

บทที่ 3

ความเป็นมาของอำนาจปกครองของบิดามารดาและเหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา และกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้ไร้ความสามารถตามหลักกฎหมายต่างประเทศ

1. ความเป็นมาของอำนาจปกครองของบิดามารดา

1.1 หลักกฎหมายโรมัน

แนวคิดเรื่องอำนาจปกครองของบิดามารดามีมาตั้งแต่สมัยโรมัน โดยเรื่องอำนาจปกครองในกฎหมายโรมันมีความสัมพันธ์กับกฎหมายว่าด้วยบุคคล เนื่องจากในสมัยนั้นครอบครัวหนึ่งจะมีบุคคลที่มีสภาพบุคคลสมบูรณ์ตามกฎหมาย (sui juris) ได้เพียงคนเดียว โดยเงื่อนไขการได้สภาพบุคคลมีดังนี้²

1. เงื่อนไขภูมิหลัง ได้แก่
 1. บุคคลนั้นต้องมีเสรีภาพ (status libertatis)
 2. บุคคลนั้นต้องมีสัญชาติโรมัน (status civitatis)
 3. บุคคลนั้นต้องเป็นเพศชาย (status familiae)
2. เงื่อนไขเฉพาะ ได้แก่
 1. บุคคลนั้นต้องเป็นหัวหน้าครอบครัว (status familiae habilis)
 2. บุคคลนั้นต้องมีอายุครบ 25 ปี (aetas)

การที่บุคคลซึ่งมีสภาพบุคคลต้องเป็นหัวหน้าครอบครัวมีความสัมพันธ์กับผู้ใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาในสมัยนั้น เพราะผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวจะมีฐานะเป็นบิดาแห่งครอบครัวซึ่งมีอำนาจแห่งบิดาอยู่เหนือทุกคนในครอบครัว (patria potestas) อาจกล่าวได้ว่า อำนาจ

¹คำว่า “บุคคล”(persona) ในกฎหมายโรมันมีความหมายสองลักษณะ คือ

1. บุคคล ในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง คน โดยไม่คำนึงถึงสิทธิและหน้าที่แต่อย่างใด ตามความหมายนี้บางครั้งอาจกล่าวได้ว่าทาสเป็นบุคคลด้วย ทั้งที่สมัยนั้นทาสเป็นทรัพย์สิน
2. บุคคล ในความหมายอย่างแคบ หมายถึง บุคคลธรรมดาเท่านั้น ไม่รวมนิติบุคคล

²ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.25.

ปกครองในสมัยโรมันตกอยู่กับชายที่เป็นหัวหน้าครอบครัวนั่นเอง และบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นบุตรหรือภรรยาต้องตกอยู่ใต้อำนาจของหัวหน้าครอบครัว (alieni juris) เสมอ

อำนาจของหัวหน้าครอบครัว อาจแยกได้ดังนี้³

1. อำนาจเหนือชีวิตและร่างกายของคนในครอบครัว ได้แก่

1) อำนาจลงโทษสมาชิกในครอบครัวให้ถึงตายหรือแม้แต่การนำเอาเด็กที่เกิดใหม่ไปทิ้ง อำนาจการลงโทษสมาชิกในครอบครัวจะถูกควบคุมโดยบุคคลที่มีอิทธิพลต่อหัวหน้าครอบครัวคือ ผู้ใหญ่ที่ใกล้ชิดและคอยให้คำปรึกษาหัวหน้าครอบครัว หรือ โดย Censor⁴ อำนาจการลงโทษลักษณะนี้มาถูกจำกัดในยุคทอง⁵

2) อำนาจในการขายคนในครอบครัว

3) อำนาจในการยกคนในครอบครัวให้สมรสกับบุคคลอื่นหรือให้คนในครอบครัวหย่าร้างกับคู่สมรส

4) อำนาจในการยกคนในครอบครัวให้เป็นบุตรบุญธรรมผู้อื่นหรือปลดปล่อยบุตรบุญธรรมให้มีอิสรภาพ

2. อำนาจเหนือทรัพย์สิน กล่าวคือ โดยหลักแล้วหัวหน้าครอบครัวเป็นเจ้าของทรัพย์สินทุกชนิดที่มีในครอบครัว แต่ถึงกระนั้น หัวหน้าครอบครัวกลับไม่มีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูคนในครอบครัวแต่อย่างใด ซึ่งตรงข้ามกับหลักกฎหมายในปัจจุบัน เช่น กฎหมายไทยจะกำหนดให้บิดามารดาต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร⁶ หรือ สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกัน⁷

³ ฟิงอ้าง, น. 27-31.

⁴Censor เป็นเสมือนเจ้าหน้าที่สำรวจสำมะโนประชากร และตรวจความประพฤติของหัวหน้าครอบครัว โดยการทำให้ Nota คือการทำเครื่องหมายในทะเบียนราษฎร หากหัวหน้าครอบครัวใช้อำนาจเกินกว่าเหตุ

⁵ช่วงยุคทองของกฎหมายโรมันอยู่ราว ๆ ค.ศ. 250

⁶มาตรา 1564 บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษิตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์

บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

⁷มาตรา 1461 สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา

สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน

อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินบางประเภทคนที่ไม่ใช่หัวหน้าครอบครัวสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้เช่นกัน มี 3 กรณี⁸ คือ

1. ทรัพย์สินเฉพาะตัวอันมาจากค่ายทหาร (peculium castrense) ทหารประจำการสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ได้มาในระหว่างประจำการได้
2. ทรัพย์สินเฉพาะตัวที่เสมือนมาจากค่ายทหาร (peculium quasi castrense)
3. ทรัพย์สินที่บุคคลในครอบครัวเข้าใช้ประโยชน์ในนามหรือโดยความยินยอมของหัวหน้าครอบครัว (peculium profecticium)

1.2 ระบบซีวิลลอว์

หลักกฎหมายเกี่ยวกับบิดามารดาและบุตรของเยอรมันถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งได้รับอิทธิพลอย่างมากจากกฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง (the Law on the Equality of Men and Women of 1961) ก่อนหน้ามีกฎหมายฉบับนี้ บิดาจะมีสิทธิทุกประการที่เกี่ยวกับบุตร ในขณะที่มารดามีสิทธิแค่บางประการเท่านั้น แต่ปัจจุบัน ทั้งบิดามารดาต่างมีความเท่าเทียมกันในการดูแลบุตรทุกเรื่องแล้ว⁹

ลักษณะของอำนาจปกครองในสมัยโรมันตามที่กล่าวมาแล้ว อำนาจจะผูกขาดอยู่กับชายผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวคนเดียว รูปแบบที่อำนาจอยู่กับชายนี้ถ่ายทอดสู่กฎหมายในยุคถัดมาด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายฝรั่งเศส¹⁰ ในชุมชนที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร¹¹ จะได้รับอิทธิพลในเรื่องการลงโทษบุตรด้วยวิธีการรุนแรงและบิดาเป็นผู้ใช้อำนาจโดยลำพัง แม้จะมีการโจมตีการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวบ้างแต่การใช้อำนาจปกครองโดยเด็ดขาดของบิดาก็ได้รับ

⁸ ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 2*, น. 29-30.

⁹ Cohn, Ernest Joseph, *Manual of German law Volume 1*, (Dobbs Ferry, N.Y. : Oceana, 1968), p. 243.

¹⁰ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.353.

¹¹ ชุมชนที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีในฝรั่งเศสจะใช้อำนาจปกครองในทางตรงกันข้าม คือ การใช้อำนาจปกครองของบิดาเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุตร และอำนาจจะสิ้นสุดเมื่อผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะ

การยอมรับในกฎหมายแพ่งไปเลยน แม้จะมีการยกเลิกหลักเกณฑ์บางประการที่ให้อำนาจบิดามากเกินไปและศาลได้เข้ามามีบทบาทในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองของบิดาก็ตาม จนกระทั่งศตวรรษที่ 19 ความคิดเรื่อง “ความผาสุกและประโยชน์ของเด็ก” เริ่มเป็นที่นิยมมากขึ้น นำมาสู่การควบคุมการใช้อำนาจปกครองโดยกำหนดให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนอำนาจปกครองได้ในปี ค.ศ.1889 และออกกฎหมายในปี ค.ศ.1970 ให้มารดามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจปกครองบุตร¹²

การใช้อำนาจปกครองในประเทศฝรั่งเศสนั้น แรกเริ่มในยุคกฎหมายโบราณได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในชุมชนที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร บิดามีสิทธิลงโทษ สิทธิกักขังสมาชิกครอบครัวไว้ในห้องหรือส่งไปขัง ณ เรือนจำหรืออารามได้ ต่อมาศาลได้เข้ามามีส่วนร่วมและควบคุมการใช้สิทธิลงโทษบุตรของบิดา แต่มารดาก็ไม่เคยมีบทบาทในการใช้อำนาจปกครอง ในขณะที่ชุมชนที่ยึดกฎหมายจารีตประเพณียอมรับหลักอำนาจปกครองที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุตร¹³

ช่วงของการปฏิวัติฝรั่งเศส กฎหมายลงวันที่ 24 สิงหาคม ค.ศ. 1792 ได้ยกเลิกอำนาจปกครองเด็ดขาดของบิดาในชุมชนที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร มีการจัดตั้งศาลครอบครัวมาดูแลการใช้อำนาจปกครองของบิดาลงโทษบุตรโดยวิธีการส่งตัวไปให้เจ้าหน้าที่ของบ้านเมืองกักขัง กำหนดอายุบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์ที่ 21 ปี และมุ่งพิจารณาเรื่องการตั้งผู้ปกครองให้ผู้เยาว์

กฎหมายแพ่งนโปเลียนยอมรับอำนาจปกครองค่อนข้างเด็ดขาดของบิดา แต่ก็ได้ยกเลิกหลักเกณฑ์บางประการในกฎหมายยุคปฏิวัติซึ่งเป็นอำนาจที่รุนแรงเกินไปในเรื่องการลงโทษบุตร บิดายังคงมีอำนาจลงโทษโดยการส่งตัวไปกักขังโดยไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลใด ๆ แก่ศาล แต่กฎหมายได้จำกัดเวลาเอาไว้ และศาลได้เข้าไปควบคุมโดยพิจารณาเหตุผลการลงโทษสิทธิในการลงโทษดังกล่าวมิใช่สิทธิเด็ดขาดอีกต่อไป ศาลได้กำหนดอายุบรรลุนิติภาวะจากเดิมในชุมชนที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีคืออายุ 25 ปีบริบูรณ์ มาเป็นอายุ 21 ปีบริบูรณ์ กล่าวได้ว่า กฎหมายแพ่งนโปเลียนถือว่าอำนาจปกครองเป็นสถาบันหนึ่งของสังคมเช่นเดียวกับชุมชนที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่การใช้อำนาจจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของผู้เยาว์อันเป็นระบบที่ใช้ในชุมชนกฎหมายจารีตประเพณี โดยบิดาเป็นผู้ที่มีอำนาจชี้ขาดในวิธีการปกครองบุตรผู้เยาว์เหมือนเดิม

¹²ไพโรจน์ กัมพูสิริ, อ้างแล้ว เชงอรรถที่ 10, น.354 - 355.

¹³ไพโรจน์ กัมพูสิริ, อ้างแล้ว เชงอรรถที่ 10, น. 354.

ช่วงศตวรรษที่ 19 มีการใช้อำนาจปกครองของบิดาอย่างไม่ถูกต้องมากขึ้น รัฐจึงต้องพยายามหามาตรการมาคุ้มครองเด็กและควบคุมการใช้อำนาจของบิดา กฎหมายปี ค.ศ.1889 กำหนดให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนอำนาจปกครองได้และในปี 1945 กำหนดมาตรการให้เด็กที่ประสบปัญหาการใช้อำนาจปกครองอย่างรุนแรงของบิดาได้รับการช่วยเหลือ ต่อมาวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ.1970 รัฐบาลฝรั่งเศสจึงได้ออกกฎหมายมาแก้ไขปรับปรุงการใช้อำนาจปกครองของบิดา¹⁴ โดยมีผลบังคับใช้วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1971

ในประเทศญี่ปุ่น ค.ศ. 1858 สมัยรัฐบาลเมจิ รัฐบาลญี่ปุ่นได้ลงนามในสนธิสัญญากับประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส รัสเซียและเนเธอร์แลนด์ ซึ่งทำให้ญี่ปุ่นเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตแก่ชาวต่างชาติ รัฐบาลจึงต้องพยายามปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยทัดเทียมกับประเทศเหล่านั้น เพื่อนำไปสู่การต่อรองแก้ไขสนธิสัญญา¹⁵

แรกเริ่มได้มีการมอบหมายให้นักวิชาการแปลประมวลกฎหมายแพ่งนโปเลียนทั้งหมดเป็นภาษาญี่ปุ่น แต่ปรากฏว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ประกาศใช้ หลังจากนั้นได้มีการตั้งกรรมการขึ้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นขึ้นเองสามบรรพ แต่ก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้เช่นกัน เพราะเป็นการลอกจากประมวลแพ่งฝรั่งเศสโดยไม่คำนึงถึงวัฒนธรรมประเพณีของชาติเลย ต่อมารัฐบาลญี่ปุ่นได้ใช้วิธีการจ้างนักกฎหมายจากฝรั่งเศสมาช่วยในการร่างกฎหมายและสอนกฎหมายให้แก่ นักกฎหมายญี่ปุ่น นักกฎหมายที่มีบทบาทในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นคือ Gustave BOISSONADE ซึ่งได้เริ่มร่างประมวลกฎหมายแพ่งโดยเทียบเคียงจากกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสและจากกฎหมายแพ่งของประเทศอื่นในยุโรป แต่ในส่วนกฎหมายครอบครัวและมรดกได้มอบหมายให้นักกฎหมายญี่ปุ่นทำการร่างเอง ถึงกระนั้นก็ยังได้รับอิทธิพลจากกฎหมายฝรั่งเศสมาไม่น้อย จากนั้นจึงนำมารวมกับส่วนที่ BOISSONADE ร่าง กลายเป็นประมวลกฎหมายแพ่งที่สมบูรณ์ทั้งหมดห้าบรรพ ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับนี้ถูกต่อต้านจากนักกฎหมายญี่ปุ่นชาตินิยม จนถูกลบคะแนนยกเลิกไปในปี ค.ศ.1892¹⁶

ในปี ค.ศ. 1893 รัฐบาลญี่ปุ่นได้แต่งตั้งกรรมการชาวญี่ปุ่นมาทบทวนร่างประมวลกฎหมายที่ BOISSONADE ร่างไว้ เพื่อจัดทำขึ้นมาใหม่ แต่คราวนี้เดิมตามระบบกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมีทั้งหมดห้าบรรพ สามบรรพแรกประกาศในปี ค.ศ. 1896

¹⁴ไพโรจน์ กัมพูสิริ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 355.

¹⁵ไพโรจน์ กัมพูสิริ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 357.

¹⁶ไพโรจน์ กัมพูสิริ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 358.

สองบรรพทหลังซึ่งเป็นเรื่องครอบครัวและมรดกประกาศปี ค.ศ. 1898 รวมเป็นประมวลกฎหมายแพ่งฉบับสมบูรณ์มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 กรกฎาคม 1898

ในสมัยนั้น ผู้ชายจะเป็นผู้นำครอบครัว ในกฎหมายมรดก สิทธิทุกอย่างอยู่ที่ลูกชายคนหัวปี ไม่มีความเท่าเทียมกันระหว่างบิดามารดา สามีภรรยา ลูกชายลูกสาว สตรีไม่สามารถใช้อำนาจปกครองบุตรได้ กล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายครอบครัวญี่ปุ่นในช่วงแรกของการประกาศใช้ประมวลนั้นเป็นระบบที่สมาชิกในครอบครัวต้องเคารพเชื่อฟังหัวหน้าครอบครัวซึ่งเป็นผู้ชาย เชื่อฟังสามี บุตรชายคนโต หรือบิดา

หลังสงครามโลกครั้งที่สอง มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่ใน ค.ศ. 1947 โดยมาตรา 24 กำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันในครอบครัว ทำให้ต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายครอบครัวและมรดกในปี ค.ศ. 1948 นับแต่นั้นมากฎหมายได้ยกเลิกความเป็นหัวหน้าครอบครัวของสามี ตลอดจนความไร้ความสามารถของภรรยา สามีภรรยามีสิทธิเท่าเทียมกัน¹⁷

1.3 ระบบคอมมอนลอว์

แนวคิดเริ่มแรกเรื่องอำนาจปกครองของบิดามารดาในประเทศอังกฤษมีลักษณะทำนองเดียวกับประเทศอื่นๆ ที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน คือ บิดามีอำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียว แต่ด้วยพัฒนาการแนวคิดเกี่ยวกับบทบาทของครอบครัวและสมาชิกในครอบครัวทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรเปลี่ยนแปลงไป ผลของแนวคิดปัจเจกบุคคลทำให้สตรีและเด็กได้รับความสนใจ ในศตวรรษที่ 19 การเรียกร้องสิทธิสตรีทำให้มารดาเข้ามามีส่วนในการใช้อำนาจปกครองร่วมกับบิดาและ การยอมรับว่าเด็กเป็นบุคคลที่มีสิทธิของตนเองเป็นจุดเริ่มต้นของการคำนึงถึงความผาสุกและการปกป้องเด็ก¹⁸

พัฒนาการในเรื่องอำนาจปกครองของบิดามารดา จากที่ผ่านมามีอำนาจของบิดามารดาอยู่ในรูปของสิทธิและหน้าที่ เปลี่ยนเป็นหลักความรับผิดชอบของบิดามารดา (parental responsibility) ซึ่งได้รับการรับรองในกฎหมาย The Children Act 1989¹⁹ หลักความรับผิดชอบ

¹⁷ไพโรจน์ กัมพูสิริ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 10*, น.359 - 360.

¹⁸Lowe, Nigel V., Douglas, Gillian and Bromley, Peter Mann, *Bromley's Family law*, ninth edition, (London : Butterworths, 1998), p.300.

¹⁹ *Ibid.*

ของบิดามารดาอธิบายถึงความเอาใจใส่ที่บิดามารดาต้องมีต่อบุตร หลักนี้สะท้อนแนวคิดที่ว่าเด็กคือบุคคลที่ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องปฏิบัติด้วย ไม่ใช่บุคคลที่ผู้อื่นจะใช้อำนาจเหนือ หลักความรับผิดชอบของบิดามารดาส่วนหนึ่งได้รับอิทธิพลจากคดี Gillick ที่ Lord Scarman วางหลักว่า สิทธิของบิดามารดามาจากหน้าที่ของบิดามารดา หลักความรับผิดชอบของบิดามารดาจึงสะท้อนต้นแบบการเป็นบิดามารดาที่ the House of Lord ตั้งขึ้นในคดี Gillick²⁰

ในปี 1925 ประเทศสหรัฐอเมริกามีการพัฒนาแนวคิดเรื่องหลักประโยชน์สุขของบุตร (The best interest of the child) ในคดี Finlay v. Finlay 1925; 148 NE 624(NY) วางหลักเกณฑ์ว่า ในการตัดสินใจฝ่ายใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองนั้น ต้องพิจารณาว่าบิดาหรือมารดาฝ่ายใดทำให้บุตรได้รับการเลี้ยงดูที่ดีที่สุด อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวถูกโต้แย้งว่าไม่สามารถปฏิบัติหรือทำให้เป็นจริงได้ หลังจากนั้นอีกห้าสิบปี Goldstein et al ได้เสนอหลักเรื่องทางเลือกที่เป็นอันตรายน้อยที่สุด (least detrimental alternative) ซึ่งมีหลักการพิจารณาว่า การพิจารณาให้บิดาหรือมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรนั้นควรพิจารณาจากความต้องการความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องของบุตร ดังนั้น ในการตัดสินใจว่าฝ่ายใดจะมีอำนาจปกครองบุตรจึงไม่ใช่หน้าที่ของศาล แต่เป็นหน้าที่ของบิดามารดาในการตัดสินใจว่าใครต้องการจะเลี้ยงดูบุตร และจากหลักนี้ทำให้ฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองบุตรไม่มีสิทธิติดต่อเยี่ยมเยียนบุตรได้ ในขณะที่ฝ่ายที่มีอำนาจปกครองบุตรก็มีสิทธิเลือกว่าจะให้บุตรติดต่อกับใครบ้าง²¹

²⁰Standley, Kate, Family law, (Basingstoke [England] : Palgrave Macmillan, 2004), p. 248.

²¹อัญชลี กัมพรทิพย์, “หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า : ศึกษาตามแนวคำพิพากษาของศาล”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 7.

2. เหตุอนอำนาจปกครองของบิดามารดา และกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้ไร้ความสามารถตามหลักกฎหมายต่างประเทศ

2.1 ระบบซีวิลลอว์

2.1.1 ประเทศเยอรมัน

2.1.1.1 อำนาจปกครองของบิดามารดา

โดยหลัก บิดาและมารดาของบุตรชอบด้วยกฎหมายจะมีอำนาจปกครอง บุตรจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาตราบเท่าที่ยังเป็นผู้เยาว์ คำว่า “อำนาจ” ในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร หมายถึง ทั้งสิทธิและหน้าที่ ในหลายกรณีที่บิดามารดามีหน้าที่ที่ต้องทำในสิ่งที่กฎหมายให้สิทธิ ถ้าบิดามารดาไม่ใช้สิทธิหรือไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ด้วยความระมัดระวังในระดับเดียวกับที่ได้จัดการในกิจธุระของตนเอง บิดามารดาจะมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดกับบุตร²²

การใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาตามกฎหมายเยอรมัน กฎหมายได้วางหลักให้บิดามารดาต้องใช้อำนาจปกครองร่วมกันด้วยความระมัดระวังเสมือนทำในกิจธุระของตน โดยจะทำการใดต้องได้รับความยินยอมจากทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้ก็เพื่อประโยชน์ของบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1627²³ อำนาจปกครองของบิดามารดาตามกฎหมายเยอรมันได้ถูกแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ อำนาจเกี่ยวกับตัวบุตร (care for the person of the child) และอำนาจจัดการทรัพย์สิน (care for the property) ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1626 (1)²⁴ และอำนาจปกครองของบิดามารดา รวมถึงการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรด้วย

²²Cohn, Ernest Joseph, *supra note* 9, p.243.

²³Section 1627 [Exercise of parental custody] The parents must exercise the parental custody on their own responsibility and in mutual agreement for the best interests of the child. In the case of differences of opinion, the must attempt to agree.

²⁴Section 1626 [Parental custody]

1. อำนาจเกี่ยวกับตัวบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้แก่

1) สิทธิและหน้าที่ในการเลี้ยงดู ให้การศึกษา ควบคุมดูแลบุตร กำหนดที่อยู่อาศัย
มาตรา 1631²⁵

2) สนับสนุนให้บุตรได้ฝึกงานหรือประกอบอาชีพตามความถนัดของบุตร มาตรา
1631a²⁶

3) สิทธิเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นที่กักตัวบุตรไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัดสินใจ
เกี่ยวกับการติดต่อของบุตร มาตรา 1632²⁷

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

²⁵Section 1631 [Contents and limits of care for the person of the child]

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

(2) Children have a right to non-violent upbringing. Physical punishments, psychological injuries and other degrading measures are inadmissible.

(3) The family court is to support the parents, on application, in exercising care for the person of the child in suitable cases.

²⁶Section 1631a [Training and occupation]

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

²⁷Section 1632 [Surrender of the child; determination of contact; order that child remains in foster care]

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

(2) The care for the person of the child also includes the right to determine contact for the child, even with effect for and against third parties.

2. อำนาจจัดการทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีการบัญญัติไว้ในหลายมาตราเกี่ยวกับอำนาจจัดการทรัพย์สิน โดยหลักคือ การจัดการรายได้จากทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ โดยบิดามารดาสามารถนำรายได้อันเกิดจากทรัพย์สินของบุตรมาใช้ในการเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์และพี่น้องของผู้เยาว์ที่ยังไม่สมรส มาตรา 1649²⁸ และการทำนิติกรรมบางประเภทแทนบุตร บิดามารดาจะทำมิได้ อาจต้องขออนุญาตจากศาลก่อน ตามมาตรา 1643(1)²⁹

3. อำนาจการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1629³⁰ บิดามารดาเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรร่วมกัน โดยการแสดงเจตนาต่อบุตรผู้เยาว์ถือว่ามิผลเมื่อ

(3) ...

²⁸Section 1649 [Use of the income of the property of the child]

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

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

²⁹Section 1643 [Legal transactions subject to approval]

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

(2) ...

³⁰Section 1629 [Representation of the child]

(1) Parental custody includes the representation of the child. The parents represent the child jointly; where a declaration of intention is to be made to the child, it is sufficient if it is made to one parent. One parent represents the child alone, to the extent

ได้แสดงเจตนาต่อบิดาหรือมารดา และบางกรณีบิดาหรือมารดาอาจเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรโดยลำพังก็ได้ ในกรณีที่มีอันตรายอันใกล้จะถึง บิดาหรือมารดาต้องจัดการทางกฎหมายตามที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดของบุตรและต้องแจ้งให้มารดาหรือบิดาอีกฝ่ายทราบโดยเร็ว ข้อจำกัดการเป็นผู้แทนของบุตรคือ การกระทำตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1795³¹

that he exercises parental custody alone or the decision has been transferred to him under section 1628. In the case of imminent danger, each parent is entitled to undertake all legal act that are necessary for the best interests of the child; the other parent is to be informed without undue delay.

(2) The father and the mother may not represent the child to the extent that under section 1795 a guardian is excluded from the representation of the child. If the parental custody for a child is held by the parents jointly, then the parent in whose charge the child is may assert maintenance claims of the child against the other parent. The family court may deprive the father and the mother under section 1796 of the representation; this does not apply to the determination of paternity.

(2a) The father and the mother may not represent the child in court proceedings under section 1598a (2).

(3) If the parents of the child are married to each other, then one parent, as long as the parents live apart or a matrimonial matter is pending at court between them, may assert maintenance claims of the child against the other parent only in his own name. A court decision obtained by one parent and a court settlement entered into between the parents also take effect for and against the child.

³¹Section 1795 [Exclusion of power of agency]

(1) The guardian may not represent the ward:

1. in a legal transaction between his spouse, his civil partner or one of his lineal relatives on the one hand and the ward on the other hand, unless the legal transaction consists solely in the performance of an obligation,

2. in a legal transaction the subject of which is the transfer or encumbrance of a claim of the ward against the guardian secured by pledge, mortgage, ship

และมาตรา 1598a (2)³² บิดามารดาจะกระทำไม่ได้ ศาลอาจถอนบิดามารดาจากการเป็นผู้แทน โดยชอบธรรมโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1796³³ ก็ได้

2.1.1.2 เหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา

อำนาจปกครองของบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันสามารถสิ้นสุดลงได้ด้วยเหตุ ดังต่อไปนี้

1. บุตรบรรลุนิติภาวะ อายุ 18 ปีบริบูรณ์ มาตรา 2³⁴

mortgage or suretyship or the cancellation or reduction of this security or which creates an obligation of the ward to effect such a transfer, encumbrance, cancellation or reduction,

3. in a legal dispute between the persons designated in no. 1 and in a legal dispute on a matter of the kind designated in no. 2.

(2) The provision of section 181 is unaffected.

³²Section 1598a (2) [Claim to consent to a genetic examination to clarify natural parentage]

(1) ...

(2) On the application of a person entitled to clarify, the family court must substitute consent that has not been given and order acquiescence in the taking of a sample.

³³Section 1796 [Withdrawal of power of agency]

(1) The family court may withdraw from the guardian the power of agency for individual matters or for a specified group of matters.

(2) The withdrawal should occur only if the interest of the ward is to a substantial degree contrary to the interest of the guardian or of a third party represented by the guardian or of one of the persons designated in section 1795 no. 1.

³⁴Section 2 [Beginning of majority]

2. ผู้ใช้อำนาจปกครองถึงแก่ความตาย มาตรา 1677³⁵
3. ผู้ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจปกครอง

หากสวัสดิภาพในชีวิตหรือประโยชน์ทางทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ตกอยู่ในความเสียหาย ไม่ว่าจะเป็ฉนัตรายต่อร่างกาย จิตใจหรือทรัพย์สินของเด็ก อันอาจเกิดจากการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาในทางที่ผิด การทอดทิ้งเด็ก ความผิดพลาดที่แม้บิดามารดาจะไม่มีส่วนผิด หรือจากการกระทำของบุคคลภายนอก หากบิดามารดาไม่สามารถป้องกันอันตรายเหล่านั้นได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1666 (1)³⁶ กำหนดให้ศาลมีหน้าที่ต้องจัดให้มีมาตรการป้องกันภัยดังกล่าวตามความจำเป็น ซึ่งมาตรการของศาลอาจมีตั้งแต่การตักเตือนไปจนถึงการถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา³⁷ แต่วิธีการที่ทำให้บุตรต้องแยกจากบิดามารดาจะ

Majority begins at the age of eighteen.

³⁵Section 1677 [Termination of parental custody by declaration of death]

The parental custody of one parent ends if he is declared dead or the time of his death is established under the provisions of the Missing Persons Act [*Verschollenheitsgesetz*], at the time that is deemed to be the time of death.

³⁶Section 1666 [Court measures in the case of endangerment of the best interests of the child]

(1) Where the physical, mental or psychological best interests of the child or its property are endangered by abusive exercise of parental custody, by neglect of the child, by failure of the parents for which they are not at fault or by the conduct of a third party, the family court, if the parents do not wish or are not able to avert the danger, must take the measures necessary to avert the danger.

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

³⁷Cohn, Ernest Joseph, *supra* note 9, p. 245.

สามารถใช้ได้เฉพาะกรณีที่อันตรายนั้นไม่อาจโต้ตอบโดยวิธีการอื่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1666a³⁸

การถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาจึงเป็นมาตรการที่ศาลจะใช้ต่อเมื่อไม่สามารถใช้วิธีการอื่นมาป้องกันอันตรายที่เกิดกับบุตรผู้เยาว์ได้อีกต่อไป โดยเฉพาะการถอนอำนาจดูแลตัวบุตรทั้งหมด ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1666a (2)

ในกรณีทรัพย์สิน จะถือว่าตกอยู่ในอันตรายหากปรากฏว่าผู้มีหน้าที่ดูแลทรัพย์สินได้ฝ่าฝืนหน้าที่ในการดูแลทรัพย์สิน หรือไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งศาลเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินได้ ศาลอาจสั่งให้บิดามารดายื่นรายการทรัพย์สินของบุตรหรือทำบัญชีจัดการทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1667(1)³⁹ หรือให้จัดหาหลักประกันสำหรับทรัพย์สินที่

³⁸Section 1666a [Principle of proportionality; priority of public support measures]

(1) Measures which entail a separation of the child from its parental family are admissible only if the danger cannot be countered in another way, not even through public support measures. This also applies if one parent is temporarily or for an indefinite period to be refused use of the family home. Where a parent or a third party is refused the use of the home in which the child also lives or of another home, then when the duration of the measure is assessed it should also be considered whether this person has the ownership, a heritable building right or usufruct in the plot of land on which the home is located; similar provisions apply to the ownership of an apartment, a permanent residential right and a right of habitation running with the land, or if the parent or third party is the lessee of the home

(2) The complete care for the person of the child may be withdrawn only if other measures have been unsuccessful or if it is to be assumed that they do not suffice to avert the danger.

³⁹Section 1667 [Court measures in the case of endangerment of the property of the child]

(1) The family court may order that the parents submit an inventory of the property of the child and render an account of the management. The parents must affix

จัดการนั้น ซึ่งการหาหลักประกันนี้จะบังคับเฉพาะเมื่ออำนาจจัดการทรัพย์สินถูกถอนไปทั้งหมดหรือบางส่วนแล้ว ภายใต้มาตรา 1666 (1)

เมื่อบิดาหรือมารดาถูกถอนอำนาจปกครองแล้ว กฎหมายกำหนดให้มารดาหรือบิดาอีกฝ่ายเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองฝ่ายเดียว ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1680(3)⁴⁰ แต่ทั้งบิดามารดาต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่จะติดต่อกับบุตรได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1684(1)⁴¹ ผู้ที่ถูกถอนอำนาจปกครองต้องส่งมอบทรัพย์สินของบุตรให้แก่บุตร ตลอดจนบัญชีจัดการทรัพย์สิน และหากมีเหตุให้สันนิษฐานได้ว่ามีการใช้เงินได้จากทรัพย์สินของบุตรขัดกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1649 ก็ต้องทำบัญชีแสดงเงินได้จากทรัพย์สินด้วย

to the inventory an affirmation that it is correct and complete. If the inventory submitted is inadequate, the family court may order that the inventory is made by a competent authority or by a competent official or notary.

(2) ...

⁴⁰Section 1680 [Death of a parent or removal of the parental custody]

(1) If the parental custody was held by the parents jointly and if one parent has died, the parental custody is held by the surviving spouse.

(2) Where a parent who, under section 1671 or 1672 (1), had the parental custody alone has died, the family court must transfer the parental custody to the other parent, if this is not inconsistent with the best interests of the child. Where the mother, under section 1626a (2), had sole parental custody, the family court must transfer the parental custody to the father if this serves the best interests of the child.

(3) Subsection (1) and subsection (2) sentence 2 apply with the necessary modifications to the extent that one parent, who had the parental custody jointly with the other parent or, under section 1626a (2), alone, is deprived of the parental custody.

⁴¹Section 1684 [Contact of the child with its parents]

(1) The child has the right to contact with each parent; each parent has a duty and a right of contact with the child.

(2) ...

2.1.1.3 กรณีผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้ไร้ความสามารถ

ผู้ใช้อำนาจปกครองที่มีความบกพร่องเป็นคนวิกลจริตไม่ถึงเป็นเหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา แต่เข้าลักษณะเหตุระงับชั่วคราวซึ่งอำนาจปกครองของบิดามารดา (suspension of parental custody) อันมีผลทำให้บิดาหรือมารดานั้นไม่มีสิทธิใช้อำนาจปกครองของบิดามารดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1675⁴² และให้มารดาหรือบิดาที่เหลือเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองไปฝ่ายเดียว ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1678 (1)⁴³

เหตุระงับชั่วคราวซึ่งอำนาจปกครองของบิดามารดา มี 2 สาเหตุ ดังต่อไปนี้

1. เหตุจากอุปสรรคทางกฎหมาย (case of a legal obstacle) บิดาหรือมารดาจะถูกระงับอำนาจปกครองทั้งหมดทั้งอำนาจเกี่ยวกับตัวบุตร อำนาจจัดการทรัพย์สิน อำนาจการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ถ้าหากไม่มีความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญา (incapable of contracting) ทำนองเดียวกัน บิดาหรือมารดาที่ถูกจำกัดความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญา (limited capacity to contract) จะถูกระงับอำนาจปกครองบางส่วน โดยยังสามารถใช้อำนาจเกี่ยวกับตัวบุตรร่วมกับผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรได้ แต่ไม่สามารถกระทำการแทนบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1673⁴⁴

⁴²Section 1675 [Effect of the suspension]

As long as the parental custody is suspended, a parent is not entitled to exercise it.

⁴³Section 1678 [Consequences for the other parent of the actual prevention or of the suspension]

(1) Where a parent is actually prevented from exercising parental custody, or where his parental custody is suspended, the other parent exercises the parental custody alone; this does not apply if the parental custody under section 1626a (2), section 1671 or section 1672 (1) was held by the parent alone.

(2) ...

⁴⁴Section 1673 [Suspension of parental custody in the case of a legal obstacle]

บุคคลที่ไม่มีความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญา (incapable of contracting) นั้น ถูกวางหลักไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 104⁴⁵ ได้แก่ เด็กอายุต่ำกว่า 7 ปี และ คนวิกลจริตที่ไม่สามารถแสดงเจตนาได้อย่างอิสระ เว้นแต่อาการนั้นจะเป็นเพียงชั่วคราว ทั้งนี้การแสดงเจตนาของบุคคลเหล่านี้ย่อมตกเป็นโมฆะ รวมไปถึงการแสดงเจตนาที่กระทำโดยไม่รู้สำนึก หรืออยู่ในระหว่างจิตวิกลชั่วคราวด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 105⁴⁶ ส่วนบุคคลที่ถูกจำกัดความสามารถในการทำนิติกรรม (limited capacity to contract) มีเพียงเด็กอายุ 7 ปีแต่ไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 106⁴⁷

การที่บิดาหรือมารดาตกเป็น คนวิกลจริต กฎหมายจึงถือเป็นอุปสรรคทางกฎหมายที่นำมาสู่การระงับชั่วคราวซึ่งอำนาจปกครองของบิดามารดา

(1) The parental custody of one parent is suspended if he is incapable of contracting.

(2) The same applies if he has limited capacity to contract. He has the care for the person of the child together with the legal representative of the child; he is not entitled to represent the child. In the case of a difference of opinion, the opinion of the minor parent has precedence, if the legal representative of the child is a guardian or curator; failing this, section 1627 sentence 2 and section 1628 apply.

⁴⁵Section 104 [Incapacity to contract]

A person is incapable of contracting if

1. he is not yet seven years old
2. he is in a state of pathological mental disturbance, which prevents the free exercise of will, unless the state by its nature is a temporary one.

⁴⁶Section 105 [Voidness of declaration of intent]

(1) The declaration of intent of a person incapable of contracting is void.

(2) Also void is a declaration of intent that is made in a state of unconsciousness or temporary mental disturbance.

⁴⁷Section 106 [Limited capacity for minors to contract]

A minor who has reached the age of seven has limited capacity to contract under section 107 to 113.

2. เหตุจากอุปสรรคทางข้อเท็จจริง (case of a factual obstacle) บิดาหรือมารดาอาจถูกระงับชั่วคราวซึ่งอำนาจปกครองหากศาลเห็นว่าบิดาหรือมารดานั้นไม่สามารถใช้อำนาจปกครองได้ตามความเป็นจริงเป็นระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1674⁴⁸ เช่น ต้องรักษาตัวในโรงพยาบาล ถูกจำคุก หรือเดินทางไปต่างประเทศ เป็นต้น⁴⁹ เมื่อศาลเห็นว่าเหตุให้ระงับอำนาจปกครองไม่มีอีกต่อไปอาจสั่งคืนอำนาจปกครองก็ได้

หากทั้งบิดามารดาไม่สามารถใช้อำนาจปกครองได้ กฎหมายเยอรมันให้ศาลเยอรมันดำเนินการโดยคำนึงถึงประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1693⁵⁰ และเนื่องจากการถูกระงับอำนาจปกครองทำให้บิดามารดาไม่มีสิทธิจัดการเกี่ยวกับตัวบุตรหรือทรัพย์สินของบุตร จึงอาจตั้งผู้ปกครองตามมาตรา 1773⁵¹ ก็ได้

ในกฎหมายเยอรมันไม่มีการพูดถึงบุคคลที่มีลักษณะของคนเสมือนไร้ความสามารถแบบที่มีในกฎหมายไทย แม้ตามมาตรา 114 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเดิมจะเคยกล่าวถึงคนที่ปัญญาอ่อน หรือใช้ยาฝิ่นเพื่อย หรือเสพสุราเป็นอาจิดนให้เป็นบุคคลที่ถูกจำกัดความสามารถ

⁴⁸Section 1674 [Suspension of parental custody in the case of a factual obstacle]

(1) The parental custody of a parent is suspended if the family court establishes that he cannot in fact exercise the parental custody for a long period of time.

(2) The parental custody revives if the family court establishes that the reason for the suspension no longer applies.

⁴⁹Cohn, Ernest Joseph, *supra* note 9, p. 244.

⁵⁰Section 1693 [Court measures where the parents are prevented]

If the parents are prevented from exercising parental custody, the family court must take the measures necessary in the interest of the child.

⁵¹Section 1773 [Requirements]

(1) A minor is given a guardian if he is not subject to parental custody or if the parents are not entitled to represent the minor either in matters affecting the person or in matters affecting property.

(2) A minor is also given a guardian if his personal status cannot be determined.

ในการทำนิติกรรม⁵² แต่เมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบทบัญญัติดังกล่าวก็ได้ถูกยกเลิกไป คนที่จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ เสพสุราเป็นอาชญา ประพฤติสุรุษุ่ยสุร่ายจึงไม่ถือเป็นเหตุระงับอำนาจปกครองด้วยอุปสรรคทางกฎหมายและเหตุก็ไม่รุนแรงจนถึงได้ว่าบิดามารดาไม่อาจใช้อำนาจปกครองได้ตามความเป็นจริง

ดังนั้น ตามกฎหมายเยอรมัน ลักษณะที่บิดามารดาเป็นผู้ที่มีความบกพร่องอย่างการเป็นคนวิกลจริตนั้น เป็นอุปสรรคทางกฎหมายที่นำมาสู่การระงับชั่วคราวซึ่งอำนาจปกครองของบิดามารดาโดยผลของกฎหมาย ทำให้บิดาหรือมารดานั้นไม่มีความผูกพันที่ต้องใช้อำนาจดังกล่าว มารดาหรือบิดาอีกฝ่ายจึงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองไปโดยลำพัง เมื่อเหตุให้ระงับอำนาจปกครองด้วยอุปสรรคทางกฎหมายหมดไป บิดามารดาก็กลับมาใช้อำนาจปกครองได้ดังเดิม หลักกฎหมายในเรื่องนี้จึงคล้ายกับหลักในมาตรา 1566 วรรคสอง (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่วางหลักให้บิดาหรือมารดาอีกฝ่ายเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองได้โดยลำพังเมื่อฝ่ายหนึ่งตกเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ แต่เมื่อความบกพร่องนั้นหมดสิ้นไป บิดาหรือมารดาก็สามารถกลับมาใช้อำนาจปกครองได้โดยอัตโนมัติ

นอกจากนี้ตามกฎหมายเยอรมัน หลักเรื่องการถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา จะถูกวางไว้อย่างกว้างๆ ไม่เฉพาะเจาะจงว่าต้องเป็นกรณีใดบ้าง เพราะปล่อยให้บุคคลพิเนิจของศาลว่ากรณีใดบ้างที่ทำให้บุตรต้องตกอยู่ในอันตรายทางกาย จิตใจหรือทรัพย์สิน จึงเป็นไปได้ว่าการที่บิดามารดาเป็นคนวิกลจริต จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ ประพฤติสุรุษุ่ยสุร่าย เสพเพล เสพสุราเป็นอาชญา ศาลอาจสั่งถอนอำนาจปกครองก็ได้ หากศาลเห็นว่าทำให้เกิดความเสียหายแก่บุตรหรือทรัพย์สินของบุตร

2.1.2 ประเทศฝรั่งเศส

2.1.2.1 อำนาจปกครองของบิดามารดา

อำนาจปกครองของบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแสดงถึงสิทธิและหน้าที่ทั้งหมดที่กฎหมายกำหนดให้บิดามารดาหรือบุคคลอื่นที่มีอำนาจดูแลแทนบิดามารดา (in loco parentis) โดยเป็นสิทธิหน้าที่เกี่ยวกับตัวบุตรและทรัพย์สินของบุตร อำนาจปกครองของบิดามารดานี้อาจได้มาโดยการให้กำเนิดหรือเพราะคำสั่งศาล ซึ่งทั้งสองกรณีเป็นส่วนประกอบที่จำเป็นของคำสั่งทางกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัว แนวคิดเกี่ยวกับอำนาจปกครองของบิดามารดาได้

⁵²Cohn, Ernest Joseph, *supra note 9*, pp. 75 – 76.

ก้าวหน้าไปจากที่เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างเอกชนซึ่งแสดงถึงแนวคิดในกฎหมายโรมัน (patria potestas) อย่างชัดเจน มาเป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชนสมัยใหม่ ซึ่งมีลักษณะสำคัญคือกระบวนการพิจารณาและการควบคุมทางปกครอง อีกลักษณะของพัฒนาการอำนาจปกครองของบิดามารดา คือการเปลี่ยนจากแนวคิดเรื่องสิทธิของบิดามารดาไปสู่แนวคิดเรื่องความผาสุกของบุตรผู้เยาว์ หรือจากแนวคิดที่ว่า “บิดาเป็นผู้รู้ดีที่สุด” (father knows best) เป็นหลักการปัจจุบันที่ว่าตุลาการและภาครัฐนั้นดีที่สุดในการตัดสินใจเรื่องความผาสุกของบุตรผู้เยาว์⁵³

อำนาจปกครองของบิดามารดาเป็นกลุ่มของสิทธิและหน้าที่ที่บิดามารดา มีเพื่อความผาสุกของบุตรผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 371-1⁵⁴ โดยบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองร่วมกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 372⁵⁵ ฝ่ายบุตรเองก็มีหน้าที่

⁵³Lasok, D., “Parental Authority : French Style”, The International and Comparative Law Quarterly, vol.20, No. 2, pp. 323-324 (Apr. 1971).

⁵⁴Art. 371-1

Parental authority is a set of rights and duties whose finality is the welfare of the child.

It is vested in the father and mother until the majority or emancipation of the child in order to protect him in his security, health and morality, to ensure his education and allow his development, showing regard to his person.

Parents shall make a child a party to judgments relating to him, according to his age and degree of maturity.

⁵⁵Art. 372

The father and mother shall exercise in common parental authority.

Where, however, parentage is established with regard to one of them more than one year after the birth of a child whose parentage is already established with regard to the other, the latter alone remains vested with the exercise of parental authority. It shall be likewise where parentage is judicially declared with regard to the second parent of the child.

ต้องให้เกียรติและเคารพบิดามารดาของตน ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 371⁵⁶ บุตรจะต้องอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดาจนกว่าจะบรรลุนิติภาวะคืออายุ 18 ปีบริบูรณ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 488⁵⁷ หรือได้รับการปลดปล่อยให้เป็นอิสระซึ่งอาจมีเหตุจากบุตรผู้เยาว์สมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 476⁵⁸ หรือเมื่อผู้เยาว์อายุ 16 ปีบริบูรณ์ หากมีเหตุผลอันสมควร บิดามารดา หรือบิดาหรือมารดาอาจยื่นคำร้องต่อศาลมีคำสั่งให้บุตรเป็นอิสระก็ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 477⁵⁹

อำนาจปกครองของบิดามารดาอาจจำแนกได้ 2 ลักษณะ คือ

1. อำนาจเกี่ยวกับตัวบุตร (Parental Authority with regard to the Person of a Child) ได้แก่

1) หน้าที่ปกป้องดูแลบุตรทั้งความปลอดภัย สุขภาพร่างกายและศีลธรรมจรรยา ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 371-1

Parental authority may however be exercised in common in case of joint declaration of the father and mother before the chief clerk of the tribunal de grande instance or upon judgment of the family causes judge.

⁵⁶ Art. 371

A child, at any age, owes honour and respect to his father and mother.

⁵⁷ Art. 488

Majority is fixed at the full age of eighteen years; at that age one is capable of all the transactions of civil life.

⁵⁸ Art. 476

A minor is emancipated as a matter of right by marriage.

⁵⁹ Art. 477

A minor, even unmarried, may be emancipated when he has reached the full age of sixteen years.

"After the minor has been heard" (Act no 93-22 of 8 Jan. 1993), that emancipation shall be pronounced, if there are proper reasons, by the judge of guardianships, on request of the father and mother or of one of them.

Where the request is filed by only one parent, the judge shall decide after hearing the other, unless the latter is unable to express his or her intention.

2) หน้าที่ให้การศึกษาและให้การสนับสนุนบุตรตามความเหมาะสมและความต้องการ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 371-1 มาตรา 371-2⁶⁰

3) สิทธิกำหนดที่อยู่ของบุตร กล่าวคือ บุตรผู้เยาว์ไม่สามารถย้ายออกจากบ้านโดยปราศจากความยินยอมของบิดามารดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 371-3⁶¹

4) บิดามารดาต้องให้บุตรผู้เยาว์มีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับตัวบุตรเอง โดยพิจารณาจากอายุและระดับการเจริญเติบโตของบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 371-1

บิดามารดามีอำนาจหลายประการเกี่ยวกับตัวบุตร แต่กฎหมายก็ได้รับรองสิทธิของบุตรผู้เยาว์ที่บิดามารดาไม่สามารถแทรกแซงได้ คือ สิทธิในการติดต่อกับปู่ย่าตายาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 371-4⁶² และเด็กต้องไม่ถูกแยกจากพี่น้องของตน ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 371-5⁶³

⁶⁰Art. 371-2

Each one of the parents shall contribute to the education and support of the children in proportion to his or her means, to those of the other parent and to the needs of the child.

That obligation does not come to an end as of right where the child is of age.

⁶¹Art. 371-3

A child may not, without the permission of the father and mother, leave the family home and he may be removed from it only in cases of necessity as determined by statute.

⁶²Art. 371-4

A child has the right to have personal relations with his grandparents. Only serious reasons may constitute a bar to that right.

Where the welfare of the child so requires, the family causes judge shall fix the details of the relations between a child and a third person, relative or not.

⁶³Art. 371-5

2. อำนาจจัดการทรัพย์สิน (Parental Authority with regard to the Property of a Child) บิดามารดามีอำนาจจัดการและได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 382⁶⁴ แต่สิทธิได้รับประโยชน์นี้ไม่รวมถึงทรัพย์สินที่บุตรผู้เยาว์ได้รับจากการทำงาน หรือได้รับการให้ หรือได้รับมรดกที่มีการแสดงเจตนาชัดแจ้งห้ามมิให้บิดามารดาได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 387⁶⁵

สิทธิได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินของบุตรสิ้นสุดไปตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 384 ด้วยเหตุต่อไปนี้

1. บุตรอายุครบ 16 ปีบริบูรณ์หรือเมื่อบุตรทำการสมรส
2. เมื่อมีเหตุที่ให้อำนาจปกครองของบิดามารดาสิ้นสุดลง หรือเหตุที่ทำให้อำนาจจัดการทรัพย์สินสิ้นสุดลง
3. เมื่อมีเหตุให้สิทธิได้รับประโยชน์นั้นสิ้นสุดลง เช่น ผู้รับประโยชน์ถึงแก่ความตาย (death of the beneficiary) หรือมีการใช้สิทธิไม่สุจริต (abuse of the right) หรือมีการสละ (renunciation)⁶⁶

2.1.2.2 เหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา

A child may not be separated from its brothers and sisters, unless this is not possible or where his welfare dictates a different solution. If there is occasion, the judge shall rule on the relations between the brothers and sisters.

⁶⁴Art. 382

The father and mother have, subject to the distinctions that follow, the administration and enjoyment of the property of their child.

⁶⁵Art. 387

Statutory enjoyment does not extend to property acquired by a child through his work, or to that which is donated or bequeathed to him under the express condition that the father and mother may not have enjoyment of them.

⁶⁶Lasok, D., *supra note 53*, p.331.

บิดามารดาอาจสูญเสีย (deprive) อำนาจปกครองของบิดามารดาไปโดยการถอนอำนาจปกครอง ศาลสามารถถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาทั้งหมด (Total withdrawal of parental authority) เมื่อมีเหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 378⁶⁷ และมาตรา 378-1⁶⁸ ดังต่อไปนี้

1. บิดาหรือมารดาถูกตัดสินว่าเป็นผู้กระทำความผิดเอง ผู้ร่วมกระทำความผิด หรือผู้สมรู้ร่วมคิด ในความผิดต่อตัวบุตร

⁶⁷ Art. 378

By express provision of a criminal judgment, parental authority may be "totally withdrawn" from the father and mother who are sentenced either as perpetrators, co-perpetrators or accomplices of a serious or ordinary offence committed on the person of their child, or as co-perpetrators or accomplices of a serious or ordinary offence committed by their child,.

That "withdrawal" may be applied to ascendants other than the father and mother as regards that part of parental authority which they may have over their descendants.

⁶⁸ Art. 378-1

The father and mother who "apart from any criminal sentence, either by maltreatment, or by usual and excessive consumption of alcoholic beverages or drug addiction, or by a notorious misconduct or criminal activities" or by lack of care or want of guidance, obviously endanger the security, health or morality of the child, "may be totally withdrawn parental authority".

The father and mother who, for more than two years, have intentionally abstained from exercising the rights and fulfilling the duties they retained under Article 375-7, may likewise "be totally withdrawn parental authority".

An action "for total withdrawal of parental authority" (Act no 96-604 of 5 July 1996) shall be brought before the tribunal de grande instance, either by the Government procurator's office, or by a member of the family or by the child's guardian.

2. บิดาหรือมารดาถูกตัดสินว่าเป็นผู้ร่วมกระทำความผิด หรือผู้สมรู้ร่วมคิด ในความผิดที่บุตรเป็นผู้กระทำ
3. บิดาหรือมารดากระทำทารุณ ตีดยาเสพติด เสพสุราเป็นอาชญากรรม ประพฤติผิดประเวณี หรือมักขาดความระมัดระวังหรือต้องการการแนะนำ และมักก่อให้เกิดอันตรายต่อความปลอดภัย อนามัยหรือศีลธรรมของผู้เยาว์อย่างเห็นได้ชัด
4. บิดาหรือมารดาที่สมัครใจดใช้สิทธิและทำหน้าที่ที่ได้รับตามมาตรา 375-7 (เกี่ยวกับ educational assistance) เป็นเวลามากกว่าสองปี

ด้วยเหตุต่างๆ ข้างต้น ศาลอาจใช้ดุลพินิจถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาแต่เพียงบางส่วนก็ได้ มาตรา 379-1⁶⁹

เมื่อบิดาหรือมารดาถูกถอนอำนาจปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนแล้ว ให้มารดาหรือบิดาที่ยังมีอำนาจปกครองอยู่ใช้อำนาจไปโดยลำพัง ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 373-1⁷⁰ หากมารดาหรือบิดาที่เหลือนั้นถึงแก่ความตายหรือสูญเสียอำนาจปกครองเช่นกัน ให้ศาลตั้งบุคคลภายนอกที่น่าไว้วางใจและมีความรับผิดชอบมาดูแลหรือให้เด็กอยู่กับองค์กรช่วยเหลือเด็ก⁷¹ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 380⁷² หรือตั้งผู้ปกครอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 390⁷³ มาดูแลเด็กแทน

⁶⁹Art. 379-1

Instead of a total withdrawal, the judgment may be confined to ordering a partial withdrawal of parental authority, limited to the attributes it specifies. It may also decide that a total or partial withdrawal of parental authority will be effective only with regard to certain children already born.

⁷⁰Art.373-1

Where one of the father and mother dies or is deprived of the exercise of parental authority, the other shall exercise that authority alone.

⁷¹Lasok, D., *supra note 53*, p.330.

⁷²Art. 380

When it orders "a total or partial withdrawal of parental authority or" of the right of custody, the court seized shall, where the other parent is dead or has lost the exercise of parental authority, either "designate a third person to whom the child will be

จากเหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาข้างต้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับความประพฤติของผู้ใช้อำนาจปกครองค่อนข้างมาก ผู้ใช้อำนาจปกครองที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกรกระทำคามผิดต่อบุตรหรือที่บุตรกระทำ หรือมีความประพฤติที่ไม่เหมาะสม ดิตยาเสพติด ประพฤติผิดประเวณี อาจถูกถอนอำนาจปกครองได้ พฤติการณ์เหล่านี้แสดงถึงความไม่เหมาะสมในหน้าที่ผู้ใช้อำนาจปกครองซึ่งเป็นผู้ที่มีสิทธิ หน้าที่ทั้งทางชีวิตและทรัพย์สิน และอาจมีผลกระทบต่อประโยชน์สุขของบุตร แม้จะไม่ปรากฏว่าการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดา มีความบกพร่องหรือมีความผิดพลาด แต่ผู้ที่มีความประพฤติเช่นนี้ก็อาจถูกถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาได้ ในขณะที่มีเพียงเหตุถอนอำนาจปกครองเพียงเหตุเดียวที่เกี่ยวกับหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด คือ การงดใช้สิทธิและทำหน้าที่ที่ได้รับเกี่ยวกับ education assistance เป็นเวลามากกว่าสองปี ส่วนนี้ถือว่าการละทิ้งหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย การขาดความรับผิดชอบในหน้าที่ทำใ้บุคคลนั้นไม่สมควรใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาต่อไป

2.1.2.3 กรณีผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้ไร้ความสามารถ

มาตรา 490 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มีระบบที่เข้ามาดูแลประโยชน์ของผู้ไร้ความสามารถ บุคคลที่มีความบกพร่องเนื่องจากความผิดปกติทางจิตใจอันเกิดจากความเจ็บป่วย

temporarily entrusted" with the responsibility of requesting the organization of a guardianship, or entrust the child to the Children's aid service.

It may take the same measures where parental authority has devolved on one of the parents through the effect "of a total withdrawal of parental authority ordered" against the other.

⁷³Art. 390

A guardianship must be opened where the father and mother are both dead or are "deprived of the exercise of parental authority".

It must also be opened with respect to a child who has neither a father nor a mother.

There is no derogation to specific statutes governing the Children's aid service

หรือความชรา หรือผู้ที่มีความบกพร่องทางกายจนเป็นอุปสรรคต่อการแสดงเจตนา⁷⁴ ซึ่งคนวิกลจริตและคนเสมือนไร้ความสามารถเป็นบุคคลที่กฎหมายเข้ามาให้การคุ้มครองด้วย

คนวิกลจริตจะถูกจัดให้อยู่ในความปกครองของผู้อุปถัมภ์ (guardianship) เมื่อได้รับการยืนยันอาการป่วยจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทางแล้ว⁷⁵ ซึ่งการตั้งผู้อุปถัมภ์นี้ก็เพื่อให้ผู้อุปถัมภ์ทำนิติกรรมทางแพ่งแทนผู้อยู่ในความอุปถัมภ์⁷⁶ ผู้อยู่ในความอุปถัมภ์เมื่อไปทำนิติกรรม จะมีผลเป็นโมฆะ⁷⁷ แต่ผู้อยู่ในความอุปถัมภ์ไม่จำเป็นต้องหมดสิ้นความสามารถในการทำนิติกรรมเสมอไป เพราะเมื่อตั้งผู้อุปถัมภ์แล้ว ศาลอาจกำหนดให้มีนิติกรรมบางประเภทที่ผู้อยู่ในความอุปถัมภ์สามารถทำ

⁷⁴ Art. 490

Where mental faculties are disordered by an illness, an infirmity or feebleness due to age, the interests of the person are safeguarded by one of the systems of protection provided for in the following Chapters.

The same systems of protection apply to the impairing of bodily faculties if it prevents the expression of intention.

An impairing of mental or bodily faculties must be medically established.

⁷⁵ Art. 493 – 1

The judge may order the opening of a guardianship only where the impairing of mental or bodily faculties of the sick person was ascertained by a specialist chosen from a list established by the Government procurator.

The opening of a guardianship shall be ordered in the way provided for in the Code of Civil Procedure.

⁷⁶ Art. 492

A guardianship shall be opened where an adult, for one of the causes provided for in Article 490, needs to be represented in a continuous manner in the transactions of civil life.

⁷⁷ Art. 502

All transactions entered into by a protected person after the judgment of opening of a guardianship are void as of right, subject to the provisions of Article 493-2.

ได้เองหรือทำได้โดยมีผู้อนุบาลช่วยเหลือ⁷⁸ ลักษณะนี้จึงมีความแตกต่างจากคนวิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถตามกฎหมายไทย ที่ต้องให้ผู้อนุบาลทำนิติกรรมแทน คนไร้ความสามารถไม่อาจทำนิติกรรมเองได้เลย มิฉะนั้นการนั้นตกเป็นโมฆียะ

ผู้ไร้ความสามารถอีกประเภทคือคนเสมือนไร้ความสามารถ เป็นผู้ที่มีความประพฤติสุรุษสุร้าย เสเพล เสพสุราเป็นอาชญา⁷⁹ จะได้รับการดูแล โดยกฎหมายให้อยู่ในความดูแลของผู้พิทักษ์⁸⁰ (curator) คนเสมือนไร้ความสามารถโดยหลักยังมีความสามารถในการทำนิติกรรม แต่มีนิติกรรมบางประเภทที่ผู้อยู่ในความดูแลของผู้พิทักษ์ต้องทำอยู่ภายใต้การดูแลแนะนำของผู้พิทักษ์⁸¹ หากทำนิติกรรมนั้นไปโดยลำพัง คนเสมือนไร้ความสามารถเองหรือผู้พิทักษ์สามารถบอก

⁷⁸Art. 501

When opening a guardianship or in a subsequent judgment, the judge, upon opinion of the attending physician, may list some transactions that the person in guardianship will have the capacity to enter into himself, either alone, or with the assistance of the guardian or of the person standing in his stead.

⁷⁹Art. 488

Majority is fixed at the full age of eighteen years; at that age one is capable of all the transactions of civil life.

Nevertheless, an adult whom an impairing of his personal faculties places in the impossibility of providing alone for his interests is protected by the law, either on the occasion of a specific transaction, or in a continuous manner.

May be likewise protected an adult who, because of his prodigality, insobriety or idleness, is in danger to fall into need or compromises the fulfilment of his family obligations.

⁸⁰Art. 508-1

An adult to whom Article 488, paragraph 3, refers may also be placed under a system of curatorship.

⁸¹Art. 510

An adult in curatorship may not, without the assistance of his curator, enter into any transaction which, under the system of guardianship of adults, requires an

ล้างได้⁸² ทำนองเดียวกับโมฆียกรรม แต่ในเวลาที่ตั้งผู้พิทักษ์ ศาลอาจกำหนดเพิ่มเติมว่านิติกรรมใดบ้างที่ผู้อยู่ในความดูแลของผู้พิทักษ์มีความสามารถทำได้โดยลำพังหรือนิติกรรมใดบ้างที่ต้องอยู่ในการดูแลของผู้พิทักษ์⁸³

ผู้ไร้ความสามารถจะถูกจำกัดความสามารถในการทำนิติกรรมเป็นหลัก โดยต้องอยู่ในการดูแลของผู้อุปถัมภ์หรือผู้พิทักษ์แล้วแต่กรณี แต่ในฐานะบิดามารดาการเป็นผู้ไร้ความสามารถจะถูกจำกัดความสามารถหรือไม่ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 373⁸⁴ วางหลักว่า บิดาหรือมารดาจะสูญเสียอำนาจปกครองหากที่ไม่สามารถแสดงเจตนาของตนเองได้ด้วยเหตุจากการไร้ความสามารถ สบสูญ หรือด้วยเหตุอื่นๆ มีผลให้มารดาหรือบิดาอีกฝ่ายสามารถ

authorization of the family council. Nor may he, without that assistance, receive capital or make investment of it.

Where a curator refuses his assistance to a transaction, a person in curatorship may request a supplementary authorization from the judge of guardianships.

⁸² Art. 510-1

Where an adult in curatorship has entered alone into a transaction for which the assistance of a curator was required, himself or the curator may seek the annulment of it.

...

⁸³ Art. 511

When opening a curatorship or in a subsequent judgment, the judge, upon opinion of the attending physician, may list some transactions that the person in curatorship will have the capacity to enter into alone, in derogation from Article 510, or, inversely, add other transactions to those for which that Article requires the assistance of a curator.

⁸⁴ Art. 373

Shall be deprived of the exercise of parental authority the father or mother who is unable to express his or her intention, by reason of a disability, absence or any other cause.

ใช้อำนาจปกครองไปโดยลำพัง หากทั้งบิดามารดาสูญเสียอำนาจปกครองไปทั้งคู่ ก็จะนำไปสู่การตั้งผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 390

ผู้ใช้อำนาจปกครองที่ตกเป็นผู้ไร้ความสามารถตามมาตรา 373 นั้นหมายถึงเฉพาะคนวิกลจริตเท่านั้น⁸⁵ ไม่รวมถึงคนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริตที่อยู่ในความอนุบาล โดยหลักจะไม่สามารถทำนิติกรรมใด ๆ ได้ เมื่อไม่อาจแสดงเจตนาของตนได้จึงจะสูญเสียอำนาจปกครองของบิดามารดาไปโดยผลของกฎหมาย แต่ไม่ใช่กรณีการถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา เพราะเหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดามีตามข้อ 2.1.2.2 เท่านั้น การสูญเสียอำนาจปกครองไปโดยผลของกฎหมายจึงมีลักษณะเดียวกับมาตรา 1566 วรรคสอง (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.1.3 ประเทศญี่ปุ่น

2.1.3.1 อำนาจปกครองของบิดามารดา

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น บิดามารดามีสิทธิและหน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ โดยบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา บิดามารดาจะใช้อำนาจปกครองร่วมกัน⁸⁶ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาได้ ก็ให้อีกฝ่ายใช้อำนาจปกครองไปลำพัง มาตรา 818⁸⁷

⁸⁵Lasok, D., *supra note* 53, p.326.

⁸⁶Oda, Hiroshi, Japanese law, (Oxford : Oxford University Press, 1999), p.387.

⁸⁷Art. 818

A child who had not yet attained majority is subject to the parental power of its father and mother.

2. if such child is and adopted one, it is subject to the parental power of its parent by adoption.

3. while father and mother are in matrimonial relation, they jointly exercise the parental power. However, if either the father or the mother is unable to exercise the parental power, the other parent exercises it.

อำนาจปกครองของบิดามารดา อาจจำแนกได้ 2 ลักษณะ คือ

1. อำนาจเกี่ยวกับตัวบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น ได้แก่
 - 1) สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่บุตร มาตรา 820⁸⁸
 - 2) สิทธิกำหนดที่อยู่อาศัยของบุตร มาตรา 821⁸⁹
 - 3) สิทธิทำโทษบุตรตามความจำเป็นหรือขออนุญาตศาลให้บุตรอยู่ในสถานพินิจ มาตรา 822⁹⁰
 - 4) สิทธิให้ความยินยอมในการประกอบอาชีพ มาตรา 823⁹¹
2. อำนาจจัดการทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น ผู้ใช้อำนาจปกครองของบิดามารดามีสิทธิในการจัดการทรัพย์สินของบุตรและกระทำการแทนบุตรในการทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สิน แต่หากเป็นหนี้ที่บุตรต้องทำเองเฉพาะตัว จะต้องให้บุตรยินยอมก่อน มาตรา 824⁹² ผู้ใช้อำนาจ

⁸⁸Art. 820

A person who exercises parental power has the right and incurs the duty of providing for the custody and of educating the child.

⁸⁹Art. 821

A child shall establish its place of residence in the place designated by the person who exercises parental power.

⁹⁰Art. 822

A person who exercises parental power can, in so far as it is necessary, personally chastise his or her child, or can, with the permission of the Family Court, place it in a disciplinary institution.

⁹¹Art. 823

A child may not carry on an occupation unless with the permission of the person who exercises parental power.

⁹²Art. 824

A person who exercises parental power manages the property of a child and represents the child on juristic acts concerning its property; in cases, however, where an obligation is to be created having for its subject any act of the child, the consent of the child itself shall be obtained.

ปกครองต้องจัดการทรัพย์สินด้วยความระมัดระวังเสมือนทำในกิจการของตน มาตรา 827⁹³ ในกรณีผลประโยชน์ขัดกันระหว่างบิดามารดากับบุตรผู้เยาว์ จะต้องขอให้ศาลตั้งผู้แทนโดยชอบธรรม เป็นกรณีพิเศษเพื่อกระทำการแทนบุตรผู้เยาว์ มาตรา 826⁹⁴

อำนาจปกครองของบิดามารดาจะสิ้นสุดไปเมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะ โดยนัยของ มาตรา 818 หรือเมื่อบุตรไปเป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น ถูกถอนอำนาจปกครอง หรือผู้ใช้อำนาจปกครองสละอำนาจปกครองต่อศาล

2.1.3.2 เหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา

การถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งญาปุ่น มีเหตุ ดังต่อไปนี้

1. เหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาทั้งหมด (Forfeiture of parental power) ตามมาตรา 834⁹⁵ ได้แก่

1) ใช้อำนาจในทางที่ผิด (abuses parental power)

⁹³Art. 827

A person who exercises parental power shall exercise his or her right of management with the same care as he or she uses when acting on his or her own behalf.

⁹⁴Art. 826

In respect of acts in which the interests of father or mother who exercises parental power conflict with those of his or her child, the person who exercises the parental power shall apply to the Family Court for the appointment of a special representative on behalf of the child.

⁹⁵Art. 834

If father or mother abuses parental power or is guilty of gross misconduct, the Family Court may, on the application of any of the child's relatives or of a public procurator, adjudge the forfeiture of the parental power.

2) ประพฤติตนไม่เหมาะสม (guilty of gross misconduct) เช่น ทำร้ายบุตร ตีการพนันหรือเสพสุราเป็นอาชญากรรมมีผลกระทบต่อสวัสดิภาพและอนาคตของบุตร⁹⁶

เมื่อมีคำร้องจากญาติของผู้เยาว์หรืออัยการ ศาลอาจถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาได้

2. เหตุถอนอำนาจจัดการทรัพย์สิน (Forfeiture of right of management) หากบิดามารดาใช้อำนาจจัดการทรัพย์สินในทางที่ผิดจนเกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ เมื่อมีคำร้องจากญาติของผู้เยาว์หรืออัยการ ศาลอาจถอนอำนาจในการจัดการทรัพย์สินก็ได้ มาตรา 835⁹⁷

เมื่อเหตุแห่งการถอนอำนาจปกครองหมดไป หากผู้ถอนอำนาจปกครองเองหรือญาติของผู้เยาว์ร้องขอ ศาลอาจสั่งให้บิดามารดามีอำนาจปกครองตามเดิมก็ได้ มาตรา 836⁹⁸

ดังนี้ เมื่อไม่มีผู้ใดใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครองไม่มีอำนาจจัดการทรัพย์สิน สามารถขอให้ศาลตั้งผู้ปกครองได้ มาตรา 838⁹⁹ แต่ในทางปฏิบัติเมื่อไม่มี

⁹⁶ไพโรจน์ กัมพูสิริ, อ้างแล้ว เชงอรรถที่ 10, น.361.

⁹⁷Art. 835

If father or mother who exercises parental power endangers by mismanagement the property of his or her child, the Family Court may, on the application of any of the child's relatives or of a public procurator, adjudge the forfeiture of the right of management.

⁹⁸Art. 836

If the causes mentioned in the preceding two Articles have ceased to exist, the Family Court may, on the application of the party concerned or of any of his relatives revoke the adjudication of the forfeiture of the power or right.

⁹⁹Art. 838

Guardianship commences in any of the following cases :

(1) if there is no one to exercise parental power over a minor, or if the person who exercises parental power has no right of management;

(2) if an adjudication of incompetency has been made.

ผู้ใช้อำนาจปกครองของบิดามารดา ญาติจะเข้ามาดูแลผู้เยาว์ โดยไม่มีการตั้งผู้ปกครองอย่างเป็นทางการ¹⁰⁰

ดังนั้น เหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งญาญี่ปุ่นตามที่ปรากฏข้างต้น มีความเกี่ยวข้องกับตัวผู้ใช้อำนาจปกครองใน 2 ลักษณะ คือ

1. การใช้อำนาจปกครองของบิดามารดา ได้แก่ การใช้อำนาจปกครองในทางที่ผิด และการจัดการทรัพย์สินของบุตรไปในทางที่ผิดจนเกิดความเสียหาย ความบกพร่องในหน้าที่ผู้ใช้อำนาจปกครอง เช่นนี้มีผลกระทบต่อตัวบุตรโดยตรง เพื่อคุ้มครองบุตรผู้เยาว์ เมื่อเกิดเหตุเหล่านี้ขึ้น ผู้ใช้อำนาจปกครองจึงควรถูกจำกัดอำนาจด้วยการถอนอำนาจปกครอง
2. ความประพฤติส่วนตัวของผู้ใช้อำนาจปกครองที่มีผลกระทบต่อการเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองของบิดามารดา เช่น ทำร้ายร่างกายบุตร ตีตักการพนัน เสพยาเสพติด เป็นต้น แม้จะไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองโดยตรง แต่พฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมส่งผลกระทบต่อการทำหน้าที่ดูแลบุตรทั้งในเรื่องชีวิตและทรัพย์สิน อีกทั้งอาจเป็นแบบอย่างที่ไม่ดีและทำความเสียหายให้เกิดแก่บุตรได้ ผู้ใช้อำนาจปกครองที่มีความประพฤติไม่เหมาะสมจึงอาจถูกถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาได้

ทั้งสองกรณีข้างต้น ตัวผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมมีส่วนผิดทั้งสิ้น จึงเป็นการสมควรที่จะมีการควบคุมการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาที่มีความไม่เหมาะสมด้วยการถอนอำนาจปกครอง เพราะนอกจากจะเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์แล้ว อีกด้านหนึ่งก็เป็นการลงโทษผู้ใช้อำนาจปกครองไปด้วย

2.1.3.3 กรณีผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้ไร้ความสามารถ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งญาญี่ปุ่น บุคคลที่เป็นคนวิกลจริต หากมีคำร้องขอของคู่สมรส ญาติ ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ หรืออัยการ ศาลครอบครัวอาจมีคำสั่งให้คนวิกลจริตนั้นเป็นคนไร้ความสามารถ (incompetent) ตามมาตรา 7¹⁰¹ ซึ่งคนไร้ความสามารถต้องอยู่ในการดูแลของผู้

¹⁰⁰Oda, Hiroshi, *supra* note 86, p.388.

¹⁰¹Art. 7

A person in a habitual condition of mental unsoundness may be adjudged incompetent by the Family Court on the application of such person, the spouse, any

อนุบาล (guardian) ตามมาตรา 8¹⁰² การกระทำใดๆ ของคนไร้ความสามารถย่อมตกเป็นโมฆียะ ตามมาตรา 9¹⁰³

คนเสมือนไร้ความสามารถ (quasi-incompetent) ในประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น คือ คนจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือประพฤตีสຸຽ່ຍສຸຽ່ຍ หากมีบุคคลตามมาตรา 7 ร้องขอ ศาล สามารถสั่งให้บุคคลนั้นเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถและให้อยู่ในการดูแลของผู้พิทักษ์ (curator) ตามมาตรา 11¹⁰⁴ ได้ ความสามารถของคนเสมือนไร้ความสามารถนั้นยังทำนิติกรรมต่างๆ ได้เอง ยกเว้นนิติกรรมตามมาตรา 12¹⁰⁵ ที่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก่อน หากคนเสมือนไร้ความสามารถทำนิติกรรมไปโดยไม่ได้รับความยินยอม การนั้นย่อมตกเป็นโมฆียะ

relative within the fourth degree of relationship, the guardian or the curator, or of a public procurator.

¹⁰²Art. 8

A person adjudged incompetent shall be placed under guardianship.

¹⁰³Art. 9

The acts of a person adjudged incompetent is voidable.

¹⁰⁴Art. 11

A feeble-minded or spendthrift may be adjudged quasi-incompetent and placed under curatorship.

¹⁰⁵Art. 12

A person adjudged quasi-incompetent shall obtain the consent of his curator for doing any of the acts mentioned below:

- (1) To receive or make use of capital;
- (2) To borrow money or become a surety;
- (3) To do acts which have for their object the acquisition or the loss of rights relating to immovables or to movables of importance;
- (4) To take legal proceedings;
- (5) To make gifts, compromise or enter into agreement for arbitration;
- (6) To accept or renounce inheritance;

จากการศึกษาเหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาในหัวข้อ 2.1.3.2 พบว่าไม่มีการระบุให้กรณีผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถเป็นเหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา ลักษณะของคนไร้ความสามารถและเสมือนไร้ความสามารถมีความคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายไทยทั้งเรื่องคุณสมบัติ และการถูกจำกัดความสามารถ ซึ่งตามกฎหมายไทยแล้วคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถย่อมถูกกระับอำนาจปกครองของบิดามารดาไปชั่วคราวตามมาตรา 1566 วรรคสอง (3) หรืออาจถูกถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาตามมาตรา 1582 แต่ตามหลักกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ผู้ใช้อำนาจปกครองที่ตกเป็นผู้ไร้ความสามารถยังใช้อำนาจปกครองได้ตามปกติ กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้ไร้ความสามารถต้องสูญเสียอำนาจปกครองของบิดามารดาไปไม่ว่าโดยผลของกฎหมายหรือโดยการถอนอำนาจปกครอง เว้นแต่ เมื่อผู้ใช้อำนาจปกครองตกเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถแล้วไม่สามารถใช้อำนาจปกครองได้ ซึ่งตามมาตรา 818 วางหลักว่า หากบิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่งไม่อาจใช้อำนาจได้ ให้มารดาหรือบิดาอีกฝ่ายใช้อำนาจได้โดยลำพัง และในกรณีที่ทั้งบิดามารดาไม่สามารถใช้อำนาจปกครองได้ทั้งคู่ มาตรา 838 ก็ให้มีการตั้งผู้ปกครองได้เมื่อไม่มีผู้ใดใช้อำนาจปกครอง แต่ดังที่กล่าวแล้วว่าในทางปฏิบัติ ญาติของผู้เยาว์จะเข้ามาดูแลผู้เยาว์ โดยไม่มีการตั้งผู้ปกครองอย่างเป็นทางการ

เมื่อวิเคราะห์ถึงการใช้อำนาจปกครองของผู้ไร้ความสามารถแล้ว ความสามารถที่จำกัดจะมีผลต่อการใช้อำนาจปกครองในสถานการณ์จัดการทรัพย์สินของบุตรโดยตรง เพราะผู้ไร้

(7) To refuse a gift or bequest or to accept a gift or bequest which is subject to encumbrance;

(8) To undertake building, re-building, extension of building, or to effect extensive repairs;

(9) To let or rent property for periods longer than those specified in Article 602.

2. The Family Court may, according to circumstances, order that a person adjudged quasi-incompetent shall obtain the consent of his curator even for acts which are not mentioned in the preceding paragraph.

3. An act done in contravention of the preceding two paragraphs is voidable.

ความสามารถจะถูกจำกัดความสามารถในการทำนิติกรรมเป็นหลัก เมื่อนิติกรรมของตนเองยังไม่สามารถทำได้ในกรณีคนไร้ความสามารถหรือต้องขออนุญาตจากผู้พิทักษ์ก่อนจึงจะทำนิติกรรมบางประเภทได้ในกรณีคนเสมือนไร้ความสามารถ จึงมีผลให้การจัดการทรัพย์สินของบุตรที่ต้องมีการทำนิติกรรมแทนหรือให้ความยินยอมบุตรในการทำนิติกรรมไม่อาจทำได้เต็มที่ อำนาจปกครองที่บิดาหรือมารดาอีกฝ่ายจะสามารถใช้ไปโดยลำพังเมื่อฝ่ายหนึ่งตกเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถจึงได้แก่การใช้อำนาจจัดการทรัพย์สิน ส่วนอำนาจเกี่ยวกับตัวบุตร ต้องพิจารณาจากความสามารถตามความเป็นจริงของผู้ใช้อำนาจปกครองว่ายังสามารถดูแลบุตรได้หรือไม่ ไม่อาจพิจารณาจากผลทางกฎหมายของการถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถได้ หากผู้ใช้อำนาจปกครองนั้นไม่อาจดูแลบุตรได้ บิดาหรือมารดาอีกฝ่ายสามารถใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับตัวบุตรไปโดยลำพังได้เช่นกัน

2.2 ระบบคอมมอนลอว์

2.2.1 ประเทศอังกฤษ

2.2.1.1 อำนาจปกครองของบิดามารดา

อำนาจปกครองของบิดามารดาในกฎหมายอังกฤษ ปรากฏใน the Children Act 1989 โดยใช้ถ้อยคำว่า parental responsibility อาจแปลได้ว่าความรับผิดชอบของบิดามารดา ถ้อยคำนี้เป็นกุญแจสำคัญที่นำไปสู่การอธิบายเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของบิดามารดา ต่อบุตร กฎหมายใช้คำว่า parental responsibility แทน parental rights เพื่อแสดงให้เห็นว่าเด็กไม่ได้ถูกครอบครองและควบคุมโดยบิดามารดา แต่กลับกันเด็กคือบุคคลที่ต้องได้รับการดูแลเอาใจ

ใส่¹⁰⁶ ใน the Children Act 1989 ได้ให้คำจำกัดความ parental responsibility ไว้ในมาตรา 3¹⁰⁷ ว่าหมายถึง สิทธิ หน้าที่ อำนาจ ความรับผิดชอบและความชอบธรรมที่บิดามารดาที่มีตามกฎหมายเกี่ยวกับตัวบุตรและทรัพย์สินของบุตร

โดยหลักตามมาตรา 2¹⁰⁸ บิดามารดาชอบด้วยกฎหมายจะมีความรับผิดชอบของบิดามารดาโดยอัตโนมัติ หากบิดามารดาไม่ได้สมรสกัน มีเพียงมารดาเท่านั้นที่มีความรับผิดชอบ

¹⁰⁶Herring, Jonathan, Family law, 3rd edit, (Harlow, England : Pearson/Longman, 2007), p.376

¹⁰⁷3. 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.

¹⁰⁸2. 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.

(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 not have parental responsibility for the child, unless he acquires 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 [1987 c. 42.] 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.

ของบิดามารดาโดยอัตโนมัติ แต่บิดาไม่ชอบด้วยกฎหมายก็สามารถร้องขอศาลเพื่อมีความรับผิดชอบของบิดามารดาได้ ผู้มีความรับผิดชอบของบิดามารดาสามารถมีได้มากกว่าหนึ่งคน และการที่มีบุคคลหลายคนมีความรับผิดชอบของบิดามารดาไม่มีผลทำลายความรับผิดชอบของบิดามารดาของบุคคลอื่นแต่อย่างใด¹⁰⁹

แม้จะมีบทนิยาม แต่คำจำกัดความของ “ความรับผิดชอบของบิดามารดา (parental responsibility)” ก็ยังไม่ชัดเจนว่าหมายถึงอะไรบ้าง ความคลุมเครือในการให้คำจำกัดความเกิดจากความต้องการที่จะให้ถ้อยคำว่า parental responsibility เป็นถ้อยคำที่สมบูรณ์และครอบคลุมหน้าที่อันหลากหลายของบิดามารดา¹¹⁰

บทบัญญัติในมาตรา 3 แห่ง the Children Act 1989 ไม่ได้ระบุว่าความรับผิดชอบของบิดามารดาได้แก่เรื่องใดบ้าง ซึ่ง the Law Commission ให้ความเห็นว่า ย่อมเป็นไปได้ที่จะบัญญัติรายการภาระหน้าที่ของบิดามารดาไว้ เพราะสิ่งเหล่านี้ต้องมีการเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับความต้องการและสถานการณ์ที่ต่างกัน อีกทั้งแปรเปลี่ยนตามการเติบโตของบุตรด้วย¹¹¹ อย่างไรก็ตาม ได้มีความพยายามที่จะระบุว่าเรื่องใดบ้างเป็นพื้นฐานของความรับผิดชอบของบิดามารดา ในทางวิชาการจึงได้จำแนกความรับผิดชอบของบิดามารดาออกเป็นสิทธิและหน้าที่พื้นฐานดังต่อไปนี้¹¹²

1. สิทธิของบิดามารดา

1) สิทธิเหนือตัวบุตร สิทธินี้ทำให้บิดามารดาสามารถเรียกให้ผู้ที่ครอบครองหรือกักขังบุตรโดยมิชอบส่งบุตรคืนได้ หรือในขณะที่ยังอยู่ในการดูแลของบุคคลอื่น บิดามารดาสามารถอ้างสิทธินี้เพื่อควบคุมดูแลบุตรได้ ตัวอย่างของการใช้สิทธิเหนือตัวบุตร เช่น ในคดี *Re B.*

(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) ...

¹⁰⁹Standley, Kate, *supra* note 20, pp. 248-248.

¹¹⁰Herring, Jonathan, *supra* note 106, p. 382.

¹¹¹Cretney, S.M., Masson, J.M. and Bailey-Harris, R.J., Principles of Family law, 7th edit, (London : Sweet&Maxwell,2002), pp. 533-534.

¹¹² *Ibid*, pp. 534-547.

(Adoption : Child's Welfare)¹¹³ บิดามารดาชาวแอฟริกันให้บุตรสาวของตนไปอยู่กับคู่สามีภรรยาชาวอังกฤษที่ประเทศอังกฤษ หลังจากผ่านไป 18 เดือน คู่สามีภรรยาได้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม บิดามารดาเด็กคัดค้านและใช้สิทธิเรียกบุตรสาวคืน ซึ่งศาลก็มีคำสั่งให้คืนบุตรแก่บิดามารดาไป

2) สิทธิในการควบคุม ชี้นำ อบรมสั่งสอน สิทธิเหล่านี้ขึ้นกับระดับพัฒนาการของเด็ก เห็นได้จากคดี Gillick¹¹⁴ ที่เสียงข้างมากของ the House of Lord ยอมรับว่าเด็กมีสิทธิที่จะตัดสินใจเองเมื่อพวกเขามีสติปัญญาความสามารถที่จะทำเช่นนั้นได้ สิทธิของบิดามารดาในเรื่องนี้จึงลดลงไปด้วย อีกทั้งบิดามารดาไม่มีสิทธิควบคุมเด็กที่โตพอสมควรแล้วในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การให้ความเห็นของตนแก่เด็กก็ไม่ใช่ภาระผูกพันตามกฎหมายของบิดามารดา การตัดสินใจของบิดามารดาจะถูกศาลตรวจสอบบนพื้นฐานการพิจารณาความผาสุกของเด็กและจะใช้สิทธิขัดกับคำสั่งศาลไม่ได้

3) สิทธิในการควบคุมการศึกษา ภายใต้ the Education Act 1996 มาตรา 7¹¹⁵ บิดามารดาที่มีความผูกพันจะต้องให้บุตรที่อายุถึงเกณฑ์เข้าเรียนได้รับการศึกษาอย่างเต็มเวลา และต้องเหมาะสมกับอายุ ความสามารถของเด็กด้วย ซึ่งอาจทำได้โดยการส่งบุตรเข้าเรียนในโรงเรียนหรือโดยวิธีการอื่นใด

4) สิทธิในการลงทะเบียนบุตรตามสมควร บิดามารดาอาจมอบให้ตัวแทนเป็นผู้ใช้สิทธิก็ได้ เช่น ครู พี่เลี้ยงเด็ก เป็นต้น

5) สิทธิในการเลือกศาสนาให้แก่บุตร

6) สิทธิให้เด็กทำงานภายในบ้าน

¹¹³[1995] 1 F.L.R.895.

¹¹⁴[1986] 1 A.C. 112.

¹¹⁵7. Duty of parents to secure education of children of compulsory school age

The parent of every child of compulsory school age shall cause him to receive efficient full-time education suitable-

(a) to his age, ability and aptitude, and

(b) to any special educational needs he may have, either by regular attendance at school or otherwise.

7) สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน

8) สิทธิในการเป็นผู้แทนในกระบวนการพิจารณา เว้นแต่กรณีประโยชน์ของผู้แทนขัดกับผู้เยาว์ หรือ ในกระบวนการพิจารณาคดีครอบครัว

9) สิทธิให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ผู้มีความรับผิดชอบของบิดามารดามีสิทธิให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล ถ้าเด็กมีอายุมากกว่า 16 ปี เด็กมีสิทธิให้ความยินยอมได้เอง ถึงกระนั้นหากเด็กปฏิเสธการรักษา ผู้มีความรับผิดชอบของบิดามารดาสามารถให้ความยินยอมที่มีผลลบล้างการปฏิเสธนั้นได้

10) สิทธิให้ความยินยอมในการสมรส สิทธินี้ถูกควบคุมโดย the Marriage Act 1949 มาตรา 3¹¹⁶ ที่กำหนดให้บิดามารดาต้องให้ความยินยอมในการสมรสของเด็กอายุต่ำกว่า 21 ปีและหากบิดามารดาไม่ยินยอมอาจถูกลบล้างโดยคำสั่งศาลได้

11) สิทธิในการติดต่อบุตร สิทธินี้ได้รับการรับรองใน the Children Act 1989 เป็นสิทธิที่ทางรัฐต้องให้การสนับสนุน และจะถูกจำกัดสิทธิได้เฉพาะมีคำสั่งศาลเท่านั้น

12) สิทธิในการตั้งชื่อ การตั้งชื่อมีความสำคัญในการแสดงความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตร และชื่อของบุตรจะเปลี่ยนไม่ได้หากไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดา นอกจากนี้สิทธิตกกล่าวมาข้างต้น บิดามารดาหรือผู้มีความรับผิดชอบของบิดามารดายังมีสิทธิอื่น ๆ อีกที่เกี่ยวกับตัวบุตร ทั้งนี้ขึ้นกับความจำเป็นของแต่ละสถานการณ์ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

2. หน้าที่ของบิดามารดา

1) หน้าที่ในการระมัดระวังดูแลบุตร บิดามารดาต้องดูแลบุตรให้ระมัดระวังดูแลบุตรของตนอย่างแน่นนอน แต่สิ่งที่ยังไม่แน่นนอนคือระดับมาตรฐานความระมัดระวังนั่นเอง การทำ

¹¹⁶3. Marriage of persons under twenty one

(1) Where the marriage of a child, not being a widower or widow, is intended to be solemnized on the authority of a certificate issued by a superintendent registrar under part III of this Act, whether by licence or without licence, the consent of the person or persons specified in subsection (1A) of this section shall be required.

...

(1A) The consents are-

(a) Subject to paragraphs (b) to (d) of this subsection, the consent of-

(i) each parent (if any) of the child who has parental responsibility for him;..

หน้าที่ของบิดามารดาสามารถเห็นได้จากความบกพร่องที่เกิดขึ้น บิดามารดาที่ประมาทเลินเล่อต่อบุตรต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือทางละเมิดได้ หากเป็นความบกพร่องที่ทำให้บุตรได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดโดยบุคคลภายนอก บิดามารดาต้องพิสูจน์ความบริสุทธิ์ในการทำหน้าที่ดูแลบุตรของตนต่อเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น¹¹⁷

2) หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร the Child Support Act 1991 มาตรา 1(1)¹¹⁸ ได้วางหลักให้บิดามารดาที่มีความรับผิดชอบในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรอย่างเหมาะสม หลักนี้นำมาซึ่งการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร หากบิดามารดาไม่จ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร อาจต้องรับโทษตามกฎหมายได้¹¹⁹

2.2.1.2 เหตุอนอำนาจปกครองของบิดามารดา

หลักกฎหมายอังกฤษไม่มีการบัญญัติเหตุอนอำนาจปกครองหรือความรับผิดชอบของบิดามารดาไว้ บิดามารดาหรือบุคคลที่มีความรับผิดชอบของบิดามารดาจะไม่สูญเสียความรับผิดชอบของบิดามารดาไปโดยง่าย แม้แต่กรณีที่บิดามารดากระทำความผิดร้ายแรง อำนาจปกครองหรือความรับผิดชอบของบิดามารดาก็ไม่สิ้นไป เช่น ในคดี *Re M (A Minor)(Care Order : Threshold Conditions)*¹²⁰ บิดาได้ข่มมารดาต่อหน้าบุตร จึงถูกพิพากษาจำคุกเป็นระยะเวลานาน แต่บิดาก็ยังมีความรับผิดชอบของบิดามารดาอยู่เช่นเดิม¹²¹

¹¹⁷Cretney, S.M., Masson, J.M. and Bailey-Harris, R.J., *supra note 111*, p.546.

¹¹⁸1. the duty to maintain

(1) For the purposes of this Act, each parent of a qualifying child is responsible for maintaining him.

¹¹⁹Cretney, S.M., Masson, J.M. and Bailey-Harris, R.J., *supra note 111*, p.546.

¹²⁰[1994] 2 FLR 577, [1994] 2 FCR 871.

¹²¹Herring, Jonathan, *supra note 106*, p. 347.

บิดามารดาไม่สามารถสละหรือโอนความรับผิดชอบของบิดามารดาไปให้ผู้อื่นได้ แต่อาจจัดการให้ความรับผิดชอบทั้งหมดหรือบางส่วนอยู่ที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งแทนตนเอง (มาตรา 2(9)) อย่างไรก็ตาม บิดามารดาไม่อาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางแพ่งและอาญา แม้จะตั้งตัวแทนมาใช้ความรับผิดชอบของบิดามารดา เป็นเพราะบิดามารดามีภาระที่ต้องตั้งตัวแทนที่เหมาะสมให้แก่บุตรของตน¹²²

อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบของบิดามารดาอาจสิ้นสุดลงได้ในกรณีต่อไปนี้¹²³

1. ผู้ที่มีความรับผิดชอบของบิดามารดาจะสูญเสียความรับผิดชอบ เมื่อบุตรถูกรับเป็นบุตรบุญธรรมมีคำสั่งให้รับบุตรบุญธรรม โดยผลของคำสั่ง ทำให้ผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้นที่มีความรับผิดชอบของบิดามารดา
2. มารดาที่ให้กำเนิดบุตรและสามีจะสูญเสียความรับผิดชอบของบิดามารดาเมื่อศาลมีคำสั่งการเป็นบิดามารดาให้บุคคลที่บิดาและเชลล์สืบพันธุ์ตาม the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 มาตรา 30¹²⁴
3. เมื่อบุตรอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ ความรับผิดชอบของบิดามารดาทั้งหมดสิ้นสุดลง
4. บิดาที่มีความรับผิดชอบของบิดามารดาโดยผลของคำสั่งศาลอาจต้องสูญเสียความรับผิดชอบของบิดามารดาไปโดยคำสั่งศาลเช่นกัน ทั้งนี้ตาม the Children Act 1989 มาตรา 4(3)¹²⁵

¹²²Standley, Kate, *supra note 20*, p.250.

¹²³Herring, Jonathan, *supra note 106*, pp. 347-348.

¹²⁴30 Parental orders in favour of gamete donors.

(1) The court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the parties to a marriage (referred to in this section as ‘the husband’ and ‘the wife’) if-

(a) the child has been carried by a woman other than the wife as the result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination,

(b) the gametes of the husband or the wife, or both, were used to bring about the creation of the embryo, ...

¹²⁵4 Acquisition of parental responsibility by father

(1) ...

5. บุคคลที่มีความรับผิดชอบของบิดามารดาเพราะได้รับ residence order ย่อมสูญเสียความรับผิดชอบของบิดามารดาไปเมื่อคำสั่งนั้นสิ้นผล แต่หากเป็นบิดาของเด็กที่ได้รับคำสั่งดังกล่าว แม้คำสั่งจะสิ้นผลลงก็ไม่กระทบต่อความรับผิดชอบของบิดามารดาแต่อย่างใด
6. เมื่อบุตรถึงแก่ความตาย

2.2.1.3 กรณีผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้ไร้ความสามารถ

ผู้ไร้ความสามารถในการศึกษาครั้งนี้ ได้แก่ คนไร้ความสามารถและคนเสมือนไร้ความสามารถ ตามหลักกฎหมายอังกฤษ คนวิกลจริตที่ศาลสั่งเป็นคนไร้ความสามารถแล้ว จะไม่มีความสามารถในการทำสัญญา การใด ๆ ที่ทำไปย่อมตกเป็นโมฆะ ส่วนคนวิกลจริตที่ยังไม่ถูกศาลสั่งเป็นคนไร้ความสามารถสามารถบอกล้างสัญญาที่ทำไปแล้วได้ เนื่องจากสัญญาเป็นโมฆียะโดยการพิสูจน์ว่าในขณะที่เข้าทำสัญญานั้นตนเองจิตวิกลและคู่กรณีอีกฝ่ายรู้ถึงข้อเท็จจริงนั้น¹²⁶

บุคคลอีกประเภทที่ไม่มีความสามารถสมบูรณ์ในการทำสัญญา คือ ผู้ที่ไม่มีสติเนื่องจากเมาสุราหรือยาเสพติด (intoxicated persons) หากคู่กรณีอีกฝ่ายรู้ถึงข้อเท็จจริงนี้สัญญานั้นตกเป็นโมฆียะ¹²⁷ กล่าวได้ว่า ในด้านความสามารถในการทำสัญญา คนวิกลจริตและคนที่ไม่มีความสมบูรณ์จึงถูกจำกัดความสามารถตามที่กล่าวข้างต้น แต่คนเสมือนไร้

(2) ...

(3) Subject to section 12(4), an order under subsection (1)(a), or a parental responsibility agreements, may only be brought to an end by an order of the court made on the application-

(a) of any person who has parental responsibility for the child; or

(b) with leave of the court, of the child himself.

¹²⁶Zweigert, Konrad, Kotz, Hein, Weir, Tony, Introduction to comparative law, 3rd rev. ed., (Oxford : Clarendon, 1998), p. 353.

¹²⁷ สืบค้นจาก

http://en.wikipedia.org/wiki/Capacity_in_English_law#Lack_of_mental_capacity.

ความสามารถที่กายพิการ จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ ประพฤติสุรุ่ยสุร่าย เสเพล เสพสุราเป็นอาชญากรรม ไม่ถูกจำกัดความสามารถและไม่มีความหมายบัญญัติว่าเป็นผู้หย่อนความสามารถ

ในอังกฤษ บิดามารดาที่เป็นผู้ไร้ความสามารถมีสิทธิเท่าเทียมกับบิดามารดาทั่วไป ทั้งยังมีกฎหมายเข้ามาคุ้มครองไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติต่อผู้ไร้ความสามารถด้วย ได้แก่ Disability Discrimination Act (DDA)¹²⁸ มีจุดประสงค์เพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้ไร้ความสามารถในด้านต่างๆ หรือ Human Right Act 1998 มีบทบัญญัติที่สนับสนุนการเป็นบิดามารดาของผู้ไร้ความสามารถ เช่น มาตรา 8¹²⁹ สิทธิได้รับความเคารพในชีวิตครอบครัว รัฐจะแทรกแซงชีวิตครอบครัวได้เฉพาะที่จำเป็นต้องปกป้องบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือมาตรา 12¹³⁰ สิทธิในการสมรส หน่วยงานที่รับผิดชอบในด้านสังคมและสุขภาพต้องให้คำแนะนำและสนับสนุนในการสร้างครอบครัว หรือ The Children Act 1989 กฎหมายฉบับนี้มีจุดประสงค์ให้เด็กได้รับการดูแลอย่างปลอดภัยและช่วยให้เด็กได้อาศัยอยู่กับครอบครัว โดยจัดหาบริการที่เหมาะสมต่อความจำเป็นของเด็ก บิดามารดาที่เป็นผู้ไร้ความสามารถจึงมีสิทธิขอให้รัฐให้ความช่วยเหลือในการดูแลบุตรได้¹³¹

¹²⁸ ปัจจุบัน DDA คุ้มครองสิทธิของผู้ไร้ความสามารถในเรื่องการจ้างแรงงาน การศึกษา การเข้าถึงสินค้า บริการและสิ่งอำนวยความสะดวก การเช่า ซื้ออสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สิน การมีบทบาทในสังคม

¹²⁹ Article 8 Right to respect for private and family life

1 Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2 There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

¹³⁰ Article 12 Right to marry

Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.

¹³¹ สืบค้นจาก

http://www.direct.gov.uk/en/DisabledPeople/Disabledparents/DG_10037844.

ตามที่กล่าวแล้ว หลักกฎหมายอังกฤษไม่มีการถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา และบิดามารดาจะไม่สูญเสียอำนาจปกครองไปโดยง่าย แม้บิดามารดาจะมีความประพฤติไม่เหมาะสมก็ตาม ทำนองเดียวกัน บิดามารดาที่ตกเป็นผู้ไร้ความสามารถก็ไม่ใช่เหตุให้ต้องสูญเสียอำนาจปกครองไป แต่ถ้าลักษณะของผู้ไร้ความสามารถกระทบต่อการใช้อำนาจปกครอง อาจเป็นปัญหาให้ศาลตัดสินว่าบิดามารดาควรใช้อำนาจหรือไม่ หรืออาจให้บุคคลภายนอกเข้ามาใช้อำนาจร่วมด้วย อย่างที่กล่าวแล้วว่าในอังกฤษ การมีผู้มีความรับผิดชอบของบิดามารดาหลายคนย่อมเกิดขึ้นได้ และแต่ละคนสามารถใช้อำนาจได้อย่างเป็นเอกเทศ

ใน the Children Act 1989 มีหลักทั่วไปเรื่องประโยชน์สุขของบุตร (the welfare principle) (มาตรา 1)¹³² หลักประโยชน์สุขของบุตรจะถูกนำมาปรับใช้เมื่อศาลต้องพิจารณา

¹³²1 Welfare of the child

(1) When a court determines any question with respect to—

(a) the upbringing of a child; or

(b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it, the child's welfare shall be the court's paramount consideration.

(2) In any proceedings in which any question with respect to the upbringing of a child arises, the court shall have regard to the general principle that any delay in determining the question is likely to prejudice the welfare of the child.

(3) In the circumstances mentioned in subsection (4), a court shall have regard in particular to—

(a) the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding);

(b) his physical, emotional and educational needs;

(c) the likely effect on him of any change in his circumstances;

(d) his age, sex, background and any characteristics of his which the court considers relevant;

(e) any harm which he has suffered or is at risk of suffering;

(f) how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs;

ปัญหาเกี่ยวกับการเลี้ยงดูบุตรหรือการจัดการทรัพย์สินของบุตร ตามกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ให้คำจำกัดความคำว่า “ประโยชน์สุข” (welfare) ไว้ แต่ได้กำหนดรายการที่ศาลต้องพิจารณาเมื่อต้องตัดสินเกี่ยวกับประโยชน์สุขของบุตร ได้แก่¹³³

1. ความต้องการและความรู้สึกของบุตร โดยพิจารณาจากอายุและความเข้าใจของบุตร
2. ความต้องการของร่างกาย อารมณ์ และการศึกษา
3. ปัจจัยที่เป็นผลกระทบต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมของบุตร
4. อายุ เพศ ภูมิหลัง และลักษณะของบุตรที่เกี่ยวข้อง
5. อันตรายที่บุตรได้รับหรืออาจจะได้รับ
6. ความสามารถของบิดามารดาแต่ละฝ่ายและบุคคลที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติตามความต้องการของบุตร
7. ขอบเขตการใช้อำนาจของศาลภายใต้กฎหมายนี้

สถานการณ์ที่ศาลต้องพิจารณาลักษณะข้างต้นนั้น เกี่ยวข้องกับการทำ เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกคำสั่งตามมาตรา 8¹³⁴ (Section 8 order) คำสั่งตั้งผู้ปกครองพิเศษ (special

(g) the range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question.

(4) The circumstances are that—

(a) the court is considering whether to make, vary or discharge a section 8 order, and the making, variation or discharge of the order is opposed by any party to the proceedings; or

(b) the court is considering whether to make, vary or discharge an order under Part IV.

(5) Where a court is considering whether or not to make one or more orders under this Act with respect to a child, it shall not make the order or any of the orders unless it considers that doing so would be better for the child than making no order at all.

¹³³ อัญชลี กัมพรทิพย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21 , น.20-21.

¹³⁴ 8 Residence, contact and other orders with respect to children

(1) In this Act —

guardianship order) คำสั่งอื่นๆ ที่คู่ความร้องขอในกระบวนการพิจารณา หรือคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลและการจัดการ (Part IV care and supervision order)

คำสั่งต่าง ๆ ข้างต้นเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองหรือความรับผิดชอบของบิดามารดาต่อบุตร เช่น คำสั่งตามมาตรา 8 ในส่วนคำสั่งเกี่ยวกับที่อยู่ (residence order) คือ คำสั่งที่ตัดสินว่าเด็กต้องอยู่กับบุคคลใด หากบุคคลที่เด็กต้องอยู่ด้วยนั้นไม่มีอำนาจปกครองหรือความรับผิดชอบของบิดามารดา กฎหมายจะกำหนดให้บุคคลนั้นได้รับอำนาจปกครองหรือความรับผิดชอบของบิดามารดาด้วย ตามมาตรา 12¹³⁵ เป็นต้น ซึ่งวิธีการนี้ทำให้บุคคลอื่นนอกจากบิดามารดาสามารถมีความรับผิดชอบของบิดามารดาได้

“a contact order” means an order requiring the person with whom a child lives, or is to live, to allow the child to visit or stay with the person named in the order, or for that person and the child otherwise to have contact with each other;

“a prohibited steps order” means an order that no step which could be taken by a parent in meeting his parental responsibility for a child, and which is of a kind specified in the order, shall be taken by any person without the consent of the court;

“a residence order” means an order settling the arrangements to be made as to the person with whom a child is to live; and

“a specific issue order” means an order giving directions for the purpose of determining a specific question which has arisen, or which may arise, in connection with any aspect of parental responsibility for a child.

(2) In this Act “a section 8 order” means any of the orders mentioned in subsection (1) and any order varying or discharging such an order.

(3) ...

¹³⁵ 12 Residence orders and parental responsibility

(1) Where the court makes a residence order in favour of the father of a child it shall, if the father would not otherwise have parental responsibility for the child, also make an order under section 4 giving him that responsibility.

(2) ...

กรณีบิดามารดาเป็นผู้ไร้ความสามารถเป็นประเด็นหนึ่งที่ศาลจะปรับใช้หลัก ประโยชน์สุข ศาลจะพิจารณาความสามารถของบิดามารดาให้สัมพันธ์กับความต้องการของบุตร ความสามารถของบิดามารดาจึงเข้ามาเกี่ยวข้อง ตัวอย่างเช่น คดี M v M (Parental Responsibility)¹³⁶ ศาลตัดสินว่าคงเป็นการไม่เหมาะสมถ้าจะให้บิดามีความรับผิดชอบของบิดามารดา เพราะบิดาต้องทนทุกข์ทรมานจากความบกพร่องทางการเรียนรู้ (learning disability) ซึ่งอาการรุนแรงขึ้นจากอุบัติเหตุ ซึ่งหมายความว่าเขาไม่สามารถใช้สิทธิและความรับผิดชอบในฐานะ บิดาได้ เป็นต้น กรณีเกี่ยวกับบิดามารดาที่เป็นคนไร้ความสามารถได้รับการทบทวนใน the Human Right Act 1998 ตามกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ระบุชัดเจนถึงการห้ามเลือกปฏิบัติบนพื้นฐาน ของการไร้ความสามารถ ซึ่งมีข้อถกเถียงอยู่ว่าควรมีการเพิ่มในเงื่อนไขพื้นฐานของการห้ามเลือก ปฏิบัติในมาตรา 14¹³⁷ หรือไม่ สิ่งที่ศาลอังกฤษและเวลส์เห็นเหมือนกันปรากฏในคดี Re V (Residence Review)¹³⁸ บิดาสูญเสียการควบคุมตนเองภายหลังจากได้รู้เห็นเหตุการณ์ที่บุตรคน หนึ่งของตนจมน้ำ เขาได้รับความทุกข์ทรมานจากโรคเครียดหลังภัยพิบัติ (post-traumatic stress syndrome) และตกงาน ศาลตัดสินว่ายอมเป็นผลดีกว่าถ้าบุตรจะอาศัยอยู่กับมารดา ถึงแม้จะขัด กับความต้องการของบุตรและข้อเสนอแนะจากรายงานตามหลักประโยชน์สุขก็ตาม บิดาได้รับ บาดเจ็บที่ศีรษะอย่างรุนแรงซึ่งศาลเห็นว่าทำให้เขาสูญเสียความสามารถในการตอบสนองที่ เหมาะสมกับบุตร การติดต่อกับบุตรโดยตรงอาจทำให้เกิดอันตรายต่อบุตร ดังนั้นการติดต่อโดย ทางอ้อมจึงดูจะเหมาะสมที่สุด ดังนั้นก่อนที่ศาลจะเลือกใช้วิธีการใด ศาลต้องแน่ใจก่อนว่าบิดา มารดาที่ไร้ความสามารถนั้นไม่อาจตอบสนองของความจำเป็นของบุตรได้¹³⁹ กล่าวได้ว่า บิดามารดาที่ มีความบกพร่องอาจถูกศาลจำกัดการใช้ความรับผิดชอบของบิดามารดาต่อตัวบุตรในทางใดทาง หนึ่ง แต่ไม่ใช่การถอนอำนาจปกครองแต่อย่างใด

¹³⁶ [1999] 2 FLR 737.

¹³⁷ Article 14 Prohibition of discrimination

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

¹³⁸ [1995] 2 FLR 1010.

¹³⁹ Herring, Jonathan, *supra note 106*, pp. 490-491.

2.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

2.2.2.1 อำนาจปกครองของบิดามารดา

ตามประวัติศาสตร์แล้ว อำนาจปกครองของบิดามารดาที่มีต่อบุตรนั้นมีในทุกด้าน และไม่จำกัดจนกว่าบุตรจะบรรลุนิติภาวะ ซึ่งในปัจจุบันในหลายๆ รัฐกำหนดให้ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 18 ปีบริบูรณ์ ในสมัยโรมัน บิดามีอำนาจเหนือบุตร แต่หลักกฎหมายสหรัฐอเมริกาไม่ได้ไปไกลขนาดนั้น กลับสะท้อนแนวคิดความเจริญของตะวันตกเกี่ยวกับครอบครัวในฐานะเป็นหน่วยหนึ่งที่อำนาจปกครองของบิดามารดาเป็นอำนาจกว้างๆ ต่อบุตร นอกจากตัวบทกฎหมายและ common law จะยอมรับอำนาจปกครองของบิดามารดาในการเลี้ยงดูบุตรแล้ว ศาลสูงสหรัฐได้ยึดถือเป็นหลักมานานว่าบิดามารดามีสิทธิพื้นฐานในการตัดสินใจเกี่ยวกับการดูแล ปกครอง และควบคุมบุตรของตน ถึงแม้ว่าบางสังคมจะให้ความสำคัญกับความรับผิดชอบร่วมกันต่อเด็ก แต่ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นหัวใจของระบอบประชาธิปไตยอเมริกัน ไม่รวมถึงอำนาจทั่วไปของรัฐในการวางมาตรฐานให้กับเด็ก ในขณะเดียวกัน ศาลยอมรับว่ามีความจำเป็นที่ต้องให้รัฐเข้ามาดูแลการตัดสินใจของบิดามารดาได้ ในบางกรณีที่อาจเกิดอันตรายก็เป็นที่ยอมรับกันว่ารัฐบาลควรมีอำนาจที่จะเข้าไปปกป้องคุ้มครองเด็กได้¹⁴⁰

อำนาจปกครองของบิดามารดาตามหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจน ดังที่กล่าวแล้วว่าตั้งแต่อดีตมาอำนาจปกครองของบิดามารดานั้นหมายถึงทุกเรื่องเกี่ยวกับตัวบุตร ไม่มีการจำกัดขอบเขตไว้ อย่างไรก็ตาม ในตำรากฎหมายมักกล่าวถึงอำนาจปกครองของบิดามารดาในเรื่องต่อไปนี้

1. หน้าที่จัดการศึกษาให้บุตร โดยอาจส่งบุตรเข้าเรียนโรงเรียนของรัฐ เอกชนหรือจัดการศึกษาเองที่บ้าน
2. หน้าที่ดูแลสุขภาพของบุตร บิดามารดามีอำนาจอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับการจัดการรักษาสุขภาพให้แก่บุตร ยกเว้นแต่ในกรณีฉุกเฉินแล้ว บิดามารดาจำเป็นต้องให้ความยินยอมในการรักษาเกือบทุกประเภท¹⁴¹

¹⁴⁰Krause, Harry D., Family law in nutshell, (St.Paul, Minn : Thomson/West, 2003), pp.141-142.

¹⁴¹ *Ibid*, p.144.

3. หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร บิดามารดาต้องจัดหาสิ่งจำเป็นให้แก่บุตรเช่น อาหาร ที่อยู่ อาศัย เสื้อผ้า การศึกษา ยารักษาโรค เป็นต้น¹⁴²
4. สิทธิในการใช้เงินได้ของบุตรในการใช้เลี้ยงดูบุตร แต่ไม่รวมถึงอำนาจจัดการทรัพย์สินที่ บิดามารดาจะมีอำนาจเมื่อได้รับการแต่งตั้งจากศาลเท่านั้น¹⁴³
5. สิทธิให้ความยินยอมบุตรในการประกอบอาชีพ¹⁴⁴

โดยหลัก บุตรจะหลุดพ้นจากอำนาจปกครองของบิดามารดาต่อเมื่อบรรลุนิติภาวะ อย่างไรก็ตาม บุตรอาจเป็นอิสระได้หากทำการสมรส หรือเข้ารับราชการทหาร หรือมีคำสั่งศาล¹⁴⁵

2.2.2.2 เหตุถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา

กระบวนการทางแพ่งที่เข้ามาควบคุมการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาคือ Dependency System กระบวนการนี้ไม่ได้มุ่งลงโทษบิดามารดา แต่เป็นกระบวนการที่เข้ามา รับรองความปลอดภัยของเด็กในการอยู่ร่วมกับบิดามารดา แต่หากเป็นไปได้ก็จะยุติสิทธิของ บิดามารดาและให้เด็กเป็นอิสระ สามารถถูกรับเป็นบุตรบุญธรรมได้

เหตุที่นำมาซึ่ง Dependency System คือ การทารุณ (Abuse) และการทอดทิ้งเด็ก (Neglect)

การทารุณ (Abuse) หมายถึงกรณีที่สมาชิกในครอบครัว หรือผู้ดูแลเด็กได้ล่วงละเมิด เด็กไม่ว่าจะเป็นทางกาย ทางเพศ หรือทางจิตใจ

การทอดทิ้งเด็ก (Neglect) ได้แก่กรณีที่บิดามารดาไม่สามารถจัดหาสิ่งจำเป็น พื้นฐานสำหรับบุตร ไม่ว่าจะเป็นอาหาร ยารักษาโรค ที่อยู่อาศัย การศึกษาหรือการดูแลให้ คำปรึกษา

ขั้นตอนของ Dependency System¹⁴⁶

¹⁴²Forman, Deborah L., Every parent's guide to the law, (San Diego, [calif.] : Harcourt Brace, 1998),p.227.

¹⁴³ *Ibid*, p. 156.

¹⁴⁴ *Ibid*, p. 148.

¹⁴⁵ *Ibid*, p. 154.

1. กระบวนการนี้เริ่มต้นเมื่อ Mandatory reporter¹⁴⁷ หรือผู้ได้รับมอบหมายตามกฎหมายให้มีหน้าที่รายงานต่อตัวแทนหน่วยงานดูแลสวัสดิภาพเด็ก (Child welfare agency) ว่า มีกรณีต้องสงสัยว่าเด็กถูกทารุณหรือถูกทอดทิ้ง

2. Temporary custody เมื่อมีการรายงานว่ามีเด็กที่คาดว่าจะถูกทารุณ ถ้านักสังคมสงเคราะห์เห็นว่าเด็กตกอยู่ในอันตราย ก็สามารถจัดให้เด็กอยู่ในความปกครองฉุกเฉินชั่วคราวได้ โดยไม่ต้องขออนุญาตศาลก่อนก็ได้ หากไม่ใช่กรณีฉุกเฉินก็ต้องขอคำสั่งศาลก่อน การจัดให้เด็กอยู่ในความปกครองชั่วคราวนี้ จะต้องแยกเด็กออกจากครอบครัวเพื่อไปอยู่กับครอบครัวอุปถัมภ์ (foster care) แต่ถ้าไม่ต้องการให้เด็กต้องแยกไปจากครอบครัว บิดาหรือมารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กหรือตัวแทนหน่วยงานดูแลสวัสดิภาพเด็กอาจร้องขอให้ศาลสั่งให้บิดาหรือมารดาที่ต้องสงสัยว่าเป็นผู้กระทำทารุณหรือทอดทิ้งเด็ก ย้ายออกจากบ้านไปในระหว่างการสืบสวนตามข้อกล่าวหาก็ได้ เรียกว่า civil protective order (CPO)

3. Protective custody hearing ขั้นตอนนี้เป็นกระบวนการที่ศาลจะพิจารณาว่าตัวแทนหน่วยงานดูแลสวัสดิภาพเด็กมีความชอบธรรมในการให้เด็กอยู่ในความปกครองชั่วคราวหรือไม่ แต่ยังไม่ตัดสินอย่างเป็นทางการว่าบิดาหรือมารดาทำผิดตามข้อกล่าวหาหรือไม่

4. The dependency trial เมื่อมีการร้องเรียนถึงการทารุณเด็ก หากบิดามารดา กับตัวแทนหน่วยงานดูแลสวัสดิภาพเด็กทำความเข้าใจกันได้ โดยให้ตัวแทนสามารถดูแลสถานการณ์ในครอบครัวของเด็ก ตลอดจนสนองความปกครองเด็ก กระบวนการสืบสวนจะยุติลง โดยให้เป็นไปตามข้อตกลงดังกล่าว แต่หากตกลงกันไม่ได้ ขั้นตอนต่อไป เรียกว่า adjudicative hearing โดยทางรัฐต้องพิสูจน์ว่ามีการทำทารุณหรือทอดทิ้งเด็กเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ขณะเดียวกันต้องเปิดโอกาสให้ทางบิดามารดานำพยานหลักฐานเข้าสืบอย่างเท่าเทียม

หากศาลเห็นว่าทางผู้ร้องไม่สามารถพิสูจน์ถึงการทารุณนั้นได้ ศาลจะยกคำร้องและให้เด็กกลับไปคืนสู่ครอบครัว แต่หากศาลเชื่อว่าเกิดการทารุณเด็กเกิดขึ้นจริง ศาลจะพิจารณาต่อไปว่าควรให้เด็กอยู่ในความดูแลของใคร เรียกว่า dispositional hearing โดยปกติเด็กจะได้อยู่

¹⁴⁶Forman, Deborah L., *Ibid*, pp. 298 – 308.

¹⁴⁷Mandatory reporter ได้แก่ ครู แพทย์ นักสังคมสงเคราะห์ นักจิตวิทยา ผู้ดูแลเด็ก เป็นต้น โดยบุคคลเหล่านี้จะได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี แม้รายงานการทารุณหรือทอดทิ้งเด็กจะผิดพลาดหรือไม่ได้เกิดขึ้นจริง แต่บางรัฐ ความคุ้มครองนี้ครอบคลุมเฉพาะกรณีการกระทำโดยสุจริตเท่านั้น

กับครอบครัวอุปถัมภ์หรือครอบครัวญาติ ในระหว่างนั้น ภาครัฐต้องพยายามให้เด็กกลับไปอยู่กับครอบครัวอีกครั้ง โดยจัดบริการหรือให้ความช่วยเหลือบิดามารดาให้สามารถกลับมาดูแลเด็กได้เหมือนเดิม แต่การจัดบริการนี้ก็แค่เฉพาะที่เหมาะสมเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องพยายามจนถึงที่สุด เช่นกรณีบิดาทำร้ายบุตร เพราะมีอาการป่วยทางจิตที่รักษาไม่หาย รัฐก็ไม่จำเป็นต้องพยายามรักษาบิดา เป็นต้น

5. Permanency Planning ขั้นตอนนี้จะมีขึ้นเมื่อเด็กที่อยู่กับครอบครัวอุปถัมภ์ถึง 18 เดือน หรือในบางรัฐอาจเร็วกว่านั้น กระบวนการนี้อาจเป็นการส่งเด็กกลับไปอยู่กับครอบครัว หรือให้เด็กอยู่กับครอบครัวอุปถัมภ์ หรือตั้งผู้ปกครองหากบิดามารดาไม่ต้องการจะปกครองบุตรอีกต่อไป หรือถอนสิทธิของบิดามารดาเพื่อให้เด็กเป็นอิสระและสามารถถูกรับเป็นบุตรบุญธรรมได้

การถอนสิทธิของบิดามารดา จะมีผลให้ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดามารดากับบุตรหมดไป บิดามารดาจะไม่มีสิทธิในการปกครองดูแล เยี่ยมเยียน ควบคุมหรือได้รับข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับตัวบุตร แต่เนื่องจากสิทธิในการเลี้ยงดูบุตรนั้นรัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ รัฐจึงต้องแสดงเหตุผลที่จะยุติความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรลงอย่างสมบูรณ์และต้องให้บิดามารดาได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรม โดยเชื่อว่ากระบวนการพิจารณาที่แน่นอนนั้นจำเป็นในการประกันความยุติธรรม บิดามารดาจึงมีสิทธิได้รับการแจ้งว่ารัฐพยายามจะให้สิทธิของบิดามารดาสิ้นสุดลงและมีสิทธิต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาล¹⁴⁸

ผู้มีสิทธิร้องขอให้ถอนสิทธิของบิดามารดา นอกจากรัฐแล้วเอกชนผู้มีส่วนได้เสียในประโยชน์สุขของเด็กก็สามารถร้องขอให้มีการถอนสิทธิของบิดามารดาได้ ได้แก่ ทนายความผู้ปกครอง บิดาหรือมารดา พ่อเลี้ยงหรือแม่เลี้ยง และบางรัฐ รวมถึงตัวบุตรเองด้วย อย่างไรก็ตาม รัฐส่วนใหญ่ไม่ยอมรับว่าบุตรมีสิทธิในการขอถอนสิทธิของบิดามารดาในนามของตนเอง

ในการถอนสิทธิของบิดามารดาจะมีฐานมาจากการกระทำเดียวกับที่ทำให้มี Dependency System เพียงแต่การถอนสิทธิของบิดามารดาจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่ไม่สามารถทำให้บิดามารดากลับมาดูแลบุตรได้หรือบิดามารดาไม่สามารถทำตามข้อตกลงที่ไว้กับตัวแทนหน่วยงานดูแลสวัสดิภาพเด็กได้ โดยผู้ร้องขอต้องพิสูจน์ว่าบิดามารดานั้น “ไม่เหมาะสม” (unfit) ที่จะดูแลบุตรอีกต่อไป ด้วยเหตุต่อไปนี้¹⁴⁹

1. กระทำทารุณหรือทอดทิ้งบุตร (Abuse or neglect) และมีแนวโน้มว่าจะกระทำต่อเนื่องไป

¹⁴⁸Forman, Deborah L., *supra note 142*, p. 308.

¹⁴⁹Forman, Deborah L., *supra note 142*, p. 312.

2. กายพิการหรือมีความผิดปกติทางจิต (physical or mental disability) แต่กรณีนี้จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงอื่นประกอบด้วยจึงจะสามารถถอนสิทธิของบิดามารดาได้อย่างถาวร เช่น ปรากฏว่ามีการกระทำทารุณหรือทอดทิ้งบุตร เป็นต้น
3. การละทิ้งบุตร (abandon) และไม่อุปการะเลี้ยงดู
4. บิดามารดาถูกคุมขังเพราะกระทำความผิดอาญาร้ายแรง

เนื่องจากสิทธิของบิดามารดาเป็นเรื่องสำคัญ ในการถอนสิทธิของบิดามารดา รัฐจึงต้องมีมาตรฐานการพิสูจน์ที่สูงกว่าในคดีแพ่งทั่วไป กล่าวคือ อย่างน้อยต้องพิสูจน์ด้วยหลักฐานที่ชัดเจนไม่มีข้อสงสัยในเหตุแห่งการถอนสิทธิของบิดามารดาและประโยชน์ที่บุตรจะได้รับ บางรัฐต้องการมาตรฐานการพิสูจน์ถึงขั้นปราศจากข้อสงสัย (beyond reasonable doubt) ซึ่งเป็นมาตรฐานในวิธีพิจารณาความอาญา¹⁵⁰

เมื่อสิทธิของบิดามารดาถูกทำลาย บิดามารดาและบุตรจะสูญเสียความสัมพันธ์ทางกฎหมายไปอย่างถาวรและเปลี่ยนแปลงไม่ได้ ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าต่างฝ่ายต่างเป็นคนแปลกหน้าต่อกันในสายตากฎหมาย บุตรสามารถถูกรับไปเป็นบุตรบุญธรรมได้ ดังนี้ นักสังคมสงเคราะห์ส่วนมากมักไม่เต็มใจที่จะถอนสิทธิของบิดามารดา เว้นแต่จะไม่มีหวังในการสร้างครอบครัวอีกครั้ง¹⁵¹

2.2.2.3 กรณีผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้ไร้ความสามารถ

คนวิกลจริตที่ศาลสั่งเป็นคนไร้ความสามารถย่อมไม่มีความสามารถในการทำสัญญา การใดที่ทำไปย่อมตกเป็นโมฆะ ส่วนคนวิกลจริตที่ศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถทำสัญญาไปในขณะจริตวิกลและคู่กรณีรู้ถึงข้อเท็จจริงนั้น สัญญาจะตกเป็นโมฆะ สัญญาที่ทำโดยคนที่เมาสุราหรือยาเสพติดก็ตกเป็นโมฆะเช่นเดียวกัน¹⁵²

บิดามารดาที่มีกายพิการหรือความผิดปกติทางจิต เช่น ปัญญาอ่อน (mental retardation) อาจเป็นเหตุให้บิดามารดาไม่เหมาะสม (unfit) และนำไปสู่การถอนสิทธิของบิดามารดาได้ แต่เพียงการไร้ความสามารถเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอจะให้ถอนสิทธิของบิดา

¹⁵⁰Forman, Deborah L., *supra note 142*, p. 310.

¹⁵¹Krause, Harry D., *supra note 140*, pp. 173-174.

¹⁵²Zweigert, Konrad, Kotz, Hein, Weir, Tony, *supra note 126*, p. 353.

มารดาได้อย่างถาวร เว้นแต่จะพิสูจน์เหตุอื่นประกอบได้ เช่น การกระทำทารุณหรือทอดทิ้งบุตร ที่ทำให้บิดามารดาเข้าสู่กระบวนการ dependency system ก่อน เด็กจะถูกแยกออกจากครอบครัว ในระหว่างที่มีการสอบสวนโดยอาจไปอยู่กับครอบครัวอุปถัมภ์หรือครอบครัวญาติ ศาลจะประเมินความเป็นไปได้ของการให้ความช่วยเหลือบิดามารดาและให้ความช่วยเหลือตามความจำเป็น หากปรากฏว่าการให้ความช่วยเหลือคงไม่สามารถทำให้ครอบครัวกลับคืนสู่สภาพเดิมได้แล้ว ก็จะนำไปสู่การถอนสิทธิของบิดามารดาได้ โดยศาลต้องพิจารณาความต้องการและประโยชน์ของเด็ก ถ้าหากคงความสัมพันธ์บิดามารดากับบุตรไว้ เทียบกับประโยชน์จากการถอนสิทธิของบิดามารดา โดยถาวรและความเป็นไปได้ในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

โดยปกติแล้ว รัฐมีหน้าที่ต้องจัดการฝึกฝนแนะนำเพื่อฟื้นฟูสุขภาพของบิดามารดา จนถึงจุดที่สามารถทำหน้าที่ของบิดามารดาได้อย่างเหมาะสม ซึ่งเป็นขั้นตอนหนึ่งใน dependency system ดังที่กล่าวแล้ว แต่ความไม่เพียงพอของบริการดังกล่าวทำให้มีหลายกรณีที่ บิดามารดาที่ไร้ความสามารถต้องถูกกล่าวหาว่า “ไม่เหมาะสม” และด้วยอคติที่มีต่อคนไร้ความสามารถเหล่านี้ ทำให้นักสังคมสงเคราะห์ถอนสิทธิของบิดามารดาและจัดให้มีการรับบุตรบุญธรรมมากกว่าการรวมครอบครัวเดิมหรือคงสภาพครอบครัวเดิมไว้¹⁵³

¹⁵³Forman, Deborah L., *supra note 142* , p. 311.