

บทที่ 2

ประวัติความเป็นมาในเรื่องความรับผิดของบิดามารดาตามกฎหมายไทย

การศึกษาข้อเท็จจริงในเชิงประวัติศาสตร์ ทำให้ผู้เขียนเข้าใจว่าความรับผิดของบิดามารดาตามกฎหมายลักษณะละเมิดก่อนที่จะพัฒนาเป็นบทบัญญัติตามมาตรา 420 มาตรา 429 และมาตรา 430 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างในปัจจุบันนั้น มีวิวัฒนาการในเรื่องหลักเกณฑ์ความรับผิดดังกล่าวอย่างไร โดยการศึกษาทางประวัติศาสตร์นั้นย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ 2 ประการ¹ คือ ประการแรก ทำให้เกิดความเข้าใจหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังตัวบทช่วยให้การตีความและการใช้กฎหมายเป็นไปโดยถูกต้อง เพราะการใช้กฎหมายไม่ใช่เพียงเพ่งเล็งถ้อยคำที่ตัวบท แต่ต้องพิจารณาถึงเหตุผลและเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติควบคู่ไปด้วย เนื่องจากกฎหมายมิใช่เกิดจากกระบวนการทางนิติบัญญัติเท่านั้นแต่เป็นผลมาจากการวิวัฒนาการเป็นเวลายาวนานตั้งแต่อดีต จึงมีความจำเป็นต้องค้นหาเหตุผลของเรื่อง และประการที่สอง ทำให้เข้าใจวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติในอดีตว่ามีสภาพความเป็นอยู่อย่างไร เพราะกฎหมายสามารถสะท้อนความเป็นอยู่ของคนในแต่ละสมัยได้เป็นอย่างดี ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการศึกษาข้อเท็จจริงในเชิงประวัติศาสตร์มีความสำคัญเพราะทำให้เข้าใจแนวคิดในเรื่องความรับผิดของบิดามารดาตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้ระดับหนึ่ง

โดยในบทนี้ผู้เขียนจะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ช่วง คือ ความรับผิดของบิดามารดาตามกฎหมายเก่า และความรับผิดของบิดามารดาตามกฎหมายใหม่ โดยถือเอาช่วงรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์เป็นจุดแบ่งเพราะเป็นการเปลี่ยนแปลงในด้านกฎหมายที่สำคัญ คือ เป็นช่วงที่ได้รับอิทธิพลของกฎหมายตะวันตกเข้ามาในประเทศจนมีการจัดทำประมวลกฎหมาย (Codification)

¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2543), น.34-36.

1. ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามกฎหมายเก่า

จากการค้นคว้าของผู้เขียน พบว่าตามกฎหมายอาญาในสมัยสุโขทัย มีศิลาจารึกสมัยพ่อขุนรามคำแหงด้านที่ 2 ของจารึกบทที่ 10-21 เรียกกันว่า จารึกลักษณะลักพา ข้อความเดิมในจารึก (เขียนอย่างปัจจุบัน)ลอกมาเท่าที่ต่อความกันได้ดังนี้²

๑๐. มีโจรลัก วัวมอ ปอพัน ท่าน

๑๑. ไปกรายตนก็ดี ไปจอดเรือน

ก็ดี คล้ายผู้นั้นอุเบกษาและบมิ

เอาและละเลยให้ปล่อยไป.....

๑๒. พิจารณารู้ว่าขโมยและ

พ่อขโมยนั้น พี่น้องตนกลาย

แสรังละ ให้ปล่อยไป

๑๓.เห็นขโมยนั้นเป็น

ข้าผู้ใหญ่กลาย กลัวศักดิ์ผู้

ใหญ่และปล่อย

๑๔.ขโมยนั้น จ้างผู้

อันตนกลายเห็นแก่

๑๕. ลินจ้างขโมยนั้นและปล่อยไป

ด้านที่ 2 ของจารึกบทที่ 10-15 ย่อความได้ดังนี้ "มีขโมยลักทรัพย์ เช่น วัวใช้งานและเชือกปอพอไปถึงเรือนผู้ใด ผู้นั้นไม่นำพาปล่อยให้ขโมยหนีไป ทั้ๆที่ตนก็รู้ว่าเป็นขโมย แต่โดยเหตุที่ขโมยเป็นบิดาเป็นพี่น้องของตนหรือเพราะขโมยเป็นข้าในสังกัดของคนใหญ่คนโตจึงปล่อยไป เพราะเกรงศักดิ์ของผู้ใหญ่ก็ตีปล่อยเพราะเห็นแก่สินจ้างที่ขโมยให้จึงปล่อยไปก็ดี" ไม่บัญญัติลงโทษอย่างไร เข้าใจว่าคงใช้โทษอย่างเดียวกับในข้อที่จะกล่าวต่อไป

๑๕.เจ้าของเจ้าข้า

ไล่ขโมยไปถึงบ้านตน

๑๖. ผู้กลาย เจ้าของร้องขอให้ช่วยกุม

พ่อเจ้าบ้านเจ้าเรือนนั้นก็ยัง

บ้านและกลายบมิผู้ช้อย

๑๗. และละขโมยนั้นปล่อยไปก็ดี

² กำธร กำประเสริฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร:คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2526), น.25-26.

ทั้งบอกว่าประการหนึ่ง อันกล่าวว่า

๑๘. อุเบกขาและบเอาผู้มันแล และ

ว่าพี่น้องตนและละ อัน

กล่าวว่าข้าผู้ใหญ่และละ อัน

กล่าวว่ากินสินจ้างขโมยและ

๑๙. ละ อันกล่าวว่าคัลลยบกุม

และละ อคติ ทั้งนี้แลมีเมื่อ

ใด ในบ้านในนายใดเรือนใด

๒๐. ในฝูงดังนี้ ท่านจักให้โทษ

(ดุจลักขายา)และคนท่าน ของ

๒๑. และท่านจักให้ใช้จูงสินหนี้สิน

(ดังท่าน) จักไหมขโมยนั้น

ด้านที่ 2 ของจารีก บทที่ 15-21 ความดังนี้ "เจ้าของทรัพย์หรือเจ้าสังกัดข้าไล่ขโมยไปถึงบ้านผู้ใดเจ้าของร้องให้ช่วยจับกุมเจ้าบ้านเจ้าเรือนนั้นก็อยู่ที่บ้านแต่ไม่มีใครช่วยจับ กลับปล่อยให้ขโมยหนีไป โดยอาการทำอุเบกขาเฉยบ้าง กล่าวว่าจับขโมยหนีไม่ทันบ้าง โดยอคติต่างๆ เมื่อใดเกิดกรณีเช่นนี้ในบ้านเรือนใคร ให้โทษเสมือนลักภรรยาและผู้คนหรือทรัพย์ของผู้อื่น ก็ซื้อเท่ากับเป็นขโมยอยู่นั่นเอง ท่านให้ใช้หนี้สิน (เห็นจะหมายความว่าค่าเสียหาย)และให้ปรับไหมขโมยผู้นั้นเสียด้วย"

ผู้เขียนเข้าใจว่า ในสมัยสุโขทัยคงไม่มีหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับอย่างชัดเจนในเรื่องว่า บิดามารดาต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำของผู้เยาว์โดยตรง แต่จากด้านที่ 2 ของศิลาจารึก ลักษณะลักพา บทที่ 10-21 ที่กล่าวมา พอจะเข้าใจและนำมาปรับใช้ในเรื่องที่เรากำลังศึกษาอยู่ได้ว่า ในคดีลักทรัพย์ เช่น ลักทรัพย์ที่ใช้ในการกสิกรรม หากผู้เสียหายตามจับขโมยไปถึงบ้านเรือนเจ้าของบ้านเรือนไม่ช่วยจับขโมยแต่กลับปล่อยให้ขโมยหนีเพราะเหตุที่ขโมยเป็นบิดา เป็นพี่น้อง เป็นข้าในสังกัดของคนใหญ่คนโต รวมทั้งขโมยให้สินจ้าง จึงปล่อยไป ให้เจ้าของบ้านเรือนนั้นมีโทษเสมือนขโมย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า คำว่า "เพราะขโมยเป็นพ่อ เป็นพี่น้องตน" น่าจะหมายรวมถึงพ่อ ปล่อยขโมยไปเพราะขโมยเป็นบุตรตนด้วย เพราะหากได้ศึกษาในส่วนต่อไปจะพบว่า หลักการเครือญาติแบบนี้ยังคงมีปรากฏในกฎหมายตราสามดวง เพื่อไม่ให้ผู้กระทำผิดมีลักษณะทำผิด หากผลแห่งการกระทำผิดต้องตกไปถึงพ่อแม่และเครือญาติ และเพื่อไม่ให้สมาชิกในชุมชนถือ

อุเบกขา³ แต่ศิลาจารึกสมัยสุโขทัยยังคงไม่เป็นที่ยอมรับจากนักวิชาการต่างประเทศ และไม่มีเนื้อหาโดยตรงเกี่ยวกับเรื่องที่เราศึกษาอยู่ ผู้เขียนจึงขอนำเสนอไว้เพียงเท่านี้ และขอเริ่มความรับผิดชอบบิดามารดาตามกฎหมายเดิมที่กฎหมายลักษณะโจร

1.1 ความรับผิดชอบบิดามารดาตามกฎหมายลักษณะโจร

ในสมัยอยุธยาเน้นมีการปกครองคล้ายทหาร ได้แบ่งพลเมืองเป็นหมวดหมู่และให้ความสำคัญเกี่ยวกับหมู่เหล่าของตนอย่างแนบแน่น เกิดความรับผิดชอบที่เรียกว่า “ความรับผิดชอบร่วมกันทั้งหมู่เหล่า”⁴ บรรดาสมาชิกทุกคนย่อมจะต้องรับผิดชอบทางอาญาด้วย หากสมาชิกคนใดคนหนึ่งไปทำละเมิด แต่ต่อมาเห็นว่าการที่ให้หมู่เหล่ารับผิดชอบได้มีการแก้ไขผ่อนให้เบาลง เช่น สมาชิกของครอบครัวจะพึงถูกลงโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อได้ความว่าสมาชิกเหล่านั้นได้มีส่วนสมรู้ด้วยผู้ทำละเมิด

ส่วนความรับผิดชอบร่วมกันทั้งครอบครัวในทางแพ่ง คงมียาวนานกว่าความรับผิดชอบในทางอาญา กฎหมายที่เด่นชัด มาตรา 38 แห่งกฎหมายลักษณะโจร มีความดังนี้ “พี่น้องลูกหลานตนเป็นโจร แลโจรด้วยพ่อแม่พี่น้อง ลูกหลาน ตายาย ลูกเมีย พ่อตาแม่ยาย แลเขาทั้งนี้อยู่บ้านเดียวเรือนเดียวด้วยโจร และโจรนั้นหนี ท่านว่าให้เอาผู้ซึ่งอยู่ด้วยนั้นมาถามหาโจร ว่ารู้เห็นแห่งที่โจรไป โจรเคยสำนักอยู่ที่ใด แลให้ช่วยเสาะแสวงหาโจรนั้นจงได้ ถ้าแลถามมันว่ามีรู้แห่งที่โจรหนีไปอยู่ ท่านว่าให้เอาเขาซึ่งโจรอยู่ด้วยนั้นมาให้มีผู้ค้ำแกลเอาบนเขาไว้ ถ้ามีผู้โจทก์ว่ารู้เห็นด้วยโจรแล้วรู้ที่อยู่โจร แลถ้าเป็นสัจว่ารู้เห็นด้วยโจรจริง ท่านว่ามันอำพรางโจรไว้ ให้ลงโทษและบาดเจ็บโจรนั้นแล ถ้าคงว่ามีรู้เห็นด้วยโจรมิรู้แห่งที่โจรอยู่จริง ท่านว่าให้เอาแต่พ่อแม่พี่น้องลูกเมียโจรอันสนิทนั้นมาจำไว้กว่าจะได้โจร ถ้าแลมิได้โจรท่านว่าให้มันผู้ต้องจำนั้นใช้แต่ทุนสิน อย่างให้ใช้สินไหมพินัยเลย”

³ วินัย พงศ์ศรีเพียร, “ความสำคัญของกฎหมายตราสามดวง: แว่นส่องสังคมไทย,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 34, เล่มที่ 2, น.276-277 (มิถุนายน 2547).

⁴ แลงการ์ด โรเบิร์ต, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน): ละเมิด, เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2478), น.92-93.

เมื่อพิจารณาหีบบัญญัตินี้ จะเห็นได้ว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยาครอบครัวจะพึงรับผิดชอบในละเมิดที่สมาชิกคนหนึ่งไปกระทำลงนั้น ก็ต่อเมื่อสมาชิกผู้ทำละเมิดนั้นได้อาศัยอยู่บนเรือนเดียวกันกับญาติในครอบครัวประการหนึ่ง อีกประการหนึ่ง คือ บรรดาญาติพี่น้องในครอบครัวมีหน้าที่ก็แต่เพียงให้ส่งทรัพย์ที่ถูกลักไปนั้นคืนหรือใช้ราคาให้แทน โดยเหตุนี้จึงเป็นอันว่าครอบครัวจะมีความรับผิดชอบในการละเมิด ก็แต่เมื่อการกระทำละเมิดนั้นเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินและหากไม่ใช่เป็นการกระทำแก่เนื้อตัวร่างกายของบุคคล เช่น การทำร้ายร่างกาย เป็นต้น ผู้ทำละเมิดเป็นผู้รับผิดชอบแต่ผู้เดียว⁵

ผู้เขียนเห็นว่า ในสมัยอยุธยา ความผิดตามกฎหมายอาญากับกฎหมายแพ่งไม่ได้แยกออกจากกันอย่างชัดเจน ในบางกรณีความรับผิดชอบทางแพ่งก็สามารถพบในกฎหมายอาญา เช่น ความรับผิดชอบร่วมกันทั้งครอบครัวดังที่ได้กล่าวมาแล้วในมาตรา 38 แห่งกฎหมายลักษณะโจร และมีการจำกัดความรับผิดชอบของครอบครัวในสมัยอยุธยาให้แคบเข้าจากเครือญาติจนเหลือเพียงแต่บิดามารดา บุตร ภริยาอันสนิท แสดงให้เห็นว่า ครอบครัวของชาวไทยในสมัยกรุงศรีอยุธยามีได้มีความแน่นแฟ้น สมาชิกในครอบครัวมิได้มีความผูกพันในครอบครัวเหมือนกับที่เป็นมาในสมัยเดิมๆ บุตรเมื่อทำการสมรสและออกไปตั้งบ้านเรือนแยกอยู่ต่างหากจากบ้านเรือนของบิดามารดาแล้ว ก็จะได้เป็นผู้มีอิสระและเป็นหัวหน้าครอบครัว ในครอบครัวสมัยนั้นโดยมากแล้วจะประกอบด้วยบิดามารดาและบุตรซึ่งยังไม่ถึงขั้นที่จะทำการสมรสได้เท่านั้น ในส่วนต่อไปผู้เขียนได้ทำการศึกษาความรับผิดชอบของบิดามารดาในพระไอยการลักษณะวิวาทคดีต่างกัน ซึ่งเป็นเรื่องผู้ปกครองดูแลเด็กต้องรับผิดชอบใช้คำสินไหมทดแทนทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

1.2 ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามพระไอยการลักษณะวิวาทคดีต่างกัน⁶

เมื่อถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ แนวปฏิบัติในเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบของหมู่เหล่ายังคง

⁵ เพิ่งอ้าง, น. 94-95.

⁶ พระอัยการหรือพระไอยการ หมายถึง กฎหมายพื้นฐานของแผ่นดิน ซึ่งทุกคนต้องปฏิบัติตามและหากมีปัญหาเกี่ยวกับพระอัยการ พระมหากษัตริย์ซึ่งมีหน้าที่ให้ความยุติธรรมจะต้องมีพระราชวินิจฉัย มีการแยกบทกฎหมายออกเป็นมุลคดีและสาขาดี ส่วนมุลคดีแบ่งแยกเป็นมุลคดีแห่งผู้พิพากษาและกระลาการ 10 ประการและมุลคดีวิวาท 29 ประการ

ปฏิบัติตามทำนองวิธีเดียวกันกับที่เป็นอยู่ในสมัยกรุงศรีอยุธยาอยู่⁷ ต่อมาได้มีความเห็นว่า การที่จะลงโทษบุคคลผู้ซึ่งไม่มีเจตนาร้ายและไม่รู้ผิดชอบนั้นย่อมเป็นการไม่ยุติธรรมจึงได้มีการยกเลิกมิให้บุคคลเช่นนี้ต้องรับผิด แต่ให้ผู้ซึ่งปกครองบุคคลเหล่านี้รับผิดแทน โดยมีหน้าที่ทดแทนความเสียหายทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เช่น บิดามารดาจำต้องรับผิดในการละเมิดซึ่งบุตรได้กระทำให้ขึ้น เพราะกรรมสิทธิ์ร่วมอันแท้จริงในทรัพย์สินของครอบครัว จะพึงมีเฉพาะแต่ระหว่างบิดามารดากับบุตร ซึ่งยังอาศัยรวมอยู่กับบิดามารดาเท่านั้น⁸ แต่ความรับผิดแบบนี้หาได้เป็นความรับผิดเต็มครบถ้วนไม่ ทั้งนี้เพราะทางฝ่ายผู้ทำละเมิดมิได้มีเจตนาร้าย⁹

พระไอยการลักษณะวิवादิกัน¹⁰

10

๑๐ มาตราหนึ่ง เด็กต่อเด็กวิवादิกัน พ่อแม่ห้าม
 ปราบ ถ้าพ่อแม่ } เด็กฝ่ายข้างหนึ่งไปตีบุตรท่านฝ่ายข้างหนึ่ง
 ใช้ให้ไหมผู้ตีนั้นโดยกรรมศึกดิทวิคุณ เหตุว่าเด็กมิรู้ผิด
 แลชอบ ถ้าเด็กตีกันมีบาทเจ็บใช้ ให้พิเคราะห์ผู้ตี
 นั้น ถ้าเท่ากันอย่าให้มีโทษแก่มันเลย เหตุเป็นเด็กด้วย
 กัน ถ้าเด็กผู้ตีใหญ่ใช้ให้ทำชวันเสียค่าน้ำมันให้แก่ผู้น้อย
 หนึ่งเด็ก ๗ เข้าแก้ ๗๐ เปนคนหลงไหลไป ตีท่านๆ
 มิให้ปรับไหมมีโทษ แต่ให้นายบ้านนายเมืองช่วยว่ากล่าว
 ให้สุมักสมาผู้เจบนันโดยควร

11

๑๑ มาตราหนึ่ง เด็ก ๗ ขวบเหล้นด้วยกันผลักไล
 กันตก ตายใช้ ให้พ่อแม่ } แห้งเด็กผู้นั้นปลูกตัวลูก
 ท่าน ถ้ามิถึงตายแต่บาทเจ็บซ้ำหักชันบอดใช้ ให้ช่วย

⁷ แลงการ์ด โรเบิร์ต, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น. 99.

⁸ เจริญธรรม, น. 114.

⁹ เจริญธรรม, น. 112.

¹⁰ มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร:มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482), น. 274-275.

เสียค่าน้ำมันโดยควรแก่บาดเจ็บ ท่านมิให้ไหมโดยบันดา

ศักดิ์ เพราะต่างตนต่างรู้้องมิรู้ถ้อยความเสมอใจบ้าง

มาตรา 10 ของกฎหมายลักษณะวิวาท เมื่อเด็กอายุ 7 ขวบลงมา หรือคนชราอายุ 70 ปีขึ้นไป ค่าผู้อื่นหรือทำร้ายร่างกายผู้อื่นมีบาดเจ็บเด็กหรือคนชรานั้นไม่ต้องถูกปรับเป็นสินไหมพินัย มีหน้าที่ก็แต่เพียงไปขอขมาผู้ที่ตนได้ทำละเมิดล่วงเกินเท่านั้น ในเรื่องเด็กทำละเมิด กฎหมายลักษณะวิวาทมาตรา 10 นี้ใช้ได้แต่ในกรณีที่เด็กด่าหรือทำร้ายร่างกายผู้ใหญ่เท่านั้น เพราะตามมาตรา 11 ของกฎหมายลักษณะเดียวกันนี้บัญญัติว่า ถ้าในขณะที่เด็กอายุ 7 ขวบเล่นกัน เด็กคนหนึ่งถูกเด็กอีกคนหนึ่งทำให้บาดเจ็บ บิดามารดาของเด็กคนหนึ่งจะต้องช่วยออกค่ายารักษาบาดเจ็บ ถ้าเด็กที่ถูกบาดเจ็บนั้นถึงตาย บิดามารดาของเด็กอีกคนหนึ่งนั้นต้องช่วยออกค่าใช้จ่ายในการปลงศพโดยใช้เงินให้เป็นจำนวนเท่ากับค่าตัวของเด็กที่ตาย

เมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาในเรื่องความรับผิดชอบของบิดามารดาในกฎหมายเดิมอย่างละเอียดแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าความรับผิดชอบของบิดามารดาในการกระทำของบุตรที่มีอยู่ส่วนมากจะเป็นความรับผิดชอบในทางอาญา ต่อมาจึงมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเป็นหลักการในทางแพ่ง หากศึกษาจากกฎหมายลักษณะโจร มาตรา 38 จะชัดเจน หากบุตรผู้เยาว์ไปเป็นอันธพาล บิดามารดาก็ต้องรับผิดชอบ เพราะเป็นความรับผิดชอบร่วมกันของครอบครัว แต่ก็มีความรับผิดชอบเฉพาะในการส่งทรัพย์สินหาใช่เป็นความผิดเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายไม่ ต่อมาในกฎหมายตราสามดวง คือ พระไอยการลักษณะวิวาทที่ด่ากัน ยิ่งเห็นได้ชัดว่า หากบุตรผู้เยาว์ไปตีคนอื่น บิดามารดาก็ต้องรับผิดชอบ เพราะเป็นความผิดต่อเนื้อตัวร่างกายบุคคลอื่นแล้ว แต่กฎหมายกำหนดให้เพียงบิดามารดาใช้ค่าสินไหมทดแทนบุตรเท่านั้น มิได้ลงโทษบิดามารดาแต่อย่างใด นอกจากนี้จากการศึกษาทำให้ผู้เขียนได้เห็นแนวคิดที่น่าสนใจประการหนึ่งในตัวบทกฎหมายของไทย คือ หลักเหตุผลที่ใช้ในการตัดสินความผิดหรือแม้แต่กระทั่งเหตุผลว่า ถ้ากระทำผิดประการหนึ่งประการใดควรได้รับโทษระดับใด เพราะเหตุใด เช่น เรื่องเด็กเจ็ดเฒ่าเจ็ดสิบ ซึ่งเอาผิดไม่ได้เนื่องจากความไร้เดียงสาหรือความเสื่อมของร่างกายมนุษย์เป็นเรื่องธรรมชาติ และในเรื่องการถือหลักการว่า ครอบครัว เครือญาติและชุมชนมีความรับผิดชอบร่วมกันในการป้องกันปราบปรามเหตุร้าย และมีบทบาทในการรักษาความสงบสุขของสังคม โดยถือว่าเมื่อสมาชิกในครอบครัวกระทำความผิด บิดามารดา ญาติพี่น้อง ต้องรับผิดชอบร่วมด้วย โดยเฉพาะคดีอุกฉกรรจ์ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นมาตรการป้องกันและปราบปรามที่ได้ผลเพราะบุตรผู้เยาว์จะไม่กล้ากระทำความผิดเมื่อผลแห่งการกระทำผิดจะต้องตกไปถึงบิดามารดาและเครือญาติด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าถ้าสามารถนำแนวคิดเหล่านี้มาใช้ในปัจจุบัน อาจทำให้ผู้กระทำความผิดมีกลัวกระทำความผิดเมื่อผลแห่งการ

กระทำความผิดจะต้องตกไปถึงบิดามารดาของตนด้วยและยังเป็นผลให้บิดามารดาดูแลบุตรผู้เยาว์ดีขึ้นเพื่อไม่ให้ตนเองต้องรับผิดชอบ

เมื่อผู้เขียนศึกษาต่อมาก็พบว่า ในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว การสืบสวนจับกุมผู้ร้ายนั้นตกเป็นหน้าที่ของรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมีการจัดวางระเบียบขึ้นไว้สำหรับเรื่องนี้เป็นอย่างดี บุคคลที่มีได้เป็นตัวการในการกระทำความผิด จะต้องรับผิดชอบด้วยก็ต่อเมื่อ ปรากฏว่าบุคคลนั้นเป็นผู้สมรู้ด้วยกับผู้ร้าย ถ้านอกจากนี้แล้วก็ไม่มีเหตุอันใดที่จะมาทำให้เขาต้องรับผิดชอบอีกเลย โดยลักษณะนี้ เป็นอันว่าความรับผิดชอบร่วมกันทั้งหมดในกฎหมายเก่าก็สูญไป ตามประกาศลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ร.ศ.117 (พ.ศ.2411)¹¹ ในส่วนต่อจากนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอความรับผิดชอบของบิดามารดาในกฎหมายใหม่ ซึ่งเป็นความรับผิดชอบในช่วงนับตั้งแต่มีการรับอิทธิพลกฎหมายจากประเทศตะวันตกเข้ามาในประเทศไทย

2. ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามกฎหมายใหม่

การศึกษาความรับผิดชอบของบิดามารดาในกฎหมายไทยช่วงนี้จะเริ่มตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ซึ่งเป็นเวลาที่ประเทศไทยได้เริ่มรับแนวคิดจากกฎหมายตะวันตก ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายสมัยใหม่เข้ามาในสังคมไทย และมีการทำจัดประมวลกฎหมายต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 จึงอาจกล่าวได้ว่าช่วงเวลานี้เป็นช่วงที่ประเทศไทยได้เข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติแบบสมัยใหม่

2.1 ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามกฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่ง

ในสมัยของรัชกาลที่ 5 ประเทศไทยได้ส่งนักกฎหมายจำนวนมากไปศึกษาต่อที่ประเทศอังกฤษเพื่อกลับมาปรับปรุงกฎหมายไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษ ต่อมาทรงตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้น และได้มีการนำหลักกฎหมายอังกฤษมาสอนในโรงเรียนกฎหมาย ทำให้อิทธิพลของกฎหมายอังกฤษเริ่มเข้ามาในกฎหมายไทย

พระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงให้คำจำกัดความเหตุการณ์ที่จัดว่าเป็นมูลของหนี้ที่กฎหมายปัจจุบันเรียกว่าละเมิดนั้นว่า “ประทุษร้ายทางแพ่ง” และใช้สืบมาตรา

¹¹ แลงการ์ด โรเบิร์ต, อังแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.102-103.

จนถึงเวลาที่ออกประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 คำว่า “ประทุษร้ายทางแพ่ง” มีความหมายชัดเจนดีกว่าคำว่าละเมิดและไม่ทำให้เกิดมีความสับสนกับละเมิดตามกฎหมายเก่าที่เป็นการกระทำทางอาญา โดยมีการนำมาใช้นั้นเพื่อมุ่งหวังให้ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายทางแพ่งได้เท่านั้น ซึ่งเป็นการแยกผลของความรับผิดชอบการกระทำทางอาญาออกจากผลแห่งการกระทำในทางแพ่ง อย่างไรก็ตามเมื่อมีการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วได้นำเอาคำว่า “ละเมิด” มาใช้ในความหมายของละเมิดอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน¹²

จากการค้นคว้าของผู้เขียนในเรื่องกฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่งมีการสอนในโรงเรียนกฎหมาย ดังนี้

คำสอนของขุนหลวงพระไกรสี (เทียม) ได้อธิบายไว้ในคำอธิบายหลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่งเกี่ยวกับเรื่องการกระทำละเมิดโดยเด็ก ในหมวดที่ 2 เรื่องบุคคลชนิดใด มีอำนาจฟ้องร้อง หรือจะต้องถูกฟ้องร้องได้ ที่เรียกว่า ประทุษร้ายส่วนแพ่ง¹³ มีความว่า “เด็กบางทีถูกฟ้องได้ แต่ต้องรับผิดชอบในประทุษร้ายส่วนแพ่ง แต่คดีนั้นต้องเป็นคดีประทุษร้ายส่วนแพ่งแท้ ซึ่งแยกออกได้คนละส่วนไม่เกี่ยวกับสัญญา คือไม่ใช่คดีในเรื่องสัญญาที่ผู้จะฟ้องเห็นว่า ตามกฎหมายเด็กไม่ต้องรับผิดชอบ แล้วจึงแก้งัดบิดผันดัดแปลงคดีให้เป็นประทุษร้ายส่วนแพ่งขึ้น แต่ต้องเข้าใจว่า ข้อบังคับนี้ไม่ได้กินความเลยไปจนถึงจะป้องกันเด็ก ไม่ให้เด็กต้องรับผิดชอบในความผิดของเด็กที่ได้ทำลง โดยที่มีสัญญาชักนำ หรือความผิดในประทุษร้ายส่วนแพ่งที่เกิดจากสัญญา เป็นต้นเด็กทำสัญญาเช่าม้าผู้ใหญ่ไปขี่ แล้วขี่จนเหลือเกินจนม้าล้ม คดีเช่นนี้ ถ้าผู้ใหญ่ฟ้องเด็ก เด็กยกเหตุข้อที่เปนเด็กขึ้นแก้ตัวได้ เพราะคดีนี้เป็นคดีเกี่ยวในสัญญา ตามกฎหมายเด็กไม่ต้องรับผิด แลอีกประการหนึ่ง ถ้าผู้ใหญ่กับเด็กได้มีสัญญาเช่าม้าแก่กันเช่นนั้น แต่ในข้อสัญญาผู้ใหญ่ได้บอกว่า ม้านั้นเด็กต้องขี่เรียบในถนนอย่างเดียว จะเอาไปขี่ในสวนหรือในป่า หรือในที่ทุ่งซึ่งไม่ใช่เป็นที่ถนนหลวง แลจะเอาไปกระโดดข้ามท้องร่องหรือห้วยคูอย่างใดไม่ได้เป็นอันขาด ในที่นี้ถ้าเด็กเอาม้านั้นไปขี่ในดงหรือในสวนในป่าแลให้กระโดดข้ามคูท้องร่องหรือกระโดดข้ามรั้วม้านั้นเป็นอันตราลงด้วยประการใด เด็กต้องรับผิดชอบในประทุษร้ายส่วนแพ่ง เพราะคดีนั้นถึงจะเกี่ยวกับสัญญาก็จริง แต่แยกออกได้เป็นคดีประทุษร้ายส่วนแพ่ง”

¹² อภิวัฒน์ เจริญไทย, “ร่วมกันทำละเมิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น. 14-15.

¹³ ขุนหลวงพระไกรสี(เทียม), หลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์กองละหุโทษ, 2420), น. 5-7.

นอกจากนี้ ในหมวดที่ 10 ว่าด้วยหน้าที่ของบุคคลที่จะต้องปราศจากความเลินเล่อแลหน้าตัวอย่างอื่นเป็นพิเศษนอกจากรื่องเลินเล่อซึ่งบุคคลจะต้องรักษาตามกฎหมาย ยังมีคำอธิบายต่อไปว่า “เมื่อผู้ทั้งสองฝ่ายต่างคนต่างเลินเล่อด้วยกัน แต่ฝ่ายหนึ่งเป็นเด็ก ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใหญ่ ฝ่ายผู้เป็นเด็กจะต้องรับผิดชอบมีขีดเพียงใด จะเหมือนกับผู้ใหญ่หรือไม่ ความข้อนี้กฎหมายถือว่าผู้ใดเป็นเด็ก ความรับผิดชอบของผู้นั้นต้องอยู่ในเส้นขีดของความรับผิดชอบของเด็กตามกฎหมาย คือแปลว่ากฎหมายไม่หวังให้เด็กประพฤติกริยาหรือใช้ความระมัดระวังรักษาในสิ่งทุกอย่างเหมือนผู้ใหญ่ทีเดียว เด็กจะซนสักเท่าใดก็ได้ แต่อย่าให้ซนหรือเลินเล่อในสิ่งที่ตน (คือเด็กนั้น) รู้สึกว่าการที่ตนทำนั้นเป็นผิด คือแปลว่าเด็กผู้กระทำหรือเลินเล่อสิ่งใดเป็นเด็กที่รู้จักผิดแลชอบแล้ว ในสิ่งที่ตนกระทำลงนั้น ถ้าการสิ่งใดเด็กนั้นได้กระทำลง ซึ่งเป็นการเกินกว่าขีดที่ได้กล่าวแล้วนี้ เด็กนั้นต้องรับผิดชอบในกริยาของตนนั้นทุกประการ แลคดีใดเมื่อเด็กผู้นั้นเป็นโจทก์คดีนั้น โจทก์คงไม่สามารถจะชนะได้ คดีใดเมื่อเด็กเป็นจำเลย คดีนั้นจำเลยก็คงต้องแพ้ แลต้องใช้ค่าเสียหายให้แก่เขาผู้เป็นโจทก์ตามที่เขาคควรจะได้ในคดีนั้น ตามกฎหมาย ในเรื่องเด็กนี้ ให้ดูลักษณะวิวาท มาตรา 10 บทที่ 10 มาตรา 11 บทที่ 11 กฎหมายราชบุรี¹⁴ ยิ่งทำให้เห็นแนวคิดว่า เด็กที่จะถือว่ากระทำละเมิดได้ เด็กนั้นต้องรู้สำนึกในการกระทำแล้ว

ส่วนในคำอธิบายหลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่ง โดยนายบุญช่วย เนติบัณฑิตยอักษร (ออนเนอร์ชั้นที่ 1) ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ข้าหลวงพิเศษ ผู้สอน ณ โรงเรียนกฎหมายอีกท่าน อธิบายดังนี้

หมวดที่ 3 ข้อยกเว้นแลเหตุผลอื่นซึ่งคล้ายข้อยกเว้น¹⁵ มีความว่า

(1) เด็กต้องรับผิดชอบในประทุษร้ายส่วนแพ่งเหมือนกับผู้ใหญ่ แต่ประทุษร้ายส่วนแพ่งนั้นต้องเป็นประทุษร้ายส่วนแพ่งแท้ๆ คือ ไม่ได้ดัดแปลงมาจากเรื่องผิดสัญญา เพราะเรารู้แล้วเรื่องผิดสัญญาฟ้องเด็กไม่ได้ ในคดีที่เด็กกระทำผิดโดยไม่มีเกี่ยวข้องกับสัญญาเลยนั้น ไม่สู้มีปัญหา (ปัญหา) อะไรนัก เห็นได้ชัดว่าเด็กต้องรับผิดชอบเช่นกัน เด็กเอาไฟไปเผาบ้านเขาเล่น เด็กจะแก้ตัวไม่ได้ แต่ในคดีบางเรื่องที่มีสัญญาเกี่ยวเนื่องมาด้วยความผิดนั้น ก็อาจเป็นประทุษร้ายส่วนแพ่งแท้ๆ ซึ่งแยกออกได้จากสัญญา แลในเรื่องหนึ่งๆเป็นปัญหายากที่จะวินิจฉัยเช่น ตัวอย่างคดีที่ศาลตัดสินว่าเป็นเรื่องผิดสัญญาเท่านั้นจะดัดแปลงฟ้องเด็กในประทุษร้ายส่วนแพ่งไม่ได้ คดีอีกเรื่องหนึ่ง เด็กเข้ามั่วไปโดยเจ้าของได้แจ้งว่าไม่ให้เขาไปใช้กระโดด เด็กยังขึ้นขี่ม้าให้กระโดดข้ามคูแล

¹⁴ แลงการ์ด โรเบิร์ต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.109-111.

¹⁵ นายบุญช่วย, หลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนศร:2453), น.24-25.

ของต่างๆ มักกระโดดข้ามรั้วไปไม่พ้น ไม้ที่ปักรั้วแทงม้ายาย ตัดสินว่ากริยาที่เด็กกระทำนั้น เป็น ความผิดประทุษร้ายส่วนแพ่งแท้แลเด็กต้องรับผิดชอบ

ในเรื่องเด็กนี้ ถ้าเด็กมีความตั้งใจหรือเจตนาร้ายหรือมีความเลินเล่อเป็นเกณฑ์แห่ง ความผิดที่จะฟ้องเด็กแล้วเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาว่าเด็กนั้นมีอายุพอที่จะมีความ ตั้งใจหรือเจตนาหรือที่จะใช้ความระมัดระวังได้เพียงใดหรือไม่

ส่วนในเล็กเซอร์ของพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้อธิบายไว้ว่า “อำนาจในบุตรแต่เดิมนั้น ผู้ภูมิตรรวมเป็นก็มีผู้สูงอายุนายก๊ก ลูกหลานอยู่ในอำนาจ ส่วน นายก๊กก็ต้องรับผิดชอบแทนลูกหลาน เห็นได้โดยง่ายด้วยลูกหลานฟ้องพ่อแม่ไม่ได้ (รับฟ้องมาตรา 1 ส่วนที่พ่อแม่ต้องรับผิดชอบแทนลูกหลานนั้น คือ ในขอบเขตมิโทษถึงโคตร แต่การในสมัยนี้ ความคิด ไม่ตรงอยู่อย่างนั้นความคิดนั้นดำเนินไป ให้กระจายผู้ลงกักนับบุคคลเฉพาะตัว เช่นในเวลานี้ เมื่อ ลูกเป็นขอบเขตไม่คิดทำโทษพ่อแม่ นอกจากพ่อแม่จะรู้เห็นเป็นใจด้วยลูก...อำนาจพ่อแม่ในลูกเดี๋ยวนี้ คือมี อำนาจเลี้ยงแลสั่งสอน แลทำโทษพอสมควรด้วยมีเหตุ แลอำนาจปกครองทรัพย์สมบัติของลูก”¹⁶ ส่วนมูลคดีในประทุษร้ายส่วนแพ่ง มีความว่า “แม้ว่าเอเยนต์ของเราก็คดี ทาสบ่าวลูกจ้างของเราก็คดี ในเวลาที่แม้ว่าทำการของเราเป็นผู้ทำร้าย เราต้องรับผิดชอบ บ่าวของเราไปตีหัวคน เราไม่ต้อง รับผิดชอบในเวลาที่ไม่ใช่การของเรา คนเรือของเราเดินไปโดนเขาเข้า เราก็คต้องรับผิดชอบ เมื่อคน หลายคนได้ประทุษร้าย ต้องรับผิดชอบแทนกันจนเต็ม เว้นไว้แต่จะมีกฎหมายว่าอย่างอื่นเช่นใน ลักษณะวิวาทเป็นต้น”

จากการศึกษากฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่ง ทำให้ผู้เขียนเห็นว่า การที่มาตรา 429 ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถือว่าเป็นความรับผิดชอบของบุตรผู้เยาว์ บิดามารดาเพียงแต่ร่วม รับผิดชอบเท่านั้นเป็นไปตามกฎหมายเดิมของไทยที่ถือว่าบุตรผู้เยาว์กระทำละเมิดได้ เท่ากับว่า กฎหมายไทยในส่วนนี้มีได้ลอกเนื้อหามาจากกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายไทยมีแนวคิดนี้เอง โดยเห็นได้จากกฎหมายในอดีต ส่วนในเรื่องการรับผิดชอบในความผิดของผู้อื่นจะอยู่ในหมวดที่ 4 เป็นเรื่องนายต้องรับผิดชอบในความผิดของบ่าวแก่ผู้อื่น เมื่อบ่าวทำการให้นายและนายจ้างต้อง รับผิดชอบในความผิดของผู้รับเหมาโดยเหตุ 4 อย่าง แต่ไม่มีในคำอธิบายว่า หากบุตรผู้เยาว์ไป ประทุษร้ายผู้อื่นในทางแพ่งบิดามารดาต้องรับผิด ผู้เขียนเห็นว่าที่ไม่ได้มีการอธิบายในขณะนั้น อาจเป็นเพราะการเรียนการสอนในโรงเรียนกฎหมายเป็นไปตามแบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งไม่ได้ถือ ว่าความรับผิดชอบของบิดามารดาเป็นความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นเหมือนกับความรับผิด

¹⁶ พระเจ้าพี่ยาเธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, เล็กเซอร์, (พระนคร:โรงพิมพ์โสภณพิ พรพรหมธนาการ, 2468), น. 117.

ของนายจ้างลูกจ้าง แต่จะเป็นความรับผิดชอบของบิดามารดาเพราะความประมาทเลินเล่อของบิดามารดาเอง อาจเป็นไปตามข้อสันนิษฐานของผู้เขียนเพราะได้มีการอธิบายกันต่อมาว่า การที่บิดามารดามีหน้าที่ป้องกันดูแล แต่ได้บกพร่องต่อหน้าที่ คือ บกพร่องต่อความระมัดระวัง เป็นเหตุทำให้บุตรผู้เยาว์ที่อยู่ในความดูแลไปก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น การขาดความระมัดระวังของบิดามารดาถือเป็นเหตุหนึ่งของความประมาทเลินเล่อ¹⁷ เมื่อได้ศึกษาความรับผิดชอบของบิดามารดาในคำอธิบายของโรงเรียนสอนกฎหมายแล้ว ในส่วนต่อไปจะเป็นเรื่องความรับผิดชอบของบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะเริ่มมีความชัดเจนของกฎหมายมากขึ้นเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบิดามารดานับตั้งแต่มีการจัดทำประมวลกฎหมายตามแบบของประเทศภาคพื้นยุโรป

2.2 ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในส่วนความรับผิดชอบของบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เขียนเลือกทำการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของบิดามารดา คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพว่าด้วยพันธุกรรม พ.ศ. 2464 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 โดยการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นไปตามระบบประมวลกฎหมายตามประเทศในระบบ Civil Law ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพว่าด้วยพันธุกรรม พ.ศ. 2464 เป็นประมวลกฎหมายสองบรรพแรกตามแบบของฝรั่งเศส ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 เป็นประมวลกฎหมายแพ่งตามแบบเยอรมัน โดยลอกเลียนจากประเทศญี่ปุ่นซึ่งดัดแปลงไว้แล้ว¹⁸

¹⁷ ประดิษฐ์ มนุธรรม, หลวง(ปรีดี พนมยงค์), บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วย อุทาหรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 (ตอนที่ 2), (พระนคร: โรงพิมพ์นิติสาสน์, 2471): น.230.

¹⁸ แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, น.58.

2.2.1 ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพว่าด้วยพันธระกรรม พ.ศ. 2464

พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงโปรดเกล้าฯให้มีการจัดทำประมวลกฎหมายลักษณะอาญาและประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาเมื่อ พ.ศ. 2451 ในปีเดียวกันนั้นเองก็ได้โปรดเกล้าฯแต่งตั้งคณะกรรมการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยคณะกรรมการที่ได้ตั้งขึ้นเพื่อร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นประกอบด้วยนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสล้วนๆ¹⁹ เริ่มต้นโดยการปรึกษาหารือเกี่ยวกับโครงร่างของประมวลก่อนว่าบัญญัติเป็นกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับร่างกฎหมายมีความสับสนอยู่มากไม่มีหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องและล่าช้า และดำเนินการร่างได้สองบรรพแรกเท่านั้น ส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่เราศึกษาอยู่ มีดังนี้ คือ

คำแปลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพว่าด้วยพันธระกรรม²⁰

แผนก 4 มิฉฉากรรม หมวด 1 ความรับผิดชอบในมิฉฉากรรม

มาตรา 120 "ผู้ใดจงใจฉฉาเลินเล่อ ทำผิดต่อบุคคลผู้หนึ่ง ให้เสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ให้เสียแก่ร่างกายก็ดี ให้เสียปรกติจิตก็ดี ให้เสียเสรีภาพก็ดี ให้เสียชื่อเสียงก็ดี ให้เสียทรัพย์สินก็ดี ให้เสียสิทธิประการใดประการหนึ่งก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำลเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ต้องเสียหาย"

มาตรา 121 "บุคคลทุกคนถึงแม้เป็นผู้ไร้ความสามารถ ก็ยังจะต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำลเมิดต่อท่านนั้น บิดา มารดาฯผู้อุปนุบาลของบุคคลเห็นปานนี้ ย่อมจะต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย ถ้ามีอาพิจูจนได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังอันเพียงพอแลสมแก่หน้าที่ดูแลซึ่งตนทำอยู่นั้น

ถ้าบุคคลผู้ไร้ความสามารถนั้นตกอยู่ในความพิทักษ์รักษาของครูบาอาจารย์ฯ ฤฯของมูลผู้จ้าง ฤฯบุคคลอื่นใด อยู่เป็นนิตยก็ดี ฤฯอยู่เป็นครั้งเป็นคราวก็ดี เมื่อบุคคลผู้ไร้ความสามารถทำลเมิดต่อท่านในเวลาที่อยู่ในการพิทักษ์รักษาของเขานี้ ท่านว่าครูบาอาจารย์ฯ มูลนายผู้จ้าง ฤฯบุคคลอื่นนั้น ย่อมจะต้องรับผิดชอบร่วมด้วย ถ้าพิสูจนได้ว่า ครูบาอาจารย์ฯ มูลนายผู้จ้าง ฤฯบุคคลอื่นเช่นนั้นมิได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอแลสมแก่หน้าที่ดูแลซึ่งตนทำอยู่"

2.2.2 ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 บรรพ1และ2

ในบันทึกรายงานการประชุมของกรรมการชำระประมวลกฎหมายครั้งที่ 255 เมื่อวันที่

¹⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส,อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1,น.234.

²⁰ อภิวัฒน์ เจริญไทย,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12,น.110.

30 กันยายน 2465²¹ มีคณะกรรมการที่มาประชุมคือ พระยาจินดาภิรมย์ พระยาเทพวิฑูร พระยามานวราชเสวี ปรากฏว่านายอาร์กียองได้นำเสนอให้แก้ไขมาตรา 120 ตามทำนองประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งได้แก้ไขแล้วไปเพิ่มคำว่า “Unlawfully” เข้าไปในมาตรา 120 เพื่อจะแสดงให้เห็นชัดว่าผู้กระทำความผิดจากระบบไม่ได้กระทำการเพื่อป้องกัน ฤตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้พระยาจินดาฯเสนอว่า มาตรา 121 ยังบกพร่องอยู่ ให้เพิ่มเติมความกำหนดให้ผู้ปกครองบุคคลผู้ซึ่งขาดความสามารถรับผิดชอบด้วย นายอาร์กียองเห็นชอบด้วยและรับว่าจะลองแก้ไขแล้วจะนำมาเสนอในที่ประชุมภายหลัง

ดังนั้น ในบันทึกรายงานการประชุมของกรรมการชำระประมวลกฎหมายครั้งที่ 257 เมื่อวันที่ 7 ตุลาคม 2465²² มีคณะกรรมการที่มาประชุมคือ พระยานรนิติปัญญากิจ พระยาจินดาภิรมย์ พระยาเทพวิฑูร พระยามานวราชเสวี โดยนายอาร์กียองได้มาในที่ประชุมแล้วกราบทูลกรมหลวงสวัสดิ์ฯว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 ตอนต้นมีความชัดเจนดี แต่ตอนท้ายมีความลึกซึ้งมาก เพื่อให้ผู้ร่างเข้าใจง่ายจึงได้แก้ไขมาตรา 120 ตอนท้ายตามคำสั่งของกรรมการตรวจแก้ประมวล คงมีความว่า “Whoever unlawfully causes injury to another person intentionally, or causes it negligently, that is to say under any of the following circumstance:

- 1) By omission of such care as may be expected from a person of ordinary prudence, or
 - 2) By omission of such skill and care in a profession as may be expected from a person exercising such a profession,
- is said to commit a wrongful act and is bound to make compensation to the injured person.

เป็น“Whoever , intentionally , or negligently , unlawfully injures the life , body ,mind , liberty , reputation , property or any right of a person , is said to commit a wrongful act and in bound to make compensation to the injured person”

ส่วนมาตรา 121 นายอาร์กียองได้ถวายร่างมาตรา 121 ซึ่งที่ประชุมตกลงให้แก้ไขใหม่ ว่า

²¹ กรมร่างกฎหมาย, รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, พ.ศ. 2465.

²² กรมร่างกฎหมาย, รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, พ.ศ. 2465.

"Every person, even though he be incapacitated, is liable for the consequences of his wrongful act. The parent or guardian of such person is jointly liable with him, unless he proves that he had exercised sufficient and due care in performing his duty of control

If the incapacitated person is either permanently or temporarily in the care of a teacher, employer or other person, the latter shall be jointly liable with the incapacitated person for any wrongful act committed during the time when he was in his care, unless he proves that he had exercised sufficient and due care in performing his duty of control"

โดยการร่างประมวลกฎหมายแพ่งนั้น นายเรอเน่ กียอง หนึ่งในคณะกรรมการร่างได้บันทึกไว้ว่า จุดหมายของผู้ร่างนั้นในสาระสำคัญ คือ ร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับความต้องการของประเทศ ด้วยเหตุนี้ผู้ร่างจึงพยายามอย่างยิ่งที่จะไม่ตกหลุมพรางของการคัดลอกบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศแล้วนำมาดัดแปลงเอาอย่างผิวเผิน แต่ผู้ร่างจะเริ่มต้นด้วยการศึกษาเรื่องนั้นอย่างกว้างๆ ก่อนโดยดูจากตัวบทกฎหมายของสยามที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติหรือคำพิพากษา และจากประมวลกฎหมายที่สำคัญของต่างประเทศ เช่น ในแง่ของความชัดเจนดูจากประมวลกฎหมายฝรั่งเศส หลักกฎหมายบางอย่างดูจากกฎหมายอังกฤษบางฉบับ ในแง่ของบทบัญญัติที่สะดวกในการใช้และทันสมัยดูจากประมวลกฎหมายของสวิสและญี่ปุ่น ในแง่ของความกระชับรัดกุมด้วยเทคนิคทางกฎหมายก็จะดูจากประมวลกฎหมายเยอรมัน นอกจากนั้นก็ยังได้นำเอาข้อเปลี่ยนแปลงแก้ไขที่ได้มีขึ้นในกฎหมายของอิตาลี เบลเยียม ฮอลันดาและบางมลรัฐในอเมริกา มาเป็นข้อพิจารณาด้วย หากมีทางที่จะบัญญัติเรื่องใดเรื่องหนึ่งไปได้หลายๆ แนวทาง คณะกรรมการจะเลือกแนวทางที่มีผลในทางปฏิบัติมากที่สุดสอดคล้องกับความจำเป็นสมัยใหม่มากที่สุด ด้วยเหตุนี้คณะกรรมการจึงพยายามอย่างยิ่งที่จะให้ประโยชน์จากประสบการณ์และภูมิปัญญาของประเทศที่ได้มีประมวลกฎหมายมาก่อนมากกว่าที่จะลอกเลียนตามๆ กันไป²³

พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงได้มีพระราชโองการให้ประกาศบรรพ 1 บรรพ 2 ในวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2466 โดยยังไม่ให้มีผลใช้บังคับทันที แต่ให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2467 แต่การประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถือเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทยและแม้จะร่างเสร็จแล้วใน 2 บรรพแรกแต่กรรมการที่เป็นคนไทยยัง

²³ เรอเน่ กียอง, "การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม, แปลโดย วิษณุวรวิญญู" วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 23, น. 105-106 (1 มีนาคม 2536)

อ่านไม่เข้าใจ บรรดาผู้พิพากษาและทนายความต่างก็วิพากษ์วิจารณ์กันว่าอ่านแล้วไม่เข้าใจ ไม่รู้เรื่อง

สำหรับที่เกี่ยวกับเรื่องที่เรากำลังศึกษาอยู่มีดังนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระพุทธศักราช 2466 บรรพ 1 และ 2²⁴ (ฉบับเดิม)

ลักษณะ 4 ลเมิด หมวด 1 ความจะต้องใหม่เพราะละเมิด²⁵

มาตรา 186 “ผู้ใดจงใจฉ้อโกงผู้อื่น ทำให้เสียหรือเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ให้เสียแก่ร่างกายก็ดี ให้เสียปรกติก็ดี ให้เสียเสรีภาพก็ดี ให้เสียชื่อเสียงก็ดี ให้เสียแก่ทรัพย์สินก็ดี ให้เสียสิทธิประการใดประการหนึ่งก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ต้องเสียหาย”

มาตรา 188 “บุคคลทุกคนถึงแม้เป็นผู้ไร้ความสามารถ ก็ยังจะต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิดต่อท่านนั้น บิดามารดาของผู้บุพการีของบุคคลเห็นปานนี้ ย่อมจะต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย ถ้ามีโอกาสพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังอันเพียงพอ และสมแก่หน้าที่ดูแลซึ่งตนทำอยู่นั้น

ถ้าบุคคลไร้ความสามารถนั้นตกอยู่ในความพิทักษ์รักษาของครูบาอาจารย์ ญาติของมูลนายผู้จ้าง ญาติบุคคลอื่นอยู่เป็นนิตยาก็ดี ญาติอยู่เป็นครั้งเป็นคราวก็ดี เมื่อบุคคลไร้ความสามารถทำละเมิดต่อท่านในเวลาที่อยู่ในความพิทักษ์รักษาของเขานี้ ท่านว่าครูบาอาจารย์ มูลนายผู้จ้าง ญาติบุคคลอื่นนั้นย่อมจะต้องรับผิดชอบด้วย ถ้ามีโอกาสพิสูจน์ได้ว่าครูบาอาจารย์ มูลนายผู้จ้าง ญาติบุคคลอื่นเหล่านั้นมิได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอและสมแก่หน้าที่ดูแลซึ่งตนทำอยู่”

อุทธรณ์.1- ก.ผู้เยาว์ได้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์เป็นการตัดสิทธิของ ข. ฉะนั้น บิดามารดา ก.ต้องรับผิดชอบร่วมกับ ก. ด้วย ถ้าพิสูจน์ได้ว่าบิดา มารดา มิได้ใช้ความระมัดระวังบุตรของตนให้เพียงพอ และได้ปล่อยปละละเลยให้ ก. เทียวเตร่ตามถนนคนประพาศเลวทราม

แต่ถ้าสมมติว่า บิดามารดาของ ก.ได้ควบคุมดูแลบุตรของตนโดยสมควร และ ก. ไปลักทรัพย์ได้ก็โดยหนีไปจากควบคุม ฉะนั้น บิดามารดาไม่ต้องรับผิดชอบร่วมกับ ก. สำหรับค่าสินไหมทดแทน

2.- ก.เป็นอาจารย์ปกครองโรงเรียนแห่งหนึ่ง ขณะที่นักเรียนกำลังเล่นอยู่ในบริเวณโรงเรียน ก.ปล่อยให้เด็กคนหนึ่งวิ่งขว้างปาก้อนหินข้ามกำแพงเข้าไปในสวนข้างเคียง หินก้อนหนึ่งไปถูกเด็กบาดเจ็บ ฉะนั้น ก.ต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้กระทำความผิดด้วย

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระพุทธศักราช 2466 บรรพ 1 และ 2 , กรมร่างกฎหมาย, ตุลาคม 2467.

²⁵ ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 40 น. 48, (11 พฤศจิกายน 2466)

2.2.3 ความรับผิดชอบบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ.2468

การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งตามโครงร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันโดยลอกแบบจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งยกร่างตามแบบเยอรมันไว้แล้วเป็นภาษาอังกฤษ ซึ่งนับว่าเป็นกฎหมายที่ทันสมัยกว่า เพราะบัญญัติหลังประมวลกฎหมายฝรั่งเศสเกือบร้อยปี แต่เพื่อไม่ให้เสียไมตรี จึงได้นำเอาบทบัญญัติบางตอนจากประมวลกฎหมายฝรั่งเศสและบางตอนจากประมวลกฎหมายที่ได้ยกร่างขึ้นก่อนหน้านั้น คือ ฉบับที่ประกาศใช้เมื่อ พ.ศ.2466 มาใช้ประกอบด้วย นอกจากนี้ได้นำบทบัญญัติบางตอนจากประมวลกฎหมายของสวิสมาใช้ จึงทำให้การทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันสำเร็จได้รวดเร็วยิ่งขึ้น²⁶

จึงได้มีการตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ.2468

Article 429 A person, even though incapacitated on account of minority or unsoundness of mind, is liable for consequences of his wrongful act. The parents of such person are, or his guardian is, jointly liable with him, unless they or he can prove that proper care in performing their or his duty of supervision has been exercised.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับตรวจชำระใหม่ ประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2468

มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจทุพพริมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้ทำละเมิดจำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

มาตรา 429 บัญญัติว่า “บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์ทุพพริมาทเลินเล่อ ก็ยังต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาของผู้บุพการีของบุคคลเช่นว่านี้ย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วยเว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น”

ซึ่งต่อมาได้แก้ไขเป็นอย่างในฉบับปัจจุบันคือ

มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้ทำละเมิดจำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

²⁶ แสงว นฤเชลิมวิภาส, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.243.

มาตรา 429 บัญญัติว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้ทำละเมิดจำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

ด้วยเหตุนี้ จึงสรุปได้ว่า ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามกฎหมายลักษณะละเมิด เริ่มมีการปรากฏชัดเจนเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น หากเป็นบิดามารดาของผู้เยาว์ก็ต้องรับผิดชอบร่วมในผลแห่งการทำละเมิดของผู้เยาว์ เว้นแต่จะพิสูจน์ว่าบิดามารดาได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลผู้เยาว์แล้ว บทบัญญัติดังกล่าวใช้มาจนถึงในปัจจุบัน โดยมีการปรับแก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติเพียงเล็กน้อย พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ออกมาบังคับใช้โดยถือว่าบิดามารดามีความผิดหากบังคับ ชูเชิญ ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติดังกล่าวต่อการกระทำความผิด โดยผู้เขียนเห็นว่า เมื่อมีการใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กในการแก้ปัญหาสังคม นับเป็นการสร้างกระแสให้บิดามารดาหันมาสนใจบุตรผู้เยาว์ของตนมากขึ้น ซึ่งความน่าสนใจของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 จะได้ศึกษาต่อไปดังนี้

2.3. ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

ตามหลักการพิจารณาคดีอาญาในเด็ก ศาลจะมุ่งหามูลเหตุจูงใจที่ทำให้เด็กกระทำความผิดแล้วจะดำเนินการกับมูลเหตุนั้นยิ่งกว่าทำโทษเด็ก ซึ่งก่อนที่จะเข้าสู่เนื้อหาในเรื่องความรับผิดชอบของบิดามารดาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ผู้เขียนขอเริ่มที่ความผิดของบิดามารดาตามประมวลกฎหมายอาญาก่อนเล็กน้อย เพื่อให้เห็นถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่แต่เป็นการบังคับใช้ที่ไกลกว่าเหตุและแก้ปัญหาไม่ตรงจุดเท่าที่ควรนำไปสู่การออกพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

เมื่อเด็กกระทำความผิด การพิจารณาความรับผิดชอบของเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาตามเกณฑ์ของอายุเด็ก คือ อายุไม่เกิน 7 ปี เด็กอายุกว่า 7 ปีแต่ไม่เกิน 14 ปี เด็กอายุกว่า 14 ปีแต่ไม่เกิน 17 ปี และเด็กอายุเกิน 17 ปีแต่ไม่เกิน 20 ปี ซึ่งแบ่งพิจารณาได้ดังนี้

ก) การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 14 ปี

มาตรา 73 บัญญัติว่า "เด็กอายุไม่เกินเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ"

มาตรา 74 บัญญัติว่า “เด็กอายุกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่เกินสิบสี่ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ว่ากล่าวตักเตือนเด็กนั้นแล้วปล่อยตัวไป และถ้าศาลเห็นสมควรจะเรียกบิดามารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาตักเตือนด้วยก็ได้

(2) ถ้าศาลเห็นว่า บิดามารดาหรือผู้ปกครองสามารถดูแลเด็กนั้นได้ ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้แก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองไปโดยวางข้อกำหนดให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองระวังเด็กนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้ายตลอดเวลาที่ศาลกำหนด ซึ่งต้องไม่เกินสามปี และกำหนดจำนวนเงินตามที่เห็นสมควร ซึ่งบิดามารดาหรือผู้ปกครองจะต้องชำระต่อศาลไม่เกินครั้งละหนึ่งพันบาท ในเมื่อเด็กนั้นก่อเหตุร้ายขึ้น

ถ้าเด็กนั้นอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง และศาลเห็นว่าไม่สมควรจะเรียกบิดามารดาหรือผู้ปกครองมาวางข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ศาลจะเรียกตัวบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาสอบถามว่า จะยอมรับข้อกำหนดที่นางที่บัญญัติไว้สำหรับบิดามารดา หรือผู้ปกครองดังที่กล่าวมาข้างต้นหรือไม่ก็ได้ ถ้าบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ยอมรับข้อกำหนดเช่นนั้น ก็ให้ศาลมีคำสั่งมอบตัวเด็กให้แก่บุคคลผู้นั้นไปวางข้อกำหนดดังกล่าว

(3) ในกรณีที่ศาลมอบตัวเด็กให้แก่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ตาม (2) ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อควบคุมความประพฤติเด็กนั้น เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 ด้วยก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้ศาลแต่งตั้งพนักงานคุมประพฤติหรือพนักงานอื่นใดเพื่อคุมประพฤติเด็กนั้น

(4) ถ้าเด็กนั้นไม่มีบิดามารดาหรือผู้ปกครอง หรือมีแต่ศาลเห็นว่าไม่สามารถดูแลเด็กนั้นได้ หรือถ้าเด็กอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง และบุคคลนั้นไม่ยอมรับข้อกำหนดดังกล่าวใน(2)ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้อยู่กับบุคคลหรือองค์การที่ศาลเห็นสมควรเพื่อดูแล อบรมและสั่งสอนตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้ ในเมื่อบุคคลหรือองค์การนั้นยินยอม ในกรณีเช่นว่านี้ ให้บุคคลหรือองค์การนั้นมีอำนาจเช่นผู้ปกครองเฉพาะเพื่อดูแลอบรมสั่งสอน รวมทั้งตลอดถึงการกำหนดที่อยู่และการจัดการให้เด็กมีงานทำตามสมควร หรือ

(5) ส่งตัวเด็กนั้นไปยังโรงเรียน หรือสถานฝึกอบรมหรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็ก ตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนด แต่อย่างให้เกินกว่าที่เด็กนั้นจะมีอายุครบสิบแปดปี

คำสั่งของศาลดังกล่าวใน (2)(3)(4)และ(5) นั้น ถ้าในขณะใดภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ ความปรากฏแก่ศาลโดยศาลรู้เอง หรือตามคำเสนอของผู้มีส่วนได้เสีย พนักงานอัยการหรือบุคคลหรือองค์การที่ศาลมอบตัวเด็กเพื่ออบรมและสั่งสอนหรือเจ้าพนักงานว่า พฤติการณ์

เกี่ยวกับคำสั่งนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป ก็ให้ศาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งนั้น หรือมีคำสั่งใหม่ตามอำนาจในมาตรานี้”

กรณีมาตรา 73 และมาตรา 74 นี้ เด็กนั้นต้องมีการกระทำตามความหมายของมาตรา 59 ในประมวลกฎหมายอาญา คำว่า “กระทำ” ตามมาตราทั้งสองนี้ หมายความว่า การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกนั่นเอง หากเด็กนั้นไร้เดียงสาเพียงแต่รู้หนาวรู้ร้อน แต่ไม่รู้สภาพหรือสาระสำคัญในการกระทำของตนถือว่าเด็กนั้นไม่มีการกระทำ เมื่อไม่มีการกระทำก็ไม่เป็นความผิด ไม่ใช่ต้องรับโทษเพราะยังมีอายุน้อย

ตัวอย่างที่ 1 แดงเป็นเด็กทารกอายุ 8 เดือน กำเศษไม้แหลมชิ้นหนึ่งไว้ในมือและพลิกตัวไปมา ปรากฏว่าเศษไม้ไปทิ่มตาลูกตาเด็กอีกคนหนึ่งตาบอด เช่นนี้ต้องถือว่าไม่ใช่การกระทำ เมื่อไม่เป็นการกระทำก็ไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายรับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 ประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม บิดามารดาหรือผู้ดูแลเด็กอาจมีความผิดฐานทำให้อื่นได้รับอันตรายสาหัสโดยประมาทตามมาตรา 300 ได้โดยถือว่าเป็นการกระทำเอง หากปรากฏว่าไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง เช่น เด็กทารกเคยทำเช่นนั้นมาหลายหนก็ยังไม่วางใจปล่อยให้ทำเช่นนั้นขึ้นอีก

ตัวอย่างที่ 2 คำอายุ 13 ปีอีกคนที่พ่อแม่ไม่รักทนเท่ากับเด็กชายชาวซึ่งเป็นน้องชาย จึงใช้กำปั้นชกลูกตาเด็กชายชาว ปรากฏว่าตาบวมและต่อมตาที่บวมนั้นกับบอด เช่นนี้ต้องถือว่าคำมีการกระทำแล้วและกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นรับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 แต่ไม่ต้องรับโทษในการกระทำผิดเพราะผลของมาตรา 74

ข) ผู้กระทำความผิดอายุกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 17 ปีหรือเกิน 17 ปีแต่ไม่เกิน 20 ปี

มาตรา 75 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบสี่ปี แต่ยังไม่เกินสิบเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้สึกผิดชอบและสิ่งอื่นที่ปวงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง

มาตรา 76 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบเจ็ดปี แต่ยังไม่เกินยี่สิบปีกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลงมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้

มาตรา 77 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลวางข้อกำหนดให้บิดามารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ ระวังเด็กนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้ายตามความในมาตรา 74 (2) ถ้าเด็กนั้นก่อเหตุร้ายขึ้นภายในเวลาข้อกำหนด ศาลมีอำนาจบังคับบิดามารดาผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้น

อาศัยอยู่ ให้ชำระเงินไม่เกินจำนวนในข้อกำหนดนั้น ภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควร ถ้าบิดามารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กลำบากอาศัยอยู่ไม่ชำระเงิน ศาลจะสั่งให้ยึดทรัพย์สินของบิดามารดาผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กลำบากอาศัยอยู่ เพื่อใช้เงินที่จะต้องชำระก็ได้

ในกรณีที่ศาลได้บังคับให้บิดามารดาผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กลำบากอาศัยอยู่ชำระเงินตามข้อกำหนดนั้นแล้ว ถ้าศาลมิได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งที่ได้วางข้อกำหนดนั้นเป็นอย่างอื่นตามความในมาตรา 74 วรรคท้าย ก็ให้ข้อกำหนดนั้นคงใช้บังคับได้ต่อไปจนสิ้นเวลาที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดนั้น”

จะเห็นได้ว่าในกฎหมายอาญาเมื่อเด็กกระทำความผิดอาญา บิดามารดาไม่ต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำของเด็ก เว้นแต่ว่าบิดามารดาได้กระทำโดยเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา ซึ่งหมายรวมถึงการงดเว้นกระทำการตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดด้วย เพียงแต่หากว่าศาลเห็นสมควรจะเรียกบิดามารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กลำบากอาศัยอยู่มาตักเตือน หากศาลเห็นว่าบิดามารดาหรือผู้ปกครองสามารถดูแลเด็กลำบากได้ ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กลำบากนั้นให้แก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองไปโดยวางข้อกำหนดให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองระวางเด็กลำบากนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้ายตลอดเวลาที่ศาลกำหนด ซึ่งต้องไม่เกิน 3 ปี และกำหนดจำนวนเงินตามที่เห็นสมควร ซึ่งบิดามารดาหรือผู้ปกครองจะต้องชำระต่อศาลไม่เกินครั้งละ 1,000 บาท ในเมื่อเด็กลำบากนั้นก่อเหตุร้ายขึ้น หากเป็นเด็กในช่วงเด็กอายุกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 17 ปี หรือ เกิน 17 ปีแต่ไม่เกิน 20 ปี บทบาทของบิดามารดาจะแตกต่างกันเล็กน้อย คือ หากศาลวางข้อกำหนดให้บิดามารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กลำบากอาศัยอยู่ ระวางเด็กลำบากนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้าย ถ้าเด็กลำบากนั้นก่อเหตุร้ายขึ้นภายในเวลาข้อกำหนด ศาลมีอำนาจบังคับบิดามารดาผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กลำบากอาศัยอยู่ ให้ชำระเงินไม่เกินจำนวนในข้อกำหนดนั้น ภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควร ถ้าบิดามารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กลำบากอาศัยอยู่ไม่ชำระเงิน ศาลจะสั่งให้ยึดทรัพย์สินของบิดามารดาผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กลำบากอาศัยอยู่ เพื่อใช้เงินที่จะต้องชำระก็ได้

ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการดังกล่าวเป็นเรื่องการดำเนินการป้องกันภายหลังที่เด็กได้กระทำความผิดไปแล้ว เพื่อให้บิดามารดาหันมาสนใจบุตรหลานของตนมากขึ้นไม่ให้ไปก่อเหตุขึ้นอีก แต่ผู้เขียนเห็นว่าการนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้เป็นการนำมาใช้แก้ปัญหาที่ไม่ตรงกับเหตุ ทำให้บิดามารดาดูแลบุตรเฉพาะกรณีที่บุตรเป็นผู้กระทำความผิดไปแล้ว จากการศึกษาของผู้เขียน

พบว่ามีความหมายที่คล้ายคลึงกัน คือ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 294²⁷ ที่เป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติอันได้แก่เด็กซึ่งบิดามารดาไม่สามารถควบคุมความประพฤติได้หรือเด็กซึ่งประพฤติตนไม่สมควร แต่ไม่ใช่บังคับกับเด็กทั่วไป การนำถือว่าประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 294 มาใช้แก้ไขปัญหาค่าความผิดจึงไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควรเหมือนกัน เพราะเป็นการแก้ไขปัญหาที่ไกลกว่าเหตุ²⁸

ต่อมาเมื่อประเทศไทยได้ลงนามเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Conventional on the Right of the child) เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2535 และมีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินการในทุกด้านเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว จึงมีการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 โดยจุดประสงค์ที่สำคัญ คือ เป็นแนวทางในการพัฒนาเด็กให้มีมาตรฐานในการดำรงชีวิตที่ดี ให้เด็กได้รับการดูแลให้มีพัฒนาการไปตามวัย ให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการที่เหมาะสม อันเป็นการส่งเสริมความมั่นคงของสถาบันครอบครัวและกฎหมายบางฉบับยังแก้ปัญหาค่าความผิดคุ้มครองเด็กไม่ตรงจุด เพราะปัญหาการละเมิดสิทธิเด็กเป็นเรื่องละเอียดอ่อน จำเป็นที่จะต้องมีความหมายที่กำหนดถึงขั้นตอนและวิธีปฏิบัติต่อเด็กที่เหมาะสม เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและมีมาตรการที่เหมาะสม อันเป็นการส่งเสริมสถาบันครอบครัว

²⁷ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 294 ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้มีดังนี้

“ข้อ 12 เด็กที่พึงได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับนี้ได้แก่ เด็กซึ่งบิดามารดาไม่สามารถควบคุมความประพฤติได้ หรือเด็กซึ่งประพฤติตนไม่สมควร

ข้อ 13 วิธีการให้การคุ้มครองสวัสดิภาพแก่เด็กตามข้อ 12 มีดังต่อไปนี้

(1) ให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็กที่ได้รับการว่ากล่าวตักเตือนตามข้อ 7 (5) มาแล้ว ทำทัณฑ์บนโดยกำหนดให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็กกระวังมิให้เด็กนั้นประพฤติตนไม่สมควรอีก ตลอดเวลาไม่เกินหนึ่งปีนับแต่วันที่ทำทัณฑ์บน และกำหนดเบี้ยปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท ซึ่งบิดามารดาหรือผู้ปกครองจะต้องชำระเมื่อผิดทัณฑ์บนแล้วให้มีอำนาจส่งเด็กไปสถานแรกรับเด็กหรือให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพอย่างอื่นตามที่เห็นสมควร”

²⁸ วิรัช จีระแพทย์, “การจัดระเบียบร้านอินเทอร์เน็ต,” ข่าวเนติบัณฑิตยสภา, ปีที่ 16 ฉบับที่ 169, น.7 (สิงหาคม 2546)

ความหมายของเด็กในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 4 ได้นิยามความหมายคำว่า "เด็ก" ว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส โดยจะเห็นได้ว่า คำนิยามคำว่า เด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ข้างต้นแตกต่างไปจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนฯ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า เด็กหมายความว่า บุคคลอายุเกินเจ็ดปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่เกินสิบสี่ปีบริบูรณ์ ส่วนเยาวชนนั้นหมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบสี่ปีบริบูรณ์แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า เด็กตามความหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 นั้นอาจเป็นเยาวชนก็ได้ โดยมีประเด็นสำคัญที่ว่าต้องมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์และในกรณีที่เด็กที่ต่ำกว่าอายุ 18 ปีที่สมรสแล้วนั้น การสมรสจะกระทำได้อต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์แล้ว ยกเว้นในกรณีที่มิเหตุสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนหน้านั้นก็ได้ ซึ่งหากว่าเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ไปทำการสมรส ตามกฎหมายถือว่าเด็กนั้นบรรลุนิติภาวะแล้ว เด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ซึ่งบรรลุนิติภาวะโดยการสมรส ไม่อยู่ในข่ายที่จะได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

ส่วนในเรื่องผู้เกี่ยวข้องในการปฏิบัติต่อเด็กนั้น ในเนื้อหาของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546²⁹ อาจจะแบ่งแยกผู้มีภาระหน้าที่ในการปฏิบัติต่อเด็กหรือหน้าที่ที่ไม่กระทำต่อเด็กดังนี้

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 มาตรา 4 ให้นิยามว่า

“ผู้ปกครอง” หมายความว่า บิดามารดา ผู้อนุบาล ผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้หมายรวมถึงพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง ผู้ปกครองสวัสดิภาพ นายจ้างตลอดจนบุคคลอื่นซึ่งรับเด็กไว้ในความอุปการะ เลี้ยงดูอย่างบุตร

“บิดามารดา” หมายความว่า บิดามารดาของเด็กไม่ว่าสมรสกันหรือไม่

หน้าที่ของผู้ปกครองต้องกระทำการ ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้บัญญัติให้ผู้ปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อเด็กซึ่งอยู่ในความปกครองของตนเป็นอย่างดีตามกฎหมาย คือ มาตรา 23 “ผู้ปกครองจะต้องอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตนตามสมควรแก่ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่น แต่ทั้งนี้ต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และต้องคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตนมิให้ตกอยู่ในภาวะอันน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ”

²⁹ วรวิทย์ ฤทธิพิศ, "สาระสำคัญเกี่ยวกับกฎหมายคุ้มครองเด็ก," ดูเฉพาะ, ปีที่ 51 ฉบับที่ 1, น.97 (มกราคม-เมษายน 2547).

อนึ่ง ในกรณีผู้ปกครองตกอยู่ในสภาพไม่อาจให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและพัฒนาเด็กไม่ว่าด้วยเหตุใด หรือผู้ปกครองกระทำการใดที่น่าจะเกิดอันตรายต่อสวัสดิภาพหรือขัดขวางต่อความเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็กหรือให้การเลี้ยงดูโดยมิชอบหรือมีเหตุจำเป็นอื่นใดเพื่อประโยชน์ในการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กหรือป้องกันมิให้เด็กได้รับอันตรายหรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 28 บัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพตามพระราชบัญญัตินี้แทน

หน้าที่ของผู้ปกครองที่จะต้องไม่กระทำการ (มาตรา 25) ดังต่อไปนี้

- (1) ทอดทิ้งเด็กไว้ในสถานรับเลี้ยงเด็กหรือสถานพยาบาลหรือไว้กับบุคคลที่รับจ้างเลี้ยงเด็กหรือที่สาธารณะหรือสถานที่ใดๆโดยเจตนาไม่รับเด็กคืน
- (2) ละทิ้งเด็กไว้ ณ สถานที่ใดๆ โดยไม่จัดให้มีการป้องกันดูแลสวัสดิภาพหรือให้การเลี้ยงดูที่เหมาะสม

(3) จงใจหรือละเลยไม่ทำให้สิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีวิตหรือสุขภาพอนามัยจนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก

(4) ปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการขัดขวางการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็ก

(5) ปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะเป็นการเลี้ยงดูโดยมิชอบ

มาตรา 26 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ห้ามผู้ใดกระทำการดังต่อไปนี้

- (1) กระทำหรือละเว้นกระทำอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็ก
- (2) จงใจหรือละเลยไม่ทำให้สิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีวิตหรือรักษาพยาบาลแก่เด็กที่อยู่ในความดูแลของตน จนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก
- (3) บังคับ ชูเชื้อน ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำผิด
- (4) โฆษณาทางสื่อมวลชนหรือเผยแพร่ด้วยประการใด เพื่อรับเด็กหรือยกเด็กให้แก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ญาติเด็ก เว้นแต่เป็นการกระทำของทางราชการหรือได้รับอนุญาตจากทางราชการแล้ว
- (5) บังคับ ชูเชื้อน ส่งเสริม ยินยอม หรือ กระทำด้วยประการใดให้เด็กไปเป็นขอทาน เด็กเร่ร่อน หรือใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอทานหรือการกระทำความผิด หรือกระทำด้วยประการใดอันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก

- (6) ใช้ จ้างหรือวานให้เด็กทำงานหรือกระทำการอันอาจเป็นอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ มีผลกระทบต่อการศึกษาเจริญเติบโต หรือขัดขวางต่อพัฒนาการของเด็ก
- (7) บังคับ ชูเช้น ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กเล่นกีฬาหรือกระทำการใด เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าอันมีลักษณะเป็นการทารุณกรรมต่อเด็ก
- (8) ใช้หรือยินยอมให้เด็กเล่นการพนันไม่ว่าชนิดใดหรือเข้าไปในสถานที่เล่นการพนัน สถานค้าประเวณี หรือสถานที่ที่ห้ามมิให้เด็กเข้า
- (9) บังคับ ชูเช้น ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด
- (10) จำหน่าย แลกเปลี่ยน หรือให้สุราหรือบุหรี่แก่เด็ก เว้นแต่การปฏิบัติทางการแพทย์ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งมีโทษตามกฎหมายอื่นหนักกว่าก็ให้ลงโทษตามกฎหมายนั้น

มาตรา 27 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือเผยแพร่ทางสื่อมวลชนหรือสื่อสารสนเทศประเภทใด ซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็กหรือผู้ปกครอง โดยเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่จิตใจ ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือสิทธิประโยชน์อื่นใดของเด็ก หรือเพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ”

มาตรา 28 บัญญัติว่า “ในกรณีผู้ปกครองตกอยู่ในสภาพไม่อาจให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรม สั่งสอนและพัฒนาเด็กไม่ว่าด้วยเหตุใด หรือ ผู้ปกครองกระทำการใดอันน่าจะเกิดอันตรายต่อสวัสดิภาพหรือขัดขวางต่อความเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็กหรือให้การเลี้ยงดูโดยมิชอบ หรือมีเหตุจำเป็นอื่นใดเพื่อประโยชน์ในการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก หรือป้องกันมิให้เด็กได้รับอันตราย หรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการให้การสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพตามพระราชบัญญัตินี้”

โดยกฎหมายกำหนดว่า หากผู้ใดฝ่าฝืน มาตรา 26 ตามที่กล่าวมาข้างต้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 78) ข้อสังเกตคือมาตรา 26 และมาตรา 27 ที่บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการดังกล่าวมาข้างต้นนั้น นอกจากจะเป็นการห้ามทุกคน ไม่ว่าจะเป็นครู อาจารย์ นายจ้างหรือใครๆแล้ว ยังหมายรวมถึงห้ามบิดามารดา ผู้ปกครอง กระทำการดังกล่าวด้วย ดังนั้นหากบิดามารดากระทำการดังกล่าว ย่อมมีความผิดและมีโทษทางอาญาตามมาตรา 26 (1) และมาตรา 78

ในมาตรา 44 วรรค 2 ยังได้วางข้อกำหนดให้ “ผู้ปกครองต้องปฏิบัติในการป้องกันมิให้เด็กมีความประพฤติเสียหายหรือเสี่ยงต่อการกระทำผิด ดังต่อไปนี้

- (1) รมัตระวังมิให้เด็กเข้าไปในสถานที่หรือท้องถิ่นใดอันจะจูงใจให้เด็กประพฤติตนไม่สมควร
- (2) รมัตระวังมิให้เด็กออกนอกสถานที่อยู่อาศัยในเวลากลางคืน เว้นแต่มีเหตุจำเป็นหรือไปกับผู้ปกครอง
- (3) รมัตระวังมิให้เด็กคบหาสมาคมกับบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะชักนำไปในทางเสื่อมเสีย
- (4) รมัตระวังมิให้เด็กกระทำการใดอันเป็นเหตุให้เด็กประพฤติดีเสียหายน
- (5) จัดให้เด็กได้รับการศึกษาอบรมตามสมควรแก่อายุ สติปัญญา และความสนใจของเด็ก
- (6) จัดให้เด็กได้ประกอบอาชีพที่เหมาะสมกับความถนัดและความสนใจของเด็ก
- (7) จัดให้เด็กกระทำการกิจกรรมเพื่อพัฒนาตนเองทางด้านคุณธรรม จริยธรรมและบำเพ็ญประโยชน์ต่อสังคม..."

นอกจากนี้ในมาตรา 45 บัญญัติว่า "ห้ามมิให้เด็กซื้อหรือเสพสุราหรือนูหรี หรือเข้าไปในสถานที่เฉพาะเพื่อการจำหน่ายหรือเสพสุราหรือนูหรี หากฝ่าฝืนให้พนักงานเจ้าหน้าที่สอบถามเด็กเพื่อทราบข้อมูลเกี่ยวกับเด็กและมีหนังสือเรียกผู้ปกครองมาร่วมประชุมเพื่อปรึกษาหารือว่ากล่าวตักเตือน ให้ทำทัณฑ์บนหรือมีข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับวิธีการและระยะเวลาในการจัดให้เด็กทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์และอาจวางข้อกำหนดให้ผู้ปกครองต้องปฏิบัติข้อใดข้อหนึ่งหรือหลายข้อตามมาตรา 44 วรรคสอง หรือวางข้อกำหนดอื่นใดเพื่อแก้ไข หรือป้องกันมิให้เด็กกระทำความผิดซ้ำอีกก็ได้"

หากปรากฏว่าผู้ปกครองของเด็กฝ่าฝืนบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง ให้นำบทบัญญัติมาตรา 39 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การว่ากล่าวตักเตือน ทำทัณฑ์บน และจัดให้เด็กทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง"

ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ถือว่าเป็นเป็นแนวทางให้บิดามารดาและผู้ปกครองปฏิบัติตามและนับว่าเป็นกฎหมายใหม่ที่ส่งผลให้บิดามารดา ผู้ปกครองต้องรับผิดชอบใส่ใจบุตรผู้เยาว์มากขึ้นอย่างแท้จริง เมื่อมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กออกมาเป็นแนวทางให้บิดามารดาต้องดูแลบุตรของตนแล้ว การใช้และการตีความและบทบัญญัติของ

กฎหมายในส่วนแบ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 420, 429 และ 430 จะเป็นอย่างไร ได้ศึกษาในบทที่ 4 ต่อไป

ในบทนี้สรุปได้ว่าความรับผิดของบิดามารดาในกฎหมายเก่ามิได้แบ่งแยกให้ชัดเจนว่าเป็นความรับผิดของบิดามารดาเท่านั้น แต่เป็นความรับผิดร่วมกันทั้งหมดเหล่านี้นั้น แล้วจึงปรับความรับผิดให้แคบลงเฉพาะบิดามารดาและบุคคลที่อยู่ใกล้ชิด แต่ความรับผิดของบิดามารดามิได้แยกชัดเจนว่าความรับผิดเป็นกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญา ซึ่งอาจเป็นความรับผิดทางแพ่งปนอยู่ในกฎหมายอาญา ผู้เขียนเห็นว่าความรับผิดของบิดามารดาเริ่มมีความชัดเจนตั้งแต่ที่มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าหากเป็นบิดามารดาของผู้เยาว์ก็ต้องรับผิดร่วมในผลแห่งการทำละเมิดของผู้เยาว์ เว้นแต่จะพิสูจน์ว่าบิดามารดาเองก็ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลผู้เยาว์แล้ว บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้ใช้มาจนถึงในปัจจุบันโดยมีการปรับแก้ด้อยคำในบทบัญญัติเพียงเล็กน้อย ถือว่าเป็นความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) จนเมื่อปี พ.ศ. 2546 ได้มีการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ที่ให้ถือว่าบิดามารดาอาจมีความผิดหากบังคับ ชูเลี้ยง ชักจูง ส่งเสริมหรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำผิด พ.ศ. 2546 นับเป็นการสร้างกระแสสังคมให้บิดามารดาสนใจบุตรผู้เยาว์มากขึ้น แต่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก เป็นกฎหมายที่มีโทษในทางอาญาถือว่าความผิดดังกล่าวเป็นความผิดของบิดามารดา ซึ่งตรงนี้จะแตกต่างจากในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ถือว่าเป็นความผิดของบุตรผู้เยาว์ ในการนำมาปรับใช้ในการแก้ไขปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เสียหายจึงต้องนำมาใช้ด้วยความระมัดระวัง ซึ่งจะศึกษารายละเอียดในบทวิเคราะห์ของผู้เขียนต่อไป เพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ของเนื้อหามากยิ่งขึ้นผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาความรับผิดของบิดามารดาในต่างประเทศ ทั้งประเทศในระบบซีวิลลอว์ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ประเทศญี่ปุ่น และประเทศในระบบคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาในบทต่อไป เพื่อให้เห็นแนวการแก้ไขปัญหามุตรผู้เยาว์กระทำผิดในต่างประเทศว่าในต่างประเทศมีแนวทางในการเยียวยาผู้เสียหายได้อย่างไร