

บทที่ 2

ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการของกฎหมายในการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์

จากการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายพบว่า กฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ได้บัญญัติขึ้นมาไม่น้อยกว่าสองพันห้าร้อยปีก่อนคริสตกาล ซึ่งในสมัยช่วงต้นนั้นมิได้มีการแบ่งแยกประเภทเด็กออกเป็น เด็ก (Child) หรือผู้เยาว์ (Minor) แต่ใช้คำกล่าวรวม ๆ ว่า เด็ก (Child) โดยมีการแยกประเภทของการให้ความคุ้มครองหรือการลงโทษที่เข้มงวดไม่เท่ากัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับอายุของเด็ก¹ซึ่งสามารถศึกษาได้เป็น 2 แนวทาง คือ

- ก. ประวัติศาสตร์กฎหมายสากล และ
- ข. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

ก. ประวัติศาสตร์กฎหมายสากล1. กฎหมายฮัมมูราบี (Hammurabi)

ปรากฏหลักฐานย้อนหลังประมาณไม่น้อยกว่าสองพันห้าร้อยปีก่อนคริสตกาล นักประวัติศาสตร์กฎหมายต่างมีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายฮัมมูราบีซึ่งมีประวัติย้อนหลังถึง 2270 ปี ก่อนคริสตกาล อันนับว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกของโลกที่บัญญัติขึ้นในរបแบบของประมวลกฎหมาย² ได้บันทึกหลักกฎหมายของบาบิโลน (Babylon) เอาไว้ กฎหมายนี้ได้บัญญัติถึงเรื่องต่างๆ ไว้มากมายหลายเรื่อง อาทิเช่น สิทธิในทางทรัพย์สิน การซื้อขายแลกเปลี่ยน การค้าทาส สิทธิของนายและทาส ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและระหว่างครอบครัว ในส่วนของการคุ้มครองเด็ก กฎหมายนี้ก็ได้มีการบัญญัติไว้ด้วย เช่น การรับทรัพย์สินจากเด็กโดยปราศจากความยินยอมของบิดามารดาเด็ก เป็นความผิดอภินิหาร³ ในส่วนกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวให้ถือว่าสามีหรือบิดาเป็นผู้นำของครอบครัวจะต้องเป็นผู้ดูแลป้องกันมิให้มีใครมาทำร้ายบุตร ในทางกลับกันบุตรก็มีหน้าที่ดูแลบิดามารดาเช่นกัน กฎหมายบางบทบัญญัติว่า หากบุตรทำร้ายบิดามารดาให้ตัดมือเสียทั้งสองข้าง³

¹ประธาน วัฒนาวณิชย์ : กฎหมายเกี่ยวกับความผิดของเด็ก (พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพรึก 2530) หน้า 16-20.

²Brenda Griffin and Charles Griffin, Juvenile Delinquency in Perspective, (New York : Harper and Row, 1978) PP.5-6

³Simon and Gordon III, Juvenile Justice in America.,PP.3-6

นอกจากนี้ยังได้บัญญัติถึงการรับบุตรบุญธรรมด้วย โดยบัญญัติว่าเด็กผู้ใดเป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นจะต้องซื่อสัตย์ต่อบิตามารดาบุญธรรมของตน แต่หากจะกลับไปอยู่กับบิดามารดาที่แท้จริงของตน ก็จะต้องถูกลงโทษ ผู้เขียนเข้าใจว่าสิ่งเหล่านี้ได้บัญญัติเพื่อคุ้มครองให้เด็กได้รับความปลอดภัยทั้งทางร่างกาย และทรัพย์สิน ซึ่งเด็กอาจหยิบยื่นให้กับผู้ซึ่งมาหลอกลวงเด็กโดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ใหญ่ซึ่งได้แก่ บิตามารดาเป็นผู้คอยดูแล และมีบทบัญญัติบางบทเพื่อควบคุมความประพฤติเพื่อให้เด็กมีความประพฤติที่ดีงาม

แม้กฎหมายนี้จะไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองเด็กไว้พอสมควร แต่ก็ไม่ได้บัญญัติถึงความผิดซึ่งเด็กเป็นผู้กระทำเช่น ความผิดลักทรัพย์ ทำร้ายร่างกาย ทำให้ทรัพย์สินเสียหาย เป็นต้น ซึ่งทำให้ไม่ทราบแน่ชัดว่า หากเด็กกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวข้างต้น เด็กจะถูกลงโทษโดยครอบครัวของเด็กเอง หรือโดยบทกฎหมายของผู้ใหญ่ ⁴

2. กฎหมายสุเมเรียน (Sumerian)

ซึ่งมีประวัติย้อนหลังไปถึง 1750 ปีก่อนคริสตศักราช ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้ก็มีบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กโดยการส่งเสริมสนับสนุนให้เด็กได้รับการศึกษาเล่าเรียนโดยได้บัญญัติไว้ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างครอบครัว ในสมัยนั้นเด็กต้องเรียนหนังสือในโรงเรียนวันละ 12 ชั่วโมง และศึกษาเล่าเรียนไปตลอดจนกว่าจะเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่ หากเด็กเกียจคร้านก็มีบทลงโทษอย่างเข้มงวด ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กขยันในการศึกษาเล่าเรียน เพื่อที่จะได้เติบโตขึ้นเป็นผู้ใหญ่ซึ่งมีความรู้ความสามารถ สามารถเลี้ยงชีพอยู่ในสังคมได้อย่างดี ⁵

ทั้งประมวลกฎหมายบาบิโลน (Babylon) และประมวลกฎหมายสุเมเรียน (Sumerian) นี้ นับได้ว่าเป็นตัวอย่างของกฎหมายซึ่งจัดเป็นยุคแรกที่ได้ศึกษากันมา ซึ่งได้บัญญัติคุ้มครองเด็กมาแต่แรกแล้ว กฎหมายทั้งสองนี้พัฒนามาก่อนกฎหมายโรมัน และกฎหมายแองโกลแซกซอน นอกจากนี้มีประมวลกฎหมายของโมเสส ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวเดียวกัน เช่น การลงโทษเด็กในทางด่าว่ากล่าวจะต้องเป็นไปโดยสมควร การทุตีเด็กอย่างรุนแรงเป็นความผิดอย่างรุนแรงเช่นกัน กฎหมายทัลมุด (Talmude) ซึ่งเป็นกฎหมายของยิวก็ได้บัญญัติถึงการพิจารณาคดีเด็ก เช่น หากเด็กได้กระทำความผิด บิตามารดาของเด็กจะเจียนตีเด็กในทันทีไม่ได้ หากแต่บิตามารดาเด็กจะต้องร้องทุกข์ต่อบ้านเมือง ซึ่งเมื่อร้องทุกข์แล้ว เด็กจะถูกตักเตือน หรือเจียนโดยผู้พิพากษาท้องถิ่น ต่อมากฎหมายยังได้บัญญัติให้ผู้พิพากษาฟังพยานหลักฐานประกอบด้วยก่อนมีการ

⁴ Ibid

⁵ ประชาน วัฒนาวาณิชย์ : เรื่องเดียวกัน, หน้า 16

ลงโทษเด็ก

ในสมัยต่อมา กฎหมายของผู้สอนศาสนายิวซึ่งเรียกว่า "Rabbinic Law" ได้ทำการจัดหมวดหมู่ของกฎหมายให้เป็นระบบขึ้นในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของเด็ก โดยได้เริ่มจำแนกประเภทของเด็กออกเป็น 3 ประเภท⁶

1. เด็กทารกอายุไม่เกิน 6 ปี
2. เด็กอายุ 7 ปี ถึง 12 ปี
3. เด็กวัยรุ่นอายุ 13 ปี ถึง 20 ปี

นอกจากนี้ยังมี กฎหมายไบแซนไทน์ของจัสติเนียน (Byzantine Code of Justinian) ได้อำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดต่อเด็กให้สอดคล้องกับความผิดที่ได้กระทำลงไป

กฎหมายในยุคแรกนั้นไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติความผิดและโทษของเด็กและเยาวชนมากนัก หากแต่เป็นที่เข้าใจกันว่าต้องการคุ้มครองเด็กและเยาวชน ให้ได้รับการดูแลจากบิดามารดา และครอบครัว⁷

3. กฎหมายโรมัน

กฎหมายโรมันนับได้ว่ามีอิทธิพลต่อกฎหมายของอังกฤษ และอเมริกัน ในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของเด็กในศตวรรษที่ 5 (ก่อนคริสตศักราช 500 ปี) โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายสิบสองโต๊ะของโรมันซึ่งได้บัญญัติโทษที่เกิดจากการกระทำความผิดของเด็กไว้ในสถานเบาสำหรับเด็กทารกที่พูดไม่ได้กฎหมายโรมันให้ความคุ้มครองอย่างเด็กขาด

ในศตวรรษที่ 12 กฎหมายจัสติเนียนได้บัญญัติให้เด็กที่มีอายุไม่เกิน 7 ปี ไม่ต้องรับผิดชอบโดยสันนิษฐานว่าเด็กที่มีอายุในเกณฑ์นี้ยังขาดความเข้าใจในสิ่งต่างๆ ดังนั้น จึงไม่สามารถกระทำความผิดได้

การคุ้มครองเด็กอย่างสมบูรณ์ได้เป็นที่มาของกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ และยังคงเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายอังกฤษ และอเมริกา

⁶Griffin and Griffin, Juvenile Delinquency in Perspective, P.6

⁷ประธาน วัฒนวาณิชย์ : เรื่องเดียวกัน, หน้า 17

ส่วนเด็กที่มีอายุเกิน 7 ปี ก็ยังอยู่ในข่ายที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเมตตาปราณี จนกระทั่งถึงวัยหนุ่ม ในช่วงอายุระหว่างความเป็นเด็กและวัยหนุ่ม ความรับผิดชอบในทางอาญาจะวินิจฉัยโดยอาศัยมูลฐานดังนี้

1. อายุ และการเจริญเติบโตทางร่างกาย
2. ลักษณะความผิด
3. สภาวะทางด้านจิตใจของผู้กระทำผิด

ความรับผิดชอบจากัดสำหรับเด็กที่มีอายุสูงขึ้น ก็เป็นที่มาของกฎหมายอังกฤษ อเมริกา ในเวลาต่อมา ⁸

นอกจากนี้ ในสมัยโรมันยังมีสถาบันสำหรับควบคุมเด็กเร่ร่อนพเนจรขึ้นเป็นครั้งแรกด้วย เรียกว่า "Hospice of San Michele" ก่อตั้งในปี คศ.1704 โดยพระสันตปาปาคลีเมนต์ที่ 11 (Pope Clement XI) เพื่อให้การอบรมสั่งสอนแก่เด็กที่ต้อร่นหรือเกียจคร้าน สถานที่ควบคุมนี้สร้างในวัด และบริหารงานโดยพระ โดยรับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 20 ปี ซึ่งถูกศาลพิพากษาลงโทษในคดีอาญา รวมทั้งเด็กที่ต้อร่นยากแก่การศึกษาอบรม หรือที่บิดามารดาปกครองไม่ได้ เด็กเหล่านี้จะถูกดูแลก่อนข้างเข้ม่งวดภายในห้องโถงขนาดใหญ่ ในเวลากลางคืนจะกลับสู่ห้องของตนเองเพื่อพักผ่อน และฝึกจิตใจ

เข้าใจกันว่า สถานที่ควบคุม (Hospice) นี้ ได้วิวัฒนาการต่อมาจนกลายมาเป็นแบบอย่างของสถานที่ควบคุมเด็กกระทำคามผิดในสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้เลียนแบบการแบ่งการควบคุมออกเป็นสถานที่ทำงานและห้องควบคุม และแยกเด็กที่กระทำคามผิดออกจากเด็กธรรมดา⁹

4. กฎหมายคอมมอนลอว์

จากพยานหลักฐานที่รวบรวมได้ปรากฏว่า กฎหมายอังกฤษยุคแรกมีรากฐานมาจากการกำหนดความรับผิดชอบร่วมกันของกลุ่ม (Group Responsibility) กฎหมายของกษัตริย์อินเน (King Ine) ใช้บังคับในระหว่างปี คศ.688 ถึง คศ.725 ตัวอย่างของการบัญญัติกฎหมาย เช่น บัญญัติว่าผู้ใดลักทรัพย์ของผู้อื่นโดยภรรยาและบุตรไม่เห็นด้วย จะต้องชดใช้เงินเป็นจำนวน 60 ชิลลิง ซึ่งถือได้ว่าเป็นการลงโทษทางอาญาอย่างหนึ่ง หากบุตรภรรยาู้เห็นเป็นใจด้วยในการ

⁸Ibid. p.7

⁹ประธาน วัฒนาวณิชย์ : เรื่องเดียวกัน, หน้า 18

ลักทรัพย์ให้หน้าตัวทุกคนมาเป็นทาส

กฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษในระหว่างปี คศ. 924 - คศ. 939 บัญญัติเกี่ยวกับโทษทางอาญาในการประหารชีวิตผู้กระทำความผิด แต่ก็ยังมีบัญญัติยกเว้นสำหรับเด็กราว โดยห้ามมิให้ประหารชีวิตเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 15 ปี เว้นแต่ในกรณีที่ขจัดเงินหรือหลบหนี และการประหารชีวิตในความผิดฐานลักทรัพย์ซึ่งมีมูลค่าน้อยกว่า 12 เพนนี จะกระทำไม่ได้ เว้นแต่มีการหลบหนีหรือขจัดเงินการจับกุม

ต่อมา พวกนอร์แมน (Norman) ปกครองอังกฤษ สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นเด็กอ่อนเยาว์ได้รับความกระทบกระเทือนไปด้วย กล่าวคือ การเป็นเด็กไม่เป็นข้อแก้ตัวให้บุคคลพ้นจากความรับผิดทางอาญา แต่ศาลอาจพิจารณาภัยโทษสำหรับความผิดอาญาที่เด็กได้กระทำลงไป และเด็กนั้นอายุไม่เกิน 7 ปี ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้พิพากษาเป็นหลัก

การใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษาดังกล่าว ในสมัยแรก ๆ ศาลจะพิจารณาจากเงื่อนไขต่อไปนี้¹⁰

1. ความเจริญเติบโตทางร่างกาย
2. ลักษณะของความผิดที่ได้กระทำ
3. ความรู้สึกผิดชอบชั่วดี หรือเรียกว่ารู้ถึงความแตกต่างระหว่างความถูก-ผิดหรือไม่
4. มีเจตนาในการกระทำความผิดหรือไม่

ในปี คศ. 1800 กฎหมายอังกฤษได้บัญญัติว่าบุคคลที่มีอายุ 14 ปี ให้ถือว่าพ้นสภาพความเป็นเด็ก เป็นผู้ใหญ่แล้ว และนอกจากนี้ยังกำหนดให้เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 7 ปี ไม่ต้องมีความรับผิดในคดีอาญาใดๆ โดยได้พิจารณาถึงธรรมชาติของเด็กแล้วว่า เด็กในวัยหรืออายุเพียงเท่านั้นไม่อาจกระทำผิดอาญาร้ายแรงใด ๆ ได้ เนื่องจากไม่มีเจตนาชั่วร้าย (Mensrea) นั้นเอง¹¹

ส่วนเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี อาจกระทำความผิดทางอาญาได้ แต่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาในการกระทำความผิดของเด็กนั้นถึงขนาด ปราศจากข้อสงสัยใดๆ จึงจะสามารถลงโทษแก่เด็กนั้นได้

¹⁰ Ibid

¹¹ ประธาน วัฒนวาณิชย์ : เรื่องเดียวกัน, หน้า 19, 24.

การพิสูจน์เจตนาชั่วร้าย และความรู้สึกสำนึกในการกระทำเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการพิพากษาลงโทษเด็กที่กระทำความผิด โดยทั่วไปศาลจะพิพากษาปล่อยตัวด้วยเหตุผลที่ว่า "เด็กยังอ่อนวัยย่อมไม่รู้สำนึกในการกระทำ" ขณะเดียวกันลูกชนกก็สังเกตเห็นที่จะวินิจฉัยลงโทษทางอาญาแก่เด็กที่กระทำความผิด แม้ถึงว่าในที่สุดจะมีบางคดีที่เด็กได้รับโทษทางอาญารุนแรงที่สุดคือ โทษประหารชีวิต เด็กที่ได้รับโทษนี้มักจะได้รับ การอภัยโทษ หรือลดหย่อนผ่อนโทษจากพระมหากษัตริย์ หรือในบางกรณีก็ใช้วิธีเนรเทศเด็กที่กระทำความผิดไปยังออสเตรเลีย หรือเวลส์ ในตอนใต้ แทนโทษประหารชีวิตนั้น

นอกจากนี้ที่เห็นได้ชัดในเรื่องการคุ้มครองเด็กสมัยปลายศตวรรษที่ 19 กษัตริย์อังกฤษทรงเห็นว่า มีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นในสังคม โดยเฉพาะกรณีเด็กถูกทอดทิ้งปราศจากผู้เลี้ยงดู เด็กถูกทำร้ายหรือถูกทารุณกรรม รวมไปถึงเด็กร่อนเร่พเนจร จากจุดนี้ทำให้เกิดแนวคิดที่ว่ารัฐควรเข้าแทรกแซงด้วยการนำเด็กมาเลี้ยงดูเสียเอง ซึ่งถ้าพิจารณากันอย่างรอบคอบแล้ว การนำเด็กมาเลี้ยงดูเองเช่นนี้ก็เท่ากับเป็นการนำเด็กแยกออกมาจากครอบครัวของเด็กเอง ซึ่งโดยหลักการแล้วทำไม่ได้ การที่รัฐจะเข้าแทรกแซงจะต้องกระทำต่อเมื่อกรณีจำเป็นจริง ๆ แต่จากกรณีที่เด็กถูกทารุณกรรม ถูกทำร้าย อาจจะได้โดยบิดามารดาของเด็กเอง กรณีเด็กเร่ร่อนจรจัดถือได้ว่าเป็นกรณีจำเป็นแล้วให้อำนาจของพระมหากษัตริย์ และเจ้าพนักงานของพระองค์เข้าแก้ไขปัญหานั้นได้ อันนี้เรียกว่าหลัก *Parens Patriae* ซึ่งเป็นที่มาของศาลคดีเด็กและเยาวชนของอังกฤษด้วย¹² จะเห็นได้ว่าวิวัฒนาการระบบความยุติธรรมสำหรับเด็กได้เริ่มขึ้นในยุโรปก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอังกฤษ และระบบนี้แพร่หลายไปสู่ประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ก็มีมิได้มีการแบ่งแยกการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเด็กออกจากคดีผู้ใหญ่ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1791 ได้มีกลุ่มประชาชนพยายามแก้ไขปัญหาคดีเด็กและเยาวชน โดยการก่อตั้งขบวนการ และวิธีการปฏิบัติต่อเด็กเพื่อคุ้มครองเด็ก รวมทั้งการปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำผิดด้วย

เมื่อมีการปฏิวัติอุตสาหกรรมการบังคับใช้กฎหมายที่จะให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับเด็ก ได้หย่อนคลายลง สืบเนื่องจากภาวะความต้องการใช้แรงงานมีสูงมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งแรงงานเด็กมีอยู่มาก และเสียค่าใช้จ่ายน้อย ในยุคนั้นเด็กถูกเอารัดเอาเปรียบมากจากการใช้แรงงานเด็กในอุตสาหกรรมต่าง ๆ¹³

ในปี ค.ศ. 1828 มีการจัดตั้งสถานกักกันเด็กและเยาวชนขึ้นเป็นครั้งแรกในนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา ซึ่งการจัดตั้งสถานกักกันดังกล่าวได้ใช้ระยะเวลาในการวางแผนถึง 5 ปี ทั้งนี้

¹²ประธาน วัฒนวาณิชย์ : เรื่องเดียวกัน, หน้า 102.

¹³Simon and Gordon III, *Juvenile Justice in America*, p.24-25.

เพื่อแยกที่คุมขัง เด็กออกจากที่คุมขังผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่อย่างเด็ดขาด ถือเป็น การปฏิบัติรูป
สถานที่ควบคุม เด็กที่กระทำผิดให้มีสภาพความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น

การเปลี่ยนแปลงวิธีปฏิบัติต่อเด็กในสหรัฐอเมริกา เริ่มต้นในภายหลังจากการพิพากษา
ความผิดแล้วมากกว่าก่อนการพิจารณาคดี และความสนใจนี้ได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างช้า ๆ มาสู่
กระบวนการพิจารณาก่อนพิพากษาความผิด เช่น กฎหมายในมลรัฐแมสซาชูเซตต์ ในปี 1869
กำหนดให้ผู้แทนของรัฐหรือผู้ช่วยต้องมาปรากฏตัวในศาล ในกรณีที่ศาลจะขังเด็กผู้กระทำผิดไว้ใน
สถานกักกันในปี ค.ศ. 1879 กำหนดให้การดำเนินคดีผู้เยาว์ซึ่งมีอายุไม่เกิน 16 ปี ในศาลพิเศษ
ซึ่งแยกออกจากการพิจารณาคดีอาญาของผู้ใหญ่

ในปี ค.ศ. 1899 กฎหมายของรัฐอิลลินอยส์ได้จัดตั้งศาลคดีเด็กขึ้นเป็นแห่งแรกใน สหรัฐ
อเมริกา ณ เมืองค็อก เคาน์ตี (Cook County) เพื่อพิจารณาคดีที่เด็กกระทำผิด และเด็กที่ถูก
ครอบครัวทอดทิ้ง นับว่าเป็นการแยกเป็นศาลพิเศษ และเป็นอิสระอย่างแท้จริง

ในสมัยแรก ประชญาของศาลต้องการช่วยเด็กให้รอดพ้นจากความยากลำบาก การถก
ท้าวร้ายการพลัดพรากจากบิดามารดา ดังที่พิพากษาจูเลียน แม็ค (Julian Mack) ซึ่งเป็น
ผู้บุกเบิกขบวนการจัดตั้งศาลเด็กในสหรัฐอเมริกากล่าวไว้ว่า

"ปัญหาการวินิจฉัยของผู้พิพากษาจะหาอย่างไรจึงจะเป็นการดีที่สุดสำหรับเขา (เด็ก)
และดีที่สุดสำหรับรัฐ"¹⁴

ผลสำเร็จของขบวนการด้านมนุษยชนเพื่อช่วยเหลือ เด็ก เป็นผลให้มีการจัดตั้งระบบความ
ยุติธรรมสำหรับเด็กและ เยาวชนแยกออกจากผู้ใหญ่ และมีวิธีปฏิบัติแตกต่างจากศาลผู้ใหญ่ แต่มีข้อ
สังเกตว่าระบบความยุติธรรมสำหรับเด็กในสหรัฐอเมริกามีลักษณะที่แตกต่างกันในแต่ละรัฐ และใน
แต่ละเขตอำนาจศาล ในการพิจารณาคดี ทั้งชื่อของศาล การจัดรูปแบบของคั่งร ฯลฯ ประชญาสำคัญ
เบื้องหลังของการจัดตั้งระบบความยุติธรรมสำหรับเด็กของสหรัฐอเมริกา คือ การให้ความคุ้มครอง
เด็ก อีกทั้งช่วยเหลือแก้ไขและฟื้นฟูสภาพจิตใจของเด็ก

คดีตัวอย่างในสหรัฐอเมริกา ซึ่งก่อให้เกิดการตื่นตัวต่อปัญหาการคุ้มครองสิทธิของเด็ก
ได้แก่คดี Inre Gault, 387 US.1 (1967) ซึ่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วางมาตรการ
คุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้¹⁵

¹⁴cf. Ibid p. 73.

¹⁵Ibid p. 78.

1. การแจ้งข้อหา
2. สิทธิที่จะมีทนายความ
3. สิทธิที่จะเผชิญหน้าผู้กล่าวหา และซักค้านพยาน
4. สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้ให้การ เป็นปฏิปักษ์แก่ตนเอง

แนวทางในการศึกษาด้านประวัติศาสตร์กฎหมายสากลจะพบได้ว่า มีการบันทึกถึงการให้ความคุ้มครองแก่เด็กในลักษณะต่าง ๆ ทั้งทางด้านร่างกายของเด็กเอง และด้านครอบครัวและทรัพย์สินของเด็ก การให้การศึกษอาบรม การยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษให้แก่เด็กที่กระทำผิด บัญญัติเป็นกฎหมายมาตั้งแต่โบราณ ซึ่งมีการพัฒนาโดยตลอดเป็นรากฐานในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเด็กในปัจจุบัน

ข. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

เนื่องจากประเทศไทยมีที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ซึ่งตั้งอยู่ตรงกึ่งกลางพอดี ระหว่างวัฒนธรรมของอินเดียกับจีน และกล่าวได้ว่าโดยสภาพของวัฒนธรรมไทยโดยทั่วไปแล้วได้รับอิทธิพลจากอินเดียค่อนข้างมากขณะเดียวกันวัฒนธรรมจีนก็มีโอกาสเติบโตโดยการชักนำของกลุ่มชนชั้นปกครองของไทยที่ค้าขายติดต่อกับจีน รวมทั้งการอพยพของชนจีนเข้าสู่ประเทศในสมัยต้นรัตนโกสินทร์ หลักฐานของการรับเอาวัฒนธรรมของทั้งอินเดียและจีนยังคงปรากฏให้เห็นจนถึงปัจจุบัน ไม่ว่าจะด้วยความเชื่อทางศาสนา พิธีกรรม การปกครองต่าง ๆ ศิลปะแขนงต่างๆ แม้จะมีการปรังแต่งให้เข้ากับวัฒนธรรมไทยดั้งเดิมไปแล้ว แต่ก็ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่ามีรากฐานความคิดมาจากอินเดียและจีนนั่นเอง¹⁶

จากการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยตั้งแต่สมัยสุโขทัยเป็นต้นมา ได้ค้นพบหลักฐานจากหลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงซึ่งได้บัญญัติความสัมพันธ์ในครอบครัว เช่น เมื่อบิดามารดามีชีวิตอยู่ บุตรมีหน้าที่ปฏิบัติต่อบิดามารดา "เมื่อชั่วพ่อ กูบาเรอแก่พ่อ กูบาเรอแก่แม่ กูได้ตัวเนอตัวลา กูเอามาแก่พ่อ" และเมื่อบิดา และพี่ถึงแก่ความตายแล้ว จึงได้ขึ้นครองเมือง ดังปรากฏข้อความในศิลาจารึกว่า "พ่อตาย ดั่งพี่ กูปรำบาเรอแก่พี่ ดั่งบาเรอแก่พ่อ พี่ตาย จึงได้เมืองแก่กู่กวม" ในส่วนที่เกี่ยวกับการสมรสกสิลาจารึกได้กล่าวถึงพลเมือง ลูกเจ้าลูกขุนผู้ใด เมื่อเสียชีวิตแล้วเรือนของบรรพบุรุษและทรัพย์สินต่างๆ เช่น เสื้อผ้า ข้าวมา ฉางข้าว ป่าหมาก ป่าพลู ให้ตกเป็นมรดกแก่ลูกของเขาทั้งหมด จารึกไว้ว่า "เย่าเรือนพ่อเชื้อเสื้อค้ำมัน

¹⁶สรรพสิทธิ์ คุ่มพ่ประพันธ์ : เอกสารเรื่องแนวทางการป้องกันและแก้ไขการละเมิดสิทธิเด็กในประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก มูลนิธิเด็ก) หน้า 1.

ข้างขลุ่ยเมียบีเยี้ยว ไพร่ฟ้าข้าไท บ่าหมาก บ่าพลู พ่อเชื่อนั่น ไว่แก่ลูกมันสิ้น" ข้อความที่จารึกเกี่ยวกับความผิดของเด็กไม่ปรากฏในศิลาจารึก แต่มีข้อความเกี่ยวกับการพิจารณาว่าคดีเมื่อมีด้วยความกัน ไม่ให้พิจารณาลาเอียงเข้าข้างฝ่ายใด และผู้มีความเดือดร้อนในเรื่องใด ๆ ให้มาเข่ากระดิ่งที่ประตูเมือง¹⁷

กฎหมายเก่าอีกฉบับหนึ่งซึ่งรวบรวมไว้ในกฎหมายตราสามดวงเรียกว่า "คัมภีร์พระธรรมศาสตร์" คัมภีร์นี้ประมวลขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2347 ในสมัยรัชกาลที่ 1 ได้บัญญัติในเรื่องครอบครัว อาทิ ลักษณะวิวาทแบ่งปันมรดกไม่เป็นธรรม และการพาดูบุตรผู้อื่นไป¹⁸

บทบัญญัติซึ่งเกี่ยวกับเด็กได้กล่าวไว้ในกฎหมายลักษณะวิวาท มาตรา 10 เด็กต่อยตีกันให้พ่อแม่ห้ามปราม ฯลฯ และเด็ก 7 ขวบ เท่า 70 เป็นคนหลงไหลไปค้าตีทานๆ ห้ามมิให้ปรับไหมมีโทษ แต่ให้นายบ้านนายเมืองช่วยกล่าวให้สมัครสมานผู้เจ็บนั้นโดยควร

"กฎหมายลักษณะวิวาท" กล่าวถึงเด็กอายุ 7 ขวบ เป็นภาษาเก่าที่เขียนไว้ในศิลาจารึกในสมัยสุโขทัย "เข้าแปลว่า ปี" กฎหมายห้ามมิให้ลงโทษแต่ให้เจ้าหน้าที่ทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

นอกจากนี้ยังพบว่า ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 4 ได้มีประกาศพระราชบัญญัติผู้ขายเมีย จ.ศ. 1229 (พ.ศ. 2410) มีสาระสำคัญตอนหนึ่งกำหนดไว้ว่า ". . . ถ้าพ่อแม่เอาชื่อลูกมาขาย ถ้าลูกอายุยังไม่ถึง 15 ปี แลอยู่กับพ่อแม่มัน ถึงไม่มีแม่แกใด (ลายมือ) และขายอมด้วยก็เป็นอันขายได้ แต่ถ้าลูกแยกย้ายไปจากพ่อตามที่เป็นผู้ชายแล้ว คือพ่อแม่โกรธหย่าร้างกัน ลูกตกไปอยู่ข้างอื่นจากผู้ขาย หรือญาติฝ่ายอื่นจากผู้ขาย จะลอบเอาชื่อมาขายไม่ได้ไม่เป็นอันขาย ให้เร่งเงินเอาแก่ผู้ขาย แลผู้ขายประกันจะเกาะเรือนเบี้ยไม่ได้ ก็ถ้าลูกชายก็ตีลูกหญิงก็ตี อายุถึง 15 ปี ขึ้นไปแล้ว ถ้าพ่อแม่มันจะเอามาขาย ต่อมันลงแกใดยินยอมมีผู้รู้เห็นด้วยจึงเป็นอันขาย . . ." จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้ให้การรับรองคุ้มครองสิทธิเด็ก พ่อแม่จะนำบุตรที่มีอายุกว่า 15 ปี ไปขายโดยไม่ได้รับความยินยอมของบุตรไม่ได้ กฎหมายฉบับนี้มีคุณค่าทางนิติศาสตร์อย่างยิ่ง นับว่าเป็นจุดเริ่มต้นของแนวความคิดที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็ก

ในระยะต่อมา มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา โดยได้มีการกำหนดบทลงโทษต่อผู้ละเมิดสิทธิเด็ก และให้ความคุ้มครองแก่เด็กไว้ในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

17 ประธาน วัฒนวาณิชย์ : เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

18 ประธาน วัฒนวาณิชย์ : เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนไว้ในมาตรา 56 ความว่า "ถ้าเด็กอายุยังไม่เกิน 7 ขวบ กระทำความผิด ท่านว่ามันยังมีรู้ผิดและชอบ อย่าได้ลงอาญาแก่มันเลย" ส่วนการกระทำผิดของบุคคลที่มีอายุเกินกว่า 7 ปี กฎหมายลักษณะอาญาได้วางบทบัญญัติของกฎหมายคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายอาญามันปัจจุบัน กล่าวคือ หากอายุยังไม่เกิน 14 ปี เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจดำเนินการต่าง ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร เช่น การว่ากล่าวตักเตือน เป็นต้น

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น อาจสรุปให้เห็นถึงสถานะของเด็กและแนวทางของกฎหมายในการให้ความคุ้มครองแก่เด็กได้ ดังนี้

1. สถานะของเด็กตามกฎหมายจารีตประเพณี ก่อนประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2451

อาจสรุปได้ว่า สถานะของเด็กอยู่ใต้ปกครองของบิดามารดา ภายใต้อำนาจปกครองของสามีชายอยู่ใต้บังคับของภรรยา ด้วยเหตุที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีจึงขาดการกำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจของบิดามารดาต่อบุตรที่ชัดเจน ทำให้บิดามารดาบางกลุ่มแสวงหาผลประโยชน์จากเด็กโดยอาศัยอำนาจปกครองซึ่งมีมากจนกระทั่งเด็กมีสถานะเป็นเพียงทรัพย์สินของบิดามารดา ดังจะเห็นจากประกาศของรัชกาลที่ 4 ซึ่งประกาศเมื่อวันที่ 4 เดือนนี้ ขึ้นหนึ่งค่ำ ปีฉลู สัปตศก ศักราช 1227 (วันที่ 5332 ในรัชกาลที่ 4) มีเนื้อความตอนหนึ่งว่า "วิสัยคนตระกลด่าแต่คิดจะหาเงินหาทองมาก แต่บุตรไม่ควรที่จะต้องยากเพราะบิดามารดาจึงต้องตัดสัจใจให้ตามใจบุตรสมัคร" กรณีที่เกิดประกาศฉบับนี้ ซึ่งมีค่าบังคับทางกฎหมายเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติในยุคนั้นปัจจุบัน ก็เนื่องมาจากมีบุตรสาวรายหนึ่งที่ถูกบิดามารดาขายให้แก่ผู้มีฐานะที่มิสมัครใจ จึงไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาขายนั้น คู่กรณีได้ฟ้องร้องให้ลูกขุนตลาการซึ่งมีอำนาจพระคตบังคับให้บุตรสาวนั้นยอมปฏิบัติตามสัญญาที่บิดามารดาไปขายไว้ แต่เมื่อไม่มีกฎหมายรองรับที่ชัดเจนทำให้ลูกขุนตลาการไม่กล้าพระคตกลับใช้วิธีคุมขังบุตรสาวบังคับให้ทำงานหนัก เธอจึงหลบหนีมาทูลเกล้าถวายฎีกาต่อพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระองค์ท่านจึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้ประกาศกฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการขายบุตรของบิดามารดาว่าจะกระทำไดก็ต่อให้บุตรยินยอมและยินยอมให้ขายในราคาเท่าใดก็ขายได้เพียงเท่านั้นด้วย เพราะถ้าขายราคาสูงภาระในการไถ่ตัวให้เป็นอิสระของบุตรก็จะสูงตาม ดังข้อความคือ

"บิดามารดาไม่ได้เป็นเจ้าของบุตรชายบุตรหญิง ดังหนึ่งคนเจ้าของโคกระบือช้างม้าจะตั้งราคาขายตามชอบใจได้ ถาดังนายเงินเป็นเจ้าของทาสที่มีค่าตัวจนจะขายทาสนั้นตามค่าตัวเดิมได้เมื่อบิดามารดาอยากจนจะขายบุตร ต่อบุตรยอมให้ขายจึงขายได้ ถ้าไม่ยอมให้ขายก็ขายไม่ได้ ถายอมให้ขาย ถ้าบุตรยอมรับนี้ค่าตัวเพียงไรก็ขายได้แต่เพียงเท่านั้น กฎหมายเก่าอย่างไรผิดไปจากอย่างนี้อ่าเอา" ซึ่งอาจถอดความได้ว่า

"บิดามารดา มิได้เป็นเจ้าของบุตร เช่นเดียวกับเจ้าของช้างม้าวัวควายจะตั้งราคาขายบุตร เช่นเดียวกับตั้งราคาขายช้างม้าวัวควาย หรือเช่นเดียวกับนายทาสตั้งราคาขายทาสค่าตัวที่ขอมาริไม่ได้ บิดามารดาจะขายบุตรได้ก็ต่อเมื่อบุตรนั้นให้ความยินยอมและจะขายในราคาเกินกว่าที่บุตรยินยอมให้ขายไม่ได้ กฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายนี้ให้ยกเลิก"

นับว่าเป็นกฎหมายที่สร้างหลักประกันสิทธิให้แก่เด็กฉบับแรกของประเทศไทย และเป็นพระราชอำนาจของรัชกาลที่ 4 ที่ทรงลดทอนอำนาจของบิดามารดาตามจารีตประเพณีเดิมได้อย่างละมุนละไมด้วยการกำหนดเงื่อนไขในการขายบุตร หากทรงยกอำนาจขายบุตรเสียเลยอาจทำให้กฎหมายฉบับนี้เป็นหมันไปก็ได้

อย่างไรก็ตาม ในด้านอื่นๆ เช่น อำนาจปกครอง บิดามารดา ก็ยังมีอำนาจสมบูรณ์เหนือเด็ก แม้จะถูกลดทอนไปบ้าง ก็ด้วยความเชื่อในเรื่องศีลธรรมที่อาจมีบทบาทมิให้บิดามารดาทำร้ายหรือฆ่าบุตรโดยลูกแก่โทษเท่านั้น

2. สถานะของเด็กตามจารีตประเพณี และกฎหมายลายลักษณ์อักษร ภายหลังการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2451

การประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2451 เป็นการยุติสถานะของบุคคลประเภททาสหรือคล้ายทาสลงอย่างสิ้นเชิง รวมทั้งการซื้อขาย จาหน้าย รับ หรือหน่วงเหนี่ยวบุคคลหนึ่งบุคคลใด ดังนั้นการขายบุตรของบิดามารดาในแง่ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเป็นการก่ออาชญากรรม อย่างไรก็ตาม ภาวะการขายบุตรในเชิงวัฒนธรรมประเพณียังคงดำรงอยู่ได้ โดยลครูปแบบของการขึ้นต่อนายทาสมาเป็นการยกให้ไว้ใช้งาน หรือพาเรอทางเพศต่อนายเงินต่างดอกเบียหรือเพื่อชားหนี่ และโดยที่การประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2451 ยังไม่มีผลกระทบต่อกรณีของการสมรสที่ชายอาจมีภริยาได้หลายคน จึงทำให้การขายบุตรสาวแฝงอยู่ในรูปยกให้เป็นภริยาของคหบดีได้อีก และแม้ว่าจะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ซึ่งเป็นการกำหนดสถานะของบุคคลในครอบครัว รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นก็ตาม วัฒนธรรมประเพณีของการขายบุตรที่แฝงอยู่ในรูปของการชားหนี่ยังคงดำรงมาได้อย่างต่อเนื่อง

สำหรับสิทธิและหน้าที่ของเด็กก็ยังคงอยู่ใต้อำนาจการปกครองดูแลของบิดามารดาอย่างปราศจากเงื่อนไข จนเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว เมื่อ พ.ศ. 2477 แล้ว จึงมีเงื่อนไขในการปกครองดูแลบุตรของบิดามารดาเพิ่มขึ้น แต่ก็หนักไปในเรื่องการปกครองดูแลบุตรในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน จะมีเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดา ก็คือประเด็นของการทำโทษบุตร ซึ่งกฎหมายกำหนดรายละเอียดไว้ว่ามีสิทธิทำโทษบุตรตามสมควร เพื่อว่ากล่าวสั่งสอน รวมทั้งอาจร้องต่อศาลให้เพิกถอนอำนาจปกครองของผู้ปกครองที่ใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือประพฤดิชั่วร้ายได้

เมื่อพิจารณารายละเอียดทางปฏิบัติของคำว่า มีสิทธิทำโทษบุตรตามสมควร เพื่อว่ากล่าวสั่งสอนจะเห็นว่าการใช้อำนาจลงโทษบุตรของผู้ปกครองมีเงื่อนไขอยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ ประการแรกต้องเป็นการทำโทษเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน ดังนั้นจะทำโทษ (ทำร้าย) บุตรด้วยเหตุผลอื่นไม่ได้ประการที่สองต้องกระทำแต่พอสมควร สำหรับในส่วนนี้ไม่มีความชัดเจน ทั้งนี้เพราะความเหมาะสมนั้นเปลี่ยนแปลงไปได้ตามกาลเวลาและสถานที่ ดังนั้น ขอบเขตของความเหมาะสมจึงอยู่ที่ความเห็นและทัศนคติของวิญญูชนที่ท้องถิ่นนั้นในขณะนั้น ๆ ด้วยว่าอย่างไรจึงควรอย่างไรจึงไม่ควร เช่น สมัย 30 ปีก่อนการทำโทษเด็กโดยใช้ไม้ไผ่เหลวเส้นผ่าศูนย์กลาง 2 ซม. พาดที่ร่างกายของเด็กจนเกิดรอยแตกเขียวช้ำหลายแผลนั้นก็จะเป็นการทำโทษสมควรได้ หากเป็นยุคปัจจุบันคงมีเพียงน้อยคนที่อาจยอมรับการทำโทษเช่นนั้นว่าเหมาะสมได้ และโดยที่กฎหมายไทยเป็นระบบประมวล การทำโทษบุตรโดยบิดามารดาที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวก็อาจกลายเป็นการกระทำความผิดทางอาญาได้ อย่างไรก็ตามนี้เป็นเพียงอุดมคติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ไม่ได้นำมาใช้ปฏิบัติจริงจัง เว้นแต่จะเกิดอันตรายอย่างร้ายแรงแก่ร่างกายหรือชีวิตเด็กเท่านั้นที่อาจกระตุ้นมติมหาชนให้ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยปกติทั่วไปแล้ว บิดามารดาจะใช้อำนาจปกครองดูแลบุตรของตนตามกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงทางคุณภาพไปไม่มากนัก

2.1 แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กและผู้เยาว์ ในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ในประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กและผู้เยาว์มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ในประเทศไทยแนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็ก และผู้เยาว์เฉพาะในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ เท่าที่ค้นคว้ามาได้ในขณะนี้เกิดขึ้นจากประกาศศกปริกษา ตัดสินเรื่องจำนำเด็ก จ.ศ. 1244 (2425) ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ประกาศดังกล่าวเป็นการตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดฐานพรากเด็กไปจำนำ โดยมีสาระสำคัญคือ ถือว่าการลักเด็กไปจำนำเป็นเรื่องร้ายแรงมากไม่เคยเกิดมาก่อน เป็นอันตรายต่อความสงบสุขของราษฎร จึงต้องลงโทษสถานหนัก เพื่อความสมบูรณ์ในเนื้อหา จึงขอพระราชทานดังกล่าวมาลงไว้โดยละเอียดดังนี้ คือ¹⁹

¹⁹คัดจากกฎหมายในรัชกาลที่ 5 ซึ่งโปรดเกล้าฯ ตั้งขึ้นไว้ตั้งแต่ปีมะโรง สัมฤทธิ์ศก 1230 มาจนถึง ร.ศ.114; เล่ม 1-5 (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา) หน้า 583-588



ประกาศ
คำปรึกษาตัดสินเรื่องจำนำเด็ก

ความเรื่องนี้มีพระบรมราชโองการ ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้พระยาศรีสุนทร
โวหาร เชิญพระบรมวงษานุวงษ แลท่านเสนาบดี ข้าทูลลอองธุลีพระบาทมาประชุมพร้อมกัน ณ หอ
มิวเซียมปถุชลาลงความเห็นข้อความตามสำเนาตั้งนี้

ข้าพระพุทธเจ้า สมเด็จพระเจ้าบรมวงษเธอ เจ้าฟ้าหมามาลา กรมพระบำราบปรปักษ์
สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าจาตุรนต์รัสมิ์ กรมหลวงจักรพรรดิพงษ์ สมเด็จพระเจ้าน้อง
ยาเธอ เจ้าฟ้าภาณุรังษีสว่างวงษ กรมหลวงภาณุพันธุวงษวรเดช กรมหมื่นนเรศวรฤทธิ กรมหมื่น
พิชิตย์ปรีชากร กรมหมื่นอดิศรอุดมเดช กรมหมื่นภูเรศธำรงค์ศักดิ์ กรมหมื่นประจักษ์ศิลปาคม
กรมหมื่นเทววงษะโรประการ เจ้าพระยาสุรวงษ์ไวยวัฒน์ เจ้าพระยาภาณุวงษมหาโกษาธิบดี
เจ้าพระยาพลเทพกระษेत्रาธิบดี เจ้าพระยามหินธรงค์ศักดิ์ธำรงค์ เจ้าพระยาศรีพิพัฒย์ พระยา
อภัยรณฤทธิ พระยาเจริญราชไมตรี พระยาภาณุวงษ กรมพระยากระดาโหมราชเสนา พระยาเทพ
ประชน พระยาราชวรานุกูล พระยาจำแสนบดี

ขอพระราชทานกราบบังคมทูลพระกรุณา ได้ทรงทราบฝ่าลอองธุลีพระบาท ด้วยทรงพระ
กรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ข้าพระพุทธเจ้าประชุมกันปรึกษาเรื่องความ อีแก้วผู้ร้ายลักเด็กไปจำนำเงิน
หยงติดฝั้ว อาแดงง่วนเง็กกรรยาอัสสินลาผู้รับประกัน ถ้าเห็นควรจะตัดสินลงโทษประการใด และ
จะคิดป้องกันการช่งนำต่อไปประการใด ให้ปรึกษาพร้อมกันนำความขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณานั้น
พระเดชพระคุณมหาที่สุตมิได้ ข้าพระพุทธเจ้ารับใส่เกล้าฯ ได้ประชุมกันตรวจตรองข้อความแล้ว
เห็นด้วยเกล้าฯ ว่าการลักเด็กจำนำซึ่งเกิดขึ้นครั้งนี้เป็นการแปลกปลาด แลเป็นเหตุอันร้ายกาจซึ่ง
ไม่เคยมีมาแต่ก่อน ควรจะต้องทำโทษให้จงหนัก ให้เป็นแบบอย่างไว้อย่าให้เหตุเช่นนี้ขึ้นอีกได้
ข้าพระพุทธเจ้า เห็นด้วยเกล้าฯ ว่าในความเรื่องนี้เงินหยงติดฝั้ว อาแดงง่วนเง็กกรรยา เป็นต้น
เหตุให้อีแก้วก่อการร้ายเพราะการเรื่องนี้ ถ้าเงินหยงติด อาแดงง่วนเง็ก ไม่ให้ทำยถือทางแล
รับรองกับอีแก้วว่าจะรับช่งจำนำเด็กก่อน ซึ่งอีแก้วพรากมาจากมารตามาจำนำ อีแก้วก็ไม่ทำความ
ช่งความร้ายในครั้งนี้ เพราะนอกจากเงินหยงติด อาแดงง่วนเง็กแล้วไม่มีผู้หนึ่งผู้ใดอื่นที่อีแก้วจะมุ่ง
หมายที่จะขายแลจำนำทารกอ่อนดั่งนี้ได้ เพราะการอย่างนี้ยังไม่มีแห่งหนึ่งแห่งใด อีแก้วเมื่อเวลา
รับเอาเด็กมาก็ยังหาเป็นผู้ร้ายไม่ เพราะไม่ได้ความว่าอีแก้วพลวงถูลักเอามาต่อเงินหยงติด
อาแดงง่วนเง็ก พุดจาสัญญาจะให้เงินกับอีแก้ว ๆ จึงได้เกิดปราถนาอยากจะได้เงินของเงินหยงติด
อาแดงง่วนเง็ก จึงได้เป็นผู้ร้ายลักเด็กอายุสามขวบเดีวจำนำให้กับเงินหยงติด อาแดงง่วนเง็กใน
เวลานั้น เพราะฉนั้นจึงเห็นว่าเงินหยงติด อาแดงง่วนเง็ก เป็นต้นเหตุก่อการร้ายเรื่องนี้

ประการหนึ่งการเรื่องที่เงินหยงติด อาแดงง่วนเง็ก ก่อเหตุผลอันร้ายกาจขึ้นครั้งนี้ มิใช่
เพราะเห็นการไม่มีผิด ฤาโลกอยากได้ประโยชน์ในการที่ทำ ฤาดด้วยความรักเด็ก ฤากรณาต่อ

อ๊แก่อย่างหนึ่งอย่างใด เพราะแลเห็นได้อยู่ว่าการที่สัญญาจากรักกับอ๊แก่ครั้งนั้นดอกเปียวันละ
 เฟื่อง พิศุระหัดคนตามธรรมดา แม้ถึงไม่ต้องเสียเงินราคาเด็กให้อ๊แก่ แต่จะเอาเด็กมา
 จำงให้เลี้ยงเปล่า ๆ วันละเฟื่อง ก็จะไม่มีการรับประโยชน์ที่เงินหยงติดที่อ๊แดงง่วนเง็กจะได้
 ไม่คุ้มค่าที่เลี้ยงเด็ก จึงควรเห็นว่าไม่เป็นการทำหากำไร ประการหนึ่งก็เป็นแต่รับจ่านาแลมี
 ดอกเปียไม่ได้สัญญาขายเป็นสิดเบินชาติ ซึ่งให้เหเนเบเนว่ารักใคร่อยากได้เด็กเลี้ยง จึงควรเห็นว่า
 การที่เงินหยงติดอ๊แดงง่วนเง็กทำทั้งนี้ด้วยความองอาจประมาทอาญาแผ่นดินปราดนาจะออกอ๊านาจ
 ให้ราษฎรโจรผู้ร้ายทั้งหลาย เห็นว่าตัวกล้าหาญจะทำการที่ผิดอย่างไรก็ทำได้ไม่มีโทษ ปราดนาจะ
 ให้โจรผู้ร้ายลักของมาจากานที่ร้านของตัวให้มากขึ้น ให้เป็นที่ลำบากแลอันตรายแก่ราษฎรทั่วไป ซึ่ง
 เงินหยงติดอ๊แดงง่วนเง็ก กระทำเหตุอันตรายเป็นข้อจรรยาปัจจุบันแลอนาคตด้วยความตั้งใจมุ่ง
 หมายถึงนี้ มีความผิดเบเนอนมาก อ๊แก่เป็นผู้พรากเอาเด็กมาจากมารตามาจ่านาไว้กับคนใจร้าย
 ทำให้เด็กทนทุกข์ระมาร แล้วทำให้มารดาของเด็กพรัตกจากบุตรได้ความยากแค้นเคือคร้อน
 ต้องในถานโจรใจร้าย กระทำให้เป็นเหตุคร้อนหวาดหวั่นแก่ราษฎรทั้งหลาย ซึ่งมีบุตรทั้งปวง
 ต่อไปเพราะคิดทำการลักเด็กอ่อน ซึ่งแต่ก่อนไม่มีใครเคยทำเอามาขายมาจ่านาให้เป็นเหตุตัวอย่าง
 จันดังนี้ อ๊แก่มีความผิด อ๊สินลาเป็นผู้คบคิดกับอ๊แก่เข้ารับเบเนนายประกัน อ๊แก่กับเงินหยงติด
 อ๊แดงง่วนเง็กจึงได้รับจ่านาเด็กกัน อ๊สินลาได้ส่วนแบ่งเป็นผู้ร่วมคิดทำผิดด้วยอ๊แก่ เงินหยงติด
 อ๊แดงง่วนเง็ก อ๊สินลาอ๊แก่มีความผิดเสมอกัน เพราะโทษที่เกิดขึ้นทั้งนี้ อาไซรยการที่อายอ๊สิน
 นี้ทำการ ถ้าขาดไปแต่พวกหนึ่งพวกใด การร้ายอันนี้จะไม่เกิดขึ้น จึงเหเนด้วยเกล้าฯ พร้อมทั้ง
 ควรจะลงพระราชอาญา เขียนอายเงินหยงติดอ๊แดงง่วนเง็ก อ๊แก่ อ๊สินลาละ 2 ยก 60 ที แล้วเอา
 ตัวไปจำไว้ ณ คกให้เข็ดหลาบ และอย่าให้เป็นเยี่ยงอย่างต่อไป และการที่จะรักษาไปภายนานัน
 ขออย่าให้เป็นเยี่ยงอย่างต่อไป แล้วการที่จะทราบทั่วกัน ห้ามอย่าให้ใครทำตั้งอายอ๊สินนี้เป็นอัน
 ชาติ ถ้ามีฟังจับได้จะลงพระราชอาญาเหมือนครั้งนี้

ก็เห็นด้วยเกล้าฯ ว่า จะก่อส่งประจันการอย่างนี้มีให้มิต่อไปได้ ควรมิควรสุดแล้วแต่จะ
 ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ขอเดชะ

(ทรงเขน)

ซึ่งพระบรมวงษานวงษท่านเสนาบดีปฤกษาลงเนื้อเหนมานี้ เห็นว่าถูกต้องตามการอยู่
 แล้ว ควรเบเนแบบอย่างสืบไป ให้กรมหมื่นภุชเรศราชรงค์ศักดิ์ ลงโทษผู้ผิดแลตราพระราชบัญญัติไว้
 สำหรับแผ่นดินสืบไป ตั้งแต่ ณ วันอาทิตย์ เดือนอาย แรมสิบสามค่ำ ปีมแม จัตวาศก ๑๒๔๔

(พระราชหัดเลขา) สยามมินทร

ประกาศปฤกษาตัดสินเรื่องจ่านาเด็กฉบับดังกล่าวนี้ มีขึ้นไว้ตั้งแต่ปีมะโรง สัมฤทธิศก
 1230 มาจนถึง ร.ศ. 114 โดยสามารถสรุปสาระสำคัญได้ว่า การจ่านาเด็กเป็นเรื่องร้ายแรง
 มาก ไม่เคยเกิดมาก่อน ถือได้ว่าเป็นอันตรายต่อความสงบสุขของราษฎร จึงให้ลงโทษสถานหนัก

และประกาศห้ามมิให้ใครกระทำผิดฐานพรากเด็กไปจากรู้ ถ้าใครฝ่าฝืนจะลงโทษสถานหนัก

ผู้เขียนเห็นว่าประกาศคำปรึกษาตัดสินเรื่องจ่านาเด็ก จ.ศ. 1244 ฉบับนี้มีคุณค่าทางนิติศาสตร์อย่างยิ่ง เพราะเป็นการจุดประกายความคิดทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองแก่เด็กและผู้เยาว์ในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ในประเทศไทยในเวลาต่อมาเนื่อง เพราะการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ในความผิดลักษณะนี้ จากประกาศคำปรึกษาดังกล่าว จะมีบทลงโทษทางอาญาสถานหนัก แสดงให้เห็นว่า ความผิดฐานพรากเด็กเป็นการกระทำผิดที่ร้ายแรงในแง่ความรู้สึกของประชาชนโดยทั่ว ๆ ไป จึงมีการประกาศห้ามมิให้กระทำ หากฝ่าฝืนจะได้รับโทษหนัก เป็นการชี้ให้เห็นถึงการให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองเด็ก ซึ่งมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ และทำให้มีการพัฒนาแนวความคิดต่อมา โดยจะเห็นได้จากมีการบัญญัติความผิดลักษณะนี้ในรูปแบบของประมวลกฎหมายต่อมา นั่นคือได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ดังกล่าว ได้บัญญัติความผิดฐานพรากเด็กไว้ในมาตรา 273 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์บัญญัติไว้ในมาตรา 274 และมาตรา 275 ตามลำดับ ต่อมาได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญานับปัจจุบัน (ซึ่งถือได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายอาญานับที่สองของไทย)²⁰ โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ประกาศใช้มานานแล้ว และมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายแห่งสมควรที่จะได้รับการชำระสะสาง และนำเข้าสู่เป็นประมวลกฎหมายอาญานับเดียวกัน โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 เป็นต้นมา ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญานับปัจจุบันได้บัญญัติความผิดฐานพรากเด็กไว้ในมาตรา 317 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไว้ในมาตรา 318 และมาตรา 319 ตามลำดับ ซึ่งในความแตกต่างของความผิดฐานพรากเด็กตามมาตรา 273 แห่งประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กับความผิดฐานพรากเด็กตามมาตรา 317 แห่งประมวลกฎหมายอาญานับปัจจุบันอยู่ตรงที่ได้มีการบัญญัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงอายุของเด็ก จากความผิดพรากเด็กอายุต่ำกว่าสิบปี เป็นความผิดพรากเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี เช่นเดียวกับความแตกต่างในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอายุของผู้เยาว์จากความผิดพรากผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี เป็นความผิดพรากผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี โดยเฉพาะในมาตรา 275 ในประมวลกฎหมายอาญา 319 ได้ตัดคำว่า "เกลี้ยกล่อม" ออก เพราะทำให้เกิดความยุ่งยากไม่เข้าใจและไม่ลงรอย กับคำว่า "เต็มใจ" ในมาตรา 319

²⁰ หนังสือ "รพี 30" ของคณะกรรมการการศึกษา (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) หน้า 68-73.

²¹ จิตติ ดิงส์ภักย์ : คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 และภาค 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา 2517) หน้า 1811, 1815 และ 1823

เมื่อได้มีการบัญญัติความผิดฐานพรากเด็ก (มาตรา 317) และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ (มาตรา 318, 319) ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในความผิดตามมาตราดังกล่าวอีก 3 ครั้ง

ครั้งแรกแก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อ 12 แห่งประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 (ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 88 ตอนที่ 127 หน้า 1 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 21 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2514) ซึ่งเกิดจากการที่จอมพลถนอม กิตติขจร ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศจากรัฐบาลที่ตนเองเป็นนายกรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2514 คณะผู้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศ ซึ่งเรียกตนเองว่าคณะปฏิวัติได้ออกประกาศ ฉบับที่ 11 เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาว่า

"โดยที่คณะปฏิวัติมีความปรารถนาจะให้ประชาชน ได้รับความสงบสุขและปลอดภัยจากอาชญากรรม ในการนี้คณะปฏิวัติเห็นว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดบางประเภทตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่เพียงพอแก่การป้องกันและปราบปราม สมควรแก้ไขให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน"

การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้เป็นการเพิ่มโทษให้สูงขึ้นสำหรับความผิด ตามมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319

ครั้งที่สอง แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2525 (ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 99 ตอนที่ 108 หน้า 5 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 6 สิงหาคม พุทธศักราช 2525) ซึ่งเกิดจากเหตุผลว่า

"โดยที่ในปัจจุบันอาชญากรรมบางประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ และความผิดต่อเสรีภาพได้ทวีความรุนแรง . . . ซึ่งความผิดเหล่านี้ในบางกรณีได้มีการเพิ่มอัตราโทษมาครั้งหนึ่งแล้วตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2514 ในการนี้สมควรเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว

มาตราที่แก้ไขเพิ่มเติมในครั้งนี้ คือมาตรา 317 - มาตรา 320 22

ครั้งที่สาม(ครั้งสุดท้าย) แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พุทธศักราช 2530 (ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 104 ตอนที่ 173 หน้า 4 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 1 กันยายน พุทธศักราช 2530) ซึ่งเกิดจากเหตุผลว่า

"โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำ และยินยอมของรัฐสภา"

จะเห็นได้ว่าจากแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 3 ครั้ง มีการแก้ไขในส่วนเกี่ยวกับอายุของเด็กและผู้เยาว์ เพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายสามารถคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ได้ผลดียิ่งขึ้น อีกทั้งมีการเพิ่มเติมโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้หนักขึ้น เพื่อให้เกิดความเกรงกลัว ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีทางกฎหมายอาญา คือทฤษฎีการลงโทษและทฤษฎีคุ้มครองสังคมนั่นเอง

หลังจากมีการแก้ไข รวม 3 ครั้ง ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาอีก 4 ครั้ง กล่าวคือ ฉบับที่ 9 ปีพุทธศักราช 2530, ฉบับที่ 10 ปีพุทธศักราช 2532, ฉบับที่ 11 ปีภูมิภาพันธ์ พุทธศักราช 2535 และฉบับที่ 12 เมษายน 2535 แต่ก็ไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 317, มาตรา 318 และมาตรา 319 อีกแต่ประการใด 23

ดังนั้น มาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 ที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันจึงมีถ้อยคำดังต่อไปนี้

มาตรา 317

"ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควรพรางเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไปเสียจากบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื่อ จำหน่าย หรือ รับตัวเด็กซึ่งถูกพรางตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรางนั้น

ถ้าความคิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท."

มาตรา 318

"ผู้ใดพรางผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วยต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ซ้อ จาหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรางตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรางนั้น

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไรหรือเพื่อการรอนาจารผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปี ถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

มาตรา 319

"ผู้ใดพรางผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแล เพื่อหากำไร หรือเพื่อการรอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปี ถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ซ้อ จาหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรางตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรางนั้น"

2.2 แนวความคิดในการคุ้มครองเด็ก และผู้เยาว์ตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชนเป็นหลักประกันที่สำคัญอย่างหนึ่งของมนุษย์ที่บรรดาประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติได้เห็นพ้องกันตราขึ้นไว้เป็นบรรทัดฐาน เพื่อส่งเสริมคุ้มครองและพิทักษ์ไว้ซึ่งสิทธิพื้นฐานของประชาชนนานาประเทศทั่วโลก โดยประกาศปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พุทธศักราช 2491 รวมทั้งสิ้น 30 ข้อ

โดยที่ปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติมีเจตนารมณ์ที่บัญญัติขึ้นเพื่อรับรองสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ โดยมีได้คำนึงถึงความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง เผ่าพันธุ์ หรือสังคมแห่งชาติ ทรัพย์สิน กาเนิด หรือสถานะอื่น ๆ

สิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ดังกล่าวนี้ยังได้แบ่งแยกออกเป็นสิทธิสำคัญ ๆ หลายประการ กล่าวคือสิทธิทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ซึ่งองค์การสหประชาชาติได้พากเพียรส่งเสริมและสนับสนุน ดังจะเห็นได้จากข้อ 1. แห่งปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่บัญญัติว่า "มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในเกียรติศักดิ์และสิทธิ ต่างมีเหตุผล และ

ควรปฏิบัติต่อกันด้วยเจตนารมณ์แห่งภราดรภาพ"

ในส่วนที่เกี่ยวกับเด็กปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิของเด็ก ในข้อ 25(2) ที่ว่า "มารดาและเด็กมีสิทธิที่จะรับการดูแลรักษาและการช่วยเหลือเป็นพิเศษ เด็กทั้งปวงไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกสมรสจะต้องได้รับการคุ้มครองทางสังคมเช่นเดียวกัน

คุ้มครองสิทธิในการให้การศึกษา โดยบัญญัติไว้ในข้อ 26(1) ที่ว่า "ทุกคนมีสิทธิในการศึกษา การศึกษาจะต้องให้เปล่าอย่างน้อยในชั้นประถมศึกษาและการศึกษาชั้นหลกมูล การประถมศึกษา จะต้องเป็นการบังคับ. . ."

แต่เนื่องจากปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ใช่สนธิสัญญา และไม่ก่อให้เกิดพันธทางกฎหมายแก่ประเทศสมาชิก กล่าวง่าย ๆ คือไม่ใช่กฎหมายเป็นเพียงข้อความแนะนำทางคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่บรรดาประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติเท่านั้น ขาดเครื่องมือ(Machinery) ที่จะในการบังคับว่า ถ้าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในข้อใดที่ระบุไว้ในปณิญาสากลแล้ว จะมีบทลงโทษอย่างไร จึงทำให้การให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับเด็กไม่ได้ผลเต็มที่ไปด้วย กล่าวคือประเทศสมาชิกบางประเทศไม่ได้ให้ความสำคัญ หรือมิได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดในปณิญาสากลอย่างเคร่งครัดแต่อย่างใด²⁴

ปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชน (Declaration of the Rights of The Child)

แนวความคิดในการให้ความรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กของสากล ซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจนปรากฏอยู่ในปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชนขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งสมัชชาสหประชาชาติได้มีมติเป็นเอกฉันท์ยอมรับและประกาศปณิญาฉบับนี้ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2502 (ค.ศ.1959) มีสาระสำคัญทั้งสิ้น 10 ข้อ แต่ที่สำคัญ และเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนโดยตรงมี 3 ข้อ ได้แก่ ข้อ 2., ข้อ 8. และข้อ 9 ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

²⁴กุลพล พลวัน : สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ (พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์บริษัทแอกควานซ์มีเดีย จำกัด 2527) หน้า 72

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชน

ข้อ 1. ... ฯลฯ...

ข้อ 2. เด็กและเยาวชนพึงได้รับการพิทักษ์ และคุ้มครองเป็นพิเศษ อันจะช่วยให้เด็กสามารถพัฒนาทั้งทางกาย ทางสมอง และจิตใจ เพื่อให้ร่วมอยู่ในสังคมได้อย่างปกติชน

ข้อ 3.- ข้อ 7. ... ฯลฯ...

ข้อ 8. เด็กและเยาวชนจะเป็นบุคคลแรกที่ได้รับการคุ้มครองและสงเคราะห์ในทุกกรณี

ข้อ 9. เด็กและเยาวชนพึงได้รับการป้องกันให้พ้น จากการถูกทอดทิ้ง พ้นจากความโหดร้ายทารุณและการถูกข่มเหงรังแกทุกชนิด เด็กจะต้องไม่กลายเป็นสินค้าไม่ว่าในรูปใด จะต้องไม่มีการรับเด็กเข้าทำงาน ก่อนวัยอันสมควร ไม่มีการกระทำใด ๆ อันจะเป็นการชักจูงหรืออนุญาตเด็กไม่จำเป็นต้องรับจ้างทำงานซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อสุขภาพของเด็ก หรือเป็นเหตุให้การพัฒนาทางสมอง และทางจิตใจของเด็กต้องเสื่อมถอยลง

ข้อ 10. ... ฯลฯ...

แนวทางในการคุ้มครองสิทธิเด็กเพื่อมิให้มีการกระทำความผิดฐานพรากเด็ก หรือพรากผู้เยาว์ที่เห็นได้จากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชนฉบับนี้ปรากฏอยู่ในข้อ 2. ซึ่งกำหนดว่าเด็กและเยาวชนพึงได้รับการพิทักษ์และคุ้มครองเป็นพิเศษ, ในข้อ 8. กำหนดว่า "เด็กและเยาวชนจะเป็นบุคคลแรกที่ได้รับการคุ้มครองและสงเคราะห์ในทุกกรณี" หรือในข้อ 9. กำหนดว่า "เด็กและเยาวชนพึงได้รับการปกป้องให้พ้นจากการถูกทอดทิ้ง พ้นจากการโหดร้ายทารุณ และการถูกข่มเหงรังแกทุกชนิด เด็กจะต้องไม่กลายเป็นสินค้าไม่ว่าในรูปแบบใด. . ."

เช่นเดียวกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่กล่าวมาแล้วคือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชนก็ไม่ใช่สนธิสัญญา ไม่ใช่กฎหมาย จึงทำให้ในบางประเทศละเลยหรือไม่ให้ความสำคัญในอันที่จะปฏิบัติตามความในปฏิญญาสากลเด็กและเยาวชนเท่าที่ควร ส่งผลในการให้ความคุ้มครองเด็กและเยาวชนไม่ได้รับผลสมบูรณ์

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention On The Rights of The Child)

ปัญหาการละเมิดสิทธิเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ และเสรีภาพมิได้เกิดขึ้นเฉพาะแก่เด็กในประเทศไทยเท่านั้น แต่ทว่าได้เกิดขึ้นแก่เด็กทั่วโลก ดังนั้นสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ จึงได้รับหลักการอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้น เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2532 เพื่อ

คุ้มครองสิทธิของเด็กทั่วโลก มีอยู่รวมทั้งสิ้น 54 ข้อ การร่างอนุสัญญาดังกล่าวได้กล่าวไว้ในบทนำว่า เด็กพึงมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและช่วยเหลือคุ้มครองเป็นพิเศษ (Childhood is entitled to special care and assistance) และได้กำหนดหลักการคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และสวัสดิภาพ ของเด็กไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือมุ่งคุ้มครองมิให้เด็กถูกข่มเหง รังแก หรือถูกละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และสวัสดิภาพ ไม่ว่าจะกรณีใด ๆ เช่น การฆ่า การทำร้าย การล่วงเกินทางเพศ การถูกเอารัดเอาเปรียบไม่ว่าทางใด ๆ หรือนำเด็กเป็นสินค้า ขอยาย หรือการปฏิบัติต่อเด็กไม่เหมาะสม ไม่เสมอภาคจนเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็ก กำหนดให้มีการคุ้มครองแก้ไขเยียวยา และฟื้นฟูสมรรถภาพเด็กที่ถูกกระทำละเมิด ให้คืนสู่สภาพปกติโดยเร็วที่สุด หลักการดังกล่าวทั้งหมดนี้ปรากฏอยู่ในร่างอนุสัญญา ข้อ 19, 32-36 และ 39 ดังนี้

ข้อ 19. รัฐภาคีจะดำเนินการที่เหมาะสมทั้งปวง ด้านนิติบัญญัติ บริหาร สังคม และการศึกษา ในอันที่จะคุ้มครองเด็กจากรูปแบบทั้งปวงของความรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจ การทำร้ายหรือการกระทำอันมิชอบ การทอดทิ้ง หรือการปฏิบัติโดยประมาท การปฏิบัติที่ผิด หรือการแสวงประโยชน์ รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศ ขณะอยู่ในความดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นใดซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล

ข้อ 32.

1. รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่จะได้รับการคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์ทางเศรษฐกิจและจากการทำงานใด ที่น่าจะเป็นการเสี่ยงอันตรายหรือที่ขัดขวางการศึกษาของเด็กหรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือการพัฒนาทางร่างกาย สมอง จิตใจ ศีลธรรม และสังคมของเด็ก

2. รัฐภาคีจะดำเนินการตามข้อนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวและโดยคำนึงถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ รัฐภาคีจะ

ก. กำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับการรับเข้าทำงาน

ข. กำหนดกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมเกี่ยวกับจำนวนชั่วโมงและสภาพการทำงาน

ค. กำหนดบทลงโทษหรือวิธีการลงโทษอื่น ๆ ที่เหมาะสมเพื่อประกันให้ข้อนี้มีผลใช้บังคับจริงจัง

ข้อ 33.

รัฐภาคีจะดำเนินการที่เหมาะสมทั้งปวง รวมทั้งมาตรการทางนิติบัญญัติ บริหาร สังคม และทางการศึกษาที่จะคุ้มครองเด็กจากการใช้โดยผิดกฎหมาย ซึ่งยาเสพติดรวมทั้ง

สารที่มีพิษต่อจิตประสาทอื่น ๆ ที่ได้นิยามไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และที่จะป้องกันการใช้เด็กเพื่อการผลิตและค้าโดยผิดกฎหมายซึ่งสารเหล่านั้น

ข้อ 34.

รัฐภาคีรับที่จะคุ้มครองเด็กจากการแสวงประโยชน์ทางเพศและการกระทำทางเพศที่มีขบทุกรูปแบบ เพื่อการนี้ รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงซึ่งมาตรการภายในประเทศและมาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกัน

ก) การชักจูงหรือบีบบังคับเด็กให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใด ๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข) การแสวงประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ค) การแสวงประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจาร และที่เกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร

ข้อ 35.

รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงทั้งในระดับประเทศระดับทวิภาคีและพหุภาคี เพื่อป้องกันการลักพา การขาย หรือการลักลอบค้าเด็ก ไม่ว่าจะด้วยวัตถุประสงค์ใดหรือในรูปแบบใด

ข้อ 36.

รัฐภาคีจะคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงประโยชน์ในทุกรูปแบบอื่นทั้งหมดที่เป็นผลร้ายต่อสวัสดิภาพของเด็กไม่ว่าในด้านใด

ข้อ 39.

รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ที่จะส่งเสริมการฟื้นฟู ทั้งทางร่างกายและจิตใจ และการกลับคืนสู่สังคมของเด็กที่ได้รับเคราะห์จากการละเลยในรูปแบบใด ๆ การแสวงประโยชน์การกระทำอันมิชอบ การทรมาน หรือการลงโทษ หรือการปฏิบัติที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้าโดยรูปอื่นหรือการพิพาทกันด้วยอาวุธ การฟื้นฟูหรือการกลับคืนสู่สังคมดังกล่าว จะเกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมที่ส่งเสริมสุขภาพ การเคารพตนเองและศักดิ์ศรีของเด็ก

จะเห็นได้ตอนสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มีสภาพบังคับดังกล่าวคือเป็นการดำเนินการตามกฎหมายมีข้อผูกพันตามสัญญาที่ประเทศสมาชิกจะต้องถือปฏิบัติตาม ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทาง

กฎหมายซึ่งกันและกัน ซึ่งแตกต่างกับปณิญาสากลทั้งสองฉบับดังกล่าวมาแล้ว ดังนั้นการให้ความคุ้มครองเด็กในส่วนของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก จึงได้ผลสำเร็จมากกว่า ประเทศสมาชิกของอนุสัญญาต้นตัวที่จะให้ความคุ้มครองเด็กตามบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ นี้ เพราะหากละเลยไม่ปฏิบัติตาม รัฐภาคีอื่น ๆ มีสิทธิที่จะดำเนินการลงโทษ (Sanction) หรือบังคับให้ปฏิบัติตามข้อบัญญัติในอนุสัญญาได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทบทวนได้บัญญัติให้การรับรอง และคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายใต้กฎหมายโดยเท่าเทียมกัน มิได้มีบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นพิเศษแต่อย่างใด ทั้งนี้เห็นได้จากบทบัญญัติในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 24 และมาตรา 25 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ซึ่งใช้บังคับในปัจจุบัน ได้บัญญัติดังต่อไปนี้

มาตรา 24 "บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพ ภายในบังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ"

มาตรา 25 "บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน"

อย่างไรก็ตามคำว่า "บุคคล" ย่อมหมายถึงบุคคลนับตั้งแต่เกิดจนถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 15 ที่บัญญัติว่า

มาตรา 15 "สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย. . ."

ดังนั้น การให้ความคุ้มครองแก่บุคคล จึงหมายถึงให้ความคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ด้วย เด็กและผู้ใหญ่จึงมีสิทธิ เสรีภาพ เสมอภาคกัน ภายใต้กฎหมาย

อย่างไรก็ตามเด็กย่อมถูกจำกัดด้วยสภาพความสามารถทางร่างกายและจิตใจ กฎหมายจึงได้กำหนดให้บุคคลที่อยู่ใกล้ชิดเกี่ยวข้องกับเด็ก เช่น บิดามารดา ผู้ปกครอง ญาติ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลบางหน่วย เช่น พนักงานอัยการ มีอำนาจหน้าที่ใช้สิทธิแทนเด็ก หรือทำหน้าที่คุ้มครองมิให้เกิดถูกละเมิดสิทธิ นอกจากนี้กฎหมายยังจำกัดอำนาจของบุคคลดังกล่าวมิให้กระทำการใด ๆ อันเป็นการเสื่อมสิทธิของเด็กด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้นเห็นได้ว่า แนวความคิดในการรับรองสิทธิเด็กและผู้เยาว์ เป็นเรื่องสากลที่ประเทศต่างๆ ทั้งโลกให้ความสำคัญโดยเห็นได้จากปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชน ร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กรวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย การให้ความรับรองนี้มิได้ให้ความรับรองเฉพาะตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังให้การรับรองรวมถึงสิทธิตามธรรมชาติ สิทธิทางเศรษฐกิจและสิทธิทางวัฒนธรรมอีกด้วย

2.3 เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์

ปัจจุบันอาชญากรรม และการกระทำความผิดต่าง ๆ มักจะเกิดขึ้นกับเด็กและผู้เยาว์เสมอ เนื่องจาก ผู้กระทำผิดถือเอาความได้เปรียบจากการที่เด็กหรือผู้เยาว์เป็นผู้อ่อนด้อยทางวุฒิภาวะ เด็กและผู้เยาว์จึงมักตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรม หรือการกระทำความผิดนั้น ๆ

ขณะเดียวกัน ประเทศต่าง ๆ ในโลก ต่างก็ตื่นตัวในการให้ความช่วยเหลือ และคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ในประเทศของตน เพราะต่างก็ประสบปัญหาในลักษณะเดียวกัน ซึ่งเป็นผลให้ประเทศไทยเกิดความตื่นตัวในปัญหาดังกล่าวนี้เช่นกัน ประกอบกับเหตุผลอื่นๆ อาทิเช่น เหตุผลในทางประวัติศาสตร์ ในการให้ความคุ้มครองแก่เด็ก ทั้งหมดนี้จึงเป็นเหตุให้รัฐต้องออกกฎหมายที่มอบบัญญัติในการให้ความคุ้มครองแก่เด็กและผู้เยาว์เพื่อให้เขาเหล่านั้นสามารถดำรงอยู่ในสังคมได้อย่างปลอดภัย และเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีในอนาคต

ในงานกฎหมายหลายฉบับที่มีเจตนารมณ์ที่จะช่วยเหลือ และให้ความคุ้มครองแก่เด็กและผู้เยาว์ กฎหมายอาญานับว่าเป็นกฎหมายสำคัญที่สามารถส่งผลให้การคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เพราะ มีบทลงโทษทางอาญา ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวที่จะกระทำความผิด จึงเป็นสิ่งที่น่าศึกษาถึงกฎหมายอาญาในลักษณะ หรือฐานความผิดที่มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่เด็กและผู้เยาว์ ในที่นี้คือความผิดฐานพรากเด็ก และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ซึ่งการศึกษาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดดังกล่าว จะเป็นผลให้มีการใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง เป็นธรรม และเกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ต่อไป

ความผิดฐานพรากเด็ก ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กไว้ในมาตรา 317 ดังนี้

มาตรา 317 "ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควรพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ช้อ จ้างนาย หรือ รับตัวเด็กซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไรหรือเพื่อการรอนาจารผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท."

ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไว้ในมาตรา 318 และมาตรา 319 ดังนี้

มาตรา 318 "ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิด

า

มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วยต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ซ้อ จาหน้าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามวรรคแรกต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากน

ถ้าความผิดตามมาตรา^{นี้}ได้กระทำเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท"

มาตรา 319 "ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วยต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ซ้อ จาหน้าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามวรรคแรกต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากน"

เกี่ยวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในความคิดฐานดังกล่าวนี้ มีนักกฎหมายหลายท่านได้อธิบายทางตำราไว้ดังนี้

จิตติ ติงสัทย์ อธิบายว่า "การลอบพาผู้เยาว์ไปเดินเล่น หรือไปดละคร โดยรู้ยู่่าผู้ปกครองไม่ยอมก็เป็นการตัดอำนาจผู้ปกครองอยู่ชด ๆ และ เป็นการกระทำลงทั้ง ๆ ที่รู้ยู่่าเช่นนั้น เหตุผลที่จะไปได้เห็นจะอยู่ที่การพาไปเพียงเท่านั้น ไม่เป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์แห่งอำนาจควบคุมผู้เยาว์ คือไม่ได้พาไปทำให้เสื่อมเสียอะไร"²⁵

สมศักดิ์ สิงห์พันธ์ อธิบายว่า "ความมุ่งหมายของมาตรา^{นี้}มี ความประสงค์ที่จะคุ้มครองเด็กไม่ให้ใครเอาเด็กไปเสียจากครอบครัว หรือผู้ปกครองที่เด็กอยู่ด้วย กฎหมายไม่ได้กำหนดถึงความยินยอม หรือไม่ยินยอมของเด็ก ฉะนั้น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ถ้าเอาตัวเด็กไปโดยเด็ดขาดแล้วย่อมเป็นความผิดได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะฉุดคร่าเอาตัวเด็กไป หลอกลวง ชู่ ็เชิญ

²⁵จิตติ ติงสัทย์ : คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 และภาค 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2517) หัวข้อ 1119 หน้า 1818

หรือเด็กขอไปด้วยเองจึงพาไปก็ตาม"²⁶

คณิต ฌ นคร อธิบายว่า "ความผิดฐานนี้สิ่งที่กฎหมายประสงค์คุ้มครอง (หรือที่เรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย) นั้นไม่ใช่เรื่องของเสรีภาพ แม้จะบัญญัติไว้ในหมวดของความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพก็ตาม แต่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองคือ สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมหรือดูแล แต่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายตามมาตรฐานว่ากฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ซึ่งจะปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 75/2532

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 75/2532 "จำเลยพาผู้เสียหายอายุ 14 ปีเศษไปร่วมหลับนอนโดยบิดามารดาของผู้เสียหายไม่ทราบ เป็นการกระทำอันละเมิดต่ออำนาจปกครองของบิดามารดา"

ถ้าเรียกว่า "อำนาจปกครองของบิดามารดาแล้ว ก็ให้ความหมายค่อนข้างแคบ เนื่องจากในความผิดฐานนี้ มีการกล่าวถึงผู้ดูแลด้วย"²⁷

สมชัย ศิริบุตร อธิบายว่า "กฎหมายไม่ได้ใช้คำว่า "พรากไปจากความปกครอง" แต่ใช้คำว่า "บิดามารดา" กล่าวคือ ความปกครองของบิดามารดานั้นเมื่ออยู่เสมอ ไม่ว่าเด็กไปอยู่ที่ใด แต่ความผิดมิได้อยู่ที่พรากไปจากความปกครองซึ่งทำไม่ได้ เพราะแม้จุดเด็กไปเด็กก็ยังไม่ขาดจากความปกครอง เหตุนี้กฎหมายจึงใช้คำว่าพรากไปจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล"²⁸

นอกจากคำอธิบายทางตำราของนักกฎหมายดังกล่าวข้างต้น หากเราศึกษาวิวัฒนาการสภาพสังคมไทยตั้งแต่สมัยโบราณจนถึงปัจจุบัน อันเป็นผลสืบเนื่องในทางประวัติศาสตร์ ทำให้ทราบได้ถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อการคุ้มครองเด็ก อันเป็นการชี้ให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ว่า ต้องการคุ้มครองสิทธิของเด็กและผู้เยาว์ ทั้งนี้ เพราะเด็กและผู้เยาว์ไม่ว่าในสังคมใดก็มีสภาพเช่นเดียวกัน คือ ต้องอาศัยการอุปการะเลี้ยงดูจากผู้อื่น เพราะไม่มีศักยภาพพอที่จะพึ่งตนเองเกือบทุกด้าน บัญหาอยู่ที่ว่าใครจะเป็นผู้รับบทบาท

²⁶ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ : คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4 ตอนที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515) หน้า 197

²⁷ คณิต ฌ นคร : กฎหมายอาญาภาคความผิด (แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) หน้า 105

²⁸ สมชัย ศิริบุตร : เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายอาญา 2 หน่วยที่ 8-15 เรื่องที่ 10.2.1 (พิมพ์ครั้งที่ 11 กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช 2535) หน้า 123

หน้าที่ในการนี้ โดยสภาพทางธรรมชาติแล้ว บิดามารดาย่อมต้องรับภาระในเรื่องนี้อย่างแน่นอน แต่ก็อาจเกิดกรณีที่บิดามารดาไม่ปฏิบัติภาระหน้าที่ของตน หรือปฏิบัติแต่ก็กระทำอย่างไม่เหมาะสม หรือไม่สามารถและไม่อยู่ในฐานะที่จะปฏิบัติได้ รวมทั้งอาจเสียชีวิตหรือสาบสูญไปแล้วก็ได้ ในกรณีเหล่านี้ด้วยรากฐานความคิดทางประวัติศาสตร์ สังคม จะเพ่งเล็งไปที่ญาติซึ่งอาจถือเป็นส่วนหนึ่งของครอบครัวเป็นอันดับแรก ถัดมาก็อาจเป็นพระสงฆ์หรือองค์กรทางศาสนา ควบคู่กับการอุปการะเลี้ยงดูก็คือการปกครองดูแล ซึ่งรวมไปถึงการคุ้มครองมิให้ผู้ใดผู้หนึ่งกระทำละเมิดสิทธิเด็กด้วย แนวคิดนี้ได้มีอิทธิพลต่อทฤษฎีทางกฎหมายหรือการดำเนินการต่าง ๆ ทางกฎหมายที่จะคุ้มครองช่วยเหลือมิให้เด็กถูกละเมิดสิทธิด้วย

หากพิจารณาถึงบทบาทและหน้าที่ของครอบครัวตามจารีตประเพณี และความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร โดยมองจากด้านบุตร ตามจารีตประเพณีแล้ว บิดามารดามีหน้าที่และความผูกพันทางศีลธรรมที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตรของตนให้สมกับฐานะานรูป หากบิดามารดาผู้ใดละเลยหน้าที่นี้จะถูกสังคมติฉินว่าไม่ดูแลเอาใจใส่บุตร โดยอาจจะถูกตำหนิติเตียนในลักษณะของการดูแคลนเท่านั้น เว้นแต่กรณีที่คลอดบุตรแล้วทอดทิ้งไว้ หรือพยายามผลักใส่ให้พ้นจากความรับผิดชอบของตน จะถูกประณามจากสังคมว่าขี้เกียจจำ แต่ก็เป็นการประณามที่ไม่สามารถหาบุคคลที่เป็นเป้าหมายชัดเจนได้ ขณะเดียวกันหากบุตรซึ่งมีหน้าที่และความผูกพันทางศีลธรรมที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาในยามที่บิดามารดาอยู่ในวัยชรา และบุตรละเลยหน้าที่ที่ยอมถูกสังคมตำหนิในลักษณะของการประณามว่าเป็นบุตรอกตัญญู โดยไม่พึงต้องพิจารณามากกว่าละเลยในระดับใด จะเห็นได้ว่าระดับความรับผิดชอบต่อบิดามารดานั้นสูงกว่าที่บิดามารดามีต่อบุตรตามที่สันคติของสังคม

หากพิจารณาถึงสิทธิและอำนาจหน้าที่ของผู้ปกครอง หรือบิดามารดาตามกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรจะเห็นได้ว่า

ในเรื่องสิทธิและอำนาจหน้าที่ของผู้ปกครองหรือบิดามารดาตามกฎหมายหลายฉบับ ไม่ว่าจะ เป็นประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 พระราชบัญญัติการประถมศึกษา หรืออื่น ๆ กำหนดรายละเอียดไว้มากมาย แต่ในที่นี้ขอหยิบยกมาพิจารณาเพียง 3 ฉบับ คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อย่างไรก็ตาม เพื่อความสะดวกในการพิจารณาขอแบ่งแยกย่อยออกเป็น 3 หัวข้อ คือ

1. สิทธิ และอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว
2. สิทธิ และอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายแพ่งทั่วไป
3. สิทธิ และอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ

1. สิทธิและอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรหลายประเด็น อาทิเช่น การรับหรือไม่รับเด็กเป็นบุตรของบิดาหรือชายผู้เป็นสามีของมารดาเด็ก บุตรบุญธรรม และการรับบุตรบุญธรรม การจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ การตั้งผู้ปกครองหรือการถอนผู้ปกครอง เป็นต้น แต่ ณ ที่นี้จะขอพิจารณาเพียงแต่ประเด็นของสิทธิทางแพ่งของบุตรที่พึงได้รับจากบิดามารดา และอำนาจปกครองของบิดามารดาต่อบุตรเท่านั้น

1.1 หน้าที่ของบิดามารดาในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร มีหัวใจสำคัญอยู่ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 "บิดามารดาต้องอุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดามารดาต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่เฉพาะผู้ทพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้"

จากกฎหมายมาตรานี้เราจะพบว่า หน้าที่ของบิดามารดาอาจแบ่งออกเป็น 2 ส่วนด้วยกันคือ การอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษา โดยการปฏิบัติหน้าที่ทั้ง 2 ส่วนนี้ต้องเป็นไปตามสมควรด้วย ซึ่งมีปัญหาในเรื่องการใช้ และตีความกฎหมายนี้พอควร เรื่องการให้การศึกษาจะไม่ยุ่งยากนักเพราะมีกฎหมายกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการศึกษาไว้คือประกาศให้ใช้แผนการศึกษาแห่งชาติ พุทธศักราช 2520 ของนายกรัฐมนตรี เมื่อ 12 เมษายน 2520 และพระราชบัญญัติประถมศึกษา ดังนั้นการให้การศึกษาของบิดามารดาแก่บุตรต้องเป็นไปตามรายละเอียดในกฎหมายนี้จะไปปฏิบัติตามอำเภอใจไม่ได้ ส่วนการอุปการะเลี้ยงดูไม่มีกฎหมายกำหนดที่ชัดเจนจึงต้องอาศัยจารีตประเพณีเป็นตัวกำหนดแทน และการกำหนดนั้นต้องพิจารณารายละเอียดจากความสามารถหรือฐานะของบิดามารดาประกอบด้วย อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/38 และ 1598/39 และ 1598/40 ได้อธิบายรายละเอียดบางประการเกี่ยวกับการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากฝ่ายที่มหน้าที่ต้องจ่าย โดยเฉพาะมาตรา 1598/40 วรรคสองได้ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจกำหนดให้บุตรได้รับการอุปการะเลี้ยงดูโดยประการใด ๆ ที่ศาลเห็นเป็นการสมควรเพื่อประโยชน์แก่บุตร เช่น ให้ไปอยู่ในสถานศึกษา หรือวิชาชีพใด ๆ การใช้ดุลพินิจของศาลจำต้องอาศัยพื้นฐานของจารีตประเพณีดังกล่าวมาแล้ว

(ปัญหาที่สำคัญที่สุดในเรื่องนี้คือ การบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายนี้ต้องกระทำผ่านศาลเท่านั้น เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีสงเคราะห์เด็ก ผู้ประพฤติดินไม่สมควรแก่วัยของรัฐบาลตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 (ซึ่งมีคำบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ) ซึ่งต้องการควบคุมดูแลเด็กที่มีความประพฤติไม่สมควรแก่วัย ด้วยการแยกเด็กออกจากครอบครัวอุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดา แล้วพาไปปกครองหรืออุปการะเลี้ยงดูเสียเอง โดยพนักงานเจ้าหน้าที่มี

อำนาจเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดามารดาได้ทันที ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 ข้อ 6
วรรคแรก "บิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็กซึ่งได้รับการสงเคราะห์ หรือคุ้มครองสวัสดิภาพ ตาม
ประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ มีหน้าที่ชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูหรือค่าบริการเกี่ยวกับการที่ทางราชการ
ให้การสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามระเบียบและในอัตราที่อธิบดีกำหนด")

อย่างไรก็ตาม กฎหมายยังให้ความคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์ โดยได้บัญญัติทางออกใน
การแก้ไขปัญหาดังกล่าว ไว้ในมาตรา 1565 ไว้ดังนี้

มาตรา 1565 "การร้องขอค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร หรือขอให้บุตรได้รับการอุปการะ
เลี้ยงดูโดยประการอื่น นอกจากอัยการจะยกคดีขึ้นว่ากล่าวตามมาตรา 1562 แล้วบิดาหรือมารดา
จะนำคดีขึ้นว่ากล่าวก็ได้"

คือ กฎหมายได้ระบุบุคคลไว้โดยเฉพาะว่าจะต้องได้แก่ บิดามารดาหรือพนักงานอัยการ
ที่จะร้องขอต่อศาลได้หยิบยกปัญหาดังกล่าวขึ้นพิจารณาและมีคำพิพากษาในปัญหาดังกล่าวต่อไป

ในเรื่องของสิทธิของบิดามารดาในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร (ซึ่งอายุยังไม่ครบ
20 ปี บริบูรณ์) มีกำหนดไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567 ผู้ใช้อำนาจ
ปกครองมีสิทธิ

1. กำหนดที่อยู่ของบุตร
2. ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน
3. ให้บุตรทำการทำงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะารูป
4. เรียกรับบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับสิทธิในการกำหนดที่อยู่ของบุตรผู้เยาว์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา
51 ได้บัญญัติสอดรับเอาไว้ว่า "ภริยานาของพ่อแม่หรือของบุคคลผู้ไร้ความสามารถนั้นได้แก่
ภริยานาของผู้แทนโดยชอบธรรม" โดยเจตม่งหมายนั้นก็เพื่อที่จะให้เด็กอาศัยอยู่ร่วมกับบิดามารดา
นั่นเอง นัยของกฎหมายมิได้ต้องการให้บิดามารดามีสิทธิกำหนดให้เด็กไปอยู่อาศัยที่ใดก็ได้ตาม
อำเภอใจ เพราะกฎหมายต้องการให้เกิดสภาพการอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัว เว้นแต่มีเหตุจำเป็น
อื่น ๆ เช่นที่อยู่อาศัยของบิดามารดาอยู่ในบริเวณป่าเขาเหมืองแร่ ทำให้ต้องส่งเด็กไปอยู่อาศัย
กับผู้อื่นในสถานที่ที่เหมาะสมกว่า เป็นต้น

ที่เป็นปัญหาในเวลานี้ คือสิทธิในการให้บุตรทำงานตามสมควรแก่ความสามารถและ
 ฐานะารูป ซึ่งเป็นปัญหาค่อนข้างใหญ่ในยุคนี้อยู่ ทั้งนี้ เพราะประการแรกกฎหมายใช้คำว่าตาม
 สมควรแก่ความสามารถและฐานะารูป ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายกว้างขวางจึงต้องอาศัยการตีความ
 โดยจารีตประเพณีเช่นเคย ในยุคปัจจุบันเราจะพบว่าความเจริญก้าวหน้าทางวัตถุและเทคโนโลยี
 ก้าวหน้าไปรวดเร็วมากโดยรับเอามาอย่างกะทันหันจากสังคมอื่นที่พัฒนาล้ำหน้าไปกว่า ขณะเดียว
 กันจารีตประเพณีเปลี่ยนแปลงซ้ำและไม่เท่าทันต่อความเจริญทางด้านวัตถุและเทคโนโลยี จึงเกิด
 ปัญหาการนำจารีตประเพณีที่ล้าหลังมาใช้ตีความสภาพปัญหาของสังคมที่ล้ายุค ตัวอย่างเช่น การใช้
 เด็กทำงานโดยเจตนาารมณ์ของกฎหมาย ก็เพื่อที่จะให้เด็กได้แสดงบทบาทหน้าที่ช่วยเหลือผ่อนแรง
 ของบิดามารดาในการประกอบอาชีพการงาน หรือเพื่อฝึกฝนให้เด็กเกิดศักยภาพ ที่จะทำงาน
 ประกอบอาชีพพึ่งตนเองได้ในอนาคต สภาพปัญหาในปัจจุบันคือ บิดามารดาจำนวนไม่น้อยที่เจตนา
 ใช้เด็กทำงานจนเป็นผลเสียต่อสวัสดิภาพเด็กเอง ซึ่งพบมากในกรณีทารุณกรรมเด็ก หรือเจตนาให้
 เด็กไปทำงานในสถานค้าประเวณี ซึ่งบิดามารดาก็ทราบแต่ถึงสภาพการทำงานดังกล่าว แต่เพื่อ
 ผลประโยชน์ตอบแทนจำนวนมากจึงให้เด็กไป หรือกรณีบิดามารดาใช้เด็กทำงานโดยมิชอบแต่ไม่ถึง
 ขั้นเป็นความผิด เป็นต้น เป็นเหตุให้เด็กจำต้องทนอยู่ในสภาพเช่นนั้นจนกว่าจะสามารถปกครอง
 ดูแลตนเองได้เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ยังให้ความคุ้มครองเด็ก โดย บ.พ.พ.มาตรา
 1582 (ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในหัวข้อถัดไป) ที่เปิดโอกาสให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนอำนาจ

สำหรับสิทธิในการเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่น ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 มาตรา 1567 (4) นั้น กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจนว่า ต้องเป็นการกักบุตรไว้
 โดยมิชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นการขอยกกฎหมายหรือไม่ก็ต้องพิจารณาอีกว่า บุคคลผู้กักขังบุตรนั้น
 มีอำนาจกักบุตรหรือไม่ เช่น พนักงานสอบสวน พนักงานเจ้าหน้าที่ของสถานีพินิจ พนักงาน
 เจ้าหน้าที่ตาม ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 294 หรือผู้ปกครองที่ศาลตั้ง เป็นต้น กรณีดังกล่าวบิดา
 มารดาจึงไม่สามารถเรียกตัวบุตรคืนได้ สำหรับสิทธิที่เห็นได้ชัดเจนในเรื่องนี้คือ เรียกตัวบุตรคืน
 จากผู้กระทำความผิดฐานพรากเด็ก หรือพรากผู้เยาว์ เป็นต้น (อย่างไรก็ตามยังมีปัญหาที่ต้อง
 ตีความในกรณีที่เด็กหนีจากบิดามารดา เพราะถูกทารุณทรมานอย่างหนักมาอาศัยอยู่กับผู้อื่น หรือกรณีที่
 เด็กถูกบิดามารดาส่งมอบให้แก่สถานค้าประเวณี หนีออกมาอาศัยอยู่กับผู้อื่นโดยไม่ยอมกลับไปอยู่กับ
 บิดามารดา บิดามารดาจะมีสิทธิเรียกบุตรคืนไปได้หรือไม่ทราบได้ที่บิดามารดาเหล่านั้นยังไม่ถูก
 เพิกถอนอำนาจปกครองโดยคำสั่งของศาล)

หน้าที่ของบิดามารดาที่จะปกครองบุตรต้องเป็นไปโดยชอบและมีความประพฤติดี มีความ
 สามารถ ทั้งนี้เป็นไปตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582 วรรคแรก

มาตรา 1582 ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นคนไร้ความสามารถเสมือนไร้ความสามารถ
 โดยคำสั่งของศาลก็ดี ใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับผู้เยาว์โดยมิชอบก็ดี ประพฤติชั่วร้ายก็ดี
 ในกรณีเหล่านี้ศาลจะสั่งเอง หรือจะสั่งเมื่อญาติของผู้เยาว์ หรืออัยการร้องขอให้ถอนอำนาจ
 ปกครองเสียบางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้

กฎหมายมาตรานี้เป็นการคุ้มครองเด็ก โดยมีบทบัญญัติทางกฎหมายควบคุมมิให้บิดามารดาใช้อำนาจปกครองของตนอย่างเกินขอบเขต นอกจากนั้นยังพิจารณาด้วยว่า บิดามารดามีคุณสมบัติเหมาะสมเพียงพอที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองด้วยหรือไม่ เช่นกรณีที่เป็นผู้ขาดความสามารถหรือประพฤติน่ารังเกียจ ก็อาจถูกเพิกถอนอำนาจปกครองได้เช่นกัน นับว่าได้ให้ความคุ้มครองเด็กค่อนข้างมาก (อย่างไรก็ตามการใช้กฎหมายมาตรานี้จะต้องผ่านถึงสองด้านด้วยกัน กล่าวคือ ด้านแรกคือต้องมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาล แม้ว่ากฎหมายจะใช้คำว่าศาลจะสั่งเองก็ได้ ศาลก็ไม่อาจมาติดตามข้อเท็จจริงด้วยตนเองและมีคำสั่งเองได้ กรณีจึงเป็นอำนาจของศาลขณะที่กำลังพิจารณาคดีซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับบิดามารดาและบุตร โดยศาลมีดุลพินิจที่จะสั่งเพิกถอนอำนาจปกครองได้เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงในศาลว่า บิดามารดามีคุณสมบัติไม่เหมาะสมที่จะใช้อำนาจปกครองแม้ว่าจะไม่มีผู้ใดร้องขอต่อศาลในคดีนั้น ๆ ก็ตาม ถ้าเป็นคดีที่ต้องการเพิกถอนอำนาจปกครองโดยตรงต้องให้ญาติของเด็ก หรือพนักงานอัยการเท่านั้นที่ยื่นร้องขอต่อศาลได้ ในด้านแรกนี้ ญาติของเด็กกับพนักงานอัยการจึงเป็นผู้ตีความตามความรู้ความเข้าใจตนเองว่าสมควรจะร้องต่อศาลหรือไม่ ด้านที่สอง ก็คือการตีความของศาลซึ่งวงกลับไปที่ประเด็นเดิม คือศาลยอมให้หลักจารีตประเพณีในการตีความว่าบิดามารดาใช้อำนาจปกครองเช่นไร จึงจะเป็นไปโดยมิชอบหรือความประพฤติเช่นไรจึงถือเป็นความชั่วร้าย เป็นต้น นับว่ามีความละเอียดซับซ้อนอยู่มาก และหากว่าศาล ไม่เพิกถอนอำนาจปกครองความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร จะเป็นเช่นไรภายหลังคดีสิ้นสุดลง เป็นเรื่องเหนือวิสัยเกินกว่าจะพึงคาดหมายได้)

2. สิทธิและอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายแพ่งทั่วไป

เนื้อหาสาระอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 2 บุคคล ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองมิให้มิผู้ใดเอาไรต์เอาเปรียบเด็ก ซึ่งด้อยทั้งประสบการณ์ชีวิตและวุฒิภาวะในการทำงานนิติกรรมหรือก่อนใด ๆ โดยกำหนดให้การดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับหนี้หรือนิติกรรมต้องกระทำโดยผ่านความเห็นชอบของผู้ปกครองหรือให้ผู้ปกครองเป็นผู้มีอำนาจกระทำแทนเด็กหรือผู้เยาว์

ตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 วรรคแรก บัญญัติว่า "บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา" และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1569 "ผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตร ในกรณีที่บุตรถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์แล้วแต่กรณี" และมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21 ในบรรพ 1 กำหนดว่า ผู้เยาว์จะทำงานนิติกรรมใด ๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน ยกเว้นบางกรณี (4 กรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22,23,24,25) กล่าวโดย

สรุปก็คือ บิดามารดาเป็นผู้มีสิทธิหน้าที่ในการคุ้มครองดูแลบุตรโดยอัตโนมัติ เว้นไว้แต่เกิดกรณี บิดามารดาถูกเพิกถอนอำนาจตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582 หรือไม่มีบิดามารดาอาจร้องขอให้ศาลตั้งผู้อื่นเป็นผู้ปกครองก็ได้ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1585 บิดามารดาจึงมีบทบาทสำคัญที่สุดในการคุ้มครองดูแลผู้เยาว์ มิให้ถูกผู้อื่นแสวงหาประโยชน์ โดยมีชอบหรือเอาไรต์เอาเปรียบผู้เยาว์ ปัญหาอยู่ที่หากบิดามารดาเป็นผู้แสวงหาประโยชน์จากบุตรผู้เยาว์เสียเองจะแก้ไขอย่างไร คำตอบก็คือต้องยื่นคำร้องต่อศาลขอเพิกถอนอำนาจปกครองหรือขอให้ศาลใช้อำนาจเรียกให้บิดามารดาหาประกันอันสมควร ในการจัดการทรัพย์สินของบุตรตลอดจนการมอบคืนทรัพย์สินนั้น ตามนัยของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1579 (1)

(ปัจจุบันความซับซ้อนไม่ได้ขึ้นอยู่กับแสวงหาประโยชน์ที่เป็นทรัพย์สินโดยสภาพ เช่น เงินทอง เท่านั้น แต่ยังมีการแสวงหาประโยชน์จากเด็กในรูปอื่น ๆ เช่น การทำสัญญาให้เด็กรับจ้างถ่ายแบบโฆษณาสินค้า หรือการแสดงอื่น ๆ ที่เป็นผลร้ายต่อสวัสดิภาพของเด็ก ยังไม่มีรายละเอียดในกฎหมายคุ้มครองไปถึง)

3. สิทธิและอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ

ในกรณีที่เด็กเกิดมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่กับบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หากจำเป็นต้องเสนอคดีของตนต่อศาลจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ในฐานะผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อน หากเด็กไม่มีบิดามารดาในฐานะผู้แทนโดยชอบธรรม หรือบิดามารดาไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ ศาลก็อาจใช้ดุลพินิจอนุญาตให้เด็กดำเนินการเอง หรือตั้งผู้แทนเฉพาะคดีให้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 56 วรรค 1, วรรคท้าย

แม้บิดามารดา จะดำเนินการดังกล่าวแทนเด็กเลย ก็สามารถกระทำได้อำนาจเป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินของบุตรบางกรณี ตามนัยของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1571 ประกอบ มาตรา 1574 ในเรื่องนี้ไม่ใช่ประเด็นที่บทความนี้ต้องการจะกล่าวถึง

สาระสำคัญของเรื่องอยู่ที่การดำเนินการทางกฎหมาย เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิเหนือร่างกายชีวิตและเสรีภาพ ซึ่งมีรายละเอียดอยู่ที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ

อาญา มาตรา 2 (4), 5 (1) และมาตรา 6²⁹ โดยกฎหมายเน้นหนักให้การแสดงบทบาทหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองเด็กไว้ที่บิดามารดา ซึ่งก็เป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับสภาพทางธรรมชาติ และความสัมพันธ์ที่เป็นจริงระหว่างบิดามารดากับบุตร ทั้งนี้ อยู่ภายใต้สมมติฐานที่ว่า บิดามารดาเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ของตนตามที่ควรเป็น มิใช่กรณีที่บิดามารดาไม่ปฏิบัติหน้าที่ หรือใช้สิทธิหน้าที่ของตนไปละเมิดสิทธิเหนือร่างกาย ชีวิตและเสรีภาพของเด็กเสียเอง ซึ่งได้ก่อปัญหาในทางปฏิบัติในแง่การแสดงเจตนาที่แท้จริงของเด็กต่อการดำเนินการทางกฎหมาย เมื่อตนเองได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดทางอาญา และแม้ว่าในประเด็นนี้กฎหมายจะบัญญัติป้องกันไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 6 แล้วก็ตาม แต่เมื่อไม่มีรายละเอียดพอรวมทั้งเป็นการกำหนดมาตรการ เพื่อแก้ไขโดยศาลไม่ใช่พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งสามารถดำเนินการได้ทันที จึงทำการปิดช่องว่างของกฎหมายมาตรานี้ให้มีบทบาทคุ้มครองเด็กได้อย่างแท้จริง ดังจะได้กล่าวรายละเอียดต่อไป



29 มาตรา 2 ในประมวลกฎหมายนี้

1. . . .
2. . . .
3. . . .

4. "ผู้เสียหาย" หมายความว่า บุคคลผู้ได้รับความเสียหาย เนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ตั้งบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6

5. . . .

มาตรา 5 บุคคลเหล่านี้จัดการแทนผู้เสียหายได้

1. ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล เฉพาะแต่ในความผิดซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์ หรือผู้ไร้ความสามารถซึ่งอยู่ในความดูแล
2. . . .

มาตรา 6 ในคดีอาญา ซึ่งผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม หรือเป็นผู้วิกลจริต หรือคนไร้ความสามารถไม่มีผู้อนุบาล หรือซึ่งผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลไม่สามารถจะทำการตามหน้าที่โดยเหตุหนึ่งเหตุใด รวมทั้งมีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เยาว์ หรือคนไร้ความสามารถนั้น ๆ ญาติของผู้นั้น หรือผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้ออาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งเขาเป็นผู้แทนเฉพาะคดีได้

เมื่อได้ไต่สวนแล้วให้ศาลตั้งผู้ร้อง หรือบุคคลอื่น ซึ่งยินยอมตามที่เห็นสมควร เป็นผู้แทนเฉพาะคดี เมื่อไม่มีบุคคลใดเป็นผู้แทนให้ตั้งพนักงานฝ่ายปกครอง เป็นผู้แทนห้ามมิให้เรียกค่าธรรมเนียมในเรื่องขอตั้งเป็นผู้แทนเฉพาะคดี

อำนาจของบิดามารดา ในการดำเนินการทางกฎหมายแทนบุตรที่ถูกระงับสิทธิเกิดตาม กฎหมายอาญา เป็นอำนาจเด็ดขาด ดังรายละเอียดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (1) ประกอบกับมาตรา 3 โดยมาตรา 5 (1) ให้บิดามารดาซึ่งมีฐานะเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม (ดังนั้นบิดาจึงต้องเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น) ของบุตรผู้เยาว์มีอำนาจจัดการแทนบุตรที่ถูกระงับสิทธิเกิดโดยไม่ต้องขอความเห็นหรือความยินยอมจากบุตรก่อนแต่อย่างใด บิดามารดาของเด็กมีอำนาจดำเนินการได้ทันทีเสมือนหนึ่งตนเป็นผู้เสียหายเอง ดังรายละเอียดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 3 คือ

มาตรา 3 บุคคลดังระบุไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6 มีอำนาจจัดการต่อไปแทนผู้เสียหายตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ ๆ

1. ร้องทุกข์
2. เป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญา หรือเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการฯ
3. เป็นโจทก์ ฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา
4. ถอนฟ้องคดีอาญาหรือคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา
5. ยอมความในคดีความผิดต่อส่วนตัว

เมื่อเปรียบเทียบกับอำนาจจัดการแทนบุตรของบิดามารดาตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) แล้ว มาตรา 5 (2) ให้อำนาจโดยมีเงื่อนไขว่าจะจัดการแทนบุตรก็ต่อเมื่อบุตรผู้เสียหายในคดีนั้น ถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้ บิดามารดาจึงจะมีอำนาจต่างๆ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 3 จัดการต่อผู้กระทำต่อบุตรจนถึงตายหรือบาดเจ็บดังกล่าว และบิดาตามมาตรา 5 (2) นี้ ไม่จำกัดว่า จะต้องเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะใช้คำกว้าง ๆ ว่า ผู้บุพการี มีอำนาจจัดการไม่เหมือนมาตรา 5 (1) (หากเป็นบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและมารดาไม่สามารถดำเนินการได้ก็ร้องขอให้ศาลตั้งตนเป็นผู้แทนเฉพาะคดีได้ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 6 แต่ถ้านบุตรผู้เสียหายบรรลุนิติภาวะแล้ว บิดามารดาจะใช้อำนาจได้ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) เท่านั้น

ลักษณะของการให้อำนาจดังกล่าวแก่บิดามารดา ทำให้บิดามารดาสามารถแสดงบทบาทหน้าที่ในการคุ้มครองดูแลบุตรได้อย่างสมบูรณ์ อย่างไรก็ตามมีหลายกรณีที่บิดามารดาตั้งใจจะไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะได้รับผลประโยชน์หรือทรัพย์สินจากผู้กระทำผิดหรือมีความสัมพันธ์หรือเสนหากับผู้กระทำผิด รวมทั้งบิดามารดาอาจเป็นผู้กระทำผิดเสียเองก็ได้ ในกรณีเหล่านี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 6 วรรคแรก ได้วางแนวทางในการป้องกันแก้ไขไว้คือ

มาตรา 6 ในคดีอาญาซึ่งผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม หรือเป็นผู้วิกลจริต หรือคนไร้ความสามารถ ไม่มีผู้อนุบาลหรือซึ่งผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลไม่สามารถจะทำการตามหน้าที่โดยเหตุหนึ่งเหตุใด รวมทั้งมีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถนั้น ๆ ญาติของผู้นั้น หรือผู้มีผลประโยชน์เกี่ยวของมีอำนาจร้องต่อศาลขอให้ตั้งเขาเป็นผู้แทนเฉพาะคดีได้

จะเห็นได้ว่า ผู้ที่สามารถแสดงบทบาทเข้าไปดำเนินการคุ้มครองสิทธิของเด็กกรณีที่สามารถตามปัญหาดังกล่าวข้างต้น คือ ญาติของเด็กกับผู้มีผลประโยชน์เกี่ยวของเท่าที่ผ่านมามีผลประโยชน์เกี่ยวของตามการตีความของศาลฎีกา อาจหมายถึงพนักงานสอบสวนได้ แต่คงไม่อาจรวมถึงองค์การการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพิทักษ์สิทธิเด็ก เพราะมโนทัศน์ (Concept) เกี่ยวกับบทบาทขององค์การพิทักษ์สิทธิเด็กยังไม่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย

นับเป็นเรื่องถูกต้อง ที่กฎหมายให้บิดามารดา แสดงเจตนาแทนเด็กในเรื่องต่าง ๆ เพราะเด็กไม่อาจแสดงเจตนาของตนได้ด้วยเหตุผลหลายประการ ยกตัวอย่างเช่น กรณีผู้หมั้นเด็กทารกโดยข่มขืนใจไปกับตน โดยสภาพเด็กทารกไม่อาจแสดงเจตนาใด ๆ ได้ว่าถูกข่มขืนใจหรือไม่กฎหมายจึงบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กขึ้นมา เพื่อให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองแสดงเจตนาแทนว่าการพาเด็กทารกไปในลักษณะใดเป็นเรื่องที่ละเมิดต่อเสรีภาพของเด็กด้วยการดำเนินคดีกับผู้พาทารกไปในข้อหาพรากเด็ก อย่างไรก็ตามมีข้อเท็จจริงจำนวนมากที่เห็นได้ชัดเจนว่า การพาทารกไปในลักษณะนั้นเป็นการละเมิดเสรีภาพของทางรอกอย่างแน่นอน แม้บิดามารดาจะยินยอมก็ตาม เช่น การที่บิดาหรือมารดาพาทารกไปขายให้แก่ผู้อื่น รัฐจึงควรมีบทบาทแสดงเจตนาแทนเด็กได้ทันทีโดยไม่ต้องคำนึงว่าบิดามารดาของเด็กจะมีความคิดเห็นอย่างไร ด้วยการขอให้แพทย์ นักสังคมสงเคราะห์ นักจิตวิทยา และผู้มีอำนาจหน้าที่สืบเสาะข้อเท็จจริงในคดีนั้นแถลงข้อเท็จจริง และความเห็นต่อศาลประกอบด้วย และศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เด็กเป็นผู้เสียหายก็ควรเป็นศาลเด็กโดยเฉพาะด้วย

จากการศึกษาอธิบายของนักนิติศาสตร์ข้างต้น ประกอบกับการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมาย ทั้งประวัติศาสตร์กฎหมายไทย และประวัติศาสตร์กฎหมายสากล รวมทั้งระบบกฎหมายหลักของไทย ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา, ประมวลกฎหมายแพ่งประพาดิษฐ์, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะเห็นถึงวิวัฒนาการการบัญญัติกฎหมายในการให้ความคุ้มครองช่วยเหลือแก่เด็กและผู้เยาว์มาโดยตลอด ตั้งแต่สมัยโบราณจนถึงปัจจุบันได้ชัดเจน โดยกฎหมายในส่วนความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ เห็นได้ว่า นอกจากคุ้มครองอำนาจปกครองของ บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล เด็กและผู้เยาว์แล้ว ความประสงค์หรือเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายในส่วนนี้คือ การให้ความคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์นั่นเอง กฎหมายมิได้มุ่งประสงค์คุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาผู้ปกครอง ผู้ดูแลเด็กหรือผู้เยาว์เพียงประการเดียวเท่านั้น ทำให้ในบางครั้งเกิดความสับสนระหว่าง ความคิดในเรื่องเจตนารมณ์ของกฎหมายว่า มุ่งประสงค์คุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ หรือคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา

ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลกันแน่ ซึ่งดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า เด็กและผู้เยาว์ไม่อยู่ในสถานที่ที่จะแสดงออกถึงเจตนาที่แท้จริงของตน เพราะความเยาว์วัยอ่อนประสบการณ์ชีวิตหรือขาดวุฒิภาวะและบิตามารดาเป็นบุคคลแรกที่ต้องเข้ามามีบทบาทคุ้มครองเด็ก กฎหมายจึงให้บิตามารดามีอำนาจแสดงเจตนาแทนเด็ก เช่น ความผิดต่อเสรีภาพของเด็ก เด็กไม่อาจแสดงให้ประจักษ์ว่าตนถกข่มขืนใจหรือไม่ จึงต้องนำเอาความผิดฐานพรากเด็กเข้ามาบัญญัติคุ้มครอง เพื่อให้ผู้ปกครองเป็นผู้ตัดสินว่า อะไร เพียงไร จึงจะเป็นความผิดต่อเสรีภาพของเด็กทั้งที่ตนไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรง นอกจากนี้ กฎหมายยังคุ้มครองไปถึงการพยายามแสวงหาประโยชน์ทางเพศ หรือหากำไรจากเด็ก แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมด้วยการให้ผู้ปกครอง หรือบิตามารดาเป็นผู้กำหนดความผิดด้วยการให้บิตามารดาเป็นผู้เสียหายเสียเองตามความผิดฐานพรากผู้เยาว์ เพื่อการอนาจาร หรือเพื่อกำไร กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะกำหนดตัวผู้เสียหายขึ้น ในทันทีคือ บิตามารดาผู้ปกครอง ผู้ดูแลเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีทางอาญากับผู้กระทำความผิดในการพรากเด็ก และพรากผู้เยาว์ โดยหยิบยกเรื่องการคุ้มครองเด็ก หรือผู้เยาว์เป็นประเด็นหลักกว่า เป็นการกระทบกระเทือนต่ออำนาจปกครองนั่นเอง ซึ่งในเรื่องอำนาจปกครองนี้ กฎหมายได้บัญญัติรับรองไว้ในส่วนแห่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ลักษณะ 2 หมวด 3 ว่าด้วย อำนาจปกครองอยู่แล้ว

นอกจากนี้ จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาจะพบว่า ศาลฎีกาได้ตัดสินเป็นบรรทัดฐานหลายเรื่องด้วยกันเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตราดังกล่าวนี้ว่าต้องการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิตามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลของเด็กหรือผู้เยาว์ ดังนั้น หากเด็กหรือผู้เยาว์ไม่อยู่ในอำนาจปกครองของบิตามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล หรือขาดจากการปกครองของบุคคลดังกล่าว อำนาจปกครองย่อมไม่มีอยู่ ใครพาเด็กหรือผู้เยาว์ไปต่อจากนี้ ไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็ก หรือพรากผู้เยาว์ ทั้งนี้ ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 639/2511, 2155/2514, 29/2516, 808/2516 ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2155/2514 การพรากผู้เยาว์ไปเสียจากบิตามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลนั้น หมายความว่า พาไป หรือแยกผู้เยาว์ออกจากความดูแลของบิตามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ที่จะมีการพรากได้อยู่ที่ผู้เยาว์ต้องอยู่ในความปกครองของผู้หนึ่งผู้ใดดังกล่าวแล้วในขณะที่พราก แต่ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ว่า ผู้เยาว์ถูกมารดาตีและไล่ออกจากบ้าน ผู้เยาว์จึงหนีออกจากบ้านมา เมื่อผู้เยาว์ได้พบจำเลย จำเลยได้ถามถึงที่อยู่ ผู้เยาว์ก็ไม่ยอมบอก จำเลยจึงพาผู้เยาว์ไปฝากไว้กับพี่สาวจำเลย การกระทำของจำเลยดังกล่าวจึงไม่เป็นการพรากผู้เยาว์ไปเสียจากผู้ปกครอง

คำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น เป็นตัวอย่างที่แสดงว่า ต้องการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิตามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล หากอำนาจปกครองขาดตอนแล้ว ผู้พาผู้เยาว์ไปก็ไม่มี ความผิด ซึ่งดูจะไม่น่าถูกต้องนัก หากมีข้อเท็จจริงว่า ได้มีการพาไป

1. โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อฝึกอาชีพในทางทุจริต หรือพาไปเพื่อหากำไร หรือเพื่อการ
 อนาคต การพาไปในลักษณะเช่นนี้ เห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิของเด็ก หรือ
 ผู้เยาว์ ซึ่งเป็นผู้ที่มีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูเอาใจใส่ตามควรแก่ฐานะอุปการะแห่งตน รวมทั้งสิทธิที่จะ
 ได้รับการศึกษาเล่าเรียนให้มีความรู้ความชำนาญต่าง ๆ ทั้งนี้ เพื่อหล่อหลอมและพัฒนาบุคลิกภาพ
 ของเขาเมื่อเติบโตเป็นผู้ใหญ่ต่อไปในอนาคต

2. โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปอุปการะเลี้ยงดู ให้การศึกษา การพาไปลักษณะนี้
 ศาลฎีกาเคยมีคำพิพากษาคัดสินไว้เป็นบรรทัดฐานว่าไม่เป็นความผิด ทั้งนี้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่
 398/2517

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 398/2517 บิดาพราภบุตรนอกสมรสไปจากการปกครองของมารดา
 เพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา การกระทำโดยมีเจตนาตีต่อบุตรเช่นนี้ ยังถือไม่ได้ว่าเป็น
 การพราภโดยปราศจากเหตุสมควร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ แสดงให้เห็นว่าการพราภเด็กหรือผู้เยาว์แล้วให้การอุปการะ
 เลี้ยงดู ให้การศึกษา ไม่มีความผิดฐานพราภเด็ก เพราะถือว่ามีเจตนาดีมีเหตุสมควร ในทาง
 กลับกันแปลความหมายได้ว่า หากพราภไปโดยไม่ให้การอุปการะเลี้ยงดู ให้การศึกษา แต่กลับ
 พราภไปเพื่อฝึกอาชีพเป็นเมจอาชีพ หรือเพื่อหากำไร เพื่อการอนาคตแล้ว ย่อมเป็นความผิด
 เพราะถือได้ว่ามิได้มีเจตนาดีต่อบุตรหรือผู้เยาว์

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า จากตัวอย่างที่ยกมาข้างต้น หากเจตนาของกฎหมายมาตราดังกล่าวมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลของเด็กหรือผู้เยาว์แล้ว การกระทำภายหลังการพราภตามข้อ 1 หรือข้อ 2 ก็ไม่แตกต่างกัน คือต่างก็ไม่เป็นความผิดฐานพราภเด็ก หรือพราภผู้เยาว์ เพราะขาดจากอำนาจปกครองแล้ว ไม่ว่าจะนำเด็กหรือผู้เยาว์ไปอย่างไรก็ไม่เป็นความผิด ซึ่งดูจะขัดกับความรู้สึกและไม่สมเหตุสมผล แต่หากเจตนาของกฎหมายมาตราดังกล่าวมุ่งคุ้มครองสิทธิของเด็กหรือผู้เยาว์ การกระทำภายหลังการพาเด็กหรือผู้เยาว์ไปตามข้อ 1. ก็ยังเป็นความผิดอยู่ เพราะถือว่าการกระทบกระเทือนต่อสิทธิของเด็กและผู้เยาว์แม้ว่าจะขาดจากอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแล้วก็ตาม ในทางตรงกันข้าม หากการกระทำภายหลังการพาเด็กและผู้เยาว์ไปตามข้อ 2. เพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา ศาลฎีกาก็ยังมีคำพิพากษาคัดสินไว้ว่าไม่เป็นความผิด ซึ่งเห็นได้ชัดเจนาว่าเจตนาของกฎหมายในมาตราดังกล่าว เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเด็กและผู้เยาว์ดูจะสมเหตุสมผลมากกว่า

อีกประการหนึ่ง หากมุ่งเน้นเรื่องอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลแล้ว อาจส่งผลให้การคุ้มครองสิทธิเด็กหรือผู้เยาว์ไม่ได้ผลสมบูรณ์ หรือได้รับความกระทบกระเทือนไปด้วย เพราะจะเป็นเหตุให้สนใจอำนาจปกครองเพียงอย่างเดียว โดยไม่สนใจว่าในความเป็นจริงเด็กหรือผู้เยาว์ต้องรับความเสียหาย หรือถูกกระทบกระเทือนสิทธิอย่างใดบ้าง ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1605/2523

จำเลยพาผู้เสียหายอายุไม่เกิน 13 ปี ไปร่วมประเวณีที่กระท่อมห่างบ้านผู้เสียหาย 90 เมตร โดยผู้เสียหายสมัครใจ และอยู่กันเพียง 1 ชั่วโมง ก็แยกกันกลับบ้าน ถือว่าจำเลย ครอบครองสิทธิของผู้ปกครองของผู้เสียหายในการควบคุมดูแลผู้เสียหาย โดยปราศจากเหตุอันสมควร แล้ว จำเลยมีความผิดฐานกระทำความร้ายเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี ตามมาตรา 277 กระทงหนึ่ง และมีความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ตามมาตรา 317 อีกกระทงหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ หากมุ่งเน้น เจตนารมณ์ของกฎหมายว่าต้องการคุ้มครอง อำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแล้ว ก็จะเป็นผลให้ต้องมาพิจารณาถึงสถานที่ เกิดเหตุ ระยะทาง และระยะเวลาที่เกิดการกระทำผิด เพื่อประกอบดุลยพินิจในการพิจารณาว่า การที่ผู้เสียหายสมัครใจไปพบจำเลยที่กระท่อมห่างจากบ้านเป็นระยะทาง 90 เมตร และอยู่ ด้วยกัน 1 ชั่วโมง ทำให้อำนาจปกครองของบิดามารดาผู้เสียหายขาดตอนแล้วหรือยัง หาก ขาดตอนแล้ว ผู้กระทำคือจำเลยก็ไม่มี ความผิด หากยังไม่ขาดตอน ผู้กระทำคือจำเลยจึงจะมี ความผิด ทำให้เกิดปัญหาในการดำเนินคดีว่าจะเอาบรรทัดฐานแค่ไหน อย่างไร มาวัดว่าสถานที่ เกิดเหตุห่างจากบิดามารดาแค่ไหน อำนาจปกครองจึงจะขาดตอน หรือไม่ขาดตอน อันจะ เกี่ยวโยงไปถึงความผิดที่จะใช้ปรับบท เพื่อลงโทษแก่ผู้กระทำ ทั้ง ๆ ที่เห็นชัดเจนว่า จำเลยได้ กระทำการอันเป็นการกระหนาบกระ เทือนสิทธิของผู้เสียหายแล้ว หากเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่ง คุ้มครองสิทธิเด็กหรือผู้เยาว์แล้ว ก็สามารถลงโทษผู้กระทำได้ทันที เพราะการกระทำของเขาได้ กระหนาบกระ เทือนสิทธิของผู้เสียหาย ซึ่งเป็นเด็กหรือผู้เยาว์โดยชัดเจนอยู่แล้ว จะเห็นได้ว่าความเป็น เหตุเป็นผลได้เป็นอย่างดี และเกิดความเป็นธรรมด้วยในแง่ว่าความอ่อนด้อยทางวุฒิภาวะของเด็ก อายุไม่เกิน 15 ปี จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แม้ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือสมัครใจไปกับ จำเลย ส่งผลให้ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดต่อเด็กหรือผู้เยาว์ โดยอาศัยความได้เปรียบทางวุฒิภาวะ สติปัญญา ประสบการณ์ที่มีมากกว่า เด็กหรือผู้เยาว์เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิดต่อ เด็กหรือผู้เยาว์ เป็นการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมในลักษณะของความผิดนี้ทางหนึ่ง

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปแล้ว ผู้เขียนเข้าใจว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐาน พรากเด็กและพรากผู้เยาว์ ต้องการคุ้มครองสิทธิเด็กและผู้เยาว์เพียงแต่ต้องการกำหนดผู้เสียหาย ในคดีขึ้น เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีดังกล่าว ดังนั้น เด็กหรือผู้เยาว์จึงมิใช่ผู้อยู่ในฐานะผู้เสียหาย ทั้ง ๆ ที่เด็กหรือผู้เยาว์เป็นผู้ถูกระทำความผิดโดยตรง

จากการศึกษาทางอาชญาวิทยา กรณีเด็กหรือผู้เยาว์ถูกระทำความผิดดังกล่าว ถือได้ว่า เด็ก หรือผู้เยาว์เป็น "เหยื่อ" (Victim) ของอาชญากรรม ซึ่งจะได้กล่าวถึงสิทธิของเหยื่อที่เป็นเด็ก (Child Victim Rights) ต่อไป

2.4. สิทธิของเด็กที่จะได้รับความคุ้มครอง

ในการศึกษาเรื่อง สิทธิของเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองว่ามีสิทธิอะไรบ้าง คงต้องทำความเข้าใจคำว่า "สิทธิ" ว่ามีความหมายอย่างไร

คำว่า "สิทธิ" ในที่นี้หมายถึง คือ สิ่งที่ถูกกฎหมายให้การรับรองและคุ้มครองให้ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ฯลฯ

สิทธิและหน้าที่เป็นของคู่กัน กล่าวคือ ผู้ใดมีสิทธิที่ถูกกฎหมายรับรองให้ในเรื่องใดกฎหมายก็จะคุ้มครองสิทธิในเรื่องนั้น ๆ ให้ กล่าวคือบุคคลอื่นทั่วไปย่อมมีหน้าที่เคารพสิทธิของบุคคลผู้นั้น ถ้าบุคคลใดล่วงละเมิดสิทธิผู้ถูกละเมิดสิทธิย่อมตกเป็นเหยื่อ (victim) หรือผู้เสียหาย (injured person) ย่อมมีสิทธิที่จะร้องทุกข์ กล่าวโทษหรือดำเนินคดีไปฟ้องร้องยังศาลให้ลงโทษผู้กระทำละเมิด ในกรณีการกระทำละเมิดนั้นเป็นความผิดอาญา และยังมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดชดเชยค่าเสียหายทางแพ่งได้ด้วย

ดังนั้น "สิทธิเด็ก" ในที่นี้หมายถึง คือ สิ่งที่ถูกกฎหมายให้การรับรองและคุ้มครองให้ตามที่กล่าวมาข้างต้น แต่อย่างไรก็ตามมีข้อจำกัดมากมายในการแก้ไขเยียวยาการละเมิดสิทธิเด็ก ทั้งนี้ เพราะกฎหมายกำหนดให้บิดามารดา ผู้ปกครอง ญาติ หรือเจ้าพนักงานบางหน่วยงานที่ถือว่าเป็นตัวแทนของรัฐเข้าทำหน้าที่ ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไปในหัวข้อสถานะภาพกฎหมายคุ้มครองสิทธิเด็กไทย

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า แนวความคิดในการรับรองสิทธิเด็กของสากล ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิของเด็กและเยาวชนขององค์การสหประชาชาติ ประกาศเมื่อปี พุทธศักราช 2502 ข้อ 2. กำหนดว่า "เด็กและเยาวชนจะเป็นบุคคลแรกที่ได้รับการคุ้มครองและสงเคราะห์ในทุกกรณี" ข้อ 9. กำหนดว่า "เด็กและเยาวชนพึงได้รับการปกป้องให้พ้นจากการถูกทอดทิ้ง พ้นจากความโหดร้ายทารุณและการถูกข่มเหงรังแกทุกชนิด เด็กจะต้องไม่กลายเป็นสินค้าไม่ว่าในรูปใดจะต้องไม่มีการรับเด็กเข้าทำงานก่อนวัยพอสมควร . . ."

ตามร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กสากล ปี ค.ศ.1987 ได้กล่าวไว้ในบทนำว่า เด็กพึงมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและช่วยเหลือคุ้มครองเป็นพิเศษ (childhood is entitled to special care and assistance) และได้กำหนดหลักการคุ้มครองชีวิตร่างกาย เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็กไว้ชัดเจน กล่าวคือมุ่งคุ้มครองมิให้เด็กถูกข่มเหงรังแก หรือถูกละเมิดแก่ชีวิตร่างกาย เสรีภาพ และสวัสดิภาพ ไม่ว่ากรณีใด ๆ เช่น การฆ่า การทำร้าย การล่วงเกินทางเพศ การถูกเอารัดเอาเปรียบไม่ว่าทางใด ๆ หรือนำเด็กเป็นสินค้าซื้อขายหรือปฏิบัติต่อเด็กไม่เหมาะสมไม่เสมอภาคจนเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็ก กำหนดให้มีการแก้ไขเยียวยา และฟื้นฟูสมรรถภาพเด็กที่ถูกกระทำละเมิด ให้คืนสู่สภาพปกติโดยเร็วที่สุด หลักการดังกล่าวปรากฏใน

ร่างอนุสัญญามาตรา 19, มาตรา 32-มาตรา 36 และมาตรา 39 เป็นต้น

จากข้อมูลดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า แนวความคิดในการรับรองสิทธิเด็กตามปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก หรือตามร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มิได้จำกัดเฉพาะสิทธิในทางกฎหมาย (Legal Right) เท่านั้นแต่ยังรวมไปถึงสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) สิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Right) และสิทธิทางศีลธรรมและวัฒนธรรม (Moral and Cultural Rights) ด้วย ซึ่งสามารถอธิบายโดยสรุปก็คือสิทธิที่จะได้รับการศึกษาเล่าเรียน สิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูเอาใจใส่ตามสมควรให้เหมาะสมกับสภาพฐานะของตน อีกทั้ง สิทธิที่จะได้รับการพัฒนาบุคลิกภาพให้เหมาะสมตามวัยของแต่ละบุคคลต่อไป ซึ่งเด็กพึงมีพึงได้รับการสนองตอบ และคุ้มครองด้วยความเสมอภาค

สถานภาพของสิทธิเด็กกรณีตกเป็นเหยื่อตามกฎหมายไทย

ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ ได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายใต้กฎหมายโดยเท่าเทียมกัน มิได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นพิเศษแต่อย่างใด คำว่าบุคคลย่อมหมายถึง บุคคลคนนั้นนับตั้งแต่เกิดจนถึงแก่ความตาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ที่บัญญัติไว้ว่า "สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย..." ดังนั้น เด็กและผู้ใหญ่จึงมีสิทธิเสรีภาพเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามเด็กย่อมถูกจำกัดด้วยสภาพความสามารถทางร่างกายและจิตใจ กฎหมายจึงได้กำหนดให้บุคคลที่อยู่ใกล้ชิดเกี่ยวข้องกับเด็ก เช่น บิดามารดา ผู้ปกครอง ญาติ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลบางหน่วย มีอำนาจหน้าที่ใช้สิทธิแทนเด็กหรือทำหน้าที่คุ้มครองมิให้เด็กถูกละเมิดสิทธิ นอกจากนี้กฎหมายยังจำกัดอำนาจของบุคคลดังกล่าวมิให้กระทำการใด ๆ อันเป็นการเสื่อมสิทธิของเด็กด้วย

กรณีเด็กตกเป็นเหยื่อในการกระทำความผิดทางอาญา (victims of criminal acts)

กรณีเด็กเป็นผู้ถูกกระทำในความผิดอาญา ในทัศนะของนักอาชญาวิทยา ถือว่าเด็กตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม (victim of crime) แต่ในด้านกฎหมายเด็กที่ตกเป็นเหยื่อ จะมีสิทธิกล่าวโทษหรือเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำละเมิดจะต้องเป็น เหยื่อที่แท้จริง (innocent victim) คือ ต้องไม่มีส่วนร่วมในการกระทำผิดด้วยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เรียกว่า ผู้เสียหาย (injured person) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) ได้ให้คำจำกัดความว่าผู้เสียหายหมายความว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง หรือเรียกว่าผู้เสียหายโดยนิตินัย กล่าวคือ เหยื่อหรือผู้เสียหายจะต้องไม่มีส่วนร่วมในการกระทำผิดนั้น ๆ จึงจะมีสิทธิร้องทุกข์กล่าวโทษ หรือฟ้องร้องผู้กระทำผิดและมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้ก่อเหตุละเมิดนั้นได้

กรณีเด็กเป็นผู้เสียหายและไม่ถึงแก่ความตาย ดังที่กล่าวมาแล้วว่า แม้เด็กจะเป็นเหยื่อหรือผู้เสียหายที่แท้จริงและไม่ถึงแก่ความตาย เด็กก็ทำใช้สิทธิฟ้องร้องและเรียกค่าเสียหายเองได้ไม่ จะต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่งประกอบด้วยบิดามารดา ผู้ปกครองกระทำแทน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 บัญญัติว่า "บุคคลเหล่านี้จัดการแทนผู้เสียหายได้ (1) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลเฉพาะแต่ในความผิดซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์ หรือผู้ไร้ความสามารถซึ่งอยู่ในความดูแล..." เป็นกรณีเด็กที่ตกเป็นเหยื่อหรือผู้เสียหายในการกระทำผิดอาญาผู้แทนโดยชอบธรรมซึ่งประกอบด้วยบิดามารดาตามความเป็นจริงแม้มีได้จดทะเบียนสมรสกัน ผู้ปกครองที่ศาลมีคำสั่งแต่งตั้ง ต้องร้องทักดาเนินคดีหรือเรียกค่าเสียหายแทนเด็ก แต่ในกรณีที่เด็กไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม มาตรา 6 ได้บัญญัติทางแก้ไขว่า "ในคดีอาญาซึ่งผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรมหรือเป็นผู้วิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถไม่มีผู้อนุบาลหรือผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้อนุบาลไม่สามารถจะทำตามหน้าที่โดยเหตุหนึ่งเหตุใด รวมทั้งมีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถนั้น ๆ ญาติของผู้นั้นหรือผู้มีประโยชน์เกี่ยวของอาจร้องขอต่อศาลขอให้ศาลตั้งเขาเป็นผู้แทนเฉพาะคดีได้"

เมื่อได้ไต่สวนแล้วให้ศาลตั้งผู้ร้อง หรือบุคคลอื่นซึ่งยินยอมตามที่เห็นสมควร เป็นผู้แทนเฉพาะคดี เมื่อไม่มีบุคคลใดเป็นผู้แทนให้ศาลตั้งพนักงานฝ่ายปกครองเป็นผู้แทน... การตั้งผู้แทนเฉพาะคดีเป็นกรณีที่เด็กไม่มีบิดามารดา ผู้ปกครองญาติของเด็ก คือ บุคคลที่เกี่ยวข้องเป็นญาติกับเด็ก โดยถือตามความเป็นจริง เช่น ป้า ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา พี่ น้อง หรือผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องกับเด็กอาจจะเป็นบุคคลที่เด็กไปอาศัยอยู่ด้วยหรือนายจ้าง บุคคลเหล่านี้มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลทำการไต่สวน แล้วมีคำสั่งแต่งตั้งเป็นผู้แทนเฉพาะคดี

กรณีเด็กเป็นผู้ถูกกระทำในความผิดอาญาและถึงแก่ความตาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 บัญญัติว่า "บุคคลเหล่านี้จัดการแทนผู้เสียหายได้... (2) ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน... เฉพาะแต่ในความผิดอาญา ซึ่งผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจัดการเองได้" ในกรณีเด็กถูกทำร้ายถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจัดการเองได้ ผู้บุพการี คือ บิดามารดา (ตามความเป็นจริง) มีอำนาจร้องทักกล่าวโทษแทนเด็กได้ ส่วนป้าหรือพี่ หรือผู้รับบุตรบุญธรรมไม่ใช่ผู้บุพการี จึงไม่มีอำนาจจัดการแทนเด็กได้ วันแต่ศาลได้ตั้งเป็นผู้ปกครอง หรือขอให้ศาลแต่งตั้งตนเองเป็นผู้แทนเฉพาะคดีตามมาตรา 6 ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

มีข้อสังเกตว่า กฎหมายห้ามมิให้เด็กหรือผู้เยาว์เป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญา ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1123/2479 ว่า "ผู้เยาว์ฟ้องคดีอาญาโดยลำพังตนเองไม่ได้ ต้องมีผู้แทน" แม้จะได้รับความยินยอมจากบิดา ก็ไม่สามารถเข้าเป็นโจทก์ร่วมฟ้องคดีอาญาได้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ใน คำพิพากษาฎีกาที่ 563/2517 แต่ถ้าวินิจฉัยเป็นการร้องทักกล่าวโทษผู้กระทำความผิดต่อเจ้าพนักงานเด็กหรือผู้เยาว์ย่อมมีสิทธิร้องทุกข์ได้ด้วยตนเอง ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรมดำเนินการให้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ใน คำพิพากษาฎีกาที่

1641/2514 ว่า "คำให้การของเด็กหญิงผู้เสียหายอายุ 14 ปี ที่พนักงานสอบสวนบันทึกรายละเอียดแห่งการกระทำของผู้กระทำผิดไว้ และในตอนท้ายคำให้การมีข้อความว่า ได้มาร้องทุกข์ มอบคดีให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดในข้อหากระทำความผิดต่อผู้เสียหาย ถือได้ว่าเป็นคำร้องทุกข์ตามกฎหมายแล้ว" และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2100/2497 "เด็กหญิงอายุ 15 ปี ถูกข่มขืนกระทำชำเราได้ให้การกับพนักงานสอบสวนในฐานะผู้เสียหาย ถือได้ว่าเป็นการร้องทุกข์แล้ว"

การใช้สิทธิเรียกค่าเสียหาย กรณีเด็กตกเป็นเหยื่อในความผิดอาญา (victim compensation)

กรณีเด็กเป็นผู้ถูกกระทำในความผิดอาญา (victim of criminal acts) โดยหลักเด็กย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหาย หรือค่าทดแทนจากผู้กระทำผิดได้ แต่ในทางปฏิบัติเด็กจะใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายหรือค่าทดแทนจากผู้กระทำผิดโดยตรงหาได้ไม่ การเรียกค่าเสียหายหรือค่าทดแทนจากผู้กระทำผิดอาญา ถ้ามีการฟ้องคดีอาญา ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายไปในคดีเดียวกันได้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เรียกว่าคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา มาตรา 40 บัญญัติว่า "การฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาจะฟ้องต่อศาลซึ่งพิจารณาคดีอาญาหรือต่อศาลที่มีอำนาจชำระคดีแพ่งก็ได้ การพิจารณาคดีแพ่งต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง"

กรณีเด็กเป็นผู้เสียหายย่อมถูกจำกัดสิทธิในการฟ้องร้องค่าเสียหาย จะต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรมฟ้องเรียกค่าเสียหาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (2) วิเคราะห์ศัพท์ว่าบุคคลผู้ไร้ความสามารถ หมายความว่า "บุคคลใด ๆ ซึ่งไม่มีความสามารถตามกฎหมายหรือความสามารถถูกจำกัด โดยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยความสามารถ" เด็กย่อมถือเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถในสายตาของกฎหมาย

ดังนั้น การใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายหรือค่าทดแทนจากผู้กระทำละเมิด จึงถูกจำกัดให้ผู้แทนโดยชอบธรรมเข้าดำเนินการแทน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 56 บัญญัติว่า "ผู้ไร้ความสามารถหรือผู้กระทำแทนจะเสนอข้อหาต่อศาลหรือดำเนินกระบวนการใด ๆ ได้ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยความสามารถและตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ การให้อนุญาตหรือยินยอมตามบทบัญญัติเช่นว่านั้น ให้ทำเป็นหนังสือยื่นต่อศาลเพื่อรวมไว้ในสำนวนความ..." แต่ถ้าเด็กไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม เช่น ไม่มีบิดามารดา หรือผู้ปกครอง กฎหมายก็ได้บัญญัติทางแก่วิธี โดยขออนุญาตฟ้องหรือให้ตั้งผู้แทนเฉพาะคดีตั้งแต่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 วรรคสี่ว่า "ถ้าผู้ไร้ความสามารถไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนโดยชอบธรรมทำหน้าที่ไม่ได้ ศาลมีอำนาจออกคำสั่งให้อนุญาตหรือให้ความยินยอมตามที่ต้องการหรือตั้งผู้แทนเฉพาะคดีนั้นให้แก่ผู้ไร้ความสามารถถ้าไม่มีบุคคลอื่นใด ให้ศาลมีอำนาจตั้งพนักงานอัยการหรือเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองอื่นให้เป็นผู้แทนได้"

จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้น ชี้ให้เห็นว่าสถานภาพสิทธิของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อหรือผู้ถูกกระทำในความผิดอาญา (victim of criminal acts) ตามกฎหมายของไทยเราถูกจำกัดเกือบสิ้นเชิงไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำผิดหรือสิทธิในการเรียกค่าเสียหายหรือค่าทดแทน (victim compensation) จะต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองหรือญาติหรือผู้ประ โยชนที่เกี่ยวข้องกับเด็กเป็นผู้ใช้สิทธิแทนเด็ก แต่ถ้าบุคคลที่เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองเป็นผู้กระทำผิดอาญาต่อเด็กเสียเอง เช่น การกระทำทารุณกรรม (child abuse) หรือการกระทำผิดทางเพศต่อเด็ก (sexual abuse) หรือกรณีขายบุตรให้เป็นโสเภณีหรือขายแรงงาน พฤติการณ์ต่าง ๆ เหล่านี้ใครจะเป็นผู้ปกป้องสิทธิให้เด็กซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นเสมอในสภาพสังคมปัจจุบัน ในกรณีเช่นที่กล่าวนี้ กฎหมายยังห้ามมิให้เด็กผู้เป็นบุตรฟ้องบิดามารดาอีก เพราะถือว่าเป็นคดีอุทธรณ์ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1562 บัญญัติว่า "ผู้ใดจะฟ้องบพพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญามีได้ แต่เมื่อผู้^{ผู้}นั้นหรือญาติสนิทของผู้^{ผู้}นั้นร้องขออัยการจะยกคดีขึ้นว่ากล่าวก็ได้"

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย