

การคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งภายใต้กรอบความคิดเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็ก



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2564

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The Protection of Abandoned Children under the Framework of
“The Best Interest of the Child”



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2021
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งภายใต้กรอบความคิดเรื่อง ประโยชน์สูงสุดของเด็ก
โดย	น.ส.สาวิตรี กุวังคติก
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิพิมพ์ วิวัฒน์วัฒนา

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิพิมพ์ วิวัฒน์วัฒนา)	
.....	กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(รองศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสรมะธากุล)	

CHULALONGKORN UNIVERSITY

สาวิตรี กุวังคติก : การคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งภายใต้กรอบความคิดเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็ก. (The Protection of Abandoned Children under the Framework of “The Best Interest of the Child”) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ผศ. ดร.สิพิม วิวัฒนวัฒนา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษากฎหมายเกี่ยวกับเด็กที่ถูกทอดทิ้งที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายของไทย โดยศึกษาประกอบกับการสัมภาษณ์ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้งในสถานสงเคราะห์ เพื่อศึกษาว่าในปัจจุบันประเทศไทยมีการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในมิติของกฎหมายครอบครัวอย่างเพียงพอแล้วหรือไม่ โดยศึกษานิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งว่าควรกำหนดกรอบให้ชัดเจนมากขึ้นหรือไม่ และตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ควรกำหนดให้การทอดทิ้งบุตรเป็นหนึ่งในเหตุแห่งการถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาตามมาตรา 1582 หรือไม่ อีกทั้ง ควรกำหนดข้อยกเว้นเรื่องบุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาในมาตรา 1563 กรณีที่บิดามารดาทอดทิ้งบุตรหรือไม่ ทั้งนี้ทุก ๆ ประเด็น ศึกษาภายใต้กรอบความคิดเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) ซึ่งเป็นหลักการสากลที่ใช้เพื่อออกกฎหมายและระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองเด็ก

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น พบว่าในประเด้นิยามความหมายมีการบัญญัติไว้สองลักษณะ คือ การบัญญัติความหมายไว้โดยตรง และการบัญญัติความหมายไว้โดยอ้อม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรบัญญัตินิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในสังคม ส่วนในประเด็นเรื่องการถอนอำนาจปกครองด้วยเหตุแห่งการทอดทิ้งบุตรนั้น ผู้เขียนได้เสนอให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมให้การทอดทิ้งบุตรเป็นหนึ่งในเหตุที่ศาลอาจถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาตามมาตรา 1582 ได้ โดยนำหลักกฎหมายเรื่องการถอนอำนาจปกครองโดยแบ่งเป็นการระงับอำนาจปกครองแบบชั่วคราวก่อนจะนำไปสู่การถอนอำนาจปกครองของประเทศญี่ปุ่นมาใช้ และในประเด็นเรื่องการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา ผู้เขียนเสนอให้กรณีที่บิดามารดาทอดทิ้งบุตรเป็นข้อยกเว้นของหน้าที่ดังกล่าวตามมาตรา 1563 ทั้งนี้ การเสนอแก้ไขกฎหมายในประเด็นต่าง ๆ ก็เพื่อให้สอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) ที่เด็กทุกคนควรได้รับการคุ้มครอง

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2564

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6280179734 : MAJOR LAWS

KEYWORD: children, child protection

Savitree Kuwangkhadilok : The Protection of Abandoned Children under the Framework of “The Best Interest of the Child”. Advisor: Asst. Prof. SIPIM WIWATWATTANA, Ph.D.

This study aims to research on the Thai laws regarding the child abandonment in Thailand along with interviewing the officer who works in the foster home and takes care of the abandoned children. The core objective of this study is to address whether now in view of family laws, the abandoned children are adequately protected under the child protection laws. First, it is to prove whether the definition of the “Abandoned Children” should be amended for a crystal-clear scope. Moreover, under Section 1582 of the Civil and Commercial Code, an essential of child abandonment will be analyzed if it is suitable to be one of the causes to terminate the parental power. Last, this research would determine whether child abandonment should be an exception of the child duties under Section 1563 : “Children are bound to maintain their parents”. All issues as aforementioned are studied under the framework of “The Best Interest of the Child” which is the international principle of child protection laws and regulations.

According to the comparison study with the laws of the United States of America, the laws of England, and the laws of Japan, it has been found that there are two ways to define the meaning of the Abandoned Children. These are to explicitly defined and implicitly defined. This study therefore proposes the amendment of the definition of the Abandoned Children in Thailand to be clearer and more suitable with the present situation in our society. As for the issue regarding the termination of parental power, this study proposes that child abandonment should be prescribed as one of the causes to terminate the parental power under Section 1582 by applying the temporality suspension procedure before the termination of the parental power model from the Japanese laws’ principle. Besides, the child abandonment should be the exception of the duty of children to maintain their parents under Section 1563. In sum, all the amendments as proposed should rely on the principle of “The Best Interest of the Child” to guarantee that all children have been protected.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2021

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีหากไม่ได้รับความกรุณาอย่างยิ่งจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สิทิม วิวัฒน์วัฒนา ซึ่งได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้สละเวลาอันมีค่าเพื่อให้คำปรึกษาพร้อมทั้งชี้แนะแนวทางในการศึกษาและให้กำลังใจผู้เขียนตลอดระยะเวลาการจัดทำวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณอย่างสูง ไว้ ณ ที่นี้ สำหรับการสนับสนุนต่อผู้เขียนตลอดมา ตั้งแต่ในช่วงเริ่มต้นจนสำเร็จเสร็จสิ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อีกทั้งกรุณาชี้แนะแนวทางเพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเนื้อหาครบถ้วนรอบด้าน และผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ เสรมธากุล ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และได้กรุณาให้คำแนะนำทางด้านวิชาการ ตลอดจนมุมมองอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อตัวผู้เขียนและต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบพระคุณ นางณิชชาพัชร์ เพ็ชรพันธุ์ (ขณะให้สัมภาษณ์ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการกองส่งเสริมการพัฒนาและสวัสดิการ เด็ก เยาวชน และครอบครัว) ที่ได้เสียสละเวลาอันมีค่าให้สัมภาษณ์ประกอบการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่กลุ่มกฎหมายและเจ้าหน้าที่กรมกิจการเด็กและเยาวชนทุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือในการค้นคว้าหาข้อมูลในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบพระคุณ คุณพ่อวิฑูร กุวังคติก และ คุณแม่สมจิต กุวังคติก ผู้คอยให้การสนับสนุนและอยู่เบื้องหลังทุกความสำเร็จในชีวิตของผู้เขียน และขอขอบคุณ นายคมกฤษ กุวังคติก น้องชายที่คอยเคียงข้างและให้กำลังใจผู้เขียนเสมอมา ขอขอบคุณ คุณนอตและคุณพลอย ที่ช่วยให้คำแนะนำในการศึกษา ขอขอบคุณ คุณจุฑาธิช คุณแบ็ต คุณปอนด์ คุณพีท คุณฟง คุณไอ้ต และบุคคลรอบข้างทุก ๆ คนที่ได้ช่วยเหลือ สนับสนุน และให้กำลังใจผู้เขียนในทุก ๆ เรื่องมาโดยตลอด ขอขอบคุณเพื่อน ๆ หมวดวิชากฎหมายเอกชนและธุรกิจทุกคนที่เป็นกัลยาณมิตรที่ดีโดยเฉพาะอย่างยิ่ง คุณพีรวัสและคุณชนนิกานต์ ที่คอยให้คำปรึกษาผู้เขียนในการจัดทำเล่มวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนลุล่วง

ท้ายนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ที่สนใจศึกษาและเป็นแนวทางในการศึกษาเรื่องนี้ต่อไปในอนาคต หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้เพียงผู้เดียวและขออภัยไว้ ณ ที่นี้

สาวิตรี กุวังคติก

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฎ
สารบัญรูปภาพ.....	ฐ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	5
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง.....	6
บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐาน ทฤษฎีและบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	10
2.1 นิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง.....	10
2.1.1 คำนิยามที่ใกล้เคียงและคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้อง.....	10
2.1.1.1 คำนิยามที่ใกล้เคียง.....	10
2.1.1.2 คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้อง.....	11
2.1.2 เกณฑ์การพิจารณาอายุของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง.....	13
2.1.3 การตีความพฤติการณ์การทอดทิ้งเด็ก.....	15

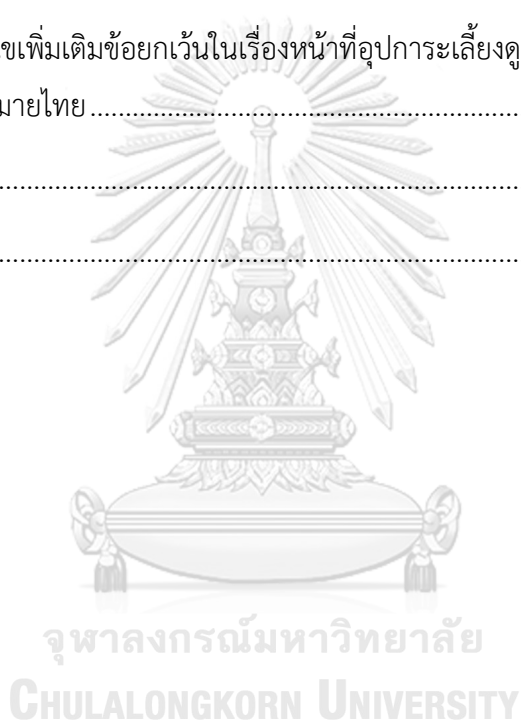
2.1.4	หลักการพิจารณาผู้ทอดทิ้งเด็ก	17
2.2	ประเภทของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง	17
2.3	หลักการ ทฤษฎี และบทบัญญัติทางกฎหมายทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง	21
2.3.1	แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กก่อนมีการตราอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก	21
2.3.2	หลักการคุ้มครองเด็กตามหลักสิทธิมนุษยชน	23
2.3.3	หลักการคุ้มครองเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก	24
2.3.3.1	สิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอด (Right of Survival).....	25
2.3.3.2	สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Right of Protection).....	27
2.3.3.3	สิทธิในการพัฒนา (Right of Development).....	27
2.3.3.4	สิทธิในการมีส่วนร่วม (Right of Participation).....	29
2.4	หลักการ ทฤษฎี บทบัญญัติทางกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่ถูกทอดทิ้ง	29
2.4.1	ความเป็นมาและวิวัฒนาการของกฎหมายไทยในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง	29
2.4.2	บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	32
2.4.3	บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546	33
2.4.3.1	การปฏิบัติต่อเด็กและการสงเคราะห์เด็ก	33
2.4.3.2	กฎกระทรวงและระเบียบที่เกี่ยวข้อง	43
2.4.4	บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553.....	52
2.4.5	บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา	53
2.4.6	หลักกฎหมายครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความสัมพันธ์และสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและเด็กที่ถูกทอดทิ้ง	57
2.4.6.1	สิทธิในการใช้ชื่อสกุล.....	57
2.4.6.2	หน้าที่ของบิดามารดาในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร	58
2.4.6.3	หน้าที่ของบุตรในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาและห้ามฟ้องบุพการี	58

2.4.6.4	อำนาจปกครองบุตร	59
2.4.6.5	การถอนอำนาจปกครองบุตร	61
2.4.6.6	ผลภายหลังการสิ้นสุดของอำนาจปกครอง	66
2.4.6.7	การได้คืนอำนาจปกครอง.....	67
2.5	หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child).....	68
2.5.1	ความหมายของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child)....	69
2.5.2	การปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก.....	69
2.5.2.1	หลัก Primary Consideration.....	70
2.5.2.2	หลัก Paramount Consideration	70
บทที่ 3	การคุ้มครองเด็กและการกำหนดสิทธิหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร กรณีเด็กที่ถูก ทอดทิ้งในต่างประเทศ.....	74
3.1	กฎหมายครอบครัวของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	74
3.1.1	ประวัติศาสตร์และแนวคิดกฎหมายครอบครัวของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	75
3.1.2	วิวัฒนาการในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	77
3.1.3	แนวความคิดเรื่องอำนาจปกครองและผู้ใช้อำนาจปกครอง	79
3.1.4	กฎหมายระดับสหพันธรัฐที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการคุ้มครองเด็กในประเทศ.....	83
	สหรัฐอเมริกา.....	83
3.1.4.1	Child Abuse Prevention and Treatment Act of 1974 (CAPTA).....	84
3.1.4.2	Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980 (AACWA).....	84
3.1.4.3	Adoption and Safe Families Act of 1997 (ASFA).....	86
3.1.5	บทบัญญัติกฎหมายครอบครัวกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง: มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California).....	91
3.1.5.1	มาตรการทางกฎหมายในการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง.....	91
3.1.5.2	การกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง	92
3.1.6	บทบัญญัติกฎหมายครอบครัวกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง: มลรัฐเท็กซัส (Texas).....	95

3.1.6.1	มาตรการทางกฎหมายในการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง (Abandoned Children).....	98
3.1.6.2	มาตรการทางกฎหมายในการดูแลเด็กที่ถูกละเลย (Neglect Children)	99
3.1.6.3	การกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรกรณีเด็กที่ถูกละเลย (Neglect Children) และเด็กที่ถูกทอดทิ้ง (Abandoned Children).....	100
3.2	กฎหมายครอบครัวของประเทศไทย.....	103
3.2.1	ประวัติศาสตร์และแนวคิดกฎหมายครอบครัวของประเทศไทย.....	103
3.2.2	วิวัฒนาการในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในกฎหมายของประเทศไทย.....	104
3.2.3	แนวความคิดเรื่องอำนาจปกครองและผู้ใช้อำนาจปกครอง	106
3.2.4	บทบัญญัติกฎหมายครอบครัวกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง.....	109
3.2.4.1	Children Act 1989.....	109
3.2.4.2	Human Right Act 1998.....	113
3.2.4.3	The Adoption and Children’s Act (2002)	114
3.2.5	มาตรการทางกฎหมายในการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง	114
3.2.6	การกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง.....	117
3.3	กฎหมายครอบครัวของญี่ปุ่น.....	120
3.3.1	ประวัติความเป็นมาของกฎหมายครอบครัวของญี่ปุ่น	120
3.3.2	วิวัฒนาการในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในกฎหมายของญี่ปุ่น	121
3.3.3	แนวความคิดเรื่องอำนาจปกครองและผู้ใช้อำนาจปกครอง	124
3.3.4	กฎหมายครอบครัวของญี่ปุ่นที่เกี่ยวข้องกับกรณีของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง	128
3.3.4.1	ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (Japan Civil Code).....	128
3.3.4.2	พระราชบัญญัติสวัสดิภาพเด็ก (Child Welfare Act)	129
3.3.4.3	พระราชบัญญัติป้องกันการกระทำละเมิดต่อเด็ก (Child Abuse Prevention Act).....	131
3.3.4.4	พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีครอบครัว ค.ศ.1947.....	132

3.3.5	มาตรการทางกฎหมายในการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง	133
3.3.6	การกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง	134
บทที่ 4	บทวิเคราะห์	140
4.1	นิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง	140
4.1.1	เกณฑ์อายุของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง	146
4.1.2	พฤติการณ์การทอดทิ้งเด็ก	151
4.1.2.1	ลักษณะการกระทำ	151
4.1.2.2	เกณฑ์ระยะเวลาของการทอดทิ้ง	156
4.2	หน้าที่ของเด็กที่ถูกทอดทิ้งในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา	159
4.3	การพิจารณาตัดอำนาจปกครองหรืออำนาจของความเป็นบิดามารดา (Parental Rights) ด้วยเหตุแห่งการทอดทิ้งเด็ก	163
4.4	การปรับใช้หลัก Primary Consideration และ หลัก Paramount Consideration ในการตัดอำนาจปกครองหรือสิทธิของความเป็นบิดามารดา(Parental Rights) และในการออกมาตรการคุ้มครองเด็ก	168
4.5	การคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งภายใต้หลักการอื่นซึ่งเทียบเท่าหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ..	171
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	172
5.1	บทสรุป	172
5.1.1	การนิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง	172
5.1.1.1	การกำหนดนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้งโดยตรง	172
5.1.1.2	การกำหนดนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้งโดยอ้อม	174
5.1.2	หน้าที่ของเด็กที่ถูกทอดทิ้งในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา	175
5.1.3	การพิจารณาตัดอำนาจปกครองหรืออำนาจของความเป็นบิดามารดา (Parental Rights) ด้วยเหตุแห่งการทอดทิ้งเด็ก	177
5.1.3.1	หลักการสิ้นสุดของอำนาจปกครองโดยไม่สมัครใจ (Involuntarily termination or termination by non-consensual)	177

5.1.3.2 การชะลอการตัดอำนาจปกครองของบิดามารดา.....	178
5.1.4 การปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) และ หลักการอื่นในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง.....	179
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	181
5.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมค่านิยมของเด็กที่ถูกทอดทิ้งในกฎหมายไทย	181
5.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องการตัดอำนาจปกครองของบิดามารดาเนื่องจากทอดทิ้งเด็กใน กฎหมายไทย	183
5.2.3 การแก้ไขเพิ่มเติมข้อยกเว้นในกรณีที่อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ในกฎหมายไทย.....	184
บรรณานุกรม.....	186
ประวัติผู้เขียน.....	194



สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 4-1 ลักษณะของเด็กที่ถูกทอดทิ้งและเด็กที่ถูกละเลยตามกฎหมายของมลรัฐเท็กซัส.....	145
ตารางที่ 4-2 เพดานอายุของเด็กที่ถูกทอดทิ้งในแต่ละประเทศ.....	150
ตารางที่ 4-3 องค์ประกอบการทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 306	153



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สารบัญรูปภาพ

	หน้า
รูปภาพที่ 1 หนังสือยินยอมของผู้ปกครองให้เด็กเข้ารับการสงเคราะห์ หน้าแรก	50
รูปภาพที่ 2 หนังสือยินยอมของผู้ปกครองให้เด็กเข้ารับการสงเคราะห์ หน้าสอง.....	51



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันปัญหาเด็กที่ถูกทอดทิ้งในสังคมไทยนั้น ถือได้ว่ายังคงเป็นปัญหาใหญ่ที่ต้องการการดูแลและเยียวยาอย่างเป็นรูปธรรม จากสถิติของกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เปิดเผยว่า สถานการณ์เด็กที่ถูกทอดทิ้งในสถานสงเคราะห์ในสังกัด กรมกิจการเด็กและเยาวชน กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ในปี 2562 มีจำนวนมากถึง 4,192 คน¹

เมื่อกล่าวถึงการทอดทิ้งเด็กพบว่า ประเทศไทยมีมาตรการลงโทษผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่ชัดเจน โดยมีจุดประสงค์เพื่อมุ่งลงโทษบิดามารดาที่ทอดทิ้งบุตร แต่หากมองในแง่มุมมองของเด็กที่ถูกทอดทิ้งในมิติของกฎหมายแพ่ง เรื่อง ครอบครัว ผู้เขียนเห็นว่า เด็กที่ถูกทอดทิ้งยังไม่มีนิยามที่ชัดเจนกล่าวคือ ประการแรก ยังขาดการกำหนดกรอบเรื่องพฤติการณ์ทอดทิ้ง อันบ่งชี้ลักษณะของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง โดยสามารถยกตัวอย่างปัญหาได้ เช่น การไม่สนใจเลี้ยงดูเด็กเป็นระยะเวลายาวนานติดต่อกันเพียงใดจึงจะถือว่าเด็กนั้นถูกทอดทิ้งโดยบิดามารดา การมอบเด็กให้ผู้เป็นญาติดูแลแทนเป็นระยะเวลานาน และขาดการติดต่อกลับจากบิดามารดาของเด็ก จะถือเด็กนั้นถูกทอดทิ้งหรือไม่ หรือการนำเด็กมามอบให้สถานสงเคราะห์เพื่อเลี้ยงดูแทนเนื่องจากบิดามารดาไม่พร้อมที่จะเลี้ยงดูถือเป็นกรณีของการทอดทิ้งเด็กตามกรอบของกฎหมายหรือไม่ เป็นต้น ประการที่สอง ยังขาดการกำหนดกรอบของผู้กระทำการทอดทิ้ง ว่าใครบ้างที่อาจถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ทอดทิ้งเด็กได้ ซึ่งปัญหาความไม่ชัดเจนของบทนิยามดังกล่าวได้ส่งผลในทางกฎหมายแพ่ง ประการแรก คือ การทอดทิ้งเด็กนั้นหาใช่เหตุที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นเหตุแห่งการถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาตาม

¹ บริษัท บางกอก มีเดีย แอนด์ บรอดคาสติ้ง จำกัด, "สถานการณ์เด็กกำพร้าของไทยกับโครงการสู่มาตุภูมิ"

[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 ตุลาคม 2563. แหล่งที่มา:

<https://www.pptvhd36.com/news/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%94%E0%B9%87%E0%B8%99%E0%B8%A3%E0%B9%89%E0%B8%AD%E0%B8%99/105217>

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์² ทำให้หากเกิดกรณีที่บิดามารดาที่แท้จริงยังคงมีชีวิตอยู่ แต่เด็กถูกทอดทิ้งไว้กับญาติ ญาติจะต้องยื่นคำร้องเพื่อขอลอนอำนาจปกครองของบิดามารดาที่แท้จริงเสียก่อน ผู้เป็นญาตินั้นจะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อตั้งให้ตนเป็นผู้ปกครองแทนได้³ ซึ่งการพิจารณาขอลอนอำนาจปกครองนั้นขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลทั้งสิ้นและไม่เป็นที่แน่นอนว่าการทอดทิ้งเด็กทุกกรณีศาลจะลอนอำนาจปกครองของบิดามารดา เช่นเดียวกับเด็กซึ่งถูกทอดทิ้งไว้ในสถานสงเคราะห์ เพราะพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 หาได้มีบทบัญญัติบังคับให้พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องยื่นคำร้องเพิกถอนอำนาจปกครองของผู้ปกครองที่นำเด็กมาไว้ยังสถานสงเคราะห์ไม่ อำนาจปกครองบุตรของบิดามารดาที่แท้จริงซึ่งได้ทอดทิ้งเด็กในลักษณะข้างต้นจึงยังอาจมีอยู่ต่อไปหากไม่ได้ดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาล หรือเมื่อศาลพิจารณาเห็นว่าไม่ควรเพิกถอนอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดาที่แท้จริง

ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาคือ ความสัมพันธ์ของบิดามารดาและบุตรที่ยังคงต้องผูกพันกันในทางกฎหมาย เพราะสิทธิในฐานะของความเป็นบิดามารดานั้นแตกต่างหากจากเรื่องอำนาจปกครอง ฉะนั้น แม้ว่าศาลพิจารณาเห็นว่าบิดามารดาสมควรถูกถอนอำนาจปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนจากเหตุที่กล่าวไว้ข้างต้น แต่ความเป็นบิดามารดาและบุตรซึ่งต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันนั้นกฎหมายมิได้สร้างข้อจำกัดยกเว้นไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่กฎหมายบัญญัติว่าบุตรมีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูบิดามารดา⁴ หน้าที่ดังกล่าวยังคงติดตัวบุตรผู้นั้นแม้ว่าจะอยู่ในความเลี้ยงดูของญาติหรืออยู่ในความดูแลของสถานสงเคราะห์และไม่ได้รับอุปการะเงินพินจากความเป็นผู้เยาว์⁵ ดังนั้นเมื่อเด็กเติบโตขึ้น

² มาตรา 1582 ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถโดยคำสั่งของศาลก็ดี ใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับตัวผู้เยาว์โดยมิชอบก็ดี ประพฤติชั่วร้ายก็ดี ในกรณีเหล่านี้ศาลจะสั่งเอง หรือจะสั่งเมื่อญาติของผู้เยาว์หรืออัยการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองเสียบางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้

ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองล้มละลายก็ดี หรือจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ในทางที่ผิดจนอาจเป็นภัยก็ดี ศาลจะสั่งตามวิธีในวรรคหนึ่งให้ถอนอำนาจจัดการทรัพย์สินเสียก็ได้

³ มาตรา 1585 บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะและไม่มีบิดามารดาหรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครองเสียแล้วนั้น จะจัดให้มีผู้ปกครองขึ้นในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ก็ได้

ในกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจปกครองบางส่วนตามมาตรา 1582 วรรคหนึ่ง ศาลจะตั้งผู้ปกครองในส่วนที่ผู้ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจปกครองนั้นก็ได้ หรือในกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจจัดการทรัพย์สินตามมาตรา 1582 วรรคสอง ศาลจะตั้งผู้ปกครองเพื่อจัดการทรัพย์สินก็ได้

⁴ มาตรา 1563 บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา

⁵ มาตรา 19 บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุสี่สิบปีบริบูรณ์

หากเกิดกรณีที่บิดามารดาซึ่งทอดทิ้งบุตรไปได้เรียกร้องสิทธิเลี้ยงดูในทางกฎหมาย บุตรผู้นั้นย่อมมีหน้าที่ในการเลี้ยงดูบิดามารดาตามกฎหมายต่อไป

ดังนั้นผู้เขียนจึงสนใจที่จะศึกษาว่า นิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ควรกำหนดกรอบให้ชัดเจนมากขึ้นหรือไม่ เพียงใด พฤติการณ์ของการทอดทิ้งลักษณะใด จึงจะเข้าข่ายว่าเป็นการทอดทิ้งเด็กในมิติของกฎหมายครอบครัว ตลอดจนกฎหมายควรบัญญัติอย่างชัดเจนหรือไม่ ให้การทอดทิ้งเด็กเป็นหนึ่งในเหตุแห่งการถอนอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดาที่แท้จริงตามมาตรา 1582 เนื่องจากในกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น ได้มีการกำหนดนิยามของการทอดทิ้งเด็ก ตลอดจนพฤติการณ์ของการทอดทิ้ง เช่น การละเลยระยะเวลาของการทอดทิ้ง และระยะเวลาที่บิดามารดาไม่ติดต่อกลับมายังบุตร ว่าระยะเวลาเท่าใดจึงจะถือว่าเด็กถูกทอดทิ้งจากบิดามารดาแล้ว ชัดเจนยิ่งกว่าในกฎหมายของประเทศไทย อนึ่ง ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ยังมีการระบุถึงสิทธิหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรไว้ชัดเจนว่า สิทธิความเป็นบิดามารดา (Parental Rights) ทั้งหมดอาจต้องถูกยกเลิกเพิกถอนไปเมื่อร้องขอต่อศาลในกรณีที่มีการทอดทิ้งบุตร และให้ถือว่าบิดามารดาไม่มีอำนาจใด ๆเหนือตัวบุตรที่ตนทอดทิ้งไปแล้ว ทั้งนี้สาเหตุของการบัญญัติกฎหมายลักษณะดังกล่าว เพราะมีจุดประสงค์ที่สำคัญในการคุ้มครองเด็กในอนาคตมิให้เกิดปัญหาการกลับมาใช้สิทธิหน้าที่ของบิดามารดาเหนือตัวบุตรนั้นอีก ในขณะที่ประเทศญี่ปุ่นจะมีลักษณะของการเพิกถอนอำนาจปกครองโดยมีเงื่อนไขและหากพฤติการณ์ทอดทิ้งนั้นไม่ได้กระทำในลักษณะถาวรก็อาจมีการระงับการใช้อำนาจปกครองชั่วคราว และมีเหตุให้ร้องขออำนาจปกครองคืนได้ในภายหลัง อีกทั้งผู้เขียนยังมีความสนใจที่จะศึกษาเปรียบเทียบประเด็นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563 ที่ได้กำหนดหน้าที่ว่าบุตรต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา⁶ โดยมิได้ระบุข้อยกเว้นเป็นประการใดไว้ว่ามีความเหมาะสมหรือไม่หากเกิดการทอดทิ้งเด็ก ทั้งนี้กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับกฎหมายไทยเป็นอย่างมากในเรื่องดังกล่าวแต่ประเทศญี่ปุ่นมีวิธีการจัดการในเรื่องการเลี้ยงดูบิดามารดาที่แตกต่างกับกฎหมายไทย ในขณะที่เมื่อเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ กฎหมายครอบครัวของทั้งสองประเทศไม่ได้มีกฎหมายกำหนดให้บุตรต้องมีหน้าที่เลี้ยงดูบิดามารดา แต่มีกฎหมายในบางรัฐของ

มาตรา 20 ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรส หากการสมรสนั้นได้ทำตามบทบัญญัติมาตรา 1448

⁶ มาตรา 1563 บุตรต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา

ประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความใกล้เคียง แต่บัญญัติอย่างมีเงื่อนไขและไม่ใช่นำที่อย่างเข้มงวด เนื่องจากเหตุผลเบื้องหลังในการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกัน

วิทยานิพนธ์นี้จึงศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายในเรื่องเด็กที่ถูกทอดทิ้งในประเด็นเรื่องนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง พฤติการณ์การทอดทิ้ง และการพิจารณาว่าการเป็นเด็กที่ถูกทอดทิ้งควรเป็นข้อยกเว้นเรื่องการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามมาตรา 1563 และเป็นเหตุให้บิดามารดานั้นต้องถูกถอนอำนาจปกครองรวมถึงความเป็นบิดามารดาหรือไม่ ผู้เขียนมุ่งหวังให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้นำไปสู่การบัญญัติบทนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้งให้ชัดเจนและครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคม และมุ่งหวังให้มีการแก้ไขกฎหมายครอบครัวในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร และเรื่องอำนาจปกครองบุตร เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง และมุ่งให้เกิดความเป็นธรรมกับตัวเด็กที่ถูกทอดทิ้งมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้โดยอาศัยการศึกษาพื้นฐานรอบความคิดและหลักการเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) มารองรับ โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะกรณีของเด็กที่ถูกทอดทิ้งอันเกิดมาจากบิดามารดาที่สมรสถูกต้องตามกฎหมายไม่รวมถึงการทอดทิ้งเด็กซึ่งเป็นบุตรนอกสมรส เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (อุ้มบุญ) และการทอดทิ้งเด็กโดยสถานสงเคราะห์หรือสถานรับเลี้ยงเด็ก

1.2 สมมติฐานของการวิจัย

ประเทศไทยยังขาดบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ทำให้เกิดปัญหาเรื่องการกำหนดสิทธิหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรเนื่องจากกฎหมายไม่ได้ให้การคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งอย่างเพียงพอ จึงควรมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว

1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาในมิติของกฎหมายแพ่ง ในเรื่องครอบครัวที่เกิดจากการทอดทิ้งเด็กในประเทศไทย
- 2) เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการทอดทิ้งเด็กในประเทศไทยในมิติของกฎหมายแพ่งในเรื่องครอบครัว

- 3) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายครอบครัวต่างประเทศกับหลักกฎหมายครอบครัวของไทยในกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง
- 4) เพื่อเสนอแนวทางและให้มีการแก้ไขกฎหมายครอบครัวให้มีความชัดเจนในเรื่องเด็กที่ถูกทอดทิ้งและสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาครั้งนี้มุ่งศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นในการทอดทิ้งเด็กอันเกิดมาจากบิดามารดาที่สมรสถูกต้องตามกฎหมาย ไม่รวมถึงการทอดทิ้งเด็กซึ่งเป็นบุตรนอกสมรส เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (อุ้มบุญ) และการทอดทิ้งเด็กโดยสถานสงเคราะห์หรือสถานรับเลี้ยงเด็ก เพื่อให้วิทยานิพนธ์มีความกระชับ เหมาะสม และสามารถเป็นแนวทางให้เกิดการศึกษาต่อยอดในอนาคต โดยผู้เขียนทำการศึกษาในมิติของกฎหมายแพ่ง ในเรื่องครอบครัว พร้อมกับศึกษาหลักกฎหมายและกฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้งในประเทศไทย รวมถึงศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายครอบครัวของต่างประเทศ ได้แก่ กลุ่มประเทศ สหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่น เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขพัฒนาระบบกฎหมายครอบครัวไทยในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child)

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาโดยใช้วิธีค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลเป็นสองขั้นตอนคือ

- 1) แบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากบทบัญญัติของกฎหมายและมาตรการทางกฎหมายครอบครัวที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ หนังสือตำราทางกฎหมาย วิทยานิพนธ์ เอกสารทางวิชาการ รายงานการวิจัย บทความ รวมทั้งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ โดยนำข้อมูลทั้งหมดที่รวบรวมมาวิเคราะห์แนวคิด วิธีการ ข้อดีและข้อจำกัด เพื่อหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะแนวทางในการพัฒนาระบบกฎหมายครอบครัวไทยในกรณีของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง
- 2) การสัมภาษณ์เจาะลึก (In-depth Interview) โดยดำเนินการสัมภาษณ์ผู้เกี่ยวข้องโดยการตั้งคำถามสัมภาษณ์และให้ผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาและตอบคำถามเพื่อให้ได้ข้อมูลที่สอดคล้องกับ

วัตถุประสงค์ของการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) เพื่อทราบและวิเคราะห์ปัญหาในทางแพ่ง ของกฎหมายครอบครัว ในกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง
- 2) เพื่อทราบถึงหลักกฎหมายต่างประเทศในการคุ้มครองดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้งในแง่ของกฎหมายแพ่ง ในเรื่องครอบครัว
- 3) เพื่อเสนอแนวคิดในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งอย่างเป็นรูปธรรมในกฎหมายครอบครัวของไทย

1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

จากการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง ไม่ปรากฏงานวิจัยหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องโดยตรงในประเด็นที่ผู้เขียนต้องการศึกษา เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องส่วนใหญ่เป็นเอกสารที่อธิบายแนวความคิดหลักทางกฎหมายครอบครัว และเป็นการศึกษากฎหมายในเรื่องเด็กที่ถูกทอดทิ้งในมิติทางกฎหมายอาญา และกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงงานวิจัยบางฉบับได้กล่าวถึงทฤษฎีในเรื่องการแยกเด็กออกจากครอบครัวซึ่งเป็นประเด็นหนึ่งที่คุณเขียนจะต้องศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศเพื่อให้เข้าใจรากฐานการออกมาตรการทางกฎหมายที่แตกต่างกัน เอกสารต่าง ๆ มีดังต่อไปนี้

1. ประสพสุข บุญเดช. หลักกฎหมายครอบครัว, วิญญูชน, 2562. เป็นการอธิบายหลักกฎหมายที่อยู่ในบรรพ 5 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งครอบคลุมในทุกหมวด และได้อธิบายถึงความเป็นมาของกฎหมายครอบครัวในแง่ประวัติศาสตร์ในตอนเริ่มต้น และเนื้อหาที่มีการยกคำพิพากษาฎีกาประกอบในทุกมาตรา ทำให้ นอกจากการอธิบายตัวบทแล้ว ยังมีการปรับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติที่ยกมาให้เห็นเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้นในส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดาและบุตรนั้นได้มีการอธิบายโดยสรุปเข้าใจง่าย

หนังสือเล่มนี้เป็นข้อมูลเบื้องต้นในการศึกษาเรื่องกฎหมายครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้เห็นภาพกว้างและภาพรวมของกฎหมายครอบครัวอย่างเป็นระบบ และเป็นหนังสือที่เกี่ยวข้องกับมาตราในเรื่องกฎหมายครอบครัว และคำพิพากษาฎีกาที่สามารถนำไปศึกษาและต่อยอดในการศึกษาวิจัยชิ้นนี้ได้ในอนาคต

2. มาตราลักษณณ์ เสรมธากุล. โครงการวิจัยเรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก, โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2562. เป็นงานวิจัยที่อธิบายถึงหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็กซึ่งหลาย ๆ ประเทศได้ให้ความสำคัญในการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองเด็กให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวเช่นเดียวกับประเทศไทยโดยได้มีการอธิบายถึงวิวัฒนาการของหลักการคุ้มครองเด็กและกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งในระดับสากลและในประเทศไทย และได้มีการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศต่าง ๆ ทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณณ์อักษร (Civil Law) และระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) และมีการวิเคราะห์ถึงการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้ในกฎหมายไทย

งานวิจัยเล่มนี้เป็นทั้งคำอธิบายและการวิเคราะห์หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและวิเคราะห์การปรับใช้หลักการดังกล่าวของประเทศต่าง ๆ ได้แก่ ประเทศบริเตนและไอร์แลนด์เหนือ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และฝรั่งเศส ตลอดจนวิเคราะห์คำศัพท์ที่สำคัญทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็ก สามารถเป็นแนวทางในการศึกษาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กและเป็นการวิเคราะห์เปรียบเทียบถึงการนำหลักการนี้มาปรับใช้ในประเทศไทยกับในต่างประเทศว่าควรเป็นไปในลักษณะใด ซึ่งเป็นประโยชน์ในการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้เป็นพื้นฐานในการศึกษามาตรการต่างที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่ถูกทอดทิ้งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

3. วิทยานิพนธ์เรื่อง “การคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง: ศึกษาการบังคับโทษทางอาญาและมาตรการอื่นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546” ซึ่งเป็นวิทยานิพนธ์ในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2560 โดยนางสาวธรรณัญญา จิตสีทอง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาถึงมาตรการบังคับโทษทางอาญาและมาตรการต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ที่เกี่ยวข้องกับกรณีของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง โดยได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรการการบังคับโทษทางอาญาในกรณีที่มีการทอดทิ้งเด็กในมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาว่ามีความแตกต่างกับของประเทศไทยอย่างไร

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เกี่ยวข้องกับเรื่องและผู้เขียนสนใจศึกษาเนื่องจากมีการเขียนถึงแนวความคิดในการคุ้มครองเด็กซึ่งได้ถูกทอดทิ้งไว้ในบางส่วนและทำให้เห็นถึงมาตรการการลงโทษในทางอาญาในต่างประเทศกรณีที่ได้มีการทอดทิ้งเด็กซึ่งมีความรุนแรงแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ แม้จะไม่ได้มีการพูดถึงการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในมิติทางกฎหมายครอบครัวโดยตรงก็ตาม

4. วิทยานิพนธ์เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็กทางครอบครัว” ซึ่งเป็นวิทยานิพนธ์ในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2538 โดย นายวิศิษฐ์ ฉัตรกริช เป็นการศึกษาเกี่ยวกับหลักการสำคัญในการคุ้มครองเด็กในทางกฎหมายระหว่างประเทศ วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศที่ส่งผลต่อกฎหมายไทยในการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็ก และศึกษาถึงสิทธิขั้นพื้นฐานในด้านต่าง ๆ ที่เด็กควรได้รับเปรียบเทียบกับสิทธิที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ ตลอดจนวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับเด็กที่สังคมไทยในยุคนี้ประสบปัญหา

ความเกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือการกล่าวถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญยิ่งในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองเด็กในประเทศไทยในปี พ.ศ. 2546 และมีการพยายามอธิบายให้เห็นความแตกต่างของเด็กกำพร้าแท้ และเด็กกำพร้าเทียม ซึ่งผู้เขียนได้นำมาต่อยอดและวิเคราะห์ปัญหาเรื่องคำนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง แต่เนื้อหาส่วนอื่น ๆ ที่ได้มีการพูดถึงการทอดทิ้งเด็คนั้น เป็นการอธิบายประเด็นทางกฎหมายอาญาที่มุ่งลงโทษผู้ทอดทิ้งเด็ก และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 โดยมุ่งเน้นในเรื่องการช่วยเหลือและการจัดการรับเด็กที่ถูกทอดทิ้งเป็นบุตรบุญธรรมตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งแตกต่างกับประเด็นที่ผู้เขียนมุ่งศึกษาในวิทยานิพนธ์นี้

5. วิทยานิพนธ์เรื่อง “ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์: ศึกษากรณีเด็กและผู้เยาว์ที่เร่ร่อนไม่มีบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล” ซึ่งเป็นวิทยานิพนธ์ในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2545 โดย นายราชศรุต จันทร์โชคติ เป็นการศึกษาในเรื่องความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์เป็นหลักและวิเคราะห์ถึงกรณีเด็กที่เร่ร่อนว่ากฎหมายมีช่องว่างในการตีความและคุ้มครองเด็กที่เร่ร่อน และเสนอแนวทางแก้ไข

ส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนคือ การกล่าวถึงประวัติศาสตร์สากลและประวัติศาสตร์ไทยในเรื่องการคุ้มครองเด็ก ทำให้เห็นถึงแนวทางการอธิบายที่มาและแนวคิดในการคุ้มครองเด็กในเชิงประวัติศาสตร์และนำมาปรับใช้กับวิทยานิพนธ์นี้ แต่ส่วนอื่น ๆ นั้นเป็นการวิเคราะห์กฎหมายอาญาเป็นหลักและต่างจากประเด็นที่ผู้เขียนสนใจศึกษา

6. วิทยานิพนธ์เรื่อง “การคุ้มครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก: ศึกษากรณีการแยกเด็กออกจากครอบครัว” ซึ่งเป็นวิทยานิพนธ์ในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมาย

เอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2559 โดย นางสาวรินทร์ภัส ขาวสิทธิวิธวงศ์ เป็นงานวิจัยที่ศึกษาเรื่องการแยกเด็กออกจากครอบครัวซึ่งเป็นการศึกษาถึงเหตุผลเบื้องหลังที่ได้ปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตลอดจนการสงเคราะห์เด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ว่ากรณีใดบ้างที่กฎหมายกำหนดให้เด็กนั้นจำเป็นต้องอยู่ในความดูแลของบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่ครอบครัว หรือบิดามารดาที่แท้จริง ตลอดจนศึกษาหลักเกณฑ์การพิจารณาเพื่อใช้มาตรการดังกล่าวกับเด็กโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ และวิเคราะห์ตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

แม้ว่าเนื้อหาส่วนใหญ่เน้นมุ่งศึกษาในเรื่องหลักการแยกเด็กออกจากครอบครัวและการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กเทียบกับต่างประเทศเป็นสำคัญ แต่มีส่วนของงานวิจัยนี้ที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์นี้ได้แก่การอธิบายเรื่องกฎหมายพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็ก ตลอดจนหลักการสำคัญในเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งเหมือนกับวิทยานิพนธ์นี้ซึ่งมุ่งคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งโดยอาศัยหลักการในเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็ก และจากการศึกษางานวิจัยฉบับนี้ทำให้ผู้เขียนเข้าใจถึงแนวคิดการแยกเด็กจากครอบครัวของประเทศไทยว่ามีหลักและแนวความคิด ที่มา ที่แตกต่างกับหลักการแยกเด็กออกจากครอบครัวในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ซึ่งส่งผลถึงกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้งที่ผู้เขียนสนใจศึกษาในแง่ของการนำมาวิเคราะห์ต่อไปในประเด็นความสัมพันธ์ในฐานะของความเป็นบิดามารดาและบุตรที่ไม่ถูกเพิกถอนไปด้วยเหตุแห่งการทอดทิ้งบุตร

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐาน ทฤษฎีและบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

เด็กและเยาวชนถือเป็นทรัพยากรที่มีความสำคัญและทรงคุณค่าต่อสังคมและการพัฒนาประเทศชาติ เด็กจึงควรได้รับการคุ้มครองไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมจากทั้งผู้เป็นบิดามารดาและหน่วยงาน สังคม องค์กรที่เกี่ยวข้อง การแสดงออกซึ่งการคุ้มครองเด็กที่ชัดเจนด้านหนึ่งนั่นคือการมีกฎหมาย ระเบียบ หรือจารีตประเพณี ที่ยึดถือปฏิบัติ เพื่อวางกฎระเบียบ แบบแผน และบรรทัดฐานให้สังคมได้ดำเนินตาม ซึ่งกฎหมาย หรือระเบียบแบบแผน ตลอดจนบรรทัดฐานดังกล่าวนั้น ย่อมสะท้อนถึงความเป็นไปในช่วงยุคสมัยหนึ่ง ๆ การศึกษาเพื่อทำความเข้าใจระบบกฎหมายครอบครัวที่คุ้มครองเด็ก ในกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง จึงมีความจำเป็นและสำคัญอย่างมากที่จะต้องทำการศึกษาจากประวัติศาสตร์ของกฎหมาย รากฐาน และแนวความคิดที่พัฒนาต่อมาในแต่ละยุคแต่ละสมัย ซึ่งสามารถสะท้อนหลักการและแนวคิดในการคุ้มครองเด็ก และกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้งอย่างเป็นรูปธรรม

2.1 นิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

2.1.1 คำนิยามที่ใกล้เคียงและคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้อง

2.1.1.1 คำนิยามที่ใกล้เคียง

จากการศึกษาพบว่า ทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ไม่ได้มีการนิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้ แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้มีการแบ่งและจำแนกประเภทของเด็กออกมาเพื่อจัดกลุ่มเด็กให้เด็กได้รับความคุ้มครองที่เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เผชิญ โดยมีคำนิยามที่ใกล้เคียงที่จะขอยกมาอธิบายเพื่อใช้เปรียบเทียบและแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างทางด้านคำนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้งกับเด็กที่ถูกจัดกลุ่มไว้ต่างประเภทกันตามกฎหมายไทย ดังนี้

มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้บัญญัติคำนิยามที่เกี่ยวข้องไว้ดังนี้

“เด็กเร่ร่อน” หมายความว่า เด็กที่ไม่มีบิดามารดาหรือผู้ปกครองหรือมีแต่ไม่เลี้ยงดูหรือไม่สามารถเลี้ยงดูได้จนเป็นเหตุให้เด็กต้องเร่ร่อนไปในที่ต่าง ๆ หรือเด็กที่มีพฤติกรรมใช้ชีวิตเร่ร่อนจนน่าจะเกิดอันตรายต่อสวัสดิภาพของตน

“เด็กกำพร้า” หมายความว่า เด็กที่บิดาหรือมารดาเสียชีวิต เด็กที่ไม่ปรากฏบิดามารดา หรือไม่สามารถสืบหาบิดามารดาได้⁷

จากคำนิยามดังกล่าวนี้ เห็นได้ว่า เด็กเร่ร่อน และ เด็กกำพร้า ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 นั้น แม้โดยผิวเผินมีลักษณะคล้ายกับกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง แต่อย่างไรก็ดีทั้งสองคำนิยามนั้นผู้เขียนเห็นว่าไม่ใช่ความหมายที่แท้จริงของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง เนื่องจากไม่ครอบคลุมทั้งหมด เพราะเด็กที่ถูกทอดทิ้งอาจเป็นเด็กซึ่งมีได้เร่ร่อน แต่อยู่ในความดูแลของสถานสงเคราะห์ และเด็กที่ถูกทอดทิ้ง อาจเป็นกรณีที่บิดามารดาของเด็กนั้นไม่สามารถเลี้ยงดูได้เนื่องด้วยปัจจัยต่าง ๆ จึงได้นำมาฝากให้สถานสงเคราะห์เป็นผู้ดูแล เป็นต้น ดังนั้น คำว่าเด็กที่ถูกทอดทิ้ง จึงไม่สามารถถูกนิยามด้วยคำนิยามของเด็กกำพร้า หรือเด็กเร่ร่อนได้ ในลักษณะเทียบเคียง

นอกจากนี้อีกหนึ่งนิยามความหมายที่เกี่ยวข้องคือ “เด็กที่อยู่ในสภาพยากลำบาก” หมายความว่า เด็กที่อยู่ในครอบครัวยากจนหรือบิดามารดาหย่าร้าง ทั้งร้าง ถูกคุมขัง หรือแยกกันอยู่ และได้รับความลำบาก หรือเด็กที่ต้องรับภาระหน้าที่ในครอบครัวเกินวัยหรือกำลังความสามารถและสติปัญญา หรือเด็กที่ไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้⁸ ซึ่งเป็นการนิยามความหมายในภาพกว้างและไม่ได้เจาะจงเป็นการเฉพาะถึงเด็กที่ถูกทอดทิ้งว่าจะหมายรวมถึงเด็กที่เด็กที่อยู่ในสภาพยากลำบากหรือไม่

2.1.1.2 คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้อง

ด้วยเหตุที่ไม่ได้มีการให้คำนิยามถึงความหมายของ “เด็กที่ถูกทอดทิ้ง” ไว้อย่างชัดเจน ย่อมส่งผลต่อตัวเด็กผู้ขึ้นโดยตรงเรื่องความไม่แน่นอนในการตีความเด็กที่ถูกทอดทิ้งทางกฎหมาย และแม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีการกล่าวถึง “ผู้เยาว์ที่ถูกทอดทิ้ง” ไว้ในมาตรา 1598/22⁹ แต่การขาดนิยามนำมาซึ่งปัญหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีข้อโต้แย้งระหว่างกระบวนการ

⁷ มาตรา 4 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

⁸ มาตรา 4 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

⁹ มาตรา 1598/22 ในการรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม ถ้าผู้เยาว์เป็นผู้ถูกทอดทิ้งและอยู่ในความดูแลของสถานสงเคราะห์เด็กตามกฎหมายว่าด้วยการสงเคราะห์และคุ้มครองเด็ก ให้สถานสงเคราะห์เด็กเป็นผู้ให้ความยินยอมแทนบิดาและมารดา ถ้าสถานสงเคราะห์เด็กไม่ให้ความยินยอม ให้นำความในมาตรา 1598/21 วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2529 เมื่อกระทรวงมหาดไทย ได้มีหนังสือ ที่ มท 0809/12285 ลงวันที่ 5 สิงหาคม พ.ศ. 2529 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า “กระทรวงมหาดไทยได้รับรายงานจากกรมประชาสงเคราะห์ว่า คณะกรรมการการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้พิจารณาปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมและยังหาข้อยุติไม่ได้รวม 3 ประการ จึงมีมติให้กรมประชาสงเคราะห์ดำเนินเรื่องหรือพร้อมทั้งแจ้งความเห็นของคณะกรรมการมายังคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อขอให้ตีความปัญหาข้อกฎหมาย” ซึ่งในประเด็นวินิจฉัยหารือในประการที่สองของหนังสือที่ มท 0809/12285 นั้นมีการเสนอให้ตีความคำว่า “ผู้เยาว์ที่ถูกทอดทิ้ง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่ามีความหมายอย่างไร เพราะต้องนำไปใช้เพื่อตีความตามมาตรา 1598/22 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ท้ายที่สุดคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) ได้พิจารณาข้อหารือของกระทรวงมหาดไทยและบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ก็ได้รับฟังคำชี้แจงข้อเท็จจริงจากผู้แทนกระทรวงมหาดไทย (กรมประชาสงเคราะห์) และผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ (กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย) แล้วมีความเห็นออกมาใน “บันทึกเรื่อง หารือปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/22 และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 14)” ในประเด็นนี้ว่า¹⁰

“คำว่า “ผู้เยาว์ที่ถูกทอดทิ้ง” ที่ใช้อยู่ในมาตรา 1598/22 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์การรับเด็กซึ่งถูกทอดทิ้งและอยู่ในความดูแลของสถานพยาบาลหรือสถาบันซึ่งทางราชการรับรอง หรืออยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของบุคคลอื่นเป็นบุตรบุญธรรม คำว่า “ผู้เยาว์” นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึงบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ส่วนคำว่า “ทอดทิ้ง” ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดความหมายไว้เป็นพิเศษ และในกฎหมายอื่นพบว่า มีที่ใช้อยู่ในมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติเป็นความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก ความว่า “ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินเก้าปีไว้ ณ ที่ใดเพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตนโดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล ต้องระวางโทษ...” ซึ่งถือว่าความผิดฐาน

¹⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกเรื่อง หารือปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/22 และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 14) เรื่องเสร็จที่ 365/2529 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2529), หน้า 1-6.

ทอดทิ้งเด็ก เกิดขึ้นเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า บิดามารดาหรือผู้ปกครองมีเจตนาทำให้เด็กพ้นไปเสียจากตนโดยทอดทิ้งไว้ ณ ที่ใดที่หนึ่ง ในลักษณะที่ทำให้เด็กปราศจากผู้ดูแล อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบที่กำหนดในมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติกำหนดโทษทางอาญาแก่บุคคลผู้ทอดทิ้งเด็กไว้ โดยถือว่าการทอดทิ้งเด็กไปในลักษณะที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล เป็นการกระทำที่เข้าลักษณะความผิดเกี่ยวแก่ชีวิตและร่างกาย เนื่องจากค่านึงว่าเด็กอาจเกิดอันตรายได้หากปราศจากผู้ดูแล จึงไม่อาจนำหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณากรณีการรับเด็กที่ถูกทอดทิ้งเป็นบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1598/22 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยครอบครัว ลักษณะบิดามารดากับบุตร ซึ่งมีความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองแก่เด็กที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองทอดทิ้ง ไม่ดูแลเลี้ยงดูอีกต่อไป โดยวิธีให้สามารถมีผู้เต็มใจรับเด็กไปอุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตรบุญธรรมได้

ดังนั้น เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดความหมายของคำว่า “ทอดทิ้ง” ไว้เป็นพิเศษและไม่อาจพิจารณาความหมายจากบทบัญญัติของกฎหมายทั่วไปอื่นได้ ตามหลักการตีความกฎหมายก็ต้องถือตามความหมายธรรมดาของคำนั้น...”

โดยสรุปคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นเรื่องความหมายของผู้เยาว์ที่ถูกทอดทิ้งไว้ว่า ความหมายของ “ผู้เยาว์ที่ถูกทอดทิ้ง” ตามมาตรา 1598/22 จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีไปว่ามีการกระทำที่แสดงให้เห็นเจตนาของบิดามารดาหรือผู้ปกครองว่าได้ทอดทิ้งผู้เยาว์ไว้ ณ ที่ใด โดยมีเจตนาไม่เลี้ยงดูผู้เยาว์อีกต่อไปหรือไม่ ส่วนระยะเวลาที่ทอดทิ้งไปอาจเป็นข้อเท็จจริงประกอบที่ทำให้เห็นเจตนาได้ว่า บิดามารดาหรือผู้ปกครองตั้งใจทอดทิ้งผู้เยาว์ไปจริง¹¹

2.1.2 เกณฑ์การพิจารณาอายุของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

จากการศึกษาเรื่องการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งนั้น พบว่าปัญหาประการหนึ่งซึ่งควรนำมาพิจารณาในการกำหนดนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้งคือ การพิจารณาว่าควรใช้คำว่า “ผู้เยาว์” หรือ “เด็ก” เนื่องจากทั้งสองคำมีความหมายที่ต่างกัน ส่งผลต่อกลุ่มของเด็กที่จะได้รับการคุ้มครองต่างกัน กล่าวคือ

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5-6

หากใช้คำว่าผู้เยาว์ ต้องยึดความหมายตามมาตรา 19¹² และมาตรา 20¹³ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่ง “ผู้เยาว์” หมายถึง บุคคลซึ่งมีอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์และมีได้บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส เฉกเช่นเดียวกับที่ปรากฏในมาตรา 1598/22 ซึ่งใช้คำว่า “ผู้เยาว์” คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงตีความตามตัวบทกฎหมาย ดังที่ได้อธิบายข้างต้น ว่าหมายถึง บุคคลซึ่งมีอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์ ดังนั้น ผู้ถูกทอดทิ้งที่จะได้รับการคุ้มครองหากใช้นิยามของคำว่าผู้เยาว์ คือ บุคคลซึ่งมีอายุไม่เกินยี่สิบปีบริบูรณ์และมีได้บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

ในขณะที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 บัญญัติความหมายของคำว่า “เด็ก” ขึ้นมา โดยมีการให้คำนิยามความหมายของคำว่า “เด็ก” แตกต่างจาก “ผู้เยาว์” ตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

“เด็ก” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส¹⁴ ทำให้ในการศึกษาเรื่องเด็กที่ถูกทอดทิ้งหากอาศัยนิยามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เป้าหมายของเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองคือผู้มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์และมีได้บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

สาเหตุที่เกณฑ์อายุของเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 กำหนดไว้ที่อายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนโดยการสมรส เนื่องจากหลักการในการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 นั้นต้องการให้พระราชบัญญัตินี้ตั้งกล่าวสอดคล้องกับหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก(Convention on the Rights of the Child)¹⁵ ซึ่งเมื่อได้พิจารณาอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแล้ว คำว่า “เด็ก” ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก¹⁶ หมายถึง “มนุษย์ทุกคนที่

¹² มาตรา 19 บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์

¹³ มาตรา 20 ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรส หากการสมรสนั้นได้ทำตามบทบัญญัติมาตรา 1448

¹⁴ มาตรา 4 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

¹⁵ พงษ์พิสัย วรรณราช, "สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 3 มีนาคม 2564. แหล่งที่มา: http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail_006.htm

¹⁶ Convention on the Rights of the Child

Article 1 For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.

มีอายุต่ำกว่า 18 ปีเว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมาย¹⁷” เมื่อมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กทำให้รัฐภาคีมีพันธะผูกพันด้านกฎหมายและศีลธรรม ในการคุ้มครองสิทธิของเด็ก โดยรัฐจะต้องให้ความคุ้มครองเด็กทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ทั้งการจัดหาบริการด้านสุขภาพและการศึกษาและคุ้มครองการใช้แรงงานเด็กตลอดจนการกระทำอันเป็นการเอารัดเอาเปรียบ ละเมิดหรือทารุณกรรมต่อเด็ก¹⁸ จึงเป็นที่มาของการกำหนดนิยามคำว่า “เด็ก” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

2.1.3 การตีความพฤติการณ์การทอดทิ้งเด็ก

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้มีการบัญญัติถึงทั้งความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ตลอดจนพฤติการณ์การทอดทิ้งเด็ก อย่างไรก็ตามผู้เขียนพบว่า แม้ว่าตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 นั้นจะมีได้ให้นิยามความหมายเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้อย่างชัดเจน แต่ในมาตรา 25 (1) และ (2) ได้มีการระบุถึงพฤติการณ์อันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายของผู้ปกครองตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวในเรื่องการละเลยทอดทิ้งเด็ก คือ การที่ผู้ปกครองทอดทิ้งเด็กไว้ในสถานรับเลี้ยงเด็กหรือสถานพยาบาลหรือไว้กับบุคคลที่รับจ้างเลี้ยงเด็กหรือที่สาธารณะ หรือสถานที่ใด โดยเจตนาที่จะไม่รับเด็กกลับคืน หรือละทิ้งเด็กไว้ ณ สถานที่ใด ๆ โดยไม่จัดให้มีการป้องกันดูแลสวัสดิภาพหรือให้การเลี้ยงดูที่เหมาะสม¹⁹ ซึ่งเป็นการระบุไว้โดยกว้างถึงพฤติการณ์ในการกระทำที่ถือว่าเป็นการทอดทิ้งเด็กไป

ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งได้อธิบายการตีความคำว่า “ผู้เยาว์ที่ถูกทอดทิ้ง” ข้างต้นในหัวข้อที่ 2.1.1.2 ได้ให้ความเห็นเรื่องพฤติการณ์ทอดทิ้งว่า คำว่า “ทอดทิ้ง” ตาม

¹⁷ อภิการ์ตน์ นิยมไทย, "อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก(Convention on the Rights of the Child) สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่คนไทยควรรู้," *จลนิตี* 6, 4 (2552).

¹⁸ กรมกิจการเด็กและเยาวชน, "อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ฉบับเด็ก" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 3 มีนาคม 2564.

แหล่งที่มา: https://dcy.go.th/webnew/upload/children_rights/1.2.pdf

¹⁹ มาตรา 25 ผู้ปกครองต้องไม่กระทำการ ดังต่อไปนี้

(1) ทอดทิ้งเด็กไว้ในสถานรับเลี้ยงเด็กหรือสถานพยาบาลหรือไว้กับบุคคลที่รับจ้างเลี้ยงเด็กหรือที่สาธารณะ หรือสถานที่ใด โดยเจตนาที่จะไม่รับเด็กกลับคืน

(1) ละทิ้งเด็กไว้ ณ สถานที่ใด ๆ โดยไม่จัดให้มีการป้องกันดูแลสวัสดิภาพหรือให้การเลี้ยงดูที่เหมาะสม...

ความหมายที่อธิบายไว้ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตสถาน พ.ศ. 2525 หมายความว่า “ละเลย ทั้ง ขว้าง ไม่เอาเป็นธุระ ไม่เอาใจใส่ ไม่นำพา” ซึ่งเมื่อพิจารณาตามความหมายธรรมดาของคำว่าทอดทิ้ง นี้แล้ว อาจถือได้ว่าการทอดทิ้งผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดทำให้เด็กปราศจากผู้ดูแลอันเข้าองค์ประกอบความผิดทางอาญา แม้บิดามารดาจะทอดทิ้งเด็กไปโดยทิ้งเด็กไว้กับญาติหรือสถานพยาบาล ก็ถือได้ว่าเป็นการทอดทิ้งเด็กตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น มารดาไปคลอดบุตรในสถานพยาบาลและทิ้งเด็กไปโดยไม่บอกกล่าว เป็นต้น อันมีผลทำให้เด็กนั้นเป็น “ผู้เยาว์ที่ถูกทอดทิ้ง” ตามมาตรา 1598/22 นี้²⁰

ในขณะที่ความผิดฐานทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญานั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 306 ซึ่งได้บัญญัติว่า “ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินเก้าปีไว้ ณ ที่ใดเพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ทำให้เห็นได้ว่าลักษณะพฤติการณ์อันจะเป็นการทอดทิ้งตามประมวลกฎหมายอาญามีความแตกต่างจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 โดยต้องพิเคราะห์ถึงคำว่า “เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล”

กฎหมายกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กไว้ไม่เกินเก้าปีเนื่องจากเด็กในวัยนี้ยังไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้และจำเป็นต้องมีผู้ดูแล ในกรณีที่บิดามารดาทอดทิ้งเด็กอายุมากกว่าเก้าปีไม่มีความผิดตามมาตรานี้เพราะขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิด แต่อาจมีความผิดฐานทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้ตามมาตรา 307²¹ เพราะมาตรา 307 ไม่ได้กำหนดอายุของเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้²²

²⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกเรื่อง หรือปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/22 และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 14) เรื่องเสรีจที่ 365/2529, หน้า 5-6.

²¹ มาตรา 307 ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ ภัยพิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

²² ธรรมนูญ จิตสีทอง, "การคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง: ศึกษาการบังคับโทษทางอาญาและมาตรการอื่นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 " (ปริญญาานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560). หน้า 60

2.1.4 หลักการพิจารณาผู้ทอดทิ้งเด็ก

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้มีบัญญัติความหมายของผู้ทอดทิ้งเด็กไว้ แต่เมื่อพิจารณาถึงผู้ซึ่งจะถูกพิจารณาเป็นผู้ทอดทิ้งเด็กตามพหุติการณที่ระบุไว้ในมาตรา 25 (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งได้บัญญัติว่า “ผู้ปกครองต้องไม่กระทำการ ดังต่อไปนี้

(1) ทอดทิ้งเด็กไว้ในสถานรับเลี้ยงเด็กหรือสถานพยาบาลหรือไว้กับบุคคลที่รับจ้างเลี้ยงเด็กหรือที่สาธารณะ หรือสถานที่ใด โดยเจตนาที่จะไม่รับเด็กกลับคืน

(2) ละทิ้งเด็กไว้ ณ สถานที่ใด ๆ โดยไม่จัดให้มีการป้องกันดูแลสวัสดิภาพหรือให้การเลี้ยงดูที่เหมาะสม...”

ดังที่ได้อธิบายข้างต้น พบว่าคำว่า “ผู้ปกครอง” หมายถึง บิดามารดา ผู้อนุบาล ผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึงพ่อแม่เลี้ยง ผู้ปกครองสวัสดิภาพนายจ้าง ตลอดจนบุคคลอื่นซึ่งรับเด็กไว้ในความอุปการะเลี้ยงดูหรือซึ่งเด็กอาศัยอยู่ด้วย²³ บุคคลเหล่านี้ต่างล้วนมีหน้าที่ในการไม่ทอดทิ้งเด็กทั้งสิ้น เพราะตกอยู่ภายใต้คำนิยามของคำว่า “ผู้ปกครอง”

2.2 ประเภทของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

ในปัจจุบันยังมีความเข้าใจผิดเกี่ยวกับเด็กที่ถูกทอดทิ้งในสังคมไทย โดยเฉพาะประเภทของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง เนื่องจากไม่มีการจัดประเภทไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างแน่ชัด แม้แต่ในระดับโลกก็ยังคงมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับเด็กที่อยู่ในสถานสงเคราะห์ แม้ในสถานสงเคราะห์นั้นมีเด็กซึ่งควรได้รับการดูแลหลายประเภทด้วยกัน แต่กลุ่มเด็กส่วนใหญ่คือเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ทั้งที่มีการทอดทิ้งไว้ในโรงพยาบาล หรือทอดทิ้งไว้ในสถานที่ต่าง ๆ ตลอดจนเด็กที่บิดามารดานำมาฝากไว้ที่สถานสงเคราะห์ แต่จากการศึกษาพบว่าสถานสงเคราะห์เด็ก หรือสถานเลี้ยงเด็กกำพร้าถูกเข้าใจผิดอย่างมากว่าจัดตั้งขึ้นมาเพื่อช่วยเหลือเด็กกำพร้าที่ไม่มีบิดามารดา หรือไม่สามารสืบหาบิดามารดาได้แต่พบว่าเด็กกว่า 80% มีบิดาหรือมารดาที่ยังมีชีวิตอยู่ หรือมีบิดาหรือมารดาอย่างน้อยหนึ่งคนที่ยังมีชีวิต

²³ มาตรา 4 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

อยู่²⁴ และสาเหตุของการต้องแยกจากกันนั้นมีหลายอย่าง รวมถึงความยากจน ความพิการ ความสามารถเข้าถึงบริการด้านการศึกษาและบริการฉุกเฉินต่าง ๆ²⁵

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้บัญญัติคุ้มครอง “เด็กกำพร้า” ตามที่ได้มีค่านิยามปรากฏไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ว่าหมายถึง เด็กที่บิดาหรือมารดาเสียชีวิต เด็กที่ไม่ปรากฏบิดามารดาหรือไม่สามารถสืบหาบิดามารดาได้²⁶ ผลของการเป็นเด็กกำพร้า นั้นกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจนว่าเมื่อบิดามารดาไม่ปรากฏ ตัวเด็กนั้นจะต้องมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการปกครองดูแลเด็ก²⁷ และสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร ตลอดจนสิทธิหน้าที่ระหว่างบุตรและบิดามารดา ย่อมเป็นอันเพิกถอนไป ด้วยเหตุที่บิดามารดาของเด็กผู้นั้นเสียชีวิต²⁸

จากการศึกษาพบว่า วิทยานิพนธ์เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็กทางครอบครัว” ซึ่งเป็นวิทยานิพนธ์ในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2538 โดย นายวิศิษฐ์ ฉัตรกริช ได้พยายามอธิบายถึงนิยามของเด็กกำพร้า โดยระบุว่า เด็กกำพร้าแท้ คือเด็กที่ขาดบิดามารดาไม่ว่าจะด้วยเด็กขาดบิดามารดาเพราะเหตุที่บิดามารดาตาย หรือไม่ปรากฏไม่ว่าด้วยเหตุใด ส่วนเด็กกำพร้าเทียม คือเด็กที่มีทั้งบิดามารดา หรือมีบิดาหรือมารดาแต่ไม่สนใจเลี้ยงดูบุตรของตน²⁹ ซึ่ง “เด็กกำพร้าเทียม” ตามความหมายในงานวิจัยฉบับดังกล่าวแตกต่างจากความหมายของเด็กกำพร้าตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁴ Corinna Csáky, Keeping Children out of Harmful Institutions: Why We

Should Be Investing in Family-Based Care (London: The Save the Children Fund, 2009), p.7

²⁵ มูลนิธิลูมอส, "เด็กในสถานสงเคราะห์ ภาพรหมทั่วโลก" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 ตุลาคม 2563. แหล่งที่มา: https://lumos.contentfiles.net/media/assets/file/Global_Numbers_-_Thai.pdf

²⁶ มาตรา 4 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1585 บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะและไม่มียุติบิดามารดาหรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครองเสียแล้วนั้น จะจัดให้มีผู้ปกครองขึ้นในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ก็ได้...

²⁸ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 446

²⁹ วิศิษฐ์ ฉัตรกริช, "มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็กทางครอบครัว" (ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538). หน้า 143

2546 ที่ใช้บังคับในปัจจุบัน เพราะในปัจจุบันเด็กกำพร้าไม่นับรวมถึงกรณีของเด็กกำพร้าเทียม ทำให้ในทางความเป็นจริงการที่บิดามารดาของเด็กนั้นนำเด็กมาฝากไว้ให้กับสถานสงเคราะห์ ซึ่งจะมีทั้งลักษณะที่ฝากไว้ชั่วคราวและยกให้เป็นการถาวร ด้วยเหตุปัจจัยต่าง ๆ ที่ไม่สามารถเลี้ยงดูต่อไปได้ เด็กกลุ่มนี้ตามความเห็นของผู้เขียน ควรจัดให้เป็นเด็กประเภทที่ถูกทอดทิ้งกลุ่มหนึ่ง แต่ในปัจจุบันเด็กกลุ่มดังกล่าว ไม่ได้ถูกจัดกลุ่ม หรือจัดประเภทว่าเป็นเด็กกำพร้า หรือเด็กที่ถูกทอดทิ้ง เพียงแต่ตามมาตรา 28 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ระบุว่าหากเป็นกรณีที่พบว่าบิดามารดาไม่สามารถเลี้ยงดูบุตรได้ เจ้าหน้าที่ต้องให้การสงเคราะห์ตามที่ได้ระบุไว้ในพระราชบัญญัติ³⁰ ส่งผลให้เด็กผู้นั้นไม่มีสถานะที่แน่นอนทางกฎหมาย มีเพียงบทบัญญัติทางกฎหมายที่เข้ามาให้การช่วยเหลือคุ้มครองเพื่อจัดการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง หรือ “เด็กกำพร้าเทียม” นั้นให้ได้รับการดูแลที่เหมาะสมและปลอดภัยซึ่งปัญหาที่ตามมาคือเรื่องทางกฎหมายครอบครัว ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

อนึ่ง จากการที่ผู้เขียนได้สัมภาษณ์ ผู้อำนวยการกองส่งเสริมการพัฒนาและสวัสดิการ เด็ก เยาวชน และครอบครัว กรมกิจการเด็กและเยาวชน³¹ เกี่ยวกับกระบวนการรับเด็กเข้าดูแลโดยสถานสงเคราะห์ พบว่า สถานสงเคราะห์นั้นมีเด็กที่เข้ารับการอุปการะซึ่งไม่ใช่ลักษณะของเด็กกำพร้าทั้งหมด แต่เป็นกรณีซึ่งผู้ปกครองประสบปัญหาไม่สามารถดูแลได้จึงนำมามอบให้กับสถานสงเคราะห์ เพื่อให้สถานสงเคราะห์ดูแลและจัดหาครอบครัวทดแทน ตามกระบวนการต่อไป และอีกประเภทหนึ่งคือเด็กที่ผู้ปกครองเพียงนำมาฝากเลี้ยงไว้ด้วยเหตุไม่สามารถเลี้ยงดูได้ หรือมีปัญหาในการเลี้ยงดูเด็กโดยกรณีของเด็กที่นำมาฝากเลี้ยงนั้น ลำดับแรกเมื่อบิดามารดา หรือผู้ปกครองนำตัวเด็กมาที่สถานสงเคราะห์ จะมีการสอบประวัติที่ค่อนข้างละเอียด ในกรณีที่บิดามารดาเป็นคนนำมาฝาก จะมีการแจ้งระเบียบปฏิบัติในการเข้าเยี่ยมบุตรของตน ซึ่งการฝากเลี้ยงนั้นมีระยะเวลาที่ไม่แน่นอนชัดเจนในทางปฏิบัติมักกำหนดไว้ที่ระยะเวลา 1 ปี และมีเงื่อนไขในการที่ผู้เป็นบิดามารดา หรือผู้ปกครองซึ่ง

³⁰ มาตรา 28 ในกรณีผู้ปกครองตกอยู่ในสภาพไม่อาจให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรม สั่งสอน และพัฒนาเด็กได้ไม่ว่าด้วยเหตุใด หรือผู้ปกครองกระทำการใดอันน่าจะเกิดอันตรายต่อสวัสดิภาพหรือขัดขวางต่อความเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็กหรือให้การเลี้ยงดูโดยมิชอบ หรือมีเหตุจำเป็นอื่นใดเพื่อประโยชน์ในการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก หรือป้องกันมิให้เด็กได้รับอันตรายหรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการให้การสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพตามพระราชบัญญัตินี้

³¹ สัมภาษณ์ นางณิชาพัชร์ เพ็ชรพันธุ์, ผู้อำนวยการกองส่งเสริมการพัฒนาและสวัสดิการ เด็ก เยาวชน และครอบครัว, (31 กรกฎาคม 2564).

นำเด็กมาฝากไว้ นั้นจะต้องเข้ามาเยี่ยมเด็กอย่างน้อย 1 ครั้ง ภายในระยะเวลา 6 เดือนนับแต่นำมาฝากไว้ยังสถานสงเคราะห์

ในทางปฏิบัติบางกรณีปรากฏว่าบิดามารดา หรือผู้ปกครองที่นำตัวเด็กมาฝากนั้นมักจะหายตัวไป ไม่มาเยี่ยมเด็ก และไม่สามารถติดต่อได้ ทำให้นักสังคมสงเคราะห์ต้องมีการลงพื้นที่เพื่อสืบหาข้อเท็จจริงหรือสำรวจสถานะว่าเด็กยังคงมีบิดามารดาหรือผู้ปกครองอยู่หรือไม่ กระบวนการส่วนนี้เรียกว่า “การสืบประวัติ” ในกรณีที่นักสังคมสงเคราะห์ไม่พบบิดามารดา หรือผู้ปกครองของเด็ก จะมีกระบวนการสืบหาเครือญาติของเด็กเพื่อทำการประเมินตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าสามารถดูแลเด็กได้ต่อไปแทนบิดามารดาหรือผู้ปกครองเดิมซึ่งนำเด็กมาฝากไว้ยังสถานสงเคราะห์ได้หรือไม่ หากทั้งบิดามารดาและผู้ปกครองซึ่งนำเด็กมาฝากนั้นไม่สามารถสืบหาตัวได้และญาติที่เหลืออยู่ไม่มีความเหมาะสมหรือไม่มีความสามารถเพียงพอจะดูแลเด็ก จะต้องมีการระงับประวัติเด็กกรณีตามกระบวนการ และจัดหาครอบครัวทดแทนให้เด็กต่อไป

อีกกรณีหนึ่งคือ หากพบเจอบิดามารดา หรือผู้ปกครองของเด็ก นักสังคมสงเคราะห์ จะมีการพูดคุยให้บิดามารดาเข้าใจถึงความจำเป็นในการมาเยี่ยม และสร้างสัมพันธ์กับเด็กก่อนครบกำหนดระยะเวลาที่ต้องมารับเด็กกลับคืนสู่ครอบครัว ในขั้นตอนนี้ทางปฏิบัติพบว่าบิดามารดา มักจะรับรู้ รับทราบ แต่ไม่เกิดการเข้ามาเยี่ยมเด็กจริงดังที่นักสังคมสงเคราะห์แนะนำ ดังนั้นเมื่อครบระยะเวลา 1 ปี ทางสถานสงเคราะห์ก็จะมีกระบวนการการพูดคุยกับครอบครัวเพื่อให้ครอบครัวเข้าใจในเรื่องของกระบวนการจัดหาครอบครัวทดแทนให้แก่เด็กต่อไป อย่างไรก็ตามการยกเด็กให้กับสถานสงเคราะห์เป็นผู้ดูแลถือหลักความยินยอมจากบิดามารดาเป็นสำคัญ หากเกิดกรณีบิดามารดาของเด็กไม่ยินยอม สถานสงเคราะห์จะไม่มีอำนาจในการดำเนินการหาครอบครัวทดแทนให้แก่เด็กผู้นั้นได้

จากข้อมูลข้างต้นอาจกล่าวได้ว่าเด็กที่เข้ารับการอุปการะในสถานสงเคราะห์นั้นมีทั้งกรณีเป็นเด็กซึ่งบิดามารดายินยอมและตั้งใจยกให้อยู่ในความดูแลของสถานสงเคราะห์ และอีกประเภทหนึ่งคือเด็กซึ่งถูกนำมาฝากเลี้ยงไว้ในสถานสงเคราะห์โดยอาจมีการรับกลับเมื่อครบกำหนด หรือเมื่อครบระยะเวลาแห่งการฝากเลี้ยงไม่มีการรับกลับและไม่มีการยินยอมยกให้สถานสงเคราะห์เช่นกัน ซึ่งส่วนนี้เป็นปัญหาทำให้สถานสงเคราะห์ไม่สามารถจัดหาครอบครัวทดแทนให้เด็กตามกระบวนการได้

2.3 หลักการ ทฤษฎี และบทบัญญัติทางกฎหมายทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

2.3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กก่อนมีการตราอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

ย้อนกลับไปสมัยอดีตซึ่งเป็นยุคของอาณาจักรบาบิโลน เมื่อ 2270 ปี ก่อนคริสต์ศักราช กฎหมายฮัมมูราบีได้บัญญัติเรื่องต่าง ๆ ไว้หลายเรื่องด้วยกัน รวมไปถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและครอบครัว รวมไปถึงอำนาจปกครองดูแลบุตรของบิดามารดา โดยระบุว่า บิดาหรือสามีเป็นผู้นำของครอบครัว และมีหน้าที่ป้องกันดูแลมิให้มีใครมาทำร้ายบุตร และที่ปรากฏอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดาอีกประการหนึ่งคือกฎหมายได้บัญญัติว่าการรับทรัพย์สินจากเด็กโดยปราศจากความยินยอมของบิดามารดาเด็ก ถือว่าเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าในสมัยนี้เด็กยังถือว่าต้องได้รับการดูแลและคุ้มครองจากบิดามารดา³² ส่วนชาวฮีบรู หรือชาวยิวก็มีกฎหมายที่รับรองคุ้มครองตัวเด็กมาช้านานทั้งในแง่ของความสัมพันธ์ของเด็กและครอบครัว และการลงโทษเด็ก ซึ่งมีหลักกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่งในเรื่องห้ามบุตรทุบตี หรือดูด่าว่ากล่าวบิดา มารดา นอกจากนี้ยังมีกฎหมายที่มีการบัญญัติถึงการพิจารณาคดีของเด็กและเยาวชน ชาวฮีบรูเรียกว่ากฎหมายทัลมูด (Talmude)³³

ต่อมาในยุคโรมัน ซึ่งเป็นจุดกำเนิดของกฎหมายเด็กที่มีความสำคัญและเป็นรากฐานสืบเนื่องมาถึงอังกฤษและสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน³⁴ ได้มีการบัญญัติถึงเรื่องความสัมพันธ์ของบุตรและบิดามารดาปรากฏในเรื่อง อำนาจของหัวหน้าครอบครัว (patria potestas) ซึ่งบิดาที่เป็นหัวหน้าครอบครัวนั้น มีอำนาจในการปกครองคนในครอบครัวเป็นเสมือนบิดาแห่งครอบครัวทั้งต่อภรรยาและต่อบุตร ซึ่งอำนาจนี้เป็นอำนาจที่เด็ดขาดต่อตัวบุตร ทำให้บุตรนั้นขาดความสามารถ (capacity) ในการใช้สิทธิของตน แต่บุตรชายจะสามารถมีสิทธิโดยตนเองขึ้นมาได้ก็ต่อเมื่ออายุครบตามเกณฑ์ หรือกลายเป็นหัวหน้าครอบครัวของตนเอง การที่กฎหมายสมัยโรมันกำหนดให้เป็นเช่นนี้เนื่องจากมองว่าการให้ครอบครัวมีสิทธิเด็ดขาดในการปกครองตนเองนั้น สะดวกในการปกครองของรัฐที่สามารถ

³² ประเทือง ธนิยผล, กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548), หน้า 1

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2

³⁴ ราชครูต จันทร์โชติ, "ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์: ศึกษากรณีเด็กที่เร่ร่อนไม่มีบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารจิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545)., หน้า 12

สื่อสารผ่านหัวหน้าครอบครัวเพียงอย่างเดียวได้³⁵ นอกจากนี้ในสมัยโรมันกล่าวได้ว่าหัวหน้าครอบครัว มีสิทธิในการควบคุมคนในครอบครัวในการสมรสหรือหย่าร้างได้ เดิมทีเป็นอำนาจสิทธิขาดของหัวหน้าครอบครัว ต่อมาจึงค่อยปรับเปลี่ยนเป็นเรื่องของความยินยอมจากผู้เกี่ยวข้องแทน ตลอดจนเรื่องการยกบุตรให้เป็นบุตรบุญธรรมก็ให้สิทธิหัวหน้าครอบครัวเช่นกัน อนึ่ง สิทธิเด็ดขาดของหัวหน้าครอบครัว อีกหนึ่งประการคือ มีสิทธิในการลงโทษสมาชิกในครอบครัว ซึ่งอาจให้ถึงตายได้ โดยที่หากจะยับยั้งนั้นทำได้โดยสองวิธีคือ วิธีการแรกอาจเรียกได้ว่าเป็นศาลครอบครัว คือให้ตัวบุตรมาชี้แจงต่อหน้าผู้ใหญ่ของครอบครัวเพื่อให้ช่วยให้คำแนะนำแก่หัวหน้าครอบครัว อย่างไรก็ตามหัวหน้าครอบครัวอาจจะไม่เชื่อตามนั้นก็ได้อีกหนึ่งวิธีคือ ให้ Censor หรือผู้สำรวจสำมะโนประชากรสมัยนั้นเป็นผู้ที่มาช่วยตัดสินในแง่ของการตรวจสอบการใช้อำนาจของหัวหน้าครอบครัว หากเป็นการเกินกว่าเหตุย่อมสามารถ Nota หรือกาดำชื่อไว้ได้³⁶ ต่อมาอำนาจดังกล่าวก็ยังมีการใช้กันอยู่แต่ไม่ได้เคร่งครัดอีกต่อไป แต่ในเรื่องการทิ้งเด็กเกิดใหม่ที่ไม่ต้องการยังสามารถกระทำได้ กรณีนี้เด็กอาจเสียชีวิต หรือถูกเก็บไปเลี้ยง จนกระทั่งมีการออกพระราชกฤษฎีกายกเลิกไปในที่สุด และในสมัยพระเจ้าคอนสแตนตินที่หนึ่งได้มีการออกกฎหมายอาญาลงโทษหัวหน้าครอบครัวที่ฆ่าสมาชิกในครอบครัวโดยการประหารชีวิต นอกจากนี้กฎหมายโรมันในสมัยพระเจ้าคอนสแตนตินที่หนึ่ง มีกฎหมายห้ามบิดามารดาขายลูกยกเว้นกรณีของบิดามารดาที่ยากจนที่สามารถขายลูกได้แต่กฎหมายก็ให้หลักประกันในการมาซื้อลูกคืนไปในภายหลังได้

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายในสมัยโรมันที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรนั้นค่อนข้างให้สิทธิกับบิดาในการใช้อำนาจปกครองบุตร มีลักษณะเป็นผู้ที่มีอำนาจกำหนดชะตาชีวิตของบุตรในหลายเรื่องด้วยกันและยังให้สิทธิในเรื่องการทิ้งบุตร หรือขายบุตรแรกเกิดได้อยู่

เมื่อเข้าสู่ยุคกลางมีทัศนะว่า เด็กเป็นเพียงผู้ใหญ่ที่ตัวเล็กเท่านั้นจึงมีการปฏิบัติต่อเด็กเช่นเดียวกันกับผู้ใหญ่ โดยไม่มีการคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษแต่อย่างใดแต่ต่อมาในอังกฤษได้มีการริเริ่มแนวความคิดเกี่ยวกับ “สิทธิ” (Rights) จากการจัดทำแมกนาคาร์ต้า (Magna Carta) เพื่อจำกัด

³⁵ ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น:จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 57

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 58

อำนาจของพระเจ้าจอห์น ที่แต่เดิมเป็นอำนาจเด็ดขาดและขาดการตรวจสอบถ่วงดุล ซึ่งต่อมาในภายหลัง เมื่ออังกฤษมีรัฐธรรมนูญได้มีการบัญญัติสิทธิเด็กไว้ ทำให้สภาพความเป็นอยู่ของเด็กดีขึ้นกว่าที่ผ่านมานในอดีต³⁷

แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิของเด็กได้พัฒนาต่อมาและกล่าวได้ว่าได้รับอิทธิพลมาจากหลักคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ในช่วงศตวรรษที่ 18 โดยมีแนวคิดว่าการคุ้มครองเด็กเป็นสิทธิสากล (Universal Right) เด็กควรได้รับความคุ้มครอง รับรองโดยปราศจากข้อยกเว้น³⁸ จนกระทั่งมีการออกปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กในปี ค.ศ. 1989 ทิศทางในการดูแลคุ้มครองเด็กนั้นเหมือนได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นกิจจะลักษณะครั้งแรก แต่เนื่องจากปฏิญญานี้ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้ต่อมาได้มีการออกอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ในปี ค.ศ. 1989

2.3.2 หลักการคุ้มครองเด็กตามหลักสิทธิมนุษยชน

การยอมรับหลักสิทธิมนุษยชนในทางระหว่างประเทศอย่างจริงจังได้เริ่มขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยมีสาเหตุมาจากการสูญเสียเพื่อนมนุษย์จากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ของกองทัพฮิตเลอร์ นับเป็นการสูญเสียครั้งใหญ่ที่สุดในประวัติศาสตร์โลก เหตุการณ์ดังกล่าวได้กลายเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนอย่างจริงจัง โดยเริ่มจากการประชุมเพื่อก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศเพื่อทำหน้าที่แทนองค์การสันนิบาตชาติ และมีการออกกฎบัตรสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1945 ทั้งนี้ ต่อมาสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติซึ่งประกอบด้วยสมาชิกประเทศต่าง ๆ ได้ลงมติรับรองและประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) เพื่อเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาคมโลกเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส แม้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะไม่มีผลบังคับทางกฎหมายเหมือนอนุสัญญา สนธิสัญญา หรือข้อตกลงระหว่าง

³⁷ Rama Kant Rai, "History of Child Rights and Child Labour," [Online] Accessed: 3 March 2021. Available from: <http://menengage.org/wp-content/uploads/2014/06/History-of-child-rights-and-child-labour.pdf>

³⁸ วรณฉัตร พวยพุง, "ปัญหาและอุปสรรคการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 " (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตชลบุรี, 2556). หน้า 48-49

ประเทศ แต่ปฏิญญาสากลฉบับดังกล่าวกลับมีผลต่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของแต่ละประเทศอย่างเห็นได้ชัด³⁹

หลักการสำคัญของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้แก่หลักการที่ว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาเท่าเทียมกันและมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เสมอภาคกันในศักดิ์ศรี และสิทธิต่าง ๆ⁴⁰ โดยที่ปฏิญญาฉบับนี้ยังเป็นพื้นฐานสำคัญของสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ อีกหลายฉบับรวมถึงอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

2.3.3 หลักการคุ้มครองเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 มีเนื้อหาเป็นการยกระดับการให้ความคุ้มครองแก่เด็กในฐานะเป็น “สิทธิเด็ดขาด” อันไม่สามารถจำกัดเพื่อละเมิดสิทธิของเด็กได้ โดยวางหลักให้การกระทำใดอันเกี่ยวข้องกับเด็กจะต้องพิจารณา “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” เป็นพื้นฐานเบื้องต้น รวมถึงกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำให้แก่รัฐภาคีในการจัดมาตรการคุ้มครองเด็กให้มีมาตรฐานเทียบเท่าหรือดีกว่าอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่เด็กและเพื่อให้การกระทำใด ๆ ของรัฐเป็นไปอย่างสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาฯ

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ

ประการแรก สิทธิของเด็กนั้นไม่ใช่เรื่องของรัฐหรือใครให้กับเด็ก แต่เป็นสิทธิของเด็กทุกคนที่มีติดตัวมาตั้งแต่เกิด ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ใช้คำว่า “สิทธิติดตัว” (inherent rights) ดังนั้น เด็กจึงเป็นผู้มีสิทธิที่ไม่มีผู้ใดสามารถไปตัดทอนหรือจำกัดการใช้สิทธิอันชอบธรรมของเด็กหรือละเมิดสิทธิของเด็กได้

ประการที่สอง ในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับเด็กจะต้องคำนึงถึงสิทธิเด็กและที่สำคัญที่สุดคือต้องยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) เป็นข้อพิจารณา

³⁹ มาตาลักษณ์ เสรมะชากุล, โครงการวิจัยเรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2562), หน้า 11

⁴⁰ Universal Declaration of Human Rights

Article 1 All human beings are born free and equal and should be treated the same way.

ในการดำเนินการ⁴¹ โดยผู้เขียนจะอธิบายหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) ต่อไปในหัวข้อที่ 2.5

นอกจากนี้ อนุสัญญาฯ ได้กำหนดว่ารัฐภาคีสมาชิกต้องเคารพและคุ้มครองสิทธิเด็กทุกคนที่อยู่ภายในเขตอำนาจของตนโดยไม่เลือกปฏิบัติไม่ว่าจะด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง ต้นกำเนิดทางชาติพันธุ์ สังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิด หรือสถานะของเด็กหรือบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมายเด็ก⁴² ซึ่งการไม่เลือกปฏิบัตินั้นไม่ได้หมายความว่า รัฐจะต้องปฏิบัติต่อเด็กทุกคนเหมือนกันหมด หากเด็กกลุ่มใดไม่สามารถใช้สิทธิเช่นเดียวกับเด็กอื่นเพราะสภาวะทางร่างกาย จิตใจ หรือสังคม เช่น เด็กพิการทางร่างกายหรือทางสมอง เด็กเร่ร่อน ยากจน เป็นต้น รัฐอาจจัดบริการให้เด็กเหล่านี้เป็นกรณีพิเศษเพื่อช่วยให้เด็กกลุ่มนี้ได้เข้าถึงการใช้สิทธิต่าง ๆ อย่างเท่าเทียมกับเด็กอื่น ๆ⁴³

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องดำเนินการคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยจำแนกการคุ้มครองสิทธิเด็กออกเป็น 4 ประการดังนี้⁴⁴

2.3.3.1 สิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอด (Right of Survival)

สิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอด คือ สิทธิของเด็กที่คลอดออกมาแล้วจะต้องมีชีวิตอยู่รอดอย่างปลอดภัย ซึ่งอนุสัญญาฯ กำหนดว่า รัฐภาคีรับรองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดที่จะมี

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 52

⁴² อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อที่ 2

1. รัฐภาคีจะเคารพและประกันสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ แก่เด็กแต่ละคนที่อยู่ในเขตอำนาจของตน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใด ๆ โดยไม่คำนึงถึง เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติ ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือสถานะอื่น ๆ ของเด็กหรือบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย

2. รัฐภาคีจะดำเนินการที่เหมาะสมทั้งปวง เพื่อที่จะประกันว่าเด็กได้รับการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ หรือ การลงโทษในทุกรูปแบบ บนพื้นฐานของสถานภาพ กิจกรรมความคิดเห็นที่แสดงออก หรือความเชื่อของบิดา มารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือสมาชิกในครอบครัวของเด็ก

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53

⁴⁴ Unicef, "Rights under the Convention on the Rights of the Child" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 ตุลาคม 2563. แหล่งที่มา: https://www.unicef.org/crc/index_30177.html.

ชีวิต และรัฐภาคีต้องประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ให้มีการอยู่รอดและการพัฒนาของเด็กทุกคน⁴⁵ โดยกำหนดว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูไม่ว่าจากบิดา มารดา ญาติพี่น้อง หรือรัฐ เพื่อให้อยู่รอด และเจริญเติบโตและมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีเพียงพอตามฐานะซึ่งหากครอบครัวไม่สามารถจะดำเนินการได้ตามมาตรฐานขั้นต่ำ รัฐต้องเข้าไปให้การช่วยเหลือ นอกจากนี้ เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการบริการด้านสุขอนามัยให้พ้นจากโรคภัยต่าง ๆ ที่จะทำให้เด็กเสียชีวิตหรือพิการ เช่น การมีสิทธิที่จะได้รับวัคซีนป้องกันโรคต่าง ๆ การตรวจรักษาและการบริการด้านสาธารณสุขอื่น ๆ การมีที่อยู่อาศัย ไม่ถูกทอดทิ้งให้เป็นเด็กเร่ร่อน เป็นต้น โดยในเรื่องการที่รัฐจะเข้ามาดูแลเด็กนั้น เนื่องจาก โดยหลักการแล้วบุคคลที่จะเลี้ยงดูเด็กได้ดีที่สุด คือ บิดาและมารดาด้วยกัน ซึ่งเป็นไปตามข้อเท็จจริงตามธรรมชาติที่ว่าไม่มีใครรักและหวังดีต่อเด็กเกินไปกว่าบิดามารดาของเด็กนั้น ยกเว้นกรณีที่บิดาหรือมารดาของเด็กมีปัญหาอย่างอื่นทำให้ไม่สามารถดูแลเด็กหรือบางครั้งกลับทำร้ายเด็กเอง เช่น บิดามารดาติดยาเสพติดหรือสุราและทำร้ายหรือละเลยไม่ดูแลเด็ก การใช้อำนาจครอบงำหรือบังคับเช่นนี้ ต้องมีการกำหนดที่อยู่ของเด็กว่าจะให้เด็กอยู่กับใครและทุกฝ่ายจะต้องได้รับโอกาสที่จะแสดงความคิดเห็นรวมทั้งตัวเด็กเองด้วย ทั้งนี้ การที่เด็กต้องแยกไปอยู่กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือจากทั้งสองโดยรัฐนำมาดูแล เด็กยังมีสิทธิที่จะรักษาความสัมพันธ์ส่วนตัวและการติดต่อโดยตรงกับบิดาและมารดาที่เด็กไม่ได้อยู่ด้วยอย่างสม่ำเสมอ เว้นแต่การติดต่อสัมพันธ์นั้นจะขัดกับประโยชน์สูงสุดของเด็กนั่นเอง⁴⁶

⁴⁵ ข้อที่ 6

1. รัฐภาคียอมรับว่า เด็กทุกคนมีสิทธิติดตัวที่จะมีชีวิต
2. รัฐภาคีจะประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ให้มีการอยู่รอดและการพัฒนาของเด็ก

⁴⁶ ข้อที่ 9

1. รัฐภาคีจะประกันว่า เด็กจะไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ของบิดามารดา เว้นแต่ในกรณีที่หน่วยงานที่มีอำนาจ ซึ่งอาจถูกทบทวนโดยทางศาลจะกำหนดตามกฎหมายและวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับอยู่ว่าการแยก เช่นที่จำเป็นเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก การกำหนดเช่นนี้อาจจำเป็นในกรณีเฉพาะ เช่น ใน กรณีที่เด็กถูกกระทำโดยมิชอบ หรือถูกทอดทิ้งละเลยโดยบิดามารดา หรือในกรณีที่บิดามารดาอยู่แยกกันและ ต้องมีการตัดสินว่าเด็กจะพำนักที่ใด
2. ในการดำเนินการใด ๆ ตามวรรคหนึ่ง ของข้อนี้ จะให้โอกาสทุกฝ่ายที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง มีส่วนร่วมในการดำเนินการดังกล่าว และแสดงความคิดเห็นของตนให้ประจักษ์
3. รัฐภาคีจะเคารพต่อสิทธิของเด็กที่ถูกแยกจากบิดาหรือมารดา หรือจากทั้งคู่ ในอันที่จะรักษาความสัมพันธ์ส่วนตัวและการติดต่อโดยตรงทั้งกับบิดาและมารดาอย่างสม่ำเสมอ เว้นแต่เป็นการขัดต่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

นอกจากนี้ รัฐต้องใช้ความพยายามเพื่อให้หลักประกันว่า ทั้งบิดาและมารดามีความรับผิดชอบร่วมกัน เป็นต้น

2.3.3.2 สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Right of Protection)

เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการกระทำในทุกรูปแบบที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็ก โดยรัฐภาคีจะต้องให้การส่งเสริม สนับสนุนและช่วยเหลือเด็กทุกคนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน โดยไม่เลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ เด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากโรคภัยต่าง ๆ ตามมาตรฐานสาธารณสุขที่ดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการใช้แรงงานโดยห้ามการใช้แรงงานเด็กที่อายุต่ำกว่าอายุขั้นต่ำที่กฎหมายอนุญาตให้ทำงานได้ และงานที่เด็กทำต้องไม่ขัดขวางการศึกษาของเด็ก นอกจากนี้ เด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากการเข้าไปเกี่ยวข้องกับยาเสพติดในทุก รูปแบบ รวมถึงการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ หรือการล่วงละเมิดทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการชักชวนหรือข่มขู่ให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ การค้าประเวณีหรือการเข้าไปมีส่วนในสื่อลามกเด็ก การลักพาตัว และเด็กมีสิทธิได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูกนำไปใช้สูบบุหรี่สูบบุหรี่

2.3.3.3 สิทธิในการพัฒนา (Right of Development)

สิทธิในการพัฒนาตนเองของเด็กเน้นทั้งด้านการพัฒนาทางร่างกายและสติปัญญา ทั้งนี้ การพัฒนาทางด้านร่างกายนั้น อนุสัญญาฯ มุ่งไปที่การเลี้ยงดูเด็กโดยบิดามารดาหรือรัฐในบางกรณี โดยเด็กมีสิทธิที่จะมีความเป็นอยู่ที่ดีและมีมาตรฐานเพียงพอต่อการพัฒนาการของเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา ศีลธรรมและ ทางสังคม เด็กมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขและการตรวจรักษา เพื่อให้เด็กพ้นจากโรคภัยที่ป้องกันรักษาได้และไม่ให้โรคภัยดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อพัฒนาการของเด็ก ยิ่งไปกว่านั้น เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการศึกษาอันเป็นพื้นฐานและมาตรการที่จำเป็นต่อการพัฒนาของ

4. ในกรณีที่การแยกเช่นที่ว่าเป็นผลมาจากการกระทำใด ๆ โดยรัฐภาคีต่อบิดาหรือมารดา หรือทั้งบิดามารดาหรือต่อเด็ก เช่น การกักขัง การจำคุก การเนรเทศ การส่งตัวออกนอกประเทศ หรือการเสียชีวิต (รวมทั้งการเสียชีวิตอันเกิดจากสาเหตุใด ๆ ที่เกิดขึ้นขณะที่ผู้นั้นอยู่ในการควบคุมของรัฐ) หากมีการขอร้อง รัฐภาคีนั้นจะต้องให้ ข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นเกี่ยวกับที่อยู่ของสมาชิกของครอบครัวที่หายไปแก่บิดามารดา เด็ก หรือในกรณีที่เหมาะสม แก่สมาชิกของครอบครัว เว้นแต่เนื้อหาของข้อมูลข่าวสารนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความอยู่ดีของเด็ก อนึ่ง รัฐภาคีจะให้การประกันต่อไปว่า การยื่นคำร้องขอเช่นนั้นจะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง

เด็ก โดยอนุสัญญาฯ เน้นว่าเด็กมีสิทธิได้รับการศึกษาเพื่อให้เด็กได้พัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถ พิเศษ ทั้งทางด้านร่างกาย และจิตใจของเด็กให้เต็มศักยภาพของเด็กแต่ละคน ให้เด็กได้พัฒนาความ เคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เป็นการเตรียมเด็กให้มีชีวิตและมีความรับผิดชอบต่อ สังคมที่เสรีด้วยจิตสำนึกแห่งความเข้าใจ สันติภาพ ความอดกลั้น ความเสมอภาคทางเพศ และ มิตรภาพในหมู่มวลมนุษย์ไม่แยกว่าเป็นกลุ่มใด และมีความเคารพต่อสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติและ เคารพต่อบิดามารดา เอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ภาษาและค่านิยมต่าง ๆ ทั้งที่เป็นของตนเองและที่ แตกต่างไป⁴⁷อนึ่ง สิทธิในการศึกษานั้นอยู่บนพื้นฐานที่จะต้องให้เด็กมีโอกาสที่เท่าเทียมกัน โดยรัฐ จะต้องจัดการศึกษาภาคบังคับในระดับชั้นประถมให้ทั่วถึง โดยไม่เก็บค่าใช้จ่ายจากเด็กทุกคน และ ต้องส่งเสริมการพัฒนาการศึกษาในระดับชั้นมัธยมในรูปแบบที่หลากหลายเพื่อให้เด็กทุกคนมีโอกาสที่ เข้าศึกษาได้ โดยรัฐอาจจัดมาตรการที่เหมาะสม เช่น การจัดการศึกษาให้โดยผู้เรียนไม่ต้องเสีย ค่าใช้จ่าย หรือจัดให้ความช่วยเหลือด้านการเงินเพื่อการศึกษาในกรณีจำเป็นสำหรับการศึกษาที่สูง

⁴⁷ ข้อที่ 29

1. รัฐภาคีตกลงว่า การศึกษาของเด็กจะมุ่งไปสู่

ก) การพัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถพิเศษ และความสามารถทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็ก ให้เต็มศักยภาพ ของเด็กแต่ละคน

ข) การพัฒนาความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และต่อหลักการที่วางไว้ในกฎบัตร สหประชาชาติ

ค) การพัฒนาความเคารพต่อบิดามารดาของเด็ก เอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ภาษา และความนิยมของเด็กนั่นเอง และต่อค่านิยมของชาติที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ และต่อค่านิยมของชาติถิ่นกำเนิดของเขา และต่ออารยธรรมอื่น ๆ ที่ แตกต่างไปจากของเขาเอง

ง) การเตรียมเด็กให้มีชีวิตที่มีความรับผิดชอบในสังคมที่เสรีด้วยจิตสำนึกแห่งความเข้าใจกัน สันติภาพ ความ อด กลั้น ความเสมอภาคทางเพศ และมิตรภาพในหมู่ มวลมนุษย์ ทุกกลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มคนชาติ กลุ่มศาสนา ตลอด จน ในหมู่คนพื้นเมืองดั้งเดิม

จ) การพัฒนาความเคารพต่อสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติ

2. ไม่มีความตอนใดในข้อนี้หรือในข้อ 28 ที่จะได้รับการตีความให้เป็นการก้าวท้าวเสรีภาพของบุคคลและองค์กร ใน การจัดตั้งและอำนวยความสะดวกทางการศึกษา แต่ทั้งนี้จะต้องเคารพต่อหลักการที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่ง ของข้อนี้ เสมอและต่อเงื่อนไขว่าการศึกษาที่ให้ในสถาบันเหล่านั้นต้องเป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำที่รัฐได้วางไว้

กว่าชั้นมัธยมนั้น รัฐต้องจัดให้เด็กทุกคนมีโอกาสที่เท่าเทียมกันตามความสามารถทางสติปัญญาของเด็ก

2.3.3.4 สิทธิในการมีส่วนร่วม (Right of Participation)

สิทธิในการมีส่วนร่วมของเด็กในรูปแบบต่าง ๆ ถือเป็นปัญหาสำคัญในประเทศแถบตะวันออกที่ไม่เปิดโอกาสให้เด็กแสดงความคิดเห็นมากนักซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเน้นถึงสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็กโดยเสรีในทุกเรื่องที่มีผลกระทบต่อเด็ก โดยรัฐภาคีต้องดำเนินการให้เด็กได้แสดงความคิดเห็น และต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นนั้นตามควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็กด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการทางศาลซึ่งเด็กต้องได้รับโอกาสที่จะแสดงความคิดเห็นต่อการดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด รวมถึงมีสิทธิในการแสวงหา ได้รับหรือส่งต่อข้อมูล และความคิดในทุกรูปแบบและในสื่อทุกประเภท เด็กมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม ศาสนา และสิทธิในการมีส่วนร่วมนี้รวมถึงสิทธิที่จะสมาคมกันโดยสงบด้วย⁴⁸

2.4 หลักการ ทฤษฎี บทบัญญัติทางกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

2.4.1 ความเป็นมาและวิวัฒนาการของกฎหมายไทยในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

กฎหมายครอบครัวในประเทศไทยนั้นกล่าวได้ว่ามีวิวัฒนาการ และการเปลี่ยนแปลงมาอย่างต่อเนื่องในทุกยุคทุกสมัย ซึ่งหากพิจารณาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยดั้งเดิมตั้งแต่ถิ่นกำเนิดคนไทย จนถึงสมัยสุโขทัย ตอนแรกเริ่มเดิมทีนั้นเป็นสังคมในระบบมาตาธิปไตย ถือเป็นมารดาเป็นใหญ่ โดยหญิงมีหน้าที่หลักในการอบรมเลี้ยงดูบุตรและจัดการทรัพย์สิน⁴⁹ ต่อมาในสมัยสุโขทัยระบบครอบครัวเป็นไปอย่างเรียบง่ายแต่สตรีมักไม่มีบทบาทในครอบครัวหรือสังคม กลายเป็นระบบที่มีชาย หรือผู้เป็นบิดาเป็นใหญ่ในสังคม⁵⁰ มีการใช้ระบบบิดาปกครองลูก ในแง่ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับตัวเด็กและบิดามารดานั้นในสมัยสุโขทัยพบหลักฐานศิลาจารึกกล่าวถึงเกณฑ์ในการปฏิบัติเกี่ยวกับเด็กและ

⁴⁸ มาตราลักษณ์ เสรมะชากุล, โครงการวิจัยเรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก, หน้า 54-59

⁴⁹ พงษ์พันธ์ บุปก, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 63

⁵⁰ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561), หน้า 2

ครอบครัวว่า บุตรมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดู เอาใจใส่ปรนนิบัติบิดามารดา และเมื่อบิดามารดาถึงแก่กรรมลงบุตรจะได้รับทรัพย์สินทั้งหมดของบิดามารดา⁵¹

ต่อมาในสมัยอยุธยาที่ชุมชนได้ขยายตัวมากขึ้น การตรากฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวมาใช้บังคับจึงมีความจำเป็นยิ่ง ดังนั้น ได้มีการนำเอาคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ผ่านทางมอญมาใช้บังคับ โดยในสมัยนี้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวหลายฉบับ กฎหมายที่สำคัญอย่างยิ่งในยุคนั้นคือ พระอัยการลักษณะผัวเมีย ซึ่งได้บัญญัติถึงสิทธิหน้าที่ระหว่างสามีภรรยาเป็นหลัก อย่างไรก็ตามในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรนั้นในยุคนี้มีการบัญญัติเรื่องอำนาจอิสระ อันหมายถึงอำนาจปกครอง โดยระบุไว้ว่า “บุตรท่านบิดามารดายังมีได้ประกอบสามีภรรยาให้ไซ้ บิดามารดานั้นเป็นอิสระแก่บุตร ถ้าชายใดพึงใจด้วยบุตรท่าน ให้ค้ำับบิดามารดาตามประเพณีถ้าบิดามารดายกให้สามีจึงเป็นอิสระแก่ภรรยา” หมายถึงหญิงเมื่อยังเป็นเด็กก็อยู่ในความปกครองดูแลของบิดามารดา หากบิดามารดาตายหญิงอาจอยู่ในความปกครองของญาติผู้ใหญ่จนกระทั่งมีการแต่งงานกับชาย อำนาจอิสระหรืออำนาจปกครองนั้นจะตกไปอยู่ที่สามี⁵² ซึ่งจากพระอัยการลักษณะผัวเมียในข้อนี้บ่งบอกถึงการมีอำนาจปกครองของบิดามารดาที่มีต่อบุตร แต่เฉพาะกรณีของบุตร หรือลูกสาวเท่านั้น อันเนื่องมาจากสังคม ณ ขณะนั้นมีลักษณะชายเป็นใหญ่ การเขียนกฎหมายจึงเป็นการเขียนกฎหมายที่ไม่รวมถึงบุตรชายด้วย เพราะเจตนารมณ์คือเพื่อต้องการแสดงให้เห็นว่าสตรีสมัยนั้นจะต้องอยู่ภายใต้การปกครองของบิดามารดา หรือหากบิดามารดาเสียชีวิตแล้วก็ต้องอยู่ในความดูแลปกครองของญาติผู้ใหญ่ จนกว่าจะมีการแต่งงานหรือออกเรือนไป จึงจะไปอยู่ภายใต้การปกครองของฝ่ายสามีหรือฝ่ายชาย

อีกหนึ่งหลักกฎหมายที่สำคัญในสมัยนี้คือ กฎหมายเรื่อง “อุทลุม” ซึ่งความจริงแล้วในเรื่องนี้มีการบัญญัติในพระอัยการลักษณะกัณฑ์นี้ แต่เนื่องจากเรื่องนี้มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร และความสัมพันธ์ของบุคคลในครัวเรือนต่อมาจึงมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายครอบครัวเป็นอย่างมาก ซึ่งบทบัญญัตินี้เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้บุตรชายหรือหญิงฟ้องบิดามารดาเรียกหนี้คืนอันเกิดจากการกู้ยืมโดยเด็ดขาด แต่อย่างไรก็ตามมิได้ห้ามโดยเด็ดขาด หากบุตรชายฟ้อง

⁵¹ พงษ์พันธ์ บุปก, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 64

⁵² กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 79

พ่อตาแม่ยาย หรือลูกสะใภ้ฟ้องบิดาสามีหรือมารดาสามีก็สามารถทำได้ แต่กฎหมายก็จะถือว่าเป็นผู้ไม่รู้คุณอยู่ดี และให้ใช้แต่ต้นเงินเท่านั้น ส่วนดอกเบี้ยจะมีหรือไม่ มากน้อยเพียงใดไม่ให้คิดเอาเลย⁵³

ต่อมาในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น กฎหมายลักษณะฟัวเมียก็ยังคงใช้บังคับอยู่จนกระทั่งมีการตรากฎหมายตราสามดวงขึ้น และได้ชำระกฎหมายลักษณะฟัวเมียขึ้นใหม่ที่มีการปรับปรุงสะสางจากกฎหมายเดิมและได้ออกกฎหมายลักษณะฟัวเมียออกมา โดยหลักการสำคัญประการหนึ่งที่ปรากฏคือเรื่องห้ามลูกหลานฟ้องบุพการี

เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องครอบครัว บรรพ 5 ก็เป็นผลให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะฟัวเมียทั้งหมด และต่อมาแม้จะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 หลายครั้งด้วยกัน แต่ก็ไม่ปรากฏว่าเรื่องสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรในสาระสำคัญมีการเปลี่ยนแปลง หากจะมีก็แต่เพียงเรื่องอำนาจปกครองบุตรที่แก้ไขในปี พ.ศ. 2516 เท่านั้น

ส่วนในปี พ.ศ. 2546 ประเทศไทยได้มีการร่างกฎหมายที่ชื่อว่า “พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546” ขึ้นมา โดยที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่เป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญอย่างยิ่งในสังคมไทย เพราะแม้ว่าก่อนหน้าจะมีการลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแล้วก็ตามในปี พ.ศ. 2535 แต่เนื่องจากสถานการณ์ในการช่วยเหลือเด็กไทยยังมีลักษณะกระจัดกระจาย เป็นไปตามความสนใจและความสามารถเฉพาะของหน่วยงานที่ทำงานด้านเด็ก แต่หน่วยงานต่าง ๆ ก็ยังคงมีภารกิจหลักของตนเอง การขับเคลื่อนในการคุ้มครองเด็กจึงยังไม่เพียงพอ และปัญหายังคงมีดังที่แสดงให้เห็นทางข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์ ซึ่งสิ่งที่เป็นปัญหาส่วนหนึ่งคือการทอดทิ้งเด็ก มีเด็กจำนวนมากที่สามารถเข้าถึงความช่วยเหลือขององค์กร จนนำไปสู่การตั้งคำถามและผลักดันให้เกิดกลไกการคุ้มครองเด็กในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ในท้ายที่สุด ซึ่งรายละเอียดจะมีการกล่าวต่อไป⁵⁴

⁵³ สุเมธ งานประดับและคณะ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2562), หน้า 49

⁵⁴ วิชาญ ทราวย่อน, "บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เกี่ยวกับสิทธิเด็ก" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 ตุลาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://bit.ly/37s5FJf>

2.4.2 บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

จากการศึกษาพบว่าเริ่มมีการตราเรื่องการคุ้มครองเด็กครั้งแรกในรัฐธรรมนูญปีพุทธศักราช 2540 โดยตัวอย่างมาตราที่ปรากฏ ได้แก่

“มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิดเชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคลฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนาการศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

“มาตรา 53 เด็กเยาวชน และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม

เด็กและเยาวชนซึ่งไม่มีผู้ดูแลมีสิทธิได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ต่อมาในรัฐธรรมนูญปีพุทธศักราช 2550 มาตรา 52 ได้มีการเพิ่มเติมจากหลักการดังกล่าวในส่วนของการส่งเสริมสิทธิการมีชีวิตอยู่รอดการพัฒนาและการได้รับการปกป้องคุ้มครองรวมถึงสิทธิการมีส่วนร่วมของเด็กโดยจะแทรกแซงหรือจำกัดสิทธิดังกล่าวมิได้หากปราศจากอำนาจตามกฎหมายดังที่บัญญัติว่า

“มาตรา 52 เด็กและเยาวชน มีสิทธิในการอยู่รอดและได้รับการพัฒนาด้านร่างกาย จิตใจ และสติปัญญา ตามศักยภาพในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม โดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ

เด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากรัฐ ให้ปราศจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม ทั้งมีสิทธิได้รับการบำบัดฟื้นฟูในกรณีที่มีเหตุดังกล่าว

การแทรกแซงและการจำกัดสิทธิของเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัว จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อสงวนและรักษาไว้ซึ่งสถานะของครอบครัวหรือประโยชน์สูงสุดของบุคคลนั้น

เด็กและเยาวชนซึ่งไม่มีผู้ดูแลมีสิทธิได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมที่เหมาะสมจากรัฐ”

ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2560 นั้น ได้กำหนดมาตรการคุ้มครองเด็กที่ด้อยโอกาสในมาตรา 71 ซึ่งได้กำหนดให้รัฐมุ่งสร้างความเข้มแข็งของครอบครัวโดยการจัดที่อยู่อาศัยที่เหมาะสม ส่งเสริมและพัฒนาสุขภาพกายและจิตใจและให้ความช่วยเหลือแก่เด็กสตรีผู้สูงอายุ ผู้ด้อยโอกาสให้พ้นจากการใช้ความรุนแรงขณะเดียวกันในด้านกระบวนการยุติธรรม รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติให้รัฐจัดการกระบวนการยุติธรรมอย่างรอบด้าน ดังที่ได้บัญญัติว่า

“มาตรา 71 รัฐพึงส่งเสริมสร้างความเข้มแข็งของครอบครัวอันเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญของสังคม จัดให้ประชาชนมีที่อยู่อาศัยอย่างเหมาะสม ส่งเสริมและพัฒนาการส่งเสริมสุขภาพ เพื่อให้ประชาชนมีสุขภาพที่แข็งแรงและมีจิตใจเข้มแข็ง รวมตลอดทั้งส่งเสริมและพัฒนาการกีฬาให้ไปสู่ความเป็นเลิศและเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน

รัฐพึงส่งเสริมและพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ให้เป็นพลเมืองที่ดี มีคุณภาพและความสามารถสูงขึ้น

รัฐพึงให้ความช่วยเหลือเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ ผู้ยากไร้ และผู้ด้อยโอกาสให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างมีคุณภาพ และคุ้มครองป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวถูกใช้ความรุนแรงหรือปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม รวมตลอดทั้งให้การบำบัด ฟื้นฟู และเยียวยาผู้ถูกกระทำดังกล่าว

ในการจัดสรรงบประมาณ รัฐพึงคำนึงถึงความจำเป็นและความต้องการที่แตกต่างกันของเพศ วัย และสภาพของบุคคล ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรม”

2.4.3 บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

2.4.3.1 การปฏิบัติต่อเด็กและการสงเคราะห์เด็ก

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 จัดทำขึ้นเพื่อรองรับแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 9 (พ.ศ.2545-2549) ซึ่งมีปัญหาด้านให้การคุ้มครองเด็กไม่เหมาะสมกับสภาพ

สังคมไทยในขณะนั้น⁵⁵ โดยในเรื่องการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้งของสถานสงเคราะห์นั้นปรากฏในหลาย มาตราด้วยกัน มีทั้งในกรณีที่ระบุหน้าที่ของบิดามารดาต่อเด็กตาม มาตรา 22 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการ ปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎกระทรวง” นอกจากนี้ มาตรา 23⁵⁶ นั้นก็ปรากฏหลักการ คล้ายกับในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยกำหนดให้ “ผู้ปกครองต้องให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตนตามควรแก่ขนบธรรมเนียมประเพณี และวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่น และต้องได้มาตรฐานโดยต้องไม่ทำให้เด็กนั้นตกอยู่ในอันตรายทั้งทางด้าน ร่างกายและจิตใจ” การทอดทิ้งเด็กจึงถือว่าเป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติฉบับนี้โดยตรง นอกไปจากนี้ หน้าที่ยังปรากฏรวมไปถึงหน้าที่อื่น ๆ ที่ผู้ปกครองจะต้องรับผิดชอบดูแลเด็กดังที่ได้ปรากฏในมาตรา 25⁵⁷

ส่วนกรณีบุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่บิดามารดาเด็ก ในกรณีหากพบเห็นว่าเด็กถูกทอดทิ้งย่อม จะต้องตระหนักถึงการดำเนินการตามมาตรา 29⁵⁸ ซึ่งมาตรา 29 นั้นได้กำหนดลักษณะของการ

⁵⁵ กองนิติการ สำนักงานปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, คำอธิบายพระราชบัญญัติ คຸ່ມครองเด็ก พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ.2546 พระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม พ.ศ. 2546 พิมพ์ครั้งที่ 2, บรรณาธิการ, (กรุงเทพมหานคร: เทพเพ็ญวานิชย์, 2548), หน้า 1-8.

⁵⁶ มาตรา 23 ผู้ปกครองต้องให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตน ตามสมควรแก่ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่น แต่ทั้งนี้ต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำตามที่ กำหนดในกฎกระทรวงและต้องคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตนมิให้ตกอยู่ในภาวะอันน่าจะ เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ

⁵⁷ มาตรา 25 ผู้ปกครองต้องไม่กระทำการ ดังต่อไปนี้

- (1) ทอดทิ้งเด็กไว้ในสถานรับเลี้ยงเด็กหรือสถานพยาบาลหรือไว้กับบุคคลที่รับจ้างเลี้ยงเด็กหรือที่สาธารณะ หรือ สถานที่ใด โดยเจตนาที่จะไม่รับเด็กกลับคืน
- (2) ละทิ้งเด็กไว้ ณ สถานที่ใด ๆ โดยไม่จัดให้มีการป้องกันดูแลสวัสดิภาพหรือให้การเลี้ยงดูที่เหมาะสม
- (3) จงใจหรือละเลยไม่ให้เป็นแก่การดำรงชีวิตหรือสุขภาพอนามัยจนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือ จิตใจ ของเด็ก
- (4) ปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการขัดขวางการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็ก
- (5) ปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการเลี้ยงดูโดยมิชอบ

⁵⁸ มาตรา 29 ผู้ใดพบเห็นเด็กตกอยู่ในสภาพจำต้องได้รับการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพตามหมวด 3 และ หมวด 4 จะต้องให้การ ช่วยเหลือเบื้องต้นและแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตาม มาตรา 24 โดยมีชกข์

ติดต่อประสานงานเพื่อให้เด็กได้รับการช่วยเหลือ และได้รับการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพ เมื่อพบเด็กที่ควรต้องได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งเด็กที่ถูกทอดทิ้งก็เป็นหนึ่งในประเภทของเด็กที่จะต้องได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพและสงเคราะห์ดังที่กล่าวข้างต้น

ส่วนกรณีของเจ้าพนักงานเองนั้นมีหน้าที่ตามที่ปรากฏในมาตรา 28 กล่าวคือ

“ในกรณีผู้ปกครองตกอยู่ในสภาพไม่อาจให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและพัฒนาเด็กได้ไม่ว่าด้วยเหตุใด หรือผู้ปกครองกระทำการใดอันน่าจะเกิดอันตรายต่อสวัสดิภาพหรือขัดขวางต่อความเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็กหรือให้การเลี้ยงดูโดยมิชอบ หรือมีเหตุจำเป็นอื่นใดเพื่อประโยชน์ในการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก หรือป้องกันมิให้เด็กได้รับอันตรายหรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการให้การสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพตามพระราชบัญญัตินี้”

ซึ่งตามมาตรา 29 หมายความว่าเจ้าพนักงานที่จะต้องมีการดำเนินการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพ เมื่อพบเด็กซึ่งเข้าข่ายว่าจะไม่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดู หรือเลี้ยงดูอย่างไม่เหมาะสม อาทิเช่น เมื่อพบว่ามีการนำเด็กมาวางไว้ที่สถานสงเคราะห์ หรือเมื่อได้รับการประสานงานจากโรงพยาบาลต่าง ๆ ว่ามีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง เจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องจะต้องมาดำเนินการในส่วนนี้ ซึ่งกฎหมายได้ให้อำนาจเป็นพิเศษเพื่อให้เจ้าพนักงานที่สามารถเข้าช่วยเหลือเด็กอย่างทันที่ดังที่ปรากฏในมาตรา 29 และ มาตรา 30 ซึ่งให้อำนาจเจ้าพนักงานดังต่อไปนี้

“มาตรา 30 เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามหมวด 3 และหมวด 4 มีอำนาจและหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) เข้าไปในเคหสถาน สถานที่ใด ๆ หรือยานพาหนะใด ๆ ในระหว่างเวลาพระอาทิตย์ขึ้นถึงพระอาทิตย์ตกเพื่อตรวจค้นในกรณีมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการกระทำทารุณกรรมเด็ก มีการกักขังหรือ

แพทย์ พยาบาล นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ หรือเจ้าหน้าที่สาธารณสุข ที่รับตัวเด็กไว้รักษาพยาบาล ครู อาจารย์ หรือนายจ้าง ซึ่งมีหน้าที่ดูแลเด็กที่เป็นศิษย์หรือลูกจ้าง จะต้องรายงานให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตาม มาตรา 24 ทราบโดยมิชักช้า หากเป็นที่ปรากฏชัดหรือน่าสงสัยว่าเด็กถูกทารุณกรรมหรือเจ็บป่วยเนื่องจากการเลี้ยงดูโดยมิชอบ

การแจ้งหรือการรายงานตามมาตรา 24 นี้ เมื่อได้กระทำโดยสุจริตย่อมได้รับความคุ้มครองและไม่ต้องรับผิดทั้งทางแพ่ง ทางอาญาหรือทางปกครอง

เลี้ยงดูโดยมิชอบ แต่ในกรณีมีเหตุอันควรเชื่อว่าหากไม่ดำเนินการในทันทีเด็กอาจได้รับ อันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ หรือถูกนำพาไปสถานที่อื่นซึ่งยากแก่การติดตามช่วยเหลือ ก็ให้มีอำนาจเข้าไปในเวลาภายหลังพระอาทิตย์ตกได้

(2) ชักถามเด็กเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าเด็กจำเป็นต้องได้รับการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพ ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แก่การสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กอาจนำตัวเด็กไปยังที่ทำการของพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อทราบข้อมูลเกี่ยวกับเด็กและครอบครัว รวมทั้งบุคคล ที่เด็กอาศัยอยู่ ทั้งนี้จะต้องกระทำโดยมิชักช้า แต่ไม่ว่ากรณีใดจะกักตัวเด็กไว้นานเกินกว่าสิบสองชั่วโมงไม่ได้ เมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าวให้ปฏิบัติ ตาม (6) ระหว่างที่เด็กอยู่ในความดูแลจะต้องให้การอุปการะเลี้ยงดู และหากเจ็บป่วยจะต้องให้การรักษาพยาบาล

(3) มีหนังสือเรียกผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นใดมาให้ถ้อยคำหรือข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่ ความประพฤติ สุขภาพ และความสัมพันธ์ในครอบครัวของเด็ก

(4) ออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ปกครองของเด็ก นายจ้างหรือผู้ประกอบการ เจ้าของหรือผู้ครอบครอง สถานที่ที่เด็กทำงานหรือเคยทำงาน อาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ เจ้าของหรือผู้ครอบครองหรือผู้ดูแล สถานศึกษาที่เด็กกำลังศึกษาหรือเคยศึกษาหรือผู้ปกครองสวัสดิภาพ ส่งเอกสารหรือ หลักฐาน เกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่ การศึกษา การทำงาน หรือความประพฤติของเด็กมาให้

(5) เข้าไปในสถานที่อยู่อาศัยของผู้ปกครอง สถานที่ประกอบการของนายจ้างของเด็กสถานศึกษาของเด็ก หรือสถานที่ที่เด็กมีความเกี่ยวข้องด้วย ในระหว่างเวลาพระอาทิตย์ขึ้นถึงพระอาทิตย์ตกเพื่อสอบถามบุคคลที่อยู่ในที่นั้น ๆ และรวบรวมข้อมูลหรือหลักฐานเกี่ยวกับสภาพ ความเป็นอยู่ ความสัมพันธ์ในครอบครัว การเลี้ยงดู อุปนิสัย และความประพฤติของเด็ก

(6) มอบตัวเด็กให้แก่ผู้ปกครองพร้อมทั้งแนะนำหรือตักเตือนผู้ปกครองให้ดูแล และอุปการะเลี้ยงดูเด็กในทางที่ถูกต้อง เพื่อให้เด็กได้รับ การพัฒนาในทางที่เหมาะสม

(7) ทำรายงานเกี่ยวกับตัวเด็กเพื่อมอบให้แก่สถานแรกรับในกรณีมีการส่งเด็กไปยังสถานแรกรับหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเมื่อมีการร้องขอ

เด็กที่อยู่ในความดูแลของพนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและได้รับการศึกษาอย่างเหมาะสม และก่อนที่จะจัดให้เด็กเข้า อยู่ในสถานรับเลี้ยงเด็ก สถานแรกรับ สถานสงเคราะห์ สถานคุ้มครองสวัสดิภาพ และสถานพัฒนาและฟื้นฟู จะต้องปรึกษากับผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาชีพสังคมสงเคราะห์และการแพทย์ก่อนเท่าที่สามารถกระทำได้...”

ส่วนเรื่องวิธีการในการสงเคราะห์นั้น จะปรากฏในหมวด 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 โดยที่เด็กที่ถูกทอดทิ้งนั้นถือได้ว่าเป็นเด็กที่จะต้องได้รับการสงเคราะห์ตามความในหมวดนี้ ดังที่กฎหมายได้ระบุไว้ว่า

“มาตรา 32 เด็กที่พึงได้รับการสงเคราะห์ได้แก่

(1) เด็กเร่ร่อน หรือเด็กกำพร้า

(2) เด็กที่ถูกทอดทิ้งหรือพลัดหลง ณ ที่ใดที่หนึ่ง

(3) เด็กที่ผู้ปกครองไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูได้ด้วยเหตุใด ๆ เช่น ถูกจำคุก กักขัง พิกการ พุพพลภาพ เจ็บป่วยเรื้อรัง ยากจน เป็นผู้เยาว์ หย่า ถูกทิ้งร้าง เป็นโรคจิตหรือโรคประสาท

(4) เด็กที่ผู้ปกครองมีพฤติกรรมหรือประกอบอาชีพไม่เหมาะสมอันอาจส่งผลกระทบต่อพัฒนาการทางร่างกายหรือจิตใจของเด็กที่อยู่ใน ความปกครองดูแล

(5) เด็กที่ได้รับการเลี้ยงดูโดยมิชอบ ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำหรือแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ถูกทารุณกรรม หรือตกอยู่ในภาวะ อันใดอันอาจเป็นเหตุให้เด็กมีความประพฤติเสื่อมเสียในทางศีลธรรมอันดีหรือเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ

(6) เด็กพิกการ

(7) เด็กที่อยู่ในสภาพยากลำบาก

(8) เด็กที่อยู่ในสภาพที่จำเป็นต้องได้รับการสงเคราะห์ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

สำหรับวิธีการดูแลเด็กซึ่งปรากฏลักษณะตามมาตรา 32 มีระบุอยู่ในขั้นตอน วิธีการ และแนวทาง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 33 ถึง มาตรา 39 อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

“มาตรา 33 ในกรณีพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามมาตรา 24 ได้รับแจ้งจากบุคคลตามมาตรา 29 หรือพบ เห็นเด็กที่พึงได้รับการสงเคราะห์ตามมาตรา 32 ให้พิจารณาให้การสงเคราะห์ตามวิธีการที่เหมาะสม ดังต่อไปนี้

(1) ให้ความช่วยเหลือและสงเคราะห์แก่เด็กและครอบครัวหรือบุคคลที่อุปการะเลี้ยงดูเด็ก เพื่อให้สามารถ อุปการะเลี้ยงดูเด็กได้ตามมาตรา 23

(2) มอบเด็กให้อยู่ในความอุปการะของบุคคลที่เหมาะสมและยินยอมรับเด็กไว้อุปการะเลี้ยงดูตามระยะเวลาที่เห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินหนึ่งเดือน ในกรณีที่ไม้อาจดำเนินการตาม (1) ได้

- (3) ดำเนินการเพื่อให้เด็กได้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม
- (4) ส่งเด็กเข้ารับการอุปการะในครอบครัวอุปถัมภ์หรือสถานรับเลี้ยงเด็กที่เหมาะสมและยินยอมรับเด็กไว้อุปการะ
- (5) ส่งเด็กเข้ารับการอุปการะในสถานแรกรับ
- (6) ส่งเด็กเข้ารับการอุปการะในสถานสงเคราะห์
- (7) ส่งเด็กเข้าศึกษาหรือฝึกหัดอาชีพ หรือส่งเด็กเข้าบำบัดฟื้นฟูสมรรถภาพ ศึกษา หรือฝึกหัดอาชีพในสถานพัฒนาและฟื้นฟู

วิธีการให้การสงเคราะห์ตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามระเบียบที่ปลัดกระทรวงกำหนดและไม่ว่ากรณีใด ๆ การดำเนินการให้การสงเคราะห์ตาม (4) (5) (6) หรือ (7) ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง ความยินยอมดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือตามแบบ ที่ปลัดกระทรวงกำหนด หรือยินยอมด้วยวาจาต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคน ในกรณีที่ผู้ปกครองไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันควรหรือไม่อาจ ให้ความยินยอมได้ ให้ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี มีอำนาจส่งเด็กเข้ารับการสงเคราะห์ตามวิธีการดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัดต้องฟังรายงาน และความเห็นของผู้เชี่ยวชาญสาขาสังคมสงเคราะห์และการแพทย์ก่อน

ให้ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี มีอำนาจกำหนดระยะเวลาในการสงเคราะห์เด็กตาม (4) (5) (6) หรือ (7) แต่ถ้ามีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอาจจะขยายหรือย่นระยะเวลาที่กำหนดไว้แล้วก็ได้ตามแต่เห็นสมควรในระหว่างระยะเวลาดังกล่าวให้พนักงานเจ้าหน้าที่รับดำเนินการจัดให้เด็กสามารถกลับไปอยู่ในความปกครองของผู้ปกครองโดยมิชักช้า

ในกรณีเด็กอยู่ระหว่างการรับการสงเคราะห์ถ้าผู้ปกครองร้องขอและแสดงให้เห็นว่าสามารถปกครองและอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้ให้ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี สั่งให้เด็กพ้นจากการสงเคราะห์และมอบตัวเด็กให้แก่ผู้ปกครองรับไปปกครองดูแลได้ แม้ว่าจะยังไม่ครบกำหนดระยะเวลาในการสงเคราะห์ก็ตาม

ในกรณีที่บุคคลที่ได้รับการสงเคราะห์มีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์แต่ยังอยู่ในสภาพที่จำเป็นจะต้องได้รับการสงเคราะห์ต่อไป ปลัดกระทรวง หรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี อาจสั่งให้บุคคลนั้นได้รับการสงเคราะห์ต่อไปจนอายุยี่สิบปีบริบูรณ์ก็ได้ แต่ถ้ามีเหตุจำเป็นต้องให้การสงเคราะห์

ต่อไปอีกและบุคคลนั้นมิได้คัดค้านปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี อาจสั่งให้ส่งเคราะห์บุคคลนั้นต่อไปตามความจำเป็นและสมควร แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินเวลาที่บุคคลนั้นมีอายุครบยี่สิบสี่ปีบริบูรณ์

มาตรา 34 ผู้ปกครองหรือญาติของเด็ก อาจนำเด็กไปขอรับการสงเคราะห์ที่กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการหรือสำนักงานพัฒนาสังคมและสวัสดิการจังหวัด หรือที่สถานแรกรับสถานสงเคราะห์หรือสถานพัฒนาและฟื้นฟูของเอกชน เพื่อขอรับการสงเคราะห์ได้

กรณีมีการนำเด็กมาขอรับการสงเคราะห์ที่กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการหรือสำนักงานพัฒนาสังคมและสวัสดิการจังหวัด ถ้าเป็นเด็กที่จำเป็นต้องได้รับการสงเคราะห์ให้พนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาให้การสงเคราะห์ที่เหมาะสมตามมาตรา 33 แต่ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ยังไม่สามารถหาวิธีการสงเคราะห์ที่เหมาะสมกับเด็กตามมาตรา 33 ได้ จะส่งเด็กไปยังสถานแรกรับก่อนก็ได้

กรณีมีการนำเด็กมาขอรับการสงเคราะห์ที่สถานแรกรับ สถานสงเคราะห์หรือสถานพัฒนาและฟื้นฟูเด็กของเอกชน ให้ผู้ปกครองสวัสดิภาพ รายงานข้อมูลเกี่ยวกับเด็กต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อพิจารณาดำเนินการตามวรรคสองต่อไป

มาตรา 35 เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามมาตรา 24 พบเห็นเด็กที่พึงได้รับการสงเคราะห์ตามมาตรา 32 (1) และ (2) หรือได้รับแจ้งจากบุคคลตามมาตรา 29 ให้สอบถาม

เพื่อทราบข้อมูลเกี่ยวกับเด็ก ถ้าเด็กเจ็บป่วยหรือจำเป็นต้องตรวจสอบสุขภาพหรือ เป็นเด็กพิการต้องรีบจัดให้มีการตรวจรักษาทางร่างกายและจิตใจทันที หากเป็นเด็กที่จำเป็นต้องได้รับการสงเคราะห์ก็ให้พิจารณาให้การสงเคราะห์ ตามมาตรา 33 และไม่ว่ากรณีใดให้พยายามดำเนินการเพื่อให้เด็กสามารถกลับไปอยู่กับครอบครัวโดยเร็ว แต่หากปรากฏว่าสภาพครอบครัวหรือสิ่งแวดล้อมไม่เหมาะสมที่จะให้เด็กกลับไปอยู่กับครอบครัว และมีเหตุจำเป็นที่จะต้องให้การคุ้มครองสวัสดิภาพแก่เด็กพนักงานเจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพแก่เด็กตามหมวด 4 ก็ได้

มาตรา 36 ในระหว่างที่เด็กได้รับการสงเคราะห์ตามมาตรา 33 (2) (4) หรือ (6) หากปรากฏว่าเป็นเด็กที่เสี่ยงต่อการกระทำผิดและพึง ได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพ ให้ปลัดกระทรวง หรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี มีอำนาจสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพแก่เด็กตามหมวด 4 ได้

มาตรา 37 เมื่อสถานแรกรับ สถานสงเคราะห์ หรือสถานพัฒนาและฟื้นฟูได้รับตัวเด็กไว้ตาม มาตรา 33 (5) (6) หรือ (7) ให้ผู้ปกครอง สวัสดิภาพสืบเสาะและพินิจเกี่ยวกับตัวเด็กและครอบครัว และเสนอความเห็นเกี่ยวกับวิธีการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กแต่ละคน พร้อมด้วยประวัติ ไปยังปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี โดยมีชกษา และให้ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่า ราชการจังหวัดสั่งการตามที่ เห็นสมควรต่อไป

มาตรา 38 ในกรณีที่ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งให้เด็กเข้ารับการสงเคราะห์โดย ผู้ปกครองไม่ยินยอมตามมาตรา 33 วรรคสอง กรณีที่ผู้ปกครองของเด็กไม่เห็นด้วยกับกำหนด ระยะเวลาตามมาตรา 33 วรรคสาม หรือกรณีที่ผู้ปกครองยื่นคำร้องขอรับเด็กไปปกครองดูแล เองแต่ ได้รับการปฏิเสธจากปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัดตามมาตรา 33 วรรคสี่ ผู้ปกครองย่อมมี สิทธิภาคติไปสูศาลตามมาตรา 5 ในเขตท้องที่นั้นภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันรับทราบคำสั่ง

มาตรา 39 ในกรณีที่ผู้ปกครองซึ่งได้รับเด็กกลับมาอยู่ในความดูแล มีพฤติการณ์น่าเชื่อว่า จะ ให้การเลี้ยงดูโดยมิชอบแก่เด็กอีก ให้พนักงาน เจ้าหน้าที่หรือผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตาม มาตรา 24 ให้คำแนะนำแก่ผู้ปกครอง หากผู้ปกครองไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำก็ให้ยื่นคำขอต่อ ปลัดกระทรวง ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอหรือปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอแล้วแต่ กรณี เพื่อเรียกผู้ปกครองมาทำทัณฑ์บนว่าจะไม่ กระทำการใดอันมีลักษณะเป็นการให้การเลี้ยงดูโดยมิ ชอบแก่เด็กอีกและให้วางประกันไว้เป็นจำนวนเงินตามสมควรแก่ฐานะานุรูป แต่จะเรียกประกัน ไว้ได้ ไม่เกินระยะเวลาสองปี ถ้ากระทำผิดทัณฑ์บนให้รับเงินประกันเป็นของกองทุนคุ้มครองเด็กตามมาตรา 69

การให้คำแนะนำหรือการเรียกประกันให้ค้ำถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้ปกครอง และ ประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ”

อีกหนึ่งเรื่องที่สำคัญในเรื่องการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้คือ เรื่อง ของ “ผู้ปกครองสวัสดิภาพ” ซึ่งทั้งสถานสงเคราะห์และสถานแรกรับซึ่งเกี่ยวข้องกับการดูแลเด็กที่ถูก ทอดทิ้งนั้น ต่างได้มีการระบุให้มีผู้ปกครองสวัสดิภาพ ดังที่บัญญัติไว้ในตามมาตรา 56 ถึงมาตรา 59 ซึ่งระบุว่า

“มาตรา 56 ผู้ปกครองสวัสดิภาพของสถานแรกรับมีอำนาจและหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) รับตัวเด็กที่จำเป็นต้องได้รับการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพไว้เพื่อสืบเสาะและพินิจเด็กและครอบครัว วินิจฉัยกำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพแก่เด็กแต่ละคน ถ้าจำเป็นอาจรับตัวเด็กไว้ปกครองดูแลชั่วคราวได้ไม่เกินสามเดือน

(2) สืบเสาะและพินิจเกี่ยวกับอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญญา การศึกษาอบรมสุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และฐานะของเด็กที่จำเป็นต้องได้รับการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพรวมทั้งของผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กอาศัยอยู่ด้วย ตลอดจนสิ่งแวดล้อมทั้งปวงเกี่ยวกับเด็ก และมูลเหตุที่ทำให้เด็กตกอยู่ในสภาวะจำเป็นต้องได้รับการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพ เพื่อรายงานไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

(3) จัดให้มีการตรวจสุขภาพกายและสุขภาพจิต พร้อมทั้งดำเนินการรักษาเยียวยาแก่เด็กที่อยู่ในความปกครองดูแล

(4) จัดที่พักอาศัย ที่หลับนอน เครื่องนุ่งห่ม ให้เหมาะสมและถูกสุขลักษณะและจัดอาหารให้ถูกอนามัย และเพียงพอแก่เด็กที่อยู่ในความปกครองดูแล

(5) จัดการศึกษา การกีฬา และนันทนาการให้แก่เด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลให้เหมาะสมกับวัยและสภาพของเด็กแต่ละคน

(6) จัดส่งเด็กที่ได้ดำเนินการตาม (1) และ (2) ไปยังสถานสงเคราะห์ สถานพัฒนาและฟื้นฟู โรงเรียน หรือสถานอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์ในการสงเคราะห์ หรือคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กให้เหมาะสมกับวัย และสภาพของเด็กแต่ละคน

(7) มอบตัวเด็กแก่ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เหมาะสมและยินยอมรับเด็กไว้อุปการะเลี้ยงดูและถ้าเห็นสมควรอาจยื่นคำขอให้ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี แต่งตั้งผู้คุ้มครองสวัสดิภาพแก่เด็กตามมาตรา 48

(8) ให้คำปรึกษา แนะนำ และช่วยเหลือแก่ผู้ปกครอง ในกรณีที่เด็กจำเป็นต้องได้รับการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพ

ผู้ปกครองสวัสดิภาพของสถานแรกรับต้องดำเนินการให้เด็กสามารถกลับไปอยู่กับผู้ปกครองก่อนส่วนการจัดให้เด็กไปอยู่ในสถานสงเคราะห์ สถานคุ้มครองสวัสดิภาพ หรือสถานพัฒนาและฟื้นฟู ให้ดำเนินการเป็นวิธีสุดท้าย

มาตรา 57 ผู้รับใบอนุญาตและผู้ปกครองสวัสดิภาพของสถานสงเคราะห์และสถานคุ้มครองสวัสดิภาพที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นต้องควบคุมดูแลให้มีการรับเด็กที่จำต้องได้รับการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพทุกคนไว้อุปการะเลี้ยงดู

มาตรา 58 ผู้ปกครองสวัสดิภาพของสถานสงเคราะห์มีอำนาจและหน้าที่ตามมาตรา 56 (1) (2) (3) และ (4) และให้มีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) จัดการศึกษา อบรม สั่งสอน และฝึกหัดอาชีพแก่เด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของสถานสงเคราะห์ให้เหมาะสมกับเด็กแต่ละคน

(2) จัดบริการแนะแนว ให้คำปรึกษา และช่วยเหลือแก่ผู้ปกครอง

(3) สอดส่องและติดตามให้คำปรึกษา แนะนำ และช่วยเหลือแก่เด็กที่ออกจากสถานสงเคราะห์ไปแล้ว เพื่อเป็นการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพแก่เด็กที่เคยอยู่ในสถานสงเคราะห์ให้กลับไปสู่สภาพเดิม

การสืบเสาะและพินิจตามมาตรา 56 (2) ถ้าเป็นกรณีที่เด็กถูกส่งมาจากสถานแรกรับซึ่งมีรายงานการสืบเสาะและพินิจแล้ว อาจงดการ สืบเสาะและพินิจก็ได้

มาตรา 59 ผู้ปกครองสวัสดิภาพของสถานคุ้มครองสวัสดิภาพมีอำนาจและหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) ปกครองดูแลและอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่อยู่ในสถานคุ้มครองสวัสดิภาพ

(2) จัดการศึกษา อบรม และฝึกอาชีพแก่เด็กที่อยู่ในสถานคุ้มครองสวัสดิภาพ

(3) แก้ไขความประพฤติ บำบัดรักษาและฟื้นฟูสมรรถภาพทั้งทางร่างกายจิตใจแก่เด็กที่อยู่ในสถานคุ้มครองสวัสดิภาพ

(4) สอดส่องและติดตามให้คำปรึกษา แนะนำ และช่วยเหลือแก่เด็กที่ออกจาก สถานคุ้มครองสวัสดิภาพไปแล้ว”

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ที่ได้ยกมาดังกล่าวนี้เป็นการกำหนดขั้นตอนกระบวนการที่สำคัญในการรับเด็กที่ถูกทอดทิ้งเข้ามาดูแล ตลอดจนกำหนดอำนาจหน้าที่ของทั้งสถานสงเคราะห์ สถานแรกรับ และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง มีกระบวนการสืบเสาะและพินิจเพื่อหาบิดามารดาที่แท้จริงของเด็ก โดยยึดถือหลักการที่ว่าอยากให้เด็กนั้นกลับไปสู่การดูแลของครอบครัว

นอกจากนี้ ในมาตรา 61 ยังได้กล่าวถึงข้อห้ามทอดทิ้งเด็กของเจ้าของ ผู้ปกครองสวัสดิภาพ และผู้ปฏิบัติงานในสถานรับเลี้ยงเด็ก สถานแรกรับและสถานสงเคราะห์ อีกด้วย ดังนี้

“มาตรา 61 ห้ามมิให้เจ้าของ ผู้ปกครองสวัสดิภาพ และผู้ปฏิบัติงานในสถานรับเลี้ยงเด็ก สถานแรกรับ สถานสงเคราะห์ สถานคุ้มครองสวัสดิภาพ และสถานพัฒนาและฟื้นฟู ทำร้ายร่างกาย หรือจิตใจ กักขัง ทอดทิ้ง หรือลงโทษเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลโดยวิธีการรุนแรงประการ อื่นวัน แต่กระทำได้เท่าที่สมควรเพื่ออบรมสั่งสอนตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด”

นอกจากที่ระบุในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 แล้ว ผู้เขียนได้สืบค้นถึง กฎกระทรวงและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของสถานแรกรับและสถานสงเคราะห์ เพื่อให้มีความเข้าใจถึงการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้งของประเทศไทยในปัจจุบัน ซึ่งจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

2.4.3.2 กฎกระทรวงและระเบียบที่เกี่ยวข้อง

ผู้เขียนเห็นว่าการจะศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาเรื่องเด็กที่ถูกทอดทิ้งนั้น จำเป็นจะต้องศึกษาถึงกฎหมายลูกในระดับกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้อง รวมถึงระเบียบต่าง ๆ ที่ออกมาโดยกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ซึ่งเป็นหน่วยงานภาครัฐที่รับผิดชอบและดูแลเด็กกลุ่มต่าง ๆ ในสังคมไทยโดยตรง เพื่อให้ทราบถึงกระบวนการทำงานและการจัดการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้งในปัจจุบัน ก่อนนำไปสู่การศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ๆ อันได้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น ในบทที่ 3 ต่อไป

1) กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549

มาตรา 22⁵⁹ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ได้ระบุถึงการกระทำภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว คือ “กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดทำไปเพื่อประโยชน์สูงสุด

⁵⁹ มาตรา 22 การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

การกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กหรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง

ของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549” โดยกฎกระทรวงได้มีการกำหนดถึงแนวทางในการปฏิบัติเพื่อให้สอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก และต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อเด็ก⁶⁰ ซึ่งข้อ 1 ของกฎกระทรวงฉบับนี้ได้กำหนดแนวทางการพิจารณาการกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยให้คำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ 17 ประการด้วยกัน อันได้แก่

- 1) ลักษณะเฉพาะตัวของเด็กแต่ละคน
- 2) ความเหมาะสม ความต้องการ และความจำเป็นของเด็ก
- 3) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านร่างกาย สุขภาพอนามัย การเจริญเติบโต การออกกำลังกาย การส่งเสริมสุขภาพ การป้องกันโรค การรักษาพยาบาลการฟื้นฟูสภาพอย่างเหมาะสม การพักผ่อน และนันทนาการ
- 4) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านการพัฒนาทางสติปัญญา โดยให้เด็กได้มีโอกาสเรียนรู้จากประสบการณ์จริง การทดลองปฏิบัติตามความเหมาะสม และการได้รับข้อมูลสารสนเทศที่เหมาะสมจากแหล่งต่าง ๆ
- 5) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านการพัฒนาทางจิตใจและอารมณ์ โดยได้รับการอบรม เลี้ยงดูด้วยความรัก ความเข้าใจ ความเอาใจใส่ ให้มีความรู้และทักษะในการดำรงชีวิต มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ มีเจตคติที่ดีต่อครอบครัว สังคม และการดำเนินชีวิต มีความเข้าใจเกี่ยวกับตนเองอย่างถูกต้อง
- 6) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านสังคม สภาพแวดล้อมที่ไม่เป็นพิษภัยต่อสุขภาพกาย สุขภาพจิต ทั้งนี้ ให้เหมาะสมตามวัยและเอื้อต่อการพัฒนาและการเรียนรู้ของเด็ก

⁶⁰ ข้อ 2 การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใดโดยไม่เท่าเทียมกัน เพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องการปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใดโดยไม่เท่าเทียมกัน เพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ถือเป็นเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก หมายความว่ารวมถึง การปฏิบัติใด ๆ ต่อเด็กที่แม้จะใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับบุคคลอื่นและผู้ปฏิบัติไม่ได้มีเจตนาเลือกปฏิบัติหรือเจตนาถั่นแกล้งผู้ได้รับผลร้ายหรือผลกระทบก็ตาม แต่มีผลทำให้เกิดความแตกต่างกันต่อเด็กบางคนหรือบางกลุ่มอย่างชัดเจน เพราะเหตุตามวรรคหนึ่ง

การเลือกปฏิบัติต่อเด็กเพราะเหตุตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองอาจกระทำได้หากเป็นไปได้หากเป็นไปได้โดยมีเหตุผลทางหลักวิชาการ วิทยาศาสตร์ ความเชื่อทางศาสนา จารีตประเพณีและวัฒนธรรม ลักษณะเฉพาะตัวของเด็ก หรือเหตุผลอันสมควรประการอื่น

- 7) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านการศึกษา โดยได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานอย่างต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก และเป็นการศึกษาตามความสามารถของเด็ก
- 8) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านวัฒนธรรม ศีลธรรม และศาสนา
- 9) ประโยชน์ที่เด็กจะได้รับในด้านการเตรียมความพร้อมเพื่อการประกอบอาชีพที่เหมาะสมกับ ความถนัด ความสามารถ เพศ และวัย
- 10) การประสานงานกันระหว่างผู้เกี่ยวข้อง เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลืออย่างรวดเร็ว
- 11) การคุ้มครองเด็กให้พ้นจากการใช้ความรุนแรง การถูกทำร้าย การล่วงเกินทางเพศ การแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการถูกทอดทิ้ง
- 12) การสงเคราะห์ช่วยเหลืออย่างเหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นเด็กผู้ด้อยโอกาส เด็กถูกทอดทิ้ง เด็กพิการ หรือเด็กที่อยู่ในสถานะที่จะต้องได้รับการสงเคราะห์
- 13) การคุ้มครองเด็กให้พ้นจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในทางเศรษฐกิจ และการทำงาน หรือกิจการใดที่น่าจะเป็นการเสี่ยงอันตราย เป็นอันตรายต่อสุขภาพ หรือเป็นการขัดขวาง การศึกษาของเด็ก หรือขัดขวางการพัฒนาทางร่างกาย สมอง จิตใจ ศีลธรรม และสังคมของเด็ก
- 14) การคุ้มครองเด็กจากการโฆษณา เผยแพร่ทางสื่อมวลชน หรือสื่อสารสนเทศในลักษณะที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือสิทธิประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดของเด็ก
- 15) การให้เด็กได้รับโอกาสเข้าถึงบริการขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ในสังคม ทั้งภาครัฐและเอกชน
- 16) การให้เด็กได้รับความคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิและผลประโยชน์พื้นฐาน รวมทั้งได้รับความช่วยเหลือในเวลาที่เหมาะสมปัญหาทางด้านต่าง ๆ ให้สามารถแก้ปัญหาและอยู่ในสังคมได้โดยปกติสุข
- 17) การเปิดโอกาสให้เด็กมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจหน้าที่และการปฏิบัติที่มีผลกระทบต่อเด็ก จะเห็นได้ว่าเด็กที่ถูกทอดทิ้งภายใต้พระราชกำหนดนี้ จะต้องได้รับการสงเคราะห์ช่วยเหลืออย่างเหมาะสม

2) **ระเบียบกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ว่าด้วย วิธีการดำเนินงานของสถานแรกรับ สถานสงเคราะห์ สถานคุ้มครองสวัสดิภาพ และสถานพัฒนาและฟื้นฟู พ.ศ. 2547**

ระเบียบฉบับนี้ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 54 วรรคสอง⁶¹ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีส่วนประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ได้แก่ ข้อ 7 ว่าด้วยเรื่องผู้ปกครองสวัสดิภาพ ได้บัญญัติว่าผู้ปกครองสวัสดิภาพนั้นมีหน้าที่เพิ่มเติมจากที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ในการ “เป็นผู้ปกครองดูแลเด็ก⁶²” ถือเป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้ผู้ปกครองสวัสดิภาพ โดยที่ไม่ได้กล่าวถึงการถอนอำนาจปกครองที่มีอยู่เดิมของบิดามารดาที่แท้จริงแต่อย่างใด

ในส่วนที่สองคือบทบัญญัติเฉพาะของสถานสงเคราะห์ ซึ่งกำหนดแนวทางการดำเนินงานของสถานสงเคราะห์ในข้อที่ 13 ดังนี้

“ข้อ 13 สถานสงเคราะห์ ต้องมีการดำเนินงานดังต่อไปนี้

- 1) รับเด็กที่พึงได้รับการสงเคราะห์ตามกฎหมายไว้ปกครองดูแล
- 2) สืบเสาะพินิจเด็กและครอบครัวและรายงานไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง
- 3) จัดให้มีที่พัก เครื่องนุ่งห่ม อาหาร และของใช้ที่จำเป็นตามความเหมาะสมโดยคำนึงถึงสุขภาพอนามัย และพัฒนาการ เป็นสำคัญ
- 4) สอบประวัติ เยี่ยมบ้าน วิเคราะห์ปัญหาและดำเนินการแก้ไขกำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการสงเคราะห์เด็ก
- 5) จัดให้มีการบำบัดรักษา และฟื้นฟูสมรรถภาพทั้งร่างกายและจิตใจเด็กตลอดจนดำเนินการรักษาเด็กที่เจ็บป่วย

⁶¹ มาตรา 54 วรรคสอง การดำเนินงานของสถานติดตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่ปลัดกระทรวงกำหนด

⁶² ข้อ 7 ผู้ปกครองสวัสดิภาพ ต้องมีคุณสมบัติและได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายกระทรวง ที่ออกโดยมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งนอกจากจะมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดแล้วให้มีหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) เป็นผู้ปกครองดูแลเด็ก และบังคับบัญชาในการปฏิบัติงานของสถานแรกรับ สถานสงเคราะห์ สถานคุ้มครองสวัสดิภาพ และสถานพัฒนาและฟื้นฟู...

- 6) ส่งเสริม สนับสนุนให้เด็กได้รับการพัฒนาด้านการศึกษาและอาชีพตามศักยภาพของเด็กแต่ละคนตามความเหมาะสม รวมทั้งจัดสถานที่ในการเล่นกีฬาและนันทนาการสำหรับเด็กให้เหมาะสมกับวัยและสภาพของเด็กแต่ละคน
 - 7) จัดบริการให้คำแนะนำ ปรีกษา หรือช่วยเหลือบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กเคยอยู่ในความปกครองหรืออุปการะเลี้ยงดู ตามที่เห็นสมควร
 - 8) สอดส่อง และติดตามให้คำแนะนำปรึกษาหรือช่วยเหลือแก่เด็กที่พ้นจากความปกครองดูแล เพื่อป้องกันการกลับไปสู่สภาพเดิม”
- 3) **ระเบียบกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ว่าด้วย วิธีการให้การสงเคราะห์เด็ก พ.ศ. 2547**

ระเบียบฉบับนี้กำหนดหลักการในการสงเคราะห์เด็กและครอบครัว และอธิบายถึงการจัดประเภทของครอบครัวทดแทนที่สถานสงเคราะห์จะจัดหาให้ โดยมีทั้งครอบครัวบุญธรรม ซึ่งจะต้องเป็นไปตามหลักการของกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม⁶³ และอีกประเภทหนึ่งคือ ครอบครัวอุปถัมภ์ซึ่งเป็นอาสาสมัครที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ดังนี้

“ข้อ 12 บุคคลที่สมควรได้รับอนุญาตให้เป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูเด็กในลักษณะของครอบครัวอุปถัมภ์ จะต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

- 1) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบห้าปีบริบูรณ์ แต่ไม่เกินหกสิบห้าปีบริบูรณ์ และมีอายุมากกว่าเด็กไม่น้อยกว่าสิบห้าปีบริบูรณ์ แต่ไม่เกินหกสิบห้าปีบริบูรณ์ และมีอายุมากกว่าเด็กไม่น้อยกว่าสิบห้าปี
- 2) มีที่อยู่อาศัยเป็นหลักแหล่งและที่อยู่นั้นต้องถูกสุขลักษณะอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ดี
- 3) มีอุปนิสัยและความประพฤติเหมาะสมที่จะเป็นผู้อุปการะเด็ก
- 4) มีสุขภาพสมบูรณ์ทั้งทางร่างกายและจิตใจ

⁶³ ข้อ 11 การดำเนินการเพื่อให้เด็กได้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

- 5) มีเวลาในการดูแลเด็ก และได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกในครอบครัวที่จะรับเด็กไว้อุปการะเลี้ยงดู
- 6) มีทรัพย์สินและรายได้ที่แน่นอนสามารถให้การอุปการะแก่เด็กได้
- 7) ไม่มีประวัติเคยกระทำความผิดทางอาญาจนได้รับโทษจำคุก เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ รวมทั้งไม่เคยถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดต่อเด็กหรือบุคคลในครอบครัว และไม่มีพฤติกรรมก้าวร้าวรุนแรงต่อบุคคลอื่นหรือประพฤติดุสิตศีลธรรมและจารีตประเพณีอันดีงาม
- 8) มีความสามารถในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้ตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง
- 9) เป็นผู้มีความเข้าใจเกี่ยวกับวิธีการเลี้ยงดูเด็ก จิตวิทยา และพัฒนาการเด็ก”

นอกจากนี้ ยังได้บัญญัติถึงกรณีการรับเด็กไว้ดูแลโดยสถานสงเคราะห์โดยอาศัยหลักความยินยอมของผู้ปกครอง และกระบวนการในการเยี่ยมเยียน โดยสอดคล้องกับบทสัมภาษณ์ของผู้อำนวยการกองส่งเสริมการพัฒนาและสวัสดิการ เด็ก เยาวชน และครอบครัว กรมกิจการเด็กและเยาวชน ซึ่งคำนึงถึงความยินยอมของผู้ปกครองของเด็กเป็นหลัก โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องดังนี้

“ข้อ 14 การส่งเด็กเข้ารับการอุปการะในครอบครัวอุปถัมภ์หรือสถานรับเลี้ยงเด็กตามหมวดนี้ ให้ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี พิจารณาในเรื่องดังต่อไปนี้

- 1) กรณีที่ผู้ปกครองยินยอม ต้องมีหนังสือยินยอมตามข้อ 7 หรือบันทึกยินยอมด้วยวาจาตามข้อ 8 แล้วแต่กรณี
- 2) กรณีผู้ปกครองไม่ยินยอมโดยไม่มีเหตุอันควร หรือไม่อาจให้ความยินยอมได้ต้องพิจารณาจากความเห็นพร้อมเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องนำเด็กส่งเข้ารับการสงเคราะห์จากพนักงาน เจ้าหน้าที่ พร้อมรายงานความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาชีพสังคมสงเคราะห์และการแพทย์ เพื่อประกอบการพิจารณาตามมาตรา 33 วรรคสอง ด้วย
- 3) ในการส่งเด็กไปรับการอุปการะในครอบครัวอุปถัมภ์ หรือสถานรับเลี้ยงเด็กอาจพิจารณาช่วยเหลือค่าเลี้ยงดูเด็กแก่ครอบครัวอุปถัมภ์หรือช่วยเหลือเครื่องอุปโภคบริโภคสำหรับเด็กตามความจำเป็นก็ได้

- 4) กำหนดระยะเวลาในการส่งเด็กเข้าอุปการะ รวมทั้งมีอำนาจในการขยายหรือย่นระยะเวลาที่กำหนด

ข้อ 15 ให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก ติดตามเยี่ยมเยียนเด็ก และครอบครัวอุปถัมภ์ หรือสถานรับเลี้ยงเด็กเป็นประจำ อย่างน้อยปีละสามครั้ง และให้รายงาน ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี

ข้อ 16 ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี มีอำนาจสั่งให้ครอบครัวอุปถัมภ์ หรือสถานรับเลี้ยงเด็ก คืนเด็กให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้ปกครองเด็ก ในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) ครอบครัวอุปถัมภ์ หรือสถานรับเลี้ยงเด็กไม่สามารถเลี้ยงดูเด็กได้ หรือการเลี้ยงดูไม่เหมาะสม
- 2) ครอบครัวอุปถัมภ์ หรือสถานรับเลี้ยงเด็ก มีความต้องการจะคืนเด็ก
- 3) บิดามารดา หรือผู้ปกครองของเด็กมีความพร้อมและต้องการจะรับเด็กไปอุปการะ”

อนึ่ง ลักษณะการยินยอมให้สถานสงเคราะห์เป็นผู้ปกครองดูแลบุตรนี้ เป็นกระบวนการเฉพาะ และไม่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องอำนาจปกครองที่บิดามารดามีอยู่เหนือตัวบุตรผู้นั้นว่าจะมีผลเป็นอย่างไร หรือจำเป็นต้องดำเนินการทางศาลเพื่อถอนอำนาจปกครอง หรือระงับอำนาจปกครอง โดยส่วนของการยินยอมนั้น หากนำไปสู่การจัดการจัดหาครอบครัวบุญธรรม ย่อมไม่มีปัญหาในทางกฎหมายครอบครัว เนื่องจากกฎหมายในเรื่องการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้นมีบทบัญญัติที่ค่อนข้างชัดเจนถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม

หนังสือยินยอมของผู้ปกครองให้เด็กเข้ารับการสงเคราะห์ แนบท้ายระเบียบกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ว่าด้วย วิธีการให้การสงเคราะห์เด็ก พ.ศ. 2547 มีรายละเอียดดังแสดงในหน้าถัดไป

รูปภาพที่ 1 หนังสือยินยอมของผู้ปกครองให้เด็กเข้ารับการสงเคราะห์ หน้าแรก

หนังสือยินยอมของผู้ปกครองให้เด็กเข้ารับการสงเคราะห์

เขียนที่.....

วันที่.....

ข้อ ๑ ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว) อายุ.....ปี สัญชาติ.....
 เชื้อชาติ.....ศาสนา.....อาชีพ..... รายได้.....บาท/วัน/เดือน
 ที่อยู่ปัจจุบันอยู่บ้านเลขที่..... หมู่ที่..... ต.รอก/ชอย..... ถนน.....
 ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต.....จังหวัด..... รหัสไปรษณีย์.....
 โทรศัพท์..... บัตรประจำตัวประชาชน/บัตรประจำตัวข้าราชการ/พนักงาน
 รัฐวิสาหกิจ/บัตรอื่น ๆ ระบุ.....เลขที่..... ออกให้ที่.....
 เมื่อวันที่.....เดือน.....พ.ศ..... เกี่ยวข้องเป็น..... ของเด็กชาย/เด็กหญิง/นาย/นางสาว

ข้อ ๒ ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว) อายุ.....ปี สัญชาติ.....
 เชื้อชาติ.....ศาสนา.....อาชีพ..... รายได้.....บาท/วัน/เดือน
 ที่อยู่ปัจจุบันอยู่บ้านเลขที่..... หมู่ที่..... ต.รอก/ชอย..... ถนน.....
 ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต.....จังหวัด..... รหัสไปรษณีย์.....
 โทรศัพท์..... บัตรประจำตัวประชาชน/บัตรประจำตัวข้าราชการ/พนักงาน
 รัฐวิสาหกิจ/บัตรอื่น ๆ ระบุ.....เลขที่..... ออกให้ที่.....
 เมื่อวันที่.....เดือน.....พ.ศ..... เกี่ยวข้องเป็น..... ของเด็กชาย/เด็กหญิง/นาย/นางสาว

ข้อ ๓ ข้าพเจ้า ผู้มีรายนามข้างต้น ยินยอมให้พนักงานเจ้าหน้าที่รับตัว เด็กชาย/เด็กหญิง/นาย/นางสาว
ส่งเข้ารับการดูแล/เลี้ยงดู/ให้การศึกษาศึกษา/รักษาพยาบาล/
 ป่าบดพื้นฟูสมรรถภาพศึกษา/ก่อกองจิตใจ โดยใช้หลักศาสนา

โดยมอบให้แก่ (นาย/นาง/นางสาว)

- ผู้ปกครองครอบครัวอุปถัมภ์
- เจ้าของสถานรับเลี้ยงเด็ก (ระบุชื่อ)
- ผู้ปกครองสวัสดิภาพ สถานแรกรับ (ระบุชื่อ)
- ผู้ปกครองสวัสดิภาพสถานสงเคราะห์ (ระบุชื่อ)
- ผู้ปกครองสวัสดิภาพ สถานพัฒนาและฟื้นฟู (ระบุชื่อ)
- ผู้มีอำนาจการบริหารของสถานที่ทางศาสนา (ระบุชื่อ)

รูปภาพที่ 2 หนังสือยินยอมของผู้ปกครองให้เด็กเข้ารับการสงเคราะห์ หน้าสอง

โดยให้เป็นผู้ปกครองแทนข้าพเจ้าและระหว่างที่เด็กอยู่ในความอุปการะของบุคคลตามข้อ ๓ หากเด็กหลบหนีออกจาก (ระบุชื่อสถานที่).....หรือมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง อันเกิดจากการปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นแก่เด็ก ข้าพเจ้าขอรับรองว่า จะไม่เรียกร้องสิทธิ หรือค่าเสียหายใด ๆ ทั้งสิ้น

ข้าพเจ้าได้รับทราบ และเข้าใจข้อความตามหนังสือนี้ทุกประการ จึงลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐาน

(ลงชื่อ).....บิดา ผู้มอบเด็ก (ลงชื่อ)
(.....) (.....)

(ลงชื่อ).....มารดา ผู้มอบเด็ก ผู้ปกครองสวัสดิภาพสถาน (ระบุชื่อ)
(.....) (.....)

(ลงชื่อ).....ผู้ปกครอง ผู้มอบเด็ก (ลงชื่อ).....พยาน
(.....) (.....)

(ลงชื่อ).....พนักงานเจ้าหน้าที่ (ลงชื่อ)พยาน
(.....) (.....)

ตามหนังสือยินยอมนี้ การส่งเด็กเข้ารับการอุปการะในครอบครัวอุปถัมภ์หรือสถานรับเลี้ยงเด็ก จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง ทั้งนี้หากไม่มีการให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันควร หรือไม่อาจให้ความยินยอมได้ต้องพิจารณาจากความเห็นพร้อมเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องนำเด็กส่งเข้ารับการสงเคราะห์จากพนักงาน เจ้าหน้าที่ พร้อมรายงานความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาชีพ สังคมสงเคราะห์และการแพทย์ เพื่อประกอบการพิจารณาตามมาตรา 33 วรรคสอง⁶⁴ ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ซึ่งให้อำนาจ ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่

⁶⁴ มาตรา 33 วรรคสอง วิธีการให้การสงเคราะห์ตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามระเบียบที่ปลัดกระทรวงกำหนดและไม่ว่ากรณีใด ๆ การดำเนินการให้การสงเคราะห์ตาม (4) (5) (6) หรือ (7) ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง ความยินยอมดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือตามแบบ ที่ปลัดกระทรวงกำหนด หรือยินยอมด้วยวาจาต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคน ในกรณีที่ผู้ปกครองไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันควร หรือไม่อาจ ให้ความยินยอมได้ ให้ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี มีอำนาจส่งเด็กเข้ารับการสงเคราะห์ตามวิธีการดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัดต้องฟังรายงาน และความเห็นของผู้เชี่ยวชาญสาขาสังคมสงเคราะห์และการแพทย์ก่อน

กรณี มีอำนาจส่งเด็กเข้ารับการสงเคราะห์ตามวิธีการดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัดต้องฟังรายงาน และความเห็นของผู้เชี่ยวชาญสาขาสังคมสงเคราะห์และการแพทย์ก่อน

อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัตินั้นการไม่ให้ความยินยอมดังกล่าวยังคงเป็นปัญหา และจากการสัมภาษณ์ผู้อำนวยการกองส่งเสริมการพัฒนาและสวัสดิการ เด็ก เยาวชน และครอบครัว กรมกิจการเด็กและเยาวชน⁶⁵ พบว่า ในกรณีที่นำเด็กมาฝากเลี้ยงไว้ยังสถานสงเคราะห์นั้น บิดามารดา สามารถติดต่อ และเข้าเยี่ยมเด็กได้ตลอดระยะเวลาแห่งการฝากเลี้ยงดังกล่าว แต่หากมีการขาดการติดต่อไปเป็นระยะเวลาประมาณ 6 เดือน จะมีการลงพื้นที่ของนักสังคมสงเคราะห์เพื่อติดตามครอบครัวและหากพบบิดามารดาของเด็กก็จะมีการพยายามพูดคุยเพื่อให้มีการติดต่อเยี่ยมเด็กโดยอาจเป็นการพูดคุยทางโทรศัพท์เพื่อสร้างสัมพันธ์ภาพกับเด็ก

2.4.4 บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

ในศาลเยาวชนและครอบครัวนั้น มีคดีประเภทหนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ได้แก่ คดีเยาวชนและครอบครัวและศาลเยาวชนและครอบครัวมีอำนาจพิจารณาตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งหมายถึงคดีที่มีลักษณะเป็นคดีแพ่งที่ฟ้อง หรือมีการร้องขอต่อศาลหรือกระทำการใด ๆ ในทางศาลเกี่ยวกับผู้เยาว์หรือครอบครัว ซึ่งจะต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องครอบครัว⁶⁶ ซึ่งตามพระราชบัญญัตินี้ สถานสงเคราะห์อาจตั้งผู้ปกครองโดยอาศัยอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 170⁶⁷ อย่างไรก็ตาม การจะขอให้ศาลตั้งผู้อำนวยการสถานพินิจเป็นผู้ปกครองตามมาตรานี้

⁶⁵ สัมภาษณ์ นางณิชชาพัชร์ เพ็ชรพันธุ์. ผู้อำนวยการกองส่งเสริมการพัฒนาและสวัสดิการ เด็ก เยาวชน และครอบครัว. (31 กรกฎาคม 2564).

⁶⁶ สหรัฐ กิติ ศุภการ, คำอธิบายพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 (กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2562), หน้า 18-19

⁶⁷ มาตรา 170 ในกรณีที่ศาลจะตั้งผู้ปกครองของผู้เยาว์ ถ้าผู้เยาว์ไม่มีบิดา มารดา หรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครองหรือความเป็นผู้ปกครองของผู้เยาว์สิ้นสุดลง หรือมีเหตุจะถอนผู้ปกครองของผู้เยาว์ และศาลเห็นว่าไม่มีผู้เหมาะสมที่จะปกครองผู้เยาว์หรือจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ ศาลจะตั้งผู้อำนวยการสถานพินิจที่ผู้เยาว์นั้นอยู่ในเขตอำนาจหรือครอบครัวอุปถัมภ์ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หรือบุคคลอื่นใด เป็นผู้ปกครองผู้เยาว์หรือผู้จัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ก็ได้

บิดามารดาต้องไม่ปรากฏ หรือถูกถอนอำนาจปกครองไปก่อนหน้า หรือผู้อื่นซึ่งเป็นผู้ปกครองของเด็ก นั้นมีเหตุไม่เหมาะสมที่ควรต้องถอนอำนาจปกครอง ซึ่งปัญหาในเรื่องของอำนาจปกครองกรณีของเด็ก ยังมีบิดามารดาแต่บิดามารดาได้ทอดทิ้งบุตรไป จะได้อธิบายในลำดับต่อไป

2.4.5 บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาเรื่องการทอดทิ้งเด็กนั้นปรากฏในมาตรา 306

“มาตรา 306 ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินเก้าปีไว้ ณ ที่ใดเพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ท่านอาจารย์ หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์ ได้อธิบายไว้ในหนังสือ คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด มาตรา 288 – มาตรา 366/4 ดังต่อไปนี้⁶⁸

“องค์ประกอบข้อที่หนึ่ง คำว่า “ผู้ใด” ตามมาตรานี้ ขอให้สังเกตว่าผู้กระทำจะต้องมีความสัมพันธ์กับผู้ถูกระทำ คือ เด็ก ในฐานะผู้ดูแลอาจจะเป็นความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริง ตามสัญญา หรือตามกฎหมายก็ได้เพราะมีคำว่า “เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตนโดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล” ดังนั้นถ้าไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ ในฐานะผู้ดูแลกันมาก่อน เช่น เด็กอายุแปดขวบ หลงทางมา ถ้าไม่ได้ทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเช่นรับดูแลเด็กคนนั้นเอาไว้ การที่ไม่ช่วยเด็ก ก็ไม่ผิดตามมาตรานี้ แต่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 374

องค์ประกอบข้อที่สอง คำว่า “ทอดทิ้ง” ตามพจนานุกรม หมายความว่า ไม่เอาธุระ ไม่เอาใจใส่ การทอดทิ้งอาจจะทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง เช่น อาจทิ้งเด็กแล้วหนีไป ตัวอย่างเช่น แม่คลอดบุตรแล้วทิ้งเด็กไว้หรือเอาเด็กไปทิ้งก็ได้ คำว่า “ณ ที่ใด” เป็นส่วนประกอบที่จะต้องนำมาพิจารณา คือ คำนี้แสดงว่าต้องมีการแยกตัวเด็กออกไปจากผู้ทอดทิ้ง เพราะฉะนั้นการทอดทิ้งอาจจะต้องมีระยะห่างระหว่างผู้ทอดทิ้งกับผู้ถูกทอดทิ้ง ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น ทิ้งเด็กไว้กลางป่าแม่ห่างนิดเดียวแต่โดยสภาพทำให้เด็กนั้นต้องปราศจากผู้ดูแล โดยตัวของมันเองเป็นการทอดทิ้งไว้ “ณ ที่ใด” ตามมาตรานี้แล้ว

⁶⁸ ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด มาตรา 288 - มาตรา 366/4 (กรุงเทพฯ: สำนักฝึกอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561), หน้า 119-120

องค์ประกอบข้อที่สาม โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล แสดงว่าต้องมีผลคือทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแลไม่ใช่เพียงแต่โดยประการที่ “น่าจะ” อย่างมาตรา 307⁶⁹ ถ้าการทอดทิ้งดังกล่าวไม่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล การกระทำไม่ใช่เป็นพยายามแต่ไม่เป็นความผิดเพราะขาดองค์ประกอบ การทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแลเป็นพฤติการณ์ประกอบการกระทำ อาจปราศจากผู้ดูแลเพียงชั่วคราวก็ได้แต่จะต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษที่ว่าเพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตนซึ่งต้องเป็นการทอดทิ้งให้พ้นจากตนไปเลย

องค์ประกอบข้อที่สี่ เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตนเป็นการทอดทิ้งเพื่อให้พ้นจากตนไปเลย ไม่ใช่ทอดทิ้งเพียงชั่วคราว เป็นเจตนาพิเศษ ดังที่กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์เคยยกตัวอย่างเอาไว้ว่าการไปเที่ยวงานวัดแล้วทิ้งเด็กไปเล่นไฟ แต่ตั้งใจจะรับเด็กหลังจากเล่นไฟเสร็จแล้วแม้จะทำให้เด็กปราศจากผู้ดูแลก็ตาม แต่ขาดเจตนาพิเศษ คือ ไม่ได้ต้องการให้พ้นไปเสียจากตนจึงไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้”

นอกจากนี้ ท่าน สหรัฐ กิติ ศุภการ ได้อธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับมาตรา 306 ไว้ดังนี้⁷⁰

“องค์ประกอบภายนอก ในส่วนของการกระทำคือทอดทิ้ง อาจมีลักษณะของการกระทำก็ได้ เช่น พาเด็กไปเที่ยวที่อื่นแล้วไม่พากลับมาด้วยกัน ครูปปล่อยเด็กทิ้งไว้แล้วตนเองหนีไปที่อื่นหรือคนขับรถรับจ้างรับเด็กขึ้นรถแล้วปล่อยเด็กลงระหว่างทางในที่เปลี่ยวส่วนตนเองขับหลบหนีไป หรือมีลักษณะของการไม่กระทำก็ได้ เช่น เด็กไปเที่ยวโดยลำพังแล้วหลงทางเมื่อพบเด็กแล้วไม่รับกลับมา ส่วนคำว่า “เด็กอายุยังไม่เกินเก้าปี” เป็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำต้องรู้ตามมาตรา 59 วรรคสาม⁷¹ ถ้าไม่

⁶⁹ มาตรา 307 ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ ภายพิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁷⁰ สหรัฐ กิติ ศุภการ, กฎหมายอาญา หลักและคำพิพากษา (กรุงเทพฯ: บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด(มหาชน), 2562), หน้า 481-482

⁷¹ มาตรา 59 วรรคสาม ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

รู้ก็อ้างไม่มีเจตนาได้ และมาตรา 321/1⁷² ที่บัญญัติห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดก็ไม่รวมถึงมาตรานี้

ส่วนคำที่ว่า “เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน” หมายถึง ผู้กระทำต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างกันอยู่ในขณะทอดทิ้งไม่ต้องถึงกับเป็นเจ้าของหน้าที่จักต้องกระทำตามมาตรา 59 วรรคท้าย⁷³ กล่าวคือผู้ถูกทอดทิ้งได้อยู่กับผู้กระทำโดยข้อเท็จจริงแล้ว จึงมีการทอดทิ้งให้พ้นไป เช่น ผู้กระทำรับเด็กมาอาศัยอยู่ด้วย แต่ถ้าเด็กมาขออาศัยอยู่ด้วยแต่ผู้รับนั้นไม่รับเด็กไว้ เด็กต้องกลับไปเองไม่ถือเป็นการทอดทิ้งตามมาตรา 59 เพราะยังไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างกัน ส่วนผู้กระทำที่มีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผล ตามมาตรา 59 วรรคท้าย หากไม่กระทำเพื่อป้องกันผลนั้นย่อมถือว่าเป็นการกระทำโดยงดเว้น เช่น มารดาปล่อยให้เด็กอายุหกขวบหลบหนีไปโดยไม่ขัดขวาง ได้ชื่อว่าทอดทิ้งแล้ว แต่ถ้าไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายมีแต่ความสัมพันธ์ เช่น รับเด็กมาอาศัยอยู่ด้วยแล้วปล่อยให้เด็กหลบหนีไปไม่ขัดขวางไม่ถือเป็นการทอดทิ้ง และการทอดทิ้งที่จะถือเป็นความผิด จะต้องมียุติการประกอบกรกระทำที่ว่า “โดยประการที่ทำให้เด็กผู้นั้นปราศจากผู้ดูแล” ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบความผิดอย่างหนึ่ง แต่มิใช่ข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำต้องรู้ตามมาตรา 59 วรรคสาม และมีใช้ผลของการกระทำ จึงไม่จำเป็นต้องเกิดผลเช่นนั้นก่อนถึงจะเป็นความผิด หากแต่พิจารณาตามหลักของวิญญูชนซึ่งเห็นว่าน่าจะเกิดผลเช่นนั้นได้ ก็เป็นความผิดแล้ว”

นอกจากมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307 และ 308 ก็เป็นมาตราซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการทอดทิ้งเด็กเช่นกัน กล่าวคือ ในมาตรา 307 ที่บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 307 ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ กายพิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁷² มาตรา 321/1 การกระทำความผิดตามมาตรา 312 ตี วรรคสอง และมาตรา 317 หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น

⁷³ มาตรา 59 วรรคท้าย การกระทำ ให้หมายรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย

มาตรานี้ มิได้กำหนดอายุของเด็กไว้ จึงตีความได้ว่ากฎหมายคุ้มครองเด็กไม่ว่าจะอายุเท่าใดก็ตามซึ่งรวมถึงเด็กที่มีอายุมากกว่าเก้าปีด้วย ดังนั้น หากมีการทอดทิ้งเด็กที่มีอายุมากกว่าเก้าปี ไม่มีความผิดตามมาตรา 306 แต่อาจมีความผิดตามมาตรา 307

ความผิดฐานทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้ตามมาตรา 307 นั้น กฎหมายกำหนดความผิดของการทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้เพราะเหตุอายุ ความป่วยเจ็บ ภัยพิการหรือจิตพิการ เจตนากรรมณ์ของมาตรานี้คุ้มครองผู้ที่ไม่สามารถคุ้มครองหรือช่วยเหลือตนเองได้เนื่องจากอายุน้อยหรืออายุมากหรือเจ็บป่วย บุคคลเหล่านี้จึงควรมีผู้ดูแลโดยองค์ประกอบความผิดประกอบด้วย ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ ภัยพิการหรือจิตพิการทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้โดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต และองค์ประกอบภายในคือเจตนาธรรมดา องค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 307 นี้ กฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดถึงผู้ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ ผู้ที่ทอดทิ้งจะต้องมีความสัมพันธ์กับผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้โดยเป็นความสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภรรยา ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองที่ศาลตั้งกับบุคคลที่อยู่ภายใต้การปกครอง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้อนุบาลและผู้ไร้ความสามารถ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้พิทักษ์และผู้เสมือนไร้ความสามารถ จะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ตามกฎหมายมาตรา 307 เป็นความสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันมีลักษณะเช่นเดียวกับผู้ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายตามมาตรา 306 คือ บิดามารดา ผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์หรือผู้ปกครองเด็กตามที่ศาลตั้ง แต่มีความแตกต่างเพียงมาตรา 307 กำหนดความสัมพันธ์ตามกฎหมายในลักษณะที่กว้างกว่า เนื่องจากมาตรา 306 กำหนดหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างผู้ดูแลเด็กและเด็กเท่านั้น มิได้รวมถึงหน้าที่ ตามกฎหมายกับบุคคลอื่น เช่นหน้าที่ดูแลระหว่างสามีภรรยาหรือหน้าที่ที่บุตรต้องดูแลบิดามารดา เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีความสัมพันธ์ตามสัญญา เช่นบุคคลที่ได้รับการว่าจ้างให้ดูแลเด็ก เช่น พี่เลี้ยง เจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ดูแลบุคคลที่อยู่ในเรือนจำ ผู้ที่มีหน้าที่ดูแลผู้ป่วย เช่น แพทย์ พยาบาล เป็นต้น ซึ่งกรณีที่มีการดูแลเด็กโดยไม่มีหน้าที่ตามสัญญาหรือผู้ดูแลหาก

บุคคลเหล่านี้ทอดทิ้งเด็กย่อมไม่ผิดตามมาตรานี้ ดังนั้นองค์ประกอบภายนอกในส่วนของผู้กระทำจึงแตกต่างจากมาตรา 306⁷⁴

2.4.6 หลักกฎหมายครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความสัมพันธ์และสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะพบว่า กฎหมายได้มีการกำหนดมาตรการในการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้งในสถานสงเคราะห์ อย่างไรก็ตาม การเข้าสู่สถานสงเคราะห์ของเด็กกับสถานะในทางกฎหมายครอบครัวที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ยังมิได้มีการถูกกล่าวถึงอย่างเชื่อมโยงถึงกันอันนำมาสู่ปัญหาที่จะศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ กล่าวคือ เด็กที่ถูกทอดทิ้งในกรณีของเด็กที่มีบิดามารดา แต่บิดามารดาไม่พร้อมเลี้ยงดูที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น หากมีการส่งมอบให้สถานสงเคราะห์ดูแลเด็กคนดังกล่าวแล้ว เด็กและบิดามารดา还有什么ความสัมพันธ์กันในทางกฎหมายครอบครัวหรือไม่ และบิดามารดาที่แท้จริงยังมีสิทธิอย่างไรต่อบุตร ซึ่งจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลัก โดยที่ตามหลักกฎหมายครอบครัวนั้นกำหนดให้บิดามารดาและบุตรมีหน้าที่ความรับผิดชอบต่อกันหลายประการ เพราะคำนึงถึงความเหมาะสมในครอบครัวเป็นสำคัญ⁷⁵ ดังปรากฏบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ดังนี้

2.4.6.1 สิทธิในการใช้ชื่อสกุล

สิทธิประการแรกได้แก่สิทธิในการใช้ชื่อสกุลของบิดาซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1561 ว่า

“บุตรมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของบิดา

ในกรณีที่บิดาไม่ปรากฏ บุตรมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของมารดา”

แม้ว่าสิทธิในข้อนี้มีใช้การบังคับให้บุตรต้องใช้ชื่อสกุลบิดาก็ตาม แต่เป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองให้บุตรสามารถใช้ชื่อสกุลของบิดาได้

⁷⁴ ธานัญญา จิตสีทอง, "การคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง: ศึกษาการบังคับโทษทางอาญาและมาตรการอื่นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546". หน้า 57-58

⁷⁵ ประสพสุข บุญเดช, หลักกฎหมายครอบครัว (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 195

2.4.6.2 หน้าที่ของบิดามารดาในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร

หน้าที่ของบิดามารดาในการเลี้ยงดูบุตรนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 1564⁷⁶ ซึ่งบัญญัติขึ้นด้วยหลักคิดที่ว่าบุตรเมื่อแรกเกิดนั้นย่อมดูแลตัวเองไม่ได้ และในระหว่างเป็นผู้เยาว์นั้นควรได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากผู้ซึ่งเป็นบิดามารดา เมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะ บิดามารดาจึงจะพ้นจากหน้าที่นี้ หน้าที่ของบิดามารดาในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรในความเข้าใจโดยทั่วไปหมายถึงการจัดหาอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่ อาศัย การรักษาพยาบาลตลอดจนการให้เงินไว้ใช้สอยและการปกป้องคุ้มครองบุตรทั้งทางร่างกาย และจิตใจ⁷⁷

2.4.6.3 หน้าที่ของบุตรในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาและห้ามฟ้องบุพการี

ในเรื่องสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรนี้ นอกจากที่บิดามารดามีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร บุตรเองก็มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาดังที่ปรากฏในมาตรา 1563⁷⁸ หลักกฎหมายในข้อนี้เกี่ยวข้องกับค่านิยมของคนไทย โดยที่หน้าที่นี้เป็นหน้าที่ที่ติดตัวบุตร ไม่ว่าบิดามารดาจะหนุ่มสาวหรือว่ามีอายุเพิ่มขึ้นบุตรยังคงมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาโดยไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งสิทธิในการเรียกค่าเลี้ยงดูจากบุตรของบิดามารดานี้เป็นสิทธิเฉพาะตัวซึ่งบิดามารดาอาจเรียกจากบุตรคนใดคนหนึ่ง หรือจากบุตรหลายคนก็ได้ ทั้งนี้ แม้ว่าบิดามารดาให้บุตรนั้นเป็นบุตรบุญธรรมของคนอื่นแล้วก็ตาม แต่บุตรยังคงมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามมาตรา⁷⁹ เช่นเดิม

ส่วนในเรื่องห้ามฟ้องบุพการี หลักการนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 1562⁸⁰ โดยห้ามมิให้บุตรฟ้องบุพการีไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาหรือที่เรียกกันว่าคดีอุทลุม มาตรานี้มีที่มาจากขนบธรรมเนียมของไทยตั้งแต่ในอดีต แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 1562 บัญญัติให้อัยการสามารถเป็นผู้ฟ้อง

⁷⁶ มาตรา 1564 บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์

บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

⁷⁷ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, หน้า 650-651

⁷⁸ มาตรา 1563 บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา

⁷⁹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, หน้า 646-648

⁸⁰ มาตรา 1562 ผู้ใดจะฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญามีได้ แต่เมื่อผู้นั้นหรือญาติสนิทของผู้นั้นร้องขอ อัยการจะยกคดีขึ้นว่ากล่าวก็ได้

คดีแทนบุตรได้

2.4.6.4 อำนาจปกครองบุตร

ในเรื่องอำนาจปกครองของบิดามารดาที่มีต่อบุตรนั้นมีขึ้นนับตั้งแต่บุตรถือกำเนิดมา เป็นอำนาจที่ใช้ในการเลี้ยงดูรักษาบุตรให้เจริญเติบโตต่อไปในภายหน้า โดยมาตรา 1566⁸¹ กำหนดให้บิดาและมารดา เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ซึ่งบุตรที่จะอยู่ภายใต้อำนาจปกครองนี้มีเฉพาะบุตรผู้เยาว์เท่านั้น หากบรรลุนิติภาวะแล้วก็ไม่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาอีกต่อไป สำหรับการใช้อำนาจปกครองบุตรนี้ บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งสามารถใช้อำนาจปกครองโดยลำพัง และจะสละอำนาจปกครองบุตรให้บุคคลอื่นไม่ได้

กฎหมายมุ่งหวังให้บิดามารดาใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันเนื่องจากเป็นสภาพของครอบครัวในอุดมคติ และมีความเชื่อว่าหากบุตรได้รับการดูแลเอาใจใส่และอบรมเลี้ยงดูโดยบิดามารดาแล้วย่อมจะทำให้เด็กนั้นเติบโตมาเป็นทรัพยากรบุคคลที่มีคุณค่า อย่งไรก็ดี มาตรา 1566 วรรคท้ายได้ระบุถึงการที่อำนาจปกครองอาจตกอยู่ที่บิดามารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหากปรากฏกรณีดังต่อไปนี้⁸²

(1) มารดาหรือบิดาตาย

ความตายตามอนุมาตรานี้หมายถึงการตายในทางแพ่งอันรวมถึงการที่บิดามารดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 62 ด้วย

(2) ไม่แน่นอนว่ามารดาหรือบิดามีชีวิตอยู่หรือตาย

⁸¹ มาตรา 1566 บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา
อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาในกรณีดังต่อไปนี้

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

⁸² ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. หน้า 427

กรณีนี้เป็นการอาศัยความไม่แน่นอนในข้อเท็จจริงและสถานการณ์ว่าบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นมีความเป็นอยู่อย่างไร ซึ่งกรณีนี้ไม่จำต้องถึงขั้นที่ศาลจะสั่งให้เป็นคนسابสูญ แม้จะมีการอาศัยข้อเท็จจริงจากเหตุการณ์ที่เหมือนกัน แต่เงื่อนไขและเงื่อนไขเวลาตามมาตรานี้มีความต่างกันเป็นกรณี ๆ ไป และแตกต่างจากเรื่องسابสูญตามมาตรา 62 อนึ่ง ในกรณีที่จำเป็นต้องให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตแทนความยินยอมของคู่สมรสกรณีที่จะมีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้น ต้องเป็นกรณีที่หายไปจากภูมิลำเนาไม่ต่ำกว่า 1 ปี ตามมาตรา 1598/25

(3) มารดาหรือบิดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ

กรณีนี้จำเป็นต้องมีกระบวนการตามคำสั่งศาล คือศาลต้องสั่งประการใดประการหนึ่งในเรื่องเกี่ยวกับความสามารถของบิดาหรือมารดา อำนาจปกครองจึงจะตกไปอยู่ที่อีกฝ่ายหนึ่งได้ ซึ่งเมื่อศาลเห็นสมควรอาจตั้งผู้อนุบาล หรือผู้พิทักษ์ให้แก่บิดาหรือมารดาผู้นั้น อย่างไรก็ตาม ผู้อนุบาล หรือผู้พิทักษ์ย่อมไม่มีสิทธิใด ๆ ต่อตัวเด็กหรือบุตรของบิดาหรือมารดาผู้ซึ่งศาลมีคำสั่งให้เป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือผู้เสมือนไร้ความสามารถ เพราะเรื่องอำนาจปกครองนั้นเป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคล

(4) มารดาหรือบิดาต้องเข้ารับการรักษาตัวในโรงพยาบาลเพราะจิตฟั่นเฟือน

อาการจิตฟั่นเฟือนตามมาตรานี้ไม่ถึงขั้นวิกลจริต แต่เป็นอาการที่ไม่ปกติ ลักษณะเดี๋ยวดีเดี๋ยวร้าย ซึ่งต้องอยู่ในระดับที่น่าเป็นห่วงจนต้องเข้ารับการรักษาตัวในโรงพยาบาล ซึ่งหากมีจิตฟั่นเฟือนแต่อาศัยอยู่ที่บ้านญาติพี่น้องไม่รู้สึกรู้สีกว่าจำเป็นต้องส่งตัวเข้ารับรักษาในโรงพยาบาล เช่นนี้ก็ยังใช้อำนาจปกครองได้

(5) ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา

ข้อเท็จจริงตามอนุมาณตรานี้ได้เขียนไว้เพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลยพินิจกรณีไม่เข้าบทบัญญัติตามอนุมาตราอื่น ๆ ศาลอาจสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ นอกจากนี้บทบัญญัติตามบรรพ 5 ในหลายมาตรายังได้กำหนดให้อำนาจปกครองบุตรนั้นอยู่ที่บิดาหรือมารดาเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ตามที่ศาลสั่ง เช่น กรณีที่การสมรสสิ้นสุดลงโดยการหย่าด้วยความยินยอมแต่ไม่ได้มีการตกลงกันหรือตกลงกันไม่ได้ว่าฝ่ายใดจะใช้อำนาจปกครองบุตร และกรณีที่การสมรสสิ้นสุด

โดยการฟ้องหย่า⁸³ ตามมาตรา 1520⁸⁴ หรือกรณีที่การสมรสเป็นโมฆะตามมาตรา 1499/1⁸⁵

(6) บิดาและมารดาตกลงกันตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ตกลงกันได้

อำนาจปกครองของบิดามารดานั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลซึ่งเป็นบิดามารดา อำนวยความสะดวกให้กับบุตร ดังนั้นอำนาจดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชน บิดามารดาจะทำข้อตกลงให้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดมิได้ เว้นแต่ กรณีที่กฎหมายได้กำหนดเป็นการเฉพาะให้ตกลงกันได้เท่านั้น บทบัญญัติที่กฎหมายให้บิดามารดาตกลงกันได้นั้นมีเฉพาะกรณีที่การสมรสสิ้นสุดลง ซึ่งระบุไว้ในสองกรณี กรณีแรกคือการหย่าโดยความ ยินยอมตามมาตรา 1520 ซึ่งศาลอาจให้มีการตกลงเพื่อให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวมีอำนาจใน การใช้อำนาจปกครอง⁸⁶ กรณีที่สองนั้นคือการที่ศาลได้พิพากษาว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะตามมาตรา 1499/1 ซึ่งในกรณีที่สองนี้มีข้อสังเกตว่า ศาลอาจเป็นผู้กำหนดเองว่าใครเป็นผู้สมควรใช้อำนาจ ปกครองบุตร⁸⁷

2.4.6.5 การถอนอำนาจปกครองบุตร

เรื่องอำนาจปกครองบุตรนั้นประกอบด้วยสองหลัก⁸⁸ คืออำนาจปกครองเหนือตัวบุตรและ

⁸³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6948/2550

⁸⁴ มาตรา 1520 ในกรณีหย่าโดยความยินยอม ให้สามีภริยาทำความตกลงเป็นหนังสือว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจ ปกครองบุตรคนใด ถ้ามิได้ตกลงกันหรือตกลงกันไม่ได้ ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด

ในกรณีหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ให้ศาลซึ่งพิจารณาคดีฟ้องหย่านั้นชี้ขาดด้วยว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด ในการพิจารณาชี้ขาดถ้าศาลเห็นว่าเหตุที่จะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสนั้นได้ตาม มาตรา 1582 ศาลจะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสและสั่งให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาล คำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นสำคัญ

⁸⁵ มาตรา 1499/1 ในกรณีที่การสมรสเป็นโมฆะ ข้อตกลงระหว่างคู่สมรสว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร คนใด หรือฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายจะเป็นผู้จ่ายเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นจำนวนเท่าใด ให้ทำเป็นหนังสือ หากตกลงกันไม่ได้ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด ในการพิจารณาชี้ขาดถ้าศาลเห็นว่าเหตุที่จะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสนั้นได้ตาม มาตรา 1582 ศาลจะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสและสั่งให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาล คำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นสำคัญ และให้นำความในมาตรา 1521 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1000/2522

⁸⁷ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 427-431

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 433

อำนาจในการจัดการทรัพย์สินของบุตร จึงอาจเป็นไปได้ที่บิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครองเพียงบางส่วนหรืออาจถูกถอนทั้งหมด เช่น อาจถูกถอนอำนาจปกครองเหนือตัวบุตรแต่ยังมีอำนาจจัดการทรัพย์สิน หรือบิดามารดาอาจถูกถอนอำนาจปกครองทั้งสองอย่างก็ได้ ดังนั้นผู้ที่มีอำนาจในการถอนอำนาจปกครองจึงมีเพียงศาลเท่านั้น บิดามารดาจะตกลงระหว่างกันเองให้ถอนอำนาจปกครองบุตร หรือโอนอำนาจปกครองบุตรให้แก่บุคคลภายนอกไม่ได้ แต่จะมีเพียงกรณีความตายของผู้เยาว์ หรือความตายของบิดามารดาเท่านั้นที่อำนาจปกครองบุตรนั้นย่อมสิ้นสุดลง การถอนอำนาจปกครองจึงเป็นมาตรการของรัฐในการตรวจสอบการใช้อำนาจปกครองและลงโทษบิดามารดาโดยการถอนอำนาจดังกล่าว

อำนาจปกครองจึงมีอยู่สองประการดังที่กล่าวมา โดยในที่นี้จะอธิบายถึงการถอนอำนาจปกครองเหนือตัวบุตร ตามมาตรา 1582 วรรคแรก⁸⁹ ซึ่งเหตุตามมาตรานี้มีอยู่สองลักษณะ คือ ประการแรกเป็นเหตุที่อาศัยคำสั่งศาลที่สั่งให้บิดามารดาเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ลักษณะประการที่สองเป็นเหตุที่อาศัยข้อเท็จจริง คือ การใช้อำนาจโดยไม่ชอบหรือมีความประพฤติชั่วร้าย

1.) การถอนอำนาจปกครองเหนือตัวผู้เยาว์โดยคำสั่งศาล⁹⁰

การที่ศาลสั่งถอนอำนาจปกครองด้วยเหตุที่บิดามารดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถนั้นเป็นเหตุผลเดียวกันกับมาตรา 1566 (3)⁹¹ ซึ่งความแตกต่าง คือการที่เป็นไปตามมาตรา 1566 (3) นั้นย่อมทำให้ความเป็นบิดามารดาที่จะใช้อำนาจปกครองบุตรสิ้นสุดลงโดยไม่จำเป็นต้องไปขอศาลให้มีคำสั่งถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาตามมาตรา 1582 นี้ก็อีกเนื่องจากเมื่อศาลมีคำสั่งให้บิดาเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถหรือคนไร้ความสามารถไปครั้งหนึ่งแล้ว

⁸⁹ มาตรา 1582 ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถโดยคำสั่งของศาลก็ดี ใช้อำนาจปกครองเกี่ยวแก่ตัวผู้เยาว์โดยมิชอบก็ดี ประพฤติชั่วร้ายก็ดี ในกรณีเหล่านี้ศาลจะสั่งเอง หรือจะสั่งเมื่อญาติของผู้เยาว์หรืออัยการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองเสียบางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้...

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 434

⁹¹ มาตรา 1566 บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา

อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาในกรณีดังต่อไปนี้

(3) มารดาหรือบิดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ...

นั้นยอมทำให้บิดามารดาไม่สามารถใช้อำนาจปกครองได้ตามมาตรา 1566 (3) และอำนาจปกครองนั้นโอนไปยังบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว

นอกจากนี้การถอนอำนาจปกครองโดยคำสั่งศาลยังปรากฏอยู่ในมาตรา 1569/1 วรรคแรก คือการที่ผู้เยาว์นั้นถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถและศาลมีคำสั่งตั้งบุคคลอื่นซึ่งมิใช่ผู้ใช้อำนาจผู้ปกครองหรือผู้ปกครองเป็นผู้อนุบาล ให้คำสั่งนั้นมีผลเป็นการถอนผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองที่เป็นอยู่ในขณะนั้น⁹²

2.) การถอนอำนาจปกครองเหนือตัวผู้เยาว์โดยอาศัยข้อเท็จจริง⁹³

คือกรณีที่มีการใช้อำนาจปกครองกับตัวผู้เยาว์โดยไม่ชอบและประพฤดิชั่วร้าย ซึ่งกรณีนี้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้ระบุว่าการใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับตัวผู้เยาว์โดยไม่ชอบ เช่น มารดาทิ้งบุตรและไปอยู่ที่อื่นและสมรสใหม่ตั้งแต่ผู้เยาว์อายุได้เพียงปีเศษและไม่เคยกลับมาดูแลผู้เยาว์อีกเลย ถือว่าเป็นการใช้อำนาจปกครองโดยมิชอบ⁹⁴

สำหรับความประพฤดิชั่วร้าย เป็นความประพฤดิส่วนตัวของผู้ใช้อำนาจปกครอง เช่น มีการจำหน่ายยาเสพติดจนถูกคุมขังในเรือนจำ หรือมีการลักลอบนำเด็กหญิงส่งไปค้าประเวณีต่างประเทศ หรือมีอาชีพรับจ้างฆ่าคน เป็นต้น บิดามารดาที่มีความประพฤดิเช่นนี้ย่อมไม่เหมาะสมอย่างยิ่งที่จะใช้อำนาจปกครองบุตรต่อไปเพราะอาจมีผลกระทบต่อบุตรในทางใดทางหนึ่งในอนาคต

เพื่อความเข้าใจนั้นอาจเทียบเคียงได้กับการทำการชั่วร้าย หรือทำผิดหน้าที่บิดามารดาอันเป็นเหตุให้บุตรบุญธรรมฟ้องเลิกการรับบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1598/33⁹⁵ อนุมาตราหนึ่งและอนุมาตราเจ็ดได้หรือเทียบเคียงกับ “ประพฤดิชั่ว” “ทำร้าย ทรมานร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง”

⁹² มาตรา 1569/1 วรรคแรก

⁹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 435-436

⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4323/2550

⁹⁵ มาตรา 1598/33 คดีฟ้องเลิกการรับบุตรบุญธรรมนั้นเมื่อ

(1) ฝ่ายหนึ่งทำการชั่วร้ายไม่ว่าจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ เป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง หรือถูกเกลียดชัง หรือได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องเลิกได้

(7) ผู้รับบุตรบุญธรรมทำผิดหน้าที่บิดามารดา และการกระทำนั้นเป็นการละเมิดหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 1564 มาตรา 1571 มาตรา 1573 มาตรา 1574 หรือมาตรา 1575 เป็นเหตุให้เกิดหรืออาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ต่อบุตรบุญธรรม บุตรบุญธรรมฟ้องเลิกได้

อันเป็นเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 อนุมาตราสองและอนุมาตราสาม⁹⁶ ตามลำดับได้ ซึ่งการถอนอำนาจปกครองนั้นศาลจะถอนทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้แล้วแต่พฤติการณ์ความร้ายแรงของข้อเท็จจริง เช่นอาจถอนอำนาจปกครองของบิดาเฉพาะในส่วนการลงโทษบุตร การกำหนดที่อยู่ แต่อำนาจอย่างอื่นให้คงอยู่ เป็นต้น และศาลอาจมีคำสั่งถอนอำนาจปกครองเป็นการชั่วคราวเป็นเวลาไม่เกินสองปีก็ได้แต่ต้องไม่เกินกว่าที่เยาวชนนั้นจะบรรลุนิติภาวะแล้วคืนอำนาจปกครองเมื่อครบระยะเวลาหรือเมื่อเหตุถอนอำนาจปกครองสิ้นไปตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวพ.ศ. 2553 มาตรา 112 และมาตรา 113⁹⁷

⁹⁶ มาตรา 1516 เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้

- (1) สามีหรือภริยาอุบการะเลียงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือสามี เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจฉน อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (2) สามีหรือภริยาประพฤติชั่ว ไม่ว่าความประพฤติชื่อนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง
 - (ก) ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง
 - (ข) ได้รับความดูถูกเกลียดชังเพราะเหตุที่คงเป็นสามีหรือภริยาของฝ่ายที่ประพฤติชั่วอยู่ต่อไป หรือ
 - (ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันทริยามาคำนึงประกอบ
 อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(3) สามีหรือภริยาทำร้าย หรือทรมานร่างกายหรือจิตใจ หรือหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ ถ้าเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้...

⁹⁷ มาตรา 112 ในการพิจารณาคดีอาญาที่เด็กหรือเยาวชนเป็นจำเลย เมื่อศาลเห็นเองหรือปรากฏ จากรายงานของผู้อำนวยการสถานพินิจว่า บิดา มารดา หรือผู้ปกครองใช้อำนาจปกครองโดยมิชอบแก่ตัว เด็กหรือเยาวชน กระทำทารุณกรรม หรือกระทำการอันมีลักษณะเกื้อหนุนให้เด็กหรือเยาวชนประพฤติตน เสียหาย หรือปล่อยปละละเลยให้เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิด ให้ศาลได้ส่วนเพื่อหาข้อเท็จจริงได้ หากเห็นสมควรศาลอาจสั่งถอนอำนาจปกครองหรือความเป็นผู้ปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราว เป็นเวลาไม่เกินสองปีแต่ต้องไม่เกินกว่าเยาวชนนั้นบรรลุนิติภาวะ และตั้งบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะหรือครอบครัวอุปถัมภ์หรือผู้แทนองค์การด้านเด็กที่ยอมรับเด็กหรือเยาวชนนั้นไว้ในความปกครองดูแลเป็นผู้ปกครองชั่วคราว หรือจะตั้งผู้อำนวยการสถานพินิจที่เด็กหรือเยาวชนอยู่ในเขตอำนาจเป็นผู้ปกครองเด็กหรือเยาวชนนั้นชั่วคราว หรือสั่งให้เด็กหรือเยาวชนไปรับการคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก

ผู้ปกครองชั่วคราวที่ศาลตั้งตามวรรคหนึ่งให้มีอำนาจหน้าที่อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างเกี่ยวกับการกำหนดที่อยู่ การอบรมสั่งสอน การคุ้มครองสวัสดิภาพ หรือการให้การอุปการะเลี้ยงดูแก่เด็กหรือเยาวชนตาม สมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป และให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการ ใช้อำนาจปกครองและการตั้งผู้ปกครองมาใช้บังคับแก่การตั้งผู้ปกครองชั่วคราวโดยอนุโลม

3.) การสิ้นสุดของอำนาจปกครองโดยอาศัยข้อเท็จจริง

นอกจากนี้การสิ้นสุดของอำนาจปกครองอาจเกิดจากการที่ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะและผู้เยาว์ไปเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น การบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์นั้น ผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ตามมาตรา 19 หรือบรรลุนิติภาวะด้วยการสมรสตามมาตรา 20 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเมื่อบรรลุนิติภาวะแล้วบุตรย่อมเป็นผู้ใหญ่ที่ปกครองตนเองได้และมีความสามารถในการทำนิติกรรมด้วยตนเองกฎหมายจึงให้อำนาจปกครองทั้งทางส่วนตัวและทางทรัพย์สินเป็นของตัวบุคคลนั่นเอง

ส่วนกรณีที่อำนาจปกครองสิ้นสุดลงเมื่อไปเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น เนื่องจากโดยผลของมาตรา 1598/28 บุตรบุญธรรมจะมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม และที่สำคัญ คือ บิดามารดาโดยกำเนิดย่อมหมดอำนาจปกครองนับแต่วันที่ได้มีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม อำนาจปกครองจะโอนไปยังผู้รับบุตรบุญธรรมทั้งหมด บิดามารดาโดยกำเนิดของผู้เยาว์ย่อมไม่ใช่ผู้ใช้อำนาจปกครองของบุตรอีกต่อไป การใช้อำนาจปกครองย่อมโอนไปยังผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นไปเพื่อไม่ให้เกิดการขัดกันในการใช้อำนาจปกครอง ผู้รับบุตรบุญธรรมจึงสมควรเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองของบุตรบุญธรรมและเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรบุญธรรม มีสิทธิและหน้าที่เท่าเทียมกันกับบิดามารดาโดยกำเนิดของบุตรบุญธรรมทุกประการ ทั้งนี้ตามวรรคท้ายของมาตรา 1598/28⁹⁸ ที่ได้ระบุให้นำบัญญัติในหมวดสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรมาใช้บังคับโดยอนุโลม ส่วนบิดามารดาโดยกำเนิดอาจกลับมาใช้อำนาจปกครองใหม่ต่อเมื่อมีการเลิกรับบุตรบุญธรรม

มาตรา 113 เมื่อครบระยะเวลาการตั้งผู้ปกครองชั่วคราวตามมาตรา 112 ให้ผู้ถูกถอนอำนาจปกครองหรือความเป็นผู้ปกครองกลับมีอำนาจหน้าที่ดังเดิม เว้นแต่ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น

ถ้าผู้ถูกถอนอำนาจปกครองหรือความเป็นผู้ปกครองตามมาตรา 112 เห็นว่าเหตุดังกล่าวสิ้นไปแล้ว เมื่อตนเองหรือญาติของเด็กหรือเยาวชนหรือบุคคลหรือครอบครัวอุปถัมภ์ หรือผู้อำนวยการสถานพินิจร้องขอ ศาลจะสั่งให้ผู้ถูกถอนอำนาจปกครองหรือความเป็นผู้ปกครองมีอำนาจดังเดิมก็ได้

การที่บิดา มารดา หรือผู้ปกครองถูกถอนอำนาจปกครองหรือความเป็นผู้ปกครองบางส่วนตาม มาตรา 112 ไม่เป็นเหตุให้ผู้พ้นจากหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กหรือเยาวชนตามกฎหมาย

⁹⁸ มาตรา 1598/28 บุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น แต่ไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวที่ได้กำเนิดมา ในกรณีเช่นนี้ให้บิดามารดาโดยกำเนิดหมดอำนาจปกครองนับแต่วันเวลาที่เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว

ให้นำบัญญัติในลักษณะ 2 หมวด 2 แห่งบรรพนี้มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ตามมาตรา 1598/37 วรรคแรก⁹⁹

2.4.6.6 ผลภายหลังการสิ้นสุดของอำนาจปกครอง¹⁰⁰

เมื่ออำนาจปกครองเหนือตัวผู้เยาว์สิ้นสุดลง ผู้เคยใช้อำนาจปกครองก็ไม่อาจกระทำในส่วนนี้ต่อไป คงมีเหลืออยู่หน้าที่เดียวอันเป็นหน้าที่ในฐานะบิดามารดาที่จะต้องกระทำ คือ อุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ อย่างไรก็ตาม มีสิทธิบางประการที่กฎหมายให้แก่บิดามารดาที่ถูกถอนอำนาจปกครอง สิทธินั้นคือ สิทธิการติดต่อกับบุตรและยังมีสิทธิจะได้อำนาจปกครองคืนด้วย ซึ่งจะได้อธิบายเป็นลำดับถัดไป

แม้ถูกถอนอำนาจปกครองบางส่วนหรือถูกถอนอำนาจปกครองทั้งหมด แต่เมื่อบุตรยังเป็นผู้เยาว์อยู่ บิดา มารดา ยังคงมีหน้าที่ตามมาตรา 1584¹⁰¹ ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ตามกฎหมายเนื่องจากหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ของบิดามารดาโดยกำเนิดไม่เกี่ยวข้องกับการมีหรือไม่มีฐานะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง และโดยหลักเดียวกันนี้แม้บิดามารดาจะไม่ได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองอีกบิดามารดา ยังคงมีสิทธิบางประการตามกฎหมาย ได้แก่ สิทธิที่จะติดต่อกับบุตรของตนได้ตามสมควรแก่พฤติการณ์ตามมาตรา 1584/1¹⁰² เช่น การไปเยี่ยมเยียน พูดคุยโทรศัพท์เพื่อถามสารทุกข์สุขดิบ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้กล่าวถึงผลต่อหน้าที่ของบุตรที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามมาตรา 1563¹⁰³ ว่าจะมีเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ อย่างไร ดังนั้นอาจตีความได้ว่าบุตรยังคงมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาเหมือนกับที่บิดามารดา ยังคงมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ตาม

⁹⁹ มาตรา 1598/37 วรรคแรก เมื่อผู้รับบุตรบุญธรรมตาย หรือมีการเลิกรับบุตรบุญธรรม ถ้าบุตรบุญธรรมยังไม่บรรลุนิติภาวะ ให้บิดามารดาโดยกำเนิดกลับมีอำนาจปกครองนับแต่เวลาที่ผู้รับบุตรบุญธรรมตาย หรือนับแต่เวลาที่จดทะเบียนการเลิกรับบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1598/31 หรือนับแต่เวลาที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เลิกการรับบุตรบุญธรรม เว้นแต่ศาลเห็นสมควรสั่งเป็นประการอื่น

¹⁰⁰ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 438-439

¹⁰¹ มาตรา 1584 การที่ผู้ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจปกครองบางส่วนหรือทั้งหมด ไม่เป็นเหตุให้ผู้นั้นพ้นจากหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์ตามกฎหมาย

¹⁰² มาตรา 1584/1 บิดาหรือมารดา ย่อมมีสิทธิที่จะติดต่อกับบุตรของตนได้ตามสมควรแก่พฤติการณ์ ไม่ว่าบุคคลใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองก็ตาม

¹⁰³ มาตรา 1563 บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา

กฎหมาย

2.4.6.7 การได้คืนอำนาจปกครอง¹⁰⁴

โดยหลักในทางปฏิบัติผู้เยาว์ต้องมีบิดาและมารดาาร่วมกันปกครองดูแลให้ความรักความอบอุ่น การถอนอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาจะเป็นมาตรการพิเศษที่กฎหมายต้องเข้ามาควบคุมเนื่องจากในบางกรณีนั้นบิดามารดาละเลยต่อหน้าที่หรือใช้อำนาจปกครองไปผิดทางจนมีผลกระทบต่อร่างกาย อนามัย จิตใจ และทรัพย์สินของบุตร หากปล่อยให้ดำเนินการต่อไปย่อมเป็นการทำลายอนาคตของบุตร ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการให้และถอนอำนาจปกครองตามกฎหมายจะเป็นไปเพื่อความผาสุกและประโยชน์ของผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง หากหลังจากถอนอำนาจปกครองมีข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลง ผู้เยาว์อาจอยู่ภายใต้การดูแลของบิดามารดาอีกได้ โดยที่มาตรา 1583¹⁰⁵ ได้กำหนดว่าหากเหตุที่ทำให้ศาลสั่งถอนอำนาจปกครองสิ้นไปแล้วบุคคลที่ถูกถอนอำนาจปกครองหรือญาติของผู้เยาว์สามารถร้องขอให้ศาลสั่งให้อำนาจปกครองคืนดังเดิมได้

มีข้อสังเกตว่าถ้าเป็นเหตุที่ไม่ใช่เกิดจากความผิดของผู้ปกครองและต่อมาเหตุนั้นสิ้นไปศาลจะมีคำสั่งให้ผู้ถูกถอนอำนาจปกครองพ้นจากความเสมือนไร้ความสามารถหรือไร้ความสามารถเช่นนี้ก็เป็นการง่ายที่จะร้องขอคืนอำนาจปกครองเพียงแต่แสดงคำสั่งเหล่านั้นต่อศาล อย่างไรก็ตาม หากการถอนอำนาจปกครองเกิดจากความผิดของผู้ใช้อำนาจปกครอง เช่น ประพฤติมิชอบหรือประพฤติชั่วร้าย การพิสูจน์ว่าเหตุดังกล่าวสิ้นไปแล้วย่อมยากลำบากกว่าการขอคืนอำนาจปกครองกรณีแรก เช่น การพิสูจน์ว่าบุคคลนั้นกลับเนื้อกลับตัวแล้วหรือมีพฤติกรรมที่ดีขึ้นซึ่งศาลคงต้องพิจารณาตามความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานทั้งปวงโดยละเอียดและสั่งไปตามนั้น โดยท้ายที่สุดต้องคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของผู้เยาว์เป็นที่ตั้ง

อนึ่ง ในเรื่องการถอนอำนาจปกครองนี้ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2563/2544 ซึ่งได้ระบุว่า การถอนอำนาจปกครองนั้นต้องเป็นไปโดยเคร่งครัด และการไม่ถูกถอนอำนาจปกครองย่อมไม่ทำให้อำนาจปกครองนั้นสิ้นไป โดยตามคำพิพากษาโดยย่อที่ระบุว่า “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1585 วรรคหนึ่ง ให้ตั้งผู้ปกครองผู้เยาว์ได้เฉพาะกรณีผู้เยาว์ไม่มีบิดามารดาหรือบิดา

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 440-441

¹⁰⁵ มาตรา 1583 ผู้ถูกถอนอำนาจปกครองบางส่วนหรือทั้งหมดนั้น ถ้าเหตุดังกล่าวไว้ในมาตราก่อนสิ้นไปแล้ว และเมื่อตนเองหรือญาติของผู้เยาว์ร้องขอ ศาลจะสั่งให้มีอำนาจปกครองดังเดิมก็ได้

มารดาถูกถอนอำนาจปกครอง การที่มารดาตาย ส่วนบิดายังมีชีวิตอยู่และมีได้ถูกถอนอำนาจปกครอง แม้บิดามารดาจะจดทะเบียนหย่าโดยตกลงให้มารดาเป็นผู้ปกครองผู้เยาว์แต่ฝ่ายเดียวก็เป็นเรื่องการตกลงตามมาตรา 1520 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 1566 วรรคสอง (6) เท่านั้น มิใช่เป็นกรณีที่บิดาถูกถอนอำนาจปกครองเพราะการจะถอนอำนาจปกครองจะต้องมีเหตุตามมาตรา 1582 และเป็นอำนาจของศาล ดังนั้น อำนาจปกครองจึงกลับมาอยู่กับบิดาฝ่ายเดียวตามมาตรา 1566 วรรคสอง (1) เมื่อผู้เยาว์ยังมีบิดาซึ่งยังไม่ถูกถอนอำนาจปกครองจึงไม่อาจตั้งผู้ปกครองได้ ผู้ร้องซึ่งเป็นนำผู้เยาว์จึงไม่มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ตั้งผู้ปกครอง” ซึ่งท้ายที่สุดนี้ศาลได้ตั้งนำของผู้เยาว์เป็นผู้ปกครองด้วยเหตุที่บิดาของผู้เยาว์นั้นต้องโทษจำคุกซึ่งถือว่าเป็นการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง¹⁰⁶ แต่จากคำพิพากษานี้จะเห็นได้ว่าเรื่องอำนาจปกครองนั้นจำเป็นที่จะต้องให้ศาลเป็นผู้สั่งให้มีการถอนอำนาจปกครองไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม และไม่มีกรณียกเว้น

2.5 หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child)

ดังที่ได้อธิบายข้างต้นว่าการคุ้มครองเด็กตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) เป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก หลักการนี้จึงเป็นหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาเรื่องการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง เนื่องจากทั้งประเทศไทยและประเทศที่ได้ทำการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ส่วนใหญ่ (ยกเว้นประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีได้ให้สัตยาบัน) ล้วนลงนามเป็นภาคีและให้สัตยาบันในอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งสะท้อนถึงการใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กยึดโยงกับพันธกรณีระหว่างประเทศและส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายในแต่ละประเทศที่บัญญัติออกมาเพื่อคุ้มครองเด็ก ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ไม่ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก แต่ก็มีหลักการคุ้มครองเด็กรวมไปถึงเด็กที่ถูกทอดทิ้งที่มีความชัดเจน ไม่ได้ละเลยแนวคิดในการปกป้องและคุ้มครองเด็กในด้านต่าง ๆ¹⁰⁷ อันจะได้อธิบายในบทที่สามต่อไป ดังนั้นในส่วนของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งสามารถยกมาอธิบายได้ดังนี้

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2563/2544

¹⁰⁷ มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, โครงการวิจัยเรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก, หน้า 108

2.5.1 ความหมายของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child)

The Best Interest of the Child เป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองเด็กที่สำคัญประการหนึ่งรู้จักกันทั่วไปในนามของ “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” โดยที่ “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” หมายถึง การคำนึงถึงประโยชน์ ความผาสุกและสวัสดิภาพ รวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่เด็กควรได้รับการปกป้องคุ้มครองเป็นสำคัญ หลักการนี้ปรากฏครั้งแรกในตราสารระหว่างประเทศตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 และปรากฏในตราสารระหว่างประเทศอีกหลายฉบับ ซึ่งในทางข้อเท็จจริงแล้วนั้นคณะกรรมการซึ่งร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ไม่ได้นิยามความหมายของหลักการนี้ไว้เป็นพิเศษเนื่องจากว่ามีวัตถุประสงค์ที่จะให้เรื่องผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้ได้รับการตัดสินเป็นรายกรณีไป เพื่อให้เด็กแต่ละคนได้รับประโยชน์สูงสุดอย่างแท้จริง แต่ปัญหาในความไม่ชัดเจนของหลักการนี้ได้ทำให้มีนักกฎหมายในหลาย ๆ ประเทศออกมามีความพยายามให้คำนิยามของหลักการนี้ ซึ่งสามารถสรุปได้ว่าหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นคือ สิทธิประโยชน์ทั้งปวงที่เด็กควรได้รับอันจะก่อให้เกิดประโยชน์กับเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ และอารมณ์ รวมไปถึงสถานะทางสังคม อันสร้างความผาสุกให้แก่เด็กและทำให้เด็กสามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้โดยปกติสุข รวมถึงการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก พัฒนาการของเด็ก และการเจริญเติบโตอย่างเต็มที่ที่เด็กควรจะเป็น และหากต้องพิจารณากับผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลอื่น ๆ แล้ว ผลประโยชน์ของเด็กควรเป็นประโยชน์ที่มาเป็นอันดับแรกเสมอ¹⁰⁸

2.5.2 การปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

จากความหมายข้างต้นจะเห็นว่า การคุ้มครองเด็กนั้นไม่ว่าด้วยบทกฎหมายในเรื่องใดก็ตาม หากยึดเรื่องผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลัก ย่อมถือว่ากฎหมายนั้นได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของเด็กอย่างแท้จริง เพราะหลักการนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเด็ก และสิ่งที่เด็กควรได้รับ อย่างไม่คำนึงในการ

¹⁰⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 126

พิจารณาเพื่อบัญญัติกฎหมาย ออกคำสั่ง หรือคำพิพากษานั้น หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กสามารถนำมาปรับใช้โดยแบ่งพิจารณาได้ออกเป็น 2 ลักษณะ¹⁰⁹ ได้แก่

2.5.2.1 หลัก Primary Consideration

หลัก Primary Consideration เป็นการพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นพื้นฐานเบื้องต้นปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมาตรา 3(1)¹¹⁰ โดยต้องพิจารณาร่วมกันกับประโยชน์อื่น เช่น จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ทางด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างเด็กคนอื่น หรือระหว่างเด็กต่างกลุ่ม หรือระหว่างเด็กหรือผู้ใหญ่ เป็นต้น โดยการชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบถึงความสำคัญระหว่างประโยชน์สูงสุดของเด็กกับประโยชน์อื่น ๆ และจัดให้เกิดสมดุลของประโยชน์ต่าง ๆ และประโยชน์ของเด็กตามบริบทของสถานการณ์แก่กรณีได้อย่างเหมาะสม ดังนั้น บางกรณีการพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กอาจมีน้ำหนักน้อยกว่าประโยชน์อื่น ๆ ก็ได้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์เพื่อทำให้การพิจารณาหรือการตัดสินใจนั้นมีความยืดหยุ่น¹¹¹ ทั้งนี้ หลักการนี้นำมาใช้ในกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของเด็ก การกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็ก เป็นต้น

2.5.2.2 หลัก Paramount Consideration

หลัก Paramount Consideration คือการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด เป็นหลักการที่ปรากฏครั้งแรกในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959¹¹² เป็นการกำหนด

¹⁰⁹ รินทร์ภักดิ์ ขาวสิทธิวงศ์, "การคุ้มครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก: ศึกษากรณีการแยกเด็กออกจากครอบครัว" (ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559). หน้า 19

¹¹⁰ Article 3(1)

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

¹¹¹ Fatma Hassan Beshir, "Article 3 of the Convention on the Rights of the Child: The Best Interests of the Child," [Online] Accessed: 10 May 2021. Available from:

<https://dppcr.files.wordpress.com/2012/09/best-interest-of-the-child-fatma-beshir-cairo1.pdf>

¹¹² UN General Assembly, 'Declaration of the Rights of the Child' (1959) A/RES/1386(XIV)

Principle 2

มาตรฐานที่สูงกว่าการพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นพื้นฐานเบื้องต้น โดยให้ความสำคัญกับประโยชน์สูงสุดของเด็กเหนือกว่าเกณฑ์การพิจารณาหรือประโยชน์อื่น ๆ กล่าวคือ ในการพิจารณาคดี การออกคำสั่ง หรือการตัดสินใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเด็กนั้นต้องยึดหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเพียงประการเดียวเท่านั้น โดยไม่มีประโยชน์ของผู้ใดหรือสิ่งอื่นใดที่อยู่เหนือกว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กได้ เพราะมุ่งเน้นให้เด็กได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพเป็นหลัก เช่น การรับบุตรบุญธรรมจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดตามหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นต้น¹¹³ โดยสถานการณ์ที่ประโยชน์สูงสุดของเด็กจะถูกพิจารณาเป็นคุณค่าสำคัญที่ต้องยึดถือเพียงประการเดียวนั้น มักเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสวัสดิภาพความปลอดภัยของเด็ก อันหมายถึงความรวมถึงความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพของเด็ก¹¹⁴ การพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด ทั้งนี้มีข้อสังเกตในแง่ของการปรับใช้ คือ ศาลสามารถพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเพียงประการเดียวโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาประโยชน์ของผู้อื่นหรือประโยชน์ใด ๆ เพื่อชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบกับประโยชน์ของเด็กเลย¹¹⁵ ซึ่งมีปัญหาต่อมาว่า หากพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดเพียงหนึ่งเดียวจะไม่สามารถกระทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดเกิดขึ้นแก่เด็กได้ในบางกรณี เนื่องจากผู้ใหญ่บางคนไม่อาจกระทำได้อย่างเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กได้ทั้งหมดด้วยข้อจำกัดด้านปัจจัยต่าง ๆ ดังนั้น การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดโดยมองข้ามประโยชน์อื่น ๆ จึงไม่อาจนำมาปรับใช้ได้กับทุกกรณี¹¹⁶

The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration.

¹¹³ รินทร์ภัสส์ ขาวสิทธิวงศ์, "การคุ้มครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก: ศึกษากรณีการแยกเด็กออกจากครอบครัว". หน้า 19-20

¹¹⁴ วรภาส จารูชิรวดี, "การควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยตามประมวลกฎหมายอาญา ภายใต้กรอบความคิดเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก" (ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564), หน้า 18.

¹¹⁵ Richard Chisholm, "The Paramount Consideration," 10th National Family Law.

¹¹⁶ Seema Shah, "Does Research with Children Violate the Best Interest Standard? An Empirical and Conceptual Analysis," *Northwestern Journal of law and social policy* 8, 2 (2013).

การพิจารณาถึงการปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กทั้งสองลักษณะจึงมีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ซึ่งการพิจารณาปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กทั้งสองลักษณะมีความเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองอย่างเห็นได้ชัด โดยการปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดในฐานะสิ่งที่มีความสำคัญลำดับแรก (Primary Consideration) สามารถนำมาพิจารณาในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการใช้อำนาจของผู้ใช้อำนาจปกครองเพื่อพิจารณาว่าผู้ใช้อำนาจปกครองควรใช้อำนาจปกครองได้มากน้อยเพียงใดเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยจะพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างสิทธิในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองและประโยชน์ของเด็ก อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การใช้อำนาจปกครองเด็กเป็นการกระทบต่อสิทธิในชีวิต ร่างกายและเสรีภาพของเด็กอย่างชัดเจน เช่น การทำร้ายร่างกาย การกักขังลงโทษเกินสมควร การกระทำทางเพศต่อเด็ก กรณีลักษณะเช่นนี้จะต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งสำคัญสูงสุด (Paramount Consideration) เพื่อเป็นการพิทักษ์คุ้มครองชีวิตและสวัสดิภาพของเด็กอันเป็นคุณค่าสูงสุดของมนุษย์ที่ควรได้รับการคุ้มครอง¹¹⁷ ซึ่งการทอดทิ้งเด็กนั้นอาจถือเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจปกครองที่มีลักษณะเป็นการกระทำอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเด็ก อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาส่วนนี้ต้องมีการวิเคราะห์ถึงความหมายและนิยามที่ชัดเจนของการทอดทิ้งเด็กก่อนว่ามีลักษณะเช่นไร

จากการศึกษาจะพบว่าแม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายเกี่ยวข้องกับการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง แต่กฎหมายยังมีความไม่ชัดเจนอยู่ค่อนข้างมาก ทั้งในกรณีของการกำหนดนิยามความหมาย ประเภทของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง รวมไปถึงสิทธิหน้าที่ของความเป็นบิดามารดาและบุตร ทำให้ทั้งตัวเด็กและบิดามารดายังมีทั้งสิทธิและหน้าที่ต่อกันแม้เด็กผู้นั้นจะถูกทอดทิ้ง ซึ่งหากพิจารณาตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้ว อาจเหมาะสมมากกว่าที่จะกำหนดให้หน้าที่บางประการของเด็กที่ถูกทอดทิ้งต่อบิดามารดาเป็นอันสิ้นสุดผลไป เช่น การที่เด็กยังคงมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา อีกทั้ง กรณีที่เด็กถูกทอดทิ้ง หรือนำมาไว้ที่สถานสงเคราะห์ หากสถานสงเคราะห์มิได้ยื่นขอโอนอำนาจปกครองของบิดามารดา อำนาจปกครองของบิดามารดาก็ยังมีอยู่เหนือตัวเด็กอยู่เช่นเดิม ซึ่งไม่มีกฎหมายที่บังคับให้สถานสงเคราะห์ต้องยื่นต่อศาลเพื่อให้ศาลถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา ในประเด็นเหล่านี้ทำให้ผู้เขียนเห็นว่า ต้องมีการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในบทถัดไปเพื่อศึกษา

¹¹⁷ วรภาส จารุวิชิต, "การควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยตามประมวลกฎหมายอาญา ภายใต้กรอบความคิดเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก," หน้า 18.

บทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเด็กที่ถูกทอดทิ้งว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างจากกฎหมายของประเทศไทยอย่างไร รวมไปถึงการเปรียบเทียบมาตรการการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในต่างประเทศ และการปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในต่างประเทศ กับประเทศไทย เพื่อนำมาวิเคราะห์ความเหมาะสมของมาตรการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในประเทศไทยว่าเพียงพอแล้วหรือไม่ หรือควรเพิ่มเติมส่วนใด เป็นลำดับถัดไป



บทที่ 3

การคุ้มครองเด็กและการกำหนดสิทธิหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร

กรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้งในต่างประเทศ

ในบทนี้เป็นการศึกษากฎหมายครอบครัวของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กและสิทธิหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรในกรณีของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ซึ่งผู้เขียนเลือกศึกษาสามประเทศด้วยกัน ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น เพื่อเปรียบเทียบและวิเคราะห์ในประเด็นทางกฎหมายกับกฎหมายของประเทศไทย โดยจากการศึกษาพบว่าในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาและอังกฤษซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายแบบ Common Law มีแนวคิดในเรื่องการคุ้มครองเด็ก และยังมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษผู้ซึ่งกระทำความผิดฐานทอดทิ้งเด็กอย่างเป็นรูปธรรม ทำให้ในการศึกษาเปรียบเทียบประเทศทั้งสองจะพบว่าในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มีบทบัญญัติเรื่องการตัดอำนาจความเป็นบิดามารดา (Termination of Parental Right) อย่างเด็ดขาด หากพบว่ามี การทอดทิ้งเด็ก นอกจากนี้ในประเด็นเรื่องหน้าที่ของบุตรนั้น ก็ไม่ได้มีการกำหนดว่าบุตรต้องเลี้ยงดูบิดามารดาอย่างเช่นในกฎหมายครอบครัวของไทย ในขณะที่ประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นอีกหนึ่งประเทศที่ผู้เขียนเลือกศึกษา เพราะประเทศญี่ปุ่นถือว่าเป็นประเทศในภูมิภาคเอเชียที่มีวัฒนธรรมและความเป็นอยู่ตามแบบฉบับของคนเอเชียเช่นเดียวกับประเทศไทย ทำให้พบว่าในประเทศญี่ปุ่นได้ใช้หลักเกณฑ์ทางด้านสวัสดิการสังคมในการกล่าวถึงเรื่องการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา และในเรื่องการตัดอำนาจปกครองของบิดามารดากรณีของเด็กที่ถูกทอดทิ้งนั้นมีลักษณะการตัดอำนาจปกครองโดยไม่เด็ดขาด

3.1 กฎหมายครอบครัวของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวได้ว่าเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งสูงเป็นอันดับต้นของโลก กฎหมายครอบครัวของแต่ละรัฐมีความแตกต่างกันออกไปตามที่กฎหมายในมลรัฐนั้น ๆ กำหนด ทั้งนี้ในเรื่องเด็กที่ถูกทอดทิ้งนั้น กฎหมายในหลายมลรัฐได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาของแต่ละมลรัฐ โดยมีจุดมุ่งหมายในเรื่องของการลงโทษผู้กระทำความผิด

นอกจากนี้ระดับความร้ายแรงในความผิดของผู้ซึ่งทอดทิ้งเด็คนั้นในแต่ละรัฐก็มีระดับที่แตกต่างกัน¹¹⁸ ซึ่งหากพิจารณาในแง่ของกฎหมายครอบครัวแล้ว สหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเรื่องเด็กที่ถูกทอดทิ้งและสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ในครอบครัวที่ต่างกันออกไปในแต่ละมลรัฐเช่นเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนได้เลือกที่จะทำการศึกษาสองมลรัฐซึ่งมีความชัดเจนเรื่องการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในสิทธิทางครอบครัว ได้แก่มลรัฐแคลิฟอร์เนีย และมลรัฐเท็กซัส

3.1.1 ประวัติศาสตร์และแนวคิดกฎหมายครอบครัวของประเทศสหรัฐอเมริกา

การศึกษาในด้านกฎหมายครอบครัวนั้น มีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจถึงที่มา รวมถึงรากฐานที่เป็นต้นกำเนิดของระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ในเบื้องต้นคือการเข้าใจในระบบกฎหมายซึ่งแบ่งเป็นกฎหมายในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ เนื่องจากมลรัฐของสหรัฐอเมริกามีอำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายของมลรัฐตนเอง อันเนื่องมาจากประวัติศาสตร์ของชาติอเมริกาเมื่อหลังจากที่ประเทศสหรัฐอเมริกาแยกตัวเป็นอิสระจากประเทศอังกฤษ สังคมและผู้นำในขณะนั้นเข้าใจถึงปัญหาในอดีตจึงหลีกเลี่ยงไม่ให้อำนาจกลางมีอำนาจปกครองรัฐท้องถิ่น รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงรับรองและยืนยันให้อำนาจแก่มลรัฐในการตรากฎหมายเป็นของตนเองได้พร้อมกับมีกลไกคุ้มครองไม่ให้รัฐบาลในระดับสหพันธรัฐแทรกแซง ระบบนี้ส่งผลให้แต่ละมลรัฐสามารถใช้อำนาจในการตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ จนกระทั่งได้มีการแก้ไขกฎหมายรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 ของประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อสร้างกรอบของการตรากฎหมายของแต่ละมลรัฐ¹¹⁹ เพื่อไม่ให้มีลักษณะที่เป็นอิสระจนเกินขอบเขตซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 1¹²⁰

¹¹⁸ ธัญญา จิตสีทอง, "การคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง: ศึกษาการบังคับโทษทางอาญาและมาตรการอื่นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546". หน้า 84

¹¹⁹ สำนักการต่างประเทศ, "รายงาน หลักสูตร "กฎหมายเกี่ยวกับคดีเยาวชนและครอบครัว" ณ New York University ประเทศสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2561" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 10 มกราคม 2564. แหล่งที่มา: <https://oia.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/cid/8069/iid/93865>, หน้า 3

¹²⁰ Section 1

"All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

ของรัฐธรรมนูญที่ได้มีการแก้ไขดังกล่าว และเป็นจุดเริ่มต้นให้กฎหมายระดับมลรัฐอาจถูกตรวจสอบได้ หากพบว่าขัดกับกฎหมายของรัฐบาลกลาง

ก่อนศตวรรษที่ 20 กฎหมายครอบครัวของประเทศอเมริกามีความเกี่ยวข้องอยู่กับหลักศาสนาคริสต์และพระคัมภีร์ไบเบิลค่อนข้างมาก ทั้งเรื่องการสมรสและเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางครอบครัว ก่อนที่ต่อมาได้รับอิทธิพลจากสำนักกฎหมายธรรมชาติซึ่งเป็นสำนักคิดที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายครอบครัวของประเทศอังกฤษ ซึ่งได้ตกทอดมายังประเทศอเมริกาเช่นเดียวกัน ชาวอาณานิคมอังกฤษได้นำภาษาอังกฤษเข้ามาในอเมริกาพร้อมกับพวกเขา ในยุคแรกที่ชนพื้นเมืองของประเทศอังกฤษได้เข้ามายึดครองประเทศอเมริกา และจารีตประเพณีทางศาสนาในเรื่องครอบครัวนั้นก็ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง¹²¹ สำหรับชาวอเมริกันนั้นมองว่าการแต่งงานเป็นพิธีทางศาสนา ทำให้หลักการของฝ่ายนิติบัญญัติของอเมริกาในยุคแรกคือพยายามสร้างกฎหมายเพื่อรองรับทั้งความเชื่อทางศาสนาซึ่งบังคับให้ครอบครัวปฏิบัติตามหลักศาสนา และประสานแนวความคิดในการจัดตั้งประเทศที่เคารพเสรีภาพทางศาสนาตามหลักการของกฎหมายธรรมชาติเข้าด้วยกัน ทำให้กฎหมายครอบครัวของประเทศสหรัฐอเมริกาถือกำเนิดโดยรวมเอาความเชื่อทางศาสนาเข้าไว้ในกฎหมายด้วย¹²²

กฎหมายจารีตประเพณีของอเมริกัน (American Legal Tradition) ส่วนใหญ่มีรากฐานมาจากคำตัดสินของศาลประเทศอังกฤษตามระบบคอมมอนลอว์ อย่างไรก็ตามหลายศตวรรษก่อนการสร้างหลักกฎหมายโดยคำพิพากษาของอังกฤษ ระบบกฎหมายโบราณได้พัฒนากฎเกณฑ์เพื่อกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สมรสและสมาชิกในครอบครัวคนอื่น ซึ่งกฎหมายโบราณเหล่านี้ทิ้งร่องรอยไว้ในระบบกฎหมายในภายหลัง เช่น ในสมัยกรีกโบราณผู้หญิงที่แต่งงานแล้วถือเป็นทรัพย์สินทางกฎหมายของสามีโดยไม่มีสิทธิ์ใด ๆ เป็นของตัวเอง หลายศตวรรษต่อมาการแต่งงานเป็นข้อตกลงอย่างเป็นทางการในสังคมที่ผู้หญิงยอมอยู่ใต้บังคับบัญชาของผู้ชาย แม้ว่าหลายประเทศทั่วโลกจะมีวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน แต่โดยทั่วไปในอดีต กฎหมายและสังคมกำหนดให้ผู้หญิงมีสถานะทางกฎหมายที่ด้อยกว่าผู้ชาย เช่นเดียวกับในสหรัฐอเมริกา จนกระทั่งได้มีการอนุมัติใช้กฎหมาย Married

¹²¹ Vivian Hamilton, "Principles of U.S. Family Law " *Fordham Law Review* 75, 1 (2006). p.45-53

¹²² Ibid. p.54-55

Women's Property Acts ผู้หญิงชาวอเมริกันจึงได้รับอนุญาตให้เป็นเจ้าของทรัพย์สินในนามของตนเอง¹²³

ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีสถิติการหย่าร้างสูงมากในต้นศตวรรษที่ 20 เพราะเมื่อศาลอนุญาตให้หย่ามักจะสั่งให้สามีจ่ายค่าเลี้ยงดูรายสัปดาห์และเงินสนับสนุนสำหรับการดูแลดีดคู่สมรสและลูก ๆ ของเขา มารดามักจะได้รับสิทธิเลี้ยงดูบุตรวันแต่จะถูกพิจารณาว่าไม่เหมาะสมในทางใดทางหนึ่ง หรือวันเสียแต่พวกเขาทอดทิ้งเด็ก ซึ่งโดยปกติแล้วรัฐส่วนใหญ่จะอนุญาตให้หย่าร้างกันหากฝ่ายหนึ่งพิสูจน์ว่าอีกฝ่ายล่วงประเวณี ทอดทิ้งหรือเป็นคนติดสุราจนเป็นอาชญา ในที่สุดหลายรัฐจึงได้พัฒนากฎหมายโดยได้เพิ่มเหตุที่เรียกว่าความโหดร้ายและความโหดร้ายทางจิตใจที่ร้ายแรงอย่างยิ่ง แม้ว่าทั้งสองฝ่ายจะตกลงที่จะหย่า แต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ต้องฟ้องอีกฝ่ายหนึ่งโดยกล่าวหาเหตุดังกล่าวหากอีกฝ่ายไม่คัดค้านข้อกล่าวหา ผู้พิพากษาจะอนุญาตให้หย่า หลังจากปี ค.ศ. 1970 ประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าได้มีการพัฒนาอีกอย่างหนึ่งที่เกิดจากสภาพสังคมใหม่ที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติด้านการดูแลสุขภาพ ด้วยการมีระบบประกันสุขภาพที่ครอบคลุมค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพ ส่งผลให้ทางด้านกฎหมายครอบครัวนั้น ศาลจึงมักสั่งให้คู่สมรสที่ไม่ได้รับการเลี้ยงดู และลูกที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะมีสิทธิได้รับการดูแลตามแผนสุขภาพจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งหากมีการหย่าร้าง¹²⁴

3.1.2 วิวัฒนาการในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

แม้ประเทศสหรัฐอเมริกามีได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก แต่กฎหมายในเรื่องการคุ้มครองเด็กของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ยิ่งหย่อนไปกว่ากฎหมายของประเทศอื่น เพราะประเทศสหรัฐอเมริกามีพัฒนาการในเรื่องดังกล่าวในแบบฉบับของตนเอง และอาศัยการที่สภาองเกรสออกกฎหมายในระดับสหพันธรัฐเพื่อให้แต่ละมลรัฐออกกฎหมายให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยใช้การจัดสรรงบประมาณเป็นแรงจูงใจให้แต่ละมลรัฐปฏิบัติตามนโยบายของรัฐบาลกลาง กล่าวคือ หากมลรัฐใดออกกฎหมายให้เป็นไปตามกฎหมายในระดับสหพันธรัฐ รัฐบาลกลางก็จะจัดสรรงบประมาณ

¹²³ George W. Kent, Family Law for Paralegals (United States: McGraw-Hill Higher Education, 2008), p.5

¹²⁴ Ibid. p. 6-9

เรื่องสวัสดิการเด็กให้แก่ลรัฐนั้นเป็นการตอบแทน ทำให้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและเด็กในแต่ละรัฐมีการพัฒนาและทันสมัย¹²⁵

วิวัฒนาการในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มต้นจากการถือกำเนิดของศาลคดีเด็กและเยาวชนในเมือง Chicago รัฐ Illinois เมื่อปี ค.ศ.1861 อาจถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นทางด้านกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อคุ้มครองเด็ก โดยที่ศาลดังกล่าวได้เริ่มแยกการพิจารณาพิพากษาในคดีเกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชนออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีผู้ใหญ่ จนนำไปสู่การจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนแห่งแรกของสหรัฐอเมริกาที่ Cook County เมือง Chicago รัฐ Illinois เมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ.1899 ซึ่งศาลคดีเด็กและเยาวชนขณะนี้มีจำนวนประมาณ 3,000 แห่งในทุกรัฐ โดยมีหน้าที่หลักคือ พิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับเด็กที่ขาดการเอาใจใส่ ถูกทอดทิ้งและเด็กที่กระทำความผิด¹²⁶

การพิจารณาคดีที่สำคัญอันนำไปสู่หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กนั้น คือเรื่องอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา กล่าวได้ว่าเมื่อพิจารณาจากการที่ศาลสูงสุดของสหรัฐ (The Supreme Court of the United States) ได้วินิจฉัยคดีจำนวนหนึ่งในประเด็นที่ว่า กฎหมายของมลรัฐที่แทรกแซงอำนาจเลี้ยงดูบุตรของบิดามารดาจะขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ หนึ่งในนั้นคือ คดี Stanley v. Illinois 1972 ซึ่งคดีนี้ศาลสูงสุดของสหรัฐฯ ตัดสินว่า กฎหมายมลรัฐอิลลินอยส์ที่ไม่อนุญาตให้บิดาที่ไม่จดทะเบียนสมรสดูแลและปกครองบุตรหลังจากที่มารดาเสียชีวิตโดยไม่เปิดโอกาสให้บิดาพิสูจน์ว่าตนเองไม่เหมาะสมอย่างไร(Unfitness) เป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หมายความว่า บิดามีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะปกครองดูแลบุตรของตนเว้นแต่บิดาจะไม่มีที่เหมาะสม โดยศาลมิได้ใช้หลักเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็กมาพิจารณา ดังนั้น ผู้ปกครองในมลรัฐอิลลินอยส์จึงมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะได้รับการไต่สวนเรื่องความเหมาะสมก่อนที่ตนจะถูกเพิกถอนอำนาจปกครองบุตร¹²⁷ นำไปสู่การวางหลักเรื่อง “ความไม่เหมาะสม” (Unfitness) ที่ศาลสหรัฐฯ ใช้ในการพิจารณาคดีที่

¹²⁵ สำนักการต่างประเทศ, "รายงาน หลักรัฐ "กฎหมายเกี่ยวกับคดีเยาวชนและครอบครัว" ณ New York University ประเทศสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2561" [ออนไลน์]. หน้า 44

¹²⁶ วัทศนันท์ ช่างไม้, "มาตรการทางกฎหมายในการจัดสถานที่ควบคุมเด็กและเยาวชนในสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน" (ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตชลบุรี, 2555). หน้า 58

¹²⁷ Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1992)

เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กเสมอมาแทนหลัก The Best Interest of the Child ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยหลักการสำคัญที่สกัดได้จากคำพิพากษาดังกล่าวนั้นมีหลักการว่า หากบิดาหรือมารดาไม่เหมาะสม รัฐสามารถแยกเด็กออกจากบิดามารดาได้¹²⁸นอกจากนี้ ในเรื่องอำนาจปกครองบุตรในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลมีดุลยพินิจในการพิจารณาเรื่องอำนาจปกครอง โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม ในเรื่องอำนาจปกครองนี้เดิมเคยมีความเชื่อภายใต้หลัก tender years doctrine ว่าผู้เป็นมารดานั้นจะมีความรักและเอาใจใส่บุตรที่ยังเป็นเด็ก แต่หลักการนี้ไม่ได้เป็นหลักการตายตัวเสมอไป เนื่องจากมารดาเองก็อาจถูกถอนอำนาจปกครองบุตรได้หากประพฤติตนไม่เหมาะสม¹²⁹

3.1.3 แนวความคิดเรื่องอำนาจปกครองและผู้ใช้อำนาจปกครอง

ในปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ทั้งบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง โดยหากเป็นกรณีที่บุตรเกิดระหว่างการสมรส บิดามารดาจะรับผิดชอบร่วมกันและต่างมีอิสระในการตัดสินใจทั้งหมดเกี่ยวกับประโยชน์สุขของบุตรตามที่เห็นสมควร สำหรับกรณีที่บิดามารดาไม่ได้สมรสกันแต่ได้อยู่กินฉันสามีภรรยาและได้อยู่ร่วมกับบุตรด้วย ทั้งบิดามารดาต่างมีหน้าที่เช่นเดียวกับบิดามารดาที่ได้สมรสกัน และเป็นผู้ปกครองตามกฎหมายของบุตรด้วย (the legal guardian of the child) ส่วนกรณีที่เด็กนั้นได้กลายเป็นบุตรบุญธรรม อำนาจปกครองของบิดามารดาที่แท้จริงย่อมสิ้นสุดลง¹³⁰

กฎหมายของสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดไว้ว่าอำนาจปกครองหมายถึงสิทธิหน้าที่ อำนาจหรือความรับผิดชอบในเรื่องใด ลักษณะใดบ้าง แต่จะอาศัยหลักการ The Best Interest Standard เป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดา ซึ่งสามารถที่จะอธิบายสิทธิหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจปกครองที่มีต่อบุตรได้ ดังนี้¹³¹

¹²⁸ สำนักการต่างประเทศ, "รายงาน หลักสูตร "กฎหมายเกี่ยวกับคดีเยาวชนและครอบครัว" ณ New York University ประเทศสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2561" [ออนไลน์]. หน้า 44-45

¹²⁹ George W. Kent, *Family Law for Paralegals.*, p.112-113

¹³⁰ พรพนวดี เพชรพลอย, "การถอนอำนาจปกครองบุตร" (ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 33.

¹³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34-35.

1. หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร บิดามารดาต้องจัดหาสิ่งจำเป็นให้แก่บุตร เช่น อาหาร ที่อยู่อาศัย เสื้อผ้า การศึกษา ยารักษาโรค เป็นต้น¹³² ซึ่งเป็นหน้าที่ทั่วไปที่กฎหมายกำหนดให้บิดามารดาจะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ เว้นแต่ในกรณีที่บุตรบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่เป็นคนวิกลจริตหรือไร้ความสามารถ และไม่สามารถเลี้ยงดูตัวเองได้ กรณีเช่นนี้บิดามารดามีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูต่อไป¹³³
2. หน้าที่ปกป้องบุตร บิดามารดามีสิทธิในการป้องกันมิให้บุคคลอื่นเข้ามายุ่งเกี่ยวกับบุตรได้ อันเป็นการดูแลบุตรภายใต้กฎหมายโดยไม่มีคามผิด
3. หน้าที่ให้การศึกษแก่บุตร บิดามารดาอาจส่งบุตรเข้าเรียนโรงเรียนของรัฐเอกชนหรือจัดการศึกษาเองที่บ้านก็ได้
4. หน้าที่จัดให้บุตรได้รับบริการทางการแพทย์ บิดามารดามีหน้าที่ในการจัดให้บุตรได้รับการรักษาอย่างเหมาะสม รวมทั้งมีอำนาจในการตัดสินใจหรือให้ความยินยอมเกี่ยวกับการรักษาบุตรด้วย เว้นแต่ในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนซึ่งหากรอความยินยอมจากบิดามารดาจะเป็นอันตรายแก่ชีวิตของบุตร แพทย์สามารถทำการรักษาบุตรก่อนที่จะได้รับความยินยอมจากบิดามารดาได้ หากบุตรต้องการการรักษา แต่บิดามารดาปฏิเสธที่จะให้ความยินยอม ศาลจะตั้งผู้ปกครองเพื่อให้ความยินยอมในการรักษาแทน บิดามารดาก็ได้ การจัดให้บุตรได้รับการรักษานี้ รวมถึงความยินยอมให้บุตรเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลสำหรับผู้ป่วยจิตเวชด้วย
5. สิทธิทำโทษบุตร บิดามารดามีอำนาจทำโทษบุตรได้ตามสมควรโดยไม่มีคามผิดทั้งทางอาญาและทางแพ่ง แต่หากเป็นการทำโทษบุตรเกินสมควรบิดามารดาจะต้องรับผิดทางอาญา
6. สิทธิให้ความยินยอมในการประกอบอาชีพของบุตร
7. สิทธิใช้รายได้จากทรัพย์สินของบุตร ในกรณีที่บุตรมีทรัพย์สินและมีรายได้จากทรัพย์สินนั้น หากปรากฏว่าบิดามารดาไม่มีรายได้เพียงพอที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตร ก็สามารถนำรายได้จากทรัพย์สินของบุตรมาใช้จ่ายเพื่อการเลี้ยงดูบุตรได้

¹³² Deborah L. Forman, Every Parent's Guide to the Law (California: Harcourt Brace, 1998), p.227

¹³³ Paul M. Kurtz Ira Mark Ellman, and Ann M. Stanton, Family Law : Case,Text, Problems (Virginia: The Michie Company, 1986), p.340

ทั้งนี้ สิทธิการเลี้ยงดูทางกายภาพหรือทางข้อเท็จจริง (Physical Custody) ในบางสถานการณ์ บิดาและมารดาอาจสูญเสียสิทธิในการเลี้ยงดูผู้เยาว์ และบุคคลที่สาม (a third party) สามารถเข้ามาเป็นผู้ดูแลผู้เยาว์ได้ ผู้ที่มีใช้บิดามารดาสามารถขอและอาจได้รับสิทธิการเลี้ยงดูตามกรณีตัวอย่าง เช่น ทั้งบิดาและมารดายังมีชีวิตอยู่แต่ไม่มีผู้ใดเหมาะสมในการดูแลผู้เยาว์ (Neither parent is fit to care for the child) ผู้มีสิทธิในการเลี้ยงดูเสียชีวิต และบิดาหรือมารดาที่ยังมีชีวิตอยู่ไม่เหมาะสมหรือไม่ต้องการจะเลี้ยงดูผู้เยาว์ (The surviving parent is unfit or unwilling to take custody of the child) ผู้เยาว์อยู่กับบุคคลที่สามอย่างเป็นเอกเทศมาเป็นระยะเวลายาวนาน (Living with a third-party individual for a long period of time) หรือ ทั้งบิดาและมารดาได้สละสิทธิในการดูแลผู้เยาว์โดยสมัครใจ (Both parents have voluntarily relinquished their rights to the child)¹³⁴

ในมลรัฐเท็กซัสนั้น บุคคลที่สามอาจได้อำนาจปกครองได้ในบางกรณี ได้แก่ กรณีที่บิดาหรือมารดา หรือทั้งคู่เสียชีวิต ญาติสนิทมีสิทธิขออำนาจปกครองต่อศาลได้ หรือบุคคลที่อยู่กับผู้เยาว์ใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยเหนือผู้เยาว์อยู่แล้วเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 6 เดือน สามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้ตนมีอำนาจปกครองได้ ซึ่งบุคคลเหล่านี้รวมถึงปู่ตายายด้วย¹³⁵

สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น อำนาจปกครองอาจสิ้นสุดลงได้โดยความสมัครใจหรือไม่สมัครใจของผู้ใช้อำนาจปกครองก็ได้ การสิ้นสุดอำนาจปกครองโดยสมัครใจหรือการสละอำนาจปกครอง (Voluntarily termination or termination by consent) อาจกระทำได้โดยผู้ใช้อำนาจปกครองได้มีการยื่นคำร้องขอให้อำนาจปกครองของตนนั้นสิ้นสุดลงได้ โดยต้องมีเหตุอันสมควร (good case) และต้องกระทำเป็นหนังสือและเป็นไปตามกระบวนการของแต่ละรัฐ (The state

¹³⁴ Kristina Otterstrom, "Third Parties' Rights to Custody of a Child," [Online] Accessed: 15 May 2022. Available from: <https://www.lawyers.com/legal-info/family-law/child-custody/third-parties-rights-to-custody-of-a-child.html>

¹³⁵ "Texas Child Custody," [Online] Accessed: 15 May 2022. Available from: <https://www.lawyers.com/legal-info/family-law/child-custody/third-parties-rights-to-custody-of-a-child.html>

code) ได้กำหนดไว้ ซึ่งเหตุอันสมควรนี้ มีอยู่น้อยมาก แต่การละอำนาจเพื่อให้มีการรับบุตรบุญธรรมถือเป็นเหตุสมควรที่กฎหมายยอมรับ¹³⁶

ส่วนการสิ้นสุดของอำนาจปกครองโดยไม่สมัครใจ (Involuntarily termination or termination by non-consensual) คือการที่อำนาจปกครองอาจสิ้นสุดลงโดยที่ผู้ใช้อำนาจปกครองไม่สมัครใจยินยอมแต่มีการร้องต่อศาลให้มีคำสั่ง (Court Order) ถอนอำนาจปกครอง ซึ่งเหตุในการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งถอนอำนาจปกครองอาจแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ โดยกล่าวได้ว่า เหตุในการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาในแต่ละรัฐนั้น มีความคล้ายคลึงกันและสรุปออกมาได้ดังนี้¹³⁷

1. การทอดทิ้งบุตร (Abandonment) เกิดขึ้นเมื่อบิดามารดามีเจตนาละทิ้งหน้าที่ของบิดามารดา หรือปฏิเสธความรับผิดชอบที่มีต่อบุตร หรือล้มเหลวที่จะให้การสนับสนุนทางการเงินแก่บุตร
2. ความล้มเหลวในการเลี้ยงดูบุตรตามหน้าที่ของบิดามารดาที่มีต่อบุตร (Failure to Provide Parental Support) ศาลจะมีคำสั่งถอนอำนาจปกครองเมื่อปรากฏหลักฐานที่ชัดเจน และน่าเชื่อถือว่า บิดามารดาละเลยหน้าที่ในการจัดหาอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่พักอาศัย การศึกษาและการดูแลอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อการเจริญเติบโตของบุตรทั้งทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์ อย่างไรก็ตามหากมีเหตุผลอันสมควรที่ทำให้บิดามารดาล้มเหลวในการเลี้ยงดูบุตรตามหน้าที่ ก็ยังไม่ถือเอาความล้มเหลวดังกล่าวมาเป็นเหตุในการถอนอำนาจปกครองได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากบิดามารดาเพียงแต่ไม่สามารถเลี้ยงดูบุตรได้ก็ยังไม่เป็นเหตุให้ถอนอำนาจปกครอง
3. ความล้มเหลวในการสนับสนุนทางการเงิน (Failure to Provide Financial Support) ศาลจะมีคำสั่งถอนอำนาจปกครองเมื่อศาลมีคำสั่งให้บิดามารดาต้องจ่ายเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร แต่กลับเพิกเฉยหรือไม่สามารถทำหน้าที่ดังกล่าวได้
4. ความประพฤติที่ไม่เหมาะสมของบิดามารดา (Unfit Parents) บิดามารดาที่ไม่เหมาะสมจะถูกถอนอำนาจปกครองเมื่อศาลเห็นว่าความประพฤติของบิดามารดาแสดงให้เห็นว่าไม่เหมาะสมที่จะให้ใช้อำนาจปกครองบุตรเนื่องจากไม่สามารถดูแลบุตรทั้งทางร่างกาย จิตใจ หรืออารมณ์ของบุตร

¹³⁶ นัตดาภา จิตต์แจ้ง, "การคุ้มครองเด็กกับการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย" (ปริญญานิติศาสตร์ ดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 99.

¹³⁷ พรรณวดี เพชรพลอย, "การถอนอำนาจปกครองบุตร," หน้า 36-38.

5. เมื่อเด็กอยู่ในความอุปถัมภ์ดูแลของบุคคลอื่น (Foster Care Placement) อำนาจปกครองอาจสิ้นสุดลง ในกรณีที่บุตรต้องอยู่ในความอุปถัมภ์ดูแลเนื่องจากบิดามารดาไม่เหมาะสมหรือไม่เหมาะสม หรือเพราะเหตุอื่นอันสมควร
6. เมื่อมีอันตรายร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับบุตร (Egregious Harm to Child) หากบุตรได้รับอันตรายภายใต้การดูแลของบิดามารดา ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบิดามารดาขาดความระมัดระวังในการดูแลบุตร ศาลจึงอาจถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาได้
7. การกระทำความผิดทางอาญา (Conviction of Crime) การที่บิดามารดาถูกตัดสินว่ากระทำความผิดอาญาก็เป็นเหตุในการถอนอำนาจปกครองเหตุหนึ่งด้วย

เมื่อปรากฏเหตุในการยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งถอนอำนาจปกครอง บุคคลผู้มีสิทธิยื่นคำร้องซึ่งได้แก่ บิดามารดา หรือผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นที่กฎหมายของแต่ละมลรัฐกำหนดไว้จะยื่นคำร้องต่อศาล ศาลจะพิจารณาคำร้องดังกล่าวภายใน 30-60 วันเนื่องจากอำนาจปกครองของบิดามารดาเป็นเรื่องสำคัญ และการถอนอำนาจปกครองจะมีผลทำให้บิดามารดาสูญเสียสิทธิและอำนาจในการจัดการเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับบุตรผู้เยาว์ ซึ่งอาจกระทบต่อประโยชน์ของเด็กได้ ดังนั้น ในการพิจารณาคำร้องศาลจึงต้องพิจารณาโดยอาศัยหลักฐานที่ชัดเจนและน่าเชื่อถือ (clear and convincing evidence)¹³⁸ ในขณะที่บางมลรัฐศาลต้องพิจารณาพยานหลักฐานจนปราศจากข้อสงสัย (beyond reasonable doubt) เช่นเดียวกับมาตรฐานในวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ¹³⁹

3.1.4 กฎหมายระดับสหพันธรัฐที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการคุ้มครองเด็กในประเทศ

สหรัฐอเมริกา

กฎหมายระดับสหพันธรัฐที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการคุ้มครองเด็กในประเทศสหรัฐอเมริกามีด้วยกัน 3 ฉบับ ได้แก่ Child Abuse Prevention and Treatment Act of 1974, Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980 และ Adoption and Safe Families Act of 1997

¹³⁸ Harry D. Krause, *Family Law : Black Letter Series* (Minnesota: West Publishing Co.), p. 210,

¹³⁹ Deborah L. Forman, *Every Parent's Guide to the Law*, p. 310.

3.1.4.1 Child Abuse Prevention and Treatment Act of 1974 (CAPTA)

ปัญหาการกระทำละเมิดต่อเด็ก การละเลยและการทอดทิ้งเด็กกลายเป็นเรื่องที่น่ากังวลในประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ.1974 สภาของเกรสได้ออกกฎหมาย Child Abuse Prevention and Treatment Act โดยมีจุดประสงค์ให้มีการป้องกันและดูแลเด็กซึ่งถูกกระทำละเมิด และเด็กที่ถูกละเลย โดยที่เด็กที่ถูกละเลย หรือถูกกระทำละเมิดนั้น ตามพระราชบัญญัตินี้ได้หมายความรวมถึงการที่ไม่ได้จัดให้เด็กได้รับอาหาร รวมถึงเครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย รวมถึงการได้รับการรักษาทางการแพทย์อย่างเพียงพอ ทั้งนี้ ในหลายรัฐนั้น การทอดทิ้งเด็กถือเป็นตัวอย่างหนึ่งของการกระทำละเมิดและละเลยต่อเด็ก โดยที่การกระทำที่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ต้องกระทำโดยบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้มีอำนาจปกครองต่อเด็ก รวมถึงผู้ดูแลเด็กนั้นด้วย โดยบุคคลใดก็ตามเมื่อพบว่ามีกรกระทำละเมิดหรือละเลยต่อเด็ก ให้มีหน้าที่ในการรายงานไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งบางรัฐมีการกำหนดอย่างชัดเจน เช่น ให้รายงานต่อหน่วยงานด้านสาธารณสุข เจ้าหน้าที่ตำรวจ ทนายความ หรือเจ้าหน้าที่สถานสงเคราะห์ เป็นต้น ซึ่งแต่ละรัฐจะต้องมีหน่วยงานรับเรื่องรายงานนี้ที่เปิดตลอด 24 ชั่วโมง อย่างไรก็ตามแต่ละรัฐสามารถออกมาตรการ หรือกฎเกณฑ์ซึ่งใช้บังคับแก่รัฐนั้น ๆ ได้เป็นการเฉพาะตัว¹⁴⁰

3.1.4.2 Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980 (AACWA)

กฎหมายฉบับนี้มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องของระบบครอบครัวอุปถัมภ์ในประเทศสหรัฐอเมริกา สืบเนื่องจากแนวคิดในการคุ้มครองเด็กเพื่อให้เด็กได้รับการเลี้ยงดูอย่างเหมาะสมแม้ว่าการเลี้ยงดูนั้นจะไม่ได้เกิดจากการเลี้ยงดูโดยบิดามารดาที่แท้จริงของเด็กก็ตาม โดยรัฐเองมีบทบาทในการช่วยเหลือเด็กในสวนนี้ จึงเป็นที่มาของการมีกฎหมายฉบับนี้ โดยระบบครอบครัวอุปถัมภ์ของประเทศสหรัฐอเมริกานี้ หมายถึงทั้งบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่รับดูแลเด็ก เช่น ญาติของเด็ก หรืออาจเป็นหน่วยงานหรือองค์กรที่มีหน้าที่รับดูแลเด็ก เช่น สถานรับเลี้ยงเด็ก สถานแรกรับ สถานสงเคราะห์ สถานพัฒนาและฟื้นฟู และต่อมาหากการคุ้มครองเด็กดำเนินไประยะหนึ่ง แล้วครอบครัวเดิมพร้อมที่จะรับเด็กกลับคืนไปได้ ก็อาจส่งเด็กกลับคืนครอบครัวเดิมหรือที่เรียกว่า “Reunification” แต่หาก

¹⁴⁰ Congressional Research Service, "The Child Abuse Prevention and Treatment Act (Capta): Background, Programs, and Funding" [Online] Accessed: 15 February 2021. Available from: https://www.everycrsreport.com/reports/R40899.html#_Toc245618888

ครอบครัวเดิมไม่พร้อมหรือไม่เหมาะสมที่จะรับเด็กคืน ก็อาจนำไปสู่การรับบุตรบุญธรรม (Adoption) ต่อไป อย่างไรก็ตาม เนื่องจากภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองยุติลง สภาพเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาดีขึ้นมาก จากสถิติในประเทศสหรัฐอเมริกาปีก่อนปี ค.ศ. 1980 พบว่าเด็กจำนวนมากถูกส่งเข้าสู่ระบบครอบครัวอุปถัมภ์ (Foster Care) สาเหตุส่วนหนึ่งมาจากในสมัยประธานาธิบดี Richard Nixon รัฐบาลกลางได้ยกเลิกกฎหมายที่สนับสนุนเงินให้แก่ครอบครัวที่ต้องการความช่วยเหลือ ในปี ค.ศ. 1980 สภาองเกรสจึงได้ออกกฎหมาย Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980 (AACWA) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดปริมาณการส่งเด็กเข้าสู่ระบบครอบครัวอุปถัมภ์โดยมองว่าแต่เดิมงบประมาณของประเทศมุ่งเน้นไปที่การสืบสวนและเสาะหาการทำละเมิดภายในครอบครัวและการช่วยเหลือเด็กที่ได้รับผลกระทบ แต่กลับไม่ได้สนใจในเรื่องการป้องกันปัญหาการทารุณกรรมเด็กเท่าที่ควร ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ยังเปลี่ยนแปลงแนวคิดทางประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกาที่เคยคิดว่าเรื่องการปกป้องคุ้มครองเด็กเป็นเรื่องภายในมลรัฐมากกว่าเรื่องที่สหพันธรัฐจะมาจัดการ¹⁴¹

หลักการสำคัญของ Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980 มี 6 ประการ กล่าวคือ

1. เด็กจะไม่ถูกส่งเข้าสู่ระบบครอบครัวอุปถัมภ์ เว้นแต่มีสถานการณ์เร่งด่วนไม่ว่าจะเป็นไปโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม และมีการจัดการเพื่อหลีกเลี่ยงการส่งเด็กเข้าสู่ระบบครอบครัวอุปถัมภ์แล้ว หรือครอบครัวของเด็กปฏิเสธที่จะให้มีการจัดการดังกล่าว
2. เด็กจะไม่ถูกแยกออกจากครอบครัวโดยไม่สมัครใจ เว้นแต่เป็นการแยกโดยใช้ระยะเวลาอันสั้นในสถานการณ์เร่งด่วน และได้รับการพิจารณาโดยศาลแล้วว่าเด็กควรถูกแยกออกจากครอบครัว
3. เด็กจะไม่ถูกส่งเข้าสู่ระบบครอบครัวอุปถัมภ์โดยความสมัครใจของผู้ปกครอง เว้นแต่ มีการลงนามในข้อตกลงว่าด้วยเรื่องการแยกเด็กด้วยความสมัครใจระหว่างผู้ปกครองและหน่วยงานที่รับเด็ก

¹⁴¹ สำนักการต่างประเทศ, "รายงาน หลักรัฐ "กฎหมายเกี่ยวกับคดีเยาวชนและครอบครัว" ณ New York University ประเทศสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2561" [ออนไลน์]. หน้า 34

4. เด็กที่ถูกแยกออกจากครอบครัวจะอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ใกล้เคียงกับครอบครัวเดิมและมีข้อจำกัดให้น้อยที่สุดโดยสามารถเข้าถึงความช่วยเหลือพิเศษได้ และให้อยู่ใกล้ชิดกับครอบครัวเดิมหรืออยู่กับญาติเท่าที่เป็นไปได้
5. หลังจากแยกออกจากครอบครัวแล้ว จะมีบริการให้ความช่วยเหลือเด็กและผู้ปกครองให้กลับคืนสู่ครอบครัวเดิม และ
6. ต้องมีแผนเป็นลายลักษณ์อักษรจัดทำขึ้นเป็นการเฉพาะรายสำหรับเด็กที่ถูกส่งเข้าระบบครอบครัวอุปถัมภ์ (Permanency Planning) โดยให้มีการทบทวนแผนโดยระดับบริหารอย่างน้อยทุก ๆ 6 เดือน และมีการไต่สวนแผนโดยศาลหรือหน่วยงานฝ่ายบริหารที่ศาลแต่งตั้งเป็นระยะ ๆ อาจเป็นระยะเวลานาน 18 เดือน แผนดังกล่าวต้องระบุให้ชัดเจนว่าในท้ายที่สุดแล้วเด็กควรจะกลับสู่ครอบครัวเดิมหรือเข้าสู่การรับบุตรบุญธรรมต่อไป¹⁴²

กฎหมายฉบับนี้เกิดข้อถกเถียงถึงหลักเกณฑ์การพิจารณา และความเหมาะสม ทำให้เกิดการแก้ไข AACWA หลายครั้ง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1997 สภากองเกรสได้ออกกฎหมายฉบับใหม่ คือ Adoption and Safe Families Act of 1997 (ASFA)¹⁴³

3.1.4.3 Adoption and Safe Families Act of 1997 (ASFA)

กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักการสำคัญคือ ให้มลรัฐได้รับเงินช่วยเหลือจากสหพันธรัฐในเรื่องระบบครอบครัวอุปถัมภ์ก็ต่อเมื่อหน่วยงานในมลรัฐได้จัดให้มีบริการที่ช่วยลดความจำเป็นในการส่งเด็กเข้าสู่ระบบครอบครัวอุปถัมภ์ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หากมลรัฐใดใช้มาตรการลดจำนวนเด็กเข้าสู่ระบบครอบครัวอุปถัมภ์ รัฐบาลกลางก็จะตอบแทนมลรัฐนั้นโดยให้การช่วยเหลือทางการเงินในเรื่องสวัสดิการเด็ก ส่งผลให้แต่ละมลรัฐออกกฎหมายให้สอดคล้องกับ ASFA กฎหมายฉบับนี้ยังมีมาตรการเชิงลงโทษทางการเงินด้วยว่า หากมลรัฐใดให้เด็กอยู่ในระบบครอบครัวอุปถัมภ์โดยฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวก็จะถูกตัดสิทธิไม่ได้รับงบประมาณเพิ่มเติมจากที่เคยได้รับในปี ค.ศ. 1979 จะเห็นได้ว่าวิธีการที่กฎหมายฉบับนี้ใช้เพื่อสร้างแรงจูงใจให้แต่ละมลรัฐออกกฎหมายและดำเนินนโยบายในเรื่อง

¹⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 35

¹⁴³ Olivia Golden, "Intentions and Results a Look Back at the Adoption and Safe Families Act," [Online] Accessed: 16 February 2021. Available from: <https://affcny.org/wp-content/uploads/IntentionsandResults.pdf>

ครอบครัวอุปถัมภ์ตามที่รัฐบาลกลางต้องการคือการใช้งบประมาณเป็นเครื่องมือเพราะแต่ละมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา มีอิสระในการออกกฎหมายของตนเองที่อาจขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐ ดังนั้น การใช้งบประมาณมาเป็นตัวกระตุ้นให้แต่ละมลรัฐทำตามนโยบายของรัฐบาลกลางจึงเป็นรูปแบบเฉพาะตัวของประเทศรัฐรวมอย่างสหรัฐอเมริกา

กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้ศาลต้องติดตามและพิจารณาอนุมัติก่อนส่งเด็กทุกคนเข้าสู่ระบบครอบครัวอุปถัมภ์ โดยให้ศาลพิจารณา 2 ประการคือ (1) มีการใช้ความพยายามอย่างสมเหตุสมผล (Reasonable Efforts) ที่จะหลีกเลี่ยงความจำเป็นในการส่งเด็กเข้าสู่ระบบครอบครัวอุปถัมภ์แล้วหรือไม่ หรือมีเหตุที่เหมาะสมที่จะไม่สามารถใช้ความพยายามดังกล่าวได้ และ (2) การให้เด็กอยู่ในครอบครัวเดิมต่อไปจะขัดต่อสวัสดิภาพของเด็กหรือไม่ ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีบิดามารดาถูกเพิกถอนอำนาจปกครอง กระทำความผิดอาญาบางประเภท หรือมีการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก เป็นต้น ก็ไม่จำเป็นต้องมีการใช้ความพยายามอย่างสมเหตุสมผลดังกล่าวก่อน ศาลอาจมีคำสั่งให้แยกเด็กออกจากครอบครัวที่ให้กำเนิดและเข้าสู่ระบบครอบครัวอุปถัมภ์ได้¹⁴⁴ ทั้งนี้ หากพิจารณาประกอบกับ Family

¹⁴⁴ §671 (a) Requisite features of State plan In order for a State to be eligible for payments under this part, it shall have a plan approved by the Secretary which

(15) provides that—

(A) in determining reasonable efforts to be made with respect to a child, as described in this paragraph, and in making such reasonable efforts, the child's health and safety shall be the paramount concern;

(B) except as provided in subparagraph (D), reasonable efforts shall be made to preserve and reunify families—

(i) prior to the placement of a child in foster care, to prevent or eliminate the need for removing the child from the child's home; and

(ii) to make it possible for a child to safely return to the child's home;

(C) if continuation of reasonable efforts of the type described in subparagraph (B) is determined to be inconsistent with the permanency plan for the child, reasonable efforts shall be made to place the child in a timely manner in accordance with the permanency plan (including, if appropriate, through an interstate placement), and to complete whatever steps are necessary to finalize the permanent placement of the child;

Court Act ของมลรัฐนิวยอร์ก ก็จะทำให้เห็นภาพชัดเจนขึ้นถึงหลักการที่กฎหมายวางไว้เพื่อให้ศาลได้ใช้วินิจฉัยว่ากรณีใดที่ศาลสมควรจะให้แยกเด็กออกจากครอบครัว โดยกฎหมายดังกล่าวให้นิยามของ “เด็กที่ถูกละเลย” ว่าหมายถึง เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีที่ได้รับอันตรายทางสภาพร่างกาย จิตใจ หรืออารมณ์ หรืออยู่ในภาวะใกล้จะเกิดอันตราย เนื่องมาจากผู้ปกครองหรือผู้ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการดูแลเด็กบกพร่องในการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำ¹⁴⁵ ซึ่งนิยามของกฎหมายมลรัฐนิวยอร์ก

(D) reasonable efforts of the type described in subparagraph (B) shall not be required to be made with respect to a parent of a child if a court of competent jurisdiction has determined that—

(i) the parent has subjected the child to aggravated circumstances (as defined in State law, which definition may include but need not be limited to abandonment, torture, chronic abuse, and sexual abuse);

(ii) the parent has—

(I) committed murder (which would have been an offense under section 1111(a) of title 18, if the offense had occurred in the special maritime or territorial jurisdiction of the United States) of another child of the parent;

(II) committed voluntary manslaughter (which would have been an offense under section 1112 (a) of title 18, if the offense had occurred in the special maritime or territorial jurisdiction of the United States) of another child of the parent;

(III) aided or abetted, attempted, conspired, or solicited to commit such a murder or such a voluntary manslaughter; or

(IV) committed a felony assault that results in serious bodily injury to the child or another child of the parent; or

(iii) the parental rights of the parent to a sibling have been terminated involuntarily;

¹⁴⁵ Family Court Act - FCT § 1012. Definitions

(f) “Neglected child” means a child less than eighteen years of age

(i) whose physical, mental or emotional condition has been impaired or is in imminent danger of becoming impaired as a result of the failure of his parent or other person legally responsible for his care to exercise a minimum degree of care

(A) in supplying the child with adequate food, clothing, shelter or education in accordance with the provisions of part one of article sixty-five of the education law, or medical, dental, optometrical or surgical care, though financially able to do so or offered financial or other reasonable means to do so, or, in the case of an alleged failure of the respondent to provide

แตกต่างจากบางมลรัฐที่อาจให้คำนิยามกว้าง ๆ ว่า หมายถึงเด็กได้รับการเลี้ยงดูจากผู้ปกครองโดยมิชอบ (Children are found without proper parental care) โดยนิยามตามที่กฎหมายมลรัฐนิวยอร์กให้ไว้ นั่นถือว่าไม่แคบหรือกว้างจนเกินไปและอาจขยายความอันตรายที่เกิดกับเด็กให้ไปไกลมากกว่าเพียงอันตรายที่รุนแรงทางกาย (serious bodily injury) แต่ยังรวมถึงอันตรายทางจิตใจและทางอารมณ์ ทั้งยังกำหนดไม่เฉพาะแต่อันตรายที่เกิดขึ้นแล้วแต่ยังครอบคลุมอันตรายที่ใกล้จะเกิด ซึ่งไม่แน่ว่าจะต้องเกิดในเวลาใดในอนาคตหรือยังไม่อาจจะระบุได้แน่ชัดว่าอันตรายนั้นจะคืออะไร ก็อาจเข้านิยามนี้ได้ ส่วนสุดท้ายที่กำหนดเรื่องมาตรฐานขั้นต่ำ ก็เป็นการนำมาตรฐานแบบภววิสัย (Objective) มาใช้ คือ ให้พิจารณาว่า บิดามารดาของเด็กคนอื่นทำสิ่งนี้หรือไม่ และกฎหมายดังกล่าวก็อธิบายถึงมาตรฐานขั้นต่ำในเรื่องต่าง ๆ ไว้ เช่น การให้อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย การศึกษา การไปพบแพทย์ ตามแต่ฐานะทางการเงินของครอบครัวนั้น หรือการปกป้องดูแลลูกอย่างเหมาะสม โดยไม่ลงโทษทางกายแก่เด็กจนรุนแรงเกินสมควร เป็นต้น นอกจากนี้ สำหรับเด็กที่เข้าสู่ระบบครอบครัวอุปถัมภ์แล้ว ASFA ยังกำหนดระยะเวลาให้ศาลทบทวนแผนภายในเวลา 12 เดือน นับแต่มีการแยก

education to the child, notwithstanding the efforts of the school district or local educational agency and child protective agency to ameliorate such alleged failure prior to the filing of the petition; or

(B) in providing the child with proper supervision or guardianship, by unreasonably inflicting or allowing to be inflicted harm, or a substantial risk thereof, including the infliction of excessive corporal punishment; or by misusing a drug or drugs; or by misusing alcoholic beverages to the extent that he loses self-control of his actions; or by any other acts of a similarly serious nature requiring the aid of the court; provided, however, that where the respondent is voluntarily and regularly participating in a rehabilitative program, evidence that the respondent has repeatedly misused a drug or drugs or alcoholic beverages to the extent that he loses self-control of his actions shall not establish that the child is a neglected child in the absence of evidence establishing that the child's physical, mental or emotional condition has been impaired or is in imminent danger of becoming impaired as set forth in paragraph (i) of this subdivision; or

(ii) who has been abandoned, in accordance with the definition and other criteria set forth in subdivision five of section three hundred eighty-four-b of the social services law , by his parents or other person legally responsible for his care.

เด็ก ซึ่งน้อยลงจากเดิมที่ AACWA กำหนดให้ทบทวนเป็นระยะ ๆ ซึ่งอาจกินระยะเวลาจนถึง 18 เดือน¹⁴⁶

หลักกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่งใน ASFA คือบทบัญญัติที่บังคับให้ต้องมีการยื่นคำร้องเพิกถอนอำนาจปกครองของผู้ปกครองเด็กที่ถูกแยกหลังจากที่เด็กอยู่ในระบบครอบครัวอุปถัมภ์แล้วเป็นเวลา 15 เดือนติดต่อกัน จากทั้งหมด 22 เดือน โดยในระหว่างที่เด็กอยู่ในระบบดังกล่าว เจ้าหน้าที่จะทำการงานคดีเพื่อกำหนดว่าผู้ปกครองต้องปฏิบัติตนอย่างไรเพื่อให้ได้ลูกกลับคืน ศาลก็จะทบทวนแผนทุก ๆ 6 เดือน แต่หากใกล้ครบระยะเวลาประมาณ 1 ปี ตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว เจ้าหน้าที่จึงยื่นคำร้องขอถอนอำนาจปกครองได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายบัญญัติข้อยกเว้นกรณีที่ไม่จำเป็นต้องยื่นคำร้องไว้เช่น เมื่อเด็กอยู่ในความปกครองดูแลของญาติ เมื่อไม่มีเหตุตามกฎหมายของมลรัฐที่จะให้ถอนอำนาจปกครอง เมื่อการรับบุตรบุญธรรมไม่ใช่เป้าหมายถาวรที่เหมาะสมสำหรับเด็ก หรือเมื่อเด็กเป็นผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้ลี้ภัยที่ไม่มีผู้ปกครอง¹⁴⁷

¹⁴⁶ สำนักการต่างประเทศ, "รายงาน หลักสูตร "กฎหมายเกี่ยวกับคดีเยาวชนและครอบครัว" ณ New York University ประเทศสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2561" [ออนไลน์]. หน้า 36-37

¹⁴⁷ 42 U.S.C. Code §675(5)(E)

(E) in the case of a child who has been in foster care under the responsibility of the State for 15 of the most recent 22 months, or, if a court of competent jurisdiction has determined a child to be an abandoned infant (as defined under State law) or has made a determination that the parent has committed murder of another child of the parent, committed voluntary manslaughter of another child of the parent, aided or abetted, attempted, conspired, or solicited to commit such a murder or such a voluntary manslaughter, or committed a felony assault that has resulted in serious bodily injury to the child or to another child of the parent, the State shall file a petition to terminate the parental rights of the child's parents (or, if such a petition has been filed by another party, seek to be joined as a party to the petition), and, concurrently, to identify, recruit, process, and approve a qualified family for an adoption, unless—

- (i) at the option of the State, the child is being cared for by a relative;
- (ii) a State agency has documented in the case plan (which shall be available for court review) a compelling reason for determining that filing such a petition would not be in the best interests of the child; or
- (iii) the State has not provided to the family of the child, consistent with the time period in the State case plan, such services as the State deems necessary for the safe return of the child to

หลักการในเรื่องการถอนอำนาจปกครองดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่มีความสำคัญต่อการกำหนดกฎหมายในแต่ละมลรัฐในกรณีที่เด็กนั้นถูกทอดทิ้งหรือไม่ได้รับการดูแลอย่างเหมาะสม ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

3.1.5 บทบัญญัติกฎหมายครอบครัวกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง: มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California)

กฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Family Code) มาตรา 7822 นิยามความหมายของเด็กที่เข้าข่ายว่าเป็นเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้แบบตรงตัว และได้บัญญัติถึงลักษณะของการทอดทิ้งเด็กไว้ ซึ่งตามกฎหมายมาตราดังกล่าว หากผู้ปกครองได้ทอดทิ้งเด็กไปหรือให้เด็กอยู่ในความดูแลของบุคคลอื่นหรือผู้ปกครองอื่นเป็นระยะเวลา 6 เดือนหรือ 1 ปีแล้วแต่กรณี โดยปราศจากการดูแลสนับสนุนจากบิดามารดาที่แท้จริง หรือไม่ได้รับการติดต่อจากบิดามารดาเลย สามารถสรุปได้ว่าเป็นการที่เด็กนั้นถูกทอดทิ้งตามมาตรานี้ ดังนั้น กฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนียจึงมุ่งที่จะคุ้มครองเด็กโดยที่บิดามารดา หรือเพียงแต่บิดาหรือเพียงมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กระทำการครอบงำประกอบสามประการด้วยกัน ได้แก่ ประการแรก ทอดทิ้งเด็กไว้ให้อยู่ในความดูแลของบุคคลอื่น ประการที่สอง เด็กขาดจากการติดต่อหรือ ขาดการสนับสนุนจากผู้ปกครองของเด็กเป็นระยะเวลา 1 ปี ซึ่งกรณีที่ไม่ปรากฏทั้งบิดามารดาเด็กนั้นจะใช้เกณฑ์เพียง 6 เดือนติดต่อกันเท่านั้น และประการที่สาม การที่ผู้ปกครองทิ้งเด็กไว้ในลักษณะดังกล่าวนั้นมีเจตนาที่จะทอดทิ้งเด็กจริง โดยผลของการที่ผู้ปกครองทอดทิ้งเด็กในลักษณะดังกล่าวตามกฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนียนั้น ศาลอาจมีมาตรการสั่งเพิกถอนสิทธิของบิดามารดาในทางครอบครัวได้ ซึ่งมาตราดังกล่าวนั้นแตกต่างหากจากความผิดทางอาญา ซึ่งการทอดทิ้งเด็กเป็นเวลา 1 ปีในทางอาญานั้นกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียยังไม่ถือว่ามีความผิดอาญาฐานทอดทิ้งเด็ก¹⁴⁸

3.1.5.1 มาตรการทางกฎหมายในการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

เมื่อพบเด็กที่ถูกทอดทิ้ง Child Protective Services จะถือเป็นสถานที่รับเลี้ยงและดูแลเด็กเป็นการชั่วคราวทันทีที่ได้รับแจ้งว่ามีเด็กถูกทอดทิ้ง Child Protective Services จะตรวจสอบ

the child's home, if reasonable efforts of the type described in section 671(a)(15)(B)(ii) of this title are required to be made with respect to the child;

¹⁴⁸ California Family Code Section 7822 (b)

สถานการณ์ของเด็กทันทีและยื่นคำร้องเกี่ยวกับการช่วยเหลือเด็กโดยเร็วที่สุดแต่ไม่เกิน 24 ชั่วโมง โดย Child Protective Services จะต้องรายงานข้อมูลระบุตัวตนที่ทราบทั้งหมดเกี่ยวกับเด็กยกเว้น ข้อมูลระบุตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้ปกครองหรือบุคคลที่มอบตัวเด็กให้กับ California Missing Children Clearinghouse และศูนย์ข้อมูลอาชญากรรมแห่งชาติ หากปรากฏว่าก่อนที่ Child Protective Services จะมีการยื่นคำร้องเกี่ยวกับการช่วยเหลือเด็ก พบว่าผู้ปกครองร้องขอให้ส่งคืนเด็ก เจ้าหน้าที่อาจใช้วิจารณ์ญาณตามความเหมาะสมพิจารณาส่งคืนเด็ก ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่อาจปฏิเสธไม่ส่งคืนเด็กก็ได้หากสงสัยว่าการส่งคืนจะเป็นอันตรายต่อเด็ก¹⁴⁹

3.1.5.2 การกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

California Family Code มาตรา 7820 ระบุว่าศาลครอบครัวสามารถยุติสิทธิความเป็นบิดามารดาและสิทธิในการเลี้ยงดูบุตรของบิดามารดาที่ถูกพบว่าทอดทิ้งบุตรของตนได้ ซึ่งหมายรวมถึงการที่บิดาหรือมารดาเพียงผู้เดียวได้ทอดทิ้งบุตร ผู้ปกครองอีกฝ่ายสามารถขอต่อศาลเพื่อให้ถอนอำนาจปกครองบุตรของบิดาหรือมารดาผู้นั้นได้เพื่อป้องกันการติดต่อหรือเรื่องการเลี้ยงดูบุตรในอนาคต เช่นเดียวกับการที่เด็กนั้นถูกทอดทิ้งจากทั้งบิดาและมารดาโดยบุคคลตามที่กฎหมายได้ระบุไว้สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อกระทำการขอเพิกถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็กได้

ตาม California Family Code มาตรา 7820 การดำเนินการเพื่อถอนอำนาจปกครองของผู้ปกครองสามารถกระทำได้หากว่าครอบงำประกอบดังนี้ ประการแรกเด็กมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ประการที่สอง เด็กไม่ได้รับการดูแลโดยบิดามารดาตามกฎหมายของเด็กหรือผู้ปกครอง และประการที่สามคือเด็กมีคุณสมบัติตรงตามมาตรา 7822 โดยบุคคลดังต่อไปนี้สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อขอถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครองซึ่งทอดทิ้งเด็กนั้นได้

1. ผู้ปกครองตามกฎหมายของเด็ก
2. ปู่ย่าตายายของเด็ก
3. บิดามารดาเลี้ยงของเด็ก
4. พี่น้องที่เป็นผู้ใหญ่ของเด็ก
5. ญาติผู้ใหญ่คนอื่น ๆ ที่ดูแลและดูแลเด็กเนื่องจากไม่มีบิดามารดาตามกฎหมาย

¹⁴⁹ Health & Safety Code § 1255.7

มาตรา 7822 ของ California Family Code ระบุถึงกรณีที่สามารถยื่นขอศาลเพื่อขอถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครองซึ่งทอดทิ้งเด็กไว้ อันได้แก่ เมื่อพบว่าเด็กถูกวางทิ้งไว้โดยบิดามารดาตามกฎหมายหรือผู้ปกครองของเด็ก และไม่มีภาระบุตตัวตนของเด็ก (เช่น ไม่มีสูติบัตร) หรือเด็กถูกทิ้งไว้กับผู้อื่น โดยบิดามารดาทั้งสองคน หรือโดยบิดาหรือมารดา มารดาที่มีสิทธิเลี้ยงดูเด็กฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทิ้งเด็กให้อยู่ในความดูแลของบุคคลอื่นนั้นเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือน โดยในช่วงเวลานี้บิดามารดาตามกฎหมายหรือผู้ปกครองไม่ได้ให้การสนับสนุนทางการเงินหรือมีการติดต่อสื่อสารกับเด็ก และบิดามารดาตามกฎหมายหรือผู้ปกครองนั้นมีเจตนาที่จะทอดทิ้งบุตรของตนด้วย หรืออีกกรณีหนึ่งคือ บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปล่อยให้เด็กอยู่ในความดูแลของบุคคลอื่นเป็นเวลาอย่างน้อย 1 ปี และไม่ได้สื่อสารกับเด็กในช่วงระยะเวลาหนึ่งปีนั้น รวมทั้งไม่ให้การสนับสนุนใด ๆ สำหรับเด็กในช่วงระยะเวลานั้นโดยมีเจตนาที่จะละทิ้งเด็ก โดยการพิสูจน์ถึงเจตนาทอดทิ้งเด็กนั้นต้องพิจารณาตาม California Family Code มาตรา 7822 (b) ซึ่งอธิบายว่าศาลจะพิจารณาสิ่งต่อไปนี้เป็นหลักฐานแสดงเจตนาที่จะทอดทิ้งเด็ก ได้แก่ การทิ้งเด็กโดยไม่มีกระบวนการเกิดหรือสูติบัตรไว้กับตัวเด็กนั้น หรือการที่ไม่ได้ช่วยเหลือหรือดูแลเป็นระยะเวลายาวนาน หรือไม่ได้ติดต่อพูดคุยกับเด็กเป็นเวลานาน เป็นต้น¹⁵⁰ นั้นหมายความว่า หากบิดามารดาที่ทอดทิ้งเด็กไปนั้นมีเจตนาที่จะทอดทิ้งเด็กและครอบงำประกอบและเวลาตามที่กฎหมายกำหนด บิดามารดานั้นอาจถูกถอนอำนาจปกครองได้ ซึ่งย่อมทำให้สิทธิหน้าที่ของบิดามารดาที่มีต่อบุตรนั้นสิ้นไป

สำหรับในประเด็นเรื่องการเลี้ยงดูบิดามารดานั้น กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้มีการบัญญัติไว้ว่าบุตรต้องมีหน้าที่ในการเลี้ยงดูบิดามารดา แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนียมีหลักการเรื่องการดูแลบิดามารดาไว้ในแง่ของการดูแลและสนับสนุนตามความเหมาะสม โดยมีเงื่อนไข กล่าวคือบิดามารดานั้นต้องมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือและไม่สามารถดูแลตนเองได้¹⁵¹ และเป็นไปในลักษณะของการให้คำมั่นมากกว่าการบังคับให้บุตรต้องกระทำตาม¹⁵²

¹⁵⁰ Wallin and Clarich, "Are You Seeking Termination of Parental Rights Due to Child Abandonment in California?," [Online] Accessed: 26 January 2021. Available from: <https://www.wkfamilylaw.com/practice-areas/termination-of-parental-rights-due-to-child-abandonment-in-california/>

¹⁵¹ California Family Code Section 4400

และหากบุตรไม่ดูแลตามสมควร บิดามารดาอาจนำเรื่องไปฟ้องเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้บุตรดูแลช่วยเหลือบิดามารดาได้ แต่หากการเรียกร้องของบิดามารดานั้นมากเกินไป หรือฝ่าฝืนกฎหมายของมลรัฐ การดูแลช่วยเหลือบิดามารดาย่อมถูกจำกัดตามกฎหมายของมลรัฐเช่นกัน¹⁵³ อย่างไรก็ตาม ศาลยังคงมีอำนาจในการพิจารณากำหนดการสนับสนุนตามความเหมาะสม หรือยกเลิกเพิกถอนการสนับสนุนดังกล่าวได้¹⁵⁴ และยังมีอำนาจในการกำหนดจำนวนเงินที่จะสั่งให้สนับสนุน โดยศาลจะพิจารณาสถานการณ์ต่อไปนี้ของแต่ละฝ่าย¹⁵⁵

1. ความสามารถในการหารายได้และความต้องการ

Except as otherwise provided by law, an adult child shall, to the extent of the adult child's ability, support a parent who is in need and unable to self-maintain by work.

¹⁵² California Family Code Section 4401

The promise of an adult child to pay for necessities previously furnished to a parent described in Section 4400 is binding

¹⁵³ California Family Code Section 4403

(a) Subject to subdivision (b):

(1) A parent, or the county on behalf of the parent, may bring an action against the child to enforce the duty of support under this part.

(2) If the county furnishes support to a parent, the county has the same right as the parent to whom the support was furnished to secure reimbursement and obtain continuing support.

(b) The right of the county to proceed on behalf of the parent or to obtain reimbursement is subject to any limitation otherwise imposed by the law of this state.

(c) The court may order the child to pay the county reasonable attorney's fees and court costs in a proceeding by the county under this section.

¹⁵⁴ California Family Code Section 4405

The court retains jurisdiction to modify or terminate an order for support where justice requires.

¹⁵⁵ California Family Code Section 4404

In determining the amount to be ordered for support, the court shall consider the following circumstances of each party:

(a) Earning capacity and needs.

(b) Obligations and assets.

(c) Age and health.

(d) Standard of living.

(e) Other factors the court deems just and equitable

2. ภาวะผูกพันและทรัพย์สิน
3. อายุและสุขภาพ
4. มาตรฐานการครองชีพ
5. ปัจจัยอื่น ๆ ที่ศาลเห็นว่าเป็นธรรมและยุติธรรม

3.1.6 บทบัญญัติกฎหมายครอบครัวกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง: มลรัฐเท็กซัส (Texas)

เท็กซัสเป็นรัฐแรกที่ออกกฎหมายคุ้มครองเด็กแรกเกิด ชื่อว่า House Bill No. 3423 โดยกฎหมายฉบับนี้มีจุดเริ่มต้นเมื่อมีการพบทารกที่ถูกทอดทิ้ง 13 คนในเมืองฮุสตัน รัฐเท็กซัส ในปี ค.ศ. 1999 ซึ่งในช่วง 10 เดือนให้หลัง ทารก 3 คน ได้เสียชีวิต โดยกฎหมายที่ตราขึ้นนั้น อนุญาตให้ผู้ปกครองสามารถนำทารกแรกเกิดอายุไม่เกิน 30 วันมอบให้กับบุคลากรทางการแพทย์ โดยไม่จำเป็นต้องเปิดเผยตัวตนและปราศจากการถูกฟ้องร้องเป็นคดีความเมื่อได้รับเด็กไว้ในความดูแล กฎหมายกำหนดให้ศูนย์บริการการแพทย์ฉุกเฉิน สามารถดำเนินการใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อปกป้องสุขภาพร่างกายและความปลอดภัยของเด็ก นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่แจ้งไปยัง Department of Family and Protective Services (DFPS)¹⁵⁶ ภายใน 1 วันทำการหลังจากรับเด็กไว้ดูแล อย่างไรก็ตาม ผู้ซึ่งรับเด็กไว้ในความดูแลดังกล่าวไม่มีหน้าที่ในทางกฎหมายต่อเด็ก¹⁵⁷

เมื่อ DFPS ได้รับแจ้งการทิ้งเด็กแรกเกิด DFPS จำเป็นต้องจัดการดูแลควบคุมเด็กในลักษณะเดียวกับเด็กที่รับเข้ามายัง DFPS โดยปราศจากคำสั่งศาล นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดให้ศาลมีหน้าที่ในการพิพากษายกเลิกความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดามารดาและบุตรหากศาลพบว่าผู้ปกครองเป็นผู้ส่งเด็กไปยังศูนย์บริการการแพทย์ฉุกเฉินโดยไม่มีเจตนาที่จะรับเด็กกลับคืน นอกจากนี้ขณะนี้มลรัฐเท็กซัสยังมีส่วนร่วมในการรณรงค์ให้ความรู้สาธารณะเกี่ยวกับการทอดทิ้งทารก โดยสำนักงาน Morrison (ผู้ซึ่งสนับสนุนและผลักดันกฎหมายฉบับนี้) ได้ทำงานร่วมกับอีกหลายหน่วยงาน องค์กร และรัฐอื่น ๆ ที่สนใจในการออกกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน ตัวอย่างเช่นโครงการ Baby Moses (www.babymoses.org) ซึ่งเป็นองค์กรในเครือ Morrison ซึ่งมีหน้าที่เผยแพร่ทางเลือกที่รับผิดชอบต่อการทอดทิ้งทารก และมีเป้าหมายหลักในการให้ความรู้แก่สาธารณชนถึงความสำคัญของปัญหานี้

¹⁵⁶ ชื่อเดิม Department of Protective and Regulatory Services (DPRS) โดยเปลี่ยนชื่อหน่วยงานเป็น Department of Family and Protective Services (DFPS) ในปี 2005

¹⁵⁷ House Bill No. 3423

House Bill No. 3423 ถือเป็นต้นแบบให้รัฐอื่น ๆ ในสหรัฐอเมริกาในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการทอดทิ้งเด็ก ทั้งนี้ ระยะเวลาที่กำหนดไว้แต่ละรัฐอาจแตกต่างกันซึ่งมลรัฐเท็กซัสเองได้มีการแก้ไขให้มารดาสามารถนำเด็กมาวางไว้ยังศูนย์บริการการแพทย์ฉุกเฉินได้หากทารกนั้นอายุไม่เกิน 60 วัน¹⁵⁸

การทอดทิ้งเด็กที่เกินกว่าระยะเวลาและข้อกำหนดตาม House Bill No. 3423 อาจถือว่าเป็นการละเลยต่อเด็กตามกฎหมายครอบครัว (Texas Family Code) กล่าวคือ ได้มีการนิยามโดยใช้คำว่า “ละเลย” หรือ Neglect แทนคำว่าทอดทิ้ง หรือ Abandoned โดยที่หากบิดามารดาหรือผู้ปกครองกระทำการซึ่งเป็นการละเลยต่อเด็กโดยมีลักษณะดังนี้¹⁵⁹

¹⁵⁸ Whitney Rosenberg, "The Illegality of Baby Safes as a Hindrance to Women Who Want to Relinquish Their Parental Rights," *Athens Journal of Law* 1, 4 (October 2015).

¹⁵⁹ Texas Family Code Section.261.001. DEFINITIONS. In this chapter:

(4) "Neglect":

(A) includes:

(i) the leaving of a child in a situation where the child would be exposed to a substantial risk of physical or mental harm, without arranging for necessary care for the child, and the demonstration of an intent not to return by a parent, guardian, or managing or possessory conservator of the child;

(ii) the following acts or omissions by a person:

(a) placing a child in or failing to remove a child from a situation that a reasonable person would realize requires judgment or actions beyond the child's level of maturity, physical condition, or mental abilities and that results in bodily injury or a substantial risk of immediate harm to the child;

(b) failing to seek, obtain, or follow through with medical care for a child, with the failure resulting in or presenting a substantial risk of death, disfigurement, or bodily injury or with the failure resulting in an observable and material impairment to the growth, development, or functioning of the child;

(c) the failure to provide a child with food, clothing, or shelter necessary to sustain the life or health of the child, excluding failure caused primarily by financial inability unless relief services had been offered and refused;

(d) placing a child in or failing to remove the child from a situation in which the child would be exposed to a substantial risk of sexual conduct harmful to the child; or

(i) การทิ้งเด็กในสถานการณ์ที่อันคาดหมายได้ว่าเด็กจะได้รับความเสี่ยงอย่างมากทั้งต่อการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจโดยไม่ได้มีการจัดเตรียมการดูแลที่จำเป็นสำหรับเด็กและแสดงออกโดยชัดเจนว่าบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้มีหน้าที่ดูแลเด็กจะไม่กลับมารับเด็กไป

(ii) บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการดังต่อไปนี้:

(a) การวางเด็กไว้ในหรือลี้ภัยในการนำเด็กออกจากสถานการณ์ที่คาดหมายได้ว่าในสถานการณ์นั้นต้องใช้วิจาร์ณญาณหรือการกระทำที่เกินระดับวุฒิภาวะสภาพร่างกายหรือความสามารถทางจิตใจของเด็ก และส่งผลให้เกิดการบาดเจ็บทางร่างกาย หรือความเสี่ยงที่ร้ายแรงที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อเด็กอย่างกะทันหัน

(b) ไม่จัดหาการดูแลทางการแพทย์สำหรับเด็ก โดยความลี้ภัยในการจัดหาดังกล่าวส่งผลให้เด็กมีความเสี่ยงอย่างมากต่อการเสียชีวิต เสียโฉม หรือบาดเจ็บต่อร่างกาย หรือด้วยความลี้ภัยดังกล่าวส่งผลให้การเจริญเติบโตและการพัฒนาการของเด็กผิดปกติ

(c) ไม่สามารถจัดหาอาหาร เสื้อผ้า หรือที่พักพิงที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตหรือสุขภาพของเด็กให้แก่เด็ก รวมถึงความลี้ภัยที่เกิดจากความไม่สามารถสนับสนุนทางการเงินเป็นหลัก เว้นแต่จะมีการเสนอการบรรเทาโดยทางอื่น

(d) จัดให้เด็กอยู่ในหรือไม่สามารถเอาเด็กออกจากสถานการณ์ที่เด็กจะต้องเสี่ยงต่อการละเมิดหรืออันตรายทางเพศ

(e) placing a child in or failing to remove the child from a situation in which the child would be exposed to acts or omissions that constitute abuse under Subdivision (1)(E), (F), (G), (H), or (K) committed against another child;

(iii) the failure by the person responsible for a child's care, custody, or welfare to permit the child to return to the child's home without arranging for the necessary care for the child after the child has been absent from the home for any reason, including having been in residential placement or having run away; or

(iv) a negligent act or omission by an employee, volunteer, or other individual working under the auspices of a facility or program, including failure to comply with an individual treatment plan, plan of care, or individualized service plan, that causes or may cause substantial emotional harm or physical injury to, or the death of, a child served by the facility or program as further described by rule or policy; and...

(e) วางเด็กไว้ในหรือไม่สามารถเอาเด็กออกจากสถานการณ์ที่เด็กจะต้องเผชิญกับการกระทำหรือการละเว้นที่ถือเป็นการละเมิดภายใต้ข้อย่อย (1) (E), (F), (G), (H) หรือ (K) กระทำต่อเด็กคนอื่น

(iii) ผู้รับดูแลเด็กล้มเหลวในการดูแลหรือจัดการสวัสดิการของเด็กในการอนุญาตให้เด็กกลับไปบ้านของเด็กโดยไม่ได้จัดเตรียมการดูแลที่จำเป็นสำหรับเด็กที่หนีออกจากบ้าน หรือไม่มีบ้าน

(iv) การกระทำโดยประมาทหรือการละเว้นของพนักงานอาสาสมัครหรือบุคคลอื่นที่ทำงานภายใต้โครงการช่วยเหลือ หรืออุปถัมภ์เด็ก รวมถึงการไม่ปฏิบัติตามแผนการรักษาส่วนบุคคล แผนการดูแล หรือแผนการบริการเฉพาะบุคคลที่ก่อให้เกิดหรืออาจก่อให้เกิดอันตรายทางอารมณ์อย่างรุนแรงหรือการบาดเจ็บทางร่างกายหรือการเสียชีวิตของเด็กที่อยู่ภายใต้โครงการช่วยเหลือหรืออุปถัมภ์

อย่างไรก็ดี ไม่รวมถึงการปฏิเสธการส่งคืนเด็กกลับไปยังครอบครัวหากเจ้าหน้าที่พบว่าเด็กนั้นมีสภาวะอารมณ์แปรปรวนอย่างรุนแรง หรือการปฏิเสธนั้นเกิดมาจากสาเหตุที่บุคคลนั้นไม่สามารถรักษาสภาพจิตใจของตนเองซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก หรือบุคคลนั้นไม่สามารถเข้ารับการรักษาด้านสุขภาพจิตได้

3.1.6.1 มาตรการทางกฎหมายในการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง (Abandoned Children)

ผู้ให้บริการดูแลทารกฉุกเฉินที่กำหนดมีหน้าที่ที่จะต้องให้การช่วยเหลือดูแลเด็กที่มีอายุไม่เกิน 60 วันโดยไม่ต้องมีคำสั่งศาลหากผู้ปกครองส่งเด็กไปยังผู้ให้โดยสมัครใจและผู้ปกครองไม่ได้แสดงเจตนาที่จะส่งคืน สำหรับผู้ให้บริการดูแลฉุกเฉินกรณีทารกที่ถูกทอดทิ้ง ได้แก่

1. ผู้ให้บริการทางการแพทย์ฉุกเฉิน
2. โรงพยาบาล
3. สถานพยาบาลฉุกเฉินอิสระที่ได้รับใบอนุญาต
4. หน่วยงานดูแลเด็กที่ได้รับใบอนุญาตในการทำหน้าที่เป็นผู้ให้บริการดูแลทารกฉุกเฉินที่กำหนด และมีเจ้าหน้าที่บุคคลที่ได้รับใบอนุญาตเป็นพยาบาลขึ้นทะเบียนซึ่งสามารถทำการตรวจสอบและให้บริการทางการแพทย์ฉุกเฉินแก่เด็กที่ถูกทอดทิ้ง¹⁶⁰

¹⁶⁰ Texas Family Code §§ 262.301; 262.302

ผู้ให้บริการดูแลทารกฉุกเฉินที่ได้รับมอบหมายไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการจับกุมหรือติดตามผู้ปกครองและไม่อาจทำเช่นนั้นเว้นแต่เด็กจะดูเหมือนถูกทารุณกรรม อีกทั้งไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการตรวจสอบตัวตนของผู้ปกครองและผู้ปกครองอาจไม่เปิดเผยชื่อ อย่างไรก็ตาม ผู้ปกครองอาจได้รับแบบฟอร์มสำหรับการเปิดเผยข้อเท็จจริงและประวัติทางการแพทย์ของเด็กโดยสมัครใจ ผู้ให้บริการดูแลทารกฉุกเฉินที่ได้รับมอบหมายซึ่งครอบครองเด็กตามมาตรานี้จะต้องดำเนินการใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อการดูแลรักษาสุขภาพร่างกายหรือความปลอดภัยของเด็ก ซึ่งผู้ให้บริการดูแลทารกฉุกเฉินจะต้องแจ้ง DFPS ว่าได้รับดูแลเด็กทารกซึ่งถูกทอดทิ้งไม่ช้ากว่าวันทำการแรกหลังจากวันที่ผู้ให้บริการดูแลทารกฉุกเฉินที่กำหนดรับทารกที่ถูกทอดทิ้งนั้นไว้ดูแล¹⁶¹ และ DFPS จะมีการประเมินและวางแผนการดูแล จัดการ ตลอดจนการเลี้ยงดูเด็กโดยทันที¹⁶²

3.1.6.2 มาตรการทางกฎหมายในการดูแลเด็กที่ถูกละเลย (Neglect Children)

กรณีของการละเลยเด็กนั้นตามกฎหมายครอบครัวของมลรัฐเท็กซัสกำหนดให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำใดที่อาจกระทบต่อสุขภาพหรือความเป็นอยู่ของเด็กจากการละเลยเด็กนั้นต้องมีการรายงานไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทันที ซึ่งหากพบเด็กถูกกระทำละเมิดตามมาตรา 261.001 (ซึ่งรวมการที่เด็กถูกละเลยดังที่ได้อธิบายข้างต้น) ต้องแจ้งภายในระยะเวลา 48 ชั่วโมงนับแต่ได้พบเห็น ซึ่งอาจแจ้งไปผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งหมายรวมถึงเจ้าหน้าที่ตำรวจ แพทย์ หรือพยาบาล¹⁶³

¹⁶¹ Texas Family Code §§ 262.302; 262.303

¹⁶² Children's Bureau, "Infant Safe Haven Laws," [Online] Accessed: 19 february 2021. Available from: <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/safehaven.pdf>

¹⁶³ Texas Family Code Section. 261.101. PERSONS REQUIRED TO REPORT; TIME TO REPORT.

(a) A person having cause to believe that a child's physical or mental health or welfare has been adversely affected by abuse or neglect by any person shall immediately make a report as provided by this subchapter.

(b) If a professional has cause to believe that a child has been abused or neglected or may be abused or neglected, or that a child is a victim of an offense under Section 21.11, Penal Code, and the professional has cause to believe that the child has been abused as defined by Section 261.001, the professional shall make a report not later than the 48th hour after the hour the professional first suspects that the child has been or may be abused or neglected or is a victim of an offense under Section 21.11, Penal Code. A professional may not delegate to or rely on

3.1.6.3 การกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรกรณีเด็กที่ถูกละเลย (Neglect Children) และเด็กที่ถูกทอดทิ้ง (Abandoned Children)

ในกรณีของ Abandoned Children นั้นมีกระบวนการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อจัดการเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของบิดามารดาและเด็กอย่างมีขั้นตอน โดยเด็กที่ Department of Family and Protective Services รับผิดชอบควบคุมและดูแลเรียบร้อยแล้ว จะถูกจัดอยู่ในประเภทของ “เด็กภายใต้การปกครองดูแลของ Department of Family and Protective Services” โดยไม่ต้องมีคำสั่งของศาล ซึ่งเมื่อเด็กอยู่ในความดูแล เจ้าหน้าที่จะต้องมีหน้าที่ในการ

1. ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้พิจารณากำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและเด็ก
2. ขอให้ศาลแต่งตั้งนายความสำหรับเด็ก
3. ขอให้มีการพิจารณาคดีครั้งแรกไม่เกินวันทำการแรกหลังจากวันที่เด็กนั้นถือเป็นเด็กภายใต้การปกครองดูแลของ DFPS หาก DFPS ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา จะต้องยื่นฟ้องไม่เกิน 45 วันหลังจาก DFPS ได้พิจารณา ประเมิน และวางแผนการดูแลจัดการกับเด็ก

การทอดทิ้งเด็กและการละทิ้งเด็กนั้นล้วนเป็นหนึ่งในฐานของการกระทำที่ศาลอาจถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาของเด็กทั้งสิ้น โดยที่หากเป็นกรณีของการละทิ้งเด็กไปนั้นให้ถือระยะเวลา 1 ปีเป็นเกณฑ์ ซึ่งถือว่าบิดามารดานั้นบกพร่องในการดูแลและเด็กตามสมควร ส่วนกรณีของการทอดทิ้งเด็กนั้นมีหลักเกณฑ์ว่า หากบิดามารดาได้ทอดทิ้งเด็กให้อยู่ในความดูแลของ DFPS เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือนและเจ้าหน้าที่ได้ใช้ความพยายามตามสมควรที่จะคืนเด็กให้กับผู้ปกครองแล้ว หรือผู้ปกครองไม่ได้ไปเยี่ยมเยียนหรือติดต่อกับเด็ก หรือพบว่าผู้ปกครองแสดงให้เห็นว่าไม่สามารถที่จะจัดการดูแลให้เด็กมีความเป็นอยู่ที่เหมาะสมและปลอดภัยได้ ศาลมักมีคำสั่งเพิกถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาของเด็กในท้ายที่สุด ซึ่งตามกฎหมายของมลรัฐเท็กซัสนั้นไม่พบ

another person to make the report. In this subsection, "professional" means an individual who is licensed or certified by the state or who is an employee of a facility licensed, certified, or operated by the state and who, in the normal course of official duties or duties for which a license or certification is required, has direct contact with children. The term includes teachers, nurses, doctors, day-care employees, employees of a clinic or health care facility that provides reproductive services, juvenile probation officers, and juvenile detention or correctional officers...

ช้อยกเว้นในการถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา หรือการกลับคืนมาซึ่งอำนาจปกครองของบิดามารดา ในขณะที่บางมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดช้อยกเว้นและการอาจได้อำนาจปกครองของบิดามารดา กลับคืนมา¹⁶⁴

สำหรับในประเด็นเรื่องการเลี้ยงดูบิดามารดานั้น แม้ว่าในหลายรัฐได้มีการสอดแทรกหลักการดูแลบิดามารดาเมื่อถึงวัยชราไว้ในแง่ของการช่วยเหลือตามความเหมาะสมซึ่งส่วนมากจะเป็นการสนับสนุนด้านการเงิน¹⁶⁵ แต่กฎหมายของมลรัฐเท็กซัสไม่ได้มีการบัญญัติไว้ว่าบุตรต้องมีหน้าที่ในการเลี้ยงดูบิดามารดา เนื่องจากกฎหมายในระบบ Common Law นั้นไม่ได้ให้ความสำคัญในการที่บุตรต้องดูแลบิดามารดาถึงระดับที่จะบัญญัติไว้เฉพาะเจาะจง แต่ในบางรัฐได้รับอิทธิพลและแรงจูงใจในการบัญญัติกฎหมายมาจาก England's Poor Relief Act 1950 แม้มีการเสนอร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการดูแลบิดามารดาใน 45 รัฐ แต่ร่างกฎหมายเหล่านั้นมักถูกนำออกไปจากกฎหมายของมลรัฐเมื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณา เนื่องจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีข้อกังวลในการบัญญัติกฎหมายให้คนในรัฐมีความรับผิดชอบต่อบุคคลอื่น มีเพียง 14 รัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้มีการสอดแทรกหลักการนี้ในกฎหมายของมลรัฐ¹⁶⁶ อย่างไรก็ตาม เท็กซัสยังคงเป็นหนึ่งในรัฐที่ยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการดูแลบิดามารดา

Sesha Kethineni และ Gowtami Rajendran ได้ให้เหตุผลว่าการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องการสนับสนุนและเลี้ยงดูบิดามารดานั้น มีความยากและมีอุปสรรคหลายประการในการบังคับใช้ อาทิ

ประการแรก อาจทำให้เกิดการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบทางการเงินของตัวเด็ก เนื่องจากฝ่ายที่ต้องการบังคับใช้กฎหมายจะต้องแสดงให้เห็นว่าเด็กที่โตแล้วมีรายได้เพียงพอที่จะรับผิดชอบหากเด็กหลีกเลี่ยงที่จะรับผิดชอบก็อาจแสดงว่าตนไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะดูแลบิดามารดาได้

¹⁶⁴ Children's Bureau, "Grounds for Involuntary Termination of Parental Rights," [Online] Accessed: 20 February 2021. Available from: <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/groundtermin.pdf>

¹⁶⁵ Medical Alert Advice, "Does State Laws Require You to Support Your Aging Parent?," [Online] Accessed: 10 May 2022. Available from: <https://www.medicalalertadvice.com/articles/does-state-law-require-you-to-support-your-aging-parent/>

¹⁶⁶ California, Indiana, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Montana, Nevada (การสนับสนุนด้านการรักษาพยาบาล), North Carolina, North Dakota, South Dakota, Oregon, Vermont, and Virginia

ประการที่สอง หากเด็กหลายคนสามารถให้การสนับสนุนได้ ศาลสามารถพิจารณา สถานการณ์ทางการเงินของเด็กแต่ละคนและกำหนดจำนวนเงินที่จะให้การสนับสนุนได้ การแบ่งเงินช่วยเหลือในส่วนนี้เป็นสิ่งที่อาจมีปัญหา เนื่องจากศาลต้องประเมินความสามารถของเด็กแต่ละคนในการมีส่วนร่วมในการดูแลบิดามารดา และอาจเกิดข้อโต้แย้งตามมาได้

ประการที่สาม หากเด็กที่โตแล้วสามารถพิสูจน์ได้ว่าบิดามารดาทอดทิ้งเด็ก ศาลอาจไม่ กำหนดให้เด็กต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม กฎหมายการทอดทิ้งเด็กจะแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ โดยตัวเด็กต้องพิสูจน์การถูกทอดทิ้งต่อไปนี้:

- 1.) เกิดขึ้นเมื่อเด็กยังเป็นผู้เยาว์
- 2.) ระยะเวลาแห่งการทอดทิ้งดำเนินต่อไปเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 2 ปีก่อนที่เด็กจะอายุ 18 ปี (ใน บางรัฐ 10 ปี) และ
- 3.) ผู้ปกครองสามารถเลี้ยงดูบุตรได้ทั้งทางร่างกายและจิตใจ

อย่างไรก็ตาม ศาลมักลดความรับผิดชอบทางการเงินของเด็กที่โตแล้วต่อบิดามารดา โดย พิจารณาจากการกระทำที่ไม่ดีในอดีตของบิดามารดา เช่น ความล้มเหลวในการให้การสนับสนุนเด็ก และการปฏิบัติต่อเด็กในอดีต¹⁶⁷

ในคดีอาญา *Billingslea v. State* - 780 S.W.2d 271 (Tex. Crim. App. 1989) มี ข้อเท็จจริงว่า Hazel Billingslea ถูกพบว่ามึนเมา ขับรถเร็ว ขับรถฝ่าไฟแดง และ การสูบบุหรี่ ก่อให้เกิดจากการละเลยในการดูแลหลานหลายเดือน จำเลยซึ่งเป็นลูกชายของ Hazel Billingslea ถูกตั้งข้อหาทำร้ายร่างกายผู้สูงอายุ เนื่องจากไม่สามารถรับ Hazel Billingslea เข้ารับ การรักษาพยาบาลที่เธอต้องการ คณะลูกขุนพบว่าจำเลยมีความผิด อย่างไรก็ตามศาลตัดสินให้ลูกชาย ของ Hazel Billingslea พ้นผิด รัฐได้ร้องขอให้มีการพิจารณาทบทวนตามที่เห็นสมควร แต่ศาล อุทธรณ์ได้ยืนยันการพ้นผิดดังกล่าว โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าลูกชายของ Hazel Billingslea ไม่มีหน้าที่ ตามกฎหมายที่จะต้องดำเนินการ หากไม่มีหน้าที่ตามกฎหมาย การละเลยของจำเลยจึงไม่มีโทษตาม กฎหมาย แม้คำฟ้องอ้างว่ามีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะบอกเป็นนัยถึงทั้งหน้าที่ในการกระทำและการละ

¹⁶⁷ Sessa Kethineni and Gowtami Rajendran, "Elder Care in the United States: Filial Responsibility Laws, Judicial Decisions, and Enforcement Issues," [Online] Accessed: 10 May 2022. Available from: <https://jcl.pubpub.org/pub/v2-i1-kethineni-rajendran-falial-responsibility/release/1>

เว้นตามกฎหมายจารีตประเพณี แต่ขาดหน้าที่ตามกฎหมายที่จำเป็นในการดูแลผู้สูงอายุ¹⁶⁸ คดีนี้เป็นที่ยืนยันแนวทางของศาลว่ามลรัฐเท็กซัสไม่มีกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของบุตรในการดูแลบิดามารดา

3.2 กฎหมายครอบครัวของประเทศไทย

3.2.1 ประวัติศาสตร์และแนวคิดกฎหมายครอบครัวของประเทศไทย

ประเทศไทยเป็นประเทศในระบบ Common Law ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีที่มาจากจารีตประเพณี ในอดีตนั้นชาวอังกฤษยุคแรกเริ่มเรียกว่าเผ่าแองโกลแซกซอน ซึ่งเป็นชนเผ่าของชาวเยอรมันที่ได้เข้ามายึดครองเกาะอังกฤษและได้นำรากฐานวัฒนธรรมของเยอรมันมาเผยแพร่บนเกาะอังกฤษ และพยายามทำลายกฎหมายโรมันที่หลงเหลืออยู่บนหมู่เกาะอังกฤษ อย่างไรก็ตาม รากฐานที่มาจากกฎหมายโรมันก็ยังคงอยู่เนื่องจากผู้พิพากษาในสมัยนั้นมีการศึกษาค้นคว้ากฎหมายโรมัน อนึ่งกฎหมายแองโกลแซกซอน เรียกได้ว่าเป็นกฎหมายที่เก่าแก่ที่สุดของอังกฤษ มีการกำหนดถึงกฎเกณฑ์การอยู่ร่วมกันในสังคม แต่ในสมัยนี้ยังไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของระบบกฎหมาย Common Law อย่างเป็นทางการเนื่องจากไม่อาจจำแนกได้ว่าเป็นกฎหมายบัญญัติหรือสบัญญัติ และไม่อาจแบ่งแยกกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาออกจากกัน และไม่อาจทราบเจตนาที่แท้จริงว่ากฎหมายมีไว้เพื่อคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์สิน ต่อมาในยุคสมัยของชาวนอร์แมน ซึ่งเริ่มขึ้นในสมัยของพระเจ้าวิลเลียมที่ 1 ในสมัยนี้ปรากฏหลักกฎหมายครอบครัวประการหนึ่ง คือ เรื่องความสัมพันธ์ทางเครือญาติ ซึ่งกำหนดให้ญาติทั้งหมดต้องร่วมรับผิดชอบในวงศ์ตระกูลได้กระทำผิด ความผิดของบุคคลสมัยนั้นส่งผลต่อบุคคลในครอบครัวโดยตรง ในตอนปลายของยุคแองโกลแซกซอน ถือได้ว่าเป็นยุคแรกเริ่มของระบบพิวดีล จนกระทั่งในสมัยของพระเจ้าวิลเลียมก็ได้อ้างสิทธิในที่ดินว่าเป็นของกษัตริย์อย่างสมบูรณ์ และต่อมาอังกฤษก็ได้ถูกอิทธิพลของคริสตจักรเข้าครอบงำ¹⁶⁹

ในอดีตเรื่องเกี่ยวกับครอบครัวของอังกฤษนั้นเกี่ยวข้องกับศาสนาและคริสตจักร ประเทศไทยอังกฤษเป็นประเทศที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาคริสต์ ดังนั้น หลักการหรือหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในเรื่องการสมรสจึงได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดในทางศาสนาที่ถือว่าการสมรสเป็นพิธีกรรมอันศักดิ์สิทธิ์

¹⁶⁸ Billingslea v. State, 780 S.W.2d 271 (Tex. Crim. App. 1989)

¹⁶⁹ สุเมธ จานประดับและคณะ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก, หน้า 145-153

เมื่อมนุษย์ได้ทำการสมรสตามหลักทางศาสนาย่อมจะต้องมีสถานะเป็นสามีและภริยากันตลอดไป มีการถกเถียงกันว่า “กฎหมายครอบครัว” ได้มีการพัฒนาอย่างแท้จริงในประเทศอังกฤษเมื่อใด ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ายุคของกฎหมายครอบครัวได้เริ่มต้นในปี ค.ศ. 1857 ซึ่งในปีนั้นเป็นปีที่มีการพิจารณาคดีการหย่าร้างเป็นปัจจัยสำคัญในการพัฒนากฎหมายครอบครัวในภายหลัง ในขณะที่เดียวกันเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับการแต่งงานและการหย่าร้างถูกถ่ายโอนจากศาลของสงฆ์ไปยังศาลแพ่งแห่งใหม่ คือศาลฟ้องหย่าและการวิวาท จากการย้ายนี้อาจถูกมองว่าเป็นจุดเริ่มต้นของ “กฎหมาย” ครอบครัวในความหมายของกฎหมายที่แท้จริง ในปี ค.ศ.1857 ศาลแพ่งแห่งใหม่นี้ได้ดำเนินการและผ่อนปรนหลักการและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ รวมถึงความความเห็นของศาลยังเป็นไปตามหลักการและกฎเกณฑ์เดิมของศาลของสงฆ์ แนวคิดของศาลของสงฆ์ยังคงถูกนำมาใช้โดยศาลทางโลกในต้นศตวรรษที่ 20 เนื่องด้วยอิทธิพลความยิ่งใหญ่ของคริสตจักรแห่งอังกฤษ¹⁷⁰

3.2.2 วิวัฒนาการในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีแนวความคิดเกี่ยวกับสวัสดิการของเด็ก (Child Welfare) ในการออกคำสั่ง มาตรการ หรือการตัดสินใจของศาลเกี่ยวกับเด็ก โดยศาลต้องพิจารณาความเหมาะสมในการออกมาตรการหรือคำสั่งต่าง ๆ วิวัฒนาการกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็กของประเทศอังกฤษนั้นมีการเปลี่ยนแปลงตลอดในระยะเวลา 30-40 ปีที่ผ่านมา¹⁷¹

คดีด้านครอบครัวที่ขึ้นสู่ศาลอังกฤษมีจำนวนมากในช่วง 20 ปีที่ผ่านมา ในระหว่างปี ค.ศ. 1990 ถือได้ว่ามีความเปลี่ยนแปลงในเรื่องของกฎหมายครอบครัวเป็นอย่างมาก ประกอบกับการลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ทำให้ประเทศอังกฤษมีการตรากฎหมายเพิ่มขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับการเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว อาทิ การตรากฎหมายเด็กในปี ค.ศ. 1989 (Children Act 1989) ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1991 ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับเด็กค่อนข้างมาก ต่อมามีกฎหมาย Child Support Act 1991 ที่เรียกได้ว่าเป็นกฎหมายซึ่งมีความสำคัญในการขับเคลื่อนเกี่ยวกับเด็กรวมถึงการดูแลเด็ก และการจัดตั้งสถาบันสำหรับการดูแลเด็กเป็นการเฉพาะ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สำคัญอีกฉบับหนึ่งได้แก่ กฎหมายครอบครัว (Family

¹⁷⁰ Stephen Cretney, "The History of 20th Century Family Law," *Oxford Journal of Legal Studies* 25, 1 (2005).

¹⁷¹ Paula Davies and Paven Busuita, *Family Law* (England Macmillan Publishers Limited, 2017), p.7

Act 1996) ซึ่งถือเป็นแม่บทกฎหมายที่สำคัญในด้านครอบครัว¹⁷² ต่อมาเมื่อมีการร่าง Human Rights Act ปี ค.ศ. 1998 ซึ่งได้มีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2000 กฎหมายดังกล่าวมีผลต่อการตรากฎหมายต่าง ๆ ของประเทศอังกฤษ และส่งผลต่อการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับด้านครอบครัวและสิทธิทางครอบครัวอย่างต่อเนื่อง อาทิ Human Fertilization and Embryology Act ค.ศ. 2008

ในช่วงศตวรรษหลังนี้เรียกได้ว่าความเปลี่ยนแปลงทางด้านกฎหมายครอบครัวของประเทศอังกฤษมีความเกี่ยวข้องกับเด็กและบิดามารดาเป็นอย่างมากซึ่งหลักฐานนั้นมาจากกฎหมายเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม รวมไปถึงมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับเด็ก (Children Act 2002) ซึ่งได้มีการระบุถึงการตั้งผู้ปกครองและมีการเพิ่มมาตรการใหม่ในการดูแลเด็กเมื่อครอบครัวได้มีการแตกสลาย นอกจากนั้นในปี 2004 กฎหมายเด็กก็ยังคงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้ง (Children Act 2004) ซึ่งได้เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมการลงโทษเด็กของผู้ปกครองและกำกับดูแลมาตรการปกป้องคุ้มครองเด็ก เป็นต้น แต่การเปลี่ยนแปลงซึ่งถือว่าส่งผลกระทบต่อสังคมอังกฤษเป็นอย่างมากคือการตรากฎหมาย The Children and Families Act 2014 ซึ่งได้ระบุถึงความสำคัญของความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัวโดยเฉพาะอย่างยิ่งได้กำหนดข้อสันนิษฐานของความสัมพันธ์ในฐานะของการเป็นบิดาหรือมารดา เพื่อนำไปใช้ขยายความใน Children Act 1989

ด้านคดีเกี่ยวกับเด็กที่ขึ้นสู่ศาลก็มีความเปลี่ยนแปลงและแตกต่างกันไปตามยุคสมัย คดีที่สำคัญเกี่ยวข้องกับการจัดการดูแลเด็ก เช่น การมีมาตรการในการดูแลเด็กหรือการออกคำสั่งในกรณีเฉพาะ (Supervision Orders) สำหรับเด็กซึ่งถูกลักพาตัวมาจากต่างประเทศ เป็นต้น กฎหมายครอบครัวของประเทศอังกฤษนั้นคดีต่าง ๆ มีแนวโน้มที่จะระงับข้อพิพาทโดยเป็นไปตามขนบธรรมเนียม และยุติข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมากกว่าที่จะเข้าสู่ศาลในระบบการไต่สวนโดยปกติ¹⁷³ ส่วนในเรื่องระบบศาลนั้น ประเทศอังกฤษได้มีการจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนขึ้นโดยมีอำนาจพิจารณาทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาเกี่ยวกับเด็กไม่ว่าจะเป็นความผิดด้านใดก็ตาม ทั้งนี้ ศาลมีหน้าที่ในการพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญและเมื่อมีความจำเป็นก็จะต้องมีมาตรการแยกเด็กออกจากสิ่งแวดล้อมที่ไม่พึงประสงค์ ส่วนศาลครอบครัวนั้น กระทำการพิจารณาคดีใน High Court หรือ Magistrates Court โดย High Court จะมีแผนกที่เรียกว่า Family Division ในศาล ซึ่ง

¹⁷² Ibid. p.8-9

¹⁷³ Ibid. p.9-10

จะพิจารณาคดีให้เป็นไปโดยรวบรัดและไม่เป็นทางการเท่าใดนัก¹⁷⁴

3.2.3 แนวความคิดเรื่องอำนาจปกครองและผู้ใช้อำนาจปกครอง

ในประเทศอังกฤษแต่เดิมก่อนที่จะมีกฎหมายเด็ก (Pre Children Act) จะใช้คำว่า Parental Power เพื่อสื่อความหมายถึงอำนาจปกครองที่บิดามารดามีเหนือบุตร และพัฒนาเป็น Parental Rights ซึ่งเป็นการลดอำนาจของบิดามารดาให้กลายเป็นเพียงสิทธิบางประการที่มีเหนือบุตร จนกระทั่งปี พ.ศ.2532 (ค.ศ.1989) จนถึงปัจจุบันจึงได้มีการพัฒนาจนกลายเป็น Parental Responsibility ซึ่งหมายถึงทั้งสิทธิหน้าที่ที่บิดามารดาติดต่อบุตรด้วย มิใช่หมายถึงการเป็นเจ้าของบุตรหรือเป็นผู้มีอำนาจควบคุมบุตรและทรัพย์สินของบุตรอย่างที่ผ่านมาเท่านั้น แต่บิดามารดานั้นมีหน้าที่ในการอบรมและเลี้ยงดูบุตรด้วยเช่นกัน¹⁷⁵

กฎหมายเด็ก (Children Act 1989) ของอังกฤษ มาตรา 3 บัญญัติไว้เพียงแต่ว่าอำนาจปกครองนั้นหมายถึง สิทธิ หน้าที่ อำนาจ ตลอดจนความรับผิดชอบทั้งปวงตามกฎหมายที่บิดามารดาติดต่อบุตร ทั้งส่วนที่เกี่ยวกับบุตรและทรัพย์สินของบุตร ซึ่งจากคำนิยามดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่าเป็นการครอบคลุมสิทธิและอำนาจหลายประการ แต่ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดไว้ชัดเจนว่าหมายถึงสิทธิ หน้าที่ หรืออำนาจในลักษณะใดบ้าง เนื่องจากเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องพิจารณาความเหมาะสมกับประโยชน์ของเด็กเป็นกรณีไป อย่างไรก็ตาม ได้มีความพยายามที่จะอธิบายและยกตัวอย่างสิทธิหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจปกครองที่มีต่อบุตรไว้ ดังนี้¹⁷⁶

1. การดูแลบุตรทางกายภาพ (Physical care of the child) เป็นลักษณะสำคัญของอำนาจปกครองบุตร ผู้ใช้อำนาจปกครองมีอำนาจในการควบคุมดูแลและเลี้ยงดู ตลอดจนให้คำแนะนำกับบุตรอย่างเหมาะสมกับอายุและความรู้ความเข้าใจของบุตร และมีหน้าที่จัดหาที่อยู่ให้บุตรรวมถึงมีอำนาจกำหนดที่อยู่ของบุตร ซึ่งอำนาจนี้เป็นอำนาจที่ใช้ในการติดตามบุตรคืนจากผู้ที่ได้กักตัวบุตรไว้ โดยปราศจากความยินยอมของผู้ใช้อำนาจปกครอง นอกจากนี้ หากพบว่าบิดามารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขู่เชิญบังคับนำตัวบุตรไปจากที่อยู่โดยปราศจากความยินยอมของตัวบุตรเอง หรือการพาบุตรอายุต่ำ

¹⁷⁴ ประเทือง ธนียผล, กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว. หน้า 44-45

¹⁷⁵ พรรณวดี เพชรพลอย, "การถอนอำนาจปกครองบุตร," หน้า 24.

¹⁷⁶ Christina M. Lyon, The Law Relating to Children (London: Butterworths, 1993), p.59-61

กว่า 16 ปี ออกไปนอกสหราชอาณาจักรโดยปราศจากความยินยอมของมารดาหรือบิดาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือปราศจากความยินยอมของผู้ปกครองหรือผู้ที่ศาลกำหนดให้ผู้เยาว์อาศัยอยู่ด้วย (residence order) หรือไม่ได้รับอนุญาตจากศาล บิดาหรือมารดาผู้นั้นย่อมมีความผิดฐานลักพาตัวบุตรด้วย

2. การอบรมสั่งสอนบุตร (Discipline) กฎหมายให้สิทธิในการอบรมสั่งสอนให้บุตรมีวินัย โดยให้ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิลงโทษบุตรได้ตามสมควร

3. การปกป้องบุตร (Protection) เป็นหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจปกครองที่ต้องปกป้องบุตรจากความเสียหายหรือการประทุษร้าย

4. การอุปการะเลี้ยงดูบุตร (Maintenance) บิดามารดามีหน้าที่ต้องให้การเลี้ยงดูบุตรอย่างเหมาะสม

5. การติดต่อกับบุตร (Contact) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่บิดามารดาพึงมีต่อบุตร ดังนั้นบิดาหรือมารดาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองจะต้องยอมให้บุตรติดต่อกับบิดาหรือบิดาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ในกรณีที่น่าจะเป็นอันตรายต่อบุตร ศาลจะมีคำสั่งห้ามติดต่อกับบุตร (prohibited order)

6. การให้การศึกษาแก่บุตร (Education) ผู้ใช้อำนาจปกครองหรือบุคคลผู้ดูแลบุตรต่างมีหน้าที่จัดให้บุตรได้รับการศึกษาเมื่ออายุครบเกณฑ์ที่กำหนด

7. การศึกษาอบรมทางศาสนา (Religious upbringing) ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิกำหนดศาสนาให้บุตรนับถือ และเมื่อบุตรมีวุฒิภาวะเพียงพอบุตรก็มีสิทธิที่จะเลือกนับถือศาสนาใดก็ได้ โดยไม่มีกฎหมายใดจะบังคับให้บุตรต้องละทิ้งความเชื่อทางศาสนาของตนเอง

8. บริการทางการแพทย์ (Medical treatment) ผู้ใช้อำนาจปกครองมีอำนาจให้ความยินยอมหรือปฏิเสธไม่ให้บุตรได้รับการรักษา และเมื่อบุตรมีอายุ 16 ปีบริบูรณ์ ก็มีสิทธิให้ความยินยอมในการรักษาได้เอง แต่หากบุตรปฏิเสธที่จะเข้ารับรักษา ผู้ใช้อำนาจปกครองก็สามารถให้ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายให้ทำการรักษาบุตรได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้เยาว์มีความเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายอย่างร้ายแรงหากผู้ใช้อำนาจปกครองไม่ยินยอม ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตให้ทำการรักษาได้ (a care order or emergency protection order) ซึ่งถือเป็นการลบล้างการปฏิเสธของผู้ใช้อำนาจปกครองก่อนหน้านั้น

9. การให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรม (Agreement to adoption) ก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งให้มีการรับบุตรบุญธรรม หรือมีคำสั่งให้เด็กเป็นอิสระเพื่อการรับบุตรบุญธรรม จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองด้วย โดยสิทธิในการให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมเป็น

ของผู้ใช้อำนาจปกครองเท่านั้น เจ้าหน้าที่ท้องถิ่น (the local authority) ผู้ดูแลเด็กตามคำสั่งศาล (care order) ไม่สามารถให้ความยินยอมได้

10. การแต่งตั้งผู้ปกครอง (Appointment of a guardian) ผู้ใช้อำนาจปกครองอาจมีการแต่งตั้งบุคคลอื่นเป็นผู้ปกครองบุตรหลังจากผู้ใช้อำนาจปกครองถึงแก่ความตาย ซึ่งการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวจะมีผลเมื่อไม่มีผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กตามคำสั่งศาลอยู่ในเวลาที่ผู้ใช้อำนาจปกครองถึงแก่ความตาย กล่าวคือ หากบิดาซึ่งมีอำนาจปกครองยังมีชีวิตอยู่ การตั้งผู้ปกครองของมารดาซึ่งถึงแก่ความตายก็ยังไม่เกิด สิทธิในการตั้งผู้ปกครองนี้เป็นของผู้ใช้อำนาจปกครองเท่านั้น เจ้าหน้าที่ท้องถิ่น (the local authority) และผู้ดูแลเด็กตามคำสั่งศาล (care order) ไม่สามารถตั้งผู้ปกครองได้

11. การใช้ชื่อสกุล (Child's surname) โดยทั่วไปแล้วเด็กซึ่งเกิดในระหว่างบิดามารดาสมรสกันย่อมใช้ชื่อสกุลของบิดา แต่หากบิดามารดาไม่ได้สมรสกันในเวลาที่เกิด เด็กก็จะใช้ชื่อสกุลของมารดา

12. การเป็นตัวแทนบุตรในกระบวนการทางกฎหมาย (Legal representation) ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิดำเนินกระบวนการทางกฎหมายในนามของบุตร บุคคลอื่นจะเข้ามาดำเนินกระบวนการทางกฎหมายได้เฉพาะเมื่อผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำการไม่เหมาะสมและขัดต่อประโยชน์ของบุตร

13. การให้ความยินยอมในการสมรส (Consent to marriage) การสมรสของบุคคลที่อายุต่ำกว่า 16 ปี ตามกฎหมายการสมรส (the Marriage Act, 1949) จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองก่อนจึงจะทำการสมรสได้

14. การทำศพ (Burial of child) ผู้ใช้อำนาจปกครองทั้งที่เป็นบิดาและมารดามีหน้าที่ทำศพให้บุตร

15. การจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ (Administration of property) อำนาจปกครองนั้นรวมถึงอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ด้วย ผู้ใช้อำนาจปกครองจึงมีสิทธิ อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุตรด้วย

นอกจากนี้ในเรื่องผู้ใช้อำนาจปกครอง การถอนอำนาจปกครอง ผู้เขียนขอออกไปอธิบายในหัวข้อต่อไปเนื่องจากหลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมายเด็ก (Children Act 1989)

3.2.4 บทบัญญัติกฎหมายครอบครัวกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

3.2.4.1 Children Act 1989

กฎหมายเด็กของประเทศไทยมี การบัญญัติเรื่องอำนาจปกครองที่บิดามารดาที่มีต่อเด็ก ซึ่งเน้นย้ำถึงความเป็นบิดามารดา (parental) และคำนึงถึงความเป็นเด็กโดยกำหนดให้เด็กจะต้องอยู่ภายใต้การปกครองเลี้ยงดูร่วมกันของบิดามารดา¹⁷⁷ ซึ่งอำนาจปกครองนี้มีใช่เรื่องของสิทธิและหน้าที่ต่อบุตรแต่อย่างใด หากแต่เป็นความรับผิดชอบที่บิดามารดาพึงมีต่อบุตร (Parental Responsibility) ดังความในมาตรา 3¹⁷⁸ ของกฎหมายเด็ก โดยนอกจากความรับผิดชอบของบิดามารดาจะหมายถึงบรรดาสติหน้าที่ ความรับผิดชอบ และอำนาจเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายและทรัพย์สินของเด็กที่บิดามารดาพึงมีตามกฎหมาย กฎหมายเด็กยังได้กล่าวถึงบุคคลที่ไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายที่อาจอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ หากบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ให้การดูแลเด็กในความเป็นจริง อาจถือเป็นการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายนี้ได้ โดยบุคคลดังกล่าวย่อมมีความรับผิดชอบในการกระทำสิ่งที่เหมาะสมเพื่อการปกป้องคุ้มครองหรือส่งเสริมสวัสดิภาพของเด็ก

แม้ว่ากฎหมายเด็ก จะกำหนดให้บิดามารดาใช้อำนาจปกครองร่วมกันก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติจะเห็นว่า การใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเด็กนี้จะเป็นเรื่องของบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ และเมื่อบุคคลดังกล่าวมีอำนาจปกครองแล้ว ก็ไม่อาจละหรือโอนความรับผิดชอบทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้อื่นได้อย่างอิสระ แต่ต้องกระทำภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ ผู้ถืออำนาจปกครองอาจโอนส่วนหนึ่งของความรับผิดชอบให้บุคคลอื่นสามารถกระทำแทนในนามของตนเองได้ตามมาตรา 2(9)¹⁷⁹ เช่น การโอนอำนาจให้พี่เลี้ยงเด็กกระทำการแทนตน ซึ่งการให้

¹⁷⁷ มาตราลักษณะ เสรมธากุล, โครงการวิจัยเรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก. หน้า 34

¹⁷⁸ Children Act 1989 Article 3(5)

A person who—

- (a) does not have parental responsibility for a particular child; but
- (b) has care of the child,

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

¹⁷⁹ Children Act 1989 Article 2(9)

อำนาจกระทำการแทนนี้ไม่จำเป็นต้องผ่านการขอต่อศาล ทั้งนี้ การกระทำการแทนดังกล่าวบิดามารดาย่อมไม่อาจหลุดพ้นบรรดาความรับผิดชอบต่าง ๆ อันเกิดจากการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย แม้ว่าจะมีการมอบผู้อื่นให้ทำหน้าที่แทนแล้วก็ตาม (Delegate parental responsibility) ตามมาตรา 2(11)¹⁸⁰ การมอบการจัดการนี้ไม่เป็นการปลดปล่อยอำนาจปกครองออกจากบิดามารดา บิดามารดาอาจต้องรับผิดชอบในคดีอาญารฐานละทิ้งเด็ก แม้ว่าตนจะได้มอบผู้อื่นให้ทำหน้าที่แทนแล้วก็ตาม (Delegate parental responsibility)¹⁸¹

การสิ้นสุดของอำนาจปกครองตามกฎหมายอังกฤษนั้น จะมีผลทันทีที่บุตรบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 18 ปีบริบูรณ์ตามมาตรา 91(7) และ 91 (8)¹⁸² หรือเมื่อบุตรมีอายุ 16 ปีและได้ทำการสมรส นอกจากนี้อำนาจปกครองอาจสิ้นสุดลงได้ด้วยเหตุดังต่อไปนี้

1. เมื่อบุตรถึงแก่ความตาย
2. เมื่อมีการรับบุตรบุญธรรม¹⁸³

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

¹⁸⁰ Children Act 1989 Article 2(11)

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

¹⁸¹ วรภาส จารูวชิรบดี, "การควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยตามประมวลกฎหมายอาญา ภายใต้กรอบความคิดเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก," หน้า 61-62.

¹⁸² Children Act 1989 Article 91: Effect and duration of orders etc.

(7) Any order made under section 4(1) or 5(1) shall continue in force until the child reaches the age of eighteen, unless it is brought to an end earlier.

(8) Any—

(a) agreement under section 4 ; or

(b) appointment under section 5(3) or (4), shall continue in force until the child reaches the age of eighteen, unless it is brought to an end earlier, ...

¹⁸³ The Adoption Act 1976 Article 12: Adoption orders.

(1) An adoption order is an order giving parental responsibility for a child to the adopters, made on their application by an authorised court.

3. กรณีที่มีการรับตั้งครรภ์แทน ในกรณีทั่วไปนั้นมารดาผู้ให้กำเนิดซึ่งเป็นมารดาหรือผู้ที่รับตั้งครรภ์ แทนย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร แต่ถ้าหากต่อมาศาลมีคำสั่งให้ความเป็นบิดามารดา (parental order) เป็นของสามีภรรยาเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ ตามมาตรา 30¹⁸⁴ แห่ง The Human Fertilisation and Embryology Act 1990 อำนาจปกครองของมารดาโดยกำเนิดย่อมสิ้นสุดลง และบิดามารดาที่ได้รับอำนาจปกครองตามคำสั่งศาลจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองต่อไป

4. กรณีที่บุคคลที่มีใช่บิดามารดาได้รับอำนาจปกครองมาโดยคำสั่งเรื่องการกำหนดที่อยู่ (residence order) ตามมาตรา 12¹⁸⁵ หากต่อมาคำสั่งนั้นสิ้นสุดลงย่อมเป็นผลให้อำนาจปกครองดังกล่าวสิ้นสุดลง ไปเช่นกัน แต่ในกรณีที่เป็นบิดามารดาของเด็ก คำสั่งดังกล่าวย่อมไม่กระทบต่อความรับผิดชอบของ บิดามารดาแต่อย่างใด¹⁸⁶

นอกจากการสิ้นสุดของอำนาจปกครองดังกล่าวมาแล้วนั้น อำนาจปกครองอาจสิ้นสุดลงได้ ด้วยการสั่งถอนอำนาจปกครองของศาล กล่าวคือ หากปรากฏกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองได้รับอำนาจ

(2) The order does not affect parental responsibility so far as it relates to any period before the making of the order.

¹⁸⁴ The Human Fertilisation and Embryology Act 1990 Article 30: Parental orders in favour of gamete donors.

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

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

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

(c) the conditions in subsections (2) to (7) below are satisfied.

¹⁸⁵ Children Act 1989 Article 12: Residence orders and parental responsibility

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

(1A) Where the court makes a residence order in favour of a woman who is a parent of a child by virtue of section 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 it shall, if that woman would not otherwise have parental responsibility for the child, also make an order under section 4ZA giving her that responsibility.

¹⁸⁶ Duncan Bloy, Child Law (Lecture Note Series) (London: Cavendish Publishing), p. 58,

ปกครองมาโดยคำสั่งศาล (parental responsibility order) หรือโดยความตกลงระหว่างบิดาและมารดา (parental responsibility agreement) ตามมาตรา 4(1)¹⁸⁷ หรือ โดยการจดทะเบียนในสูติบัตรของบุตรผู้เยาว์ว่าเป็นบิดา (registered as the father of the child on the birth certificate) เมื่อบุคคลผู้มีอำนาจปกครองดังกล่าวหรือบุตรผู้เยาว์ยื่นคำร้องต่อศาลตามมาตรา 4(3) และ 4(4)¹⁸⁸ และศาลรับคำร้องของผู้เยาว์ดังกล่าว หากศาลเห็นว่าบุตรผู้เยาว์เข้าใจความหมายและวัตถุประสงค์ของการยื่นคำร้องขอลอนอำนาจปกครอง ศาลจะอนุญาตตามไปเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ในส่วนการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งถอนอำนาจปกครองในกฎหมายของอังกฤษ ไม่ได้มีการบัญญัติเหตุในการถอนอำนาจปกครองเอาไว้ แต่ในการพิจารณาคำร้องขอดังกล่าวนั้น ศาลจะคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กและสวัสดิภาพของเด็กเป็นหลัก (มาตรา 1(1)) ประกอบกับพิจารณาแล้วว่าคำสั่งดังกล่าวสามารถคุ้มครองผู้เยาว์ได้ดีกว่า (มาตรา 1(5))¹⁸⁹ ศาลจึงจะมีการออกคำสั่งถอน

¹⁸⁷ Children Act 1989 Article 4: Acquisition of parental responsibility by father.

(1) Where a child's father and mother were not married to each other at the time of his birth the father shall acquire parental responsibility for the child if—

...

(b) he and the child's mother make an agreement (a "parental responsibility agreement") providing for him to have parental responsibility for the child;

¹⁸⁸ Children Act 1989 Article 4: Acquisition of parental responsibility by father.

...

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

(a) of any person who has parental responsibility for the child; or
(b) with leave of the court, of the child himself.

(4) The court may only grant leave under subsection (3)(b) if it is satisfied that the child has sufficient understanding to make the proposed application...

¹⁸⁹ Children Act 1989 Article 1: Welfare of the child.

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

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

...

อำนาจปกครองตามคำขอนั้น ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายเพิ่มเติมต่อไปในหัวข้อ 3.2.5 เรื่องมาตรการทางกฎหมายในการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ซึ่งเกี่ยวข้องกับ การออกคำสั่งของศาลเมื่อเจ้าหน้าที่หรือพนักงานท้องถิ่นร้องขอ

นอกเหนือจากเรื่องอำนาจปกครอง ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่ถูกทอดทิ้ง มาตรา 20 ของ Children Act 1989¹⁹⁰ ยังได้กำหนดหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ โดยกำหนดให้ “หน่วยงานท้องถิ่นทุกแห่งจะต้องจัดให้มีที่พักสำหรับเด็กที่ต้องการความช่วยเหลือในพื้นที่ อันเป็นผลมาจาก

- (a) ไม่มีผู้ปกครอง
- (b) เด็กสูญหายหรือถูกทอดทิ้งหรือ
- (c) บุคคลผู้ดูแลเด็กถูกขัดขวาง (ไม่ว่าจะถาวรหรือไม่และด้วยเหตุผลใดก็ตาม) จากการจัดให้เด็กมีที่พักหรือการดูแลที่เหมาะสม”

3.2.4.2 Human Right Act 1998

Human Right Act 1998 เป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ทุกคนใน

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

¹⁹⁰ Children Act 1989 Article 20 Provision of accommodation for children: general.

(1) Every local authority shall provide accommodation for any child in need within their area who appears to them to require accommodation as a result of—

- (a) there being no person who has parental responsibility for him;
- (b) his being lost or having been abandoned; or
- (c) the person who has been caring for him being prevented (whether or not permanently, and for whatever reason) from providing him with suitable accommodation or care.

(2) Where a local authority provide accommodation under subsection (1) for a child who is ordinarily resident in the area of another local authority, that other local authority may take over the provision of accommodation for the child within—

- (a) three months of being notified in writing that the child is being provided with accommodation; or
- (b) such other longer period as may be prescribed...

สหราชอาณาจักรมีสิทธิได้รับ รวมถึงสิทธิที่กำหนดไว้ในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR) เข้ากับกฎหมายภายในประเทศของอังกฤษ แม้ว่ากฎหมายฉบับนี้จะได้กล่าวถึงสิทธิของเด็ก โดยเฉพาะ แต่เด็กอยู่ภายใต้กฎหมายนี้และได้รับการคุ้มครอง¹⁹¹ ซึ่ง Human Right Act 1998 ได้ ตอกย้ำความสำคัญของสิทธิของเด็กและผู้ปกครองตลอดจนกระบวนการคุ้มครองเด็กซึ่งส่งผลต่อการ เปลี่ยนแปลงในกฎหมายและกระบวนการที่สำคัญในประเทศอังกฤษ

3.2.4.3 The Adoption and Children's Act (2002)

ตาม The Adoption and Children's Act (2002) ในกรณีของการที่เด็กถูกทอดทิ้งโดย ตำรวจไม่สามารถติดตามผู้ปกครองเด็กได้ เด็กจะต้องขึ้นทะเบียนในทะเบียนเด็กที่ถูกทอดทิ้ง (Abandoned Children Register) เพื่อนำไปสู่กระบวนการรับบุตรบุญธรรมต่อไป ซึ่งกระบวนการ ต่าง ๆ จะอธิบายในหัวข้อที่ 3.2.6 ต่อไป เนื่องจากเกี่ยวข้องกับการกำหนดความสัมพันธ์ของบุตรที่ถูก ทอดทิ้งและบิดามารดาโดยตรง

3.2.5 มาตรการทางกฎหมายในการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

เมื่อมีการพบเบาะแสหรือเหตุอันควรสงสัยว่าเด็กนั้นอยู่ในอันตราย เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือ เจ้าพนักงานสังคมสงเคราะห์จะต้องปฏิบัติตาม Children Act 1989 มาตรา 17 ซึ่งต้องมีการประเมิน ในเบื้องต้นเพื่อที่จะได้มีการประสานงานในการจัดประชุมเกี่ยวกับเด็กที่พึงได้รับการคุ้มครองดูแล ซึ่ง ภายหลังการประชุมแล้ว เจ้าพนักงานต้องรีบตัดสินใจว่าเด็กนั้นเข้าข่ายที่จะต้องได้รับการดูแลและ ช่วยเหลือหรือไม่ หากพบว่าเด็กนั้นควรได้รับการสงเคราะห์ก็ต้องมีการทำแผน หากพบว่าเด็กนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับการคุ้มครองทันที เจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการสอบสวน เพื่อขออนุมัติ คำสั่งคุ้มครองเด็กกรณีฉุกเฉิน (Emergency Protection Order) ทั้งนี้ ต้องประเมินให้เสร็จสมบูรณ์ ภายใน 35 วันนับแต่วันที่ได้มีการประชุมหารือ และจะต้องจัดทำแผนการดูแลสำหรับเด็กและ ครอบครัวเพื่อกำหนดลักษณะการดูแลเด็กที่เหมาะสม¹⁹² หากมาตรการนั้นไม่ประสบผลสำเร็จหรือไม่ สามารถแก้ไขปัญหาหรือขจัดอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็ก Children Act 1989 มาตรา 31¹⁹³

¹⁹¹ Shihning Chou Kevin Browne, and Kate Whitfield, Child Abandonment and Its Prevention in Europe (United Kingdom: The University of Nottingham, The University of Nottingham), p.333

¹⁹² Kate Standly, Family Law (England: Macmillan Publishers Limited, 2010), p.392-393

¹⁹³ Children Act 1989 Article 31 Care and Supervision

กำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือผู้มีอำนาจ หรือบุคคลใด ๆ ที่ได้รับอนุญาตตามคำสั่งของ ปลัดกระทรวงและเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสามารถร้องขอต่อศาลโดยใช้วิธีพิจารณาคดีครอบครัว เพื่อ ขอให้มีการคุ้มครองประโยชน์ของเด็กโดยการออกเป็นคำสั่งดูแล (Care Order) หรือคำสั่งกำกับดูแล (Supervision Order) ทั้งนี้ เด็กนั้นย่อมหมายถึงผู้ซึ่งอายุต่ำกว่า 17 ปี แต่ไม่รวมถึงเด็กที่มีอายุ 16 ปี ซึ่งทำการสมรสแล้ว หลักเกณฑ์ที่ศาลจะใช้ในการพิจารณาความเหมาะสมในการออกมาตรการ คุ้มครองเด็กนั้นพิจารณาจากสี่ประการด้วยกัน คือ¹⁹⁴

ประการแรก ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเด็กกำลังตกอยู่ในสภาวะยากลำบากหรือคล้ายกับว่าจะ ตกอยู่ในสภาวะยากลำบาก หรืออยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรง โดยที่การพิจารณาในประการแรกนี้ จำเป็นต้องมีการตีความคำว่า “การตกอยู่ในสภาวะยากลำบากหรือคล้ายกับว่าจะตกอยู่ในสภาวะ ยากลำบาก” หรือ “อยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรง” นั้นหมายความรวมถึงสถานการณ์ใดบ้าง

การตกอยู่ในสภาวะยากลำบากนั้นยกตัวอย่างได้ว่าเป็นสถานการณ์ซึ่งเด็กนั้นกำพร้า โดยบิดา และมารดาเสียชีวิตและไม่ได้รับการดูแล¹⁹⁵ หรือการที่มารดาทอดทิ้งทารกซึ่งเพิ่งคลอดได้เพียงสองถึง

(1) On the application of any local authority or authorised person, the court may make an order—

- (a) placing the child with respect to whom the application is made in the care of a designated local authority; or
- (b) putting him under the supervision of a designated local authority . . .

(2) A court may only make a care order or supervision order if it is satisfied—

- (a) that the child concerned is suffering, or is likely to suffer, significant harm; and
- (b) that the harm, or likelihood of harm, is attributable to—
 - (i) the care given to the child, or likely to be given to him if the order were not made, not being what it would be reasonable to expect a parent to give to him; or
 - (ii) the child's being beyond parental control.

(3) No care order or supervision order may be made with respect to a child who has reached the age of seventeen (or sixteen, in the case of a child who is married).

¹⁹⁴ รินทร์ลภัส ขาวสิทธิวงศ์, "การคุ้มครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก: ศึกษากรณีการแยกเด็กออกจาก ครอบครัว". หน้า 46-48

¹⁹⁵ Re SH (Care order : Orphan) [1995] 1 FLR 746, [1996] 1 FCR 1.

สามวันและเด็กมีอาการเจ็บป่วยไว้ที่บ้านใดของศูนย์สาธารณสุข โดยไม่อาจสืบทราบได้ว่าครอบครัวของเด็กอยู่ที่ใดเป็นต้น¹⁹⁶

ส่วนการอยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรงนั้นศาลมีแนวทางในการพิจารณาว่าหากบิดามารดาไม่สามารถดูแลเลี้ยงดูเด็กให้มีพัฒนาการเทียบเท่าเด็กทั่วไปทั้งด้านร่างกาย พัฒนาการและจิตใจ โดยการที่บิดามารดานั้นทอดทิ้งไม่ดูแลเอาใจใส่ เช่นนี้ย่อมถือได้ว่าเด็กนั้นตกอยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรงแล้ว¹⁹⁷

ประการที่สอง ศาลจะพิจารณาว่า เด็กนั้นเป็นอันตรายหรือมีลักษณะที่จะเป็นอันตราย ถ้าหากศาลมีได้ออกคำสั่ง หรือไม่อาจคาดหวังได้ว่าบิดามารดาของเด็กจะดูแลเด็กนั่นเอง โดยที่ “เป็นอันตราย” หมายถึง เป็นอันตรายจากการได้รับการปฏิบัติอย่างโหดร้ายซึ่งรวมถึงการล่วงละเมิดทางเพศ การไม่ได้ดูแลเด็กด้านร่างกาย หรือทำให้เด็กเป็นอันตรายต่อสุขภาพทั้งทางกายและจิตใจ หรือพัฒนาการทางร่างกาย สติปัญญา อารมณ์ สังคมหรือการปรับตัวของเด็ก ทั้งนี้อาจเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจากเจตนาหรือความไม่เจตนาก็ตาม รวมถึงอาจเป็นการกระทำทั้งในเชิงบวกคือมีจุดมุ่งหมายดีและการกระทำในเชิงลบ

ประการที่สาม ในการออกคำสั่งดูแลและคำสั่งกำกับดูแลของศาลจะต้องพิจารณา สวัสดิภาพของเด็กตาม Children Act 1989 มาตรา 1(3) ทั้ง 7 ประการ คือ¹⁹⁸

1. ความต้องการและความรู้สึกของเด็กโดยพิจารณาจากอายุและความสามารถในการเข้าใจของเด็ก
2. ความต้องการของเด็กทางด้านร่างกาย อารมณ์ และการศึกษา
3. ปัจจัยซึ่งเป็นผลกระทบต่เด็กเมื่อสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป
4. อายุ เพศ ภูมิหลังและบุคลิกภาพของเด็ก
5. อันตรายที่เด็กเคยได้รับหรือมีความเสี่ยงที่จะได้รับอันตราย
6. ความสามารถของบิดามารดาของเด็กแต่ละฝ่ายและบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องในการปฏิบัติ

¹⁹⁶ Re M (Care Order : Parental Responsibility) [1996] 2 FLR 84,[1996] 2 FLR 521.

¹⁹⁷ Humberside CC v B [1993] 1 FLR 257,[1993] FCR 613.

¹⁹⁸ รินทร์ลภัส ขาวสิทธิวงศ์, "การคุ้มครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก: ศึกษากรณีการแยกเด็กออกจากครอบครัว ". หน้า 48

ตามความต้องการของเด็ก

7. ขอบเขตการใช้อำนาจของศาลและหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน¹⁹⁹

ประการที่สี่ ศาลต้องเห็นว่าการที่ออกคำสั่งดังกล่าวนั้นเป็นประโยชน์กับเด็กมากกว่าการที่ไม่ได้ออกคำสั่งหรือมาตรการนั้น

เมื่อครบหลักเกณฑ์ ศาลจะมีการพิจารณาและออกคำสั่งตามสมควรแก่คดี

3.2.6 การกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

ในกรณีที่เด็กถูกทอดทิ้งโดยตำรวจไม่สามารถติดตามผู้ปกครองเด็กได้ เด็กจะต้องขึ้นทะเบียนในทะเบียนเด็กที่ถูกทอดทิ้ง (Abandoned Children Register) เนื่องจากไม่มีการรับบุตรบุญธรรมเกิดขึ้นจากเด็กที่ถูกทอดทิ้งที่ยังไม่สามารถสืบหาผู้ปกครองได้ ทำให้ทั้งบิดามารดาของเด็กยังคงมีอำนาจปกครองจนกว่าเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นจะสอบสวนและพยายามค้นหาและติดต่อผู้ปกครองของเด็ก หากศาลพิจารณาและมีคำสั่งว่าไม่พบบิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็ก ขั้นตอนต่อมา The Adoption and Children's Act 2002 ระบุว่าให้ถือว่า บิดามารดาไม่มีอำนาจปกครองต่อตัวเด็กอีกต่อไป²⁰⁰ และเด็กสามารถเข้าสู่กระบวนการรับบุตรบุญธรรมได้โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมของบิดา

¹⁹⁹ Children Act 1989 Article 1 (3)

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

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

(b) his physical, emotional and educational needs;

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

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

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

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

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

²⁰⁰ The Adoption and Children's Act 2002

Article 46 Adoption orders

(1) An adoption order is an order made by the court on an application under section 50 or 51 giving parental responsibility for a child to the adopters or adopter.

(2) The making of an adoption order operates to extinguish—

มารดาหรือผู้ปกครองของเด็ก²⁰¹ อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่ได้ระบุถึงระยะเวลาว่าการทอดทิ้งเด็กไว้นั้นนานเท่าใดถึงจะอาจถูกถอนอำนาจปกครองบุตรได้ ศาลในหลายคดีจะนับระยะเวลาประมาณ 1 ปี จึงจะมีคำสั่งดังกล่าวและเด็กจึงจะสามารถเข้าสู่กระบวนการรับบุตรบุญธรรมต่อไปได้²⁰²

การกำหนดความสัมพันธ์ของบิดามารดาและบุตรในแง่ของหน้าที่ของบุตรต่อบิดามารดานั้น ในบางประเทศ เช่น ประเทศไทยได้กำหนดให้บุตรมีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูบิดามารดา แต่ประเทศอังกฤษเป็นประเทศซึ่งยังไม่ยอมรับข้อกำหนดลักษณะดังกล่าว โดย Jonathan Herring²⁰³ ได้ศึกษาและให้ความเห็นไว้ว่า ประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายซึ่งกำหนดให้เด็กที่โตเป็นผู้ใหญ่ต้องเลี้ยงดูบิดามารดาในวัยชรา นอกจากนี้ระบบประกันสังคมไม่ถือว่าเด็กที่โตเป็นผู้ใหญ่เป็น “ญาติที่มีความรับผิดชอบ” ต่อผู้ปกครอง ซึ่งหมายความว่า จะไม่มีการนำทรัพย์สินของเด็กที่โตเป็นผู้ใหญ่มาพิจารณาเมื่อพิจารณาคำร้องของผู้ปกครองสำหรับการสนับสนุนด้านรายได้ อย่างไรก็ตาม จากการถกเถียงกันว่าการดูแลผู้สูงอายุจะต้องได้รับเงินสนับสนุนอย่างไร คำถามนี้จึงต้องได้รับการพิจารณาใหม่ จึงมีแนวคิดว่าอย่างน้อยที่สุดก็ต้องมีข้อผูกมัดทางศีลธรรมสำหรับเด็กที่โตเป็นผู้ใหญ่ซึ่งควรให้การสนับสนุนบิดามารดา ซึ่งมีหลายวิธีที่สามารถกำหนดภาระผูกพันให้เด็กที่โตเป็นผู้ใหญ่เลี้ยงดูบิดามารดา โดยประเด็นที่เป็นที่ถกเถียงและนำมาพิจารณามี 4 ประการคือ²⁰⁴

ประการแรกคือ พิจารณาจากกรณีหน้าที่ระหว่างกันในแง่ที่ว่า การเลี้ยงดูบุตรนั้นย่อมอาจจะ เป็นเหตุให้บิดามารดาอ่อนแอลง ดังนั้นเมื่อบุตรโตแล้วจึงควรมีหน้าที่ช่วยดูแลบิดามารดา อย่างไรก็ตาม

(a) the parental responsibility which any person other than the adopters or adopter has for the adopted child immediately before the making of the order,...

²⁰¹ Article 52 Parental etc. consent

(1)The court cannot dispense with the consent of any parent or guardian of a child to the child being placed for adoption or to the making of an adoption order in respect of the child unless the court is satisfied that—

(a) the parent or guardian cannot be found or lacks capacity (within the meaning of the Mental Capacity Act 2005) to give consent, or

(b) the welfare of the child requires the consent to be dispensed with...

²⁰² Kevin Browne, S. C., and Kate Whitfield, Child Abandonment and Its Prevention in Europe p.336-337

²⁰³ Jonathan Herring, Family Law (England: Pearson Education Limited, 2007), p.58

²⁰⁴ Ibid. p.59-60

ตามข้อเสนอนี้ยังมีข้อโต้แย้งในแง่ที่ว่าสุขภาพของบิดามารดาไม่อาจอ้างได้ว่าเสื่อมถอยลงเพราะการเลี้ยงดูบุตร ดังนั้นหน้าที่ในการดูแลบุตรของบิดามารดาจึงไม่อาจใช้อ้างว่าบุตรจะต้องมีหน้าที่ในการดูแลบิดามารดาเช่นเดียวกัน

ประการที่สอง มีการอ้างถึงหลักการสนับสนุนเชิงความสัมพันธ์เนื่องจากมองว่าครอบครัวนั้นจะต้องสนับสนุนกันเนื่องจากมีความสัมพันธ์ต่อกัน แต่ในมุมมองนี้ถูกโต้แย้งว่า หากอ้างว่าภาระหน้าที่ในการเลี้ยงดูบิดามารดานั้นมาจากความสัมพันธ์และความรักที่มีอยู่ระหว่างบิดามารดาและบุตร แต่ความจริงคือ ใ่วบิดามารดาและบุตรทุกคนจะมีความสัมพันธ์ที่รักกันดีภายในครอบครัว อย่างไรก็ตามแม้ว่าเด็กและบิดามารดาจะไม่รักกัน แต่เด็กที่เป็นผู้ใหญ่อาจรู้สึกถึงภาระผูกพันที่จะต้องเลี้ยงดูบิดามารดา และตัดสินใจเลี้ยงดูบิดามารดา แต่สิ่งนี้ชี้ให้เห็นว่าภาระผูกพันในการสนับสนุนเลี้ยงดูบิดามารดานั้น ไม่ได้มาจากความสัมพันธ์และความรักซึ่งกันและกันมากนัก แต่มาจากปัจจัยอื่น ๆ ปัญหาเพิ่มเติมในการโต้แย้งเชิงความสัมพันธ์คือผู้คนไม่รู้สึกรู้ว่าภาระผูกพันที่จะต้องสนับสนุนทุกคนที่พวกเขาที่มีความสัมพันธ์หรือมีความรักด้วย คนส่วนใหญ่จะไม่รู้สึกว่าจะจำเป็นต้องสนับสนุนเพื่อนในวัยชรา แม้ว่าอีกฝ่ายอาจเลือกที่จะทำเช่นนั้นก็ตาม แต่มีการเสนอว่าสิ่งที่ทำให้ความสัมพันธ์ในครอบครัวแตกต่างจากมิตรภาพคือแนวคิดเรื่องความใกล้ชิด ข้อโต้แย้งคือ ชีวิตครอบครัวเกี่ยวข้องกับสายใยแห่งการแบ่งปันและความใกล้ชิดซึ่งแตกต่างจากความสัมพันธ์อื่น ๆ บิดามารดาและบุตรต่างเผยให้เห็นแง่มุมอื่น ๆ ในชีวิตของพวกเขาที่พวกเขาจะไม่แสดงต่อผู้อื่นซึ่งเป็นความไว้นใจของคนที่ครอบครัว ประเด็นเหล่านี้ชี้ให้เห็นว่า แม้ว่าความสัมพันธ์ด้วยความรักอาจเป็นพื้นฐานของภาระหน้าที่ในการเลี้ยงดูบิดามารดา แต่ก็ไม่สามารถสรุปได้ว่าเด็กมีหน้าที่เลี้ยงดูบิดามารดาเพียงเพราะความรักและความสัมพันธ์เท่านั้น

ประการที่สาม การอ้างถึงสัญญาโดยพฤตินัย ซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่ามีสัญญาโดยพฤตินัยเกิดขึ้นระหว่างบิดามารดาและบุตร และพวกเขาจะสนับสนุนซึ่งกันและกันหรือไม่ แต่ก็ได้มีการคัดค้านที่ชัดเจนคือเด็กไม่สามารถยินยอมทำสัญญาดังกล่าวได้ตั้งแต่แรกเกิด อย่างไรก็ตาม กฎหมายสามารถสันนิษฐานได้ว่าเด็กจะตกลงทำสัญญาตั้งแต่แรกเกิดหากเขามีความสามารถที่จะทำเช่นนั้น และมองว่าเมื่อเติบโตขึ้นเด็กเองมีอิสระที่จะยกเลิกสัญญาเมื่อพวกเขามีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะตัดสินใจว่าจะรักษาสัญญานี้ไว้หรือไม่ แต่ก็ยังมีข้อคัดค้านอีกประการหนึ่ง คือ การเห็นความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในครอบครัวในแง่ของสัญญาดูเหมือนจะไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงในชีวิตครอบครัว

ครอบครัวที่มองว่าความสัมพันธ์ของตนเป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญา นั่นอาจจะเป็นครอบครัวที่ค่อนข้างผิดปกติ

ประการที่สี่ เป็นประเด็นในเรื่องของการพึ่งพาอาศัย เนื่องจากผู้สูงอายุบางคนต้องการการดูแลและความช่วยเหลือทางการเงินจากใครบางคน สังคมไม่ยอมรับว่าผู้สูงอายุอาจถูกทอดทิ้งโดยไม่ได้รับการสนับสนุนใด ๆ ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่สังคมจะต้องตัดสินใจว่าใครควรให้การสนับสนุนนั้น และเมื่อเห็นว่าเด็กที่โตเป็นผู้ใหญ่นั้นมีความเหมาะสมที่สุดที่จะให้การดูแลดังกล่าว สังคมจึงมีสิทธิที่จะกำหนดให้เด็กที่โตเป็นผู้ใหญ่มีหน้าที่นี้ ซึ่งอาจทำให้สรุปได้ว่าสังคมมีสิทธิที่จะต้องการให้ผู้ปกครองที่มีอายุมากได้รับการสนับสนุนโดยเด็กที่โตเป็นผู้ใหญ่ อย่างไรก็ตาม มีการตั้งข้อสังเกตว่ากฎหมายมีสิทธิที่จะกำหนดให้บิดามารดาร้องขอการดูแล แต่ความคิดที่ว่าบุตรมีหน้าที่จะต้องให้การดูแลสนับสนุนบิดามารดาของพวกเขา นั้นมีความแตกต่างกันโดยนัยยะ

3.3 กฎหมายครอบครัวของประเทศญี่ปุ่น

3.3.1 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายครอบครัวของประเทศญี่ปุ่น

ในกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นนั้น เรื่องของเด็กมักถูกกำหนดตามประเพณีทางครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นเนื่องจากว่าในอดีตครอบครัวส่วนใหญ่ในประเทศญี่ปุ่นมักมีทหารเป็นหัวหน้าครอบครัว ซึ่งจะต้องออกไปรบ ทำให้บุคคลเหล่านั้นเป็นผู้ปกครองของสมาชิกอื่น ๆ ในบ้าน บุคคลอื่นในบ้านจะต้องเคารพและปฏิบัติตามคำสั่งของบุคคลนั้นซึ่งเรียกว่าเจ้าของบ้าน (Householder) นอกจากนี้ ผู้ซึ่งเป็นเสมือนเจ้าของบ้านยังมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการจัดการทรัพย์สินของครอบครัวซึ่งเกี่ยวข้องกับสมาชิกคนอื่น ๆ ของครอบครัวจนกระทั่งยุคกลางของสมัยเมจิที่ประเทศญี่ปุ่นได้เริ่มมีแนวคิดในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเป็นของตนเอง²⁰⁵

กฎหมายครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นได้ร่างโดยนักกฎหมายครอบครัวขึ้นมาเอง โดยบรรจุในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นซึ่งได้รับต้นแบบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศ

²⁰⁵ Maryam Ghanizade Bafghi and Yoshiaki Ohmura, "Is the Best Interest of the Child the Distinctive Criterion? ," [Online] Accessed: 14 february 2021. Available from: <https://www.cgu.ac.jp/albums/abm.php?f=abm00003326.pdf&n=ls+the+best+interest+of+the+child+a+distinctive+criterion.pdf>

เยอรมนี แต่เดิมทีในยุคแรกเริ่ม การร่างกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นได้มีความพยายามศึกษาจากทั้งระบบคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษและซีวิลลอว์ของประเทศฝรั่งเศสเนื่องจากเมื่อญี่ปุ่นได้เปิดประเทศก็ต้องการจะเป็นที่ยอมรับของชาติตะวันตก ซึ่งทำที่ญี่ปุ่นได้ยึดแบบอย่างประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมนีเนื่องจากเมื่อพิจารณาแล้วกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสนั้นมีที่มาที่แตกต่างไปจากวัฒนธรรมและความเป็นอยู่ของประเทศญี่ปุ่น²⁰⁶

หลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ถูกตราขึ้นในปี ค.ศ. 1947 ซึ่งถูกควบคุมโดยสหรัฐอเมริกา ทำให้กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นได้สร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวข้องกับครอบครัวโดยมีพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลรวมถึงความเท่าเทียมของเพศชายและหญิง อย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวถือว่าการเปลี่ยนแปลงที่ค่อนข้างรวดเร็วทำให้รัฐบาลไม่มีเวลาในการเตรียมตัวและตรวจสอบกฎหมายครอบครัว ทำที่ที่สุดการแก้ไขกฎหมายครอบครัวตามหลักการตามรัฐธรรมนูญจึงถูกเลื่อนออกไป ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นแต่เดิมนั้นยังมีแนวคิดดั้งเดิมของวัฒนธรรมญี่ปุ่นหลงเหลืออยู่ เช่น การต่อต้านการแต่งงานใหม่ของหญิงหลังจากการหย่าไม่เกินระยะเวลาหกเดือนซึ่งมักถูกตัดสินโดยศาลฎีกาของประเทศญี่ปุ่นในหลายคดีด้วยกันในปี 2015 แต่ต่อมากฎหมายดังกล่าวก็ได้รับการแก้ไขเพื่อไม่ให้เป็นการเลือกปฏิบัติ²⁰⁷

3.3.2 วิวัฒนาการในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

ภายหลังการตรารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เนื้อหาของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้รัฐต้องรับรองสิทธิในการมีชีวิตขั้นพื้นฐาน โดยในมาตรา 25 วรรคแรก บัญญัติว่า “ทุกคนมีสิทธิที่จะดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานขั้นต่ำของวัฒนธรรมการมีชีวิตที่ดีงาม” และ ในวรรคสองได้บัญญัติว่า “รัฐต้องพยายามสนับสนุนและกระจายสวัสดิการสังคม ประกันสังคม และบริการด้านสาธารณสุข ให้ครอบคลุมปัจจัยการดำรงชีวิตของประชาชนในทุกด้าน²⁰⁸” เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าว รัฐจึงได้มีการออก

²⁰⁶Ogawa Tomiyuki, "An Overview of the Japanese Family Law System : Focusing on a Historical Survey," [Online] Accessed: 1 January 2021. Available from: <http://harp.lib.hiroshima-u.ac.jp/hue/metadata/3821>

²⁰⁷ Maryam Ghanizade Bafghi and Yoshiaki Ohmura, "Is the Best Interest of the Child the Distinctive Criterion? ." p. 5-6

²⁰⁸ Article 25. All people shall have the right to maintain the minimum standards of wholesome and cultured living.

กฎหมายที่สำคัญในเรื่องของสวัสดิการสังคม หนึ่งในนั้นคือ พระราชบัญญัติสวัสดิการเด็ก ค.ศ. 1947 ซึ่งได้บัญญัติเรื่องการจัดสวัสดิภาพของเด็กขึ้นพื้นฐาน²⁰⁹ โดยเหตุหนึ่งของการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวเนื่องจากสาธารณชนมีความตื่นตัวและมีการเคลื่อนไหวในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็ก นับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา ชาวญี่ปุ่นได้รับการยอมรับว่าเป็นต้นแบบทางแนวคิด ปรัชญาสำคัญในการยอมรับสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็ก และการรับประกันและส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก ต่อมาประเทศญี่ปุ่นได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเมื่อวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1994 ซึ่งเป็นอีกหนึ่งจุดเปลี่ยนสำคัญที่แสดงให้เห็นว่าประเทศญี่ปุ่นนั้นได้มีความตระหนักในสิทธิของเด็ก²¹⁰

นอกจากนี้ ก่อนหน้ามีการลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น ประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายซึ่งถือเป็นแม่บทในการคุ้มครองเด็กสองฉบับอันได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน และกฎหมายกำหนดนโยบายของกิจการครอบครัว ส่วนทางด้านระบบศาลนั้น ศาลครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นได้เริ่มก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1949 และขยายออกไปทั่วทุกจังหวัดของประเทศญี่ปุ่น ทำให้ตอนนี้ในทุกจังหวัดของประเทศญี่ปุ่นจะมีศาลครอบครัวอย่างน้อยหนึ่งศาล โดยที่ฮอกไกโด มีศาลครอบครัวมากถึง 4 ศาลด้วยกัน ซึ่งอำนาจของศาลครอบครัวนั้นสามารถจำแนกได้เป็นสองประเภทหลักด้วยกัน ได้แก่ อำนาจในการพิจารณาคดีทางด้านครอบครัว และอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน

เมื่อญี่ปุ่นได้ลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ในช่วงแรกประเทศญี่ปุ่นไม่ได้มีการตรากฎหมายภายในเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเหมือนในบางประเทศ หากแต่หนึ่งในขั้นตอนที่ประเทศญี่ปุ่นทำเพื่อการคุ้มครองเด็ก คือ การตั้งศูนย์พัฒนาเยาวชน ศูนย์ได้ทำหน้าที่วางนโยบายพัฒนาเยาวชนแห่งชาติเพื่อให้เป็นไปตามกรอบระยะเวลาของรัฐบาล ซึ่งต่อมามีการตั้งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับเด็กและมีมาตรการลดอัตราการเกิดด้วย อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา คณะกรรมการอนุสัญญาฯ พบว่าการดำเนินงานของรัฐบาลไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของ

In all spheres of life, the State shall use its endeavors for the promotion and extension of social welfare and security, and of public health.

²⁰⁹ Martha N. Ozawa, "Child Welfare Programs in Japan," *Social Service Review* 65, No.1, Mar.,1991 (1991). p.5

²¹⁰ Sayuri Umeda, "Child Protection Law and Policy: Japan " [Online] Accessed: 5 February 2021. Available from: <https://www.loc.gov/law/help/child-protection-law/japan.php>

อนุสัญญาฯ ในหลายประการ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยลดอายุของเด็กที่สามารถเข้าสู่โรงเรียนฝึกเยาวชนจนถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการละเมิดจุดมุ่งหมายแห่งอนุสัญญา คณะกรรมการจึงเห็นว่านโยบายของศูนย์พัฒนาเยาวชนแห่งชาติไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอีกต่อไป

ต่อมาประเทศญี่ปุ่นจึงมีการสำรวจกฎหมายภายในเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กอย่างจริงจัง และพบว่ายังมีบทบัญญัติหลายมาตราที่อาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการคุ้มครองเด็ก เช่น จากการศึกษาพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นบัญญัติว่า เด็กจะบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 20 ปีบริบูรณ์ และการสมรสจะมีขึ้นได้ต่อเมื่อชายอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี และหญิงอายุไม่ต่ำกว่า 16 ปี ดังนั้น การสมรสระหว่างชายหรือหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 20 ปีต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ซึ่งหลังจากสมรสแล้วชายและหญิงย่อมมีความสามารถในการใช้สิทธิตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์ แม้ว่าจะมีอายุต่ำกว่า 20 ปีก็ตาม ทั้งนี้ การกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำในการสมรสที่ไม่เท่ากันระหว่างชายกับหญิงถือเป็นการเลือกปฏิบัติ และช่องว่างของการเลือกปฏิบัตินี้ส่งผลต่อการเลือกปฏิบัติต่อเพศหญิงในระบบการศึกษาและตลาดแรงงานด้วย นอกจากนี้ยังส่งผลกระทบต่อความรุนแรงทางเพศต่อสตรี ไม่ว่าจะในมุมมองของกฎหมายสวัสดิการเด็ก กฎหมายเกี่ยวกับโสเภณีเด็ก กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก และกฎหมายที่ว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก

ทั้งนี้ ต่อมาภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ประเทศญี่ปุ่นมีความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจสูง ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการเปลี่ยนแปลงทางสังคมก็ทำให้ระบบสวัสดิการสังคมมีความจำเป็นมากขึ้น เกิดการเปลี่ยนแปลงด้านอุตสาหกรรม จากเดิมที่เป็นอุตสาหกรรมหนัก ก็เปลี่ยนเป็นการบริการซึ่งต้องใช้ความรู้ความสามารถและเทคนิคเฉพาะทางมากขึ้น รัฐบาลญี่ปุ่นจึงให้ความสำคัญแก่การพัฒนาทรัพยากรบุคคลซึ่งนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางสังคม โดยประชากรญี่ปุ่นมีอายุเฉลี่ยเพิ่มขึ้น ในขณะที่อัตราการเกิดลดลง เมื่อประชากรเด็กจะมีจำนวนน้อยกว่าประชากรผู้สูงอายุ รัฐจึงต้องดูแลเด็กเพื่อให้เด็กมีความสามารถในการขับเคลื่อนประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ

อนึ่ง กฎหมายสวัสดิภาพเด็ก ค.ศ. 1947 ถือเป็นจุดเริ่มต้นในการวางแผนปฏิบัติการแทรกแซงของรัฐต่อเด็กของชาติ โดยมีมาตรา 2 ซึ่งวางหลักไว้ว่า “การเจริญเติบโตทั้งด้านร่างกายและจิตใจของเด็ก และความมั่นคงปลอดภัยทางเศรษฐกิจของเด็กเป็นหน้าที่ของพลเมืองญี่ปุ่นทุกคน” ทั้งนี้ กฎหมายฉบับดังกล่าวยังเป็นจุดเริ่มต้นของการตรากฎหมายสำหรับเด็กฉบับอื่น ๆ เช่น กฎหมายเยาวชน ค.ศ. 1948 กฎหมายสถาบันเยาวชน ค.ศ. 1948 กฎหมายเบียเลี้ยงสนับสนุนเด็ก ค.ศ. 1962

กฎหมายสุขภาพมารดาและเด็ก ค.ศ. 1965 กฎหมายเบียเลี้ยงเด็กพิเศษ ค.ศ. 1966 และกฎหมายเบียเลี้ยงเด็ก ค.ศ. 1971 เป็นต้น²¹¹

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องอายุที่ใช้เป็นเกณฑ์ของการบรรลุนิติภาวะนั้นปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นได้มีการแก้ไขเกณฑ์การบรรลุนิติภาวะจากเดิมต้องมีอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์เป็น 18 ปีบริบูรณ์ และเกณฑ์การสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถกระทำได้เมื่อหญิงอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ จากเดิมที่กำหนดไว้ว่าหญิงต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 16 ปีบริบูรณ์ ซึ่งเป็นการปรับให้เท่าเทียมกับเกณฑ์อายุในการสมรสของชาย โดยกฎหมายมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2022²¹²

3.3.3 แนวความคิดเรื่องอำนาจปกครองและผู้ใช้อำนาจปกครอง

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (The Japan Civil Code) ได้กำหนดให้บุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา (parental power) แต่เดิม บิดาจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง เว้นแต่ในกรณีที่ไม่ปรากฏว่าบุคคลใดเป็นบิดาหรือบิดาถึงแก่ความตายหรือไม่สามารถใช้อำนาจปกครองได้ มารดาจึงจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง การใช้อำนาจปกครองร่วมกันทั้งบิดาและมารดา หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถใช้อำนาจปกครองของได้ ก็ให้อีกฝ่ายใช้อำนาจปกครองเพียงฝ่ายเดียว และกรณีที่มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ผู้รับบุตรบุญธรรมก็เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรบุญธรรม ในกรณีที่บิดามารดาหย่าขาดจากกัน หากเป็นการหย่าโดยการทำความตกลงกันบิดามารดาก็จะตกลงกันในเรื่องอำนาจปกครองด้วยว่าจะให้ฝ่ายใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรและหากเป็นการหย่าตามคำพิพากษา ในการพิพากษาให้มีการหย่า ศาลจะตัดสินด้วยว่าจะให้บิดาหรือมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง แต่หากการหย่าได้เกิดขึ้นก่อนการเกิดของบุตร มารดาก็จะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง อย่างไรก็ตาม บิดาและมารดาอาจตกลงกันให้บิดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองร่วมกับมารดาโดยทำเป็นข้อตกลงภายหลังการเกิดของบุตรก็ได้ หรือจะทำความตกลงกันให้บิดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร

²¹¹ มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, โครงการวิจัยเรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก, หน้า 123-128

²¹² Arielle Busetto, "Japan's Legal Adult Age Is Now 18 (from 20): 8 Things That Change, 4 That Stay," [Online] Accessed: 25 June 2022. Available from: <https://japan-forward.com/japans-legal-adult-age-is-now-18-from-20-8-things-that-change-4-that-stay/>

เพียงฝ่ายเดียวก็ได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการหย่าก่อนหรือหลังจากบุตรเกิดก็ตามหากบิดามารดาไม่ได้ตกลงกันว่าใครจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือการตกลงให้บิดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองไม่สามารถเป็นไปได้ ศาลจะสั่งตามคำขอของบิดาหรือมารดา²¹³

นอกจากนี้ กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเด็ก ศาลจะโอนอำนาจปกครองจากผู้ใช้อำนาจปกครองไปให้มารดาหรือบิดาตามคำขอของญาติของเด็กก็ได้²¹⁴ ทั้งนี้ อำนาจปกครองของบิดามารดาจำแนกได้ 2 ลักษณะ คือ

1. อำนาจเกี่ยวกับตัวบุตรผู้เยาว์ ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในการคุ้มครองดูแลและให้การศึกษาแก่บุตร²¹⁵ สิทธิที่จะกำหนดที่อยู่ให้กับบุตร²¹⁶ และสิทธิที่จะทำโทษบุตรได้ตามสมควรหรือสิทธิที่จะขอ

²¹³ พรรณวดี เพชรพลอย, "การถอนอำนาจปกครองบุตร," หน้า 65-66.

²¹⁴ Article 819

(1) If parents divorce by agreement, they may agree upon which parent shall have parental authority in relation to a child.

(2) In the case of judicial divorce, the court shall determine which parent shall have parental authority.

(3) In the case where parents divorce before the birth of a child, the mother shall exercise parental rights and duties; provided that the parties may agree that the father shall have parental authority after the child is born.

(4) A father shall only exercise parental authority with regard to a child of his that he has affiliated if both parents agree that he shall have parental authority.

(5) When the parents do not, or cannot, make the agreements referred to in paragraph (1), paragraph (3), and the preceding paragraph, the family court may, at the request of the father or the mother, make a ruling in lieu of agreement.

(6) The family court may, at the request of any relative of the child, rule that the other parent shall have parental authority in relation to the child if it finds it necessary for the interests of the child.

²¹⁵ Article 820 A person who exercises parental authority holds the right, and bears the duty, to care for and educate the child for the child's interests.

²¹⁶ Article 821 Residence of a child shall be determined by a person who exercises parental authority.

อนุญาตศาลเพื่อส่งบุตรไปอยู่ในสถาบันอบรมวินัยภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดแต่ไม่เกินกว่า 6 เดือน อย่างไรก็ตาม ศาลจะกำหนดให้ระยะเวลาดังกล่าวลดลงก็ได้หากผู้ใช้อำนาจปกครองร้องขอ²¹⁷

2. อำนาจจัดการทรัพย์สินของบุตร ในการใช้อำนาจจัดการทรัพย์สินของบุตรผู้ใช้อำนาจปกครองจะต้องจัดการทรัพย์สินด้วยความเอาใจใส่และระมัดระวังเช่นเดียวกับการจัดการทรัพย์สินของตนเอง²¹⁸ อย่างไรก็ตาม กรณีที่ผลประโยชน์ของผู้ใช้อำนาจปกครองขัดกับประโยชน์ของบุตร รวมทั้งกรณีที่ประโยชน์ระหว่างบุตรที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองตั้งแต่สองคนขึ้นไปขัดกัน ผู้ใช้อำนาจปกครองจะต้องร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้งตัวแทนเป็นกรณีพิเศษเพื่อกระทำการแทนบุตร²¹⁹

ส่วนเรื่องการสิ้นสุดของอำนาจปกครองนั้น พบว่าจะสิ้นสุดลงเมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะหรือเมื่อบุตรไปเป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น และการที่ผู้ใช้อำนาจปกครองสละอำนาจปกครองในกรณีที่มีความจำเป็น²²⁰ ก็เป็นเหตุที่ทำให้อำนาจปกครองสิ้นสุดลงได้ นอกจากนี้ อำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจ

²¹⁷ Article 822 A person who exercises parental authority may discipline the child to the extent necessary for the care and education under the provisions of Article 820.

²¹⁸ Article 827 A person who exercises parental authority shall exercise the right of administration of property with the same care he/she would exercise for him/herself.

²¹⁹ Article 826

(1) If an act involves a conflict of interest between a father or mother who exercises parental authority and a child, a person who exercises parental authority shall apply to the family court to have a special representative for the child appointed.

(2) In the case where a person exercises parental authority for more than one child, if there is an act which involves a conflict of interest between one child and the other child or children, a person who exercises parental authority shall apply to have a special representative for that child appointed.

²²⁰ Article 837

(1) If there is an unavoidable reason, a father or mother who exercises parental authority may, with the permission of the family court, surrender parental authority or the right of administration of property.

(2) If the reason in the preceding paragraph has ceased to exist, a father or mother may, with the permission of the family court, resume parental authority or the right of administration of property.

ปกครองยังอาจสิ้นสุดลงด้วยการถูกถอนอำนาจปกครองด้วย โดยญาติของผู้เยาว์หรือพนักงานอัยการจะเป็นผู้ร้องขอต่อศาลเมื่อปรากฏเหตุดังต่อไปนี้

1. เมื่อปรากฏว่าผู้ใช้อำนาจปกครองใช้อำนาจในทางที่ผิด (abuses parental power) เช่น ใช้อำนาจทำโทษบุตรอย่างรุนแรง²²¹
2. เมื่อปรากฏว่าผู้ใช้อำนาจปกครองประพฤติตนไม่เหมาะสม (guilty of gross misconduct) เช่น ตัดการพินัน เสพสุราเป็นอาจณ
3. เมื่อปรากฏว่าผู้ใช้อำนาจปกครองใช้อำนาจจัดการทรัพย์สินของบุตรไปในทางที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของบุตร ก็สามารถร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินได้²²²

เมื่อผู้ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจปกครองแล้ว ย่อมไม่มีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์อีกต่อไป หากต่อมาเหตุแห่งการถอนอำนาจปกครองได้สิ้นสุดลง ผู้ถูกถอนอำนาจปกครองหรือญาติของบุตรผู้เยาว์สามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งยกเลิกการถอนอำนาจปกครอง และทำให้ผู้นั้นกลับมีอำนาจปกครองตามเดิม ทั้งนี้ ในรายละเอียดจะได้อธิบายต่อไปในหัวข้อ 3.3.6 เรื่อง การกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

²²¹ Article 834 If a father or mother has abused his/her child or abandoned the child in bad faith, or a child's interests are extremely harmed due to considerable difficulty or inappropriateness in the exercise of parental authority by his/her father or mother, the family court may, at the request of the child, any relative of the child, a guardian of a minor, a supervisor of a guardian of a minor, or a public prosecutor, make a ruling of loss of parental authority with regard to the father or mother; provided, however, that this shall not apply if the cause thereof is expected to cease to exist within two years...

²²² Article 835 If a child's interests are harmed due to difficulty or inappropriateness in the exercise of the right of administration of property by his/her father or mother, the family court may, at the request of the child, any relative of the child, a guardian of a minor, a supervisor of a guardian of a minor, or a public prosecutor, make a ruling of loss of the right of administration of property with regard to the father or mother.

3.3.4 กฎหมายครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นที่เกี่ยวข้องกับกรณีของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

3.3.4.1 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (Japan Civil Code)

ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองโดยมุ่งให้มีการรับประกันสวัสดิภาพของบุตรตามสิทธิและหน้าที่ที่เรียกว่า อำนาจปกครอง (Parental Authority) ซึ่งผู้ปกครองควรใช้ร่วมกันโดยเป็นการใช้อำนาจเหนือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ อำนาจผู้ปกครองกำหนดให้ผู้ปกครองมีหน้าที่ในการดูแลและให้การศึกษาแก่บุตร ในทางกลับกัน เพื่ออำนวยความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว อำนาจปกครองให้อำนาจแก่บิดามารดาในการกำหนดสถานที่อยู่อาศัยของบุตร อำนาจในการอนุญาตให้ประกอบอาชีพ อำนาจในการบริหารทรัพย์สินและอำนาจในการลงโทษตามความเหมาะสม²²³

อนึ่ง ในกรณีที่บุตรถูกทอดทิ้งนั้น มาตรา 834 ได้ระบุถึงกรณีต่าง ๆ ที่บิดามารดาอาจถูกเพิกถอนอำนาจปกครองได้ในหลายสาเหตุด้วยกัน ซึ่งหนึ่งในสาเหตุสำคัญได้แก่ กรณีที่ปรากฏว่าบิดาหรือมารดาได้ทอดทิ้งบุตรโดยไม่สุจริตและไม่ได้กลับมาเลี้ยงดูอุปการะตามหน้าที่ที่ตนพึงกระทำในฐานะบิดามารดา หากภายในระยะเวลาสองปีนับแต่มีการร้องขอต่อศาลเพื่อขอถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา บิดามารดาไม่มีการปรับปรุงพฤติกรรม ศาลย่อมสั่งถอนอำนาจปกครองได้²²⁴ ซึ่งผู้ที่อาจร้องขอให้มีการถอนอำนาจปกครองตามพระราชบัญญัติสวัสดิภาพเด็กได้ขยายความให้รวมถึงผู้อำนวยการสถานแนะแนว (a child guidance center) ที่สามารถยื่นคำร้องต่อศาลครอบครัวเพื่อพิจารณา²²⁵

²²³ Luis Pedriza, *Lectures on Japanese Law from a Comparative Perspective* (Japan: Osaka University Press, 2017), p.236-237

²²⁴ Article 834 If a father or mother has abused his/her child or abandoned the child in bad faith, or a child's interests are extremely harmed due to considerable difficulty or inappropriateness in the exercise of parental authority by his/her father or mother, the family court may, at the request of the child, any relative of the child, a guardian of a minor, a supervisor of a guardian of a minor, or a public prosecutor, make a ruling of loss of parental authority with regard to the father or mother; provided, however, that this shall not apply if the cause thereof is expected to cease to exist within two years.

²²⁵ Ibid.

อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่ามาตรา 836 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฉบับดังกล่าว ได้บัญญัติถึงการได้กลับคืนมาซึ่งอำนาจปกครองบุตรหากเหตุที่ระบุไว้ในมาตรา 834 ได้สิ้นสุดลงอันแสดงให้เห็นว่า หากต่อมาปรากฏข้อเท็จจริงว่าบิดามารดาได้กลับมาเลี้ยงดูบุตร ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องนั้นเองหรือญาติสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อยกเลิกการถอนอำนาจปกครองดังกล่าวนั้นได้²²⁶ ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดต่อไปในหัวข้อที่ 3.3.6

3.3.4.2 พระราชบัญญัติสวัสดิภาพเด็ก (Child Welfare Act)

พระราชบัญญัติสวัสดิภาพเด็กกล่าวถึงเรื่องสวัสดิภาพเด็กรวมถึงการทารุณกรรมเด็กในญี่ปุ่น โดยได้ระบุหลักการสำคัญว่าเด็กทุกคนต้องได้รับการเลี้ยงดูอย่างเหมาะสม ได้รับการประกันคุณภาพชีวิต ได้รับความรัก ได้รับการคุ้มครอง และต้องมีการเติบโตที่ดีและมีพัฒนาการ ด้วยจิตใจและร่างกายที่สมบูรณ์และเป็นอิสระ²²⁷

พระราชบัญญัติสวัสดิภาพเด็กกำหนดบทบาทและความรับผิดชอบของรัฐบาลระดับชาติและระดับท้องถิ่น โดยรัฐบาลแห่งชาติต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นทั้งหมด เช่น การกำหนดนโยบาย เพื่อให้แน่ใจว่ามีการจัดโครงสร้างที่สามารถให้การดูแลเด็กได้อย่างเหมาะสมและมีการให้คำแนะนำแก่เทศบาลและจังหวัดเพื่อดำเนินการตามมาตรการดังกล่าว²²⁸

ภายใต้พระราชบัญญัติสวัสดิภาพเด็ก เด็กที่ไม่มีผู้ปกครองหรือมีผู้ปกครองที่ไม่เหมาะสมจะถูกมองว่าเป็น“เด็กที่ต้องการความช่วยเหลือ” เด็กที่ถูกกระทำละเมิดถือได้ว่าเป็นเด็กที่ต้องได้รับ

CHULALONGKORN UNIVERSITY

²²⁶ Article 836 If the causes in the main clause of Article 834, paragraph (1) of Article 834-2, or the preceding Article have ceased to exist, the family court may, at the request of the person concerned or any relative of his/hers, rescind a ruling of loss of parental authority, suspension of parental authority, or loss of the right of administration of property.

²²⁷ 児童福祉法 Child Welfare Act, Act No. 164 of 1947, as amended by Act No 69 of 2017, article 1.

²²⁸ 児童福祉法 Child Welfare Act, Act No. 164 of 1947, as amended by Act No 69 of 2017, article 3-3.

ความช่วยเหลือ บุคคลที่ค้นพบเด็กที่ต้องการความช่วยเหลือจะต้องแจ้งโดยตรง หรือผ่านอาสาสมัครด้านสวัสดิภาพเด็กที่ได้รับมอบหมายไปยังรัฐบาลเทศบาลสำนักงานสวัสดิการหรือศูนย์แนะแนวเด็กที่จัดตั้งโดยหน่วยงานของจังหวัด สถานสงเคราะห์หรือศูนย์แนะแนวเด็กที่ได้รับแจ้งจะต้องตรวจสอบสถานการณ์ของเด็กทันที หน่วยงานเทศบาลจะต้องพิจารณาว่าจำเป็นต้องมีการดำเนินการช่วยเหลือเด็กหรือไม่ และหลังจากได้รับแจ้งแล้วต้องปฏิบัติดังนี้

1. จะต้องส่งเรื่องไปที่ศูนย์แนะแนวเด็กเมื่อจำเป็นต้องมีการดำเนินการในระดับจังหวัด เช่น การให้คำแนะนำ หรือเมื่อต้องมีการประเมินทางการแพทย์
2. แจ้งผู้ว่าราชการจังหวัดเมื่อตัดสินใจว่าเด็กต้องการการสนับสนุนการพึ่งพาตนเอง หรือ
3. แจ้งศูนย์แนะแนวเด็กหรือผู้ว่าการรัฐเมื่อเห็นว่าจำเป็นต้องมีการสอบสวนการล่วงละเมิดเด็กหรือการดูแลเด็กชั่วคราว

สถานสงเคราะห์ต้องดำเนินการในลักษณะเดียวกันหลังจากได้รับแจ้งว่ามีเด็กที่ต้องการความช่วยเหลือ ส่วนศูนย์แนะแนวเด็กอาจให้เด็กอยู่ภายใต้คำสั่งของอาสาสมัครสวัสดิการเด็กที่ได้รับมอบหมาย ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจให้คำตักเตือนผู้ปกครอง หรือเรียกให้ส่งคำมั่นเป็นลายลักษณ์อักษร หรือกำหนดให้ผู้ปกครองได้รับคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่สวัสดิภาพเด็กหรือบุคคลอื่น ทั้งนี้ ศูนย์แนะแนวเด็กและผู้ว่าราชการจังหวัดอาจจัดให้มีการดูแลเด็กชั่วคราวหากจำเป็น ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจจัดให้เด็กมีครอบครัวอุปถัมภ์หรือรับเด็กเข้าบ้านเด็กอ่อน (“การดูแลด้านที่อยู่อาศัย”) หรือช่วยเหลือในเรื่องการพึ่งพาตนเองของเด็ก เว้นแต่ผู้ที่มีอำนาจปกครองเด็กหรือผู้ปกครองของเด็กคัดค้านมาตรการนี้ อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำละเมิดต่อเด็กยังอนุญาตให้ผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถออกมาตรการให้เด็กที่ถูกกระทำละเมิดอยู่ในความดูแลชั่วคราวของรัฐได้ แม้ว่าผู้ปกครองปฏิเสธที่จะได้รับคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่สวัสดิการเด็กหรือบุคคลอื่น²²⁹

²²⁹ Ibid.

3.3.4.3 พระราชบัญญัติป้องกันการกระทำละเมิดต่อเด็ก

(Child Abuse Prevention Act)

เมื่อผู้คนเริ่มตระหนักถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดเด็กมากขึ้นจึงมีการออกกฎหมายใหม่ที่เสริมพระราชบัญญัติสวัสดิภาพเด็กและเพิ่มความเข้มงวดของมาตรการเพื่อป้องกันการกระทำละเมิดต่อเด็ก ได้แก่ พระราชบัญญัติป้องกันการกระทำละเมิดต่อเด็ก ค.ศ. 2000²³⁰ พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้รัฐบาลระดับชาติและท้องถิ่นต้องพัฒนาระบบที่จำเป็นสำหรับการป้องกันการกระทำละเมิดต่อเด็กและเพื่อช่วยเหลือเด็กที่ถูกทารุณกรรม เช่น การเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างกระทรวงและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อช่วยเหลือเด็ก การให้การสนับสนุนหน่วยงานเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการดูแลเด็ก การพัฒนาระบบการดูแลทางการแพทย์และอื่น ๆ²³¹ พระราชบัญญัติป้องกันการกระทำละเมิดต่อเด็ก ค.ศ. 2000 ระบุไว้ในมาตรา 3 ว่า“ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำละเมิดต่อเด็ก”²³² และโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายบังคับให้เจ้าหน้าที่ของโรงเรียน สถานสงเคราะห์เด็ก และโรงพยาบาล รวมถึงผู้ประกอบการวิชาชีพทางการแพทย์ทนายความและบุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสวัสดิภาพเด็ก ปฏิบัติหน้าที่ในการตรวจสอบการกระทำละเมิดต่อเด็กตั้งแต่วัยแรก คำว่า “การกระทำละเมิดต่อเด็ก” ถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำละเมิดต่อเด็กว่าเป็นการกระทำโดยผู้ปกครองที่กระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี (เด็ก) ที่อยู่ภายใต้การดูแลโดยมีลักษณะต่อไปนี้

1. ทำร้ายร่างกายเด็กในลักษณะที่จะทำให้เกิดหรือมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดการบาดเจ็บภายนอกร่างกายของเด็ก
2. กระทำอนาจารต่อเด็กหรือทำให้เด็กกระทำอนาจาร
3. บกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้ปกครองตัวอย่างเช่น

²³⁰ Japan Federation of Bar Associations, "児童虐待防止法制における子どもの人権保障と法的介入に関する意見書" Opinion Letter Concerning Protection of Children's Rights and Legal Involvements in the Legal System for Child Abuse Prevention " [Online]. Available from: <https://perma.cc/9YFA-3GP3>.

²³¹ 児童虐待の防止等に関する法律 Child Abuse Prevention Act, Act No. 82 of 2000, as amended by Act No. 69 of 2017, art. 4

²³² 児童虐待の防止等に関する法律 Child Abuse Prevention Act, Act No. 82 of 2000, as amended by Act No. 69 of 2017, art. 3

- a) ลดปริมาณอาหารที่จำเป็นสำหรับเด็กลงในปริมาณมาก
- b) ทอดทั้งและละลายเด็กเป็นเวลานานในลักษณะที่อาจรบกวนพัฒนาการปกติของเด็กทั้งทางจิตใจหรือร่างกายและ
- c) ไม่ดำเนินการใด ๆ เพื่อตอบโต้การกระทำที่ระบุไว้ข้างต้นต่อตัวเด็กโดยบุคคลที่ไม่ใช่ผู้ปกครองดูแลบุตร หรือ
- d) ใช้ภาษาที่รุนแรง หรือมีทัศนคติในการต่อต้านที่รุนแรงกับคู่สมรสหรือผู้ที่เด็กอาศัยอยู่ด้วย เมื่อมีการห้ามใช้ความรุนแรงต่อเด็กทั้งทางกายและ/หรือทางวาจา หรือพูดหรือประพฤติในลักษณะที่จะกระทบกระเทือนจิตใจเด็กอย่างมีนัยสำคัญ

ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัตินี้ “ผู้ปกครอง” หมายถึงบุคคลที่ใช้อำนาจปกครอง ผู้ปกครองของผู้เยาว์หรือบุคคลอื่นที่ใช้สิทธิในการดูแลเด็กอยู่ในขณะนั้น ซึ่งการทอดทั้งเด็กนั้น ก็เป็นหนึ่งในการกระทำที่ถือว่าละเมิดต่อเด็ก และมีมาตรการการจัดการตามกฎหมายซึ่งจะได้กล่าวถึงในลำดับถัดไป

3.3.4.4 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีครอบครัว ค.ศ.1947

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีครอบครัว ค.ศ.1947 มาตรา 9 (18) กำหนดให้ศาลครอบครัวมีอำนาจพิจารณาสั่งถอนอำนาจปกครอง (Parental Power) ของบิดามารดาในกรณีใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบ หรือสั่งถอนสิทธิในการจัดการทรัพย์สินผู้เยาว์ ในกรณีบิดามารดาใช้สิทธิในการจัดการทรัพย์สินเกี่ยวกับผลประโยชน์ของผู้เยาว์ไปในทางเสียหาย โดยการถอนอำนาจปกครองหรือสั่งถอนสิทธิในการจัดการต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 834 - 836

ศาลสูงสุด (Supreme Court) ของประเทศญี่ปุ่นได้วางระเบียบเกี่ยวกับวิธีพิจารณาตัดสินชี้ขาดคดีครอบครัว (The Rules for Determination of Family Affairs) ฉบับที่ 15 ค.ศ.1947 ซึ่งกำหนดรายละเอียดในการพิจารณาคดีครอบครัวของศาลครอบครัวในหมวดที่ 6 ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาและบุตรโดยมาตรา 71 กำหนดให้ศาลครอบครัวมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดว่าบิดามารดาใช้อำนาจเกี่ยวกับตัวผู้เยาว์โดยมิชอบ เมื่อศาลมีคำสั่งแล้ว ให้จำศาลริบแจ้งข้อความนั้นแก่เจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการจดทะเบียนครอบครัวในท้องที่ที่ผู้เยาว์นั้นอาศัยอยู่โดยไม่ชักช้า เพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิของผู้เยาว์ต่อไป ซึ่งตามกรณีดังกล่าวจะยังไม่มีการถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา เพียงแต่วินิจฉัยว่าน่าจะเกิดอันตรายกับเด็ก เพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐเข้าไปคุ้มครองดูแลเป็นการ

ชั่วคราว ถ้าหากมีพฤติการณ์ว่าบิดามารดาหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีพฤติการณ์ใช้อำนาจปกครองไปในทางที่น่าจะเกิดอันตราย หรือขัดต่อศีลธรรมอันดี ศาลครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นมีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงหรือวางข้อกำหนดการใช้อำนาจปกครองแก่ตัวบุตรได้²³³

3.3.5 มาตรการทางกฎหมายในการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

แม้จะไม่มีกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งโดยเฉพาะ แต่ประเทศญี่ปุ่นนั้นมีระบบ “ทะเบียนครอบครัว” (koseki) เป็นโครงสร้างการบริหารที่จำเป็นต่อการทำความเข้าใจระบบของกฎหมายครอบครัวและมรดกของญี่ปุ่น ซึ่งได้กำหนดให้ชาวญี่ปุ่นทุกคนจะต้องรายงานสถานะทางครอบครัวและสถานภาพการสมรสต่อหน่วยงานเทศบาลที่รับผิดชอบการรวบรวมบันทึกดังกล่าวใน “ทะเบียนครอบครัว” ภายใต้ “Family Register Act” ซึ่งได้แก่ ข้อมูลครอบครัว ชื่อ วันเดือนปีเกิด การแต่งงาน การหย่าร้าง การรับบุตรบุญธรรม การเลิกรับบุตรบุญธรรม การตาย ฯลฯ ชื่อของบิดาและมารดาและความสัมพันธ์กับเด็ก (เช่น ลูกชายคนโต ลูกชายคนที่สอง ลูกสาวคนโต ลูกสาวคนที่สอง เป็นต้น) ถ้าบุคคลนั้นเป็นบุตรบุญธรรม ให้ระบุชื่อบิดาและมารดาบุญธรรม²³⁴ ซึ่งเป็นระบบหนึ่ง ที่ช่วยในการจัดระเบียบครอบครัวในประเทศญี่ปุ่น

การทอดทิ้งเด็กถือเป็นการกระทำละเมิดต่อเด็กอย่างหนึ่ง โดยเมื่อพิจารณาหลักการขั้นพื้นฐาน ประเทศญี่ปุ่นมี The Mother and Child Health Law ซึ่งได้กำหนดหน้าที่ให้รัฐมีหน้าที่ดูแลและให้ความช่วยเหลือกับมารดาที่ตั้งครรภ์ตลอดจนทารกที่เพิ่งคลอด เมื่อเทศบาล หรือรัฐบาลเห็นว่าจำเป็นอาจส่งแพทย์ เจ้าหน้าที่ดูแลสุขภาพ หรือพยาบาลผดุงครรภ์ไปยังครอบครัวที่มีทารกแรกเกิด เทศบาลต้องจัดให้มีการตรวจสุขภาพเด็กซึ่งมีอายุระหว่างหนึ่งปีครึ่งถึงสองปีและระหว่างสามถึงสี่ปี นอกจากนี้ รัฐบาลท้องถิ่นยังมีหน้าที่ให้คำแนะนำแก่ผู้ปกครองที่มีทารกคลอดก่อนกำหนด หากครอบครัวที่คลอดก่อนกำหนดและทารกมีปัญหาทางการเงิน รัฐบาลท้องถิ่นอาจให้ครอบครัวยืมเงิน ซึ่งอัตราการเสียชีวิตของทารกและเด็กอายุต่ำกว่า 5 ปีในญี่ปุ่นถือเป็นอัตราที่ต่ำที่สุดในโลก นอกจากนี้โรงเรียนต้องดำเนินมาตรการเพื่อรักษาและเสริมสร้างสุขภาพของเด็กนักเรียนและทำการตรวจสุขภาพให้กับเด็ก

²³³ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, รายงานการวิจัย เรื่อง กฎหมายคุ้มครองเด็กถูกทารุณกรรมจากผู้ปกครอง (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จิรรัชการพิมพ์, 2545), หน้า 150-151

²³⁴ Luis Pedriza, Lectures on Japanese Law from a Comparative Perspective. P.232

อนึ่ง ในกรณีที่มีการทอดทิ้งเด็คนั้น กล่าวได้ว่าเป็นการละเมิดต่อเด็กตามพระราชบัญญัติ ป้องกันการกระทำละเมิดต่อเด็ก (Child Abuse Prevention Act) ใครก็ตามที่พบเด็กที่ต้องการ ความคุ้มครองจะต้องรายงานให้สำนักงานสวัสดิการของรัฐบาลท้องถิ่นหรือศูนย์แนะแนวเด็กทราบ เกี่ยวกับการกระทำละเมิดต่อเด็คนั้น โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์และเจ้าหน้าที่สวัสดิการเด็กต้องตรวจสอบกรณีการล่วงละเมิดเด็กโดยเร็ว สำนักงานเหล่านี้จะ ตรวจสอบสถานการณ์ของเด็ก ถ้าจำเป็นรัฐบาลท้องถิ่นจะส่งเด็กไปยังศูนย์แนะแนวเด็กด้าน การแพทย์และจิตใจ หรือรับการรักษาด้านอื่น ๆ ที่จำเป็น รัฐบาลท้องถิ่นอาจเตือนเด็กหรือบิดา มารดาหรือผู้ปกครอง หรือจัดการให้เด็กอยู่ภายใต้การเลี้ยงดูของสถานสงเคราะห์เด็กแห่งใดแห่ง หนึ่ง²³⁵

3.3.6 การกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรกรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

จากกฎหมายที่เกี่ยวข้องข้างต้นจะเห็นได้ว่าการทอดทิ้งเด็คนั้นถือเป็นการกระทำละเมิดต่อ เด็กประการหนึ่ง ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นนั้นกำหนดให้ผู้ปกครองนั้นอาจถูกถอน อำนาจปกครองได้

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นนั้น กำหนดให้มีการถอน อำนาจปกครองของบิดามารดาได้ หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่มาตรา 834²³⁶ โดยที่ศาลครอบครัว สามารถออกคำสั่งให้มีการถอนอำนาจปกครองและหน้าที่ของความเป็นบิดามารดาได้หากพบว่าบิดา มารดาของเด็คนั้นละเมิดหรือจงใจทอดทิ้งเด็กไป หรือเป็นที่ชัดเจนว่าบิดามารดาไม่สามารถใช้อำนาจ ปกครองและปฏิบัติหน้าที่ในฐานะบิดามารดาได้ หรือมีการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายอย่าง

²³⁵ Sayuri Umeda, "Japan: Children's Rights " [Online] Accessed: 11 February 2021. Available from: <https://www.loc.gov/law/help/child-rights/pdfs/ChildrensRights-Japan.pdf>

²³⁶ Article 834 If a father or mother has abused his/her child or abandoned the child in bad faith, or a child's interests are extremely harmed due to considerable difficulty or inappropriateness in the exercise of parental authority by his/her father or mother, the family court may, at the request of the child, any relative of the child, a guardian of a minor, a supervisor of a guardian of a minor, or a public prosecutor, make a ruling of loss of parental authority with regard to the father or mother; provided, however, that this shall not apply if the cause thereof is expected to cease to exist within two years.

ร้ายแรงต่อประโยชน์ของเด็ก ซึ่งเหตุทั้งหลายที่กล่าวมานั้นย่อมทำให้ตัวเด็ก หรือญาติของเด็ก ผู้พิทักษ์ หรือผู้พิทักษ์อาวุโส อัยการ รวมไปถึงผู้อำนวยการของแผนกเด็กในหน่วยงานท้องถิ่น สามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาในการตัดอำนาจปกครองและหน้าที่ของความเป็นบิดามารดาของเด็กผู้นั้นได้²³⁷

ภายหลังการถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาตามมาตรา 834 ศาลอาจตั้งผู้ปกครองให้แก่เด็กตามสมควร อย่างไรก็ตาม หากพบว่าภายหลังการถอนอำนาจปกครองบิดามารดาได้ทำให้สิ้นไปซึ่งเหตุแห่งการถอนอำนาจปกครอง หรือโดยการร้องขอของบิดามารดา เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลอาจสั่งให้บิดามารดานั้นอาจกลับมาใช้อำนาจปกครองได้ตามมาตรา 836 แต่การถอนอำนาจปกครองตามมาตรา 834 นี้มีนักวิชาการส่วนหนึ่งมีความเห็นว่าเป็นมาตรการที่ค่อนข้างรุนแรงและส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ในครอบครัว ทำให้กระทรวงยุติธรรมและหน่วยงานในการร่างกฎหมายมีการพิจารณาและเจรจาในการหามาตรการอื่น เช่น การตัดอำนาจปกครองเพียงบางส่วนเพื่อเป็นทางเลือกแทนที่จะตัดอำนาจปกครองของบิดามารดาทั้งหมดตามมาตรา 834²³⁸

จากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีครอบครัว ค.ศ. 1947 พบว่าศาลครอบครัวญี่ปุ่นมีอำนาจในการถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา ในกรณีที่บิดามารดาใช้อำนาจต่อตัวบุตรโดยมิชอบ (Abuse of Parental Power) เช่น การเลี้ยงดูบุตรโดยมิชอบ ปล่อยปละละเลย ไม่สนใจดูแล ปล่อยให้บุตรอดมื้อกินมื้อ ไม่ส่งให้เรียนหนังสือ ละทิ้งหรือทอดทิ้งบุตรในที่เสี่ยงอันตราย หรือทำโทษบุตรรุนแรง ศาลครอบครัวมีอำนาจสั่งถอนอำนาจปกครอง หรือถอนสิทธิในการจัดการทรัพย์สิน ถ้าในระหว่างพิจารณาคดี ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นเร่งด่วน ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลอื่นเข้าทำหน้าที่คุ้มครองดูแลผู้เยาว์เป็นการชั่วคราวไปพลางก่อนจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเกี่ยวกับเรื่องอำนาจปกครองต่อไป ซึ่งกรณีนี้ถือเป็นการชั่วคราวของศาลก่อนจะมีการถอนอำนาจปกครอง จึงนับว่าศาลครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นมีการคุ้มครองสวัสดิภาพและผลประโยชน์ของเด็กอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตามกระบวนการพิจารณาถอนคำร้องขอถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาที่มีต่อบุตรผู้เยาว์ กฎหมายญี่ปุ่นมิได้

²³⁷ Satoshi Minamikata, *Family and Succession Law in Japan*, Third ed. (The Netherlands: Kluwer Law International B.V., 2020), P.168

²³⁸ Yoshito Abe, "Children and Parents in Japanese Law and Family Courts," [Online] Accessed: 10 february 2021. Available from: https://www.childresearch.net/papers/rights/2011_02.html

กำหนดให้เป็นการพิจารณาคำร้องฝ่ายเดียว ดังนั้น บิดามารดาซึ่งตกเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่าใช้อำนาจปกครองต่อตัวเด็กโดยมิชอบ มีสิทธินำพยานหลักฐานเข้าสืบหากล้างได้ว่าตนมิได้มีพฤติการณ์ใช้อำนาจปกครองโดยมิชอบ และศาลต้องฟังพยานหลักฐานที่นำมาได้สวนนั้น²³⁹

ต่อมาได้มีการแก้ไขมาตรา 834 ในปี ค.ศ. 2011 (พ.ศ. 2554) โดยได้มีการเพิ่มการระงับสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองขึ้นมาอีกสองประเภท ประเภทแรก คือ การระงับสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาชั่วคราว กล่าวคือ บิดายังคงมีหน้าที่ในฐานะของบิดามารดาอยู่ตามกฎหมาย และอีกประการหนึ่ง คือ การระงับสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองเป็นเวลานาน โดยกำหนดระยะเวลาถึงสองปี ซึ่งมาตรการทั้งสองนี้ ถูกเพิ่มเข้าไปในประมวลกฎหมายแพ่ง ในปี ค.ศ. 2011 (พ.ศ. 2554) เนื่องจากขั้นตอนการระงับเป็นแนวทางที่ดีต่อบิดามารดาที่มีพฤติกรรมไม่เหมาะสมมากกว่าขั้นตอนการตัดอำนาจปกครอง และได้มีการอนุญาตให้สถาบันที่เกี่ยวข้องกับสถาบันครอบครัวสามารถแทรกแซงเพื่อแนะนำวิธีการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบิดามารดา โดยสามารถช่วยให้บิดามารดาเข้าใจได้ว่าต้องปฏิบัติตัวอย่างไรภายในระยะเวลาที่กำหนด เพื่อปรับทัศนคติและพฤติกรรมของตนในการดูแลเด็กและเพื่อฟื้นฟูความสัมพันธ์กับเด็กได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีฉุกเฉินเคยปรากฏว่า ศาลครอบครัวคดีหนึ่งได้มีคำวินิจฉัยให้ระงับสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาในขั้นสุดท้าย และได้แต่งตั้งนายความเป็นตัวแทนเบื้องต้นให้เด็กเมื่อบิดามารดาปฏิเสธที่จะให้ความยินยอมให้รับการรักษาพยาบาลที่จำเป็นและเร่งด่วนสำหรับเด็ก

ศาลครอบครัวจะออกคำวินิจฉัยให้ระงับสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองชั่วคราวเป็นเวลาสูงสุดสองปี หากพบว่าผู้ปกครองยากที่จะดำเนินการตามสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองหรือไม่ใช่บุคคลที่เหมาะสม เด็ก ญาติของเด็ก ผู้พิทักษ์ (เมื่อมีการระงับอำนาจปกครองชั่วคราว มีความจำเป็นที่จะต้องขอต่อศาลเพื่อตั้งผู้พิทักษ์เด็ก เช่นเดียวกับเมื่อบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครอง) หรือผู้บังคับบัญชาของผู้พิทักษ์ อัยการ และผู้อำนวยการแผนกเด็กของหน่วยงานท้องถิ่นมีสิทธิ์ยื่นคำร้องต่อศาลครอบครัวเพื่อวินิจฉัยเพิกถอนอำนาจปกครองได้²⁴⁰

²³⁹ วชิรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, รายงานการวิจัย เรื่อง กฎหมายคุ้มครองเด็กถูกทารุณกรรมจากผู้ปกครอง. หน้า 151-152

²⁴⁰ Satoshi Minamikata, Family and Succession Law in Japan. P.170

สำหรับตัวอย่างของกรณีที่เกิดขึ้นในการตัดอำนาจปกครองของบิดามารดานั้นก็มีปรากฏเช่นกัน กล่าวคือ บิดาได้ทิ้งบุตรไป โดยให้บุตรนั้นอาศัยอยู่กับยายเป็นเวลา 7 ปี จึงเป็นเหตุให้ศาลมีคำสั่งตัดอำนาจปกครองของบิดาผู้นั้น²⁴¹

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกี่ยวข้องเป็นเหตุฉุกเฉิน ตามมาตรา 28²⁴² แห่งพระราชบัญญัติสวัสดิภาพเด็ก (Child Welfare Act) นอกจากการเพิกถอนหรือระงับสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองเพื่อสวัสดิการของผู้เยาว์แล้ว ยังมีมาตรการให้เพื่อคุ้มครองเด็กอย่างเร่งด่วน เมื่อหน่วยงานของรัฐ เช่น รัฐบาลท้องถิ่น ตรวจพบกรณีล่วงละเมิดเด็ก หน่วยงานต้องดำเนินการตามขั้นตอนฉุกเฉินเพื่อคุ้มครองและแยกเด็กที่ตกเป็นเหยื่อจากผู้ปกครองที่กระทำความผิด ผู้อำนวยการศูนย์แนะแนวเด็กอาจรับเด็กไว้ในความดูแล หรือผู้ว่าราชการส่วนท้องถิ่นมีสิทธิรับเด็กเข้าในสถาบันพิเศษ เช่น บ้านอุปถัมภ์หรือบ้านเด็ก²⁴³ ในกรณีหลังนี้ ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจสั่งให้เด็กเข้ารับการดูแลฉุกเฉินเพื่อปกป้องเด็กจาก

²⁴¹ Ibid. P.169

²⁴² Article 28 (1) In the case where a guardian abuses his/her child or extremely neglects the duty of custody of his/her child or in any other case where the guardian's exercise of the custody extremely harms the welfare of said child, when taking a measure set forth in Article 27 paragraph (1) item (iii) is contrary to the intention of a person who has parental authority or a guardian of a minor for the child, the prefectural government may take a measure set forth in any of the following items:

- (i) Take a measure set forth in Article 27 paragraph (1) item (iii) with approval from the family court, when the guardian is a person who has parental authority or a guardian of a minor; and
- (ii) Deliver the child to a person who has parental authority or a guardian of a minor, when the guardian is neither a person who has parental authority nor a guardian of a minor; provided, however, that a measure set forth in Article 27 paragraph (1) item (iii) shall be taken with approval from the family court, when such delivery is found inappropriate for welfare of the child.

²⁴³ Article 33 (1) A child guidance center's director may, when he/she finds necessary, take temporary custody of a child or entrust an appropriate person to do so until a measure set forth in Article 26 paragraph (1) is taken.

(2) A prefectural governor may, when he/she finds necessary, cause the child guidance center's director to take temporary custody of a child or cause said director to entrust an appropriate person to take such temporary custody until a measure set forth in Article 27 paragraph (1) or (2).

ผู้ปกครอง แม้ว่าเด็กจะต้องได้รับอนุมัติจากศาลครอบครัวในการรับเข้าเรียนอย่างเป็นทางการก็ตาม หากเป็นเช่นนั้นบิดามารดาสามารถเรียกร้องได้ว่าควรให้บุตรของตนกลับคืนสู่การควบคุม เนื่องจากพวกเขายังคงมีสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครอง ดังนั้น ในบางกรณี ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงจำเป็นต้องยื่นคำร้องขอเพิกถอนหรือระงับสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครอง เพื่อให้เด็กสามารถเข้าบ้านเด็กได้ ทั้งนี้หากผู้ว่าราชการส่วนท้องถิ่นรับทราบการมีอยู่หรือมีความเป็นไปได้สูงที่บิดามารดาจะประพฤติมิชอบต่อผู้เยาว์ และวินิจฉัยว่าควรดำเนินการในทันทีเพื่อช่วยชีวิตผู้เยาว์ ให้มีอำนาจลงมติให้ส่งผู้เยาว์ไปอยู่ในสถานที่ปลอดภัย และสถานที่ที่เหมาะสม หากผู้ปกครองไม่ยินยอมให้มีการลงมติ หน่วยงานท้องถิ่นมีสิทธิ์นำคดีไปสู่ศาลครอบครัวเพื่อขออนุมัติให้มีการลงมติโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง โดยมตินี้ต้องยุติลงภายในสองปีตามกฎหมาย แต่สามารถขยายได้หากศาลครอบครัวมีเหตุให้ต้องขยายเวลาตามสวัสดิภาพเด็ก²⁴⁴

ในประเด็นเรื่องหน้าที่ของบุตรในการเลี้ยงดูบิดามารดาของประเทศญี่ปุ่นนั้น แม้จะเป็นประเทศที่มีวัฒนธรรมหลายอย่างที่คล้ายกับประเทศไทย แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นไม่ได้มีบทบัญญัติให้บุตรต้องเลี้ยงดูบิดามารดา แต่เป็นที่ทราบโดยทั่วกันว่า ญี่ปุ่นเป็นสังคมผู้สูงอายุ ทำให้ประเทศญี่ปุ่นมีระบบการสร้างหลักประกันความมั่นคงทางสังคมที่มีความครอบคลุมทั้งแผนบำนาญ บำนาญผู้สูงอายุและระบบการดูแลสุขภาพในระยะยาว อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นไปในลักษณะของความรับผิดชอบร่วมกันในสังคม กล่าวคือ การตรากฎหมายว่าด้วยการประกันการดูแลสุขภาพระยะยาว (The Long-term Care Insurance Scheme) และมีผลบังคับใช้ในปี

CHULALONGKORN UNIVERSITY

(3) The period for temporary custody pursuant to the preceding two paragraphs shall not exceed 2 months from the date of commencement of said temporary custody.

(4) Notwithstanding the provision of the preceding paragraph, a child guidance center's director or a prefectural governor may, when he/she finds necessary, continue the temporary custody pursuant to the provision of paragraph (1) or (2).

²⁴⁴ Satoshi Minamikata, Family and Succession Law in Japan. P.171

พ.ศ. 2543 เพื่อให้การช่วยเหลือสังคมและองค์กรเกี่ยวกับเรื่องผู้สูงอายุซึ่งเรียกได้ว่าเป็นกฎหมาย
สวัสดิการผู้สูงอายุ²⁴⁵



²⁴⁵ ภัทริดา สุขฉนนี, "บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญเรื่อง สิทธิผู้สูงอายุ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 10 พฤษภาคม 2565.

แหล่งที่มา: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=155

บทที่ 4

บทวิเคราะห์

4.1 นิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

จากการศึกษาในบทที่ 2 พบว่านิยาม ของเด็กที่ถูกทอดทิ้งตามกฎหมายไทยยังขาดความชัดเจน อันเป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้การคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งไม่เป็นรูปธรรม เพราะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และแม้ว่าการตีความดังกล่าวนี้จะเกิดขึ้นตั้งแต่ในปี พ.ศ. 2529 และต่อมาได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 บังคับใช้ แต่นิยามที่ชัดเจนก็ไม่ได้ถูกบัญญัติขึ้น ซึ่งทำให้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ที่ได้ให้อำนาจสถานสงเคราะห์ในการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ไม่สามารถตอบคำถามในประเด็นค่านิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้งและผู้เกี่ยวข้อง อาทิ บิดามารดาที่แท้จริง และไม่สามารถตอบคำถามในประเด็นที่ว่าหากการทอดทิ้งเด็กนั้นเป็นไปในลักษณะการนำมาฝากไว้ในสถานสงเคราะห์จะถูกนิยามว่าเป็นเด็กถูกทอดทิ้งหรือไม่ แม้การฝากเลี้ยงนั้นดำเนินไปจนเป็นระยะเวลาานพอสมควรโดยปราศจากการติดต่อของบิดามารดามายังบุตร ส่วนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เองก็มิได้มีการรองรับหรือบัญญัติในเรื่องเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด นี่จึงเป็นปัญหาที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นจุดที่กฎหมายควรให้ความสำคัญอย่างไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการพยายามนำตัวบิดามารดาที่ทอดทิ้งเด็กมาลงโทษในทางอาญา เพราะเด็กที่จะต้องเติบโตไปในวันข้างหน้าควรได้รับความช่วยเหลือ และมีมาตรการเพื่อคุ้มครองเด็กอย่างทันท่วงที

จากการศึกษาพบว่า ค่านิยามที่ชัดเจนของเด็กที่ถูกทอดทิ้งนั้นไม่มีปรากฏตามกฎหมายไทย จนนำไปสู่การพยายามนิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งครั้งหนึ่งในปีพ.ศ. 2529 โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา เนื่องจากในปีนั้นมีข้อโต้แย้งระหว่างกระบวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับมาตรา 1598/22 โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการวินิจฉัยตีความเรื่องความหมายของผู้เยาว์ที่ถูกทอดทิ้งไว้ว่า ความหมายของ “ผู้เยาว์ที่ถูกทอดทิ้ง” ตามมาตรา 1598/22 จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไปว่ามีการกระทำที่แสดงให้เห็นเจตนาของบิดามารดาหรือผู้ปกครองว่าได้ทอดทิ้งผู้เยาว์ไว้ ณ ที่ใด โดยมีเจตนาไม่เลี้ยงดูผู้เยาว์อีกต่อไปหรือไม่ ส่วนระยะเวลาที่ทอดทิ้งไปอาจ

เป็นข้อเท็จจริงประกอบที่ทำให้เห็นเจตนาได้ว่า บิดามารดาหรือผู้ปกครองตั้งใจทอดทิ้งผู้เยาว์ไปจริง²⁴⁶

อย่างไรก็ตาม เมื่อต่อมามีการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ก็มีบัญญัติไว้ว่า เด็กที่ถูกทอดทิ้งมีความหมายว่าอย่างไร แต่ได้มีการนิยามคำที่มีความหมายใกล้เคียงกับเด็กที่ถูกทอดทิ้งในมาตรา 4 ซึ่งได้บัญญัติว่า

“เด็กเร่ร่อน” หมายความว่า เด็กที่ไม่มีบิดามารดาหรือผู้ปกครองหรือมีแต่ไม่เลี้ยงดูหรือไม่สามารถเลี้ยงดูได้จนเป็นเหตุให้เด็กต้องเร่ร่อนไปในที่ต่าง ๆ หรือเด็กที่มีพฤติกรรมใช้ชีวิตเร่ร่อนจนน่าจะเกิดอันตรายต่อสวัสดิภาพของตน

“เด็กกำพร้า” หมายความว่า เด็กที่บิดาหรือมารดาเสียชีวิต เด็กที่ไม่ปรากฏบิดามารดาหรือไม่สามารถสืบหาบิดามารดาได้

“เด็กที่อยู่ในสภาพยากลำบาก” หมายความว่า เด็กที่อยู่ในครอบครัวยากจนหรือบิดามารดาหย่าร้าง ทั้งร้าง ถูกคุมขัง หรือแยกกันอยู่และได้รับความลำบาก หรือเด็กที่ต้องรับภาระหน้าที่ในครอบครัวเกินวัยหรือกำลังความสามารถและสติปัญญา หรือเด็กที่ไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้

คำนิยามทั้งหมดข้างต้นไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่เด็กนั้นถูกนำมาฝากเลี้ยงไว้กับสถานสงเคราะห์หรือกรณีที่เด็กถูกบิดามารดาทอดทิ้งไปและต้องอาศัยอยู่กับผู้อื่นที่ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตและมุ่งศึกษา โดยจากการศึกษาพบว่า ในวิทยานิพนธ์เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็กทางครอบครัว” หลักสูตรินิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2538 โดย นายวิศิษฐ์ ฉัตรกริช ได้พยายามอธิบายถึงนิยามของเด็กกำพร้า โดยระบุว่า เด็กกำพร้าแท้ คือเด็กที่ขาดบิดามารดาไม่ว่าจะด้วยเด็กขาดบิดามารดาเพราะเหตุที่บิดามารดาตาย หรือไม่ปรากฏไม่ว่าด้วยเหตุใด ส่วนเด็กกำพร้าเทียม คือเด็กที่มีทั้งบิดามารดา หรือมีบิดาหรือมารดาแต่ไม่สนใจเลี้ยงดูบุตรของตน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่านิยามของเด็กกำพร้าเทียมนั้นใกล้เคียงกับนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง อย่างไรก็ตาม แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กจะบัญญัติหลังจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เผยแพร่ไปแล้วนานหลายปี แต่ผู้เขียนก็ไม่พบการนิยาม หรือการพยายามนิยามให้

²⁴⁶ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 หน้า 11-13

เด็กกำพร้าเทียมอยู่ในนิยามความหมายคำใด ๆ ในมาตรา 4 ของ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

อนึ่ง ผู้เขียนได้ศึกษาตัวบทในแง่ของกฎหมายอาญาประกอบการเปรียบเทียบในมิติของกฎหมายไทยในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งพบว่าตามกฎหมายอาญานั้น ได้มีการนิยามความหมายของการกระทำความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก และผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะต้องนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบ แม้ครั้งหนึ่งที่มีการพยายามตีความความหมายของผู้เยาว์ที่ถูกทอดทิ้ง คณะกรรมการกฤษฎีกาจะมีความเห็นที่ต่างออกไปและไม่เห็นด้วยที่จะใช้คำนิยามที่ปรากฏในกฎหมายอาญา เพราะผู้เขียนมองว่าในบางบริบทของมาตราที่เกี่ยวข้องของกฎหมายอาญาได้ให้ความชัดเจนและสังเกตเห็นความสำคัญของเด็กที่ถูกทอดทิ้งยิ่งกว่าในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น พฤติการณ์การทอดทิ้งเด็ก เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนจะยกไปอธิบายในหัวข้อ 4.1.2 ต่อไป

เมื่อได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่าแต่ละประเทศได้มีการพยายามสอดแทรกบทบัญญัตินิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้ในกฎหมาย ในสัดส่วนที่มากกว่าของประเทศไทย โดยที่ประเทศที่พบว่ามีกรอบคำนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้โดยอ้อม คือประเทศอังกฤษ ซึ่งจะบัญญัติอยู่ในมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐหรือศาลอาจออกคำสั่งคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง เพื่อจัดประเภทว่าเด็กลักษณะใดบ้างที่หน่วยงานรัฐหรือศาลจะสามารถช่วยเหลือหรือออกคำสั่งคุ้มครองได้ ซึ่งปรากฏอยู่ใน The Adoption and Children's Act (2002) ว่าในกรณีของการที่เด็กถูกทอดทิ้งโดยตำรวจไม่สามารถติดตามผู้ปกครองเด็กได้ เด็กจะต้องขึ้นทะเบียนในทะเบียนเด็กที่ถูกทอดทิ้ง (Abandoned Children Register) เพื่อนำไปสู่กระบวนการรับบุตรบุญธรรมต่อไป²⁴⁷ อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษยังได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การออกคำสั่งตามมาตรา 31 ของ Children Act 1989 เพื่อคุ้มครองเด็กเป็นกรณีการขอลูกคำสั่งดูแล (Care Order) หรือคำสั่งกำกับดูแล (Supervision Order) เมื่อปรากฏว่าการออกคำสั่งคุ้มครองเด็กกรณีฉุกเฉิน (Emergency Protection Order) และการจัดทำแผนเพื่อดูแลเด็กตามมาตรา 17 ของ Children Act 1989 ไม่ประสบผลสำเร็จหรือไม่สามารถแก้ไขปัญหาหรือขจัดอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็ก ซึ่งหลักเกณฑ์

²⁴⁷ Kevin Browne, S. C., and Kate Whitfield, Child Abandonment and Its Prevention in Europe p. 336-337

ประการหนึ่งซึ่งเป็นข้อพิจารณาของศาลเพื่อออกคำสั่งดูแล (Care Order) หรือคำสั่งกำกับดูแล (Supervision Order) นั้นมีการใช้ถ้อยคำคล้ายกับ “เด็กที่อยู่ในสภาพยากลำบาก” ตามมาตรา 4 ของ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 กล่าวคือ ศาลจะต้องพิจารณาแล้วเห็นว่าเด็กกำลังตกอยู่ในสภาวะยากลำบากหรือคล้ายกับว่าจะตกอยู่ในสภาวะยากลำบาก หรืออยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรง โดยที่การพิจารณาในประการแรกนี้จำเป็นต้องมีการตีความคำว่า “การตกอยู่ในสภาวะยากลำบากหรือคล้ายกับว่าจะตกอยู่ในสภาวะยากลำบาก” หรือ “อยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรง” นั้นหมายความรวมถึงสถานการณ์ใดบ้าง ซึ่งศาลของประเทศอังกฤษได้ตีความคำว่า การตกอยู่ในสภาวะยากลำบากหรือคล้ายกับว่าจะตกอยู่ในสภาวะยากลำบาก” หรือ “อยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรง” ออกมาโดยการยกตัวอย่างว่ารวมถึงการที่เด็กถูกทอดทิ้งในลักษณะที่มารดาทอดทิ้งทารกซึ่งเพิ่งคลอดได้เพียงสองถึงสามวันโดยที่เด็กนั้นมีอาการเจ็บป่วยไว้ที่บ้านใดของศูนย์สาธารณสุข โดยไม่อาจสืบทราบได้ว่าครอบครัวของเด็กอยู่ที่ใด ส่วนการอยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรงนั้นศาลมีแนวทางในการพิจารณาว่าหากบิดามารดาไม่สามารถดูแลเลี้ยงดูเด็กให้มีพัฒนาการเทียบเท่าเด็กทั่วไปทั้งด้านร่างกาย พัฒนาการและจิตใจ โดยการที่บิดามารดานั้นทอดทิ้งไม่ดูแลเอาใจใส่ เช่นนี้ย่อมถือได้ว่าเด็กนั้นตกอยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรงแล้ว ซึ่งพบว่ามีความแตกต่างอย่างชัดเจนกับความหมายของ “เด็กที่อยู่ในสภาพยากลำบาก” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 แม้จะใช้คำคล้ายกันก็ตาม ซึ่งตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้ให้ความหมายว่าให้หมายถึง *เด็กที่อยู่ในครอบครัวยากจนหรือบิดามารดาหย่าร้าง ทั้งร้าง ถูกคุมขัง หรือแยกกันอยู่และได้รับความลำบาก หรือเด็กที่ต้องรับภาระหน้าที่ในครอบครัวเกินวัยหรือกำลังความสามารถและสติปัญญา หรือเด็กที่ไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้* โดยที่เมื่อพิจารณาแล้วไม่ได้มีการเขียนถึงการทอดทิ้งเด็กว่าเด็กที่ถูกทอดทิ้งจะเข้าข่ายคำนิยามของเด็กที่อยู่ในสภาพยากลำบากแต่อย่างใด

ส่วนประเทศญี่ปุ่นนั้นมีการบัญญัติความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้โดยอ้อมเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ โดยจากการศึกษาพบว่า ประเทศญี่ปุ่นมุ่งคุ้มครองตัวเด็กและกำหนดหน้าที่ของผู้ปกครองหรือผู้เกี่ยวข้องให้มีการปฏิบัติต่อเด็กอย่างเหมาะสม โดยปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น มาตรา 834 ซึ่งแม้จะเป็นการกำหนดลักษณะพฤติการณ์ของการทอดทิ้งเพื่อมุ่งกำหนดสิทธิหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร แต่ก็สามารถตีความลักษณะของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง กล่าวคือ มาตรา 834 ได้ระบุถึงกรณีต่าง ๆ ที่บิดามารดาอาจถูกเพิกถอนอำนาจปกครองได้ในหลายสาเหตุด้วยกัน ซึ่ง

หนึ่งในสาเหตุสำคัญนั้นคือ หากปรากฏว่า บิดาหรือมารดานั้น ได้ทอดทิ้งบุตรโดยไม่สุจริตและไม่ได้กลับมาเลี้ยงดูอุปการะตามหน้าที่ที่ตนพึงกระทำในฐานะบิดามารดา ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอาจร้องขอต่อศาลให้ตัดอำนาจปกครองของบิดามารดาได้ ดังนั้น เด็กที่ถูกทอดทิ้งจึงตีความได้ว่าเป็นเด็กซึ่งถูกบิดามารดาทอดทิ้งโดยไม่สุจริตและไม่ได้กลับมาดูแลหรืออุปการะเลี้ยงดู ซึ่งในรายละเอียดเรื่องผลของการทอดทิ้งเด็กในมาตรานี้จะได้มีการอธิบายในลำดับถัดไป

ต่อมาเมื่อพิจารณาตามกฎหมายครอบครัวของประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนียร์ (California Family Code) มาตรา 7822 ผู้เขียนพบว่ามีการนิยามความหมายของเด็กที่เข้าข่ายว่าเป็นเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้แบบตรงตัว และได้บัญญัติถึงลักษณะของการทอดทิ้งเด็กไว้ ซึ่งตามกฎหมายมาตราดังกล่าวหากผู้ปกครองได้ทอดทิ้งเด็กไปหรือให้เด็กอยู่ในความดูแลของบุคคลอื่น หรือผู้ปกครองอื่นเป็นระยะเวลาหกเดือน หรือหนึ่งปี แล้วแต่กรณี โดยปราศจากการดูแลสนับสนุนจากบิดามารดาที่แท้จริง หรือไม่ได้รับการติดต่อจากผู้บิดามารดาเลย สามารถสรุปได้ว่าเป็นการที่เด็กนั้นถูกทอดทิ้งตามมาตรา

ส่วนในมลรัฐเท็กซัส ประเทศสหรัฐอเมริกา ถือได้ว่าการพยายามจัดประเภทของเด็กที่ถูกทอดทิ้งโดยแยกย่อยและให้ความสำคัญกับเด็กที่ถูกทอดทิ้งเป็นอย่างมาก กล่าวคือ เท็กซัสเป็นรัฐแรก ที่ออกกฎหมายคุ้มครองเด็กแรกเกิด ชื่อว่า House Bill No. 3423 อนุญาตให้ผู้ปกครองสามารถนำทารกแรกเกิดอายุไม่เกิน 60 วันมอบให้กับบุคลากรทางการแพทย์ โดยไม่จำเป็นต้องเปิดเผยตัวตนและปราศจากการถูกฟ้องร้องเป็นคดีความ กฎหมายกำหนดให้ศูนย์บริการการแพทย์ฉุกเฉินเมื่อได้รับเด็กไว้ในความดูแล สามารถดำเนินการใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อปกป้องสุขภาพร่างกายและความปลอดภัยของเด็ก ซึ่งเด็กจะถูกจัดประเภทเป็นเด็กที่ถูกทอดทิ้ง (Abandoned Children) กฎหมายฉบับนี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Safe Haven law นอกจากนี้ การทอดทิ้งเด็กที่เกินกว่าระยะเวลาและข้อกำหนดตาม House Bill No. 3423 อาจถือว่าการละเลยต่อเด็กตามกฎหมายครอบครัว (Texas Family Code) กล่าวคือ ได้มีการนิยามโดยใช้คำว่า “ละเลย” หรือ Neglect แทนคำว่าทอดทิ้ง หรือ Abandoned ซึ่งลักษณะของ Neglect Children นั้นมีการกำหนดพฤติการณ์ที่ใช้พิจารณาคล้ายกับลักษณะของการทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปในเรื่อง พฤติการณ์การทอดทิ้งเด็ก โดยที่จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า การจัดประเภทเด็กของมลรัฐเท็กซัส แสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายในการคุ้มครองเด็กในสถานการณ์ของการทอดทิ้งที่แตกต่างกัน และมุ่ง

คุ้มครองตั้งแต่เด็กแรกเกิด ทั้งนี้ นอกจากประเทศสหรัฐอเมริกา ในประเทศญี่ปุ่นและประเทศอังกฤษ ที่ผู้เขียนศึกษาไม่ได้มีลักษณะการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่าการจัดแบ่งระดับการคุ้มครองเด็กในมลรัฐเท็กซัส ประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีความละเอียดและยึดถือตัวเด็กเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการทอดทิ้งเด็กในแต่ละมลรัฐ พบว่าในส่วนของนิยามความหมายนั้นบางมลรัฐมิได้มีการนิยาม Neglect Children และ Abandoned Children แตกต่างกัน แต่เนื่องจากมลรัฐเท็กซัสมีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการทอดทิ้งเด็กแรกเกิดนั้นคือ House Bill No. 3423 หรือ Safe Haven Law ดังที่ได้อธิบายในตอนต้น เด็กที่ถูกทอดทิ้ง (Abandoned Children) ตาม House Bill No. 3423 จึงได้รับการคุ้มครองด้วยวิธีการที่ต่างกัน ซึ่งเป็นเสมือนการจัดประเภทของเด็กที่ถูกทอดทิ้งให้มีความละเอียดมากยิ่งขึ้น

ตารางที่ 4-1 ลักษณะของเด็กที่ถูกทอดทิ้งและเด็กที่ถูกละเลยตามกฎหมายของมลรัฐเท็กซัส

เด็กที่ถูกทอดทิ้ง และเด็กที่ถูกละเลยของมลรัฐเท็กซัส	
ประเภท	ลักษณะ
เด็กที่ถูกละเลย	<ul style="list-style-type: none"> ● เด็กมีอายุไม่เกิน 18 ปี ● บิดามารดาทิ้งเด็กไปไว้ในสถานการณ์ที่คาดหมายได้ว่าเด็กจะได้รับความเสี่ยงอย่างมากทั้งต่อการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจโดยไม่ได้มีการจัดเตรียมการดูแลที่จำเป็นสำหรับเด็กและแสดงออกโดยชัดเจนว่าบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้มีหน้าที่ดูแลเด็กจะไม่กลับมารับเด็กไป ● บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการดังต่อไปนี้: <ol style="list-style-type: none"> (a) การวางเด็กไว้ในหรือล้มเหลวในการนำเด็กออกจากสถานการณ์ที่คาดหมายได้ว่าในสถานการณ์นั้นจำเป็นต้องใช้พิจารณาหรือการกระทำที่เกินระดับวุฒิภาวะสภาพร่างกายหรือความสามารถทางจิตใจ ของเด็กและส่งผลให้เกิดการบาดเจ็บทางร่างกาย ความเสี่ยงที่ร้ายแรงที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อเด็ก อย่างกระทันหัน (b) ไม่จัดหาการดูแลทางการแพทย์สำหรับเด็กโดยความล้มเหลวในการจัดหาดังกล่าวส่งผลให้เด็กมีความเสี่ยงอย่างมากต่อการเสียชีวิต

	<p>เสียโฉมหรือบาดเจ็บต่อร่างกาย หรือด้วยความล้มเหลวดังกล่าวส่งผลให้การเจริญเติบโต พัฒนาการของเด็กผิดปกติ</p> <p>(c) ไม่สามารถจัดหาอาหาร เสื้อผ้าหรือที่พักพิงที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตหรือสุขภาพของเด็กให้แก่เด็กรวมถึงความล้มเหลวที่เกิดจากความไม่สามารถสนับสนุนทางการเงินเป็นหลักเว้นแต่จะมีการเสนอการบรรเทาโดยทางอื่น</p> <p>(d) จัดให้เด็กอยู่ในหรือไม่สามารถเอาเด็กออกจากสถานการณืที่เด็กจะต้องเสี่ยงต่อการละเมิดหรืออันตรายทางเพศ</p> <p>(e) วางเด็กไว้ในหรือไม่สามารถเอาเด็กออกจากสถานการณืที่เด็กจะต้องเผชิญกับการกระทำหรือการละเว้นที่ถือเป็นการละเมิดภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด</p> <ul style="list-style-type: none"> ● ผู้รับดูแลเด็กล้มเหลวในการดูแลหรือจัดการสวัสดิการของเด็กในการอนุญาตให้เด็กกลับไปบ้านของเด็กโดยไม่ได้จัดเตรียมการดูแลที่จำเป็นสำหรับเด็กที่หนีออกจากบ้าน หรือไม่มีบ้าน ● การกระทำโดยประมาทหรือการละเว้นของพนักงานอาสาสมัครหรือบุคคลอื่นที่ทำงานภายใต้โครงการช่วยเหลือหรืออุปถัมภ์เด็ก
เด็กที่ถูกทอดทิ้ง	<ul style="list-style-type: none"> ● เด็กมีอายุไม่เกิน 60 วัน ● มารดาเจตนาทอดทิ้งเด็กโดยนำเด็กมาวางไว้ยังศูนย์บริการการแพทย์ฉุกเฉิน

4.1.1 เกณฑ์อายุของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

ปัญหาอีกประการหนึ่งที่พบในกฎหมายไทยคือความไม่ชัดเจนแน่นอนของอายุของเด็กที่อาจถูกพิจารณาว่าเป็นเด็กที่ถูกทอดทิ้ง เนื่องจากนิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งไม่ได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายไม่ว่าฉบับใดก็ตาม แต่การใช้ถ้อยคำในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้งแต่ละฉบับนั้นกลับมีความแตกต่างกันและสร้างความสับสนในการพิจารณาว่าในท้ายที่สุด เด็กที่มีอายุในช่วงใดที่ควรได้รับความคุ้มครองหากถูกทอดทิ้ง

ผู้เขียนเห็นว่าในลำดับแรก กฎหมายควรมีความชัดเจนว่าควรใช้คำว่า “เด็ก” หรือ “ผู้เยาว์” เนื่องจากคำว่า “ผู้เยาว์” ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหมายถึง บุคคลซึ่งมีอายุไม่เกินยี่สิบปีบริบูรณ์ และมีผู้ซึ่งบรรลุนิติภาวะด้วยเหตุแห่งการสมรส²⁴⁸ และเคยมีความพยายามตีความความหมายของ “ผู้เยาว์ที่ถูกทอดทิ้ง” มาแล้วครั้งหนึ่งโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา

ในขณะที่คำว่า “เด็ก” ปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก เพื่อที่จะพยายามให้คำนิยามเด็กประเภทต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ให้คำนิยามว่าเด็กหมายถึง บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส²⁴⁹

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายทั้งสามประเทศจะพบว่ามีความแตกต่างกันในเรื่องของเด็กที่จะได้รับความคุ้มครอง หากพิจารณาตามกฎหมายสวัสดิภาพเด็กของประเทศอังกฤษ ระบุว่า การสิ้นสุดของอำนาจปกครองนั้น จะมีผลทันทีที่บุตรบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 18 ปีบริบูรณ์²⁵⁰ หรือเมื่อบุตรมีอายุ 16 ปีและได้ทำการสมรส (นอกเหนือจากเหตุพิเศษอื่น ๆ) ซึ่งในส่วนนี้จะเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับการบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์ในประเทศอังกฤษ ทว่าการคุ้มครองเด็กโดยมาตรการของศาลและมาตรการพิเศษ มีการกำหนดเกณฑ์การคุ้มครองที่ต่างออกไปจากเกณฑ์การบรรลุนิติภาวะ กล่าวคือ ในกรณีของการทอดทิ้งเด็กนั้น Children Act 1989 มาตรา 31 ระบุถึงกรณีคำสั่งดูแล (Care Order) หรือคำสั่งกำกับดูแล (Supervision Order) ว่าจะต้องเป็นกรณีที่เด็กนั้นอายุไม่เกิน 17 ปี แต่ไม่รวมถึงเด็กที่มีอายุ 16 ปีซึ่งทำการสมรสแล้ว²⁵¹ ทำให้ในการพิจารณาเกณฑ์อายุของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ต้องพิจารณาแยกจากการบรรลุนิติภาวะของเด็กและไม่สามารถระบุอย่างตรงตัวได้ว่าเป็นเกณฑ์อายุของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง เพียงแต่เป็นหลักการในมาตรการคุ้มครองเด็กที่ปรากฏเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าส่วนนี้ประเทศอังกฤษมีเกณฑ์การพิจารณาที่ต่างกันตามวัตถุประสงค์ของแต่ละมาตราที่บัญญัติขึ้นและไม่มีเกณฑ์ที่ตายตัวสำหรับอายุของเด็กที่ถูกทอดทิ้งคล้ายกับการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทย

²⁴⁸ มาตรา 19 และ มาตรา 20 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁴⁹ มาตรา 4 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

²⁵⁰ Children Act 1989 Article 91 (7) and (8)

²⁵¹ Children Act 1989 Article 31 (3)

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดช่วงอายุของเด็กที่ต่างกันออกไปในแต่ละรัฐ เนื่องจากบางรัฐ เช่น มลรัฐเท็กซัส มีทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทอดทิ้งเด็ก รวมไปถึงกฎหมายเกี่ยวกับการละเลยเด็ก อายุของเด็กจึงเป็นจุดตัดสำคัญในการพิจารณาจัดประเภทเด็กเพื่อเข้าสู่กระบวนการช่วยเหลือเด็กด้วยมาตรการต่าง ๆ ต่อไป สำหรับมลรัฐแคลิฟอร์เนียเด็กที่ได้รับความคุ้มครองเมื่อมีการทอดทิ้งเด็กคือ เด็กซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปี ส่วนมลรัฐเท็กซัส ต้องแยกพิจารณาเป็นสองกรณีคือ กรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้งและกรณีเด็กที่ถูกละเลย

กรณีของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง (Abandoned Children) House Bill No. 3423 กำหนดระยะเวลาไว้ที่ 60 วันโดยมารดาสามารถนำเด็กมาวางไว้ยังศูนย์บริการการแพทย์ฉุกเฉินได้หากทารกนั้นอายุไม่เกิน 60 วัน²⁵² ส่วนกรณีเด็กที่ถูกละเลยนั้นตามกฎหมายครอบครัวของมลรัฐเท็กซัสใช้เกณฑ์อายุไว้ที่ผู้ที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี²⁵³ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าความหมายของเด็กหรือผู้เยาว์นั้นสามารถขยายออกไปได้ หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับเด็กที่ควรได้รับการสนับสนุนทางการเงิน ซึ่งเป็นไปตามคำสั่งศาลและต้องเป็นกรณีที่ระบุไว้ในกฎหมาย²⁵⁴ ซึ่งการละเลยเด็กอาจเป็นหนึ่งในเหตุที่ศาลอาจสั่ง

²⁵² Whitney Rosenberg, "The Illegality of Baby Safes as a Hindrance to Women Who Want to Relinquish Their Parental Rights," *Athens Journal of Law*.

²⁵³ Texas Family Code Section. 101.003. CHILD OR MINOR; ADULT.

- (a) "Child" or "minor" means a person under 18 years of age who is not and has not been married or who has not had the disabilities of minority removed for general purposes.
- (b) In the context of child support, "child" includes a person over 18 years of age for whom a person may be obligated to pay child support.

...

²⁵⁴ Texas Family Code Section. 154.001. SUPPORT OF CHILD.

- (a) The court may order either or both parents to support a child in the manner specified by the order:

- (1) until the child is 18 years of age or until graduation from high school, whichever occurs later;
- (2) until the child is emancipated through marriage, through removal of the disabilities of minority by court order, or by other operation of law;
- (3) until the death of the child; or
- (4) if the child is disabled as defined in this chapter, for an indefinite period.

- (a-1) The court may order each person who is financially able and whose parental rights have been terminated with respect to a child in substitute care for whom the department has been

ให้มีการสนับสนุนทางการเงินได้ ทำให้อาจตีความได้ว่าอายุของเด็กนั้นสามารถขยายออกไปจาก 18 ปีได้ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าสถานการณ์ใดบ้างที่การสนับสนุนดังกล่าวจะสิ้นสุดลง²⁵⁵

appointed managing conservator, a child for a reason described by Section 161.001(b)(1)(T)(iv) or (b)(1)(U), or a child who was conceived as a direct result of conduct that constitutes an offense under Section 21.02, 22.011, 22.021, or 25.02, Penal Code, to support the child in the manner specified by the order:

(1) until the earliest of:

(A) the child's adoption;

(B) the child's 18th birthday or graduation from high school, whichever occurs later;

(C) removal of the child's disabilities of minority by court order, marriage, or other operation of law; or

(D) the child's death; or

(2) if the child is disabled as defined in this chapter, for an indefinite period.

...

²⁵⁵ Texas Family Code Section. 154.006; TERMINATION OF DUTY OF SUPPORT.

(a) Unless otherwise agreed in writing or expressly provided in the order or as provided by Subsection (b), the child support order terminates on:

(1) the marriage of the child;

(2) the removal of the child's disabilities for general purposes;

(3) the death of the child;

(4) a finding by a court that the child:

(A) is 18 years of age or older; and

(B) has failed to comply with the enrollment or attendance requirements described by Section 154.002(a);

(5) the issuance under Section 161.005(h) of an order terminating the parent-child relationship between the obligor and the child based on the results of genetic testing that exclude the obligor as the child's genetic father; or

(6) if the child enlists in the armed forces of the United States, the date on which the child begins active service as defined by 10 U.S.C. Section 101.

(b) Unless a nonparent or agency has been appointed conservator of the child under Chapter 153, the order for current child support, and any provision relating to conservatorship, possession, or access terminates on the marriage or remarriage of the obligor and obligee to each other.

ส่วนประเทศญี่ปุ่นก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง การนิยามความหมายมีความคล้ายกับประเทศไทยเป็นอย่างมากเนื่องจาก คำว่า “เด็ก” และ “ผู้เยาว์” มีเกณฑ์อายุที่ต่างกัน แต่ทั้งสองคำจะอยู่ในกฎหมายคนละฉบับ กล่าวคือ คำว่า “เด็ก” หมายถึงผู้ซึ่งอายุไม่เกิน 18 ปี จะปรากฏในพระราชบัญญัติสวัสดิภาพเด็ก ในขณะที่คำว่า “ผู้เยาว์” ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นนั้น มีการนิยามไว้ว่าหมายถึงผู้ซึ่งอายุยังไม่ครบ 20 ปีบริบูรณ์ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นได้มีการแก้ไขเกณฑ์การบรรลุนิติภาวะจากเดิมต้องมีอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์เป็น 18 ปีบริบูรณ์ มีผลตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2022 ดังนั้นการกล่าวถึงเด็ก หรือผู้เยาว์ในกฎหมายทั้งสองฉบับจึงสอดคล้องกันในด้านอายุของเด็กที่อาจถูกทอดทิ้ง คือ 18 ปี

ตารางที่ 4-2 เพดานอายุของเด็กที่ถูกทอดทิ้งในแต่ละประเทศ

การพิจารณาเกณฑ์เพดานอายุของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง		
ประเทศ	อายุ	เงื่อนไข
ประเทศไทย	18 ปี	หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 จะใช้เกณฑ์ 18 ปี แต่หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ใช้เกณฑ์ 20 ปี ตามการบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์
	20 ปี	
ประเทศอังกฤษ	อายุไม่เกิน 17 ปี หรือเด็กที่มีอายุ 16 ปีซึ่งทำการสมรสแล้ว	แตกต่างจากเกณฑ์การบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์ที่ใช้เกณฑ์ 18 ปี หรือ สมรสเมื่ออายุครบ 16 ปี
มลรัฐแคลิฟอร์เนียประเทศสหรัฐอเมริกา	18 ปี	
มลรัฐเท็กซัสประเทศสหรัฐอเมริกา	เด็กที่ถูกทอดทิ้ง	ในกรณีของเด็กที่ถูกละเลยนั้น มลรัฐเท็กซัสให้อำนาจศาลในการ
	60 วัน	

		ขยายเพดานอายุของที่ได้ก็ควร ได้รับความคุ้มครอง
ประเทศญี่ปุ่น	18 ปี	

4.1.2 พฤติการณ์การทอดทิ้งเด็ก

4.1.2.1 ลักษณะการกระทำ

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาเรื่องการทอดทิ้งเด็คนั้นปรากฏในมาตรา 306

“มาตรา 306 ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินเก้าปีไว้ ณ ที่ใดเพื่อให้เด็กล้มป่วยไปเสียจากตน โดยประการที่ทำให้เด็กล้มป่วยจากผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

อาจารย์ หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์ ได้อธิบายไว้ในหนังสือ คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด มาตรา 288 – มาตรา 366/4 ในส่วนความหมายของคำว่าทอดทิ้งและองค์ประกอบอื่น ๆ ไว้ดังนี้²⁵⁶

“คำว่า “ทอดทิ้ง” ตามพจนานุกรม หมายความว่า ไม่เอาธุระ ไม่เอาใจใส่ การทอดทิ้งอาจจะทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่งเช่น อาจทิ้งเด็กแล้วหนีไป ตัวอย่างเช่น แม่คลอดบุตรแล้วทิ้งเด็กไว้หรือเอาเด็กไปทิ้งก็ได้ คำว่า “ณ ที่ใด” เป็นส่วนประกอบที่จะต้องนำมาพิจารณา คือ คำนี้แสดงว่าต้องมีการแยกตัวเด็กออกไปจากผู้ทอดทิ้ง เพราะฉะนั้นการทอดทิ้งอาจจะต้องมีระยะห่างระหว่างผู้ทอดทิ้งกับผู้ถูกทอดทิ้ง ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่นทิ้งเด็กไว้กลางป่าแม่ห่างนิดเดียวแต่โดยสภาพทำให้เด็กล้มป่วยต้องปราศจากผู้ดูแล โดยตัวของมันเองเป็นการทอดทิ้งไว้ “ณ ที่ใด” ตามมาตรานี้แล้ว นอกจากนั้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 306 การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่โดยประการที่ทำให้เด็กล้มป่วย ปราศจากผู้ดูแล แสดงว่าต้องมีผลคือทำให้เด็กล้มป่วยปราศจากผู้ดูแลไม่ใช่เพียงแต่โดยประการที่

²⁵⁶ ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด มาตรา 288 - มาตรา 366/4. หน้า 119-

“น่าจะ” อย่างมาตรา 307²⁵⁷ ถ้าการทอดทิ้งดังกล่าวไม่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล การกระทำไม่ใช่เป็นพยายามแต่ไม่เป็นความผิดเพราะขาดองค์ประกอบ การทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแลเป็นพฤติการณ์ประกอบการกระทำ อาจปราศจากผู้ดูแลเพียงชั่วคราวก็ได้แต่จะต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษที่ว่าเพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตนซึ่งต้องเป็นการทอดทิ้งให้พ้นจากตนไปเลย และองค์ประกอบอีกข้อที่ต้องพิจารณาคือ เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตนเป็นการทอดทิ้งเพื่อให้พ้นจากตนไปเลยไม่ใช่ทอดทิ้งเพียงชั่วคราว เป็นเจตนาพิเศษ ดังที่ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์เคยยกตัวอย่างเอาไว้ว่าการไปเที่ยวงานวัดแล้วทิ้งเด็กไปเล่นไฟ แต่ตั้งใจจะรับเด็กหลังจากเล่นไฟเสร็จแล้วแม้จะทำให้เด็กปราศจากผู้ดูแลก็ตาม แต่ขาดเจตนาพิเศษ คือ ไม่ได้ต้องการให้พ้นไปเสียจากตนจึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา^{นี้}”

นอกจากนี้ ท่าน สหรัฐ กิติ ศุภการ ได้อธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับมาตรา 306²⁵⁸ เกี่ยวกับองค์ประกอบภายนอก คือ

“ในส่วนของกรกระทำคือทอดทิ้ง อาจมีลักษณะของการกระทำก็ได้เช่นพาเด็กไปเที่ยวที่อื่นแล้วไม่พากลับมาด้วยกัน ครูปปล่อยเด็กทิ้งไว้แล้วตนเองหนีไปที่อื่นหรือคนขับรถรับจ้างรับเด็กขึ้นรถแล้วปล่อยเด็กลงระหว่างทางในที่เปลี่ยวส่วนตนเองขับหลบหนีไป หรือมีลักษณะของการไม่กระทำก็ได้เช่น เด็กไปเที่ยวโดยลำพังแล้วหลงทางเมื่อพบเด็กแล้วไม่รับกลับมา ส่วนคำที่ว่า “เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน” หมายถึง ผู้กระทำต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างกันอยู่ในขณะทอดทิ้งไม่ต้องถึงกับเป็นเจ้าของหน้าที่จัดต้องกระทำตามมาตรา 59 วรรคท้าย²⁵⁹ กล่าวคือผู้ถูกทอดทิ้งได้อยู่กับผู้กระทำโดยข้อเท็จจริงแล้ว จึงมีการทอดทิ้งให้พ้นไป เช่นผู้กระทำรับเด็กมาอาศัยอยู่ด้วย แต่ถ้าเด็กมาขออาศัยอยู่ด้วยแต่ผู้นั้นไม่รับเด็กไว้ เด็กต้องกลับไปเองไม่ถือเป็นการทอดทิ้งตามมาตรา^{นี้} เพราะยังไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างกัน ส่วนผู้กระทำ ที่มีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผล ตามมาตรา 59 วรรคท้าย หากไม่กระทำเพื่อป้องกันผลนั้นย่อมถือว่าเป็นการกระทำโดยดเว้น เช่น มารดาปล่อยให้เด็กอายุหก

²⁵⁷ มาตรา 307 ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ กาย พิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

²⁵⁸ สหรัฐ กิติ ศุภการ, กฎหมายอาญา หลักและคำพิพากษา. หน้า 481-482

²⁵⁹ มาตรา 59 วรรคท้าย การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย

ขวบหลบหนีไปโดยไม่ขัดขวาง ได้ชื่อว่าทอดทิ้งแล้ว แต่ถ้าไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายมีแต่ความสัมพันธ์ เช่นรับเด็กมาอาศัยอยู่ด้วยแล้วปล่อยให้เด็กหลบหนีไปไม่ขัดขวางไม่ถือเป็นการทอดทิ้ง และการทอดทิ้งที่จะถือเป็นการผิด จะต้องมิพฤติการณ์ประกอบการกระทำที่ว่า “โดยประการที่ทำให้เด็กผู้นั้นปราศจากผู้ดูแล” ซึ่งถือเป็นเรื่องประกอบความผิดอย่างหนึ่ง แต่มิใช่ข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำต้องรู้ตามมาตรา 59 วรรคสาม และมีใช้ผลของการกระทำ จึงไม่จำเป็นต้องเกิดผลเช่นนั้นก่อนถึงจะเป็นความผิด หากแต่พิจารณาตามหลักของวิญญูชนซึ่งเห็นว่าน่าจะมีผลเช่นนั้นได้ ก็เป็นความผิดแล้ว”

จากคำอธิบายข้างต้นจะเห็นว่ากฎหมายอาญาได้ให้คำนิยามรวมถึงการตีความพฤติการณ์ของการทอดทิ้งเด็ก ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รวมทั้งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 นั้นไม่ได้มีการบัญญัติไว้ ซึ่งจากคำอธิบายข้างต้น การทอดทิ้งเด็กประกอบด้วยองค์ประกอบดังนี้

ตารางที่ 4-3 องค์ประกอบการทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 306

พฤติการณ์	สถานที่	ระยะเวลา
1. ไม่ใส่ใจ ไม่เอาเป็นธุระ	ต้องมีลักษณะที่มีระยะห่างระหว่างผู้ทอดทิ้งและตัวเด็ก	ไม่มีเกณฑ์ที่เป็นระยะเวลาแน่นอนแต่ต้องไม่ใช่ลักษณะชั่วคราวชั่วครว
2. มีการแยกตัวผู้ทอดทิ้งออกจากเด็ก		
3. ในลักษณะที่ทำให้ปราศจากผู้ดูแล		
4. อาจเป็นได้ทั้งการกระทำหรือการไม่กระทำ เช่นผู้มีหน้าที่ดูแลเด็กไม่รับเด็กกลับมาดูแล เป็นต้น		

ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความชัดเจนที่สุดในการบัญญัติลักษณะการกระทำที่เป็นการทอดทิ้งเด็ก ตามกฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Family Code) มาตรา 7822 ระบุนิยามของเด็กที่เข้าข่ายว่าเป็นเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้แบบตรงตัว และ

ได้บัญญัติถึงลักษณะของการทอดทิ้งเด็กไว้ว่าหากผู้ปกครองได้ทอดทิ้งไปหรือให้เด็กอยู่ในความดูแลของบุคคลอื่น หรือผู้ปกครองอื่นเป็นระยะเวลา 6 เดือน หรือ 1 ปี แล้วแต่กรณี โดยปราศจากการดูแลสนับสนุนจากบิดามารดาที่แท้จริง หรือไม่ได้รับการติดต่อจากผู้เป็นบิดามารดาเลย สามารถสรุปได้ว่าเป็นการที่เด็กนั้นถูกทอดทิ้งตามมาตรา นี้ ดังนั้น กฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนียจึงมุ่งที่จะคุ้มครองเด็กโดยที่บิดามารดา หรือเพียงแต่บิดาหรือเพียงมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กระทำการครอบงำประกอบสามประการด้วยกันได้แก่

ประการแรก ทอดทิ้งเด็กไว้ให้อยู่ในความดูแลของบุคคลอื่น

ประการที่สอง เด็กขาดจากการติดต่อหรือสนับสนุนจากผู้ปกครองของเด็กเป็นระยะเวลา 1 ปี ซึ่งกรณีที่ไม่ปรากฏทั้งบิดามารดาเด็กนั้นจะใช้เกณฑ์เพียง 6 เดือนติดต่อกันเท่านั้น

ประการที่สาม การที่ผู้ปกครองทิ้งเด็กไว้ในลักษณะดังกล่าวนั้นมีเจตนาที่จะทอดทิ้งเด็กจริง

ส่วนมลรัฐเท็กซัสนั้น ดังที่ได้เกริ่นไว้ว่ามีการนิยามเด็กที่ถูกทอดทิ้งและเด็กที่ถูกละเลยแตกต่างกัน โดยในส่วนของเด็กที่ถูกทอดทิ้งนั้นหมายถึง การที่เด็กถูกมารดานำมาวางไว้ยังศูนย์บริการการแพทย์ฉุกเฉิน และเด็กที่นำมาวางไว้ยังศูนย์บริการการแพทย์ฉุกเฉินนั้นตาม House Bill No. 3423 ต้องมีอายุไม่เกิน 60 วัน²⁶⁰ ทั้งนี้ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งการทอดทิ้งเด็กที่เกินกว่าระยะเวลาและข้อกำหนดตาม House Bill No. 3423 อาจถือว่าเป็นการ “ละเลย” ต่อเด็กตามกฎหมายครอบครัว (Texas Family Code) กล่าวคือ ได้มีการนิยามโดยใช้คำว่า “ละเลย” หรือ Neglect แทนคำว่าทอดทิ้ง หรือ Abandoned โดยที่หากบิดามารดาหรือผู้ปกครองกระทำการซึ่งเป็นการละเลยต่อเด็กโดยมีลักษณะดังต่อไปนี้²⁶¹

1. การทิ้งเด็กในสถานการณ์ที่อันคาดหมายได้ว่าเด็กจะได้รับอันตรายและเจตนาไม่รับเด็กกลับคืน
2. กระทำหรือละเว้นกระทำการดังต่อไปนี้ :
 - (a) วางเด็กไว้หรือไม่นำเด็กออกมาจากสถานที่ที่เป็นอันตรายต่อเด็ก
 - (b) ไม่จัดหาการดูแลสุขภาพทางการแพทย์อันส่งผลต่อสุขภาพและพัฒนาการของเด็ก

²⁶⁰ Whitney Rosenberg, "The Illegality of Baby Safes as a Hindrance to Women Who Want to Relinquish Their Parental Rights," *Athens Journal of Law*.

²⁶¹ Texas Family Code Section.261.001 (4) (A)

(c) ไม่สามารถจัดหาอาหารเสื้อผ้าหรือที่พักพิงที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของเด็ก หรือไม่สามารถสนับสนุนทางการเงินแก่เด็กเว้นแต่จะมีการเสนอการบรรเทาโดยทางอื่น

(d) ทำให้เด็กอยู่ หรือไม่สามารถเอาเด็กออกจากสถานการณ์ที่เด็กจะต้องเสี่ยงต่อการถูกละเมิดหรือได้รับอันตรายทางเพศ

(e) วางเด็กไว้ในหรือไม่สามารถเอาเด็กออกจากสถานการณ์ที่เด็กจะต้องเผชิญกับการกระทำหรือการละเว้นที่ถือเป็นการละเมิดภายใต้เงื่อนไขทางกฎหมาย

3. กรณีเด็กที่หนีออกจากบ้าน หรือไม่มีบ้าน ผู้รับดูแลเด็กไม่สามารถดูแลหรือจัดการสวัสดิการของเด็กได้อย่างเพียงพอเพื่อการอนุญาตให้เด็กกลับไปบ้านของเด็ก

4. การกระทำโดยประมาทหรือการละเว้นของพนักงานอาสาสมัครหรือบุคคลอื่นที่ทำงานภายใต้โครงการช่วยเหลือ หรืออุปถัมภ์เด็ก ที่ก่อให้เกิดหรืออาจก่อให้เกิดอันตรายทางอารมณ์อย่างรุนแรง หรือการบาดเจ็บทางร่างกายหรือการเสียชีวิตของเด็กที่อยู่ภายใต้โครงการช่วยเหลือหรืออุปถัมภ์

อย่างไรก็ดีไม่รวมถึงการปฏิเสธการส่งคืนเด็กกลับไปยังครอบครัวหากเจ้าหน้าที่พบว่าการคืนเด็กนั้นไม่เหมาะสมและเป็นอันตรายต่อเด็ก²⁶²

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศญี่ปุ่น และอังกฤษพบว่า ในประเทศญี่ปุ่นนั้นไม่ได้เขียนลักษณะการทอดทิ้งเด็กไว้แบบตรงตัวแต่สอดแทรกไว้ในการอธิบายพฤติกรรมการทอดทิ้งเด็กในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศญี่ปุ่น แม้จะเป็นบทกฎหมายในเรื่องการตัดอำนาจปกครองของบิดามารดาก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาในส่วนของการให้นิยามจะพบว่าการทอดทิ้งเด็กนั้นมีลักษณะที่บิดาหรือมารดาทอดทิ้งบุตรไปโดยไม่สุจริตและไม่ได้กลับมาเลี้ยงดูอุปการะตามหน้าที่ที่ตนพึงกระทำในฐานะบิดามารดา ทั้งนี้หากภายในระยะเวลาสองปีนับแต่มีการร้องขอต่อศาลเพื่อขอถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา บิดามารดาไม่มีการปรับปรุงพฤติกรรม ศาลย่อมสั่งถอนอำนาจปกครองได้²⁶³

ส่วนประเทศอังกฤษนั้นปรากฏลักษณะของเด็กที่ถูกทอดทิ้งอยู่ในการพยายามนิยามคำว่า “การตกอยู่ในสภาวะยากลำบาก” หรือ “อยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรง” ซึ่งเป็นหนึ่งในเกณฑ์ที่ศาล

²⁶² โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 หน้า 96-98 และ ตารางที่ 4-1 ลักษณะของเด็กที่ถูกทอดทิ้งและเด็กที่ถูกละเลยตามกฎหมายของมลรัฐเท็กซัส หน้า 145-146

²⁶³ Article 834 of Japan Civil Code

จะพิจารณาเพื่อออกมาตรการดูแลเด็ก โดยอาจจะอนุมานได้ว่าศาลได้ให้นิยามของลักษณะการกระทำอันถือว่าการทอดทิ้งเด็กว่า

1. เป็นการกระทำที่ทำให้เด็กกำลังตกอยู่ในสภาวะยากลำบากหรือคล้ายกับว่าจะตกอยู่ในสภาวะยากลำบาก โดยที่ “การตกอยู่ในสภาวะยากลำบากหรือคล้ายกับว่าจะตกอยู่ในสภาวะยากลำบาก” ศาลได้ตีความว่าหมายความว่าความรวมถึงสถานการณ์เด็กถูกทอดทิ้งในลักษณะที่มารดาทอดทิ้งทารกซึ่งเพิ่งคลอดได้เพียงสองถึงสามวันไว้โดยที่เด็กนั้นมีอาการเจ็บป่วยไว้ที่บ้านใดของศูนย์สาธารณสุข โดยไม่อาจสืบทราบได้ว่าครอบครัวของเด็กอยู่ที่ใด หรือ
2. เป็นการกระทำที่ทำให้เด็กกำลังตกอยู่ “ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรง” โดยศาลมีแนวทางในการพิจารณาว่าหากบิดามารดาไม่สามารถดูแลเลี้ยงดูเด็กให้มีพัฒนาการเทียบเท่าเด็กทั่วไปทั้งด้านร่างกาย พัฒนาการและจิตใจ โดยการที่บิดามารดานั้นทอดทิ้งไม่ดูแลเอาใจใส่ เช่นนี้ย่อมถือได้ว่าเด็กนั้นตกอยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรงแล้ว

ผู้เขียนเห็นว่าประเทศอังกฤษนั้น ศาลพยายามยกตัวอย่างตามแต่ละกรณีเนื่องจากเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และยึดคำพิพากษาเป็นหลักแต่ไม่ได้บัญญัติกฎหมายแยกเฉพาะการทอดทิ้งเด็กไว้แต่เป็นเกณฑ์การพิจารณาของศาลเพื่อออกมาตรการคุ้มครองเด็กและการที่เด็กนั้นถูกทอดทิ้งตั้งข้อพิจารณาข้างต้น ย่อมทำให้ศาลสามารถออกมาตรการในการคุ้มครองเด็กได้

4.1.2.2 เกณฑ์ระยะเวลาของการทอดทิ้ง

ประเทศไทยนั้น ไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการทอดทิ้งเด็กในกฎหมายครอบครัวบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษที่มีได้บัญญัติไว้เช่นกัน แต่จากการที่ผู้เขียนได้สัมภาษณ์ผู้อำนวยการกองส่งเสริมการพัฒนาและสวัสดิการ เด็ก เยาวชน และครอบครัว กรมกิจการเด็กและเยาวชน เกี่ยวกับกระบวนการรับเด็กเข้าดูแลโดยสถานสงเคราะห์ พบว่า กรณีที่มีการนำเด็กมาฝากไว้ยังสถานสงเคราะห์ของประเทศไทย การจะพิจารณาว่าเด็กนั้นบิดามารดาไม่ใส่ใจดูแล ทางสถานสงเคราะห์มีวิธีการในการจัดการดูแลและนำเข้าสู่กระบวนการจัดหาครอบครัวทดแทน มีการกำหนดเวลาของการฝากเลี้ยงแต่ไม่มีแน่นอนชัดเจน ในทางปฏิบัติมักกำหนดระยะเวลาให้ฝากเลี้ยงไว้

ที่ระยะเวลา 1 ปี และมีเงื่อนไขในการที่ผู้เป็นบิดามารดา หรือผู้ปกครองซึ่งนำเด็กมาฝากไว้ นั้นจะต้องเข้ามาเยี่ยมเด็กอย่างน้อย 1 ครั้ง ภายในระยะเวลา 6 เดือนนับแต่นำมาฝากไว้ยังสถานสงเคราะห์ ซึ่งพบปัญหาในทางปฏิบัติว่าบางกรณีปรากฏว่าบิดามารดา หรือผู้ปกครองที่นำตัวเด็กมาฝากนั้นมักจะหายตัวไป ไม่มาเยี่ยมเด็ก และไม่สามารถติดต่อได้ ทำให้นักสังคมสงเคราะห์ต้องมีการลงพื้นที่เพื่อสืบหาข้อเท็จจริงหรือสำรวจสถานะว่าเด็กยังคงมีบิดามารดาหรือผู้ปกครองอยู่หรือไม่ กระบวนการส่วนนี้เรียกว่า “การสืบประวัติ” ในกรณีที่นักสังคมสงเคราะห์ไม่พบบิดามารดา หรือผู้ปกครองของเด็ก จะมีกระบวนการสืบหาเครือญาติของเด็กเพื่อทำการประเมินตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าสามารถดูแลเด็กได้ต่อไปแทนบิดามารดาหรือผู้ปกครองเดิมซึ่งนำเด็กมาฝากไว้ยังสถานสงเคราะห์ได้หรือไม่ หากทั้งบิดามารดาและผู้ปกครองซึ่งนำเด็กมาฝากนั้นไม่สามารถสืบหาตัวได้และญาติที่เหลืออยู่ไม่มีความเหมาะสมหรือไม่มีความสามารถเพียงพอจะดูแลเด็ก จะต้องมีการระงับประวัติเด็กกรายกรณีตามกระบวนการ และจัดหาครอบครัวทดแทนให้เด็กต่อไป²⁶⁴

อีกกรณีหนึ่งคือ หากพบเจอบิดามารดา หรือผู้ปกครองของเด็ก นักสังคมสงเคราะห์ จะมีการพูดคุยให้บิดามารดาเข้าใจถึงความจำเป็นในการมาเยี่ยม และสร้างสัมพันธ์กับเด็กก่อนครบกำหนดระยะเวลาที่ต้องมารับเด็กกลับคืนสู่ครอบครัว ในขั้นตอนนี้ทางปฏิบัติพบว่าบิดามารดา มักจะรับรู้ รับทราบ แต่ไม่เกิดการเข้ามาเยี่ยมเด็กจริงดังที่นักสังคมสงเคราะห์แนะนำ ดังนั้นเมื่อครบระยะเวลา 1 ปี ทางสถานสงเคราะห์ก็จะมีกระบวนการการพูดคุยกับครอบครัวเพื่อให้ครอบครัวเข้าใจในเรื่องของกระบวนการจัดหาครอบครัวทดแทนให้แก่เด็กต่อไป²⁶⁵

หลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาในการรับฝากดูแลเด็กนั้นยังคงคลุมเครือ ทั้งนี้ หากมีกฎหมายที่มีการระบุชัดเรื่องเกณฑ์การฝากดูแลและเกณฑ์ระยะเวลาที่เหมาะสมในการเยี่ยมเด็กให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติย่อมส่งผลดีในการติดตามผลของการฝากเลี้ยงในแต่ละกรณี เนื่องจากเมื่อมีระยะเวลาที่แน่นอน เช่น ฝากเลี้ยงได้ 1 ปี หากบิดามารดาไม่ติดต่อบุตรภายในระยะเวลา 6 เดือน ย่อมสามารถใช้เป็นเกณฑ์ที่แสดงถึงความตั้งใจทอดทิ้งของบิดามารดาได้ และเด็กจะสามารถเข้าสู่กระบวนการจัดหาครอบครัวทดแทนได้อย่างรวดเร็วมากยิ่งขึ้น

²⁶⁴ สัมภาษณ์ นางณิชพัชร์ เพ็ชรพันธ์ุ, ผู้อำนวยการกองส่งเสริมการพัฒนาและสวัสดิการ เด็ก เยาวชน และครอบครัว.

²⁶⁵ Ibid.

ผู้เขียนเห็นว่า การมีกระบวนการสืบประวัตินั้นอาจจะเป็นการประวิงเวลาในการนำเด็กเข้าสู่กระบวนการหาครอบครัวทดแทนโดยหากเด็กมีญาติซึ่งสามารถดูแลเด็กได้แทนบิดามารดาจริง การส่งจดหมายเพื่อแจ้งให้ทราบถึงการนำเด็กสู่กระบวนการหาครอบครัวทดแทน และหากญาติต้องการคัดค้านหรืออยากรับตัวเด็กกลับไปให้ติดต่อมาในเวลาที่สถานสงเคราะห์เห็นสมควร เป็นกระบวนการที่เพียงพอและประหยัดเวลา ซึ่งผู้เขียนมองว่าเป็นประโยชน์ต่อตัวเด็กมากกว่าโดยไม่ต้องรอให้ครบระยะเวลา 1 ปี ซึ่งในส่วนนี้เป็นเกณฑ์พิจารณาที่ใช้ตัดอำนาจปกครองหรืออำนาจความเป็นบิดามารดาที่บิดามารดามีต่อตัวบุตรตามหลักที่ปรากฏในกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นซึ่งจะอธิบายต่อไป

ประเทศญี่ปุ่นไม่ระบุระยะเวลาแห่งการทอดทิ้งเพื่อให้เด็กนั้นถูกจัดประเภท แต่การกำหนดระยะเวลาของประเทศญี่ปุ่นเป็นการกำหนดเพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาและสิทธิหน้าที่ที่บุตรและบิดามารดามีต่อกัน ประเทศญี่ปุ่นใช้หลักเกณฑ์สองปีเป็นฐาน กล่าวคือ หากการทอดทิ้งเด็กเกิดขึ้นโดยต่อเนื่องโดยไม่มีการพยายามแก้ไข หรือกลับมาดูแลเลี้ยงดูภายในสองปีนับจากมีการร้องขอต่อศาลว่าเด็กนั้นถูกทอดทิ้ง เด็กผู้นั้นอาจถูกพิจารณาเป็นเด็กที่ถูกทอดทิ้งและนำไปสู่การระงับหรือตัดอำนาจปกครองต่อไป แต่หลักเกณฑ์เวลานี้ไม่ได้ใช้ถ้อยคำตรงตัวในการจัดประเภทเด็กว่าเป็นเด็กที่ถูกทอดทิ้ง แต่เป็นเหตุที่จะใช้เพื่อตัดอำนาจปกครอง²⁶⁶ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมาตรการดังกล่าวนี้มีความรุนแรง กฎหมายจึงได้แก้ไขให้ศาลสามารถระงับอำนาจปกครองชั่วคราวได้ ซึ่งในเรื่องนี้จะยกไปอธิบายในหัวข้อ 4.3 เรื่อง การพิจารณาตัดอำนาจปกครองหรืออำนาจของความเป็นบิดามารดา (Parental Rights) ด้วยเหตุแห่งการทอดทิ้งเด็ก

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าการทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นไม่มีกำหนดระยะเวลาขั้นต่ำว่าทอดทิ้งเด็กไปนานเท่าใดเด็กจึงจะถือว่าเด็กถูกทอดทิ้ง มีเพียงระยะเวลาที่นับแต่มีการร้องขอต่อศาลโดยผู้เกี่ยวข้องว่า หากสถานการณ์ไม่ได้รับความคลี่คลายภายในสองปี บิดามารดา ก็อาจถูกถอนอำนาจปกครองได้ ซึ่งผู้เขียนให้ข้อสังเกตว่าหลักดังกล่าวอาจเกิดกรณีที่ว่ามี การทอดทิ้งเด็กไปนานอาจจะห้าปี หรือนับสิบปีแล้วจึงค่อยมีการร้องต่อศาล กว่าที่เด็กจะได้รับความคุ้มครอง

²⁶⁶ Article 834 of Japan Civil Code

อย่างเหมาะสมนั้นย่อมนานเกินไป ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องจึงควรตระหนักในการปฏิบัติตามหลักการนี้เช่นกัน

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา²⁶⁷ จากการศึกษามลรัฐแคลิฟอร์เนียมีหลักเกณฑ์เรื่องเวลาเพื่อพิจารณาว่าเด็กนั้นถูกทอดทิ้งตามกฎหมายแล้วหรือไม่อย่างชัดเจน กฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนียจึงมุ่งที่จะคุ้มครองเด็กโดยที่บิดามารดา หรือเพียงแต่บิดาหรือเพียงมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หากทอดทิ้งเด็กไปเป็นระยะเวลา 6 เดือนติดต่อกันมีโดยเจตนาทอดทิ้ง และอีกกรณีหนึ่งคือ บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปล่อยให้เด็กอยู่ในความดูแลของบุคคลอื่นเป็นเวลาอย่างน้อย 1 ปีและไม่ได้สื่อสารกับเด็กในช่วงระยะเวลาหนึ่งปีนั้นรวมทั้งไม่ให้การสนับสนุนใด ๆ สำหรับเด็กในช่วงระยะเวลานั้นโดยมีเจตนาที่จะละทิ้งเด็ก ย่อมถือว่าเด็กนั้นถูกทอดทิ้ง ส่วนมลรัฐเท็กซัส มีการแยกประเภทของเด็กที่ถูกทอดทิ้งและเด็กที่ถูกละเลยไว้ต่างกัน ทั้งนี้กรณีเด็กที่ถูกทอดทิ้งระยะเวลาแห่งการทอดทิ้งพิจารณาโดยหากพบว่าบิดามารดาได้ทอดทิ้งนั้นให้อยู่ในความดูแลของ Department of Family and Protective Services เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือน ย่อมเข้าหลักเกณฑ์ที่เด็กนั้นเป็นเด็กที่ถูกทอดทิ้ง (Abandoned Children) โดยเจตนาของบิดามารดาเด็กแล้ว ส่วนเด็กที่ถูกละเลยนั้นให้ถือระยะเวลาหนึ่งปีเป็นเกณฑ์

4.2 หน้าที่ของเด็กที่ถูกทอดทิ้งในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา

ในเรื่องการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามมาตรา 1563²⁶⁷ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประเทศไทย ถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่อิงจากวัฒนธรรมและสังคมค่อนข้างสูง เพราะเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศทางฝั่งตะวันตกพบว่า ในประเทศอังกฤษมีลักษณะการไม่ยอมรับหลักการดังกล่าว และไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นกิจจะลักษณะ ดังที่ Jonathan Herring²⁶⁸ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมาย กำหนดให้เด็กที่โตเป็นผู้ใหญ่ต้องเลี้ยงดูบิดามารดาในวัยชรา นอกจากนี้ระบบประกันสังคมไม่ถือว่าเด็กที่โตเป็นผู้ใหญ่เป็น “ญาติที่มีความรับผิดชอบ” ต่อผู้ปกครองซึ่งหมายความว่า จะไม่มีการนำทรัพย์สินของเด็กที่โตเป็นผู้ใหญ่มาพิจารณาเมื่อพิจารณาคำร้องของผู้ปกครองสำหรับการสนับสนุนด้านรายได้ อย่างไรก็ตาม จากการถกเถียงกันว่าการดูแลผู้สูงอายุจะต้องได้รับเงินสนับสนุนอย่างไรคำถามนี้จึงต้องได้รับการพิจารณาใหม่ จึงมีแนวคิดว่าอย่าง

²⁶⁷ มาตรา 1563 บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา

²⁶⁸ Jonathan Herring, *Family Law*. p.58

น้อยที่สุดก็มีข้อผูกมัดทางศีลธรรมสำหรับเด็กที่เป็นผู้ใหญ่ซึ่งควรให้การสนับสนุนบิดามารดา ซึ่งมีหลายวิธีที่สามารถกำหนดภาระผูกพันกับเด็กที่เป็นผู้ใหญ่ในการเลี้ยงดูบิดามารดา โดยประเด็นที่เป็นที่ถกเถียงและนำมาพิจารณามี 4 ประการคือ²⁶⁹

ประการแรกคือ แม้การเลี้ยงดูบุตรอาจเป็นเหตุให้บิดามารดาอ่อนแอลง แต่สุขภาพของบิดามารดาไม่อาจอ้างได้ว่าเสื่อมถอยลงเพราะการเลี้ยงดูบุตรอย่างเดียวเท่านั้น

ประการที่สอง ไม่อาจสรุปได้ว่าเด็กจำเป็นต้องมีหน้าที่เลี้ยงดูบิดามารดาเพียงเพราะความรักและความสัมพันธ์เท่านั้น

ประการที่สาม ไม่สามารถสันนิษฐานได้ว่าเด็กจะตกลงทำสัญญายินยอมที่จะเลี้ยงดูบิดามารดาโดยพลตินัยตั้งแต่แรกเกิด

ประการที่สี่ เป็นเรื่องการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน กฎหมายมีสิทธิที่จะกำหนดให้บิดามารดาร้องขอการดูแลจากบุตร แต่ความคิดที่ว่าบุตรมีหน้าที่จะต้องให้การดูแลสนับสนุนบิดามารดาแตกต่างกันโดยนัยยะของคำว่า “สิทธิ” ของบิดามารดา และ “หน้าที่” ของบุตร

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า นอกจากประเทศอังกฤษซึ่งมีข้อโต้แย้งในหลักการเรื่องการดูแลบิดามารดาดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นมีความแตกต่างกันในหลักการและแนวคิดเรื่องการดูแลบิดามารดา โดยที่ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มีหลักการแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ และแม้บางมลรัฐจะยอมรับหลักการเลี้ยงดูบิดามารดา (filial piety) แต่ไม่ได้เป็นไปในลักษณะของการบัญญัติแบบตายตัว ทั้งนี้ ปรากฏว่ามี 14 รัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้มีการสอดแทรกหลักการนี้ในกฎหมายของมลรัฐ²⁷⁰ ซึ่งจากการศึกษา การบังคับใช้กฎหมายในเรื่องการสนับสนุนและเลี้ยงดูบิดามารดานั้น Sesa Kethineni และ Gowtami Rajendran ได้ให้เหตุผลว่าการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องการสนับสนุนและเลี้ยงดูบิดามารดานั้น มีความยากและมีอุปสรรคหลายประการในการบังคับใช้ อาทิ

²⁶⁹ Ibid. p.59-60

²⁷⁰ California, Indiana, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Montana, Nevada (การสนับสนุนด้านการรักษาพยาบาล), North Carolina, North Dakota, South Dakota, Oregon, Vermont, and Virginia

ประการแรก เด็กที่โตแล้วมีรายได้เพียงพอที่จะรับผิดชอบอาจหลีกเลี่ยงที่จะรับผิดชอบด้วยการแสดงว่าตนไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะดูแลบิดามารดาได้

ประการที่สอง หากเด็กหลายคนสามารถให้การสนับสนุนได้ ศาลสามารถพิจารณาสถานการณ์ทางการเงินของเด็กแต่ละคนและกำหนดจำนวนเงินที่จะให้การสนับสนุนได้ การแบ่งเงินช่วยเหลือในส่วนนี้เป็นสิ่งที่อาจมีปัญหา อาจเกิดข้อโต้แย้งตามมาได้

ประการที่สาม หากเด็กที่โตแล้วสามารถพิสูจน์ได้ว่าบิดามารดาทอดทิ้งเด็ก ศาลอาจไม่กำหนดให้เด็กต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม กฎหมายการทอดทิ้งเด็กจะแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ โดยตัวเด็กต้องพิสูจน์การถูกทอดทิ้งต่อไปนี้:

- 1.) เกิดขึ้นเมื่อเด็กยังเป็นผู้เยาว์
- 2.) ระยะเวลาแห่งการทอดทิ้งดำเนินต่อไปเป็นระยะเวลาอย่างน้อยสองปีก่อนที่เด็กจะอายุ 18 ปี (ในบางรัฐ 10 ปี) และ
- 3.) ผู้ปกครองสามารถเลี้ยงดูบุตรได้ทั้งทางร่างกายและจิตใจ

อย่างไรก็ตามศาลมักลดความรับผิดชอบทางการเงินของเด็กที่โตแล้วต่อบิดามารดา โดยพิจารณาจากความล้มเหลวของบิดามารดาในการให้การสนับสนุนเด็กและการปฏิบัติต่อเด็กในอดีต²⁷¹

ผู้เขียนได้ทำการศึกษากฎหมายของสองมลรัฐคือมลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐเท็กซัส และพบความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัดเจเนของทั้งสองมลรัฐ

แม้ว่ากฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้มีการบัญญัติไว้ว่าบุตรต้องมีหน้าที่ในการเลี้ยงดูบิดามารดา อย่างไรก็ตาม กฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนียมีการใส่หลักการเรื่องการดูแลบิดามารดาไว้ในแง่ของการดูแลและสนับสนุนตามความเหมาะสม โดยเป็นไปอย่างมีเงื่อนไข กล่าวคือบิดามารดานั้นต้องมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือ และไม่สามารถดูแลตนเองได้²⁷² และเป็นไปในลักษณะของการให้คำมั่นมากกว่าการบังคับให้บุตรต้องกระทำตาม²⁷³ และหากบุตรไม่ดูแล

²⁷¹ Sessa Kethineni and Gowtami Rajendran, "Elder Care in the United States: Filial Responsibility Laws, Judicial Decisions, and Enforcement Issues."

²⁷² California Family Code Section 4400

²⁷³ California Family Code Section 4401

ตามสมควรนั้นบิดามารดาอาจนำเรื่องไปฟ้องเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้บุตรดูแลช่วยเหลือบิดามารดาได้ แต่หากการเรียกร้องของบิดามารดานั้นมากเกินไป หรือฝ่าฝืนกฎหมายของมลรัฐย่อมถูกจำกัดตามกฎหมายของมลรัฐเช่นกัน²⁷⁴ อย่างไรก็ตาม ศาลยังคงมีอำนาจในการพิจารณากำหนดการสนับสนุนตามความเหมาะสม หรือยกเลิกเพิกถอนการสนับสนุนดังกล่าวได้²⁷⁵ และยังมีอำนาจในการกำหนดจำนวนเงินที่จะสั่งให้สนับสนุน โดยศาลจะพิจารณาสถานการณ์ต่อไปนี้ของแต่ละฝ่าย²⁷⁶

1. ความสามารถในการหารายได้และความต้องการ
2. ภาระผูกพันและทรัพย์สิน
3. อายุและสุขภาพ
4. มาตรฐานการครองชีพ
5. ปัจจัยอื่น ๆ ที่ศาลเห็นว่าเป็นธรรมและยุติธรรม

มลรัฐแคลิฟอร์เนียจึงมีความชัดเจนในการบัญญัติกฎหมายเรื่องการดูแลบิดามารดาเป็นอย่างมาก และเมื่อเทียบกับมลรัฐเท็กซัส อาจกล่าวได้ว่ามลรัฐเท็กซัสไม่รับหลักการดังกล่าว ดังปรากฏในคดีอาญา *Billingslea v. State* - 780 S.W.2d 271 (Tex. Crim. App. 1989) ในคดีดังกล่าวศาลตัดสินว่าตามกฎหมายบุตรไม่มีหน้าที่ดูแลมารดาที่มีอาการป่วย การละเลยและไม่ดูแลมารดาของจำเลยซึ่งเป็นบุตรในคดีนี้จึงไม่มีโทษตามกฎหมาย แม้คำฟ้องอ้างว่ามีข้อเท็จจริงเพียงพอและอ้างว่าเป็นการละเว้นตามกฎหมายจารีตประเพณี แต่เมื่อไม่มีหน้าที่ตามกฎหมาย จำเลยจึงไม่มีความผิด²⁷⁷ คดีนี้เป็นการยืนยันแนวทางของศาลว่ามลรัฐเท็กซัสไม่มีกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของบุตรในการดูแลบิดามารดา

ส่วนของประเทศญี่ปุ่นนั้น แม้มองโดยผิวเผินการดูแลบิดามารดาน่าจะเป็นหนึ่งในจารีตประเพณีที่สำคัญของชาวญี่ปุ่นจนอาจนำไปสู่การบัญญัติกฎหมายให้บุตรต้องมีหน้าที่เลี้ยงดูบิดามารดาเช่นเดียวกับของประเทศไทย แต่ผู้เขียนพบว่าไม่มีการกำหนดกฎหมายในลักษณะนั้นแต่เป็นการบัญญัติในแง่ของสวัสดิการสังคม เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นนั้นเป็นประเทศหนึ่งซึ่งก้าวเข้าสู่สังคม

²⁷⁴ California Family Code Section 4403

²⁷⁵ California Family Code Section 4405

²⁷⁶ California Family Code Section 4404

²⁷⁷ *Billingslea v. State*, 780 S.W.2d 271 (Tex. Crim. App. 1989)

ผู้สูงอายุ และมีบทเรียนในหลายเรื่องเกี่ยวกับการดูแลผู้สูงอายุ จนในที่สุดประเทศญี่ปุ่นได้ออกมาตรการที่สำคัญในการดูแลผู้สูงอายุ ได้แก่ การตรากฎหมายว่าด้วยการประกันการดูแลระยะยาว (The Long-term Care Insurance Scheme) และมีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2543 เพื่อให้การช่วยเหลือสังคมและองค์กรเกี่ยวกับเรื่องผู้สูงอายุ ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายสวัสดิการผู้สูงอายุ

4.3 การพิจารณาตัดอำนาจปกครองหรืออำนาจของความเป็นบิดามารดา (Parental Rights) ด้วยเหตุแห่งการทอดทิ้งเด็ก

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 หาได้มีบทบัญญัติบังคับให้พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องยื่นคำร้องเพิกถอนอำนาจปกครองของผู้ปกครองเด็กไม่ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582 ได้กำหนดเหตุที่ศาลจะสั่งถอนอำนาจปกครองซึ่งเกี่ยวข้องกับตัวผู้ปกครองโดยตรงไว้ 5 กรณี คือ ผู้ใช้อำนาจปกครอง (1) ถูกศาลสั่งเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ (2) ใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับตัวผู้เยาว์โดยมิชอบ (3) ประพฤติชั่วร้าย (4) ล้มละลาย และ (5) จัดการทรัพย์สินในทางที่ผิดจนอาจเป็นภัย โดยอาจเป็นกรณีที่ศาลจะสั่งเอง หรือจะสั่งเมื่อญาติของเยาว์หรืออัยการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ จะเห็นได้ว่าหากผู้ปกครองมีพฤติกรรมเข้าเหตุตามที่กฎหมายกำหนด ก็อาจถูกเพิกถอนอำนาจปกครองได้ แต่เมื่อมิได้เป็นบทบังคับหรือกำหนดระยะเวลายื่นคำร้องดังเช่นกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา トラบดีที่ไม่มีผู้ร้องขอต่อศาล ก็จะไม่มีการเพิกถอนอำนาจปกครองเกิดขึ้นได้เลย แม้ผู้ปกครองจะประพฤติชั่วร้ายเพียงใดก็ตาม และแม้จะมีคดีขึ้นสู่ศาล กฎหมายก็ให้ศาลมีดุลพินิจที่จะเพิกถอนอำนาจปกครองของผู้ปกครองดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ กล่าวโดยสรุปคือ ภายใต้กฎหมายไทย มาตรการการเพิกถอนอำนาจปกครองภายหลังมีการทอดทิ้งเด็กไม่ใช่บทบังคับพนักงานเจ้าหน้าที่ ปลัดกระทรวง หรือผู้ว่าราชการจังหวัด ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ที่จะต้องดำเนินการยื่นคำร้อง ทั้งบุคคลเหล่านี้ก็ไม่มีอำนาจยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลให้เพิกถอนอำนาจปกครองได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เว้นแต่เป็นญาติหรือร้องผ่านอัยการให้ยื่นคำร้องให้เท่านั้น

นอกจากนี้ จากการที่ผู้เขียนได้สัมภาษณ์ผู้อำนวยการกองส่งเสริมการพัฒนาและสวัสดิการเด็ก เยาวชน และครอบครัว กรมกิจการเด็กและเยาวชน พบว่าการที่บิดามารดานำลูกมาฝากเลี้ยงไว้ยังสถานสงเคราะห์นั้นมีการเซ็นหนังสือยินยอมให้อำนาจการดูแลเด็กเป็นของสถานสงเคราะห์ และพบว่าในทางปฏิบัติ แม้ไม่มีการถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาที่แท้จริงแต่สถานสงเคราะห์โดย

อาศัยการยินยอมดังกล่าวมีสิทธิในการดูแลเด็กในหลายด้านด้วยกันทั้งเรื่องการศึกษาและการอบรมเลี้ยงดู ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าลักษณะการใช้อำนาจนั้นอาจถือเสมือนเป็นการโอนอำนาจปกครองให้กับสถานสงเคราะห์โดยปริยาย ทั้งนี้ มีประเด็นที่น่าสนใจคือการกระทำดังกล่าวเหมาะสมและเพียงพอหรือไม่ เนื่องจากโดยหลักแล้วในเรื่องอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายไทยนั้นการใช้อำนาจปกครองบุตร บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งสามารถใช้อำนาจปกครองโดยลำพังได้แต่จะสละหรือโอนอำนาจปกครองบุตรให้บุคคลอื่นไม่ได้ อำนาจปกครองจะสิ้นสุดลงได้ก็แต่โดยบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น ซึ่งผู้ที่มีอำนาจในการถอนอำนาจปกครองมีเพียงศาล การฝากเลี้ยงเด็กไว้กับสถานสงเคราะห์จึงไม่มีผลให้อำนาจปกครองของบิดามารดาถูกถอนไปแต่อย่างใด

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของอีกสามประเทศพบว่าหลักการของประเทศไทยมีความคล้ายกับประเทศอังกฤษ โดยประเทศอังกฤษไม่ยอมรับการสละหรือโอนอำนาจปกครองไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน แต่ประเทศอังกฤษมีข้อยกเว้นที่ว่า การโอนอำนาจปกครองอาจกระทำได้ตามกรอบที่กฎหมายกำหนด เช่น การโอนอำนาจปกครองบางส่วนให้กับพี่เลี้ยงเด็กโดยไม่จำเป็นต้องร้องขอผ่านศาล และบิดามารดาก็ยังคงไม่หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ แต่ประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา มีหลักการที่ต่างออกไป โดยประเทศญี่ปุ่นมีหลักการโอนอำนาจปกครองตามความเหมาะสมของผู้ใช้อำนาจปกครองกล่าวคือ อำนาจปกครองอาจโอนไปยังบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ และมีหลักการสละอำนาจปกครองได้หากมีความจำเป็น ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกานั้น บิดามารดาอาจสูญเสียสิทธิในการเลี้ยงดูบุตรให้กับบุคคลที่สามได้ โดยในมลรัฐเท็กซัสหากปรากฏว่าผู้เยาว์อยู่กับบุคคลที่สามอย่างยาวนานบุคคลนั้นย่อมร้องขอต่อศาลให้ตนมีอำนาจปกครองผู้เยาว์ได้ อีกทั้งยังปรากฏว่าประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับหลักการสละอำนาจปกครองทั้งโดยสมัครใจและไม่สมัครใจ โดยการตัดอำนาจปกครองโดยสมัครใจหรือการสละอำนาจปกครอง (Voluntarily termination or termination by consent) อาจกระทำได้โดยผู้ใช้อำนาจปกครองได้มีการยื่นคำร้อง ขอให้อำนาจปกครองของตนสิ้นสุดลงได้ โดยต้องมีเหตุอันสมควร (good case) และต้องกระทำเป็นหนังสือ และเป็นไปตามกระบวนการของแต่ละรัฐ (The state code) ได้กำหนดไว้ ส่วนการสิ้นสุดลงของอำนาจปกครองโดยไม่สมัครใจนั้น จะได้อธิบายต่อไป

จากแนวความคิดเรื่องการสิ้นสุดของอำนาจปกครองที่แตกต่างกันนี้ นำไปสู่หลักการทางกฎหมายที่คุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งแตกต่างกันในแต่ละประเทศ เมื่อพิจารณากฎหมายของทั้งสาม

ประเทศ จะพบว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นแม้ไม่ได้บัญญัติเหตุแห่งการถอนอำนาจปกครองไว้ว่ามีเหตุใดบ้าง แต่จะพิจารณาเป็นกรณีโดยยึดถือหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ เมื่อปรากฏว่าผู้ใช้อำนาจปกครองไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจปกครองหรือใช้อำนาจปกครองอย่างไม่เหมาะสม เช่น การไม่เลี้ยงดูบุตร หรือการไม่ยินยอมให้ทำการรักษาบุตรโดยปราศจากเหตุอันสมควร เป็นต้น หรือผู้ใช้อำนาจปกครองมีพฤติกรรมที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ ใดๆ ก็ดี ในส่วนการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งถอนอำนาจปกครองในกฎหมายของอังกฤษ ไม่ได้มีการบัญญัติเหตุในการถอนอำนาจปกครองเอาไว้ แต่ในการพิจารณาคำร้องขอดังกล่าวนั้น ศาลจะคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก และสวัสดิภาพของเด็กเป็นหลัก ประกอบกับพิจารณาแล้วว่าคำสั่งดังกล่าวสามารถคุ้มครองผู้เยาว์ได้ดีกว่า ศาลจึงจะมีการออกคำสั่งถอนอำนาจปกครองตามคำขอนั้น

ส่วนประเทศที่มีความน่าสนใจต่อผู้เขียนอย่างยิ่งในการวางระบบและวิธีการในส่วนของ การตัดอำนาจปกครอง ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น โดยที่ประเทศสหรัฐอเมริกานั้น อำนาจปกครองอาจสิ้นสุดลงได้โดยความสมัครใจหรือไม่สมัครใจของผู้ใช้อำนาจปกครองก็ได้ ซึ่งหลักการสิ้นสุดของอำนาจปกครองโดยไม่สมัครใจนั้น เป็นหลักกฎหมายที่แตกต่างและเป็นแนวคิดของการสิ้นสุดอำนาจปกครองที่ไม่พบในประเทศไทย ประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่น โดยการสิ้นสุดของอำนาจปกครองโดยไม่สมัครใจ (Involuntarily termination or termination by non-consensual) คือ การที่อำนาจปกครองอาจสิ้นสุดลงโดยที่ผู้ใช้อำนาจปกครองไม่สมัครใจยินยอมแต่มีการร้องต่อศาลให้มีคำสั่ง (Court Order) ถอนอำนาจปกครอง ซึ่งเหตุในการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองอาจแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ โดยกล่าวได้ว่า เหตุในการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองของพิติมารดาในแต่ละรัฐนั้น มีความคล้ายคลึงกันและสรุปออกมาได้ดังนี้²⁷⁸

1. การทอดทิ้งบุตร (Abandonment)
2. ความล้มเหลวในการเลี้ยงดูบุตรตามหน้าที่ของพิติมารดาที่มีต่อบุตร (Failure to Provide Parental Support) ใดๆ ก็ตามหากมีเหตุผลอันสมควรที่ทำให้พิติมารดาล้มเหลวในการเลี้ยงดูบุตรตามหน้าที่ ก็ยังไม่ถือเอาความล้มเหลวดังกล่าวมาเป็นเหตุในการถอนอำนาจปกครองได้
3. ความล้มเหลวในการสนับสนุนทางการเงิน (Failure to Provide Financial Support)

²⁷⁸ พรณวดี เพชรพลอย, "การถอนอำนาจปกครองบุตร," หน้า 36-38.

4. ความประพฤติที่ไม่เหมาะสมของบิดามารดา (Unfit Parents) เนื่องจากไม่สามารถดูแลบุตรทั้งทางร่างกาย จิตใจ หรืออารมณ์ของบุตร

5. เมื่อเด็กอยู่ในความอุปถัมภ์ดูแลของบุคคลอื่น (Foster Care Placement) อำนาจปกครองอาจสิ้นสุดลง ในกรณีที่บุตรต้องอยู่ในความอุปถัมภ์ดูแลเนื่องจากบิดามารดามีความประพฤติไม่เหมาะสมหรือเพราะเหตุอื่นอันสมควร

6. เมื่อมีอันตรายร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับบุตร (Egregious Harm to Child) หากบุตรได้รับอันตรายภายใต้การดูแลของบิดามารดา

7. การกระทำความผิดทางอาญา (Conviction of Crime)

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การทอดทิ้งบุตรจึงถือเป็นเหตุในการถอนอำนาจปกครองโดยไม่มีสมัครใจ ในส่วนของแต่ละมลรัฐพบว่า มลรัฐแคลิฟอร์เนียนั้นหากบิดามารดาที่ทอดทิ้งเด็กไปนั้นมีเจตนาที่จะทอดทิ้งเด็กและครอบงำประกอบและเวลาตามที่กฎหมายกำหนด บิดามารดาอาจถูกถอนอำนาจปกครองได้ ซึ่งย่อมทำให้สิทธิหน้าที่ของบิดามารดาที่มีต่อบุตรนั้นสิ้นไป และมลรัฐเท็กซัสทั้งการทอดทิ้งเด็กและการละทิ้งเด็กนั้นล้วนเป็นหนึ่งในฐานของการกระทำที่ศาลอาจถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาของเด็กทั้งสิ้น โดยที่หากเป็นกรณีของการละทิ้งเด็กไปนั้นให้ถือระยะเวลาหนึ่งปีเป็นเกณฑ์ ซึ่งถือว่าบิดามารดานั้นบกพร่องในการดูแลเด็กตามสมควร ส่วนกรณีของการทอดทิ้งเด็กนั้นมีหลักเกณฑ์ว่า หากบิดามารดาได้ทอดทิ้งนั้นให้อยู่ในความดูแลของ Department of Family and Protective Services เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือนและเจ้าหน้าที่ได้ใช้ความพยายามตามสมควรที่จะคืนเด็กให้กับผู้ปกครองแล้ว หรือผู้ปกครองไม่ได้ไปเยี่ยมเยียนหรือติดต่อกับเด็ก หรือพบว่าผู้ปกครองแสดงให้เห็นว่าไม่สามารถที่จะจัดการดูแลให้เด็กมีมีความเป็นอยู่ที่เหมาะสมและปลอดภัยได้ ศาลมักมีคำสั่งเพิกถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาของเด็กในท้ายที่สุด ซึ่งตามกฎหมายของมลรัฐเท็กซัสนั้นไม่พบข้อยกเว้นในการถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา หรือการกลับคืนมาซึ่งอำนาจปกครองของบิดามารดา ในขณะที่บางมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดถึงข้อยกเว้นและการอาจได้กลับคืนมาของอำนาจปกครองของบิดามารดา นอกจากนี้หากพิจารณาหลักการถอนอำนาจปกครองโดยความไม่สมัครใจตามหลักเกณฑ์ในข้อ 5 จะพบว่าเป็นหลักที่ต่างกับแนวทางการดำเนินการในสถานสงเคราะห์ของไทยอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากหากบิดามารดานำเด็กมาฝากไว้ยังสถานสงเคราะห์เป็นระยะเวลานานและไม่ได้ติดต่อบุตรกลับและไม่ยินยอมเซ็น

หนังสือยกบุตรให้กับสถานสงเคราะห์ ในทางปฏิบัติสถานสงเคราะห์ยังคงมองว่าสถานสงเคราะห์ที่ไม่มีอำนาจในการดำเนินการใด ๆ กับเด็กได้อย่างเต็มที่ ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องจากการที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่รองรับว่าอำนาจปกครองของบิดามารดาอาจสิ้นสุดลงได้เพราะเหตุของการนำเด็กมาฝากเลี้ยงยังสถานสงเคราะห์

ในประเทศญี่ปุ่นนั้นการตัดอำนาจปกครองด้วยเหตุแห่งการทอดทิ้งเด็กจะบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 834²⁷⁹ แต่มีการแบ่งระดับของความรุนแรงต่างกันตามระยะเวลาและพฤติการณ์ของบิดามารดา ดังนี้

ระยะแรก หากปรากฏว่ามีการทอดทิ้งบุตรไปและมีได้มีกลับมาเลี้ยงดูบุตร เมื่อมีการร้องขอศาลสามารถพิจารณาตามแต่กรณีเพื่อออกคำสั่งระงับการใช้อำนาจปกครองชั่วคราวเพียงช่วงเวลาหนึ่งสั้น ๆ ทั้งนี้บิดามารดา ยังคงมีหน้าที่ในฐานะของบิดามารดาอยู่ตามกฎหมาย โดยคำสั่งระงับอำนาจปกครองนั้นอาจถูกศาลกำหนดเป็นเวลานาน โดยกำหนดระยะเวลาถึงสองปี โดยจะมีการอนุญาตให้สถาบันที่เกี่ยวข้องกับสถาบันครอบครัวสามารถแทรกแซงเพื่อแนะนำวิธีการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบิดามารดา สามารถช่วยให้บิดามารดาเข้าใจได้ว่าต้องปฏิบัติตัวอย่างไรภายในระยะเวลาที่กำหนด เพื่อปรับทัศนคติและพฤติกรรมของตนในการดูแลเด็กและเพื่อฟื้นฟูความสัมพันธ์กับเด็กได้ อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีฉุกเฉินเคยปรากฏว่า ศาลครอบครัวคดีหนึ่งได้มีคำวินิจฉัยให้ระงับสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาในขั้นสุดท้าย และได้แต่งตั้งทนายความเป็นตัวแทนเบื้องต้นให้เด็กเมื่อบิดามารดาปฏิเสธที่จะให้ความยินยอมให้รับการรักษาพยาบาลที่จำเป็นและเร่งด่วนสำหรับเด็ก เกณฑ์สองปีจึงสามารถขยายออกไปได้ตามข้อเท็จจริง

ระยะที่สอง หากศาลครอบครัวออกคำวินิจฉัยให้ระงับสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองชั่วคราวเป็นเวลาสูงสุดสองปีแล้วแต่พบว่าผู้ปกครองยากที่จะดำเนินการตามสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองหรือไม่ใช่บุคคลที่เหมาะสมที่เด็ก ญาติของเด็ก ผู้พิทักษ์ (เมื่อมีการระงับอำนาจปกครองชั่วคราว มีความจำเป็นที่จะต้องขอต่อศาลเพื่อตั้งผู้พิทักษ์เด็ก เช่นเดียวกับเมื่อบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครอง) หรือผู้บังคับบัญชาของผู้พิทักษ์ อัยการและผู้อำนวยการแผนกเด็กของหน่วยงานท้องถิ่นมี

²⁷⁹ Article 834 of Japan Civil Code

สิทธิ์ยื่นคำร้องต่อศาลครอบครัวเพื่อวินิจฉัยเพิกถอนอำนาจปกครองได้ สำหรับตัวอย่างของกรณีที่เกิดขึ้นในการตัดอำนาจปกครองของบิดามารดานั้นเช่นกรณีที่บิดาได้ทิ้งบุตรไป โดยให้บุตรนั้นอาศัยอยู่กับยายเป็นเวลา 7 ปี จึงเป็นเหตุให้ศาลมีคำสั่งตัดอำนาจปกครองของบิดา

4.4 การปรับใช้หลัก Primary Consideration และ หลัก Paramount Consideration ในการตัดอำนาจปกครองหรือสิทธิของความเป็นบิดามารดา(Parental Rights) และในการออกมาตรการคุ้มครองเด็ก

ก่อนอื่นหลักการนี้จะไม่นำประเทศสหรัฐอเมริกามาเปรียบเทียบกับเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ยึดหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักในการพิจารณากรณีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับเด็ก แต่มีหลักการอื่นที่เทียบเท่าหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในหัวข้อ 4.5

จากการศึกษาพบว่า ในประเทศไทยการที่ศาลมีคำสั่งถอนอำนาจปกครองนั้นอาจเป็นกรณีการถอนอำนาจปกครองทั้งหมด หรือเป็นแต่เพียงการถอนอำนาจปกครองบางส่วนก็ได้ โดยเมื่อถูกถอนอำนาจปกครองทั้งหมด จะไม่สามารถใช้อำนาจปกครองต่อได้อีกต่อไป แต่หากเป็นการถอนอำนาจปกครองเพียงบางส่วนนั้น ศาลจะมีการกำหนดอย่างชัดเจนในคำสั่งว่าจะถอนอำนาจปกครองในเรื่องใดบ้าง ส่งผลให้ในเรื่องการใช้อำนาจปกครองในเรื่องอื่น ๆ ผู้ใช้อำนาจปกครองก็ยังสามารถใช้อำนาจปกครองส่วนที่ไม่ถูกเพิกถอนนั้นได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลมีคำสั่งถอนอำนาจปกครองไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน คำสั่งดังกล่าวหาได้กระทบในเรื่องการติดต่อกับผู้เยาว์ บิดามารดา ยังคงมีสิทธิในการติดต่อกับผู้เยาว์ได้ตามสมควรและยังคงมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรต่อไป มิได้พ้นจากหน้าที่ดังกล่าวเนื่องจากถูกถอนอำนาจปกครองนั้นด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการปรับใช้หลักการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งที่มีความสำคัญลำดับแรก (Primary Consideration) ซึ่งสามารถนำมาพิจารณาในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการใช้อำนาจของผู้ใช้อำนาจปกครองเพื่อพิจารณาว่าผู้ใช้อำนาจปกครอง ควรใช้อำนาจปกครองได้มากน้อยเพียงใดที่จะเพียงพอเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยจะพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างสิทธิในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองและประโยชน์ของเด็ก

อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าการกระทำอันเป็นเหตุให้ต้องมีการถอนอำนาจปกครองนั้นมีความร้ายแรง สถานการณ์ที่เป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กจะถูกพิจารณาเป็นคุณค่าสำคัญที่ต้องยึดถือ

เพียงประการเดียวเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพความปลอดภัยของเด็ก อันหมายถึงรวมถึงความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพของเด็ก เช่น การทำร้ายร่างกาย การกักขังลงโทษเกินสมควร การกระทำทางเพศต่อเด็ก กรณีลักษณะเช่นว่านี้จะต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งสำคัญสูงสุด (Paramount Consideration) เพื่อเป็นการพิทักษ์คุ้มครองชีวิตและสวัสดิภาพของเด็ก อันเป็นคุณค่าสูงสุดของมนุษย์ที่ควรได้รับการคุ้มครอง ซึ่งการทอดทิ้งเด็กนั้นอาจถือเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจปกครองที่มีลักษณะเป็นการกระทำอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเด็ก แต่การพิจารณาส่วนนี้ต้องมีการวิเคราะห์ถึงความหมายและนิยามที่ชัดเจนของการทอดทิ้งเด็กก่อนว่ามีลักษณะเช่นไรและร้ายแรงเพียงใด ซึ่งจากการศึกษาจะเห็นได้ชัดที่สุดว่าประเทศอังกฤษมีการแบ่งระดับความรุนแรงของการกระทำอันอาจกระทบต่อเด็กและเป็นการปรับใช้หลัก Paramount Consideration การที่เจ้าหน้าที่พบเจอเด็กที่สมควรได้รับความช่วยเหลือ นั้น เจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการสอบสวนเพื่อขอออกคำสั่งคุ้มครองเด็กกรณีฉุกเฉิน (Emergency Protection Order) ทั้งนี้จะมีการประเมิน และต้องกระทำให้เสร็จสมบูรณ์ภายใน 35 วันนับแต่วันที่ได้มีการประชุมหารือโดยเจ้าพนักงาน และจะต้องจัดทำแผนการดูแลสำหรับเด็กและครอบครัวเพื่อกำหนดลักษณะการดูแลเด็กที่เหมาะสมซึ่งส่วนนี้จะเป็นการใช้หลัก Primary Consideration ก่อนเป็นพื้นฐาน แต่หากมาตรการนั้นไม่ประสบผลสำเร็จหรือไม่สามารถแก้ไขปัญหาหรือขจัดอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็ก Children Act 1989 มาตรา 31²⁸⁰ ได้มีการกำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือผู้มีอำนาจ หรือบุคคลใด ๆ ที่ได้รับอนุญาตตามคำสั่งของปลัดกระทรวงและเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสามารถร้องขอต่อศาลโดยใช้วิธีพิจารณาคดีครอบครัว เพื่อขอให้มีการคุ้มครองประโยชน์ของเด็กโดยการออกเป็นคำสั่งดูแล (Care Order) หรือคำสั่งกำกับดูแล (Supervision Order) ซึ่งการออกคำสั่งนี้จะเป็นการปรับใช้หลัก Paramount Consideration เพราะศาลได้วางแนวทางไว้เพื่อคุ้มครองเด็กโดยพิจารณาจากผลกระทบทางด้านร่างกายและจิตใจที่เด็กได้รับ เนื่องจากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเด็กกำลังตกอยู่ในสภาวะยากลำบากหรือคล้ายกับว่าจะตกอยู่ในสภาวะยากลำบาก หรืออยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรง สำหรับกรณีการทอดทิ้งเด็กในประเทศอังกฤษนั้นไม่ใช่ทุกกรณีที่ศาลจะปรับใช้หลัก Paramount Consideration แต่ต้องเป็นกรณีร้ายแรงเช่น การที่มารดาทอดทิ้งทารกซึ่งเพิ่งคลอดได้เพียงสองถึง

²⁸⁰ Children Act 1989 Article 31 (1) and (2)

สามวันโดยที่เด็กนั้นมีอาการเจ็บป่วยไว้ที่บ้านโตของศูนย์สาธารณสุข โดยไม่อาจสืบทราบได้ว่าครอบครัวของเด็กอยู่ที่ใด

หลัก Paramount Consideration ที่นำมาปรับใช้ในประเทศอังกฤษดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับกรณีของประเทศญี่ปุ่นในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินตามมาตรา 28²⁸¹ แห่งพระราชบัญญัติสวัสดิภาพเด็ก (Child Welfare Act) นอกจากการเพิกถอนหรือระงับสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองเพื่อสวัสดิการของผู้เยาว์แล้ว ยังมีมาตรการเพื่อคุ้มครองเด็กอย่างเร่งด่วน เมื่อหน่วยงานของรัฐ เช่น รัฐบาลท้องถิ่น ตรวจพบกรณีล่วงละเมิดเด็ก หน่วยงานนั้นต้องดำเนินการตามขั้นตอนฉุกเฉินเพื่อคุ้มครองและแยกเด็กที่ตกเป็นเหยื่อจากผู้ปกครองที่กระทำความผิด ผู้อำนวยการศูนย์แนะแนวเด็กอาจรับเด็กไว้ในความดูแล หรือผู้ว่าราชการส่วนท้องถิ่นมีสิทธิรับเด็กเข้าในสถาบันพิเศษ เช่น บ้านอุปถัมภ์หรือบ้านเด็ก ในกรณีหลังนี้ ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจสั่งให้เข้ารับการรักษาดูแลเพื่อปกป้องเด็กจากผู้ปกครอง เนื่องจากพวกเขายังคงมีสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครอง ดังนั้น ในบางกรณี ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงจำเป็นต้องยื่นคำร้องขอเพิกถอนหรือระงับสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครอง เพื่อให้เด็กสามารถเข้าบ้านเด็กได้ ทั้งนี้ เมื่อผู้ว่าราชการส่วนท้องถิ่นรับทราบการมีอยู่หรือมีความเป็นไปได้สูงที่บิดามารดาจะประพฤตินิยมชอบต่อผู้เยาว์ และวินิจฉัยว่าควรดำเนินการในทันทีเพื่อช่วยชีวิตผู้เยาว์ ให้มีอำนาจลงมติให้ส่งผู้เยาว์ไปอยู่ในสถานที่ปลอดภัยและสถานที่ที่เหมาะสมใน หากผู้ปกครองไม่ยินยอมให้มีการลงมติ หน่วยงานท้องถิ่นมีสิทธิ์นำคดีไปสู่ศาลครอบครัว

สำหรับแนวทางการปรับใช้หลัก Paramount Consideration ในประเทศไทยผู้เขียนมองว่าในกรณีของการตัดอำนาจปกครองนั้น ยังไม่ชัดเจน เพราะการพิจารณาตัดอำนาจปกครองโดยอาศัยข้อเท็จจริงตามมาตรา 1582 วรรคแรก²⁸² ศาลยังมีดุลยพินิจและอาจตัดอำนาจปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ ซึ่งต้องดูข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

²⁸¹ Article 28 of Japanese Child Welfare Act

²⁸² มาตรา 1582 ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถโดยคำสั่งของศาลก็ดี ใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับตัวผู้เยาว์โดยมิชอบก็ดี ประพฤติชั่วร้ายก็ดี ในกรณีเหล่านี้ศาลจะสั่งเอง หรือจะสั่งเมื่อญาติของผู้เยาว์หรืออัยการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองเสียบางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้...

4.5 การคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งภายใต้หลักการอื่นซึ่งเทียบเท่าหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

จากการศึกษาพบว่า ประเทศญี่ปุ่นและประเทศอังกฤษยึดหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นเกณฑ์หลักในการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนพบหลักการที่น่าสนใจในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ หลัก “ความไม่เหมาะสม” (Unfitness) ที่ศาลสหรัฐใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กเสมอมาแทนหลัก The Best Interest of the Child ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยหลักการสำคัญที่สกัดได้จากคำพิพากษาดังกล่าวนั้นมีหลักการว่า “หากบิดาหรือมารดาไม่เหมาะสม รัฐสามารถแยกเด็กออกจากบิดามารดาได้”

แม้ประเทศสหรัฐอเมริกามีได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) แต่กฎหมายในเรื่องการคุ้มครองเด็กของประเทศไทยไม่ได้ยิ่งหย่อนไปกว่ากฎหมายของประเทศอื่น เพราะประเทศไทยมีการพัฒนาการในเรื่องดังกล่าวในแบบฉบับของตนเอง ตัวอย่างของการตัดสินตามหลัก “ความไม่เหมาะสม” (Unfitness) นั้นปรากฏในคดี Stanley v. Illinois 1972 โดยที่คดีนี้ ศาลสูงสุดของสหรัฐตัดสินว่า การที่กฎหมายมลรัฐอิลลินอยส์ที่ไม่อนุญาตให้บิดาที่ไม่จดทะเบียนสมรสดูแลและปกครองบุตรภายหลังจากที่มารดาเสียชีวิตโดยไม่เปิดโอกาสให้บิดาพิสูจน์ว่าตนเองไม่เหมาะสมอย่างไร (Unfitness) เป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หมายความว่า บิดามีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะปกครองดูแลบุตรของตนเว้นแต่บิดาจะไม่มีความเหมาะสม โดยศาลมิได้ใช้หลักเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็กมาพิจารณา ดังนั้น ผู้ปกครองในมลรัฐอิลลินอยส์จึงมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะได้รับการไต่สวนเรื่องความเหมาะสมก่อนที่ตนจะถูกเพิกถอนอำนาจปกครองบุตร

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่ถูกทอดทิ้ง โดยศึกษาตั้งแต่เรื่องหลักการและแนวความคิดขั้นพื้นฐานตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันตลอดจนวิวัฒนาการของระบบกฎหมายของแต่ละประเทศเพื่อให้เห็นภาพกว้างของระบบกฎหมาย ทำให้สามารถวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในบทที่ 4 ในบทนี้จะเป็นการสรุปและการเสนอข้อเสนอนี้เพื่อปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้มีความชัดเจนและคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งอย่างเพียงพอ และครอบคลุมข้อเท็จจริงในทุกกรณี เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงของสังคมไทย

5.1.1 การนิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการนิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งนั้น ปัจจุบันกฎหมายไทยไม่มีการบัญญัติความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้ ไม่ว่าจะเป็นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ในขณะที่กฎหมายต่างประเทศที่ทำการศึกษาคือประเทศสหรัฐอเมริกา โดยศึกษามลรัฐแคลิฟอร์เนียร์ มลรัฐเท็กซัส ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น มีการบัญญัติความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งในลักษณะที่ต่างกัน จากการศึกษาสามารถสรุปลักษณะของการนิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งได้ ดังนี้

5.1.1.1 การกำหนดนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้งโดยตรง

ประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งมลรัฐแคลิฟอร์เนียร์และมลรัฐเท็กซัสมีการนิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้โดยได้กำหนดทั้งพฤติการณ์การทอดทิ้งและระยะเวลาแห่งการทอดทิ้ง ตลอดจนการนิยามเกณฑ์อายุที่เด็กจะได้รับความคุ้มครองว่าสิ้นสุดที่อายุเท่าใดไว้โดยตรงในกฎหมาย ซึ่งแม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Common Law แต่การบัญญัติกฎหมายในเรื่องเด็กที่ถูกทอดทิ้งนี้มีความชัดเจนในลักษณะที่เป็นลายลักษณ์อักษรและครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคมของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งตามกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียร์กฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนียร์ (California Family Code) มาตรา 7822 ได้บัญญัติว่า “หากเด็กนั้นผู้ปกครองได้

ทอดทิ้งไปหรือให้เด็กอยู่ในความดูแลของบุคคลอื่น หรือผู้ปกครองอื่นเป็นระยะเวลาหกเดือน หรือหนึ่งปี แล้วแต่กรณี โดยปราศจากการดูแลสนับสนุนจากบิดามารดาที่แท้จริง หรือไม่ได้รับการติดต่อจากผู้บิดามารดาเลย สามารถสรุปได้ว่าเป็นการที่เด็กนั้นถูกทอดทิ้งตามมาตรา ๓๓ นอกจากนี้ในส่วนของมลรัฐเท็กซัส มีการจัดประเภทและนิยามความหมายของ “เด็กที่ถูกทอดทิ้ง” และ “เด็กที่ถูกละเลย” ไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ ตาม House Bill No. 3423 อนุญาตให้ผู้ปกครองสามารถนำทารกแรกเกิดอายุไม่เกิน 60 วันมอบให้กับบุคลากรทางการแพทย์ โดยไม่จำเป็นต้องเปิดเผยตัวตนและปราศจากการถูกฟ้องร้องเป็นคดีความ เมื่อได้รับเด็กไว้ในความดูแล กฎหมายกำหนดให้ศูนย์บริการทางการแพทย์ฉุกเฉิน สามารถดำเนินการใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อปกป้องสุขภาพร่างกายและความปลอดภัยของเด็ก ซึ่งเด็กจะถูกจัดประเภทเป็น “เด็กที่ถูกทอดทิ้ง” (Abandoned Children) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Safe Haven law ส่วน “เด็กที่ถูกละเลย” Neglect Children นั้นมีการกำหนดลักษณะของพฤติกรรมที่ใช้พิจารณาการละเลยเด็กคล้ายกับลักษณะของการบัญญัติเรื่องความผิดฐานทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย โดยตามกฎหมายของมลรัฐเท็กซัส กำหนดไว้ดังนี้

“(i) การทิ้งเด็กในสถานการณ์ที่อันคาดหมายได้ว่าเด็กจะได้รับความเสี่ยงอย่างมากทั้งต่อการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ และบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้มีหน้าที่ดูแลเด็กมีเจตนาชัดเจนที่จะไม่กลับมารับเด็กไป

(ii) บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการดังต่อไปนี้:

(a) การวางเด็กไว้หรือล้มเหลวในการนำเด็กออกจากสถานการณ์ที่คาดหมายได้ว่าอาจส่งผลให้เด็กเกิดการบาดเจ็บทางร่างกาย อย่างกะทันหัน

(b) ไม่จัดหาการดูแลสุขภาพทางการแพทย์สำหรับเด็กโดยความล้มเหลวในการจัดหาดังกล่าวส่งผลให้เด็กมีความเสี่ยงอย่างมากต่อการเสียชีวิต เสียโฉม หรือบาดเจ็บต่อร่างกาย หรืออาจส่งผลให้การเจริญเติบโตและพัฒนาการของเด็กผิดปกติ

(c) ไม่สามารถจัดหาอาหารเสื้อผ้าหรือที่พักพิงที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตหรือสุขภาพของเด็ก รวมถึงความสามารถสนับสนุนทางการเงิน เว้นแต่จะมีการดูแลโดยทางอื่น

(d) จัดให้เด็กอยู่ในหรือไม่สามารถเอาเด็กออกจากสถานการณ์ที่เด็กจะต้องเสี่ยงต่อการละเมิดหรืออันตรายทางเพศ

(e) วางเด็กไว้ในหรือไม่สามารถเอาเด็กออกจากสถานการณ์ที่เด็กจะต้องเผชิญกับการกระทำหรือการละเว้นที่ถือเป็นการละเมิดภายใต้หลักเกณฑ์ตามกฎหมาย

(iii) ผู้รับดูแลเด็กล้มเหลวในการดูแลหรือจัดการสวัสดิการของเด็กที่หนีออกจากบ้าน หรือเด็กไม่มีบ้าน โดยให้เด็กกลับไปยังบ้านที่ขาดการดูแลที่จำเป็น

(iv) การกระทำโดยประมาทหรือการละเว้นของพนักงานอาสาสมัครหรือบุคคลอื่นที่ทำงานภายใต้โครงการช่วยเหลือ หรืออุปถัมภ์เด็ก รวมถึงการไม่ปฏิบัติตามแผนการรักษาส่วนบุคคล แผนการดูแล หรือแผนการบริการเฉพาะบุคคลที่ก่อให้เกิดหรืออาจก่อให้เกิดอันตรายทางอารมณ์อย่างรุนแรงหรือการบาดเจ็บทางร่างกายหรือการเสียชีวิตของเด็กที่อยู่ภายใต้โครงการช่วยเหลือหรืออุปถัมภ์”

5.1.1.2 การกำหนดนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้งโดยอ้อม

ประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่นเป็นสองประเทศที่ไม่ได้นิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้แบบตรงตัวในกฎหมาย แต่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาเด็กที่ถูกทอดทิ้งในแง่ของผลของการทอดทิ้งเด็ก (ประเทศญี่ปุ่น) และการออกมาตรการคุ้มครองเด็กเมื่อถูกทอดทิ้ง (ประเทศอังกฤษ)

ประเทศอังกฤษ กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าเด็กที่อยู่ในสถานการณ์ถูกทอดทิ้ง จะต้องได้รับการคุ้มครองโดย The Adoption and Children’s Act (2002) ซึ่งบัญญัติว่าเด็กที่ถูกทอดทิ้งโดยตำรวจไม่สามารถติดตามผู้ปกครองเด็กได้ เด็กจะต้องขึ้นทะเบียนในทะเบียนเด็กที่ถูกทอดทิ้ง (Abandoned Children Register) นอกจากนี้ยังปรากฏการพิจารณาพฤติการณ์การทอดทิ้งเด็กโดยอ้อมในการกำหนดหลักเกณฑ์หนึ่งในการออกคำสั่งตามมาตรา 31 ของ Children Act 1989 เพื่อคุ้มครองเด็ก โดยเมื่อมีการร้องขอคำสั่งดูแล (Care Order) หรือคำสั่งกำกับดูแล (Supervision Order) ต่อศาล ศาลของประเทศอังกฤษกำหนดว่าเด็กต้องเข้าหลักเกณฑ์ “เด็กที่อยู่ในสภาพยากลำบากหรือคล้ายกับว่าจะตกอยู่ในสภาวะยากลำบาก” หรือ “อยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรง” โดย กรณีตัวอย่างที่เคยเกิดขึ้นได้แก่

1. เด็กถูกทอดทิ้งในลักษณะที่มารดาทอดทิ้งทารกซึ่งเพิ่งคลอดได้เพียงสองถึงสามวันไว้โดยที่เด็กนั้นมีอาการเจ็บป่วยไว้ที่บันไดของศูนย์สาธารณสุข โดยไม่อาจสืบทราบได้ว่าครอบครัวของเด็กอยู่ที่ใด ศาลถือว่าเด็กที่อยู่ในสภาพยากลำบากหรือคล้ายกับว่าจะตกอยู่ในสภาวะยากลำบาก

2. หากบิดามารดาไม่สามารถดูแลเลี้ยงดูเด็กให้มีพัฒนาการเทียบเท่าเด็กทั่วไปทั้งด้านร่างกาย พัฒนาการและจิตใจ โดยการที่บิดามารดานั้นทอดทิ้งไม่ดูแลเอาใจใส่ ศาลถือว่าเด็กอยู่ภายใต้อันตรายอย่างร้ายแรงแล้ว

ส่วนประเทศญี่ปุ่น ปรากฏใน มาตรา 834 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งได้ระบุถึงกรณีที่บิดามารดาอาจถูกเพิกถอนอำนาจปกครอง โดยหนึ่งในสาเหตุสำคัญนั้นคือ บิดาหรือมารดาได้ทอดทิ้งบุตรโดยไม่สุจริตและไม่ได้กลับมาเลี้ยงดูอุปการะตามหน้าที่ที่ตนพึงกระทำในฐานะบิดามารดามารดา ทั้งนี้หากภายในระยะเวลาสองปีนับแต่มีการร้องขอต่อศาลเพื่อขอถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา บิดามารดาไม่มีการปรับปรุงพฤติกรรม ศาลย่อมสั่งถอนอำนาจปกครองได้

5.1.2 หน้าที่ของเด็กที่ถูกทอดทิ้งในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา

ประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาไว้ในมาตรา 1563 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ไม่มีข้อยกเว้นบัญญัติไว้ในกฎหมาย เมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศอังกฤษ มลรัฐเท็กซัส และมลรัฐแคลิฟอร์เนียของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น พบว่า กฎหมายของแต่ละประเทศมีแนวคิดที่แตกต่างกันในเรื่องหน้าที่ของบุตรที่ต้องเลี้ยงดูบิดามารดา และไม่ได้เป็นไปในลักษณะเคร่งครัดเหมือนกับกฎหมายครอบครัวของไทย โดยในบางประเทศมีการกำหนดข้อยกเว้นการทำหน้าที่เลี้ยงดูบิดามารดาของบุตรหากปรากฏว่าบิดามารดาไม่ได้เลี้ยงดูบุตรอย่างเหมาะสม

ประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายที่กำหนดให้เด็กที่โตเป็นผู้ใหญ่ต้องเลี้ยงดูบิดามารดาในวัยชรา และจากการศึกษา โดยอ้างอิงจาก Jonathan Herring ผู้เขียนหนังสือกฎหมายครอบครัวของประเทศอังกฤษ²⁸³ พบว่าในประเทศอังกฤษมีแนวคิดโต้แย้งการกำหนดหน้าที่ให้บุตรต้องเลี้ยงดูบิดามารดาสี่ประการคือ

ประการแรกคือ แม้การเลี้ยงดูบุตรอาจเป็นเหตุให้บิดามารดาอ่อนแอลง แต่สุขภาพของบิดามารดาไม่อาจอ้างได้ว่าเสื่อมถอยลงเพราะการเลี้ยงดูบุตรอย่างเดียวเท่านั้น ดังนั้นจึงไม่อาจใช้อ้างว่าบุตรจะต้องมีหน้าที่ในการดูแลบิดามารดา

²⁸³ Jonathan Herring, *Family Law*. p.58-60

ประการที่สอง ความรักไม่อาจเป็นพื้นฐานของภาระหน้าที่ในการเลี้ยงดูบิดามารดา

ประการที่สาม หากอ้างถึงสัญญาโดยพฤตินัยนี้ เด็กย่อมไม่สามารถยินยอมทำสัญญาดังกล่าวได้ตั้งแต่แรกเกิด จึงไม่สามารถสันนิษฐานได้ว่าเด็กจะตกลงทำสัญญายินยอมที่จะเลี้ยงดูบิดามารดา แต่การอ้างฐานของสัญญาเป็นเรื่องที่มีการถกเถียงเป็นอย่างมากเช่นเดียวกัน

ประการที่สี่ เป็นประเด็นเรื่องการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันมากกว่าการมองว่าเป็นหน้าที่ โดยกฎหมายอาจจะกำหนดให้บิดามารดาร้องขอการดูแลจากบุตรได้ แต่ความคิดที่ว่าบุตรมีหน้าที่จะต้องให้การดูแลสนับสนุนบิดามารดาเป็นคนละเรื่องกัน ซึ่งแตกต่างกันโดยนัยยะของคำว่า “สิทธิ” ของบิดามารดา และ “หน้าที่” ของบุตร

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีการกำหนดให้บุตรต้องเลี้ยงดูบิดามารดาเช่นกัน แต่เป็นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะของการดูแลบิดามารดาตามความเหมาะสมเมื่อบิดามารดาชราภาพซึ่งหลักการนี้ไม่ได้มีการยอมรับในทุกรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมลรัฐเท็กซัสที่ทำการศึกษาดูโดยอาศัยคำตัดสินของศาลพบว่าไม่มีการรับหลักการนี้ แต่มลรัฐแคลิฟอร์เนียมีการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Family Code) โดยเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่บิดามารดาสามารถเรียกร้องให้บุตรดูแลตามสมควรได้ในกรณีที่บิดามารดานั้นมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการช่วยเหลือและไม่สามารถดูแลตนเองได้

ในขณะที่ประเทศญี่ปุ่นไม่มีการบัญญัติเป็นกฎหมายในเรื่องนี้ว่าเป็นหน้าที่ของบุตรในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา แต่เรื่องนี้ถูกมองว่าเป็นสวัสดิการสังคม เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายว่าด้วยการประกันการดูแลระยะยาว (The Long-term Care Insurance Scheme) ซึ่งจะให้ความช่วยเหลือกับองค์กรที่จัดการดูแลเกี่ยวกับผู้สูงอายุ

โดยสรุป จากการศึกษาพบว่า นอกจากกฎหมายครอบครัวของไทยแล้ว ประเทศอื่น ๆ ที่ศึกษามีได้มีกฎหมายบัญญัติในลักษณะที่ให้บุตรต้องมีหน้าที่เลี้ยงดูบิดามารดาในลักษณะที่เคร่งครัด แต่มุมมองต่อเรื่องดังกล่าวจะถูกมองในแง่ของสิทธิของบิดามารดาที่ควรได้รับตามความเหมาะสม มิใช่หน้าที่ของบุตร อย่างไรก็ตามส่วนของประเทศญี่ปุ่นผู้เขียนมองว่านอกจากการมองในมุมของสิทธิแล้ว ยังเป็นการกำหนดให้รัฐมีอำนาจเข้ามาจัดการดูแลสวัสดิการของผู้สูงอายุแทนการให้ภาคประชาชน

ดูแลซึ่งกันและกันซึ่งแตกต่างจากแนวความคิดจารีตประเพณีของสังคมไทยอันเป็นที่มาของกฎหมาย มาตรา 1563

5.1.3 การพิจารณาตัดอำนาจปกครองหรืออำนาจของความเป็นบิดามารดา (Parental Rights) ด้วยเหตุแห่งการทอดทิ้งเด็ก

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยและประเทศอังกฤษมีความคล้ายคลึงกันในเรื่องของการ ถอนอำนาจปกครองด้วยเหตุแห่งการทอดทิ้งเด็ก เนื่องจากไม่ได้มีการบัญญัติว่าการทอดทิ้งเด็กเป็น หนึ่งในเหตุที่จะมีการยื่นขอถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาไว้แบบตรงตัวและให้เป็นเรื่องของดุลย พินิจของศาล ซึ่งมีความสัมพันธ์กับแนวความคิดเรื่องการสิ้นสุดของอำนาจปกครองเนื่องจากทั้ง ประเทศไทยและประเทศอังกฤษไม่ยอมรับหลักการโอนหรือสละอำนาจปกครอง เว้นแต่จะเป็นไป ตามที่กฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ตามประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นมีความแตกต่างจากประเทศไทยและ ประเทศอังกฤษเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักการสละซึ่งอำนาจปกครองด้วยความสมัครใจ และหลักการสละซึ่งอำนาจปกครองด้วยความไม่สมัครใจ ส่วนประเทศญี่ปุ่นมีหลักการสละอำนาจ ปกครองเมื่อมีเหตุจำเป็นได้ ทำให้ทั้งสองประเทศมีการบัญญัติกฎหมายว่าการทอดทิ้งเด็กถือเป็นเหตุ หนึ่งที่จะใช้เพิกถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาได้ โดยผู้เขียนสรุปหลักการตัดอำนาจปกครองของ ทั้งสองประเทศได้ดังต่อไปนี้

5.1.3.1 หลักการสิ้นสุดของอำนาจปกครองโดยไม่สมัครใจ (Involuntarily termination or termination by non-consensual)

ประเทศสหรัฐอเมริกานอกจากจะมีหลักการสละซึ่งอำนาจปกครองด้วยความสมัครใจแล้วยัง มีหลักการสำคัญที่ส่งผลโดยตรงต่อการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ซึ่งแตกต่างจาก ประเทศอื่นที่เรียกว่า “หลักการสิ้นสุดของอำนาจปกครองโดยไม่สมัครใจ (Involuntarily termination or termination by non-consensual)” ซึ่งเป็นหลักการที่อำนาจปกครองนั้นอาจ สิ้นสุดลงได้แม้ผู้ใช้อำนาจปกครองไม่สมัครใจยินยอม หลักการนี้จะต้องเกิดการร้องขอต่อศาลเพื่อให้ ออกคำสั่งถอนอำนาจปกครองและจากการศึกษาพบว่า ในแต่ละรัฐนั้นมีเหตุที่บัญญัติไว้ต่างกันออกไป แต่โดยภาพรวมแล้ว การทอดทิ้งบุตรเกิดขึ้นจากการที่บิดามารดามีเจตนาทอดทิ้งบุตรของตน หรือ

ปฏิเสธที่จะเลี้ยงดูบุตร หรือ ไม่สามารถให้การสนับสนุนบุตรด้านการเงินได้ รวมถึงกรณีที่ได้เกิดอยู่ในความอุปถัมภ์ดูแลของบุคคลอื่น (Foster Care Placement) อำนาจปกครองอาจสิ้นสุดลงได้

จากการศึกษากฎหมายทั้งมลรัฐเท็กซัสและมลรัฐแคลิฟอร์เนียร์ ทั้งสองมลรัฐถือว่าการทอดทิ้งเด็ก รวมถึงการละเลยเด็ก (ปรากฏในกฎหมายมลรัฐเท็กซัส) ล้วนเป็นเหตุที่จะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาได้ โดยมลรัฐแคลิฟอร์เนียร์อาศัยทั้งเรื่องเจตนาและระยะเวลาประกอบการพิจารณา กล่าวคือ ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียร์จะถือว่าการที่บิดามารดาทอดทิ้งบุตรไปเป็นระยะเวลา 6 เดือนติดต่อกัน หรือถ้าบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทิ้งบุตรให้อยู่ในความดูแลของบุคคลอื่นเป็นระยะเวลา 1 ปี ถือได้ว่าครบเกณฑ์ระยะเวลาที่จะร้องขอต่อศาลเพื่อถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา หรือบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ แล้วแต่กรณี ส่วนในมลรัฐเท็กซัสกรณีของเด็กที่ถูกทอดทิ้งจะมีขั้นตอน กระบวนการ สถานที่ที่กำหนดไว้ ซึ่งหากบิดามารดานำเด็กมาไว้ยังสถานที่สำหรับการทอดทิ้งและเจ้าหน้าที่ได้ส่งต่อเด็กไปยัง Department of Family and Protective Services และเด็กได้รับการดูแลโดย ยัง Department of Family and Protective Services เป็นระยะเวลานานกว่า 6 เดือน จะมีการร้องขอต่อศาลและศาลมักจะถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาของเด็ก ส่วนกรณีการละเลยนั้น หากปรากฏพฤติการณ์ต่าง ๆ อันแสดงถึงการละเลยเด็ก และระยะเวลาของการกระทำเหล่านั้นเมื่อครบหนึ่งปี ย่อมสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาเด็กได้

ข้อสังเกตประการหนึ่งของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องการถอนอำนาจปกครองโดยไม่สมัครใจคือ ในบางมลรัฐอำนาจปกครองของบิดามารดาอาจได้กลับคืนมาในภายหลังเมื่อมีเหตุตามที่กฎหมายในแต่ละรัฐกำหนดไว้

5.1.3.2 การชะลอการตัดอำนาจปกครองของบิดามารดา

จากการศึกษา ผู้เขียนสามารถสรุปแนวความคิดในการตัดอำนาจปกครองของบิดามารดาในกฎหมายครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่บัญญัติในลักษณะการชะลอการตัดอำนาจปกครองของบิดามารดา กล่าวคือ

ระยะแรก หากปรากฏว่ามีการทอดทิ้งบุตรไปและมีได้มีกลับมาเลี้ยงดูบุตร เมื่อมีการร้องขอศาลสามารถพิจารณาตามแต่กรณีเพื่อออกคำสั่งระงับการใช้อำนาจปกครองชั่วคราวเพียงช่วงเวลา

หนึ่งสั้น ๆ หรือยาวนานได้ถึงสองปี อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีฉุกเฉินเคยปรากฏว่า ศาลครอบครัวคดีหนึ่งได้มีคำวินิจฉัยให้ระงับสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาในชั้นสุดท้ายเมื่อครบระยะเวลาสองปี

ระยะที่สอง หากศาลครอบครัวออกคำวินิจฉัยให้ระงับสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองชั่วคราวเป็นเวลาสูงสุดสองปีแล้วแต่พบว่าผู้ปกครองยากที่จะดำเนินการตามสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองหรือไม่ใช่บุคคลที่เหมาะสม เด็ก ญาติของเด็ก ผู้พิทักษ์ หรือผู้บังคับบัญชาของผู้พิทักษ์ อัยการ และผู้อำนวยการแผนกเด็กของหน่วยงานท้องถิ่นมีสิทธิ์ยื่นคำร้องต่อศาลครอบครัวเพื่อวินิจฉัยเพิกถอนอำนาจปกครองได้ แต่หากเหตุแห่งการระงับสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองชั่วคราวนั้นสิ้นสุดลงก่อนครบระยะเวลาสองปี ผู้ปกครองเองก็มีสิทธิ์ได้กลับคืนมาซึ่งอำนาจปกครองเช่นกัน

จากหลักการข้างต้นจะเห็นได้ว่าแม้มีการทอดทิ้งเด็ก แต่ตามกฎหมายนั้นจะชะลอการตัดอำนาจปกครองไว้เพื่อให้โอกาสบิดามารดาแก้ไขให้เหตุแห่งการถูกระงับอำนาจปกครองนั้นสั้นไป และให้ระยะเวลาสูงสุดถึงสองปี ซึ่งผู้เขียนมองว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีความเข้าใจบริบทของสังคมและให้ความเป็นธรรมกับทุกฝ่ายเป็นอย่างมาก

5.1.4 การปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) และหลักการอื่นในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

จากการศึกษากฎหมายในเรื่องเด็กที่ถูกทอดทิ้งในแต่ละประเทศพบว่าการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งที่มีความสำคัญลำดับแรก (Primary Consideration) และ พิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งสำคัญสูงสุด (Paramount Consideration) มีความสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี กล่าวคือ การปรับใช้หลัก Primary Consideration ซึ่งเป็นการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งที่มีความสำคัญลำดับแรกสามารถนำมาพิจารณาในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการใช้อำนาจของผู้ใช้อำนาจปกครองเพื่อพิจารณาว่าผู้ใช้อำนาจปกครอง ควรใช้อำนาจปกครองได้มากน้อยเพียงใดที่จะเพียงพอเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยจะพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างสิทธิในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองและประโยชน์ของเด็ก เช่น จากหลักกฎหมายของประเทศไทย ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น ที่แม้ว่าจะมีการถอนอำนาจปกครอง แต่อำนาจในการติดต่อบุตรนั้นไม่ถูกตัดไปด้วย และการพิจารณาตัดอำนาจปกครองอาจจะเป็นการตัดอำนาจ

ทั้งหมดหรือบางส่วน ทั้งนี้ต้องพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ประกอบด้วยซึ่งเป็นหลักการของการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งที่มีความสำคัญลำดับแรก (Primary Consideration)

อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าเป็นกรณีของการถอนอำนาจปกครองโดยเหตุที่มีความร้ายแรงจะต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งสำคัญสูงสุด (Paramount Consideration) เพื่อเป็นการพิทักษ์คุ้มครองชีวิตและสวัสดิภาพของเด็กอันเป็นคุณค่าสูงสุดของมนุษย์ที่ควรได้รับการคุ้มครอง อันหมายถึงความรวมถึงความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพของเด็ก เช่น การทำร้ายร่างกาย การกักขังลงโทษเกินสมควร หรือการกระทำทางเพศต่อเด็ก ซึ่งการทอดทิ้งเด็กนั้นอาจถือเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจปกครองที่มีลักษณะเป็นการกระทำอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเด็ก ซึ่งจะปรากฏหลักการนี้กับการร้องขอให้มีการคุ้มครองเด็กในกรณีที่เด็กตกอยู่ในสภาวะยากลำบากหรือเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงของประเทศอังกฤษ และการร้องขอให้มีการคุ้มครองเด็กกรณีฉุกเฉินของประเทศญี่ปุ่น ส่วนของประเทศไทย ผู้เขียนมองว่ายังขาดความชัดเจนว่าการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในกรณีใดบ้างที่จะมีการออกคำสั่งเป็นไปตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งสำคัญสูงสุด (Paramount Consideration)

จากการศึกษาพบว่า แม้ในบางประเทศเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) แต่ประเทศสหรัฐอเมริกามีหลัก “ความไม่เหมาะสม” (Unfitness) ที่ศาลสหรัฐใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กเสมอมาแทนหลัก The Best Interest of the Child โดยหลักการสำคัญคือ “หากบิดาหรือมารดาไม่เหมาะสม รัฐสามารถแยกเด็กออกจากบิดามารดาได้” นอกจากนี้จะพบว่าการออกมาตรการในการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีความก้าวหน้าและสอดคล้องกับบริบทของสังคมเป็นอย่างมาก ทั้งในเรื่องการบัญญัติให้เหตุแห่งการทอดทิ้งเด็กเป็นหนึ่งในเหตุที่จะร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนอำนาจปกครองเด็กได้ ตลอดจนการกำหนดลักษณะของเด็กที่ถูกทอดทิ้งและเด็กที่ถูกละเลยแตกต่างกัน รวมไปถึงการมีกฎหมายที่คุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งโดยเฉพาะ เช่น ในมลรัฐเท็กซัส ซึ่งถือเป็นรัฐที่นำร่องในเรื่องการคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งและได้มี House Bill No. 3423 ซึ่งถือเป็นแม่แบบของกฎหมายเฉพาะสำหรับการทอดทิ้งเด็ก หรือที่เรียกว่า Safe Haven Law

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาผู้เขียนมีความเห็นว่า หากสามารถแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการให้คำนิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งจะช่วยให้กระบวนการต่าง ๆ ตลอดจนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเช่นสถานสงเคราะห์สามารถออกมาตรการและรับเด็กที่ถูกทอดทิ้งเข้ามาดูแลอย่างทัน่วงที เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า ในปัจจุบันเด็กที่ถูกทอดทิ้งประเภทที่ถูกนำมาฝากไว้ยังสถานสงเคราะห์นั้นยังมีสถานะทางกฎหมายที่คลุมเครือ แต่ทั้งนี้ในแง่ของอำนาจปกครองที่บิดามารดามีต่อตัวบุตรเป็นประเด็นที่ค่อนข้างละเอียดอ่อนและการแก้ไขเพิ่มเติมควรเป็นไปในลักษณะที่มีความยืดหยุ่นและเข้ากับบริบทของสังคมไทย ส่วนในเรื่องการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา ผู้เขียนเห็นว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีความเฉพาะตัวเป็นอย่างมาก กล่าวคือ จากประเทศต่าง ๆ ที่ทำการศึกษามีเพียงประเทศไทยที่บัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหน้าที่ที่บุตรต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาโดยไม่มีข้อกำหนดข้อยกเว้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การทอดทิ้งบุตรควรเป็นหนึ่งในข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับตัวเด็กตลอดจนลดปัญหาการตีความของศาล ทั้งนี้ ในการพิจารณาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมประเด็นต่าง ๆ ข้างต้นจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาจากหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) เป็นสำคัญเพื่อคุ้มครองเด็กและให้เด็กได้รับสิ่งที่เป็นประโยชน์สูงสุด

5.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้งในกฎหมายไทย

ผู้เขียนมีความเห็นว่าคำนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้งนั้น ควรมีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เนื่องจากเด็กที่ถูกทอดทิ้งควรเป็นหนึ่งในประเภทของเด็กที่ควรได้รับความคุ้มครองตามมาตราต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 และการบัญญัติคำนิยามนี้ก็เพื่อให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงที่มีการนำเด็กมาฝากเลี้ยงไว้ที่สถานสงเคราะห์ แต่แท้จริงบิดามารดามีเจตนาที่จะทอดทิ้ง โดยใช้หลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาที่อ้างอิงจากหลักเกณฑ์ที่สถานสงเคราะห์กำหนดไว้จริงในทางปฏิบัติให้บิดามารดาจะต้องมาเยี่ยมเด็ก โดยผู้เขียนเสนอให้มีการเพิ่มคำนิยามของเด็กที่ถูกทอดทิ้งในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ดังนี้

“เด็กที่ถูกทอดทิ้ง” หมายความว่า เด็กที่บิดามารดามีเจตนาทอดทิ้งและไม่ได้กลับมาเลี้ยงดูอุปการะตามหน้าที่ที่ตนพึงกระทำในฐานะบิดามารดาภายในระยะเวลาหกเดือน ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการทอดทิ้งให้อยู่ในความดูแลของบุคคลอื่นหรือโดยสถานสงเคราะห์ก็ตาม”

ทั้งนี้ การกำหนดคำนิยามดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าส่งผลดีและช่วยแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในสถานสงเคราะห์ได้ในแง่ที่ว่า เมื่อมีนิยามที่แน่นอนที่กำหนดไว้ แล้วไม่ปรากฏการติดต่อจากบิดามารดาที่แท้จริง การนำเด็กเข้าสู่กระบวนการรับบุตรบุญธรรมและการหาครอบครัวทดแทนนั้นจะสามารถกระทำได้อย่างรวดเร็วมากยิ่งขึ้นและไม่มีปัญหาในการค้นหาบิดามารดาที่แท้จริงที่อาจไม่เจอตัว หรือเมื่อเจอตัวแล้วเกิดการเจรจาต่อรองของบิดามารดาที่แท้จริงเพื่อขอให้เด็กอยู่ในความดูแลของสถานสงเคราะห์ต่อไปแต่ก็ไม่สามารถระบุได้ว่าจะสามารถมารับเด็กกลับคืนได้เมื่อใด ผู้เขียนมองว่าขั้นตอนกระบวนการที่เกิดขึ้นในปัจจุบันส่งผลให้เด็กต้องอยู่ในสถานะที่ไร้ความชัดเจนว่าตนเองจะต้องอยู่ในสถานสงเคราะห์ต่อไปนานเท่าใด และควรอยู่ในความดูแลของใคร และส่งผลต่อหน้าที่ที่เด็กยังคงผูกพันในการต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาต่อไป นอกจากนี้ การกำหนดคำนิยามดังกล่าวสามารถลดปัญหาที่ว่าบิดามารดาประวิงเวลาและไม่ยินยอมให้เด็กเข้าสู่กระบวนการรับบุตรบุญธรรมและการจัดหาครอบครัวทดแทนให้เด็ก

การกำหนดนิยามดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 32 เรื่องการสงเคราะห์เด็กว่า

“มาตรา 32 เด็กที่พึงได้รับการสงเคราะห์ได้แก่

- (1) เด็กเร่ร่อน หรือเด็กกำพร้า
- (2) **เด็กที่ถูกทอดทิ้งหรือพลัดหลง ณ ที่ใดที่หนึ่ง...**

ดังนั้นเมื่อนิยามคำว่า “เด็กที่ถูกทอดทิ้ง” ที่ชัดเจนยิ่งขึ้นย่อมไม่เกิดปัญหาในทางปฏิบัติความตามข้อเท็จจริงและสถานสงเคราะห์สามารถจัดการดูแลเด็กตามที่มีอำนาจตามที่กฎหมายระบุไว้ได้อย่างเต็มรูปแบบ อย่างไรก็ตาม การกำหนดนิยามความหมายของเด็กที่ถูกทอดทิ้งดังกล่าวผู้เขียนมิได้มีเจตนาให้เกิดผลโดยตรงในทางกฎหมายในเรื่องการสิ้นสุดของอำนาจปกครอง กล่าวคือ ผลของการเป็นเด็กที่ถูกทอดทิ้งตาม มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ดังที่เสนอนั้น ไม่ทำ

ให้อำนาจปกครองของบิดามารดาที่มีต่อบุตรสิ้นสุดลงโดยปริยาย แต่ผู้เขียนจะนำเสนอกระบวนการการสิ้นสุดของอำนาจปกครองที่สอดคล้องกับคำนิยามดังกล่าวในหัวข้อถัดไป

5.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องการตัดอำนาจปกครองของบิดามารดาเนื่องจากทอดทิ้งเด็กในกฎหมายไทย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในประเด็นนี้เป็นเรื่องละเอียดอ่อนและแนวปฏิบัติของสถานสงเคราะห์ตลอดจนศาลไทยในปัจจุบันแทบไม่ปรากฏการยื่นขอต่อศาลเพื่อถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาที่ทอดทิ้งเด็กไป แต่เนื่องจากประเทศไทยตั้งอยู่ในภูมิภาคเอเชียเช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่นและมีวัฒนธรรมในหลายด้านที่คล้ายคลึงกัน ในเรื่องการตัดอำนาจปกครองเนื่องด้วยเหตุแห่งการทอดทิ้งบุตร ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าหากมีการแก้ไขกฎหมายควรมีตัวอย่างจากลักษณะการตรากฎหมายในเรื่องนี้ของประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นไปในลักษณะที่ยืดหยุ่นและชะลอการตัดอำนาจปกครอง ตลอดจนให้โอกาสบิดามารดาได้พิสูจน์ตนเองเพื่อให้พ้นจากพฤติการณ์ทอดทิ้งเด็ก

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กควรระบุหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) ไว้เพื่อให้ศาลยึดถือเป็นหลักการในการพิจารณาถอนอำนาจปกครอง โดยศาลได้เคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับอำนาจปกครองของบิดามารดา ที่อ้างถึงหลักการสำคัญนี้²⁸⁴ เช่นเดียวกับมาตรา 1520 วรรคท้าย²⁸⁵ และมาตรา 1521²⁸⁶ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันที่ได้บัญญัติหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) เอาไว้โดยใช้ถ้อยคำว่า “ความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นสำคัญ”

²⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1454/ 2545

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 21867-21868/2555

²⁸⁵ มาตรา 1520 วรรคท้าย

ในกรณีหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ให้ศาลซึ่งพิจารณาคดีฟ้องหย่านั้นชี้ขาดด้วยว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด ในการพิจารณาชี้ขาดถ้าศาลเห็นว่ามีความเหตุที่จะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสคนใด ตามมาตรา 1582 ศาลจะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสและสั่งให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นสำคัญ

²⁸⁶ มาตรา 1521 ถ้าปรากฏว่าผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองตาม มาตรา 1520 ประพฤติตนไม่สมควรหรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจสั่งเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ

ผู้เขียนจึงเสนอแนวทางเบื้องต้นหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582 ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการตัดอำนาจปกครองเนื่องด้วยเหตุแห่งการทอดทิ้งบุตร ดังนี้

“มาตรา 1582 ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ โดยคำสั่งของศาลก็ดี ใช้อำนาจปกครองเกี่ยวแก่ตัวผู้เยาว์โดยมิชอบก็ดี ประพฤติชั่วร้ายก็ดี ในกรณี เหล่านี้ศาลจะสั่งเอง หรือจะสั่งเมื่อญาติของผู้เยาว์หรืออัยการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองเสีย บางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้

ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองล้มละลายก็ดี หรือจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ในทางที่ผิดจนอาจเป็น ภัยก็ดี ศาลจะสั่งตามวิธีในวรรคหนึ่งให้ถอนอำนาจจัดการทรัพย์สินเสียก็ได้

หากบิดามารดามีเจตนาทอดทิ้งเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี และไม่ได้กลับมาเลี้ยงดูอุปการะตาม หน้าที่ที่ตนพึงกระทำในฐานะบิดามารดาภายในระยะเวลาหกเดือน เมื่อญาติของเด็ก เจ้าหน้าที่ หรืออัยการร้องขอ ศาลอาจพิจารณาระงับอำนาจปกครองของบิดามารดาชั่วคราวเป็นระยะเวลา สูงสุดไม่เกินสองปีและเมื่อครบระยะเวลาดังกล่าวศาลอาจสั่งให้มีการถอนอำนาจปกครองเสีย บางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้ แต่หากภายในระยะเวลาที่ศาลสั่งระงับอำนาจปกครองของบิดามารดา ชั่วครว้นั้น บิดามารดากลับมาอุปการะเลี้ยงดูและกระทำตนในฐานะบิดามารดา ให้บิดามารดามี สิทธิยื่นต่อศาลเพื่อขอเพิกถอนคำสั่งระงับอำนาจปกครองได้ และให้กลับมามีอำนาจปกครอง ตามเดิม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ในการพิจารณาระงับอำนาจปกครองหรือการถอนอำนาจปกครองตามมาตรา นี้ ให้ศาล คำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ”

5.2.3 การแก้ไขเพิ่มเติมช้อยกเว้นในเรื่องหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของเด็กที่ถูก ทอดทิ้งในกฎหมายไทย

จากการศึกษาผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดให้บุตรมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดานั้น เป็นหลักกฎหมายที่มีความเข้มงวดเป็นอย่างมาก และการบัญญัติช้อยกเว้นกรณีที่บิดามารดาทอดทิ้ง เด็กไปย่อมเกิดผลดีกับตัวเด็กทั้งในขณะที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะและเมื่อบรรลุนิติภาวะไปแล้วในแง่ที่ว่า หากเด็กผู้นั้นได้อยู่ในความดูแลของสถานสงเคราะห์เสมอมาจนเติบโตเป็นผู้ใหญ่และบรรลุนิติภาวะ สามารถประกอบสัมมาอาชีพของตนได้แล้ว ผู้เป็นบิดามารดาที่แท้จริงจะไม่สามารถเรียกร้องในทาง

ข้อเท็จจริงหรือร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้บุตรต้องทำหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาโดยอ้างหลักกฎหมายที่มีอยู่ โดยในประเด็นนี้ แม้ว่าศาลจะมีดุลยพินิจพิจารณาตามข้อเท็จจริงและสามารถตัดสินเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมหากมีกรณีของการร้องขอดังกล่าว แต่ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยเป็นประเทศซึ่งใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือระบบ Civil Law ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนย่อมเป็นผลดีต่อการนำมาปรับใช้ในข้อเท็จจริงมากกว่าการรอแนวคำพิพากษาของศาล และสามารถลดปัญหาการใช้ดุลยพินิจของศาลได้ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาโดยหลักยังคงดำรงอยู่ แต่เสนอให้ลดความเคร่งครัดของกฎหมายโดยให้มีการกำหนดข้อยกเว้นจากกรณีของการที่เด็กถูกทอดทิ้ง ซึ่งเป็นหลักการที่มีได้ลบล้างหลักความกตัญญูในสังคมไทย แต่เป็นการมองรูปแบบของความสัมพันธ์ในด้านสิทธิมนุษยชนให้มากขึ้น และมองเด็กที่ถูกทอดทิ้งในฐานะของมนุษย์คนหนึ่ง จึงควรเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 1563 ดังต่อไปนี้

“มาตรา 1563 บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา

หากบิดามารดามีเจตนาทอดทิ้งเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ไว้กับบุคคลอื่น หรืออยู่ในความดูแลของหน่วยงานใด ๆ และไม่ได้กลับมาเลี้ยงดูอุปการะตามหน้าที่ที่ตนพึงกระทำในฐานะบิดามารดาภายในระยะเวลาสองปี เด็กผู้นั้นหลุดพ้นจากหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา”

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องการตัดอำนาจปกครองและหน้าที่ของบุตรในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาอย่างละเอียดในเชิงสังคมและการเสนอแนะข้างต้น จำเป็นจะต้องมีการศึกษาถึงความเหมาะสมและผลกระทบอย่างรอบด้านเพิ่มเติมต่อไปเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับการแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้ ผู้เขียนเพียงแต่ชี้แนะถึงระบบกฎหมายที่มีความน่าสนใจและน่าจะเป็นแนวทางการศึกษาเพิ่มเติมในบริบทของสังคมไทยต่อไปได้

ท้ายนี้ ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นที่น่าสนใจในการศึกษาต่อยอดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สองเรื่องคือ กฎหมายคุ้มครองคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้งโดยขยายขอบเขตไปถึงบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยหรือไม่ อย่างไร และการเป็นเด็กที่ถูกทอดทิ้งจะส่งผลในทางกฎหมายต่อเรื่องมรดกอย่างไรทั้งในกรณีของเด็กที่ถูกทอดทิ้งเป็นเจ้ามรดกและเป็นทายาท ซึ่งผู้สนใจสามารถค้นคว้าและศึกษาเพิ่มเติมต่อไปได้

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด มาตรา 288 - มาตรา 366/4.

กรุงเทพฯ: สำนักฝึกอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561.

ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. กรุงเทพฯ:

สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

กรมกิจการเด็กและเยาวชน. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ฉบับเด็ก [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

https://dcy.go.th/webnew/upload/children_rights/1.2.pdf [เข้าถึงเมื่อ 3 มีนาคม 2564]

กองนิติการ สำนักงานปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์. คำอธิบาย

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ.2546 พระราชบัญญัติ

ส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม พ.ศ.2546 2, พ., บรรณาธิการ. กรุงเทพมหานคร: เทพเพ็ญวา

นิสัย, 2548.

ธัญญา จิตสีทอง. การคุ้มครองเด็กที่ถูกทอดทิ้ง: ศึกษาการบังคับโทษทางอาญาและมาตรการอื่นตาม

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2560.

นัตตาภา จิตต์แจ้. การคุ้มครองเด็กกับการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัย. ปริญญานิติศาสตร์ ดุษฎี

บัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2563.

บริษัท บางกอก มีเดีย แอนด์ บรอดคาสติ้ง จำกัด. สถานการณ์เด็กกำพร้าของไทยกับโครงการสู่มาตุภูมิ

[ออนไลน์]. แหล่งที่มา :

<https://www.pptvhd36.com/news/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%94%E0%B9%87%E0%B8%99%E0%B8%A3%E0%B9%89%E0%B8%AD%E0%B8%99/105217> [เข้าถึงเมื่อ 13 ตุลาคม 2563]

ประเทือง ธนิยผล. กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนและวิธีพิจารณาคดี

เยาวชนและครอบครัว. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548.

ประชุม โฉมฉาย. กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น:จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน โครงการตำรา

และเอกสารประกอบการสอน: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558

ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายกฎหมายครอบครัว. กรุงเทพฯ: สำนักฝึกอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ

บัณฑิตยสภา, 2561.

———. หลักกฎหมายครอบครัว. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.

พงษ์พันธ์ บุปเก. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.

พงษ์พิลัย วรรณราช. สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๖ [ออนไลน์]. 2547. แ ห ล่ ง ที่ ม า : http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail_006.htm [เข้าถึงเมื่อ 3 มีนาคม 2564]

พรรณวดี เพชรพลอย. การถอนอำนาจปกครองบุตร. ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมาย อาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2555.

ภัทริดา สุขคนณี. บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญเรื่อง สิทธิผู้สูงอายุ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=155 [เข้าถึงเมื่อ 10 พฤษภาคม 2565]

มาตาลักษณ์ เสรมธากุล. โครงการวิจัยเรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2562.

มุลนิธิลูมอส. เด็กในสถานสงเคราะห์ ภาพรวมทั่วโลก [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://lumos.contentfiles.net/media/assets/file/Global_Numbers_-_Thai.pdf [เข้าถึงเมื่อ 17 ตุลาคม 2563]

ราชศรุต จันทรโชติ. ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์: ศึกษากรณีเด็กที่เร่ร่อนไม่มีบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2545.

รินทร์ลภัส ขาวสิทธิวงศ์. การคุ้มครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก: ศึกษากรณีการแยกเด็กออกจากครอบครัว ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2559.

วรภาส จารุชิริบตี. การควบคุมการใช้อำนาจปกครองทางพฤตินัยตามประมวลกฎหมายอาญา ภายใต้กรอบความคิดเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก. ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมาย อาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2564.

วรรณฉัตร พวยพุง. ปัญหาและอุปสรรคการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตชลบุรี. 2556.

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. รายงานการวิจัย เรื่อง กฎหมายคุ้มครองเด็กถูกทารุณกรรมจากผู้ปกครอง. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2545.

วัชรนันท์ ช่างไม้. มาตรการทางกฎหมายในการจัดสถานที่ควบคุมเด็กและเยาวชนในสถานพินิจและ

- คุ้มครองเด็กและเยาวชน. ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรี
ปทุม วิทยาเขตชลบุรี. 2555.
- วิชาญ ทรายอ่อน. บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เกี่ยวกับสิทธิเด็ก
[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://bit.ly/37s5FJf> [เข้าถึงเมื่อ 15 ตุลาคม 2563]
- วิศิษฐ์ ฉัตรกริช. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็กทางครอบครัว. ปริญญานิติศาสตร
มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2538.
- สหรัฐ กิติ ศุภการ. กฎหมายอาญา หลักและคำพิพากษา. กรุงเทพฯ: บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับ
ลิชชิ่ง จำกัด(มหาชน), 2562.
- . คำอธิบายพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและ
ครอบครัว พ.ศ. 2553. กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2562.
- สัมภาษณ์ นางณิชชาพัชฌ์ เพ็ชรพันธ์. ผู้อำนวยการกองส่งเสริมการพัฒนาและสวัสดิการ เด็ก เยาวชน
และครอบครัว. 31 กรกฎาคม 2564.
- สำนักงานต่างประเทศ. รายงาน หลักสูตร “กฎหมายเกี่ยวกับคดีเยาวชนและครอบครัว” ณ New York
University ประเทศสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2561 [ออนไลน์]. 2561. แหล่งที่มา:
<https://oia.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/cid/8069/iid/93865> [เข้า ถึ
งเมื่อ 10 มกราคม 2564]
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึกเรื่อง หรือปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญ
ธรรม (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/22 และพระราชบัญญัติการรับเด็ก
เป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 14) เรื่องเสรีจที่ 365/2529. กรุงเทพฯ: สำนักงาน
คณะกรรมการกฤษฎีกา, 2529.
- สุเมธ จานประดับและคณะ. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก. กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2562.
- อวิการ์ตัน นิยมไทย. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก(Convention on the Rights of the Child)
สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่คนไทยควรรู้. จลนิตี 6, 4 (2552): 142-143.

หนังสือภาษาต่างประเทศ

- Advice, M. A. Does State Laws Require You to Support Your Aging Parent? [Online].
Available from: <https://www.medicalalertadvice.com/articles/does-state-law-require-you-to-support-your-aging-parent/> [10 May 2022].
- Arielle Busetto. Japan’s Legal Adult Age Is Now 18 (from 20): 8 Things That Change, 4
That Stay [Online]. 2022. Available from: <https://japan-forward.com/japans->

legal-adult-age-is-now-18-from-20-8-things-that-change-4-that-stay/ [25 June 2022].

Children's Bureau. Grounds for Involuntary Termination of Parental Rights [Online]. Available from: <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/groundtermin.pdf> [20 February 2021].

———. Infant Safe Haven Laws [Online]. December 2016. Available from: <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/safehaven.pdf> [19 february 2021].

Christina M. Lyon. The Law Relating to Children. London: Butterworths, 1993.

Congressional Research Service. The Child Abuse Prevention and Treatment Act (Capta): Background, Programs, and Funding [Online]. 4 November 2009 Available from: https://www.everycrsreport.com/reports/R40899.html#_Toc245618888 [15 February 2021].

Corinna Csáky. Keeping Children out of Harmful Institutions: Why We

Should Be Investing in Family-Based Care. London: The Save the Children Fund, 2009.

Deborah L. Forman. Every Parent's Guide to the Law. California: Harcourt Brace, 1998.

Duncan Bloy. Child Law (Lecture Note Series). London: Cavendish Publishing.

Fatma Hassan Beshir. Article 3 of the Convention on the Rights of the Child: The Best Interests of the Child [Online]. Available from: <https://dppcr.files.wordpress.com/2012/09/best-interest-of-the-child-fatma-beshir-cairo1.pdf> [10 May 2021].

George W. Kent. Family Law for Paralegals. United States: McGraw-Hill Higher Education, 2008.

Harry D. Krause. Family Law : Black Letter Series. Minnesota: West Publishing Co.

Ira Mark Ellman, P. M. K., and Ann M. Stanton. Family Law : Case,Text, Problems. Virginia: The Michie Company, 1986.

Japan Federation of Bar Associations. 児童虐待防止法制における子どもの人権保障と法的介入に関する意見書 Opinion Letter Concerning Protection of Children's Rights and Legal Involvements in the Legal System for Child Abuse Prevention [Online]. Available from:

<https://perma.cc/9YFA-3GP3>.

Jonathan Herring. Family Law. England: Pearson Education Limited, 2007.

Kate Standly. Family Law. England: Macmillan Publishers Limited, 2010.

Kevin Browne, S. C., and Kate Whitfield. Child Abandonment and Its Prevention in Europe United Kingdom: The University of Nottingham, The University of Nottingham.

Kristina Otterstrom. Third Parties' Rights to Custody of a Child [Online]. 2015. Available from: <https://www.lawyers.com/legal-info/family-law/child-custody/third-parties-rights-to-custody-of-a-child.html> [15 May 2022].

Luis Pedriza. Lectures on Japanese Law from a Comparative Perspective. Japan: Osaka University Press, 2017.

Martha N. Ozawa. Child Welfare Programs in Japan. Social Service Review 65, No.1, Mar.,1991 (1991): 5.

Maryam Ghanizade Bafghi and Yoshiaki Ohmura. Is the Best Interest of the Child the Distinctive Criterion? [Online]. Available from: <https://www.cgu.ac.jp/albums/abm.php?f=abm00003326.pdf&n=Is+the+best+interest+of+the+child+a+distinctive+criterion.pdf> [14 february 2021].

Ogawa Tomiyuki. An Overview of the Japanese Family Law System : Focusing on a Historical Survey [Online]. Available from: <http://harp.lib.hiroshima-u.ac.jp/hue/metadata/3821> [1 January 2021].

Olivia Golden. Intentions and Results a Look Back at the Adoption and Safe Families Act [Online]. 2009. Available from: <https://affcny.org/wp-content/uploads/IntentionsandResults.pdf> [16 February 2021].

Paula Davies and Paven Busuita. Family Law England Macmillan Publishers Limited, 2017.

Rama Kant Rai. History of Child Rights and Child Labour [Online]. Available from: <http://menengage.org/wp-content/uploads/2014/06/History-of-child-rights-and-child-labour.pdf> [3 March 2021].

Richard Chisholm. "The Paramount Consideration." In 10th National Family Law, 3, 2002.

Satoshi Minamikata. Family and Succession Law in Japan. Third ed. The Netherlands: Kluwer Law International B.V., 2020.

- Sayuri Umeda. Child Protection Law and Policy: Japan [Online]. Available from: <https://www.loc.gov/law/help/child-protection-law/japan.php> [5 February 2021].
- . Japan: Children's Rights [Online]. Available from: <https://www.loc.gov/law/help/child-rights/pdfs/ChildrensRights-Japan.pdf> [11 February 2021].
- Seema Shah. Does Research with Children Violate the Best Interest Standard? An Empirical and Conceptual Analysis. Northwestern Journal of law and social policy 8, 2 (2013): 145-147.
- Sesha Kethineni and Gowtami Rajendran. Elder Care in the United States: Filial Responsibility Laws, Judicial Decisions, and Enforcement Issues [Online]. 2020. Available from: <https://jcl.pubpub.org/pub/v2-i1-kethineni-rajendran-falial-responsibility/release/1> [10 May 2022].
- Stephen Cretney. The History of 20th Century Family Law. Oxford Journal of Legal Studies 25, 1 (2005).
- Texas Child Custody. [Online]. Available from: <https://www.lawyers.com/legal-info/family-law/child-custody/third-parties-rights-to-custody-of-a-child.html> [15 May 2022].
- Unicef. Rights under the Convention on the Rights of the Child [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.unicef.org/crc/index_30177.html. [เข้าถึงเมื่อ 17 ตุลาคม 2563]
- Vivian Hamilton. Principles of U.S. Family Law Fordham Law Review 75, 1 (2006): 45-53.
- Wallin and Clarich. Are You Seeking Termination of Parental Rights Due to Child Abandonment in California? [Online]. Available from: <https://www.wkfamilylaw.com/practice-areas/termination-of-parental-rights-due-to-child-abandonment-in-california/> [26 January 2021].
- Whitney Rosenberg. The Illegality of Baby Safes as a Hindrance to Women Who Want to Relinquish Their Parental Rights. Athens Journal of Law 1, 4 (October 2015): 201-212.
- Yoshito Abe. Children and Parents in Japanese Law and Family Courts [Online]. Available from: https://www.childresearch.net/papers/rights/2011_02.html [10

february 2021.





จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	สาวตรี กุวังคติก
วัน เดือน ปี เกิด	25 มิถุนายน 2537
สถานที่เกิด	ชุมพร
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สำเร็จหลักสูตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 48 สภานายความในพระบรมราชูปถัมภ์ เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 72 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ บัณฑิตยสภา
ที่อยู่ปัจจุบัน	297 หมู่ 9 ตำบลตากแดด อำเภอเมือง จังหวัดชุมพร 86000



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY