

การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง
กับความรับผิดชอบทางอาญา

นางสาววรรณ นาคทับ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2556

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

CUSTODIAL INTERFERENCE BY NON-CUSTODIAL PARENT
AND CRIMINAL LIABILITY

Miss Woraphan Nakthab

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2013

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ ไม่มีอำนาจปกครองกับความรับผิดชอบทางอาญา
โดย	นางสาววรรณพร นาคทับ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์วิระพงษ์ บุญโญภาส)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. จิรนิติ หะวานนท์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ)

วรรณ นาคทับ : การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองกับความรับผิดชอบทางอาญา (CUSTODIAL INTERFERENCE BY NON-CUSTODIAL PARENT AND CRIMINAL LIABILITY) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : ผศ.ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์, 187 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาสภาพปัญหาและขอบเขตของกฎหมายอาญาที่จะนำมาบังคับใช้ในเรื่องการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง โดยมีการนำบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสิงคโปร์มาศึกษาเปรียบเทียบ เนื่องจากประเทศเหล่านี้มีการบัญญัติให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดอาญาโดยเฉพาะ

จากการศึกษาวิจัยพบว่า ประเทศไทยมิได้กำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดอาญาโดยเฉพาะ กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายเฉพาะที่จะนำมาบังคับใช้กับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นไม่สอดคล้องและไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เกิดขึ้น

ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองให้เป็นความผิดอาญาโดยเฉพาะ ทั้งนี้ผู้เขียนได้เสนอแนะบทบัญญัติทางกฎหมายและวิธีการดำเนินคดีที่จะนำมาใช้ในการแก้ปัญหาละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองที่สอดคล้องและเหมาะสมกับสภาพสังคมไทย

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....

ปีการศึกษา.....2556.....ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5486028634 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : CUSTODIAL INTERFERENCE / NON-CUSTODIAL PARENT /
CRIMINAL LIABILITY / PARENTAL ABDUCTION / PARENTAL KIDNAPPING

WORAPHAN NAKTHAB : CUSTODIAL INTERFERENCE BY NON-CUSTODIAL
PARENT AND CRIMINAL LIABILITY . ADVISOR : ASST. PROF. PAREENA
SRIVANICH, 187 pp.

This thesis aims at conceptualizing problems and defining the scope of criminal law governing custodial interference by non-custodial parent. It comparatively studies statutes enacted in the United States of America, the United Kingdom, France, and Singapore in that these statutes explicitly criminalize custodial interference by non-custodial parent

The finding of this research reveals that the Thai legal system has not specifically criminalized custodial interference by non-custodial parent. The current regime either the criminal code or any special statutes lacks competence to appropriately govern custodial interference by non-custodial parent

Therefore, the author proposes the criminalization of custodial interference of non-custodial parent as the means to solve the problem. In particular, the thesis recommends statute and criminal procedure designed to tackle the problem stemming from custodial interference of non-custodial parent. The outcome of the research will act as the guideline of the criminalization process which is adjusted to suit the unique characteristic of Thai society.

Field of Study : laws Student's Signature

Academic Year: 2013 Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้ด้วยความสำเร็จจากบุคคลหลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์ เป็นอย่างสูง ที่ได้ให้ความกรุณาว่าเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และเอาใจใส่ในการให้คำแนะนำปรึกษา ติดตามความก้าวหน้า รวมทั้งตรวจและแก้ไขให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์วิระพงษ์ บุญโญภาส ที่ได้กรุณาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อีกทั้งท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.จิรนิติ หะวานนท์ และท่านศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ที่ได้กรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ แม้คณาจารย์ทุกท่านจะมีภาระหน้าที่หลายด้าน แต่ทุกท่านได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าและได้ให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้เขียนซึ่งทำให้อาจารย์ทุกท่านมีความสมบูรณ์มากขึ้น ผู้เขียนซาบซึ้งและระลึกในความเมตตากรุณาของท่าน และขอกราบขอบพระคุณทุกท่านเป็นอย่างยิ่ง

ขอบพระคุณเพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ ของผู้เขียนที่ไม่อาจกล่าวนามได้ทั้งหมด ตลอดจนเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ เจ้าหน้าที่บัณฑิตวิทยาลัย เจ้าหน้าที่ห้องสมุด สำหรับความช่วยเหลือและกำลังใจในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลงได้ด้วยดี

ขอบพระคุณเพื่อนร่วมหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รุ่นรหัส 54 ทุกท่านสำหรับมิตรจิต กำลังใจ และการช่วยเหลือแบ่งปันข้อมูลอันเป็นประโยชน์แก่กันตลอดระยะเวลาในการศึกษาและการทำวิทยานิพนธ์

สุดท้ายนี้ขอกราบขอบพระคุณครอบครัวของผู้เขียน ซึ่งได้ให้การสนับสนุนด้านการศึกษา และเป็นกำลังใจในทุกช่วงชีวิตของผู้เขียนอย่างดียิ่งตลอดมา ครอบครัวซึ่งเป็นกำลังใจสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนมีความอดทน ตั้งใจ และพยายามจนจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้สำเร็จลุล่วงอย่างสมบูรณ์ ขอขอบคุณทุกความห่วงใยและความช่วยเหลือที่ครอบครัวและญาติๆ ทั้งหลายมอบให้กับผู้เขียนเสมอมา ผู้เขียนขอขอบคุณความสำเร็จนี้ให้กับครอบครัวอันเป็นที่รักยิ่ง

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอขอบคุณความดีทั้งหมดให้แก่ท่านคณาจารย์ ครอบครัว และบุคคลผู้มีพระคุณทุกท่าน หากมีข้อบกพร่องผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขออภัยไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	6
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	7
1.4 สมมติฐานการวิจัย.....	7
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย.....	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
บทที่ 2 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดา.....	9
2.1 อำนาจปกครองบุตร	10
2.1.1 ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตร.....	10
2.1.2 ความหมายของอำนาจปกครองบุตร	12
2.1.3 ขอบเขตการใช้อำนาจปกครองบุตร.....	14
2.1.4 ประเภทของอำนาจปกครองบุตร.....	17
2.1.4.1 บิดามารดามีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน.....	17
2.1.4.2 อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาเพียงฝ่ายเดียว.....	18

2.1.5 การกำหนดอำนาจปกครองบุตร.....	19
2.1.5.1 การกำหนดอำนาจปกครองบุตรกรณีบิดามารดา ไม่ได้สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย.....	19
2.1.5.2 การกำหนดอำนาจปกครองบุตรระหว่างสมรส.....	19
2.1.5.3 การกำหนดอำนาจปกครองบุตรหลังหย่า.....	21
2.2 การละเมิดอำนาจปกครองบุตร.....	30
2.2.1 แนวคิดในการปฏิบัติต่อเด็กและคุ้มครองสิทธิเด็ก.....	30
2.2.2 แนวคิดในการคุ้มครองอำนาจปกครองบุตร.....	37
2.2.3 ความหมาย รูปแบบ และลักษณะการละเมิดอำนาจปกครองบุตร โดยบิดาหรือมารดา.....	39
2.2.4 สาเหตุและผลกระทบการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดา หรือมารดา	42
2.2.4.1 สาเหตุของการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดา.	42
2.2.4.2 ผลกระทบของการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดา หรือมารดา.....	43
2.3 ขั้นตอนการดำเนินการและปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครอง โดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองของประเทศไทยในปัจจุบัน.....	47
2.3.1 กฎหมายแพ่ง.....	47
2.3.1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	47
2.3.1.2 พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทาง แพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลพ.ศ. 2555.....	54
2.3.2 กฎหมายอาญา.....	55
2.3.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรง ในครอบครัว พ.ศ. 2550.....	61
2.4 การกำหนดความรับผิดชอบต่อการละเมิดอำนาจปกครองโดย บิดาหรือมารดา.....	62
2.4.1 แนวคิดทางกฎหมายในการแทรกแซงสถาบันครอบครัว.....	62
2.4.1.1 แนวคิดรัฐในฐานะผู้พิทักษ์สันติราษฎร์	63

2.4.1.2 แนวคิดรัฐในฐานะบิดามารดา.....	64
2.4.2 แนวคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ในการกำหนดกฎหมายอาญา กับการละเมิด อำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดา.....	65
2.4.3 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดา กับความชอบธรรมของรัฐในการที่จะลงโทษ.....	72
บทที่ 3 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง กับความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ.....	74
3.1 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจ ปกครองตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	74
3.1.1 หลักเกณฑ์การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์.....	74
3.1.2 ความรับผิดชอบทางอาญากับการละเมิดอำนาจปกครอง โดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตาม กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	75
3.2 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจ ปกครองตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ.....	94
3.2.1 หลักเกณฑ์การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์.....	94
3.2.2 ความรับผิดชอบทางอาญากับการละเมิดอำนาจปกครอง โดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตาม กฎหมายของประเทศอังกฤษ.....	95
3.3 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจ ปกครองตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส.....	105
3.3.1 หลักเกณฑ์การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์.....	105
3.3.2 ความรับผิดชอบทางอาญากับการละเมิดอำนาจปกครอง โดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตาม กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส.....	106
3.4 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจ ปกครองตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์.....	110

3.4.1	หลักเกณฑ์การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์.....	110
3.4.2	ความรับผิดชอบทางอาญากับการละเมิดอำนาจปกครอง โดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตาม กฎหมายของประเทศสิงคโปร์.....	111
บทที่ 4	วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครอง โดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองและความเหมาะสม ในการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา.....	117
4.1	อำนาจปกครองบุตร.....	126
4.1.1	การใช้อำนาจปกครองบุตรระหว่างสมรส.....	128
4.1.2	การใช้อำนาจปกครองบุตรหลังหย่า.....	130
4.2	ลักษณะกฎหมาย.....	131
4.3	องค์ประกอบของความผิด.....	134
4.4	หลักเกณฑ์อายุเด็กที่ได้รับการคุ้มครอง	139
4.5	ข้อยกเว้นความผิด.....	141
4.6	อัตราโทษ	144
4.7	เหตุเพิ่มโทษและเหตุลดโทษ.....	146
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	148
5.1	บทสรุป.....	148
5.2	ข้อเสนอแนะ.....	153
	รายการอ้างอิง.....	158
	ภาคผนวก.....	164
	ภาคผนวก ก.....	165
	ภาคผนวก ข.....	166
	ภาคผนวก ค.....	168

ภาคผนวก ง	175
ภาคผนวก จ.....	178
ภาคผนวก ฉ.....	183
ภาคผนวก ช.....	185
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	187

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

โดยธรรมชาติแล้วบุตรที่ยังเยาว์วัยนั้นย่อมหย่อนความสามารถในการช่วยเหลือตนเอง และความรู้สึกผิดชอบ จึงจำเป็นต้องได้รับการดูแลคุ้มครองเพื่อบุตรผู้เยาว์นั้นสามารถเจริญเติบโตได้อย่างมีศักยภาพอันจะเป็นทรัพยากรบุคคลที่สำคัญของชาติต่อไป ผู้ที่จะทำหน้าที่ในการดูแลบุตรผู้เยาว์ได้สมบูรณ์ที่สุดนั้นก็คือบิดามารดา กฎหมายจึงให้กำหนดบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์จนกว่าบุตรผู้เยาว์นั้นจะบรรลุนิติภาวะ อำนาจปกครองจะตกอยู่กับผู้อื่นก็เฉพาะแต่ในกรณีที่บิดามารดาไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้

อำนาจปกครองบุตร คือ อำนาจที่บิดามารดามีเหนือบุตรผู้เยาว์ซึ่งเป็นอำนาจตามธรรมชาติของบิดามารดานับแต่บุตรได้ถือกำเนิดมา เพื่อเลี้ยงดูรักษาให้บุตรเจริญเติบโตในภายหน้า ประกอบไปด้วยอำนาจในทางสัมพันธ์ส่วนตัว อำนาจเกี่ยวกับการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม และอำนาจจัดการทรัพย์สินของบุตร ตามปกติบิดาและมารดาจะมีอำนาจในการปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกัน อย่างไรก็ตามบิดาและมารดาในกรณีนี้ต้องเป็นบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตร สำหรับมารดานั้นกฎหมายกำหนดให้มารดาเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรเสมอ แต่บิดาจะมีสิทธิใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกับมารดาก็ต่อเมื่อบิดาดังกล่าวเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตร บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแม้จะเลี้ยงดูบุตรตามความเป็นจริงก็มีอำนาจปกครองบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่

การใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันมักจะไม่ค่อยเกิดปัญหาหากบิดาและมารดามีชีวิตสมรสที่ราบรื่น เพราะสามารถร่วมกันใช้อำนาจปกครองในเวลาเดียวกันหรืออาจจะใช้ไปโดยอีกฝ่ายเห็นชอบหรือมอบอำนาจให้โดยปริยาย ทำให้ไม่แบ่งชอยอำนาจปกครองเป็นส่วนของบิดา

หรือส่วนของมารดา¹ แต่อย่างไรก็ดีอาจมีบางกรณีที่บิดาหรือมารดาไม่อาจใช้อำนาจปกครองร่วมกันได้ อาทิ การเป็นบิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การถูกถอนอำนาจปกครองโดยคำพิพากษาของศาล การสิ้นสุดการสมรสโดยการหย่าและมีคำสั่งศาลหรือข้อตกลงของคู่สมรสให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้อาจสร้างความไม่พอใจให้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง อันอาจนำไปสู่การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงประเด็นการละเมิดอำนาจปกครองบุตรเฉพาะการละเมิดอำนาจปกครองในส่วนของอำนาจปกครองที่บิดาหรือมารดามีเหนือตัวบุตรผู้เยาว์เท่านั้น ไม่รวมถึงการละเมิดอำนาจปกครองในการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมและการอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของบุตร การละเมิดอำนาจปกครองบุตรโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองจึงหมายถึงการที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองบุตร โดยอาจเป็นผลมาจากบทบัญญัติของกฎหมาย หรือโดยคำสั่งศาล หรือโดยข้อตกลงของคู่สมรสภายหลังการสมรสสิ้นสุด พาไป หน่วงเหนี่ยว หรือซ่อนไว้ ซึ่งบุตรผู้เยาว์โดยละเมิดอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือกระทำการกักตัว หรือหน่วงเหนี่ยวบุตรไว้ภายหลังกำหนดระยะเวลาใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนบุตรสิ้นสุดลง และยังหมายรวมถึงกรณีที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองกีดกันหรือขัดขวางไม่ให้หรือบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเข้าติดต่อ พบปะ เยี่ยมเยียนกับบุตรผู้เยาว์ไม่ว่าโดยวิธีการใดๆ ก็ตาม

การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นอาจเป็นการกระทำที่มาจากเหตุผลหลายประการ เช่น กระทำด้วยความรักและความห่วงใยในตัวบุตร โกรธแค้นต้องการแก้แค้นคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรให้ได้รับความเจ็บปวดเป็นต้น แต่ไม่ว่าการละเมิดอำนาจปกครองนั้นจะมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำมาจากความรักและความปรารถนาดีเพียงใดก็ตามก็ไม่อาจปฏิเสธผลกระทบในด้านลบทั้งต่อตัวเด็ก บิดาหรือมารดา

¹ไพโรจน์ กัมพูสิริ, รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 160.

ฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองและฝ่ายที่ละเมิดอำนาจดังกล่าวเป็นอันมาก กล่าวคือเป็นการตัดความสัมพันธ์ทางสายเลือดระหว่างบิดาหรือมารดาต่อบุตร ตัดสิทธิในการที่จะเลี้ยงดูหรือติดต่อกับบุตรของบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายอันเป็นการสร้างความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน และบาดแผลทางจิตใจให้แก่ผู้ถูกละเมิดอำนาจปกครองบุตรและต่อบุตรที่ถูกพาตัวไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ฝ่ายที่พาตัวบุตรไปหรือกักตัวบุตรไว้นั้นเป็นฝ่ายที่ไม่มีความพร้อมในการดูแลบุตร เช่นมีฐานะยากจน เมาสุราเป็นอาชญากรกระทำดังกล่าวก็จะทำให้เด็กที่ถูกพาไปได้รับความทุกข์ทรมาน ขาดโอกาสในการได้รับการเลี้ยงดูที่ดี โอกาสทางการศึกษา อาจส่งผลให้เด็กเติบโตขึ้นเป็นปัญหาต่อสังคม ซึ่งอาจถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิเด็กในอีกรูปแบบหนึ่ง

เด็กเป็นผู้อ่อนเยาว์ถูกละเมิดสิทธิเด็กได้ง่ายจำเป็นต้องมีผู้ดูแลคือผู้ใช้อำนาจปกครองอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองนอกจากอำนาจในการเลี้ยงดูบุตรให้เจริญเติบโตจนสามารถดูแลตนเองได้ในอนาคตแล้วนั้น อำนาจดังกล่าวยังก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ที่พึงมีต่อบุตรตามที่กฎหมายกำหนด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจบุตรไว้หลายประการ อาทิ อำนาจเกี่ยวกับการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม อำนาจเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สิน และอำนาจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนตัวตามบทบัญญัติมาตรา 1567² คือ สิทธิในการกำหนดที่อยู่ของบุตร สิทธิในการทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน สิทธิที่จะให้บุตรทำงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป และสิทธิในการเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักตัวบุตรไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสิทธิประการนี้ถือเป็นสิทธิที่สำคัญยิ่งคือเป็น

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567 ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิ

(๑) กำหนดที่อยู่ของบุตร

(๒) ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน

(๓) ให้บุตรทำงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป

(๔) เรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สิทธิที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับสิทธิทั้งสามประการที่กล่าวมาข้างต้น กล่าวคือหากมีบุคคลอื่น นำบุตรไปกักขังไว้ ผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมไม่สิทธิใช้อำนาจปกครองทั้งสามประการนั้นได้³

การที่บุคคลอื่นล่อไป พาไป กักขัง หน่วงเหนี่ยวเด็กโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากผู้ใช้อำนาจปกครองบุคคลนั้นย่อมมีความผิดอาญาฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ฐานล่อไปหรือพาไปซึ่งผู้เยาว์โดยทุจริต อันเป็นความผิดต่อเสรีภาพ เป็นต้น หากมีการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเกิดขึ้นประเทศไทยไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำ เช่นว่านั้นมีความรับผิดทางอาญาโดยเฉพาะจึงต้องนำกฎหมายที่อยู่มาปรับใช้ ซึ่งกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องนั้นก็คือความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ แต่อย่างไรก็ดีความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ยังคงมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายบางประการทั้งในส่วนของความผิด เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองนั้นกระทำโดยมิได้มีเจตนาเลวร้ายเป็นอาชญากรเช่นผู้กระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญา อัตราโทษในฐานความผิดดังกล่าวซึ่งมีอัตราโทษจำคุกค่อนข้างสูงและเป็นความผิดอาญาที่ไม่อาจยอมความได้จึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 398/2517 บิดาพรากบุตรนอกสมรสไปเสียจากการปกครองของมารดา เพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา การกระทำโดยมีเจตนาติดต่อบุตรเช่นนี้ ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการพรากโดยปราศจากเหตุอันสมควรตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 สังเกตได้ว่าศาลไม่ประสงค์จะนำความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์มาใช้กับการละเมิดอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองโดยอาศัยเจตนาดีของผู้กระทำ ทั้งกระบวนการดำเนินคดีครอบครัวในศาลยุติธรรมซึ่งไม่ใช่ศาลชั้นฎีกาพิเศษในคดีที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเป็นเรื่องละเอียดอ่อนนั้นย่อมไม่เหมาะสม นอกจากนี้ในความผิดฐานดังกล่าวยังไม่รวมถึงการละเมิดสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียน

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองก็มิอาจนำบังคับใช้

³ เสนีย์ ปราโมทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), หน้า 315.

กับทุกกรณี การบังคับใช้เป็นไปได้เพียงบางกรณีเท่านั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันจึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง และแม้ว่าประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ. 1980 (Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction, 1980) ส่งผลให้ประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามมาตรการต่างๆ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา โดยมีการตราพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแล พ.ศ. 2555 ขึ้นนั้น พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวถือเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองบุตรโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองมากที่สุด แต่อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นเพียงความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่ง การกระทำดังกล่าวหามีความผิดทางอาญาไม่ วัตถุประสงค์สำคัญของพระราชบัญญัตินี้คือการส่งตัวเด็กที่ถูกพาไปหรือกักตัวไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับคืนแก่ผู้ปกครองฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยเร็วเท่านั้น มิใช่เพื่อลงโทษผู้กระทำผิดหรือยับยั้งมิให้เกิดการกระทำผิด

นอกจากนี้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้น เป็นเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้ง่ายเพราะฝ่ายที่การละเมิดอำนาจปกครองนั้นเป็นบุคคลที่มีความใกล้ชิดกับเด็กแต่การที่จะติดตามตัวเด็กกลับคืนมาเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากยิ่ง เพราะฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองอาจตกอยู่ในสถานการณ์ที่มีดমনไม่อาจทราบได้ว่าตนจะต้องดำเนินการอย่างไรเพื่อติดตามบุตรคืน มาตราทางแพ่งในการเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักตัวไว้ไม่เพียงพอในการติดตามบุตรคืน และไม่ทำให้ผู้กระทำผิดดังกล่าวรู้สึกว่าการกระทำของตนเป็นความผิดอันส่งผลให้อาจเกิดการกระทำผิดซ้ำได้

ในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน แคนาดา สิงคโปร์ และอีกหลายประเทศ ให้ความสำคัญในเรื่องของการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเนื่องจากการกระทำดังกล่าวถือเป็นการละเมิดสิทธิเด็กรูปแบบหนึ่ง จึงกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำผิดทางอาญาเพื่อให้ผู้กระทำต้องรับผิดจากการกระทำเช่นนั้น การกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาถือเป็นแนวทางหนึ่งใน

การยับยั้งและป้องปรามมิให้มีการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเกิดขึ้น ทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดซ้ำ

จากปัญหาที่ได้กล่าวไปข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองในประเทศไทยมีแนวโน้มที่จะทวีความรุนแรงมากขึ้น⁴ จึงจำเป็นต้องอย่างยิ่งที่รัฐต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดให้การการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดอาญาเป็นการเฉพาะ เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้มีการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองอันเป็นการละเมิดสิทธิเด็กรูปแบบหนึ่ง และเมื่อมีการกระทำความผิดผู้กระทำก็ควรได้รับโทษในอัตราที่เหมาะสม ทั้งนี้ผู้เขียนจะศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และสิงคโปร์ เนื่องจากเป็นประเทศที่มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเช่นว่านั้นความผิดอาญาโดยเฉพาะ เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของประเทศไทยให้เป็นไปอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาความเป็นมา แนวคิด วิวัฒนาการ และมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

2.2 เพื่อวิเคราะห์ข้อบกพร่อง หรือความไม่เหมาะสมของการนำบทบัญญัติกฎหมายไทยที่มีอยู่มาใช้บังคับกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

2.3 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์รูปแบบของความรับผิดชอบทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายของต่างประเทศ

⁴ สถิติคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครองในการกำหนดที่อยู่บุตร ทำโทษบุตรตามสมควรแก่ความสามารถ และฐานะรูป หรือการเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักตัวบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 1567) ของศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ประจำปี 2556-2551 (โปรดดูภาคผนวก)

2.4 เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบความรับผิดชอบทางอาญากับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองของประเทศไทยและต่างประเทศ

2.5 เพื่อแสวงหาแนวในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองให้สอดคล้องเหมาะสมกับสภาพของสังคมไทย

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งศึกษาและวิเคราะห์ปัญหากฎหมายสารบัญญัติในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองที่มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการเพื่อแสวงหาผลกำไรจากเด็กหรือเพื่อการค้ามนุษย์ เป็นเพียงการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองในทางส่วนของอำนาจปกครองเหนือตัวบุตร โดยศึกษาความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการหามาตรการที่เหมาะสมในการป้องปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองในประเทศไทยให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

1.4 สมมติฐานของการศึกษา

การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองถือเป็นการละเมิดสิทธิเด็กในรูปแบบหนึ่ง และในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองเช่นนี้ไว้ การนำบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่มาบังคับใช้ก็ไม่สอดคล้องและไม่เหมาะสมกับสภาวะการณ์ที่เกิดขึ้น จึงควรมีแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยกำหนดความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองขึ้นเป็นการเฉพาะ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพอันจะเป็นการคุ้มครองสิทธิเด็กได้อีกทางหนึ่ง

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาวិทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีการศึกษาแบบการวิจัยเอกสาร (documentary research) ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากหนังสือวารสาร วิทยานิพนธ์ บทความ เอกสารทางวิชาการ ตั๋วบทกฎหมาย คำพิพากษาของศาล สิ่งตีพิมพ์ทางกฎหมาย และข้อมูลจากการสืบค้นทางอินเทอร์เน็ต โดยนำข้อมูลที่ได้มาประกอบการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบและหาข้อสรุปที่เหมาะสมในการนำมาเป็นแนวทางในการหามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองในประเทศไทยให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ทำให้ทราบความเป็นมา แนวคิด วิวัฒนาการ และมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

6.2 ทำให้ทราบข้อบกพร่อง หรือความไม่เหมาะสมของการนำบทบัญญัติกฎหมายไทยที่มีอยู่มาใช้บังคับกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

6.3 ทำให้ทราบรูปแบบของความรับผิดชอบทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายของต่างประเทศ

6.4 ทำให้ทราบข้อแตกต่างข้อดีข้อเสียของความรับผิดชอบทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายของต่างประเทศและประเทศไทย

6.5 เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติม กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองกับความรับผิดชอบทางอาญาในประเทศไทย เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สอดคล้อง และเหมาะสมกับสภาพสังคมไทย

บทที่ 2

การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

การใช้อำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นกำหนดให้บิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน แต่อย่างไรก็ดีมีหลายกรณีที่บิดาและมารดาไม่อาจใช้อำนาจในการปกครองบุตรร่วมกันได้ อาทิ การเป็นบิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การถูกถอนอำนาจปกครองโดยคำพิพากษาของศาล การสิ้นสุดการสมรสโดยการหย่าและมีคำสั่งศาลหรือข้อตกลงของคู่สมรสให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ อาจสร้างความไม่พอใจให้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง อันอาจนำไปสู่การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง กล่าวคือบิดาหรือมารดาฝ่ายนั้นอาจพาตัวบุตรไปหรือกักตัวบุตรไว้โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองบุตร หรืออาจเรียกว่าการลักพาตัวบุตรโดยบิดาหรือมารดา (Parental Kidnapping หรือ Parental Abduction) การบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองการละเมิดอำนาจปกครองนั้นนอกจากจะคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว อีกด้านหนึ่งกฎหมายก็มุ่งที่จะคุ้มครองบุตรผู้เยาว์ที่ถูกพาไปหรือถูกกักตัวไว้ เพราะอาจกล่าวได้ว่าการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการละเมิดสิทธิเด็ก¹ เนื่องจากการกระทำเช่นนี้มิได้มีผู้ได้รับความเสียหายเพียงฝ่ายเดียวแต่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำนี้ทั้งสิ้นทั้งฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครอง ฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครอง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุตรที่ถูกพาไปหรือกักตัวไว้ถือเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบมากที่สุด สังคมจึงจำต้องตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาที่เกิดขึ้น และรัฐควรมี

¹ Dorothy S. Huntington, Parental kidnapping a new form of child abuse [online], 11 October 2012.

กฎหมายที่เหมาะสมในการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาจากการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

2.1 อำนาจปกครองบุตร

2.1.1 ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตร

เดิมหลักกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดาเป็นลักษณะของการใช้อำนาจปกครองเหนือตัวบุตรอย่างมาก กล่าวคือ ตั้งแต่ยุคสมัยโรมันบุคคลที่มีสิทธิและบทบาทในชีวิตทางกฎหมายได้แก่หัวหน้าครอบครัวซึ่งเป็นชายเท่านั้น² ซึ่งก็คือชายที่อาวุโสสูงสุดในครอบครัวโดยมีฐานะเป็นบิดาของครอบครัว ส่วนหญิงหรือบุคคลอื่นในครอบครัวไม่มีอำนาจแต่อย่างใด³ กฎหมายโรมันให้อำนาจเด็ดขาดแก่บิดาในการควบคุมเหนือตัวบุตร ทั้งในแง่ที่สามารถขาย ยกให้ หรือลงโทษบุตรถึงแก่ความตายได้⁴ รวมถึงมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของบุตร ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจของบิดาผู้เป็นหัวหน้าครอบครัว สมาชิกคนอื่นรวมถึงบุตรไม่มีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมาย มีสถานะเป็นเพียงทรัพย์สินของหัวหน้าครอบครัวเท่านั้น ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้ยังมีอิทธิพลต่อกฎหมายของประเทศอื่นด้วย เช่น กฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส จนกระทั่งศตวรรษที่ 16 ยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการเริ่มมีการให้ความสำคัญกับปัจเจกบุคคลและมุ่งเน้นประโยชน์ของบุตร รวมทั้งมีการยอมรับสิทธิของมารดามากขึ้น⁵ ในช่วงศตวรรษที่ 19 ประเทศอังกฤษเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงสิทธิขั้นพื้นฐานโดยให้ทั้งบิดาและมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ซึ่งเดิมนั้นเฉพาะบิดาเท่านั้นที่มีอำนาจปกครองบุตร และมีการยอมรับว่าเด็กมีสิทธิของตนเองในฐานะบุคคลคนหนึ่ง โดยที่แต่เดิมไม่เคยมีการยอมรับไว้แต่อย่างใด จากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้นำไปสู่การยอมรับในเรื่องความผาสุกของเด็ก การปกป้องเด็ก และการเปลี่ยนแปลงแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจ

² ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลาคม, 2541), หน้า 90.

³ ประชุม โฉมฉาย, *วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน* (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), หน้า 1.

⁴ Edracim J. Kermani, *Handbook of Psychiatry and the Law* (United State: Year Book Medical Publisher Inc, 1986), p. 265.

⁵ Ibid.

ปกครองบุตร จากเดิมที่อำนาจปกครองบุตรถูกมองว่าเป็นเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่บิดามารดามีต่อบุตร โดยบิดามีสิทธิเด็ดขาดเหนือบุตรและทรัพย์สินของบุตรมาเป็นความรับผิดชอบของบิดามารดาที่มีต่อบุตร กล่าวคือเป็นการเปลี่ยนความสัมพันธ์เชิงอำนาจมาเป็นความสัมพันธ์เชิงรับผิดชอบ⁶

จากหลักที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าการใช้อำนาจปกครองบุตรของบิดามารดาเปลี่ยนแปลงไปในลักษณะที่บิดามารดาเป็นผู้เลี้ยงดู ช่วยเหลือบุตรผู้เยาว์ให้สามารถดำรงชีพได้อย่างปกติสุขในสังคม โดยที่บิดามารดาไม่สามารถดำเนินการหรือใช้สิทธิของตนให้ขัดต่อประโยชน์สุขของบุตรได้

สำหรับกฎหมายไทยพบว่า เดิมกฎหมายลักษณะผัวเมีย บิดามีอำนาจสูงสุดในการปกครองบุตรเช่นเดียวกับประวัติศาสตร์กฎหมายสากล สามารถขายบุตรลงเป็นทาสได้ ดังปรากฏตามพระไอยการทาส มาตรา 1 ความว่า “ถ้าผัวแลพ่อแม่ขายเงิน เอาซื้อลูกเมียเข้าไปในกรรมธรรมชาย ท่านว่าเป็นสิทธิ์ แม้นว่าเจ้าสินบอกก็ตีมิได้บอกก็ตีแก่ตัวเรือนเบี้ยซึ่งมีชื่ออยู่ในกรรมธรรมนั้น ท่านว่าเป็นสิทธิ์ได้โดยกระบิลเมืองท่านเหตุว่าเจ้าผัวพ่อแม่ นายเงินนั้นเป็นอิศรภาพแล” สาระสำคัญของกฎหมายนี้คือบิดามารดามีสิทธิเด็ดขาดในการนำบุตรของตนไปขายลงเป็นทาสได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากบุตร กฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวสะท้อนให้เห็นค่านิยมของสังคมในอดีตที่มีการยอมรับอำนาจเด็ดขาดของสามีและบิดามารดาเหนือชีวิตบุตร โดยถือว่าอำนาจของบิดามารดาคือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน การที่สังคมในอดีตมีทัศนคติว่าบุตรเป็นกรรมสิทธิ์ของบิดามารดา บิดามารดาย่อมปฏิบัติต่อบุตรเสมือนทรัพย์สินทำนองข้าง ม้า โค กระบือ การทำโทษจึงมีลักษณะรุนแรงหรือมีการนำบุตรมาขายลงเป็นทาส ต่อมาหลักการดังกล่าวได้ผ่อนคลายลงบิดามารดาหาอำนาจสิทธิขาดที่จะขายบุตรไม่ กล่าวคือ หากบุตรมีอายุเกิน 15 ปี จะต้องได้รับความยินยอมจากบุตรก่อนจึงจะนำบุตรมาขายได้ ซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติผัวขายเมีย จ.ศ.89 กล่าวถึงการที่บิดามารดาขายบุตรไว้ตอนหนึ่งว่า “ถ้าพ่อแม่เอาซื้อลูกมาขาย ถ้าลูกอายุยังไม่ถึงสิบห้าปี แลอยู่กับพ่อแม่มัน ถึงไม่มีแกงไต (ลายมือ) ด้วยก็เป็นอันขายได้ แต่ถ้า

⁶ P.M. Bromley and N.V. Lowe, *Bromley's Family Law* (London : Butterworths, 1992), p. 289.

ลูกแยกย้ายไปจากพ่อตาแม่ที่เป็นผู้ชายแล้ว คือพ่อโกรธหย่าร้างกัน ลูกตกอยู่ข้างอื่นจากผู้ชาย หรือญาติฝ่ายอื่นจากผู้ชาย จะลอบเข้าซื้อหาขายไม่ได้ ไม่เป็นอันขาย ให้แรงงานเอาจากผู้ชายแล ผู้นายประกันจะเกาะเรือนเบี้ยยไม่ได้ ก็ถ้าลูกชายก็ดีลูกหญิงก็ดี อายุถึงสิบห้าขึ้นไปก็แล้ว ถ้าพ่อ แม่มันจะเอามาขาย ต่อมันลงแกงไคยินยอมมีผู้รู้เห็นด้วยจึงเป็นอันขาย...”⁷ ต่อมาเมื่อมีการตรา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวและความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรให้มีความเหมาะสมและทันสมัยมากยิ่งขึ้น โดยกำหนด รงรับสิทธิของบุตร และกำหนดสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาต่อบุตรไว้ด้วย ซึ่งการใช้สิทธิและ หน้าที่ของบิดามารดาดังกล่าวเพื่อปกป้อง ค้ำครอง เลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และให้การศึกษาแก่ บุตรเพื่อให้เติบโตขึ้นเป็นคนดีในสังคม อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุตรว่าจะต้องได้รับการเลี้ยงดู ที่ดีและเหมาะสมจากบิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองนั่นเอง

2.1.2 ความหมายของอำนาจปกครองบุตร

ในเรื่องอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายไทยนั้น มีนักกฎหมายหลายท่านได้อธิบาย ความหมายของอำนาจปกครองไว้ ดังนี้

ท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายความหมายของอำนาจปกครองว่า หมายถึง อำนาจที่บิดามารดามีเหนือบุตรซึ่งเป็นผู้เยาว์ เนื่องจากบุตรไม่สามารถดูแลตนเองได้จึง ต้องอยู่ในความคุ้มครองของบิดามารดา ตามปกติอำนาจปกครองบุตรเป็นอำนาจส่วนตัวของบิดา มารดาทางประเพณีที่ไม่สามารถโอนให้บุคคลอื่นได้⁸

ท่านอาจารย์เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายความหมายของอำนาจปกครองว่า หมายถึง อำนาจที่ให้เพื่อเลี้ยงรักษาให้เด็กซึ่งยังเยาว์เจริญเติบโตเป็นคนดีในภายหน้า ไม่ใช่

⁷ นายวัชรินทร์ บัจเจกวิญญูสกุล, “รายงานการวิจัย เรื่องกฎหมายคุ้มครองเด็กถูกระทำรุนแรงจากผู้ปกครอง,” (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2545) หน้า 130-131.

⁸ หยุด แสงอุทัย รวบรวมโดย ศ.ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, กฎหมายครอบครัวรวมหมายเหตุคำพิพากษาศฎีกา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 295.

อำนาจอิสระที่จะกระทำแก่บุตรได้ตามอำเภอใจ ซึ่งประกอบไปด้วยอำนาจเกี่ยวในทางสัมพันธ์ส่วนตัว อำนาจเกี่ยวกับการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมและอำนาจจัดการทรัพย์สินของบุตร⁹

ท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายความหมายของอำนาจปกครองว่า หมายถึง อำนาจปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจปกครองตัวเด็กกับจัดการทรัพย์สินของเด็ก ปกติผู้ใช้อำนาจปกครองคือบิดามารดา ซึ่งทางกฎหมายจะเรียกว่า ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ในกรณีที่บุคคลอื่นใช้อำนาจปกครองแทนบิดามารดาตามกฎหมายจะเรียกว่า ผู้ปกครอง¹⁰

ท่านอาจารย์ประสพสุข บุญเดช ได้อธิบายความหมายของอำนาจปกครองว่า หมายถึง อำนาจตามธรรมชาติของบิดามารดานับแต่บุตรได้ถือกำเนิดมา เป็นอำนาจที่ใช้เพื่อประโยชน์ในการเลี้ยงดูรักษาบุตรให้เจริญเติบโตต่อไปในภายภาคหน้า¹¹

โดยสรุปแล้วอำนาจปกครองบุตร คือ อำนาจที่บิดามารดามีเหนือบุตรผู้เยาว์ซึ่งเป็นอำนาจตามธรรมชาติของบิดามารดานับแต่บุตรได้ถือกำเนิดมา เพื่อเลี้ยงดูรักษาให้บุตรเจริญเติบโตในภายหน้า ประกอบไปด้วยอำนาจในทางสัมพันธ์ส่วนตัว อำนาจเกี่ยวกับการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม และอำนาจจัดการทรัพย์สินของบุตร ซึ่งในทางกฎหมายจะเรียกว่าบิดามารดาว่า ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ส่วนในกรณีที่บุคคลอื่นใช้อำนาจปกครองแทนบิดามารดาจะเรียกว่า ผู้ปกครอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดอำนาจของบิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองเหนือเนื้อตัวร่างกายบุตรไว้มาตรา 1567 เช่น สิทธิในการกำหนดที่อยู่บุตร สิทธิในการเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น บุตรที่จะอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดาและมารดานั้นมีเฉพาะบุตรที่เป็นผู้เยาว์เท่านั้น บุตรที่บรรลุนิติภาวะแล้วไม่ว่าจะบรรลุนิติภาวะเพราะการสมรสเมื่ออายุครบ 17 ปีบริบูรณ์หรือบรรลุนิติภาวะเมื่อ

⁹ เนินีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), หน้า 307.

¹⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, “ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร,” วารสารกฎหมาย กฎหมายครอบครัว จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ฉบับพิเศษ : 113.

¹¹ ประสพสุข บุญเดช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554), หน้า 606.

อายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ก็ตาม ถือว่าได้พ้นสภาพผู้เยาว์ไปแล้วไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาอีกต่อไป¹²

2.1.3 ขอบเขตการใช้อำนาจปกครองบุตร

บุตรที่ยังเยาว์วัยนั้นย่อมหย่อนความสามารถในการช่วยเหลือตนเองและความรู้สึกผิดชอบ จึงจำเป็นต้องอยู่ในความคุ้มครองของบิดามารดาเพื่อบุตรผู้เยาว์สามารถเจริญเติบโตได้อย่างมีศักยภาพอันจะเป็นทรัพยากรบุคคลที่สำคัญของชาติต่อไป กฎหมายจึงให้กำหนดบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์จนกว่าบุตรผู้เยาว์นั้นจะบรรลุนิติภาวะ การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์ของบิดามารดาจะประกอบด้วยอำนาจสองประการ คือ อำนาจเหนือตัวบุตรและอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของบุตร แต่อย่างไรก็ดีต้องถือว่าอำนาจปกครองเหนือตัวบุตรนี้เป็นอำนาจเดียวที่เป็นหลักหรือเป็นอำนาจที่มีความสำคัญยิ่งกว่าอำนาจอย่างที่สอง¹³ อำนาจปกครองเหนือตัวบุตรมีความสำคัญต่อการเจริญเติบโตทั้งทางร่างกายและจิตใจที่ดั่งงาม โดยผู้ใช้อำนาจปกครองมีอำนาจดังนี้

(1) กำหนดที่อยู่ของบุตร

โดยธรรมชาติเมื่อบุตรยังเป็นทารกหรืออยู่ในวัยเด็กย่อมต้องพึ่งพาอาศัยมารดาเป็นผู้เลี้ยงดูเป็นหลัก ทารกนั้นโดยทั่วไปก็ต้องมีที่อยู่เดียวกับมารดาและบิดา และปกติก็จะอยู่ด้วยกันจนเติบโตใหญ่ กฎหมายจึงให้สิทธิแก่บิดามารดาในการกำหนดที่อยู่ของบุตร นอกจากนี้มาตรา 44 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้กำหนดไว้เช่นเดียวกันว่าผู้เยาว์มีภูมิลำเนาตามผู้แทนโดยชอบธรรมซึ่งก็คือบิดามารดานั่นเอง แต่ก็อาจมีความจำเป็นพิเศษบางกรณีที่บิดามารดาไม่สามารถนำบุตรมาเลี้ยงดูเองได้ เช่น ที่อยู่ของบิดามารดาไม่เหมาะสมต่อการเจริญเติบโตของบุตร บิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองอาจให้ผู้เยาว์ไปอยู่ที่ใดก็ได้ แต่ทั้งสองฝ่ายต้องเห็นชอบร่วมกัน การที่ฝ่ายเดียวมีอำนาจปกครองฝ่ายนั้นย่อมเป็นผู้กำหนดที่อยู่ของบุตร

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 607.

¹³ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัว (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 376.

การกำหนดที่อยู่ของบุตรจึงเป็นการใช้อำนาจปกครองส่วนที่สำคัญที่สุดและจะแยกออกจากตัวผู้ใช้อำนาจปกครองไม่ได้ แม้ในกรณีที่บิดามารดาหย่าขาดจากกันหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูอาจไม่ได้อยู่กับฝ่ายที่ใช้อำนาจปกครองแต่ฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองจะมีสิทธิกำหนดที่อยู่บุตร การกำหนดที่อยู่บุตรจะแยกออกไปจากตัวผู้ใช้อำนาจปกครองไม่ได้ ที่เป็นเช่นนี้เพราะการกำหนดที่อยู่บุตรทำให้การใช้อำนาจปกครองส่วนอื่น เช่น การลงโทษ การให้ทำงาน ตลอดจนการให้การศึกษาเป็นไปได้ ไม่เกิดปัญหาความต่อเนื่องหรือเกิดช่องว่างไร้ประโยชน์ในอำนาจปกครองที่มีอยู่¹⁴

การกำหนดที่อยู่ของบุตรนั้นนอกจากจะเป็นสิทธิแล้วยังมีหน้าที่แฝงอีกด้วย กล่าวคือ เนื่องจากบิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูและอบรมสั่งสอนบุตร ฉะนั้นการที่บุตรอยู่กับผู้ใช้อำนาจปกครองก็เพื่อความสะดวกในการสอดส่อง ดูแลบุตร นอกจากนี้การกำหนดที่อยู่ของบุตรต้องเป็นไปเพื่อความปลอดภัยทั้งร่างกายและจิตใจต่อบุตร ผู้ใช้อำนาจปกครองต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่าสถานที่ที่จะให้บุตรอยู่อาศัยนั้นจะต้องมีความปลอดภัย

(2) ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน

การใช้อำนาจปกครองโดยการลงโทษบุตรผู้เยาว์นี้ น่าจะสอดคล้องกับวัฒนธรรมการเลี้ยงดูบุตรของบิดามารดาในประเทศไทย ตามสุภาษิตไทยที่ว่า “รักวัวให้ผูก รักลูกให้ตี” กล่าวคือ ตีลูกด้วยความรักนั่นเอง ด้วยเห็นว่าสิ่งที่บุตรประพฤตินั้นไม่ถูกต้องหากไม่ตีบุตรอาจไม่รู้สึกรู้สีก็นึก ไม่หลบจำ หวนไปกระทำอีก ส่งผลให้บุตรมีนิสัยที่ไม่พึงประสงค์ เบื้องแรกจะเป็นภัยต่อตนเองและอาจสร้างความเดือดร้อนแก่สังคมในอนาคต รัฐซึ่งมีหน้าที่ต้องคุ้มครองคนในสังคมให้ได้รับความปลอดภัยจึงให้เครื่องมือแก่บิดามารดาในการลงโทษบุตรตามสมควร หมายความว่า การลงโทษจะต้องเหมาะสมกับระดับความผิดที่บุตรได้กระทำลงไป ทั้งนี้ต้องมีเจตนาเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนประกอบกับการลงโทษนั้นด้วย มิใช่ลงโทษด้วยอารมณ์ตามอำเภอใจ การลงโทษบุตรตามสมควรนี้บิดามารดาจะใช้วิธีการใด แค่นี้ เพียงใด ขึ้นอยู่กับนิสัยใจคอของบุตรและพฤติการณ์

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 378.

ในแต่ละกรณี หากบุตรอายุยังน้อยอาจลงโทษเพียงดูคำหรือว่ากล่าว แต่หากบุตรอายุมากพอสมควรและกระทำผิดร้ายแรงอาจเขียนตีหรือกักขังก็ได้¹⁵ แต่อย่างไรก็ดีบิดามารดาไม่มีอำนาจในการลงโทษบุตรเกินกว่าเหตุ การกระทำเช่นนั้นอาจทำให้บิดามารดาต้องรับโทษทางอาญาฐานทำร้ายร่างกายบุตรได้

(3) ให้บุตรทำงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป

บิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครอง นอกจากจะมีสิทธิในการกำหนดที่อยู่ของบุตร ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนแล้ว ยังมีสิทธิที่จะให้บุตรทำงานอีกด้วย การให้บุตรทำงานเป็นวิธีการหนึ่งในการอบรมสั่งสอนบุตรเพื่อให้บุตรช่วยเหลือตนเองได้ต่อไป การให้บุตรทำงานต้องเป็นไปตามสมควรแก่ฐานะานุรูปของเด็กซึ่งต้องคำนึงถึงอายุ เพศ สภาพทางร่างกาย และจิตใจของเด็ก ตลอดจนพฤติกรรมอื่นประกอบกรให้บุตรทำงานตามสมควร การให้บุตรทำงานเกินสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป บิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองไม่มีสิทธิกระทำได้

(4) เรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

บุคคลอื่นในที่นี้ หมายถึง บุคคลใดก็ตามซึ่งมิใช่ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรรวมตลอดถึงบิดานอกสมรสของบุตรด้วย¹⁶ การที่บุคคลใดล่อลวงหรือชักพาบุตรไปจากบิดามารดาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรนั้นอาจมีความผิดอาญาหลายประการ เช่น ความผิดฐานพรากผู้เยาว์เด็กพรากผู้เยาว์ ความผิดต่อเสรีภาพ เป็นต้น และเป็นละเมิดในทางแพ่งซึ่งบิดามารดามีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้อีกด้วย ในกรณีดังกล่าวบิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิฟ้องเรียกบุตรจากบุคคลอื่นซึ่งไม่มีสิทธิเอาตัวเด็กไว้ และการที่บิดาหรือมารดาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจ

¹⁵ รัชฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวบิดามารดาและบุตร, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555), หน้า 116.

¹⁶ คำพิพากษาฎีกา 3461/2541 คำว่า “บุคคลอื่น” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567 (4) หมายถึงบุคคลอื่นนอกจากผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ซึ่งได้แก่ บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตร ดังนั้นเมื่อจำเลยกับโจทก์ไม่ใช่สามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย จำเลยจึงมิใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรผู้เยาว์ ทั้งมิได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองของบุตรผู้เยาว์ตามกฎหมาย และไม่มีสิทธิตามมาตรา 1567 (1) ถึง (4) การที่จำเลยกักขังผู้เยาว์ไว้จึงเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจและไม่ชอบด้วยกฎหมาย โจทก์มีสิทธิฟ้องเรียกบุตรผู้เยาว์คืนจากจำเลยได้

ปกครองบุตรตกลงยินยอมให้บุตรอยู่กับอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอก ฝ่ายที่ใช้อำนาจปกครองย่อมมีสิทธิเรียกบุตรคืนจากอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกเมื่อไหร่ก็ได้

ในกรณีที่บุตรถูกกักขังหรือควบคุมโดยผิดกฎหมาย บิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิร้องต่อศาลขอให้ศาลสั่งปล่อยตัวบุตรได้ตามมาตรา 90 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อย่างไรก็ตามหากบุคคลที่กักตัวบุตรไว้มีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายผู้ใช้อำนาจปกครองจะเรียกบุตรคืนไม่ได้ เช่น บุตรกระทำความผิดอาญาศาลมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กไว้ในสถานพินิจและคุ้มครองเด็กเพื่อดูแลและอบรมเด็กผู้ใช้อำนาจปกครองจะฟ้องเรียกบุตรคืนไม่ได้¹⁷

บิดามารดาในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์นั้นเรียกว่า “ผู้ใช้อำนาจปกครอง” ซึ่งมีความหมายแตกต่างจาก “ผู้ปกครอง” หากผู้เยาว์มีบิดาหรือมารดาเป็นผู้ปกครองอยู่แล้วจะมีการตั้งผู้ปกครองไม่ได้ ผู้ปกครองกฎหมายจะจัดให้มีขึ้นแต่เฉพาะในกรณีที่ผู้เยาว์ไม่มีผู้ใช้อำนาจปกครองอยู่เลย และจัดให้มีขึ้นเพื่อทำหน้าที่แทนบิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครอง¹⁸โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้ผู้เยาว์มีผู้ปกครองดูแลเสมือนบิดามารดานั่นเอง

2.1.4 ประเภทของอำนาจปกครองบุตร

อำนาจปกครองบุตรนั้นสามารถแยกพิจารณาถึงลักษณะของการใช้อำนาจปกครองบุตรได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

2.1.4.1 บิดามารดามีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน

ตามปกติบิดาและมารดาจะมีอำนาจในการปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกัน อย่างไรก็ตามก็ต่อบิดาและมารดาในกรณีนี้ต้องเป็นบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตร สำหรับมารดานั้นกฎหมายกำหนดให้มารดาเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรเสมอ แต่ในกรณีที่บิดาจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรได้ก็ต่อเมื่อบุตรเกิดขณะที่บิดาและมารดาได้สมรส

¹⁷ รัชฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวบิดามารดาและบุตร, หน้า 117.

¹⁸ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 443.

กันตามกฎหมาย หรือบิดามารดาสมรสกันภายหลัง หรือบิดาจดทะเบียนรับรองเด็กเป็นบุตร หรือศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร บิดาจึงจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตร บุตรที่บิดารับรองโดยพฤตินัยไม่ถือเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาเพราะกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนถึงกรณีที่จะทำให้บุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1547 การรับรองบุตรของบิดาโดยพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าเป็นเด็กเป็นบุตรไม่ทำให้บิดากลายเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย บุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรองมีเพียงสิทธิรับมรดกของบิดาเท่านั้น ห้ามสิทธิและหน้าที่ต่อกันตามกฎหมายลักษณะครอบครัวไม่¹⁹ จึงไม่ทำให้บิดาผู้นั้นมีอำนาจปกครองบุตรแต่อย่างใด

2.1.4.2 อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาเพียงฝ่ายเดียว

อำนาจปกครองบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่กับบิดาหรือมารดาแต่เพียงฝ่ายเดียว เช่น กรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1566²⁰ บิดาหรือมารดาเป็นผู้มีอำนาจปกครองเพียงฝ่ายเดียว อาทิ บิดาหรือมารดาตาย ไม่แน่นอนว่ามารดาหรือบิดามีชีวิตอยู่หรือไม่ มารดาหรือบิดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ เป็นต้น หรือในกรณีบุตรที่เกิดจากมารดาที่ไม่ได้สมรสกับบิดา เด็กย่อมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาเพียงผู้เดียว บิดาไม่มีอำนาจปกครองเนื่องจากมิใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตร หรือกรณีศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาเพียงฝ่ายเดียว บิดาหรือมารดาอีกฝ่ายก็จะไม่มีอำนาจปกครองบุตร หรือกรณีบิดาและมารดาตกลงกันตามที่มีบทกฎหมายบัญญัติ

¹⁹ เฉลิมชัย เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552), หน้า 95.

²⁰ มาตรา 1566 บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาอำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) มารดาหรือบิดาตาย
- (2) ไม่แน่นอนว่ามารดาหรือบิดามีชีวิตอยู่หรือตาย
- (3) มารดาหรือบิดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ
- (4) มารดาหรือบิดาต้องเข้ารับรักษาตัวในโรงพยาบาลเพราะจิตฟั่นเฟือน
- (5) ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา
- (6) บิดาและมารดาตกลงกันตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ตกลงกันได้

ไว้ให้ตกลงกันได้ว่าให้บุตรอยู่ในอำนาจปกครองของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงลำพัง หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกถอนอำนาจปกครองตามมาตรา 1582 เนื่องจากบิดาหรือมารดาดังกล่าวใช้อำนาจปกครองโดยมิชอบ หรือไม่เหมาะสมจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ เป็นต้น ในขณะที่บิดาหรือมารดาอีกฝ่ายไม่มีอำนาจปกครองบุตรในทางกฎหมายมีเพียงสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนบุตรเท่านั้น

2.1.5 การกำหนดอำนาจปกครองบุตร

2.1.5.1 การกำหนดอำนาจปกครองบุตรกรณีบิดามารดาไม่ได้สมรสกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่บิดามารดาไม่ได้สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย บุตรที่เกิดมานั้นถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาแต่เพียงฝ่ายเดียว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 ความว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” กล่าวคือ บุตรเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาเสมอไม่ว่ากรณีใดๆ ก็ตาม มารดาจึงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นในกรณีที่บิดามารดาไม่ได้ทำการสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดีบิดาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับมารดามีสิทธิเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรได้หากบิดามารดาสมรสกันภายหลังจากที่บุตรเกิด หรือบิดาจดทะเบียนรับรองเด็กเป็นบุตร หรือศาลมีคำพิพากษาของศาลว่าเด็กเป็นบุตรของบิดา บิดาก็จะกลายเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรได้

2.1.5.2 การกำหนดอำนาจปกครองบุตรระหว่างสมรส

ในกรณีที่บิดามารดาสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1566 กำหนดให้บิดาและมารดาทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน ต่างฝ่ายต่างมีสิทธิเท่าเทียมกันที่จะใช้อำนาจปกครองและสามารถใช้อำนาจปกครองนี้ได้โดยลำพังโดยไม่ต้องใช้ร่วมกับอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ในการที่บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งจะใช้อำนาจปกครองดังกล่าวนั้นจะต้องไม่มีข้อคัดค้านจากอีกฝ่ายอย่างชัดเจน หากมีการคัดค้านอย่างชัด

แจ้งจากอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกคัดค้านจะใช้อำนาจปกครองเช่นว่านั้นมิได้ อำนาจปกครองบุตรของบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะสละให้แก่กันโดยเด็ดขาดมิได้ และบิดามารดาจะตกลงกันโอนอำนาจปกครองบุตรให้แก่บุคคลภายนอกมิได้เช่นกัน เพราะอำนาจปกครองบุตรเป็นเรื่องเฉพาะตัวโดยแท้²¹

ในกรณีที่บิดาหรือมารดามีเหตุเดือดร้อนจำเป็นไม่อาจอยู่กินกันต่อไปได้แต่ยังไม่ประสงค์ที่จะหย่าขาดจากกัน แต่คู่สมรสไม่อาจทำข้อตกลงเพื่อแยกทางกันต่างหากได้ หากขึ้นอยู่ร่วมกันต่อไปสามีหรือภริยาจะได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือเกิดความเดือดร้อนอย่างมากจากการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา สามีหรือภริยาฝ่ายที่ต้องได้รับอันตรายหรือถูกทำลายความผาสุกมีสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1462²² ที่จะมาฟ้องต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตให้ตนแยกกันอยู่ต่างหากจากสามีหรือภริยาของตนเป็นการชั่วคราว (judicial separation) ได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองทั้งร่างกาย จิตใจ และทางเศรษฐกิจของคู่สมรสด้วยการขอให้แยกกันอยู่ชั่วคราวนี้นับเป็นมาตรการในการบรรเทาความเดือดร้อนของคู่สมรสที่ยังไม่ประสงค์จะหย่าขาดจากกันเพื่อเห็นแก่บุตรหรือชื่อเสียงทางสังคมได้เป็นอย่างดี และเป็นมาตรการเบื้องต้นให้คู่สมรสได้มีโอกาสตกลงรวมซอมกันหรือปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมที่นำไปสู่ความแตกร้างในครอบครัวก่อนถึงขั้นรุนแรงที่ต้องหย่าขาดจากกัน โดยเหตุที่จะฟ้องขอศาลมีคำสั่งอนุญาตให้แยกกันชั่วคราวมี 4 กรณี คือสามีภริยาไม่สามารถที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยปกติสุขได้ หรือการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายอย่างมากของสามีหรือภริยา หรือการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่จิตใจอย่างมากของสามีหรือภริยา หรือการอยู่ร่วมกันเป็นการทำลายความผาสุกอย่างมากของสามีหรือภริยา การที่ศาลสั่งให้สามีภริยาแยกกันอยู่นี้เป็นกรให้แยกกันอยู่ชั่วคราวเท่านั้นไม่ถือเป็นการขาดการสมรส เมื่อเหตุการณ์ที่ทำให้มีคำสั่งแยกกันอยู่ชั่วคราว

²¹ ประสพสุข บุญเดช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 607.

²² มาตรา 1462 ในกรณีที่สามีภริยาไม่สามารถที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยปกติสุขได้ หรือถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมาก สามีหรือภริยาฝ่ายที่ไม่สามารถที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยปกติสุขได้ หรือฝ่ายที่จะต้องรับอันตรายหรือถูกทำลายความผาสุก อาจร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหากในระหว่างที่เหตุนั้น ๆ ยังมีอยู่ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดูให้ฝ่ายหนึ่งจ่ายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งตามควรแก่พฤติการณ์ก็ได้

ระงับลง สามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งเพิกถอนหรือระงับคำสั่งแยกกัน อยู่ชั่วคราวได้²³ ในมาตรา 1462 นี้ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องอำนาจปกครองบุตรระหว่างที่ศาลมีคำสั่ง แยกกันอยู่ชั่วคราวว่าในระหว่างนี้บุตรผู้เยาว์อยู่ในอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดา บิดาหรือ มารดาจึงเป็นผู้ปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกันเช่นเดียวกันกับก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งให้แยกกันอยู่ ชั่วคราว แต่อย่างไรก็ดีตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชน และครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 159 กำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดวิธีการหรือมาตรการ ค้ำครองชั่วคราวในเรื่องสินสมรส ค่าทดแทน ที่พักอาศัย การอุปการะเลี้ยงดูสามีภริยา และการ พิทักษ์เลี้ยงดูอุปการะบุตร ซึ่งหมายความว่าศาลมีอำนาจในการกำหนดอำนาจปกครองบุตร ระหว่างที่มีคำสั่งแยกกันอยู่ชั่วคราวได้หากเห็นว่าบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายมีพฤติการณ์ไม่เหมาะสม จะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ แต่หากศาลมิได้กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้บิดาและมารดาที่ศาลมี คำสั่งให้แยกกันอยู่ชั่วคราวย่อมมีสิทธิในการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน

2.1.5.3 การกำหนดอำนาจปกครองบุตรหลังหย่า

ในอดีตการกำหนดให้บิดาหรือมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการ หย่านั้นจะพิจารณาจากตัวบิดามารดาเป็นสำคัญ ก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและ พยานิชย์ บรพพ 5 ตามประกาศรัชกาลที่ 4 จ.ศ. 1227 (พ.ศ. 2408) กำหนดว่า “เมื่อสามีภรรยา หย่าร้างแยกย้ายกันไป บุตรชายให้ได้แก่มารดา บุตรสาวให้ได้แก่บิดา ถ้าบิดามีศักดิ์นาสูงกว่า 400 ไไร่ขึ้นไปให้บิดาเลือกตามใจ ถ้าบิดาไม่รับเลี้ยงบุตรคนใด บุตรคนนั้นก็ตกเป็นของมารดา แต่ ถ้ามารดามีศักดิ์นาสูง บุตรต้องเป็นของมารดาทั้งหมด เหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้บุตรสาวอยู่ใน ความปกครองของบิดานั้นเนื่องมาจากค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูบุตรสาวสูงกว่าการเลี้ยงดูบุตรชาย ทั้งบุตรชายยังโตเร็วกว่าสามารถช่วยมารดาทำงานได้เร็วกว่าบุตรสาว จึงกำหนดให้บุตรชายอยู่ใน อำนาจปกครองของมารดา นอกจากนี้การที่กฎหมายกำหนดเช่นว่านั้นยังสะท้อนถึงการคำนึงถึง ความเป็นอยู่ของบุตรกล่าวคือให้บุตรอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาฝ่ายที่มีฐานะดีกว่า เพื่อให้ได้รับการเลี้ยงดูที่ดี ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพยานิชย์ บรพพ 5

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 167-171.

ในปี พ.ศ. 2478 ตามมาตรา 1502 เดิม ถ้าสามีภริยาหย่ากันเอง ให้สามีภริยาตกลงกันว่าใครจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด ถ้าไม่ได้ตกลงกันไว้ให้บิดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง ในกรณีที่เป็นการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลให้สามีภริยาที่เป็นฝ่ายชนะคดีเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร เว้นแต่ศาลจะชี้ขาดให้อีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองบุตรแทน ในปัจจุบันหลักการในการกำหนดให้บิดาหรือมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าได้เปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่พิจารณาด้านบิดามารดาเป็นสำคัญมาเป็นการพิจารณาในด้านความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญแทน แต่กฎหมายยังยินยอมผ่อนปรนให้บิดามารดาตกลงกันเองว่าใครจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรหลังการหย่าได้²⁴

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1520²⁵ กำหนดผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าเป็น 2 กรณี ดังนี้

(ก) กรณีหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย

หากสามีและภริยาตกลงหย่ากันโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย และสามารถตกลงกันได้ว่าจะให้ผู้ใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์คนใด ความตกลงเช่นนี้ให้ทำเป็นหนังสือ จะตกลงด้วยวาจาไม่ได้ ข้อความในหนังสือจะต้องชัดเจนว่าใครเป็นผู้ปกครองบุตรคนใด เช่น ภริยาแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้ปกครองบุตรทั้งสอง หากมีข้อความเพียงว่าให้บุตรผู้เยาว์ทั้งสองอยู่ในความอุปการะของมารดาเพียงเท่านั้น ข้อตกลงดังกล่าวเป็นเพียงการกำหนดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรตามมาตรา 1522 เท่านั้นมิใช่ข้อตกลงเรื่องอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ ใน

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 448.

²⁵ มาตรา 1520 ในกรณีหย่าโดยความยินยอม ให้สามีภริยาทำความตกลงเป็นหนังสือว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด ถ้ามิได้ตกลงกันหรือตกลงกันไม่ได้ ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด

ในกรณีหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ให้ศาลซึ่งพิจารณาคดีฟ้องหย่านั้นชี้ขาดด้วยว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด ในการพิจารณาชี้ขาดถ้าศาลเห็นว่าเหตุที่จะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสนั้นได้ตามมาตรา 1582 ศาลจะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสและสั่งให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นสำคัญ

กรณีเช่นนี้อำนาจปกครองบุตรยังคงอยู่กับบิดามารดาทั้งสองฝ่าย²⁶ เมื่อสามีและภริยาทำบันทึกทำยทะเบียนการหย่าตกลงว่าจะให้ผู้ใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใดแล้ว หากต่อมาต้องการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเรื่องผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร สามีภริยาคู่หย่าจะตกลงกันเองเพื่อเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเดิมไม่ได้ ต้องร้องขอต่อศาลตามมาตรา 1521²⁷ เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองซึ่งศาลจะต้องคำนึงถึงความผาสุกของบุตรเป็นสำคัญ หากสามีและภริยาไม่ได้ตกลงกันเป็นหนังสือเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าหรือไม่สามารถตกลงกันได้ ก็ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดว่าสามีหรือภริยาจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด²⁸

(ข) กรณีการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล

หากสามีภริยานำคดีฟ้องหย่ามาสู่ศาล ศาลที่พิจารณาคดีฟ้องหย่านั้นคือศาลเยาวชนและครอบครัวกลางหรือศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดจะเป็นผู้ชี้ขาดว่าสามีหรือภริยาฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด ในการชี้ขาดว่าจะให้ผู้ใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใดนั้นศาลจะต้องคำนึงถึงความผาสุกของบุตรเป็นสำคัญ ซึ่งหลักการนี้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่ให้ผู้ชนะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ในการฟ้องหย่าต่อศาลนั้นแม้คู่ความมิได้มีคำขอให้ศาลชี้ขาดว่าโจทก์หรือจำเลยเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรหลังหย่า ศาลมีอำนาจยกปัญหาข้อนี้ขึ้นวินิจฉัยชี้ขาดได้เองแม้ไม่มีคู่ความความฝ่ายใดยกขึ้นกล่าวอ้าง แต่อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติคู่ความน่าจะต้องมีคำขอและนำสืบถึงความเหมาะสม ความผาสุกและประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์ว่าจะให้ฝ่ายใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว เพราะฉะนั้นแล้วศาลจึงจะมีข้อเท็จจริงเพียงพอในการมีคำวินิจฉัยชี้ขาดเช่นว่านี้ ถ้าศาลเห็นว่าสามีภริยาทั้ง

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2565/2536 บันทึกทำยทะเบียนการหย่าระหว่างโจทก์จำเลยที่ตกลงให้จำเลยเป็นผู้อุปการะบุตรผู้เยาว์ทั้งสองคนนั้น ข้อตกลงที่จำเลยเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ทั้งสองคนเป็นเพียงให้จำเลยเป็นผู้อุปการะบุตรเท่านั้น หากเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ทั้งสองแต่เพียงผู้เดียวไม่ อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ทั้งสองยังอยู่กับโจทก์ด้วย

²⁷ มาตรา 1521 ถ้าปรากฏว่าผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองตามมาตรา 1520 ประพฤติตนไม่สมควร หรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ

²⁸ ประสพสุข บุญเดช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 449.

สองคนเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ใช้อำนาจปกครองบุตรโดยมิชอบ หรือประพฤตินชั่วร้ายต่อบุตร ศาลอาจมีคำสั่งถอนอำนาจปกครองของทั้งสามีและภริยาและให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองบุตรแทนก็ได้

การที่ศาลจะพิจารณาให้ผู้ใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์นั้น ศาลจำต้องคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์เป็นสำคัญ ซึ่งความผาสุกและประโยชน์ของผู้เยาว์นี้มีความหมายกว้าง มิได้หมายถึงความผาสุกทางร่างกายหรือประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินของบุตรเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงประโยชน์ทางศีลธรรม ศาสนา ปัญญา อนามัย และความผาสุกทางจิตใจ รวมทั้งความรักความผูกพันระหว่างกันด้วยในการพิจารณาถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนี้ต้องพิจารณาในระยะยาว แม้ระยะสั้นอาจเกิดความขัดข้องหรือความลำบากแก่บุตร แต่ในระยะยาวบุตรจะได้รับความผาสุกและประโยชน์มากกว่าก็จำต้องเลือกความผาสุกและประโยชน์ในระยะยาว²⁹ หลักการสำคัญที่ศาลจักต้องนำมาพิจารณาประกอบเพื่อพิเคราะห์ถึงความผาสุกและประโยชน์ของผู้เยาว์ ท่านอาจารย์ประสพสุขได้เสนอแนวทางซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก (Children Act 1989) มาตรา 1 (3) ดังนี้

- 1) บุตรที่ยังอ่อนอายุต้องการมารดา
- 2) บุตรที่อยู่ในความดูแลของฝ่ายใดอยู่แล้วควรให้ฝ่ายนั้นดูแลต่อไปตามเดิม
- 3) บุตรทั้งหลายควรได้อยู่ร่วมกันในครอบครัวเดียวกัน
- 4) ความประสงค์และความรู้สึกของบุตรโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุตรที่โตพอที่จะมีความรู้สึกและความรับผิดชอบได้แล้ว
- 5) ความสามารถในการจัดการศึกษาอบรมด้านวิชาการ วิชาชีพ ศาสนา ศีลธรรม และการพัฒนาทางสติปัญญา ให้แก่บุตรทั้งในโรงเรียนและที่บ้าน

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 453.

- 6) ความสามารถในการจัดหาที่พักอาศัย อาหาร เครื่องนุ่งห่ม และการรักษาพยาบาลให้แก่บุตร
- 7) ระยะเวลาที่บุตรได้อยู่ในสภาวะแวดล้อมที่เป็นอยู่และผลกระทบในการเปลี่ยนแปลงสภาวะแวดล้อมนั้น ซึ่งรวมถึงการเปลี่ยนแปลงทางการศึกษา เพื่อนนักเรียน เพื่อนบ้าน และการเยี่ยมเยียนของญาติพี่น้อง
- 8) ความรักใคร่เอ็นดู และความรู้สึกรักผูกพันทางจิตใจระหว่างบุตรกับบิดาหรือมารดา

สำหรับหลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายไทยนั้น กำหนดให้ศาลพิจารณาจากความผาสุกและประโยชน์สุขของบุตรเป็นสำคัญ ศาลไทยได้วางหลักการพิจารณาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรโดยสรุปได้ดังนี้³⁰

1) เกณฑ์พิจารณาในด้านบิดามารดา ศาลจะพิจารณาจากความสามารถของบิดาหรือมารดาในการให้การศึกษอบรมบุตร³¹ ความสามารถในการจัดหาที่พัก³² ความสามารถในการรักษาพยาบาล รวมทั้งความประพฤติของบิดามารดาว่าฝ่ายใดมีความเหมาะสมกว่ากันเพื่อประโยชน์สุขของบุตร³³ นอกจากนี้ศาลยังพิจารณาถึงสถานะทางการเงินของ

³⁰ อัญชลี กัมพรทิพย์, “หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 111.

³¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 6948/2550 บุตรทั้งสองของโจทก์กับจำเลยยังเป็นผู้เยาว์และอยู่ในความอุปการะของโจทก์มาตลอด โจทก์รับราชการอันเป็นอาชีพที่มั่นคง ส่วนจำเลยทำงานอยู่ที่ประเทศญี่ปุ่นซึ่งบุตรให้อยู่ในความปกครองของโจทก์มากกว่า 8 ปี แล้ว เมื่อคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดแก่ผู้เยาว์ทั้งสองในปัจจุบันและในอนาคตจึงเห็นสมควรให้โจทก์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรทั้งสองแต่ผู้เดียว

³² คำพิพากษาฎีกาที่ 5062/2533 การที่โจทก์ผู้เป็นมารดาแต่งงานใหม่และทำงานกลางคืนไม่สะดวกในการเลี้ยงดูบุตร จึงส่งบุตรไปอยู่ในความดูแลของพี่ชายและพี่สะใภ้ที่จังหวัดอื่นนั้น เห็นได้ว่าการที่บุตรอยู่กับจำเลยซึ่งเป็นบิดาและมิได้แต่งงานใหม่ย่อมได้รับความรักความอบอุ่นและการดูแลที่ใกล้ชิดดีกว่า เมื่อพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป เพื่อความผาสุกและประโยชน์ของบุตร การที่ศาลล่างเพิกถอนอำนาจปกครองของโจทก์โดยให้อำนาจปกครองบุตรอยู่กับจำเลยจึงเหมาะสมแล้ว

³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1334/2534 หลังจากจำเลยหย่าร้างกับโจทก์แล้ว จำเลยนำภริยาเก่าและบุตรซึ่งเกิดจากภริยาเก่ามาอยู่ร่วมด้วย จำเลยชอบดื่มสุราและกลับบ้านดึกเป็นประจำ ส่วนโจทก์ยังไม่ได้สมรสใหม่ หลังจากโจทก์จำเลยแยกกันอยู่แล้วโจทก์พาบุตรผู้เยาว์ไปอุปการะเลี้ยงดูตามลำพัง บุตรผู้เยาว์ได้รับความอบอุ่นและใกล้ชิดกับโจทก์ซึ่งเป็นมารดาโดยโจทก์ไม่

บิดามารดาแต่ละฝ่ายประกอบการพิจารณาด้วย อย่างไรก็ตามในเรื่องความประพฤติของบิดาหรือมารดาอันเป็นเหตุในการฟ้องหย่านั้นศาลก็นำมาพิจารณาประกอบการตัดสินให้ฝ่ายใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรด้วย³⁴

2) เกณฑ์พิจารณาในด้านบุตร ศาลจะพิจารณาจากความต้องการของบุตร การสร้างความมั่นคงให้แก่บุตรโดยศาลจะตัดสินให้เด็กอยู่กับบิดาหรือมารดาที่เลี้ยงดูแต่เดิม³⁵ รวมทั้งให้บุตรได้อาศัยอยู่กับพี่น้องของตนด้วย³⁶

เคยปฏิบัติหน้าที่ในการปกครองผู้เยาว์โดยมิชอบหรือประพฤติชั่วร้ายแต่อย่างใด เมื่อคำนึงถึงประโยชน์และความผาสุกของบุตร ผู้เยาว์ที่จะได้รับต่อไปในอนาคตแล้ว การให้บุตรผู้เยาว์อยู่ในความปกครองของโจทก์ต่อไปย่อมเหมาะสมยิ่งกว่าให้ไปอยู่ในความปกครองของจำเลย

³⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 4323/2540 ในการถอนอำนาจปกครองนั้น กฎหมายให้อำนาจศาลถอนเสียได้โดยลำพังโดยไม่ต้องให้ผู้ใดร้องขอก็ได้ หากมีเหตุตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1582 วรรคหนึ่ง ดังนั้น แม้นในขณะผู้ร้องยื่นคำร้องผู้ร้องยังมีได้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้เยาว์ก็ตาม แต่เมื่อความปรากฏต่อศาลว่ามารดาของผู้เยาว์ย้ายไปอยู่ที่อื่นและสมรสใหม่ตั้งแต่ผู้เยาว์อายุได้เพียงปีเศษและไม่เคยกลับมาดูแลผู้เยาว์อีกเลย กรณีจึงเป็นการที่มารดาผู้เยาว์ใช้อำนาจปกครองแก่ตัวผู้เยาว์โดยมิชอบ ศาลจึงมีอำนาจพิพากษาถอนอำนาจปกครองจากมารดาผู้เยาว์ และเมื่อปรากฏว่าผู้เยาว์อยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของผู้ร้องมาโดยตลอด การให้ผู้ร้องเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ย่อมเหมาะสมกว่า

³⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1454/2545 เด็กหญิง น. บุตรผู้เยาว์ของโจทก์จำเลยอาศัยอยู่กับโจทก์ซึ่งเป็นมารดาให้ถ้อยคำว่ามีโจทก์จำเลยเคยทะเลาะกันต่อหน้าเด็กหญิง น. เรื่องจำเลยไปเกี่ยวข้องกับหญิงอื่นจนจำเลยออกจากบ้านไป การกระทำของจำเลยทำให้เด็กหญิง น. มีความรู้สึกไม่ได้ต่อจำเลย หากโจทก์จำเลยหย่าขาดจากกัน ต้องการอยู่ในความปกครองดูแลของโจทก์ เพราะโจทก์รักใคร่ด้วยดีตลอดมา ขณะให้ถ้อยคำเด็กหญิง น. อายุ 14 ปีเศษ นับว่าโตมากพอที่จะตัดสินใจได้ว่าระหว่างโจทก์กับจำเลยใครควรเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตน เมื่อเด็กหญิง น. ประสงค์ที่จะอยู่กับโจทก์ผู้เป็นมารดาและโจทก์ไม่มีข้อเสียหายแต่ประการใด เมื่อคำนึงถึงความผาสุกของบุตรแล้ว ที่ศาลกลางทั้งสองให้เด็กหญิง น. อยู่ในความปกครองของโจทก์จึงชอบแล้ว

³⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 9130/2539 โจทก์เป็นมารดาเด็กชาย น. อายุเพียง 2 ปี ยังไร้เดียงสาและได้อยู่กับโจทก์ด้วยดีตลอดมา ไม่ปรากฏข้อบกพร่องเสียหาย การให้บุตรอยู่กับโจทก์ระยะนี้บุตรจะได้รับความอบอุ่นมากกว่าอยู่กับจำเลย ประกอบกับโจทก์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กชาย ศ. บุตรคนโตอยู่แล้ว และได้ความว่าบุตรทั้งสองอยู่ในวัยใกล้เคียงกัน จะได้เป็นเพื่อนเล่นกันทำให้เกิดความสัมพันธ์รักใคร่ฉันพี่น้องสร้างความอบอุ่นและความสุขซึ่งจะมีผลดีต่อสุขภาพจิตของเด็กทั้งสอง ทั้งโจทก์ประกอบอาชีพมั่นคงเพียงพอที่จะดูแลบุตรทั้งสองได้ และมีอายุของบุตรทั้งสองซึ่งมีฐานะดีคอยจนช่วยเหลือสามารถดูแลบุตรทั้งสองได้ใกล้ชิด ส่วนจำเลยชอบเที่ยวบาร์ดึกๆ คืนๆ และดื่มสุราด้วย ที่ศาลกลางพิพากษาให้เด็กชาย น. อยู่ในความปกครองของโจทก์จึงชอบแล้ว

3) เกณฑ์การพิจารณาในด้านอื่นๆ เช่น เพศ โดยศาลไทยเห็นว่าบุตรควรอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาซึ่งมีเพศเดียวกับบุตรซึ่งจะเข้าใจบุตรได้มากกว่า³⁷ นอกจากนี้ศาลยังกำหนดให้บุตรที่อายุน้อยอยู่ในอำนาจปกครองของมารดาด้วย แต่ศาลไม่ได้วางหลักเกณฑ์ว่าบุตรต้องอายุเท่าใด³⁸

อย่างไรก็ดีเมื่อศาลสั่งให้บิดาหรือมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแล้ว ต่อมาปรากฏว่าบุคคลดังกล่าวประพฤติตนไม่เหมาะสมหรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลอาจมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญมาตรา 1521³⁹ ได้ นอกจากนี้หากความปรากฏแก่ศาลว่าบิดาหรือมารดาผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้ไม่เหมาะสมในการใช้อำนาจปกครองบุตรตามมาตรา 1582⁴⁰ คือเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถโดยคำสั่งศาล หรือใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับบุตรผู้เยาว์โดยมิชอบ หรือประพฤติชั่วร้าย กฎหมายกำหนดให้ศาลสามารถถอนอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ โดยศาลจะสั่งเองหรือสั่งเมื่อญาติหรืออัยการร้องขอก็ได้

³⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 5484/2537 โจทก์ซึ่งเป็นมารดามีความประพฤติเรียบร้อยมีอุปนิสัยประหยัดมัธยัสถ์ จึงอาจฝึกหัดอบรมบุตรให้มีระเบียบวินัยที่ดี นอกจากนี้โจทก์ยังสำเร็จการศึกษาคณะศึกษาศาสตร์บัณฑิต วิชาเอกการศึกษาปฐมวัย ก็น่าจะเป็นเหตุให้บุตรได้รับการศึกษาที่ดีในโรงเรียนเดียวกับที่โจทก์สอนได้ รวมทั้งโจทก์ซึ่งเป็นมารดาเป็นสตรีเพศเช่นเดียวกับบุตร โจทก์ย่อมอุบายระเล็งดูให้ความอบอุ่นแก่บุตรได้ดีกว่าจำเลย

³⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 3035/2533 เมื่อทั้งโจทก์และจำเลยต่างสามารถเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ได้ การให้บุตรผู้เยาว์อยู่กับมารดาได้รับความอบอุ่นมากกว่า จึงสมควรให้จำเลยเป็นผู้ปกครองบุตรผู้เยาว์ และแม้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์จะตกแก่จำเลยก็ตาม โจทก์มีสิทธิที่จะติดต่อผู้เยาว์ได้ตามสมควรแล้วแต่พฤติการณ์

³⁹ มาตรา 1521 ถ้าปรากฏว่าผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองตามมาตรา 1520 ประพฤติตนไม่สมควร หรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ

⁴⁰ มาตรา 1582 ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถโดยคำสั่งของศาลก็ดี ใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับผู้เยาว์โดยมิชอบก็ดี ประพฤติชั่วร้ายก็ดี ในกรณีเหล่านี้ศาลจะสั่งเอง หรือจะสั่งเมื่อญาติหรืออัยการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองเสียบางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้

ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองล้มละลายก็ดี หรือจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ในทางที่ผิดจนอาจเป็นภัยก็ดี ศาลจะสั่งตามวิธีในวรรคหนึ่งให้ถอนอำนาจจัดการทรัพย์สินเสียก็ได้

ในกรณีบิดาหรือมารดาผู้ใช้อำนาจปกครองถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ เหตุที่กฎหมายกำหนดให้ศาลสามารถถอนอำนาจปกครองบุตรในกรณีนี้ขึ้นเนื่องมาจากผู้ไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถไม่สามารถจัดการกิจการของตนได้ต้องมีผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ในการทำนิติกรรมแทน จึงไม่สมควรเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรต่อไปเพราะอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บุตรได้

ในกรณีบิดาหรือมารดาผู้ใช้อำนาจปกครองใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับตัวบุตรผู้เยาว์โดยมิชอบ หมายถึง การกระทำที่ต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในการดูแลบุตรที่สังคมจะยอมรับได้ ซึ่งมาตรฐานนี้วินิจฉัยตามความรู้สึกของวิญญูชนที่แปรเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ โดยขึ้นอยู่กับสุขภาพ อายุ สติปัญญาและความรู้สึกผิดชอบของแต่ละคน การใช้อำนาจปกครองโดยมิชอบนี้จะต้องเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับตัวบุตรผู้เยาว์ อันก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจ หรือสวัสดิภาพของบุตรเอง อาทิเช่น การลงโทษเขียนตีบุตรอย่างทารุณอยู่ตลอดเวลา การให้บุตรทำงานเสี่ยงอันตรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ยุยงให้บุตรเป็นขโมย เป็นต้น⁴¹

บิดาหรือมารดาผู้ใช้อำนาจปกครองประพฤติชั่วร้าย หมายถึงความประพฤติที่ไม่สมควร ไม่มีศีลธรรมชั่วช้าเลวทรามที่สังคมไม่อาจยอมรับได้ ทั้งนี้วินิจฉัยตามความรู้สึกของวิญญูชน การประพฤติชั่วร้ายอาจกระทำต่อตัวบุตรเอง เช่น กระทำผิดทางเพศต่อบุตร ทอดทิ้งบุตร บังคับให้บุตรเป็นโสเภณี เป็นต้น หรืออาจเป็นการกระทำโดยเฉพาะตัวของบิดาหรือมารดา เช่น เป็นพ่อค้ายาเสพติดรายใหญ่ เป็นหัวหน้าช่องโสเภณี เสพสุราจนมีเมมาครองสติไม่ได้เป็นอาจिन แต่การกระทำเช่นนี้จะต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่าน่าจะเกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจหรือศีลธรรมอันดีของบุตร⁴²

ถึงแม้ว่าในทางกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 จะกำหนดให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดว่าจะให้ฝ่ายใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรก็ดี แต่ในปัจจุบันศาลเริ่มวางแนวคำพิพากษาโดยกำหนดให้บิดาและมารดาผัดกันใช้อำนาจปกครองบุตร (Divided Custody) กล่าวคือ บิดาหรือมารดาจะมีอำนาจปกครองบุตรและอยู่ร่วมกับบุตรโดยกำหนด

⁴¹ ประสพสุข บุญเดช,ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 670.

⁴² เรื่องเดียวกัน.

ในช่วงระยะเวลา เช่น สัปดาห์ เดือน หรือปี ส่วนบิดาหรือมารดาฝ่ายที่บุตรมิได้อาศัยอยู่ด้วยก็มีสิทธิเยี่ยมเยียนตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ ในช่วงระยะเวลาที่บุตรได้อาศัยร่วมกับบิดาหรือมารดาคนใด บิดาหรือมารดาผู้นั้นมีสิทธิและหน้าที่อย่างสมบูรณ์ในการควบคุมและใช้อำนาจปกครองเหนือตัวบุตร⁴³ เนื่องจากการกำหนดการผลัดการใช้อำนาจปกครองเช่นนี้เป็นแนวทางที่มีความยืดหยุ่นกว่าการกำหนดให้บุตรผู้เยาว์ต้องอาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและเป็นการช่วยลดปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิพบและเยี่ยมเยียนบุตรอีกทางหนึ่งด้วย แต่อย่างไรก็ดี การกำหนดการใช้อำนาจปกครองแบบผลัดเปลี่ยนนี้จำเป็นต้องอาศัยปัจจัยหลายประการที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองเช่นว่านั้น อาทิ ที่อยู่ของบิดาและมารดาต้องอยู่ไม่ห่างกันมากนักพอที่จะส่งบุตรผู้เยาว์ให้สามารถศึกษาในสถานศึกษาแห่งเดียวได้เพื่อความต่อเนื่องในด้านการศึกษาของบุตร และบิดามารดาต้องมีความสัมพันธ์ที่ดีเพียงพอเนื่องจากทั้งสองฝ่ายจำเป็นต้องให้ความร่วมมือกันในการส่งมอบบุตรให้แก่อีกฝ่ายเมื่อถึงกำหนดเวลา⁴⁴ ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 2593/2533 ศาลพิพากษาให้บุตรผู้เยาว์อยู่ในความปกครองของบิดาหรือมารดาโดยแต่ละฝ่ายต่างปกครองในช่วงระยะเวลาต่างวาระกันคือให้ใช้อำนาจปกครองในแต่ละช่วงระยะเวลาภาคการศึกษา⁴⁵

⁴³ วรพรรณ ชั่งพิชิต, “อำนาจปกครองบุตรหลังหย่า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 129.

⁴⁴ ดวงกมล วาทีนวิเศษ, “การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์และการระงับข้อพิพาทในการใช้อำนาจปกครอง : ศึกษากรณีการกำหนดที่อยู่บุตร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 206.

⁴⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2593/2533 กรณีนี้โจทก์และจำเลยจดทะเบียนหย่าด้วยความยินยอมแต่ไม่ได้ระบุไว้ผู้ใดใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์อายุ 3 ขวบ ผู้เยาว์นั้นอยู่ภายใต้การดูแลของจำเลยและต่อมาจำเลยได้แต่งงานใหม่ ฝ่ายโจทก์ได้ยื่นคำฟ้องเพิกถอนอำนาจปกครองและขอให้ศาลได้พิพากษาให้โจทก์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียว ส่วนในคำให้การของจำเลยนั้นขอในทางตรงกันข้าม ศาลได้พิจารณาแล้วว่าฝ่ายโจทก์ออกจากบ้านของจำเลยเพราะมีการทะเลาะเบาะแว้ง กันและนำผู้เยาว์ไปด้วย หลังจากนั้นจำเลยได้นำตัวผู้เยาว์กลับมา ดังนั้นยังถือมิได้ว่าฝ่ายโจทก์ละทิ้งผู้เยาว์ นอกเหนือจากนั้นฝ่ายโจทก์ติดต่อหาโรงเรียนให้ผู้เยาว์ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าฝ่ายโจทก์ยังรักและใส่ใจผู้เยาว์อยู่ ศาลไม่อาจเชื่อได้ว่าฝ่ายโจทก์ใช้อำนาจปกครองไปในทางที่ผิดหรือมีความประพฤติก่อเสียหาย ศาลเชื่อว่าเป็นประโยชน์สุขแก่ผู้เยาว์ที่จะมีการติดต่อกับทั้งสองฝ่าย จึงพิพากษาให้ฝ่ายโจทก์มีหน้าที่ดูแลปกครองผู้เยาว์ทุกภาคการศึกษาแรกของแต่ละปีและจำเลยมีหน้าที่ดูแลปกครองผู้เยาว์ทุกภาคการศึกษาที่สองของแต่ละปีจนกว่าผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะ

2.2 การละเมิดอำนาจปกครองบุตร

2.2.1 แนวคิดในการปฏิบัติต่อเด็กและการคุ้มครองสิทธิเด็ก

เด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่สำคัญและมีคุณค่ายิ่งที่จะพัฒนาประเทศชาติต่อไปในอนาคต จึงมีแนวคิดในการปฏิบัติต่อเด็ก ซึ่งมีองค์ประกอบ 3 ส่วน คือ ตัวเด็ก บิดามารดา และสังคม หรือรัฐ ทั้ง 3 ส่วนนี้มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน สามารถแบ่งแนวคิดในการปฏิบัติต่อเด็กออกเป็น 3 แนวคิด⁴⁶ ดังนี้

1) แนวคิดเด็กเป็นสมบัติของบิดามารดา

แนวคิดนี้เกิดจากความคิดที่ถือว่าครอบครัวเป็นสถาบันพื้นฐานที่สำคัญที่สุดที่จะดำรงสังคมส่วนรวมเอาไว้ได้ เพราะสังคมส่วนรวมในสมัยแรกๆ ยังไม่มีความเข้มแข็งเหมือนรัฐในสมัยปัจจุบัน เช่น เป็นชนเผ่าต่างๆ แนวคิดนี้จึงเป็นแนวคิด “กระแสหลัก” (Mainstream) ในสังคมทุกแห่งพบได้มากที่สุดและฝังตัวอยู่ในสังคมอย่างลึกซึ้ง มีมาตั้งแต่สังคมโบราณจนกระทั่งสังคมปัจจุบัน แนวคิดนี้ถือว่าเด็กเป็นสมบัติส่วนตัวของบิดามารดา สังคมภายนอก รัฐหรือบุคคลทั่วไปจะไม่เข้าแทรกแซง บิดามารดามีสิทธิและอำนาจเหนือลูกอย่างเด็ดขาดจะปฏิบัติต่อเด็กอย่างไรดีเลิศเพียงใดก็ได้ หรือจะลงโทษถึงขนาดสังหารชีวิตก็ทำได้⁴⁷

แนวคิดนี้เริ่มก่อตัวตั้งแต่สมัยสุเมเรียนและบาบิโลน ตลอดมาจนถึงสมัยกรีกและอียิปต์โบราณ และแนวคิดนี้มีอิทธิพลสูงมากในการปฏิบัติต่อเด็กในสมัยโรมัน⁴⁸ เพราะในสมัยโรมันความเข้มแข็งของรัฐมีพื้นฐานมาจากครอบครัว และตระกูลที่สามารถเลี้ยงดูเด็กให้เป็นคนที่สามารถนำอำนาจมาสู่อาณาจักรโรมันของตนได้ อำนาจหน้าที่ภายในครอบครัวมีสูงมาก กฎหมายโรมันได้ให้สิทธิแก่ผู้ชายที่จะหยิบยื่นชีวิตหรือความตายให้แก่ภรรยาและบุตรเช่นเดียวกับทาส⁴⁹

⁴⁶ กิติพัฒน์ นนทปัทมะดุล, “ปัญหาการทารุณกรรมและการปล่อยปละละเลยเด็ก : แนวคิดและความตระหนักต่อปัญหาของนักวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 53.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53-54.

⁴⁸ ประธาน วัฒนวาณิชย์, กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนและกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดของเด็ก (กรุงเทพมหานคร: จัดพิมพ์โดยแผนกพิมพ์เอกสาร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 13-14.

⁴⁹ กิติพัฒน์ นนทปัทมะดุล, “ปัญหาการทารุณกรรมและการปล่อยปละละเลยเด็ก : แนวคิดและความตระหนักต่อปัญหาของนักวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง,” หน้า 53.

2) แนวคิดเด็กเป็นสมบัติของสังคมหรือรัฐ

แนวคิดนี้เกิดจากการเห็นความสำคัญของ “ส่วนทั้งหมดหรือส่วนใหญ่” ว่ามีความสำคัญกว่าส่วนย่อย โดยส่วนใหญ่เป็นหลักที่รองรับส่วนย่อยเอาไว้ ส่วนย่อยไม่อาจดำรงอยู่ได้ถ้าปราศจากส่วนใหญ่ แนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดของอริสโตเติล ซึ่งเป็นรากฐานของความคิดเรื่องรัฐที่ว่า รัฐเป็นส่วนใหญ่ปัจเจกชนเป็นส่วนย่อยที่ดำรงอยู่ในรัฐ รัฐมีความสำคัญกว่าปัจเจกชน

แนวความคิดนี้ถือว่า รัฐมีความสำคัญทำให้เกิดการปฏิบัติต่อเด็กในฐานะที่เป็น “สมบัติของสังคม” (หรือรัฐ) บิดามารดามีอำนาจในตัวเด็กลดกว่าสังคมหรือไม่มีสิทธิอำนาจเหนือเด็กเลย เป็นหน้าที่ของสังคมที่ต้องดูแลอบรมเด็กให้เป็นพลเมืองอันพึงประสงค์ของสังคมนั้น ในบางวัฒนธรรมเด็กไม่ถือเป็นบุคคลคนหนึ่งที่มีสมบูรณ์ จนกว่าสังคมจะขนานนามเด็กอย่างเป็นทางการ (baptize)⁵⁰

แนวคิดเรื่องนี้สามารถเห็นได้ตั้งแต่ในยุคของกรีกคือ รัฐสปาร์ต้า ที่รัฐมีอำนาจเข้าอบรมเลี้ยงดูเด็กให้แข็งแกร่งเพื่อที่จะเป็นนักรบของรัฐต่อไป ดังนั้นรัฐจึงเข้ามาอบรมเลี้ยงดูให้ไปไปตามวัตถุประสงค์ของตน เด็กที่อ่อนแอจะถูกรัฐกำจัดทิ้ง และในวัฒนธรรมของชาวคริสเตียนก็ถือว่าสังคมมีความสำคัญกว่าครอบครัว คือ บิดามารดา ในช่วงยุคคริสตศักราชกำลังเริ่มต้น ความสำคัญของระบบครอบครัวของโรมันกำลังเสื่อมสลายอำนาจของรัฐเริ่มแทรกแซงครอบครัว⁵¹ ดังหลักในสังคมคริสเตียนที่เด็กจะไม่ใช่ที่ยอมรับจนกว่าเขาจะได้รับการประกาศว่าเป็นชาวคริสเตียนแล้ว⁵² แนวคิดการปฏิบัติต่อเด็กว่าเป็นสมบัติของรัฐหรือสังคมได้สืบต่อมาจนปัจจุบัน โดยมีแนวคิดรัฐสมัยใหม่ (Modern State) รองรับ ซึ่งแนวคิดรัฐสมัยใหม่มีการพัฒนาตั้งแต่ยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (Renaissance) เพื่อต่อต้านกับอำนาจศาสนาที่ครอบงำความคิดของยุโรปตลอดสมัยยุคกลาง แนวคิดที่ว่าเด็กเป็นสมบัติของรัฐหรือสังคมของรัฐสมัยใหม่ที่ปรากฏ

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

ชัดเจนคือแนวคิดของประเทศสังคมนิยมที่รัฐมักจะเข้าไปอบรมเลี้ยงดูเด็กเพื่อสืบทอดแนวคิดของรัฐสังคมนิยมเอาไว้

กล่าวโดยสรุปคือ แนวความคิดนี้ได้เกิดขึ้นจากการเห็นความสำคัญของรัฐมากกว่าครอบครัว เด็กจึงเป็นสมบัติของสังคมหรือรัฐ บิดามารดามีสิทธิหรือมีอำนาจเหนือเด็กน้อยกว่าสังคมหรือรัฐ หรือบิดามารดาอาจไม่ไม่มีอำนาจเหนือเด็กเลยก็ได้ จึงเป็นหน้าที่ของสังคมหรือรัฐที่จะต้องคอยอบรมดูแลเด็กให้เป็นพลเมืองที่ดีมีประสิทธิภาพตามความต้องการของสังคมหรือรัฐนั้น

3) แนวคิดเด็กมีสิทธิอำนาจในฐานะปัจเจกชน

รากฐานของความคิดนี้คือแนวคิดปัจเจกชนนิยม (Individualism) ซึ่งให้ความสำคัญแก่บุคคลว่าบุคคลแต่ละคนว่าเป็นบุคคลหรือสิ่งอยู่ได้ด้วยตนเองแยกออกได้ชัดเจนจากสิ่งอื่นสามารถดำรงอยู่ มีอยู่ (being) โดยไม่ต้องอ้างอิงสิ่งอื่น ซึ่งแนวความคิดปัจเจกชนเกิดแนวคิดมนุษยมีศักดิ์ศรีมีค่า และมีความสามารถที่จะพัฒนาตนเอง โดยอาศัยเหตุผลและวิธีการทางวิทยาศาสตร์ไม่ต้องอาศัยอำนาจเหนือธรรมชาติแต่อย่างใด ทั้งแนวคิดปัจเจกชนนิยมและมนุษยนิยมเกิดขึ้นสมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (Renaissance) เป็นความคิดที่แยกตัวออกจากความคิดของคริสตจักรที่ครอบงำความคิดของผู้คนตลอดยุคกลาง

แนวคิดเด็กเป็นปัจเจกชนจึงมองเด็กในฐานะที่มีสิทธิอำนาจและคุณค่าความเป็นมนุษย์เท่าเทียมบุคคลทั่วไป ดังนั้นแม่เด็กจะอยู่ในครอบครัวในความดูแลของบิดามารดา เด็กก็มีเสรีภาพและสิทธิส่วนบุคคลอยู่ในตัวด้วย สังคมหรือรัฐจึงมีส่วนร่วมเป็นเจ้าของเด็กเช่นเดียวกับบิดามารดาและทั้งเด็กและพ่อแม่ก็เป็นส่วนหนึ่งของสังคมทั้งสิ้น บิดามารดามีสิทธิเป็นเจ้าของเด็กในฐานะผู้ให้กำเนิดหรือ ครอบงำที่เด็กได้รับการเลี้ยงดูอย่างถูกวิธี ไม่เป็นที่เสื่อมเสียสวัสดิภาพทุกประการ และไม่ขัดขวางต่อพัฒนาการของเด็ก แต่เมื่อใดก็ตามที่สังคมหรือรัฐเห็นว่าบิดามารดา มีความบกพร่องเกิดขึ้นหรือด้วยเหตุอันใดก็ตามที่จะทำให้บิดามารดาเด็กไม่สามารถทำ

หน้าที่ต่อไปได้แล้ว สังคมหรือรัฐจะเข้าเป็นธุระ เพื่อช่วยเหลือและแก้ไขด้วยวิธีการอันเหมาะสม ต่อเด็กโดยทันที อันเป็นการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและสวัสดิภาพของเด็กอย่างแท้จริง⁵³

เนื่องจากเด็กเป็นผู้ที่มีสภาวะทางร่างกายและจิตใจด้อยกว่าผู้ใหญ่ จำต้องได้รับพิทักษ์ดูแลมากกว่าบุคคลทั่วไป ดังนั้นการคุ้มครองสิทธิเด็กจึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นยิ่ง แนวคิดในการคุ้มครองและรับรองสิทธิเด็กได้เริ่มต้นขึ้นโดยสำนักกฎหมายธรรมชาติได้เล็งเห็นว่าสิทธิเด็กเป็นสิทธิสากลและสิทธิเด็ดขาดจะต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยเด็ดขาดไม่มีข้อยกเว้นใดๆ⁵⁴ อิทธิพลของแนวคิดดังกล่าว ประกอบกับสังคมหันมาให้ความสนใจปัญหาการละเมิดสิทธิเด็ก โดยแรกเริ่มได้มีการให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเด็กในฐานะที่เด็กเป็นประชากรโลก (Universal Declaration of Human Rights 1948; UDHR) ซึ่งได้รับการยอมรับเป็นมติที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1948 มีวัตถุประสงค์สำคัญคือ ขยายเจตนารมณ์ของสหประชาชาติในเรื่องสิทธิมนุษยชนให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยจำแนกประเภทของสิทธิมนุษยชนเป็น 2 ประเภท คือ (1) สิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเรือน เช่น สิทธิในความเป็นอิสระและความเท่าเทียมในเกียรติภูมิ ความเสมอภาคโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ สิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคง และสิทธิที่จะไม่ถูกทรมานลงโทษอย่างโหดร้ายปราศจากมนุษยธรรม เป็นต้น (2) สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งเป็นสิทธิขั้นมูลฐานของมนุษย์ทุกคน เช่น สิทธิในความมั่นคงทางสังคม เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และสิทธิที่จะได้มาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความอยู่ดีของตนและครอบครัว เป็นต้น โดยทั่วไปปฏิญญานี้ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กเพียงในฐานะมนุษย์คนหนึ่งเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ตามสมมติฐานของมนุษย์ที่ว่ามนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิเสรีภาพตั้งแต่กำเนิด ดังนั้นเด็กทุกคนที่เกิดมามีสิทธิได้รับความคุ้มครองเพื่อสิทธิต่างๆ เช่นกัน อย่างไรก็ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยังได้บัญญัติสิทธิบางประการสำหรับเด็กโดยเฉพาะในข้อ 25 (2) ว่า “มารดาและเด็กมีสิทธิที่จะรับการดูแลรักษาและช่วยเหลือเป็นพิเศษ เด็กทั้งปวงไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกสมรส

⁵³ กิติพัฒน์ นนทปัทมเดส, “ปัญหาการทารุณกรรมและการปล่อยปละละเลยเด็ก : แนวคิดและความตระหนักต่อปัญหาของนักวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง,” หน้า 54.

⁵⁴ วิชา มหาคุณ, กฎหมายและสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับเด็ก รายงานพิธีเปิดปีครบครุสสากลและประชุมสมัชชาแห่งชาติด้านครอบครัว (กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์ พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2538), หน้า 97.

จะต้องได้รับการคุ้มครองทางสังคมเช่นเดียวกัน” ความในข้อ 25 นี้ชี้ให้เห็นว่าเด็กพึงต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิและได้รับการดูแลเป็นพิเศษทุกคน⁵⁵

การคุ้มครองสิทธิเด็กตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นการคุ้มครองเด็กในฐานะบุคคลทั่วไป ในขณะที่เด็กเป็นผู้มีสภาวะทางร่างกายและจิตใจด้อยกว่าผู้ใหญ่และต้องการการดูแลเอาใจใส่เป็นพิเศษ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจึงไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กได้อย่างเต็มที่และไม่อาจแก้ปัญหาการละเมิดสิทธิเด็กที่มีอยู่ในสังคมระหว่างประเทศได้อย่างจริงจัง ด้วยเหตุนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมจึงได้จัดทำปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นเพื่อสร้างข้อกำหนดที่ให้ความสำคัญต่อความต้องการพิเศษของเด็กโดยเฉพาะและต่อมาสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ลงมติยอมรับปฏิญญาดังกล่าวเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ.1959 เพื่อเป็นข้อเสนอแนะและเรียกร้องให้รัฐต่างๆ สร้างระเบียบกฎหมายเกณฑ์ในการคุ้มครองเด็กโดยเฉพาะ สถานะทางกฎหมายของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Declaration on the Rights of Child 1959) เป็นคำแนะนำที่ได้รับการรับรองจากที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติเนื้อหาของปฏิญญานี้มีข้อความยืนยันหนักแน่นถึงสิทธิต่างๆ ของเด็กที่จะทำให้เด็กสามารถพัฒนาตนเองตามสภาวะปกติทั้งทางร่างกายและจิตใจ ประกอบด้วยหลักการ 10 ข้อ เน้นถึงสิทธิทางแพ่งและสิทธิทางการเมือง รวมถึงสิทธิทางสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม เพื่อเป็นมาตรฐานขั้นต่ำและหลักประกันสวัสดิภาพของเด็ก โดยเฉพาะในข้อบัญญัติที่กำหนดให้เด็กและเยาวชนพึงได้รับสิทธิเท่าเทียมกันโดยปราศจากการแบ่งแยกหรือกีดกันไม่ว่าโดยวิธีใดๆ ในเรื่องเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง เผ่าพันธุ์แห่งชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ ไม่ว่าของเด็กหรือของครอบครัว และพึงได้รับการพิทักษ์คุ้มครองเป็นพิเศษ อันจะช่วยให้เด็กสามารถพัฒนาทั้งทางกาย ทางสมอง และจิตใจให้ร่วมอยู่

⁵⁵ คู่มือ คำพิทักษ์, “การคุ้มครองเด็กและเยาวชนในกรณีที่ถูกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา: ศึกษาอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานภายใต้ พ.ร.บ.จัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวฯ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 46.

ในสังคมได้อย่างปกติชนรวมทั้งได้รับการปกป้องให้พ้นจากการถูกทอดทิ้ง จากความโหดร้ายทารุณ และการถูกข่มเหงรังแกทุกชนิด⁵⁶

อย่างไรก็ดีปฏิญญาทั้งสองฉบับไม่มีผลผูกพันรัฐภาคีให้ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแต่อย่างใดเนื่องจากปฏิญญามีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียงคำประกาศหลักการโดยทั่วไปที่บรรดารัฐต่างๆ ยอมรับแต่ไม่กำหนดข้อผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นในการให้สิทธิเสรีภาพและการคุ้มครองแก่เด็กจึงเป็นไปโดยไม่มีประสิทธิภาพเต็มที่ ด้วยเหตุดังกล่าวสหประชาชาติโดยเฉพาะองค์การกองทุนเด็กแห่งสหประชาชาติ (UNICEF : United Nation Children's Fund) ได้เพียรพยายามร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child 1989)⁵⁷ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้รับการรับรองโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ.2532 และเกือบทุกประเทศทั่วโลกได้รับรองโดยการให้สัตยาบันหรือการภาคยานุวัติอันเป็นการแสดงถึงความตกลงใจและมุ่งมั่นในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเด็กให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้เข้าเป็นภาคีและได้ให้สัตยาบันอนุสัญญานี้ในปี พ.ศ.2535 ปัจจุบันถือเป็นสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ได้รับความนิยมมากที่สุดในโลกและเป็นเอกสารทางกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการอ้างอิงถึงมากที่สุดเช่นกันโดยมีสถานะเป็นสนธิสัญญาซึ่งมีผลทางกฎหมายผูกพันรัฐที่เป็นภาคีทุกรัฐให้ต้องปฏิบัติตาม อันเป็นการขจัดปัญหาการขาดสภาพบังคับทางกฎหมายของมาตรการระหว่างประเทศอื่นๆ⁵⁸ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กประกอบด้วยข้อบัญญัติ 54 ข้อสามารถแบ่งเนื้อหาได้เป็น 2 ส่วนคือ

⁵⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, คู่มือกฎหมายเด็ก (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สมาคมสวัสดิการในประเทศไทย, 2530), หน้า 3-4.

⁵⁷ คู่มือ คำพิพากษ์, “การคุ้มครองเด็กและเยาวชนในกรณีที่ถูกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา: ศึกษาอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานภายใต้ พ.ร.บ.จัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวฯ”, หน้า 48.

⁵⁸ ศูนย์สิทธิเด็กเอเชียเน็ท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติและสภาองค์การพัฒนาดังกล่าวและเยาวชน, สรุปการประชุมระดับชาติเพื่อเฉลิมฉลอง 10 ปี การรับรองอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง “การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเด็ก : บทเรียนและข้อท้าทาย” (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์สิทธิเด็กเอเชียเน็ท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 23-24 และ 87-89. และองค์การกองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (Unicef) ประเทศไทย, อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก(CRC) [ออนไลน์], 20 ตุลาคม 2555. แหล่งที่มา <http://www.unicef.org/thailand/>

ส่วนที่ 1 สารบัญญัติหรือเนื้อหาสาระแห่งสิทธิเด็ก ซึ่งระบุรายละเอียดของสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ที่กำหนดให้เด็กมีสิทธิของตนโดยเฉพาะนอกเหนือจากสิทธิโดยทั่วไปเช่นเดียวกับผู้ใหญ่และทุกประเทศภาคีต้องรับประกันว่าเด็กในประเทศของตนจะได้รับการคุ้มครอง

ส่วนที่ 2 วิธีสบัญญัติ ได้แก่ หลักเกณฑ์และแบบพิธีที่จะใช้ในการบังคับให้บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาเกิดผล ตามข้อบัญญัติข้อที่ 42-54

เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นอนุสัญญาที่บังคับให้รัฐภาคีต้องให้การคุ้มครองสิทธิเด็กและในบทบัญญัติกำหนดให้รัฐภาคีต้องเคารพในความรับผิดชอบ สิทธิ หน้าที่ของบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย ซึ่งจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอำนาจในการคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นของบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมาย รัฐภาคีจะเข้าแทรกแซงดำเนินการคุ้มครองสิทธิเด็กก็ต่อเมื่อบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมายไม่สามารถคุ้มครองสิทธิเด็กได้ ดังนั้นจึงแยกการคุ้มครองสิทธิเด็กทางด้านครอบครัวตามที่อนุสัญญาสิทธิเด็กบัญญัติออกเป็น 4 ประเภท ดังนี้

(1) สิทธิในการอยู่รอดหรือสิทธิในการดำรงชีวิตอย่างมีคุณภาพและปลอดภัย

เนื่องจากเด็กเป็นกำลังที่สำคัญของชาติในอนาคต อนุสัญญาสิทธิเด็กได้กำหนดให้เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูจากบิดามารดาของตน ทั้งบิดามารดาที่มีความรับผิดชอบร่วมกันในการดูแลบุตร โดยถือประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญเพื่อให้เด็กมีชีวิตรอดสามารถมีคุณภาพชีวิตที่ดี ในกรณีที่บิดาหรือมารดาหรือผู้ปกครองไม่สามารถคุ้มครองสิทธิดังกล่าวได้ รัฐมีหน้าที่ต้องแทรกแซงให้ความช่วยเหลือ

(2) สิทธิที่จะได้รับการพัฒนาทั้งทางร่างกาย จิตใจ และสติปัญญา

นอกจากบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมายมีหน้าที่ในการเลี้ยงดูเด็กให้มีชีวิตรอดแล้วยังมีหน้าที่ต้องพัฒนาเด็กทั้งทางด้านร่างกาย จิตใจ และสติปัญญา โดยให้การศึกษา อบรม การออกกำลังกาย การพักผ่อนหย่อนใจที่เหมาะสม เป็นต้น

(3) สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง

เนื่องจากเด็กเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองจากบิดามารดาหรือรัฐเพื่อมิให้เกิดการละเมิดสิทธิเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ และทางเพศ เพื่อให้เด็กรอดพ้นจากการทำร้าย การล่วงละเมิด การละเลย และการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในรูปแบบอื่นๆ รัฐจึงมีหน้าที่แทรกแซงเพื่อคุ้มครองเด็ก

(4) สิทธิในการมีส่วนร่วมต่างๆ

บิดามารดามีหน้าที่ต้องเปิดโอกาสให้เด็กมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ด้วยตนเอง เช่น มีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น แสดงออก การมีผู้รับฟัง และการตัดสินใจในเรื่องที่มีผลกระทบต่อตนเอง บิดามารดาเป็นเพียงที่ปรึกษา มิใช่ผู้ตัดสินใจแทนเด็ก รัฐจึงมีหน้าที่ส่งเสริมให้เด็กมีส่วนร่วมในเรื่องต่างๆ อย่างเต็มที่

จากหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กทางด้านครอบครัวทั้ง 4 ประการข้างต้น สรุปได้ว่าบิดามารดามีหน้าที่คุ้มครองสิทธิเด็กทางด้านครอบครัวในเบื้องต้นและเป็นหน้าที่ของรัฐในการส่งเสริมสนับสนุนช่วยเหลือบิดามารดา รัฐสามารถให้การคุ้มครองสิทธิเด็กทางด้านครอบครัวได้อย่างสมบูรณ์ทั้งนี้เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หากบิดามารดาไม่สามารถคุ้มครองสิทธิเด็กได้ รัฐจะใช้อำนาจเข้าดำเนินการคุ้มครองสิทธิเด็กแทน จึงเกิดแนวคิดในการคุ้มครองอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา

2.2.2 แนวคิดในการคุ้มครองอำนาจปกครองบุตร

แนวคิดทางกฎหมายในการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาในประเทศไทยมีวิวัฒนาการมาจากประกาศคำปรึกษาเรื่องจำนำเด็ก จ.ศ.1244 ซึ่งเกิดขึ้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ความตอนหนึ่งว่า “ อีแก้วเป็นผู้พรากเอาเด็กมาจากมารดามาจำนำไว้กับคนใจร้าย ทำให้เด็กทนทุกข์ระมาร แล้วทำให้มารดาของเด็กพลัดพรากจากบุตรได้ความแยกแค้นเดือดร้อน ต้องในถนใจร้าย กระทำให้เป็นที่เดือดร้อนหวาดหวั่นแก่ราษฎรทั้งหลายซึ่งมีบุตรทั้งปวงต่อไปเพราะคิดทำการลักเด็กอ่อน” ซึ่งประกาศฉบับนี้นับเป็นจุดเริ่มต้นของกฎหมายในการให้ความคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา หรือผู้ปกครองในประเทศไทยในเวลาต่อมา ซึ่งประกาศฉบับดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การพรากเด็กไปจำนำเป็นเรื่อง

ร้ายแรงและไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน ถือเป็นภัยอันตรายใหญ่หลวงต่อความสงบสุขของประชาชน จำต้องลงโทษอย่างหนัก ต่อมาเมื่อการปฏิรูปกฎหมายใน ร.ศ. 116 โดยเริ่มจากการร่างกฎหมาย ลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อันเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทยได้มีการนำแนวคิดดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในมาตรา 273 ความว่า “ผู้ใดบังอาจพาเอาเด็กอายุต่ำกว่า 10 ขวบไปเสียจากบิดามารดา หรือจากผู้มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่คุ้มครองเด็กนั้นก็ดี และผู้ใดที่รู้แล้วว่าเด็กถูกพาไปโดยทุจริตเช่นนั้นมันบังอาจซื้อ หรือขายเด็กนั้น หรือรับเอาเด็กนั้นไว้โดยทุจริตก็ดี ท่านว่ามันเป็นผู้กระทำผิด...” และมาตรา 274 บัญญัติว่า “ผู้ใดบังอาจพาเด็กอายุตั้งแต่สิบขวบขึ้นไป จนถึงสิบสี่ขวบไปจากบิดามารดา หรือจากผู้มีอำนาจคุ้มครองเด็กนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเด็กนั้นมิได้เต็มใจไปด้วยมันก็ดี และผู้ใดที่รู้แล้วว่าเด็กคนถูกพาไปโดยทุจริตเช่นนั้นมันบังอาจซื้อ หรือขายเด็กนั้น หรือรับเอาเด็กนั้นไว้โดยทุจริตก็ดี มันผู้นั้นมีความผิด...” จากถ้อยคำของตัวบทแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของกฎหมายว่า “มุ่งคุ้มครองเด็กไม่ให้ถูกแยกจากความอบอุ่นในครอบครัว” ซึ่งหมายถึงการอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควร เนื่องจากเด็กอยู่ในสภาพที่อ่อนด้อยทางวุฒิภาวะและประสบการณ์ตลอดจนขาดศักยภาพในการคุ้มครองตนเอง บางครั้งเด็กไม่อาจแสดงเจตนาของตนได้ กฎหมายจึงบัญญัติให้หลักประกันในการคุ้มครองเด็กผูกติดกับบิดามารดาโดยกฎหมายบัญญัติให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองเป็นผู้แสดงเจตนาแทนในการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิด หมายถึง บิดามารดาหรือผู้ปกครองเป็นผู้เสียหายในการดำเนินคดีแทนเด็กนั่นเอง มาจนถึงประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันมาตรา 317 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พวักเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล” เมื่อพิจารณาคูณธรรมทางกฎหมายของมาตรานี้ในความเห็นของนักกฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเห็นว่ากฎหมายต้องการให้ความคุ้มครองอำนาจปกครองตามปกติของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็ก ทั้งนี้เพราะวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของคนไทยที่นับถือกันมานั้นให้ความสำคัญแก่บิดามารดาและครอบครัวเป็นอย่างยิ่ง⁵⁹

⁵⁹ ราชครูต จันทรโชติ, “ความผิดฐานพวักเด็กและผู้เยาว์: ศึกษากรณีเด็กและผู้เยาว์ที่เร่ร่อนไม่มีบิดามารดา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 62-65.

2.2.3 ความหมาย รูปแบบ และลักษณะการละเมิดอำนาจปกครองบุตร

การละเมิดอำนาจปกครองบุตรโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง หมายถึง การที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองบุตรโดยอาจเป็นผลมาจากบทบัญญัติของกฎหมาย หรือโดยคำสั่งศาล หรือโดยข้อตกลงของคู่สมรสภายหลังการสมรสสิ้นสุด ซึ่งการกระทำที่ถือว่าเป็นละเมิดอำนาจปกครองบุตรได้แก่การกระทำต่อไปนี้⁶⁰

(1) พาไป (taking) หน่วงเหนี่ยว (retention) หรือซ่อนไว้ (concealment) ซึ่งบุตรผู้เยาว์โดยละเมิดอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

(2) การกักตัว หรือหน่วงเหนี่ยวบุตรไว้ภายหลังกำหนดระยะเวลาใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนบุตรสิ้นสุดลง เช่น การที่บิดาหรือมารดาซึ่งมิได้เป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตร แต่มีสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนกับบุตร ได้พานบุตรของตนไปโดยได้รับความยินยอมจากผู้มีอำนาจปกครองบุตร แต่สุดท้ายได้หน่วงเหนี่ยวบุตรไว้ไม่ยอมส่งบุตรคืนแก่ผู้ใช้อำนาจปกครองเมื่อผู้ใช้อำนาจปกครองใช้สิทธิเรียกบุตรของตนคืน⁶¹ อาทิกรณีของ Chorlotte คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าคู่สมรสทั้งสองเป็นชาวฝรั่งเศสที่มาสมรสและอาศัยอยู่ที่นิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา ต่อมาทั้งคู่ได้หย่าขาดจากกัน บิดาเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียว มารดามีเพียงสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนกับบุตรสาวคือ Chorlotte ได้อาศัยอยู่กับบิดาที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ในช่วงปิดภาคฤดูร้อนก็จะเดินทางไปอาศัยอยู่กับมารดาที่ประเทศฝรั่งเศสเป็นการชั่วคราว ซึ่งภายหลังปรากฏว่าฝ่ายมารดาไม่ยอมส่งบุตรกลับคืนให้แก่บิดา ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าฝ่ายมารดาเป็นผู้ละเมิดอำนาจควบคุมดูแลบุตร ฉะนั้นมารดาจึงต้องส่งบุตรกลับคืนให้แก่ฝ่ายบิดาที่ประเทศสหรัฐอเมริกา⁶²

⁶⁰ สกฤษดิ์ หอพิบูลสุข, “ลักพาตัวลูกข้ามชาติ,” *วารสารอัยการ* 23, 256 (กรกฎาคม-กันยายน 2553): 59-74.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59.

⁶² ประสิทธิ์ ปิวาววัฒนพาณิชย์, “อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการลักพาตัวเด็กทางแพ่งข้ามชาติกับพันธกรณีของประเทศไทย,” (รายงานวิจัยภาควิชาการกฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 7-9.

(3) กีดกัน บิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้มีอำนาจปกครองกีดกันหรือขัดขวางไม่ให้หรือบิดาหรือมารดาฝ่ายที่สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเข้าติดต่อ พบปะ เยี่ยมเยียนกับบุตรผู้เยาว์ไม่ว่าโดยวิธีการใดๆ ก็ตาม

นอกจาก “อำนาจปกครองบุตร” แล้วมีอีกคำหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองบุตร คือคำว่า “สิทธิควบคุมดูแล” (rights of custody) ซึ่งปรากฏในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. 2555 ได้นิยามความหมายคำว่า สิทธิควบคุมดูแลเด็ก หมายความว่า สิทธิเกี่ยวกับการดูแลความเป็นอยู่ของเด็กและหมายรวมถึงสิทธิกำหนดที่อยู่ของเด็ก ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้โดยผลของกฎหมายโดยคำสั่งของศาลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเป็นผลของความตกลงที่มีผลตามกฎหมาย จากความหมายของคำว่าอำนาจปกครองบุตร และ สิทธิควบคุมดูแลเด็ก อาจกล่าวได้ว่าคำทั้งสองคำนี้มีความหมายใกล้เคียงกันเป็นอันมาก โดยนิยามของสิทธิควบคุมดูแลเด็กจะเน้นในเรื่องสิทธิการดูแลเด็กและการกำหนดที่อยู่บุตรเป็นสำคัญแต่ในส่วนของอำนาจปกครองกฎหมายมิได้กำหนดนิยามไว้ชัดเจนเหมือนคำว่าสิทธิควบคุมดูแล อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าอำนาจปกครองบุตรคืออำนาจที่บิดามารดามีเหนือบุตรเพื่อเลี้ยงดูรักษาให้บุตรเจริญเติบโตในภายหน้าโดยรวมทั้งอำนาจในทางส่วนตัวและอำนาจในทางทรัพย์สินซึ่งมีความหมายกว้างกว่าคำว่าสิทธิควบคุมดูแล

การละเมิดอำนาจปกครองบุตรยังหมายรวมถึงคือการละเมิด “สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียน” (rights of access) หรือสิทธิในการติดต่อกับบุตร สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก หมายถึง สิทธิของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองบุตรในการเยี่ยมเยียนบุตรเป็นครั้งคราวตามระยะเวลาที่เหมาะสม⁶³ ทั้งนี้พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ.2555 มาตรา 3 ได้นิยามความหมายคำว่า “สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก” หมายรวมถึงสิทธิในการนำเด็กออกไปจากถิ่นที่อยู่ปกติของเด็กไปยังสถานที่ที่อื่นภายในระยะเวลาจำกัด การละเมิดสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนจึงหมายถึง การที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายขัดขวาง หรือกีดกันไม่ให้บิดาหรือ

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

มารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายแต่มีสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนบุตร

การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดานั้นแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ

(1) ก่อนศาลมีคำพิพากษาเรื่องอำนาจปกครองบุตร หรือก่อนมีข้อตกลงเรื่องอำนาจปกครองบุตร

การละเมิดอำนาจปกครองก่อนศาลมีคำพิพากษาเรื่องอำนาจปกครองบุตร หรือก่อนมีข้อตกลงเรื่องอำนาจปกครองบุตรอย่างชัดเจนระหว่างคู่สมรส หมายถึง ในขณะที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองบุตร พาดัวไป หรือกักตัวบุตรไว้กระทำไปในขณะที่ตนเองมีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะกระทำการดังกล่าวได้ เนื่องจากตนเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกับบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่การใช้อำนาจเช่นว่านั้นเป็นการละเมิดการใช้อำนาจปกครองบุตรของบิดาหรือมารดาอีกฝ่าย เช่น ทั้งบิดาและมารดาต่างมีอำนาจในการปกครองบุตรร่วมกัน คู่สมรสมีปัญหาขัดแย้งกันแต่ยังไม่ได้หย่าขาดจากกันตามกฎหมายจึงยังไม่มีข้อตกลงหรือคำสั่งศาลในเรื่องของอำนาจปกครองบุตร บิดาต้องการให้มารดาเจ็บปวดจึงพาบุตรหนีไปจากมารดา แม้การกระทำเช่นนี้จะมีลักษณะคล้ายการละเมิดอำนาจปกครองแต่ในกรณีเช่นว่านี้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองไม่มีสิทธิเรียกคืนบุตรจากบุคคลที่กักตัวบุตรไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการกระทำดังกล่าวของบิดาเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรย่อมมีสิทธิในการที่จะกำหนดที่อยู่บุตรตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1567 (1) ทั้งการกระทำดังกล่าวไม่เป็นฐานพวากเด็กและพวากผู้เยาว์ตามกฎหมายอาญา

(2) ภายหลังศาลมีคำพิพากษาเรื่องอำนาจปกครองบุตรหรือภายหลังมีข้อตกลง

การละเมิดอำนาจปกครองในกรณีนี้คือการพาดัวไปหรือกักตัวบุตรไว้ภายหลังศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรหรือภายหลังที่คู่สมรสได้ตกลงให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียวอย่างชัดแจ้ง แล้วฝ่ายที่มีได้อำนาจปกครองเช่นว่านั้นไม่พอใจหรือไม่ยอมรับในคำสั่งหรือข้อตกลงดังกล่าว จึงพาดัวบุตรไปจากฝ่ายที่มีอำนาจปกครอง เช่น ใน

กรณีที่ศาลมีคำสั่งให้บิดาเป็นผู้ใช้ปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียว มารดาไม่พอใจคำสั่งดังกล่าวจึงพาตัวบุตรไปจากอำนาจปกครองของบิดา หรือในกรณีเมื่อมารดาไม่มีอำนาจปกครองบุตรแต่มีสิทธิในการพบปะเยี่ยมเยียนบุตรของตน มารดาไปรับบุตรมาอยู่ด้วยในช่วงปิดเทอมฤดูร้อนแต่กักตัวบุตรไว้ไม่ยอมส่งบุตรคืนแก่บิดาผู้ใช้อำนาจปกครอง การกระทำเช่นนั้นก็ถือเป็นการละเมิดอำนาจปกครองบุตร บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองมีสิทธิเรียกคืนบุตรจากบุคคลที่กักตัวบุตรไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1567 (4)

2.2.4 สาเหตุและผลกระทบการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดา

2.2.4.1 สาเหตุของการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดา

การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นอาจมีสาเหตุมาจากหลายประการ⁶⁴ ดังนี้

1. การละเมิดอำนาจปกครองเกิดจากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายในการดูแลบุตรผู้เยาว์ไม่อาจตัดใจจากบุตรได้ พาตัวบุตรไปหรือกักตัวบุตรไว้เนื่องจากมีความรักและความผูกพันต่อบุตร
2. การละเมิดอำนาจปกครองเกิดจากการที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรนั้นมีความประพฤติไม่เหมาะสม เช่น ดุด่าการพนัน เสพสุราเป็นอาชญากรรม ปลดปล่อยละเลยไม่เลี้ยงดูบุตร มีการทารุณกรรมบุตร หรืออาจชอบล่วงละเมิดทางเพศบุตรของตนการที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองบุตรการละเมิดอำนาจดังกล่าวเพื่อปกป้องบุตรของตน
3. บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองกระทำการละเมิดอำนาจปกครองเนื่องจากไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตร รู้สึกว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมในคำสั่งเช่นว่า หรือไม่พอใจในคำสั่งเกี่ยวกับสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนบุตรจึงตัดสินใจพาตัวบุตรไปจากอำนาจปกครองของอีกฝ่าย

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

4. บิดาหรือมารดาฝ่ายที่จะเมิดอำนาจปกครองมีความรู้สึกโกรธแค้น ซึ่งซึ่งคู่สมรสอีกฝ่าย ต้องการทำร้ายจิตใจฝ่ายนั้นให้ได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจโดยการพวากบุตรจากบิดาหรือมารดาฝ่ายนั้นเพื่อทำลายความสัมพันธ์ระหว่างบุตรกับบิดาหรือมารดาอีกฝ่าย

5. เมื่อมีการสมรสระหว่างชายและหญิงที่ต่างเชื้อชาติกัน ซึ่งทั้งสองอาจมีภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศ แต่เมื่อมาสมรสกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็มักจะย้ายไปอยู่กับอีกฝ่ายเพื่อสร้างครอบครัว แต่เมื่อการสมรสสิ้นสุดลง ฝ่ายที่ย้ายประเทศก็มักจะกลับมาอยู่ประเทศดั้งเดิมของตน และเมื่อตนไม่ได้เป็นฝ่ายใช้อำนาจปกครองบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายก็ไม่อาจทำใจทอดทิ้งบุตรไว้ในอีกประเทศได้จึงลักพาตัวบุตรนั้นกลับมาประเทศของตนด้วย เช่นหญิงชาวไทยสมรสกับชายชาวปากีสถาน ย้ายถิ่นฐานไปที่สร้างครอบครัวที่ประเทศปากีสถาน ต่อมาภายหลังหญิงคับข้องใจจนไม่สามารถอาศัยอยู่ในประเทศปากีสถานต่อไปได้จึงกลับมาเมืองไทย ศาลในประเทศปากีสถานกำหนดให้บิดาเป็นผู้ปกครองบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายแต่เพียงฝ่ายเดียว มารดาต้องการที่จะดูแลบุตรด้วยแต่ไม่สามารถปรับตัวให้เข้ากับสภาวะแวดล้อมในประเทศปากีสถานได้จึงลักพาตัวบุตรกลับมาประเทศไทย เป็นต้น

6. เมื่อเกิดการสมรสของคู่สมรสที่ต่างเชื้อชาติ พื้นฐานทางวัฒนธรรม ศาสนา และการดำรงชีวิตในแต่ละชาติก็แตกต่างกัน ทำให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจปรับตัวเข้ากับสภาพแวดล้อมได้ เมื่อสถานการณ์สภาพสมรสจบลงด้วยการหย่าร้างจึงต้องการพาตัวเด็กไปในสภาพแวดล้อมที่ตนต้องการ เช่น การลักพาตัวบุตรไปประเทศที่สาม

2.2.4.2 ผลกระทบของการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดา

จากศึกษาถึงผลกระทบการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาพบว่า ไม่ว่ามูลเหตุจูงใจในการพาตัวไปหรือกักตัวบุตรผู้เยาว์ไว้จะมาจากความรักและความปรารถนาดีต่อบุตรของตนเพียงใดก็ตาม ผลกระทบในแง่ลบต่อบุตรนั้นมีได้แตกต่างกันมากไปจากการพาตัวเด็กไปหรือกักตัวบุตรไว้โดยเกิดจากความโกรธหรือความเกลียดชัง การพาตัวบุตรไปนั้นก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ของสุขภาพทางกายและจิตใจทั้งสามฝ่าย ดังนี้

ก.ผลกระทบต่อบุตรผู้เยาว์ที่ถูกพาไปหรือถูกกักตัวไว้โดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง⁶⁵

จากการวิจัยพบว่าการละเมิดอำนาจปกครองบุตรโดยบิดาหรือมารดานั้นส่งผลกระทบต่อบุตรผู้เยาว์หลายประการ ดังนี้

1. บุตรจะมีรู้สึกไม่มั่นใจในตนเอง รู้สึกว่าตนเองเป็นเสมือนวัตถุหรือสิ่งของที่จะถูกพาหรือกักตัวไว้ได้อย่างใดก็ได้ ไม่มีความสามารถในการจัดการชีวิตของตนเอง
2. บุตรจะมีความวิตกกังวลในความปลอดภัยของตน มีอาการหวาดระแวงว่าตนจะถูกพาตัวไปอีกครั้ง โดยพฤติกรรมเหล่านี้อาจแสดงออกโดยการนอนฝันร้าย หวาดผวาตนนอนสะดุ้งตื่นขึ้นในเวลากลางคืน นึกถึงหรือพูดถึงแต่เรื่องที่เคยถูกพาตัวไปหรือกักตัวไว้ เป็นต้น
3. บุตรจะมีความรู้สึกผิดและละลายใจคิดว่าว่าตนเองมีส่วนร่วมในการละเมิดอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย
4. บุตรจะโทษตัวเองว่าเป็นคนอกตัญญูเพราะสถานการณ์การละเมิดอำนาจปกครองบุตรนั้นเกิดขึ้นจากการขัดแย้งของผู้ใช้อำนาจปกครองทั้งสองฝ่าย บุตรจึงคิดว่าตนเองต้องเป็นผู้เลือกว่าตนจะเข้าข้างฝ่ายใด และเมื่อเลือกแล้วบุตรก็จะรู้สึกว่าตนเองอกตัญญูต่อฝ่ายที่ตนไม่ได้เลือก
5. บุตรจะรู้สึกว่าตนสูญเสียบิดาหรือมารดาอีกฝ่าย เนื่องจากตนมีส่วนในการทรยศต่อบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ตนถูกพรากมา
6. บุตรมีความรู้สึกสับสนขัดแย้งเกี่ยวกับการกระทำของบิดาและมารดาในการแย่งชิงตัวของตนเอง
7. บุตรอาจรู้สึกว่าตนเองถูกทอดทิ้ง โดยในระหว่างที่มีการละเมิดอำนาจปกครองก็จะคิดว่าตนถูกทอดทิ้งโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ตนถูกพรากมา ส่วนในระหว่างที่ถูกส่งตัว

⁶⁵ JoAnn Behrman-Lippert, Model treatment and services approaches for with families of abducted children executive summary, (OJJDP Grant), pp 16-18.

กลับมาอยู่กับฝ่ายที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายก็อาจรู้สึกว่ามันถูกทอดทิ้งโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่พาตัวไปหรือกักตัวไว้⁶⁶

8. บุตรอาจมีสภาวะซึมเศร้าเพราะคิดถึงบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ตนถูกพรากมา

9. หากบุตรถูกพาไปในขณะที่ยังไม่รู้ความอาจไม่รู้จักรหรือไม่คุ้นเคยกับบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อบุตรถูกส่งตัวกลับมาอาจมีปัญหาในการปรับตัวให้เข้ากับบิดาหรือมารดาฝ่ายดังกล่าว

10. ในการใช้ชีวิตประจำวันของบุตรจะต้องประสบปัญหาในการปรับตัวให้เข้ากับสภาพแวดล้อมใหม่ ต้องประสบปัญหาในการเผชิญอุปสรรคต่างๆ เช่น อาหารการกิน วัฒนธรรม ภาษาที่เปลี่ยนไปจากเดิม

11. บุตรอาจมีทัศนคติในแง่ลบต่อบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครอง เพราะอาจถูกฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองปลุกฝังให้โกรธเกลียด บิดาหรือมารดาอีกฝ่ายว่าเป็นผู้ทอดทิ้งตน

12. บุตรอาจไม่ได้รับการเลี้ยงดูให้มีคุณภาพชีวิตที่ดี เช่น หากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองผู้ซึ่งพานบุตรไปมีฐานะยากจน หรือเป็นผู้มีพฤติกรรมไม่เหมาะสมในการเลี้ยงดูเด็ก อาจเลี้ยงดูเด็กให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีไม่ได้

บุตรที่ถูกพาตัวไปหรือกักตัวไว้นั้นจะได้รับผลกระทบรุนแรงมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับว่าระยะเวลาที่ถูกพาไปนั้นยาวนานแค่ไหน ผลวิจัยชี้ว่าแม่เด็กจะถูกพาไปเพียงช่วงเวลาหนึ่งสัปดาห์ก็มีผลกระทบต่อสุขภาพจิตของเด็กแล้ว ยิ่งระยะเวลาทอดนานเท่าใดก็ยิ่งมีผลกระทบในแง่ลบต่อบุตรมากขึ้นเท่านั้น⁶⁷

⁶⁶ Juv. & Fam, Parental kidnapping [Online], 11 October 2012 . Available from <http://Heinonline.org>.

⁶⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการลักพาตัวเด็กทางแพ่งข้ามชาติกับพันธกรณีของประเทศไทย,” หน้า 10.

ข. ผลกระทบต่อบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองบุตร

บิดามารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองบุตรนั้น จะมีความรู้สึกหดหู่ใจหรือ ซึมเศร้าอย่างรุนแรง มีความรู้สึกเหงา ทุกข์ทรมานด้วยคิดถึงบุตรของตน กังวลว่าบุตรของตนจะ มีความเป็นอยู่อย่างไร กลัวว่าบุตรจะถูกทำร้ายทารุณกรรมต่างๆ นานา เนื่องจากไม่มีโอกาสที่จะ ได้ติดต่อพบปะ หรือทราบข่าวคราวของบุตร การที่บิดาหรือมารดาไม่ทราบว่าบุตรของตนมีความ เป็นอยู่อย่างไรนั้นมีความเจ็บปวดมากกว่าการที่ทราบว่าบุตรของตนเสียชีวิตเสียอีก⁶⁸

ค. ผลกระทบต่อบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ละเมิดอำนาจปกครองบุตร

บิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ละเมิดอำนาจปกครองนั้นต้องประสบปัญหาหลบ ซ่อนๆ เพราะคิดว่าตนเองได้กระทำความผิดจึงไม่กล้าเปิดเผยตัวเพราะกลัวบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายจะมานำบุตรของตนคืนจึงไม่กล้าเปิดเผยตัว การ กระทำดังกล่าวอาจทำให้มีกล้าส่งบุตรให้ได้รับการศึกษา ปัญหาที่ยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้นไปอีก หากฝ่ายละเมิดอำนาจปกครองบุตรมีฐานะทางเศรษฐกิจไม่ค่อยดีแต่ต้องเป็นผู้รับผิดชอบภาระ ค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการเลี้ยงดูและให้การศึกษาบุตร เมื่อมีปัญหาเรื่องการเงินก็จะเพิ่มความเครียด ให้แก่ตนเองและอาจส่งผลกระทบต่อบุตรไม่ทางตรงก็ทางอ้อม อีกทั้งยังเสี่ยงต่อการกระทำ ความผิดข้อหาอื่นๆ เช่น ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เป็นต้น

และหากการกระทำเช่นว่าเป็นการกระทำในลักษณะการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ผลกระทบอย่างหนึ่งซึ่งอาจอยู่เหนือความคาดหมายของคนส่วนใหญ่ก็คือปัญหาการเมืองระหว่าง ประเทศ ดังที่เคยเกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1999 ในกรณีของเด็กชาย Elian Gonzalez ถูกลักพาตัวจาก ประเทศคิวบาไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีว่าทั้งสองประเทศมีปัญหาความ ชัดแย้งกันอยู่เนืองๆ การลักพาตัวเด็กคนเดียวได้ลุกลามกลายเป็นปัญหาการเมืองระหว่าง ประเทศจนเป็นข่าวดังไปทั่วโลก ฉะนั้นผลกระทบของการลักพาตัวเด็กนั้นในบางกรณีอาจบาน ปลายเป็นปัญหาการเมืองระหว่างประเทศ⁶⁹

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน.

2.3 ขั้นตอนการดำเนินการและปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองของประเทศไทยในปัจจุบัน

เมื่อประเทศไทยไม่มีการบัญญัติกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดเฉพาะ ในการกระทำความผิดบางกรณีต้องอาศัยกฎหมายที่มีอยู่มีปรับใช้

2.3.1 กฎหมายแพ่ง

2.3.1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

โดยหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้บุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา ซึ่งโดยปกติที่บิดามารดาทำการสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งบิดาและมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะร่วมกัน การที่บิดาหรือมารดาในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองพาบุตรไปจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายการกระทำเช่นว่านั้นไม่ถือเป็นการละเมิดอำนาจปกครองอันจะทำให้บิดาหรือมารดาอีกฝ่ายมีสิทธิเรียกคืนบุตรจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายอันมีอำนาจปกครองบุตรร่วมกันได้ เพราะการกระทำดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจปกครอง คืออำนาจในการกำหนดที่อยู่บุตรตามมาตรา 1567(1)

แต่อย่างไรก็ดีบิดาหรือมารดาอาจเป็นผู้ทำละเมิดอำนาจปกครองบุตรอันก่อให้เกิดบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองบุตรฟ้องเรียกคืนบุตรจากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองได้ หากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองอยู่ในความหมายของคำว่า “บุคคลอื่น” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567(4) ซึ่งคำพิพากษาฎีกาที่ 3461/2541 ได้ให้ความหมายของคำว่า “บุคคลอื่น” ว่าหมายถึงบุคคลอื่นนอกจากผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรซึ่งได้แก่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย⁷⁰ ดังนั้นบิดาหรือมารดาซึ่งไม่ได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น การเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรอันเนื่องมาจากบิดาและ

⁷⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 3461/2541 บุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567(4) หมายถึง บุคคลอื่นนอกจากผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรซึ่งได้แก่บิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตร จำเลยมิใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรผู้เยาว์จำเลยจึงไม่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองของบุตรผู้เยาว์ตามกฎหมายย่อมไม่มีสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567(1)ถึง (4) การที่จำเลยกับบุตรผู้เยาว์ไว้จึงเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ และเป็นกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โจทก์ผู้เป็นมารดาของผู้เยาว์ย่อมมีสิทธิเรียกบุตรผู้เยาว์คืนจากจำเลยได้

มารดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย หรือไม่ได้จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร หรือไม่มีโดยคำพิพากษาของศาลแสดงว่าเด็กเป็นบุตร⁷¹ บิดาหรือมารดาไม่มีอำนาจปกครองเนื่องมาจากคำสั่งศาลโดยอาจเป็นกรณีการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลและศาลมีคำสั่งให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงฝ่ายเดียว หรือในกรณีที่ศาลคำสั่งถอนอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายเนื่องจากเป็นผู้ไม่เหมาะสมจะใช้อำนาจปกครองบุตร หรือการหย่าโดยความยินยอมและมีข้อตกลงให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรพาบุตรไป หรือกักตัวบุตรไว้ บิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิเรียกคืนบุตรจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่าย

เมื่อมีการละเมิดอำนาจปกครองเกิดขึ้น บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองมีสิทธิยื่นคำฟ้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลางหรือศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดเพื่อเรียกตัวบุตรคืนจากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองที่ได้ทำได้พาตัวบุตรผู้เยาว์ไปหรือกักตัวบุตรผู้เยาว์ไว้ ในคำขอท้ายฟ้องนั้นนอกจากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ถูกละเมิดอำนาจปกครองจะขอเรียกตัวบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักตัวบุตรไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วยังสามารถขอให้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองห้ามยุ่งเกี่ยวกับบุตรผู้เยาว์ เมื่อโจทก์ฟ้องคดีต่อศาลศาลจะมีหมายเรียกให้จำเลยยื่นคำให้การ ในการฟ้องเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักตัวบุตรไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ บิดาหรือมารดาผู้ฟ้องคดีมีสิทธิร้องขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาได้⁷² ในระหว่างกระบวนการพิจารณาหากโจทก์และจำเลยสามารถตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมกันได้ศาลก็จะมีคำพิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ในกรณีที่คู่ความไม่อาจตกลงกันได้ศาลก็จะดำเนินกระบวนการพิจารณา

⁷¹ รัชฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวบิดามารดาและบุตร, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555), หน้า 126.

⁷² คำพิพากษาฎีกาที่ 1509/2514 โจทก์ฟ้องว่าโจทก์กับจำเลยได้จดทะเบียนหย่ากัน โดยมีข้อสัญญาให้บุตรอยู่ในความอุปการะของโจทก์ จำเลยมาลอลงบุตรไปจึงฟ้องเรียกคืน ดังนี้ โจทก์มีอำนาจยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยส่งบุตรให้โจทก์ก่อนศาลพิพากษาได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 (2) เพราะมาตรา 254 นี้มิใช่เฉพาะเกี่ยวกับทรัพย์เท่านั้น

คดีต่อไป เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยส่งคืนบุตรผู้เยาว์ให้แก่โจทก์ผู้มีอำนาจปกครอง⁷³ ศาลจะออกคำสั่งให้จำเลยปฏิบัติตามคำพิพากษาโดยกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขให้จำเลยปฏิบัติตามคำพิพากษา หากจำเลยคือบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองไม่ยอมส่งบุตรผู้เยาว์ให้แก่อีกฝ่าย โจทก์คือบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองก็มีสิทธิขอบังคับคดีตามคำพิพากษาโดยโจทก์จะขอให้ศาลออกหมายบังคับคดี แต่อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติการดำเนินการบังคับคดีในการนำตัวบุตรคืนมานั้นเป็นไปได้ยาก เช่นในกรณีที่บุตรผู้เยาว์ไม่ยอมมาอยู่บิดามารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองเองเจ้าพนักงานบังคับคดีก็มีอำนาจกระทำการใดๆ ในการเฝ้าบุตรผู้เยาว์นั้นได้ ในกรณีนี้เจ้าพนักงานบังคับคดีก็จะส่งรายงานถึงเหตุที่ไม่สามารถดำเนินการบังคับคดีได้ต่อศาล กรณีเช่นนี้ถือเป็นกรณีที่สภาพแห่งการบังคับคดีไม่เปิดช่องให้กระทำได้โดยทางเจ้าพนักงานบังคับคดี โจทก์เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจำต้องดำเนินการในทางศาลถ้าบุตรผู้เยาว์ที่จำเลยลูกหนี้ตามคำพิพากษาต้องส่งมอบคืนให้โจทก์อยู่ในความดูแลของจำเลยและจำเลยสามารถส่งมอบบุตรคืนให้แก่โจทก์ได้แต่จำเลยมิยอมส่งตัวบุตรผู้เยาว์คืนให้แก่โจทก์ โจทก์จะต้องขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังจำเลยลูกหนี้ตามคำพิพากษาตามมาตรา 297⁷⁴ ศาลจะนัดพร้อมและออกหมายเรียกลูกหนี้ตามคำพิพากษามาสอบถาม หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่มาศาลจะออกหมายจับตามมาตรา 298⁷⁵ ถ้าลูกหนี้แสดงเหตุอันสมควรไม่ได้ศาลจะสั่งกักขัง

⁷³ สัมภาษณ์ ธีฎญลักษณ์ สังข์เยี่ยม, นิติกรประจำศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง, 2 ตุลาคม 2556

⁷⁴ มาตรา 297 ภายใต้บังคับมาตรา ๒๙๖ ทวิ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาชอบที่จะยื่นคำขอฝ่ายเดียว โดยทำเป็นคำร้องต่อศาลไม่ว่าเวลาใด ๆ นับแต่ระยะเวลาที่กำหนดไว้เพื่อการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ขอให้มีการบังคับได้ลงพันไปจนถึงเวลาที่การบังคับคดีได้เสร็จสิ้นลงขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งจงใจไม่ปฏิบัติตามหมายบังคับคดี

ห้ามไม่ให้ศาลอนุญาตตามคำขอนั้น เว้นแต่จะเป็นที่พอใจจากพยานหลักฐานซึ่งผู้ร้องนำมาสืบหรือที่ศาลเรียกมาสืบว่า
(1) ลูกหนี้ตามคำพิพากษามีความสามารถที่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ถ้าได้กระทำการโดยสุจริต และ
(2) ไม่มีวิธีบังคับอื่นใดที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะใช้บังคับได้

⁷⁵ มาตรา 297 เมื่อมีคำขอให้จับตัวลูกหนี้ตามคำพิพากษาโดยเหตุจงใจขัดขืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง ให้ศาลออกหมายเรียกลูกหนี้ตามคำพิพากษามาศาล

ถ้าได้ออกหมายเรียกตามวรรคหนึ่งแล้ว ลูกหนี้นั้นไม่มาศาล และมีได้แจ้งเหตุอันสมควรในการที่ไม่มาให้ศาลทราบ หากศาลเห็นว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้รับหมายเรียกแล้วศาลจะออกหมายจับลูกหนี้ตามคำพิพากษาก็ได้ หรือถ้าลูกหนี้ตามคำ

ลูกหนี้ตามคำพิพากษาจนกว่าจะส่งตัวบุตรคืนให้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาโดยการกักขังแต่ละครั้งต้องไม่เกิน 6 เดือน ตามมาตรา 300⁷⁶ แม้จะมีการลงโทษกักขังบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองแต่ก็มีเฉพาะในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลเท่านั้นและในทางปฏิบัติเพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งความสงบสุขในครอบครัวศาลแทบจะไม่เคยมีการสั่งกักขังบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองเพื่อให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาเลย บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ทำให้ละเมิดอำนาจปกครองจึงไม่รู้สึกรู้ว่ากรกระทำของตนเป็นความผิด เพราะผู้กระทำไม่ต้องรับโทษใดๆ จากการทำเช่นนั้น ซึ่งความรู้สึกว่ากรกระทำดังกล่าวนี้ไม่เป็นความผิดนี้เองอาจนำไปสู่การกระทำผิดซ้ำ

การฟ้องเรียกคืนบุตรนั้นเป็นกระบวนการในทางแพ่งบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองต้องดำเนินกระบวนการต่างๆ ด้วยตนเองทั้งในส่วนของการสืบหาที่อยู่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองเพื่อส่งหมาย สืบหาตัวบุตรในกรณีที่มีการบังคับคดีเจ้าหน้าที่ของรัฐแทบจะไม่มีอำนาจเข้าไปข้องเกี่ยวกับการดำเนินคดี การที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองต้องดำเนินการสืบหาตัวบุตรผู้เยาว์ที่ถูกพาไปหรือถูกกักตัวไว้นั้นอาจเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ลำบากยิ่งกว่าการดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีความเชี่ยวชาญและมีการติดต่อประสานงานที่ทำให้การดำเนินการสืบหาตัวเด็กเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพกว่าการสืบหาตัวบุตรผู้เยาว์โดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครอง การที่ปล่อยให้ระยะเวลาการละเมิดอำนาจปกครองเนิ่นนานไปเรื่อยๆ ปฏิเสธไม่ได้ว่าบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการ

พิพากษามาศาลแต่แสดงเหตุอันสมควรในการปฏิบัติตามคำบังคับมิได้ ศาลมีอำนาจสั่งกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้นทันทีหรือตั้งแต่วันใดวันหนึ่งที่ศาลเห็นสมควรกำหนดก็ได้ ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษายังคงขัดขืนอยู่จนถึงวันนั้น

ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ได้รับหมายเรียกหรือได้แจ้งเหตุอันสมควรต่อศาลในการที่ไม่มานั้น ให้ศาลเลื่อนการนั่งพิจารณาคำขอนั้นไป แต่ถ้าศาลเห็นว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาลึกเลี้ยวไม่รับหมายศาลจะออกหมายจับตามที่ขอทันทีก็ได้

ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษามาศาลและแสดงเหตุอันสมควรได้ ศาลจะมีคำสั่งให้ยกคำขอหรือมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นก็ได้ในกรณีเหล่านี้ ศาลมีอำนาจที่จะทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควรและลูกหนี้ตามคำพิพากษาย่อมนำพยานมาสืบแก้ได้

⁷⁶ มาตรา 300 ลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่ถูกจับกุมโดยเหตุจงใจขัดขืนคำบังคับจะต้องถูกกักขังไว้จนกว่าจะมีประกันหรือประกันและหลักประกันตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรกำหนดว่าตนยินยอมที่จะปฏิบัติตามคำบังคับทุกประการ แต่ทั้งนี้ ห้ามไม่ให้กักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาแต่ละครั้ง เกินกว่าหกเดือนนับแต่วันจับหรือกักขัง แล้วแต่กรณี

ในกรณีที่ผิดสัญญาประกัน ศาลมีอำนาจสั่งบังคับตามสัญญาประกันหรือตามจำนวนเงินที่ศาลเห็นสมควรโดยมิต้องฟ้องผู้ทำสัญญาประกัน

กระทำดังกล่าวมากที่สุดคือตัวบุตรผู้เยาว์ที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองนั่นเอง หากการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดทางอาญาโดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการติดตามสืบหาตัวบุตรตั้งแต่นั้นจนการสืบสวนก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาลซึ่งทำให้การติดตามหาตัวบุตรผู้เยาว์เป็นไปได้อย่างรวดเร็วยิ่งกว่าเด็กที่ถูกพาไปหรือถูกกักตัวไว้ก็จะถูกพบตัวและถูกนำส่งคืนแก่บิดาหรือมารดาผู้ที่มีอำนาจปกครองได้เร็วกว่า เด็กก็จะได้รับผลกระทบจากการละเมิดอำนาจปกครองน้อยกว่าการติดตามที่เป็นไปอย่างเนิ่นช้า

นอกจากการละเมิดอำนาจปกครองบุตรแล้วยังมีสิทธิหนึ่งที่พึงต้องพิจารณาคือ การละเมิดสิทธิพบและเยี่ยมเยียน คือในกรณีที่การสมรสสิ้นสุดลงเนื่องจากการหย่าขาดตามคำพิพากษาของศาล และศาลมีคำสั่งให้บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรือจากข้อตกลงของคู่สมรสกำหนดให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีอำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียวประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ กำหนดว่าบิดาหรือมารดาฝ่ายที่สูญเสียอำนาจปกครองยังคงมีหน้าที่ตามกฎหมายในการอุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์⁷⁷ ทั้งไม่ตัดสิทธิอีกฝ่ายการติดต่อกับบุตรผู้เยาว์ตามสมควร⁷⁸ เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าการสิ้นสุดการอำนาจปกครองไม่ได้หมายถึงการสิ้นสุดความสัมพันธ์ทางสายเลือดในความเป็นจริง แต่อย่างไรก็ดีอาจมีการขัดขวาง หรือกีดกันไม่ให้ฝ่ายที่เสียอำนาจปกครองใช้สิทธิพบและเยี่ยมเยียนบุตรของตนโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร บิดามารดาฝ่ายที่เสียสิทธิในการในการใช้อำนาจปกครองบุตรไม่มีสิทธิฟ้องให้ฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองส่งมอบบุตรคืนแก่ตนตามมาตรา 1567 (4)⁷⁹ บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดสิทธิพบและเยี่ยมเยียนจะต้องมาฟ้องร้องต่อศาลเพื่อบังคับตามสิทธิของตน แต่ในกรณีที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองพาบุตรไปในสถานที่ที่ทำให้บิดาหรือมารดาติดต่อ

⁷⁷ มาตรา 1584 การที่ผู้ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจปกครองบางส่วนหรือทั้งหมด ไม่เป็นเหตุให้ผู้พ้นพ้นจากหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์ตามกฎหมาย

⁷⁸ มาตรา 1584 /1 บิดาหรือมารดาที่ย่อมมีสิทธิที่จะติดต่อกับบุตรของตนได้ตามควรแก่พฤติการณ์ ไม่ว่าบุคคลใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองก็ตาม

⁷⁹ ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 545.

กับบุตรลำบากแต่มีได้มีเจตนาที่จะขัดขวางการใช้อำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาอีกฝ่าย การกระทำเช่นว่าไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิพบและเยี่ยมเยียน ตัวอย่างเช่น บิดามารดาหย่าขาดจากกัน ศาลสั่งให้บิดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร หากบิดาจะอพยพครอบครัวและบุตรไปอยู่ต่างประเทศ ทำให้มารดาที่ไม่มีอำนาจปกครองไม่อาจใช้สิทธิที่จะติดต่อเยี่ยมเยียนบุตรได้ โดยสะดวกนั้นไม่ถือเป็นการขัดขวางการใช้สิทธิของมารดาดังกล่าวแต่อย่างใด มารดาจะมาร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งห้ามมิให้นำบุตรออกนอกราชอาณาจักรไม่ได้⁸⁰ แต่อย่างไรก็ดีมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1572 / 2552 วางหลักว่าหญิงชาวไทยสมรสกับชายชาวปากีสถานมีบุตรด้วยกันสองคนและย้ายถิ่นฐานไปที่สร้างครอบครัวที่ประเทศปากีสถาน ต่อมาภายหลังหญิงค้ำของใจจนไม่สามารถอาศัยอยู่ในประเทศปากีสถานต่อไปได้จึงกลับมาเมืองไทยโดยบุตรทั้งสองอยู่กับบิดาที่ประเทศปากีสถานต่อไป ต่อมาชายชาวปากีสถานกลับมาอยู่ที่เมืองไทยแต่ยังคงให้บุตรทั้งสองอยู่กับมารดาของตนซึ่งเป็นย่าของเด็กที่ปากีสถานต่อไป อันส่งผลมารดาไม่สามารถติดต่อให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรได้ที่บิดาและมารดาต่างเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ทั้งสองฝ่าย เป็นเหตุให้หญิงชาวไทยผู้เป็นมารดาขายยื่นคำฟ้องขอให้ชายผู้เป็นสามีนำบุตรผู้เยาว์กลับมาประเทศไทยเพื่ออยู่ในความปกครองของตน ศาลฎีกาเห็นว่าพฤติการณ์ที่บิดาใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับตัวบุตรทั้งสองเป็นไปโดยไม่ชอบ ไม่เปิดโอกาสให้มารดากับบุตรทั้งสองอุปการะแก่กันตามศีลธรรมอันดี จึงถอนอำนาจปกครองของบิดาในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิกำหนดที่อยู่บุตร มารดาจึงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรในส่วนของการกำหนดที่อยู่บุตรแต่เพียงผู้เดียวและมีสิทธิเรียกบุตรคืนจากมารดา

นอกจากนี้ในต่างประเทศบางประเทศแม้บิดาหรือมารดาจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรก็ไม่มีสิทธิย้ายที่อยู่บุตรโดยปราศจากความยินยอมของบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหรือได้รับอนุญาตจากศาล เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาการที่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่าจะมีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์หรือไม่ก็ตามย้ายที่อยู่บุตรผู้เยาว์ออกนอกประเทศสหรัฐอเมริกาโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายอาจถือเป็นการกระทำผิดกฎหมายอาญาของ

⁸⁰ ประสพสุข บุญเดช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, หน้า 679.

ประเทศสหรัฐอเมริกา⁸¹ และหากเป็นการย้ายที่อยู่ภายในประเทศโดยไม่ได้รับความยินยอมก็อาจเป็นความผิดกฎหมายของแต่ละมลรัฐก็ได้ กล่าวคือ แม้มบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ย้ายที่อยู่บุตรผู้เยาว์นั้นจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร หรือผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกับบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายก็ตามหากมีการย้ายที่อยู่บุตรโดยปราศจากความยินยอมจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหรือได้รับอนุญาตจากศาลย่อมเป็นผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญาได้ หรือในประเทศฝรั่งเศสแม้ทั้งบิดาและมารดาจะมีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกันแต่การที่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย้ายที่อยู่บุตรผู้เยาว์โดยไม่แจ้งการย้ายที่อยู่ดังกล่าวให้อีกฝ่ายทราบ การกระทำเช่นนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีความผิดอาญา และรวมถึงการที่ฝ่ายที่มีอำนาจปกครองย้ายที่อยู่บุตรผู้เยาว์โดยไม่แจ้งที่อยู่ให้ฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองแต่มีสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนทราบ⁸² และในกฎบัตรว่าด้วยสิทธิของประเทศสิงคโปร์ก็กำหนดห้ามพาตัวเด็กออกนอกประเทศสิงคโปร์นานเกิน 1 เดือนโดยปราศจากความยินยอมเป็นหนังสือจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหรือโดยคำสั่งศาล เนื่องจากกฎหมายมองว่าหากผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายพาตัวเด็กออกนอกประเทศสิงคโปร์จะเป็นการขัดขวางไม่ให้บิดาหรือมารดาอีกฝ่ายที่มีได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแต่มีสิทธิเยี่ยมเยียนใช้สิทธิดังกล่าวได้จึงกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแม้ผู้พาออกนอกประเทศจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองก็ตาม

จะเห็นได้ว่าการใช้สิทธิเรียกคืนบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567 (4) นั้นบุคคลที่จะใช้สิทธิเรียกคืนบุตรจากบุคคลอื่นซึ่งพานบุตรของตนไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งรวมถึงบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองคือบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากเป็นกรณีที่บุคคลที่พานบุตรผู้เยาว์ไปนั้นเป็นบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายแต่เป็นการใช้สิทธิในทางที่ขัดขวางการใช้อำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองร่วมหรือผู้ซึ่งมีสิทธิพบและเยี่ยมเยียนผู้ถูกละเมิดอำนาจปกครองหรือสิทธิพบและเยี่ยมเยียนไม่สามารถใช้สิทธิในการเรียกคืนบุตรจากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองตาม มาตรา 1567 (4) ได้

⁸¹ International Parental Kidnapping Crime Act of 1993 , Section 1204

⁸² The French Penal Code, Article 227-7.

การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นเป็นเพียงสิทธิในทางแพ่ง ผู้กระทำการละเมิดอำนาจปกครองไม่จำต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเมื่อส่งตัวบุตรคืนให้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งศาล อาจมีความผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลหาใช่ความผิดฐานละเมิดอำนาจปกครองโดยตรงไม่

2.3.1.2 พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแล พ.ศ. 2555

ตามที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ.1980 (Convention on the Civil Aspect of international Child Abduction, 1980) โดยมีผลเริ่มบังคับใช้ตั้งแต่ 1 ธันวาคม 2526 และในส่วนของประเทศไทยนั้น เข้าเป็นภาคีอนุสัญญานี้เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ.2546 อนุสัญญาฯ ดังกล่าวเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเด็กให้พ้นจากภัยอันตรายอันเกิดจากการถูกลักพาไปหรือกักตัวไว้โดยมิชอบอันเกิดจากการกระทำของบิดาหรือมารดา โดยกำหนดให้ประเทศภาคีมีหน้าที่ส่งตัวบุตรที่ถูกลักพาและหน่วงเหนี่ยวไว้ในประเทศตนโดยละเมิดอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองกลับไปยังประเทศภาคีที่บุตรมีที่อยู่ตามปกติโดยเร็ว รวมทั้งรับรองให้มีการคุ้มครองสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก ทั้งนี้การพิจารณาเรื่องการดูแลเด็กจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ การลักพาตัวเด็กในบริบทของอนุสัญญานี้มิใช่เป็นการกระทำผิดตามกฎหมายอาญาตามที่ใช้ในภาษาอังกฤษว่า Kidnapping ในทางตรงกันข้ามการลักพาตัวเด็กในความหมายที่ใช้อนุสัญญาฯ นี้มีความหมายในทางแพ่งเท่านั้น โดยในอนุสัญญาฯ ใช้คำว่า Abduction กล่าวคือความหมายของการลักพาตัวเด็กในบริบทนี้หมายถึงกรณีการลักพาตัวเด็กที่เกิดจากผู้แทนโดยชอบธรรมคือบิดามารดาของเด็ก มีข้อสังเกตว่าอนุสัญญาฯ ดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงประเด็นกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติที่บัญญัติไว้ในกฎหมายครอบครัว เช่น ค่าอุปการะเลี้ยงดู สิทธิในการดูแลและเยี่ยมเยียนเด็ก รวมถึงความผิดอาญาในฐานะลักพาตัวเด็ก เนื่องจากอนุสัญญาฯ ดังกล่าวเกี่ยวข้องเฉพาะกลไกในการให้ความ

ร่วมมือประสานงานในทางระหว่างประเทศเพื่อนำเด็กกลับคืนมาเท่านั้นโดยเห็นว่าการนำเด็กกลับคืนมาถือเป็นการฟื้นฟูความเสียหายคือผู้เสียหายโดยชอบธรรมที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองให้กลับคืนสู่สถานะเดิมให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁸³

พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแล พ.ศ. 2555 นั้นถือเป็นพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองบุตรเป็นอย่างยิ่ง แต่อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่ง การกระทำดังกล่าวหามีความผิดทางอาญาไม่

2.3.2. กฎหมายอาญา

เนื่องด้วยประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติกฎหมายอาญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองโดยตรง จึงมีการนำกฎหมายอาญาที่มีอยู่อันมีส่วนเกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองคือความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 และมาตรา 318 และมาตรา 319 มาปรับใช้

มาตรา 317 ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

มาตรา 318 ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

มาตรา 319 ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

⁸³ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการลักพาตัวเด็กทางแพ่งข้ามชาติกับพันธกรณีของประเทศไทย,” หน้า 22.

จะเห็นได้ว่าทั้งสามมาตรานี้มีสาระสำคัญที่เหมือนกันคือ

1. มีการกระทำคือ “การพวาก” เกิดขึ้น
2. พวากไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล
3. ผู้กระทำความผิดฐานนี้จะเป็นใครก็ได้
4. ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา

แต่อย่างไรก็ดีทั้งสามมาตรานี้มีสาระสำคัญที่แตกต่างกัน คือ

1. อายุของผู้ถูกกระทำที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง กล่าว ในมาตรา 317 คุ้มครองเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ส่วนในมาตรา 318 และมาตรา 319 คุ้มครองผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปี

2. ความยินยอมของผู้ถูกกระทำ ในมาตรา 317 ผู้กระทำต้องรับผิดชอบไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม แต่ในมาตรา 318 ผู้กระทำจะมีความผิดอาญาก็ต่อเมื่อพวากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจเท่านั้น ส่วนในมาตรา 319 แม้ผู้เยาว์จะยินยอมแต่หากผู้กระทำมีเจตนาเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบ⁸⁴

3. มาตรา 318 การพวากไปไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ก็เป็นความผิดตามวรรคแรก หากเพื่อหากำไรหรือเพื่ออนาจารจะเป็นเหตุจรรยาบรรณวรรคท้าย ส่วนในมาตรา 319 เนื่องจากผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย การพวากจึงต้องมีเหตุจูงใจ เพื่อหากำไร หรือเพื่ออนาจารเท่านั้นจึงจะเป็นความผิด⁸⁵

ซึ่งในความผิดนี้กฎหมายมีเพื่อเจตนาคุ้มครองอำนาจปกครอง จะเห็นได้จากนักกฎหมายหลายท่านได้อธิบายทางตำราไว้ดังนี้

ท่านอาจารย์คณิต ฌ นคร ได้อธิบายว่า “ความผิดนี้สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง หรือที่เรียกว่าคุณธรรมทางกฎหมายนั้นไม่ใช่เรื่องของเสรีภาพ แม้จะบัญญัติไว้ในหมวด

⁸⁴ สมหวัง วิริยะผล, “ความผิดฐานพวากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 51-52.

⁸⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจรรยาบรรณ พิมพ์, 2550), หน้า 395.

ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพก็ตาม ที่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง คือ สิทธิที่จะให้การรักษาอบรมหรือดูแล⁸⁶

ท่านอาจารย์สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ ได้อธิบายว่า” ความมุ่งหมายของมาตรานี้มีความประสงค์ที่จะคุ้มครองเด็กไม่ให้ใครเอาเด็กไปเสียจากครอบครัวหรือผู้ปกครองที่เด็กอยู่ด้วย⁸⁷

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกา⁸⁸ ได้ตัดสินเป็นบรรทัดฐานหลายเรื่องด้วยกันว่า ในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์นั้นกฎหมายต้องการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา หรือผู้ดูแลที่มีต่อเด็กมิให้ผู้ใดพรากไปเสียจากความปกครอง⁸⁹

ในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ ตามมาตรา 317 วรรคหนึ่งและมาตรา 318 วรรคหนึ่งมีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. มีการกระทำคือ “การพราก” เกิดขึ้น

พราก หมายถึง การแยกตัวเด็กออกจาก เอาตัวเด็กออกจากความปกครองของบุคคลใดบุคคลหนึ่งอันมีลักษณะล่วงละเมิดการปกครอง (Infringement of guardian's right to control) หรือการล่วงละเมิดความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบิดามารดา หรือผู้ปกครองดูแล

⁸⁶ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 229.

⁸⁷ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4 ตอนที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515), หน้า 197.

⁸⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 75/2532 จำเลยพายุเสียหายอายุ 14 ปีเศษ ไปร่วมหลับนอนโดยบิดามารดาของผู้เสียหายไม่ทราบ เป็นการกระทำอันละเมิดต่ออำนาจปกครองของบิดามารดาแม้ผู้เสียหายจะสมัครใจไปด้วยและจำเลยจะมีได้ร่วมประเวณีเพียงแต่นอนกอดผู้เสียหายเท่านั้นก็ตาม การกระทำของจำเลยดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นการพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร

คำพิพากษาฎีกาที่ 2492/2552 ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตาม ป.อ. มาตรา 317 ถึงมาตรา 319 กฎหมายมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล มิใช่ตัวผู้เยาว์ผู้ถูกพราก ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ใดมาก่อนการรบกวนหรือกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบกระทั่งต่ออำนาจปกครองไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยาย ไม่ว่าผู้เยาว์จะไปอยู่ที่แห่งใด หากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลยังเอาใจใส่อยู่ ผู้เยาว์ย่อมอยู่ในอำนาจปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลตลอดเวลา นอกจากนี้กฎหมายมิได้จำกัดว่าพรากโดยวิธีการอย่างไรและไม่ว่าผู้เยาว์จะเป็นฝ่ายออกจากบ้านไปเองโดยมีผู้ชักนำหรือไม่มีผู้ชักนำก็ตาม ก็ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น

⁸⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 372.

(Breach of relationship)⁹⁰ จะกระทำโดยวิธีใดกฎหมายไม่มีข้อจำกัด ไม่ต้องใช้กำลัง แม้จะชักชวนให้เด็กไปกับผู้กระทำโดยมิได้หลอกลวงและเด็กเต็มใจไปด้วยก็ตาม⁹¹ การเอาตัวเด็กออกจากความดูแลดังกล่าวนั้นเป็นการถาวร⁹²

2. พრაกไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล

การพรากนั้นต้องเป็นการพรากไปจากบุคคลดังต่อไปนี้

ก. บิดามารดา หมายถึงผู้ปกครองโดยอำนาจของกฎหมาย กล่าวคือต้องเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าบิดามารดาตามมาตรานี้หมายถึงบิดามารดาตามความเป็นจริงไม่จำเป็นต้องบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

ข. ผู้ปกครอง หมายถึง ผู้ปกครองคงหมายรวมถึงผู้ที่มีฐานะทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็ก กล่าวคือบุคคลที่ศาลตั้งให้เป็นผู้ปกครองเด็กตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากเด็กไม่มีบิดามารดาหรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครอง

ค. ผู้ดูแล หมายถึง ผู้ที่ดูแลเด็กตามข้อเท็จจริงแม้ไม่ใช่ผู้ปกครองและไม่มีความผูกพันตามกฎหมายที่จะดูแลเด็กนั้น เช่น ครูอาจารย์ เจ้าหน้าที่สถานเลี้ยงเด็ก เป็นต้น แต่ไม่รวมถึงผู้ที่ได้เด็กมาโดยผิดกฎหมาย

3. โดยปราศจากเหตุอันสมควร

กฎหมายเอาผิดต่อเมื่อได้กระทำไปโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร กล่าวคือ ถ้ามีเหตุผลอันสมควร เช่น บิดามารดากระทำทารุณต่อเด็กมาก จึงเอาเด็กมาเลี้ยง ย่อมไม่เป็น

⁹⁰ วุฒินทร์ บัจเจกวิญญูสกุล, “ฎีกาวิเคราะห์,” บทบัญญัติ เล่มที่ 47, ตอนที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2534), หน้า 179.

⁹¹ จิตติ ตั้งศรัทธี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 2 และ ภาค 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา 2517), หน้า 1812.

⁹² หยุต แสงอุทัย, คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 468.

ความผิดเพราะกระทำไปโดยมีเหตุอันสมควร⁹³ การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้เป็นการบัญญัติกฎหมายในทางปฏิเสธ คือใจที่ต้อองนำสืบว่าไม่ปรากฏเหตุสมควรที่พรากเด็กไป เป็นหน้าที่ของผู้พรากเด็กต้อองนำสืบว่ามีเหตุสมควรอย่างไรจึงพรากเด็กไปอันจะไม่เป็นความผิด⁹⁴ แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะพิจารณาว่ากรณีใดบ้างที่จะถือว่าเป็นเหตุอันสมควรหรือไม่ จำต้อองพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป

4.ต้อองเป็นการกระทำโดยเจตนา

การกระทำที่มีเจตนาตามมาตรา 59 คือรู้สำนึกในการพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการพรากนั้น รวมทั้งรู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุของเด็กอันเป็นองค์ประกอบของความผิดในความผิดฐานนั้นๆ และรู้ว่าเด็กนั้นอยู่กับบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล หากผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงเช่นนั้น หรือสำคัญผิดในข้อเท็จจริงดังกล่าว ผู้กระทำความผิดอาจยกความไม่รู้หรือความสำคัญผิดนั้นเป็นข้อแก้ตัวให้ไม่ต้อองรับผิดตามกฎหมายได้

แม้ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์จะมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล อันสอดคล้องกับความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองบุตรโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง แต่อย่างไรก็ตามความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์นั้นยังคงมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายกับการละเมิดอำนาจปกครองบุตร แม้จะมีคำอธิบายในทางตำราของนักกฎหมายหลายท่านที่มีคำพิพากษาฎีกาวางหลักไว้ว่าการที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้ก็เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล แต่จากการศึกษาประวัติศาสตร์ทางกฎหมายในความผิดฐานพรากผู้เยาว์กับวิวัฒนาการของสภาพสังคมไทยตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน จากเดิมที่ใน

⁹³ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: มงคลการพิมพ์, 2515), หน้า 468.

⁹⁴ สมชัย สิริบุตร, เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2535), หน้า 112.

ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 273 ที่กำหนดว่า “ผู้ใดบังอาจพาเอาเด็กอายุต่ำกว่าสิบขวบปีไปเสียจากบิดามารดาหรือผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะคุ้มครองเด็กนั้นก็ดี...” มาจนถึงประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันมาตรา 317 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พยายามพาเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล” ซึ่งเป็นการกำหนดให้มีความครอบคลุมมากกว่า แต่เดิมนั้นกฎหมายกำหนดชัดเจนว่าต้องเป็นการพาไปจากบิดามารดา หรือผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นที่ชัดเจนว่าหากเป็นบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองย่อมเป็นผู้ที่สามารถกระทำความผิดได้ตามมาตรานี้ แต่ต่อมากฎหมายต้องการที่จะให้ความคุ้มครองผู้เยาว์จากการถูกพาไปโดยทุจริตจากบุคคลอื่นมากกว่าแต่เดิมจึงมีการกำหนดให้แม้ผู้ดูแลเด็กซึ่งไม่มีสถานะตามกฎหมายแต่เป็นผู้ดูแลเด็กตามความเป็นจริงก็สามารถเป็นผู้เสียหายตามมาตรานี้ได้ ผู้เขียนเข้าใจว่าการที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้นอกจากกฎหมายต้องการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแล้ว ความประสงค์ที่แท้จริงในความผิดฐานพรางเด็กและพรางผู้เยาว์กฎหมายต้องการที่จะคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์แต่ที่กำหนดเช่นนี้ก็เพื่อให้มีผู้เสียหายในคดีขึ้นเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีอันเนื่องมาจากเด็กและผู้เยาว์ไม่อยู่ในสถานะที่จะแสดงออกถึงเจตนาที่แท้จริงของตน เพราะความอ่อนเยาว์ในประสบการณ์ชีวิตหรือขาดวุฒิภาวะ จึงจำเป็นต้องกำหนดผู้มีอำนาจในการดำเนินคดีเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์จากการถูกพาไปโดยไม่ชอบ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองอย่างแท้จริง จึงเกิดปัญหาความไม่ชัดเจนว่าหากบิดาหรือมารดาเป็นฝ่ายที่มีอำนาจปกครองพรางบุตรไปจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายจะเป็นความผิดตามมาตรานี้หรือไม่

ทั้งความผิดฐานพรางเด็กและพรางผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นเป็นความผิดที่ไม่อาจยอมความได้และมีอัตราโทษค่อนข้างสูงคือมีอัตราโทษขั้นต่ำตั้งแต่สองปีซึ่งโทษที่สูงซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้ไม่เหมาะสมนักที่จะนำมาใช้กับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองซึ่งอาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานพรางเด็กและพรางผู้เยาว์ได้หากได้กระทำการพรางเด็กไปจากผู้มีอำนาจปกครองตามกฎหมาย เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่กระทบถึงความสัมพันธ์ในครอบครัวซึ่งเป็นเรื่องละเอียดอ่อน ศาลจึงไม่นำความผิด

ฐานนี้มาปรับใช้กับความผิดดังกล่าวจะเห็นจากคำพิพากษาฎีกาที่ 398/2517 บิดาพรากบุตรนอกสมรสไปเสียจากความปกครองของมารดา เพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา การกระทำโดยมีเจตนาดีต่อบุตรเช่นนี้ ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการพรากโดยปราศจากเหตุอันสมควร ซึ่งทำให้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองจะอ้างเหตุเช่นว่าในการกระทำเพื่อละเมิดอำนาจปกครอง

นอกจากนี้ในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีการละเมิดสิทธิพบและเยี่ยมเยียน ในกรณีบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรละเมิดสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ไม่ครอบคลุมในกรณีนี้

2.3.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว

พ.ศ. 2550

การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้น ถือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องอย่างยิ่งกับความสัมพันธ์ในครอบครัว แม้ส่วนมากการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาจะเกิดขึ้นในสภาพะที่ครอบครัวแตกแยก แต่ไม่อาจปฏิเสธถึงความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดา และบุตรที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดได้ และยังอยู่ในความหมายของคำว่าบุคคลในครอบครัวค่านิยมของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ซึ่งบางกรณีของการละเมิดอำนาจปกครองบุตรโดยบิดาหรือมารดาถือเป็นการใช้ความรุนแรงในครอบครัวได้ เช่น กรณีที่บิดาหรือมารดาต้องการให้อีกฝ่ายทนทุกข์ทรมานจากการพรากจากบุตรของตนจึงพาตัวบุตรหนีหายไปจากบิดาหรือฝ่ายดาฝ่ายนั้น การกระทำเช่นนั้นถือเป็นการกระทำโดยมุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายจิตใจอีกฝ่าย การกระทำเช่นนี้อาจเป็นการกระทำรุนแรงในครอบครัวตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติ⁹⁵ แต่บางกรณีเช่น

⁹⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มาตรา 3

“ความรุนแรงในครอบครัว” หมายความว่า การกระทำใด ๆ โดยมุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพ หรือกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายจิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว หรือบังคับหรือใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมให้บุคคลในครอบครัวต้องกระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยมิชอบแต่ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท

การกระทำความผิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองกระทำไปด้วยความรักและความปรารถนาดีต่อบุตร หรือเพื่อป้องกันบุตรให้พ้นจากภยันตรายหรือการกระทำรุนแรงในครอบครัวของบิดาหรือมารดาอีกฝ่าย การกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นการกระทำความผิดโดยมุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายจิตใจอีกฝ่ายอันจะเป็นการกระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวตามพระราชบัญญัตินี้จึงไม่อาจนำพระราชบัญญัตินี้มาบังคับใช้ได้

นอกจากนี้การที่กฎหมายกำหนดให้กระทำความรุนแรงในครอบครัว เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ไม่ลบล้างความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น⁹⁶ ดังนั้นการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองหากเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 หรือมาตรา 318 หรือมาตรา 319 บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองยังคงต้องรับผิดชอบในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์อยู่นั่นเอง ซึ่งแตกต่างจากการทำร้ายร่างกายที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้การกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้

2.4 การกำหนดความรับผิดอาญากับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

2.4.1 แนวคิดทางกฎหมายในการแทรกแซงสถาบันครอบครัว

โดยหลักแล้วการใช้อำนาจปกครองบุตรเป็นเรื่องภายในครอบครัวที่บุคคลภายนอกแม้กระทั่งศาลไม่สมควรเข้าไปเกี่ยวข้องแม้จะมีข้อขัดแย้งกันภายในครอบครัวก็ตาม หากข้อ

“บุคคลในครอบครัว” หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน

⁹⁶ มาตรา 4 ผู้ใดกระทำการอันเป็นความรุนแรงในครอบครัว ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ให้ความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ไม่ลบล้างความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น หากการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ด้ยให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้

ขัดแย้งนั้นมิได้เกี่ยวข้องกับกรณีศีลธรรมหรือเป็นอันตรายต่อความผาสุกและประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์ แต่หากการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคมโดยรวมรัฐก็มีอำนาจในการแทรกแซงสถาบันครอบครัว เนื่องจากรัฐมีอำนาจหน้าที่ต้องดูแลสมาชิกในสังคมให้อยู่ร่วมกันโดยสงบสุขเรียบร้อย และรัฐก็ต้องทำหน้าที่ปกป้องดูแลในฐานะที่เป็นผู้ปกครอง ดังนั้นรัฐจึงมีอำนาจเหนือบุคคลใดๆ ในการทำหน้าที่ เมื่อสังคมเกิดปัญหา รัฐจึงต้องเข้าแทรกแซงดำเนินการเพื่อให้สังคมสามารถกลับมาอยู่ในความปกติ และสำหรับแนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการแทรกแซงสถาบันครอบครัวเพื่อให้ความคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองรวมถึงการคุ้มครองบุตรผู้เยาว์

2.4.1.1 แนวคิดรัฐในฐานะผู้พิทักษ์สันติราษฎร์ (Police Power)

แนวคิดที่ว่ารัฐอยู่ในฐานะผู้พิทักษ์สันติราษฎร์ (Police Power) เป็นแนวคิดทางกฎหมายมหาชน เดิมทีอำนาจนี้เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ แต่สำหรับการปกครองระบอบประชาธิปไตยหมายถึงอำนาจทั่วไปของรัฐในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยปกครองรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาให้คำจำกัดความอำนาจรัฐในฐานะผู้พิทักษ์สันติราษฎร์ว่าเป็นอำนาจในทางสาธารณสุขที่จัดให้ราษฎรมีสวัสดิภาพ มีศีลธรรม มีสวัสดิการหรือความเป็นอยู่ที่ดี อาจกล่าวโดยสรุปว่าหมายถึง อำนาจปกครองราษฎรทั้งหลายให้มีความสุข⁹⁷

การใช้อำนาจของรัฐผ่านทางฝ่ายนิติบัญญัติได้แสดงออกโดยการตรากฎหมาย เช่น ตรารัฐธรรมนูญในรูปแบบกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนพระราชบัญญัติอื่นๆ สำหรับในส่วนของการใช้อำนาจฝ่ายบริหาร รัฐจะต้องจัดให้มีพนักงานเจ้าหน้าที่คอยควบคุม สอดส่องดูแล และเร่งรัดให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย นอกจากนี้การใช้อำนาจในทางตุลาการจะต้องจัดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีเมื่อมีการฟ้องร้องคดีให้ดำเนินคดีกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย นำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ

⁹⁷ Donald Brieland and John Allen Lemmon, *Social work and the law* (Minnesolta: West Publishing, 1987), pp. 137-138.

ดังนั้น การที่รัฐแทรกแซงสถาบันครอบครัวที่ทำหน้าที่ปกป้องเพื่อความคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองและสวัสดิภาพของบุตรผู้เยาว์ โดยอาศัยแนวความคิดรัฐในฐานะผู้พิทักษ์สันติราษฎร์ เพราะโดยธรรมชาติรัฐมีอำนาจโดยชอบธรรมที่จะปกป้องพลเมืองของรัฐให้พ้นจากภัยอันตรายที่ก่อกำเนิดขึ้นจากบุคคลผู้กระทำความผิดซึ่งสร้างความเดือดร้อนแก่สังคม รัฐจึงกำหนดข้อบังคับตลอดจนจัดให้มีผู้บังคับใช้ข้อบังคับเหล่านั้นเพื่อดำเนินการกับผู้กระทำผิดต่อไป⁹⁸

2.4.1.2 แนวคิดรัฐในฐานะบิดามารดา (Parent Patriae)

แนวคิดรัฐในฐานะบิดามารดา เริ่มมาจากกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษที่ถือว่ากษัตริย์เป็นบิดาของประเทศ (The king as “Father of the country”) โดยกษัตริย์มอบอำนาจให้ชาลเซลเลอร์ (Chancellor) ทำหน้าที่คุ้มครองพลเมืองที่ถูกคุกคามความปลอดภัยที่ไม่สามารถคุ้มครองตนเองเนื่องจากอ่อนอายุหรืออ่อนความสามารถด้านร่างกาย จิตใจ

ในปัจจุบันแนวคิด Parent Patriae มีลักษณะเช่นเดียวกับในอดีตโดยถือว่ารัฐมีอำนาจพิเศษในฐานะที่เป็นบิดา มารดาของประเทศที่ปกป้องคุ้มครองประชาชนให้พ้นจากภัยอันตราย หรือความเสียหายใดๆ ตลอดจนช่วยเหลือให้เติบโตเป็นพลเมืองที่มีความรับผิดชอบ

ดังนั้นหน้าที่ของรัฐในฐานะที่เป็นบิดา มารดาของประเทศชาติเป็นการแสดงแนวคิดที่ว่า รัฐสามารถเข้าแทรกแซงสถาบันครอบครัว เมื่อบิดา มารดาปฏิบัติหน้าที่ตามความรับผิดชอบที่มีต่อบุตรผู้เยาว์และสังคมบกพร่องหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ รัฐจึงเข้าไปแทรกแซงเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพบุตรผู้เยาว์⁹⁹

แม้สิทธิในการอบรมเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ของบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมายนั้นจะได้รับการรับรองจากกฎหมายทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศรับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าวว่าต้องปราศจากการแทรกแซงไม่ว่ากรณีใดๆ

⁹⁸ นาถวดี พักคง, “มาตรการคุ้มครองเด็กที่ถูกทำร้ายโดยบุคคลในครอบครัว,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 38.

⁹⁹ ปัทมาวดี สายแก้ว, “ปัญหาการดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 : ศึกษากรณีการใช้อำนาจศาล,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 39.

ยกเว้นแต่โดยความยินยอมของบิดามารดา หรือผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างไรก็ดี หากมีการละเมิดสิทธิเด็กรัฐสามารถเข้าแทรกแซงเพื่อคุ้มครองเด็กได้ การละเมิดอำนาจปกครอง โดยบิดาหรือมารดาถือเป็นการละเมิดสิทธิเด็กรูปแบบหนึ่งเนื่องจากการกระทำเช่นนั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิเด็กในหลายด้าน รัฐจึงต้องเข้าแทรกแซงสิทธิของบิดามารดาหรือผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กที่ถูกละเมิดโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

2.4.2 แนวคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ในการกำหนดกฎหมายอาญากับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดา

พฤติกรรมเบี่ยงเบนคือ การกระทำที่ได้รับการพิจารณาจากคนในสังคมว่าเป็นสิ่งว่าเป็นสิ่งที่มิอันตราย หรือเป็นการขัดขวางหรือเป็นการรบกวนสังคม จำเป็นต้องนำมาตรากฎในทางกฎหมายในการลงโทษมาใช้กับบุคคลที่กระทำหรือประพฤติเช่นนั้น พฤติกรรมเบี่ยงเบนมิใช่คุณสมบัติที่ฝังอยู่ในพฤติกรรมใดพฤติกรรมหนึ่ง แต่เป็นสิ่งที่ผู้อื่นกำหนดให้ไม่ว่าผู้นั้นจะเกี่ยวข้องโดยตรงหรือโดยอ้อมกับพฤติกรรมนั้นก็ตามและการที่ใครมองว่าพฤติกรรมใดเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนก็จำต้องเรียนรู้มาตรฐานความประพฤติของผู้คนที่มีปฏิสัมพันธ์ต่อพฤติกรรมเบี่ยงเบนนั้น หมายความว่าถ้าคนในสังคมไม่ยอมรับ รู้สึกกลัว รู้สึกว่าจะประสบความเดือดร้อน รู้สึกว่าไม่ปลอดภัยต่อพฤติกรรมนั้นก็นำพิจารณาได้ว่าพฤติกรรมนั้นเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบน พฤติกรรมเบี่ยงเบนมีอยู่หลายประเภท อาทิ พฤติกรรมร่วมเพศ การขายบริการทางเพศ การติดยาเสพติด การติดสุราเรื้อรัง การกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน ความผิดปกติทางจิต การฆ่าตัวตาย ความขัดแย้งในบทบาทของภาวะครอบครัว เป็นต้น¹⁰⁰

ความขัดแย้งในบทบาทของภาวะครอบครัวถือเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนชนิดหนึ่ง กล่าวคือ ทุกสังคมได้ให้ความสำคัญต่อการแต่งงานและการมีความสัมพันธ์ในครอบครัว หากมีความขัดแย้งเกิดขึ้นในความเป็นไปดังกล่าวความเสียหายก็ย่อมตามมา การจากกัน การหย่าร้าง เป็นผลของความขัดแย้งเป็นสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับ การละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาอีกฝ่าย

¹⁰⁰ อัมณพ ชูบำรุง, อาชญาวิทยาและอาชญากรรม (กรุงเทพมหานคร: ภาควิชารัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2546), หน้า 7.

โดยการพาตัวบุตรไป กักตัวบุตรไว้ หรือละเมิดสิทธิเยี่ยมเยียนก็เป็นการแสดงออกถึงความขัดแย้งด้วยเหมือนกัน พฤติกรรมเช่นนี้เป็นสิ่งที่เบี่ยงเบนจากที่ฝ่ายตรงข้ามหรือสังคมคาดหวัง¹⁰¹

พฤติกรรมเบี่ยงเบนบางอย่างมีการกำหนดไว้ในกฎหมายอาญาว่าพฤติกรรมเช่นว่าเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในสังคม เช่น โสเภณี การติดยาเสพติด เป็นต้น การจำแนกเช่นนี้อาจทำให้เกิดความสับสนเนื่องจากแยกต่างหากจากคำว่าอาชญากรรม แต่เจตนารมณ์ของการแยกเช่นนี้ก็เนื่องมาจากต้องการให้เห็นลักษณะของพฤติกรรมที่เบี่ยงออกจากแนวปกติ และพฤติกรรมบางอย่างก็มีถือเป็นพฤติกรรมที่เป็นอาชญากรรมอย่างเป็นสากล¹⁰² เช่น การขายบริการทางเพศ บางประเทศกำหนดให้พฤติกรรมเช่นว่านั้นเป็นความผิดอาญาแต่ในบางประเภทการกระทำเช่นนี้ไม่ถือเป็นการกระทำความผิด นายทำนองเดียวกันกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาอีกฝ่าย ในบางประเทศถือว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนและกำหนดให้การกระทำเช่นนี้เป็นความผิดอาญาผู้กระทำต้องได้รับโทษจากการกระทำเช่นนั้น เช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสิงคโปร์ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีการกระทำความผิดดังกล่าวไม่ถือเป็นความผิดอาญาในอีกหลายประเทศ

เมื่อมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนเกิดขึ้นในสังคม สังคมมองว่าพฤติกรรมเช่นว่านั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหาย ความเดือดร้อน ความรู้สึกที่สังคมไม่ปลอดภัย รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสถาบันทางสังคม เช่น สถาบันครอบครัวโดยกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา การสมรส การหย่า การใช้อำนาจปกครองบุตร เป็นต้น ทั้งนี้กฎหมายยังมีหน้าที่ในการคุ้มครองและรักษาเสถียรภาพทางสังคมแต่ขณะเดียวกันหากมีความจำเป็นก็อาจมีการแก้ไขกฎหมายได้¹⁰³

กฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความเป็นระเบียบของสังคมจึงมีความสำคัญมาก แม้สังคมมนุษย์จะมีกฎเกณฑ์อันเป็นระเบียบของสังคมเป็นกลไกในการควบคุมความประพฤติของมนุษย์อยู่แล้วก็ตาม แต่การใช้ระเบียบสังคมเพียง

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

¹⁰² เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

¹⁰³ ประธาน วัฒนวาณิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประกายพริ้ง 2546), หน้า 42.

อย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะให้ความมั่นใจว่าสังคมจะเป็นระเบียบเรียบร้อยอย่างแท้จริงเนื่องจากระเบียบสังคมเป็นเรื่องความสมัครใจของแต่ละบุคคลไม่มีสภาพบังคับภายนอก ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีกฎหมายอาญาเข้ามาเสริมเนื่องจากกฎหมายอาญาจะมีสภาพเชิงบังคับอยู่ด้วย

กฎหมายอาญาคือกฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างไรเป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดไว้ด้วย¹⁰⁴ และเนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับที่รุนแรงที่สุด จึงเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการรักษาความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง¹⁰⁵ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็ต้องใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น นอกจากปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าวแล้วกฎหมายอาญายังมีหน้าป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในอนาคตด้วย แต่อย่างไรก็ดีการใช้กฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือควบคุมสังคมต้องทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เพราะหากบัญญัติกฎหมายอาญาพร่ำเพรื่อแล้ว สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะถูกกระทบกระเทือนเกินความจำเป็นไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย¹⁰⁶

ด้วยเสรีภาพหรือโทษที่มีผลกระทบกระเทือนแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน การบังคับใช้กฎหมายอาญาจึงต้องมีความแน่นอนตามหลักที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” การกำหนดความรับผิดอาญาสำหรับการกระทำใดๆ ขึ้นนั้นประเด็นที่สังคมต้องพิจารณาคือ กฎหมายอาญาควรครอบคลุมกับการกระทำประเภทใดบ้าง การกระทำอันควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาจะมีองค์ประกอบความผิดเช่นไร¹⁰⁷ ในสังคมหนึ่งๆ การจะถือว่า การกระทำใดเป็น “อาชญากรรม” นั้น มีวัฒนธรรมของสังคมนั้นๆ เป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณา ดังนั้น การกระทำที่ถือเป็นอาชญากรรมในสังคมวัฒนธรรมหนึ่ง จึงอาจแตกต่าง

¹⁰⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิรัชการพิมพ์, 2546), หน้า 1.

¹⁰⁵ คณิต ถน นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2554), หน้า 45.

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 58-63.

¹⁰⁷ สาธิตล มิลินทางกูร, “ความรับผิดทางอาญาสำหรับกรณีการกระทำในลักษณะการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 43.

ไปจากในอีกสังคมวัฒนธรรมหนึ่งได้ และเมื่อพิจารณาตามความหมายอย่างกว้างว่า “อาชญากรรม” เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางสังคมประเภทหนึ่ง หรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นไปตามปทัสถานของสังคม ซึ่งจะถูกรตรวจสอบและลงโทษจากสังคมแล้ว จึงต้องพิจารณาต่อไปว่า ในขณะที่พฤติกรรมเบี่ยงเบนมีอยู่หลากหลายลักษณะ เหตุใดในวัฒนธรรมหนึ่งๆ จึงพิจารณาเฉพาะพฤติกรรมเบี่ยงเบนบางประเภทว่าเป็นอาชญากรรม ที่จำเป็นจะต้องถูกรตรวจสอบและลงโทษ ทั้งนี้มีแนวคิดหนึ่งได้อธิบายไว้อย่างน่าสนใจว่า พฤติกรรมเบี่ยงเบน อาจแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ การกระทำความผิดที่เป็นส่วนตัว (private wrongs) และ อาชญากรรมต่อสาธารณะ (public crimes) โดยวัฒนธรรมหนึ่งๆ จะมองว่าการกระทำความผิดที่เป็นส่วนตัว กลายเป็นอาชญากรรมต่อสาธารณะ ก็ต่อเมื่อพฤติกรรมดังกล่าวถูกมองว่าเป็นภัยต่อความปลอดภัยและสวัสดิภาพของกลุ่มสังคมนั้น ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ในการที่วัฒนธรรมหนึ่งจะพิจารณาว่าพฤติกรรมเบี่ยงเบนใดจะถือเป็นอาชญากรรมอันควรจะถูกตรวจสอบและลงโทษก็เมื่อพฤติกรรมดังกล่าวได้มีลักษณะอันเป็นภัยต่อสวัสดิภาพและความอยู่รอดของสังคมนั้นนั่นเอง¹⁰⁸

นอกจากนี้การที่รัฐจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น สิ่งที่รัฐจำต้องคำนึงถึงคือจารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรมซึ่งมีส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดกฎหมาย และการปฏิบัติตามกฎหมายเพราะหากกฎหมายสอดคล้องกับจารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรม การบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมายก็คงไม่ยากลำบาก เพราะผู้ที่คิดจะฝ่าฝืนก็ต้องคำนึงถึงอยู่เสมอว่าตนมิได้ฝ่าฝืนเฉพาะแต่กฎหมายเท่านั้น แต่ยังฝ่าฝืนมาตรฐานอื่นๆ ที่ควบคุมสังคมอยู่ด้วย เช่นหลักศีลธรรมทางศาสนา เป็นต้น กฎหมายอาญาและศีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวพันกัน ความผิดอาญาที่ร้ายแรง เช่น ฆ่าตนตาย ชิงทรัพย์ ข่มขืน ล้วนแต่ผิดศีลธรรมทั้งสิ้น อย่างไรก็ตามมีหลายกรณีด้วยกันที่ถือว่าผิดศีลธรรมแต่ไม่ผิดกฎหมายอาญา ตัวอย่างเช่น การเป็นชู้เห็นได้ชัดว่าเป็นความผิดศีลธรรม แต่ในประเทศไทยไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา หรือการที่ภิกษุร่วมประเวณีกับหญิงในกุฏิของพระภิกษุที่อยู่ในบริเวณวัดเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมและไม่สมควรอย่างยิ่งแต่ไม่มีความผิดตามมาตรา 206 ฐานเหยียดหยามศาสนา และการกระทำบางอย่างไม่ผิดศีลธรรมแต่ผิดกฎหมายอาญา เช่น กรณีความลับโดยเด็ดขาดในทาง

¹⁰⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43-44.

อาญา กล่าวคือ ไม่เจตนา ไม่ประมาท แต่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นๆ เป็นความผิด เช่น ความผิดลหุโทษ เป็นต้น ดังนั้น จะเห็นได้ว่าศีลธรรมและกฎหมายอาญานั้นไม่สอดคล้องต้องกันทุกกรณี เราจะใช้ศีลธรรมเป็นเครื่องกำหนดความผิดอาญาไปตายตัวไม่ได้ เพราะสิ่งที่ผิดศีลธรรมของศาสนาอย่างชัดๆ เช่นการดื่มสุรา การพูดโกหก สังคมโดยทั่วไปไม่ถือเป็นความผิดอาญา เว้นแต่ในบางสังคมซึ่งนำหลักศาสนาเป็นหลักกฎหมายเลยทีเดียว¹⁰⁹

หากพิจารณาถึงพฤติกรรมที่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาในปัจจุบันนั้น จะพบว่า มีทั้งประเภทที่เป็นความผิดในตัวเอง หรือพฤติกรรมที่มีความชั่วในตัวเอง (Mala In se) คือ ไม่ว่าจะกระทำลงในสถานที่ใด ยุคสมัยใด เวลาใด มนุษย์มักเห็นว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด โดยสิ่งเหล่านี้มักตั้งอยู่บนพื้นฐาน ศีลธรรม จารีตประเพณี ฟังสังเกตได้ว่าจะเป็นการกระทำที่เป็นข้อห้ามในทางศาสนา หรือทางศีลธรรมหรือเป็นสิ่งที่ไม่พึงปฏิบัติในทางจารีตประเพณี อยู่ด้วย เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ทำร้ายร่างกาย ลักทรัพย์ เป็นต้น¹¹⁰ และอีกประเภทหนึ่งคือการกระทำความชั่วเพราะสิ่งนั้นสังคมห้ามไม่ให้กระทำ (Mala Prohibita) ความผิดเช่นนี้ไม่สามารถมองเห็นหรือรู้สึกว่าเป็นความชั่วร้ายในตัวเอง แต่ที่เป็นความผิดก็เพราะกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด อาจจะแตกต่างกันออกไปตามเงื่อนไขต่างๆ กล่าวคือ การกระทำหนึ่งอาจเป็นความผิดในประเทศหนึ่งหรือช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่อาจไม่เป็นความผิดในอีกประเทศหรือในระยะเวลาอื่น มักจะเป็นความผิดที่ไม่ผิดต่อกฎเกณฑ์อื่นของสังคม แต่รัฐกำหนดเอาว่าเป็นความผิดอาญาเพื่อประโยชน์ของรัฐเอง เช่น รัฐออกกฎหมายกำหนดราคาสูงสุดที่บุคคลจะขายทรัพย์สินของเขาได้ เป็นต้น และเอาโทษทางอาญาแก่ผู้ที่ขายของเกินราคาสูงสุดที่รัฐกำหนดไว้ นั่น ซึ่งการขายของนี้ความจริงไม่ผิดศีลธรรม หรือมีข้อห้ามทางศาสนา หรือจารีตประเพณี นอกจากนั้นยังมีความผิดในลักษณะนี้อีกมากมาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์¹¹¹

แต่อย่างไรก็ดี พฤติกรรมที่มีความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามและมีลักษณะเป็น

¹⁰⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 2-4.

¹¹⁰ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 38-45.

¹¹¹ ณัฐรัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน, ทฤษฎีอาญา, ใน เอกสารประกอบการสอนมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2555), หน้า 15.

อาชญากรรมที่ปราศจากเหยื่อ (victimless crimes) แล้ว มักจะมองว่าเป็นการใช้กฎหมายอาญาที่เฟ้อ (overcriminalizes) การบังคับใช้กฎหมายต่อพฤติกรรมการกระทำผิดเหล่านั้นยังขาดประสิทธิภาพอีกด้วย ดังนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายอาญาที่เฟ้อ กฎหมายอาญาจึงควรมีขอบเขต และไม่ควรถูกใช้เพื่อเป็นกฎเกณฑ์ของพฤติกรรมทั้งปวง แต่กฎหมายอาญาควรแสดงให้เห็นได้ถึงมาตรฐานว่าการกระทำเช่นไรที่ถือเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งจนควรแก่การถูกลงโทษ¹¹²

หลักการพิจารณาว่าการกระทำใดควรจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น นักกฎหมายคนสำคัญท่านหนึ่ง คือ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ได้อธิบายหลักการเรื่องนี้ไว้ในหนังสือชื่อ “The Limits of the Criminal Sanction” โดยวางหลักการไว้ 6 ประการ¹¹³

1. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นชัดในหมู่ชนส่วนมากว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
2. การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ
3. การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือการถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลง
4. หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
5. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับกระบวนการดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

¹¹² Sue Titus Reid, *Crime and Criminology* (Boston, Mass: McGraw-Hill Higher Education, 2003), pp.19-20.

¹¹³ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, (California: Stanford University Press, 1968), p 296. อ้างใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิรัชการพิมพ์, 2546), หน้า 2-4.

6. ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรงต่างๆ เช่น การฆ่าคนตาย ชิงทรัพย์ ได้ผ่านหลักเกณฑ์ 6 ประการของแพ็กเกอร์ทั้งสิ้น ส่วนการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นผ่านหลักเกณฑ์เกือบทั้ง 6 ประการ แม้ประชาชนทั่วไปจะ 모르สึกว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดในตัวเองการที่บิดาหรือมารดาพาบุตรไปหรือกักตัวบุตรไว้เพื่อดูแลย่อมเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ แต่อย่างก็ดีหากไม่มีกฎหมายมาควบคุมการกระทำดังกล่าวย่อมเกิดการละเมิดอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองเนื่องจากการกระทำดังกล่าวสามารถกระทำได้ง่าย และการกระทำเช่นนั้นอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนให้แก่บุคคลหลายฝ่ายทั้งต่อบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครอง ต่อบุตรผู้เยาว์ที่ถูกพาไปหรือกักตัวไว้ และหากบุตรผู้เยาว์นั้นไม่ได้รับการเลี้ยงดูที่เหมาะสมอาจส่งผลกระทบต่อสังคมในอนาคต ทั้งหากกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว การกำหนดเช่นนั้นไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษและการใช้กฎหมายก็เป็นไปอย่างเหมาะสมเท่าเทียม หากมีการกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดอาญาจะไม่เป็นการใช้กฎหมายอาญาเพื่อเพราะมาตรการทางอาญาที่มีอยู่ไม่เหมาะสมที่นำไปปรับใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้น ทั้งมาตรการทางแพ่งที่บังคับใช้ในประเทศไทยก็ไม่เพียงพอกับการกระทำเช่นนั้น การที่จะทำให้อสังคมตระหนักว่าการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นการกระทำที่เป็นความผิด เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องกำหนดให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด และเป็นอำนาจโดยชอบธรรมของรัฐที่จะลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดเช่นนั้น

2.4.3 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองกับความชอบธรรมของรัฐในการที่จะลงโทษ¹¹⁴

ครอบครัวถือเป็นหน่วยสังคมดั้งเดิม บิดาเป็นหัวหน้าครอบครัวมีอำนาจปกครองดูแลสมาชิกในครอบครัวอย่างเด็ดขาด กฎหมายโรมันเรียกว่า *The patria potestas* อำนาจปกครองของบิดาที่มีต่อบุตรนั้นเป็นอำนาจที่กว้างขวางและไม่จำกัดการใช้ดุลยพินิจ ขึ้นอยู่กับความพอใจของบิดา อำนาจดังกล่าวสามารถกำหนดความเป็นตายของบุตรได้ การที่บิดาลงโทษบุตรจึงเป็นส่วนหนึ่งของการใช้หนี้โดยถือเป็นการดูแลสั่งสอนเพื่อให้บุตรเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของการลงโทษแบบนี้เรียกว่า *Parental Punishment*

ต่อมาเมื่อสังคมขยายตัวเป็นเผ่า (Tribe) ซึ่งเกิดจากหลายครอบครัวรวมกันโดยมีความสัมพันธ์กันในเครือญาติ อำนาจในการดูแลสมาชิกจนตกแก่หัวหน้าเผ่าเกิดการผสมผสานระหว่างอำนาจปกครองของบิดามารดาต่อบุตรกับอำนาจของญาติ ซึ่งเป็นความเชื่อของมนุษย์ในสมัยโบราณว่าญาติมีอำนาจบันดาลให้เกิดสิ่งลึกลับต่างๆ และเชื่อว่าอำนาจเหล่านี้จะทำให้เกิดอันตรายแก่ผู้ล่วงละเมิดหรือแสดงอาการไม่เคารพนับถือ ดังนี้หัวหน้าเผ่าจึงเป็นผู้บงการให้สมาชิกปฏิบัติตนไม่ให้ละเมิดต่อญาติเหล่านี้ และถ้ามีผู้ใดฝ่าฝืนก็จะนำผู้นั้นไปลงโทษเพื่อสังเวยสิ่งศักดิ์สิทธิ์ มิฉะนั้นแล้วสังคมจะได้รับความพินาศจากภัยพิบัติเพราะอำนาจของญาตินั้น

ในยุคกลางสังคมเริ่มเป็นปึกแผ่นและได้รับอิทธิพลของคริสต์ศาสนาซึ่งมีผลต่อการกำหนดแบบแผนความประพฤติของคนในสังคมตะวันตก ความเชื่อที่ว่าทุกสิ่งทุกอย่างกำหนดโดยพระเจ้า (God) มีอิทธิพลต่อแนวคิดในการลงโทษบุคคล กล่าวคือพระเจ้าจะเป็นผู้กำหนดกฎหมายหรือแบบแผนความประพฤติ ถ้าผู้ใดฝ่าฝืนจะถือว่าเป็นบาปและจะต้องได้รับโทษเพื่อไถ่บาป ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายและการลงโทษจึงต้องกระทำโดยพระเจ้าโดยผ่านตัวแทนของพระองค์ซึ่งได้แก่บาทหลวงหรือกษัตริย์ ดังนั้นอำนาจของกษัตริย์ในการลงโทษจึงเป็นอำนาจที่มาจากความเชื่อในเรื่องอำนาจพระเจ้าและคำตัดสินของพระองค์ก็เป็นคำตัดสินของพระเจ้านั่นเอง การลงโทษลักษณะนี้เรียกว่า *Divine Punishment*

¹¹⁴ ณรงค์ ใจหาญ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคหนึ่งว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มิตรนราการพิมพ์, 2534), หน้า 4-6.

เมื่อสังคมเจริญขึ้น เข้าสู่ยุคฟื้นฟูศิลปวัฒนธรรม ความเชื่อในเรื่องอำนาจของพระเจ้าเริ่มเสื่อมลง มนุษย์เริ่มให้เหตุผลต่อปรากฏการณ์ต่างๆ ดังนั้นแนวความคิดในเรื่องอำนาจของรัฐมาจากพระเจ้าเริ่มเปลี่ยนมาเป็นอำนาจมาจากประชาชนทุกคนและประชาชนใช้อำนาจดังกล่าวโดยผ่านตัวแทนของตน การลงโทษโดยรัฐเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตยที่มาจากปวงชน โดยรัฐจะต้องกระทำเพื่อก่อให้เกิดความสงบสุขในบ้านเมือง ความชอบธรรมของรัฐในการลงโทษบุคคล เรียกว่า State Punishment ซึ่งเกิดจากความยินยอมของประชาชนทั่วไปที่มอบอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยให้กับรัฐตามหลักสัญญาประชาคม (Social Contract) และถือว่าบุคคลที่ฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการฝ่าฝืนความเห็นร่วมกันของคนในสังคมจึงควรถูกลงโทษโดยองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ดังนั้นหากรัฐกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาที่ไม่มีอำนาจปกครองปกครองเป็นความผิดเฉพาะ รัฐก็มีอำนาจโดยชอบธรรมที่จะลงโทษบิดาหรือมารดาที่กระทำการละเมิดอำนาจปกครองเช่นว่านั้นเพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองของฝ่ายที่มีอำนาจปกครองอันเป็นอีกทางหนึ่งในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมเช่นเดียวกับในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสิงคโปร์ที่จะกล่าวต่อไป

บทที่ 3

การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง ตามกฎหมายต่างประเทศ

ในกฎหมายต่างประเทศกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นความผิดอาญาโดยเฉพาะ เพราะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิเด็กรูปแบบหนึ่ง ในขณะที่ประเทศไทยยังไม่ได้กำหนดให้ละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดอาญาโดยเฉพาะ หากมีการกระทำความผิดเช่นนี้เกิดขึ้นก็จะนำกฎหมายที่อยู่มาใช้ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาว่าในบางกรณีนั้นกฎหมายที่มีอยู่ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้ จึงสมควรที่จะนำความผิดฐานการละเมิดอำนาจปกครองบุตรโดยบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายตามกฎหมายต่างประเทศมาศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

3.1 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 หลักเกณฑ์การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์

อำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นเรื่องความรับผิดชอบของบิดามารดาต่อบุตร หลักเกณฑ์ทั่วไปนั้นในระหว่างสมรสทั้งบิดาและมารดาจะใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน กฎหมายกำหนดให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีหน้าที่เลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์เพื่อให้เจริญเติบโตขึ้นอย่างเหมาะสม ในบางมลรัฐ เช่นมลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดโทษปรับหรือโทษจำคุกแก่บิดาหรือมารดาที่มีได้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวไว้ด้วย¹

¹ ดวงกมล วาทีนวิเศษ, “การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์และการระงับข้อพิพาทในการใช้อำนาจปกครอง : ศึกษากรณีการกำหนดที่อยู่บุตร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 18.

ในอดีตเมื่อการสมรสสิ้นสุดลงแนวคำพิพากษามักกำหนดให้บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่ต่อมาเมื่อสังคมพัฒนาขึ้นมีคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องอำนาจปกครองบุตรมากขึ้น ศาลในมลรัฐส่วนใหญ่ได้กำหนดให้บิดาและมารดาเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรร่วมกันแม้จะหย่าขาดจากกัน ทั้งนี้กฎหมายแต่ละมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา² ได้วางหลักการใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ภายหลังการสมรสสิ้นสุดลงไว้แตกต่างกัน บางมลรัฐมีข้อสันนิษฐานหรือข้อกำหนดให้บิดาและมารดาใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกันเสมอ แต่บางมลรัฐอาจกำหนดไว้เป็นทางเลือกที่จะให้บิดาและมารดามีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน ซึ่งศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับว่าการจะพิจารณาให้บิดาและมารดาใช้อำนาจปกครองร่วมกันนั้นทั้งคู่ยังคงต้องมีความสัมพันธ์ที่ดีต่อกัน² เช่นในมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้วางข้อสันนิษฐานว่าการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กหากบิดาและมารดาสามารถที่จะตกลงกันได้ ตามกฎหมายเดิมนั้นกำหนดให้บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าแต่เพียงฝ่ายเดียว จากข้อสมมติฐานเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้เองทำให้รัฐสภาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียออกกฎหมายให้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าของบิดาหรือมารดาเป็นทางเลือกหนึ่งต่างจากทางเลือกเดิม บทบัญญัติให้บิดาและมารดาใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่านั้นก็เพื่อสนับสนุนให้เด็กสามารถติดต่อกับบิดาและมารดาได้อย่างต่อเนื่อง และเพื่อให้บิดาและมารดาได้ร่วมกันรับผิดชอบในการดูแลบุตร หากบิดาและมารดาไม่สามารถตกลงให้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันได้กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดให้บิดาและมารดาดังกล่าวต้องชี้แจงเหตุผลในการปฏิเสธมิให้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันมากกว่าจะอ้างเพียงแค่ว่าเพื่อประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์

3.1.2 ความรับผิดชอบทางอาญากับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ปัญหาการลักพาตัวเด็กมีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อยๆ ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่ได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว ในปี 1968 ประเทศอเมริกาได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยเขต

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 27-28.

อำนาจศาลในการกำหนดอำนาจปกครองเด็ก(The Uniform Child Custody Jurisdiction Act (UCCJA)) ซึ่งหลักของกฎหมายฉบับนี้คือเรื่องอำนาจศาล กล่าวคือในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กซึ่งคำสั่งดังกล่าวโดยหลักควรมีผลบังคับใช้เฉพาะในรัฐนั้นเท่านั้นแต่อย่างไรก็ดีรัฐอื่นสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคำสั่งดังกล่าวได้ซึ่งกรณีเช่นว่านี้ทำให้เกิดความซ้ำซ้อนในการดำเนินคดี กฎหมายฉบับนี้จึงตราขึ้นเพื่อป้องกันการซ้ำซ้อนในการดำเนินคดีโดยกำหนดข้อจำกัดของศาลในอีกมลรัฐหนึ่งในการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาของศาลในรัฐแรกที่มีคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตร ต่อมาในปีค.ศ. 1980 รัฐบาลสหรัฐได้มีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการลักพาตัวเด็กโดยบิดาหรือมารดา ค.ศ.1980 (The Parental Kidnapping Prevention Act of 1980 (PKPA)) ซึ่งเป็นกฎหมายระดับสหรัฐซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองของศาลในรัฐแรกนั้น รัฐที่สองไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ กล่าวคือให้รัฐที่สองยอมรับคำพิพากษาเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กของรัฐแรก และกำหนดให้ตำรวจสากลมีอำนาจเข้าไปสืบสวนที่อยู่ของเด็กที่ถูกลักพาตัวข้ามรัฐ (the Federal Bureau of Investigation (FBI)) ซึ่งพระราชบัญญัติทั้งสองนั้นไม่ได้กำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ทำละเมิดแต่อย่างใด³

หลังจากนั้นในปีค.ศ. 1993 รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ.1993 (International Parental Kidnapping Crime Act of 1993) ซึ่งในพระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและยับยั้งการลักพาตัวเด็กข้ามชาติโดยบิดาหรือมารดา มีการกำหนดให้บิดามารดาซึ่งกระทำความผิดดังกล่าวต้องได้รับโทษทางอาญาในมาตรา 1204 การลักพาตัวเด็กข้ามชาติ⁴ “ผู้ใดพาเด็กไปจากประเทศสหรัฐอเมริกา หรือกักตัวเด็กไว้นอกประเทศสหรัฐอเมริกาใน (กรณีที่เด็กอาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา) โดยมีเจตนาที่จะขัดขวางการใช้อำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วย

³ Patricia Hoff, “Use of federal parental kidnapping law,” in National center on women and family law (New York: Clearinghouse, 1982): 138-140.

⁴ International Parental Kidnapping Crime Act of 1993 , Section 1204 (a). (โปรดดูภาคผนวก)

กฎหมาย ต้องระวางโทษปรับตามที่บัญญัติไว้ หรือต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ” โดยในมาตราดังกล่าวได้กำหนดคำจำกัดความของเด็กและอำนาจปกครอง⁵ ไว้ดังนี้

- (1) เด็ก หมายถึง บุคคลผู้ที่มีอายุไม่เกิน 16 ปีบริบูรณ์
- (2) อำนาจปกครอง หมายถึง อำนาจการดูแลเด็กทางกายภาพ
 - (2ก) อำนาจปกครองร่วมกัน หรืออำนาจปกครองเพียงผู้เดียว (รวมถึงสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียน)
 - (2ข) อำนาจปกครองดังกล่าวเป็นได้ทั้งอำนาจปกครองที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย คำสั่งศาล หรือความผูกพันตามข้อตกลงระหว่างบิดาและมารดา

แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายยังกำหนดให้ผู้กระทำสามารถยกเหตุดังต่อไปนี้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในการกระทำของตนได้⁶

- (1) ผู้กระทำกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย หรือคำสั่งศาลโดยผู้กระทำเป็นมีอำนาจปกครองเด็ก หรือสิทธิพบและเยี่ยมเยียนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจศาลในการกำหนดอำนาจปกครองเด็กในเวลาที่กระทำความผิด
- (2) ผู้กระทำกระทำเนื่องจากต้องการหนีจากสถานการณ์ความรุนแรงในครอบครัว
- (3) ผู้กระทำเป็นผู้มีอำนาจดูแลเด็กตามคำสั่งของศาลโดยเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรือเป็นผู้มีสิทธิพบและเยี่ยมเยียนเด็กไม่อาจส่งเด็กกลับคืนอันเนื่องมาจากสถานการณ์ที่ไม่อาจควบคุมได้ และผู้กระทำได้แจ้ง หรือพยายามที่จะแจ้งให้ผู้มีอำนาจปกครองทราบถึงสถานการณ์ดังกล่าวภายใน

⁵ International Parental Kidnapping Crime Act of 1993, Section 1204 (b). (โปรดดูภาคผนวก)

⁶ International Parental Kidnapping Crime Act of 1993, Section 1204 (c). (โปรดดูภาคผนวก)

24 ชั่วโมงหลังจากสิทธิเยียมเยียนสิ้นสุด และผู้กระทำได้ส่งตัวเด็กคืน ทันทีที่อาจกระทำได้

สังเกตได้ว่าการกระทำดังกล่าวต้องเป็นการพาไปหรือกักตัวเด็กไว้ในนอกประเทศ สหรัฐอเมริกาและเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 16 ปี ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวตราขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ ค.ศ. 1980 แต่อย่างไรก็ดีสิ่งที่เพิ่มขึ้นมาจากอนุสัญญาดังกล่าวคือในอนุสัญญาเป็นความร่วมมือในทางแพ่งให้มีการส่งตัวเด็กกลับคืนถิ่นที่อยู่ตามปกติโดยเร็วที่สุด แต่ในพระราชบัญญัตินี้นอกจากจะเน้นการส่งตัวเด็กกลับคืนถิ่นที่อยู่ตามปกติแล้วยังมีการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตามหากผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นการกระทำความผิดเนื่องจากต้องการหลบหนีจากสถานการณ์ความรุนแรงในครอบครัว หรือมีเหตุสุดวิสัยที่ไม่อาจส่งเด็กกลับคืนให้กับผู้มีอำนาจปกครองหลังสิ้นสุดระยะเวลาใช้สิทธิเยียมเยียนผู้กระทำความผิดยอมยกเหตุเช่นนี้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ พระราชบัญญัตินี้มีข้อจำกัดเฉพาะการกระทำที่กระทำภายนอกประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้นหากเป็นการกระทำภายในประเทศพระราชบัญญัตินี้ไม่อาจนำมาบังคับใช้ แม้จะเป็นการลักพาตัวข้ามมลรัฐก็ถือเป็นกรกระทำภายในประเทศไม่อาจนำพระราชบัญญัตินี้มาบังคับใช้ได้เช่นกัน

เมื่อปัญหาการลักพาตัวเด็กโดยบิดาหรือมารดาทวีความรุนแรงขึ้น แต่ละมลรัฐเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ควรได้รับโทษแม้จะเป็นการกระทำภายในประเทศสหรัฐอเมริกาเพราะการละเมิดอำนาจปกครองของผู้มีอำนาจปกครองส่งผลกระทบต่อบุคคลหลายฝ่าย ทั้งกฎหมายที่มีอยู่คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ. 1993 มีข้อจำกัดเฉพาะการละเมิดอำนาจปกครองที่มีลักษณะเป็นการกระทำภายนอกประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงการละเมิดอำนาจปกครองที่กระทำภายในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ละมลรัฐจึงมีการตรากฎหมายหรือแก้ไขเพิ่มกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองให้มีความรับผิดชอบมากขึ้นในกฎหมายอาญาของแต่ละมลรัฐ ในที่นี้ขออธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ดังนี้

มลรัฐแคลิฟอร์เนีย

แต่เดิมในมลรัฐแคลิฟอร์เนียแม่บิดาและมารดาไม่ได้สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งบิดาและมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน แต่เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ. 1975 นั้น บิดาที่จะมีสิทธิใช้อำนาจปกครองบุตรต้องเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของบุตร⁷ ซึ่งมีข้อแตกต่างจากบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเล็กน้อย กล่าวคือ บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีสิทธิในการใช้อำนาจปกครองบุตรเลย บิดาที่ได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของบุตรนั้นใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกับมารดา ซึ่งการแก้ไขกฎหมายครั้งนี้เป็นผลมาจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียมาตรา 278 และมาตรา 278 .5 อันเป็นความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครอง⁸ ตัวอย่างเช่นแต่เดิม เอกภพบีแต่งงานกัน หรืออาศัยอยู่ร่วมกันโดยไม่ได้แต่งงานโดยชอบด้วยกฎหมายและมีบุตรคือเด็กชายซี ในช่วงที่ยังไม่มีคำสั่งศาลให้บุคคลใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กชายซีแต่เพียงฝ่ายเดียว เอพาดีกชายซีออกไปจากเมืองหรือจากรัฐที่อาศัยอยู่โดยปราศจากความรุนแรงอันก่ออันตรายต่อร่างกายแก่บีหรือเด็กชายซี การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาเพราะบิดาและมารดาทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กชายซีร่วมกัน ดังนั้นการที่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งพาบุตรของตนไปในขณะที่ยังไม่มีคำสั่งของศาลในเรื่องอำนาจปกครองย่อมเป็นสิ่งที่บิดาและมารดาในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมกระทำได้แม้จะมีใช้บิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือในกรณีที่ศาลยังไม่มีคำสั่งให้บิดาหรือมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงฝ่ายเดียว การที่บิดาหรือมารดาพาไป กักตัว ซ่อนเร้นบุตรจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่ง การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย บิดามารดาสามารถที่จะพาบุตรของ

⁷ A "presumed natural father" is defined by section 7004, subdivision (a). Generally, he is one who is married [162 Cal. App. 3d 593] to the mother at the time of birth or conception, or attempted to get married at one of those times, or after the birth of the child married or attempted to marry and he was named father on the birth certificate or is legally obligated to support the child as a father, or has received the child into his home and openly holds the child out as his own natural child.

⁸ Nachama Masliansky, "Domestic violence as a statutory defense to custodial interference or kidnapping charges," in *Clearinghouse review*, Special Issue (1996): 322-328.

ตนออกจากเมือง มลรัฐ หรือประเทศได้ ซึ่งเป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ในขณะที่นั้นยังไม่ครอบคลุมการกระทำคามผิดเกี่ยวกับการลักพาตัวเด็กโดยบิดาหรือมารดา⁹

แต่เดิมนั้นมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่มีกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการลักพาตัวเด็กโดยบิดาหรือมารดาไว้เป็นการเฉพาะจึงต้องนำความผิดฐานลักพาตัวเด็กตามมาตรา 278 มาปรับใช้ ซึ่งก่อนจะทำความเข้ามาตรา 278 จำต้องดูคำจำกัดความที่มาตรา 277¹⁰ ก่อน ดังนี้

- (ก) “เด็ก” หมายถึง บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์
- (ข) “คำสั่งศาล” หรือ “คำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครอง” หมายถึง คำชี้ขาดในการพิจารณาเรื่องอำนาจปกครอง คำพิพากษา หรือคำสั่งที่ออกโดยศาล ไม่ว่าจะ เป็นระยะเวลาชั่วคราวหรือถาวร โดยอาจเป็นคำสั่งที่มีตั้งแต่แรกหรือมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในภายหลังที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองหรือสิทธิเยี่ยมเยียน หรือเกี่ยวข้องกับการดูแลเด็ก โดยจะมีผลจนกว่าจะสิ้นอายุ โดยอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอน หรือสิ้นสุดลงโดยผลแห่งกฎหมาย
- (ค) “การพิจารณาอำนาจปกครอง” หมายถึง การพิจารณากำหนดอำนาจปกครอง ไม่จำกัดเฉพาะการแยกทางหรือการหย่าร้าง การอุปการะ ความปกครอง การสิ้นสุดการใช้อำนาจปกครองของบิดาหรือมารดา การรับบุตรบุญธรรม การพิสูจน์ความเป็นบิดาโดยชอบ ยกเว้นการกระทำภายใต้มาตรา 11350 และ 11350.1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยสวัสดิภาพและป้องกันความรุนแรงในครอบครัว รวมถึงคำสั่งคุ้มครองฉุกเฉินตามส่วนที่ 3 (มาตรา 6240 ส่วนต้น) หมวดที่ 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁹ Michael W. Agopian and Gretchen L. Anderson, “Legislative reforms to reduce parental child abductions,” in *The journal of juvenile law*, (1982): 10-26.

¹⁰ CAL. PENAL CODE, Section 277. (โปรดดูภาคผนวก)

- (ง) “อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย” หมายถึง บุคคล ผู้ปกครอง หรือองค์กรสาธารณชนที่มีสิทธิในการดูแลเด็ก
- (จ) “สิทธิในการดูแล” หมายถึง สิทธิในการดูแลเด็กทางกายภาพ อำนาจในการควบคุมดูแลเด็กตามที่ได้กำหนดไว้ในคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กตาม
- (ข) หรือในกรณีที่ไม่มีคำสั่งของศาลหรือโดยผลของกฎหมาย หรือตามพระราชบัญญัติว่าด้วยรูปแบบครอบครัวในส่วนของที่ 3 (มาตรา 7600 ตอนต้น) ในหมวดที่ 12 แห่งประมวลกฎหมายครอบครัว ในกรณีที่องค์กรสาธารณะเป็นผู้มีอำนาจในการดูแลเด็ก หรืออำนาจในการดูแล ควบคุมซึ่งอันเป็นอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดหรือคำสั่งของศาล ให้องค์กรนั้นเป็นผู้มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายในการดูแลเด็กทางกายภาพ องค์กรเช่นนี้เป็นผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายจนกว่าจะมีคำสั่งให้อำนาจปกครองนั้นสิ้นสุดลง หรือสิ้นสุดโดยผลของกฎหมาย
- (ฉ) ในกรณีที่ไม่มีคำสั่งศาลเป็นอย่างอื่น บิดาหรือมารดาที่สูญเสียอำนาจปกครองให้กับบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่ง และบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองถึงแก่ความตาย เป็นบุคคลไร้ความสามารถ หรือปฏิเสธที่จะดูแลเด็ก หรือทอดทิ้งครอบครัว บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองโดยคำพิพากษาของศาลไม่มีสิทธิเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรืออำนาจในการดูแลทางกายภาพ
- (ช) “ห่วงใย” หรือ “ยึดห่วงใย” หมายถึง ยึดห่วงใยตัวเด็กไว้แต่กระนั้นเด็กต้องมีการต่อต้านหรือขัดขวาง
- (ซ) “การพบและเยี่ยมเยียน” หมายถึง ระยะเวลาในการติดต่อกับเด็กที่ศาลได้จัดสรรไว้
- (ฌ) “ผู้ใด” ไม่จำกัดเฉพาะแต่บิดาหรือมารดา หรือตัวแทนของบิดาหรือมารดา
- (ญ) “ความรุนแรง” หมายถึง ความรุนแรงตามคำจำกัดความตามมาตรา 6211 แห่งประมวลกฎหมายครอบครัว

(ฎ) “ลักพาตัว” หมายถึง พาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้น

แต่เดิมกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียมาตรา 278 ในความผิดฐานลักพาตัวถือว่าการกระทำความผิดที่รุนแรง ซึ่งมาตรา 278¹¹ ก่อนมีการแก้ไขบัญญัติว่า

“ผู้ใดเจตนา ใช้กำลัง หลอกลวง พาไป ล่อลวง ผู้เยาว์โดยมีเจตนาที่จะกักตัวไว้ หรือซ่อนเร้นผู้เยาว์จากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นซึ่งมีอำนาจในการดูแลเด็กโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดมีโทษจำคุกไม่เกิน 20 ปี”

อย่างไรก็ดีการปรับใช้กฎหมายในความผิดเกี่ยวกับการลักพาตัวเด็กตามมาตรา 278 ก่อนมีการแก้ไขกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดานั้นมีข้อจำกัดในการบังคับใช้ดังนี้ ประการแรกคือเป็นการยากที่จะพิสูจน์เจตนาของบิดาหรือมารดาที่กระทำการลักพาตัวว่ามีเจตนาที่จะรวบรวนหรือทำลายการครอบครองของผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายและมีเจตนาที่จะกระทำความผิดเช่นนั้น ซึ่งบิดาหรือมารดาฝ่ายที่กระทำความผิดนั้นอาจยกข้อต่อสู้ว่าผู้กระทำการพาไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบุตรซึ่งเป็นข้ออ้างที่กฎหมายบัญญัติให้สามารถยกขึ้นต่อสู้ได้ ปัญหาประการที่สองการที่บิดาหรือมารดาพาตัวบุตรไปโดยไม่ได้ใช้กำลังหรือล่อลวงบุตร การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิด ทั้งระวางโทษจำคุก 20 ปีที่จะลงแก่บิดาหรือมารดาซึ่งเป็นผู้มีเจตนาที่จะดูแลบุตรผู้เยาว์นั้นเป็นอัตราโทษที่มีความรุนแรงกว่าการกระทำของบิดาหรือมารดาผู้ละเมิดอำนาจปกครอง¹²

ทั้งนี้ได้มีการที่พยายามที่จะปรับใช้กฎหมายอาญามาตรา 279 กับการลักพาตัวบุตรโดยบิดาหรือมารดา ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการกักตัวไว้ ซ่อนเร้น หรือย้ายเด็กอันเป็นการละเมิดคำสั่งศาล

¹¹ CAL. PENAL CODE 278. (ก่อนแก้ไขใหม่ในปี ค.ศ. 1976)

Every person who maliciously, forcibly, or fraudulently takes or entices away any minor child with intent to detain or conceal such child from its parent, guardian, or other person having the lawful charge of such child, is punishable by imprisonment in the state prison not exceeding twenty years.

¹² Michael W. Agopian and Gretchen L. Anderson, “Legislative reforms to reduce parental child abductions,” in *The journal of juvenile law* (1982): 10-26.

เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิพบและเยี่ยมเยียนโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครอง ซึ่งมาตรา 279 เดิม¹³ บัญญัติว่า

“ผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจในการดูแลเด็กในช่วงระยะเวลาหนึ่งโดยอาศัยอำนาจจากสิทธิพบและเยี่ยมเยียน หรือสิทธิในการดูแลเด็กอันมีกำหนดเวลาตามคำสั่ง คำพิพากษา คำชี้ขาดของศาล ซึ่งคำสั่ง คำพิพากษา คำชี้ขาดนั้นกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้ได้รับอำนาจปกครองบุตร และผู้นั้นโดยปราศจากเหตุอันสมควรมีเจตนากักตัว หรือซ่อนเร้น หรือหน่วงเหนี่ยวเด็กไว้ในมลรัฐนี้ภายหลังสิทธิดังกล่าวสิ้นสุดโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลที่มีอำนาจในการปกครองบุตร เป็นการกระทำความผิดตามมาตรานี้”

ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 279 เดิมนี้ต้องเป็นผู้มีอำนาจในการดูแลเด็กในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เช่น เป็นผู้มียุติสิทธิพบและเยี่ยมเยียน หรือมีสิทธิในการดูแลเด็กอันมีกำหนดเวลาตามคำสั่ง ตัวอย่างเช่น ศาลมีคำสั่งให้มารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียว และกำหนดให้บิดาเป็นผู้มีสิทธิพบและเยี่ยมเยียนบุตร หรือกำหนดให้บุตรสามารถไปอยู่กับบิดาได้ในช่วงปิดภาคเรียน หลังจากที่มารดาให้บุตรไปอยู่กับบิดาแล้วแต่หลังพ้นระยะเวลาดังกล่าวบิดามีเจตนากักตัวบุตรไว้ไม่ส่งตัวบุตรคืนให้มารดาโดยปราศจากเหตุอันสมควรการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดตามมาตรานี้

ข้อจำกัดของมาตรา 279 เดิมนี้คือการกระทำเช่นนั้นใช้กับความผิดที่เกิดขึ้นในมลรัฐแคลิฟอร์เนียเท่านั้น หากเป็นการกระทำนอกมลรัฐไม่อาจนำบทบัญญัตินี้มาบังคับใช้ได้ และการกระทำดังกล่าวบิดาหรือมารดาผู้กระทำต้องกระทำโดยปราศจากเหตุอันควรเท่านั้นจึงเป็นความผิดตามมาตรานี้

¹³ CAL. PENAL CODE ,Section 279. (ก่อนแก้ไขใหม่ในปี ค.ศ. 1976)

Every person who has actual physical control of a child for a limited period of time in the exercise of the right to visit with, or to be visited by, such child, or the right to limited custody of such child, pursuant to an order, judgment, or decree of any court, which order, judgment or decree grants custody of such child to another, and who, without good cause and with intent to detain or conceal such child, keeps said child in this state after the expiration of such period without the consent of the person or persons entitled to custody of such, violates this section

ต่อมาในปี ค.ศ. 1975 ได้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการลักพาตัวบุตรอันเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งให้เป็นความผิดอาญาโดยเฉพาะ กฎหมายดังกล่าวได้ลงนามโดยนายโกวอลเนอร์ เอ็ดมันด์ จี บราวน์¹⁴ ผู้ว่าการมลรัฐแคลิฟอร์เนียในขณะนั้น ในวันที่ 30 สิงหาคม ค.ศ. 1976 และประกาศใช้เป็นกฎหมายในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1977 ถือเป็นจุดเริ่มต้นของมลรัฐแคลิฟอร์เนียในการประกาศให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในทางแพ่งมาเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางอาญา กฎหมายใหม่นี้ถือเป็นกฎหมายที่สร้างความและชัดเจนในเรื่องการลักพาตัวบุตรโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองอันเป็นการละเมิดคำสั่งศาลเกี่ยวกับอำนาจปกครอง ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นกฎหมายที่มีความชัดเจนมากทั้งในเรื่องของการลงโทษผู้กระทำความผิดและกระบวนการในการดำเนินคดี ทั้งในมาตรา 278 และมาตรา 279¹⁵

ในมาตรา 278¹⁶ ได้มีการแก้ไขกฎหมายใหม่ ดังนี้

“บุคคลซึ่งไม่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายมีเจตนาพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นโดยมีเจตนาที่จะกักตัว หรือซ่อนเร้นเด็กจากผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกในเรือนจำมณฑล ไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกในเรือนจำมลรัฐไม่เกิน 16 เดือน หรือ 2 ปี หรือ 3 ปี และปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ”

สังเกตได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองที่แก้ไขใหม่นี้ ได้ขยายความเพิ่มเติมในส่วนตัวผู้กระทำความผิดว่าต้องเป็น “บุคคลซึ่งไม่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วย

¹⁴ Governor Edmund G. Brown, Jr.

¹⁵ Michael W. Agopian and Gretchen L. Anderson, “Legislative reforms to reduce parental child abductions,” in *The journal of juvenile law*, p.12.

¹⁶ CAL. PENAL CODE ,Section 278. (หลังการแก้ไขใหม่ในปี ค.ศ. 1976)

Every person, not having a right to custody, who maliciously takes, entices away, keeps, withholds, or conceals any child with the intent to detain or conceal that child from a lawful custodian shall be punished by imprisonment in a county jail not exceeding one year, a fine not exceeding one thousand dollars (\$ 1,000), or both that fine and imprisonment, or by imprisonment in the state prison for two, three, or four years, a fine not exceeding ten thousand dollars (\$ 10,000), or both that fine and imprisonment.

กฎหมาย” ซึ่งทำให้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายพาไป กักตัวไว้ ล่อลวงเด็กโดยมีเจตนาที่จะกักตัว หรือซ่อนเร้นบุตรจากผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา ๒๗๘.๕ แม้ผู้นั้นจะเป็นบิดาหรือมารดาของบุตรก็ตาม ซึ่งในระยะแรกมาตรานี้มักจะบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลอื่นที่มีใช้บิดาหรือมารดา เนื่องจากได้มีการเพิ่มเติมกฎหมายอาญามาตรา ๒๗๘.๕ ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองพาตัวเด็กไป หรือกักตัวเด็กไว้ อันเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งมาตรานี้ยังมีการกล่าวถึงการที่บิดาหรือมารดาผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายปฏิเสธสิทธิพบและเยี่ยมเยียนของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแต่ศาลกำหนดให้ฝ่ายนั้นมีสิทธิพบและเยี่ยมเยียนบุตร ซึ่งมาตรา ๒๗๘.๕¹⁷ ได้บัญญัติว่า

- (ก) ผู้ใดละเมิดคำสั่งที่เกี่ยวกับอำนาจปกครอง พาไป กักตัวไว้ หลังจากสิ้นสุดระยะเวลาพบและเยี่ยมเยียน หรือซ่อนเร้นเด็กจากผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย และผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจปกครองผู้เยาว์โดยคำสั่ง คำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลให้ผู้อื่นเป็นผู้มีอำนาจปกครองหรือสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก ผู้นั้นกักตัว หรือซ่อนเร้นเด็ก โดยมีเจตนาที่จะขัดขวางอำนาจปกครองหรือสิทธิพบและเยี่ยมเยียนของ

¹⁷ CAL. PENAL CODE ,Section 278.5. (เพิ่มเติมปี ค.ศ. 1976)

(a) Every person who in violation of a custody decree takes, retains after the expiration of a visitation period, or conceals the child from his legal custodian, and every person who has custody of a child pursuant to an order, judgment or decree of any court which grants another person rights to custody or visitation of such child, and who detains or conceals such child with the intent to deprive the other person of such right to custody or visitation shall be punished by imprisonment in the state prison for a period of not more than one year and one day or by imprisonment in a county jail for a period of not more than one year, a fine of not more than one thousand dollars (\$1,000), or both

(b) A child who has been detained or concealed in violation of subdivision (a) shall be returned to the person having lawful charge of the child. Any expenses incurred in returning the child shall be reimbursed as provided in Section 4605 of the Civil Code. Such costs shall be assessed any defendant convicted of a violation of this section.

ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกในเรือนจำมลรัฐไม่เกิน 1 ปีหรือจำคุกในเรือนจำมณฑลไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ

- (ข) เด็กที่ถูกกักตัวไว้หรือซ่อนเร้นตาม (ก) ต้องถูกส่งตัวกลับคืนสู่ผู้ที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ค่าใช้จ่ายในการส่งเด็กกลับคืนนั้นสามารถเรียกได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4605 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งผู้ซึ่งถูกตัดสินว่ากระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องเป็นผู้ต้องรับผิดชอบ

การละเมิดอำนาจปกครองตามมาตรา 278.5 ที่บัญญัติไว้แต่เดิมนั้นบิดาหรือมารดาจะเป็นฝ่ายละเมิดอำนาจปกครองได้นั้นต้องเป็นกรณีที่ศาลมีคำพิพากษา คำสั่ง หรือคำชี้ขาด ให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือตั้งบุคคลอื่นให้เป็นผู้ปกครองเพียงฝ่ายเดียว ฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองเป็นฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองแต่มีสิทธิพบและเยี่ยมเยียนภายหลังสิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าวพาไป หรือกักตัวไว้ไม่ยอมส่งเด็กกลับคืนให้แก่บิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยมีเจตนาที่จะขัดขวางการใช้อำนาจปกครองของฝ่ายที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

เป็นที่น่าสังเกตว่าในขณะนั้นกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองดังกล่าวให้ความคุ้มครองในกรณีที่ศาลมีคำสั่ง คำพิพากษา หรือคำชี้ขาดให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายแพ่งของมลรัฐในขณะนั้นคือเมื่อมีการหย่าร้างเกิดขึ้นจะกำหนดให้บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร แต่ต่อมาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียมีความพยายามที่จะปรับปรุงกฎหมายแพ่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรภายหลังหย่าโดยการให้บิดาหรือมารดาทั้งสองฝ่ายเป็นผู้มีอำนาจปกครองร่วมกันภายหลังการหย่าร้าง ซึ่งได้กำหนดสิทธิหน้าที่ของบิดาหรือมารดาแต่ละฝ่ายไว้ ดังนี้ทั้งบิดาและมารดาต่างเป็นผู้มีอำนาจในการปกครองบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งพาไป กักตัวไว้ ซ่อนเร้นบุตรโดยมีเจตนาที่จะขัดขวางการใช้อำนาจปกครองของอีกฝ่าย การกระทำเช่นนั้นก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 278 เนื่องจากผู้กระทำเป็นผู้มีอำนาจปกครอง จึงเกิดช่องว่างทางกฎหมายในการกระทำความผิดดังกล่าว จึงมีการแก้ไขกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครอง

บุตรขึ้นอีกหลายครั้งและในครั้งล่าสุดซึ่งในปีค.ศ. 2011 ปรับปรุงทั้งมาตรา 278 และมาตรา 278.5 ดังนี้

“มาตรา 278 บุคคลซึ่งไม่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายมีเจตนาพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นโดยมีเจตนาที่จะกักตัว หรือซ่อนเร้นเด็กจากผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกในเรือนจำมณฑลไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือจำคุกตามมาตรา 1170 (ซ) เป็นระยะเวลาสองปี สามปี หรือสี่ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ”¹⁸

ในความคิดตามมาตรา 278 ตามกฎหมายฉบับปัจจุบันสามารถแยกองค์ประกอบความคิดได้ดังนี้

1. ผู้กระทำต้องเป็นผู้ไม่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย
2. ผู้กระทำมีเจตนาพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นโดยมีเจตนาที่จะกักตัว หรือซ่อนเร้นเด็ก
3. เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์
4. จากผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

โดยการแก้ไขนั้นไม่แตกต่างจากเดิมมากนัก ยังคงมีการกำหนดว่าผู้กระทำความผิดต้องผู้ไม่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายการละเมิดอำนาจปกครองนั้นก็เป็นการกระทำความผิดตามมาตราอื่น

นอกจากมีการแก้ไขมาตรา 278 แล้วยังมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 278.5 ดังนี้

¹⁸ CAL. PENAL CODE, Section 278. (โปรดดูภาคผนวก)

มาตรา 278.5¹⁹

- (ก) ผู้ใดพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กโดยมีเจตนาที่จะขัดขวางอำนาจปกครองของผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ซึ่งมีสิทธิพบและเยี่ยมเยียน ต้องระวางโทษจำคุกในเรือนจำจนตลอดชีวิตไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือจำคุกตามมาตรา 1170 (ซ) เป็นระยะเวลาสองปีสามปี หรือสี่ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ
- (ข) การลงโทษตามหมวดนี้ไม่จำกัดอำนาจศาลในการลงโทษเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล
- (ค) คำสั่งศาลเกี่ยวกับอำนาจปกครองที่ได้มาหลังจากการพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไม่เป็นข้ออ้างในการกระทำความผิด

ความผิดดังกล่าวนี้สามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

1. ผู้ใดรวมถึงบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ร่วมกับบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายด้วย
2. พาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็ก
3. เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์
4. มีเจตนาที่จะขัดขวางอำนาจปกครองของผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ซึ่งมีสิทธิพบและเยี่ยมเยียน

การแก้ไขมาตรา 278.5 นับว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่คือแม้บิดาหรือมารดาจะเป็นผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายแต่หากบิดาหรือมารดานั้นพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นบุตรโดยมีเจตนาที่จะขัดขวางอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองร่วม การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นความผิดแม้จะยังไม่มีคำสั่ง คำพิพากษา หรือคำ

¹⁹ CAL. PENAL CODE, Section 278.5. (โปรดดูภาคผนวก)

ชี้ขาดให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้มีอำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียว ทั้งมีกฎหมายยังครอบคลุมไปถึง การขัดขวางการใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียน กล่าวคือ แม้บิดาหรือมารดาจะเป็นผู้ที่มีอำนาจ ปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียว ส่วนบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายเป็นผู้มีสิทธิพบและเยี่ยมเยียนตามคำสั่ง ของศาล แต่ฝ่ายที่มีอำนาจปกครองขัดขวางมิให้ฝ่ายที่มีสิทธิพบและเยี่ยมเยียนใช้สิทธิเช่นนั้นได้ กรณีเช่นนี้แม้จะเป็นบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองก็อาจเป็นผู้กระทำความผิดตาม มาตรานี้ได้ ทั้งยังการลงโทษในส่วนนี้ยังไม่ตัดสิทธิศาลที่จะสั่งลงโทษผู้กระทำฐานละเมิดอำนาจ ศาลอันเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาล และแม้ภายหลังผู้กระทำได้รับคำสั่งศาลให้เป็น ผู้มีอำนาจปกครองบุตรก็ไม่อาจยกขึ้นอ้างเพื่อให้การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิด²⁰

นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดเหตุในการเพิ่มโทษและลดโทษสำหรับการกระทำความผิด ตามมาตรา 278 และมาตรา 278.5 ไว้ในมาตรา 278.6 ดังนี้

มาตรา 278.6²¹

(ก) ในกรณีที่มีการตัดสินที่ลงโทษการกระทำความผิดตามมาตรา 278 หรือมาตรา 278.5 หรือทั้งสองมาตรา ศาลสามารถที่จะเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้หากมีเหตุการณ์ ดังต่อไปนี้

- (1) เด็กมีความเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือเจ็บป่วย
- (2) จำเลยทำร้ายหรือขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายบิดาหรือมารดา หรือผู้ปกครองโดยชอบ ด้วยกฎหมายของเด็กหรือตัวเด็กในขณะที่ลักพาตัวเด็กไป
- (3) จำเลยทำร้ายหรือละทิ้งเด็กในระหว่างที่ลักพาตัวเด็กไป

²⁰ Charles H. White, "Child custody-criminal sanctions against child stealing: California law in perspective," in *Criminal Justice Journal*, (1978-1979): 77-93.

²¹ CAL. PENAL CODE, Section 278.6. (โปรดดูภาคผนวก)

- (4) เด็กถูกพาไป ล้อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดเหนี่ยว หรือซ่อนเร้น นอกประเทศสหรัฐอเมริกา
- (5) เด็กไม่ถูกส่งกลับคืนสู่ผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย
- (6) จำเลยเคยมีพฤติการณ์ลักพาตัวเด็กมาก่อน หรือเคยขู่ว่าจะลักพาตัวเด็กมาก่อน
- (7) จำเลยทำให้ลักษณะของเด็กที่ปรากฏเปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก หรือเปลี่ยนชื่อเด็ก
- (8) จำเลยไม่ให้เด็กได้รับการศึกษาที่เหมาะสมในระหว่างที่มีการลักพาตัวเด็ก
- (9) ระยะเวลาของการลักพาตัว
- (10) อายุของเด็กที่ถูกลักพาตัว

(ข) ในกรณีที่มีการตัดสินลงโทษการกระทำความผิดตามมาตรา 278 หรือมาตรา 278.5 หรือทั้งสองมาตรา ศาลสามารถที่จะลดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้หากมีเหตุการณ์ดังต่อไปนี้

- (1) จำเลยส่งเด็กคืนโดยไม่ได้รับบาดเจ็บในระยะเวลาที่มีการออกหมายจับ หรือก่อนมีการออกหมายจับ หรือกระทำความผิดเป็นครั้งแรก
- (2) จำเลยให้ข้อมูลหรือให้ความช่วยเหลือในการส่งเด็กคืนอย่างปลอดภัย

(ค) นอกเหนือจากคำสั่งลงโทษตามมาตรา 278 หรือมาตรา 278.5 ศาลอาจมีคำสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าใช้จ่ายในการตามหาหรือการส่งตัวเด็กคืนให้แก่สำนักงานอัยการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3134 แห่งประมวลกฎหมายครอบครัว หรือชดใช้ให้แก่ผู้เสียหายตามที่ผู้เสียหายต้องเสียไปเนื่องจากตามหาหรือนำตัวเด็กกลับคืน ค่าตัดสินในส่วนนี้ให้ถือเป็นที่สุด

ในมาตรานี้เป็นเรื่องของเหตุเพิ่มโทษซึ่งระบุไว้ในมาตรา 278.6 (ก) เช่น ในกรณีที่จำเลยทำร้ายหรือขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายบิดาหรือมารดา หรือผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก หรือตัวเด็กในขณะที่ลักพาตัวเด็กไป หรือในกรณีที่เด็กถูกพาไป ล้อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดเหนี่ยว หรือซ่อนเร้น นอกประเทศสหรัฐอเมริกา หรือในกรณีที่เด็กไม่ถูกส่งกลับคืนสู่ผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

นอกจากนี้ในเหตุในมาตรา 278.6 (ข) ได้กำหนดเหตุการณ์ลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด เช่น ในกรณีที่จำเลยส่งเด็กคืนโดยไม่ได้รับบาดเจ็บในระยะเวลาที่มีการออกหมายจับ หรือก่อนมีการออกหมายจับ หรือกระทำความผิดเป็นครั้งแรก หรือในกรณีที่จำเลยให้ข้อมูลหรือให้ความช่วยเหลือในการส่งเด็กคืนอย่างปลอดภัย เป็นต้น รวมถึงในมาตรา 278.6 (ค) ยังกำหนดความรับผิดในส่วนของค่าใช้จ่ายในการตามหาหรือส่งตัวเด็กกลับคืนให้แก่ผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายอีกประการหนึ่งด้วย

กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียยังกำหนดข้อต่อผู้ให้ผู้กระทำยกขึ้นอ้างว่าการกระทำของตนไม่เป็นความผิด ซึ่งข้อต่อผู้ดังกล่าวกำหนดไว้ในมาตรา 278.7²² ดังนี้

- (ก) มิให้นำมาตรา 278.5 มาบังคับใช้กับผู้ซึ่งมีอำนาจปกครอง ที่กระทำโดยสุจริตและเหตุอันสมควรจะเชื่อได้ว่าหากปล่อยเด็กไว้ เด็กนั้นจะได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจ จึงพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไว้
- (ข) มิให้นำมาตรา 278.5 มาบังคับใช้กับผู้ซึ่งมีอำนาจปกครองที่ตกเป็นเหยื่อความรุนแรงในครอบครัวซึ่งกระทำโดยสุจริตและมีเหตุอันสมควรจะเชื่อได้ว่าหากปล่อยเด็กไว้กับบุคคลอื่น เด็กนั้นจะได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจ จึงพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไว้ ความรุนแรงต่อจิตใจรวมถึงบิดาหรือมารดาซึ่งกระทำ ความรุนแรงต่อบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายที่พาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไว้
- (ค) ผู้ซึ่งพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไว้ต้องกระทำดังต่อไปนี้
 - (1) ภายในระยะเวลาอันสมควรนับแต่มีการพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็ก ต้องรายงานต่อสำนักงานอัยการเขตซึ่งเด็กอยู่ในรายงาน

²² CAL. PENAL CODE ,Section 278.7. (โปรดดูภาคผนวก)

ต้องแจ้งชื่อ ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ของเด็กและของบุคคลที่พาเด็กไป และแจ้งเหตุผลในการพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไว้

(2) ภายในระยะเวลาอันสมควรนับแต่มีการพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็ก ในการเริ่มต้นดำเนินคดีในศาลที่มีเขตอำนาจนั้นสอดคล้องกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการลักพาตัวโดยบิดาหรือมารดา (มาตรา 1738 ก, หมวดที่ 28 ประมวลกฎหมายสหรัฐ) หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยอำนาจปกครองบุตร (เริ่มตั้งแต่มาตรา 3400) ในส่วนที่ 8 ของประมวลกฎหมายครอบครัว

(3) แจ้งสำนักงานอัยการเขตในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงที่อยู่หรือหมายเลขโทรศัพท์ของเด็กหรือบุคคลที่พาไป

(ง) สำหรับวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ ระยะเวลาอันสมควรในการรายงานสำนักงานอัยการเขตคืออย่างน้อย 10 วัน และระยะเวลาอันสมควรในการเริ่มต้นดำเนินคดีอย่างน้อย 30 วัน การรายงานตามมาตรานี้หากระยะเวลาที่พาไปหรือกักตัวไว้สั้นกว่าระยะเวลาที่กำหนดไม่จำเป็นต้องรายงาน

(จ) ที่อยู่และหมายเลขโทรศัพท์ของผู้กระทำและเด็กที่กำหนดไว้ตามมาตรานี้ต้องเป็นความลับเว้นแต่โดยกฎหมายหรือคำสั่งของศาลอันเป็นไปเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของเด็กและผู้กระทำ

กฎหมายกำหนดว่าหากผู้กระทำมีความผิดกระทำโดยสุจริตและมีเหตุอันควรจะเชื่อได้ว่าหากพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไว้ เด็กอาจได้รับจะได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจตามมาตรา 278.7 (ก) ตัวอย่างเช่นบิดาและมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันหลังหย่า ต่อมามารดาารู้สึกว่าตนประสบความล้มเหลวในชีวิต จึงหันเป็นพึ่งพาสุราและกลายเป็นผู้ติดสุราเป็นอาจินไม่ยอมเลิ้งดู ให้การศึกษาแก่บุตร บิดาเห็นว่าหากปล่อยให้บุตรอยู่กับมารดาต่อไปบุตรย่อมได้รับอันตรายต่อร่างกายและจิตใจ จึงพาบุตรไปจากมารดา กรณีเช่นนี้บิดาสามารถยกเหตุดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้ในการกระทำได้ และตามมาตรา 278.7 (ข) หากมีสถานการณ์ความรุนแรงในครอบครัวผู้กระทำเห็นว่าหากปล่อยเด็กไว้กับฝ่ายที่มีอำนาจปกครอง

เด็กอาจถูกทำร้ายได้รับจะได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจจึงพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึด หน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไว้ ตัวอย่างเช่น บิดาเป็นผู้ชอบทุบตีภรรยาและบุตร ต่อมามารดาทนไม่ได้ จึงหนีไปจากบิดา และเกรงว่าหากตนทิ้งบุตรไว้ตามลำพังบุตรจะถูกบิดาทำร้ายร่างกายและจิตใจ ตนจึงพาบุตรไปด้วย แต่การที่ผู้กระทำพาเด็กไปนั้นกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำต้องรายงานชื่อ ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ของเด็กและของบุคคลที่พาเด็กไป พร้อมทั้งแจ้งเหตุผลในการพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไว้ต่อสำนักงานอัยการเขตซึ่งเด็กกอยู่ด้วย เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อต่อสู้ดังกล่าวใช้เฉพาะกับมาตรา 278.5 ไม่ให้ยกเป็นข้ออ้างในมาตรา 278

นอกจากนี้กฎหมายอาญาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียยังกำหนดให้ศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีกับการกระทำที่กระทำโดยบุคคลที่ไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย หรือการกระทำไม่ได้เกิดในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย หากข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 279²³ กล่าวคือการละเมิดมาตรา 278 หรือมาตรา 278.5 กระทำโดยบุคคลซึ่งไม่มีภูมิลำเนาหรือการกระทำไม่ได้เกิดขึ้นในมลรัฐ ให้ถือว่าศาลของมลรัฐมีอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิด แม้ว่าการกระทำ ความผิดนั้นจะเกิดขึ้นในหรือนอกมลรัฐ หากมีข้อเท็จจริงดังนี้

- (ก) เด็กที่ภูมิลำเนา หรืออยู่ในมลรัฐในขณะที่มีการพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไว้
- (ข) ในเวลาต่อมาเด็กถูกพบในมลรัฐ
- (ค) ผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายหรือผู้ซึ่งมีสิทธิเยี่ยมเยียนมีภูมิลำเนาในมลรัฐในขณะที่เด็กพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไว้

ทั้งนี้กฎหมายอาญาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียมาตรา 279.1²⁴ ได้กำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองเป็นการกระทำความผิดต่อเนื่อง โดยกำหนดให้การกระทำความผิดตามมาตรา 278 และมาตรา 278.5 เป็นการกระทำความผิดต่อเนื่องโดยธรรมชาติ กล่าวคือให้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดตลอดระยะเวลาที่ซ่อนเร้นเด็กหรือกักตัวเด็กไว้ นอกจากนี้กฎหมายยัง

²³ CAL. PENAL CODE, Section 279. (โปรดดูภาคผนวก)

²⁴ CAL. PENAL CODE, Section 279.1. (โปรดดูภาคผนวก)

กำหนดถึงการตั้งวงเงินประกันตัวในกรณีที่ถูกจับกุมเพื่อดำเนินคดีในมาตรา 279.5 โดยกำหนดถึงการตั้งวงเงินประกันของศาลในกรณีที่ถูกตั้งข้อหาตามมาตรา 278 หรือมาตรา 278.5 ให้พิจารณาจากโอกาสที่เด็กจะกลับคืนสู่ผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ความเสี่ยงที่เด็กจะไม่มีโอกาสที่จะกลับคืน จำเลยอาจหลบหนีจากเขตอำนาจศาล หรือขัดขวางหรือซ่อนเร้นจากอำนาจศาล²⁵

3.2 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

3.2.1 หลักเกณฑ์การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์

พระราชบัญญัติว่าด้วยเด็กของประเทศอังกฤษ (The Children Act 1989) ได้กำหนดนิยามของอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา (Parental Responsibility) ในมาตรา 3²⁶ ว่าอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา หมายถึง สิทธิ หน้าที่ อำนาจ ความรับผิดชอบ อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่บิดามารดามีเหนือตัวผู้เยาว์และทรัพย์สินของผู้เยาว์

กฎหมายอังกฤษได้วางหลักว่าบิดาและมารดาที่จดทะเบียนสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกัน²⁷ อำนาจปกครองผู้เยาว์ร่วมกันนี้จะไม่สิ้นสุดลงในกรณีที่บิดาและมารดาหย่าขาดจากกัน กล่าวคือ แม้การสมรสสิ้นสุดลงทั้งบิดาและมารดา ยังคงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ของบิดาหรือมารดาจะสิ้นสุดลงในกรณีที่ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะ เมื่ออายุ 18 ปีบริบูรณ์ หรือเมื่อมีผู้อื่นรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม หรือศาลมีคำสั่งถอนอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาหรือมีคำสั่งกำหนดเรื่องอำนาจปกครองไว้เป็นอย่างอื่น²⁸

ในกรณีที่บิดาและมารดามีได้สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย พระราชบัญญัติว่าด้วยเด็กกำหนดให้มารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์แต่เพียงฝ่ายเดียว บิดาย่อมไม่มีสิทธิและ

²⁵ CAL. PENAL CODE, Section 279.5. (โปรดดูภาคผนวก)

²⁶ The Children Act , Section 3. (โปรดดูภาคผนวก)

²⁷ The Children Act , Section 2(1). (โปรดดูภาคผนวก)

²⁸ Kate Standley, *Family law* , (CPI Antony Rowe: Chippeham and Eastbourne, 2010), p 247.

หน้าที่ตามกฎหมายในการใช้อำนาจปกครองบุตรแม้บิดาจะเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์ก็ตาม ผลของกฎหมายในส่วนนี้ทำให้บิดาที่มีชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิเป็นผู้ละเมิดอำนาจปกครองของมารดาผู้มีอำนาจปกครองบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายได้ และในทางกลับกันนั้นบิดาที่มีชอบด้วยกฎหมายไม่อาจอ้างว่าบุคคลอื่นละเมิดอำนาจปกครองบุตรของตนได้เนื่องจากตนมิได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร อย่างไรก็ตามแม้บิดาที่มีชอบด้วยกฎหมายจะไม่มีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์แต่ยังคงมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์นั้น

นอกจากเหนือจากบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์แล้ว พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์โดยชอบด้วยกฎหมายได้อีก ดังนี้²⁹

1. มารดาและคู่สมรสของมารดาตามกฎหมาย
2. มารดาและคู่สมรสเพศเดียวกันของมารดาตามกฎหมาย
3. มารดาที่รับตั้งครรภบุตรผู้เยาว์ตามกฎหมาย
4. บิดามารดาซึ่งการสมรสเป็นโมฆะ
5. บิดาและมารดาที่ได้จดทะเบียนสมรสภายหลังการกำเนิดของบุตรผู้เยาว์ กรณีนี้จะถือเสมือนว่าบิดามารดาดังกล่าวได้จดทะเบียนสมรสระหว่างกันตั้งแต่บุตรผู้เยาว์ถือกำเนิด

3.2.2 ความรับผิดชอบทางอาญากับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

แต่เดิมความผิดอาญาฐานลักพาตัวเด็กของประเทศอังกฤษนั้นถูกกำหนดไว้ในมาตรา 56³⁰ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับบุคคล ค.ศ.1861 (Offences

²⁹ ดวงกมล วาทินวิเศษ, “การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์และการระงับข้อพิพาทในการใช้อำนาจปกครอง : ศึกษากรณีการกำหนดที่อยู่บุตร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 87.

³⁰ Offences Against the Person Act 1861, Section 56 Child-stealing.

Whosoever shall unlawfully, either by force or fraud, lead or take away, or decoy or entice away or detain, any child under the age of fourteen years, with intent to deprive any parent, guardian, or other person having the lawful care or charge of such child of the possession of such child, or with intent to steal any article upon or about the

Against the Person Act of 1861) ซึ่งต่อมาได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ.1984 (Child Abduction Act of 1984) ซึ่งประกาศบังคับใช้เมื่อวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1984 ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการบัญญัติลักษณะของการลักพาตัวเด็กขึ้นเป็นสองลักษณะ คือ การลักพาตัวเด็กโดยบิดามารดา (หรือบุคคลอื่นซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับเด็กในลักษณะคล้ายบิดาหรือมารดา) และการลักพาตัวเด็กโดยบุคคลอื่น ความผิดเกี่ยวกับการลักพาตัวเด็กโดยบิดาหรือมารดานั้นเป็นความผิดที่บัญญัติขึ้นมาใหม่

ก่อนมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ.1984 (Child Abduction Act of 1984) การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการลักพาตัวเด็กซึ่งรวมถึงบุตรผู้เยาว์นั้นปรากฏในมาตรา 56³¹ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับบุคคล ค.ศ.1861 (Offences against the Person Act 1861) ว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ซึ่งถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ.1984 เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวยังคงมีข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายกรณีที่บิดาหรือมารดาพาตัวบุตรไปในขณะที่ศาลยังไม่มีคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรอำนาจ (Custody Order) กล่าวคือ ในกรณีที่ศาลยังไม่มีคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรว่าอยู่กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลอื่น ให้ถือว่าบิดาและมารดาทั้งสองมีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน การที่บิดาหรือมารดาพาตัวบุตรไป หรือกักตัวบุตรไว้ อันเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายที่มีอำนาจปกครองบุตร การกระทำเช่นนี้ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับบุคคล ค.ศ.1861 เนื่องจากการกระทำเช่นว่านั้นผู้กระทำกระทำโดยอาศัย “สิทธิการเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์อีกส่วนหนึ่ง” ดังนั้นหากมีการละเมิดอำนาจปกครองบุตรโดย

person of such child, to whomsoever such article may belong, and whosoever shall, with any such intent, receive or harbour any such child, knowing the same to have been, by force or fraud, led, taken, decoyed, enticed away, or detained, as in this section before mentioned, shall be guilty of felony, and being convicted thereof shall be liable, at the discretion of the court, to be kept in penal servitude for any term not exceeding seven years or to be imprisoned Provided, that no person who shall have claimed any right to the possession of such child, or shall be the mother or shall have claimed to be the father of an illegitimate child, shall be liable to be prosecuted by virtue hereof on account of the getting possession of such child, or taking such child out of the possession of any person having the lawful charge thereof.

บิดาหรือมารดาขณะที่ศาลยังไม่มีคำสั่งเรื่องอำนาจปกครองจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดอำนาจปกครองบุตรอันทำให้ผู้กระทำได้รับโทษตามมาตรา 56 แต่อาจต้องรับผิดชอบฐานละเมิดอำนาจศาลโดยมิปฏิบัติตามคำสั่งของศาล เมื่อมีการกระทำกระทำดังกล่าวเพิ่มมากขึ้นรัฐจึงต้องหามาตรการในการป้องกันการกระทำเช่นนั้น จึงมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ.1984 ขึ้นโดยกำหนดให้การลักพาตัวบุตรผู้เยาว์โดยบิดาหรือมารดาไม่ว่าจะมีคำสั่งศาลกำหนดอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์หรือไม่ก็ตาม การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายเป็นการกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็กแม้ผู้กระทำจะเป็นผู้มีอำนาจปกครองร่วมด้วยส่วนหนึ่งก็ตาม การตราพระราชบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มโอกาสให้ตำรวจสามารถเข้ามามีส่วนร่วมดำเนินการสืบสวนเพื่อติดตามหาตัวบุตรผู้เยาว์ก่อนจะถูกส่งตัวออกนอกสหราชอาณาจักร เพราะหากมีการส่งตัวออกนอกสหราชอาณาจักรการดำเนินคดีในศาลต่างประเทศเป็นเรื่องที่ยากยิ่ง³²

การลักพาตัวเด็กโดยบิดาหรือมารดานั้นกำหนดไว้ในมาตรา 1(1)³³ ซึ่งบัญญัติว่า ผู้ที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็กพาตัวหรือส่งตัวเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ออกนอกสหราชอาณาจักรโดยปราศจากความยินยอมโดยชอบ การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดฐานลักพาตัวเด็กโดยบิดาหรือมารดา

ในความผิดฐานลักพาตัวเด็กโดยบิดาหรือมารดานั้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

1. ผู้กระทำได้เป็นผู้มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็ก โดยผู้ที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็กนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1(2)³⁴

(ก) เป็นบิดาหรือมารดาของเด็ก

(ข) ในกรณีที่บิดามารดาไม่ได้ทำการสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายในขณะที่เกิด มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เป็นบิดาของเด็ก

³² R. J. Coope, "Child Abduction Act 1984," in *Journal of criminal law* (1985): 69-74.

³³ Child Abduction Act of 1984 Section 1. (โปรดดูภาคผนวก)

³⁴ Child Abduction Act of 1984 Section 1 (2). (โปรดดูภาคผนวก)

- (ค) เป็นผู้ปกครองของเด็ก
- (ง) เป็นผู้มีคำสั่งให้เด็กอาศัยอยู่ด้วยและมีอำนาจในการดูแลเด็ก
- (จ) เป็นผู้ดูแลเด็ก

2. พาตัวไป หรือส่งตัวเด็กออกนอกสหราชอาณาจักร

พระราชบัญญัตินี้มุ่งคุ้มครองเด็กจากการพาหรือกักตัวไว้ในสหราชอาณาจักรของสหราชอาณาจักรเท่านั้น การพาตัวไปหรือส่งตัวเด็กไว้ในสหราชอาณาจักรนั้นไม่สามารถนำมาตรานี้มาปรับใช้ได้ การพาตัวไปหรือส่งตัวเด็กออกนอกสหราชอาณาจักรนั้นได้อธิบายไว้ในมาตรา 3³⁵ เรื่องโครงสร้างการพาไป ส่งตัว หรือกักตัวไว้ ผู้กระทำความผิดพาไป ส่งตัว หรือกักตัวเด็กไว้ หมายถึงกรณีที่บุคคลผู้มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็กกระทำการดังต่อไปนี้

- (ก) ผู้พาไปคือผู้ที่เป็นเหตุให้มีการพาเด็กไป หรือล่อลวงให้เด็กตามไป โดยตัวเองหรือผู้อื่นหรือเป็นเหตุให้เด็กตามไป
- (ข) ผู้ส่งตัวเด็กคือผู้เป็นเหตุให้เด็กถูกส่งตัวไป
- (ค) ผู้กักตัวเด็กไว้คือผู้ที่เป็นเหตุให้เด็กโดนกักตัวหรือล่อลวงเด็กไว้โดยตนเองหรือผู้อื่น และ
- (ง) อ้างถึงบิดามารดาเด็กที่บิดาหรือมารดาเด็กสมรสหรือไม่สมรสกับบุคคลอื่นในขณะที่เด็กเกิดที่เกี่ยวกับมาตรา 1 ในกฎหมายครอบครัว

3. เด็กนั้นมีอายุต่ำกว่า 16 ปี บริบูรณ์

แต่เดิมในพระราชบัญญัติว่าด้วยด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับบุคคล ค.ศ. 1861 เรื่องการลักพาตัวเด็กนั้นให้ความคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 14 ปีบริบูรณ์ แต่ในกฎหมายเก่านั้นไม่มีความผิดเกี่ยวกับการลักพาตัวเด็กโดยบิดาหรือมารดา หรือผู้มีความสัมพันธ์ในลักษณะเช่นเดียวกับบิดามารดาระบุไว้ชัดเจนว่าการกระทำเช่นว่านั้นเป็นความผิด ต่อเมื่อมีการตรา

³⁵ Child Abduction Act of 1984, Section 3. (โปรดดูภาคผนวก)

พระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ. 1984 ได้มีการคุ้มครองเด็กเพิ่มถึงอายุ 16 ปี บริบูรณ์เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ.1980 (Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction 1980) ซึ่งประเทศอังกฤษได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกของอนุสัญญานี้เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 1984

4. การกระทำเช่นนั้นกระทำโดยปราศจากความยินยอมโดยชอบ

ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ. 1984 ความยินยอมโดยชอบได้กำหนดไว้ในมาตรา 1(3)³⁶ ซึ่งได้กำหนดถึงผู้ที่ให้ความยินยอมโดยชอบได้ใน 1(3)(ก) คือ

- (1) มารดาของเด็ก
- (2) บิดาของเด็ก หากเขาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็ก
- (3) ผู้ปกครองเด็ก
- (4) เป็นผู้มีส่วนทำให้เด็กอาศัยอยู่ด้วยและมีอำนาจในการดูแลเด็ก
- (5) ผู้มีสิทธิในการดูแลเด็ก

นอกจากบุคคลตามมาตรา1(3)(ก) แล้วยังกำหนดให้บุคคลตามมาตรา 1(3)(ข) คือบุคคลที่ได้รับคำสั่งของศาลหรือโดยบทบัญญัติในหมวดที่ 2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก ค.ศ. 1989 ให้เป็นผู้ดูแลเด็ก และในมาตรา 1(3)(ค) บุคคลที่เป็นผู้ดูแลเด็ก หรือได้รับคำสั่งศาลให้เป็นผู้ดูแลเด็กเป็นผู้มีสิทธิให้ความยินยอมโดยชอบ กล่าวคือบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา1(3) ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นผู้มีสิทธิให้ความยินยอมโดยชอบด้วย หากการพาไปหรือส่งตัวเด็กออกนอก สหราชอาณาจักรเป็นการกระทำโดยได้รับความยินยอมโดยชอบจากบุคคลตามมาตรา1(3) การพาไปหรือส่งตัวเด็กออกนอกสหราชอาณาจักรการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิด แต่หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมโดยชอบจากบุคคลที่ระบุไว้ตามมาตรา 1(3) นั้นการกระทำเช่นนั้นย่อมเป็นการกระทำผิดตามมาตรา 1(1) แห่งพระราชบัญญัตินี้ รูปแบบการ

³⁶ Child Abduction Act of 1984, Section 1 (3). (โปรดดูภาคผนวก)

ให้ความยินยอมนั้นโดยทั่วไปสามารถความยินยอมด้วยวาจาก็ได้ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หากผู้มีสิทธิให้ความยินยอมไม่ให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ฝ่ายที่ประสงค์จะนำผู้เยาว์ออกนอกสหราชอาณาจักรมีสิทธิร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งแทนการให้ความยินยอมของอีกฝ่ายได้ โดยศาลจำต้องพิจารณาด้วยว่าเจตนาในการขอย้ายที่อยู่บุตรออกนอกประเทศอังกฤษนั้นมีเจตนาที่จะขัดขวางมิให้บุตรได้ติดต่อและพบปะกับบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหรือไม่ หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าการขอย้ายบุตรออกนอกประเทศอังกฤษกระทำโดยมีเจตนาเช่นนั้นศาลย่อมต้องปฏิเสธคำร้องขอย้ายที่อยู่ดังกล่าว และศาลยังต้องพิจารณาว่าการอนุญาตตามคำร้องนั้นจะมีผลกระทบต่อบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งมากน้อยเพียงใด และควรอนุญาตหรือไม่เมื่อซึ่งน้ำหนักผลกระทบที่บิดาหรือมารดาจะได้รับกับผลประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์

นอกจากนี้การพาไปหรือส่งตัวเด็กออกนอกสหราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัตินี้ยังรวมถึงการกักตัวเด็กไว้หลังสิทธิพบและเยี่ยมเยียนหรือติดต่อกับเด็กสิ้นสุดลง กล่าวคือ บิดาหรือมารดาหรือบุคคลอื่นที่มีได้รับคำสั่งจากศาลให้เป็นผู้ปกครองเด็กแต่เป็นผู้มีสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็กพาเด็กไปแล้วตามสิทธิแต่เมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนดแล้วกลับกักตัวเด็กไว้ไม่ยอมส่งเด็กกลับมาให้แก่ผู้มีอำนาจปกครองเด็กโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ตามคำสั่งของศาลแห่งสหราชอาณาจักรให้มารดาแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็ก โดยกำหนดให้บิดาเป็นผู้มีสิทธิพบและเยี่ยมเยียน เมื่อปิดภาคเรียนฤดูร้อนบิดาพาบุตรของตนไปอยู่ด้วยตามสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนที่ประเทศฝรั่งเศส หลังจากพ้นระยะเวลาที่กำหนดให้บิดาต้องส่งบุตรคืนให้แก่มารดาที่ประเทศอังกฤษ การกระทำของบิดาก็ถือเป็นความผิดตามมาตรา 1(1)

ผู้กระทำจะไม่เป็นผู้กระทำความผิดฐานพาตัวหรือส่งตัวเด็กออกนอกสหราชอาณาจักรโดยปราศจากความยินยอม หากผู้กระทำเป็นผู้ที่ศาลมีคำสั่งให้เด็กอาศัยอยู่ด้วยและมีอำนาจในการดูแลเด็ก และพาตัวหรือส่งตัวเด็กออกนอกสหราชอาณาจักรไม่เกิน 1 เดือน³⁷ แต่อย่างไรก็ดีมาตรา 1 (4ก)³⁸ กำหนดว่ามีให้นำมาตรา 1(4) มาใช้หากการพาตัวหรือส่งตัวเด็กออกนอกสหราชอาณาจักรกระทำโดยฝ่าฝืนคำสั่งภายใต้หมวดที่ 2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก

³⁷ Child Abduction Act of 1984, Section 1 (4). (โปรดดูภาคผนวก)

³⁸ Child Abduction Act of 1984, Section 1 (4A). (โปรดดูภาคผนวก)

1989 (The Children Act of 1989) กล่าวคือการที่บิดา หรือมารดา หรือผู้มีอำนาจปกครองเด็ก โดยชอบด้วยกฎหมายปฏิเสธสิทธิพบและเยี่ยมเยียน (contact order) ของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง เช่น ในกรณีที่ศาลแห่งสหราชอาณาจักรที่คำสั่งให้มารดาเพียงผู้เดียวเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง โดยกำหนดให้บิดาเป็นผู้มีสิทธิพบปะเยี่ยมเยียน แต่มารดาไม่ยอมให้บิดาใช้สิทธิดังกล่าวโดยพาบุตรออกไปจากสหราชอาณาจักรเพื่อกีดกันมิให้บิดาใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนบุตร การกระทำเช่นนี้ของมารดาก็ถือเป็นความผิดตามมาตรา 1(1) แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้เช่นกัน

ทั้งนี้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังกำหนดข้อต่อสู้ของผู้กระทำผิดไว้ในมาตรา 1(5)³⁹ คือ หากเชื่อว่าบุคคลอื่นให้ความยินยอม หรือจะให้ความยินยอมหากรู้ถึงสถานการณ์เช่นว่านั้น หรือผู้กระทำพยายามทุกทำทุกวิธีที่เหมาะสมในการที่จะติดต่อกับผู้ให้ความยินยอมแต่ไม่สามารถติดต่อกับได้ หรือผู้ให้ความยินยอมปฏิเสธการให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 1 (5ก)⁴⁰ บุคคลที่ปฏิเสธจะให้ความยินยอมนั้นเป็นผู้ที่ศาลมีคำสั่งให้เด็กอาศัยอยู่ด้วยและมีอำนาจในการดูแลเด็กหรือเป็นผู้มีสิทธิในการดูแลเด็ก หรือผู้กระทำความผิดซึ่งพาตัวหรือส่งตัวเด็กออกนอกสหราชอาณาจักรเป็นการกระทำโดยละเมิดอำนาจศาลของสหราชอาณาจักร กฎหมายห้ามมิให้ผู้กระทำยกเหตุว่าผู้ให้ความยินยอมปฏิเสธการให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับผู้ที่มีสิทธิให้ความยินยอม หากผู้กระทำความผิดยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 1(5) ขึ้นเป็นข้อต่อสู้แล้วนั้น มาตรา 1(6)⁴¹ กำหนดให้เป็นหน้าที่ของโจทก์ที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าข้อต่อสู้ที่จำเลยยกขึ้นนั้นไม่มีจริง

สำหรับผู้กระทำความผิดฐานการลักพาตัวเด็กโดยบิดาหรือมารดานั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ.1984 กำหนดบทลงโทษไว้ในมาตรา 4 โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินกำหนดไว้ตามกฎหมาย หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้ในมาตรา 4 ยังกำหนดวิธีการดำเนินคดีคือการฟ้องร้องและการขอให้ลงโทษตาม

³⁹ Child Abduction Act of 1984, Section 1(5). (โปรดดูภาคผนวก)

⁴⁰ Child Abduction Act of 1984, Section 1(5A). (โปรดดูภาคผนวก)

⁴¹ Child Abduction Act of 1984, Section 1(6). (โปรดดูภาคผนวก)

พระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็กว่าการฟ้องดำเนินคดีในส่วนของคำขอทำายฟ้องนั้นจะขอให้ลงโทษผู้กระทำความผิดได้ต้องไม่เกิน 7 ปี หากเป็นการลักพาตัวเด็กโดยบุคคลอื่นตามมาตรา 2 การดำเนินคดีนั้นต้องการดำเนินคดีโดยพนักงานอัยการหรือได้รับความยินยอมจากพนักงานอัยการ แต่หากการลักพาตัวเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปีและเป็นการกระทำโดยบิดาหรือมารดา หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1(2) ผู้เสียหายสามารถดำเนินคดีได้เองได้ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากพนักงานอัยการหรือต้องเป็นการดำเนินคดีโดยพนักงานอัยการ

นอกจากนั้นพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ.1984 ยังกำหนดอำนาจของตำรวจไว้ในมาตรา 7⁴² กล่าวคือ ตำรวจสามารถจับกุมผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ได้โดยปราศจากหมายจับหากมีเหตุอันควรสงสัยว่าได้มีกระทำความผิดเกิดขึ้น

ในมาตรา 2⁴³ นั้นเป็นการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการลักพาตัวโดยบุคคลอื่นที่มีใช้บิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้ปกครอง หรือผู้ซึ่งได้รับคำสั่งให้ดูแลเด็ก โดยปราศจากอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายหรือเหตุอันสมควร พาไปหรือกักตัวเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี โดยพาเด็กไปจากอำนาจปกครองของผู้มีอำนาจปกครองเด็กโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือกักตัวเด็กไว้จากผู้มีอำนาจปกครองเด็กโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 1 ซึ่งความผิดในฐานลักพาตัวเด็กโดยบุคคลอื่นนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นการพาตัวเด็กออกนอกประเทศหรือนอกเขตอำนาจศาล ความผิดฐานลักพาตัวเด็กโดยบุคคลอื่นนี้มีลักษณะคล้ายกับความผิดฐานลักพาตัวเด็กในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับบุคคล ค.ศ.1861 ตามกฎหมายเก่าที่ยกเลิกไปมาก แต่ความผิดฐานนี้มีลักษณะความรับผิดที่กว้างกว่า กล่าวคือในกฎหมายเก่านั้นผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาที่จะตัดอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดา แต่ในกฎหมายใหม่นั้นแค่เพียงเป็นการพาตัวไปหรือกักตัวเด็กไว้จากผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายก็เป็นความผิดตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ.1984 ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของ

⁴² Child Abduction Act of 1984, Section 7. (โปรดดูภาคผนวก)

⁴³ Child Abduction Act of 1984, Section 2. (โปรดดูภาคผนวก)

คณะกรรมการร่างกฎหมายอาญา⁴⁴ ซึ่งต้องการสร้างความชัดเจนว่าการลักพาตัวเด็กไม่จำเป็นต้องมีการละเมิดอำนาจปกครองที่เป็นรูปธรรมเพียงแต่มีลักษณะเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายก็เพียงพอแล้ว ทั้งในกฎหมายใหม่ยังมีการแก้ไขอายุเด็กที่กฎหมายให้ความคุ้มครองจากเดิมคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 14 ปี มาเป็นคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 16 ปี เช่นเดียวกับมาตรา 1

กฎหมายยังกำหนดว่าผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในความผิดฐานลักพาตัวเด็กโดยบุคคลอื่นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 หากผู้กระทำพิสูจน์ได้ว่า ในกรณีที่บิดาและมารดาไม่ได้สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายในเวลาที่บุตรเกิด แต่ผู้กระทำเป็นบิดาของบุตรนั้น หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้กระทำเป็นบิดาของบุตร หรือในขณะที่มีการกระทำความผิดนั้นผู้กระทำเชื่อโดยสุจริตว่าเด็กที่พาตัวไปหรือกักตัวไว้ นั้นเป็นมีอายุเกินกว่า 16 ปีบริบูรณ์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 (3)⁴⁵

ความสัมพันธ์ระหว่างความผิดทั้งสองลักษณะที่ได้กล่าวไปข้างต้นมีข้อน่าสังเกตว่าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 1 นั้นต้องเป็นบุคคลที่เป็นบิดา มารดา หรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็กตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1(2) เท่านั้น บุคคลอื่นนอกจากที่บัญญัติไว้หากพาตัวไปหรือส่งตัวเด็กออกนอกสหราชอาณาจักรไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 1 นี้ แต่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 2 ในกรณีที่บิดาหรือมารดา หรือบุคคลตามมาตรา 1(2) เป็นผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด ตามหลักแล้วผู้กระทำควรต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ใช้ตามมาตรา 1 แต่ถ้าผู้กระทำมิได้มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็ก ผู้กระทำย่อมมีอาจเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 1 ได้ แต่อย่างไรก็ดีผู้กระทำยังคงต้องรับผิดชอบตามมาตรา 2 ฐานลักพาตัวโดยบุคคลอื่น ซึ่งอาจมีโทษหนักกว่าการลักพาตัวเด็กโดยบิดาหรือมารดา เพราะในพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่มีการกล่าวถึงผู้สนับสนุน หรือตัวการร่วมในการกระทำความผิดในความผิดฐานลักพาตัวเด็กโดยบิดาหรือมารดาไว้เป็นการเฉพาะ

⁴⁴ The Criminal Law Revision Committee

⁴⁵ Child Abduction Act of 1984, Section 2 (3). (โปรดดูภาคผนวก)

ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ. 1984 มิได้กล่าวถึงการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายที่กระทำภายในสหราชอาณาจักรไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นหากบิดาหรือมารดาพาตัวไป หรือกักตัวเด็กไว้ในประเทศอังกฤษ การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามมาตรา 1(1) แต่อย่างไรก็ดีมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก ค.ศ.1984 คือการลักพาตัวเด็กจากความดูแล กล่าวคือผู้กระทำจักต้องรับผิดชอบเมื่อกระทำโดยรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการพาเด็กไปโดยปราศจากอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือข้ออ้างอันสมควรพาเด็กไปจากผู้มีอำนาจปกครอง กักตัวเด็กไว้จากผู้มีอำนาจปกครอง หรือรวมถึงช่วยเหลือ หรือยั่วยุให้เด็กออกไป หรืออยู่ห่างจากผู้มีอำนาจปกครอง ในมาตรา 49 นี้ได้กำหนดนิยามของคำว่า “ผู้มีอำนาจปกครอง” หมายถึง ผู้ที่เป็นผู้ดูแลเด็กโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ที่ได้รับคำสั่งให้ดูแลเด็กโดยคำสั่งศาล หรือคำสั่งคุ้มครองฉุกเฉิน ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้มีต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินกว่าอัตรามาตรฐาน หรือทั้งจำทั้งปรับ

อย่างไรก็ดีเด็กที่กฎหมายให้ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก ค.ศ.1984 หมายถึงบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี⁴⁶ (หรือ 16 ปีหากทำการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย) ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็กซึ่งคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 16 ปี ผู้กระทำความผิดเป็นนั่นเป็นได้ทั้งบุคคลอื่นรวมถึงบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองด้วยเพราะมาตรานี้มีเจตนาในการคุ้มครองเด็กจากการพาไปจากบุคคลผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง ดังนั้นหากบิดาหรือมารดาที่ไม่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายพาเด็กไปจากผู้มีอำนาจปกครองย่อมเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก ค.ศ. 1984

⁴⁶ Section 105 Interpretation. “child” means, subject to paragraph 16 of Schedule 1, a person under the age of eighteen;

3.3 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายของประเทศไทย

3.3.1 หลักเกณฑ์การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์

หลักกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้กำหนดความหมายของอำนาจปกครองบุตรว่า หมายถึงสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาที่มีต่อบุตรผู้เยาว์จนกว่าบุตรผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะ คือเมื่ออายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ และในมาตรา 372 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดให้บิดาและมารดาต้องใช้อำนาจปกครองและมีความรับผิดชอบต่อบุตรผู้เยาว์ร่วมกัน โดยบิดาและมารดาในกรณีนี้ต้องเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามในกรณีที่ศาลครอบครัวเห็นว่าการใช้อำนาจปกครองร่วมกันของบิดาและมารดาเป็นการขัดต่อหลักประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ ศาลอาจมีคำสั่งให้บิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้มีอำนาจปกครองผู้เยาว์แต่เพียงผู้เดียวก็ได้ แต่ในการที่จะมีคำสั่งดังกล่าวนี้ต้องเป็นกรณีที่ปรากฏเหตุจำเป็นอย่างยิ่งในการที่จะจำกัดสิทธิในการใช้อำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาอีกฝ่าย

ทั้งนี้แม้ศาลจะมีคำสั่งให้บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์แต่เพียงฝ่ายเดียวแต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่เป็นการตัดสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนบุตรผู้เยาว์ภายใต้เงื่อนไขที่ศาลกำหนดโดยศาลไม่อาจจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงอันเหตุที่จำเป็นที่จะจำกัดสิทธิในการพบปะติดต่อบุตรผู้เยาว์ดังกล่าว

ในกรณีที่บิดามารดาไม่ได้สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย มารดาเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรเพียงผู้เดียว แม้ในเวลาต่อมาศาลจะมีคำสั่งรับรองให้บิดาเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรผู้เยาว์หลังจากบุตรผู้เยาว์เกิดแล้ว 1 ปี มารดายังคงมีสิทธิเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรเพียงผู้เดียวเช่นเดิม บิดาถือเป็นผู้ปกครองลำดับสองเท่านั้นไม่มีสิทธิใช้อำนาจปกครองร่วมกับมารดาได้ เนื่องจากกรณีเช่นนี้รัฐสภาของประเทศไทยพิจารณาเห็นว่าบุตรผู้เยาว์ไม่ได้รับประโยชน์จากการที่บิดาจะเข้ามาใช้อำนาจปกครองร่วมกับมารดาในทันทีที่ศาลมีคำพิพากษาให้บิดาเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามหากบิดามารดาได้ตกลงกันมาก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาให้บิดาเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายจะใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน และฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอเพื่อมีคำสั่งให้บิดาสามารถใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกับมารดาหากเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์

การกำหนดอำนาจปกครองบุตรหลังหย่านั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดว่า แยกกันอยู่ของบิดามารดาไม่ส่งผลกระทบต่อการใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกันของบิดามารดา โดยฝรั่งเศสเห็นว่าภายหลังการสมรสสิ้นสุด ความสัมพันธ์ระหว่างบุตรผู้เยาว์กับบิดามารดา ยังคงต้องถูกรักษาไว้ หรืออาจกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุตรผู้เยาว์กับบิดามารดา แต่ละฝ่ายควรเป็นเช่นเดิม แต่อย่างไรก็ตามศาลย่อมมีอำนาจที่จะมีคำสั่งกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงการใช้อำนาจปกครองบุตรนั้นได้ หากบิดา มารดา อัยการ หรือบุคคลภายนอกซึ่งอาจมีความเกี่ยวข้องหรือไม่เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์ก็ได้ร้องขอต่อศาลไม่ว่าศาลจะมีคำสั่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองบุตรมาก่อนหรือไม่ ทั้งกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามการพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจปกครองหรือมีคำสั่งรับรองตามข้อตกลงระหว่างบิดาและมารดา ศาลยังคงมีอำนาจในการพิจารณาเปลี่ยนแปลงคำสั่งที่มีมาก่อนได้หากมีความจำเป็นต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงการใช้อำนาจปกครองของบิดาหรือมารดา ทั้งกรณีที่ใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงอำนาจปกครองจากอำนาจปกครองร่วมเพื่อให้บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียว และในกรณีเปลี่ยนแปลงตัวผู้ใช้อำนาจปกครองจากฝ่ายหนึ่งมาเป็นอีกฝ่ายหนึ่ง หรือถอนอำนาจปกครองในกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองปฏิบัติตัวไม่เหมาะสม⁴⁷

3.3.2 ความรับผิดชอบอาญากับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายของประเทศไทย

โดยทั่วไปแล้วบุตรย่อมมีที่อยู่เช่นเดียวกับบิดาและมารดา แต่ในกรณีที่บิดามารดาแยกทางกัน กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งถูกแก้ไขเมื่อวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 2002 กำหนดให้บุตรผู้เยาว์สามารถมีที่อยู่มากกว่าแห่ง โดยอาจมีที่อยู่ทั้งกับบิดาและมารดาทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ การกำหนดให้บุตรมีที่อยู่ได้ทั้งสองแห่งนี้อาจกำหนดโดยข้อตกลงระหว่างบิดาและมารดาหรือโดยคำพิพากษาของศาลในกรณีที่บิดาและมารดาอาจตกลงกันได้ ในทางปฏิบัติกรณีคำร้องขอให้บุตรผู้เยาว์มีที่อยู่มากกว่าหนึ่งแห่งเป็นการร้องขอร่วมกันระหว่างบิดาและมารดาศาลจะอนุญาตตาม

⁴⁷ ดวงกมล วาทีนวิเศษ, “การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์และการระงับข้อพิพาทในการใช้อำนาจปกครอง : ศึกษากรณีการกำหนดที่อยู่บุตร”, หน้า 147-150

คำร้อง อย่างไรก็ตามในกรณีที่คู่กรณีไม่อาจตกลงเกี่ยวกับการกำหนดที่อยู่บุตรมากกว่าหนึ่งแห่งได้ ศาลจะไม่มีคำสั่งให้ผู้เยาว์มีที่อยู่มากกว่าหนึ่งแห่ง หลักการดังกล่าวนี้ก็เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาทั้งสองฝ่ายกับบุตรผู้เยาว์

ดังนั้นบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อมไม่สิทธิย้ายบุตรผู้เยาว์โดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งได้ หากบิดาหรือมารดาย้ายที่อยู่บุตรผู้เยาว์โดยไม่มีแจ้งให้บิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งทราบล่วงหน้า ศาลย่อมมีอำนาจออกคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่อยู่บุตรโดยกำหนดให้บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงฝ่ายเดียว นอกจากนี้กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าการย้ายที่อยู่บุตรโดยบิดาหรือมารดาโดยไม่แจ้งการย้ายที่อยู่ให้แก่บุคคลอื่นซึ่งมีสิทธิพบและเยี่ยมเยียนหรือผู้ซึ่งศาลมีคำสั่งให้ผู้เยาว์อาศัยอยู่ด้วย มาตรา 227-6⁴⁸ บัญญัติว่า “ผู้ใดที่ผู้เยาว์อาศัยอยู่ด้วยย้ายที่อยู่ผู้เยาว์ไปที่อื่นโดยมิได้แจ้งการย้ายที่อยู่ให้แก่บุคคลอื่นซึ่งมีสิทธิพบและเยี่ยมเยียนหรือผู้ซึ่งศาลมีคำสั่งให้ผู้เยาว์อาศัยอยู่ด้วยตามคำสั่งศาลหรือตามข้อตกลงที่ศาลได้มีคำพิพากษารับรองทราบภายใน 1 เดือน นับแต่มีการย้ายที่อยู่ผู้เยาว์ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน และปรับไม่เกิน 7,500 ยูโร” ดังนั้นแม้ทั้งบิดาและมารดาจะมีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกันแต่การที่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย้ายที่อยู่บุตรผู้เยาว์โดยไม่แจ้งการย้ายที่อยู่ดังกล่าวให้อีกฝ่ายทราบ การกระทำเช่นนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นความผิดอาญาจากการละเมิดอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายที่มีอำนาจปกครองร่วมกัน⁴⁹

⁴⁸ The omission by a person whose children reside habitually with him when moving elsewhere to notify his change of address within one month from the date of such change to those persons entitled to exercise visiting or residence rights over such children pursuant to a judgment or a judicially affirmed agreement is punished by six months' imprisonment and a fine of €7,500.

(Act no. 96-604 of 5 July 1996 Article 27 Official Journal of 6th July 1996)

(Ordinance no. 2000-916 of 19 September 2000 Article 3 Official Journal of 22 September 2000 in force 1 January 2002)

⁴⁹ ดวงกมล วาทินวิเศษ, “การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์และการระงับข้อพิพาทในการใช้อำนาจปกครอง : ศึกษากรณีการกำหนดที่อยู่บุตร”, หน้า 156-157

หากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองบุตรพาตัวไปหรือกักตัวบุตรผู้เยาว์ไว้ อันเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองมีความผิดตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาตรา 227-7⁵⁰ ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดเป็นบุพการีของผู้เยาว์ พาตัวผู้เยาว์ไปจากผู้มีอำนาจปกครอง หรือจากผู้ที่ได้รับมอบหมาย หรือผู้ซึ่งเด็กอาศัยอยู่ด้วย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 15,000 ยูโร”

ตามมาตรา 227-7 แห่งกฎหมายอาญาฝรั่งเศสสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

1. ผู้กระทำต้องเป็นบุพการีของผู้เยาว์

ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ได้ต้องเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้เยาว์ในฐานะบุพการีของผู้เยาว์ เช่นเป็น บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ซึ่งถือตามความเป็นจริง

2. พาตัวผู้เยาว์ไป

มีการกระทำคือพาตัวผู้เยาว์ไปให้พ้นจากอำนาจปกครองของผู้มีอำนาจปกครองผู้เยาว์ในขณะนั้น

3. ผู้เยาว์ หมายถึงเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์

ประเทศฝรั่งเศสที่คุ้มครองเด็กจนกว่าจะถึงเกณฑ์บรรลุนิติภาวะคือ 18 ปี ดังนั้นหากผู้กระทำพาไปหรือกักตัวเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีไปย่อมเป็นผู้การกระทำความผิดตามมาตรานี้

4. พาไปจากผู้มีอำนาจปกครอง หรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย หรือผู้ซึ่งผู้เยาว์อาศัยอยู่ด้วย

การพาผู้เยาว์ไปนั้นต้องเป็นการพาตัวผู้เยาว์ไปจากผู้มีอำนาจปกครองตามกฎหมาย หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจปกครองให้เป็นผู้ดูแลผู้เยาว์ หรือจากผู้ซึ่งผู้เยาว์อาศัยอยู่ด้วย

⁵⁰ The French Penal Code, Article 227-7. (โปรดดูภาคผนวก)

สังเกตได้ว่าบทบัญญัตินี้แตกต่างหากจากการละเมิดอำนาจปกครองโดยบุคคลอื่นซึ่งมิใช่ผู้บุพการีหรือผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้เยาว์ การละเมิดอำนาจปกครองโดยการกระทำของบุคคลอื่นกฎหมายฝรั่งเศสก็บัญญัติไว้ในมาตรา 227-8⁵¹ “ผู้อื่นนอกจากบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา 227-7 โดยปราศจากกลฉ้อฉลหรือความรุนแรง พาตัวผู้เยาว์ไปจากผู้มีอำนาจปกครอง หรือจากผู้ที่ได้รับมอบหมาย หรือผู้ซึ่งเด็กอาศัยอยู่ด้วย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี และปรับไม่เกิน 75,000 ยูโร” จะสังเกตได้ว่าหากเป็นการกระทำโดยบุคคลอื่นนั้นจะมีระวางโทษทั้งจำและปรับที่สูงกว่าการกระทำโดยบุพการี⁵²

แต่การกระทำโดยบุพการีนี้อาจต้องรับโทษที่หนักขึ้น หากบุพการีนั้นกักตัวผู้เยาว์ไว้ยาวนานเกินกว่า 5 วันหลังจากผู้ที่มีสิทธิเรียกคืนผู้เยาว์ไม่ทราบว่าผู้เยาว์อยู่ที่ใด หรือในกรณีที่ผู้เยาว์ถูกกักตัวไว้ภายนอกประเทศฝรั่งเศส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และปรับไม่เกิน 45,000 ยูโร ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา มาตรา 227-9⁵³

ในกรณีที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองแต่มีสิทธิพบปะเยี่ยมเยียนบุตรได้พาบุตรไปอยู่กับตนตามสิทธิที่ได้รับ แต่ภายหลังหมดระยะเวลาเช่นว่านั้น แต่บิดาหรือมารดาฝ่ายดังกล่าวปฏิเสธที่คืนบุตรกลับไปให้ผู้มีอำนาจปกครองภายหลังระยะเวลาพบและเยี่ยมเยียนสิ้นสุดย่อมมีความผิดตามมาตรา 227-5⁵⁴ ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันชอบด้วยกฎหมายปฏิเสธที่จะส่งมอบผู้เยาว์ให้แก่ผู้ที่มีอำนาจปกครองผู้เยาว์โดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 15,000 ยูโร”

และผู้กระทำอาจต้องรับโทษหนักขึ้นหากกักตัวผู้เยาว์ไว้ยาวนานเกินกว่า 5 วันหลังจากผู้ที่มีสิทธิเรียกคืนผู้เยาว์ไม่ทราบว่าผู้เยาว์อยู่ที่ใด หรือในกรณีที่ผู้เยาว์ถูกกักตัวไว้ภายนอกประเทศฝรั่งเศส ตามมาตรา 227-9

⁵¹ The French Penal Code, Article 227-8. (โปรดดูภาคผนวก)

⁵² Charles B. Wang, *Country Report : France* (Virginia: International Children's Building, 2002), pp.1-20.

⁵³ The French Penal Code , Article 227-9. (โปรดดูภาคผนวก)

⁵⁴ The French Penal Code , Article 227-5. (โปรดดูภาคผนวก)

และในกรณีที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ ภายใต้มาตรา 227-5 และ 227-7 อันเป็นการตัดอำนาจปกครอง ในมาตรา 227-10⁵⁵ บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดเช่นว่านั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และปรับไม่เกิน 45,000 ยูโร

3.4 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองกฎหมายของประเทศสิงคโปร์

3.4.1 หลักเกณฑ์การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์

กฎบัตรว่าด้วยสตรี ค.ศ.1961 (The Women's Charter of 1961) มาตรา 61(1)⁵⁶ ได้กำหนดเรื่องการใช้อำนาจปกครองบุตรไว้ว่าเมื่อมีการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายทั้งบิดาและมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจในการปกครองบุตรร่วมกัน ในกรณีที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยการหย่า แต่เดิมเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้หย่าแล้วศาลจะเป็นผู้ชี้ขาดให้อำนาจปกครองบุตรตกอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันในขณะนั้นว่าให้อำนาจปกครองบุตรตกอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนั้นทำให้อีกฝ่ายถูกตัดสิทธิ์ในการใช้อำนาจปกครองบุตรโดยปริยายอันเนื่องมาจากคำสั่งของศาล บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรย่อมมีสิทธิในการใช้อำนาจเช่นว่านั้นแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่ต่อมาศาลประเทศสิงคโปร์เริ่มมองถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ คำพิพากษาเรื่องอำนาจปกครองบุตรในระยะต่อมาจึงพิจารณาถึงการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันของบิดาหรือมารดาภายหลังการสมรสสิ้นสุดลงด้วยการหย่า กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาว่าหากบิดาและมารดาสามารถที่จะใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกันต่อไปได้ก็ให้อำนาจปกครองบุตรดังกล่าวร่วมกันต่อไปเป็นอันดับแรก แต่ถ้าบิดาหรือ

⁵⁵ The French Penal Code , Article 227-10. (โปรดดูภาคผนวก)

⁵⁶ The Women's Charter. Section 46 (1)

Upon the solemnization of marriage, the husband and the wife shall be mutually bound to cooperate with each other in safeguarding the interests of the union and in caring and providing for the children.

มารดาที่มีข้อขัดแย้งไม่สามารถใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันได้ ศาลก็มีอำนาจแต่งตั้งให้บิดาหรือมารดาแต่เพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร⁵⁷

3.4.2 ความรับผิดชอบทางอาญากับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศหนึ่งที่ตระหนักถึงปัญหาการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 359 ของประเทศสิงคโปร์ได้บัญญัติแบ่งการลักพาตัวออกเป็น 2 ประเภท⁵⁸ คือ การลักพาตัวไปจากประเทศสิงคโปร์ และการลักพาตัวจากมีผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในความผิดฐานลักพาตัวเด็กไปจากประเทศสิงคโปร์นั้นปรากฏในมาตรา 360 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 360⁵⁹ ผู้ใดส่งตัวผู้อื่นออกจากประเทศสิงคโปร์โดยปราศจากความยินยอมเป็นของบุคคลนั้น หรือบุคคลอื่นที่มีอำนาจให้ความยินยอมแทนตัวบุคคลนั้น การกระทำเช่นนั้นเป็นการลักพาตัวเด็กไปจากประเทศสิงคโปร์”

ในมาตรานี้เป็นการลักพาตัวไปจากประเทศสิงคโปร์ ผู้ใดในมาตรานี้หากเป็นการกระทำของบุคคลอื่นไม่เป็นปัญหาในการปรับใช้ แต่หากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยบิดาหรือมารดา นักกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ส่วนใหญ่เห็นว่าไม่น่าเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา นี้ เพราะถือบิดาและมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน ดังนั้นการที่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งพาบุตรออกนอกประเทศสิงคโปร์ย่อมเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้นี้เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจปกครองอย่างหนึ่งการกระทำดังกล่าวจึงโดยไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 360

⁵⁷ Leong Wai Kum, “Restatement of the law of guardianship and custody in Singapore,” in Singapore Journal of Legal Studies (1999): 432-493.

⁵⁸ The Singapore Penal Code , Section 359. (โปรดดูภาคผนวก)

⁵⁹ The Singapore Penal Code , Section 360. (โปรดดูภาคผนวก)

ในส่วนของมาตรา 361 เป็นการลักพาตัวจากมีผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 361⁶⁰ ผู้ใดพาไป หรือล่อลวงเด็กชายอายุไม่เกิน 14 ปี หรือเด็กหญิงอายุไม่เกิน 16 ปี หรือบุคคลวิกลจริตไปจากผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กหรือคนวิกลจริตนั้น โดยปราศจากความยินยอมของผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำเช่นนั้นเป็นการลักพาตัวจากมีผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

ขยายความ คำว่า “ผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย” ในมาตรานี้รวมถึงผู้ที่ได้รับมอบหมายโดยชอบให้ดูแลเด็กหรือคนวิกลจริต

ข้อยกเว้น การกระทำเช่นนั้นไม่รวมถึงการกระทำที่กระทำด้วยเจตนาดี คือกระทำโดยเชื่อว่าตนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรนอกสมรส หรือเชื่อโดยสุจริตว่าตนมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายในการดูแลบุตร แต่การกระทำเช่นนั้นต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ในความผิดฐานการลักพาตัวเด็กจากมีผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายของประเทศสิงคโปร์นั้นได้บัญญัติอัตราโทษไว้ในมาตรา 363⁶¹ กำหนดให้ ผู้กระทำความผิดฐานพาตัวผู้อื่นไปจากประเทศสิงคโปร์หรือจากผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งอัตราโทษดังกล่าวถือเป็นอัตราโทษที่มีความรุนแรงมาก

การลักพาตัวเด็กจากมีผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นสถานะของบุคคลที่อาจเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย หรือจากคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลให้เป็นผู้มีอำนาจในการปกครองดูแลเด็กโดยชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นการละเมิดอำนาจปกครองโดยบุคคลอื่นซึ่งไม่มีอำนาจปกครองพาไป หรือล่อลวงเด็กไปจากผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็นความผิดตามมาตรา⁶¹ แต่ถ้าการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยบิดา

⁶⁰ The Singapore Penal Code , Section 361. (โปรดดูภาคผนวก)

⁶¹ The Singapore Penal Code , Section 362. (โปรดดูภาคผนวก)

หรือมารดาที่มีอำนาจปกครองการกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นความผิดดังที่ปรากฏในคดีของ Borthwick v. Borthwick ในขณะที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการฟ้องหย่า Mrs Borthwick ผู้เป็นมารดาได้พาบุตรไปจากบิดา ศาลตัดสินว่าการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดตามมาตรา 361 เพราะยังไม่มีคำสั่งศาลให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแต่เพียงเดียว การกระทำดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจปกครองอย่างหนึ่ง แต่ในกรณีที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่พาเด็กไปนั้นเป็นฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองและกระทำโดยปราศจากความยินยอมจากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครอง การกระทำเช่นนั้นของบิดาหรือมารดา ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา⁶²

เป็นที่น่าสังเกตว่าหากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยบิดาซึ่งกระทำโดยมีเจตนาดี คือ กระทำโดยเชื่อว่าตนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรนอกสมรส หรือเชื่อโดยสุจริตว่าตนมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายในการดูแลบุตร แต่การกระทำเช่นนั้นต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งข้อยกเว้นเช่นนี้มีผลมาจากวัฒนธรรมของประเทศสิงคโปร์ที่บิดาเป็นใหญ่ บุตรและภรรยาเป็นเพียงทรัพย์สินของบิดาเท่านั้น กฎหมายจึงให้อำนาจบิดาในการยกเหตุดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้ให้การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิด จะเห็นได้ว่าแต่เดิมในประเทศสิงคโปร์นั้นบิดาแทบจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียว จึงไม่มีช่องทางที่จะเกิดการลักพาตัวเด็กโดยบิดาได้ ต่อมาเมื่อมีการพัฒนาเรื่องความเสมอภาคของหญิงและชาย สิงคโปร์มีการออกกฎบัตรว่าด้วยสตรี ค.ศ.1961 เพื่อแสดงถึงความเสมอภาคของหญิงและชาย ในเรื่องของการใช้อำนาจปกครองบุตรนั้นกฎหมายกำหนดว่าเมื่อมีการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายบิดาและมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจในการปกครองบุตรร่วมกัน และยังกำหนดถึงความรับผิดชอบในการละเมิดอำนาจปกครองบุตรไว้ด้วย จากเดิมกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ที่ไม่สามารถลงโทษบิดาในความผิดลักพาตัวบุตรของตนได้ แต่ในกฎบัตรว่าด้วยสตรีนี้ได้กำหนดให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดและมีโทษ แม้ว่าจะมีไม่การใช้คำว่า ลักพาตัวเด็ก หรือ พรากเด็ก ในมาตรา 126 แต่การ

⁶² Chan Wing Cheong, "The law in Singapore on child abduction," in *Singapore journal of legal studies* (2004): 444-461.

ที่กฎหมายกำหนดห้ามนำตัวเด็กออกนอกประเทศสิงคโปร์ก็มีความหมายในทำนองเดียวกันแล้ว⁶³
มาตรา 126 แห่งกฎบัตรว่าด้วยสิทธิบัญญัติไว้ ดังนี้

มาตรา 126⁶⁴

(1) คำสั่งของศาลเรื่องอำนาจปกครองบุตรต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ศาลกำหนดตามที่เห็นสมควร อาจเป็นการกำหนดเงื่อนไขในช่วงระยะเวลาหนึ่งก็ย่อมได้ ผู้ที่ได้รับอำนาจปกครองบุตรสามารถที่จะตัดสินใจในการดูแลและให้การศึกษาบุตร

⁶³ Leong Wai Kum, "International co-operation in child abduction across borders," in Singapore Academy of Law Journal 409 (1999): 409-433.

⁶⁴ WOMEN'S CHARTER Orders subject to conditions 126.

(1) An order for custody may be made subject to such conditions as the court may think fit to impose and, subject to such conditions, if any, as may from time to time apply, shall entitle the person given custody to decide all questions relating to the upbringing and education of the child.

(2) Without prejudice to the generality of subsection (1), an order for custody may —

- (a) contain conditions as to the place where the child is to reside, as to the manner of his or her education and as to the religion in which he or she is to be brought up;
- (b) provide for the child to be temporarily in the care and control of some person other than the person given custody;
- (c) provide for the child to visit a parent deprived of custody, or any member of the family of a parent who is dead or has been deprived of custody, at such times and for such periods as the court may consider reasonable;
- (d) give a parent deprived of custody or any member of the family of a parent who is dead or has been deprived of custody the right of access to the child at such times and with such frequency as the court may consider reasonable; or
- (e) prohibit the person given custody from taking the child out of Singapore.

(3) Notwithstanding subsection (1) but subject to any condition imposed under subsection (2) (e), where an order for custody is in force, no person shall take the child who is the subject of the custody order out of Singapore except with the written consent of both parents or the leave of the court.

(4) Subsection (3) does not prevent the taking out of Singapore for a period of less than one month of the child by the person given custody of the child or by any other person who has the written consent of the person given custody of the child to take the child out of Singapore.

(5) Any person who contravenes subsection (3) shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine not exceeding \$5,000 or to imprisonment for a term not exceeding one year or to both

(2) โดยปราศจากอคติจากหลักการในข้อ (1) คำสั่งเรื่องอำนาจปกครองบุตร อาจจะ

- (ก) กำหนดเงื่อนไขเรื่องสถานที่ที่เด็กอยู่อาศัย รูปแบบของการได้รับการศึกษาและการนับถือศาสนาที่เขาจะเติบโตขึ้นมา
- (ข) กำหนดให้เด็กอยู่ในความดูแลของบุคคลอื่นนอกจากผู้ได้รับอำนาจดูแลบุตรเป็นการชั่วคราว
- (ค) กำหนดให้เด็กมีสิทธิพบบปะกับบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่ได้รับสิทธิให้มีอำนาจปกครองบุตรหรือสมาชิกอื่นในครอบครัวของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เสียชีวิตหรือไม่มีอำนาจปกครองบุตร ในช่วงระยะเวลาที่ศาลเห็นว่าเหมาะสม
- (ง) กำหนดให้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่ได้รับสิทธิให้มีอำนาจปกครองบุตร หรือสมาชิกอื่นในครอบครัวของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เสียชีวิตหรือไม่มีอำนาจปกครองบุตรมีสิทธิเยี่ยมเยียนบุตรในระยะเวลาและความถี่ที่ศาลเห็นว่าเหมาะสม
- (จ) ห้ามฝ่ายที่ได้รับอำนาจปกครองบุตรพาตัวบุตรออกจากประเทศสิงคโปร์

(3) อนุมาตรา (1) ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ปรากฏในอนุมาตรา (2)(จ) ในระยะเวลาที่คำสั่งเรื่องอำนาจปกครองบุตรมีผลบังคับ ห้ามผู้ใดพาตัวเด็กซึ่งอยู่ภายใต้คำสั่งดังกล่าวออกจากประเทศสิงคโปร์ ยกเว้นได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากบิดาและมารดา หรือคำสั่งศาล

(4) ภายใต้อนุมาตรา (3) ไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่พาตัวเด็กออกจากประเทศสิงคโปร์เป็นระยะเวลาไม่เกิน 1 เดือน โดยฝ่ายที่มีอำนาจปกครองหรือฝ่ายที่ได้รับความได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากบิดาและมารดาให้พาเด็กออกจากประเทศสิงคโปร์

(5) ผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนอนุมาตรา (3) มีโทษปรับไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ หรือจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

จากกฎบัตรว่าด้วยสตรีสามารถแยกองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับการพาตัวเด็กออกนอกประเทศสิงคโปร์ ได้ดังนี้

1. ห้ามพาตัวเด็กซึ่งอยู่ภายใต้คำสั่งดังกล่าวออกจากประเทศสิงคโปร์
2. ตามกฎบัตรว่าด้วยสตรี เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 21 ปีบริบูรณ์⁶⁵ และยังมีได้ทำการสมรสหรือเป็นหม้าย
3. การห้ามนั้นห้ามทุกคนรวมถึงบิดามารดาด้วย
4. กระทำลงไปโดยปราศจากความยินยอมเป็นหนังสือจากบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย หรือคำสั่งศาล
5. การพาตัวไปนั้นต้องมีระยะเวลาเกิน 1 เดือน

นอกจากนี้การห้ามพาตัวเด็กออกนอกประเทศสิงคโปร์นั้นมิได้หมายถึงเฉพาะผู้ปกครองฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองดูแลเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงผู้ปกครองฝ่ายที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย ตามมาตรา 126 (2)(จ) เนื่องจากกฎหมายมองว่าหากผู้ที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายพาตัวเด็กออกนอกประเทศสิงคโปร์จะเป็นการขัดขวางไม่ให้บิดาหรือมารดาอีกฝ่ายที่มีได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแต่มีสิทธิเยี่ยมเยียนใช้สิทธิดังกล่าวได้ จึงกำหนดให้แม้ผู้พาตัวเด็กออกนอกประเทศจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองก็อาจเป็นผู้กระทำความผิดได้

ในบทต่อไปจะเป็นการเปรียบเทียบการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองกับความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสิงคโปร์ เพื่อให้เห็นข้อดี ข้อเสียของบทบัญญัติทางกฎหมายในแต่ละประเทศ เพื่อแสวงหาแนวทางที่เหมาะสมในการนำมาปรับใช้ในประเทศไทย

⁶⁵ “minor” means a person who is below the age of 21 years and who is not married or a widower or widow;

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองและความเหมาะสมในการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา

ในต่างประเทศนั้นการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองถือเป็นความผิดอาญาโดยตรง ส่งผลให้บุคคลที่ละเมิดอำนาจปกครองต้องรับโทษทางอาญา เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อการใช้อำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองและถือเป็นการละเมิดสิทธิเด็กรูปแบบหนึ่ง ในกฎหมายไทยไม่มีการกำหนดให้ละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดอาญา โดยเฉพาะ การนำกฎหมายที่มีอยู่มาบังคับใช้ก็มีปัญหาความไม่เหมาะสมหลายประการ ดังนั้นเมื่อจะกำหนดให้ละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดอาญา จึงสมควรที่นำความผิดเกี่ยวกับละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองของต่างประเทศมาศึกษาวิเคราะห์ให้เห็นถึงความแตกต่าง ข้อดี ข้อเสีย และความบกพร่องของกฎหมายไทยตลอดจนแสวงหามาตรการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสมต่อไป

กฎหมายอาญาเป็นมาตรการทางกฎหมายที่รัฐล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่มีผลรุนแรงที่สุด ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงควรเป็นวิถีทางสุดท้ายเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย การบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้นจำเป็นต้องพิจารณาว่าวิธีการอื่น ๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่า เช่น มาตรการทางแพ่ง หรือมาตรการทางอาญาที่มีอยู่ไม่สามารถป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือไม่สอดคล้องกับสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่าการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้น แม้จะมีมาตรการทางแพ่งให้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองมีสิทธิในการเรียกคืนบุตรจากบุคคลอื่นซึ่งกักตัวบุตรไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1567 (4) บิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิฟ้องบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองโดยการพาตัวไป หรือกัก

ตัวบุตรไว้ให้ส่งบุตรคืนแก่ตน ซึ่งการดำเนินการเช่นว่าเป็นกระบวนการในทางแพ่งอันเป็นเรื่องระหว่างเอกชน ฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองต้องเป็นผู้ดำเนินการเอง และเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองส่งตัวบุตรคืนให้อีกฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครอง หากฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษา ฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองก็ต้องเป็นผู้ดำเนินการเพื่อการบังคับคดีเอง โดยต้องขอบังคับคดีและต้องนำเจ้าพนักงานบังคับคดีเข้าบังคับคดีตามคำพิพากษา การที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองต้องดำเนินการสืบหาตัวบุตรผู้เยาว์ที่ถูกพาไปหรือถูกกักตัวไว้นั้นอาจเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ลำบากกว่าการดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีความเชี่ยวชาญและมีการติดต่อประสานงานที่ทำให้การดำเนินการสืบหาตัวเด็กเป็นไปได้รวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากกว่า ในกรณีนี้รัฐไม่มีอำนาจเข้าไปดำเนินการสืบหาตัวบุตรเนื่องจากกระบวนการดังกล่าวเป็นกระบวนการในทางแพ่งในซึ่งเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน แตกต่างจากกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการติดตามสืบหาตัวบุตรตั้งแต่นั้นขั้นตอนการสืบสวนก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาลซึ่งทำให้การติดตามหาตัวบุตรผู้เยาว์เป็นไปได้อย่างรวดเร็วยิ่งกว่า บุตรผู้เยาว์ที่ถูกพาไปหรือถูกกักตัวไว้ย่อมได้รับรับผลกระทบการกระทำเช่นนั้นน้อยกว่าการที่ปล่อยเวลาให้เนิ่นช้าออกไป

นอกจากนี้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองนั้นหากส่งคืนบุตรตามคำพิพากษาของศาลผู้กระทำไม่ต้องรับโทษใดๆ ในทางอาญา แม้จะมีการลงโทษกักขังในกรณีที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองซึ่งเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลก็เฉพาะแต่ในกรณีที่บิดามารดาฝ่ายนั้นไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาเท่านั้น หากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองปฏิบัติตามคำพิพากษาการกระทำเช่นนั้นย่อมไม่ได้รับโทษ บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ทำให้ละเมิดอำนาจปกครองจึงไม่รู้สึกรู้ว่าการกระทำของตนเป็นความผิด ซึ่งความรู้สึกนี้เองอาจนำไปสู่การกระทำความผิดซ้ำได้

เมื่อมาตรการทางแพ่งไม่เพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองและไม่อาจป้องกันละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองได้ จึงต้องหันมาพิจารณามาตรการทางอาญาที่นำมาบังคับใช้ในปัจจุบัน คือความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ยังคงมีข้อจำกัด

เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายบางประการทั้งในส่วนของความผิด เนื่องจากการกระทำดังกล่าว เป็นการกระทำที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองนั้นกระทำโดยมิได้มีเจตนาเลวร้าย เป็นอาชญากรเช่นผู้กระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย อาญา อัตราโทษในฐานะความผิดดังกล่าวมีอัตราโทษจำคุกค่อนข้างสูงซึ่งไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ กับความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองซึ่งเป็น เรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัวอันมีความละเอียดอ่อนมาก ทั้งเรื่องดังกล่าว เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมมิได้อยู่ในศาลชำนาญพิเศษ และเป็น ความผิดอาญาดังกล่าวเป็นความผิดที่ไม่อาจยอมความได้จึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับ สถานการณ์ที่เกิดขึ้น

เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายถึงคุณธรรมที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแม้จะมี คำอธิบายในทางตำราของนักกฎหมายหลายท่านและคำพิพากษาฎีกาวางหลักว่าการที่กฎหมาย กำหนดเช่นนี้ก็เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองอำนาจปกครอง แต่จาก การศึกษาประวัติศาสตร์ทางกฎหมายเกี่ยวกับแนวคิดในการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดา มารดาในอันมีวิวัฒนาการมาจากประกาศคำปรึกษาเรื่องจำนำเด็ก จ.ศ.1244 กฎหมายลักษณะ อาญา ตลอดมาจนถึงความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ควบคู่กับ วิวัฒนาการของสภาพสังคมไทยตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน ผู้เขียนเข้าใจว่าความประสงค์ที่แท้จริงใน ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์กฎหมายต้องการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์มากกว่าการ คุ้มครองอำนาจปกครองแต่การที่กฎหมายบัญญัติเช่นนั้นก็เพื่อต้องการกำหนดตัวผู้เสียหายในคดี ขึ้นเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีเห็นได้จากกฎหมายให้ความคุ้มครองอำนาจของผู้ดูแลแม้บุคคล ดังกล่าวไม่มีฐานะทางกฎหมายก็ตาม

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองก็มีอำนาจบังคับใช้ กับทุกกรณี การบังคับใช้เป็นไปได้เพียงบางกรณีเท่านั้น

จากเหตุผลที่ได้กล่าวไปข้างต้นและการศึกษากฎหมายในต่างประเทศเห็นว่าอำนาจ ปกครองของผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งควรได้รับการคุ้มครองมิให้ผู้ใดมา

กระทำละเมิดอำนาจปกครองรวมถึงบิดาหรือมารดาฝ่ายอีกฝ่ายหนึ่งด้วย เพื่อเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายที่เหมาะสมกับสภาพสังคมไทยจึงสมควรที่จะนำความผิดเกี่ยวกับละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองของต่างประเทศมาศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบ

การวิเคราะห์ให้เห็นถึงข้อดี ข้อเสีย และความบกพร่องของกฎหมายไทยที่ดีที่สุดคือการเปรียบเทียบมาตรฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ในประเด็นดังต่อไปนี้

1. อำนาจปกครอง
2. ลักษณะของกฎหมาย
3. องค์ประกอบของความผิด
4. หลักเกณฑ์อายุเด็กที่ได้รับการคุ้มครอง
5. คุ้มครองเว้นความผิด
6. อัตราโทษ
7. เหตุเพิ่มโทษและเหตุลดโทษ

ตารางสรุปเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

ประเด็นที่เปรียบเทียบ	ประเทศสหรัฐอเมริกา	ประเทศอังกฤษ	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศสิงคโปร์	ประเทศไทย
1.อำนาจปกครองบุตร	ระหว่างสมรส -บิดาและมารดาเป็น ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ร่วมกัน	ระหว่างสมรส -บิดาและมารดาเป็น ผู้ใช้อำนาจปกครอง บุตรร่วมกัน	ระหว่างสมรส -บิดาและมารดาเป็น ผู้ใช้อำนาจปกครอง บุตรร่วมกัน	ระหว่างสมรส -บิดาและมารดาเป็น ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ร่วมกัน	ระหว่างสมรส -บิดาและมารดาเป็น ผู้ใช้อำนาจปกครอง บุตรร่วมกัน
	หลังหย่า -บิดาและมารดาใช้ อำนาจปกครองบุตร ร่วมกัน	หลังหย่า -บิดาและมารดาใช้ อำนาจปกครองบุตร ร่วมกัน	หลังหย่า -บิดาและมารดาใช้ อำนาจปกครองบุตร ร่วมกัน	หลังหย่า -กฎหมายกำหนดให้ บิดาหรือมารดาฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจ ปกครองแต่เพียงฝ่าย	หลังหย่า -กฎหมายกำหนดให้ บิดาหรือมารดาฝ่าย ใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้ อำนาจปกครองแต่

				เดียว แต่เริ่มมีแนวคำ พิพากษาของศาลวาง หลักให้บิดาและมารดา ใช้อำนาจปกครองบุตร ร่วมกัน	เพียงฝ่ายเดียว
2.ลักษณะกฎหมาย	- กฎหมายเฉพาะในการ ส่งตัวเด็กออกนอก ประเทศ - ประมวลกฎหมาย อาญาของแต่ละมลรัฐ ในการกระทำซึ่งกระทำ ภายในประเทศ	- กฎหมายเฉพาะ	- ประมวลกฎหมาย อาญา	- ประมวลกฎหมาย อาญา -กฎหมายอื่น	- ประมวลกฎหมาย อาญา

3.องค์ประกอบของ ความผิด	-กำหนดตัวผู้ถูกละเมิด อำนาจปกครองไว้อย่าง ชัดแจ้ง	-กำหนดตัวผู้กระทำ ความผิดไว้ชัดแจ้ง	-กำหนดตัวผู้กระทำ ความผิดไว้ชัดแจ้ง	-กำหนดตัวถูกละเมิด อำนาจปกครองไว้อย่าง ชัดแจ้ง	-ไม่กำหนดทั้งตัว ผู้กระทำผิดและผู้ถูกละเมิดอำนาจ ปกครองอย่างชัดแจ้ง
4.ข้อยกเว้นความผิด	- กำหนดข้อยกเว้น ความรับผิดสำหรับ ผู้กระทำอย่างชัดแจ้งว่า กรณีใดบ้างทำให้การ กระทำไม่เป็นความผิด	-กำหนดข้อยกเว้น ความรับผิดสำหรับ ผู้กระทำอย่างชัดแจ้ง ว่ากรณีใดบ้างทำให้ การกระทำไม่เป็น ความผิด	-ไม่มีการบัญญัติ ข้อยกเว้นความผิดไว้ อย่างชัดแจ้ง	-กำหนดเฉพาะกรณี ผู้กระทำเป็นบิดาโดย เชื่อว่าตนเป็นบิดาโดย ชอบด้วยกฎหมายของ บุตรนอกสมรสและเชื่อ โดยสุจริตว่าตนมีสิทธิ โดยชอบด้วยกฎหมาย ในการดูแลบุตร หาก ผู้กระทำเป็นมารดาไม่ อาจใช้เหตุดังกล่าวเพื่อ	-ในความผิดฐานพวาก ผู้เยาว์ตามประมวล กฎหมายอาญามีได้มี การบัญญัติข้อยกเว้น ความผิดไว้อย่างชัด แจ้ง

				ยกเว้นความรับผิด	
5.หลักเกณฑ์อายุเด็กที่ได้รับการคุ้มครอง	<ul style="list-style-type: none"> - การส่งตัวเด็กออกนอกประเทศคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 16 ปี - การกระทำความผิดภายในประเทศคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี 	<ul style="list-style-type: none"> - การส่งตัวเด็กออกนอกประเทศคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 16 ปี -การกระทำความผิดภายในประเทศคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี 	- กฎหมายคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี	<ul style="list-style-type: none"> - การส่งตัวเด็กออกนอกประเทศคุ้มครองเด็กอายุ 21 ปีบริบูรณ์ -การกระทำความผิดภายในประเทศคุ้มครองเด็กชายอายุไม่เกิน 14 ปี หรือเด็กหญิงอายุไม่เกิน 16 ปี 	<ul style="list-style-type: none"> - ความผิดฐานพรากเด็กคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี - พรากผู้เยาว์คุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี
6.อัตราโทษ	- การส่งตัวเด็กออกนอกประเทศระวางโทษปรับ	- จำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินกำหนด	- การส่งตัวเด็กออกนอกประเทศระวาง	- การพาตัวเด็กออกนอกประเทศระวางโทษ	- ความผิดฐานพรากเด็กผู้กระทำความผิด

	<p>ตามที่บัญญัติไว้ หรือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ</p> <p>-การกระทำภายในประเทศโทษมีความแตกต่างกันในแต่ละมลรัฐในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียมีจำคุกไม่เกิน 1ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์</p>	<p>ไว้ตามกฎหมายหรือ ทั้งจำทั้งปรับ</p>	<p>โทษปรับตามที่บัญญัติไว้ หรือต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือ ทั้งจำทั้งปรับ</p> <p>- การกระทำภายในประเทศโทษระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 15,000 ยูโร</p>	<p>ปรับไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ หรือ จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือ ทั้งจำทั้งปรับ</p>	<p>ระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึงสิบ 5 ปีและปรับตั้งแต่ 6,000 บาท ถึง 30,000บาท และความผิดฐาน</p> <p>-ความผิดพรากผู้เยาว์ด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ 4,000บาท ถึง 20,000 บาท</p>
7.เหตุเพิ่มโทษและเหตุลดโทษ	-มีทั้งเหตุเพิ่มโทษและเหตุลดโทษ	- ไม่มีเหตุเพิ่มโทษและเหตุลดโทษ	- มีเหตุเพิ่มโทษ	- ไม่มีเหตุเพิ่มโทษและเหตุลดโทษ	- ไม่มีเหตุเพิ่มโทษและเหตุลดโทษ

4.1 อำนาจปกครองบุตร

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ต่างได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของกฎหมายในยุคโรมัน กล่าวคือ กฎหมายโรมันให้อำนาจเด็ดขาดแก่บิดาในการควบคุมเหนือตัวบุตร ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้ยังมีอิทธิพลต่อกฎหมายของประเทศอื่นด้วย เช่น กฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส จนกระทั่งศตวรรษที่ 16 ยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการเริ่มมีการให้ความสำคัญกับปัจเจกบุคคลและมุ่งเน้นประโยชน์ของบุตร รวมทั้งมีการยอมรับสิทธิของมารดามากขึ้น¹ จากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้นำไปสู่การยอมรับในเรื่องความผาสุกของเด็ก การปกป้องเด็ก และการเปลี่ยนแปลงแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตร จากเดิมที่อำนาจปกครองบุตรถูกมองว่าเป็นเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่บิดามารดามีต่อบุตร โดยบิดามีสิทธิเด็ดขาดเหนือบุตรและทรัพย์สินของบุตรมาเป็นความรับผิดชอบของบิดามารดาที่มีต่อบุตร กล่าวคือเป็นการเปลี่ยนความสัมพันธ์เชิงอำนาจมาเป็นความสัมพันธ์เชิงรับผิดชอบ²

สำหรับกฎหมายไทยพบว่า เดิมกฎหมายลักษณะผัวเมีย บิดามีอำนาจสูงสุดในการปกครองบุตรเช่นเดียวกับประวัติศาสตร์กฎหมายสากล ต่อมาเมื่อมีการตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวและความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรให้มีความเหมาะสมและทันสมัยมากยิ่งขึ้น โดยกำหนดครองรับสิทธิของบุตรและกำหนดสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาต่อบุตรไว้ด้วย ซึ่งการใช้สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาดังกล่าวเพื่อปกป้อง คุ้มครอง เลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และให้การศึกษาแก่บุตรเพื่อให้เติบโตขึ้นเป็นคนดีในสังคม อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุตรว่าจะต้องได้รับการเลี้ยงดูที่ดีและเหมาะสมจากบิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองนั่นเอง

¹ Edracim J. Kermani, *Handbook of Psychiatry and the Law* (United State: Year Book Medical Publisher Inc, 1986), P. 265.

² P.M. Bromley and N.V. Lowe, *Bromley's Family Law* (London: Butterworths, 1992), P. 289.

จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งของต่างประเทศและประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดเกี่ยวกับผู้มีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์คือให้ทั้งบิดาและมารดามีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์อย่างเท่าเทียมกันแล้วยังมีแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพหรือประโยชน์สูงสุดของบุตรผู้เยาว์มากขึ้นจากเดิมอำนาจปกครองที่ผู้ใช้อำนาจปกครองมีเหนือบุตรผู้เยาว์เป็นความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจมาเป็นความสัมพันธ์ในเชิงความรับผิดชอบเพื่อคุ้มครองบุตรผู้เยาว์ จึงกล่าวได้ว่าการใช้อำนาจปกครองบุตรเป็นเรื่องของสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่อผู้ใช้อำนาจปกครองที่มีต่อบุตรผู้เยาว์³ ทำให้ปัจจุบันการมีแนวคิดว่าการใช้คำว่าอำนาจปกครองจึงไม่เหมาะสมนักเพราะความสัมพันธ์ดังกล่าวมิใช่ความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจที่ผู้ใช้อำนาจมีเหนือตัวบุตรอีกต่อไป ในพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. 2555 มาตรา 3 ได้ให้ความหมายของ “rights of custody” ว่า “สิทธิควบคุมดูแล” มิได้ใช้คำว่าอำนาจปกครองเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยในมาตรา 3 ได้ให้นิยามคำว่า สิทธิควบคุมดูแลเด็ก หมายความว่า สิทธิเกี่ยวกับการดูแลความเป็นอยู่ของเด็กและหมายรวมถึงสิทธิกำหนดที่อยู่ของเด็ก ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้โดยผลของกฎหมายโดยคำสั่งของศาลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเป็นผลของความตกลงที่มีผลตามกฎหมาย จะเห็นได้ว่าสิทธิควบคุมดูแลเด็กนั้นเน้นไปที่สิทธิเกี่ยวกับการดูแลความเป็นอยู่ของบุตรและการกำหนดที่อยู่ของบุตรซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวเป็นสำคัญไม่รวมถึงอำนาจเกี่ยวกับการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม และอำนาจจัดการทรัพย์สินของบุตรเดียวกับความหมายของอำนาจปกครอง แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้ให้ความหมายของอำนาจปกครองไว้อย่างชัดเจนแต่พอสรุปได้ว่าอำนาจปกครองบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ อำนาจที่บิดามารดามีเหนือบุตรผู้เยาว์

³ ดวงกมล วาทินวิเศษ, “การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์และการระงับข้อพิพาทในการใช้อำนาจปกครอง : ศึกษากรณีการกำหนดที่อยู่บุตร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 195.

ซึ่งเป็นอำนาจตามธรรมชาติของบิดามารดา นับแต่บุตรได้ถือกำเนิดมา เพื่อเลี้ยงดูรักษาให้บุตรเจริญเติบโตในภายหน้า ประกอบไปด้วยอำนาจในทางสัมพันธส่วนตัว อำนาจเกี่ยวกับการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม และอำนาจจัดการทรัพย์สินของบุตร

จากการบัญญัติกฎหมายในพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. 2555 โดยใช้คำว่า สิทธิควบคุมดูแล แทนคำว่า อำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นเครื่องยืนยันอย่างชัดเจนว่า ความความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาต่อบุตรในประเทศไทยนั้นได้เปลี่ยนจากความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจที่บิดามารดามีอำนาจเหนือบุตรมาเป็นความสัมพันธ์เชิงรับผิดชอบที่บิดามารดามีหน้าที่ต้องดูแลบุตรผู้เยาว์ให้เจริญเติบโตเป็นบุคคลที่มีคุณภาพในอนาคต โดยจุดมุ่งหมายสำคัญของกฎหมายดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กนั่นเอง

4.1.1 การใช้อำนาจปกครองบุตรระหว่างสมรส

การใช้อำนาจปกครองบุตรระหว่างสมรสเกือบทุกประเทศทุกประเทศวางหลักเกณฑ์ให้บิดาและมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกัน การใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันนี้มีทั้งการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันในทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองบุตร เช่น ในกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสมาตรา 372 กำหนดให้บิดาและมารดาต้องใช้อำนาจปกครองบุตรและมีความรับผิดชอบต่อบุตรผู้เยาว์ร่วมกัน หรือในกฎบัตรว่าด้วยสตรี ค.ศ. 1961 มาตรา 61(1) ได้กำหนดเรื่องการใช้อำนาจปกครองบุตรไว้ว่าเมื่อมีการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายทั้งบิดาและมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจในการปกครองบุตรร่วมกัน การที่กฎหมายวางหลักเช่นนี้ก็เพื่อให้บิดามารดาได้ปรึกษาหารือตกลงร่วมกันในการดูแลบุตรและเพื่อป้องกันมิให้บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้อำนาจตามอำเภอใจซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อบุตรผู้เยาว์หรือละเมิดการใช้อำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่ง การใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันในทุกเรื่องนี้มีปัญหาคือเป็นเรื่องยุ่งยากที่บิดาหรือมารดาจะต้องใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันทุกเรื่องอันอาจก่อให้เกิดความล่าช้า ในทางปฏิบัติบิดามารดาจึงอาจใช้อำนาจปกครองบุตรได้เพียง

ลำพังในเรื่องเล็กๆ น้อยๆ ไม่มีความสำคัญหรือไม่มีผลกระทบต่อบุตรหรือการใช้อำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาอีกฝ่าย

ในบางประเทศกำหนดให้บิดามารดาทั้งสองฝ่ายมีความรับผิดชอบในการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันโดยบิดาและมารดาแต่ละฝ่ายสามารถใช้อำนาจได้โดยอิสระมีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับประโยชน์สุขของบุตรตามที่เห็นสมควรแต่เพียงลำพัง เว้นแต่เป็นการใช้อำนาจบางประการที่มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อตัวผู้เยาว์เป็นอย่างมาก หรือกระทบต่อการใช้อำนาจปกครองบุตรของบิดาหรือมารดาอีกฝ่าย การจะใช้อำนาจปกครองในกรณีเช่นนี้ต้องได้รับความยินยอมจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งหรือได้รับอนุญาตจากศาล โดยบิดาและมารดาทั้งสองฝ่ายนั้นมีอำนาจหน้าที่อย่างเท่าเทียมกันในการอุปการะ เลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และให้การศึกษแก่บุตร เช่นในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็กของประเทศอังกฤษ

สำหรับกฎหมายไทยแม้มาตรา 1566 จะวางหลักให้บุตรผู้เยาว์อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาก็ตาม แต่กฎหมายไม่ได้วางหลักเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองบุตรไว้ชัดเจนว่าบิดาและมารดาต้องใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันหรือสามารถใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงลำพังได้ในกรณีใดบ้าง

ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องของการใช้อำนาจปกครองบุตรในประเทศไทยนั้นควรกำหนดให้ชัดเจนว่าบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกันโดยบิดาและมารดาแต่ละฝ่ายสามารถใช้อำนาจได้โดยอิสระในการตัดสินใจเกี่ยวกับประโยชน์สุขของบุตรตามที่เห็นสมควรแต่เพียงลำพัง เว้นแต่เป็นการใช้อำนาจบางประการที่มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อตัวผู้เยาว์เป็นอย่างมาก หรือกระทบต่อการใช้อำนาจปกครองบุตรของบิดาหรือมารดาอีกฝ่าย การจะใช้อำนาจปกครองในกรณีเช่นนี้ต้องได้รับความยินยอมจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งหรือได้รับอนุญาตจากศาลเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็กของประเทศอังกฤษ

4.1.2 การใช้อำนาจปกครองบุตรหลังหย่า

การใช้อำนาจปกครองบุตรหลังหย่านั้นแต่เดิมกฎหมายมักกำหนดให้บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงฝ่ายเดียว ต่อมาเมื่อแนวคิดที่จะรักษาสภาพแวดล้อมทางร่างกายและจิตใจของเด็กที่บิดามารดาหย่าขาดจากกันให้คงเดิมเหมือนสภาพก่อนการหย่ามากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ปัจจุบันจึงเกิดแนวคิดให้บิดาหรือมารดา ยังคงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันแม้ว่าจะหย่าขาดจากกันแล้วเพื่อให้บุตรอยู่ในสภาพมีพ่อและแม่เหมือนก่อนหย่าขาด⁴ เช่นกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายของประเทศอังกฤษ และรวมถึงแนวคำพิพากษาเรื่องอำนาจปกครองบุตรในปัจจุบันของประเทศสิงคโปร์

สำหรับประเทศไทยการใช้อำนาจปกครองบุตรหลังหย่ากำหนดไว้ในมาตรา 1520 ว่าในกรณีหย่าโดยความยินยอมสามีและภริยาสามารถตกลงกันได้ว่าจะให้ผู้ใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์คนใด หากตกลงกันไม่ได้หรือไม่ได้ตกลงกันให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด ส่วนในกรณีหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ศาลจะเป็นผู้ชี้ขาดว่าสามีหรือภริยาฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด ในการชี้ขาดว่าจะให้ผู้ใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใดนั้นศาลจะต้องคำนึงถึงความผาสุกของบุตรเป็นสำคัญ การที่กฎหมายวางหลักเช่นนี้มีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันการเกิดข้อพิพาทเรื่องอำนาจปกครองบุตรขึ้นในภายหลัง โดยส่วนมากแล้วการหย่าไม่ว่าจะโดยวิธีการใดก็ตามย่อมแสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสอย่าแย่งกันไม่อาจทนอยู่ด้วยกันได้ ดังนั้นการจะให้บิดาหรือมารดา ร่วมกันดูแลบุตรผู้เยาว์ต่อไปย่อมเป็นเรื่องที่อาจทำให้เกิดความคับข้องใจและอาจก่อให้เกิดข้อพิพาทในอนาคต หากพิจารณาในแง่ของผู้ใช้อำนาจปกครองแล้วย่อมเป็นการดีที่บิดาหรือมารดา คู่สมรสไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์กันอีก แต่หากพิจารณาในแง่ตัวบุตรผู้เยาว์นั้นการที่บุตรต้องอยู่ภายใต้การดูแลของบิดาหรือมารดาเพียงฝ่ายเดียวย่อมไม่เป็นผลดีต่อ

⁴ ไพโรจน์ กัมพูศิริ, *รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว* (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), หน้า 161.

ตัวบุตร เพราะโดยธรรมชาติแล้วบุตรควรต้องได้รับการดูแลจากทั้งบิดาและมารดา แนวคิดการแยกอำนาจปกครองของไทยภายหลังการหย่านี้จึงแตกต่างจากแนวคิดของกฎหมายต่างประเทศที่พยายามรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัว แต่อย่างไรก็ดีภายหลังศาลฎีกาได้เริ่มมีแนวคำพิพากษาโดยกำหนดให้บิดาและมารดาผลัดกันใช้อำนาจปกครองบุตร (Divided Custody) กล่าวคือ บิดาหรือมารดาจะมีอำนาจปกครองบุตรและอยู่ร่วมกับบุตรโดยกำหนดในช่วงระยะเวลา เช่น สัปดาห์ เดือน หรือปี⁵ เนื่องจากการกำหนดการผลัดการใช้อำนาจปกครองเช่นนี้เป็นแนวทางที่มีความยืดหยุ่นกว่าการกำหนดให้บุตรผู้เยาว์ต้องอาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและเป็นการช่วยลดปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดการใช้สิทธิพบและเยี่ยมเยียนบุตรอีกทางหนึ่งด้วย

จะเห็นได้ว่าการกำหนดผู้ใช้อำนาจปกครองหลังหย่าในกฎหมายไทยนั้นยังคงมีความแตกต่างกับต่างประเทศเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสิงคโปร์ในเรื่องของการแบ่งแยกอำนาจปกครองอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ดีภายหลังศาลได้พยายามวางหลักที่มีความยืดหยุ่นกว่าโดยการกำหนดการผลัดกันใช้อำนาจปกครองโดยคำนึงถึงความผาสุกของบุตรผู้เยาว์เป็นสำคัญ ในอนาคตหากประเทศไทยจะกำหนดให้บิดาหรือมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าผู้เขียนเห็นว่ากำหนดเช่นนั้นก็น่าจะขัดต่อหลักกฎหมายมาตรา 1520

4.2 ลักษณะของกฎหมาย

ในต่างประเทศนั้นตระหนักถึงความสำคัญของการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาจึงมีการตรากฎหมายเพื่อป้องปรามการกระทำความผิดเช่นว่าโดยกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาในบางประเทศมีการตรากฎหมายขึ้นมาใหม่เป็นกฎหมายเฉพาะแยกจากประมวลกฎหมายอาญา เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่มีการตรากฎหมายโดย

⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2593/2533

ตรงที่เกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ.1993 (International Parental Kidnapping Crime Act of 1993) อันเป็นกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการลักพาตัวเด็กโดยบิดาหรือมารดา แม้จะเป็นผู้มีอำนาจปกครองร่วมกันแต่หากพาเด็กออกนอกประเทศสหรัฐอเมริกาหรือกักตัวเด็กไว้ในนอกประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำเช่นนั้นก็เป็นความผิดอันมีโทษทางอาญา แต่อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติฉบับนี้จำกัดเฉพาะการกระทำที่กระทำภายนอกราชอาณาจักรเท่านั้น ส่วนการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาที่กระทำภายในราชอาณาจักร โดยส่วนมากแล้วแต่ละมลรัฐมีการกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาเป็นการกระทำความผิดอาญาซึ่งมักจะกำหนดไว้ในกฎหมายอาญาของแต่ละมลรัฐ เช่นมลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาไว้เป็นความผิดเฉพาะในมาตรา 278 และมาตรา 278.5 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

ในประเทศอังกฤษก็เช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยในประเทศอังกฤษได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ.1984 (The Child Abduction Act of 1984) อันเป็นกฎหมายเฉพาะไว้บังคับใช้กับกรณีบิดา หรือมารดา หรือผู้ที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็กพาเด็กออกนอกสหราชอาณาจักรโดยปราศจากความยินยอมโดยชอบจากผู้มีอำนาจปกครองการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งในพระราชบัญญัตินี้ยังกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินคดีทางอาญา อำนาจของตำรวจ อำนาจศาลในการพิจารณาคดีการฟ้องคดี แต่ทว่าข้อจำกัดของพระราชบัญญัตินี้คือความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองที่กระทำโดยบิดาหรือมารดาหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็กนั้นต้องเป็นการกระทำที่พาตัวไป หรือส่งตัวเด็กออกนอกสหราชอาณาจักรเท่านั้น หากเป็นการกระทำภายในสหราชอาณาจักรไม่สามารถนำพระราชบัญญัตินี้มาบังคับใช้ได้ แต่อย่างไรก็ดีประเทศอังกฤษได้มีการกฎหมายอีกฉบับที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองของผู้มีอำนาจปกครองคือพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก ค.ศ.1989 (The Children Act of 1989) ซึ่งบังคับใช้กับการละเมิด

อำนาจปกครองที่กระทำภายในประเทศ พระราชบัญญัติว่าด้วยเด็กของประเทศอังกฤษนั้นไม่ได้บัญญัติถึงการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองไว้เป็นการเฉพาะ กฎหมายดังกล่าวเป็นบททั่วไปบังคับใช้ในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ซึ่งหมายรวมถึงการพรากผู้เยาว์นั้นได้กระทำโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองก็ถือเป็นความผิดตามกฎหมายดังกล่าวเท่านั้น

ในส่วนของประเทศฝรั่งเศสและประเทศสิงคโปร์กำหนดให้ละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดในประมวลกฎหมายอาญา ในประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวอยู่ในกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาตรา 227-7 ซึ่งบัญญัติถึงการละเมิดอำนาจปกครองโดยบุพการีของผู้เยาว์ นอกจากนั้นยังกำหนดอำนาจปกครองภายหลังสิ้นสุดสิทธิเยี่ยมเยียนในมาตรา 227-5 ในประเทศสิงคโปร์นั้นได้กำหนดถึงการละเมิดอำนาจปกครองบุตรไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแห่งประเทศสิงคโปร์มาตรา 361 ซึ่งบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองพาตัวบุตรไปโดยละเมิดอำนาจปกครองของผู้มีอำนาจปกครองย่อมเป็นการกระทำความผิดตามมาตรานี้ แต่อย่างไรก็ดีเนื่องจากมาตรานี้มีอัตราโทษสูงมากอันเป็นความผิดร้ายแรง ศาลในประเทศสิงคโปร์จึงไม่นิยมปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง แต่ศาลมักจะปรับใช้มาตรา 126 แห่งกฎบัตรว่าด้วยสตรี ค.ศ.1961 (The Women's Charter of 1961) บัญญัติอันเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงการห้ามพาตัวเด็กออกนอกประเทศสิงคโปร์นานเกิน 1 เดือน แม้บิดาหรือมารดาฝ่ายนั้นจะเป็นผู้มีอำนาจปกครองหรือไม่ก็ตาม

ในประเทศไทยนั้นไม่มีการกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาไว้เป็นความผิดอาญาโดยเฉพาะ เมื่อพิจารณามาตรการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายไทยแล้วนั้นบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองกระทำการละเมิดอำนาจปกครองของผู้มีอำนาจปกครองผู้กระทำความผิดเช่นว่านั้นมีความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 ซึ่งการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวนี้ยังความไม่ชัดเจนไม่อาจนำมา

ปรับใช้กับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองที่เกิดขึ้นได้ในทุกกรณี

ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นควรบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายเฉพาะแยกต่างหากจากประมวลกฎหมายอาญาเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็กของประเทศอังกฤษเพราะเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเป็นเรื่องละเอียดอ่อนจึงควรต้องได้รับการดำเนินคดีในรูปแบบพิเศษแตกต่างจากการดำเนินคดีทั่วไปในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นกำหนดเฉพาะการพาตัวไปหรือกักตัวเด็กไว้ นอกสหราชอาณาจักรเท่านั้นไม่รวมถึงการละเมิดอำนาจปกครองที่กระทำในสหราชอาณาจักร หากประเทศจะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นควรบัญญัติให้ครอบคลุมทั้งการกระทำที่กระทำภายในราชอาณาจักรและการกระทำนอกราชอาณาจักรไทย ทั้งควรกำหนดวิธีการดำเนินคดีและการพิจารณาคดีไว้ให้ชัดเจน

4.3 องค์ประกอบของความผิด

ก่อนที่จะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาในแต่ละประเทศ เพื่อให้มีความชัดเจนขึ้นผู้เขียนขอแยกองค์ประกอบความผิดและเปรียบเทียบในแต่ละประเทศ ดังนี้

1. ผู้กระทำความผิด

ในต่างประเทศมีการกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองที่กระทำโดยบิดาหรือมารดานั้นเป็นความผิดอย่างชัดเจนโดยมีการระบุตัวผู้กระทำความผิดไว้ชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยบิดาหรือมารดา เช่นในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ. 1984 (The Child Abduction Act of 1984) ของประเทศอังกฤษอันเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับ

การพาเด็กไปหรือกักตัวเด็กไว้ในนอกราชอาณาจักร มาตรา 1(1) กำหนดให้ตัวผู้กระทำความผิดไว้ว่าต้องเป็นบิดาหรือมารดาของบุตรผู้เยาว์ โดยรวมถึงบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือบุคคลอื่นซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับเด็กนั้น เช่น บุคคลดังกล่าวเป็นผู้ปกครองของเด็ก หรือเป็นผู้ที่ได้รับคำสั่งให้เด็กอาศัยอยู่ด้วยและมีอำนาจในการดูแลเด็กหรือเป็นผู้ดูแลเด็กเท่านั้นที่จะเป็นผู้กระทำความผิดนี้ หากเป็นบุคคลอื่นนอกเหนือจากบุคคลที่ได้กล่าวมาข้างต้นกระทำการละเมิดอำนาจปกครองเด็กจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 2 มิใช่มาตรา 1 เช่นเดียวกับการกระทำของบิดาหรือมารดาหรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็กสำหรับการละเมิดอำนาจปกครองที่เกิดขึ้นในประเทศอเมริกาโดยมิได้เกิดนอกราชอาณาจักรนั้นโดยส่วนมากจะเป็นความผิดอาญาของแต่ละมลรัฐซึ่งอาจมีการบัญญัติองค์ประกอบความผิดในส่วนของผู้กระทำความผิดแตกต่างกันตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ เช่น ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียแม้มิได้กำหนดว่าผู้กระทำความผิดต้องเป็นบิดาหรือมารดาเท่านั้นแต่ก็กำหนดว่าผู้กระทำต้องไม่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งหมายรวมถึงบิดาหรือมารดาที่ไม่มีอำนาจปกครองด้วยส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้นกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 227-7 กำหนดตัวผู้กระทำความผิดไว้อย่างชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 227-7 นี้ต้องเป็นบุพการีของผู้เยาว์ หากเป็นละเมิดอำนาจปกครองโดยบุคคลอื่นซึ่งมิใช่ผู้บุพการีหรือผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้เยาว์ ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในอีกมาตราหนึ่งคือมาตรา 227-8 สังเกตได้ว่าในประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสนอกจากจะกำหนดให้บิดาหรือมารดาเท่านั้นที่เป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 227-7 นี้ยังขยายไปถึงผู้ที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็กเช่นในประเทศอังกฤษ และผู้ที่เป็นบุพการีเด็กตามความเป็นจริงในประเทศฝรั่งเศส

แต่อย่างไรก็ดีในบางประเทศไม่ได้กำหนดตัวผู้กระทำความผิดอย่างชัดเจน กำหนดให้ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใดก็ได้แต่กำหนดตัวผู้ที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองไว้และระบุให้ผู้ที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้ถูกละเมิด ดังนั้นผู้ที่ทำละเมิดได้ต้องเป็นผู้ที่ไม่มีอำนาจปกครองซึ่งหมายรวมถึงบิดาหรือมารดาที่ไม่มีอำนาจปกครองมาแต่แรกหรืออาจเป็นกรณีที่ไม่มีอำนาจปกครองในภายหลังโดยคำพิพากษาของศาล เช่น ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพา

ตัวเด็กข้ามชาติ มาตรา 1204 ของประเทศอเมริกา กฎบัตรว่าด้วยสตรีของประเทศสิงคโปร์ มาตรา 126 และพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็กมาตรา 49 แห่งประเทศอังกฤษ

เป็นที่น่าสังเกตว่าในประเทศสหรัฐอเมริกาการนั้นละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดา หรือมารดานั้นไม่จำเป็นต้องเป็นบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเท่านั้น แม้เป็นบิดา หรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองแต่มีการพาไป กักตัวไว้ ซ่อนเร้นบุตรจากบิดาหรือมารดาอีก ฝ่ายที่มีอำนาจปกครองร่วมการกระทำเช่นว่าก็เป็นความผิดตามมาตรา 278.5 แห่งประมวล กฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเช่นกัน

ในประเทศไทยนั้นการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาไม่ได้มีการ บัญญัติไว้อย่างชัดเจนมีการนำความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 มาปรับใช้ ความผิดฐานดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้ว่าผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใด โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้นไม่ว่าผู้ใดก็สามารถกระทำความผิดตามมาตรานี้ได้หากมีการพรากเด็ก ไปจากบิดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล แม้จะมีคำอธิบายในทางตำราของนักกฎหมายหลายท่านและคำ พิพากษาฎีกาว่าหลักการที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้ก็เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งที่จะ ค้ำครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล แต่จากการศึกษาประวัติศาสตร์ ทางกฎหมายในส่วนของแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองอำนาจปกครองซึ่งมีวิวัฒนาการมาจาก ประกาศคำปรึกษาเรื่องจำนำเด็ก จ.ศ.1244 กฎหมายลักษณะอาญา ตลอดจนจนถึงความผิด ฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันกับวิวัฒนาการของสภาพสังคมไทย ผู้เขียนเข้าใจว่านอกจากกฎหมายต้องการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแล้วความประสงค์ที่แท้จริงในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์กฎหมายต้องการ คุ้มครองเด็กและผู้เยาว์เพียงแต่ต้องการกำหนดผู้เสียหายในคดีขึ้น เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี อันเนื่องมาจากเด็กและผู้เยาว์ไม่อยู่ในสถานะที่จะแสดงออกถึงเจตนาที่แท้จริงของตน เพราะ ความอ่อนเยาว์ในประสบการณ์ชีวิตหรือขาดวุฒิภาวะ จึงจำเป็นต้องกำหนดผู้มีอำนาจในการ ดำเนินคดีเพื่อคุ้มครองเด็กจากการพรากไปโดยไม่ชอบ ดังนั้นจะเห็นได้กฎหมายอาญาของ

ประเทศไทยในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองอย่างแท้จริงเหมือนในกฎหมายต่างประเทศที่ประสงค์จะคุ้มครองการอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองจากการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

ผู้เขียนเห็นว่าหากประเทศไทยจะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นควรบัญญัติในส่วนของผู้กระทำความผิดให้ชัดเจนเช่นในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ.1984 ของประเทศอังกฤษว่าผู้กระทำความผิดในฐานดังกล่าวนี้หมายถึงผู้ใดบ้างเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการตีความกฎหมาย

2.การกระทำ

ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสิงคโปร์ ต่างกำหนดว่าเมื่อบิดาหรือมารดาพาไป กักตัวไว้ หน่วงเหนี่ยว หรือซ่อนเร้นบุตรผู้เยาว์จากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายโดยปราศจากความยินยอมจากบุคคลดังกล่าวการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ. 1993 ของประเทศสหรัฐอเมริกาพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ.1984 ของประเทศอังกฤษ และกฎบัตรว่าด้วยสตรีของประเทศสิงคโปร์นั้นได้กำหนดองค์ประกอบของความผิดเพิ่มเติมว่าการกระทำเช่นนั้นจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเป็นการพาไป กักตัวไว้ หน่วงเหนี่ยว หรือซ่อนเร้นบุตรผู้เยาว์ นอกประเทศนั้นๆ หากเป็นการกระทำภายในประเทศไม่อาจนำกฎหมายเช่นมาปรับใช้ได้ การกระทำของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองจึงไม่เป็นความผิดตามกฎหมายนั้น ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสมาตรา 227-5 นั้นได้กำหนดไปถึงว่าการที่บิดาหรือมารดาปฏิเสธที่จะส่งมอบผู้เยาว์ให้แก่ผู้ที่มีอำนาจปกครองผู้เยาว์โดยชอบด้วยกฎหมายให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดหากปราศจากเหตุอันสมควร

ในส่วนของ การกระทำ ความผิดนั้น ผู้เขียน เห็นว่า ประเทศไทย ควรบัญญัติ ในส่วน ของ การกระทำ ความผิด ให้ชัดเจน กล่าวคือ กำหนดว่า การกระทำ เช่นใด ถือเป็นการ ละเมิด อำนาจ ปกครอง เด็ก โดยบิดา หรือ มารดา ฝ่าย ที่ไม่มี อำนาจ ปกครอง บ้าง เช่น กำหนด ให้ พาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดเหนี่ยว หรือ ซ่อนเร้น เด็ก เป็นการ ละเมิด อำนาจ ปกครอง ทั้งนี้ ควร กำหนด ครอบคลุม ถึง การละเมิด สิทธิ ในการ พบ และ เยี่ยมเยียน ให้เป็น ความผิด ด้วย เพราะ ถือว่า การกระทำ ดังกล่าว เป็นการ ละเมิด อำนาจ ปกครอง อย่างหนึ่ง เช่นกัน และ การกระทำ ดังกล่าว ต้อง กำหนด ให้ ชัดเจน ว่า ครอบคลุม ทั้ง การกระทำ ภายใน ประเทศ และ การส่ง ตัว เด็ก ออกนอก ประเทศ ด้วย

3.เจตนา

ในทุกประเทศ กำหนด ให้ การที่ บิดา หรือ มารดา พาไป กักตัวไว้ หน่วงเหนี่ยว หรือ ซ่อนเร้น บุตร ผู้เยาว์ จาก บิดา หรือ มารดา ฝ่าย ที่ อำนาจ ปกครอง โดยชอบ ด้วย กฎหมาย โดยปราศ จาก ความยินยอม จาก บุคคล ดังกล่าว เป็น ความผิด เมื่อ บิดา หรือ มารดา เช่นว่า นั้น มีเจตนา ที่จะ ชัดขวาง การใช้ อำนาจ ปกครอง ของ บิดา หรือ มารดา ซึ่งเป็น ผู้ใช้ อำนาจ ปกครอง โดยชอบ ด้วย กฎหมาย หรือ เจตนา ที่จะ ชัดขวาง การใช้ สิทธิ พบ และ เยี่ยมเยียน ของ บิดา หรือ มารดา อีก ฝ่าย

ผู้เขียน เห็นว่า ในการ ที่จะ บัญญัติ ความผิด เกี่ยวกับการ ละเมิด อำนาจ ปกครอง โดย บิดา หรือ มารดา ฝ่าย ที่ไม่มี อำนาจ ปกครอง นั้น ควร กำหนด เจตนา ในการ กระทำ ความผิด ให้ชัดเจน คือ ต้อง เป็นการ กระทำ โดย เจตนา ทุกจริต มีเจตนา ที่จะ ชัดขวาง การใช้ อำนาจ ปกครอง ของ บิดา หรือ มารดา ซึ่งเป็น ผู้ใช้ อำนาจ ปกครอง โดยชอบ ด้วย กฎหมาย หรือ เจตนา ที่จะ ชัดขวาง การใช้ สิทธิ พบ และ เยี่ยมเยียน ของ บิดา หรือ มารดา อีก ฝ่าย เช่นเดียวกับ ใน ประเทศ อื่น ทั้ง ประเทศ สหรัฐอเมริกา ประเทศ อังกฤษ ประเทศ ฝรั่งเศส และ ประเทศ สิงคโปร์

4.4 หลักเกณฑ์อายุเด็กที่ได้รับการคุ้มครอง

การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นนอกจากจะคุ้มครองอำนาจปกครองของผู้มีอำนาจปกครองจุดมุ่งหมายสำคัญประการหนึ่งคือการคุ้มครองเด็กจากการถูกพาไปหรือกักตัวไว้เนื่องจากเกรงว่าเด็กจะไม่ได้รับการเลี้ยงดูให้เติบโตในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม ในแต่ละประเทศกำหนดเกณฑ์อายุที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้แตกต่างกัน อาทิ ในความผิดที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาที่เป็น การส่งตัวเด็กออกนอกประเทศหรือกักตัวเด็กไว้ในนอกประเทศ ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ.1993 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ. 1984 ของประเทศอังกฤษ เกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับการคุ้มครองคือ เด็กที่มีอายุไม่เกิน 16 ปี แม้ว่าเกณฑ์อายุของเด็กที่บรรลุนิติภาวะของประเทศอังกฤษและมลรัฐส่วนมากในประเทศสหรัฐอเมริกาคืออายุ 18 ปีบริบูรณ์ เนื่องจากกฎหมายของทั้งสองประเทศตราขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ. 1980 (Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 1980) ส่วนในประเทศสิงคโปร์การพาเด็กออกนอกประเทศสิงคโปร์นั้นกฎหมายให้ความคุ้มครองเด็กจนกว่าจะบรรลุนิติภาวะคือ 21 ปีบริบูรณ์ เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสที่คุ้มครองเด็กจนกว่าจะถึงเกณฑ์บรรลุนิติภาวะคือ 18 ปี

สำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองที่กระทำภายในประเทศนั้น ส่วนมากจะคุ้มครองเด็กจากการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองโดยส่วนมากจะคุ้มครองเด็กจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ เช่น ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียประเทศอเมริกาและประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก ค.ศ.1989 ของประเทศอังกฤษคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ ส่วนในกฎหมายอาญาของประเทศสิงคโปร์ไม่ได้คุ้มครองเด็กจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับการคุ้มครองไว้ในตัวบทกฎหมายมาตรา 361 คือเด็กชายอายุไม่เกิน 14 ปี หรือเด็กหญิงอายุไม่เกิน 16 ปี

ในประเทศไทยนั้นกำหนดให้เกณฑ์บุคคลที่จะบรรลุนิติภาวะไว้เมื่ออายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ แต่การคุ้มครองเด็กในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นในความผิดฐานพรากเด็กคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี และในความผิดพรากผู้เยาว์คุ้มครองผู้เยาว์อายุไม่เกิน 18 ปี

ผู้เขียนเห็นในการจะกำหนดเกณฑ์อายุเด็กเพื่อคุ้มครองเด็กจากการถูกพาไปหรือถูกกักตัวไว้ อันเป็นการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองควรกำหนดเกณฑ์อายุเด็กที่คุ้มครองจนกว่าเด็กนั้นจะบรรลุนิติภาวะ เนื่องจากเด็กที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ย่อมอยู่ในอำนาจปกครองของบิดาและมารดา การจะกำหนดกฎหมายเพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองบิดาหรือมารดานั้นควรต้องคุ้มครองจนกว่าอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาจะสิ้นสุดคือเมื่อเด็กบรรลุนิติภาวะ ดังนั้นหากประเทศไทยจะมีกฎหมายเพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาจากการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นควรกำหนดการเกณฑ์อายุของเด็กที่จะให้ความคุ้มครองคือเด็กที่อายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์เช่นเดียวกับกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส

แต่อย่างไรก็ดีในการใช้พิจารณาว่าบุตรผู้เยาว์ควรอยู่กับบิดาหรือมารดานั้นศาลจำเป็นต้องฟังความต้องการของบุตรประกอบด้วย เช่นในกรณีที่ศาลพิจารณาเห็นว่ามารดาเป็นผู้มีความพร้อมจะดูแลบุตรมากกว่าบิดาเนื่องจากมีฐานะทางการเงิน หน้าที่การงานที่มั่นคงกว่าแต่บุตรกลับต้องการอยู่กับบิดาซึ่งมีฐานะมั่นคงน้อยกว่าแต่มีเวลาให้บุตรมากกว่า ศาลจึงต้องคำนึงถึงความต้องการของบุตรในกรณีเช่นนี้ด้วยเพราะหลักในการพิจารณาในเรื่องอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์นั้นหลักสำคัญคือความประโยชน์สูงสุดของบุตรผู้เยาว์ซึ่งหมายถึงรวมถึงความผาสุกของบุตรผู้เยาว์ด้วย เกณฑ์ในการรับฟังความต้องการของบุตรผู้เยาว์นั้นผู้เขียนเห็นว่าหากเด็กพอที่จะรู้ความต้องการของตนศาลจึงต้องฟังความต้องการของเด็กนั้นก็คือเด็กที่อายุ 16 ปีขึ้นไปซึ่งถือตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแล พ.ศ. 2555 ที่ให้การคุ้มครองเด็กจากการถูกลักพาตัวข้ามชาติโดยบิดาหรือมารดา การที่กฎหมาย

กำหนดให้คุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 16 ปีบริบูรณ์ก็เนื่องจากกฎหมายมองว่าเด็กที่อายุเกินกว่า 16 ปี ย่อมโตพอที่จะรู้ต้องการของตนเองว่าตนต้องการอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายใดและโตพอจะช่วยเหลือตนเองได้ในระดับหนึ่ง ผู้เขียนจึงเห็นว่าในกรณีที่เด็กมีอายุเกิน 16 ปีศาลจำเป็นต้องฟังความต้องการของเด็กว่าต้องการอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายใด แม้ในกรณีที่มีการกำหนดอำนาจปกครองก่อนหน้าไปแล้วหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นภายหลังเช่นมีการขอเปลี่ยนผู้ใช้อำนาจปกครอง ศาลก็จำเป็นต้องฟังความต้องการของบุตรผู้เยาว์ หากบุตรผู้เยาว์มีอายุต่ำกว่า 16 ปีบริบูรณ์ผู้เขียนยังเห็นว่าศาลต้องรับฟังความต้องการของผู้เยาว์เป็นส่วนหนึ่งประกอบการใช้ดุลพินิจพิจารณาอำนาจปกครองบุตรว่าจะให้ฝ่ายใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

4.5 ข้อยกเว้นความผิด

บุคคลจักต้องรับผิดในทางอาญาเมื่อมีการกระทำของค้ประกอบความผิดที่กฎหมายกำหนด การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ ในความผิดอาญาเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นในกฎหมายต่างประเทศ เช่น ในประเทศอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ ได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นความผิดฐานการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดา ซึ่งเป็นข้อที่ผู้กระทำความผิดชอบที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดได้ เหตุที่จะเป็นข้อยกเว้นความผิดนั้นส่วนใหญ่จะมีความคล้ายคลึงกัน สามารถจำแนกได้ ดังนี้

1. ผู้กระทำความผิดโดยมีอำนาจ

ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ. 1993 ของประเทศสหรัฐอเมริกาหากผู้กระทำความผิดโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย หรือคำสั่งศาลให้มีอำนาจปกครองเด็ก หรือสิทธิพบและเยี่ยมเยียนในขณะที่มีการกระทำสามารถอ้างการกระทำเช่นนั้น

เพื่อยกเว้นความผิด เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก ค.ศ. 1989 ของประเทศอังกฤษซึ่งกำหนดให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดหากผู้กระทำกระทำโดยมีอำนาจ

2. ผู้กระทำกระทำโดยเจตนาดีเพื่อป้องกันบุตรผู้เยาว์จากภัยอันตรายหรือสถานการณ์ความรุนแรงในครอบครัว

ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ. 1993 ของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ผู้กระทำสามารถยกเหตุจากการต้องการหนีจากสถานการณ์ความรุนแรงในครอบครัวเป็นข้อต่อสู้เพื่อยกเว้นความผิดได้ หรือในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดว่าหากผู้กระทำกระทำโดยสุจริตและเหตุอันสมควรจะเชื่อได้ว่าหากปล่อยเด็กไว้ เด็กนั้นจะได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจ จึงพาไป ล่องลง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไว้ หรือตัวผู้กระทำตกเป็นเหยื่อความรุนแรง กระทำโดยสุจริตและเหตุอันสมควรจะเชื่อได้ว่าหากปล่อยเด็กไว้กับบุคคลอื่น เด็กนั้นจะได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจ จึงพาไป ล่องลง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไว้ ความรุนแรงต่อจิตใจรวมถึงกรณีที่เกิดอุบัติเหตุหรือมรดาซึ่งกระทำความรุนแรงต่อบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายที่พาไป ล่องลง หน่วงเหนี่ยว ยึดหน่วง หรือซ่อนเร้นเด็กไว้ ผู้กระทำสามารถยกเหตุดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้เพื่อยกเว้นความผิดได้ เป็นต้น

3. ผู้กระทำมีความจำเป็นต้องกระทำเช่นนั้น

หากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองกระทำการเช่นว่าด้วยความจำเป็น ในบางประเทศกำหนดให้สามารถยกเหตุที่กระทำเช่นนั้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิดได้ เช่น ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ. 1993 ของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ผู้กระทำสามารถยกเหตุที่ว่าผู้กระทำเป็นผู้มีสิทธิพบและเยี่ยมเยียน มีอำนาจดูแลเด็กตามคำสั่งของศาลไม่อาจส่งเด็กคืนสู่ผู้มีอำนาจปกครองได้ภายหลังสิทธิเยี่ยมเยียนสิ้นสุดอันเนื่องมาจากสถานการณ์ที่ไม่อาจควบคุมได้ ทั้งผู้กระทำได้แจ้งหรือพยายามที่จะแจ้งให้ผู้มีอำนาจปกครองทราบถึงสถานการณ์ดังกล่าวภายใน 24 ชั่วโมงหลังจากสิทธิเยี่ยมเยียนสิ้นสุด

ทั้งผู้กระทำส่งตัวเด็กคืนทันทีที่อาจกระทำได้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ. 1984 ของประเทศอังกฤษกำหนดว่าหากแม่ผู้กระทำพาบุตรผู้เยาว์ไปหรือกักตัวเด็กไว้แต่ผู้กระทำได้พยายามทำทุกวิธีที่เหมาะสมที่จะติดต่อกับผู้ให้ความยินยอมแต่ไม่สามารถติดต่อก็ถือเป็นเหตุจำเป็นอันสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ให้การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิด

4. ผู้กระทำกระด้วยเจตนาดีและสุจริต

ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ. 1984 ของประเทศอังกฤษ กำหนดผู้กระทำสามารถยกเหตุว่าผู้กระทำเชื่อโดยสุจริตว่าบุคคลอื่นให้ความยินยอม หรือจะให้ความยินยอมหากรู้ถึงสถานการณ์เช่นนั้นเพื่อให้การกระทำของผู้กระทำไม่เป็นความผิด หรือในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสิงคโปร์กำหนดข้อยกเว้นการกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจปกครอง คือในกรณีที่ผู้กระทำเชื่อว่าตนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรนอกสมรสและเชื่อโดยสุจริตว่าตนมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายในการดูแลบุตรเป็นกระทำที่กระทำด้วยเจตนาดี แต่การกระทำเช่นนั้นต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ. 1984 ของประเทศอังกฤษยังกำหนดให้การกระทำของผู้กระทำจะไม่เป็นความผิดหากผู้ให้ความยินยอมปฏิเสธการให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร บิดาหรือมารดาผู้ทำการละเมิดอำนาจปกครองสามารถอ้างเหตุนี้เพื่อข้อยกเว้นความผิดได้

สังเกตได้ว่าเหตุที่จะเป็นข้อยกเว้นความผิดนั้นส่วนใหญ่ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาดี หรือผู้กระทำกระทำโดยมีอำนาจ หรือกระทำเพื่อป้องกันเด็กจากภัยอันตรายจากสถานการณ์ความรุนแรงในครอบครัว หรือผู้กระทำมีความจำเป็นต้องกระทำเช่นนั้น ในต่างประเทศจึงกำหนดให้ผู้กระทำสามารถยกความจำเป็นดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้ให้การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิด ส่วนในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสิงคโปร์นั้นมีความแตกต่างจากประเทศอื่นบางประการกล่าวคือบุคคลที่จะยกข้อต่อสู้ดังกล่าวได้นั้นจำกัดเฉพาะผู้ที่เชื่อว่าตน

เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นมารดาเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ไม่อาจยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้นอ้างอันเป็นผลมาจากวัฒนธรรมของประเทศสิงคโปร์ที่บิดาเป็นใหญ่ บุตรและภรรยาเป็นเพียงทรัพย์สินของบิดาเท่านั้น กฎหมายจึงให้อำนาจบิดาในการยกเหตุดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้ให้การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดซึ่งแสดงถึงความไม่เสมอภาคทางเพศ

ประเทศไทยนั้นในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์นั้นไม่ได้บัญญัติเหตุยกเว้นความผิดไว้ชัดเจนเช่นในกฎหมายของต่างประเทศแต่บัญญัติไว้กว้างๆ ว่า “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควรพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดาผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล...” ดังนั้นจึงตีความได้ว่าผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรับผิดหากกระทำโดยมีเหตุอันสมควร ทำให้เกิดปัญหาในการตีความเป็นอย่างมากว่าการที่บิดาหรือมารดาพาไป กักตัวไว้ หน่วงเหนี่ยว หรือซ่อนเร้นบุตรผู้เยาว์จากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายเป็นเหตุอันสมควรหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่าในการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นควรกำหนดให้ชัดเจนว่าการกระทำเช่นใดเป็นข้อยกเว้นให้การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิด เพื่อจะได้ไม่เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายอันเป็นช่องให้ผู้กระทำความผิดอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการกระทำความผิด โดยกำหนดว่าหากผู้กระทำกระทำโดยมีอำนาจ หรือกระทำโดยเจตนาดีเพื่อป้องกันบุตรผู้เยาว์จากภัยอันตรายหรือสถานการณ์ความรุนแรงในครอบครัว หรือผู้กระทำมีความจำเป็นต้องกระทำเช่นนั้น หรือผู้กระทำกระทำด้วยเจตนาดีและสุจริต การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิด ทั้งนี้การบัญญัติเช่นนี้ต้องบัญญัติให้ชัดเจนว่าการกระทำใดบ้างที่ผู้กระทำกระทำแล้วไม่เป็นความผิด

4.6 อัตราโทษ

ในความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นกฎหมายต่างประเทศ ประเทศส่วนใหญ่ได้กำหนดโทษในการกระทำความผิดเช่นนั้นไม่แตกต่างกันในโทษจำคุก จะแตกต่างกันก็แต่ในเรื่องโทษปรับ โทษจำคุกในความดังกล่าว

ของทุกประเทศมักไม่เกินหนึ่งปี เช่น ในประมวลกฎหมายอาญาประเทศสหรัฐอเมริกาการละเมิดอำนาจปกครองโดยบุคคลซึ่งไม่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หากผู้กระทำความผิดโดยมีเจตนาที่จะขัดขวางการใช้อำนาจปกครองของผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ซึ่งมีสิทธิพบและเยี่ยมเยียน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้การพาตัวผู้เยาว์โดยผู้ใดเป็นบุพการีของผู้เยาว์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 15,000 ยูโร และในกฎบัตรว่าด้วยสตรีของประเทศสิงคโปร์ในส่วนของการพาตัวเด็กออกนอกประเทศสิงคโปร์ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ หรือจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

ส่วนของประเทศอังกฤษนั้นทั้งการลักพาตัวเด็กออกทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็ก ค.ศ. 1984 ในส่วนของการลักพาตัวเด็กโดยบิดามารดา หรือผู้มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็กออกนอกสหราชอาณาจักรและพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็กในการละเมิดอำนาจปกครองของผู้มีอำนาจปกครองภายในประเทศอังกฤษผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินกำหนดไว้ตามกฎหมาย หรือทั้งจำทั้งปรับ

ในบางประเทศหากเป็นการละเมิดอำนาจปกครองโดยการพาตัวเด็กออกนอกประเทศโทษก็จะเพิ่มขึ้น เช่น ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ค.ศ. 1993 ของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับตามที่บัญญัติไว้ หรือต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสหากเป็นการพาตัวเด็กออกนอกประเทศฝรั่งเศส

ส่วนในประเทศไทยนั้นแม้ไม่มีความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองโดยเฉพาะแต่ในความผิดฐานพรากเด็กผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 15 ปีและปรับตั้งแต่ 6,000 บาทถึง 30,000 บาท และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ด้วยผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีถึง 10 ปีและปรับตั้งแต่ 4,000 บาทถึง 20,000 บาท

จะเห็นได้ว่าโทษในความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นมีอัตราโทษไม่สูงนักเพราะการกระทำดังกล่าวผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาชั่วร้ายเพียงแต่ที่กฎหมายต้องลงโทษก็เนื่องมาจากป้องกันมิให้เกิดการละเมิดอำนาจปกครองอันอาจก่อให้เกิดปัญหาอื่นตามมาดังนั้นอัตราโทษที่แต่ละประเทศนำมาบังคับใช้จึงไม่สูงมากนักกล่าวคืออัตราโทษจำคุกจะไม่เกิน 1 ปี เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยจะพบว่ากฎหมายไทยมีการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำสำหรับการกระทำผิดดังกล่าวซึ่งเป็นอัตราโทษที่สูงไม่เหมาะกับการนำมาปรับใช้กับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดโทษในความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นไม่ควรใช้อัตราโทษที่สูงมากนักเพราะการกระทำผิดดังกล่าวไม่ถึงเป็นการกระทำอาชญากรรมที่ร้ายแรง แต่ที่ต้องบัญญัติให้มีการลงโทษก็เพื่อป้องปรามไม่ให้มีการกระทำความผิด

4.7 เหตุเพิ่มโทษและเหตุลดโทษ

ในบางประเทศนั้นกฎหมายได้กำหนดเหตุในการเพิ่มโทษและเหตุลดโทษในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดา จากการศึกษาพบว่าเหตุที่กฎหมายจะเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดจะพิจารณาจากลักษณะของการกระทำว่าจะก่อให้เกิดความร้ายแรงหรือผลกระทบจากละเมิดอำนาจปกครองมากกว่าปกติ เช่น ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำหากการกระทำนั้นทำให้เด็กมีความเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือเจ็บป่วย จำเลยทำร้ายหรือขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายบิดาหรือมารดาเด็กอีกฝ่ายหนึ่งหรือผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กหรือตัวเด็กในขณะที่ลักพาตัวเด็กไป หรือจำเลยทำร้ายหรือละทิ้งเด็กในระหว่างที่ลักพาตัวเด็กไป หรือเด็กถูกพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดเหนี่ยว หรือซ่อนเร้นนอกประเทศสหรัฐอเมริกา เด็กไม่ถูกส่งกลับคืนสู่ผู้มี

อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือจำเลยเคยมีพฤติการณ์ลักพาตัวเด็กมาก่อนหรือเคยขู่ว่าจะลักพาตัวเด็กมาก่อน หรือจำเลยทำให้ลักษณะของเด็กที่ปรากฏเปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมากหรือเปลี่ยนชื่อเด็ก จำเลยไม่ให้เด็กได้รับการศึกษาที่เหมาะสมในระหว่างที่มีการลักพาตัวเด็ก ระยะเวลาของการลักพาตัว หรือพิจารณาจากอายุของเด็กที่ถูกลักพาตัวหากลักพาตัวเด็กที่อายุน้อยโทษก็จะเพิ่มมากขึ้น ในส่วนของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้นผู้กระทำคือบุพการีพาตัวเด็กไปโดยละเมิดอำนาจปกครองของผู้มีอำนาจปกครอง ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นในกรณีที่บุพการีนั่นกักตัวผู้เยาว์ไว้นานเกินกว่า 5 วันหลังจากผู้ที่มีสิทธิเรียกคืนผู้เยาว์ไม่ทราบว่าคุณเยาว์อยู่ที่ใด หรือในกรณีที่ผู้เยาว์ถูกกักตัวไว้ภายนอกประเทศฝรั่งเศส

นอกจากมีการกำหนดเหตุเพิ่มโทษแล้วในกฎหมายดังกล่าวยังกำหนดเหตุในการลดโทษหากผู้กระทำความผิดกระทำในสิ่งที่เป็นคุณก็ เช่น ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดว่าหากจำเลยส่งเด็กคืนโดยไม่ได้รับบาดเจ็บในระยะเวลาที่มีการออกหมายจับ หรือก่อนมีการออกหมายจับ หรือกระทำความผิดเป็นครั้งแรกหรือจำเลยให้ข้อมูลหรือให้ความช่วยเหลือในการส่งเด็กคืนอย่างปลอดภัย ศาลสามารถที่จะลดโทษผู้กระทำความผิดเท่าใดก็ได้

ผู้เขียนเห็นการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นเป็นเรื่องที่ควรมีการบัญญัติเหตุในการเพิ่มโทษหรือลดโทษให้แก่ผู้กระทำอย่างชัดเจนเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกาเนื่องมาจากการกระทำความผิดเช่นว่านี้เป็นเรื่องทะเลาะวิวาทก่อนกระทบถึงความสัมพันธ์ในครอบครัวและมีผลกระทบอย่างยิ่งต่อเด็กที่ถูกพาไปหรือกักตัวไว้ ดังนั้นเพื่อคุ้มครองเด็กที่ถูกพาหรือถูกกักตัวไว้ให้ได้รับความปลอดภัยจึงควรระบุเหตุในการเพิ่มโทษหากเด็กได้รับอันตรายหรือการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อเด็ก หรือบิดามารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครอง และควรบัญญัติเหตุในการลดโทษแก่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองในกรณีที่บิดาหรือมารดาฝ่ายนั้นให้ความร่วมมือในการส่งตัวเด็กกลับคืนให้แก่ฝ่ายที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้บิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน แต่อย่างไรก็ตามก็มีหลายกรณีที่บิดาและมารดาไม่อาจใช้อำนาจในการปกครองบุตรร่วมกันได้ อาทิ การเป็นบิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การถูกถอนอำนาจปกครองโดยคำพิพากษาของศาล การสิ้นสุดการสมรสโดยการหย่าและมีคำสั่งศาลหรือข้อตกลงของคู่สมรสให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้อาจสร้างความไม่พอใจให้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง อันอาจนำไปสู่การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง กล่าวคือบิดาหรือมารดาฝ่ายนั้นอาจพาตัวบุตรไปหรือกักตัวบุตรไว้โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองบุตร หรืออาจเรียกว่าการลักพาตัวบุตรโดยบิดาหรือมารดา การกระทำเช่นว่านั้นมิได้มีผู้ได้รับความเสียหายเพียงฝ่ายเดียวแต่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องล้วนเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำนี้ทั้งสิ้นทั้งฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครอง ฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครอง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุตรที่ถูกพาไปหรือกักตัวไว้ถือเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบมากที่สุด สังคมจึงจำเป็นต้องตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาที่เกิดขึ้นและรัฐควรมีกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมในการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาจากการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

แม้จะมีมาตรการทางแพ่งให้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองมีสิทธิในการเรียกคืนบุตรจากบุคคลอื่นซึ่งกักตัวบุตรไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1567 (4) บิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิฟ้องบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองโดยการพาตัวไป หรือกักตัวบุตรไว้ให้ส่งบุตรคืนให้แก่ตน ซึ่งการดำเนินการเช่นว่าเป็นกระบวนการในทางแพ่งอันเป็นเรื่องระหว่างเอกชน ฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองต้องเป็นผู้ดำเนินการเอง และเมื่อศาลมีคำ

พิพากษาให้ฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองส่งตัวบุตรคืนให้ฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองแล้ว หากอีกฝ่ายไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษา ฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองก็ต้องเป็นผู้ดำเนินการเพื่อการบังคับคดีเอง โดยต้องขอบังคับคดีและต้องนำเจ้าพนักงานบังคับคดีเข้าบังคับคดีตามคำพิพากษา การที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองต้องดำเนินการสืบหาตัวบุตรผู้เยาว์ที่ถูกพาไปหรือถูกกักตัวไว้เองนั้นอาจเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากลำบากกว่าการดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีความเชี่ยวชาญและมีการติดต่อประสานงานที่ทำให้การดำเนินการสืบหาตัวเด็กเป็นไปได้รวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากกว่า กรณีนี้รัฐไม่มีอำนาจเข้าไปดำเนินการสืบหาตัวบุตรเนื่องจากกระบวนการดังกล่าวเป็นกระบวนการในทางแพ่งในซึ่งเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน แตกต่างจากกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการติดตามสืบหาตัวบุตรตั้งแต่ขั้นตอนการสืบสวนก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาลซึ่งทำให้การติดตามหาตัวบุตรผู้เยาว์เป็นไปได้อย่างรวดเร็วยิ่งกว่า บุตรผู้เยาว์ที่ถูกพาไปหรือถูกกักตัวไว้ย่อมได้รับรับผลกระทบการกระทำเช่นนั้นน้อยกว่าการที่ปล่อยเวลาให้เนิ่นช้าออกไป นอกจากนี้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองนั้นหากส่งคืนบุตรตามคำพิพากษาของศาลผู้กระทำไม่ต้องรับโทษใดๆ ในทางอาญา แม้จะมีการลงโทษกักขังในกรณีที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองซึ่งเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลก็เฉพาะแต่ในกรณีที่บิดามารดานั้นไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาเท่านั้น หากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองปฏิบัติตามคำพิพากษาการกระทำเช่นนั้นย่อมไม่ได้รับโทษ บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองจึงไม่รู้สึกว่าการกระทำของตนเป็นความผิด ซึ่งความรู้สึกนี้เองอาจนำไปสู่การกระทำความผิดซ้ำได้ เมื่อมาตรการทางแพ่งไม่เพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองและไม่อาจป้องกันละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองได้ จำต้องพิจารณามาตรการทางอาญาที่นำมาบังคับใช้ในปัจจุบัน

ประเทศไทยไม่ได้กำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดอาญาโดยเฉพาะ แตกต่างจากกฎหมายต่างประเทศทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสิงคโปร์ กำหนดให้ละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจเป็นความผิดอาญาโดยเฉพาะ ในประเทศอังกฤษ

ประเทศฝรั่งเศส มีการระบุตัวผู้กระทำความผิดไว้ชัดเจนว่าการละเมิดอำนาจปกครองดังกล่าว ต้องเป็นการกระทำโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา ยังกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองแม้กระทำโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครอง การกระทำเช่นนั้นก็เป็นความผิดหากกระทำโดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่าย นอกจากนี้ในต่างประเทศยังกำหนดให้การละเมิดสิทธิพบและเยี่ยมเยียนเป็นความผิดอาญา กล่าวคือ การที่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายกีดกันหรือขัดขวางสิทธิพบและเยี่ยมเยียนของบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองแต่เป็นผู้มีสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนตามคำพิพากษาของศาล ให้บิดาหรือมารดาฝ่ายเช่นนั้นไม่อาจใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนบุตรของตนได้ การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดอาญาเพื่อให้สอดคล้องกับพฤติกรรมที่เกิดขึ้นในสังคม

แต่อย่างไรก็ดียังคงมีความเห็นว่าการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นไม่ควรถูกกำหนดเป็นกฎหมายอาญา เนื่องจากหากกำหนดให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดอาญาผู้กระทำคือบิดามารดาฝ่ายที่ละเมิดอำนาจปกครองนั้นต้องรับโทษทางอาญาอันได้แก่โทษปรับ และโทษจำคุก ในส่วนของโทษปรับคงไม่เป็นปัญหานักแต่ในส่วนของโทษจำคุกนั้นหากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่กระทำความผิดได้รับโทษจำคุกอาจกระทบถึงความรู้สึกของบุตร เพราะบุตรย่อมไม่ประสงค์จะให้บิดาหรือมารดาของตนต้องได้รับโทษจำคุก ซึ่งการได้รับโทษจำคุกของบิดาหรือมารดา ย่อมส่งผลกระทบต่อทั้งทางร่างกายและจิตใจต่อบุตรผู้เยาว์เป็นอันมาก นอกจากนี้ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งให้เป็นความผิดอาญา โดยเฉพาะยังเห็นว่าการกำหนดเช่นนั้นอาจทำให้การพบตัวเด็กเป็นเรื่องที่ยากเนื่องจากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่พาไปหรือกักตัวบุตรผู้เยาว์ไว้ย่อมหลบหนีและซ่อนเด็กจากกฎหมาย แต่จากการศึกษาพบว่า การกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดอาญา โดยเฉพาะนั้นทำให้สถิติการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งลดลง เช่นในมลรัฐแคลิฟอร์เนียแต่เดิมการละเมิดอำนาจปกครองเช่นนั้นไม่เป็นความผิดอาญา ฝ่ายที่ถูกละเมิดอำนาจปกครองมีเพียงสิทธิเรียกร้องในทางแพ่งเท่านั้น สถิติการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งมีอัตราสูงขึ้น

เรื่อยๆ แต่เมื่อมีการบัญญัติให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีความผิดทางอาญา โดยเฉพาะขึ้นสถิติการกระทำความผิดดังกล่าวลดลงมาก¹ และนอกจากนี้ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการบัญญัติให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดอาญาโดยเฉพาะยังเห็นว่าการบัญญัติให้การกระทำนี้เป็นความผิดอาญาเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจเข้ามาติดตามสืบหาตัวบุตรผู้เยาว์ได้อย่างรวดเร็วกว่าการดำเนินการในทางแพ่งธรรมดาอันนำไปสู่การส่งตัวบุตรคืนให้แก่บิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองได้อย่างรวดเร็วโดยการกระทำดังกล่าวนี้จำต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของบุตรผู้เยาว์เป็นสำคัญ

ในขณะที่ประเทศไทยนั้นหากมีการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเกิดขึ้นก็จะนำกฎหมายที่อยู่มาปรับใช้ ซึ่งกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองคือความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ แต่อย่างไรก็ดีความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์เป็นความผิดอาญายังคงมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายกับการละเมิดอำนาจปกครองบุตร แม้จะมีคำอธิบายในทางตำราของนักกฎหมายหลายท่านและคำพิพากษาฎีกาอธิบายว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล แต่จากการศึกษาประวัติศาสตร์ทางกฎหมายเกี่ยวกับแนวคิดในการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาในอันมีวิวัฒนาการมาจากประกาศคำปรึกษาเรื่องจำนำเด็ก จ.ศ.1244 กฎหมายลักษณะอาญา ตลอดจนมาถึงความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน กับวิวัฒนาการของสภาพสังคมไทยตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน ผู้เขียนเข้าใจนอกจากกฎหมายต้องการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแล้ว ความประสงค์ที่แท้จริงในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์กฎหมายต้องการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ เพียงแต่ที่ต้งกำหนดเช่นนี้ก็เพื่อต้องการกำหนดตัวผู้เสียหายในคดีขึ้นเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี อันเนื่องมาจากเด็กและผู้เยาว์ไม่อยู่ในสถานะที่จะแสดงออกถึงเจตนาที่แท้จริงของตน เพราะความอ่อนเยาว์ใน

¹ Charles H. White, "Child custody-criminal sanctions against child stealing: California law in perspective," in *Criminal Justice Journal*, (1978-1979), pp 77-93.

ประสบการณ์ชีวิตหรือขาดวุฒิภาวะ จึงจำเป็นต้องกำหนดผู้มีอำนาจในการดำเนินคดีเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์จากการถูกพรากไปโดยไม่ชอบ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครองอย่างแท้จริง จึงเกิดปัญหาความไม่ชัดเจนว่าหากบิดาหรือมารดาเป็นฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองพรากบุตรไปจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายจะเป็นความผิดตามมาตรานี้หรือไม่

ทั้งความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญาไทยนั้นเป็นความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกค่อนข้างสูงมีอัตราโทษขั้นต่ำตั้งแต่สองปีและเป็นความผิดที่ไม่อาจยอมความได้ ซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้ไม่เหมาะสมนักที่จะนำมาใช้กับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง ศาลจึงไม่นำความผิดฐานนี้มาปรับใช้กับความผิดดังกล่าวดังจะเห็นจากคำพิพากษาฎีกาที่ 398/2517 บิดาพรากบุตรนอกสมรสไปเสียจากความปกครองของมารดา เพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา การกระทำโดยมีเจตนาดีต่อบุตรเช่นนี้ ยังกฎไม่ได้ว่าเป็นการพรากโดยปราศจากเหตุอันสมควร ซึ่งทำให้บิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองจะอ้างเหตุเช่นว่าในการกระทำเพื่อละเมิดอำนาจปกครอง ทั้งความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัวอันมีความละเอียดอ่อนมากกว่าที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมมิใช่ศาลชั้นฎีกาพิเศษจึงไม่เหมาะสมนัก

นอกจากนี้ในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีการละเมิดสิทธิพบและเยี่ยมเยียน ในกรณีบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรละเมิดสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง จะเห็นได้ว่าความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายไทยนั้นไม่ครอบคลุมถึงการละเมิดสิทธิพบและเยี่ยมเยียน

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองก็มิอาจนำบังคับใช้กับทุกกรณี การบังคับใช้เป็นไปได้เพียงบางกรณีเท่านั้น

การศึกษากฎหมายต่างประเทศทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสิงคโปร์ เพื่อวิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมต่อการปรับปรุงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดอาญาเป็นการเฉพาะ เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้มีการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองอันเป็นการละเมิดสิทธิเด็กรูปแบบหนึ่ง โดยผู้เขียนได้เสนอแนวทางที่ได้วิเคราะห์และสังเคราะห์ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองของประเทศไทยไว้ในข้อ 5.2

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองกับความรับผิดอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนใคร่ขอเสนอแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองให้เหมาะสมกับสังคมไทย ดังนี้

1. ควรกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองให้มีความรับผิดทางอาญาโดยกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองเช่นนั้นจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเท่านั้น ไม่ควรรวมถึงการละเมิดอำนาจปกครองในขณะที่บิดาหรือมารดายังมีอำนาจปกครองร่วมกันเพื่อรักษาไว้ซึ่งสถาบันครอบครัว เพราะบางกรณีการละเมิดอำนาจปกครองเช่นนั้นเกิดขึ้นในระยะเวลาที่ครอบครัวยังไม่ได้หย่าขาดเพียงแต่มีปัญหาความขัดแย้งเล็กน้อย หากกำหนดให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดอาญา ผู้กระทำการทำความผิดก็ต้องรับโทษอาจนำสู่การล่มสลายของครอบครัว

2. ในความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองนั้นควรบัญญัติเป็นกฎหมายพิเศษแยกต่างหากจากกฎหมายอาญา เพราะกฎหมายอาญาในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ในประมวลกฎหมายอาญานั้นมีความเหมาะสมแล้วกับการกระทำความผิดที่เกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น แต่หากเป็นการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นยังมีความไม่เหมาะสมนัก ทั้งการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ใน

ครอบครัวซึ่งมีผลกระทบอย่างยิ่งต่อเด็กและครอบครัว จึงจำเป็นต้องมีกระบวนการพิจารณาเป็นพิเศษแตกต่างจากการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั่วไป จึงควรบัญญัติความผิดดังกล่าวเป็นกฎหมายเฉพาะที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรบัญญัติไว้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

3. ควรบัญญัติให้ผู้กระทำละเมิดอำนาจปกครองที่มีเจตนาดีเช่นเดียวกับบิดาหรือมารดา และมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับตัวเด็ก อาทิ ปู่ ย่า ตา ยาย หากกระทำการละเมิดอำนาจปกครองดังกล่าวควรมีความผิดเช่นเดียวกับบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง เนื่องจากสังคมไทยเป็นสังคมที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างครอบครัวจึงมีความสัมพันธ์ที่เหนียวแน่นระหว่างเครือญาติ จึงควรระบุให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็กเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองด้วย เพราะมีเช่นนั้นแล้วการที่ผู้ที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็กพรางเด็กไปจากผู้มีอำนาจปกครองแม้มีเจตนาดีเช่นเดียวกับบิดาหรือมารดาการกระทำเช่นนั้นจะเป็นความผิดฐานพรางผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีอัตราโทษหนักกว่ามากจึงไม่เหมาะสมนัก

4. ในการจะกำหนดเกณฑ์อายุเด็กเพื่อคุ้มครองเด็กจากการถูกพาไปหรือถูกกักตัวไว้ อันเป็นการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองควรกำหนดเกณฑ์อายุเด็กที่คุ้มครองจนกว่าอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาจะสิ้นสุดคือเมื่อเด็กบรรลุนิติภาวะ กล่าวคือกฎหมายควรให้ความคุ้มครองเด็กที่อายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์

5. ควรกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง โดยต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าการกระทำเช่นใดเป็นข้อยกเว้นให้การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิด เพื่อจะได้ไม่เกิดปัญหาในการตีความกฎหมาย อันเป็นช่องให้ผู้กระทำความผิดอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการกระทำความผิด โดยการเพิ่ม มาตรา 4/3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ดังนี้

มาตรา 4/3 บิดาหรือมารดา หรือผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กซึ่งไม่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ต้องรับผิดในการกระทำที่เป็นการละเมิดอำนาจปกครองหาก

- 1) ผู้กระทำกระทำโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย หรือคำสั่งศาลให้มีอำนาจปกครองเด็ก หรือสิทธิพบและเยี่ยมเยียนในขณะที่มีการกระทำ หรือ
- 2) ผู้กระทำกระทำโดยสุจริตและเหตุอันสมควรจะเชื่อได้ว่าหากไม่กระทำเช่นนั้น เด็กนั้นจะได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจ หรือ
- 3) ผู้กระทำตกเป็นอยู่ในสถานการณ์ความความรุนแรงในครอบครัว กระทำโดยสุจริตและเหตุอันสมควรจะเชื่อได้ว่าหากปล่อยเด็กไว้กับบุคคลอื่น เด็กนั้นจะได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจ ความรุนแรงต่อจิตใจรวมถึงกรณีพิบิตาหรือมารดาซึ่งกระทำความรุนแรงต่อบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายที่พาไปด้วย หรือ
- 4) ผู้กระทำเป็นผู้มีสิทธิพบและเยี่ยมเยียน มีอำนาจดูแลเด็กตามคำสั่งของศาลไม่อาจส่งเด็กคืนสู่ผู้มีอำนาจปกครองได้ภายหลังสิทธิเยี่ยมเยียนสิ้นสุดอันเนื่องมาจากสถานการณ์ที่ไม่อาจควบคุมได้ หรือเหตุสุดวิสัย และผู้กระทำได้แจ้งหรือพยายามที่จะแจ้งให้ผู้มีอำนาจปกครองทราบถึงสถานการณ์ดังกล่าวภายใน 24 ชั่วโมงหลังจากสิทธิเยี่ยมเยียนสิ้นสุด และผู้กระทำส่งตัวเด็กคืนทันทีที่อาจกระทำได้

6. อัตราโทษในความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองนั้นไม่ควรีอัตราโทษที่สูงมากนักเพราะการกระทำทำความผิดดังกล่าวไม่ถือเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรง แต่ที่ต้องบัญญัติให้มีการลงโทษก็เพื่อป้องปรามไม่ให้มีการทำความผิดอันเป็นการละเมิดสิทธิเด็กรูปแบบหนึ่ง และให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองควรมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกิน 6,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

7. ควรกำหนดเหตุในการเพิ่มโทษสำหรับการกระทำบางประการที่ก่อให้เกิดผลรุนแรงและเหตุผลโทษสำหรับการกระทำที่เป็นคุณในการทำความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง โดยการเพิ่มมาตรา 4/4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ดังนี้

มาตรา 4/4 ศาลสามารถที่จะเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้หากมีเหตุการณ์ ดังต่อไปนี้

- 1) เด็กมีความเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือเจ็บป่วย
- 2) ผู้กระทำทำร้ายหรือขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายบิดาหรือมารดา หรือผู้ปกครอง โดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กหรือตัวเด็กในขณะที่ละเมิดอำนาจปกครอง
- 3) ผู้กระทำทำร้ายหรือละทิ้งเด็กในระหว่างที่ละเมิดอำนาจปกครอง
- 4) เด็กถูกพาไป ล่อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดเหนี่ยว หรือซ่อนเร้น นอกราชอาณาจักรไทย
- 5) เด็กไม่ถูกส่งกลับคืนสู่ผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย
- 6) ผู้กระทำเคยมีพฤติการณ์ละเมิดอำนาจปกครองมาก่อน หรือเคยขู่ว่าจะทำการละเมิดอำนาจปกครองมาก่อน
- 7) ผู้กระทำไม่让孩子ได้รับการศึกษาที่เหมาะสมในระหว่างที่มีการละเมิดอำนาจปกครอง
- 8) ระยะเวลาของการละเมิดอำนาจปกครอง
- 9) อายุของเด็กที่ถูกละเมิดอำนาจปกครอง

นอกจากมีการกำหนดเหตุเพิ่มโทษแล้วในกฎหมายควรกำหนดเหตุในการลดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดอีกประการหนึ่งด้วย

“ศาลจะลดโทษจำเลยลงเท่าใดก็ได้หากมีพฤติการณ์ดังต่อไปนี้

- 1) ผู้กระทำส่งเด็กคืนโดยไม่ได้รับบาดเจ็บในระยะเวลาที่มีการออกหมายจับ หรือก่อนมีการออกหมายจับ
- 2) ผู้กระทำทำความผิดเป็นครั้งแรก
- 3) ผู้กระทำให้ข้อมูลหรือให้ความช่วยเหลือในการส่งเด็กคืนอย่างปลอดภัย

8. ควรกำหนดให้การละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองเป็นความผิดอันยอมความได้ เนื่องจากการกระทำเช่นว่านั้นผู้กระทำไม่ได้มีความเป็น

อาชญากร ทั้งความผิดฐานนี้เป็นเรื่องที่กระทบต่อชีวิตส่วนบุคคล การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดจึงควรคำนึงถึงเจตจำนงของผู้เสียหายเป็นสำคัญ

9. ควรกำหนดให้การละเมิดสิทธิพบและเยี่ยมเยียนเป็นความผิดอาญา กล่าวคือ ในกรณีบิดาหรือมารดาฝ่ายที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรละเมิดสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนของบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองโดยการกีดกันหรือขัดขวางการใช้สิทธินั้น การกระทำเช่นว่านั้นควรเป็นมีความผิดทางอาญาเพราะเป็นการพยายามที่จะตัดความสัมพันธ์ระหว่างบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองกับบุตร โดยลักษณะความผิดและโทษนั้นเป็นไปเช่นเดียวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครอง

10. ในการเพิ่มความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 การบัญญัติควรมีลักษณะดังนี้

9.1 เพิ่มมาตรา 4/1 ดังนี้

“ผู้ใดเป็นบิดาหรือมารดา หรือผู้ที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็กซึ่งไม่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายไป ล้อลวง หน่วงเหนี่ยว ยึดเหนี่ยว หรือซ่อนเร้น เด็กซึ่งอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้เยาว์ซึ่งบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายไปจากบิดาหรือมารดาฝ่ายที่มีอำนาจปกครอง ผู้นั้นกระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ให้การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้

9.2 เพิ่มมาตรา 4/2 ดังนี้

“ผู้มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายขัดขวาง กีดกัน มิให้ผู้มีสิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนใช้สิทธิเช่นว่านั้น ผู้นั้นกระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ให้การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กิติพัฒน์ นนทปัทมะดุล. ปัญหาการทารุณกรรมและการปล่อยปละละเลยเด็ก : แนวคิดและความตระหนักต่อปัญหาของนักวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2550.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2554.
- จิตติ ดิงศภักดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2525.
- จิตติ ดิงศภักดิ์. ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร. วารสารกฎหมาย ครอบครัวจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ฉบับพิเศษ.
- เฉลิมชัย เกษมสันต์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552.
- ชาติชาย อัครวิบูลย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- ชาย เสวิกุล. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2513.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. คู่มือกฎหมายเด็ก. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สมาคมสวัสดิการในประเทศไทย, 2530.
- ณรงค์ ใจหาญ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคหนึ่งว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มิตรนราการพิมพ์, 2534.
- ณัฐฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. ทฤษฎีอาญา. เอกสารประกอบการสอนมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.

- กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2555.
- ดวงกมล วาทีนวิเศษ. การใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์และการระงับข้อพิพาทในการใช้อำนาจปกครอง : ศึกษากรณีการกำหนดที่อยู่บุตร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- นาถวดี พักคง. มาตรการคุ้มครองเด็กที่ถูกทำร้ายโดยบุคคลในครอบครัว. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.
- ประชุม โฉมฉาย. คำกฎหมายโรมันเบื้องต้น. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- ประชุม โฉมฉาย. วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553
- ประธาน วัฒนวาณิชย์. กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนและกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดของเด็ก . กรุงเทพมหานคร : จัดพิมพ์โดยแผนกพิมพ์เอกสาร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- ประธาน วัฒนวาณิชย์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพริก, 2546.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช . อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการลักพาตัวเด็กทางแพ่งข้ามชาติกับพันธกรณีของประเทศไทย. รายงานวิจัยภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2553
- ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554
- ปัทมาวดี สายแก้ว. ปัญหาการดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 : ศึกษากรณีการใช้อำนาจศาล. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551
- ไพโรจน์ กัมพูศิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 7 . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ไพโรจน์ กัมพูศิริ. รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555

- รัชฎา เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวบิดามารดา และบุตร. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555.
- ราชศรุต จันทร์โชติ. ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ : ศึกษากรณีเด็กและผู้เยาว์ที่เร่ร่อนไม่มีบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. รายงานวิจัยเรื่องกฎหมายคุ้มครองเด็กถูกระทำรุนแรงจาก ผู้ปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2545.
- วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. ฎีกาวิเคราะห์. บทบัญญัติ เล่มที่ 47 , ตอนที่ 4 , กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2534), หน้า 179.
- วิชา มหาคุณ. กฎหมายและสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับเด็ก รายงานพิธีเปิดปีครอบครัวสากลและประชุมสมัชชาแห่งชาติด้านครอบครัว. กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์ พรินต์ติ้ง , 2538
- ศูนย์สิทธิเด็กเอเชียเนืท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ และ สภาองค์การพัฒนาเด็กและเยาวชน. สรุปการประชุมระดับชาติเพื่อเฉลิมฉลอง 10 ปี การรับรองอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง “การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเด็ก : บทเรียนและข้อท้าทาย”. กรุงเทพมหานคร : ศูนย์สิทธิเด็กเอเชียเนืท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.
- สกุลยุษ หอพิบูลสุข. ลักพาตัวลูกข้ามชาติ. วารสารอัยการ 23, 256 (กรกฎาคม-กันยายน 2553)
- สาธิตมิล มิลินทางกูร. ความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับกรณีการกระทำในลักษณะการละเมิดสิทธิ ส่วนตัวด้วยการแอบดู. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- สมชัย ศิริบุตร, เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2535.
- สมหวัง วิริยะผล. ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต , บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.
- สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4 ตอนที่ 1. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2515.
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมฤตก. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508.

- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.
- หยุด แสงอุทัย. ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร :สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2523
- หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : มงคลการพิมพ์, 2515.
- หยุด แสงอุทัย รวบรวมโดย ศ.ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ. กฎหมายครอบครัวรวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษากฎีกา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. ทฤษฎีอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- อนุรักษ์ นิยมเวช, ร่างพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ[ออนไลน์], 21 กรกฎาคม 2555. แหล่งที่มา www.senate.go.th/w3c/senate/pictures/com
- อัญชลี กัมพรทิพย์. หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- อัครณพ ชูบำรุง . อาชญาวิทยาและอาชญากรรม. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชารัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2546.
- อุ่มพร คำพิทักษ์. การคุ้มครองเด็กและเยาวชนในกรณีที่ถูกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา: ศึกษาอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานภายใต้ พ.ร.บ.จัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวฯ. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.

ภาษาต่างประเทศ

- Chan Wing Cheong. The law in Singapore on child abduction. Singapore journal of legal studies (2004) : 444-461.
- Charles B. Wang. Country Report : France .Virginia: International Children's Building, 2002.
- Charles H. White. Child custody-criminal sanctions against child stealing: California law in perspective. Criminal Justice Journal (1978-1979) : 77-93.

- Debbie S L Ong. Parental child abduction in Singapore : the experince of Non-convention country. International journal of law Policy and the Family (2007): 220-241.
- Dorothy S. Huntington. Parental kidnapping a new form of child abuse. [online] , Available from : <http://Heinonline.org> [2012,October 11]
- Edracim J. Kermani. Handbook of psychiatry and the law . United State : Year Book Medicial Publisher Inc, 1986.
- Geraldin Van Bueren. The best interests of the child-international co-operation on child abduction, 1993.
- Henry Campbell Black. Black's law Dictionary with pronunciation . St.Paul,Minn. : West Pupblishing,1990.
- Herbert L. Packer. The Limits of the Criminal Sanction. California: Stanford University Press, 1968.
- Juv. & Fam. PARENTAL KIDNAPPING .[Online].1997.Available from <http://Heinonline.org>. [2012,October 11]
- JoAnn Behrman-Lippert. Model treatment and services approaches for with families of abducted children executive summary,(OJJDP Grant).
- Kate Standley. Family law. CPI Antony Rowe: Chippeham and Eastbourne, 2010.
- Leong Wai Kum. International co-operation in child abduction across borders. Singapore Academy of Law Journal (1999) : 409-433.
- Leong Wai Kum. Restatement of the law of guardianship and custody in Singapore. Singapore Journal of Legal Studies (1999) : 432-493.
- Michael W. Agopian and Gretchen L. Anderson. Legislative reforms to reduce parental child abductions. The Journal of juvenile (1982) :10-26.
- Nachama Masliansky, "Domestic violence as a statutory defense to custodial interference or kidnapping charges . Clearinghouse . (1996) : 322-328.
- P.M. Bromley and N.V. Lowe. Bromley's Family Law. London: Butterworths, 1992.

Patricia Hoff. Use of federal parental kidnapping law. National center on women and family law (1982) : 138-140.

Paul R. Beaumont , Peter E. Mceleavy. The Hague Convention on International Child Abduction. Great Britain : Oxford University Press Inc, 1999.

R. J. Coope. Child Abduction Act 1984. Journal of criminal law (1985) : 69-74.

Sue Titus Reid. Crime and criminology. Boston, Mass: McGraw-Hill Higher Education, 2003.

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

สถิติจำนวนคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครองในการกำหนดที่อยู่บุตร ทำโทษบุตรตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป หรือการเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักตัวบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 1567)

ประจำปี 2556-2551

ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง

ลำดับ	ปี พ.ศ.	จำนวน (คดี)
1	2546	7
2	2547	12
3	2548	29
4	2549	0
5	2550	26
6	2551	33

ข้อมูล : สถิติมาตรา 1567 / งานสถิติคดี / ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง

ภาคผนวก ข

International Parental Kidnapping Crime Act of 1993

An Act to amend title 18, United States Code, with respect to parental kidnapping, and for other purposes.

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled,

SECTION 1. SHORT TITLE.

This Act may be cited as the “International Parental Kidnapping Crime Act of 1993”.

SEC. 2. TITLE 18 AMENDMENT.

(a) IN GENERAL .Chapter 55 (relating to kidnapping) of title 18, United States Code, is amended by adding at the end the following

18 USC § 1204 - International parental kidnapping

(a) Whoever removes a child from the United States, or attempts to do so, or retains a child (who has been in the United States) outside the United States with intent to obstruct the lawful exercise of parental rights shall be fined under this title or imprisoned not more than 3 years, or both.

(b) As used in this section—

(1) the term “child” means a person who has not attained the age of 16 years; and

(2) the term “parental rights”, with respect to a child, means the right to physical custody of the child—

(A) whether joint or sole (and includes visiting rights); and

(B) whether arising by operation of law, court order, or legally binding agreement of the parties.

(c) It shall be an affirmative defense under this section that—

- (1) the defendant acted within the provisions of a valid court order granting the defendant legal custody or visitation rights and that order was obtained pursuant to the Uniform Child Custody Jurisdiction Act or the Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act and was in effect at the time of the offense;
- (2) the defendant was fleeing an incidence or pattern of domestic violence; or
- (3) the defendant had physical custody of the child pursuant to a court order granting legal custody or visitation rights and failed to return the child as a result of circumstances beyond the defendant's control, and the defendant notified or made reasonable attempts to notify the other parent or lawful custodian of the child of such circumstances within 24 hours after the visitation period had expired and returned the child as soon as possible.

(d) This section does not detract from The Hague Convention on the Civil Aspects of International Parental Child Abduction, done at The Hague on October 25, 1980.

ภาคผนวก ค**California Penal Code****CAL. PENAL CODE § 277 Definitions**

The following definitions apply for the purposes of this chapter:

(a) Child means a person under the age of 18 years.

(b) Court order or custody order means a custody determination decree, judgment, or order issued by a court of competent jurisdiction, whether permanent or temporary, initial or modified, that affects the custody or visitation of a child, issued in the context of a custody proceeding. An order, once made, shall continue in effect until it expires, is modified, is rescinded, or terminates by operation of law.

(c) Custody proceeding means a proceeding in which a custody determination is an issue, including, but not limited to, an action for dissolution or separation, dependency, guardianship, termination of parental rights, adoption, paternity, except actions under Section 11350 or 11350.1 of the Welfare and Institutions Code, or protection from domestic violence proceedings, including an emergency protective order pursuant to Part 3 (commencing with Section 6240) of Division 10 of the Family Code.

(d) Lawful custodian means a person, guardian, or public agency having a right to custody of a child.

(e) A right to custody means the right to the physical care, custody, and control of a child pursuant to a custody order as defined in subdivision (b) or, in the absence of a court order, by operation of law, or pursuant to the Uniform Parentage Act contained in Part 3 (commencing with Section 7600) of Division 12 of the Family Code. Whenever a public agency takes protective custody or jurisdiction of the care, custody, control, or conduct of a child by statutory authority or court order, that agency is a lawful custodian of the child and has a right to physical custody of the child. In any subsequent placement of the child, the public agency continues to be a lawful custodian with a right

to physical custody of the child until the public agency's right of custody is terminated by an order of a court of competent jurisdiction or by operation of law.

(f) In the absence of a court order to the contrary, a parent loses his or her right to custody of the child to the other parent if the parent having the right to custody is dead, is unable or refuses to take the custody, or has abandoned his or her family. A natural parent whose parental rights have been terminated by court order is no longer a lawful custodian and no longer has a right to physical custody.

(g) Keeps or withholds means retains physical possession of a child whether or not the child resists or objects.

(h) Visitation means the time for access to the child allotted to any person by court order.

(i) Person includes, but is not limited to, a parent or an agent of a parent.

(j) Domestic violence means domestic violence as defined in Section 6211 of the Family Code.

(k) Abduct means take, entice away, keep, withhold, or conceal.

(Repealed and added by Stats. 1996, Ch. 988, Sec. 9. Effective January 1, 1997.)

CAL. PENAL CODE § 278

Every person, not having a right to custody, who maliciously takes, entices away, keeps, withholds, or conceals any child with the intent to detain or conceal that child from a lawful custodian shall be punished by imprisonment in a county jail not exceeding one year, a fine not exceeding one thousand dollars (\$ 1,000), or both that fine and imprisonment, or by imprisonment in the state prison for two, three, or four years, a fine not exceeding ten thousand dollars (\$ 10,000), or both that fine and imprisonment.

CAL. PENAL CODE § 278.5

(a) Every person who in violation of a custody decree takes, retains after the expiration of a visitation period, or conceals the child from his legal custodian, and every person who has custody of a child pursuant to an order, judgment or decree of any court which grants another person rights to custody or visitation of such child, and who detains or conceals such child with the intent to deprive the other person of such right to custody or visitation shall be punished by imprisonment in the state prison for a period of not more than one year and one day or by imprisonment in a county jail for a period of not more than one year, a fine of not more than one thousand dollars (\$1,000), or both

(b) A child who has been detained or concealed in violation of subdivision (a) shall be returned to the person having lawful charge of the child. Any expenses incurred in returning the child shall be reimbursed as provided in Section 4605 of the Civil Code. Such costs shall be assessed any defendant convicted of a violation of this section.

CAL. PENAL CODE § 278 Punishment

Every person, not having a right to custody, who maliciously takes, entices away, keeps, withholds, or conceals any child with the intent to detain or conceal that child from a lawful custodian shall be punished by imprisonment in a county jail not exceeding one year, a fine not exceeding one thousand dollars (\$1,000), or both that fine and imprisonment, or by imprisonment pursuant to subdivision (h) of Section 1170 for two, three, or four years, a fine not exceeding ten thousand dollars (\$10,000), or both that fine and imprisonment.

(Amended by Stats. 2011, Ch. 15, Sec. 313. Effective April 4, 2011. Operative October 1, 2011, by Sec. 636 of Ch. 15, as amended by Stats. 2011, Ch. 39, Sec. 68.)

CAL. PENAL CODE § 278.5 Additional punishment

(a) Every person who takes, entices away, keeps, withholds, or conceals a child and maliciously deprives a lawful custodian of a right to custody, or a person of a right to visitation, shall be punished by imprisonment in a county jail not exceeding one year, a fine not exceeding one thousand dollars (\$1,000), or both that fine and imprisonment, or by imprisonment pursuant to subdivision (h) of Section 1170 for 16 months, or two or three years, a fine not exceeding ten thousand dollars (\$10,000), or both that fine and imprisonment.

(b) Nothing contained in this section limits the courts contempt power.

(c) A custody order obtained after the taking, enticing away, keeping, withholding, or concealing of a child does not constitute a defense to a crime charged under this section.

(Amended by Stats. 2011, Ch. 15, Sec. 314. Effective April 4, 2011. Operative October 1, 2011, by Sec. 636 of Ch. 15, as amended by Stats. 2011, Ch. 39, Sec. 68.)

CAL. PENAL CODE § 278.6 (2009). Aggravation

(a) At the sentencing hearing following a conviction for a violation of Section 278 or 278.5, or both, the court shall consider any relevant factors and circumstances in aggravation, including, but not limited to, all of the following:

(1) The child was exposed to a substantial risk of physical injury or illness.

(2) The defendant inflicted or threatened to inflict physical harm on a parent or lawful custodian of the child or on the child at the time of or during the abduction.

(3) The defendant harmed or abandoned the child during the abduction.

(4) The child was taken, enticed away, kept, withheld, or concealed outside the United States.

(5) The child has not been returned to the lawful custodian.

(6) The defendant previously abducted or threatened to abduct the child.

(7) The defendant substantially altered the appearance or the name of the child.

(8) The defendant denied the child appropriate education during the abduction.

(9) The length of the abduction.

(10) The age of the child.

(b) At the sentencing hearing following a conviction for a violation of Section 278 or 278.5, or both, the court shall consider any relevant factors and circumstances in mitigation, including, but not limited to, both of the following:

(1) The defendant returned the child unharmed and prior to arrest or issuance of a warrant for arrest, whichever is first.

(2) The defendant provided information and assistance leading to the child's safe return.

(c) In addition to any other penalties provided for a violation of Section 278 or 278.5, a court shall order the defendant to pay restitution to the district attorney for any costs incurred in locating and returning the child as provided in Section 3134 of the Family Code, and to the victim for those expenses and costs reasonably incurred by, or on behalf of, the victim in locating and recovering the child. An award made pursuant to this section shall constitute a final judgment and shall be enforceable as such.

(Added by Stats. 1996, Ch. 988, Sec. 9. Effective January 1, 1997.)

CAL. PENAL CODE § 278.7 (2009). Inapplicability

(a) Section 278.5 does not apply to a person with a right to custody of a child who, with a good faith and reasonable belief that the child, if left with the other person, will suffer immediate bodily injury or emotional harm, takes, entices away, keeps, withholds, or conceals that child.

(b) Section 278.5 does not apply to a person with a right to custody of a child who has been a victim of domestic violence who, with a good faith and reasonable belief

that the child, if left with the other person, will suffer immediate bodily injury or emotional harm, takes, entices away, keeps, withholds, or conceals that child. Emotional harm includes having a parent who has committed domestic violence against the parent who is taking, enticing away, keeping, withholding, or concealing the child.

(c) The person who takes, entices away, keeps, withholds, or conceals a child shall do all of the following:

- (1) Within a reasonable time from the taking, enticing away, keeping, withholding, or concealing, make a report to the office of the district attorney of the county where the child resided before the action. The report shall include the name of the person, the current address and telephone number of the child and the person, and the reasons the child was taken, enticed away, kept, withheld, or concealed.
- (2) Within a reasonable time from the taking, enticing away, keeping, withholding, or concealing, commence a custody proceeding in a court of competent jurisdiction consistent with the federal Parental Kidnapping Prevention Act (Section 1738A, Title 28, United States Code) or the Uniform Child Custody Jurisdiction Act (Part 3 (commencing with Section 3400) of Division 8 of the Family Code).
- (3) Inform the district attorney's office of any change of address or telephone number of the person and the child.

(d) For the purposes of this article, a reasonable time within which to make a report to the district attorney's office is at least 10 days and a reasonable time to commence a custody proceeding is at least 30 days. This section shall not preclude a person from making a report to the district attorney's office or commencing a custody proceeding earlier than those specified times.

(e) The address and telephone number of the person and the child provided pursuant to this section shall remain confidential unless released pursuant to state law or by a court order that contains appropriate safeguards to ensure the safety of the person and the child.

(Added by Stats. 1996, Ch. 988, Sec. 9. Effective January 1, 1997.)

CAL. PENAL CODE § 279. Residence

The offenses enumerated in Sections 278 and 278.5 are continuous in nature, and continue for as long as the minor child is concealed or detained.

(Added by Stats. 1996, Ch. 988, Sec. 9. Effective January 1, 1997.)

CAL. PENAL CODE § 279.5 Bail

When a person is arrested for an alleged violation of Section 278 or 278.5, the court, in setting bail, shall take into consideration whether the child has been returned to the lawful custodian, and if not, shall consider whether there is an increased risk that the child may not be returned, or the defendant may flee the jurisdiction, or, by flight or concealment, evade the authority of the court.

(Added by Stats. 1996, Ch. 988, Sec. 9. Effective January 1, 1997.)

ภาคผนวก ง**Children Act 1989****Section 2 Parental responsibility for children.**

(1)Where a child's father and mother were married to each other at the time of his birth, they shall each have parental responsibility for the child.

(1A)Where a child—

(a) has a parent by virtue of section 42 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008; or

(b) has a parent by virtue of section 43 of that Act and is a person to whom section 1(3) of the Family Law Reform Act 1987 applies,

the child's mother and the other parent shall each have parental responsibility for the child.

(2)Where a child's father and mother were not married to each other at the time of his birth—

(a)the mother shall have parental responsibility for the child;

(b)the father shall have parental responsibility for the child if he has acquired it (and has not ceased to have it) in accordance with the provisions of this Act.

(2A)Where a child has a parent by virtue of section 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 and is not a person to whom section 1(3) of the Family Law Reform Act 1987 applies—

(a)the mother shall have parental responsibility for the child;

(b)the other parent shall have parental responsibility for the child if she has acquired it (and has not ceased to have it) in accordance with the provisions of this Act.]

(3)References in this Act to a child whose father and mother were, or (as the case may be) were not, married to each other at the time of his birth must be read with section 1 of the Family Law Reform Act 1987 (which extends their meaning).

(4)The rule of law that a father is the natural guardian of his legitimate child is abolished.

(5)More than one person may have parental responsibility for the same child at the same time.

(6)A person who has parental responsibility for a child at any time shall not cease to have that responsibility solely because some other person subsequently acquires parental responsibility for the child.

(7)Where more than one person has parental responsibility for a child, each of them may act alone and without the other (or others) in meeting that responsibility; but nothing in this Part shall be taken to affect the operation of any enactment which requires the consent of more than one person in a matter affecting the child.

(8)The fact that a person has parental responsibility for a child shall not entitle him to act in any way which would be incompatible with any order made with respect to the child under this Act.

(9)A person who has parental responsibility for a child may not surrender or transfer any part of that responsibility to another but may arrange for some or all of it to be met by one or more persons acting on his behalf.

(10)The person with whom any such arrangement is made may himself be a person who already has parental responsibility for the child concerned.

(11)The making of any such arrangement shall not affect any liability of the person making it which may arise from any failure to meet any part of his parental responsibility for the child concerned.

Section 3 Meaning of “parental responsibility”.

(1) In this Act “parental responsibility” means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.

(2) It also includes the rights, powers and duties which a guardian of the child’s estate (appointed, before the commencement of section 5, to act generally) would have had in relation to the child and his property.

(3) The rights referred to in subsection (2) include, in particular, the right of the guardian to receive or recover in his own name, for the benefit of the child, property of whatever description and wherever situated which the child is entitled to receive or recover.

(4) The fact that a person has, or does not have, parental responsibility for a child shall not affect—

(a) any obligation which he may have in relation to the child (such as a statutory duty to maintain the child); or

(b) any rights which, in the event of the child’s death, he (or any other person) may have in relation to the child’s property.

(5) A person who—

(a) does not have parental responsibility for a particular child; but

(b) has care of the child,

may (subject to the provisions of this Act) do what is reasonable in all the circumstances of the case for the purpose of safeguarding or promoting the child’s welfare.

ภาคผนวก จ

Child Abduction Act 1984

An Act to amend the criminal law relating to the abduction of children[12th July1984]

Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

PART I

OFFENCES UNDER LAW OF ENGLAND AND WALES

SECTION 1. Offence of abduction of child by parent, etc.

(1) Subject to subsections (5) and (8) below, a person connected with a child under the age of sixteen commits an offence if he takes or sends the child out of the United Kingdom without the appropriate consent.

(2) A person is connected with a child for the purposes of this section if—

- (a) he is a parent of the child; or
- (b) in the case of a child whose parents were not married to each other at the time of his birth, there are reasonable grounds for believing that he is the father of the child; or
- (c) he is a guardian of the child; or
- (d) he is a person in whose favour a residence order is in force with respect to the child; or
- (e) he has custody of the child.

(3) In this section 'the appropriate consent', in relation to a child, means—

- (a) the consent of each of the following—
 - (i) The child's mother;
 - (ii) the child's father, if he has parental responsibility for him;
 - (iii) any guardian of the child;

(iv) any person in whose favour a residence order is in force with respect to the child;

(v) any person who has custody of the child; or

(b) the leave of the court granted under or by virtue of any provision of Part II of the Children Act 1989; or

(c) if any person has custody of the child, the leave of the court which awarded custody to him.

(4) A person does not commit an offence under this section by taking or sending a child out of the United Kingdom without obtaining the appropriate consent if—

(a) he is a person in whose favour there is a residence order in force with respect to the child, and

(b) he takes or sends him out of the United Kingdom for a period of less than one month.

(4A) Subsection (4) above does not apply if the person taking or sending the child out of the United Kingdom does so in breach of an order under Part II of the Children Act 1989.

(5) A person does not commit an offence under this section by doing anything without the consent of another person whose consent is required under the foregoing provisions if—

(a) he does it in the belief that the other person—

(i) has consented; or

(ii) would consent if he was aware of all the relevant circumstances; or

(b) he has taken all reasonable steps to communicate with the other person but has been unable to communicate with him; or

(c) the other person has unreasonably refused to consent,

(5A) Subsection (5)(c) above does not apply if—

(a) the person who refused to consent is a person—

(i) in whose favour there is a residence order in force with respect to the child; or

(ii) who has custody of the child; or

(b) the person taking or sending the child out of the United Kingdom is, by so acting, in breach of an order made by a court in the United Kingdom

(6) Where, in proceedings for an offence under this section, there is sufficient evidence to raise an issue as to the application of subsection (5) above, it shall be for the prosecution to prove that that subsection does not apply.

(7) For the purposes of this section—

(a) “guardian of a child”, “residence order” and “parental responsibility” have the same meaning as in the Children Act 1989; and

(b) a person shall be treated as having custody of a child if there is in force an order of a court in the United Kingdom awarding him (whether solely or jointly with another person) custody, legal custody or care and control of the child.

(8) This section shall have effect subject to the provisions of the Schedule to this Act in relation to a child who is in the care of a local authority [detained in a place of safety, remanded to a local authority accommodation or the subject of] proceedings or an order relating to adoption.

SECTION 2 Offence of abduction of child by other persons

(1) Subject to subsection (3) below, a person, other than one mentioned in subsection (2) below, commits an offence if, without lawful authority or reasonable excuse, he takes or detains a child under the age of sixteen—

(a) so as to remove him from the lawful control of any person having lawful control of the child; or

(b) so as to keep him out of the lawful control of any person entitled to lawful control of the child

(2) The persons are—

- (a) where the father and mother of the child in question were married to each other at the time of his birth, the child's father and mother;
- (b) where the father and mother of the child in question were not married to each other at the time of his birth, the child's mother; and
- (c) any other person mentioned in section 1(2)(c) to (e) above.

(3) In proceedings against any person for an offence under this section, it shall be a defence for that person to prove—

- (a) where the father and mother of the child in question were not married to each other at the time of his birth—
 - (i) that he is the child's father; or
 - (ii) that, at the time of the alleged offence, he believed, on reasonable grounds, that he was the child's father; or
- (b) that, at the time of the alleged offence, he believed that the child had attained the age of sixteen.

SECTION 3 Construction of references to taking, sending and detaining.

For the purposes of this Part of this Act—

- (a) a person shall be regarded as taking a child if he causes or induces the child to accompany him or any other person or causes the child to be taken;
- (b) a person shall be regarded as sending a child if he causes the child to be sent
- (c) a person shall be regarded as detaining a child if he causes the child to be detained or induces the child to remain with him or any other person. And
- (d) references to a child's parents and to a child whose parents were (or were not) married to each other at the time of his birth shall be

construed in accordance with section 1 of the Family Law Reform Act 1987 (which extends their meaning).

SECCTION 4 Penalties and prosecutions.

- (1) A person guilty of an offence under this Part of this Act shall be liable—
- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six month or to a fine not exceeding the statutory maximum,. . . or to both such imprisonment and fine;
 - (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding seven years
- (2) No prosecution for an offence under section 1 above shall be instituted except by or with the consent of the Director of Public Prosecutions

SECCTION 4 Restriction on prosecutions for offence of kidnapping.

Except by or with the consent of the Director of Public Prosecutions no prosecution shall be instituted for an offence of kidnapping if it was committed—

- (a) against a child under the age of sixteen; and
- (b) by a person connected with the child, within the meaning of section 1 above.

SECCTION 7 Power of arrest.

A constable may arrest without warrant any person whom he reasonably suspects of committing or having committed an offence under this Part of this Act

ภาคผนวก จ**The French Penal Code****ARTICLE 227-6**

The omission by a person whose children reside habitually with him when moving elsewhere to notify his change of address within one month from the date of such change to those persons entitled to exercise visiting or residence rights over such children pursuant to a judgment or a judicially affirmed agreement is punished by six months' imprisonment and a fine of €7,500.

(Act no. 96-604 of 5 July 1996 Article 27 Official Journal of 6th July 1996)

(Ordinance no. 2000-916 of 19 September 2000 Article 3 Official Journal of 22 September 2000 in force 1 January 2002)

ARTICLE 227-7

The abduction a minor from the care of persons who exercise parental authority over him or from persons to whom he was entrusted, or with whom the child habitually resides, when committed by any ascendant, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

(Ordinance no. 2000-916 of 19 September 2000 Article 3 Official Journal of 22 September 2000 in force 1 January 2002)

(Ordinance no. 2005-759 of 4 July 2005 Article 19 I Official Journal of 7 July 2005 in force 1 July 2006)

ARTICLE 227-8

The abduction without fraud or violence of a minor from the care of persons who exercise parental authority over him or from persons to whom he was entrusted or with whom he habitually resides, when committed by a person other than those referred to in article 227-7, is punished by five years' imprisonment and a fine of €75,000.

(Ordinance no. 2000-916 of 19 September 2000 Article 3 Official Journal of 22 September 2000 in force January 2002)

ARTICLE 227-9

The offences set out under articles 227-5 and 227-7 are punished by three years' imprisonment and a fine of €45,000:

1 if the minor is retained in excess of five days, when the persons who have the right to claim him do not know where he is;

2 if the minor is unlawfully kept outside the territory of the Republic.

(Ordinance no. 2000-916 of 19 September 2000 Article 3 Official Journal of 22 September 2000 in force 1 January 2002)

(Act no. 2002-305 of 4 March 2002 Article 16 Official Journal of 5 March 2002)

ARTICLE 227-5

The unlawful refusal to produce a minor child to the person who has the right to require the production of the child is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

(Ordinance no. 2000-916 of 19 September 2000 Article 3 Official Journal of 22 September 2000 in force 1 January 2002)

ARTICLE 227-10

Where the person guilty of the offences set out under articles 227-5 and 227-7 has been divested of parental authority, such offences are punished by three years' imprisonment and a fine of €45,000.

(Ordinance no. 2000-916 of 19 September 2000 Article 3 Official Journal of 22 September 2000 in force 1 January 2002)

ภาคผนวก ข**The Singapore Penal Code****Kidnapping**

359. Kidnapping is of two kinds: kidnapping from Singapore, and kidnapping from lawful guardianship.

[*Indian PC 1860, s. 359*]

Kidnapping from Singapore

360. Whoever conveys any person beyond the limits of Singapore without the consent of that person, or of some person legally authorised to consent on behalf of that person, is said to kidnap that person from Singapore.

[*Indian PC 1860, s. 360*]

Kidnapping from lawful guardianship

361. Whoever takes or entices any minor under 14 years of age if a male, or under 16 years of age if a female, 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.

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.

[*Indian PC 1860, s. 361*]

Abduction

362. Whoever by force compels, or by any deceitful means induces any person to go from any place, is said to abduct that person.

[*Indian PC 1860, s. 362*]

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาววรรณ นาคทับ เกิดวันที่ 21 กรกฎาคม 2529 ที่จังหวัดเพชรบุรี ศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนปลายที่โรงเรียนเบญจมราชูทิศ ราชบุรี สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับสอง จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2551 ได้รับประกาศนียบัตรหลักสูตรวิชาว่าความจากสำนักอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความรุ่นที่ 31 ปีพุทธศักราช 2551 และสอบไล่ได้ความรู้ชั้นได้เนติบัณฑิต จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 63 ปีการศึกษา 2553