual intercourse against another person under thirteen years of age.

¹¹⁴ Penal Code (Act No. 45 of 1907, Amendment of Act No. 72 of 2017), s 199.

A person who kills another person is punished by the death penalty or imprisonment for life or for a definite term of not less than 5 years.

¹¹⁵ Penal Code (Act No. 45 of 1907, Amendment of Act No. 72 of 2017), s 204.

A person who causes another person to suffer injury is punished by imprisonment for not more than 15 years or a fine of not more than 500,000 yen.

¹¹⁶ Penal Code (Act No. 45 of 1907, Amendment of Act No. 72 of 2017), s 208.

When a person assaults another person without injuring the other person, the person is punished by imprisonment for not more than 2 years, a fine of not more than 300,000 yen, penal detention or a petty fine.

¹¹⁷ Penal Code (Act No. 45 of 1907, Amendment of Act No. 72 of 2017), s 222.

(1) A person who intimidates another person using a threat to harm the life, body, freedom, reputation or the person's property is punished by imprisonment for not more than 2 years or a fine of not more than 300,000 yen.

(2) The same applies to a person who intimidates another person using a threat to harm the life, body, freedom, reputation or property of one's relatives.

กฎหมายอาญาญี่ปุ่นในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ (Kidnapping of Minors)¹¹⁸ ที่ควรชัดเจนว่าเป็นการพาเด็กไปจากบุคคลใด ก็ระบุไว้เพียงเด็กถูกพาไปเท่านั้น ซึ่งเน้นย้ำว่าญี่ปุ่นให้ความสำคัญคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน โดยหากกฎหมายมีการคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษกฎหมายจะพิจารณาถึงความเป็นเด็กในฐานะเหยื่อเป็นสำคัญ

แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นให้ความสำคัญคุ้มครองบุคคลอย่างเท่าเทียมกันและไม่ได้กำหนดมาตรการเป็นพิเศษเพื่อคุ้มครองเด็กไว้ชัดเจน ไม่ได้หมายความว่าประเทศญี่ปุ่นไม่ให้ความสำคัญหรือปฏิเสธว่าเด็กจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ หากแต่เป็นการเน้นย้ำว่าประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่เป็นพื้นฐานในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในฐานะกฎหมายทั่วไป ในกรณีที่ต้องอาศัยมาตรการทางกฎหมายที่เป็นการเฉพาะเจาะจง ยังสามารถมีการตราบทกฎหมายพิเศษเพื่อการคุ้มครองเด็กเป็นรายกรณีไป โดยปัจจุบัน ระบบกฎหมายญี่ปุ่นมีบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะหลายฉบับที่มีวัตถุประสงค์ในการยกระดับประสิทธิภาพของระบบการคุ้มครองเด็ก ซึ่งนอกจากกำหนดบทบัญญัติความผิดเพิ่มเติมเป็นการเฉพาะแล้ว ยังเน้นย้ำถึงการมีส่วนร่วมของคนในสังคม อาทิ

1) กฎหมายสวัสดิภาพเด็ก (Child Welfare Act) ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นบทบัญญัติพื้นฐานในการคุ้มครองเด็กของประเทศญี่ปุ่น (as Basic Law) กฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องสวัสดิภาพเด็กรวมถึงการทารุณกรรมเด็กในญี่ปุ่น เน้นย้ำว่าเด็กทุกคนจะต้องได้รับการเลี้ยงดูอย่างเหมาะสม ได้รับการประกันคุณภาพชีวิตได้รับความรักได้รับการปกป้องมีการเติบโตและพัฒนาการทางจิตใจและร่างกายที่แข็งแรงและสามารถเป็นอิสระได้¹¹⁹ โดยกฎหมายได้วางหลักการและกำหนดบทบาทและหน้าที่ในการดำเนินการของรัฐและท้องถิ่นที่เหมาะสมเพื่อการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก ทั้งส่งเสริมและวางแนวทางในการมีส่วนร่วมของสังคมและชุมชน¹²⁰ เพื่อให้รัฐสามารถเข้าถึงเด็กที่จำเป็นต้องได้รับความช่วยเหลือ ขณะเดียวกัน กฎหมายได้นำามาตรการทางอาญามาใช้ในการลงโทษการกระทำหรือปล่อยให้เกิดการกระทำบางประการที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็ก¹²¹

2) กฎหมายป้องกันการทารุณกรรมเด็ก (Child Abuse Prevention Act) ที่ตราขึ้นเพื่อส่งเสริมและเพิ่มความเข้มแข็งของระบบการคุ้มครองเด็กในระบบกฎหมายญี่ปุ่น

¹¹⁸ Penal Code (Act No. 45 of 1907, Amendment of Act No. 72 of 2017), s 224.

A person who kidnaps a minor using force or through enticement is punished by imprisonment for not less than 3 months but not more than 7 years.

¹¹⁹ Child Welfare Act (Act No.164 of 1947, as amended by Act No.69 of 2017), s 1.

¹²⁰ Child Welfare Act (Act No.164 of 1947, as amended by Act No.69 of 2017), s 25.

¹²¹ Child Welfare Act (Act No.164 of 1947, as amended by Act No.69 of 2017), s 34

(as Special Act) กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกตราขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 2000 มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและเพิ่มประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มครองเด็ก จากแต่เดิมที่มีเพียงพระราชบัญญัติสวัสดิภาพเด็กเท่านั้น โดยกฎหมายฉบับนี้ มุ่งเน้นบทบาทของรัฐบาลระดับชาติและท้องถิ่นในการพัฒนาระบบที่จำเป็นสำหรับส่งเสริมการป้องกันการล่วงละเมิดและคุ้มครองเด็กที่ถูกทารุณกรรม อาทิ การสร้างความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐตลอดจนภาคเอกชนอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง การสนับสนุนให้เอกชนพัฒนาระบบการให้การรักษาพยาบาลและอื่นๆ¹²² ทั้งยังได้วางหลักการห้ามมิให้ผู้ใดล่วงละเมิดเด็ก (Child Abuse)¹²³ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำโดยผู้ดูแลเด็ก (custodian) อันได้แก่ บุคคลที่ใช้อำนาจปกครอง (parental authority) ผู้ปกครองของผู้เยาว์ (guardian) หรือบุคคลอื่นที่กำลังใช้อำนาจปกครองเด็ก (custody)¹²⁴ ที่กระทำในลักษณะที่เป็นการกระทบทางร่างกายและจิตใจ¹²⁵ ต่อเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีที่อยู่ภายใต้การดูแลของตนเป็นความผิด และไม่อาจอ้างความเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองต่อเด็กเพื่อประโยชน์ที่จะได้รับการยกเว้นโทษฐานทำร้ายร่างกายได้รับบาดเจ็บ หรือความผิดทางอาญาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดเด็กได้ นอกจากนี้ กฎหมายยังได้เข้ามารับรองบทบาทของภาคประชาสังคมในการป้องกันการล่วงละเมิดเด็กมากขึ้นในลักษณะเช่นเดียวกับ child welfare act¹²⁶ และยกระดับการจัดการและการสนับสนุนการคุ้มครองเด็กให้เพิ่มขึ้น

3) กฎหมายว่าด้วยการควบคุมและการลงโทษการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็ก (Act on Regulation and Punishment of Acts Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children) กฎหมายกำหนดโทษจำคุกเป็นเวลานานและค่าปรับจำนวนมากสำหรับผู้ที่ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานชักชวนหรือเกี่ยวข้องกับเด็กในการค้าประเวณีตลอดจนผู้ที่ครอบครองผลิตจัดหาขนส่งหรือแสดงภาพอนาจารของเด็กหรือกระทำการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง การค้าเด็กเพื่อจุดประสงค์ในการ

¹²² Child Abuse Prevention Act (Act No.82 of 2000, as amended by Act No.69 of 2017), s 4.

¹²³ Child Abuse Prevention Act (Act No.82 of 2000, as amended by Act No.69 of 2017), s 3.

¹²⁴ Child Abuse Prevention Act (Act No.82 of 2000, as amended by Act No.69 of 2017), s 2.

¹²⁵ Child Abuse Prevention Act (Act No.82 of 2000, as amended by Act No.69 of 2017), s 2.

¹²⁶ Child Abuse Prevention Act (Act No.82 of 2000, as amended by Act No.69 of 2017), s 6 para 2.

คำประเวณีเด็กหรือการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กถือเป็นสิ่งผิดกฎหมายและมีโทษจำคุกถึงสิบปี ความพยายามที่จะก่ออาชญากรรมเหล่านี้จะถูกดำเนินคดีด้วย¹²⁷ นอกจากนี้ ยังได้มีการดำเนินการไปถึงการดูแลเหยื่อจากการกระทำความผิดด้วย

การที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการบัญญัติความผิดและโทษที่มุ่งควบคุมและคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองเด็กเป็นการเฉพาะ แต่มุ่งเน้นอาศัยบทบัญญัติอื่นเพื่อเสริมสร้างความเข้มแข็งของระบบการบริหารจัดการและกลไกการทำงานเป็นสำคัญ แม้อุณหภูมิเป็นกลไกที่ส่งเสริมการคุ้มครองเด็กอย่างครอบคลุมและมีประสิทธิภาพ ในความเป็นจริงประเทศญี่ปุ่นกลับประสบปัญหาการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบอย่างต่อเนื่อง ในหลายกรณีได้กลายเป็นเหตุการณ์สะเทือนขวัญในสังคมญี่ปุ่นอย่างมาก ดังกรณีตัวอย่าง ยูอะ ฟุนาโตะ (Yua Funato) ในปี ค.ศ. 2018 และมิอะ คิริฮาระ (Mia Kurihara) ในปี ค.ศ. 2019 โดยทั้งสองเหตุการณ์เป็นการกระทำที่บิดามารดาได้มีการทำร้ายร่างกาย และทารุณกรรมจนเด็กทั้งสองถึงแก่ความตาย¹²⁸ เหตุการณ์ทั้งสองนี้ สะท้อนถึงปัญหาความล้มเหลวในการบริหารจัดการที่ยังขาดประสิทธิภาพ ซึ่งในปี ค.ศ. 2019 รัฐบาลสมัยนั้นจึงได้กำหนดให้มีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อยกระดับมาตรฐานการคุ้มครองเด็ก ทั้งนี้ ยังคงเป็นไปในลักษณะที่เป็นการส่งเสริมแนวทางการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ การยกเลิกสิทธิของบิดามารดาในการอบรมสั่งสอนด้วยการลงโทษที่กระทำต่อร่างกาย¹²⁹ มิได้มุ่งเน้นการแก้ไขกฎหมายที่มุ่งกำหนดความผิดหรือเพิ่มมาตรการบังคับโทษทางอาญาให้หนักขึ้น ซึ่งกลายเป็นหนึ่งที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายที่รัฐบาลมองข้าม¹³⁰

¹²⁷ Act on Regulation and Punishment of Acts Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children (Act No. 52 of 1999, as amended by Act No. 79 of 2014)

¹²⁸ Miyajima Kiyoshi, ‘It Takes a Village’ to Halt Child Abuse’ (nippon.com, May 24, 2019) <<https://www.nippon.com/en/in-depth/d00483/it-takes-a-village-to-halt-child-abuse.html>> สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2564.

¹²⁹ Global Partnership to End Violence Against Children, ‘Japan prohibits all corporal punishment of children’ <<https://endcorporalpunishment.org/japan-prohibits-all-corporal-punishment/>> สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2564.

¹³⁰ กองบรรณาธิการ วอยซ์ทีวี, ‘ญี่ปุ่นแก้กฎหมายเด็กหลังพบเด็กถูกทำร้ายมากเป็นประวัติการณ์’ (VOICE online, 22 มีนาคม 2562) <<https://voicetv.co.th/watch/FTF6RyaaQ>> สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2564.

3.2.2 ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีเป็นหนึ่งในประเทศกลุ่มสหภาพยุโรป ซึ่งมีมาตรฐานในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอันหมายถึงความรวมถึงการคุ้มครองสิทธิเด็กที่ได้รับการยอมรับ นอกจากนี้กฎหมายของเยอรมนียังมีอิทธิพลหรือมีการนำไปใช้เป็นต้นแบบของการบัญญัติกฎหมายในหลายประเทศรวมถึงประเทศไทย

3.2.2.1 อำนาจปกครองตามกฎหมาย

โดยหลักประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปจะมีการกำหนดให้บิดามารดามีความรับผิดชอบต่อผู้ปกครองของบุตรร่วมกัน (parents exercise this responsibility jointly) โดยในกรณีของมารดาจะมีอำนาจปกครองโดยอัตโนมัติ ขณะที่บิดาจะมีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับมารดาได้ต่อเมื่อได้มีการที่สมรสกับมารดา ส่วนบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเข้ามามีสิทธิและหน้าที่ในการใช้อำนาจปกครองบุตรหรือไม่อย่างไร กรณีขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ปรากฏในกฎหมายแต่ละประเทศ¹³¹

สำหรับกฎหมายภายในประเทศเยอรมนี มีประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี (Bundesgesetzblatt: BGB) เป็นบทบัญญัติทั่วไปครอบคลุมนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายในชีวิตประจำวันของมนุษย์ เช่น ความสัมพันธ์ในทางสัญญา ทรัพย์สิน ตลอดจนความสัมพันธ์ในครอบครัว ในส่วนของครอบครัวกฎหมายได้บัญญัติครอบคลุมความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส ไปจนถึงความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรในลักษณะของการใช้อำนาจปกครองบุตร (Parental custody)¹³² โดยกฎหมายได้กำหนดให้เป็นการใช้อำนาจร่วมกันระหว่างบิดามารดาที่มีการสมรสโดยชอบด้วย

¹³¹ EU, 'Parental responsibility' <https://europa.eu/youreurope/citizens/family/children/parental-responsibility/index_en.htm> สืบค้นเมื่อ 16 มิถุนายน 2564.

¹³² Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, 'Civil Law (DG I)' <<https://www.bmjv.de/EN/Ministry/StructureOrganisation/Directorates/Abtl.html?nn=6427850>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2564.

กฎหมาย¹³³ หมายความว่า การใดที่เป็นการใช้อำนาจปกครองจะกระทำได้ต้องได้รับความยินยอมจากทั้งสองฝ่ายเพื่อประโยชน์ของบุตร¹³⁴

สาระสำคัญของอำนาจปกครอง กฎหมายเยอรมันได้กำหนดให้อำนาจปกครองเป็นความสัมพันธ์ในเรื่องหน้าที่และสิทธิที่บิดามารดามีต่อบุตรใน 2 ลักษณะ¹³⁵ คือการจัดการเกี่ยวกับตัวบุตร (care for the person of the child) ได้แก่ สิทธิและหน้าที่ในการเลี้ยงดูให้การศึกษา การควบคุมดูแลบุตร การกำหนดที่อยู่อาศัย¹³⁶ การสนับสนุนให้บุตรได้ฝึกงานหรือประกอบอาชีพตามความถนัดของบุตร¹³⁷ สิทธิเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นที่กักตัวบุตรไว้โดยไม่ชอบด้วย

¹³³ BGB, s 1626 Parental custody, principles.

(1) The parents have the duty and the right to care for the minor child (parental custody). The parental custody includes the care for the person of the child (care for the person of the child) and the property of the child (care for the property of the child).

¹³⁴ BGB, s 1627 Exercise of parental custody.

The parents must exercise the parental custody on their own responsibility and in mutual agreement for the best interests of the child. In the case of differences of opinion, they must attempt to agree.

¹³⁵ สหทัย จันท์เจริญ, ‘เหตุผลอนอำนาจปกครองของบิดามารดา: ศึกษากรณีผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้ไร้ความสามารถ’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553) 61.

¹³⁶ BGB, s 1631 Contents and limits of care for the person of the child.

(1) The care for the person of the child includes without limitation the duty and the right to care for, bring up and supervise the child and to specify its abode.

¹³⁷ BGB, s 1631a Training and occupation.

In matters of training and of occupation, the parents take account in particular of the aptitude and inclination of the child. If there are doubts, the advice of a teacher or of another suitable person should be obtained.

กฎหมาย ตัดสินใจ และการเกี่ยวกับการติดต่อของบุตร¹³⁸ และการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สิน (care for the property) เช่น การจัดการรายได้จากทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์โดยกำหนดให้บิดามารดาสามารถนำรายได้อันเกิดจากทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์มาใช้เพื่อการเลี้ยงดูบุตรและพี่น้องของบุตรผู้เยาว์ที่ยังไม่สมรสได้¹³⁹ ซึ่งอำนาจจัดการทรัพย์สินนี้ให้หมายความรวมถึงการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตร โดยมีอำนาจในการจัดการทางกฎหมายที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของบุตร¹⁴⁰ ซึ่งการใช้อำนาจปกครองจะต้องกระทำการโดยอาศัยความระมัดระวังเสมือนทำในกิจธุระของตน ทั้งนี้ การใช้อำนาจจัดการแทนบุตรผู้เยาว์ในบางกรณีศาลอาจเข้ามามีบทบาทในการใช้อำนาจ เช่น การทำนิติ

¹³⁸ BGB, s 1632 Surrender of the child; determination of contact; order that child remains in foster care.

(1) The care for the person of the child includes the right to require surrender of the child from every person who is unlawfully withholding it from the parents or from one parent.

¹³⁹ BGB, s 1649 Use of the income of the property of the child.

(1) The income of the property of the child that is not needed for the proper management of the property is to be used for the maintenance of the child. To the extent that the income of the property is not sufficient, the income may be used which the child acquires as a result of its work or as a result of the independent operation of a trade or business permitted him under section 112.

(2) The parents may use the income of the property which is not needed for the proper management of the property and for the maintenance of the child for their own maintenance and for the maintenance of the minor unmarried siblings of the child, to the extent that this is equitable, taking into account the property and earnings situation of the persons involved. This power lapses on the marriage of the child.

¹⁴⁰ BGB, s 1629 Representation of the child.

(1) Parental custody includes the representation of the child. The parents represent the child jointly . . .

กรรมแทนบุตรในฐานะผู้แทนโดยชอบธรรมบางประการไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่ต้องขออนุญาตจากศาล¹⁴¹ เป็นต้น

นอกจากเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้อำนาจปกครองเด็ก และการกำหนดกรอบวิธีการใช้อำนาจปกครอง กฎหมายแพ่งเยอรมันยังมีบทบัญญัติให้ศาลมีบทบาทอย่างชัดเจนในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองในหลายกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เห็นการกระทำที่อาจกระทบต่อประโยชน์สูงสุดของเด็กในทางร่างกาย จิตใจ หรือประโยชน์ในทางทรัพย์สินของผู้เยาว์ และเห็นว่าบิดามารดาไม่กระทำ หรือไม่สามรถที่จะกระทำทำให้เด็กหลุดพ้นจากภัยอันตรายอันอาจกระทบต่อประโยชน์ของเด็กดังกล่าวได้ ศาลจะเข้ามามีบทบาทในใช้มาตรการต่างๆ ในลักษณะของการขอความช่วยเหลือ การกำหนดข้อห้ามกระทำกรอันอาจกระทบต่อเด็ก หรือตลอดจนการถอนบทบาทความเป็นผู้ปกครองเพื่อทำให้เด็กหลุดพ้นจากภัยอันตรายนั้น ซึ่งรวมถึงการใช้บังคับมาตรการต่างๆ ต่อบุคคลที่สามที่อยู่ในฐานะของบุคคลที่ดูแลบุคคลซึ่งเป็นเด็ก¹⁴²

¹⁴¹ BGB, s 1643 Legal transactions subject to approval.

(1) For legal transactions for the child, the parents need the approval of the family court in the cases in which under section 1821 and under section 1822 nos. 1, 3, 5 and 8 to 11 a guardian needs approval.

¹⁴² BGB, s 1666 Court measures in the case of endangerment of the best interests of the child.

(1) Where the physical, mental or psychological best interests of the child or its property are endangered and the parents do not wish or are not able to avert the danger, the family court must take the measures necessary to avert the danger.

(2) In general it is to be presumed that the property of the child is endangered if the person with care for the property of the child violates his maintenance obligation towards the child or his duties connected with the care for the property of the child or fails to comply with orders of the court that relate to the care for the property of the child.

(3) The court measures in accordance with subsection (1) include in particular

1. instructions to seek public assistance, such as benefits of child and youth welfare and healthcare,

3.2.2.2 มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง

กฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch: StGB)¹⁴³ เป็นหนึ่งในกฎหมายที่มีความสำคัญและมีประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มครองเด็ก ดังปรากฏบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันหลายมาตรา ตั้งแต่บทบัญญัติทั่วไป ดังตัวอย่างในมาตรา 78b ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้กรณีความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กมีอายุความจนกระทั่งผู้ถูกกระทำมีอายุครบ 30 ปี¹⁴⁴ ขณะที่ในเรื่องของความผิดและโทษประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติฐานความผิดที่

2. instructions to ensure that the obligation to attend school is complied with,

3. prohibitions to use the family home or another dwelling temporarily or for an indefinite period, to be within a certain radius of the home or to visit certain other places where the child regularly spends time,

4. prohibitions to establish contact with the child or to bring about a meeting with the child,

5. substitution of declarations of the person with parental custody,

6. part or complete removal of parental custody.

(4) In matters of care for the person of the child, the court may also undertake measures with effect against a third party.

¹⁴³ Criminal Code version published on 13 November 1998 (Federal Law Gazette I, p. 3322, as last amended 19 June 2019) <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2564.

¹⁴⁴ StGB, s 78b Stay of limitation.

(1) The limitation period is stayed

1. until the victim of an offence under sections 174 to 174c, 176 to 178, section 180 (3), sections 182, 225, 226a and 237 has reached the age of 30,

2. as long as the prosecution may, by law, not be commenced or continued; this does not apply if the only reason why the offence cannot be prosecuted is due to the absence of a request or authorisation to prosecute or a request to prosecute by a foreign state.

กระทำต่อเด็ก หรือกำหนดเหตุจรรยาบรรณในความผิดที่กระทำต่อเด็ก ครอบคลุมการให้ความคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และประโยชน์ของเด็กในด้านอื่นๆ

ความผิดต่อชีวิต (StGB Chapter 16 Offences against life)

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันบัญญัติการกระทำความผิดต่อชีวิตที่ครอบคลุมฐานความผิดต่างๆ เช่น ความผิดฐานฆ่าบุคคลอื่น (Murder) การให้บุคคลอื่นแท้งลูก (Abortion) ไปจนถึงความผิดในลักษณะที่เป็นการทอดทิ้งบุคคลอื่นให้ถึงแก่ความตาย (Abandonment) โดยความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้แบ่งการกระทำออกเป็นสองกรณีคือ การกระทำต่อชีวิตกรณีทั่วไป ตามมาตรา 212 และการกระทำต่อชีวิตที่เป็นกรณีร้ายแรง การกระทำร้ายแรงตามมาตรา 211 ข้อสังเกตสำคัญในความผิดฐานนี้คือ กฎหมายอาญาเยอรมันไม่ได้กำหนดให้สถานะความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเป็นเหตุจรรยาบรรณในความผิด โดยเหตุจรรยาบรรณในความผิดฐานนี้กฎหมายมุ่งพิจารณาเหตุจูงใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ

ในการคุ้มครองเด็กจากการกระทำที่เป็นอันตรายโดยตรงต่อชีวิต ประมวลกฎหมายอาญาได้บทบัญญัติให้การทอดทิ้งเด็กตามมาตรา 221¹⁴⁵ เป็นความผิด โดยได้

¹⁴⁵ StGB, s 221 Abandonment.

(1) Whoever

1. places a person in a helpless situation or
2. abandons a person in a helpless situation although that person is

in their care or they are otherwise obliged to support that person, and thereby exposes a person to the danger of death or the risk of serious damage to health, incurs a penalty of imprisonment for a term of between three months and five years.

(2) The penalty is imprisonment for a term of between one year and 10 years in the case of offenders who

1. commit the offence against their own child or a person entrusted to them for education or care or
2. cause serious damage to the victim's health by means of the act.

(3) If the offender, by committing the act, causes the victim's death, the penalty is imprisonment for a term of at least three years.

บัญญัติให้การทอดทิ้งบุคคลซึ่งช่วยเหลือตนเองไม่ได้จนน่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิตหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี โดยการกระทำที่เป็นความผิดฐานนี้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ รูปแบบที่หนึ่งคือ การพาดูบุคคลซึ่งช่วยเหลือตนเองไม่ได้ไม่ว่าด้วยสาเหตุใดก็ตามไปทิ้งไว้ในสถานที่หนึ่งซึ่งมิใช่สถานที่ที่ผู้ถูกกระทำอาศัยอยู่โดยปกติ และรูปแบบที่สองคือ การทอดทิ้งบุคคลซึ่งช่วยเหลือตนเองไม่ได้ไม่ว่าจะที่ไหนซึ่งอาจเป็นการพาไปหรือละทิ้งไว้ไม่ช่วยเหลือดูแลก็ได้โดยผู้กระทำเป็นผู้มีหน้าที่โดยเฉพาะที่จะต้องดูแลบุคคลนั้น และในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นการกระทำต่อบุตร หรือผู้กระทำเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายในการให้การศึกษาหรือดูแล (own child or a person entrusted to them for education or care) ซึ่งในที่นี้ย่อมหมายความรวมถึงบิดามารดาที่มีหน้าที่ตามกฎหมาย และอาจรวมถึงบุคคลที่มีหน้าที่ตามสัญญา หรือวิชาชีพที่มีหน้าที่ดูแลผู้ถูกกระทำแต่กลับทอดทิ้งบุคคลนั้นไว้¹⁴⁶ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเป็นจำคุกตั้งแต่หนึ่งถึงสิบปี ซึ่งเป็นความรับผิดที่เทียบเท่ากับการกระทำที่กระทบต่อสุขภาพร่างกายของผู้ถูกกระทำอย่างร้ายแรง

ความผิดต่อร่างกาย (StGB Chapter 17 Offences against physical integrity) ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้กำหนดให้การกระทำที่มีเจตนากระทำให้เกิดความเสียหาย หรือเป็นอันตรายแก่ร่างกายของบุคคลไว้ตั้งแต่มาตรา 223 จนถึงมาตรา 231 ครอบคลุมการกระทำที่กระทบต่อร่างกาย เช่น การกำหนดให้การกระทำที่เป็นการทำร้ายร่างกายหรือกระทบต่อสุขภาพของบุคคลเป็นความผิดตามมาตรา 223¹⁴⁷ และในกรณีที่ผู้กระทำ ได้กระทำความผิดโดยวิธีการที่รุนแรง หรือส่งผลให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงหรือพิการ หรือเสียชีวิต โดยกฎหมายได้กำหนดให้เป็นความผิดฉกรรจ์ในมาตรา 224 มาตรา 226 และมาตรา 227 ตามลำดับ

(4) In less serious cases under subsection (2), the penalty is imprisonment for a term of between six months and five years, in less serious cases under subsection (3) imprisonment for a term of between one year and 10 years.

¹⁴⁶ ณัฐนิช ชลิศราพงศ์ (เชิงอรรถ 107) 67.

¹⁴⁷ StGB, s 223 Bodily harm.

(1) Whoever physically assaults or damages the health of another person incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding five years or a fine.

(2) The attempt is punishable.

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันในกลุ่มความผิดต่อร่างกายยังได้มีบทบัญญัติที่คุ้มครองเด็ก ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 225¹⁴⁸ โดยได้กำหนดให้การกระทำทรมานทารุณโหดร้าย หรือโดยมุ่งร้ายทอดทิ้งบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือบุคคลที่ไม่สามารถป้องกันตนเองได้ เนื่องจากความอ่อนแอหรือเจ็บป่วยเป็นความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อ

- (1) ผู้ถูกกระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในความดูแล หรือ
- (2) เป็นบุคคลในครัวเรือนเดียวกันกับของผู้กระทำ หรือ
- (3) ผู้ถูกกระทำอยู่ในความดูแลของผู้ถูกกระทำเนื่องจากบุคคลซึ่งผู้มีหน้าที่ดูแลปล่อยให้อยู่ภายใต้การดูแลของผู้กระทำความผิด หรือ
- (4) ผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลที่อยู่ใต้บังคับบัญชาในการบริการหรือความสัมพันธ์ในการจ้างงานของผู้กระทำความผิด

กล่าวได้ว่า มาตรา 225 เป็นบทบัญญัติที่ครอบคลุมถึงการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำของผู้ที่มีการเลี้ยงดูเด็กในทางความเป็นจริง โดยกฎหมายพิจารณากำหนดสถานะความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำ จากลักษณะหรือพฤติการณ์

¹⁴⁸ StGB, s 225 Ill-treatment of persons in one's charge.

(1) Whoever tortures or roughly ill-treats or by maliciously neglecting their duty of care for a person damages the health of a person under 18 years of age or a person who is defenceless due to frailty or illness and who

1. is in their care or custody,
2. belongs to their household,
3. has been left under their control by the person who has the duty

of care or

4. is subordinate to them within a service or employment relationship incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and 10 years.

(2) . . .

(3) The penalty is imprisonment for a term of at least one year in the case of offenders who put the person placed in their charge in danger of

1. death or serious damage to health or
2. substantial impairment of their physical or mental development.

ของบุคคลที่เป็นการให้การดูแล เลี้ยงดู ซึ่งเป็นการพิจารณากำหนดความสัมพันธ์ที่แตกต่างจาก คำว่า “ญาติ” (relative) ในมาตรา 11 ที่เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ในทางสายโลหิต หรือความสัมพันธ์ตาม กฎหมาย (relations by blood or marriage) ซึ่งการที่บทบัญญัติในมาตรานี้ได้กำหนดความผิดให้ รุนแรงขึ้นกว่าการทำร้ายร่างกายในมาตรา 223 นี้

ทั้งนี้ ข้อสังเกตที่สำคัญคือบทบัญญัติความผิดในมาตรา 225 ไม่ได้มี ลักษณะเป็นบทลงโทษของความผิดทำร้ายร่างกายในมาตรา 223 แต่เป็นฐานความผิดเฉพาะต่อการ กระทำความผิดที่เป็นการทารุณโหดร้ายซึ่งได้กระทำต่อบุคคลในความดูแลของตนที่มุ่งคุ้มครองความ ปลอดภัยของบุคคลจากอันตรายหรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากผู้กระทำ อันเป็นคุณธรรมทาง กฎหมายเช่นเดียวกันกับการทำร้ายร่างกายในกลุ่มความผิดนี้

ความผิดเกี่ยวกับการตัดสินใจทางเพศ (StGB Chapter 13 Offences against sexual self-determination) ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้มีการ คุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศเช่นเดียวกับที่ปรากฏในกฎหมายอาญาหลายประเทศทั่วโลก รวมถึงประเทศไทย โดยในมาตรา 174 ได้กำหนดให้

(1) การกระทำทางเพศกับบุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี ที่ตนได้รับมอบหมาย ให้เลี้ยงดู การศึกษา หรือการดูแล หรือ

(2) การกระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ที่ตนได้รับมอบหมายให้ เลี้ยงดู การศึกษา หรือการดูแล หรือการกระทำต่อผู้ได้บังคับบัญชาในความสัมพันธ์ด้านการบริการ หรือการจ้างงาน โดยใช้การพึ่งพาอาศัยกันที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา การดูแล การบริการ หรือ ความสัมพันธ์ในการจ้างงาน หรือ

(3) การกระทำทางเพศต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งเป็นทายาททาง สายเลือดหรือเป็นบุตรบุญธรรม หรือเป็นทายาทโดยสายเลือดหรือเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรส คู่ชีวิต หรือเป็นบุคคลที่เขาได้อาศัยอยู่ด้วยภายใต้ความสัมพันธ์กึ่งสมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสโดย ชอบด้วยกฎหมายหรือความสัมพันธ์กึ่งคู่ชีวิต

ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี นอกจาก การกระทำความผิดดังกล่าวด้วยตนเองแล้ว บทบัญญัตินี้ยังรวมถึงกรณีที่ผู้ที่มีหน้าที่ ความ รับผิดชอบนั้นได้ยินยอมให้บุคคลอื่นกระทำทางเพศกับเด็กด้วย

ในกรณีที่การกระทำความผิดมีลักษณะเป็นการล่วงละเมิดทางเพศ (Sexual abuse) มาตรา 176¹⁴⁹ ได้กำหนดให้ ผู้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี

¹⁴⁹ StGB, s 176 Sexual abuse of children.

หรือทำให้เด็กกระทำในทางเพศกับตนต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึง 10 ปี ซึ่งรวมถึงกรณีการให้เด็กร่วมประเวณีกับบุคคลที่สาม โดยความผิดฐานนี้เนื่องจากการกระทำต่อเด็กกรณีจึงอาจมีความเกี่ยวข้องในลักษณะที่บุคคลซึ่งมีอำนาจปกครองหรือมีความสัมพันธ์บางประการอาจอาศัยความสัมพันธ์ใกล้ชิดหรืออำนาจนั้นในการกระทำความผิด บทบัญญัติความผิดในฐานนี้จึงกล่าวได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองได้เช่นกัน

นอกจากการกระทำที่เป็นการกระทำในทางเพศโดยตรงกับเด็กแล้ว กฎหมายเยอรมันยังพิจารณาถึงการช่วยเหลือหรือสนับสนุนกิจกรรมทางเพศของผู้เยาว์ โดยวางหลัก

(1) Whoever performs sexual acts on a person under 14 years of age (child) or has the child perform sexual acts on them incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and 10 years.

(2) Whoever causes a child to perform sexual acts on a third person or has a third person perform sexual acts on the child incurs the same penalty.

(3) In especially serious cases, the penalty is imprisonment for a term of at least one year.

(4) Whoever

1. performs sexual acts in the presence of a child,

2. causes the child to perform sexual acts, unless the act is subject to a penalty under subsection (1) or subsection (2),

3. influences a child by way of material (section 11 (3)) or information and communication technologies

a) in order to cause the child to perform sexual acts on or in the presence of the offender or a third person or to have the offender or a third person perform sexual acts on the child or

b) in order to commit an offence under section 184b (1) no. 3 or under section 184b (3) or

4. influences a child by showing pornographic images or depictions, by playing pornographic audio recordings, making pornographic content available by way of information and communication technologies or pornographic speech

incurs a penalty of imprisonment for a term of between three months and five years.

ในมาตรา 180¹⁵⁰ ว่า ผู้ใดช่วยเหลือและสนับสนุนการกระทำทางเพศของบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือช่วยเหลือและสนับสนุนการกระทำทางเพศของบุคคลภายนอกต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ในลักษณะตัวกลางหรือสร้างโอกาสในการกระทำเป็นความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ และในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลผู้มีหน้าที่ดูแลและอารักขาย่อมเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นการการละเมิดหน้าที่ในการดูแลและการอบรมเลี้ยงดูอย่างร้ายแรงอีกฐานหนึ่งด้วย

ความผิดเกี่ยวกับสถานภาพทางแพ่ง การแต่งงาน และครอบครัว

(StGB Chapter 12 Offences relating to civil status, marriage and family) ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันกำหนดความผิดที่เกี่ยวกับสถานภาพทางแพ่งของบุคคล การปลอมแปลงสถานภาพ การใช้สถานภาพความสัมพันธ์ในทางที่ผิด ตลอดจนความผิดที่เป็นการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ

¹⁵⁰ StGB, s 180 Promotion of sexual acts by minors.

(1) Whoever aids and abets the performance of sexual acts by a person under 16 years of age on or in the presence of a third person or aids and abets the performance of sexual acts by a third person on a person under 16 years of age

1. by acting as an intermediary or
2. by affording or providing the opportunity

incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding three years or a fine. Sentence 1 no. 2 does not apply if the offender is the person having the duty of care and custody of the person under 16 years of age; this does not apply if the person having the duty of care and custody thereby grossly violates his or her duty of care and upbringing.

(2) . . .

(3) Whoever causes a person under 18 years of age who is entrusted to them for upbringing, education or care, or who is their subordinate within a service or employment relationship by abusing the dependence associated with the educational, care, service or employment relationship to perform sexual acts on or in the presence of a third person or to acquiesce to sexual acts being performed by a third person incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding five years or a fine.

(4) In the cases under subsections (2) and (3), the attempt is punishable.

สำหรับฐานความผิดที่กฎหมายบัญญัติขึ้นและให้ความคุ้มครองบุคคลใน ความดูแล รวมถึงการคุ้มครองเด็กคือบทบัญญัติในมาตรา 170¹⁵¹ โดยกำหนดให้ บุคคลที่กระทำใน ลักษณะที่เป็นการหลีกเลี่ยงหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูตามกฎหมายในลักษณะที่เป็นการส่งเสริม ปัจจัยในการดำรงชีพ อันเป็นเหตุให้บุคคลซึ่งจำเป็นจะต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูตกอยู่ในอันตราย หรืออาจเกิดอันตรายโดยปราศจากความช่วยเหลือจากผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือ ปรับ ซึ่งเด็กยอมเป็นบุคคลที่อยู่ในอุปการะเลี้ยงดู อย่างไรก็ตาม การที่ความผิดในฐานนี้กำหนดให้การ หลีกเลี่ยงหน้าที่ในการส่งเสริมปัจจัยในการดำรงชีพทางกฎหมาย นั้นหมายความว่า การอุปการะเลี้ยง ดูที่กำหนดในความผิดฐานนี้เป็นการพิจารณาความสัมพันธ์เฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น¹⁵²

ขณะเดียวกัน ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ ดังบัญญัติในมาตรา 171 โดยในความผิดฐานนี้ได้กำหนดให้การกระทำที่เป็น การละเลยหน้าที่ในการดูแลหรือการอบรมเลี้ยงดูบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ซึ่งการละเลยนั้นเป็นการ ละเลยที่มีความร้ายแรง กล่าวคือ การละเลยหน้าที่ในการดูแลอบรมสั่งสอนนั้นเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ เกิดอันตรายที่การพัฒนาทางร่างกายหรือจิตใจของผู้ที่อยู่ในความดูแลของตนอาจได้รับความบาดเจ็บ อย่างรุนแรง อาจเข้าไปพัวพันกับอาชญากรรมหรือการคาประเวณี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ¹⁵³ การที่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดยอม หมายความว่าบทบัญญัติในมาตรานี้ได้มีการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดที่เป็น

¹⁵¹ StGB, s 170 Breach of maintenance obligation.

(1) Whoever evades a statutory maintenance obligation so that the necessities of life of the person entitled to maintenance are endangered or would be endangered without the assistance of others incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding three years or a fine.

(2) Whoever is obliged to pay maintenance to a pregnant woman and reprehensibly withholds this maintenance, thereby causing a termination of the pregnancy, incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding five years or a fine.

¹⁵² 'Breach of maintenance obligation - Verletzung der Unterhaltspflicht' <https://second.wiki/wiki/verletzung_der_unterhaltspflicht> สืบค้นเมื่อ 25 สิงหาคม 2563.

¹⁵³ StGB, s 171 Breach of duty of care or upbringing.

บิดามารดา หรือผู้ใช้อำนาจปกครองผู้ถูกระงับทำที่เป็นบุคคลอายุต่ำกว่าสิบหกปี ซึ่งโดยปกติบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ที่มีหน้าที่เช่นว่านั้นมาเกี่ยวข้องด้วย¹⁵⁴

ความผิดฐานสุดท้ายในกลุ่มความผิดนี้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองดูแลคือ ความผิดอันเป็นการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างเครือญาติในมาตรา 173¹⁵⁵ โดยกฎหมายได้กำหนดให้บุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้สืบสันดานต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ ซึ่งการกระทำต่อผู้สืบสันดานมักเป็นกรณีที่ผู้กระทำอาจอาศัยประโยชน์ความสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดอำนาจเหนือผู้ถูกระงับ¹⁵⁶ บทบัญญัติในมาตรานี้จึงอาจกล่าวได้ ว่าเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองได้เช่นกัน

ความผิดต่อเสรีภาพ (StGB Chapter 18 Offences against personal liberty) ความผิดในหมวดนี้พบว่า มีบทบัญญัติหลายมาตราที่มีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง หรือเป็นการคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองเด็กเพื่อให้สามารถให้ความรับผิดชอบต่อเด็กได้ตามปกติ โดยในมาตรา 235 ได้วางหลักให้การพรากบุคคลไปจากความปกครองดูแลเป็นความผิด¹⁵⁷ และในความผิดฐานค้ามนุษย์ในมาตรา 236 กฎหมายได้วางหลักให้ละเลยหน้าที่ในการดูแลและเลี้ยงดู การทิ้งบุตร หรือบุคคลในความคุ้มครองดูแล หรือเด็กอุปถัมภ์ที่อายุต่ำกว่า 18 ปี กับบุคคลอื่น ด้วยเจตนาหวังผลประโยชน์ของตนหรือของบุคคลที่สามารถต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับ¹⁵⁸

บทบัญญัติความผิดในหมวดต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นชัดเจนว่า ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันตระหนักและให้ความสำคัญในการคุ้มครองเด็ก โดยรูปแบบของการบัญญัติกฎหมายมีทั้งในลักษณะที่เป็นการพิจารณาถึงความ เป็นเด็ก การพิจารณาถึงบุคคลที่มีความสัมพันธ์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไปจนถึงการกำหนดลักษณะความสัมพันธ์เฉพาะในความผิด ซึ่งการกำหนดรูปแบบของความสัมพันธ์ก็มีลักษณะที่เป็นการพิจารณาถึงพฤติการณ์ของบุคคลในการให้การดูแล การสนับสนุนส่งเสริมปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ซึ่งอาจก่อให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบต่อเด็กได้

¹⁵⁴ ฌ็องนิช ซลิศราฟงส์ (เชิงอรรถ 107) 78.

¹⁵⁵ StGB, s 173 Sexual intercourse between relatives.

(1) Whoever has sexual intercourse with a descendant by blood incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding three years or a fine.

¹⁵⁶ ฌ็องนิช ซลิศราฟงส์ (เชิงอรรถ 107) 75.

¹⁵⁷ StGB, s 235 Child theft.

¹⁵⁸ StGB, s 236 Child trafficking.

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันจะพบว่า ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันในส่วนบทนิยามตามมาตรา 11 ได้นิยามคำว่า “ญาติ” (relative)¹⁵⁹ โดยให้ความหมายรวมถึง¹⁶⁰ 1) ญาติสืบสายโลหิตหรือทางการสมรสโดยตรง คู่สมรส คู่ชีวิตเพศเดียวกัน คู่หมั้น ภายในบังคับของความหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยคู่ชีวิตเพศเดียวกัน พี่น้อง คู่สมรสหรือคู่ชีวิตเพศเดียวกันของพี่น้อง, แม้ว่าการสมรสหรือความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตเพศเดียวกันจะไม่มีอยู่แล้ว หรือเมื่อความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือทางการสมรสได้ยุติลง หรือ 2) บิดามารดาผู้อุปการะ และบุตรในอุปการะ (foster parents and foster children) ซึ่งเป็นการกำหนดนิยามความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ หากพิจารณาจะเห็นว่าถ้อยคำดังกล่าวในบทบัญญัติไม่ได้มีการนำมาใช้ในส่วนของการกำหนดความผิดและโทษ แต่จะเป็นการนำบริบทความสัมพันธ์ในเชิงเครือญาติตามนิยามของกฎหมายไปใช้ในส่วนของการให้ประโยชน์กับผู้กระทำ ความผิดในการอ้างเหตุป้องกัน (Necessity as defence) การร้องขอให้มีการดำเนินคดี (Request to prosecute) เป็นสำคัญ

กล่าวได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมีบทบัญญัติหลายมาตราที่กำหนดให้ความคุ้มครองเด็กและมีการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้ถูกระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่อาจส่งผลให้เกิดความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่อาจเป็นการใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในการกระทำความผิดเป็นสำคัญ ซึ่งในการพิจารณาสถานะความสัมพันธ์ส่วนบุคคล ความเป็นเครือญาติ ความเป็นบิดามารดานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำว่า “ญาติ” ที่ได้มีการกำหนดนิยามไว้อย่างชัดเจน แต่โดยหลักก็ไม่ได้บัญญัติเพื่อนำมาใช้ในฐานะความผิดแต่อย่างใด และอาจกล่าวได้ว่าประมวลกฎหมายเยอรมันจะให้ความสำคัญในเรื่องพฤติการณ์ของผู้กระทำความผิดที่จะส่งผลต่อการกระทำความผิดเป็นหลัก ดังตัวอย่างกรณีการกำหนดในเรื่อง

¹⁵⁹ StGB, s 11 Definitions.

(1) For the purposes of this statute,

1. ‘relative’ means any member of the following group of people:

a) relations by blood or marriage in the direct line, the spouse, life partner, fiancé or fiancée, siblings, the spouses or life partners of siblings, siblings of spouses or life partners, even if the marriage or life partnership upon which the relationship is based no longer exists, or if the relationship by blood or marriage has ceased to exist,

b) foster parents and foster children;

¹⁶⁰ ธรรมนูญช ลิศราฟงศ์ (เชิงอรรถ 107) 54.

ของบุคคลที่มีหน้าที่ในการดูแล หรือให้การศึกษา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติ มีข้อสังเกตที่สำคัญคือ การพิจารณาพฤติการณ์ของบุคคลผู้ถูกกระทำกฎหมายจะมีการใช้ถ้อยคำในสองลักษณะ ลักษณะแรกจะเป็นการกล่าวถึงการเลี้ยงดู (who is entrusted to them for upbringing) และลักษณะที่สองจะเป็นการกล่าวถึงหน้าที่ (duty of care and custody of the person) โดยที่บทบัญญัติจะมีการใช้ถ้อยคำในลักษณะเดียวกัน ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการตีความกฎหมายให้ไปในทิศทางเดียวกัน

3.2.3 ประเทศลาว

ประเทศลาวหรือสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว (The Lao People's Democratic Republic) เป็นประเทศที่มีความใกล้ชิดกับประเทศไทยทั้งในทางภูมิศาสตร์ ตลอดจนการดำรงชีวิตของคนในสังคม และวัฒนธรรม¹⁶¹ ซึ่งแม้จะมีระบอบการเมืองการปกครองที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศลาวปกครองด้วยระบอบสังคมนิยม แต่ประเทศลาวก็เป็นประเทศที่มีการรับเอาแนวคิดแบบสากลมาใช้บังคับอย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศลาวได้มีการรับรองหลักกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR)¹⁶² และได้เข้าร่วมในฐานะประเทศภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child: CRC)¹⁶³

3.2.3.1 อำนาจปกครองตามกฎหมาย

ประเทศลาวได้มีการประกาศเผยแพร่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับแรกเมื่อวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 2018 ซึ่งส่งผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งทางแพ่งและทางพาณิชย์ของประชาชนลาวหลายประการ อันเนื่องมาจากการมีผลบังคับใช้ของประมวลกฎหมายแพ่งได้มีผลเป็นการยกเลิกบทบัญญัติกฎหมายที่คล้ายคลึงกันในหลายฉบับ อาทิ กฎหมายว่าด้วยสัญญาและการละเมิด (Law on Contract and Tort 2008) กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน (Law on Property

¹⁶¹ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, 'โครงการจัดทำข้อมูลกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และข้อมูลกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ สังคม วัฒนธรรม การเมือง และความมั่นคงของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว'.8 <https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/เล่มไทยล่าสุด%2010_04_61.pdf> สืบค้นเมื่อ 16 กันยายน 2564.

¹⁶² เพิ่งอ้าง 2.

¹⁶³ UNHR, 'Ratification of 18 International Human Rights Treaties' <<https://indicators.ohchr.org/>> สืบค้นเมื่อ 16 กันยายน 2564.

1990) ตลอดจนประเด็นความสัมพันธ์ในครอบครัวตามกฎหมายครอบครัว (Law on Family 1990) และให้อยู่ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฉบับนี้แทน¹⁶⁴ ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัวปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งลาว ภาค 3 (Part 3 Family) โดยแบ่งออกเป็น 9 หมวด ครอบคลุมเงื่อนไขการสมรส ระบบทรัพย์สิน การสิ้นสุดความสัมพันธ์ของคู่สมรส ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตร หรือบุตรบุญธรรม

ประมวลกฎหมายแพ่งลาว¹⁶⁵ ภาค 3 หมวด 1 ได้กำหนดหลักการทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัว (Family Relationship) บนพื้นฐานเรื่องการสมรสทางทะเบียนระหว่างสามีภรรยา ในลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายในหลายประเทศ ขณะเดียวกัน กฎหมายได้กำหนดกรณีที่ทำให้บุคคลมีความสัมพันธ์ในครอบครัวในลักษณะอื่นไม่ว่าจะในเรื่องการมีบุตรร่วมกัน หรือการรับบุตรบุญธรรม โดยความสัมพันธ์ในครอบครัวที่กฎหมายกำหนดนี้จะมีผลให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในทางครอบครัวตามที่กฎหมายกำหนดระหว่างบุคคลที่เป็นสามีภรรยา หรือระหว่างบิดามารดาที่มีต่อบุตร¹⁶⁶ นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งลาวได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์ความสัมพันธ์รูปแบบอื่นๆ โดยมาตรา 139 ได้มีการนิยามถึงความสัมพันธ์ที่เป็นในรูปแบบของญาติ (Relatives and Relatives Order) ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการจัดการความสัมพันธ์ในครอบครัว หรือมีบทบาทในการดำเนินการบางตามที่กฎหมายกำหนด ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร บทบัญญัติทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งลาวได้ให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ระหว่างมารดาบุตรอย่างเห็นได้ชัด ดังได้มีการกำหนดให้รัฐและสังคมให้ความตระหนัก

¹⁶⁴ Aristotle David and Tuchakorn Kitcharoen, ‘Snapshot of the Lao Civil Code 2020’ <<https://www.zicolaw.com/resources/alerts/snapshot-of-the-lao-civil-code-2020/>> สืบค้นเมื่อ 16 กันยายน 2564.

¹⁶⁵ Ministry of Justice, ‘Civil Code (Unofficial Translation)’ <https://www.jica.go.jp/activities/issues/governance/portal/laos/ku57pq00002khhw3-att/civil_code_03.pdf> สืบค้นเมื่อ 16 กันยายน 2564.

¹⁶⁶ Civil Code 2019, Article 138 Family Relationship.

Family Relationship is a relation which arises from marriage registration, having children together and adoption of another child to be adoptive children which causing family rights and obligations to each other.

Family Relationship Independently arises regardless origin, social-economic status, nationality, ethnicity, educational level, occupation, religions, place of residence and other.

ถึงการปกป้องผลประโยชน์ของมารดาและบุตรเป็นสำคัญ โดยไม่สนใจว่าสถานะการสมรสระหว่างบิดามารดาจะมีลักษณะอย่างไร¹⁶⁷

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร ประมวลกฎหมายแพ่งลาว ภาค 3 หมวด 7 (Chapter 7 Connection of father, mother and children) กฎหมายได้กำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรเริ่มต้นขึ้นตั้งแต่ที่เด็กเกิด¹⁶⁸ ทั้งนี้ ในกรณีที่บุตรเกิดแก่บิดามารดาที่มีได้สมรสกันความเป็นบิดาตามกฎหมายนี้จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อได้มีการแสดงความจำนงที่จะรับเด็กเป็นบุตร (affiliation) โดยมีผลให้เด็กเป็นบุตรของบิดาตั้งแต่แรกเกิด ขณะเดียวกัน บทบัญญัติในหมวดนี้ยังได้มีการกำหนดถึงบุตรบุญธรรม (adoptive children) และลูกเลี้ยง (step child) ความน่าสนใจคือ การบัญญัติให้ลูกเลี้ยงซึ่งเป็นบุตรของบิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการสมรสครั้งก่อนมีสถานะเช่นเดียวกับบุตรที่เกิดกับบิดามารดา (offspring) และบุตรบุญธรรม¹⁶⁹ โดยที่สถานะความเป็นพ่อเลี้ยงแม่เลี้ยงจะสิ้นสุดลงเมื่อสถานภาพการสมรสของทั้งสองสิ้นสุดลง¹⁷⁰

เมื่อบิดามารดาและบุตรมีความสัมพันธ์ตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะความสัมพันธ์นั้นจะเป็นบุตรที่เกิดแก่บิดามารดา บุตรบุญธรรม หรือลูกเลี้ยง ย่อมก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดาบุตรขึ้น¹⁷¹ โดยประมวลกฎหมายแพ่งลาว ภาค

¹⁶⁷ Civil Code 2019, Article 143 Protection of Interests of Mothers and Children.

The state and society protect the interests of mothers and children as the privilege when the spouse live together, no longer live together or divorced.

¹⁶⁸ Civil Code 2019, Article 194.

¹⁶⁹ Civil Code 2019, Article 213 Step Child.

Step child is the children from the previous marriage of husband or wife.

A Step child has the same status with the offspring and adopted children, except the Laws defined in otherwise.

¹⁷⁰ Civil Code 2019, Article 214 Expiration of the Status of Step Child.

Being a step child will be ceased in the following cases:

1. Step father or step mother has been divorced to its mother or father;
2. The marriage of Step father or step mother with its mother or father is

a null marriage

¹⁷¹ นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งแล้ว ระบบกฎหมายลาวยังมีการบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบิดามารดาและผู้ปกครองไว้ในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก (Law on the

3 หมวด 8 (Chapter 8 Rights and obligations of parents and children) กฎหมายได้กำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่สิทธิและหน้าที่อย่างเท่าเทียมกันในการปกป้องคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของเด็ก การเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมในการดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด ตลอดจนการปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของเด็กในสถานการณ์ต่างๆ เช่น กระบวนการทางศาล¹⁷² สิทธิในการจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้เยาว์¹⁷³ ในกรณีนี้ บิดามารดายังมีหน้าที่ในการจัดให้เด็กได้รับการดูแลและส่งเสริมปัจจัยการดำรงชีวิตประจำวัน¹⁷⁴ ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้เด็กเข้าถึงอาหาร ที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค ตลอดจนการปกป้องดูแลหรือจัดการด้านสุขอนามัยที่สอดคล้องตามสิทธิและ

Protection of the Rights and Interests of Children 2006) ในมาตรา 10 ซึ่งกำหนดภาระหน้าที่ความรับผิดชอบต่อเด็กในทำนองเดียวกัน

¹⁷² Civil Code 2019, Article 215 Parental Rights and Obligations for The Protection of The Child's Rights and Interests.

Parents have equal rights and obligations to protect their children's rights and interest. They are the legal representatives of their children who remain underage, and have the obligation to protect their rights and interest at the court, work place, school and others.

¹⁷³ Civil Code 2019, Article 219 Property of Parents and Children.

Children have no ownership in parents' properties and parents have no ownership in children's properties at the time of being alive.

Parents have rights to manage the assets of underage children.

¹⁷⁴ Civil Code 2019, Article 217 Parental Obligations for Child Care.

Parents have the obligation to care for their children who remain underage or become sui juris but has no capacity to act or work such as be insane or disabled.

Obligations to care for children shall be furthered notwithstanding the fact whether parents are still living together or divorced or nulled of marriage, father or mother taking care children shall have rights to request for the alimony in the period of the children are underage.

The alimony for a child shall be referred to cost of living in each period by taking half of the lowest state officer's salary to be the basis of calculating.

Parents have the rights to request the court to reduce child the alimony when encountering economic difficulties

ผลประโยชน์ของเด็ก โดยภาระผูกพันในการดูแลชีวิตประจำวันของบุตร จะไม่สิ้นสุดลงแม้ว่าสถานะสมรสตามกฎหมายของบิดามารดาสิ้นสุดลง นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่ในการจัดให้บุตรของตนเข้าถึงระบบการศึกษาให้ได้รับการอบรมสั่งสอนที่ดีและเหมาะสม¹⁷⁵ ขณะเดียวกัน กฎหมายยังได้กำหนดให้เด็กมีหน้าที่ต่อบิดามารดาในการให้ความช่วยเหลือผู้ปกครองเช่นกัน ไม่เพียงกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดา บุตรเท่านั้น กฎหมายยังให้ความคุ้มครองบุตรจากการใช้อำนาจ หรือการใช้สิทธิที่ไม่เหมาะสมดังความในมาตรา 220 ซึ่งเป็นบทบัญญัติตัดสิทธิของบิดามารดาในการใช้อำนาจปกครอง¹⁷⁶ ขณะเดียวกัน ในมาตรา 218 ยังกำหนดตัดหน้าที่ของบุตรในกรณีที่บิดามารดาได้กระทำการในลักษณะที่เป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบต่อบุตรของตน¹⁷⁷

¹⁷⁵ Civil Code 2019, Article 216 Parental Obligations for The Education of Children.

Parents shall educate their children on patriotism, progressiveness, be a good person, be grateful, pure livelihood and create conditions for children to be educated and to lead activities useful for family and society.

¹⁷⁶ Civil Code 2019, Article 220 Disqualification of Being Parents and Children.

Disqualification of being parents of the children or disqualification of being children as the proposal of mother, father, children, relatives or the head of people prosecutor to be a complainant to the court as the conditions defined in second paragraph in this article.

If parents do not perform their obligations in educating of children, using parental rights immoderately, be savage to children, doing bad things and terrible to children or children be ungrateful to parents such as abusing, forcing, then the parents shall be disqualified from being parent or children.

The disqualified parents shall continually perform obligations in taking care of children until the children have become sui juris.

¹⁷⁷ Civil Code 2019, Article 218 Children's Obligations to Care and Assist Parents.

Children have the obligations to care and assist their parents in their old age, when ill, unable to work and in need of assistance. Allowances to parents will be agreed between parents and children. In case the agreement cannot be finalized, it shall be left to the court to decide on the basis of the children's economic potentials and such allowance will be paid on a monthly basis.

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งลาวในเรื่องอำนาจปกครอง จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดอำนาจปกครองในบริบทของสิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรโดยมุ่งเน้นหน้าที่ของบิดามารดาต่อบุตรเป็นสำคัญ ข้อสังเกตที่สำคัญคือ แม้ว่ากฎหมายแพ่งลาวจะเน้นย้ำถึงความสัมพันธ์ในครอบครัวในทางทะเบียนที่ยึดโยงกับสถานะการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 138 แต่ในประเด็นสิทธิหน้าที่ที่บิดามารดาที่มีต่อบุตรกลับเป็นการพิจารณาบริบทความสัมพันธ์ในทางความเป็นจริง กล่าวคือ ในการกำหนดสิทธิหน้าที่ที่บิดามารดาที่มีต่อบุตรกฎหมายไม่ได้พิจารณาถึงสถานะคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา แต่อาศัยการพิจารณาความสัมพันธ์ในทางข้อเท็จจริง เนื่องจาก กฎหมายได้พิจารณากำหนดให้สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาต่อบุตรตั้งบัญญัติในภาค 3 หมวด 8 ที่ครอบคลุมลูกเลี้ยง โดยกฎหมายได้บัญญัติให้ลูกเลี้ยงซึ่งเป็นบุตรของบิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่งที่มีการสมรสกันในภายหลังมีสถานะเช่นเดียวกับบุตร หรือบุตรบุญธรรมตั้งบัญญัติในมาตรา 213 ขณะที่ ในมาตรา 220 ว่าด้วยการขาดคุณสมบัติความเป็นบิดามารดา กฎหมายได้มีการเน้นย้ำถึงความสัมพันธ์ที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสระหว่างบิดามารดาให้ไม่มีผลเป็นการตัดหน้าที่ความรับผิดชอบต่อบุตร การบัญญัติกฎหมายในลักษณะเป็นการตัดสิทธิแต่ไม่ตัดหน้าที่ดังกล่าวย่อมเป็นการคุ้มครองให้เด็กได้รับการดูแลอย่างเหมาะสมสอดคล้องกับแนวทางสากลที่การคำนึงถึงการคุ้มครองผลประโยชน์ของเด็ก

3.2.3.2 มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง

ประเทศลาวเป็นหนึ่งในประเทศที่ประสบปัญหาการใช้ความรุนแรงต่อเด็กโดยบุคคลในครอบครัวทั้งจากพ่อแม่ (parents) ผู้ดูแล (caregivers) ญาติ (other relative) หรือพ่อเลี้ยงแม่เลี้ยง (stepparent)¹⁷⁸ รวมถึง บุคคลอื่นที่เด็กให้ความไว้วางใจแม่ไม่ได้เป็นบุคคลที่ให้การดูแลเด็ก¹⁷⁹ ซึ่งความไม่เท่าเทียมกันของบุคคลในสังคม ค่านิยม ตลอดจนวัฒนธรรมความเชื่อแบบดั้งเดิมกล่าวได้ว่าเป็นสาเหตุสำคัญที่ส่งผลให้เด็กตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิด¹⁸⁰ ทั้งนี้ ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมารัฐมีความพยายามในการยกระดับการคุ้มครองเด็กภายใต้แนวคิดที่ว่าเด็กเป็น

Children may transcend from such obligation as the court decision if their parents are involved in wrongdoing such as using the parental rights immoderately, be savage to children, doing bad things and terrible in front of children.

¹⁷⁸ Government of Lao PDR, 'Ending violence against children in Lao PDR' 4 <https://bettercarenetwork.org/sites/default/files/Lao-UNICEF_Multisectoral-response_ENG_18may18_wBleed-1.pdf> สืบค้นเมื่อ 18 กันยายน 2564.

¹⁷⁹ เฟิงอ้าง 4.

¹⁸⁰ เฟิงอ้าง 5.

ทรัพยากรที่สำคัญของชาติที่รัฐต้องส่งเสริมและให้ความคุ้มครอง โดยได้จัดให้มีการตราและแก้ไข บทบัญญัติกฎหมายหลายฉบับในการให้ความคุ้มครองเด็ก รวมถึงบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยผู้หญิง และเด็ก (Law on Preventing and Combatting Violence against Women and Children 2014) ที่กำหนดหลักการและมาตรการในการปกป้องคุ้มครองผู้หญิงและเด็กจากความรุนแรง และ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก (Law on the Protection of the Rights and Interests of Children 2006) ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของเด็ก รวมถึงการต่อต้านการกระทำความผิด ต่อเด็ก โดยหนึ่งในกลไกทางกฎหมายที่สำคัญของรัฐในการให้ความคุ้มครองเด็กคือการบัญญัติ ความผิดและมาตรการทางอาญาเพื่อคุ้มครองเด็กจากการกระทำหรือสถานการณ์อันไม่พึงประสงค์ บางประการที่กระทบต่อเด็ก

ทั้งนี้ เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2017 ประเทศลาวได้มีการประกาศ ประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code 2017)¹⁸¹ เป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของประเทศลาวที่ มุ่งรวบรวมบทบัญญัติทางกฎหมายเข้าด้วยกันให้เป็นหมวดหมู่ ซึ่งนอกจากเป็นการแก้ไขกฎหมาย อาญาที่ใช้บังคับอยู่เดิม (Penal Law 2005) และรวบรวมบทบัญญัติทางอาญาในกฎหมายหลายฉบับ เข้าไว้ในกฎหมายฉบับนี้ (ตามมาตรา 425) รวมถึงบทบัญญัติความผิดและโทษตามกฎหมายว่าด้วย ผู้หญิงและเด็ก และกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ขณะเดียวกัน ยังได้มีการพิจารณาเพิ่มเติม ปรับปรุงแก้ไขความผิดและบทลงโทษตามกฎหมายให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น¹⁸²

ประมวลกฎหมายอาญาลาวได้แบ่งบทบัญญัติออกเป็น 3 ภาค 425 มาตราครอบคลุมหลักการทั่วไปทางอาญา ตลอดจนการกำหนดความผิดและโทษ ในส่วนความผิด และโทษกฎหมายได้แบ่งการกระทำทางอาญาตามความร้ายแรงของความผิดออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่ ความผิดเล็กน้อย (minor offences) ความผิดรุนแรง (major offences) และความผิดที่เป็น อาชญากรรม (crimes)¹⁸³ และในมาตรา 44 ได้กำหนดบทลงโทษทางกฎหมาย (penalties) และ

¹⁸¹ Government of Lao PDR, 'Penal Code' <http://laoofficialgazette.gov.la/kcfinder/upload/files/1Oct2020_Lao%20Penal%20Code_English%20version.pdf> สืบค้นเมื่อ 16 กันยายน 2564.

¹⁸² Cess Principe and Tuchakorn Kitcharoen, 'New Penal Code Implemented in Laos' <<https://www.zicolaw.com/resources/alerts/new-penal-code-implemented-in-laos/>> สืบค้นเมื่อ 16 กันยายน 2564.

¹⁸³ Penal Code 2017, Article 13 Categorization of Offences.

Offences are categorized into three different levels of culpability:

มาตรการทางเลือกอื่นๆ (additional penalties) โดยศาลจะเป็นผู้มอบบทสำคัญในการพิจารณาเลือกใช้บังคับโทษและมาตรการทางเลือกไว้ชัดเจนตามความในภาค 1 หมวด 6 (Chapter 6 Prescription of Penalties) ซึ่งดุลยพินิจกำหนดโทษจะเป็นหนึ่งในบทบาทที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองเด็ก ดังบัญญัติชัดเจนในมาตรา 65(6) ได้เปิดโอกาสให้ศาลพิจารณากำหนดโทษขั้นสูงเพิ่มเติมได้ตามที่กฎหมายกำหนด¹⁸⁴ โดยคำนึงถึงลักษณะและระดับของการคุกคามทางสังคมที่เกิดจากความผิด เจตนา ประวัติและบุคลิกภาพของผู้กระทำความผิด¹⁸⁵

นอกจากให้ความสำคัญในการคุ้มครองเด็กโดยเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจภายใต้กรอบของกฎหมายอย่างชัดเจนแล้ว ประมวลกฎหมายอาญาบับนี้ยังมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ความคุ้มครองอย่างชัดเจน ทั้งในฐานะที่เด็กเป็นผู้กระทำความผิดโดยได้มีการกำหนด

1. Minor offences, which are offences punishable under the law by public criticism or fines;
2. Major offences, which are offences punishable under the law by re-education without deprivation of liberty or imprisonment from three (3) months to ten (10) years and fines;
3. Crimes, which are offences punishable under the law by imprisonment from five (5) years up to life imprisonment with fines and/or the death penalty.

¹⁸⁴ Penal Code 2017, Article 65 Circumstances Conducive to the Increase of Criminal Liabilities.

Circumstances conducive to the increase of penal responsibilities are . . .

6. Offences towards minors, elderly people, vulnerable persons or persons materially or in other ways dependent on or under the authority of the offender;

¹⁸⁵ Penal Code 2017, Article 76 Prescription of Penalties for Offences having Circumstances Conducive to the Increase of Criminal Liabilities.

The prescription of a penalty for an offence having circumstances conducive to the increase of criminal liabilities shall be made based upon the nature and degree of the social threat posed by the offence, degree of its completion, the intention, profile, history and the personality of the offender.

In prescribing a penalty for an offence having circumstances conducive to the increase of criminal liabilities, the court shall impose sentences with penalties not exceeding the limits of the relevant articles.

มาตรการบังคับที่เหมาะสมต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดและกำหนดห้ามมิให้บังคับโทษประหารชีวิตต่อเด็ก ในกรณีที่เด็กเป็นเหยื่อของการกระทำความผิด ประมวลกฎหมายอาญาลาวในภาค 2 (Part 2 Specific Part) ได้มีบทบัญญัติถึงการกระทำที่ครอบคลุมการกระทำที่กระทบต่อชีวิตร่างกาย และเสรีภาพของเด็กในหลายมาตรา ดังนี้

ความผิดต่อชีวิต สุขภาพ และเกียรติยศของบุคคล (Chapter 3 Offences against the Life, Health and Honor of a Person) ดังบัญญัติในภาค 2 หมวด 3 บทบัญญัติในหมวดนี้บัญญัติและให้ความสำคัญในการคุ้มครองชีวิตและร่างกายของบุคคลอย่างชัดเจน โดยในมาตรา 188 ได้กำหนดให้การกระทำโดยเจตนาให้บุคคลถึงแก่ความตายเป็นความผิด และในมาตราเดียวกันนี้ได้กำหนดให้ความผิดที่กระทำต่อสตรีมีครรภ์และเด็ก ผู้กระทำความผิดและต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 15 ปีถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 10,000,000 กีบถึง 100,000,000 กีบ และให้ดุลยพินิจกับศาลในการพิจารณาพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำตามบทบัญญัติตามความในภาค 1 หมวด 6 ได้ โดยศาลสามารถพิจารณาพิพากษาโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิตได้¹⁸⁶

การที่กฎหมายได้กำหนดให้การกระทำต่อสตรีมีครรภ์และเด็กเป็นเหตุฉกรรจ์ในความผิดที่ทำให้บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้นและเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาโทษเพิ่มโทษขึ้นตามพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำย่อมแสดงให้เห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาลาวให้ความสำคัญในการคุ้มครองมารดา รวมถึงชีวิตในครรภ์ที่อาจกำเนิดขึ้นในอนาคต ไม่เพียงแต่การกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดต่อชีวิตเท่านั้น ประมวลกฎหมายอาญาลาวยังได้มีการ

¹⁸⁶ Penal Code 2017, Article 188 Murder.

Any person intentionally causing the death of another person shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from ten years to fifteen years and a fine shall be imposed ranging from 5,000,000 kip to 50,000,000 kip.

Any person committing murder on ..., a pregnant woman, a child, ... shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from fifteen years to twenty years and a fine shall be imposed ranging from 10,000,000 kip to 100,000,000 kip and may be placed under house arrest, sentenced to life imprisonment or subject to the death penalty.

Any preparation or attempt to commit such an offence shall also be punished.

กำหนดความผิดที่กระทำต่อทารกแรกเกิด โดยกำหนดให้มารดาฆ่าหรือละทิ้งทารกแรกเกิดให้ถึงแก่ความตายด้วยเหตุใดก็ตามมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีถึง 5 ปี¹⁸⁷

นอกจากบัญญัติให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำความผิดต่อเด็กโดยตรงแล้วความผิดในหมวดนี้ยังให้ความคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในความอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งย่อมนำความรวมถึงในฐานะที่เป็นบุคคลในอุปการะดูแลของบิดามารดา โดยในมาตรา 200 ได้กำหนดให้กระทบต่อร่างกายต่อบุคคลในอุปการะดูแลด้วยความทารุณโหดร้ายจนเป็นเหตุให้บุคคลผู้ถูกกระทำได้รับบาดเจ็บทางกายเป็นความผิด¹⁸⁸ ขณะเดียวกัน กฎหมายอาญาไม่เพียงคุ้มครองบุคคลจากการกระทำที่กระทบต่อความปลอดภัยในชีวิตร่างกายของบุคคลโดยตรงเท่านั้น กฎหมายยังให้ความคุ้มครองบุคคลจากการกระทำที่อาจก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงต่อบุคคลในทางอ้อม โดยได้กำหนดให้การกระทำในลักษณะที่เป็นการปฏิบัติอย่างทารุณโหดร้าย การข่มขู่ ข่มเหง หรือดูหมิ่นที่กระทำต่อบุคคลที่อยู่ในความดูแล เพื่อชักจูงให้ในความอุปการะดูแลฆ่าตัวตายเป็นความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 7 ปี และปรับตั้งแต่ 5,000,000 กีบถึง 20,000,000 กีบ¹⁸⁹

ความผิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (Chapter 4 Offences against Civil Rights and Freedoms) ดังบัญญัติในภาค 2 หมวด 4 โดยปรากฏบทบัญญัติหลายมาตราที่ให้ความคุ้มครองเด็กจากการค้ามนุษย์ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 215 ได้บัญญัติให้การ

¹⁸⁷ Penal Code 2017, Article 191 Murdering or Abandoning One's New-Born.

Any mother who, due to whatever reason, kills or abandons her new-born to death, shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from two years to five years.

¹⁸⁸ Penal Code 2017, Article 200 Causing Injury to Dependent Persons.

Any person who cruelly treats any persons dependent on them shall be punished by public criticism, re-education without deprivation of liberty or shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from three months to two years and a fine shall be imposed ranging from 500,000 kip to 1,500,000 kip.

¹⁸⁹ Penal Code 2017, Article 197 Induced Suicide of a Dependent.

Any person, who cruelly treats, continuously intimidates, mistreats or humiliates a person dependent on him/her, inducing the latter to commit suicide, shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from three years to seven years and a fine shall be imposed ranging from 5,000,000 kip to 20,000,000 kip.

กระทำไม่ว่าจะเป็นการจัดหา ขนส่ง ซักขวน ใช้อำนาจโดยมิชอบ ข่มขู่บังคับ การรับบุตรบุญธรรม หรือลักษณะอื่นใด เพื่อได้มาซึ่งการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากบุคคลเป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ (human trafficking) ต้องระวางโทษจำคุก 5 ปีถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ 10,000,000 กีบถึง 70,000,000 กีบ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะการมีส่วนร่วมในการค้ามนุษย์ว่าผู้กระทำเป็นผู้จัดหา ขนส่ง หรือเป็นผู้ที่รับเหยื่อจากการค้ามนุษย์ ที่กฎหมายกำหนดให้มีความร้ายแรงและโทษในความผิดที่แตกต่างกัน ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 15 ปีถึง 20 ปี และโทษปรับตั้งแต่ 100,000,000 กีบถึง 500,000,000 กีบ¹⁹⁰

¹⁹⁰ Penal Code 2017, Article 215 Human Trafficking.

Trafficking in persons shall mean the recruitment, abduction, movement, transportation or transfer, . . . for purpose of trade and other forms of unlawful conducts contradicting to the national fine culture and traditions or for other purposes to gain benefits.

Any person engaging in human trafficking shall be punished in accordance with each of the following provisions:

1. The offender involved in the recruiting and abduction shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from five years to ten years and a fine shall be imposed ranging from 10,000,000 kip to 100,000,000 kip.

2. The offender involved in the movement, transportation and sending of trafficked persons shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from five years to twelve years and a fine shall be imposed ranging from 10,000,000 kip to 70,000,000 kip.

3. The offender involved in receiving trafficked persons, domestically or internationally and providing housing or shelter shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from five years to ten years and a fine shall be imposed ranging from 10,000,000 kip to 50,000,000 kip.

For offences committed towards children under eighteen years of age, including if it is only the act and for the purpose as mentioned above, with consent or voluntarily, the offender shall be sentenced to imprisonment for a

ความผิดต่อความสัมพันธ์ในการสมรส ความสัมพันธ์ในครอบครัว และขนบธรรมเนียม (Chapter 6 Breach of Marital and Familial Relationships and Customs Chapter 6 Breach of Marital and Familial Relationships and Customs) โดยความผิดในหมวดนี้เป็นบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวและพันธะหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองและดูแลบุคคล ซึ่งพิจารณาแล้วบทบัญญัติได้มีการให้ความคุ้มครองเด็ก โดยผู้เขียนพิจารณาความผิดแบ่งเป็นสองลักษณะ คือความผิดเกี่ยวกับเพศ และกระทำต่อบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กันโดยไม่เหมาะสม

ให้ความคุ้มครองบุคคลจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ การไม่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ ตลอดจนการปฏิบัติที่เป็นการทารุณโหดร้ายต่อบุคคลในความดูแล

1) ความผิดเกี่ยวกับเพศ

สำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 248 วางหลักให้การใช้กำลัง การขู่เข็ญ การวางยานอนหลับ ใช้สารเคมี หรือวิธีการอื่นใดเพื่อทำให้บุคคลมีเพศสัมพันธ์กับตนโดยขัดต่อความยินยอมของผู้ถูกระทำเป็นความผิดฐานข่มขืน (rape) และผู้กระทำความผิด โดยกฎหมายแบ่งระดับความร้ายแรงของการกระทำและโทษออกเป็น 3 กรณี กรณีที่หนึ่ง การข่มขืนกระทำชำเราบุคคลทั่วไปต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ปีถึง 6 ปี และปรับตั้งแต่ 5,000,000 กีบถึง 30,000,000 กีบ กรณีที่สอง การข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุระหว่าง 15 ปีถึง 18 ปีซึ่งเป็นผู้อยู่ในความดูแลของผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 ปีถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ 5,000,000 กีบถึง 30,000,000 กีบ และกรณีที่สาม การข่มขืนกระทำชำเราที่ส่งผลกระทบต่อผู้ถูกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เหยื่อทุพพลภาพหรือเสียชีวิต รวมถึงกรณีการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 10,000,000 กีบถึง 70,000,000 กีบ¹⁹¹

ทั้งนี้ ข้อสังเกตสำคัญที่น่าสนใจประการหนึ่งคือ ความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 248 กฎหมายได้แยกการกระทำต่อบุคคลอายุ 15 ถึง 18 ปีในกรณีที่สอง โดยไม่ให้ความ

term ranging from fifteen to twenty years and a fine shall be imposed ranging from 100,000,000 kip to 500,000,000 kip.

¹⁹¹ Penal Code 2017, Article 248 Rape.

Any person using force, armed threats, chloroform or any other substance or means to place a person in a state of helplessness or abusing an opportunity in order to have sexual intercourse with a woman against her will, shall be

คุ้มครองเช่นเดียวกับกรณีที่สาม ซึ่งเมื่อพิจารณาหาเหตุผลการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้เห็นว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้เป็นการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มีการพิจารณาประเด็นเรื่องหลักความได้สัดส่วน โดยเห็นว่าบุคคลอายุ 15 ถึง 18 ปีเป็นช่วงอายุที่อาจกล่าวได้ว่ามีความสามารถในการปกป้องตนเองใกล้เคียงกับบุคคลที่อายุ 18 ปีขึ้นไป ซึ่งการให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกับกรณีที่สามในการกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 15 ปี ที่มีโทษร้ายแรงที่สุดถึงจำคุกตลอดชีวิต ย่อมเป็นการคุ้มครองบุคคลที่ไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดที่เกิดกว่าจำเป็นเหมาะสม ขณะเดียวกัน การจะกำหนดให้บุคคลที่มีอายุ 15 ปีถึง 18 ปี อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลที่อายุ 18 ปีขึ้นไปก็ย่อมไม่เป็นการเหมาะสม ด้วยเหตุผลว่า บุคคลอายุ 15 ปีถึง 18 ปี แม้จะมีความสามารถในระดับหนึ่ง แต่เนื่องจากบุคคลดังกล่าวยังไม่มีความสามารถตามกฎหมายที่ครบถ้วนสมบูรณ์ โดยทั่วไปจึงยังคงอยู่ภายใต้อิทธิพลหรือการดูแลของบุคคล และเมื่อจำต้องอยู่ภายใต้อิทธิพลการดูแลการคุ้มครองบุคคลอายุ 15 ปีถึง 18 ปี การคุ้มครองตามกฎหมายจึงเป็นการเหมาะสมในการที่จะบัญญัติแยกออกมา ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อสังเกตดังกล่าวจะเห็นว่า นอกจากบทบัญญัติในมาตรานี้จะพิจารณาถึงเกณฑ์อายุของบุคคล กฎหมายยังพิจารณาถึงความสามารถในการปกป้องตนเอง โดยได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองที่เหมาะสม

นอกเหนือจากการเข้มข้นกระทำความชำเรา ประมวลกฎหมายลาวยังได้มีการกำหนดให้การร่วมประเวณีกับเด็กเป็นความผิดตามมาตรา 250 โดยกำหนดให้การร่วมประเวณีกับเด็กไม่ว่าจะเด็กหญิงหรือชายอายุตั้งแต่ 15 ถึง 18 ปี ซึ่งผู้กระทำได้มีการล่อลวง ยุยง เสนอประโยชน์หรือหลอกลวงด้วยประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ถึง 3 ปี และปรับ ตั้งแต่ 3,000,000 กีบ

sentenced to imprisonment for a term ranging from four years to six years and a fine shall be imposed ranging from 5,000,000 kip to 30,000,000 kip.

Where the victim of rape is a woman between the ages of fifteen and eighteen and is dependent upon the offender's care or is a patient of the offender, then the offender shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from six years to ten years and a fine shall be imposed ranging from 5,000,000 kip to 30,000,000 kip.

In the event of ..., rape of girls under fifteen years of age, ... or a rape resulting in the victim's permanently disability or death, the offender shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from ten years to twenty years and a fine shall be imposed ranging from 10,000,000 kip to 70,000,000 kip.

Any attempt to commit such an offence shall also be punished.

ถึง 5,000,000 กีบ ในกรณีที่เป็นกรรมากรรมร่วมประเวณีกับเด็กอายุตั้งแต่ 12 ปีถึง 15 ปีโดยจ่ายหรือให้ประโยชน์ประเภทใดๆ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 5 ปีและปรับตั้งแต่ 5,000,000 กีบถึง 7,000,000 กีบ และหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปีให้ถือว่าได้กระทำในลักษณะเช่นเดียวกับการข่มขืน โดยผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีถึง 15 ปี และปรับตั้งแต่ 7,000,000 กีบถึง 15,000,000 กีบ¹⁹²

ทั้งนี้ สำหรับความผิดฐานร่วมประเวณีเด็ก หากการกระทำมีความผิดมีลักษณะเป็นการกระทำต่อบุคคลที่อยู่ในความดูแล กฎหมายกำหนดให้ผู้ถูกกระทำมีความผิดและโทษที่รุนแรงกว่ากรณีตามมาตรา 250 ดังความในมาตรา 251 ที่กำหนดให้การใช้ขู่บายหลอกล่อบุคคลอยู่ในความดูแล หรือบุคคลในภาวะจำเป็นต้องอยู่ในความดูแลความดูแลของผู้กระทำความผิดให้มีเพศสัมพันธ์กับผู้กระทำหรือกับบุคคลอื่นโดยขัดต่อความประสงค์ของบุคคลดังกล่าว ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีถึง 5 ปี และปรับตั้งแต่ 5,000,000 กีบถึง 20,000,000 กีบ หากความผิดนั้นเป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีถึง 12 ปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปีถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ 10,000,000 กีบถึง 50,000,000 กีบ และกรณีที่กระทำต่อเด็ก

¹⁹² Penal Code 2017, Article 250 Sexual Intercourse with a Child.

Any person having sexual intercourse with a girl or boy from fifteen to eighteen years of age by luring, inciting, paying or by any other form of deceit, shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from one year to three years and a fine shall be imposed ranging from 3,000,000 kip to 5,000,000 kip.

Any person having sexual intercourse with a girl or boy from twelve to fifteen years of age by paying or giving any type of benefit shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from three years to five years and a fine shall be imposed ranging from 5,000,000 kip to 7,000,000 kip.

Any person having sexual activity with a girl or boy under twelve years of age by any means shall be considered as having committed rape and that person shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from ten years to fifteen years and a fine shall be imposed ranging from 7,000,000 kip to 15,000,000 kip.

Any person who requests, accepts, provides, recruits or offers children of less than eighteen years of age up for prostitution shall be considered as an offender and shall be punished in accordance with Article 254 of this Penal Code.

อายุต่ำกว่า 12 ปีด้วยประการใดๆ ให้ถือว่าได้กระทำการข่มขืนเด็กและผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับกำหนดได้ตั้งแต่ 15,000,000 กีบ ถึง 70,000,000 กีบ¹⁹³

จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาลาวในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้พิจารณาให้ความคุ้มครองบุคคลตามความร้ายแรงของการกระทำ ซึ่งขึ้นอยู่กับอายุของผู้ถูกระทำเป็นสำคัญ กล่าวคือ ผู้ถูกระทำที่อายุน้อยย่อมมีโอกาสตกเป็นเหยื่อจากการกระทำความผิดได้มากขึ้น กรณีย่อมเป็นเหตุที่กฎหมายสมควรกำหนดให้บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้น นอกจากนี้ กฎหมายยังได้มีการพิจารณาถึงบริบทความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้ถูกระทำ ดังปรากฏในมาตรา 248 วรรคสอง และมาตรา 251 โดยเห็นว่า บุคคลซึ่งอยู่ในความดูแลเป็นบุคคลที่กฎหมายควรให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษเนื่องจากผู้กระทำความผิดอาจอาศัยความใกล้ชิดหรือความไว้วางใจหรือเชื่อใจในลักษณะที่เป็นการเอื้อหรือแสวงหาโอกาสในการกระทำความผิดจึงสมควรกำหนดให้การกระทำต่อบุคคลที่อยู่ในความดูแลของตนเป็นความผิดที่รุนแรงหรือกำหนดให้เป็นเหตุจูงใจที่ทำให้บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้น

¹⁹³ Penal Code 2017, Article 251 Sexual Intercourse by Deceit.

Any person using deceit to make a person under the offender's care or a person in the situation of necessity to have sex with the offender or with another person against the person's will shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from two years to five years and a fine shall be imposed ranging from 5,000,000 kip to 20,000,000 kip.

In cases where the commission of the offence is against a child from under eighteen years to twelve years of age, the offender shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from five years to ten years and a fine shall be imposed ranging from 10,000,000 kip to 50,000,000 kip.

In cases where the offence is committed against a child less than twelve years of age by any means shall be considered as having committed rape against children and that person shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from ten years to twenty years and a fine shall be imposed ranging from 15,000,000 kip to 70,000,000 kip.

2) กระทำต่อบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กันโดยไม่เหมาะสม

สำหรับการกระทำในส่วนนี้เป็นการกระทำที่มีลักษณะของการไม่ปฏิบัติหน้าที่ หรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมในลักษณะของการลงโทษหรือกระทำโดยทารุณที่เป็นเหตุให้เด็กได้รับผลกระทบ อันได้แก่

การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในการเลี้ยงดูบุคคลตามที่ศาลกำหนด โดยมาตรา 261 วางหลักให้บุคคลที่ไม่ดูแลเด็กที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะตามคำตัดสินของศาล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 1 ปี หรือมาตรการบังคับทางเลือกตามที่กฎหมายกำหนด และโทษปรับตั้งแต่ 1,000,000 กีบถึง 5,000,000 กีบ¹⁹⁴

การลงโทษบุคคลด้วยวิธีการที่ทรมาณหรือทารุณโหดร้าย ดังมาตรา 263 ซึ่งวางหลักให้ วิธีการลงโทษทางร่างกายหรือจิตใจกับเด็ก ด้วยวิธีการโดยการเตะ ทูบตี บังคับ กักขัง อดอาหาร บังคับทำงานเกินขอบเขต กระทำในลักษณะที่เป็นการทำลายความไว้วางใจ หรือล่วงละเมิดทางเพศเป็นความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่ 5,000,000 กีบถึง 15,000,000 กีบ¹⁹⁵

¹⁹⁴ Penal Code 2017, Article 261 Failure to Perform Obligations towards Minor Children, Parents or Spouses.

Any person failing to take care of minor children, parents in need or a disabled or sick spouse in accordance with a court's decision shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from three months to one year or re-education without deprivation of liberty and a fine shall be imposed ranging from 1,000,000 kip to 5,000,000 kip.

¹⁹⁵ Penal Code 2017, Article 263 Torture or Torment of Women and Children.

Any person who applies methods of corporal or mental punishment to women by kicking, beating, constraining, detaining, fasting, forcing them to work exceeding their limits, being unfaithful or engaging in sexual abuse shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from six months to three years and a fine shall be imposed ranging from 3,000,000 kip to 10,000,000 kip.

Where such an offence is committed towards a child, the offender shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from one year to five years and a fine shall be imposed ranging from 5,000,000 kip to 15,000,000 kip.

การทอดทิ้งเด็ก ดังวางหลักในมาตรา 265 บุคคลซึ่งเจตนาละทิ้งเด็กมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 2 ปีและปรับตั้งแต่ 5,000,000 กีบถึง 20,000,000 กีบ โดยหากการกระทำดังกล่าวส่งผลให้เด็กพิการ ทุพพลภาพ หรือเสียชีวิต ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นถึงจำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 7 ปี และปรับตั้งแต่ 7,000,000 กีบถึง 30,000,000 กีบ¹⁹⁶

การปฏิบัติต่อญาติสนิท (close relatives) อย่างไม่เหมาะสม โดยในมาตรา 270 ได้กำหนดให้ การปฏิบัติอันเป็นการทารุณหรือข่มเหงต่อญาติสนิทอันได้แก่ ปู่ย่าตายาย บิดามารดา คู่สมรส บุตร หลาน หรือบุตรบุญธรรม อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลหรือศีลธรรมประเพณีอันดีงามของชาติ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 1 ปี หรือมาตรการบังคับทางเลือกตามที่กฎหมายกำหนด และปรับตั้งแต่ 1,000,000 กีบถึง 5,000,000 กีบ¹⁹⁷ ซึ่งความผิดฐานนี้แม้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เฉพาะในการคุ้มครองเด็กโดยตรง แต่ก็เป็นการให้ความคุ้มครองที่ครอบคลุมการกระทำต่อเด็กโดยบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต กรณีตัวอย่างเช่น บิดามารดากระทำต่อบุตร ปู่ย่าตายายกระทำต่อหลาน รวมทั้งการกระทำต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์ที่เสมือนความสัมพันธ์ทางสายโลหิตที่เป็นการกระทำต่อบุตรบุญธรรม หรือญาติของผู้รับบุตรบุญธรรมกระทำต่อบุตรบุญธรรม

¹⁹⁶ Penal Code 2017, Article 265 Abandonment of Children.

Any person who intentionally abandons a child shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from six months to two years and a fine shall be imposed ranging from 5,000,000 kip to 20,000,000 kip.

If the abandonment results in the child's disability, handicap or death, the offender shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from three years to seven years and a fine shall be imposed ranging from 7,000,000 kip to 30,000,000 kip.

¹⁹⁷ Penal Code 2017, Article 270 Inappropriate Treatment Towards Close Relatives.

Any person who mistreats or persecutes their grandparents, parents, spouses, children, grand-children or foster children, thus causing serious damage to the person's dignity or to the fine national traditions shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from three months to one year or re-education without deprivation of liberty and a fine shall be imposed ranging from 1,000,000 kip to 5,000,000 kip.

การอนุญาตให้เด็กสมรส ในมาตรา 269 ได้กำหนดให้การสมรสกับเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งเป็นเกณฑ์ต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด รวมถึงบุคคลที่อนุญาตให้บุคคลสมรสมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 1 ปี หรือมาตรการบังคับทางเลือกตามที่กฎหมายกำหนด และปรับตั้งแต่ 2,000,000 กีบถึง 5,000,000 กีบ¹⁹⁸

เมื่อพิจารณาการกระทำต่อบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กันโดยไม่เหมาะสมพบว่า ประมวลกฎหมายอาญาลาวมีการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำความผิดโดยตรง ทั้งยังพยายามวางกลไกของกฎหมายในการลดความเสี่ยงที่อาจก่อให้เกิดการกระทำโดยไม่ชอบต่อเด็ก โดยได้กำหนดให้การอนุญาตให้เด็กแต่งงานก่อนวัยอันควรเป็นความผิด ดังบัญญัติในมาตรา 269 ซึ่งการปล่อยให้เกิดการอนุญาตให้สมรสก่อนอายุที่กฎหมายกำหนดอาจมีส่วนในการส่งให้เด็กตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดไม่ว่าการค้ำชู หรือการกระทำทางเพศอื่นใด โดยอาศัยการสมรสเป็นช่องว่างหรือหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบจากการกระทำความผิด อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอไม่พิจารณาถึงประเด็นความได้สัดส่วนในความผิดมาตรานี้

การพิจารณาบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาลาวดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ประเทศลาวอาศัยมาตรการทางอาญาตามกฎหมายเป็นหนึ่งในเครื่องมือในการให้ความคุ้มครองเด็ก ดังบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ซึ่งมีทั้งบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเด็กโดยตรง และบทบัญญัติที่สามารถตีความถึงครอบคลุมถึงการคุ้มครองเด็กอันเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กทางอ้อม ขณะเดียวกัน ในบทบัญญัติบางมาตรายังได้มีการพิจารณาเฉพาะเพื่อคุ้มครองเด็กที่อยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ของบุคคล ซึ่งรวมถึงการคุ้มครองเด็กในความสัมพันธ์ครอบครัวที่อาจมีการใช้อำนาจปกครองต่อเด็ก บทบัญญัติกฎหมายที่ครอบคลุมนี้ย่อมกล่าวได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาเป็นหนึ่งในเครื่องมือในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง นอกจากนี้ บทบัญญัติในภาค 1 หลักการทั่วไป ที่บัญญัติถึงหลักการในการพิจารณาปรับใช้ดุลยพินิจของศาลให้คำนึงถึงบุคคลผู้ถูกระทำ และวิสัยพฤติการณ์ของผู้กระทำประกอบกับความน่าตำหนิของการกระทำ อาจกล่าวได้ว่า การวางแนวทางในการพิจารณาดังกล่าวเป็นการเน้นย้ำบทบาทของศาลในฐานะฟันเฟืองสำคัญของระบบ

¹⁹⁸ Penal Code 2017, Article 269 Marriage with Minors.

Any person entering into a marriage with a child who is under the legal age of marriage shall be sentenced to imprisonment for a term ranging from three months to one year or re- education without deprivation of liberty and a fine shall be imposed ranging from 2,000,000 kip to 5,000,000 kip.

Any person authorizing a child under the age of eighteen to marry shall also be punished under the same charges.

กฎหมายในการให้ความคุ้มครองบุคคลอย่างเหมาะสม ซึ่งหมายถึงความถึงการให้ความคุ้มครองเด็กด้วย
เช่นกัน



ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบมาตรการทางอาญาในการคุ้มครองเด็กจากผู้ใช้อำนาจปกครองในประมวลกฎหมายอาญาไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

กลุ่ม ความผิด	ประเด็น พิจารณา	ไทย	Common Law			Civil Law		
			อังกฤษ	ออสเตรเลีย	สิงคโปร์	ญี่ปุ่น	เยอรมนี	ลาว
ความผิด เกี่ยวกับ ชีวิต	บทบัญญัติ กฎหมาย	<CODE> ประมวล กฎหมายอาญา	<ACT> กฎหมายว่าด้วยการ ฆาตกรรม ค.ศ. 1957 (Homicide Act 1957)	<CODE> กฎหมายอาญาที่ ตราขึ้นใช้บังคับในแต่ละรัฐ	<CODE> ประมวลกฎหมาย อาญา	<CODE> ประมวลกฎหมาย อาญา	<CODE> ประมวลกฎหมาย อาญา	<CODE> ประมวลกฎหมาย อาญา
	ร่างกาย สถานะ ความสัมพันธ์	ม.289(1) ขัดมาตรา	ไม่มี	NSW - ไม่มี Qld - ไม่มี Vic - ไม่มี	มี ม.304B บุคคลผู้มีอำนาจ ปกครอง ความรับผิดชอบดูแล	ไม่มี	ไม่มี	ไม่มี
	บทบัญญัติ เฉพาะเพื่อการ คุ้มครองเด็ก	ไม่ใช่	ไม่ใช่ ทั้งนี้ มีการกำหนดฆ่า เด็กทารกเป็นความผิดใน กฎหมายฉบับอื่น ในอัตรา โทษเช่นเดียวกับการฆ่าผู้อื่น	NSW - ไม่ใช่ Qld - ไม่ใช่ Vic - ม.5 กำหนดให้การฆ่า เด็ก โดยคำนึงเด็กในฐานะ เหยื่อ	ใช่ โดยใน ม.304B การ กระทำให้บุคคลในความดูแล ถึงแก่ความตาย	ไม่มี	ไม่มี	ใช่ โดยบทบัญญัติ ม.188 กำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิด ที่กระทำต่อเด็ก ซึ่งเป็นการ คุ้มครองโดยกฎหมายที่ พิจารณาความเป็นเด็ก
ความผิด เกี่ยวกับ การกระทำ หน้าที่	บทบัญญัติ กฎหมาย	<CODE> ประมวล กฎหมายอาญา	<ACT> กฎหมายเด็กและ เยาวชน ค.ศ. 1933 (Children and Young Persons Act 1933)	<CODE> กฎหมายอาญาที่ ตราขึ้นใช้บังคับในแต่ละรัฐ	<CODE> ประมวลกฎหมาย อาญา	<CODE> ประมวลกฎหมาย อาญา	<CODE> ประมวลกฎหมาย อาญา	<CODE> ประมวลกฎหมาย อาญา
	การพิจารณา สถานะ ความสัมพันธ์	ม.306, 307 ขึ้นอยู่กับ เกณฑ์หน้าที่	พิจารณาถึงความรับผิดชอบ ในการดูแลเด็ก	NSW - ม.43A บุคคลผู้มี หน้าที่ความรับผิดชอบใน ฐานะผู้ปกครอง และม.44 บุคคลอื่นผู้มีหน้าที่ในการ จัดหาปัจจัยในการดำรงชีพ Qld - ม.364, 364A ผู้มี หน้าที่จัดหาปัจจัยในการดำรง ชีพ	มี ม.304C การปล่อยให้บุคคล ในความดูแลถึงแก่ความตาย โดยผู้กระทำเป็นบุคคลอาศัย อยู่ในบ้านเดียวกัน	มี ม.217, 218, 219 บุคคลผู้ มีหน้าที่และทอดทิ้ง	มี ใน ม.174	มี ม.248 มีการพิจารณาการ อาศัยความสัมพันธ์ที่เป็นการ แสวงหาประโยชน์ในการ กระทำความผิดกับเด็กเฉพาะ บางช่วงเกณฑ์อายุ

กลุ่ม ความผิด	ประเด็น พิจารณา	ไทย	Common Law			Civil Law		
			อังกฤษ	ออสเตรเลีย	สิงคโปร์	ญี่ปุ่น	เยอรมนี	ลาว
การพิจารณา สถานะ ความสัมพันธ์ (ต่อ)	การพิจารณา สถานะ ความสัมพันธ์ (ต่อ)			WA - ม.304 ละเว้นหน้าที่ ซึ่ง กฎหมายกำหนดหน้าที่ไว้ ชัดเจน (หมวด 27) โดยรวม ถึงหน้าที่จัดหาปัจจัยในการ ดำรงชีพ				
	บทบัญญัติ เฉพาะเพื่อการ คุ้มครองเด็ก	ใช่ โดยพิจารณาอายุ และพฤติการณ์การตก อยู่ภายใต้ความดูแลใน ความเป็นจริง หรือ หน้าที่ตามกฎหมาย	ใช่ โดยเป็นการพิจารณาถึง ความเป็นเด็ก และการทำ หน้าที่หรือบทบาทในการให้ การดูแล	ใช่ โดยพิจารณาบริบทความมี หน้าที่ไม่ทำหน้าที่จนเป็น เหตุให้เกิดอันตราย	ใช่ โดยนอกจากให้ความ คุ้มครองเด็ก กฎหมายยัง พิจารณาบทบาทหน้าที่ การ ดูแล และรวมไปถึงบุคคลรอบ ข้างที่ไม่มีหน้าที่ แต่มี ความสามารถที่จะรับรู้หรือมี ส่วนในการระงับผลของการ กระทำที่อาจเกิดขึ้นได้	ใช่ พิจารณาพฤติการณ์การตก อยู่ภายใต้ความดูแล	ใช่ โดยพิจารณาความสัมพันธ์ ในการทำหน้าที่ พฤติการณ์ที่ มีการดูแล หรืออาจสามารถ กระทำในลักษณะที่เป็นการ ดูแลได้	ใช่ โดยมีรูปแบบทั้งการ พิจารณาหน้าที่ ความสัมพันธ์ ความไว้นื้อเชื่อใจ และความ เป็นเด็ก
ความผิด เกี่ยวกับ เสรีภาพ ทางเพศ	บทบัญญัติ กฎหมาย	<CODE> ประมวล กฎหมายอาญา	<ACT> กฎหมายความผิด เกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003)	<CODE> กฎหมายอาญาที่ ตราขึ้นใช้บังคับในแต่ละรัฐ	<CODE> ประมวลกฎหมาย อาญา	<CODE> ประมวลกฎหมาย อาญา	<CODE> ประมวลกฎหมาย อาญา	<CODE> ประมวลกฎหมาย อาญา
การพิจารณา สถานะ ความสัมพันธ์	การพิจารณา สถานะ ความสัมพันธ์	ม.285 มีบัญญัติ ความสัมพันธ์ใน ลักษณะต่างๆ ซึ่งมีทั้ง ความสัมพันธ์ทาง สายโลหิต และการใช้ อำนาจเหนือ	ม.27 พิจารณาความสัมพันธ์ ในครัวเรือน การอยู่ร่วมกัน หรือการมีส่วนในการปกป้อง ดูแลบรมสิ่งสอน	Qld - พิจารณาความสัมพันธ์ โดยแบ่งฐานความผิดออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ การกระทำต่อ บุคคลที่มีความสัมพันธ์ทาง สายโลหิต และการกระทำต่อ บุคคลภายใต้ความดูแล SA - พิจารณาความสัมพันธ์ โดยแบ่งฐานความผิดออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ การกระทำต่อ	มี โดยคำนึงถึงการอาศัยความ ใกล้ชิดกับการแสวงหา ประโยชน์	ไม่มี	มี ดังบัญญัติใน ม.174	มี ดังบัญญัติใน ม.248 ซึ่ง พิจารณาการอาศัย ความสัมพันธ์กับเด็กเพื่อ ประโยชน์ในการกระทำ ความผิดเฉพาะบางช่วงเกณฑ์ อายุ

กลุ่ม ความผิด	ประเด็น พิจารณา	ไทย	Common Law			Civil Law		
			อังกฤษ	ออสเตรเลีย	สิงคโปร์	ญี่ปุ่น	เยอรมนี	ลาว
การพิจารณา สถานะ ความสัมพันธ์ (ต่อ)				บุคคลที่มีความสัมพันธ์ทาง สายโลหิต และการกระทำต่อ บุคคลภายใต้ความดูแล Vic - พิจารณาสัมพันธ์ โดยแบ่งฐานความผิดออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ การกระทำต่อ บุคคลที่มีความสัมพันธ์ทาง สายโลหิต และการกระทำต่อ บุคคลภายใต้ความดูแล				
	บทบัญญัติ เฉพาะเพื่อการ คุ้มครองเด็ก	ใช่ โดยบทบัญญัติ มาตรานี้เป็นเหตุเพิ่ม โทษเพิ่มเติมจาก ความสัมพันธ์ จึงเป็น การพิจารณา ความสัมพันธ์เป็นหลัก	ใช่ โดยกฎหมายให้ความ คุ้มครองเด็กโดยพิจารณาอายุ ประกอบกับความสัมพันธ์	ใช่ โดยหลักกฎหมายพิจารณา คุ้มครองเด็กตามเกณฑ์อายุ ประกอบกับการตกอยู่ภายใต้ อำนาจที่กระหนาบความสามารถ ในการตัดสินใจ	ใช่ โดยนอกจากความเป็นเด็ก และความร้ายแรงของ ความผิดตามเกณฑ์อายุ ยังมี การพิจารณาถึงความสัมพันธ์ ในการแสวงหาประโยชน์และ การใช้อำนาจ	ใช่ โดยมุ่งพิจารณาความเป็น เด็ก	ใช่ โดยหลักจะเป็นการ พิจารณาเกณฑ์อายุ และจะมี การให้ความคุ้มครองอิทธิพลที่ อาจส่งผลต่อความสามารถ การตัดสินใจเกี่ยวกับเพศ ซึ่ง ม.174 ได้บัญญัติถึงการ กระทำต่อบุคคลในความดูแล	ใช่ โดย ม.248 กฎหมายจะ พิจารณาความรุนแรงของ ความผิด ประกอบกับเกณฑ์ อายุ และการคุ้มครองเด็กใน ความดูแลเฉพาะบางเกณฑ์ อายุเท่านั้น
หมายเหตุ	-	การพิจารณากฎหมายอังกฤษ จะเป็นการเปรียบเทียบ กฎหมายอื่นในระดับ พระราชบัญญัติ (ACT) เนื่องจาก อังกฤษไม่มีการตรา ประมวลกฎหมายอาญา	-	-	สืบเนื่องจากประเด็นความเท่า เทียมในการได้รับความ คุ้มครองตามรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ซึ่งเป็นประเด็นที่เคยขึ้นสู่ศาล รธน. กฎหมายจึงคุ้มครองทุก คนในฐานะของมนุษย์	-	-	

ตารางดังกล่าวผู้เขียนต้องการสรุปให้เห็นภาพบริบทการนำมาตรการทางอาญามาใช้ในการให้ความคุ้มครองเด็กเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศในฐานความผิดที่เป็นการกระหับโดยตรงต่อสวัสดิภาพและความปลอดภัยต่อชีวิตร่างกายของเด็ก ในกรณีที่บทบัญญัติกฎหมายได้มีการกำหนดสถานะความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล จะเห็นได้ว่ากฎหมายมีการพิจารณาบริบทความสัมพันธ์ในทางสายโลหิต (กรอบสีส้ม) ตลอดจนพฤติการณ์ข้อเท็จจริงหรือการใช้อำนาจ (กรอบสีเขียว) ซึ่งในบางกรณีการพิจารณาบริบทความสัมพันธ์อาจเป็นการคาบเกี่ยวกันระหว่างความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงการใช้อำนาจ (กรอบสีส้มและแดง) อย่างไรก็ตาม การบัญญัติรูปแบบความสัมพันธ์ในกฎหมายอาจไม่ได้เป็นการแสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองเด็กเสมอไป (สีแดง) ในทางตรงกันข้ามบทบัญญัติกฎหมายทางอาญาที่มุ่งในการคุ้มครองเด็กกฎหมายอาจไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติถึงสถานะความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ (สีเขียว) นอกจากนี้ ในบางประเทศอาจมีการปรับใช้มาตรการทางอาญาในการให้ความคุ้มครองเด็กที่แตกต่างกันไปโดยขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของแต่ละสังคมดังตัวอย่างกฎหมายออสเตรเลียในความผิดต่อชีวิต (สีเหลือง)

การเปรียบเทียบความหลากหลายของบทบัญญัติกฎหมายในการให้ความคุ้มครองเด็กดังกล่าว ได้แสดงให้เห็นถึงการจัดให้มีมาตรการทางอาญาในการคุ้มครองเด็กเป็นการเฉพาะ ซึ่งในบางเรื่องเป็นที่ยอมรับทั่วกันว่าจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายในการให้ความคุ้มครองเด็กอย่างเฉพาะเจาะจง ดังเรื่องความผิดเกี่ยวกับการละเว้นทอดทิ้งการทำหน้าที่ และความผิดเกี่ยวกับเพศ ขณะที่ในเรื่องความผิดต่อชีวิตการบัญญัติให้ความคุ้มครองเด็กเป็นการเฉพาะอาจขึ้นอยู่กับนิตินโยบายในแต่ละรัฐ ลักษณะดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการบัญญัติกฎหมายอาญาได้มีการพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กให้เป็นไปอย่างสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมในแต่ละสังคม

บทที่ 4

วิเคราะห์การปรับใช้มาตรการทางอาญาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองเด็ก จากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย

ในบทนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์ความเหมาะสมในการปรับใช้มาตรการทางอาญาในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย โดยพิจารณาสองประเด็น คือความจำเป็นและวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง และวิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตการให้ความคุ้มครองเด็กจากผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยตามประมวลกฎหมายอาญา เพื่อนำไปสู่การพิจารณาในการปรับมาตรการทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยที่เหมาะสมสอดคล้องกับบริบทของสังคมไทยต่อไป

4.1 วิเคราะห์ความจำเป็นและวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กจากผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย

การพิจารณาความจำเป็นและวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย ผู้เขียนจะได้พิจารณาบนพื้นฐานแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจปกครองตามกฎหมายปัจจุบัน ตลอดจนพัฒนาการของอำนาจปกครองเด็กและบริบทของสังคม ก่อนนำไปสู่การพิจารณาเกี่ยวกับความจำเป็นในการนำมาตรการทางอาญามาใช้ในลักษณะที่อาจเป็นการกำหนดบทบัญญัติในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย

4.1.1 ความจำเป็นและวัตถุประสงค์ในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย ภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

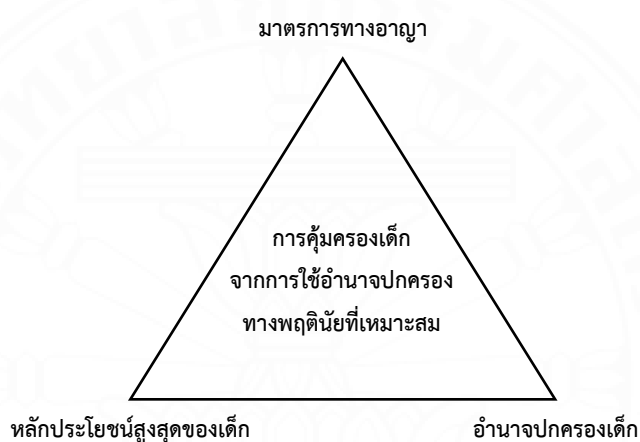
อำนาจปกครองเป็นความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ยึดโยงกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นในสังคมและมีสภาพเป็นปรกติในการใช้อำนาจที่เป็นอำนาจโดยแท้ของครอบครัวมาตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน จนกระทั่ง รัฐเริ่มเข้ามามีในการจัดการความสัมพันธ์ในครอบครัวโดยอาศัยบทบัญญัติกฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญ และมีการบัญญัติรับรองการใช้อำนาจปกครองบนพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตร นอกจากกำหนดบทบาทของบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองแล้วกฎหมายยังได้บัญญัติให้ครอบคลุมประเด็นความรับผิดชอบต่อเด็กในด้านชีวิตร่างกาย การจัดการทรัพย์สิน และการตัดสินใจอื่นๆ เพื่อให้เด็กได้รับการปกป้องคุ้มครองดูแลให้เจริญเติบโตและมีพัฒนาการที่ดีที่สุด สอดคล้องในเรื่องสิทธิและหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ทั้งนี้ การจะให้ผู้ใช้อำนาจปกครองปฏิบัติให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์การใช้อำนาจที่มีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กอย่างแท้จริงได้ กฎหมายต้องสามารถรักษาสมดุลในการคุ้มครองการทำหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจปกครองให้สามารถทำหน้าที่และให้ความดูแลเด็กในความรับผิดชอบของตนได้อย่างปกติ ขณะเดียวกัน กฎหมายจะต้องมีกรอบจำกัดของการใช้อำนาจเพื่อเป็นการควบคุมการใช้อำนาจปกครองให้เป็นไปภายใต้กรอบข้อจำกัดของกฎหมายที่มีความชัดเจน และเพียงพอในการปกป้องและคุ้มครองเด็กจากการกระทำอันไม่พึงประสงค์ หรือการกระทำอันเป็นการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจส่งผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ หรือประโยชน์อื่นๆ ของเด็กโดยตรง ซึ่งมาตรการบังคับตามกฎหมายทั้งมาตรการทางแพ่งในเรื่องการปลดหรือถอนผู้ใช้อำนาจปกครอง มาตรการทางอาญาในการกำหนดความผิดและโทษของการกระทำบางประการที่เป็นเรื่องที่กฎหมายไม่พึงประสงค์ หรือมาตรการอื่นๆ เช่น การสร้างบทบาทหรือการมีส่วนร่วมของสังคม โดยมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมนี้จะมีส่วนสำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจอันเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับบทบาทของรัฐในการจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองเด็กตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC)

ประเทศไทยในฐานะภาคีอนุสัญญาสิทธิเด็กมีความพยายามเรื่อยมาในการสร้างกลไกการให้ความคุ้มครองเด็ก โดยจัดให้มีการตรากฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองเด็กไว้เป็นการเฉพาะหลายฉบับ ครอบคลุมการคุ้มครองเด็กจากความรุนแรงในครอบครัวและการใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในบริบทการใช้อำนาจปกครอง กฎหมายไทยยังคงผูกโยงแนวคิดเรื่องอำนาจปกครองเด็กบนพื้นฐานของความสัมพันธ์ในครอบครัวอย่างแนบแน่น และเมื่อกล่าวถึงอำนาจปกครองตามกฎหมายหรืออำนาจปกครองทางนิตินัยกรณีจะเป็นการพิจารณาบทบาทของบิดามารดาในการดูแลเด็กอย่างเห็นได้ชัด ขณะที่อำนาจปกครองทางพฤตินัยอันเป็นความสัมพันธ์เชิงอำนาจในทางความเป็นจริงซึ่งเป็นสภาวะการณ์ปกติที่อาจเกิดขึ้นในสังคมกลับไม่ได้รับการยอมรับอย่างชัดแจ้งในกฎหมาย หรือยังไม่มี ความชัดเจนเพียงพอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา อันอาจก่อให้เกิดข้อจำกัดหรืออุปสรรคในการใช้การตีความกฎหมายและอาจหมายถึงความถึงช่องว่างของกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง

จากการศึกษาพบว่า ระบบกฎหมายอาญาของไทยมีแนวคิดเรื่องการควบคุมและคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง โดยยึดโยงกับบริบทความเป็นผู้ปกครองทางนิตินัย อันได้แก่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย มารดา และผู้ปกครองที่ศาลตั้งขึ้น การที่กฎหมายจำกัดบริบทการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองที่ไม่ครอบคลุมการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย เนื่องจากการที่กฎหมายอาญาไทยยังไม่ได้มีกรอบในเรื่องนี้อย่างชัดเจนเพียงพอ เพื่อพิจารณาให้กฎหมายไทยมีมาตรการในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองได้อย่างเหมาะสมสอดคล้อง

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริง จำเป็นอย่างยิ่งที่กฎหมายจะมีบทบัญญัติที่ชัดเจนครอบคลุม สถานะการตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของเด็กทั้งอำนาจปกครองทางนิตินัยและทางพฤตินัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญาซึ่งจะต้องมีบทบัญญัติที่ชัดเจนและลดข้อจำกัดหรือช่องว่างในการใช้ การตีความกฎหมาย ซึ่งการพิจารณาข้อจำกัดและทบทวนบทบัญญัติกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมการ ค้ำครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยจะมีส่วนสำคัญยิ่งในการเสริมสร้างกลไกการให้ ความคุ้มครองเด็กในระบบกฎหมายไทยให้มีความชัดเจนและครบถ้วนสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ในการนี้ กฎหมายจะต้องพิจารณารักษาสมดุลของหลักการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างเหมาะสม ดังแผนภาพ



ภาพที่ 4.1 ข้อพิจารณาการนำมาตรการทางอาญาค้ำครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง

จากแผนภาพข้างต้นผู้เขียนต้องการแสดงให้เห็นเห็นว่า การจะนำมาตรการทาง อาญามาใช้ในลักษณะให้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการควบคุมการกระทำที่ไม่เหมาะสมของบุคคลผู้ใช้ อำนาจปกครองเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองที่จะเกิด ประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริงนั้น กฎหมายจะต้องไม่มีลักษณะที่มุ่งแต่เพียงการนำมาตรการทาง อาญามาใช้หรือพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กมากเกินไปจนเหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากการนำมาตรการทางอาญามาใช้อย่างไม่เหมาะสมอาจเป็นการทำลายคุณค่าหลักประโยชน์ สูงสุดของเด็กเสียเอง เนื่องจากมาตรการทางอาญาตามกฎหมายอาญาอาจเข้ามาสร้างความ หวาดระแวงในการดำรงบทบาทในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือมีผลเป็นการตัดผู้กระทำความผิด ออกจากสังคม ซึ่งเป็นกรณีที่บทบัญญัติกฎหมายส่งผลกระทบต่อความมีอยู่ของสถาบันครอบครัว ลักษณะดังกล่าวไม่เพียงไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่เด็กเท่านั้น ในขณะเดียวกันการมีอยู่ของกฎหมายที่ เกินจำเป็นอาจกลายเป็นการทำลายหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กแทน ในทางตรงกันข้าม การมี กฎหมายเท่าที่จำเป็นและมุ่งรักษาสถาบันครอบครัวหรือบทบาทของบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองก็ไม่ได้

หมายความถึงการปล่อยปละละเลยให้อำนาจปกครองเป็นเรื่องในครอบครัวโดยแท้ที่รัฐไม่จำเป็นต้องเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องดังที่เคยเกิดขึ้นในอดีต ซึ่งการปล่อยให้อำนาจเป็นเรื่องของครอบครัวหรือมุ่งแต่เพียงรักษาความมีอยู่ของสถาบันครอบครัวมากจนเกินไปกรณียอมส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยและสวัสดิภาพอันเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กอีกเช่นกัน

ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาปรับใช้มาตรการทางอาญาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงการนำมาตรการทางอาญามาใช้บังคับ การพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตลอดจนบริบทความสัมพันธ์ลักษณะรูปแบบการใช้อำนาจปกครองในบริบทของสังคมไทย โดยกฎหมายจะต้องไม่มีลักษณะเป็นการให้น้ำหนักคุณค่ากับเรื่องใดเรื่องหนึ่งมากเกินไป แต่กฎหมายจะต้องมุ่งในการรักษาคุณภาพของคุณค่าทั้งสามให้สมดุลสอดคล้องกัน นั้นหมายความว่าความถึงการควบคุมการใช้อำนาจปกครองจะต้องไม่เป็นการควบคุมการใช้อำนาจปกครองอย่างเด็ดขาด แต่เป็นการเริ่มตั้งต้นในการจัดให้มีการคุ้มครองเด็กอย่างเหมาะสมบนพื้นฐานว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในลำดับแรก (Primary Consideration) โดยรัฐจะจัดมาตรการหรือกลไกทางกฎหมายอย่างเหมาะสมเท่าที่จำเป็น อันจะต่างจากการพิจารณาให้ประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นเรื่องสำคัญที่สุด ที่มุ่งเน้นคุณค่าประโยชน์สูงสุดของเด็กซึ่งเป็นการไม่เหมาะสมหากจะนำมาพิจารณากำหนดมาตรการในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครอง เพราะจะเป็นการก่อให้เกิดการควบคุมผู้ใช้อำนาจอย่างเด็ดขาดที่ส่งผลให้ผู้ใช้อำนาจปกครองเกิดความหวาดกลัว หรือความหวาดระแวงที่เกินจำเป็นของการอยู่ร่วมกันในครอบครัว ตลอดจนอาจเป็นการทำความเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ซึ่งกันและกันของคนในสังคมอันเป็นขนบธรรมเนียมและวัฒนธรรมอันดีของสังคมไทย และเป็นเหตุให้ลักษณะรูปแบบการใช้อำนาจปกครองในสังคมผิดเพี้ยนไปจนถึงขนาดไม่อาจใช้อำนาจต่อไปได้ตามปกติอันอาจกระทบต่อประโยชน์ของเด็ก เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กบทบัญญัติทางอาญาที่มีขึ้นเพียงเท่าจำเป็นจึงจะเป็นการก่อให้เกิดมาตรการคุ้มครองเด็กที่สอดคล้องตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กได้อย่างแท้จริง

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศ พบว่า กฎหมายอาญาในกลุ่มประเทศที่ได้มีการศึกษาไม่ว่าจะเป็นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ต่างให้ความสำคัญในการคุ้มครองเด็ก โดยบทบัญญัติกฎหมายพิจารณานบนพื้นฐานว่าเด็กเป็นบุคคลเปราะบางที่กฎหมายต้องมีการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ และในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองในบางประเทศกฎหมายจะมีการพิจารณาในบริบทความสัมพันธ์โดยคำนึงถึงสภาวะการณ์ของการตกอยู่ภายใต้อำนาจ หรือการกระทำอันเป็นการกระทบหรือขัดต่อศีลธรรมของสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต การที่ต่างประเทศมีบทบัญญัติกฎหมายที่คำนึงถึงการคุ้มครองเด็กลักษณะดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นถึงความพยายามในการจัดให้มีมาตรการหรือกลไกทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองเด็กจาก

สถานการณ์ที่ได้ก่อกองอยู่ภายใต้อำนาจในครอบครัว ที่ครอบคลุมทั้งการใช้อำนาจปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรืออำนาจปกครองทางพฤตินัยได้

4.1.2 วิเคราะห์การให้ความคุ้มครองเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบกับกฎหมายอื่น

ปัจจุบันการให้ความคุ้มครองเด็กในระบบกฎหมายไทย ปรากฏบทบัญญัติกฎหมายหลายฉบับที่มีมาตรการบังคับ ทั้งมาตรการทางแพ่งในเรื่องการถอนอำนาจปกครอง และมาตรการทางอาญาโดยกำหนดความผิดและโทษ ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับมีรายละเอียดและวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่แตกต่างกัน และส่งผลต่อการให้ความคุ้มครองเด็ก ในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บทบัญญัติจะมุ่งให้ความคุ้มครองเด็กในฐานะบุคคลผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมาตรการบังคับในเรื่องการถอนอำนาจปกครองเนื่องจากผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำการอันกฎหมายไม่พึงประสงค์ จะมีผลบังคับแต่เพียงกรณีที่เป็นการใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีการใช้อำนาจปกครองในทางความเป็นจริงหรืออำนาจปกครองทางพฤตินัย ขณะที่พระราชบัญญัติเฉพาะซึ่งมีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายเฉพาะเรื่อง เช่น พ.ร.บ. คุ้มครองเด็ก ที่กำหนดความผิดในเรื่องการเลี้ยงดูโดยมิชอบ พ.ร.บ. คุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว ที่กำหนดความผิดเฉพาะเรื่องการกระทำความรุนแรงในครอบครัวไว้เฉพาะ และ พ.ร.บ. การศึกษาภาคบังคับ ที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะเรื่องในการจัดเด็กเข้าถึงระบบการศึกษา โดยฐานความผิดตามกฎหมายเฉพาะความร้ายแรงของอัตราโทษต่ำ เมื่อเทียบกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ขณะเดียวกัน ในความผิดเฉพาะเว้นช่องว่างของความผิดและโทษบางเรื่องให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา ตัวอย่างความผิดตาม พ.ร.บ. คุ้มครองเด็ก และ พ.ร.บ. คุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งในกรณีกระทำการที่กระทบต่อชีวิตร่างกายจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาต่อไป

ทั้งนี้ การที่ประมวลกฎหมายอาญาได้มีการกำหนดองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเด็ก เช่น การกำหนดบริบทความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและเหยื่อ การกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบ โดยขาดความชัดเจนครอบคลุมสถานะความสัมพันธ์บางประการ ลักษณะดังกล่าวช่องว่างของกฎหมายในกรณีจึงเป็นเรื่องขององค์ประกอบความผิดที่ไม่อาจบังคับตีความความผิดและโทษหรือขยายความเหตุฉกรรจ์ในความผิดโดยตีความบุคคลที่เป็นการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยได้ เนื่องจากจะเป็นการขัดต่อหลักการใช้การตีความกฎหมาย กรณีจะต่างจากระบบกฎหมายในบางประเทศที่เอื้อในการพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายอื่นๆ ในการให้ความคุ้มครองเด็ก ดังตัวอย่าง ระบบกฎหมายอังกฤษที่ไม่ได้มีประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติพื้นฐานความผิดและโทษทางอาญาในระบบกฎหมาย และมุ่งพิจารณาการใช้บทบัญญัติกฎหมายเฉพาะอย่างชัดเจน ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับจะมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ต่างกันและมีการกำหนด

องค์ประกอบความผิดในบทบัญญัติกฎหมายแต่ละฉบับไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง หรือระบบกฎหมายญี่ปุ่น ซึ่งแม้จะมีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา แต่บัญญัติไม่ได้มีการกำหนดองค์ประกอบความผิดในเรื่องของบริบทความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและเหยื่อไว้ ข้อพิจารณาในเรื่องความสัมพันธ์การอยู่ภายใต้อำนาจในบริบทของกฎหมายญี่ปุ่นจึงไม่ได้เป็นเรื่ององค์ประกอบความผิด แต่เป็นเรื่องของดุลพินิจกำหนดโทษ

ด้วยเหตุนี้ ช่องว่างของประมวลกฎหมายอาญาไทยในการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยเป็นเรื่องขององค์ประกอบความผิดที่ขาดความชัดเจน การจะอาศัยการใช้การตีความพระราชบัญญัติเฉพาะอื่นในการอุดช่องว่างของกฎหมายจึงไม่เหมาะสมกับบริบทกฎหมายไทย เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติพื้นฐานสำคัญในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในระบบกฎหมายไทย เมื่อประมวลกฎหมายอาญาเกิดช่องว่างหรือปัญหาขึ้น ในหลายกรณีจึงส่งผลกระทบต่อการใช้กฎหมายทั้งระบบ แม้ว่าในบางกรณีอาจอาศัยอำนาจดุลพินิจของฝ่ายตุลาการในการใช้การตีความกฎหมายเพื่อช่วยในการอุดช่องว่างของบทบัญญัติกฎหมายที่เกิดขึ้นก็ตาม แต่ด้วยข้อจำกัดเรื่องนิติวิธีการใช้การตีความกฎหมายอาญาที่มีหลักการใช้การตีความเคร่งครัดตามบทบัญญัติกฎหมาย การเรียกร้องต่อรัฐในการจัดให้มีมาตรการในการให้ความคุ้มครองเด็กที่เหมาะสมตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในเรื่องนี้จึงไม่อาจปล่อยให้เป็นการที่สร้างแรงกดดันให้กับฝ่ายตุลาการในการปรับใช้และตีความกฎหมายในการให้ความคุ้มครองเด็กได้ แต่ควรเป็นบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติในการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีความชัดเจนให้มีความครบถ้วนสมบูรณ์และเกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กอย่างแท้จริงต่อไป

4.2 ขอบเขตการให้ความคุ้มครองเด็กจากผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยตามประมวลกฎหมายอาญา

เนื่องจากบริบทการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยเป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อการส่งเสริมการให้ความคุ้มครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในระบบกฎหมายไทย กรณีจึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงความหมายและขอบเขตของอำนาจปกครองทางพฤตินัย ลักษณะการให้ความคุ้มครองเด็กที่เหมาะสมในความผิด ตลอดจนข้อยกเว้นในการใช้มาตรการทางอาญาในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองที่เหมาะสม เพื่อให้การคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยเป็นไปอย่างเหมาะสมภายใต้หลักความได้สัดส่วน

4.2.1 ความหมายและขอบเขตของผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย

สำหรับอำนาจปกครองทางพฤตินัยผู้เขียนได้พิจารณาภายใต้บริบทพื้นฐานเรื่อง “ผู้ใช้อำนาจปกครองทางนิตินัย” ดังพิจารณาในบทที่ 2 ซึ่งแม้กฎหมายแต่ละฉบับจะมีการนิยามความหมายถ้อยคำแสดงสถานะความสัมพันธ์ของบุคคลไว้อย่างชัดเจน แต่ก็อาจไม่ได้เป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยเสมอไป อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายได้มีการกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก แม้ได้ไม่เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะในการให้ความคุ้มครองเด็ก แต่การพิจารณาลักษณะความสัมพันธ์ที่ปรากฏในกฎหมายปัจจุบันย่อมเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณากรอบที่มาของอำนาจปกครองทางพฤตินัยได้ โดยปัจจุบันบทบัญญัติกฎหมายไทยได้มีถ้อยคำในลักษณะที่เป็นการแสดงออกถึงความสัมพันธ์กับเด็ก และอาจมีการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยต่อเด็กได้ในสามกรณี กรณีแรกความสัมพันธ์ทางนิตินัย และกรณีที่สองความสัมพันธ์ทางสายโลหิต โดยทั้งสองกรณีจะพบเห็นกฎหมายบัญญัติถึงบทบาทในการใช้อำนาจปกครองที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึงประมวลกฎหมายอาญา ดังบัญญัติด้วยข้อความ เช่น บิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย บิดา มารดา บุพการี ผู้ปกครอง ผู้รับบุตรบุญธรรม เป็นต้น และกรณีความสัมพันธ์กับเด็กทางสายโลหิต เช่น การคุ้มครองเด็กจากการกระทำโดยบิดามารดา บุพการี เป็นต้น และกรณีสุดท้ายบุคคลที่อาศัยอยู่ภายในครัวเรือนเดียวกันและมีลักษณะพึ่งพาอาศัยกันเช่นบุคคลในครอบครัว ซึ่งปรากฏถ้อยคำในลักษณะเช่นเดียวกับสองกรณีแรก หรืออาจเป็นการบัญญัติด้วยถ้อยคำอื่นๆ ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวที่นิยามคำว่าบุคคลในครอบครัว หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่กำหนดบทบาทที่มีต่อเด็กในหลายลักษณะ

เมื่อพิจารณาบริบทของ “อำนาจปกครอง” ข้อเท็จจริงในเรื่องของสถานะความสัมพันธ์จึงเป็นเพียงความคาดหมายถึงการมีอยู่ของบทบาทการใช้อำนาจต่อเด็ก การพิจารณาถึงผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยจึงไม่ได้หมายความว่าความถึงการพิจารณาสถานะความสัมพันธ์ของบุคคลต่อเด็กเท่านั้น หากต้องอาศัยการพิจารณาข้อเท็จจริงที่แสดงออกถึงการก่อให้เกิดของความสัมพันธ์เชิงอำนาจต่อเด็ก โดยอาจพิจารณาจากลักษณะพฤติการณ์ในการใช้อำนาจที่ก่อให้เกิดประโยชน์กับเด็ก ในลักษณะที่มีการปกป้องคุ้มครองดูแล การจัดหาสิ่งจำเป็นในการดำรงชีพให้กับผู้เยาว์ ตลอดจนการจัดการหรือตัดสินใจแทนผู้เยาว์ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของผู้เยาว์ ซึ่งความเกี่ยวข้องกับความ เป็นอยู่และชีวิตประจำวันย่อมเป็นการก่อให้เกิดความเคารพ หรือเกรงกลัวที่มีต่อผู้ใช้อำนาจปกครอง ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบด้วยเงื่อนไขในเรื่องระยะเวลาของความสัมพันธ์ และความสม่าเสมอต่อเนื่อง ผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยจึงเป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่แสดงออกถึงความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่มีอิทธิพลต่อเด็กอย่างชัดเจน

ด้วยเหตุนี้ ผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยจึงเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับบริบทข้อเท็จจริงที่ค่อนข้างซับซ้อน อย่างไรก็ตาม การกำหนดองค์ประกอบความผิดในเรื่องของผู้กระทำให้เกิดความชัดเจน เพื่อให้การคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยตามประมวลกฎหมายอาญาถือเป็นเรื่องจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายอาญาในต่างประเทศที่ได้ศึกษาในบทที่ 3 ผู้เขียนพบว่า บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาในต่างประเทศมีการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยมุ่งพิจารณาสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในเรื่องนั้นมากกว่ามุ่งกำหนดความรับผิดชอบเป็นการเฉพาะเจาะจงตามสถานะของบุคคล โดยมีข้อพิจารณาและข้อสังเกตที่สำคัญในประเด็น ดังนี้

1) กฎหมายมุ่งพิจารณาความเป็นเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาในกลุ่มประเทศศึกษาจะมีการให้ความคุ้มครองเด็กบนพื้นฐานสำคัญว่าเด็กคือบุคคลเปราะบางที่กฎหมายควรให้ความคุ้มครองพิเศษ และมุ่งเน้นในการพิจารณาถึงเกณฑ์อายุ โดยยิ่งอายุของเหยื่อที่น้อยลง จะส่งผลต่อความร้ายแรงของความผิดที่และผู้กระทำเมื่อมีความผิดจะต้องรับโทษที่หนักขึ้น ซึ่งในการจะพิจารณาแบ่งเกณฑ์อายุ หรือช่วงอายุในแต่ละฐานความผิดจะมากน้อยเพียงใดนั้น กรณีจะมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศกำหนด

2) ความร้ายแรงของความผิดขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของกฎหมาย จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่าโดยหลักบัญญัติกฎหมายอาญาในต่างประเทศจะไม่ได้มุ่งพิจารณากำหนดความผิดและโทษที่ขึ้นอยู่กับสถานะความสัมพันธ์โดยตรง แต่จะมีการพิจารณาการกระทำหรือข้อเท็จจริงที่อาจส่งผลต่อเด็ก และการจะให้ความคุ้มครองเพียงใดนั้นกฎหมายจะมีลักษณะบทบัญญัติที่แตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับตามความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติที่กฎหมายมุ่งประสงค์ควบคุมการปฏิบัติหน้าที่กฎหมายจะกำหนดองค์ประกอบความผิดในเรื่องบุคคลกระทำหน้าที่ลักษณะและผลของการไม่ปฏิบัติหน้าที่ หรือในกรณีความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งเป็นเรื่องที่กฎหมายประสงค์คุ้มครองสถานะความอ่อนเยาว์และความสามารถในการตัดสินใจในเรื่องทางเพศ กฎหมายก็จะมุ่งพิจารณาลักษณะการกระทำที่ส่งผลกระทบหรือมีอิทธิพลต่อเด็กความสามารถในการตัดสินใจของบุคคลประกอบ ขณะที่ในกรณีที่ความผิดดังกล่าวเป็นเรื่องความผิดร้ายแรงโดยสภาพกฎหมายตั้งตัวอย่างในความผิดต่อชีวิตร่างกายกฎหมายจะไม่ได้กำหนดให้ความคุ้มครองการกระทำต่อเด็กไว้เป็นพิเศษ และปล่อยให้เป็นเรื่องดุลพินิจของศาลในการกำหนดความผิดและโทษให้ที่สอดคล้องกับความร้ายแรงของความผิดเป็นสำคัญ ดังกรณีความผิดต่อชีวิตร่างกาย ทั้งนี้ ในกรณีที่ความผิดต่อชีวิตร่างกายผู้เขียนมีข้อสังเกตที่สำคัญคือ กฎหมายจะไม่มุ่งในการพิจารณากำหนดความสัมพันธ์ของผู้กระทำความผิดและเหยื่อ แต่ในกรณีที่กฎหมายได้กำหนดพฤติการณ์ความร้ายแรงของความผิดด้วยเหตุความสัมพันธ์เช่นการกระทำต่อบุพการี ญาติ กล่าวคือ ความผิดและโทษมีการพิจารณาความสัมพันธ์เป็นองค์ประกอบความผิด บทบัญญัติมักมีการกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำ

ความผิดกับเหยื่อครอบคลุมความสัมพันธ์ในแนวตั้ง ตั้งแต่บุพการี ซึ่งอาจรวมถึงญาติ ไปจนถึงความสัมพันธ์ในลำดับชั้นลงมาระดับบุตรซึ่งอาจรวมถึงบุตรบุญธรรม บนพื้นฐานของการพิจารณาถึงความจำเป็นที่ควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ ดังตัวอย่างในมาตรา 188 ประมวลกฎหมายอาญาลาว

การศึกษาบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า โดยแท้จริงในการให้ความคุ้มครองเด็กกฎหมายอาจไม่จำเป็นต้องระบุให้ความคุ้มครองเด็กโดยมีเงื่อนไขจากสถานะความสัมพันธ์ที่ผู้กระทำความผิดมีต่อเด็กเสมอไป หากแต่ในฐานที่ประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติทั่วไปในการให้ความคุ้มครองเด็ก กฎหมายควรกำหนดกรอบพฤติกรรม หรือลักษณะการกระทำที่ควรเป็นความผิดหรือที่สมควรกำหนดเป็นความผิดร้ายแรงอย่างเหมาะสม ลักษณะเช่นนี้สะท้อนให้เห็นว่า ในบัญญัติกรอบการให้ความคุ้มครองเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาในต่างประเทศมีการพิจารณาและคำนึงถึงความเป็นเด็ก และกำหนดมาตรการคุ้มครองอย่างเหมาะสมสอดคล้องการให้ความคุ้มครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยพิจารณาให้ความคุ้มครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานที่ประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานสิ่งสำคัญลำดับแรกเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในประเทศศึกษาการกำหนดคุณสมบัติในลักษณะของสถานะความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้กระทำจะไม่เป็นที่นิยม แต่สำหรับประเทศไทยที่มีบริบททางสังคมและวัฒนธรรมในเรื่องความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัวที่แตกต่างกับประเทศกรณีศึกษาในงานวิทยานิพนธ์นี้ ซึ่งส่งผลให้มีความจำเป็นในการกำหนดนิยามของ “ผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย” เพื่อควบคุมการใช้อำนาจปกครองของบุคคลในกลุ่มดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นไปอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างต่อเนื่อง

4.2.2 ขอบเขตของความผิดในการให้ความคุ้มครองเด็กตามกฎหมาย

การศึกษาพบว่า การพิจารณาให้บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาครอบคลุมการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นต่อการให้ความคุ้มครองเด็กในระบบกฎหมายไทย อย่างไรก็ตาม เนื่องประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติความผิดและโทษทั่วไป ย่อมเป็นการไม่สมควรที่การกำหนดความผิดและโทษจะกำหนดให้ความคุ้มครองเด็กบนพื้นฐานเรื่องกรอบความสัมพันธ์เป็นหลัก เพราะจะเป็นการสร้างข้อจำกัดของกฎหมายด้วยเหตุนี้ การให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยจึงควรพิจารณากรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายในแต่ละฐานความผิด ให้ความคุ้มครองสอดคล้องการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำที่กระทบต่อเด็กอย่างร้ายแรง โดยพบว่า ในความผิดที่ควรมีการพิจารณาคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย ในความหมายของการควบคุมการกระทำของผู้ใช้อำนาจปกครองที่มีการกระทำในลักษณะที่เป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายอย่างร้ายแรง

การแสวงหาประโยชน์กับเด็ก และการอื่นๆ อันกระทบต่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่กฎหมายอาญาควรพิจารณาให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย อันได้แก่ความผิดความผิดดังต่อไปนี้

1) ความผิดต่อชีวิตร่างกาย

ความผิดต่อชีวิตร่างกายเป็นการพิจารณาบนพื้นฐานว่าชีวิตและร่างกายของบุคคลเป็นสิ่งที่สมควรได้รับความคุ้มครอง ซึ่งการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำในความผิดฐานนี้จะเป็นการพิจารณาบนพื้นฐานที่ว่าเด็กเป็นบุคคลเปราะบางที่อาจตกเป็นเหยื่อจากการกระทำ ความผิดได้ง่าย ประกอบกับความสำคัญและสวัสดิภาพของเด็กเป็นประโยชน์ที่ควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ การให้ความคุ้มครองเด็กในความผิดฐานนี้โดยหลักจึงเป็นเรื่องของการกำหนดความผิดและโทษร้ายแรง โดยจากการศึกษาบทบัญญัติกฎหมายในหลายประเทศปล่อยให้เป็นเรื่องของศาลในการพิจารณากำหนดความร้ายแรงของความผิด มากกว่าเป็นการกำหนดองค์ประกอบความผิดที่เป็นเหตุจูงใจ

อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายไทยกำหนดให้มีการพิจารณาถึงการกระทำในลักษณะที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล โดยพิจารณาเฉพาะความสัมพันธ์การกระทำ ความผิดต่อชีวิตที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์ในลำดับขั้นขึ้นไป หรือความผิดต่อชีวิตที่กระทำต่อบุพการี เป็นเหตุจูงใจในความผิดด้วยเหตุผลทางศีลธรรม ย่อมเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่ขาดความสมดุลในการคุ้มครองสถานะความสัมพันธ์ในเรื่องความสัมพันธ์ในลำดับขั้นลงมา กล่าวคือ การกระทำต่อเด็กในทางศีลธรรมซึ่งเป็นบุคคลเปราะบางย่อมสมควรได้รับการดูแลเอาใจใส่ การอาศัยความอ่อนเยาว์ในการอำนวยความสะดวกในการกระทำ ความผิดนอกจากขัดแย้งต่อศีลธรรมคุณค่าการอยู่ร่วมกันในสังคมไทยที่ผู้ใหญ่ควรให้การปกป้องคุ้มครองดูแลเด็กแล้ว ในขณะที่เดียวกันยังเป็นการขัดต่อหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในการจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมในการที่รัฐต้องจัดให้มีมาตรการในการคุ้มครองเด็กที่เหมาะสมเพียงพอ ด้วยเหตุดังกล่าว ในกรอบความผิดต่อชีวิตและร่างกายจึงอาจพิจารณาแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายโดยเพิ่มเหตุจูงใจในความผิดที่กระทำต่อเด็กเพิ่มเติมในกฎหมายอาญาไทย ซึ่งนอกจากเป็นการพิจารณาศีลธรรมในการให้ความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมแล้ว ยังเป็นการสอดคล้องตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับผลการศึกษาทางวิชาการที่ผู้เขียนได้ศึกษาและมีการอ้างอิง

นอกจากการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำ ความผิดต่อชีวิต โดยกำหนดเหตุจูงใจในความผิดที่กระทำต่อเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 จะเป็นการเน้นย้ำถึงความสำคัญในการคุ้มครองเด็กจากการกระทำที่กระทบต่อชีวิตแล้ว ยังเป็นการสอดคล้องกับความคุ้มครองเด็กจากการกระทำที่กระทบต่อร่างกายเนื่องจากองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 289 จะ

ส่งผลต่อการใช้บังคับกฎหมายในความผิดต่อร่างกายตามมาตรา 296 และมาตรา 298 ที่บทบัญญัติพิจารณาอาศัยองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 289 ด้วย

2) ความผิดในลักษณะการกระทำที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการปกป้องดูแล

ความผิดที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่จะเป็นการพิจารณาการกระทำหรือไม่กระทำหน้าที่ของบุคคล ในแง่กฎหมายมักมีการกำหนดหน้าที่ไว้ และมีการพิจารณาผลของการกระทำผิด โดยประมวลกฎหมายอาญาไทยได้บัญญัติการกระทำผิดหน้าที่ในเรื่องความผิดฐานทอดทิ้งในมาตรา 306 และมาตรา 307 ซึ่งในมาตรา 306 เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการกระทำก่อนๆ ของผู้กระทำความผิด นัยยะหนึ่งอาจกล่าวว่าเป็นการทำหน้าที่ที่เกิดขึ้นจากการกระทำครั้งก่อนๆ ของผู้กระทำความผิด ในส่วนของการจะกระทำที่ก่อให้เกิดความผิด องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 306 นอกจากการกระทำที่พบบุคคลไปจากการดูแลของตน ยังต้องพิจารณาประกอบกับผลของการทอดทิ้งนั้นต้องส่งผลให้เด็กปราศจากการดูแลซึ่งในส่วนนี้เป็นองค์ประกอบความผิดที่เพิ่มไปจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 265 ที่กำหนดไว้เพียงการทอดทิ้งไปเสียจากตน ในแง่นี้ แม้ว่าการที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 ที่บัญญัติในภายหลังจะบัญญัติชัดเจนถึงผลของการกระทำที่สมเหตุสมผล กล่าวคือ เมื่อผู้กระทำทอดทิ้งเด็กโดยที่เด็กยังคงได้รับการดูแลกรณียอมไม่กระทบบร้ายแรงต่อเด็กเช่นนี้เมื่ออันตรายไม่เกิดขึ้นย่อมไม่จำเป็นที่กฎหมายจะต้องกำหนดความรับผิดชอบอย่างไรก็ตาม ในแง่ของการคุ้มครองเด็ก บทบัญญัติดังกล่าวอาจเป็นการกำหนดกรอบที่เป็นการส่งเสริมการทอดทิ้งเด็กไปอย่างไร้เหตุผลเพียงพอเด็กก็มีสถานรับเลี้ยงที่รองรับ หรืออาจก่อเป็นการนำเด็กไปทิ้งไว้ยังสถานที่ที่มีผู้ดูแล เช่น การทิ้งในโรงพยาบาล ซึ่งเมื่อมีบุคคลให้การดูแลเด็กผู้กระทำความผิดไม่มีความผิดตามมาตรา 306 และกรณีต้องไปพิจารณามาตรา 307 แทนว่า บุคคลที่ถูกทอดทิ้งอาจจะได้รับอันตรายหรือไม่อย่างไร ทั้งนี้ การที่บทบัญญัติมาตรา 306 ปรากฏช่องว่างที่ต้องอาศัยการใช้บังคับควบคู่กันของมาตรา 307 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีความครอบคลุมกว่า กลับไม่อาจแทนที่ได้อย่างสมบูรณ์ด้วยเหตุที่บทบัญญัติมาตรา 307 ได้บัญญัติจำกัดกรอบของหน้าที่ในการให้การดูแลเด็กไว้เฉพาะแต่เพียงหน้าที่ในเรื่องของกฎหมายหรือสัญญาเท่านั้น ในกรณีข้อเท็จจริงที่เป็นหน้าที่จากการกระทำก่อนๆ ของผู้กระทำจึงไม่อยู่ในขอบเขตความผิดในส่วนนี้ ซึ่งหากปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าว ย่อมมีแนวโน้มที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิดและโทษในเรื่องการกระทำที่เป็นการทอดทิ้ง

ปัญหาดังกล่าว เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่ของบุคคล ในประเทศศึกษา จะพบว่าบทบัญญัติกฎหมายในประเทศศึกษาส่วนใหญ่มีข้อสังเกตที่สำคัญคือการที่กฎหมายอาญามีการกำหนดการกระทำที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ กฎหมายจะได้มุ่งบัญญัติแต่เพียงหน้าที่ตามกฎหมายเท่านั้น หากยังพิจารณาถึงกรอบหน้าที่อย่างกว้างที่ครอบคลุมหน้าที่จากความสัมพันธ์ หรือหน้าที่จากการกระทำครั้งก่อนๆ ของผู้กระทำความผิดประกอบ ดังตัวอย่างชัดเจนในบทบัญญัติกฎหมายออสเตรเลียที่ได้มีการวางกรอบของหน้าที่โดยมุ่งเน้นเรื่องของพฤติการณ์โดย

บัญญัติด้วยถ้อยคำว่า “หน้าที่ในการจัดหาปัจจัยในการดำรงชีพ” และกำหนดลักษณะของการทำหน้าที่นั้นซึ่งมิได้เป็นการมุ่งกำหนดกรอบของหน้าที่ภายใต้บริบทของกฎหมาย หรือในกรณีของกฎหมายสิงคโปร์ แม้ไม่ได้กำหนดหน้าที่โดยตรง แต่การที่กฎหมายบัญญัติถึงการปล่อยให้เด็กในบ้านถึงแก่ความตายเป็นความผิดก็เป็นการเน้นย้ำถึงบรรทัดฐานความคาดหวังของกฎหมายที่มีต่อการดูแลเด็กที่ในอีกมุมหนึ่งสะท้อนความคาดหวังในการทำหน้าที่เพื่อป้องกันอันตราย โดยไม่ได้มุ่งกำกับบทบาทหน้าที่ว่าจะต้องได้รับการรับรองด้วยเงื่อนไขประการใด

การทำความเข้าใจบริบทกฎหมายไทย และการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายในต่างประเทศ นอกจากการดูแลเด็กจะเป็นเรื่องที่รัฐคาดหวังต่อบุคคลใกล้ชิดให้ทำหน้าที่ดังกล่าวแล้ว กฎหมายยังต้องมีบริบทในการคุ้มครองและบังคับให้บุคคลทำหน้าที่ต่อเด็กได้อย่างเหมาะสมเพียงพอ ซึ่งภายใต้ระบบกฎหมายไทยจะเห็นว่า ช่องว่างในการให้ความคุ้มครองเด็กในเรื่องการทอดทิ้งไม่ทำหน้าดูแลเด็กในมาตรา 306 ทั้งในเรื่องของเกณฑ์อายุ เจตนาและผลของการกระทำความผิดที่ต้องส่งผลต่อการให้เด็กปราศจากการดูแล ได้แสดงให้เห็นชัดเจนถึงบริบทที่ประมวลกฎหมายอาญาไทยในการคุ้มครองเด็กจากการทำหน้าที่ในทางข้อเท็จจริงอาจต้องปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 307 ซึ่งหากประกอบกับองค์ประกอบความผิดในเรื่องหน้าที่ของการดูแลย่อมเกิดช่องว่างอย่างชัดเจนในการปรับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย ซึ่งในกรณีเช่นนี้จำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาบททวนบทบัญญัติกฎหมายในมาตรา 307 ให้มีความครอบคลุมและชัดเจนเพียงพอในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย เพื่อให้เกิดการให้ความคุ้มครองเด็กได้อย่างเหมาะสมแท้จริงสอดคล้องตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

3) ความผิดเกี่ยวกับเพศ

ประมวลกฎหมายอาญาไทยปรากฏบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีการพิจารณาบทบาทหรือสถานะความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำ ดังบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 การที่กฎหมายบัญญัติถ้อยคำที่กำหนดถึงความสัมพันธ์ต่อเหยื่อที่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้น แม้ดูเหมือนว่าเป็นการที่กฎหมายมุ่งพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำความผิด ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าความในมาตรา 285 ย่อมประกอบด้วย 2 ส่วน คือ การพิจารณาถึงบทบาทความสัมพันธ์ในลักษณะใกล้เคียงกับความผิดการมีความสัมพันธ์ทางเพศในครัวเรือนดังบัญญัติในกฎหมายต่างประเทศ และส่วนที่สองคือการพิจารณาถึงอำนาจหรือบทบาทที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในทางเพศของบุคคล ตลอดจนการใช้อำนาจหรืออิทธิพลอำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด

ในส่วนของ การให้ความคุ้มครองเด็กที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครอง มาตรา 285 ได้บัญญัติถึงการตกอยู่ภายใต้อำนาจครอบคลุมลักษณะความสัมพันธ์ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย และการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย โดยในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้

อำนาจปกครองทางพฤตินัยกฎหมายได้บัญญัติด้วยถ้อยความว่า “ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด” อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏแนวการใช้การตีความถ้อยคำดังกล่าวในตำรากฎหมายหรือคำพิพากษาแต่อย่างใด

สำหรับบทบัญญัติกฎหมายในต่างประเทศ กฎหมายที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศจะมีการกำหนดในเรื่องความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างผู้กระทำและผู้กระทำความผิดไว้อย่างชัดเจน โดยรูปแบบความสัมพันธ์จะมีลักษณะเช่นเดียวกับบทบัญญัติในมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาไทย กล่าวคือ กฎหมายจะกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต การอาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน และในบางประเทศอาจบัญญัติถึงบุคคลซึ่งเคยอาศัยอยู่ร่วมกันดังปรากฏในกฎหมายกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ของประเทศอังกฤษ ขณะที่ ในบางประเทศ กฎหมายอาจมีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กโดยมุ่งพิจารณาเกณฑ์อายุเป็นสำคัญ ดังตัวอย่างในกฎหมายญี่ปุ่น และกฎหมายเยอรมัน นอกจากนี้ จากการศึกษายังพบว่า ในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศในบางประเทศมีความพยายามในการพิจารณาการให้ความคุ้มครองเด็กอย่างเหมาะสม ดังตัวอย่างบทบัญญัติกฎหมายประเทศออสเตรเลีย และประเทศลาว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าทั้งสองประเทศมีการพิจารณากำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศโดยมุ่งพิจารณาเกณฑ์อายุเป็นสำคัญ และจึงค่อยพิจารณาถึงความสัมพันธ์ในบริบทที่มีการใช้อำนาจต่อเด็ก หรือเป็นการอาศัยความสัมพันธ์เชิงอำนาจในการแสวงหาประโยชน์ในการกระทำความผิดเฉพาะในกรณี que เห็นว่าบุคคลมีความสามารถในการพิจารณาตัดสินใจทางเพศได้แล้วเท่านั้น กล่าวคือ ในกรณีความผิดเกี่ยวกับเพศกระทำต่อผู้เยาว์ที่อายุน้อย กฎหมายจะไม่ได้นำเรื่องความสัมพันธ์และการใช้อำนาจที่กระทบต่อการกระทำความผิดมาเป็นองค์ประกอบความผิด

การศึกษากฎหมายไทยประกอบกับบทบัญญัติในกฎหมายต่างประเทศ ได้แสดงให้เห็นถึงการพิจารณาคุ้มครองเด็กจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่แตกต่างกัน โดยหลักจะมุ่งพิจารณาเกณฑ์อายุ ในบางประเทศมีการพิจารณาความสัมพันธ์ และในบางประเทศมีการพิจารณาถึงบริบทของการใช้อำนาจในการอำนวยความสะดวกเพื่อกระทำความผิด ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาไทย จะตรงกับการพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์และบริบทการใช้อำนาจในกฎหมายต่างประเทศ ในส่วนของความสัมพันธ์ย่อมเป็นเรื่องที่ชัดเจนว่าเมื่อผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์กับเหยื่อย่อมเป็นการเข้าองค์ประกอบความผิดทันทีที่ปรากฏข้อเท็จจริง ทั้งนี้ ในประเด็นของผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด ดังที่ผู้เขียนได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับมาตรา 285 ผู้เขียนจึงเห็นว่าการตีความผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใดแท้จริงเป็นการที่กฎหมายประสงค์พิจารณาถึงการใช้อำนาจในการแสวงหาประโยชน์ โดยไม่ได้กำหนดกรอบเรื่องความสัมพันธ์ทั้งในเรื่องความสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือการอยู่ร่วมอาศัยกันในครอบครัว กรณีจึงควรเป็นการพิจารณาความสัมพันธ์เชิงอำนาจตามแต่กรณีในขณะที่ความผิดได้กระทำขึ้น ในกรณีเช่นนี้ การปรากฏ

พฤติการณ์ของความผิดว่าผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์กับผู้ถูกกระทำจึงอาจไม่ได้หมายความถึงการกระทำที่เป็นการเข้าข่ายความผิดตามมาตรา 285 โดยทันที แต่ควรมีการพิจารณาว่าบุคคลผู้กระทำความผิดเป็นผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใดนั้น แท้จริงในภาวะดังกล่าวมีอิทธิพลหรืออาศัยอิทธิพลในทางแสวงหาประโยชน์จากการกระทำความผิดที่ส่งผลต่อความสามารถในการตัดสินใจทางเพศของผู้ถูกกระทำหรือไม่ ในแง่นี้การตีความความว่าผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใดตามความเห็นของผู้เขียนจึงเป็นการพิจารณาภายใต้บริบทของการใช้อิทธิพลที่กระทบต่อความสามารถในการตัดสินใจทางเพศ ซึ่งเห็นว่าควรมีการตีความหรือกำหนดบทบัญญัติในส่วนนี้ให้มีความชัดเจนดังตัวอย่างที่ปรากฏในกฎหมายออสเตรเลีย หรือกฎหมายลาวเพื่อความชัดเจนในการใช้และการตีความต่อไป

ข้อพิจารณาที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งคือ นอกจากกฎหมายจะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการกระทำทางเพศกับเด็กโดยตรงแล้ว ในบางประเทศดังปรากฏตัวอย่างกฎหมายอาญาลาว ยังได้ขยายกรอบความคุ้มครองเด็กที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในทางเพศไปถึงบริบทการใช้อำนาจปกครองในการตัดสินใจบางประการที่กระทบในทางเพศของเด็กด้วย โดยได้กำหนดให้การอนุญาตให้เด็กสมรสก่อนอายุที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิด ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความพยายามในการบัญญัติกฎหมายที่ไม่เพียงคุ้มครองเด็กจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยตรง แต่ยังให้ความคุ้มครองเด็กโดยอาศัยมาตรการกลไกทางกฎหมายเพื่อลดโอกาสความเสี่ยงที่เด็กอาจตกเป็นเหยื่อในการแสวงหาประโยชน์ทางเพศด้วย

อย่างไรก็ตาม นอกจากการกระทำความผิดในลักษณะที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยอาจมีการกระทำในลักษณะที่เป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ หรือเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเด็กได้เช่นกัน ในส่วนความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายได้มีบัญญัติถึงความผิดที่เป็นการทำลายความไว้วางใจในการดูแลทรัพย์สินของบุคคลในเรื่องความผิดฐานยักยอกไว้ก่อนกรณีจึงเป็นการปรับใช้มาตรการทางอาญาที่ครอบคลุมเหมาะสมและไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่เป็นการควบคุมการกระทำของบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองไว้เพิ่มเติมแต่อย่างใด สำหรับความผิดต่อเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองเนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติในกรอบการให้ความคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ กรณีจึงไม่ได้อยู่ในการพิจารณาของผู้เขียน ทั้งนี้ นอกจากบริบทการให้ความคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองแล้ว ในความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพยังมีประเด็นในเรื่องการข่มขืนใจ หน่วงเหนี่ยวกักขัง ซึ่งภายใต้ความผิดส่วนนี้กฎหมายไม่ได้มุ่งพิจารณาสถานะความสัมพันธ์จึงจึงเห็นว่าเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่ใช้บังคับครอบคลุมการคุ้มครองเด็กในสภาพแวดล้อมครอบครัวได้เช่นกัน ในเรื่องของการค้ามนุษย์ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเฉพาะ การที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีการพิจารณาถึงสถานะของบุคคล แต่เป็นเรื่องที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายเฉพาะแล้วกรณีนี้ผู้เขียนจึงไม่ได้ให้

น้ำหนักในการพิจารณาถึงกรอบความเหมาะสมในการให้ความคุ้มครองเด็กในความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ในการศึกษาคำนี้

ในส่วนของการกระทำความผิดไม่เข้าลักษณะเป็นการกระทบต่อเด็กอย่างร้ายแรงถึงความผิดที่ได้กล่าวมาข้างต้น ตัวอย่างเช่น การกระทำตามมาตรา 391 ซึ่งอาจถูกหยิบยกมาปรับใช้ในกรณีหากมีการกระทำอันเข้าข่ายเป็นความผิดตาม พ.ร.บ. คุ้มครองเด็ก หรือ พ.ร.บ. คุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว กรณีเห็นว่าการกระทำที่แม่ไม่ได้ก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงรัฐยังจำเป็นต้องจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม ซึ่งมาตรการที่เหมาะสมดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าความเฉพาะถึงมาตรการลงโทษบุคคลผู้กระทำต่อเด็กอย่างรุนแรง จากตัวอย่างบทบัญญัติในมาตรา 391 ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่กระทบต่อเด็กอย่างไม่ร้ายแรง กรณีนี้ผู้เขียนจึงเห็นด้วยในการที่จะคงไว้ซึ่งการกำหนดความผิดและโทษตามมาตรา 391 ที่มีอยู่เดิม

ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดยกระดับการให้ความคุ้มครองเด็กอย่างเหมาะสม รัฐอาจจำเป็นต้องมีการพิจารณาถึงมาตรการเพิ่มเติมความผิดทางอาญาอื่นๆ ประกอบ อาทิ การจัดให้บุคคลเข้ารับการอบรมหรือปรับปรุงทัศนคติเกี่ยวกับการให้การดูแลและการอบรมสั่งสอนเด็ก การเพิ่มบทบาทของภาคประชาสังคมหรือหน่วยงานของรัฐอื่นๆ เพื่อให้เกิดมาตรการบังคับตามกฎหมายที่เหมาะสมกับความผิด และเป็นทางเลือกที่เหมาะสมกับการกระทำในลักษณะอื่นที่เป็นการกระทบต่อเด็ก (child abuse) ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อเด็กมากกว่าการใช้มาตรการทางอาญาที่เป็นการแยกผู้กระทำความผิดออกจากครอบครัวอันเป็นการทำลายคุณค่าตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในเรื่องการคงไว้ซึ่งสถาบันครอบครัว ในการนี้ มาตรการทางเลือกดังกล่าวอาจมีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาดังตัวอย่างบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาลาวในมาตรา 47 (Article 47 Re-education without Deprivation of Liberty) และให้เป็นดุลยพินิจในการกำหนดโทษหรือการปรับใช้มาตรการทดแทนอื่นๆ ตามที่ศาลเห็นสมควร อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมมาตรการในลักษณะย่อมมีประเด็นทั้งในทางหลักการ ความเหมาะสม ตลอดจนแนวทางการปรับใช้มาตรการ ซึ่งในอนาคตอาจมีผู้ทำการศึกษาในเชิงรายละเอียดเพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้นต่อไป

4.2.3 การพิจารณาข้อยกเว้นการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยที่เหมาะสมกับสังคมไทย

ในการกำหนดมาตรการทางอาญา แม้ว่าการให้ความคุ้มครองเด็กจะเห็นเหตุผลพิเศษที่ได้รับการยอมรับในการกำหนดความร้ายแรงของความผิดที่หนักขึ้นตามหลักความได้สัดส่วน แต่ในการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบที่มีการพิจารณาถึงสถานะของบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย ซึ่งเป็นสถานะการใช้อำนาจปกครองที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล และได้รับอิทธิพลจากการเอื้อเพื่อแผ้วถางกันและกันอันเป็น

ลักษณะเด่นที่ปรากฏในสังคมไทย การจะกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาโดยมุ่งหวังควบคุมการใช้อำนาจปกครองที่เกินเหมาะสมแม้จะเป็นการให้ความคุ้มครองเด็ก แต่อาจส่งผลกระทบต่อเป็นการทำลายคุณค่าอันดีงามของสังคม ซึ่งท้ายที่สุดอาจไม่ได้ส่งผลก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กอย่างแท้จริง เนื่องจาก มาตรการทางอาญาที่เกินความเหมาะสมอาจเป็นการก่อให้เกิดความหวาดระแวงต่อการช่วยเหลือดูแลเด็ก ด้วยเหตุนี้ ข้อพิจารณาในการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยจึงไม่เพียงแต่เป็นเรื่องของการคุ้มครองเด็กแต่เพียงเท่านั้น หากยังต้องเป็นการพิจารณาถึงการรักษาบริบทความสัมพันธ์ในสังคมให้คงอยู่

ลักษณะดังกล่าวย่อมส่งผลให้การพิจารณาคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยตามประมวลกฎหมายอาญา จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการพิจารณาปรับใช้มาตรการทางอาญาอย่างจำกัด โดยสงวนไว้เฉพาะเรื่องของการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อผู้เยาว์เท่านั้น กล่าวคือ การกระทำนั้นจะต้องเป็นการส่งผลให้เกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกาย ตลอดจนสิทธิประการอื่นอันเกี่ยวเนื่องกับความปลอดภัยในชีวิตร่างกายของเด็ก ดังที่ผู้เขียนได้พิจารณาถึงความผิดต่อชีวิตร่างกาย ความผิดในลักษณะที่กระทำต่อหน้าที่ และความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าวในหัวข้อก่อนหน้า ทั้งนี้ นอกจากกำหนดให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยตามบทบัญญัติกฎหมายอย่างจำกัดเท่าที่จำเป็นแล้ว เพื่อให้เกิดการปรับใช้มาตรการทางอาญาในการให้ความคุ้มครองเด็กอย่างเหมาะสมโดยไม่ทำลายคุณค่าอันดีงามของสังคมไทยให้เสียไป ผู้เขียนเห็นว่าในการบัญญัติกฎหมายจะต้องมีการพิจารณาครอบคลุมความมุ่งหมายในการให้ความคุ้มครองเด็กเพื่อพิจารณากำหนดข้อยกเว้นให้มีความเหมาะสม โดยอาจแบ่งออกได้เป็นการพิจารณาครอบคลุมความสัมพันธ์ และการพิจารณาถึงกรอบในเรื่องหน้าที่ต่อผู้เยาว์

สำหรับกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ความสัมพันธ์เป็นองค์ประกอบความผิดข้อยกเว้นในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายจะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติที่กำหนดความผิด หากข้อยกเว้นในเรื่องการคุ้มครองบุคคลจากการกระทำโดยบุคคลที่มีความสัมพันธ์จะเป็นเรื่องข้อเท็จจริงการนำสืบในกระบวนการพิจารณาความ กล่าวคือ เป็นการอาศัยข้ออ้างข้อต่อสู้ถึงความไม่รู้ข้อเท็จจริง หรือการขาดองค์ประกอบความผิดในเรื่องสถานะความสัมพันธ์ที่ผู้กระทำความผิดยกขึ้นต่อสู้ อันเป็นวิธีการปกติในทางปฏิบัติ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงบริบทกฎหมายต่างประเทศเอง กรณีที่กฎหมายมุ่งกำหนดเจาะจงในเรื่องความสัมพันธ์กรณีก็ไม่ได้ปรากฏข้อเท็จจริงหรือบัญญัติชัดเจนถึงข้อยกเว้นไว้แต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม กรณีที่เป็นการกำหนดความสัมพันธ์ที่ยึดโยงกรอบหน้าที่การทำหน้าที่ หรือการใช้อำนาจหน้าที่ที่กระทบต่อผู้เยาว์ที่ส่งผลต่อการกระทำความผิด กฎหมายจะมีการกำหนดไว้ถึงลักษณะพฤติการณ์ของการใช้อำนาจต่อผู้เยาว์ ตลอดจนการกำหนดข้อยกเว้นไว้บทบัญญัติอย่างชัดเจนถึงการ ดังตัวอย่างความผิดในเรื่องหน้าที่ตามกฎหมายออสเตรเลียซึ่งนอกจากมีการกำหนดหน้าที่อย่างชัดเจนแล้ว กฎหมายยังพิจารณาถึงกรอบของผลกระทบต่อผู้เยาว์จากการไม่

ทำหน้าที่ประกอบด้วย หรือในกฎหมายสิงคโปร์ที่มีการกำหนดความผิดที่หนักขึ้นโดยอาศัยเหตุการใช้
อำนาจเหนือบางประการที่ส่งผลต่อเด็กได้บัญญัติชัดเจนถึงโอกาสในการยกข้อต่อสู้ถึงพฤติการณ์
ในขณะที่กระทำความผิดในลักษณะว่าอำนาจหรืออิทธิพลที่มีต่อเด็กไม่ได้ส่งผล หรือเอื้อประโยชน์ใน
การกระทำความผิด นอกจากนี้ อาจมีการพิจารณากำหนดกรอบมาตรการทดแทนมาตรการทางอาญา
เพื่อเป็นทางเลือกในการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองเด็กต่อไป



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เด็กเป็นทรัพยากรที่สำคัญซึ่งรัฐต้องให้ความสนใจดูแล และส่งเสริมพัฒนาการและการเติบโตที่เหมาะสม นัยยะหนึ่งย่อมาหมายความว่า การส่งเสริมสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมต่อพัฒนาการและการเจริญเติบโตของเด็ก ซึ่งปกติเป็นภารกิจของสถาบันครอบครัว โดยรัฐได้มอบหมายและให้ความไว้วางใจกับผู้ใช้อำนาจปกครองในการดูแลเด็กเพื่อให้เติบโตในฐานะบุคคลากรที่สำคัญของประเทศต่อไป อย่างไรก็ตาม ในสภาพความเป็นจริงของสังคมบทบาทในการใช้อำนาจปกครองกลับไม่ได้จำกัดอยู่เพียงบุคคลที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น หากแต่บุคคลที่อาศัยอยู่ร่วมกันกับเด็ก หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับเด็กที่ปรากฏพฤติการณ์และข้อเท็จจริงว่ามีการกระทำในลักษณะเช่นเดียวกับการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย การปกป้องคุ้มครองดูแล การส่งเสริมปัจจัยการดำรงชีพ หรือการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องในเรื่องชีวิตประจำวันของผู้เยาว์ที่ส่งผลต่อสภาพจิตใจ ความรู้สึก หรือส่งอิทธิพลต่อความเคารพยำเกรงต่อผู้เยาว์ย่อมกล่าวได้ว่าบุคคลเหล่านี้อาจเป็นบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองได้หรือที่เรียกว่า “อำนาจปกครองทางพฤตินัย” ซึ่งเป็นการใช้อำนาจในลักษณะเช่นเดียวกับการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย แม้ไม่ได้มีสถานะเป็นบุคคลที่กฎหมายรับรอง

การที่รัฐรับรองและเรียกร้องบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองในการจัดการที่เกี่ยวข้องเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ ย่อมเป็นการจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดให้มีมาตรการและกลไกทางกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองการใช้อำนาจอย่างเหมาะสม ขณะเดียวกัน เพื่อให้การใช้อำนาจปกครองเป็นไปอย่างจำกัดเท่าที่จำเป็นภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด รัฐจำเป็นต้องจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองอย่างเหมาะสม เพื่อบรรลุดังกล่าวประสงค์ในการควบคุมการใช้อำนาจปกครอง ซึ่งจึงจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดให้มีมาตรการบังคับทางกฎหมายให้เพียงพอต่อการควบคุมพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้ใช้อำนาจปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำที่กระทบต่อชีวิตร่างกายและเสรีภาพของเด็ก ปัจจุบันประเทศไทยได้จัดให้มีมาตรการทางกฎหมายในลักษณะที่เป็นการควบคุมการกระทำที่เป็นใช้อำนาจปกครองครอบคลุมการกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพของเด็ก ซึ่งรูปแบบการให้ความคุ้มครองมีทั้งการพิจารณาให้ความคุ้มครองเด็กโดยคำนึงถึงความเป็นเด็กในฐานะบุคคลเปราะบางที่กฎหมายควรให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ และการพิจารณาถึงสถานะความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้กระทำ ความผิดซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายที่คำนึงถึงประเด็นทางศีลธรรม และอาศัยอำนาจในการแสวงหาประโยชน์จากการกระทำผิด

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการที่บทบัญญัติกฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองเด็กในความสัมพันธ์ด้วย เหตุผลทางศีลธรรม หรือมุ่งพิจารณาอำนาจหน้าที่ ประเทศไทยกลับเผชิญปัญหาข้อจำกัดการให้ความคุ้มครองเด็กที่ครอบคลุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤติกรรมที่มีลักษณะเช่นเดียวกับอำนาจปกครองตามกฎหมายเพียงแต่เป็นเรื่องที่กฎหมายไม่ได้ให้การรับรอง กล่าวคือ การใช้อำนาจปกครองทางพฤติกรรมเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ของการให้การดูแล การพึ่งพาอาศัย ที่ส่งอิทธิพลต่อเด็กให้เกิดความเครียดต่อผู้ใช้อำนาจ ลักษณะของอำนาจปกครองทางพฤติกรรมดังกล่าวจึงเป็นการใช้อำนาจในทางความเป็นจริงที่อาจเกิดขึ้นได้บ่อยครั้งในสังคม การที่กฎหมายไม่รับรองหรือกล่าวถึงอำนาจในลักษณะนี้ในบทบัญญัติกฎหมายย่อมส่งผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองเด็กอย่างมีนัยยะสำคัญ เมื่อเทียบกับการบังคับใช้กฎหมายในการให้ความคุ้มครองเด็กในต่างประเทศ สภาพดังกล่าวยิ่งสะท้อนให้เห็นชัดเจนถึงช่องว่างในการให้ความคุ้มครองเด็กในระบบกฎหมายไทย ซึ่งการจะอุดช่องว่างในเรื่องการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤติกรรม แม้อาจอาศัยการใช้การตีความของศาลเพื่อเป็นการอุดช่องว่าง แต่ในเรื่องการให้ความคุ้มครองเด็กที่ไม่มีความชัดเจนในเรื่องการใช้อำนาจปกครองทางพฤติกรรมเป็นประเด็นที่ไม่อาจอาศัยการใช้การตีความกฎหมายได้ เหตุผลเพราะ บทบัญญัติกฎหมายอาญาไม่มีบัญญัติในประเด็นดังกล่าวไว้แต่อย่างใด การพิจารณาปรับใช้ถ้อยคำตามกฎหมายอื่นๆ ย่อมหมายถึงนิติวิธีทางอาญาที่ไม่เหมาะสม ด้วยเหตุนี้ ในการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤติกรรมจึงเป็นเรื่องที่รัฐจะต้องมีการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย หรือกำหนดแนวทางการใช้การตีความให้มีความชัดเจนขึ้นต่อไป

ในการพิจารณาการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤติกรรม ลักษณะดังกล่าวย่อมหมายความว่า การพิจารณากำหนดความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งมีข้อพิจารณาที่สำคัญคือ ความเป็นอาชญากรรมของความผิด หลักความได้สัดส่วน และเมื่อเป็นเรื่องเกี่ยวกับเด็ก กรณีย่อมต้องพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก ประเด็นเรื่องความเป็นอาชญากรรม เมื่อพิจารณาจะเห็นได้ว่าการกระทำของผู้ใช้อำนาจปกครอง โดยปกติผู้ใช้อำนาจปกครองซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจปกครองทางพฤติกรรมจะมีการใช้อำนาจ หรือกระทำการใดๆ เพื่อประโยชน์ของผู้เยาว์เป็นสำคัญ แม้อาจกระทบต่อร่างกายและทรัพย์สิน ผู้ใช้อำนาจปกครองนั้นยังอาจกระทำได้ครบได้แต่ไม่เป็นการเกินไปกว่าการกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้เยาว์ อย่างไรก็ตาม เมื่ออำนาจปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้เยาว์ ในบางกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำเกินกว่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการอบรมสั่งสอนผู้เยาว์ การใช้อำนาจหรือความสัมพันธ์ใกล้ชิดในการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบ หรือการกระทำอื่นใดอันไม่อาจอ้างว่าเป็นการกระทำภายใต้กรอบของกฎหมายในการใช้อำนาจปกครอง การกำหนดมาตรการบังคับเพื่อควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวย่อมมีความจำเป็น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการคุ้มครองเด็กในลักษณะเช่นนี้ อันจะเป็นการป้องกันสังคมภายใต้ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคม

(Preventive Theory) ทั้งนี้ การที่กฎหมายเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจปกครอง ย่อมหมายถึง ประโยชน์ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองจะเสียไป ซึ่งการคุ้มครองที่เกินความจำเป็นย่อมเป็นการส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของเด็กด้วยเช่นกัน ในการปรับใช้มาตรการทางอาญาเพื่อปกป้องคุ้มครองเด็กจึงจำต้องอาศัยการพิจารณาให้ความคุ้มครองอย่างเหมาะสมบนหลักพื้นฐานเรื่องความได้สัดส่วน กอปรกับการพิจารณาภายใต้แนวคิดที่ว่าอำนาจปกครองเป็นการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ต่อเด็ก เช่นนี้ย่อมหมายถึงความถึง กลไกมาตรการทางกฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองเด็กโดยกำหนดการควบคุมการใช้ อำนาจปกครองทางพฤตินัยอย่างเหมาะสม ซึ่งต้องไม่ส่งผลเป็นการทำลายความเอื้อเพื่อเกื้อกูลกันของ คนในสังคม ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความหวาดระแวงจนถึงขนาดไม่มีบุคคลใดกล้าที่จะใช้อำนาจ ปกครองทางพฤตินัยอันจะกระทบหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ด้วยเหตุนี้ กลไกการควบคุมการใช้ อำนาจปกครองนั้นจะต้องกำหนดให้สอดคล้องและใช้บังคับเฉพาะฐานความความผิดบางลักษณะ เท่านั้น

จากการศึกษาพบว่า กลไกการปรับใช้มาตรการทางอาญาในการให้ความคุ้มครองเด็ก จากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยที่มีลักษณะเป็นการควบคุมการกระทำของผู้ใช้อำนาจปกครอง จะมีความเกี่ยวข้องกับความผิดในสามกลุ่ม ได้แก่ ความผิดต่อชีวิตร่างกาย ความผิดในลักษณะที่ เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่ และความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยในแต่ละประเทศจะมีบทบัญญัติในลักษณะที่ แตกต่างกัน โดยมุ่งพิจารณาในประเด็นสำคัญสองประการคือ ประการแรก กฎหมายมุ่งพิจารณาความ เป็นเด็กเป็นสำคัญ บนพื้นฐานสำคัญว่าเด็กคือบุคคลเปราะบางที่กฎหมายควรให้ความคุ้มครองพิเศษ และมุ่งเน้นในการพิจารณาถึงเกณฑ์อายุ โดยยิ่งอายุของเหยื่อที่น้อยลง จะส่งผลต่อความร้ายแรงของ ความผิดที่และผู้กระทำเมื่อมีความผิดจะต้องรับโทษที่หนักขึ้น ประการที่สอง กรอบความคุ้มครอง และความร้ายแรงของความผิดขึ้นอยู่กับเจตนาของกฎหมายแต่ละหมวดหมู่ กล่าวคือ มาตรการทาง อาญาในการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองโดยปกติจะไม่ได้ผูกความคุ้มครองเด็กไว้กับ ความสัมพันธ์เสมอไป หากแต่ในฐานะที่ประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติทั่วไปในการให้ความ คุ้มครองเด็ก ซึ่งจะมีการกำหนดกรอบพฤติกรรม หรือลักษณะการกระทำที่ควรเป็นความผิดหรือที่ สมควรกำหนดเป็นความผิดร้ายแรงอย่างเหมาะสม โดยคำนึงถึงความคุ้มครองเด็กภายใต้หลัก ประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะที่ประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งสำคัญลำดับแรกเป็นสำคัญ

การศึกษาดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่าการให้ความคุ้มครองเด็กตามกฎหมายในแต่ละประเทศ ตลอดจนแนวทางในการให้ความคุ้มครอง แม้เปรียบเทียบข้อพิจารณาดังกล่าวกับกฎหมายไทยอาจ แสดงให้เห็นว่าบริบทกฎหมายไทยพิจารณาให้ความคุ้มครองเด็กในลักษณะเช่นเดียวกัน แต่ในเชิง ความชัดเจนในการให้ความคุ้มครองเด็กสะท้อนให้เห็นว่า บทบัญญัติกฎหมายอาญาไทยมีช่องว่างใน การให้ความคุ้มครองเด็กอย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดอัตราค่าอย่างคลุมเครือซึ่งในการ ตีความกฎหมายก่อให้เกิดการพิจารณาถึงกรอบอำนาจปกครองทางนิตินัยเป็นหลัก ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้

ระบบกฎหมายไทยสามารถให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองได้อย่างเหมาะสม จึงเห็นว่าควรมีการพิจารณาทบทวนบทบัญญัติกฎหมาย หรือกำหนดกรอบแนวทางการใช้การตีความในบางประเด็นให้มีความชัดเจน เพื่อให้กฎหมายเป็นกรอบที่เหมาะสมในการใช้อำนาจปกครองทั้งต่อผู้ใช้อำนาจปกครองทางนิตินัยและพฤตินัยได้อย่างเหมาะสมสอดคล้องตามประโยชน์สูงสุดของเด็ก

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษากฎหมายอาญาไทย และแนวทางในการนำมาตราการทางอาญามาใช้เพื่อการคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองในกฎหมายต่างประเทศ พบว่า ในการให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายอาญากรณีที่มีการพิจารณากรอบความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำจะต้องพิจารณาให้เหมาะสมตามบริบทของบทบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่กฎหมายพิจารณากำหนดความสัมพันธ์ให้เป็นองค์ประกอบความผิดจะต้องพิจารณากำหนดให้ครอบคลุมทั้งความสัมพันธ์ทางนิตินัยและความสัมพันธ์ทางพฤตินัยอย่างเหมาะสม ในการนี้ ผู้เขียนจึงได้นำเสนอแนวทาง ซึ่งเห็นว่ามี ความเหมาะสมกับสังคมไทยในการปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย โดยเห็นว่าควรมีการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติกฎหมาย ดังต่อไปนี้

1) เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย ผู้เขียนเสนอให้เพิ่มมาตรา 1(19) ความว่า “อำนาจปกครองทางพฤตินัย หมายความว่า การใช้อำนาจ โดยบุคคลที่ไม่ได้มีอำนาจปกครองตามกฎหมาย แต่อาศัยอยู่ร่วมกับผู้ได้ปกครอง ซึ่งมีภาวะในการต้องพึ่งพาอาศัยตนในการดำรงชีพในชีวิตที่มีลักษณะเช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

2) กลุ่มความผิดต่อชีวิตร่างกาย ควรมีการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดต่อชีวิตร่างกายที่กระทำต่อเด็กเป็นเหตุฉกรรจ์ในมาตรา 289 ที่จะเป็นการการครอบคลุมการกระทำความผิดต่อเด็กในทุกกรณี โดยมีพิกัดต้องพิจารณาถึงรูปแบบความสัมพันธ์หรือกรอบการใช้อำนาจปกครองว่าเป็นเรื่องทางนิตินัยหรือทางพฤตินัย นอกจากเป็นการสอดคล้องตามหลักความเหมาะสม และหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้ว กรณียังสอดคล้องกับความเห็นทางวิชาการไทยที่เคยมีผู้เสนอให้กำหนดความผิดต่อชีวิตที่กระทำต่อเด็กเป็นเหตุฉกรรจ์ไว้ในมาตรา 289(8) ซึ่งการบัญญัติในมาตรา 289 นอกจากเป็นการส่งผลต่อการบังคับใช้ความผิดต่อชีวิตแล้ว ในขณะเดียวกันยังส่งผลต่อการบังคับใช้ความผิดที่กระทำต่อร่างกายตามมาตรา 296 และมาตรา 298

3) กลุ่มความผิดในลักษณะการกระทำที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการปกป้องดูแล ควรมีการปรับปรุงองค์ประกอบความผิดในมาตรา 307 ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองทอดทิ้งไม่กระทำหน้าที่ให้มีความครอบคลุมหน้าที่ในทางพฤตินัย โดยเสนอให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 307 ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมาย หรือสัญญา หรือหน้าที่ในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ กายพิการหรือจิตพิการ และทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายในควบคุมการกระทำของบุคคลซึ่งไม่ทำหน้าที่ในมาตรา 307 ที่แต่เดิมกำหนดไว้เพียงหน้าที่ตามกฎหมาย หรือสัญญา ให้ครอบคลุมการกระทำหน้าที่ในทางพฤตินัยด้วย

4) กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศ ควรปรับปรุงบทบัญญัติในมาตรา 285 ในส่วนของ “ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด” ให้มีความชัดเจนแก่การตีความในลักษณะที่เป็นการพิจารณาถึงการอาศัยอำนาจหรืออิทธิพลต่อผู้กระทำความผิด โดยเสนอให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 285 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ญาติสืบสายโลหิต ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล หรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด ซึ่งรวมถึงอำนาจปกครองทางพฤตินัย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม”

นอกจากการพิจารณาปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว เพื่อป้องกันปัญหาในทางปฏิบัติที่อาจเกิดขึ้น ควรมีการพิจารณากำหนดบัญญัติอัตราโทษ หรือการจัดทำแนวปฏิบัติในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเด็กที่เน้นย้ำถึงบทบาทในการพิจารณากำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิดที่สอดคล้องกับการคุ้มครองประโยชน์ของเด็กโดยคำนึงถึงความเป็นเด็ก และวัตถุประสงค์การให้ความคุ้มครองที่เหมาะสมกับความผิด ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาถึงการรูปแบบความสัมพันธ์ กรอบหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเกี่ยวกับหน้าที่ ตลอดจนบริบทหรือพฤติการณ์ของการใช้อำนาจในการแสวงหาหรือการอาศัยอิทธิพลในการอำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ต้องตีความลักษณะพฤติการณ์ของข้อเท็จจริงดังตัวอย่างของมาตรา 285 ที่ว่าด้วยลักษณะการใช้อำนาจหรืออิทธิพลในการอำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด หรือการกำหนดแนวทางในการพิจารณาลักษณะการกระทำที่เป็นการกระทำต่อชีวิตร่างกายของเด็ก เพื่อแยกลักษณะการกระทำให้เหมาะสมกับความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นต่อเด็ก เช่นการกระทำต่อชีวิตร่างกายของเด็กระหว่างการกระทำตามมาตรา 295 และมาตรา 391 ให้เกิดชัดเจน

ยิ่งขึ้น อันจะนำไปสู่การจัดให้มีมาตรการและการปรับใช้มาตรการทางอาญาที่เหมาะสมสอดคล้องในการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กต่อไป

อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมาย ตลอดจนแนวทางปฏิบัติในการศึกษาครั้งนี้ อาจเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการพิจารณาглоการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้อำนาจปกครองที่เหมาะสมในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น โดยอาจยังมีข้อพิจารณาเพิ่มเติมหรือประเด็นที่นอกเหนือจากการศึกษาครั้งนี้ที่รอให้มีการศึกษาเชิงลึกต่อไป เพื่อให้เกิดการศึกษาที่เหมาะสมรอบด้าน ในการนี้ผู้เขียนได้มีการพิจารณาและวิเคราะห์เบื้องต้นในประเด็นต่างๆ ที่ถ่ายทอดไว้ในเนื้อหาแต่ละส่วน ทั้งในเรื่องความเหมาะสมของการปรับใช้ช้อยกเว้น หรือมาตรการทดแทนมาตรการทางอาญา กลไกการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมในการให้ความคุ้มครองเด็ก หรืออื่นๆ ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่มีความน่าสนใจและรอให้ผู้สนใจนำไปศึกษาในโอกาสต่อไป



บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9, เนติบัณฑิตยสภา 2549).
- คณพล จันทร์หอม, *หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1* (วิญญูชน 2563).
- คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน, 2560).
- จิตติ ติงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3* (พิมพ์ครั้งที่ 6, เนติบัณฑิตยสภา 2553).
- จินดา ชัยรัตน์, *ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดามารดากับบุตร ฯลฯ* (โรงพิมพ์เจริญชัย จำกัด 2493).
- ชาติชาย อัครวิบูลย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 4, วิญญูชน).
- บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2552).
- ประสพสุข บุญเดช, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 19, เนติบัณฑิตยสภา 2554).
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *กฎหมายลักษณะครอบครัว รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกา ของศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2531).
- *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553).
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (อ่านกฎหมาย 2561).
- วิระดา สมสวัสดิ์, *กฎหมายครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์คบไฟ 2546).
- ศันนักรณ โสทธิพันธุ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน* (วิญญูชน 2559).
- สหรัฐ กิติ ศุภการ, *หลักและคำพิพากษากฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 8, อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง 2561).
- สอาด นาวิเจริญ, *คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว* (นิติบรรณการ 2517).
- เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก* (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2508).

— ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ ภาค 1-2 (เล่ม 1, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2505).

ภาษาต่างประเทศ

Fatma Hassan Beshir, *Article 3 of the Convention on the Rights of the Child: The Best Interests of the Child* (UNICCEF Innocenti Research Centre).

Herbert L Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (California: Stanford University Press 1968).

Jonathan Herring, *Family Law (Longman Law Series)* (8th Edn, Pearson 2017).

รายงานผลการวิจัย

ภาษาไทย

มาตาลักษณ์ เสรมะชากุล, ‘หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562).

บทความ

ภาษาไทย

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, ‘มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก’ (2537) 5 ตุลาคม 41.

สายชล สัตยานุรักษ์, ‘ครอบครัว เครือญาติ และความสัมพันธ์ระหว่างเพศในสังคมอยุธยา’ ใน *ฉัตรทิพย์ นาถสุตา (บรรณาธิการ) ด้วยรัก เล่มที่ 3: ความเป็นครอบครัวและชุมชนในสังคมไทย (ด้านสุทธาการพิมพ์ 2556)*.

ภาษาต่างประเทศ

Joan B Kelly, ‘The Best Interest of the Child A Concept in Search of Meaning’ (1997) 3 *Family and Conciliation courts review* 378 <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/fmlcr35&i=368>> สืบค้นเมื่อ 10 ตุลาคม 2563.

Kristina Antoniadis, ‘My child calls me a parent, why doesn’t the law?’ <<https://nicholeslaw.com.au/app/uploads/2014/07/GayDads.pdf>> สืบค้นเมื่อ 7 กันยายน 2564.

Robert H Mnookin, ‘Child-Custody Adjudication: Judicial Function in the Face of Indeterminacy’ (1975) 3 *Law and Contemporary Problems* 230 <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lcp39&i=664>> สืบค้นเมื่อ 10 ตุลาคม 2563.

Seema Shah, 'Does Research with Children Violate the best Interest Standard? An Empirical and Conceptual Analysis' (2013) 2 Northwestern Journal of law and social policy.

วิทยานิพนธ์และการค้นคว้าอิสระ

ภาษาไทย

ขวัญธิดา สุวรรณบัตร, 'เหตุการณ์จวินความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา: ศึกษาเปรียบเทียบกับทกฎหมายต่างประเทศ' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2545).

จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร, 'การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551).

ณภัทร ภูมิสันติ, 'การตีความแบบขยายความในกฎหมายอาญา' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2560).

ณัฐนิช ชลิตราพงศ์, 'การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลในครอบครัว: ศึกษาเฉพาะกรณีเพิ่มโทษผู้กระทำ' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559).

นัตตาภา จิตต์แจ้, 'การคุ้มครองเด็กกับการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย' (ดุขฎีนิพนธ์นิติศาสตรดุขฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563).

นาถวดี พิภค, 'มาตรการคุ้มครองเด็กที่ถูกทำร้ายโดยบุคคลในครอบครัว' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2536).

ปรินดา เวทพิสัย, 'ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ' (สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551).

พรรณวดี เพชรพลอย, 'การถอนอำนาจปกครองบุตร,' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555).

พิชฎุฒิ เปี่ยมธรรมโรจน์, 'การกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางอาญา: ศึกษากรณีความผิดต่อชีวิตร่างกายของเด็ก' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561).

รินทร์ภัส ขาวสิทธิวงษ์, 'การคุ้มครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก: ศึกษากรณีการแยกเด็กออกจากครอบครัว' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559).

สมลักษณ์ ขนอม, 'การคุ้มครองเด็กในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเด็กถูกทารุณในครอบครัว' (วิทยานิพนธ์สังคมสงเคราะห์ศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2537).

สหทัย จันท์เจริญ, ‘เหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา: ศึกษากรณีผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้ไร้ความสามารถ’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553).

สุจิตตา มโหธร, ‘ความรับผิดชอบทางอาญาของบิดามารดาที่เกิดจากการละเว้นหน้าที่ในการปกครองดูแลผู้เยาว์’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555).

สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, ‘ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552).

อัญชลี กัมมรทิพย์, ‘หลักเกณฑ์การพิจารณาอำนาจปกครองบุตรหลังการหย่า: ศึกษาตามแนวคำพิพากษาของศาล’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547).

อื่นๆ

ภาษาไทย

กองบรรณาธิการ วอยซ์ทีวี, ‘ญี่ปุ่นแก้กฎหมายเด็กหลังพบเด็กถูกทำร้ายมากเป็นประวัติการณ์’ (VOICE online, 22 มีนาคม 2562) <<https://voicetv.co.th/watch/FTF6RyaaQ>> สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2564.

ชานันท์ ยอดหงส์, ‘ในโลกที่ชายเป็นใหญ่ ก็เชื่อว่าผู้ชายจะไม่ถูกกดขี่’ (The Matter, 21 กุมภาพันธ์ 2560) <<https://thematter.co/thinkers/oppression-in-patriarchy-world/18760>> สืบค้นเมื่อ 30 มกราคม 2563.

ปกป้อง ศรีสนิท, ‘การแก้ปัญหากฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็นด้วยการออกกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น’ (The101.world, 14 มกราคม 2562) <<https://www.the101.world/legal-reform-with-more-legalization/>> สืบค้นเมื่อ 3 มกราคม 2564.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ‘โครงการจัดทำข้อมูลกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และข้อมูลกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ สังคม วัฒนธรรม การเมือง และความมั่นคงของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว’ <https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/เล่มไทยล่าสุด%2010_04_61.pdf> สืบค้นเมื่อ 16 กันยายน 2564.

แอมเนสตี้ (ประเทศไทย), ‘ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน’ <<https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/udhr/>> สืบค้นเมื่อ 8 ตุลาคม 2563.

ภาษาต่างประเทศ

Aristotle David and Tuchakorn Kitcharoen, ‘Snapshot of the Lao Civil Code 2020’ <<https://www.zicolaw.com/resources/alerts/snapshot-of-the-lao-civil-code-2020/>> สืบค้นเมื่อ 16 กันยายน 2564.

- Bianca Fileborn ‘Sexual assault laws in Australia’ <<https://aifs.gov.au/publications/sexual-assault-laws-australia>> สืบค้นเมื่อ 29 กันยายน 2564.
- Cess Principe and Tuchakorn Kitcharoen, ‘New Penal Code Implemented in Laos’ <<https://www.zicolaw.com/resources/alerts/new-penal-code-implemented-in-laos/>> สืบค้นเมื่อ 16 กันยายน 2564.
- Child Family Community Australia, ‘Age of consent laws in Australia’ <https://aifs.gov.au/cfca/sites/default/files/publication-documents/2104_age_of_consent_resource_sheet.pdf> สืบค้นเมื่อ 1 ตุลาคม 2564.
- Danielle Warren, ‘THREE LAWS PARENTS IN QUEENSLAND SHOULD KNOW ABOUT (BUT PROBABLY DON’T)’ <<https://pottslawyers.com.au/blog/2019/02/12/three-laws-parents-in-queensland-should-know-about-but-probably-dont/>> สืบค้นเมื่อ 27 กันยายน 2564.
- Desmond Ang, ‘Stronger Criminal Laws, Better Protection for the Vulnerable’ <<https://www.mha.gov.sg/home-team-news/story/detail/stronger-criminal-laws-better-protection-for-the-vulnerable/>> สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2563.
- EU, ‘Parental responsibility’ <https://europa.eu/youreurope/citizens/family/children/parental-responsibility/index_en.htm> สืบค้นเมื่อ 16 มิถุนายน 2564.
- Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, ‘Civil Law (DG I)’ <<https://www.bmjv.de/EN/Ministry/StructureOrganisation/Directorates/Abtl.html?nn=6427850>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2564.
- Global Partnership to End Violence Against Children, ‘Japan prohibits all corporal punishment of children’ <<https://endcorporalpunishment.org/japan-prohibits-all-corporal-punishment/>> สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2564.
- Government of Lao PDR, ‘Ending violence against children in Lao PDR’ <https://bettercarenetwork.org/sites/default/files/Lao-UNICEF_Multisectoral-response_ENG_18may18_wBleed-1.pdf> สืบค้นเมื่อ 18 กันยายน 2564.
- Japan Children’s Rights Network, ‘Types of Child Custody in Japan: Shinken and Kangoken’ <http://crnjapan.net/The_Japan_Childrens_Rights_Network/jap-tpofcus.html> สืบค้นเมื่อ 19 ตุลาคม 2563.
- Legal Service Commission of South Australia, ‘DE FACTO RELATIONSHIPS’ <<https://lsc.sa.gov.au/resources/DeFactoRelationshipsFactsheet.pdf>> สืบค้นเมื่อ 7 กันยายน 2564.

- ‘How do I obtain a marriage certificate, and what is it used for?’ <<https://lawhandbook.sa.gov.au/ch21s03.php>> สืบค้นเมื่อ 7 กันยายน 2564.
- Miyajima Kiyoshi, ‘It Takes a Village’ to Halt Child Abuse’ (nippon.com, May 24, 2019) <<https://www.nippon.com/en/in-depth/d00483/it-takes-a-village-to-halt-child-abuse.html>> สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2564.
- Parliament of Australia, ‘History of criminal law’ <https://www-aph-gov-au.translate.google>About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/Browse_by_Topic/Crimlaw/Historycriminallaw?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=th&_x_tr_hl=th&_x_tr_pto=ajax,op,sc,elem> สืบค้นเมื่อ 7 กันยายน 2564.
- Rae Kaspiew and others, ‘Evaluation of the 2006 family law reforms’ <<https://aifs.gov.au/publications/evaluation-2006-family-law-reforms>> สืบค้นเมื่อ 5 กันยายน 2564.
- Singapore Legal Advice, ‘7 Brutal Truths About Having an Illegitimate Child in Singapore’ <<https://singaporelegaladvice.com/law-articles/having-an-illegitimate-child-singapore/>> สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2564.
- ‘Child Custody, Care and Control & Access: Singapore Guide’ <<https://singaporelegaladvice.com/law-articles/the-guide-to-child-custody-in-singapore/>> สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2564.
- The NSW Department of Communities and Justice, ‘Who has parental responsibility?’ <<https://www.facs.nsw.gov.au/families/parenting/responsibility-and-rights/parent-duties>> สืบค้นเมื่อ 6 กันยายน 2564.
- UN Human Rights, ‘United Nation Study on Violence against Children (Australia)’ 2 <<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/StudyViolenceChildren/Responses/Australia.pdf>> สืบค้นเมื่อ 5 กันยายน 2564.
- ‘United Nation Study on Violence against Children (Japan)’ <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crc/study/pages/studyviolencechildren.aspx>> สืบค้นเมื่อ 20 ตุลาคม 2563.
- UNHR, ‘Ratification of 18 International Human Rights Treaties’ <<https://indicators.ohchr.org/>> สืบค้นเมื่อ 16 กันยายน 2564.
- Verybest LPC Law Offices, ‘Parental Authority and Child Custody Rights’ <https://global.vbest.jp/en/individuals/divorces/parental_authority/> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2563.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ

นายวรภาส จารุวชิรบดี

วุฒิการศึกษา

ปีการศึกษา 2560: นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผลงานทางวิชาการ

วรภาส จารุวชิรบดี. ‘การควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤติกรรมัยตามประมวลกฎหมาย
อาญาภายใต้กรอบความคิดเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร
มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2564).

