

วิเคราะห์ปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบของบิดามารดาตามกฎหมาย
ลักษณะละเมิดของไทยในปัจจุบัน

จากการที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 กำหนดให้บิดามารดาที่มีความผิดหากบิดามารดาบังคับ ชูเซ็น ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้บุตรเด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำผิด¹ ทำให้บิดามารดาส่วนหนึ่งได้หันมาสนใจควบคุมดูแลบุตรหลานของตนมากขึ้น ถือได้ว่าเป็นมาตรการในทางอาญาที่ใช้ได้ผลในการป้องกันดูแลการกระทำผิดในเด็ก ในส่วนการชดเชยเยียวยาให้กับผู้เสียหายนั้นควรมีการปรับปรุงแก้ไขหรือไม่ ในบทนี้ได้ทำการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับหลักกฎหมายดังกล่าวที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยว่าสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องแนวการตีความเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบิดามารดาตามกฎหมายลักษณะละเมิดทั้ง 3 กรณี บุคคลที่ต้องรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาตามมาตรา 429 หมายถึงบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ บิดามารดาควรจะมี ความรับผิดชอบเพียงใด หากการเลี้ยงดูของบิดามารดามีอิทธิพล

¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ในเนื้อหาได้กำหนดให้ผู้ปกครอง ซึ่งรวมถึงบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายและบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีภาระหน้าที่ในการปฏิบัติต่อเด็กหรือหน้าที่ที่ไม่กระทำต่อเด็ก ต้องอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตนตามสมควรแก่ชนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่น รวมทั้งต้องคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตน มิให้ตกอยู่ในภาวะอันน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ และในมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ยังได้บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ห้ามผู้ใดกระทำการ ดังต่อไปนี้

(3) บังคับ ชูเซ็น ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำผิด”

หากผู้ใดฝ่าฝืน มาตรา 26 ตามที่กล่าวมาข้างต้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 78)

อย่างมากต่อความประพฤติของบุตร เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีประสิทธิภาพและสามารถใช้ในการเยียวยาผู้เสียหายให้ได้รับความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

จากการศึกษาแล้วพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดของบิดามารดาในกฎหมายละเมิด ดังนี้

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

มาตรา 429 บัญญัติว่า “บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์หรือวิกลจริต ก็ยังต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นว่านี้ย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น”

มาตรา 430 บัญญัติว่า “ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่นซึ่งรับดูแลบุคคลไร้ความสามารถอยู่เป็นนิตยภัต ชั่วคราวก็ดี จำต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ไร้ความสามารถในการละเมิดซึ่งเขาได้กระทำลงในระหว่างที่อยู่ในความดูแลของตน ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นมิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร ”

มาตรา 431 บัญญัติว่า “ในกรณีที่กล่าวมาใน 2 มาตราก่อนหน้านี้ ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 426 มาใช้บังคับด้วย โดยอนุโลม”

ดังนั้น หลักเกณฑ์ความรับผิดของบิดามารดาในกฎหมายลักษณะละเมิดที่สำคัญมีดังต่อไปนี้

1. ผู้เยาว์ต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด แต่ไม่ใช่หมายความว่า ผู้เยาว์ทำความเสียหายแล้ว จะต้องรับผิดชอบทุกกรณีไป แต่ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์มาตรา 420 ก่อนว่าผู้เยาว์รู้สำนึกในการกระทำหรือไม่

2. หากความเสียหายที่ผู้เยาว์ได้ก่อขึ้นเป็นผลมาจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของบิดามารดาเอง บิดามารดาถือว่าได้กระทำละเมิด ไม่ว่าบิดามารดานั้นจะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม กรณีดังกล่าวบิดามารดาจึงต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวภายใต้บทบัญญัติความรับผิดละเมิดโดยทั่วไปมาตรา 420 หรือเป็นกรณีร่วมรับผิดชอบกับผู้อื่นตามมาตรา 432 ซึ่งไม่ใช่ความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น ในลักษณะเดียวกับในมาตรา 429 และมาตรา 430

3. หลักความรับผิดในการดูแลบุตรผู้เยาว์ ตามมาตรา 429 และมาตรา 430 เป็นหลักความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น โดยต้องมีเงื่อนไขว่าการกระทำของบุตรผู้เยาว์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นต้องเป็นการกระทำละเมิด คือ ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าบุตรผู้เยาว์รู้สำนึกในการกระทำ บิดามารดามีความรับผิดหากบกพร่องในหน้าที่ดูแลบุตรผู้เยาว์ โดยที่บิดามารดาต้องมีได้มีส่วนในการกระทำละเมิดนั้นด้วย

4. บิดามารดาที่ต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของผู้เยาว์ตามมาตรา 429 นั้น หมายถึงบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายรวมถึงผู้รับบุตรบุญธรรมด้วย เพราะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์และมีหน้าที่ควบคุมดูแลผู้เยาว์ ส่วนบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ได้ดูแลผู้เยาว์ตามความเป็นจริง ความผิดของบิดามารดาเป็นไปตามมาตรา 430 ไม่ใช่มาตรา 429

ในกรณีที่ผู้เยาว์ไม่มีบิดามารดาหรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครองและมีการตั้งผู้ปกครองเพื่อดูแลผู้เยาว์แทนบิดามารดาผู้ปกครองไม่ใช่ผู้รับผิดชอบตามมาตรา 429 แต่อาจต้องรับผิดชอบตามมาตรา 430

5. ความรับผิดของบิดามารดาตามมาตรา 429 เป็นความรับผิดร่วมกับผู้ไร้ความสามารถ เพราะเหตุที่บิดามารดาไม่ได้ใช้ความระมัดระวังดูแลบุตรผู้เยาว์ โดยศาลจะพิจารณาว่าบิดามารดาสามารถดูแลป้องกันไม่ให้ผู้เยาว์ไปก่อให้เกิดความเสียหายได้หรือไม่ ถ้าอยู่ในวิสัยที่สามารถดูแลป้องกันได้ แต่ไม่ดูแลป้องกันถือไม่ได้ว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ในการดูแลแล้ว ระดับของความระมัดระวังในการดูแลผู้เยาว์ ศาลจะวินิจฉัยตามพฤติการณ์เป็นกรณีไป

6. ความรับผิดของบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่รับดูแลผู้เยาว์ตามมาตรา 430 ไม่ว่า จะดูแลอยู่เป็นนิตยหรือชั่วคราวก็ต้องรับผิดชอบเช่นกัน แต่ต้องเป็นการกระทำละเมิดของผู้เยาว์ที่ทำไปในระหว่างที่อยู่ในความดูแล เป็นความรับผิดร่วมกับผู้เยาว์เพราะเหตุบกพร่องในหน้าที่ดูแล

7. เมื่อบิดามารดาได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไปแล้วตามมาตรา 429 และ มาตรา 430 แล้วแต่กรณี บิดามารดาก็สามารถไล่เบี้ยเอาจากผู้เยาว์ตามมาตรา 431 ซึ่งให้นำบทบัญญัติมาตรา 426 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ส่วนสิทธิในการไล่เบี้ยนั้นสามารถไล่เบี้ยได้จนสิ้นเชิง ไม่ใช่เรียกได้ตามส่วนเท่าๆ กันอย่างลูกหนี้ร่วมตามมาตรา 296 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในส่วนคำพิพากษาของศาลฎีกาของไทย ศาลได้วินิจฉัยคดีความรับผิดของบิดามารดาที่ชั้นศาล โดยเน้นไปที่มาตรา 429 มากที่สุด มาตรา 430 มีการนำมาใช้เฉพาะกรณีวินิจฉัยความรับผิดของบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายในมาตรา 420 ยังไม่มีการนำมาปรับ

บทใช้โดยตรง เพียงแต่นำมาปรับใช้กับมาตรา 420 ศาลฎีกาได้ตีความข้อเท็จจริงไปตามหลักกฎหมายที่เปิดโอกาสให้บิดามารดาสามารถพิสูจน์แก้ตัวได้ตนเองได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอแล้วหรือเหลือวิสัยที่บิดามารดาจะได้ใช้ความระมัดระวัง

หลังจากที่ผู้เขียนได้ศึกษาหลักกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่ที่บทบัญญัติของกฎหมายและแนวการใช้การตีความกฎหมาย ประการแรก บทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่อาจไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน ผู้เขียนเห็นว่า นับตั้งแต่มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตั้งแต่ปี 2468 จนถึงในปัจจุบัน ปี 2549 สภาพเศรษฐกิจและสังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว มีการศึกษาใหม่ๆ ที่น่าสนใจมากมาย ดังนั้นตัวบทกฎหมายที่มีอยู่จึงไม่อาจคุ้มครองผู้เสียหายเท่าที่ควร หากกำหนดว่าบิดามารดาสามารถพิสูจน์ว่าตนเองได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลบุตรดีแล้วไม่ต้องรับผิดชอบอาจไม่เหมาะสม เพราะสภาพสังคมในปัจจุบันบิดามารดาควรจะเข้ามาควบคุมดูแลบุตรเฝ้าระวังให้ใกล้ชิดมากขึ้นและมีความรับผิดชอบเพิ่มขึ้นสำหรับการกระทำละเมิดของบุตรผู้เยาว์ที่อยู่ในความดูแล ประการที่สอง ในเรื่องการใช้การตีความกฎหมาย โดยเฉพาะในเรื่องความรับผิดชอบของบิดามารดา จากการศึกษาแนวการวินิจฉัยของศาล ทำให้ผู้เขียนเห็นทิศทางของศาลเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว คดีอยู่ไม่น้อยที่ผู้เยาว์ก่อความเสียหายขึ้นโดยมิได้ถือว่าเป็นการกระทำละเมิด เมื่อบิดามารดาหรือผู้มีหน้าที่ดูแลไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว ผู้เสียหายก็ต้องรับบาปเคราะห์เอง บางคดีเป็นเรื่องบุตรผู้เยาว์ทำละเมิด แต่บิดามารดาหรือผู้มีหน้าที่ดูแลได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลบุตรผู้เยาว์แล้ว บิดามารดาไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับบุตร บุตรเองเมื่อต้องรับผิดชอบเพียงลำพังจึงไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชดเชยให้กับผู้เสียหาย การแก้ไขกฎหมายหรือการจะใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ จึงต้องนำสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงไปเช่นในปัจจุบัน มาวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางในการแก้ไข โดยปัญหาที่เกิดขึ้นผู้เขียนแบ่งออกเป็น 3 ประการใหญ่ๆ คือ

ปัญหาประการแรก ในเรื่องแนวความรับผิดชอบของบิดามารดา โดยผู้เขียนจะทำการศึกษาว่า ในปัจจุบันความรับผิดชอบของบิดามารดาตามมาตรา 420, 429 และมาตรา 430 มีแนวการตีความเป็นอย่างไร

ปัญหาประการที่สอง ในเรื่องความรับผิดชอบของบิดามารดาตามมาตรา 429 จะหมายรวมบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 420 หรือไม่

ปัญหาประการที่สุดท้าย การตีความในเรื่องเหตุยกเว้นความรับผิดชอบของบิดามารดาควรเป็นไปในทางใด จึงจะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะใช้ในการเยียวยาผู้เสียหายมากขึ้น

สำหรับการวิเคราะห์กฎหมายไทย เพื่อให้เกิดความสมบูรณ์มากขึ้นของเนื้อหา ผู้เขียน จึงได้พยายามศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายในต่างประเทศว่า มีหลักกฎหมายหรือการใช้การตีความกฎหมายไปในแนวทางใด แม้ว่าผู้เขียนจะเห็นว่าสังคมแต่ละประเทศจะมีลักษณะที่แตกต่างกัน จึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง สิ่งที่แต่ละประเทศได้วางหลักการในทางกฎหมายไว้เหมือนกัน คือ การมุ่งชดเชยค่าเสียหายให้กับผู้เสียหาย

1. แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดของบิดามารดา

1.1 กฎหมายไทย

ความรับผิดของบิดามารดาตามมาตรา 420 เป็นความรับผิดในการกระทำของตนเอง บิดามารดาจะต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหาย หากการกระทำของบิดามารดาเป็นการกระทำจงใจหรือประมาทเลินเล่อปล่อยปละละเลยบุตรผู้เยาว์ที่ไม่รู้สำนึกไปก่อความเสียหายแก่ผู้เสียหาย การกระทำละเมิดของบุตรผู้เยาว์ไม่ถือว่าเป็นเงื่อนไขความรับผิดของบิดามารดา บิดามารดาถือว่ามีส่วนในการกระทำความผิดโดยตรง ดังนั้น อาจถือได้ว่าการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามมาตรา 420 เป็นความรับผิดของบิดามารดาเอง

ส่วนความรับผิดของบิดามารดาที่ชดเชยด้วยกฎหมายตามมาตรา 429 และบิดาที่ไม่ชดเชยด้วยกฎหมายตามมาตรา 430 กฎหมายได้กำหนดความรับผิดของบิดามารดาเป็นเพียงแต่รับผิดชอบร่วมกับบุตรผู้เยาว์และต้องมีเงื่อนไขสำคัญ คือ การกระทำละเมิดของบุตรผู้เยาว์ บุตรผู้เยาว์ที่ก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นจะต้องรู้สำนึกถึงผลของการกระทำด้วย แต่บิดามารดาก็สามารถพิสูจน์หักล้างว่าได้ใช้ความระมัดระวังในหน้าที่ดูแลแล้ว ทำให้บิดามารดาหลุดพ้นจากความรับผิดไปได้ อย่างไรก็ตามเมื่อบิดามารดาได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกไปแล้ว ก็สามารถไต่เบี่ยงได้เต็มจำนวนจากผู้เยาว์ได้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 431 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าผู้กระทำความผิดที่แท้จริงในกรณีดังกล่าวตามกฎหมายละเมิดของไทย คือ ผู้เยาว์

บทบัญญัติมาตรา 429 ถ้อยคำของบทบัญญัติที่ว่า “ผู้เยาว์หรือคนวิกลจริตก็ยังคงต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของผู้เยาว์หรือคนวิกลจริตยังต้องร่วมรับผิดชอบกับเขาด้วย...” มีผลทำให้นักกฎหมายมีแนวคิดในการใช้การตีความกฎหมายออกเป็น 2 แนว คือ นักกฎหมายฝ่ายแรกและฝ่ายข้างมากมีแนวความคิดเห็นว่า การตีความว่า เงื่อนไขความรับผิด

ของบิดามารดาคือผู้เยาว์ ต้องทำละเมิดตามมาตรา 420 ก่อน² โดยพิจารณาถึงสภาพจิตใจของผู้เยาว์ว่ารู้สำนึกหรือไม่ ต่อเมื่อผู้เยาว์ทำละเมิดแล้วบิดามารดาจึงร่วมรับผิดชอบ บิดามารดาจะหลุดพ้นความรับผิดชอบเมื่อพิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในหน้าที่ดูแลแล้ว แสดงให้เห็นว่าหากบิดามารดาไม่มีความรับผิดชอบในหน้าที่ดูแล ผู้เยาว์ก็ต้องรับผิดชอบโดยลำพัง นอกจากนี้ ตามมาตรา 431 ที่ให้สิทธิบิดามารดาที่จะไล่เบี้ยเอาค่าสินไหมทดแทนได้เต็มจำนวนจากผู้เยาว์ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายถือว่าเป็นความผิดของผู้เยาว์นั่นเอง แต่หากผู้เยาว์ก่อความเสียหายต่อบุคคลอื่นในขณะที่ไร้เดียงสา ไม่รู้สำนึกของการกระทำ ไม่ได้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อ ย่อมไม่เป็นการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 และเมื่อไม่เป็นละเมิด บิดามารดาก็ไม่ต้องรับผิดชอบ นอกจากว่าเป็นกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นเป็นเพราะความประมาทเลินเล่อของบิดามารดา ตามความในมาตรา 420 ซึ่งเป็นการกระทำละเมิดโดยตนเอง

ตัวอย่างนักกฎหมายที่มีแนวคิดนี้มีหลายท่าน อาทิเช่น

ท่านอาจารย์จิต เศรษฐบุตร มีความเห็นว่า “สำหรับกฎหมายไทยได้กล่าวไว้ชัดเจน ผิดกับกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ การกระทำของผู้ไร้ความสามารถเพราะเป็นผู้เยาว์หรือวิกลจริต ต้องเป็นเพราะผิดทางละเมิดเพราะบิดามารดาเป็นแต่รับผิดชอบร่วม”³

ท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภิทัย มีความเห็นว่า “ความรับผิดชอบในผลที่ผู้เยาว์กระทำละเมิดนั้นไม่ได้หมายความว่าผู้เยาว์ทำความเสียหายขึ้นแล้วจะต้องรับผิดชอบฐานละเมิดทุกกรณีไป แต่จะพิจารณาตามหลักเกณฑ์เรื่องละเมิดทั่วไป ตามมาตรา 420 นั่นเอง ความรับผิดชอบของบิดามารดานี้เป็นความรับผิดชอบร่วมกับผู้ไร้ความสามารถและเป็นการรับผิดชอบที่เกิดขึ้นโดยมูลเหตุเพราะไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการควบคุมดูแลผู้ที่อยู่ในปกครองของตน”⁴

² การกระทำละเมิดของบุตรผู้เยาว์ เป็นไปตามบทบัญญัติตามมาตรา 420 ส่วนการผิดกฎหมายในบทบัญญัติมาตราอื่น เช่น มาตรา 421 ,มาตรา 423,มาตรา 436, มาตรา 437 และอื่นๆ เป็นหลักกฎหมายเฉพาะที่จะนำมาปรับใช้ในแต่ละกรณี

³ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.187.

⁴ จิตติ ดิงศภิทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), น.263.

ท่านอาจารย์ไพจิตร ปุณณพันธ์ มีความเห็นว่า “มาตรา 429 และมาตรา 430 ต้องเป็นเรื่องที่บุคคลไร้ความสามารถ คือ ผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริตกระทำละเมิด ถ้าหากมิได้กระทำละเมิด ผู้มีหน้าที่ดูแลก็ไม่ต้องรับผิดชอบ”⁵

นักกฎหมายอีกฝ่ายมีความเห็นว่า บิดามารดาตามมาตรา 429 บิดามารดาสามารถหลุดพ้นจากความรับผิดได้ต่อเมื่อพิสูจน์ได้ว่า ให้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้นแล้ว โดยนำเอาทฤษฎีรับภัยมาใช้ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ผู้มีหน้าที่ดูแล (supervisor) ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ผู้เยาว์ก่อขึ้นแก่บุคคลอื่น เป็นความรับผิดเพื่อบุคคลที่อยู่ภายใต้การดูแล (Liability for Persons Under Supervision) และรับผิดชอบโดยไม่พิจารณาถึงตัวผู้เยาว์ ไม่ว่าบิดามารดาจะให้ความระมัดระวังดีแล้วหรือไม่ก็ตามไม่สำคัญ บิดามารดาจะหลุดพ้นความรับผิดได้ต่อเมื่อเกิดจากเหตุวิสัยหรือเป็นเพราะความผิดของผู้เสียหายเอง เป็นไปตามหลักของทฤษฎีรับภัยเท่ากับว่าทำให้บิดามารดารับผิดหนักกว่าปกติ แต่อย่างไรก็ตามก็เป็นการสอดคล้องกับแนวความคิดโดยทั่วไปถือว่าเป็นความผิดของบิดามารดาเอง ไม่ว่าเป็นการพิสูจน์ข้อสันนิษฐานความผิดหรือการพิสูจน์ความผิด แต่ความเห็นตามแนวคิดนี้ยังไม่เป็นที่ยอมรับจากนักกฎหมายไทย

ตัวอย่างนักกฎหมายที่มีความเห็นตามแนวคิดนี้ เช่น

ท่านอาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ มีความเห็นว่า “การที่บิดามารดาต้องรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของบุตรโดยที่ตนไม่ได้เป็นผู้กระทำนั้น เป็นแนวที่เข้ากับทฤษฎีรับภัย กล่าวคือการหาตัวผู้ละเมิดก็คือหาผู้ที่ก่อความเสียหายนั้น เพราะผู้ก่อคือผู้ละเมิด ถือว่าผู้ใดกระทำผู้นั้นรับภัยแห่งการกระทำนั้น ไม่จำเป็นที่ผู้ทำละเมิดจะต้องทำความผิดด้วย”⁶

นอกจากนี้ท่านอาจารย์ประจักษ์ ยังมีความเห็นต่อไปว่า “กรณีบิดามารดารับผิดแทนบุตรนี้ มองเห็นได้ง่ายกว่าตัวบิดามารดามีส่วนรับผิดชอบโดยไม่ต้องทำผิด เพราะบิดามารดาย่อมมีหน้าที่ควบคุมดูแลเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่บุตร (มาตรา 1567) อบรมดูแลลุล่วงไปด้วยดีรวมทั้งการทำโทษตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน (มาตรา 1567) การปล่อยใ้บุตรคบหาเที่ยวเตร่กับอันธพาลไปก่อความเดือดร้อนแก่ผู้อื่นบิดามารดาต้องรับผิดชอบ บิดามารดาจะต้องให้ทุนเรียน

⁵ ไพจิตร ปุณณพันธ์, “ผู้ไร้ความสามารถกระทำละเมิด,” บทบัญญัติ, ปีที่ 23 เล่มที่ 2 น.345-346, (เมษายน 2508).

⁶ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและการจัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร:บริษัทมีสมบัติจำกัด, 2548), น.128.

หนังสือหากไม่เรียนต้องหางานให้ทำอำนาจนี้เรียกว่า อำนาจปกครอง ด้วยเหตุนี้บิดามารดาจึงต้องรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของบุตรตน”

1.2 กฎหมายต่างประเทศ

ประเทศในระบบซีวิลลอว์ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่น เป็นประเทศที่กำหนดให้ความรับผิดชอบของบิดามารดาอยู่บนข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบ ซึ่งในทุกประเทศมีหลักการเหมือนกัน ถือว่าบิดามารดามีความรับผิดชอบในการกระทำของบุตรผู้เยาว์ที่อยู่ในความดูแลของตน แต่ก็มีความรับผิดชอบที่เป็นความรับผิดชอบของบิดามารดาโดยเฉพาะสำหรับความบกพร่องในการดูแล ไม่ถือว่าการณดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบของบุตรเหมือนในกฎหมายไทย

ประเทศฝรั่งเศส ศาลสูง(Cour de cassation) เห็นว่าการที่จะฟ้องบิดามารดาให้ต้องรับผิดชอบ ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าบุตรผู้เยาว์จงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ เพียงแต่พิสูจน์ว่าการกระทำของบุตรผู้เยาว์เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายก็พอ ส่วนในประเทศเยอรมันได้พิจารณาเรื่องบุตรผู้เยาว์กระทำผิดกฎหมายเช่นเดียวกับฝรั่งเศส คือ พิจารณาความรับผิดชอบของบิดามารดาในการกระทำของบุตรผู้เยาว์ที่อยู่ภายใต้การดูแลจากการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Act) ว่าล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตแห่งสิทธิของบุคคลอื่นโดยไม่มีสิทธิที่จะทำได้ โดยไม่พิจารณาสภาพจิตใจของบุตรผู้เยาว์ว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ส่วนประเทศญี่ปุ่นก็เช่นกัน การที่บิดามารดาของบุตรผู้เยาว์จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากบุตรผู้เยาว์นั้นก่อความเสียหายโดยบุตรผู้เยาว์ไม่จำเป็นต้องรู้ถึงผลของการกระทำของตนเอง บิดามารดาสามารถพิสูจน์ยกเว้นความรับผิดชอบว่าตนมิได้ประมาทเลินเล่อในหน้าที่ดูแล นอกจากนี้ การที่ผู้เขียนเข้าใจดังกล่าวเป็นเพราะว่าในกฎหมายต่างประเทศไม่ปรากฏเรื่องของการใช้สิทธิไล่เบี้ยในประมวลกฎหมายอย่างชัดเจน หลักความรับผิดชอบในต่างประเทศตกอยู่ที่บิดามารดาเป็นผู้บกพร่องในการดูแล

ประเทศในระบบคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา โดยทั่วไปบิดามารดาไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุตรในรูปแบบของความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เว้นแต่ในกรณีเพราะบุตรเป็นลูกจ้างหรือเป็นตัวแทนของบิดามารดา ในประเทศเหล่านี้ความรับผิดชอบของบิดามารดาเป็นความรับผิดชอบเนื่องจากความประมาทเลินเล่อในการกระทำของตนเองหรือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้น เมื่อบุตรผู้เยาว์ได้กระทำละเมิดขึ้น บิดามารดาอาจต้องรับผิดชอบหรือไม่ต้องรับผิดชอบโดยพิจารณาจาก

ความประมาทเลินเล่อของบิดามารดา ในประเทศอังกฤษความรับผิดของบิดามารดาเป็นความรับผิดที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อของบิดามารดาเองที่ทำให้เกิดความเสียหายแยกกับการกระทำของผู้เยาว์ที่จะต้องรับผิดชอบ

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ความรับผิดของบิดามารดาแม้เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไป แต่ก็ชัดเจนว่าเป็นความรับผิดของบิดามารดาที่ถือว่ามีความรับผิดในความเสียหายทางแพ่ง เช่น ภายใต้ California Civil Code สำหรับการบาดเจ็บหรือเสียชีวิตหรือความเสียหายอื่นๆที่เกิดแต่ทรัพย์สิน อันเกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อของบุตรผู้เยาว์ในการที่บิดามารดามีหน้าที่ที่ต้องควบคุมดูแลบุตรผู้เยาว์

ดังนั้น ตามกฎหมายไทยแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดของบิดามารดามีทั้งการกระทำที่เป็นความรับผิดของบิดามารดาเองตามมาตรา 420 และความรับผิดของบิดามารดาในการกระทำของบุตรผู้เยาว์ตามมาตรา 429 และมาตรา 430 โดยในมาตรา 420 เป็นความรับผิดของบิดามารดาในการกระทำของตนเองในการปล่อยปละละเลยให้บุตรผู้เยาว์ที่ยังไม่รู้สำนึกไปกระทำละเมิดต่อผู้อื่น ซึ่งในมาตรา 420 ยังมีได้มีการตีความโดยศาลฎีกาไทยเพื่อนำมาปรับใช้แก่คดีแต่อย่างใด ส่วนในมาตรา 429 และมาตรา 430 เป็นการพิจารณาความรับผิดของบิดามารดา โดยพิจารณาถึงสภาพจิตใจของผู้เยาว์ว่ารู้สำนึกหรือไม่เป็นเงื่อนไขในการกระทำความผิดของบิดามารดา ต่อเมื่อผู้เยาว์ทำละเมิดแล้วบิดามารดาจึงร่วมรับผิด บิดามารดาจะหลุดพ้นความรับผิดต่อเมื่อพิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในหน้าที่ดูแลแล้ว แสดงให้เห็นว่าหากบิดามารดาไม่มีความรับผิดในหน้าที่ดูแล ผู้เยาว์ก็ต้องรับผิดโดยลำพัง นอกจากนี้ เมื่อบิดามารดาได้ใช้คำสินไหมทดแทนให้กับผู้เสียหายไปแล้ว กฎหมายให้บิดามารดาสามารถใช้สิทธิไล่เบี้ยคำสินไหมทดแทนคืนจากบุตรผู้เยาว์ได้โดยสิ้นเชิง ตามมาตรา 431 ยิ่งทำให้สอดคล้องกับหลักความรับผิดว่าเป็นความรับผิดของบุตรผู้เยาว์ที่กระทำละเมิด บิดามารดาเพียงแต่ร่วมรับผิดเท่านั้น

แต่ในกฎหมายต่างประเทศ ถือว่าความรับผิดดังกล่าวเป็นความรับผิดของบิดามารดาโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นประเทศในระบบซีวิลลอว์หรือในระบบคอมมอนลอว์ ได้วางหลักว่าความรับผิดดังกล่าวเป็นความรับผิดของบิดามารดาและในประเทศอย่างในระบบซีวิลลอว์ การกระทำละเมิดของบุตรผู้เยาว์ไม่ถือว่าเป็นเงื่อนไขของการพิจารณาความรับผิดของบิดามารดา การกระทำของบุตรผู้เยาว์ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยละเมิด เพียงแต่การกระทำของบุตรก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงสภาพภายในจิตใจหรือการรู้สำนึกของบุตรผู้เยาว์

สำหรับความเห็นในเรื่องการเปลี่ยนแนวความรับผิดชอบของบิดามารดาตามกฎหมายไทย มาตรา 429 และมาตรา 430 ที่ถือว่าเป็นความผิดของบุตรผู้เยาว์ ให้เปลี่ยนเป็นไปตามความรับผิดชอบของบิดามารดาตามกฎหมายต่างประเทศนั้นที่ถือว่าเป็นความรับผิดชอบของบิดามารดาเอง จึงไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากสภาพสังคมและแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องพื้นฐานความรับผิดชอบละเมิดที่แตกต่างกัน ดังนั้น หากพิจารณาความรับผิดชอบของบิดามารดาที่มีอยู่ตามกฎหมายไทย จะนำกฎหมายที่มีอยู่แล้วมาปรับใช้ได้หรือไม่ เห็นว่าควรนำมาตรา 420 ที่ถือว่าเป็นความรับผิดชอบของบิดามารดาที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อมาปรับใช้กับกรณีที่บิดามารดาปล่อยปละละเลยให้บุตรผู้เยาว์ที่ไม่รู้สำนึกไปกระทำความผิดเป็นกรณีหนึ่งและเมื่อมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาบังคับใช้ จึงเห็นว่าสามารถนำมาใช้กฎหมายดังกล่าว ในการตีความมาตรา 420 ในเรื่องการตีความ คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” นี้ว่าหมายถึงผิดกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ด้วย

นอกจากนี้ในมาตรา 429 นั้น เมื่อมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ส่งผลให้หน้าที่ดูแลบุตรผู้เยาว์ตามมาตรา 429 เปลี่ยนไป จากเดิมที่มีหน้าที่ดูแลบุตรผู้เยาว์เพียงแต่ตามกฎหมายครอบครัว ที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาที่มีต่อบุตรในการช่วยเหลืออบรมสั่งสอนบุตร และมีอำนาจปกครองเกี่ยวกับบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ทั้งในทางส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน อำนาจเกี่ยวกับตัวบุตร เพื่อให้การอบรมสั่งสอนและการกำหนดที่อยู่ให้บุตรทำงานตามสมควรแก่ความสามารถและสมฐานะานุรูปรวมทั้งเรียกบุตรคืนจากผู้ไม่มีอำนาจ แต่เมื่อมีการนำพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เข้ามาปรับใช้ หน้าที่ของบิดามารดาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ในหมวดการปฏิบัติต่อเด็ก เช่น กำหนดให้หน้าที่ผู้ปกครองซึ่งรวมไปถึงบิดามารดาจะต้องอุปการะเลี้ยงดู และอบรมสั่งสอน และพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตนตามสมควรแก่ขนบธรรมเนียมและวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่น และต้องคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในความปกครองมิให้อยู่ในภาวะอันน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ เป็นต้น จึงถือได้ว่าหน้าที่ของบิดามารดาที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการดูแลบุตรผู้เยาว์เป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 หากบิดามารดาไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลบุตรผู้เยาว์และบุตรผู้เยาว์ไปกระทำละเมิด บิดามารดาก็ต้องรับผิดชอบร่วมกับบุตรผู้เยาว์ด้วย การนำพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาใช้บังคับเช่นนี้ มิได้เปลี่ยนแปลงพื้นฐานความรับผิดชอบในทางละเมิดตามมาตรา 429 ในเรื่องว่าความรับผิดชอบดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบของบุตรผู้เยาว์ไปอย่างไร

ส่วนในประเด็นเรื่องการรู้สำนึกของบุตรผู้เยาว์ คำว่า “รู้สำนึก” แตกต่างกับคำว่า “รู้สึกผิดชอบ” เพราะการ “รู้สำนึก” หมายถึง การรู้ถึงผลที่จะเกิดขึ้นเมื่อตนกระทำการหรือไม่กระทำ

การลงโทษ การแยกแยะระหว่างดีและชั่วได้ และบุตรผู้เยาว์ต้องเข้าใจถึงความแตกต่าง การกระทำของผู้เยาว์จะต้องเหมือนกับการกระทำของผู้เยาว์อื่นๆทั่วไปที่อายุเท่าๆกันและไม่จำเป็นต้องมีเกณฑ์การรับรู้เหมือนผู้ใหญ่ ตามคำแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทยแล้ว อายุของผู้เยาว์ที่สามารถรู้สำนึกได้จะอยู่ที่ประมาณ 8-10 ปีเป็นต้นไป

เมื่อผู้เขียนได้ศึกษาจากหลักกฎหมายในอดีต คือ ในเรื่องประทุษร้ายส่วนแบ่ง หมวดที่ 10 ว่าด้วยหน้าที่ของบุคคลที่จะต้องปราศจากความเลินเล่อแล่น้ำที่อย่างอื่นเป็นพิเศษ นอกจากเรื่องเลินเล่อซึ่งบุคคลจะต้องรักษาตามกฎหมาย “เมื่อผู้ทั้งสองฝ่ายต่างคนต่างเลินเล่อด้วยกัน แต่ฝ่ายหนึ่งเป็นเด็ก ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใหญ่ ฝ่ายผู้เป็นเด็กจะต้องรับผิดชอบมีขีดเพียงใด จะเหมือนกับผู้ใหญ่หรือไม่ ความข้อนี้กฎหมายถือว่า ผู้ใดเป็นเด็กความรับผิดชอบของผู้นั้นต้องอยู่ในเส้นขีดของความรับผิดชอบของเด็กตามกฎหมาย คือแปลว่า กฎหมายไม่หวังให้เด็กประพฤติกิริยาหรือใช้ความระมัดระวังรักษาในสิ่งทุกอย่างเหมือนผู้ใหญ่ทีเดียว เด็กจะซนสักเท่าใดก็ได้ แต่อย่าให้ซนหรือเลินเล่อในสิ่งที่ตน (คือเด็กนั้น) รู้สึกว่าการที่ตนทำนั้นเป็นผิด คือแปลว่าเด็กผู้กระทำหรือเลินเล่อสิ่งใดเป็นเด็กที่รู้จักผิดแลชอบแล้ว ในสิ่งที่ตนกระทำลงนั้น ถ้าการสิ่งใดเด็กนั้นได้กระทำลง ซึ่งเป็นการเกินกว่าขีดที่ได้กล่าวแล้วนี้ เด็กนั้นต้องรับผิดชอบในกิริยาของตนนั้นทุกประการ แลคดีใดเมื่อเด็กผู้เป็นโจทก์คดีนั้น โจทก์คงไม่สามารถจะชนะได้ คดีใดเมื่อเด็กเป็นจำเลย คดีนั้นจำเลยก็จะต้องแพ้ แลต้องใช้ค่าเสียหายให้แก่เขาผู้เป็นโจทก์ตามที่เขาควรจะได้ในคดีนั้น...”และในมาตรา 10 ของกฎหมายลักษณะวิวาท เรื่องเด็กเจ็ดเฒ่าเจ็ดสิบที่ว่า เมื่อเด็กอายุ 7 ขวบลงมาหรือคนชราอายุ 70 ปีขึ้นไป ต่าผู้อื่นหรือทำร้ายร่างกายผู้อื่นมีบาดเจ็บเด็กและคนชราานั้นไม่ต้องถูกปรับเป็นสินไหมพินัย มีหน้าที่ก็แต่เพียงไปขอขมาผู้ที่ตนได้ทำละเมิดล่วงเกินเท่านั้น และตามมาตรา 11 ถ้าในขณะที่เด็กอายุ 7 ขวบเล่นกัน เด็กคนหนึ่งถูกเด็กอีกคนหนึ่งทำให้บาดเจ็บ บิดามารดาของเด็กคนหนึ่งจะต้องช่วยออกค่ารักษาบาดเจ็บ ถ้าเด็กที่ถูกบาดเจ็บนั้นถึงตาย บิดามารดาของเด็กอีกคนหนึ่งนั้นต้องช่วยออกค่าใช้จ่ายในการปลงศพโดยให้เงินให้เป็นจำนวนเท่ากับค่าตัวของเด็กที่ตาย สามารถนำมาใช้ในกรณีนี้ได้ เพราะหลักเหตุผลที่ใช้ในการตัดสินความผิดหรือแม้แต่กระทั่งเหตุผลว่า ถ้ากระทำผิดประการหนึ่งประการใดควรได้รับโทษระดับใด เพราะเหตุใดเหตุผลอาจเป็นเรื่องที่มาจากสามัญสำนึก เช่น ซึ่งเอาผิดไม่ได้เนื่องจากความไร้เดียงสา

นอกจากนี้ ในทางดาราจิตวิทยา ดร.ศรีเรือน แก้วกังวาล อธิบายความคิดของเด็กว่า “เด็กอายุ 3 – 6 ปีเป็นช่วงที่เริ่มมีความคิดริเริ่มแย่งกับความรู้สึกผิด (initiative vs. guilt) เป็นช่วงที่เด็กมีความสามารถทางกล้ามเนื้อและประสาททั้งตนเองได้ดีในการเคลื่อนไหว หยิบจួយ เดิน เริ่มพูดภาษาสื่อความได้ และเข้าใจภาษาพูดซึ่งเป็นภาษาแม่ได้ดี สมรรถภาพทางด้านร่างกายและ

จิตใจเริ่มทำงานร่วมประสานกัน ชีวิตประจำวันของเด็กเป็นไปอย่างมีความมุ่งหมายและตัดสินใจได้ดีเยี่ยมมั่นคงกว่าเดิม เด็กอยากเรียนรู้สิ่งที่อยู่รอบตัว รู้จักใช้ความคิดฝัน และมีความคิดสร้างสรรค์ (เด็กวัยนี้จึงชอบเล่นอะไรแปลกๆ แปลกๆ ดื้อรั้น หรือประเภทยิงว่ายิงยุ) เป็นช่วงเวลาที่เด็กซุกซนมาก ชอบการเล่นที่เป็นเกมต่างๆ และชอบของเล่นทุกชนิด เด็กที่ถูกสกัดกั้นความคิดฝัน หรือห้ามไม่ให้สำรวจตรวจตราสิ่งของต่างๆ หรือห้ามไม่ให้เล่น ไม่ให้ทำอะไรมากเกินไป (เช่น เด็กที่บิดามารดาทะนุถนอมเกินไป เด็กที่ต้องอยู่ในกรอบระเบียบกฎเกณฑ์เกินไป เด็กที่ถูกทำโทษมากเกินไป ถูกห้ามด้วยคำสั่งมากเกินไป จะเกิดความรู้สึกผิดและกลัวการถูกลงโทษ จนอาจพัฒนาบุคลิกภาพแบบ “รู้สึกผิด”หรือเป็นคนชอบหลีกหนีความจริงโดยใช้ความฝัน หรืออาจจะแสดงความก้าวร้าวอวดดีเพื่อให้ได้สิ่งที่ตนเองปรารถนา แต่หากมีความพอดีระหว่างความคิดริเริ่มและความรู้สึกผิด จะทำให้เด็กพัฒนาคุณสมบัติเป็นคนชอบสร้างสรรค์ รู้จักคิดวิธีแก้ไขปรับปรุงกิจการต่างๆ ที่ต้องกระทำและเป็นคนที่กล้าเผชิญความเป็นจริงของตนเองและของชีวิต⁷

เมื่อกฎหมายอดีตจะกำหนดอายุผู้เยาว์ที่ 7 ปี ในทางจิตวิทยา 6 ปีขึ้นไป ในคำพิพากษาของศาล 8-10 ปี ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า อายุที่เหมาะสมที่เด็กเริ่มมีการรู้สำนึกในการกระทำได้ คือ 7-8 ปี

2.ความชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา

2.1 กฎหมายไทย

ในประเทศไทย ความเห็นของนักกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลมีการแยกความแตกต่างในการฟ้องคดีระหว่างบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายกับบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ดูแลบุตรผู้เยาว์อยู่ในความเป็นจริง

หากเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายต้องฟ้องตามมาตรา 429 เพราะต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบของบิดามารดา โดยพิสูจน์ว่าบิดามารดาไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลผู้เยาว์ตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด

⁷ ศรีเรือน แก้วกังวาล,จิตวิทยาพัฒนาการชีวิตทุกช่วงวัย:แนวคิดเชิงทฤษฎี-วัยเด็กตอนกลาง(เล่ม 1), พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2540),น.

กรณีเป็นบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังคงดูแลผู้เยาว์อยู่ในความเป็นจริงก็ต้องฟ้องตามมาตรา 430 แม้จะเป็นการพิสูจน์ความระมัดระวังแต่เป็นความระมัดระวังในการดูแลอยู่เป็นนิตยหรือชั่วคราว มาตรฐานความระมัดระวังตามมาตรา 430 ก็น้อยกว่ามาตรา 429 ซึ่งเป็นความระมัดระวังตามหน้าที่ตามกฎหมายที่มีอยู่ตลอดเวลา เพราะการดูแลตามมาตรา 430 หมายถึงการดูแลความเป็นอยู่ อบรมสั่งสอนแต่ไม่ถึงขนาดมีอำนาจปกครอง

ส่วนบิดามารดาที่ไม่มีอำนาจปกครองหรือมารดาที่ถูกถอนอำนาจปกครอง เมื่อผู้เยาว์ไม่ได้อยู่ในความดูแลของบิดามารดาที่ไม่มีอำนาจปกครองหรือมารดาที่ถูกถอนอำนาจปกครอง บุคคลเหล่านี้จึงไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 430

ในเรื่องการพิจารณาถึงสถานะของบิดามารดาที่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 429 โดยพิจารณาถึงความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น นักกฎหมายมีแนวคิดในการใช้การตีความกฎหมายออกเป็น 2 แนว คือ

(ก) แนวความคิดของนักกฎหมายฝ่ายข้างมาก เห็นว่า บิดามารดาตามมาตรา 429 ต้องเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยนักกฎหมายที่เห็นตามแนวนี้นี้ คือ

ท่านอาจารย์เพ็ง เพ็งนิตี มีความเห็นว่า "บิดาในมาตรา 429 หมายถึงบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนบิดาจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนสมรส หากเป็นบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรานี้ แต่อาจต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้รับดูแลตามมาตรา 430 ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง"⁸

ท่านอาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ มีความเห็นว่า "ต้องเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย บิดาซึ่งมิได้จดทะเบียนสมรสย่อมมิใช่บิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ความรับผิดชอบของบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายต้องพิจารณาในฐานะที่เป็นผู้รับดูแลตามมาตรา 430"⁹

ท่านอาจารย์สุขุม ศุภนิตย์ มีความเห็นว่า "บิดามารดา ควรหมายถึงบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งทำหน้าที่ดูแลผู้เยาว์ในขณะที่เกิดการกระทำละเมิดขึ้น ทั้งนี้เป็นหน้าที่ซึ่ง

⁸ เพ็ง เพ็งนิตี,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545), น.273.

⁹ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ,ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและการจัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร:บริษัทศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด, 2538), น.100.

กำหนดไว้ในกฎหมายครอบครัว”¹⁰

(ข) แนวความคิดของนักกฎหมายฝ่ายข้างน้อย

แนวความเห็นของนักกฎหมายความเห็นที่สอง เห็นว่าไม่จำเป็นต้องเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็มีความผิดตามมาตรา 429 ได้ ซึ่งนักกฎหมายที่เห็นตามแนวนี้ คือ

ท่านอาจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ มีความเห็นว่า “ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลไร้ความสามารถ ได้แก่ บิดามารดาหรือผู้อนุบาลเนื่องจากความรับผิดชอบเพื่อละเมิดเกิดจากการล่วงละเมิดหน้าที่ มิใช่เป็นการใช้สิทธิ สำหรับผู้เยาว์ซึ่งเกิดโดยข้อเท็จจริงจากมารดาที่มีได้มีการสมรสกับชายซึ่งเป็นสามียอมเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของมารดาผู้นั้น แต่สำหรับบิดานั้น ถือตามความเป็นจริงว่าเป็นบิดาของผู้เยาว์หรือไม่ ผู้เยาว์ซึ่งเกิดจากบิดามารดาที่มีได้จดทะเบียนสมรสกันตามมาตรา 1557 ก็ยังถือว่าเป็นบิดาของผู้เยาว์ จึงต้องรับผิดชอบตามมาตรา 429 นี้ด้วย (ท่านอาจารย์ไพจิตร ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9184/2539) อย่างไรก็ตาม สำหรับบิดามารดานั้น หมายถึงเฉพาะผู้ที่มีหน้าที่ดูแลผู้เยาว์ตามความตอนท้ายของมาตรา 429 นี้เท่านั้น ซึ่งอาจรวมทั้งบิดามารดาหรือเพียงคนเดียวคนหนึ่งดูแลไม่หมายถึงหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูตามมาตรา 1564 แต่หมายถึงอำนาจปกครองตามมาตรา 1566, 1567 ซึ่งเป็นหน้าที่ควบคุมดูแลผู้เยาว์นั่นเอง

โดยแนวคำวินิจฉัยของของศาล เป็นไปตามแนวความเห็นส่วนแรกว่า บทบัญญัติของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 429, 430 ในเรื่องบิดามารดาที่ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้เยาว์ว่าเฉพาะบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่ต้องร่วมรับผิดชอบ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9184/2539 และในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5545/2546 ที่เคยกล่าวมาแล้วในบทที่ 4

2.2 กฎหมายต่างประเทศ

ในประเทศฝรั่งเศส มาตรา 1384 บัญญัติความรับผิดชอบของบิดามารดา โดยกำหนดให้บิดามารดารับผิดชอบร่วมกันในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของผู้เยาว์ โดยมีเงื่อนไข 2 ประการ คือ บิดามารดาต้องเป็นผู้มีอำนาจปกครองและความเสียหายเกิดขณะที่เด็กอาศัยอยู่กับบิดามารดา จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเห็นได้ว่า บิดามารดาที่มีอำนาจปกครองต้องเป็น

¹⁰ สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), น.131.

บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นจึงจะมีอำนาจปกครอง¹¹ โดยผู้เขียนเห็นว่าหากบิดามารดา มิได้จดทะเบียนสมรสกัน บุตรผู้เยาว์จะมีเฉพาะมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนบิดาที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย หากผู้เสียหายต้องการให้รับผิดชอบ ต้องพิจารณาความรับผิดชอบโดยใช้มาตรา 1382 ซึ่งเป็น หลักละเมิดโดยทั่วไป

ในประเทศเยอรมัน มาตรา 832 ใช้คำว่า “A person who is bound by law...” หมายถึง บุคคลซึ่งตามกฎหมายมีหน้าที่ควบคุมดูแล หน้าที่ในการดูแลที่เกิดจากบทบัญญัติของ กฎหมาย เช่น บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรผู้เยาว์มีหน้าที่ดูแลตามมาตรา 1626/2 และมาตรา 1631/1 หากเป็นบิดามารดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีหน้าที่ดูแลตามมาตรา 1705 ซึ่ง หมายความว่าบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่เข้าเป็นบุคคลที่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา

ในประเทศญี่ปุ่น แม้มาตรา 714 จะใช้คำว่า “A person who is under a legal duty” แต่การตีความคำว่า “ผู้มีหน้าที่ดูแลตามกฎหมาย” ของประมวลแพ่งญี่ปุ่นได้ขยายออกรวมไปถึง บุคคลที่มีหน้าที่ดูแลตามความเป็นจริงด้วย

ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้อธิบายว่าต้องเป็นเฉพาะแต่บิดา มารดาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

กล่าวได้ว่า ในกฎหมายไทย หากเป็นความรับผิดชอบตามมาตรา 420 บิดามารดาที่ จะต้องรับผิดชอบดังกล่าวหมายถึงบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย เพราะในบทบัญญัติมาตรา 420 กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ส่วนในมาตรา 429 และมาตรา 430 นั้น แม้ในบทบัญญัติของ กฎหมายจะมีได้มีการบัญญัติไว้ แต่ความเห็นส่วนมากของนักกฎหมายเห็นว่า หากเป็นบิดา มารดาที่ชอบด้วยกฎหมายต้องฟ้องตามมาตรา 429 เพราะต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบของบิดามารดา โดยพิสูจน์ว่าบิดามารดาไม่ได้ให้ความระมัดระวังในการดูแลผู้เยาว์ตามที่กฎหมายกำหนด กรณีเป็นบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังดูแลผู้เยาว์อยู่ในความเป็นจริงก็ต้องฟ้องตามมาตรา 430 ส่วนตามคำพิพากษาของศาลฎีกาได้ตีความมาตรา 429 ว่าหมายถึงบิดาที่ชอบด้วย กฎหมายเท่านั้นเช่นกัน ส่วนบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตีความให้รับผิดชอบตามมาตรา 430

ในต่างประเทศส่วนใหญ่ก็เช่นเดียวกับกฎหมายไทย คือ ถือหลักว่าบิดามารดาที่ต้อง มารับผิดชอบดังกล่าวก็ต้องเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

¹¹ Suzanne Galand –Carval, “Liability for Damage Caused by Other under French,” Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others, ed. Jaap Spier (The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2002), p. 88.

มีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ เว้นแต่ในประเทศญี่ปุ่น แม้ในกฎหมายจะใช้คำว่า ผู้มีหน้าที่ดูแลตามกฎหมาย แต่ศาลญี่ปุ่นได้ตีความขยายความไปถึงผู้ที่มีหน้าที่ดูแลตามความเป็นจริงด้วย

เมื่อในกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศยังมิได้มีความเห็นเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาไปแต่อย่างใด แต่เนื่องจากสภาพครอบครัว เศรษฐกิจ และสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป บิดามารดามิได้จดทะเบียนสมรสมีจำนวนที่มากขึ้น ทำให้ปรากฏบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีจำนวนมากขึ้น การให้บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ต้องรับผิดชอบตามมาตราใดไม่มีการบัญญัติไว้ การตีความว่าบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 429 ทั้งที่ในต่างประเทศกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจน เมื่อในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้ออกมาโดยมีจุดประสงค์เพื่อใช้ในการป้องปรามเด็กที่กระทำผิดและเพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการที่เหมาะสม ผู้ได้รับประโยชน์คือ รัฐ สอดคล้องกับกฎหมายละเมิดเช่นกันว่าผู้ได้รับประโยชน์ คือ ผู้เสียหาย เพื่อให้ได้รับการเยียวยา การตีความว่าบิดามารดามารดาทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายและบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงควรรับผิดชอบตามมาตรา นี้ จึงจะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย เมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้ให้คำจำกัดความคำว่า “บิดามารดา” ให้ความหมายว่า บิดามารดาของเด็ก ไม่ว่าจะสมรสกันหรือไม่ และได้ให้คำจำกัดความ คำว่า “ผู้ปกครอง” ให้ความหมายว่า บิดามารดา ผู้อนุบาล ผู้รับบุตรบุญธรรมและผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และให้ความหมายรวมถึง พ่อเลี้ยงและแม่เลี้ยง ผู้ปกครองสวัสดิภาพ นายจ้าง ตลอดจนบุคคลอื่นซึ่งรับเด็กไว้ในความอุปการะเลี้ยงดูหรือซึ่งเด็กอาศัยอยู่ด้วย จากคานียามคำว่า “บิดามารดา” ดังกล่าว เมื่อนำมาปรับใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว เห็นว่าควรตีความคำว่าบิดามารดาตามมาตรา 429 ให้รวมถึงบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 430 ด้วย เพื่อให้บทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบิดามารดาอยู่ในมาตราเดียวกันและในมาตรา 430 เหลือเพียงบุคคลอื่นที่มีหน้าที่ดูแลบุตรผู้เยาว์เท่านั้น และการตีความดังกล่าวก็สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันที่ได้สมรสกัน ส่งผลให้บิดาอยู่ในสถานะที่เป็นบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเห็นต่อไปว่า บิดามารดาที่จะมีความรับผิดชอบได้ ก็เฉพาะแต่บิดามารดาที่ให้ความอุปการะเลี้ยงดู หรือ บิดามารดาที่มีบุตรอาศัยอยู่ด้วย

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างในการตีความกฎหมายอาญา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 294/2538¹² ตีความ มาตรา 28 ประกอบมาตรา 1562, มาตรา 1598/28 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นกรณีให้เห็นว่าสายเลือดสำคัญกว่าทะเบียนสมรส และการตีความในกฎหมายอาญาที่ว่า เมื่อกฎหมายบัญญัติว่า ผู้ปกครองข่มขืนกระทำชำเราผู้อยู่ในปกครอง คนทั่วไปย่อมเข้าใจว่า ผู้ปกครอง คือ คนที่ได้อยู่ด้วย หรือ ผู้ที่ดูแลอบรมสั่งสอนเด็ก แต่ศาลกลับไปเห็นว่า ผู้ปกครอง หมายถึง ผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแม้จะไม่ได้อยู่กับเด็ก ผู้ถูกกระทำเลย ก็ยังเป็นผู้ปกครองอยู่ ดังนั้น พ่อเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงจึงไม่ต้องเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 เพราะผู้ปกครองคือบิดามารดาที่แท้จริงแม้ไม่ปรากฏอยู่ที่ไหนก็ตาม บิดาเลี้ยงที่ได้อยู่กินด้วย ไม่ใช่ผู้ปกครอง ที่จริงแล้วคำว่า ผู้ปกครอง ในความหมายของกฎหมายอาญา ก็เพื่อแสดงให้เห็นถึงการใช้อิทธิพล บังคับกระทำต่อเด็ก¹³

3. เหตุยกเว้นความรับผิดของบิดามารดา

3.1 กฎหมายไทย

ความรับผิดของบิดามารดาตามมาตรา 420 เป็นกรณีที่บิดามารดาปล่อยปละละเลยผู้เยาว์ถึงขนาดไปก่อความเสียหายต่อผู้อื่น การพิสูจน์ความรับผิดของบิดามารดาต้องพิสูจน์ตามหลักละเมิดทั่วไป คือ พิจารณาว่ามีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ มีความเสียหายเกิดขึ้นหรือไม่ และมีความเสียหายสัมพันธ์กับการกระทำของบิดาหรือไม่ ซึ่งฝ่ายผู้เสียหายจะเป็นผู้นำสืบพิสูจน์ความรับผิดของบิดามารดา

ในความรับผิดของบิดามารดา ตามมาตรา 429 เป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายไว้ก่อนว่า บิดามารดาเป็นต้องร่วมรับผิดโดยผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ว่า บิดามารดามีได้ใช้ความระมัดระวัง แต่เป็นหน้าที่ของบิดามารดาที่จะต้องนำสืบพิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตาม

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 294/2538 ให้ความหมายคำว่า ผู้บุพการีหมายถึงบิดามารดาปู่ย่าตายาย ทวด และผู้สืบสายโลหิตกันโดยตรงขึ้นไปตามความเป็นจริง จำเลยเพียงแต่ผู้รับโจทก์เป็นบุตรบุญธรรมมิใช่บิดาของโจทก์ จึงมิใช่ผู้บุพการีของโจทก์ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลยได้ ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1562

¹³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “ปัจจัยที่ทำให้กฎหมายขาดประสิทธิภาพ,” บทบันทึกคดี, เล่มที่ 60 ตอน 2, หน้า 65-66.

สมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งกระทำอยู่ ถ้าไม่พิสูจน์หรือพิสูจน์หักล้างไม่ได้ก็ยอมแพคดีและต้องร่วมรับผิดชอบกับบุตรผู้เยาว์

ส่วนความรับผิดชอบของบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 430 เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้เสียหายพิสูจน์ว่าบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งรับดูแลผู้ไร้ความสามารถอยู่ชั่วคราวหรือเป็นนิตยมิได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลบุตรผู้เยาว์ขณะที่บุตรผู้เยาว์อยู่ในความดูแล

การตีบทกฎหมายรวมถึงแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาได้กำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดชอบของบิดามารดาว่า “ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว” ข้อนี้มีหลักวินิจฉัยว่า การกระทำที่ก่อความเสียหายนั้น บิดามารดาสามารถป้องกันได้หรือไม่ หากบิดามารดาสามารถรู้มาก่อนว่าบุตรผู้เยาว์มีความประพฤติดังกล่าว แต่ไม่ดำเนินการแก้ไข บิดามารดาก็ต้องมีความรับผิดชอบ สำหรับการที่ใช้ความระมัดระวังในการดูแลบุตรผู้เยาว์มีหลายระดับ หากบุตรผู้เยาว์ที่ยังดูแลรักษาตัวเองไม่ได้ การดูแลย่อมใกล้ชิดกว่าบุตรที่โตที่ดูแลตนเองได้แล้ว บิดามารดาควรดูแลรวมทั้งอบรมสั่งสอน เช่น สั่งสอนความประพฤติไม่ให้รังแกคนอื่น ไม่ให้ชุกชกเกินขนาดทำให้ของคนอื่นเสียหาย หรือไม่ให้มือไวใจเร็วลักทรัพย์ หยิบฉวยของของคนอื่น เป็นต้น ซึ่งต้องดูจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องๆไป

ในส่วนของกรณีวินิจฉัยคดีของศาลฎีกาของไทย ศึกษาแล้วพบว่า ศาลฎีกาได้ตีความไปตามข้อเท็จจริงภายใต้กฎหมายที่เปิดโอกาสให้บิดามารดาสามารถแก้ตัวได้ว่า บิดามารดาได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว บุตรมีความประพฤติดี หรือเหลือวิสัยที่บิดามารดาจะได้ใช้ความระมัดระวัง ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1892/2535 ซึ่งตรงข้ามกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2118/2540 ที่บิดามารดาไม่ต้องรับผิดชอบในการละเมิดของบุตรผู้เยาว์ เพราะความประพฤติดีของบุตรผู้เยาว์และการไม่ใช้การกระทำที่เป็นปกติของบุตรผู้เยาว์

เมื่อพิจารณาหาคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองเรื่องนี้แม้ข้อเท็จจริงจะใกล้เคียงกัน คำพิพากษาทั้งสองมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนในเรื่องพฤติการณ์ของบุตรผู้เยาว์ โดยศาลได้วินิจฉัยโดยอาศัยข้อเท็จจริงในเรื่องการรับรู้เกี่ยวกับพฤติกรรมบุตรผู้เยาว์ของตน ซึ่งจะเป็นไปตามเหตุปกติและเหตุจริงที่ได้กล่าวมาแล้ว

ส่วนในเรื่องการอยู่ห่างโดยระยะทาง ถ้าบิดามารดาให้บุตรไปอยู่กับคนอื่น เช่น ไปเรียนหนังสือต่างจังหวัด ให้พักอาศัยอยู่กับปู่ย่าตายาย ลุงป้า น้าอา แล้วบุตรผู้เยาว์ไปทำละเมิดระหว่างนั้น บิดามารดาต้องรับผิดชอบหรือไม่ บิดามารดาต้องพิสูจน์เพียงว่าได้มอบบุตรผู้เยาว์ให้อยู่กับญาติผู้ใหญ่ที่ไว้วางใจดูแลแทน โดยการส่งไปเรียนหนังสือแล้วบิดามารดาไม่ต้องตามไปเฝ้าดูแลยังที่อยู่ของผู้เยาว์ตลอด พิสูจน์เพียงว่ามอบให้ไปอยู่ในความดูแลของญาติพี่น้องเพื่อเรียนหนังสือ แค่นี้ก็ถือว่าเป็นการพิสูจน์ว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว การมอบบุตรให้ไปอยู่

กับญาติผู้ใหญ่ถือว่าเป็นการกระทำสมควร แต่ถ้าปล่อยให้บุตรผู้เยาว์ไปเรียนหนังสือโดยไปอยู่หอตามลำพัง หากเป็นบุตรผู้เยาว์ที่มีความประพฤติไม่ดีก็อาจจะไม่สมควรปล่อย หรือไปอยู่กับเพื่อนที่ไม่อาจดูแลได้ก็อาจจะไม่สมควรปล่อยให้ไปอยู่อย่างอิสระ การให้ผู้เยาว์ไปเรียนหนังสือต่างจังหวัดแล้วไปอยู่หอพักโดยลำพัง ความประพฤติก็ไม่ได้ อย่างนี้ถือว่าขาดความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแล แต่ถ้าบุตรโตเพียงพอแล้ว มีความประพฤติดี แม้จะไปอยู่หอพักโดยลำพังก็อาจจะฟังได้ว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว

3.2 กฎหมายต่างประเทศ

ความรับผิดของบิดามารดาทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน นอกจากบิดามารดาต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ก่อให้เกิดขึ้นจากการกระทำของตนเองแล้ว ความรับผิดชอบนั้นยังรวมถึงความเสียหายที่ก่อขึ้นโดยบุตรที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน ในประเทศฝรั่งเศส ตั้งแต่ปี ค.ศ.1997 ศาลได้มีการตัดสินในบางคดี ว่าบิดามารดาจะถูกสันนิษฐานว่าต้องควบคุมดูแลและให้การศึกษาบุตรผู้เยาว์อย่างเพียงพอ โดยข้อสันนิษฐานสามารถถูกหักล้างได้ ถ้าแสดงให้เห็นว่าบิดามารดาได้ให้การศึกษา ควบคุมดูแลอย่างเหมาะสมแล้วก็ตาม บิดามารดาต้องรับผิดอย่างเคร่งครัดมากขึ้น ในประเทศเยอรมัน กฎหมายสันนิษฐานว่าบิดามารดาขาดการดูแล แม้ว่าเริ่มจะมี The Zweite Schadensrechtsänderungs-gesetz และกำลังมีแนวโน้มว่าจะเปลี่ยนแปลงเป็นความรับผิดเคร่งครัด แต่ในปัจจุบันก็ยังเป็นความรับผิดอยู่บนข้อสันนิษฐานความผิด (Liability Based on Presumed Fault) อยู่

ในประเทศญี่ปุ่นก็จะคล้ายกับประเทศเยอรมัน ว่าผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายในการดูแลผู้เยาว์ ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายของผู้เยาว์ แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้เยาว์ไม่ต้องรับผิดเพื่อความเสียหายหรือบิดามารดาผู้มีหน้าที่ดูแลตามกฎหมายดูแลเอาใจใส่ตามสมควรและไม่ได้ประมาทเลินเล่อในหน้าที่ดูแล ผู้ดูแลย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด แต่ในระหว่างประเทศเยอรมันและประเทศญี่ปุ่นอาจแตกต่างกันตรงที่ผู้มีหน้าที่ดูแลตามกฎหมายของประมวลแพ่งญี่ปุ่นได้ขยายออกรวมไปถึงบุคคลที่มีหน้าที่ดูแลตามความเป็นจริงด้วยทำให้ข้อสันนิษฐานกว้างกว่า

ในประเทศอังกฤษ การพิจารณาความรับผิดเพื่อละเมิดของบิดามารดา ต้องพิจารณาถึงการกระทำของบิดามารดาว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังหรือไม่ ส่วนสภาพจิตใจของบิดามารดานั้นไม่ต้องพิจารณาถึง หมายความว่า เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

เฉพาะกรณีที่คาดหมายได้ว่าการไม่ทำหน้าที่ของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบุคคลที่ตนคาดหมายว่าได้รับความเสียหายเกี่ยวเนื่องอย่างใกล้ชิดและโดยตรงจากการกระทำและงดเว้นกระทำของบิดามารดาเท่านั้น

ในสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์โดยทั่วไป บิดามารดาไม่ต้องมีความรับผิดชอบในผลจากการกระทำละเมิดของบุตรผู้เยาว์ แต่อย่างไรก็ตามมีบางมลรัฐที่มีการพิสูจน์หลักความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น เช่น ในมลรัฐ California มีความรับผิดชอบในความเสียหายทางแพ่ง ภายใต้ California Civil Code บิดามารดาหรือผู้ดูแลมีความรับผิดชอบในความเสียหายทางแพ่งไม่เกิน \$25,000 ในการบาดเจ็บ เสียชีวิตหรือความเสียหายอื่นๆที่เกิดขึ้นแต่ทรัพย์สิน สำหรับการจงใจประพฤติดมิชอบของผู้เยาว์ในกรณีมีหน้าที่ควบคุมดูแลผู้เยาว์ของบิดามารดาหรือของผู้ดูแล(มาตรา1714.1)โดยเริ่ม 1 มกราคม ปี 1997 โดยมีองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งใน 4 ประการ คือ

1.ถ้าบิดามารดารู้ว่าเด็กสามารถที่จะประพฤติดมิชอบได้ (misconduct) และยังล้มเหลวในการป้องกันมิให้เด็กประพฤติดมิชอบ จะถือว่าบิดามารดามีความรับผิดชอบในการประมาทเลินเล่อของเด็ก โดยถ้าบิดามารดาหรือควรรู้ว่าจะมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมเด็ก แต่ได้บกพร่องในการกระทำนั้นเรียกว่า ประมาทเลินเล่อในการควบคุมดูแล(negligent supervision)

2.หากบิดามารดาเซ็นใบสมัครขอใบอนุญาตขับรถของบุตรผู้เยาว์ หรือผู้เยาว์ที่ไม่มีใบอนุญาตขับที่ไปขับรถของบิดามารดาโดยบิดามารดาและก้ออนุญาต เพราะการสมัครรับใบขับซึ่งต้องมีการรับรองโดยพ่อแม่หรือบุคคลที่มีหน้าที่ดูแลตามกฎหมาย

3.เด็กจงใจและประพฤติดมิชอบในการทำความผิด ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย การกระทำโดยจงใจหรือประพฤดิไม่สมควรของผู้เยาว์หากก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น บิดามารดาหรือผู้ที่มีหน้าที่ดูแลมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย

4.เด็กทำความผิดโดยใช้อาวุธปืน มลรัฐแคลิฟอเนียออกกฎหมายให้บิดามารดาหรือผู้ที่มีหน้าที่ดูแลมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากปล่อยปละละเลยให้เด็กมีปืน

ส่วนในประเด็นเรื่องการที่บุตรอยู่ห่างโดยระยะทางนั้น

ในมาตรา 1384 วรรค 4 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้บัญญัติความรับผิดชอบของบิดามารดา ว่า “บิดามารดาและผู้ซึ่งใช้สิทธิในการดูแลต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหาย ซึ่งเกิดจากการที่ผู้เยาว์ซึ่งอาศัยอยู่กับตน” โดยเงื่อนไขของมาตรานี้กำหนดไว้ 2 ประการ คือ 1.บิดามารดาต้องเป็นผู้มีอำนาจปกครอง และ 2.ความเสียหายต้องเกิดขณะบุตรผู้เยาว์อาศัยอยู่กับบิดามารดา โดยคำว่า “Cohabitation” ศาลได้นำมาใช้เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้บิดามารดาหลุดพ้น

จากความรับผิด โดยเฉพาะในกรณีที่บุตรผู้เยาว์ออกจากบ้านเป็นการชั่วคราวและผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าการกระทำของบุตรผู้เยาว์เป็นความผิด แต่พิสูจน์ว่าบุตรผู้เยาว์เป็นสาเหตุของความเสียหายนั้นก็เพียงพอแล้ว การที่มาตรา 1384 วรรค 4 กำหนดเช่นนี้เพราะว่า กฎหมายประสงค์ให้บุตรผู้เยาว์ต้องอาศัยอยู่เป็นปกติกับบิดามารดา บิดามารดา ยังคงต้องรับผิดชอบแม้ว่าบุตรไม่อยู่บ้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบิดามารดาต้องรับผิดชอบกรณีที่มิได้กระทำการใดที่เป็นการป้องกันมิให้บุตรออกจากบ้านไปก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น คำพิพากษาที่แสดงตัวอย่างที่ชัดเจนในเรื่องนี้ คือ ในคดี Civ.2, 20 January 2000 (fn.12) เป็นกรณีที่ยืนยันว่าบุตรผู้เยาว์ถูกฝากเลี้ยงฝากดูแลไว้กับบุคคลอื่นชั่วคราวก็ไม่ได้ทำให้ความรับผิดของบิดามารดาลดลง

ดังนั้น การพิจารณาเกี่ยวกับเงื่อนไขในเรื่อง "การอยู่อาศัย" ศาลชี้ว่าแม้การฟ้องคดีวางอยู่บนหลักมาตรา 1384 วรรค 4 กับวรรค 7 แต่ศาลได้นำมาตรา 1384 วรรค 1 มาบังคับใช้ ศาลได้วางแนวว่า การอยู่ร่วมกันของบุตรผู้เยาว์และบิดามารดาตามมาตรา 1384 วรรค 4 ต้องเป็นการอยู่ร่วมกันเป็นนิมิตในภูมิลำเนาของบิดามารดาและบิดามารดามีอำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์ เท่ากับผู้ที่มีความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นก็เฉพาะแต่บิดามารดาเท่านั้น มาตรา 1384 วรรค 4 บัญญัติว่าความรับผิดจะตกอยู่กับ "บิดา" และ "มารดา" เท่านั้น ศาลสูง (the Cour de cassation) ปฏิเสธการใช้บทบัญญัติดังกล่าวกับปู่ตายายหรือผู้รับดูแล

เงื่อนไขของประเทศฝรั่งเศสที่ว่าผู้เยาว์ต้องอาศัยอยู่กับบิดามารดา อาจเหมาะสมกับสังคมในศตวรรษที่ 19 แต่ในปัจจุบันผู้เขียนเห็นว่าเงื่อนไขนี้อาจไม่เหมาะสม เช่น ปกติเด็กอาจอาศัยอยู่กับบิดามารดา แต่ในวันหยุดอยู่กับปู่ตายาย หรือในกรณีบิดามารดาหย่ากัน อยู่กับบิดา 2 วัน อยู่กับมารดา 5 วัน ส่วนในเรื่องอำนาจปกครองให้อำนาจศาลที่จะยับยั้งการดูแลจากครอบครัว บิดามารดามีอำนาจอยู่เพียงเท่าที่ศาลสั่ง จึงเป็นเหตุผลที่ทำให้ประเทศฝรั่งเศสเปลี่ยนความรับผิดของบิดามารดาให้เป็นความรับผิดที่เคร่งครัดขึ้นในปี ค.ศ. 1997 โดยกฎหมายแพ่งไม่ได้ขยายความรับผิดไปถึงบุคคลอื่น อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1997 ศาลสูงตีความในมาตรา 1384 วรรค 1 ว่าผู้รับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น คือ ผู้มีอำนาจจัดการ สิ่ง หรือควบคุมบุตรผู้เยาว์ จนมาถึงในปัจจุบัน กฎหมายใหม่นี้ ได้ถูกนำมาใช้กับผู้ดูแลและสถานศึกษาที่บุตรผู้เยาว์อยู่ในความดูแลโดยอำนาจของศาล สำหรับหลักความรับผิดที่เคร่งครัด (Strict Liability) ทางเดียวที่จะหลุดพ้นจากความรับผิด คือแสดงให้เห็นว่าเป็นเหตุสุดวิสัยหรือเป็นความผิดของผู้เสียหาย

ในประเทศเยอรมัน บิดามารดามีหน้าที่ตามกฎหมายในการควบคุมดูแลผู้เยาว์ สำหรับเหตุผลที่ว่าอาศัยอยู่กับบิดามารดานั้นไม่ค่อยจำเป็นแล้ว เมื่อไม่มีเงื่อนไขว่าบุตรต้องอาศัยอยู่กับบิดามารดา ดังนั้นการที่บิดามารดาจะหลุดพ้นความรับผิดได้ต้องแสดงว่า ตนไม่มี

ความผิด (absence of fault) เพราะว่าในประเทศเยอรมัน มีหลักที่ว่า ไม่มีความผิดถ้าปราศจากสำนึก จากหลักดังกล่าว บุตรเล็กๆ ไม่ต้องรับผิดชอบ ถ้าไม่สามารถตอบได้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด และบิดามารดารับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากบุตรผู้เยาว์ที่อายุต่ำกว่า 18 ปี และกฎหมายกำหนดว่าการกระทำของบุตรต้องเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วย

ดังนั้น ในกฎหมายไทย ตามมาตรา 420 ผู้เสียหายจะเป็นผู้นำสืบพิสูจน์ความรับผิดชอบบิดามารดาตามหลักละเมิดทั่วไป ส่วนมาตรา 429 เป็นหน้าที่ของบิดามารดาที่จะต้องนำสืบพิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ ส่วนมาตรา 430 ผู้เสียหายต้องนำสืบว่าบิดามารดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลบุตรผู้เยาว์ขณะอยู่ในความดูแล

ส่วนในกฎหมายต่างประเทศ ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามกฎหมายชิลลอร์ เป็นความรับผิดชอบที่ยู่บนข้อสันนิษฐานความผิดว่าบิดามารดาบกพร่องในการดูแลผู้เยาว์ เป็นหน้าที่ของบิดามารดาจะต้องนำสืบพิสูจน์หักล้างความรับผิดชอบของตน ซึ่งในแต่ละประเทศจะมีขอบเขตความรับผิดชอบที่เคร่งครัดต่างกันไป เช่น ในประเทศฝรั่งเศสมีการตีความความรับผิดชอบและในความรับผิดชอบของบิดามารดาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

เมื่อมาดูกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ ในประเทศอังกฤษ การพิจารณาความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของบิดามารดา ต้องพิจารณาถึงการกระทำของบิดามารดาว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังในกรณีที่คาดหมายได้ว่าการไม่ทำหน้าที่ของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบุคคลอื่น ในสหรัฐอเมริกา บิดามารดาไม่ต้องมีความรับผิดชอบในผลจากการกระทำละเมิดของบุตรผู้เยาว์ แต่อย่างไรก็ตามมีบางมลรัฐที่มีการพิสูจน์หลักความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น เช่น ในมลรัฐ California

เห็นว่า แม้มีข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบ จะเป็นการให้ความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายและเป็นการกดดันให้บิดามารดาต้องระมัดระวังมากขึ้น แต่มาตรการดังกล่าวยังไม่เพียงพอในการเยียวยาผู้เสียหาย เพราะท้ายสุดแล้วบิดามารดาก็จะสามารถพิสูจน์อ้างว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการดูแลบุตรแล้ว เพื่อยกเว้นความรับผิด เมื่อการเลี้ยงดูของบิดามารดาส่งผลต่อความประพฤติของบุตร เมื่อในหลายประเทศมีแนวโน้มว่า จะเปลี่ยนความรับผิดชอบของบิดามารดาให้เป็นความรับผิดที่เคร่งครัดมากยิ่งขึ้น ในกฎหมายไทยควรมีการตีความข้อยกเว้นความรับผิดให้เคร่งครัดมากขึ้นเช่นกัน โดยการนำพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาปรับใช้ในการตีความจะส่งผลให้การตีความในเรื่องการใช้ความระมัดระวังเพิ่มขึ้นมากด้วยเช่นกัน จึงน่าจะเป็นการเพียงพอที่จะใช้ในการแก้ปัญหาบุตรผู้เยาว์กระทำความผิด

นอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เน้นว่าผู้ปกครองหมายถึง บิดามารดาตลอดจนบุคคลอื่นซึ่งรับเด็กไว้ในความอุปการะเลี้ยงดูหรือเด็กอาศัยอยู่ด้วย การที่ส่งบุตรผู้เยาว์ไปอยู่กับบุคคลอื่น หากบิดามารดายังอุปการะเลี้ยงดู หรือบิดามารดามีบุตรอาศัยอยู่ กับตนจึงน่าจะยังมีความรับผิดชอบ